





# حاکمیت اراده از منظر حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی



مؤلفین:

محمود رشنواز

(دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان)

دکتر احمد رضا بهنیا فر

(عضو هیات علمی گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان)

(برگرفته شده از پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق بین الملل)



انتشارات سحوران - ۱۳۹۶

سرشناسه  
 عنوان و نام پدیدآور  
 مشخصات نشر  
 مشخصات ظاهری  
 شابک  
 وضعیت فهرست نویسی  
 یادداشت  
 موضوع  
 موضوع  
 موضوع  
 موضوع  
 موضوع  
 موضوع  
 موضوع  
 موضوع  
 موضوع  
 موضوع  
 شناسه افزوده  
 رده بندی کنگره  
 رده بندی دیویی  
 شماره کتاب شناسی  
 ملی

شماره تماس: ۰۲۱۶۶۹۱۶۳۷۱-۰۹۱۰۹۴۹۰۷۵۳  
 آدرس: کارگر شمالی، بعد از ادوارد براون، شماره ۱۴۰۷، طبقه اول، انتشارات سخنوران  
 آدرس الکترونیکی: thesis.pub2014@gmail.com  
 آدرس سایت: www.thesispublication.com

**حاکمیت اراده از منظر حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی**

مؤلفین:.....	❖	محمود رشنواز، احمدرضا بهنیا فر
ناشر:.....	❖	سخنوران
صفحه آرا و طراح جلد:.....	❖	پیشگامان مسیر دانش
نوبت چاپ:.....	❖	اول
سال چاپ:.....	❖	۱۳۹۶
شمارگان:.....	❖	۱۰۰۰ جلد
شابک:.....	❖	978-600-
قیمت:.....	❖	۱۰۰۰۰ تومان

## فهرست مطالب

عنوان	صفحه
مقدمه .....	۹
<b>فصل اول: جایگاه حاکمیت اراده و آشنایی با ماهیت اراده و رابطه قصد و رضا .....</b>	<b>۱۱</b>
مبحث اول: جایگاه حاکمیت اراده .....	۱۳
گفتار اول: تاریخچه حاکمیت اراده .....	۱۳
بند اول: تاریخچه حاکمیت اراده در قرون وسطی .....	۱۳
بند دوم: تاریخچه حاکمیت اراده در قرون جدید .....	۱۴
بند سوم: تاریخچه حاکمیت اراده در ایران و فقه امامیه .....	۱۵
مبحث دوم: آشنایی با ماهیت اراده و رابطه قصد و رضا .....	۱۷
گفتار اول: مفهوم شناسی .....	۱۷
بند اول: مفهوم اراده .....	۱۷
بند دوم: ویژگی اراده .....	۲۰
بند سوم: مراحل شکلگیری اراده .....	۲۰
بند چهارم: انواع اراده .....	۲۱
گفتار دوم: رابطه قصد و رضا .....	۲۴
بند اول: قصد .....	۲۴
بند دوم: رضا .....	۲۷
بند سوم: مقایسه قصد و رضا .....	۳۱
بند چهارم: نتیجه رابطه قصد و رضا .....	۴۱
گفتار سوم: بررسی تطبیقی قصد و رضا در حقوق ایران، فقه امامیه و کنوانسیون .....	۴۱
بند اول: حقوق ایران .....	۴۱
بند دوم: فقه امامیه .....	۴۲
بند سوم: کنوانسیون .....	۴۲
<b>فصل دوم: مبانی و آثار حاکمیت اراده .....</b>	<b>۴۵</b>
مبحث اول: حاکمیت اراده و آزادی قراردادی .....	۴۷
گفتار اول: اصل آزادی قراردادی .....	۴۷
بند اول: اصل آزادی قرارداد .....	۴۷
بند دوم: اصل آزادی اراده .....	۴۹
بند سوم: قلمرو و آثار آزادی قراردادی .....	۵۲

گفتار دوم: اصل حاکمیت اراده.....	۵۳
بنداول: ثمره عملی اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی.....	۶۰
بند دوم: خاستگاه اصل آزادی اراده.....	۶۱
بند سوم: مستثنیات حاکمیت اراده.....	۶۸
بند چهارم: نتایج حاکمیت.....	۸۳
بند پنجم: انتقاد از نظریه حاکمیت اراده.....	۸۶
گفتار سوم: تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی.....	۸۷
بنداول: پیشینه ماده ۱۰ قانون مدنی.....	۸۷
بند دوم: فلسفه وجودی ماده ۱۰ قانون مدنی.....	۸۹
بند سوم: عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی.....	۸۹
بند چهارم: نتیجه تحلیل.....	۹۱
مبحث دوم: نظریات حاکمیت اراده.....	۹۲
گفتار اول: نظریات حاکمیت اراده ظاهری و باطنی در فقه امامیه.....	۹۲
بنداول: نظریات حاکمیت اراده ظاهری در فقه.....	۹۲
بند دوم: نظریات حاکمیت اراده باطنی در فقه.....	۹۴
بند سوم: آثار مترتب بر حاکمیت ظاهری و باطنی.....	۹۷
گفتار دوم: نظریات حاکمیت اراده ظاهری و باطنی در حقوق ایران.....	۹۷
بنداول: نظریات حاکمیت اراده ظاهری در حقوق ایران.....	۹۷
بند دوم: نظریات حاکمیت اراده باطنی در حقوق ایران.....	۹۸
گفتار سوم: نظریات حاکمیت اراده ظاهری و باطنی در کنوانسیون.....	۱۰۰
مبحث سوم: مبنای حاکمیت اراده.....	۱۰۱
گفتار اول: مبنای حاکمیت اراده در حقوق ایران.....	۱۰۱
گفتار دوم: مبنای حاکمیت اراده در فقه امامیه.....	۱۰۸
گفتار سوم: مبنای حاکمیت اراده در کنوانسیون.....	۱۲۰
<b>فصل سوم: موانع حاکمیت اراده در حقوق ایران و فقه امامیه و کنوانسیون وین ۱۹۸۰... ۱۲۳</b>	
مبحث اول: موانع حاکمیت اراده در حقوق ایران و فقه امامیه.....	۱۲۵
گفتار اول: عوامل محدودکننده حاکمیت اراده حقوق ایران و فقه امامیه.....	۱۲۵
بنداول: قانون.....	۱۲۵
بند دوم: نظم عمومی.....	۱۲۹
بند سوم: اخلاق حسنه.....	۱۳۸
گفتار دوم: انواع محدودیتهای آزادی قراردادی.....	۱۴۲
بنداول: قواعد ناشی از آزادی قراردادی.....	۱۴۲

۱۴۲.....	بنددوم: جلوه‌های محدودیت اراده.....
۱۴۴.....	گفتار سوم: انواع محدودیتها.....
۱۴۴.....	بنداول: حدود ناشی از قوانین ومقررات دولتی.....
۱۴۴.....	بند دوم: حدود ناشی از قراردادهای جمعی و الحاقی.....
۱۴۵.....	گفتار چهارم: مصادیق حاکمیت در حقوق ایران.....
۱۴۶.....	گفتار پنجم: مصادیق حاکمیت در فقه امامیه.....
۱۴۸.....	مبحث دوم: موانع حاکمیت اراده در کنوانسیون وین ۱۹۸۰.....
۱۴۸.....	گفتار اول: کلیاتی درباره کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG).....
۱۴۸.....	بنداول: تاریخچه کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG).....
۱۴۹.....	بنددوم: اهداف کنوانسیون.....
۱۴۹.....	بندسوم: فواید ومغایب الحاقیه کنوانسیون بیع بین المللی کالا.....
۱۵۰.....	بند چهارم: اصول حاکم بر کنوانسیون.....
۱۵۰.....	گفتار دوم: حاکمیت اراده و جنبه تکمیلی قواعد مندرج در کنوانسیون.....
۱۵۱.....	گفتار سوم: عوامل محدودکننده حاکمیت اراده در کنوانسیون وین ۱۹۸۰.....
۱۵۱.....	بنداول: قلمرو اجرای کنوانسیون.....
۱۵۸.....	بنددوم: نقض اساسی قرارداد.....
۱۶۰.....	بندسوم: موانع اعمال حق فسخ.....
۱۶۱.....	بند چهارم: ضمانت اجرای پیشبینی شده تجاوز از حاکمیت اراده در کنوانسیون.....
۱۶۳.....	نتیجه گیری.....
۱۶۵.....	پیشنهادات.....
۱۶۷.....	منابع.....





## مقدمه

به طور کلی در تمام نظام‌های حقوقی، اراده اشخاص در تحقق اعمال حقوقی نقش اصلی و اساسی را ایفا می‌کند و عقود و ایقاعات ریشه در اراده افراد دارند<sup>۱</sup>. برای احترام به اراده فرد باید روابط افراد جامعه براساس آزادی اراده باشد، بنابراین نباید تکلیفی بر انسان تحمیل نمود مگر این که خود او آن را تکلیف بخواهد و چنین تکلیفی با قانون طبیعت وفق می‌دهد، پس اساس حق و تکلیف مطلقاً اراده افراد است؛ بنابراین قانون در خدمت اراده افراد است و وظیفه آن دفع تصادم اراده‌هاست. در فقه اسلامی نیز اراده اشخاص در ایجاد تعهدات از موقعیت مهم و اساسی برخوردار است<sup>۲</sup>.

مفاد قاعده العقود تابعه للقصود نیز مؤید چنین دیدگاهی است. براساس قاعده مزبور فقدان انشای مدلول عقد مانع تحقق آثار حقوقی است و عمل بدون قصد و اراده طرف عقد بی اعتبار است. حال اهمیت قراردادهای بویژه در جایی بیشتر مشخص می‌گردد که اصل حاکمیت اراده مورد شناسایی قرار گیرد و این اصل در صحنه بین‌المللی نیز همواره مورد توجه خاص حقوقدانان بوده. لذا بررسی قوانین جدید برخی کشورها و همچنین قواعد اسناد و سازمان‌های بین‌المللی مربوط آشکار می‌سازد که آزادی و حاکمیت اراده طرفین در بسیاری از سیستم‌های حقوق یک قاعده غالب می‌باشد. در حقیقت امروزه، حاکمیت اراده یک اصل اساسی است و با مقداری محدودیت، مناسب‌ترین قاعده در بین قواعد مشابه می‌باشد<sup>۳</sup>. اصل حاکمیت اراده یکی از اصول مهم در حقوق به شمار می‌آید که در ابتدا و قبل از قرون وسطی اصلی به این نام وجود نداشته و قراردادهای به صورت تشریفاتی و در قالب خاص منعقد می‌شده است لذا این اصل از طرق مختلفی مانند مذهب، عوامل سیاسی و اقتصادی ظهور پیدا کرده است در قرون جدید و قبل از فرا رسیدن قرن ۱۷ میلادی، اصل حاکمیت اراده به شکل یک قاعده

---

۱. السان (مصطفی)، جایگاه قصد در تفسیر قراردادهای، مجله حقوق کانون، شماره ۶۵،

۲. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی صفحه ۱۸

۳. مسعود حائری، تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی و فرهاد ایران پور. نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیطه انتخاب قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قراردادهای تجاری، مجله حقوق، شماره ۵۵

ثابت درآمد تا آنجا که ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه عقد را قانون متعاقدين نامیده، همچنين در حقوق ایران هم این اصل با تصویب جلد اول قانون مدنی به رسمیت شناخته شده و قبل از تصویب قانون مدنی در عرف و در بین مردم جاری بوده چرا که این اصل در فقه و اندیشه‌های اسلامی وجود داشته است.<sup>۱</sup>

### در آخر می‌توان برای اصل حاکمیت اراده، آثار و نتایجی را در نظر گرفت که از جمله این آثار:<sup>۲</sup>

۱ - اصل آزادی قراردادی: طرفین در ایجاد عقد آزاد هستند و هیچ کس نمی‌تواند طرفین را مجبور به انعقاد کند.

۲ - غیرقابل تجدید نظر بودن قرارداد: به جز خود طرفین قرارداد هیچکس نمی‌تواند در قرارداد تجدید نظر کند و آثار و تعهدات ناشی از آن را تغییر دهد.

۳ - اصل رضایی بودن قرارداد: اصولاً قراردادها رضایی هستند و صرف ایجاب و قبول باعث ایجاد قرارداد می‌شود.

۴ - تفسیر قرارداد براساس اراده طرفین: یعنی به آنچه طرفین چه صریحاً چه ضمناً در زمان انعقاد قرارداد مدنظر داشته‌اند توجه می‌شود.

لذا هدف از این تحقیق بررسی حاکمیت اراده و حدود آن و همچنین تفاوت ماهیت اراده در حقوق ایران و فقه امامیه و کنوانسیون و مشخص نمودن تأثیر آن در قراردادهای حقوقی و در واقع مشخص نمودن جایگاه حاکمیت اراده و همچنین با توجه به این که عصر، عصر تکنولوژی می‌باشد و جهان به صورت یک دهکده درآمدی لذا رفع نواقص داخلی بوسیله قوانین بین المللی و بالعکس می‌باشد و جهت راهگشایی برای دیگر دانشجویان نیز از اهداف دیگر این تحقیق می‌باشد.

۱. انجمن علمی حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

۲. دکتر سید حسین صفایی، دوره مقدمات حقوق مدنی جلد دوم وسایت فردوس مشهد

# فصل اول

جایگاه حاکمیت اراده و آشنایی با ماهیت اراده و رابطه قصد و رضا



## مبحث اول: جایگاه حاکمیت اراده

اصل حاکمیت اراده یکی از اصول مهم در حقوق به شمار می‌آید که دوران تاریخی پر تحولی را سپری نموده است. در ابتدا و قبل از قرون وسطی اصلی به این نام وجود نداشته و قراردادهای به صورت تشریفاتی و در قالب‌های خاص منعقد می‌شده است.

آقای مسعود حائری در کتاب تحلیلی از ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی برای این مورد مثالهایی ذکر کرده‌اند «در حقوق رم، قراردادی برای گرفتن وام واقع می‌شد به نام (نکسیم) که لزوماً با حضور وام‌دهنده و وام‌گیرنده و پنج نفر شاهد تنظیم می‌گردید و یا در قراردادی دیگر که (سینتو) نام داشته است باید از الفاظ خاصی استفاده می‌شده تا قرارداد منعقد شود.» در دیگر کشورها مثل آلمان و رومانی هم شواهد و قرائن تاریخی نشان می‌دهند که عقود شکلی در این کشورها رواج داشته است. در نتیجه اصل حاکمیت اراده قبل از قرون وسطی هنوز پایه عرصه‌ی وجود نگذاشته بود.<sup>۱</sup>

## گفتار اول: تاریخچه حاکمیت اراده

### بند اول: تاریخچه حاکمیت اراده در قرون وسطی

در قرون وسطی مبانی این اصل به تدریج به وجود آمد این اصل از طرق مختلفی مانند مذهب، عوامل سیاسی و عوامل اقتصادی ظهور پیدا کرد به این نحو که این اعتقاد در انجام معاملات وارد شد که اگر شخصی از طرفداران کلیسا تعهد به انجام امری نماید حتی اگر التزام خاصی وجود نداشته باشد، چنانچه به تعهد خود عمل نکند موجب عقوبت دینی می‌شود، و این اعتقاد گسترش اصل آزادی اراده در قراردادهای رابه همراه داشت و به دنبال آن لزوم وفای به عقد ایجاد شد و افراد خود را ملتزم به انجام تعهد می‌کردند تا از عقوبت دینی در امان باشند.

---

۱. مسعود حائری. کتاب تحلیلی از ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی. ص ۴ و ۵

از طرف دیگر به دلیل رونق پیدا کردن اقتصاد در این زمان، عقود شکلی معین جواب گوی فعالیت‌های اقتصادی نبود؛ در نتیجه افراد خود را از قید و بند آنها ره کردند و این نیز باعث بسط و گسترش اصل آزادی اراده در قراردادهای و به تبع آن اصل حاکمیت اراده شد.<sup>۱</sup>

### ۱. تأثیر مبادی و اصول دینی و حقوق کلیسا

اگر قراردادی منعقد می‌گردید و در آن تشریفات لازم رعایت نمی‌شد، متعاقدين به خاطر اینکه مرتکب حنث قسم نشوند و مرتکب گناهی نگردند، به وجود قرارداد و تعهد میان خود اعتراف می‌کردند. همین امر، باعث اعتبار و نفوذ تعهدات می‌شد.

### ۲. تأثیر عوامل اقتصادی

بعد از آنکه مبادلات و نقل و انتقال کالا رونق بیشتری گرفت و ضرورت سرعت بخشیدن به مبادلات تجاری نمود بیشتری پیدا کرد، بناچار هر چه بیشتر به حشو زوائد تشکیل قراردادها پرداخته شد. این فکر تا بدان جا قوت گرفت که در ایتالیا، محاکم تجاری در قرن چهاردهم در این خصوص بر حسب قواعد عادلانه حکم صادر می‌کردند. براساس قاعده عادلانه بین عقود شکلی و عقودی که به صرف توافق اراده حاصل شد، تفاوتی از حیث درجه لزوم نمی‌گذاشتند.

### ۳. تأثیر عوامل سیاسی

تأثیر این عوامل از طریق بسط تدریجی حاکمیت دولت، مداخله گام به گام آن در روابط حقوقی میان افراد و حمایت از قراردادهایی که به صرف توافق اراده حاصل شده‌اند، ظاهر می‌شود. هنوز قرن هفدهم میلادی سپری نشده بود که نظریه حاکمیت اراده ثبات و استقرار خود را پیدا کرد. نقطه اوج پذیرش این نظریه، به قرن هجدهم میلادی بر می‌گردد. در این زمان، نظریه حاکمیت اراده به توجیه مبنای آن براساس حقوق فطری، از استقرار و قوت بیشتری برخوردار شد؛ و بر این عقیده که استقلال اراده بایستی برای ایجاد تعهد مسیر آسانی پیدا کند و در تمام حیات اقتصادی و اجتماعی رسوخ پیدا کند، تأکید فراوانی شد.

### بند دوم: تاریخچه حاکمیت اراده در قرون جدید

«در قرون جدید و پیش از فرا رسیدن قرن ۱۷ میلادی، اصل حاکمیت اراده به شکل یک ((قائده ی ثابت)) درآمد تا آنجا که ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه، عقد را قانون متعاقدين نامید. آزادی اراده ی

۱. مسعود حائری. کتاب تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی. ص ۶

فرد در این قرون منحصر به قواعد از پیش تعیین شده و حقوق خاص نبود، زیرا که فرد گرایی در قرن ۱۸ به اوج خود رسیده بود و در تمامی قواعد اجتماعی نمود پیدا کرده بود. به حدی که نظریه‌ی اصالت فرد مطرح شد. این نظریات در قانون ناپلئون صورت قانونی به خود گرفت و اصل حاکمیت اراده به صورت واقعی متولد شد و به عنوان مبنایی برای آثار قراردادها و التزامات حقوقی قرار گرفت.<sup>۱</sup>

به نظر من اصل حاکمیت اراده به این شکل که مبنای آن نظریه‌ی اصالت فرد است در آن نوعی افراط به چشم می‌خورد و مصالح جامعه و گروه مردم را مدنظر قرار نداده است. در نتیجه نظریه‌ی دیگری توسط حقوقدان‌هایی مطرح شد که ترکیبی از اصالت فرد و اصالت جامعه بود به نحوی که اصل حاکمیت اراده را پذیرفته بود، اما تاجاییکه با مصالح افراد جامعه و نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرت نداشته باشد؛ و اینگونه هم مصالح افراد جامعه به خطر نمی‌افتد و هم افراد از آزادی اراده در قراردادها برخوردارند؛ اگرچه آزادی اراده‌ی افراد تا حدی محدود می‌شود، اما این خود مانعی است بر سر راه منشأی از مشکلات یعنی آزادی مطلق اراده‌ی افراد.<sup>۱</sup>

### بند سوم: تاریخچه حاکمیت اراده در ایران و فقه امامیه

یکی از اصولی که در علم حقوق و به معنی اعم در علوم اجتماعی و فلسفی، بعد از عصر رنسانس بنیان‌گذاری شد، اصل حاکمیت اراده بود، به موجب این اصل که در واقع قیام در مقابل حقوق سنتی رم مبنی بر محدود بودن قراردادها به عقود معین و با نامهایی چون بیع، اجاره، نمایندگی و عقود عینی نظیر ودیعه، عاریه، قرض و هبه بود؛ طرفین می‌توانند هر عقدی را با هر شرایطی که مطلوب ایشان است، منعقد نمایند. این اصل علی‌الظاهر ساخته حقوق غرب و مکتب اقتصاد آزاد انگلیس است؛ اما در واقع دارای ریشه‌ای تاریخی در فقه اسلامی و آیات قرآنی است هر چند، نمی‌توان گفت که گروه اروپایی، از فقهای اسلامی پیروی و تبعیت و تقلید کرده و چنین اصلی را به عنوان یک تئوری در فلسفه و حقوق ایجاد نموده‌اند؛ اصل حاکمیت اراده در قراردادها که نتیجه آن اصل آزادی قراردادی است، چنانچه یکی از حقوقدانان معتقد است، دارای ریشه در فقه امامیه بوده و در محدوده مقررات شرعی به رسمیت شناخته شده است، ایشان با استناد به حدیث «ان الله خلقک حُرّاً کن کما خلقک» (خدا تو را آزاد آفریده فلذا آزاد باش) اصل حاکمیت اراده را دارای مبانی فقهی دانسته‌اند.<sup>۲</sup>

۱. فردوس عدالت: سایت علمی حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

۲. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، زیر عنوان «استقلال اراده»

به طور کلی طرفداران آزادی اراده به معنی اعم یعنی فراتر از آزادی تشکیل عقود و در همه امور بر دو دسته تقسیم می‌شوند، عده‌ای از ایشان که طرفدار «مکتب اصالت فرد» هستند، در توسعه اصل راه افراط پیموده و آن را دارای محدودیت بسیار اندکی دانسته و قائل شده‌اند که محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده باید صراحتاً در قانون اشاره شده باشد؛ در غیر این صورت، حاکمیت اراده محدودیتی نخواهد داشت. طرفداران «مکتب اصالت فرد» اعمال محدودیت «نظم عمومی و اخلاق حسنه» بر اصل حاکمیت اراده را فقط با تصریح قانون امکان پذیر دانسته‌اند. افراط این مکتب و طرفداران آن آشکار است، درست است که هیچ کس را نمی‌توان بر خلاف اراده و میل باطنی او به چیزی ملتزم ساخت و هیچ تعهدی بدون اراده افراد قابل تحقق نیست.<sup>۱</sup>

حال با توجه به توضیحات مطرح شده این طور می‌توان بیان نمود که با تصویب جلد اول قانون مدنی ایران در سال ۱۳۰۷ ماده ۱۰ آن به آزادی اشخاص در انعقاد قراردادها و الزام به آن در چارچوب قوانین اختصاص یافته است. نویسندگان حقوق مدنی، با تفسیر مبانی این ماده، آن را مبنای تأسیس اصل حاکمیت اراده، یا اصل حاکمیت اراده یا اصل آزادی قراردادها در حقوق ایران قلمداد کردند. به موجب این ماده قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کردند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد نافذ است.

عده‌ای از حقوقدانان معتقدند این ماده از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه اقتباس گردیده است عده‌ای دیگر این عقیده را مورد تردید قرار داده‌اند معتقدند این اصل در فقه دارای سابقه دیرینه‌ای است و قانون‌گذار به پیروی از فقه امامیه اقدام به تأسیس این نهاد در قانون مدنی ایران کرده است.<sup>۲</sup> زیرافقیهان امامیه، دست کم در مبحث شرط، از همین اصل<sup>۳</sup> پیروی می‌کرده‌اند و عقد صلح در مقام معامله وسیله تأمین آزادی اراده در قراردادها بوده است. گروهی از مفسران و فقیهان نیز وفای به همه عقود را که بر خلاف اخلاق و عقل و شرع نباشد واجب دانسته‌اند. با وجود این، به نظر می‌رسد که ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه نیز الهام بخش نویسندگان قانون مدنی قرار گرفته است و نفوذ حقوق اروپایی را در این زمینه نباید انکار کرد.<sup>۴</sup>

۱. مهدی صاحبی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، چاپ اول، ص ۵۵

۲. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران

۳. المومنون عند شروطهم: امام خمینی، کتاب بیع، جلد ۱، ص ۸۵

۴. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، ص ۱۴۵



قبل از تصویب ماده ۱۰ ق.م در نظام حقوقی ما به تبعیت از نظر عده‌ای از فقهای شیعه قرارداد وقتی معتبر بود که در قالب عقود معین تنظیم می‌کردند و اگر قرار دادی تحت نام عقد معینی بوجود آمد اعتبار نداشت.

در نتیجه اشخاص سعی می‌کردند کلیه توافقات را که در قالب عقود معین نمی‌گنجید در قالب عقد صلح تنظیم کنند. با تأسیس ماده ۱۰ ق.م عنصر قانونی جایگاه اراده طرفین و اصل آزادی قراردادها در حقوق مدنی ایران تست گردیده است. با نگرش به مجموعه نهادهای حقوق مدنی ایران ملاحظه می‌شود اراده طرفین در طیف بسیار وسیعی در عقود معین و غیر معین پذیرفته شده است.<sup>۱</sup>

## مبحث دوم: آشنایی با ماهیت اراده و رابطه قصد و رضا

### گفتار اول: مفهوم شناسی

#### بند اول: مفهوم اراده

#### الف: ریشه اراده

اهل لغت، اراده را از دو ماده «رود»<sup>۲</sup> و «رید»<sup>۳</sup> به معنای خواستن و قصد داشتن آورده‌اند.

#### ب: تعاریف اراده:

#### ۱. قرآن

در فرهنگ قرآن واژه اراده به کار نرفته است اما مشتقات این ماده به دو معنای «مبدأ فعل» و «منتهای آن» است و در معنی دوم به مفهوم «حکم» بوده و تنها اراده خداوند را شامل می‌شود؛ مانند آیه شریفه «إنما یرید الله لیذهب عنکم الرجس اهل البیت و یطهرکم تطهیراً»<sup>۴</sup>

#### ۲. علم کلام

اراده صفتی است که رجحان یکی از دو امر مقدور بر دیگری را اقتضا می‌کند.<sup>۵</sup>

۱. سایت حقوقی میزان

۲. لسان العرب. جلد ۵، ص ۳۶۵

۳. النهایه فی غریب الحدیث. جلد ۲، ص ۲۸۸

۴. مفردات الفاظ القرآن الکریم/ ۳۷۱

۵. عیوب الاراده فی الشریعه الاسلامیه، ص ۲۱

### ۳. فلسفه

عبارت است از شوق و کشش یافتن به امری که آدمی آن را درک می‌کند... و سرانجام، آن امری که درک و شناسایی شده است یا مورد عمل قرار می‌گیرد و یا آنکه ترک می‌گردد و نیز از «اراده» به ابتهاج (شادمانی) و رضایت و به عبارت دیگر به شوق اکید تعبیر شده است.<sup>۱</sup>

### ۴. فقه

در متون فقهی - چه امامیه و چه عامه - از اراده تعریفی جدای تعریف قصد ارائه نگشته است (که خواهد آمد).

### ۵. حقوق

۱. در حقوق، علاوه بر قانون، اراده از مبنای اعتبار قرار داد شمرده شده است و قانون منشأ حاکمیت و تجدید اراده می‌باشد. منشأ اراده، روان انسان است و مقصود از اراده در اصل حاکمیت اراده، اراده انشایی است.<sup>۲</sup>

۲. در حقوق اراده، حرکت نفس به طرف کاری معین پس از تصور و تصدیق منفعت آن است و اعم از قصد انشا است.<sup>۳</sup> به عنوان مثال، شخصی یک کالا را در مغازه‌ای می‌بیند، در درونش میل به تملک آن پیدا می‌شود و پس از ارزیابی و ترجیح منافع خرید آن، علاقه به مالکیت آن به وجود می‌آید، این مرحله در اصطلاح حقوقی «رضا» نام دارد. فروشنده هم پس از اطلاع از اراده و تقاضای خریدار، آن را در صفحه ذهن خود منعکس می‌کند و اگر فروش آن را به سود خود دید..... معامله را می‌کند، لکن برای تحقق خارجی عقد نیاز به ابراز اراده انشایی ندارد.

۳. اراده در اصطلاح حقوق ایران به معنای خواستن است؛ اما در شرط روانی معامله یا ایقاع، بر اساس بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، اراده به دو حالت جداگانه درونی «رضا» و «قصد (قصد انشا)» تفکیک شده است. اراده گاه مجموع قصد و رضا و گاه منحصر به قصد انشا می‌باشد.<sup>۴</sup>

### ج: اقسام اراده

#### ۱. اراده انشایی

۱. علی اصغر صائم، نشریه حقوق‌آموزه‌های فقهی (الهیات و حقوق)، شماره ۹ و ۱۰ ص: ۹۰.

۲. مهدی شهیدی، حقوق مدنی، جلد ۱، ص ۵۵-۵۶.

۳. ترمینولوژی حقوق، ص ۲۴ ذیل واژه اراده.

۴. مهدی شهیدی، حقوق مدنی، جلد ۱، ص ۵۵.

عبارت است اراده بروز یافته طرفین عقد و یا یکی از آنها در ایقاعات و التزامات به اراده واحده که با ایجاب و قبول حاصل می‌شود.

در حقوق فرانسه از این اصطلاح حقوقی به «volonte dedclaree» تعبیر می‌شود و آن را اراده معلنه نیز گفته‌اند؛ یعنی اراده‌ای که قصد متعاقدين را بر انجام عمل حقوقی با شرایط قانونی به نحوی که آثار حقوقی بر آن مترتب باشد، آشکار می‌سازد.

از چنین اراده‌ای گاه به نوشتار و گاه به طور شفاهی پرده برداشته می‌شود، بروز چنین اراده‌ای گاه صریح و گاه ضمنی است که البته اراده انشایی ضمنی باید از میزان ظهوری برخوردار باشد که بتواند منشأ پیدایی عقد واقع شود؛ بنابراین اراده انشایی زمانی قابل تصور است که در بیرون نمود بیابد که گاه این اراده با اراده باطنی (داخلی) همخوان و در مواردی هم با آن مخالف است که در آن صورت مدعی باید این مخالفت را ثابت کند (اراده حقیقی و اراده ظاهری)<sup>۱</sup>

## ۲. اراده باطنی (اراده حقیقی)

اراده‌ای که در نفس وجود پیدا کرده و هنوز ابراز نشده باشد خواه ابراز آن بوسیله الفاظ ایجاب و قبول باشد یا بوسیله اشاره یا نوشته یا فعل. در مقابل اراده ظاهری بکار می‌رود. در این معنی اصطلاح بالا ترجمه *volonte intime* در حقوق فرانسه است.<sup>۲</sup>

## ۳. اراده ظاهری (اراده خارجی)

هر گاه اراده (در عمل حقوقی) ابراز شده باشد آنرا اراده خارجی گویند و این ترجمه اصطلاح *volonte declaree* می‌باشد و در واقع اراده خارجی بمعنی اراده اظهار شده داست (در مقابل اراده حقیقی بکار می‌رود) به عبارت دیگر اراده ظاهری را اراده مکشوف به کاشف از قصد انشاء را گویند یعنی مدلول کاشف از قصد انشاء را اراده ظاهری نامیده‌اند خواه مطابق با تمام خصوصیات اراده خطور کرده در خاطر باشد خواه نباشد.<sup>۳</sup>

۱. دکتر محمد علی طاهری و مسعود انصاری، دانشنامه حقوق خصوصی، ص ۱۵۷

۲. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۲۴

۳. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۲

### بند دوم: ویژگی اراده

اراده: قائم به نفس است؛ معلول تصور و تصدیق است؛ کیفیتی نفسانی است؛ دارای وجود ذهنی می‌باشد؛ از آن‌جا که قائم به نفس اراده کننده است، دارای وجود خارجی می‌باشد؛ امری بسیط است؛ اراده عارض بر نفس است و نفس قابل تجزیه نیست؛ لذا قصد هم تجزیه ناپذیر است.<sup>۱</sup>

در این جاست که بسیاری از حقوق دانان معتقدند که چون اراده بسیط و تجزیه ناپذیر است، تفکیک آن به دو عنصر قصد و رضا ممکن نیست. لیکن قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه، قصد و رضا را دو عنصر مستقل دانسته است.<sup>۲</sup>

### بند سوم: مراحل شکلگیری اراده

۱. مرحله خطور و تصور: ابتدا تصویر خودرو و فروش آن در ذهن نقش می‌بندد و مورد ادراک قرار می‌گیرد. این مرحله، آزادی نیست و به طور قهری انجام می‌گیرد؛ یعنی اراده و اختیار در تحقق این مرحله نقشی ندارد؛ به دو دلیل: اول آن که با مراجعه به وجدان می‌توان به قهری بودن خطور پی برد. علاوه بر این در صورت ارادی بودن این مرحله، تسلسل پیش می‌آید.<sup>۳</sup>

۲. مرحله سنجش یا تصدیق: در این مرحله تصورات گوناگونی که به ذهن خطور کرده مورد ارزیابی و سنجش قرار می‌گیرد تا از میان آنها یکی برگزیده شود. در مثال مزبور پس از خطور خانه و فروش آن به ذهن، شخص جنبه‌های مختلف آن را بررسی و آثار گوناگون آنرا از جهت سود و زیان و دیگر نتایج اقتصادی و اخلاقی ارزیابی و مفید بودن آن معامله را تصدیق می‌کند.<sup>۴</sup>

۳. مرحله تصمیم و رضا: در این مرحله طرف معامله پس از سنجش و ارزیابی فروش خانه و تصدیق به مفید بودن آن شوق به ایجاد آن و تمایل به انجام معامله پیدا می‌کند. این مرحله را که در اصطلاح علم معقول شوق می‌گویند در اصطلاح علم حقوق رضا می‌نامند.<sup>۵</sup>

۱. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی. تأثیر اراده در حقوق مدنی. ص ۴۵

۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی. جلد ۱ ص ۲۵۹

۳. مهدی شهیدی حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات ص ۱۲۹-۱۳۱

۴. مهدی شهیدی. حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات ص ۱۲۹-۱۳۱

۵. مهدی شهیدی. حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات ص ۱۲۹-۱۳۱

این تمایل و شوق با تصمیم و عزم ملازمه دارد؛ یعنی با پیدایش میل و رضا به تحصیل مورد معامله، عزم و تصمیم - که در علم معقول به آن شوق مؤکد می‌گویند - به انجام عمل حقوقی جهت به دست آوردن موضوع معامله ایجاد می‌شود. برخی حکیمان این حالت را اراده و قصد می‌نامند.<sup>۱</sup> تا این مرحله، هنوز از قصد انشای معامله نشانی نیست و بر خلاف آن چه گاه تصور می‌شود، تصمیم مذکور غیر از قصد انشاست؛ چون این تصمیم خالق و سازنده عقد نیست و صرفاً آمادگی روانی برای ایجاد عقد در آینده می‌باشد.

۴. مرحله اجرای تصمیم: تمایل و شوقی که به دنبال سنجش و ارزیابی در انسان پیدا می‌شود او را به سوی اجرای عملی آن به حرکت در می‌آورد. در این مرحله معامله کننده برای انشای عمل حقوقی آماده شده و با امضای مندرجات سند معامله یا ابراز لفظی، قصد درونی خود مبنی بر ایجاد عقد را ابراز می‌کند. این مرحله که مهمترین مرحله از مراحل عمل ارادی است در روند انجام عمل حقوقی نیز مهمترین مرحله بوده قدرت خلاقه و سازنده اراده را نشان می‌دهد. با انجام این مرحله عمل حقوقی محقق شده و آثار آن پیدا می‌شود.<sup>۲</sup>

با تحلیل مراحل چهارگانه فعالیت روانی تمایز بین رضا و قصد نیز آشکار می‌شود. رضایت در اعمال حقوقی همان میل و شوقی است که در مرحله تصمیم و پس از مرحله سنجش و ارزیابی و قبل از مرحله قصد و اجرای عملی تصمیم حاصل می‌شود، ولی قصد انشاء یا قصد ایجاد اثر حقوقی آخرین مرحله از مراحل چهارگانه و بعد از مرحله رضا و تصمیم ایجاد می‌شود.

ذکر این نکته مفید است که برخی از دانشمندان مرحله سوم یعنی مرحله شوق مؤکد را اراده و قصد نامیده و تحقق انشای امر معاملی را در این مرحله دانسته‌اند بر اساس این نظر مرحله چهارم، عملی است خارجی که بعد از اراده واقع می‌شود. به نظر می‌رسد مرحله چهارم از مراحل فعالیت روانی بوده و اراده در این مرحله به حد وجوب می‌رسد و جایگاه انشاء امر معاملی نیز همین مرحله است. برخی حکیمان اسلامی این مرحله را نیرو محرکه یا عزم مصمم نامیده‌اند.<sup>۳</sup>

## بند چهارم: انواع اراده

### الف: کلیات

۱. مهدی شهیدی. حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات ص ۱۲۹-۱۳۱

۲. مهدی شهیدی. حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات ص ۱۲۹-۱۳۱

۳. جلیل قنواتی مجله علوم انسانی «حوزه و دانشگاه» شماره ۲۰ ص ۸۹

## ۱. فقه

در فقه به اراده ظاهری و باطنی به عنوان دو چهره اراده اشاره شده است. برخی اراده مظهره و مضمهره را به کار برده‌اند.<sup>۱</sup> ولی با توجه به حاکمیت قاعده فقهی «العقود تابعه للقصود»<sup>۲</sup> و اعتبار نیت در فقه اسلامی و هم چنین برخی از فروع فقهی در باب اقرار، نظریه اراده باطنی در فقه قوی‌تر به نظر می‌رسد.

## ۲. حقوق ایران

در حقوق ایران اراده در عرصه قراردادها خود را به دو صورت نشان می‌دهد:

- ۱- اراده باطنی (واقع یا حقیقی): ناظر به تمام فعل و انفعالات درونی شخص نسبت به امر خارجی است.
  - ۲- اراده انشایی (خارجی یا اعلامی): اعلام امر دورنی در عالم خارج به عنوان حقیقت خارجی است.<sup>۳</sup>
- اراده باطنی امری درونی و نفسانی است و به تنهایی اثری در عالم حقوق و اجتماع ندارد؛ لذا برای توافق دو اراده لازم است و به نحوی ابراز شود؛ به عبارت دیگر برای انعقاد عقد دو امر لازم است:
- ۱- قصد و رضا: اراده حقیقی (قصد انشا)؛
  - ۲- آن چه بر اراده حقیقی دلالت کند: اراده انشایی: لفظ و ایجاب و قبول (ابراز اجرای تصمیم).

از آن جا که ماهیت اراده، اختطاری قلبی است که قهراً پس از تصور و تصدیق دقیق حاصل می‌شود و مقرون به عمل عضوی از اعضای بدن می‌باشد. اختطار قلبی مزبور تا وقتی منتهی به عمل خارجی نشود، اراده داخلی است و هنگامی که منتهی به عمل خارجی شد، اراده خارجی می‌باشد.<sup>۴</sup>

## ب: انواع آن

### ۱. اراده باطنی

۱. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد ۱، ص ۱۲۱  
 ۲. جلیل قنواتی، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱ ص ۲۱۱-۲۱۰ و علی محمد مدرس، قاعده العقود تابعه للقصود مجله کانون وکلا، شماره ۵۴ ص ۷۰  
 ۳. خورسندیان و ذاکری نیا (محمدعلی، حانیه) مجله حقوقی «مطالعات فقه و حقوق اسلامی» شماره ۱، ص ۷۹  
 ۴. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی ص ۴۴

به این معناست که با توجه به حاکمیت قاعده فقهی العقود تابعه للقصود مبنای عقود از امور قلبی است و اراده ظاهری اعتبار خویش را از اراده باطنی دریافت می‌کند به عبارت دیگر پایه اصلی عقود از نظر فقها اراده باطنی است نه اراده ظاهری بنابراین اراده امر درونی و نفسانی است.<sup>۱</sup>

## ۲. اراده ظاهری

به این معناست که اراده باید جنبه ظاهری داشته باشد و جنبه درونی و قلبی مورد نظر نمی‌باشد لذا تا زمانی که اراده اعلام نشود و ظهور پیدا نکند اثر حقوقی ندارد به خاطر این که افراد با قصد و نیت درونی یکدیگر آشنا نیستند و تا زمانی که شخص این قصد و نیت درونی را ظاهر نکند نمی‌توان برای این اراده اثر حقوقی در نظر گرفت؛ به عبارت دیگر چون معیار مناسبی جهت شناخت اراده باطنی در دست نمی‌باشد و از طرفی برای مصون ماندن از معاملات از خطر تغییر یا تقیید اراده لذا تنها ضابطه تشخیص اراده را اراده ظاهری می‌دانند لذا این طور برداشت می‌شود که منظور از اراده، اراده ظاهری می‌باشد.<sup>۲</sup>

به طور مثال در مواردی از کنوانسیون از جمله ماده ۱۸ و ۲۴ با توجه به مطالب گفته شده در مورد ایجاب و قبول این طور می‌توان برداشت کرد که منظور از اراده، اراده ظاهری است.<sup>۳</sup>

## ۳. اراده تلفیقی

به آیه معناست که از یک طرف با توجه به قاعده فقهی (العقود تابعه للقصود) قانون گذار این را پذیرفته است که مبنای عقود از امور قلبی است و همچنین اراده ظاهری اعتبار خویش را از اراده باطنی دریافت می‌کند ولی از طرفی هم بدیهی است که خواسته‌های باطنی بی آنکه جنبه بیرونی یابد به تنهایی اثر حقوقی نخواهد داشت چون وقتی توافق دو اراده حاصل می‌شود که طرفین از نیت درونی هم آگاه شوند به این معنا که اراده باید احراز گردد تا مؤثر قرار گیرد و این ظهور اراده به معنای بی اعتبار بودن تصمیم شخص نیست.<sup>۴</sup>

۱. دکتر ناصر کاتوریان. قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی صفحه ۱۹۸-۱۹۹ و قاعده فقهی العقود تابعه للقصود

۲. دکتر مهدی شهیدی. حقوق مدنی. تشکیل قراردادها و تعهدات صفحه ۲، ۱

۳. ماده ۱۸ و ۲۴ کنوانسیون وین ۱۹۸۰

۴. دکتر جعفر جعفری لنگرودی. تأثیر اراده در حقوق مدنی صفحه ۴۴ و ماده ۱۹۱ قانون مدنی

## گفتار دوم: رابطه قصد و رضا

### بند اول: قصد

### الف: مفهوم و جایگاه قصد

#### ۱. جایگاه قصد

همگی فقها قصد متعاقدين را بر تحقق مدلول عقد، امری مسلم می‌دانند لیکن خطای برخی این است که قصد را از شرایط متعاقدين گرفته‌اند؛ در حالی که از مقومات عقد است؛ به گونه‌ای که مفهوم عقد بدون قصد محقق نمی‌شود.<sup>۱</sup> برای مثال بیع عبارت از انشای ساده نیست؛ چه انشا را به معنی ایجاد بگیریم و چه به معنای اظهار امر نفسانی به وسیله ابراز. علاوه بر این بیع عبارت از صرف اعتبار نفسانی بدون اظهار در خارج نیست؛ بلکه حقیقت بیع عبارت است از: اعتبار نفسانی که در خارج به وسیله‌ای ابراز می‌شود خواه عرف و شرع آن را امضا کنند یا نه. در سایر امور انشایی نیز چنین است. لذا عقد و ایقاع با عقد- که فعلی نفسانی است که به وسیله‌ای ابراز شده است- ایجاد می‌شوند و اگر یکی از این دو عنصر نباشد، محقق نمی‌شود. از مجموع آن چه بیان شد روشن است که باید در عرصه حقوق داخلی، بین قصد انشا در اعمال حقوقی و قصدی که مقنن آن را موضوع یک اثر حقوقی قرار می‌دهد بدون آن که صفت خلاقیت داشته باشد مانند قصد جرم، تفکیک کرد.<sup>۲</sup>

قصد انشا، نقطه اوج رضای نفسانی در عقود یا ایقاعات است و قصد نتیجه عمل حقوقی در حال تجلی خود، قصد انشاست. قصد اگر تجلی خارجی نیابد، اغراض و دواعی است و گاه نیز به آن «قصد شخصی» گویند؛ اما وقتی تجلی یافت، قصد انشا می‌شود.<sup>۳</sup>

#### ۲. مفهوم قصد

#### قصد در معنای لغت

به معنای در پیش گرفتن راه<sup>۴</sup> برخورد دقیقتر به هدف. آوردن شیء موردنظر، عزم و توجه به سوی چیزی به کار رفته است.<sup>۵</sup>

۱. امام خمینی، البیع جلد ۲ ص ۳۷ و ۳۸

۲. دکتر جعفر جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ص ۳ و ۴

۳. دکتر جعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی ص ۱۶۳

۴. مفردات، ص ۴۱۹

۵. لسان العرب شماره ۳۶۴۲۵



### برخی قصد را در دو معنای عام و خاص تعریف کرده‌اند:

- ۱- معنی عام: مصمم شدن به انجام یک عمل حقوقی از قبیل اقرار، بیع و ... خواه تصمیم گیرنده رضایت به اقدام خود داشته باشد، خواه رضایت نداشته باشد.
- ۲- معنی خاص: قصدی که نیروی خلاق دارد و می‌تواند یک یا چند اثر حقوقی را در ظرف اعتبار ایجاد کند و در هر عقد یا ایقاعی باید وجود داشته باشد (به خلاف قصد اخبار)<sup>۱</sup>  
از نظر ایشان قصد مدلول عقد (قصد انشا) رکن عقد محسوب می‌شود لیکن وقتی در جهت مخالف مصالح عمومی قرار می‌گیرد فاقد نیروی خلاقه می‌شود.<sup>۲</sup> اما چنانچه بعضی دیگر گفته‌اند قصد، عنصر سازنده عقد می‌باشد و بر اساس حاکمیت اراده در اعمال حقوقی نقشی ممتاز در تحقق عقد دارد؛ قانون هرگز موجد و سازنده عقد یا ایقاع نیست. آنچه در حوزه دخالت قانون قرار دارد تعیین الگوهای عقود و ایقاعات و مشخص کردن آثار و احکام هر یک از آنهاست. این الگوها همان ماهیت‌های حقوقی است که با اراده انسان محقق می‌شوند.
- اراده و قصد بدون نیاز واقعی به تأثیر ابزار و حرکات مادی سازنده عمل حقوقی است؛ چرا که عمل حقوقی امری اعتباری است نه موجود مادی تا برای ساخته شدن نیاز به علل و اسباب مادی داشته باشد.<sup>۳</sup>

### قصد در اصطلاح

۱. عبارت است از عزم متوجه به انشای التزام و تعهد و منظور از عزم به شئی، اراده قلبی و عقد قلبی بر آن است.<sup>۴</sup>
۲. قصد، مصمم شدن به انجام عمل حقوقی است، تصمیم گیرنده از اقدام خود راضی باشد یا نه. قصد هر یک از طرفین، عنصر اصلی و سازنده عقد است که در مرحله اجرای تصمیم محقق می‌شود و وجه مشترک همه عقود و ایقاعات است.<sup>۵</sup>

### فقیهان امامیه می‌گویند:

۱. ترمینولوژی حقوق ص ۵۴۶: ذیل واژه «قصد انشا»
۲. دکتر جعفر جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی. ص ۷
۳. مهدی شهیدی، حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات ص ۳-۱۳۲
۴. قاموس المحيط، ج ۴، ص ۱۵
۵. جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ص ۵۴۵/شماره ۴۳۱۹

الف. قصد باید به ابتدای عمل مفروض باشد. آن قسمی از قصد که قبل از ابتدای عمل حاصل شده است عزم نامیده می‌شود و اعتباری ندارد و اثری بر آن مترتب نیست. (مقصود شهید از عمل، همان ایجاب و قبول لفظی یا کتبی یا اشاره‌ای است)

ب. شوق مؤکدی که منشاء عمل خارجی می‌شود به اعتبار درونی بودنش، نیت و به اعتبار رفع نمودن تردید، عزم و به اعتبار پایداری و استقامتش، قصد نامیده می‌شوند.<sup>۱</sup>

### در تفسیر لازم در اعمال حقوقی گفته می‌شود.

در جملات انشایی سه نوع قصد باید وجود داشته باشد تا عمل حقوقی انشائی محقق شود: قصد لفظ، قصد معنای لفظ و قصد انشا و ایجاد معنا. آنچه که در عالم حقوق منشأ اثر می‌شود قصد انشائی عقد است که در مرحله چهارم از مراحل فعالیت روانی تحقق پیدا می‌کند و با توجه به قدرت خلاق و سازنده خود، وجودی اعتباری را به وجود می‌آورد. طرف معامله با پیدایش شوق مؤکد به انجام معامله با قصدسازنده خود مضمون عمل حقوقی را در عالم اعتبار ایجاد می‌کند؛ به عبارت دیگر قصد، عزم متوجه به انشای التزام یا انشای دیگر آثار حقوقی است. برخی حقوقدانان در تعریف قصد می‌گویند: «اراده» Le Volente عبارت از خواستن امری است و بر دو قسم است: اراده حقیقی و اراده انشائی. اراده حقیقی نوعی فعالیت دفاعی است که به وسیله یک رشته تحریکات عصبی به وجود می‌آید و امری را می‌خواهد. حقوقدانان این اراده را به پیروی از حقوق اسلام «قصد انشاء» تعبیر می‌کنند. از این توضیحات روشن شد که مراد از قصد مورد لزوم در عقود و ایقاعات قصد انشاء است. لذا گفته می‌شود: عقد واقع نمی‌شود مگر به قصد انشاء.<sup>۲</sup>

### ب: شرایط قصد

از میان مباحثی که حقوقدانان در این زمینه ارائه کرده‌اند، بیان لنگرودی کامل‌تر به نظر می‌رسد. ایشان در تأثیر اراده در حقوق مدنی شروط قصد انشا را از این قرار می‌داند:<sup>۳</sup>

۱. قدرت ایجاد: قاصد مالک آن چه قصد انجام عمل حقوقی بر آن دارد، باشد

۱. آیة‌الله خوئی سید ابولقاسم، تقریرات درس اصول فقه، ج ۱، ص ۸۹

۲. لنگرودی، ترمینولوژی حقوق شماره ۴۳۱۹ برخی نیز از سه نوع قصد در انجام عمل حقوقی یاد می‌کنند: مرحله قصد لفظ، مرحله قصد مراد استعمالی، مرحله قصد جدی و مرحله چهارم مرحله تحقق خارجی منشأ

۳. سید حسن امامی، حقوق مدنی جلد ۱ ص ۱۸۱-۱۸۰

۲. قصد انشا مقرون به کاشف باشد: الفاظ، افعال، کتابت، اشاره، سکوت

۳. تمییز

۴. عدم اجبار

۵. فقدان برخی اشتباهات<sup>۱</sup>

**بند دوم: رضا**

**الف: مفهوم و جایگاه رضا**

**۱. جایگاه رضا**

گروهی از فقهای امامیه قصد و رضا را تحت عنوان کلی «اختیار» می‌آورند و آن را از شرایط متعاقدين می‌شمارند و منظور از آن را «قصد وقوع مضمون عقد از روی طیب نفس در خارج» می‌دانند که مقابل کراهت و عدم رضا است نه مقابل جبر و الجاء. اگر مقابل جبر باشد، عقد مکره به دلیل خالی بودن از قصد، موضوعاً خارج از مفهوم عقد است؛ و مراد از قصد مفقود در مکره، قصد وقوع اثر عقد و مضمون آن در عالم واقع و عدم طیب نفس است نه عدم اراده معنی از کلام خود گروهی دیگر مقصود از اختیار را «رضا» می‌دانند.<sup>۲</sup>

که به معنی «قصد به وقوع مضمون عقد از روی طیب نفس» است. برخی تا حدی پیش رفته‌اند که افعال اضطراری، اجباری و اکراهی را «اختیاری» می‌دانند زیرا عقل برای دفع افسد به فاسد، انجام آن‌ها را بر خلاف میل انسان «انتخاب» می‌کند و از همین جهت است که ایشان شوق مؤکد را از عناصر اراده ندانستند. با این تحلیل صرف اختیار و قصد از نظر عقلی سازنده عقد است اما بنای عقلا و اجماع و ادله نفوذ عقد، وجود اکراه را «مانع» نفوذ می‌داند نه آن که عدم آن شرط صحت عقد باشد.<sup>۳</sup>

**۲. مفهوم رضا**

**رضا در معنای لغت**

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی تأثیر اراده در حقوق مدنی ص ۹۸-۱۰

۲. مصباح الفقاهه جلد ۳ ص ۴۱۸ و ۴۲۳

۳. امام خمینی البیع جلد ۲ ص ۵۵-۷

موافقت، سرور قلب در مقابل سخط و کراهت، طیب نفس و اختیار به کار می‌رود.<sup>۱</sup> دو واژه دیگر از مشتقات ماده «رضی»، رضاء و تراضی است. تفاوت سه واژه رضاء، رضاء و تراضی این است که رضاء به معنای طیب نفس یا دیگر معانی ذکر شده، صفتی نفسی است که در آن مشارکت وجود ندارد بلکه یک نفر و یا بیش از یک نفر آن را به وجود می‌آورند. رضاء اسم برای رضاء است اگرچه برخی گفته‌اند رضاء از باب مفاعله و مشارکت در آن وجود دارد، اما واژه تراضی.<sup>۲</sup>

حقیقت در مشارکت است و تنها در صورتی وجود پیدا می‌کند که دو رضا یا بیشتر محقق شود.<sup>۳</sup>

### رضا در معنای اصطلاحی

۱. میل و اشتیاق معامله کننده به انجام عمل حقوقی است؛ یعنی هنگامی که منافع و مضار مورد معامله سنجیده شده و منافع بر مضار برتری داده شده باشد در نفس انسان اشتیاق و تمایل و طیب نفس نسبت به مالکیت آن کالا پیدا می‌شود، به این اشتیاق که همان مرحله سوم از مراحل فعالیت روانی است رضا گفته می‌شود. شوق و میلی که در مرحله سوم از مراحل فعالیت روانی به وجود می‌آید ممکن است از میل نفسانی و خودجوش و از روی طیب نفس یا شوق و تمایل عقلانی باشد. به منظور تبیین این مطلب توجه به این نکته لازم است که اعمال حقوقی مانند عقد زمانی در عالم حقوق به وجود می‌آیند که مراحل چهارگانه فعالیت روانی را طی کنند، بدون گذراندن این مراحل، قصد و انشائی که عنصر اصلی و سازنده عمل حقوقی است به وجود نمی‌آید و با فقدان یکی از مراحل مزبور قصد و انشاء غیر ممکن و محال می‌شود، اما این نکته مشکلی را در فقه ایجاد می‌کند و آن وضعیت حقوقی معامله اکراهی است. بدون شک در معامله اکراهی رضاء، میل و طیب نفس وجود ندارد و با وجود این فقیهان عقد اکراهی را محقق می‌دانند اگرچه آن را غیر نافذ تلقی می‌کنند. به تعبیر دیگر، فقیهان بر این اعتقادند که در معامله اکراهی قصد انشاء یعنی مرحله چهارم از مراحل فعالیت روانی محقق می‌شود بدون اینکه رضا و شوق که مرحله سوم از مراحل چهارگانه است وجود داشته باشند و این امر بر اساس مطلب بالا محال و غیر ممکن است؛ بنابراین، نباید قصد انشاء را به وجود اکراه

۱. ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۹ ص ۱۶۶۳ و تفسیر آیه ۳ سوره مائده

۲. جامع احکام القرآن، ج ۵، ص ۱۵۳ قرطبی در تفسیر آیه «الا ان تكون تجارة عن تراض» می‌گوید: تراضی

در مصدر باب تفاعل است؛ زیرا تجارت بین دو نفر محقق می‌شود؛ یعنی از رضای دو نفر ناشی می‌شود»

۳. ذکر این نکته لازم است که تراضی مصدر باب تفاعل است که برای مشارکت حقیقی بین دو طرفی که در انجام عملی مساوی هستند به کار می‌رود، بر خلاف مشارکت در باب مفاعله که تعلق فعل به فاعل به نحو غلبه و کثرت است.

محقق دانست و به ایجاد و انشای عقد معتقد گردید؛ زیرا با فقدان مرحله سوم؛ یعنی مرحله رضا نوبت به مرحله چهارم یعنی قصد انشا نمی‌رسد.

در پاسخ از این اشکال باید گفت: رضایت و شوق بر دو نوع است: رضایت و میل طبیعی و خودجوش و رضایت عقلی؛ زیرا اراده محرک به عمل، زمانی به فعل تعلق می‌گیرد که متناسب و ملائم با یکی از قوای درونی انسان باشد. این هماهنگی و تناسب موجب می‌شود که نفس تمایل و اشتیاق به انجام عمل پیدا کند. زمانی که این شوق، شدت و تأکید پیدا کند علت تامه برای اقدام انسان به انجام عمل می‌شود. گاهی هماهنگی و تناسب با قوای طبیعی مانند قوه بینائی، شنوائی و چشایی برقرار می‌شود و زمانی هماهنگی و تناسب با قوه عاقله ایجاد می‌شود. در برخی موارد هماهنگی و تناسب با هر دو قوه یعنی قوه عقلی و طبیعی برقرار شده عمل ارادی ایجاد می‌شود و در مواردی تنها هماهنگی با یکی از این دو قوه وجود دارد. به عنوان مثال، در صورتی که شخص بیماری، ماده غذایی لذیذی را که برای او زیانبار است مصرف کند هماهنگی با قوه طبیعی وجود دارد در حالی که با قوه عقلی ناسازگار و منافی است. در مواردی نیز هماهنگی با قوه عاقله وجود دارد در حالیکه منافی و ناسازگار با قوه طبیعی است؛ مانند بیماری که داروی تلخی را برای بهبودی خود مصرف می‌کند.

بنابراین، در تمام حالات بالا عمل ارادی انسان زمانی محقق می‌شود که مراحل مختلف فعالیت روانی از جمله شوق و رضا نیز که مرحله سوم از مراحل چهارگانه است به وجود آید اگرچه شوق و میل مزبور ممکن است عقلی یا طبیعی باشد. عمل حقوقی ناشی از اکراه نیز تمام مراحل مزبور را طی کرده با قصد انشای مکره به وجود می‌آید و مرحله رضا نیز که مرحله سوم است محقق می‌شود. البته رضا و شوق در معامله اکراهی رضا و شوق عقلانی است و رضای خودجوش و طبیعی در آن وجود ندارد؛ بنابراین، در معامله اکراهی تصور تصدیق، شوق و قصد یعنی چهار مرحله لازم در هر عمل ارادی وجود دارد و تنها در مرحله سوم به جای شوق طبیعی، اشتیاق عقلی پیدا می‌شود. شخص مکره از آنجایی که ضرر ناشی از انجام معامله را کمتر و آسانتر از ضرر ناشی از اکراه می‌بیند از میان آن دو، به حکم عقل یکی را برمی‌گزیند و میل و شوق عقلی او را به قصد انشای آن عمل حقوقی سوق می‌دهد

باید به این نکته توجه داشت که اگرچه چهار مرحله فعالیت روانی در معامله اکراهی وجود دارد، اما رضایتی که برای نفوذ و ترتیب اثر معاملات و اعمال حقوقی ضروری و لازم است رضای طبیعی و خودجوش است. شارع و مقنن رضای ناشی از طیب نفس و رضای طبیعی را برای تأثیر انشاء شرط

کرده است و از آنجا که در معامله اکراهی شوق و رضایت طبیعی وجود ندارد معامله غیرنافذ بوده برای نفوذ نیاز به الحاق رضایت طبیعی معامله کننده است؛ بنابراین، منظور از رضا در معاملات رضای طبیعی و طیب نفس است، نه رضای عقلانی. به همین جهت یکی از دانشمندان علوم اسلامی در تعریف رضا می‌گوید: رضا ثمره محبت است و حب در مقابل کراهت عبارت از میل طبع به امری که ملائم با آن است برخی فقیهان اسلامی نیز رضا را «امتلائی اختیار» یعنی منتهی درجه اختیار تعریف می‌کنند به گونه‌ای که اثر آن در ظاهر شخص به صورت انبساط وجه و مانند آن پیدا می‌شود.<sup>۱</sup>

## ۲. در اصطلاح حقوقی

حقوقدانان نیز رضا را به «میل قلب به طرف یک عمل حقوقی که سابقاً انجام شده یا الان انجام می‌شود یا بعداً واقع خواهد شد» تعریف می‌کنند.<sup>۲</sup> در همه این تعاریف منظور از رضا میل و شوق طبیعی ناشی از طیب نفس است و همچنین شوق و تمایل است که در حقوق منشاء اثر می‌باشد و فقیهان اسلامی نیز در فقه معاملات، چنین معنایی از رضا را مورد نظر دارند. اگرچه برخی رضا را اعم از شوق عقلی و طبیعی می‌دانند.<sup>۳</sup>

۳. رضا یکی از حالات اثرپذیری ذهن است و بر خلاف قصد انشاء جنبه خلاقیت ندارد؛ بدین جهت رضا به تحقق امری را نمی‌توان موجد آن امر دانست؛ اگر چه زمینه را برای حرکت اراده در جهت محقق ساختن آن امر فراهم می‌سازد. لذا بر خلاف آنچه در قوانین مدنی برخی کشورها نظیر فرانسه وجود دارد، رضا به تشکیل عقد، نمی‌تواند سازنده عقد باشد هر چند وجود آن برای نفوذ عقد لازم است.<sup>۴</sup> منظور از رضا در معنای مطلق و به عنوان شرط اعتبار عقد، میلی است که در حالت عادی و بدون ورود فشار خارجی در شخص طرف معامله برای تشکیل عقد پیدا می‌شود که می‌توان آن را «رضای آزاد» نامید. در عین حال میل حاصل از دخالت فشار خارجی را نیز می‌توان نوعی رضا دانست که با لحاظ فشار خارجی در مرحله سنجش حاصل می‌شود. بدین جهت طبق ظاهر ماده ۱۹۹ قانون مدنی میل ناشی از فشار «رضای» حاصل از اکراه نامیده شده است.<sup>۵</sup>

## ب: ادله حجیت رضا

۱. الا ان تكون تجارة عن تراض «نساء، آیه ۲۹» «انما البیع عن تراض»

۲. دکتر جعفر لنگرودی، ترمینولوژی حقوقی، ص ۳۳۵، ش ۲۶۸۳

۳. اصفهانی، حاشیه مکاسب، ج ۲، ص ۴۰

۴. مهدی شهیدی، حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات جلد ۱ ص ۱۳۴-۱۳۲

۵. مهدی شهیدی، حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات جلد ۱ ص ۱۷۳

ادله حجیت رضا در فقه امامیه<sup>۱</sup> از این قرار عنوان شده است:

### ۱- ادله نقلی

- الف- آیه «... الا ان تکون تجاره ان تراض...»  
 ب- روایات: «لا یحل مال امری مسلم الا ان طیب نفسه»  
 پیامبر (ص) در حدیث رفع: ما اکره (استکرها) علیه  
 پیامبر (ص): «لا یحل لاحد ان یتصرف فی مال غیره بغیر اذنه»  
 ۲- اجماع  
 ۳- بنای عقلا

### بند سوم: مقایسه قصد و رضا

#### الف: ۱. وجوه اشتراک قصد و رضا

۱. هر ۲ از ارکان و عناصر اراده هستند.<sup>۲</sup>  
 ۲. بر اساس نظریه عدم تفکیک قصد و رضا هر دو ملازم با یکدیگرند به این صورت که نمی‌توان تصور کرد که شخصی قاصد انجام کاری باشد و مرتبه‌ای از رضا و میل قلبی نداشته باشد.<sup>۳</sup>

#### ۲. وجوه افتراق قصد و رضا

- ۱- تفاوت در ماهیت: همگی فقها معتقدند که قصد و رضا دو موجود نفسانی جدا هستند؛ مگر محقق اردبیلی در شرح ارشاد.<sup>۴</sup>  
 ۲- قصد، قدرت خلاقه دارد و سبب ایجاد اثر حقوقی می‌شود؛ عنصر سازنده عقد است و منحصرأ مربوط به امور اساسی عقد است؛ قصد از امور انشایی است. در حالی که رضا قدرت خلاقه ندارد و صرفاً شرط اعتبار و نفوذ عقد است؛ آن چه اهمیت دارد این است که برای جریان آثار عقد، لازم است طرفین به تشکیل آن راضی باشند.  
 ۳- رضا می‌تواند به گذشته، حال و آینده تعلق گیرد؛ به این معنا که میل قلب است به طرف یک عمل حقوقی که سابقاً انجام شده است یا اکنون انجام می‌شود و یا بعد واقع خواهد شد؛ اما قصد انشا

۱. مرتضی انصاری، المکاسب؛ جلد ۱ ص ۲۵۳-۲۵۵

۲. مریم آقایی مجله فقه و اصول، «فقه و مبانی حقوق» دانشگاه آزاد بابل شماره ۱ صفحه ۸۸

۳. مریم آقایی مجله فقه و اصول، «فقه و مبانی حقوق» دانشگاه آزاد بابل شماره ۶ صفحه ۱۱۴

۴. محمد جعفر لنگرودی تأثیر اراده در حقوق مدنی ص ۴۴

تنها به زمان حال تعلق دارد چون انشا یعنی ایجاد و نمی‌توان چیزی را پیش از ایجاد، به وجود آورد و از آن جا که قصد انشا در زمان حال اثر دارد، موجود ناشی از آن نیز در زمان حال شکل می‌گیرد.<sup>۱</sup>

### ب: ۱. تجزیه اراده به قصد و رضا

برخی از فقها با تفکیک قصد و رضا از یکدیگر، این نظریه را پذیرفته‌اند که معامله اکراهی اگر چه همه مقدمات انشای یک عمل حقوقی مانند تصور فایده، میل و اراده را دارا می‌باشد ولی فاقد رضایت و طیب نفس است. به اعتقاد آنها شخص مکره در واقع قصد انشا یعنی قصد ایجاد اثر حقوقی معین را دارد ولی غرض او رفع تهدید مکره است؛ به عبارت دیگر مکره با این که قصد دارد اما رضایت ندارد.

قایلین به نظریه تفکیک اراده با استناد به آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ»<sup>۲</sup> رشاء را در آیه به معنای طیب نفس دانسته و چنین استدلال کرده‌اند که رضا در آیه نمی‌تواند به معنای قصد و اراده یا ملازم با آن باشد زیرا شارع در صدد تمایز بین اسباب صحیح و باطل انتقال است و با عدم تحقق عقد به سبب عدم قصد، دیگر مجالی برای تقسیم اسباب انتقال به صحیح و فاسد باقی نمی‌ماند. علاوه بر این، عقد از امور قصدی است که توسط کاشف خارجی اظهار می‌گردد از این رو صدور عقد از شخص غیر فاسد ممکن نیست. اگر مراد از رضا در آیه، قصد و اراده یا ملازم آن دو باشد نیازی به ذکر آن نبود زیرا از لفظ تجارت این معنا استفاده می‌شود. به هر حال به عقیده این صاحب نظران فعل شخص مکره از افعال اختیاری است که دارای همه مقومات اراده به جز رضا و طیب نفس است. به بیان دیگر، در صدق عنوان عقد وجود دو امر ضروری است. ۱- قصد لفظ ۲- قصد وقوع مدلول آن در خارج؛ اما برای نفوذ عقد، شرط سومی هم لازم است که همان اراده انجام فعل ناشی از طیب نفس است. آنچه در عقد مکره وجود ندارد همین شرط سوم یعنی رضاست. از این رو بعد از رفع اکراه و امضای معامله با رضای بعدی مکره، عقد نافذ می‌شود

یکی دیگر از بزرگان شیعه که نظریه اتحاد و ملازمه قصد و رضا را نپذیرفته است و بر تفکیک آن دو تأکید دارد امام خمینی (ره) است. ایشان درباره اختیار به عنوان یکی از شرایط متعاقدين می‌نویسد: «اختیار را قصد به مضمون عقد از روی طیب نفس دانسته‌اند ولی من معتقدم که تمام افعال صادره از روی توجه و اراده مسبوق به اختیار است و نهایتاً اختیار گاهی به خاطر تناسب و توافق شی با تمایلات

۱. محمد جعفر لنگرودی تأثیر اراده در حقوق مدنی. ص ۲۴ و ۹۴ و ۹۵ و ۱۰۵

۲. سوره نساء، آیه ۲۹



فاعل است که در این صورت شخص بدان شوق و رغبت دارد و آن را بر می‌گزیند و گاهی مخالف امیال اوست که در این صورت مکروه و مبعوض وی می‌شود.<sup>۱</sup>

نظریه تفکیک و دوگانه بودن قصد و رضا در بین علمای اهل سنت هم طرفدارانی دارد. محمد ابو زهره معتقد است که اساس عقد، اراده عاقد است و این اراده دو عنصر دارد: اختیار و رضا. او اختیار را قصد عملی که شخص قادر بر انجام آن است، می‌داند. خواه این عمل کلام باشد یا غیر کلام. به اعتقاد وی اختیار در عقود عبارتست از قصد نطق به وسیله عباراتی که انشا کننده می‌گوید. این قصد در سه حالت مورد بررسی قرار می‌گیرد:

(الف) حالت قصد معنای عقود با رضا و رغبت به احکام و آثار آن.

(ب) حالت قصد تلفظ به وسیله عباراتی که گوینده به کار می‌برد، بدون قصد احکام و آثار آن مانند هازل.

(ج) حالت قصد لفظ به عبارت عقد و تحت تأثیر اکراه. در این حالت اختیار وجود دارد زیرا نسبت به فعل مقدور، قصد موجود است اگر چه رضا وجود ندارد بنابراین، اختیار به معنای مذکور با هزل و اکراه منافات ندارد؛ اما رضا به معنای پذیرش عقد و رغبت به آن، به مجرد قصد عباراتی که گوینده با آنها عقد را انشاء می‌کند به وجود نمی‌آید. پس رضا مجرد قصد نیست، در حالی که اختیار مجرد قصد است. رضا در صورتی وجود پیدا می‌کند که قصد کاملی در نفس به وجود آید و رغبت محقق شود.

قانون مدنی ایران نیز به تبعیت از فقه امامیه، نظریه تفکیک را پذیرفته است. ماده ۱۹۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

- قصد طرفین و رضای آنها.
- اهلیت طرفین.
- موضوع معین که مورد معامله باشد.
- مشروعیت جهت معامله.

منظور از قصد در بند یک، قصد انشای عقد است. با هم آمدن قصد و رضا در یک بند اگر چه موهم وحدت ماهیت آن دو است اما با تحلیل مراحل روانی اراده و تفاوت وضعیت عقد فاقد هر یک از این دو و احکام و مقررات مربوط در سایر مواد روشن می‌شود که قصد و رضا دو ماهیت متفاوت هستند. ماده ۱۹۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن

۱. امام خمینی، البیع، جلد ۲ ص ۵۵

به چیزی که دلالت بر قصد کند». ماده ۲۰۳ قانون مدنی می‌گوید: «اکراه موجب عدم نفوذ معامله است اگر چه از طرف شخص خارجی غیر از متعاملین» و نیز در ماده ۳۴۶ می‌خوانیم: «عقد بیع باید مقرون به رضای طرفین باشد».

یکی از حقوقدانان ایرانی با بیان این مطلب که قانون مدنی به پیروی از نظریه مشهور در فقه امامیه تفکیک بین قصد و رضا را پذیرفته است می‌گوید: «این که در عقد مکره قصد وجود دارد، ولی رضا مفقود است نظریه مشهور فقهاست که بر آن اشکالاتی وارد است. نتیجه همه اشکالات این است که صدق عنوان عقد بر عقد مکره نه تنها محرز است بلکه طبق قواعد و مبانی حقوق نمی‌توان به آن عنوان عقد داد.<sup>۱</sup> وی که پیش از این معتقد بود مطالعات حقوق مدنی بدون تفکیک قصد و رضا محکم و منظم نیست ادامه می‌گوید: «البته عملی که بین طرفین صورت گرفته قابل اصلاح است و راه اصلاح این است که قصد انشای مکره فاقد قدرت خلاق است، اما قصد انشای طرف دیگر عقد اکراهی هیچ نقصی ندارد؛ بنابراین، مانعی ندارد که آن را به صورت ایجابی تلقی کنیم و اجازه بعدی را قبول بدانیم و عقد از تاریخ صدور اجازه واقع گردد.<sup>۲</sup> حقوقدان مزبور همچنین می‌گوید: «به نظر ما با عدول از نظرسابق (تفکیک قصد و رضا) قصد انشا چیزی جز اعلام رضا به منظور ترتیب اثر دادن از تاریخ اعلام نیست و به این ترتیب تفکیک رضا از قصد انشا که اکثر فقهای متأخر معتقدند وجهی ندارد و نظر قدما فقه درست است.<sup>۳</sup>»

بنابراین، نظریه تفکیک بین قصد و رضا در فقه اسلام به ویژه فقه امامیه طرفداران زیادی دارد و بر اساس همین نظریه است که نکات زیر مورد پذیرش آنان است:

۱. رضا از امور انشائی نبوده و طبیعت آن مقتضی انشای اثر حقوقی نیست. برخلاف قصد انشاء که طبیعت و ماهیت آن مقتضی انشای حقوقی است. به تعبیر دیگر رضا قدرت خلاقه و سازندگی ندارد در حالی که قصد انشا عنصر سازنده و خلاق است که اثر حقوقی را در عالم اعتبار ایجاد و انشا می‌کند.

۱. محمد جعفر لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ش ۲۴۶

۲. محمد جعفر لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ش ۵۲۷ - ۵۲۸

۳. محمد جعفر لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ش ۲۴۶

۴. محمد جعفر لنگرودی، ترمینولوژی حقوقی، ش ۷۱۷، ص ۹۲؛ همچنین محمد جعفر لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ش ۵۲۷ - ۵۲۸

۲. متعلق رضا ممکن است در گذشته واقع شده باشد یا در زمان حال یا آینده موجود شود. در حالی که قصد انشا در زمان حال تحقق می‌پذیرد و به گذشته تعلق نمی‌گیرد؛ زیرا انشا به معنای ایجاد است و نمی‌توان امر گذشته‌ای را اکنون ایجاد کرد.

۳. ممکن است رضا در قلب معامله‌کننده حاصل شود بدون اینکه به مرحله انشا برسد؛ یعنی با وجود رضا، قصد انشا حاصل نشود. معامله ناشی از چنین رضائی هیچ گونه اثر حقوقی ندارد. البته رضای مالک در این صورت مانع از حکم به ضمان منافع می‌شود؛ زیرا تصرفات مسبوق به رضای مالک، تصرف عدوانی موجب ضمان نیست.

۴. ممکن است قصد انشا بدون وجود رضای لازم در معاملات محقق شود. این در صورتی است که یک نوع رضای عقلی مقدم بر قصد انشا به وجود آید؛ بنابراین، رضای لازم در معاملات، رضا و میل طبیعی است و وجود رضا و میل عقلی موجب نفوذ عقد نمی‌شود.

۱. برخی از مواردی که در فقه اسلام، رضای بدون قصد انشا مورد بحث فقیهان قرار گرفته عبارت است از:

۱. در زمانی که عقد فضولی مقرون به رضای مالک است، ولی مالک رضای خود را اظهار و انشا نکند.

۲. مطابق آرای برخی فقیهان در عقود اذنی طرفین رضایت دارند، ولی قصد انشا ندارند.

۳. یکی از فقیهان امامیه می‌گوید: «زمانی که وکیل مستغنی می‌شود رضای انشائی موکل به علت انفساخ عقد وکالت زایل می‌شود، ولی از جانب موکل یک رضای غیر انشائی باقی می‌ماند که وکیل به استناد آن در امور موکل مداخله می‌کند.

۴. گروهی از فقیهان بر این اعتقادند که در عقود اذنی داد و ستد وجود ندارد و اثر آنها اباحه، سلطه بر تصرف و نگهداری است. به همین جهت در عقود مزبود قصد انشا وجود ندارد و در واقع این اعمال حقوقی، عقد نیست؛ زیرا در عقد قصد انشاء لازم است. به دلیل فقدان قصد انشا ممکن است در این عقود، قبول مقدم بر ایجاب باشد؛ زیرا قبول جنبه تبعیت و پیروی از ایجاب ندارد بلکه رضای قابل در این موارد در عرض رضای موجب است.

یکی از مواردی را که می‌توان رضای بدون قصد انشا را در آن مشاهده کرد، مسأله ای است که فقها در بحث بیع فضولی تحت عنوان «الرضا الباطنی التقديری» مطرح کرده‌اند.<sup>۱</sup> و آن این است که

۱. امام خمینی، البیع، جلد ۲ ص ۹۹

در معامله‌ای که مقارن رضا و طیب نفس مالک باشد اما اذن صریح یا تلویحی از سوی مالک درباره آن معامله وجود نداشته باشد، آیا معامله، فضولی و نیازمند اجازه بعدی مالک است یا نه؟ اگر چه بزرگانی چون آیت الله حکیم و آیت الله نائینی رضای باطنی را کافی ندانسته و در صحت چنین معامله اجازه بعدی مالک را نیز لازم می‌دانند اما برخی قائل به صحت این معامله و کفایت رضایت باطنی هستند. شیخ انصاری معتقد است که به صرف رضای باطنی عقد از فضولی بودن خارج شده و نیازی به اجازه لاحق ندارد زیرا مناط صحت عقد رضای واقعی است؛ بنابراین عموماً «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل این مورد نیز می‌شود.<sup>۱</sup>

امام خمینی نیز قائل به صحت چنین معامله‌ای شده و رضای باطنی را کافی دانسته است. به اعتقاد وی از آنجا که عقد فضولی یک عقد عقلایی است و بالحقوق اجازه مالک، عقدی لازم و صحیح در نزد عقلا می‌شود، بنابراین برای حکم به فساد آن باید ردع و منعی از شارع رسیده باشد و چون ردعی از شارع نرسیده، حکم به صحت و لزوم چنین عقدی می‌کنیم؛ بنابراین عموماً «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل مورد بحث هم می‌شود چون با این عموماً فقط معامله اجنبی خارج می‌شود اما معاملات مأذون از سوی مالک یا مورد رضایت وی در عموماً داخل‌اند و جزء معاملات صحیح و لازم خواهند بود.<sup>۲</sup>

یکی دیگر از موارد حصول رضای بدون قصد انشاء در بحث انفساخ وکالت مطرح می‌شود. به هنگام انفساخ وکالت مثلاً بر اثر جنون یا اغماء رضای انشایی موکل از بین رفته ولی یک رضای غیر انشایی باقی می‌ماند. از این جهت برخی فقها متقدند که بعد از افاقه مجنون و مغمی علیه به خاطر وجود رضای غیر انشایی موکل، وکیل می‌تواند در مورد وکالت تصرف نماید و نیازی به تجدید عقد وکالت نیست. البته صاحب جواهر پس از طرح این مسأله و نقل اقوال مختلف در آن قول به جواز تصرف وکیل بعد از زوال مانع را به صرف داشتن اذن عام از سوی موکل قابل تأمل می‌داند.<sup>۳</sup> یکی دیگر از موارد رضای بدون قصد انشاء در بحث عقود اذنی است. طبق رأی برخی از فقها در عقود اذنی طرفین رضایت دارند ولی قصد انشاء ندارند؛ بنابراین این عقود اذنی در واقع عقد نیستند و در تحقق آنها رضایت باطنی کفایت می‌کند

۱. شیخ مرتضی انصاری، المکاسب، جلد ۳ ص ۳۴۷

۲. امام خمینی، البیع، جلد ۲ ص ۱۰۱

۳. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ۲۷ ص ۳۶۳

در مواردی مثل عاریه، ودیعه، وکالت و مضاربه که از مصادیق عقود اذنی هستند و قوام آنها به اذن مالک است و قبول می‌تواند مقدم بر ایجاب شود زیرا قبول جنبه تبعیت از ایجاب ندارد بلکه رضای قابل در چنین مواردی در عرض رضای موجب است با توجه به مطالب فوق این نکته آشکار می‌شود که تفکیک قصد و رضا در فقه امامیه از سوی برخی بزرگان مورد توجه و تأیید بوده است.

## ۲. عدم تجزیه اراده به قصد و رضا

در مقابل نظریه تفکیک اراده عده‌ای از فقها نیز قائل به وحدت و ملازمه بین قصد و رضا هستند. بر اساس این نظریه اراده یک حالت و کیف نفسانی است بنابراین نمی‌توان آن را به اجزای منفک و جدای از هم تجزیه کرد. حتی اگر نتوانیم آن دو را یک چیز بدانیم لااقل آنها را دو امر ملازم می‌دانیم. به عبارت ساده‌تر نمی‌توان تصور کرد که شخصی قاصد انجام کاری باشد و مرتبه‌ای از رضا و میل قلبی نداشته باشد. این نظریه در بین فقهای امامیه، اهل سنت و حقوق دانان غربی طرفدارانی دارد.

شارح کتاب ارشاد الاذهان در توضیح عبارت علامه حلی که اجازه بعدی ضمیر، مجنون، مست و مغمی را در معاملات موجب صحت ندانسته ولی اجازه مکره را استثنا نموده، می‌گوید: «دلیل این استثنا روشن نیست بلکه ظاهر ادله فقهی در مورد مکره نیز بطلان معامله است زیرا قصد، بلکه رضا نیز وجود ندارد و آنچه از ظاهر «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً مِنْ تَرَاوُعٍ» بر می‌آید، شرطیت رضاست و این نظر فقها که بین معاملات اکراهی و غیر آن فرق گذاشته و کلام مکره را معتبر می‌دانند و می‌گویند رضا وجود ندارد و با آمدن رضایت بعدی، معامله به دلیل تحقق شرطش صحیح می‌گردد، درست نیست زیرا ما در این زمینه اجماع و نصی نداریم و از سوی دیگر اصل و استصحاب نیز بر فساد معامله دلالت می‌کنند؛ اما با وجود این، نظر مشهور فقهای امامیه صحت این معامله است هر چند دلیلی بر این قول وجود ندارد. البته ممکن است نصی در اختیار آنها بوده که ما از آن آگاهی نداریم»<sup>۱</sup>.

در تعبیر دیگری، عدم تفکیک قصد و رضا چنین تحلیل شده است: «بیع ناشی از اکراه، بیع عرفی و شرعی نیست؛ زیرا تحقق بیع عرفی بستگی به اراده انتقال ملکیت و قصد بیعدارد و این امر در معامله اکراهی وجود ندارد. اکراه نه تنها از امور منافی و معارض با ظهور قصد است بلکه حتی موجب

۱. مریم آقایی. مجله فقه و اصول. «فقه و مبانی حقوق» دانشگاه آزاد بابل شماره ۱ صفحه ۸۸

ظهور عدم قصد است. هر گاه تحقق قصد فرض شود بدون شک اکراهی در بین نبوده است اگرچه ممکن است ابتداءً اکراهی صورت گرفته باشد.<sup>۱</sup>

یکی از حقوق دانان عرب در تأیید نظریه عدم تفکیک بین قصد و رضا می‌گوید: «این رضاست که اراده را به سوی امر معینی متوجه ساخته و موجب تعلق اراده به آن می‌گردد و بنابراین با وجود اراده رضا هم فرض می‌شود».<sup>۲</sup> در کنوانسیون نیز تفکیکی از قصد و رضا به عمل نیامده است و با این که قصد، نقش اصلی را در تحقق هر عمل حقوقی دارد در قانون مدنی و حقوق این کشورها به صورت عنصری جدا از رضا ذکر نشده است. به طور خلاصه در حقوق رومی - ژرمنی و کامن لا مراحل اراده و آثار مترتب بر آن بحث و بررسی شده است اما اراده به قصد و رضا تجزیه نمی‌شود و در اصطلاح به مجموع قصد و رضا VOLENT اطلاق می‌شود.<sup>۳</sup>

### ۳. نتیجه تجزیه اراده به قصد و رضا

#### در نتیجه می‌توان به ۴ نکته اشاره کرد

۱. گفته شد که منظور از رضا به عنوان یکی از شروط اعمال حقوقی رضای طبعی و طیب نفس است. این نوع رضا در معامله اکراهی وجود ندارد و به همین جهت معامله مزبور به صورت غیرنافذ منعقد می‌شود و با اجازه بعدی شخص مکره کامل می‌گردد. اکنون این بحث مطرح می‌شود که در معامله اضطراری نیز چنین رضائی مفقود است و بر طبق قاعده باید معامله اضطراری نیز به صورت غیرنافذ منعقد شود و حال آن که هیچ تردیدی در درستی این معامله وجود ندارد.

دلیل درستی معامله اضطراری با فقدان چنین رضائی چیست؟ فقیهان امامیه در پاسخ به این پرسش دو نظریه را مطرح ساختند. بر اساس یک نظریه تفاوت بیناکراه و اضطرار تفاوتی در ماهیت بوده و ثبوتی است. به موجب نظریه اول اکراه سبب منتفی شدن رضا می‌شود و به این وسیله شرط نفوذ معامله را از بین می‌برد. در حالی که در اضطرار رضا مفقود نمی‌شود. به همین جهت مضطر پس از انجام عقد، از صمیم قلب و با طیب نفس از معامله مزبور خوشحال است در حالی که در اکراه چنین طیب نفس و خوشحالی وجود ندارد. به تعبیر دیگر هم در معامله اضطراری وهم معامله اکراهی شوق و

۱. جلیل قنواتی، مجله مجموعه علوم انسانی «حوزه و دانشگاه» شماره ۲۰، ص ۱۰۱

۲. مریم آقایی، مقاله «تجزیه اراده و نقش آن در تنفیذ معاملات اکراهی» ص ۱۱۶

۳. مهدی شهیدی، حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۱۳۴

رضای عقلانی وجود دارد، اما در معامله اضطراری بر خلاف معامله اکراهی علاوه بر شوق عقلانی، شوق و میلطبعی و طیب نفس هم وجود دارد بنابراین، تفاوت آنها ثبوتی و ماهوی است.<sup>۱</sup>

بر اساس نظریه دوم که طرفدارانی مانند امام خمینی و محقق اصفهانی دارد، رضایت و طیب نفس در مورد مضطر و مکره به یک نحو وجود دارد؛ زیرا مراد از طیب نفس و شوق در این نظریه، همانمیل و شوقی است که به دنبال آن اقدام عملی پیدا می‌شود و این میل ممکن است میل نفسانی - ملائم با طبع انسان - یا میل عقلانی - ملائما عقل انسان - باشد و در اکراه و اضطرار طیب نفس عقلی وجود دارد؛ بنابراین، هیچ یک از اضطرار و اکراه از جهت رضایت مشکلی پیدانمی‌کنند بلکه مشکل از جهت دلایل شرعی پیدا می‌شود؛ یعنی در مقام اثبات و با توجه به مفاد ادله شرعی، شارع عقد اکراهی را نافذ ندانسته، در حالی که هر عقد اضطراری اثر حقوقی بار کرده است. با این توجیه هرگاه عنوان اکراه صدق کند حکم به عدم نفوذ معامله می‌شود و در صورت تحقق عنوان اضطرار حکم به نفوذ معامله می‌شود.<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد تفاوت اضطرار و اکراه ثبوتی بود در اضطرار بر خلاف اکراه طیب نفسطبعی وجود دارد. این تفاوت را با مراجعه به وجدان می‌توان احساس کرد.

۲. از آنجایی که اکراه شوق و میل طبیعی را که شرط نفوذ اعمال حقوقی است، از بینمی‌برد، هرگونه معامله اکراهی به صورت غیرنافذ، منعقد می‌شود اما حکم عدم نفوذ در مواردی است که اکراه سبب سلب اراده معامله کنندگان نباشد.<sup>۳</sup> بنابراین در مورد اکراه شدیدی که به حد اجبار رسیده و اراده مکره را به طور کلی از بین ببرد، به دلیل فقدان قصد، معامله باطل خواهد بود. در این وضعیت معامله اکراهی، همانند معامله شخصمست و بیهوش یا معامله از روی شوخی فاقد قصد انشا است.

۳. برخی فقیهان از نوعی رضا به نام رضای معاملی سخن می‌گویند. در اینجا مناسب است به اختصار این اصطلاح فقهی را تبیین کنیم. اصطلاح رضای ثانوی یا رضای معاملی در مقابل اولی یا رضای ذاتی و نفسی، عبارت از حداقل رضایی است که برای نفوذ معاملات لازم است.<sup>۴</sup>

۱. «محقق ابروانی در تبیین این مطلب می‌گوید: فرق مکره و مضطر این است که مکره قصد تسبیب و رضا نداشته و فقط قصد انشاء دارد. در حالی که مضطر هم قصد انشا و هم قصد تسبیب و رضا دارد» ابروانی، حاشیه بر مکاسب، ص ۱۱۰

۲. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۲، ص ۵۵

۳. جلیل قنواتی، مجله مجموعه علوم انسانی «حوزه و دانشگاه» شماره ۲۰، ص ۱۰۵

۴. سید محمد کاظم یزدی، حاشیه بر مکاسب، ص ۱۲۰

گروهی از فقیهان که تفاوت اکراه و اضطرار را اثباتی می‌دانند بر این اعتقادند که در معامله اضطراری و اکراهی نوعی رضا به نام رضای ثانوی یا عقلانی یا به تعبیرمعاملی وجود دارد و مضطر و مکره با ملاحظه ضرر کمتر و نفع بیشتر در یکی از دو طرف انجام و عدم انجام معامله، نسبت به یک طرف تمایل پیدا کرده و نه به عنوان اولی، بلکه به عنوان ثانوی و با تمایلی عقلانی، ضرر کمتر را بر می‌گزیند. تمایل و شوق در این وضعیت را تمایل عقلی و یا رضای معاملی می‌نامند. در نظر اینان، این نوع از رضایت برای نفوذ معامله شرط است.

بر اساس این نظریه شرط نفوذ معامله، رضا و طیب نفس ذاتی نیست بلکه نوعی رضایت است که ممکن است - حتی - در نتیجه اضطرار و اکراه به دست آید. در واقع رفع تهدید و ضرر این اکراه و اضطرار، خود، داعی اختیار و رضای معاملی اراده‌است.<sup>۱</sup>

بر این اساس، رضای معاملی امری غیر از طیب نفس ذاتی و قصد است؛ زیرا قصد از صفات فعلی نفس و به تعبیری عمل نفس است و رضا و طیب نفس از صفات انفعالی نفس است در حالیکه رضای معاملی در مقابل امتناع و خودداری است خواه این نوع رضایت ناشی از مقاصد نفسانی باشد یا در نتیجه الزام ملزم و اکراه مکره حاصل شود. البته این مطلب روشناست که این نظریه در مقابل نظریه مشهور فقیهان امامیه است که رضایت اولی و طیب نفس ذاتی را شرط نفوذ معاملات می‌دانند. ۴. به علاوه با تأمل در عموماتی چون «تجارة عن تراض» متوجه تفکیک بین قصد که موجب تحقق عقد می‌شود و رضا که موجب نفوذ معامله می‌شود، خواهیم شد؛ زیرا اگر مراد از رضای مطرح در آیه همان قصد باشد، نیازی به تکرار دوباره آن نبود چرا که با واژه «تجارة» وجود قصد مسجل شده و نیازی به آوردن عبارت «عن تراض» احساس نمی‌شود؛ بنابراین از این که دو واژه «تجارة» - که در بردارنده قصد است، چرا که تحقق تجارت منوط به قصد می‌باشد- و «عن تراض» در آیه آمده است، می‌فهمیم که قصد و رضا دو عنصر متفاوت‌اند و باید قائل به تفکیک آن دو شد. از این رو در معاملات اکراهی بخاطر تحقق قصد با رضای بعدی مالک حکم به صحت کرده و در واقع رضای لاحق موجب تصحیح و تنفیذ عقد می‌گردد.

۱. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۸۱



**بند چهارم: نتیجه رابطه قصد و رضا**

اراده، مجموع قصد انشا و رضاست. آن چه در قصد مهم است، این است که قصد، قصد انشا باشد؛ فلذا صرف قصد اخبار اگر چه مقرون به رضا باشد، کافی برای تحقق عقد نیست. به علاوه بر اساس ماده ۱۹۱ قانون مدنی ایران، قصد انشا باید مقرون به کاشف باشد؛ بنابراین اراده در دو چهره باطنی و ظاهری نمود می‌یابد که با لحاظ ماده مذکور و ماده ۱۹۶ قانون مدنی در صورت تراحم این دو چهره، عقد تابع اراده واقعی (باطنی) طرفین خواهد بود؛ گر چه مقنن از لزوم حفظ نظم معاملات نیز غافل نبوده و در مواردی هم چون ماده ۲۲۴ قانون مدنی، الفاظ عقود را محمول بر معانی عرفیه می‌داند. رضا نیز صورت غالب یکی از سه قوه شهویه، عاقله و غضبیه است که از آن به شوق مؤکد در مراحل شکل‌گیری اراده تعبیر می‌شود؛ لذا گفته می‌شود در صورتی که ضرورت عقلی عملی در ذهن محرز باشد، اگر چه به آن میلی نباشد، رضا حاصل است.

علی‌رغم این که با بررسی مراحل شکل‌گیری اراده و وجوه افتراق قصد و رضا در می‌یابیم که قصد و رضا دو مفهوم مجزا هستند و به عنوان دو عنصر مستقل در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ذکر شده‌اند لکن این قصد است که عنصر سازنده عقد می‌باشد و رضا تنها شرط اعتبار آن محسوب می‌شود. با این اوصاف، عقد در حالت فقدان قصد، باطل و در صورت فقدان رضا، غیر نافذ خواهد بود.

**گفتار سوم: بررسی تطبیقی قصد و رضا در حقوق ایران. فقه امامیه و کنوانسیون****بند اول: حقوق ایران**

در قانون مدنی ایران، قصد و رضای طرفین معامله به عنوان یکی از شرایط اساسی معاملات در بند ۱ ماده ۱۹۰ محسوب شده است و احکام و مقررات آن به تفصیل در مواد ۱۹۱ به بعد همین قانون آورده شده است.<sup>۱</sup>

از آن جا که قصد و رضا با هم در یک بند ذکر شده‌اند، القای ابتدایی ذهن، یکی بودن ماهیت قصد و رضا را می‌رساند و یا این که دو جزء از یک شرط باشند؛ اما با تحلیل مراحل فعالیت دماغی شخص تا انجام معامله و تشخیص مرحله پیدایش هر یک از قصد و رضا و با توجه به نقش متفاوت این دو در عقد و تفاوت وضعیت عقد در صورت فقدان هر کدام از قصد و رضا، به علاوه احکام و

---

۱. قانون مدنی ایران

مقررات مربوط در مواد ۱۹۱ به بعد قانون مدنی، می‌بینیم که این قانون به پیروی از فقه امامیه نظریه تفکیک میان قصد و رضا را پذیرفته است. نتیجه آن که قصد و رضا دو ماهیت متفاوتند و هر یک در حقیقت تشکیل دهنده یک عنصر از عناصر لازم برای اعتبار عقد می‌باشند.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد علت درج دو عنصر قصد و رضا در یک بند، تطبیق بی جهت ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران و سایر مقررات مربوط با ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه و مواد مربوط دیگر این قانون از جهت تعداد شرایط اساسی معاملات است.<sup>۲</sup> لنگرودی معتقد است به جای شرایط اساسی صحت، «عناصر عمومی عقود» عنوان شود؛ چون برای مثال در عقود عینی، قبض نیز شرط صحت می‌باشد.<sup>۳</sup>

### بند دوم: فقه امامیه

فقها شرایط صحت معامله را در دو دسته کلی شرایط متعاقدين (قصد و رضا در زمره این دسته می‌باشد) و شرایط عوضین بیان کرده‌اند.<sup>۴</sup> برخی دیگر قصد و رضا (اختیار) را از شرایط متعاقدين می‌دانند ولی در این خصوص تعریفی ارائه نکرده‌اند و تنها اثر فقدان هر یک را بیان کرده‌اند.<sup>۵</sup> گروهی دیگر قصد و رضا را تحت عنوان کلی «اختیار» می‌آورند و از شرایط متعاقدين می‌دانند.<sup>۶</sup>

### بند سوم: کنوانسیون

در حقوق انگلیسی در برخی از نوشته‌ها، قصد و رضا دو عنصر جدا در اعتبار قرارداد ذکر شده‌اند:

- قصد ایجاد روابط حقوقی Intention to create legal relations
- رضایت باید واقعی باشد Consent must be genuine

۱. مهدی شهیدی، حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات جلد ۱ ص ۱۲۶ و جلیل قنواتی حقوق قراردادها در فقه امامیه جلد ۱ ص ۲۳۸-۹

۲. مهدی شهیدی، حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات جلد ۱ ص ۱۲۶

۳. محمد جعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی ص ۳-۱۶۲

۴. جواهر الکلام جلد ۲۲ ص ۲۶۰

۵. امام خمینی البیع جلد ۱ ص ۲۴۹

۶. جواهر الکلام جلد ۲۲ ص ۲۶۰

این در حالی است که در نوشته‌های دیگر، تنها قصد را (بدون ذکر از رضا) به عنوان عنصر یک قرارداد ساده ذکر کرده‌اند:

قصد این که قانوناً ملتزم باشند. Intention to be legally bound

در کنوانسیون: بیان شد که تفکیکی میان قصد و رضا صورت نگرفته است و با این که وجود قصد نقش اصلی را در تشکیل عقد و به طور عام در تحقق هر عمل حقوقی ایفا می‌کند، نامی از آن به صورت عنصر جدای از رضا دیده نمی‌شود و در جایگاه شروط روانی، فقط از رضایت (consentement) نام برده شده است. در نوشته‌های حقوقی گاه از «تراضی» با کلمه «اراده» (La Volonte) یاد شده است؛ آن هم بدون توجه به تمایز قصد انشا از رضا.<sup>۱</sup>

---

۱. مهدی شهیدی، حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات جلد ۱ ص ۱۲۸ و ماده ۱۸ و ۲۴ کنوانسیون



# فصل دوم

مبانی و آثار حاکمیت اراده



## مبحث اول: حاکمیت اراده و آزادی قراردادی

### گفتار اول: اصل آزادی قراردادی

#### بند اول: اصل آزادی قرارداد

##### کلیات

یکی از مفاهیم مذکور برای اصل یاد شده این است که عقود و قراردادها بین اشخاص علی الاصول نافذ است مگر آنکه قانون در مواردی منع کرده باشد. عده‌ای نیز ماده ۱۰ قانون مدنی<sup>۱</sup> را موجد اصل آزادی قراردادها دانسته و اضافه نموده‌اند که فقهای امامیه دست کمدر مبحث شرط از همین اصل به دلالت «المومنون عند شروطهم» پیروی کرده‌اند.<sup>۲</sup> و سه عامل محدود کننده اصل مذکور را قانون (منظور قواعد امری)، نظم عمومی و اخلاق حسنه دانسته‌اند. در تعریف دیگری از این اصل اشاره شده که هرکس می‌تواند به اراده خود تعهدات و قراردادهای الزام آوری را که از لحاظ قانون قابل اجراست و ضمانت اجرایی دارد قبول کند یا از قبول آن امتناع کند. برخی نیز اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی مردم در معاملات (اصل آزادیقراردادها) را یکسان تلقی کرده‌اند.

برخی از نویسندگان حقوقی معتقدند اصل آزادی قراردادها از اصل حاکمیت اراده منعشب شده است. به اعتقاد عده‌ای دیگر قاعده آزادی معاملات نه تنها از روح قانون مدنی بلکه از ماده ۱۰ آن به صراحت استفاده می‌شود. در سایر کشورها نیز اصل آزادی قراردادی از مباحث اصلی حقوق قراردادها را تشکیل می‌دهد. در حقوق انگلیس اصل یادشده به عنوان یکی از اصول اساسی قراردادها مورد تاکید قرار گرفته اما مقرراتقانونی در موارد خاصی از شمول و کلیت اصل کاسته‌اند قضات قرن ۱۹ انگلیس معتقدبودند که از اشخاص دارای اهلیت کامل بایستی برای انعقاد هرگونه قراردادی آزادی داشته باشند و قانون فقط در موارد خاصی که مبتنی بر انصاف است نظیر تدلیس یا اعمال نفوذ

---

۱. قانون مدنی ایران

۲. المومنون عند شروطهم:: امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۸۵

ناروا دخالت نماید و این صرفاً به این دلیل نیست که یک طرف قرارداد از نظر اقتصادی و مالی از طرف دیگر قوی‌تر است بنابراین قراردادهای استاندارد مورد حمایت قرار می‌گرفت هر چند که شرایط آن یکجانبه و از قبل تعیین گردیده بود و واقعاً صدق عنوان توافق بر آنها محل تأمل بود. در مواردی هم که تهیه کننده کالاهای انحصاری چنین قراردادهایی را تنظیم می‌کرد. مشتری می‌بایست قرارداد را با همان شرایط از قبل تعیین شده می‌پذیرد یا از قبول آن امتناع می‌کند که در اغلب موارد عملاً مجبور می‌شد که قرارداد را منعقد سازد مع الوصف به موجب مقررات خاصی از جمله در رابطه با قراردادهای استخدامی دولت عملاً دخالت کرده و اصل آزادی قراردادها مورد تاخت و تاز واقع شده است. در حقوق فرانسه در اواخر قرن ۱۸ و اوایل ۱۹ حقوق قراردادهای متکی به اصل حاکمیت اراده بوده و سؤال اساسی که در این زمینه مطرح شده ایناست که چرا قراردادها نسبت به کسانی که آن منعقد نموده‌اند نافذ است؟ در پاسخ به این سؤال به ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه که مقرر داشته قرارداد قانونیست است استناد شده و استدلال شده که نفوذ و اعتبار قراردادها ناشی از اراده اشخاص است.<sup>۱</sup> تئوری حاکمیت اراده در قرارداد بوسیله دکترین اقتصادی *laissez – faire* و جنبه‌های اخلاقی - به این معنی که فرد باید بهترین قاضی منافع خود باشد - تقویت شده و در حقیقت نتیجه تلاقی دو اراده می‌باشد که لزماً توازن صحیحی از منافع طرفین مضافاً دو نتیجه عملی اصل حاکمیت اراده در قراردادها به شرح ذیل بیان شده است:

- ۱- افراد بایستی برای انعقاد قرارداد یا عدم انعقاد قرارداد آزاد باشند.
  - ۲- افراد بایستی در انعقاد هرگونه و هر نوع قراردادی آزاد باشند و فقط محدودیتهای خاص ناظر بر منافع عمومی مانعی در این طریق به شماره می‌رود
- لذا طرفین قرارداد بر خلاف آنچه در حقوق رم مطمح نظر بود - که البته بعداً نیز مورد تجدید نظر قرار گرفت - مجبور بر انعقاد قراردادهای معین نبوده و حق انعقاد قراردادهای غیر معین را دارند. لازم به ذکر است که در هر دو سیستم حقوق انگلیسی و فرانسه اصل یاد شده و محدودیتهای اعمال شده بر اصل مشابهت دارد برخی دیگر سه نتیجه برای اصل آزادی قرارداد به شرح زیر بیان داشته‌اند:
- ۱- آزادی قراردادی (در انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد)
  - ۲- قدرت تعهد آور قرارداد (نفوذ و اعتبار قرارداد)
  - ۳- اثر قرارداد در ارتباط با طرفین.

۱. ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه



در اصول قراردادهایبازرگانی بین المللی که بوسیله موسسه بین المللی وحدت حقوق خصوصی (UNIDROIT) متشکل از حقوق دانان کشورهای مختلف تنظیم گردیده به اصل مزبور عنایت شده و بیان داشتند که: «طرفین مختارند قرارداد منعقد نمایند و مفاد و محتوای آن را تعیین کنند.<sup>۱</sup> در مواردی هم که به موجب اصل یاد شده قراردادی باطل تلقی می شود نظیر عقد ربویمرحله ثبوتی عقد مطرح می باشد فلذا می توان گفت که اصل حاکمیت اراده و شاخه آن بنام اصل آزادی قراردادها در احراز نفوذ و اعتبار یا بطلان عقد و شرایط ضمن آن مورد استفاده واقع می شود و پس از تشخیص این امر، فایده‌گیری نخواهد داشت.

### بند دوم: اصل آزادی اراده

#### الف: اصل آزادی اراده در فلسفه حقوق

اراده‌یکی از عناصر تشکیل دهنده شخصیت انسان و احترام بهارادهانسان احترامبه شخصیت اوست. ظهور کمال شخصیت هر فرد منوط به این است که آزادیاراده داشته باشد زیرا در سایه آزادیارادهاست که هر فرد می تواند کمالات خود را ظاهر سازد. پس برای این که به شخصیت انسانی احترام گذاشته شود باید بهارادهاو احترام آنها و قانون فقط وظیفه دارد که جلوی تعارض اراده‌ها را بگیرد؛ بنابراین، نباید تکلیفی بر انسان تحمیل کرد مگر این که خود او آن تکلیف را بخواهد و چنین تکلیفی با قانون طبیعت و فقداشته باشد. پس اساس حق و تکلیف مطلقاً اراده افراد است؛ بنابراین، قانون در خدمت اراده افراد است و وظیفه آن، دفع برخورد اراده‌هاست. آراین دیدگاه، اراده خلاق افراد منشاء تمام امور در زندگی اجتماعی و غایت نظام اجتماعی، خدمت به افرادی است که آن اجتماع را تشکیل می دهند. برخی از فیلسوفان براین عقیده هستند که مفهوم آزادیاراده چنان بدیهی است که می توان آن را یکی از متعارف ترین مفاهیم فطری در نهاد انسان دانست.<sup>۳</sup>

از نظر حقوقی، فردگرایان حتی نسبت به قانون از این حیث که حقوق و آزادی‌های فردی را محدود می کند، بدبین هستند؛ به این ترتیب، هر قانونی را از نظر اصول و مشرب فکری خود «بد» می دانند، اما چون به هر حال، نبود قانون نیز ممکن است باعث هرج و مرج و در نتیجه تباهی و زوال حقوق و آزادی‌های خود فرد گردد، ناگزیر به حاکمیت قانون تن درمی دهند؛ اما هدف نهایی آنها این است که

۱. ماده "۱ - ۱" از مقررات عمومی در اصول قراردادهایبازرگانی بین المللی

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ش ۲۵

۳. رنه دکارت. اصول فلسفه، ترجمه‌ی منوچهر صانعی دره‌بیدی ص ۶۷

به تدریج از قلمرو اجرای قانون کاسته و بردامنه ابتکارات و فعالیت‌های فردی افزوده شود. از نظر آنها، اراده‌همانند اندیشه فرد از عناصر شخصیت انسان است؛ قولی را از «کانت» نقل می‌کنند که به خوبی گویای ایناندیشه می‌باشد: «در موردی که شخص درباره دیگری تصمیم می‌گیرد، همیشه امکانی عدالتی می‌رود، ولی هنگامی که او برای خود امری را می‌خواهد، دیگر احتمال وقوع هیچ ظلمی وجود ندارد»<sup>۱</sup>.

نفوذ چنین افکار و اندیشه‌هایی موجب طرح نظریه‌ای شد که در فلسفه حقوق از حیث هدف به «نظریه حقوق فردی یا اصالت فرد» شهرت یافته است. از دیدگاه این مکتب، اشخاص در برابر هم دارای استقلال و آزادیاراده هستند، اما چون گاهی ممکن است همیناراده‌ها به صورت مستقل و آزاد در جامعه با یکدیگر تعارض پیدا کنند، حقوق وظیفه دارد که به تنظیم روابط افراد بپردازد تا همزیستی آنها فراهم شود. قواعدی که افراد به رضا و اراده خود در نتیجه قرارداد اجتماعی به وجود آورده‌اند، هدفشان بسترسازی برای هماهنگی آزادیاراده افراد است. در پرتو چنین اندیشه‌ای عدالت نیز مفهوم ویژه خود را دارد؛ یعنی حقوق بدون توجه به شایستگی و نیازمندی افراد، باید به تنظیم روابط حاکم بر اموالیکه با اراده افراد مبادله شده است، بپردازد؛ دولت هیچ سهمی در توزیع ثروت و سنجش شایستگی‌های افراد ندارد و عدالت به مفهومی که ارسطو و دیگران گفته‌اند، «عدالت‌معاوضی» است.<sup>۲</sup>

با وجود این، اصل استقلال اراده در تحولات فکری انسان تحول پیدا کرد به طوری که جای خود را به بحث‌های تازه‌ای داد<sup>۳</sup> حقوق خصوصی یکی از زمینه‌هایی است که اصل آزادی اراده در آنجا از دیرباز محل بحث بوده است.

### ب: اصل آزادی اراده در حقوق خصوصی

در حقوق عمومی، عامل اجبار و عمل اقتدارگرایانه، نقشی مهم را ایفاء می‌کند و انساندر میان مجموعه‌ای از قواعد آمره (jus cogens) احاطه شده است و در برابرسازمان‌ها، تشکیلات و نهادها ناگزیر از تسلیم و رضایت است، اعمال قوانین عمومی، دولت، پلیس، قضات و مدیران تجلی بخش حقوق عمومی است؛ اما در حقوق خصوصی، در نهایت امر، این اراده آزاد افراد است که شکل‌دهنده روابط

۱. ناصر کاتوزیان، کلیات حقوق «نظریه عمومی»، ص ۱۲۱

۲. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد اول، ش ۱۶۸

۳. محمد جعفر جعفریلنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ش ۴۲

حقوقی است. در این قلمرو فرد در برابر فرد قرار می‌گیرد. در این میان، نفس قرارداد، به مثابه عالی‌ترین مظهر بروز اراده در حقوق خصوصی، در نظرها مجسم می‌شود؛ بنابراین، ابتکارهای فردی و تلاقی‌قصد و رضای طرفین، ترجمان حقوق خصوصی است.<sup>۱</sup>

نفوذ نظریه اصل آزادی اراده در قلمرو حقوق خصوصی منتهی به ستایش اراده آزادانسان و این باور گردید که اراده یگانه منبع تعهدات مدنی است. افراد هنگامی متعهد می‌شوند که خود آن خواسته باشند و این خواهش اغلب در قالب قراردادها متبلور می‌شود. اصل آزادی اراده به عنوان اصل متعالی در تمام روابط ابعاد اجتماعی‌ها مبخش «اصل آزادی قراردادها» بوده است..

در عین حال، اگرچه قرارداد عالی‌ترین مظهر ابراز اراده در حقوق خصوصی است، اما اصل آزادی‌اراده فقط اختصاص به حقوق قراردادها ندارد، به عبارت دیگر در پرتو اندیشه اصل آزادی‌اراده، در مسوولیت مدنی، مسوولیت ناشی از تقصیر است؛ در ارث، ورثه تابع اراده مفروض متوفی هستند؛ در حقوق مالکیت، مالکیت فردی محترم و محدودیت آن امری استثنایی است؛ در امور خانوادگی، طلاق مجاز است.<sup>۲</sup> در حقوق بازرگانی، با تأثیر از اندیشه لیبرالیسم اقتصادی، اشخاص در عرصه تجارت با تشکیل شرکت‌ها می‌توانند آزادانه و بدون مداخله دولت با یکدیگر و حتی با نهادهای دولتی رقابت کنند. با وجود این، برخی از نویسندگان در توصیف اصل یاد شده عنوان کرده‌اند که آزادی اراده آزاد است جز در موارد الزامات قانونی و در تألیف دیگری بیان داشته‌اند که منظور از اصل آزادی اراده این است که هرگاه عقدی واقع شود به جهتی از جهات در نفوذ اراده متعاقدين شک شود از نظر ما باید از اصل آزادی قراردادها استفاده کرد و افزوده‌اند در حقوق ما اصل مزبور یک مبنا مسلم حقوقی است و اختصاص به ماده ۱۰ قانون مدنی ندارد بلکه قلمرو آن بمراتب وسیع‌تر است این برداشت از اصل آزادی اراده به اصل آزادی قرارداد نزدیکتر است اصل آزادی اراده در مفهوم اعم خود محدود به قرارداد نبوده، بلکه ایقاعات و سایر افعال غیر حقوقی را در می‌گیرد.

۱. ابو الفضل قاضی حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، جلد اول ص ۷۲

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی. ص ۲۱

### بند سوم: قلمرو و آثار آزادی قراردادی

هر چند که اصل آزادی قراردادهای از روی ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی و با عنوان یک وسیله مفید در حقوق موضوعه ایران پذیرفته شده است، اما تا جایی این اصل کلی قابل استناد و احترام است که با نظام اجتماعی و حقوقی معارض نباشد. ماده ۱۰ قانون مدنی‌نفوذ قراردادهای خصوصی را منوط به عدم مخالفت صریح با قانون دانسته است. مضافاً بر اینکه ماده ۹۷۵ قانون مدنی نیز بیان می‌دارد:<sup>۱</sup>

محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد؛ اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

از آنجایی که از اصل مذکور نتایج مختلفی حاصل می‌شود لذا قلمرو و اجرا و اعمال اصل آزادی قرارداد در هر مورد متفاوت خواهد بود. چنانچه اصل مزبور به‌عنوان قاعده‌ای که مبین آزادی افراد در انعقاد و عدم انعقاد قرارداد است مورد توجه قرار گیرد قلمرو و اعمال اصل گسترده بوده و شامل کلیه عقود و قراردادهای اعم از معین و غیر معین خواهد بود چرا که افراد آزادند عقود معین یا غیر معین را در روابط حقوقی میان خود مورد توافق قرار داده یا از انعقاد آن استنکاف نمایند؛ اما در صورتی که نتیجه دیگر اصل حاکمیت اراده که همان اعتبار و نفوذ قراردادهای بی نام و غیر معین است مدنظر باشد بدیهی است قلمرو و اعمال اصل نیز محدودند به عقود بی نام خواهد بود؛ اما آنچه در این خصوص قابل ذکر است اینکه کاربرد عمده اصل مذکور در مرحله ثبوتی است به عبارت دیگر در مرحله وجود یا عدم وجود قرارداد به آن استناد می‌شود و پس از احراز وجود و اعتبار خود قرارداد و در ادامه آن یعنی تنظیم روابط حقوقی متعاملین و بررسی آثار و نتایج عقد، اصل مذکور کارایی نخواهد داشت. در تفسیر قراردادهای نیز هر چند به‌اصل حاکمیت اراده یا اصل آزادی قراردادهای تکیه می‌شود لیکن چنین استنادی فقط در مرحله ثبوتی است به عنوان مثال استدلال می‌شود که به استناد اصل حاکمیت اراده آزادی قراردادهای بیمه معتبر و نافذ است اما در خصوص همان قرارداد بیمه‌ای اینک چه آثار و نتایجی برای طرفین و اشخاص ثالث در بر دارد و در مقام اختلاف در تعبیر و تفسیر مفاد قرارداد، اصل آزادی قراردادهای کارایی نخواهد داشت.

۱. ماده ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی ایران

## گفتار دوم: اصل حاکمیت اراده

### کلیات

اصل حاکمیت اراده معمولاً مترادف اصل آزادی قرارداد استعمال شده استبه اعتقاد بعضی حقوق دانان حاکمیت اراده به عنوان یک اصل دو فقه اسلامی که اساس اقتباس مقررات حقوقی ایران است با عنایت معروف «العقود تابعه للقصود»<sup>۱</sup> شناخته شده است و حاکمیت اراده به عنوان یک اصل در ماده ۱۹۱ قانون مدنی.<sup>۲</sup> انعکاس یافته و برای قصد انشاء به عنوان خالق عقد و تعیین کننده توابع و حدود و آثار آن نقش اصلی و تعیین کننده شناخته است و افزوده‌اند که از اصل حاکمیت اراده در اعمال حقوقی آزادی شخص در انشای عمل حقوقی و اینکه مبادرت به تشکیل عقد بکند یا نکند و نیز در انتخاب نوع عقد و تعیین حدود آثار آن و مشروط ضمن عقد نتیجه می‌شود بنابراین از دید این عده اصل حاکمیت اراده در حقوق جدید همان قاعده فقهی العقود تابعه للقصود می‌باشد و در جای دیگری افزوده‌اند که مطابق اصل حاکمیت اراده در قراردادها «العقود تابعه للقصود» اصل تحقق قرارداد و همه آثار و حقوق و تعهدات ناشی از آن «جز آثار ذات عقد» با رعایت شرایط قانونی وابسته به اراده انشاء کنندگان آن است و هرگز قراردادی به شخصیکه آن اراده نکرده است تحمیل نخواهد شد مگر در موارد استثنایی قانونی که مصلحت نظام حکومتی آن را ایجاب کند مانند تحمیل فروش زمین مورد نیاز طرح‌های مصوب دولتی به دولت که طبق مقررات قانونی به مالک آن تحمیل می‌شود که در این مورد در صورت خودداری مالک از انشاء بیع اراده دولت جایگزین اراده مالک می‌شود.<sup>۳</sup>

مفهوم دیگری که برای اصل حاکمیت اراده بیان شده این است که طرفین قرارداد یا معامله می‌تواند در قراردادها و معاملات خود هر چه بخواهد تعهد کنند بنابراین در قراردادها اصل، نفوذ یا صحت است و این اصل جزئی از اصله الاباحه<sup>۴</sup> می‌باشد و افزوده‌اند که اصل حاکمیت اراده حدودی ندارد مگر آنچه مخالف صریح قانون باشد.<sup>۵</sup>

همین عده معنی دومی برای حاکمیت اراده قائل شده و اظهار عقیده نموده‌اند که معنی دیگر حاکمیت اراده یا اصل آزادی مردم در معاملات از جهت صورت این است که امروز لفظ یا الفاظی که

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی. ترمینولوژی حقوق. ص ۷۹۹

۲. قانون مدنی ایران

۳. جواد افتخاری کلیات عقود و تعهدات. حقوق مدنی ۳. ص ۲۹

۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی. ترمینولوژی حقوق. ص ۶۰۷ ش ۴۷۸۵ و سوره نسا آیه ۲۹

۵. جواد افتخاری کلیات عقود و تعهدات. حقوق مدنی ۳. ص ۲۹

طرفین عقد یا معامله استعمال می‌کنند ارزش تشریفاتی معینی ندارد بلکه لفظ و یا الفاظ مزبور کاشف از قصد و رضای طرفین است پس از الفاظ ایجاب و قبول در حقوق امروز تابع قصد است و اضافه نموده‌اند امروز چون بخواهد قراردادها را اجرا یا تفسیر کنند قاضی ملزم نیست که لفظ را به خودی خود مورد توجه قرارداد و مستقلاً آن را ملاحظه کند بلکه باید از حدود الفاظ خارج شده و از تمام مضمون سند و از تمام معلوماتی که از آن جمله در دست دارد استنباط مطلب کند و قصد صاحبان معامله را دریابد براساس نظریه فوق اصل حاکمیت اراده به معنی اصل آزادی قراردادها شناخته شده و از طرفی اصل نفوذ و اعتبار تعهدات با اصل صحت به یک مفهوم پنداشته شده است در حالی که اصل صحت مفهوم دیگری غیر از اصل نفوذ و اعتبار تعهدات دارد و نمی‌توانهر دو را به یک معنی پنداشت.<sup>۱</sup>

پاره‌ای دیگر از نویسندگان بدون ارائه تعریفی از اصل حاکمیت اراده نتایج آن را بیان داشته و معتقدند نتایج اصل یادشده این است که اولاً اشخاص آزادند عقود را که می‌خواهند بین خود ببندند و یا برعکس از قبول هرگونه الزامی خودداری کنند ثانیاً اشخاص آزادند که بر پایه تساوی درباره شرایط عقد به مباحثه بپردازند و محتویات و موضوع آن را تعیینکنند و این دو نتیجه را ناشی از ماده ۱۰ قانون مدنی دانسته‌اند. شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور طی دادنامه شماره ۲۴/۵۵۲ مورخ ۵/۸/۷۲ در پرونده کلاسه ۷۱۷۷/۳ - ۲۴ اظهار نموده که "... اصل حاکمیت اراده افراد در تنظیم قراردادهای خصوصی به موجب ماده ۱۰ ق. م پذیرفته شده است «برخی دیگر نیز اصل حاکمیت اراده را به معنای استقلال اراده<sup>۲</sup> دانسته و نظر داده‌اند که مقصود از حاکمیت قراردادهای خصوصی نیز همین است و معادل تقریبی آن در فقه اصطلاح بوده و سپس اصطلاح اصل حاکمیت اراده را معادل اصل آزادی اراده دانسته و افزوده‌اند که منظور، اراده‌گزینش فعل یا ترک چیزی است و هرگاه الزامی از الزامات قانونی مانع اعمال اراده آدمی نگردد اراده او در فعل و ترک نافذ است و از نظر قانونی قابل ترتیب اثر است خواه در عقود و قراردادهای باشد خواه در ایقاعات و خواه در غیر اینها.

عده‌ای نیز در توضیح اصل حاکمیت اراده یادآور شده‌اند که اصل مذکور یک اصل مهم فلسفی است که نه تنها در زمینه قراردادهای بلکه در دیگر مباحث حقوق و حتی فلسفه و اقتصاد از قرن پیش مطرح و مورد بحث و منشاء اثر بوده است و معتقدند که اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای امروزه اهمیت

۱. حمید بهرامی احمدی. کلیات عقود و قراردادهای حقوق مدنی ۳ ص ۴۱

۲. حمید بهرامی احمدی. کلیات عقود و قراردادهای حقوق مدنی ۳ ص ۴۱

۳. محمد جعفر جعفری لنگرودی. ترمینولوژی حقوق ص ۴۱ ش ۲/۲۲۹ و محمد جعفر جعفری لنگرودی.

تأثیر اراده در حقوق مدنی. ص ۱۹-۳۰

خود را در حقوق حفظ نموده و عقد قرارداد و تنظیم شرایط آن اصولاً آزاد است لیکن هر وقت مصلحت جامعه اقتضا کند دولت دخالت خواهد کرد و آزادی طرفین قرارداد را در راه تأمین مصلحت اجتماعی محدود خواهد ساخت از جمله قوانین مربوط به نظم عمومی محدود کننده اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهاست و اضافه نموده‌اند که قانون مدنی برای تسهیل معاملات و روابط حقوقی مردم ارزش و احترامی بیش از حقوق قدیم برای اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای قائل شده و به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی قراردادهای منعقدیهین اشخاصی هر شکل و عنوانی داشته باشد معتبر شناخته شده‌اند و چهار نتیجه بر اصل حاکمیت اراده قائل شده‌اند.<sup>۱</sup>

الف - فرد در عقد و عدم عقد قرارداد مخیر است و نمی‌توان او را مجبور به بستن قرارداد کرد و اصولاً افراد می‌توانند به میل خود محتوی و آثار قرارداد را تعیین کنند که این آزادی در اصطلاح حقوقی آزادی قراردادی یا آزادی قراردادهای نامیده می‌شود و آن مصداق اساسی و قسمت عمده اصل حاکمیت اراده می‌دانند به موجب این آزادی افراد می‌توانند روابط قراردادی خود را بدان گونه که می‌خواهند تنظیم کنند و مکلف نیستند از نمونه‌هایی که قانون در اختیارشان گذاشته است استفاده کنند ممکن است افراد قراردادی منعقد کنند که جزء هیچیک از عقود معین نباشد. ب. پس از انعقاد قرارداد، اراده متعاقبین باید محترم شمرده شود و مقامات عمومی حق تغییر و تجدید نظر در آثار قرارداد و تعهدات طرفین را ندارند.

ج. از لحاظ شکل، قراردادهای جز در موارد استثنایی تابع تشریفات خاصی نبوده و رضایی هستند. د. - اصل حاکمیت اراده اقتضا می‌کند که در تفسیر قرارداد به آنچه طرفین خواسته‌اند توجه شود الفاظ قرارداد مقدس و قاطع شمرده نمی‌شوند و تا حدی معتبر هستند که مبین اراده واقعی طرفین قرارداد باشند. بطوری که ملاحظه می‌شود اصل حاکمیت اراده در مفهوم اعم از خود شامل عقود و ایقاعات و سایر اعمال انسانهاست در حالیکه در معنی اخص خود ویژه اخص خود ویژه قراردادهای در نظر گرفته شده است.

### ۱. اصل استقلال اراده

این اصطلاح بعضاً مورد استفاده واقع شده و آن را مترادف اصل آزادیاراده و اصل حاکمیت اراده و اصل اباحه دانسته‌اند و افزوده‌اند که فقهاء از این اصل در اثبات مشروعیت عقود بی نام فراوان بهره گرفته‌اند.

۱. سید حسین صفایی. قواعد عمومی قراردادهای ص ۴۷

## ۲. اصل اباحه

به نظر برخی اصل اباحه در قلمرو و اصل آزادی اراده بکار رفته و در عقود و خارج از عقود جریان دارد و جنبه مذهبیدارد و در فرهنگ بشری سابقه قدمت آن بیشتر از اصل آزادی اراده می‌باشد و اساساً اصل اباحه این است که استفاده از آنچه که طبیعت در اختیار بشر نهاده است علی‌الاولی و وصول نیاز به تجویز از طریق قانون آسمانی ندارد مگر اینکه قانون گذار بوضوح در مورد ویژه‌ای استفاده از چیزی را منع کرده باشد و در جای دیگر گفته‌اند که نبودن منع مطلقاً در افعال و تروک و معادل اصل آزادی اراده است و در ترمینولوژی حقوق اشاره شده که معنی اصل مذکور این است که انسان نسبت به اشیاء موجود در خارج حق هرگونه دخل و تصرف را دارد مگر در مواردی که قانون منع کرده‌باشد و این اصل ضامن آزادی اراده افراد در معاملات است و ماده ۱۰ و ۷۵۴ قانونمدنی موید این است در توضیح اصل مذکور (اصاله الاباحه) اشاره شده است که هرگاه در حلال و یا حرام بودن چیزی تردید کنیم اصل اباحه جاری کرده حکم به عدم حرمت می‌دهیم زیرا آنچه نیازمند نص است الزامات قانونی است والا عدم الزامات قانونی احتیاجی به نص ندارد پس اصل در اشیاء قبل از ورود شرع اباحه‌است و افزوده‌اند که بحث در اصل اباحه دایر بین جواز و منع است و ناظر به جواز انتفاع از اعیان خارجه است در مقابل اصل یاد شده اصاله الحظر مورد اشاره قرار گرفته لیکن با مقایسه آن دو برخی تحلیل نموده‌اند که اصل اباحه می‌باشد نه منع و دلیل آن را نیز عقل نسبت داده و افزوده‌اند که نعمالهی برای استفاده بندگان می‌باشد و منع از بهره برداری اشیاء و انتفاع از آنها فلسفه خلق آن منافع عقلاً منافات دارد. برخی نیز معتقدند که در دین اسلام آنچه ممنوع است و حرمت دارد باید مورد تصریح واقع شود و آنچه را که مردم مجاز به انجام آن هستند لزومی به ذکرش نیست و افزوده‌اند مثلاً در معاملات شرعاً بر این دارد که عقود عقلانی و عرفی را تأیید کند و فقط آنهایی نهی شده‌که مورد تصریح شارع قرار گرفته باشد نظیر آیه شریفه لا تاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض در خصوص اصل اباحه اشاره شده که اصل عملی موضوعی و حکمی می‌باشد یعنی هم می‌تواند مثبت حکم باشد و هم مثبت موضوع البتهدر این معنی اصل اباحه هنگامی جریان می‌یابد که در خصوص مباح یا ممنوع بودن عملی شک و تردید حاصل شود که بنا را بر جواز و اباحه قرار خواهیم داد...

۳. اصل نفوذ و اعتبار عقود و تعهدات در اکثر نوشته‌های حقوقی از این اصل سخن در میان نیامده و فقط برخی از حقوق دانان به اصل مذکور اشاره نموده‌اند برخی اظهار عقیده نموده‌اند که منظور از اصل اعتبار تعهدات این است که تعهداتی که انسان به اختیار خود می‌پذیرد نافذ است مگر در خصوص مواردی



که قانون صریحاً منع کرده باشد و اضافه‌نموده‌اند که این اصلشاخه‌ای از اصل حاکمیت اراده (اصل استقلال اراده) می‌باشد. در اثردیگری نیز اشاره نموده‌اند که این اصل هنوز در جایی ابراز نشده است و معنای آن است که هر تعهد که اراده انسان در پیدایش آن دخالت داشته باشد علی‌الاولی معتبر است مگر اینکه قانون ویژه‌ای تعهدی را غیر معتبر بشناسد بنابراین اصل یاد شده راهنمای تشخیص درستی و نادرستی تعهدات مخصوصاً تعهداتی نام است فرق آن با اصل آزادی قراردادهای این است که ماده ۱۰ قانون مدنی‌ویژه عقود است پس شعاع عمل اصل اعتبار تعهدات به مراتب وسیع‌تر از اصل آزادیقراردادهاست و پیشنهاد نموده‌اند که بهتر بود به جای ماده ۱۰ قانون مدنی ماده‌ای که حاکی از اصل اعتبار تعهدات باشد مورد توجه قرار می‌گرفت.

۴. برخیدگر از حقوق دادنان نیز با طرح این سؤال که آیا فقط عقود هستند که شارع از آنها حمایت کرده است و به عبارت دیگر آن شرع و قانون هر عقدی را باید جداگانه اعتبار بخشیده و نافذ شمارد و اگر عقدی بین مردم منعقد می‌شود مادام که مورد تأیید شرع قرار نگرفته قابل حمایت نبوده و معتبر نیست یا آنکه شرع با یکامضای کلی کلیه عقود تراض غیر مخالف با نصوص خاصه شرعیه را تنفیذ کرده و گفته‌اند که همه عقود نافذ است مگر خلاف آن بیان شده باشد پاسخ داده‌اند که نهی شده معتبر دانسته است و این همان اصل نفوذ و اعتبار عقد است و کاربرد آن در معتبر دانستن عقود عقلانی و بی نام است و معنی آن در حقوق امروزی اصل آزادیقراردادهاست و دلیل پاسخ فوق را از جمله آیه شریفه لا تاكولوا اموالكم بینكم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض و همچنین آیه او فوا بالعقود دانسته‌اند. همچنین در اثر دیگری اشاره نموده‌اند که بعضی از حقوق دادنان معاصر چنین تصور کرده‌اند که با اصل صحت بسیاری از تاسیسات و قراردادهایی که در صدر اسلام وجود نداشته از قبیل بیمه قابل توجیه است و اینطور استدلال می‌کنند که چون در صحت این عقود و قراردادهای شک بوجود می‌آید اصل را بر صحت بر می‌گیریم و این اعمال حقوقی را صحیح تلقی می‌کنیم در حالی که اعتبار آنها ناشی از اصل صحت نیست زیرا اصل صحت در مواردی استفاده می‌شود که معامله یا قراردادی که باید تحت ضوابط و شرایط معینی تحقق یابد مورد شک قرار می‌گیرد اینجاست که اصل صحت مداخله می‌کند و عمل تحقق یافته را صحیح تلقی می‌سازد ماده ۲۲۳ قانون که موید این اصل می‌باشد مقرر داشته: «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود».

این نکته ظریف و اساسی که مورد عنایت قرار گرفته از دید بسیاری از نویسندگان مخفی بوده لیکن در پاره‌ای از نوشته‌های حقوقی استدلال مذکور بطور گذرا مورد توجه قرار گرفته است. جمع بندی نظریات ارائه شده در خصوص اصل آزادی قرارداد و سایر عناوین

الف - اصل حاکمیت اراده در مفهوم اعم خود قلمرو و وسیعتری نسبت بهاصل آزادی قراردادها دارد زیرا اصل حاکمیت اراده غیر از قراردادها، ایقاعاتنظیر ابراء اخذ به شفعه، فسخ معاملات و سایر اعمال و افعال اشخاص را در برمی گیرد در حالیکه موضوع منحصر اصل آزادی قراردادها، عقود می باشد.

ب - از مجموع نظریات عنوان شده برای اصل حاکمیت اراده (در مفهوم اعم یا اخص) مفاهیم ذیل مورد نظر واقع شده است:

۱. اشخاص در افعال وتروک آزادند  
 ۲. اگر قراردادی منعقد شود و در نفوذ اراده متعاقدینشک شود به موجب اصل یاد شده قرارداد مزبور معتبر است.

۳. اصل حاکمیتاراده همان قاعده العقود تابعه للقصود است<sup>۱</sup>

۴. اصل حاکمیت ارادهجزئی از اصاله الاباحه می باشد

۵. منظور از اصل حاکمیت اراده ایناست که در قراردادها، اصل نفوذ یا صحت<sup>۲</sup>

۶. ماده ۱۰ قانون مدنیموید اصل حاکمت اراده است.

۷. اصل حاکمیت اراده همان اصل آزادیقراردادهاست.

بدیهی است نمی توان هم مفاهیم مذکور را یکسان تلقی و آنها را معنی صحیح اصل حاکمیت اراده پنداشت.

برخی از مفاهیم مورد نظر در حقیقت معنی و مفهوم اصل مذکور نیست بلکه نتیجه ناشی از اعمال اصل حاکمیتاراده است مضافاً اصل آزادی قراردادها بخشی از اصل حاکمیت اراده (در مفهوماعم) به شمار می رود و همچنین ماده ۱۰ مدنی هم هر چند یکی از نتایج اصلحاکمیت اراده در قراردادهاست اما همه آن نیست زیرا یکی دیگر از مفاهیم اساسیاصل حاکمیت اراده در قراردادها این است اشخاص حق دارند قراردادی را منعقدنمایند یا از عقد قرارداد خودداری نمایند ج - اصل حاکمیت اراده بااصل صحت یکسان نبوده و مفاهیم کاملاً جداگانه دارند و اصل نفوذ و اعتبارتعهدات که در ماده ۱۰ قانون مدنی بیان شده بخشی از نتایج اصل آزادی قراردادی می باشد.

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی. ترمینولوژی حقوق. ص ۷۹۹

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی. ترمینولوژی حقوق. ص ۶۰۷ ش ۴۷۸۵

د - اصل حاکمیت اراده نیز برعکس دیدگاه برخی نویسندگان جزئی‌از اصله الاباحه نمی‌باشد زیرا اصل حاکمیت اراده به خودی خود از اصول عملیه‌به شماره نمی‌رود به عبارت دیگر دستورالعمل شارع به افراد در حالت شک و تردید نمی‌باشد.

ه - برخلاف نظر پاره‌ای از علمای حقوق اصل حاکمیت اراده‌ها قاعده العقود تابعه للقصود دارای مفهوم و جایگاه یکسانی نیستند.

و- بنابراین به عنوان یک نتیجه مقدماتی می‌توان گفت که اصل حاکمیت اراده (اصل آزادی اراده) مفهومی وسیع‌تر از اصل آزادی قراردادها که فقط در محدودقراردادها موضوعیت پیدا می‌کند دارد. همچنین اصل نفوذ و اعتبار تعهدات که ماده 10 قانون مدنی هم مشعر بر همین امر است فقط یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده در قراردادها می‌باشد زیرا بطوریکه عنوان شد یکی از نتایج اساسی اصل حاکمیت اراده‌ها همان آزاد بودن افراد در انجام یا عدم انجام کاری (انعقاد یا عدمانعقاد قرارداد) می‌باشد در ماده ۱۰ قانون مدنی مورد اشاره قرار نگرفته است و همانگونه که مذکور افتاد منظور از اصل حاکمیت اراده است اولاً اشخاص درانجام یا عدم انجام افعال از جمله انعقاد یا عدم انعقاد قراردادها مختار بوده‌و آزادی کامل دارند.<sup>۱</sup>

ثانیاً می‌توانند به اختیارخود حدود و قیود و شرایطقراردادرا تنظیم نمایند ثالثاً اگر در نفوذ و اعتبار قراردادی تردیدحاصل شود صریحاً قرارداد مذکور مورد نهی قانون گذار قرار نگرفته باشد بهاستناد اصل حاکمیت اراده یا اصل نفوذ و اعتبار قرارداد (که زیر مجموعه و یکی‌از نتایج اصل حاکمیت اراده می‌باشد) قرارداد مورد نظر معتبر است و بنابراینبه موجب اصل مذکور اشخاص محدود به عقود معین و چارچوبهای تعیین شده نیستند ومبنای مشروعیت عقود عرفی و عقلانی غیر معین نظیر بیمه نیز همان اصل می‌باشد. لذا می‌توان از موارد فوق چهار مورد را به صورت اختصار استخراج نمود.<sup>۲</sup>

۱ - اشخاص می‌توانند قرارداد را، زیر هر عنوان که مایل باشند، منعقد سازند و نتایج و آثار آن را به دلخواه معین کنند. قانون مدنی آثار و شرایط پاره‌ای از عقود را که اهمیت اقتصادی و اخلاقی ویژه‌ای داشته به تفصیل پیش بینی کرده است. بهمین مناسبت نیز این گروه را «عقود معین» می‌گویند: مانند عقد بیع و اجاره و صلح و هبه و وکالت و قرض. ولی، باید دانست که پیش بینی این نهادهای حقوقی

۱. حمید بهرامی احمدی. کلیات عقود و قراردادها. حقوق مدنی ۳ ص ۴۱

۲. ناصر کاتوزیان. قواعد عمومی قراردادها. جلد اول ص ۱۴۶-۱۴۷

بدان معنی نیست که اشخاص ناچار باشند یکی از آنها را برای هر پیمان برگزینند و تنها از این راه است که می‌توانند روابط مالی و اخلاقی خویش را تنظیم کنند.

از اصل آزادی قراردادی در عقود معین نیز برای گسترش دادن به حکومت اراده می‌توان سود برد؛ زیرا، هدف اصلی از وضع ماده ۱۰ این است که، در موارد اجمال یا سکوت قانون، اراده دو طرف عقد حاکم بر روابط ایشان باشد و از این لحاظ بین عقود معین و سایر قراردادها تفاوتی وجود ندارد.

۲- عقد با تراضی واقع می‌شود و تشریفات خاص ندارد و دو طرف آن ناگزیر از بکار بردن واژه‌های معین نیستند. بیان اراده وسیله دست یافتن به خواسته‌های واقعی آنان است و با هر لفظ و حرکت که انجام شود اثر دارد. تشریفات دیگر، مانند حضور شاهد یا تنظیم سند، ضروری نیست و نیروی الزام آور عقد به آن ارتباط ندارد.

۳- دو طرف عقد ملزم به رعایت آن هستند. بایستی پیمان خویش را محترم دارند و تعهد ناشی از آن را اجرا کنند. دادگاه نیز، به بهانه اجرای عدالت و انصاف، حق ندارد شرایط عقد را تعدیل یا مدیون را از آنچه به عهد دارد معاف کند.

۴- اثر عقد محدود به کسانی است که در تراضی دخالت داشته‌اند و دیگران از آن سود و زیان نمی‌برند.

آزادی هر شخص محدود به آزادی دیگران است و هیچکس نمی‌تواند، جز در موارد استثنایی، تعهدی بر دیگری تحمیل کند یا به سود او حقی بوجود آورد.

### بند اول: ثمره عملی اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی

ثمره عملی اجرای ماده ۱۰ قانون مدنی این است که اگر نزاعی در مورد «عقود غیر معین» نزد قاضی مطرح شود، دادرس پس از بحران وقوع عرفی قرارداد و اعمال شرایط اساسی صحت آن (نظیر رضای طرفین و مشروعیت جهت معامله و معلوم بودن آن) باید بر اساس مفاد قرارداد و اراده طرفین، حکم قضیه را روشن کند و حق ندارد به بهانه اجرای عدالت و قاعده انصاف، شرایط عقد را تعدیل نماید یا متعهد را از آنچه بدان ملتزم گردیده، معاف کند. در حالی که اگر اختلاف، مربوط به «عقود معین» باشد، دادرس باید بر اساس قواعد مخصوص آن عقود رسیدگی کند.

بنابراین پذیرش اصل آزادی قراردادها مستلزم اعتقاد به حاکمیت مطلق (بدون قید و شرط) اراده نیست؛ زیرا عقلای جوامع بشری به ویژه مسلمانان پذیرفته‌اند که حکومت واقعی با قانون است، ولی با بهره‌های عملی احترام به پیمانها (تا وقتی که موجب اخلال در نظم اجتماعی و مغایرت با مقررات

شرعی و قانونی نگردد باعث شده است که «آزادی قراردادهای به عنوان اصل، پذیرفته شود و مبنای واقعی آن، ملاحظه‌های اجتماعی و مصلحت‌اندیشی اقتصادی است. بدین ترتیب، اصل آزادی قراردادهای مبنای تجربی و اقتصادی دارد و احترام به آن، نسبی است.

رمز این محدودیت از آنجا کشف می‌شود که انسان در مدار مسائل اجتماعی نمی‌تواند به طور متنوع از اجتماع، موضوع بحث قرار گیرد پس در واقع آزادی اراده فرد در حال زندگی اجتماعی مد نظر است و در این حالت، قلمرو آزادی افراد، آن قدر وسیع نخواهد بود که مصالح اجتماعی را در معرض مخاطره قرار دهد و یا نظم عمومی را مختل کند.»<sup>۱</sup>

### بند دوم: خاستگاه اصل آزادی اراده

پیشرفت صنعت، فراهم آمدن زمینه گسترش روزافزون قراردادهای و توسعه محدوده معاملات، موجب شد که مسئله «آزادی و حاکمیت اراده در قراردادهای» از قرن‌ها قبل در کشورهای اروپایی مطرح شود، اما در کشورهای اسلامی اگر چه اصطلاحاتی نظیر «اصل حاکمیت اراده و آزادی اراده در امر قراردادهای» به روشنی در کلمات فقها دیده نمی‌شود و چه بسا این عناوین که بعدها در آثار حقوقدانهای مسلمان نیز دیده شد، از حقوق کشورهای نظیر فرانسه، وارد کشورهای اسلامی گردیده باشد، ولی از نظر ماهوی روح این بحث در فقه اسلام وجود دارد و فقها در ضمن مباحث «معاطات» شرایط صحت شرط، لزوم یا عدم لزوم صیغه (قالب بیانی) خاص در عقود اصل اباحه و ... این موضوع را مورد بررسی قرار داده و زمینه پذیرش نسبی «آزادی اراده» را فراهم آورده‌اند. به نظر می‌رسد قرن‌ها قبل از سامان یافتن حقوق اروپایی و پرداختن به این گونه مقوله‌ها، در اندیشه حقوقی فقه اسلام، این اصل (آزادی اراده در قلمرو معاملات) وجود داشته است. علاوه بر آن، اسلام از راه «عقد صلح» آزادی اراده افراد را تا حدودی تأمین کرده است، آن هم در دوره‌ای از تاریخ که «آزادی اراده» برای جوامع متمدن آن روز ناشناخته یا حداقل به خوبی شناسایی نشده بود. با این مقدمه به دلایل و خاستگاههای «آزادی اراده» از منظر فقه اسلام اشاره می‌شود:

### الف) اصل اباحه (جواز)

۱. مسعود حائری، مقاله «تحلیلی از مبانی فقهی ماده ۱۰ قانون مدنی» نوشته، ص ۴۰-۴۹

فقها در کتابهای «اصول فقه» به حصر عقلی، احکام تکلیفی شرع را به پنج دسته وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه تقسیم کرده‌اند؛ زیرا خطاب خداوند آن گاه که به چیزی تعلق گیرد، یا به نحو طلب جزمی و الزامی فعل با منع از ترک است که از چنین حکمی تعبیر به واجب می‌شود، یا طلب ترک فعلی با منع از نقیضه نحو الزامی است که آن را حرام خوانند و یا طلب به نحو غیر الزامی است. در این فرض اگر جانب فعل رجحان داشت، مستحب است و اگر جانب ترک، رجحان داشته باشد و فعلش مرجوح و بدون عقاب باشد مکروه نامیده می‌شود و اگر فعل و ترکش مساوی و بدون رجحان و مرجوحیت بود مباح خواهد بود.

البته در قلمرو احکام الزامی شرع، خارج از دایره اسلام، برای آزادی اراده نقشی نمی‌توان قائل شد؛ زیرا ملاک قانونگذاری در اسلام وجود مصلحت یا مفسده فردی یا اجتماعی است نه توجه به نفع و ضرر. چه بسا در آنچه به ظاهر، ضرری است (مثل مقررات ضمان، دیه و قصاص) مصلحت باشد و یا آنچه دارای مفسده است؛ مثل ربا، در آن منافع فردی دیده شود و خرد آدمی ممکن است مضار و منافع ظاهری و سطحی را درک کند؛ ولی وجود و عدم آنها ملاک در تشریح و قانونگذاری نبوده است، بلکه معیار در قانونگذاری عنایت به مصالح و مفاسد، رابطه علت و معلول است. به گفته مرحوم آخوند خراسانی در کفایه الاصول: «اگر دلیلی بر وجوب یا حرمت نبود، اصل اباحه و ترخیص حاکم است»<sup>۱</sup> و آیه الله بروجردی رحمه الله علیه هم در تعلیقه و حاشیه‌ای که بر کتاب کفایه الاصول دارند، در تأیید فرمایش استادشان (مرحوم آخوند خراسانی) و در مقام رد دلیل قائلان به احتیاط و حظر و منع قبل از ورود اذن و رخصت از ناحیه شارع می‌گوید:

خداوند همه اشیاء را برای تعیش و زیستن بندگانش و برطرف کردن نیازهای (فطری) آنان آفرید و نیل انسان به کمال نفسانی (مورد نظر خداوند) ممکن نمی‌شود مگر بعد از برآورده شدن نیازهایش به علاوه اینکه خداوند، فیاض و کریم است، از ساحت مقدس ربوبی او به دور است که بندگانش را از تصرف (در اموری که خود نسبت به آن ساکت است) باز بدارد.

بنابراین مرحوم آخوند و آیه الله بروجردی مثل بسیاری از فقهای دیگر قائل به اصل اباحه و عدم حظر می‌باشند. پس به موجب این اصل می‌توان گفت در مواردی که منع صریحی از ناحیه شارع نرسیده باشد، یا اموری که بالمآل به مغایرت با اصول و ضوابط و معارضه با آنها بر نمی‌خیزند، می‌توان به استناد اصله‌الاباحه، به «آزادی اراده» قائل شد.

۱. آخوند خراسانی، کفایه الاصول، ص ۳۴۸

آنچه بیان شد، نظر اکثر فقیهان امامیه است، ولی میان فقها در مورد مسئله‌ای که حکم صریحی درباره آن وجود ندارد، اختلاف نظر است؛ برخی در صورت شبهه در حلیت و حرمت، احتیاط و توقف را ترجیح می‌دهند و بعضی طرفدار اصاله الحظر، معتقد به تحریم اشیای مذکورند؛ اما اکثر اصولیان، اصاله الاباحه ای می‌باشند و بر فرض صحت این نظریه، به اتکای آن می‌شود برای آزادی اراده انسان در انعقاد قراردادهای بی نام نقشی قائل شد، البته نه در همه جا، زیرا اینکه از اصل مذکور بتوان در قلمرو معاملات استفاده کرد، خود محل بحث است، چون قدر متیقن از موارد انصراف اصاله الاباحه، جواز تصرف در اشیای موجود در طبیعت است و حکم شارع صرفاً به این دسته از افعال انسان تعلق می‌گیرد و تسری دادن آن به باب معاملات مشکوک الصحه وجهی ندارد؛ زیرا اباحه حکم تکلیفی شارع است و حال آنکه صحت از احکام وضعی است، علاوه بر آن، اصل اولیه در معاملات، «فساد» است<sup>۱</sup> زیرا آثار هر عقد، امور حادثی است که همه مسبوق به عدم‌اند و مقتضای استصحاب حالت سابق، عدم وجوب همه آنهاست و صحت که از امور شرعی و محتاج جعل شارع است، باید احراز گردد، وگرنه عقد مزبور تأثیری در نقل و انتقال ندارد (اصل عدم نقل است)؛ بنابراین، اباحه که موضوع تساوی فعل و ترک مکلفان در انتفاع از اشیاست، قادر به اثبات صحت معاملات نمی‌باشد. سخن آقا محمد باقر بهبهانی نیز که می‌گوید «... تظہر ممّا تلونا أنّ الأصل فی المعامله الفساد و عدم الصحه، إلا أنّ یتثبت الصحه بدلیل من إجماع أو نصّ...»<sup>۲</sup> مؤید این مطلب است.

### ب) توقیفی و حصری نبودن عقود و قراردادها

از جمله اموری که می‌تواند پیش‌توانه‌ای برای «اصل آزادی اراده در انجام و انعقاد قراردادها» باشد اثبات توقیفی نبودن عقود و ابطال حصری بودن آنهاست؛ زیرا فقها درباره این مسئله نظر یکسانی ندارند؛ برخی از آنها عقدهای صحیح را منحصر به عقود شناخته شده در فقه؛ نظیر اجاره، بیع، مزارعه و صلح. بعضی از حقوقدانان معاصر گفته‌اند: «صلح در ردیف عقود معینه عنوان خاصی نیست؛ زیرا صلح مطلق تسالم به تصریح حذاق اهل لغت، چیزی جز تراضی نیست...»<sup>۳</sup> می‌دانند و برای مشروعیت قراردادهای مستحدث (بدون ذکر نام در فقه) و عقود بی نام همانند عقود معین، در پی نصّ خاص و امضای شارع می‌باشند؛ یعنی همان گونه که درباره بیع، صلح، ضمان و ... به ادله خاص این عقدها

۱. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۳۴۰

۲. بهبهانی، الرسائل، ص ۴۲۴

۳. محمد جعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، ص ۹-۱

مانند «أحلّ الله البيع»<sup>۱</sup> و «الصلح خیر»<sup>۲</sup> استناد می‌شود، نسبت به قراردادهای بی نام و غیر منصوص و نو پیدا مانند «عقد بیمه» و «سر قفلی» نیز وجود دلیل خاص را لازم می‌شمارند. در غیر این صورت این قراردادهای نو پیدا از نظر آنان نافذ نیست و در نتیجه قلمرو آزادی اراده را محدود می‌دانند. از نظر صاحبان این دیدگاه عموم آیاتی نظیر «أوفوا بالعقود» نیز منصرف به قراردادهای متداول در زمان شارع است، چنان که شهید ثانی در مسالک الافهام درباره عقد «مغارسه» می‌گوید:

عقد مغارسه، معامله خاصی است که برای امر درختکاری در زمینی بین صاحب زمین و شخص غرس کننده درخت واقع می‌شود، به این صورت که بعد از رشد درختان، هر دو نفر در درختها شریک باشند و این از نظر ما (امامیه) و اکثر عامه باطل است؛ زیرا عقدهای معاوضی متوقف به اذن شارع مقدس می‌باشد و آن (اذن) در اینجا نیست

مرحوم سید جواد عاملی هم درباره معنای آیه شریفه «أوفوا بالعقود» و برداشت از آن بعد از نقل دو اجماع می‌گوید:

بنابراین جمع بین دو اجماع این گونه است که مراد از کلمه «العقود» را عقدهای رایج در زمان نزول آیه شریفه از قبیل بیع و اجاره... که هم اکنون در کتب فقها مضبوط است بدانیم... در مقابل این دیدگاه، گروه دیگری از فقها و جماعتی از مفسران بر این نظرند که حکم «لزوم وفای به عقد» به عقود معین اختصاص ندارد، بلکه کلیه قرار دادها و معاملات عقلایی را که درباره آن از سوی شارع مقدس منعی نرسیده باشد شامل می‌شود.<sup>۳</sup> بنابراین نظریه (که عقود را توقیفی نمی‌دانند)، هر نوع توافق و تراضی که در عرف اطلاق عقد یا قرارداد بر آن ممکن باشد و مخالفتی با احکام شرع نداشته باشد، صحیح و لازم الوفاست؛ زیرا «موضوعات» احکام معاملات توقیفی (متوقف بر بیان شارع) نیستند. پس کافی است که تراضی واقع شده، در نظر عرف قرارداد تلقی شود، آن گاه عموم با اطلاق ادله (نظیر آیه شریفه «أوفوا بالعقود»، «تجاره عن تراض» و حدیث نبوی المؤمنون «أو المسلمون» عند شروطهم) بعید است شامل آن نشود به همین دلیل «وعده قرارداد» و به بیانی دیگر «قولنامه» (که ممکن است تصور شود تنها جنبه اخلاقی دارد و دارای ضمانت اجرای حقوقی نیست)

۱.سوره بقره.آیه ۲۷۵

۲.سوره نساء.آیه ۱۲۸

۳.محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۱۳

۴.امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۲۹



لازم الوفاست؛ زیرا فرض بر این است که یکی از طرفین در مقابل دیگری تعهد به انجام عملی می‌کند و این التزام به موجب عموم نبوی مشهور «المؤمنون عند شروطهم»<sup>۱</sup> یا «المسلمون عند شروطهم»<sup>۲</sup> (با تعبیر «المسلمون» روایت کرده)؛ و عموم «أوفوا بالعقود»<sup>۳</sup> و اطلاق «تجاره عن تراض»<sup>۴</sup>. بنابر اینکه ذکر لفظ تجارت تنها به دلیل کثر مائده/۱ ت موارد کاربرد آن در معاملات باشد) نافذ بوده در اعتبار آن نباید تردید کرد و شاید بنابر همین برداشت، مرحوم ملا احمد نراقی در کتاب عوائد الایام کلیه «وعده‌ها» و التزامات را واجب الوفا دانسته است. اما درباره شرایط و وعده‌هایی که قبل از ازدواج مطرح می‌شود، اگر در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری ذکر نشود، اعتباری برای آنها نیست؛ مگر اینکه از شروط بنائیه باشد زیرا در خصوص عقد نکاح، اجماع بر این است که شرایط مورد نظر طرفین عقد باید در ضمن یا بعد از آن مطرح شود و اگر قبل از عقد مطرح شده باشد، لازم الوفا نمی‌باشد، چنان که مرحوم نراقی هم به این نکته اشاره می‌کند:

مقتضای عمومات پیشین، وجوب وفای به مطلق شرط است، خواه قبل از عقد ذکر شده باشد و خواه بعد از آن، بلکه اگر عقدی هم در میان نباشد (و شرط به صورت وعده انجام کاری مطرح گردد) وفای به آن شرط لازم است مگر در شرط خیار؛ زیرا که وجودش متوقف به تحقق عقدی است، خواه آن عقد مقارن با شرط باشد یا مقدم یا متأخر از آن، اما شرطهای مطرح شده در قبل از عقد ازدواج بر خروج از لزوم وفا نداریم، بلکه در روایات زیادی به نفوذ شرط بعد از نکاح تصریح شده است. روایاتی هم وجود دارد که دلالت می‌کند نکاح، شرطهای قبل از ازدواج را بی اثر می‌کند. امام صادق (ع) فرمود: هر شرطی که قبل از نکاح به وجود آمده باشد، عقد ازدواج، آن را بی اثر می‌کند و آنچه از شروط که بعد از انعقاد پیمان زناشویی (حداقل در ضمن عقد خارج لازم) مقرر گردد، روا می‌باشد.<sup>۵</sup>

بنابراین می‌توان گفت گروهی از فقهای امامیه «معاملات عقلایی» را که منعی درباره آنها نرسیده باشد، لازم الوفا دانسته‌اند و خاستگاه این دو دیدگاه متقابل را می‌شود در دو مطلب ذیل خلاصه کرد:

۱. حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۵، ابواب المهور، ب ۲۰، ص ۳۰

۲. محمد بن یعقوب کلینی، الفروع من الکافی، ج ۵، ص ۴۰۴

۳. سوره مائده، آیه ۱

۴. سوره نساء، آیه ۲۹

۵. محمد بن یعقوب کلینی، الفروع من الکافی، ج ۵، ص ۴۵۶

۱- اختلاف فقها در استنباط از ادله احکام، چنان که برخی مانند صاحب جواهر به کار بردن الفاظ در عقود را از ضروریات شمرده‌اند<sup>۱</sup> و بعضی با استفاده از برخی روایات، احتمال داده‌اند که به عنوان مثال، در عقد صلح، به کار بردن لفظ، شرط نباشد و نیز فقیهی مانند سید میر عبدالفتاح مراغی در «العناوین» (عنوان ۲۷؛ اصاله الصحه فی العقود) کسانی را که با تمسک به دلایلی، آیه شریفه «أوفوا بالعقود» را ناظر به عقود متداول در زمان شارع می‌دانند، چنین مورد خطاب قرار داده است:

کنار گذاشتن دلالت آشکار آیه کریمه با این احتمالات نیست، حتی از یک فقیه نما به دور است چه رسد به یک فقیه؛ از این رو احتمالات مذکور نه دقت در فهم به شمار می‌آید و نه ژرف نگری در مطلب، بلکه انحراف از مسیر ذوق و ناشی از تخیلات است که شایسته متخصصان نیست؛ به ویژه آنکه فقهای بزرگوار ما یکی پس از دیگری بدون توجه به این مناقشات به آیه تمسک جسته‌اند و بی گمان رأی آنان نافذ و دقت آنان بیشتر بوده است

۲- ضرورت‌های اجتماعی، تحولات اقتصادی، توسعه بینشها مناسبات اجتماعی و بروز پدیده‌های نوین و رشد سایر رشته‌های علوم و در یک سخن «مقتضیات زمان»، تأثیر اساسی در برداشتها و نگرشهای افراد از جمله فقیهان و مجتهدان دارد و نادیده گرفتن این امر مرادف با انکار واقعیتهاست. بدیهی است مراد از توسعه بینشها، تغییر افق دید و نگرش نوین و عمیق‌تر به احکام ثابت شرعی است، نه بدان معنی که اصول و بنیانهای فکری اشخاص دستخوش دگرگونی گردد، به عنوان مثال، از کلام بسیاری از فقهای پیشین پیداست که اعتبار هر عقدی را متوقف بر اذن شارع دانسته، ناظر به توقیفی بودن عقود می‌باشند. در مقابل آنها اکثر فقیهان متأخر همان طور که پیش‌تر اشاره شد، قراردادهای غیر توقیفی می‌دانند؛ از آن جمله است امام خمینی (ره)؛ زیرا وقتی درباره بیمه اشکال می‌شود: «بیمه یک معامله سابقه دار نیست، در زمان پیامبر و ائمه وجود نداشته؛ پس اگر توانیم آن را تحت معاملات رایج آن عصر چون بیع، اجاره، هبه، صلح، ضمان و غیره قرار دهیم معامله صحیح نخواهد بود؛ زیرا عناوین معاملات محصور بوده و بیمه از آنها نیست.» ایشان در مقام پاسخ می‌گویند: اولاً عده‌ای (از فقها) آن را از قبیل ضمانت و ضمان به عوض (که یکی از معاملات محصوره است) قرار داده‌اند. ثانیاً بر فرض که معامله سابقه دار نباشد، به چه دلیل باید معامله (صحیح شرعی) سابقه داشته باشد؟ البته در صدر اسلام بیشتر معاملاتی که امروز متداول است جریان داشته، ولی این به آن معنی نیست که جریان تبعدی باشد و باید حتماً شارع اشاره کند که فلان معامله صحیح است یا

۱. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۱۱

فاسد؛ بلکه شارع هر قراردادی که بین دو نفر صورت می‌گیرد آن را تنفیذ کرده است، چه سابقه دار باشد و چه نباشد، مگر اینکه دلیلی بر خلافتش داشته باشیم.<sup>۱</sup> یکی از اموری که ممکن است سبب اشکال بر صحت بیمه گردد این است که (عموماتی از قبیل «أوفوا بالعقود»<sup>۲</sup> و «المؤمنون عند شروطهم»<sup>۳</sup> و سایر عمومات مرتبط به تعهدات و ضمانتها، شروطی را در بر می‌گیرند که در زمان صدور این گونه عمومات، در بین مردم متداول بوده‌اند. «بیمه» در آن زمان رواج نداشته و دلیل دیگری هم غیر از این عمومات برای صحت شرعی بیمه نداریم؛ بنابراین عقد «بیمه» باطل و مورد نهی آیه شریفه: «لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل» است.

### مرحوم امام خمینی در جواب گفته است:

دوری چنین برداشتی از ظاهر آیات و روایات، روشن است؛ زیرا ادعای انحصار این گونه عمومات، در معاملات متداول در زمان وحی و تشریح، تحمیلی نادرست است. چنین نگرش متحجرانه و برداشت جمودگرایانه نسبت به این الفاظ عام و شامل، از ساحت مقدس شریعت سمحه و سهله به دور است. گمان نمی‌کنم به ذهن احدی که آشنای به زبان عرف باشد و فارغ از وسوسه‌ها، چنین مطالبی خطور کند که آیه «أوفوا بالعقود» که در مقام قانونگذاری پایداریتاً قیامت نازل شده، در تنگنای عقدها و معامله‌های متداول آن زمان محدود باشد. پیامد جمودی از این گونه، دور شدن از زوال فقه، بلکه از فهم اصل این است و باید از آن، به خدا پناه ببریم...<sup>۴</sup>

بعد از روشن شدن این دو دیدگاه و معلوم شدن حکم عقود بی نام و غیر منصوص در منابع فقه اسلام، برای تکمیل بحث، در پایان به حکم قراردادهای بین فقها مطرح است، در صورت تردید نسبت به وجود قراردادی در عصر تشریح، بنا به نظریه حصری بودن عقود، اصل اولی در معاملات، فساد است، به این معنی که هر قراردادی فاسد است، مگر اینکه شرعاً دلیلی بر صحت آن وجود داشته باشد و اگر چنین دلیلی یافت نشود، اصل، عدم ترتب آثار عقد و بقای مال بر ملکیت مالک است (اصل عدم نقل)؛ بنابراین، تنها عقودی را باید صحیح دانست که نوع و احکام و آثار آن شرعاً ثابت شده باشد. وگرنه، آثاری بر آن عقد مترتب نمی‌شود.<sup>۵</sup>

۱. علی اصغر صائمی، نشریه حقوق «آموزه‌های فقهی (الهیات و حقوق)» شماره ۹-۱۰

۲. سوره مائده، آیه ۱

۳. حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۳۰

۴. فصلنامه «فقه اهل بیت» سال اول، ش ۱، ص ۲۶-۲۷

۵. علی اصغر صائمی، نشریه حقوق «آموزه‌های فقهی (الهیات و حقوق)» شماره ۹-۱۰

## همچنان که بعضی از فقهای معاصر در معنای قاعده فقهی «العقود تابعه للقصد» گفته‌اند:

مراد از «قاعده» این نیست که هر چه را طرفین عقد قصد کنند مشروعیت داشته باشد؛ زیرا اگر قصد طرفین به معامله‌ای غیر عقلایی تعلق گیرد، یا معامله عقلایی باشد، ولی شارع آن را امضا نموده باشد، قطعاً چنین قراردادی اعتبار شرعی ندارد.<sup>۱</sup> پس اگر شخصی مالی را به موجب چنین قراردادی تملک کرده باشد، در حکم مقبوض به عقد فاسد است؛ اما بنابر نظریه غیر حصری بودن عقود و قراردادهای، در صورت شک در عقدی که آیا مستحدث و نوپیداست، یا اینکه در زمان شارع وجود داشته به اصل اباحه و جواز تمسک می‌شود؛ زیرا آنچه از ادله لفظی و روح شریعت استنباط می‌شود، این است که شارع مقدس کلیه قراردادهای عقلایی و مورد نیاز مردم را، هر چند عنوان شناخته شده شرعی نداشته، ولی ضرورتها موجب اختراع و پیدایش آنها شده باشد. امضا نموده است و عقلاً هم پابندی به قراردادها را برای نظم اجتماعی و امنیت اقتصادی، لازم می‌دانند.

### بند سوم: مستثنیات حاکمیت اراده

#### ۱. اختیارات مرید در ایقاعات

اگر دلیل ملتزم شدن شخص را ارتباط آن با حقوق دیگران بدانیم باید هنگامی اعلامارادها الزام آور دانست که طرف مقابل از آن آگاه شده باشد و قبل از آن مرحله‌سرنوشت و اختیار آن را در دست ایجاد کننده آن بدانیم. این سخن مستلزم آن است کهوی بتواند در طول این زمان، آثارارادهخویش را نسبت به سایرین از بین ببرد. «ایننظر با احکام موجود در قوانین تعارض دارد چرا که در بسیاری از مواردارادهاایقاعکننده پیش از آگاهی شخصی که به آن ارتباط دارد برای او ایجاد الزام می‌کند برایمثال اگر مغبون پیمان زیان بار را فسخ کند یا مالک تصرف فصولی را در مال خود ردنماید دیگر حق عدول از آن را ندارد هرچند که طرف قرارداد از آن آگاه نشده باشد»<sup>۲</sup>

#### ۲. قصد و اختیارات

می‌دانیم که در قراردادهای لازم، اختیار فسخ، جنبه استثنایی دارد و مبنای آن رامی‌توان بر پایه حکومتارادها جبران ضرر ناروایی که در نتیجه عقد ایجاد شده، استوار نمود. هر چند برخی از اختیارات

۱. علی اصغر صائمی، نشریه حقوق «آموزه‌های فقهی (الهیات و حقوق)» شماره ۹-۱۰

۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، ایقاع، ص ۵۲. ماده ۲۵۰ قانون مدنی

به نظر حقوقدانان ریشه در عادات و سنت‌های تاریخی دارد و از احکام تأسیسی اسلام به شمار نمی‌آید، مانند خیار مجلس و حیوان<sup>۱</sup>.

اگر همه خيارات فسخ در عقود لازم را مبتنی بر اراده بدانیم، محتاج ابراز قصد و اعلام آن ضمن عقد نمی‌باشند مگر خیار شرط<sup>۲</sup> در این زمینه چنین می‌خوانیم: «خيار الشرط و هو بحسب الشرط اذا كان الاجل مضبوطاً متصلاً بالعقد اممفضلاً» «خيار شرط خياری است بر حسب شرط هنگامی که مدت مشخص باشد چه (این مدت) متصل به عقد باشد چه منفصل» (بنابراین خیار شرط به خلاف سایر خيارات، نیازمند ابراز اراده است، لذا اگر عقدیسته شود و در آن خیار شرط قید نگردد چنین خیاری ایجاد نخواهد شد بر خلاف سایر خيارات که در صورت عدم قید آن و مشخص شدن وجود موجبات خیار در زمان عقد، حق خیار برای ذی نفع به وجود خواهد آمد). بسیاری از مسائل که ایجادکننده حقیقتهم زدن عقد است، از اموری است که مبنای تراضی به شمار آمده، در حقیقت وسیله‌ای برای جبران عیب رضا و اشتباهی است که دو طرف یا یکی از آنها در جریان تراضی دچار آن می‌شوند.

چنانچه پایه و اساس ایجاد خیار را اصل حاکمیت اراده بدانیم، هر چند هنگام انعقاد قرارداد بدان تصریح شود عرف بر مبنای غلبه موجبات خیار را از قیود تراضی به شمار می‌آورد و به گفته مرحوم میرزای نایینی داعی یا انگیزه نوعی در تساوی بین عوضین قید تراضی است و داخل در التزام می‌شود. البته به نظر برخی از استادان حقوق اگر خیار وسیله‌ای جهت پوشاندن ضرر ناشی از عیب رضا باشد، می‌بایست موجب عدم نفوذ یا بطلان گردد نه خیار فسخ. در پاسخ آنان که معتقدند چنانچه در قرارداد، وصفی شرط شود و مشخص گردد که آن شیء فاقد وصف مزبور است، آنچه قصد شده واقع نگردیده و آنچه ایجاد شده قصد نشده است.

نتیجه<sup>۳</sup> (لیست العقود تابعه القصد) می‌توان گفت در این گونه موارد که مبیع عین مشخصی است، دو التزام و قصد وجود دارد. قصد اول انتقال عین خارجی و قصد دوم اتصافین به صفتی خاص و این دو التزام مستقل به شمار نمی‌آیند، به نحوی که یکی از آنها از دیگری بیگانه باشد پس آنچه واقع شده

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۶۶

۲. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، صفحه ۴۵۳

۳. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۶۱

۴. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۶۱

تمام مقصود وی نیست، نه این که آنچه واقع شده مقصود وی نباشد تا موجب تخلف عقد از قصد و بطلان معامله شود<sup>۱</sup>

### خيار در عقود تسامحي

حال با توجه به فلسفه وجودی خيار این پرسش جای طرح دارد که آیا می‌توان معتقد به وجود خيار در عقود تسامحي بود؟

### گفتیم پایه و اساس اختيار فسخ معامله در دو امر نهفته است:

۱ - خواست و اراده هر یک از متعاملین. ۲ - جبران زیان‌های غیر متعارف ناشی از انعقاد قرارداد. در برخی از قراردادها پایه گذاران آن، همانند طرفین معامله معوض، در پیبرخورداری از تعادل نسبی دو ارزش مبادله شده نیستند و قصد آنان بر انتفاع هرچه بیشتر بنا نهاده نشده است. اینان در چنین عقود در پی تأمین و وصول به هدف‌های اخلاقی که انگیزه اصلی ورود در چنین قراردادهایی است هستند و به همین جهت اینقراردادها عقود مسامحه نام گرفته‌اند. پس اگر مبنای توافق را اساس نفوذ آثار حقوقی روابط آنان بدانیم، به دلیل تسامح نمی‌توان به وجود خيار در چنین عقودی نظر داد زیرا مبنای اختيار فسخ با مبنای تسامح متعارض است.<sup>۲</sup>

### ۳. اخذ به شفعه

یکی دیگر از مواردی که استثنایی بر اصل حاکمیت اراده به شمار می‌آید، اخذ به شفعه است. مفاد ماده ۸۰۸ قانون مدنی در اخذ به شفعه، چهره‌ای استثنایی و خلاف قاعده دارد و شریک را بی آن که طرف خطاب شریک فروشنده باشد مجاز می‌داند که با پرداخت قیمت به مشتری حصة مبیع را تملک نماید. بنابراین در این جا نیز یکی از چهره‌های استثنایی تأثیر اراده ظاهر می‌شود، زیرا اصل بر رضایی بودن معاملات است و تملیک و تملک مال مبتنی بر توافق دو اراده است و نمی‌توان ملکی را از ملکیت مالک آن بدون موافقتش خارج نمود. در حق شفعه، اثر یکاراده محدود و اثر اراده دیگر وسیع‌تر از سایر موارد در نظر گرفته شده است. شریک قصد فروختن مالش را به مشتری دارد و آن را به وی می‌فروشد. در حالت عادی پس از انجام این عمل حقوقی، هیچ کس بدون رضایت مشتری نمی‌تواند مورد معامله را تملک نماید و الا غاصب به شمار آمده، تابع مقررات غصب خواهد شد؛ اما در این فرض بی آنکه اراده فروشنده یا مشتری در این انتقال مؤثر باشد، شریک دیگر با پرداخت قیمت مورد معامله

۱. ص ۱۳۴ و ۱۳۵

۲. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۱۳۶

را به خویش منتقل می‌سازد و حتی اقاله بیع پس از اخذ به شفعه در حق شفیع اثر ندارد و تأثیری این چنین بخشیدن به یکاراده، بی شکخلاف قاعده است.

در قدرت ایناراده‌همین بس که نه‌اراده‌خریدار و نه‌اراده‌فروشنده به هیچ وجه در این امر دخالتی نداشته و قادر به جلوگیری از تأثیراراده‌شفیع و یا کمرنگ کردن آن نیست.

برخی از حقوقدانان آن را ایقاع دانسته و منبع بنیادین اختیار شفیع را حقیقدانسته‌اند که قانون با شرایط ویژه استثنایی به شریک ملک اعطای کند.<sup>۱</sup>

#### ۴.۴. اکراه

یکی دیگر از عواملی که می‌تواند از جمله عوامل تحدیداراده‌به شمار آید، اکراه است که قبل از ورود به بحث به تعریف آن می‌پردازیم.

یکی از حقوق دانان، اکراه را این گونه تعریف نموده است: «فشار غیر عادی و نامشروعی است که به منظور وادار ساختن شخص به انشاء عمل حقوقی معین بر او وارد می‌شود.»<sup>۲</sup> شخص به هنگام تصمیم به ایجاد رابطه حقوقی باید به دور از ترس ناشی از اجرای تهدید و بااراده‌ای آزاد، مصالح خویش را ارزیابی کند و با توجه به ضرورت‌ها و نیازها در محیطی سالماراده‌خویش را سنجیده و در محیطی سالم آن را ابراز و اعلام دارد. در غیر این صورت، تصمیم اتخاذ شده ناشی از رضای سالم نیست چراکه تهدید و تعادل روانی را بر هم می‌زند و شخص را ناچار به انجام عمل حقوقی می‌نماید که اگر عمل یا اعمال تهدیدآمیز نبود تن به انجام آن نمی‌داد؛ بنابراین یکبار شرایط اساسی عقد، رضایت طرفین به انعقاد قرارداد و وجود طیب نفس در آنها است. شیخ انصاری از بحث مربوط به شرایط متعاقبین در خصوص اختیار به این موضوع پرداخته و اختیار را قصد به وقوع مضمون عقد از روی طیب نفس می‌داند و طیب نفس را در مقابل کراهت و عدم طیب نفس قرار می‌دهد.<sup>۳</sup>

در اینجا این بحث است که آیا مکره واجد قصد است یا فاقد آن؟ آیا مکره قصدی‌جدا آثار عقد را دارد و به طور طبیعی قرارداد را انشاء می‌نماید یا نه؟ برخیمعتقدند اگر مکره در انشاء قرارداد قصد باشد، معامله به جهت تمام بودن ارکان آن صحیح است و چنانچه ویاراده‌جدی در انعقاد ندارد پس به دلیل فقدان قصد باطل است. اینان عقیده دارند اکراه، رضا را زایل می‌سازد و اگر مکره مفاد عقد

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، ایقاع، ص ۱۶۲

۲. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۵۱۱

۳. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۱۱۸، وی در این زمینه چنین می‌نویسد: «و من شرایط المتعاقبین الاختیار و المراد به القصد الی وقوع مضمون العقد عن طیب نفس فی مقابله‌الکراهه و عدم طیب نفس

را اراده‌نماید، عقد به جهت فقدان اراده باطل است و رضای متأخر نمی‌تواند عیار اراده را مرتفع سازد؛ و چنانچه مدلول قرارداد متعلق قصد قرار گرفته باشد به دلیل عدم تعلق اکراه، عقد صحیح است و در حقیقت عقد بدون اکراه واقع گردیده است. این گروه از محققان نظر شیخ انصاری و شهید ثانی را در این خصوص بدین تعبیر مورد انتقاد قرار می‌دهند:

«اگر مراد از طیب نفس، اشتیاق به انجام معامله است، این امر در صحت قرارداد معتبر نیست و اگر مراد از آن جدی بودن وی در مقام انشاء اراده باشد این امر در عقد مکره مانند سایر عقود حاصل است؛ بنابراین از لحاظ انشاء و اختیار بین عقده مکره و غیر مکره تفاوتی وجود ندارد و مبنای تفاوت بین قراردادهای مکره و غیر مکره در مبدء اختیار است که در اولی مبنا اکراه و در دومی امری غیر از اکراه است.»<sup>۱</sup>

بدین ترتیب بین اراده باطل و هازل از یک طرف و مکره از طرف دیگر، تفاوت است و نمی‌توان آنها را در یک ردیف قرار داد و آثار آنان را یکسان دانست. مشتبه چیزی را اراده می‌نماید و لفظ دیگری را به کار می‌گیرد که مفید معنای دیگری است غیر از آنچه مشتبه‌ها اراده نموده و هازل نیز هر چند لفظ را در معنای خویش استعمال می‌کند ولی قصدوی ایجاد مفاد عقد در عالم اعتبار تشریحی نیست و آن را با انگیزه شوخی و مزاح عنوان می‌نماید.<sup>۲</sup> اگر قائل شویم که مکره به مدلول کلام و گفته‌های خود توجه ندارد و اعمال و گفته‌های صادر از وی عاری از اراده است دیگر نمی‌توان به رفع نقص توسط رضای لاحق نظر داد؛ زیرا در این حال اعلام او دلالت بر قصد باطنی نمی‌کند و الفاظ تنها ظاهری بی محتوا و فاقد اثر است و نمی‌تواند رابطه‌ای هر چند به طور ناقص بین طرفین ایجاد نماید چرا که در نظام حقوقی ما اصل اراده باطنی است که در اینجا مفقود است.<sup>۳</sup>

## ۵. قصد عدم ایجاد آثار

احکام و آثار مترتبه بر منشاء و نتیجه از نظر شرعی تابع قصد نیست و هر چند عدم ایجاد آن آثار قصد شده باشد، آن آثار بر عقد مترتب می‌گردد. پس هنگامی که زنی خودش را برای شخصی تزویج می‌کند، تمکین بر او واجب می‌گردد هر چند عدم تمکین را اراده نموده باشد؛ و همین طور است اگر زوج به هنگام قبول عدم وجوب نفقه را اراده کرده باشد نفقه بر وی واجب می‌گردد این گونه شروط از آن جهت

۱. امام خمینی (ره)، کتاب البیع، ص ۲۰۸

۲. سید حسن بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج ۳، صص ۱۲۷ و ۱۲۸

۳. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، چاپ قدیم، ص ۱۱۷



که خلاف مقتضای ذات عقد است، هم باطل است و هم موجب بطلان عقد می‌شود؛ زیرا اثر عقد به علت وجود شرط مخالف نفوذ نمی‌یابد و اثر شرط نیز به جهت مخالفت با ذات عقد و عدم وجود آن به منصفه ظهور نمی‌رسد. (تعارض بین قصد موجد شرط و قصد بوجود آورنده عقد بنا بر ایناراده می‌تواند برخی از آثار عقد را زایل سازد ولی این زوال شامل آثار مقتضای ذات نخواهد شد. همچنین است نسبت به شروط باطل. در قانون مدنی (ماده ۲۳۲) شروط باطل و در ماده ۲۳۳ شروط مبطل عقد آورده شده است که از این مواد می‌توان نظرمقنن را در خصوص محدودیت تأثیر اراده‌استنباط نمود. بر این اساس، اراده‌قادر به اثربخشی به شرط باطل و شرط مبطل نیست و نمی‌تواند به آنان وجود بخشد. لیکن بنا بر آنکه متعلق اراده شرط باطل باشد یا شرط مبطل، اثر آن متفاوت است. در صورت اول صدمه‌ای به ارکان عقد وارد نیامده و عقد بدون شرط ایجاد می‌شود و در قسم دوم بنا به تبیین شرط با ذات عقد، تعارض میان قصد موجود شرط و قصد موجد عقد ارکان قرارداد متزلزل شده و آثار هیچ یک از شرط و عقد به وجود نمی‌آید. چرا که ایجاد هر یک مستلزم عدم ایجاد دیگری است؛ اما چنانچه امریغیر از آنچه در فوق گفته شد متعلق اراده باشد در همان قلمرو، آثار عقد را محدود می‌سازد.

نکته جالبی که برخی از اساتید فقه معاصر بدان اشاره نموده‌اند این است که احکام شرعی‌ای که بر عقود و ایقاعات مترتب است، خارج از حقیقت آنها است؛ و به همین جهت اگر فردی به اعتقاد خویش عقد فاسدی را منعقد سازد و سپس جواز و صحت آن معلوم گردد، عقد علی‌رغم اراده فرد صحیح واقع شده و به فاسد بودن آن حکم نمی‌شود حال آن که شیخ انصاری (ره) نیز در این خصوص چنین می‌گویند:

«و من جمله شرایط المتعاقدين قصدهما مدلول الذی یتلفظان به و اشتراط القصد بهذا المعنی فی صحه العقد بل فی تحقق مفهومه»<sup>۱</sup>

بنابراین وی نیز معتقد است که قصد متعاقدين نه تنها در مسیر صحت عقد ملاک است بلکه در تحقق مفهوم آن نیز یک شرط ضروری است. هم او در جای دیگری می‌گوید:

«قصد معنی یغایر مدلول العقد، بان قصد الاخبار او الاستفهام او انشاء معنی غیرالبیع مجازاً او غلطاً لا یقع البیع لعدم قصد الیه»

۱. شیخ مرتضی انصاری. مکاسب، چاپ قدیم، ص ۱۱۲

یعنی اگر معنایی مغایر با مدلول عقدارادهشود مثل این که از لفظ بیع اخبار بدانو یا استفهام از آن رارادهنموده باشد یا قصد انشا داشته لیکن معنایی غیر از بیع رارادهنماید، بیع بدین جهت که مورد قصد قرار نگرفته منعقد نمی‌گردد. چه این امر از باب مجاز باشد، چه از روی غلط و اشتباه. بنابراین اگر فرد به گونه‌ای رفتار نماید که عقد بیع در نظر آید لیکن قصد ویا جاره مورد معامله باشد و یا این که وی در مقام خیردادن از وقوع معامله‌ای باشد... تمامی موارد تحت عنوان قصد مغایر با مدلول عقد جای می‌گیرد.

مطلب دیگری که مناسب است در اینجا ذکر شود آن است که چنانچه طرفین ایجاد عقدی خاص رارادهنمایند و متعلقارادههر دو موضوع واحدی باشد، لیکن بی آن که در عقد محدودیت برخی از آثار را شرط کنند نفی آنها را در ضمیر خودارادهنمایند چونارادهدر محدوده ضمیر انسان باقی مانده است و طرف مقابل از آن مطلع نشده نمی‌توان بر خواسته‌های درونی اثری را مترتب نمود و اگر آنها را مؤثر بدانیمتوافق و تراضی دوارادهخدا دار خواهد شد، چرا که طرف مقابل با عنایت بهارادهابراز شده مبادرت به اعلامارادهکرده است و مؤثر دانستن محدودیت‌هایی که در ضمیرانسان پنهان بوده موجب ورود ضرر به طرف دیگر عقد است و تحمیل ضرر بدون وجهه قانونیو شرعی نمی‌تواند مجوزی داشته باشد.

## ۶. معامله فضولی

از آنچه تا کنون گفتیم به طور مسلم این نکته نیز استنباط می‌شود کهارادهاشخصانتها نسبت به خود واجد اثر است و تنها او است که می‌تواند با تصمیمی که در مرحله‌ایاظهار می‌دارد خود را پای بند نماید، اما در این بحث شخص برای شخص دیگر تصمیم گرفتهو نسبت به مال دیگری معامله می‌نماید با توجه به این کهارادهمالک یا صاحب حقمفقود است چگونهارادهدیگری می‌تواند مبنای عقد قرار گرفته، آن را هرچند به صورتناقص و قابل ابطال به مرحله وجود برساند، آیا پذیرش این امر با اصل استقلال و آزادیارادهمنافات ندارد؟

از جمله شروط متعاقبین این است که آنان یا مالک باشند یا مأذون از طرف مالک.

### در اینجا سه فرض متصور است:

۱. فضول برای مالک معامله کند.
۲. فضول برای مالک معامله کند و مالک او را نسبت به انجام این امر منع نمودهباشد.

۳. فضول برای خود معامله نماید.<sup>۱</sup>

و اکنون به شرح موارد فوق می‌پردازیم:

### ۱. فضول برای مالک معامله کند.

برخی از فقها معتقدند در چنین صورتی عقد صحیح است، هرچند کامل و نافذ نیست زیرا عموم ادله و صحت عقود آن را شامل شده و فقدان اذن مالک موجب نخواهد شد که اسم عقد از این عمل حقوقی برداشته شود. لیکن هنگامی این رابطه حقوقی اثر خود را به ظهور خواهند رساند که مالک و صاحب اصلی حق بدون بدان رضایت داده و آن را تنفیذ نماید و در ادامه این استدلال چنین می‌افزایند که عاقد هرچند صاحب حق در مورد معامله نیست، ولی اهلیت انعقاد قرارداد را دارد و فرض این است که عاقد فضول عاقل و بالغ است و مورد معامله نیز قابلیت پذیرش انجام عمل حقوقی را دارد، ولی اذن مالک با عمل حقوقی مقارن نیست و عیب نیز همین جا است.

### ۲. فضول علی رغم منع مبادرت به انجام عمل حقوقی نماید.

برخی از نویسندگان، شرط صحت معامله فضول را منوط به عدم منع مالک قبل از انجام عمل حقوقی نموده‌اند برخی دیگر از فقها در این خصوص این گونه استدلال کرده‌اند: «چون قبل از عقد فضول از انجام آن منع شده و این منع نیز در هنگام بسته شدن عقد وجود دارد، اجازه نمی‌تواند ایراد منع را برطرف سازد.»<sup>۲</sup>

### ۳. فضول برای خود معامله نماید.

برخی معامله فضول برای خود را مشمول مقررات غصب دانسته، آن را باطل می‌دانند؛ زیرا غصب خود اماره بر عدم رضاست و استصحاب این امر باعث رد بی درنگ عقد بعد از وقوع است.<sup>۳</sup> شیخ انصاری به این دلیل پاسخ می‌دهد که اولاً کلام اعم از بیع غاصب است، ثانیاً غصب اماره عدم رضا نسبت به بیع است، آنهم نسبت به غاصب نه عدم رضا به طور مطلق. هنگامی که مالک با اجازه دادن عمل غاصب آنرا تنفیذ نمود و ثمن را تملک کرد و دیگر غصب دلالت بر عدم رضا به اصل بیع نمی‌نماید و غاصب و غیر غاصب از این لحاظ یکسانند.<sup>۴</sup>

۱. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، چاپ قدیم، ص ۱۲۴

۲. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، چاپ قدیم، ص ۱۲۸

۳. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، پاورقیص ۱۰۳

۴. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، چاپ قدیم، ص ۱۲۸

از لحاظ نظری پذیرش صحت معامله‌ای که فضول برای خود منعقد می‌سازد با حاکمیت‌اراده‌پرویی عقد از قصد منافات دارد، چرا که فضول قرارداد را برای خویش منعقدنموده و مفاداراده‌لالت بر قصد وی نسبت به تملک ثمن برای خود است؛ پس چگونه اجازهدر حق مالک می‌تواند مفاداراده‌ها تغییر بخشیده و آن را متوجه مالک نماید.

از آنچه موجزاً بیان شد، دریافتیم که علی‌رغم اصل حاکمیت‌اراده، در بسیاری مواقع اراده‌شخص به طور کامل کارساز نیست و نمی‌توان در همه جا به این اصل تمسک نمود.

### ۷. اشتباه

اعمال حقوقی در صورتی واجد اعتبار و نفوذ است که با اراده‌مبنای آن تطابق داشته باشد. اشتباه ممکن است در موارد زیر رخ دهد:

الف - اشتباه در شخص طرف قرارداد.

ب - اشتباه در موضوع مورد معامله.

ج - اشتباه در نوع عقد.

قبل از آن که به بررسی موارد فوق پردازیم، لازم است یادآور شویم که چون اعمال حقوقی دارای دو جنبه است، یکی جنبه فردی و شخصی و دیگری جنبه اجتماعی، نمی‌توان وقوع هر اشتباهی را منتهی به انحلال عقد دانست؛ بنابراین به منظور جمع مصلحت فردیکه همانا حفظ و صیانت از اموال و حقوق او است و مصلحت اجتماعی که لزوم استواریمعاملات را ایجاب می‌کند، می‌بایست قلمرو تأثیر اشتباه و عدم تطابق اراده‌ها آنچهبه وقوع پیوسته را محدود ساخت و تنها در موارد اساسی و ضروری اثر آن را نافذ دانست.

بنابراین اشتباه در صورتی مؤثر است که در مبنای قصد مشترک در یکی از عناصر اساسی واقع شود به عبارت دیگر هرگاه اشتباه منجر به مطابق نبودن موضوع واقعی بامعنی قراردادی آن و یا در وصفی رخ دهد که وارد قلمرو تراضی طرفین شده باشد هر چند اثرات آن از لحاظ حقوقی متفاوت است، به هر حال مؤثر است.

### توضیح و بررسی موارد فوق:

#### ۱. اشتباه در شخص طرف قرارداد.

این اشتباه هنگامی رخ می‌دهد که گوینده ایجاب، پیشنهاد خویش را نسبت به شخص معین خاصی ارائه نموده باشد؛ و الاً هرگاه مقصود ایجاب کننده فرد به خصوصی نباشد هر شخصی می‌تواند آن را

قبول نماید و طرف دیگر نمی‌تواند به این اشتباه استناد نماید. چرا که شخص معینی مد نظر نبوده است؛ بنابراین اشتباه در شخص طرف قرارداد تنها در هنگامی صادق است که پیشنهاد به قصد قبولی شخص معینی ارائه شود مثل آن که زنی پیشنهاد ازدواج به مردی را بنماید و مرد دیگری که طرف خطاب آن زن نیست آن را قبول نماید.

در اینجا شخصیت طرف، علت عمده عقد بوده است و تخلف عقد از قصد را موجب می‌شود؛ به عبارت دیگر آنچه در خارج واقع شده با راده حقیقی طرف قرارداد منطبق نیست و نتیجه عدم تطابق از میان رفتن توافق و تلافی اراده متعاملین است که اساس عقد را تشکیل می‌دهد. در چنین عقود قبولی پیشنهاد تنها از کسی پذیرفته است که طرف خطابی پیشنهاد دهنده و متعلق ارادهی باشد و تنها قبولی او است که می‌تواند عقد را به مرحله اتمام و اکمال برساند و چنانچه قبولی از شخص دیگری صادر و اعلام شود چون نظرایجاب کننده نبوده است، عقد را کامل نمی‌سازد. با این توضیحات مشخص خواهد شد که در چنین عقدی که شخصیت طرف معامله علت عمده عقد است، اشتباه در آن موجب بطلان است (به جهت فقدان یکی از ارکان اساسی)

امام خمینی (ره) نیز در کتاب البیع چنین استدلال می‌کنند.<sup>۱</sup>

«اما من حیث خصوص مشتری او الثمن...؛ و المفروض ان ما اوقعه البایع لمیرضه مشتری و ما رضی به لم یوقعه البایع فالمطابقه غیر حاصله»

مفروض آن است که آنچه بایع آن را واقع ساخته مشتری بدان راضی نمی‌باشد و آنچه مشتری بدان رضایت داده، بایع آن را واقع نساخته است، پس مطابقت حاصل نگردید.

شیخ انصاری در این خصوص می‌نویسد:<sup>۲</sup>

«و من جمله شروط العقد التوافق بین الایجاب و القبول فلو اختلفا فی المضمون باناوجب البایع علی وجه خاص من حیث خصوص مشتری او الثمن او توابع العقد من الشروط فقبل مشتری علی وجه آخر لم ینعقد و وجه هذا الاشرط واضح و هو مأخوذ من اعتبار القبول و هو الرضا بالایجاب فحینئذ لو قال بعقد من موکلک لکذا فقل لا شریته لنفسی له ینعقد»

۱. امام خمینی، کتاب البیع، ص ۱۲۹.

۲. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، چاپ قدیم، ص ۱۰۱

## ۲. اشتباه در موضوع مورد معامله.

### الف. اشتباه در اوصاف مورد معامله

برخی از حقوق دانان در اینجا قائل به تفکیک شده‌اند، بدین ترتیب که هرگاه اشتباه از نظر عرف معمول جامعه در درجه فرعی قرار گیرد و طرفین به هنگام انعقاد قرارداد آنرا مد نظر و توجه قرار نداده‌اند، بنابر اصل حاکمیتاراده، اشتباه در این موردنبایستی در عقد اثر نماید. چرا که وارد قلمرو قرارداد نگردیده است، ولی چنانچه همیناشتباه که در دید عرف ذاتی به شمار نمی‌آید مورد تبنانی و تراضی طرفین واقع شده و در قلمرواراده‌آنها وارد گردیده است، آن وصف در حکم وصف ذاتی است چه در عقد صراحةً قید شود و یا از اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد استنباط شود. دیگر آن که اشتباه در همان اوصاف فرعی است لیکن طرفین فقط بر مبنای وصف بر آن تراضی کرده‌اند. در این فرضمشتبته می‌تواند معامله را فسخ کند.<sup>۱</sup>

### ب. اشتباه در یگانگی موضوع عقد

می‌دانیم که تنها توافق دوارادهاست که می‌تواند مولد یا مسقط حق قرار گیرد تا عقد یا قرارداد پا به عرصه وجود نهد و لذا اگر موضوع مورد عقد با آنچه متعلق قصدقرار گرفته یکسان نباشد مانند آن که خریدار گل یاس می‌خرد و فروشنده گل یخمی‌فروشد، می‌توان گفت «ما قصد لم یقع و ما یقع لم یقصد» پس عقد باطل است و در بطلان آن نباید شک و تردید بخود راه داد، زیرا این گونه اشتباه مانعی است در جهت حصول توافقارادهو در نهایت بر عدم مطابقت ایجاب و قبول می‌انجامد که قبلاً نظرچند تن از فقهاء را در این خصوص ذکر نمودیم.

### ج. اشتباه در جنس

سومین مورد اشتباه که می‌توان در ذیل عنوان اشتباه در موضوع مورد معامله بداناشاره کرد، اشتباه در جنس است. ممکن است جنس را همان ذرات مادی مال بدانیم مانند آنکه جنسی به عنوان طلا خریداری شود در حالی که تنها بر روی آن آب طلا داده‌اند کهعدم حصول توافقارادهموجب بطلان عقد می‌شود.

تذکر این نکته لازم است که جنس مورد معامله به ذرات مادی مال منحصر نمی‌شود و براین اساس برخی از حقوق دانان معتقدند امروزه دیگر تنها ماده اصلی کالا باعث ایجادرغبت در انجام معامله نیست و اوصاف اشیا در حقیقت موضوع معامله یا جنس کالا به شمارمی‌آید.

۱. سید حسن بجنوردی، قواعد الفقهیه، جلد ۳، ص ۱۳۴

بنابراین نظریه اشتباه در وصفی که در نظر طرفین معامله اصلی و اساسی بوده، اراده‌ها معلول می‌کند و در صحت معامله مؤثر است.<sup>۱</sup> نتیجه آن که اشتباه در موضوع موجب بطلان است؛ زیرا مصداق بارز تخلف عقد از قصد به شمار می‌آید و از میرزاینبینی نقل شده است که قاعده «العقود تابعه للقصد» محل استعمالش همین جا است، چنانچه بایع قصد کرده و در ازاء آن ثمن را پرداخته منتفی است و آنچه موجود است مقصود نبوده و در ازای آن چیزی پرداخت نشده است.

شیخ انصاری نیز دلیل‌قایلین به بطلان را در شیئی که به وصف خریداری شده و سپس فقدان اتصاف مشخص شود، اینگونه بیان می‌نماید

«وقوع العقد علی شی مغایر الوجود فالمعقود علیه غیر موجود و الموجود غیر معقود علیه»

عقد بر شیئی واقع شده که مغایر است با آنچه وجود دارد پس آنچه عقد بر آن واقع گردیده موجود نیست و آنچه موجود است عقد بر آن واقع نگردیده<sup>۲</sup>

### ۳. اشتباه در نوع عقد.

همانگونه که در فصل اول مقاله اشاره شد، از نظر فقها آنچه معتبر دانسته شده، اراده‌باطنی است و قصد درونی است که به آنچه در دنیای بیرون به منصفه ظهور می‌رسد اعتبار می‌بخشد و الا هرگاه مشخص گردد که آنچه بیان شده مبتنی بر قصد درونی نیست، در بطلان چنین امری تردید نخواهد شد. از طرف دیگر از آنجا که برای راه یافتن به‌درون اشخاص و یافتن اراده‌باطنی آنها طریقی در دسترس نیست لذا می‌بایست مظهر خارجی را منطبق بر اراده‌باطنی دانسته و معتبر شماریم. یکی از مواردی که می‌تواند در زمره این بحث قرار گیرد، اشتباه در نوع معامله است؛ بدینمعنی که یک طرف قرارداد، عقد خاصی را در نظر داشته باشد که با عقدی که طرف دیگر اراده‌نموده متفاوت باشد که به جهت عدم تلاقی و تطابق دوا‌اراده‌ای که شرط اساسی و رکن اصلی عقد را تشکیل می‌دهد فاقد آثار حقوقی است و نتیجه‌ای به بار نخواهد آورده. فرض کنید شخصی به تصور این که شیء بخصوصی را می‌خرد، اراده‌خویش را اعلام می‌دارد و دیگری در این فکر است که آن شیء را اجاره می‌دهد که طبیعتاً چون مفاد آنها با هم مغایر است، آثاری در پی نخواهد داشت.

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، صص ۴۵۳ و ۴۵۲

۲. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۲۵۰

## ۸. قصد قرارداد صوری

قرارداد صوری، قراردادی است که طرفین قصد ایجاد آن را ندارند یعنی ممکن است طرفین اصلاً ایجاد هیچ رابطه حقوقی را اراده نکرده باشند یا قرارداد اصلی در پوشش قرارداد صوری قرار گرفته باشد. اگر طرفین اراده انجام هیچ رابطه حقوقی را نداشته باشند بطلان چنین عقدی بدیهی است چرا که عقد و قرارداد صوری اساساً مورد قصد طرفین واقع نگردیده است. ولی اگر اراده جدی آنها بر ایجاد یک رابطه حقوقی تعلق گرفته، لیکن این رابطه در پوشش عقد صوری پنهان باشد، این تظاهر مانع از نفوذ اراده حقیقی نمی‌شود و عقدی که مورد قصد واقعی قرار گرفته در صورت تحقق سایر شرایط مورد نیازش، واقع می‌شود. پساگر برای فرار از پرداخت مالیات یا به منظور جلوگیری از ایجاد دشمنی بین اعضای خانواده هبه‌ای که منظور واقعی است به صورت بیع واقع شود و ماهیت عقد اصلی در عقد صوری مخفی شود، آن عقد آثار هبه را داراست.

اگر مبنای التزام ناشی از اراده یک طرف را تنها در ارتباط آن با حقوق سایرین بدانیم، قبل از آن که طرف ایجاد از آن آگاه شود، ایجاد کننده اراده می‌تواند اثرات آن را در عالم اعتبار زایل سازد و پس از آگاهی طرف دیگر این قدرت و اختیار از وی گرفته می‌شود؛ اما این نظر در همه زوایای حقوق حکمفرما نیست و قانونگذار احکامی را بر خلاف آنچه گفته شد مقرر داشته است. در خصوص این که آیا ایجاد پس از پانهادن به مرحله وجود، کما کان سرنوشت او در دست آفریدگار او است یا نه اختلاف نظر است.

برخی از حقوق دانان معتقدند هر چند ایجاد مخلوق اراده پیشنهاد کننده است؛ همانا اراده سازنده وی، قادر به از بین بردن آن نیز هست ولی این امر تا زمانی منطقی جلوه می‌نماید که ایجاد به اطلاع مخاطب نرسیده است. برای مثال پیشنهاد کننده می‌تواند نامه حاوی پیشنهاد را از پست باز ستاند یا پیش از رسیدن به مقصد از طریق وسیله سریع‌تری انصراف خویش را از ایجاد به اطلاع مخاطب برساند ولی همین که طرف مقابل از ایجاد مطلع گردد، این وضع منقلب خواهد شد و آنچه تا این لحظه فقط با سازنده خویش مرتبط بود، به اجتماع راه یافته و ایجاد رابطه حقوقی می‌نماید. طرف خطاب با اعتماد بر آن خود را مهیای انجام عمل حقوقی می‌کند و در صدد تهیه مقدمات لازم بر می‌آید. اکنون دیگر ایجاد یک پیشنهاد صرف که فقط و فقط با حقوق پیشنهاد دهنده مرتبط باشد نیست و برهم زدن آن باعث خسارت طرف ایجاد یعنی قابل خواهد شد.<sup>۱</sup>

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۳۰۸



این نظر بیشتر از آن که مبتنی بر اصل حاکمیت اراده باشد، به مصالح اجتماعی و حفظ حقوق دیگران و نظم اقتصادی جامعه و ایجاد اطمینان و اعتماد در روابط تجاری استوار است. چرا که اگر حاکمیت اراده در این امر نیز اصل بدانیم باید بر توانایی ایجابکننده بر زایل ساختن اثرات آن قبل از انضمام قبول نظر دهیم؛ زیرا پیشنهاد هنگامی الزام آور است که پذیرش طرف مقابل بدان ملحق شود؛ به عبارت دیگر، اگر ریشه التزام اراده بدانیم چون در این مرحله مادام که با اراده دیگری تلاقی نیافته، پیشنهاددهنده قصد ملتزم شدن به صرف پیشنهاد خویش را نداشته است. لذا نمی‌توان به الزام آور بودن چنین اراده‌ای نظر داد. پس تلاقی دوارادهمبنای التزام است نه ایجاد هر یک به‌طور منفرد. این رأی با نظر برخی از فقها نیز انطباق دارد.

شیخ انصاری معتقد است هنگامی معنی معاهده تحقق می‌یابد که مفاد ایجاب و قبول در نفس متکلم از اول عقد تا محقق شدن تمام اسباب وجود داشته باشد، پس هنگامی که این امر در نظر نفس یکی از آن دو وجود نداشته باشد و آن را نیز ایجاد ننماید، معنای معاهده ایجاد نشده است.<sup>۱</sup> برخی از حقوق دانان نیز چنین استدلال نموده‌اند که:

«در اجتماع، وجود حق و تکلیف با هم ملازمه دارد پس نمی‌توان تصور کرد که برایشخص تعهد به وجود آید ولی در برابر آن حقی ایجاد نشود. از سوی دیگر بر مبنای اصل حاکمیت اراده، هیچ حقی را نمی‌توان بدون رضای شخص به سود او ایجاد کرد. معنی ایجاد التزام برای گوینده ایجاب این است که مخاطب او حقی پیدا کرده باشد بنابراین پیش از قبول، هیچ تعهدی برای گوینده ایجاب در حفظ آن به وجود نمی‌آید.<sup>۲</sup>»

بدیهی است نمی‌توان در التزام ایجاب کننده هنگامی که وی پای بندی خویش را به حفظ پیشنهاد و الزام آور بودن آن اعلام داشته و این امر مورد توافق طرفین واقع گردیده، شک و تردید روا داشت؛ چرا که در این فرض التزام، قدرت و توانایی را از اراده می‌گیرد که مبنای اساسی این نظریه است. همچنین هرگاه عدم التزام به چنین امری به‌طور صریح یا ضمنی اعلام شود، در اینجا نیز پیشنهاد دهنده از ابتداء خویش را در پذیرش و عدم پذیرش قبول آزاد گذاشته است. اثر اعلام این مطلب به مخاطب آن است که مخاطب نیز با توجه به امکان عدم پذیرش، قبولی خود را اظهار می‌دارد؛ بنابراین عدم التزام نیز آثار خود را از اراده ضمنی یا صریح اخذ می‌نماید.

۱. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۱۰۱

۲. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۱۵۷

هرچند در این نظریه اصالت با حاکمیت اراده است و اراده است که حرف نهایی را می‌زند و اثر غایی را بر جای می‌گذارد، ولی این مطلب بدان معنی نیست که نسبت به سوء استفاده‌های احتمالی از این اصل بتوان بی‌اعتنا بود. بر مبنای این تئوری چنانچه عدول از ایجاب موجب ضرر و زیان دیگری گردد، بر اساس مسؤلیت مدنی، شخص عدولکننده، مسوول خسارت وارده تلقی شده و ملزم به جبران آن است.

بدین ترتیب ضعفی که در تحلیل اولیه از این نظریه نمودار بود، بر طرف شده و با شرایط اجتماعی و اقتصادی جامعه تا حدودی انطباق می‌یابد. هرچند با توجه به دنیا یا اقتصادی قرن جدید آنچه بیش از هر چیز جهت رونق بخشی به روابط اقتصادی مورد نیاز بازرگانان است، ایجاد اعتماد به سرنوشت اعمال حقوقی انجام یافته یا در شرف انجام است. شاید به همین جهت باشد که در سطح بین‌المللی تلاش برای خروج از صلاحیت قوانین داخلی به طور چشمگیری صورت پذیرفته و برای رفع اختلافات احتمالی و حل و فصل آن‌هادهای داوری بین‌المللی ایجاد و رو به توسعه است.

از طرف دیگر از آنجا که اغلب داد و ستدهای مهم بین کشورهای مختلف با مسافت‌های زیاد صورت می‌پذیرد، نیاز به پای بندی گوینده ایجاب به طور محسوسی مشاهده می‌شود. چرا که اگر دریافت کنندگان و مخاطبان پیشنهادها در دنیای صنعتی امروز نتوانند برای ایجاب واصل شده اعتماد نمایند؛ اوضاع اقتصادی و مراودات تجاری که لازمه حیات اجتماعی و گروهی است متوقف شده و حیات جامعه بشری دچار اختلال خواهد شد. بر ایناساس، نظریه پردازان در جهت رفع مشکل برآمده و بر مبنای حاکمیت اراده اعلام نمودند که ریشه تعهد هر یک از دو طرف معامله خواست اوست نه تراضی با دیگری. ایجاب کننده با اعلام این سخن که مفاد معامله را به قطع انشا کرده است، خود را ملتزم می‌سازد و رضای دیگری تنها بدین خاطر است که حقی بر خلاف میل طلبکار به سود او تحقیق نیابد.<sup>۱</sup>

## ۹. وصیت

شاید توضیح و تشریح دو قسم وصیت چندان لازم نباشد، لیکن چون منظور، جنبه خاصی از آن است، تفصیل آنها خالی از فایده نیست؛ وصیت تملیکی عبارت است از این که کسی عینیا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند و تملیک محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، ایقاع، ص ۵۰

له پس از فوت موصی؛ بنابراین اراده موصی له شرط تحقق وصیت تملیکی است و طبیعتاً از موضوع بحث ما خارج است.

اما در وصیت عهدی قبول شرط نیست و وصی می‌تواند مادام که موصی زنده است وصایت را رد کند و اگر قبل از فوت موصی رد نکرد، بعد از آن حق رد ندارد. اگر چه جاهل بر وصیت بوده باشد؛ بنابراین در وصیت عهدی رضای وصی در تحقق عمل تأثیر ندارد و عمل موصی، پس از فوت وی، به طور یک طرفه بر وصی تحمیل می‌گردد؛ و اراده‌ی وی در پذیرش و عدم‌پذیرش آن پس از فوت موصی تأثیری در تحقق یافتن و نیافتن وصیت ندارد. در اینجا است که یکی دیگر از استثنای اصل حاکمیت اراده مواجه می‌شویم زیرا مهم‌ترین رکن اساسی هر قرارداد تراضی دو طرف و توافق اراده‌آنان است؛ و حال آن که قانونگذار در این امر تنها رضایت موصی را شرط قرارداده است؛ و هر چند در زمان حیات وی امکان رد آن وجود دارد، چون جهل بر وصایت مانع عدم قبولی به شمار نیامده است، وصی نمی‌تواند با استناد بدان از پذیرش وصایت خودداری ورزد. پس می‌توان به این نتیجه رسید که در وصایت عهدی آنچه از نظر مقنن در درجه اول اهمیت قرار داشته است، انجام وصایت بوده و بر همین اساس به رضایت موصی اکتفا نموده و رضایت وصی را شرط قرار نداده است.

پاره‌ای از نویسندگان، وصیت تملیکی را ایقاع شمرده‌اند و مرحوم سید محمد کاظم مطالبی به صراحت تملیک قهری را مجاز می‌داند. از لحاظ نظری الزام‌تلف تملیک به بیان قبول و رد آن نیز خود تکلیفی است که از اراده‌گیری ناشی می‌شود و با استقلال او منافات دارد...<sup>۱</sup>

### بند چهارم: نتایج حاکمیت

۱. منبع اصلیتعهدات را قرارداد تشکیل می‌دهد. قراردادها منبع اصلی تعهدات به شمار می‌روند. دیگر منابع غیر قراردادی، اندک و استثنایی‌اند. کافی است که به قانونمدنی نظری اجمالی بیفکنیم، خواهیم دید که اکثر مواد قانونی، راجع به قراردادهاست که به وسیله اراده متعاقدين تعهداتی از آن ناشی می‌شود؛ و تعهدات غیر قراردادی، فقط در زمینه مسؤلیت مدنی همچون: اتلاف وجود دارد.
۲. قسمت اعظم مواد قانونی در زمینه قراردادها، تکمیلی یا تفسیری به شمار می‌روند. در این مواد، قرارداد بر قانون مقدم است. هدف اصلی قانون در این است که گفته‌های دوطرف عقد را کامل و آن را

۱. ناصر کاتوزیان، ایقاع، ص ۸۲

تفسیر کند. پس جز در موارد استثنایی که پای نظم عمومی در میان است. قانون امری نیست و چهره تکمیلی دارد

۳. در انعقاد قرارداد، اراده انسان نقش اساسی دارد. اشخاص در انعقاد قرارداد یا عدم انعقاد، مخیرند و نمی‌توان کسی را به انعقاد قراردادی مجبور ساخت. علاوه بر آن، افراد می‌توانند به اراده خود محتوا و آثار قرارداد را تعیین کنند. به این آزادی در اصطلاح حقوقی، آزادی قراردادی یا آزادی قراردادها نامیده می‌شود؛ و اغلب آن را مصداق اساسی و قسمت عمده اصل حاکمیت اراده می‌دانند. به موجب این آزادی، افرادی می‌توانند روابط قراردادی خود را بدان گونه که می‌خواهند تنظیم نمایند و مکلف نیستند از نمونه‌هایی که قانون در اختیارشان گذاشته است استفاده کنند. ممکن است افراد قراردادی ببندند که جزء هیچ یک از عقود معین پیش بینی شده در قانون مدنی نباشد<sup>۱</sup>

۴. حقوق و تعهدات اشخاص در برابر یکدیگر، ناشی از اراده خود آنان است. در اعمال حقوقی، اراده به طور صریح و قاطع اثر می‌گذارد و آنچه را که طرفین اراده کرده‌اند، قانون نیز محترم می‌شناسد. در وقایع حقوقی نیز ضمان اشخاص، ناشی از حکم قانون نیست که بر آنان تحمیل می‌شود. در این زمینه نیز اراده اشخاص، مبنای غیر مستقیم تعهد قرار می‌گیرد. به همین دلیل، رابطه تعهدات غیر قراردادی نیز هیچگاه با اراده آزاد قطع نمی‌شود. چنانکه استفاده بلا جهت و اداره اموال غیر مبتنی بر شبه عقد و مسئولیت ناشی از جرم و شبه جرم، محدود به صورتی است که یا کار نامشروع به عمد انجام گرفته باشد یا در اثر خطای عامل زیان وارد آید.<sup>۲</sup>

۵. بعد از انعقاد قرارداد اراده متعاقدين باید محترم شمرده شود و مقامات عمومی حق ندارند آثار قرارداد را تغییر دهند. قاضی نمی‌تواند در قرارداد تجدیدنظر کند. قانونگذار نیز باید حتی الامکان، اراده طرفین قرارداد را محترم بشمارد. فقط، طرفین قرارداد می‌توانند با توافق یکدیگر، آثار قرارداد را تغییر دهند؛ و این خود قرارداد جدیدی است که مطابق اصل حاکمیت اراده بسته می‌شود.<sup>۳</sup>

۶. اعمال ارادیه همیشه عادلانه است و هیچ متعهدی نمی‌تواند ادعا کند که برخلاف عدالت به کاری ملتزم شده است؛ زیرا آنچه به وجود آمده، خواسته خود او است.<sup>۴</sup>

۱. سید حسین صفایی. مفاهیم جدید در حقوق مدنی. ص ۱۷۸

۲. ناصر کاتوزیان. فلسفه حقوق. ص ۳۸

۳. سید حسین صفایی. مفاهیم جدید در حقوق مدنی. ص ۱۷۸

۴. ناصر کاتوزیان. فلسفه حقوق. ص ۳۸

۷. اصل حاکمیت اراده، اقتضا می‌کند که در تفسیر قرارداد به آنچه طرفین خواسته‌اند، توجه شود. الفاظ قرارداد تا حدی معتبرند که مبین اراده واقعی و باطنی طرفین قرارداد باشد. اگر معلوم شود که مقصود طرفین غیر از آنچه است که ظاهر الفاظ و عبارات اقتضا می‌کند، اراده واقعی آنان باید معتبر و ملاک تفسیر قرارداد باشد.<sup>۱</sup>

در نهایت، مطابق این اصل آنچه از شخص بروز کرده هرگاه بر اراده باطنی تکیه نداشته باشد، پوسته بی مغزی است که هیچ اثر حقوقی ندارد؛ زیرا در این فرض، دلیلی برای مقید ساختن انسان آزاد وجود ندارد. تمیز حدود و قلمرو تعهد، دادرسی در ابتدا باید اراده حقیقی متعهد را جستجو کند؛ و هرگاه دادرسی به یقین نتواند بر آن دست یابد، از راه ظن و تخمین و با توجه به فراین، اوضاع و احوال باید نیت باطنی را تعیین کند، زیرا فقط اراده انسان است که اگر از شخص آزاد صادر شود و اشتباه آلوده نباشد، منشأ همه تعهدات قرار می‌گیرد.<sup>۲</sup>

۸. قرارداد از لحاظ شکلی، جز در موارد استثنایی، تابع تشریفات خاصی نیست؛ و صرفاً برای ایجاد قرارداد، کافی است؛ به شرطی که به نحوی از انحاء اظهار شده باشد. امروزه، تعهدات ناشی از عقود رضایی، بسیار بیشتر از عقود شکلی یا تشریفاتی است. به کار بردن لفظ یا نوشته (سند عادی یا رسمی) جز در موارد استثنایی، اصولاً زنیست.<sup>۳</sup>

۹. محدودیت آزادی اراده در قراردادها جنبه استثنایی دارد. در صورت تردید در این زمینه و عدم احراز مغایرت مفاد قرارداد با نظم عمومی و اخلاق حسنه یا قواعد آمره دیگر، اصل عدم جاری است یعنی اصل، عدم محدودیت اراده و اصل، عدم مغایرت قرارداد منعقد با نظم عمومی و اخلاق حسنه یا قواعد آمره دیگر می‌باشد.

۱۰. استقلال اراده در قراردادها و اصل آزادی قراردادها تأمین کننده عدالت اجتماعی است ولی ممکن است تعادل اقتصادی را به همراه نداشته باشد؛ بنابراین اسقاط کافه اختیارات در قرارداد منعقد به بلااشکال است، زیرا با توافق طرفین، اختیارات حقیقی و فرضی ساقط می‌شود و متضرر از این امر خود، اقدام به ضرر خویش نموده است و بدین ترتیب ضرر وارده، از جمله مظالمی محسوب نمی‌شود که به متضرر تحمیل شده باشد.

۱. سید حسین صفایی. مفاهیم جدید در حقوق مدنی. ص ۱۷۸

۲. ناصر کاتوزیان. قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، ص ۲۲۸

۳. سید حسین صفایی. مفاهیم جدید در حقوق مدنی. ص ۱۷۸

### بند پنجم: انتقاد از نظریه حاکمیت اراده

طرفداران بی قید و شرط اصل حاکمیت اراده در ابراز این نظریه افراط کردند تا بدانجا که گفتند هیچ تعهد یا مسئولیتی بدون اراده افراد بوجود نخواهد آمد و در ضمان قهری یا مسئولیتهای بدون قرارداد نیز معتقد گردیدند اگر تقصیر و خطا وجود نداشته باشد باید فرض کرد که خطا و تقصیر موجود است، زیرا با فرض وجود این عنصر است که می‌توان کسی را مسئول دانست. در واقع حقوقی را نیز بدنبال اراده افراد و ارائه اثری از آن بودند و حتی در ارث بردن و ارث از موروث هم به جستجوی اراده مفروض متوفی بر می‌آمدند و تورات مذکور را بر وصیت فرضی مبتنی ساختند. بوجود آمدن شرایط جدید اقتصادی ناشی از توسعه صنایع و شروع انقلاب صنعتی و ایجاد شدن کارخانجات بزرگ تولیدی و بدنبال آن به میان آمدن مسائل کارگری و به هم خوردن تعادل اقتصادی در بین مردم و از بین رفتن تساوی اراده در قراردادها، بعلت فراهم نبودن شرایط مساوی، مخصوصاً در زمینه قراردادی کار و نیز تورم حاصل از جنگهای خانمانسوز و عوقب شوم آنها و بحرانهای شدید اقتصادی سبب شد که نظریه استقلال اراده کاربرد خود را از دست بدهد و مورد انتقاد قرار گیرد.

### انتقادات اساسی که می‌توان به اصل حاکمیت اراده وارد کرد عبارتند از:

۱- نادیده گرفتن ضوابط و مقررات حاکم بر جامعه و توجه بی قید و شرط به استقلال مطلق اراده افراد در قراردادها، متضمن دور شدن از واقعیتها است. روشن است که هر نظام حکومتی دارای برنامه‌ها و رویه‌هایی است که افراد جامعه نمی‌توانند به بهانه استقلال اراده‌هاز قلمرو آن رویه‌ها پا فرا نهند و بر خلاف آن عمل نمایند.

۲- نمی‌توان قدرت اجبار و الزام قراردادها را منحصرأ ناشی از اراده طرفین متعاقدین دانست. در واقع جامعه و قدرت حاکمه است که بر قراردادهای خصوصی قدرت و ضمانت اجرائی می‌بخشد و بفرض که تعهدی با وثیقه عینی همراه باشد باز هم دولت در فراهم ساختن وسائل اجرای تعهد و احقاق حق متعهدله نقش مهمی ایفا می‌کند و بنابراین تا حدودی حق دارد که در اراده افراد مداخله کند و شرایطی را در تنظیم قراردادها بطرفین تحمیل نماید.

۳- در بسیاری از موارد، افراد در تنظیم و انعقاد قرارداد آزادی کامل ندارند بدین معنی که یک طرف قرارداد با طرف دیگر در وضع و شرایط کاملاً مساوی نیست تا بتواند به هنگام انعقاد قرارداد آزادانه با طرف خود مذاکره و تبادل نظر کند و با تصور و تصدیق و رضایت واقعی در بستن قرارداد، اراده خویش را اعلام نماید. در بسیاری از موارد اتفاق می‌افتد که توافق اراده دو طرف قرارداد مورد پیدا

نمی‌کند، مثلاً اگر در جامعه‌ای افراد بیکار فراوان باشند، کارفرما بر اساس اصل عرضه و تقاضا معمولاً شرایطی را به کارگر متقاضی کار تحمیل خواهد کرد و در اینصورت نمی‌توان گفت تراضی مورد نظر که اساس و رکن اصلی عقد خوانده می‌شود تحقق یافته است. در واقع کارگر از روی استیصال و بدون رضایت واقعی باید شرایط پیشنهادی و یک جانبه کارفرما را بپذیرد. بدین ترتیب روشن است که اراده کارگر نقش چندانی در تنظیم قرارداد کار ندارد و توافق اراده مطرح نیست. به همین جهت در اینگونه موارد قدرت حاکمه (حکومت) خود را موظف می‌داند که در اراده افراد مداخله نماید و با وضع مقررات متناسب از اجحاف یک طرف در قرارداد مذکور جلوگیری کند.

با اینکه انتقادات اشاره شده چندان بی پایه نیست و در نظام فعلی جوامع پذیرش مطلق آزادی اراده مشکلات فراوانی به بار می‌آورد و طرفداری از نظریه اصالت فرد و احترام به اراده اشخاص در قرارداد و نادیده گرفتن ضوابط قانونی و شرعی حاکم بر جامعه، در واقع به معنی انکار واقعیت است و به هیچ وجه امکان ندارد، مع ذلک نباید فراموش کرد که مداخله بیش از حد متعارف در روابط خصوصی افراد هم نتایج مطلوبی به بار نمی‌آورد و انسان با به موجودی بی اراده تبدیل خواهد کرد. با قبول این مطلب که اصل حاکمیت اراده مورد ایراد و انتقاد منطقی است و همچنین با ادعان به اینکه در عمل نمی‌توان اصل حاکمیت یا استقلال اراده را بصورت کامل به مرحله اجرا در آورد، در عین حال نمی‌توان بطور کلی منکر وجود این اصل شد. در واقع با وجود تحولات چشمگیری که پدید آمده و سبب گردیده است که در مفاهیم فرد و جامعه تجدید نظر نمود و ارزش و اعتبار آنها تغییرات قابل ملاحظه‌ای رخ دهد، در حقوق بسیاری از کشورها استقلال اراده در قراردادهای خصوصی و مالی مردم همچنان بعنوان یک اصل مورد توجیه است و در ضمن حفظ حقوق جامعه، اراده انسان منشاء اصلی حقوق و تکالیف افراد بشمار می‌آید و نتیجه قدرت حاکمه به منظور تأمین عدالت اجتماعی و به صورت استثنایی در این آزادی دخالت می‌کند.

## گفتار سوم: تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی

### بند اول: پیشینه ماده ۱۰ قانون مدنی

تاریخ حقوق جدید ایران با تصویب قانون اساسی مشروطیت در سال ۱۳۲۴ ق. آغاز گردید و در پی آن با الحاق و تصویب اصول دیگری به نام «متمم قانون اساسی در تاریخ ۲۹ شعبان ۱۳۲۵ ق. به ویژه اصل دوم این متمم که براساس آن قوه مقننه موظف گردیده بودقوانینی منطبق باشرع به تصویب

برساند (اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطیت «مجلس مقدس شورای ملی که با توجه به تأییدات حضرت امام عصر (عج) و عامه ملت ایران تأسیس شده است باید در هیچ عصری از اعصار، مواد قانونیه آن مخالفتی با قواعد مقدس اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیرالانام (ص) نداشته باشد و معین است که تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامی بر عهده علمای اعلام «دام الله برکات وجود» هم بوده و هست. لہذا رسماً مقرر است در هر عصری از اعصار هیأتی که کمتر از پنج نفر نباشد از مجتهدین و فقهای متدیینین که مطلع از مقتضیات زمان هم باشند به این طریق که علمای اعلام و حجج اسلام مراجع تقلید شیعه، اسامی بیست نفر از علما که دارای صفات مذکور، باشند معرفی به مجلس شورای ملی بنماید. پنج نفر از آنها را یا بیشتر به مقتضای عصر، اعضای مجلس شورای ملی بالاتفاق یا به حکم قرعه تعیین نموده و به سمت عضویت بشناسند تا موادی... که مخالفت با قواعد مسلم اسلام داشته باشد طرح و رد نمایند که عنوان قانونیت پیدا نکند...»<sup>۱</sup>

هر چند در عمل آن اصل متروک ماند و بخش اول قانون مدنی که مشتمل بر ۹۵۵ ماده است به موجب ماده واحده «قانون اجازه اجرای لایحه قانون مدنی تا موقع اعلام رأی قطعی کمیسیون پارلمانی عدلیه مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸» تنها با یک قیام و قعود (بدون هر گونه بحثی در این زمینه) به تصویب رسیده، اثری از اعمال اصل دوم متمم قانون اساسی دیده نمی‌شود.<sup>۲</sup>

از آن تاریخ است که ماده ۱۰ قانون مدنی ایران به ظاهر جامه قانونی به تن کرده است و به تبع آن، آزادی اراده هم به طور قسمتی از ضمانت اجرا برخوردار گردید. البته نباید تصور شود که مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی در حقوق ایران اسلامی سابقه نداشته و این تأسیس حقوقی، ابداع نویسندگان قانون مدنی یا تقلید از حقوق اروپایی بوده است؛ زیرا گذشته از اینکه فقهای امامیه در «مبحث شرط» به ویژه در مورد شروط مربوط به حقوق و اموال از همین اصل پیروی کرده‌اند و ماهیت «عقد صلح» نیز برای تأمین آزادی افراد بوده است. جمع زیادی از فقها «لزوم وفای به عقد» را منحصر به عقود معین ندانسته‌اند، بلکه با استناد به برخی از آیات و روایاتی که در آینده نزدیک مورد اشاره قرار خواهد گرفت، کلیه معاملات عقلایی را که با موازین شرعی منافاتی نداشته باشد صحیح و لازم الوفا دانسته‌اند. به همین جهت برخی از حقوقدانان مسلمان گفته‌اند.<sup>۳</sup> «به فرض که ماده ۱۰ قانون مدنی

۱. مرتضی راوندی، سیر قانون و دادگستری در ایران، ص ۳۴۲

۲. مسعود حائری اقتباس از مقاله «تحلیلی از مبانی فقهی ماده ۱۰ قانون مدنی»، ص ۴

۳. مسعود حائری، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادهای و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، ص ۲



ایران از حقوق فرانسه اقتباس شده باشد، ضرورتی برای این کار نبوده زیرا در فقه اسلام به این مسئله توجه شده است.<sup>۱</sup>

### بند دوم: فلسفه وجودی ماده ۱۰ قانون مدنی

فلسفه وجودی «تشریح عقود معین» (مانند بیع، رهن، اجاره و نکاح) افزودن بر نظم بخشیدن به امور اجتماعی و فردی، تأمین امنیت اقتصادی و اجتماعی و فراهم آوردن اطمینان خاطر طرفهای قرارداد می‌باشد. در همین راستا با توجه به پیشرفتهای صنعتی و پیدایش موضوعات و عناوین جدید اقتصادی و نیازمندیهای ضروری جهان معاصر، متولیان امر قانونگذاری وادار به تدوین قانونی شدند که در پناه آن بتوان بر بسیاری از قراردادهای خصوصی نو ظهور، رنگ قانونی داد. امروز حقوقدانان عرفی از این گونه قراردادهای بدون سابقه و ذکر نام در قانون به عقود نامعین تعیین می‌کنند.<sup>۲</sup>

و ماده ۱۰ قانون مدنی ایران هم که می‌گوید:

قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.

در صدد بیان امر و اصل آزادی اراده در انتخاب نوع قراردادها و توجه به موضوع تراضی و حاکمیت اراده طرفین عقد و تأکید بر اصل لزوم وفای به عهد می‌باشد. در اصل، تأسیس ماده ۱۰ قانون مدنی بدین سبب بوده است که افراد با توجه به پیشرفتهای اقتصادی و پیچیدگی روابط حقوقی و ضرورتهای اجتماعی، در نحوه ایجاد الزام و التزامهای مفید آزاد باشند و قانون هم آن دسته از قراردادهایی را که اصول کلی و شرایط اساسی عقود و اخلاق حسنه در آنها رعایت شده است نافذ بداند.

### بند سوم: عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی

عقد صلح، یکی از عقود است که مفهوم و دامنه‌ای گسترده دارد. همچنین آن را می‌توان در شمار دلایل و خاستگاههای اصل آزادی اراده قرارداد و این احتمال نیز وجود دارد که اساساً «صلح» مبنایی برای جواز و مشروعیت عقود بی نام به شمار آید، به خصوص که اکثر فقها آن را عقدی مستقل و

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق مدنی (رهن - صلح)، ص ۱۹۰

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۶۰ و ۴۶۲

قائم به نفس (خود) دانسته‌اند، به غیر مستقل و متفرع بر دیگر عقود و نیز با توجه به این نکته که فقیهان امامیه بر خلاف برخی از عامه، برای تحقق صلح، سابقه نزاع و وجود اختلاف را شرط نمی‌دانند؛ هر چند در خارج و در مقام عمل، از صالح بیشتر برای رفع نزاع و فیصله دادن به دعاوی استفاده می‌شود. به خصوص که در بعضی از نصوص به مشروع بودن آن بدون اینکه قیدی برای رفع تنازع دیده شود حکم شده است چه بسا همین موجب شده باشد که بعضی از حقوقدانان معاصر به قدری قلمرو صلح را وسیع گرفته‌اند که «عقد صلح» را اساساً از تحت عقود معین خارج دانسته‌اند.<sup>۱</sup> کارایی بالا و بسترسازی مناسب عقد صلح برای حاکمیت اراده در قراردادها ممکن است این ذهنیت را ایجاد کند که با وجود «صلح»، دیگر به وضع قانونی به نام «ماده ۱۰ قانون مدنی» نیازی نخواهد بود؛ زیرا تمام توافقات منعقد شده در خارج را در بر می‌گیرد در پاسخ چنین تصویری گفته شده است.

«اگر چه ماهیت صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی در واقع ترتیب اثر دادن به تراضی مشروع متعاقبین است، ولی این قرابت ماهوی نباید سبب شود که این دو نهاد حقوقی تکرار یک قاعده به حساب آید»؛ زیرا عقد صلح عنوانی است که باید به طور صریح یا ضمنی از سوی طرفین قرارداد انتخاب شود. به بیان دیگر، صلح نیز خود قالبی است که از سوی قانونگذار برای تجلی حاکمیت اراده تأسیس شده است، در حالی که مفاد ماده ۱۰ حکایت از لزوم قرارداد خصوصی قطع نظر از هر گونه لباس و قالب ویژه است و دامنه‌ای گسترده‌تر دارد.<sup>۲</sup>

البته توافق و تراضی دو اراده که به استناد مواد ۱۰ و ۱۸۳ و بند یک ماده ۱۹۰ قانون مدنی، یکی از ارکان اساسی عقد به شمار می‌آید. در صورتی معتبر است که مخالفتی با قانون و حکم شرع نداشته باشد؛ بنابراین، مناسب است در کار بحث از اصل حاکمیت و آزادی اراده، اشاره‌ای هم به حدود و دامنه آن داشته باشیم.

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، ص ۹-۱۰  
 ۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، مشارکت‌ها- صلح، ص ۳۰۴-۳۰۵، شماره ۱۷۴

### بتد چهارم: نتیجه تحلیل

یکی از مجوزهای بسیار کارآمد که می‌شود حاکمیت اراده را از آن طریق عملی کرد، شروط ابتدایی است و چون ماده ۱۰ قانون مدنی فعلاً بار قانونی آزادی نسبی اراده را به دوش می‌کشد، باید دید که چه رابطه‌ای میان شروط ابتدایی و ماده ۱۰ قانون مدنی وجود دارد؟

با توجه به مباحثی که تا اینجا ارائه شد، به خصوص بعد از اینکه ثابت شد عقود، حصری نیستند، وجود رابطه بین شروط ابتدایی و ماده ۱۰ (حداقل از نظر اشتراک در مبانی) به خوبی به دست می‌آید، بلکه می‌توان گفت ماده ۱۰ قانون مدنی به کمک ادله لزوم وفای به عهد و عمل به شرط، همچون آیه شریفه «و أوفوا بالعهد إنَّ العهدَ كانَ مسؤولاً»<sup>۱</sup> و حدیث نبوی مشهور «المؤمنون عند شروطهم» و دلالت آیه کریمه «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراض»<sup>۲</sup> به وجود آمده است و آزادی و حاکمیت اراده مستفاد از ماده ۱۰، از نظر مجوز و مشروعیت، وابسته به مبانی شروط ابتدایی (سرچشمه عقدهای نامعین و بی نام و قراردادهای مستقل) می‌باشد و از طرفی هم به شروط ابتدایی کمک می‌کند و ضمانت اجرایی آنها را در جوامع بشری که به ظاهر، تحت حاکمیت حقوق عرفی هستند، فراهم می‌سازد و در حد یک مسئله فقهی و حکم شرعی و ارزش اخلاقی باقی نمی‌ماند، بلکه به وسیله ماده ۱۰ قانون مدنی از پشتوانه اجرایی قوی نیز برخوردار می‌شود و از باب مثال، اگر طرفین قراردادی درباره میزان مسئولیت مدیونی، با هم توافق کردند؛ یعنی مبلغی را که در صورت تخلف از اجرای تعهد باید داده شود، معین ساختند، دیگر حاکم نمی‌تواند متعهد (متخلف از تعهد) را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملتزم شده است، محکوم کند.<sup>۳</sup>

۱. سوره اسراء. آیه ۳۴

۲. سوره نساء. آیه ۲۹

۳. ماده ۲۳۰ قانون مدنی: (اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است، محکوم کند)

## مبحث دوم: نظریات حاکمیت اراده

### گفتار اول: نظریات حاکمیت اراده ظاهری و باطنی در فقه امامیه

#### بند اول: نظریات حاکمیت اراده ظاهری در فقه

بر اساس این نظریه آفریننده عمل حقوقی قصد و اراده باطنی نیست بلکه الفاظ و افعال هستند که در ظرف اعتبار، منشأ اثر و موجد عمل حقوقی بشمار می‌آیند زیرا اعمال حقوقی در حقیقت یک رابطه اجتماعی هستند که همه موجودیت خود را از توافق اراده‌های ظاهری متعاقدین اخذ می‌کنند و به تعبیر دیگر افراد اجتماع در داوری خود تنها اشخاص را به مفاد عرفی گفتار و اعمالشان ملزم می‌دانند حفظ نظم و امنیت در روابط اجتماعی و اقتصادی ایجاب می‌نماید که گفتار و اعمال تنها کاشف و حکایتگر از قصد درونی نباشند بلکه باید در فرآیند ایجاد و تحقق عقد و ایقاع بازیگر باشند و نقش کلیدی خود را در آفرینش پدیده اجتماعی و حقوقی ایفاء نمایند بدین جهت نباید تصور کرد که الفاظ و مانند آن در ایجاد عمل حقوقی طریقت دارند بلکه خود موضوعیت داشته و از جایگاه و ارزش و اعتباری برجسته برخوردارند. از آثار بسیار مهم چنین تلقی از الفاظ و اعمال این است که ادعای اشتباه از متعاملین پذیرفته نمی‌باشد در تفسیر قراردادها باید مفاد عرفی گفتار و کردارشان ملاک قرار گیرد. با امعان نظر در برخی روایات و استقراء در آرای فقهای امامیه به راحتی می‌توان به جایگاه و اهمیت این نظریه دست پیدا کرد و چه بسا آنرا به مشهور فقها منتسب نمود.

#### ۱. روایت موثقه ابن بکیر

از برخی روایات چنین استظهار می‌شود که ملاک در ایجاد عمل حقوقی اراده ظاهری است چنانکه ابن بکیر از امام صادق (ع) نقل می‌کند که آن حضرت فرمود:

«ان سمعی الاجل فهو متعه و ان لم یسم الاجل فهو نکاح باق»<sup>۱</sup> یعنی اگر در عقد نکاح منقطع مدت تعیین و تصریح شود آن عقد نکاح منقطع خواهد بود و الا عقد نکاح دائم می‌باشد اگر چه قصد باطنی متعاقدین، عقد نکاح موقت بوده باشد ولی از آنجائیکه به مدت اشاره نشده است عرف آنرا دائم تلقی می‌کند و فقهاء نیز بر اساس این روایت باستناد حاکمیت اراده ظاهری، عقد نکاح را در فرض مذکور دائم دانسته‌اند.<sup>۲</sup>

۱. وسایل الشیعه، جلد ۱۴، باب ۲۰ متعه

۲. جواهر الکلام، جلد ۳۰، ص ۱۷۲

## ۲. اقوال فقهاء

مرحوم نائینی در تبیین حاکمیت اراده ظاهری می‌نویسد «تردید نیست که نیت صرف در عقود و ایقاعات منشأ ایجاد هیچگونه اثری نمی‌باشد بلکه آنچه که مراد متعاقدين یا یکی از آنها است، باید با آنچه که وسیله ایجاد مقصود و مراد است انشاء گردد»<sup>۱</sup> مؤلف عناوین الاصول در این زمینه می‌نویسد «استقرای تام در فقه از این معنی حکایت می‌نماید که نیت صرف بدون آنکه گفتار یا عملی بر آن دلالت داشته باشد فاقد اعتبار می‌باشد» مرحوم محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام در زمینه ارزش اراده ظاهری می‌نویسد «عقد بیع بدون ایجاب و قبول منعقد نمی‌شود اگر چه علامت رضایت موجود باشد و چنانچه امکان سخن گفتن برای انعقاد بیع نباشد اشاره کافی است»

شهید اول نیز در تعریف انشاء می‌نویسد «الانشاء هو القول الذی یوجد به مدلوله فی نفس الامر» یعنی انشاء با گفتار تحقق پیدا می‌کند و موطن تحقق آن نیز نفس الامر می‌باشد یعنی الفاظ عقود و ایقاعات موجد آن پدیده اعتباری در افق واقع بوده و آثار عقد یا ایقاع بر آن مترتب می‌گردد.<sup>۲</sup> همچنین نظریه مشهور فقیهان امامیه در افاده اباحه معامله معاطاتی، کاشف این واقعیت است که آنان به مقدار دلالت عرفی فعل متعاملین توجه داشته‌اند؛ زیرا در معامله معاطاتی، متعاملین اراده باطنی را دارند ولی به جهت اینکه معاطات ظهور در تملک ندارد، معاطات را تنها موجب اباحه تصرف دانسته‌اند.<sup>۳</sup>

## ۳. سیره عقلا و عرف خاص

با امعان نظر در سیره عقلاء در می‌یابیم که عقلاء گفتار و رفتار معاملی افراد را معیار در تحقق معاملات دانسته و بر آن آثار بار می‌کنند و خویشان را به تعمق در کشف اراده باطنی متعاملین ملزم نمی‌دانند و عرف حاکم بر روابط اقتصادی تجار، اراده ظاهری را اساس و مبنای اعمال حقوقی می‌داند بنابراین سیره عقلاء و عرف خاص از منابعی هستند که باستناد آن می‌توان به ملاک بودن اراده ظاهری اذعان نمود.

از مجموع مباحث ارائه شده نتیجه می‌گیریم که نظریه حاکمیت اراده ظاهری همواره مورد توجه فقهای امامیه بوده است. لازم به یادآوری است که این فقیهان به همه آثار حاکمیت اراده ظاهری

۱. نائینی، شرح مکاسب، جلد ۱، ص ۲۱۱ و ۴۰۷

۲. سید ابوالقاسم تقی‌بی «مقاله برهان و عرفان» شماره ۳ ص ۱۸۰

۳. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، چاپ قدیم ص ۸۲

ملتزم نیستند و در مواردی نیز حاکمیت اراده ظاهری را نادیده گرفته‌اند چنانکه مرحوم میرزای قمی از جانبداران اراده ظاهری در زمینه عقد وکالت معتقد است چنانچه وکیل مالی را خریداری نماید و قصدش خرید آن برای موکل باشد. ولی این قصد درونی را به هنگام عقد آشکار نماید، بعد از آن موکل منکر وکالت خریدار شود و وکالت او هم ثابت نباشد، این معامله برای خود مکیل محقق می‌شود این فتوای میرزای قمی در فرض تعارض اراده ظاهری و باطنی مطرح گردیده است که حاکمیت اراده باطنی را پذیرفته است.

### بند دوم: نظریات حاکمیت اراده باطنی در فقه

در فقه اسلامی به موجب «العقود تابعه للقصد» که عملاً به صورت یک قاعده فقهی در آمده است، حاکمیت اراده در فقه پذیرفته شده است. به موجب قاعده فقهی که فوقاً ذکر شد، عقد تابع قصد طرفین است. لذا بر اساس حاکمیت اراده باطنی عنصر اصلی سازنده اعمال حقوقی اراده باطنی است و اصولاً الفاظ ایجاب و قبول یا اعمال کاشق و حکایتگر از آن به شمار می‌آیند بدیهی است در صورت احراز اشتباه بودن کاشف ملاک در عمل حقوقی اراده باطنی است لذا چنانچه ایجاب و قبول با اراده باطنی مغایرت داشته باشد آن ایجاب و قبول فاقد اثر حقوقی می‌باشد. بدین منظور برای دستیابی به مبانی نظریه حاکمیت اراده باطنی در فقه امامیه به بررسی چندی از آیات و روایات می‌پردازیم.

### الف: آیه و روایات

#### ۱. آیه

در قرآن کریم گفتارها و رفتارهای آدمیان مبتنی بر شاکله روانی و فکری آنهاست «قل کل يعمل علی شاکله» شاکله روانی و فکری هر انسانی شکل دهنده نیت و قصد باطنی اوست که بوسیله گفتار یا رفتار کشف و آشکار می‌گردد.

#### ۲. روایات

۱-۲. رسول اکرم (ص) می‌فرماید: «انما الاعمال بالنیات و انما کل امری مانوی» یعنی همانا اعمال وابسته و برخاسته از نیت است و برای هر انسان همان است که قصد نموده است به تعبیر دیگر قصد و اراده باطنی شکل دهنده و سازنده هر عمل آدمی از جمله عمل حقوقی است

۲-۲. خبر منقول از امام سجاد (ع) آمده است که آن حضرت فرمود: «لا عمل الا بنیه»<sup>۱</sup> یعنی هیچ عملی بدون نیت پذیرفته نمی‌شود

۲-۳. از امام صادق (ع) نقل شده است که آن حضرت فرمود: «... والنیه افضل من العمل الا وان النیه هی العمل»<sup>۲</sup> یعنی نیت برتر از عمل است و آگاه باشید که نیت، حقیقت عمل است. از مجموع روایات مذکور به اهمیت و جایگاه اراده باطنی می‌توان دست یافت.

۲-۴. علاوه بر روایات مذکور، روایات متضمن احکام و مقررات عملی نیز بر حاکمیت اراده باطنی دلالت دارد. چنانکه زراره بن اعین از امام باقر (ع) درباره مردی که مهر واقعی تعیین شده را مخفی نموده و بیش از آن را در زمان جریان صیغه عقد نکاح اعلان داشته است، سؤال کردند حضرت فرمودند «هو الذی أسرَّ و کان علیه نکاح» یعنی عقد نکاح بر اساس آن مهری که مخفی نگه داشته شده است واقع می‌شود از این روایت حاکمیت اراده باطنی استظهار می‌شود.<sup>۳</sup>

### ب: اقوال فقهاء

در آثار فقهی آراء و انظاری مشاهده می‌شود که بیانگر پیروی برخی از فقهاء از نظریه حاکمیت اراده باطنی است

#### ۱- علامه حلی

مرحوم علامه حلی در زمینه نکاح موقت در صورت خلل به ذکر مدت در آن‌ها می‌نویسد «از آنجائیکه عقد دائم مقصود عاقد نمی‌باشد لذا منعقد نمی‌گردد» یعنی اراده باطنی سازنده عقد نکاح بشمار می‌آید.<sup>۴</sup>

همچنین مرحوم محقق حلی در زمینه ارزش اراده باطنی می‌نویسد «صیغه‌های مانند «تصدقت» به تنهایی برای انعقاد عقد وقف کافی نیستند چون واحد معانی دیگری نیز هستند اگر این الفاظ بخواهند برای انعقاد عقد وقف مورد استفاده قرار گیرند نیازمند به قرینه هستند و اگر فردی بدون ذکر قرینه‌ای این صیغه‌ها را بکار ببرد باید مطابق با نیتی که کرده است با او عمل گردد»<sup>۵</sup>

۱. وسایل الشیعه، جلد ۱، ص ۳۳

۲. کلینی، اصول الکافی جلد ۲، ص ۱۶

۳. سید ابوالقاسم تقی‌بی «مقاله برهان و عرفان» شماره ۳ ص ۱۸۳

۴. علامه حلی، مختلف الشیعه جلد ۲، ص ۱۱۲

۵. سید ابوالقاسم نقی‌بی «مقاله برهان و عرفان» شماره ۳ ص ۱۸۳

## ۲- مرحوم شهید ثانی

می‌نویسد «آنچه در عقد معتبر است تنها قصد باطنی است لفظ تنها شأنیت کاشفیت از قصد باطنی دارد»<sup>۱</sup>

## ۳- شیخ مرتضی انصاری

«از جمله شرایط متعاقدين آن است که مدلول صیغه عقد را که تلفظ می‌کنند قصد نمایند و اشتراط قصد در صحت عقد بلکه در تحقق مفهوم عقد، از اموری است که در میان فقها اختلاف وجودی ندارد و شکی در اشتراط آن نیست بنابراین اگر شخصی به صورت اشتباهی صیغه‌ای را تلفظ نماید و یا قصد معنی و انشاء صیغه‌ای را که تلفظ کرده ننماید عقدی واقع نمی‌شود» از فراز اخیر شیخ انصاری به روشنی حاکمیت اراده باطنی استظهار می‌شود.<sup>۲</sup>

## ۴- فیض کاشانی

مرحوم فیض کاشانی نیز از جمله فقیهانی که از حاکمیت قصد باطنی پیروی کرده است «برای من این معنی آشکار است که برای صحت بیع، تراضی و تقابض مربوط به عقد بیع است به صورتی که شبهه‌ای نمانده باشد تا مایه جدل و منازعه بین متعاقدين گردد و بیع گاهی با لفظ تحقق پیدا می‌کند و گاهی بدون لفظ و چون در بیان ائمه علیهم السلام و علمای مقدم تمام شرایط عقود مطرح گردیده ولی نسبت به صیغه و لفظ مطلبی را متعرض نشده‌اند، این مؤید این حقیقت است که برای انعقاد عقد بیع مجرد قصد و تراضی کفایت می‌نماید...»

## ۵- سید حسن بجنوردی

مرحوم میرزا حسن بجنوردی نیز معتقد است عقد همان عهد مؤکد است و عهد بدون قصد آنچه که مورد عهد قرار می‌گیرد موجود نمی‌باشد در حقیقت عقد، الفاظ نیست بلکه از امور باطنی است که گاهی از آن به اراده باطنی تعبیر می‌شود، اطلاق الفاظ ایجاب و قبول بر آن مجازی است.<sup>۳</sup>

۱. شهید ثانی، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام جلد ۷ ص ۸۹

۲. سید ابوالقاسم تقی‌بی «مقاله برهان و عرفان» شماره ۳ ص ۱۸۴

۳. القواعد الفقهیه، جلد ۳ ص ۱۱۸



### بند سوم: آثار مترتب بر حاکمیت ظاهری و باطنی

با پیروی هر یک از نظریات حاکمیت اراده ظاهری یا باطنی، برای اعمال حقوقی آثاری مترتب می‌گردد که به برخی از آنها اشاره می‌گردد.

۱. بر اساس نظریه حاکمیت اراده ظاهری، معیار در جهل و اشتباه، مدلول ایجاب و قبول است نه قصد و اراده باطنی، زیرا در صورت ملاک قرار گرفتن اراده ظاهری همه عقود و ایقاعات می‌توانند مورد ادعای جهل و اشتباه قرار گیرند و در نتیجه اعمال حقوقی از ثبات و استحکام مورد نیاز محروم خواهند گردید.

۲. بر اساس نظریه حاکمیت اراده باطنی چنانچه کسی برای استفهام یا انشای امر دیگری، یا بصورت شوخی و مانند آن، الفاظ بیع یا نکاح یا طلاق را بکار گیرد، اعمال حقوقی تحقیق نمی‌یابند زیرا این الفاظ بر مراد تکلم دلالت نمی‌نمایند به تعبیر صحیح‌تر اراده ظاهری با اراده باطنی مغایرت داشته باشد ان اراده ظاهری فاقد اثر مد باشد.

۳. بر اساس نظریه حاکمیت اراده ظاهری، قاضی موظف است در فرض تغایر ظاهر و باطن، ظواهر الفاظ و اعمال را ملاک قرار دهد و بر اساس آن حکم نماید.

۴. بر اساس نظریه حاکمیت اراده باطنی چنانچه در اعمال حقوقی اراده ظاهری با باطنی مغایرت داشته باشد، قاضی موظف است تمامی مساعی خویش را در کشف اراده واقعی بکار گیرد زیرا او از چنان ظرفیتی در دادرسی برخوردار است که ادعای جهل و اشتباه را با دقت، مو شکافی و بررسی نماید و حکمی را که به اراده واقعی نزدیکتر است کشف و انشاء نماید.

### گفتار دوم: نظریات حاکمیت اراده ظاهری و باطنی در حقوق ایران

#### بند اول: نظریات حاکمیت اراده ظاهری در حقوق ایران

از دیدگاه برخی از حقوقدانان، اراده‌ای به عقد شکل می‌دهد که در خارج ابراز شده و بیان گردیده باشد، بنابراین این امر همواره امکان دارد که آنچه در مرحله ایجاب و قبول ابراز می‌گردد، مخالف با قصد درونی طرفین باشد و این اختلاف حسب مورد ناشی از اشتباه، سهو، شوخی، اکراه، اجبار، عهد و ... باشد، در هر صورت آنچه مبنای تفسیر قرار می‌گیرد آن اراده‌ای است که ابراز شده و حالت

خارجی و بیرونی یافته است، بنابراین «قصد عاقد با مشخصاتی که از راه ایجاب و قبول عرضه شده است، اراده ظاهری و قصد نوعی نامیده می‌شود»<sup>۱</sup>

طرفداران این نظریه بر این عقیده‌اند که مبنای تشکیل هر قراردادی اراده ظاهری و بیرونی و اعلام شده طرفین است زیرا این اراده ظاهری است که کاشف از ایجاب و قبول می‌باشد و وجود قصد انشایی باطنی بدون آنکه در خارج ابراز شود تأثیری ندارد؛ بنابراین محکمه مکلف به مدنظر قرار دادن آن اراده‌ای که ابراز شده در مقام تفسیر قرارداد می‌باشد.

این دیدگاه و نظریه در حقوق عام اروپایی از اواخر قرن ۱۹ به دنبال انقلاب صنعتی و تجاری و گسترش و ازدیاد و تنوع و سرعت معاملات جایگزین نظریه اراده باطنی گردید؛ زیرا به خوبی احساس می‌شد که نظریه اراده باطنی موجب رکود تحرک اقتصادی و از بین رفتن امنیت در روابط اقتصادی و معاملات می‌شود، در حقوق آمریکا نیز نظریه اراده ظاهری مورد قبول قرار گرفت.<sup>۲</sup>

### شواهد این نظریه در قانون مدنی ایران عبارت است از:

۱. ماده ۱۹۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند».
۲. ماده ۱۹۴ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن انشاء معامله می‌نمایند باید موافق باشد به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء او را داشته است و الا معامله باطل خواهد بود».
۳. ماده ۲۲۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه».

### بند دوم: نظریات حاکمیت اراده باطنی در حقوق ایران

تمایل به این دیدگاه در کشورهایی که دارای حقوق سنتی می‌باشند، از جمله حقوق اسلام، حقوق رم و حقوق سابق فرانسه در زمینه قراردادها مشهود بوده و هست. در فقه اسلامی به موجب «العقود تابعه للقصد» که عملاً به صورت یک قاعده فقهی در آمده است، حاکمیت اراده در اعمال حقوقی پذیرفته شده است.

۱. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، ص ۱۲۰

۲. مهدی صاحبی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، ص ۷۴

«در حقوق ایران نیز با متابعت از فقه امامیه، حاکمیت اراده در قانون مدنی ایران به عنوان یک اصل، انعکاس یافته و برای قصد انشاء به عنوان خالق عقد و تعیین کننده توابع و حدود آثار آن، نقش اصلی و تعیین کننده شناخته است».<sup>۱</sup>

به موجب قاعده فقهی که فوقاً ذکر شد، عقد تابع قصد طرفین است، حال اینکه مقصود از این قصد همان شکل ابراز شده آن است یا آنچه در واقع وجود دارد چیزی است که قابل بررسی است. به نظر می‌رسد که نظریه حاکمیت اراده باطنی در حقوق قراردادهای قابل پذیرش است، اینکه بدون ابراز به هیچ قصدی نمی‌توان پی برد نکته‌ای است که طرفداران دیدگاه اول به آن بی‌اعتناء مانده یا حداقل آن را درک نکرده‌اند. اراده باطنی تا وقتی که ابراز نشده، علی‌الاصول، فاقد هر گونه اثر حقوقی است و دقیقاً به همین دلیل است که ماده ۱۹۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند»؛ زیرا اگر لفظ، اشاره یا داد و ستد به عنوان مبین اراده باطنی بیان نگردد و به عبارت دیگر شرط تأثیر قصد تحقق نیابد، در واقع چیزی که در عالم ثبوت (اعتبار) وجود یافته داخل در عالم واقعیت و مادی نگردیده تا بتوان آن را اثبات نمود.

در طرد نظریه اول به ماده ۱۹۳ که مقرر می‌دارد: «انشاء معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد»، اشاره نمود؛ زیرا اگر به موجب نظریه اول می‌توان لفظ را تعبیر و آن را مبنای تفسیر قرار داد، چگونه می‌توان عمل یا طبق ماده ۱۹۲ «اشاره» را مبنای تفسیر در نظر گرفت و یا اینکه قسمت اخیر ماده ۳۳۹ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «بیع ممکن است به داد و ستد واقع شود» را مبنا قرار داد. بدیهی است که تفسیر داد و ستد از عهده معتقدین به نظریه اول خارج خواهد بود.

نهایتاً، هر چند که الفاظ عقد را به موجب ماده ۲۲۴ قانون مدنی باید بر معنای عرفی حمل نمود و به موجب آن عاریه گرفتن فرش از سوی همسایه به نام قرض را از دیدگاه قرض محسوب داشتن نادیده گرفت. ولی اگر یکی از طرفین یا هر دو به یکی از طرق اثباتی، ثابت نمود که قصد باطنی وی مخالف با آن چیزی بوده است که در خارج ابراز داشته است، دلیلی بر عدم پذیرش این ادعا از وی نخواهد بود و این امر هم دلیلی بر نقض نظریه اول (مدار قرار دادن اراده ابراز و اعلام شده در تفسیر) خواهد بود.

۱. دکتر مهدی شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، جلد اول، ص ۵۷ و ۵۸؛ و ماده ۱۹۱ قانون مدنی

باید گفت که در نظریه دوم نیز نباید تأثیر عرف را نادیده گرفت؛ یعنی تفسیر اراده درونی در صورتی که طرفین یا مدعی قادر به اثبات آن نباشد، بر مبنای عرفی که در حکومت آن شکی وجود ندارد، انجام خواهد شد.

از این رو قانون مدنی در ماده ۳۴۰ مقرر داشته است که: «در ایجاب و قبول، الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد». ولی باید دانست که این صراحت را باید عرف معین نماید. برای مثال اگر روزی خرید و فروش با لفظ «بیع» بوده، امروزه لفظ «انتقال» نیز می‌تواند دلیل بر بیع باشد، «دادرسی باید به اراده واقعی و خواست‌های دو طرف بیش از معانی الفاظ توجه داشته باشد.<sup>۱</sup> قائل شدن به این نظر از سوی استاد دکتر کاتوزیان تمایل ایشان را به نظریه حاکمیت اراده باطنی با توجه به مبنای معقول و منطقی آن نشان می‌دهد.

استاد دکتر شهیدی نیز به پذیرش نظریه حاکمیت اراده باطنی تمایل نشان داده‌اند. از دیدگاه ایشان «هرگاه ثابت شود که آنچه در ضمیر اعلام کننده منعکس بوده با آنچه اعلام شده متفاوت بوده است، از مدلول اعلام شده باید دست کشید».<sup>۲</sup>

### گفتار سوم: نظریات حاکمیت اراده ظاهری و باطنی در کنوانسیون

این طور به نظر می‌رسد که اراده باید جنبه ظاهری داشته باشد و جنبه درونی و قلبی مورد نظر نمی‌باشد لذا تا زمانی که اراده اعلام نشود و ظهور پیدا نکند اثر حقوقی ندارد به خاطر این که افراد با قصد و نیت درونی یکدیگر آشنا نیستند و تا زمانی که شخص این قصد و نیت درونی را ظاهر نکند نمی‌توان برای این اراده اثر حقوقی در نظر گرفت. چون معیار مناسبی جهت شناخت اراده باطنی در دست نمی‌باشد و از طرفی برای مصون ماندن از معاملات از خطر تغییر یا تقیید اراده لذا تنها ضابطه تشخیص اراده را اراده ظاهری می‌دانند به عبارت دیگر از دیدگاه برخی از حقوقدانان، اراده‌ای به عقد شکل می‌دهد که در خارج ابراز شده و بیان گردیده باشد، بنابراین این امر همواره امکان دارد که آنچه در مرحله ایجاب و قبول ابراز می‌گردد، مخالف با قصد درونی طرفین باشد و این اختلاف حسب مورد ناشی از اشتباه، سهو، شوخی، اکراه، اجبار، عهد و ... باشد، در هر صورت آنچه مبنای تفسیر قرار

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، «عقود معین»، جلد اول، ص ۳۲

۲. دکتر مهدی شهیدی، اصول قراردادها و تعهدات، صفحه ۲۹۵، ش ۱۶۴

می‌گیرد آن اراده‌ای است که ابراز شده و حالت خارجی و بیرونی یافته است، بنابراین «قصد عاقد با مشخصاتی که از راه ایجاب و قبول عرضه شده است، اراده ظاهری و قصد نوعی نامیده می‌شود»<sup>۱</sup>. طرفداران این نظریه بر این عقیده‌اند که مبنای تشکیل هر قراردادی اراده ظاهری و بیرونی و اعلام شده طرفین است زیرا این اراده ظاهری است که کاشف از ایجاب و قبول می‌باشد و وجود قصد انشایی باطنی بدون آنکه در خارج ابراز شود تأثیری ندارد. لذا نظریه اراده باطنی موجب رکود تحرک اقتصادی و از بین رفتن امنیت در روابط اقتصادی و معاملات می‌شود.

بدین جهت عرف عقلا با به کار گیری الفاظ و اعمال از ناحیه متعاقدین موجودیت اعتباری اعمال حقوقی را به رسمیت می‌شناسد بنابراین همانگونه که در ایجاد عمل حقوقی اراده باطنی پشتوانه اراده ظاهری است، در کشف عمل حقوقی باید از اراده ظاهری کمک جست لذا تأکید حقوقدانان بر اراده ظاهری نیز به جهت حفظ اعتبار اعمال حقوقی و مضیق نمودن دایره تأثیر جهل و اشتباه در آن و حفظ ثبات و امنیت معاملات و بهره‌گیری از معیارهای نوعی در تفسیر عقود و ایقاعات قابل توجیه می‌باشد.

لذا این طور می‌توان برداشت کرد که منظور از اراده، اراده ظاهری می‌باشد. به طور مثال در مواردی از کنوانسیون از جمله ماده ۱۸ و ۲۴ با توجه به مطالب گفته شده در مورد ایجاب و قبول این طور می‌توان برداشت کرد که منظور از اراده، اراده ظاهری است.<sup>۲</sup>

## مبحث سوم: مبنای حاکمیت اراده

### گفتار اول: مبنای حاکمیت اراده در حقوق ایران

#### ۱. اصل اباحه

به این معنی که در جاهایی که احکام الزامی (حرمت و وجوب) است، آزادی اراده نقشی ندارد ولی اگر دلیلی بر وجوب و حرمت نباشد اصل، اباحه و ترخیص حکم است. به موجب این اصل استفاده از آنچه در طبیعت در اختیار بشر نهاده شده علی‌الاصول مجاز است مگر اینکه شارع مقدس به وضوح استفاده از چیزها ممنوع اعلام کرده باشد. اصل اباحه به این معنی مبین نوعی آزادی اراده‌ی انسان در طبیعت و اجتماع است؛ اما اینکه از اصول مذکور بتوان در قلمرو معاملات استفاده کرده محل بحث است.

۱. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، ص ۱۲۰

۲. ماده ۱۸ و ۲۴ کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ وین

همچنان که بعضی از فقها از اصل اباحه بهمعنی عام در اثبات مشروعیت عقود بی نام مثل عقد بیمه استفاده کرده‌اند مثل میرزای قمی در جامع‌الشتات.<sup>۱</sup>

همانگونه که ملاحظه گردید از اصل اباحه در اثبات مشروعیت ماده ۱۰ قانون مدنی استفاده شد؛ اما قلمرو حاکمیت اراده چیست؟

هر چند که اصل آزادی قراردادها از روی ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی و با عنوان یک وسیله مفید در حقوق موضوعه ایران پذیرفته شده است، اما تا جایی این اصل کلی قابل استناد و احترام است که با نظام اجتماعی و حقوقی معارض نباشد. ماده ۱۰ قانون مدنی نفوذ قراردادهای خصوصی را منوط به عدم مخالفت صریح با قانون دانسته است. مضافاً بر اینکه ماده ۹۷۵ قانون مدنی نیز بیان می‌دارد:

محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد؛ اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

بنابراین، حقوق ایران آزادی قراردادها را به طور مطلق نپذیرفته. بلکه اعتبار آن را مشروط به عدم مخالفت قانون دانسته است، همچنان که ماده ۱۹۰ قانون مدنی در ضمن بیان شرایط اساسی صحت معامله در بند ۴، به مشروعیت داشتن جهت معامله تصریح می‌کند. پس تراضی اشخاص بر خلاف مقررات قانونی و شرعی، نفوذ حقوقی ندارد، بلکه باطل است؛ مثل توافقهایی که بر روی امور ممنوعه؛ مثل قمار و فروش مسکرات و مواد افیونی مضر و نابود کننده نسل و مال و خانمان افراد صورت می‌گیرد و به علت نهی شارع و قانونگذار، باطل است.

## ۲. اصل صحت

این اصل به دو معنای تکلیفی و وضعی به کار می‌رود و قلمرو این دو اصل، این دو مورد می‌باشند.

### الف. معنای تکلیفی:

منظور از اصل صحت در این معنا آن است که اعمال دیگران را اصولاً باید صحیح و مشروع تلقی کرد و مادام که دلیلی بر عدم صحت و وجود حرمت پیدا نشده هیچ کس حق ندارد در صورت دوران بین احتمال صحت و مشروعیت از یک طرف و عدم مشروعیت از طرف دیگر اعمال افراد را نامشروع و

۱. مسعود حائری، اصل آزادی قراردادها «تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی»، ص ۷۰

غیر صحیح بیندارد<sup>۱</sup> برای اجرای این اصل بیش از آنکه افراد، ناصالح پنداشته نشوند آثاری مترتب نیست یا به عبارتی از اصل صحت به مفهوم تکلیفی نمی‌توان اصل آزادی قراردادهای را بدست آورد.

### ب. معنای وضعی

به این معنا که عقد یا ایقاعی [که مشروعیت و قانونی بودن آن احراز شده] صورت داد، تردید کنیم که آیا این اعمال حقوقی صحیح‌الوقوع شده یا نه؟ یعنی ارکان، شرایط، معاملات و مقررات عمومی حاکم بر اعمال حقوقی به درستی تحقق یافته یا نه؟ هنگام بروز شک و تردید؛ حکم اصل صحت در معنای وضعی باید آن عقد یا ایقاع را محمول بر صحت بدانیم و بر اساس این برداشت می‌توانیم با اعتبار بخشیدن به آن عقد یا ایقاع، رابطه حقوقی خود را تنظیم نماییم.<sup>۲</sup> بدیهی است که با این قلمرو که برای اصل صحت بیان شد، استفاده کردن آن در تصحیح عقود مشکوک‌الصحة، وجهی ندارد؛ و اگر بخواهد مستند قرار گیرد به این معنا در شبهه‌های حکمی خواهد بود، یعنی هرگاه منشأ شک در صحت و فساد در چگونگی حکم باشد، مثلاً عقد بیمه یا فروش سر قفلی یا انتقال حق تألیف که از عقود جدید است و در زمان شارع وجود نداشته در فرض وقوع در صحت یا فساد آن تردید حاصل شود. حال چنانچه قائل به اصل صحت و تقدم آن بر استصحاب باشیم این عقدها محکوم به صحت هستند و در غیر این صورت محکوم به فساد خواهند بود. کسانی که صرفاً عقود معین را صحیح و نافذ می‌دانند قائل به این اصل نیستند و لذا فقط آن دسته از عقود را که شرع نفوذ آنها را امضا کرده صحیح و مابقی را با استناد به استصحاب محکوم به فساد می‌دانند ولی گروه مقابل با استناد به عمومات کلیه عقود عرفی را تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده صحیح و نافذ می‌شمارند.

بنا به مراتب فوق نفوذ و صحت قراردادهای عام مستند به عمومات لفظی است و ربطی به اصله الصحة که از امارات است ندارد. ولذا همان طور که گفته شد ماده ۲۲۳ ق.م. به هیچ وجه نظر به اصل صحت به این معنا ندارد و صرفاً متعرض اصل صحت به معنای نخستین است.

به عبارتی قانون مدنی ایران نیز از اصل صحت معنای مورد بحث یعنی اصل صحت قراردادهای معلوم را پذیرفته است نه عقود مشکوک‌الصحة<sup>۴</sup>

ماده ۲۲۳: «هر معامله‌ای که واقع شده محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود»

۱. محقق داماد، سید مصطفی، مباحثی از اصول فقه «دفتر سوم تعارض ادله و اصول عملیه»، ص ۱۹۵

۲. محقق داماد، سید مصطفی، مباحثی از اصول فقه «دفتر سوم تعارض ادله و اصول عملیه»، ص ۱۹۸

۳. محقق داماد، سید مصطفی، مباحثی از اصول فقه «دفتر سوم تعارض ادله و اصول عملیه»، ص ۱۹۸

۴. محقق داماد، سید مصطفی، مباحثی از اصول فقه «دفتر سوم تعارض ادله و اصول عملیه»، ص ۲۱۲

### ۳. عقد صلح

با اینکه بعضی از بزرگان فقها نظیر شیخ طوسی به فرعی بودن عقد صلح معتقد هستند این عقد اصالت یافت و به عنوان وسیله‌ی گسترش انواع قراردادها و حاکمیت اراده به کار گرفته شد... برای نفوذ عقد صلح کافی است که متضمن «تحلیلحرام یا تحریم حلال نباشد» در این صورت از قصد طرفین پیروی می‌کند؛ و با این تعبیر که از عقد صلح شد می‌تواند وسیله معامله قرار گیرد.<sup>۱</sup> اما ولیدانیمتعریف عقد صلح چیست؟ بعد رابطه‌ی آن را با این ماده بررسی کنیم.

دکتر لنگرودی در ترمینولوژی آورده‌اند:

عقدی است که طرفین توافق بر امری از امور کنند بدون اینکه توافق آنها معنون به یکی از عناوین معروف (از قبیل بیع، اجاره، رهن و ...) باشد که این تعریف از عقد صلح دقیقاً همان اصل آزادی قراردادها یعنی مدلول ماده‌ی ۱۰ قانونمدنیمی‌باشد بنابراین باید گفت که این عقد می‌تواند مبنای شرعی ماده قرار گیرد و به این ماده مشروعیت ببخشد.

عقد صلح را به دو صورت می‌توان تصور کرد اینکه به عنوان عقد صلح بین مردم منعقد شود و جزء عقود باشد که از اصل فساد خارج گشته است و مبنای شرعی آن عموماتی باشد که ذکر شد (حدیث منقول) و به صورت ابتدایی هم منعقد شود و با اقرار و انکار جایز باشد و... بدیهی است که در این صورت جزء عقود معین قرار خواهد گرفت و ربطی به ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی نخواهد داشت یعنی بگوییم که آزادی قراردادها در محدوده خود عقد صلح، مورد تأیید شارع قرار گرفته است ولی هر چه باشد عقدی است معین.

یا نه بگوییم چون در عقد صلح اراده طرفین در محدوده‌ای که محللحرام نباشد و محرم حلال، عقود و ایقاعات مشکوک‌الصحه را در این محدوده نافذ و صحیح بدانیم، یا به عبارتی با تنقیح مناط و الغاء خصوصیت از عقد صلح، همه‌ی عقود و ایقاعات را در این محدوده نافذ و صحیح بدانیم که باز تحصیل حاصل است.

سوالی که ممکن است اینجا پیش آید این است که اصلاً با وجود عقد صلح چه نیازی به ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی داریم، یعنی اگر عقد صلح را داشتیم و ماده‌ی ۱۰ را نداشتیم چه خللی در حقوق مدنی

۱. مسعود حائری، اصل آزادی قراردادها «تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی»، ص ۵۳

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۰۸



پیش می‌آمد. هر چند در پیپاسخگویی به این مسئله نیستیم ولی به ذکر قولی از حقوقدانان در این باب بسنده نمی‌کنیم.

دکتر جعفر لنگرودی در ترمینولوژی حقوق ذیل واژه‌ی صلح آورده‌اند:

«با وجود عقد صلح و ماده ۷۵۴-۷۵۲ قانون مدنی رعایت کردن مدلول‌آمده ۱۰ از حقوق خارجی زائد است»<sup>۱</sup>

یا در حقوق اموال دارند: «در فقه امامیه از ماده‌ی ۷۵۴ ق.م.همان‌بهره گرفته می‌شود که در حقوق فرانسه از ماده ۶ قانون مدنی. لذا ماده‌ی ۱۰ تکرار ماده‌ی ۷۵۴ است. عقد صلح در حقوق امامیه عقد بی‌نام است چون صلح را مختص دعوی نمی‌دانند. آنان که صلح را ویژه‌ی دعوی می‌دانند \_ حقوق فرانسه و مذاهب چهارگانه‌ی اهل سنت \_ باید برای عقود بی‌نام چاره‌جویی کنند نه فقها امامیه که صلح را ویژه‌ی دعوی نمی‌دانند. فقه اهل سنت هم از راه «نذر تبرر» راهرا برای عقود بی‌نام گشوده است. یامبسوط در ترمینولوژی حقوق گفته‌اند: با وجود مقررات صلح ماده‌ی ۱۰ ق.م. بیفایده و حتی منسوخ به نسخ علمی است»<sup>۲</sup>.

به هر حال اگر مدلول ماده ۱۰ را همان مدلول عقد صلح بگیریم دیگر نیازی به ماده‌ی ۱۰ نخواهیم داشت اگر مدلول آن را یکی بگیریم همان گونه که دکتر کاتوزیان این نظر را دارند و گفته‌اند: «مفاد ماده‌ی ۱۰ ق.م. عقد صلح را بیهوده نمی‌کند و عقد صلح نیز باعث بی‌نیازی از استناد به ماده‌ی ۱۰ نمی‌شود:

به نظر می‌آید جای تنقیح مناط نباشد چرا که اولاً؛ مشروعیت عقد صلح با استناد به عموماتی اثبات شده و از تحت اصل فساد خارج شده ولی موضوع بحث در عقود است که اینگونه نیستند یعنی نامعین و تحت اصل فساد می‌باشند و عقود مشکوک اگر با استناد به عموماتی یا ادله دیگر که صلاحیت اینکار را دارد ثابت شود بحثی نخواهد بود.

ثانیاً و نتیجتاً چیزیشبیه‌ها کاملاً منطبق با اصل آزادی قراردادها یا حتی با قلمرو وسیع‌تر از آن داریم چه جای تنقیح مناط استوار اگر طبق قانون اساسی بگوییم: شارع که مقنن واقعی و حقیقی جزء او نیست. و بنابراین خود اجازه‌ی این کار را در عقد صلح داده است اما اینکه در عقود دیگر نیز اجازه این کار را داده باشد اصل عدم است، مگر اینکه اثبات شود؛ چه جوابی خواهیم داشت؟ نتیجه‌ای که می‌گیریم این

۱. محمد جعفر لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۰۸

۲. سید مرتضی قاسم زاده، تفسیر قانون مدنی: اسناد، آراء، اندیشه‌های حقوقی، ص ۱۹

است که: عقد صلح جزء عقود معیناست ولی عقود منظور در ماده‌ی ۱۰ جزء عقود نامعینواگر بخواهیم متنی حمناط کنیم به نظر می‌آید دیگر نیازی به ماده ۱۰ نخواهیم داشت.<sup>۱</sup>

#### ۴. اصل برائت

ممکن است سؤال شود که اصل برائت بتواند پشتوانه‌ی خوبی برای اینماده باشد با این تفسیر وقتی افراد خصوصی قراردادی می‌بندند و شک داشته باشند که آیا شارع حکمی بر خلاف آن دارد و یا نه؟ با اجرای اصل برائت حکم به صحته قراردادهای خودشان نمایند. همچنان که در جماعت‌الاشتات تعبار تیشیبیه‌ای آمده: و برای تصحیح عقود مشکوک اصحه به این اصل استناد شده: «إن الصحه آتی هیمن احکام الوضع یتوقف علی التوظیف من قبل الشارع و کون الاصل اباحه العقد و برائه الذمه عن العقاب و المؤاخذه علیه معنی ترتیب الاثر الذی هو معنی الصحه و المبحوث عنه هنا».<sup>۲</sup>

جایگاه اصول جایی است که فحص و بررسی وافی و کامل در احکام و ادله‌شده باشد و بعد از آن اگر دلیلی بر حرمت یا عدم مشروعیت نیافتیم می‌توانیم اصول را جاری کنیم چراکه «الاصل دلیلی حیث لا دلیل.» این قاعده به نه تنها در اصل برائت بلکه در سایر اصولی که اینجا بر شمرده‌یم نیز جاری می‌شود.

#### ۵. اصل صحت شروط

شروط ضمن عقد را باید یکی از مبانی آزادی قراردادهای دانست زیرا تعاملین مقاصد گوناگون خود را بدین وسیله تحقق می‌بخشند به نظر میرزا حسن بن جنوردی در صحت شروط ضمن عقد تردیدی وجود ندارد بلکه بعضی از فقها، شروط ابتدایی (خارج از متن عقد) را صحیح دانسته‌اند آنچه ممکن است مورد بحث و مناقشه قرار گیرد این است که فقها حسب مفاد ادله برای گنجاندن شروط در ضمن عقد شرایطی را لازم می‌دانند که از آن به «شروط صحت» تعبیر می‌کنند حال چنانچه در موردی تردید شود که شروط مذکور در عقد با کتاب یا سنت یا مقتضای عقد مخالفاست یا نه؟ (به خصوص در مورد مخالفت با کتاب و سنت که قرابت بیشتری با موضوع بحث دارد، آیا می‌توان به اصل صحت شرط استناد نمود و بر این اساس شروط مشکوک الصحه را نافذ دانست) که نظر صاحب جواهر و میرزای قمی که از شروط آنچه مخالفش با شرع محرز باشد مستثنی است و آنچه موافقتش محرز باشد واجب الوفاست و چنانچه در مخالفت با شرع تردید شود اصل عدم منع است. طبق این نظر چنانچه در صحت شرطی تردید شود

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم کنونی، ص ۳۲

۲. مسعود حائری، اصل آزادی قراردادهای «تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی»، ص ۴۵

بایستی به تردیدها پایان داد و آن را نافذ دانست این نظر دقیقاً در جهت توسعه یقلمرو آزادیارادهاست ولی باید اذعان کرد که اجرای اصل صحت در شروط مشکوک‌الصحه بدین سهولت امکان پذیر نیست...<sup>۱</sup>

بنابراین از بحث در شرایط صحت ضمن عقد و اینکه چند تا هستند صرف نظر می‌کنیم چرا که این خود مقاله‌ها بلکه کتاب‌های مستقلی می‌طلبند همچنان که برخی فقها مثل میرزای قمی رساله در شرط نگاشته‌اند؛ و به این نکته توجه می‌کنیم که شارع کجا مکلفین را مسلط بر اموال خود ساخته و از طرفی آیا از این تسلط ساختن می‌توان اصل آزادی قراردادها را نتیجه گرفت یا نه؟ چنانچه استدلال مستدل نیز همین نکته بوده. «چون عمده‌ی شروطی که به موجب نیازهای اقتصادی و اجتماعی در عقد گنجانده می‌شود جنبه‌ی مالی دارد و می‌توان مدعی شد که آزادیاراده در این مورد نیز بوسیله شارع تأمین گردیده و چنانچه در صحت این گونه شروط تردید شود اصل صحت جاری است مگر اینکه دلیلی بر عدم نفوذ آن ارائه شود».<sup>۲</sup>

در نهایت با توجه به موارد اشاره شده در خصوص این مبانی اصل حاکمیت اراده در ایران اصل حاکمیت اراده و به تبع آن اصل آزادی قراردادی با تصویب جلد اول ق.م به رسمیت شناخته شد. این اصل قبل از تصویب قانون مدنی در عرف و بین مردم جاری بوده زیرا که این اصل در فقه و اندیشه‌های اسلامی وجود داشته است؛ و افراد در معاملات خود از فقه پیروی می‌کردند.

اصل حاکمیت اراده در ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی بیان شده است و این ماده می‌گوید: «قرارداد-ها یخصوصین سبب تبیه کسانیکه آنها را منعقد نموده‌اند در صورتیکه مخالف فصریح قانون نباشد نافذ است.» از این ماده دو نکته استنباط می‌شود؛ اول این که صرف وجود اراده‌ی طرفین برای انعقاد عقد کافی است؛ که این خود یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده است.

البته این که عقود رضایی هستند اصل است و موارد استثنایی بر آن ذکر کرده‌اند که علاوه بر اراده ی طرفین موارد دیگری به منیاز استثناء عقد منعقد شود در نتیجه ماده‌ی ۱۰ ق. ماصلا بیان کرده‌است.

۱. مسعود حائری، اصل آزادی قراردادها «تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی»، ص ۵۵

۲. مسعود حائری، اصل آزادی قراردادها «تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی»، ص ۶۴

نکته‌ی دوم که از این ماده استنباط می‌شود این است که اراده‌ی طرفین در تعیین آثار و نتایج حقوقی عقد آزاد است. البته با توجه به شرط عدم مخالفت صریح با قانون؛ که این مورد هم یکی از نتایج ذکر شده برای اصل حاکمیت اراده است.

## گفتار دوم: مبنای حاکمیت اراده در فقه امامیه

### الف: آیات

#### ۱. آیه یشریفه‌ی تجارت عن تراض:

متن کامل این آیه این گونه است که خداوند خطاب به ایمان آورندگان می‌فرماید: «لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل الا آن تكون تجاراً عن تراض منکم» «ای کسانی که ایمان آورده‌اید اموال همدیگر را به ناروا نخورید، مگر آنکه دادو ستدی به توافق خودتان باشد»<sup>۱</sup>

نکته‌ی قابل توجه در این آیه این است که خداوند ابتدا تصرف و تملک به صورت ناروا و نادرست را نهی می‌کند و در ادامه تصرف به صورت دادوستد همراه با توافق طرفین را مجاز می‌داند. پس با آوردن الا تصرف را منحصر به تجارت می‌کند و تجارت در اینجا آنچنان گسترده بیان شده است که علاوه بر عقود معین عقود غیر معین و نوپیدا را هم در بر می‌گیرد.

در این آیه به رضایت طرفین هم توجه شده و عقد در صورت تیار ایاتر می‌داند که تراضی طرفین هم وجود داشته باشد. البته تراضی طرفین به تنهایی برای مؤثر بودن قرارداد کافی نیست و دیگر شرایط صحت قرارداد هم باید موجود باشد؛ به عبارت دیگر تراضی طرفین قرارداد شرط لازم است و نه کافی. از طرف دیگر همان طور که در معنی این آیه ملاحظه می‌شود هیچ گونه تشریفات برای انجام تجارت ذکر نکرده و هم‌اکنون ابها را در ایطرفینوا گذار است. که در نتاج اصل حاکمیت اراده هم این موضوعات ندیده می‌شود.

#### ۲. آیه یشریفه‌ی اوفو بالعقود

۱. سوره نسا، آیه ۲۹

در این آیه خداوند از مردم می‌خواهد که به عقود و پیمان‌های خود وفا کنند و به آن‌ها پایبند بمانند.<sup>۱</sup> آنچنان که در کتاب حقوق قراردادها در فقه امامیه ذکر شده‌است. در مورد تفسیر این آیه بین فقها اختلاف نظر وجود دارد.

به نحوی که عده‌ای این آیه را مختص عقود قرار داده‌اند که در زمان نزول آن بهر واجد اشتهاست و عقود جدید و نوپیدا را در بر نمی‌گیرد؛ و این گروه معتقدند که فقط زمانی می‌شود به این آیه استناد کرد که در جزئیات و شرایط عقود معینی مانند بیع، نکاح، اجاره، صلح، هبه، مزارعه و عقودی مانند این‌ها که در زمان نزول آن بهر واجد اشتهاست شبیهه یا ایجاد شده باشد.

اکثریت دیگر فقهای امامیه، معتقد اند که کلمه‌ی عقود با (أل) همراه است و این خود نشانه‌ی حصری بودن و عام بودن آیه است. این گروه از فقها معتقد اند که منظور این آیه تمام عقود بوده چه عقودی که در زمان نزول آن بهر واجد اشتهاست و چه عقودیکه نوپیدا هستند.

این بحث را این گونه هم می‌شود مطرح کرد که منظور این آیه هر عمل حقوقی بوده که هم در عرف و هم در لغت عقد محسوب می‌شود.

نکات دیگری هم از این آیه استفاده می‌شود، مثلاً این که منظور آیه عقود بوده که شرایط صحتر ادا را باشند چرا که هیچ عقدی برامی شود فرض کرد که بدون شرایط صححت وجود داشته باشد و آثار و تعهداتی ایجاد کند تا در ادا مهملات تعهداتی پایبند ماند یا نقض پیمان کرد.<sup>۲</sup>

۱. سوره مائده، آیه ۱

۲. مریم آقایی، مقاله «فقه و مبانی حقوق» دانشگاه آزاد بابل، شماره ۱، ص ۹۲

## نتیجه

از این آیه می‌شود به لزوم عقود و پایبند بودن به آن و دارا بودن شرایط صحت در قرارداد حکم کرد که یکی از شرایط صحت عقد دارا بودن قصد و رضای آزادانه است و این قصد و رضای آزادانه به‌صورتی که در قرارداد بیع می‌گردد. ماده‌ی ۱۹۰ ق.م.ش. شرایط صحت عقد را بیان می‌کند. وم ۱۹۹ ق.م. می‌گوید که اگر فرد قصد و رضای آزادانه داشته باشد و به‌عبارت دیگر فرد در هنگام انعقاد قرارداد مکره باشد، (البته با وجود شرایط خاص که در ماده‌های ۲۰۲ و ۲۰۴ ق.م.ذ.کر شده) باعث عدم نفوذ عقد می‌شود.<sup>۱</sup>

## ب: روایات

### ۱. روایت نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم»

با دقت و بررسی این روایت که یکی از قواعد فقهی نیز به شمار می‌آید دو نکته قابل طرح است: یکی اعتبار و تثبیت مالکیت و دیگر ماهیت حقوقی و ویژگیها و عناصر مالکیت. به موجب این قاعده مالکیت سه ویژگی دارد:

۱-۱) مطلق بودن: یعنی مالک حق دارد هر گونه استفاده‌ای که خردمندان برای وی قائلند از مال خود ببرد.<sup>۲</sup>

۱-۲) انحصاری بودن: یعنی فقط شخص مالک یا افراد مأذون و مجاز از طرف او حق استفاده و بهره برداری از ملک را دارند.

۱-۳) دائمی بودن: یعنی فردی که مالک چیزی شد تا زمانی که مالک است حق استفاده و بهره برداری از آن را دارد.

### ۲. روایت «المؤمنون عند شروطهم»

حدیث نبوی فوق در فقه اسلام به صورت یک قاعده مسلم فقهی در آمده و به موجب آن شارع مومنان و مسلمانان را ملزم و پایبند به التزامات و تعهدات قراردادی خود می‌داند. این روایت در تأیید صحت و اعتبار شروط ضمن عقد مورد استناد فقها قرار می‌گیرد ولی می‌توان با دید وسیع‌تر و عام‌تری از این روایت به منظور تصحیح و اعتبار بخشیدن به التزامات قراردادی و به عنوان یک قاعده عام که خود قرارداد را هم در بر می‌گیرد، استفاده کرد. این مسأله منوط به تعریفی است که از شرط ارائه می‌شود.

۱. مواد ۱۹۰ و ۱۹۹ و ۲۰۲ و ۲۴۰ قانون مدنی  
 ۲. امام خمینی، کتاب البیع، ۱ جلد، ص ۷۹ به بعد

اگر شرط را به معنای مطلق التزام- چه ابتدایی و چه ضمن عقد- بدانیم یا آن را هر گونه جعل و قرارداد معاملی به شمار آوریم، در این صورت «المؤمنون عند شروطهم» در بردارنده یک حکم کلی است؛ که نه فقط التزامات ضمن عقد بلکه خود قرارداد را نیز به عنوان «التزام اصلی» شامل می‌شود. در نتیجه می‌توان به صحت و اعتبار هر گونه قراردادی که شرایط اصلی عقد از نظر عرف و شرع دارا باشد، حکم کرد.<sup>۱</sup> و از آن به عنوان یکی از مبانی اصل آزادی قراردادی یا همان حاکمیت اراده در قراردادها یاد کرد؛ اما اگر به پیروی از اکثر فقها، شرط را به معنای التزام فرعی در ضمن التزام اصلی تعریف کنیم،<sup>۲</sup> استفاده از این روایت به عنوان یک قاعده عام در تأیید اصل آزادی قراردادی و برای اعتبار بخشیدن به عقود و قراردادهای نو پیدا، امکان پذیر نخواهد بود.

### ۳. قاعده العقود تابعه للقصود

#### ۱-۳: مفهوم قاعده

یکی از معانی قاعده «العقود تابعه للقصود» آن است که وقوع عقد بر کیفیات خاص، متوقف به قصد آنها در عقد می‌باشد و نتیجه آن این است که اگر قصد کیفیات مقصود به خاطر اینک عقد بر طبق آنها واقع شود، لازم است، پس به ناگزیر باید اماره‌ای دال بر هر کدام از کیفیات مقصود در متن عقد آورده شود زیرا قصد خالی و بدون اماره‌ای دال بر آن اعتباری ندارد.

به عبارت دیگر به نظر می‌رسد قصد عاری از لفظ، اعتباری ندارد اگر شخص قصد نوع و کیفیت خاصی داشته و وقوع آن را طلبیده باشد که فرضاً عقد جایز باشد، هر چند در صورت ظهور لفظ و حکایت آن از لزوم، باید از حکم ظاهر لفظ پیروی کرد لکن مجرد قصد تأثیری در عقد و نوع آن نخواهد داشت و آنچه فی الجمله مقصد بوده، اصل معامله است و نوع آن از ظهور لفظ استفاده نمی‌شود و در حقیقت قصد نوع در کیفیت از هیچ اماره و اصلی استکشاف نشده است.

این مسئله مانند آن است که در زمان قصد بیع بگوید «وهبت»؛ بی گمان لفظ وقتی معتبر است که حکایت از مقصود نماید و در چنین صورتی هبه مقصود نبوده است و بنابراین نه بیع واقع می‌شود و نه هبه زیرا اولی لفظ دال نداشته و دومی مقصد نبوده است.

۱. محمد کاظم طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۱۰۶

۲. شیخ مرتضی انصاری، کتاب مکاسب، جلد ۳، ص ۵۶؛ امام خمینی، کتاب البیع، جلد ۱، ص ۸۵

در نتیجه باید قصد کیفیات مقصود به خاطر اینکه عقد بر طبق آنها واقع شود را در اختیار داشته باشد، پس به ناگزیر باید اماره‌ای دال بر هر کدام از کیفیات مقصود در متن عقد آورده شود زیرا قصد خالی و بدون اماره‌ای دال بر آن اعتباری ندارد.<sup>۱</sup>

### ۲-۳: مفاد قاعده تبعیت عقد از قصد

این قاعده را به اعتبار کثرت فروع و وسعت دامنه کاربردی آن می‌توان از قواعد مهم در فقه به شمار آورد. نقش تعیین کننده اراده در عقد، نکته اساسی در این قاعده است که از مبحث مهم حقوقی نیز محسوب می‌گردد.

نه تنها فقهای شیعه به این قاعده مکرراً در ابواب مختلف استناد کرده‌اند بلکه فقهای اهل سنت نیز همواره به این قاعده تمسک کرده و گاهی از آن به قاعده «الامور بمقاصدها» تعبیر کرده‌اند. اراده و قصد، نقش اساسی را در انشاء و تکوین عقد دارد و ایجاد التزامات ناشی از عقد در حقیقت از اراده عقدی نشئت می‌گیرد.

قاعده «العقود تابعه للقصود» نزد فقهای شیعه، بیانگر این حقیقت می‌باشد.

### ۱. اراده باطنی

اراده باطنی همان حالتی است که از آن به نیت تعبیر می‌شود. نیت یا اراده باطنی دارای دو عنصر اساسی است: اختیار و رضا.<sup>۲</sup>

الف: اختیار: عبارت از قصدی است که به یک امر مقدور که ممکن الوجود و العدم است، تعلق می‌گیرد و شخص مختار می‌تواند یکی از آن دو را برگزیند.

اختیار در عقد، به مجرد اراده اجرای لفظی عقد یا چیزی که می‌توان جایگزین لفظ باشد، حاصل می‌شود و به همین دلیل است که اختیار با اکراه جمع نمی‌شود.

ب: رضایت: به آن حالت از اختیار گفته می‌شود که اشبیاع شده و به نهایت خود رسیده باشد و به آن حالت، میل و رغبت نیز می‌گویند.<sup>۳</sup> حالت رضایت همواره شامل اختیار می‌شود اما البته عکس آن صادق نیست؛ بنابراین رضایت با اکراه و خطا نیز جمع نمی‌شود.

۱. عباس علی عمید زنجانی، قواعد فقه، جلد اول، ص ۲۸۳-۲۸۴

۲. مسعود انصاری و دکتر محمد علی طاهری، مجموعه دانشنامه حقوق خصوصی، جلد اول، ص ۱۵۷

۳. دکتر جعفر لنگرودی، ترمینولوژی حقوقی، ص ۳۳۵، ش ۲۶۸۳



بنابراین عبارت و لفظ عقد باید به گونه‌ای ادا شود که حاکی از اختیار و رضایت باشد تا بیان کننده اراده باطنی عاقد محسوب گردد.<sup>۱</sup>

## ۲. اراده ظاهری

اراده ظاهری عقد در حقیقت همان مفاد ظاهری لفظ است که بیان کننده قصد عاقد می‌باشد. از آنجا که اراده ظاهری با لفظ عقد کشف می‌شود، می‌توان گفت که امری بسیط است و اختیار و رضایت در آن قابل تفکیک نیست. می‌توان از اراده باطنی به قصد و از اراده ظاهری به لفظ تعبیر کرد اما در مقایسه آن دو و تشخیص اینکه کدام حاکم و غالب است، اختلاف نظر وجود دارد.

## ۳-۳ تطابق اراده باطنی و اراده ظاهری

تردیدی نیست که هر گاه دو اراده ظاهری و باطنی احراز شود، تمامی آثار شرعی عقد بر آن مترتب می‌گردد اما چنین احرازی حاصل نگردد ممکن است دو حالت به وجود آید: الف) اراده حقیقی و باطنی بر عقد وجود نداشته باشد که عقد صرفاً حالت صوری پیدا می‌کند مانند عقد مجنون، صبی غیر ممیز

ب) وجود اراده حقیقی و باطنی مشکوک باشد که این حالت در مواردی پیش می‌آید که از آن به عیوب اراده یا عیوب رضایت یا عیوب عقد تعبیر می‌شود. در عقد صوری ممکن است قرارداد به سه صورت زیر منعقد شود:<sup>۲</sup>

۱. حالت تبانی که مالک آن توافق متعاقبین بر ظاهر عقد، بدون توجه به عقد حقیقت و مفاد واقعی آن است؛ مانند موردی که تظاهر به عقد یا اقرار صوری به آن می‌کنند و یا با توسل به عقد ظاهری، اموال خود را از ظالم و سارق نجات می‌دهند.

۲. عقد هازل که از الفاظ عقد معانی دیگر منظور می‌شود و حتی ظاهراً نیز قصد بر خود معنی، وجود ندارد.

۳. عقد مجنون و مغمی علیه و صبی غیر ممیز که عبارت و لفظ عقد به نحوی باشد که قصدی بر آن تعلق نگرفته و لفظ بیانگر معنی مقصود نباشد، در هیچ کدام از آنها اراده حقیقی و باطنی عقد وجود

۱. عباس علی عمید زنجانی، قواعد فقه، جلد اول، ص ۲۸۶

۲. مجله حقوقی «مطالعات فقه و حقوق اسلامی» شماره ۱، ص ۷۹

۳. عباس علی عمید زنجانی، قواعد فقه، جلد اول، ص ۲۸۸

ندارد؛ نظیر عقد کسی که به خطا لفظ عقد را به کار می‌گیرد یا از روی فراموشی آن را بر زبان می‌راند.

### این قاعده به چند معنی و مفاد می‌تواند قابل بحث باشد:

**اول:** عقد بدون اراده تحقق نمی‌یابد همان گونه که فقها در شرایط عمومی عقود به آن تصریح کرده‌اند که تابع بدون متبوع وجود نمی‌یابد.

بر اساس این مفاد، عقد غافل، نائم ناسی، هازلو مست که قصد بر انشاء عقد ندارد، باطل است. قاعده «العقود تابعة للقصد» به این معنا، دارای کلیتی است که شامل همه‌ی عقود می‌شود و معنی آن شرطیت اراده و قصد در عقود و عدم تحقق عقد بدون قصد است.

**دوم:** عقد تابع قصد است؛ به این معنا که عقد از اموری است که احتیاج به دو طرف ایجاب و قبول و دوشیء که عوض و معوض فرار بگیرد دارد؛ بعد از آنکه عقد با این ارکان به وجود آمد، هر عقدی دارای اثر خاص است؛ مانند تملیک عین و یا تملیک منفعت یا توکیل و امثال آن و همچنین هر عقدی دارای اثر خاصی است؛ مانند فوریت، تراضی، لزوم، جواز، تنجیر، تعلیق، احکام و لوازم دیگر؛ نهایت اینکه عقد به دالت و ماهیتش دلالت به هیچ کدام از این آثار و عوارض ندارد بلکه این قصد است که این امور مشخص می‌کند؛ مفاد عقد در این خصوصیات (اصول و فروع) تابع نوع قصد است، بنابراین هنگامی که عاقد یکی از این امور را قصد می‌کند، عقد هم بر آن امور دلالت خواهد کرد.<sup>۱</sup>

**سوم:** نوع هر عقدی با قصد مشخص می‌گردد؛ اگر شخص قصد بیع داشت عقد بیع واقع می‌شود و اگر قصد عاریه داشت، عقد عاریه و در صورت قصد هبه، عقد هبه تحقق می‌یابد.

بر اساس این مفاد، قاعده «العقود تابعة للقصد» به عقود اختصاص نداشته و شامل ایقاعات نیز می‌گردد و مفهوم آن دارای عقد ایجابی به معنی «ما قصد یقع» و عقد سلبی به معنی «ما لم یقصد لا یقع» می‌باشد.<sup>۲</sup>

۱. عباس علی عمید زنجانی، قواعد فقه، جلد اول، ص ۲۹۰

۲. آیت الله مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، جلد ۴، ص ۲۷۰

### ۴-۳ دلایل قاعده

#### الف: دلایل مفاد اول قاعده<sup>۱</sup>

##### ۱. اجماع

تردیدی نیست که یکی از شرایط تحقق عقد، قصد است و عقدی که عاری از قصد باشد، عقد نیست. مراد از قصد در اینجا اراده لفظ و معنا در عقد است. عدم قصد در عقد، در مورد اشخاصی چون ساهی، نائم و غالط متصور است که ایشان لفظی را بر زبان می‌آورند بی آنکه آن را و معنی آن را قصد کرده باشند.

غالط کسی است که لفظی از او صادر می‌شود بی آنکه التفاتی به آن لفظ داشته باشد. در مورد شخص ساهی، لفظ طبق عادت بر زبان او جاری می‌شود اما قصدی ندارد و همچنین هازل معنا را قصد نمی‌کند گر چه قصد را بر زبان می‌آورد.

در هر حال در موارد مذکور اراده انشاء وجود ندارد و چون قصد انشاء وجود ندارد، مسبب انشاء که مفاد عقد است، تحقق نمی‌یابد. این قاعده با این شرط در کلیه عقود و ایقاعات بدون استثناء جاری است و دلیل آن، این است که فقها، بر بطلان عقد و ایقاعی که خالی از قصد باشد اتفاق نظر دارند؛ این اجماع را می‌توان از نقطه نظرات فقها در ابواب مختلف فقه به دست آورد بی آنکه برای کسی تردیدی حاصل شود.

##### ۲. اصل عدم

مقتضای اصل، عدم ترتب اثر عقد بر عقد فاقد قصد است، مگر آنکه دلیل خاصی بر ترتب اثر وجود داشته باشد و ادله عقود چنین دلالتی در مورد عقد فاقد قصد ندارد زیرا در ادله عقود «وفوا بالعقود یا احل الله البيع» احکام موکول به صدق کلمه عقد شده است لذا عقل حکم به لزوم تبعیت عقد از قصد می‌کند و عمل حقوقی فاقد قصد را باطل می‌شمارد.

##### ۳. روایات

برخی از فقها برای اثبات قاعده «العقود تابعه للقصد» به روایاتی از جمله روایت «انما الاعمال بالنیات» یا «لا یحل عمل الا بالنیه» استناد کرده زیرا ظاهر این دو روایت نشان می‌دهد که ماهیت عمل بدون نیت تحقق پذیر نیست؛ کلمه «لا» در این دو حدیث می‌تواند «لا» ناهیه باشد که به معنای بطلان عقد خواهد بود

۱. عباس علی عمید زنجانی، قواعد فقه، جلد اول، ص ۲۹۱

زیرا که نهی به ماهیت عقد تعلق گرفته است و ممکن است «لا» در این دو حدیث به معنای نفی باشد که در این صورت حمل به نفی صحت عقد می‌شود و احتمال نفی کمال با سیاق این دو حدیث سازگار نیست

احتمال اینکه کلمه نیت در این دو حدیث به معنای نیت در عبادات باشد (قصد قربت) بسیار ضعیف است.

زیرا اطلاق کلمه «عمل» قرینه شمولیت نیت به معنای هر قصدی است و ادعای حقیقت شرعیه در مورد نیت قابل قبول نیست.

### **ب: دلایل مفاد دوم قاعده**

مفاد دوم قاعده این بود که آثار عقد تابع قصد آن آثار است؛ یعنی آثار مترتب نمی‌شود مگر آنکه عاقد قصد آن آثار را داشته باشد.

### **این آثار را به سه نوع می‌توان تقسیم کرد:**

#### **نوع اول:**

آثاری است که به طور قهری به سبب عقد، تحقق می‌یابد و به مقتضای قاعده لزوم بی آنکه احتیاج به قصد داشته باشد، تمام آن آثار متعاقب عقد تحقق می‌یابد.

#### **نوع دوم:**

احکام و آثاری است که اگر قصد آن آثار داشته باشد و لفظی دالبر آثار در متن عقد آورده باشد، در نتیجه آن آثار بر چنین عقد مترتب خواهد بود. ولی مشروط به آنکه الفاظ یا متن عقد آورده باشد در نتیجه آن آثار بر چنین عقد مترتب خواهد بود.

#### **نوع سوم:**

احکام و آثاری است که خلاف مقتضای عقد یا خلاف احکام شرع است؛ در این حالت نه تنها قصد این نوع آثار مؤثر نیست بلکه حتی اگر علاوه بر قصد، لفظ دال بر آن نیز در عقد ذکر شده باشد؛ نتیجه‌ای نخواهد داشت و شرایط خلاف مقتضای عقد و شرایط مخالف با احکام شرع ذاتاً باطل و ملغی الاثر است.

اشکالی که در این مفاد قاعده وجود دارد این است که قصد از امور خفی است و جز با اعتراف شخص معلوم نمی‌گردد بنابراین مشروط کردن صحت عقد به چیزی که آشکار نیست و بستگی به اعتراف عاقد دارد امر بسیار مشکلی است

اشکال دیگر این است که هر گاه عاقد قصد خود را انکار کند و مدعی عدم قصد باشد، می‌تواند به این طریق عقد را ابطال کند و بر این اساس هیچ گونه ثباتی برای عقود باقی نمی‌ماند و هر عقدی را می‌توان با انکار قصد ابطال کرد.

در پاسخ این اشکال باید توجه داشت که ظاهر همواره این است که عقد با قصد تطابق دارد و عقد توأم با قصد است مگر اینکه دلیلی بر خلاف آن باشد؛ مانند اینکه بدانیم که عاقد ساهی، هازل یا غلط است و مادامی که این امور احراز نشده اصل تطابق عقد با قصد است و بر این امر اجماع فقها هم محقق است که لفظ را کاشف از قصد دانسته‌اند و بر قصد به لفظ، همواره استدلال کرده‌اند و انکار قصد را بعد از عقد مسموع نشمرده‌اند.

با توضیحاتی که داده شد روشن می‌شود که مفاد دوم قاعده، هنگامی قابل قبول است که لفظ عقد به گونه‌ای باشد که با قصد خصوصیات و آثار مقصود از آن هماهنگ باشد و به نوعی بر آن دلالت داشته باشد. در حقیقت مفاد دوم قاعده نیز بازگشت به مفاد اول است؛ به این معنا که همانگونه که لفظ عقد باید توأم با قصد باشد، الفاظی که دال بر شرایط و آثار خاص هست نیز باید توأم با قصد آن آثار و احکام باشد و همان طوریکه قصد عقد به اصل عقد است، شرایط و آثار دیگر عقد نیز تابع قصد است؛ بنابراین اگر کسی در متن عقد چیزی که دال بر قصد خصوصیات و شرایط خاص نیاورده باشد، خواه نا خواه در عقد، آن شرایط و آثار مترتب نخواهد شد.<sup>۱</sup>

### ج: ادله مفاد سوم قاعده

قاعده بر اساس مفاد سوم یک امر عقلانی و عقلایی است که اختصاص به فقه و اسلام نداشته و یک قاعده عرفی و عام محسوب می‌گردد و نیازی به توضیح بیشتر ندارد. این معنی مسلم است که آنچه متعاقدان قصد کرده‌اند، عقد به همان ترتیب واقع می‌شود و آنچه قصد نکرده‌اند، تحقق نمی‌یابد.

### ۵-۳ موارد کاربرد قاعده العقود تابعه للقصود

با توجه به مفاد قاعده «العقود تابعه للقصود» که می‌توان آن را در سه معنی زیر خلاصه کرد، موارد کاربرد قاعده را در قوانین و مقررات مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

۱. شهید ثانی، الروضه البهیة، جلد ۳، ص ۴۴۴

### این قاعده به چند معنی و مفاد می‌تواند قابل بحث باشد:

**مفاد اول:** عقد بدون اراده تحقق نمی‌یابد. همان گونه که فقها در شرایط عمومی عقود تصریح نموده‌اند که تابع بدون متبوع وجود نمی‌یابد؛ بنابراین عقد غافل، نائم، ناسی، هازل و مست که قصد بر انشاء عقد ندارند، باطل است.

**مفاد دوم:** عقد، تابع قصد است به این معنی که عقد از اموری است که با قصد مشخص می‌شود به این معنی که هر عقدی احتیاج به دو طرف ایجاب و قبول دارد و دو شیئی که عوض و معوض قرار بگیرند، بعد از اینکه عقد با این ارکان به وجود آمد، هر عقدی دارای اثر خاص می‌باشد؛ مانند تملیک عین یا تملیک منفعت و ... پس مفاد عقد در خصوصیاتش تابع نوع قصد است.

**مفاد سوم:** نوع هر عقدی با قصد مشخص می‌گردد. اگر شخص قصد بیع داشت، عقد بیع واقع می‌شود و اگر قصد عاریه داشت عاریه تحقق می‌یابد.

بر اساس این مفاد، قاعده «العقود تابعه للقصود» اختصاص به عقود نداشته و شامل ایقاعات نیز می‌گردد و مفهوم آن دارای عقد ایجابی به معنی «ما قصد یقع» و عقد سلبی به معنی «ما لم یقصد لا یقع» است.

۱. «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به مشروط بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.» شرط اساسی برای تحقق عقد، بلکه تمام اعمال حقوقی، وجود قصد است. قصد همان اراده است که به اراده باطنی و ظاهری تقسیم شده است. اراده باطنی به تنهایی برای تحقق عقد کافی نیست بلکه لازم است به نحوی ظهور خارجی بیابد.

از این دیدگاه، معنی قاعده «العقود تابعه للقصود» شرطیت اراده و قصد در عقود و عدم تحقق عقد بدون قصد است. ماده فوق‌الذکر نیز بیانگر همین مطلب است و مفهوم مخالف آن چنین می‌شود که «عقد بدون قصد انشاء تحقق نمی‌یابد»

مضافاً لازم است که قصد، بروز و ظهور خارجی داشته باشد که این همان اراده ظاهری است. برای تشخیص اینکه آیا عمل حقوقی از روی قصد تحقق یافته است یا خیر باید به شرایط اساسی صحت عمل شخص توجه کرد؛ از جمله اینکه شخص عاقل و بالغ و رشید باشد و عمل را در حال مستی، بیهوشی، خواب و سایر اموری که منحل صحت اراده است، انجام نداده باشد. بدین ترتیب می‌توان گفت آنچه را قصد کرده تحقق می‌یابد.

۲. «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله به واسطه فقدان قصد باطل است.»<sup>۱</sup> عقد بدون اراده تحقق نمی‌یابد. همان گونه که فقها در شرایط عمومی عقود به آن تصریح کرده‌اند که تابع بدون متبوع وجود نمی‌یابد.

بر اساس این مفاد، عقد غافل، نائم، ناسی، هازل و مست که قصد انشاء ندارند باطل است؛ به عبارت دیگر «ما وقع لم یقصد» یعنی آنچه واقع گردیده است متعلق قصد قرار نگرفته است. هر یک از حالات مستی و بیهوشی و خواب را می‌تواناماره‌ای بر عدم وجود قصد تلقی کرده و حکم به بطلان عقد داد.

۳. «هر گاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده، آن معامله باطل است.»<sup>۲</sup> معامله کننده باید قصد ایجاد یک رابطه حقوقی که دارای آثار خاص است، داشته باشد. کسی که معامله‌ای را به طور صوری انجام می‌دهد در واقع قصد معامله کردن نداشته و معامله‌ای که فاقد قصد باشد، در حقیقت پا به عرصه وجود نگذاشته است؛ «ما وقع لم یقصد».

شخصی که معامله‌ای صوری انجام می‌دهد نه قصد باطنی داشته و نه قصد ظاهری؛ او الفاظی را بر زبان جاری می‌کند بدون اینکه این الفاظ دارای هر گونه اثر حقوقی باشند و باید گفت او هیچ چیز حقیقی نساخته است.

در مورد این ماده به نظر می‌رسد که باید گفت هر گاه معلوم شود معامله به طور صوری انجام شده، آن معامله باطل است؛ خواه با قصد فرار از دین باشد یا به دلایل دیگر و در واقع صوری بودن علت اصلی بطلان است نه «قصد فرار از دین» چون اگر با قصد فرار از دین معامله صحیحی انجام گیرد، نباید حکم به بطلان آن داد.

البته برخی معتقدند که این ماده، مفهوم مخالف ندارد؛ یعنی نمی‌توان گفت معامله‌ای که بدون قصد فرار از دین به طور صوری یا با قصد فرار از دین غیر صوری انجام شود، صحیح و نافذ است.

---

۱. ماده ۱۹۵ قانون مدنی

۲. ماده ۲۱۸ قانون مدنی

## گفتار سوم: مبنای حاکمیت اراده در کنوانسیون

پذیرش نظریه حاکمیت اراده، همیشه همراه با دلایل: فلسفی، اقتصادی و اخلاقی فراوانی بوده است. در همه این دلایل، گرایش و روح فردگرایی بوضوح نمایان است. اینک، به‌پاره‌ای از این دلایل و براهین اشاره می‌شود.

### ۱. مبنای فلسفی

مبنای فلسفی اصل حاکمیت اراده، در حقیقت مبتنی بر اصل آزادی انسان است. اصل این است که هیچ فردی در مقابل دیگری، تعهدی بر عهده ندارد. البته، بعضی از تعهدات وجود دارد که به لحاظ زندگی اجتماعی، از سوی دولت بر افراد یک جامعه تحمیل می‌شود این الزامات استثنایی ۲۰ قاعده استو حاکمیت دولت مبنای این تعهدات را توجیه می‌کند. برایتضمین آزادیهای فردی، یک رابطه تعهد وجود پیدا نمی‌کند؛ مگر اینکه متعهد چنین اراده کرده باشد. تظاهر اصل آزادی، چیزی جز این نیست که فرد را فقط زمانی متعهد بدانیم که خود او اراده کرده باشد. نظریات ژان ژاک روسو درباره اصول این نظریه، قابل‌اعتماد نظر است. انسان ذاتاً و بالفطره، آزاد است. زندگی اجتماعی محدودیت‌هایی برای این آزادی، ضرورتاً به وجود می‌آورد. این قیود و محدودیتها به وجود نمی‌آید، مگر اینکه اراده‌ای آزاد آن را خواسته باشد. در این خصوص، ژان ژاک روسو با نظریه «قرارداد اجتماعی»، این قیود و تحدیدات بر آزادیهای فردی را توجیه می‌کند.<sup>۱</sup>

### ۲. مبنای اخلاقی

فلاسفه قرن هجدهم میلادی، اراده را منبع هر حق و تکلیفی می‌دانستند و معتقد بودند که اراده فرد درباره قراردادهای، منبع مستقیم حق و تکلیف و درباره قانون، منبع غیرمستقیم است. این فلاسفه نه تنها اراده را منبع هر حق و تکلیفی می‌دانستند، بلکه برای آن ارزش اخلاقی نیز قائل بودند. چون افراد مساوی و آزادند، قراردادهایی که آزادانه و به میل و اراده خود می‌بندند، ضرورتاً منصفانه است؛ و هر مانعی که در راه اجرای اراده افراد به وسیله قانونگذار به وجود آید، غیر عادلانه خواهد بود.<sup>۲</sup>

### ۳. مبنای اقتصادی

در زمینه اقتصاد نیز دانشمندان حاکمیت و تفوق اراده را معتبر می‌دانستند و می‌گفتند که بشر هنگامی می‌تواند ابتکار، کاردانی و شایستگی خود را در فعالیتهای اقتصادی نشان دهد که آزادانه قرارداد ببندد و

۱. عباس؛ حیات علی، «مجله پژوهشی دانشگاه امام صادق (علیه السلام)»، شماره ۱۳، ۱۴

۲. سید حسین صفایی، مفاهیم جدید در حقوق مدنی، ص ۱۷۶



فعالیت‌های خویش را به دلخواه تنظیم کند. تجارت باید مبتنی بر آزادی کامل باشد. تنظیم تجارت از طرف قانونگذار، نتیجه‌ای جزرکود نخواهد داشت. دخالت دولت در اقتصاد، حس مسئولیت، ابتکار شخصی و رقابت را از میان خواهد برد. این دیدگاه، نظریهٔ آزادیخواهان قرن هجدهم میلادی بود. در این دوره، حاکمیت اراده و آزادی قراردادها رونق فراوانی داشت.<sup>۱</sup>

---

۱. سید حسین صفایی. مفاهیم جدید در حقوق مدنی. ص ۱۷۶



# فصل سوم

موانع حاکمیت اراده در حقوق ایران وفق امامیه و کنوانسیون وین ۱۹۸۰



**مبحث اول: موانع حاکمیت اراده در حقوق ایران وفقه امامیه**  
**گفتار اول: عوامل محدود کننده حاکمیت اراده حقوق ایران وفقه امامیه**  
**بند اول: قانون**

**الف: تشخیص قوانین امری و اماره امری بودن قانون**

**۱. تشخیص قوانین امری**

چنانکه گفته شد، آزادی اراده، با مفهوم و گسترشی که فرد گرایان سده‌های پیشین به آن اعتقاد داشتند، در حقوق ما پذیرفته نشده است؛ زیرا قانونگذار ضمن تأیید اصل آزادی قراردادی، نفوذ قرارداد را موکول به مخالفت نداشتن با قانون کرده است (ماده ۱۰ قانون مدنی) و بدین ترتیب حکومت قانون را برتر از «ترازی» اشخاص می‌داند و حاکمیت اراده را نمی‌پذیرد. گذشته از اصولی که گاه در مواد قانون آمده است، قانون مدنی شرایط درستی قراردادها را به طور کلی معین می‌کند و در هر یک از «عقود معین» نیز شرایط خاصی بر آن می‌افزاید. چندان که به عنوان قاعده می‌توان گفت: «قراردادی اثر حقوقی دارد که مخالف با قوانین نباشد».<sup>۱</sup>

لذا شرط عدم مخالفت قراردادهای موضوع ماده‌ی ۱۰ ق.م. با قانون نشانگر اینست که حقوق ما آزادی قراردادها را بطور مطلق نپذیرفته و نفوذ آنها را مشروط به عدم مخالفت با قانون دانسته است. این شرط یکی از شرایطی است که در قانون مدنی تصریح شده است؛ اما آنچه شرایطی است، یعنی شرایطی که در قانون مدنی تصریح شده است، لزوماً بایستی موافق قانون نباشد. این امر به صراحت در ماده ۱۹۰ قانون مدنی نیز دیده است. به موجب این ماده، برای صحت هر معامله، شرایط ذیل اساسی است:

۱. قصد و رضای طرفین ۲. اهلیت طرفین ۳. موضوع معینی که مورد معامله باشد ۴. مشروعیت جهت معامله<sup>۲</sup>

---

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، چاپ ۱۴ ش ۱۳۰ به بعد

۲. ماده ۱۹۰ قانون مدنی

آنچه در این گفتار مدنظر است ایناستکه ترازیاشخاصبر خلافمقرراتقانونگذار نفوذحقوقیندارد و ضما تاجرایابطلانقرارداد است.

لذا بدون تصریح قانونگذار هم می‌توان درک نمود که مقصود از قوانین محدود کننده اصل آزادی قراردادی، قوانین امری است نه قوانین تکمیلی یا ارشادی، قوانین امری به عنوان قواعد غیر قابل تخطی در روابط اجتماعی است که به هر دلیل، از جمله ارتباط با نظم عمومی، منافع عمومی، مسائل حاکمیتی، سیاسی و امنیتی نمی‌توان بر خلاف آنها تراضی نمود برای مثال تجارت آزاد اسلحه جامعه را نا امن کرده و هرج و مرج را رواج خواهد داد.<sup>۱</sup>

با این وجود برخی از قواعد که برای تنظیم روابط طرفین در صورت سکوت ایشان تنظیم یافته‌اند، قواعد تکمیلی محسوب شده و قابل‌گریزند. برای مثال بنابر ماده ۳۸۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «مخارج تسلیم مبیع از قبیل اجرت نقل آن به محل تسلیم، اجرت شمردن و وزن کردن و غیره به عهده بایع است، مخارج تسلیم ثمن بر عهده مشتری است»؛ که نه تنها می‌توان بر خلاف آن توافق نمود، بلکه بنابر ماده بعدی یعنی ماده ۳۸۲ قانون مدنی، در صورتی که عرف بر خلاف آن حکمی صادر نموده باشد، مجری خواهد بود و بر قانون تکمیلی تقدم خواهد داشت.<sup>۲</sup>

به عبارت دیگر قواعد و مقررات آمره احکام یا ضوابطی هستند که قانونگذار بعنوان دستور و تکلیف بیان و اعلام می‌کند. این مقررات ممکن است جنبه امری داشته باشد و یا به شکل نهی و منع اعلام گردد. رعایت قوانین امری مورد توجه خاص قانونگذار است و به هیچ وجه اجازه داده نمی‌شود و امکان پذیر نیست که اراده افراد از دائره آن تخطی کند و تخلف طرفین قرارداد از این محدوده موجب بطلان قرارداد و بی اعتباری آن خواهد بود. مثلاً مقررات مربوط به اهلیت طرفین قرارداد (مواد ۲۱۰-۲۱۱-۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مدنی ایران) و یا مقررات مواد ۱۲۴۰ و ۱۲۴۱ و ۱۲۴۲ قانون مدنی در خصوص ضوابط معاملات قییم یا مولی علیه یا انتقال و فروش و رهن مال مولی علیه را به صلح خاتمه دادن، دعوی مربوط به مولی علیه مقررات پیش بینی شده در مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت از جمله قوانین آمره محسوب می‌گردد. همچنین عدم نفوذ معاملات غیر رشید در اموال وی که در ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی پیش بینی شده است و با عدم امکان سلب حق تمتع و استیفاء تمام یا قسمتی از

۱. ماده ۱۰ قانون مدنی

۲. ماده ۳۸۲ قانون مدنی: «هرگاه عرف و عادت از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم بر خلاف ترتیبی باشد که ذکر شده و یا در عقد بر خلاف آن شرط شده باشد باید بر طبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود و همچنین متبایعینمی‌توانند آن را به تراضی تغییر دهند.»

حقوق مدنی بطور کلیو یا عدم امکان سلب حریت مقرر در مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی از مقررات آمره اند و تجاوز از حدودی که ترسیم کرده‌اند جایز نیست.<sup>۱</sup>

در قراردادهای اصل حاکمیت اراده یا اصل استقلال اراده در محدوده‌ای که قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه یا قواعد آمره دیگر ترسیم می‌کنند، حکومت می‌کند. البته استقلال اراده در انعقاد قرارداد و ایجاد روابط حقوقی بین مردم به عنوان اصل تلقی می‌شود و محدودیت اراده جنبه استثنائی دارد و علی القاعده این موارد استثنائی باید در قوانین تصریح گردد و باصلاح حالت استثنائی باید منصوص باشد. در عین حال ممکن است مقررات آمره و ضوابط مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه را نیز به عنوان اصل دیگری بپذیریم و بگوییم که اصل استقلال یا حاکمیت اراده تا زمانی که با قواعد آمره تعارض پیدا نکنند قابل اجراء می‌باشند. در این صورت همانطور که بسیاری از اساتید و حقوقدانان معتقدند و عملاً نیز چنین است، لازم نیست حدود مورد نظر صریحاً مشخص گردیده باشد و همچنین لازم نیست نص خاصی بر منع تجاوز از حدود نظم عمومی و اخلاق حسنه پیش بینی شود، بلکه مصلحت جامعه اقتضاء دارد که اظهار نظر نسبت به اینگونه امور در اختیار قاضی نهاده شود تا قاضی که حقوقدانی وارسته و حافظ منافع خود و جامعه است و به ضوابط و اصول علمی و عملی احاطه کامل دارد و بافت جامعه را هم می‌شناسد در هر مورد وقتی تشخیص داد که قرارداد تنظیم شده بر خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه و یا سایر مقررات آمره است، بطلان آنرا اعلام نماید، هر چند قانون نسبت به مورد مسکوت باشد.<sup>۲</sup>

حال با توجه به این موارد آنچه اجرای این قاعده را مشکل می‌سازد این است که نیروی الزام آور قانون در همه موارد یکسان نیست. « گاهی قوانین امری استیعینتوا فقطر فینبر خلافاً ممنوعاً استو گاهی قوانین تکمیلی استیعینتوا فینبر انچه را که به مصلحت استیبا نکرده است و توافقی بر خلاف آنرا هم پذیرفته است. آنچه هم‌ماستابناست که چنانچه موضوعی جهت قرارداد بر خلاف مقررات الزامی‌شماره عو قانونگذار باشد و آنرا نقض کند باطل و بلا اثر است.

به مفهومی دیگر اگر نیروی الزام آور قوانین در همه جا یکسان بود، اجرای این قاعده نیز با هیچ مشکلی روبرو نمی‌شد. ولی دشواری در این است که گاه هدف از وضع قوانین انجام قاعده تخلف ناپذیر نیست: قانونگذار نظر ارشادی دارد و می‌خواهد آنچه را عادلانه و مفید می‌داند جانشین سکوت

۱. اسدالله امامی، مقاله «نقش اراده در قراردادها» ص ۷۴

۲. دکتر حسین صفائی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادها، صفحه ۶۵

طرفین عقد سازد. در این گونه موارد، آنان می‌توانند بر خلاف قانون تراضی کنند. به همین جهت نیز گفته می‌شود که الزام ناشی از این قوانین مشروط بر نبودن تراضی مخالف است و برای عقد نقش «تکمیلی» دارد.<sup>۱</sup>

برای مثال، گرفتار تاجر تبرایصد مهز دنیه سلامت دیگر بیاطلاست، و یا انجام قرارداد بیاذکر شروطی که حقوق آزادی‌های فرد را به طور مطلقاً از او سلب کند باطل است.<sup>۲</sup> و احکام خیارات در قراردادها در زمره قوانین تکمیلی است و می‌توان سقوط تمام آنها را شرط کرد<sup>۳</sup> و حق تعیین مسکن زن و شوهر نیز از همین قبیل است.<sup>۴</sup>

پس برای احراز نفوذ با بطلان قراردادهایی که با قانون مخالف است، در مرحله نخست باید طبیعت قانونی را باز شناخت: اگر قانون امری باشد، قرارداد باطل است و اگر تکمیلی به شمار رود عقد حکومت دارد.

## ۲. اماره امری بودن قانون

یکی از نشانه‌های امری بودن قانون لحنی است که قانونگذار در بیان احکام خود بکار می‌برد. برای مثال، آوردن واژه هائی مانند «باید» و «مکلف است» یا «ممنوع است». ظهور در امری بودن حکم دارد. در حالی که کلمه «می‌تواند» یا «اختیار دارد» به طور معمول برای بیان قواعد تکمیلی بکار می‌رود. به عنوان مثال به یک مورد از نشانه‌های بارز قوانین امری اشاره می‌کنیم:

«احکام استثنایی که بر خلاف قواعد کلی قراردادها وضع می‌شود و نتیجه تراضی دو طرف نمی‌باشند از قواعد امری به شمار می‌روند؛ زیرا استثنایی بودن آن نشان دهنده این است که قانونگذار نمی‌خواستهمکان تراضی بر خلاف آنها را بپذیرد.»<sup>۵</sup>

## ب: قرارداد مخالف روح قانون

بر طبق ماده ۱۰ قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتیکه خلاف صریح قانون نباشد نافذ است». مقصود از قید «صراحت قانون» تأیید اصل مباح

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شماره ۸۹، ص ۱۴۹

۲. اصل ۴۰ قانون اساسی: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله‌ی اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.»

۳. ماده ۴۴۸ قانون مدنی

۴. ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی

۵. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۱، شماره ۱۳۸ و ۱۳۹



بودن قراردادها است. قانون‌گذار دریافته است که ایجاد حس اعتماد در امور تجارت و تأمین عدالت نسبی مستلزم این است که همه پایبند به گفته‌ها و پیمان‌های خویش باشند؛ و این طرز تفکر از میان برود که اگر قانون به صراحت قراردادی را مجاز نشمرد مقصود اعلام نافذ نبودن آن است.<sup>۱</sup>

مفاد ماده ۱۰ را بدین گونه می‌توان خلاصه کرد که «هر چه منع نشده آزاد و مباح است». روح و مفهوم قانون چیزی جز مقصود قانون‌گذار نیست پس اگر پذیرفته شود که کلامی دارای مفهوم است، چگونه می‌توان ادعا کرد که این مفهوم چون به قالب الفاظ در نیامده است اثر ندارد؟

درست پنداشتن قراردادهایی که با روح قانون منافات دارد، در عمل نتایج ناگواری به بار می‌آورد. برای مثال در هیچ یک از مواد قانون مدنی و امور حقیقی نیامده است که قیّم حق بخشیدن اموال محجور را ندارد، در حالیکه در مفهوم ماده ۱۲۱۴ و سایر مواد مربوط به اختیار قیّم به خوبی بر می‌آید که مباح شناختن این اقدام با حکم نصب قیّم و منظور قانون‌گذار مخالف است.<sup>۲</sup>

### بند دوم: نظم عمومی

اصطلاح نظم عمومی در فقه و حقوق، اصطلاح شناخته شده‌ای است و متون فقهی و حقوقی بسیاری، در بردارنده این واژه است و تعریف‌های متعددی از آن به عمل آمده است، لیکن برای تشخیص مصادیق نظم عمومی ضابطه دقیقی ارائه نشده است و نمی‌توان از تمام آن تعاریف چنین ضابطه‌ای را به دست آورد. نقطه مشترک مذکور در این تعریف‌ها، ارتباط مفهوم نظم عمومی با منافع و مصالح عمومی جامعه است. از این رو، برخی از حقوقدانان منافع عمومی را ضابطه تعیین قواعد امری می‌دانند و قوانینی را که به منظور حفظ منافع جمعی افراد یک جامعه وضع می‌شوند، قوانین دارای جنبه نظم عمومی و امری می‌نامند. بدیهی است که غالب قوانین، جنبه اجتماعی دارد و مصلحتی عام در وضع آن، مدنظر قانون‌گذار بوده است.<sup>۳</sup>

بنابراین، چنین ضابطه‌ای به تنهایی نمی‌تواند تعیین‌کننده قاعده آمره و مفهوم نظم عمومی باشد. محرک قانون‌گذار در وضع بسیاری از قواعد موجود، مصلحت عمومی است. ولی مصلحت مربوط به آزادی اراده افراد، از دید قانون‌گذار بر آن مصلحت عمومی ترجیح داده شده است. در پاره‌ای از موارد

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، ص ۱۵۷

۲. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، ص ۱۵۸

۳. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ ص ۱۵۹

نیز استیفای مصلحت عمومی، به مراتب در نظر قانون گذار مهم‌تر است. در این موارد است که قانون با نظم عمومی مرتبط می‌گردد.

به نظر می‌رسد، نظم عمومی قواعدی را در بر می‌گیرد که همگان باید به آن احترام گذارند تا نظام اجتماع حفظ گردد و از هم نگسلد. قوای اداره کننده جامعه، تنها بر اساس رعایت آن قواعد از سوی همه افراد، می‌توانند وظایف خود را انجام دهند و جامعه را اداره نمایند. قواعد مربوط به نظم عمومی می‌تواند در زمینه اداره جامعه، امور اقتصادی، معیشتی و قراردادی افراد اجتماع و نیز در مورد امور خانواده و غیر اینها باشد. لذا اهمیت شناخت مفهوم نظم عمومی بر کسی پوشیده نیست.<sup>۱</sup>

### الف: نظم عمومی در فقه و حقوق

#### ۱. نظم عمومی در فقه

در بسیاری از متون فقهی، فقها به گونه‌ای از مفهوم نظم عمومی و آثار مخالفت با آن در زندگی اجتماعی نام برده‌اند و به استناد آن، از اجرای امور مخالف با نظم عمومی ممانعت نموده‌اند. به عنوان مثال، در مورد عدم جواز نقض حکم قاضی استدلال شده که در صورت جواز نقض حکم، در جامعه هرج و مرج پیش می‌آید. لذا برای جلوگیری از هرج و مرج، نقض حکم قاضی باطل است و یا نظام اجتماع بسته به قضاوت است و اگر قضاوت نباشد، هیچ نظامی در اجتماع وجود نخواهد داشت و از عدالت و احقاق حق اثری نخواهد بود.<sup>۲</sup>

گر چه از عبارات فوق به خوبی هویداست که مفهوم نظم عمومی در فقه مفهومی شناخته شده است، ولی برای اینکه برخی از مصادیق این مفهوم در فقه شناسایی شود. پاره‌ای از عبارات فقها را در بعضی از موضوعات بررسی می‌کنیم:

الف. از جمله موضوعاتی که در مورد آن به نظم عمومی استدلال شده است، مسئله نصب ائمه (ع) و اولیای امر مردم است:

«هدایت مردم و برقراری عدل و قسط در نظام اجتماع، همان گونه که به نصب پیامبر (ص) و ولی (ع) نیاز دارد و در صورت نبود پیامبر (ص) و ولی (ع) این نظام مختل می‌شود و گذران امور مردم مشکل می‌گردد. همین طور به پیش بینی نظام دادرسی و قضایی بعد از پیامبر و ولی نیازمند است. این حکم عقل است که در صورت غیبت ولی امر (ع) باید مجتهد جامع الشرایط تصدی قضا را به

۱. نعمت الله الفت، نشریه حقوق، مقاله «فقه و حقوق»، شماره ۷ ص ۸۲

۲. نعمت الله الفت، مقاله «نظم عمومی و الزام به انعقاد قرارداد»، ص ۸۳

علت اختلال نظام بر عهده گیرد و در صورت عدم دسترس به چنین فقیه‌ی، سایر مؤمنان این مهم را بر دوش گیرند.»

ب. در مورد نفوذ حکم قاضی فقیه در زمان غیبت حضرت ولی عصر (عج) آمده است: «عدم نفوذ حکم قاضی موجب اختلال در نظام جهان می‌شود و برخی از فقها هم به این دلیل، وجوب ارسال پیامبر (ص) و نصب امام معصوم (ع) را اثبات کرده‌اند.»<sup>۱</sup> لذا به قطع می‌توان گفت که مفهوم نظم عمومی نزد فقها شناخته شده است و هر امری که منجر به اختلال نظام معاش و معاد مردم گردد، از نظر آنان مردود و مرتکب آن مستحق مؤاخذة و عقاب است.

## ۲. نظم عمومی در حقوق

حقوقدانان هم تعریف واحد و روشنی از نظم عمومی ارائه نکرده‌اند. به نظر می‌رسد، این مفهوم در بین دانشمندان حقوق چندان روشن نیست و در هاله‌ای از ابهام قرار دارد؛ زیرا در تعیین ضابطه برای تشخیص قواعد نظم عمومی، تفسیرهای گوناگونی از نظم عمومی ارائه کرده‌اند. وجود تفسیرهای متفاوت ناشی از چندگانگی ماهیت حقوقی نظم عمومی نیست. بلکه با یک استقرای ناقص در قوانین به خوبی استدراک می‌شود، در تمام مواردی که به نظم عمومی استناد می‌شود. هدف این است که از اجرای امری که با منافع و مصالح عمومی جامعه تعارض دارد، ممانعت شود. به این معنا که مصالح عام مورد نظر برای وضع قواعد با مصالح فردی اشخاص درگیر است و در این صورت مصلحت اهم که همان مصالح عمومی است، ترجیح داده شده است. بدیهی است که مصالح و منافع جامعه امری ثابت نیست و دائم در حال تغییر و تحول است.<sup>۲</sup> بعضی پنداشته‌اند که «منافع عمومی» ضابطه روشنی برای تشخیص قوانین امری و تکمیلی است و بر این مبنا گفته‌اند، قوانینی که به منظور حفظ منافع جامعه وضع می‌شود بستگی به نظم عمومی دارد و قواعدی که ناظر به مصلحت فردی است در برابر آزادی اراده محدودیتی ایجاد نمی‌کند. ولی چنانچه گفته شد، باید دانست که همه قوانین کم و بیش جنبه اجتماعی دارد و مصلحتی در وضع آن مورد نظر بوده است. منتها در بعضی از آنها مصلحت مربوط به آزادی اراده بر مصلحتی که محرک قانون‌گذار در وضع قانون بوده است رجحان دارد و به همین جهت اشخاص می‌توانند بر خلاف آن با هم تراضی کنند. لیکن، در بعضی دیگر، اجرای قانون چندان مهم است که مصلحت مربوط به احترام به حاکمیت اراده در برابر آن ناچیز به شمار می‌آید و

۱. نعمت الله الفت، مقاله «نظم عمومی و الزام به انعقاد قرارداد»، ص ۸۳

۲. دکتر سید حسین صفایی، دوره مقدمات حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۵۱

در این جا است که گفته می‌شود، قانون با نظم عمومی ارتباط دارد.<sup>۱</sup> به عنوان مثال: مخالفت قرارداد با نظم عمومی باعث خواهد شد که به جای خدشه در نظم جامعه، قرارداد طرفین و به موجب آن منشاء قرارداد یعنی «قصد طرفین» تا حدی که با این نظم در تعارض است، محدود گردیده و از این لحاظ منافع جامعه که بیشتر سیاسی و امنیتی است به خاطر قرارداد متقابلی با محتوایی متعارض با نظم جامعه در معرض خطر قرار نگیرد؛ زیرا در تمام مواردی که به نظم عمومیاستناد می‌شود، مقصود این است که چون اجرای قاعده‌ای با مصالح عالی دولت و منافع جامعه ملازمه دارد، بر قراردادها ارجحیت دارد. نتیجه این می‌شود که برای شناسایی مفهوم نظم عمومی، نمی‌توان معنا و مفهوم ثابتی را در نظر گرفت: یعنی نظم عمومی یک مفهوم نسبی خواهد بود که با ملاحظه همه عوامل اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و سیاسی یک جامعه تعیین خواهد شد. البته این بدان معنا نیست که نظم عمومی دارای مفاهیم متعدد است.<sup>۲</sup>

به عبارت دیگر نظم عمومی از جمله حصارها و دوایری است که آزادی اراده افراد را در انعقاد قرارداد محدود می‌کند، طرفین عقد حق ندارد پای از این دایره بیرون نهند و برخلاف ضوابط مربوط به نظم عمومی به انعقاد قرارداد مبادرت ورزند، بلکه برای حفظ نظم جامعه بطور حتم باید این ضوابط را محترم بشمارند و الا قراردادهای اعتبار و ارزش حقوقی نخواهد داشت.<sup>۳</sup> ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران در این زمینه چنین می‌گوید:

«محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه و یا بواسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجراء گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد»

ماده ۶ قانون آئین دادرسی مدنی ایران نیز می‌گوید:

عقود و قراردادهایی که مخل نظام عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه است در دادگاه قابل ترتیب

اثر نیست.»

لذا محکمه باید در تفسیر قرارداد، در مواردی که تعارض قصد طرفین و نتیجه این تراضی یعنی عقد را به نظم عمومی احراز نماید، از توجه و اهتمام به قصد طرفین خودداری نموده و عقد را بنابر

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ ص ۱۵۹

۲. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ ص ۱۶۱

۳. اسد الله امامی، مقاله «نقش اراده در قراردادها» نشریه حق، شماره ۴، ص ۷۰

تعارض با نظم عمومی محکوم به بطلان و بی اعتباری نماید.<sup>۱</sup> همان طور که اشاره شد قانونگذار نظم عمومی را تعریف نکرده است و در میان حقوقدانان نیز در خصوص تعریف نظم عمومی اتفاق نظر وجود ندارد. عده‌ای مخالف تعریف نظم عمومی و تعیین حدودی برای آن هستند، ولی گروهی دیگر معتقدند باید نظم عمومی را تعریف کرد. در عین حال نظر این دسته از حقوقدانان نیز در تعریف نظم عمومی متفاوت است. بعضی می‌گویند حقوق، نظم طبیعی موجود در جامعه را حفظ می‌کند و جمعی دیگر می‌گویند حقوق نظم عمومی را در روابط مردم، به منظور حفظ منافع هیئت اجتماع بوجود می‌آورد و این منافع نظر به اصول عالی اخلاق انسانی و اجتماعی دارد.

با توجه به برداشتهای مختلف از نظم عمومی می‌توان آن را چنین تعریف کرد: «نظم عمومی عبارت از مجموع ضوابط و مقرراتی است که قوام و بناء دات و حییت ملت و تمدن و فرهنگ جامعه را تأمین می‌کند و تخلف از مقررات مذکور جایز نیست»<sup>۲</sup> شاید بتوان گفت که قانونگذار ایران تماماً از تعریف نظم عمومی خودداری کرده، نه مسامحتاً و به فرض که به تعریف می‌پرداخت و حتی تعریف جامعی از نظم عمومی عرضه می‌کرد باز هم مشکلی حل نمی‌شد، زیرا در عمل تطبیق نظم عمومی «تعریف شده» با موارد و مصادیق بدرستی امکان پذیر نبود و در هر حال نمی‌توانست از مداخله نظر قاضی در برداشتش از تعریف بکاهد. علاوه بر این در زمان‌های مختلف قلمرو نظم عمومی متفاوت است؛ به عبارت دیگر وسعت این قلمرو وابسته به مفهوم «جامعه» در هر زمان و نیز در ارتباط با ارزشی است که قدرت حاکمه برای اجتماع قائل است.

بنابراین، قاعده‌ای مربوط به نظم عمومی است که در ردیف اموری باشد که نظام جامعه، چه در زمینه اقتصادی و چه در زمینه‌های سیاسی، اداری، فرهنگی و اخلاقی به آن وابسته است و نقض آن امور به این نظام خدشه و خللی وارد می‌آورد و قوه حاکمه را از استقرار آن نظام ناتوان می‌سازد. طبیعی و بدیهی است که در یک جامعه نظام مند، افراد نباید بتوانند قدرت بر هم زدن این نظم را با تراضی داشته باشند. لذا گفته شده است: از مهمترین اوصاف نظم عمومی، لزوم رعایت آن از سوی همه افراد جامعه است. اعتبار نظم عمومی در مصادیق مختلف مورد استناد، یکسان نیست. در موضوعات حقوق اساسی و آزادیهای ذاتی بشر، از قبیل حق حیات، حق تعیین سرنوشت، آزادی بیان و اندیشه و غیره، قواعد عامی وجود دارد که به نظم عمومی مربوط می‌شود و افراد به هیچ عنوان

۱. مصطفی‌السان، مقاله «جایگاه قصد در تفسیر قرارداد» نشریه کانون، شماره ۶۵، ص ۲۰

۲. مصطفی‌السان، مقاله «جایگاه قصد در تفسیر قرارداد» نشریه کانون، شماره ۶۵، ص ۲۰

نمی‌توانند- بر اساس قرارداد- بر خلاف آن قواعد عمل نمایند؛ اما در موضوعات حقوق خصوصی، نظم عمومی، یک مکانیزم حقوقی است که دولت به وسیله آن قراردادهای خصوصی مغایر با منافع عمومی را باطل اعلام می‌کند؛ بنابراین در حقوق مدنی، نظم عمومی ابزاری است که اصل آزادی اراده در قراردادهای محدود می‌سازد. منتها، همان طور که پیش‌تر آمد. چون استناد به نظم عمومی در تحدید اراده‌ها، جهت حفظ مصالح عامه و تأمین منافع عمومی است و دولت‌ها برای تحقق این هدف، قواعدی را وضع می‌نمایند که دائم در حال تغییر و تحول است، موارد استناد به نظم عمومی هم دائماً متغیر است.<sup>۱</sup>

### ب: قلمرو نظم عمومی

نوع نگرش به رابطه فرد و اجتماع و نحوه تحلیل این رابطه، نقش اساسی و مهمی در تعیین قلمرو نظم عمومی در بستر حقوق خصوصی ایفا می‌کند... حاصل نزاع دو مکتب فردی و اجتماعی در باب نظم عمومی، این گونه جمع بندی و تصویر شده است:

۱. از نظر مکتب فردگرایی، منبع نظم عمومی، تنها قانون است، ولی از منظر مکتب جمع‌گرایان، غیر از قانون، اخلاق حسنه، عرف و عادت هم در زمره منابع نظم عمومی است. در حقوق ایران، با عنایت به مواد ۱۰، ۹۷۵ و ۱۲۹۵ ق.م. اخلاق حسنه و عرف و عادت نیز از منابع نظم عمومی به حساب می‌آید.

۲. بر اساس مبانی فکری مکتب فردگرایی، قواعد مربوط به نظم عمومی، تنها به قوانین نظری، اساسی، مالیاتی و اداری اختصاص دارد، ولی قوانین در زمینه حقوق خصوصی (مدنی و تجاری) از تجاوز قواعد نظم عمومی مصون می‌مانند و آزادی اشخاص در این زمینه، قیدی نخورده و مطلق است. روشن است که قانون‌گذار ایران در اغلب قواعد مربوط به احوال شخصیه و حقوق اموال و مالکیت از این نتیجه پیروی نکرده و آزادی بی‌قید و شرط برای افراد قائل نشده و این امور را با نظم عمومی محدود کرده است.

۳. مطابق نظر فردگرایان، استناد به نظم عمومی، استثناست و در موارد تردید مخالفت با نظم عمومی، اصل حاکمیت اراده و صحت عمل حقوقی انجام شده، محکم خواهد بود؛ اما بر اساس نظر جمع

۱. شاید علت این دگرگونی‌ها، تغییر راه‌ها و شیوه‌هایی باشد که افراد برای تجاوز به این قواعد بر می‌گزینند

گرایان که نظم عمومی را استثنا نمی‌دانند و اصل در مقررات و قواعد قانونی را امری بودن می‌شمارند، در موارد مشکوک، به فساد عمل انجام شده، حکم می‌شود.<sup>۱</sup>

### ج: اقسام نظم عمومی

#### ۱. نظم عمومی سیاسی

نظم عمومی سیاسی، همان معنای مرسوم و متعارف و سنتی نظم عمومی است و هدف از این نوع نظم عمومی حمایت از دولت و خانواده و فرد است. قواعد نظم عمومی سیاسی مانع می‌شود که افراد بتوانند در قراردادهای خصوصی خود به ارکان و نهادهای اساسی جامعه صدمه بزنند؛ بنابراین، روشن است که این قواعد تنها جنبه بازاریابی دارد و از حریم مصالح عمومی دفاع می‌نماید و هیچ جنبه اثباتی و الزام به انجام امری ندارد.<sup>۲</sup>

#### ۱-۱ حمایت از دولت

هر آنچه مربوط به ارکان و سازمان‌های دولتی باشد داخل در قلمرو نظمو عمومی است. از این رو اصولاً قراردادهایی که مخالف قوانین حقوق عمومی باشند، به علت مبادینت با نظم عمومی، باطل است؛ بنابراین قراردادهای مخالف قوانین اساسی (مانند قرارداد فروش حق رأی) مخالف قوانین مالیاتی (مانند قرارداد مربوط به پنهان داشتن بهای واقعی مالی برای فرار از مالیات) و مخالف قوانین جزایی (مانند قراردادی که مجرم را در مقابل جزای نقدی ناشی از محکومیت کیفری بیمه کند) باطل شناخته شده است... قوانین راجع به آیین دادرسی مدنی همیشه مربوط به نظم عمومی نیستند، مثلاً طرفین دعوی با شرایطی می‌توانند بر خلاف قواعد صلاحیت محلی توافق کنند؛ مثلاً می‌توانند با توافق یکدیگر به جای طرح دعوی در دادگاه عمومی تهران، در دادگاه عمومی قم اقامه‌ی دعوی نمایند؛ مانند قواعد صلاحیت ذاتی دادگاه و تشریفات دادرسی و صدور حکم.

#### ۱-۲ حمایت از خانواده

قوانین مربوط به خانواده جز در موارد استثنایی امری و مربوط به نظم عمومی هستند. بنابراین قواعد مربوط به ازدواج و طلاق و نسب و ارث و ولایت را، جز در مواردی که قانون صریحاً اجازه داده است، نمی‌توان نقض کرد؛ مثلاً زوجین نمی‌توانند ضمن عقد نکاح توافق کنند که ریاست خانواده با مرد نباشد، یا مرد از تکلیف نفقه و حسن معاشرت، یا زن از تکلیف تمکین معاف باشد، یا

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ ص ۱۶۳

۲. دکتر سید حسین صفایی، دوره مقدمات حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲ ص ۵۳

شوهر نسبت به اولاد خود سمت ولایت قهری نداشته باشد. همچنین اراده افراد نمی‌تواند کسی را که نسبتی با دیگری ندارد یا نسب او نامشروع است فرزند قانونی وی قلمداد کند. این توافق بر خلاف نظم عمومی و باطل است؛ و نیز هر گونه توافقی که سهم الارث قانونی وارث را تغییر دهد بر خلاف نظم عمومی و از درجه‌ی اعتبار ساقط است.

### ۱-۳ حمایت از فرد

حمایت از فرد: این جنبه‌ی نظم عمومی از مکتب اصالت فرد سرچشمه گرفته است: فرد حق ندارد حیات و آزادی خود را مورد معامله قرار دهد.<sup>۱</sup> برای تضمین آزادی فردی باید آزادی قراردادی را محدود کرد. بدین جهت هیچکس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند و نیز به منظور حمایت از فرد است که رویه‌ی قضایی فرانسه کلیه قراردادهایی را که به سلامت و تمامیت جسمی و استقلال شخص انسان لطمه زند (مانند قرارداد راجع به عمل جراحی که بی‌فایده خطرناک باشد) باطل اعلام کرده است. قواعد راجع به اهلیت نیز که مربوط به نظم عمومی است مبتنی بر فکر حمایت از فرد است.<sup>۲</sup>

### ۲. نظم عمومی اقتصادی

ورود مفهوم نظم عمومی اقتصادی به ادبیات حقوقی از دستاوردهای حقوق قرن بیستم است و گفته شده است قبل از آن سابقه‌ای ندارد. البته در گذشته هم قوانینی با صیغه نظم عمومی وضع شده است که وجهه اقتصادی داشته‌اند، ولی هدف از وضع آن قواعد حمایت از آزادی معاملات و فعالیت‌های اقتصادی بود. لیکن مفهوم نظم عمومی اقتصادی امروز که در قواعد حقوق مدنی قرن بیستم به بعد جای گرفته است، معنایی متفاوت دارد و دارای هدفی دیگر است. در این مفهوم، دولت‌ها با نام توزیع عادلانه ثروت در اجتماع، اقتصاد جامعه را در نظارت و رهبری خود می‌گیرند. مبنای دخالت دولت در امور اقتصادی، نظم عمومی است و لذا آن را نظم عمومی دخالتی هم می‌گویند. قراردادهای خصوصی، به عنوان یکی از عوامل توزیع ثروت، از جمله موضوعات این نظم عمومی قرار گرفته است. در این موارد، دولت‌ها نه تنها آثار قراردادها را به گونه‌ی امری تعیین می‌کنند و بر طرفین قرارداد تحمیل می‌نمایند، بلکه در پاره‌ای موارد از انعقاد قرارداد ممانعت می‌کنند و حتی گاهی اوقات اشخاص را ملزم به عقد قراردادی می‌نمایند. اگر چه الزام به انعقاد قرارداد به استناد نظم عمومی، هنوز در ادبیات

۱. ماده ۹۶۰ قانون مدنی

۲. دکتر سید حسین صفایی، دوره مقدمات حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۵۳



حقوقی جای خود را پیدا و مستحکم نکرده است، ولی به نظر می‌رسد که با گسترش دامنه نظم عمومی و فزونی یافتن آثار تحمیلی قراردادها، کم کم باید به این باور رسید که برای زندگی در اجتماع، به ناچار باید در پاره‌ای اوقات، به پذیرش نظریه الزام به انعقاد قرارداد به استناد نظم عمومی تن در داد.<sup>۱</sup>

## الف: انواع نظم عمومی اقتصادی

### ۱. نظم عمومی اقتصادی حمایتی

هدف از این نظم عمومی که به آن نظم عمومی اجتماعی هم گفته می‌شود، حمایت از مردمی همانند کارگران است که از نظر اقتصاد و معیشت، ضعیف و ناتوان‌اند. مبنای این نظم عمومی این است که همیشه قرارداد نمی‌تواند عدالت را به ارمغان آورد. وقتی دو طرف قرارداد از نظر اقتصادی یکسان نیستند و قوی و ضعیف وجود دارد و یا یک طرف، کالا و یا خدمتی را در انحصار دارد و طرف دیگر سخت به آن نیازمند است، در این گونه موارد، قرارداد نه تنها عدالت را به دنبال ندارد، بلکه به ظلم هم منتهی خواهد شد. برای ایجاد توازن در این رابطه و جلوگیری از تجاوز به حقوق ضعیف، دولت و قانون ناگزیر باید از ناتوان حمایت کند. قوانین مربوط به تنظیم قرارداد کار از مقوله نظم عمومی به همین معناست و برای حمایت از کارگران در برابر کارفرمایان وضع شده است.<sup>۲</sup>

### ۲. نظم عمومی اقتصادی ارشادی

هدف در این نوع نظم عمومی اقتصادی، تنظیم اقتصاد ملی است. قواعد نظم عمومی ارشادی در اثر حکومت نظام اقتصاد ارشادی یا رهبری شده بر جامعه به وجود می‌آید. چون در این نظام، دولت‌ها سعی دارند تا ارشاد اقتصادی را با هدایت یکی از عناصر مهم توزیع ثروت، یعنی قرارداد، همراه سازند. در قرن اخیر، اقتصاد ارشادی اصل آزادی قراردادها را محدود کرده و به افراد اجازه نمی‌دهد که بر خلاف قوانین تنظیم اقتصادی، قراردادی منعقد سازند. درست است که هدف نظم عمومی ارشادی مانند نظم عمومی حمایتی، تأمین رفاه و حمایت از جامعه است، اما این هدف در نظم عمومی ارشادی، مستقیماً منظور و مقصود قانون گذار نیست؛ بلکه هدف مستقیم از این نظم عمومی، اجرای سیاستهای اقتصادی دولت و مؤثر بودن این سیاستها از نظر فنی است؛ بر خلاف نظم عمومی حمایتی که مقاصد

۱. دکتر سید حسین صفایی، دوره مقدمات حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۵۴

۲. دکتر سید حسین صفایی، دوره مقدمات حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۵۵ و دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ ص ۱۶۷

اخلاقی و بشر دوستی و حمایت از محرومان به طور مستقیم مورد توجه قانون گذار است. به عنوان مثال، قوانین بانکی و بورس و تعیین نرخ بهره از جمله قواعدی است که به این منظور وضع شده است.<sup>۱</sup>

### ب: آثار نظم عمومی اقتصادی نوین

۱. توافق طرفین و نقش اراده آنان در اثر نظم عمومی و بطلان قرارداد در نظم عمومی سیاسی با نظم عمومی اقتصادی حمایتی متفاوت است. در نظم عمومی سیاسی، هر گونه توافق بر خلاف نظم عمومی موجب بطلان قرارداد می‌شود. ولی در نظم عمومی اقتصادی حمایتی این گونه نیست. به عنوان مثال در قوانین کار، قواعدی که به استناد نظم عمومی به نفع کارگر وضع شده است، یک طرفه است؛ به این معنا که قرارداد کار نمی‌تواند از مزایای کارگر بکاهد. ولی می‌تواند بر آنها بیفزاید، مثلاً تعطیلی یک روز در هفته را دو روز کند یا ساعات کار از ۴۴ ساعت در هفته را به ۴۰ ساعت در هفته تقلیل دهد. این چنین قراردادی، قطعاً مخالف نظم عمومی حمایتی و باطل نیست.

۲. قراردادهایی که بر خلاف نظم عمومی ارشادی منعقد می‌شود، علاوه بر بطلان به عنوان ضمانت اجرای مدنی، ممکن است دارای ضمانت اجرای کیفری نیز باشد. به عنوان مثال، ماده ۲ قانون تشدید مجازات محتکران و گرانفروشان مصوب ۱۳۶۷، در مورد احتکار برخی کالاهای اساسی غذایی مردم، مجازات سنگینی مقرر کرده است.<sup>۲</sup>

### بند سوم: اخلاق حسنه

#### الف: مفهوم اخلاق

«اخلاق حسنه که به آن اخلاق عمومی هم می‌گویند عبارت از مجموع ضوابط و مقررات و رفتاری است که مورد پسند اکثریت مردم یک جامعه باشد»<sup>۳</sup>

به عبارت دیگر اخلاق حسنه اموری را گویند که اکثریت افراد جامعه مراعات آن را لازم و مستحسن بدانند و عمل بر خلاف آن را زشت شمارند. از تعریف فوق الذکر این تفکر صحیح بر می‌آید که اخلاق حسنه، اولاً: مفهومی مبهم و ناشناخته بوده و علاوه بر ایرادات منطقی وارده به تعریف فوق

۱. دکتر سید حسین صفایی، دوره مقدمات حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۵۶

۲. دکتر سید حسین صفایی، دوره مقدمات حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۵۶ و ۵۷

۳. اسد الله امامی، مقاله «نقش اراده در قراردادها» نشریه حق، شماره ۴، ص ۷۲

الذکر، هر تعریفی که از آن ارائه شود به دلیل معلوم نبودن اخلاق حسنه دارای همان ایراد خواهد بود. ثانیاً: اخلاق حسنه یک مفهوم متغیر است به این صورت که در طول زمان‌ها و مکان‌های مختلف تغییر خواهد کرد.<sup>۱</sup> بنابراین ممکن است بعضی از اعمال و رفتار در زمانی موافق اخلاق عمومی یا اخلاق حسنه تلقی گردد، ولی در زمانی دیگر همین اعمال و رفتار مغایر اخلاق حسنه به حساب آید و همچنین امکان دارد رفتار و رویه‌ای در مکانی پسندیده و در مکانی و سرزمینی دیگر مذموم جلوه کند. ادیان و مذاهب در بوجود آوردن اخلاق حسنه نقش مؤثری داشتند و دارند و در عین حال گاه ممکن است بین اخلاق مذهبی و اخلاق حسنه اصطلاحی جامعه بواسطه بی‌اعتنائی به مذهب تفاوت وجود داشته باشد. به عنوان مثال: عقدی که برای معاملات مشروبات الکلی منعقد می‌شود، در جهان غرب و نیز در ایران قبل از انقلاب اسلامی مجاز و در جمهوری اسلامی ایران و فقه اسلامی، خلاف اخلاق حسنه است علاوه بر اینکه می‌توان ممنوعیت معامله آن را به نظم عمومی یا قانون نیز نسبت داد.<sup>۲</sup>

### ب: رابطه اخلاق حسنه با نظم عمومی

ضوابط مربوط به اخلاق حسنه نیز مانند نظم عمومی حدودی ترسیم می‌کند که افراد در روابط خصوصی خود نمی‌توانند از این محدوده تجاوز کنند و اگر افراد یک جامعه در قراردادی که تنظیم می‌کنند این ضوابط را مراعات نکنند قرارداد تنظیمی باطل است و هیچگونه اعتبار حقوقی ندارد. این مطلب که آیا اخلاق حسنه جلوه‌ای از نظم عمومی است یا مقوله‌ای جدای از آنست مستلزم بحثی طولانی است و در زمینه آن نظرات مختلفی ابراز گردیده است، خلاصه آنکه جمعی اخلاق حسنه را جزئی از نظم عمومی می‌دانند و معتقدند اخلاق حسنه نمی‌تواند از نظم عمومی جدا باشد زیرا اخلاق عمومی یا حسنه مجموع مقررات اخلاقی و اجتماعی است که اساساً با نظم و نظام جامعه ارتباط دارد. گروهی دیگر نظم عمومی و اخلاق حسنه را از یکدیگر جدا دانسته و برای هر کدام حدود معینی قائل گردیده‌اند و معتقدند بعضی از قواعد و مقررات از مقوله نظم عمومی است اما با اخلاق حسنه ارتباط چندانی ندارد؛ مثلاً مقررات مربوط به نقل و انتقال اراضی مشمول اصلاحات ارضی جنبه نظم عمومی دارد، اما در آن جنبه‌ای که مربوط به اخلاق حسنه باشد دیده نمی‌شود.

نتیجه بحث و گفتگو و اختلاف نظر حقوقدانان در مقررات و قوانین کشورها از جمله در قوانین ایران به خوبی مشهود است؛ زیرا در ماده ۹۷۵ قانون مدنی چنین آمده است: «محکمه نمی‌تواند

۱. مهدی صاحبی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، چاپ اول، ص ۶۲

۲. مصطفی‌السان، مقاله «جایگاه قصد در تفسیر قرارداد» نشریه کانون، شماره ۶۵، ص ۲۰

قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجراء گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

در این ماده قانونگذار اخلاق حسنه را جزئی از نظم عمومی قلمداد کرده است ولی در ماده ۶ قانون آئین دادرسی مدنی که می‌گوید: «عقود و قراردادهایی که مخل نظام عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه است در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست»، نظم عمومی و اخلاق حسنه از یکدیگر جدا شده است.

البته بر این بحث که آیا اخلاق حسنه و نظم عمومی امری واحد یا دو امر جداگانه است فایده و نتیجه عملی مترتب نیست، زیرا قرارداد چه مخالف نظم عمومی باشد و چه مخالف اخلاق حسنه، باطل است و آثار حقوقی بر آن بار نمی‌شود؛ بنابراین فرقی نیست میان آنکه اخلاق حسنه جزئی از نظم عمومی به حساب آید یا این دو جدای از یکدیگر باشند.<sup>۱</sup>

نکته: از آنجا که گروهی اخلاق حسنه را مخالف با نظم عمومی می‌دانند به نظر می‌رسد، مواردی را بتوان تصور کرد که قرار داد، علی‌رغم اینکه هیچ‌خللی به نظم عمومی وارد نمی‌سازد به دلیل مغایرت با اخلاق حسنه غیر قابل اجراست، مثل قرارداد نامشروعی که در حقوق خصوصی منعقد گردد.<sup>۲</sup>

### ج: تمیز اخلاق حسنه

در این باره نیز باید گفت بی‌تردید افکار و عادات عمومی در ایجاد قواعد اخلاقی و تمیز نیک و بد اثر فراوان دارد. بسیار است عادت‌هایی که در جامعه‌ای ناپسند و در اجتماعی دیگر مقبول افتاده است. همچنین، نمونه‌های فراوانی از سنت‌ها و قواعد وجود دارد که در زمانی محترم و در زمان دیگر نکوهیده بوده است. پس اثر زمان و مکان و بومی بودن اخلاق هر قوم را نباید انکار کرد ولی این حقیقت را نیز به تجربه در میابیم که بسیاری از قواعد به حکم عقل و وجدان از دیرباز لازمه نیکوکاری و پرهیز از گناه و نادرستی است و بشر متمدن از گذشته‌های دور تا کنون به آنها اعتقاد راسخ دارد: مانند لزوم رد امانت و راستگویی و عفاف و پایبند بودن به عهد و جبران زیان نامشروع.

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد ۱، شماره ۱۶۴ به بعد و اسد الله امامی، مقاله «نقش اراده در

قراردادها» نشریه حق، شماره ۴، ص ۷۳

۲. مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ اول، شماره ۲۸۹، ص ۳۶۲

مایه اصلی این قواعد نیز تحریم‌های مذهبی است و هیچ منصفی نمی‌تواند اثر عمیق دین را در اخلاق انکار کند چنانکه امروز در کشور ما هاله‌ای از اخلاق اسلامی بر هر چه «اخلاق» می‌نامیم سایه افکنده است.

مذهب نیز به مرور زمان با سنت‌های ملی در می‌آمیزد و گاه نیز با زمانه چهره خاص پیدا می‌کند و آرمان‌های فلسفی و سیاسی در آن مؤثر می‌شود. پس اخلاق حسنه در هر قومی ترکیبی از رسوم اجتماعی و تعلیم‌های مذهبی و داوری‌های عقلی است که وجدان عمومی را تشکیل می‌دهد. دادرسی آنچه را که این عوامل گوناگون در نهاد او بوجود آورده است بررسی می‌کند و با رجوع به عرف پارسایان اجتماع خود تشخیص می‌دهد که آیا قراردادی با اخلاق منافات دارد یا مؤید آن است؟<sup>۱</sup>

### د: قراردادهای مخالف اخلاق

#### مخالفت قرارداد با اخلاق را می‌توان به دو گونه تقسیم نمود:

۱. ممکن است در اثر تعارض موضوع قرارداد با قوانین اخلاقی باشد (مانند پیمان مربوط به اداره قمارخانه). در بطلان چنین قراردادهایی تردید نیست، لیکن در عمل کمتر اتفاق می‌افتد که اشخاص به طور مستقیم به اخلاق حسنه تجاوز کنند و نفوذ تعدهای خویش را به خطر اندازند
۲. ممکن است موضوع قرارداد مشروع است. ولی هدف از بستن آن نقض قوانین اخلاق است؛ مانند اینکه مالکی خانه خود را برای ایجاد قمارخانه یا فاحشه خانه اجاره می‌دهد یا می‌فروشد؛ قراردادی که موضوع آن مشروع است، اما هدف از آن غیراخلاقی است. لذا بعضی گفته‌اند نامشروع بودن جهت در عقد اثر ندارد و گروه دیگر تا این اندازه در حفظ حاکمیت اراده مبالغه نکرده‌اند و تنها اعتقاد دارند که دلیل نامشروع بودن جهت باید از عقد و مفاد شروط آن استنباط شود و دادرسی حق ندارد به دلایل خارجی، مانند شهادت، استناد کند و بعضی دیگر این قید را نیز رها کرده‌اند و تنها آگاه ساختن طرف قرارداد را کافی می‌دانند. ماده ۲۱۷ قانون مدنی را می‌توان موید نظر اخیر دانست که به موجب این ماده: «در معامله لازم نیست که جهت تصریح شود، ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است».<sup>۲</sup>

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد ۱، شماره ۱۶۶

۲. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ ص ۱۸۵ و ماده ۲۱۷ قانون مدنی

## گفتار دوم: انواع محدودیتهای آزادی قراردادی

### بند اول: قواعد ناشی از آزادی قراردادی

از اصل آزادی قراردادی، دو قاعده مهم بدست می‌آید:

- ۱- اشخاص در بستن قرارداد یا خود داری از آن آزادند: یعنی، هیچ کس را نمی‌توان مجبور کرد که طرف عقدی قرار گیرد، یا از بستن قراردادی که مایل به آن است خودداری کند.
- ۲- هر کس آزادانه می‌تواند طرف قرارداد خویش را انتخاب کند و مفاد عقد و تعهدات ناشی از آن را به دلخواه معین سازد.

### بند دوم: جلوه‌های محدودیت اراده

حدودی که برای آزادی اراده و انعقاد قرارداد معین شده دو گونه است: گاه آزادی فرد را در بستن قرارداد از بین می‌برد و گاه دیگر آزادی او را در خودداری از انعقاد قرارداد محدود می‌سازد؛ و اشخاص مجبور به بستن عقدی می‌شود که راضی به آن نیست؛ بنابراین، شایسته است که این دو مانع جداگانه بررسی شود:<sup>۱</sup>

#### ۱. محدودیت‌های قانونی

در این محدودیت‌ها، قوانین حجر یا شرایط موضوع معامله را نباید آورد، زیرا بیشتر این مواد برای حفظ سلامت و آزادی اراده و بقیه نیز ناظر به تمام قراردادهای و در زمره شرایط عمومی آن است. پس تنها به مواردی اشاره می‌شود که قانونگذار وقوع قرارداد را بین اشخاص منع کرده، یا به اصطلاح پاره‌ای از نویسندگان، آزادی انتخاب طرف قرارداد از بعضی اشخاص گرفته شده است.

در کلیات مربوط به اصل آزادی قراردادی، شمردن تمام موانع ضرورت ندارد و برای نمونه به پاره‌ای از آنها اشاره می‌شود: مانند اینکه قییم حق ندارد به سمت قیمومت از طرف مولی علیه با خود معامله کند، اعم از اینکه مالی مولی علیه را به خود منتقل کند یا مال خود را به او انتقال دهد.<sup>۲</sup>

مدیر شرکت سهامی نمی‌تواند بدون اجازه مجمع عمومی در معاملاتی که با شرکت یا به حساب شرکت می‌شود به طور مستقیم یا غیر مستقیم سهیم شود.<sup>۳</sup>

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۱ ص ۱۹۰

۲. ماده ۱۲۴۰ قانون مدنی

۳. ماده ۵۳ قانون تجارت

حقوق مورد نزاع را نمی‌توان به کسی که به عنوان وکیل در دعوی شرکت دارد انتقال داد.<sup>۱</sup>

## ۲. محدودیت‌های ناشی از قرارداد

در بسیاری موارد، اشخاص در اثر پیمان‌هایی که بسته‌اند ممنوع از انجام معامله می‌شوند؛ مانند اینکه در اجاره حق انتقال منافع از مستأجر گرفته می‌شود. یا در وصیت و هبه، انتقال گیرنده برای مدتی از حق فروش آنچه تملک کرده است محروم می‌ماند، یا در اساسنامه شرکت تجاری می‌آید که سهام فقط به سایر شریکان قابل انتقال است، یا مالکی ضمن اجاره دادن ملک خود متعهد می‌شود که دکان‌های مجاور را به رقبیان تجاری مستأجر اجاره ندهد...

در این گونه امور اگر مفهوم شرط مورد توافق سلب حق انتقال باشد، عقدی که بر خلاف مفاد آن بسته شود باطل است. به همین جهت، گروهی از مؤلفان پیمان‌های محدود کننده را در شمار حدود آزادی قراردادها آورده‌اند.<sup>۲</sup>

## ۳. حدود حاکمیت اراده

### اصل حاکمیت اراده، دارای حدود ذیل است:

- الف: در حقوق عمومی، این اصل نفوذی ندارد. به همین دلیل، کسی حق فروش رأی ندارد.
- ب: اصل حاکمیت اراده، در حقوق خانواده نقش کمی دارد.
- ج: در اموال و حقوق شخصی، اصل مزبور مجال بیشتری دارد، ولی یک رشته قیود به شرح ذیل بر آنها وارد می‌شود
۱. نظم عمومی و اخلاق حسنه
  ۲. عقود که قانون از قبل، مشخصات آنها را بیان کرده است؛ مانند شرکتهای تجاری و اجاره خدمات در حدود قوانین کار.
  ۳. عقود شکلی؛ که در این عقود، تشریفات قانونی در حقیقت قیود اراده محسوب می‌شوند.<sup>۳</sup>

۱. ماده ۳۹ قانون وکالت

۲. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ ص ۱۹۲

۳. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ص ۲۵ و ۲۶

## گفتار سوم: انواع محدودیتها

### بند اول: حدود ناشی از قوانین و مقررات دولتی

در حقوق ما، بسیاری از قراردادها که رنگ اجتماعی دارد، به صورت نمونه‌های خاصی در آمده است که هم‌پیمانان ناچار به رعایت مقررات آن هستند. آزادی آنان تنها در این است که از بستن عقد خودداری کنند. ولی همین که در این امر تصمیم گرفتند. باید چارچوب تراضی را از نمونه‌های پیش ساخته قوانین برگزینند.

برای مثال، در قانون کار و آئین نامه هائی که مستند به آن است، حداقل دستمزد و ساعت کار و طرز تعیین دستمزد برای کارهایی اضافی و سخت و مرخصی و تعطیلات کارگر و راه حل اختلاف بین کارگر و کارفرما، به تفصیل تعیین شده و جایی برای ابتکار کارگر و کارفرما باقی نمانده است. همچنین در اجاره اموال غیرمنقول، بیشتر آثار عقد به طور مستقیم از طرف قانون معین می‌شود، چنانکه باید در اجاره نامه «تعهد مستأجر به پرداخت اجرت المثل پس از انقضای مدت و یا فسخ اجاره تا موقع تجدید اجاره یا تخلیه ملک به میزان اجرت المسمی» قید شود.<sup>۱</sup> همین قید تحمیلی نیز همیشه برای طرفین الزام آور نیست<sup>۲</sup> در معاملات غیرمنقول، بر طبق دستور اداره ثبت، در سند رسمی همه خیارات اسقاط می‌شود، حتی اگر بقای بعضی از آنها مورد توافق دو طرف نیز باشد.

### بند دوم: حدود ناشی از قراردادهای جمعی و الحاقی

از اواخر قرن نوزدهم، در اثر تکمیل وسایل حمل و نقل و توسعه تجارت بین المللی، وضع داد و ستد به صورتی در آمده که پیش از آن سابقه نداشته است. همچنین، لزوم تشکیل سرمایه‌های بزرگ، اعضای هر صنف را به یکدیگر نزدیک و سرمایه گذاری فردی را به جمعی مبدل ساخته است. تولید کنندگان و فروشندگان هر محصول تشخیص داده‌اند که بهترین راه تأمین منافع بیشتر این است که با یکدیگر همکاری نزدیک داشته باشند و شرایط معامله برای تمام اعضای اتحادیه‌ها یکسان و برابر باشد. به همین جهت، هر فروشنده پای بند مقرراتی است که در سندیکای همکاران او وضع شده

۱. بند ۷ ماده ۱۱ قانون روابط موجر و مستأجر

۲. ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر: «موجر یا مستأجر می‌تواند، به استناد ترقی یا تنزل هزینه زندگی، درخواست تجدید نظر نسبت به میزان اجاره بها بنماید، مشروط بر اینکه مدت اجاره منقضی شده و از تاریخ استفاده مستأجر از عین مستأجره یا از تاریخ مقرر در حکم قطعی که بر تعیین یا تعدیل اجاره بها صادر شده سه سال تمام گذاشته باشد...»



است و گاه نیز طرفین عقد ناچارند تا از شرایطی که سندیکای کارگر بسته شده است تجاوز نکند چون اعضای سندکا به اکثریت انتخاب می‌شوند، در عمل ممکن است کارگر و کارفرما هیچ دخالتی در شرایط آن پیمان نداشته باشند. پس محدودیتی را که از این جهت برای آزادی طرفین مقرر می‌شود باید ناشی از عامل خارجی دانست و آن را محصول اراده خود آنان نپنداشت.<sup>۱</sup>

### گفتار چهارم: مصادیق حاکمیت در حقوق ایران

اصل حاکمیت اراده در نظام حقوقی بسیاری از کشورها از جمله ایران پذیرفته شده است. یکی از مصادیق این اصل ماده ۱۰ قانون مدنی ایران است که مقرر می‌دارد:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا منعقد نموده‌اند در صورتیکه مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

با وجود ماده ۱۰ مذکور و مواد دیگر در قراردادهای خصوصی آزادی اراده به عنوان اصل پذیرفته شده است و آنچه استقلال اراده را محدود می‌کند همان مخالفت با قانون است. البته منظور ماده ۱۰ مخالفت با قوانین آمره است که عبارتند از:

مقررات مربوط به اخلاق حسنه و نظم عمومی و دیگر ضوابط آمره و نه هر قانونی که فاقد اوصاف مذکور باشد. در واقع قوانین به دو دسته تقسیم می‌شوند: ۱. قوانین امری ۲. قوانین تفسیری. به طور مسلم بر خلاف قوانین تفسیری می‌توان توافق کرد و قانون گذار نیز نسبت به اینگونه مقررات نظر تحمیلی ندارد و آن را به اختیار افراد نهاده است و در مقابل آنچه را که تکلیف کرده است و نظر به امر و نهی در آنها دارد در قوانین آمره آورده است.<sup>۲</sup> عده‌ای از اساتید و حقوقدانان را عقیده بر این است که ماده ۱۰ قانون مدنی ایران از حقوق مدنی فرانسه اقتباس گردیده است و قبل از تصویب این ماده در نظام حقوقی ایران به تبعیت از نظر عده‌ای از فقهاء امامیه قرارداد منعقد و قتی معتبر بود که در قالب عقود معین تنظیم می‌گردید و اگر قراردادی تحت نام عقد معینی بوجود نمی‌آید ارزش و اعتباری نداشت، در نتیجه سعی می‌شد همه قراردادهای بی نام در قالب عقد صلح در آید؛ و به همین دلیل عقد صلح را سیدالعقود نامیده‌اند. ولی با تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی این مشکل مرتفع گردید. لازم به ذکر است که بیان شود ماده ۱۰ قانون مدنی ایران مغایرتی با ضوابط شرعی ندارد زیرا:<sup>۳</sup>

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ ص ۲۰۲ و ماده ۱۴۶ قانون کار

۲. اسد الله امامی، مقاله «نقش اراده در قراردادها» نشریه حق، شماره ۴، ص ۷۶

۳. اسد الله امامی، مقاله «نقش اراده در قراردادها» نشریه حق، شماره ۴، ص ۷۶

۱. نص صریحی که حاکی از منع قرارداد در خارج از چهارچوب عقود معین باشد وجود ندارد، لذا اصل برائت را می‌توان در این خصوص اعمال کرد و عدم ورود منع را کافی بر جواز دانست اصل برائت نیز به دلیل عقل و قبح عقاب بلا بیان و اجماع و احادیث نظیر حدیث رفع و حدیث «کل شیء مطلق حتی یرد فیه نهی» و نیز آیه شریفه: «لا یکلف الله نفساً الا ما اتیها»<sup>۱</sup> و آیه شریفه: «و ما کنا معذبین حتی نبعث رسولا»<sup>۲</sup> حجیت دارد.

۲. در صورت تردید در حلیت یا حرمت یک امر اصل اباحه که اصلی عقلی است حاکم است و در قرارداد خارج از عقود نیز اگر تردید کنیم که این قرارداد حرام است یا حلال اصل اباحه آن است. حال با توجه به مطالب بیان شده از این ماده دو نکته می‌توان استنباط نمود:

۱. صرف وجود اراده‌ی طرفین برای انعقاد عقد کافی است؛ که این خود یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده‌هاست.

۲. اراده‌ی طرفیندر تعیین آثار و نتایج حقوقی عقد آزاد است. البته با توجه به شرط عدم مخالفتصریح با قانون؛ که این مورد هم یکی از نتایج ذکر شده برای اصل حاکمیت اراده‌هاست.

با این ترتیب و با توجه به دلایل مذکور این حقیقت روشن می‌گردد که تراضی اساس هر نوع قراردادی است که صراحتاً با شرع و ضوابط شرعی مغایرت نداشته باشد.

علاوه بر ماده ۱۰ قانون مدنی، مقررات کلی پیش بینی شده در قسمت دوم کتاب دوم باباول قانون مدنی<sup>۳</sup> بیانگر این است که در نظام حقوقی ایران اصل حاکمیت اراده در خصوص قراردادهای پذیرفته شده است.

### گفتار پنجم: مصادیق حاکمیت در فقه امامیه

با بررسی کردن مباحث تجاری فقه شیعه به استدلالهایی بر می‌خوریم که با استناد به آیات و روایات بیانگر جنبه‌هایی از اصل حاکمیت اراده هستند که می‌توان از آن به مصادیق اصل حاکمیت اراده در فقه امامیه تعبیر کرد (مفصلاً در بحث مبانی حاکمیت اراده در فقه مورد بررسی قرار گرفت) که عبارتند از:

۱. سوره بقره آیه ۲۸۶

۲. سوره اسری آیه ۱۵

۳. مواد ۱۸۳ تا ۲۳۱

۱. آیه شریفه «لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منکم...» که نظر به حرمت اکل مال به باطل و حلیت تراضی در تصرف اموال یکدیگر دارد و شکل تراضی مورد نظر شارع مقدس نیست.<sup>۱</sup>

۲. آیه شریفه «اوفوا بالعقود»<sup>۲</sup>

عموم آیه «اوفوا بالعقود» که امر به وفاء تمام عقود شده است نه عقود معین.

۳. قاعده مسلم و قطعی «العقود تابعه للقصد»<sup>۳</sup>

فقها عقود را تابع قصد متعاقدین می‌دانند و اینکه پذیرفته‌اند «العقود تابعه للقصد» خود جلوه‌ای از قبول و اعتبار استقلال اراده در قراردادها است.

۴. روایت نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم»<sup>۴</sup>

۵. روایت «المؤمنون عند شروطهم»<sup>۵</sup>

حدیث مشهور «المؤمنون عند شروطهم» نیز وفاء به شرط را به صورت مطلق مورد نظر دارد و اگر شرطی در ضمن عقد آورده نشود باز هم مشمول حکم مزبور است. البته شرطی که خلاف شرع و کتاب الله نباشد.

با این ترتیب و با توجه به دلایل مذکور این حقیقت روشن می‌گردد که تراضی اساس تکون هر نوع قراردادی است که صراحتاً با شرع و ضوابط شرعی مغایرت نداشته باشد؛ و هیچ دلیلی بر بطلان این قرارداد در شرع ملاحظه نمی‌گردد. مضافاً به اینکه ضوابط شرع اسلام برای آسایش مردم وضع شده است نه برای گرفتار کردن آنها.

۱. سوره نسا آیه ۲۹

۲. سوره مائده آیه ۱

۳. عباس علی عمید زنجانی، قواعد فقه، جلد ۱، ص ۳۰۹

۴. امام خمینی، کتاب البیع، جلد ۱، ص ۷۹

۵. امام خمینی، کتاب البیع، جلد ۱، ص ۸۵

## مبحث دوم: موانع حاکمیت اراده در کنوانسیون وین ۱۹۸۰

### گفتار اول: کلیاتی در باره کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG)

#### بند اول: تاریخچه کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG)

پیشینه تلاش برای یکسان سازی مقررات حاکم بر قراردادها و مخصوصاً قراردادهای بیع بین المللی به چندین دهه قبل توسط موسسه بین المللی کسب و کار (unidroit) بر می گردد و در این راستا در طول سالیان متمادی تلاشهایی صورت گرفته است تا اینکه نهایتاً کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال) موفق به تهیه و تنظیم پیش نویس کنوانسیون مذکور شد و سرانجام بعد از انجام اصلاحاتی متن اصلاحی تحت عنوان «کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای فروش بین المللی کالا در کنفرانسی متشکل از نمایندگان سیاسی ۶۲ کشور در وین به تصویب رسید و از این رو به کنوانسیون ۱۹۸۰ وین شهرت یافت و چون در تنظیم آن ۶۲ کشور و ۸ سازمان بین المللی از جمله بانک جهانی و موسسه یونیدروا و جامعه اقتصادی اروپا شرکت داشتند محتوای کنوانسیون بر اساس مصالحه بین دیدگاههای متفاوت نظامهای حقوقی بزرگ از قبیل کامن لا، رومی ژرمنی، حقوق اسلامی، حقوق سوسیالیستی، حقوق آفریقایی و حقوق خاور و نیز نقطه نظرات سازمانهای بین المللی تنظیم شد و از اول ژانویه ۱۹۸۸ که نصاب الحاق حداقل ۱۰ کشور به آن محقق گردید لازم الاجرا شد و از آن زمان به طور پیوسته مدام گروهی متنوع از موافقان را به خود جلب کرده است.<sup>۱</sup>

در حال حاضر ۷۴ کشور به این کنوانسیون ملحق شده اند که بیش از ۹۰ درصد خرید و فروش بین المللی را در اختیار دارند و عمده این کشورها عبارتند از: امریکا، روسیه، چین، عمده کشورهای اتحادیه اروپا به جز انگلستان، ژاپن، کانادا، استرالیا، کره جنوبی، آرژانتین و سنگاپور که متعلق به خانوادههای بزرگ حقوقی معاصر می باشند و هر چند ایران از جمله ۶۲ کشور تصویب کننده آن در وین بوده هنوز ملحق نشده است.

1. Harry M. Flechtner, THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, University of Pittsburgh School of Law, www.un.org/law/avl, p

دکتر حسین صفایی و دیگران، حقوق بیع بین المللی، مقدمه کتاب

**بند دوم: اهداف کنوانسیون**

۱. تسهیل مبادلات تجاری بین المللی
۲. تغییر عادات حقوقدانان
۳. متحدالشکل کردن قوانین
۴. نظم نوین اقتصادی بین المللی
۵. رفع موانع حقوقی

**بند سوم: فواید و معایب الحاق به کنوانسیون بیع بین المللی کالا****الف: فواید الحاق به کنوانسیون بیع بین المللی کالا<sup>۱</sup>**

۱. تسهیل در الحاق به سازمان تجارت جهانی
۲. ارتقاء روابط دوستانه بین ملتها و کشورها
۳. توسعه اصول کلی حقوقی
۴. توسعه معیارهای اخلاقی و رفتار منصفانه
۵. ایجاد وحدت رویه در تجارت بین المللی
۶. افزایش بهره وری و کاهش ضرر و سایر خسارات

**ب: معایب الحاق به کنوانسیون بیع بین المللی کالا**

۱. انحلال تدریجی قوانین ملی در قوانین بین المللی
۲. در تعارض قانون ملی با کنوانسیون، کنوانسیون چون سند بین المللی است بر حقوق داخلی مقدم است.
۳. بهره مندی بیشتر کشورهای پیشرفته از مزایای کنوانسیون و سایر قوانین متحدالشکل
۴. خطر تفسیر واژه‌ها (عدم تفسیر کاملاً مستقل حقوق متحدالشکل توسط قضات، به دلیل اینکه برخی کلمات در زبانهای مختلف دارای چندین معنی هستند)

---

۱. دکتر حسین صفایی و دیگران، حقوق بیع بین المللی، مقدمه کتاب

### بند چهارم: اصول حاکم بر کنوانسیون

- ۱- حاکمیت اراده
- ۲- رضایی بودن قرارداد
- ۳- حسن نیت
- ۴- حفظ و بقای قرارداد
- ۵- معقولیت (اعمال هر طرف باید معقول باشد مثلاً اگر کالا عیبی دارد باید عنوان شود)
- ۶- تقلیل خسارات (مقابله با خسارات)
- ۷- همکاری طرفین در اجرای قرارداد (مثلاً اگر خریدار نماینده خود را برای دریافت کالا اعزام کرد فروشنده عیناً مانند خود خریدار با او همکاری نماید)

### گفتار دوم: حاکمیت اراده و جنبه تکمیلی قواعد مندرج در کنوانسیون

#### تفسیر اراده طرفین

برابر ماده ۶ کنوانسیون اراده طرفین منبع نخستین قرارداد بیع است. این ماده می‌گوید: «طرفین می‌توانند شمول مقررات این کنوانسیون را استثنا یا با رعایت ماده ۱۲، از آثار هر یک از مقررات آن رجوع کنند یا آن‌ها را تغییر دهند.»

بنابر این اصل حاکمیت اراده در کنوانسیون پذیرفته شده است. طرفین قرارداد بیع می‌توانند اجرای کنوانسیون را به طور کلی نفی کنند یا برخی از مقررات آن را استثنا نماید یا آثار آن را دگرگون سازند؛ مثلاً طرفین می‌توانند برخلاف مقررات کنوانسیون حقوق و تکالیفی برای خود تعیین کنند؛ تشکیل بیع را منوط به پاره‌ای شرایط نمایند؛ موارد نقض قرارداد و آثار آن را مشخص می‌کنند؛ مسئولیت ناشی از نقض را محدود کنند و علل خاصی برای معافیت از مسئولیت پیش بینی، یا به گونه‌ای دیگر از مقررات کنوانسیون رجوع نمایند.

این امر قابل توجیه است؛ زیرا در قرارداد بیع - که عرفها دران نقش اساسی دارند- وظیفه و هدف کنوانسیون نمی‌تواند وضع قواعد آمره جهانی باشد. از سوی دیگر با استثنائاتی که در مواد ۲ و ۴ کنوانسیون پیش بینی شده موضوعاتی که معمولاً تابع قواعد آمره است (مانند شرایط اساسی

صحت معامله) از شمول کنوانسیون خارج گردیده و بدین سان رعایت اصل حاکمیت اراده ممکن شده است.<sup>۱</sup>

## گفتار سوم: عوامل محدود کننده حاکمیت اراده در کنوانسیون وین ۱۹۸۰

### بند اول: قلمرو اجرای کنوانسیون

#### الف: قلمرو اجرا در مکان و نسبت به طرفین

کشورهایی که کنوانسیون را پذیرفته‌اند، متعهد به اجرای آن در قراردادهای بیع کالا بین طرفهائی هستند که محل تجارت آنها در کشورهایی متفاوت قرار دارد. مشروط بر این که کشورهای محل تجارت بایع و مشتری هر دو کنوانسیون را پذیرفته باشند، یا بر طبق قواعد تعارض قوانین، حقوق یک کشور متعاقد، لازم الاجرا شناخته شود.<sup>۲</sup>

باید یادآور شد که از نظر کنوانسیون، اختلاف محل تجارت طرفین هنگامی منشأ اثر و ملاک عمل است که برآمده از متن قرارداد یا معاملات قبلی طرفین یا اطلاعاتی باشد که آنان در زمان انعقاد قرارداد یا پیش از آن داده‌اند. بند ۲ ماده ۱ کنوانسیون به این قاعده تصریح کرده است؛ بنابراین وقوع محل تجارت طرفین در کشورهای مختلف که نه از متن قرارداد به دست می‌آید، نه از معاملات قبلی طرفین نه از اطلاعاتی که آنان در زمان انعقاد قرارداد یا پیش از آن ارائه کرده‌اند (مانند اینکه بعد از معامله آشکار شود که خریدار نماینده شرکتی بوده که محل تجارت او در کشور دیگری است) مؤثر نبوده و چنین قراردادی تابع کنوانسیون نخواهد بود. به طور کلی بیعی که در خارج از کشور خریدار به وسیله حق العمل کار یا نماینده محلی منعقد می‌شود، مشمول کنوانسیون نیست، مگر اینکه طرف دیگر بداند یا می‌باید بداند که طرف معامله شخصی است که محل تجارت او خارج از کشور است.<sup>۳</sup>

#### ب: قلمرو اجرا از لحاظ موضوع

کنوانسیون تنها حاکم بر قراردادهای بیع است و قراردادهای دیگر مانند اجاره اشخاص و غیره مشمول آن نیست. به علاوه کنوانسیون فقط در مورد بیع‌های بین‌المللی اجرا می‌شود، نه بیع‌های داخلی.

۱. دکتر حسین صفایی و دیگران، حقوق بیع بین‌المللی، ص ۱۲

۲. ماده ۱ کنوانسیون وین

۳. دکتر حسین صفایی و دیگران، حقوق بیع بین‌المللی، ص ۲

به عبارت دیگر کنوانسیون فقط شامل فروش کالا است و شامل آنچه که کالا محسوب نمی‌شود مانند برق و نیز کالاهایی که جنبه مصرف شخصی دارند نمی‌شود و نیز شامل قراردادهایی می‌شود که محل کسب و کار بایع و فروشنده صرفنظر از تابعیت آنها در دو کشور مختلف قرارداد (بین المللی بودن)

بطور کلی به مفاهیم کالا و فروش و بین المللی بودن در کنوانسیون توجه خاص شده است.<sup>۱</sup>

### ۱. نکته حقوقی:

عبارت ماده ۳ کنوانسیون بیان می‌دارد:

«۱- قراردادهای ناظر تهیه کالایی که باید ساخته یا تولید شود بیع محسوب می‌شوند، مگر اینکه سفارش دهنده تهیه قسمت عمده (اساسی) مواد لازم جهت ساخت یا تولید آن کالا را تعهد نموده باشد:

۲- قراردادهایی که در آنها قسمت اعظم تعهدات طرفی که کالا را تهیه می‌کند ناظر به ارائه نیروی کار یا خدمات دیگر باشد مشمول مقررات این کنوانسیون نخواهد بود.»

در باره بند ۱ ماده ۳ این سؤال قابل طرح است که مقصود از «قسمت عمده» مواد چیست. آیا معیار کمی است یا کیفی؟ ممکن است قطعه کوچکی از یک دستگاه نقش اساسی در کارکرد آن داشته باشد، هرچند که از نظر کمی و ارزش اقتصادی، قسمت عمده و اساسی مورد معامله را تشکیل ندهد. بعضی از مفسران گفته‌اند که در اینجا معیار کمی (اقتصادی) است نه کیفی.

با توجه به این نظر باید گفت معیار تشخیص اساسی بودن کیفی است نه کمی. به هر حال کنوانسیون از این لحاظ دارای ابهام و اشکال است.

### ۲. معیار تشخیص بیع‌های بین المللی

کنوانسیون چنانچه گفتیم، فقط حاکم بر بیع‌های بین المللی است. حال باید دید معیار بین المللی شناختن بیع چیست. قانون یکنواخت بیع بین المللی (۱۹۶۴) سه ضابطه برای بیع بین المللی در نظر گرفته بود: انتقال مال از کشوری به کشور دیگر وقوع ایجاب و قبول در دو کشور متفاوت و قرار داشتن محل تجارت بایع و مشتری در کشورهای مختلف. در کارهای مقدماتی کنوانسیون دو ضابطه اول کنار نهاده شد و فقط ضابطه سوم مورد قبول واقع گردید. بدین سان کنوانسیون یک معیار شخصی برای تمیز بیع بین المللی از بیع داخلی پذیرفته و کار را آسان کرده است. برای

۱. ماده ۲ کنوانسیون وین



تشخیص بیع بین المللی براساس کنوانسیون لازم نیست که مبیع از کشور به کشور دیگر انتقال یافته یا ایجاب و قبول در دو کشور متفاوت واقع شده باشند بلکه کافی است که محل تجارت بایع و مشتری در دو کشور متفاوت باشد. در این صورت در اغلب موارد کالا از کشوری به کشور دیگر برده می‌شود و نیازی به افزودن چنین شرطی نیست.<sup>۱</sup>

کنوانسیون تعریفی از محل تجارت به دست نمی‌دهد. هر تفسیری از کنوانسیون باید با توجه به جنبه بین المللی آن و تغییراتی که کنوانسیون در قانون متحد الشكل داده است صورت گیرد؛ بنابراین صرف مکان انعقاد قرارداد محل تجارت به شمار نمی‌آید. همچنین محلی که مذاکرات در آنجا روی داده محل تجارت محسوب نمی‌شود. برای تعیین محل تجارت باید به مقر تجاری محرز و دائمی طرفین توجه کرد نه به محلی که اقدامات مقدماتی برای عقد قرارداد در آنجا انجام شده است.<sup>۲</sup>

### الف: بیع‌های استثنا شده

ماده ۲ کنوانسیون شش نوع بیع را، هرچند به مفهوم مذکور بین المللی باشند، از قلمرو کنوانسیون استثنا کرده است. این بیع‌ها را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد: بیع‌های استثنا شده به علت هدف آن‌ها، بیع‌های استثنا شده به علت تشریفات آن‌ها و بیع‌های استثنا شده به علت موضوع آن‌ها.

#### ۱. بیع‌های استثنا شده به علت هدف

برابر بند الف ماده ۲ کنوانسیون «بیع‌های کالایی که جهت مصارف شخصی، خانوادگی یا استفاده در منازل خریداری می‌شوند» از شمول کنوانسیون خارجند: «مگر اینکه فروشنده قبل از انعقاد قرارداد یا در زمان انعقاد قرارداد از اینکه کالاهای مزبور برای مصارف فوق خریداری شده‌اند اطلاعی نداشته یا مکلف نبوده اطلاعی در این مورد داشته باشد». اکثر این بیع‌ها داخلی هستند ولی ممکن است در مواردی جنبه بین المللی هم پیدا کنند مانند خرید در مرزها، خرید توریست‌ها و خرید با مکاتبه، در مواردی که محل سکونت یا تجارت طرفین در دو کشور مختلف قرار دارد. استثنای این بیع‌ها از قلمرو کنوانسیون اینگونه توجیه می‌شود که در بسیاری از کشورها قرارداد مزبور تابع قرارداد آمره برای

۱. جمعی از نویسندگان، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ترجمه دکتر مهربان داراب پور، جلد ۱، ص ۶۹

۲. جمعی از نویسندگان، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ترجمه دکتر مهربان داراب پور، جلد ۱، ص ۷۰ و بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون تصریح می‌کند که «تاییدیت طرفین قرارداد و نیز خصوصیت مدنی یا تجاری طرفین یا خود قرارداد در تعیین قلمرو این کنوانسیون ملحوظ نخواهد بود».

حمایت از مصرف کننده هستند که باید بر مقررات تکمیلی یا تعویضی کنوانسیون مقدم داشته شوند. به علاوه این قراردادها مورد عنایت بازرگانی بین المللی نمی‌باشند.

ضابطه استثنای یاد شده شخصی است: یعنی هدف و منظور خریدار در زمان عقد قرارداد ملاک عمل است نه وصف تجاری یا غیر تجاری او یا ماهیت کالای فروخته شده. بنابراین اگر یک فرد حرفه‌ای کالایی را برای مصارف شخصی یا خانوادگی خود خریداری نماید کنوانسیون اجرا نخواهد شد. برعکس اگر کالا برای فعالیت حرفه‌ای خریداری شود کنوانسیون اجرا می‌شود هر چند خریدار نسبت به تخصص فروشنده بیگانه و ناآگاه باشد.<sup>۱</sup>

## ۲. بیع‌های استثنا شده به علت تشریفات

### ۱-۲ بیع از طریق حراج

استثنای این نوع بیع با ویژگی‌های آن توجیه می‌شود. در این بیع خریدار تا زمان وقوع بیع مشخص نیست و از این رو تا آخرین لحظه محل تجارت و منظور او از خرید روشن نیست. وانگهی این قرارداد در اغلب کشورها تابع پاره‌ای مقررات آمره هستند که در صورت تعارض با مقررات کنوانسیون بر آن مقدم خواهد شد.

### ۲-۲ بیع مال توقیف شده، یا بیعی که به نحو دیگری از طریق مقامات قانونی واقع

می‌شود:

این استثنا شامل بیع‌هایی است که از طریق مقامات قانونی مانند اجرای دادگستری یا اجرای ثبت با تشریفات خاص واقع می‌شود. اینگونه بیع‌ها با بیع با تراضی متفاوت است: شرایط آن با مذاکره و توافق طرفین تعیین نمی‌شود: تابع مقررات آمره و نوعی بیع اجباری است که فقط می‌تواند تابع قانون ملی باشد. وانگهی اینگونه قراردادها جایی در بازرگانی بین المللی ندارد.

### ۳. بیع‌های استثنا شده به علت موضوع آن

پاره‌ای بیع‌ها به علت موضوع ویژه‌ای که دارند مقررات خاصی را می‌طلبند و مقررات کنوانسیون برای آن‌ها مناسب نیست. کنوانسیون در بندهای د، ه و از ماده ۲ به این بیع‌ها اشاره کرده است.

۱. دکتر حسین صفایی و دیگران، حقوق بیع بین المللی، ص ۷

### ۳-۱ بیع برق، بیع سهام، سهم الشرکه، اوراق بهادار، اسناد قابل انتقال یا پول

این اشیا «کالا» به معنی خاص به شمار نمی‌آیند و عنوان «کالا» در کنوانسیون وین کافی برای خروج آن‌ها از قلمرو کنوانسیون است. وانگهی مقررات کنوانسیون خصوصاً قواعد حاکم بر تعهدات بایع مناسب اموال یاد شده نیست.

### ۳-۲ فروشی کشتی‌ها وسایل نقلیه هوایی

این اموال نیز در اغلب کشورها تابع مقررات خاص هستند و در برخی از کشورها مانند اموال غیر منقول باید به ثبت برساند و تنظیم سند رسمی برای معاملات آنها لازم است. این رو در کنوانسیون ۱۹۶۴ در صورتی اموال مزبور از شمول کنوانسیون خارج بودند که به ثبت رسیده باشند. لکن کنوانسیون وین شرط ثبت را حذف کرده و بدین ترتیب قلمرو استثنا را گسترش داده است. در واقع مقررات کشورها از لحاظ ثبت اموال مزبور متفاوت است: در برخی از کشورها ثبت لازم و در برخی غیرلازم است. این استثنا نه فقط در مورد وسایل نقلیه بازرگانی بلکه درباره کشتیها و هوانوردی تفریحی نیز قابل اعمال است.

همچنین استثنای یاد شده شامل کشتیهای در حال ساخت نیز می‌شود: ولی لوازم و مصالح مورد نیاز آن‌ها تا زمانی که در کشتی کار گذاشته نشده‌اند خارج از شمول استثنا شده هستند و معامله آن‌ها تابع کنوانسیون است.<sup>۱</sup>

### ب: مباحثی از بیع که خارج از شمول کنوانسیون است

کنوانسیون برخی از مسائل مربوط به بیع بین المللی از شمول آن استثنا شده است به دیگر سخن حتی در قلمرو بیع بین المللی که علی الاصول تابع مقررات کنوانسیون می‌باشد برخی از مسائل در کنوانسیون تنظیم نشده و تابع قانون ملی است. علت این استثنا آن است که مقررات حاکم بر این مسائل از قواعد آمره است که بر حسب کشورها متفاوت و حصول توافق بین المللی نسبت به آن‌ها دشوار است و از این رو کنوانسیون به آن‌ها نمی‌پردازد. این استثنائات مربوطند به: صحت (اعتبار) قرارداد یا هر یک از شروط آن و اعتبار عرفهای مربوط به آن: اثر قرارداد نسبت به مالکیت کالای فروخته شده و مسوولیت بایع نسبت به فوت یا خسارات بدنی ناشی از کالا<sup>۲</sup>

۱. دکتر حسین صفایی و دیگران، حقوق بیع بین المللی، ص ۸

۲. ماده ۴ و ۵ کنوانسیون وین

## ۱. صحت قرارداد یا هریک از شروط آن یا اعتبار عرفها

کنوانسیون راجع به ایجاب و قبول و توافق دو اراده مقرراتی دارد، اما راجع به شرایط اساسی صحت بیع یا اعتبار شروط آن، ساکت است. همچنین درباره صحت و اعتبار عرفها مقرراتی ندارند. ماده ۴ کنوانسیون می‌گوید:

«مقررات این کنوانسیون صرفاً ناظر بر انعقاد قرارداد بیع و حقوق و تعهداتی است که برای طرفین در اثر چنین قراردادی ایجاد می‌شود و خصوصاً ارتباطی با امور ذیل نخواهد داشت. مگر خلاف آن در کنوانسیون تصریح شده باشد:

- اعتبار قرارداد یا هر یک از شروط آن یا اعتبار هرگونه عرف:

- اثری که ممکن است قرارداد نسبت به مالکیت کالای فروخته شده داشته باشد.»

بنابراین شرایط صحت قرارداد یا اعتبار شروط قراردادی مانند شرط عدم مسئولیت یا صحت و بطلان عرفهای مربوط به بیع جز در مواردی که خلاف آن در کنوانسیون تصریح شده باشد تابع قانون ملی است. این استثنا با چند دلیل قابل توجیه است:

**اول:** برخی از شرایط اساسی صحت قرارداد ماهیت قراردادی صرف ندارد مانند اهلیت که در حقوق

بین الملل خصوصی مربوط به مقوله احوال شخصیه است اگرچه به تشکیل قرارداد هم ارتباط دارد

**دوم:** درباره مشروعیت موضوع یا جهت معامله نیز اختلاف بین نظام‌های حقوقی زیاد و ایجاد وحدت به غایت دشوار است. هنگامی که بطلان قرارداد مربوط به نامشروع بودن موضوع یا جهت باشد این بطلان اغلب ناشی از یک قانون ملی خاص است نه قانون عام

این گونه مقررات ممنوع یا محدود کننده در حقوق داخلی کشورها دیده می‌شود و به طور معمول غیر ممکن است که کشورهای مختلف بران توافق کنند و بتوان آن‌ها را در یک کنوانسیون بین المللی گنجانند.

به علاوه هر کشور در نظام داخلی خود دارای پاره‌ای مقررات آمره است که مربوط به نظم عمومی سیاسی یا اقتصادی (اعم از ارشادی و حمایتی) است. نظم عمومی مفهومی محلی و نسبی است و بر حسب کشورها متغیر و متفاوت است.

۱. دکتر حسن صفایی، دوره مقدمات حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، ص ۵۲ به بعد

بدین سان صحت قرارداد بیع و شروط آن تابع مقررات متفاوت یا ناهماهنگ است. پس به ناچار این موضوع را استثنا کردند تا کنوانسیون پذیرش بیشتری داشته باشد و کشورهای بیشتری را به خود جلب کند.

## ۲. مالکیت کالاهای فروخته شده

اثر بیع نسبت به مالکیت مبیع نیز از شمول کنوانسیون استثنا شده است ماده ۳۰ کنوانسیون به انتقال مالکیت به عنوان یکی از تعهدات بایع اشاره کرده اما زمان و شرایط آن را مشخص نمی‌کند این استثنا نیز با اختلاف موجود بین نظام‌های حقوقی ملی در این زمینه توجیه می‌شود. در برخی از نظام‌های حقوقی مالکیت با وقوع بیع انتقال می‌یابد و در برخی دیگر انتقال مالکیت با قبض حاصل می‌شود، یا تابع عمل حقوقی دیگری است و همچنین در نظام‌های حقوقی ملی درباره اختلاف بین مالک مال و مغضوب و خریدار با حسن نیت مقررات متفاوتی دیده می‌شود: گاهی از خریدار و گاهی از مالک حمایت می‌کنند. اثر فسخ قرارداد نسبت به مالکیت و اعتبار و آثار شرط حفظ مالکیت به ویژه در صورت ورشکستگی در کشورها یکسان نیست این اختلافات به اندازه‌ای است که رفع آن‌ها غیر ممکن بوده و از این رو این مسائل در کنوانسیون کنار نهاده شده و حلان‌ها به حقوق ملی واگذار گردیده است.<sup>۱</sup>

## ۳. مسولیت ناشی از فوت و زیان‌های بدنی

### ماده ۵ کنوانسیون چنین مقرر داشته است:

«مقررات این کنوانسیون شامل مسولیت بایع در قبال مرگ یا صدمات بدنی که به سبب کالا برای افراد اتفاق می‌افتد، نخواهد بود».

این استثنا نیز بدین گونه توجیه می‌شود که قواعد مربوط به مسولیت ناشی از صدمات بدنی که به سبب کالا روی می‌دهد امره و به دیگر سخن مربوط به نظم عمومی هستند. وانگهی در برخی از کشورها این موضوع بیشتر مربوط به مسولیت خارج از قرارداد است و مقررات تعویضی یا تکمیلی کنوانسیون مانند قاعده‌ای که به موجب آن فقط خسارتی که متعهد در زمان انعقاد پیش بینی کرده یا می‌باید پیش بینی کند قابل مطالبه است برای آن مناسب نیست.

قابل ذکر است که ماده ۵ فقط زیان‌های بدنی وارد به افراد را استثنا می‌کند نه زیان‌های وارد به اموال. در برخی از نظام‌های حقوقی مسولیت تولید کننده را بدون توجه به تقصیر او در قبال زیان‌های مالی ناشی از عیب کالا که به خریداران یا مصرف کنندگانی که رابطه قراردادی مستقیم با تولید کننده

۱. بند ب ماده ۴ و ماده ۳۰ کنوانسیون وین

ندارند وارد می‌شود پذیرفته‌اند. در برخی از نظام‌ها این مسئولیت را نوعی مسئولیت ناشی از نقض قرارداد یا نقض تضمین (چه صریح و چه ضمنی با توجه به آگهی‌های تبلیغاتی) در برابر مصرف کننده دانسته‌اند. لیکن این موارد را باید خارج از شمول کنوانسیون تلقی کرد؛ زیرا برابر ماده ۴، مقررات کنوانسیون فقط حاکم بر روابط بایع و مشتری است و روابط بایع با اشخاص دیگر را که رابطه مستقیم با او ندارند دربر نمی‌گیرد.<sup>۱</sup>

### بند دوم: نقض اساسی قرارداد

این نقض به اساس قرارداد و هدف اقتصادی مورد نظر طرفین لطمه شدیدی وارد می‌سازد.

ماده ۲۵ کنوانسیون چنین بیان می‌دارد:

نقض اساسی قرارداد توسط یکی از اصحاب دعوی هنگامی اساسی محسوب می‌شود که منجر به ورود آنچنان خسارتی به طرف دیگر گردد که وی را به طور عمده از آنچه انتظار استحقاق آن را به موجب قرارداد داشته است محروم سازد، مگر اینکه طرف نقض کننده چنین نتیجه‌ای را پیش بینی نمی‌کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در شرایط و احوال مشابه چنین نتیجه‌ای را نمی‌توانسته پیش بینی کند.

همان‌طور که از این تعریف نیز بر می‌آید، طبیعت و ماهیت تعهد نقض شده اهمیت چندانی ندارد؛ آنچه مهم است، شدت آثار عدم اجرای قرارداد از سوی متعهد است. گرچه نقض اساسی قرارداد اغلب ناظر به تعهداتی است که اساس و جوهر بیع را تشکیل می‌دهند: تسلیم کالا توسط فروشنده، قبض کالا از سوی خریدار، پرداخت ثمن و امثال آن.

البته صرف اساسی بودن تعهدی که نقض شده است، برای تحقق نقض اساسی قرارداد کافی نیست. از این‌رو، لزوماً عدم تحویل کالا، نقض اساسی قرارداد تلقی نمی‌شود. با توجه به تعریف ماده ۲۵، نقض هنگامی اساسی است که به یکی از عناصر و ارکان اصلی قرارداد در اثر عدم اجرا خلل وارد آید: بدین معنا که نقض در صورتی اساسی محسوب می‌شود که به اساس قرارداد و هدف اقتصادی مورد نظر طرفین لطمه شدیدی وارد سازد، خواه مربوطه به تسلیم کالا باشد یا پرداخت ثمن<sup>۲</sup>

۱. دکتر حسین صفایی و دیگران، حقوق بیع بین المللی، ص ۱۱

۲. اکبر میرزا نژاد جویباری، مقاله «بحثی پیرامون مفهوم نقض اساسی قرارداد در کنوانسیون بیع بین الملل کالا ۱۹۸۰»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۸، ص ۳۰۳

نکته: با توجه به اصل حاکمیت اراده در قراردادهای بین المللی که بدان تصریح شده است طرفین می‌توانند عدم اجرای هر تعهد هرچند جرئی را اساسی توصیف کرده و آثار اینگونه نقض را بر آن مترتب سازند و یا بالعکس نقض را که واقعاً اساسی است غیر اساسی به شمار آورند.<sup>۱</sup>

### الف: عناصر نقض اساسی<sup>۲</sup>

۱. ورود خسارت اساسی به منافع عمده مورد انتظار طرف مقابل

۳. پیش بینی آثار ناشی از نقض

۲. پیش بینی در زمان انعقاد قرارداد

### ب: مصادیق نقض اساسی قرارداد

۱. عدم تسلیم مبیع یا تأخیر در تسلیم:

عدم تسلیم مبیع به طور مطلق نقض اساسی است اما تأخیر در تسلیم وقتی نقض اساسی است که زمان تسلیم مبیع برای خریدار حیاتی بوده و تسلیم بعد از آن تاریخ برای او فایده‌ای نداشته باشد.

۲. امتناع از انجام تعهد تسلیم

در صورت بروز تأخیر در تسلیم و احراز قصد عدم انجام تعهد<sup>۳</sup>

۳. غیرممکن شدن تسلیم مبیع

۴. تسلیم کالای غیر منطبق<sup>۴</sup>

### ج: پیش بینی نقض اساسی قرارداد

اقدام حمایتی و پیشگیرانه<sup>۵</sup>

مطابق بند ۱ ماده ۷۱:

اگر بعد از انعقاد قرارداد آشکار شود که یکی از طرفین به علل ذیل بخش اعظمی از وظایف خود را انجام نخواهد داد طرف دیگر قرارداد می‌تواند اجرای تعهدات خود را معلق سازد (حق حبس)<sup>۶</sup>

۱. نقصان فاحش در توانایی یا اعتبار مالی متعهد برای ایفای تعهد

۱. ماده ۶ کنوانسیون وین

۲. ماده ۲۵ کنوانسیون

۳. قسمت ۱ بند ۲ ماده ۴۹

۴. قسمت الف بند ۲ ماده ۴۹

۵. اعطای تضمین از سوی متعهد

۶. بند ۱ ماده ۷۱ کنوانسیون

۲. نحوه‌ی رفتار متعهد در تمهید و تدارک ایفاء تعهدات یا اجرای قرارداد  
**نکته:** متعهد له این اختیار را دارد که با رعایت شرایط مذکور در ماده ۷۲ قرارداد را پیش از فرا رسیدن  
 موعد اجرای تعهد فسخ نماید.

### بند سوم: موانع اعمال حق فسخ

#### الف: موانع اعمال حق فسخ توسط خریدار

۱. اسقاط ارادی<sup>۱</sup>  
 ۲. عدم امکان رد کالا<sup>۲</sup>  
 نکته: چنانچه مشتری نتواند کالا را با همان وضعیتی که دریافت داشته است بازگرداند حق ندارد  
 قرارداد را فسخ کند

موارد استثناء:<sup>۳</sup>

۱. نقض یا تلف کالا در اثر امور خارج از اختیار خریدار
۲. تلف یا نقص در نتیجه بازرسی موضوع ماده ۳۸
۳. فروش، مصرف یا تبدیل کالا در جریان عملیات عادی تجاری

#### ب: موانع اعمال حق فسخ توسط فروشنده

۱. اسقاط ارادی  
 ۲. عدم امکان رد ثمن  
 در خصوص مورد دوم کنوانسیون سکوت نموده و دلیلی ارائه ننموده است لکنبا اصل تفسیر در ماده ۷  
 مبنی بر لزوم هماهنگی در اجرای کنوانسیون علی الاصول عدم امکان خروج ارز از کشور (برابر  
 مقررات کشور فروشنده) نیز مثل عدم امکان رد کالا از اسباب محرومیت فروشنده از حق فسخ است.

۱. ماده ۶ کنوانسیون

۲. بند ۱ ماده ۸۲ کنوانسیون

۳. بند ۲ ماده ۸۲ کنوانسیون



**بند چهارم: ضمانت اجرایی پیش بینی شده تجاوز از حاکمیت اراده در کنوانسیون.**

**الف: نقض اساسی**

۱. درخواست کالای جانشین<sup>۱</sup>

۲. فسخ قرارداد<sup>۲</sup>

**ب: نقض غیر اساسی**

۱. تقلیل ثمن<sup>۳</sup>

۲. پرداخت غرامت<sup>۴</sup>

۳. درخواست تعمیر کالا<sup>۵</sup>

۴. درخواست اجرای عین قرارداد<sup>۶</sup>

۵. درخواست رفع نقض کالای غیر منطبق<sup>۷</sup>

---

۱. ماده ۴۶ کنوانسیون

۲. ماده ۴۹ و ۶۴ کنوانسیون

۳. ماده ۵۰ کنوانسیون

۴. بند ۲ ماده ۴۵ کنوانسیون

۵. بند ۳ ماده ۴۶ کنوانسیون

۶. ماده ۴۰ و ۴۶ کنوانسیون

۷. ماده ۴۵ و ۴۶ کنوانسیون



## نتیجه گیری

**الف:** با امعان نظر و بررسی ادله مربوط به حاکمیت اراده ظاهری و باطنی در فقه و حقوقدین می‌یابیم که فقها و حقوقدانان در این زمینه اتفاق نظر ندارند برخی معتقدند که عنصر سازنده عمل حقوقی اراده باطنی است و ظهور و اثبات آن به وسیله گفتار یا عمل تنها کاشف و مبرز است بعضی دیگر معتقدند که اعمال حقوقی با گفتار و اعمال موجودیت یافته و دارای اثر حقوقی خواهند بود. همانگونه که در مباحث مربوط به ارائه مبانی و ارائه هر یک از دو نظریه آمده است، پیروان این دو نظریه در مقام عمل به لوازم هر یک از این دو نظریه ملتزم نشده‌اند از طرف دیگر نمی‌توان برای هر یک از اراده باطنی و ظاهری موارد و قلمرو خاصی را با ارائه ملاک تعیین نمود و در فرض تغایر نیز نمی‌توان یکی بر دیگری رجحان بخشید، زیرا منجر به توقف و بن بست در کشف عمل حقوقی و تفسیر قراردادها و صدور حکم می‌گردد؛ و از طرفی هم ترجیح دادن و مقدم نمودن یکی از دو نظریه بر دیگری خالی از اشکال نیست.

**ب:** ترجیح دادن معنای ظاهر بر معنای باطنی ایراداتی را به همراه خواهد داشت که از جمله این ایرادات:

۱. در خصوص اعلام اراده، به اینکه آیا معنی عرفی مد نظر قرار می‌گیرد یا نه اشاره نشده است برای مثال وقتی همسایه‌ای از همسایه دیگری فرشی برای یک مهمانی عاریه می‌گیرد و عنوان آن را عقد «قرض» می‌نهد، نباید عقد را عاریه دانست زیرا آنچه طرفین اعلام کرده‌اند عقد قرض و آنچه در واقع اراده کرده‌اند عقد عاریه است و علی‌الاصول باید حکم به عدم تشکیل هیچ نوعی عقدی داد.
۲. اگر قرار باشد الفاظ عقود را مدنظر قرار داد و به قصد باطنی توجهی نداشت، در آن صورت عقدی که از روی مسامحه با عنوان بیع ولی به قصد اجاره صورت می‌گیرد دارای تکلیفی نامعلوم خواهد بود و اساساً آنچه که در اکثر موارد مدار تفسیر عقد از سوی دادگاه قرار می‌گیرد (به موجب این نظریه، اراده اعلام شده)، با واقعیت ثبوتی امر یعنی قصد واقعی طرفین در تعارض بوده و هر تفسیری که از سوی دادگاه انجام شود، خلاف عدل و انصاف خواهد بود.

**پ:** همچنین تقدم معنای باطنی بر معنای ظاهری هم با ایراداتی مواجه می‌شود که از جمله این ایرادات:

۱. افراد با قصد و نیت درونی یکدیگر آشنا نیستند و چون معیار مناسبی جهت شناخت اراده باطنی در دست نمی‌باشد و از طرفی برای مصون ماندن از معاملات از خطر تغییر یا تقیید اراده لذاتا زمانی که شخص این قصد و نیت درونی را ظاهر نکند نمی‌توان برای این اراده اثر حقوقی در نظر گرفت.

۲. اراده‌ای به عقد شکل می‌دهد که در خارج ابراز شده و بیان گردیده باشد، بنابراین این امر همواره امکان دارد که آنچه در مرحله ایجاب و قبول ابراز می‌گردد، مخالف با قصد درونی طرفین باشد و این اختلاف حسب مورد ناشی از اشتباه، سهو، شوخی، اکراه، اجبار، عهد و ... باشد، در هر صورت آنچه مبنای تفسیر قرار می‌گیرد آن اراده‌ای است که ابراز شده و حالت خارجی و بیرونی یافته است، بنابراین قصد عاقد با مشخصاتی که از راه ایجاب و قبول عرضه شده است، اراده ظاهری نامیده می‌شود.

**ت:** صدور چنین نظریه‌ای مبنی بر پذیرفتن حاکمیت اراده ظاهری در کنوانسیون به علت ضعف تحلیلی حقوقدانان ایشان از نظر عدم تمایز قصد و رضا از دیدگاه ایشان و خلط مرحله ثبوتی و اثباتی امور قابل توجیه، ولی در حقوق ایران، حتی به استناد موادی که مورد اشاره قرار گرفت، بدون هیچ گونه توجیه عقلی و شرعی خواهد بود،

**ث:** با وجود تعارضات و ایرادات موجود به ناچار باید گزینه‌ای را انتخاب نمائیم که به طور نسبی منعکس کننده آراء، در فقه و حقوق باشد و با تعدیلی معقول و مقبول الگویی از حاکمیت اراده ارائه گردد، ما ضمن اذعان به اینکه جوهر اراده ظاهری را قصد و اراده باطنی تشکیل می‌دهد معتقدیم اراده باطنی بدون ظهور در ظرف اعتبار و اثبات به تنهایی نمی‌تواند موجب عمل حقوقی تلقی گردد بلکه تأثیر گذاری و نفوذ آن مشروط به مقارنت با امری است که دلالت بر آن قصد و اراده باطنی نماید لذا در مقام تعارض بین اراده ظاهری و باطنی اگر چه دادرس باید تمامی مساعی خویش را برای دسترسی به مقصود و مراد متعاقدين به کار گیرد ولی او نمی‌تواند از عنصر تأثیرگذار و نافذی چون لفظ و شبیه آن غفلت ورزد به تعبیر دیگر در فرآیند تولد یک عمل حقوقی قصد و اراده باطنی جنبه تهیی و مقدمی دارد، بدین جهت عرف عقلا با به کار گیری الفاظ و اعمال از ناحیه متعاقدين موجودیت اعتباری اعمال حقوقی را به رسمیت می‌شناسد بنابراین همانگونه که در ایجاد عمل حقوقی اراده باطنی پشتوانه اراده ظاهری است، در کشف عمل حقوقی باید از اراده ظاهری کمک جست تأکید مشهور فقها بر اراده ظاهری نیز به جهت حفظ اعتبار اعمال حقوقی و مضیق نمودن دایره تأثیر جهل

و اشتباه در آن و حفظ ثبات و امنیت معاملات و بهره‌گیری از معیارهای نوعی در تفسیر عقود و ایقاعات قابل توجیه می‌باشد.

**ج:** در مطابقتی که بین مقررات حقوقی ایران و کنوانسیون توسط حقوقدانان صورت گرفته نتیجه‌ای که حاصل گردیده‌هاست که همتها تفاوت‌ها بین یادینینا یندو وجود ندارد بلکه اکثریت قریبه‌اتفاقمقررات کنوانسیون با حقوق ایران مطابق است و موارد جزئی که تفاوت می‌شاهد می‌گردد آن چنان اساسی نیست که بتواند مانعی، به لحاظ قانونی، برای الحاق ایران به کنوانسیون ایجاد نماید.

## پیشنهادات

(الف)

بر حقوقدانان و دستگاہها می‌سؤل فرضا است که هسینما یند با تفاسیر حقوقی و فقهی و ارائه کارها یصحیحز مینها لحاق ایران را فراهم آورده و عرصه‌ها برای ورود به عرصه تجارت جهانی مهیا سازند. پیشنهادی که در این باره می‌توان ارائه کرد این است که فقه مرفی معاصر در تعامل با حقوقدانان برجسته می‌تواند به اجماعی در باره تطابق و همسان سازی موارد اختلافی کنوانسیون با قانون مدنی ایران دست یابد.

(ب) در نهایت به نظر می‌رسد بهترین روش در خصوص ماهیت حاکمیت اراده با توجه به مباحثی که به طور مفصل مورد تحلیل و بررسی قرار گرفت پذیرش هر دو نظریه (اراده ظاهری و باطنی) و جمع بین آن دو و همچنین عدم تقدم و ترجیح دادن یکی بر دیگری می‌باشد و با پذیرفتن این روش‌اشکالات و ایرادات به وجود آمده در خصوص حاکمیت اراده منتفی خواهد گردید.



## منابع

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ایقاع، نظریه عمومی - ایقاع معین، ج ۴، تهران، میزان، ۱۳۸۷.
۲. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات (اعمال حقوقی - تشکیل عقد) ج ۲، تهران، میزان، ۱۳۷۸.
۳. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات (جلد دوم: اعمال حقوقی - تشکیل عقد) تهران: نشر میزان، ۱۳۷۸.
۴. امینی، علی رضا، ملاً علی نه‌اوندی و نظریه تعهد در وضع، پژوهش‌های اصولی، ش ۲ و ۳، زمستان ۱۳۸۱، و بهار ۱۳۸۲.
۵. آخوندی، روح الله، اشتباه در موضوع قرارداد با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلستان، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰.
۶. بهرامی احمدی، حمید، تفاوت میان نظریه تعهدات در دو نظام رومی - ژرمنی و فقها مابیهو آثار آند در حقوق قراردادها یا ایران و فرانسه»، رساله دکتری، دانشگاه امام صادق (ع)، بهار ۱۳۹۰.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، «تأثیر اراده در حقوق مدنی» رساله دکتری، دانشگاه تهران، ۱۳۴۰.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، ج ۳، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.
۹. حکمت نیا، محمود (۱۳۸۷) مبانی مالکیت فکری، چاپ دوم، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۰. داوری تجاری، بین المللی «آیین داوری»، موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۱۱. ره پیک، حسن، حقوق مدنی، حقوق قراردادها، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۰.

۱۲. صالحی، جمال (۱۳۸۱)، تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی، رساله دوره کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران، دانشکده حقوق
۱۳. ضیایی، محمد عادل، یزدان پرست، یونس، «تعبیر از اراده با اشاره در فقه اسلامی» مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۸۹، پاییز ۱۳۸۷
۱۴. ضیایی، محمد عادل، یزدان پرست، یونس «دلالت سکوت بر اراده» مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹
۱۵. علی آبادی، علی (۱۳۸۱)، ایجاد و سقوط تعهدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی، تهران: دانشگاه تهران، مؤسسه انتشارات توچاپ.
۱۶. فلاح، محمد رضا و دیگران «نقش اعلان اراده در انشای ایقاعات» آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۲.
۱۷. قاسم زاده، سید مرتضی، «نقش سکوت در بیان اراده» مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۵۱، بهار ۱۳۸۰.
۱۸. فنوتی، جلیل، «رابطه قصد و رضا در اعمال حقوقی با تاکید بر دیدگاه امام خمینی (ره)» روش شناسی علوم انسانی، ش ۲۰، پاییز ۱۳۷۸
۱۹. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوقی مدنی، اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع) ج ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، (مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد) ج ۷، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸
۲۱. کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی:
- قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، مفهوم عقد، انعقاد و اعتبار قرارداد «ترازی» تهران:
- شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمنبرنا. ۱۳۸۳
۲۲. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، درسهائیز عقود معین، جلد اول:
- بیع، اجاره، قرض، جعاله، صلح، تهران: گنج دانش. ۱۳۸۱
۲۳. مانکوسو، سالواتوره، «حمایت از مصرف کننده در قراردادهای تجارت الکترونیک، مقایسه‌ای بین حقوق اتحادیه اروپا و حقوق اسلام» ترجمه علی اکبر ایزدی فرد، حسین کاویار، کانون، ش ۱۰۰، دی



۲۴. محدودیت‌های اعمال قانون خارجی، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۵، شماره ۴۴. مسائل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۳، شماره ۳۹.
۲۵. محقق داماد، سید مصطفی، «بخش تحقیق: اعراض از ملک» تحقیقات حقوقی، ش ۸، پاییز و زمستان ۱۳۶۹
۲۶. محقق داماد، سید مصطفی و همکاران حقوق قراردادها در فقها مامیه، ج ۱، تهران: سمت، ۱۳۷۹
۲۷. مقامی نیا، محمد «نحوه انعقاد قراردادهای الکترونیکی و ویژگی‌های آن» دو فصلنامه دانش حقوق مدنی، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۱
۲۸. موسوی، خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، ۱۴۲۱ ق.
۲۹. نقیبی، سید ابوالقاسم، «نظریات حاکمیت اراده ظاهری و باطنی در حقوق اسلام و ایران» برهان و عرفان، س ۲، ش ۳، بهار ۱۳۸۴.
۳۰. نوروزی شمس، مشیت‌الله، قراردادهای فرانشیز از منظر حقوق اتحادیه اروپا، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ویژه نامه شماره ۱، ۱۳۸۸
۳۱. نوین، پرویز، حقوق مدنی ۳ (در عقود و تعهدات به طور کلی) انعقاد و انحلال قراردادها، تدریس، ۱۳۸۴
۳۲. نیکبخت، حمیدرضا، تعارض قوانین در قراردادهای، مجله حقوقی (دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی)، شماره ۳۲.
۳۳. وایتیکر، سایمون (۱۳۸۵)، اصول قراردادها در حقوق فرانسه، ترجمه حسنره پیک، تهران: خرسندی. هوسرل، ادموند (۱۳۸۸)، بحران علماروپایی، ترجمه غلامعباس جمالی، تهران: گامنو.

## منابع غیرفارسی

1. Bénabent, Alain (1991), *Droit civil: les obligations*, Montchrestien.
2. Cabrillac, Remy (2006), *Droit des Obligations*, Dalloz.
3. Carbonnier, Jean (1956), *Droit civil, T. 4, Les Obligations*. PUF Paris.
4. Carruthers M.(2005), *Crawford Variathions on a Theme of Rome II*, *edinburch Law Review*, vol 9.
5. Catala, Pierre, et al. (2006), *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Paris.
6. Chong A, (2008), *Choice of Low for Unjust Enrichment / Restitution and the Rome II Regulation*, *ICLQ*56.
7. *Convergence and Economic Efficiency*, CLPE Research paper 4/ 2007, vol 3. No. 01,2007. 21. 2, 2007. *Law*, 2008. *The American Revolution And The European Evolution In Choi Reciprocal Lessons*, *Tulan Law Review*, 2008. 2006.
8. Davis, K. *Undrstanding Eurpean Union law*, Cavendish, 2<sup>nd</sup> edn.11.
9. De Boer THM, (2007), *Yearbook of Private International Law*, Vol IX, European Law publishers.
10. De Boer, Th. M. *The Purpose of Uniform Choice of Law Rules: The Rome II Regulation*, *Netherlands International law Review*, 2009
11. De Doer M, (2009), *The Purpose of Uniform Choice of Low Rules*, NILR.
12. *Dicey and Morris on conflict of law*, (2000) London. Vol 2.2006
13. *Dicey and Morris:the, Conflict of Laws*, London, Stevens & Sons Limited, 11th ed. Vol.2,1981
14. Dickinson A, (2009), *The Rome II Regulation*, Oxford. London.
15. Domat, Jean (2010), *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, notes de MM. Bouchevret, Berroyer, Chevalier et de Jouy, Desprez, 1745. Re-pu.
16. Drexl J and Annete kur, (2005), *Intellectual property and private international law*, Hart publishing.
17. -----, (2001), *Material Justice and conflict justice in choice of law*, essays in honor of FK, Juenger.
18. -----, (2003), *Choice of law in American courts in 2002*, *Am T. comp. L.*
19. -----, (2008), *The AmericanRevolution and the EuropeanEvolution in choice of law*, *Tulan law Review*.
20. -----, (2009), *Choice of lawin cross border Torts*, *Am T. com. L.*
21. -----, (2010), *Party autonomy in Rome I and II From a comparative perspective*, *Liber Amicorum*.

22. Drexler, J. *Studies In Industrial Property and Copyright Law*, Portland, Hart, 2005.
23. Eechoud, M.V. *The Position of Broadcasters and Other Media Under the Proposed EC Regulation on the Law Applicable to Non- Contractual Obligations*,
24. EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980) (known as the Rome Convention).
25. Explanatory Memorandum Accompanying the Original Proposal by the EC Commission of 22 July 2003. com (2003).
26. Fawcett J. and Caruthers, J.M, Cheshire, North and Fawcett *Private International Law*. New York, Oxford University, 14<sup>th</sup> edn, 2008.
27. Flour, Jacques; Aubert, Jean-Luc (1991), *Les obligations*, Volume 1, Armand Colin.
28. Gazzaniga, Jean – Louis (1992), *Introduction historique au droit des Obligations*, Presses universitaires de France.
29. Ghestin, Jacques (1993), *Traité de droit civil: La formation du contrat*, Volumes 1-2: Les obligations, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
30. Giuliano, M. and Lagarde, P. Report on the Co to Contractual Obligations, Official Journal of European Union, OJ C282, 1/10/1980.
31. Graziano, T. k. *the law Applicable to cross – Border Damage to The Environment*, Yearbook of Private International law, 2007
32. Green N, Hartley j. c, j. A usher, (1992), *The Legal Foundation of the Single European market*, Oxford.
33. Hague Convention on Choice of Court Agreements (2005).
34. Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods (1985).
35. Hague Convention on the Law Applicable to International Sale of Goods (1955).
36. Hague Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regime, (1979).
37. Hague Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons (1989).
38. Harpwood, V. *Principle of Tort Law*, London, Cavendish 4<sup>th</sup> edn, 2000.
39. Hartly, T.C. *International Commercial Litigation* University 2007
40. Hay, P. *Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law and European Communities Rome II Regulation* European legal forum. issue 3, 2007

40. Hohloch, G. The Romell Regulation, An Overview, Yearbook of Private International law, 2007.
41. Hylton N, (2006), Torts and choice of law: searching for principles, journal of legal education, Boston university.
42. Inter American Convention on the Law Applicable to International Contracts (1994)
43. James, M. litigation with a foreign aspect, new york, Oxford university, 2009
44. Juenger friedrich K, (2005), Choice of law and multistate justice, Mortinus NIJHOFF, special edition.
45. Kozyris J, (2008), Rome II: Tort conflicts on the right track, Am. j. comp. L.
46. Kramer E, (2008), The Rome II Regulation on the law applicable to non contractual obligations, NIPR.
47. Laferrière, Firmin Louis Julien (1846), Histoire du droit civil de Rome et du droit français, Volume 1, Joubert.
48. Larombière, Léobon (1862), Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III & IV, livre III du Code Napoléon, Art. 1101 à 1386, T: 1, Bruxelles: Durand.
49. Mann F. A, (1950), The proper law of a contract, ICLQ.
50. Marty, Gabriel (1988), Droit Civil: Les Obligations, Sirey.
51. Mazeaud(s), (Henri, Jean, Léon), Chabas, François (1995), Leçons de droit civil, tome 2, premier volume: Obligations: theorie generale. Edition 7, par Chabas, François, Publisher Montchrestien, Paris.
52. McClean, J.D. Morris: the Conflict of La edn, 1993.
53. McClean, J.D. Morris: the Conflict of La edn, 1993.
54. Michaels R, (2005), Private or international? Two economic models for 28<sup>a</sup> private international law of torts, Duke law scool working papers series.
55. Michaels R, (2008), «The New European choice of law revolution», Tulan law review.
56. Mills, A. The Counfluence of Public and Private International Law, New York, Combribidge University 2009
57. North, P.M. and Fawcett, J.J, Cheshire and North Private International Law, London, Butterworths, 11th edn, 1987
58. Nygh, p, Autonomy in International Contracts, New York, Oxford University, 1<sup>st</sup> end 1999.
59. Nygh, P, (1999), Autonomy in International Low Contracts oxford.
60. Ourliac, Paul, de Malafosse, Jehan (1969), Histoire du droit privé: Les Obligations, Volume 1, Presses universitaires de France.

61. Party Autonomy and Its Limitations in the Rome II Regulation, Yearbook of Private International Law, 2007.
62. Party Autonomy In Non Contractual Obligations: Rome II and Its Impacts on Choice Law Review. vol.39,2009
63. Peukert A, (2010), Territoriality and extra Territoriality in IP Law, Queen mary study in international law, Brill publishing Boston.
64. Preliminary Draft Convention on the Law Applicable To Contractual and Non Contractual Obligations (1972).
65. Reed A, (2001), The Anglo. American revolution in Tort conflict of law, Arizona journal of international and comparative law, vol 18.
66. Reese, W.L. M. Depeca Columbia Law Review, vol. 73, No. 1, 1973.
67. Regulation (EC) No. 44/2007 of European Parliament and of the Council of 22 December 2000 on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. (Brussels I).
68. Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and The Council of 17 June on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I).
69. Regulation (EC) No. 864/2007 of European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II).
70. Ripert, Georges, Boulanger, Jaen (1965), Traite de droit civil: d'apres le traite de planiol, Paris: Librairie Generale de droit et de jurisprudence.
71. Rome II And Tort Conflicts: A Missed Opportunity, 56 American Journal Comparative law 2008
72. Ruh, g. party Autonomy In Private International Law of contracts, Transatlantic convergence and Economic Efficiency CLPE Research paper 4/207, vol 3 no.01,2007
73. Rushworth and scott, (2008), A commentary on the Rome II Regulation, L. M. C. L. Q.
74. Sedler A. (2000), «Choice of law in conflicts Torts cases», Indiane Law journal, vol 75.
75. Stone, p. The Rome II Regulation on Choice of Law in Tort, Ankara Law Review, Vol 4, No 2,2007.
76. Stone P. (2006), European private International law, Elgar publishing, London.
77. Symeonides C, (2009), A New conflicts restatement why not?», Am. J comp.L.
78. Symonds, S.C. Party Autonomy Perspective, 2006, available at: [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

79. Terré, Francois; Simler, philippe; Lequette, Yves (2005), Droit civil - Les obligations, 10e édition, Paris: Dalloz.the American revolutionand theand the EuropeanEvolution inchoice of lawReciprocal Lessons, Tulan law Review, 2008.
80. Treaty of Lisbon Amending Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community signed at Lisbon, 13 December (2007). The Treaty Establishing the European Community (1957) (known as The Treaty of Rome).
81. Weill, Alex. Terré, François (1980), Droit Civil: les obligations, Dalloz
82. Weintroub. J. (2007) The choice of law Rules of the european community Regulation, Texas international law journal, V 43.
83. Zhong Mo. (2008), Party autonomy in non contractual obligation, hall law review. Section39