

جایگاه اراده‌ی ظاهری و باطنی در فقه و حقوق موضوعه^۱

سعید بیگدلی^۲

اعظم مالکی^۳

چکیده

شکل‌گیری عمل حقوقی و عناصر سازنده‌ی آن و آسیب‌هایی که در مراحل مختلف تکوین اراده ممکن است بر آن وارد شود، از موضوعات مهم فقهی و حقوقی است. از جمله مسائل قابل تعمق در این زمینه، تعارض اراده‌ی ظاهری و باطنی در ایجاد عمل حقوقی است و سؤال این است که، کدام یک از آن دو، اصل و حاکم تلقی می‌گردد. اگر چه غالباً در ایجاد عمل حقوقی، اراده‌ی باطنی و ظاهری با یکدیگر تطابق دارند، ولی گاهی بر یکدیگر منطبق نمی‌باشند؛ و در چنین فرضی، بحث در زمینه‌ی حاکمیت اراده‌ی ظاهری یا باطنی موضوعیت می‌یابد. بحث در زمینه‌ی صحت و بطلان اعمال حقوقی و تفسیر عقود و ایقاعات، آثار مهمی بر جای می‌گذارد. با بررسی در نظام تقنینی، رویه‌ی قضایی، نظرات فقهی و رویکردهای حاکم بر بحث در نظام‌های حقوقی، به نظر می‌رسد بر خلاف نظر بسیاری که گمان کرده‌اند اصل بر اراده‌ی باطنی است و مؤیدات اراده‌ی ظاهری، ناظر به مرحله‌ی اثبات است، توجه به اراده‌ی ظاهری و اعتبار بخشی به آن در برخی حوزه‌ها، دارای موضوعیت و اصالت است و جنبه‌ای حمایتی یا ارشادی و نظارتی دارد.

واژگان کلیدی: تراضی، قصد، اراده‌ی ظاهری، اراده‌ی باطنی، اراده‌ی انشایی.

۱. تاریخ دریافت مقاله ۱۳۹۱/۶/۲۵؛ تاریخ پذیرش نهایی مقاله ۱۳۹۱/۹/۲۶.

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه زنجان؛ نویسنده‌ی مسؤل:

bigdeli@znu.ac.ir

۳. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

درآمد

اراده‌ی اشخاص، اساس و زیر بنای معاملات است و بدون قصد و اراده، ماهیت اعتباری به وجود نمی‌آید، اما اراده، امری مخفی، درونی و نفسانی است و از دیدگاه حقوق، خواست‌های درونی افراد تا جنبه‌ی بیرونی پیدا نکند، آثار حقوقی نخواهد داشت. به تعبیر دیگر، اراده از اموری است که آگاهی از آن بدون کاشف ممکن نیست، به همین دلیل قانون‌گذار برای کشف قصد و اراده‌ی درونی، ابزارهای متعارفی را معین کرده است.

بنابراین از جمله مسائل قابل تعمق در حقوق قرارداده‌ها، تعارض اراده‌ی ظاهری و اراده‌ی باطنی در ایجاد یک عمل حقوقی است و این‌که کدام یک اصل و حاکم بر دیگری است. فقهاء و حقوق‌دانان اسلامی در این زمینه اختلاف نظر دارند، برخی با استناد به آیات، روایات و سیره‌ی عقلاء و سایر اصول مانند عرف خاص تجار و ضرورت استحکام و حفظ نظم اقتصادی، اصل را اراده‌ی ظاهری پنداشته؛ و برخی بر اساس آیات و روایات دیگر و ضرورت تبعیت عقود از قصد، از حاکمیت اراده‌ی باطنی جانبداری کرده‌اند.

مقصود از اراده‌ی ظاهری، اراده‌ی مکشوف به کاشف از قصد انشا است؛ یعنی مدلولی که دلالت بر قصد واقعی افراد دارد. حال ممکن است این اراده، مطابق با تمام خصوصیات اراده‌ی خطور کرده در خاطر باشد یا نباشد. مراد از اراده‌ی باطنی نیز، اراده‌ی خطور کرده در ضمیر است؛ یعنی آن‌چه عاقد به واقع قصد آن را دارد (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۲: ۲۴). این اراده نیز ممکن است مطابق با مدلول ایجاب یا قبول باشد یا نباشد. واژه‌های دیگری نیز وجود دارند که گاه جانشین این واژگان می‌شوند. به عنوان نمونه، اصطلاح اراده‌ی انشایی یا اراده‌ی حقیقی، تعبیر دیگری از اراده‌ی باطنی اند؛ هم‌چنان‌که، گاه به جای اراده‌ی ظاهری از واژه‌ی اراده‌ی خارجی استفاده شده است. از آن‌چه گفته شد می‌توان دریافت که مقصود از «اراده» در این نوشتار نیز، مجموع قصد و رضای متعاقدین است؛ امری که گاه منطبق با خواست‌های درونی است و گاه مبرزهای بیرونی نمایان‌گر آن‌ها است.

این پژوهش، ابتدا به حاکمیت اراده‌ی ظاهری یا باطنی در فقه پرداخته، سپس بررسی حاکمیت اراده‌ی ظاهری یا باطنی را در حقوق ایران مورد بررسی قرار

۱. حاکمیت اراده‌ی ظاهری یا باطنی در فقه

بحث از ترجیح اراده‌ی باطنی یا ظاهری بحثی نو نیست، بلکه در فقه پیشینه‌ای طولانی دارد. در فقه امامیه این موضوع در مبحثی خاص منقح نشده است، اما به صورت پراکنده و ضمن دیگر مباحث، دلایلی بر ترجیح هر یک از دو نظریه ارائه شده است.

۱-۱. دلایل طرفداران اراده ظاهری

بر اساس این نظریه،^۱ آفریننده‌ی عمل حقوقی، قصد و اراده‌ی باطنی نیست، بلکه الفاظ و افعال هستند که در ظرف اعتبار، منشاء اثر و موجد حق به شمار می‌آیند؛ زیرا اعمال حقوقی در حقیقت یک رابطه‌ی اجتماعی هستند که موجودیت خود را از توافق اراده‌های ظاهری متعاقبین اخذ می‌کنند، و به تعبیر دیگر، افراد اجتماع در داوری خود تنها اشخاص را به مفاد عرفی گفتار و اعمالشان ملزم می‌دانند. حفظ نظم و امنیت در روابط اجتماعی و اقتصادی ایجاب می‌کند که گفتار و اعمال، تنها کاشف و حکایت‌گر از قصد درونی نباشد، بلکه باید در فرایند ایجاد و تحقق عقد و ایقاع بازیگر باشد و نقش کلیدی خود را در آفرینش پدیده‌ی اجتماعی و حقوقی ایفاء نماید. بدین جهت نباید تصور کرد که الفاظ و مانند آن، در ایجاد عمل حقوقی طریقت دارند، بلکه خود موضوعیت داشته و از جایگاه و ارزش برجسته‌ای برخوردارند. از آثار مهم چنین تعبیری از الفاظ و اعمال، این است که در تفسیر قراردادها باید مفاد عرفی گفتار و کردارشان ملاک قرار گیرد.

با امعان نظر در برخی روایات و استقراء در آرای فقهای امامیه، می‌توان به جایگاه و اهمیت این نظریه وقوف یافت:

۱- از برخی روایات چنین استنباط می‌شود که ملاک در ایجاد عمل حقوقی، اراده‌ی ظاهری است؛ چنان‌که ابن بکیر، از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که آن حضرت فرمود:^۲ اگر در عقد نکاح، مدت تعیین و تصریح شود، آن عقد نکاح منقطع

۱. از جمله قائلین این نظریه در حقوق و فقه، می‌توان از دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی و علامه حلی یاد کرد.

۲. «إن ستی الاجل فهو متعه، و إن لم یسم الاجل فهو نکاح ثابت» (حلی، ۱۳۸۱، ج ۷: ۲۲۸).

خواهد بود و آلا عقد نکاح دائم می‌باشد؛ اگر چه قصد باطنی متعاقدين، عقد نکاح موقت بوده باشد، ولی از آنجا که به مدت اشاره نشده است، عرف آن را دائم تلقی می‌کند (حلی، ۱۳۶۷، ج ۲: ۳۰۵؛ نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۱: ۳۷). هم‌چنین است روایت: «همانا کلام است که موجب حلیت و حرمت می‌شود» (حر عاملی، ۱۴۰۳، ج ۱۲: ۳۷۶)؛^۱ که حصر و اطلاق دلالت دارد که الفاظ، تمام اثر را دارند و قصد فاقد نقش عمده و اساسی است.

۲- فتاوا و اخبار دلالت بر این نکته دارند که قصد باطنی تنها در صورتی می‌تواند اثر حقوقی داشته باشد که با کاشف خارجی همراه باشد و به گونه‌ای اعلام گردد. در تبیین حاکمیت اراده‌ی ظاهری گفته‌اند: «تردید نیست که نیت صرف در عقود و ایقاعات منشأ ایجاد هیچ‌گونه اثری نمی‌باشد، بلکه آن‌چه که مراد متعاقدين یا یکی از آن‌ها است، باید با آن‌چه که وسیله‌ی ایجاد مقصود و مراد است، انشاء گردد. پس اگر وصفی که عقد مبنی بر آن واقع شده، از اغراض شخصی و یا صفات خارجی بوده و به صورت صریح یا ضمنی در عقد ذکر نگردیده، پس وجودش مانند عدمش است» (نائینی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۴۰۴). هم‌چنین در زمینه‌ی ارزش اراده‌ی ظاهری نوشته‌اند: «عقد بیع بدون ایجاب و قبول منعقد نمی‌شود؛ اگر چه علامت رضایت موجود باشد و تنها، اگر امکان سخن گفتن برای انعقاد بیع نباشد، اشاره کافی است.» (حلی، ۱۳۶۷، ج ۲: ۱۳). در جای دیگر در تفسیر قاعده آمده است: «العقود تابعه للقصود» نظر به حاکمیت اراده‌ی ظاهری داشته و اگر بایع یا مشتری بر خلاف ظاهر الفاظ خود ادعایی بنمایند، از آنان پذیرفته نیست؛ زیرا تنها طریق وصول به قصد در مقام اثبات، ظاهر الفاظ می‌باشد که نزد عرف و عقلا معتبر است و در مقام اختلاف، تنها راه رسیدن به مقصود، ظواهر الفاظ است که حجیت دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۴: ۳۷۷).

هم‌چنین نظر مشهور فقیهان امامیه در افاده‌ی اباحه‌ی معامله‌ی معاطاتی، کاشف این واقعیت است که آنان به مقدار دلالت عرفی فعل متعاملین توجه داشته‌اند؛ زیرا در معامله‌ی معاطاتی، متعاملین اراده‌ی باطنی دارند، ولی به جهت این‌که معاطات ظهور در تملیک ندارد، معاطات را تنها موجب اباحه‌ی تصرف دانسته‌اند

۱. «انما یحلل الکلام و یحرم الکلام».

(انصاری، ۱۴۱۰: ج ۸: ۸۲).

۳- برخی روایات و دیدگاه‌های فقهی پراکنده، مثبت حجیت ظواهر اراده است. به عنوان نمونه در برخی روایات، قراردادهای ظاهری به قصد فرار از ربا، با حجیت پیدا کردن ظاهر قرارداد، صحیح تلقی شده است (حر عاملی، ۱۴۰۳: ۴۶۶). در باب وصیت مجهول نیز چنین دیدگاهی دیده می‌شود. به عنوان نمونه گفته شده است اگر کسی بگوید جزئی از مال خود را به شخص معینی بدهید، منظور از «جزء» بنابر آیهی ۲۶۰ سوره‌ی بقره که در آن خداوند خطاب به حضرت ابراهیم فرموده است «علی کل جبل منهن جزء» و منظور ده کوه بوده، اینجا نیز یک دهم خواهد بود (حرعاملی، ۱۴۰۳: ۴۴۴-۴۴۳). از دیدگاه فقه‌ها، گاه الفاظ ایجاب و قبول، اراده‌ی مطلق بر قصد متعاملین محسوب شده است، مثلاً در معاملاتی مثل بیع و اجاره، فقیهان اتفاق نظر دارند که پس از بیان عبارات صریح توسط معامله‌کننده، این ادعا که اراده‌ی درونی او مطابق با معنای ظاهری عبارات نیست، پذیرفته نمی‌شود (بنگرید به: قنواتی، ۱۳۷۷، ج ۱: ۲۵۲).

۴- از نظر برخی فقه‌ها، با امعان نظر در سیره‌ی عقلا در می‌یابیم که عقلا، گفتار و رفتار معاملی افراد را معیار در تحقق معاملات دانسته، بر آن آثار بار می‌کنند. آنان خویش‌تن را به تعمق در کشف اراده‌ی باطنی متعاملین ملزم نمی‌دانند و عرف حاکم بر روابط اقتصادی تجار، اراده‌ی ظاهری را اساس و مبنای اعمال حقوقی می‌داند. بنابراین سیره‌ی عقلاء و عرف خاص از منابعی هستند که به استناد آن می‌توان به ملاک بودن اراده‌ی ظاهری اذعان نمود.^۱

۲-۱. دلایل طرفداران حاکمیت اراده‌ی باطنی

بر اساس نظریه‌ی حاکمیت اراده‌ی باطنی، عنصر اصلی سازنده‌ی اعمال حقوقی، اراده‌ی باطنی است و اصولاً الفاظ ایجاب و قبول یا اعمال، کاشف از آن به شمار می‌آیند. بدیهی است در صورت احراز اشتباه بودن کاشف، ملاک در عمل حقوقی، اراده‌ی باطنی است. لذا چنان‌چه ایجاب و قبول با اراده‌ی باطنی مغایرت داشته باشد، فاقد اثر حقوقی است. برای دستیابی به دلایل نظریه‌ی حاکمیت اراده‌ی

۱. برای دیدن استدلال‌های دیگر بنگرید به: طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۱۵۱؛ مغنیه، ۱۹۶۵: ۷۸ به بعد؛ محقق کرکی، ۱۴۱۱: ۵۴ به بعد؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۳۳۸ به بعد.

باطنی در فقه امامیه، بایسته است که برخی آیات، روایات و اقوال فقهاء مورد تأمل و اشاره قرار گیرد.

۱- در قرآن کریم گفتارها و رفتارهای آدمیان مبتنی بر شاکله‌ی روانی و فکری آن‌هاست: «قُلْ كُلٌّ يَعْمَلُ عَلَىٰ شَاكِلَتِهِ»^۱ شاکله‌ی روانی و فکری هر انسانی شکل‌دهنده‌ی نیت و قصد باطنی اوست که به وسیله‌ی گفتار یا رفتار کشف و آشکار می‌گردد. بنابراین عمل انسان مبتنی بر نیت اوست. یا در جایی دیگر می‌فرماید: «لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ قُلُوبَكُمْ»^۲ «خداوند شما را به خاطر آن چه در قَسَم‌هایتان است مؤاخذه و تنبیه نمی‌کند، بلکه آن چه در قلوبتان است مؤاخذه می‌کند». پس آن چه بی‌نیت و خواست درونی ظهور و بروز یابد، اثر اخروی ندارد، اما نیت و اندیشه‌ی درونی که پلید باشد و بروز نیابد هم منشأ اثر است.

۲- برخی روایات بیان‌کننده‌ی آن است که شالوده‌ی عمل آدمی، نیت و قصد اوست. مانند «انَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ» (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۲: ۲۲۶)؛ یا «لکل امرء مانوی» (همان‌جا) یعنی همانا اعمال وابسته و برخاسته از نیت است. از امام صادق علیه السلام نقل شده است که آن حضرت فرمود،^۳ نیت برتر از عمل است و آگاه باشید که نیت حقیقت عمل است (کلینی، ۱۴۲۶: ۳۳۸). هم‌چنین در خبر منقول از حضرت رسول صلی الله علیه و آله آمده است که آن حضرت فرموده‌اند:^۴ (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج ۱: ۴۷ و ۴۸) نیست گفتار و قولی مگر با عمل و نیت؛ نیست گفتار و عملی مگر با نیت. در روایت دیگری نیز حضرت می‌فرماید: «نیتیه المومن خیر من عمله» (حرعاملی، ۱۴۱۴: ۴۷).

مجموع روایات مذکور، رجحان قصد باطنی و نیت درونی را اثبات می‌کند. بنابراین، الفاظ و سایر وسایل اعلام اراده، فقط دارای جنبه‌ی کاشفیت اند.

۳- براساس قاعده‌ی «العقود تابعه للقصد»، تحقق عقد و نوع و آثار آن تابع قصد طرفین معامله است. در میان فقیهان امامیه، این قاعده از چنان استحکامی برخوردار است که تلاش آن‌ها به طور جدی به تقلیل موارد استثناء از این قاعده

۱. اسراء: ۸۴.

۲. بقره: ۲۲۵.

۳. «و النیتیه افضل من العمل الا ان هی العمل».

۴. «لا قول الا بعمل و نیه و لا قول و عمل الا بنیتیه».

معطوف شده است. از جمله درباره‌ی تبعیت عقد از قصد چند احتمال داده‌اند که همگی گویای این مطلب است که سازنده‌ی اصلی عقد، قصد درونی و اراده‌ی واقعی است؛

۱- مراد از تبعیت عقد از قصد این است که تحقق عقد، منوط به قصد جدی در انشاء عمل حقوقی است، لذا عقد غافل و نائم و غالت به علت عدم قصد جدی بر عمل حقوقی فاقد اثر است. پس بی‌اراده‌ی باطنی، عقدی محقق نخواهد شد؛

۲- مراد از تابعیت عقد از قصد این است که چنانچه در عقد امری مورد قصد قرار گیرد، آن امر حتماً محقق می‌شود. این امر نیز در نهایت به تأیید اراده‌ی باطنی به عنوان سازنده‌ی اصلی قرارداد می‌رسد.

۳- مراد از این قاعده این است که وجود قصد، شرط صحت عقد است؛ به این معنا در صورتی که عقدی فاقد قصد باشد، نمی‌توان بر آن عنوان عقد باز نمود. مثلاً اگر کسی قصد بیع کند، ولی به جای «بعث»، «وهبت» بگوید، به علت عدم تحقق شرط، عقد هبه شکل نمی‌گیرد.

از احتمالات بر می‌آید که عقد به معنای عهد و ربط است؛ آن‌چه در آن قصدی نباشد، عقد و ربط محسوب نمی‌شود و دلالت‌های خاصی مثل بیع، اجاره و نکاح و طلاق، اگر فقط لفظ در آن ذکر شود؛ در حالی که قصد بر آن قرار نگرفته است، عقد به شمار نمی‌آید (میرفتاح، ۱۲۷۴: بدون شماره‌ی صفحه).

هم‌چنین در تبعیت عقد از قصد گفته‌اند: «از جمله شرایط متعاقدين این است که معنای عقدی را که بر زبان آورده‌اند، قصد کرده باشند؛ پس بدون قصد آن‌چه بر زبان می‌آورند، عقد واقع نمی‌شود» (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۸: ۱۱).

۴- در آثار فقهی، آرا و نظریاتی در مباحث عقود مشاهده می‌شود که بیان‌گر پیروی از نظریه‌ی حاکمیت اراده‌ی باطنی است. به عنوان مثال در زمینه‌ی نکاح موقت در صورت خلل به ذکر مدت در آن، گفته‌اند: «عاقده عقد دائم را قصد ننموده، لذا منعقد نمی‌گردد؛ زیرا عقود تابع قصد است» (حلی، ۱۳۸۹، ج ۳: ۱۲۹). در زمینه‌ی ارزش اراده‌ی باطنی آورده‌اند: «صیغه‌هایی مانند (تصدقت) به تنهایی برای

۱. لاریب انی العقد معناه العهد و الربط و ما لا قصد فيه لا یعد عهداً و لا ربطاً لا لغه و لا عرفاً. و اما الادیه الخاصه فقد اعتبر فيها لفظ البيع و الاجاره و النکاح و الطلاق و القرار ... نحو ذلك لا ريب ان كل ذلك ينصرف الی ما هو المقصود و اللفظ الخالی عن العقد لا یسمى بهذه الاسامی.

انعقاد عقد وقف کافی نیستند چون واجد معانی دیگری نیز هستند. اگر این الفاظ بخواهند برای انعقاد عقد وقف مورد استفاده قرار گیرند، نیازمند به قرینه هستند و اگر فردی بدون ذکر قرینه‌ای این صیغه‌ها را به کار ببرد، باید مطابق با نیتی که کرده است با او عمل شود» (حلی، ۱۳۶۷: ۲۱۱).

در مورد مهر السر و مهر العلانیه و ناسازگاری میان آن‌ها نیز؛ مثل این‌که زوجین در علانیه و نزد دیگران بر ده میلیون تومان مهر توافق کنند، ولی در نهان و نزد خود آن را یک میلیون تومان قرار دهند، صاحب جواهر در این صورت مهر السر را مهر واقعی و زوج را متعهد به آن می‌داند و در توجیه رای خود می‌گوید: الفاظ، وسیله‌ی بیان و اعلان اراده‌ی دو طرف است و بر همین مبنا گفته‌ای که بنا بر فرض کاشف از وقوع تراضی نیست، الزام‌آور نمی‌باشد^۱ (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۱: ۳۷).

۳-۱. انتخاب نظر ارجح

فقه‌های امامیه، اغلب بر آن می‌باشند که اراده باید اعلام شود تا در عالم اعتبار ایجاد اثر نماید و بحث‌های مفصلی درباره‌ی چگونگی اعلام اراده نموده‌اند؛ به طوری که در نگاه اول به نظر می‌رسد که به عقود تشریفاتی پای بندند و اصل رضایی بودن را نپذیرفته‌اند، مثلاً در تعریف بیع گفته‌اند: «بیع عبارت از لفظی است که دلالت می‌کند بر انتقال ملک از مالک به شخص دیگر به عوض معلوم» (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۲: ۲۰۳) همین امر در ماده‌ی ۳۳۶ قانون مدنی ایران انعکاس یافته است و به موجب این ماده، پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود، اما با وجود این و در مباحث ایجاب و قبول و الفاظ و ضرورت اعلام اراده، از اراده‌ی باطنی غافل نشده‌اند و همانند طرفداران اراده‌ی ظاهری که معتقدند اراده پس از این‌که اعلام شد، به عنوان یک پدیده‌ی مستقل مورد توجه حقوق است، اعتقاد به جدایی آن از قصد درونی پیدا نکرده و نوعاً ایجاب و قبول را تا زمانی معتبر می‌دانند که قصد درونی وجود داشته باشد.

این نتیجه، گاه از نحوه‌ی تحلیل عناصر و اجزای تشکیل‌دهنده‌ی عقد و گاه از صراحت لهجه‌ی ایشان در قضاوت میان ترجیح و تقدم خواست درونی یا ابزارهای

۱. برای دیدن استدلال‌های دیگر بنگرید به: مغنیه، ۱۹۶۵: ۲۱ به بعد؛ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۲۶۳ به بعد؛ محقق کرکی، ۱۴۱۱، ج ۴: ۵۵ به بعد؛ علم الهدی، ۱۴۱۵: ۱۳۰ به بعد.

اعلام اراده قابل کشف است. از جمله در بحث شرایط عقد، از ضرورت وجود صلاحیت و اهلیت طرفین عقد در هنگام انشای عقد از ناحیه‌ی طرف مقابل سخن گفته‌اند و معتقدند در زمان اعلام ایجاب، قبول کننده و در زمان قبولی، ایجاب کننده باید دارای شایستگی معامله باشند و اموری از قبیل خواب و مستی و جنون و فلس نباید واقع شود؛ در غیر این صورت، حالت ترکیبی ایجاب و قبول منتفی می‌شود و عقد تحقق نخواهد یافت (انصاری، ۱۴۱۰: ۹۲). هم‌چنین گفته‌اند ادامه‌ی اهلیت از حین ایجاب تا حین قبول در نکاح مطلق و مطلق عقود لازم است؛ چرا که خواست و اراده‌ی متعاملین و در نتیجه اهلیت، شرط عقد است، نه فقط شرط ایجاب یا قبول (نجفی، ۱۹۸۱: ج ۲۹: ۱۳۲ به بعد). همین تحلیل توسط فقهای بزرگ دیگری نیز مورد تایید قرار گرفته است (نائینی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۲۵۷؛ میر فتاح، ۱۲۷۴: بدون شماره‌ی صفحه). از سوی دیگر، کم نیستند اظهار نظرهای صریحی که بر کفایت اراده‌ی باطنی صحه گذاشته، در تعارض میان اظهارات بیرونی متعاقدين و خواست‌های درونی‌شان، جانب قصد و رضا را گرفته‌اند. آنان صرف تراضی متعاقدين را در انعقاد عقد کافی می‌دانند (مفید، ۱۴۱۷: ۵۹۱)؛ الفاظ و افعال را در عقد، صرفاً کاشف تلقی می‌کند (اردبیلی، ۱۴۱۱، ج ۸: ۱۴۴)؛ می‌گویند: «آن‌چه در عقد معتبر است، تنها قصد باطنی است و لفظ، تنها شأن کاشفیت از قصد باطنی دارد» (عاملی، بی‌تا، ج ۲: ۱۹۸) و «هر لفظی که بر تراضی متعاقدين دلالت نماید، در صحت عقد کافی است» (بحرانی، ۱۴۱۵، ج ۲۰: ۳). فقیه دیگری در مقام تعارض بین اراده‌ی باطنی و ظاهری، اراده‌ی باطنی را حاکم می‌داند: «چنان‌چه بین تسمیه و اشاره، یا بین اشاره و صفت تعارض رخ دهد، باید قصد فردی که اشاره و تسمیه یا اشاره و توصیف از او صادر شده است، در نظر گرفته شود و هر آن‌چه که منطبق با قصد نبوده، باطل می‌باشد» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۴: ۶۰۵). به تعبیر برخی دیگر «عقد به معنی عهد است و عهد نیز امر قلبی و درونی است؛ اگر چه دارای مبرز خارجی باشد». از نظر ایشان، اطلاق عقد به ایجاب و قبول، نوعی مجاز و مسامحه در کلام است؛ چرا که سازنده‌ی اصلی عقد، قصد عاقد است و به همین خاطر پیشنهاد می‌کنند که ایجاب و قبول یا به طور کلی اراده را وسیله‌ی انشاء بنامیم، نه عقد؛ چرا که تحقق عقد بدون قصد بی‌معناست (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳۶).

بنابراین، بر اساس دیدگاه مشهور فقیهان، اراده‌ی ظاهری، اعتبار و ارزش خود را از اراده‌ی باطنی می‌گیرد و تا زمانی ارزش دارد که این ارتباط و پیوند برقرار باشد و تا پیش از انعقاد عقد، هرگاه این ارتباط و پیوند قطع شود، اراده‌ی ظاهری نیز ارزش خود را از دست می‌دهد و این نشان‌گر آن است که سازنده‌ی اصلی عمل حقوقی، اراده و قصد درونی است و اعتبار و ارزش اراده‌ی ظاهری به دلیل کشف از اراده‌ی باطنی است.

۲. حاکمیت اراده‌ی ظاهری یا باطنی در فقه عامه

فقه‌های عامه در زمینه‌ی حاکمیت اراده‌ی ظاهری یا باطنی اتفاق نظر ندارند. از مذاهب چهارگانه‌ی اهل سنت، فقه‌های حنفی در پیروی از نظریه‌ی اراده‌ی ظاهری اصرار بیشتری نموده‌اند و فقه‌های مالکی، نظریه‌ی اراده‌ی باطنی را ترجیح داده‌اند؛ فقه‌های شافعی از نظریه‌ی حاکمیت اراده‌ی ظاهری پیروی نموده و فقه‌های حنبلی مخلوطی از آن دو را در اقوال و آراء خویش جلوه‌گر ساخته‌اند. برای وقوف بیشتر شایسته است آراء برخی از ایشان را ارائه نماییم.

۲-۱. دلایل طرفداران حاکمیت اراده‌ی ظاهری

فقیهان شافعی با توجه به مقدمات زیر، اراده‌ی ظاهری را بر اراده‌ی باطنی ارجح می‌دانند:

- ۱- شارع، اماراتی را به منظور کشف تراضی جعل کرده است، این امارات همان صیغه‌های عقود و مانند آن‌هاست که وسیله‌ی اعلام اراده و امر درونی‌اند.
 - ۲- شارع برای برخی از تصرفات، وضعیت خاصی را اعتبار کرده و صورت خارجی و ظاهری آن را ملاک قرار داده است؛ اگر چه امر باطنی با آن‌ها مخالف باشد، مانند نکاح، طلاق و رجوع.
 - ۳- حدیث رفع که برای عقود و معاملات شخص اشتباه کننده، فراموشکار و مکره، وضعیتی متفاوت با سایر عقود قرار داده است، بر این حقیقت دلالت می‌کند که به طور استثناء در این عقود بر الفاظ و عبارات اثری مترتب نمی‌شود.
- با توجه به این مقدمات، فقیهان شافعی اراده‌ی ظاهری را معیار و ملاک قرار

داده و فقط موارد حدیث رفع را استثنا کرده‌اند. «دلیل این قول این است که هر عقدی را که در ظاهر صحیح باشد، به واسطه‌ی تهمت یا عادت‌ی که یکی از متبایعین دارد، باطل نمی‌دانم، بلکه آن را صحیح می‌دانم و این را نمی‌پذیرم که به سبب نیت، یعنی نیتی که اگر ظاهر می‌شود، بیع فاسد می‌گردید، آن معامله را باطل بدانم (بنگرید به: قنواتی، ۱۳۷۷: ۲۵۸).

فقیهان حنفی نیز اراده‌ی ظاهری را بر اراده‌ی باطنی ترجیح می‌دهند. ابوحنیفه در طلاق، سوگند و مانند آن، بر عبارات و الفاظ گوینده اعتماد می‌کند؛ اگر چه مکره بوده باشد. هم‌چنین در ازدواج محلل، مهر در نکاح و بیع تلجئه،^۱ به عبارت و الفاظ اعتبار داده است. علاءالدین ابوبکر بن مسعود کاسانی، فقیه حنفی در این زمینه می‌نویسد: «نکاح خاطی، جایز و صحیح است و خاطی کسی است که واژه‌ی انکحت را بدون قصد به زبان آورد. در تحقق نکاح نیز قصد شرط نیست؛ کما این که نکاح هازل نیز صحیح است» (کاسانی حنفی، ۱۴۰۶، ج ۲: ۳۱۰). ابن قیم جوزیه از قول ابوحنیفه و شافعی درباره‌ی بیع تلجئه می‌نویسد: «اگر در عقد بیع نگوید «قد تبایعنا هذا العقد تلجئه» آن بیع، بیع تلجئه خواهد بود» (زرقاء، ۱۹۶۷، ج ۱: ۳۵۳). هم‌چنین، بحرالعلوم به نقل از نویسندگانی از محققان معاصر در زمینه‌ی ارزش و اعتبار اراده‌ی ظاهری می‌نویسد: «اما اراده‌ی ظاهری که همانا تعبیر از اراده‌ی باطنی به وسیله‌ی لفظ یا فعل صادر از متعاقد مختار است، عامل در عقد بوده و نیازی از بحث و جست‌وجو از اراده‌ی باطنی نیست» (بحرالعلوم، ۱۹۸۴: ۳۶).

۲-۲. دلایل طرفداران حاکمیت اراده‌ی باطنی

در مقابل فقیهان حنفی و شافعی، مالکیه نظریه‌ی اراده‌ی باطنی را مطلقاً پذیرفته است. این دسته از فقیهان با تبعیت از احادیثی از جمله «انما الاعمال بالنیات» و «انما لكل امرئ ما نوى» این نظریه را اختیار نموده‌اند. ابن نجیم در زمینه‌ی اعتبار و حاکمیت اراده‌ی باطنی می‌نویسد: «اگر بین زبان و قلب اختلاف شود، آن چه در قلب گذشته است، معتبر خواهد بود» (زرقاء، ۱۹۶۷: ۳۵۲). بنابراین در فرض تعارض بین اراده‌ی ظاهری و باطنی، اراده‌ی باطنی ملاک در عمل حقوقی است.

۱. بیعی است که شخص با ترس از ظالم و برای فرار از ظلم او بخشی از مایملک خود را به ظاهر و با رعایت تمامیارکان و شرایط عقد به دیگری واگذار کند.

هم‌چنین شاید جانبداری فقهای مالکی و حنبلی از سدّ ذرایع، محصول تبعیت آن‌ها از اراده‌ی باطنی است و مخالفت آنان با قراردادهای صوری مانند استفاده از حيله‌های فرار از ربا نیز بر اساس ملاک قرار دادن اراده‌ی باطنی قابل توجیه است؛ چه، استفاده از ذریعه و وسیله برای ارتکاب فعل حرام، حرام است و اصولاً ملاک در اعمال، نیت و مقاصد درونی انسان است، نه ظواهر کردار او. لازم به یادآوری است که این گروه نیز به طور کامل از اراده‌ی باطنی پیروی ننموده‌اند، بلکه در مواردی در آن قائل به استثنا شده‌اند که نمونه‌ی آن پیروی از اراده‌ی ظاهری در مسأله‌ی مهر السر و مهر العلانیه است. احمد بن حنبل و فقهای بزرگ حنبلی، مهر العلانیه یا مهر اعلان شده را مهر واقعی دانسته و شوهر را متعهد به آن می‌دانند؛ یعنی مهري که با عبارات ایجاب و قبول ابراز شده را کاشف از قصد انشاء و نکاح را تابع این قصد می‌دانند. آن چه در خفا و نهان مورد توافق طرفین بوده است، اگر چه در هنگام انعقاد قرارداد در دل زوجین بوده است، اما چون ابراز نشده، اثری بر آن مترتب نیست (ابن قیم جوزیه، ۱۴۱۶: ۸۲-۸۰).

برخی از عالمان حقوق اسلامی در مورد نظریه‌ی احمدبن حنبل نوشته‌اند: «احمد بن حنبل از فقهای است که در مسأله‌ی سدّ ذرایع از اراده‌ی باطنی پیروی می‌کند، لیکن در مسائل دیگر از قبیل مهرالسر و مهرالعلانیه از اراده‌ی ظاهری تبعیت می‌نماید. این نشان می‌دهد که او در مورد اراده‌ی ظاهری و اراده‌ی باطنی، همه‌ی مسائل حقوقی را از یک دید نمی‌نگرد هم‌چنین به نظر می‌رسد او به راه صواب رفته است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۳۸: ۱۲۰).

همان‌طور که بیان گردید، فقهای حنبلی در مواردی از اراده‌ی ظاهری پیروی نموده و در مواردی اراده‌ی باطنی را معیار و ملاک قرار داده‌اند و به نیت و قصد، بیش از عبارات و الفاظ توجه کرده‌اند. بر اساس دیدگاه حنبلی، اگر قرینه‌ای لفظی یا غیر لفظی، مغایرت بین مقصود طرفین و الفاظ دال بر آن مقصود را نشان دهد، آن چه از اعتبار برخوردار خواهد بود، نیت و قصد طرفین است؛ زیرا الفاظ فقط کاشف و ترجمان اغراض و نیت طرفین است و باید موافق با قصد و نیت گوینده باشند.

یکی از فقیهان حنبلی در این باره می‌گوید: «خداوند احکام و آثار را بر الفاظ به لحاظ دلالتشان بر قصد گوینده مترتب کرده است. بنابراین اگر زمانی یقین حاصل

شود که گوینده، کلام را قصد کرده، اما معنای آن را قصد نکرده است، شارع او را ملزم به چیزی که قصد نکرده نمی‌سازد و در جایی که بدانیم معنای لفظ قصد نشده است، نمی‌توان لفظ را دلیل بر چیزی دانست که به خلاف آن یقین داریم» (ابن قیم جوزیه، ۱۴۱۶: ۱۰۱).

با امعان نظر و بررسی ادله‌ی مربوط به حاکمیت اراده‌ی ظاهری و باطنی در فقه و حقوق اسلامی، به نظر می‌رسد فقهای اسلامی در این زمینه اتفاق نظر ندارند؛ برخی معتقدند که عنصر سازنده‌ی عمل حقوقی، اراده‌ی باطنی است و ظهور و اثبات آن به وسیله‌ی گفتار یا عمل تنها کاشف و مبرز است و بعضی دیگر معتقدند که اعمال حقوقی با گفتار و اعمال موجودیت یافته و دارای اثر حقوقی خواهد بود. حقیقت این است که در فقه از نتایج هیچ یک از دو نظریه‌ی «اراده‌ی باطنی» و «اراده‌ی ظاهری» به طور کامل پیروی نشده است و آن چه اجرا می‌شود، مخلوطی از آن دو، با ترجیح و تمایل بیشتر نسبت به اراده‌ی باطنی است؛ به گونه‌ای که با وجود تفاوت‌های چشم‌گیر در دیدگاه‌های اهل سنت که به برخی از آن‌ها اشاره شد، بسیاری از نویسندگان حقوقی تابع فقه عامه، اختلاف دیدگاه‌ها در این زمینه را چندان جدی نمی‌دانند و سرانجام همه‌ی دیدگاه‌ها؛ جز اختلاف رویکردهایی که اساسی نیستند را ترجیح اراده‌ی باطنی می‌بینند (سنهوری، ۱۴۱۷، ج ۱: ۶۶؛ سوار، ۱۹۹۸: ۲۷۶).

۳. رویکرد مکاتب حقوقی نسبت به موضوع

هم‌چنان که بیان شد، اراده‌ی ظاهری، مبین اراده و خواست طرف‌های قرارداد است؛ ابزاری است تا متعاقدين از خواست و تصمیم یکدیگر آگاهی یابند. پس اصولاً آنان، این ابزار را چنان سامان می‌دهند که تا سر حد امکان به هدف اصابت کند و این، یعنی انطباق کامل اراده‌ی ظاهری و باطنی. اما این نیت، همیشه حاصل نمی‌شود. کم‌تجربگی و بی‌دقتی، عدم آگاهی از آثار تعبیر مختلف دلایلی دیگر باعث اختلاف در برداشت از اراده‌ی ظاهری می‌گردد؛ به گونه‌ای که یک طرف به معانی عرفی و تحت اللفظی عبارات استناد می‌کند و دیگری با تمسک به اموری خارج از مفاد عقد، می‌کوشد که اثبات نماید، خواسته با مبرز متفاوت است. این، اختلافی است که در هر نظام حقوقی، اعم از شرعی و عرفی، شرقی و غربی و با هر دیدگاه

حقوقی روی داده است. پس اندیشمندان نیز به تکاپو افتاده‌اند برای رفع این اختلاف تا پاسخی قانع کننده بیابند.

هم‌چنان که در اختلاف‌های مشابه، طرفداران دو نحله‌ی فکری، فردگرایی^۱ و جمع‌گرایی^۲، در مقابل هم صف‌آرایی کرده، از سلاح استدلال خود برای کوبیدن مواضع حریف بهره برده‌اند، در این مسأله نیز چنین رویارویی رخ داده است. نگاهی به رویکرد این دو گروه، برای دریافت سمت و سوی کلی افکار حقوق‌دانان در نظام‌های مختلف، گریز ناپذیر به نظر می‌رسد.

طرفداران اصالت فرد، همه چیز را ناشی از اراده‌ی آزاد انسانی می‌دانند. آن‌ها معتقدند که فرد به عنوان عنصر سازنده‌ی اجتماع اصالت دارد و هدف حقوق و قواعد حقوقی باید حمایت از آزادی و منافع شخصی و حفظ امنیت و آسایش او باشد. به نظر آنان، آنچه واقعیت دارد انسان است و این انسان‌ها هستند که با اجتماع خود جامعه را تشکیل می‌دهند. بنابراین در جامعه، پس از هر چیز باید منافع و آزادی‌های افراد مصون بماند و هدف حقوق باید تحقق آزادی‌های شخصی و صیانت از حقوق افراد باشد. به نظر فردگرایان، انسان، آزاد و مختار است. بنابراین در فعالیت‌هایش نیز آزادی کامل دارد. این اختیار یک حق است و ریشه در طبیعت انسان دارد. به نظر آنان، انسان آن‌گاه که تنها است، مختار و آزاد می‌باشد و این انسان طبیعی، هرگاه که پای به اجتماع می‌نهد، باید آزادی و اختیارش مصون بماند. به نظر جان لاک که از نخستین طرفداران این مکتب در عصر جدید است، انسان در حال طبیعی نیز از حق آزادی و مالکیت و کارکردن برخوردار بوده و تنها نقصی که در زندگی داشته، وجود قدرت صالحی بوده است که از این حقوق حمایت و اجرای آن را تضمین کند. برای ایجاد همین قدرت است که قرارداد اجتماعی بسته شد و ضمن آن، افراد از پاره‌ای از حقوق طبیعی خود به سود دولت صرف نظر کردند تا از مزایای آن استفاده نمایند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۴۴۴).

بنابراین در مکتب فردگرایی، اصالت با فرد است و همه چیز از اراده‌ی او ناشی می‌شود. پس باید تا حد امکان به اراده‌ی اشخاص احترام گذاشته شود. بر این مبنا، اعمال حقوقی نیز تمام نیروی خود را از اراده‌ی آزاد اشخاص کسب می‌کنند. اعمال

1. Individualism
2. Collectivism

حقوقی به این دلیل فرد را متعهد می‌کنند که از اراده‌ی آزاد وی نشأت گرفته‌اند. پس اراده‌ی آزاد فرد مبنای کلیه‌ی تعهدات اوست. او خود به میل و خواست خویش خود را ملتزم نموده است؛ پس باید به عهد خود وفا کند. بر این اساس، عقد و ایقاع تمام نیروی الزام‌آور خود را از اراده می‌گیرد و ریشه در آن دارد. پس هرگاه معلوم شود که این عقد یا ایقاع با اراده‌ای که مبنا و اساس آن است مطابقت ندارد، فاقد نیروی الزام‌آور است و تعهدی ایجاد نمی‌کند؛ چرا که از اراده‌ی او ناشی نشده است. هر آن چه که از شخص بروز کرده و به عنوان اراده‌ی او اعلام شده است، اما بر اراده‌ی باطنی تکیه نداشته باشد، پوسته‌ی بی مغزی است که هیچ اثر حقوقی ندارد. لذا اراده‌ای که ظاهراً وجود دارد، اما منطبق با قصد و رضا نیست، قوه‌ی الزام‌آوری نخواهد داشت (Buffelan, 1998: 30).

در مقابل دیدگاه فردگرایان که بازگشت همه‌ی حقوق و تعهدات را به اراده‌ی فردی می‌دانند، از دید جمع‌گراها آنچه اصالت دارد، جامعه است. هیوم از اندیشمندان بزرگ طرفدار این دیدگاه، معتقد است عدالت فقط وسیله‌ای است که جامعه برای حفظ خود به کار می‌برد. به نظر او موضوع قوانین مدنی چیزی جز نفع جامعه نیست. پس باید پذیرفت که نفع جامعه بایستی تنها مبنای عدالت و مالکیت قرار گیرد. همچنین ریشه‌ی قواعد انصاف و عدالت و درجه‌ی اعتبار آن‌ها در فایده‌ای است که از رعایت آن‌ها برای جامعه به دست می‌آید.

به نظر طرفداران مکتب اجتماعی، اگر حقوق فقط به حفظ و تأمین آزادی فردی توجه داشته و نیازها و ضرورت‌های زندگی مشترک را نادیده انگارد، به اهداف خود نرسیده است. بر خلاف آنچه طرفداران حقوق فردی ادعا می‌کنند، از دیدگاه اجتماعی، فرد هیچ حق مطلق در برابر منافع جمع ندارد. زندگی با دیگران یک سلسله تکالیف گوناگون برای او به وجود آورده است و آزادی‌های او تا جایی است که به منافع جمع لطمه‌ای وارد نسازد. پس به جای تکیه بر اراده‌ی فرد، باید به دنبال نفع جمع و اجتماع بود.

از نگاه طرفداران اصالت اجتماع، عقد رابطه‌ی اجتماعی است که از توافق اراده‌ی ظاهری اشخاص به وجود می‌آید. آن چه در درون دو طرف عقد می‌گذرد، در جهان حقوق اثر ندارد؛ زیرا قانون تنها می‌تواند بر مظهر خارجی اراده حکومت کند.

حفظ نظم اجتماعی نیز چنین ایجاب می‌کند که اشخاص به مفاد عرفی گفته‌های خود پای‌بند باشند و اگر نه، هیچ امنیتی در روابط مردم باقی نمی‌ماند و به هیچ گفته و نوشته‌ای نمی‌توان اعتماد کرد.

بر همین اساس است که در حقوق آلمان، با توجه به ابتدای عقایدشان به برداشت مادی و اجتماعی^۱ از عقد و تعهد، اهمیت شکل قرارداد را بهتر می‌توان دید تا حقوق کشوری همانند فرانسه، که با برداشت شخصی و باطنی^۲ موافق‌ترند. به عنوان نمونه، ماده‌ی ۱۲۵ قانون مدنی آلمان مؤیدی بر این نکته است. این ماده اعلام می‌دارد: «معامله‌ی حقوقی که واجد شکل مقرر قانونی نباشد، باطل است. هم‌چنین نداشتن شکل مقتضی معامله‌ی حقوقی، در صورت تردید، منتهی به بطلان خواهد شد». این در حالی است که ماده‌ی ۱۱۵۶ قانون مدنی فرانسه، نکته‌ای کاملاً متفاوت در خود دارد: «در قراردادها، به جای متوقف ماندن در حدّ معانی ادبی الفاظ، بیشتر باید به دنبال این بود که قصد مشترک متعاقدین چه بوده است».

۴. حاکمیت اراده‌ی ظاهری یا باطنی در حقوق ایران

اراده‌ی باطنی، امری پنهان و مخفی است و به طور معمول نمی‌توان از آن آگاه شد. لازم است این اراده به شکلی در خارج ظهور یابد؛ امری که بر قصد باطنی دلالت می‌کند و اراده‌ی ظاهری نامیده می‌شود. در خصوص رابطه و نسبت بین این دو شکل از اراده و آثار پذیرش هر یک از آن‌ها در نظام تقنینی، میان حقوق دانان و نیز در رویه‌ی قضایی مباحثی مطرح است که در این فصل بررسی خواهد شد.

۴-۱. وضعیت نظام تقنینی

در قوانین ایران نیز همانند فقه، رویکرد ثابتی به موضوع دیده نمی‌شود. برخی از مواد، مؤید ترجیح قصد درونی اند و برخی دیگر، توجه ویژه‌ای به قالب قراردادی نموده‌اند که اشاره به برخی از این مواد ضروری می‌نماید.

1. Conception Objective
2. Conception Subjective

۱-۱-۴. دلایل ترجیح اراده‌ی باطنی

۱- به موجب ماده‌ی ۱۹۱ قانون مدنی «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». به موجب این ماده، قصد درونی سازنده‌ی عقد است؛ چرا که تحقق عقد با قصد انشاء صورت می‌پذیرد. البته این قصد به خاطر این که بتواند در عالم خارج منشأ اثر شود، باید همراه با کاشف خارجی باشد. ولی این کاشف تنها جنبه‌ی طریقییت دارد و نقشی در سازندگی عمل حقوقی ندارد.

۲- مفاد ماده‌ی ۱۹۶ قانون مدنی نیز حاکی از حکومت قصد باطنی بر قصد اظهار شده است: «کسی که معامله می‌کند، آن معامله برای خود آن شخص محسوب است، مگر این که در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید، یا بعداً خلاف آن ثابت شود».

به حکم این ماده، بر حسب ظاهر، عقد برای طرفین متعاملین منعقد می‌شود و آن‌ها خود عهده‌دار حقوق و تکالیفی هستند که به موجب عقد ایجاد شده است. اما قسمت دوم ماده به طرفین اجازه داده است که پس از انعقاد قرارداد، خلاف این ظهور را ثابت نمایند. بنابراین یکی از آن‌ها یا هر دو می‌توانند اعلام کنند که عقد را اصالتاً منعقد نساخته‌اند، بلکه به نمایندگی از طرف دیگری در انعقاد قرارداد شرکت جسته و قصد درونی آنان این بوده که نماینده‌ی شخص دیگر باشند پس قرارداد هیچ گونه تکلیفی را برای آنان ایجاد نکرده است.

راجع به این ماده و تحلیل دامنه‌ی اجرایی آن میان حقوق دانان اختلاف وجود دارد: برخی با اثبات نمایندگی یکی از طرفین، نمایندگی را میان هر سه طرف عقد (موکل، وکیل و اصیل) قابل استناد می‌دانند (صفایی، ۱۳۸۲، ج ۲: ۷۹؛ امامی، ۱۳۶۶، ج ۱: ۲۶۴) و برخی دیگر، نمایندگی را فقط میان وکیل و موکل قابل استناد می‌دانند و معتقدند اصیل نباید با غریبه (موکل) مواجه شود (کاتوزیان، ۱۳۶۶، ج ۲: ۵۰؛ حائری شهاباغ، ۱۳۷۶، ج ۱: ۱۵۵). با این همه، نقطه‌ی مشترک هر دو دیدگاه، اعتبار قائل شدن به اراده‌ی باطنی در مقابل اراده‌ی ظاهری است که در دیدگاه نخست، مطلق و در دیدگاه دوم مقید است.

۳- به موجب ماده‌ی ۶۵ قانون مدنی: «صحت وقفی که به علت اضرار دیان واقع شده باشد منوط به اجازه دیان است». بر اساس این ماده، با این که ظاهر عقد

وقف به درستی تنظیم شده است، اما با اثبات شدن نیت درونی طرفین که امری خلاف مصالح اجتماعی است، عقد غیر نافذ تلقی می‌شود.

شبهه چنین مقرره‌ای در ماده‌ی ۲۱۸ قانون مدنی^۱ نیز آمده و با اثبات صوری بودن معامله‌ای که به قصد فرار از دین واقع شده، حکم به بطلان آن داده شده، هرچند که ظواهر عقد دارای هیچ اشکالی نباشد.

۴- به موجب ماده‌ی ۶۶ قانون مدنی: «وقف بر مقاصد غیر مشروع باطل است». سوال این است که، آیا قصد غیر مشروع برای تأثیر بر سرنوشت عقد، باید اعلام شود و در قلمرو تراضی قرار گیرد یا صرف قصد درونی نامشروع موجب بطلان عقد است؟ در این مورد می‌توان گفت حکم این ماده تأیید حکم عمومی مندرج در بند ۴ ماده‌ی ۱۹۰ قانون است. در این ماده، مشروعیت جهت معامله به طور مطلق جزء شرایط اساسی صحت معامله احصاء شده است.

ماده‌ی ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی^۲ و ماده‌ی ۹۷۵ قانون مدنی^۳ هم در ارتباط با نظم عمومی و اخلاق حسنه، حاوی چنین مطلبی هستند.

۵- به موجب ماده‌ی ۴۶۳ قانون مدنی: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود».

مواد ۳۳ قانون ثبت و ماده‌ی ۱ قانون روابط موجر و مستأجر نیز دارای مفهومی مشابه با مفاد همین ماده اند. بر اساس تبصره‌ی ماده ۳۳، اگر محتوای معامله، معامله «با حق استرداد» باشد، هرچند ظاهر غیر از این باشد، تابع احکام معامله با حق استرداد خواهد بود. هم‌چنین ماده‌ی ۱ قانون روابط موجر و مستأجر، هر عقدی را که با نیت اجاره واقع شود، در هر قالبی که باشد، تابع این قانون می‌داند.

۶- در مواد دیگری از قانون مدنی نیز حکومت اراده‌ی باطنی و واقعی بر اعمال حقوقی به خوبی استنباط می‌شود: به موجب ماده ۱۹۵ قانون مدنی: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید آن معامله به واسطه فقدان قصد

۱. «هر گاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین به صورت صوری انجام شده، آن معامله باطل است».
 ۲. «عقود و قراردادهایی که محل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشند در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست».

۳. «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد...».

باطل است». این ماده اراده‌ی ظاهری را به تنهایی منشأ ایجاد اثر حقوقی ندانسته است. هم‌چنین به موجب ماده‌ی ۱۹۴ همین قانون: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن انشاء معامله می‌نمایند باید موافق باشد به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء او را داشته است و آلا معامله باطل خواهد بود». با دقت در این ماده دیده می‌شود که الفاظ و اشارات و سایر اعمال، وسیله‌ی اعلام اراده است و طریقت دارد و عقد هنگامی واقع می‌شود که قصد درونی و اراده‌ی واقعی طرفین با هم مطابقت داشته باشد.

۷- به موجب ماده‌ی ۴۶۴ قانون مدنی: «معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی را می‌دهد به عوض مال دیگری که از طرف دیگر اخذ می‌کند، بدون ملاحظه این که یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد». بنابر این برای تمییز بیع از معاوضه باید دید قصد طرفین چه بوده است. همین حکم در ماده‌ی ۷۵۸ قانون مدنی^۱ در عقد صلح آمده است و طرفین می‌توانند رابطه‌ی حقوقی خود را به تبعیت از قصد درونی، در قالب صلح در آورند.

۸- به موجب ماده‌ی ۱۱۴۹ قانون مدنی «رجوع در طلاق به هر لفظ یا فعلی حاصل می‌شود که دلالت بر رجوع کند، مشروط بر این که به قصد رجوع باشد». از عبارت این ماده نیز معلوم است که اراده‌ی ظاهری و اعلام شده فقط به اعتبار کشف از اراده‌ی واقعی اعتبار دارد و در صورتی موجب ایجاد آثار حقوقی می‌شود که مقرون به قصد باشد و مراد از مقرون بودن به قصد، این است که منعکس کننده‌ی قصد درونی و اراده‌ی باطنی باشد.

۲-۱-۴. دلایل ترجیح اراده‌ی ظاهری

در بحث از مکتب‌های شخصی و اجتماعی اشاره شد که طرفداران نظریه‌ی اجتماعی حقوق، بر این باورند که وظیفه‌ی اصلی قوانین، حفظ نظم اجتماعی است و لازمه‌ی نظم اجتماعی نیز حفظ نظم در معاملات و احترام به اعتماد مشروع و حسن نیت اشخاص است. اگر قرار باشد هر کسی پس از اعلام اراده بتواند ادعا کند که آنچه

۱. «صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است می‌دهد، لیکن شرایط و احکام خاصه‌ی آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد شد بدون این که شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود».

که وی اعلام کرده با قصد و اراده‌ی حقیقی او مطابقت ندارد و بدین وسیله اعتماد مشروع دیگران را مورد سوءاستفاده قرار دهد، نظم روابط اجتماعی به هم می‌ریزد و اعتماد که لازمه‌ی روابط حقوقی است جای خود را به سوء ظن و عدم اعتماد می‌دهد. این موضوع گرچه قدری مبالغه آمیز است، ولی بخشی از حقیقت را با خود دارد. قانون‌گذار ایران نیز از این امر غافل نشده و سعی کرده است در عین حال که اصل حکومت اراده‌ی باطنی را تا حد امکان مورد احترام قرار می‌دهد، ولی از حفظ نظم در معاملات و احترام به اعتماد مشروع اشخاص غافل نشود. به همین دلیل موادی وجود دارد که حاکی از پذیرش اراده‌ی ظاهری است. از جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱- ماده‌ی ۴۵۱ قانون مدنی: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، فسخ فعلی است». در این ماده اصطلاحاً نوعاً، حاکی از قبول قصد نوعی به جای تفحص قصد واقعی است.

۲- ماده‌ی ۲۲۴ قانون مدنی: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه». مطابق این ماده، اصل این است که کسی که اراده‌ی خود را اعلام می‌کند، از گفته یا نوشته‌ی خود معنایی را مد نظر دارد که در عرف مرسوم است؛ چرا که فرض این است که مخاطب هر اعلام اراده، همان معنایی را از کلام اعلام کننده می‌فهمد که عرف از آن اعلام برداشت می‌کند. بنابراین طرفین بر مبنای فهم عرفی از آن چه اعلام شده، تراضی می‌کنند و باید بدان ملتزم باشند. پس در تفسیر قرارداد، عبارات باید بر معانی متعارف حمل گردد و لازم نیست که به تجسس پرداخت که قصد باطنی طرفین از الفاظ عقد چه بوده است و ظاهراً در صورت تجسس و رسیدن به امر مخالف ظاهر هم، اعتباری برای آن نیست.

۳- به موجب ماده‌ی ۱۲۹۲ قانون مدنی: «در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارد انکار و تردید مسموع نیست و طرف می‌تواند ادعای جعلیت به اسناد مذکور کند یا ثابت نماید که سند مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است». ماده‌ی ۱۳۰۹ قانون مدنی نیز در حکمی مشابه اعلام کرده است: «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت شهود اثبات نمی‌گردد».

بر اساس این مواد، هر کس پای‌بند و ملتزم به اراده‌ی ظاهری و اعلام شده‌ی خود در سند رسمی یا سند عادی که اعتبار آن نزد محکمه احراز شده، می‌باشد و ادعای این که آن چه در سند آمده، با اراده‌ی واقعی و درونی او مطابقت ندارد، از او پذیرفته نیست. پس کسی نمی‌تواند بدین ادعا که آن چه در سند آمده، اراده‌ی واقعی و حقیقی او نیست و با آن مغایرت دارد، از زیر بار التزام و تعهدات شانه خالی کند. قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ نیز در مواد ۲۲ و ۴۶، احکام مندرج در مواد ۱۲۹۲ و ۱۳۰۹ قانون مدنی را تأیید و برای آن ضمانت اجرا پیش‌بینی کرده است.

۵- ماده‌ی ۲۲۵ قانون تجارت مقرر می‌دارد. «تاریخ تحریر و مبلغ برات با تمام حروف نوشته می‌شود. اگر مبلغ بیش از یک دفعه به تمام حروف نوشته شده و بین آن‌ها اختلاف باشد، مبلغ کمتر مناط اعتبار است. اگر مبلغ با حروف و رقم هر دو نوشته شده و بین آن‌ها اختلاف باشد، مبلغ با حروف معتبر است».

در این ماده، قانون‌گذار برای سهولت و سرعت در امور تجاری، در پی دستیابی به قصد باطنی صادر کننده‌ی سند تجاری نیست. هم‌چنین وصف تجربیدی بودن اسناد تجاری موجب تفوق شکل ظاهری سند بر اراده‌ی واقعی صادر کننده‌ی آن گردیده است، به طوری که می‌توان گفت روابط حقوقی ناشی از چنین اسنادی، بر چهره‌ی صوری و شکلی آن‌ها مبتنی است و به تعبیری، شکل مرئی و ظاهر سند، سازنده‌ی حق است (قاسمی، ۱۳۸۸: ۳۷).

در یک جمع بندی کلی می‌توان گفت قانون مدنی ایران برای حفظ مصالح فردی یا اجتماعی در موارد متفاوت، از ظرفیت هر دو نظریه بهره جسته و به جوانب مثبت هر دو توجه داشته است، ولی اصل این است که اراده‌ی باطنی و درونی، سازنده‌ی عمل حقوقی است و در فرض تعارض بین اراده‌ی ظاهری و اراده‌ی باطنی، اراده‌ی باطنی حاکم است.

۲-۴. دیدگاه حقوق دانان و وضعیت رویه‌ی قضایی

حقوق دانان نیز همانند فقها، در مقام تعارض اراده‌ی باطنی و ظاهری نظر یکسانی ندارند؛ برخی اصل را اراده‌ی ظاهری دانسته و عده‌ای دیگر اراده‌ی باطنی را

مرجع دانسته‌اند.

بسیاری از حقوق‌دانان ایران معتقدند اراده‌ی باطنی اساس اراده را شکل می‌دهد. بدین جهت برخی از آن‌ها به جای عنوان اراده‌ی باطنی، عنوان اراده‌ی حقیقی و اراده‌ی انشایی را به کار برده‌اند (امامی، ۱۳۶۶، ج ۴: ۱۹ و ۴۳؛ نوری، ۱۳۷۵: ۲۱). با این حال حقوق‌دانان متناسب با گرایش‌های خود در مورد برخی مواد قانون، دیدگاه‌های گوناگونی ارائه کرده‌اند. برخی گفته‌اند: «شک نیست که قانون مدنی تحت تأثیر فقه از نظریه‌ی اراده‌ی ظاهری پیروی می‌کند. ولی در مورد مواد ۱۹۹، ۲۰۰ و ۲۰۱ قانون مدنی که از حقوق مدنی فرانسه گرفته است، تکلیف با رویه‌ی قضایی است.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۹۰) این نظر در ادامه با اشاره به این که «فقهاء قاعده‌ی العقود تابعه للقصود را فقط در حوزه‌ی نظریه‌ی اراده‌ی ظاهری اعمال می‌کنند نتیجه می‌گیرد که در قاعده‌ی فقهی مزبور، قصد باطنی مورد نظر نیست، بلکه قصد مکشوف به کاشف، یعنی اراده‌ی ظاهری یا مدلول ایجاب و قبول لحاظ گردیده است» (همان: ۱۸۹) در مورد مسائل اشتباه، اراده‌ی ظاهری را منشأ اثر دانسته و در توجیه آن گفته است: نظم عقود و معاملات از این رهگذر آسان‌تر به دست می‌آید» (جعفری لنگرودی، ۱۳۳۸: ۱۱۸). همین نویسنده در زمینه‌ی مسائل مربوط به نظم عمومی، برای اراده‌ی باطنی ترجیح قائل می‌شود. مثلاً در مورد معامله به قصد فرار از دین ماده‌ی ۲۱۸ قانون مدنی معتقد است هر چند ظاهر عقد درست باشد، معامله با قصد فرار از دین را نباید کامل شمرد (همان: ۱۱۹).

حقوق‌دانان دیگری مفاد روایات «انما الاعمال بالنیات» و «انما لكل امرء ما نوى» و قاعده‌ی مشهور «العقود تابعه للقصود» را دال بر قبول اراده‌ی باطنی دانسته و می‌افزاید که از نظر فلسفی نیز باید چنین باشد؛ زیرا در حقوق مذهبی که تمام احکام آن با اخلاق آمیخته شده و به جان و روان معتقدان نیز نظر دارد، دست کشیدن از باطن و قناعت به ظاهر هر گفتار و کردار دشوار به نظر می‌رسد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۲۴۵).

برخی از حقوق‌دانان نیز با توجه به قاعده‌ی «العقود تابعه للقصود» و عبارت ماده‌ی ۱۹۱ قانون مدنی، معتقدند که در فقه و قانون مدنی، نظریه‌ی اراده‌ی باطنی یا حقیقی پذیرفته شده است و اراده‌ی ظاهری تنها کاشف و دلالت‌کننده بر قصد

باطنی است (امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۱۸۹؛ ره پیک، ۱۳۸۷: ۵۹). حقوق دان دیگری می نویسد: از نظر تحلیلی، نمی توان به وجود دو گونه اراده‌ی باطنی و ظاهری معتقد گردید و آن چه با تحلیل ذهنی می توان دریافت، این است که اراده منحصرأً یک گونه دارد که در تعریف آن باید به یک فعالیت نفسانی و درونی اشاره کرد؛ نه یک حرکت مادی و ظاهری؛ و آن چه در ظرف خارج از ذهن جای می گیرد، چیزی جز اعلام وجود اراده‌ی باطنی نیست و اعلام اراده‌ی باطنی را نباید نوعی دیگر از اراده معرفی کرد. ایشان در ادامه می آورند: «آن چه عقد را می سازد، همان حرکت نفسانی و دماغی انسان یعنی اراده‌ی واقعی است (شهیدی، ۱۳۷۷: ۲۰۳).

اما در زمینه‌ی رویه‌ی قضایی، با استقرایی هر چند ناقص در آراء دادگاه‌ها، به نظر می رسد که قضات نیز عموماً، اصالت را به اراده‌ی باطنی داده؛ قصد انشاء یعنی اراده‌ی حقیقی را عنصر سازنده‌ی عقود می دانند و به الفاظ و سایر وسایل اعلام اراده به دید کاشف می نگرند؛ هر چند، مرور در پرونده‌های مرتبط با بحث، کاشف از وجود برخی آراء مؤید ترجیح ظواهر عقود است؛ با این همه، رویکرد غالب، پذیرش اراده‌ی باطنی به عنوان عنصر تأثیرگذار بر تفسیر قرارداد از ناحیه دادرسان است. به عنوان مؤید این نکته می توان دادنامه‌ی شماره‌ی ۲۲/۲۶۵ مورخ ۱۳۶۷/۴/۲۸ از پرونده‌ی رسیدگی شده در شعبه‌ی ۲۲ دیوان عالی کشور اشاره کرد که دادگاه با استناد به این که تجدید نظر خواه به حقیقت معامله نظر نداشته، به رغم ظواهر کامل عقد، حکم به بطلان معامله داده است. هم چنین در دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۰۶۹ مورخ ۱۳۷۴/۱۲/۲۱ صادره از شعبه‌ی ۶۵ دادگاه عمومی تهران، به استناد این که خوانده قصد انشای جدی نداشته، حکم به بطلان بیع داده است (بنگرید به: بازگیر، ۱۳۸۲: ۹۳).

از مجموع نظریات عنوان شده توسط حقوق دانان و آراء صادره توسط دادگاه‌ها، تردیدی بر ترجیح اراده‌ی باطنی باقی نمی ماند. اکثر نویسندگان حقوقی و قضات معتقدند که اراده‌ی باطنی اولی است و اراده ظاهری مکشوف یا کاشف از قصد درونی می باشد؛ بی آن که قدرت انشاء و سازندگی مستقل داشته باشد.

برآمد

از آن چه در این نوشته آمد و با تعمق در مباحث مرتبط، نتایجی به شرح زیر حاصل می‌شود:

۱- قضاوت فقه عامه و فقه امامیه در ارتباط میان اراده‌ی ظاهری و باطنی یکسان نیست، هم‌چنان‌که قضاوت فرقی مختلف اهل سنت نیز با یکدیگر متفاوت است. کم‌اعتناترین مذهب ایشان نسبت به اراده‌ی باطنی طرفین، شافعیه است و طرفدارترین گروه نسبت به قصد درونی طرفین نیز مالکیان می‌باشند. در این میان، در مقایسه‌ی فرق عامه با فقه شیعه، در مجموع جایگاه اراده‌ی باطنی در میان امامیه رفیع‌تر است؛ به گونه‌ای که در مجموع، همیشه وجود اراده‌ی باطنی برای ایجاد عمل حقوقی لازم شمرده شده است؛ هر چند گاه وجود این اراده با ضرورتی به نام وجود شکل و ترتیبی خاص از اراده‌ی ظاهری همراه شده باشد.

۲- گذشته از وضعیت خاص فقه عامه و امامیه در موضوع مورد اختلاف، هر دو مذهب، سیری یکسان از تقلیل اهمیت اراده‌ی ظاهری به سوی ترجیح اراده‌ی باطنی را پشت سر گذاشته‌اند. حرکتی که کلیت آن در تمامی نظام‌های حقوقی نیز به چشم می‌خورد. هم‌چنان‌که در نظام‌های مختلف حقوقی، شکل‌گرایی، به ویژه از قرون هجدهم و نوزدهم، با شکل‌گیری تفکر حاکمیت اراده رو به افول نهاد، در دنیای اسلام نیز تفاوتی مشهود میان فقهای متقدم و اندیشمندان متأخر قابل احساس است. این امر را می‌توان از ارجاع‌های محدود همین نوشته و البته بیشتر و بهتر، در مطالعات تفصیلی‌تر مشاهده کرد. علت این امر نیز می‌تواند برآیند رویکرد جدیدی باشد که در حقوق شکل گرفته و منطق غایت‌شناختی بر منطق زبان‌شناختی (استدلال زبانی یا ادله‌ی لفظی) و منطق سیستمی (استدلال مبتنی بر روابط منطقی و سلسله‌مراتب قواعد و اصول حقوقی) حاکم شده است و آن دو را هدایت می‌کند و اساساً در زندگی حقوقی معاصر، هرگونه تفکر و استدلال حقوقی و وضع و الغاء و جرح و تعدیل نهادها و قواعد حقوقی، مستلزم تحلیل رابطه‌ی متقابل میان اهداف و وسایل و سیر دائمی از اهداف به ابزارهای حقوقی و از ابزارهای حقوقی به اهداف است (قاسمی، ۱۳۸۸: ۴۶۰).

۳- با ملاحظه‌ی ناسازگاری (حداقل) ظاهری دیدگاه‌های فقها و منابع تقنینی

کشور، بسیاری تلاش کرده‌اند، برای رفع تعارض، هرکدام از قضاوت‌ها را به مرحله‌ای از حق نسبت دهند. ایشان معتقد شده‌اند که مستندات و دلایل ترجیح اراده‌ی باطنی، ناظر به مرحله‌ی ثبوت حق و قرائن و دلایل تقویت اراده‌ی ظاهری ناظر به مرحله‌ی اثبات حق است. با این توجیه، اصل همان خواست‌های طرفین عقد است و مبرزها، تنها وسیله‌ی اظهار و اثبات اراده‌های درونی‌اند که در انشای عقد تأثیری ندارند. با این همه، چنانچه ادعا شود که اراده‌ی درونی و بیرونی منطبق نبوده‌اند؛ چون این امر خلاف ظواهر است، تا زمان عدم اثبات کامل، فرض خواهد شد که آنچه خواسته شده، همان است که بروز یافته است. با این‌که به این دیدگاه ایراد وارد است، اما، این تفسیر میان دو دیدگاه تعادل ایجاد می‌کند؛ از سویی، اراده‌ی حقیقی اشخاص اهمیت می‌یابد چون جوهره‌ی عقد وابسته به خواست و توافق آن‌ها شده است و از سوی دیگر، این امر در مقابل منافع اجتماعی و مصالح جمعی قرار نمی‌گیرد که مقتضی اعتبار بخشی به اسناد و مدارک و اراده‌های بیرونی است؛ چون اثبات خواسته‌ای مخالف اراده‌ی بیرونی، به علت درونی و شخصی بودن امر، در عمل غیر ممکن به نظر می‌رسد و دادگاه‌ها نیز جزء با دلایل تقنینی، امر خلاف ظاهر را نمی‌پذیرند.

۴- با وجود دلایل و قرائن بسیار بر تفوق جایگاه اراده‌ی باطنی بر اراده‌ی ظاهری در فقه و حقوق موضوعه، تأیید نتیجه‌ی مورد اشاره در شماره‌ی پیشین به دشواری امکان‌پذیر است. وجود احکام و مواد قابل توجهی که تردیدی در حجیت اراده‌ی ظاهری باقی نمی‌گذارند، مؤید این حرف است که قانون‌گذار به طریقت وسایل اعلام اراده نمی‌اندیشد و هم‌چنان که جمع‌گراها معتقدند، قانون‌گذار در این موارد، قرارداد را پدیده‌ای اجتماعی تلقی می‌کند که نیروی الزام‌آور آن از همین امر ناشی می‌شود؛ به گونه‌ای که اظهار کننده‌ی اراده ممکن است به چیزی ملتزم و متعهد شود که واقعاً اراده نکرده است. نمونه‌ی بارز این امر، احکام مختلف ناظر به اسناد تجاری است که بسیاری از احکام ناظر به آن‌ها، حتی با وجود تعارض میان خواست طرف‌های مختلف دخیل در سند و احکام قانونی اسناد تغییری نمی‌یابد.

۵- بر خلاف حقوق سنتی، در نظام‌های مختلف حقوقی که مبتنی بر تفوق عملی یکی از اراده‌های ظاهری یا باطنی بوده، امروزه، برتری یا یکه تازی یکی از این دیدگاه‌ها، در عمل رو به افول نهاده است. در نظام‌هایی که دیدگاه غالب بر ترجیح

اراده‌ی ظاهری است، همانند حقوق آلمان، در کنار ماده‌ی ۱۲۵ که پیش‌تر ذکر شد، می‌توان ماده‌ی ۱۱۸ را نیز دید که مقرر می‌دارد: «بیان اراده‌ای که به طور جدی اعلام نشده و یا توقع این که قصد جدی نبودن از آن فهمیده می‌شود، باطل است». همین وضعیت در حقوق کشورهای قابل رؤیت است که اراده‌ی باطنی را تشکیل دهنده‌ی عقد می‌دانند و به رغم ترجیح اراده‌ی باطنی، برای ظاهر و شکل اراده نیز اهمیت فوق‌العاده قائل شده‌اند، به عنوان نمونه، قانون مدنی فرانسه با وجود ماده‌ی ۱۱۵۶ که بدان اشاره رفت، ماده‌ی ۱۳۲۶^۱ و ۲۰۱۵^۲ را نیز به همراه دارد که بر اساس آن، در سند ضمانت، مفاد خاص برای صحت ضمانت لازم دانسته شده و این امر صرفاً جهت اثبات محتویات نیست.

۶- آن چه در نهایت گفتنی است، این که امروزه نسبت میان اراده‌ی ظاهری و باطنی متحول گشته است؛ در حالی که در نظام‌های باستانی، اراده‌ی درونی در بند مقولات شکلی بود و علت غایی عمل حقوقی بدون توجه به اراده‌ی واقعی افراد، با توجه به قالب آن‌ها مورد قضاوت قرار می‌گرفتند. بعدها در نتیجه‌ی دیدگاه‌های آزادی‌خواهانه‌ی جدید، اصل حاکمیت اراده‌ی مطلق در حقوق شکل گرفت که هیچ اهمیتی برای ظاهر قائل نبود و تنها عنصر سازنده را اراده‌ی اشخاص می‌دانست. پس از آن که نادرستی و ناکارآمدی و افراطی بودن این دیدگاه نیز به مرور زمان آشکار گردید، گرایش جدیدی نسبت به شکل‌گرایی و از جمله توجه به اراده‌ی ظاهری پدیدار شده است که با تکیه بر عقلانیت مبتنی بر تجربه‌ی واقع‌گرا، اهداف اصیل و عالی عدالت، نظم و امنیت و در یک کلمه سعادت بشری را از طریق تعیین و تعقیب هدف‌های نزدیک و میانی ارشادی و حمایتی دنبال می‌کند و می‌کوشد که با بها دادن به شکل و ظاهر اراده، کارکردهای متنوع حمایتی و ارشادی، اراده‌ی فردی را از یک سو در برابر خطرات ناشی از رفتار و تصمیم خود فرد فاعل عمل حقوقی و نیز رفتار و تصمیم دیگران محافظت کند و آن را از اشتباه و ناآگاهی به معامله‌ی معارض،

۱. «عمل حقوقی که طبق آن شخصی در برابر شخص دیگر تعهد می‌کند به او مبلغی پول دهد یا مال مثلی به او تحویل نماید باید محرز بوده، در ضمن یک سند تعهد به امضای متعهد رسیده باشد. امضای سند در مورد اوراق و ارقامه طور کامل توسط متعهد شرط است. در صورت اختلاف، سند عادی به عنوان سند در مورد مبلغ، معتبر خواهد بود».

۲. «ضمان فرض نمی‌شود مگر این که صریح باشد و نمی‌توان آن را خارج از محدوده‌های صراحت مورد توافق گسترش داد».

تدلیس و تقلب، اکراه و غبن و مانند آن مصون دارد و از سوی دیگر با هدایت و ارشاد این اراده در چهارچوب سیاست‌ها و برنامه‌های عمومی و کلان اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دولت‌ها، تصمیمات و رفتارهای عقل و اراده‌ی فردی را سازگار با مصالح و منافع اجتماعی و یا لاقلاً نامتعارض با آن سازد. بنابراین در این رویکرد، نه اراده‌ی ظاهری، تنها سازنده‌ی عقد است و نه محکوم تمام و کمال اراده است، بلکه یاری‌گر و همراه یکدیگرند تا منافع مرزی و جمعی اعمال حقوقی محقق گردد.^۱

امروزه قانون‌گذاران با چنین رویکرد جدیدی، توجهی دوباره به اراده‌ی ظاهری کرده‌اند. به نظر می‌رسد تشتت ظاهری و احکام فقهی در موضوع بحث نیز در همین چارچوب قابل تفسیر و توجیه باشد. با این توضیح، احکام گوناگون فقهی و حقوقی که به ظاهر ناهم خوانند، ذاتاً به یک هم‌خوانی می‌رسند ولی بی آن که نیازی به تفاسیر دور از ذهن و غیر منطبق با مصادیق باشد، می‌توان دلیل تفرقه‌های حکمی را توجیه نمود. با این همه، طبیعی است که با این دیدگاه نباید از هر عدم تجانسی در احکام استقبال نمود و به ویژه به اشکال و اراده‌های ظاهری بیش از نیاز بها داد. لذا، هرگاه موضوعیت یافتن قالب توافق نتواند توجیهی حمایتی یا ارشادی و نظارتی بیابد، باید کنار نهاده شود؛ و این رویکرد در مقررات ایران نیز قابل مشاهده است.

۱. برای دیدن وضعیت شکل‌گرایی جدید و مطالب مرتبط بنگرید به: قاسمی، ۱۳۸۸: ۲۱۰ به بعد.

فهرست منابع:

- ابن قیم الجوزیه، محمدبن ابی بکر، *اعلام الموقعین عن رب العالمین*، جلد سوم، بیروت: دارالکتب العربی، ۱۴۱۶ هـ.ق.
- اردبیلی، احمدبن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان*، قم: النشر الاسلامی، چاپ نخست، ۱۴۱۱ هـ.ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، جلدهای اول و چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ نهم، ۱۳۶۶.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، جلد دوم، تهران: میزان، چاپ نخست، ۱۳۷۸.
- انصاری، مرتضی، *مکاسب*، قم: دارالکتب، چاپ نخست، ۱۴۱۰ هـ.ق.
- بازگیر، یداله، *قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور*، تهران: فردوسی، چاپ نخست، ۱۳۸۲.
- بجنوردی، محمدحسن، *قواعد الفقهیه*، جلد سوم، قم: الهادی، ۱۴۱۹ هـ.ق.
- بحرالعلوم، محمد، *عیوب الاراده فی الشریعه الاسلامیه*، بیروت: دارالزهراء، چاپ دوم، ۱۹۸۴ م.
- بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضره فی الاحکام العتره الطاهره*، جلد بیستم، قم: النشر الاسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۵ هـ.ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران: گنج دانش، چاپ نخست، ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت*، جلد نخست، چاپ نخست، ۱۳۳۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، جلد دوم، گنج دانش، تهران: چاپ چهارم، ۱۳۷۸.
- حائری شاه باغ، علی، *شرح قانون مدنی*، جلد نخست، تهران: گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۷۶.

- حر عاملی، محمدبن حسن، ج دوازدهم، *احیاء التراث العربی*، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ هـ.ق.
- حر عاملی، محمدبن حسن، *وسائل الشیعه*، جلد نخست، قم: چاپ نخست، ۱۴۱۴ هـ.ق.
- حلی، حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح القواعد*، جلد سوم، قم: اسماعیلیان، چاپ هشتم، ۱۳۸۹ هـ.ق.
- حلی، حسن بن یوسف، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، قم: بوستان کتاب، چاپ نخست، ۱۳۸۱.
- حلی، نجم‌الدین ابوالقاسم، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد دوم، تهران: علمی، چاپ نخست، ۱۳۶۷.
- خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، جلدهای دوم و سوم، قم: غدیر، چاپ نخست، ۱۴۱۰ هـ.ق.
- ره پیک، حسن، *حقوق مدنی*، تهران: خرسندی، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- زرقاء، مصطفی احمد، *المدخل الفقهی العام*، جلد نخست، دمشق دارالفکر، چاپ سوم، ۱۹۶۷ م.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*، جلد نخست، بیروت: داراحیاء التراث العربی، چاپ نهم، ۱۴۱۷ هـ.ق.
- سوار، وحیدالدین، *التعبیر عن الاراده فی الفقه الاسلامی*، دارالثقافه للنشر و التوزیع، چاپ نخست، ۱۹۹۸ م.
- شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: حقوق دان، چاپ نخست، ۱۳۷۷.
- صبحی محمصانی، *الموجبات و العقود فی الشریعه الاسلامیه*، بیروت: دارالعلم للملایین، بی تا.
- صفایی، حسین، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد دوم، تهران: میزان، چاپ نخست، ۱۳۸۲.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، *عروه الوثقی*، قم: النشر الاسلامی، چاپ نخست، ۱۴۲۴ هـ.ق.

- طوسی، ابوجعفر محمد، **المبسوط**، جلد سوم، مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ هـ.ق.
- طوسی، محمدبن حسن، **المبسوط**، جلد دوم، تهران: انتشارات حیدریه، چاپ نخست، ۱۳۷۸ هـ.ق.
- عاملی، زین الدین بن علی، **مسائلک الافهام فی شرح شرایع الاسلام**، جلد دوم، قم: بصیرتی، بی تا.
- علم الهدی، سید مرتضی، **الانتصار**، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵.
- قاسمی، محسن، **شکل‌گرایی در حقوق مدنی**، تهران: میزان، چاپ نخست، ۱۳۸۸.
- قنواتی، جلیل و وحدتی بشیری، حسن و عبدی پور ابراهیم، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد نخست، تهران: سمت، ۱۳۷۷.
- کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، جلد نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۰.
- کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، جلدهای اول و دوم، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۸.
- کاسانی حنفی، ابی بکر بن مسعود، **بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع**، جلد دوم، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ دوم، ۱۴۰۶ هـ.ق.
- کاشف الغطاء، **تحریرالمجله**، المجمع العالمی للتقرب المذاهب الاسلامی، ۱۴۲۲ هـ.ق.
- کلینی، محمدبن یعقوب، **اصول کافی**، بیروت: الاعلمی، چاپ هشتم، ۱۴۲۶ هـ.ق.
- محقق کرکی، **جامع المقاصد**، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۱ هـ.ق.
- معین، محمد، **فرهنگ فارسی**، تهران: ساحل، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۲.
- مغنیه، محمد جواد، **فقه الامام الصادق**، بیروت: ۱۹۶۵.
- مفید، محمدبن نعمان، **المقنعه**، قم: النشر الاسلامی، چاپ نخست، ۱۴۱۷ هـ.ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، **القواعد الفقهیه**، قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین، چاپ نخست، ۱۴۱۱ هـ.ق.
- میرفتاح، عبدالفتاح، **عناوین الاصول و قوانین الفصول**، تبریز: چاپ سنگی، چاپ نخست، ۱۲۷۴ هـ.ق.
- نائینی، محمدحسین، **منیه الطالب**، جلد نخست، قم: النشر الاسلامی، چاپ نخست،

۱۴۲۴ هـ.ق.

نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، جلد‌های ۲۲، ۲۹ و ۳۱، بیروت: دارالتراث العربی، چاپ چهارم، ۱۹۸۱ م.

نوری، رضا، *عقود و ایقاعات در حقوق مدنی*، تهران: پاژنگ، چاپ نخست، ۱۳۷۵.
Buffelan – Landore, Yvaine, *Droit civil*, 6e edition, Armand colin, 1998.

Marty et Reyinaud, *Droit civil'* T.1, introduction generale au droit, 1962.