

مفهوم اکراه و تأثیر آن بر اراده با نگاهی به حقوق فرانسه و مصر

محبوبه مینا*

چکیده

در فقه بحث عیب رضا یا اراده مطرح نشده است هر چند برخی از نویسندگان این اصطلاح را به حقوق اسلام نسبت داده اند. آن چه از نظر مشهور فقها می توان برداشت کرد این است که اکراه، عیب رضا یا عیب اراده نیست بلکه تنها رضا را از بین می برد. اکراه عبارت است از: « فشار غیرعادی و نامشروعی از طرف انسانی با قصد از بین بردن رضا است؛ به گونه ای که تهدید شونده تحت تأثیر ترس با اعتقاد به ورود ضرری قابل ملاحظه، حاضر به انجام عمل حقوقی می شود». قانونگذار ایران در زمینه اکراه و اشتباه، (ماده ۱۹۹ تا ۲۰۹ ق.م.) قانون مدنی فرانسه را علاوه بر فقه امامیه مد نظر قرار داده است و با وجود این که در مقام بیان احکام کلی این دو بوده، اکراه و اشتباه را به عنوان عیب اراده یا رضا اعلام نکرده است. رضا در یک تحلیل دو گونه است: رضای معاملی و رضای به معنای طیب نفس. رضای معاملی آن است که شخص حاضر به انجام معامله می شود و ممکن است در همان حال طیب نفس (رضای ذاتی) یعنی خوشنودی هم نداشته باشد. به نظر می رسد رضای حاصل در نتیجه اکراه که در ماده ۱۹۹ قانون مدنی موجب عدم نفوذ معامله اعلام شده است رضای معاملی است. در نتیجه برای مؤثر بودن عقد مکره، رضای ذاتی مکره پس از رفع فشار الزامی است.

* استادیار حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز amfars@hotmail.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۷/۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۲/۱۳

واژه‌های کلیدی: اکراه، اختیار، رضا، قصد، عیب اراده.

۱. مقدمه

گاه و بیگاه اشخاصی در نتیجه ترس ناشی از تهدید حاضر به انجام معامله می‌شوند، چنین شخصی در اصطلاح مکره نامیده می‌شود. در حقوق فرانسه و مصر اراده علی‌رغم این که موجود است می‌تواند معیوب هم باشد. نویسندگان حقوقی ایران به تبع از حقوق فرانسه، نظریه عیب اراده را پذیرفته‌اند و اکراه را به عنوان عیب اراده و گاه با عنوان عیب رضا مطرح کرده‌اند. آیا این طرز تلقی می‌تواند وارد نظام حقوقی ما گردد؟

در فقه معروف است که اکراه با رضا جمع نمی‌شود. از طرف دیگر در قانون مدنی (ماده ۱۹۹) پیش‌بینی شده است: «رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه، موجب نفوذ معامله نیست» چگونه می‌توان تعارض بین این دو مطلب را برطرف کرد؟ هر چند موضوع اکراه از مباحثی است کمتر نویسنده‌ای به آن پرداخته است اما در این مقاله سعی بر این است که از منظر دیگری به آن پرداخته شود. مطالب این مقاله در دو قسمت مفهوم و تأثیر اکراه بر اراده ارائه می‌شود.

۲. مفهوم اکراه

اکراه در برابر اختیار قرار دارد. اختیار در لغت به معنای برگزیدن، ترجیح و تقدیم چیزی بر دیگری است. (دهخدا، ج ۱، بی تا: ۱۲۷۶) در علم کلام و فلسفه^۱ اختیار در برابر جبر و به معنای اراده داشتن است و به عکس، جبر یعنی این‌که شخص در کارهایش اراده‌ای نداشته و در حکم شیء باشد.

اختیار در اصطلاح، به معنای اراده و رضایت است. مقصود از اختیار در بحث اکراه این نیست که شخص قصد داشته باشد چون اختیار به این معنا به شرط دیگری بر می‌گردد که قصد است. وقتی می‌گویند عاقد باید مختار باشد به این معنا است که مکره نباشد. یعنی رضایت داشته باشد.

قصد به معنای اختیار که در برابر اکراه قرار می‌گیرد، معنای دیگری دارد. قصد لفظ به یک معنا از مقومات عقد است، قصدی که مورد بحث در این مقاله است به معنای ایجاد معنا با لفظ است به گونه‌ای که مدلول آن در خارج محقق شود. دواعی متعدد هستند، گاهی ایجاد عقد (مثل بیع) به خاطر ترس از ظالم است به گونه‌ای که خود عقد متعلق جبر است و گاهی برای مثال، ثمن معامله باید به ظالم داده شود چون ظالم مالی خواسته و به همین علت مظلوم، مالی را می‌فروشد تا ثمنی بدست آورد تا از این رهگذر خواسته ظالم تأمین شود. (آملی، ۴۱۸: ۱۴۱۸-۴۱۹) اختیاری که معتبر در صحت عقد^۲ است در حالت اول مفقود است، اما در حالت دوم وجود دارد؛ چون بایع در حالت اول عقد را که منعقد می‌کند به علت فرار از شر ظالم است؛ یعنی خود عقد مورد اکراه است. برخلاف مورد دوم که در آن داعی عقد، خود بیع است هر چند که غرض از وجود آن، رسیدن به ثمن و اعطای آن به ظالم است. (آملی، ۱۴۱۸: ۴۱۹)

۲-۱. تعریف اکراه در لغت

اکراه مصدر باب افعال از ریشه کره است و در لغت عبارت است از اجبار اراده انسان، بدون وجه قانونی، بر انجام کاری که شخص رضایت ندارد.^۳ و کره (به ضم و فتح) عبارت است از مشقت و آنچه نفس انسان به آن تمایل ندارد. (همان: ۴۱۹)

کراهت در برابر رضا قرار دارد. رضا به معنی خرسندی، موافقت، سرور، طیب نفس و اختیار است. (دهخدا، ج ۷، بی تا: ۱۰۶۶۲) در زبان عربی رضایت نیامده و به همین علت اساتید قدیم به جای رضایت که در نثر امروز شایع است، رضا را استعمال می‌کرده‌اند.^۴

۲-۲. تعریف اکراه در اصطلاح

در حقوق اسلام و قانون مدنی ایران قصد و رضا متفاوت هستند و هر یک اثر متفاوتی در تشکیل عقد دارد. این مبنا در تفسیر فقها از اکراه نقش مهمی دارد. در حقوق فرانسه تفکیکی از قصد و رضا مثل حقوق ایران به عمل نیامده است و با این که

قصد نقش اصلی در تحقق عقد و بلکه هر عمل حقوقی دارد نامی از آن به عنوان یک عنصر جدای از رضا برده نشده است. بدین ترتیب جداگانه به تعریف اکراه در فقه و حقوق تطبیقی پرداخته می شود.

۱-۲-۲. تعریف اکراه با توجه به فقه و حقوق ایران

قاعده کلی در اکراه آن است که نسبت به هر کاری، فاعل آن استقلال در تصرف ندارد به گونه‌ای که اگر آزاد باشد آن کار را انجام نمی‌دهد؛ بلکه در اثر تهدید و ارعاب آن کار را انجام می‌دهد. (انصاری، ۱۴۱۸:۳۱۲)

به طور فطری نفس انسان از کار تحمیلی متنفر است حتی اگر با فکر و اندیشه و برای پیش‌گیری از ضرر آن را انجام دهد. و به عکس هر کاری که به میل و تصمیم خود انجام دهد و استقلال در رأی و عمل داشته باشد، آن فعل اختیاری است، حتی اگر اضطراری باشد (یعنی به علت ضرری که پیش می‌آید و به قصد دفع آن، کاری را انجام دهد) اکراه صادق نیست. (انصاری، ۱۴۱۸:۳۱۲)

گفته شده اکراهی که در معاملات مطرح است به معنای عدم طیب نفس است و لازم نیست که به حد جبر و الزام برسد.^۵ دلیل این که اکراه به معنای عدم طیب نفس می‌باشد، آیه شریفه: «لَتَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نسا: ۲۹) است. در این آیه، معیار صحت معامله، تراضی دو طرف است؛ پس اگر تراضی نباشد معامله باطل است. یا در حدیث «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ» (حر عاملی، ج ۱۴۱۴: ۵، ۱۲۰؛ الدار قطنی، ج ۱۴۱۷: ۲۲، ۳؛ بیهقی، ج ۸، بی تا: ۱۸۲؛ محمدی ری شهری، ج ۱، بی تا: ۶۸۳) معیار، صحت معامله با طیب نفس است. (انصاری، ۳۱۷: ۱۴۱۸)

در قانون مدنی ایران، اکراه تعریف نشده است؛ برخی از حقوقدانان بدون این که تعریفی از اکراه کنند به طور مستقیم وارد احکام اکراه شده‌اند. (بروجردی، ۲۳: ۱۳۸۰) تعاریفی هم که برخی از نویسندگان (امامی، ۱۳۶۸: ۱۹۱؛ صفایی، ۱۳۸۲: ۱۰۴؛ کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۵۱۱) ارائه کرده‌اند جامع نیست. اما با توجه به مواد و متون مربوط به اکراه، می‌توان آن را چنین تعریف کرد: « فشار غیر عادی و نامشروعی از طرف انسانی با

قصد از بین بردن رضا است؛ به گونه ای که تهدید شونده تحت تأثیر ترس با اعتقاد به ورود ضرری قابل ملاحظه، حاضر به انجام عمل حقوقی می شود».

۲-۲-۲. تعریف اکراه در حقوق فرانسه

اکراه عاملی است که اراده شخص متأثر از آن می شود و به واسطه ترسی که ناشی از تهدید به ضرر است، شخص حاضر به انعقاد قرارداد می گردد. (تر، لکوئت و سیملر،^۶ ۱۹۹۹: ۲۳۴)

دوماً^۷ اکراه را چنین تعریف کرده است: «اکراه فشاری غیرقانونی است که شخص برخلاف اراده اش به واسطه ترس از ضرری قابل ملاحظه به سمت رضایی می رود که اگر اراده اش آزاد از فشار بود، نمی رفت». (مازو^۸، (ها)، ۱۹۹۸: ۲۰۰) برخی ضمن تعریف اکراه مبنی بر این که «الزامی است که بر اراده ی فردی اعمال می شود تا این که او به کاری رضایت دهد»، بیان داشته اند آنچه موجب معیوب شدن اراده می شود، ترس است و نه اکراه. (ژستن^۹، ۱۹۹۳: ۵۶۱-۵۷۹).

۳-۲-۲. تعریف اکراه در حقوق مصر

نویسندگان مصری مانند سایر نویسندگان عربی معمولاً تعریف یکسانی از اکراه ارائه کرده اند، از جمله: «اکراه اجبار شخص به غیر حق بر انجام کاری بدون اینکه شخص رضا داشته باشد» (ذنون، ۱۹۴۹: ۸۸؛ فتیان، ۱۹۷۵: ۷۷) و یا اکراه در معامله آن است که: «شخص در نتیجه ترس، ملزم به انعقاد عقد شود» (کامل مرسی بک، ۱۹۵۴: ۳۴۵) برخی هم در تعریف اکراه، واژه کراهت را ذکر کرده اند: و این طور گفته اند: «اکراه وادار کردن انسان است بر آنچه که کراهت دارد و اگر وادار کردن او به عقد نباشد، او اراده بر آن نمی کند». (صالح، ۱۹۳۰: ۱۹۷)

در برخی از تعاریف، مادی یا معنوی بودن اکراه نیز ذکر شده است.^{۱۰} اما تعریف اکراه به «ضعفی که اراده شخص از آن متأثر می شود و او را وادار به انعقاد عقد می کند» (سنهوری، ۱۹۵۲: ۳۳۴) نمی تواند تعریف صحیحی از خود اکراه باشد، چون ضعف، بازتاب نفس شخص است که باعث تأثیر پذیری برای اکراه می شود.

برخی از نویسندگان مصری مانند برخی از نویسندگان فرانسوی اذعان داشته اند

اکراه سبب فساد عقد نیست، بلکه ترسی که از آن در نفس مکره ایجاد می‌شود سبب فساد عقد است. (سامی مازن، ۱۹۲۳: ۲۹) یا به عبارت دیگر از نتایج اکراه، ترس شدید است که بر مکره تحمیل می‌شود، به گونه‌ای که چیزی را قبول می‌کند که اگر اختیار داشت، نمی‌پذیرفت. (حجازی، ۱۹۵۴: ۱۶۲) همانطور که در تدلیس، آنچه اراده را معیوب می‌کند، روشهای فریب آمیز نیست بلکه چیزی است که در نفس متعاقد (یعنی وهم) ایجاد می‌شود.

۲-۲-۴. مقایسه (مطالعه تطبیقی)

در قانون مدنی ایران، فرانسه و مصر اکراه تعریف نشده است. نکته مهمی که در ارتباط با تعریف اکراه باید مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد مسأله ترس است. در بسیاری از تعاریف، حقوقدانان به این مورد توجه نکرده اند و به عکس عده ای از نویسندگان خاطر نشان کرده اند که اکراه سبب فساد عقد نیست، بلکه ترسی که از آن در نفس مکره ایجاد می‌شود سبب بطلان یا عدم نفوذ (حسب اختلاف آراء و موارد اکراه) عقد است. به همین علت بهتر است مانند ماده ۲۹ قانون تعهدات سوئیس این قید (ترس) در تعریف اکراه پیش بینی شود.^{۱۱} اصطلاح حقوق رم و قانون مدنی سوئیس در این ارتباط دقیق تر است، چون آن‌ها اصطلاح ترس را به کار برده‌اند، این مطلب اهمیت کمی ندارد. هرچند به طور معمول صحبت از علت (اکراه) و نه معلول (ترس) می‌شود اما از لحاظ حقوقی، استعمال علت به جای معلول، دقیق نیست. (ویل و تر^{۱۲}، ۱۹۷۴: ۲۰۷)

۲-۳. مقایسه اکراه با مفاهیم مشابه

در حقوق ایران مفهوم اضطراب و اجبار قابلیت بررسی و مقایسه با اکراه را دارند. در حقوق فرانسه از آن‌جا که اکراه، اشتباه و تدلیس از موارد عیوب اراده هستند، مقایسه اکراه با سایر موارد عیوب اراده بی فایده و خالی از دلیل نیست. به همین علت بحث حقوق تطبیقی به طور جداگانه مطرح می‌شود.

۱-۳-۲. مقایسه اکراه با مفاهیم مشابه در فقه و حقوق ایران

مطالب این مبحث در دو قسمت مطرح می شود:

۱-۳-۱-۱. مقایسه اکراه با اجبار

مکره در حالت عادی مکره را وادار به انعقاد عقد می کند؛ مکره در این حالت فرصت اندیشیدن دارد، اما گاه شخص آن چنان در فشار است که قدرت تصمیم گیری از او سلب می شود، این حالت به اجبار معروف است.

اجبار و اکراه وادار کردن کسی به انجام یا ترک کاری است، منتها اجبار فشاری است که اراده و قصد را از بین می برد. در اجبار، قصد فعل از شخص سلب می شود و به طریق اولی، قصد نتیجه فعل هم ندارد. اجبار، فرصت اندیشیدن را از انسان سلب می کند؛ چنین حالتی مانع قصد است.^{۱۳}

وسيله اجبار ديگري اگر مادي باشد، آن را اجبار مادي گویند؛ مانند این که دست کسی را به زور گرفته تا سندی را امضا کند. اگر وسیله اجبار معنوی باشد، آن را اجبار معنوی گویند؛ مانند اغواء و امتناع توأم با تهدید. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۳۸)

کسی که مجبور است، هیچ گونه اراده ای از خود ندارد و هرگز فرصت بررسی و سنجش ندارد و حتی نمی تواند برای رفع تهدید چیزی را انتخاب کند. کسی که برای انجام معامله مجبور می شود، صرفاً کلمه را برای ایجاد صدای حروف ادا می کند؛ برای مثال کسی که تحت شکنجه است، برای نجات خود کلمات قرارداد را تکرار می کند. به عکس، مکره از خود اراده دارد و فرصت سنجش و تصمیم از او سلب نمی شود. آنچه در بحث اکراه مطرح است، حالت عادی آن است که مکره بدون طیب نفس، قصد انشای معامله را در عالم اعتبار می کند اما چون فاقد رضای به معنای طیب نفس است، معامله بدون تنفیذ او اثر خارجی ندارد. (نظر صحیح هم همین است) اما در صورتی که مکره را فاقد قصد بدانیم، تفاوتی بین او و فرد مجبور نیست و در حقیقت مکره، مجبور قلمداد می شود. (بحرانی، ۱۴۱۳، ۳۷۴؛ ابن زهره، ۲۱۴، ۱۴۱۷)

۱-۳-۱-۲. مقایسه اکراه با اضطرار

اضطرار در لغت به معنای بیچاره شدن، بیچاره کردن، لاعلاج شدن، حاجت به

چیزی یا کسی پیدا کردن و به او پناه بردن است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۴۵۴) اضطراب در فقه و حقوق معانی متفاوتی دارد؛ اما آن چه مورد بحث است، اضطراب در انعقاد قرارداد است؛ مانند این که کسی به علت نیاز به مبلغی پول، خانه خود را بفروشد تا هزینه عمل جراحی فرزند خود را تأمین کند.

در فقه، اکراه و اضطراب متفاوت می‌باشند. قانونگذار نیز معامله مکره را از معامله مضطر جدا کرده است؛ و به طور صریح در ماده ۲۰۶ اعلام کرده است: «اگر کسی در نتیجه اضطراب اقدام به معامله کند مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود».

در قانون مدنی، اضطراب تعریف نشده است؛ اما یکی از مصادیق آن در قانون دریایی ذکر شده است.^{۱۴} به هر حال در تعریف اضطراب در معاملات می‌توان گفت وضعیتی است که شخص را ناچار به انجام معامله می‌کند.

پس از ذکر این مقدمه، شباهت‌ها و تفاوت‌های اکراه در دو عنوان جداگانه بررسی می‌شود.

۱-۲-۳-۲. شباهت‌های اکراه و اضطراب

الف- مکره و مضطر هر دو تحت فشار، کاری را انجام می‌دهند.

ب- مکره و مضطر هر دو کاری را با قصد انجام می‌دهند.

ج- علت انجام کار، حکم عقل به دفع ضرر یا پذیرش ضرر کمتر است؛ مانند کسی که مجبور شود عضوی از اعضایش را قطع کند تا بیماری شدیدتری را تحمل نکند. پس هر دو اراده انجام کاری را دارند و این منافاتی با کراهت یعنی عدم رضای آنها ندارد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۲۲۰)

د- بر طبق نظر برخی از فقها، مکره و مضطر در مرحله اول کراهت دارند و بعد رضایت دارند. ولی به این معنا نیست که کراهت آن دو (به علت دفع ضرر) تبدیل به رضا شود. بلکه کراهت و رضا دو مرحله‌ای هستند که در طول هم قرار دارند. برای مثال فردی کراهت دارد منزل خود را بفروشد؛ اما اگر مبلغ زیادی به او بدهند رضایت خود را اعلام می‌کند؛ در این حالت کراهت تبدیل به رضا می‌شود. (همان: ۲۲۰)

مکره و مضطر، رضای به معنای «طیب نفس معاملی» ندارند؛ اما رضای عقلایی دارند و اگر رضا به معنای طیب نفس، معاملی باشد، باید بسیاری از معاملات، باطل باشند. (همان: ۲۲۰) در نهایت علت عدم نفوذ در معامله مکره، ادله خاصی است که در مورد مضطر وجود ندارد.

ه- در هر دو مورد حکم تکلیفی رفع می‌شود؛ برای مثال مکره و مضطر در شرب خمر یا انعقاد بیع ربوی کار حرامی مرتکب نمی‌شوند. (همان: ۲۲۰)

ز- در صورت سوء استفاده از اضطرار، معامله اضطراری باید مانند معامله اکراهی غیرنافذ یا باطل (حسب مبانی مورد اختلاف) باشد.

ح- غرض مکره و مضطر تحصیل منفعت نیست.

ط- اکراه همواره با تهدید خارجی همراه است؛ اضطرار هم گاهی می‌تواند همراه با تهدید باشد. برای مثال کسی تهدید می‌کند که مبلغ معینی می‌خواهد. تهدید شونده برای تهیه آن مبلغ، خانه خود را می‌فروشد. این مورد، مشمول اضطرار و نه اکراه است. تهدید در این حالت به‌طور غیرمستقیم مربوط به معامله می‌شود.

ی- در هر دو، ضرر ممکن است نسبت به مکره و مضطر یا نزدیکان آنها باشد. در اضطرار مانند اکراه، مصادیق ضرر تنها شامل ضرر جانی و مالی نیست؛ بلکه حیثیت انسان نیز ممکن است در معرض خطر قرار گیرد.

۲-۲-۱-۳-۲. تفاوت‌های اکراه و اضطرار

الف- اضطرار در موردی است که فشار، خارجی نباشد؛ یعنی از فعل دیگری نشأت نگیرد. برای مثال، وضعیت خاص خود یا نزدیکان، مثل اوضاع و احوال اقتصادی، طبیعی و یا اجتماعی شخص را وادار به انجام معامله کند یا فردی که دچار حادثه یا سانحه شده، قرارداد گزافی منعقد کند، که در حالت عادی این اشخاص به آن رضایت نمی‌دادند، مورد اضطرار تحقق می‌یابد.

بنابراین در اضطرار، انسانی شخص را به انعقاد قرارداد تهدید نمی‌کند؛ بلکه شخص تصمیم می‌گیرد که برای رهایی از وضعیت خاص، دست به کاری زند که در حالت عادی به آن رضایت نمی‌دهد. اما در اکراه، تهدید از خارج و به وسیله شخص یا

اشخاصی به منظور عقد قرارداد صورت می‌گیرد.

ب- منشاء معامله مضطر، ضرورت است؛ آن هم ضرورتی که بیش از حد معمولی و متعارف باشد. ضرورت‌های عادی معامله را اضطراری نمی‌کند؛ چون به هر حال اکثر معاملات در حال ضرورت و نیاز انجام می‌شوند. اما علت معامله مکره، تهدید خارجی است.

ج- داعی مستقیم مکره، رفع فشار است؛ اما داعی مستقیم مضطر، به دست آوردن عوض است، هرچند که داعی غیرمستقیم او رفع فشار است.

د- اکراه، رافع حکم وضعی است؛ در حالی که اضطرار، رافع حکم وضعی نیست. هرچند که حدیث رفع هر دو را به ظاهر شامل می‌شود؛ اما معامله اضطراری محکوم به بطلان نیست^{۱۵}؛ چون در صورت بطلان معامله ناشی از اضطرار، شخص در حالت اضطرار باقی می‌ماند و این مخالف با امتنان و توسیع بر اشخاص است. (نائینی، ۱۴۱۸: ۳۸۴)

اگر معامله مضطر باطل اعلام گردد، باید بسیاری از معاملات عقلایی نیز باطل اعلام شوند؛ چراکه در زمان حاجت و نیاز انجام می‌شوند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۱۲۰) برای مثال کسی که برای پرداخت دین خود، مجبور به فروش خانه‌اش می‌شود، چنانچه معامله‌اش را صحیح تلقی نکنیم، در حالت اضطرار باقی می‌ماند؛ در حالی که در اکراه، رفع حکم وضعی نه تنها موجب مشقت نمی‌شود، بلکه موجب توسیع بر اشخاص است.

ه- در صورتی که اضطرار ناشی از تهدید غیر باشد، معامله مضطر به‌طور مستقیم به‌خاطر تهدید نیست؛ معامله انجام می‌شود تا راه حلی برای نجات از اضطرار فراهم شود؛ در حالی که معامله شخص مکره به‌طور مستقیم معلول تهدید است.

در اکراه، شخص به‌طور مستقیم بر انجام خود معامله مجبور می‌شود؛ نه این‌که معامله واسطه اکراه قرار گیرد و این مورد بحث در مسأله اکراه است. (نائینی، ۱۴۱۸: ۳۸۴-۳۸۵)

خلاصه آن‌که، غرض از معامله، گاه تجارت و گاه رفع نیاز می‌باشد؛ و این نیاز، ممکن است برای رفع ضرر از ترک معامله و یا دفع ضرر دیگری باشد (همان: ۳۸۴-۳۸۵)

۳۸۵) اولی مورد اکراه و دومی مورد اضطرار است.

و- در مورد استقلال در تصمیم گیری چند نظر مطرح شده است:

۱- مکره استقلال در تصمیم گیری ندارد؛ اما مضطر مستقل است. مطابق این نظر، مضطر چون استقلال خود را در تصمیم گیری از دست نمی دهد، بر اساس قاعده، رضای معاملی او محفوظ است؛ پس معامله او باید نافذ باشد. (انصاری، ۳۰۹: ۱۴۱۸-۳۱۸؛ نائینی، ۱۴۱۸: ۱۸۵؛ عدل، ۱۳۷۳: ۱۲۵؛ امامی، ۱۹۴: ۱۳۶۸)

۲- برخی معتقدند مکره و مضطر هر دو رضا دارند؛ داشتن رضا، به معنای استقلال در تصمیم گیری نیز می باشد. اما قصد این گروه از رضا، رضای معاملی (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۱۲۰؛ خمینی، ۱۴۱۰: ۶۸) یا اعم از آن است (طباطبایی حکیم، بی تا: ۱۸۸). و الا رضای اولی، طیب نفس یا انشراح صدر در آن ها وجود ندارد. اما چرا معامله مکره را غیر نافذ؛ و معامله مضطر را نافذ اعلام کرده اند؟
در ارتباط با نظر دوم دو نظر مطرح شده است:

یک- ادله خاصی وجود دارد که بیانگر عدم نفوذ معامله مکره است که در مورد مضطر چنین ادله ای وجود ندارد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۱۲۰)

دو- عدم رضا، هنگامی موجب عدم نفوذ است که ناشی از اکراه مکره باشد (و نه وضعیت خاص)؛ (موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۶۸؛ طباطبایی حکیم، بی تا: ۱۸۸) و گفته شده است: «رضا و طیب نفس با نظر به ذات معامله مردود است به این دلیل که در اکثر معاملاتی که صحیح واقع می شوند، رضا و طیب نفس به خاطر ارزیابی معامله است؛ یعنی معامل مصلحت و مفسده را می سنجد و ترجیح می دهد که آن را واقع سازد. آن چه باعث می شود رضای به معنای طیب نفس لازم نباشد، مصلحت و ضرورت است. پس آنچه شرط است رضای اعم از اولی و ثانوی^{۱۶} می باشد. خلاصه این که، بطلان (یا عدم نفوذ) عقد مکره، تنها به این علت است که عقد از روی اکراه واقع شده است. (همان: ۱۸۸)^{۱۷}

۳- مکره و مضطر استقلال در تصرف ندارند. تفاوت نمی کند که تحمیل بر اراده نتیجه تهدید انسانی دیگر باشد یا اوضاع و احوال آن را بوجود آورد. (کاتوزیان، ۱۳۶۴:

ز- برخی معتقدند اضطراب شدیدتر از اکراه است تا حدی که به جبر منتهی می‌شود و راه فراری وجود ندارد؛ اما اکراه مرتبه ضعیف‌تری است یعنی به حد جبر نمی‌رسد و راه فرار دارد. (انصاری، ۱۴۱۸: ۳۱۷) در پاسخ به این نظر باید گفت: این تفاوت صحیح به نظر نمی‌رسد؛ به حکم تبادل، اکراه و اضطراب به معنای اجبار و التزام هستند و این که در اکراه راه فرار وجود دارد، همیشگی نیست.

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت علی‌رغم این که حالت اضطراب مانند اکراه همراه با فشار است، مؤثر در نفوذ معامله نیست. حمایت از مضطر اقتضا می‌کند که معامله او نافذ قلمداد شود، مگر این که از حالت اضطراب سوء استفاده شود.

۲-۳-۲. مقایسه اکراه با مفاهیم مشابه در حقوق فرانسه و مصر

هرچند اشتباه، تدلیس و اکراه از موارد عیوب اراده در حقوق فرانسه و مصر می‌باشند، اما آنچه اراده را معیوب می‌کند متفاوت است. (تر، لکوئت و سیملر، ۱۹۹۹: ۲۳۴) در این قسمت سعی بر این است که مقایسه ای اجمالی بین این مفاهیم انجام شود.

۲-۳-۱. مقایسه اکراه با اشتباه در حقوق فرانسه و مصر

در اصطلاح تعاریف متعددی از اشتباه ارائه شده است از جمله:

یک: اشتباه نمایش نادرست حقیقت است. (مارتی^{۱۸}، ۱۹۶۱: ۱۳۱)

دو: اشتباه مطابق نبودن اراده ظاهری با اراده باطنی است. (مازوها، ۱۹۹۸: ۱۳۱)

سه: اشتباه عبارت است از تصور خلاف واقع از امری به نحوی که شخص آنچه را واقعی می‌پندارد غیر واقعی است و آنچه غیر واقعی است، حقیقت می‌پندارد.

(سنهوری، ۱۹۵۰: ۹۸؛ مرقس، ۱۹۵۶: ۲۴۱)

دراشتباه آنچه اراده را معیوب می‌کند، عدم آگاهی کافی طرف قرار داد است. اما در اکراه، شخص جاهل نیست و آنچه سبب معیوب شدن اراده است، ترس ناشی از تهدید است. قربانی اکراه، برای فرار از ضرر بیشتر، راضی می‌شود که خود را درگیر انعقاد قرارداد کند. (تر، لکوئت و سیملر، ۱۹۹۹: ۲۳۴) بنابراین بر خلاف اشتباه، در اکراه (همواره) دیگری سبب معیوب شدن اراده می‌گردد. (ویل و تر، ۱۹۷۴: ۲۰۷) شایان ذکر

است که اشتباه مانند اکراه در صورتی از عیوب اراده است که مانع قصد^{۱۹} نباشد. (سنهوری ۱۹۵۲:۲۹۰)

دعاوی که بر مبنای عیب اراده اقامه شده‌اند و ذینفع تنها به یک دلیل استناد کرده است، قابلیت جابجایی نیز دارند. همچنین گفته شده است که محاکم می‌توانند دعاوی را که برای مثال، بر اکراه بنا شده‌اند، به علت اشتباه در ماهیت، ابطال کنند. دیوان عالی کشور تأیید کرده در دعاوی که مبتنی بر ماده ۱۱۱۰ ق.م. فرانسه بوده است، (امادر واقع) بر اکراه غیرقانونی تکیه کرده است، اجازه ابطال قرارداد را به علت عیب اراده، داده است. به عبارت دیگر محاکم بالاتر، مرزهای سستی اکراه و اشتباه را از بین برده‌اند و در حقیقت با لباس واحد «عیب اراده»، همه را پوشانده‌اند. از زیان دیده باید به یک نحو حمایت شود؛ اعم از این که طرف عقد یا ثالث باشد. (تر، لکوئت و سیملر، ۱۹۹۹: ۲۴۶)

۲-۳-۲. مقایسه اکراه با تدلیس در حقوق فرانسه و مصر

تدلیس، عملیات فریبکارانه‌ای است که از طریق آن، مدلس می‌خواهد اراده طرف مقابل تحت تأثیر قرار گیرد، بدون این که تهدیدی باشد، مدلس از طریق جدل و منطق نادرست قصد خدعه و نیرنگ دارد. اما در تهدید مادی و معنوی، حقیقت برای مکره واضح و روشن است.

تدلیس امحاء واقع است؛ و اکراه ترک حقیقت است به آن شکل که وجود دارد و شخص کاری به حقیقت ندارد؛ تنها الزام عاقد است به آنچه مکره مایل می‌باشد. به هر حال، هم در تدلیس که حقیقت پوشانده می‌شود و هم در اکراه آزادی اراده وجود ندارد. مطابق آرای برخی از محاکم، مصداق تدلیس، «نادرستی است که باعث انجام عملیاتی می‌شود» یعنی تنها فریب موجب تدلیس نیست. این عملیات می‌تواند مشمول عنوان تدلیس گردد، مشروط به این که منشأ هیچ اشتباهی نباشد. (ویل و تر، ۱۹۷۴:۲۰۷)

اکراه همواره جنبه اثباتی و وجودی دارد ولی تدلیس، گاه بعد سلبی به خود می‌گیرد. برای مثال در عقد بیع، فروشنده از ابراز عیب کالا خودداری می‌کند و در نتیجه

خریدار به اشتباه می افتد. در این که عامل سکوت می تواند از عناصر تشکیل دهنده تدلیس باشد یا خیر، میان نویسندگان اختلاف نظر است. علاوه بر نفی و اثبات این رکن، پیشنهاد سومی توسط برخی از حقوقدانان و فقهای اهل سنت مطرح شده است (سنهوری، ۱۹۳۴: ۳۷۸)^{۲۰}. به هر حال در صورت پذیرش این شرط به صورت مطلق یا مشروط، می توان این تفاوت را نیز ذکر نمود.

زمانی که تدلیس و اکراه متفاوت باشند، منشاء اکراه و تدلیس هم متفاوت است. یعنی شخصیت مکره و مدلس متفاوت است. تدلیس فقط از سوی عاقد مؤثر است. در ماده ۱۱۱۶ ق.م فرانسه پیش بینی شده است: «تدلیس زمانی موجب فسخ است که اعمال فریب کارانه از جانب یکی از متعاقدين باشد به گونه ای که اگر طرف مقابل حيله نکند، دیگری هم رضایت به عقد نمی دهد». در برابر تدلیس، اکراه مشروط به این نیست که مقصر، طرف قرارداد باشد و این تفاوتی است که بین اکراه و تدلیس وجود دارد. بر اساس ماده ۱۱۱۱ ق.م. فرانسه، در صورتی که شخص ثالث عامل اکراه باشد، قرارداد می تواند قابل ابطال باشد. (ژستن، ۱۹۹۳: ۵۸۲-۵۶۵)

برخی معتقد به عدم تفکیک بین اکراه حاصل از غیر یا تدلیس حاصل از غیر هستند. چون در هر دو حالت اراده سالم نیست. (کاپیتان^{۲۱}، ۱۹۶۱: ۲۸۸) کسانی که معتقد به تفکیک می باشند؛ می گویند: «اگر تدلیس ناشی از غیر باشد، فریب خورده چگونه می تواند طرف مقابل عقد را مؤاخذه به چیزی کند که او مسؤولیتی نداشته است». (ذهنی بک، بی تا: ۱۲۷)

ایراد این نظر آن است که همین استدلال، در اکراه نیز جاری می باشد. پاسخ داده می شود که مکره، آزادی تفکر و تمیز و تشخیص ندارد؛ در حالی که مدلس چنین نیست؛ چراکه او می تواند با تفکر و دقت نظر، به خدعه پی برد؛ غالباً اراده مکره تحت تأثیر تهدید کننده قرار دارد. (همان: ۱۲۷)

در حقوق مصر لازم نیست که مکره مباشر عقد باشد؛ پس اگر ثالث هم تهدید کند و شرایط اکراه فراهم باشد، باعث عیب اراده می گردد. در حالی که در تدلیس، مدلس باید طرف عقد و یا کسی که با او تبانی کرده است، باشد. (سامی مازن، ۱۹۲۳: ۳۱) اما در قانون جدید مصر^{۲۲} برای ابطال عقد و معیوب شدن اراده شرط شده است که طرف عقد

باید از اکراه ثالث آگاه باشد یا آگاه بودن وی فرض شود. در غیر این صورت موجب فساد اراده نمی‌گردد. (کامل مرسی بک، ۱۹۴۵: ۳۷۱) با این بیان، تفاوتی میان اکراه و تدلیس از این جهت وجود ندارد. (تر لکوئت و سیملر ۱۹۹۹: ۲۳۴)

اکراه نسبت به تدلیس قلمرو محدودی دارد؛ اما این واقعیت مانعی برای قواعد مربوط به آن نیست. اکراه جرم بزرگی است که به صلح اجتماعی خسارت وارد می‌کند. (مل اغی^{۳۳}، اینس^{۳۴}، ستفل مانک^{۳۵}، ۲۰۰۴: ۵۱۵) قانون با اکراه برخورد شدیدتر از تدلیس دارد؛ در اکراه یک نوع دوگانگی دیده می‌شود که در تدلیس هم وجود دارد. (تر، لکوئت و سیملر، ۱۹۹۹، ۱۳۲۴)

اعمال ناشی از اکراه، نظم عمومی را تهدید می‌کند؛ در حالی که تدلیس چنین نیست. (سامی مازن، ۱۹۲۳: ۳۱)

اکراه، نیرویی خارج از انسان است که شخص در برابر آن، آزادی خود را از دست می‌دهد و راهی جز تسلیم ندارد؛ و امید به زمان دیگری هم ندارد اما تدلیس خدعه‌ای است که شخص، با توجه می‌تواند از بند آن رهایی یابد. (سامی مازن، ۱۹۲۳: ۳۲؛ صالح، ۲۰۰: ۱۹۳۰)

برخی از صاحب‌نظران معتقدند عقد مکّره (و نه مدّلس) باید نافذ باشد و در مقابل، مطالبه خسارت کند. این نظر مورد قبول همگان نیست؛ زیرا نه تنها فاقد مدرک قانونی می‌باشد، بلکه صرفاً از قواعد حقوق رم اقتباس شده است. (همان)

۳-۳-۲. مقایسه (مطالعه تطبیقی)

۱- حقوقدانان ایران با توجه به ماده ۱۹۹ ق.م. عیوب اراده را محدود به اشتباه و اکراه می‌دانند. اما همان‌طور که خواهد آمد^{۳۶} عنوان عیب اراده یا رضا مبنایی ندارد. اشتباه اگر اساسی باشد مانع قصد و موجب بطلان عقد است و نوبت به عیب رضا یا اراده نمی‌رسد. ممکن است گفته شود اثر اشتباه در خود موضوع در ماده ۲۰۰ قانون مدنی عدم نفوذ اعلام شده است. در پاسخ باید گفت عدم نفوذ در ماده مذکور به معنای عام است، که شامل بطلان هم می‌شود. در حالی که در حقوق فرانسه و مصر اشتباه در صورتی که اساسی باشد و مانع قصد نباشد مانند اشتباه در خود موضوع و

شخص از موارد عیوب اراده تلقی شده است و ضمانت اجرای آن با شرایطی بطلان نسبی قرارداد است.

در صورتی که اشتباه در تطابق اراده باشد (اراده ی ظاهری با اراده ی باطنی هماهنگ نباشد) در حقوق ایران، فرانسه و مصر عقد به علت فقدان قصد باطل است. وضعیت تدلیس هم به همین منوال است؛ یعنی در صورتی که تدلیس اساسی باشد به رکن عقد که همان قصد است لطمه وارد می کند.

در حقوق ایران در صورتی که اشتباه و تدلیس اساسی نباشند تیررس تدلیس و اشتباه شرط ضمنی بین طرفین است و با شرایطی ایجاد خیار می کند.

به طور معمول در کتاب های حقوقی مبنای خیار «قاعده لا ضرر» اعلام شده است. (کاتوزیان، ۴۰۸:۱۳۶۴) اما بر طبق نظر صحیح تر مبنای خیار «تخلف از شرط ضمنی» است. اشکال قاعده لا ضرر این است که توان اثباتی ندارد؛ یعنی به موجب این قاعده فقط ضرر برداشته می شود. اثبات خیار به موجب تخلف از شرط ضمنی است. بنای عقلا و خردمندان در عقد قرار داد بر این است که یکی دیگری را فریب ندهد، یا مورد معامله را با همان اوصاف شرط شده صریح یا ضمنی تحویل دهد. در غیر این صورت زیان دیده تعهدی بر پای بندی به عقد ندارد.

۲- در حقوق ایران، فرانسه و مصر اکراه، همواره جنبه اثباتی و وجودی دارد ولی تدلیس، گاه بعد سلبی به خود می گیرد.

۳- در حقوق ایران، فرانسه و مصر اکراه اعم از این است که از طرف عاقد یا بیگانه از عقد باشد؛ در حقوق ایران از ظاهر ماده ۴۳۹ ق.م.برمی آید که فقط تدلیس یکی از طرفین قرارداد خیار فسخ ایجاد می کند (صفایی، ۲۹۳:۱۳۸۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۳۷)، مگر این که طرف عقد از اکراه یا تدلیس ثالث آگاه باشد یا آگاه بودن وی فرض شود، همان طور که در حقوق مصر چنین است ولی تدلیس در حقوق فرانسه فقط از سوی عاقد مؤثر است.

۳. تأثیر اکراه بر اراده

یکی از نکات مهم در بحث اکراه، رابطه اکراه با اراده است. این رابطه، سنگ بنای

آثار اکراه را تشکیل می دهد. در فقه امامیه برطبق نظر مشهور، قصد و رضا از هم تفکیک شده است و احکام متفاوتی در مورد آن بیان شده است. ماهیت عقد با قصد است یا این که قصد و رضا با هم عقد را تشکیل می دهند؟ آیا این تفکیک در سایر نظامهای مختلف حقوقی دیده می شود؟ در حقوق فرانسه اراده علی رغم این که موجود است معیوب هم می شود. آیا این طرز تلقی می تواند وارد نظام حقوقی ما گردد؟ این ها نکاتی است که باید روشن شود.

۳-۱. تأثیر اکراه بر اراده در فقه و حقوق ایران

با توجه به تحلیلی که فقها از اراده و رابطه اکراه با آن دارند، به نظر می رسد اکراه، (در صورتی که اکراه اساسی نباشد) نمی تواند عیب رضا یا عیب اراده باشد. و بلکه از بین برنده ی رضا است (رضا به معنای طیب نفس است). هرچند بسیاری از حقوقدانان ایران به تبع حقوق فرانسه، عیب رضا و اراده را در مباحث مختلفی از جمله اکراه مطرح کرده اند. اما همان طور که خواهد آمد این نظر قابل قبول نمی تواند باشد. به منظور روشن شدن اثر اکراه بر اراده، شایسته است از پیدایش اراده باطنی و ظاهری در ایجاد یک عمل حقوقی سخنی به میان آید تا از این رهگذر رابطه اکراه با اراده معلوم گردد.^{۲۷}

۱- تصور^{۲۸}

اولین مرحله در هر کاری تصور آن است. اعمال حقوقی نیز از این مرحله مستثنی نیستند، مانند تصور خرید یک منزل مسکونی که اولین مرحله عمل خرید است. این مرحله ارادی نیست و به طور قهری انجام می شود. قهری نبودن این مرحله موجب تسلسل است. معامله فرد دیوانه و مست به علت عدم تصور صحیح از معامله، باطل می باشد.

۲- سنجش یا تدبیر^{۲۹}

در این مرحله، انسان می اندیشد که از انجام یا ترک عمل چه منافی را تحصیل و چه مضاری را دفع می کند. آرمانهای مختلفی در ذهن انسان وجود دارند. در این حالت

عوامل هیچ ترجیحی بر یکدیگر ندارند.

۳- میل نفس یا تصمیم^{۳۰}

از میان عوامل مختلف، نفس انسان سرانجام نسبت به یکی از آن‌ها مشتاق می‌شود. این تمایل که رضا است، با پیدایش تصمیم ملازمه دارد و در معنی وسیع کلمه می‌توان از رضا، به تصمیم نیز تعبیر نمود. (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۳۶) و همین شوق و رضا است که مبنای قصد عاقد می‌شود.^{۳۱} برخی از حقوقدانان مرحله میل نفس را مقدم بر مرحله تصمیم می‌دانند. (صفایی، ۱۳۸۲: ۶۱) زمانی که شخصی نفع و ضرر معامله را می‌سنجد و منافع را بر مضار ترجیح می‌دهد، راضی به انجام معامله می‌شود. رضا میل قلب است به طرف یک عمل حقوقی که سابقاً انجام شده یا اکنون در حال انجام است و یا بعداً واقع خواهد شد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۳۲۵) رضا امری انشایی نیست و قدرت سازندگی ندارد. وجود رضا به معنای قصد نیست، ممکن است فردی راضی به انجام معامله باشد، اما آن را قصد ننماید.

رضا در این مرحله می‌تواند طیب نفس، و یا صرفاً یک رضای عقلایی باشد. تصور و تصدیق چیزهایی که موافق طبع انسان است، منشاء رضای ذاتی می‌گردد. مشهور فقها اختیار متعاقدان یعنی رضای آن‌ها را برای نفوذ عقد شرط دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۲۱: ۱۵۴؛ نجفی، ۱۳۶۸: ۲۶۰؛ انصاری، ۱۴۱۸: ۳۰۷؛ بحرانی، ۱۴۱۳: ۳۷۳) برخی واژه رضا یا طیب نفس را به کار برده‌اند. (محقق ثانی، ۱۴۱۱: ۶۱؛ خویی، ۱۴۱۲: ۴۱۸-۴۲۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۲۴۹) شرط اختیاری بودن اختیار هم در نوشته برخی از فقها دیده می‌شود.^{۳۲} (نائینی، ۱۳۶۸: ۳۸۰)

پاره ای از فقها مانعیت اکراه، اکراه غیر یا شرطیت عدم اکراه را ذکر کرده‌اند. (خیمینی، ۱۴۱۰: ۵۷) و ضمن این که گفته‌اند مکره مانع اکراه را (و نه کره) دارد، رضا را اعم از ذاتی و عقلی می‌دانند و مکره و غیر مکره را از جهت وجود شرط طیب نفس برابر می‌دانند (اصفهان‌ی، ۱۴۱۸: ۴۰)

کسانی که اختیار را به معنای طیب نفس نمی‌دانند و بلکه به معنای عدم اکراه می‌دانند می‌گویند: «ماهیت انشاء، به قصد وقوع منشاء است. وقتی که قصدی نیست منشاء هم به وجود نمی‌آید. این قصد، عین اختیار برای وقوع منشاء است. اختیار چیزی

به طور حقیقی یا اعتباری، متوقف بر ترجیح وجود بر عدم آن، در نظر فرد مختار است. چون میل نفس به آن، موجب می‌شود اراده و قصد به آن تعلق گیرد و همین میل است که طیب نفس نامیده می‌شود. بنابراین قصد انشا، به معنای انتخاب معامله و اعتبار طیب نفس (تا چه رسد رضای به آن) است. شرط اختیار، به طیب نفس بر نمی‌گردد چون شرط قصد، کافی برای آن (طیب نفس) است. شرط اختیار به عدم اکراه بر می‌گردد. پس عقد مکره صحیح نیست چون ناشی از اکراه است نه این‌که چون فاقد رضا و طیب نفس است، ممکن نیست قصد به مضمون چیزی تعلق گیرد اما رضا و طیب نفس نباشد» و در پاسخ این اشکال که مقصود از طیب نفس و رضا، رضا و طیب نفس ذاتی است، گفته‌اند: «در اکثر معاملات صحیح، رضا و طیب نفس به ملاحظه دفع مفسده و جلب منفعت است. در معاملات، طیب نفس و رضای ذاتی لازم نیست. آنچه در معاملات شرط است، رضای اعم است (از اولی و ثانوی) همان‌گونه که در عقد مکره، چنین رضایی وجود دارد و از این رو، علت بطلان عقد مکره، فقدان این رضا نیست؛ بلکه از جهت «صدور آن از اکراه است». (طباطبایی حکیم، بی تا: ۱۸۸)

در برابر قول اخیر می‌توان گفت رضا در یک تحلیل دو نوع است: رضای معاملی و رضای به معنای طیب نفس. رضای معاملی آن است که شخص حاضر به انجام معامله می‌شود و ممکن است در همان حال طیب نفس هم نداشته باشد.

در نوشته‌های حقوقی و فقهی در برخی موارد، به تفکیک این دو نوع رضا (رضای معاملی و رضای به معنای طیب نفس) توجه نشده است؛ یا اینکه به جای هم به کار رفته‌اند. برخی^{۳۳} (آملی، ۱۴۱۸: ۴۲۱) نیز به عکس استعمال کرده‌اند.

بدون تردید در زمان انعقاد معامله اکراهی، رضا به معنای طیب نفس وجود ندارد؛ شرط طیب نفس، در انعقاد معامله ضروری نیست؛ چه بسا انسان کارهایی را انجام می‌دهد اما طیب نفس ندارد؛ انسان صبوری را پیشه می‌کند تا از مشقات و مشکلات دیگری پیش‌گیری کند و یا مصالح بالاتری را به دست آورد. از طرف دیگر می‌توان گفت مکره رضا هم دارد چون به واسطه معامله، می‌خواهد از شر ظالم رها شود. اما این رضا، رضای عقلایی و معاملی است.

بدین ترتیب معلوم می‌شود رضای حاصل در نتیجه اکراه که در ماده ۱۹۹ قانون

مدنی موجب عدم نفوذ نفوذ معامله اعلام شده است رضای معاملی است. در نتیجه برای مؤثر بودن عقد مکره، رضای ذاتی مکره پس از رفع تهدید الزامی است. به هر حال نمی‌توان مکره را با وصف اکراه در نظر گرفت و معتقد بود که میل نفسانی دارد. هرچند می‌توان گفت او رضای معاملی دارد و این، همان سنجش و رفع ضرر است که مکره ترجیح می‌دهد علی‌رغم میل نفسانی، معامله را منعقد کند. برخی از حقوقدانان هم بیان داشته‌اند: «میل حاصل از دخالت فشار خارجی را نیز می‌توان نوعی رضا دانست، که با لحاظ فشار خارجی در مرحله سنجش، حاصل می‌گردد».

بدین ترتیب رضای به معنای طیب نفس شرط شکل‌گیری عقد نیست و بلکه شرط تأثیر آن است. اما کسانی که مرحله چهارم (قصد) را بر رضا مبتنی می‌کنند، با فقدان آن، تشکیل عقد را منکر می‌شوند.

برخی از حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۱۸۴؛ عدل، ۱۳۷۳: ۱۱۸؛ کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۵۱۲ و ۵۷۴) بیان می‌دارند در این مرحله، رضا می‌تواند علی‌رغم این که موجود است، معیوب گردد و حتی می‌تواند منتهی به قصد شود. در فقه بحث عیب رضا یا اراده مطرح نشده است اما برخی (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۵۰۸) این اصطلاح را به حقوق اسلام نسبت داده‌اند. برخی (صفایی، ۱۳۸۲: ۶۲) هم گفته‌اند این اختلاف یک اختلاف لفظی است چه می‌توان گفت که منظور فقها از این که مکره فاقد رضاست این است که رضای کامل که برای صحت معامله لازم است در او وجود ندارد و به عبارت دیگر رضای او معلول و معیوب است.^{۳۴}

تا این مرحله هنوز قصد انشای معاملی وجود ندارد؛ برخلاف آن‌چه که گاه تصور می‌شود، تصمیم مذکور، غیر از قصد انشا است. زیرا، این تصمیم، سازنده عقد نیست و صرفاً یک آمادگی روانی برای ایجاد عقد در آینده می‌باشد. (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۳۶)

۴- قصد

پس از غلبه یکی از عوامل بر دیگری و شوق انسان به ایجاد عمل حقوقی، عاقد با قصد خود، عمل را در عالم اعتبار ایجاد می‌کند. بر اساس ماده ۱۹۱ ق.م. و وجود مبرز نیز (علاوه بر قصد) شرط تحقق عقد است.

از دید دیگری می‌توان به تشکیل عقد نظر کرد. با این توضیح که عمل حقوقی در

این مرحله (قصد) تحقق می‌یابد، اما برای این که در عالم خارج اثر و نفوذ حقوقی داشته باشد، باید به مرحله ابراز برسد. قصد، هر چند عنصر اصلی و سازنده عقد است، اما این موجود اعتباری تا به جهان خارج راه نیابد، اثر حقوقی ندارد. تمام ماهیت عقد با قصد است (العقود تابعه للقصود)؛ عقد از مقوله معناست، وجود عقد، وجودی اعتباری است، در عالم اعتبار این موجود با وسیله غیر مادی به وجود می‌آید منتها از آنجا که قصد، امری درونی است و فقط خالق آن از آن آگاهی دارد، باید بعد مادی به خود گیرد تا اثر حقوقی داشته باشد.

تفاوت این دو دیدگاه این است که در نظریه اول ابراز اراده، شرط تحقق عقد است و در نظر دوم شرط تأثیر عقد است.

در نهایت با توجه به مقدمات بالا می‌توان گفت: رضا در اعمال حقوقی عبارت است از میل به انجام آن، که پس از مرحله سنجش حاصل می‌شود و این شرط با «قصد» که عنصر اساسی عقد است، متفاوت است. با وجود رضا معلوم نیست که حتماً قصد هم باشد؛ چون ممکن است به مرحله قصد منتهی نشود.

معامله مکره فاقد شرط رضا (به معنای طیب نفس ذاتی) است؛ اما مکره، قصد عمل حقوقی را دارد؛ یعنی ترجیح می‌دهد از ضرر جلوگیری کند یا ضرر کمتر را بپذیرد و این همان رضای معاملی یا عقلایی^{۳۶} است. بنا بر این برای تشکیل معامله رضای عقلایی لازم است اما برای تأثیر آن کافی نیست. با توجه به این معنا، باید مرحله تشکیل عقد را از مرحله تأثیر آن تفکیک کرد. رضای عقلایی، شرط انعقاد عقد و رضای ذاتی، شرط تأثیر آن است.

به هر حال، به نظر می‌رسد مقصود از رضا در ماده ۱۹۹ ق.م. رضای معاملی و نه طیب نفس است. بدین ترتیب تعارض میان عدم رضا در مکره (که مشهور بین فقها است) و رضای حاصل از اکراه در ماده از بین می‌رود.

۲-۳. تأثیر اکراه بر اراده در حقوق رم

در حقوق رم و پیش از آن در حقوق باستان، برای اکراه مجازات تعیین شده بود؛ چون اکراه منبع بی‌نظمی اجتماعی محسوب می‌شده است. نقشی که برای اراده شناختند

این بود که ترس، معلول اکراه باشد؛ به گونه‌ای که موجب معیوب شدن اراده گردد. در وهله اول اکراه به عنوان جرم تلقی شد، درحالی که اجازه می‌دادند قربانی اکراه تحت عنوان «دعوای ناشی از ترس»^{۳۷}، اصلاح^{۳۸} قرارداد را مطالبه کند. و پس از آن، به عنوان عیب اراده با اکراه برخورد شد و عیب قرارداد علتی برای ابطال قرارداد بود. در حقوق رم معیار اشتباه اساسی «مرد شجاع» بود؛ که این معیار، توسط صاحب‌نظران (مانند پوتیه) مورد انتقاد واقع گردید. (مازوها، ۱۹۹۸: ۱۹۹) این معیار هرچند با قانون طبیعی هماهنگ می‌باشد، اما شدید است. (سنهوری، ۱۹۵۲: ۳۳۵)

۳-۳. تأثیر اکراه بر اراده در حقوق فرانسه

قانون مدنی فرانسه، احکام اکراه را در مواد ۱۱۱۱ تا ۱۱۱۵ پیش بینی کرده است. این احکام برگرفته از افکار دو حقوقدان بزرگ «دوما»^{۳۹} و «پوتیه»^{۴۰} است. در مقایسه با اشتباه، ضمانت اجرای اکراه، زمانی است که اکراه علت ترس باشد. با وجود این، ماده ۱۱۱۱ ق.م. فرانسه و مواد بعدی مربوط به آن، هنوز نشان جرم (مدنی) بودن این عیب اراده را حفظ کرده‌اند. (ژستن، ۱۹۹۳: ۵۸۲-۵۶۵)

اکراه دو جنبه دارد: از یک طرف برای اکراه کننده جرم^{۴۲} محسوب می‌شود (در حقوق جزا برای تهدید [اکراه] در ماده ۳۱۲ قانون کیفری و باج‌گیری در ماده ۱۰-۳۱۲ همان قانون مجازات پیش بینی شده است)؛ و از طرف دیگر از لحاظ مدنی برای قربانی اکراه، عیب اراده^{۴۳} محسوب می‌شود.

واضح است که این دو جنبه متفاوت است. تهدید جرم است و در این راستا تقلبی دیده نمی‌شود. و از طرف دیگر عیب در این جا اشتباه نیست، بلکه ترسی است که آزادی اراده را از بین می‌برد. (تر، ۱۹۹۹: ۲۳۴)

هرچند در حقوق مدرن فرانسه بر جنبه مدنی بودن اکراه تأکید بیشتری شده است، اما هنوز نتوانسته‌اند به طور کامل مفهوم جرمی اکراه را به‌خاطر مشکلات اجتماعی آن رها کنند. برخی از نویسندگان معتقدند به جنبه عیب بودن اکراه باید توجه و تأکید بیشتری شود. (مازوها و هنری، ۱۹۹۸: ۲۰۸)

۳-۴. مقایسه (مطالعه تطبیقی)

در فقه و به تبع در حقوق ایران اکراه، عیب رضا یا عیب اراده نیست بلکه از بین برنده ی رضا است. قانونگذار ایران در زمینه اکراه و اشتباه، قانون مدنی فرانسه را علاوه بر فقه امامیه مدنظر قرار داده است^{۴۴} و با وجود این که در مقام بیان احکام کلی این دو پدیده بوده است، اکراه و اشتباه را به عنوان عیب اراده یا رضا اعلام نکرده است. در زمینه عیب اراده در حقوق فرانسه اعم از رویه قضایی و در نوشته های نویسندگان مباحث زیادی مطرح شده است و همین نگرش باعث شده است که اکثر حقوقدانان ایران بیان کنند رضا یا اراده می تواند موجود و در عین حال معیوب گردد و حتی می تواند منتهی به قصد گردد.

به نظر می رسد این نظر علی رغم شهرت آن با توجه به ماهیت رضا پذیرفتنی نباشد؛ زیرا رضا امری بسیط است و امور بسیط مثل عشق، محبت و نفرت دایر مدار وجود و عدم هستند؛ یعنی یا موجود هستند یا معدوم. این که رضا موجود ولی معیوب است، با ماهیت آن سازگاری ندارد. در امور مادی ممکن است کسی تهدید به انجام کاری شود، همان طور که با اکراه شخصی خانه ای را می سازد، با اکراه هم می توان قصد کرد اما راضی به آن نبود.

در حقوق فرانسه اکراه دو جنبه دارد؛ اکراه هم به عنوان عیب اراده مطرح شده است و هم جنبه جرمی دارد. در حقوق مصر و کشور های مشابه علی رغم این که قانونگذار هم به حقوق اسلام و هم به حقوق فرانسه نظر داشته است، اکراه به عنوان عیب رضا و نه اراده مطرح شده است. اما این بدان معنا نیست که نگرش آن ها به رضا همان چیزی است که فقهای ما (از تفکیک قصد و رضا) دارند.

در حقیقت نویسندگان مصری واژه ی « consentement » در قانون مدنی فرانسه را به « رضا » ترجمه کرده اند. این ترجمه آن چنان هم دور از ذهن نیست، چون در زبان لاتین^{۴۵} این واژه به همین معنا است.

در نظام حقوقی اسلام واژه « قصد » و « رضا » از هم تفکیک شده است و کاربرد آن در مباحث مختلف به طور تصادفی نبوده است.

در حقوق فرانسه به طور معمول قصد و رضا را تحت عنوان اراده (یعنی consentement) مطرح کرده اند و از تحلیل آن به قصد و رضا سخن نمی گویند، یعنی در حقوق فرانسه رضای جدای از قصد نیست. چنان که برخی از استادان حقوق فرانسه (ژان کاپونیه، حقوق مدنی ج ۴، ص ۱۸۰ به نقل از صفایی، ۱۳۸۲:۶۲) گفته اند واژه consentement به معنی اراده^{۴۶} و توافق است. (صفایی، ۱۳۸۲:۶۲) بدین ترتیب به نظر می رسد ترجمه صحیح عبارت «vice di consentemen» عیب اراده و نه رضا است.

۴. نتیجه گیری

به نظر می رسد اصطلاح «عیب اراده» علی رغم شهرت آن با توجه به ماهیت رضا پذیرفتنی نباشد؛ زیرا رضا امری بسیط است و امور بسیط مثل عشق، محبت و نفرت دایر مدار وجود و عدم هستند؛ یعنی یا موجود هستند یا معدوم. این که رضا موجود ولی معیوب است، با ماهیت آن سازگاری ندارد. در امور مادی ممکن است کسی تهدید به انجام کاری شود، همان طور که با اکراه شخصی خانه ای را می سازد، با اکراه هم می توان قصد کرد اما راضی به آن نبود.

در هر صورت اصطلاح عیب اراده نسبت به عیب رضا اشکال کمتری دارد. با این بیان که جزئی از اراده که همان رضا است موجود نیست بنابراین عیب به معنای نقص است و در حقیقت در معنای مجازی آن استعمال می شود.

در حقوق فرانسه اکراه دو جنبه دارد؛ اکراه هم به عنوان عیب اراده مطرح شده است و هم جنبه جرمی دارد

در حقوق مصر اکراه به عنوان عیب رضا و نه اراده مطرح شده است. اما این بدان معنا نیست که نگرش آن ها به رضا همان چیزی است که فقهای ما (از تفکیک قصد و رضا) دارند.

معامله مکره فاقد شرط رضا (به معنای طیب نفس ذاتی) است؛ اما مکره، قصد عمل حقوقی را دارد؛ یعنی ترجیح می دهد از ضرر جلوگیری کند یا ضرر کمتر را بپذیرد و این همان رضای معاملی یا عقلایی است.

به هر حال، به نظر می‌رسد مقصود از رضا در ماده ۱۹۹ق.م. رضای معاملی و نه طیب نفس است. بدین ترتیب تعارض میان عدم رضا در مکره (که مشهور بین فقهاء است) و رضای حاصل از اکراه در ماده از بین می‌رود

پی‌نوشت‌ها

۱. تفویض را هم به‌جای اختیار به‌کار برده اند
 ۲. یا تنفیذ عقد (بنا بر قول صحیح تر)
 ۳. القاموس المحيط، ماده کره نقل از صلاح الدین ناهی، ۷۵: ۱۹۵۰
 ۴. در اصطلاح عرفاً رضا به معنی شادی است
 ۵. یعنی اگر راه فرار هم باشد باز اطلاق اکراه بر آن می‌شود
6. Terré, Lequette, Simler
8. Mazeaud
7. Dumas
9. Ghestin
۱۰. الاکراه: «هو عبارة عن وسائل الشدة الطبيعية كانت او ادبية التي يقوم بها صاحبها ضد شخص فی سبیل الزامه کرها عنه علی الرضا بالعقد». تعریف اکراه مادی و معنوی خواهد آمد. (ص ۱۰۰).
۱۱. در حقوق سوئیس قانونگذار به ایراد فوق واقف بوده و در ماده ۲۹ قانون تعهدات این کشور پیش بینی کرده است: «اگر یکی از طرفین عقد تحت تأثیر ترس قابل توجهی که طرف دیگر عقد یا شخص ثالثی به ناحق نسبت به او اعمال کرده، رضایت به قرارداد داده باشد، ملزم به وفای آن نیست».
12. Weill, Terré
۱۳. در کتاب های عربی به اجبار، الجاء نیز می‌گویند.
۱۴. ماده ۱۷۹ ق. دریایی ایران: «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل یا تغییر داده شود...».
۱۵. از امام معصوم سؤال کردند: آیا گرفتن ربح از مضطر ربا است؟ امام (علیه السلام) فرمودند: «مگر ندیده‌اید که چه فقیر و چه ثروتمند نمی‌خرد مگر به وقت ضرورت؟ خرید و فروش کنید اما ربا نگیرید»: محمد حرّعاملی، ۱۴۱۴، باب ۴۰، حدیث ۱، ۴۴۷. در برخی از احادیث، معامله با مضطر جایز اما مکروه اعلام شده است: نوری طبرسی، ۱۹۸۷: ۲۸۲، باب ۳۳، حدیث ۱ و ۲.
۱۶. مقصود از رضای اولی، رضای به معنای طیب نفس و رضای ثانوی رضای عقلایی است.
۱۷. چون این فقیه عقد مکره را جامع شرایط عقد می‌داند (از جمله قصد و رضا) مورد نقد واقع شده است: «این عقیده از آن جهت که قصد بر انجام معامله را مستلزم ایجاد رضای بر آن می‌داند

منطقی و درست است و در تحلیل اراده به قصد و رضا این شوق به انجام معامله است که باعث حرکت ذهن به سوی تصمیم نهایی و قصد انشاء می‌شود ولی از این نظر که عدم نفوذ را بر خلاف قاعده می‌داند و اراده را سالم می‌پندارد مبالغه آمیز به نظر می‌رسد؛ (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۵۷۳)

18. Marty

19. erreur – obstacle

۲۰. بر اساس این نظر، اصل این است که تدلیس با سکوت محقق نمی‌شود؛ مگر این‌که شروط

ذیل فراهم باشد:

۱- عیب مخفی شده مهم باشد و در اراده عاقد اثری اساسی داشته باشد

۲- طرف مقابل از آن آگاه باشد

۳- در کتمان عیب تعمد باشد

۴- شخص به اشتباه افتاده از طریق دیگری نتواند به حقیقت دست یابد

21. Capitant.

۲۲. ماده ۱۲۸ ق.م. مصر: «اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره ان يطلب

ابطال العقد، ما لم يثبت ان المتعاقد الاخر كان يعلم او كان من المفروض حتماً ان يعلم هذا الاكراه».

23. Malaurie

24. Aynès

25. Stoffel-Munck

۲۶. شماره « ۲-۴ » این مقاله.

۲۷. برای مطالعه بیشتر رک.: خراسانی، ۱۴۱۲: ۲۶؛ نائینی، ۱۳۶۸: ۱۳۱؛ میثمی عراقی، بی تا: ۹۷؛

بحرالعلوم، ۱۹۸۰: ۲۶ به بعد.

28. Conception

29. Délibération

30. Volition

۳۱. «رضا» معادل «شوق» در فلسفه است

۳۲. «فانه (مکره) مختار فی الفعل الا ان هذا الاختيار نشأ عن غير اختيار»

۳۳. «مکره فاقد رضای معاملی است»

۳۴. این اختلاف لفظی نیست. رک: شماره ۲-۴

۳۵. ماده ۱۹۱ ق.م. مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن به

چیزی که دلالت بر قصد کند»

۳۶. چون عقلا و خردمندان جامعه در چنین شرایطی از ضرر جلوگیری می‌کنند یا ضرر کمتر را

می‌پذیرند رضا، رضای عقلایی نام گرفته است. این رضا، همان رضای ثانوی است که در برخی از

نوشته های فقهی دیده می‌شود. (رک: محمد کاظم طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۲۲۰)

37. Actio metus causa

38. In Integrum restitutio

39. Dumas

40. Pottier

41. Jean, Henri, et Léon Mazeaud, op.cit. N° 200.

42. Délit civil

43. Vice du consentement

۴۴. در مورد اثر اشتباه در خود موضوع به صراحت قانونگذار می‌بایست آن را باطل اعلام می

کرد اما در عوض اجمال گویی کرده و اصطلاح عام تری را که عدم نفوذ است به کار برده است و این بدان علت است که خواسته است چیزی شبیه بطلان (نسبی) در ماده ی ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه باشد غافل از این که این دو تفاوت های بسیاری دارند.

45. Consensus

46. volonté

منابع

الف. فارسی

- امامی. حسن (۱۳۶۸). **حقوق مدنی**. ج. ۱. تهران: انتشارات اسلامیه
- بروجردی عبده. محمد (۱۳۸۰). **حقوق مدنی**. تهران: انتشارات گنج دانش
- جعفری لنگرودی. محمدجعفر (۱۳۷۲). **ترمینولوژی حقوق**. تهران: گنج دانش
- جعفری لنگرودی. محمدجعفر (۱۳۶۳). **دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت**. تهران: چاپخانه مشعل آزادی.
- جعفری لنگرودی. محمدجعفر (۱۳۷۸). **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**. ج. ۱. تهران: انتشارات گنج دانش
- دهخدا. علی اکبر (بی تا). **لغت نامه دهخدا**. ج. ۱ و ۷. تهران: دانشگاه تهران
- شهیدی. مهدی (۱۳۷۷). **تشکیل قراردادها و تعهدات**. تهران: نشر حقوقدان
- صفایی. سیدحسین (۱۳۸۲). **دوره مقدماتی حقوق مدنی**. ج. ۲. تهران: نشر میزان
- عدل. مصطفی (۱۳۷۳). **حقوق مدنی**. قزوین: انتشارات بحرالعلوم
- کاتوزیان. ناصر (۱۳۷۷). **قانون مدنی در نظم کنونی**. تهران: دادگستر
- کاتوزیان. ناصر (۱۳۶۴). **قواعد عمومی قراردادها**. ج. ۱. تهران: انتشارات بهشر

ب) عربی

- اصفهانى. محمد حسين (۱۴۱۸) **حاشیه کتاب المكاسب**، تحقیق عباس آل سبغ. ج. ۲. قم: انتشارات انوار الهدی
- آملی. محمدتقی (۱۴۱۸). **۱. بحاث محمدحسین النائینی. المكاسب و البیع**. ج. ۱. قم: مؤسسه النشر الاسلامی
- انصاری. مرتضی (۱۴۱۸). **کتاب المكاسب**. ج. ۳. بی جا: مؤسسه الهادی

- بحرالعلوم. محمد (۱۹۸۰م). **عیوب الاراده فی الشریعه الاسلامیه**. بیروت: انتشارات دارالزهراء
- بحرانی. یوسف (۱۴۱۳). **الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره**. با تعلیقات محمد تقی ایروانی. ج. ۱۸. بی جا: انتشارات دارالضوء.
- بیهقی. احمد بن الحسین بن علی (بی تا). **السنن الکبری**. ج. ۸. بیروت: دارالفکر.
- جبعی عاملی (شهید ثانی). زین الدین بن علی (۱۴۲۱). **مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام**. ج. ۳. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- حجازی. عبدالحی (۱۹۵۴م). **النظریة العام و الالتزام، مصادر الالتزام**. الجزء الثاني. مصر: مطبعة نهضة
- حر عاملی. محمد بن الحسن (۱۴۱۴). **وسائل الشیعة**. ج. ۵. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
- الحلبی (ابن زهرة). حمزة بن علی بن زهرة (۱۴۱۷). **غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع**. قم: مطبعة الاعتماد.
- خراسانی. محمد کاظم (۱۴۱۲). **کفایة الاصول**. ج. ۱. تهران، مؤسسه النشر اسلامی خویی. ابوالقاسم (۱۴۱۲). **مصباح الفقاهه فی المعاملات**. به قلم میرزا محمد علی توحیدی تبریزی. ج. ۳. بیروت: الهادی.
- دارقطنی. علی بن عمر (۱۴۱۷) **سنن الدارقطنی**. ج. ۳. بیروت: دارالکتب العلمیة، (۱۴۱۷). ذنون. حسن علی (۱۹۴۹). **النظریة العام للالتزام**. الجزء الاول. بغداد: مطبعة المعارف ذهنی بک. عبدالسلام (بی تا). **النظریة العامة للالتزام**. ج. ۲. مصر: مكتبة العرب
- زحیلی، وهبه، **نظریة الضرورة الشرعیة**، بیروت: دار الفكر المعاصر، (۱۹۹۷)
- سامی مازن. محمد (۱۹۲۳). **التعهدات و الالتزامات**. مصر: مطبعة الحقوق الملكية
- سنهوری. عبد الرزاق احمد (۱۹۵۰). **مصادر الحق**. ج. ۲. بیروت: دار احیاء التراث العربی
- سنهوری. عبد الرزاق احمد (۱۹۳۴). **نظریة العقد**. مصر: دار الکتب.
- سنهوری. عبد الرزاق احمد (۱۹۵۲م). **الوسیط فی شرح القانون المدنی، نظریة الالتزام**

- بوجه عام، مصادر الالتزام. ج ١. بيروت - لبنان: انتشارات احياء التراث العربى صالح محمد (١٣٤٨-١٩٣٠). اصول التعهدات. بي جا: مطبعة الاعتماد طباطبائي حكيم. محسن (بي تا). نهج الفقاهة. قم: انتشارات ٢٢ بهمن طباطبائي يزدي. محمد كاظم (١٤١٠). حاشية كتاب المكاسب. ج ١. قم: ناشر مؤسسه اسماعيليان
- فتيان. فريد (١٩٧٥). مصادر الالتزام. بغداد: مطبعة العاني كامل مرسى بك. محمد (١٩٤٥). الالتزامات. الجزء الاول. بي جا: الطبعة العالمية كركي (محقق ثاني). على بن حسين (١٤١١). جامع المقاصد فى شرح القواعد. ج ٤. بيروت: دار احياء التراث العربى.
- محمدي رى شهري. محمد (بي تا). ميزان الحكمه. ج ١. قم: دارالحدیث مرقس. سليمان (١٩٥٦). نظرية العقد. قاهره: دار النشر للجاعات المصریه مكارم شيرازى. ناصر (١٤١١). انوار الفقاهه، كتاب البيع. ج ١. قم: مدرسه العلميه الامام اميرالمومنين (ع).
- موسوى خمينى. روح الله، (١٤١٠). كتاب البيع. ج ٢. قم: مؤسسه اسماعيليان ميثمى عراقى. محمود (بي تا). قوامع الفضول. چاپ سنگى، بي جا: بي نا ناهى. صلاح الدين (١٩٥٠). الوجيز فى النظرية العامه للالتزامات. بغداد: [بي نا] نائينى. محمد حسين (١٣٦٨). تقريرات الاصول. ج ١. قم: انتشارات مصطفوى نائينى. محمد حسين (١٤١٨). منية الطالب. ج ١. قم: مؤسسه النشر الاسلامى نجفى. محمد حسن (١٣٦٨). جواهر الكلام. ج ٢٢. تهران: دارالكتب الاسلاميه.
- نورى طبرسى. حسين (١٩٧٨). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. ج ٣. بيروت: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث. باب ٣٣. حديث ١ و ٢.
- (ج) فرانسوى

Capitan. Henri et Colin (1961). *Traité de Droit Civil*. T 2. Paris: Sier.
Ghestin. Jacques (1993). *Traité de Droit Civil, La Formation di contrat*. Paris: Librairie General de Droit et de Jurisprudence. e.j a.
Larroumet, Christian (1990). *Droit Civil ,Les Obligation , Le Contrat*.

- T3. Paris ; Economica..
- Malaurie. Philippe; Aynès. Laurent; Stoffel-Munck. Philippe(2004).
Droit Civil, Les Obligations, Paris: Defrenois.
- Marty.Gabriel(1961). *Droit Civil Français*. V2. T 2. Paris: Siery.,.
- Mazeaud. Jean , Henri et Léon (1998). *Leçons De Droit Civil*. Premier
Volume. *Obligations, Théorie Générale*.Montchrestien. Paris: Par
François Chabas ,Tome II.
- Terré, François; Lequette, Yves ; Simler Philippe(1999). *Droit Civil*,
Dalloz.
- Weill. Alex; Terré. François(1974). *Droit Civil, les Obligations*. Paris:
Dalloz.