

# حاکمیت اراده ظاهری

## در قلمرو اشتباه در اعمال حقوقی\*

- مرتضی کشاورزی ولدانی<sup>۱</sup>
- حسین ناصری مقدم<sup>۲</sup>
- حسین صابری<sup>۳</sup>

### چکیده

یکی از مسائل محل تأمل بین فقها و حقوق دانان، حاکمیت اراده باطنی یا ظاهری و نقش هر یک در اعمال حقوقی است. عمده دلیل طرفداران نظریه اراده باطنی، قاعده فقهی تبعیت عقد از قصد است؛ به این بیان که هر گاه عقد از قصد تخلف ورزد، محکوم به بطلان است. از دیگر سو، عده‌ای نظریه اراده ظاهری را برگزیده و به ایجاب و قبول ظاهری متعاملین نظر دوخته و به قصد درونی توجهی نکرده‌اند. به عبارت دیگر، صرفاً به کاشفیت الفاظ نظری نداشته و قائل به سببیت برای آن شده‌اند. در علم حقوق، نظریه حاکمیت اراده ظاهری بیشتر منسوب به حقوق آلمان است، اما رد پای این نظریه را می‌توان در فقه امامیه

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۹/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۱/۲۹.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد (keshavarzvm@gmail.com).

۲. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول) (naseri1962@um.ac.ir).

۳. استاد دانشگاه فردوسی مشهد (saberi@um.ac.ir).

نیز جستجو کرد. یکی از موارد حاکمیت ارادهٔ ظاهری در فقه، در قلمرو اشتباه رخ می‌دهد؛ به این بیان که اگر در یک عمل حقوقی، اشتباهی از ناحیهٔ متعاملین صورت گیرد، عقد از دیدگاه ارادهٔ باطنی باطل یا غیر نافذ است، چون مقصود متعاملین واقع نشده است (ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد). اما باید دانست که با توجه به اصل لزوم و اتقان معاملات، همهٔ موارد اشتباه در اعمال حقوقی مبطل عقد نیست و حداکثر به عقد قابلیت فسخ می‌بخشد و در مواردی نیز بی‌تأثیر است. این بدان معناست که ارادهٔ باطنی در اینجا حاکم نشده و همان الفاظ متعاملین در عقد کفایت دارد.

**واژگان کلیدی:** اراده، ارادهٔ ظاهری، ارادهٔ باطنی، اشتباه، بطلان، فسخ.

#### مقدمه

اساس و زیربنای انشای معاملات، ارادهٔ اشخاص معامله‌کننده است، اما این اراده، امری مخفی، درونی و نفسانی است. از سوی دیگر، خواسته‌های باطنی برای اینکه از نظرگاه حقوقی مؤثر باشند، باید جنبهٔ بیرونی یابند و توسط یکی از ابزارهای متعارف اعلام اراده، مانند الفاظ، نوشته یا اشاره وجود خارجی پیدا کنند. به عبارت دیگر، ارادهٔ حقیقی از عناصر اصلی و اولیهٔ عقود است که برای ترتیب آثار بر عقود و معاملات باید وجود آن احراز گردد و از آنجا که اراده از اموری است که اطلاع از آن بدون کاشف ممکن نیست، قانون و شرع در اعتماد به الفاظ و دیگر وسایل اعلام اراده، طریقهٔ عرف و عقد را تأیید و آن را قانونی و معتبر اعلام می‌نمایند (قنوتی، ۱۳۸۳: ۵۷).

اینک جای طرح این سؤال است که کدام مرتبهٔ اراده، سازندهٔ اصلی عقد است؟ به عبارت دیگر، آیا عمل حقوقی اعم از عقد یا ایقاع، در مرحلهٔ تکون و تشکیل قصد که به مرحلهٔ انشا رسیده است، تحقق پیدا می‌کند یا در مرحله‌ای که قصد و ارادهٔ درونی به وسیلهٔ گفتار یا عمل آشکار شده است، موجودیت می‌یابد؟ به تعبیر دیگر، آیا اعمال حقوقی اعم از عقد و ایقاع موجودیت خویش را از ارادهٔ باطنی اخذ می‌کند یا از ارادهٔ ظاهری؟ (نقیبی، ۱۳۸۴: ش ۳/۳۴).

چنانچه اساس و بنیان معامله را ارادهٔ باطنی بدانیم، در تمام مواردی که عقد با آن منافات داشته باشد معامله باطل است و در واقع عقد بسته‌شده ظاهری و میان‌تهی است و هیچ تعهدی ایجاد نمی‌کند. بر اساس این دیدگاه، دادرسان به هنگام بروز اختلاف،

به قصد طرفین بیش از معانی عرفی و ادبی کلمات توجه می‌کنند. اما چنانچه اساس در معامله اعلام اراده باشد، مدلول ایجاب و قبول، اماره‌ای است بر قصد باطنی که کسی ادعای اشتباه و اثبات خلاف آن اماره را ندارد؛ زیرا مدلول ایجاب و قبول، اماره قانونی مطلق است و از همین رو، دعوی بر خلاف آن مسموع نیست (قنوتی، ۱۳۸۳: ۵۸).

در فقه امامیه، مفاد روایات «إنما الأعمال بالنیات» و «إنما لكل امرئ ما نوى» و قاعدة مشهور «العقود تابعة للقصد» دلالت دارد بر اینکه عقد تابع اراده باطنی است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲/۲۲۶). از نظر فلسفی نیز باید چنین باشد؛ زیرا در حقوق مذهبی که تمام احکام با اخلاق درآمیخته و به جان و روان معتقدان نیز نظر دارد، دست کشیدن از باطن و قناعت به ظاهر گفتار و کردار دشوار به نظر می‌رسد. فقیهان نیز بسیاری از نتایج مهم حکومت اراده باطنی را پذیرفته‌اند. بنابراین چنانچه اگر کسی به قصد استفهام یا مزاح یا انشای امری دیگر، الفاظ خرید و فروش را ادا کند، بیع واقع نمی‌شود؛ زیرا این الفاظ با مقصود گوینده منطبق نبوده است (همان: ۲۲/۲۲۷).

از این نکته نیز نباید غافل شد که قصد باطنی در صورتی می‌تواند اثر حقوقی داشته باشد که با کاشف خارجی همراه و به گونه‌ای اعلام شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱/۲۴۶). بسیاری از نویسندگان تأکید کرده‌اند که در تمام عقود و ایقاعات، اراده انشاکننده باید اعلام گردد و نیت و تمنا به تنهایی اثر ندارد (طباطبایی حکیم، ۱۳۷۶: ۲۱۰). اما این تنها در مورد نقش کاشفیت الفاظ در عقود است که صاحبان دو نظریه اراده ظاهری و باطنی بر آن هم عقیده‌اند و حامل نظریه سببیت الفاظ نمی‌باشد، در حالی که مباحث دامنه‌داری که درباره الفاظ عقود و چگونگی دلالت الفاظ و اعمال دو طرف عنوان شده است، به خوبی نشان می‌دهد که مؤلفان حقوق اسلامی برای اراده ظاهری اهمیتی بیش از کاشف ساده قائل شده و به نظم در روابط مردم و مفاد عرفی الفاظ توجه کامل داشته‌اند تا جایی که ممکن است نتیجه گرفته شود که در فقه از نظریه اراده ظاهری پیروی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱/۲۴۷).

به هر تقدیر این دو نظریه به عنوان دو رویکرد بین فقها و حقوق دانان وجود دارد و حاوی آثار و نتایج مختلف و بسیاری است که مهم‌ترین آن مسئله جهل و اشتباه است؛ به این بیان که حاملان نظریه اراده ظاهری بر این عقیده‌اند که اگر کسی ادعای جهل یا

اشتباه در بیان مقصود باطنی خود نماید نمی‌توان به آن ترتیب اثر داد. بر اساس این نظریه، ملاک تشخیص جهل و اشتباه، مدلول ایجاب و قبول یا فعل است و به تعبیر برخی از حقوق‌دانان، مدلول ایجاب و قبول اماره‌ای بر قصد باطنی است و این اماره قانون مطلق بوده و ادعای اشتباه و اثبات خلاف آن مسموع نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۲۰۹).

اما بر اساس پیروی از نظریه اراده باطنی، چون پدیدآورنده اصلی عمل حقوقی و ایجاد اثر بر آن، قصد باطنی است و کاشف از قصد و مبرز آن، جنبه طریقت دارد نه سببیت، و در واقع مفاد ایجاب و قبول در آن، اماره نسبی بر قصد باطنی است، هر جا مفاد عقد با قصد باطنی مخالف باشد آن عقد باطل خواهد شد؛ یعنی اگر اراده ظاهری با اراده باطنی مغایر باشد هیچ اثر حقوقی بر آن عقد مترتب نمی‌شود؛ چرا که قصد باطنی به عنوان اساس عمل حقوقی، اگر از شخص مختار صادر شود و آمیخته به جهل و اشتباه نباشد اثر حقوقی خواهد داشت (موسوی، ۱۳۹۳: ۶۸).

اما با تحلیل آرای فقها می‌توان دریافت که تنها در موارد محدود و خاصی که اشتباه در عقود مربوط به جوهر اساسی عقد باشد، این اشتباه باعث بطلان عقد می‌گردد و در اغلب موارد اشتباه از جمله اشتباه در بیان اراده، عقد صحیح می‌باشد و حداکثر غیر نافذ می‌گردد. این بدان معناست که نظریه حاکمیت اراده ظاهری از اتقان و استحکام زیادی در حقوق اسلام برخوردار است و اگر نتوان گفت که نظریه حاکمیت اراده ظاهری، برتری بر اراده باطنی دارد اما می‌توان از حاکمیت و سببیت الفاظ و نه صرفاً کاشفیت آن در اعمال حقوقی دفاع کرد.

## ۱. نظریات فقهی پیرامون اراده ظاهری و باطنی و آثار آن

در مورد اعتبار اراده باطنی و رابطه آن با اعلام اراده، دو مکتب حقوقی عمده در غرب وجود دارد. یکی از این مکاتب در فرانسه و دیگری در آلمان و انگلیس و آمریکا طرفدارانی دارد. در قوانین لاتین، قاعده معروف این است که اراده باطنی را ملاک قرار می‌دهند در حالی که در نظریه جدید آلمان به اراده ظاهری تمایل پیدا کرده‌اند (قنواتی، ۱۳۸۳: ۵۸). در فقه امامیه نیز عده‌ای بنا بر قاعده تبعیت عقود از قصد، جانب

اراده باطنی را گرفته‌اند که البته تحقیق درباره این قاعده، مجالی مستقل و مبسوط می‌طلبد و عده‌ای دیگر به مدلول ایجاب و قبول یا همان اراده ظاهر شده نظر دوخته‌اند.

### ۱-۱. نظریه حاکمیت اراده ظاهری

بر مبنای این نظریه، قصد درونی منشأ اعتبار و اثر حقوقی نیست و عمل حقوقی به عنوان یک پدیده اجتماعی از توافق اراده‌های ظاهری به وجود می‌آید (موسوی، ۱۳۹۳: ۶۴). گرچه منشأ همین اراده ظاهری، باطن است ولی آنچه مبدأ و سبب برای عمل حقوقی است، همین اراده‌های ظاهری هستند که سبب انعقاد عقد می‌شوند. البته این بدان معنا نیست که اراده نفسانی به عنوان یک کیف نفسانی درونی هیچ ارزشی ندارد. به همین جهت، فقها عقد کسی را که در مقام هزل و شوخی است یا الفاظ عقود را در خواب جاری می‌کند به جهت عدم اراده باطنی محقق نمی‌دانند و محکوم به بطلان می‌پندارند. در این نظریه، الفاظ افعال صرفاً جنبه کاشفیت ندارند بلکه خود دارای سببیت و موضوعیت در انعقاد عقد می‌باشند. به همین جهت، ملاک تشخیص اشتباه طبق این نظریه، مدلول الفاظ ایجاب و قبول یا فعل است تا جایی که این مدلول، اماره‌ای مطلق بر قصد باطنی است و ادعای اشتباه در آن بی‌اثر است (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۲۰۹).

فقه‌های امامیه در باب تعریف مفهوم انشا و وجود انشایی تعاریفی مطرح کرده‌اند که گویای حاکمیت اراده ظاهری است تا جایی که گفته‌اند انشا همان قولی است که مدلول آن در مرحله نفس الامر و خارج محقق می‌گردد (عاملی، ۱۳۶۰: ۲۵۲/۱).

برخی دیگر از فقهای معاصر صراحتاً از انشا به اراده مظهره (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۲۱۰) و برخی دیگر از آن به ایجاد المعنی باللفظ تعبیر کرده‌اند (عاملی، ۱۳۶۰: ۲۵۲/۱). بنابراین طبق این نظریه، انشا و وجود انشایی با لفظ و فعل تحقق می‌یابد و ظرف تحقق آن، همان عالم خارج و نفس الامر است، نه عالم درون و ذهن. از این رو، عده‌ای از فقها فتاوی خود را بر اساس این نظریه هماهنگ ساخته‌اند؛ برای مثال، در مورد بیع معاطات با اینکه متعاملین قصد باطنی برای عقد بیع دارند و عمل میرز آن است ولی به جهت اینکه ظاهر معاملات، افاده قصد تملیک را ندارد و قصد باطنی آن‌ها هم به وسیله

تعاطی ظهور نمی‌یابد معاملات را صرفاً موجب اباحه تصرف می‌دانند. همچنین اگر ذکر مدت در مسئله نکاح موقت فراموش شود (فرض اشتباه)، با اینکه قصد درونی و باطنی بر نکاح موقت استوار است اما حکم به نکاح دائم می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۴: ۳۰۵/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۲/۳۰).

البته در این راه، برخی از فقهای اهل سنت جانب افراط را گرفته و گفته‌اند که اگر پدری قصد تزویج دختر بزرگ‌تر خود را داشته باشد ولی به اشتباه اسم دختر کوچک‌تر را ببرد، عقد نکاح بر همان دختر جاری می‌گردد (بحرالعلوم، ۱۹۸۰: ۳۹؛ نقیب، ۱۹۸۸: ۱۰۹).

### ۱-۱-۱. آثار حاکمیت اراده ظاهری

بر فرض قبول حاکمیت اراده ظاهری، آثاری بر اعمال حقوقی مترتب می‌گردد که مهم‌ترین آن این است که مدلول ایجاب و قبول اماره‌ای قانونی بر قصد باطنی است و کسی حق ادعای اشتباه و اثبات خلاف آن اماره را ندارد. به عبارت دیگر، طرفداران این نظریه، وسیله اعلام اراده را دلیل، کاشف و عنصر اصلی تلقی می‌کنند. بنابراین اگر شخصی ادعا کند که آنچه در ضمیر داشته غیر از آن چیزی است که اظهار کردم مسموع نخواهد بود. نظم اجتماعی، ثبات و استواری معاملات بیش از حقوق فردی اهمیت دارد و حفظ این نظم اقتضا می‌کند که اشخاص به مفاد عرفی گفته‌های خود پایبند باشند وگرنه هیچ امنیتی در روابط حقوقی باقی نمی‌ماند و به هیچ گفته و نوشته‌ای نمی‌شود اعتماد کرد (سنهوری، ۱۹۳۶: ۱۷۶).

بنابراین اگر ملاک در قراردادها اراده ظاهری باشد، جهل و اشتباه و حتی اکراه در مقام تحقق عقد و انتقال معانی در نفوذ عقد بی‌تأثیر است. شاید بر اساس همین مبنای حاکمیت اراده ظاهری باشد که برخی فقها معامله صوری به قصد فرار از دین یا استفاده از حيله برای تخلص از ربا را صحیح می‌دانند. بر این مبنا در صورتی که دادرسی نظریه اراده ظاهری را پذیرفته باشد، هیچ الزامی ندارد که در تفسیر عقد، اراده باطنی و درونی دو طرف را بررسی کند، بلکه بر وسیله خارجی ابراز اراده اعتماد می‌کند. به عبارت دیگر آن را تفسیری اجتماعی می‌کند (نه درونی و نفسی) و در این خصوص عرف جاری را ملاک قرار می‌دهد (قنواتی، ۱۳۸۳: ۶۱).

## ۲-۱. نظریه حاکمیت اراده باطنی

از آنجا که عامل اساسی در ایجاد آثار حقوقی، قصد انسان است و کاشف از این قصد طریقت دارد (نه سببیت و موضوعیت)، مدلول ایجاب و قبول، کاشف از قصد باطنی است، مگر خلاف آن اثبات شود. به عبارت دیگر، مدلول ایجاب و قبول، اماره نسبی بر قصد باطنی است و می‌توان خلاف آن را اثبات نمود. به همین جهت، اعلام اراده تنها دلیل و قرینه و کاشف از آن قصد درونی است و در صورت اثبات عکس آن، اراده باطنی ملاک و معیار خواهد بود (همان: ۵۹). نتیجه و اثر حقوقی پذیرش این نظریه، آن است که هر جا مفاد عقد با قصد باطنی مخالف باشد، آن عقد باطل خواهد بود؛ یعنی اگر اراده ظاهری با اراده باطنی مغایرت داشته باشد بر آن عقد هیچ اثر حقوقی مترتب نمی‌شود؛ چرا که قصد باطنی به عنوان اساس عمل حقوقی، اگر از شخص مختار صادر شود و آمیخته به جهل و اشتباه نباشد دارای اثر حقوقی خواهد بود. از فقهای متقدم طرفدار این نظریه می‌توان به شیخ مفید (ر.ک: ۱۴۱۳: ۹۲) و مقدس اردبیلی (ر.ک: ۱۴۰۲: ۲۲/۱) اشاره کرد تا جایی که فیض کاشانی تصریح می‌کند که قدا برای صیغه و لفظ، مطلبی را متعرض نشده‌اند، بنابراین برای انعقاد عقد بیع، مجرد قصد و تراضی کافی است (فیض کاشانی، ۱۴۰۲: ۱۵۵/۳).

## ۲. نظریه اراده به مثابه کیفیت نفسانی (نظر آیه‌الله خویی)

یکی از فقهای معاصر که بر نظریه حاکمیت اراده باطنی تأکید دارد، آیه‌الله خویی است. به باور ایشان، امضای شارع یا عقلاً برای وجود اعتباری، گرچه متوقف بر صدور لفظ و شبیه آن از منشی است، اما این توقف از جهت کاربست لفظ در معنای خود است، نه به عنوان سبب و علت. به عبارت دیگر، وسایل و ابزار انشایی صرفاً کاشف از امور نفسانی هستند؛ یعنی انشا به این معناست که انسان به سبب لفظ یا شبیه آن، امور درونی خود را ابراز می‌کند؛ چه در امور اعتباری مانند عقود و ایقاعات و چه به عنوان صفتی از صفات نفسانی، و حتی در جملات خبری هم این ابراز وجود دارد که قصد حکایت از یک واقعیت داشته و لذا تمام جملات اعم از انشایی و خبری، متضمن اعتباری در خود نفس است (ر.ک: موسوی خویی، بی‌تا: ۹۸/۱).

بنابراین ایشان انشا را عبارت از یک اعتبار نفسانی می‌داند ولی با توجه به اینکه «مافی‌الضمیر» انسان معلوم نیست، کاشف، ابراز شده و از آن پرده برمی‌دارد و به عبارتی استعمال لفظ فوق حکایت از آن دارد که (مثلاً در بیع) در نفس بایع، ملکیت بیع برای مشتری اعتبار شده است و لفظ صرفاً آشکارکننده چیزی است که در نفس عاقد ایجاد شده است؛ یعنی برای ایجاد امر اعتباری مانند وجوب، حرمت، ملکیت و زوجیت، صرف اعتبار نفسانی کافی است و نیاز به لفظ و استعمال کاشف وجود ندارد. بنابراین لفظ در انشا نه تنها علت ایجاد امر اعتباری نیست بلکه در سلسله علل نیز قرار نمی‌گیرد. پس انشا با اعتبار نفسانی محقق می‌گردد، خواه لفظی وجود داشته باشد یا نه؛ یعنی در حقیقت لفظ ابرازکننده مافی‌الضمیر در خارج است<sup>۱</sup> نه به وجودآورنده آن، و وجود آن از حیث ایجاد و اعدام در دست اعتبارکننده است. بر اساس این نظریه، جمله‌انشایی برای ابراز مافی‌الضمیر به کار می‌رود ولی مقصود از آن، حکایت از واقعه گذشته نیست و از این حیث، جملات انشایی مانند حروف تمنی و ترجیحی هستند (همان). آیه‌الله خویی در پاسخ این اشکال فرضی - که اگر انشای عقد را در درون نفس عاقد بدانیم، لازم می‌آید که در مواردی مثل بیع مال مغضوب توسط غاصب به مشتری عالم، عقد را انشاشده بدانیم، در حالی که شارع و عقلا چنین بیعی را باطل می‌دانند - اظهار می‌دارد:

هرچند در چنین مواردی شارع و عقلا ملکیتی برای آن اعتبار نمی‌کنند، ولی بحث ما در مورد خود انشاست، نه اینکه بگوییم عقلا برای بیع غصبی ملکیتی اعتبار می‌کنند یا خیر؛ بلکه مقصود این است که غاصب در بیع مال مغضوب نیز انشای بیع می‌کند، یعنی در نفس خود، ملکیت مشتری نسبت به مبیع و ملکیت خودش نسبت به ثمن را اعتبار می‌کند و الفاظی نظیر «بعث» از اعتبار نفسانی خود پرده برمی‌دارد و امضا نکردن شارع و عقلا به معنای عدم تحقق انشا از ناحیه بایع و مشتری نیست (همان: ۹۹/۱).

به بیان دیگر، شارع با آیاتی مانند ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ حکم وضعی مبنی بر ایجاد ملکیت

۱. «إنَّ الجملة الإنشائية موضوعة لإبراز أمر نفساني غير قصد الحكاية ولم توضع لإيجاد المعنى في الخارج» (موسوی خویی، بی تا: ۹۹/۱).



و اعتبار آن را به وسیله بیع بیان کرده است؛ یعنی شارع بیع عرفی و متداول در جامعه بشری را تنفیذ و امضا نموده است. لذا برای اینکه مقدمه اعتبار ملکیت توسط شارع ایجاد گردد قبلاً باید بیعی در حد عرفی وجود داشته باشد تا مشمول حکم وضعی شارع قرار گیرد و به موجب آن، ملکیت بایع نسبت به ثمن و ملکیت مشتری نسبت به مبیع را اعتبار کند. لذا به نظر محقق خوئی برای تحقق این هدف، متعاقدين بیع را در حد عرفی و در نفس خود اعتبار می کنند و الفاظ و شبیه آن در انشا هیچ تأثیری ندارد (همو، ۱۳۵۹: ۴۰۹/۲-۴۱۰). ایشان برای اثبات ادعای خود دایر بر اینکه آنچه مشهور شده است (مبنی بر اینکه انشا ایجاد معنا به وسیله لفظ است)، مبتنی بر قواعد اصول و فلسفی نیست، می گوید ما از کسانی که در باب انشا روی لفظ تکیه می کنند و معتقدند که ایجاد معنا به وسیله لفظ است، سؤال می کنیم که آیا ایجاد معنا توسط لفظ مربوط به عالم تکوین است یا عالم اعتبار؟ روشن است که نمی توان ایجاد معنا توسط لفظ را مربوط به عالم تکوین دانست؛ زیرا لفظ «بعث» نه در مشتری تغییر تکوینی ایجاد می کند و نه در مبیع، و گفتن «اشتریت» نیز نه در بایع تغییر تکوینی ایجاد می کند و نه در ثمن. بنابراین به نظر ایشان نمی توان ایجاد معنا توسط لفظ را مربوط به عالم اعتبار دانست؛ زیرا لفظ مربوط به عالم ماده و دارای وجود عینی و خارجی است لذا نمی تواند در عالم اعتبار دخالت کرده و وجود اعتباری خلق کند. پس همان اعتبار نفسانی بایع و مشتری بدون دخالت لفظ برای تحقق ملکیت در عالم اعتبار کافی است (همو، بی تا: ۸۸/۱).

## ۱-۲. نقد و بررسی (نظریه مختار)

تحلیل، نقد و ارائه نظریه مختار را در دو فراز پی می گیریم:

۱. در نقد سخنان آیه الله خوئی باید گفت که اعتبار نفسانی صرف متعاقدين را نمی توان به عنوان ایجادکننده وجود اعتباری و انشاکننده عقد دانست؛ زیرا:
  - اولاً: با مراجعه به بنای عقلا و متشرعه درمی یابیم که آن ها برای لفظ و شبیه آن در معاملات موضوعیت قائل اند و آن را صرفاً وسیله و کاشف از انشای معامله نمی دانند؛ مثلاً وقتی شخصی به وکالت صیغه نکاحی را منعقد می کند، آیا در نظر عرف و عقلا

قبلاً عقد منعقد شده و عاقد صرفاً از آنچه در زمان گذشته واقع شده، پرده می‌دارد و آن را آشکار می‌سازد و به عبارتی آیا الفاظ صیغه نکاح کارکردی مثل عقدنامه دارند که حاکی از وقوع عقد در زمان گذشته است یا اینکه در نظر عقلا الفاظ و صیغه عقد دارای موضوعیت است و قبل از تلفظ، عقدی به وقوع نمی‌پیوندد؟ به نظر می‌رسد که در نظر عقلا قراردادهایی که به صورت متعارف بسته می‌شوند حاکی از این امر نیستند که عقد قبلاً منعقد شده است بلکه قرارداد به نفس همین الفاظ انشا می‌گردد و عقلا به صرف اعتبار نفسانی اشخاص اثری مترتب نمی‌کنند (اعظمی چهاربرج، ۱۳۸۴: ش ۱۸/۱۰).

ثانیاً: به عقیده محقق خویی، به دلیل اینکه الفاظ مربوط به عالم حقیقت و واقع هستند نمی‌توانند وجودی را در عالم اعتبار انشا کنند. ولی همین اشکال در مورد اراده نیز جاری است؛ زیرا اراده نیز وجودی حقیقی دارد پس چگونه می‌تواند وجود انشایی را در عالم اعتبار خلق کند؛ چه اینکه اگر دلیلی بر امکان خلق وجود انشایی توسط کیفیات نفسانی وجود داشته باشد، به همین دلیل نیز افعال نفسانی (از جمله الفاظ) می‌توانند وجود انشایی را در عالم اعتبار خلق کنند.

ثالثاً: برخی گفته‌اند که اگر الفاظ و وسایل اعلام اراده را تنها به عنوان کاشف از مافی الضمیر متعاقدين بدانیم، در این صورت ارزش اماره را خواهند داشت و زمانی کاربرد دارند که ما شک داشته باشیم و واقع امری را ندانیم. لذا اگر قبل از آنکه بایع در بیع یا زوجه در نکاح و به طور کلی متعاقدين در هر قراردادی، ضمیر درونی خود را به طریق الفاظ یا سایر طرق ابراز اراده، آشکار سازند یا ما به طریقی دیگر یقین به اعتبار نفسانی آن‌ها پیدا کنیم آیا دیگر نیازی به مبرز خواهیم داشت؟ آیا این مبرز بالاتر کافی است؟ اگر جواب این سؤال منفی باشد، نتیجه می‌شود که الفاظ جنبه موضوعیت و سببیت داشته‌اند؛ لذا قبل از تلفظ چیزی تحقق پیدا نکرده است بلکه با لفظ محقق می‌گردد.

رابعاً: حتی برخی فقهای معاصر در ردّ نظریه آیه‌الله خویی بر این عقیده‌اند که لازمه بیان ایشان این است که «بعث انشایی» نیز به عنوان جمله خبریه مطرح باشد؛ زیرا براساس مبنای خود ایشان که فرق بین انشا و خبر را بیان کرده‌اند، اگر کسی قبلاً خانه‌اش را فروخته باشد و الان بگوید «بعث داری» این جمله خبریه است، در «بعث

انشایی» هم این خبر وجود دارد؛ زیرا ایشان می‌گویند که «بعث انشایی» حکایت از اعتبار نفسانی و مافی‌الضمیر می‌کند و مافی‌الضمیر اگر یک لحظه قبل هم تحقق پیدا کرده باشد «بعث انشایی» همانند «بعث خبری» است و از امری که در زمان قبل اتفاق افتاده حکایت می‌کند و در باب حکایت، فرقی بین حکایت از بیعی که یک ماه قبل اتفاق افتاده با بیعی که یک لحظه قبل انجام شده، وجود ندارد. در حالی که اگر بگوییم که «بعث» هیچ نقشی در تحقق انشا ندارد و انشا در مرحله قبل از گفتن آن در نفس، محقق شده است، لازم می‌آید که «بعث» در تمام موارد، جمله خبریه باشد که مخبر به آن در کم و زیاد بودن زمان گذشته فرق دارد (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۳۸۱: ۱۰۱/۳).

۲. با مراجعه به عرف و سیره عقلا معلوم می‌شود که سیر مراحل اراده مانند تصور و تصدیق و... جنبه مقدماتی برای تحقق انشا و وجود انشایی به وسیله لفظ و شبیه به لفظ دارند و این موجودات اعتباری، مانند بیع، زوجیت و... با خود الفاظ تحقق پیدا می‌کنند و الفاظ صرفاً آلیت نداشته و از آن چیزی که قبلاً در درون تحقق پیدا کرده حکایت نمی‌کنند، بلکه به طور مثال، با خود الفاظ نکاح، زوجیت محقق می‌گردد یا وقتی دو نفر با هم قرارداد امضا می‌کنند، با خود الفاظ عقود یا امضای معامله، عقد تحقق پیدا می‌کند، نه اینکه اینها حاکی از امر محقق در درون باشند (موسوی، ۱۳۹۳: ۷۴). پس الفاظ خود موضوعیت دارند، نه طریقت، وگرنه اگر طریقت محض باشد ممکن است کسی مدعی شود که من چون علم به اعتبار نفسانی بایع یا زوجه دارم لذا آثار ملکیت یا زوجیت را مترتب می‌کنم و پیداست که این نظر قابل توجیه نمی‌باشد. لذا در اعمال حقوقی، موجود انشایی و اعتباری به وسیله الفاظ و شبیه الفاظ مانند عمل به وجود می‌آیند و عرف مردم هم آن را تأیید می‌کند. نمونه آن قراردادهای بین‌المللی است که با امضای سند هویت پیدا می‌کنند. بنابراین می‌توان گفت که با پذیرش این نظریه، دامنه تأثیر جهل یا اشتباه در اعمال حقوقی بسیار محدود خواهد شد و برعکس اگر اساس اعمال حقوقی را قصد باطنی تشکیل دهد و الفاظ صرفاً مبرز باشند، در تمام مواردی که عقد با قصد درونی منافات داشته باشد، باطل خواهد شد.

### ۳. اشتباه و انواع آن در قلمرو اعمال حقوقی

اهل لغت، اشتباه را اختلاط و شبیه بودن چیزی با چیز دیگر دانسته‌اند (ابن منظور، ۱۴۲۶: ۵۰۳/۷) و از اینکه برخی در کتب فقهی و حقوقی، از اشتباه در عقد یا اشتباه در طلاق یا نکاح سخن گفته‌اند، می‌توان نتیجه گرفت که اشتباه به مفهوم جهل بسیط و شک و شبهه به کار رفته است (ر.ک: عبدالناصر، ۱۹۸۸: ۵۵).

به بیان دیگر، اشتباه نمایش نادرست واقعیت در ذهن است و در شمار پدیده‌های روانی می‌آید. در حقوق نیز اشتباه معنای خاصی ندارد و به اعتبار موضوع آن در زمره مسائل این علم قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۳۹۵/۱). البته برخی از فقها اشتباه را به تعارض بین دو اراده واقعی و اعلام آن تعریف کرده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲: ۱۲۸/۲). با توجه به اینکه مدعای اصلی این نوشتار آن است که از منظر حقوق اسلام و ایران، نظریه قصد باطنی به طور کامل مورد توجه قرار نگرفته و در بسیاری از موارد، حاکمیت اراده ظاهری پذیرفته شده است، باید گفت که یکی از همین موارد نزاع در حاکمیت اراده ظاهری و باطنی، عنصر اشتباه در عقود است؛ به این بیان که اشتباه تنها در فرضی می‌تواند موجب بطلان عقد یا عدم نفوذ آن گردد که مربوط به یکی از عناصر و ارکان عقد باشد و در غیر این شرایط عقد باطل نمی‌باشد و حداقل قابل فسخ خواهد بود. این بدان معناست که در موارد اشتباه مبطل، فقها آن را به مانند کسی می‌دانند که اصلاً قصدی برای انعقاد عقد نداشته است. در این صورت باید گفت که عقد به جهت عدم برخورداری از قصد، باطل است؛ این یعنی همان پذیرفتن نظریه اراده باطنی و حاکمیت آن، که موجب بطلان عقد شده است در حالی که اگر اراده ظاهری در این موارد اشتباه حاکم می‌گردید حداقل عقد را قابل فسخ می‌کرد یا حتی اشتباهی بی‌تأثیر بود.

#### ۳-۱. حوزه تأثیر اشتباه موجب بطلان

قبلاً آمد که اشتباهی موجب بطلان معامله می‌گردد که به یکی از ارکان عقد یا ایقاع لطمه‌ای وارد سازد؛ مانند اینکه سبب عرفی یا شرعی آن محقق نشده یا میان عقد و قصد در اجزا و شرایط رکنی، توافقی به عمل نیامده و یا میان ایجاب و قبول در عنوان قرارداد یا موضوع قرارداد که از شرایط و اجزای رکنی است، تطابقی حاصل نشده باشد.

در این موارد به دلیل عدم تبعیت عقد از قصد، عمل حقوقی باطل است و البته در موارد مذکور اگر جهل و اشتباه در اجزا و شرایط غیر رکنی یا شروط ضمن عقدی که مبطل نیستند واقع شود، معامله خیارى خواهد شد و در غیر این دو صورت، اشتباه غیر مؤثر است.

### ۱-۱-۳. اشتباه در موضوع معامله

موضوع عقد یا مورد معامله چیزی است که مطابق توافق طرفین قرارداد، مورد دادوستد قرار گیرد. در ماده ۲۱۴ قانون مدنی آمده است:

مورد معامله باید مال یا عمل باشد که هر یک از متعاملین، تعهد تسلیم یا ایفای آن می‌کنند.

موضوع معامله نیز در اینجا اعم از عوض و معوض یا ثمن و مثن است و در نتیجه اشتباه در موضوع معامله شامل هر دو مورد ثمن و مثن می‌شود؛ مثل اینکه وقتی ثمن به ریال تعیین شد میان ریال عربستان و ایران اشتباه می‌شود و فروشنده به گمان ریال عربستان اقدام به معامله می‌کند در حالی که خریدار قصد پرداخت ریال ایران را دارد (موسوی، ۱۳۹۳: ۲۵۲). از همین روست که قانون مدنی ایران در ماده ۲۰۰ مقرر می‌دارد:

اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد.

نکته قابل تأمل در این ماده، عبارت «خود موضوع معامله» است که فهم این ماده را مبهم ساخته است. در پیشینه وضع این ماده از قانون مدنی باید گفت که نویسندگان قانون مدنی ایران، ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه را به دو ماده ۲۰۰ و ۲۰۱ تجزیه و ترجمه نموده‌اند که در آن تنها به دو اشتباه اشاره شده است؛ یکی اشتباه در خود موضوع معامله و دیگری اشتباه در شخص عاقد که علت عمده عقد است که در ماده ۲۰۱ قانون مدنی ذکر شده است. در ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه نیز کلمه «خود» یا «substance» ذکر شده و اشعار می‌دارد که اشتباه هنگامی موجب بطلان (نسبی) قرارداد است که مربوط به خود موضوع معامله باشد. اضافه کلمه «خود» به موضوع قرارداد به مفهوم آن است که هر اشتباهی در موضوع معامله، موجب بطلان یا عدم نفوذ آن نیست، بلکه اشتباهات خاصی در موضوع مد نظر است و متبادر به ذهن آن است که اشتباه در جنس موضوع معامله یا عدم تحقق موضوع مورد نظر در خارج، موجب

عدم نفوذ معامله است و اوصاف موضوع بیرون از خود است؛ یعنی مابینت قصد و موضوع عقد موجود، موجب بطلان یا عدم نفوذ است، نه اوصاف و شرایط آن؛ زیرا اولاً اشتباه در اوصاف، موجب خیار فسخ و داخل در بحث خیار است و ثانیاً این تحلیل از خود موضوع را ماده ۳۵۳ ق.م.هم تأیید می‌کند که هر گاه چیز معین به عنوان جنسی خاص فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد، بیع باطل است.

### ۱-۱-۱-۳. بررسی آرای فقها درباره اشتباه در خود موضوع معامله

فقه‌های امامیه اشتباهات مبطل و مؤثر را منحصر در اشتباه در ذات موضوع معامله، اشتباه در نوع عقد و اشتباه در شخص طرف معامله می‌دانند. درباره اشتباه در خود موضوع معامله یا به تعبیر فقها اشتباه در ذات موضوع معامله و حوزه تأثیر آن اختلاف است. عده‌ای خود موضوع معامله را تحت عنوان «جنس موضوع معامله» مورد بررسی قرار می‌دهند و عده‌ای دیگر دامنه ذات موضوع معامله را توسعه داده و همه آن را تحت عنوان اوصاف جوهری یا ذاتی مورد معامله قرار می‌دهند. به طور کلی از دیدگاه فقه اسلام، اشتباه در موضوع معامله در سه محور مطرح می‌گردد:

### ۱-۱-۱-۳. اشتباه در جنس موضوع معامله

مراد از جنس، همان ماده اصلی تشکیل دهنده مورد معامله است؛ مانند طلا بودن انگشتر یا چوبی بودن میز یا نخی بودن پارچه که اشتباه در این موارد، موجب بطلان عقد خواهد بود؛ مانند اینکه مشتری قصد خرید طلا داشته باشد و شیئی را به گمان طلا بودن بخرد که جنسش در واقع شیشه است (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۱۳: ۱۷۸/۱). در لسان فقها، کلمه «جنس» مکرر به کار رفته است؛ مثلاً در بیع سلف یا سلم، از معلوم و مشخص بودن مبیع گفته می‌شود و این مشخص بودن به ذکر جنس و وصف رافع جهالت، منوط می‌گردد (عاملی جبعی، ۱۳۷۷: ۲۳۰/۴) یا در مورد تحقق ربا، صحبت از برابری دو کالای هم جنس به میان آمده است (همان). اما باید دانست که مراد از جنس در اینجا، تعریف اختصاصی اهل منطق و فلسفه نیست که در جواب «ماهو» و بر افراد مختلف الحقیقه بار می‌شود؛ بلکه در اصطلاح فقها حقیقتی است که در علم منطق به آن نوع می‌گویند و بر افراد متفق الحقیقه بار می‌گردد؛ برای مثال، گندم یک جنس است و تحت مفهوم

آن انواع گندم وجود دارد. حال طبق مبنای هر دو اصطلاح، اشتباه در جنس و نوع موجب بطلان است؛ زیرا آنچه مقصود متعاملین نبوده واقع شده و آنچه مقصود متعاملین بوده واقع نشده است (ما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد) و بدیهی است که این از مصادیق بارز تخلف از قصد می باشد.

### ۳-۱-۱-۲. اشتباه در اوصاف جوهری موضوع معامله

باید دانست که اوصاف موضوع معامله، بیرون از حقیقت موضوع است و در قلمرو عنوان «خود موضوع» قرار نمی گیرد، بلکه خود موضوع، همان جنس و ذات موضوع است که اشتباه در آن موجب بطلان معامله است. اما در تحلیلی که فقهای معاصر ارائه می دهند مراد از جنس موضوع معامله، جنس به مفهوم عرفی است و برخی از اوصاف هم داخل در حقیقت موضوع معامله است، نه مفهوم فلسفی که بر افراد مختلف الحقیقه حمل می شود و نه به مفهومی که فقهایمانند شهید ثانی از جنس، نوع منطقی را اراده نمودند، بلکه به جنس، مفهومی عرفی داده و اوصاف ذاتی را هم داخل در موضوع معامله دانسته اند؛ برای مثال هر گاه موضوع معامله، گندم دیم باشد ولی بعد از معامله معلوم شود که گندم آبی است یا گلدان عتیقه ای مورد معامله قرار گیرد، ولی بعد از عقد معلوم شود که گلدان جدید است، به لحاظ فلسفی و منطقی، جنس این دو نوع گندم یا دو نوع گلدان واحد بوده و ماهیت یکسانی دارند ولی از دیدگاه فقهی و حقوقی، جنس این دو یکسان نیست و اشتباه در آن موجب بطلان است (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۴۱۵/۱). عده ای از فقها (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۱۱۴/۴؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۴۱) اوصاف را اموری دانسته اند که در ماهیت مال دخالت دارد و با اختلاف آن، ثمن مختلف می شود و با ثبوت و انتفای آن، گرایش مشتریان نسبت به کالا متفاوت می شود. بنابراین شکی نمی ماند که اگر اشتباه در وصف و تخلف در آن باشد، موجب بطلان عقد است (یعنی وصفی که داخل در حقیقت معامله و مقوم بیع باشد). در این صورت جهل به وصف و اشتباه در آن، سبب مغایرت بین معقودعلیه و موجود خارجی شده در نتیجه معامله محکوم به بطلان است؛ مانند کسی که عبد کاتب را می خرد ولی بعداً معلوم می شود که وصف مذکور مفقود است، در این صورت معقودعلیه با آنچه در خارج

است مغایرت دارد؛ چون معقود علیه عبد کاتب است ولی آنچه در خارج واقع شده، عبد غیر کاتب است و به دلیل مغایرت، معامله باطل می‌شود و این مورد مثل اختلاف در جنس موضوع معامله است که شخصی عبد حبشی می‌فروشد ولی بعداً معلوم می‌شود که حمار حبشی است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۲: ۴۲۰/۸). طبیعی است که اگر وصف مذکور به صورت اشتراط یا قید باشد نظریه بطلان نیز موجه است. سیدمحمدکاظم یزدی نظریه بطلان را در این فرض چنین توجیه می‌کند که اگر اشتباه در وصف مقوم موضوع رخ دهد، از دیدگاه عرف، آن موجود خارجی به عنوان موضوع عقد تلقی نمی‌شود و اگر به همین مورد رضایت داده شود، نیاز به معامله جدید است و اما اگر وصف مذکور غیر مقوم بود و عرف آن را به عنوان قید انشا تلقی نکرد، در این صورت هرچند اشتباه در وصف مذکور موجب تخلف قصد و رضا می‌گردد ولی به دلیل تعدد مطلوب، معامله صحیح است؛ زیرا در عبد فروخته شده دو چیز مطلوب مشتری است؛ عبد و کاتب بودن که با انتفای یک مطلوب، مطلوب دیگر باقی است و لذا با اشتباه در وصف، به موضوع لطمه وارد نشده و قاعده «العقود تابعة للقصد» در اینجا جاری می‌باشد. اما اگر از قصد متعاقدین واقعاً قیدیت وصف فهمیده شود نه تعدد مطلوب، به طوری که بدون وجود آن وصف، رضی به معامله نمی‌شوند، در این صورت، اشتباه در وصف موجب بطلان معامله است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۳: ۵۹/۲). میرزای نایینی نیز تفاوت قائل می‌شود میان اوصاف موضوع که مقوم بوده و از ارکان معامله و عنوانی برای دو عوض می‌باشند و ثمن در مقابل آن‌ها قرار می‌گیرد که اشتباه در آن‌ها موجب بطلان معامله می‌گردد و اوصافی که رکن معامله محسوب نمی‌گردند که در نتیجه عدم بطلان و صرفاً حق فسخ در فرض اشتباه را در پی دارد (غروی نایینی، ۱۳۷۳: ۱۳۵/۲). برخی دیگر از فقها تفصیل بین وصف مقوم و غیر مقوم و حکم اشتباه در آن را در مسئله خیار اشتراط و رؤیت بیان کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۳۱-۳۲۸/۳).

### ۳-۱-۱-۳. اشتباه در هویت موضوع معامله

یکی دیگر از موارد اشتباه مبطل که در فقه و حقوق قابل بررسی است، اشتباه در هویت موضوع معامله است که در عرض اشتباه در خود موضوع معامله قرار دارد. وجه



اشتراک اشتباه در خود موضوع معامله و اشتباه در هویت موضوع معامله در فقه اسلام آن است که هر دوی آن‌ها در قرارداد مؤثر بوده و موجب بطلان آن می‌شوند و شاید از این جهت بوده که عده‌ای هر دو را تحت یک عنوان و یک مفهوم مورد مطالعه قرار داده‌اند. اشتباه در هویت موضوع وقتی حاصل می‌شود که هر یک از متعاملین، چیز جداگانه‌ای را قصد می‌نمایند و دو عنصر ایجاب و قبول هر یک، ناظر به شیء جداگانه‌ای است یا متعلق تعهد طرفین، دو امر مستقل است؛ مثل اینکه فروشنده قصد فروش خانه را کرده و خریدار قصد خرید باغ را نموده است، در حالی که در قرارداد، هر یک از متعاقدین باید همان چیزی را قبول نماید که دیگری آن را ایجاب نموده است. پس هر گاه هر یک از طرفین، دو موضوع مختلف را قصد نمایند، اشتباه در هویت موضوع معامله رخ می‌دهد. این تعبیر از اشتباه را برخی از حقوق‌دانان معاصر (امامی، ۱۳۸۱: ۱۸۷/۱) با توجه به ماده ۲۰۰ قانون مدنی ایران مطرح کرده‌اند؛ مثلاً هر گاه کسی به مغازه برود و قیمت پیراهنی را بپرسد و آن را بخرد و بعد در موقع تسلیم معلوم شود که فروشنده قیمت زیرپیراهنی را گفته و آن را فروخته است این معامله نسبت به هیچ یک از پیراهن و زیرپیراهن واقع نمی‌شود (همان). البته در نقد این نظر باید گفت که هرچند برخی از فقهای امامیه در فرض عدم تطابق ایجاب و قبول قائل به بطلان مطلق معامله شده‌اند (موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۷۱/۲)، اما استنباط این حقوق‌دانان در بطلان این معاملات با استناد به مواد ۱۸۳، ۱۹۴ و ۳۳۹ قانون مدنی ایران، این است که از شرایط اساسی صحت معامله و عقد، توافق دو اراده و تطابق ایجاب و قبول است و ماده ۲۰۰ قانون مدنی با وجود اینکه با صراحت از عدم نفوذ معامله سخن گفته است اما در نظر این حقوق‌دانان با تفسیری وسیع، به بطلان تفسیر می‌گردد. به نظر می‌رسد که این تفسیر وسیع، از ماده ۷۶۲ قانون مدنی اتخاذ شده باشد که اشتباه در مورد صلح را صریحاً موجب بطلان معرفی کرده است. هرچند نظریه بطلان به لحاظ نظری قوی‌تر است ولی ظاهراً نظریه عدم نفوذ از لحاظ مزایای عملی، بیشتر قابل دفاع است؛ چون اگر عقد ناشی از اشتباه، غیر نافذ باشد سرنوشت عقد فقط در دست کسی است که در اشتباه بوده است و او می‌تواند معامله را تنفیذ یا رد کند در حالی که اگر نظریه بطلان عقد پذیرفته شود طرفی هم که اراده کامل داشته است حق دارد از این بطلان استفاده

کند و از اجرای تعهد خویش سر باز زند.

### ۲-۱-۳. اشتباه در نوع عقد معامله

مطابق مواد ۱۸۳ و ۱۹۴ قانون مدنی، هر یک از متعاملین باید قصد انشای عقدی را بنمایند که دیگری آن را قصد می‌کند. در ماده ۱۹۴ آمده است:

الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن انشای معامله می‌نمایند باید موافق باشد، به نحوی که احد طرفین، همان عقد را قبول کند که طرف دیگر قصد انشای آن را داشته است و الا معامله باطل خواهد بود.

برای مثال، شخصی قصد فروشی مالی را می‌کند و طرف دیگر به گمان هبه، آن را می‌پذیرد. در اینجا هیچ کدام از دو عقد بیع و هبه واقع نمی‌شوند؛ زیرا ایجاب و قبول ربطی به هم ندارند و بدیهی است که ضمانت اجرای این نوع اشتباه به دلیل عدم تطابق ایجاب و قبول، موجب بطلان است (همان: ۲۳۵/۳).

### ۳-۱-۳. اشتباه در شخص طرف معامله

فقه‌های امامیه در تبیین شرایط صحت معاملات، اعم از شرایط متعاقدين و شرایط دو عوض، برخی عناصر از قبیل قصد و اختیار را شرط صحت یا نفوذ معاملات می‌دانند (عاملی جعی، ۱۳۷۷: ۲۶۶/۳). ولی در هیچ یک از این شرایط، پیرامون شخصیت طرف معامله به عنوان یک قاعده بحث نمی‌شود که طرف قرارداد چه کسی است. اما باید دانست اشتباه در قراردادهایی که معامله به اعتبار شخصیت طرف عقد انجام می‌گیرد، مؤثر در عقد است تا جایی که قانون مدنی ایران نیز در ذیل ماده ۲۰۱ از آن به «شخصیت طرف عمده عقد» تعبیر کرده است. از همین منظر، فقه‌های امامیه صورت عدم تطابق از ناحیه بایع و مشتری را مطرح کرده‌اند؛ مثل اینکه زید خطاب به عمرو می‌گوید: «بعتك داری بكذا» و عمرو می‌گوید: «قبلت البیع لخالد» یا خالد می‌گوید: «قبلت البیع لنفسی بكذا». برخی از فقه‌های معاصر نظیر آیه‌الله خویی معتقدند که در این مورد بیع باطل است به جهت اینکه ایجاب و قبول بر مورد واحدی مانند دو قسم گذشته وارد نشده است. ممکن است در این میان اشکالی مطرح شود که اعتبار تطابق ایجاب و قبول از ناحیه بایع و مشتری، با آن چیزی که در تعریف بیع آمده است

منافات دارد؛ چون بیع یعنی تبدیل عین به عوضی در جهت اضافه، و لازمه این تعریف آن است که در تحقق مفهوم بیع، بایع و مشتری خاصی لحاظ نشود. حتی اینکه بایع، مالک مبیع یا مشتری، مالک ثمن باشد، مقتضای مفهوم بیع نیست و به همین جهت، بیع فضولی صحیح است و این مسئله با عقد نکاح هم قابل مقایسه نیست؛ زیرا در نکاح تطابق بین ایجاب و قبول از ناحیه زوجین ضروری است؛ زیرا زوجین به منزله دو عوض هستند. اما جواب به این اشکال چنین است که تعریف مذکور درباره بیع اقتضا دارد که میان بایع و مشتری خاص در جایی که عوض و معوض از اعیان خارجی هستند، تطابقی لازم نباشد. اما اگر یکی از آن دو (عوض و معوض) کلی فی الذمه بود، در این صورت، تطابق ایجاب و قبول از ناحیه مشتری ضروری است؛ زیرا ذمه اشخاص از جهت مقدار وثاقت مختلف است و شدت و ضعف دارد؛ چه بسا شخصی به دیگری در امور کوچک اعتماد نکند ولی به شخص دیگر در امور بسیار مهم اعتماد و اطمینان داشته باشد. بنابراین هر گاه زید کالای خود را به عمرو به ۵۰ دینار فی الذمه فروخت در اینجا طرف معامله عمرو است و او نمی تواند این معامله را برای غیر خودش قبول نماید یا شخص دیگری آن را برای خودش قبول کند؛ زیرا ذمه عمرو غیر از ذمه بقیه اشخاص است. پس اگر رضایت به ذمه عمرو شده باشد، مستلزم رضا به بقیه ذمه ها نیست و لذا اخلال به تطابق در این صورت موجب بطلان است (موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۳۳۷/۳). مثال دیگری که در مورد اشتباه در شخصیت طرف عقد وجود دارد این است که هر گاه شخصی زنی را با اوصافی ویژه برای شیر دادن به فرزندش اجیر نماید، بی تردید عقد اجاره در این مورد به جهت شخصیت خاص زن شیرده است و از این رو، هر نوع اشتباه و خطایی، جوهری و اساسی تلقی می شود؛ مانند اینکه بعداً معلوم شود که این زن فاقد وصف مورد نظر مستأجر است که انگیزه اصلی عقد اجاره بوده یا زن شیر کافی ندارد. بدیهی است که در این موارد اجاره باطل است (همو، ۱۴۱۰: ۷۷/۲).

البته در برخی موارد، اشتباه در شخص طرف قرارداد اتفاق نمی افتد بلکه اشتباه در شخصیت محقق می گردد؛ برای مثال، هر گاه شفیع در اوصاف اساسی مشتری (شریک) جدید اشتباه نمود و گمان کرد که شریک جدید، فردی با اوصاف کامل و مناسب برای شراکت است و از ناحیه او هیچ آزاری به وی نمی رسد و به همین جهت

حق شفعه خود را اعمال نکرد. چنین اشتباهی به دلیل عمده بودن شخصیت طرف معامله، مؤثر بوده و این اشتباه عذر است و حق شفعه در این فرض باقی می‌باشد (سنهوری، ۱۹۵۴: ۱۲۸/۲). بدیهی است که در اینجا اشتباه در شخص طرف قرارداد حادث نشده؛ زیرا رضایت شفیع به مشتری جدید عقد نیست بلکه یک نوع اعمال حق ارادی است. یکی دیگر از مواردی که در فرض اشتباه در طرف قرارداد مطرح می‌گردد عقد نکاح است؛ اما با توجه به مبانی اخلاقی و شرعی در تحقق عقد نکاح، ناگزیر باید اشتباه و آثار آن را در این عقد به صورت مضیق تفسیر کرد؛ زیرا اگر اشتباه را در همه موارد موجب بطلان عقد بدانیم، روابط اخلاقی و حقوقی زن و مرد و آثار آن از جمله وضعیت حقوقی فرزندان دچار اختلال می‌گردد. به همین جهت، اشتباه تنها در فرضی موجب بطلان می‌گردد که مربوط به هویت جسمی باشد که مصداق روشن عدم تطابق ایجاب و قبول است؛ مثل اینکه در عقد نکاح، دختری را به مردی نشان دهند و او دختر را بپسندد و در هنگام عقد، خواهر بزرگ‌تر آن دختر را به تزویج وی درآورند. بدیهی است که چنین ازدواجی باطل است، چون فاقد توافق اراده می‌باشد. اما اگر در هویت مدنی فرد اشتباه صورت گرفت، باید همانند اشتباه در وصف، برای زیان‌دیده حق فسخ بر مبنای تدلیس قائل شد (سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۱۱۰/۳).

### ۲-۳. اشتباهات موجب خیار فسخ و بی‌تأثیر

گفته شد که اگر جهل و اشتباه در اعمال حقوقی، مربوط به ارکان و مقومات قراردادها، مانند اشتباه در ماهیت عقد، نوع عقد، خود موضوع یا اوصاف جوهری باشد، در اینجا چون اصلاً اراده‌ای به وجود نیامده و یا اگر به وجود آمده معیوب ماهوی است، در نتیجه موجب بطلان معامله می‌گردد. بنابراین باید گفت که در حقوق اسلام، اشتباه موجب بطلان دایره محدودی دارد و قلمرو آن منحصر به موارد اشاره شده است و غیر از این موارد، داخل در قلمرو اشتباهات بی‌تأثیر یا موجب خیار فسخ می‌باشد. به بیان دیگر، راه حلی که فقه امامیه در اغلب موارد اشتباه به کار می‌برد، بر پایه و اصول و قواعد خیرات است. در این قسمت از نوشتار، موارد و قلمرو این اشتباهات را به اختصار بیان می‌کنیم.

### ۳-۲-۱. قلمرو اشتباهات موجب خیار

#### ۳-۲-۱-۱. اشتباه در اوصاف فرعی

باید دانست که موضوع معامله تنها شامل ذات و جنس موضوع معامله نیست، بلکه شامل اوصاف آن هم می‌شود که مجموع آن‌ها در ایجاد تعادل بین دو عوض نقش اساسی دارد. اوصاف اساسی معامله در بخش‌های قبلی این مقال بررسی شد، اما باید گفت که اوصاف فرعی یا عرضی، بیرون از ذات مورد معامله بوده و تغییر در آن‌ها موجب تغییر در ذات موضوع قرارداد نمی‌شود، بلکه تنها نقش آن‌ها این است که رغبت به انجام معامله را فزونی می‌بخشند و در زمره دواعی التزام قرار می‌گیرند. فقدان این اوصاف و تخلف از آن‌ها در مبادله دو عوض در قرارداد اخلاص ایجاد نمی‌کند و موجب نمی‌شود که بر مبنای قاعده «ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع» اصل معامله منتفی و قرارداد باطل شود، بلکه انتفای این اوصاف و اشتباه در آن‌ها به لزوم عقد صدمه می‌زند، نه به صحت و درستی آن، و به همین جهت، زیان‌دیده حق فسخ دارد (غروی نایینی، ۱۳۷۳: ۲/۱۳۵)؛ یعنی با وجود اینکه این اوصاف قید تراضی نیستند، ولی در روند صدور فعل از انسان و تحقق اراده، ذهن بدون تصور آن‌ها از مرحله تدبیر به رضا منتهی نمی‌شود، اما اشتباه در این اوصاف به حدی نیست که موجب معیوب شدن رضا گردد. بنابراین مراد از اشتباه در اوصاف مذکور آن است که موضوع معامله بر اساس اوصاف و شرایطی منعقد شود، ولی بعداً بر خلاف آن وصف و شرط درآید. در این موارد، برای جبران اشتباه به طرف جاهل حق فسخ داده شده است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۳: ۲/۱۵۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۲۱۸). یکی از مباحثی که در متون فقهی پیرامون اوصاف فرعی و موارد اشتباه در آن بحث می‌شود، فرض اشتباه در اوصاف کمی است. این وصف کمی گاهی ناظر به نقصان است و گاهی ناظر به زیاده؛ برای مثال شخصی زمینی را می‌فروشد به شرط اینکه هزار متر است و قیمت هر متر را هم هزار تومان تعیین می‌کند ولی بعد از معامله معلوم می‌گردد که نهصد متر یا هزار و صد متر بوده است. در این فرض دو احتمال مطرح شده است: نخست اینکه معامله روی ذات زمین و قیمت آن واقع شده است، اما شرط هزار متر بودن مانند سایر اوصاف، قید موضوع

معامله است؛ پس مورد معامله زمین هزار متری می‌باشد و با تخلف شرط و اشتباه در وصف، مشروطه حق فسخ خواهد داشت و احتمال دیگر آن است که شرط مذکور مانند جزء است و در این مثال در برابر هر متر هزار تومان قرار می‌گیرد و گویا به ازای هر متر، قرارداد ببع صورت گرفته است و لذا در صورت کم بودن مترها، بهای آن مقدار قابل استرداد است. صاحب‌جو/هر بیان می‌دارد که بنا به نظر مشهور، مشروطه با امضای معامله، حق دریافت قسمتی از ثمن را دارد؛ یعنی قائل به جزء بودن شرط کمیت شده است، با این استدلال که در مثال مذکور، مورد معامله هزار متر زمین است نه اینکه مبیع خود زمین باشد و هزار متر بودن وصف آن محسوب شود هرچند مقدار معین به صورت شرط ذکر شود، بلکه عرف ثمن پرداخت شده را برابر با هزار متر می‌بیند و نه به صورتی که ثمن در برابر اصل زمین باشد و هزار متر بودن صفت آن. بنابراین مشتری در صورت اشتباه، حق دریافت قسمتی از ثمن را با امضای معامله دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۲۸۸). فرض مورد اشاره، در مورد اشتباه در نقصان بود اما گاهی این اشتباه ناظر به اشتباه در زیاده است؛ مثلاً در فرض مذکور، هزار متر زمین فروخته شده، اما هزار و صد متر درآمده است یا ده کیلوگرم فروخته شده، ولی بعد از معامله معلوم شده که ۱۵ کیلوگرم بوده است. فقها در اینجا گفته‌اند که بایع وقتی کالا را با مقدار خاصی می‌فروشد گاهی نسبت به زیاده (الابشرط) است یعنی شرط عدم زیاده نشده، بلکه غرض از شرط، تصریح به این امر است که کمتر از مقدار مذکور نیست. در این صورت، اشتباه مؤثر نبوده و خریدار مالک تمام کالا است (انصاری، ۱۳۷۵: ۲۸۵). گاهی نیز غرض از شرط این است که مقدار کمتر نباشد و بیشتر هم نباشد. در اینجا اشتباه مؤثر است و دو نظریه وجود دارد؛ یکی اینکه زیاده متعلق به بایع است و وی با مشتری نسبت به زیاده شریک می‌شود و چون شرکت، عیب تلقی می‌گردد مشتری می‌تواند معامله را فسخ کند. نظریه دیگر آن است که بایع در اینجا مخیر است که معامله را فسخ کند یا آن را با همین زیاده، در مقابل ثمن پرداختی امضا نماید. قانون مدنی ایران هم از همین نظریه استفاده نموده تا جایی که در ماده ۲۳۵ مقرر می‌دارد:

هر گاه شرطی که در ضمن عقد شده، شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست، کسی که شرط به نفع او شده خیار فسخ خواهد داشت.

### ۲-۱-۲-۳. اشتباه ناشی از غبن و عیب در معامله

عدم تعادل دو عوض در معامله و جهل به قیمت واقعی، مقوم و محقق کننده موضوع غبن است و بقیه شرایط از حقیقت غبن بیرون می‌باشد. طبیعی است که در این شرایط، حقیقت غبن به عنوان عیب یا ایجاد ضرر ناروا مطرح می‌گردد. بنابراین آن را برای جبران ضرر ناروایی دانسته‌اند که در نتیجه اشتباه متعاملین یا یکی از آن دو در ارزش مورد معامله حاصل شده است و به مغبون حق فسخ معامله را می‌دهد. در عیب نیز این گونه است؛ چون مفاد آن بر پایه ترازی دو اراده با وصف سلامت می‌باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۳۸/۲) و بدیهی است که تخلف از وصف سلامت در موارد اشتباه، ضمانت اجرای فسخ را به همراه دارد.

### ۲-۲-۳. قلمرو اشتباهات بی‌تأثیر

تا این فراز از نوشتار، موارد اشتباهات مبطل یا موجب خیار مورد بررسی قرار گرفت. بنابراین اشتباهاتی که در قلمرو این دو قرار نگیرند، در دسته اشتباهات بی‌تأثیر می‌باشند و اعتبار قرارداد را مخدوش نمی‌سازند؛ یعنی نه آن را باطل و نه به نفوذ آن لطمه وارد می‌کنند و نه حتی موجب خیار فسخ می‌شوند. بنابراین می‌توان گفت که با بررسی و برشمردن موارد اشتباه مؤثر (موجب بطلان و خیار)، به طور قهری موارد اشتباه غیر مؤثر تشخیص داده می‌شود. نظر به اینکه اصل لزوم در معاملات، و استواری و امنیت قراردادها مورد پذیرش همه نظام‌های حقوقی از جمله فقه اسلام است، در دوران امور بین صحت و بطلان یک عقد، بطلان نیازمند دلیل است و اثبات اشتباه مؤثر بر عهده مدعی وقوع آن است و نیز در دوران یک عقد میان لزوم و جواز، اصل لزوم است و امکان فسخ یک قرارداد، قاعده‌ای خلاف اصل است که باید احراز شود (اصل صحت). بنابراین تعیین ضوابط و قلمرو اشتباه مؤثر لازم است، نه اشتباه‌های بی‌تأثیر. پس اشتباهات بی‌تأثیر نه قابل شمارش هستند و نه شمارش آن‌ها ضرورت دارد. در اینجا به چند نمونه اشاره می‌کنیم. به نظر می‌رسد یکی از موارد اشتباهات بی‌تأثیر، اشتباه در دواعی یا انگیزه‌های شخصی باشد. باید گفت که پس از مراحل تشکیل اراده در ذهن، نوبت به تدبر و بررسی فایده آن عمل ارادی است که غرض یا داعی نام دارد و با وجود اینکه از

قوای نفس است بیرون از اراده است. بنابراین ممکن است که این داعی در قلمرو قصد و نیت یکی از متعاملین قرار گیرد، ولی چون در قلمرو تراضی و توافق صریح یا ضمنی متعاملین قرار نگرفته و مکشوف به کاشف قصد نگردیده است، نام آن غرض و داعی می‌باشد و وجود آن با عدمش فرقی ندارد<sup>۱</sup> و تأثیری در عقد نمی‌گذارد؛ مثل اینکه شخصی وارد فروشگاه زیورهای بدلی شود و دستبندی را به پندار اینکه از طلاست، بخرد و فروشنده بی‌آنکه از پندار خریدار آگاه باشد، دستبند را به بهای عادی بدلیجات دیگر بفروشد. سپس خریدار چندی بعد از واقعیت آگاه شده و معامله را بر خلاف قصد و انگیزه خود می‌یابد. این بیع را به عنوان اشتباه در جنس مورد معامله (ماده ۳۵۳ ق.م.ا) نمی‌توان ابطال کرد؛ زیرا دستبند به عنوان طلا فروخته نشده و داعی خاص و نامتعارف خریدار نیز در آن مؤثر نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۴۰۵/۱).

یکی دیگر از موارد اشتباه‌های غیر مؤثر، اشتباه در اوصاف غیر اساسی است که از مفهوم مخالف بعضی از مواد قانون مدنی قابل استنتاج می‌باشد؛ برای مثال، اشتباه در ارزش مورد معامله هنگامی که عرفاً منجر به غبن فاحش گردد، موجب خیار فسخ است. اما اگر نابرابری دو عوض، ماهیت سوددهی تجاری داشته باشد و سودجویی در آن نیز عرفاً عادلانه محسوب شود، احترام به مالکیت اراده و نظام معاملات اقتضا می‌کند که این گونه نابرابری‌ها در صحت و سلامت قراردادها تأثیری نداشته باشد؛ مطلبی که از مفهوم مخالف ماده ۴۱۶ قانون مدنی نیز ظاهر است.

### نتیجه‌گیری

با بررسی آرای فقها روشن شد که معنای محصلی درباره مفهوم قصد و اراده وجود ندارد و گونه‌ای اضطراب در تعاریف فقها وجود دارد. برخی عقد و انشا را تابع اراده باطنی می‌دانند و عده‌ای نیز آن را اراده ظاهر شده می‌پندارند. در این باره که در حقوق اسلام و ایران، آیا نظریه اراده باطنی پذیرفته شده یا اراده ظاهری، از چند دیدگاه می‌توان به این موضوع پرداخت که بررسی همه آن‌ها در این مجال نمی‌گنجد. اما

۱. «ماذا كان الوصف الذي وقع عقد مبنياً عليه من الأغراض الشخصية أو من الأوصاف الخارجية ولم يذكر في العقد لا صريحاً ولا ضمناً، فوجوده كعدمه» (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۴۰۷/۱).



می‌توان گفت که اراده ظاهر شده یا همان مدلول ایجاب و قبول، صرفاً جنبه کاشفیت و مبرزیت ندارد و فتاوی بسیاری نشانگر سببیت این الفاظ و کفایت آن‌ها در تحقق عقد است. بارزترین نشانه درباره حاکمیت اراده ظاهری، موارد اشتباه در عقود است و فقها تنها در فرضی عقد را باطل می‌دانند که اشتباه در ارکان و اوصاف جوهری عقد حاصل شود؛ چون طبق قاعده «ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع» در فرض اشتباه، تطابقی میان قصد باطنی با آنچه واقع شده وجود ندارد و عقد محکوم به بطلان است. اما اشتباهات را در غیر این موارد، به جهت رعایت اصل لزوم معاملات، مبطل نمی‌دانند و حداکثر معامله را قابل فسخ دانسته و حتی اشتباه را در مواردی بی‌اثر می‌دانند. این امر نشانگر حاکمیت اراده ظاهری است؛ چون اگر قصد باطنی حاکم بود، نتیجه طبیعی‌اش بطلان بود، نه عدم فسخ.

## کتاب شناسی

۱. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيله*، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۲. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم افریقی مصری، *لسان العرب*، الجمهورية التونسية، الدار المتوسطة للنشر و التوزيع، ۱۴۲۶ ق.
۳. اعظمی چهاربرج، حسین، «ماهیت انشا»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۰، ۱۳۸۴ ش.
۴. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتاب فروشی اسلامیه، ۱۳۸۱ ش.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، چاپ سنگی، تبریز، ۱۳۷۵ ق.
۶. بحر العلوم، محمد، *عیوب الارادة فی الشريعة الاسلامیه*، بیروت، دار الزهراء، ۱۹۸۰ م.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۰ ش.
۸. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۵۴ م.
۹. هومو، *نظریة العقد*، قاهره، دار الکتب المصریه، ۱۹۳۶ م.
۱۰. سیوری حلی، جمال الدین مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۱۱. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *نهج الفقاهه*، قم، ۲۲ بهمن، ۱۳۷۶ ش.
۱۲. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *حاشیة المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۱۳. عاملی، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، تحقیق عبدالهادی حکیم، قم، چاپخانه آوا، ۱۳۶۰ ش.
۱۴. عاملی جبعی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة دمشقیه*، بیروت، دار العالم الاسلامی، ۱۳۷۷ ق.
۱۵. عاملی کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۱۶. عبدالناصر، جمال، *موسوعة الفقه الاسلامی*، قاهره، المجلس الاعلی للشؤون الاسلامیه، ۱۹۸۸ م.
۱۷. غروی اصفهانی، محمدحسین، *حاشیة المکاسب*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. غروی نایینی، میرزا محمدحسین، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۳۷۳ ق.
۱۹. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *اصول فقه شیعه*، تحقیق محمود ملکی اصفهانی، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۳۸۱ ش.
۲۰. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، *المحجة البیضاء فی تهذیب الاحیاء*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۲ ق.
۲۱. قناتی، جلیل، *مطالعة تطبیقی ایجاب و قبول*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۳ ش.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشار، ۱۳۸۰ ش.
۲۳. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۰۴ ق.
۲۴. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۲ ق.
۲۶. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، *قواعد فقهیه*، تهران، معیاد، ۱۳۷۲ ش.
۲۷. موسوی خمینی، سیدمصطفی، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.

۲۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *البيان في تفسير القرآن*، بيروت، دار الزهراء، ۱۳۵۹ ق.
۲۹. همو، *محاضرات في اصول الفقه*، تحقيق شيخ محمد اسحاق فياض، قم، دار الهادي، بی تا.
۳۰. همو، *مصباح الفقاهه*، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۳ ق.
۳۱. همو، *منهاج الصالحين*، قم، مدينة العلم، ۱۴۱۰ ق.
۳۲. موسوی، سيد صادق، *مباني نظري جهل و اشتباه و آثار آن بر اعمال حقوقی*، تهران، اميرکبير، ۱۳۹۳ ش.
۳۳. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام*، بيروت، دار احياء التراث العربي، ۱۴۰۴ ق.
۳۴. نجفی کاشف الغطاء، محمد حسين بن محمد رضا، *تحرير المجله*، قم، فيروزآبادی، ۱۴۱۳ ق.
۳۵. نقيب، عاطف، *نظرية العقد*، بيروت، عويدات، ۱۹۸۸ م.
۳۶. نقیبي، سيد ابوالقاسم، «نظريات حاکميت ارادة باطنی و ارادة ظاهري در حقوق اسلام و ايران»، *فصلنامه برهان و عرفان*، شماره ۳، ۱۳۸۴ ش.

# تَرْجَمُ حِكْمَهُمَا

## موجز المقالات

### سيادة الإرادة الظاهرية في نطاق الخطأ في الأعمال القانونية

- مرتضى كشاورزى ولدانى (طالب دكتوراه في فرع الفقه بجامعة فردوسى بمشهد)
- حسين ناصرى مقدّم (أستاذ مشارك بجامعة فردوسى بمشهد)
- حسين صابرى (أستاذ بجامعة فردوسى بمشهد)

إحدى المسائل التي ما زالت استأثرت باهتمام الفقهاء والقانونيين هي سيادة الإرادة الباطنية أو الظاهرية، ودور كل واحدة منهما في الأعمال القانونية. وأهم أدلة مؤيدي نظرية الإرادة الباطنية هو القاعدة الفقهية المعروفة بـ«تبعية العقد للقصد»؛ إيضاحه أنه كلما خالف العقد القصد، فالعقد محكوم عليه بالبطلان. وفي الجانب الآخر فئة تؤيد نظرية الإرادة الظاهرية، وركزوا أكثر اهتمامهم على الظاهر من المتعاملين بالإيجاب والقبول، ولم يقيموا للقصد الباطني وزناً قط. بعبارة أخرى لا يهتمون بمجرد كاشفية الألفاظ ودلالاتها، ويرون لها سببية. والمعروف في علم القانون، أنّ نظرية سيادة الإرادة الظاهرية تُنسب إلى القانون الألماني؛ بيد أنه يمكن أن نجد آثار هذه النظرية في فقه الإمامية أيضاً. إحدى حالات سيادة الإرادة الظاهرية في الفقه تحدث في نطاق الخطأ، ممّا يعني أنه إذا حصل خطأ في موضوع حقوق

من جانب أحد الطرفين، فالعقد باطل أو غير نافذ من موقف الإرادة الباطنية، لأنّ مقصود المتعاملين لم يقع (ما قُصِدَ لم يقع وما وقع لم يُقصد). لكن يجب العلم بأنّ جميع حالات الخطأ في تنفيذ القانون ليس يبطل العقد نظراً لمبدأ لزوم المعاملات وإتقانها، وعلى أقصى تقدير تضافى على العقد قابلية الفسخ، وحتى أنّها لا أثر لها في بعض الحالات؛ الأمر الذى يعنى أنّ الإرادة الباطنية فقدت سيادتها وإنّما تجزى ألفاظ المتعاملين فى العقد.

**المفردات الأساسية: الإرادة، الإرادة الظاهرية، الإرادة الباطنية، الخطأ، البطلان، الفسخ.**

## الآلية الفقهية - القانونية للصيانة الدائمة لحقوق المتعلقة بشخصية الإنسان

□ فاطمة قدرتى

□ أستاذة مساعدة بجامعة ياسوج

الحقوق المتعلقة بشخصية الإنسان اليوم تتمتع بآفاق ونطاقات واسعة متنوعة، كما أنّ طرق انتهاكها وخرقها والإخلال فيها يتعدّر إحصاؤها. ففي هذه الظروف وفي حالة وفاة الشخص أو عجزه عن صيانة حقوقه، تبدو من الضرورى دراسة صلاحيات الشخص الثالث أو الورثة باعتبارهم أولياء فى الحماية عن الحقوق المتعلقة بالشخصية. تناولت هذه الدراسة بمنهج وصفى - تحليلي، وبمراجعة المصادر المطبوعة، دراسة تأثير الوفاة فى صلة الأشخاص بالحقوق المتعلقة بشخصياتهم وبيان مكانة ورتبهم بشأن هذا النوع من الحقوق، فى نظرية تفصيلية، وخلصت إلى أنّ الحقّ فى بعض الحالات يُضاف إلى الورثة وفى حالات أخرى يُعترف بنقل الحقّ إلى الورثة وتنفيذهم لذلك الحقّ فقط، وفى بعض الحالات سوف تنحصر صلاحيات الورثة واختيارهم فى نطاق رفع الدعوى للحيلولة دون الإخلال من جانب طرف واحد وإلزام الطرف الآخر بالاحترام.

**المفردات الأساسية: الحقوق المتعلقة بالشخصية، المتوفى، النيابة.**

## مكانة شرط المؤامرة فى خيار الشرط من منظور الفقه الشيعي

□ أبو الفضل عليشاهي قلعة جوقى (أستاذ مشارك بجامعة ياسوج)

□ عليرضا ملاشاهي (طالب دكتوراه فى فرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامى بجامعة ياسوج)

يتفرد خيار الشرط بميزة خاصة بين الخيارات، إذ إنه يُعدّ نتيجة إرادة طرفي العقد. يستطيع طرفا العقد في خيار الشرط، أن يشترطاً بأن الطرف ذا الخيار بعد استشارة شخص ثالث يعمل برأيه فيما يخص تنفيذ العقد أو رده، ويُصطلح على هذا الشرط بشرط المؤامرة أو الاستشارة أو الاستيمار. وفيما يتعلّق بشرط المؤامرة، هناك سؤالان: لماذا يؤدّي اشتراط المؤامرة إلى سلب حق التنفيذ أو ردّ العقد من جانب المؤامر قبل الاستشارة؟ ما العمل إذا عمل المؤامر خلاف رأى الشخص الثالث؟ وخلصت هذه الدراسة في الردّ على السؤال الأول إلى أنّه لا يحقّ للمؤامر قبل الاستيمار، أن ينفذ العقد أو يردّه، ولا يترتب على تنفيذ الخيار أى أثر؛ لأنّ الخيار لا يُفترض مستقلاً عن شرط المؤامرة. وفي الإجابة على السؤال الثاني، يمكن القول بهذا الموقف حالتان؛ الأولى: حينما يستشير المؤامر مستشاره ويوصيه المستشار بتنفيذ العقد، ففي هذه الحالة يثبت وجوب تنفيذ العقد على المؤامر، ووجوب التنفيذ هذا إمّا لأنّ شرط خيار الفسخ لم يتحقّق وبالتالي ينتفى الفسخ وإمّا لأنّ تنفيذ العقد، من المقتضيات الطبيعيّة للعقد نفسه. الثانية: أن يأمر المستشار بالفسخ، ففي هذه الحالة يملك المؤامر حقّ الفسخ، وله الخيار في فسخ العقد أو تنفيذه. بعد التعرّف على ماهيّة المؤامرة، سلّطت هذه الدراسة الضوء على آراء الفقهاء وأدلّتهم على المواضيع المذكورة، وتمّ إثبات الآراء المطروحة بمنهج استدلالى.

المفردات الأساسيّة: خيار الشرط، شرط المؤامرة، المستأمر، عدد المستشارين.

## خيار التفليس ومقارنته مع شرط حفظ المالكية في القانون الفرنسى

□ غفّار كلهر (طالب دكتوراه في فرع القانون الخاص بالجامعة الحرّة الإسلاميّة بطهران)

□ سيّد عزّة آلّه عراقى (أستاذ بالجامعة الحرّة الإسلاميّة بطهران)

خيار التفليس والمادّة رقم ٣٨٠ من القانون المدنىّ يخولان البائع حقّ استرداد البضاعة عند إفلاس المشتري. كذلك شرط حفظ المالكية في النظام القانونىّ الفرنسىّ حيث يرى حقّ المالكية للبائع حتّى تسديد الثمن كاملاً من قبل المشتري ويعترف بحقّ البائع في استرداد المبيع عند إفلاس المشتري. هذه المقالة دراسة ووصف وتحليل لخيار التفليس وشرط حفظ المالكية على ضوء القوانين المصادق عليها في كلّ من النظام

القانونی الإيراني والفرنسی، تفید النتائج بأن هذين النظامين القانونيين على الرغم من الفوارق المتعددة بينهما، يلتقيان في قضية إفلاس المشتري، ويحول كلاهما حق استرداد المبيع للبائع عند إفلاس المشتري.

المفردات الأساسية: خيار التفليس، الإفلاس، استرداد المبيع، شرط حفظ المالكية.

## إطالة أخرى على دور القبض في وضع الرهن؛ دراسة مقارنة في قانون الإسلام، إيران وفرنسا

□ سعيد حبيبا (أستاذ مشارك بجامعة طهران)

□ هادي شعباني كندسري (طالب دكتوراه في فرع القانون الخاص بجامعة طهران)

تمثل هذه المقالة إطالة أخرى على دور القبض في وضع الرهن عسى أن تخرج بصيغة حل ناجعة تُقترح على النظام القانوني الإيراني عبر دراسة الموضوع في القانون الإسلامي والفرنسي بمنهج مقارن. والسؤال المطروح في هذا المقال كما يلي: أيلزم احتذاء حذو القدامى فيما يتعلق بدور القبض حيث يدور الحديث حول لزوم القبض أو عدم لزومه في صحة القبض أم يجب التفريق والتمييز بين مختلف الأموال والممتلكات نظرًا إلى تنوع الأموال والممتلكات المختلفة وحيثياتها وسماتها. وخلصت الدراسة إلى أنه يجب في القانون الإسلامي - كما هو الحال في القانون الفرنسي - التمييز بين الأموال المنقولة والعقارية (غير المنقولة) كقاعدة: ويجب في صحة الرهن اشتراط القبض المستمر للأموال المنقولة، والتخلي عن القبض في الأموال العقارية (غير المنقولة). لذلك يعرض الباحثان النتيجة المستخلصة على الجهات المعنية لأخذها بنظر الاعتبار في التعديلات المستقبلية لتشريع القانون المدني.

المفردات الأساسية: القبض، شرط الصحة وعدم الشرطية، الأموال المنقولة والعقارية (غير المنقولة)، التسجيل، عدم قابلية الاستناد.

## التبعض في التقليد؛ إرادة في ثوب الرخصة

□ أردوان أرجنغ (أستاذ مشارك بجامعة آية الله الحائري)

□ محسن تسليخ (طالب دكتوراه في فرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة ياسوج)

سيرة ذوى النهى ودأب أولى الحجى فى قضايا الدين وفروعه كسائر شؤون الحياة، مراجعة ذوى الخبرة والدربة. هذا الرجوع، تمهيد لاتباع المجتهدين، ويسمى «التقليد». والمكلفون عادة يقلدون مرجعًا واحدًا. هناك ظروف وعوامل شتى فى عصرنا، تتطلب الرجوع إلى أكثر من مرجع واحد؛ هى كالتالى: تنوع الموضوعات، تعقيد قضايا الحياة على كافة الأصعدة والمجالات مما بلغ مبلغًا لا يكاد يصدق، وكذلك عمق هذه القضايا وامتدادها وشموليتها وتعدد أبعادها ومناحيها، وما تثيره التقنيات من المسائل باستمرار ولحظة بعد أخرى، فى وجه الإنسان ومستقبله، وتفرع الفقه والتفقه إلى فروع واختصاصات. ومن جهة أخرى سترك الفتاوى الغربية عن معرفة المتطلبات الواقعية والأساسية، تأثيرات هدامة (ربما لا يمكن التعويض عنها) فى المكلفين والمجتمع. تناولت الدراسة هذه، وفق حاجات المجتمع والنزعة التخصصية، إمكانية التقليد المتزامن لأكثر من مرجع فى أبواب وفروع خاصة من الفقه (أى التبعض فى التقليد)، واستعرضت مختلف الآراء، بالنقد والتحليل، لتختار فى خاتمة المطاف فكرة جواز التبعض فى التقليد أو بالأحرى ضرورتها، اعتمادًا على أدلة عديدة. فالحكم بالإرادة والقصد (فوق الرخصة)، صيغة حلّ تستند إلى أدلة قاطعة دامغة من جهة، وإلى ضعف الآراء المنافسة المعارضة ونحوها من جهة أخرى، فإذا كان التبعض فى التقليد اليوم على مستوى توصية ورخصة، إلا أنه فى العاجل القريب (وإن كنا نراه اليوم)، ضرورة وإرادة.

المفردات الأساسية: التبعض، التقليد، الجواز، اللزوم، الأدلة، الرخصة، الإرادة.

## مفهوم الحقّ فى الإطار الفكرى لـ «لفقه المدنى» و «الديموقراطية الغربية»

□ جعفر كبيرى سمرزدة

□ عضو الهيئة العلمية بالجامعة الحرة الإسلامية بمشهد المقدسة

مفهوم الحقّ يمثّل أحد المفاهيم الأساسية فى المباحث القانونية والدينية والسياسية، ويُعدّ أحد مبادئ الديموقراطية وأسسها. فى عصر الحداثة وبظهور مفكرين وفلاسفة كتوماس هوبز، وجون لوك، انسلخ مفهوم الحقّ عن روافده وخلفياته الأخلاقية والإلهية، والتقى مفاهيم وقضايا كالحرية، والاختيار والسلطة الفردية. ومنذ ذلك الوقت طفا فى الأدب الفلسفى والسياسى على السطح ثنائية ومفارقة الحقّ - التكليف. مفهوم الحقّ فى الفكر



الدينيّ - الإسلاميّ التقليديّ يحظى بتاريخ عريق أيضًا، ونال اهتمام علماء الإسلام خاصّةً الفقهاء . عندما يُستخدَم مفهوم الحقّ على الصعيدين العامّ والسياسيّ للمسلمين يرتبط بمفهوم حقّ سيادة الشعب القائمة على الديمقراطية، وهذا السؤال يخطر على البال: كيف تكون مكانة الشعب وحقّهم في الحكم في نظام دينيّ قائم على الحكم الإلهيّ؟ تمتّ في هذا البحث دراسة مفهوم الحق في نموذج الديمقراطية الغربيّة وسيادة الشعب الدينيّة، ووجهات نظر الفقهاء في خصوص مفهوم الحقّ. بشكل عامّ يمكن تصنيف آراء الفقهاء الشيعة في حقّ سيادة الشعب وتشريع حضورهم، ضمن ثلاثة مواقف: معارضة مطلقة، وموافقة مطلقة، وموافقة مشروطة.

المفردات الأساسية: الحقّ، الحكم، الديمقراطية الغربيّة، الفقه المدنيّ.

## حرمة نفس الكافر؛ مبدأ محايد بالتأكيد على آيات القرآن

□ أمير مهاجر ميلانيّ

□ أستاذ مساعد بمركز دراسات المرأة والأسرة

تناول هذا البحث تحديد دور الإسلام الفقهيّ في احترام نفوس الأشخاص . يذهب أغلبية الفقهاء إلى أنّ المبدأ الأوّليّ بشأن الكافر، عدم احترام حياته . لذلك يرون أنّه إذا لم يكن الكافر ذميّاً، عدّ حربياً، وإذا لم يكن معاهدًا أو مستأمنًا، فهو مهدور الدّم؛ حتّى في حالة حياده . وسعى البحث من خلال إعادة قراءة الأدلّة القرآنيّة للمذهبيّن المشهور وغير المشهور، أن يوضّح الرؤية القرآنيّة العامّة في هذا الخصوص . لذلك في البداية اتّضحت الدلالة الأوّليّة للآيات على ضوء سياق الآيات والتأمّل في كونها حقيقيّة أو خارجيّة، ثمّ خلصت الدراسة بشرح النسبة القائمة بين هاتين المجموعتين من الآيات إلى أنّ الموقف الصحيح هو احترام نفس الكافر المحايد.

المفردات الأساسية: الكافر المحايد، احترام النفس، الحربيّ، الاعتزال، دار الحياد،

الكافر الذميّ.