

الله اعلم
بالحق



دانشگاه تبریز

پردیس بین المللی ارس
گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد
در رشته حقوق گرایش خصوصی

عنوان

مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول در حقوق ایران و افغانستان

استاد راهنما

دکتر ابراهیم شعاریان ستاری

استاد مشاور

دکتر حیدر باقری اصل

پژوهشگر

علی معصومی سرکش

دی ماه ۱۳۹۳

تقدیم بہ

پدر عزیزم

مادر عزیزم

ہمسفر عزیزم

تقدیر و سپاسگزاری:

از اساتید ارجمند "عالی جنابان دکتر ابراهیم شعاریان، دکتر حمید باقری اصل، دکتر سید محمد تقی علوی" که راهنمایی و مشاوره و داوری این پایان نامه را بر عهده داشته اند و در طول تحقیق از شخصیت علمی و انسانی شان بهره مند گشته ام کمال سپاسگزاری را دارم.

نام خانوادگی : معصومی سرکش		نام : علی	
عنوان پایان نامه : مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول در حقوق ایران و افغانستان			
استاد راهنما: دکتر ابراهیم شعاریان ستاری		استاد مشاور: دکتر حیدر باقری اصل	
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد	رشته: حقوق	گرایش: خصوصی	دانشگاه: تبریز
دانشکده: پردیس بین المللی ارس	تاریخ فارغ التحصیلی: دی ماه ۱۳۹۳	تعداد صفحه: ۱۲۶	
کلید واژه: ایجاب و قبول، ابزار اراده، توالی، توافق اراده ها، زمان و مکان وقوع عقد، زوال، بررسی تطبیقی			
چکیده:			
<p>بی تردید یکی از مباحث مهم بلکه اهم در حوزه قراردادها در معنای عام، موضوع ایجاب و قبول است، زیرا آن دو از ارکان اساسی هر قرارداد محسوب شده و به منزله جوهر عقد می باشند. در مورد ایجاب و قبول کتب، پایان نامه ها و مقالات متعدد و مختلفی به رشته تحریر در آمده است اما راجع به موضوع تحقیق حاضر « مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول در حقوق ایران و افغانستان » تا به حال گامی برداشته نشده است بنابراین و با توجه به ویژگی های موجود در حقوق افغانستان سعی می کنیم تحقیق و پژوهش حاضر را با انطباق و مقایسه با حقوق این کشور و با تکیه بر نظریات فقهای بزرگ امامیه و حنیفه و حقوقدانان برجسته مورد مطالعه قرار دهیم تا بهره اندکی هم که داشته باشد ما در پیمودن مسیر موفقیت و پیشرفت به سوی تصویب قوانین مناسب و تامین کننده نیاز های واقعی زمان مساعدت بنماید.</p>			

۱	مقدمه
۳	الف- بیان مساله
۳	ب- اهمیت تحقیق
۳	ج- پیشینه تحقیق
۳	د- سوالات تحقیق
۳	اول- سوالات اصلی
۴	دوم- سوالات فرعی
۴	ه- روش تحقیق
۴	و- نتایج مورد انتظار

فصل اول: کلیات

۵	مبحث اول- اراده و اجزای آن
۱۲	گفتار اول- قصد
۱۴	گفتار دوم- رضا
۱۴	الف- تعریف رضا
۱۸	ب- رابطه قصد و رضا
۱۹	اول- نظریه تفکیک اراده به قصد و رضا
۲۱	دوم- نظریه عدم تفکیک اراده به قصد و رضا:
۲۲	گفتار سوم- اعلام اراده
۲۲	الف- نظریه اراده باطنی:
۲۶	ب- نظریه اراده ظاهری:
۲۹	ج- نظریه اراده باطنی تعدیل یافته

۳۰ اول- دیدگاه حقوق افغانستان
۳۱ دوم- دیدگاه حقوق ایران
۳۳ گفتار چهارم- نحوه اعلام اراده
۳۵ الف- اعلام اراده صریح
۳۶ ب- اعلام اراده ضمنی
۳۷ گفتار پنجم- وسایل اعلام اراده
۳۸ الف- الفاظ
۳۹ ب- فعل
۴۱ ج- نوشته
۴۲ د- اشاره
۴۴ ه- سکوت

فصل دوم: ایجاب

۴۹ مبحث اول- مفهوم و شرایط نفوذ و تحقق ایجاب
۵۰ گفتار اول- معنا و مفهوم ایجاب
۵۲ گفتار دوم- تفاوت ایجاب با پیشنهاد
۵۴ گفتار سوم- تفاوت ایجاب با پیشنهاد در حقوق ایران
۵۵ مبحث دوم- شرایط محتوا و انواع ایجاب
۵۵ گفتار اول- شرایط ایجاب
۶۱ گفتار دوم- محتوای ایجاب
۶۳ گفتار سوم- انواع ایجاب
۶۴ مبحث سوم- ایجاب ملزم
۶۴ گفتار اول- تعریف و مفهوم ایجاب ملزم
۶۹ گفتار دوم- مبانی ایجاب ملزم
۷۳ مبحث چهارم- زوال ایجاب

گفتار اول- رد ایجاب	۷۳
گفتار دوم- عدول از ایجاب(فسخ ایجاب)	۷۴
گفتار سوم- مرگ یا عدم اهلیت ایجاب کننده	۷۵
گفتار چهارم- معدوم شدن موضوع معامله	۷۸
گفتار پنجم- ایجاب مکرر قبل از قبول	۷۹
گفتار ششم- ختم مجلس عقد	۸۰

فصل سوم : قبول

مبحث اول- مفهوم قبول و شرایط و اعتبار نفوذ آن	۸۱
گفتار اول- مفهوم قبول	۸۲
مبحث دوم- شرایط نفوذ و اعتبار قبول	۸۵
گفتار اول- مطابقت قبول با ایجاب:	۸۵
الف- تطابق در نوع معامله:	۹۱
ب- تطابق در ماهیت مورد معامله	۹۲
ج- تطابق در طرفین عقد	۹۳
گفتار دوم- وصول قبول به ایجاب کننده:	۹۵
مبحث سوم- قبولی اصلاح شده:	۹۷
گفتار اول- اصلاحات در شرایط اساسی:	۹۸
گفتار دوم- اصلاحات در شرایط غیراساسی (قبولی مشروط):	۹۸
گفتار سوم- نقش تأیید نامه‌ها:	۹۹
مبحث چهارم- انواع قبول	۱۰۰
گفتار اول- قبول لفظی:	۱۰۱
گفتار دوم- قبول عملی:	۱۰۲
گفتار سوم- سکوت قبول کننده	۱۰۳
گفتار چهارم- انعقاد قرارداد تحت شروط استاندارد	۱۰۵

۱۰۶	مبحث پنجم- آثار قبول
۱۰۷	گفتار اول- زمان تأثیر قبول
۱۱۳	گفتار دوم- مکان تأثیر قبول
۱۱۵	مبحث ششم- زوال قبول
۱۱۶	گفتار اول- عدول از قبول
۱۱۶	گفتار دوم- مرگ و زوال اهلیت قبول کننده
۱۱۷	گفتار سوم- قبول پس از سقوط ایجاب
۱۱۹	نتیجه گیری
۱۲۳	منابع و مآخذ

الف - بیان مساله

از نظر لغوی ایجاب به معنی واجب کردن، لازم گردانیدن و قبول به معنای پذیرفتن و گرفتن چیزی، گفتار کسی را برآستی و درستی پذیرفتن می باشد و در اصطلاح حقوقی هم ایجاب عبارت از اعلام اراده کسی است که دیگری را بر مبنای معینی به عقد بستن می خواند که به این شخص موجب اطلاق می شود. و قبول به معنی رضای بدون قید و شرط به مفاد ایجاب است. مطابق بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون مدنی یکی از شرایط اساسی صحت معامله داشتن قصد و رضایت طرفین معامله است، آنچه مسلم است اینکه هر دوی آنها امری معنوی و درونی است و در اینجا به معنای اشتیاق به ایجاد، قصد ایجاد و انشا عقد است. بدون شک و تردید آنچه به عقود حیات و جان می بخشد قصد طرفین است و عقود خارج از قصد متعاملین محقق نمی شود. منتها برای تحقق عقد صرف اراده ی حقیقی یعنی قصد انشا کافی نمی باشد و لاجرم امر دیگری هم باید دخیل باشد که دلالت بر قصد انشا کند و آن را اراده انشایی یا خارجی می گویند. به همین جهت ماده ۱۹۱ قانون مدنی مقرر می دارد «عقد محقق می شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». اصولاً در هر کشوری قوانین حاکم متناسب با نیازهای موجود جامعه به تصویب می رسند که امکان اصلاح و یا تکمیل آن به طور کامل به موازای پیشرفت و توسعه تکنولوژی و گسترش روابط حقوقی و اجتماعی و اقتصادی و مآلاً ضرورت‌های جامعه، وجود ندارد و در مقاطع تجدید نظر هم مرجع قانونگذاری آنگونه که اقتضا می کند اهتمام و ابتکاری به خرج نمی دهد و تنها با وضع قوانینی به پاره ای از مشکلات و نیازها پاسخ می دهد. بدین سبب است که در نظام های حقوقی کشورها به دنبال بروز کمبود و نیاز های اجتماعی ناشی از همان گسترش روابط، علمای حقوق با احساس تکلیف در مقابل عامه مردم با رعایت اصول مورد احترام قانونگذار و یاری جستن از نظریات ارائه شده در صدد گشایش مشکل و یافتن راه حلها برمی آیند و از طرفی به منظور نیل به اهداف عالیه با تحقق نظام قانونگذاری پیشرفته، به مطالعه تطبیقی با نظام های حقوقی برتر دیگر کشورها می پردازد. وضع قانون مدنی ماهم مستثنی از این امر نیست زیرا همانطوریکه اشاره شد ایجاب و قبول یکی از مسائل بسیار مهم در حوزه قراردادهاست و از ارکان اصلی و اساسی آنها به شمار می آید و مع الوصف به این موضوع به صورت خیلی محدود پرداخته شده است. از اینروست که محققان عرصه حقوق تلاش کرده اند در تمامی زمینه ها از جمله موضوع حاضر که قانون مدنی حکمی را بیان نکرده و یا مجمل است مطالعاتی را با نظر به حقوق کشورهای مطرح جهان از جمله فرانسه، آمریکا، آلمان، مصر و سوئیس به عمل آورده و نتیجه را در قالب کتاب، پایان

نامه و یا مقاله به جامعه ارائه نمایند. در تحقیق حاضر حقوقی که مد نظر بوده و به عنوان اساس تطبیق قرار گرفته است حقوق مدنی کشور جمهوری اسلامی افغانستان می باشد. انتخاب این گزینه به عنوان اساس تحقیق شاید چندان جالب و با اهمیت به نظر نرسد که این امر هم به نظر متاثر از عدم اشتها جهانی نظام حقوقی افغانستان می باشد، لیکن نتیجه مطالعات معمول با لحاظ برجستگی هایی که در حقوق موصوف شاهد خواهیم بود، مطمئناً میزان اهمیت بالای آن را هویدا خواهد کرد. قانون مدنی این کشور مبتنی بر دین اسلام و منطبق با فقه حنفی بوده و در سال ۱۳۵۵ هجری شمسی مشتمل بر ۲۴۱۶ ماده به تصویب رسیده است و از ماده ۵۰۶ الی ۵۲۶ و هکذا مواد ۵۲۸، ۵۲۹ و ۱۰۳۷ یعنی مجموع بیست و سه ماده موضوع مورد نظر اختصاص یافته است. برای مثال به چند نمونه مهم از مقررات حاکم بر ایجاب و قبول در قانون مدنی افغانستان اشاره می شود:

۱- تعیین موعد برای قبول:

ماده ۵۱۶ قانون مدنی افغانستان مقرر می دارد « (۱) هرگاه برای قبول، معیاد تعیین شده باشد، ایجاب کننده نمی تواند تا ختم معیاد معینه از ایجاب خود منصرف گردد. (۲) در صورت عدم تصریح معیاد، قبول احياناً از قرائن ظاهری و یا طبیعت معامله شده می تواند.» بند ۱ مبین اینست که مثلاً کسی پس از توفقات لازم با مشتری راجع به یکباب خانه ای، بگوید فروختم یا می فروشم و برای قبول آن مهلتی تعیین کنند، تا انقضای مهلت معین، موجب نمی تواند از ایجاب خود صرف نظر کند. و بند ۲ ماده هم شامل است که برای قبول مدت تعیین نشده باشد که در این صورت قرائن ظاهری و یا ماهیت معامله تعیین کننده خواهد بود.

۲- قبول پنداشته شدن سکوت در عقود تحت شرایط خاص:

ماده ۵۲۶ قانون مدنی افغانستان مقرر می دارد « سکوت وقتی قبول پنداشته می شود که بین عاقدین سابقه وجود داشته و ایجاب نیز بر اساس این تعامل صورت گرفته باشد و یا ایجاب به منفعت خالص طرف مقابل باشد» به موجب این ماده سکوت در معاملات وقتی قبول پنداشته می شود که طرفین، قبل از انعقاد عقد پیرامون موضوع آن به گفتگو نشسته و توافقاتی را به عمل آورده باشند و ایجاب نیز بر این اساس صورت گرفته باشد و یا اینکه ایجاب قطعاً به نفع طرف مقابل باشد.

۳- ملاک تعیین زمان و مکان عقد بین طرفین غایب:

در این خصوص ماده ۵۲۳ قانون مدنی افغانستان مقرر می دارد « عقد بین طرفین غایب در زمان و مکانی کامل پنداشته می شود که ایجاب کننده از قبول طرف مقابل علم حاصل کرده باشد (۲) قبول به مجرد وصول به ایجاب کننده چنان فرض می شود که به آن علم حاصل شده است.» همانطوریکه معلوم است مقنن کشور یاد

شده زمان و مکان وقوع عقد را جا و زمانی دانسته است که ایجاب کننده و در آن محل زمان از قبول طرف مقابل علم حاصل کرده باشد. لازم به ذکر است قانون مدنی جمهوری اسلامی در تمامی موارد ساکت است.

ب- اهمیت تحقیق

بررسی تطبیقی ایجاب و قبول در حقوق ایران و افغانستان به منظور تبیین مبانی نظری ایجاب و قبول و بررسی نقش انشاء و اراده در تحقیق عقد از اهداف مهم این پایان نامه می باشد، تا شاید بتوان با بیان نقاط قوت و ضعف و بررسی آنها در جهت انتخاب مکانیسم های برتر برای تبیین هر چه بهتر مقررات مرتبط به انعقاد قرار داد در حقوق ایران گامی مفید برداشته باشیم.

ج- پیشینه تحقیق

همانطوریکه معروض گردید در رابطه با ایجاب و قبول به طور مستقل و یا به شکل تطبیقی با حقوق سایر کشور های مطرح از جمله حقوق فرانسه ، آلمان ، آمریکا ، مصر و سوئیس تحقیقاتی صورت گرفته لیکن راجع به موضوع حاضر تا به حال گامی برداشته نشده است که به لحاظ اهمیت قضیه و برجستگی و ویژگی های که حقوق مدنی افغانستان از آن برخوردار است و از طرفی حقوق هر دو کشور برخاسته از حقوق اسلامی است ضرورت بررسی و مطالعه تطبیقی مقررات حاکم بر ایجاب و قبول در حقوق ایران و افغانستان در قالب یک تحقیق احساس می شود. در خصوص موضوع پایان نامه با توجه به اینکه در هیچ یک از آثار حقوقی پایان نامه های تحصیلات تکمیلی بطور مستقل، سابقه طرح ندارد و موضوع پیشنهادی بدیع و تازه می باشد، لذا طرح بررسی تطبیقی ایجاب و قبول در حقوق ایران و حقوق افغانستان به عنوان موضوعی مستقل علاوه بر فوائد نظری می تواند از نظر کاربردی نیز در نظام حقوقی ایران مفید واقع شود.

د- سوالات تحقیق

اول- سوالات اصلی

- ۱- تعریف ایجاب و قبول در حقوق ایران و افغانستان چیست؟
- ۲- وسایل ابراز اراده در حقوق ایران و افغانستان کدام ها هستند؟
- ۳- مبانی تمیز مرحله مقدماتی گفتگوها از ایجاب و قبول در حقوق ایران و افغانستان چیست؟

۴- آثار ایجاب در حقوق ایران و افغانستان چیست؟

۵- در معاملات غیر حضوری مبنای تشخیص زمان و مکان در حقوق ایران و افغانستان چیست؟

۶- امتیازات احکام ایجاب و قبول در قانون مدنی افغانستان نسبت به قانون مدنی ایران کدام است؟

دوم- سوالات فرعی

۱- از نظر حقوق ایران و افغانستان آیا اختیار قبول پیشنهادی حقی برای طرف آن بوجود می آورد یا اثر

ایجاب تنها اباحه و اذن است؟

۲- فاصله زمانی ایجاب و قبول در حقوق ایران و افغانستان چقدر است؟

۳- سکوت طرف ایجاب در حقوق ایران و افغانستان چه حکمی دارد؟

ه- روش تحقیق

روش انجام این تحقیق مثل دیگر آثار حقوقی غالباً بر اساس روش کتابخانه ای و استنادی و تحلیل

حقوقی می باشد که در این راستا کتب و مقالات حقوقدانان ایرانی و افغانی و همچنین کتب و نظریات فقهای

بزرگ امامیه و حنفیه مورد بررسی قرار گرفته و استفاده لازم به عمل آمده است.

و- نتایج مورد انتظار

با بررسی حقوق افغانستان در رابطه با احکام و قواعد حاکم بر ایجاب و قبول و مقایسه آن با مقررات

حاکم بر همان موضوع در حقوق ایران به نظر می رسد فوایدی حاصل شود که زحمات معمول در این مسیر را

توجیه بنماید به عنوان نمونه :

۱- محاسن اختصاص مواد قابل توجهی از قانون مدنی به بحث ایجاب و قبول آشکار خواهد شد.

۲- با مطالعه تطبیقی حقوق ایران و افغانستان در زمینه ایجاب و قبول قوت و ضعف هر دو نظام از حیث

مقررات حاکم بر موضوع تحقیق به خوبی روشن خواهد شد.

۳- نتیجه تحقیق می تواند مورد توجه مرجع قانونگذاری قرار گیرد تا در راستای تکمیل قوانین مورد نیاز و

احیاناً شفافیت قوانین حاکم اهتمام بیشتری به عمل آورد.

فصل اول

کلیات

مبحث اول - اراده و اجزای آن

اراده در لغت تازی از ماده (رود)^۱ به معنی طلب، قصد، برگزیدن و مشیت است و در اصطلاح دانشمندان علم کلام صفتی است که رجحان یکی از دو امر مقدور را بر دیگری اقتضا می‌کند.^۲

اراده عبارت از یک نوع تحریک عصبی و عمل دماغی می‌باشد که بوسیله آن انسان می‌تواند اموری را انجام دهد.

اموریکه بوسیله اراده انجام می‌گیرد بر دو نوع است.

۱- امور مادی مانند: حرکت دست، پا، زبان و امثال آن.

۲- امور معنوی و تصویری مانند: صرف نظر کردن از کسی یا چیزی و امثال آن.^۳

اراده از نظر حقوقدانان حرکت نفس بطرف کار معین پس از تصور و تصدیق منفعت و اشتیاق به آن است.

در قدیم این لغت را در علم کلام درباره خدا و مشیت او بکار می‌بردند، قصد را در فقه بکار می‌بردند مانند قصد فعل و قصد انشاء. اکنون تدریجاً به جای قصد، اراده شایع شده است. اراده بخش ذهن است با گزینش ضمیر در رابطه با فعل یا ترک آن.

قصد آدمی که مایه وجود اثر حقوقی گردد (قصد انشاء) این قسم اراده، مختص به عقود و ایقاعات است. در اراده انشائی قصد نتیجه وجود دارد این قصد را اراده انشائی گویند.

و اراده باطنی عبارت از رضا که در ضمیر خلجان کند و هنوز به مرحله اظهار برای تحقق اثر حقوقی نرسیده باشد. این نوع اراده گاهی مخالف و مغایر با اظهار صاحب اراده، از کار در می‌آید. پس اختلاف کرده اند که ملاک کار اراده ظاهری است یا اراده باطنی؟^۴

و اراده باطنی را ازینرو اراده حقیقی گفته اند که پایه و اساس کار مرید است و آثار حقوقی از آن نشأت می‌گیرد.

۱- سعید، رجحان "رابطه قصد و رضا در اعمال حقوقی" وبلاگ حقوقی رجحان، ۱۳۸۷/۱/۵.

http://rojhanlaw.blogfa.com

۲ - جلیل، فنواتی، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، چاپ سیزدهم، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۸۳، ص ۲۷.

۳ - سیدحسن، امامی، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۳، ج ۴، ص ۱۵.

۴ - محمد جعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۲۴۲-۲۴۳.

در یک عقد طرفین آن باید در محیط آرام و دور از تهدید و ارعاب نفع و ضرر خود را سنجیده و بدون اکراه تصمیم بگیرند و از عمل حقوقی که انجام می دهند رضایت داشته باشند. رضائی که در نتیجه مثلاً اکراه ارائه شود مطلوب و کامل نیست و برای اینکه نتیجه درست ازان عقد بدست آوریم کافی نیست.

در انواع مختلف عقود آنچه که اراده به پدید آوردن آن تعلق می گیرد امر مخصوصی است که این امر مخصوص در عقد نکاح، زوجیت، در عقد اجاره ملکیت منفعت و در عقد بیع ملکیت عین است. و آنچه در اثر تحریکات عصبی در صفحه دماغ آدمی موجود می شود آنرا اراده حقیقی گویند. برای اینکه عقدی تحقق یابد تنها اراده حقیقی کافی نیست. و احتیاج به امری دیگری دارد که دلالت به قصد انشاء نماید و آنرا اراده انشائی یا اراده خارجی گویند. و آن اراده اولی یعنی اراده حقیقی باید بوسیله اراده انشائی بیان گردد که این بیان اراده انشائی بوسیله الفاظ صورت می گیرد.

بناءً برای انعقاد عقد هر دو نوع اراده لازم است و هیچ کدام بدون دیگری برای انعقاد عقد کافی نیست.^۱ در عالم حقوق به اراده نیروئی داده شده است که قادر است هر نوع عمل قضائی که قانون او را منع ننموده است بوجود آورد. این عمل قضائی گاه مولد حق می باشد و گاهی مسقط آن. افراد بوسیله اراده گاهی اعمالی را انجام می دهند که موجب تجاوز به حق دیگری نمی گردد، مانند حیازت مباحات، ابراء و امثال آن. اراده فرد چنانچه بتواند به تنهایی، مولد یا مسقط حق قرار گیرد آنرا ایقاع گویند. که مهمترین ایقاعات عبارت اند از حیازت مباحات و احیاء موات، ابراء، طلاق، فسخ، اعراض، رجوع و بذل مدت و امثال آنها.

اما اگر افراد بوسیله اراده دست به اعمالی بزنند که بطور مستقیم یا غیرمستقیم تجاوز به حق دیگری باشد، در این صورت نمی تواند اراده این شخص موثر قرار گیرد، مگر کسیکه به حق او تجاوز شده است نیز موافقت با آن امر نماید. در این صورت موارد با توافق دو اراده، اعمال قضائی انجام می شود. و در صورتیکه توافق دو اراده مولد یا مسقط حق قرار گیرد آنرا عقد یا قرارداد نامند مانند بیع و اجاره که شرط تحقق آن اراده دو طرف است،

۱- سیدجلال الدین، مدنی، **حقوق مدنی**، اسباب تملک (عقود- ایقاعات- تعهدات)، چاپ اول، انتشارات پایدار، ۱۳۸۵، جلد دوم، ص ۲۷۷.

این است که ماده ۴۹۷ قانون مدنی افغانستان می گوید: «۱- عقد عبارت از توافق دو اراده است به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون ۲- به اثر عقد و جایب هریک از عاقدین در برابر یکدیگر مرتب می گردد.»^۱ از نظر تحلیلی، اراده یک سلسله اعمال دماغی که یکی پس از دیگری بوجود می آید و امری را ایجاد می نماید، می باشد.

برای انجام یک عمل بصورت ارادی طی مراحل زیر لازم است:

۱- مرحله تصور: هر عمل ارادی با علم و ادراک آغاز می شود. و در واقع ادراک معنی کار و پیش بینی اجرای آن، وجه امتیاز اعمال ارادی از غیرارادی است. مثلاً در مورد فروش خانه شخصیکه می خواهد مالی را بفروشد، میزان سود و زیان و نحوه انتقال آنرا به ذهن می آورد و همین امر مقدمه اراده فرد بر انعقاد عقد است. و در این مرحله صرفاً تصویری از چنین امری در ذهن شخص خطوط می نماید. حقوق به این مرحله توجه کرده است، و اگر کسی بدون علم و ادراک دست به کاری بزند، عمل ارادی درستی تحقق پیدا نمی کند.^۲ و این امر بدیهی است که انجام عمل ارادی بدون تصور موضوع آن ممکن نیست، چگونه می توان از آنچه که آگاهی نداریم، اراده ای داشته باشیم بنابراین مثلاً در موضوع فروش خانه، نخست موضوع فروش یعنی خانه و معامله آن در ذهن فروشنده نقش می بندد. این مرحله بطور قهری و بدون اختیار و اراده در ذهن معامله کننده ایجاد می شود. زیرا لازمه بودن این مرحله تسلسل باطل خواهد بود.^۳

۲- مرحله سنجش: در این مرحله شخص تصورات گوناگونی را که در ذهن خطوط نموده ارزیابی می کند و سود و زیان انجام یا ترک فعل را می اندیشد. در مثال بالا پس از خطوط خانه و فروش آن در ذهن، شخص جنبه های مختلف آنرا بررسی و آثار گوناگون آنرا از جهت سود و زیان و دیگر نتایج اقتصادی و اخلاقی ارزیابی و مفید بودن آن معامله را تصدیق می کند.

۳- مرحله رضا و تصمیم: در این مرحله معامله کننده پس از ارزیابی معامله، در صورتیکه آنرا موافق با میل خود بداند به آن تمایل پیدا می کند. این تمایل را در اصطلاح حقوق رضا گویند. بنابراین مرحله رضا و تصمیم، غیر از قصد یعنی عنصر سازنده عمل حقوقی است و تنها زمینه روانی انشای معامله را فراهم می آورد. حکیمان این حالت نفس را اراده و برخی حقوقدانان اسلامی آنرا شوق مؤکد می نامند. در این مثال درین مرحله

۱- قانون مدنی افغانستان، ماده ۴۹۷،

۲- جلیل، قنواتی، پیشین، ص ۳۱.

۳- سعید، رجحان، پیشین، ص ۲۰.

طرف پس از سنجش و ارزیابی فروش خانه و تصدیق به مفید بودن آن شوق به ایجاد و تمایل به انجام معامله پیدا می کند.

۴- مرحله اجرای تصمیم: تمایل و شوقی که به دنبال سنجش و ارزیابی در انسان پیدا می شود او را بسوی اجرای عملی آن به حرکت در می آورد. درین مرحله معامله کننده برای انشاء عمل حقوقی آماده شده و با امضای مندرجات سند معامله یا ابراز لفظی، قصد درونی خود مبنی بر ایجاد عقد را ابراز می کند. این مرحله که مهمترین مرحله از مراحل عمل اردای است در روند انجام عمل حقوقی نیز مهمترین مرحله بوده، قدرت خلاقه و سازنده اراده را نشان می دهد. یعنی در این مرحله معامله کننده در صدد اجرای آنچه تصمیم گرفته برمی آید و به فراهم نمودن مقدمات کار اقدام می نماید و بالاخره در اثر ایجاب و قبول طرفین عقد را منعقد می نمایند و با انجام این مرحله عمل حقوقی محقق شده و آثار آن پیدا می شود.^۱

روانشناسان قبل از اراده، دو مرحله و بعد از آن یک مرحله را مورد شناسائی قرار داده اند که در مجموع (با خود اراده) چهار مرحله می شود. ۱- مرحله ادراک ۲- مرحله تدبیر ۳- مرحله عزیمت و برانگیخته شدن (اراده) ۴- مرحله اجرا. در روان شناسی جدید این نظریه نضج گرفته که تمیز دقیق بین این مراحل به سهولت امکان پذیر نیست زیرا این مراحل به گونه ای از یکدیگر متأثر اند که تفکیک آنها از هم میسر نیست.

با این همه به نظر بعضی^۲ به تمام مراحل شوق اراده اطلاق می شود، بطوریکه به مراحل اولیه آن رضا گفته می شود و وقتی شدت یافت و به حدی رسید که صدور فعل از آن ضروری و اجتناب ناپذیر شد، به آن قصد اطلاق می شود. در حقیقت قصد همان اراده در بالاترین مرحله وجودی خود می باشد که غیرقابل برگشت بوده و از اختیار شخص نیز خارج است.

با این بیان مشخص شد که در رضا، اراده وجود دارد، لیکن بصورت ضعیف و جلوه بارزی ندارد، زیرا شخص به حسن هر عملی آگاهی پیدا کند، بطور قهری خواهان آن شده و به تحصیل آن راضی می شود و همین اندازه آثار آنرا اراده می کند.

۱ - سعید، رجحان، پیشین، ص ۳۲.

۲ - حسین، قشقائی، شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی در حقوق ایران و نظامهای حقوقی معاصر، چاپ اول، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی پژوهشکده فقه و حقوق، ۱۳۷۸، ص ۶۶.

اما در قانون مدنی افغانستان تفکیک بین اراده و رضا نشده و هر دو بطور مترادف استعمال شده است. از نظر معتزله رضا به معنی اراده است و عقیده دارند رضا و اراده معنی واحدی دارند که در مقابل اختیار است.^۱ این اختیار در فقه حنفی معادل قصد در فقه جعفری می باشد.

بناءً از نظر علمای حنفی اختیار بدون رضا محقق می شود اگرچه تحقق رضا بدون اختیار ممکن نیست، زیرا رضا اختیار کامل است. در فقه حنفی اساس و پایه تکوین عقد را اختیار می دانند و رضا را شرط صحت عقد می دانند. بناءً از نظر آنان اگر رضا در عقد نباشد عقد فاسد است. اما در قانون مدنی افغانستان تفکیکی از قصد و رضا نشده است و از قصد نامی برده نشده است. ولی رضایت عاقدین را شرط صحت عقد می داند. بنظر می رسد که این مورد قانون مدنی افغانستان از ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه گرفته شده است. در حقوق فرانسه بعضی از نویسندگان گفته اند که هرچند در زبان جاری رضایت به معنی اراده و میل شخصی است ولی در زبان حقوقی رضایت بمعنی توافق دو یا چند اراده می باشد.^۲ و از آنجایی که در ماده ۴۹۷ قانون مدنی افغانستان نیز عقد را توافق دو اراده دانسته است و در این ماده آمده است «عقد عبارت از توافق دو اراده است به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون» پس، رضایت به این مفهوم مترادف با اراده می باشد.

بنا بر آنچه در مراحل مختلف این فعالیت دماغی انجام می شود هرگاه صفحه ذهن اراده کننده را به پرده سینمایی تشبیه نمایم، مشاهده می گردد که پس از نمایش هریک از مقدمات چهارگانه مذکور در آخرین پرده این امر منعکس است که شخص عمل را انجام می دهد یا از آن صرفنظر می نماید. این عمل دماغی که تصمیم انجام عمل یا صرفنظر از آن می باشد، قصد انشاء نامیده می شود.^۳

در صورتیکه شخص در وضعیتی قرار داشته باشد که نتواند اراده نماید یعنی عمل را انجام یا ترک آنرا در صفحه ذهن خود تصویر کند، اراده موجود نشده و عمل قضائی انجام نگردیده است مانند شخص بیهوش و مست که اعصاب دماغی او در حال خمودند و نمی توانند افعال لازم را انجام دهند و اراده نمایند. قانون مدنی افغانستان در ماده ۵۱۲ به این موضوع پرداخته و چنین بیان می دارد: «اظهار اراده در حالت بیهوشی و یا اختلال عقلی ای که موجب فقدان قوه ممیزه گردد، گرچه این اختلال مؤقت هم باشد، باطل پنداشته می شود.^۴» آنچه در

۱ - جلیل، قنوتی، پیشین، ص ۵۲.

۲ - مهدی، شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ چهارم، انتشارات مجد، اسفند ۱۳۸۵، ص ۳۰۱.

۳ - سیدحسن، امامی، پیشین، ص ۲۱.

۴ - قانون مدنی افغانستان، ماده ۵۱۲.

این ماده بنظر می رسد علت بطلان آن عدم اراده شخص بر انجام معامله می باشد. مثال روشن که برای نداشتن اراده می توان زد و آن در مواردی است که کسی سندی را که نخوانده و از مضمون آن مطلع نشده و یا اینکه در آن سند چنان عباراتی بکار رفته که معانی آنرا نمی داند امضا کند. در این صورت مفاهیم مندرجات آن در صفحه ذهن امضا کننده منعکس نشده تا اراده موجود گردد.^۱

آنچه از ماده ۴۹۱ قانون مدنی افغانستان که عقد را تعریف نموده، برمی آید، می توان گفت برای ایجاد اثر حقوقی، طرفین باید اراده خود را به یکدیگر اعلام کنند و این دو اراده نیز باید با هم موافق باشد، بگونه ای که هر کدام چیزی را بخواهد که طرف دیگر آنرا می خواهد و همچنان آنچه در ماده ۵۱۲ قانون مدنی افغانستان بیان شد، اراده ای کارگزار است که سالم باشد و به اختیار و آگاهی اعلام شده باشد. در این ماده آمده است که «اظهار اراده در حالت بیهوشی و یا اختلال عقلی ای که موجب فقدان قوه ممیزه گردد، گرچه این اختلال مؤقت هم باشد، باطل پنداشته می شود.» این ماده قانون مدنی افغانستان از حقوق فرانسه گرفته شده است. در حقوق فرانسه اشخاص مجنون، و صغیر غیرممیز، اشخاص مست که قدرت فکر کردن به نتایج حاصل از اعمال خود را ندارند، فاقد رضا معرفی گردیده و قراردادهای منعقد بوسیله ایشان به علت فقدان رضا باطل اعلام شده است.^۲ چون در حقوق افغانستان قصد انشاء به عنوان یک عنصر مستقل از رضا در بین شرایط صحت عقد یا به عنوان منشأ پیدایش عقد در نظر گرفته نشده است، لذا در معاملات اشخاص مجنون و صغیر غیرممیز به علت فقدان رضا باطل اعلام شده است. بناءً در حقوق افغانستان اراده ای کارگزار است که سالم باشد یعنی از شخصی صادر شده باشد که عاقل و بالغ باشد و تحت اکراه قرار نداشته باشد. و شخص خودش از روی آگاهی و اختیار کامل تصمیم به انجام عمل حقوقی گرفته باشد.

آنچه از این مواد قانون مدنی برمی آید برای بسته شدن هر پیمان چهار مقدمه لازم است: ۱- وجود رضا (اراده) ۲- اعلام و بیان اراده ۳- توافق دو اراده ۴- سلامت اراده.

۱ - سیدحسن، امامی، پیشین، ص ۲۱.

۲ - مهدی، شهیدی، پیشین، ص ۲۶۶.