

### **Abstract**

The present study was conducted on the subject of "Comparative comparison of the role of will in the formation of contracts in Iranian and Egyptian law" through library studies and classification of related documents through filing and then adapted to descriptive-analytical analytical method (role of will in contracts). The results show that both countries, considering the reliance on jurisprudence as the main source of civil legislation, believe in and insist on recognizing the role of the will of individuals in the validity of contracts. A contract based on reluctance and coercion is considered null and void. But in terms of the type of will, from the esoteric and outward point of view, there are differences in form and substance. Among other things, by defining the intermediate variable of fear or compulsion in the degree of reluctance, the subjects find certain legal nuances. As an example, in discussing the conditions of reluctance, the issue of fear was mentioned in relation to the conditions of reluctance in Iranian and Egyptian law. The same is true for sharing these views. According to jurisprudence, it is valid for the rights of both countries. These three factors create restrictions for the will of individuals in the field of contracts (both outward and inward will), because the parties to the contract have no right to step out of this circle To conclude a contract, but in order to maintain public order, they must respect these rules. Is justified. With this explanation and the importance of category three, good morals and authoritative rules, the apparent will is placed next to the esoteric will, and this legal approach is quite evident in the regulations of Iran and Egypt.

**Keywords:** Outward Will, Inner Will, Contract Law, Iran, Egypt.

## مقایسه تطبیقی نقش اراده در تشکیل قراردادهای در حقوق ایران و مصر

امید دولاح<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۲/۲۶

دکتر حسن حیدری (نویسنده مسئول)<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۶/۱۸

دکتر شاپور فرهنگ پور<sup>۳</sup>

## چکیده

پژوهش حاضر با موضوع "مقایسه تطبیقی نقش اراده در تشکیل قراردادهای در حقوق ایران و مصر" به روش مطالعات کتابخانه‌ای و از طریق فیش‌برداری به دسته بندی مستندات مرتبط پرداخته و سپس به شیوه توصیفی تحلیلی متغیر مستقل تحقیق (نقش اراده در قراردادهای) تطبیق گردید. نتایج نشان می‌دهد که هر دو کشور با توجه به اتکا به فقه به عنوان منبع اصلی قانون‌گذاری مدنی در خصوص به رسمیت شناختن نقش اراده افراد در صحت قراردادهای اعتقاد و اصرار دارند و در هر دو دیدگاه چه از جنبه حقوقی و چه از جنبه فقهی هرگونه قرارداد و عقد مبتنی بر اکراه و اجبار را باطل و غیر نافذ قلمداد می‌کنند. اما در خصوص کم و کیف نوع اراده از دیدگاه باطنی و ظاهری تفاوت‌هایی از لحاظ شکلی و ماهوی دارند. از جمله اینکه با تعریف متغیر واسط ترس یا اجبار در میزان اکراه موضوعات ظرافت‌های حقوقی خاصی پیدا می‌کنند. به عنوان نمونه در بحث شرایط تأثیر اکراه، مسأله‌ی اندازه ترس اشاره گردید در ارتباط با شرایط تأثیر اکراه در حقوق ایران و مصر موارد یکسانی ارائه شده است. اشتراک در این دیدگاه‌ها ناشی از عوامل یاز قبیل نظم عمومی، اخلاق حسنه و قواعد آمره است که به اعتبار فقه برای حقوق هر دو کشور نافذ است. این سه عامل برای اراده افراد در حوزه قراردادهای (هم اراده ظاهری و باطنی) محدودیت‌هایی را ایجاد می‌کند، زیرا طرفین عقد حق ندارند پای از این دایره بیرون نهند و برخلاف ضوابط مربوط به نظم عمومی به انعقاد قرارداد مبادرت ورزند، بلکه برای حفظ نظم جامعه به طور حتم باید این ضوابط را محترم بشمارند. هرچند که تشتت ظاهری در حقوق موضوعه دو کشور ایران و مصر و احکام فقهی در موضوع بحث (اراده ظاهری و باطنی) در چارچوب فوق قابل تفسیر و توجیه است. با این توضیح و اهمیت مقوله سه، اخلاق حسنه و قواعد آمره، اراده ظاهری در مرتبه بعدی نسبت به اراده باطنی قرار می‌گیرد و این رویکرد حقوقی در مقررات ایران و مصر کاملاً مشهود است.

واژگان کلیدی: اراده ظاهری، اراده باطنی، حقوق قراردادهای، ایران، مصر.

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری، گروه حقوق، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.<sup>۳</sup> استادیار گروه حقوق، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

با وجود دلایل و قرائن بسیار بر تفوق جایگاه اراده باطنی بر اراده ظاهری در فقه و حقوق موضوعه هر دو کشور ایران و مصر چنین به نظر می‌رسد که وجود احکام و مواد قابل توجهی که تردیدی در حجیت اراده ظاهری باقی نمی‌گذارند، مؤید این حرف است که قانون‌گذار به طریق وسایل اعلام اراده نمی‌اندیشد و همچنان که جمع‌گراها معتقدند، قانون‌گذار در این موارد، قرارداد را پدیده‌های اجتماعی تلقی می‌کند که نیروی الزام‌آور آن از همین امر ناشی می‌شود؛ به گونه‌ای که اظهارکننده اراده ممکن است به چیزی ملتزم و متعهد شود که اراده نکرده است. نمونه بارز این امر، احکام مختلف ناظر به اسناد تجاری است که بسیاری از احکام ناظر به آن‌ها، حتی با وجود تعارض میان خواست طرف‌های مختلف دخیل در سند و احکام قانونی اسناد تغییری نمی‌یابد. و این دیدگاه مبتنی بر تأیید ضروریات روز اجتماعی از قبیل مواردی مانند نظم عمومی، اخلاق حسنه و قواعد آمرهاست که همگی دال بر تفوق اراده باطنی به ظاهری است که طی این تحقیق به جزئیات این مقولات پرداخته خواهد شد.

### بیان مسئله

اراده یکی از عناصر مهم در تعهدات و اعمال حقوقی است که عبارت است از کیف نفسانی، که بعد از تصور یک عمل حقوقی و تصدیق آن حاصل می‌گردد و این کیف نفسانی انسان را به طرف فعل و ترک سوق می‌دهد. شاید بر همین اساس است که یکی از حقوقدانان (لنگرودی) معتقد است اراده اخطار قلبی است که قهراً بعد از حضور و تصدیق حاصل می‌شود و مقرون به عمل عضوی از اعضای بدن است، این اخطار تا وقتی منتهی به عمل خارجی نشده آن را اراده داخلی گویند و وقتی منتهی به عمل خارجی شد اراده خارجی گویند. بر همین مبناست که در فقه اسلامی این امر جایگاه بالایی دارد و در فرآیند شکل‌گیری اعمال حقوقی بیش از هر چیز دیگر مورد توجه قرار گرفته است. تعارض اراده باطنی و ظاهری در ایجاد یک عمل حقوقی را از جمله مباحث مهم در مورد اراده در حقوق قراردادهای، می‌توان مطرح نمود، بر اساس این تحقیق، منظور از قصد و اراده در قاعده «تبعیت عقد از قصد»، قصد و اراده باطنی است. در واقع اگرچه اراده یک کیف نفسانی است که پس از تصور یک عمل و تصدیق آن حاصل می‌گردد، و این کیف نفسانی انسان را به طرف فعل یا ترک فعل سوق می‌دهد. در حقوق اسلام نقش اراده در اعمال حقوقی از جمله عقود و ایقاعات غیر قابل انکار است و حقوقدانان اسلامی به این بحث اهمیت ویژه‌ای نشان داده‌اند که به بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت از جمله اینکه در حقوق ایران در تفسیر قرارداد معمولاً قصد مشترک طرفین به هنگام بستن قرارداد جستجو می‌شود. و قاضی به دنبال احراز آن چیزی است که دو طرف خواسته‌اند (اصل حاکمیت اراده). برای نیل به این هدف دو شیوه موجود است:

۱. کشف اراده باطنی و ترجیح آن بر اراده ظاهری.

۲. احراز اراده ظاهری با توجه به معنی متعارف الفاظ و اعمال و برتری دادن آن بر اراده باطنی.

قانون‌گذار ایران به صراحت هیچ‌یک از این دو شیوه را انتخاب نکرده است، اما می‌توان گفت در حقوق ایران، به پیروی از نظر گروهی از فقهای امامیه، نظریه اراده باطنی پذیرفته شده و قصد درونی عنصر اصلی و سازنده قرارداد را تشکیل می‌دهد (ماده ۱۹۱ قانون مدنی) لیکن چون دسترسی به اراده باطنی، جز از راه وسیله‌های ابراز آن، امکان‌پذیر نیست، قاضی باید به تفسیر الفاظ و عبارات و اعمالی بیندیشد که دو طرف آن‌ها را باکار گرفته‌اند و با تفسیر معقول منطقی قصد مشترک آنان را احراز کند. اصل این است که طرفین همان چیزی را خواسته‌اند که از عبارات یا اعمال آنان به‌طور متعارف برمی‌آید؛ زیرا شخص متعارف و معقول چنین می‌کند، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. به هر حال، چنانکه گفتیم، در حقوق ایران عقد تابع اراده باطنی است و اراده ظاهری تا آنجا ارزش دارد که کاشف از اراده باطنی باشد (مستنبط از ماده ۴۶۳ و ۱۹۱ به بعد قانون مدنی) و صوری یا خلاف آن نباشد. بدیهی است عقد صوری نیز باطل و بلااثر است (ماده ۱۹۵ و ۲۱۸ اصلاحی قانون مدنی). بنابراین در تفسیر قرارداد نخست باید به الفاظ قرارداد به‌عنوان کاشف اراده توجه کرد، چه فرض بر این است که طرفین، اراده واقعی و قصد مشترک خویش را در قالب الفاظ و عبارات‌ها ریخته‌اند. هرگاه معلوم شود که اراده واقعی طرفین غیر از آن است که در قرارداد آمده است، یا ثابت شود که عقد صوری است، نباید به آن توجه کرد، بلکه مطابق اراده واقعی حکم مسئله تعیین می‌شود و قرارداد صوری محکوم به بطلان است (مستنبط از مواد ۲۱۸، ۱۹۵، ۱۹۱ اصلاحی قانون مدنی). در حوزه حقوق موضوعه مصر با توجه به اختلاف نظر در مذاهب چهارگانه بررسی تبیینی مفصل‌تری نیاز است. به‌عنوان نمونه سنهوری بارزترین حقوقدان مصری اراده را ذاتاً یک عمل روانی درونی می‌داند که به وسیله آن تصمیم شخص بر امر معین قرار می‌گیرد (سنهوری، ۱۹۹۸: ۷۵). به‌هرحال در قانون مدنی مصر، تفصیل خاصی در زمینه انشاء اراده مشاهده نمی‌شود و موادی در خصوص زمان الحاق قبول به ایجاب وجود دارد که قابل ملاحظه است، و مقرر شده است که اگر ایجابی متضمن یا مقرون به مهلتی برای قبول باشد الزام‌آور است؛ یعنی مطابق نظریات سنهوری الزام بر اراده منفرد مبتنی است. این حالت یکی از حالاتی است که قانون مصر مقرر داشته که منبع تعهد در آن، اراده منفرد است. تعیین مدتی که طی آن ایجاب باقی فرض می‌شود، اصولاً باید به طور صریح ذکر گردد؛ ولی گاه به طور ضمنی از شرایط معامله یا ماهیت آن استنباط می‌گردد. مثلاً هرگاه مالکی فروش وسیله‌ای را مشروط به آزمایش آن نماید، چنین استنباط می‌شود که ایجاب وی در طول زمان مورد نیاز برای آزمایش کالا به طور ضمنی باقی است. هرگاه ایجاب برای شخص غایبی بدون تعیین مهلتی برای اعلام قبول ابراز شود، در اینجا چون ماهیت معامله ایجاب می‌کند، موعدی ضمنی در نظر گرفته می‌شود، و موجب باید تا انقضای زمانی که معمولاً برای رسیدن قبول به او لازم است، بر ایجابش باقی بماند، البته فرض می‌شود مخاطب ایجاب قبول را بدون تأخیر ارسال نموده و نیز ایجاب در طول همان مدت زمانی که برای رسیدنش به موجب در نظر گرفته شده به دست او رسیده‌است، لهذا در قانون مدنی مصر چنین تفکیکی در رابطه با قصد و رضا ملاحظه نمی‌شود. خلاصه در فصول آینده به وضوح و دقت به طور تفصیلی به چنین مباحثی خواهیم پرداخت.

یکی از عناصر مهم در تعهدات و اعمال حقوقی اراده است. به همین دلیل است که در فقه اسلامی این امر جایگاه بالایی دو در فرآیند شکل‌گیری اعمال حقوقی بیش از هر چیز دیگر مورد توجه قرار گرفته است.

تعارض اراده باطنی و ظاهری در ایجاد یک عمل حقوقی را از جمله مباحث مهم در مورد اراده در حقوق قراردادهای، می‌توان مطرح نمود، بر اساس این تحقیق، و اراده در قاعده «تبعیت عقد از قصد»، قصد و اراده باطنی است. در واقع اگر چه اراده است که پس از تصور یک عمل و تصدیق آن حاصل می‌گردد، و این کیف نفسانی انسان را به طرف فعل یا ترک فعل سوق می‌دهد. اما سؤال این است که عمل حقوقی موجودیت خویش را در مقام اثبات و در تنظیم روابط بین طرفین، از اراده ظاهری می‌گیرد یا از اراده باطنی؟ به عبارت دیگر کدام چهره از اراده باید ملاک قرار گیرد؟ در حقوق اسلام نقش اراده در اعمال حقوقی از جمله عقود و ایقاعات غیر قابل انکار است و حقوقدانان اسلامی به این بحث اهمیت ویژه‌ای نشان داده‌اند. به اعتقاد آن‌ها الفاظ و افعال به‌تنهایی مؤثر نبوده و موجد هیچ تعهد و تکلیفی نیستند، مگر این که کاشف از اراده و قصد باشند. در باب اراده، ظاهری بودن آن در صورت تعارض این دو، از جمله موضوعات چالش‌برانگیز است که در ادامه به آن‌ها خواهیم پرداخت.

### اراده ظاهری یا اراده باطنی

#### اراده ظاهری یا اراده باطنی

#### نظریه اراده ظاهری

در نیمه دوم قرن نوزدهم حقوقدانان آلمانی نظریه اراده باطنی را مورد تجزیه و تحلیل قرار دادند و متوجه این امر شدند که اراده نفسی نمی‌تواند در حقوق اثری داشته باشد بلکه این جنبه خارجی و اجتماعی قراردادها هستند که مؤثرند. بر این اساس وسیله اعلان اراده را دلیل و عنصر اصلی تلقی می‌کنند. بنابراین اگر شخص ادعا کند آنچه در ضمیرم داشتم غیر از چیزی است که اظهار کرده‌ام مسموع نخواهد بود (سنهوری ۱۷۶:۱۹۳۴).

#### نظریه اراده باطنی

نظریه حاکمیت اراده باطنی در فقه امامیه اصل حاکمیت اراده، اقتضا می‌کند که در تفسیر قرارداد به آنچه صریحاً یا ضمناً خواسته‌اند توجه شود. الفاظ قرارداد تا حدی معتبرند که مبین اراده واقعی طرفین باشد و اگر معلوم شود که مقصود طرفین غیر از چیزی است که ظاهر الفاظ اقتضا می‌کند اراده واقعی آنان باید در نظر گرفته شود. در فقه امامیه نظرات مختلفی بیان شده است. به گونه‌ای که صاحب جواهر معتقد است که مفاد روایات «انما الاعمال بالنیات» (حرعاملی ۱۴۱۴ ج ۴: ۱) و نیز قاعده مشهور «العقود تابعه للقصد» بر این دلالت دارد که عقد تابع اراده باطنی است؛ زیرا فقط تلفظ الفاظ عقد سبب عقد نیست تا اگر کسی که قصد عقد ندارد آن را ادا کند عقد واقع شود (نجفی ۱۳۶۸ ج ۲۶: ۲۲). طبق این نظر، اگر دلیلی بر مغایرت کاشف خارجی اقامه گردد به موجب آن اراده باطنی معتبر است نه اراده ظاهری. از این روست که پیروان حاکمیت اراده و فردگرایان منبع اصلی در ایجاد آثار حقوقی را اراده باطنی دانسته‌اند (کاتوزیان ۱۲۵: ۱۳۷۷).

بر اساس این نظریه عنصر اصلی سازنده اعمال حقوقی اراده باطنی است. و الفاظ مبرز هستند و طریقت دارند نه موضوعیت و در صورت احراز اشتباه بودن کاشف، ملاک در عمل حقوقی اراده باطنی است.

### دلایل تقدم اراده باطنی بر اراده ظاهری

در قرآن کریم گفتارها و رفتارهای آدمی مبتنی بر شاکله روانی و فکری آنها است. سوره اسراء آیه ۸۴ می‌فرماید: «قل کل یعمل علی شاکلته...» شاکله روانی و فکری هر انسانی شکل دهنده نیت و قصد باطنی اوست و یا آیه ۲۲۵ سوره بقره می‌فرماید: «خداوند شما را به خاطر سوگندهایی که بدون توجه یاد می‌کنید مؤاخذه نخواهد کرد» «لَا یُؤْخَذُ کُمْ بِاللَّهْبِ اللَّعُوفِیَّایِمَانِکُمْ». اما به خاطر آنچه در قلب شماست مؤاخذه می‌کند و خداوند آمرزنده و دارای حلم است» «وَلَکِنِیْؤُاِخِذُ بِکُمْ وَاَللَّهُ غَفُورٌ رَّحِیْمٌ». در نتیجه آنچه بدون خواست و اراده درونی ظهور و بروز دارد، اثری بر آن بار نمی‌شود و منشأ اثر نیست. آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ» (نساء: ۲۹) که بر اساس قید «عَن تَرَاضٍ» معاملات باید از روی رضایت باطنی انجام شود.

### اراده باطنی و ظاهری در قانون مدنی ایران

در تفسیر قرارداد معمولاً قصد مشترک طرفین به هنگام بستن قرارداد جستجو می‌شود. و قاضی به دنبال احراز آن چیزی است که دو طرف خواسته‌اند (اصل حاکمیت اراده). برای نیل به این هدف دو شیوه موجود است:

۱. کشف اراده باطنی و ترجیح آن بر اراده ظاهری؛
  ۲. احراز اراده ظاهری با توجه به معنی متعارف الفاظ و اعمال و برتری دادن آن بر اراده باطنی.
- قانون‌گذار ایران به صراحت هیچ‌یک از این دو شیوه را انتخاب نکرده است، اما می‌توان گفت در حقوق ایران، به پیروی از نظر گروهی از فقهای امامیه، نظریه اراده باطنی پذیرفته شده و قصد درونی عنصر اصلی و سازنده قرارداد را تشکیل می‌دهد (ماده ۱۹۱ قانون مدنی) لیکن چون دسترسی به اراده باطنی، جز از راه وسیله‌های ابراز آن، امکان‌پذیر نیست، قاضی باید به تفسیر الفاظ و عبارات و اعمالی بیندیشد که دو طرف آنها را باکار گرفته‌اند و با تفسیر معقول منطقی قصد مشترک آنان را احراز کند. اصل این است که طرفین همان چیزی را خواسته‌اند که از عبارات یا اعمال آنان به‌طور متعارف برمی‌آید؛ زیرا شخص متعارف و معقول چنین می‌کند، مگر این که خلاف آن ثابت شود. به هر حال، چنان که گفتیم، در حقوق ایران عقد تابع اراده باطنی است و اراده ظاهری تا آن جا ارزش دارد که کاشف از اراده باطنی باشد (مستنبط از ماده ۴۶۳ و ۱۹۱ به بعد قانون مدنی) و صورتی (غیر واقعی) یا خلاف آن نباشد. بدیهی است عقد صورتی نیز باطل و بلااثر است (ماده ۱۹۵ و ۲۱۸ اصلاحی قانون مدنی). (در تفسیر قرارداد نخست باید به الفاظ قرارداد به‌عنوان کاشف اراده توجه کرد، چه فرض بر این است که طرفین، اراده واقعی و قصد مشترک خویش را در قالب الفاظ و عبارات ریخته‌اند. هرگاه معلوم شود که اراده واقعی طرفین غیر از آن است که در قرارداد

آمده است، یا ثابت شود که عقد صوری است، نباید به آن توجه کرد، بلکه مطابق اراده واقعی حکم مسئله تعیین می‌شود و قرارداد صوری محکوم به بطلان است (مستنبط از مواد ۲۱۸، ۱۹۵، ۱۹۱ اصلاحی قانون مدنی)

### نگاهی به مفهوم عدالت در فقه معاملات

عدالت از جمله اهداف عالی شریعت مقدس اسلام محسوب می‌شود. \* به همین دلیل از دیدگاه برخی از اندیشمندان، عدالت، یک اصل محوری و معیار و میزانی برای فقاهت است و در سلسله علل احکام واقع است (مطهری، ۱۳۷۳، ص ۱۴). از دیدگاه اسلام هر قانون و حکم ظالمانه‌ای مردود است. بسیاری از آیات و روایات به صورت مستقیم یا غیرمستقیم بر ضرورت رعایت عدل و قسط دلالت دارد و از نظر شارع مقدس، ظلم در جمیع جهات خود قبیح و مذموم است. در فقه العقود نیز آیات بسیاری در قرآن کریم به ضرورت عدم خیانت در کیلوزن و ایفای آن و در نتیجه لزوم رعایت عدالت در قراردادهای خصوصی دلالت دارد به علاوه که امر به قسط و عدل، در بسیاری از آیات قرآن کریم با مفهوم عام خود شامل فقه العقود نیز می‌باشد. بر همین مبنا هیچ قرارداد ظالم آن‌هایی است که مورد تأیید شارع مقدس باشد. برخی معتقدند، در حوزه حقوق قراردادهای، قاعده عامی تحت عنوان قاعده عدالت، تدوین نشده است و به روشنی نمی‌توان اصل عدالت را به عنوان یک اصل کلی حاکم بر قراردادهای استنباط کرد (قنواتی، ۱۳۸۵، ص ۱۳۵). گروهی نیز، انصاف و عدالت را از مفاهیم اخلاقی و ارزشی محسوب می‌کنند و معتقدند حتی اگر عدالت را قاعده‌های در حوزه حقوق قراردادهای محسوب کنیم، تقابل آن با اصول صحت و لزوم به معنای خلط مباحث اخلاقی و حقوقی است؛ لذا نمی‌توان، عدالت را در مقابل اصل صحت و لزوم قراردادهای به خودی خود علم کرد. در نقد دو دیدگاه فوق باید گفت: با استناد به آیات قرآن ناظر بر رعایت عدالت (مائده: ۸) و پذیرش این واقعیت که عدالت، معیار و میزان فقاهت و در سلسله علل احکام است و فقه معاملات نیز از این قاعده مستثنی نیست، می‌توان برای عدالت جایگاهی فراتر از یک قاعده فقهی مد نظر قرارداده علاوه در فقه امامیه، اخلاق نیز سهم وافری در تنظیم روابط اجتماعی از جمله روابط قراردادی دارد؛ لذا نمی‌توان مدعی شد که تخصیص‌های اصل صحت و لزوم قراردادهای با تمسک به قاعده عام عدالت، خلط مباحث اخلاقی و حقوقی است و اصولاً ایجاد چنین حائلی بین اخلاق و فقه، خود نوعی خلاف عدالت است. لازم به ذکر است که عدالت در لسان فقهای امامیه، بیشتر ناظر به تعریف به مصداق است. برای مثال امام خمینی می‌فرماید: «ان اخذ الزیاده عن راسالم الظلم فی نظر شارع الاقدس» (خمینی، ۱۴۱۵، ص ۲۶۰). مبتنی بر این دیدگاه نظر فوق تقویت می‌گردد با این بیان که هر توافقی که مصداقی از تحققنا عدالتی باشد، ظلم محسوب گشته و محکوم به بطلان، فسخ یا تعدیل است. نیز، عدالت در حقوق اسلامی، شباهت زیادی به عدالت از منظر طرفداران حقوق فطری دارد؛ لذا بدون توجه به مقوله اخلاق نمی‌توان تعریف روشنی از عدالت ارائه کرد (اصغری، ۱۳۸۶، ص ۲۸۱). در نتیجه عدالت در فقه العقود باید بر اساس رعایت توازن در حقوق و تعهدات متعاقدین با لحاظ ضوابط اخلاقی و توجه به اصل انصاف تعریف گردد.

عدالت معاوضی مبتنی بر ادله فقهی

با بررسی ادله فقهی به دو دسته دلیل می‌توان توجه کرد. دسته اول ادله‌ای هستند که مدلول آن‌ها به مفهوم متداول عدالت معاوضی نزدیک است؛ اما دسته‌ای دیگر مدلولشان یا متعارض با قاعده عدالت معاوضی است یا تخصیصی بر آن محسوب می‌گردد. ابتدا به دلایلی پرداخته خواهد شد که مدلول آن‌ها ظاهراً همسو با مفهوم عدالت معاوضی است.

### اختیارات حاکم اسلامی و اصول توازن و کفالت عام

در فقه شافعی، مفهومی تحت عنوان سیاست شرعیه وجود دارد که به معنای اقداماتی است که بیشتر به اصلاح نزدیک است و جامعه را از تباهی و فساد دور می‌کند هر چند پیامبر بیان نکرده باشد و در شرع نیامده باشد (جوزی الجوریه، ۲۰۰۰، ص ۱۴)؛ اما معادل آن، اختیارات حاکم اسلامی و احکام حکومتی وجود دارد. بر این اساس، حاکم جامعه اسلامی در قالب یک نظارت مطلقه بر تمام ارکان جامعه، اشراف و زعامت دارد و با وضع احکام حکومتی از بروز هرگونه ناهماهنگی و نابسامانی جلوگیری می‌نماید. این نظارت که در چهارچوب مصالح و مفاسد جامعه صورت می‌گیرد، در مواردی به تحدید اختیارات افراد و حقوق خصوصی آن‌ها نیز می‌انجامد. لذا در حدود حقوق قراردادها و مالکیت خصوصی نیز رهبر جامعه اسلامی می‌تواند با تمهید سازوکارهایی از سوءاستفاده مالکان و سوداگران از حقوق خصوصی و اعمال حق مالکیت خود جلوگیری کند. شهید مطهری معتقد است، حکومت اسلامی حق دارد در یک سلسله معاملاتی که فی حد ذاته و از نظر فردی مجاز است، طبق قانون فوق قانون روی مصالحی که تشخیص می‌دهد جلوی آزادی اولی را که خود شارع داده است بگیرد (مطهری، ۱۳۷۱، ص ۱۱۳). به همین دلیل اجبار محتکر به فروش مال احتکار شده در فتاوی اکثریت فقها دیده می‌شود، هر چند عموماً تسعیر را در این خصوص جایز نمی‌دانند و این هم از بابت احترام به حق مالکیت خصوصی است و هم از جهت منع سوءاستفاده از این حق (باقر زاده، ۱۳۸۱، ص ۶۶). توفیق حاکم اسلامی در اداره جامعه، مستلزم داشتن حق نظارت بر تمام ارکان جامعه است، لذا می‌تواند با تأسیس نهادهای نظارتی اقتصاد را در و از لجام گسیختگی آن ممانعت به عمل آورد. همچنین بر اساس مبانی فقهی برخی از فقها همچون شهید صدر، دولت اسلامی موظف است اقتصاد اسلامی را در راستای محقق ساختن اصل کفالت و توازن، به سمتی سوق دهد که مصالح عامه تأمین گردد. در این نگرش مالکیت خصوصی و قراردادهای ناشی از آن به وسیله توزیع عادلانه ثروت و مکانیسم قیمت‌گذاری در شرایط خاص، بر محور مصلحت اندیشی حکومت اسلامی، تحدید می‌شود (صدر، ۱۳۵۰، ص ۱۸۲). بر اساس اصل کفالت عامه، دولت متکفل نیازهای ضروری و حیاتی مردم است و طبق اصل توازن نیز دولت ضامن تأمین برابری و تناسب در سطح زندگی عمومی مردم است. ضمان دولت را در این خصوص، ضمان إعاله نامیده‌اند که به معنای مسئولیت دولت در رفع فقر و محرومیت از جامعه است. این نگرش که بیشتر، ناظر به توصیه‌های اخلاقی شریعت مقدس اسلام، در خصوص نحوه کسب درآمد و فعالیت اقتصادی است و بر محور احکامی همچون تحریم اسراف، تشریح فیء و انفال و قانون ارث و منع تکاثر و کنز دور میزند و به عدالت توزیعی تمایل بیشتری دارد (صدر، ۱۳۵۰، ص ۱۸۲/ برای مطالعه بیشتر ر.ک: شهید صدر، ۱۳۵۰، ص ۱۸۲ به بعد).



### تطبيق ادله

با تأمل در مطالب مطروحه این برآیند حاصل می‌گردد که فقه امامیه متکی به دلایل قسم اول، ضمن احترام به اصل حاکمیت اراده تلاش دارد تا حد ممکن، دست متعاقدين را در تنظيم روابط قراردادی باز گذارد و این در ظاهر به معنای به رسمیت شناختن آزادی قراردادهای و تبعات ناشی از آن، همچون عدالت معاوضی است؛ اما اگر اندکی از ظاهر ادله مذکور فراتر رویم به این معنا می‌توان رسید که از عموم و اطلاق ادله‌ای که مفهوم عدالت معاوضی را به ذهن تقرب می‌دهد، باید عدول کرد و به دنبال مفهوم دقیق‌تری در لسان شارع در حدود قرا ردهای خصوصی توجه کرد، مفهومی که با هدف اصلی شریعت مقدس اسلام که همان برپایی قسط و عدل است در تعارض نباشد و عدالت واقعی را در قراردادهای به ارمغان آورد. عموم و اطلاق ذکر شده در جهت ارائه اصولی است که هرچه بیشتر نظم بازار را تأمین کند و نیز راه سوءاستفاده افراد را از امکان تعدیل یا فسخ قراردادهای مسدود کند. انحصاری، مطلق و دائمی بودن حق مالکیت و منع تعرض دیگران در حدود اختیارات مالک، لزوم پابندی متعاملین به مفاد تعهدات ارادی، حمل اعمال حقوقی افراد بر صحت، عدم حمایت از تعهدات آگاهانه در قالب قاعده اقدام و سقوط ضمان ناشی از آن، منع تسعیر و غیره، همگی مربوط به شرایطی است که امکان تحقق عدالت مبتنی بر اراده و اختیار متعاقدين وجود داشته باشد و هیچ‌گونه عامل خارجی، تحقق این نوع عدالت را تحت‌الشعاع خود قرار ندهد. عدالت حقیقی به‌عنوان یک قاعده عام و حاکم بر تمام ابواب فقه و علت احکام شریعت در حوزه قراردادهای خصوصی، می‌طلبد تا هرگونه رفتار ناشی از اراده متعاقدين را که عموماً بر مبنای منفعت طلبی و گاه زیاده‌خواهی آنان است، بر عدالت حمل نکنیم. در نظام اقتصاد اسلامی ثروت باید عادلانه توزیع گردد به همین دلیل در راستای هر قراردادی ولو ناشی از رضایت و تفاهم متعاقدين باشد؛ اما مصداق بی‌انصافی، نا عدالتی و سوء استفاده از شرایط حاکم بر بازار باشد عدالت مخدوش است. لذا در بسیاری از موارد نمی‌توان به عموم و اطلاق ادله مذکور متمسک شد. در واقع عدالت در فرهنگ اسلامی به مثابه یک ارزش تعریف گشته نه اینکه محصول صرف توافقات باشد. با بررسی ادله قسم دوم، درمی‌یابیم که شارع مقدس، عدالت را بر آزادی و حاکمیت اراده در موارد خاص برتری می‌دهد و از افسار گسیختگی حاکمیت اراده، نهی می‌کند و به دنبال عدالت تصحیحی بر اساس موازین شریعت است. رعایت انصاف و موازین ارزشی و اخلاقی، معیار تحقق و شناسایی حاکمیت اراده و عدالت معاوضی است. لذا عدالت اساس اصل صحت و لزوم قراردادهای است. اعتقاد آن است که در این موارد، می‌توان به تخصیص لیبی ادله قسم اول قائل شد. منظور از تخصیص لیبی آن است که هرگاه بر دلیل عامی تخصیص لفظی در بین نباشد؛ اما به وجود دلیل محکمی معارض با عمومیت آن قطع وجود داشته باشد، عام در آن خصوص، تخصیص می‌خورد. به اعتقاد بزرگانی چون شیخ انصاری و مرحوم مظفر تخصیص لیبی مطلقاً جایز است (مظفر، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۲۸۶) و تمسک به عام در موارد شک در تقیید موضوع حکم جایز نیست (همان). بر اساس این دیدگاه هر چند ادله عامی چون صحت و لزوم و... ما را بر آن می‌دارد تا اصول عدالت معاوضی را بپذیریم؛ اما از آنجا که عدالت و انصاف فی نفسه هدف عالی شریعت است و قبیح است؛ اما از آنجا که عدالتو انصاف، فی‌نفسه هدف عالی شریعت است و قبیح است که شارع

مقدس قراردادهای حاوی شروط گزاف و غیرمنصفانه را لازم الاجرا بدانند، بنابراین، قراردادهای خصوصی ناعادلانه به صورت لَبّی، تخصیص خورده و از تحت دلیل عام خارج میگردند؛ زیرا هرگاه نهی ضمنی یا آشکار شارع بر متعلق لزوم یا صحت قراردادها اثبات گردد، التزام به آن، خود ظلم است. به علاوه که بسیاری از ادله مذکور در قسم دوم را نیز می توان تخصیص های لفظی بر ادله قسم اول محسوب کرد.

### نتایج اصل حاکمیت اراده

نتایج مهم حاصل از اصل حاکمیت اراده به طور خلاصه به شرح زیر است:

- ۱- اراده منشاء اصلی تعهدات ناشی از قرارداد است. بدین بیان که هرگونه تعهد یا التزام و مسئولیتی علی‌الاصول دارای ریشه قراردادی است. ت. در واقع اراده خالق التزامات و مسئولیت‌ها است با این‌همه بعضی از مسئولیت‌ها ریشه قراردادی ندارند و اراده افراد پدیدآورنده آن‌ها نیست، بلکه منشاء این قسم مسئولیت‌ها امر و نهی حاصل از قانون است. قانون منی ایران این موارد را تحت الزامات بدون قرارداد آورده و از غصب و اتلاف و تسبیب و استیفاء از عمل و مال غیر، یا اداره مال غیر و امثال آن سخن گفته است.
- ۲- قرارداد حاصل از توافق اراده متعاقدين اعتبار و ارزشی معادل اعتبار قانون دارد. گاه نیز ارزش قرارداد از ارزش بعضی از قوانین که جنبه تفسیری یا تعویضی دارند به مراتب بیشتر است، یعنی می توان خلاف قوانین تفسیری توافق کرد همانطور که بیان شد عده‌ای از علما معتقدند که منشاء جامعه نیز قرارداد است و در این زمینه از اند دانسته حاکم هیئت قدرت اساس را آن و گفته سخن اجتماعی قرارداد
- ۳- افراد و اشخاص آزادند که قراردادی را منعقد سازند یا از انعقاد قرارداد خودداری کنند.
- ۴- افراد و اشخاص آزادی دارند در وضع مساوی با هم در زمینه شرایط قرارداد مذاکره نمایند و حق دارند با رعایت اصول نظم عمومی و اخلاق حسنه محتوی و موضوع ر قراردادی را مشخص سازند
- ۵- متعاقدين در قراردادهای خود حق دارند برخلاف قوانین تفسیری یا جانشین توافق نمایند و قوانین مذکور را در قرارداد خود نادیده بگیرند در بعضی از کشورها از جمله فرانسه، طرفین قرارداد حق دارند در بین قوانین کشورهای مختلف به میل خود قانونی را انتخاب کنند تا بر روابط حاصل از قراردادشان حاکم باشد. دیوان کشور فرانسه هم معتقد است، قانون قابل اجراء در عقود، خواه از جهت ماهیت و آثار و شرایط آن، قانونی است که طرفین انتخاب کرده‌اند طبق ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران، تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگر قرار داده باشند.

۶- علی‌الاصول قراردادهای تابع هیچ‌گونه تشریفاتی نیستند و در اثر توافق صریح یا ضمنی اراده طرفین قرارداد به وجود می‌آیند، اما در موارد بسیار استثنائی، برای ایجاد عمل حقوقی رعایت بعضی تشریفات ضرورت دارد. در حقوق ایران می توان ایقاع طلاق را به عنوان نمونه مثال زد.

۷- آثار حقوقی ناشی از قراردادهای همان آثاری است که در قصد مشترک طرفین قرارداد وارد شده است، چنانچه بین متعاقدين در آثار قرارداد اختلاف به وجود آید، قاضی مکلف است قصد مشترک را در بین سطور قرارداد جستجو کند. کشف قصد طرفین در قرارداد و رفع ابهامی که پدید آمده است یک مسیر

قضائی به حساب می‌آید و شناسایی این مسیر و تسلط بر آن علاوه بر داشتن اطلاعات کافی مستلزم تجربه است.

۸- محدودیت آزادی اراده در قراردادها جنبه استثنائی دارد. در صورت تردید در این زمینه و عدم احراز مغایرت مفاد قرارداد بانظم عمومی و اخلاق حسنه یا قواعد آمده دیگر، اصل عدم جای است یعنی اصل، عدم محدودیت اراده و اصل، عدم مغایرت قرارداد منعقد بانظم عمومی و اخلاق حسنه یا قواعد آمده دیگر می‌باشد. استقلال اراده در قراردادها و اصل آزادی قراردادها تأمین کننده عدالت اجتماعی است ولی ممکن است تعادل اقتصادی را به همراه نداشته باشد. زیرا با توافق طرفین، خيارات حقیقی و فرضی ساقط می‌شود و متضرر از این امر خود، اقدام به ضرر خویش نموده است و بدین ترتیب ضرر وارده، از حمله مظالمی محسوب نمی‌شود که به متضرر تحمیل شده باشد.

### حدود اصل حاکمیت اراده

اصل حاکمیت یا استقلال اراده در قراردادها به این معنی نیست که در تنظیم و انعقاد قرارداد برای اراده افراد هیچ محدودیتی وجود نداشته باشد. به عقیده بیشتر حقوقدانان همانطور که آزادی‌های فردی به‌طور مطلق و حد و حصر در هیچ اجتماعی نمی‌تواند مفهوم داشته باشد و عدم تعیین حدود و ثغور برای آزادی فردی سبب هرج و مرج اجتماعی و نهایتاً سلب آزادی می‌شود، در قلمرو قراردادها نیز وضع به همین منوال است و قانون‌گذاران همه کشورها با ترسیم محدوده‌ای معین افراد جامعه را در روابط خصوصی خود در قلمرو آن آزاد می‌گذارند. در واقع طرفین قرارداد در این محدوده مشخص است که می‌توانند هر طور که مایل باشند قرارداد مورد نظر را تنظیم می‌کند، گاه وسیع است و گاه نیز در اثر سیاست خاص حاکم بر جامعه افراد و نوع حکومت از وسعت آن کاسته می‌شود، اما هرگز آزادی نامحدود قابل تصور نیست و با وجود آن نظمی در جامعه برقرار نخواهد شد.

### مصادیق اصل حاکمیت اراده در حقوق موضوعه

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 آن را نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است با وجود ماده ۱۰ مذکور و مواد دیگر که شرح آن خواهد آمد در قراردادهای خصوصی آزادی اراده به‌عنوان اصل پذیرفته شده است و آنچه استقلال اراده را محدود می‌کند همان مخالف با قانون است البته منظور ماده ۱۰ مخالفت با قوانین آمده است که عبارت‌اند از: مقررات مربوط به اخلاق حسنه و نظم عمومی و دیگر ضوابط آمده و نه هر قانونی که فاقد اوصاف مذکور باشد. در واقع قوانین امری. به‌طور مسلم برخلاف قوانین تفسیری می‌توان توافق کرد و قانون‌گذار نیز نسبت به این گونه مقررات نظر تحمیلی نداد و آن را به اختیار افراد نهاده است و در مقابل آنچه را تکلیف کرده است و نظر به امرونهی در آن‌ها دارد در قوانین آمده آورده است. 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 فقها امامیه قرارداد منعقدہ وقتی معتبر بود که در قالب عقود معین تنظیم می‌گردد و اگر قراردادی تحت نام عقد معینی به وجود نمی‌آید ارزش و اعتباری نداشت، در نتیجه سعی می‌شد همه قراردادهای بی‌نام در قالب عقد صلح درآید. و به همین دلیل عقد صلح را سید العقود نامیده‌اند. ولی با تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی این مشکل مرتفع گردید. عده‌ای دیگر بر عکس معتقدند که این تصور که در فقه و حقوق اسلام آزادی در قراردادها وجود ندارد تصور صحیحی نیست، بلکه بر عکس در اسلام و حقوق اسلامی استقلال اراده در تکوین قرارداد سابقه دارد و حقوق ایران نیز از این سابقه بهره گرفته است و برای اثبات مطلب به نظر صاحب کتاب جامع الشکات اشاره می‌کنند که: جواز اصل معاوضه دلیل نمی‌خواهد چون اصل، برائت و نه اباحه است، عدم ورود منع، کافی است در جواز... و اضافه می‌کنند که در نزد اکثر فقها هر معامله یا معاوضه یا هر عقدی در ستاست و در ستب ود معاوض اتعلیا لا طلاق دلیل لازم ندارد و همین قدر که منعقان و نیو شرعی وجود نداشته باشد برای صحت معاملات و معاوضه تکفایت می‌کند. بنابراین ماده ۱۰ قانون مدنی ایران به عقیده این عده در حقیقت بیانگر فکر صاحب کتاب جامع الشکات است. به نظر می‌رسد با اینکه در اسلام آزادی اراده در قراردادها حاکمیت دارد، ولی قول مشهور به این اصل تمایل نشان نمی‌دهد و بسیاری شروط ابتدائی را که در ضمن عقد آورده نشود معتبر ندانسته‌اند و همچنین قولنامه‌هایی را که در ضمن عقد گنجانده نشده باشد لازم الاتباع نمی‌دانند. در نتیجه همین طرز تفکر، ماده ۱۰ قانون مدنی وضع شده است تا تردید را از میان بردارد.

### نتیجه‌گیری

در فقه اسلامی اصل رضایی بودن اکثریت قریب به اتفاق قراردادهای پذیرفته شده است. همچنین در بحث از اراده باطنی و اراده ظاهری تأکید بر نقش تعیین کننده اراده فرد (در هر دو مکتب) مشهود است. در مباحث دیگری چون بر معاملات آزاد افراد که به صورت دادوستد عرفی در جریان است عموم فقها صحه گذاشته اند عقد صلح نیز خود دایره وسیعی است که عرصه‌ای برای تجلی اراده آزاد طرفین است تا آنچه را می‌خواهند در قالب صلح منعقد نمایند. لذا در مقام استنتاج از مباحث مطروحه می‌توان گفت که آنچه از نظریات فقها و آیات و دیدگاه‌های علماء حقوق و حقوق خارجی در نهایت به دست می‌آید هیچ یک از دو چهره باطنی و ظاهری اراده، بدون دیگری، ایجاد در رابطه حقوقی نمی‌کند، اراده باطنی تا اعلام نشود. همچنین حمایت‌های حقوقی از اعتماد مشروع در قلمرو قراردادهای ضروری می‌باشد. اراده ظاهری نیز همه اعتبار خود را از مبنای درونی خود می‌گیرد و باید گفت شایسته نیست کی یکی از این دو چهره را بی‌اعتبار بدانیم و تنها بر دیگری تأکید کنیم و به نظر می‌رسد باید به مصلحت اندیشی پرداخت و دید تا چه اندازه می‌توان، با اثبات ناسازگاری اراده ظاهری با مبنای درونی آن، از اعتبار آنچه اعلام شده است کاست این است بنا به مراتب و با توجه به مواد ۴۶۳ ق.م که اشعار می‌دارد: اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود. و ماده ۱۱۴۹ همان قانون که مقرر می‌دارد: رجوع در طلاق به هر لفظ یا فعلی واقع می‌شود که دلالت بر رجوع نماید، مشروط بر این که مقرون به قصد رجوع باشد به نظر می‌رسد باید گفت، اصل این است که اراده باطنی بر اعلام اشخاص در انجام اعمال

حقوقی حکومت می‌کند پس هر جا که برتری اراده ظاهری مورد تردید باشد، باید از این قاعده به‌عنوان اصل استفاده کرد منتها باید دانست که این اصل بدون استثنا باقی نمانده و مقنن از لزوم احترام به اعتقاد مشروع اشخاص غافلن مانده است. (ماده ۲۲۴ ق.م). با این وجود برای بررسی دقیق‌تر به این مقوله در ابعاد مختلف پرداخته خواهد شد. از جمله در فقه امامیه بحث مستقلی تحت عنوان حاکمیت اراده و آزادی قراردادی وجود ندارد تنها یکی از محققین معاصر از اصطلاح «سلطان المشیه» در کتاب خود نام برده است. وی در توضیح خود آورده است: که «اصل عمومی برای احکام شرعی آزادی انسان در حدودی است که شرع مقدس صلاحیت آن را به او سپرده است (رفیعی مقدم، ۱۳۹۰). (این اصل در شرع مقدس بر موضوع عقود منطبق می‌شود پس افراد در اجرای عقود مطابق اراده خود و در چارچوب احکام عمومی شرع آزادند. این دیدگاه حد وسط بین دیدگاه تفریطی و افراطی است. یعنی دیدگاهی که عقود را فقط شکلی می‌داند و دیدگاهی که آزادی فردی کاملی به اشخاص می‌دهد حتی اگر برای مصالح مردم با احکام شرع مضر باشد. آزادی قراردادی پذیرفته به شرط آنکه، اولاً این اعمال در حدود احکام شرعی باشد و ثانیاً با جوهر معامله در تناقض نباشد نظریه حاکمیت اراده باطنی در مقابل نظریه حاکمیت اراده ظاهری در تشکیل و تفسیر قراردادها؛ نظریه حاکمیت اراده باطنی وجود دارد که در حدود هدف تحقیق حاضر، به بررسی آن می‌پردازیم.

پیروان حاکمیت اراده و فردگرایان، منبع اصلی را اراده مدیون می‌دانند و اعتقاد دارند تنها اوست که می‌تواند آزادی خودش بکاهد. (کاتوزیان ۱۳۹۰ ص ۴۴۸)

در تمیز حدود قلمرو هر تعهد، داد رسد مرحله نخست باید اراده حقیقی متعهد را جستجو کند و هرگاه به یقین نتواند بر آن دست یابد، از راه ظن و تخمین نیت باطنی را تعیین می‌کند، زیرا تنها اراده باطنی است که اگر از شخص آزاد و مختار صادر شود و آلوده به اشتباه نباشد، منشاء همه تعهد اقرار می‌گیرد. (کاتوزیان ۱۳۸۸ ص ۲۲۸) به نظر می‌رسد در نفس، قصد انشاء ایجاد شود و اثر حقوقی را به وجود آورد مثل این که دائن، مدیون را در قلب خود ابراء نماید و بعد از مدتی اقرار به ابرائی که در گذشته صورت گرفته است کند، در این صورت ابراء مذکور از تاریخ ابراء (نه از تاریخ اقرار) مؤثر واقع می‌شود، ولو این که عنوان ابراء که یک عنوان ایقاعی است به آن داده نشود. (همان منبع)

### دلایل حاکمیت اراده باطنی در ایران

ماده ۱۹۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد «عقود محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند» پس قصد و نیت درونی ایجاد کننده ماهیت حقوقی است. البته قصد باید همراه کاشف خارجی باشد و این کاشف جنبه طریقتی دارد، نقشی در ایجاد ماهیت ندارد. علماء حقوق در توجیه نظریه خود به مواد ۶۵، ۱۹۴، ۱۹۶، ۱۹۵، ۲۱۸، ۴۶۳، ۴۶۴، ۷۵۸، و ۹۷۵ قانون مدنی، همچنین ماده ۶ قانون آئین دادرسی مدنی و ماده ۳۳ قانون ثبت استناد می‌نمایند.

### نقد نظریه حاکمیت اراده باطنی

اگر چه ترجیح اراده باطنی با روح آزادی‌خواهی و حمایت از حقوق فردی سازگارتر است و مانع از آن می‌شود که شخص تعهدی ناخواسته پیدا کند، ولی باید این نکته را نیز از نظر دورن داشت که در قراردادها تنها اعلام کننده اراده مطرح نیست. عقد رابط‌های اجتماعی که دستک مبین دو شخص برقرار می‌شود و هر یک از آن دو، تنها از راه اعلام‌های طرف دیگر می‌تواند به خواسته‌های درونی او پی ببرد. نفع این دو نیز به طور معمول متعارفی است. پس، چگونه می‌توان با معیارهای فردگرایی دو نفع‌گوناگون را در این رابطه اجتماعی به شیوهای عادلانه جمع کرد؟ اگر عقد تا به اراده باطنی قرار گیرد، گاه احترام به نیت درونی یک طرف حقوق دیگری، به اعتماد آنچه اعلام شده خود را پایبند قرارداد می‌دانسته است، از بین می‌رود. همان گونه که اخلاق حکم می‌کند تا شخص عهد باطنی را محترم شمارد، در روابط با دیگران نیز شخص را محترم به گفته‌های خود می‌سازد. (دموگ، تعهدات بطورکلی، ج ۱، ص ۱۹۰ به نقل از کاتوزیان همان، ص ۲۲۹) از این هاگذشته، همه میدانیم که دو طرف عقد به دلیل آگاه نبودن از حقوقی عجله یا بی‌اعتنایی، نمی‌توانند همه آثار دور و نزدیک آن را هنگام انشای عقد در نظر بگیرند، پس چگونه می‌توان تمام آثار عقد را بر طبق اراده مشترک آنان تعیین کرد؟ (کاتوزیان همان) در حقیقت به نظر می‌رسد، برخلاف آنچه پیروان اراده گفته‌اند، رجوع دادرس به مقصود و دواعی دو طرف عقد، از نظر اجتماعی زیان‌بار نیست، زیرا اگر اخلاق بودن این جهان به‌طور کامل بررسی شود و دادرسم حدود به مطالعه اعلام‌های دو طرف نباشد، به‌اضافه، هرچه بر اعتبار اراده ظاهری تکیه شود، باز هم دادرس آن را از کاوش در امور روانی بینی از نمی‌کند و نباید چنین پنداشت که بر مبنای این نظریه‌ها و در حل و فصل دعاوی همیشه با حقایق مادی و محسوس روبرو است. عناصر تشکیل دهنده اراده در حقوق ایران اراده ترکیبی از قصد و رضایت است. قصد به معنای مصمم شدن به انجام یک عمل حقوقی خواه تصمیم‌گیرنده رضایت به اقدام خود داشته باشد خواه رضایت نداشته باشد. بطور مثال شخصی که از روی اکراه اقدام به خرید و فروش کرده باشد، قصد انجام بیع را داشته است اما رضایت منعقد کردن آن نداشته است. بنابراین رضایت نیز به معنای اختیار و میل قلبی به انجام عمل حقوقی است. اگر شخص هنگام انجام معامله قصد نداشته باشد معامله باطل است اما اگر رضایت نداشته باشد معامله غیر نافذ است. قصد واقعی و قصد ظاهری قصد تا زمانی که در درون شخص می‌باشد، قصد واقعی است اما زمانی که شخص قصد خود را ابراز می‌کند، تبدیل به قصد ظاهری می‌شود. گاهی اوقات قصد واقعی با قصد ظاهری خلاف یکدیگر هستند. اگر قصد واقعی با قصد ظاهری تعارض داشته باشد، قصد واقعی بر قصد ظاهری حاکم خواهد بود. مثلاً اگر دو طرف به دلیلی قصد واقعی خود را مخفی نمایند و آن را به ظاهر و به صورت قرارداد دیگری اعلام کنند، قصد واقعی آن‌ها بر قصد ظاهری آن‌ها مقدم خواهد بود. به این نکته هم توجه شود که ادعای این که قصد ظاهری برخلاف قصد واقعی است، خلاف اصل می‌باشد و چنان چه اثبات نشود، اصل بر این است که قصد ظاهری شخص همان قصد واقعی اوست اراده در حقوق ایران قصد طرفین و رضای آن‌ها به‌عنوان یکی از شرایط صحت معامله در ماده ۱۹۰ ق.م. در کنار هم ذکر شده است، اما در ادامه، قانون‌گذار در ماده ۱۹۱ به بعد این قانون، اثر قصد و شرایط و... مربوط به آن را ذکر کرده است و اثر رضا و شرایط و... مربوط به آن را در ماده ۱۹۹ و دیگر مواد مربوطه آورده است. از ملاحظه مواد مذکور درمی‌یابیم که قانون‌گذار، اخلاق و فقدان قصد را موجب

بطلان معامله می‌داند و اخلال در رضا را سبب عدم نفوذ آن. از آنجاکه نویسندگان قانون مدنی ایران، طرح این قانون را از قانون مدنی فرانسه اقتباس کرده‌اند و در این قانون در ماده ۱۱۰۸ شرایط اساسی صحت معامله چهار مورد ذکر شده است، لذا به نظر می‌رسد ایشان نخواسته‌اند برخلاف رقم مزبور، این شرایط را پنج رقم ذکر کنند و به همین جهت است که قصد و رضا را در کنار همدیگر و در یک بند آورده‌اند (شهیدی ۱۳۷۷ ج ۱: ۱۳۱، ۲۹). اراده در حقوق مصر در سیستم حقوقی مصر و سیستم‌های حقوقی مشابه، به جای دو عنصر قصد و رضا، فقط رضا را برای تشکیل عقد، لازم می‌دانند و رضاست که منشأ تشکیل عقد است. در نوشته‌های حقوقی از رضا به اراده تعبیر شده است و اراده باطنی و اعلام آن و توافق اراده‌های اعلام‌شده را برای ایجاد قصد، ضروری می‌دانند، لذا نویسندگان حقوق مدنی مصر، برخی از اشتباهات را که در حقوق ما مستقیماً قصد را معیوب می‌کند به همراه اکراه در زمره عیوب رضا آورده‌اند. با توجه به مراحل روانی حرکت اراده از ابتدا تا انشای عقد و نیز رجوع به وجدان پی می‌بریم که در سیستم حقوقی مصر، جای قصد انشای عقد خالی است. این امر را می‌توان در مثال زیر به خوبی ملاحظه کرد: فرض کنیم فردی به همراه دوستش از مقابل مغازه فرش‌فروشی می‌گذرد که ناگهان یکی از فرش‌ها توجه او را به خود جلب می‌کند. این فرد می‌ایستد و به دوستش می‌گوید اگر صاحب مغازه این فرش را به فلان قیمت به من بفروشد مطمئناً از او می‌خرم. حال اگر صاحب مغازه صحبت‌های او را بشنود، آیا می‌تواند قبول خود را اعلام کند و فرش را بفروشد؟ در این مثال به خوبی حس می‌شود که جای قصد انشا در این میان خالی است و صرف رضایت نمی‌تواند عقد را ایجاد کند و نیروی ایجادکننده‌ای به نام قصد انشا لازم است. حتی اگر فردی به مغازه‌داری بگوید این جنس را در مقابل فلان قیمت معین حاضرم بخرم و از این گفته خود صرفاً قصد اخبار به مغازه‌دار را داشته باشد و این حین مغازه‌دار بگوید آن را به تو فروختم، نمی‌توان وقوع عقد بیع را محقق دانست؛ زیرا قصدی برای ایجاد عمل حقوقی وجود نداشته است (ر.ک: شهیدی ۱۳۷۷: ۱۹۰ به بعد). در این سیستم حقوقی نه تنها قصد انشا را برای تحقق عقد لازم نمی‌دانند بلکه در مورد رضا هم در بند یک ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی مصر فقط رضایت کسی که معامله می‌کند به عنوان یکی از شرایط اساسی معامله ذکر شده است. این طریقه قانون‌گذار مصر از این جهت مورد انتقاد نویسندگان حقوقی این کشور واقع شده است که ایجاد هر عقدی حتی غیرمعوض، نیاز به توافق دو طرف آن دارد. البته رویه قضایی مصر این نقص قانون‌گذاری را جبران کرده است و این گونه اظهارنظر می‌کند که هر چند اراده در زبان جاری مردم به معنای رضایت یک طرف عقد است اما در زبان حقوقی، به معنای توافق اراده‌هاست. بنابراین واژه رضایت مذکور در بند یک ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی مصر را باید به سه عنصر: وجود اراده باطنی، اعلام اراده، و توافق اراده‌ها تعبیر کرد.

### منابع و مأخذ

- امامی، حسن (۱۳۹۰) حقوق مدنی ج اول، چ سی و دوم، تهران: انتشارات اسلامیة  
 امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیة، چاپ ۱۳، جلد اول، سال ۱۳۷۶، ص ۱۸۶

- امامی، سید حسن (۱۳۷۵) حقوق مدنی، ج اول، چ، تهران: انتشارات اسلامیة امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات (جلد دوم)، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۵۳، ص ۲۹
- انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، انتشارات جنگل جاودانه، جلد اول، سال ۱۳۸۸
- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، به خط طاهر خوشنویس، تبریز، بی تا.
- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، به خط طاهر خوشنویس، تبریز، بی تا.
- بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، جلد پنجم، نشر عادی، قم سال ۱۳۷۷
- بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، جلد پنجم، نشر عادی، قم سال ۱۳۷۷
- بجنوردی، میرزا حسن، منتهی الاصول، جلد ۱، نجف، بی تا.
- بجنوردی، میرزا حسن، منتهی الاصول، جلد ۱، نجف، بی تا.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۶) کلیات عقود و قراردادها، چ دوم، تهران: میزان
- ترمینولوژی حقوق (۱۳۴۶)، تهران: چاپخانه خواجه
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چ دوم کتابخانه گنج دانش
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، کلیات عقود، مجله حقوقی دادگستری، جلد ۱۱ و ۱۲ ص ۸۰.
- دیانی، عبدالرسول (۱۳۹۵)، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، چ اول، تهران: میزان
- زدانیان، علیرضا (۱۳۹۲)، درس هایی از حقوق مدنی تطبیقی مطالعات تطبیقی در حقوق تعهدات، ج اول، چ اول، تهران: میزان
- زرقاء، مصطفی احمد. (۱۹۶۷) المدخل الفقهي العام، دمشق: دارالفکر، چاپ سوم.
- شایگان، سیدعلی (۱۳۷۵) حقوق مدنی، قزوین: انتشارات طه، چاپ اول
- صاحبی، مهدی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، تهران، ققنوس، ۱۳۷۶
- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهاد های سیاسی، چهشتم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران ۱۳۸۲
- قواعد عمومی قراردادها (۱۳۸۸)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین معاملات معوض، عقود تکمیلی، جلد ۱، ص ۶۸