

## بررسی صحت یا بطلان عقد مکره

احمد رضا رفیعی<sup>۱</sup>

چکیده: نویسنده در این مقاله با اشاره به نقش قصد و اراده در هر عمل حقوقی و بویژه عقد، به بررسی عقدی که از روی اکراه و بدون رضایت از شخص واقع شود می‌پردازد و مباحث خود را در چند محور مطرح می‌کند: ۱) تعریف عقد و آرای فقها؛ ۲) لفظی یا غیرلفظی بودن عقد؛ که در این خصوص اقوال موافقین و مخالفین را مطرح می‌کند. قائلین به غیرلفظی بودن عقد، آن را از امور قلبی می‌دانند و معتقدند عقد قائم به قصد و رضایت متعاقدين است؛ ۳) بررسی نظریات فقها در مورد اینکه آیا قصد از شرایط متعاقدين است یا رکن عقد. نویسنده در پایان ادله‌ای برای بطلان عقد مکره ارائه می‌کند.

### مقدمه

یکی از ارکان اصلی هر عمل حقوقی و بویژه عقد، قصد و اراده اصحاب آن می‌باشد و اصولاً بدون آن عقدی تحقق پیدا نمی‌کند و از طرفی این قصد بایستی با طیب نفس و رضایت از متعاقدين صادر شود تا منشأ اثر گردد. با عنایت به این مطلب، بررسی این نکته لازم است که هرگاه عقدی از روی اکراه و بدون رضایت از شخص واقع شد، آیا چنین عقدی منشأ اثر است یا

رأساً باطل می‌باشد. در این مقاله با ذکر بررسی ادله قائلین به بطلان عقد مکره و قائلین به عدم نفوذ آن، در پایان نظری تفصیلی ارائه شده است که خدمت خوانندگان تقدیم می‌گردد. قبل از ورود به بحث لازم است ابتدا کمی دربارهٔ تعریف عقد و حقیقت آن به بررسی بپردازیم.

### الف. تعریف عقد

در رابطه با تعریف عقد و ارکان تشکیل دهندهٔ آن آرای مختلف و متنوعی از طرف فقها ابراز شده است که اهم آنها در سه تعریف خلاصه می‌گردد:

تعریف اول: گروهی که بیشتر از فقهای متقدمین می‌باشند عقد را مجموع ایجاب و قبول لفظی می‌دانند و برای الفاظ نقش سببیت قائل هستند. آنان با تعاریفی که از عقد ارائه کرده‌اند، قوام آن را به لفظ می‌دانند و معتقدند برای انشای عقد فقط بایستی از لفظ استفاده کرد و لاغیر و عقد غیر لفظی را عقد تلقی نمی‌کنند. مرحوم محقق حلّی در تعریف عقد بیع می‌گوید: «هو اللفظ الدال علی نقل الملك من مالک الی غیره بعوض معلوم.» [۱۴۰۹ ج ۲: ۱۳]

مرحوم علامه حلّی نیز می‌گوید: «عبارة عن صیغة انتقال الملك من شخص الی آخر عن

التراضی.» [۱۴۲۰: ۱۶۴]

صاحب حدائق نیز به غیر لفظ راضی نمی‌شود و می‌فرماید:

اما مجرد التراضی و التقابض من غیر لفظ يدل علی ذلك فلم یقم علیه  
دلیل و حدیث انما یحلل و یحرم الکلام مؤید لظاهر ما قلنا [بحرانی  
۱۴۰۵ ج ۱۳: ۵۳۱]

مرحوم ابن ادریس نیز در کتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی می‌گوید: چنانچه کسی مبلغی پول به سبزی فروش یا سقا بدهد و بگوید سبزی یا آب بده، این معامله نه بیع است و نه عقد، زیرا ایجاب و قبول لفظی حاصل نشده است. همچنین است سایر چیزهای کوچک و کم ارزش، اعم از پارچه، حیوان و غیر اینها. نتیجه این است که هر یک از دو طرف می‌توانند تصرف مباحی در مال بکنند بدون اینکه شیء، ملک یا داخل در ملک آنان شده باشد و هر یک از این دو می‌توانند به آنچه بذل نموده‌اند رجوع کنند، زیرا ملکیت برای کسی حاصل نشده است و این در صورتی است که عوضین آنها باقی باشند [۱۴۱۰: ۲۵۰]

مرحوم محقق حلی نیز در کتاب شرایع، تقابض بدون لفظ را کافی ندانسته و می‌گوید: حتی اگر از امارات اراده بیع نیز فهمیده شود ولی لفظ در آن بکار نرود این بیع نیست [۱۴۰۹ ج ۲: ۱۴]. ذکر این موارد گواه بر اعتقاد شدید این گروه بر ضرورت لفظ می‌باشد. همان‌طور که از عبارات این دسته از فقها معلوم شد آنان تأکید زاید الوصفی روی عقد لفظی دارند و اصولاً مباحث گسترده‌ای را در خصوص الفاظ عقد و ایقاعات چه در زمینه صیغه و چه در زمینه ماده آن مطرح کرده‌اند. بررسی در کتب فقهی ایشان نشان‌دهنده اهمیت زیاد آنان به این موضوعات است. برای آنان پرسشهای متعددی در این خصوص مطرح است از جمله اینکه: آیا عقود شرعی باید به طور توقیفی و فقط از جانب شارع تجویز شود؟ آیا باید تنها بر الفاظ منقول از جانب شارع اکتفا کرد؟ آیا در الفاظ عقود، حقیقی بودن شرط است یا مجاز و کنایه کافی است؟ آیا باید دلالت الفاظ عقود به نحو دلالت وضعی لفظی باشد؟ آیا باید از الفاظی که عناوین عقود و ایقاعات را تشکیل می‌دهند برای انشای معامله استفاده کرد؟ آیا الفاظ عقود باید به صیغه عربی و ماضی باشد و دهها پرسش و پاسخ و بررسی دیگر که صفحات زیادی از کتب فقهای شیعه را پر کرده است مبین پافشاری آنان روی الفاظ و مسائل شکلی عقود می‌باشد. اصرار این دسته از فقها بر لزوم بکارگیری الفاظ نشان‌دهنده نوعی شکلیت و لفظ‌گرایی از طرف آنان است. به طوری که سبب شده برخی از نویسندگان غیرشیعی بر فقه امامیه خرده بگیرند. وحیدالدین سوار در کتاب خود به نام *التعبیر عن الاراده* می‌نویسد: فقهای امامیه از اولین کسانی هستند که در تقدیس الفاظ غرق شده‌اند، زیرا برخی از آنان حتی عربی بودن الفاظ را برای اعلام اراده شرط می‌دانند [۱۱۳].

از این رو فقهای امامیه همواره متهم به تقدیس الفاظ و از طرف دیگر متهم به نوعی تعصب‌گرایی عربی شده‌اند. در نظر منتقدان، دینی که برای هدایت و سعادت تمام انسانها یا به عرصه وجود گذاشته است و داعیه قدرت و اداره تمام جوامع بشری در تمام مکانها و زمانها را دارد و مدعی جامعیت و حاکمیت است به چه دلیل باید این چنین محصور در الفاظ باشد؟ پیشرفت ارتباطات، پیچیدگی روابط انسانی، معاملات کلان بین‌المللی، عقود مکاتبه‌ای بین‌گاییین و مسائل بی‌شمار دیگر که دخالت الفاظ در تحقق معاملات را موضوعاً متنفی ساخته است مستلزم راه حل دیگری است. زمانی که بیشتر معاملات با حضور طرفین انجام می‌گرفت و معاملات از نظر ارزش اقتصادی قابل توجه نبود، شاید الفاظ بهترین وسیله اعلام اراده بود اما

امروزه این حرف معنایی ندارد. به علاوه، اگر اصل در عقود تابعیت عقد از قصد و اراده است که همین طور نیز می‌باشد، به چه دلیل باید وسیله اعلام اراده و کاشف از امر درونی آنقدر اهمیت داشته باشد که در تحقق یا عدم تحقق ماهیت اعتباری دخیل باشد؟ بنای عقلای هر جامعه بر آن است که برای انجام معاملاتشان از شیوه‌های مختلفی بهره می‌گیرند و شارع مقدس نیز هیچگونه ردع و منعی در مورد این شیوه‌ها ابراز نکرده است و لذا به چه دلیل بایستی خود را گرفتار چنین محمصه‌ای کرد؟ در هر صورت آنچه باعث خرده‌گیری علمای غیرشیعی و جسارت آنان بر مذهب جعفری شده است، همین جمود بر مسائل شکلی می‌باشد.<sup>۱</sup>

تعریف دوم: گروه دیگری از فقها کمی از موضع گروه اول عدول کرده و اهمیت بیشتری برای قصد متعاقدين قائل شده‌اند و تحقق عقد را صرفاً در گرو انشای لفظی نمی‌دانند. از کلمات آنان استفاده می‌شود که تقابض و هرگونه عمل و فعلی که دال بر اراده جدی اصحاب عقد باشد، برای تحقق عقد کفایت می‌کند مرحوم شیخ مفید اولین کسی است که این نظریه را اظهار داشته است. ایشان می‌فرماید:

والبيع ينعقد على تراض بين الاثنین فيما يملكان التبايع له اذا عرفاه  
 جميعاً و تراضيا بالبيع و افتراقاً بالابدان [۱۴۱۳: ۹۳]

یعنی بیع منعقد می‌شود با رضایت دو طرف معامله در مورد آنچه حق خرید و فروش آن را دارند، اگر هر دو طرف، معامله را شناخته و به بیع راضی شده و به قبض یکدیگر درآورده و از یکدیگر جدا شوند.

ملا محسن فیض کاشانی نیز از جمله این گروه است که می‌گوید:

الذی ینظهر لی ان مجرد التراضی و التقابض کاف فی صحه البیع بشرط  
 ان یکون هناك قرینه تدل علی کونه بیعاً بحيث یرتفع الاشتباه [۱۴۰۳  
 ج ۳: ۱۵۵].

یعنی صرف رضایت و تقابض (داد و ستد) در صحت بیع کافی است و البته باید به گونه‌ای

۱. سنه‌وری حقوقدان مشهور عرب پس از انتقاد از شیوه مذکور می‌نویسد: «مذهب شیعه جعفری تعاقد به معاطات اجازه نمی‌دهد زیرا در مفتاح الکرامه آمده است و لابد من الصیغه الدالة علی الرضا الباطن» [ج ۱: ۱۲۴].

باشد که اشتباه (و ابهام به وسیله آن) رفع گردیده باشد.

از کلمات این دو فقیه بزرگوار بخوبی پیداست که آنان در تحقق عقد، اراده و تراضی طرفین را مهم می‌دانند و احياناً وجود لفظ را به عنوان دال بر اراده مذکور تلقی می‌نمایند، نه به عنوان سبب وحید در انعقاد عقد.

تعریف سوم: گروهی دیگر از فقها که اغلب از متأخرین هستند، نظریات بهتر و بدیعتی در تعریف عقد ارائه کرده‌اند که با استفاده از آنها بیشتر می‌توان جوابگوی نیازهای عصر موجود در باب معاملات بود. آنان معتقدند اصل اصیل و رکن رکین در هر عقد اراده طرفین معامله است. هسته اولیه و قوام هر عقدی به قصد متعاقدين است و این قصد را هر میرزی می‌تواند به منصفه ظهور بربساند، خواه این میرز لفظ باشد و خواه غیر لفظ. از نظر این گروه لفظ جنبه موضوعی ندارد بلکه صرفاً آلت و ابزار به شمار می‌رود. آنچه در انشای عقد موضوعیت دارد قصد و اراده جدی متعاقدين است و به عبارت دیگر از نظر این دسته انشا می‌تواند غیر لفظی هم باشد. مرحوم شهید اول از جمله این افراد است که می‌فرماید: «الجمده فی العقود هو الرضا الباطن و الانشاء وسیلة الی معرفته» [۷۳]. از نظر شهید همان طوری که از کلامش هویدا است، عمده در یک عقد رضایت باطنی یا همان قصد متعاقدين است و انشا<sup>۱</sup> آن، راهی برای ابراز چنین قصدی است.

مرحوم علامه بجنوردی نیز در زمره کسانی است که عقد را به لفظ نمی‌داند. ایشان در این باره می‌فرماید:

العقد كما قلنا ليس من باب الالفاظ بل من الامور القلبية و اطلاقه على  
الفاظ القبول و الايجاب مجاز من قبيل الاطلاق لفظ الموضوع للمدلول  
على الدال او من قبيل اطلاق لفظ الموضوع للمسبب على السبب و ان  
كان في تسمية المنشأ تلك الالفاظ بالسبب مسامحه و ذلك من جهة ان  
سبب المنشأ هو العاقد لا الفاظ العقد: اي الفاظ القبول و الايجاب بل  
تسميتها بألة الانشاء اولی [۱۴۱۹ ج ۳: ۱۱۶].

یعنی همان طوری که گفتیم عقد از باب و مقوله الفاظ نیست بلکه از امور قلبی است - که

۱. البته در اینجا شهید اول انشا را لفظی دانسته‌اند.

قائم به قصد و رضایت متعاقدین می‌باشد. اطلاق این کلمه بر الفاظ قبول و ایجاب مجازی است، مثل اطلاق کردن لفظی که وضع شده است برای مدلولی، بر دال آن وضع شده است و یا مثل اطلاق کردن لفظی که برای سبب، بر مسبب آن وضع شده است (نتیجه اینکه لفظ بیع برای ماهیت و حقیقت بیع وضع شده است نه برای الفاظ «بعث و اشتریت»). اگرچه اصولاً این الفاظ را سبب نامیدن مسامحه است، چرا که سببی که ایجادکننده عقد است، همان عاقد است نه اینکه الفاظ عقد سبب تحقق عقد باشند. آری، نامیدن این الفاظ به آلت انشا بهتر است.

مرحوم امام خمینی (س) نیز می‌فرماید: «بیع از مقوله معناست و نه لفظ. ایجاب و قبول (لفظی) بیع تلقی نمی‌شود اگرچه به آنها بیع اطلاق شود. الفاظ (ایجاباً او مع قبول) معقول نیست که مؤثر در تحقق ملکیت باشد، چون ملکیت و زوجیت و غیر این دو از ماهیات اعتباریه‌ای هستند که قائم به اعتبار عقلا می‌باشند (حدوثاً و بقاء) و اصولاً حقیقتی و هویتی بجز همین اعتبار ندارند. بنابراین معقول نیست ایجاب و قبول لفظی باعث بوجود آمدن مالکیت شود. چون لازمه آن این است که الفاظ معاملات مؤثر در نفوس عقلا باشد در حالی که اعتباریات، مبادی‌شان در صقع نفس است و معقول نیست الفاظ از آن مبادی باشد، چه رسد به اینکه این الفاظ علت تامه ایجاد آن اعتباریات باشد.»<sup>۱</sup>

مرحوم علامه خوئی نیز قصد متعاقدین را اصل اولی در تحقق عقد می‌داند و در این باره می‌فرماید: «استعمال یک لفظ در معنایش چیزی نیست مگر اظهار مقاصد نفسانی توسط یک مبرز خارجی، خواه جمله باشد و خواه غیر آن. پس انشا از مصادیق استعمال لفظ در معنایش می‌باشد ولی هیچ ارتباطی بین این استعمال (لفظ در معنایش) با ایجاد معنا وجود ندارد (با استعمال لفظ حقیقت عقد تحقق پیدا نمی‌کند) و مخفی نیست که بیع یک انشا ساده نیست به طوری که اعتبار نفسانی نشود (یعنی بیع یک انشا به تنهایی نیست بدون اینکه اعتبار نفسانی

۱. ان البیع من مقوله المعنی لا اللفظ، فلیس الایجاب و القبول... بیعاً و ان اطلق علیهما احیاناً... ان الفاظ المعاملات ایجاباً او مع قبول لا یعقل ان تكون مؤثرات لتحقق ما يتوقع منها كالمملکة فی البیع و الزوجیه و غیرهما من الماهیات الاعتباریه المتقومه باعتبار العقلاء حدوثاً و بقاء... و علیه لا یعقل ان يكون الایجاب و القبول موجباتاً لایجاد المملکة و وجودها فضلاً عن الایجاب المجرد، ان لازمه ان تكون الفاظ المعاملات مؤثرات فی نفوس العقلاء و نفس الموجب و المنشی لها مع ان للاعتبارات مبادیة و مناشیة حاصله فی صقع النفوس لا یعقل ان تكون تلك الالفاظ منها، فضلاً عن كونها علتة تامه و سبباً وحيداً لها [خمينی ۱۴۰۷ ج ۱: ۶۰۵].

شود) و اگر اینطور بود بایستی بیع هازل را نیز بیع بدانیم (و حال آنکه بدیهی است که بیع هازل بیع نیست چون هازل انشا لفظی دارد ولی اعتبار نفسانی ندارد) و همچنین بیع صرفاً یک اعتبار نفسانی بشمار نمی‌رود بدون اینکه مقرون به یک میرز خارجی باشد. اگر اینطور می‌بود بایستی بر یک اعتبار نفسانی (مثل اینکه شخصی نیت فروش خانه‌اش را بکند) صرف و بدون میرز، اطلاق بیع گردد. (و حال آنکه چنین چیزی نیست و این باطل است) بلکه حقیقت بیع عبارتست از اعتبار نفسانی که مقرون باشد به یک میرز خارجی، پس هنگامی که کسی اعتبار کرد تبدیل مالش را با مال دیگری در صقع نفسش و بعد از آن بوسیله میرزی (اعتبار نفسانی‌اش را) آن را آشکار نمود در اینجا مفهوم بیع تحقق پیدا می‌کند.<sup>۱</sup>

همان‌طوری که از توضیحات فقیه والامقام حضرت آیت الله خوئی پیداست ایشان تحقق عقد را منوط به دو شرط می‌دانند: ۱- اعتبار نفسانی عاقد؛ ۲- بکار بردن میرزی که اعتبار مذکور را اعلام کند.

هر کدام از اینها بدون دیگری موجب تحقق ناقص عقد می‌شود. البته از نظر اهمیت، اعتبار نفسانی مقدم است و الفاظ ایجاب و قبول از آن جهت که فروشنده و خریدار از قلب یکدیگر خیر ندارند و طی آن، از مقصد یکدیگر مطلع می‌شوند، موضوعیت پیدا می‌کند. در واقع، کلمه «بعث» نشانگر این است که بایع ملکیت مشتری را نسبت به بیع اعتبار کرده است و به کارگیری کلمه «اشتریث یا قبلت» توسط مشتری نمایانگر اعتبار مالکیت بایع نسبت به ثمن است. البته ممکن است که در معاملات و عقود، بایع و مشتری اعتبار ملکیت کرده باشند ولی شارع و عقلا چنین اعتباری را قبول نداشته باشند؛ مثل غاصبی که مال دیگری را می‌فروشد که در این صورت انشا به حسب ظاهر تحقق یافته است ولی شارع و عقلا آن را قبول ندارند. نتیجه اینکه هیچ‌گونه نقشی برای الفاظ جز آلت بودن در این فرض قابل تصور نیست. مرحوم خوئی برهانی برای این

۱. استعمال اللفظ فی المعنی لیس الاظهار المقاصد النفسانیه بمیرز خارجی سواء فی ذلک الحمل و غیرها و اذن فالانشاء من مصادیق استعمال اللفظ فی المعنی بلاارتباط له بايجاد المعنی باللفظ و لا یخفی ان البیع لیس انشاءً سادجاً و ان علم عدم تحقق الاعتیاز النفسانی و الاصدق مفهوم البیع علی بیع الهازل و لانه صرف الاعتیاز النفسانی و ان لم یقترن به المظهر الخارجی و الاصدق مفهوم البیع علی الاعتیاز المظهر بمظهر خارجی و علیه فاذا اعتبر احد تبدیل ماله بمال غیره فی افق نفسه ثم اظهر ذلک بمیرز خارجی صدق علیه البیع قطعاً.

[خوئی ۱۳۷۱ ح ۲: ۱۳]

مدعا می‌آورد. بدین صورت که اگر گفته شود: «اللفظ يوجد الانشاء» سؤال پیش می‌آید که آیا الفاظ در عالم تکوین عهده‌دار ایجاد معنا هستند یا ایجاد کننده چیزی در عالم اعتبار هستند؟ اگر گفته شود الفاظ انشایی عهده‌دار ایجاد معنا در عالم تکوین هستند، بالضرورة باطل است چرا که الفاظ نمی‌توانند تأثیر تکوینی داشته باشند و اگر گفته شود الفاظ ایجاد کننده چیزی در عالم اعتبار هستند، گفته می‌شود اعتبار نفسانی و قلبی فروشنده و خریدار برای ایجاد و احداث ملکیت در عالم اعتبار کافی است و الفاظ فاقد نقش هستند [ج ۲: ۱۳].

در هر صورت از دیدگاه این دسته از فقها، تمام هویت عقد به قصد طرفین بستگی دارد که «العقود تابعة - للقصود» نیز مورد استناد آنان واقع شده است. البته عده‌ای از معاصرین پا را فراتر از این گذاشته و نظر بدیعی مطرح نموده‌اند. آیت‌الله بجنوردی در این باره می‌گوید: «اصولاً عقد به صرف قصد باطنی متعاقدين در مقام ثبوت تحقق پیدا می‌کند، یعنی همین که اصحاب معامله عزم خود را پیش نفس خود جزم بر وقوع معامله کردند و قصد ایجاد آن را نمودند معامله واقع شده تلقی می‌شود، البته مادامی که مبرزی در کار نباشد مورد قبول عقلاً نبوده است و اثری بر آن مترتب نیست. به عبارت دیگر، در هر عقدی دو مقام وجود دارد:

#### ۱- مقام ثبوت؛ ۲- مقام اثبات».

مقام ثبوت عقد به قصد باطنی عاقد (مربوط) است و مقام اثبات، اظهار و ابراز آن قصد باطنی است. مقام اثبات فرع بر مقام ثبوت است و هنگامی که بایع کلمه «بعثت» را بکار می‌برد، در واقع از مقام ثبوت خیر می‌دهد و یا بهتر بگوییم از انشای واقع شده خیر می‌دهد. اگر بیع را تملیک عین به عوض معلوم بدانیم این معنا قبل از اظهار به وسیله قصد محقق شده است. در واقع، بایع با انشای خود دو عمل را محقق می‌کند:

۱- سلب اضافه مالکیت از خود نسبت به مبیع و اضافه آن به مشتری؛

۲- سلب مالکیت ثمن از مشتری و اضافه آن به خود.

قهرآ این دو عمل با قصد بایع تحقق پیدا می‌کند. ایشان معتقدند که ایجاب و قبول (خواه لفظی باشد خواه غیر لفظی) متعاقدين به منزله اخبار عن واقعه می‌باشد و این اخبار مترتب بر تحقق عقد به وسیله قصد متعاقدين است. ایشان اضافه می‌کند انشا که یک امر نفسانی است با لفظ که یک کیف مسموع است، بیگانه می‌باشد و هیچ ربط و سنخیتی بین این دو نیست و



اساس عقد هم به همان امر نفسانی است و هرگاه متعاقدين قصد نمودند، عقد بوجود می‌آید و شارع از جهت تشریح نمی‌تواند در وجود تکوینی قصد که بوجود آورنده عقد است دخالتی کند و حکم به عدم تحقق قصد و مآلاً عدم تحقق عقد بنماید، چراکه عقد از امور اعتباری بوده و به صرف اعتبار معتبر حاصل می‌شود و آثاری هم که عاقد قصد می‌نماید به تبع آن، در وعاء اعتبار بوجود می‌آید، همان‌گونه که عرف هم نمی‌تواند در این امر دخالت کند. اما از آنجا که موکول نمودن کل ارزش و اعتبار معاملات به قصد باطنی عاقد می‌تواند نظام اجتماعی و اقتصادی جامعه را مختل سازد، عقلاً و به تبع آن شارع که رئیس عقلاست می‌تواند به طریق دیگری به خاطر حفظ نظام جامعه دخالت کنند و مصلحت نوعی را بر مصلحت شخصی ترجیح دهند و از این رو بگویند که آری عقد یا ایقاع به صرف اعتبار معتبر است، ولی آن موجود اعتباری وقتی دارای ارزش و اثر است که دارای شرایط خاصی باشد. از جمله به وسیله مبرزی به مرحله ظهور برسد و یا علاوه بر آن دو فرد عادل نیز شاهد اعلام آن باشند و یا اساساً هر شرط معقول دیگری بکنند. ولی تمام اینها متفرع بر تحقق آن موجود اعتباری می‌باشد و اصل هم بر آن است که عقلاً و شارع همان آثاری را که مقصود ایجاد کننده عقد یا ایقاع است امضا نموده و امری خارج از قصد و اعتبار متعاقدين در نزد آنها معتبر نمی‌باشد مگر مواردی که از طرف شارع مقدس یا عقلاً، به شرط بودن آن تصریح گردد. مثل اینکه گفته شود که شرط ابراز قصد عاقد از نظر شارع آن است که این ابراز به وسیله لفظ صورت گیرد همان‌طوری که در نکاح اینطور است. آری، تفاوت نظر این فقیه معاصر با آیت الله خوئی در این است که ایشان معتقدند به صرف قصد بایع عقد واقع شده تلقی می‌گردد و لفظ صرفاً مبرز است، ولی مرحوم خوئی یک نحو سببیت برای لفظ ولو در قالب مبرزیت قائلند. چراکه ایشان همان مقدار به مبرز اهمیت می‌دهند که به لحاظ نفسانی عاقد اعتبار می‌دهند. در واقع، ایشان این دو را در مقابل هم قرار می‌دهند و حال آنکه آیت الله بجنوردی تمام هویت عقد را به قصد می‌دانند.

### ب. آیا قصد از شرایط متعاقدين است یا رکن عقد به شمار می‌رود؟

با عنایت به اینکه قصد همواره از عاقد بروز می‌کند و قائم به او می‌باشد، این نکته قابل بحث است که آیا قصد را به عنوان شرطی از شرایط متعاقدين بدانیم و یا مقوم عقد قلمداد کنیم. اقوال

فقها در این باره مختلف است. بعضی آن را شرط متعاقدين و گروهی به عنوان رکن عقد می‌پندارند. شهید اول در کتاب لمعه آن را شرط متعاقدين ذکر فرموده: «يشترط في المتعاقدين الكمال والاختيار والقصد» [۱۳۷۳ ج ۳: ۲۰۷]. در حالی که شیخ انصاری آن را محقق مفهوم عقد معرفی کرده است:

ومن جملة شرائط المتعاقدين قصد هما لمدلول العقد الذي يتلفظان به واشترط القصد بهذا المعنى في صحته بل في تحقق مفهومه مما لاخلاف فيه ولا اشكال، فلا يقع من دون قصد الى اللفظ كما في الغلط والى المعنى كما في الهازل [۱۳۱۵: ۱۱۵].

یعنی از جمله شرایط متعاقدين، قصد آنان نسبت به عقدی است که جاری می‌کنند. قصد به این معنا در صحت عقد بلکه در تحقق اصل عقد اجماعی است و در آن جای هیچ اختلافی نیست. بنابراین، عقد بدون قصد لفظ (همان‌طوری که فردی لفظ را به غلط بر زبان جاری می‌کند) و بدون قصد معنا (همان‌طوری که فردی از روی شوخی لفظی را بر زبان جاری می‌کند) واقع نمی‌شود. از کلام شیخ استفاده می‌شود که او ابتدا قصد را به عنوان شرط متعاقدين آورده است ولی بعد از آن ترفی کرده و آن را از شرایط تحقق عقد به شمار آورده است، به طوری که اگر متعاقدين خالی از قصد باشند گویی عقدی واقع نشده است.

مرحوم علامه خوئی نیز در این باره می‌فرماید:

فقصد اللفظ و المعنى من مقومات البيع فلا يصح التعبير عنها بشرط العقد أو المتعاقدين، فان الشرط انما يطلق على الامر الخارج عن حقيقة المشروط [حسینی شاهرودی ج ۲: ۲۳۲].

همان‌طوری که از کلام ایشان پیداست، معظم‌له قصد را از مقومات بیع می‌داند و تعبیر از قصد به عنوان شرط را صحیح نمی‌داند، چراکه شرط بر امری که خارج از ماهیت مشروط باشد اطلاق می‌گردد و حال آنکه قصد جزء ماهیت عقد است.

مرحوم شوشتري در کتاب مقایس الأنوار عنوان عقد را از عقدی که در آن قصد وجود نداشته باشد سلب می‌کند.

ان العقد غير المقصود ليس عقداً في الحقيقة لأن تأثير الصيغة ليس تعبداً

محصناً كما هي الحال في الأذكار الصلاة و إنما تسمى الصيغة عقداً  
بضميمة المقصود منها إيجاباً و قبولاً [۱۱۴].

یعنی عقدی که در آن قصد وجود نداشته باشد اصلاً عقد نیست چون تأثیر صیغه صرفاً یک امر تعبدی نیست همان طوری که در اذکار نماز اینطور است. به تحقیق صیغه وقتی عقد نامیده می شود که قصد به آن ضمیمه باشد.

مرحوم امام خمینی (س) نیز به این مطلب تصریح می فرماید: «والقصد المذكور محقق لحقیقة المعاملة لامن شرائط العقد و لا المتعاقدين» [ج ۲: ۳۷] حال، در پاسخ این سؤال که اگر قصد از مقومات عقد است چرا معمولاً در شروط متعاقدين ذکر می گردد، صاحب کتاب فقه امام جعفر صادق (ع) می فرماید: «لشدة ارتباطه بهما و عدم انفصاله عنهما كالعقل و البلوغ» [مغنیه ج ۳: ۶۶].

### ج. مراحل و مراتب قصد

همچنانکه برای تحقق یک عمل حقوقی مراحل متعددی به عنوان مقدمه لازم است، برای تحقق قصد یا انشا نیز مراحل متعددی است. کسی که می خواهد یک ماهیت حقوقی را ایجاد نماید، یعنی قصدی را انشا کند مراحل چند را بایستی طی کند. ابتدا باید لفظ مناسبی را برای آن انتخاب کند (قصد لفظ) و آن را در معنایش بکار برد (قصد معنا). یعنی لفظی را که بکار می برد بداند و ملتفت باشد که در چه معنایی بکار برده است و الاً اگر لفظ را بکار برد ولی معنا را قصد نکرده باشد، ماهیتی محقق نمی شود. سرانجام اینکه، قصد نتیجه عقد را داشته باشد، یعنی خواستار تحقق مدلول عقد در خارج باشد. در ذیل به بررسی این موارد می پردازیم:

۱- قصد لفظ: قصد کردن لفظ اولین مرحله هر انشایی است. هنگامی که عاقد الفاظ ایجاب (از طرف موجب) و قبول (از طرف قابل) را بکار می برد، باید قصد کرده و بدان التفات داشته باشد. از این رو کسی که در خواب یا بیهوشی و مستی لفظی را بر زبانش جاری می سازد قصد لفظ ندارد و لذا اگر کلمه «بعثت» را بکار برد هیچ اثر حقوقی بر آن مترتب نیست. البته گاهی نیز ممکن است از شخص هوشیار الفاظی صادر گردد که قصد تلفظ آنها را نداشته است، مثل کسی که از روی عادت کلامی را بر زبان جاری می کند، بدون اینکه آن کلام را قصد کرده باشد. شخصی

را تصور کنید که قبلاً به سیگار اعتیاد داشته و هر روز از مکان خاصی سیگار می‌خریده است. چنین شخصی پس از ترک اعتیاد نیز هرگاه به آن مکان می‌رسد از روی عادت می‌خواهد سیگاری خریداری کند، در حالی که قصد خرید سیگار را هم ندارد. او از روی عادت به طور ناخودآگاه خرید سیگار را تقاضا می‌کند.

۲- قصد معنا: دومین مرحله از انشاء قصد معناست. به این بیان که وقتی طرفین الفاظی را استعمال می‌کنند معنای آن را قصد کرده باشند و متوجه معنایی باشند که الفاظ حامل آن هستند. به عبارت دیگر، تعمد در آن معانی داشته باشند، چون هر کسی قصد لفظ دارد لزوماً قصد معنا ندارد، مثل کسی که از سر شوخی می‌گوید «خانه‌ام را فروختم»، چنین شخصی به الفاظ خود التفات و توجه دارد ولی معنای آن را قصد نکرده است. همچنین کسی که به تقلید کلماتی را بر زبان جاری می‌کند قصد معنا ندارد. قصد لفظ و معنا به عنوان دو امر لازم در بیان فقها مطرح شده است. مرحوم میرزای نائینی دربارهٔ مراتب قصد می‌فرماید:

احدها قصد اللفظ حين استعمالها فی المعنى، بمعنی کون التللفظ بها مقصوداً فی مقابل النائم و السامی اذا صدر عنهما التلفظ. ثانيها: قصد المعنى من اللفظ حين الاستعمال فی مقابل الهازل الذى لا يقصد فی تلفظه اي قاع المعنى (آملی ج ۲: ۴۰۶).

۳- قصد نتیجه یا قصد ایجاد مدلول در خارج: مرحلهٔ پایانی قصد، قصد ایجاد مدلول از متعاقدين است. به این معنا که آنان علاوه بر قصد لفظ و قصد معنا، خواستار تحقق مدلول عقد در خارج باشند و ارادهٔ جدی بر وقوع آن داشته باشند. مرحوم طباطبایی یزدی به این قصد تصریح می‌کند:

محل الکلام فی المقام من الفعل الاکراهی ما لوکان واجداً لسائر ما يعتبر فی الصحة من قصد اللفظ و المعنى الانشائی و کونه علی وجه الجهد لا الهزل و کونه مریداً لوقوعه فی الخارج [۱۱۹].

پس از ذکر مقدمات فوق، بررسی این نکته لازم است که ببینیم مکزه دارای کدام یک از این مراتب سه‌گانهٔ قصد است و فاقد کدام؟ آنچه مسلم است مکزه دارای قصد لفظ و معنا می‌باشد و کسی روی این مطلب بحثی ندارد، چون مکزه در حال اکراه توجه به لفظ و معنای کلامش دارد.

همان‌طور که هازل که در مقام هزل و شوخی می‌گوید «خانه‌ام را فروختم» قطعاً به لفظی که به کار می‌برد و به معنای آن لفظ توجه دارد. اصولاً قصد لفظ با قصد معنا ملازم است و کسی که لفظی را بر زبان جاری می‌سازد قهراً معنای آن را در نظر دارد. کلام در این است که آیا مکروه قصد وقوع عقد را در خارج دارد یا خیر؟ آیا او قصد جدی بر تحقق مفاد عقد دارد یا خیر؟ فارق اصلی بین مبطلین و مثبتین عقد مکروه در همین نکته نهفته است. کسانی که عقد مکروه را باطل می‌دانند معتقدند که او قصد وقوع عقد را ندارد و لذا عقد از طرف او واقع نمی‌شود و کسانی که عقد مکروه را غیر نافذ می‌دانند معتقدند که مکروه قصد مدلول عقد را دارد ولی او صرفاً فاقد رضایت و طیب نفس می‌باشد. اکنون به بررسی ادله هر دو گروه می‌پردازیم.

#### د. نظریه بطلان عقد مکروه

این گروه معتقدند که علت بطلان عقد مکروه عدم وجود قصد در شخص مکروه است و از آنجا که قصد، رکن رکن در تحقق عقد است و مکروه فاقد چنین رکنی می‌باشد، اصولاً عقدی از او تحقق پیدا نمی‌کند. نکته‌ای که مطمح نظر این دسته از فقها می‌باشد این است که آنان رضایت و طیب نفس را مرادف با قصد تلقی می‌کنند و می‌گویند مکروه چون فاقد رضاست در نتیجه فاقد قصد است و منتفی بودن رضا ملازم با انتفای قصد است. در واقع، علت عدم تحقق قصد در مکروه به عدم وجود رضا در او برمی‌گردد. از جمله این گروه مرحوم محقق اردبیلی<sup>۱</sup> است که با استناد آیه شریفه: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ...» می‌فرماید: «پس ظاهر، بطلان عقد مکروه است چون در مکروه قصد حاصل نمی‌شود، بلکه (بهتر بگوییم) قصد مکروه از روی رضا واقع نشده است، در حالی که بنابر ظاهر آیه شریفه، این شرط (وقوع قصد از روی تراضی) شده است و از نظر شارع اعتباری به ایجاب مکروه داده نمی‌شود و (ایجاب او) به منزله عدم

۱. بل الظاهر البطلان أيضاً لعدم حصول القصد بل وعدم صدور القصر عن تراض و الظاهر اشتراطه علی ما هو ظاهر الایه و لانه لا اعتبار بذلك الايجاب فی نظر الشارع فهو بمنزلة العدم و هو ظاهر لعدم الفرق بینة و بین غیره من الطفل و نحوه و الفرق فی کلامهم بانه لا اعتبار به بخلاف المکره فانه معتبر الا انه لارضاء معه فاذا وجد الرضا صح بوجود شرطه، بعید جداً و بالجملة لا اجماع فيه و لائنص و الاصل الاستصحاب و عدم اکل بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض مما يدل علی عدم الاعتقاد الا ان المشهور الصحه و مانعوف دلائلهم نصاً مانعول الینا. [مقدس اردبیلی ۱۳۶۲ ج ۸: ۱۵۵].

است...».

همان طوری که از ظاهر کلام مرحوم مقدس اردبیلی استفاده می‌شود ایشان علت بطلان عقد مکره را ابتدا عدم وجود قصد عنوان می‌کند و سپس عدم وجود آن را معلول عدم رضا و طیب نفس مکره تلقی می‌کند. همان طور که گفته شد از نظر ایشان مراد از رضا در آیه مذکور قصد می‌باشد.

مرحوم محقق کرکی نیز از جمله قائلین به بطلان عقد مکره به همان دلیل پیش گفته می‌باشد، ایشان می‌فرماید:

اعلم ان هذه المسألة ان كانت اجماعیه - فلا بحث والا فلنظر فيها مجال  
لانتهاء القصد اصلاً و راساً مع عدم الرضا ولا يتحقق العقد المشروط اذا  
لم يتحقق الرضى [۱۴۰۸ ح ۴: ۶۲].

ملاحظه می‌شود که کلام مرحوم محقق کرکی، به طور صریح، حاکی از اعتقاد ایشان به بطلان عقد مکره است به دلیل عدم وجود قصدی که معلول فقدان رضایت است. به نظر ایشان با عدم رضایت به عقد، اصولاً قصدی در عاقد پدید نمی‌آید و لذا عقدی محقق نمی‌شود. برخلاف کسانی که معتقد به عدم نفوذ عقد مکره هستند و می‌گویند عقد به طور ناقص بوجود می‌آید و با حقوق رضایت بعدی تکمیل می‌گردد. نتیجه اینکه از نظر دسته اول رضا بایستی مقارن با عقد باشد. صاحب جواهر نیز معتقد است که مکره صرفاً به لفظ مکره است ولی به قصد مکره نیست:

ضرورة عدم اندراج (عقد مکره) فی العقود بعد فرض فقدان القصدیه و  
ان صدور اللفظ فیہ کصدوره من الهازل و المجنون... و من المعلوم  
اتفاء ارادة معنى العقد من المکره [نجنی ح ۲۲: ۲۶۷].

البته قائلین به بطلان عقد مکره به ادله‌ای استناد کرده‌اند که به ذکر آنها می‌پردازیم:

۱- قرآن: «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَ لَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا»<sup>۱</sup> [نساء: ۹].

۱. با این توضیح که آنها علت اصلی بطلان را همان عدم وجود قصد به خاطر عدم وجود رضا می‌دانند منتها برای ضرورت وجود رضا و اینکه فقدان آن باعث بطلان عقد مکره می‌شود، به ادله‌ای استناد کرده‌اند. در واقع این ادله بر ضرورت وجود رضا تأکید می‌کند و معامله بدون رضا و طیب نفس را باطل می‌داند.

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده‌اید، اموالتان را در میان خودتان به باطل نخورید مگر اینکه (از روی) تجارته باشد که (بیان‌کننده) رضایت طرفین باشد و خویشتن را نکشید که خداوند به شما مهربان است.

تقریر استدلال: در این آیه شریفه خداوند مؤمنین را از آکل مال به باطل نهی فرموده و سپس تجارت از روی تراضی را از آکل مال به باطل استثنا نموده است. از آنجایی که تجارت از روی اکراه مصداقی از آکل مال به باطل است حرام و در نتیجه باطل می‌باشد.

در توضیح بیشتر آیه بایستی گفت «ب» در باب‌الباطل افاده سببیت می‌کند و قسمت دوم آیه (الا ان تكون تجارة عن تراض) به قرینه قسمت اول آیه، مبین این نکته است که خداوند متعال در مقام تمیز اسباب صحیح از فاسد است که سبب صحیح تجارت، وقوع آن از روی تراضی است و سبب باطل تجارت، وقوع آن از روی اکراه و اجبار است. نتیجه اینکه تملک اموال مردم به سببی از اسباب معاملات جایز نیست، جز اینکه سبب مملک تجارت از روی تراضی باشد و عقد مکروه از مصادیق بارز تجارت «عن غیر تراض» است و لذا فاسد و باطل می‌باشد [حر ۱۳۶۴ ج ۳: ۴۲۴ ح ۱].

۲- اخبار: رسول الله (ص) در حدیثی فرمودند: «لا یحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه». از این روایت استفاده می‌شود که تصرف در مال دیگران بدون رضایت آنان حلال و جایز نیست، بلکه حرام است و از آنجایی که مکروه به عقد (واقع شده) راضی نیست، پس تصرف در مالی که از روی اکراه به دیگری منتقل شده است حرام می‌باشد. به عبارت دیگر، حرمت تصرف در اموال مردم به جهت عدم رضایت و طیب نفس است و لذا آثار شرعی و قانونی بر آن بار نمی‌شود. پیامبر اکرم (ص) در حدیث دیگری فرمودند:

رفع عن امتی تسعة اشیاء: الخطاء والنسیان و ما اکرهوا علیه و  
 ما لا یعلمون و ما اضطرروا الیه و الحسد و الطیبه و التفکر فی الوسوسة فی  
 الخلق ما لم ینطقوا بشفیه [حرج ۳: ۲۹۵ ح ۱].

یعنی از امت من (مؤاخذه) نه چیز برداشته شد: خطا، فراموشی، آنچه نسبت بدان اکراه دارند، آنچه نمی‌دانند، آنچه در آن مضطر و ناچار شده‌اند، حسد، طیره، تفکر در مورد وسوسه خلق، البته مادامی که زبان به آن نگشایند.

محلّ شاهد و مورد استناد در بطلان عقد مکروه، فقره «ما اکرهوا علیه» است که شامل کلیه احکام اعم از تکلیفی و وضعی می‌گردد. به عبارت دیگر، کلیه احکام تکلیفی و وضعی مترتب بر مکروه منتفی و بلااثر است، مرحوم امام خمینی (س) می‌فرماید:

نسبت رفع به خود موضوعات در روایت جزء حقایق ادعایی بوده و مصحح این نسبت رفع تمام آثار آن موضوعات می‌باشد و اگر رفع تمام آثار را نپذیریم باید بگوییم اکثر آثار مرفوع می‌باشند به نحوی که اگر چیزی از آنها باقی باشد به منزله عدم است و شکی نیست که احکام وضعی نیز مشمول این خیر می‌شوند، زیرا اگر قائل به عدم آن نسبت به احکام وضعی گردیم، مصححی برای انتساب رفع به خود موضوعات نمی‌یابیم. [ج ۲: ۵۸].

دلیل دیگر بر شمول این روایت نسبت به احکام وضعی، استشهاد معصوم (ع) بدان برای حکم به رفع آثار وضعی می‌باشد، چنانکه در روایت صحیح بزنتی آمده است.

۳- اجماع: مرحوم مقدس اردبیلی بعد از اینکه به بطلان عقد مکروه قائل شده، می‌فرماید: «والظاهر عدم الخلاف فیہ» [۱۳۶۲ ج ۸: ۱۵۵]. که به نظر می‌رسد ایشان قائل به اجماع می‌باشند. البته مرحوم خوئی نیز پس از ذکر اجماع می‌فرماید: اگرچه این امر مسلم است ولی نمی‌توان مطمئن شد به اینکه اجماع تعبدی باشد چون احتمال دارد ملاک مجمعین وجوه دیگری باشد [ج ۳: ۲۷۱۱].

به نظر می‌رسد ادعای اجماع در خصوص بطلان عقد مکروه صحیح نباشد، چرا که مسأله محل اختلاف است و اکثر فقها به عدم نفوذ معامله مکروه قائل هستند نه بطلان آن.

۴- بنای عقلا: یکی از مواردی که در جهت بطلان عقد مکروه بدان استناد می‌شود بنای عقلاست. هنگامی که به شیوه عقلای عالم و توده‌های میلیونی جهان در تمام اعصار و امصار اعم از مؤمنین و غیر آنها مراجعه می‌شود مشاهده می‌کنیم که آنان برای عقد مکروه به جهت فقدان طیب نفس عاقد آن، اعتباری قائل نیستند و آنها مکروه را به عمل کردن مقتضای عقد اکراهی ملزم نمی‌دانند. شارع مقدس نیز از این حیث با عقلا متحد‌المسلک است، زیرا خودش رئیس عقلاست و نه تنها ردعی از او وجود ندارد بلکه ادله زیادی مبنی بر امضای این بنا از طرف شارع



اقامه شده است [حسینی ج ۲: ۵۹].

حضرت آیت الله بجنوردی نیز از قائلین به بطلان عقد مکروه است. ایشان می‌فرمایند: اصولاً هویت عقد به قصد عاقد است (نه لفظ) و تا قصدی محقق نشود عقدی نیز تحقق پیدا نمی‌کند چون مکروه قصدی ندارد، خصوصاً اینکه هویت عقد به انشا موجب است و حقیقت انشا به قصد است، نه لفظ، یعنی قبل از اینکه موجب لفظ «بعثت» را بکار ببرد در افق نفسش انشا کرده است و بعد لفظ، فعل، کتابت یا اشاره را به عنوان مبرز بکار می‌برد. در واقع، اینها مبرز انشایی است که قبلاً در صقع نفس تحقق یافته است. بنابراین مکروه انشایی نمی‌کند تا عقدی تحقق پیدا کند چرا که انشا مترتب بر مقدماتی از جمله تصدیق به فایده (عمل حقوقی) است و او فاقد چنین تصدیقی می‌باشد. به عبارت واضحتر، اصولاً اکراه از طرف مکروه به لفظ تعلق می‌گیرد، یعنی مکروه در الفاظ مکروه است و نه در قصد (اکراه به قصد تعلق نمی‌گیرد) چون قصد یک امر باطنی است و شخص در ایجاد و عدم ایجاد آن در هر شرایطی آزاد است و لذا فردی که مورد اکراه واقع می‌شود فقط از روی لقلقه زبان چیزی می‌گوید ولی قصد آن را نمی‌کند و عقد فاقد قصد نیز باطل است چون فاقد انشا است.

ایشان اضافه می‌کند که اگر عقد مکروه را صحیح بدانیم «یلزم من وجوده عدمه»، یعنی لازم می‌آید مکروه، مکروه نباشد، چرا که اگر عقدش صحیح باشد، در واقع او قصد کرده است و اگر قصد کرده باشد پس مکروه نیست. در واقع ممکن نیست کسی مکروه باشد و در عین حال قصد داشته باشد. البته عده‌ای پا را فراتر از این گذاشته و معتقدند که مکروه صرفاً قصد لفظ دارد و قصد معنا را هم نمی‌کند: «ثم انه يظهر من جماعة منهم الشهيدان ان المكروه قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله». [انصاری ۱۴۱۵: ۱۱۸].

## ه. توجیه شیخ انصاری از تعریف شهیدین درباره اکراه

از ظاهر کلام شهیدین و علامه حلی استظهار می‌شود که مکروه تنها توجه به الفاظی دارد که بر زبان جاری می‌کند، ولی معنای کلمات و واژه‌های بکار رفته را مورد توجه قرار نمی‌دهد و قصد نمی‌کند. بنابراین مبنای اقدام شخص مکروه به طور کلی عقد به شمار نمی‌رود، چرا که دومین شرط از شرایط صحت عقد را که به عقیده مرحوم شیخ قصد مدلول [انصاری: ۱۱۸]. لفظ می‌باشد

فاقد است و بر این اساس چون در عقد مکروه مدلول لفظ قصد نگردیده، عقد محقق نشده است. مرحوم شیخ، به همین دلیل، در صدد توجیه کلام آنان برآمده است و می‌گوید: «منظور گویندگان جمله مذکور این نیست که مکروه تنها قصد سخن گفتن و رانندن کلماتی چند را بر زبان دارد بدون لحاظ معانی آن کلمات، بلکه منظور آنان این است که مکروه قصد تحقق مفاد عقد را در خارج ندارد. آنچه ادعای ما را تأیید می‌کند مقایسه مکروه با شخصی است که از سر شوخی صیغه عقد را به زبان جاری می‌کند، چه هازل از نظر قصد و اراده معنی در نقطه‌ای به مراتب پایین‌تر از مکروه قرار داشته و با این وجود معنای کلمات را قصد می‌کند (اگر چه قصد وی صوری و ظاهری است).»

حال چطور می‌شود که مکروه به هیچ وجه توجهی به مدلول الفاظ نداشته باشد. آری، تنها اشخاصی هنگام سخن گفتن معنی را مورد توجه قرار نمی‌دهند که به تقلید و یا به تلقین دیگری سخن می‌گویند و مکروه در شمار این اشخاص نیست. لذا مقصود از عدم قصد در صورت اکراه آن است که تحقق مضمون عقد در خارج مورد توجه و منظور مکروه نیست. به عنوان مثال مضمون عقد بیع نقل و انتقال و تملیک و تملک می‌باشد ولی شخص مکروه با وجود آنکه معنای کلمه «بعث» را در نظر گرفته تحقق این مضمون را قصد نکرده است.

### و. نظریه عدم نفوذ عقد مکروه

در مقابل کسانی که قائل به بطلان عقد مکروه به طور مطلق می‌باشند، عده‌ای معتقدند عقد مکروه غیر نافذ است و با رضایت بعدی کامل می‌گردد. به نظر این گروه قصد و رضا دو امر جدای از یکدیگرند و ملازمه‌ای بین فقدان رضا و عدم تحقق قصد نمی‌باشد. این گروه نیز عقیده خود را به دو شکل و هر کدام به نحوی ابراز کرده‌اند که به نقل آن می‌پردازیم.

#### نظریه اول: عدم نفوذ به دلیل فقدان رضا

گروهی که مشهور از فقها می‌باشند می‌گویند مکروه فقط فاقد رضا و طیب نفس است ولی واجد قصد می‌باشد. آنان معتقدند که عاقد دارای قصد انشاء، ولی فاقد رضا در هنگام اجرای عقد است و دلیلی هم وجود ندارد که طیب نفس یا اجرای عقد مقارن باشد بلکه الحاق آن نیز بعد از عقد

کافی است [انصاری: ۱۱۷؛ حلی: ۱۲۴؛ حلی ۱۴۰۹ ج ۲: ۲۸۶؛ شهید ثانی ج ۳: ۲۲۶؛ خونی ج ۳: ۳۱۳].

شیخ انصاری یکی از شرایط متعادلین را اختیار برشمرده و می‌گوید منظور از اختیار این است که قصد وقوع مضمون عقد از روی طیب نفس و رضا شده باشد. برخلاف اکراه که در آن با وجود اینکه مکره قصد انشا دارد ولی قصد وقوع مضمون عقد از روی طیب نفس و رضا ندارد، بنابراین اکراه لطمه‌ای به قصد وارد نمی‌آورد، بلکه رضا را از بین می‌برد و عقد بدون رضا به صورت غیر نافذ تحقق می‌پذیرد و در صورت الحاق رضا به آن کامل می‌گردد [انصاری: ۱۱۹].

مرحوم مامقانی در این باره آورده است که در عقد اکراهی قصد وجود دارد، اگر چه قصد او ناشی از اختیار نمی‌باشد. آنچه مفقود است طیب نفس و رضا نسبت به وقوع مضمون عقد در خارج می‌باشد و لذا عقد اکراهی یا رضای بعدی مکره کامل می‌گردد [مرعشی ۱۴۱۵: ۱۱۵].

بعضی از فقها اکراه در عقد را به اکراه در امور مادی تشبیه کرده‌اند و می‌گویند شخصی که به اکراه شراب می‌نوشد یا به اکراه برمی‌خیزد یا می‌نشیند تردیدی نیست که این امور بدون قصد از طرف او بوجود نمی‌آید. عقد نیز همین‌طور است و مکره نسبت به عقد قاصد می‌باشد ولی عقد را از روی طیب نفس و رضا انشا نمی‌کند [نانینی ج ۱: ۱۸۶]. بنابراین نظر در عقد اکراهی، مکره قصد انشا دارد و اکراه قصد را از بین نمی‌برد و لذا این عقد به واسطه وجود قصد محقق می‌شود. اما از آنجایی که قصد ناشی از اختیار نبوده و او نسبت به عقد ناراضی بوده است و معامله را از روی طیب نفس انشا ننموده است عقد او نافذ نمی‌باشد و نفوذ آن متوقف بر رضای بعد مکره است. بعضی می‌گویند برای تحقق عقد بیش از این مقدار قصد لفظ و معنا لازم نیست [نانینی ج ۱: ۲۲۳].

البته این گفته جای نقد دارد که در عقد قصد لفظ و معنا کافی است و قصد نتیجه و مدلول لازم نیست که اگر اینطور باشد باید عقد صوری و هازل صحیح باشد، زیرا همان‌طوری که صاحب جواهر بیان داشته اگر صرف قصد لفظ و معنا بدون قصد نتیجه کفایت نماید باید عقد هازل نیز کامل باشد زیرا هازل این مقدار قصد را داراست [نجفی ج ۲۲: ۲۲۷].

آری، در عقد صوری طرفین قصد لفظ و معنا را دارند اما نمی‌خواهند بین آنها یک رابطه حقوقی ایجاد شود یا یک ماهیت حقوقی بوجود آید. منشأ بطلان عقد صوری، عدم اعتبار ماهیت حقوقی و عدم قصد ایجاد مدلول لفظ در عالم خارج است. اعتقاد به اینکه قصد نتیجه

ملاک تحقق عقد نیست بلکه منشأ و نتیجه به حکم قانون بوجود می‌آید و آنچه از متعاملین لازم است قصد لفظ و معنی است، مردود است. به نظر می‌رسد تحقق ماهیت حقوقی و ترتب حکم بر ماهیت ایجاد شده با یکدیگر خلط شده‌اند. زیرا همان‌طور که ملاحظه شد عقد و منشأ محصول قصد متعاملین است و قانون و شرع موجود اعتباری نمی‌سازد. چون اگر قائل به این مطلب شویم باید بگوییم قبل از قانون مردم معامله‌ای نمی‌کرده‌اند و ماهیت حقوقی ایجاد نمی‌نموده‌اند. چون قانونی وجود نداشته که بر قصد آنها نتیجه‌ای مترتب کند و منشأ را ایجاد نماید. بطلان این قول بدیهی است و اصل آزادی قراردادها نیز مؤید این ادعاست که عقد محصول اراده طرفین قرارداد است و آنان آزادند که هر عقدی را بدون نیاز به تشریفات واقع سازند.

مرحوم خوئی می‌فرماید: حقیقت بیع را انشا طرفین ایجاد می‌کند و حکم شرع بر حقیقت ایجاد شده مترتب می‌گردد نه اینکه عقد را حکم شرع به وجود آورد [ج ۳، ۲۸۶]. در جای دیگر آورده است: حقیقت بیع عبارت از اعتبار نفسانی به میرز خارجی است (خواه عرف یا شرع آن را امضا نماید خواه امضا نماید خواه در عالم شرع وجود داشته باشد و خواه وجود نداشته باشد). بعضی از معتقدین به عدم نفوذ عقد مکروه در پاسخ این اشکال که مکروه فاقد قصد نتیجه است می‌گویند: عقد مکروه مثل بقیة افعال تکوینی است. همان‌طور که در آن افعال مثل خوردن و آشامیدن اگر کسی مورد اکراه واقع شد در عین حال این اعمال از روی قصد واقع می‌گردد و هیچ کس منکر این مطلب نمی‌باشد، در عقد مکروه نیز همین‌طور است. فقط در عقد مکروه رضا و طیب نفس نیست. و اصولاً مکروه قادر نیست صرفاً قصد لفظ کند ولی قصد مضمون آن را ننماید چرا که او به این تفکیک التفات و دقت ندارد. آری، اگر واقعاً کسی قدرت بر این تفکیک داشته باشد و صرفاً قصد لفظ کند در اینجا عقد محقق نمی‌شود، مثل کسی که در مقام توریه است ولی این محل بحث فقها نیست [خوئی ج ۳، ۲۲۶].

مرحوم محقق یزدی نیز معتقد است که مکروه صرفاً رضایت و طیب نفس ندارد ولی قصد مضمون آن را دارد. البته ایشان هم به این نکته اذعان دارد که اگر به طریقی ثابت شود که مکروه واقعاً قصد مضمون عقد را در خارج ننماید، عقدش باطل است ولی اصل این است که مکروه قصد دارد ولی فاقد رضاست [طباطبایی یزدی: ۱۱۹].

یکی از فقهای معاصر نیز در پاسخ اشکال مطرح شده، می‌گوید:

اصولاً عوام مردم اگر به امری مکروه شوند نمی‌توانند بین الفاظ و معانی آن الفاظ را تفکیک کنند و لذا اکراه بر الفاظ به معنا و مضمون هم سرایت می‌کند.

ایشان در آخر می‌گویند که مکروه دو گونه است:

(۱) کسی که فقط رضایت به عقد ندارد ولی قصد مضمون دارد، عقد چنین شخصی واقع و غیر نافذ است؛ (۲) کسی که فاقد مضمون عقد است که عقد چنین فردی صحیح نیست [مکارم شیرازی ۱۴۱۵ ج ۱: ۲۵۷].

امام خمینی (س) معتقدند تمامی افعال اضطراری و اکراهی مسبوق به التفات و اراده قبلی می‌باشد که قهراً معلول انتخاب شخص می‌باشند، تنها تفاوت بین این افعال با افعالی که فرد با شوق و میل باطنی انجام می‌دهد آن است که افعال اختیاری محض، ملایم و موافق با خواسته‌های فاعل است. لذا بدانها شوق پیدا نموده و انتخابشان کرده و وجودشان را بر عدمشان ترجیح داده‌اند. پس اراده انجامشان را می‌کنند، ولی در آنجا که فعل یا افعالی مخالف با امیال فاعل و ایجادش مبعوض باشد، باز هم اراده و قصد ایجاد آن افعال یا فعل در مواردی مثل اکراه یا اضطرار وجود دارد. زیرا عقل صلاح را در آن می‌یابد که به جهت دفع فاسد به افسد مرتکب فعل مبعوض خود گردد و این ادراک عقلی مخالف با تمایلات نفسانی، موجب ترجیح جانب فعل می‌شود. لذا با آنکه از وقوع فعلی نفرت دارد اما آن را اختیار نموده و انجامش را قصد می‌کند [خمینی ج ۲: ۹۳]. پس مکروه نیز فعل و عملی را قصد کرده که بر او تحمیل می‌گردد و بعد آن را به جا می‌آورد، هر چند که مبدأ انجام آن و داعی او از ایجاد آن فعل به خاطر رفع ضرری باشد که در صورت ترک فعل متوجهش می‌گردد و مبدأ آن قصد به رضایت کامل بازگشت نماید. اصولاً اصل در افعال ارادی این است که در غیرحالات مستی، شوخی، غفلت و اشتباه قبل از تحقق فعل، قصد محقق می‌شود و در مکروه هم تحقق قصد بیع امری ممکن بوده، لذا همین اصل را حاکم می‌کنیم و این مطلب که مبدأ قصد بیع با رضایت و استقبال نباشد ضربه‌ای به اصل قصد نمی‌زند. آری، در آنجا که دلیل یا قرینه‌ای برای عدم تحقق قصد وجود داشته باشد حکم به عدم

انعقاد بیع می‌کنیم که این هم به صورت اکره اختصاص نداشته و هر جا قصدی صورت نپذیرد حکم به عدم ثبوت عقد و معامله می‌گردد. پس عدم طیب نفس در بیع مکروه ملازمتی با انتفای قصد ندارد و منشأ حکم به بطلان بیع مکروه هم همین قول تلازم است. چنانچه برخی بزرگان بدان ملتزم شده‌اند [محقق کرکی: ۸؛ مقدس اردبیلی: ۲۳؛ بحرانی ج ۱۸: ۳۷۴؛ طباطبایی ج ۱: ۵۱۱؛ نجفی ج ۲۲: ۲۶۷]. اگر این ملازمت رد شود پس لازمه آنکه عقد مکروه است نیز قابل قبول نمی‌باشد. برخی از فقها نیز این عدم تلازم را مطرح کرده‌اند و لذا ظاهر کلام آن دسته از علما را که ملازمه بین اکره و انتفای قصد را در بیع مکروه ذکر نموده‌اند توجیه کرده‌اند، مثل مرحوم شیخ که کلام شهیدین را بر همین اساس توجیه کرده است.

بنابراین از نظر این فقها آنچه مورد قطع است اینکه در عقد مکروه قصد تحقق مضمون عقد وجود دارد اگرچه آن قصد ناشی از رضایت و طیب نفس نباشد و قول به لزوم تقارن رضایت متعاقدين با زمان عقد، نیز منشأش همین تصور ملازمت بین انتفاء رضایت با انتفای قصدی است که شرط تحقق عقد می‌باشد. چنانکه برخی از فقهای که قائل به بطلان بیع مکروه می‌باشند بدین تلازم تصریح فرموده‌اند [محقق کرکی: ۸؛ مقدس اردبیلی: ۲۳؛ بحرانی ج ۱۸: ۳۷۴؛ طباطبایی ج ۱: ۵۱۱؛ نجفی ج ۲۲: ۲۶۷]. از آنجا که این تلازم مردود شناخته شد پس اعتبار تقارن رضایت با عقد نیز مردود است.

### نظریه دوم: عدم نفوذ به خاطر حکم قانونگذار (شارع)

دومین نظر که به عنوان عدم نفوذ عقد مکروه ابراز شده است این است که در عقد اکره‌ای هم قصد انشا وجود دارد و هم رضایت بدان موجود است، برخلاف قول قبل که می‌گفت قصد وجود دارد ولی طیب نفس وجود ندارد. البته منظور از رضا، رضای معاملی یا رضای ثانوی است. بدین بیان که مکروه با وجود اکره به بررسی و چاره‌جویی می‌پردازد و دست به انتخاب می‌زند. او برای رهایی از خطر، دفع فاسد به افسد می‌کند و ضرر کمتر را انتخاب می‌کند. مکروه در اینجا مثل مضطر اختیار و انتخاب دارد. به نظر مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، مکروه گرچه در بدو امر رضایت و طیب نفس ندارد ولی به خاطر رهایی از مخمصه بدان عمل، رضایت ثانوی پیدا می‌کند. رضا در معاملات به این معنا نیست که لزوماً معامله موافق طبع معامله کننده باشد

وگرنه لازم می‌آید تمام معاملات می‌دهد و مطابق میل باطنی او نباشد و از روی ناچاری انجام می‌دهد و نسبت به نتیجه آن کراهت دارد، معتبر نباشد. بلکه مقصود رضای معاملی است که در مضطر هم وجود دارد و بر این اساس است که اگر به حق مانند اگر حاکم صحیح می‌باشد. بنابراین مقتضای اصول و قواعد این است که معامله اگرایی مانند اضطراری صحیح باشد اما دلیل عدم نفوذ آن، حکم شارع می‌باشد که آثار ناشی از عقد اگرایی را برداشته است. دلیل اصلی حکم عدم نفوذ عقد اگرایی حدیث رفع است و نمی‌توان به آیه «تِجَارَةٌ عَنْ تِجَارَةٍ» [نساء: ۲۹] و «لا یحل مال امرئ مسلم...» برای عدم نفوذ عقد مکروه استناد کرد، چون همان‌طور که بیان شد مکروه، رضا دارد [طباطبایی بزدی: ۱۰۶].

صاحب نهج الفقاهه نیز معتقد است عدم صحت عقد اگرایی (عدم نفوذ) به لحاظ حکم شارع می‌باشد به لحاظ کمال عقد اگرایی از حیث وجود قصد و رضا در صورت تردید در خصوص صحت یک عمل حقوقی ناشی از اگرایی باید حکم به صحت عمل نمود و عدم نفوذ را که یک حکم خلاف قاعده است به مورد نص محدود داشت.

پس از بیان ادله مبطلین و مثبتین عقد مکروه نوبت آن است که سرانجام ببینیم آیا عقد مکروه باطل است یا غیرنافذ و یا رضای بعدی تکمیل می‌گردد؟ مسلم است که سرنوشت عقد مکروه از جهت صحت و بطلان در مورد این نکته است که بالاخره آیه مکروه دارای قصد مضمون عقد می‌باشد یا خیر؟ برای اینکه به این پرسش پاسخ دهیم و به نتیجه نهایی برسیم بایستی مراحل تکوین اراده و قصد انشایی را مورد بررسی قرار دهیم تا ببینیم اشکال کار در کجاست. اینک مراحل اراده انشایی:

مرحله اول: «تصور یا خطور به ذهن» است. اولین و مهمترین مرحله در اعمال ارادی این است که انسان چیزی را از روی انتخاب تصور کند یا آن چیز به ضرورت دفعی و بدون انتخابی خاص به ذهنش خطور کند. تصور یا خطور به ذهن مهمترین مرحله است هم از این جهت که هیچ فعل ارادی قبل از آن نیست و هم از این جهت که کلیه مراحل بعدی بدان وابسته است. معامله مست و دیوانه از این جهت باطل است که تحقق مرحله مذکور در آنها واقع نمی‌شود. آنان نمی‌توانند هیچ امر حقوقی را در ذهن ترسیم کنند. این مرحله از سیر روانی راهجس و ادراک نیز نامیده‌اند.

**مرحله دوم:** «بررسی و تصدیق» است. شخص دواعی و انگیزه‌های مختلف را مورد بررسی و منافع و مضار احتمالی آن عمل را مورد مذاقه قرار می‌دهد. نحوهٔ تحقق این مرحله در حقوق نیز مهم است، چراکه بررسی و انتخاب شخص باید در شرایطی آزاد و به دور از هرگونه اکراه و اجباری انجام پذیرد. البته گاهی انسان تحت تأثیر عوامل درونی و مربوط به خودش تصمیم می‌گیرد، یعنی از روی اضطرار اقدام به عملی می‌کند که از نظر علم حقوق اضطرار منافی با آزادی ندارد. چون مضطر در مرحلهٔ تدبیر و سنجش آزادانه عمل می‌کند و بر اساس مصلحت خویش دست به اقدام می‌زند.

اما وقتی اکراه وجود دارد چون فرد بر اساس انتخاب و سنجش خویش عملی را نمی‌گزیند، بلکه تحت تأثیر اکراه ناشی از عمل دیگری و ادار به انجام عمل می‌گردد، چنین اراده‌ای از نظر حقوق معلول و غیرنافذ است. همچنین جایی که به علت تصور غیرواقعی و نادرست از واقعیت، سنجش و ارزیابی نادرستی از موضوع صورت می‌گیرد. مثل اینکه شخصی به تصور اینکه موضوع معامله طلاست اقدام به معامله می‌کند و بعد معلوم می‌شود که موضوع معامله مس بوده که رنگ طلائی به آن زده شده است. چنین اشتباهی سبب می‌شود که سنجش و ارزیابی صحیحی از موضوع صورت نگیرد و در نتیجه رضا و قصد حاصله مؤثر نباشد.

**مرحله سوم:** «تصمیم» است. در این مرحله دیگر تمام تردیدها از بین رفته و شخص به یک قطعیتی رسیده است. در واقع، شور و اشتیاقی در وجود انسان پیدا می‌شود و مترصد انجام عمل مورد نظر می‌شود. این مرحله را حکما «اراده» [کاتوزیان ۱۳۷۴ ج ۱: ۲۲۳] و حقوقدانان «رضا» [امامی ۱۳۲۰ ج ۱: ۱۸۰] و فقها «شوق مؤکد» [کاظمی ج ۱: ۱۳۶] می‌گویند. البته تا این مرحله هنوز هیچ عمل حقوقی صورت نگرفته است و صرفاً در نهاد انسان یک نوع رغبت و شوقی حاصل شده ولی به مرحلهٔ اظهار نرسیده است. البته کسانی که به اتحاد قصد و رضا معتقدند، این مرحله را آخرین مرحله از سیر روانی یک فعل اختیاری می‌دانند. دکتر لنگرودی در این باره می‌گوید:

رضا از وقتی در دل انسان آشیانه می‌کند تا وقتی که ضمن عقد بیع اعلام می‌شود، مدتها طول می‌کشد، در این مدت او راضی است و تا زمانی که آن را اعلام نکرده است رضای باطنی نامیده می‌شود. رضا در طول حیات خود مراحل را طی می‌کند، گاه آرام است و بدون هیجان ظاهر



می‌شود و گاه به نقطه اوج هیجان می‌رسد و با وجود اسباب کار به طرف مقابل اختطار می‌شود و چون در این مرحله اثر آفرین می‌باشد نام قصد انشا را به خود گرفته و عنصر عمومی عقود را تشکیل می‌دهد. پس قصد انشا در واقع، دنباله رضاست و موجود مستقل و جدای از رضا نیست. در واقع آخرین مرحله هستی رضا می‌باشد [مجله حقوق دادگستری ش ۱۲، ۱۱].

شهید اول نیز رضا را آخرین مرحله سیر روانی یک عمل حقوقی می‌داند و قصد انشا را موجود مستقلی نمی‌داند. او در این باره می‌گوید: «العنده - فی العقود هو الرضا الباطن و الانشاء و سبلة الی معرفته» [۷۳]. از نظر شهید اول رضا آخرین مرحله سیر روانی ایجاد یک ماهیت حقوقی است و انشا کاشف از رضا می‌باشد ولی معتقدین به تفکیک قصد و رضا می‌گویند رضا جنبه درونی داشته و برای تحقق یک ماهیت حقوقی مرحله دیگری لازم است. سنهوری در این باره می‌گوید:

مرحله سوم تأیید عزیمت بر این امر می‌باشد و این مرحله اراده است و وقتی اراده در درون منعقد شد مرحله دیگری لازم است و آن تنفیذ می‌باشد و این مرحله آخر عمل خارجی است. اما مراحل سه گانه قبلی نفسانی می‌باشند که دو تای آن به ذهن و فکر بر می‌گردد و سومی اراده منظور می‌باشد [۱۴۹].

مرحله چهارم: «انجام تصمیم» است. این مرحله، مرحله نهایی سیر روانی تحقق یک عمل حقوقی به شمار می‌رود. در این مرتبه، امر متصور ایجاد می‌شود و وجود عینی پیدا می‌کند. به عبارت دیگر، در این مرحله اجرا و ایجاد امر متصور است که قبلاً برای انجام آن رضایت درونی ایجاد شده است. ایجاد امر متصور در عالم حقوق «قصد انشا» [امامی ج ۱: ۱۸۰] نام دارد. در واقع، شخص به امری که رغبت پیدا کرده است وجود اعتباری می‌دهد و آن را در وعاء اعتبار خلق می‌کند. این مرحله را «حمله نفس» یا «تصدی نفس» نیز گفته‌اند [کاتمی ج ۱: ۱۳۲]. صاحب قوام الفصول در این باره می‌گوید:

الطلب یترتب غالباً علی الالتفات الی المطلوب اولاً ثم الالتفات الی

گونه ملائماً لغرضه ثم يحدث بذلك الميل اليه و الشوق فيصير بذلك مطلوباً اي محبوباً لا مبغوضاً و هذه هي الارادة في قبال الكراهة - ثم يصير ذلك سبباً لا ييجاد الارادة التي تساوق الطلب [مبتمنى ج ۱: ۹۷].

یعنی طلب هر فعلی ابتدا به توجه و تصور آن منوط است و سپس به اعتقاد به مفید بودن آن. پس در انسان شوق و میل به انجام آن پیدا می شود و نسبت به آن علاقه مند می گردد و آن چیز محبوب او می شود و همین اراده (اراده حقیقیه)<sup>۱</sup> است در مقابل کراهت و سپس این (اراده حقیقیه) سبب تحقق اراده ای (اراده انشائیه)<sup>۲</sup> می شود که همان طلب است.

در بیان صاحب **قوام الفضول** ضمن اینکه مراحل تکوین اراده بخوبی تبیین شده است، بر این نکته نیز گواهی می دهد که (قصد انشا) مساوق طلب قرار داده شده است. البته این در صورتی است که طلب و اراده را با هم متحد بدانیم ولی در صورت قول به تغایر آن دو صحیح نمی باشد. تذکر این نکته حائز اهمیت است که بایستی بین قصد انشا و اعلام آن تفکیک قائل شد. قصد انشا و یا اراده انشاییه به معنای ایجاد ماهیت حقوقی است که در مرحله آخر صورت می گیرد و می تواند اعلام نشود و همچنان مکتوم بماند<sup>۳</sup>. اعلام، مرحله بعدی است که شخص اراده خود را اعلان و افشا می کند. به این نوع اراده اظهار شده اراده ظاهری نیز گفته شده است.

با توجه به مراحل اراده به نظر می رسد که مکروه از مراحل چهارگانه اراده فاقد مرحله دوم و سوم و در نتیجه، فاقد مرحله چهارم می باشد. چرا که مکروه تصدیق به فایده ندارد، زیرا او اصولاً اعتقاد به چنین عملی ندارد و صرفاً متأثر از تهدید و ارعاب مکروه می باشد و در اثر فقدان تصدیق به منفعت عمل حقوقی مورد اکراه در او شوق و رغبت ایجاد آن واقع نمی شود، یعنی در نتیجه فقدان مرحله دوم فاقد مرحله سوم (شوق مؤکد و حمله نفس) خواهد بود و در نتیجه قصد وقوع آن را در خارج نمی نماید، زیرا مکروه فقط به لفظ مکروه است نه به قصد انشا که یک امر باطنی است. از نظر حضرت آیت الله بجنوردی بطلان عقد مکروه به دلیل فقدان انشا است نه عدم رضا. چرا که انشا توسط قصد که امر باطنی است واقع می شود به طوری که در عقد بیع با یک لحظه

۱. به اراده حقیقیه اراده باطنی یا اراده داخلی نیز گفته شده است [النگرودی ۱۳۷۸: ۴۴].

۲. منظور از اراده انشائیه همان قصد انشاء است که جنبه خلاقیت دارد.

۳. البته به نظر حضرت آیت الله بجنوردی عقد در همین مرحله محقق می شود.

قبل از اینکه لفظ «بعث» را به کار ببرد در افق نفسش انشا کرده است. در این صورت در مکره قاعدتاً انشایی صورت نمی‌گیرد و عقدی واقع نمی‌شود تا حکم به عدم نفوذ آن بکنیم و اگر مکره لفظی به کار می‌برد ارادهٔ استعمالی دارد و نه ارادهٔ جدی.

البته می‌توان در اینجا تفصیلی بدین صورت قائل شد که اگر مکره به این مطلب التفات داشته باشد که در شرایط اکراه‌آمیز می‌تواند قصد نکند و صرفاً لفظی را به طور لقلقه بر زبان جاری سازد، در این صورت در اثر فقدان قصد، عقدی در او محقق نمی‌شود و قول به بطلان راجح است، ولی اگر به این معنی التفات نداشته باشد (همان‌طور که غالب عوام اینطور هستند) و در اثر شرایط اکراه‌آمیز قصد مدلول عقد را بنماید و توان تفکیک قصد لفظ و معنی را از قصد مدلول عقد نداشته باشد، در این صورت قصد او واقع شده و لذا عقد به طور غیر نافذ تحقق می‌یابد. در نهایت، از آنجایی که مشخص کردن مکره از این نظر که جزء کدام دسته است آیا التفات به این مطلب در حین اکراه داشت یا خیر، سخت و مشکل است. لذا اصل بر این است که مکره توان این تفکیک را ندارد و در اثر ارباب و تهدید مکره برای رهایی از شر او قصد عقد نموده و عقدش به طور غیر نافذ محقق می‌شود که در اثر حقوق رضای بعدی تکمیل می‌گردد.

## منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد. (۱۴۱۵ ق.). السرائر. قم: جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه بقم.
- امامی، حسن. (۱۳۴۰). حقوق مدنی. تهران: اسلامی.
- آملی، محمد تقی. مکاسب و البیع. (تقریرات درس آیت‌الله نائینی).
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ ق.). المكاسب. قم: مؤتمر العالمی الذکری الثوبیه الثانیه لمیلاء الشیخ الانصاری.
- بجنوردی، محمد حسن. (۱۴۱۹ ق.). القواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی.
- بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ ق.). الحدائق الناظره فی الاحکام العترة الطاهره. بیروت: دارالاصواء.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۸). تأثیر اراده در حقوق مدنی. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- \_\_\_\_\_ . «کلیات عقود». مجله حقوق دادگستری.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۳۶۴). وسائل الشیعه. مترجم: علی صحت. تهران: ناس.
- حسینی آل شاهرودی، جواد. (۱۴ ق.). المحاضرات. (تقریرات ابحاث علامه غوثی). قم: جواد الحسینی آن علی الشاهرودی.
- حلی، جعفر بن حسن. [محقق]. (۱۴۰۹ ق.). شرایع الاسلام فی مسائل الحرام. تهران: استقلال.

- حلی، حسن بن یوسف [علامه] (١٣٢٠ ق.) تحریر الاحکام الشرعیہ علی مذهب الامامیہ. قم: مؤسسہ امام صادق.
- القواعد الاحکام.
- خمینی، روح الله. (١٤٠٧ ق.). البیع. تهران: وزارة الثقافة و ارشاد الاسلامی.
- خوئی، ابوالقاسم. (١٣٧١). مصباح الفقاهه. بی جا: وجدانی.
- سنهوری، عبدالرزاق. نظریه العقد.
- مصادر الحق.
- سوار، وحیدالدین. التعبير عن اراده.
- شوستری. مقایس الانوار.
- شهید اول، محمد بن مکی. (١٣٧٣). اللمعة الدمشقیه. قم: دارالفکر.
- لمعه.
- شهید ثانی. الروضة البهیة.
- طباطبائی کرلایی، علی بن محمد علی. (١٤١٢ ق.). ریاض المسائل. قم: الجماعة المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم.
- طباطبائی یزدی، محمد کاظم. حاشیه بر مکاسب.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. (١٤٠٣ ق.). المحجة البيضاء فی تهذیب الاحیاء. بیروت: مؤسسۃ الاعلمی للمطبوعات.
- کاتوزیان، ناصر. (١٣٧٤). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها. تهران: انتشار بهمن برنا.
- کاظمی، محمد علی. (تقریرات اصول نائینی).
- کرکی، علی بن حسین. (١٤٠٨ ق.). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسۃ آل بیت.
- مرعشی، مهدی. (١٤١٥ ق.). منهاج المتقین. بی جا: مهدی مرعشی.
- مغنیه، محمد جواد. فقه امام جعفر صادق.
- مفید، محمد بن محمد. (١٤١٤ ق.). المقتعه. بیروت: دارالمفید.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (١٣٤٢). مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان. قم: جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم.
- مکارم الشیرازی، ناصر. (١٤١٥ ق.). انوار الفقاهه. تهران: هدف.
- مینس، محمود بن جعفر. قواعد الفصول.
- نائینی. منیه الطالب.
- نجفی، محمد حسن. (١٣٩٨ ق.). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. قم: اسلامیة.