

## **Investigating the Dependence of Contracts on the Parties' Intention in Banking Transactions**

**Sadegh Elham\***  
**Navid Emsaki\*\***

Received: 03/03/2018

Accepted: 09/10/2018

### **Abstract**

Banking transaction is one of the most important economic issues in the Islamic society which faces many challenges and problems. One of the most important arguments in this field is about parties' intention. Since Shiite jurists consider contracts to be dependent on parties' intentions, the question is whether the criteria in contracts are the intention to use or the intention to create, and because both parties may not be acquainted with the religious contracts, is this contract valid or not? This research, using descriptive/analytical method, attempts to deal with the stated jurisprudential principle which says "contracts are dependent on the intention" and adapts it with banking transactions. It seems that contracts are dependent on the parties' intention to use not their intention to create or their real intention. Therefore, in regard to the stated principle and the current banking transactions, signing the banking transactions in which the status of parties is determined is sufficient to verify the contract and solve the problem.

### **Keywords**

Contract, Intention to Create, Intention to Use, Banking Transactions.  
JEL Classification: D81, D86, D91, G21, G41, K12.

---

\* Assistant professor of Fiqh and Foundations of Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.  
s.elham@isu.ac.ir

\*\* Ph.D. Candidate of Fiqh and Foundations of Law, Tehran University Farabi Campus, Tehran, Iran (Corresponding Author). navid.emsaki@yahoo.com

## بررسی تابعیت عقد از قصد در معاملات بانکی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۱۷ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۷/۱۷  
مقاله برای اصلاح به مدت ۱۱ روز نزد نویسنده (گان) بوده است.

صادق الهام\*  
نوید امساکي\*\*

### چکیده

یکی از مسائل مهم اقتصادی در جامعه اسلامی، مسأله معاملات بانکی بوده که با چالش‌ها و مشکلات زیادی روبرو می‌باشد. از بحث‌های مهمی که در این زمینه مورد توجه بوده و جامعه به آن نیاز دارد، میزان تبعیت معاملات بانکی از قصد متعاملین است. از آنجا که فقهای شیعه همه عقود را تابعی از قصد متعاملین و ذیل قاعده مشهور «العقود تابعه للقصد» می‌دانند، سؤال اصلی این است که ملاک و معیار در معاملات بانکی، قصد استعمالی طرفین است یا قصد انشائی. و چون ممکن است هر یک از دو طرف معامله به‌طور کامل به عقود شرعی واقف نباشند، حکم وضعی این عقد چیست. در این تحقیق که به روش توصیفی-تحلیلی نگاشته شده، تلاش به بررسی قاعده فقهی مذکور و تطبیق آن با معاملات بانکی امروزی شده است و آنچه به نظر می‌رسد آن است که در صورت عدم وجود قرینه عقد، تابعی از قصد استعمالی و نه واقعی متعاملین می‌باشد. لذا با توجه به بررسی قاعده مذکور و معاملات بانکی رایج، امضای قراردادهای بانکی تنظیم شده که جایگاه متعاملین را معین نموده است در صحت قرارداد و حل این مشکل کفایت می‌کند.

### واژگان کلیدی

عقد، قصد، اراده جدی، اراده استعمالی، عقود بانکی.

طبقه‌بندی JEL: D81, D86, D91, G21, G41, K12.

\* s.elham@isu.ac.ir

\* استادیار فقه و مبانی حقوق دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران

\*\* دانشجوی دکترای تخصصی فقه و مبانی حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

navid.emsaki@yahoo.com

#### مقدمه

یکی از مهم‌ترین قواعدی که در عقود، ذیل آن بحث‌های زیادی مطرح می‌شود «قاعده العقود تابعه للقصد» است. میزان تبعیت و حدود قاعده و امکان تحقق عقد بدون قصد و یا اینکه هر قصدی می‌تواند به منزله ایجاد یک عقد باشد، از مهم‌ترین مباحث مطرح شده در این قاعده است. در این تحقیق تلاش بر آن است با تبیین اصولی معنای استعمال و دلالت لفظ بر معنا، ارتباط بین لفظ و معنا را بیان نموده و بعد از بیان انواع اراده با اشاره به اقوال فقها و اصولیون نتیجه گرفته شود که عرف و عقلا چه رابطه‌ای را بین اراده‌ها قبول داشته تا معلوم گردد آیا می‌توان به اتهام عدم آگاهی از مفاد کامل قراردادی، معامله‌ای را فاقد صحت دانست؟

رضایت متعاقدين در عقد از مسائل مطرح شده در فقه است. به‌طور کلی دو نوع رضایت وجود دارد، یک رضایت و میل طبیعی و دیگر رضایت و میل عقلی (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، صص. ۳۹-۴۰)، رضایتی که سبب نفوذ معامله می‌گردد، رضایت قلبی است و تا طیب نفس موجود نباشد، معامله نافذ نخواهد بود. به‌عنوان مثال در معامله شخص مکره رضای عقلانی وجود داشته اما رضای طبیعی و باطنی وجود ندارد، و شخصی که فاقد رضای باطنی است قصد و اراده عقد را داشته، چرا که رضای عقلانی دارد. در این‌باره یکی از فقها این‌گونه بیان می‌دارد: رضا به معنای طیب نفس است و ملازم و هم معنا با قصد و اراده نیست. قصد رکن اساسی و مقوم عقد است و رضا شرط صحت آن و تا عقد به واسطه قصد وجود نداشته باشد، صحبت از شرط صحت و عدم صحت آن عملی بیهوده است. بنابراین عمل شخص مکره یک عمل اختیاری است که دارای تمام مقومات اراده جز رضا و میل قلبی می‌باشد (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، صص. ۲۸۷ - ۲۸۸). رابطه قصد و انشاء نیز از مواردی است که در این باب به آن پرداخته می‌شود. تفاوت قصد انشاء و قصد منشا و اینکه ملاک در عقود کدام بوده، از جمله مطالب این بحث است. اراده که مهم‌ترین عنصر تشکیل‌دهنده عقود است پس از وجود قصد و رضا، به میان می‌آید. اراده متشکل از جدی و استعمالی است. اراده جدی آن است که فرد معامله‌کننده در ذهن و ضمیر خود آن را اراده کرده است و اراده استعمالی اراده‌ای است که عاقد و معامله‌گر به وسیله الفاظ و سایر موارد،

اراده جدی خود را بیان داشته و به طرف مقابل ابراز می‌کند. این بحث از مهم‌ترین مباحث در عقود و قراردادهای به خصوص معاملات بانکی است. در عقود بانکی رایج جامعه امروز، عقود تحت عنوان مضاربه، جعاله، شرکت و... وجود داشته و طرفین قرارداد که شامل شخص مراجعه‌کننده و بانک می‌باشد آن قرارداد را امضا می‌کنند. مسأله اصلی این است که آیا متعاملین از متن قرارداد منعقد شده مطلع بوده و به مفاد آن اشراف داشته یا اینکه صرفاً دو طرف یا یکی از آنها برای رسیدن به منافع خود عقد مربوطه را امضا کرده و اراده جدی بر انعقاد قرار داد ندارند.

در این مقاله سعی بر آن است تا بعد از بررسی قاعده فقهی مذکور، اراده جدی و استعمالی در عقود مورد بررسی قرار گرفته و با تطبیق بر قراردادهای بانکی به شبهه عدم تطابق اراده استعمالی و جدی در عقود بانکی پرداخته و مورد تحلیل قرار گیرد.

#### ۱. پیشینه تحقیق

در زمینه تابعیت عقد از قصد و به طور کلی «قاعده العقود تابعه للقصد» چندین پژوهش با عناوین ذیل به چاپ رسیده است:

کشاوری ولدانی و دیگران (۱۳۹۵) در مقاله‌ای با عنوان «حاکمیت اراده ظاهری در قلمرو اشتباه در اعمال حقوقی»، در خصوص اراده ظاهری و باطنی و تقدم هر یک بر دیگری صحبت شده و اینکه یکی از مواردی که اراده ظاهری و باطنی در آن مطرح است، قلمرو اشتباه است. به این بیان که اگر در یک عمل حقوقی، اشتباهی از ناحیه متعاملین صورت گیرد، عقد از دیدگاه اراده باطنی باطل یا غیرنافذ خواهد بود. نویسنده با استناد به اصل لزوم و اتقان معاملات یادآور می‌شود که همه موارد اشتباه در اعمال حقوقی مبطل عقد نیست و در مواردی بی‌تأثیر است و این به معنای عدم حاکم بودن اراده باطنی است. در این نوشتار نیز روش نگارش ذکر نشده است.

آهنگران (۱۳۹۲) در مقاله‌ای با عنوان «نگاهی نوین به قاعده «تابعیت عقد از قصد» به تأکید بر کاربردهای آن در بانکداری اسلامی پرداخته است. در این مقاله سؤال محقق این است که چه نوع عقدی در قراردادهای ضروری است، و معتقد است با توجه به قاعده «تابعیت عقد از قصد» تنها عقدی باطل است که فاقد قصد به معنای انشا باشد. در

این مقاله که به روش «تحلیل فقهی» نگاشته شده است، به بررسی تفاوت بین سه مفهوم قصد که عبارت از اراده، هدف و انشا است، پرداخته شده است. همچنین متذکر شده است که قصد به معنای انشا دایر بین وجود و عدم است و نمی‌تواند منشاء تفکیک عقد صوری و واقعی شود. نیز با توجه به قاعده مورد توجه، صحت قراردادهای بانکی مستلزم آگاهی کامل مشتریان و کارمندان بانکی از ماهیت قراردادها و قصد انشای قرارداد است.

تفاوت اساسی که پژوهش اخیر با این نوشته دارد، این است که در این مقاله، اشراف کامل مشتریان و کارمندان بانک از ماهیت قراردادها را لازم می‌داند، در حالی که در این نوشته حالتی که طرفین عقد اشراف کامل نداشته باشند و از ارکان اصلی عقد مطلع باشند را صحیح دانسته و همچنین در صورت عدم وجود قرینه بر خلاف اراده ظاهری، این اراده مقدم می‌داند و در نتیجه قرارداد صحیح است.

عمرانی (۱۳۹۲) در مقاله‌ای با عنوان «بررسی قاعده فقهی العقود تابعة للقصد در حقوق ایران و انگلیس» به بررسی قاعده «العقود تابعة للقصد» و میزان قلمرو و ارتباط آن با قاعده «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع» و همچنین اینکه آیا این قاعده تنها در مرحله انعقاد عقد مؤثر است یا پس از آن هم کاربرد دارد، پرداخته است. در این مقاله نیز شیوه نگارش، ذکر نشده است.

خورسندیان و ذاکری‌نیا (۱۳۸۸) در مقاله‌ای با عنوان «واکاوی اراده، قصد و رضا در فقه اسلامی و حقوق ایران» به بررسی اراده و قصد طرفین پرداخته و همچنین ذکر شده در صورت تراحم اراده باطنی و ظاهری، اراده باطنی مقدم خواهد بود. لازم به ذکر است شیوه نگارش این مقاله بیان نشده است.

آنچه این تحقیق به آن پرداخته است، بررسی معاملات بانکی عصر حاضر با توجه به قاعده فقهی «العقود تابعة للقصد» است؛ چیزی که پژوهش‌های یاد شده به آن نپرداخته‌اند و به صورت کاربردی به آن نگاه نکرده‌اند. تنها پژوهشی که از این منظر به آن پرداخته است، مقاله آهنگران (۱۳۹۲) بود که تفاوت این مقاله با آن پژوهش بیان شد.

## ۲. بیان مسأله

امروزه در بانک‌ها قراردادهایی تحت عنوان مضاربه، جعاله، وکالت، مشارکت و... منعقد می‌شود که طی آن شخص مراجعه‌کننده مقداری سرمایه و پول را از بانک تحویل گرفته و در ازای آن به صورت ماهانه قسط پرداخت می‌کند. متخصصین این حوزه با توجه به اسلامی بودن جامعه و دوری از حرام‌های الهی اقدام به تنظیم و تدوین قراردادهایی با عناوین وارد شده در فقه اسلامی کرده‌اند تا از حکم ربوی شدن معاملات دوری کنند. سؤالی که در این میان مطرح می‌شود این است که آیا هر دو طرف قرارداد اشراف کامل نسبت به مفاد قرارداد داشته یا اینکه صرفاً اگر ارکان اصلی قرارداد را بدانند کافی است؟ به بیان دیگر آیا متعاقدين نسبت به عقود شرعی و خصوصاً آن عقودی که امضا می‌کنند مطلع هستند و از روی آگاهی این قرارداد را امضا می‌کنند یا خیر؟ به عنوان نمونه اگر بین شخصی و بانک قرارداد جعاله امضا می‌شود آیا دو طرف، از جایگاه جاعل و عامل را در جعاله آگاه بوده و بر چنین عقودی اراده نموده‌اند؟ اگر جایگاه‌ها مشخص نباشد اشکالاتی در زمینه تخصصی فقهی وارد می‌شود که در این مجال فرصت پرداختن به تک تک آنها نیست.

با توجه به اشکالاتی همانند آگاه نبودن متعاملین به جایگاه عامل و جاعل در عقد جعاله، عدم شناخت صحیح از شرایط سایر عقود مثل مرابحه و مضاربه مانند امانی و یا ضمانی بودن ید عامل در مضاربه و اینکه هیچ‌کدام از طرفین هنگام عقد قرارداد سؤالی مبنی بر چگونگی و مفاد قراردادها ندارند، نشان از عدم توجه شخص مراجعه‌کننده به بانک و حتی فرد منعقدکننده قرارداد از طرف بانک است.

برای مشخص شدن این موارد رجوع به مبنای قصد و اراده متعاقدين از جهت جدی و یا استعمالی بودن لازم است. چرا که اگر اراده جدی و اراده استعمالی آنها بر انجام مفاد عقود منعقد شده باشد، مشکلی نخواهد بود، اما اگر یکی از آنها متفاوت با دیگری باشد آیا عقد با مشکل مواجه خواهد شد؟ چرا که اگر اراده جدی متعلق به موردی باشد و اراده استعمالی به مورد دیگر، معامله صحیح نخواهد بود، بنابراین لازم است تعیین مبنا شده و مشخص گردد اراده جدی در عقود ملاک بوده و بر پایه آن به عقود ترتیب اثر داده می‌شود یا ملاک اراده استعمالی است و شاکله عقود بر پایه آن

پی‌ریزی می‌شود. برای روشن شدن این مطلب ناگزیر از پرداختن به قاعده پرکاربرد فقهی «العقود تابعة للقصود» و شرح و بسط آن به اختصار و بررسی مدارک و مدلولات قاعده می‌باشیم.

سؤالات اصلی در این مسأله آن است که چنانچه ملاک قصد واقعی طرفین باشد:

۱. اگر طرفین معامله قصد واقعی‌شان غیر از قراردادی باشد که امضا می‌کنند آیا این معامله باطل است یا خیر؟
۲. اگر قصد واقعی ملاک باشد از چه طریقی می‌توان به قصد واقعی طرفین پی‌برد؟

برای پاسخ به این سؤالات باید ابتدا وضعیت عقد مشخص گردیده و با مشخص شدن و اتخاذ مبنا در این قاعده بتوان به این سؤالات پاسخ داد. اگر مبنا قصد انشائی باشد باید این سؤالات را به صورت جداگانه پاسخ داد و اگر قصد استعمالی ملاک باشد دیگر نیازی به پاسخ به تک‌تک سؤالات نیست و مسأله خود به خود منحل است. لذا برای حل این مسأله لازم است ابتدا «قاعده فقهی العقود تابعة للقصود» بررسی شود.

### ۳. قاعده العقود تابعة للقصود

#### ۳-۱. مراد از قاعده

برخی چند احتمال در معنای قاعده بیان کرده‌اند: اول آن که مراد آن است که عقد بدون قصد محقق نمی‌شود پس عقد غافل و ساهی و... اعتبار نخواهد داشت. پس مراد از تبعیت عقود عدم تحقق عقد بدون قصد است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۹). اما در حالت عکس یعنی اینکه آیا هر جا قصد باشد عقدی محقق می‌شود یا خیر، خود دو معنا دارد:

۱. جنس قصد طوری است که مستلزم عقد می‌گردد. این مسلماً باطل است.
۲. اگر قصد به شیئی تعلق گرفت آن شیء قطعاً محقق خواهد شد، یعنی قصد موجب تأثیر در عقد می‌شود. پس در واقع مراد این است که هر آنچه در عقد قصد شود عقد تبعیت از آن خواهد نمود.

دوم اینکه عقد چیزی است که نیاز به موجب و قابل و عوض و معوض دارد. بعد از حصول این ارکان عقد اثر خود را خواهد گذاشت. پس اثرات این عقد مثل تملیک و... یا سایر اثرات مثل فوریت یا تراخی و... با قصد معین می‌گردد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۹).

بنابراین باید مراد از قاعده را در واقع این دانست که بر عقد آن چیزی مترتب می‌شود (از آثاری که ممکن است بر آن مترتب گردد)، که متعاقدين قصد کرده باشند (نراقی، ۱۴۱۷ق - الف، ص. ۱۵۹).

هر فرد در حین انشاء عقد دو اراده خواهد داشت: یک اراده استعمالی و ظاهری که انشاء می‌کند و دیگری اراده حقیقی و جدی. این دو اراده گاه با یکدیگر تطابق دارند و گاه متفاوت می‌باشند و چه بسا اراده استعمالی در عقود به‌طور کل فاقد اراده حقیقی باشد از این روی، فقهای شیعه از آنجا که قصد را شرط صحت عقود می‌دانند عقد غافل و نائم و هازل را لغو دانسته و فاقد اعتبار دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۲۲۷). در ماده ۱۹۵ قانون مدنی آمده است: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، آن معامله به‌واسطه فقدان قصد باطل است».

با این توضیحات می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت از آنجا که مراد از عقد عهد موکد بوده و عهد یک امر درونی است، بنابراین نیازمند یک مبرز و انشاء برای تحقق در خارج است. حال گاهی مستعمل قصد جدی و حقیقی از استعمال خود دارد و گاهی قصد جدی نداشته و گاهی قصد جدی او همان متبادر ذهن مخاطب نمی‌باشد. مراد از قاعده این است که ملاک و مدار عقد همان قصد متعاقدين می‌باشد.

### ۳-۲. اهمیت و ماهیت اراده

یکی از عناصر اصلی تشکیل‌دهنده عقود و ایقاعات اراده و قصد طرفین است. عنصر اراده از جایگاه و اهمیت بالایی در بین فقیهان برخوردار است، به گونه‌ای که هر عقدی که صرفاً متشکل از الفاظ و عناصر ابراز اراده بوده و فاقد قصد و اراده باشد را بیهوده شمرده و آن را عقد به‌شمار نمی‌آورند، و از آنجایی که قصد را شرط صحت عقود



می‌دانند، عقد غافل و نائم و هازل را لغو دانسته و فاقد اعتبار می‌دانند (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۲۲۷).

یکی از مسائلی که در کتب فقهی زیاد دیده می‌شود این است که اراده را از شرایط طرفین عقد به حساب آورده‌اند در صورتی که این دیدگاه با نقد مواجه شده است (موسوی‌خمینی، ۱۴۰۷ق - الف، ج ۲، ص. ۳۷). چرا که اراده و قصد از شرایط عقد و متعاقدين نیست بلکه آن را در تحقق ماهیت عقد دخیل می‌دانند، در حقیقت شرایط هر چیزی بعد از فرض وجود ماهیت و حقیقت آن چیز می‌باشد در حالی که اراده از عناصر تشکیل‌دهنده عقد بوده نه اینکه از شرایط آن و طرفین عقد باشد.

واژه اراده در بین اهل لغت به معانی خواستن، طلب، مشیت، قصد و برگزیدن به کار رفته است و ریشه آن از ماده «رود» می‌باشد (راغب‌اصفهانی، ۱۴۰۴ق، ص. ۲۰۶).

عنصر اراده که تشکیل‌دهنده عقد است خود از دو عنصر «قصد» و «رضا» تشکیل شده است. یک عمل ارادی فقهی حقوقی اگر بخواهد شکل بگیرد دارای چهار مرحله است: الف) تصور، ب) تصدیق، ج) رضا، د) قصد (محقق‌داماد، ۱۳۹۲، ج ۱، صص. ۲۶۱-۲۶۲). همان‌طور که مشاهده می‌شود مرحله رضایت متعاقدين قبل از مرحله قصد آنها است و جمیع این مراحل یک عمل ارادی را تشکیل می‌دهند که طبعاً بدون هر یک از آنها می‌توان گفت عمل ارادی ایجاد نشده و در این بحث عقدی صورت نمی‌پذیرد. البته باید توجه داشت مهم‌ترین مرحله از مراحل چهارگانه فوق مرحله آخر است که با انجام گرفتن آن مرحله، عمل فقهی - حقوقی محقق شده و آثار خود را به دنبال خواهد داشت (حائری‌یزدی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۷۸).

انسان در اثر تحریکات اعصاب دماغی گاه امری را تصور می‌نماید (خواه آن تحریک عصبی در اثر عمل یکی از حواس پنج‌گانه باشد، چنان‌که چیزی را دیده و یا شنیده است و خواه بخودی خود صورت شیئی در خیال پیدایش بیابد) سپس بدان میل پیدا می‌کند. پس از برتری داشتن منافع آن بر مضارش، اشتیاق به ایجاد ملکیت آن پیدا می‌گردد (طباطبایی، بی‌تا، ص. ۱۲۲). این اشتیاق به ایجاد را «رضا» گویند.

پس از فراهم آوردن مقدمات، طرفین تصمیم به معامله می‌گیرند و آن را ایجاد می‌نمایند. ایجاد این امر متصور را قصد انشاء گویند. قصد انشاء امر معنوی و روحی

است، بدین جهت از آن به اراده حقیقی تعبیر می‌شود. در عقد آنچه موضوع قصد قرار می‌گیرد همان موضوع «رضا» است (امامی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۱۸۰).

در هر نوع از عقود چیزی که اراده به ایجاد آن تعلق می‌گیرد و موضوع قصد و رضا می‌باشد امر مخصوصی است، چنان‌که در بیع ملکیت عین و در نکاح زوجیت و در اجاره ملکیت منافع است. آنچه در صفحه دماغ انسانی در اثر تحریکات عصبی به صورت قصد انشاء موجود می‌شود اراده حقیقی نیز گویند. برای تحقق عقد، اراده حقیقی کافی نمی‌باشد و احتیاج به امر دیگر دارد که دلالت بر قصد انشاء کند و آن را اراده انشائی یا خارجی گویند. بنابراین برای انعقاد عقد باید اراده حقیقی به وسیله اراده انشائی و خارجی اعلام گردد (امامی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۱۸۰).

فقها نیز معتقدند از آنجا که عقود از امور قلبی است (زیرا که عقد به معنای عهد موکد است و عهد نیز یک امر قلبی است) نیازمند مبرز خواهد بود (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۱۳۵).

در ماده ۱۹۱ قانون مدنی نیز آمده است: عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.

علمای اصول نیز اراده را به دو اراده استعمالی و حقیقی تقسیم نموده‌اند. مدلول استعمالی در نگاه آنان همان استفاده ابزاری از الفاظ برای اخطار معنای لغوی آن به ذهن سامع است در مقابل مدلول جدی که قصد جدی اخبار و یا انشاء است. با این بیان ممکن است متکلم قصد اخطار معنای لفظ را به ذهن مخاطب (یعنی استعمال لفظ را در معنایش) داشته باشد، ولیکن به قصد امتحان یا توریه و... نه به قصد جدی انشاء یا اخبار که در موارد تقييد و تخصيص و تقيه و شوخی و امثال آن، مراد استعمالی محفوظ است و مراد جدی تغییر می‌کند. به طور کلی باید گفت که مرحله استعمال مرحله کشف مدلول تصدیقی و قصدی متکلم برای سامع است (هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۹۱، ج ۱، ص. ۲۲۳).

### ۳-۳. مدرک قاعده

با توضیحاتی که در مراد از قاعده بیان گردید می‌توان اصلی‌ترین مدرک را بنا و سیره عقلای عالم دانست. اینکه وضع الفاظ بر معانی نیازمند اراده است یا خیر با توجه به مبانی متخذ در وضع (تعهد، اعتبار و قرن اکید) متفاوت می‌باشد. اما نیاز به اراده در مقام استعمال امری انکارناپذیر است. علمای اصول عموماً حقیقت استعمال را ایجاد المعنی باللفظ و افنای لفظ در معنا دانسته‌اند (آخوندخراسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۷۷؛ نائینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص. ۵۱۷). مرحوم آخوند لفظ را در مقام استعمال وجه و عنوان برای معنا نه صرف علامت می‌داند (آخوندخراسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۷۷). برخی نیز از آنجا که حقیقت وضع را تخصیص لفظ به معنا دانسته‌اند لفظ را وسیله‌ای برای افهام مخاطب دانسته که در مقام استعمال مفید واقع می‌گردد (موسوی‌خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۱۴۰).

در این نگاه افهام غیر از مقومات مقام استعمال خواهد بود. گروهی از آنجا که وضع را عبارت از تعهد دانسته، استعمال را ابراز آن تعهد می‌دانند (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۲۰۷). با این توضیح معلوم می‌گردد که استعمال را هر یک از معانی مذکور بدانیم نیازمند اراده و قصد می‌باشد. پس هرگاه متعاقبین اراده استعمال لفظ را در معنا داشتند باید اراده و قصد معنای آن یعنی بیع یا اجاره و... را داشته باشند. اما آنچه مهم است این است که در هر استعمالی دو اراده متصور است یکی اراده ظاهری و انشایی که تعلق به همان لفظ مستعمل گرفته است و دیگری اراده جدی و حقیقی که مراد واقعی مستعمل را بیان می‌کند. با این حساب لفظی که از هازل و یا نائم صادر می‌گردد گرچه دارای اراده انشایی می‌باشد و موجب ایجاد معنایی تصویری به ذهن می‌شود لکن حقیقتی که موجب تحرک مخاطب گردد (به علت نبود اراده حقیقی در متکلم) در آن وجود ندارد. برای همین برخی از اصولیون معتقدند که صرف انتقال ذهن بدون کشف خارجی را نمی‌توان دلالت نام نهاد (مظفر، ۱۳۸۷، ص. ۳۶). پس اگر نائم و... لفظی را به زبان آوردند (بر فرضی که مخاطب آگاه به غفلت آنها باشد) ممکن است یک تداعی معنا در ذهن مخاطب صورت پذیرد اما کشف خارجی که موجب تحرک او شود ایجاد نمی‌گردد. بر این اساس اینان معتقدند که تقسیم دلالت به تصویری و تصدیقی تقسیم

شیء بر نفس خود و تصدیقی است، زیرا دلالت تصویری را نمی‌توان مطلقاً دلالت نام نهاد (مظفر، ۱۳۸۷، ص. ۳۶)، با این نگاه اگر اراده تفهیم مخاطب در متکلم نباشد کلام هیچ‌گونه دلالتی نداشته و موجب تحریک مخاطب نخواهد شد.

### ۳-۴. ملاک اراده در عقود

تا این مقدار اجمالاً مورد اذعان عقلای عالم می‌باشد. اما کلام در این است که ملاک در عقود آن اراده جدی و قصد واقعی بوده یا اراده ظاهری و استعمالی می‌باشد؟ چه بسا فرد کلامی را انشا کند که ظاهر در معنایی است یعنی اراده انشایی و ظاهری آن شکل گرفته است، لکن مدعی عدم اراده حقیقی باشد یا اراده حقیقی را غیر از آن چه انشا کرده است بداند مثلاً بعثت را انشا کرده و مدعی شود اراده معنای اجاره نموده است. در این مواقع اراده ظاهری مقدم است یا واقعی؟

صاحب عناوین معتقد است که قصد حقیقی بدون انشا فاقد اثر می‌باشد. وی اصاله عدم ترتب اثر را نیز موید مطلب دانسته و ادعای عدم اختلاف در این موضوع دارد. بنابر رأی او آنچه ملاک و معیار در معاملات می‌باشد همان اراده استعمالی و ظاهری است زیرا دست یافتن به اراده واقعی متکلم امری دشوار بلکه غیرممکن خواهد بود (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۸۶).

وی می‌گوید: برخی با این استدلال که عهد به قصد حاصل است در نتیجه در عموم وفای عقود قرار می‌گیرد، تلاش بر اثبات ادعا کرده‌اند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۸۶) این حرف صحیح نیست، زیرا مراد از عهد، قصد وقوع عقد و عهد است نه خود عهد. و اینکه ثواب در عبادات بر نیت است نیز نمی‌تواند دلیل بر قیاس آن با معاملات گردد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۸۶).

دلایل عدم ترتب اثر بر قصد قلبی را می‌توان در موارد ذیل خلاصه نمود:

۱. اصل عدم ترتب اثر.
۲. قصد در عقود نیازمند قبول طرف مقابل است که تا نداند این قبول واقع نمی‌گردد.

۳. از ادله شرعی معلوم می‌گردد که قرار دادن این معاملات برای رفع تنازع است و رفع تنازع هم زمانی حاصل است که قصد را فرد بیان کرده باشد.
۴. انما يحلل الكلام و يحرم الكلام.

در مقابل نیز قایلین به ترتب اثر دلایل ذیل را برای ادعای خود بیان کرده‌اند:

۱. روایت «لکل امرء ما نوى» (منتجب‌الدین، ۱۴۰۸ق، ص. ۱۰). پاسخ: این نیت زمانی مقبول است که بیان گردیده باشد روایت در مقام بیان این است که اگر چیزی نیت نشده باشد محصل نمی‌شود نه اینکه اگر بیان نشود قابل قبول است. و نیز این روایت تعارض با آیه شریفه «لیس للانسان الا ما سعی» دارد چرا که مراد از سعی عمل است نه صرف نیت قلبی (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۸۶).
۲. عقد عهد قلبی است پس ذیل «اوفوا بالعقود» قرار می‌گیرد. پاسخ: عقد عهد قلبی باشد را قبول نداریم، بلکه عقد عهد موکد است و تأکید نیز فقط با اظهار معلوم می‌گردد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۸۶).
۳. لفظ صرف کاشفیت از قصد دارد و صرفاً مقدمه است پس آنچه ملاک است نفس معانی است و الفاظ دخلی نخواهند داشت، فلذا وقتی کشف قصد شود لفظ ملاک نیست. پاسخ: اینکه مؤثر حقیقی قصد باشد برای ما ثابت نیست بلکه جزء مؤثر است، اما نمی‌تواند تمام دلیل باشد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۸۶). البته این پاسخ که لفظ در تحقق معامله مؤثر است، قابل مناقشه می‌باشد، چرا که در بحث معاطات به تفصیل این مسأله مورد نقد قرار گرفته است (انصاری، سال، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص. ۲۳). سپس وی اینکه شارع در عبادات اعمالی قرار داده و به صرف نیت اکتفا نکرده است را دلیل بر عدم کفایت نیت قلبی می‌داند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۸۶).

برخی از محققین معاصر فهم این مطلب را منوط به تبیین دقیق معنای انشا کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۲۸، ص. ۳۵۸).

همان‌گونه که گذشت گروهی که مشهور فقها می‌باشند انشا را عبارت می‌دانند از ایجاد المعنی باللفظ (آخوندخراسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۷۷؛ نائینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص. ۵۱۷؛ اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۱۶۲).

اما در مقابل گروه دیگر از جمله محقق خویی و دیگران انشا را عبارت از ابراز از آنچه در ذهن قرار دارد نه ایجاد می‌دانند (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۲۰۷). بنابراین رأی، انشا علت ایجاد معنی نیست چرا که منشاء یک امر تکوینی نیست، بلکه یک امر اعتباری است. بنابراین علت آن را هم باید در عالم اعتبار جستجو کرد پس در این حالت انشا صرفاً ابراز آن چیزی است که در عالم ذهن و اعتبار ایجاد گردیده است.<sup>۱</sup> با این وجود اراده جدی که متعلق به ابراز باشد با اراده جدی که متعلق به مبرز باشد متفاوت است (ابراز یک امر تکوینی است و مبرز یک امر اعتباری)<sup>۲</sup>.

اما بر مبنای مشهور اراده جدی به منشا با همان تلفظ انشا حاصل می‌شود، چرا که منشا معلول انشا است. همچنین در این صورت اراده تعلق گرفته به انشا زمینه‌ساز اراده تعلق گرفته به منشا می‌باشد. در این مبنا اراده تعلق گرفته به انشا همیشه جدی است چرا که با این انشا فرد ایجاد منشا می‌کند و تخلف بین انشا و منشا محال است، چرا که رابطه آنها در این نظر علت و معلول است. و نیز می‌توان این نکته را نیز فهمید که اراده‌ای که به ابراز تعلق گرفته است معلول اراده‌ای است که به مبرز تعلق گرفته است یعنی چون مثلاً بیع را اراده کرده پس اراده می‌کند انشاء بیع را که به وسیله آن بیع را در عالم خارج ایجاد کند (بحرانی، ۱۴۲۸ق، ص. ۳۶۰).

لازم به ذکر است همان‌گونه که ملاحظه می‌شود کلام این محقق مبتنی بر این است که لفظ در استعمال فانی در معنا باشد. برای همین لازم است قبل از اینکه ادامه کلام ایشان پی گرفته شود به این نکته اشاره شود:

چنان‌چه بیان شد مشهور اصولیون قائلند که در مقام استعمال و انشا لفظ فانی در معنا می‌شود. در مقابل قائلین به عدم‌چنین معنایی برای استعمال معتقدند که اولاً از آنجا که در مواردی که مستعمل هم وجود ندارد وقتی لفظی شنیده می‌شود، حالت فنائیت

لفظ در معنا و مراتب احساس می‌شود، نتیجه گرفته می‌شود که استعمال مستلزم این افنا نیست. ثانیاً در مقام استعمال هم خیلی وقتها مستعمل به لفظ توجه می‌کند و این گونه نیست که به آن توجه نداشته باشد مانند کسی که بخواهد الفاظ بلیغ و فصیحی به کار بگیرد (هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۹۱، ج ۱، ص. ۲۲۴؛ صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۱۳۲). برخی دیگر از اصولیون معاصر نیز وجدان را دلیل عدم افناء لفظ در معنا حین استعمال می‌دانند (حسینی میلانی، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۳۱۷).

برخی دایره استعمال را وسیع‌تر نموده و معتقدند که قوام استعمال به افهام مخاطب نمی‌باشد، بلکه اگر لفظی در معنای خود به کار رود خود استعمال می‌باشد و شاهد بر این مدعا را الفاظ ساهی و نائم و... می‌دانند که گرچه در مقام افهام مخاطب نیست ولیکن در مقام استعمال و انشا می‌باشد (هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۹۱، ج ۱، ص. ۲۲۵). در این نگاه اراده جدی داشتن متکلم از شرایط انشا نمی‌باشد.

اراده جدی به انشا، خود معلول اراده جدی دیگری است که در نفس وجود دارد پس چه‌بسا می‌توان این اراده جدی به انشا معلول یک اراده غیرجدی مثل هزل و یا استهزا و... باشد در این صورت یعنی زمانی که قرینه‌ای وجود داشته باشد تا به ما بفهماند که در پشت این اراده جدی به انشا یک اراده جدی نیست باز اراده انشا جدی خواهد بود، بنابراین باید گفت که اراده جدی خود دو قسم است یکی اراده جدی به اصل معنا به اعتبار آنکه در ذهن است دوم اراده جدی به اظهار و ابراز معنا.

پس با آنچه تا کنون بیان گردیده است معلوم می‌شود که در پشت اراده‌ای که تعلق به ابراز و اظهار گرفته است اراده‌ای دیگر قرار دارد. اکنون می‌گوییم که اراده‌ای که در پشت اراده ابراز قرار دارد نیز خود بر دو نوع است:

۱- اراده جدی بنائی: مراد آن است که فرد واقعا آنچه را که در بیرون قرار است اتفاق بیفتد را بخواهد مثلاً اگر بخواهد این بیع انجام شود بنابراین با این الفاظ بیع را انشا می‌کند واقعاً.

۲- اراده منبعث از ملائمت نفس با شی خارجی: مراد از این اراده آن است که فرد از روی طیب نفس و علاقه اینکار را انجام داده باشد و به اینکار از قلباً راضی باشد.

آنچه ملاک برای صحت معاملات بوده، اراده به معنای اول است یعنی اگر فرد واقعاً بخواهد که این بیع صورت بگیرد ولو اینکه قلباً میل ندارد مثلاً قیمت مطلوب او حاصل نشده است در این هنگام معامله او صحیح است چرا که اراده به ایجاد داشته است. اما آنچه منوط به اراده دوم که همان ملائمت است می‌باشد اموری مثل ثواب و عقاب (در صورتی که عمل عبادی باشد مثل وقف یا صدقه و...) و امثال آن است، اما آثار حقوقی بر این مطلب بار نیست.

دلیل بر این تقسیم‌بندی را هم می‌توان تقسیم معامله به معاملات همراه با رضایت و معاملات همراه با اکراه و... دانست، چرا که وقتی عقد انشا شد اراده به انشا قطعاً شده است و اگر اراده جدی مساوی با رضایت بود و بر دو قسم نبود دیگر این تقسیم‌بندی معنی نداشت.

پس ملاک برای تصحیح معامله همان اراده جدی به معنای اول است، اما اینکه در توریه و امثال آن چطور امر در خارج محقق نمی‌شود در حالی که این اراده جدی علی‌الظاهر وجود دارد باید گفت که در این موارد هم اراده جدی وجود ندارد و قرینه نوعی بر عدم است. اگرچه مخاطب آن را فهم نکند و اگر قرینه در توریه نباشد بر مبنای بسیاری از فقها کذب محسوب می‌شود. پس در توریه اراده استعمالی است و اراده بر تفهیم مخاطب نیز وجود دارد، اما اراده جدی وجود ندارد.

محقق عراقی معتقد است بین لفظ و معنا رابطه تکوینی وجود دارد، یعنی وقتی لفظ آمد معنا هم خود به خود می‌آید. مگر اینکه قرینه‌ای وجود داشته باشد تا این معنا را از لفظ دور کند. وی معتقد است که در مرحله وضع گرچه ابتدا به صورت اعتباری می‌باشد اما بعد این ارتباط به یک علقه تکوینی تبدیل می‌شود. پس رابطه لفظ و معنا متلازمین می‌شود. به طوری که با وجود یک تلازم امکان اینکه متلازم دیگر تحقق نیابد نیست (عراقی، ۱۴۱۷ ق، ج ۱، ص. ۱۰۴). پس با این وجود ادعای عدم اراده استعمالی



در کلام، صحیح نخواهد بود. زیرا وقتی لفظ هست باید اراده استعمالی بر معنا هم باشد. اما اراده تفهیمی نیز همیشه در این گونه مواقع وجود داشته چرا که فرد قصد تفهیم مخاطب و رسیدن به جواب را دارد. وجود این دو اراده به تنهایی کافی نیست بلکه نیاز به اراده جدی می‌باشد و اراده جدی زمانی حاصل است که قرینه بر خلاف آن، چه حالی و چه مقالی و چه نوعی و... وجود نداشته باشد. پس اراده جدی چیزی فراتر از اقدام به عمل و علم به ایقاع آن در خارج نیست.

#### ۴. تطبیق قاعده با عقود بانکی

در قراردادهای بانکی موجود جایگاه متعاقدین معین گردیده است. به عنوان مثال در ماده (۱) قرارداد جعاله بانکی آمده است:

ماده (۱). طرفین قرارداد: این قرارداد براساس قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) مصوب ۱۳۶۲/۰۶/۰۸ مجلس شورای اسلامی و آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌های ابلاغی از سوی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بین امضاکنندگان ذیل منعقد می‌گردد:

- الف) بانک/ مؤسسه اعتباری ---، شعبه ---، کد ---، به‌نشانی ---، با نمایندگی آقای/ خانم ---، به‌عنوان عامل که از این پس در این قرارداد بانک/ مؤسسه اعتباری --- نامیده می‌شود.
- ب) (در صورتی که تسهیلات‌گیرنده شخص حقیقی باشد) آقای/ خانم ---، فرزند ---، تاریخ تولد ---، شماره شناسنامه ---، محل صدور ---، شماره سریال شناسنامه ---، کدملی/ شماره اختصاصی اتباع خارجی/ شماره گذرنامه اتباع خارجی ---، کد اقتصادی ---، کدپستی ---، به‌نشانی ---، شماره تماس ثابت ---، شماره تلفن همراه ---، پست الکترونیک ---، که از این پس در این قرارداد جاعل نامیده می‌شود.

در تبصره ماده (۵) این قرارداد آمده است: در صورتی که در ضمن انجام عملیات جعاله، بروز مضایق و موانعی از قبیل --- مانع ادامه عملیات جعاله شود، جاعل موظف به رفع آن مضایق و موانعی می‌باشد و در صورت عدم‌رفع و متعذر بودن ادامه

عملیات، جاعل موظف است علاوه بر عودت اصل مبلغ اعطایی مندرج در این ماده به بانک/ مؤسسه اعتباری متناسب با کار باقیمانده از موضوع جعاله، جعل بانک/ مؤسسه اعتباری را متناسب با کار انجام شده پرداخت نماید. جاعل حق هرگونه ایراد و اعتراض نسبت به ناتمام ماندن عملیات جعاله و جعل بانک/ مؤسسه اعتباری را از خود سلب و اسقاط نمود. بند (۲) ماده (۵) این‌گونه بیان می‌دارد: بانک/ مؤسسه اعتباری می‌تواند انجام تمام یا بخشی از موضوع این قرارداد را به تشخیص و صلاحدید خود، در قالب قرارداد دیگری واگذار نماید. همچنین در ماده (۷) ذکر شده است که: جاعل ضمن عقد خارج لازم تمامی تعهدات و مفاد این قرارداد را پذیرفته و حق فسخ این قرارداد را از خود سلب نمود.

و نیز در ماده (۱) قرارداد مضاربه آمده است:

ماده (۱). طرفین قرارداد: این قرارداد براساس قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) مصوب ۱۳۶۸/۰۶/۰۸ مجلس شورای اسلامی و آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌های ابلاغی از سوی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بین امضاکنندگان ذیل منعقد می‌گردد:

- الف) بانک/ مؤسسه اعتباری ---، شعبه ---، کد ---، به‌نشانی ---، با نمایندگی آقای/ خانم ---، به‌عنوان مالک که از این پس در این قرارداد بانک/ مؤسسه اعتباری --- نامیده می‌شود.
- ب) (در صورتی که تسهیلات‌گیرنده شخص حقیقی باشد) آقای/ خانم ---، فرزند ---، تاریخ تولد ---، شماره شناسنامه ---، محل صدور ---، شماره سریال شناسنامه ---، کدملی/ شماره اختصاصی اتباع خارجی/ شماره گذرنامه اتباع خارجی ---، کد اقتصادی ---، کدپستی ---، به‌نشانی ---، شماره تماس ثابت ---، شماره تلفن همراه ---، پست الکترونیک ---، که از این پس در این قرارداد عامل نامیده می‌شود.

در بند (۷) قرارداد مضاربه آمده است: عامل قبول و تعهد نمود که در طول مدت این قرارداد به اجرای مضاربه موضوع این قرارداد مباشرت نماید و هر نوع کار لازم

جهت اجرای موضوع این قرارداد را رأساً انجام دهد و بدون موافقت بانک انجام هیچ‌یک از عملیات موضوع این قرارداد را واگذار ننماید.

با توجه به اینکه ملاک اراده استعمالی نه انشائی است از آنجا که در قراردادهای بانکی موجود جایگاه متعاقدین معین است، مشکلی در قراردادها به لحاظ ظاهری نخواهد بود، زیرا همان‌طور که ملاحظه می‌شود نه تنها جایگاه طرفین قرارداد معلوم است، بلکه شرایط هر کدام نیز در این قراردادها معین گردیده است پس با توجه به آنچه بیان گردید زمانی که فرد قرارداد را امضا نمود اراده استعمالی او بر آن چیزی است که در قرارداد بیان شده است. اما اگر ملاک اراده جدی و باطنی افراد باشد، قراردادهای بانکی با مشکل مواجه خواهد شد، چرا که روشن بودن جایگاه متعاملین نمی‌تواند اراده باطنی آنها که ملاک است را مشخص نماید در نتیجه قرارداد مزبور صحیح نخواهد بود. این مبنا با توجه به توضیحات داده شده مورد قبول نبوده و آنچه معیار و ملاک در عقود بانکی است اراده استعمالی و ظاهری افراد است.

در نتیجه آنچه مشاهده می‌شود این است که جایگاه متعاملین که در عقد جعاله همان جاعل و عامل و در عقد مضاربه همان مالک و عامل (مضارب) می‌باشد به روشنی معلوم بوده و وظایف آن دو و تعهداتشان نسبت به یکدیگر مشخصاً تبیین شده است و با توجه به مبنای اتخاذ شده مبنی بر ملاک بودن اراده استعمالی جای هرگونه ایراد را در این قراردادها بسته است. بنابراین از آنجا که متعاملین این قرارداد را امضا می‌کنند اشکال اول و دوم که سابقاً در بیان مسأله ذکر شد خود به خود مرتفع است. اما اگر اراده استعمالی کافی نباشد هیچ راهی برای پی‌بردن به اراده واقعی وجود نخواهد داشت. لذا چاره‌ای جز تطابق اراده استعمالی و جدی نخواهد بود و باید حکم به حقیقی بودن اراده شخص مراجع به بانک و امضاکننده قرارداد داد. چرا که راهی به جز این برای پی‌بردن به اراده باطنی افراد نمی‌باشد. فقها این مطلب را به‌عنوان یک قاعده در مباحث مربوطه بیان کرده‌اند و مقام قاعده بودن چنین اقتضا دارد که نوع افراد نه شخص را ملاک قرار داد. در نتیجه اگر در موردی قرائن حکم به وجود اراده‌ای به غیر از آنچه فرد بیان کرده است وجود داشته باشد تا زمانی که به مرحله قطعیت نرسیده

به طوری که مخل انعقاد ظهور در اراده استعمالی گردد، نمی تواند تأثیری در عدم صحت معامله داشته باشد.

### جمع بندی و نتیجه گیری

با توضیحاتی که داده شد معلوم می گردد که در این معامله فرد اراده استعمالی دارد، زیرا رابطه لفظ با معنا را تکوینی فرض کردیم پس وقتی لفظ است لاجرم معنای استعمالی می باشد اراده تفهیمی هم وجود دارد چرا که فرد با این قرار داد قصد تفهیم مخاطب را داشته است. اراده جدی به معنای اول هم هست، زیرا فرد واقعاً قصد معامله و بستن قرار داد با بانک را دارد چرا که قبلاً بیان شد اراده جدی چیزی فراتر از اقدام عالمانه به عمل نیست فقط آن چیزی که وجود ندارد اراده جدی به معنای دوم است یعنی فرد قبلاً به این معامله رضایت ندارد. بله اگر قرینه ای اعم از خفی یا جلی، حالی یا مقالی، و... بر عدم این اراده جدی بود امکان حکم به عدم آن بود در غیر این صورت باید حکم به اراده جدی داد (بحرانی، ۱۴۲۸ق، ص. ۳۵۸).

خلاصه و نتیجه کلام این است که ملاک در اراده همان اراده ظاهری است و تا قرینه ای ظاهر در این نباشد که اراده جدی در پشت این اراده ظاهری نیست حکم به جدی بودن این اراده داده خواهد شد.

نهایت اگر شک در وجود چنین اراده ای در فرد شد باید به قول او (اثباتاً و یا نفیاً) اعتماد نمود. زیرا مورد از جمله مواردی است که به غیر از مدعی کسی نمی تواند بدان علم پیدا کند. اجماع و استقراء در ادله فقهی و ظواهر قوانین شرع و... از جمله ادله اعتماد به قول مدعی در چنین مواردی می باشد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۶۱۹).  
صاحب عناوین معتقد است قصد بدون لفظ قابل قبول نیست و لفظ بدون قصد نیز قابل قبول نخواهد بود.

اگر عاقد اقرار کرد که قصد او فلان مطلب بوده است از او پذیرفته می شود، زیرا قصد از امور باطنی است که غیر از خود فرد کسی نمی تواند بر آن آگاهی یابد. اینکه این اقرار چون مفید فرد است پس مسموع نیست را قبول نداریم زیرا این استماع نه از باب اقرار است که اشکال وارد باشد، بلکه از باب انحصار طریق است.

همچنین است اگر لفظی را به زبان آورد سپس مدعی شد که معنا را قصد نکرده است نیز مسموع نخواهد بود، زیرا ظاهر آن است که فرد قصد کرده بود. پس در این حال انکار او قابل قبول نخواهد بود قبول قول او در این هنگام فرع وجود شکی است که با این ظهور از بین رفته است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۸۵).

### یادداشت‌ها

۱. وی در حاشیه خود بر کلام محقق نائینی این گونه می‌گوید: «بل التحقیق آن یقال آن المراد من المسبب فی المعامله لیس هو الإمضاء الشرعی أو إمضاء العقلاء ضرورة أن البیع و نحوه اسم لفعل البائع و هو یصدر منه لا من غیره بل - المراد منه هو الاعتبار الصادر من البائع المظهر باللفظ أو بغيره و الاعتبار امر قائم بالمعتبر بالمشافرة بلا احتیاج إلى سبب أو آلة و قد عرفت سابقاً انه لا أساس لما هو المعروف من کون الانشاء عبارة عن ایجاد المعنی باللفظ و علی ما ذکرناه فإذا کان دلیل الإمضاء وارداً فی مقام إمضاء الاعتبارات الصادرة من المتعاملین فمقتضى إطلاقه و عدم التقييد بمظهر خاص یتثبت عموم الإمضاء لكل ما یمکن أن یمکن أن یمکن مظهراً له و بذلك یتستغنی عن جمیع ما أفید فی المقام فی وجه التمسک بالإطلاقات فی المعاملات مع عدم تماميتها فی انفسها فافهم و اغتتم» (نائینی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۴۹).

۲. بر مبنای این مسلک وضع تبعیت از اراده دارد و استعمال صرفاً ابرازکننده آن تعهد می‌باشد. علمای اصول به این نظر و تبعیت آن از اراده اشکالاتی وارد نموده‌اند (هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۹۱، ج ۱، ص. ۱۳۸).

### کتابنامه

آخوندخراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۹ق). کفایة الأصول (چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.

اصفهانى، محمدحسین (۱۴۲۹ق). نهاية الدراية فی شرح الكفاية (چاپ دوم). بیروت: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لاحیاء التراث.

امامی، حسن (بی‌تا). حقوق مدنی (چاپ ششم). تهران: اسلامیه.

انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۲۸ق). فرائد الأصول (چاپ نهم). قم: مجمع الفکر الاسلامی.

بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ موسوی (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقهیة* (چاپ اول). قم: نشر الهادی.

بحرانی، محمدسند (۱۴۲۸ق). *فقه المصارف و النقود* (چاپ اول). قم: مکتبه فدک.

تستری، اسدالله (بی تا). *مقابس الانوار*. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

حائری یزدی، عبدالکریم (۱۴۰۶ق). *دررالفوائد*. قم: دارالتفسیر.

حسینی میلانی، علی (۱۴۲۸ق). *تحقیق الأصول* (چاپ دوم). قم: الحقایق.

محمدی، مهدی؛ سعدی، حسینعلی، و عسکری، محمد مهدی (۱۳۹۴). *مطالعه و تحلیل تطبیقی*

الگوی تکافل بر اساس فقه امامیه. *دوفصلنامه تحقیقات مالی اسلامی*، ۵(۱)، ۶۵-۸۸.

موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۰۷ق). *البیع*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۱۸ق). *تنقیح الأصول* (چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر

آثار امام خمینی (ره).

خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ق). *مصباح الفقاهه*. قم: غدیر.

خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۷ق). *محاضرات فی أصول الفقه* (جلد یکم، چاپ چهارم)، قم: انصاریان.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۰۴ق). *مفردات الفاظ قرآن* (چاپ دوم). تهران: دفتر نشر

کتاب.

شهیدثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة*. قم: داوری.

صدر، محمدباقر (۱۴۱۷ق). *بحوث فی علم الأصول* (چاپ سوم). قم: مؤسسه دائره المعارف فقه

اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام.

طباطبایی، محمدحسین (بی تا). *نهایه الحکمه* (چاپ دوازدهم). قم: مؤسسه نشر اسلامی.

عاملی، شهیدثانی (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة* (چاپ اول). قم: داوری.

عراقی، ضیاءالدین (۱۴۱۷ق). *نهایه الأفكار* (چاپ سوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق). *حاشیه مکاسب*. قم: دار المصطفی لایحیاء التراث.

- محقق داماد، مصطفی؛ قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، حسن؛ و عبدی پور، ابراهیم (۱۳۹۲). حقوق قراردادها در فقه امامیه (چاپ پنجم). تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها.
- مراغی، سیدمیر عبدالفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقهیة* (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۸۷). *أصول الفقه (با تعلیقه زارعی)* (چاپ پنجم). قم: بوستان کتاب.
- منتجب‌الدین، علی بن عبدالله بن بابویه الرازی (۱۴۰۸ق). *الأربعون حدیثاً عن أربعین شیخاً من أربعین صحابياً فی فضائل الإمام أمير المؤمنین علیه السلام (للرازی)* (چاپ اول). قم: مدرسه الإمام المهدي عجل الله تعالی فرجه الشریف.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۶). *فوائد الأصول* (جلد ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق). *عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام* (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۹۱). *درسنامه اصول فقه* (چاپ اول). قم: بنیاد فقه و معارف اهل بیت علیهم السلام.