

بررسی نقش ابراز اراده و روش‌های آن در ایقاع

محمد صالحی مازندرانی^۱، حانیه زاکری نیا^{۲*}

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم، قم، ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم، قم، ایران

پذیرش: ۹۴/۱۲/۱۱

دریافت: ۹۴/۲/۲۰

چکیده

برای تحقق اراده انشایی ایقاع، ابتدا لازم است ایقاع‌کننده با طی مراحل در ذهن و ضمیر خود، اراده باطنی بر آن را محقق سازد. علی‌رغم عقیده برخی حقوق‌دانان بر کفایت اراده باطنی به جهت یکجانبه بودن عمل حقوقی ایقاع و عدم دخالت اراده دیگری، به نظر می‌رسد از آن‌جا که ایقاع به هر حال با حقوق دیگری ارتباط می‌یابد و نیز به منظور تضمین اجرای تعهدات برآمده از ایقاع و مهم‌تر آن که این اراده باطنی در عالم حقوق اثر داشته باشد، لازم است ایقاع‌کننده آن را ابراز کند. از این رو ابراز، شرط تأثیر اراده باطنی و شرط تحقق ایقاع خواهد بود.

در فرایند تحقق اراده انشایی، به منظور ورود اراده باطنی به عالم خارج، ناگزیر از استفاده از وسایل خارجی با عنوان روش‌های ابراز اراده هستیم. این روش‌ها به طور سنتی، لفظ و فعل و به طور نوین، روش‌های الکترونیکی هستند. از آن‌جا که استفاده از اشاره، معاطات، ترک فعل خاص و سکوت در ابراز ایقاع مشکوک به نظر می‌رسد، امکان به کارگیری آن‌ها نیز بررسی می‌گردد. به هر ترتیب، این روش‌ها در صورتی که به نحو صریح یا ضمنی بر اراده باطنی دلالت کنند، واجد



اثر خواهند بود و به عبارت دیگر، اراده ظاهری ایقاع‌کننده باید با اراده باطنی وی مطابقت کند. در این میان، گفتار یا نوشتار صریح به دلالت مطابقی، لفظ غیرصریح به دلالت تضمینی و التزامی، و فعل ایقاع‌کننده به دلالت التزامی مبین و کاشف از اراده ایقاع‌کننده و معبر آن است.

واژگان کلیدی: ایقاع، اراده باطنی، اراده ظاهری، وسایل و روش‌های ابراز اراده، دلالت صریح و ضمینی

۱. مقدمه: لزوم ابراز اراده در ایقاع

از آن‌جا که ماده ۱۹۰ قانون مدنی، در مقام بیان شرایط اساسی صحت اعمال حقوقی (عقد و ایقاع) است [۱، ص ۴۵۰؛ ۲، ص ۶۴]، ایقاع‌کننده نیز باید ایقاع را با طی مراحل در ذهن و ضمیر خود، محقق سازد؛ اما بنا بر فرضیه، به منظور شناسایی ایقاع، به‌عنوان یک موجود اعتباری، در عالم حقوق لازم است این اراده باطنی ظهور یابد (مواد ۲۴۸ و ۲۴۹ قانون مدنی) [۳، ج ۱، ص ۲۳۸ و ۲۴۰]. اما این‌که این ابراز اراده تا چه اندازه در شکل‌گیری ایقاع نقش ایفا می‌کند، نیازمند بحث مقدماتی و مورد اختلاف «لزوم ابراز اراده در ایقاع» است.

اراده باطنی تا وقتی ابراز نشده، قدرت سازندگی و ایجاد اثر حقوقی ندارد [۳، ج ۱، ش ۱۲۴؛ ۴، ج ۲، ص ۶۱]. به تعبیر علمای اصول، مادام که اشتغال صورت نگرفته است، عنوان اراده انتزاع نمی‌شود و اراده در حد شأنیست است و اقدام عملی و اشتغال، آن را به فعلیت می‌رساند [۵، ص ۱۰]. علاوه بر این، به دلیل ارتباط نیات درونی با حقوق دیگران، ابراز اراده لازم است. در غیر این صورت، به دیگری ضرر می‌رسد [۳، ج ۱، ص ۲۴۹]. ذوالخیار اراده باطنی خود را مبنی بر فسخ قرارداد محقق می‌سازد؛ لکن آن را



ابراز نمی‌کند و طرف مقابل، موضوع قرارداد را به ثالث منتقل می‌سازد. چنانچه صرف اراده باطنی ایقاع‌کننده را مؤثر بدانیم، معامله یاد شده فضولی خواهد بود. ضرورت دیگر ابراز اراده، در تضمین اجرای تعهد ایجاد شده با عمل حقوقی روشن می‌گردد [۳، ج ۱، ص ۲۴۹]. چنانچه طلبکار در ضمیر خود، ذمه بدهکار را ابراء کند، چه تضمینی وجود دارد که بعد از آن، طلب را از وی مطالبه نکند. حتی اگر برای ابراز اراده، صرفاً جنبه اثباتی قائل باشیم، باز هم ضروری است. در مثال اخیر، اگر طلبکار اراده باطنی خود را حتی نزد اطرافیان ابراز نکند، با فوت ابراء‌کننده، ورثه وی در مقابل ادعای مدیون، معذور هستند. همچنین قانونگذار به طور مصداقی، لزوم ابراز اراده را در ایقاعات تنفیذ معامله فضولی، فسخ، اخذ به شفعه، طلاق و رجوع، درک کرده است (مواد ۲۴۷، ۲۴۸، ۴۴۹، ۸۰۸، ۱۱۳۴ و ۱۱۴۹ قانون مدنی) [۱، ص ۴۵۱].

اکنون با اثبات ضرورت ابراز اراده در ایقاع، لازم است نقش آن در شکل‌گیری ایقاع تبیین گردد.

همچنین ورود اراده باطنی ایقاع‌کننده به عالم ماده، نیازمند وسایلی از این جنس است. لذا به روش‌های ابراز اراده به ویژه آن‌ها که امکان به‌کارگیری‌شان از سوی ایقاع‌کننده مشکوک به نظر می‌رسد، و نحوه دلالت آن‌ها بر اراده باطنی ایقاع‌کننده می‌پردازیم.

۲. نقش ابراز اراده در ایقاع

در این‌که ابراز اراده باطنی ایقاع‌کننده، چه نقشی را در فرایند تحقق و تأثیر ایقاع ایفا می‌کند، اختلاف نظر وجود دارد.



۱-۲. ابراز اراده، اثبات‌کننده ایقاع

به عقیده برخی حقوقدانان، از آن‌جا که در ایقاع یک اراده کارساز است، اراده باطنی برای ایجاد آن کافی است؛ مگر آن‌که قانون، در مورد خاص، به لزوم کاشف تصریح کند [۶، ج ۱، ص ۱۸۴ و ۱۸۵]. به علاوه، مبنای منحصر تغییر در نظم موجود، اراده باطنی است و ضرورت ابراز اراده، تنها برای اثبات آن است [۷، ص ۱۶۱]. بعضی دیگر معتقدند که اساساً ابراز اراده باطنی را نباید نوعی دیگر از اراده معرفی کرد؛ چرا که دارای جنبه اثباتی و اخباری و فاقد جهت انشایی و ثبوتی است [۸، ص ۱۹۰ و ۱۹۲]. از آن‌جا که عمل حقوقی، امری اعتباری است، نه موجود مادی نیازمند اسباب مادی، اراده باطنی در ایجاد آن کافی است [همان، ص ۱۳۲ و ۱۳۳]. این بیان علیرغم صحت فلسفی، از منظر حقوقی و لزوم ورود اعتباریات به عالم اجتماع، تمام نیست.

۲-۲. ابراز اراده، جزء و رکن ایقاع

براساس نظر دیگر، اراده ظاهری در ایجاد عمل حقوقی موضوعیت دارد [۹، ص ۱۷۹] و به همراه اراده باطنی، رکن ایجاد اراده انشایی به شمار می‌رود [۱۰، ص ۱۰۰]. همچنین حفظ نظم در روابط اجتماعی ایجاب می‌کند که الفاظ و افعال، صرفاً حکایتگر قصد درونی نباشند، بلکه باید در فرایند ایجاد ایقاع نقش ایفا کنند. مطابق این نظر، ماهیت تعهد، همواره از طرفی، حقیقتی نفسانی است و از طرف دیگر، ابراز. بدون ابراز، «اراده در حد فعلیت محقق نشده است» [۵، ص ۱۱].

حقوقدانان فرانسه، با آن‌که اصالت را به فرد می‌دهند و سازنده عمل حقوقی را اراده

باطنی می‌دانند، اما رضایت را به دو عنصر اراده باطنی و اراده اعلام شده تحلیل می‌کنند [۸، ص ۱۹۰ و ۱۹۲].

۲-۳. ابراز اراده، شرط تأثیر ایقاع

مطابق این نظر، ایقاع با اراده باطنی محقق می‌گردد؛ اما تأثیر آن، منوط به ابراز اراده است [همان، ص ۱۴۱].

۲-۴. ابراز اراده، شرط تأثیر اراده باطنی و شرط تحقق ایقاع

مطابق نظر برگزیده، از یکسو ابراز اراده موضوعیت ندارد و کاشف از وجود اراده باطنی است [۱۱، ص ۸۵] و از سوی دیگر تا زمانی که اراده باطنی، قدم به دنیای بیرون نهد، به لحاظ حقوقی مؤثر نخواهد بود. از این رو، ابراز اراده، شرط تأثیر اراده باطنی است و ایقاع زمانی در عالم حقوق محقق می‌شود که ابراز گردد [۱۲، ص ۲۶]. لذا مطابق ماده ۱۹۱ قانون مدنی، چنانچه انشای ایقاع‌کننده، مقرون به کاشف خارجی باشد، ایقاع محقق و مؤثر می‌گردد [۳، ج ۱، ص ۲۵۰؛ ۱۳، ص ۱۴۷].

۳. روش‌های ابراز اراده در ایقاع

تحقق ابراز اراده ایقاع‌کننده به موجب وسایلی است که برای این منظور به کار می‌رود [۱۴، ج ۲، ص ۱۹۴]. این روش‌ها به طور سنتی عبارتند از [۲، ص ۶۷؛ ۱۵، ص ۱۰۲]: لفظ (گفتار و نوشتار) و فعل (فعل خاص، اشاره، معاطات، ترک فعل و سکوت) و امروزه استفاده از روش‌های الکترونیکی نیز از مسلمات انگاشته می‌شود [۱۶، ص ۱۶۱].
دو عبارت «چیزی که دلالت بر قصد کند» و «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که



متعاملین به وسیله آن انشای معامله می‌کنند» در ماده ۱۹۱ و ۱۹۴ قانون مدنی، بیانگر بحث حاضر است؛ چرا که اگرچه ذیل بحث شرایط اساسی صحت معاملات، مطرح شده، لکن معاملات در معنای عام خود، همان اعمال حقوقی است که ایقاع در زمره آن‌ها قرار دارد.

اینک به بررسی امکان و نحوه به‌کارگیری هریک از روش‌های ابراز اراده در ایقاع می‌پردازیم.

۳-۱. لفظ

ایقاع‌کننده می‌تواند اراده باطنی خود بر ایقاع را به وسیله آنچه مبین آن است، در قالب گفتار (تلفظ) و یا نوشتار (مکتوب) ابراز کند.

۳-۱-۱. گفتار

استفاده از الفاظ، بهترین و ساده‌ترین وسیله ابراز اراده باطنی است [۱۶، ص ۱۵۸]. علمای عامه در تعبیر اراده، اصل را بر استفاده از لفظ قرار داده‌اند؛ لکن استفاده از لفظ خاص را الزامی نمی‌دانند [۱۷، ص ۱۱۵]. برای نمونه، شافعی‌ها ابراء را به شرط آن‌که صیغه ابراء به روشنی دلالت بر تملیک حق به مدیون یا سقوط حق داشته باشد، محقق می‌دانند [۱۸، ج ۱، ص ۵۵۸].

در فقه امامیه، تأکید زیادی بر لزوم ابراز اراده از طریق الفاظ در ایجاد اعمال حقوقی شده است [۱۹، ج ۱۲، ص ۴۸۳]. برخی فقها به‌کارگیری صیغه‌های خاص شرعی را لازم می‌دانند؛ چرا که اسباب شرعی توقیفی هستند. به‌علاوه، قابلیت تأثیر صیغه‌های خاص دلیل دارد و در مورد اعتبار غیر آن‌ها، دلیلی در دست نیست [۲۰، ج ۴، شرح



ص ۶۰؛ ۲۱، ج ۷، شرح ص ۸۸]. اما وجود دلایل فقهی، به مفهوم اعتبار صیغه‌های خاص نیست و دلیل صریحی وجود ندارد که لفظ معین را معتبر بدانند [۲۲، ج ۲، ص ۲۶۵]. به علاوه، اعمال حقوقی اموری عرفی هستند که شرع آن‌ها را امضا کرده و حقیقت شرعیه ندارند [۲۳، ج ۱، ص ۳۲۳].

اغلب فقهای متقدم، استفاده از لفظ (نه صیغه‌های خاص) را لازم دانسته‌اند [۲۴، ج ۸، ص ۱۱۰؛ ۲۵، ج ۲۲، ص ۲۰۳]، چرا که نه تنها قطعیت لازم برای انشا در سایر مبرزات وجود ندارد [۲۰، ج ۴، ص ۵۹]، بلکه حدیث «انما یحلّ الکلام و یحرّم الکلام» [۲۶، ج ۱۲، ص ۳۷۶]، وقوع معاملات را متوقف بر استفاده از الفاظ می‌کند [۲۵، ج ۲۲، ص ۲۱۱]. لفظی که صریحاً بر ایقاع مورد نظر دلالت کند، مانند الفاظ «امضیت» و «اجزت» که دالّ بر ایقاع «اجازه» هستند [۲۷، ج ۳، ص ۴۲۱].

اما ملاک، قابلیت عرفی ابراز اراده است که غیر لفظ هم حائز آن است [۲۲، ج ۲، ص ۶۲ و ۱۷۶ به بعد]. لذا الفاظ برای ابراز اراده، جنبه طریقیّت دارند، نه موضوعیت. با وجود این، انشای «طلاق» به دلیل اجماع، روایات خاص، عصمت ازدواج و رعایت اصل احتیاط، تنها با لفظ «طلاق» [۲۱، ج ۹، ص ۶۳] صحیح است [۲۴، ج ۱۱، ص ۵۶] که به همراه شرایط دیگر، طلاق را ایقاعی تشریفاتی کرده است [۷، ص ۴۴ و ۴۵]. در تحقق طلاق خلع، مشهور، صیغه‌های خاص را لازم می‌داند؛ لکن برخی، الفاظ دال بر خلع مانند «خلعتک علی کذا» یا «انت مختلعه» را کافی [۲۱، ج ۹، ص ۳۶۶؛ ۲۵، ج ۳۳، ص ۳ تا ۹] و گروهی علاوه بر آن، اجرای صیغه طلاق را نیز ضروری می‌شمارند [۲۸، ج ۴، ص ۳۴۴]. فقهای عامه وقوع خلع را با هر لفظی که این منظور را برساند، پذیرفته‌اند؛ به شرط آن‌که در الفاظ غیرصریح، این عمل حقوقی مقصود باشد [۲۹، ج ۴، ص ۲۵۹]. در تحقق ایقاع



«لعان» نیز الفاظ و تشریفات ویژه شرط شده است.^۱

در حقوق آلمان [۱۶، ص ۱۵۷] و فرانسه [۳۰، ش ۱۳۱ و ۱۳۶] لفظ، تنها وسیله ابراز رضا نیست و نوشته یا هر عمل دیگر نیز در تشکیل عمل حقوقی مؤثر است.

۳-۱-۲. نوشته

از دیگر ابزارهای ابراز اراده، «نوشته» است و چنانچه مبین قصد انشا باشد، معتبر و در حکم لفظ است [۳۱، ص ۱۵]. در حقوق ایران، تعریف قانونی از «نوشته» ارائه نشده، لکن از اطلاق ماده ۱۹۱ قانون مدنی می‌توان اعتبار آن را در اعلام اراده استنباط کرد. برخی قوانین نیز «کتبی بودن» را در اعتبار اعلام اراده شرط دانسته‌اند.^۲ به موجب بند ۴ ماده ۱-۲۰۱ قانون متحدالشکل تجاری امریکا^۳، از نوشته به «مکتوب» یا «ثبت ارادی به هر شکل ملموس که نسبتاً ثابت و دائمی باشد»، تعبیر می‌شود.

در عرصه ایقاعات، مطابق ماده ۴۴۹ قانون مدنی، «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید، حاصل می‌شود»، لکن به موجب ماده ۶۹ قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۱۰ و ماده ۲۳ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی ۱۳۱۷/۲/۱۴، «فسخ» باید در دفترخانه ثبت شود [۳۲، ص ۳۰۱]. برخی حقوقدانان نیز بهترین روش ابراز اراده بر «فسخ» را اظهارنامه رسمی می‌دانند [۴، ج ۲، ص ۳۰۸؛ ۳۳، ص ۴۶]. براساس ماده ۱۳۹ قانون تجارت، ورثه و قائم‌مقام شریک شرکت تضامنی باید ظرف یک ماه از تاریخ فوت، رضایت یا عدم رضایت خود (فسخ) را کتباً اعلام کنند و مطابق ماده ۱۳ قانون بیمه،

۱. سوره نساء، آیات ۹ تا ۶.

۲. مواد ۲۲۳، ۲۲۶، ۳۰۸ و ۳۱۱ قانون تجارت؛ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، ماده ۲ قانون بیمه ۱۳۱۶ ایران، ماده ۲-۱۱۲ قانون جدید بیمه فرانسه.

۳. Uniform Commercial Code (UCC)



بیمه‌گر باید اراده خود بر فسخ قرارداد بیمه را به موجب اظهارنامه یا نامه سفارشی دوقبضه به بیمه‌گذار اطلاع دهد.

از آنجا که مورد «اخذ به شفعه»، مال غیرمنقول است و سند معاملات غیرمنقول طبق مواد ۴۷ و ۴۶ قانون ثبت در دفتر اسناد رسمی تنظیم می‌شود، شفیع باید در دفتر اسناد رسمی حق شفعه خود را اعمال کند [۶، ج ۳، ص ۱۹]. در حقوق مصر نیز دو امر «رجوع به محکمه» و «اعلان به کتابت رسمی در محضر»، از شرایط اخذ به شفعه محسوب می‌گردد [۳۴، ص ۲۹].

مطابق مواد ۲۷۶ تا ۲۸۱ قانون امور حسبی، «وصیت» در هر سه شکل رسمی، خودنوشت و سری باید کتبی باشد. به علاوه، باسواد بودن، با خط خود نوشتن (در وصیت خودنوشت) و نیز تنظیم، ثبت و امضا در دفتر اسناد رسمی از دیگر تشریفات وصیت است.

اعراض از مالکیت حق اختراع، طرح صنعتی و علامت ثبت شده نیز به صورت کتبی و حسب مورد با انجام تشریفات مواد ۴۷، ۵۵، ۵۶، ۹۳، ۹۷، ۹۸، ۱۳۸، ۱۴۴ و ۱۴۵ آیین-نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ۱۳۸۷ و مطابق ماده ۱۷۸ به موجب سند رسمی به عمل می‌آید.

تمایل بر تشریفات کردن ایقاع، اصل رضایی بودن ایقاع را وارونه نمی‌کند؛ لکن در ایقاع منبع تعهد، این تمایل در قانونگذاران بیش‌تر است؛ چنان‌که در طرح قانون مدنی جدید مصر آمده بود که ایقاع منبع التزام باید کتبی باشد [۷، ص ۱۶۶].

بسیاری از متون حقوقی کشورها بر لزوم کتبی بودن اعلام اراده‌ها تصریح دارند. در کامن‌لا این لزوم به‌ویژه در قانون موسوم به «تقلب»^۱، به منظور حمایت از اشخاص

۱. statute of frauds



در برابر اعلام‌های شتابزده آن‌ها مشاهده می‌شود [ص ۳۵، ۳۸۳]. قاعده کلی در حقوق انگلیس، لزوم وجود عوض^۱ در عقود شفاهی، و شکل و رسمیت در عقود مکتوب بوده است [ص ۳۶، ۱۲۷ و ۱۲۸]. در کشورهای رومی-ژرمنی، رعایت تشریفات، بیش‌تر جنبه اثباتی دارد [ص ۳۷، ۱۵۶]؛ اما در مواردی نیز شرط صحت و اعتبار اعمال حقوقی است (مواد ۱۲۶ تا ۱۲۸ قانون مدنی آلمان و ماده ۱۳۵۰ قانون مدنی ایتالیا).

در اسناد بین‌المللی، گاه بر لزوم مکتوب بودن اعلام‌های اشخاص، ارسال خطاریه‌های کتبی و امثال آن تأکید می‌شود. مطابق ماده ۲۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، ماده ۷.۳.۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۲ و ماده ۳.۳۰۳ اصول حقوق قراردادی اروپا^۳، اخطار «خاتمه قرارداد»، متناسب با اوضاع و احوال، می‌تواند شفاهی یا کتبی باشد. اما برخی صاحب‌نظران [ص ۳۸، ۱۷۵]، ارسال اخطار به صورت کتبی را مقتضای حسن‌نیت می‌دانند که به جهت اثباتی نیز واجد اهمیت [ص ۳۹، ۴۱۱] و مطلوب دادگاه‌ها است.^۴

۲-۳. فعل

ایقاع‌کننده ممکن است به جای به‌کارگیری لفظ، اراده خود بر ایقاع را از طریق انجام فعل (فعل مثبت) و یا ترک فعل (فعل منفی) ابراز کند.

۱. consideration

۲. Unidroit Principles on International Commercial Contracts (۲۰۱۰)

۳. Principles of European Contract Law (PECL)

۴. Landgericht Kassel Court, Number: ۸ O ۲۳۹۱/۹۳, Date: ۲۲.۰۶.۱۹۹۵, Germany, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=۱۴۲>



۳-۲-۱. فعل مثبت

ایقاع‌کننده می‌تواند با انجام فعلی که نشانگر اراده او است و حسب مصادیق ايقاع، متفاوت خواهد بود، ايقاع مورد نظر خود را محقق سازد. در ادامه، علاوه بر «فعل خاص»، به دو فعل «اشاره» و «معاطات» نیز به عنوان مُبرز منصوص در قوانین می‌پردازیم.

۳-۲-۱-۱. فعل خاص^۱

به نظر فقها، فعل خاص در صورت دلالت بر قصد، مبرز است؛ البته فعلی که از اسباب عقلاییه و عرفیه عمل حقوقی باشد و نزد عقلا یا مصداق برای عمل حقوقی مزبور به شمار رود و یا مصداق ملازم آن عنوان باشد [۴۰، ج ۱، ص ۱۸۶ و ۱۸۷]. در قلمرو ايقاعات، قانون مدنی با پذیرش «فسخ فعلی» در ماده ۴۴۹ هر عملی را که در عرف فسخ تلقی شود، موجب برهم‌زدن قرارداد می‌داند (ماده ۴۵۱). در حقوق انگلستان طرف قرارداد می‌تواند قصد خود را برای فسخ^۲، با انجام عملی آشکار که در آن اوضاع و احوال منطقی است، محقق سازد.^۳ مطابق مقررات بین‌المللی نیز خاتمه قرارداد از طریق رفتاری که به طور واضح مبین آن باشد، امکان‌پذیر است [۳۹، ص ۴۱۳].

در «اسقاط فعلی» اختیارات، تصرفی مسقط است که کاشف از اراده باطنی باشد [۲۷، ج ۵، ص ۶۱؛ ج ۴، ص ۲، ج ۲۰۶]. در تحقق «اجازه» نیز مطابق ماده ۲۴۸ قانون مدنی، فعلی که

۱. conduct

۲. recession

۳. Car and Universal Finance Co. Ltd. v. Caldwell, [۴۱، ص ۱۴۴].



عرفاً کاشف از رضا به عقد باشد، کافی است؛ مانند تصرف در ثمن [۲۷، ج ۳، ص ۴۲۲؛ ۴۰، ج ۱، ص ۲۱۰].

«رجوع شوهر از طلاق»، به لحاظ تمایل شارع به شتاب در رجوع، تشریفات ندارد [۴۲، ص ۸۴] و مطابق ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی، به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر قصد رجوع کند، حاصل می‌شود. «رجوع فعلی» عبارت است از انجام عملی که برای غیر شوهر مجاز نیست؛ همانند لبخند معنادار [۴۳، ص ۴۷]؛ اما مطابق ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ و ماده ۳۳ قانون ثبت احوال، لازم است به ثبت برسد.

«تقاص» بدون نیاز به لفظ، به عنوان ایقاعی عینی، از طریق «اخذ و تسلط بر مال مورد تقاص»، از سوی تقاص‌کننده محقق می‌گردد [۲۴، ج ۱۳، ص ۱۶۶]. مطابق ماده ۲۴۲ قانون امور حسبی، «قبولی ضمنی ترکه»، با هر عمل کاشف از قبول ترکه و ادای دیون، مانند بیع، صلح، هبه و رهن محقق می‌شود.

«اعراض» از ملک با اجتماع عنصر معنوی^۱ (قصد سلب مالکیت) و عنصر مادی^۱ (ترک مال) تحقق می‌یابد است؛ امری که به موجب ماده ۸۷۱ قانون مدنی مصر، ماده ۱۱۹۱ قانون مدنی ایتوپی، مواد ۸۵۶، ۹۵۸ و ۹۵۹ قانون مدنی آلمان فدرال، ماده ۳۴۹ قانون مدنی عمومی اتریش، درخصوص اعراض از اموال منقول و مطابق ماده ۳۵۰ قانون مدنی عمومی اتریش به همراه شرط «حذف از سوابق ثبتی» یا «ثبت به نام شخص دیگر»، درخصوص اعراض از اموال غیرمنقول ثبت شده، مقرر گردیده است [۴۴، ص ۳۱ تا ۳۱].

۳-۲-۱. اشاره

^۱ . internal will



«اشاره» در اینجا، حرکت عضوی از بدن انسان جهت دلالت بر رضایت یا عدم آن است؛ مانند حرکت دادن سر به صورت عمودی که بر رضایت، و افقی که بر عدم رضایت دلالت دارد [۴۵، ج ۲، ص ۹۵۶ و ۹۵۷].

از اشاره شخص لال مادرزاد و لال عارضی [۲۱، ج ۹، ص ۶۸]، بنا به ضرورت [۴۵، ج ۲، ص ۹۷] حتی در «طلاق» [۲۱، همان] و نکاح و شخص گویا^۲ مگر در «طلاق» و نکاح [۱۷، ص ۱۳۴ و ۱۳۵]، به شرط آن که به صورت صریح (مواد ۱۲۶۱ و ۱۰۶۶ قانون مدنی) یا به همراه قراین، عرفاً مفهوم (مواد ۱۹۱ و ۱۹۲ قانون مدنی، ماده ۲۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹) باشد، تعبیر به اراده می‌گردد.

۳-۱-۲-۳. معاطات

معاطات «انشای فعلی» است؛ چه به صورت تعاطی باشد و چه اعطا از جانب واحد [۲۳، ج ۱، ص ۸۷ و ۲۶۷]؛ زیرا اگرچه باب مفاعله بین دو نفر است، لکن لازم نیست که مصدر مزبور از هر دو طرف صادر شود. برای مثال در مضاربه، مساقات و مزارعه، ضرب، آبیاری و کشت و کار صرفاً کار یک طرف است [۴۷].

در ایقاعاتی مانند «طلاق» که لفظ خاص شرط است، معاطات جریان ندارد و در جریان معاطات نسبت به سایر ایقاعات، مانند شفعه، ابراء و فسخ، اختلاف است [۲۵، ج ۲، ص ۲۳۹ تا ۲۴۲].^۳ فقها، «فسخ» معاطاتی را به «بسط الید للأخذ» یا «التصرف فی

. external will

۲. در امور مهمی همچون تصویب قانون در مجالس قانونگذاری (از طریق قیام و بلندکردن دست)، معاملات بازار

بورس، داوری مسابقات ورزشی و...، اشاره، میرز اراده تلقی می‌گردد [۴۶، ص ۶۹].

۳. اولین کسی که این بحث را مطرح کرد که آیا معاطات اختصاص به بیع دارد یا در غیر بیع هم جریان دارد، محقق ثانی است [۲۰، ج ۴، ص ۵۹].



المال» تعبیر کرده‌اند [۲۳، ج ۱، ص ۱۹۲]. «تقاص» نیز «اخذ یکجانبه» مال به وسیله تقاص‌کننده است.

۲-۲-۳. ترک فعل^۱

این‌که آیا به وسیله ترک فعل می‌توان اراده بر ایقاع را ابراز کرد، شبهه‌ای است که در دو زیرعنوان به بررسی آن می‌پردازیم.

۱-۲-۲-۳. ترک فعل خاص

آیا انجام ندادن فعلی می‌تواند دالّ بر اراده بر ایقاع باشد؟ در قولنامه‌های قدیمی شرط می‌شد که چنانچه هریک از طرفین در تاریخ مشخصی در دفترخانه حاضر نشود، ملزم به پرداخت وجه التزام فسخ قرارداد خواهد بود. مشاهده می‌شود ترک فعل «عدم حضور»، به منزله فسخ قرارداد تلقی می‌گردید.

همچنین در قراردادها، درخصوص عدم پرداخت هریک از چک‌هایی که بابت ثمن به فروشنده تحویل گردیده، یکی از این دو ضمانت اجرا در قالب شرط گنجانده می‌شود: یا این‌که به استناد خیار تخلف از شرط، حق فسخ به مشروط‌له می‌دهد و یا به صورت «شرط انفساخ»، ترک فعل «عدم پرداخت وجه چک»، مبرز فسخ قرارداد از سوی مشتری به شمار می‌رود.

برخی فقها عدم فسخ قرارداد را در زمان خیار فسخ (ترک فعل)، اسقاط حق فسخ تلقی می‌کنند [۴۰، ج ۲، ص ۶]. «رها کردن مال» در اعراض، ترک فعل تلقی نمی‌شود و از نظر حقوقی، فعل مثبت و عنصر مادی اعراض به شمار می‌رود. به موجب ماده ۲۵۰ قانون امور حسبی، «عدم ردّ ترکه» ظرف یک ماه از تاریخ اطلاع وارث از فوت مورث، قبول به شمار می‌رود.

۱. omission, inactivity



۳-۲-۲- سکوت^۱

سکوت در معنای عام فقهی، ترک کلام در حالت داشتن قدرت بیان [۴۸، ص ۲۴۷] است که همانا سکوت محض و مجرد است. در این سکوت -که نه نشانه رضا است و نه رد- شخص به طور صریح یا ضمنی ابراز اراده نمی‌کند. از این رو، معبر اراده نیست [۴۹، ص ۷۹ و ۸۱؛ ۵۰، ج ۱، ص ۶۶ و ۶۷]؛ چراکه بنا بر قاعده، هیچ قولی را نمی‌توان به ساکت نسبت داد (ماده ۶۷ مجله الاحکام العدلیه مصر، ماده ۸۱ قانون مدنی عراق).

اما سکوت در معنای خاص فقهی، آن‌جا که دلالت بر اراده می‌کند، موقف سلبی است که با قول و فعل همراه نیست [۱۷، ص ۵۲، ۵۳ و ۵۶؛ ۵۰، ج ۱، ص ۶۶]؛ لکن یا به دلیل نص شرعی^۲، قانونی^۳، قراردادی^۴ و نیز تلقی عرفی [۵۲، ج ۱، ص ۲۲۱؛ ۵۳، ص ۷۴ و ۷۵]، مبرز اراده‌ای خاص است که از آن به سکوت صریح [۴۹، ص ۹۰] تعبیر می‌گردد و یا به دلیل وجود قرائن خاص، به طور ضمنی، معبر اراده است و با عناوین سکوت ملابس^۵، کنایی [۴۹، ص ۹۰ و ۹۱]، سکوت محفوف به قرینه^۶ و یا سکوت در مقام بیان [۲، ص ۶۹]^۸ شناخته می‌شود.

برخی سکوت را مبین اراده یکجانبه و ایقاع نمی‌دانند [نقل از: ۳۱، ص ۲۰]. قانون مدنی در ماده ۲۴۹ مطابق دیدگاه فقها، سکوت مالک را به هنگام عقد فضولی، ولو با حضور وی،

۱. silence, taciturnity, absence of mention

. mere silence

۳. مانند سکوت دختر باکره در امر تزویج (به دلیل حدیث پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم) [۴۹، ص ۸۵ و ۸۸].

۴. مطابق ماده ۵۰۱ قانون مدنی ایران و مواد ۱۷۳۸ و ۱۷۵۹ قانون مدنی فرانسه، سکوت موجد پس از پایان مدت، تجدید ضمنی عقد اجاره تلقی می‌شود [۴۹، ص ۶۹؛ ۵۱، ص ۵۶۳].

۵. برای نمونه معاملات تجاری مستمر میان دو طرف، سکوت را حاکی از رضا تلقی کند [۵۲، ج ۱، ص ۲۲۱؛ ۵۳، ص ۷۴].

۶. سکوت، با قرائنی که به وسیله آن‌ها اراده، ظاهر می‌شود، پوشش یافته است [۱۷، ص ۳۵۷].

v. silence plus additional circumstances

سکوتی که اراده را براساس قرائن موجود، مشخص می‌کند [۵۳، ص ۶۹؛ ۴۹، ص ۸۶].

۸. تقریر معصوم (علیه السلام) نیز نمونه‌ای از سکوت در مقام بیان است.



«اجازه» تلقی نکرده است. حضور مالک قرینه‌ای بر رضای وی نیست و سکوت اعم از رضا است [۲۷، ج ۳، ص ۴۲۳؛ ۲۵، ج ۲۲، ص ۲۹۳]؛ چرا که ممکن است در اثر عدم توجه مالک به موقوفه مجلس عقد باشد یا این که به جهتی نمی‌تواند فضول را منع کند [۶، ج ۱، ص ۳۰۲].

در ایقاعات محدود به مدت شرعی و قانونی، مواعد، یا ظرف وجود و حیات حق ایقاع است (مانند خیار مجلس، حیوان و شرط) و یا شرط اعمال آن (مانند خیار غبن، اخذ به شفعه). طبق نظری، نفس سکوت به معنای سلبی، در هر دو نوع مدت، حق ایقاع را از بین نمی‌برد [۵۳، ص ۷۶]؛ لکن باید تفکیک کرد: چنانچه شرط مدت، «مقتضی پیدایش حق» باشد، با زوال شرط، حق «ساقط» می‌شود و لذا سکوت مبرز ایقاع نیست؛ اما در صورتی که مدت جزء مقتضی نبوده و تنها «شرط لزوم (اعمال) حق» باشد، سکوت مبرز «اسقاط» حق خواهد بود، مانند لزوم فوریت اعمال حق شفعه به موجب ماده ۸۲۱ قانون مدنی، که به عقیده حنابله [۵۴، ج ۵، ص ۴۷۷] نیز سکوت شفیع بعد از آگاهی به معامله، به اراده بر «اسقاط» حق مزبور تعبیر می‌گردد.

همچنین مطابق ماده ۱۳۹ قانون تجارت، سکوت قائم‌مقام شریک متوفای شرکت تضامنی تا انقضای یک ماه از تاریخ فوت، در حکم اعلام رضایت است.

در خصوص «حق رجوع شوهر در مدت عده طلاق رجعی» (مواد ۱۱۴۸ و ۱۰۳۰ قانون مدنی) و «حق رجوع زن به فدیة در مدت عده طلاق بائن» (بند ۳ ماده ۱۱۴۵) باید گفت سکوت در مدت عده، اسقاط تلقی نمی‌شود؛ چرا که نه تنها مواعد مزبور، «مقتضی پیدایش حق رجوع» هستند و با انقضای عده، حق ساقط می‌گردد، بلکه این دو حق اصطلاحی، حکم و غیرقابل اسقاطند.

همچنین سکوت به همراه قراین می‌تواند مبرز «ابراء» باشد. فرض کنید در طلاق توافقی صحبتی از مهریه نمی‌شود و پس از انقضای عده، زن مدعی مهریه است. مرد در مقام دفاع، رفتار زوجه را به دلالت التزامی، بیانگر ابراء ذمه شوهر از مهریه می‌داند و این که سکوت زن در مقام بیان بوده و مبرز ابراء است؛ چرا که اگر مرد نسبت به عدم ابراء مهریه آگاه بود، یا طلاق نمی‌داد یا در مدت عده رجوع می‌کرد. لذا ظاهر بر این



است که به دلیل ابراء مهریه، طلاق بائن است.

۳-۳. روش‌های الکترونیکی

در عصر حاضر، با ظهور وسایل ارتباطی جدید و گستردگی و تنوع روزافزون آن و نیز توسعه معاملات در سطح بین‌المللی بدون حضور فیزیکی همزمان (بند «ف» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی) طرفین، اشخاص به منظور سرعت در ابراز اراده، از این روش بهره می‌گیرند. تلفن (ثابت و همراه)، تلگراف، تلکس، فاکس و رایانه از جمله وسایل الکترونیکی هستند؛ و شایع‌ترین روش، استفاده از اینترنت می‌باشد که خود در بردارنده صفحات وبسایت، نامه و پست الکترونیکی، اتاق‌های صحبت الکترونیکی، شبکه‌های اجتماعی (فیس‌بوک، واتساپ، وایبر، اینستاگرام، و...) است. هرچند ویژگی خاصی در استفاده از این روش در ایقاعات نسبت به عقود دیده نمی‌شود، اما تبیین این روش به همراه مثال‌هایی از ایقاع مفید است.

در محیط الکترونیکی، اراده شخص، به واسطه داده‌پیام^۱ (بند الف ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی) شکل می‌گیرد. اگرچه روش‌های الکترونیکی نماینده زبانی متفاوت از زبان سنتی است، اما برای ابراز صحیح قصد اعلان‌کننده در ایجاد اعمال حقوقی، به قانونی، مناسب است [۵۵، ص ۱۵۷] و مطابق قواعد عام قوانین مدنی [۵۶، ص ۵۵] و قوانین خاص کشورها^۲ و مورد پذیرش در عرصه بین‌المللی^۳ است.

به منظور به‌کارگیری روش‌های الکترونیکی باید نه تنها استفاده از نوع خاصی از این وسایل برای هردو طرف^۴ (ایقاع‌کننده و مخاطب ایقاع) امکان‌پذیر و داده‌پیام مزبور برای

۱. data message

۲. ماده ۱۲ قانون تجارت الکترونیکی ایران، ماده ۷ قانون یکنواخت معاملات الکترونیکی آمریکا (Uniform Electronic Transactions Act (UETA).

۳. بند ۱ ماده ۱۱ قانون نمونه آنسیترال راجع به تجارت الکترونیک (Uncitral Model Law on Electronic Commerce, ۱۹۹۶).

۴. بند «ب» و «ج» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی.



ایشان قابل درک باشد [۵۷، ص ۹۳؛ ۵۸، ص ۵۲]، بلکه داده‌پیام متناسب به ایشان باشد (ماده ۱۸ قانون تجارت الکترونیکی). به علاوه، دو طرف، در ضمن اراده قبلی خود (اذن، قرارداد قابل فسخ، ایجاب و ...)، این روش را به منظور ابراز اراده بعدی (رجوع، فسخ، قبول و ...) پیش‌بینی کرده باشند [۵۷، ص ۹۰] یا مطابق عرف و رویه تجاری [۵۸، ص ۶۵] و یا نسبت به مورد خاص، استفاده از این وسایل، متناسب و مقتضی تلقی شود. ایجاب الکترونیکی اصولاً در شکل داده‌پیام‌هایی است که به کمک واسطه الکترونیکی قابل تبدیل به زبان نوشتاری قابل فهم است [۵۷، ص ۹۱]. براساس بند ۱ ماده ۱:۳۰۳ اصول حقوق قراردادی اروپا و بند ۱ ماده ۱۰-۱۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، اخطار (مانند اخطار خاتمه قرارداد) با هر وسیله متناسب با اوضاع و احوال صورت می‌پذیرد. «متناسب»، به شرایط واقعی در هر پرونده، دسترسی و اعتبار روش‌های مختلف ارتباطی و نیز اهمیت و فوریت پیام بستگی دارد که در شرایط خاص و فوری، باید به صورت الکترونیکی ارسال شود [۳۸، ص ۱۷۶].

طبق ماده ۶ قانون تجارت الکترونیکی، هرگاه نوشته از نظر قانون لازم باشد، داده‌پیام در حکم نوشته است. از آن‌جا که نشانگر اراده نهایی ایقاع‌کننده در نوشته، امضا است و هرگاه قانون امضا را لازم بداند، امضای الکترونیکی کافی است (ماده ۷ قانون مزبور)، لذا امضای الکترونیکی و پیشرفته‌ترین نوع آن، امضای دیجیتال^۲، مبین اراده در عمل حقوقی الکترونیکی خواهد بود.

۴. دلالت روش‌های ابراز اراده بر اراده باطنی ایقاع‌کننده

«دلالت» در بحث حاضر، انتقال ذهن از آنچه ابراز می‌شود به اراده باطنی ایقاع‌کننده است. چنانچه این انتقال بی‌واسطه باشد، دلالت، «صریح» و اگر غیرمستقیم و به مدد ظهور عرفی (ماده ۲۲۴ قانون مدنی) یا قرینه عقلی صورت پذیرد، «ضمنی» خواهد بود.

. electronic signature
. digital signature



در هر حال، ایقاع‌کننده باید اراده باطنی خود را با علائمی بیان کند که صلاحیت اظهار قصد را چه «صریح» و چه «ضمنی»، دارند [۷، ص ۱۶۵؛ ۸، ص ۱۴۷ و ۱۴۸]؛ لکن برخی حقوقدانان معتقدند به دلیل دشواری اثبات ایقاع، به‌ویژه آن‌جا که منبع تعهد است و خاصه در حقوق تجارت، علاوه بر این‌که ابراز اراده باید صریح باشد، تشریفات خاص نیز ضرورت دارد [۱، ص ۴۵۱ و ۴۵۲].

۴-۱. دلالت صریح

اگر وسیله ابراز اراده، بدون نیاز به هیچ تعبیری، دلالت بر مقصود کند، ابراز اراده، «صریح» است [۳، ج ۱، ص ۲۵۳]. در این میان، تنها لفظی که برای عنوان ایقاع مورد نظر وضع گردیده و الفاظ هم‌ریشه با آن (مانند لفظ «طالق» در طلاق، و «فسخت» در فسخ) یا مترادف آن («امضیت» برای تنفیذ)، به «دلالت مطابقی» می‌تواند به طور «صریح» بر اراده باطنی ایقاع‌کننده دلالت کند (دلالت منطوقی صریح). در ابراز اراده به وسیله لفظ صریح، «گفتاری» و «نوشتاری» بودن آن تفاوت ندارد (ماده ۲۴۲ قانون امور حسبی).

۴-۲. دلالت ضمنی (دلالت تضمینی و التزامی)

گاه ایقاع‌کننده اراده خود بر ایقاع را از طریق لفظ و به دلالت «تضمنی» و یا «التزامی» ابراز می‌کند و گاه فعل ایقاع‌کننده به دلالت «التزامی» [۳، ج ۱، ص ۲۵۳]، میرز اراده باطنی او است. این روش‌ها با لحاظ دلالت آن‌ها، در صورتی که مبین اراده باطنی باشد، واجد همان آثاری است که لفظ صریح دارد [۵۳، ص ۶۶].

چنانچه ایقاع‌کننده لفظی را به کار برد که معنایی اعم از ایقاع مزبور دارد، هرچند دلالت آن غیرصریح است، لکن به «دلالت تضمینی»، اراده باطنی ایقاع‌کننده کشف می‌گردد؛ مانند آن‌که ذوالخیار بگوید: «معامله منحل گردید». در این‌جا لفظ «انحلال» اعم از «فسخ» است و به دلالت تضمن، با فهم عقلی، بیانگر اراده ذوالخیار بر فسخ قرارداد^۵ که انحلال مشتمل بر



معنای فسخ است - خواهد بود.

همچنین ممکن است ایقاع‌کننده از الفاظی استفاده کند که به طور ضمنی و به دلالت التزامی نشان از ایقاع دارد؛ مانند لفظ «بخشیدم» یا «طلبکار نیستم»، در مفهوم ابراء. دادخواست تخلیه عین مستأجره نیز از قبیل اعلام اراده ضمنی به دلالت التزامی بر فسخ اجاره است.

در خصوص افعال، به طور کلی دلالت فعل بر اراده، از قبیل «دلالت عقلی» است و فعلی مبرز یک عمل حقوقی محسوب می‌شود که از اسباب عقلایی و عرفی آن باشد، فعلی که در نزد عقلا، مصداق و یا مصداق ملازم آن عنوان باشد [۴۰، ج ۱، ص ۱۸۶ و ۱۸۷]. گاهی از فعل ایقاع‌کننده به طور ضمنی و به دلالت التزامی، قصد وی بر ایقاع ادراک می‌گردد؛ مانند انتقال مال به دیگری از سوی مالک که دال بر رد معامله فضولی است و یا تصرف مالک در ثمن معامله فضولی که نشانگر تنفیذ این معامله است. مواد ۴۵۰، ۴۵۱، ۸۲۲ و ۱۱۴۹ قانون مدنی و نیز ماده ۲۴۲ قانون امور حسبی، چند شاهد در پذیرش ابراز ضمنی اراده در تحقق ایقاع از سوی قانونگذار است. با توجه به مفاد کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا می‌توان «اخطار» را به عنوان رفتار ضمنی مبین خاتمه قرارداد محسوب کرد [۳۹، ص ۴۱۳].

گاه نیز فعل ایقاع‌کننده به همراه قرائنی بر ایقاع دلالت می‌کند؛ مانند سکوت زوجه در مطالبه مهریه در طلاق توافقی که به دلالت التزامی، نشانگر ابراء مهر است. اسقاط ضمنی خیار تأخیر ثمن نیز به قرار ماده ۴۰۳ قانون مدنی از این قبیل است.

نکته آن‌که در دلالت التزامی، ملازمه میان دال و مدلول، بین (ماده ۲۴۲ قانون امور حسبی) و عقلانی است، نه جعلی و قراردادی. با وجود این، گاه فعل یا ترک فعل ایقاع‌کننده به موجب اراده قبلی وی، دال بر ایقاع مدنظر او تلقی می‌شود؛ مانند «عدم حضور در دفترخانه» و یا «پرداخت نشدن هریک از چک‌های ثمن قرارداد» که هر دو به موجب شرط قراردادی، مبرز اراده ایقاع‌کننده بر «فسخ» قرارداد به شمار رفته‌اند.



۵. نتیجه

اراده باطنی ایقاع‌کننده تا وقتی ابراز نشود، قدرت سازندگی و ایجاد اثر حقوقی ندارد. همچنین به دلیل ارتباط نیت درونی با حقوق دیگران، ابراز اراده لازم است و در غیر این صورت، به دیگری ضرر می‌رسد. ضرورت دیگر ابراز اراده، در تضمین اجرای تعهد ایجاد شده به موجب ایقاع، روشن می‌گردد. به علاوه آن‌که قانونگذار به طور مصدق، لزوم ابراز اراده را در ایقاعات تنفیذ معامله فضولی، فسخ، اخذ به شفعه، طلاق و رجوع، درک کرده است.

در خصوص نقش ابراز اراده در ایقاع، نظرات مختلفی ارائه گردیده است. این‌که ابراز اراده اثبات‌کننده ایقاع، رکن و جزء آن و یا شرط تأثیر ایقاع می‌باشد. لیکن مطابق نظر برگزیده نویسندگان، ابراز اراده «شرط تأثیر اراده باطنی و شرط تحقق ایقاع» است. بدین ترتیب، تا زمانی که اراده باطنی ایقاع‌کننده، قدم به دنیای بیرون نهد، به لحاظ حقوقی مؤثر نخواهد بود و ایقاع زمانی در عالم حقوق محقق می‌شود که ابراز گردد.

به منظور ابراز اراده باطنی ایقاع‌کننده، علاوه بر لفظ شفاهی - که در برخی ایقاعات مانند طلاق و لعان، تنها وسیله ابراز اراده محسوب می‌گردد - نوشته (سنتی و الکترونیکی) و فعل خاص (به دلالت عقل)، «اشاره» شخص لال حتی در طلاق، نیز معبر اراده است.

«معاطات» که به «اعطاء من جانب واحد» هم اطلاق می‌شود، قدر مسلم در ایقاعاتی مانند طلاق که لفظ خاص شرط است، جریان ندارد؛ اما فقها فسخ معاطاتی را شناسایی کرده‌اند و تقاص نیز اخذ یکجانبه مال به وسیله تقاص‌کننده است.

علی‌رغم تصور اولیه بر این‌که انجام ندادن فعلی نمی‌تواند دال بر اراده ایقاعی باشد، «ترک افعال خاصی» مانند «عدم حضور در دفترخانه» و «عدم پرداخت وجه



چک» می‌تواند مبرز فسخ قرارداد بیع محسوب گردد. همچنین «سکوت» به همراه قراین می‌تواند به دلالت التزامی مبرز ایقاع (اسقاط و ابراء) باشد و در مواردی نشانه رضایت تلقی گردد (ماده ۱۳۹ قانون تجارت).

۶. منابع

- [۱] کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی (قرارداد-ایقاع)، چ ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
- [۲] رهپیک، حسن، حقوق مدنی، حقوق قراردادها، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۰.
- [۳] کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، چ ۱، (مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد)، چ ۸، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
- [۴] صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، چ ۲، چ ۶، تهران، میزان، ۱۳۸۷.
- [۵] امینی، علی‌رضا، «ملا علی نهاوندی و نظریه تعهد در وضع»، پژوهش‌های اصولی، ش ۲ و ۳، زمستان ۱۳۸۱ و بهار ۱۳۸۲.
- [۶] امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چ ۱ و ۳، چ ۱۳، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۲.
- [۷] کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، ایقاع، نظریه عمومی-ایقاع معین، چ ۴، تهران، میزان، ۱۳۸۷.
- [۸] شهیدی، سیدمهدی، حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چ ۵، تهران، مجد، ۱۳۸۵.
- [۹] نقیبی، سید ابوالقاسم، «نظریات حاکمیت اراده ظاهری و باطنی در حقوق اسلام و ایران»، برهان و عرفان، س ۲، ش ۳، بهار ۱۳۸۴.
- [۱۰] میثمی عراقی، محمود بن باقر بن ابوالقاسم، قواعد الفصول. چاپ سنگی، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.



- [۱۱] قنواتی، جلیل، «رابطه قصد و رضا در اعمال حقوقی با تأکید بر دیدگاه امام خمینی(ره)»، روش‌شناسی علوم انسانی، ش ۲۰، پاییز ۱۳۷۸.
- [۱۲] السان، مصطفی، «جایگاه قصد در تفسیر قراردادها»، کانون، ش ۶۵، آذر ۱۳۸۵.
- [۱۳] فلاح، محمدرضا و دیگران، «نقش اعلان اراده در انشای ایقاعات»، آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۲.
- [۱۴] امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات (اعمال حقوقی^۰ تشکیل عقد)، ج ۲، تهران، میزان، ۱۳۷۸.
- [۱۵] جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «تأثیر اراده در حقوق مدنی»، رساله دکتری، دانشگاه تهران، ۱۳۴۰.
- [۱۶] قنواتی، جلیل، «ارزش الفاظ در انعقاد معاملات (مطالعه تطبیقی با تأکید بر نظریه محقق اردبیلی)»، قسمت اول، وقف میراث جاویدان، ش ۲۳ و ۲۴، پاییز و زمستان ۱۳۷۷.
- [۱۷] دراز، رمزی محمدعلی، أحكام السکوت فی الفقه الإسلامی، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقی، ۲۰۱۱.
- [۱۸] محمصانی، صبحی رجب، النظریه العامه للموجبات و العقود فی الشریعه الاسلامیه، ج ۱، چ ۲، بیروت، دارالعلم، ۱۹۷۲.
- [۱۹] حسینی العاملی، سید محمدجواد، مفتاح الكرامه، ج ۱۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ق (۱۳۷۸ش).
- [۲۰] کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد، ج ۴، چ ۱، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لإحياء التراث، ۱۴۰۸ق.
- [۲۱] شهید ثانی، مسالك الافهام، ج ۷ و ۹، قم، المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ق.
- [۲۲] موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۲، چ ۱، قم، مکتبه‌الداوری، بی‌تا.
- [۲۳] موسوی خمینی، سید روح‌الله، کتاب البیع، ج ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام‌الخمینی، ۱۴۲۱ق.



- [۲۴] طباطبایی، سیدعلی، *ریاض المسائل*، ج ۸، ۱۱ و ۱۳، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۹ق.
- [۲۵] نجفی، محمدحسن، *جواهرالکلام*، ج ۲۲ و ۲۳، ۹، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸ش.
- [۲۶] حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، ج ۱۲، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۹ق.
- [۲۷] انصاری، مرتضی، *المکاسب*، ج ۳ و ۵، ۲، قم، المؤتمر العالمی بمناسبه الذکری المنویہ الثانیه لمیلاد الشیخ الأنصاری، ۱۴۲۰ق.
- [۲۸] شیخ طوسی، *المبسوط*، ج ۴، ۲، تهران، المکتبه المرتضویه لإحیاء آثار الجعفریه، ۱۳۸۸.
- [۲۹] جزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، ج ۴، کتاب النکاح و الطلاق، القاہرہ، دارالفجر للتراث، ۲۰۰۰م.
- [۳۰] Mazeaud, H. , L. et J. , *leçons de droit civil, Les obligations*. T. ۲, vol. ۱, ۹^e éd. , ۱۹۹۸.
- [۳۱] احمدنژاد، صلاح، «نقش سکوت در فقه و حقوق خصوصی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه مازندران، ۱۳۹۱.
- [۳۲] جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات*، ج ۳، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- [۳۳] نوین، پرویز، *حقوق مدنی ۳ (در عقود و تعهدات به طور کلی)*، انعقاد و انحلال قراردادها، تدریس، ۱۳۸۴.
- [۳۴] معارف طالقانی، ابراهیم، «شفعه در قانون مدنی مصر (فرع پنجم: در جایز نبودن تقسیم ملک مورد شفعه)»، *مجموعه حقوقی*، ش ۶۴، ۳۰/۴/۱۳۱۷.
- [۳۵] Beatty, N. and Samuelson, K. , *Business Law for a New Century*. London, ۲nd, ۲۰۰۰.
- [۳۶] مفاضی، محمدرضا، «حقوق قراردادها در انگلستان»، *مجله کانون وکلا*، ش ۱۳۰،



بهار ۱۳۵۴.

- [۳۷] Widne, U. and Bahler, K., *Electronic Commerce Monich*, ۱۹۹۷.
- [۳۸] Chengwei, Lui, Remedies for Non Performance ° Perspectives from CISG, UNIDRIOT Principles & PECL, ۲۰۰۲, available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html>
- [۳۹] Jacobs, Christopher M. Notice of Avoidance under the CISG: A Practical Examination of Substance and Form Considerations, the Validity of Implicit Notice, and the Question of Revocability, *University of Pittsburgh Law Review*, winter ۲۰۰۳, pp. ۴۰۷-۴۲۹.
- [۴۰] نائینی، میرزا محمدحسین، منیه الطالب، ج ۱، چ ۱، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۸ق.
- [۴۱] راف، آنه، قواعد حقوق قرارداد انگلستان از نگاه رویه قضایی، ترجمه سیدمهدی موسوی، تهران، میزان، ۱۳۸۶.
- [۴۲] سبحانی، جعفر، «سه طلاق در یک مجلس و شهادت بر طلاق»، فقه اهل بیت علیهم السلام، س ۱۲، ش ۴۶.
- [۴۳] مهرپور، حسین، «طلاق قضایی و طبیعت حقوقی آن»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۳، بهار ۱۳۷۱.
- [۴۴] محقق داماد، سیدمصطفی، «بخش تحقیق: اعراض از ملک»، تحقیقات حقوقی، ش ۸، پاییز و زمستان ۱۳۶۹.
- [۴۵] قره داغی، علی محی الدین علی، مبدأ الرضا فی العقود، ج ۲، بیروت، دار البشائر الاسلامیه، ۱۴۲۳ق.
- [۴۶] ضیایی، محمد عادل، یزدان پرست، یونس، «تعبیر از اراده با اشاره در فقه اسلامی»، مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۸۹، پاییز ۱۳۸۷.
- [۴۷] نوری همدانی، حسین، درس خارج فقه، مبحث بیع، جلسه ۶۶، تنبیه چهارم از تنبیهای ده گانه، وجوه معاطات در مقام ثبوت، ۱۳۹۰/۱۱/۱۷، قابل دسترسی در:

<http://noorihamedani.com/files/courses/pdf/4f3986db9938d.pdf>

[۴۸] قلجی، محمد، معجم لغه الفقهاء. ج ۲، بیروت، دار النفائس للطباعه و النشر و التوزیع، ۱۴۰۸ ق.

[۴۹] ضیایی، محمد عادل، یزدان‌پرست، یونس، «دالات سکوت بر اراده»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹.

[۵۰] سوار، محمد وحیدالدین، شرح القانون المدنی، النظریه العامه للالتزام، ج ۱، چ ۲، دمشق، مصادر الالتزام، ۱۳۹۸ ق.

[۵۱] Planiol, Marcel, Ripert, George, *Treaties on the Civil Law*. Translated by the Louisiana State Law Institute, vol. ۲, part ۱, Paris, ۱۹۳۹.

[۵۲] سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، ج ۱، نظریه الالتزام بوجه عام، قاهره، ۱۹۵۲ م.

[۵۳] قاسم‌زاده، سید مرتضی، «نقش سکوت در بیان اراده»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۵۱، بهار ۱۳۸۰.

[۵۴] ابن قدامه، عبدالله، المغنی، ج ۵، بیروت، دار الكتاب العربی للنشر و التوزیع، بی‌تا.

[۵۵] مانکوسو، سالواتوره، «حمایت از مصرف‌کننده در قراردادهای تجارت الکترونیک؛ مقایسه‌ای بین حقوق اتحادیه اروپا و حقوق اسلام»، ترجمه علی‌اکبر ایزدی فرد، حسین کاویار، کانون، ش ۱۰۰، دی ۱۳۸۸.

[۵۶] Baker and McKenzie, *Doing E-Commerce in Europe*, ۲۰۰۱.

[۵۷] مقامی‌نیا، محمد، «نحوه انعقاد قراردادهای الکترونیکی و ویژگی‌های آن»، دو فصلنامه دانش حقوق مدنی، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۱.

[۵۸] آهنی، بتول، «انعقاد قراردادهای الکترونیکی»، ندای صادق، مجله فقه و حقوق خانواده، س ۹، ش ۳۴ و ۳۵، تابستان و پاییز ۱۳۸۳.