





## تأثیر مبنای قرارداد بر شرایط اساسی صحت قرارداد

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۳/۲۷

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۶/۱۶

مژده ابویی\*

مهدی شهابی\*\*

### چکیده

مبنای قرارداد در چگونگی تفسیر شرایط اساسی صحت قرارداد، جایگاه آن‌ها در قرارداد و آثار آن تأثیر بسزایی دارد. در این پژوهش در مقام تحلیل تأثیر مبنای قرارداد بر شرایط اساسی صحت قرارداد بوده، قصد پاسخ به این پرسش را داریم که آیا شرایط اساسی صحت قرارداد، الگوی پیش‌ساخته‌ای است که به وسیله قوانین یا مقررات شرع معین شده و چون شارع یا قانون‌گذار وجود آن‌ها را ضروری دانسته باید در تمامی عقود باشند یا اینکه لزوم وجود شرایط صحت قرارداد به علت این است که اگر این شرایط نباشند اراده طرفین ناقص است و در نتیجه تراضی به درستی صورت نمی‌گیرد یا اینکه لزوم وجود این شرایط به علت حفظ نظم در اجتماع و استحکام معاملات است؟ به این ترتیب، شرایط صحت ممکن است بر پایه اصالت فرد باشد یا ضرورت اجتماع یا اصالت قانون و حتی ممکن است بر پایه هیچ‌کدام از این موارد نباشد و تنها بر پایه اصالت اراده شارع باشد.

### واژگان کلیدی

مبنای قرارداد، شرایط اساسی صحت قرارداد، قانونگذار، شارع، اصل حاکمیت اراده

Mozhdeh.abooie@yahoo.com

\* کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان

\*\* استادیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان، (نویسنده مسئول) m\_shahabi@ase.ui.ac.ir

## مقدمه

وقتی سخن از مبنای قرارداد به میان می‌آوریم، منظور همان نیرویی است که به مفاد قرارداد اعتبار بخشیده، التزام‌آوری قرارداد را به دنبال دارد؛ به نظر می‌رسد این نیرو را می‌توان در اراده شارع به ویژه در نظام‌های حقوقی دینی، در اراده قانون‌گذار یا همان عقلانیت دولتی، در عقلانیت فطری و یا در وجدان اجتماعی که تبلور ضرورت‌های اجتماعی است، جستجو کرد (شهابی، الف. ۱۳۹۳، ص ۵۷-۵۸).

تاریخ تحول قرارداد در نظام حقوقی غربی نشان می‌دهد که هر کدام از سه مبنای عقلانیت دولتی، عقلانیت فطری و وجدان اجتماعی، در بستر اجتماعی - حقوقی خاص خود و متأثر از مبانی فلسفی مطرح بوده‌اند. عقلانیت فطری مبنای، با تأکید بر آزادی فردی، اصل حاکمیت اراده را بنیان اصلی قرارداد تلقی می‌کند؛ به گونه‌ای که اعتبار همه شرایط و دیگر اصول قراردادی را باید در آن جستجو کرد (شهابی، الف. ۱۳۹۳، ص ۶۱). عقلانیت فطری تعبیر دیگری از مکتب حقوق طبیعی مدرن است که متأثر از اندیشه کسانی چون کانت و دیگران مطرح شده است.

مراد از عقلانیت دولتی مبنای، اراده دولت است که منشأ اعتبار قواعد حقوقی است و قانون به‌عنوان ابزاری دولتی، ابزار ایجاد و نه صرفاً بیان قواعد حقوقی است (شهابی، الف. ۱۳۹۳، ص ۱۵۳). این اراده دولتی، مبنای اعتبار قرارداد هم است و معنای آن این است که اصول قراردادی، شروط قراردادی و آثار قراردادی را باید در لسان قانون‌گذار دولتی و در چارچوب آن جستجو و تفسیر کرد (شهابی، الف. ۱۳۹۳، ص ۶۳-۶۴). پس اگر اصلی قراردادی و برای مثال اصل نفی عسر و حرج در قانون نیامده بود، معنای آن این است که چنین اصلی وجود ندارد و نمی‌توان در تفسیر و تحلیل روابط قراردادی به آن استناد کرد. طرح عقلانیت دولتی به‌عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد را باید متأثر از کسانی چون ژلینک آلمانی (Jellinek, ۲۰۰۵/۱. pp. ۵۴۷ et ۵۴۸)، کره دو مالبرگ فرانسوی (Carré de Malberg, ۲۰۰۳/۱, : ۶۸) و حتی کسانی چون ژرژ ریپر فرانسوی (Ripert, ۱۹۴۹, p. ۳۸, ۳۹) و ژان دابن بلژیکی (Dabin, ۱۹۶۹: ۱۱) دانست. این اندیشه‌ها تأثیر بسزایی در عبور از اندیشه کانتی قرارداد و به‌طور کلی مکتب حقوق طبیعی مدرن داشته‌اند.

طرح وجدان اجتماعی به عنوان مبنای اعتبار قرارداد را باید متأثر از اندیشه جامعه‌شناسان حقوقی به ویژه کسانی چون دورکیم (Durkheim, ۱۹۹۵, p. ۱۸۹)، لئون دوگی (Duguit, ۱۹۹۹, ۳۸)، ژوسران (Malaurie, Aynès et Stoffel-)، ۳۶۹: (A) ۱۹۳۹، Josserrand، ۳۸۷، ۳۸۵: ۲۰۰۷ (Munck) و دموگ فرانسوی (Demogue, ۱۹۳۱: ۹, ۲۶۴: ۱۹۰۷، Demogue، ۱۰) دانست. وجدان اجتماعی تبلور واقع‌گرایی حقوقی است. اینکه قرارداد اعتبار خود را از بطن زندگی اجتماعی أخذ می‌کند (شهابی، ۱۳۹۴، ص ۶۱۰، ۶۱۱؛ Ghestin, ۱۹۹۳, p. ۲۳۹).

اراده شارع نیز در نظام‌های حقوقی دینی و از جمله نظام حقوقی اسلام به عنوان مبنای اعتبار قرارداد شناخته می‌شود (شهابی، ۱۳۹۴، ص ۶۱۳؛ البجنوردی، ۱۴۲۸ ه.ق، ج ۱، ص ۱۳۶، ۱۳۷؛ مکارم شیرازی، ۲/۱۳۷۰، ص ۳۷۴).

تردید نیست که با أخذ عقلانیت دولتی و وجدان اجتماعی و همین‌طور اراده شارع به عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد، اصل حاکمیت اراده نه ایجادکننده مفاد قرارداد و آثار قراردادی، بلکه تنها اجراکننده این مفاد و آثار تلقی خواهد شد (شهابی، ۱۳۹۴، ص ۶۱۱، ۶۱۲، ۶۱۳؛ Chehata, ۱۹۶۸, p. ۱۴۰, ۱۴۱؛ مفاد و آثاری که دولت یا وجدان اجتماعی ایجاد کرده است).

بسته به اینکه کدام یک از میناها یا نیروهای ایجادکننده مفاد قرارداد، به عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد پذیرفته شود، تحلیل شرایط اساسی صحت قرارداد و میزان اعتبار آن‌ها در قرارداد متفاوت خواهد بود. مقاله حاضر به تحلیل همین تفاوت‌ها پرداخته، در چهار بند براساس همان شرایط چهارگانه صحت قرارداد، به مطالعه تأثیر و چگونگی تأثیر هر کدام از مبانی ذکر شده پرداخته است.

#### ۱. آثار مبنای اعتبار مفاد قرارداد بر روی قصد و رضا

تأثیر مبنای قرارداد بر قصد و رضا به عنوان بنیادی‌ترین شرط صحت قرارداد را در پنج محور گستره عیوب اراده، اراده سازنده عقد، اعلام اراده، توافق اراده‌ها و زمان و مکان وقوع عقد مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

## ۱-۱-۱. مبنای اعتبار مفاد قرارداد و گستره عیوب اراده

### ۱-۱-۱. عقلانیت فطری و گستره عیوب اراده

عقلانیت فطری با انسان‌گرایی خاص خود<sup>۱</sup>، دولت را خدمت‌گذار مردم می‌داند و تنها اراده انسان را راهبر او می‌داند و با این افراط‌گرایی، خواستار برقراری نظم اجتماعی براساس توجه به انسان است (ر.ک. ضمیران، عبادی، ۱۳۷۵، ص ۶۶)، (داوید، اسپینوزی، ۱۳۸۷، ص ۵۱)، (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ص ۲۲). این دیدگاه، با توجه به اینکه قصد را دلیل تمام هستی می‌داند (Slawson, ۱۹۳۱, p. ۳۱) با تکیه بر اصل حاکمیت اراده، تنها به مقاصد درونی و نفسانی طرفین قرارداد می‌پردازد (صفایی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۸۷). این امر موجب فزونی یافتن تحلیل‌های روانی و گسترده شدن دامنه عیوبی که موجب نقص در اراده است، می‌شود و در نتیجه معاملات باطل به دلیل نقصان اراده، ازدیاد می‌یابند (ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۳۹۳)، به‌طور کلی، این دیدگاه، فرد را اصل و حقوق برون ذاتی را فرع بر آن قلمداد می‌کند (جوان، ۱۳۲۷، ج ۲، ص ۲۳۶).

از منظر اصل حاکمیت اراده، عیب اراده، موجب عدم تحقق تراضی می‌شود و همین امر موجب بطلان یا عدم نفوذ معامله می‌گردد (ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۷۹-۱۳۸۰، ش ۲۵ و ۲۶، ص ۲۷۶) به این ترتیب، بطلان عقد به دلیل عدم قصد، به خاطر اساسی بودن قصد برای وقوع تراضی است؛ بطلان یا عدم نفوذ معاملات فردی که اشتباه می‌کند، به این دلیل است که آنچه در خارج واقع شده با اراده واقعی طرف قرارداد، منطبق نیست و نتیجه عدم انطباق از میان رفتن تلاقی اراده متعاملین است که اساس عقد را تشکیل می‌دهد.

### ۱-۱-۲. وجدان اجتماعی و گستره عیوب اراده

اگر وجدان اجتماعی که تبلور واقع‌گرایی و توجه به ضرورت‌های اجتماعی است را مبنای اعتبار مفاد قرارداد بدانیم، در این صورت، به‌جای اینکه اراده، منشأ تعهد قراردادی باشد، جامعه به‌عنوان منشأ تعهد قراردادی شناخته می‌شود (ر.ک. صفایی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۴۶)، (ر.ک. السنهوری، ۲۰۰۹، ج ۱، ص ۸۷) به این ترتیب و با این تلقی که حقوق، انعکاسی از جامعه و تجلی مبانی نظم است (Tamanaha, ۲۰۱۰, p. ۳۶۹)، شعاع حاکمیت اراده محدود می‌شود و اراده در خدمت حقوق برآمده از وجدان اجتماعی قرار می‌گیرد (ر.ک. جوان، ۱۳۲۷، ج ۲، ص ۴۷) بنابراین می‌توان گفت که از

مفهوم متافیزیکی و انتزاعی قرارداد به سمت مفهوم اجتماعی و واقع‌گرایانه قرارداد حرکت کرده‌ایم (ر.ک. شهابی، ۱۳۹۱، ص ۳۰)، (Slawson, ۱۹۳۱, p. ۱۷).

از این دیدگاه، قرارداد التزام‌آور است، زیرا اگر قرارداد به‌عنوان یک عنصر مفید اجتماعی اجرا نگردد، نظم اجتماع آسیب می‌بیند. اما التزام‌آوری قرارداد، به‌صورت مطلق نیست، بلکه هرگاه با عدالت اجتماعی در تعارض قرار گیرد، محدود می‌شود (ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۷۹-۱۳۸۰، ش ۲۵ و ۲۶، ص ۲۷۴).

در مورد میزان تأثیر عیوب اراده باید گفت، به دلیل حفظ نظم در قراردادها و لزوم استواری معاملات، باید قلمرو تأثیر عیوب اراده را محدود و تنها در موارد خاص، حکم به بطلان عقد داد و در بقیه موارد آن را قابل فسخ دانست یا حتی با نادیده گرفتن تأثیر آن‌ها، معامله را مقرون به صحت دانست. این امر باعث می‌شود که قرارداد از دسته اعمال حقوقی خارج و به دسته وقایع حقوقی نزدیک شود (ر.ک. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۹ و ۳۹۳).

از منظر وجدان اجتماعی، علت بطلان یا عدم نفوذ معاملات فردی که اراده‌اش معیوب است، این خواهد بود که در صورت تنفیذ معاملات این افراد، مصالح اجتماعی و ضرورت‌های حمایتی، مورد خدشه قرار می‌گیرد (شریعت باقری، ۱۳۹۱، ش ۵۸، ص ۱۱۷).

### ۳-۱-۱. عقلانیت دولتی و گستره عیوب اراده

در این رویکرد، دولت اقتدار کامل دارد (ر.ک. صفایی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۹۹) و قواعد حقوق، توسط دولت، با ابزار قانون ایجاد شده است؛ به این ترتیب، قواعد ایجاد شده توسط دولت، خود به خود همیشه محترم هستند، خواه هدف از ایجاد آن‌ها حفظ نظم و یا اجرای اصول عدالت باشد. بنابراین، به سخن دیگر، در این رویکرد، قانون معنایی جز نظارت اجتماعی دولت ندارد (ر.ک. ضمیران، عبادی، ۱۳۷۵، ص ۵۱)، پس قرارداد، محترم است؛ چون قانون‌گذار، به اراده طرفین احترام می‌گذارد و اجرای قرارداد را ضروری می‌داند. بنابراین، در صورت عدم حمایت قانون‌گذار، حاکمیت از اراده گرفته و اراده فرد ناتوان می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۵۷-۵۸).

اعتقاد به جامع بودن قانون سبب توسعه «نظریه قیاسی<sup>۲</sup>» می‌شود که بسیاری از احکام منحصرأ با توجه به قیاس از دیگر احکامی که اولیه هستند استنباط می‌شوند

(Benson, ۲۰۰۱, p. ۲۱۰). «قاضی، تنها باید به نص قانون توجه کند و در مورد احکامی که در قانون نیامده است به انواع وسائل منطقی و دلالت‌های لفظی متوسل شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ش ۷۲، ص ۲۸۴). تا با یاری این روش، راه‌حلی را که با اراده قانون‌گذار انطباق بیشتری دارد را کشف کند (داوید، اسپینوزی، ۱۳۸۷، ص ۱۰۰).

در حقوق ایران و در بحث عیوب اراده، دو مصلحت حمایت از فرد و حمایت از استحکام معاملات، مورد توجه قانون‌گذار بوده است که برای رعایت این دو مصلحت، قانون‌گذار تمامی عیوب اراده را مؤثر در معامله ندانسته، تنها مطابق با ماده ۱۹۹ قانون مدنی، عیوب اراده را محدود به اکراه و اشتباه اعلام کرده و به مواردی دیگر مانند غبن و تدلیس، سرایت نداده است، زیرا اگرچه در این موارد، اراده، در حقیقت معیوب است ولی قانون‌گذار این عیوب را به‌عنوان عیب اراده نمی‌شناسد و تنها حق فسخ را برای زیان‌دیده پذیرفته است که این حق به علت جلوگیری از زیان معامله‌کننده مقرر شده نه به دلیل اینکه اراده، معیوب است (صفایی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۸۶) (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۳۹۴).

پذیرش مبنای قانونی، موجب بطلان عقد فرد فاقد قصد می‌گردد؛ زیرا اراده قانون‌گذار به‌طور مطلق بر بطلان عقود که بدون قصد واقع می‌شود قرار گرفته و ادعای صحیح یا غیرنافذ بودن را در هیچ حالتی نپذیرفته است. ماده ۱۹۵ قانون مدنی، مؤید همین نظر است.

#### ۱-۱-۴. اراده شارع چون مبنای اعتبار مفاد قرارداد و گستره عیوب اراده

براساس رویکرد اراده شارع، قرارداد تنها زمانی معتبر است که شارع آن را معتبر شناخته باشد. به عبارت دیگر، اگرچه برای انعقاد قرارداد، شرایط اساسی‌ای لازم است، ولی وجود این شرایط هنگامی می‌تواند مؤثر واقع شود که شارع متعلق اراده را پذیرفته باشد؛ در غیر این صورت، وجود و یا عدم وجود این شرایط، بالسویه است و نتیجه آن در عالم تشریح ایجاد نمی‌گردد. قاعده (المؤمنون عند الشروطهم اما ما خالف کتاب الله) نیز بر این امر دلالت دارد (البجنوردی، ۱۴۲۸ ه. ق، ص ۱۳۶-۱۴۴) (احمدی، ۱۳۷۷، ش ۹، ص ۹۳).

این نگرش، فقدان قصد را موجب بطلان قرارداد می‌داند؛ سخن پیامبر (ص) که



می‌فرمایند: «لحلبی، عن أبي عبد الله (ع) قال: سألته عن طلاق السكران، فقال: لا يجوز و لا عتقه» و قاعده «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع» و «العقود تابعة للقصد» بر این امر دلالت می‌کنند (درایتی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۵۳).

فقدان رضا نیز موجب عدم صحت معامله است؛ زیرا آیه ۲۹ سوره نساء: «لا تأكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تجارة عن تراض منکم» (الحلی، ۱۱۴۶، ج ۱۰، ص ۱۳) و حدیث پیامبر (ص): «لا یحل مال امریء مسلم الا عن طیب نفسه» بر لزوم وجود رضا در معاملات، تأکید می‌کنند (درایتی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۶۲).

## ۲-۱. مبنای اعتبار مفاد قرارداد و اراده سازنده عقد

اراده انشائی، همان عنصر سازنده عقد است که در ماده ۱۹۱ قانون مدنی، به آن اشاره شده است. حال سؤال این است که آیا وقوع عقد، در مرحله قصدی که به انشاء رسیده است، تحقق می‌یابد یا در مرحله‌ای که قصد و اراده درونی به وسیله گفتار یا عمل آشکار شده است، موجودیت می‌یابد؟

### ۱-۲-۱. عقلانیت فطری و اراده سازنده عقد

نتیجه نگرش عقلانیت فطری و توجه به اصل حاکمیت اراده، این است که الفاظ ایجاب یا قبول، تنها نقش کاشف خارجی قصد را ایفا می‌کنند نه اینکه عقد در نتیجه برخورد این مظاهر به وجود آمده باشد. در حقوق قراردادهای اروپایی این نظریه با عنوان «دیدگاه ذهنی<sup>۳</sup>» مطرح می‌شود که اساس آن، مبتنی بر قصد طرفین است؛ ولی باید دانست که اگر چه دیدگاه ذهنی، قصد طرفین را، عنصر اساسی برای صحت قرارداد می‌شمارد، اما اثبات قصد و نیت قراردادی، توسط عناصر عینی که عوامل بیرونی هستند، انجام می‌شود (Zhang, ۲۰۰۶, p. ۳۳)، (Perillo, ۲۰۰۰, vol. ۶۹, p. ۴۳۰).

به‌طور خلاصه نتیجه پذیرش این رویکرد این خواهد بود که قصد مشترک طرفین، معنای عینی و بیرونی گفته‌های طرفین را تعیین می‌کند (کتس، فلسنر، ۱۳۸۵، ص ۱۵۷) و در صورت عدم وجود اراده صریح، باید براساس قرائن موجود، اراده ضمنی و یا حتی اراده احتمالی طرفین که براساس فرض معقول ممکن است وجود داشته باشد کشف گردد (شریعت باقری، ۱۳۹۱، ش ۵۸، ص ۹۸-۹۹).

بنابراین، چنانچه عبارات طرفین قرارداد، متوجه عمل حقوقی خاصی باشد، ولی آنها قصد ایجاد رابطه حقوقی دیگری را داشته باشند، قاضی باید براساس قصد واقعی آنها، حکم مقتضی، صادر کند (صفایی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۴۸)، همان طوری که استوری<sup>۴</sup>، نویسنده آمریکایی، می گوید: «... هر زمان نیتی، به صورت واضح و مشخص ثابت شود نه تنها در پرونده‌هایی که نیت به صورت واضح بیان نشده است بلکه در پرونده‌هایی که نیت مورد نظر با مفاد قرارداد تناقض دارد نیز غالب خواهد بود» (Perillo, ۲۰۰۰, vol. ۶۹, p. ۴۴۶). نتیجه این دیدگاه، این خواهد بود که تمامی عقود که با جهالت یا اشتباه طرفین یا با الفاظ صوری منعقد شده‌اند، به بطلان منجر می‌شوند<sup>۵</sup> (ر.ک الانصاری، ۱۴۱۰، ج ۸، ص ۱۸).

#### ۱-۲-۲. اراده شارع و اراده سازنده عقد

نتیجه پذیرش رویکرد اراده شارع همانند رویکرد اصل حاکمیت اراده است، زیرا آیه ۸۴ سوره اسراء می‌فرماید: «قل کل یعمل علی شاکله» و روایت امام صادق که می‌فرمایند: «و النیة افضل من العمل الا و ان النیة هی العمل» و رسول اکرم (ص) که می‌فرماید: «انما الاعمال بالنیات و انما کل امری مانوی»، مبتنی بر پذیرش، قصد یا اراده باطنی، به عنوان سازنده هر عمل آدمی از جمله اعمال حقوقی است، البته پذیرش این نظر به معنای رد مبرز خارجی نیست، زیرا اعتبار نفسانی و تعهد قلبی مستتر شده برای انعقاد عقود کافی نیست (نقیبی، ۱۳۸۴، ش ۳، ص ۱۸۲)، (ر.ک. الخویی، ۱۴۱۲ ه.ق.، ج ۳، صص ۱۱ و ۲۳۹)، (ر.ک النجفی، ۱۴۱۷ ه.ق.، ج ۲۳، ص ۳۵۴)، (البجنوردی، ۱۴۲۸ ه.ق.، ج ۳، صص ۱۴۵-۱۴۶)، (الانصاری، ۱۴۱۰ الف، ج ۶، ص ۱۴۶).

#### ۱-۲-۳. وجدان اجتماعی و اراده سازنده عقد

نتیجه پذیرش رویکرد وجدان اجتماعی در مقابل دو رویکرد قبل، قرار می‌گیرد، زیرا این رویکرد برای توسعه روابط تجاری و مصون ماندن معاملات از خطر تغییر اراده طرفین قرارداد، لفظ و اراده خارجی را چهره برتر اراده می‌داند و تنها به آنچه که طرفین می‌گویند توجه می‌کند (احمدی، ۱۳۷۷، ش ۹، صص ۸۷-۱۱۸). این نظریه که از آن در حقوق خارجی با عنوان «دیدگاه عینی<sup>۶</sup>» یاد می‌شود، وقتی قرارداد را منعقد شده تلقی می‌کند که

با توجه به تمام ظواهر خارجی، قراردادی وجود داشته باشد (Stone, ۲۰۰۲, p. ۱۱۵).  
توجیه این است که وقتی قراردادی می‌تواند مستقل از رضایت واقعی طرفین، در عالم  
خارج وجود داشته باشد، پس می‌تواند معنای مستقل از قصد واقعی طرفین نیز داشته  
باشد (Slawson, ۱۹۳۱, p. ۲۱).

اما، نکته این است که دیدگاه عینی ممکن است با واقعیت منطبق نباشد، یعنی در  
هنگام انعقاد قرارداد، یکی از طرفین، قصد یک رابطه قانونی را داشته باشد در حالی که طرف  
دیگر به قرارداد، صرفاً نگاه اخلاقی، داشته باشد که در این صورت با ملاک قرار دادن  
«شخص متعارف»<sup>۷</sup> مشکل حل خواهد شد (Stone, ۲۰۰۲, p. ۱۱۶)، (Slawson, ۱۹۳۱, p. )  
۲۰.

پذیرش این رویکرد موجب می‌شود که هنگامی که معنای ظاهری و باطنی با هم  
در تضاد هستند، به معنای ظاهری توجه و براساس آن قصد مشترک طرفین تفسیر و  
مشخص شود و اگر برای مثال، شخصی موجب اشتباه یکی از طرفین گردد، خودش  
مسئول جبران خسارت گردد، بدون اینکه خللی به صحت عقد وارد شود. به این  
ترتیب، اشتباه طرفین قرارداد و نیز مواردی چون اکراه و اضطرار، تأثیری در نفوذ عقد  
ندارند؛ زیرا، اگر غیر از این باشد، همه عقود می‌توانند مورد ادعای جهل یا اشتباه قرار  
گیرند و از ثبات عقود کاسته شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۲۷).

#### ۱-۲-۴. عقلانیت دولتی و اراده سازنده عقد

طرفداران رویکرد قانونی که، «قانون را زبان کامل حقوق می‌دانند» (ر.ک. شایگان،  
۱۳۳۱، ص ۱۷)، به تبعیت از قانون ایران، هر دو نظریه اراده باطنی و اراده ظاهری را  
قبول دارند؛ ولی یکی را اصل و دیگری را استثنا قرار می‌دهند.

ماده ۱۹۵ قانون مدنی، صراحتاً مواردی را که موجب «فقدان قصد» می‌شوند را از  
عوامل بطلان عقد می‌داند. از نظر برخی، ظاهر مواد ۱۹۱ و ۴۶۳ و ۲۱۸ قانون مدنی، بر  
این امر دلالت می‌کند که «آنچه عقد را می‌سازد، همان حرکت دماغی انسان، یعنی اراده  
واقعی است... و ابراز اراده، چیزی جز اعلام وجود اراده واقعی نیست. این ابراز اراده،  
دارای جنبه اخباری و اثباتی و فاقد جهت انشائی و ثبوتی می‌باشد، بنابراین نمی‌توان  
ایجاد عقد را به آن نسبت داد» (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۹۳).

اما اصل تقدم اراده باطنی بر اراده ظاهری، مطلق نیست؛ زیرا قانون‌گذار ما، به لزوم حفظ نظم در معاملات غافل نبوده و موادی را انشاء کرده است که نشانگر این است که در برخی موارد اراده ظاهری را بر باطنی مقدم می‌شمارد. همانند ماده ۲۲۴ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه» و یا ماده ۲۱۷ قانون مدنی، که اعلان جهت، نقش اساسی را در صحت و بطلان معامله ایفا می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۳۳)، (نقیبی، ابوالقاسم، ۱۳۸۴، ش ۳، ص ۱۹۳).

### ۳-۱. چگونگی اعلام اراده

#### ۱-۳-۱. عقلانیت فطری و چگونگی اعلام اراده

رویکرد عقلانیت فطری و توجه به اصل حاکمیت اراده، منجر به پذیرش اصل رضایی بودن عقود می‌شود و این امر باعث می‌شود برای وقوع عقد، هیچ تشریفات خاصی لازم نباشد و هرچیزی اعم از لفظ یا نوشته یا عمل بتواند مبین اراده باشد و هیچ کدام بر دیگری تفوق نداشته باشند.

#### ۱-۳-۲. وجدان اجتماعی و چگونگی اعلام اراده

در صورت پذیرش رویکرد وجدان اجتماعی، به نظر می‌رسد اقتضاء این خواهد بود که برای انعقاد قرارداد، فرمالیسم و تشریفات خاصی رعایت شود، چرا که در غیر این صورت، امکان اشتباه و اکراه و تدلیس فزونی می‌یابد و حق طلبکار تنها جنبه طبیعی و اخلاقی پیدا می‌کند.

#### ۱-۳-۳. عقلانیت دولتی و چگونگی اعلام اراده

طرفداران رویکرد قانونی، مطابق ماده ۱۹۰ و ۱۹۱ و ۱۹۳ و مواد ۱۲۸۴ به بعد قانون مدنی و مواد ۴۶ به بعد قانون ثبت، معتقد به اصل رضایی بودن عقود هستند و هر وسیله‌ای که بتواند موجب تبادل افکار شود را برای بیان اراده می‌پذیرند (ر.ک. شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۴۴)، (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۵۸-۲۵۹).

به موجب ماده ۱۹۳ قانون مدنی: «انشاء 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؛ بنابراین، اصل رضایی بودن عقود، پذیرفته شده است اگرچه مانند هر اصل دیگری مصون از استثناء نمانده است و توسط قانون‌گذار با آوردن استثنائاتی، محدود شده است (صفایی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۶۵).

یکی از استثنائات این ماده در باب نکاح است؛ زیرا به موجب ماده ۱۰۶۶ قانون مدنی، نکاح در صورتی به اشاره واقع می‌شود که قاصد، لال باشد. همچنین مطابق ماده ۲۲ قانون ثبت، برای انعقاد معاملاتی که با سند رسمی واقع شده است، تشریفات خاصی باید رعایت شود، وگرنه دولت، منتقل‌الیه را مالک نخواهد شناخت (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۶۷).

#### ۱-۳-۴. اراده شارع و چگونگی اعلام اراده

اگر اراده شارع، مبنای اعتبار مفاد قرارداد باشد، با استناد به عمومیت آیه «احل الله البیع» و آیه «اوفوا بالعقود» و همچنین با استناد به عمومیت سخن پیامبر (ص) که می‌فرمایند: «المؤمنون عند الشروط» باید اعتقاد به رضایی بودن عقود و صحت شرعی آن داشت (ر.ک. الانصاری، ۱۴۱۰ الف، ج ۶، صص ۱۰۶، ۱۱۵، ۱۸۸، ۱۹۱)، (ر.ک. الانصاری، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۵۱).

در مورد لزوم عربی یا غیرعربی بودن صیغه عقود شاید در ابتدای امر به نظر برسد که مبنای اراده شارع مبین لزوم عربی بودن عقود است؛ زیرا پیروی از سیره معصومین جزء سنت و لازم‌الاتباع است، اما با کمی تأمل می‌توان به خلاف این نظر رسید، زیرا ائمه معصومین، صیغه عقود را به‌عنوان تشریح و قانون‌گذاری، به زبان عربی انشاء نکرده‌اند؛ بلکه به‌کار بردن صیغه عقود عربی، به دلیل عربی بودن زبانشان است. «درواقع حقیقت امر، انشائی بودن عقود و ایقاعات است که باید توسط مظهر خارجی کشف شود، خواه عربی باشد و خواه غیرعربی باشد» (الخویی، ۱۴۱۲ ه.ق.، ج ۳، ص ۲۱۴).

#### ۱-۴. مبنای اعتبار مفاد قرارداد و توافق دو اراده

یکی از شرایط انعقاد عقد، توالی میان ایجاب و قبول است. اما در اینکه باید میان ایجاب و قبول توالی منطقی وجود داشته باشد یا باید تراضی در یک لحظه خاص صورت گیرد و همچنین قابلیت رجوع از ایجاب و مرگ و حجر موجب، قبل از قبولی،

اختلاف نظر وجود دارد.

#### ۱-۴-۱. عقلانیت فطری و توافق دو اراده

پذیرش رویکرد عقلانیت فطری و توجه به اصل حاکمیت اراده، منجر به این نتیجه می‌شود که تراضی، باید همزمان صورت گیرد، در غیر این صورت، عقد واقع نمی‌شود. از نتایج نامطلوب چنین تحلیلی، بطلان عقودی است که بین غایبان (مانند عقد مکاتبه‌ای) صورت می‌گیرد؛ زیرا در این عقود به ناچار بین ایجاب و قبول کم و بیش فاصله می‌افتد (ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۷۹-۱۳۸۰، ش ۲۵ و ۲۶، ص ۲۸۱).

نتیجه دیگر پذیرش این رویکرد در مورد قابلیت رجوع از ایجاب و مرگ و حجر موجب است که موجب را ملزم به نگهداری ایجاب نمی‌کند. با توجه به این نگرش، اهلیت در عنصر قصد و رضا ادغام می‌شود، نه آنکه شرط مستقلی از قصد و رضا باشد، درواقع، رضایت شخصی که محجور است به منزله عدم رضایت است. بنابراین، اگر عدم تطابق ایجاب و قبول از سوی شخص محجور، به خاطر عدم اعتبار رضایت این اشخاص باشد، پس شرط اهلیت به خاطر این است که چنین عقدی از عنوان تعاقد، خارج می‌شود؛ زیرا رضایت شرط صحت عقد است و این رضایت باید در زمان انشای طرف مقابل وجود داشته باشد، بنابراین اگر قبل از قبولی، موجب بمیرد یا اهلیت خود را از دست بدهد، ایجاب، معدوم می‌شود و با حجر یا مرگ او، امکان تلاقی اراده‌ها از بین می‌رود (الانصاری، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۱۳۲).

#### ۱-۴-۲. وجدان اجتماعی و توافق دو اراده

پذیرش رویکرد وجدان اجتماعی، منجر به این نتیجه می‌شود که قبولی باید در مدت زمان متعارف صورت پذیرد؛ درواقع در این رویکرد، ضرورت قراردادهای مکاتبه‌ای انکار نمی‌شود و برای صحت این گونه قراردادها این توجیه وجود دارد که، حتی اگر به لزوم همزمانی قراردادها اعتقاد داشته باشیم، باز قراردادهای غیابی و مکاتبه‌ای را باید درست تلقی کرد، زیرا منظور از همزمانی، یعنی لزوم همزمانی رضایت‌های عینیت یافته؛ بنابراین با در نظر گرفتن اینکه فرد ارسال‌کننده نامه، در حال ابراز کردن رضایت عینی خود می‌باشد معامله درست فرض می‌شود؛ زیرا ارسال‌کننده نامه قبول، در زمان

ارسال نامه، به صورت عینی رضایت خود را با پست کردن نامه نشان می‌دهد و تا زمان رسیدن نامه به دست گیرنده، تغییر نظر فرستنده به صورت عینی مشاهده نمی‌شود (Perillo, ۲۰۰۰, vol. ۶۹, p. ۴۴۰).

واقعیت این است که نظریات موجود در این مبنا، به مصالح اجتماعی و حفظ حقوق دیگران و نظم اجتماعی و اقتصادی جامعه نزدیک است و بر ایجاد اعتماد در روابط تجاری استوار است. در مورد قابلیت رجوع از ایجاب باید گفت، تا زمانی که ایجاب به اطلاع مخاطب نرسیده است، قابل رجوع است ولی زمانی که به اطلاع مخاطب رسید و به اجتماع راه یافت، این وضع منقلب خواهد شد و موجب، حق رجوع از پیشنهاد خود را از دست می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۹۷).

همچنین، فوت و حجر گوینده ایجاب، در بقاء و اعتبار آن اثر ندارد و کافی است که گوینده ایجاب در زمان انشاء، اهلیت و حیات داشته باشد، زیرا اراده ظاهری مستقل از صاحب آن می‌باشد و اراده، بعد از موت صاحب اراده و یا بعد از حجر او باقی می‌ماند (السنهوری، ۲۰۰۹، ج ۱، ص ۹۶-۱۹۸) و وارثان یا نمایندگان قانونی او ملزم به ادامه دادن روند تحقق عقد هستند.

#### ۱-۴-۳. عقلانیت دولتی و توافق دو اراده

با پذیرش مبنای قانونی باید گفت مطابق با قانون ایران، لزوم توالی عرفی میان ایجاب و قبول شرط صحت است (امامی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۱۹۷). در قانون مدنی ایران، موالات میان ایجاب و قبول تنها در باب نکاح در ماده ۱۰۶۵ مورد اشاره قرار گرفته است. بسیاری از نویسندگان این حکم را ویژه نکاح نمی‌دانند و آن را به سایر موارد تعمیم می‌دهند و این ماده را یکی از موارد اجرای قاعده عمومی قراردادها می‌دانند (شعاریان، ترابی، ۱۳۸۹، ص ۱۴۱).

در مورد قابلیت رجوع از ایجاب و مرگ و حجر موجب، در قانون مدنی ایران حکم صریحی وجود ندارد، پس با توجه به اصول منطقی باید قاعده را از قانون استخراج کرد.

از آنجایی که ایجاب، معلول اراده موجب است، اصل اولیه این است که قبل از آنکه قبول طرف مقابل به ایجاب ضمیمه شود، موجب، می‌تواند از ایجاب خود عدول

کند و آن را ملغی سازد مگر اینکه قانون، عدول از ایجاب را منع کند (صفایی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۶۹)؛ زیرا آنچه از دیدگاه ما لازم الوفاء است عقد و پیمان است، درحالی که پیش از قبول، هنوز عقدی محقق نشده است (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۴۸)، (امامی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۱۹۸). بنابراین، در صورتی که عدول از ایجاب توسط قانونگذار منع نشده باشد، نشانگر آن است که قانونگذار نیز از این اصول منطقی تبعیت کرده است. در مورد فوت و حجر موجب، به نظر می‌رسد که تمایل قانونگذار به پیروی از نظریه حکومت اراده باطنی بر عقد و زوال ایجاب در اثر مرگ و حجر موجب است؛ زیرا با فوت و حجر او، آثار ایجاب مرتفع شده و قبولی که بعداً اعلام می‌گردد، به ایجاب معدوم متصل نمی‌شود. همچنین می‌توان با استفاده از ملاک ماده ۸۰۲ قانون مدنی، قانونی عام مبنی بر بقای اهلیت متعاملین تا پایان عقد ایجاد کرد، زیرا عقد هبه ویژگی خاصی ندارد که نتوان آن را به سایر عقود سرایت داد (اسماعیلی، ۱۳۷۷، ش ۹، ص ۸۸)، (زراعت، ۱۳۹۰، ص ۱۶۵).

#### ۱-۴-۴. اراده شارع و توافق دو اراده

با توجه به اینکه در مبنای اراده شارع، راجع به توافق اراده‌ها، حقیقت شرعیه‌ای وجود ندارد و شارع در مورد ملاک اتصال و عدم اتصال هیئت عقود، حکم خاصی را ندارد، باید ملاک اتصال را عرف دانست (الانصاری، ۱۴۱۰ ب، ج ۷، ص ۸۹)، پس، ضمانت اجرای عدم موالات میان ایجاب و قبول، بطلان است، زیرا عرف، چنین ایجاب و قبولی را عقد نمی‌داند.

در مورد قابلیت رجوع از ایجاب و مرگ و حجر موجب، از آنجایی که در فقه، عقد مرکب از ایجاب و قبول است و مانند کلام واحدی است که هرکدام به دیگری مرتبط است، هرگونه خدشه‌ای بر ایجاب، موجب انحلال تعاقب است (الانصاری، ۱۴۱۰ ب، ج ۷، ص ۸۹)، که نتیجه چنین عقیده‌ای، زوال عقد بر اثر عواملی مانند رد، جنون و مرگ قبل از قبولی است.

#### ۱-۵. مبنای اعتبار مفاد قرارداد و زمان و مکان وقوع عقد

تعیین محل وقوع عقد، تابع زمان انعقاد قرارداد است و حل مسئله زمان وقوع عقد،



مشکل تعیین مکان وقوع عقد را حل خواهد کرد (صفایی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۷۷).  
تعیین زمان وقوع عقد، هنگامی که طرفین در مجلس عقد حضور دارند، با مشکلی مواجه نیست ولی مشکل در جایی شروع می‌شود که عقد بین دو طرف که در یک محل نیستند (مانند عقود مکاتبه‌ای) صورت گیرد (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۵۲).

#### ۱-۵-۱. عقلانیت فطری و زمان و مکان وقوع عقد

به نظر می‌رسد در رویکرد عقلانیت فطری و با توجه به اصل حاکمیت اراده، نظریه اعلان قبول، قابل پذیرش باشد و بیان قبولی مخاطب برای وقوع عقد، کافی است، حتی اگر این قبولی به اطلاع موجب نرسیده باشد.

#### ۲-۵-۱. وجدان اجتماعی و زمان و مکان وقوع عقد

در رویکرد وجدان اجتماعی، نظریه اطلاع از قبول پذیرفتنی‌تر است، زیرا برای وقوع عقد تلاقی اعلام اراده‌ها لازم است و قبول نیز تا زمانی که به اطلاع موجب نرسد هیچ اثری نخواهد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۵۰).

#### ۳-۵-۱. عقلانیت دولتی و زمان و مکان وقوع عقد

در رویکرد قانونی نیز تعیین زمان و مکان وقوع عقد اهمیت دارد؛ به نظر می‌رسد در حقوق ایران، نظریه وصول قبول و نظریه اطلاع از قبول مردود است، زیرا قانون‌گذار ایران در هیچ‌یک از مواد قانون، به صورت صریح یا ضمنی، این دو نظریه را نپذیرفته است و اگر این دو را در عقد لازم بدانیم، شرطی را که قانون‌گذار نخواست است، به آن افزوده‌ایم (صفایی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۷۶).

اما دو نظریه اعلان قبول و نظریه صدور قبول با قوانین ایران سازگارتر است و به نظر می‌رسد از میان این دو، نظریه اعلان قبول ارجحیت دارد؛ زیرا سبب واقعی عقد، برخورد اراده‌های باطنی است و همین که قبول اعلان شود، تراضی کامل می‌شود. وانگهی، بر فرض که عقد از اراده‌های ظاهری بوجود آید، پس از اعلان قاطع قبول، دو اراده ظاهری نیز با هم جمع می‌شوند و توافق به دست می‌آید. ظاهر مواد ۱۸۳ و ۳۳۹ قانون مدنی، مؤید همین نظر هستند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۳۶۴).

#### ۱-۵-۴. اراده شارع و زمان و مکان وقوع عقد

در مورد رویکرد اراده شارع، شاید بتوان این گونه نظر داد که مسائل مربوط به تجارت از مسائلی هستند که قبل از اسلام وجود داشته است و شارع، تنها اگر اشتباهی در این گونه روابط بین مردم رواج داشته باشد، برای اصلاح امر تجارت، این اشتباه را، مشمول حکم حرمت قرار داده است تا تجارتی صحیح بین مسلمین رواج داشته باشد. همچنین، شارع، تنها امضاءکننده سیره عقلاست و از آنجایی که مسئله تعیین زمان و مکان وقوع عقد، کاملاً عقلایی است، نباید آن را تعبدی دانست، بنابراین باید دید روش عقلا و سیره عرف چیست و آن‌ها کدام زمان را برای وقوع عقد تعیین کرده‌اند و به همان اکتفا کرد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۱۸۶).

#### ۲. آثار مبنای اعتبار مفاد قرارداد بر اهلیت متعاقدين

برای صحت هر معامله، متعاملین باید اهلیت داشته باشند. در غیر این صورت، قرارداد، به عقدی غیرنافذ و یا حتی باطل تبدیل می‌شود. اما در مورد مبنای بطلان یا عدم نفوذ، اختلاف نظر وجود دارد. مسئله دیگری که در رابطه با اهلیت مطرح می‌شود این است که آیا افلاس و بیمار رو به موت، از موارد حجر محسوب می‌شود؟ به نظر می‌رسد چستی مبنای اعتبار مفاد قرارداد، در این مسئله تأثیرگذار است.

#### ۲-۱. عقلانیت فطری و اهلیت متعاقدين

در رویکرد عقلانیت فطری و با تکیه بر اصل حاکمیت اراده، وجوب داشتن اهلیت، به دلیل ضرورت وجود قصد و رضا برای انجام عمل حقوقی است و شرطی مستقل از قصد و رضا نیست؛ زیرا معلوم است که شخص دارای قصد و رضا، نمی‌تواند مجنون یا صغیر یا سفیه باشد (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۳۸).

همچنین افلاس و مرض رو به موت، منجر به حجر نمی‌شوند، زیرا این موارد موجب زایل شدن قصد و اراده نمی‌شود، پس مانعی در تراضی به وجود نمی‌آید تا معاملات این دو گروه را باطل یا غیرنافذ، تلقی کنیم.

## ۲-۲. وجدان اجتماعی و اهلیت متعاقدين

در نگرش وجدان اجتماعی، اهلیت شرطی مستقل از قصد و رضا قلمداد می‌شود و به خاطر حفظ منافع عمومی و به علت بی‌تجربگی اشخاص فاقد اهلیت و ناتوانی اندیشه آنان در تشخیص و ضرورت حمایت از ایشان و طرف مقابلشان، معاملات اشخاص محجور، فاقد اعتبار تلقی می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۴۹)، (کاتوزیان، ۱۳۷۹-۱۳۸۰، ش ۲۵ و ۲۶، ص ۲۷۶)، (Charman, ۲۰۰۷, p. ۸۰).

در این مبنا، معاملات مفلس و بیمار رو به موت غیرنافذ یا باطل اعلام می‌شوند؛ زیرا معاملات این دو گروه هم بر خلاف مصالح اجتماعی است و هم ممکن است موجب ضرر به طرفین قرارداد یا دیگران شود و به صلح اجتماعی آسیب برساند؛ مثلاً فرد بیمار، قراردادی را منعقد کند که به ورثه ضرر وارد شود و مفلس نیز قراردادی منعقد کند که هم به خودش ضرر وارد کند و هم حقوق طلبکاران را مورد خدشه قرار بدهد.

## ۲-۳. عقلانیت دولتی و اهلیت متعاقدين

در رویکرد قانونی، طرفین معامله باید دارای اهلیت باشند، زیرا در صورت فقدان اهلیت، قانون‌گذار معاملات آن‌ها را باطل اعلام می‌کند و برای آن، اثر حقوقی قائل نمی‌شود. قانون مدنی ایران، اهلیت طرفین را وابسته به تراضی نمی‌داند و آن را شرط مستقل قلمداد می‌کند؛ زیرا در ماده ۱۹۰ قانون مدنی، اهلیت طرفین، یک شرط مستقل و در ردیف قصد و رضا آورده شده است. همچنین مواد دیگر نیز، موضوع فقدان قصد و عدم اهلیت طرفین را به کلی از هم جدا کرده‌اند، چنانکه مطابق ماده ۱۹۵ قانون مدنی، مست و بیهوش را، نمی‌توان محجور تلقی کرد.

در حقوق ایران، لزوم وجود اهلیت، در ماده ۲۱۰ قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته است و در ماده ۲۱۱، رسیدن به سن بلوغ و داشتن عقل و رسیدن به سن رشد را شرط اهلیت می‌داند و گرنه طبق ماده ۱۲۰۷ محجور شناخته می‌شوند. ولی، اعسار از موجبات حجر محسوب نمی‌شود، این امر از ماده ۳۶ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۱ فهمیده می‌شود.

قوانین ایران در مورد اعمال حقوقی شخص بیمار رو به موت، حکمی ندارند و تنها در ماده ۸۴۳ قانون مدنی، در بحث وصیت، تبرعات معلق بر مرگ (وصایا) را به یک سوم ترکه محدود کرده است؛ اما در خصوص تبرعات منجز بیمار، سکوت اختیار

کرده است که می‌توان به این روش تحلیل کرد که سکوت قانون‌گذار به صورت عمدی بوده است و بیماری منتهی به مرگ، جزء اسباب حجر نیست (محقق داماد، اسلامی، ۱۳۸۹، ش ۱۰، ص ۱۲۲).

#### ۲-۴. اراده شارع و اهلیت متعاقدين

در مبنای اراده شارع، اسباب متعددی از موجبات حجر به شمار می‌آید که صغر، سفه، جنون، افلاس، رقیت از جمله موجبات حجر است. اما در خصوص اعمال حقوقی بیمار متصل به موت، به نظر می‌رسد که، علی‌رغم نظری که وجود دارد که مریض تنها بر ثلث اموال خود حقی دارد و مازاد بر آن منوط به تنفیذ ورثه است (النجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۵۹)، کلیه اعمال حقوقی او نافذ باشد. زیرا براساس روایت «الانسان احق بماله مادامت الروح فی بدنه» از ابی عبدالله، مریض تا زمانی که روح در بدنش است بر تمامی اموال خود تسلط دارد و این سلطه به صورت تام است و انسان، هر نوع تصرفی را می‌تواند انجام دهد مگر اینکه، عمل او حرام باشد و چون تصرفات فرد بیمار از جمله عناوین حرمت شرعی نیست، پس تصرفات و اعمال حقوقی بیمار نافذ و صحیح است؛ این قول را سخن دیگر پیامبر که می‌فرماید: «الناس مسلطون علی اموالهم» و «المؤمنون عند الشروطهم» و «أوفوا بالعقود» و «أحل الله البيع»، نیز تأیید می‌کند که تمایزی را بین فرد بیمار و سالم قائل نمی‌شود (ر.ک. الانصاری، ۱۴۱۰، ج ۹، صص ۱۵-۱۶).

برای اینکه فرد از حجر خارج شود تنها رسیدن به سن بلوغ شرط نیست، بلکه احراز رشد در او نیز شرط است. به نظر می‌رسد که مفاد تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، ظاهراً همان ترجمه آیه ۵ سوره نساء باشد که شارع، می‌فرماید: «و ابتلوا الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا الیهم اموالهم» (عباسی داکانی، ۱۳۸۲، ش ۴۷، ص ۵۰). با توجه به این آیه، غایت آزمایش یتیم تا زمان رسیدن به بلوغ جنسی است؛ اگر هنگام بلوغ یا قبل از آن، رشد کودک تشخیص داده شود، اموالش را در زمان بلوغ، تسلیمش می‌کنند ولی اگر هنگام بلوغ، رشد او محرز نشد، تسلیم اموال او جایز نیست. اطلاق آیه ۵ سوره نساء نیز بر این امر دلالت می‌کند: «ولا تُوتوا السُّفهاءَ اموالکم الّتی جعلَ الله لکم قیاماً و ارزقوهم فیها واکسوهم و قولوا لَهُم قَولاً معروفاً» (درایتی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۱۰۶).

### ۳. آثار مبنای اعتبار مفاد قرارداد بر موضوع قرارداد

داشتن موضوع معین، شرط ضروری برای انعقاد تمامی قراردادها است. اما سؤال این است که، چرا تمامی معاملات باید دارای موضوع معین باشند؟ آیا مورد معامله مقید به شروطی خاص است؟ اگر دارای شروط است، علت داشتن این شروط به چه باز می‌گردد؟ آیا موضوع قراردادها محدود است و تراضی بایستی در قالب‌های معین عرضه شود؟ به نظر می‌رسد چیهستی مبنای اعتبار مفاد قرارداد، در نوع پاسخ به پرسش‌های فوق تأثیرگذار است.

#### ۳-۱. عقلانیت فطری و موضوع قرارداد

از منظر رویکرد عقلانیت فطری و با استناد به اصل حاکمیت اراده، می‌توان گفت که برای تحقق تراضی، لزوم وجود موضوع معین، مورد تأکید قرار می‌گیرد؛ زیرا تقوم هر چیز، به موضوع آن است. همچنین، مورد معامله باید تمام شرایط اساسی صحت قرارداد را داشته باشد؛ زیرا فقدان این شرایط، منجر به تردید نسبت به اراده واقعی طرفین، برای انعقاد قرارداد می‌شود.

در صورت حاکم شدن این نظریه و نمود پیدا کردن نظام قراردادی در قالب لیبرالیسم و پیروی از تئوری حاکمیت اراده یا استقلال اراده<sup>۱</sup> (Zhang, ۲۰۰۶, p. ۵۶)، افراد می‌توانند انواع قراردادها را چه در قالب عقود معین و چه در قالب عقودی که در قانون، عنوانی خاص ندارد، منعقد کنند، زیرا هدف لیبرالیسم، تشکیل جامعه آزاد است تا افراد بتوانند طبق تشخیص فردی خودشان، انتخاب‌های آزاد داشته باشند (باقری، ۱۳۸۵، ش ۱۹، ص ۴۳).

#### ۳-۲. وجدان اجتماعی و موضوع قرارداد

اگر از منظر رویکرد وجدان اجتماعی به مسئله نگاه شود، وجود موضوع معین و شروط ذکر شده برای مورد معامله، از ضروریات لوازم اجتماعی هستند که عدم وجودشان، به همبستگی و نظم اجتماعی آسیب می‌رساند (ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۷۹-۱۳۸۰، ش ۲۵ و ۲۶، ص ۲۷۶).

با این رویکرد، دیگر اعتقاد به توقیفی بودن عقود توجیهی ندارد، اما نباید مفاد

قرارداد با ضرورت‌های اجتماعی تعارضی داشته باشد وگرنه شعاع حاکمیت اراده در این مرزها متوقف می‌شود (ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۷۹-۱۳۸۰، ش ۲۵ و ۲۶، ص ۲۷۴).

### ۳-۳. عقلانیت دولتی و موضوع قرارداد

در رویکرد قانونی، لزوم وجود موضوع معین برای معامله، صرفاً به این دلیل پذیرفتنی است که قانون‌گذار، وجود آن را ضروری دانسته و عدم وجود آن را سبب بطلان عقد به شمار آورده است.

در بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، موضوع معین که مورد معامله باشد، به‌عنوان یکی از شرایط اساسی صحت معامله معرفی شده است. ماده (۲۱۴ تا ۲۱۶) برای بیان شرایط مورد معامله به‌طور کلی و پاره‌ای دیگر از مواد قانونی، نظیر مواد (۳۴۲) و (۳۴۸) برای تعیین شرایط مورد عقود معین، وضع گردیده‌اند.

«به عقیده هگل (مبتکر مبنای قانونی)، آزادی انسان تا جایی است که نظم اجتماعی را بر هم نزند، مظهر و نگهدارنده این نظم، دولت است. آزادی چیزی بیش از حق اطاعت از قوانین، که دولت آن را تدوین کرده است، نیست» (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۱۹۵). و چون ماده ۱۰ قانون مدنی، مجالی برای تردید در اعتبار حقوقی قراردادهای عقود غیر معین، باقی نمی‌گذارد، تمامی قراردادها لازم‌الاجرا دانسته می‌شوند (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۲۴).

### ۳-۴. اراده شارع و موضوع قرارداد

در مبنای اراده شارع نیز، به جهت پیشگیری از وقوع نزاع، داشتن موضوع معین و شرایط خاصی (مانند شرایط قانون مدنی) که مورد معامله باید داشته باشد ضروری است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷، ش ۱۳، ص ۱۳۲)، اما در مورد اینکه آیا برای مشروعیت یک قرارداد باید نص خاص از شارع وجود داشته باشد و یا آنکه قراردادهای عقلایی در هر چارچوبی مشروعیت دارند، باید گفت با توجه به عمومیت آیه‌های «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود...» (آیه ۱ سوره مائده)، «تجارة عن تراض» (آیه ۲۹ سوره نساء) و «و ما وجدنا لأکثرهم من عهد و ان وجدنا اکثرهم لفاسقین» (۱۰۲ اعراف)، «و الذین هم علی لآماناتهم و عهدهم راعون (۸ مؤمنون) و...» (شهیدی،

۱۳۸۵، ص ۲۱ و ۲۳)، نظر به غیرتوقیفی بودن عقود است و هر عمل حقوقی را که عرفاً بر آن عنوان عقد اطلاق شود، درست تلقی می‌شود، البته به شرطی که، مطابق مقررات شرع باشد، همان‌طور که شرع، به استناد آیه ۹۰ سوره مائده: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُواهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلِحُونَ» و سوره ۳ مائده: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ وَمَا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ...» خرید و فروش شراب، خوک و... را عمل حرام و معاملات مربوط به آن را باطل، می‌داند (الحلی، ۱۱۴۶ ه.ق.، ص ۲۵)، (النجفی، ۱۴۱۷ ه.ق.، ج ۲۳، ص ۲۱)، درحالی‌که کسانی که به‌صورت سکولار فکر می‌کنند، هیچ ارتباطی را بین حقوق و مسائل دینی برقرار نمی‌کنند و این‌گونه معاملات را صحیح قلمداد می‌کنند.

در این رویکرد، مبیع و ثمن باید از حیث مقدار و جنس و وصف، نزد طرفین معلوم و مقدور التسليم باشد وگرنه، معامله به استناد حدیث پیامبر (ص): «نهی النبى (ص) عن بیع الغرر» باطل است، (الحلی، ۱۱۴۶ ه.ق.، ص ۵۳).

#### ۴. آثار مبنای قرارداد بر جهت قرارداد

##### ۴-۱. عقلانیت فطری و جهت قرارداد

اگر از منظر اصل حاکمیت اراده به مسئله نگریسته شود، شرط جهت، شرط مستقلى از تراضی تلقی نمی‌شود و همان مبنا و توجیهی را پیدا می‌کند که خود اراده دارد (ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۷۹-۱۳۸۰، ش ۲۵ و ۲۶، ص ۲۷۶).

براساس رویکرد عقلانیت فطری، افراد بدون هیچ‌گونه محدودیتی با داشتن: (۱) آزادی «از»<sup>۹</sup> قانون و دستورات حکومتی، و (۲) آزادی «برای»<sup>۱۰</sup>، ایجاد قرارداد، معاملات خود را به هر شکلی که خواستار آنند، منعقد کنند (Slawson, ۱۹۳۱, p. ۱۱) و دولت باید خودش را به سه وظیفه دفاع ملی، حفاظت از ثروت و دارایی و حفظ نظم عمومی محدود کند. از آنجا که قراردادها بر دارایی تأثیر گذارند، هدف دولت نیز حفاظت و اجرای آنها است (Slawson, ۱۹۳۱, p. ۱۱)، (داوید، اسپینوزی، ۱۳۸۷، ص ۶۳)، (باقری، ۱۳۸۵، ش ۱۹، ص ۴۳).

مطابق این رویکرد، انسان به‌عنوان اشرف مخلوقات قادر است با اراده خود هرگونه تعهدی را خلق کند. به عبارت بهتر تنها اراده‌های طرفین قرارداد است که

می‌تواند برای آن‌ها حق و تکلیف به وجود آورد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ص ۲۲). اما برای اینکه این تلافی اراده مؤثر واقع گردد نباید برخلاف حقوق و آزادی‌های فردی باشد و گرنه معامله، فاقد جهت مشروع و باطل است.

به این ترتیب، با در نظر گرفتن این عقلانیت فطری به‌عنوان مبنای قرارداد، مفهوم جهت، مضیق خواهد شد؛ زیرا تنها قراردادهایی جهتشان نامشروع خواهد بود که برخلاف حقوق و آزادی‌های فردی باشند و اگر برخلاف شرع یا خلاف ضرورت اجتماعی یا خلاف قانون باشند، جهت آن‌ها نامشروع تلقی نخواهد شد.

#### ۲-۴. وجدان اجتماعی و جهت قرارداد

اگر از منظر رویکرد وجدان اجتماعی به مسئله نگریسته شود، شرط جهت امری تابع اراده تلقی نمی‌شود؛ «بلکه، شرط جهت به این علت ضروری است که جهل و شیطنت به همبستگی اجتماعی صدمه‌ای وارد نکند و حقوق دیگران قربانی تبانی آزمندان نشود» (کاتوزیان، ۱۳۷۹-۱۳۸۰، ش ۲۵ و ۲۶، ص ۲۷۶). با قرار دادن این رویکرد به‌عنوان مبنای قرارداد، تنها قراردادهایی دارای جهت مشروع هستند که برخلاف نظم عمومی اجتماعی و مصالح اجتماعی نباشند و چون مفهوم مصالح اجتماعی و نظم عمومی گسترده است، مفهوم جهت نیز موسع می‌گردد.

#### ۳-۴. اراده شارع و جهت قرارداد

در رویکرد اراده شارع، داشتن جهت مشروع نیز مورد تأکید قرار داده شده است. در این رویکرد، مقصود از جهت مشروع، جهتی است که برخلاف شرع نباشد. به‌عنوان مثال، در این رویکرد، قصد قربت یکی از شرایط اساسی برای صحت قرارداد وقف است، درحالی‌که در نظام سکولار، قصد قربت، شرط صحت قرارداد، محسوب نمی‌شود. مستندات باطل بودن معاملات جهت نامشروع، حدیث «المؤمنون عند الشروط» اما ما خالف کتاب الله» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷، ش ۱۳، ص ۲۲۰) است (النجفی، ۱۴۱۷ ه.ق.، ج ۲۳، ص ۵۴).

ولی نسبت به معاملاتی که استفاده نامشروع از مورد عقد، در آن‌ها شرط نشود و صرفاً انگیزه یکی از دو طرف باشد، اما طرف دیگر معامله، به هنگام عقد از آن آگاهی



داشته باشد، بین فقهای اسلامی اختلاف نظر است. برخی این معامله را با استناد به آیه «...وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ» (آیه ۲ سوره مائده) باطل و برخی دیگر آن را جایز ولی مکروه اعلام کرده‌اند (النجفی، ۱۴۱۷ه.ق.، ج ۲۳، ص ۵۳). اما اگر جهت نامشروع صرفاً جنبه درونی برای یکی از متعاملین داشته باشد و طرف مقابل هیچ اطلاعی از انگیزه او نداشته باشد، معامله نافذ است.

#### ۴-۴. عقلانیت دولتی و جهت قرارداد

به نظر می‌رسد در رویکرد قانونی، مفهوم جهت مضیق می‌گردد و جهت مشروع، همان جهتی خواهد بود که قانون‌گذار آن را اجازه داده است، حتی اگر این جهت، مخالف شرع و اخلاق یا حقوق فردی باشد.

در قانون ایران، علاوه بر اینکه ماده ۱۹۰ قانون مدنی، یکی از شرایط صحت معامله را مشروعیت جهت معامله بیان کرده است، در ماده ۲۱۷ همان قانون، بیان شده است که اگر جهت تصریح شده باشد، ولی مشروع نباشد، معامله باطل است. طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی، جهت نامشروع، جهتی است که برخلاف قانون و برخلاف اخلاق حسنه یا با واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا مخالف با نظم عمومی باشند.

#### ۵. نتیجه گیری

قرارداد، به‌عنوان یکی از مهم‌ترین ابزارهای ایجاد رابطه حقوقی، باید دارای شرایطی باشد که فقدان آن شرایط، منجر به بطلان یا عدم نفوذ قرارداد می‌گردد. این شروط در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران صریحاً ذکر شده است.

تحلیل این شروط و پیدا کردن اثر آن‌ها در قرارداد، نیاز به تحلیل مبنای این شروط دارد. این مبنای به چهار دسته تقسیم می‌شوند و هرکدام از آن‌ها، نگاهی متفاوت به مسئله شروط اساسی قرارداد دارند.

اصل حاکمیت اراده، قرارداد را عنصری قابل ستایش می‌داند که تمام نیروی خود را از اراده می‌گیرد و هیچ عاملی جز اراده طرفین، توان محدود کردن آن را ندارد

(کاتوزیان، ۱۳۷۹-۱۳۸۰، ش ۲۵ و ۲۶، ص ۲۷۱). در این رویکرد، قرارداد، قانون طرفین رابطه قراردادی می‌باشد که مشروعیت این قانون نیز از رضایت طرفین ناشی می‌شود (Salwson, ۱۹۳۱, p. ۲۰)، در چنین دیدگاهی، وجود شرایط صحت تنها برای اثربخشی به اراده و قصد به‌کار می‌رود و فقدان این شرایط، موجب عدم تحقق تراضی می‌شود. اما این رویکرد به دلیل افراط در فردگرایی، عدالت و برابری را در روابط اجتماعی در نظر نگرفته، بسیار متافیزیکی و تصنعی است.

مبنای وجدان اجتماعی، بر محور جامعه شکل گرفته است. با اینحال، به نظر می‌رسد این رویکرد، هم به مبانی متافیزیک کاملاً بی‌توجه بوده و هم نقش دولت را در ایجاد قاعده حقوقی انکار می‌کنند. طرفداران این مبنا، قرارداد را به‌عنوان ابزار مفید اجتماعی و وسیله توزیع عادلانه ثروت می‌دانند، که باید آن را اداره کرد و هر جا مفاد آن با مصالح اجتماع در تضاد باشد، مصالح اجتماع بر آن چیره می‌شود.

مبنای سوم، اراده قانون‌گذار است؛ پذیرش این مبنا، به معنای پذیرش دولت به‌عنوان منشأ قواعد حقوقی است. در این مبنا، قرارداد در صورتی درست تلقی می‌شود که مطابق قانون باشد. وجود شرایط اساسی صحت قرارداد ضروری است؛ چون اراده قانون‌گذار مبنی بر لزوم وجود این شرایط است.

مبنای آخر، در اراده شارع جستجو می‌شود. این رویکرد در نظام‌های حقوقی دینی پذیرفته است ولی در نظام‌های سکولار نمی‌تواند جایگاهی داشته باشد، در این رویکرد، شرایط صحت قرارداد، ضروری است؛ زیرا، شارع مقدس، وجود این شرایط را ضروری دانسته است.

به نظر می‌رسد، حقوق ایران، در پذیرش مبنای حقوقی، کثرت‌گرا است (شهابی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۹، ۱۷۰)؛ اصل دوم قانون اساسی، مبنای اعتبار قواعد را اراده شارع اعلام می‌کند؛ با این حال، حوزه منطقه الفراغی نیز وجود دارد که شارع مقدس ایجاد قاعده حقوقی را به انسان واگذار کرده است؛ این انسان می‌تواند در قالب عقلانیت دولتی و یا عقلانیت فطری و یا وجدان اجتماعی عینیت یابد. بنابراین، می‌توان در حوزه مبنای اعتبار قرارداد نیز نوعی کثرت‌گرایی را پذیرفت و نتیجه گرفت که مبنای اعتبار قرارداد، در قراردادهای معین، اراده شارع است و در قراردادهای نامعین و یا قراردادهای معین شده از سوی قانون‌گذار دولتی، این مبنا اعتبار، اراده دولت است؛

چرا که ابزار اعتبار چنین قراردادهایی چیزی جز اراده دولتی نیز نیست که با ابزار قانون بیان می‌شود.

## یادداشت‌ها

۱. humanism
۲. Deductive Theory
۳. Subjective Theory
۴. Story

۵. «فلا يقع من دون القصد الى اللفظ كما في الغلط او الى المعنى»

۶. Objective Theory
۷. Reasonable Person
۸. Autonomy Theory
۹. Freedom of
۱۰. Freedom from

## کتابنامه

### فارسی

#### قرآن کریم

احمدی، محمد صادق (۱۳۷۷)، «محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده»، *مجله کانون*، شماره ۹، صص ۸۷-۱۱۸.

اسماعیلی، محسن (۱۳۷۷)، «ایجاب و زوال آن از دیدگاه فقه و حقوق تطبیقی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»، *مدرس علوم انسانی*، دوره دوم، شماره ۹، صص ۷۵-۹۹.

امامی، سید حسن (۱۳۸۸)، *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات اسلامی، چاپ ۲۹، جلد اول.

باقری، محمود (۱۳۸۵)، «اقتصاد مبتنی بر بازار و کاستی‌های حقوق خصوصی»، *نشریه پژوهش حقوق*، شماره ۱۹، صص ۴۱-۸۸.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۵)، *مقدمه علم حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم.

جوان، موسی (۱۳۲۷)، *مبانی حقوق*، تهران: چاپ رنگین تهران، جلد دوم.

داوید، رنه، و اسپینوزی، کامی ژوفره (۱۳۸۷)، *درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ*

*حقوقی معاصر*، ترجمه حسین صفایی، تهران: نشر میزان، چاپ هفتم.

درایتی، احمد (۱۳۹۱)، *مستند فقهی قانون مدنی*، مواد ۱۸۳ الی ۲۶۳، تهران: انتشارات داد و

- دانش، چاپ اول، جلد دوم.
- زراعت، عباس (۱۳۹۰)، *شرایط عقد بیع، شرح مبسوط مکاسب*، تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول.
- شایگان، سید علی (۱۳۳۱)، *حقوق مدنی ایران*، تهران: چاپخانه مجلس، چاپ چهارم.
- شریعت باقری، محمد جواد (۱۳۹۱)، «حاکمیت اراده بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، *فصل‌نامه علمی - پژوهشی دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۵۸، صص ۹۷-۱۴۰.
- شعاریان، ابراهیم، و ترابی، ابراهیم (۱۳۸۹)، *اصول حقوق قراردادهای ایران و اروپا*، تبریز: انتشارات فروزش، چاپ اول.
- شهابی، مهدی (۱۳۹۳ الف)، «قرارداد به مثابه قانون هابزی یا کانتی، تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در حقوق مدنی ایران و فرانسه»، *مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، دوره ششم، شماره چهارم، صص ۵۵-۹۴.
- شهابی، مهدی (۱۳۹۳ ب)، «جایگاه قانون در تحقق عدالت حقوقی و تأثیر آن بر تفسیر قضایی، تأملی در نسبت قانون و قاعده حقوقی در نظام فقهی - حقوقی ایران»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، سال پانزدهم، شماره ۳۹، صص ۱۵۱-۱۷۹.
- شهابی، مهدی (۱۳۹۴)، «قرارداد به مثابه قانون طبیعی (عقلی)؛ تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ششم، شماره دوم، صص ۶۰۱-۶۲۵.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۵)، *مجموعه مقالات حقوقی*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، جلد اول.
- صفایی، حسین (۱۳۹۰)، *قواعد عمومی قراردادهای دوره مقدماتی حقوق مدنی*، تهران: نشر میزان، چاپ دوازدهم، جلد دوم.
- ضمیران، محمد، و عبادی، شیرین (۱۳۷۵)، *سنت و تجدد در حقوق ایران*، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، *قواعد عمومی قراردادهای مفهوم عقد - انعقاد و اعتبار قرارداد «تراضی»*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، جلد اول.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، *فلسفه حقوق، تعریف و ماهیت حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، جلد اول.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹، ۱۳۸۰)، «ستایش قرارداد یا اداره آن»، *نقد و نظر*، شماره ۲۵ و ۲۶، صص ۲۶۶-۲۸۹.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، «حکومت قانون و جامعه مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۲، صص ۲۷۵-۲۹۰.

گُتس، هاین، و فلسنر، اکسل (۱۳۸۵)، حقوق قراردادها در اروپا، تشکیل، اعتبار، محتوای قرارداد، قرارداد و اشخاص ثالث با تطبیق با نظام حقوقی ایران، ترجمه و تطبیق ولی‌اله احمدوند و محمد باقر پارساپور و مجید قربانی لاجوانی و اصغر محمودی، تهران: مؤسسه انتشاراتی جام جم، چاپ اول، جلد اول.

عباسی داکانی، خسرو (۱۳۸۲)، «اهلیت، حجر و سن رشد در قانون مدنی ایران پس از اصلاحات سال ۱۳۶۱»، مجله کانون، شماره ۴۷، صص ۳۵-۶۱.

محقق داماد، سید مصطفی، و اسلامی، مریم (۱۳۸۹)، «بررسی احکام حجر و ورشکستگی در فقه و حقوق اسلامی»، فصل‌نامه نامه الهیات، شماره ۱۰، صص ۱۱۷-۱۲۸.

موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۷)، «ابهام و لزوم رفع آن از مورد معامله»، فقه و مبانی حقوق، شماره ۱۳، صص ۱۲۵-۱۶۲.

موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۸)، شروط المتعاقدين، فقه مدنی، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، جلد دوم.

نقیبی، ابوالقاسم (۱۳۸۴)، نظریات حاکمیت اراده ظاهری و باطنی در حقوق اسلام و ایران، نشریه برهان و عرفان، سال دوم، شماره ۳، صص ۱۷۷-۱۹۶.

#### عربی

الانصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۰ الف)، المکاسب، تحقیق و تعلیق السید محمد کلانتر، ۱۴۱۰ قمری، بیروت - لبنان: مؤسسه النور للمطبوعات، جلد ۶.

الانصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۰ ب)، المکاسب، تحقیق و تعلیق السید محمد کلانتر، بیروت - لبنان: مؤسسه النور للمطبوعات، جلد ۷.

الانصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۰ ج)، المکاسب، تحقیق و تعلیق السید محمد کلانتر، بیروت - لبنان: مؤسسه النور للمطبوعات، جلد ۸.

الانصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۰ د)، المکاسب، تحقیق و تعلیق السید محمد کلانتر، بیروت - لبنان: مؤسسه النور للمطبوعات، جلد ۹.

البجنوردی، سید محمد حسن (۱۴۲۸ ق)، القواعد الفقهیه، قم: منشورات دلیل ما، الطبعة الثالثة، المجلد الاول و المجلد الثالث.

الخویی، ابوالقاسم (۱۴۱۲ ق)، مصباح الفقاهة، به قلم المیرزا محمد علی توحیدی، بیروت - لبنان: دارالهادی، جلد سوم.

الحلي، الحسن بن يوسف بن المطهر (١١٤٦ ق)، *تذكرة الفقهاء*، قم: مؤسسه آل بيت  
الاحياء التراث، جلد دهم.  
السنهوري، عبدالرزاق احمد (٢٠٠٩)، *الوسيط في شرح القانون مدني الجديد، نظرية الالتزام  
بوجه عام مصادر الالتزام*، بيروت - لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، جلد اول.  
مكارم شيرازي، ناصر (١٣٧٠)، *القواعد الفقهية*، قم: مدرسه الامام علي بن ابي طالب (ع)، الطبعة  
الثالثة، الجزء الثاني.  
النجفي، شيخ محمد حسن (١٣٩٤)، *جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام*، دارالكتب  
الاسلاميه، جلد ٢٦.  
النجفي، شيخ محمد حسن (١٤١٧)، *جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام*، قم: مؤسسه نشر  
اسلامي، جلد ٢٣.

#### انگلیسی

Benson, Peter (٢٠٠١), *The Theory of Contract Law*, Cambridge University Press.  
Carré de Malberg, Raymond (٢٠٠٣), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*,  
Paris. Dalloz. Réimpression de l'édition ١٩٢٠ chez Recueil Sirey. ١٤ édition.  
٢٠٠٣. T. I. p. ٦٨  
Charman, Mary (٢٠٠٧), *Contract Law*, UK: Willan Publishing, Devon, Fourth  
Edition.  
Chehata, Ch. (١٩٦٨), "Le concept de contrat en droit musulman", *In. Archives de  
philosophie du droit*, Sirey, n° ١٣, pp. ١٢٩-١٤١.  
Dabin, Jean (١٩٦٩), *Théorie générale du droit*, Paris. Dalloz. ٢٤ édition. p. ١١.  
Demogue, R. (١٩٠٧), *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, RTD  
Civ, p. ٢٤٥-٣١٠.  
Demogue, R. (١٩٣١), *Traité des obligations en général*, Paris, Librairie Arthur,  
Rousseau, T. ٤, ١٤ édition  
Duguit, Léon (١٩٩٩), *Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon*,  
Paris. Édition de la Mémoire Du Duguit Réimpression de l'édition de Librairie  
Félix Alcan(١٩٢٠).  
Durkheim, E. (١٩٩٥), *Leçons de Sociologie*, Paris, Puf, Coll. Quadrige, ٢٤ édition.  
Ghestin, J. (١٩٩٣) *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris: L.G.D.J., ٣٤  
édition.  
Jellinek, Georg (٢٠٠٥), *L'Etat moderne et son droit*. Paris. Édition V. Giard et E.  
Brière. ١٤ édition. ١٩١١. T. I. Théorie générale de l'Etat. Réédité par Éditions  
Panthéon Assas avec la préface d'Olivier Jouanjan. ٢٠٠٥. pp. ٥٤٧ et ٥٤٨.

- Josserand, L. (۱۹۳۹), *De l'esprit des droits et de leur relativité*, traité dite de l'abus des droits, Dalloz, ۲e édition.
- Malaurie, P. L Aynès, P. Stoffel-Munck, (۲۰۰۷), *Les obligations*, Paris, Defrénois, ۳e édition.
- Perillo, Joseph M. (۲۰۰۰), "The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation", *Fordham Law Review*, vol. ۶۹, no. ۲, pp. ۴۲۷.
- Ripert, G. (۱۹۴۹), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, ۳e édition, L. G. D. J.
- Slawson, W. David (۱۹۳۱), *Binding Promises*, United Kingdom: Princeton University Press, Chichester, West Sus.
- Stone, Richard (۲۰۰۲), *The Modern Law of Contract*, United Kingdom: Cavendish Publishing Limited, London, Fifth Edition.
- Tamanaha, Brian Z. (۲۰۱۰), *Law and Society*, in Dennis Patterson, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blakweel Publishing.
- Zhang, Mo (۲۰۰۶), *Chinese Contract Law, Theory and Practice*, The Netherlnd: Koninklijke Brill N V , Leiden.





