

«به نام خدا»

کلیات عقود (۱)

مجله حقوقی دادگستری - شماره ۱۱-۱۲/سال انتشار: ۱۳۵۳

نویسنده: دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی

عقد اساسی ترین بحث خصوصی است. کمیت آن از هر بخشی بیشتر است و کیفیت آن از هر مطلبی افزون تر. از این که بگذریم عقد بزرگترین منبع تعهدات است که زیر بنای حقوق خصوصی را تشکیل می دهد. در زبان فارسی و در حقوق ایران ما در کار حقوق تعهدات تازه کار هستیم اما بر فرهنگی بزرگ تکیه داریم که ما را در این راه یاری می دهد. رسم این است که عقود را ضمن کتب تعهدات مورد بحث قرار می دهند و حال آن که عقد یکی از اسباب تعهدات است و اگر قرار باشد که اسباب تعهدات را هم در کتب تعهدات، مورد بحث قرار دهند چرا فقط عقد را برای این کار انتخاب می کنند و ترجیح بلا مرجح می دهند باید سایر اسباب تعهدات را هم در کتب تعهدات بیاورند.

گذشته از این ، عقود خود مباحثی دارد که اگر قرار باشد حق آن مباحث اداء شود ناگزیر باید بحث عقود (یعنی کلیات عقود) جدا شود تا مجال برای تحقیق در این کلیات باشد این یادداشت ها که در این جا ملاحظه می کنید طرح کلیات عقود به صورت مستقل است که در صورت توفیق در به انجام رسانیدن آن روزی به صورت یکی از مجلدات شرح قانون مدنی که تا کنون نه جلد آن نوشته شده است خواهد درآمد . در هر حال مطالعه تازه و ابتکاری است که از سالها پیش آغاز کرده ام.

عناصر عمومی عقود

عناصر عمومی عقود از قرار ذیل است :

اول - تعهد

۱- هر عقدی دست کم منشاء یک تعهد است مانند عقد ودیعه که امین را متعهد به حفاظت مال مورد ودیعه می کند (ماده ۶۱۲ قانون مدنی)

اما در بیشتر عقود برای هر دو طرف ، تعهد بوجود می آید مانند عقد بیع (ماده ۳۶۲ - ۳۷۶ قانون مدنی) ملاحظه - ماده ۱۸۳ قانون مدنی در تعریف عقد می گوید :

« عقد عبارت از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد » .

این ماده طوری نوشته شده است که شامل عقود می شود که فقط برای یک طرف ، ایجاد تعهد می کند در حالی که باید طوری نوشته می شد که شامل عقدهائی که برای هر دو طرف ، ایجاد تعهد می کند نیز بشود . این ماده ترجمه ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه است که این ایراد به آن ماده هم وارد است .

ممکن است گفته شود که مقصود ماده ۱۸۳ قانون مدنی این بوده که وجود تعهد از یک جانب ، برای تحقق

عقد ، کافی است ، اما می توان سکوت بی مورد قانون ، در مرحله تعریف عقد را که باعث خروج نوع دیگر عقود (که برای دو طرف عقد ، ایجاد تعهد می کند) شده است مورد خدشه قرار داد .

۲- تاریخ حقوق - برای این که از حقوق بومی نیز آگاه باشیم نظری در این باب به تاریخ حقوق می افکنیم .

مؤلفان فقه امامیه به طرز جالب و آشکار ، تعهد را عنصر عمومی عقود دانسته اند و گفته اند :

اولاً - عقد غیر از تعهد است . عقد ، منشاء تعهد است . ممکن است در موردی تعهدی باشد ولی آنجا عقدی

نباشد مانند تعهد تلف کننده مال غیر (ضمان قهری) .

ثانیاً - عقد عبارت است از ربط قرار (نهاد) به قرار دیگر (قرارداد) .

ثالثاً - از ربط قرار به قرار دیگر ، تعهد پدید می آید .

رابعاً - موضوع تعهد ، ممکن است بلافاصله پس از ایجاب و قبول پدید آید مانند انتقال مالکیت اعیان

مالکیت اعیان موجود در خارج در عقر بیع ، و ممکن است مدتها پس از ایجاب و قبول به وجود آید مانند

موارد تعهد انجام کار .

شرح این مختصر در کتاب عقد ضمان با ذکر منابع به تفصیل دیده می شود معذالک یک سند بسیار زنده بر

این گونه حقوقدانان اسلامی عموماً (و امامیه مخصوصاً) تعهد را عنصر عمومی عقود می دانستند

مخصوص این کتاب ذکر می کنیم :

ابن تیمیه فقیه اخباری از اهل سنت متولد سال ۶۶۱ هجری و متوفی به سال ۷۲۸ هجری می گوید :

(الاصل فی العقود رضی المتعاقدين و نتیجتها هو ما اوجباه علی انفسهما بالتعاقد) یعنی رضای طرفین عقد

، اساس عقود است و نتیجه عقد ، همان چیزی است که از راه قرار داد به آن ، متعهد شده اند . اصطلاح

واجب و واجبات در حقوق اسلامی و حقوق مدنی ما همیشه در معنی تعهدات به کار رفته است و ما در کتاب

عقد ضمان اسناد این گفتار را ضبط کرده ایم .

۳- رابطه تملیک و تعهد - در حقوق اسلام دو مبنای حقوقی به شرح ذیل دیده می شود :

الف - نظریه تملیک .

ب - نظریه تعهد .

نظریه تملیک که در فقه اهل سنت رونق دارد به صورتی طراحی شده است که موضوع تملیک حتماً باید وجود خارجی داشته باشد و براساس این طرز فکر است که گفته اند :

اولاً - تملیک معدوم باطل است و چون در مورد اجاره ، منافع ملک در حین عقد اجاره وجود ندارد پس عقد اجاره طبق قیاس باید باطل باشد لکن چون مورد حاجت مردم بود ، شرع آن را تجویز کرد !
ملاحظه - گوینده این سخن پنداشته است که مردم به اندیشه خود ، اجاره را نمی دانستند و این گراف است.

ثانیاً - تملیک معدوم به تبع موجود درست است (مانند وقف برمعدوم به تبع موجود . ماده ۶۹ قانون مدنی)
مانند فروش محصول باغ چای در یک سال که در طول سال ، چند بار می روید و چیده می شود .

۴- از این گفته ها یک چیز استفاده می شود و آن این است که نظریه تملیک را درست در جهت مخالف نظریه تعهدات قرار داده اند زیرا در مورد تعهدات ، موضوع تعهد ، ممکن است در زمان انجام ، وجود نداشته باشد مانند تعهد نجار به ساختن یک دست مبل . تعهد موجر هم از همین قبیل است موجر ، متعهد می شود که در مدت اجاره به منظور بهره برداری مستاجر ، عین مستأجره را در اختیارش قرار دهد . با این طرز فکر اساساً مسأله « تملیک » مطرح نمی شود . لکن پیروان نظریه تملیک ، با نظریه تعهد آشنائی کافی نداشته اند و ذهن آنان به صورت بنیادی در اطراف « تملیک » دور می زند . یعنی آنها به جای این که تعهد را عنصر عمومی عقود بدانند تملیک را عنصر عمومی عقود دانسته اند .

۵- این فکر که محور فقه اهل سنت است کم و بیش به فقه امامیه هم راه یافت ولی در سایه همت و

تحقیق محققان بزرگ اخیر به کنار نهاده شد . خلاصه اندیشه این محققان چنین است :

الف - تملیک به معنی این است که یک نفر به سود دیگری سلطه قانونی (حق) بوجود آورده یعنی متعهد به نفع متعهد له ، حقی بیافریند .

ب - ممکن است نتیجه آفرینش این حق ، انتقال مال موجود در خارج باشد . در این صورت است که در حقوق فرانسه Obligation de donner پدید می آید.

ج - ممکن است نتیجه آفرینش حق مزبور انتقال مال موجود در خارج نباشد یعنی اساساً موضوع عقد ، مال موجود در خارج نباشد مانند مبیع بیع سلم و مانند عوضین در بیع کالی به کالی . در این جا تعهد انجام فعل وجود دارد . مثلاً کارگر در موقع قرارداد کار هنوز تسلط بر کاری که بعداً باید انجام بدهد ندارد معذالک به سوی طرف خود متعهد می شود و برای طرف خود اختیار قانونی (حق) پدید می آورد این نیز تملیک است. و تملیک به همین معنی در ماده ۳۳۸ قانون مدنی در تعریف عقد بیع به کار رفته است و به همین جهت با توجه به ماده ۳۵۰ قانون مدنی شامل بیع سلم هم می شود یعنی بیع سلم هم به این معنی یک عقد تملیکی است .

۷- نتیجه - فقه امامیه که تحت تأثیر یک حدیث که جمیع عقود را تعهد دانسته است قرار دارد سرانجام نظریه تملیک را که در فقه اهل سنت روبه روی نظریه تعهدات قرار گرفته بود به گونه ای توجیه کرد که با نظریه تعهدات ، قابل جمع و سازگار گردید . این نتیجه تحقیقات در کتابهای پیشین ما است .

۸ - آنچه که باید از این تحقیق تاریخی آموخت این است که در حقوق مدنی ما مفهوم تملیک :

اولاً - با مفهوم تعهد همه جا قابل جمع است .

ثانیاً - اختصاص به انتقال مالکیت عین موجود خارجی ندارد .

از ذیل ماده ۷۳۳ قانون مدنی دانسته می شود هم عموماً جزو تعهدات است .

دوم - قصد انشاء

۹- قصد انشاء ، عامل نفسانی در همه عقود است و از مهم ترین عناصر آن است و مانند همه نفسانیات به اندازه کافی پیچیده است . قصد انشاء را از دو جهت باید مطالعه کرد :

الف - از نظر حقوقی .

ب - از نظر ادبی .

از نظر حقوقی برای درک قصد انشاء بهتر است به حالت نفسانی خودمان به هنگام انعقاد یک عقد با اهمیت مانند خرید خانه یا ازدواج ببینیم زیرا در این نوع عقود است که در ضمیر خود راه دور و درازی را می پیمائیم :

مثال - شخصی صاحب خانه ای است ابتداء به ذهن او خطور می کند که خانه اش را بفروشد آنگاه مدتها راجع به نفع و ضرر این کار می اندیشد ، سرانجام خود را راضی می کند که خانه را بفروشد . از وقتی که رضا در دل او آشیانه می کند تا روزی که ضمن عقد بیع آن را اعلان کند مدتها طول می کشد در طول این مدت ، او راضی است اما تا وقتی که آن را اعلان نکرده است رضای باطنی نامیده می شود پس رضا وضع مستمر و ممتد دارد از یک نقطه زمانی آغاز می شود و به نقطه زمانی دیگر می انجامد . این را هم اضافه کنم که اعلان رضا به هر صورت ، عقد را تشکیل نمی دهد مثلاً در مثال بالا اگر صاحب خانه رضای خود را به فروش خانه با زن و فرزند خود در میان بگذارد عقد بیع خانه تشکیل نمی شود . رضا که به ترتیب فوق پیدا می شود لحظه به لحظه شدت می گیرد و برای این که به ثمر برسد اسباب کار هم از خارج لازم است مانند مذاکرات مقدماتی با واسطه معامله یا با طرف معامله برای رسیدن به توافق در خصوصیات معامله ای که باید در آینده انجام گیرد ، وقتی که این مقدمات هم فراهم شد و لحظه ای که طرفین انتظار

آن را می کشند و آن لحظه را می شناسند فرا رسید رضا به اوج هیجان خود می رسد و به صورت اخطار به طرف مقابل ، اعلان می شود این اخطار پایان خلجان رضا در ضمیر عاقد است در این نقطه پایان ، رضا را می توان قصد انشاء نامید زیرا انشاء به معنی ایجاد است و رضا در این مرحله آفریننده اثر حقوقی است (زیر بال حمایت قانون یا عرفها و آداب و رسوم) .

نتیجه - رضا در طول حیات خود مراحل را می گذراند گاه آرام است و گاه بدون هیجان اظهار می شود و گاه به نقطه اوج هیجان می رسد و با وجود اسباب کار به طرف مقابل ، اخطار می شود و چون در مرحله اخطار ، اثر آفرین است نام قصد انشاء را گرفته و عنصر عمومی عقود را تشکیل می دهد . پس قصد انشاء ، در واقع دنباله رضا است و موجود مستقل و جدای از رضا نیست ، قصد انشاء ، آخرین مرحله هستی رضا است .

۱۰- اما در حدود سه قرن است که فقه امامیه رضا و قصد انشاء را دو موجود جداگانه دانسته است و قانون مدنی هم در بند یک ماده ۱۹۰ قانون مدنی از این نظر پیروی کرده است که جداً غلط است . قدماء فقه امامیه دوگانگی قصد و رضا را نپذیرفته اند آنان روی رضا به عنوان تنها عامل نفسانی عقود می اندیشیدند ، ما با تجزیه بیشتری که در کتب خود کرده ایم ضمن بیان فرق قصد انشاء . رضا ، پیوستگی آن دو را به شرحی که گفتیم اثبات کردیم و تکرار می کنیم که رضا در مرحله تحول خود ، تغییر ماهیت نمی دهد و به موجود دیگری به نام قصد انشاء مبدل نمی شود اگر نهال رشد کند و به جایی برسد که نام درخت را بگیرد تغییر ماهیت نداده است .

۱۱- انتقاد از نظریه دوگانه بودن قصد انشاء و رضا - در حدود تقریباً سه قرن است که اکثریت عظیم در فقه امامیه قصد انشاء و رضا را دو موجود کاملاً متمایز دانسته اند و همانکون جزو مسلمات شده است ! قانون مدنی هم از همین نظر در ماده ۱۹۰ پیروی کرده است . ما در طول سی سال مطالعات حقوق مدنی و فقه

دلیل توجیه کننده این نظر را به دست نیاوردیم و ناگزیر آن را یک غلط مشهور معرفی می کنیم . عده زیادی از فقهاء هم دوگانه بودن قصد انشاء و رضا را رد کرده اند به آن پوزخند زده اند زیرا طرف مقابل ، دلیلی ارائه نکرده بود تا اینان وقت خود را صرف رد آن دلیل کنند.

۱۲- دلیل دوگانگی قصد و رضا - برای اثبات دوگانه بودن قصد و رضا عقد مکره را مثال زده اند او از روی اکراه ، قصد انجام معامله را می کند تا اثر تهدید را برطرف سازد اما قلباً راضی به انجام دادن معامله نیست . پس موردی وجود دارد که قصد باشد و رضا نباشد .

راجع به این دلیل و بطلان آن :

اولاً - معرفی قصد به شرح فوق که کرده ایم کافی است یعنی قصد انشاء به شرح فوق که از بدیهیات است دنباله رضا است و از آن جدا نمی شود مثال عقد مکره ، سفته ای است در مقابل بدیهی .

ثانیاً - عقد مکره را پس از این (شماره ۱۶) مورد تجزیه و تحلیل قرار می دهیم و اثبات خواهیم کرد که در مورد عقد مکره ، قصد اللفظ (الفاظ ایجاب یا قبول) وجود دارد اما قصد انشاء وجود ندارد !

۱۳- ملازمه قصد انشاء و قصد نتیجه - در حقوق جزا به پیروی از حقوق باختر بحث می شود که مجرم در ارتکاب بزه باید قصد نتیجه داشته باشد در حقوق مدنی در فقه اسلام به جای قصد نتیجه ، عبارت : قصد غایت - قصد حکم - قصد وجود مدلول در خارج - قصد موجب عقد - قصد وقوع مضمون عقد در خارج را به کار برده اند .

وقتی که به بدیهی مزبور درباره این که قصد انشاء ، نقطه اوج هیجان رضا است بیانیشیم و در انکار آن واقعیت نکوشیم و مخالف بی سبب اندیشه تازه نباشیم بر همان اساس و نظر به همان توضیح باید ناگزیر اذعان کنیم که در حال هیجان رضا امکان ندارد که ضمن اخطار رضا به طرف مقابل (در حال پیدایش عقد) قصد نتیجه وجود نداشته باشد ، اکثر تصدیقات ذهنی بلا واسطه از تصور درست اشیاء بدست می آید در

مورد بحث ما هم تصور صحیح رضا و تحولات آن ما را به تصور درست قصد انشاء و نیز ملازمه قصد انشاء با قصد نتیجه می رساند .

۱۴- این نکته را خوب است آشکار بگویم که فقهاء :

اولاً - از قصد نتیجه در عقود صحبت کرده اند و ما مدارک و اسناد این نظر را برای نخستین بار در این کتاب گرد آوردیم .

ثانیاً - از ملازمه قصد انشاء با قصد نتیجه مطلقاً بحثی نکرده اند ! و حال این که بعداً خواهیم دید که این بحث تا چه اندازه در مشکلات آینده (در عقود) به ما یاری خواهد داد . ما نیز این بحث را برای نخستین بار برای اجراء برنامه این کتاب عنوان کردیم و تصور می کنم آیندگان از آن مستغنی نباشد . در کتب معروف حقوق مدنی فرانسه هم این بحث و حتی بحث های کوچکتر هم به هیچ وجه دیده نمی شود آنها در مباحث کلیات عقود سالهای دراز از سیستم حقوق اسلام عقب ترند و جبران این عقب ماندگی هم بدون مراجعه به کتابهای مسلمین و مخصوصاً نویسندگان این عصر میسر نخواهد شد .

۱۵- اکنون که قصد انشاء و نیز ملازمه آن را با قصد نتیجه دانستم بر این پایه می توانیم مطالب ذیل را مطرح کنیم :

اول - سه مرحله متفاوت ذیل را باید از هم تمیز داد :

الف - قصد لفظ ، بدون قصد معنی آن - مقصود از لفظ ، لفظ ایجاب و قبول است .

مثال - کسی که در خواب یا در حال مستی می گوید : خریدم ، فروختم (و مانند این ها) آیا قصد لفظ دارد؟ یعنی این الفاظ را از روی قصد از میان سایر الفاظ جدا کرده و بر زبان رانده است؟ در مورد کسی که خوابیده است باید گفت : نه قصد لفظ دارد نه قصد معنی. در مورد مست چون درجات مستی شدت و ضعیف دارد دست کم می توان گفت در بعضی از مراحل ، قصد لفظ دارد اما در این مورد آیا قصد لفظ با قصد معنی

بستگی دارد؟ جواب مثبت است. بنابراین کسی که به شوخی می گوید این مال را فروختم! قصد لفظ و قصد معنی دارد اما این کافی برای انعقاد عقود نیست. تنها مثال برای لفظ (بدون قصد معنی) این است که انسان لفظی را بگوید و معنی آن را نداند در این صورت او قصد لفظ را دارد ولی قصد معنی ندارد. نتیجه - قصد لفظ یا قصد در ایجاب و قبول، کافی برای انعقاد عقد نیست.

۱۶- ب - قصد لفظ با قصد معنی و بدون قصد انشاء - ضمن مطلب بالا این موضوع بیان شد (عقد هازل)
ج - قصد لفظ و قصد معنی و قصد انشاء - اگر متعاقبین این سه قصد را با هم جمع کنند عقد واقع می شود این سه قصد، قصد چهارم را هم به دنبال دارند که قصد نتیجه است زیرا در بالا اثبات شد که قصد انشاء با قصد نتیجه ملازمه دارد.

اینجا جای سؤال از عقد مکره است: آیا مکره که ایجاب یا قبول را می گوید قصد انشاء (و بالتبع، قصد نتیجه) هم دارد؟

جواب واضح است: برای رفع تهدید، نیاز به قصد نتیجه کردن ندارد قصد لفظ ایجاب یا قبول (که طبعاً بستگی به قصد معنی لغوی و ادبی آن دارد) برای رفع تهدید کافی است مکره ابداً نیاز به قصد نتیجه ندارد بلکه مخالف سر سخت پدید آمدن نتیجه است.

چون مکره، قصد نتیجه ندارد پس قصد انشاء هم ندارد زیرا قصد نتیجه بستگی به قصد انشاء دارد یعنی در عقود و ایقاعات، قصد نتیجه بدون قصد انشاء (و بالعکس) قابل تصور نیست. این است آنچه که حتی زیرکان هم از آن غفلت کرده اند. اشتباه آنان این است که از ملازمه قصد انشاء و قصد نتیجه (شماره ۱۳) بحث نکرده اند اگر این بحث را کرده بودند بطلان و فساد عقیده آنان بر خودشان آشکار می شد.

نتیجه - عقد مکره به علت فقدان نتیجه (و قصد انشاء) که دومین عنصر عمومی عقود (شماره ۹) است باید باطل باشد و نظر آن عده که رأی به بطلان آن داده اند از نظر منطقی و با توجه به بدیهیات حقوق

مدنی کاملاً درست است . قانون مدنی (ماده ۱۱۹-۲۰۳) چون از نظر متأخرین فقهاء پیروی کرده است عقد مکره را صحیح و غیر نافذ می داند .

۱۷- دوم - رابطه قصد انشاء و تعهد - آیا هر قصد انشاء به تنهایی منشاء پیدایش تعهد است ؟ به عبارت دیگر : آیا در عقودی که فقط برای یک طرف ایجاد تعهد می کند (مانند عقد رهن و هبه که فقط برای رهن و واهب ، ایجاد تعهد می کند) یک قصد انشاء وجود دارد ؟ و به عکس در عقودی که برای دو طرف ، ایجاد تعهد می شود (مانند عقد بیع - ماده ۳۶۲ قانون مدنی) دو قصد انشاء وجود دارد ؟

اگر جواب پرسش بالا مثبت باشد قصد انشاء هر کس برای او ایجاد تعهد می کند و هر کس که در عقد، تعهدی ندارد قصد انشاء هم ندارد. بنابراین باید عقودی باشد که فقط یک قصد انشاء بیشتر ندارند! زیرا ما عقود داریم که فقط برای یک طرف ایجاد تعهد می کند .

ملاحظه - از نظر ما و قانون مدنی (بند یک ماده ۱۹۰ قانون مدنی) هر عقد از دو قصد انشاء فراهم می شود .

۱۸- فرضیه مذکور که عقد را با یک قصد انشاء ، قابل تشکیل دانسته اند از اغلاط متأخران است. فرضیه بر دو چیز متکی است :

اول - قصد انشاء و رضا دو عامل نفسانی جداگانه است .

ملاحظه - بطلان این نظریه به اثبات رسید (شماره ۹-۱۰) زیرا قصد انشاء نقطه اوج رضا است و جدا از آن نیست اگر برای یک عقد دو رضا از دو سو ضروری باشد این دو رضا باید به هیجان یعنی نقطه اوج خود برسند و در این نقطه مبدل به دو قصد انشاء می شوند .

ثانیاً - عقد ممکن است مرکب از قصد انشاء و رضای یک طرف و رضای صرف (بدون قصد انشاء) طرف دیگر باشد مثلاً می گویند : در عقد رهن ، رهن هم قصد انشاء دارد و هم رضا لکن مرتهن فقط رضا دارد

ولی قصد انشاء ندارد!

بهتر است که بیشتر از این دنبال موشکافی هائی که نیروی انسانی را هدر می دهد نرویم.

۱۹- نتیجه - برای انعقاد یک عقد :

اولاً - دو قصد انشاء باید وجود داشته باشد (بند یک ماده ۱۹۰ قانون مدنی) .

ثانیاً - وجود یک تعهد برای یک طرف عقد در تشکیل عقد ، کافی است و به همین مقدار ، عنصر اول عقود ، تحقق پیدا می کند .

۲۰- سوم - **قصد نتیجه** که لازمه قصد انشاء است عنصر عمومی عقود و ایقاعات است اما در سایر پدیده

های حقوق مدنی به شرح ذیل ، قصد نتیجه ضرورت ندارد :

الف - در اقرار، قصد اخبار وجود دارد نه قصد انشاء (ماده ۱۲۵۹- ۱۲۶۲ قانون مدنی) به همین جهت قصد نتیجه ضرورت ندارد زیرا اکثر اقرارها که از روی غفلت اقرار کننده و به صورت سبق لسان ، اظهار می شود و اقرار کننده را پشیمان هم می کند مطلقاً عاری از قصد نتیجه است اگر قصد نتیجه کرده بود که پشیمان نمی شد.

ب - اعمالی که موجب مسئولیت مدنی می شود اگر از روی قصد هم باشد قصد ساده است نه قصد نتیجه زیرا عامل چنین عملی نه تنها قصد نتیجه عمل خود (که جبران خسارت است) را ندارد بلکه قصد خلاف این نتیجه را هم دارد .

۲۱- نتیجه - در مورد اقرار به شرح بالا به طور واضح می بینیم که :

اولاً - قصد لفظ و قصد معنی وجود دارد و این بدیهی است .

ثانیاً - قصد نتیجه اقرار (که با توجه به طبع اقرار به ضرر مقرر است) وجود ندارد . این همان است که سابقاً (شماره ۱۶) از آن بحث کردیم البته در قلمرو عقود .

۲۲- چهارم - امارات راجع به قصد - دو اماره ذیل قابل ملاحظه است :

الف - قصد لفظاً، اماره قصد معنی است تا خلاف آن اثبات شود .

ب - قصد لفظ در عقود و ایقاعات (و اقرار) دلیل بر قصد نتیجه است اما این اماره در مورد عقود و ایقاعات، اماره نسبی است و اثبات خلاف آن روا است.

لکن در مورد اقرار، این یک اماره مطلق است و اثبات خلاف آن روا نیست (شماره ۳۸-۴۰)

۲۳- پنجم - اختیار- آنان که عقد مکره را باطل می دانند اختیار عاقد را از شروط عاقد می شمردند. آیا این

یک دوباره کاری نیست ؟

وقتی که قصد انشاء را ملازم (شماره ۱۳-۱۴) قصد نتیجه بدانیم و معتقد باشیم که مکره قصد نتیجه (و

تبعاً قصد انشاء) ندارد و به علت فقدان دومین عنصر عقود (شماره ۹) عقد مکره باطل است دیگر ذکر اختیار

عاقد واقعاً دوباره کاری است و مطلب جداگانه ای نیست لکن چون پیشینیان ما در مورد قصد انشاء و قصد

نتیجه بر مباحث روشن و قاطع دست نیافته بودند عذر آنان در این دوباره کاری مسموع است .

قانون مدنی ما با مهارت خاص از این کار در عقود و ایقاعات اجتناب ورزیده است ولی در اقرار (ماده ۱۲۶۲

قانون مدنی) متعرض آن شده است .

۲۴- ششم - عیب قصد انشاء **Vice de consentement**

آیا قصد انشاء (شماره ۹) گاه عیب پیدا می کند؟

قانون مدنی فرانسه و حقوقدانان آن این مسأله را مطرح کرده اند .

پیش از آن که خلاصه نظر آنان را بیاوریم باید اذعان کنم که واقعاً قصد انشاء ممکن است مانند اشیاء

خارجی صدمه ببیند و عیب پیدا کند ولی این عیب ، شدت و ضعف دارد و ممکن است گاه به قدری ناچیز

باشد که نتواند قصد انشاء را از بین ببرد و گاه ممکن است آن را از بین ببرد و در نتیجه موجب بطلان عقد

شود :

الف - در موردی که انسان از روی اضطرار ، مال خود را می فروشد یا اقدام به عقد دیگری می کند آیا این رضا (که در نقطه اوج خود نام قصد انشاء را دارد) کمی خدشه و صدمه ندیده است؟

منکر حقیقت نباید شد باید گفت که خدشه دیده است اما حقوقدانان و اجتماعات بشری همیشه عقد ناشی از اضطرار را اصولاً درست شمرده اند . ماده ۲۰۹ قانون مدنی می گوید : « اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام به معامله کند مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود ».

بعداً (شماره ۲۷-۲۸) نمونه های دیگری از خدشه رضا (رضای معیب) را معرفی خواهیم کرد که با وجود آن خدشه ها رضا (قصد انشاء) از کار نمی افتد و مانع انعقاد عقد نمی شود .

ب - اگر کسی را به قدری اکراه کنند که آن اکراه شکل اجبار را به خود بگیرد عقیده عموم آن است که قصد انشاء به کلی می میرد و چون عنصر دوم عقد (شماره ۹) وجود ندارد پس عقدی بوجود نیامده است (ماده ۱۰۷۰ قانون مدنی) .

ج - اگر عاقد، مکره باشد یعنی تهدید به جان و مال و عرض شده باشد که برود و عقد معینی را منعقد کند ما اثبات کردیم که با وجود اکراه ، چون مکره برای رفع تهدید ، نیاز به قصد نتیجه ندارد پس قصد نتیجه در عقد مکره وجود ندارد (شماره ۱۶) و چون قصد نتیجه ملازمه با قصد انشاء دارد پس مکره تبعاً قصد انشاء هم ندارد و به علت فقدان قصد انشاء که عنصر دوم عقود (شماره ۹) است عقد مکره باطل است .

۲۵- اما حقوق فرانسه که آگاه از این استدلال نیست و هنوز به این دقت ها دست نیافته است بدون دلیل ، عقیده دارد که در عقد مکره :

اولاً - رضا (آن گونه رضا که به اوج هیجان رسیده و عقد را تشکیل دهد) وجود دارد .

ثانیاً - این رضا عیب پیدا کرده است.

ثالثاً - مکره پس از زوال اکراه تا ده سال حق دارد عقد را اجازه کند یا ابطال آن را از دادگاه بخواهد (ماده ۱۱۰۹ - ۱۱۱۰ - ۱۱۱۲ - ۱۱۱۷ قانون مدنی فرانسه).

۲۶- انتقاد - کاش حقوقدانان فرانسه مسأله عیب رضا (شماره ۲۴) را به صورت ادبیات حقوقی و مطالب بی دلیل نمی نوشتند و مسأله قصد نتیجه را در عقود (و ایقاعات) مطرح می کردند تا معلوم شود که واقعاً مکره برای رفع آثار تهدید از خود نیازمند به قصد نتیجه است یا فقط قصد لفظ و معنی (در ایجاب و قبول) او را بس است. (شماره ۱۶)

نتیجه - عیب رضا (قصد انشاء) هرگاه به حدی برسد که آن را بکلی از بین ببرد عقد ، باطل است چون در مورد اکراه نیز قصد انشاء از بین می رود باید عقد مکره باطل باشد لکن قانون مدنی ایران و فرانسه هر دو، عقد مکره را غیر نافذ شمرده اند و هر یک برای این کار، طرز فکر جداگانه ای دارند که هر دو غلط است. ماده ۱۹۹ قانون مدنی می گوید : « رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست » این ماده که ترجمه ماه ۱۱۰۹ قانون مدنی فرانسه است اکراه را مانع وجود قصد انشاء نمی داند که به شرح مذکور فوق (و شماره ۱۶) نظر نادرستی است .

تبصره - اینک به جای عنوان « رضای ناشی از اکراه » که در ماده ۱۹۹ قانون مدنی گفته است شده است ما بحث جالب را با استفاده از پراکنده های یادداشت های حقوق اسلامی خود عنوان می کنیم :

۲۷- قصد انشاء مسبوق به اکراه. ممکن است شخصی را اکراه به انعقاد عقدی کنند و او تحت تأثیر عامل دیگری غیر از تهدید و اکراه واقعاً قصد نتیجه (و قصد انشاء) هم بکند! در این جا به علت وجود عنصر دوم عقود (شماره ۹) یعنی قصد انشاء، عقد او درست است .

مثال - سؤال و جواب ذیل را از کتاب جامع الشتات می آوریم :

« سؤال - یک نفر از اهالی این بلاد . . . دو سال قبل از این در شیراز بوده و با زنان زانیه آنجا عمل

نامشروع کرده و بعد همان زانیه را به خانه برده و تکلیف توبه کرده که خود نکاح کند ، آن زن قبول کرد و .
.. او را به عقد در آورد . و بعد از مدتی او را طلاق گفت به اکراه و اجبار. بعد از عدة طلاق ، شخص دیگری
او را عقد نمود و تصرف کرد. شخص اول اظهار اجبار و اکراه در طلاق نمود. و زن را از مصاحبت شخص
ثانی منع کرد

جواب - هر گاه شوهر اول، اظهار کراهت، بعد از عقد شوهر دوم کرد مسموع نیست مگر این که . . . ثابت
شود که مجبور بوده است ، اما حرمت ابدی بر شوهر دوم با وجود جهل او به بطلان طلاق ، محل اشکال
است و حرمت ، معلوم نیست خصوصاً هرگاه شوهر اول با وجود مجبور بودن (یعنی مکره بودن) به طلاق،
قصد طلاق کرده باشد زیرا ممکن است که کسی با وجود اجبار (اکراه) هم قصد طلاق کند مثل این که
ظالمی او را اجبار کند به طلاق ، و این شخص، راضی نیست به طلاق ، ولکن از راه عار و ننگ که نمی
خواهد دیگری با زن او جماع کند ، قصد طلاق واقعی می کند که از زوجیت او خارج شده باشد تا هر گاه
دیگری او را بگیرد زن او را نگرفته باشد . . . »

در این جا عامل اکراه و تهدید در آغاز پیدا شد اما عامل دیگری (که مسأله عار و ننگ به شرح مذکور است
(به آن ملحق شد و در نتیجه مکره را وادار کرد که نه تنها قصد لفظ و معنی کند بلکه قصد انشاء و قصد
نتیجه طلاق را هم در تلفظ به الفاظ طلاق بکند . این یک تصور حقوقی هنرمندانه و ظریف است و هنر
حقوق دان را نشان می دهد هنری که چاره گشای مشکل خانواده بلکه خانواده هائی شده است.

۲۸- ممکن است زوج ، ثالثی را اکراه کند که زوجه اکراه کننده را طلاق بدهد این طلاق هم درست است
زیرا این اکراه خیلی صریحتر از، اذن در طلاق است و کاشف از رضای زوج به طلاق زوجه خود می باشد.
همین طور است اکراه ثالث در انعقاد عقد نکاح زنی با شخص اکراه کننده که عقد نکاح درست است.

۲۹- هفتم - نظریه علت و معلوم در قصد انشاء - ما می دانیم که علت در هر لحظه پدید آید بلافاصله در

همان لحظه معلوم آن هم پدید می آید. این یک قاعده بدیهی فلسفی است که در طبیعت نمونه های فراوان آن دیده می شود. اما آیا قصد انشاء (که نقطه اوج رضا است) یک علت است؟ اگر یک علت واقعی باشد باید آثار حقوقی ناشی از قصد انشاء بلافاصله و همزمان یا قصد انشاء پدید آید ، و حال این که خلاف این در عقود دیده می شود :

توضیح - ایجاب کننده امروز ایجاب را می گوید و ده روز به طرف مهلت می دهد که قبول خود را اعلان کند، روز دهم که اعلان قبول می کند عقد از همان روز هم محقق می شود نه از تاریخ اظهار ایجاب! همین واقعیت نشان می دهد که :

اولاً - کلمه انشاء به عنوان یک لغت نباید حقوق دان را فریب بدهد و او را به میدان علت و معلول فلسفی بکشاند قصد انشاء، همان اوج هیجان رضا است (شماره ۹-۱۰) که به صورت اخطار درمی آید این یک علت طبیعی نیست.

ثانیاً - در آداب و رسوم ملل و اقوام جهان که آثار عقد را از تاریخ قبول (نه از تاریخ ایجاب) محاسبه می کنند جنبه علت و معلوم به قصد انشاء عاقد نداده اند بلکه به قرار و مدار متعاقبین احترام می گذارند :

ایجاب کننده خواسته است که در صورت قبول طرف خود از تاریخ قبول، آثار عقد بروز کند و همین خواسته قرنها است که جامعه عمل به خود پوشیده است بنابراین صرف نظر از اشتباهات کسانی که پای نظریه علت و معلوم را به قلمرو قصد انشاء در قرون اخیر باز کرده اند باید گفت که قصد انشاء می تواند :

اولاً- نسبت به گذشته نیز بستگی داشته باشد اثر قهقرائی داشته باشد آن چنان که در ترجی (بر وزن تسلی) در این شعر ملاحظه می شود :

قلم این جا رسید سر بشکست کاش بشکسته بود قبلاً از این

ثانیاً- ممکن است به آینده تعلق پیدا کند آن چنان که در ترجی در این شعر می بینیم :

کاش از پس صدهزار سال از دل خاک

چون سبزه امید بردمیدن بودی

نمونه حقوقی این صورت را هر روزه در ایجاب و قبول عقود می بینیم.

برای توضیح بیشتر این مطلب باید قصد انشاء را از نظر ادبی آن چنان که سابقاً وعده دادیم (شماره ۹) به

اختصار مورد مطالعه قرار دهیم :

۳۰- قصد انشاء از نظر ادبی - در ادبیات اسلامی پس از یک رسیدگی طولانی در تمام جملاتی که انسان به

هر زبان تکلم می کند و با توجه به جنس معانی همه جملات، آنها را به دو دسته تقسیم کرده اند :

اول - اخبار - در مورد جملات اخباری باید قبل از سخن گفتن یا در زمان سخن گفتن و یا در آینده واقعیتی

را در نظر گرفت و به عنوان حکایت از آن واقعیت، جمله ای را به زبان راند. هر اقرار کننده واقعیتی را که در

گذشته اتفاق افتاده است در نظر می گیرد و از آن واقعیت خبر می دهد به همین جهت ماده ۱۲۵۹ قانون

مدنی می گوید : « اقرار، اخبار به حقی است برای غیر بر ضرر خود »

این واقعیت خارجی است که مأخذ تشخیص صدق و کذب اخبار است و از همین جا است که می گوید :

اخبار، تابع معنی خود می باشد زیرا کاشف از معنی خود می باشد.

دوم - انشاء - در مورد انشاء، واقعیت خارجی وجود ندارد احساس قلبی انسان با جمله ای بیان می شود مانند

امر و نهی و استفهام و تمنی و ترجی و سوگند. در واقع، این قسم جملات، سبب ابراز احساس آدمی

هستند.

مقصود از انشاء در ماده ۱۹۱ قانون مدنی و مواد دیگر همین معنی است .

۳۱- بین اخبار و انشاء سه فرق هست :

الف - انشاء- سبب مدلول و معنی خود می باشد یعنی جملات انشائی ابراز و اسباب بیان احساس آدمی است

اما جملات اخباری سبب و ابراز بیان احساس آدمی نیست بلکه حاکی از وقایع خارجی است.

ب - مدلول جملات انشائی تابع الفاظ جمله است و حال این که الفاظ جملات خبری تابع وقایع خارجی است که این وقایع، مدلول جملات خبری را تشکیل می دهند پس الفاظ جملات خبری تابع مدلول خود می باشد .

ج - جمله انشائی دروغ و راست ندارد بعکس جمله خبری.

۳۲- ملاحظه - چون گفته اند که جمله انشائی سبب مدلول خود می باشد اخیراً عده ای تصور کرده اند که باید پای نظریه علت و معلوم فلسفی را به جملات و الفاظ بگشایند! حال آنکه مقصود این است که جملات انشائی ابراز بیان احساس آدمی می باشند و این احساس ممکن است به صور مختلف، تصور شود و دیدیم که در عقود، احساس ایجاب کننده این است که اثر عقد از تاریخ قبول (یعنی در آینده) پدید آید و این شاهد خارجی آن چنان دلیل قوی است که تأویل کردن آن نه جنبه علمی دارد و نه قابل قبول است. نتیجه - اگر قصد انشاء به آینده تعلق می گیرد مانعی ندارد که به گذشته هم تعلق بگیرد.

قصد انشاء به تنهایی موجد حق نیست بلکه تابع طرز احساس آدمی و قرار و مدار طرفین و شناسائی عرف و عادات و قانون است و ما سابقاً (شماره ۲۹) چند شعر را ذکر کردیم که از مطالعه آنها به خوبی معلوم است که احساس آدمی هم به گذشته و هم به آینده تعلق پیدا می کند همین طرز احساس است که در علم حقوق و زندگی قضائی، به صورت محتوای عرف و عادت در می آید. قانونگذاران این افتخار را دارند که در حقوق خصوصی به احساس انسانی احترام می گذارند و این احترام گذاری سرمایه شخصیت قانونگذاران است فاصله از این نکته، نزدیک شدن به اشتباهات جبران ناپذیر است .

نتیجه - به این ترتیب نظریه علت و معلوم در قصد انشاء (شماره ۲۹) که آفریده اندیشه علیل مکتب فلسفه گرایان است به کلی غلط از کار در می آید و با طبع حقوقی سازگار نیست و اشکالات حقوقی که از نظریه علت و معلوم پدید آمده است هنوز هم راه حل معقول به خود ندیده است (شماره ۳۷) .

۳۳- عقد مکره - عقد مکره به عنوان یک عقد از نظر ما باطل است زیرا یکی از عناصر عقد را ندارد و آن عنصر، قصد انشاء است (شماره ۹) که ملازمه با قصد نتیجه دارد (شماره ۱۳) و انسان مکره برای رفع تهدید از خود در انعقاد عقد، کافی است که قصد الفاظ ایجاب و قبول را کند و نیاز ندارد که قصد نتیجه هم بکند زیرا قصد نتیجه امر درونی است و تهدید کننده از وجود و عدم آن امر درونی همیشه بی اطلاع است و علاقه ای هم بوجود و عدم آن نشان نمی دهد زیرا او همان قصد الفاظ ایجاب و قبول را از طرف کسی که تهدید شده است اماره و دلیل قصد نتیجه تلقی می کند و به این ترتیب ، خود را مقضی المرام می پندارد . اما این دادگاه است که با احراز اکراه از یک طرف و با توجه به این که مکره حاجت به قصد نتیجه کردن ندارد به علت انتفاء قصد نتیجه (و بالملازمه به علت انتفاء قصد انشاء که عنصر عمومی عقود است) عقد مکره را ابطال می کند.

۳۴- اما با توجه به مطلب شماره ۲۹ تا ۳۲ وقتی که از مکره ، رفع تهدید شد او می تواند ما وقع را تنفیذ و اجازه کند و عقد صحیح از تاریخ اجازه بوجود می آید زیرا عنصر مفقود عقد (یعنی قصد انشاء) از این لحظه پدید می آید و چون احساس شخص مکره تعلق به گذشته دارد به همان کیفیت، منشاء اثر حقوقی می شود یعنی عین موضوع عقد مکره (که صورتاً عقد بوده است نه واقعاً) و منافع آن عین از تاریخ انعقاد عقد مکره تعلق به منتقل الیه پیدا می کند عقد مکره (که عقد صوری بود) فقط نقش یک نقطه عطف را برای اجازه مکره دارد و زائد بر این ، نقشی ندارد. توجیه آن به عنوان یکه نقطه عطف، صحیح ترین توجیه است. لکن نظریه علت ومعلوم (شماره ۲۹) تا کنون مانع از پیدایش این توجیه شده بود و چون اغلب حقوق دانان فاقد تحصیلات فلسفی هستند به آسانی سخنان تظاهر کنندگان به فلسفه را می پذیرند و این آسان پذیری از نوعی تقلید، تهی نیست.

۳۵- نتیجه - در هر عقد مکره :

اولاً - یک طرف عقد که مکره نیست قصد انشاء و قصد نتیجه دارد. از این طرف، اشکالی نیست.

ثانیاً - طرف دوم که مکره است قصد انشاء و قصد نتیجه ندارد پس عقد که از دو قصد انشاء باید فراهم شود (شماره ۱۷-۱۸-۱۹) در این جا وجود پیدا نمی کند .

ثالثاً - پس از رفع تهدید و صدور اجازه از جانب شخص مکره نقیصه سابق برطرف شده و عقد صحیح از تاریخ اجازه منعقد می شود .

رابعاً - این عقد اثر قهقرائی دارد. نقطه عطف این عقد صحیح از تاریخ انعقاد عقد مکره است که فقط صورت عقد را داشته است. تأثیر قهقرائی عقود، اشکالی ندارد تنها اشکال آن، نظریه علت و معلوم در قصد انشاء (شماره ۲۹) است که بطلان آن ثابت شد .

۳۶- تناقض در قانون مدنی - قانون مدنی در ماده ۲۵۸ می گوید : « نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض ، اجازه یا رد، از روز عقد، مؤثر خواهد بود ». ملاک این ماده را عقد مکره هم رعایت می کنند قانون مدنی در این ماده :

اولاً - نظریه علت و معلوم را در انتقال عین مال موضوع عقد مکره پذیرفته است یعنی تأثیر قهقرائی اجازه مکره را نپذیرفته است و آن را مغایر با قاعده علت و معلوم شمرده است به همین جهت، عقیده دارد که آن عین ، از تاریخ اجازه منتقل می شود .

ثانیاً - نظریه علت و معلوم را در انتقال منافع عین مال موضوع عقد مکره ، نپذیرفته است یعنی تأثیر قهقرائی اجازه مکره را پذیرفته است! و آن را مخالف با قاعده علت و معلوم ندانسته است . این را می گویند: یک بام و دو هوا یا تناقض گوئی آشکار. وقتی که حقوق دان ناوارد دنبال فلسفه می رود و هوس فلسفه

بافی می کند کارش به این جا می رسد .

تبصره - برخی از مؤلفان هم در عقد مکره (و عقد فضولی) صدور اجازه را سر آغاز عقد جدید دانسته اند لکن از عهده اثبات آن بر نیامده اند گوئی که هنوز در اسارت نظریه علت و معلوم در قصد انشاء (شماره ۲۹) بوده اند .

۳۷- اشکالات نظریه علت و معلوم در قصد انشاء - از این نظریه اشکالات ذیل برخاسته است :

اول - تناقض مذکور در شماره ۳۶ که عیناً از فقه وارد قانون مدنی شده است .

دوم - نظریه شرط متأخر در ایجاب و قبول عقود - به این توضیح : ایجاب کننده موقع ایجاب کردن، قصد انشاء دارد و مبیع را (مثلاً) از همان لحظه به مشتری تملیک می کند زیرا لازمه علت بودن قصد انشاء نسبت به معلوم خود، همین است اما شرط مؤثر بودن ایجاب، قبول مشتری است زیرا ایجاب به تنهایی در عقود، تأثیری ندارد پس آن شرط (یعنی قبول مشتری) که در تاریخ مؤخر بر ایجاب ، اظهار می شود باعث مؤثر افتادن ایجاب می شود!

انتقاد - اگر قواعد فلسفی باید رعایت شود باید گفت که شرط ، از نظر فلسفی باید جلوتر از مشروط ، پدید آید با استدلال عقلی شوخی نمی توان کرد .

سوم - در عقد مکره چون مکره، رضا ندارد (ولو آن که قصد داشته باشد) پس تراضی وجود ندارد و حال این که عقد بدون تراضی نمی تواند وجود داشته باشد .

برای جواب جواب دادن به این اشکال ، حقوق فرانسه و حقوق مدنی ما (به پیروی از فقه) هر یک اظهاراتی به شرح ذیل می تواند داشته باشند :

یک - حقوق فرانسه - مکره ، رضای معیب دارد پس تراضی در عقد مکره وجود دارد .

ملاحظه - جواب این اظهار قبلاً (شماره ۲۴ تا ۲۶) داده شده است .

دو - حقوق مدنی ایران - تراضی، عنصر عقود نیست چون قصد انشاء، غیر از رضا است، درست است که در عقد مکره، رضا نیست اما قصد انشاء وجود دارد و عنصر عمومی عقود، توافق دو قصد انشاء است نه توافق دو رضا.

ملاحظه - قبلاً (شماره ۹-۱۰) اثبات شد که رضا و قصد انشاء با وجود فرقی که دارند دو موضوع جدای از یکدیگر نیستند قصد انشاء بخشی از رضا است یعنی نام رضا در نقطه هیجان و اخطار به طرف مقابل، قصد انشاء است پس توافق دو رضا عنصر عمومی عقود است و عقد مکره نه تنها به علت فقدان قصد انشاء مکره (شماره ۱۶) بلکه به علت فقدان تراضی نیز (که از عناصر عمومی عقود است) نمی تواند یک عقد صحیح باشد بلکه به کلی باطل است .

۳۸- حدود قصد نتیجه - در اثناء بحث از عنصر دوم عقود (شماره ۹ تا ۳۷) کوشیدیم تا در سطح وسیع، ماهیت آن را بشناسیم. قصد و رضا که به صورت دو عامل نفسانی عقود در قانون مدنی (ماده ۱۹۰ قانون مدنی) درآمده است واقعاً مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفت و دو گانگی آنها مورد انتقاد واقع شد در عین حال به فرق مختصر آنها اشاره شد و در واقع ما از یک روانشناسی قضائی سخت و سنگین به کنار آمدیم و راه را برای بهشناسی عقد فضولی و عقد مکره (عقودی که تأثیر قهقرائی دارند) هموار کردیم . معذالک شناسائی میزان وسعت و قلمرو قصد نتیجه (که شامل جمیع عقود و ایقاعات است) کار آسانی نیست که به این اندازه فیصله پذیرد . مثال ذیل که عملاً اتفاق افتاده است شاهد زنده این دعوی است : بین دو نفر ، عقد صلحی منعقد شد که مصالح ، غبن فاحش دید لکن متصلح ، حاضر به جبران خسارت او نگردید ، مصالح برای علاج کار با انعقاد یک عقد صلح دیگر نیم دانگ یکی از املاک دیگر خود را به متصلح داد و موفق به فسخ عقد صلح اول شد. آیا عقد صلح دوم که مسبوق به اکراه از جانب متصلح اول بوده است مشمول آثار عقد مکره است :

با اجتماع دو شرط ذیل ، عقد صلح دوم یک عقد مکره است :

الف - طرفین عقد اول دسترسی به دادگاه صالح جهت طرح دعوی غبن نداشته باشند .

ب - متصالح عقد اول آمادگی خود را برای رسیدگی به دعوی غبن (ولو از راه داوری) اعلام نکند و عکس این حالت (آمادگی) از او ظاهر شود .

با اجتماع این دو شرط ، مصالح عقد اول ، تحت شرائط اکراه اقدام به صلح دوم کرده است و عقد صلح دوم یک عقد مکره است و بالملازمه قصد نتیجه ندارد . احساس بود و نبود قصد نتیجه در مسائل قضائی در عمل نیاز به دقت و حوصله فراوان دارد .

۳۹- قصد نتیجه در حقوق مدنی و حقوق کیفری - ممکن است بین قصد نتیجه ای که در عقود و ایقاعات مورد بحث است با قصد نتیجه ای که در بزه ها مورد گفتگو است و شباهت بسیار هم به یکدیگر دارند فرق لازم را نگذارند در این جا باید به اختصار به این فرق توجه کرد تا ضمن این توجه ، حدود قصد نتیجه (شماره ۳۸) از نظر حقوق مدنی روشن شود :

در حقوق جزا برای تصور درست قصد نتیجه بزهکار ، به تمام محتوای ضمیر او به یاری امارات و قرائن و اوضاع و احوال ، توجه می شود تا هر چه بیشتر حقیقت ، کشف شود اما در حقوق مدنی فقط به بخشی از محتوای ضمیر عاقد (یا ایقاع کننده) توجه می شود. در سیستم حقوقی اسلامی و قانون مدنی ما به پیروی از آن این بخش از محتوای ضمیر عاقد را چگونه می توان شناخت ؟

برای شناسائی این بخش راه آسانی وجود دارد : الفاظ یا نوشتجات یا اشارات و اعمالی که بیان کننده قصد انشاء عاقد (یا ایقاع کننده) هستند محتوایی دارند این محتوی است که به اندازه ای قصد نتیجه را نشان می دهد ، اگر زائد بر این محتوی ، در ضمیر عاقد مطلبی وجود داشته است که اظهار نشده است در

اصطلاحات حقوقی ما نام آن ، غرض یا داعی است که نقشی در انعقاد عقود و آثار آنها بازی نمی کند . پس

همه محتوای ضمیر عاقد (در حین انعقاد عقد) نباید مورد توجه حقوقدان مدنی و قاضی مدنی واقع شود و حال این که قاضی کیفری باید به همه محتوای ضمیر بزهکار در ارزشیابی قصد نتیجه توجه کند این فرق مهم بین قصد نتیجه مدنی و قصد نتیجه کیفری است .

۴۰- نتیجه - در شماره ۲۲ گفتیم که قصد لفظ ایجاب و قبول ، اماره بر قصد معنی آن الفاظ و اماره بر قصد انشاء و بر قصد نتیجه است ، نیز گفتیم که این یک اماره نسبی است و اثبات خلاف آن ، میسر است . اکنون اضافه می کنیم که اثبات خلاف آن ، فقط در وقتی میسر است که مدعی ادعاء کند بر اثر وقوع اکراه ، قصد نتیجه نداشته است . چون اماره مذکور فقط نسبت به قصد نتیجه اماره است نمی توان از راه اثبات داعی (غرض) مخالف قصد نتیجه ، قصد نتیجه را از اعتبار انداخت .

مثال - شخصی به گمان این که مهمان او طبق وعده شام را نزد او صرف می کند مقداری اغذیه خریده و شام را آماده می کند اما مهمان خلف وعده می نماید . داعی و غرض بر بیع اغذیه ، پذیرائی از مهمان بود ولی در قصد نتیجه که محتوای ایجاب و قبول است انعکاس از آن داعی و غرض دیده نمی شد . آیا می توان دعوی بطلان بیع مذکور را طرح کرد ؟

چون داعی نقشی در عقود ندارد این دعوی شنیده نمی شود و قصد نتیجه ی مذکور به علت مغایرت با داعی هرگز از اعتبار نمی افتد.

۴۱- نتیجه عدمی - نتیجه وجودی - نتیجه در قصد نتیجه می تواند نابودی یک اثر حقوقی (که اسقاط نامیده می شود) باشد ولی غالباً نتیجه عقد یا ایقاع ، یعنی نتیجه در قصد نتیجه ، امور وجودی مانند تملیک و تملیک و علقه زوجیت و ایجاد حالت وثیقه (در رهن و عقد ضمان و بیمه) می باشد . صلح اسقاط در فقه اسلام یکی از عقود ، با قصد نتیجه عدمی است و هم چنین است افراز به تراضی .

۴۲- اخبار از انشاء اگر کسی یک سال پیش مال منقول یا غیر منقول را فروخته باشد امروز که یک سال از

آن تاریخ گذشته است می تواند اقرار به وقوع آن بیع کند چون بیع یک عقد است و هر عقدی متکی بر قصد انشاء است پس عقود ، امور انشائی هستند و چون اقرار ، اخبار است (ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی) پس اقرار مذکور به بیع ، اخبار از انشاء است . اخبار از انشاء است . اخبار از انشاء ، اشکالی ندارد . اگر تاریخ بیع (یا تاریخ انشاء) را در ضمن اقرار بیان نکند فرض این است که آن بیع در نزدیک ترین لحظه به زمان اقرار واقع شده است . در فقه اسلام ، اخبار از انشاء را ضمن عنوان (اقرار در مقام انشاء) آورده اند و حال این که « اخبار از انشاء » عنوان وسیع تری است و شامل سه مطلب ذیل می شود .

الف - اقرار به عقد و یا ایقاع .

ب - شهادت بر وقوع یک عقد یا یک ایقاع .

ج - دعوی وقوع یک یا یک ایقاع .

۴۳- قصد نتیجه در بیع شرط - ماده ۴۶۳ قانون مدنی می گوید : « اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع ، حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن ، مجری نخواهد بود » .

قصد حقیقت بیع نکردن ، یعنی چه ؟ آیا مقصود این است که قصد نتیجه نداشته است ؟

جواب ، منفی است زیرا اگر قصد نتیجه نداشته باشد بیع باطل است و حال این که قانونگذار می گوید :

احکام بیع ، مجری نخواهد بود یعنی احکام عقد دیگری غیر از بیع ، مجری خواهد بود و صحیح خواهد بود

مگر این که گفته شود که نظر مقنن در این ماده این است که بایع ، قصد نتیجه بیع را ندارد لکن قصد

نتیجه عقد دیگر (مانند رهن) را دارد در این صورت از نظر یک عقد رهن ، فاقد قصد نتیجه نخواهد بود .

نظر به این که مغایه عنصر عقد و در بیع شرط غالباً قصد رهن و عنصر مغایه در عقد رهن وجود ندارد پس

بایع شرطی به علت فقدان مغایه نتیجه بیع را ندارد (شماره ۹۰) .

۴۴- قصد نتیجه در نکاح محلل - نکاح محلل در ماده ۱۰۵۷ قانون مدنی به این شرح پیش بینی شده است:

« زنی که سه مرتبه متوالی زوجه یک نفر بوده و مطلقه شده است بر آن مرد حرام می شود مگر آنکه به عقد دائم به زوجیت مرد دیگری در آمده و پس از وقوع نزدیکی با واسطه طلاق یا فسخ یا فوت، فراق حاصل شده باشد » ازدواج این زن را با مرد دیگری که در این ماده گفته شده است اصطلاحاً نکاح محلل می نامند .

بسیاری از مردان که اقدام به نکاح محلل می کنند در همان حین عقد نکاح قصد دوام نکاح را ندارند بلکه به عکس ، قصد طلاق دادن را هم دارند تا زوجه بتواند به ازدواج سابق خود ازدواج کند .

آیا این عقد به علت فقدان قصد نتیجه دوام ، باطل است ؟ نتیجه عقد نکاح دائم این است که علقه ی زناشوئی بدون این که محدود به مدت باشد پدید آید. اگر محلل ، بر خلاف این نتیجه در حین عقد ، مطلبی در ضمیر خود دانسته باشد ولی بیان نکند آیا این نکاح ، فاقد قصد نتیجه است ؟

اگر ایجاب و قبول در عقد نکاح محلل مقرون به اوضاع و احوالی باشد که دلالت بر فقدان قصد نتیجه کند صحت این عقد نکاح محلل تأمل است (شماره ۸۴) اشکال در این است که معمولاً این اوضاع و احوال وجود ندارد .

آیا طلاق که در مدت بسیار کوتاه پس از نکاح محلل واقع می شود اماره عرفی فقدان قصد نتیجه در حین عقد نکاح محلل می تواند باشد ؟

اماره عرفی با توجه به غلبه در این گونه موارد هست اما در روابط خانواده استناد و به این اماره عرفی برای دادگاه ها روا نیست و نص باید در این گونه موارد وجود داشته باشد .

۴۵- قصد نتیجه در رجوع به مطلقه - در رجوع زوج به زوجه در ایام عده دو نظر وجود دارد :

یک - فعلی که زوج نسبت به زوجه انجام می دهد موقعی عنوان رجوع را دارد که :

اولاً - فعل ارادی باشد .

ثانیاً - قصد نتیجه (یعنی قصد رجوع) هم ضمن آن فعل شده باشد بنابراین اگر زوج در عده با تصریح به این که قصد رجوع ندارد اقدام به مواجهه کند این فعل ارادی او رجوع محسوب نمی شود .

ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی همین نظر را دارد که می گوید : « رجوع در طلاق به هر لفظ یا فعلی حاصل می شود که دلالت بر رجوع کند مشروط بر این که مقرون به قصد رجوع باشد ».

دو - فعلی که زوج دربارهٔ زوجه انجام می دهد باید ارادی باشد هر چند که قصد رجوع نکند پس در مثال بالا عمل مواجهه رجوع محسوب است .

سوم - منجز بودن قصد انشاء

۴۶- به عنوان سومین عنصر عمومی عقود این موضوع را طرح می توان کرد :

قصد انشاء که نقطهٔ اوج هیجان رضا در مرحلهٔ اخطار به طرف مقابل است می تواند به یکی از دو صورت ذیل درآید :

یک - به صورت بدون شرط و قید نسبت به واقعه ای که در آینده ممکن است اتفاق بیافتد مانند خرید و فروش های هر روزه در اشیاء مورد نیاز برای زندگی از قبیل خرید نان و گوشت و لباس و غیره . این قسم را عقد منجز می نامند .

دو - به صورت با شرط و قید . در واقع هر یک از متعاقبین در این عقد ، موافق مشروط هستند و رضای آنان رضای مشروط است .

چون با توجه به مطالبی که سابقاً راجع به بطلان نظریهٔ علت و معلوم در قصد انشاء (شماره ۲۹-۳۲) گفته قصد انشاء می تواند به گذشته و آینده تعلق پیدا کند یعنی اثر قصد انشاء از آینده پدید آید بنابراین قصد انشاء می تواند معلق باشد و تعلیق در قصد انشاء مانع تحقق عقد نمی شود .

۴۷- ماده ۱۸۹ قانون مدنی هم تعلیق در قصد انشاء را تصور کرده و گفته است :

« عقد منجز آن است که تأثیر آن ، بر حسب انشاء ، موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود ». از این ماده معلوم نمیشود که قانونگذار ، عقد معلق را صحیح میدانند یا باطل زیرا معلوم نیست که در مواد ۱۸۴ تا ۱۸۹ قانون مدنی اقسام عقود صحیح را می شمرد یا اقسام عقود بطور اعم (از صحیح و فاسد) را . اما از ماده ۶۹۹ قانون مدنی معلوم است که مقنن ما به پیروی از فقه امامیه تعلیق در قصد انشاء را موجب بطلان عقد ضمان (و در نتیجه موجب بطلان همه عقود) میدانند . این ماده می گوید : « تعلیق در ضمان مثل این که ضامن ، قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد »

معنی ماده این است که در عقد ضمان با توجه به ماده ۶۸۴ قانون مدنی دو مرحله جداگانه ذیل دیده می شود :

الف - مرحله انعقاد عقد ضمان که به موجب آن ، ضامن خود را متعهد می کند و مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده می گیرد این جا مرحله قصد انشاء است و تعلیق را در این مرحله موجب بطلان عقد ضمان دانسته اند زیرا قصد انشاء را علت آثار حقوقی عقد ضمان دانسته اند و علت از نظر فلسفی نمی تواند معلق باشد یعنی علت فلسفی که معلق مفهوم و معنایی ندارد زیرا علت آن است که به محض پیدایش ، معلوم همزمان با آن پیدا شود .

همانطور که ملاحظه می کنید این استدلال ، عام است و اختصاص به عقد ضمان ندارد و همه اقسام عقد معلق (مانند بیع معلق و اجاره معلق) را فرا می گیرد . پس از نظر قانون مدنی یکی از عناصر عمومی عقود صحیح ، این است که قصد انشاء در آنها منجز باشد .

ب - مرحله عمل به تعهد ناشی از عقد ضمان (یا ایفاء تعهد) - گفته اند : ایفاء تعهد ناشی از عقد ضمان ، ممکن است معلق باشد همان طور که در بیع نسبه ایفاء تعهد مشتری به دادن ثمن ، معلق بر انقضاء مدت

معینی است (ماده ۷۲۳ قانون مدنی)

۴۸- نتیجه - از نظر قانونگذار مدنی : (بقیه دارد)

منابع:

- ۱- حقوق مدنی - صلح و رهن (چاپ اول) - ص ۲۱۳
- ۲- عناوین میر فتاح - ص ۱۰۳ - منیه الطالب - تقریرات نائینی جلد یک ص ۲۶ - ۳۳ - ۳۹ - ۴۹ - مکاسب شیخ انصاری - ص ۸۵ - جامع الشتات - ص ۱۸۲ - حاشیة کمپانی ص ۵ - ۱۳۸ - ۱۳۹ - (جزء دوم) عوائد الایام نراقی - ص ۲ - ۳ - ۴۳
- ۳- کتاب مذکور - ص ۸۰ شماره ۸۴ - ۸۵ و ص ۱۰۵ - شماره ۱۱۰ - ۱۱۱
- ۴- الفتاوی الکبری - جلد ۳ - ص ۴۸۵
- ۵- ماده ۸۶۹ ق - م و ماده ۱۶۵ قانون مالیاتهای مستقیم سال ۱۳۴۵
- ۶- کتاب مذکور - ص ۱۰۰ شماره ۱۰۳ - ۱۰۴ - ۱۰۵
- ۷- ابن تیمیه - القیاس فی الشرع الاسلامی - ص ۲۳
- ۸- به عنوان نمونه صفحه ۱۷۴ - ۱۷۵ جلد دوم رسائل ابن عابدین فقیه بزرگ حنفی دیده شود (مکتب های حقوقی در حقوق اسلام - ص ۲۰۲ شماره ۲۲۴/۳ به بعد) بعضی از مؤلفان اهل سنت عقود را به دو قسم تقسیم کرده اند : عقد وثیقه و امانت - عقد تملیک (القواعد فی الفقه الاسلامی ابوالفرج عبدالرحمان حنبلی ص ۲۷۴)
- ۹- مکتب های حقوقی در حقوق اسلام - ص ۲۰۶ - شماره ۲۲۹/۳ و ۲۳۰/۳
- ۱۰- بعضی از مؤلفان معاصر ما فقط در این فرض ، عقد را تملیکی نامیده اند که اصطلاح تازه ای است و ارتباطی به « نظریة تملیک » در حقوق اسلامی و مدنی (ماده ۳۳۸ ق - م) ندارد .
- ۱۱- دوره حقوق مدنی - عقد ضمان - ص ۷۸ - شماره ۸۰ - ۸۱ - ۹۰ مکتب های حقوقی در حقوق اسلام - ص ۲۰۲ شماره ۲۲۳/۳ به بعد - دوره حقوق مدنی - صلح و رهن ، ص ۲۱۸ - شماره ۱۲ (در کتاب اخیر هنوز سوابق تاریخی مطلب راجع به تملیک به خوبی بدست نیامده بود و از اصطلاح تازه « عقد تملیک - عقد عهدی » پیروی شده است که بعداً به کنار نهاده شد) .
- ۱۲- این مرحله را (هاجس) نامیده اند .
- ۱۳- این مرحله را (خاطر) نامیده اند .
- ۱۴- این مرحله را (هم) نامیده اند .

- ۱۵- سید محمد کاظم طباطبائی - سؤال و جواب - ص ۱۴۱- ۱۴۲- ۲۲۳- ۳۰۱ - حاشیة مکاسب ۷۶- ۷۸- ۸۲
- ۱۶- این مرحله را عزم یا جزم نامیده اند . سیوطی در کتاب الاشباه والنظائر خود پنج مرحله برای بحث بالا به این صورت در نظر گرفته است .
- الف - هاجس . اولین لحظه ورود فکر در ضمیر که بعداً رشد کرده به صورت رضا در می آید .
- ب - خاطر . لحظات پیش از تردید در ترک یا فعل آن فکر یعنی لحظاتی که فکر وجود دارد ولی به تردید نرسیده است .
- ج - حدیث نفس . لحظاتی که فکر پس از مدت کوتاهی درنگ ، در نشیب و فراز و تردید می افتد .
- د - هم . لحظه تبدیل تردید به انتخاب یک طرف تردید . که در این جا رضا متولد می شود .
- هـ - نقطه اوج هیجان (یا قوت گرفتن قصد) که عزم و جزم نامیده می شود . (کتاب مذکور - ص ۲۹) تصور واقعیت مرحله دوم خالی از اشکال نیست .
- ۱۷- شمس الدین محمد (شهید اول) قصد انشاء را دلیل اثبات رضا دانسته است او می گوید (العمده فی العقود هو الرضا الباطن و الانشاء وسیله الی معرفته !) کتاب قواعد ص ۷۳- انتقاد - قصد انشاء ، عنوان دلیل را ندارد این بدیهی است .
- ۱۸- شرح ارشاد اردبیلی - ص ۵۰۳- سطر ۱۰- ۲۴- ۳۳- مفاتیح الشرایع (خطی)- فیض کاشانی - ص ۳۵۱- ۳۵۲- متاجر حدائق (جلد ۴)- ص ۷۱- سطر ۲۸ به بعد - شهید اول - قواعد - ص ۷۳ - اعلام الموقعین - جلد ۴ - ص ۴۳ - جلد ۳ - ص ۲۵۳
- ۱۹- سید محمد کاظم طباطبائی حاشیة مکاسب - ص ۶۱- ۶۴ نائینی - فوائداصول جلد یک ص ۶۹- شماره - ص ۲۸۹- ۵۴۵- ۵۴۸- ابن نجیم - الاشباه و النظائر - ص ۱۱۶- ردالمحتار - جلد ۴ - ص ۵۰۷- ابن حجر - الفتاوی الكبرى - جلد ۲- ص ۱۹۹ - لسان الحکام ص ۱۰۴
- ۲۰- مطالب شماره ۹۱- ۲۳۵ تا ۲۳۸- ۲۷۰ کتاب « تأثیر اراده در حقوق مدنی » که در آن زمان تحت تأثیر آثار سه قرن اخیر فقه تنظیم شده است اکنون مورد قبول راقم این سطور نیست .
- ۲۱- سید محمد کاظم طباطبائی حاشیة مکاسب - ص ۱۱۲- ابن قیم - زاد المعاد - جلد ۴ ص ۳۸- مکاسب شیخ انصاری - ص ۱۱۹- ابن قیم اعلام الموقعین - جلد ۳- ص ۸۱- ۱۵۹- ۱۶۲- ابن تیمیه - الفتاوی الكبرى - جلد ۳ ص ۱۴۸- ۱۵۸- قواعد شهید - ص ۴۱
- ۲۲- مکاسب شیخ انصاری - ص ۱۲۱ سطر ۳۶ (غفلت مزبور هم مربوط به متأخرین است) .
- ۲۳- مناهل ص - ۱۵۴ مکاسب شیخ انصاری ص - ۱۱۸- ۱۲۰- ۱۲۱- اعلام الموقعین جلد ۳ ص ۸۰- ۱۱۴- ۱۲۴- ۱۳۰- ۱۳۶- ۱۵۷- ۱۵۹- ۱۶۲- سید محمد کاظم طباطبائی - حاشیة مکاسب ص - ۱۱۲ اغاثه اللهفان - جلد ۲ ص ۲۴ .
- ۲۴- Contrat unilateral مجموعه محشی قانون ثبت - تألیف راقم این سطور ص ۹۰- ۹۸ .
- ۲۵- مکاسب شیخ انصاری - ص ۹۸ نائینی - منیه الطالب جلد یک ۱۱۰- ۱۱۱ .

- ۲۶- تأثیر اراده در حقوق مدنی - تز - ص ۱۰۱ شماره ۲۹۵ و ص ۱۰۷ شماره ۲۷۶ .
- ۲۷- سید محمد کاظم طباطبائی - حاشیه مکاسب ص ۶۹ .
- ۲۸- اعلام الموقعین - جلد ۳ - ص ۱۶۲ جامع الشتات ص - ۴۲۸ .
- ۲۹- مکاسب شیخ انصاری ص - ۱۱۸ ابن قیم - زادالمعاد - جلد ص - ۳۸ .
- ۳۰- ماده ۱۱۱۷ می گوید :

La convention contractee par erreur, violence ou dol n'est point droit , elle donne Seulement lieu a une action en nulle de plein les cas et de la maniere expliqués a la nullite ou en rescision , dans COLIN- CAPITANT Droit . Section 7 du chapitre V du present titre .civil FRANCAIS T . 2

- این بحث را نباید به ماده ۱۹۹ ق - م و ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی فرانسه ارتباط داد هرگز این اندیشه ظریف اسلامی به خاطر حقوقدانان فرانسه خطور نکرده است .
- ۳۳- کتاب مذکور - ص ۴۲۸ .
- ۳۴- تأثیر اراده در حقوق مدنی - تز - شماره ۵۳۱ تا ۵۳۶ (اضافه باید کرد که با توجه به شماره ۱۶ مطالب گفته شده در این کتاب در حال حاضر عقیده به (اجتماع اکراه و رضا) نداریم زیرا در کتاب تأثیر اراده رضا و قصد انشاء را به پیروی از قانون مدنی فعلی (ماده ۱۹۰) دو موضوع جداگانه تلقی می کردیم و اینک سالها است که از آن عدول کرده و نظر قدامت فقه را اختیار کرده ایم تغییر و اصلاح نظر در مسائل علمی نه تنها بدیع نیست بلکه یک ضرورت است ، ضرورت فرار از عشق به اندیشه خود .
- ۳۵- سید محمد کاظم طباطبائی . حاشیه مکاسب ص - ۶۱ .
- ۳۶- به همین جهت در تعریف انشاء گفته اند : مالا خارج لمعناه یطابقه اولاً یطابقه (شرح فتح القدر - جلد ۵- ص ۷۵) .
- ۳۷- قرانی - الفروق - جلد یک ص - ۲۲ - ۲۳ شهید اول - قواعد ص - ۱۱۲ - (این مؤلف مطالب خود را در این مورد از کتاب قرانی معمولاً می گیرد) اعلام الموقعین - جلد ۳ - ۱۱۴ - ۱۱۷ - ۲۵۳ - ۴۶۳ ابن نجیم الاشباه و النظائر - ص ۲۵۳ قواعد الفضول ص - ۲۹۰ .
- ۳۸- زیرا قبول تملیک بایع را در ایجاب (ماده ۳۳۸ ق - م) به صورت متأخر در آورده اند یعنی قبول مشتری ، شرط متأخر تأثیر ایجاب بایع (به عنوان علت تملیک) می باشد ! و این خلاف اصول فلسفه ای است که مکتب فلسفه گرایان به آن به آن تظاهر میکند .
- (سید محمد کاظم طباطبائی - حاشیه مکاسب ص - ۶۱) .
- ۳۹- مکتب های حقوقی در حقوق اسلام - تألیف نویسنده این سطور ص - ۳۲۰ .
- ۴۰- مانند مسأله غلط به نام (شرط متأخر) که به آن اشاره شد (شماره ۳۲) .

- ۴۱- جامع الشتات ص - ۱۸۳ .
- ۴۲- حنفیه عقد مکره را باطل دانسته اند و می گویند موقع اقباض مبیع ، آن عقد باطل ، مبدل به عقد درست می شود ! اساس علمی مطلقاً برای این نظر ابراز نکرده اند (ردالمحتار - جلد ۴ ص - ۵۰۰ - ۵۰۳ - جلد ۶ ص ۱۳۰ - ۱۳۱ مغنی المحتاج جلد - ۲ ص ۷) .
- ۴۳- ردالمحتار - جلد ۴ - ص ۵۳۷ - اعلام الموقعین - جلد ۳ - ص ۲۵۳ - جلد ۴ ص - ۴۳ - ۱۰۸ لسان الحکام - ص - ۱۰۳ .
- ۴۴- همان طور که در آیه (لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض) نیز دیده می شود . تأویل تراضی به توافق دو قصد انشاء ، عاری از رضا از نوع تأویلات نا مشروع است .
- ۴۵- جامع الشتات ص - ۲۳۹ .
- ۴۶- معذالک این مسأله در این سیستم ، صورت مسلمی هنوز نگرفته است . فقه امامیه که پایه مدنی ما بر آن است موضوع بحث ما در این کتاب است .
- ۴۷- تأثیر اراده در حقوق مدنی (تز) شماره ۱۶۹ - ۱۷۰ - ۵۶۶ - به بعد - ۵۹۱ .
- ۴۸- نائینی - منیه الطالب - جلد یک - ص ۳۴ .
- ۴۹- در این مورد به منابع ذیل می توان مراجعه کرد : قرانی - الفروق جلد ۴ ص ۳۷ سیوطی - الاشباه و النظائر - ص ۳۳۹ - کتاب شرح آراء شورای عالی ثبت - رأی شماره ۳۰۴ - دانش نامه حقوقی - چاپ دوم - جلد اول ص - ۵۹۹ شماره ۹۸ تا ۱۰۱ ص ۵۴۲ شماره ۵ .
- ۵۰- مغاینه یعنی این که طرفین عقد هر یک می کوشد به زیان دیگری حداکثر نفع را در یک عقد بدست آورد و در نتیجه این تلاش که هر گونه گذشت را رد می کند نوعی تعادل اقتصادی بین عوض و معوض بدست می آید ، اگر این تعادل بدست نیاید آنکه متضرر شده است خیار غبن دارد . این خیار از مختصات عقود مغاینه (و مانند بیع و اجاره) است ، ماده ۷۶۱ ق - م دلیل قبول عقد مسامحه و عقد مغاینه در حقوق ایران است .
- ۵۱- زیرا کافی است که مرتهن بداند که رهنینه به قدر وامی که می دهد می ارزد و نیاز ندارد که ارزش دقیق رهنینه را بداند .
- ۵۲- شرایع ص - ۲۱۰ جواهر الکلام جلد ۵ ص - ۳۲۵ کنز العرفان ص - ۳۴۸ .
- ۵۳- به علت تشریح سه طلاق از جانب عمر بنا به گفته ابن قیم در اعلام الموقعین ، نکاح محللدر فقه اهل سنت مسأله بارونقی گردید تا جائی که او خود پیشنهاد می کند که برای احتراز از نکاح محلل باید وقوع سه طلاق در جلسه واحد از بین برود . نکاح محلل در فقه امامیه به علت این که سه طلاق در جلسه واحد واقع نمی شود بندرت اتفاق می افتد و شاید کمتر کسی نمونه ای از آن را دیده باشد .
- (ابن تیمیه - الفتاوی الکبری - جلد ۴ ص - ۸۹ - ۱۴۹ - ۱۵۷) .
- ۵۴- صاحب جواهر الکلام می گوید : (ان الافعال رجوع و ان لم یقصد بها ذلک) نیز می گوید (ضروره تحقق القصد الی الفعل . . . لکن بدون قصد ارلوج و هو امر زائد علی اصل بالفعل اذی یخرج به عن الساهی و النائم)

نیز از قول ابن ادريس می گوید (لاجاه نيه الرجعه اذا تحقق القصد الى الفعل بالطقه و ان كان ذاهلا عن
ارجعه)

کتاب مذکور - جلد ۵ ص ۳۲۹- ابن قییم - زادالمعاد جلد ۴ ص ۳۸ المغنی جلد ۷ ص ۵۲۳- سید محمد کاظم
طباطبائی حاشیة مکاسب ص - ۷۶.

www.bartarakeelm.persianblog.ir

پایگاه حقوقی بر تارک علم: شرح احوال، افکار و آثار دانشمند بزرگ
معاصر، استاد دکتر جعفری لنگرودی
به مدیریت: یونس فاتح پور