



قدم به قدم، همراه دانشجو...

WWW.GhadamYar.Com

جامع ترین و به روزترین پرتال دانشجویی کشور (پرتال دانش)
با ارائه خدمات رایگان، تحصیلی، آموزشی، رفاهی، شغلی و...
برای دانشجویان

- (۱) راهنمای ارتقاء تحصیلی. (کاردانی به کارشناسی، کارشناسی به ارشد و ارشد به دکتری)
- (۲) ارائه سوالات کنکور مقاطع مختلف سالهای گذشته، همراه پاسخ، به صورت رایگان
- (۳) معرفی روش های مقاله و پایان نامه نویسی و ارائه پکیج های آموزشی مربوطه
- (۴) معرفی منابع و کتب مرتبط با کنکورهای تحصیلی (کاردانی تا دکتری)
- (۵) معرفی آموزشگاه ها و مراکز مشاوره تحصیلی معتبر
- (۶) ارائه جزوات و منابع رایگان مرتبط با رشته های تحصیلی
- (۷) راهنمای آزمون های حقوقی به همراه دفترچه سوالات سالهای گذشته (رایگان)
- (۸) راهنمای آزمون های نظام مهندسی به همراه دفترچه سوالات سالهای گذشته (رایگان)
- (۹) آخرین اخبار دانشجویی، در همه مقاطع، از خبرگزاری های پربازدید
- (۱۰) معرفی مراکز ورزشی، تفریحی و فروشگاه های دارای تخفیف دانشجویی
- (۱۱) معرفی همایش ها، کنفرانس ها و نمایشگاه های ویژه دانشجویی
- (۱۲) ارائه اطلاعات مربوط به بورسیه و تحصیل در خارج و معرفی شرکت های معتبر مربوطه
- (۱۳) معرفی مسائل و قوانین مربوط به سربازی، معافیت تحصیلی و امریه
- (۱۴) ارائه خدمات خاص ویژه دانشجویان خارجی
- (۱۵) معرفی انواع بیمه های دانشجویی دارای تخفیف
- (۱۶) صفحه ویژه نقل و انتقالات دانشجویی
- (۱۷) صفحه ویژه ارائه شغل های پاره وقت، اخبار استخدامی
- (۱۸) معرفی خوابگاه های دانشجویی معتبر
- (۱۹) دانلود رایگان نرم افزار و اپلیکیشن های تخصصی و...
- (۲۰) ارائه راهکارهای کارآفرینی، استارت آپ و...
- (۲۱) معرفی مراکز تایپ، ترجمه، پرینت، صحافی و ... به صورت آنلاین
- (۲۲) راهنمای خرید آنلاین ارزی و معرفی شرکت های مطرح
- (۲۳)



WWW.GhadamYar.Ir

WWW.PortaleDanesh.com

WWW.GhadamYar.Org

۰۹۱۲ ۳۰ ۹۰ ۱۰۸

باما همراه باشید...

۰۹۱۲ ۰۹ ۰۳ ۸۰۱

www.GhadamYar.com

کلیات عقود

نوشته : دکتر جعفري لنگرودي
معاون سازمان ثبت اسناد و املاك كشور

عقد اساسي ترين بحث خصوصي است . كميت آن از هر بخشي بيشتر است و كيفيت آن از هر مطلبي افزون تر . از اين كه بگذريم عقد بزرگترين منبع تعهدات است كه زير بناي حقوق خصوصي را تشكيل مي دهد . در زبان فارسي و در حقوق ايران ما در كار حقوق تعهدات تازه كار هستيم اما بر فرهنگي بزرگ تكيه داريم كه ما را در اين راه ياري مي دهد . رسم اين است كه عقود را ضمن متب تعهدات مورد بحث قرار مي دهند و حال آن كه عقد يكي از اسباب تعهدات است و اگر قرار باشد كه اسباب تعهدات را هم در كتب تعهدات ، مورد بحث قرار دهند چرا فقط عقد را براي اين كار انتخاب مي كنند و . ترجيح بلا مرجح مي دهند بايد ساير اسباب تعهدات را هم در كتب تعهدات بياورند

گذشته از اين ، عقود خود مباحثي دارد كه اگر قرار باشد حق آن مباحث اداء شود ناگزير بايد بحث عقود (يعني كليات عقود) جدا شدن تا مجال براي تحقيق در اين كليات باشد اين يادداشت ها كه در اين جا ملاحظه مي كنيد طرح كليات عقود به صورت مستقل است كه در صورت توفيق در به انجام رسانيدن آن روزي به صورت يكي از مجلدات شرح قانون مدني كه تا كنون نه جلد آن نوشته شده است خواهد درآمد . . در هر حال مطالعه تازه و ابتكاري است كه از سالها پيش آغاز کرده ام

عناصر عمومي عقود

: عناصر عمومي عقود از قرار ذيل است

اول - تعهد

- هر عقدي دست كم منشاء يك تعهد است مانند عقد وديعه كه امين را متعهد به حفاظت مال مورد وديعه ۱ (مي كند) ماده ۶۱۲ قانون مدني

اما در بيشتر عقود براي هر دو طرف ، تعهد بوجود مي آيد مانند عقد بيع (ماده ۳۶۲ - ۳۷۶ قانون مدني)

: ملاحظه - ماده ۱۸۳ قانون مدني در تعريف عقد مي گويد

عقد عبارت از اين كه يك يا چند نفر در مقابل يك يا چند نفر ديگر تعهد بر امري نمايند و مورد قبول « . » آنها باشد

اين ماده طوري نوشته شده است كه شامل عقودي مي شود كه فقط براي يك طرف ، ايجاد تعهد مي كند در حالي كه بايد طوري نوشته مي شد كه شامل عقدهائي كه براي هر دو طرف ، ايجاد تعهد مي كند نيز بشود . اين ماده ترجمه ماده ۱۱۰۱ قانون مدني فرانسه است كه اين ايراد به آن ماده هم وارد است

ممکن است گفته شود كه مقصود ماده ۱۸۳ قانون مدني اين بوده كه وجود تعهد از يك جانب ، براي تحقق عقد ، كافي است ، اما مي توان سكوت بي مورد قانون ، در مرحله تعريف عقد را كه باعث خروج نوع ديگر عقود (كه براي هر دو طرف عقد ، ايجاد تعهد مي كند) شده است مورد خدشه قرار داد

- تاريخ حقوق - براي اين كه از حقوق بومي نيز آگاه باشيم نظري در اين باب به تاريخ حقوق مي افكنيم ۲ : . مؤلفان فقه اماميه به طرز جالب و آشكار ، تعهد را عنصر عمومي عقود دانسته اند و گفته اند

اولاً - عقد غير از تعهد است . عقد ، منشاء تعهد است . ممكن است در موردی تعهدی باشد ولی آنجا عقدی (نباشد مانند تعهد تلف کننده مال غير) 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 ، ممكن است بلافاصله پس از ایجاب و قبول پدید آید مانند انتقال مالکیت اعیان مالکیت اعیان موجود در خارج در عقر بیع ، و ممكن 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 معذالك يك 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

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

الاصل في العقود رضي المتعاقدين و نتیجتها هو ما اوجباه علي 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

: - رابطه تملیک و تعهد - در حقوق اسلام دو مبناي حقوقي به شرح ذیل دیده می شود۳

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 ملك 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 گزاف 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 يك سال که در طول سال ، چند بار می روید و چیده می شود

- از این گفته ها يك چیز استفاده می شود و آن این است که نظریه تملیک را درست در جهت مخالف ۴ نظریه تعهدات قرار داده اند زیرا در مورد تعهدات ، موضوع تعهد ، ممكن است در زمان انجام ، وجود نداشته باشد مانند تعهد نجار به ساختن يك دست مبل . تعهد موجد هم از همین قبیل است موجد ، 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 . جایی این که تعهد را عنصر عمومی عقود بدانند تملیک را عنصر عمومی عقود دانسته اند

- این فکر که محور فقه اهل سنت است کم و بیش به فقه امامیه هم راه یافت ولی در سایه همت و ۵ : 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 . پدید می آید Obligation de donner حقوق فرانسه

ج - ممکن است نتیجه ؟ آفرینش حق مزبور انتقال مال موجود در خارج نباشد یعنی اساساً موضوع ۶ عقد ، مال موجود در خارج نباشد مانند مبیع بیع سلم و مانند عوضین در بیع کالی به کالی . در این جا تعهد اتمام فعل وجود دارد . مثلاً کارگر در موقع قرارداد کار هنوز تسلط برکاری که بعداً باید انجام بدهد ندارد معذالک به سویی 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 ۳۵ قانون مدنی شامل بیع سلم هم می شود یعنی بیع سلم هم به این معنی یک عقد تملیکی است

- نتیجه - فقه امامیه که تحت تأثیر یک حدیث که جمیع عقود را تعهد دانسته است قرار دارد سرانجام ۷ نظریه تملیک را که در فقه اهل سنت روجه 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

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

. اولاً - با مفهوم تعهد همه جا قابل جمع است

. ثانیاً - اختصاص به انتقال مالکیت عین موجود خارجی ندارد

. از ذیل ماده ۷۲۳ قانون مدنی دانسته می شود هم عموماً جزو تعهدات است

دوم - قصد انشاء

- قصد انشاء ، عامل نفسانی در همه عقود است و از مهم ترین عناصر آن است و مانند همه نفسانیات ۹ : 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 ببانندیشیم 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 يك 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 .

- اما در حدود سه قرن است که فقه امامیه رضا و قصد انشاء را در موجود جداگانه دانسته است و ۱۰ قانون مدنی هم در بند يك ماده ۱۹۰ قانون مدنی از این نظر پیروی کرده است که جداً غلط است . قدام 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 .

- انتقاد از نظریه دوگانه بودن قصد انشاء و رضا - در حدود تقریباً سه قرن است که اکثریت عظیم ۱۱ در فقه امامیه قصد انشاء و رضا را دو موجود کاملاً متمایز دانسته اند و هماکنون 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 نیاورديم و ناگزیر آن را يك 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

- دلیل دوگانگی قصد و رضا - برای اثبات دوگانه بودن قصد و رضا عقد مکره را مثال زده اند او از ۱۲ 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

- ملازمة قصد انشاء و قصد نتیجه - در حقوق جزا به پیروی از حقوق باختر بحث می شود که مجرم ۱۳ در ارتکاب بزه باید قصد نتیجه داشته باشد در حقوق مدنی در فقه اسلام به جایی 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 بیاندیشیم 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 ملازمة قصد انشاء با قصد نتیجه می رساند

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

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

ثانیاً - از ملازمة 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

- اکنون که قصد انشاء و نیز ملازمة آن را با قصد نتیجه دانستیم بر این پایه می توانیم مطالب ذیل را ۱۵ 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 با قصد در ایجاب و قبول، کافی برای انعقاد عقد نیست

ب - قصد لفظ با قصد معنی و بدون قصد انشاء - ضمن مطلب بالا این موضوع بیان شد (عقد هازل ۱۶)

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 آنان این است که از ملازمة 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.

دوم - رابطه قصد انشاء و تعهد - آیا هر قصد انشاء به تنهایی منشاء پیدایش تعهد است؟ به عبارت ۱۷ دیگر: آیا در عقود که فقط برای یک طرف ایجاد تعهد می کند (مانند عقد رهن و هبه که فقط برای راهن و واهب، ایجاد تعهد می کند) یک قصد انشاء وجود دارد؟ و به عکس در عقود 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 عقودي باشد که فقط يك قصد انشاء بیشتر ندارند ! زیرا . ما عقودي داریم که فقط برای يك طرف ایجاد تعهد می کند

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

- فرضیه مذکور که عقد را با يك قصد انشاء ، قابل تشکیل دانسته اند از اغلاط متأخران است فرضیه ۱۸ : 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 يك عقد دو رضا از سو ضروري 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 رضاي يك طرف و رضاي صرف (بدون قصد انشاء) طرف دیگر باشد مثلاً می گویند : در عقد رهن ، راهن هم قصد انشاء دارد و هم رضا لکن مرتنه فقط رضا دارد ولي قصد انشاء ندارد

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

: - نتیجه - برای انعقاد يك عقد ۱۹

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

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

- سوم - قصد نتیجه که لازمه قصد انشاء است عنصر عمومي عقود و ایقاعات است اما در سایر پدیده ۲۰ : های حقوق مدني به شرح ذیل ، قصد نتیجه ضرورت ندارد

الف - در اقرار ، قصد اخبار وجود دارد نه قصد انشاء (ماده ۱۲۵۹-۱۲۶۲ قانون مدني) 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 عاري از قصد نتیجه است اگر قصد نتیجه کرده بود که پشیمان نمی شد

ب - اعمالی که موجب مسئولیت مدني 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

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

. اولاً - قصد لفظ و قصد معني 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

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

الف - قصد لفظ ، 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 يك اماره مطلق است و اثبات خلاف آن روا نیست) شماره ۳۸-۴۰

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

Vice de consentement - ششم - عیب قصد انشاء ۲۴

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 را اگره شکل اجبار را به خود بگیرد عقیده عموم آن است که قصد انشاء به کلی می‌میرد و چون عنصر دوم عقد (شماره ۹) وجود ندارد پس عقدي بوجود نیامده . (است) ماده ۱۰۷۰ قانون مدني

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 اگره ، 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

- اما حقوق فرانسه که آگاه از این استدلال نیست و هنوز به این دقت ها دست نیافته است بدون دلیل ، ۲۵ : 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 س از زوال اکراه تا دهسال حق دارد عقد را اجازه کند یا ابطال آن را از دادگاه بخواهد (ماده ۱۱۰۹ - ۱۱۱۰ - ۱۱۱۲ - ۱۱۱۷ قانون مدني فرانسه

- انتقاد - کاش حقوقدانان فرانسه مسأله عیب رضا (شماره ۲۴) را به صورت ادبیات حقوقی و ۲۶ 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 مدني ایران و فرانسه هر دو . عقد مکره را غیر نافذ شمرده اند و هر يك برای این کار ، طرز فکر جداگانه ای دارند که هر دو . غلط است

ماده ۱۹۹ قانون مدني می گوید : « رضاي حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست » این ماده که ترجمه ماده ۱۱۰۹ قانون مدني فرانسه است اگره را مانع وجود قصد انشاء نمی داند که به . شرح مذکور فوق (و شماره ۱۶) نظر نادرستی است

تبصره - اینك به جاي عنوان « رضاي ناشي از اکراه » که در ماده ۱۹۹ قانون مدني گفته است شده است : ما بحث جالب را با استفاده از پراکنده هاي يادداشت هاي حقوق اسلامي خود عنوان می کنیم

- قصد انشاء مسبوق به اگره ممکن است شخصی را اگره به انعقاد عقدي کنند و او تحت تأثیر عامل ۲۷ دیگری غیر از تهدید و اگره 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 - يك نفر از اهالي اين بلاد . . . دو سال قبل از اين در شيراز بوده و با زنان زانية آنجا عمل نا مشروع 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 مدتي او را طلاق گفت به کراه و اجبار . بعد از عدة طلاق ، شخص ديگري او را عقد نمود و تصرف کرد . شخص اول اظهار اجبار و اکراه در طلاق نمود . و زن را از مصاحبت شخص ثاني منع کرد

جواب - هر گاه شوهر اول ، اظهار کراهت ، بعد از عقد شوهر دوم کرد مسموع نیست مگر اين 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 (يعني مکروه بودن) به طلاق ، قصد طلاق کرده باشد زیرا ممکن است که کسی با وجود اجبار (اکراه) هم قصد طلاق کند مثل اين که ظالمی او را اجبار کند به طلاق ، و اين شخص ، راضی نیست به طلاق ، ولكن از راه عار و ننگ که نمی خواهد ديگري با زن او جماع کند ، قصد طلاق واقعي می کند که از زوجیت . . . او خارج شده باشد تا هر گاه ديگري او را بگیرد زن او را نگرفته باشد

در اين جا عامل اکراه و تهديد در آغاز پيدا شد اما عامل ديگري (که مسأله عار و ننگ به شرح مذکور است) به آن ملحق شد و در نتیجه مکروه 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 . اين يك تصور حقوقی هنرمندانه و ظریف است و هنر حقوقدان را نشان می دهد هنري که چاره گشاي مشکل خانواده بلکه خانواده هائی شده است

- ممکن است زوج ، ثالثی را اکراه کند که زوجه اکراه کننده را طلاق بدهد اين طلاق هم درست است ۲۸ زیرا اين 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 .

- هفتم - نظریه علت و معلوم در قصد انشاء - ما می دانیم که علت در هر لحظه پدید آید بلافاصله در ۲۹ همان لحظه معلوم آن هم پدید می آید . اين يك قاعدة بدیهی فلسفی است که در طبیعت نمونه های فراوان آن دیده می شود . اما آیا قصد انشاء (که نقطه اوج رضا است) يك علت است ؟ اگر يك علت واقعي باشد باید آثار حقوقی ناشی از قصد انشاء بلافاصله و همزمان یا قصد انشاء پدید آید ، و حال اين که : خلاف اين در عقود دیده می شود

توضیح - ايجاب کننده امروز ايجاب 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 ايجاب !

: همین واقعیت نشان می دهد که

اولاً - کلمه انشاء به عنوان يك لغت نباید حقوقدان 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 اين یم : علت طبیعی نیست به اين دلیل که

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 متعاقدين 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 جامه 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 صد هزار سال از دل خاک چون سبزه امید بردمیدن بودی

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

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

- قصد انشاء از نظر ادبی - در ادبیات اسلامی پس از يك رسیدگی طولانی در تمام جملاتی که انسان ۳۰ : 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 خیر 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

: - بین اخبار و انشاء سه فرق هست ۳۱

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 انشائي تابع الفاظ جمله است و حال اين كه الفاظ جملات خبري تابع وقايع خارجي است كه اين وقايع ، مدلول جملات خبري را تشكيل مي دهند پس الفاظ جملات خبري تابع مدلول خود مي باشد .

ج - جمله انشائي دروغ و راست ندارد بعكس جمله خبري

- ملاحظه - چون گفته اند كه جمله انشائي سبب مدلول خود مي باشد اخيراً عده اي تصور کرده اند كه ۳۲ بايد پاي نظرية علت و معلوم فلسفي را به جملات و الفاظ بگشايند ! حال آنكه مقصود اين است كه جملات انشائي ابراز بيان احساس آدمي مي باشند و اين احساس ممكن است به صور مختلف ، تصور شود و ديديم كه در عقود ، احساس ايجاب كننده اين است كه اثر عقد از تاريخ قبول (يعني در آينده) پديد آيد و اين شاهد خارجي آن چنان دليل قوي است كه تأويل كردن آن نه جنبه علمي دارد و نه قابل قبول است .

. نتيجه - اگر قصد انشاء به آينده تعلق مي گيرد مانعي ندارد كه به گذشته هم تعلق بگيرد

قصد انشاء به تنهائي موجد حق نيست بلكه تابع طرز احساس آدمي و قرار و مدار طرفين و شناسائي (عرف و عادات و قانون است و ما سابقاً (شماره ۲۹

چند شعر را ذكر كرديم كه از مطالعه آنها به خوبي معلوم است كه احساس آدمي هم به گذشته و هم به آينده تعلق پيدا مي كند همين طرز احساس است كه در علم حقوق و زندگي قضائي ، به صورتي محتوي عرف و عادت در مي آيد ، قانونگذاران اين افتخار را دارند كه در حقوق خصوصي به احساس انساني احترام مي گذارند و اين احترام گذاري سرمايه شخصيت قانونگذاران است فاصله از اين نكته ، نزديك شدن به اشتباهات جبران ناپذير است .

نتيجه - به اين ترتيب نظرية علت و معلوم در قصد انشاء (شماره ۲۹) كه آفريده اندیشه عليل مكتب فلسفه گرايان است به كلي غلط از كار در مي آيد و با طبع حقوقي سازگار نيست و اشكالات حقوقي كه (از نظرية علت و معلوم پديده آمده است هنوز هم راه حل معقول به خود ندیده است (شماره ۳۷

- عقد مكره - عقد مكره به عنوان يك عقد از نظر ما باطل است زيرا يكي از عناصر عقد را ندارد و ۳۳ آن عنصر ، قصد انشاء است (شماره ۹) كه ملازمه با قصد نتيجه دارد (شماره ۱۳) و انسان مكره براي رفع تهديد از خود در انتقاد عقد ، كافي است كه قصد الفاظ ايجاب و قبول را كند و نياز ندارد كه قصد نتيجه هم بكند زيرا قصد نتيجه امر دروني است و تهديد كننده از وجود و عدم آن امر دروني هميشه بي اطلاع است و علاقه اي هم بوجود و عدم آن نشان نمي دهد زيرا او همان قصد الفاظ ايجاب و قبول را از طرف كسي كه تهديد شده است اماره و دليل قصد نتيجه تلقي مي كند و به اين ترتيب ، خود را مقضي المرام مي پندارد . اما اين دادگاه است كه با احراز اكراه از يك طرف و با توجه به اين كه مكره حاجت به قصد نتيجه كردن ندارد به علت انتفاء قصد نتيجه (و بالملازمه به علت انتفاء قصد انشاء كه عنصر عمومي عقود است) عقد مكره را ابطال مي كند .

- اما با توجه به مطلب شماره ۲۹ تا ۳۲ وقتي كه از مكره ، رفع تهديد شد او مي تواند ما وقع را ۳۴ تنفيذ و اجازه كند و عقد صحيح از تاريخ اجازه بوجود مي آيد . زيرا عنصر مفقود عقد (يعني قصد انشاء) از اين لحظه پديد مي آيد و چون احساس شخص مكره تعلق به گذشته دارد به همان كيفيت ، منشاء

اثر حقوقي مي شود يعني عين موضوع عقد مكره (كه صورتاً عقد بوده است نه واقعاً) و منافع آن عين از تاريخ انعقاد عقد مكره تعلق به منتقل اليه پيدا مي كند عقد مكره (كه عقد صوري بود) فقط نقش يك نقطة عطف را براي اجازه مكره دارد و زائد بر اين ، نقشي ندارد . توجيه آن به عنوان يكه نقطة عطف ، صحيح ترين توجيه است . لكن نظرية علت و معلوم (شماره ۲۹) تا كنون مانع از پيدايش اين توجيه شده بود و چون اغلب حقوقدانان فاقد تحصيلات فلسفي هستند به آساني سخنان تظاهر كنندگان به فلسفه را مي پذيرند و اين آسان پذيري از نوعي تقليد ، تهی نيست .

: - نتیجه - در هر عقد مكره ۳۵

اولاً - يك طرف عقد كه مكره نيست قصد انشاء و قصد نتیجه دارد . از اين طرف ، اشكالي نيست . ثانياً - طرف دوم كه مكره است قصد انشاء و قصد نتیجه ندارد پس عقد كه از دو قصد انشاء بايد فراهم شود (شماره ۱۷-۱۸-۱۹) در اين جا وجود پيدا نمي كند . ثالثاً - س از رفع تهديد و صدور اجازه از جانب شخص مكره نقيصة سابق برطرف شده و عقد صحيح از تاريخ اجازه منعقد مي شود .

رابعاً - اين عقد ، اثر قهقرائي دارد ، نقطة عطف اين عقد صحيح از تاريخ انعقاد عقد مكره است كه فقط صورت عقد را داشته است . تأثير قهقرائي عقود ، اشكالي ندارد تنها اشكال آن ، نظرية علت و معلوم در قصد انشاء (شماره ۲۹) است كه بطلان آن ثابت شد .

- تناقص در قانون مدني - قانون مدني در ماده ۲۵۸ مي گويد : « نسبت به منافع مالي كه مورد ۳۶ معامله فضولي بوده است و همچنين نسبت به منافع حاصله از عوض ، اجازه يا رد ، از روز عقد ، مؤثر خواهد بود » . ملاك اين ماده را عقد مكره هم رعايت مي كنند قانون مدني در اين ماده

اولاً - نظرية علت و معلوم را در انتقال عين مال موضوع عقد مكره پذيرفته است يعني تأثير قهقرائي اجازه مكره را پذيرفته است و آن را مغاير با قاعدة علت و معلوم شمرده است به همين جهت ، عقیده دارد كه آن عين ، از تاريخ اجازه منتقل مي شود .

ثانياً - نظرية علت و معلوم را در انتقال منافع عين مال موضوع عقد مكره ، پذيرفته است يعني تأثير قهقرائي اجازه مكره را پذيرفته است ! و آن را مخالف با قاعدة علت و معلوم ندانسته است . اين را مي گویند : يك بام و دو هوا يا تناقص گوئي آشكار . وقتي كه حقوقدان ناوارد دنبال فلسفه مي رود و هوس فلسفه باقي مي كند كارش به اين جا مي رسد .

تبصره - برخي از مؤلفان هم در عقد مكره (و عقد فضولي) صدور اجازه را سر آغاز عقد جديد دانسته اند لكن از عهدة اثبات آن بر نيامده اند گوئي كه هنوز در اسارت نظرية علت و معلوم در قصد انشاء (شماره ۲۹) بوده اند .

: - اشكالات نظرية علت و معلوم در قصد انشاء - از اين نظريه اشكالات ذيل برخاسته است ۳۷

اول - تناقص مذکور در شماره ۳۶ كه عیناً از فقه وارد قانون مدني شده است

دوم - نظریه شرط متأخر در ایجاب و قبول عقود - به این توضیح : ایجاب - کننده موقع ایجاب کرده ، 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 (ولی 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 معیوب 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

- حدود قصد نتیجه - در اثناء بحث از عنصر دوم عقود (شماره ۹ تا ۳۷) کوشیدیم تا در سطح وسیع ۳۸ ، 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 (عقود که تأثیر قهقرائی دارند) هموار کردیم

معذالك 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 صلح منعقد شد که مصالح ، غبن فاحش دید لکن متصالح ، حاضر به جبران خسارت او نگردید ، مصالح برای علاج کار با انعقاد یک عقد صلح دیگر نیم دانگ یکی از املاک یک خود را به

متصالح داد و موفق به فسخ عقد صلح اول شد . آیا عقد صلح دوم که مسبوق به اکراره از جانب متصالح : اول بوده است مشمول آثار عقد مکره است

: با اجتماع دو شرط ذیل ، عقد صلح دوم يك 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 داور) اعلام نکند و عکس این حالت (آمادگی) از او ظاهر شود

با اجتماع این دو شرط ، مصالح عقد اول ، تحت شرائط اکراره اقدام به صلح دوم کرده است و عقد صلح دوم يك 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

- قصد نتیجه در حقوق مدنی و حقوق کیفری - ممکن است بین قصد نتیجه ای که در عقود و ایقاعات ۳۹ 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 وقرائن 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 قصد نتیجه را نشان می دهد ، اگر زائد بر این محتوی ، در ضمیر عاقد مطالبی 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

- نتیجه - در شماره ۲۲ گفتیم که قصد لفظ ایجاب و قبول ، اماره بر قصد معنی آن الفاظ و اماره ۴۰ بر قصد انشاء و بر قصد نتیجه است ، نیز گفتیم که این يك 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 اکراره ، 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 بریعی اغذیه ، پذیرائی از مهمان بود

ولي 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 ؟

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

- نتیجه عدمی - نتیجه وجودی - نتیجه در قصد نتیجه می تواند نابودی يك اثر حقوقی (که اسقاط ۴۱ نامیده می شود) باشد ولي غالباً نتیجه عقد یا ایقاع ، یعنی نتیجه در قصد نتیجه ، امور وجودی مانند تمليك و تمليك 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

- اخبار از انشاء اگر کسی يك سال پیش مال منقول یا غیر منقول را فروخته باشد امروز که يك سال ۴۲ از آن تاریخ گذشته است می تواند اقرار به وقوع آن بیع کند چون بیع يك عقد است و هر عقدي متكي بر قصد انشاء است پس عقود ، امور انشائي هستند و چون اقرار ، اخبار است (ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی) پس اقرار مذکور به بیع ، اخبار از انشاء است . اخبار از انشاء است . 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 يك عقد یا يك ایقاع

ج - دعوی وقوع يك یا يك ایقاع

- قصد نتیجه در بیع شرط - ماده ۴۶۳ قانون مدنی می گوید : « اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد ۴۳ . « 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 ، منفي 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 يك عقد رهن ، فاقد قصد نتیجه نخواهد بود . نظر به این که مغاینه عنصر عقد و در بیع شرط غالباً قصد رهن و عنصر مغاینه در عقد رهن (وجود ندارد پس بایع شرطی به علت فقدان مغاینه نتیجه بیع را ندارد (شماره ۹۰

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

زنی که سه مرتبه متوالی زوجه يك 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 ، 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 زناشویی 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 محل 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

: - قصد نتیجه در رجوع به مطلقه - در رجوع زوج به زوجه در ایام عده دو نظر وجود دارد ۴

: يك - 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 مواقعه 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 مقروق به قصد رجوع باشد

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

سوم - منجز بودن قصد انشاء

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

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

يك - به صورت بدون شرط و قيد نسبت به واقعه اي كه در آينده ممكن است اتفاق بيافتد مانند خريد و فروش هاي هر روزه در اشياء مورد نياز براي زندگي از قبيل خريد نان و گوشت و لباس و غيره . اين قسم را عقد منجز مي نامند

دو - به صورت با شرط و قيد . در واقع هر يك از متعاقدين در اين عقد ، موافق مشروط هستند و رضاي آنان رضاي مشروط است

چون با توجه به مطالبتي كه سابقاً راجع به بطلان نظرية علت و معلوم در قصد انشاء (شماره ۲۹-۳۲) گفته قصد انشاء مي تواند به گذشته و آينده تعلق پيدا كند يعني اثر قصد انشاء از آينده پديد آيد بنابر اين قصد انشاء مي تواند معلق باشد و تعليق در قصد انشاء مانع تحقق عقد نمي شود

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

عقد منجز آن است كه تأثير آن ، بر حسب انشاء ، موقوف به امر ديگري نباشد والا معلق خواهد بود « . از اين ماده معلوم نميشود كه قانونگذار ، عقد معلق را صحيح ميداند يا باطل زيرا معلوم نيست كه در مواد ۱۸۴ تا ۱۸۹ قانون مدني اقسام عقود صحيح را مي شمرد يا اقسام عقود بطور اعم (از صحيح و فاسد) را . اما از ماده ۶۹۹ قانون مدني معلوم است كه مقنن ما به پيروي از فقه اماميه تعليق در قصد انشاء را موجب بطلان عقد ضمان (و در نتيجه موجب بطلان همه عقود) ميداند . اين ماده مي گويد : « تعليق در ضمان مثل اين كه ضامن ، قيد كند كه اگر مديون نداد من ضامنم باطل است ولي التزام به تأديه . ممكن است معلق باشد

معني ماده اين است كه در عقد ضمان با توجه به ماده ۶۸۴ قانون مدني دو مرحله جداگانه ذيل ديده مي شود :

الف - مرحله انعقاد عقد ضمان كه به موجب آن ، ضامن خود را متعهد مي كند و مالي را كه بر ذمه ديگري است به عهده مي گيرد اين جا مرحله قصد انشاء است و تعليق را در اين مرحله موجب بطلان عقد ضمان دانسته اند زيرا قصد انشاء را علت آثار حقوقي عقد ضمان دانسته اند و علت از نظر فلسفي نمي تواند معلق باشد يعني علت فلسفي كه معلق مفهوم و معنائي ندارد زيرا علت آن است كه به محض پيدايش ، معلوم همزمان با آن پيدا شود

همانطور كه ملاحظه مي كنيد اين استدلال ، عام است و اختصاص به عقد ضمان ندارد و همه اقسام عقد معلق (مانند بيع معلق و اجاره معلق) را فرا مي گيرد . پس از نظر قانون مدني يكي از عناصر عمومي عقود صحيح ، اين است كه قصد انشاء در آنها منجز باشد

ب - مرحله عمل به تعهد ناشي از عقد ضمان (يا ايفاء تعهد) - گفته اند : ايفاء تعهد ناشي از عقد ضمان ، ممكن است معلق باشد همان طور كه در بيع نسيه ايفاء تعهد مشتري به دادن ثمن ، معلق بر انقضاء مدت (معيني است) ماده ۷۲۳ قانون مدني

نتيجه از نظر قانونگذار مدني اولا - قصد اشاره بصورت معلق يا قبول قاعده علت و معلول ، در قصد انشا (شماره ۲۹) قابل تصور نيست و به همين جهت ظاهراً عقد معلق ، باطل است تنجز عقود ، از نظر مقنن ، عنصر عمومي عقود است.براي اهميت فراوان كه عقد نكاح دارد مخصوصاً در ماده ۱۰۶ قانون

مدني تصريح شده است که ، (تعليق در نکاح موجب بطلان است). نبايد از اين ماده استفاده کرد که تعليق در ساير عقود ، موجب بطلان نيست زيرا ملاک ماده ۶۹۹ قانون مدني مانع چنين استنباطي است

ثانيا - ايفا تعهد ناشي از عقد ، ميتواند معلق باشد لکن اين را نبايد تعليق عقد شمرد . در فقه دو نظر وجود دارد، عده اي عقد معلق را صحيح ميدانند و عده اي آنرا باطل مي شمردند

- ملاحظه - از نظر ما قصد انشا تابع نظريه علت و معلول (شماره ۲۹-۳۲) نيست و مي تواند به ۴۹ گذشته و آينده تعلق گيرد پس قصد انشا ميتواند بصورت موافقت مشروط از جانب هر يك از متعاقدين ابراز شود. بنا بر اين (منجز بودن عقد) از عناصر عمومي عقود نيست . در عقد نکاح به جهت اهميت روابط خانواده بايد تعليق را منع کرد همان طور که ماده ۱۰۶۸ قانون مدني کرده است. در عقد ضمان ، تعليق در قصد انشا موجب ميشود وثيقه اي به چنگ مضمون له نيفتد و به اين سبب بايد ضمان معلق را باطل دانست مثل اين که کسي وارث است و انتظار اعلان نتيجه تصفيه ترکه مورث خود را مي کشد به !مضمون له پيشنهاده کند اگر پس از تصفيه ترکه مالي عائد من شد ضامن فلاني هستم

نتيجه - رضا با توجه به مطالب شماره ۹ - ۱۰ در اوج هيجان خود و در مرحله اخطار بطرف مقابل ، نام قصد انشا را دارد . و باحفظ همه اين اوصاف ميتواند بصورت موافقت مشروط به طرف مقابل ، اخطار شود. تصور اين اندیشه بسيار آسان است اگر انسان به نفسايات موجود و روزانه خود که با آنها مانوس است توجه بيشتر کند صحت اين نظريه را به آساني در مي يابد

- تبصره - فرق عقد معلق و عقد منجز اين است که آثار عقد منجز اين است بلافاصله پس از ايجاب ۵۰ و قبول ، ظاهر ظاهر و پديدار ميشود و حال آنکه در عقد معلق ،

اولا - رابطه تعهد بلافاصله بين متعاهدين ، ظاهر ميشود . جز اين هم نمي تواند باشد زيرا سابقا (شماره ۱) گفتيم که تعهد ، عنصر هر عقد است و بدون تعهد ، عقدي بوجود نمي آيد. آنها که عقد معلق را قبول دارند تعليق را نسبت به ساير آثار عقد ، اعمال مي کنند مانند انتقال مالکيت عوضين در بيع معلق

ثانيا - نتيجه غايي عقد معلق ، موکول به تحقق امري وجودي يا عدمي در آينده است که آن را معلق عليه مي نامند . معلق عليه بايد مستقبل الوقوع باشد. از نظر اينکه بح سالم و جامع راجع به عقد معلق داشته باشيم بنظر من نبايد فرق بين دو قسم معلق عليه که ذيل ذکر مي کنيم بگذاريم،

الف - معلق عليه ممکن الحصول مانند خسارت وارده بر اتومبيل بيمه شده پس از عقد بيمه که موجب ايتحقاق صاحب اتومبيل در پولي ميشود که شرکت بيمه به عنوان جبران خسارت ميدهد. وقوع خسارت مزبور در حين عقد بيمه محتمل الحصول است

ب - معلق عليه قطعي الحصول مانند مرگ بيمه گذار در بيمه عمر که در آينده حتمي الوقوع است

- در عقودي که قبض ، شرط صحت آنها است (مانند بيع صرف و سلم . ماده ۳۶۴ قانون مدني ۵۱) چون آثار اين عقد بلافاصله پس از ايجاب و قبول ظاهر نمي شود بلکه پس از قبض ، ظاهر ميشود پس اين عقود هم ظاهرا معلق مي باشند نهايت اينکه خود متعاهدين ، موجب اين تعليق نشده اند بلکه نص (قانون ، موجب تعليق اين عقود گرديده است. عقد وقف هم از اين قبيل است) ماده ۵۹ قانون مدني

اقسام تعليق - تقسيمات ذيل براي تعليق عقود ، قابل ملاحظه است ، ۵۲

يك - عقد معلق دو قسم است ،

الف - عقدي كه متعاقدين آنرا معلق کرده باشند

(ب - عقدي كه قانونگذار آن را معلق کرده باشد) (شماره ۵۱)

ماده ۹۱۹ قانون مدني ظاهرا فقط شامل قسم اول است

دو - تعليق ناشي از عقد - تعليق ناشي از شرط ضمن عقد - شخصي ۴۰۰۰ متر زمين مشاع خود را در مقابل يك سير نبات به بانك صلح كرد ، تا اين جا يك عقد منجز واقع شد كه آثارش بلافاصله بعد از ايجاب و قبول پديد آمد . در اين عقد صلح شرط شد كه اگر بانك متصالح تا دو سال از تاريخ عقد صلح در آن زمين دبستان نسازد مصالح ، وكيل از طرف متصالح در اقاله غقد صلح باشد

وكالت مصالح بشرح مذكور ، معلق بر نساختن دبستان از جانب متصالح است و اين تعليق در وكالت ، ناشي از شرط ضمن عقد صلح مبني بر ساختن دبستان از جانب متصالح بوده است

سه - تعليق در حدوث و تعليق در بقا - كسانيكه وصيت تمليكی را ايقاع مي دانند عقیده دارند به محض فوت موصي ، موصي له خودبخود مالك موصي به ميشود لكن احترام به اراده موصيله چنين اقتضا دارد كه او نيز حق رد موصي به به ورثه موصي را دارد . كه اين حق رد نيز خود يك ايقاع ديگر است. در اين نظريه ،

اولا - حدوث مالكيت موصي له در موصي به ، معلق بر فوت موصي است . اين يك نمونه بارز تعليق در حدوث است

ثانيا - بقا ماليت موصي له در موصي به ، موكل به اين است كه او موصي به را ورثه موصي رد نكند. اين نمونه تعليق در بقا است

- آثار عقد معلقانودن مدني حاسبه آثار يك يك عقود معلق در اين جا ما را از هدف ما كه بحث در ۵۳ سطوح كليات حقوق مدني است باز مي دارد در عين حال سكوت مطلق هم روا نيست لذا آثار بيع مطلق را بعنوان يك نمونه بشرح ذيل بر مي شماريم

الف - مشتري كه مبيع را بطور معلق خريده است بهرحال متعهد له اين عقد است و با فوت او ورثه او قائم مقام او ميشوند

ب - مالكيت مبيع قبل از حصول معلق عليه ، به مشتري منتقل نميشود يعني مبيع كمالك در دارايي بايع قرار دارد لذا با فوت او ورثه او مبيع را بارث مي برند لكن مالكيت آنان در مبيع ، مسقر نيست بلکه متزلزل است آيا ماليات بر ارث را هم بايد ورثه بايع بدهند؟ بنظر ما چون خانه متعلق تعهد متوفي بوده است نبايد ماليات بر ارث داده شود زيرا محل ديون ، در مصرف تركه مقدم بر ارث و ماليات بر ارث است

ج - منافع مبيع ، تعلق به مالك عين دارد مگر اينكه بر خلاف آن ، شرط کرده باشند

د - عقد بیع معلق با وجود تزلزل که دارد عقدي است لازم و به فوت و جنون و سفه یکی از طرفین از بین نمی رود.

ه - مشتری حق دارد قبل از حصول معلق علیه ، حقوق خود را به ثالث منتقل کند

و - با توجه به ملاک ماده ۵۴ آئین نامه قانون دفاتر اسناد رسمی به عقود معلق ، حقالثبت تعلق نمی گیرد
چهارم - جزم عاقد

- ممکن است عقدي منجز باشد لکن عاقد ، جزم نداشته باشد ۵۴

مثال - شخصی در غیبت پدرش شنیده است که او فت کرده است لکن هنوز قطع به صحت این خبر و مالکیت خود در ترکه پیدا نکرده است ، در چنین وضعی اگر یکی از اقلام ماترک احتمالی را بفروشد آیا بعثت اینکه جزم به مالکیت خود ندارد (اگر مالک بودن بایع را در مبیع ، شرط صحت عقد بیع بدانیم) عقد بیع ، باطل است؟

این بحث را در ایقاعات هم می توان کرد ، طبق ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی باید طلاق در حضور دو مرد عادل صورت گیرد اگر عدالت آنان محرز نباشد و مشکوک باشد بعثت عدم جزم به عدالت ، طلاق باطل است؟ ولو آنکه در واقع آنان عادل باشند؟

ملاحظه - بنظر ما در عقود و ایقاعات ، واقع ملاک است و نبودن جزم ، ضرری به عقد و ایقاع نمی زند پس در مثال بیع مزبور اگر واقعا بایع حین بیع ، مالک بوده است عقد بیع درست است ، قانون مدنی ما هم جزم عاقد را عنصر عقود عمومی نشمرده است

در فقه عده ای عقیده دارند که نبودن جزم ، مانع میشود که قصد انشا ، صورت منجز پیدا کند در واقع ، نبودن جزم ، موجب تعلیق عقد و بطلان آن می شود

ملاحظه - نبودن جزم ، موجب تعلیق عقد نمیشود

قانون مدنی در مورد جزم عاقد،

اولا - عقیده دارد که با نبودن جزم ، عقد منعقد میشود لکن غیر نافذ است

ثانیا - پس از پیدا شدن جزم بعد از عقد ، میتواند آن را اجازه کند. ماده ۲۵۵ قانون مدنی در این مورد میگوید،

هرگاه کسی نسبت به مالی معامله بعنوان فضولی نماید و بعد معلوم شود که آن مال ، ملک معامله کننده بوده است یا ملک کسی بوده است که معامله کننده کی توانسته است از قبل او ولایت یا وکالتا معامله نماید در این صورت ، نفوذ وصحت معامله موکو به اجازه معامل است والا معامله باطل خواهد بود

نتیجه - باین ترتیب قانون مدنی جزم عاقد را عنصر عمومی يك عقد ثمربخش دانسته است نه عنصر عمومی همه عقود ، حتی عقود غیر نافذ بی ثمر

پنجم - تراضي بین دو رضاي متقابل

- برای تصور تراضی به عنوان یک اصطلاح اساسی حقوق مدنی و نیز بعنوان یک عنصر عمومی ۵۵ عقود باید مطلب شماره ۳۷ را بار دیگر مطالعه کرد،

در حقوق مدنی ما به پیروی از فقه امامیه که قصد انشا را به کلی جدای از رضا دانسته اند و دو عامل نفسانی را در عقود شناخته اند،

اولا - عقیده این است که رضا عنصر عمومی عقود نیست بطوریکه در صورت اکراه هر دو طرف عقد (که در نتیجه هر دو، فاقد رضا هستند) عقد، قابل تشکیل است لکن عقد صحیح غیر نافذ است و پس از لحوق اجازه قابل ترتیب اثر میشود

ثانیا - توافق در قصد انشا، عنصر عمومی عقود است. ماده ۱۹۴ قانون مدنی هم همین نکته را بصورت ناقص گفته است، (الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین بوسیله آن، انشا معامله می نمایند باید موافق باشد به نحوی که احد طرفین همان عقده را قبول کند که طرف دیگر، قصد انشا آن را داشته است.) والا معامله باطل خواهد بود

وقتی که مقنن، مکره را فاقد رضا میداند (ماده ۱۰۷۰ قانون مدنی) و نیز عقد مکره را درست می شورد نمی تواند تراضی را عنصر عمومی عقود بداند لکن باید توافق دو قصد انشا را بشرح ماده ۱۹۴ قانون مدنی عنصر عمومی عقود بداند. ایراد این ماده این است که توافق دو قصد انشا را بصورت توافق الفاظ و اشارات در آورده است که البته مقصودش توافق محتوای الفاظ و اشارات است این محتوی همان قصد انشا است. این یک استعمال مجازی است که در نگارش قانون، کار درستی نیست

در هر حال چون دوگانگی رضا و قصد انشا همانطور که گفتیم (شماره ۹ - ۱۰) باطل است و قصد انشا همان رضا در نقطه اوج هیجان و در مرحله اخطار به طرف مقابل است پس تراضی باید عنصر عمومی (عقود باشد) شماره ۳۷

- اما خود تراضی را میتوان به دو صورت تصور کرد، ۵۶

یک - تراضی متحد الجهت - دو برادر خانه ای را به ارث برده اند با هم توافق در بیع آن به ثالث می کنند. در اینجا تراضی دو برادر راجع به فروش خانه عنوان عقد را ندارد چون هر دو فروشنده هستند. و دو فروشنده در جهت واحد (نه متقابل) قرار میگیرند. این قسم تراضی، عنصر عقود نیست

دو - تراضی مختلف الجهت یا متقابل - در مثال بالا تراضی فروشنندگان با خریدار، از این نوع است و همان است که عنصر عمومی عقود است به همین جهت گفتیم (شماره ۵۵) تراضی بین دو رضای متقابل، عنصر عمومی عقود است

- برای شناسایی دو رضای متقابل که بصورت تراضی در آمده اند موارد ذیل را مورد مطالعه قرار ۵۷ میدهیم،

الف - در عقد حواله وقتی که محتال پس از عقد حواله، به محال علیه مرجعه می کند و محال علیه، حواله را قبول می کند،

اولا - آیا بین محتال و محال علیه، تراشی بین دو رضای متقابل وجود دارد؟

ثانیا - آیا بین محیل و محال علیه ، تراضی بین دو رضای متقابل وجود دارد؟

ب - در عقد ضمان که مدیون اصلی از ضامن تقاضا میکند که ضامن او گردد آیا در این موقع بین ضامن و مضمون عنه ، دو رضای متقابل وجود دارد؟

ج - در برات ، وقتی که دارنده برات به برات گیر (محال علیه برات) مراجعه میکند و او را برات قبولی می نویسد آیا بین دارنده برات و برات گیر ، تراضی بین دو رضای متقابل وجود دارد؟

د - در افراز مال مشاع (اعم از دین و منفعت و عین) آیا تراضی بین دو رضای متقابل وجود دارد؟

ه - ثالثی به وام گیرنده عین غیر منقول خود را می دهد که نزد وام دهنده رهن بگذارد آیا بین ثالث و رهن ، تراضی بین دو رضای متقابل وجود دارد؟

و - اجرائیه سند رسمی ذمه ای علیه بدهکار صادر میشود و به تقاضای بدهکار ، ثالثی مال خود را جهت بازداشت (در اداره ثبت) و پرداخت طلب بستانکار ، معرفی میکند آیا بین آن ثالث ، و بدهکار ، تراضی بین دو رضای متقابل وجود دارد؟

(شماره ۱۵۷ به بعد)

ئ - شروط تحقق تراضی - برای اینکه تراضی بین دو رضای متقابل ، محقق شود باید شروط ذیل ۵ فراهم گردد،

یک - وحدت عنوان عقد - اگر یک طرف بگوید ، این مال را فروختم به ده هزار تومان ، و طرف متقابل بگوید ، قبول اجاره آن مال را کردم به ده هزار تومان (بمدت ده ماه)، این باطل است و تراضی پدید نمی آید زیرا عنوان عقد بیع و عنوان عقد اجاره فرق میکند . ماده ۱۹۴ قانون مدنی با ذکر عبارت (همان عقدي را قبول کند ...) این فرض را مورد توجه قرار داده است ، و حال اینکه در عمل چنین چیزی دیده نشده است و صرفا فرض و احتمال است

دو - وحدت موضوع عقد - اگر یک طرف بگوید ، این خانه را فروختم به پانصد هزار تومان ولی طرف دیگر بگوید اثاث این خانه را خریدم به پانصد هزار تومان ! وحدت موضوع در اینجا وجود ندارد و تراضی پدید نمی آید

سه - وحدت وصف موضوع عقد - اگر کشاورز بگوید، صد تن گندم قوچان بوعده فروختم به صد هزار تومان ولی طرف بگوید صد تن گندم سبزوار خریدم به صد هزار تومان ! بعلت اختلاف در وصف موضوع عقد ، تراضی پیدا نمیشود

چهار - وحدت در کمیت موضوع عقد - اگر کسی بگوید ده متر از این توپ پارچه را فروختم به صد تومان ولی طرف بگوید بیست متر را خریدم به صدوپنجاه تومان ، تراضی پدید نمی آید

پنج - وحدت مواعیدی که در عقود ذکر میشود

بهرحال برای حصول تراضی بین متعاقدين باید مدلول اظهارات طرفین ، مشتمل بر تناقض منطقی نباشد. این يك قاعده بدیهی و عقلي است لذا استثنا پذیر نیست

- تبصره - بعضي بدون توجه به اين قاعده عقلي گفته اند ، عقود دو قسم است ، ۵۹

(الف - عقود تبرعي مانند صلح بلاعوض و هبه و غيره (شماره ۲۲۷

ب - عقود غير تبرعي مانند بيع و اجاره و غيره

آنگاه گفته اند كه توافق دو رضا از عناصر عمومي غير تبرعي است ، در عقود تبرعي توافق دو رضا
!ضرورت ندارد

بر اساس اين نظر بي دليل و خلاف قاعده عقلي مذکور ، خواسته اند مدلول ماده ۳۲ قانون مدني را
توجيه كنند كه ميگويد ، (موصي له ميتواند وصيت را نسبت به قسمتي از موصي به قبول كند در اين
(.صورت ، وصيت نسبت به قسمتي كه قبول شده است صحيح ، و نسبت به قسمت ديگر باطل ميشود

در اینجا دیده اند كه بين قبول موصي له و ايجاب موصي ، مطابقت وجود ندارد و در عين حال خواسته
اند آن را با همين وضع در ردیف عقود ديگر نهاده و اين عدم مطابقت را توجيه كنند ناگزير شده اند بر
قاعده عقلي و بديهي مذکور فوق استثنا وارد كنند ! و حال اينكه قواعد عقلي ، استثنا پذير نيستند . وصيت
تمليكي از ايفاعات است نه از عقود

- بعضي از مؤلفان بزرگ عقیده دارند كه از نظر بحث توافق دو رضا بايد عقود را به دو گروه ذيل ۶۰
قسمت كرد،

الف _ ايجاب كننده هيئت اجتماعي موضوع معامله را در رضاي خود منظور مي كند بطوريكه راضي
نيست طرف او قسمتي از موضوع معامله را بپذيرد مثلاً يك جفت فرش را مي فروشد به ده هزار تومان
در اين صورت طرف نمي تواند بگويد يك تخته را خريدم به پنج هزار تومان ، زيرا قصد بايع اين بود
كه جفت قالي را با هم بفروشد . در اين گونه عقود كه هيئت اجتماعي مورد معامله در نظر ايجاب كننده
است بايد بين دو رضا از هر حيث توافق باشد

ب _ عقود ديگري هست كه ايجاب كننده علاقه به هيئت اجتماعي موضوع مورد معامله ندارد . در اين
. عقود توافق دو رضا ضرورت ندارد . وصيت از اين قبيل است

،ملاحظه _ بر اين نظر اشكالات ذيل وارد است

اولا _ وصيت تملیكي ایقاع است

ثانيا _ كي ثابت شد كه وصيت تملیكي اگر عقد باشد در هر مورد ، از نوع عقودي است كه موصي به
هيئت اجتماعي موصي به نظري ندارد؟

ثالثا _ قاعده توافق دو رضا به منظور تحقق عقد ، قاعده بدیهی عقلي است كه استثنا پذير نيست

رابعا _ در عقودي كه به كمك اوضاع و احوال ثابت شود كه ايجاب كننده به هيئت اجتماعي موضوع
عقد ، عنايت ندارد در واقع رضاي ايجاب كننده قابل انحلال بصور و فروض گوناگون است و در نتيجه
طرف مقابل ، سعي مي كند كه رضاي خود را با يكي از آن صور و فروض ، وفق دهد و سر انجام
،توافق دو رضا حاصل گردد. مثال، تاجر ايراني سفارش ده هزار تن قهوه بتاجر برزيلي ميدهد تاجر

برزیلی در انبار خود نه هزار و پانصد تن قهوه آماده دارد همان را برای تاجر ایرانی می فرستد زیرا علم اجمالی دارد که تاجر ایرانی منظورش باین مقدار تامین میشود . در اینجا با توجه به اوضاع و احوال سفارش قهوه معلوم است که ارسال ۹۵۰۰ تن قهوه نیز مانع تحقق تراضی (توافق دو رضا) نخواهد شد.

تبصره _ هرگاه چند کالا در يك بيع , برای فروش عرضه شود و بايع قيمت يك يك را جداگانه _ ۶۱ ذکر کند مشتري میتواند رضاي خود را با قبول يکي از آنها اعلان کند و توافق دو رضا حاصل میشود . زیرا تفکیک ثمن کالاها دلیل است بر اینکه بايع به فروش يك يك آنها بطور مستقل رضاي است.

_ آثار و نتایج عنصر بودن تراضی در عقود _ ۶۲

وقتي که تراضی (یعنی توافق دو رضا به سر حد هیجان رسیده و بصورت اخطار به یکدیگر در آمده باشند) را عنصر عمومي عقود دانستیم باید از سر صبر و حوصله آثار و نتایج آنرا هم مورد مطالعه قرار دهیم . کاری که تاکنون نشده است و موجب درهم ریختگی بسیاری از مسائل مهم حقوق مدنی در ! تالیفات مولفان بزرگ و در متون قوانین گردیده است

,آثار مذکور از نظر ما چنین است

يك _ اگر يك رضا از يك انسان بتواند اثری حقوقی پدید آورد (البته در حمایت قانون) بدیهی است که دو رضا را بکار نمی گیرند آنجا که يك دست بتواند کاری را صورت دهد بکار بردن دو دست بی عقلي یا شوخی است.

کجا و کی يك رضا در حمایت قانون میتواند موثر افتد؟

آن جا که اگر فرض تاثیرش را کنیم صدمه و تجاوزی از تاثیر آن , متوجه شخص دیگر نشود. قانون اگر از این رضا حمایت کند و به اراده انسان احترام بگذارد نفع میکند نه زیان. چنین رضایی طبعا صورت يك ایقاع را خواهد داشت

اما اگر فرض تاثیر رضاي واحد ملازمه با تجاوز و صدمه به دیگری را داشته باشد آنجا تعاون دو رضاي متقابل است یعنی آنجا باید آثار حقوقی تابع تراضی دو طرف باشد (در روابط خصوصی و اشخاص) تا تجاوز منتفی گردد و امنیت قضایی پابرجا بماند . مثال, اگر بايع بخواهد با رضاي يك جانبه خود , مبيع را به مشتري تمليك کند و ثمن را تصاحب کند به حق خریدار صدمه زده و مال او را علیرغم اراده او تصاحب کرده است پس بدیع باید بصورت عقد و تراضی در آید . اما اگر کسی بخواهد مال خود را وقف بر دانشگاه کند چون لطمه ای به حقوق دانشگاه نزده است باید ترتیبی در قانون بدهیم . که این رضاي يك جانبه موثر افتد

.این است نظر ما برای تعیین مقیاس عقد و ایقاع

نتیجه _ محل وقوع تراضی که عنصر عمومي عقود است این است , نه هرچه که به ظاهر , صورت تراضی را دارد . مثلاً شخصی بدیگری می گوید , این ساعت را می خواهم بتو ببخشم خوش است می آید؟ او هم اظهار تشکر میکند , عوام این را تراضی می گویند لکن خواص نباید آن را تراضی بگویند زیرا در هبه بلا عوض , يك رضا برای تاثیر هبه کافی است . آنجا که يك دست برای انجام کاری کافی است دو

دست را نباید بکاربرد. طراح مسائل حقوق مدني و صورتگر تاسيس هاي حقوقي نبايد دنباله رو عوام الناس باشد.

دو _ وقتي که دو رضا بايد تعاون بکار ببرند تا اثر يا آثار حقوقي را پديد آورند ناگزير بايد هر _ ۶۳ دو در تاسيس آن آثار حقوقي شريك باشند

نتيجه _ علامت تراضي که عنصر عمومي عقود است اين است که هر يك از دو رضا متوافق (که فرم , تراضي به خود گرفته اند) جنبه تاسيسي داشته باشند نه اعلامي . کساني عقیده دارند که

اولا _ وصيت تمليکي عقد است

ثانيا _ قبول موصي له کاشف است

آيا ايجاب موصي (که جنبه تاسيسي دارد) با قبول موصي له (که جنبه اعلامي داشته باشد) ميتوانند عنوان اتراضي را که عنصر عمومي عقود است داشته باشند؟

سه _ در تراضي که عنصر عمومي عقود است تعاون دو رضاي متعاقدين از نظر تاثيري که در _ ۶۴ ايجاد آثار حقوقي دارند در سطح متساوي است. هيچ يك از دو رضا بر ديگري امتيازي نيست

, نتيجه _ اگر در حقوق مدني موردی مشاهده شد که

اولا _ دو رضاي متقابل در تاسيس اثر حقوقي همکاري داشته باشند

ثانيا _ موثر عمده يکي از دو رضا باشد و آن رضاي ديگر , شرط نفوذ (يا شرط تاثير) رضاي ديگر باشد در اين مورد هم تراضي که عنصر عمومي عقود است وجود ندارد مانند موارد ذيل که ديگران به تصور خود آن را گفته اند

الف _ در وصيت تمليکي رضاي موصي عمده است و رضاي موصي له شرط تاثير رضاي موصي از تاريخ مرگ موصي است

ب _ در عقد ضمان عده اي عقیده دارند که ضمان , ايقاع است لکن رضاي مضمون له , شرط نفوذ و ثبات اين ايقاع است

از اين بيان معلوم ميشود که در مواردی که يك رضا شرط نفوذ رضاي ديگر است رضاي عمده عنوان ايقاع را دارد بنابراین وصيت تمليکي هم در فرض بالا ايقاع خواهد بود و بهر حال در اين جا تراضي که عنصر عمومي عقود و مایه تمیز عقود از ايقاعات است وجود نخواهد داشت

ايقاعات مرتبط _ وقتي که به قاعده علمي تشخيص عقد و ايقاع بشرح شماره ۶۲ دست نيافتيم بر _ ۶۵ آن پايه مي توانيم مساله ايقاعات مرتبط را که احدي متعرض آن نشده است با صراحت کامل مطرح کنيم , ايقاعات مرتبط از مطالبی است که با تراضي و عقد , بعلت شباهت ظاهري , اشتباه مي شود . براي توضيح اين مطلب مثالي ذکر مي کنيم

, در مورد وصيت تمليکي عقیده عده اي اين است که

اولا _ وصیت يك ايقاع معلق بر فوت موصي است و به محض فوت موصي , موصي له مالك موصي به میشود هر چند علم و اطلاع به وصیت نداشته باشد

ثانيا _ این ايقاع از جانب موصي در لحظه فوت او لازم میشود , و ورثه موصي حق اظهار نظر نسبت به وصیت را ندارند

ثالثا _ این ايقاع نسبت به موصي له جائز است حکمت جائز بودن آن , رعایت احترام اراده موصي له است. قبول وصیت از جانب موصي له باعث لازم شدن ايقاع مذکور , نسبت به او میشود پس این قبول , چون به تنهایی منشا اثر حقوقي است يك ايقاع جداگانه است . و چون دو رضاي متقابل در تاسیس اثر حقوقي مالکیت موصي له نسبت به موصي به , تعاون نداشته اند بشرح مطالب ۶۲ _ ۶۳ _ ۶۴ نمی توانند عنوان تراضي را که عنصري از عناصر عمومي عقد است داشته باشند. اینجا فقط دو رضاي مرتبط و متقابل وجود دارد اما هر يك از این دو نسبت به اثر حقوقي که بوجود مي آورند استقلال دارند تا جایی که موثر افتادن هريك از آن دو بطور مستقل , خدشه به حقوق طرف مقابل نمی زند و این بشرح مذکور . در شماره ۶۲ علامت ايقاع بودن است

نتیجه _ از این مثال که نمونه هاي ديگر هم دارد نتایج ذیل گرفته میشود

الف _ در دو ايقاع مرتبط , دو رضاي متقابل دیده میشود اما این دو رضاي متقابل نسبتبه اثر حقوقي که بوجود مي آورند استقلال دارند و هیچوقت شکل تراضي را (که عنصر عمومي عقود است) بوجود نمی آورند . پس دو ايقاع مرتبط را نباید با عقد اشتباه کرد . بسیار کسان این اشتباه را می کنند

ب _ هر قبول , نشانه عقد نیست زیرا قبول در دو ايقاع مرتبط هم دیده میشود

_ نظریه ترکیب عقد , از دو ايقاع مرتبط ۶۶

,عکس مساله ايقاعات مرتبط را در این نظریه که می خواهیم از آن بحث کنیم مشاهده میکنیم

عده اي عقیده دارند که هر عقدي مرکب از دو ايقاع مرتبط است! این دو ايقاع عبارت است از ايجاب و قبول

انتقاد _ عقد , مرکب از دو ايقاع مرتبط نیست زیرا اگر عقد , مرکب از دو ايقاع باشد باید رضاي هر يك از متعاقدين بدون استمداد از رضاي ديگري منشا اثر حقوقي بشود تا دو ايقاع بوجود آید و حال اینکه بالبداهه در عقود , طرفین به یاري دو رضاي متوافق , آثار حقوقي يك عقد را پدید می آورند و خلاف بدیهي نباید اظهار نظر کرد زیرا بدیهیات بر اینگونه نظرات , حکومت می کنند و ما در شماره ۶۵ دانستیم که دو ايقاع مرتبط با همه نزدیکی و شباهت که به عقد دارند هرگز مهیت يك عقد را ندارند

تبصره _ ممکن است ما در عقد غائبین , ايجاب را پیش از اظهار قبول , منشا تعهد ايجاب کننده _ ۶۷ بدانیم یعنی ايجاب را لازم بدانیم و ايجاب کننده را متعهد به عدم عدول از آن , تلقی کنیم در اینصورت , ايجاب , يك ايقاع است اما قبول يك ايقاع نخواهد بود و با صدور قبول , حالت تراضي بین ايجاب مذکور و قبول پدید خواهد آمد و آثار این تراضي پس از قبول بوجود می آید

بهرحال تراضي اگر با همه مشخصات حقوقي آن خوب تصور شود نظريه تركيب عقود از دو ايقاع مرتبط را رد مي كند. فايده بحث علمي از عناصر عقود در اين كتاب ، كشف اشتباهات مشهور و پيشبرد دانش حقوق در حقوق مدني است . توقف در يك نقطه و ارتزاق از ما ترك پيشنيان دور از همت بلند .. است

__ ي __ نظريه تركيب عقد از دو ايقاع غير مرتبط^۶

اين نظريه در فقه اسلام ديده نشده است اما در حقوق فرانسه عده اي از مولفان مانند (ورمز) طرفدار اين نظرنند آنها مي گویند عقد از منابع حقوق نيست و بعنوان عقد ، منشا اثر نيست بلکه ايجاب و قبول ، دو ايقاع جداگانه بوده ، و ايقاع است که از منابع حقوق بشمار مي آید! آنها صريحا تعاون دو رضا را د ! عقود رد مي کنند و تراضي را عنصر عقود نمي دانند

ملاحظه __ اين ادعا بدون دليل است که قابل بحث نيست و همانطور که قبلا (شماره ۶۶) گفتيم خلاف بديهي است و بديهيات بر اينگونه نظرات هميشه حکومت دارند. فقهاي اسلام از مرز دو ايقاع مرتبط . جلوتر نرفته اند (شماره ۶۶) و اعتقاد به ربط داشته اند

علم ايجاب کننده به قبول __ اگر عقد بوسيله نامه يا تلگراف صورت گيرد وقتي که ايجاب بدست __ ۶۹ قبول کننده رسيد او اطلاع از ايجاب پيدا مي کند لکن وقتي که قبول خود را در نامه جواب نوشت و بدین وسيله در حال هيچان را قصد انشا خود را اخطار کرد آيا با نوشتن نامه و امضا آن ، عقد منعقد ميشود و تراضي که عنصر عمومي عقود است محقق است؟ يا علم ايجاب کننده به مضمون اين نامه (يعني به قبول) براي تحقق تراضي ، معتبر است؟ در اين موضوع بين حقوق دانان فرانسه و اقرار حقوق رم اخلاف هست عده اي اين علم (علم ايجاب کننده به قبول) را براي تشکيل عقد غائبين ، ضرري ميدانند و بدون اين علم ، تراضي و عقد را محقق نميدانند . اصطلاحا اين نظريه را ناميده اند. دليل قاطع بر اين نظر بدست نيامد. دليل نيست که علم ايجاب کننده را موثر در تراضي (که عنصر عمومي عقود است) بشمریم ناگزير به محض قبول طرف ، تراضي که عنصر عقد است و افع ميشود حقوق اسلام هم در عقد . غائبين همين نظر را اختيار کرده است. اين را ناميده اند

فرق عقد و تراضي - ۷۰

کسانیکه در فقه ، لفظ را عنصر عمومي عقود دانسته اند عقیده دارند ، هر جا عقد وجود داشته باشد تراضي هم وجود دارد لکن عکس قضيه درست نيست يعني ممکن است تراضي (بدون دخالت لفظ) وجود داشته باشد که قطعا در آنجا عقدي وجود نخواهد داشت

ملاحظه - با توجه به ماده ۱۹۴ قانون مدني لفظ ، عنصر عقد نيست . پس هر جا تراضي باشد عقد هم وجود دارد به همين جهت کسي که به باربر مي گوید ، چمدان مرا بياور و او هم اين کار را انجام ميدهد . چون دو رضاي متقابل بصورت تراضي در آمده است طبعا عنوان عقد را دارد

جاي تعجب است که قانون مدني با وجود ماده ۱۹۴ همين مثال را در ماده ۳۳۶ قانون مدني از ريف عقود بيرون کرده است و در اين باب ، تناقضات قانون مدني کم نيست بعدا (شماره ۹۹- ۱۰۰) از آن بحث خواهيم کرد

- کمتر اتفاق می افتد که متعاقدين به همه آثار و عواقب عقد توجه کرده و با عنایت به آن آثار و ۷۱ عواقب ، تراضي کرده باشند. بسیاری از آثار و عواقب را عرف و عادت (ماده ۲۲۵ قانون مدني) یا قانون (ماده ۳۵۶ تا ۳۶۰ قانون مدني) بیان میکند. بنابراین لزومي ندارد که در تراضي همه جوانب عقد در نظر متعاقدين باشد کافي است که عناصر عقد عناصر عمومي و عناصر اختصاصي (مورد توجه (قرار گیرد (شماره ۹۳

- شبهه عقد - ماده ۱۳۷۱ قانون مدني فرانسه که در این مورد از حقوق رم متأثر است در تعريف شبهه ۷۲ عقد می گوید ، (اعمال ارادي که موجب تعهد براي دیگری و یا تعهد متقابل شود) البته مقصود کارهایی است که بعنوان تراضي بر آنها منطبق نیست . براي شبهه عقد دو نمونه ذیل را ذکر کرده اند ،

یک - اداره اموال غیر

دو - ایفا ناروا

ماده ۳۰۱ تا ۳۰۵ قانون مدني ایران این بحث را در بر دارد و ماده ۳۰۶ قانون مدني بحث اداره اموال غیر را ، که تمام این مواد را از حقوق مدني فرانسه اقتباس شده است

ملاحظه - بحث ایفا ناروا در قانون مدني به تبع حقوق اسلام در جمله دوم ماده ۳۰۰ قانون مدني زیر ! بعنوان غضب (که به این وسعت در حقوق مدني فرانسه وجود ندارد) تکرار و دوباره کاری شده است

اما بحث اداره اموال غیر نیز در فقه اسلام بطور مشروح مورد بررسی قرار گرفته است لکن عنوان شبهه عقد را به آن نداده اند اما فقها پدیده اي حقوقي بنام شبهه عقد را می شناختند در صحه ۴۴۱ کتاب وصیت این بحث را میتوان دید

کلن و کاپیتان عقیده دارند که شبهه عقد ، مفهومي ندارد و اثر حقوقي و فایده علمي و عملي بر این بحث ! مترتب نیست . بعضي از مؤلفان حقوق فرانسه هم تمام ایقاعات را شبهه عقد دانسته اند

- تا این لحظه رد مستدل نظریه شبهه عقد دیده نشده ست . از نظر ما با توجه به مقیاس علمي عقد و ۷۳ ایقاع (شماره ۶۲-۶۳) تصور پدیده حقوقي برزخي بین عقد و ایقاع ، محال است زیرا ،

اولا - در عقود و ایقاعات علاوه بر وقوع عمل ارادي ، صد نتیجه هم لازمست در حالیکه مثلا در اداره اموال غیر اگر خوب در ماده ۳۰۶ قانون مدني دقت کنیم هر چند به عمل ارادي بر می خوریم لکن قصد نتیجه در این ماده ضرورت ندارد . پس اداره اموال غیر نه عقد است و نه ایقاع (بعلت فقدان نتیجه و (بالملازمه فقدان قصد انشا

ثانیا - آنجا که به عنصر تراضي (شماره ۵۵) نیاز هست عقد وجود دارد و آنجا که به آن نیاز نیست و با یک قصد انشا کار از پیش می رود (شماره ۶۲-۶۳) ایقاع وجود دارد و آنجا که قصد انشا (و بالملازمه ! قصد نتیجه) نباشدنه عقد وجود دارد و نه ایقاع . پس جاي شبهه عقد کجاست؟

- تراضي و مراضات - ۷۴

آیا در اصطلاحات حقوق مدني این دو کلمه در دو معني بکار رفته است ؟ درباره اي از تالیفات بصورت مترادف بکار رفته است اما قانون مدني به پیروي از فقه امامیه در موارد ۵۰۱ - ۵۱۵ قانون مدني

مراضات را بصورتی بکاربرده است که احتمال مغایرت آن با تراضی می رود اما بنظر می رسد که در آن دو ماده هم مورد توجه مقنن ما (و فقه امامیه) اظهار مغایرت این دو کلمه نیست بلکه مقصود مقنن ما این است که، اگر در عقد اجاره ذکر مدت نشده باشد و اجاره مثلاً از قرار ماهی صد تومان منعقد شده باشد،

اولاً - نسبت به ماه اول، عقد اجاره بعلت وجود عناصر آن، منعقد شده است

ثانیاً - نسبت به باقی مدت، چون عنصر مدت که از عناصر اجاره است ذکر نشده است عقد اجاره منتفی است اما چون اصل در حقوق مدنی اعتبار هرگونه تراضی (یا مراضاه) است پس این تراضی یا مراضاه که عنوان عقد اجاره و سایر عقود معینه را ندارد اعتبار و جائز است نه لازم

ششم کاشف از قصد انشا -

- رضا در نقطه هیجان خود بصورت آب جوشان آماده تبخیر است، در اینجا بصورت اخطار به ۷۵ طرف مقابل در می آید و برای اینکه اخطار شود به وسیله اخطار، (که کاشف از قصد است) نیاز دارد و به عبارت دیگر تا اخطار نشود اثر حقوقی بر آن مترتب نمیشود. پس وجود کاشف از قصد انشا را هم باید از عناصر عمومی عقود شمرد. ماده ۱۹۱ قانون مدنی صریحاً این مطلب را بیان کرده است و گفته است، (عقد

محقق میشود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصدکند آن چیز که دلیل بر قصد انشاء است همانا کاشف از قصد انشاء است

ان الکلام لفي الفؤاد و انما

جعل اللسان علي الفؤاد دليلاً

. یعنی سخن در دل است و زبان دلیل دل است

. بهر حال در فقه هم در این مورد اتفاق آراء وجود دارد

: - اقسام کاشف - کاشف از قصد انشاء چند قسم است ۷۶

الف - الفاظ که ساده ترین و شایع ترین اقسام کاشف است. این شیوع عده ای را گمراه کرده و گفته اند (کاشف منحصر از قصد انشاء، الفاظ است) (شماره ۹۷ به بعد

ب- نوشتجات

ج- اشارات به معنی اخص. در معنی اعم شامل نوشتجات نیز هست

(د- اعمال) داد و ستد

ماده ۱۹۴ قانون مدنی تمام این اقسام را آورده است و گفته است: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین بوسیله آن انشاء معامله می نمایند الخ

تبصره - کاشف لفظي را در فقه و قانون مدني اصطلاحاً ايجاب و قبول نامیده اند (مستفاد از مواد ۳۳۹-۳۴۰ قانون مدني)

در عصر ما با توجه به مدلول وسيع ماده ۱۹۴ قانون مدني ايجاب و قبول را در هر نوع کاشف از قصد انشاء بکار مي برند. استعمال ايجاب و قبول در خصوص کاشف لفظي از مختصات مکتب تأثير الفاظ در عقود است يعني آنان چون فقط الفاظ را کاشف از قصد انشاء مي دانند نام ايجاب و قبول را هم به الفاظ اختصاص داده اند. اين کار در حقوق مدني ما بايد ترك شود و مواد ۳۳۹-۳۴۰ قانون مدني از لغزش هاي نويسنده قانون مدني است.

تبصره- سکوت به تنهائي کاشف از قصد انشاء نيست مگر اينکه اوضاع و احوال همراه آن باشد و -۷۸ دلالت صريح بر قصد انشاء کند. در اين مورد گفته اند «اگر عقدي بر مال غير واقع شود در حضور خودش و او ساکت باشد از صورت فضولي خارج نيست مادام که اظهار رضا نکرده است، مگر اينکه «سکوت او کاشف باشد بنحوي که عرفاً آن را اذن، حساب کنند

تميز ايجاب از قبول- طرفين يك عقد بوسيلة ايجاب و قبول، اظهار تراضي مي کنند. نام رضاي يك -۷۹ طرف عقد، ايجاب است و نام رضاي طرف ديگر عقد قبول است. بديهي است که در مرحله اوج هيجان رضا طرفين به تناوب، اقدام به اخطار مافي الضمير خود مي کنند يکي جلوتر و يکي عقب تر. با توجه به اين مقدمه چگونه بايد ايجاب را از قبول باز شناخت؟

: در اين مورد دو مکتب وجود دارد

اول- نظرية نوعي بموجب اين نظريه هر يك از طرفين که پيشدستي کرده و رضاي خود را ابرار کند : ايجاب را او گفته است و قبول را طرف او اظهار مي کند. از اين نظريه نتايج ذيل بدست مي آيد

. الف- ايجاب در همه عقود، مقدم بر قبول است

. ب- ايجاب، هميشه مقدم بر قبول است

. ج- ايجاب و قبول ارتباطي به ماهيت عوضين ندارند

پس مشتري در عقد بيع ميتواند ايجاب را بگويد ولو آنکه ثمن، پول باشد نه کالا چنانکه در بيع سلم عملا ديده شود که ايجاب را گاه بايع مي گويد و گاه مشتري، يعني عملا هر دو صورت ديده شده است

ملاحظه- در شماره ۶۴ گفتيم که تراضي، عنصر عمومي عقود است و دو رضاي متعاقدين از نظر تأثيري که در ايجاد آثار حقوقي دارند در سطح متساوي قرار دارند و هيچک را امتيازي بر ديگري نيست، لازمة تساوي دو رضا اين است که هريک از آنها بتواند عنوان ايجاب يا قبول را داشته باشد و اين بسته است به اينکه کدام يك زودتر ابرار شود. بنابر اين نظرية بالا با واقع مطابق است

: دوم- نظرية شخصي-پيروان اين مکتب به دستجات گوناگون بشرح ذيل تقسيم شده اند -۸۰

الف- بين دو رضا که به تناوب، اظهار ميشود حالت تابع و متبوع وجود دارد قبول، تابع ايجاب است. در اينصورت آيا بايد تابع، هميشه پس از متبوع، قرار گيرد؟ دو نظر در برابر اين پرسش ديده شده است:

يك- تابع بايد هميشه بعد از متبوع باشد .

دو- ممكن است تابع ، پيش از متبوع باشد چنانكه در بيع سلم غالباً مشتري سراغ فروشنده مي رود و رضاي خود را ابزار مي دارد .

ب- مكتب الفاظ ، عقیده دارد كه لفظ (ب) در عبارت : «فروختم اين كتاب را به صدتومان» روي هر چه در آيد مشخص قبول (در برابر ايجاب) است پس در مثال بالا صاحب صدتومان ، قبول كننده است . در واقع اين مكب بين قبول و عوض ، رابطه مستقيم بر قرار مي كند و حال اينكه در عقودي مانند نكاح و افزا مال مشاع به تراضي ، اين نظريه به هيچوجه قابل اعمال نيست ، و به همين جهت غالب حقوقدانان ، بين ايجاب و قبول ، با عوض و معوض ، رابطه اي نمي بينند يعني بحث عوض و معوض را از بحث ايجاب و قبول ، مستقل مي دانند آنان بخوبي دريافته اند كه از عهده اثبات بستگي اين دو بحث نمي توان . بر آمد

در هر حال در فقه اماميه و حنابله قول مشهر اين است كه ايجاب بايد مقدم بر قبول باشد و نظر - ۸۱ حنفيه و مالك و شافعي اين است كه قبول ميتواند مقدم بر ايجاب باشد

پس غالباً تابع مكتب دوم يعني نظريه شخصي هستند زيرا در اين مكتب است كه تصور تقدم قبول بر ايجاب مي رود. در مكتب اول (نظريه نوعي) هميشه ايجاب ، مقدم بر قبول است . اين نظر با اينكه در فقه در اقليت است اصح است

. قانون مدني در اين بحث (شماره ۷۹-۸۰) ساكت است

تبصره- در عقود معوض ، شناسائي عوض از معوض (كه بحث مستقلي است) نتيجه دارد زيرا در - ۸۲ مثلاً در ماده ۴۰۶ قانون مدني مشاهده مي كنيم كه خيار تاخير ثمن را مختص بايع دانسته است اگر در بيع . كالا به كالا مبيع را از ثمن تميز ندهيم اجراء ماده ۴۰۶ قانون مدني مشكل خواهد شد

معمولاً به كمك قرائن و اوضاع و احوال ، بايع و مشتري (وتبعاً مبيع و ثمن) را ميتوان از هم تميز داد. صاحب دكان بايع است، آنكه شغل او معامله است مانند فروشندگان دوره گرد كه با صاحبان و سكنه خانه ها معاملات كالا به كالا (مانند فروش ظرف به لباس) انجام مي دهند. بهرحال در صورت عدم تميز مبيع از ثمن ، احكام بيع در آن مجري نخواهد بود (ماده ۴۶۴- ۴۶۵ قانون مدني) بلكه مقررات عقد صلح ، بكار مي رود زيرا در عقد صلح ، تميز عوض و معوض ، ضرورت ندارد

اماره بودن كاشف از قصد انشاء - كاشف از قصد انشاء بهر صورت كه تصور شود (لفظي- - ۸۳ . غيرلفظي) كاشف از قصد است و آن را براي ما اثبات مي كند

بنابر اين نوعي اماره و دليل اثبات است . اما آيا اين اماره مطلق است يا يك اماره نسبي است ؟

: دو مكتب حقوقي از قرون بسيار دور به اين پرسش ، پاسخ داده اند

يك- نظريه اماره مطلق- بموجب اين نظريه كاشف از قصد انشاء اماره مطلق است و براي سهولت نظم معاملات نبايد اجازه داد كه به ادعاء اشتباه يا هر ادعاء ديگر ، باب سخن بر خلاف دلالت ايجاب و قبول باز شود زيرا مصلحت جامعه در اين است كه ايجاب و قبول ، اماره مطلق باشد

این نظریه را نظریه اراده ظاهری هم نامیده اند . بنابراین اگر کسی شمعان مطلق را ببیند و گمان برد که از زر است و بخرد و شرط طلا بودن نکند پس از بیع نمیتواند ادعاء کند که در ضمیر او زر خطور کرده است و به خاطر زر خریده است . زیرا در ایجاب و قبول ، سخن از طلائی بودن شمعان به میان نیامده است

اکثر فقهاء امامیه و عده زیاد از فقهاء اهل سنت این نظر را دارند . مؤلف شعائر صریحاً می نویسد : در عقد ، قصد نوعی معتبر است نه قصد شخصی . مقصود از قصد نوعی یعنی مدلول ایجاب و قبول ، هر چند که مخالف مافی الضمیر عاقد باشد. مقصود از قصد شخصی یعنی آن چه که در ضمیر عاقد ، خطور کرده است

دو نظریه اماره نسبی - بموجب این نظریه کاشف از قصد انشاء يك اماره نسبی است که میتوان - ۸۴ خلاف آن را اثبات کرد . پس در مثال شمعان ، متضرر از بیع ، حق طرح دعوی را دارد و دادگاه میتواند رسیدگی کند . این نظر را «نظر اراده باطنی» هم می نامند

در فقه نمونه های ذیل را می توان دید

الف- اگر زوجین پیش از عقد نکاح توافق کردند که مهر صد تومان باشد لکن در عقد نکاح ، مهر را هفتاد تومان قرار دادند آیا پس از اثبات توافق سابق باید صدق به مبلغ هفتاد تومان داده شود ؟ در فقه حنبلی دو عقیده وجود دارد : بعضی گفته اند که باید صد تومان بدهد و دعوی خلاف ، شنیده نمیشود (اماره مطلق) . (و بعضی گفته اند دعوی خلاف آن شنیده میشود (اماره نسبی

ب- زن و محلل در خارج توافق بر نکاح تحلیل می کنند لکن در متن عقد نکاح دائم ، سخنی از تحلیل و موقت بودن عقد نکاح به میان نمی آورند: نظراین قیم و استادش این است که این عقد ، تابع ایجاب و قبول نیست بلکه تابع مافی الضمیر متعاقدين است و به حسب مافی الضمیر متعاقدين که قصد دوام عقد را نداشته اند عقد نکاح از این حیث باطل است (شماره ۴۴

تبصره- از نظر عده وقتی که گفته میشود : العقود تابعه للعقود ، قصد باطنی (قصد شخصی) مورد توجه است و حال اینکه از نظر مکتب اول هر وقت که این گفته میشود قصد نوعی (یعنی مدلول ظاهری ایجاب و قبول) مورد نظر است

ج- اگر شخصی مالی را بخرد که ثمن آن ، کلی در ذمه باشد و در موقع عقد بیع ، در دل خود تصمیم بگیرد که ثمن را از محل پولی که دزدیده است بدهد و همین کار را هم بکند در مذهب حنبلی دو عقیده راجع به این بیع وجود دارد : بعضی آن را باطل می دانند زیرا قصد باطنی را ملاک کار قرار داده اند و برخی آن را صحیح می دانند زیرا معنی ایجاب و قبول را به صورت اماره مطلق پذیرفته اند

د- شیخ طوسی و پیروان او مافی الضمیر عاقدرا حجت می دانند هر چند که تلفظ نشده باشد . یعنی کاشف، مهم نیست عمده مکشوف (قصد باطنی) است

ملاحظه- نظریه اماره نسبی (شماره ۸۴) در حقوق باختار به نظریه اراده باطنی هم معروف است - ۸۵ که برای جلوگیری از آثار بدان ، می گویند : عاقدی که مدعی اشتباه است باید دو مطلب ذیل را اثبات کند

الف- وقوع اشتباه از جانب عاقد در حین ایجاب و قبول

ب- وقوع یکی از سه مطلب ذیل را اثبات کند

اول- متعاقدين ، هر دو اشتباه کرده اند مثل اینکه کتاب خطي معامله کنند به گمان اینکه مربوط به پیش از قرن نهم هجری است و پس از عقد ، معلوم شود که کتاب مذکور مربوط به بعد از قرن یازدهم هجری است.

دوم- اگر اشتباه فقط از يك جانب است مدعي وقوع اشتباه ، ثابت کند که طرف او با وجود آگاه بودن از اشتباه ، سکوت کرده است

سوم- اگر اشتباه يك جانبه بوده مدعي وقوع اشتباه ، ثابت کند که طرف دیگر هر چند علم به اشتباه نداشته است اما اوضاع و احوال طوري بوده که انساني مثل او باید مطلع از این اشتباه می بود

از نظر ما بررسی مطالب بالا (شماره ۸۴-۸۵) و مقایسه آنها با نظریه اماره مطلق (شماره ۸۳) نشان می دهد که نظریه اماره نسبی که تلاش دارد هر چه بیشتر به حق عدالت نزدیک شود ترتیب آسان و عملي نیست و باید ترك شود

شاید به همین جهت حقوق دانان باختر راه بینا بین میان دو نظریه اماره مطلق و اماره نسبی را به -۸۶ : شرح ذیل انتخاب کرده اند

مطابق این نظریه

اولاً- اماره مطلق بودن ایجاب و قبول ، مردود است و باید اجازه داد که عاقدی که اشتباه کرده است و زیان دیده است برای جبران زیان خود طرح دعوی کند

ثانیاً- نباید به این مدعی ، اجازه داد که تمام مافی الضمیر خود را در حین عقد وجود داشته است اثبات کند و موجب یکنوع بی ثباتی در روابط متعاقدين گردد بلکه به دادگاه باید اجازه داد که ایجاب و قبول عقد مورد نزاع را روی مقیاس ذیل ارزشیابی کند و بر پایه این ارزشیابی ، محتوای عقد و قصد متعاقدين را . سنجیده و آثار حقوقی آن را اعلان کند

مقیاس این است که داد رس دادگاه باید وضع عاقد مدعی اشتباه را در نظر نگیرد بلکه بجای او يك عاقل متعارف را که دارای حسن نیت باشد در نظر بگیرد و فکر کند که اگر چنین کسی بجای مدعی اشتباه ، وجود داشت چگونه می اندیشید و چگونه قصد خود را ابراز می داشت

ملاحظه- در واقع این نظریه هم تمایل به اماره مطلق دارد و از قصد شخصي فاصله زیاد گرفته است در عین حال که به محتوای ایجاب و قبول خود متعاقدين نمی اندیشد . عیب کار هم از همین جاناشی می شود که بیان نظریه سوم آسان است لکن گویند آن هرگز قاضی نبوده است تا بداند که اندیشه او قابل بکار بستن ! هست یا نه

نتیجه آنکه نظریه اماره مطلق (شماره ۸۳) از سایر نظرات ، سنجیده تر است

نظر قانون مدني- قانون مدني ايران با توجه به تاريخ حقوق خود تابع نظرية اماره مطلق است و -۸۷
:شواهد و قرائن هم بر آن وجود دارد مانند

الف- بطور كلي اجازه نداده است كه هر عاقدی بدعوي وقوع اشتباه در عقد ، طرح دعوي در دادگاه كند
بلكه فقط در حدود مسائل خيارات (ماده ۳۹۶ قانون مدني) اجازه داده است كه اشتباه كننده از راه بكار
بردن حق خيار ، جبران اشتباه كند . وانگهي بايد ملتفت بود كه همه خيارات ، ارتباط به اشتباه ندارند
. مانند خيار تأخير ثمن

ب- در موارد ۲۰۰-۲۰۱ قانون مدني كه از حقوق فرانسه گرفته شده است هر چند مجال بيشتري براي
جبران اشتباهات داده است و باب طرح دعوي را گشوده است اما ماده ۲۰۰ مي گويد فقط اشتباه راجع به
خود موضوع عقد شنیده ميشود نه اشتباهات ديگر (ماده ۱۱۱۰ قانون مدني فرانسه). راجع به معني
(خود) هم اختلافات فراوان بين حقوقدانان فرانسه وجود دارد

ج- ماده ۴۵۱ قانون مدني مي گويد : «تصرفاتي كه نوعاً كاشف از بهم زدن معامله باشد فسخ فعلي است»
استعمال كلمه (نوعاً) اشاره به همين مبناي حقوق مدني ما است بديهي است كه «كاشف نوعي» با قصد
(نوعي فسخ معامله رابطه مستقيم دارد (شماره ۹۰

د- عاقد فضولي در ضمير خود مال دزديده شده را براي خود مي فروشد لكن پس از اجازه مالك ، بيع
بنفع مالك واقع ميشود (ماده ۲۴۷ قانون مدني) عبارت ايجاب و قبول در عقد فضولي معتبر است نه مافي
. الضمير عاقد فضولي

مستثنیات اماره كاشف از قصد انشاء

هر چند كه در قانون مدني ايران به پيروي از نظرية اكثریت فقهاء اماميه كاشف از قصد انشاء ، -۸۸
: يك اماره مطلق است ولي در بعضي از موارد اماره نسبي است . موارد مذکور از اين قرار است

اول- در مورد دعوي وقوع اكراه - هر كس كه طرف عقد بوده ميتواند پس از عقد، دعوي وقوع اكراه
كند (ماده ۲۲۳-۱۹۹ قانون مدني) يعني ايجاب و قبول متعاقدين نسبت به تحقق يا عدم تحقق قصد نتیجه
عقد، اماره نسبي است (شماره ۴۰) در مورد مثال شمعدان مطلا (شماره ۸۳) كسي نسبت به وقوع قصد
نتیجه بيع ، اختلاف و ادعائي ندارد

دوم- در مورد منتفع از عقد- ماده ۱۹۶ قانون مدني مي گويد : «كسي كه معامله مي كند آن معامله براي
خود آن شخص محسوب است مگر اينكه در موقع عقد، خلاف آن را تصريح نمايد يا بعداً خلاف آن ثابت
»... شود

با وجود اينكه در اين مورد ، طرفين صريحا عباراتي مانند «خريد م فروختم» را بكار برده اند قانونگذار
اذن داده است كه خلاف آن را بعداً اثبات كنند پس اين يك اماره نسبي است

سوم اشتباه در علت عقد- اشتباهي كه موجب انعقاد عقد گردد به طوري كه اگر آن اشتباه نبود عقد ، -۸۹
منعقد نمي شد. مثل اينكه بدهكار به بستانكار بگويد كه توانائي پرداخت تمام بدهي را ندارد و درخواست
ارفاق كند و بستانكار نيز به گمان صحت گفته او، طلب خود را صلح به اقل (ماده ۷۱۳ق-م) نمايد و پس
از عقد، توجه به گذب او كند حق دارد بطلان صلح را از دادگاه بخواهد هر چند كه در ايجاب و قبول عقد

صلح، سخني راجع به ارفاق به مصالح بر زبان نیاورده باشد و موضوع ارفاق فقط در ضمير او وجود داشته باشد. در اين جا ايجاب و قبول نمي تواند اماره مطلق بر وقوع عقد صلح به كيفيتي كه ظاهر امر نشان ميدهد باشد يعني ايجاب و قبول نمي تواند كاشف و اماره وجود علت صحيح عقد باشد به دو دليل

الف- اولويت مستفاد از ملاك مواد قانون مدني در خيالات . زيرا وقتي كه مثلاً زيان زائد بريك پنجم ، موجب خيار غبن باشد وقتي كه علت عقد صلح فاسد باشد به طريق اولي بايد به زيان ديده حق فسخ داد

(ب- صريح ماده ۲۰۰ قانون مدني شامل فرض بحث ما مي شود (نيز بنگريد شماره ۹۰-۹۱

بحث- ماده ۴۶۳ قانون مدني مي گويد : «اگر در بيع ، معلوم شود كه قصد بايع ، حقيقت بيع نبوده - ۹۰ است احكام بيع در آن ، مجري نخواهد بود ، آيا از اين ماده فهميده ميشود كه قانونگذار ايران قصد باطني (شماره ۸۰) را ملاك كار قرار داده و نظريه اماره نسبي (شماره ۸۴) را پذيرفته است ؟ اگر جواب ، مثبت باشد اين مطلب با آنچه كه سابقاً (شماره ۸۷) گفتيم ناسازگار خواهد بود

براي حل اين ماده بايد به تاريخ حقوق ما در بيع شرط، توجه كرد. بيع شرط از صدر اسلام تاكنون سه مرحله متوالي را بشرح ذيل گذرانده است

اول- بيع شرط به صورت يك بيع واقعي با دو صفت ذيل

(الف- مملكت بود يعني مبيع واقعاً ملك مشتري مي شد (ماده ۳۳۸ قانون مدني

ب- عقد مغابنه بود يعني طرفين بيع در جهت جلب حداكثر منافع از يكدیگر تلاش کرده و سرانجام در نقطه معيني توافق مي کردند كه ارزش اقتصادي عوضين بطور نسبي (در حد قيمت عادلانه) متعادل مي شد . علامت عقد مغابنه امكان طرح دعوي غبن در صورت مغبون شدن است

دوم- در ادوار بعد به علت اينكه شرط خيار در بيع شرط ، مانع استفاده كامل مشتري از مبيع مي شد مشتري حاضر بدادن ثمن عادلانه نمي شد بلكه قيمت نازل مي داد و بيع شرط به اين صورت قرنھا (تا سال ۱۳۱۰ شمسي در ايران) واقع ميشد و بعلت نقص سازمان هاي قضائي و اداري غالباً بايع موفق نمي شد كه ثمن را به مشتري رد کرده و مبيع را بگيرد و ستمهاي فراوان از طرف رباخواران مي شد. در : اين دوره بيع شرط با دو صفت ذيل واقع مي شد

(الف- مملكت بود يعني مبيع واقعاً ملك مشتري مي شد (ماده ۳۳۸ قانون مدني

ب- عقد مغابنه نبود يعني عقد مسامحه بود (عكس عقد مغابنه) زيرا وقتي كه طرفين عقد معوض عالماً و عامداً تعادل اقتصادي ارزش عوضين را بهم زنند عقد مذکور عنوان عقد مسامحه را خواهد داشت

عقد بيع از عقود مغابنه است و (مغابنه) عنصر عقد بيع است و چون در اين دوره بيع شرط ، فاقد اين عنصر بوده است لذا حقيقت بيع در بيع شرط وجود نداشته است به همين جهت ماده ۴۶۳ قانون مدني مي (گويد: احكام بيع در آن مجري نخواهد بود (شماره

نتيجه- ماده ۴۶۳ قانون مدني ربطي به بحث اماره نسبي بودن ايجاب و قبول (شماره ۸۴) ندارد اما - ۹۱ ميتوان اين ماده را جزو بحث مستثنیات اماره كاشف از قصد انشاء (شماره ۸۸-۸۹) شمرد

سوم- در دوره سوم قانون ثبت اسناد و املاک (ماده ۳۳-۳۴ مکرر) بیع شرط را با دو صفت ذیل طراحی کرد:

الف- مملکت نیست پس اساساً بیع نیست زیرا طبق ماده ۳۳۸ قانون مدنی مملکت بودن از عناصر عقد بیع است.

ب- وثیقه است و هر عقد وثیقه از عقود مسامحه است.

انتقاد از اماره مطلق بودن کاشف از قصد- با وجود اینکه یقین می دانیم که قانون مدنی به پیروی -۹۲ از نظر اکثریت فقهاء امامیه ایجاب و قبول (و هر گونه کاشف از قصد انشاء عاقد) را اماره مطلق بر قصد عاقد شمرده است و محتوای عقود را معادل و برابر محتوای ایجاب و قبول دانسته است معذک این اماره علاوه بر تحمل مستثنیات (شماره ۸۸ تا ۹۱) مورد انتقاد به شرح ذیل قرار گرفته است

قانونگذار در بسیاری از موارد این اماره را ترك کرده است و اعتباری برای آن قائل نشده است مانند موارد ذیل:

الف- در مواردی که خیار تبعض صفقه وجود دارد یعنی عقد واحد نسبت به قسمتی از مبیع (یا معوض) باطل باشد (ماده ۴۴۱ قانون مدنی) در این صورت ظاهر معنی ایجاب و قبول این است که معامله روی تمام مبیع واقع شده است وقتی که تمام مبیع را نتوان بچنگ آورد باید معامله کلاً باطل باشد و حال آنکه مقنن ما عقد را بر خلاف ظاهر مزبور تجزیه کرده است و آن را نسبت به قسمتی از مبیع صحیح دانسته . و به مشتری برای جبران ضرر، حق خیار داده است

ب- در عهدهای که شرط ذکر شده است نیز ظاهراً معنی ایجاب و قبول این است که ذینفع عقد را با شرط آن پذیرفته است وقتی که قانوناً نتواند از شرط استفاده کند باید از عقد بدون شرط هم نتواند استفاده کند زیرا مورد نظرش عقد بدون شرط نبوده است . معذک در ماده ۲۳۳ قانون مدنی پیش بینی قسمتی از شروط فاسد را کرده است که با وجود اینکه باطل هستند موجب بطلان عقد نمی شوند یعنی مقنن، عقد را بر خلاف ظاهر ایجاب و قبول متعاقدين، درست شمرده است و خط بطلان روی اماره مطلق مذکور (شماره ۸۳) کشیده است

ج- در عقد نکاح منقطع با تصریح به منقطع بودن آن آگاه ذکر مدت نشود قانونگذار عقد نکاح را دائم تلقی می کند و این بر خلاف مدلول ایجاب و قبول آنان است

د- در بیع صرف و سلم ظاهر ایجاب و قبول این است که تملك عوضین از حین عقد بیع، صورت گیرد و حال اینکه قانونگذار (ماده ۳۶۴ قانون مدنی) بر خلاف عبارت ایجاب و قبول متعاقدين از تاریخ قبض، تملك را معتبر شمرده است

ملاحظه- عده ای کوشیده اند که راه حلی برای اینگونه موارد بیابند تا حریم اماره مطلق (شماره ۸۳) وقاعده «العقود تابعه للقصود» را حفظ کنند . امکان دارد در صورت عدم موفقیت در این تلاش، این موارد را هم به مستثنیات مذکور سابق (شماره ۸۸ تا ۹۱) بیافزایند و تصور نمی کنم ادامه این بحث . بیش از این ضرورت داشته باشد

ابهام اماره کاشف از قصد انشاء- ايجاب و قبول و هر کاشف ديگر از قصد انشاء که در قانون ۹۳- مدني ايران و فقه اماميه يك اماره است در بسياري از اوقات دچار ابهام ميشود ابهام اين اماره را چگونه بر طرف ميتوان کرد ؟

: قانون ايران سه راه براي رفع ابهام آن در نظر گرفته است

اول- عرف لفظي- در اين مورد ماده ۲۲۴ قانون مدني مي گويد : «الفاظ عقود محمول است بر معاني» . (عرفيه « مقصود از الفاظ عقود ، همان ايجاب و قبول است که مورد بحث ما است (شماره ۷۵ به بعد مثال- در ايران وقتي که در عقود ، کلمه ضمان عقدي استعمال ميشود مقصود ضمان ناقل ذمه است يعني اعلان عقد ضمان ، اقتضاء نقل ذمه مي کند اگر طرفين قصد ديگري دارند بايد تصريح کنند پس معني عرفي عقد ضمان ، چنين است

دوم- عرف عملي يا عملکرد -ماده ۲۲۵ قانون مدني در اين مورد مي گويد : «متعارف بودن امري در عرف و عادت به طوري که عقد بدون تصريح هم منصرف بآن باشد به منزلة ذکر در عقد است » بنابر اين اگر بخواهيم مدلول الفاظ ايجاب و قبول را با تمام وسعت آن در نظر بگيريم بايد عرف و عادت موجود در زمان عقد را هم منظور بداريم زيرا فرض قانوني اين است که متعاقدين با توجه به عرف و عادت مقارن عقد ، اقدام به انعقاد عقد مي کنند و محتوای ايجاب و قبول و عقد را بدون در نظر گرفتن عرف و عادت نمي توان ارزشيابي کرد

سم- در صورتيکه به هيچيك از دو راه مذکور فوق دسترسي نباشد و مجهولي در قلمرو ايجاب و قبول وجود داشته باشد بايد از اصول و قواعد کلي حقوق استفاده کرد مانند امارات قانوني راجع به توابع مبيع . (ماده ۳۵۸-۳۵۹ قانون مدني

: تا اين جا از عنصر ششم عقود يعني «کاشف از قصد انشاء» در چند مرحله بشرح ذيل بحث کرديم - ۹۴

.. (الف- کاشف از قصد انشاء چگونه عنصر عمومي عقود است و دليل آن چيست ؟ (شماره ۷۵

. (ب- اقسام کاشف (شماره ۷۶ تا ۷۸

. (ج- تميز ايجاب از قبول (شماره ۷۹ تا ۸۲

. (د- اماره بودن کاشف (شماره ۸۳ تا ۹۳

مؤلفان حقوق مدني در تمام سيستم هاي بزرگ حقوقي سهمي براي بحث از کليات عقود و ايقاعات جدا نکرده اند و جز مباحث مختصر و ناقص ، يادگاري بر جا نهاده اند زيرا پيش از احاطه به همه عقود خواسته اند کليات عقود بنويسند و اين محال است . ناگزير چون مردم همان تأليفات را مطالعه مي کنند از عنصر ششم عقود اطلاعات مورد نظر را آن چنان که شايسته است ندارند مثلاً از قبول و اقسام آن ، آگاهي ندارند هر قبول ، نشانه عقد نيست و امکان دارد قبول به صورت ايقاع مرتبط در آيد

گاه قبول به صورت و دشوار ديده ميشود و ما اينک براي اينکه ذهن خواننده اين کتاب را تمرين بيشتر حاصل گردد دو نمونه ذيل را مورد بحث قرار مي دهيم

يك- عقد واحد با يك ايجاب و دو قبول- يك اقلیت قوي از فقهاء اماميه معتقدند كه عقد حواله از ۹۵- ايجاب محيل و قبول محتال و محال عليه پديد مي آيد پس دو قبول در عقد حواله ضرورت دارد

. الف- قبول محتال

. ب- قبول محال عليه

فرق نمي كند دو قبول در يك زمان ابراز شود يا در دو زمان . غالباً در دو زمان اظهار ميشود زيرا محال در جلسه محيل و محتال ، غالباً حضور ندارد در فاصله زماني بين دو قبول ، يك عقد مقدماتي بين محيل و محتال وجود دارد كه عقد لازم است

دو- عقد معلق بر قبول عقد تبعي- ممكن است در يك مورد دو عقد اصلي و تبعي وجود داشته باشد -۹۶ . لکن عقد اصلي ، معلق بر قبول عقد تبعي باشد

: مثال- در عقد حواله كه منتهي به قبول محال عليه گردد بشرح ذيل ، دو عقد مشاهده ميشود

. (الف- عقد حواله بين محيل و محتال (عقد اصلي

. ب- عقد تبعي بين محتال و محال عليه كه همه عناصر عمومي يك عقد را دارد

. (در اين جا عقد اصلي ، معلق بر قبول محال عليه (قبول در عقد تبعي) است (مادة ۷۲۵ قانون مدني

: آثار منجز عقد حواله در ايام تعليق از اين قرار است

. الف- لزوم عقد حواله كه با موت و جنون و سفه يك طرف ، مضمحل نمي شود

. ب- محتال حق ندارد در اين ايام ، طلب خود را از محيل ، مطالبه كند

. ج- طرفين ، حق اقاله حواله را دارند

محتال ميتواند طلب خود را ابراء كند يا به محيل هبه نمايد و محيل حق دارد بدهي خود را به محتال بپردازد

: اما پس از قبول محال عليه

. (اولاً- ذمه محيل از طلب محتال ، فارغ ميشود (مادة ۷۳۰ قانون مدني

. (ثانياً- ذمه محال عليه به طلب محتال ، مشغول ميشود (مادة ۷۲۷-۷۳۰ قانون مدني

. ثالثاً- ذمه محال عليه مديون ، از طلب محيل ، فارغ مي گردد

مقصود از ذكر مطلب ۹۵-۹۶ اين است كه ذهن در مسائل راجع به يك يك عناصر عمومي عقود حالت گسترش و احاطه پيدا كند تا در برخورد با مسائل بي شمار حقوق مدني درمانده نشود و توانائي حل مجهولات قضائي را پيدا كند و اين ممكن نميشود مگر اينكه استاد يا مؤلفان ورزيده سخاوتمندانه ديدهاي گسترده علمي خود را در اختيار ديگران قرار دهند

هفتم- لفظ

آیا الفاظ در ساختن عقود ، تأثیر دارند ؟ یعنی اگر ایجاب و قبول ، از جنس اللفظ نباشد علی -۹۷
الاصول ، چیزی بنام عقد ، منعقد نمیشود ؟

: در این مورد نگاهی کوتاه بتاريخ حقوق ما لازم است

: در فقه اسلام دو عقیده وجود دارد

. يك- اللفظ ، عنصر عمومي عقود هستند

دلیل این نظر بسیار ضعیف است زیرا می گویند : فقط لفظ است که می تواند رضای عاقد را با همه
.. ظرافت آن بیان کند عمل عاقد (داد و ستد) از عهده اثبات آن بر نمی آید

: تبصره- طرفداران این مکتب بصور افراطی گاه دیده شده اند : مثلاً

اولاً- برخی از آنان ، عقیده دارند که هر لفظ برای ایجاب و قبول ، کافی نیست بلکه الفاظ مخصوص
برای انعقاد عقود ، ضرورت دارد این الفاظ را صیغه می نامند . قانون مدنی ایران فعلاً فقط در مورد
(. طلاق همین عقیده را دارد) ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی

ثانیاً- عده دیگر که بمراتب ، افراطی تر هستند می گویند : ایجاب و قبول عقود باید به زبان عربی باشد
. که ریشه تعصب خاص (تعصب نژادی و قومی) در آن دیده میشود

دو- الفاظ ، عنصر عمومی عقود نیستند قصد انشاء وضا را با الفاظ و افعال هم می توان بیان کرد . این
تیمیه در صفحه ۴۰۶ بعد کتاب خود بنام «الفتاوی الکبری» بخشی جالب در این زمینه دارد و تشریفات
بودن عقود را مانند سایر طرفداران این مکتب بشدت رد کرده است
طرفداران مکتب اول براساس نظر خود دو نظریه ذیل را هم پذیرفته اند -۹۸

الف- فرق عقد و معاوضه - مقصود از عقد در این جا عقد معوض است مانند بیع و اجاره, براساس این
نظر اگر ایجاب و قبول, از جنس الفاظ باشد, عقد معوض بوجود می آید اما اگر ایجاب و قبول از جنس
(الفاظ نباشد عقد پدید نخواهد آمد بلکه فقط معاوضه بوجود می آید) ۱

آنان امنه معاوضات را وسیع و نامحدود می دانند, و اصل آزادی اراده را در زمینه معاوضات اعمال می
کند.

:ب - براساس این نظر مثلاً بیع دو قسم است

.يك - بیع عقدي که باید ایجاب و قبول آن, لفظی باشد

.دو - بیع غیر عقدي که ایجاب و قبول آن, لفظی نیست

همین نظر را قانون مدنی در مواد ۳۳۹ - ۳۴۰ قانون مدنی در خصوص بیع پذیرفته است و گفته است:
پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن, عقد بیع به ایجاب و قبول واقع میشود. ممکن است بیع
بداد و ستد واقع گردد.

در دو جمله این ماده از بیع عقدي و بیع غیر عقدي (مطالعاتي) سخن رفته است حتي در ماده ۳۴۰ ق - م هم ایجاب و قبول را اختصاص به الفاظ داده و گفته است: در ایجاب و قبول، الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد اگر ایجاب و قبول، اختصاص بالفاظ نداشت باید بجای این ماده گفته میشد: ایجاب و قبول بیع باید صریح در معنی بیع باشد خواه بالفاظ گفته شود خواه نه

نظر قانون مدني در عنصر لفظ

قانونگذار مدني در مواد ۱۹۱- ۱۹۴ قانون مدني براي بيان قصد انشاء لفظ را چاره و وسیله ۹۹- منحصر ندانسته است. پس از نظر مکتب دوم تبعیت کرده است یعنی لفظ را عنصر عمومي عقود ندانسته است. معذک موارد ذیل را بعنوان استثناء بر اصل مذکور پذیرفته و از نظر مکتب اول پیروي کرده است:

الف - در ماده ۳۳۹ - ۳۴۰ قانون مدني لفظ را شرط تحقق عقد بیع شمرده است در عین حال، بیع غیر عقدي را هم صحیح شمرده است

با توجه به اینکه فقهاء بیع غیر عقدي را بیع جائز میدانند آیا مقنن مدني بمهمین نتیجه ملتزم است؟ نمی تواند به آن، ملتزم نشود؟

عملاً عدم اطلاع از این مباني، موجب شده است که همه اقسام بیع را عقد لازم بدانند

ب - در میان اقسام کاشف و رضا (شماره ۷۶) برای لفظ، حقیقتاً قائل است ماده ۱۹۲ قانون مدني می گوید، در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود.

بنابراین اگر بازرگانی یادداشتی بدفترخانه طرف اعتماد و معامله خود بنویسد که سند معامله ای را خصوصیات مندرج در یادداشت ثبت کند و طرفین فردا آنرا امضاء خواهند کرد و همین کار بدون رد و بدل شدن الفاظ صورت گیرد از نظر ماده ۱۹۲ قانون مدني این معامله باید باطل باشد. در حال حاضر ماده مذکور عملاً منسوخ است

ج - ماده ۱۰۶۲ قانون مدني می گوید: نکاح واقع میشود به ایجاب و قبول با لفظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید نکاح بصورت معاطات همان زنا است چاره ای جز رد و بدل کردن الفاظ نیست

ملاحظه- رد و بدل کردن نوشته که صریحاً حاکی از ایجاب و قبول باشد نیز کافی بنظر می رسد حنفیه (۱) در کتب خود به این مطلب توجه داشته اند

د- در ماده ۷۵۳ قانون مدني گفته شده است: شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدي از عقود حاصل میشود یا در نتیجه عمل شرکاء از قبیل مزج اختیاری، یا قبول مالی مشاعاً در ازاء عمل چند نفر و نحو این ها بموجب این ماده ماده اگر دو نفر که هر يك ده من گندم دارد بدون رد و بدل کردن الفاظ و بقصد شرکت، آنها را بیامیزند این شرکت، ناشی از عقد نیست چون تلفظ بالفاظ نکرده اند

هـ - در ماده ۳۳۶ قانون مدني ي گوید: هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملي نماید که عرفاً برای آن عمل، ارتي بوده و یا آن شخص عادتاً مهيای آن عمل باشد عامل، مستحق اجرت عمل خود خواهد و بد مگر اینکه معلوم شود که قصد تبرع داشته است

مثال - اگر مسافري در ایستگاه راه آهن به بار بر بگوید چمدان مرا به خانه ام برسان و بار بر هم این کار را بکند با اینکه تمام عناصر عمومي عقود در این جا وجود دارد معذلك قانونگذار ما آن را از ردیف عقود بیرون رانده و در صف ضمانات قهري (ماده ۳۰۷ بعد قانون مدني) نشانده است

بنظر مي رسد که از فقه جمهور پیروي کرده اند چه مي بینیم که حافظ ابي الفرج عبدالرحمان بین رجب حنبلي متوفي بسال ۷۹۵ هجري در صفحه ۱۴۱ کتاب قواعد فقه خود فصلي گشوده به این عنوان

در مواردی که انسان بدون وجود تعهد، مستحق عوض کار خود میشود. اوسپس دو مورد دلیل را بعنوان مثال آورده است

(يك - استيفاء از عمل غير (موضوع ماده ۳۳۶ قانون مدني

(دو - اداره اموال غير (۱)

انتقاد - او در واقع عقیده دارد که عنصر اول (شماره ۱-۱۷) عقود در این مورد وجود ندارد و حال (اینکه اگر بتعریف تعهد نگاه کنیم می بینیم در این مورد، تعهد وجود دارد (نیز به شماره ۷۰ نگاه کنید

ملاحظه - قانون مدني اساساً در مساله (لفظ) بعنوان عنصر عمومي عقود دچار حالت بلاتکلیفی -۱۰۰ است مثلاً در ماده ۳۳۹ - ۳۴۰ قانون مدني بشرح گفته شده سابق (شماره ۹۸) ایجاب و قبول را مخصوص الفاظ میداند (شماره ۷۶) و آنگاه در ماده ۶۵۸ ق-م ایجاب و قبول را شامل الفاظ و افعال میداند و می گوید: وکالت ایجاباً و قبولاً بهر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن کند واقع میشود در واقع معني اصطلاح ایجاب و قبول را هم با امانت علمی که لازمه نوشتن متون قوانین است بکار نمی برد. در اصلاحات بعدی قانون مدني باید این نابسامانی ها اصلاح شود و تشریفاتى بودن عقود را علي الاصول ترك کنند

هشتم - اقتران د قصد

همیشه چنین نیست که متعاقدين در فاصله يکي دو دقیقه ایجاب و قبول را بگویند و عقد را فیصله -۱۰۱ بدهند گاه است که ایجاب , گفته میشود و برای اظهار قبول بطرف, مهلت دو روزه یا ده روزه (مثلاً) میدهد. در عقد غائبین در عصر ما فاصله ایجاب و قبول بسیار است و در عقد حواله معمولاً عقد غائبین وجود داشته و دارد چنانکه قاضي ابو یوسف می گوید: حضور محتال در مجلس عقد حواله برای انعقاد عقد حواله ضرورت ندارد و اگر او غائب باشد و حواله محیل بدست او برسد و رضا به حواله بدهد عقد (حواله واقع میشود (۱)

در این فاصله دراز که بین ایجاب و قبول واقع میشود و پیش از اینکه قبول, اظهار شود ایجاب کننده لحظاتی را در خواب می گذراند و ممکن است مست یا بیهوش یا محجور گردد یا فوت کند آیا این عوامل در ایجاب او تاثیر می گذارند؟

بحث بالا شامل دو فرض ذیل است:

يك - ايجاب كننده قبل از قبول بيكي از حالات مذکور فوق (حجر - مستي- خواب وغيره) دچار شود لكن در زمان اظهار قبول از آن حال درآمده باشد

دو - ايجاب كننده كه بيكي از حالات مزبور باو دست داده است در زمان اظهار قبول هم در همان حال باشد.

عده اي از فقهاء اماميه مي گويند كه بای قصد انشاء ايجاب كننده در ضمير او بصورت استمرار تا زمان اظهار قبول, وجود داشته باشد وگرنه مفهوم معاقده و عقد, تحقق پيدا نخواهد كرد(۱) بعضي ديگر اين عقیده را فقط در مورد حجر و موت دارند, خواب و مستي و اغماء حتي جنوني را كه بسرعت بگذرد, موجب خدشه در ايجاب نميدانند.

اين بحث در حال حاضر در عقد غائبين, رونق بسزا دارد.

بهر حال مقصود از اقتراق دو قصد در عنصر هشتم عقود اين است كه -۱۰۲

اولاً - قصد ايجاب كننده از لحظه اي كه بطرف, اخطار شده تا زمان قول ادامه داشته باشد و عواملی كه مانع ادامه و استمرارش باشد (مانند حجر - موت - خواب- اغماء - مستي) بوقوع نپیوندد

ثانیاً - با اين استمرار قصد انشاء ايجاب كننده, در زمان قبول قبول كننده, دو قصد انشاء با هم مقارن و معاصر گردند تا مفهوم عقد, بوجود آید

انتقاد - رضا در اوج هيچان خود يك لحظه بصورت اخطار بطرف مقابل در مي آيد كه نام آن در -۱۰۳ اين لحظه قصد انشاء است و پس از اين اخطار از حال هيچان خود مي افتد و حتي ممكن است بعلت اشتغالات ديگر شخص, مغفول عنه او واقع گردد در اين صورت استمرار قصد انشاء, خيال كدكانه اي بيش نيست

مثال - بايع, ايجاب را اظهار مي كند و پيش از آنكه مشتري اظهار قبول نمايد متوجه مشتري ديگر ميشود و با او به مذاكره مي نشيند و پس از پايان آن مذاكره مشتري اول وي اظهار قبول مي كند و بيع اول صحيحاً واقع ميشود عملاً اين نمونه زياد ديده ميشود. علاوه بر اين, حيات مباحات, ايقات است و قصد انشاء لازم دارد اگر صياد دام را در دريا بگذارد و به خواب برود و ماهي ها در زمان خواب او بدام افتند بنا بعقیده شيخ انصاري صياد مالك ماهي ها نميشود چون موقع حيات ماهي ها در خواب بوده و !آدم خوابیده قصد انشاء ندارد

واقع اين است كه -۱۰۴

اولا - استمرار قصد ايجاب كننده از زمان ايجاب تا قبول, نه ضرورت دارد و نه عرفاً اين استمرار را لازم شمرده اند. قانون مدني هم آن را لازم نميداند و در اين مورد ساكت است

ثامياً - كافي است كه ايجاب كننده پيش از قبول, از ايجاب خود عدول نكرده باشد يعني به محض اظهار ايجاب, اماره بر بقاء ايجاب كننده بر قصدش وجود دارد مگر اينكه خلاف, آن ثابت شود. بقاء بر قصد, بمعني ملتزم بودن به قصد است نه استمرار قصد انشاء. قصد انشاء, امري است آني و زودگذر, بقاء و

دوام ندارد. اما التزام به آثار قصد انشاء امري است معقول و حقيقي زیرا علقه و مهري است که بردل نشسته است آنچنان که سعدي گوید

سعدي به روزگاران مهري نشسته بر دل بيرون نمیتوان کرد الا به روزگاران

تبصره- خواب، اغماء، مستي، حجر و موت ايجاب کننده هيچيك دليل عدول ايجاب کننده از قصد - ۱۰۵
انشاء او نمي باشد اگر در روزگاران قديم قانونگذاران (به تبع عرفها و عادات کهن) حجر يا موت ايجاب کننده را پس از ايجاب و بيش از قبول، موجب بي اعتباري ايجاب او شمرده اند از اين جهت بوده که ورثه او د رغوغي ميراث خواري دچار تعهد متوفي در برابر قبول کننده نباشند و ترکه را يکسره کنند و به دعوای احتمالي ناشي از ايجاب و بلا تکليفي در تصفيه ترکه دچار نشوند آنها با سازمان هاي قضائي نامنظم و عليل آن روزگار

همين مصلحت انديشي در روزگار ما هم ممکن است وجود داشته باشد بهمين جهت بايد حساب حجر و موت را از حساب اغماء و مستي و خواب جدا کرد. و ممکن است در عقد غائبين و مخصوصاً در قلمرو تجارت، حجر و موت را هم مانند خواب و اغماء شمرد

نتيجه - اقتران دو قصد انشاء از عناصر عمومي عقود نيست و نظرات کلاسيک در خاور (۱) و باختر در اين مورد جز و موهومات است

نهم - موالات بين ايجاب و قبول

آيا بايد زمان اظهار ايجاب عقد و زمان اهار قبول آن، پيوسته باشد؟ اين پيوستگي را موالات - ۱۰۶ ناميده اند

در نص قانون اسلام در اين مورد يخني ديده نشده است. فقهاء آت را پذيرفته اند و نام آنرا موالات نهاده اند. بايد اضافه کرد که فقهاء اتصال دقيق زمان قبول را به زمان ايجاب، ضروري نميدانند بلکه فاصله زياد بين اين دو زمان را موجب بطلان عقد مي شمرند. اما مشکل آنان اين است که اين فاصله زياد را چگونه تحت ضابطه در آورند. در اين مورد چهار نظريه ابراز داشته اند

يك - مكتب الفاظ- پيروان اين مكتب واقعيات حقوقي خارجي (از عرف و عادت يا مصلحت - ۱۰۷ متعاقدين) رانديده گرفته و کوشيده اند تا ايجاب و قبول (يعني کاشف از قصد انشاء) را که غالباً از جنس الفاظ است بديده اصالت نگريسته و آنگاه قواعد ادبي را بر ايجاب و قبول حکومت بخشند. آنان اين هدف را از سه راه تعقيب کرده اند

الف - ايجاب مانند سؤال است و قبول مانند جواب، فاصله سؤال و جواب بايد، طوري باشد که پيوستگي (جواب و سؤال بهم نخورد ۲)

ملاحظه- اين دليل لفظي را نمیتوان در عقد غائبين پذيرفت زیرا سؤال و جواب کتبي از راههاي دور ماهها ممکن است بطول انجامد

ب - ايجاب و قبول مانند مستثني و مستثني منه (۳) هستند که بايد پيوسته باشند

ملاحظه - استثناء بر دو قسم است: متصل و منفصل. بنابراین چه اشکال دارد که فاصله ایجاب و قبول زیاد باشد؟

ا ج - ایجاب و قبول مانند مبتداء و خبر است و نمیتوان بین مبتداء و خبر فاصله زمانی زیاد نهاد

این عقیده شیخ انصاری است (۱) که از دو نظر قبلی ضعیف تر است زیرا فاصله بین مبتداء و خبر بقدری ناچیز است که در واقع در حکم صفر است معذک او عقیده دارد که فاصله بین ایجاب و قبول در مورد هر يك از عقود، تابع عرف و عادت است. بدیهی است که این دو نظر با هم تناقض دارند. در واقع او در این موضوع هنوز صاحب نظر نیست. بهر صورت نظرات مکتب الفاظ دور از صواب است باید بجای الفاظ ایجاب و قبول، محتوای آن الفاظ را که دو قصد انشاء است مورد مطالعه مستقیم قرارداد... این راهی است که دیگران از آن رفته اند

دو - مجلس عقد - پیروان این نظر عقیده دارند که عقد باید در جلسه واحد فیصله یابد، در يك - ۱۰۸ (جلسه) (ولو ده ساعت طول بکشد) ایجاب و قبول، اظهار شود (۲)

انتقاد- این نظر بی دلیل است بسیاری از عقود، جلسه ندارند مانند

الف - عقد حواله (شماره ۱۰۱) که غالباً بین ایجاب محیل و قبول محتال، فاصله زمانی واقع میشود و این یکی از مواردی است که حقوق اسلام، عقد غائبین را در مورد آن پذیرفته است

ب - عقد و کالت (۳)

ج - عقد مکاتبه حتی در نکاح (۴)

د - عقد قرض (۱)

ه - عقد ضمان (۲)

و - خلع (۳) که در واقع نوعی از عقد صلح است و از معاوضات (۴) است

س - ایجاب کننده از ایجابش نکند (۵ - ۱۰۹)

ملاحظه - این سخن منطقی است اما ضابطه ای که مجهول حقوقی راحل کند بدست نمیدهد

چهار - فاصله بین ایجاب و قبول باید بقدری باشد که عرفاً معنی عقد با وجود آن فاصله محفوظ - ۱۱۰ باشد (۶) بدیهی است که در صورت اختلاف، موضوع محتاج رسیدگی قضائی خواهد بود

انتقاد - احاله مجهول به مجهول دیگر اگر شنیده اید همین است

قانون مدنی ما راجع به موالات ایجاب و قبول در عقود، سکوت اختیار کرده است فقط در عقد نکاح بعلت اهمیت این عقد، ماده ۱۰۶۵ را آورده و گفته است توالی عرفی ایجاب و قبول، شرط صحت عقد است.

روشن است که او از نظریه چهارم (شماره ۱۱۰) پیروی کرده است خوشبختانه در عقود حاضرین، مساله موالات ایجاب و قبول تا کنون دعوائی پدید نیاورده و مساله ایبرای محاکم نبوده است

نظر - براي حل مساله بطور نهائي بايد بين دو مورد ذيل فرق نهاد - ۱۱۱

يك- اگر ايجاب كننده براي ابراز قبول، مهلت معين كند با انقضاء مهلت مذكور در واقع او از ايجاب خود عدول کرده است و مجالي براي اظهار قبول نيست

دو - در عقد غائبين هم مهلت معقولي (۱) براي ابراز قبول، بطور ضمني براي ايجاب كننده پذيرفته اند در ساير موارد چاره اي جز رعايت عرف و عادت مسلم نخواهد بود. بديهي است كه اين تجزيه و تحليل از كلي گويي سودمند تر است

نتيجه - موالات بشرح نظري كه داديم از عناصر عمومي عقود است لکن در همه عقود، وضع يكسان ندارد و نبايد هم توقع يكساني داشت زيرا عقود مظهر مصالح افراد در روابط حقوق خصوصي است و اين مصالح يكنواخت نيستند

دهم - اهليت متعاقدين

قصد انشاء از مهمترين عناصر عمومي عقود است كاگر يكبار مطلب شماره ۹ را مطالعه كنيم --۱۱۲ تصديق خواهيم كرد كه براي قصد انشاء، مقدمه اي لازم است اين مقدمه چيزي جز مصلحت سنجي عاقد نيست عاقد كه مي خواهد اقدام بانعقاد عقد كند قبلاً مصلحت خود را مي سنجد لحظه ها يا ساعت ها يا روزهاي و ماهها وقت خود را صرف مصلحت سنجي مي كند آيا براي سنجش مصلحت، عقل و سن و سال، عامل مهمي نيست؟ آيا هر كس در هر سن و سال و در هر شرائط رواني قدرت سنجيدن مصالح خود را دارد؟

اين است فلسفه دخالت اهليت در پيدايش عقود، در واقع، عنصر دهم عقود از لوازم عنصر دوم عقود است.

مطلب ديگري كه در اين مورد بايد بآن توجه كرد اين است كه در مواردی كه فاصله ايجاب و -۱۱۳ قبول زياد است (مانند عقد غائبين) آيا اهليت ايجاب كننده از تاريخ ايجاب تا زمان اظهار قبول بايد ادامه داشته باشد؟

مولفان كلاسيك (۲) باین سؤال جواب مثبت داده اند اما بدون دليل قانع كننده، تاثير حجر ايجاب كننده بر ايجاب او (قبل از قبول عقد) هنوز باثبات نرسيده است كسيكه مدعي وجود اين است بايد دليل ارائه كند

قانونگذاران ميتوانند از ديد مصالح عمومي، حجر ايجاب كننده را موجب بي اثر كردن ايجاب او قرار دهند و اگر مصلحت مذكور متغير باشد ميتوانند حجر ايجاب كننده را پس از ايجاب (و پيش از قبول) بي تاثير اعلان كنند

يازدهم - مشخص بودن هر يك از متعاقدين در نظر ديگري

اين موضوع دقيقاً مورد بحث مولفان واقع نشده است ماده ۶۹۵ ق - م مي گويد: معرفت تفصيلي -۱۱۴ ضامن به شخص مضمون له... لازم نيست پس معرفت اجمالي او لازم است و گرنه عقد ضمان باطل است. فقهاء در شرح مدلول (۱) اين ماده مي گويند: زيرا مضمون له در اين عقد، مشخص نيست. البته دانستن اسم و نسب و اوصاف او ضرورت ندارد اما شخص او بايد معلوم باشد

آیا ماده ۶۹۵ قانون مدنی از مختصات عقد ضمان یا این يك قاعده است و در همه عقود باید رعایت شود؟ ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی در عقد نکاح می گوید: تعیین زن و شوهر بنحوی که برای هیچیک از طرفین در شخص دیگر شبهه نباشد شرط صحت نکاح است.

عقد نکاح روی شخصیت طرفین عقد بدقت محاسبه می کند نوشتن چنین ماده ای برای این عقد بسیار لازم است اما عقد ضمان، موقعیت عقد نکاح را ندارد. وقتی که در عقد ضمان که يك عقد مسامحه است نوشتن ماده ۶۹۵ قانون مدنی ضروری باشد در عقد مغایره از قبیل بیع و اجاره بطریق اولی باید شخص عاقد در حین عقد، معین باشد مثلاً بایع نمیتواند بدهد نفر که در مقابل او ایستاده اند بگوید این اتومبیل را بیکي از شما فروختم به صد هزار تومان، اعلان قبول از طرف یکي اط آن دو نفر در چنین وضعی موجب انعقاد عقد بیع نمیشود. این موضوع از بدیهیات حقوقی است.

علت علت اینکه ماده ۶۹۵ قانون مدنی در عقد ضمان ذکر شده است این است که ضمان از عقود - ۱۱۵ مسامحه است و حدود مسامحه باید تا اندازه ای روشن باشد زیرا تسامح در عقود (ماده ۷۶۱ ق-م) هم حدی دارد و تسامح نامحدود در عقود و ایقاعات وجود ندارد. معذالك انکار نمیتوان کرد که عنصر یازدهم عقود درواقع میبایست در ردیف شرائط اساسی صحت معاملات در ماده ۱۹۰ قانون مدنی برای خود جایی داشته باشد. این لغزش در آن ماده وجود دارد.

اشتباه در شخصیت عاقد- ممکن است عنصر سیزدهم (شماره ۱۱۴) وجود داشته باشد، اما - ۱۱۶ معذالك در تشخیص عاقد، اشتباه رخ دهد، وجود این اشتباه باوجود عنصر یازدهم، مانعه الجمع نیست بهمین جهت ماده ۲۰۱ قانون مدنی می گوید: اشتباه در شخص طرف، بصحت معامله خللی وارد نمی آورد مگر در مواردی که شخصیت طرف، علت عمده عقد بوده باشد در فقه (۱) هم اشتباه در شخصیت عاقد موجب بطلان عقد تلقی نشده است.

دوازدهم - علت عقد

ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه (۲) چهار شرط را برای پیدایش هر عقد، ضروری شمرده است - ۱۱۷

الف - رضای عاقدی که تعهد می کند

ب - اهلیت عاقد

ج - موضوع معین که مورد تعهد است

د - علت قانونی تعهد

قانونگذار ایران در ماده ۱۹۰ ق-م همان ماده را پذیرفته لکن دو فرق ذیل را به منظور وفق دادن آن با فقه امامیه، در ترجمه فارسی وارد کرده است

قصد و رضا نهاده است یعنی دو عامل نفسانی قصد انشاء و رضا Le consentement الف - بجای را (شماره ۱۰-۱۱-۱۲) ب پیروی از متخرین فقهاء امامیه وارد قانون مدنی ایران کرده است و دوگانگی قصد و رضا بین قدماء فقه، سابقه نداشته در حقوق فرانسه هم نشانی از آن نیست

بجای نهادن اصطلاحات معروف فقهی علت یا سبب، لغت جهت را نهاد *La cause* ب - در ترجمه نیست *La cause* است که ظاهراً ترجمه

علاوه بر این، مواد ۱۱۳۱ تا ۱۱۳۳ قانون مدنی فرانسه، در شرح شرط چهارم از شرایط اساسی صحت عقد چنین گفته اند:

ماده ۱۱۳۱- تعهد بدون علت و تعهد مبتنی بر علت غلط (اشتباهی) و تعهد ناشی از علت غیرقانونی بی اثر است.

ماده ۱۱۳۲- عقد درست است ولو اینکه علت آن ذکر نشده باشد

ماده ۱۱۳۳- علت غیر قانونی آن است که مورد منع قانون باشد یا خلاف اخلاق حسنه یا نظم عمومی

قانونگذار ایران بجای این سه ماده، مواد ۲۱۷ - ۲۱۸ قانون مدنی را با این صورت نهاد است

ماده ۲۱۷ - در معامله لازم نیست که جهت آن، تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است

ماده ۲۱۸ - هرگاه معلوم شود که معامله بقصد فرار از دین واقع شده آن معامله نافذ نیست

قانونگذار ایران - ۱۱۸

اولاً- ماده ۲۱۸ قانون مدنی را از فقه امامیه (۱) آورده است و ربطی به قانون مدنی فرانسه ندارد اما آنرا در زیر عنوان جهت معامله با اقتباس از قانون فرانسه مدون کرده است. از نظر ما ایراد برنویسنده قانون مدنی این است که اگر جهت معامله غیر قانونی موجب بطلان عقد است (و قانونی بودن آن طبق بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی از شرایط اساسی صحت عقد است) پس در مورد ماده ۲۱۸ قانون مدنی هم باید حکم به بطلان کرد نه حکم نفوذ. البته با توجه به ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی فرانسه و ماده ۲۱۸ قانون مدنی ایران چون ظاهراً فرار از دین را قانون ما منع نکرده است در معامله بقصد فرار از دین، جهت، نامشروع شمرده نشده است و بهمین جهت، معامله مذکور باطل نیست اما درج ماده ۲۱۸ قانون مدنی در زیر عنوان جهت معامله آنهم دنبال ماده ۲۱۷ قانون مدنی یک ضعف تالیف است و مایه تشویش اذهان

بکار رفته است که فقهاء آنرا غرض یا داعی نامیده اند *Motif* ثانیاً - جهت در قانون مدنی ما بعضی (شماره ۴۰) اگر غرض نامشروع از یک عقد (مانند خرید بنزین به قصد سوزاندن منزل همسایه) بصورت شرط ضمن عقد درآید بنا به بند سوم ماده ۲۳۲ قانون مدنی موجب بطلان عقد نمیشود پس چگونه صرف تصریح بآن در متن عقد، بدستور ماده ۲۱۷ قانون مدنی (و ماده ۱۹۰ قانون مدنی) موجب بطلان عقد میشود؟

در واقع بین بند سوم ماده ۲۳۲ قانون مدنی و ماده ۱۹۰ - ۲۱۷ قانون مدنی تناقض منطقی آشکار وجود دارد(۱)

عبارت از هدف خصوص عاقد از انعقاد عقد است حتی در یک عقد، *Motif* علاوه بر این، داعی - ۱۱۹ طرفین هر یک داعی مختص بخود دارند زیرا می بینیم مثلاً در بیع یک باغ، داعی بایع این است که با پول

آن، خانه خود را تعمیر کند و داعی مشتری اسن است که مکان بیلاقی برای خانواده خود بدست آورد. نگرش قانونگذاران به دواعی کار درستی نیست زیرا

اولاً- غالباً تصریح به داعی در عقود نمیشود و الزامیهم بتصریح داعی نیست و ماده ۲۱۷ قانون مدنی هم آن را قبول دارد.

ثانیاً - اگر هم ذکر شود دلیلی بر آن، تحصیل نمیشود مثلاً در اسناد معاملات نمی نویسند

ثالثاً - ممکن است اوضاع و احوال - دلالت بر داعی کند. در این فرض نادر آیا صحیح است که علاوه بر ضمانت اجراء کیفری که مناسب مقام است بدنبال ضمانت اجراء مدنی (بطلان عقد) برویم؟

این ایرد نویسنده این سطور بر رویه قضائی (۱) فرانسه که گاه بدستاویر داعی نامشروع، حکم به بطلان معاملات داده است وارد است و بعکس، دکتترین حقوق فرانسه مصون از این ایراد است. لکن دکتترین حقوقی فرانسه هم در طول تاریخ خود یکسان نبوده است (۲) و قرنهای روی فکر داعی دور می زده است. پس در آن قرون، مورد انتقاد مزور بوده است

Motif شاید برای فرار از همین انتقاد بوده است که دکتترین حقوقی فرانسه مساله علت عد را از قلمرو بیرون کشیده و در عقود معوض (نمونه بارز و شایع عقود) تعهد هر یک از متعاقدين را علت تعهد دیگری دانسته است. ما اکنون این نظریه جدید حقوق فرانسه را مورد بحث قرار می دهیم

تعهد هر عاقد، علت تعهد طرف است - مثلاً در عقد بیع تعهد بایع به انتقاد مبیع، علت تعهد -- ۱۲
مشتری بدادن ثمن است و نیز تعهد مشتری بدادن ثمن به بایع، علت تعهد بایع بهانتقال مبیع است

براساس این نظریه

اولاً- حق حبس را توجیه کرده اند یعنی اگر بایع، تعهد خود را در مورد تسلیم مبیع به مشتری انجام ندهد مشتری هم حق دارد که از تسلیم ثمن خودداری کند (ماده ۳۷۷ قانون مدنی) زیرا تعهد هر یک از متعاقدين، علت تعهد دیگری است

ثانیاً - اگر بعلت فرس ماژور در عقد معوض، یکطرف نتواند تعهد خود را انجام دهد طرف دیگر از انجام تعهد خود معاف است

ثالثاً - اگر موقع عقد بیع، مبیع، وجود نداشته باشد تعهد بایع در واقع بعلت انتقاء موضوع آن، وجود ندارد و چون علت تعهد مشتری از این رهگذر وجود نداشته (تعهد بدون علت) پس مشتری تعهد ندارد (۳)
(شماره ۱۳۲)

این مطالب که مورد قبول مولفان (۱) ما قرار گرفته است به هیچوجه صحیح نیست بدلائیل ذیل - ۱۲۱

الف- علت و معلول از نظر زمانی با تقدم و تاخر بوجود می آیند پس در یک عقد بیع، باید تعهد بایع قبل از تعهد مشتری بوجود آید و متقابلاً تعهد مشتری هم قبل از تعهد بایع بوجود آید و این عقلاً محال است

علاوه بر این براساس این فکر، تعهد بایع باید از ایجاب او ناشی شود و تعهد مشتری از قبول او. و حال اینکه ایجاب به تنهایی و نیز قبول به تنهایی (در عقد حاضرین) نمی تواند تعهد آور باشد (۲) صحیح این

است که تعهد متبایعین در آن واحد پس از پایابین ایجاب و قبول بوجود می آید و چون در آن واحد بوجود می آید نمی توان یکی را علت دیگری دانست

ب - اشکال مهمتر که همه بتوانند درک کنند این است که مثالی را که کلن و کاپیتان برای فقدان کامل علت ذکر کرده اند در واقع چیزی به جز فقدان شرط سوم ماده ۱۹۰ Absence totale de la cause عقد قانون مدنی فرانسه) نیست یعنی بکلی از موضوع بحث خود که شرط چهارم دو ماده مزبور بوده خارج شده اند و این قبیح ترین روش بحث است و خطای بزرگ است که انسان در موقع بحث، از قلمرو موضوع خارج شود و این مانند بیرون رفتن کشتی گیر از تشک کشتی است

ج - مساله حق حبس و مانند آن که ذکر کرده اند (شماره ۱۲۰) براساس فکر عدل و انصاف برای کدخدایان دهات هم قابل حل است یعنی از جمله اصول کدخدا منشی است و بهمین جهت فقه اسلام بدون حق حبس و سائر مسائل مذکور (شماره ۱۲۰) را حل کرده و بهمان نتایج cause آشنائی به نظریه (رسیده است) (۳)

در واقع داخل کردن بحث علت در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه از نوع کار مکتب فلسفه گرایان (۱) شرق و غرب است که بدون حاجت، مفاهیم فلسفی را بخدمت حقوق وارد می کنند و نتیجه ای جز پیچیده کردن مباحث علم حقوق بدست نمی آورند

نتیجه - علت عقد به آن معنی که قانون مدنی فرانسه گفته و حقوقدانان و رویه قضائی آن را بعمل - ۱۲۲ آورده اند و هم است و نمی توان عنصر عقود باشد و شاید به همین دلیل قانون (۲) تعهدات سوئیس متعرض علت نشده است

اما یادداشت ها و فیش های حقوقی ما را دعوت می کند که جدای از بحث حقوقدانان فرانسه راه جدیدی را درباره بحث علت عقود بگشاییم و برای این منظور نگرشی بسوی اقسام علل از دیدگاه فلسفی لازم است:

اقسام علل - علت ها دو گونه اند - ۱۲۳

یک - علت قراردادی (یا جعلی) - این چیزی است که طبق قرارداد و نهاد (وضع) یک مرجع معین، حالت علت را بخود می گیرد

مثال - هر عقد صحیح در یکی از قوانین موضوعه علت آثار ناشی از آن عقد، قرارداد شده است مثلاً اگر شما می بینید که نکاح یا عقد بیمه منشاء آثار معینی است این یک وضع طبیعی نیست بلکه مراجع قانونگذاری بوده اند که این عقد را علت بروز آثار معینی قرار داده اند در این معنی است که بند دوم ماده ۱۴۰ قانون مدنی عقود را جز و اسباب و علل تملک قلم داده است

دو - علت طبیعی - اگر در طبیعت، چیزی سبب وجود پیدایش چیز دیگر شود آن چیز نخست را - ۱۲۴ علت نامند و دومی را معلول گویند مانند ابر که در شرائط خاص علت پدید آمدن باران است

علت طبیعی دو گونه است:

الف - علت، جزء معلول خود می باشد. این نیز دو قسم است

قسم اول- جزء مادي - مانند چوب نسبت به ميز چوبي. چوب جزء مادي ميز است بديهي است اگر چوب نبود ميز چوبي هم نبود. جزء مادي را عنصر ناميده اند

قسم دوم - جزء صوري - از نظر فلسفي هر چيزي که موجود ميشود مرکب از ماده و صورت است پس صورت هر چيز, يك جزء آن چيز است: ميز بدون شکل وجود ندارد پس شکلي بايد تميز چوبي بوجود آيد.

نتيجه آنکه جزء صوري و جزء مادي با وجود اینکه علت هستند از قلمرو وجود معلول خود دور نبوده و وجود مستقل ندارند

ب - نوع دوم از علل طبيعي علتی است که وجودش مستقل از وجود معلول خود می باشد. این - ۱۲۵ نیز دو صورت دارد:

صورت اول- علت, عنوان هدف را دارد مانند غذاخوردن روی ميز که علت ایجاد ميز غذاخوري است و عنوان هدف را هم دارد يعني هدف از ساختن ميز غذاخوري این بود که روی آن, غذاخورده شود. این قسم علت را علت غائی می نامند

صورت دوم - علت, عنوان هدف را ندارد مانند نجار که ميز غذاخوري را ساخته است هدف از ساختن (ميزخوري, نجار نبوده است) ۱)

اقسام علت غائی - علت غائی دو قسم است - ۱۲۶

الف - علت مستقیم و بلافاصله- مانند تملك ثمن از جانب بايع و تملك مبيع از جانب مشتري در عقد بيع. نهاده اند و ماده La cause این است آنچه که حقوقدانان فرانسه در ادوار و اعصار اخير, نام آن را علت: ۱۱۰۸ قانون مدني فرانسه را براساس آن توجيه کرده اند. آنان (۱) در تعريف آن می گویند

را Le but علت, عبارت است از هدف مستقي که عاقد, قصد وصول بآن را دارد. در این تعريف عنوان داده اند این همان علت غائی مستقیم است La Cause به

ب- علت غائی غیر مستقیم- بايع مقصودش از خريد يك قطعه زمین فرضاً ساختن خانه است و مشتري مقصودش از تصاحب ثمن, مسافرت با آن پول است. ساختن خانه و مسافرت هم هدف است اما هدف (نهاده اند (۲) Motifs غير مستقیم و مع الواسطه. نام علت غائی غير مستقیم عقود را

نتیجه - شماره ۱۲۵ را یکبار دیگر نگاه کنید و راجع به علت مستقل از معلول (این بار در - ۱۲۷ قلمرو حقوق) بیاند حقوق فرانسه از علت غائی بحث می کند که در آغاز کار تصور میشودولکن در انجام, محقق میشود

اول فکر آخر آمد در عمل

اما باید از خود پرسیم, آیا راجع به علت هائی که مستقل بوده و عنوان هدف, را ندارند نباید بحث کرد؟ يعني نباید از نامشروع بودن اینگونه علل و یا اشتباه در اینگونه علل گفتگو کرد؟

این سؤال را کسی تا کنون طرح نکرده است و از نظر من این بحث از نظر حقوقی باید سودمند تر باشد. بحث فرانسویان انسان را (دادگاه را) به کاری و میدارد که نظیر تفتیش عقائد است یعنی انسان را در حریم اغراض متعاقدين وارد می کند که در زندگی قضائی ضرورتی ندارد و عبث است و اشکالات سابق (شماره ۱۲۱) بر آن وارد است

اکنون این بحث حقوقی جدید را با ذکر نمونه های متعدد آغاز می کنیم - ۱۲۸

يك - بدهكار به بستانكار مي گوید: قدرت اداء تمام دين را ندارم بمن تخفيف بدهيد؛ بستانكار به گفته او اعتماد مي كند و دين را صلح به اقل (ماده ۷۱۳ قانون مدني) مي نمايد. پس از عقد، متوجه ميشود كه اظهار بدهكار دروغ بوده است

در اینجا علت اقدام به انعقاد عقد صلح، بوضع مذکور يك دروغ بود این دروغ، هدف نبود پس علت غائی نبود. در این جا اشتباه در علت (علت غلط) وجود دارد و در فقه امامیه (۱) حکم به بطلان این عقد صلح داده شده است

دو - اگر کسی خود را مدیون بداند و بدیه را بدهد معلوم میشود که اشتباه کرده است در این جا اشتباه در (علت وجود دارد و حق استرداد برای او هست (۲) (ماده ۳۰۲ - ۷۱۱ قانون مدني

سه - عقد بيع واقع ميشود مشتري بابت ثمن، بدهكار ببايع شده او را بثالثي حواله مي كند يعني مشتري، محيل است و بايع محتال، ثالث هم محال عليه است در این جا عقد بيع، علت حواله است و در سلسله اسباب و علل عقد حواله قرار گرفته است. حال اگر بعداً معلوم شود كه عقد بيع، باطل بوده است عقد حواله هم باطل است يكي از دلائل بطلان عقد حواله همانا بطلان علت عقد حواله (يعني عقد بيع) است (۱) ماده ۷۳۳ قانون مدني این مورد را بیان کرده و گفته است: اگر در بيع مشتري حواله داده باشد كه... بايع، ثمن را از کسی بگیرد و بعد، بطلان بيع، معلوم گردد حواله باطل ميشود

نتیجه - از مطالب بالا نتایج ذیل بدست می آید - ۱۲۹

يك - علت كه وجود مستقل از معلول داشته باشد و در عين حال هدف عمل حقوقی هم نباشد ميتواند از نظر اشتباه يا خلاف قانون بودن، موضوع مطالعه جدي در عقود و ايقاعات باشد و در آینده بايد این بحث را توسعه داد

دو - اكثر عقود و ايقاعات فاقد این قسم علت هستند پس نمی توان آن را عنصر عمومی عقود شمرد

س- علت غائی هم بشرح سابق (شماره ۱۲۱) نمیتواند عنصر عمومی عقود باشد. بند ۴ ماده ۱۹۰ ق-م ایران و ماده ۱۱۰۸ قانون مدني فرانسه و ماده ۲۱۷ قانون مدني ایران بايد از قانون مدني حذف شود. همان طور كه قانون تعهدات سوئس چنین کرده است

جهت معامله - آیا مقصود قانونگذار ایران از استعمال لغت جهت در موارد ۱۹۰ - ۲۱۷ قانون - ۱۳۰ مدني همان علت غائی بوده است؟

شك ندارم كه مقصودش علت غائی است زیرا جهت در اصطلاحات فقهاء در جانب علت غائی بكار مي رود. بعكس، در مور علتی كه وجود مستقل دارد و هدف هم نیست (شماره ۱۲۵) در قلمرو علم حقوق،

نام آن را سبب و علت می‌گذارند ماده ۱۴۰ - ۳۳۱ - ۶۹۱ قانون مدنی) آیا مقصود قانونگذار ایران از جهت معامله علت غائی مستقیم است یا علت غائی غیر مستقیم (شماره ۱۲۶) و یا هر دو؟

تماسل برخی از مولفان (۱) حقوقبر این است که مقصود قانونگذار ما همان علت غائی غیر مستقیم است نامیده شده است زیرا این موضوع در فقه، سابقه داشته و قانونگذار مدنی خواسته است که Motifs در موقع اقتباس از قانون مدنی فرانسه نظریه علت غائی مستقیم را که مورد توجه حقوق فرانسه (یا حقوقدانان فرانسه) بوده ترك کرده و به نظریه علت غائی غیر مستقیم (به پیروی از نظر ساختمانی عده ای از فقهاء) روی آورد.

ملاحظه - قبل از نگارش این سطور نظر من هم چنین بود که قانونگذار ایران به تبع فقه ماده - ۱۳۱ ۲۱۷ قانون مدنی را ساخته و پرداخته است لکن این نظر درست نیست زیرا اگر به فقه (۲) بنگریم می‌بینیم که آنها به علت غائی غیر مستقیم نامشروع توجه دارند اعم (۳) از اینکه تصریح در عقد شده باشد یا اوضاع و احوال دلالت بر آن کند و اساساً ذکر از تصریح و یا عدم تصریح جهت در عقود نکرده اند، و بعکس، ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی فرانسه است که از تصریح و عدم تصریح جهت در عقود، بحث کرده است. پس ماده ۲۱۷ قانون مدنی اقتباس و تلفیق ماده ۱۱۰۸ - ۱۱۳۲ قانون مدنی فرانسه است (۴) و لاجرم باید مقصود نویسنده قانون مدنی از جهت معامله همان علت غائی مستقیم (شماره ۱۲۶) است و از این حیث کاملاً پیروی از قانون مدنی فرانسه کرده است که البته بشرح مذکور سابق قانون فرانسه در این عاری La cause قسمت برخاسته و قانون سوئیس بر صواب است. اگر فقه اسلام از نظریه علت است این عین صواب است همان طور که قانون سوئیس هم از آن عاری است.

نکته - نکته تطبیقی که ذکر آن خالی از لطافت و ظرافت نیست مقایسه مثال راجع برای فقدان - ۱۳۲ کامل علت عقد است که کلن و کاپیتان ذکر کرده اند (شماره ۱۲۰) با آنچه که فقهاء (۵) امامیه زیر عنوان بیع بدون ثمن ذکر نموده اند بدیهی است که در بیع بدون ثمن، تعهد مشتری بدادن ثمن (که علت تعهد با بیع بتملیک مبیع است) منتفی است فقهاء هم آن را باطل می‌دانند اما نه زیر عنوان فقدان علت عقد بلکه باین عنوان که در يك عقد معوض مانند بیع، معاوضه عنصر عقد بیع است وگرنه ثمنی در کار نباشد عنصر معاوضه منتفی است. این استدلال به فهم نزدیکتر است طبعاً در قانونی نظیر قانون سوئیس هم برای اثبات بطلان چنین بیعی باید بهمین نوع استدلال متوسل شد.

سیزدهم- موضوع عقد - متعلق موضوع عقد

چون زیر عنوان لبالاتی عنصری از عناصر عمومی (اعم از عقود مالی و غیر مالی مانند نکاح) - ۱۳۳ بیان میشود ناگزیر سطح بحث را ظاهراً باید بالاتر از بند سوم ماده ۱۹۰ قانون مدنی و مواد ۲۱۴ - ۲۱۵ - ۲۱۶ قانون مدنی گرفت.

موضوع عقد چیست؟

هر چه که متعلق تعهد عاقد (یا متعاقدين) باشد موضوع عقد است مثلاً در عقد بیع، موضوع عقد عبارت است از:

الف - تملیک و انتقال مبیع به مشتری

ب - تملیک و انتقال ثمن به بایع

زیرا تعهد تملیک و انتقال مبیع را بایع می کند و تعهد تملیک و انتقال ثمن را مشتری یعنی تعهد هر یک از متبایعین به انتقال مال (مبیع یا ثمن) تعلق گرفته است در عقد نکاح هم طرفین، تعهد می کنند این تعهد راجع به زندگی مشترک زناشویی است این حیات مشترک خانوادگی که وضع معلوم نزد عموم دارد موضوع عقد نکاح است و در واقع یک سلسله اعمال زوجین، موضوع تعهد آنان در عقد نکاح است و عقد نکاح در واقع موجب تعهد فعل است

پس مقصود از موضوع عقد، اشیاء و اموال اساساً نیست بلکه افعال و تروک (انتقال - فعل - ترک- اسقاط) موضوع عقد است. ماده ۲۱۴ قانون مدنی می گوید

مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین، تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می کنند این ماده ترجمه ناقص از ماده ۱۱۲۶ قانون مدنی فرانسه (۱) است. در واقع موضوع تعهدات را که بشرح ذیل در حقوق فرانسه سه قسم است در نظر گرفته است

الف - تعهد انتقال عین خارجی

ب - تعهد فعل

ج - تعهد ترک

در حقوق اسلام و ایران (ماده ۳۳۸ قانون مدنی) قسم چهارمین هم بر موضوع تعهدات افزوده این باین صورت:

د - تعهد اسقاط- مثل اینکه بدهکاری فرشی به بستانکار خود در عوض اسقاط طلب بفروشد در این مشتری بجای تعهد تملیک ثمن، تعهد اسقاط طلب سابق (بربیع) خود را می کند و این در فقه هیچ اشکال ندارد.

تبصره - ماده ۱۱۲۶ قانون مدنی فرانسه آن قدر کلیت دارد که از قلمرو معاملات بیرون رفته و -۱۳۴ شامل همه عقود میشود و ماده ۲۱۴ ق-م ایران نیز همین طور است. ماده ۲۱۶ قانون مدنی ایران هم بسیار کلی است و اختصاص به معاملات ندارد اما ماده ۲۱۵ قانون مدنی که صحبت از مالیت کرده است در واقع بحث را به عقود مالی منحصر کرده است که این یک ضعف تالیف است. از همین رو ما که از کلیات عقود بحث می کنیم از ماده ۲۱۵ قانون مدنی بحث نخواهیم کرد

نکته- متعلق موضوع عقد را در اصطلاحات فقه، معقود علیه نامیده اند. ر تعریف معقود علیه -۱۳۵ چنین گفته اند (۲): هر چه که استیفاء و تحصیل آن بوسیله عقد انجام شود معقود علیه است و چون منافع عین مستاجر از راه عقد اجاره بدست می آید پس منابع مزبور معقود علیه است. در عقد اجاره موجد، تعهد دارد که عین مستاجر را به منظور استیفاء منافع در اختیار مستاجر بگذارد و این تعهد فعل است و ماده ۲۱۴ قانون مدنی شامل آن میشود بنابراین، وجود منافع مزبور در حین عقد اجاره ضرورت ندارد (زیرا وجود خارجی متعلق موضوع عقد، در حین عقد، از عناصر عمومی عقود نیست (ماده ۳۶۱ ق-م

اضافه باید کرد که بسیاری از فقهاء در مورد اجاره به جایی آنکه آنرا تعهد فعل بدانند از زاویه - ۱۳۰ دید انتقال عین خارجی بآن نگریده و چون دیده اند که منافع در حین عقد اجاره وجود خارجی ندارد آنرا معاوضه بر معدوم شمرده اند و گفته اند (۱) معاوضه معدوم، محال و باطل است این يك اشتباه روشن است آنجا که انتقال عین خارجی وجود نداشته باشد حتماً موضوع تعهد فعل یا تعهد ترك یا تعهد اسقاط (شماره ۱۳۳) در بین است و اشکالات حل میشود. عکس قضیه هم درست است یعنی هر جا که مقصود طرفین عقد، تعهد فعل یا ترك یا اسقاط نباشد قطعاً باید موضوع عقد در حین عقد، وجود داشته باشد ولو آنکه طرفین عقد، علم بوجود آن نداشته باشند (با ماده ۷۵۲ قانون مدنی در مورد صلح بر موضوع (محتمل با ماده ۷۶۷ قانون مدنی مقایسه شود

چهاردهم - معلوم بودن موضوع عقد

بند سوم ماده ۱۹۰ قانون مدنی از معین بودن موضوع معاملات کرده است در جالبکه ماده ۱۱۰۸ - ۱۳۱ قانون مدنی فرانسه که ماده ۱۹۰ از آن گرفته شده است ظاهراً مربوط به همه عقود (اعم از معاملات و غیره) است هر چند که ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی فرانسه فقط راجع به موضوع عقد مالی بحث کرده است و حال اینکه مادر این جا از عناصر عمومی عقود سخن می گوئیم. مجهول مطلق نمیتواند موضوع عقد باشد پس باید موضوع عقد، مجهول مطلق نباشد

اما آیا باید من جمیع الجهات، معلوم باشد؟ - ۱۳۲

جواب منفي است. براي يافتن راه حل درست بايد عقود را به تبع حقوقاسلام (۱) بدو قسم ذیل، تقسیم کنیم

اول - عقود مغاینه - عقود مغاینه عقودي هستند که طرفین به گذشت ها و اغماض ها پشت کرده و حداکثر دقت ر نسبت به تعهدی که دارند می کنند مانند عقود بیع عقود مغاینه فقط در قلمرو عقود معوض مالی دیده میشود یعنی اکثر عقود معوض مالی از نوع عقود مغاینه هستند نه همه آنها. پس هبه معوضه و صلح محاباتی با وجود معوض بودن، عقد مغاینه نیستند. در عقود مغاینه

اول- طرفین تلاش برای برقراری تعادل نسبی ارزش عوضین می کنند

ثانیاً- به ثبات نسبی اثر حاصل از عقد، علاقه مند هستند بنابراین خیار دراز مدت در عقد بیع، ممنوع است اما در عقد صلح، ممنوع نیست زیرا بیع از عقود مغاینه است و صلح ممکن است از عقود مسامحه باشد.

دوم- عقد مسامحه - ماده ۷۶۱ قانون مدنی اشاره به آن دارد. در این عقد، احسان و ارفاق و گذشت و اغماض وارد میشود مانند نکاح - بیمه - هبه- صلح محاباتی و بلاعوض و اجاره و غیره. در این عقود، (علم اجمالی به موضوع عقد، کافی است (ماده ۲۱۶ قانون مدنی

تبصره- مواردی که علم اجمالی به موضوع عقد کافی است تنها مورد عقود مسامحه بلکه قضیه - ۱۳۹ تابع عرف معاملات است مثلاً عقد بیع باوجود اینکه علی الاصول يك عقد مغاینه است اما قضیه تابع رسته های مبیع است درپاره ای از اقسام مبیع، عرفاً مسامحه میشود مانند ساختمان که اسنان از بسیاری از اوصاف اجزاء ساختمان نمی تواند در حین بیع، مطلع شود. یا کتابهای ناشناس که می خریم از تمام (مطالب آن آگاه نیستیم و به علم اجمالی قناعت می کنیم (شماره ۱۴۴ نیز دیده شود

پانزدهم - قدرت تسلیم

قبلاً بگوئیم که مقصود از طرح این موضوع بعنوان يك عنصر عمومي عقود، تسلیم مالی که در - ۱۴۰ حین ایجاب و قبول، وجود خارجی دارد (و نام آن، عین خارجی است) نیست زیرا آنوقت این يك عنصر عمومي نخواهد شد بلکه مقصود این است که هر متعهدي که در حین عقد خود را متعهد می کند باید توانایی انجام تعهد را هم داشته باشد خواه موضوع تعهدش، انتقال مال و سپس اقباض آن باشد یا موضوع تعهد او انجام کار با ترك کار یا اسقاط طلب باشد

قانونگذار ایران و فرانسه جا داشت که در موارد ۱۹۰ (قانون مدني ایران) و ۱۱۰۸ (قانون مدني فرانسه) قدرت تسلیم را جزو شرائط اساسي صحت عقود می شمردند ولي غفلت کرده اند. قانونگذار ایران در مورد خصوص عقد بیع، قدرت تسلیم را از عناصر آن شمرده است (ماده ۳۴۸ - ۳۷۰ قانون مدني) و حال اینکه این از عناصر عمومي عقود است نه از عناصر اختصاصي عقد بیع (شماره ۱۶۴- ۱۶۵- ۱۷۰)

اگر به مواد ۱۱۲۲- ۱۱۲۳- ۱۱۲۵ - ق-م راجع به عیوب قدرت تسلیم است که بصورت مواد - ۱۴۱ مذکور درآمده است نهایت اینکه بعلت اینکه عقد نکاح يك عقد عاطفي است و ملاحظات انساني گوناگون در آن وجود دارد صدرصد این عنصر عمومي عقود، هم آهنگ سایر عقود نمی تواند باشد بهمین جهت ماده ۱۱۲۶ ق-م که می گوید: هر يك از زوجین که قبل از عقد، عالم بامراض مذکوره در طرف دیگر بوده بعد از عقد، 'حق فسخ خواهد داشت چنین ماده اي در عقود معوض نمی توان نهاد، اساساً با وجود عنن (مثلاً) قدرت انجام تعهدات ناشی از نکاح وجود ندارد و حسب القاعده باید عقد نکاح باطل باشد چون یکی از عناصر عمومي عقود را ندارد ولي همانطور که گفته شد عقد نکاح وضع خاصی در بین دارد که مانع حکومت ضوابط عمومي در بعضی اوقات میشود

بهر حال چون فقهاء مسائل قدرت تسلیم را عادتاً در عقد بیع طرح می کنند (۱) نباید این - ۱۴۲ طور استنباط کرد که این مساله از عناصر اختصاصي عقد بیع است. و بهمین دلیل، مسائل ذیل هم اختصاص به عقد بیع ندارد و در همه عقود مجري است

الف - اگر آن که قانوناً باید از عهده تسلیم برآید فاقد قدرت تسلیم باشد ولي طرف مقابل (متعهدله) قدرت تسلیم را داشته باشد

به همین مقدار، عنصر پانزدهم عقد (شکاره ۱۴۰) محقق میشود خواه عقد، عقد بیع باشد خواه نه (2) (ملاك ماده ۳۴۸ قانون مدني) پس ماده مذکور اختصاص به عقد بیع ندارد

ب- ماده ۳۷۰ قانون مدني می گوید: اگر طرفین معامله برای تسلیم مبیع، موعدي قرار داده باشند قدرت بر تسلیم در آن موعد، شرط است نه در زمان عقد (۳) این ماده هم اختصاص به عقد بیع ندارد عقد اجاره و سایر تعهدات هم چنین طورند

ج - مده ۳۷۱ قانون مدني ی گوید: در بیعی که موقوف، با اجازه مالك است قدرت تسلیم در زمان اجازه معتبر است در عقد اجازه فضولي هم حین حکم را باید، اعمال کرد و این ماده اختصاص به عقد بیع ندارد.

د - اگر نسبت به بعض مبیع، قدرت بر تسلیم داشته و نسبت به بعض دیگر نداشته باشد بیع نسبت به بعض که قدرت بر تسلیم داشته صحیح است و نسبت به بعض دیگر بطلال است. این عین ماده ۳۷۲ قانون مدنی است که اختصاص به عقد بیع ندارد در اجاره هم همین طور است

تبصره- عقد نکاح از عقود مسامحه است (شماره ۱۳۸) با توجه به مطلب شماره ۱۴۱ باید افزود -۱۴۳ که تنها عقد نکاح نیست که از ضابطه عنصر پانزدهم (شماره ۱۴۰) تا اندازه ای اطاعت نمی کند بلکه تاریخ (۴) حقوق، نشان میدهد که در عقد صلح مسامحه ای (ماده ۷۶۱ ق-م) نیز حالت عدم اطاعت از ضابطه مزبور کم و بیش وجود دارد و این در حد عرف و عادت راجع به عقد صلح، قابل قبول است ((شماره ۲۱۷-۲۱۹

تبصره- با همه احترام که همه ما باید گذشتگان خود داشته باشیم نباید فریب کلی گوئیم آنان را -۱۴۴ خورد آنان بطور کلی عقد بیع را از عقود مغاینه (شماره ۱۳۸) می دانند و حال اینکه در بعضی از اقسام بیع (مانند بیع میوه و زراعت و تره بار) از دو جهت ذیل، تسامح دیده میشود

الف - از جهت عنصر چهاردهم (شماره ۱۳۷ تا ۱۳۹)، مثلاً زراعت که روئیده است و هنوز حبه و دانه (بسته نشده است قابل بیع است و مشاهده کافی است و مساحت کردن مزرعه هم ضرورت ندارد) ۱)

ب- از جهت عنصر پانزدهم (شماره ۱۴۰) مثلاً در بیع تره بار (خیار - خربزه) هندوانه- حنا- شیدر- چای- اسبیت) محصول موجود را که چیده نشده باضافه چند چین دیگر که هنوز معدوم است (م تبعاً قدرت تسلیم معدوم وجود ندارد) میتوان فروخت. این را می گویند: بیع معدوم به تبع موجود (۲)

مثال دیگر- يك باغ میوه که میوه بعضی از درختان، ظاهر شده و بعضی هنوز میوه ندارد ولکن حسب عادت با کمی تاخیر، میوه آنها هم ظاهر خواهد شد میتوان میوه همه درختان آن باغ را فروخت این هم بیع معدوم به تبع موجود است که نسبت بآن قسمت که معدوم است قدرت تسلیم وجود ندارد و معذک ماده ۳۷۲ قانون مدنی در این موارد که عرف مسلم باغداران وجود دارد اعمال نمیشود یعنی بیع صحیح است و تاریخ حقوق (۳) ماگواه صدق صحت این بیع است

مثال دیگر- ممکن است درختی یکسان بتدریج میوه بدهد و قسمت اول آن میوه ها ظاهر شده است مالک میتواند آن قسمت از میوه را که ظاهر شده با آن قسمت که ظاهر نشده در يك بیع بفروشد. عرف مسلم و تاریخ حقوق (۱) ما آن را تایید می کند. این بیع ها که بر شمرديم همگی از عقود سامحه هستند که در حدود عرف و عادت مسلم باید حکم بصحت آن کرد

نکته - طرفداران (۲) حیل در عقود می خواهند این عرف مسلم را به خارج عرف مذکور توسعه -۱۴۵ بخشند یعنی در هر عقدي که قسمتي از مبيع، مقدور التسليم نيست آن عقد را درست بدانند و بگویند ثمن بابت آن قسمتي است که قدرت تسلیم برآن وجود دارد

ملاحظه - در واقع این حقوقدانان در مورد عناصر عمومي عقود صاحب نظر نبوده و نظر علمي راسخ و استوار ندارند و تا این لحظه هم بشهادت آثارشان نداشته اند و نیز رعایت عرفهای مسلم را نکرده اند در مورد بیع زراعت و تره بار و میوه عرفهای مسلم مخصوص وجود دارد که آن عرفها در سایر اقسام بیع قابل اعمال نیست

تبصره- اگر قدرت تسلیم در حین عقد، وجود داشته باشد لکن پس از عقد حالت عجز از تسلیم، ۱۴-
عارض و طاری گردد عقد باطل نمیشود و برای متعهد له خیار تعذر تسلیم پیدا میشود و میتواند بعلت تعذر
(تسلیم، عقد را فسخ کند (۳)

پانزدهم - مفید بودن تعهد

تعهدی که در هر عقد میشود باید مفید باشد زیرا شان قانونگذاران این نیست که از تعهد لغو و ۱۴۷-
عبث حمایت کنند. فقهاء (۴) این مطلب را فقط در بعضی عقود مانند عقد بیع و کفالت ذکر کرده اند و
حال اینکه اختصاص به عقد بیع ندارد و جا داشت که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی جزء شرائط اسامی
صحت معامله و عقد ضبط میشود.

قانون مدنی ما در ماده ۳۴۸ بیع چیزی را که منفعت عقلانی ندارد باطل شمرده و از تاریخ حقوق خود
پیروی کرده است و حال اینکه اجازه چیزی که منفعت عقلانی ندارد نیز باطل است. مثلاً ماده ۵۷۰ ق-م
می گوید: جعاله... بر عمل غیر عقلانی باطل است این هم موید نظر ما است که مفید بودن تعهد را
عنصر عمومی عقود (و ایقاعات شمردیم. بند دوم ماده ۲۳۲ قانون مدنی هم شرط بی فائده را باطل
شمرده است پس علاوه بر بدهاقت عقلی، ملاک مواد مذکور فوق هم عنصر شانزدهم را اثبات می کند

تبصره - براسن اساس - ۱۴۸

اولا- بیع سفهی بعلت فقدان عنصر شانزدهم باطل است هر چند که بایع و مشتری غ=عاقل و بالغ و رشید
باشند، زیرا بیع سفهی بسیار زیان بخش است

ثانیاً- اگر برای تسلیم مبیع، احل و موعد مجهول معین کنند این عقد هم بعلت فقدان عنصر شانزدهم باطل
(خواهد بود) ۱)

هفدهم - لزوم

مقصود از لزوم، لزوم عقد است بدانگونه که در اصطلاح عقد لازم مشاهده میشود عده ای (۲) - ۱۴۹
از فقهاء اخیر امامیه عقیده دارند که لزوم از عناصر سازنده عقود است تا آنجا که استعمال لغت عقد را
در مورد عقود جائز (مانند ودیعه و عاریه و غیره) يك استعمال مجازی و غیر واقعی دانسته اند

این را نیز باید دانست که فقهاء امامیه (۱) تعهد را بدو قسم تقسیم کرده اند: الف- تهد جائز

ب- تعهد لازم

بنابراین، بحث در تعهدات نیست بلکه بحث در عقود است از این جهت که آیا لزوم از عناصر عقود است
و عقد جائز واقعاً عقد نیست یا اینکه لزوم، از عناصر عمومی عقود نیست و عقد جائز هم واقعاً عقد
است.

از نظر ما و قانون مدنی چون بشرح گفته شده سابق (شماره ۹۹ - ۱۰۰) لفظ، عنصر عمومی عقود
نیست بنابراین تبعاً لزوم هم جزو عناصر عمومی عقود نمی باشد

تبصره- لزوم عقد به این معنی است که هیچیک از طرفین بون اقاله یا خیار نتوانند عقد را بهم - ۱۵۰- زنند. جواز عقد لاین معنی است که طرفین بدون کمك اقاله یا یکی از خيارات بتوانند آن را بهم زدند. پس. خیار و اقاله از آثار عقود لازم است عقد جائز نیاز به خیار و اقاله ندارد

انحلال عقد به موت یا جنون یا سفه را نمی توان مقیاس تشخیص عقد جائز از عقد لازم قرار داد زیرا بیع معاطات از نظر یعضی (۲) جائز است ولی قابل انحلال بموت یا جنون یا سفه یکی از طرفین نیست بلکه جائز بودن بیع مطاعات باین معنی است که هر يك از طرفین حق استرداد مال خود را دارند (شماره ۲۵۱)

نکته - لزوم، در عقود به این معنی است و در خارج عقود هم وجود دارد و معنی آن، مشابه همین معنی (است) (دانشنامه حقوقی - چاپ دوم - جلد اول - اقرار - شماره ۱۵ - ۲۵ - ۲۶)

منابع

- ۱- حقوق مدنی - صلح و رهن (چاپ اول) - ص ۲۱۲
- ۲- عناوین میر فتح - ص ۱۰۲ - منیه الطالب - تقریرات نائینی جلد يك ص ۲۶ - ۳۳ - ۳۹ - ۴۹ - مکاسب شیخ انصاری - ص ۸۵ - جامع الشتات - ص ۱۸۲ - حاشیه 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 ۳/۲۲۴ به بعد) بعضی از مؤلفان اهل سنت عقود را به دو قسم تقسیم کرده اند : عقد وثیقه و امانت - عقد تمليك (القواعد فی الفقه الاسلامی ابوالفرج عبدالرحمان حنبلی ص ۲۷۴)
- ۹- مکتب های حقوقی در حقوق اسلام - ص ۲۰۶ - شماره ۳/۲۲۹ و ۳/۲۳۰
- ۱۰- بعضی از مؤلفان معاصر ما فقط در این فرض ، عقد را تمليكي نامیده اند که اصطلاح تازه ای است و ارتباطی به « نظریه تمليك » در حقوق اسلامی و مدنی (ماده ۳۲۸ ق - م) ندارد .
- ۱۱- دوره حقوق مدنی - عقد ضمان - ص ۷۸ - شماره ۸۰ - ۸۱ - ۹۰ مکتب های حقوقی در حقوق اسلام - ص ۲۰۲ شماره ۳/۲۲۲ به بعد - دوره حقوق مدنی - صلح و رهن ، ص ۲۱۸ - شماره ۱۲ (در کتاب اخیر هنوز سوابق تاریخی مطلب راجع به تمليك به خوبی بدست نیامده بود و از اصطلاح تازه « عقد تمليك - عقد عهدي » 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 - ۳۲۳ - ۳۰۱ - حاشیه 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 ترك یا فعل آن فكر يعنى لحظاتی که فكر وجود دارد ولي به تردید نرسیده است .
- ج - حدیث نفس . لحظاتی که فكر پس از مدت کوتاهی درنگ ، در نشیب و فراز و تردید می افتد .
- د - هم . لحظه تبدیل تردید به انتخاب يك 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 الي 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- مناجر حقائق (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 حاشیه مکاسب - ص ۶۱- ۶۴ نائینی - فوائد الاصول جلد يك ص ۶۹- شماره - ص ۲۸۹- ۵۴۵- ۵۴۸- ابن نجیم - الاشباه و النظائر - ص ۱۱۶- ردالمحتار - جلد ۴ - ص ۵۰۷ ابن حجر - الفتاوی الکبری - 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 حاشیه 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 الکبری - 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 - حاشیه مکاسب ص - ۱۱۲ اغائه 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 يك 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 :
- nulle de plein droit , elle donne La convention contractee par erreur, violence ou dol n'est point ou en rescision , dans les cas et de la maniere expliqués a la Section V du chapitre V du present titre .
- Section V du chapitre V du present titre .
- COLIN- CAPITANT Droit civil FRANCAIS T . ۳۱ .
- Fo edition PAEIS ۱۹۴۸ . ۳۶۲- ۳۲- ابن 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 قدماء فقه را اختیار کرده ایم تغییر و اصلاح نظر در مسائل علمی نه تنها بدیع نیست بلکه يك 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 يطابقه اولاً يطابقه (شرح فتح القدیر - جلد ۵- ص ۷۵) .
- ۳۷- قرانی - الفروق - جلد يك 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 قوام الفصول ص - ۲۹۰ .
- ۳۸- زیرا قبول تملیک بایع را در ایجاب (ماده ۳۳۸ ق - م) به صورت شرط متأخر درآورده اند یعنی قبول مشتری ، شرط متأخر تأثیر ایجاب بایع (به عنوان علت تملیک) می باشد ! واین 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 نویسندگان این سطور ص - ۳۳۰ .
- 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 (رد المحتار - جلد ۴ ص - ۵۰۰-۵۰۲- 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 تكون 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 ۲۳۹- 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- مغایه 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 مغایه (و مانند بیع و اجاره) است ، ماده ۷۶۱ ق - م دلیل قبول عقد مسامحه و عقد مغایه در حقوق ایران است .
- ۵۱- زیرا کافی است که مرتنه بداند که رهنه به قدر وامی که می دهد می ارزد و نیاز ندارد که ارزش دقیق رهنه را بداند .
- ۵۲- شرایع ص - ۲۱۰ جواهر الکلام جلد ۵ ص - ۳۲۵ کنز العرفان ص - ۳۴۸ .
- ۵۳- به علت تشریع سه طلاق از جانب عمر بنا به گفته ابن قیم در اعلام الموقعین ، نکاح محللدر فقه اهل سنت مسأله بارونقی گردید تا جایی 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 يقصد بها ذلك) نیز می گوید (ضروره تحقق القصد الي الفعل . . . لکن بدون قصد ارلوج و هو امر زائد علي اصل بالفعل اذ يخرج به عن الساهي و النائم) نیز از قول ابن ادریس می گوید (لاجاه نيه الرجعه اذا تحقق القصد الي الفعل بالطفه و ان كان ذاهلا عن الرجعه) کتاب مذکور - جلد ۵ ص ۳۲۹- ابن قیم - زادالمعاد جلد ۴ ص ۲۸ المغنی جلد ۷ ص ۵۲۳- سید محمد کاظم طباطبائی حاشیه مکاسب ص - ۷۶ .
- منابع:
- ۱- نائینی - منیه الطالب - جلد اول - ص ۶۹ - تاریخ حقوق ایران - تألیف نویسنده ص ۳۶۸
- ۱- رد المحتار - جلد ۴ (ص ۵۰۲
- ۱- در این باره نوشته است (و نقل ابوجعفر الجرجانی من احمد فی رجل فی قناه رجل بغير اذنه فقال: لهذا الذي عمل نفقته اذا عمل ما يكون مصلحه لصاحب القناه...)
- کتاب مذکور ص ۱۴۲
- یعنی ابوجعفر جرجانی از قتل احمد چنین آورده است که اگر مردی در قنات دیگری بدون اذن مالک لکن در جهت مصلحت او کار کند مستحق اجرت کار خود خواهد بود (با ماده ۳۰۶ ق - م مقایسه شود)
- ۱- دوره حقوق مدنی - عقد حواله - شماره ۵۵- ۶- ۵۷- ۱۰۱
- ۱- شیخ انصاری در این مورد می نویسد: فصحہ کل من الايجاب و القبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلم من اول عقد الي ان يتحقق تمام السبب و به يتم معني المعاقده كتاب مكاسب - ص ۱۰۱ - نائینی - منیه الطالب - جلد اول - ص ۱۱۴
- ۱- رد المحتار - جلد ۴ - ص ۵۲۷ - ۵۲۸ - مغنی المحتاج - جلد ۲ - ص ۶ - تأثیر اراده در حقوق مدنی (تز) - شماره ۱۲۷ تا ۱۴۵ - قواعد شهید - ص ۶۱- ۲۱۳ المغنی - جلد ۷ ص ۸۱
- ۲- سیوطی - الاشباه و النظائر - ص ۳۰۶
- ۳- قواعد شهید اول - ص ۱۰۴
- ۱- مکاسب - ص ۹۸
- ۲- سیوطی - الشباه و النظائر - ص ۸۱ - ۳۰۶ - فتح القدیر - جلد ۵ - ص ۷۸ المغنی - جلد ۷ - ص ۸۰

- ۳_ سنّوال و جواب سيد محمد كاظم طباطبائي _ ص ۲۹۹ _ تأثير اراده در حقوق مدني (تز) شماره ۱۲۰ ببعده.
- ۴_ رد المحتار _ جلد ۴_ ص ۵۱۲_ ۵۱۳
- ۱_ مفتاح الكرامه _ جلد ۵ _ ص ۲۳
- ۲_ دوره حقوقي مدني_ عقد ضمان _ شماره ۲۱۸
- ۳_ سيوطي_ الاشباه و النظائر_ ص ۳۰۶
- ۴_ دوره حقوق مدني_ صلح و رهن _ ص ۱۹۳
- ۵_ سيوطي_ الاشباه و النظائر_ ص ۳۰۶
- ۶_ مكاسب شيخ انصاري _ ص ۹۸ _ حاشيه سيد محمد كاظم طباطبائي _ ص ۸۷ _ دوره حقوق مدني_ وصيت_ شماره ۱۰
- ۱_ تأثير اراده در حقوق مدني (تز) _ ص ۵۶
- ۲_ مغني المحتاج _ جلد ۲ ص ۶_ المغني _ جلد ۷ ص ۸۱ مكاسب شيخ انصاري ص ۱۰۱ حاشيه سيد محمد كاظم طباطبائي _ ص ۷۵_ ۸۹ تأثير اراده در حقوق مدني (تز)_ ص ۱۸۰ شماره ۴۹۱ ببعده.
- ۱_ دوره حقوق مدني _ عقد ضمان_ شماره ۲۱۴_ وصيت _ شماره ۱۳
- ۱_ شعائر ص ۳۲۰
- ۱_ مشارق الاحكام _ نراقي_ ص ۸۶ سيد محمد كاظم طباطبائي_ سنّوال و جواب ص ۲۲۲
- ۱_ آقاي دكتور امامي _ حقيق مدني _ جلد اول _ ص ۲۱۷
- ۱_ كتاب مذكور _ جلد اول _ ص ۲۲۲
- ۳_ كلن _ كاپيتان _ كتاب مذكور_ جلد دوم_ شماره ۱۰۳
- ۱_ آقاي دكتور امامي_ حقوق مدني_ جلد ۱ _ ص ۲۲۰
- ۲_ سيد محمد كاظم طباطبائي _ حاشيه مكاسب _ ص ۶۱
- ۳_ آقاي دكتور امامي _ حقوق مدني_ جلد ۱ ص ۲۲۵
- ۱_ مكتب هاي حقوقي د رحقوق اسلام_ ص
- ۲_ آقاي دكتور امامي _ حقوق مدني _ جلد يك _ ص ۲۲۶
- ۱_ دانشنامه حقوقي_ چاپ دوم _ جلد دوم _ ص ۴۶۱_ ۴۶۲
- ۱_ تأثير اراده در حقوقمدني (تز) _ شماره ۵۹۱
- ۲_ سيد محمد كاظم طباطبائي _ سنّوال و جواب _ ص ۱۹۰
- ۱_ دوره حقوقي مدني_ عقد حواله _ شماره ۱۴۴_ ۱۴۶
- ۱_ آقاي دكتور امامي _ حقوق مدني _ جلد يك _ ص ۲۲۳
- ۲_ مخصوصاً صفحات ۱۷ _ ۱۸ _ ۱۹ مكاسب شيخ انصاري. ريشه بحث فقه اماميه هم در بحث سد ذرايع است (به شماره ۱۹۰/۳ كتاب هاي حقوق يدرحقوق اسلام نگاه كنيد).
- ۳_ شعائر _ ص ۴۰۹
- ۴_ آقاي دكتور امامي _ حقوق مدني_ جلد يك_ ص ۲۳۶
- ۵_ منيه الطالب _ نائيني _ جلد يك_ ص ۱۲۷ ببعده
- ۲_ قواعد _ شهيد _ ص ۲۰۸
- ۱_ شاطبي _ موافقات _ جلد ۲_ ص ۳۲ اعلام الموقعين جلد يك _ ص ۴۵۴ _ ۴۵۵ _ ۴۵۷ _ ۴۵۸ _ جلد ۴ _ ص ۳۱
- ۱_ مغني المحتاج _ جلد ۲ ص ۱۱_ الفروق _ قراني_ جلد يك_ ص ۱۵۰ _ جلد ۳ ص ۱۴۲_ ۲۶۵ جلد ۴_ ص ۱۲_ ۱۳_ شاطبي_ موافقات _ جلد ۲ ص ۱۲۸ _ ۱۲۹ _ ۱۳۲ آشتياني_ قضاء_ ص ۵۲_ ۱۰۴_ الفتاوي_ ابن حجر_ جلد ۲ ص ۱۵۹ _ ۱۷۵_ شعائر ص ۲۱۹ فتح القدير _ جلد ۵_ ص ۸۲ سيوطي_ الاشباه والنظائر _ ص ۹۱ _ ۲۲۹ _ ۲۸۸ سيد محمد كاظم طباطبائي _ سنّوال و جواب _ ص ۱۵۴ _ قواعد شهيد _ ص ۲۱۸ _ جامع الشتات _ ص ۲۹ اعلام الموقعين _ جلد ۴ _ ص ۱۳۲ _ ابن نجيم _ الاشباه والنظائر_ ص ۹۱ _ لسان الحكام ص موافقات شاطبي_ جلد ۲ ص ۱۲۹ _ ۱۳۲ _ ۲۳۹
- ۱_ جامع الشتات _ ص ۱۷۲_ ۱۹۷ _ ۲۰۰ _ مغني المحتاج _ جلد ۲ ص ۱۱_ ۱۲ رد المحتار _ جلد ۴ ص ۵۰۵
- ۲_ جامع الشتات_ ص ۱۹۷
- ۳_ جامع الشتات _ ص ۱۹۸
- ۴_ دوره حقوق مدني_ جلد اول (صلح و رهن) ص ۱۴۴ _ ۲۵۹
- ۱_ مفتاح الكرامه _ جلد ۴_ ص ۳۷۵_ ۳۷۶ _ شيخ طوسي_ نهايه _ جلد ۲ ص ۴۲۳_ مناهج _ ص ۲۴۶ _ نراقي _ آداب التجاره_ ص ۲۳ _ نهايه المحتاج_ جلد ۴_ ص ۱۴۵ _ مقابيس ص ۳۰۳_ المغني _ جلد ۴_ ص ۶۶ _ ۷۵ _ ۸۴_ المحلي_ جلد ۸ _ ص ۴۶۸ حقائق جلد ۴ ص ۱۶۷ _ شعائر _ ص ۲۲۶
- ۲_ مقابيس ۲۰۷_ مفتاح الكرامه _ جلد ۴ _ ص ۳۹۴ _ المغني _ جلد ۴_ ص ۶۵
- ۳_ شعائر _ ص ۲۷۷ _ جواهر الكلام _ جلد ۴_ ص ۲۰۵ _ ۲۰۷ _ ۲۰۸_ مناهج ص ۲۴۴_ نهايه المحتاج _ جلد ۴ _ ص ۱۴۹ _ مقابيس _ ص ۲۹۳_ ۲۹۷
- _ المغني _ جلد ۴ ص ۷۹

- ۱_ مفتاح الكرامه _ جلد ۴ _ ص ۳۸۰ _ ماهج ص ۱ _ ۲۳۰
- ۲_ جامع الشتات _ ص ۱۹۸ _ ۱۹۹
- ۳_ جامع الشتات _ ص ۱۹۷
- ۴_ رد المحتار_ جلد ۴ ص ۵۰۳_ مغني المحتاج _ جلد ۲_ ص ۱۱_ سرخسي_ مبسوط جلد ۱۹_ ص ۱۶۵ بدایع _ جلد ۷ _ ص ۳۴۱۹
- ۱_ رد المحتار _ جلد ۴_ ص ۵۳۱
- فقهاء حديث (نهى النبي عن الغرر) را در مورد عنصر چهاردهم و پانزدهم و شانزدهم بصورت يك امر تعبدی بكار مي برند و حال اينكه اين ها امور عقلي بوده و از بديهيّات حقوق بشمار مي آيند تنظيم عناصر عمومي عقود و تدوين آنها يكي از مزايای آن اين است كه فكر را به مجرای طبيعى آن بر مي گرداند و وضوح بيشتري به مسائل عقود مي بخشد (جامع الشتات _ ص ۱۹۸ _ سطر ۹)
- ۲_ منيه الطالب_ نائيني _ جلد يك _ ص ۱۰۲_ (او نسبت باین عقیده مدعي وجود اجماع نیز شده است)
- مكاسب شيخ انصاري _ ص ۸۵ _ ۹۰
- ۱_ منيه الطالب _ جلد دوم _ ص ۱۲۳_ تأثير اراده در حقوق مدني (تز) ص ۱۲۲ بعد تحولات حقوق خصوصي _ ص ۵۰ _ ۵۱ سيوطي_ الاشباه و النظائر_ ص ۲۲۷_ فتح القدير _ ج ۵ _ ص ۸۱
- ۲_ نائيني _ منيه الطالب _ جلد _ اول _ ص ۹۴ _ ۹۵ بعد