

Research Article

A Comparative Look at the Role and Effect of Will in Determining the Law Governing Contracts in Iranian Jurisprudence and Law

Omid Doulah^۱, Hassan Heidari^۲, Shapour Farhangpour^۳

Received: ۲۰۲۲/۰۷/۲۴ Accepted: ۲۰۲۲/۰۹/۲۹

Abstract

With the definition of contract in Article ۱۸۳ of the Civil Code and by exploring the nature and meanings of the contract, we find that in every contract or contract there are at least two parties or two persons. The problematic assumption here is that if the two parties to the contract have different citizenships or their place of business and residence is in different countries or the place of conclusion of the contract or the place of execution of the contract. What law governs the contract and the claims related to them in the countries? The law of the place of execution, the law of the place of conclusion of the contract or the law chosen by the parties themselves? Therefore, in this study, using a descriptive-analytical method, we have examined and compared the role and effect of will in determining the law governing contracts in Iranian law and Islamic jurisprudence.

Keywords: *Agent, commercial contract, commercial documents, authority and authority, nepotism.*

^۱ - PhD student, Department of Private Law, Khuzestan Science and Research Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran / PhD student, Department of Private Law, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran.

^۲ - Assistant Professor, Department of Law, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran. (Corresponding Author).

^۳ - Assistant Professor, Department of Law, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran.



مقاله پژوهشی

نگاهی تطبیقی به نقش و تاثیر اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادها در فقه و حقوق ایران

امید دولاح^۱، حسن حیدری^۲، شاپور فرهنگ پور^۳

چکیده

با تعریفی که در مورد عقد در ماده ۱۸۳ ق.م و با کنکاش در ماهیت و معانی عقد، پی می بریم که در هر قرارداد یا عقدی لاقول دو طرف یا دو شخص موجود است. فرض مشکل در اینجا این است که اگر دو طرف قرارداد تابعیت متفاوتی داشته باشند یا محل تجارت و سکونت آنها در کشورهای مختلف باشد یا محل انعقاد قرارداد یا محل اجرای قرارداد باشد. در کشورها چه قانونی بر قرارداد و دعاوی مربوط به آنها حکمفرماست؟ قانون محل اجرا، قانون محل انعقاد قرارداد یا قانون انتخاب شده به وسیله خود طرفین؟ بنابراین، در این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی به بررسی و مقایسه نقش و تاثیر اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادها در حقوق ایران و فقه اسلامی پرداخته ایم.

واژگان کلیدی: اراده، قرارداد، حقوق ایران، فقه.

^۱ - دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، پردیس علوم و تحقیقات خوزستان، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران / دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

^۲ - استادیار، گروه حقوق، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران (نویسنده مسئول). dr.hassanheidari3957@gmail.com

^۳ - استادیار، گروه حقوق، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

طرفین یک قرارداد بیش از هر شخص دیگری منافع خویش را می شناسند و با توجه به اصل نسبی بودن قراردادهای تعهدات ناشی از آن نیز بر آنها بار می شود؛ بنابراین منطقی است که پذیرفته شود آنها خود حق تعیین شرایط قرارداد را دارا هستند؛ اما باید در نظر داشت که گاه توافق اراده طرفین قرارداد، به نظم اجتماعی خلل وارد می آورد یا اینکه علیرغم رضایت، سبب تحمیل شرایطی سخت و نابرابر بر یکی از آنها می گردد. از دیرباز نقش دولت در تنظیم روابط اقتصادی و اجتماعی افراد و تمایل افراد به اعمال اراده خویش در روابط خصوصی خود سبب شکل گیری تعارض در منافع فرد و جامعه گردیده است. قانون کشور متبوع یکی از طرفین، قانون محل اجرا، قانون مقر دادگاه، قانون محل وقوع عقد و یا قانون دیگری که بدیهی است و به نظر می رسد که یکی از شاخصه های اصلی در بررسی و تعیین قانون حاکم، بررسی تأثیر اراده طرفین قرارداد در تعیین حاکم بر قراردادی باشد که در این تحقیق به بررسی ارائه شده از اراده و شرایط آن و بررسی این موضوع در قانون مدنی ایران و نظام حقوقی مصر می پردازیم. در این تحقیق مسأله به این صورت عنوان می شود که به طور کلی طرفین در انعقاد قرارداد اعم از اینکه اشخاص حقیقی و یا حقوقی باشند آزاد هستند، اما حدود این آزادی و اراده طرفین به عوامل و ابعاد مختلف بستگی دارد. اراده طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای داخلی بر اساس قوانین و مقررات داخلی کشور تعیین می شود و این قوانین اراده طرفین را محدود کرده است. حدود و تأثیر اراده طرفین اعم از اشخاص حقیقی و یا حقوقی در قانون حاکم بر قرارداد از جهت شکلی در چارچوب قوانین داخلی بوده و از نظر محتوایی به ویژه در شرایطی که اختلافی ایجاد شود، تعیین قانون حاکم تابع اراده طرفین می باشد و علی الاصول قوانین اصل آزادی و حاکمیت اراده را پذیرفته اند. مفهوم اراده طرفین در قراردادها در واقع همان تراضی و توافقی است که اصحاب قرارداد براساس آن قانون حاکم بر انعقاد قرارداد یا قانون حاکم بر اجرا یا اختلاف حاصله از قرارداد خویش را تعیین می کنند و علی الاصول قانون حاکم بر قراردادها همان قانونی است که طرفین قرارداد آزادانه و با اراده خویش آن را انتخاب کرده اند و به قرارداد خویش و انعقاد، اجرا و اختلافات ناشی از آن حاکم نموده اند. در این رابطه در ادامه به بررسی نظریاتی که در مورد قانون حاکم بر قراردادهاست می پردازیم.

۲- نظریات مرتبط با قانون حاکم بر قراردادها

۲-۱- نظریه حاکمیت اراده

در حقوق بین الملل خصوصی با بررسی نظام های گوناگونی که وجود دارد مشخص می گردد که از نظر قانون غالب بر تعهدات قراردادی یک هماهنگی قابل تاملی بین آن ها وجود دارد و این نوع از هماهنگی به قانون حاکمیت اراده معروف است.^۱ و این قانون حاکمیت اراده به معنای آن است که : قانونی که طرفین با اعلام اراده خود خواسته اند تابع آن باشند. و همانطور که بعداً خواهد آمد، خواهیم دید که حاکمیت اختیار در حقوق بین الملل خصوصی در اکثر کشورهای جهان به یک اصل پذیرفته شده تبدیل شده است و اگر در نظام های حقوقی مختلف دنیا بر سر این اصل اختلافی وجود داشته باشد، از در محدودیت ها و کاستی های آن است و در تفسیر آن تبیین است که برخی تفسیر وسیع می کنند و برخی دیگر به تفسیر مضیق معتقدند.

^۱ . Loid' autonomie & Party autonomy

نظریه حاکمیت قانون محل انعقاد عقد، از جمله عقیده‌های است که در خصوص قانون حاکم بر قراردادها، از سوی حقوقدانان بیان گردیده است. قانون محل انعقاد عقد^۱ به معنی این که قانون کشوری می باشد که عقد آنجا منعقد شده است. (الماسی، ص ۲۳). در خصوص قانون محل انعقاد عقیده حاشیه نویسان (دانشمندان قدیمی حقوق بین الملل خصوصی) بر این است که باید بر همه مسائل مرتبط به قرارداد حاکم باشد و بدین شکل قاضی از تکلیف جداسازی مسائل شکلی و ماهوی خلاص می شود، چون ترتیب عرفی شناخته شده ای در حقوق بین الملل خصوصی موجود است که بر اساس آن اسناد از نظر شکلی در اکثر کشورها مطیع قانون محل تنظیم تعبیر شده اند و عرف، انگیزه دقت به قانون محل انعقاد در حقوق بین الملل خصوصی است و حاکمیت قانون یکپارچه بر کلیه قراردادها سبب تسریع در دادرسی می شود. در تشریح این عقیده و نظر، هوبر^۲ حقوقدان شناخته شده از اصل داخلی بودن قوانین از نظر مرز کشورها استفاده نموده و معتقد است که قرارداد پیرو قانون محل منعقد نمودن آن است و قانون محل انعقاد از نظر حاکمیت بر قرارداد تساطی خارج مرزی هم دارد. (نصیری، حقوق تجارت بین المللی، ص ۳۴). دیگر اندیشمندان از جمله دومولن و همراهان او که به اصل حاکمیت اراده توجه نموده اند، اما تاثیر قانون محل انعقاد را به طور کامل از یاد نبرده اند و در مواردی که امکان نداشت از کیفیات و شرایطی به اراده طرفین قرارداد برد، قانون محل انعقاد را طبق اراده نظری طرفین قرارداد اعمال می کردند.

در اکثر کشورها همانند ایران، بر قانون محل انعقاد به عنوان روش ثابت اختلاف جهت مشخص نمودن قانون صلاحیتدار عقیده دارند. فرضیه دیرین حاکمیت قانون محل انعقاد بر اکثر مباحث قرارداد کم کم افزاز شده، برخی از دانشمندان بدین صورت عقیده دارند که قانون محل انعقاد منحصرأ بر مورد شکل گیری و ایجاد قرارداد حاکمیت می کند و آثار قرارداد مطیع مقررات دیگری است. نظریه اصلی در این مورد به این توصیف است: حکومت قانون محل انعقاد عقد بر آثار ذاتی و طبیعی قرارداد که آن آثار را می توان زمینه دقت معین طرفین تلقی داشت. این مطالب را باید از موارد فرعی قرارداد نظیر ورشکستگی، حادثه قهری و جبران خسارت، متمایز نموده و موارد فرعی را مطیع قانون محل اجرای قرارداد یا محل وقوع رویداد ذکر شده در بالا دانست. (نصیری، حقوق چند ملیتی، ص ۸۸)

این عقیده به خاطر عدم مطابقت با حقیقت های عملی به دلیل اینکه نمی توان جدا کننده میان تعهدات پدید آمده از عقد و شیوه جاری کردن آن تصور نمود، آنقدر که باید زمینه دقت محاکم آمریکا واقع نشده است. در حالی که در محاکم فدرال سوئیس نظریه جداسازی موضوعات مربوط به تشکیل قرارداد از اثرات قرارداد را که وابسته به مرتبه اجرای آن است، به صورت عمده مورد قبول واقع شده است.

بیان گردید که روش عرفی شناخته شده ای در حقوق بین الملل خصوصی وجود دارد که بر اساس آن اسناد از نظر شکلی پیرو قانون محل تنظیم می باشند. با این توصیف می توان به مطالعه و شرح بیشتر این موارد پرداخت.

در خصوص اسناد دو موضوع مختلف بیان شده است، موضوع اول محتوای سند و موضوع بعدی شیوه تنظیم و یا قالب خارجی سند. هر کدام از این موضوعات پیرو قوانین خاص مختص به خود می باشد. برای مثال در خصوص سندی که مربوط به قرارداد تنظیم می شود باید آن سند از نظر محتوا برابر با قانونی باشد که منوط به درستی آن قرارداد است و

^۱ . Loi du live de conclusion

^۲ . Huber

از نظر طرز خارجی هم بر اساس قانونی تنظیم شود که جهت تنظیم آن بخش اسناد برقرار شده است (الماسی، تعارض قوانین، ص ۱۹۷). این شیوه که قالب خارجی اسناد مطیع قانون محلی است که در آنجا تنظیم می شود^۱. به این معنا که مکان بر سند حاکمیت می کند. ولی مقصود از حکومت این روش، حکومت بر قالب خارجی سند است که در ارتباط با تنظیم یا تشکیل می باشد. نه هر نوع قالبی. برای مثال این موضوع که سند با کدام زبان نوشته شود و ثبت شود یا نه، تاکید بر انجام روش است. منتها اثر بخش در ایجاد یا از بین بردن حقوق متعاقدين نیست و نیز قالب هایی که در ارتباط با تنظیم یا ساخت سند نمی باشد مثل اجازه ها یا اشکال تکمیل کننده اهلیت مثل اجازه قیوم و یا ولی در خصوص تصرفات و معاملات غیر رشید یا قواعد شکلی در مورد آئین دادرسی که در صلاحیت قانون مرکز دادگاه است یا قواعدی که شامل انتشار موضوع حقوقی که در قانون محل وقوع شیئی مورد معامله بر آن صالح است از حیثه این روش خارج می باشد.

۲-۳- نظریه حاکمیت قانون محل اجرای قرارداد

اصلی قدیمی در حقوق بین الملل خصوصی، قانون محل انعقاد است و ابتدا ساوینی^۲ در مقابل قاعده قدیمی یاد شده، قانون محل اجرای قرارداد را قبول نمود. در عقیده وی مرتب بودن قرارداد با قانون محل انعقاد یک رابطه اتفاقی است در صورتی که ارتباط قرارداد با عرف و قانون محل اجراء غیر قابل انکار می باشد و طرفین قرارداد در مطرح نمودن ارتباط حقوقی خود قبل از هر چیز به ابزارهای اجرای قرارداد دقت داشته اند.

استوری^۳ به همان ترتیب که نفوذ قرارداد را تحت تاثیر اصل کلاسیک قانون محل انعقاد عقدی می داند اما تابع اندیشه های ساوینی به قاعده قابل پذیرش خود این مطلب را هم اضافه می کند، زمانی که قرارداد ضمناً یا صراحتاً قرار است در مکان دیگری اجرا شود، در جایگاه حرمت اراده فرضی طرفین باید به این موضوع نیز توجه نمود که قرارداد از نظر وصف ماهیت و محدوده تعهدات طرفین و شیوه شرح آن مطیع قانون کشور محل اجرا خواهد بود. (نصیری، حقوق چند ملیتی، ص ۹۰). در هر صورت این اصل در بعضی از کشورها مورد قبول واقع شده و در بعضی هم مثل آمریکا دادگاه ها قانون محل انعقاد را به صورت معیار بنیادی عمل می کنند و به قانون محل اجرا را زمانی دقت می کنند که طبق شرایط قرارداد عمل به قانون را به اراده طرفین بتوان ربط داد. با اغماض از دیگر موارد مرتبط به تعهدات پدید آمده از قرارداد، شیوه اجرای قرارداد را دادگاه کشورهای گوناگون معمولاً مطیع قانون کشور محل اجرا می دانند، جز اینکه مخالف این بحث از مقصود صریح یا ضمنی طرفین برداشت شود. موضوعات اصلی مرتبط به شیوه اجرای قرارداد عبارتند از روش های اجراء، نحوه پرداخت، موعد، محل و شکل تحویل، تسلیم سفته یا وجه مرسوم جهت ادای دین، نوع پول مرسوم و سرانجام موضوعات مربوط به مشخص نمودن اوزان و مقیاس ها و روزها و ساعات کار که الزاماً مطیع قانون کشور محل اجرا است.

از جمله انتقادهایی که بر نظریه حاکمیت قانون محل اجرای قرارداد وارد شده است اینکه، بیان می کنند مشخص نمودن مکان اجرای واحد جهت قراردادهای بین المللی امکان پذیر نیست چون لااقل در دو کشور مختلف حتی در یک قرارداد ساده بیع بین المللی که خریدار و فروشنده از کشورهای گوناگون باشند، محل اجرای تعهدات طرفین است. بعلاوه بر این محل اجرای برخی از قراردادها را نمی توان از قبل مشخص نمود. به عنوان مثال قرارداد بیمه خسارات

^۱. به لاتینی "Locus regit actum" نامیده می شود.

^۲. Saviny

^۳. Story

اتومبیل، محل اجرای مشخصی ندارد. چون محل اجرای آن زمانی مشخص می شود که خسارتی به اتومبیل وارد شده باشد.

۳- تأثیر اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادها در قانون مدنی ایران

جهت انعقاد و وضع هر نوع قراردادی بر طبق ماده ۱۸۳ حداقل دو طرف باید وجود داشته باشد و بر اساس قانون ذکر شده این دو طرف باید دارای اهلیت جهت انعقاد قرارداد باشند. ولی به خاطر این که قراردادی را معتبر بدانیم، باید از طریقه تنظیم و از لحاظ شکلی، صوری، دارای شرایط قانونی باشد.

پس ضروری است که قرارداد را به سه بخش تنظیم کرده و بررسی جداگانه ای در قانون حاکم بر این سه بخش انجام دهیم. این سه بخش عبارتند از:

۱- قانون حاکم بر مرحله ایجاد عقد

۲- قانون حاکم بر شکل ظاهری سند

۳- قانون حاکم بر تعهدات ناشی از عقد

۳-۱- قانون حاکم بر مرحله ایجاد عقد (اعتبار ماهوی قرارداد)

نظریه مربوط به حاکمیت اراده و پیروی قرارداد از قانون مورد توافق طرفین، همه مواد و مواضع قرارداد را دربر نمی گیرد و برخی از موضوعات قرارداد مانند اهلیت طرفین، تابع قانون صلاحیتدار دیگری است که قانونگذار تعیین کرده است.

در مورد قانون حاکم بر ایجاد قرارداد در قانون مدنی ایران مطلبی بیان نشده است. ماده ۵ ق.م به این معنی است که به طور کلی قانون ایران باید اجرا گردد، به جز در دو شکل اموری استثنایی که از طریق خود قانون (ماده ۷ ق.م) ذکر شده باشند. با دقت در این شکل از ایجاد مقنن می توان بیان نمود که درباره اهلیت، قانون حاکم بر مرحله ایجاد عقد قانون مورد نظر متعاقبین قرارداد است. ولی با دقت در ماده ۹۶۲ ق.م مشاهده می شود که این قاعده مورد توجه مقنن صورت بی قید و شرط قرار نگرفته است. مقنن حکم استثنایی را با ذکر یک قاعده کلی را بیان می کند. به این صورت که اگر شخصی خارجی که بر اساس قانون دولت متبوع خودش جهت انجام یک فعل حقوقی اهلیت نداشته است، این فعل حقوقی را در ایران انجام دهد، چنانچه بر اساس قانون ایران بتوان او را دارای اهلیت جهت آن فعل دانست آن فرد دارای اهلیت به حساب می آید. پس باید دقت نمود که چه دلیلی سبب تجویز به این شکل مقنن ایرانی می باشد؟

به نظر می رسد دلیل این بحث، حفظ حقوق ایرانیان با پشتیبانی از آنها در برابر تبعه خارجی بدون اهلیت که با فرد ایرانی وارد روابطه حقوقی شده و معامله نموده باشد. بر این اساس در چنین مواردی اهلیت شخص خارجی بر اساس قانون ایران و نه قانون کشور متبوع فرد خارجی تعیین می شود.

اما قصد قانونگذار از حمایت از حقوق شهروندی در ماده ۹۶۲ ق.م این است که مفاد این بند ممکن است حاوی نواقصی باشد و در خطر تضییع حقوق شهروندان ایرانی تلقی شود. در زیر توضیحی در این باره داده شده است.

۱- طبق نص صریح ماده ۹۶۱ ق.م، این قانون فقط از ایرانیانی که در داخل ایران با اتباع بیگانه غیر واجد اهلیت رابطه حقوقی برقرار می کنند حمایت می کند، به موجب این ماده در صورتی که فرد ایرانی خارج از ایران، با شخص خارجی

که اهلیت نداشته باشد رابطه حقوقی برقراری نماید. قوانین در رابطه با او مشمول حمایت این قانونی نخواهد بود و قابل پیگیری نیست.

۲- مورد بعدی، حد اتکای قانونگذار به نتایج این حکم است. در نظر بگیرید که یک خارجی، مانند یک تاجر خارجی ورشکسته که ورشکستگی او در ایران به رسمیت شناخته نشده است، با یک ایرانی معامله می کند. حال معامله این تاجر در ایران از نظر حقوق ایران صحیح و معتبر است و عواقب این معامله در ایران اثر حقوقی خواهد داشت اما موضوع قابل بحث است؛ استدلال و ایراد این است که این معامله به رسمیت شناخته شده توسط کشور متبوع خارجی و در این کشور قابل رجوع و یا حتی اطلاع از قابل اجرا بودن این قرارداد در کشور دیگر یا کشورهای ثالث نیست و برای تعیین اعتبار آن، بررسی و شناخت قوانین و نظام های حقوقی کشور ثالث ضروری است که ممکن است با قوانین آن کشور مغایرت داشته باشد، مبتنی بر قاعده مندرج در ماده ۹۶۲ ق. م ایران نیست.

۳- مفاد این ماده ممکن است موجب کلاهبرداری در معاملات بین المللی و باعث ضرر به ایرانیان شود. مثلاً امکان دارد شخص خارجی که هنوز به سن بلوغ نرسیده است، این موضوع را در ایران پنهان کند و با یک ایرانی در داخل ایران رابطه حقوقی برقرار کند و پس از انجام تعهدات متقابل، کناره گیری کند و طرف ایرانی متضرر ضرر و زیان شود. از سوی دیگر، آن فرد خارجی در ایران ملکی ندارد، بنابراین تا طرف ایرانی بتواند از آنها مطالبه غرامت کند. در این مورد، تصمیم مندرج در ماده ۹۶۲ ق. م ایران نه فقط کمکی به شخص ایرانی نمود، بلکه موجبات ضرر آن را هم به وجود می آورد.

۳-۲- قانون حاکم بر شکل ظاهری سند (اعتبار شکلی قرارداد)

در مورد شکل یا ظاهر خارجی سند، طبق قاعده با اهمیت در حقوق بین الملل خصوصی^۱ «حاکمیت محل بر سند شکل یا ظاهر خارجی سند مطیع قانون محل تنظیم یا ظاهر اسناد مشمول محل اجرای آنها هستند... (الماسی، ص ۱۹۶). مقنن در ماده ۹۶۹ ق. م بیان می کند: «اسناد تابع قانون محل تنظیم است»، اما حکم این ماده بیشتر به نظر می رسد و قانون و رویه محاکم شرایط خاصی را وضع می کند یا به عبارت دیگر دامنه آن را تعیین یا محدود می کند. ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی نیز در این خصوص دادگاه های ایران اسنادی را که در کشورهای خارجی تنظیم شده است با رعایت شرایطی مطابق قانون کشور محل تنظیم می شناسند. بنابراین مشاهده می کنیم که بر طبق مصوبه این قانون، قانونگذار برای تشخیص تابعیت از قانون در محل تنظیم سند، شرایط دیگری را تعیین کرده است تا دادگاه های ایران آن را سند معتبری بدانند. لازم به ذکر است که شرط عدم مغایرت با قوانین مربوط به نظم و اخلاق حسنه در اسناد تنظیم شده در داخل ایران نیز دیده می شود و در این خصوص ماده ۱۲۸۸ ق. م بیان می کند: «محتوای سند، اگر خلاف قوانین نباشد معتبر است».

البته باید توجه داشت که قانون محل تشکیل فقط بر شکل خارجی سند حاکم است مانند زبان قرارداد، اشکالی که ارتباطی با نحوه تنظیم سند ندارد مانند قوانین. در مورد تشریفات حاکم بر قانون مقر دادگاه، در قانون محل تثبیت سند گنجانده شده است. برجسته است (الماسی، همان، ص ۱۹۸).

^۱ . Locus regit actum

ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران می‌گوید: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاهدین اتباع خارجی باشند و صراحتاً یا ضمناً آن را مشمول قانون دیگری قرار داده باشند». مشاهده می‌شود که قسمت اول ماده دارای قاعده الزامی و قسمت آخر آن اختیاری است. به بیان دیگر قانونگذار اصل انعقاد قرارداد توسط طرفین ایرانی را، بر این می‌داند که در ایران منعقد می‌شود و طبق این ماده خواسته است، قرارداد طرفین ایرانی همواره تابع قانون ایران باشد و به نظر می‌رسد که طبق قسمت اول ماده، در صورتی که طرفین ایرانی باشند و برای انعقاد قرارداد در خارج از ایران اقدام نمایند، قرارداد باید مشمول مقررات قانونی محل وقوع عقد باشد، و ایرانیانی که در خارج از کشور قرارداد منعقد می‌کنند حتی نمی‌توانند اطمینان حاصل کنند که قانون ایران قرارداد آنها را تنظیم می‌کند. بنابراین طرفین اتباع خارجی در ایران قرارداد ببندد و آن را مشمول قانون دیگری کند. یکی از ایرادات وارده به ماده ۹۶۸ قانون مدنی و به ویژه بر برتری قانون محل انعقاد عقد این است که محدودیت اراده و تنظیم قانون مبدأ یا قانون محل اجرا در گذشته مرسوم بوده است، به ویژه در مواقعی که اراده طرفین واقعاً اهمیتی نداشته است. و یک قاعده اساسی در نظریه رد حاکمیت اراده بوده است که یکی از قوانین حاکم بر عقد، قانون محل وقوع عقد است. یکی دیگر از ایرادات حاکمیت قانون در مورد محل وقوع این است که محل وقوع عقد امکان دارد اتفاقی واقع شود. مثلاً شاید دو نفر از دو کشور متفاوت به کشور ثالثی سفر کنند و بعد به طور اتفاقی با یکدیگر قرارداد ببندند. بدون شک، قرار دادن قوانین کشور ثالث در کنترل روابط قراردادی آنها نابجا خواهد بود. می‌توان ادعا کرد که ماده ۹۶۸ ق. م الزامی و امری است و در صورتی که طرفین نخواهند مشمول قانون کشور محل انعقاد قرارداد شوند، می‌توانند در مفاد قرارداد را لحاظ کنند که قانون کشوری که می‌خواهند به عنوان شرط در قرارداد باشد قید نمایند و این موضوع باعث می‌شود تا با توافق طرفین مفاد قانون خارجی بروز نماید. یکی دیگر از اشکال امری ماده ۹۶۸ این است که قاعده امری در این ماده خلاف منطق حقوقی است و در روابط بین الملل اشکال ایجاد می‌کند. از جمله اینکه طبق مفاد این ماده، اتباع ایرانی که در خارج از کشور قرارداد منعقد می‌کنند، حق ندارند تعهدات ناشی از قرارداد را مشمول قوانین ایران کنند. بنابراین به عقیده بعضی از حقوقدانان راهی جز اختیاری بودن مقررات ماده ۹۶۸ قانون مدنی وجود ندارد. این بدان معناست که تعهدات ناشی از قرارداد طبق اصل مشمول قانون انعقاد بوده و در صورتی که طرفین متعاهد تابعیت کشور دیگری باشند، می‌توانند صراحتاً یا ضمناً آن را مشمول قانون دیگری قرار دهند.

در این ماده آمده است: در عقود و قراردادهای بین اتباع ایرانی و خارجی تا زمانی که اختلافی وجود نداشته باشد، طرف ایرانی به هیچ وجه نمی‌تواند ملزم به ارجاع اختلاف به داور یا هیأتی باشد که با یکی از آنان دارای همان تابعیتی باشند که طرف معامله دارد. به عنوان جزء معامله هر معامله و قراردادی که خلاف ممنوعیت این قانون باشد، در قسمتی که خلاف قانون باشد، باط و بلااثر بوده و هیچ مبنایی و قدرتی ندارد. در کل ذکر صریح این ماده استثنای قانونی بر اصل حاکمیت، استقلال و آزادی اراده است و شاید واقعاً مقصود قانونگذار این بوده که نفع شهروندان ایرانی در قراردادهای بین المللی آنها و قبل از وقوع اختلاف و نتیجه آن رعایت شود، رخ نداده باشد، اتباع ایرانی بسته به تابعیت طرف دعوا و طرف قرارداد زیر محدودیت داور یا داوران قرار نمی‌گیرد. با این حال، مفهوم مخالف این ماده حاوی این مضمون است که در صورت بروز اختلاف و موضوع اختلاف، یک تبعه ایرانی می‌تواند اختلاف خود را به داور یا داوران یا وکلایی که تابعیت طرف مقابل را دارا باشد تسلیم کند دیگر بخشی از عقد است و در واقع در وهله اول در این ماده

قانونگذار محدودیتی در اصل آزادی و حاکمیت اراده قائل شده و آن را محدود کرده است، یعنی به اصل اعتبار بخشیده است که وجود و تحقق شرطی را لازم دانسته است.

۴- نقش اراده در تفسیر قرارداد

اراده سازنده عمل حقوقی است، بنابراین عمل حقوقی زمانی محقق می شود که اراده ی باطنی وجود داشته باشد و اراده ی ظاهری منطبق با اراده ی باطنی اظهار گردد، که در بیشتر موارد اراده ظاهری با اراده باطنی، تطابق کامل دارد و تا زمانی که این انطباق وجود داشته باشد، بحث از اراده ظاهری و باطنی بی فایده به نظر می رسد. ولی اگر آن چه اعلان شده است، باید متفاوت از گذشته فرد و تصمیم او بر اساس آن باشد. مثلاً اگر شخصی قصد وقف مقدارى از اموال خود را داشته باشد ولی در سند به صورت وصیت نامه نوشته شده باشد؛ در این فرض، آنچه اعلام شده با هدف او متفاوت است. حال این سوال مطرح می شود که چه نوع اراده ساختاری اعلام و وارد روابط اجتماعی می شود و در نتیجه به عنوان یک پدیده حقوقی (اراده ظاهری) انتظاراتی ایجاد می کند یا آنچه قبلاً در درون فرد بوده و او را تشکیل می دهد؟ نیت واقعی (اراده درونی).

قاعدتاً در اکثر موارد طرفین فقط به علت نفع خود قرارداد را بدون ابهام منعقد کرده اند و بر این اساس اکثر قراردادهای کامل بوده و نیازی به توضیح ندارد، اما زمانی که توافق به دلایلی مبهم است، لازم دارد که توضیح داده شود. ثابت شده است، در این توضیحی که نیاز است باید اراده طرفین همواره به عنوان چارچوبی برای تفسیر در نظر گرفته شود. (السون، ۱۳۸۵: ۱۶). لازم به ذکر است که تفسیر قراردادهای (حداقل در دعوی) از وظایف محاکم است نه طرفین. همچنین بر این اساس آنجا که اکثر مسائل تفسیری منحصر به فرد هستند، فرآیند قضایی در حل و فصل اختلافات تفسیری نقشی جزئی دارد.

۴-۱- اراده باطنی و اراده ظاهری در مصر

وقتی میل درونی با بیان آن تفاوتی ندارد، پذیرش با میل درونی (اراده باطنی) یا میل بیرونی (اراده ظاهری) تفاوتی ندارد؛ اما اگر این دو با هم متفاوت باشند، قاعده معروف در حقوق لاتین این است که میل درونی هنجار است؛ زیرا در قرارداد چایی شرطی وجود دارد که انسان در صورت پی بردن به وجود شرط آن را نمی پذیرد و مانند فردی که در هتل اقامت می کند از شرایط اقامت آگاه نیست ولی شرط انجام شده به صورت کتبی بر او در جلو دید او ظاهر است. یا به عنوان شخصی که در مورد اثاثیه منزل خود وصیت می کند و مبلمان اتاق خواب را در وصیت نامه ذکر می کند. اما اتاق پذیرایی همان چیزی است که او به دنبال آن است. تئوری جدید در این مورد متعلق به آلمان است که امیال خارجی را معیار قلمداد می کند. بنابراین، مکاتب آلمانی و فرانسوی در دکتترین قرارداد از یکدیگر فاصله دارند. زیرا از نظر مسئولیت و قواعد کلی روابط حقوقی با یکدیگر تفاوت دارند. یکی از این نظریه ها به جنبه مادی اهمیت می دهد. بنابراین دیدگاه آنها ذهنی است و دومی باطن را مهم می داند. بنابراین نظر آنها شخصی است. بنابراین مکتب فرانسه اراده درونی (واقعی) را منشأ اثر در عقد می داند و مکتب آلمانی اراده خارجی را.

۴-۱-۱- نظریه اراده باطنی^۱ در مصر

این نظریه از اراده مکنون در ضمیر بحث می کند؛ اما اعلام اراده، قرینه ای بر آن است که قابلیت اثبات عکس آن وجود دارد. پس اگر دلیلی اقامه شود که آنچه ابراز شده با اراده نفسانی فرد هماهنگ نیست، معیار اراده ای باطنی نیست؛ نه

^۱ . volinte interne

خارجی و اگر قاضی نتواند به اراده درونی دست یابد، از راه فرض و گمان به آن پی می برد. بنابر این اول اراده واقعی و در موقع عدم دستیابی، اراده فرضی معیار است که هر دو اراده باطنی هستند نه خارجی. اراده آزاد مختار، از غش یا اکراه یا اشتباه تاثیر نمی پذیرد.

۱- نظریه حاکمیت اراده باطنی در فقه عامه

۳۱۰ در مقابل، فقیهان حنفی، شافعی و مالکیه نظریه اراده باطنی را پذیرفته اند. این دسته از فقیهان با تبعیت از حدیث «
انما الاعمال بالنیات...» این نظریه را اختیار کرده اند (بحرالعلوم، ۱۹۸۴، ص ۳۶) ابن نجیم از علمای مالکی می نویسد:
« اگر بین زبان و قلب اختلاف شود آنچه در قلب گذشته است معتبر خواهد بود » (الزرقاء، ۱۹۶۷، ص ۲۴۵) شاید
جانبداری فقههای مالکی از سد ذرایع و مخالفت آنان با قراردادهای صوری (حیله های فرار از ربا) براساس ملاک قرار
دادن اراده باطنی است. در مقابل، فقیهان مالکیه با تبعیت از احادیث مذکور نظریه اراده باطنی را مطلقاً پذیرفته اند. به
گونه ای که ابن نجیم در زمینه اعتبار نظریه اراده باطنی می نویسد: اگر بین زبان و قلب اختلاف شود آنچه در قلب
گذشته است معتبر خواهد بود (الزرقاء، ۱۹۶۷، ص ۳۵۲).

همچنین می توان گفت جانبداری فقههای مالکیه از سد ذرایع محصول تبعیت آنها از اراده باطنی است و مخالفت آنها با
قراردادهای صوری مانند استفاده از حیله های فرار از ربا نیز براساس ملاک قرار دادن اراده باطنی قابل توجیه است.
چراکه استفاده از ذریعه و وسیله برای ارتکاب حرام، حرام است. و اصولاً ملاک در اعمال، نیت و مقاصد درونی افراد
است، نه ظواهر کردار.

۴-۱-۲- نظریه اراده ظاهری^۱ در مصر

در نیمه دوم قرن نوزده، حقوقدان آلمانی نظریه اراده باطنی را موشکافی قرار دادند و نتیجه گرفتند که ارادی باطنی
نمی تواند دارای اثر حقوقی باشد؛ زیرا امری پنهان در نفس آدمی است و اراده ای که منشأ اثر است، اراده در نمود
اجتماعی است، نه پنهان در ضمیر و به اراده در نمود اجتماعی جز وقتی که به زبان آید نمی توان تمسک کرد؛ پس
به زبان آوردن معتبر است؛ چون شیء مادی که قانون بتواند به آن احاطه یابد و احکامش را بر آن مترتب سازد بدون
اینکه نیازمند تجسس مکنونات نفسانی فرد باشد، همان است. قانون یک پدیده اجتماعی می باشد؛ نه نفسانی و اراده
باطنی جز در عالم نفس وجودی ندارد؛ پس اگر بخواهیم در عالم اجتماعی با آن وجودی بیخشیم ضروری است در
قالب مادی آن را تجسم کنیم، یعنی چیزی که بتوان آن را درک کرد. در این صورت است که معاملات ثبات می یابند
و به کسی که از طریق اراده خارجی به حقیقت اعتماد کرده احساس آرامش دست می دهد؛ زیرا شناخت اراده جز از

برخی از منابع اصلی: سال، اعلام اراده؛ بنکاز، تکمله پوردی، ج ۲، دینوز، التزامات، ج ۱، پلنیول و ریزرو اسمن، ج ۱؛ دیرکس (Dereux)، مقاله ای
در تفسیر اعمال حقوقی، ۱۹۰۵ و مقاله ای از وی در مجله انتقادی، ۱۹۰۱؛ مقاله استاد مینیل (Meynial) درباره اعلام اراده در فصلنامه قانون
مدنی، ۱۹۰۲، ص ۵۴۵-۵۷۳؛ مقاله استاد هوریو (Hauriou) و استاد ژیلوم دی بیزن (Guillaume de Bezin)، اعلام اراده در حقوق اداری
فرانسه، فصلنامه قانون مدنی، ۱۹۱۳، ص ۵۴۳-۵۸۶؛ مولف، نظریه العقد، ص ۱۵۰ به بعد؛ دکتر حلمی بهجت بدوی بیک، اصول تعهدات، ص ۸۲ به بعد،
دکتر احمد حشمت ابو ستیت بیک، نظریه التعهد، ص ۷۰ به بعد.

^۱ . volonte external, declaration de volonte

طریق اعلام آن میسر نبوده است؛ لذا بعد از آن، طرف مقابل نمی تواند به قصد درونی خود که غیر از آن چیزی است که از طریق ابراز مادی بیان نموده، استناد نماید.^۱

هواداران نظریه اراده خارجی روش خاصی را برای اعلام در نظر نگرفته اند لذا هر روشی در نظر گرفته شود صحیح است. اعلام گاه صریح است و گاه ضمنی و گاه سکوت یکی از ابزارهای اعلام اراده است. آنچه از نظر آنان حائز اهمیت است، محدود به کنش نفسانی نیست و آن را در قالب پدیده ای مادی برای آشکار ساختن اراده فرد در عالم مادی بیان می کند.

اینان نمود خارجی اراده را تنها به عنوان کاشف اراده معرفی نمی کنند تا به هنگام آشکار شدن عدم تطبیق اراده باطنی با اراده خارجی از اوضاع و احوال، قابلیت اثبات عکس خود را داشته باشد؛ چرا که اگر به این مقدار اکتفا می کردند، با هواداران نظریه باطنی اختلافی نداشتند؛ بلکه همین نمود خارجی را عنصر اصلی اراده می دانند به گونه ای که قابلیت اثبات عکس آن وجود ندارد؛ لذا دعوای کسی که ادعا می کند، آنچه بیان داشته غیر از اراده و قصد اوست، مادامی که روش انتخابی برای ابراز اراده اش دلالت بر آن نماید پذیرفته نخواهد شد.^۲

۴-۲- تفاوت اراده خارجی با اراده باطنی در مصر

گاه اراده خارجی با اراده باطنی تفاوت دارد و از آن جا که سخن از دو اراده و تفاوت این دو به سخن در واقع قصد بر نمی گردد بلکه سخن درباره خود اراده است. تا وقتی به اراده باطنی اخذ نشود و مغایرت آن با اراده خارجی معلوم شود، این مغایرت مربوط به اشتباه صادره از متعاملی است که این اراده از وی ابراز شده است. البته هر مغایرتی بین اراده باطنی و خارجی اشتباه نیست. هازل و شخصی که آنچه را پنهان می دارد غیر از اظهارات اوست یعنی اراده مقرون به ملاحظاتی است که ابراز نشده و صرفاً در ظرف ذهن موجود است، اداره خارجی آنها با اراده باطنی ایشان بدون این که

۱. قانون آلمان از حقوق آلمان تاثیر پذیرفته و تا حد زیادی به نظریه اراده خارجی استناد کرده است همینطور قوانین انگلیس این نظریه را بر بسیاری از فروع منطبق کرده اند (ر.ک: جنس، م ۷۷۷). اما در حقوق اسلامی هر چند بر طبق قاعده اراده حقیقی طرفین معتبر است، ولی فقیه آن در بسیاری از فروع ظاهر الفاظ متعامل را اخذ کرده و معانی نهفته در زمین آنها توجه نکرده اند به شاید همین نکته تفسیر گر تحلیل دقیق برخی از عبارات و الفاظ و تعامل زیاد ایشان در شرح معانی عبارات باشد از این رو این امر از سوی ایشان بها دادن به الفاظ تفسیر نمی شود و غلبه ارادی خارجی بر باتری است افزون بر اینکه عمر وجود دارد که شوخی و جدی آنها امری جدی تلقی می گردد یعنی اراده خارجی به طور حکم بر اراده باتری در امور غلبه دارد که عبارت است از ازدواج و طلاق و آزادسازی بنده (التلویح و التوضیح، ج ۲، ص ۷۸۷)

۲. طرفداران اراده خارجی، ارادی باطنی را به کلی به فراموشی نسپرده اند. اینان شرط کرده اند که در پس هر تعبیر لفظی باید اراده باطنی وجود داشته باشد؛ ولی اضافه می کنند که آن مقدار از اراده باطنی دارای اثر حقوقی است که در اراده ظاهری ابراز گردد (volonte de declarer)؛ پس کسی که اراده خود را با کتابت اظهار می کند، منظورش این نیست که به معانی ظاهری آن جهت ایجاد یک اثر حقوقی اخذ شود بلکه قصد اثربخشی را پس از امضا دارد، حتی بیشتر اوقات، بعد از تسلیم سند مکتوب یا بعد از ارسال آن این قصد ایجاد می شود. بدین ترتیب، اعمال کودک یا مجنون می تواند به عنوان پدیده ای مادی که تعبیری از اراده اوست، محسوب شود؛ زیرا این دو فاقد اراده اند؛ لذا صحیح نیست که گفته شود وی قصد کرده که اراده اش را با این پدیده ظاهری آشکار نماید تا اثر حقوقی را ایجاد کند (ر.ک: مواد ۱۲۷ و ۱۲۸ از پیش نویس مقدماتی؛ وون تور، Von Tuhr، ص ۱۲۲؛ سالی، اعلام اراده، ص ۲)

ضروری است اراده خارجی از وجودی حقیقی برخوردار باشد و لذا اراده مکتوب اگر متقلبانه باشد، از وجود حقیقی برخوردار نیست و الا موجود تلقی می شود حتی اگر به شخصی غیر از فرد مورد نظر ابراز شده باشد؛ مانند ابراز اشتباهی به شخصی که همان فرد مورد نظر است. (ون تور، ص ۱۳۶، مقاله دکتر الشبتی، ص ۸۴، شماره ۷۵)

تمییز بین اراده باطنی و خارجی از نتایج عملی محدودی برخوردار است و این نتیجه وقتی ظاهر می شود که بتواند دلیلی بر اینکه اراده خارجی با ارادی باطنی همخوانی ندارد ارائه کرد که اثبات این امر نیز بسیار نادر است.

در اشتباه باشند، مغایرت دارد. یعنی در وجود آن در صحت آن. گاه اشتباه در اراده خارجی رخ می دهد. اشتباه در اراده خارجی، ناشی از مغایرت آن با اراده باطنی نیست؛ بلکه اشتباهی است ناشی از تعبیر از اراده، یعنی در اراده خارجی. سالی مثالی برای این مطلب ذکر می کند: فردی دو اسب دارد، اسب سیاه که دارای عیبی است و به همین علت می خواهد آن را بفروشد و اسبی سفید که فاقد عیب است و وی قصد فروش آن را ندارد. وقتی می گوید اسب سفید را به تو می فروشم و در واقع می خواهد بگوید سیاه، اینجا اشتباه در اراده خارجی رخ داده است؛ ولی اگر از روی خطا گمان کند اسب سفید معیوب است و بگوید اسب سفید را به تو می فروشم؛ اشتباه در اراده باطنی رخ داده است. قانون آلمان عقد را در هر دو صورت قابل ابطال می داند (سالی، ص ۱۱، ص ۳۵۹)

۳-۴- موضع قانون جدید مصر در اراده باطنی و ظاهری

بیان گردید که قانون جدید از منظر سنت قانون قدیم مبنی بر اراده باطنی و ظاهری خارج شده و برای تشبیت معاملات به نظریه اراده خارجی متمایل شده است. به عبارت دیگر، قانون آلمان اراده خارجی را به بردگی نمی کشد و اگر بتوان گفت که حقوق آلمان با استفاده از نظریه اراده داخلی، نظریه اراده خارجی را به کمال رساند، می توان گفت که نظریه قانون جدید اراده باطنی را با نظریه ارادی خارجی بازسازی کرده است.

موضوع تبعیت عقد از قصد، در فقه اهل سنت نیز مطرح شده، اکثریت آنها اصالت را با قصد باطنی دانسته اند. حنفیه و حنابله و مالکیه بر این نظر هستند (کاشانی، ۱۴۰۶، ص ۲۳۱)

بند ۲ ماده ۱۵۰ قانون مدنی مصر نیز اراده باطنی را می پذیرد و می گوید: «اما اذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن نية المشتري للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ».

مطابق این ماده، اگر متعاقدین بر امری توافق کنند، ولی آن را با عبارتی واضح بیان نکنند و اراده ظاهری با اراده باطنی متعارض شود، باید عقد را صحیح دانست و نباید به اراده ظاهری توجه شود و تفحص برای کشف اراده باطنی لازم است (سنهوری، ۱۹۹۸، ص ۶۷۷).

اعلام اراده، خواه صریح باشد یا ضمنی و خواه اتکا به اراده خارجی داشته باشد یا باطنی، پس از آگاه شدن طرف مقابل از آن تأثیر خواهد کرد. در ماده ۹۱ قانون مدنی جدید آمده است «اثر اعلام اراده زمانی نافذ می شود که اعلامیه به اطلاع طرف مقابل برسد و دریافت اعلامیه فرضی بر مخاطریه است. مگر اینکه دلیلی بر خلاف آن وجود داشته باشد». مانند این ماده قانونی در قانون مدنی قدیم وجود نداشت. برای روشن شدن مطلب باید بین وجود فعلی اعلام و وجود قانونی آن تفکیک کرد. اعلام به مجرد صدور از طرف قرارداد وجود فعلی پیدا میکند؛ ولی وجود قانونی آن جز وقتی که به اطلاع طرف مقابل برسد حاصل نمی شود. و ملاک وجود قانونی اعلام است؛ زیرا آثار حقوقی تنها بر آن مترتب است و این همان معنی مورد نظر از موثریت اعلام است.

پس اگر اعلام، ایجاب باشد اثرش تنها پس از وصول به طرف مقابل ظاهر می شود. به عبارتی، ایجاب، از زمان اطلاع، ایجاب محسوب می شود و موجب نمی تواند از آن عدول کند و قبل از اطلاع قابل، عدول جایز است. البته مفهوم این کلام آن نیست که پس از اطلاع، موجب حق عدول ندارد و ایجاب ملزمه است؛ بلکه رجوع از آن قبل از الزام جایز است و برای اینکه ایجاب الزام آور شود، ضروری است شرایطی را دارا باشد که بیان خواهد شد.

۵- نشانه های پذیرش نظریه باطنی در فقه امامیه

در بعضی از روایات قراردادهایی که به مقصود فرار از ربا انعقاد گردیده در مورد آنها قصد حقیقی جهت معامله کردن موجود نبوده و تنها الفاظ در آنها کارکرد داشته اند، به صورت درست پذیرفته شده اند و نیز به مفهوم ظاهری الفاظ عمل شده است.^۱

همان گونه که بیان شد بر اساس این نظریه الفاظ ایجاب و قبول نشانه ای مطلق بر قصد طرفین هستند. تعدادی از فقیهان در فقه امامیه بیان به این شکل را در مواقعی پذیرفته اند. برای مثال ادعا شده است در معاملاتی مانند اجاره و بیع فقیهان هم نظر هستند که پس از اظهار عبارات روشن و صریح به وسیله کسی که معامله انجام می دهد، ادعای اینکه اراده باطنی وی با معنای ظاهری ذکر شده مطابقت نداشته پذیرفته نمی شود (سبزواری، ص ۱۹۹).

از میان فقهای عامه، نظریه اراده ظاهری را شافعی مورد پذیرش قرار داده است (شافعی، ۱۴۰۰، ج ۳، ص ۷۵) بسیاری از فقها الفاظ را فقط وسیله و ابزاری دانسته اند که قصد درونی را بنمایاند (فیض کاشانی، ج ۳، ص ۶۸) و حتی آن دسته از فقها که ظاهراً منشاء ایجاد تعهدات را کلمات می دانند، تصریح کرده اند که چون الفاظ بر اراده باطنی دلالت می کنند، وجودشان لازم دانسته شده است (عاملی، ج ۱۱، ص ۳۹۷).

برخی هم در مورد تعیین میزان مهریه بیان نموده اند در جایی که نامزدها به مهری تراضی می کنند ولی به خواهش زن و کسان او در عقد مبلغ بیشتری را می آورند، مهر ذکر شده را معتبر می دانند (طوسی، ج ۴، ص ۲۹۱) ولی دیگران بر او خرده گرفته اند که اعتبار لفظ به سبب دلالت آن بر اراده گوینده است و کلامی که معنای آن اراده نشده است التزامی به وجود نمی آورد (نجفی، ج ۳۱، ص ۳۷) مستند نظریه اراده ظاهری نیز روایت «انما يحلل الكلام و يحرم الكلام» می باشد (حرعاملی، حدیث ۴، ص ۳۷۶).

حصر و اطلاق این روایت دلالت دارد بر اینکه الفاظ تمام اثر را دارند و نقشی برای قصد باقی نمی ماند، با تأمل بر نظرات مزبور این چنین برداشت می شود که بیان ذکر شده به قرینه ابتدای روایت^۲ بر این بیان اشاره دارد که تا مذاکرات اولیه به مرحله انشا نرسیده باشند تعهدی تشکیل نمی شود و مقصود از لفظ امری است که بر قصد انشاء دلالت می کند و فقط موارد صیغه های لفظی را شامل نمی شود. لکن با دقت در این گونه قراردادهای درمی یابیم که جهت^۳ و غرض با قصد واقعی خلط شده است، زیرا در این نوع از معاملات طرفین برای فرار از ربا انجام معامله را قصد می کنند، از این رو الفاظ این گونه قراردادهای همان قصد واقعی را بیان می کنند و از اراده باطنی تخلفی صورت نگرفته است (قشقایی، پیشین، ص ۸۸).

مع الوصف به نظر می رسد که در حقوق اسلام اصل بر اراده باطنی باشد، چرا که اولاً با عنایت به اینکه قاعده «العقود تابعه القصد» از یک سو از پشتوانه اخلاقی بهره مند بوده و از جهتی دیگر مستقیماً در مورد بحث تصمیم کلی

۱. مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ الرَّضِيِّ فِي نَهْجِ الْبَلَاغَةِ عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي كَلَامٍ لَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ لَهُ: يَا عَلِيُّ إِنَّ الْقَوْمَ سَيَفْتَنُونَ بِأَمْوَالِهِمْ إِلَيَّ أَنْ قَالَ: وَ يَسْتَحِلُّونَ حَرَامَهُ بِالشُّبُهَاتِ الْكَاذِبَةِ وَ الْأَهْوَاءِ السَّاهِيَةِ فَيَسْتَحِلُّونَ الْخَمْرَ بِالنَّبِيذِ وَ السُّخْتِ بِالْهَدْيَةِ وَ الرَّبَا بِالْبَيْعِ.. أَقُولُ: هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى بَيْعِ أَحَدِ الْمُثَلِّينَ بِالْآخِرَةِ تَفَاضُلًا لَا بَيْعِ غَيْرِهِ وَ هُوَ ظَاهِرٌ أَوْ عَلَى الْكِرَاهَةِ وَ يَأْتِي مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ.

۲. روایت این است: از امام صادق (ع) پرسیدند مردی نزد من آمده و میگوید برو این لباس را برای من بخر و فلان مقدار به تو سود می دهم. امام فرمود آیا سفارش دهنده مختار است که آن را بردارد و یا ترک کند؟ او اظهار داشت بله و امام فرمود اشکالی ندارد.

۳. جهت معامله عبارت است از غرض و هدف اصلی معامله کننده از انعقاد قرارداد داشته است و این امری شخصی و متغیر می باشد که هر یک از طرفین معامله را به انجام آن با می دارد مثل خرید خانه به قصد سکونت در آن یا فروش به غیر.

می‌گیرد، هیچ دلیلی وجود ندارد که بتوان به راحتی نسبت به مقابله آن اقدام کرد، چون قوت تصمیمی که به عنوان یک قاعده کلی در موضوع معرفی می‌شود، بیشتر از حکمی است که به صورت غیر مستقیم از جاهای دیگر به دست آمده است (همان، ص ۸۸). در واقع می‌توان گفت که این قاعده بر قواعد دیگر در استناد بر اصالت اراده ظاهری حکومت دارد.

۳۱۴

ثانیاً از سوی دیگر ادله‌ای هم که برای نظریه‌ی اراده ظاهری به آن اشاره کردیم، خالی از اشکال نیست که محل آن گذشت. ثالثاً با توجه به مسلم بودن حجیت اصله الظهور که یکی از اصول لفظی در میان عقلاء می‌باشد و اسلام هم با آن مخالفت نموده است و مبنای حجیت آن بنای عقلاء می‌باشد و به این معنا است که این یک امر قطعی است که سیره‌ی عملی اهل محاوره و بنا عقلاء بر آن است که بیان‌کننده برای درک مقصود خود به ظاهر گفتار خود تکیه و اعتماد می‌کند و لزوم بیان صریح در نیت خود نمی‌بیند و چه بسا با آن منافات داشته باشد. (مظفر، ج ۲، ص ۱۳۰). بنابراین از آن فهمیده می‌شود که این اصل برای کشف از اراده باطنی متکلم مورد استفاده قرار می‌گیرد (هاشمی شاهرودی، ج ۱، ص ۸۶) از این رو تقدم رتبه‌ی اراده باطنی بر آن مسلم بوده است، از سوی دیگر اصل بر تطابق اراده اعلامی با اراده باطنی است، معنای آن به این صورت است که کلام با مراد متکلم و مقصود شخص مطابق باشد. بنابراین از همراه شدن این اصل با اصل اراده باطنی پی به این موضوع می‌بریم که کلمات و نمادها نشانه‌های ثابت قصد و نیت درونی هستند و وقتی تصویر و ظهور کلمات تقویت می‌یابد، دیگران می‌توانند در برابر آن مقاومت و مخالفت کنند.

هم چنین پیروان این روش، برای درک مقاصد گوینده، مبتنی بر عمل به ظاهر کلام او و شناخت آن است، بنابراین ظاهر، دلیلی برای گوینده در برابر شنونده است. او مسئول ظاهر خود خواهد بود، و مخالفت او به عنوان دلیلی برای حصار علیه گوینده خواهد بود که اگر سخنی علیه گوینده گفته شود باید به آن متهم شود. و با او مخالفت کنند. بدین جهت شخص به آثار اقرارش اخذ و محاکمه می‌شود، البته به شرط آنکه قرینه‌ای بر خلاف مراد متکلم نباشد که مراد متکلم را به معنای دیگری سوق دهد.

با این توضیحات مشخص می‌شود که ادعای خلاف معنای ظاهر الفاظ متکلم پذیرفته نمی‌شود و طبق قاعده باید در صورت بروز اختلاف بین اراده باطنی و آنچه که اعلام شده باید تفسیر را بر مبنای اراده ظاهری و طبق الفاظ بیان شده انجام داد ولی با توجه به تقدم و برتری داشتن دلیل بر اصل که در اینجا قاعده «العقود تابعه القصود» به عنوان دلیل اراده باطنی ارائه شده است، می‌توان گفت که در اینجا اعتبار و ارزش با دلیل بوده و بر اصول لفظی و حجیت آن برتری داشته و بر آن مقدم می‌شود. شاید بتوان گفت که بین اصل مذکور و اصالت حجیه الظاهر منافاتی نباشد چون دومی صغروی و اولی کبروی است؛ یعنی ما به اراده باطنی طرف راهی نداریم مگر از طریق الفاظ و حجیت ظواهر الفاظ. هم می‌گویند همین ظاهر را گوینده اراده کرده و اصل مذکور هم می‌گوید عقد طبق همین اراده واقع شده است.

۶- دلایل اختلاف نظر در حاکمیت اراده باطنی یا اراده ظاهری

از دیرباز در حقوق ایران در مورد حاکمیت اراده باطنی یا اراده ظاهری اختلاف نظر وجود داشته است. در این گفتار به طور مختصر به دلایل موافقان و مخالفان و نظریه‌ای که ترجیح داده شده می‌پردازیم.

با جمع بندی مستندات گردآوری چنین بنظر می‌رسد که نسبت میان اراده ظاهری و باطنی متحول شده است، در حالیکه در شکل فقهی (مشترکاً بین ایران و مصر)، اراده درونی در بند مقولات شکلی است و علت غایی عمل حقوقی بدون توجه به اراده واقعی افراد، با توجه به قالب آنها مورد قضاوت قرار می‌گیرد. لذا با توجه به ضرورت‌های اجتماعی

در نتیجه دیدگاه‌های جدید، اصل حاکمیت اراده مطلق در حقوق شکل گرفت که هیچ اهمیتی برای ظاهر قائل نبود و تنها عنصر سازنده را اراده اشخاص می دانست. پس از آنکه نادرستی و ناکارآمدی و افراطی بودن این دیدگاه نیز به مرور زمان آشکار گردید، گرایش جدیدی نسبت به شکل‌گرایی و از جمله توجه به اراده ظاهری پدیدار شده است که با تکیه بر عقلانیت مبتنی بر تجربه 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، اراده 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 معامله معارض، تدلیس و تقلب، اکراه و غبن و مانند آن مصون می‌دارد 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 الاقل نامتعارض با آن سازد. بنابراین در این رویکرد، نه اراده ظاهری، تنها سازنده عقد است و نه محکوم تمام و کمال اراده است، بلکه یاری‌گر و همراه یکدیگرند تا منافع مرزی و جمعی اعمال حقوقی محقق می‌گردد.

۶-۱- دلایل پذیرش نظریه حاکمیت اراده باطنی در حقوق ایران

برای دستیابی به مبانی نظریه حاکمیت اراده باطنی در فقه امامیه می‌بایست است که آیات، روایات و اقوال فقها مورد تأمل و مذاقه قرار گیرد. از مطالب طرح شده در مباحث قبل، به این نتیجه می‌رسیم که در اکثر نظام‌های حقوقی، از جمله فقه شیعه اراده باطنی بر اراده ظاهری مقدم شده است. تقدیم اراده باطنی، به صراحت در مواد قانونی غالب کشورها به عنوان یک قاعده تفسیری، تقدیم اراده باطنی لازم شمرده شده است. ولی در قانون مدنی ایران، قواعد تفسیری، از جمله قاعده مذکور به صراحت نیامده است، هرچند با تحلیل مواد پراکنده قابل اثبات است. به همین سبب ضرورت دارد ترجیح اراده باطنی در زمان تعارض، به طور روشن و شفاف مقرر گردد تا آرای متعارض صادر نشود.

۶-۱-۱- آیات و روایات

در قرآن کریم گفتارها و رفتارهای آدمیان مبتنی بر شاکله روانی و فکری آنهاست «قُلْ كُلُّ يَعْمَلُ عَلَىٰ شَاكَلْتِهِ» (اسراء ۸۴) شاکله روانی و فکری هر انسانی شکل دهنده نیت و قصد باطنی اوست که به وسیله گفتار یا رفتار کشف و آشکار می‌گردد. در روایات نیز به این معنی تصریح شده است؛ چنانکه رسول اکرم (ص) می‌فرماید: «أَنَّما الاعمال بالنِّياتِ و إنما كل امری مانوی» یعنی همانا اعمال وابسته و برخاسته از نیت است و برای هر انسان همان است که قصد نموده است؛ به تعبیر دیگر، قصد و اراده باطنی شکل دهنده و سازنده هر عمل آدمی از جمله عمل حقوقی است؛ همچنین در خبر منقول از امام سجاد (ع) آمده است که آن حضرت فرمود: «لا عمل الا نیه» یعنی هیچ عملی بدون نیت پذیرفته نمی‌شود (نقیبی، ۱۳۸۴: ۱۸۲).

۶-۱-۲- اقوال فقها

در آثار فقهی آراء و نظاری مشاهده می‌شود که بیانگر پیروی برخی از فقها از نظریه حاکمیت اراده باطنی است، مرحوم علامه حلی (به نقل نقیبی، ۱۳۸۴: ۱۸۳) از در زمینه نکاح موقت در صورت حمل به ذکر مدت در آنها می‌نویسد: «از آنجایی که عقد دائم مقصود عاقد نمی‌باشد؛ لذا منعقد نمی‌گردد» یعنی اراده باطنی سازنده عقد نکاح به شمار می‌آید؛ همچنین محمد بن علامه حلی «فخیر المحققین» (به نقل نقیبی، ۱۳۸۴: ۱۸) در شرح نظر علامه حلی می‌نویسد: «عاقد عقد دائم را قصد نموده؛ لذا منعقد نمی‌گردد؛ زیرا عقود تابع قصد هستند» مرحوم شیخ مفید (ره) (به نقل نقیبی،

۱۳۸۴: ۱۸۳) در کتاب المقننه صرف تراضی متعاقدين را در انعقاد عقد کافی می داند؛ لذا می توان ایشان را از جانبداران نظریه حاکمیت اراده باطنی در میان فقهای متقدم به شمار آورد (همان: ۱۸).

اینکه بدون ابراز به هیچ قصدی نمی توان پی برد نکته ای است که طرفداران دیدگاه اول به آن بی اعتنا مانده یا حداقل آن را درک نکرده اند. اراده باطنی تا وقتی که ابراز نشده، علی الاصول، فاقد هرگونه اثر حقوقی است و دقیقاً به همین دلیل است که ماده ۱۹۱ ق.م.مقرر می دارد: «عقد محقق می شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند»؛ زیرا اگر لفظ، اشاره یا داد و ستد به عنوان مبین اراده باطنی بیان نگردد و به عبارت دیگر شرط تأثیر قصد تحقق نیابد، در واقع چیزی که در عالم ثبوت (اعتبار) وجود یافته داخل در عالم واقعیت و مادی نگردیده تا بتوان آن را اثبات نمود.

در طرد نظریه (اراده ظاهری) می توان ماده ۱۹۳ که مقرر می دارد: «انشای معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد؛ مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد» اشاره نمود؛ زیرا اگر به موجب نظریه اراده ظاهری می توان لفظ را تعبیر و آن را مبنای تفسیر قرار داد؛ چگونه می توان عمل یا طبق ماده ۱۹۲ «اشاره» را مبنای تفسیر در نظر گرفت و یا اینکه قسمت اخیر ماده ۳۳۹ ق.م.مقرر می دارد: «بیع ممکن است به داد و ستد واقع شود» را مبنا قرار داد. بدیهی است که تفسیر داد و ستد از عهده معتقدین به نظریه اراده ظاهری خارج خواهد بود (السان، ۱۳۸۵: ۲۶).

اولین شرط از شرایط اساسی معاملات، اراده می باشد که همان قصد و رضای طرفین است. مطابق ماده ۱۹۱ قانون مدنی تحقق عقد به قصد انشاء است به شرطی که ابراز شود. بنابراین آن چه عقد را می سازد اراده باطنی طرفین است مشروط بر این که ابراز و اظهار شود. منظور از اراده ای که در ماده ۱۹۱ قانون مدنی به عنوان عامل تحقق بخش عقد از آن یاد شده است، اراده درونی و واقعی است نه اراده ظاهری و صوری.

فقدان قصد موجب بطلان عقد است (ماده ۱۹۱ قانون مدنی)

فقدان رضا موجب عدم نفوذ است (ماده ۲۰۹ قانون مدنی)

قصد انشاء در ماده ۱۹۱ به معنای نیت ایجاد عقد است یعنی اراده باطنی یا درونی.

معامله انسان مست و بی هوش به دلیل فقدان قصد باطل است (ماده ۱۹۵ قانون مدنی)

به تصریح ماده ۱۹۱ قانون مدنی، برای محقق شدن عقد، اراده باید اعلام شود بنابراین سکوت به تنهایی کافی نیست مگر همراه با قرینه باشد.

هنگام تغایر بین اراده باطنی (واقعی) و ظاهری (انشایی)، عقد تابع اراده باطنی است. پس آنچه عقد را می سازد قصد انشاء است و اعلام اراده فقط شرط ایجاد عقد است. با وجود این، برای حفظ نظم در معاملات، ملاک تشخیص اراده افراد همان الفاظ است، مگر این که خلاف آن ثابت شود. اعلان اراده، شرط ساختن عقد است (ماده ۱۹۱ قانون مدنی).

۶-۲- دلایل پذیرش نظریه حاکمیت اراده ظاهری در حقوق ایران

نظریه حاکمیت اراده ظاهری نیز، طرفداران زیادی دارد. با امعان نظر در برخی روایات و استقراء در آرای فقهای امامیه به راحتی می توان به جایگاه و اهمیت این نظریه دست پیدا کرد.

۶-۲-۱- روایات

از برخی روایات چنین استظهار می شود که ملاک در ایجاد عمل حقوقی اراده ظاهری است؛ چنانکه ابن بکیر از امام صادق (ع) نقل می کند که آن حضرت فرمود: «إِنَّ سَمَى الْأَجَلِ فَهُوَ مَتَعَةٌ، وَإِنْ لَمْ يَسْمِ الْأَجَلَ فَهُوَ نِكَاحٌ بَاتٌ» یعنی اگر در عقد نکاح منقطع مدت تعیین و تصریح شود آن عقد نکاح منقطع خواهد بود و الاً عقد نکاح دائم می باشد؛ اگرچه قصد باطنی متعاقدين، عقد نکاح موقت بوده باشد؛ ولی از آنجایی که به مدت اشاره نشده است عرف آن را دائم تلقی می کند و فقها نیز بر اساس این روایت به استناد حاکمیت اراده ظاهری، عقد نکاح را در فرض مذکور دائم دانسته اند.

۶-۲-۲- اقوال فقها

مرحوم نائینی (به نقل از نقیبی، ۱۳۸۴: ۱۸۰) در تبیین حاکمیت اراده ظاهری می نویسد: «تردید نیست که نیت صرف در عقود و ایقاعات منشأ ایجاد هیچ گونه اثری نمی باشد؛ بلکه آنچه که مراد متعاقدين یا یکی از آنها است، باید با آنچه که وسیله ایجاد مقصود و مراد است انشاء گردد». مؤلف عناوین الاصول در این زمینه می نویسد: «استقرای تام در فقه از این معنی حکایت می نماید که نیت صرف بدون آنکه گفتار یا عملی بر آن دلالت داشته باشد فاقد اعتبار می باشد». مرحوم محقق حلی (به نقل از نقیبی، ۱۳۸۴: ۱۸۰) در کتاب شرایع الاسلام در زمینه ارزش اراده ظاهری می نویسد: «عقد بیع بدون قبول و ایجاب منعقد نمی شود اگرچه علامت رضایت موجود باشد و چنانکه امکان سخن گفتن برای انعقاد و بیع نباشد اشاره کافی است».

شهید اول (به نقل از نقیبی، ۱۳۸۴: ۱۸۰) نیز در تعریف انشاء می نویسد: «الانشاء هو القول الذی یوجد به مدلوله فی نفس الامر» یعنی انشاء با گفتار تحقق پیدا می کند و مدلول تحقق آن نیز نفس الامر می باشد؛ یعنی الفاظ عقود و ایقاعات موجب آن پدیده اعتباری در افق واقع بوده و آثار عقد یا ایقاع بر آن مترتب می گردد (نقیبی، ۱۳۸۴: ۱۸۰).

۶-۲-۳- سیره عقلا و عرف خاص

با امان نظر در سیره عقلا در میابیم که عقلا گفتار و رفتار معاملی افراد را معیار در تحقق معاملات دانسته و بر آن آثار بار می کنند و خویشتن را به تعمق در کشف اراده باطنی متعاملین ملزم نمی دانند و عرف حاکم بر روابط اقتصادی تجار، اراده ظاهری را اساس و مبنای تخصص اعمال حقوقی میدانند؛ بنابراین سیره عقلا و عرف خاص از منابعی هستند که به استناد آن می توان به ملاک بودن آن اراده ظاهری اذعان نمود (همان: ۱۸۱).

شواهد این نظریه در ق.م ایران عبارت است از :

۱- ماده ۱۹۱ ق.م که مقرر می دارد: «عقد محقق می شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند».

۲- ماده ۱۹۴ ق.م که مقرر می دارد: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن انشاء معامله می نمایند باید موافق باشد؛ به نحویکه احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء او را داشته است؛ و الاً معامله باطل خواهد بود».

ماده ۲۲۴ ق.م مقرر می دارد: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه».

به عنوان جمع بندی می توان گفت، معنایی که انسان متعارف از یک سند (یا هر سخن دیگر) می تواند دریابد دقیقاً مساوی با معنای لغوی الفاظ آن سند (یا سخن) نیست. معنای لغات، موضوع فرهنگ لغت ها و دستور زبان است؛ اما معنای سند چیزی است که عرفاً طرفین استفاده کننده از آن کلمات در برابر زمینه مربوط در نظر داشته اند. ممکن

است زمینه به تنهایی نتواند عقل عرفی را قادر سازد تا میان معانی مختلف واژه ای مختلف را برگزیند؛ اما همانگونه که در زندگی روزمره اتفاق می افتد) می تواند عقل عرفی را قادر به فهم این قضیه نماید که طرفین به هر دلیلی باید از الفاظ یا نحو غلط استفاده نموده باشند.

این قاعده که الفاظ باید محکوم به معنای طبیعی و روزمره شان شوند منعکس کننده این امر عقلایی است که ما به آسانی نمی پذیریم، خصوصاً در اسناد رسمی؛ از طرف دیگر چنانچه از زمینه (قرارداد) نتوان نتیجه گرفت که باید خطای زبانی صورت گرفته باشد، قانون قضات را مجبور نمی کند معنایی را به طرفین منتسب نمایند که طرفین آشکارا آن را اتخاذ نموده اند. لرد دپلوک (به نقل از معتمدی، بی تیا) این نکته را با بیان مطلب زیر نیروی بیشتری بخشید: «چنانچه تحلیل تفصیلی معنا شناختی و نحوی الفاظ یک قرارداد تجاری منجر به نتیجه ای شود که ناقض عقل سلیم تجاری است، باید از عقل سلیم تجاری پیروی نمود (نه از تحلیل لفظی)» (معتمدی، بی تا: ۵).

می توان این گونه نتیجه گرفت، از آنجایی که عقد تابع قصد است، باید هرگونه تلاشی جهت احراز قصد واقعی طرفین صورت گیرد. الفاظ فقط مبین قصد هستند و چون الفاظ حقوقی هر یک بار معنایی خاصی دارند نمی توان از مردم انتظار داشت تمامی اصطلاحات حقوقی را به درستی و در جای خود به کار ببرند. به وفور در پرونده ها دیده می شود طرفین معامله در دادگاه حاضر می شوند و ادعا می نمایند به استناد سندی با توافق یکدیگر معامله را فسخ نمودیم، در حالی که منظور ایشان اقاله است و فسخ عملی یکجانبه است اگر قرار بر این باشد که صرفاً به الفاظ نگاشته شده دقت نماییم باید سند ادعایی را بی معنا و فاقد اثر حقوقی بدانیم؛ حال اینکه این امر به دور از عدالت و انصاف قضایی است؛ زیرا قاضی به سادگی در میابد که این فرد عامی درکی از تفاوت حقوقی فسخ و اقاله نداشته است؛ لذا باید به قصد باطنی آنها ترتیب اثر دهد. می توان قائل بر این بود که در مقام تفسیر قرارداد، هنگامی که تزامم اراده پیش می آید، ابتدا به الفاظ نگاشته دقت می نماییم اگر بر قاضی محرز شود که قصد واقعی طرف یا طرفین چیزی غیر از الفاظ نگاشته شده بوده است، باید قصد واقعی را مقدم بدارد. اینکه چگونه می توان در برابر الفاظ نگاشته ادعایی خلاف را ثابت نمود بحثی است مربوط به ادلیه اثبات دعوا و جای بررسی آن در این نوشتار نیست؛ آنچه مربوط به این بحث است این است که ما معتقد باشیم آنچه که اهمیت دارد قصد واقعی طرفین است؛ حال اگر الفاظ نگاشته شده با قصد واقعی در تعارض باشد مدعی تعارض حق دارد خلاف آن را ثابت کند؛ اگر ثابت نمود قصد واقعی حکومت می یابد و اگر نتوانست با ادله قانونی قصد واقعی را ثابت نماید، الفاظ به عنوان مبنا همچنان به قوت خود باقی خواهد ماند.

نتیجه گیری

در زمینه حاکمیت اراده دانشمندان و صاحب نظران علم حقوق نظریات مختلفی ابراز نموده اند و پس از مطالعه و بررسی مشخص گردید که اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد تأثیر و نقش اساسی دارد و اگر محدودیت هایی بر آن بار شده است به لحاظ مصالح و منافع اجتماعی بوده است و گاهی از اوقات هم این محدودیت ها در جهت رعایت غبطه خود افراد و حفظ حقوق و حرمت انسانی و حقوق اجتماعی آن ها بوده است. به عنوان مثال می توانیم بگوییم همچنان که اعتقاد به اصل آزادی و حاکمیت اراده را داریم و معتقد هستیم که این اراده افراد است که باید حاکم باشد و اعمال، رفتار و کردار انسان در راستای آن ظهور و بروز پیدا کند و منشاء آثار باشد، اما بر اساس ضرورت ها و نیازهای اجتماعی در مواردی که مخالف با اخلاق حسنه و نظم و عفت عمومی باشد و یا اینکه در مواقعی که آزادی اراده و حاکمیت اراده در مواردی از قبیل روابط کار و کارگری باعث سلطه و استبداد یک طرف بر طرف ضعیف می شود و این نه تنها آزادی اراده طرف ضعیف را تأمین و حمایت نمی کند، بلکه اراده او را زایل می سازد، می طلبد که قانونگذار و مسئولین اجرای قانون در این حوزه وارد عمل شده و از حدوث این وقایع جلوگیری نمایند. اما این موارد

استثنایی هستند و اصل بر آزادی و حاکمیت اراده است و به نظر اینجانب امور استثنایی را باید محدود نمود و نه تا آنجایی آن‌ها را پررنگ و اهمیت ساخت که اصل را به فراموشی سپرده و از اجرای چنین اصل مهم و زیربنایی چشم پوشی گردد. با این وجود باید بپذیریم که امروزه حکومت واقعی با قانون است و آزادی اراده‌ها دارای مرزهای زیادی است.

منابع

- حراملی، محمدبن حسن، ۱۴۱۲، وسایل الشیعه، جلد ۲۰، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، بی تا
- الزرقاء، مصطفی احمد، ۱۳۸۷، مدخل الفقهی العام، دارالفکر، جلد ۳، دمشق
- سالی، اعلام اراده، نظریه العقد
- سبزواری، عبدالعلی، ۱۴۱۳ هـ ق، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، موسسه المنار، جلد ۳۰، قم
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۹۹۸، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت: منشورات الحلبيه الحقوقیه.
- سنهوردی عبدالرزاق احمد، ۱۳۸۲، دوره حقوق تعهدات: ترجمه الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید قم: نشر دانشگاه قم،
- طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن، ۱۳۸۷، المبسوط فب فقه الامامیه، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، جلد ۸، تهران
- عاملی، زین الدین به علی بن محمد، ۱۴۱۹ هـ ق، فوائد القواعد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، جلد ۱
- فیض کاشانی، ملا محسن، بی تا، مفاتیح الشرایع، بی جا، جلد ۱
- قشقای، حسین، ۱۳۷۸، شیوه تفسیر قرارداد های خصوصی در حقوق ایران و نظام های حقوقی معاصر، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، جلد ۱، قم
- کاسانی، ۱۴۰۶، ص ۲۳۱
- الماسی، نجادعلی، ۱۴۰۰، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، ویراست دوم.
- مظفر، محمدرضا، ۱۳۸۷، اصول فقه، ترجمه و شرح عباس زراعت و حمید مسجد رائی، حقوق اسلامی، جلد ۳، قم
- معتمدی، جواد، تاثیر زمینه گرایی در تفسیر قرارداد، بی تا
- نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، ناشر دارالاحیاء التراث العربی، جلد ۲۹، بیروت
- نصیری، مرتضی، ۱۳۷۰، حقوق چندملیتی، نشر دانش امروز، چاپ اول
- نصیری، مرتضی، ۱۳۸۳، حقوق تجارت بین الملل، ناشر امیر کبیر
- نقیبی، سید ابوالقاسم، ۱۳۸۴، نظریات حاکمیت اراده ظاهری و باطنی در حقوق اسلام و ایران، فصلنامه برهان و عرفان، شماره ۳

