

بررسی صحت یا بطلان عقد مکره

احمد رضا رفیعی^۱

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 مکروه 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 درباره تعریف عقد و حقیقت آن به بررسی بپردازیم.

الف. تعریف عقد

در رابطه با تعریف عقد و ارکان تشکیل دهنده 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 غیرلفظی را عقد تلقی نمی‌کنند. مرحوم محقق حلی در تعریف عقد بیع می‌گوید: «هو اللفظ الدال علی نقل الملك من مالک الی غیره بعوض معلوم.» [۱۴۰۹: ۲: ۱۳]

مرحوم علامه حلی 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 ذلک فلم یقم علیه
دلیل و حدیث انما یحلل و یحرم الکلام مؤید لظاهر ما قلنا [بحرانی
۱۴۰۵: 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 اهتمام 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. به‌طوری که سبب شده برخی از نویسندگان غیر شیعی بر فقه امامیه خرده بگیرند. وحیدالدین سوار در کتاب خود به نام *التعبیر عن الارادة* 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 بین غایبین 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 می باشد، 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 شیوه های مختلفی بهره می گیرند و شارع مقدس نیز هیچگونه ردع و منعی در مورد این شیوه ها ابراز نکرده است و لذا به چه دلیل بایستی خود را گرفتار چنین محمصه ای کرد؟ در هر صورت آنچه باعث خرده گیری علمای غیرشیعی و جسارت آنان بر مذهب جعفری شده است، همین جمود بر مسائل شکلی می باشد.^۱

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

والبيع ينعقد على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبایع له اذا عرفاه
جَمِيعاً وَ تَرَاضِياً بِالْبَيْعِ وَ افْتِرَاقاً بِالْإِبْدَانِ [۱۴۱۳: ۹۳]

یعنی بیع منعقد می شود 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 می گوید:

الذی ینظهر لی ان مجرد التراضی و التقابض كاف فی صحة البیع بشرط
ان یکون هناك قرینة تدل علی کونه بیعاً بحیث یرتفع الاشتباه [۱۴۰۳: ج ۳: ۱۵۵].

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

۱. سنهوری حقوقدان مشهور عرب پس از انتقاد از شیوه مذکور می نویسد: «مذهب شیعه جعفری تعاقب به معاطات اجازه نمی دهد زیرا در مفتاح الکرامه آمده است و لابد من الصیفة 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 احیاناً 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 مبرزی می‌تواند به منصفه ظهور بربساند، خواه این مبرز 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 همان‌طوری که از کلامش هویداست، عمده در یک عقد رضایت باطنی یا همان قصد متعاقدين است و انشا^۱ 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 بتلك الالفاظ بالسبب مسامحه و ذلك من جهة أنَّ
سبب المنشأ هو العاقد لا الفاظ العقد: ای الفاظ القبول و الايجاب بل
تسميتها بألة الانشاء أولى [۱۴۱۹ ج ۳: ۱۱۶].

یعنی همان‌طوری 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 متعاقدين می باشد. 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 ایجاد کننده 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 می فرماید: «بیع از مقوله معناست و نه لفظ. ایجاب و قبول (لفظی) بیع تلقی نمی شود 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 اعتباریه ای هستند که قائم به اعتبار عقلا می باشند (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، مبادی شان در صقع نفس است و معقول نیست الفاظ از آن مبادی باشد، چه رسد به اینکه این الفاظ علت تامه ایجاد آن اعتباریات باشد.»^۱

مرحوم علامه خوئی نیز قصد متعاقدين را اصل اولی در تحقق عقد می داند و در این باره می فرماید: «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 می باشد ولی هیچ ارتباطی بین این استعمال (لفظ در معنایش) با ایجاد معنا وجود ندارد (با استعمال لفظ حقیقت عقد تحقق پیدا نمی کند) 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 المعنى لا اللفظ، فليس الايجاب والقبول... تبعاً و ان اطلق عليهما احیاناً... ان الفاظ المعاملات ایجاباً او مع قبول لا یعقل ان تكون مؤثرات لتحقق ما يتوقع منها كالملكية في البيع والزوجه وغيرهما من الماهيات الاعتبارية المتقومه باعتبار العقلاء حدوثاً و بقاء... و عليه لا یعقل ان يكون الايجاب والقبول موجبات لایجاد الملكيه و وجودها فضلاً عن الايجاب المجرد، اذ لازمه ان تكون الفاظ المعاملات مؤثرات في نفوس العقلاء و نفس الموجب و المنشی لها مع ان للاعتبارات مبادیة و مناشیة حاصله في صقع النفوس لا یعقل ان تكون تلك الالفاظ منها، فضلاً عن كونها علة 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.^۱

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 خبر 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 قبلث» 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 النفسانیة بمیرز خارجی سواء فی ذلک الجمل 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 الاعتبار النفسانی و الاصدق مفهوم البیع علی بیع الهازل و لانه صرف الاعتبار النفسانی و ان لم یقتون به المظهر الخارجي و الاصدق مفهوم البیع علی الاعتبار المظهر بمظهر خارجی و علیه فاذا اعتبر احد تمیدیل ماله بمال غیره فی افق نفسه ثم اظهر ذلک بمیرز خارجی صدق علیه البیع قطعاً. [خوئی ۱۳۷۱ ح ۲: ۱۳].

مدعا می آورد. بدین صورت که اگر گفته شود: «اللفظ يوجد الانشاء» سؤال پیش می آید که آیا الفاظ در عالم تکوین عهده دار ایجاد معنا هستند یا ایجاد کننده چیزی در عالم اعتبار هستند؟ اگر گفته شود الفاظ انشایی عهده دار ایجاد معنا در عالم تکوین هستند، بالضروره باطل است چرا که الفاظ نمی توانند تأثیر تکوینی داشته باشند و اگر گفته شود الفاظ ایجاد کننده چیزی در عالم اعتبار هستند، گفته می شود 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 عده ای از معاصرین پا را فراتر از این گذاشته و نظر بدیعی مطرح نموده اند. آیت الله بجنوردی در این باره می گوید: «اصولاً عقد به صرف قصد باطنی متعاقدين در مقام ثبوت تحقق پیدا می کند، 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 می شود، البته مادامی که مبرزی در کار نباشد مورد قبول عقلا 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 «بعث» را بکار می برد، درواقع از مقام ثبوت خبر می دهد و یا بهتر بگوییم از انشای واقع شده خبر می دهد. اگر بیع را تملیک عین به عوض معلوم بدانیم این معنا قبل از اظهار به وسیله قصد محقق شده است. درواقع، بایع با انشای خود دو عمل را محقق می کند:

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.

قهرأ این دو عمل با قصد بایع تحقق پیدا می کند. ایشان معتقدند که ایجاب و قبول (خواه لفظی باشد خواه غیر لفظی) متعاقدين به منزله اخبار عن واقعه می باشد و این اخبار مترتب بر تحقق عقد به وسیله قصد متعاقدين است. ایشان اضافه می کند انشا که یک امر نفسانی است با لفظ که یک کیف مسموع است، بیگانه می باشد 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 تشریع 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. درواقع، 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 لا خلاف فيه ولا اشكال، فلا يقع من دون قصد الى اللفظ كما في الغلط والى المعنى كما في الهازل [۱۱۵: ۱۴۱۵].

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 ترقی کرده و آن را از شرایط تحقق عقد به شمار آورده است، به‌طوری که اگر متعاقدين خالی از قصد باشند گویی عقدی واقع نشده است. مرحوم علامه خوئی نیز در این باره می‌فرماید:

فقصد اللفظ والمعنى من مقومات البيع فلا يصح التعبير عنها بشرط العقد او 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، چرا که شرط بر امری که خارج از ماهیت مشروط باشد اطلاق می‌گردد و حال آنکه قصد جزء ماهیت عقد است.

مرحوم شوشتري در کتاب مقاييس الانوار 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

محضاً كما هي الحال في الاذكار الصلاة و انما تسمى الصيغة عقداً
بضميمة المقصود منها ايجاباً 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: «الشدة ارتباط بهما و عدم انفصاله عنهما كالعقل و البلوغ» [معنیه 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 متصور 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 هرائشایی است. هنگامی که عاقد الفاظ ايجاب (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 زبان 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 درباره مراتب قصد می‌فرماید:

احدها قصد اللفظ حين استعمالها في المعنى، بمعنى كون التللفظ بها مقصوداً في مقابل الثائم والسامى اذا صدر عنهما التلفظ. ثانيها: قصد المعنى من اللفظ حين الاستعمال في مقابل الهازل الذى لا يقصد في تلفظه ايقاع المعنى (آملی ح ۲: ۴۰۶).

۳- قصد نتیجه یا قصد ایجاد مدلول در خارج: مرحله 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 اراده جدی بر وقوع آن داشته باشند. مرحوم طباطبایی یزدی به این قصد تصریح می‌کند:

محل الكلام في المقام من الفعل الاكراهي ما لو كان واجداً لسائر ما يعتبر في الصحة من قصد اللفظ و المعنى الانشائي و كونه على وجه الجذب لا الهزل و كونه مريداً لوقوعه في الخارج [۱۱۹].

پس از ذکر مقدمات فوق، بررسی این نکته لازم است که ببینیم مکزه دارای کدام یک از این مراتب سه‌گانه 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 مکزه 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 مکزه در همین نکته نهفته است. کسانی که عقد مکزه را باطل می‌دانند معتقدند که او قصد وقوع عقد را ندارد و لذا عقد از طرف او واقع نمی‌شود و کسانی که عقد مکزه را غیر نافذ می‌دانند معتقدند که مکزه 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 مکزه

این گروه معتقدند که علت بطلان عقد مکزه عدم وجود قصد در شخص مکزه است و از آنجا که قصد، رکن رکن در تحقق عقد است و مکزه 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 مکزه چون فاقد رضاست در نتیجه فاقد قصد است و منتفی بودن رضا ملازم با انتفای قصد است. در واقع، علت عدم تحقق قصد در مکزه به عدم وجود رضا در او برمی‌گردد. از جمله این گروه مرحوم محقق اردبیلی^۱ است که با استناد آیه شریفه: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ...» می‌فرماید: «پس ظاهر، بطلان عقد مکزه است چون در مکزه قصد حاصل نمی‌شود، بلکه (بهتر بگوییم) قصد مکزه 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 مکزه 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 على ما هو ظاهر الآية و لانه لا اعتبار بذلك الايجاب في نظر الشارع فهو بمنزلة العدم و هو ظاهر لعدم الفرق بينه و بين غيره من الطفل و نحوه و الفرق في كلامهم بانه لا اعتبار به بخلاف المكروه فانه معتبر الا انه لا رضا معه فاذا وجد الرضا صح بوجود شرطه، بعيد جداً و بالجملة لا اجماع فيه و لانص و الاصل الاستصحاب و عدم اكل بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض مما يدل على عدم الانعقاد الا ان المشهور الصحة و مانع من ذلك انهم نصاً ما نقل الينا [مقدس اردبیلی ۱۳۶۲ ج ۸: ۱۵۵].

است...».

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

مرحوم محقق کرکی نیز از جمله قائلین به بطلان عقد مکروه به همان دلیل پیش گفته می باشد، ایشان می فرماید:

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

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

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

البته قائلین به بطلان عقد مکروه به ادله ای استناد کرده اند که به ذکر آنها می پردازیم:

۱- قرآن: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَالِبًا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا»^۱ [نساء: ۹].

۱. با این توضیح که آنها علت اصلی بطلان را همان عدم وجود قصد به خاطر عدم وجود رضا می دانند منتها برای ضرورت وجود رضا و اینکه فقدان آن باعث بطلان عقد مکروه می شود، به ادله ای استناد کرده اند. درواقع این ادله بر ضرورت وجود رضا تأکید می کند و معامله بدون رضا و طیب نفس را باطل می داند.

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده‌اید، اموال‌تان را در میان خودتان به باطل نخورید مگر اینکه (از روی) تجارتی 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 اکل مال به باطل نهی فرموده و سپس تجارت از روی تراضی را از اکل مال به باطل استثنا نموده است. از آنجایی که تجارت از روی اکراه مصداقی از اکل 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 مملکت 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 الطیرة و التفکر فی الوسوسة فی
الخلق ما لم ینطقوا بشفیته [حر ج 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.

محل 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 بلا اثر 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 خبر 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 یزنطی آمده است.

۳- اجماع: مرحوم مقدس اردبیلی بعد از اینکه به بطلان عقد مکروه قائل شده، می‌فرماید: «والظاهر عدم الخلاف فيه» [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 درخصوص 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 متحد المسلك 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 «بعث» را بکار ببرد در افق نفسش انشا کرده است و بعد لفظ، فعل، کتابت یا اشاره را به عنوان مبرز بکار می‌برد. درواقع، 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، درواقع او قصد کرده است و اگر قصد کرده باشد پس مکروه نیست. درواقع 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 نمی‌کنند: «ثم انه يظهر من جماعة منهم الشهدان 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 مبنا، 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 با 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 متعاقدين 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 مکروه 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 غیرنافذ 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 با رضای بعدی مکروه کامل می‌گردد [مرعشی ۱۲۱۵: 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 مکروه نسبت به عقد قاصد می‌باشد ولی عقد را از روی طیب نفس و رضا انشا نمی‌کند [انانی ج ۱: ۱۸۶]. بنابراین نظر در عقد اکراهی، مکروه 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 مکروه است. بعضی می‌گویند برای تحقق عقد بیش از این مقدار قصد لفظ و معنا لازم نیست [انانی 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 همان‌طوری‌که صاحب‌جوهر 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 مبرز خارجی است (خواه عرف با شرع آن را امضا نماید خواه امضا ننماید 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 [حونی ج ۳، ۴۲۶].

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 ننماید. 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 اکراه 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 تالازم 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 تالازم را مطرح کرده‌اند و لذا ظاهر کلام آن دسته از علما را که ملازمه بین اکراه 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 متعاقبین 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 تالازم تصریح فرموده‌اند [محقق کرکی: ۸؛ مقدس اردبیلی: ۲۳؛ بحرانی ج ۱۸: ۳۷۴؛ طباطبایی ج ۱: ۵۱۱؛ نجفی ج ۲۲: ۲۶۷]. از آنجا که این تالازم 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 اکراهی 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 اکراه 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 معاملاتی که فرد انجام 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 اکراه به حق مانند اکراه حاکم صحیح می‌باشد. بنابراین مقتضای اصول و قواعد این است که معامله اکراهی مانند اضطراری صحیح باشد اما دلیل عدم نفوذ آن، حکم شارع می‌باشد که آثار ناشی از عقد اکراهی را برداشته است. دلیل اصلی حکم عدم نفوذ عقد اکراهی حدیث رفع است و نمی‌توان به آیه «تِجَارَةٌ عَنْ تِرَاضٍ» [نساء: ۲۹] و «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِءٍ مُسْلِمٍ...» برای عدم نفوذ عقد مکروه استناد کرد، چون همان‌طور که بیان شد مکروه، رضا دارد [مطابقای یزدی: ۱۰۶].

صاحب نهج الفقاهه نیز معتقد است عدم صحت عقد اکراهی (عدم نفوذ) به لحاظ حکم شارع می‌باشد به لحاظ کمال عقد اکراهی از حیث وجود قصد و رضا در صورت تردید در خصوص صحت یک عمل حقوقی ناشی از اکراه 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 تربت آن است که سرانجام ببینیم آیا عقد مکروه باطل است یا غیرنافذ و با 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. نحوه تحقیق 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 منافاتی با آزادی ندارد. چون مضطر در مرحله 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 وادار 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 معاملهطلاست اقدام به معامله می‌کند و بعد معلوم می‌شود که موضوع معامله مس بوده که رنگ طلایی 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. درواقع، 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 ۱۳۴۰ ج ۱: ۱۸۰] و فقها «شوق مؤکد» [کاظمی ج ۱: ۱۳۱] 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 مرحله 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 اخطار 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: «العقد - فی العقود هو الرضا الباطن والانشاء وسیلة الی معرفة» [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 برمی‌گردد 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 «حملة نفس» یا «تصدی نفس» نیز گفته‌اند [کاتلمی ج ۱: ۱۳۲]. صاحب قوام الفضول در این باره می‌گوید:

الطلب یترتب غالباً علی الالتفات الی المطلوب أولاً ثم الالتفات الی

گونه ملائماً لغرضه ثم يحدث بذلك الميل اليه والشوق فيصير بذلك مطلوباً اي محبوباً لا مبغوضاً وهذه هي الارادة في قبال الكراهة - ثم يصير ذلك سبباً لايجاد الارادة التي تساقط الطلب [سینمی 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)^۱ است در مقابل کراهت و سپس این (اراده حقیقیه) سبب تحقق اراده ای (اراده انشائییه)^۲ 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 انشائییه به معنای ایجاد ماهیت حقوقی است که در مرحله آخر صورت می گیرد و می تواند اعلام نشود و همچنان مکتم بماند^۳. 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 مکزه از مراحل چهارگانه اراده فاقد مرحله دوم و سوم و در نتیجه، فاقد مرحله چهارم می باشد. چرا که مکزه تصدیق به فایده ندارد، زیرا او اصولاً اعتقاد به چنین عملی ندارد و صرفاً متأثر از تهدید و ارعاب مکره 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 مکزه فقط به لفظ مکزه است نه به قصد انشا که یک امر باطنی است. از نظر حضرت آیت الله بجنوردی بطلان عقد مکزه 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 بایع یک لحظه

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

۲. منظور از اراده انشائییه همان قصد انشاء است که جنبه خلافت 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 اراده استعمالی دارد و نه اراده 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 راجع 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 لحوق رضای بعدی تکمیل می‌گردد.

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، (۱۴۱۵ ق.)، السرائر، قم: جماعه المدرسين فی الحوزه العلمیه بقم.
- امامی، حسن، (۱۳۴۰)، حقوق مدنی، تهران: اسلامیه.
- آملی، محمد تقی، المكاسب و البیع، (تقریرات درس آیت‌الله نائینی).
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۵ ق.)، المكاسب، قم: مؤتمر العالمی الذکری الثنویه الثانیه لمیلاء الشیخ الانصاری.
- بجنوردی، محمد حسن، (۱۴۱۹ ق.)، القواعد الفقهیه، قم: نشر الهادی.
- بحرانی، یوسف بن احمد، (۱۴۰۵ ق.)، الحدائق النافذه فی الاحکام العترة الطاهره، بیروت: دارالاضواء.
- 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، **التعبیر عن اراده**.
- شوشتری، مقایس الانوار.
- شهید اول، محمد بن مکی (١٣٧٣)، **اللمعة الدمشقیة**، قم: دارالفکر.
- _____، **لمعه**.
- شهید ثانی، **الروضة البهیة**.
- طباطبائی کرلایی، علی بن محمد علی (١٤١٢ ق.)، **ریاض المسائل**، قم: الجماعة المدرسین فی الحوزة العلمیة بقم.
- طباطبائی یزدی، محمدکاظم، **حاشیه بر مکاسب**.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (١٢٠٣ ق.)، **المحجة البیضاء فی تهذیب الاحیاء**، بیروت: مؤسسه 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: مؤسسه 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 (١٣٦٢)، **مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، قم: جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیة بقم.
- مکارم الشیرازی، ناصر (١٤١٥ ق.)، **انوار الفقاهه**، تهران: هدف.
- میثمی، محمود بن جعفر، **قواعد الفضول**.
- نائینی، منیه الطالب.
- نجفی، محمد حسن (١٣٩٨ ق.)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، قم: اسلامیة.