



مطالعه مراحل قصد انشاء و چگونگی ابراز آن در فقه امامیه و قانون مدنی مصر

*دکتر صادق مرادی **دکتر سید مهدی موسوی ***عباس اصغر زاده گنجی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۷/۰۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۹/۰۱

چکیده

در فقه امامیه از روش‌ها و شیوه‌های متعددی برای تبیین اجزا و عناصر انعقاد عقود خصوصاً قصد انشاء استفاده شده است. فقها قصد انشاء را بیشتر در فیما بین مباحث مربوط به عقد بیع بیان کرده و تشریح نموده‌اند ولی این رابطه یعنی رابطه قصد انشاء و ماهیت عقود در تمام عقود و قراردادها قابل مشاهده است به گونه‌ای که می‌توان گفت این مسئله سنگ بنای عقود است. تعریف عقد به عنوان تلاقی اراده متقابل طرفین و تأثیر خاص آن در ایجاد عقود مورد اتفاق و قبول همه فقها و حقوقدانان است و اصولاً هیچ عقدی بدون قصد انشاء محقق نمی‌گردد. در این مقاله مراحل قصد انشاء و نحوه ابراز آن در فقه امامیه و قانون مدنی مصر مطالعه شده است.

واژگان کلیدی: قصد انشاء، فقه امامیه، قانون مدنی مصر، اراده، عقد، رضا.

مقدمه

قصد در لغت به معنای «آهنگ داشتن و عزم» یا «هدفی که عقلاً بدان رضایت دهند»^۱ است. در اصطلاح فقه امامیه قصد عبارت است از دو اراده جدی که نسبت به انشای التزام حقوقی و تعهدات ناشی از آن عزم کرده‌اند و منظور از عزم به شیء نیز تحقق جدی اراده باطنی نسبت به آن التزام است.^۲ از منظر فقها، قصد انشاء ریشه و منشأ ایجاد روابط حقوقی و ایجاد آثاری است که طرفین، عقد را برای آن هدف محقق کرده‌اند. منظور از قصد، قصد تحقق عقد^۳ یا به عبارتی قصد ایجاد ماهیت حقوقی یا قصد انشاء است. بنابراین، آثار عقود وقتی جاری می‌شود که قصد ایجاد آثار مزبور از سوی طرفین عقد انشاء شده است. البته مشروط به آنکه شارع آثار مطلوب طرفین عقد را برای آن عقد به رسمیت شناخته باشد.^۴ «ملا احمد نراقی» در مورد مبانی این تعریف بیان کرده است: طرفین قرارداد باید از آثاری ناشی از قصد انشاء مطلع باشند و در صورتی که یکی از آن‌ها از این امر مطلع باشد ولی دیگری اطلاعی از این امر نداشته باشد، این آثار هرگز جاری نخواهند شد.^۵ در تعریف اخیر، قصد انشاء به معنای قصد تحقق مفاد عقد و انشاء وسیله‌ای برای عینیت یافتن منشأ در عالم خارج است. لازم به ذکر است که در فقه امامیه نیز همانند تمام نظام‌ها و مکاتب حقوقی، قصد انشاء عنصر اصلی عقد است. البته باید توجه داشت که اگر اراده واقعی به شکل اراده ظاهری متجلی نشود، در عالم حقوق مؤثر نخواهد بود. با ملاحظه قانون مدنی مصر نیز برخی شباهت‌ها و تفاوت‌ها در مباحث مربوط به قصد انشاء با فقه امامیه مشاهده می‌شود که در ادامه به بررسی آنها پرداخته خواهد شد.

۱. مراحل قصد انشاء

در فقه امامیه، تحقق قصد انشاء مستلزم سیر شدن مراحل مختلفی است. برای ایجاد یک اعتبار ابتدا باید لفظ مناسب را انتخاب و سپس لفظ را در معنای آن بکار برد و در غیر این صورت به نظر اکثر فقها، عقد باطل است. برخی از فقها وجود قصد لفظ و قصد معنا را برای ایجاد عقد کافی می‌دانند، اما برخی دیگر قصد تحقق مضمون عقد در عالم خارج (قصد نتیجه) را نیز ضروری می‌دانند که در ذیل به بررسی این مراحل می‌پردازیم. برای انشای هر عقدی ابتدا باید لفظی که با آن ایجاد و قبول بیان می‌شود، با علم و اختیار از سوی شخص قصد گردد. در نتیجه لفظ فرد خواب یا لفظی مبتنی بر عادت دارای اثر نیست.^۶ عقد بواسطه وجود لفظ خاصی که دلالت بر آن دارد محقق می‌شود. در عین حال لازم به ذکر است که «لفظ سبب بوجود آورنده عقود نیست»^۷ بلکه هر نوع مبرز بیرونی شامل لفظ و فعل می‌تواند قصد طرفین عقد را بیان کرده و دلیلی بر اختصاص مبرز بر لفظ وجود ندارد.^۸

دومین مرحله آنست که طرفین عقد قصد معنای الفاظ را انشاء کنند. استعمال لفظ در معنا، ناشی از انشاء مدلول لفظ در ذهن است و به عبارت دیگر لفظ به عنوان ابزاری برای ایجاد منشأ در ذهن بکار می‌رود. لذا اگر فرد قصد شوخی داشته باشد، هیچگونه اثر حقوقی بر لفظ جاری نخواهد شد. هنگام انشاء عقد، اگر انشاء کننده لفظ، قصد معنا نداشته باشد، عنوان عقد بر منشأ قابل

تسری نیست. زیرا وی قصد معنا نداشته است. از نگاه محقق نائینی مکره و فضول قصد لفظ و معنا را دارند و قصد وقوع مضمون (قصد نتیجه) عقد است که در این عقود وجود ندارد. وی معتقد است اعتبار قصد نتیجه در عقود صرفاً امری تبعی است و لذا برای تحقق مفهوم عقد، بنا به حکم شارع نیازمند قصد هستیم و تحقق نتیجه مطلوب ما نیست. ۲. شیخ انصاری، قصد طرفین عقد به مدلول عقدی که لفظ آن را جاری می‌کنند و نیز قصد به معنای آن را شرط صحت عقد می‌داند. ۳ و در بیان نظر مولف کتاب مسالک که گفته است مکره دارای قصد لفظ بوده اما فاقد قصد معنا است، بیان نموده است که منظور از فقدان قصد مکره، نبود قصد به وقوع مضمون عقد است و اگرچه مکره علیرغم انشاء قصد، وقوع مضمون عقد در عالم خارج را نمی‌خواهد اما نمی‌توان به این استناد گفت که انشاء او فاقد مدلول است. ۴

در هر حال در مجموع به نظر می‌رسد وجود قصد لفظ و معنا به تنهایی برای انعقاد عقد کفایت نمی‌کند زیرا طرفین نمی‌خواهند بدون اینکه برای ایجاد مدلول لفظ در عالم خارج قصد انشایی داشته باشند، صرفاً الفاظی را که به معنای آن آگاهی دارند استعمال نمایند. اگر قائل باشیم که به قصد نتیجه نیازی نیست، این امر به منزله نفی قصد انشا است و در صورت عدم وجود قصد انشاء، عقدی در عالم اعتبار منعقد نخواهد شد. همانطور که مرحوم خوئی فرموده‌اند، «نبود قصد تحقق مضمون عقد در عالم خارج یا قصد نتیجه منجر به فقدان وجود قصد انشاء یا اعتبار نفسانی می‌شود و میرهن است در صورتی که چنین اعتباری وجود نداشته باشد، عقد تشکیل نخواهد شد». ۱

مرحله سوم انشاء، قصد ایجاد مدلول لفظ در عالم خارج است. ۲. فقها با عباراتی مانند «قصد و غایت» ۳ و «قصد وقوع مضمون در خارج» ۴ از این مرحله نام برده‌اند. هنگامی که فرد قصد لفظ دارد، باید اینطور فرض کرد که قصد نتیجه نیز دارد زیرا قصد به خودی خود نمی‌تواند اثر عقد را انشاء کند بلکه این شارع است که برای هر یک از عقود اثر خاصی را به رسمیت شناخته است که پس از تحقق ماهیت هریک از آنها، آثار شرعی مربوط به آن ماهیت، خود به خود بوجود می‌آید. بنابراین، آنچه که اراده طرفین عقد به طور مستقیم انشاء می‌کند، ماهیت عقد است و اثر آن تلقی نمی‌شود. ۵. برخی از فقها بر این عقیده هستند که قصد انشاء «قصد ایجاد آثار مطلوب» است و بنابراین ایجاد آثار عقد منوط به قصد ایجاد آثار مزبور از سوی طرفین عقد و وجود مجوز شارع برای مترتب شدن آثار مطلوب طرفین بر همان عقد است. ۶. البته چند ایراد بر این نظر وارد است. اول اینکه، شارع ماهیت‌هایی را به عنوان عقد مورد پذیرش قرار داده و آثاری را برای آنها در نظر گرفته است که طرفین برای رسیدن به اثر مطلوب خود، ماهیت دارای آن اثر را انشا کرده‌اند. اگر قائل شویم که آثار عقد بدون این که ماهیت حقوقی ایجاد کنند به طور مستقیم متعلق قصد انشای طرفین قرار گیرند، ایجاد ماهیت‌های حقوقی مانند رهن مثمر ثمر نخواهد بود. زیرا انشای اثر مطلوب بدون توجه به ماهیت ایجاد کننده آن اثر امکانپذیر خواهد بود. دوم اینکه نمی‌توان پذیرفت که اثر عقد بدون انشای عقد بوجود آید. زیرا برای محقق ساختن هر اثری باید از مؤثر آن بهره برد و در عالم اعتبار نیز جز در موارد استثنایی، اصولاً روند طبیعی امور از جمله لزوم ایجاد مؤثر برای ایجاد اثر ضروری است. بنابراین، انشای اثر عقد بدون انشای عقد امکانپذیر نیست و حتی برای تغییر روند معمول و متداول این روند وجود ندارد. ۱. سوم اینکه اگر بپذیریم قصد طرفین عقد به طور مستقیم آثار مطلوب را ایجاد می‌کند، باید این امر را نیز بپذیریم که اگر آثار عقد مورد توافق طرفین نباشند، چون برای ایجاد هر منشأ اعتباری توافق و تطابق اراده طرفین ضروری است، آثار مزبور ایجاد نخواهند شد. به همین دلیل باید گفت اراده طرفین، یک ماهیت حقوقی را ایجاد می‌کند که دارای آثار حقوقی است در حالی که مترتب شدن آنها بر عقد پس از انشای عقد نیازمند اراده طرفین نیست بلکه نیازمند حکم شارع است تا برای عقود آثار خاصی مقرر کند. در نتیجه اگر طرفین، عقدی را برای رسیدن به اثری مطلوب انشاء کنند باید تمام آثار حقوقی و شرعی آن عقد را بپذیرند.

همانطور که ذکر شد هدف از انشای عقد، ابراز اعتباری نفسانی است که در ضمیر و باطن طرفین عقد وجود دارد. بنابراین، در هر عقدی دو انشاء تحت عنوان ایجاب و قبول وجود دارد و تحقق عقد منوط به تلاقی ایجاب و قبول از سوی طرفین است. اگرچه فقها تعریف صریحی از ایجاب و قبول ارائه نکرده‌اند اما باید توجه داشت که ابراز اراده، ایجاب و قبول نیست زیرا ایجاب و قبول ظرف اراده و کاشف از اراده هستند. ۲

با وجود این، برخی از فقها ۳ معتقدند ابتدا باید ایجاب موجود باشد تا قبول به آن ملحق شود زیرا قبول پذیرش انشایی است که پیش از آن اظهار شده است و بدون وجود انشای سابق، قبول آن مورد قبول عقل و عرف نیست. برخی دیگر از فقها ۴ بر این عقیده هستند که قبول می‌تواند بر ایجاب مقدم شود زیرا تاثیر و نقش ایجاب و قبول در کاشفیت رضایت طرفین عقد به یک اندازه است. برخی دیگر اتکیک قائل شده و اظهار می‌دارند که در عقود معاوضی حتماً باید ایجاب بر قبول مقدم باشد زیرا در غیر این صورت عقد باطل خواهد بود. ایشان به عنوان شاهد مثال بیان می‌دارند که در ایجاب بیع، بایع مبیع خود را به «دلالت تطابقی» منتقل و ثمن مشتری را به «دلالت التزامی» قبول می‌نماید و مشتری هم بر عکس این وضعیت را انجام می‌دهد. ایجاب احداث اثر و قبول انتقال از آن اثر است و لذا تا زمانی که مبیع به خریدار منتقل نگردد، او نمی‌تواند آن را منتقل نماید، زیرا اگر بر خلاف حکم شارع قبول با لفظ «قبُلْتُ» به عمل آید و متعاقب آن ایجاب واقع شود، لازم می‌آید که انفعال بر فعل مقدم شود و اثر پیش از مؤثر به وجود آید که این امر محال عقلی است، ولی عقد در صورتی که به مفاد ایجاب صراحتاً اشاره شود صحیح است.

اما در عقود اذنیه مانند وکالت و عاریه و عقودی مانند صلح محاباتی که اعطا یک طرفه انجام می‌شود، و هر عقدی که متضمن دادوستد نیست، ضروری نیست ایجاب بر قبول مقدم شود و عقد با هر لفظی قابل انعقاد است. بیشتر فقها بر این عقیده هستند که قبول می‌تواند بر ایجاب مقدم شود،^۲ زیرا تنها چیزی که در حقیقت عقد معتبر است، این است که عقد اعم از این که یکی از دو انشاء مصداق ایجاب باشد و دیگری مصداق قبول باید بین دو طرف تحقق یابد. لذا در هر صورت ادله صحت عقود شامل آن می‌گردد و علاوه بر این، مانعی ندارد که قابل اثر حاصل از ایجاب را قبل از ایجاب بپذیرد.^۳ بعلاوه برای ایجاد عقد، تلاقی اراده طرفین عقد ضروری است و در این زمینه بین تقدم قبول بر ایجاب و یا ایجاب بر قبول تفاوتی وجود ندارد. قبولی، در حقیقت انشای ابراز شده یکی از طرفین عقد است که از طریق تلاقی با انشای ابراز شده طرف دیگر، عقد را بوجود می‌آورد و پذیرفتن مفاد انشایی که قبلاً اعلام گردیده است مدنظر نیست.^۱

در قانون مدنی مصر، تفصیل خاصی در زمینه مراحل انشاء قصد مشاهده نمی‌شود و موادی در خصوص زمان الحاق قبول به ایجاب وجود دارد که قابل ملاحظه است، و مقرر شده است که اگر ایجابی متضمن یا مقرون به مهلتی برای قبول باشد الزام آور است؛ یعنی مطابق نص قانون مدنی مصر الزام بر اراده منفرد مبتنی است. این حالت یکی از حالاتی است که قانون مصر مقرر داشته که منبع تعهد در آن، اراده منفرد است. تعیین مدتی که طی آن ایجاب باقی فرض می‌شود، اصولاً باید به طور صریح ذکر گردد؛ ولی گاه به طور ضمنی از شرایط معامله یا ماهیت آن استنباط می‌گردد. مثلاً هرگاه مالکی فروش وسیله‌ای را مشروط به آزمایش آن نماید، چنین استنباط می‌شود که ایجاب وی در طول زمان مورد نیاز برای آزمایش کالا به طور ضمنی باقی است.

هرگاه ایجاب برای شخص غایبی بدون تعیین مهلتی برای اعلام قبول ابراز شود، در اینجا چون ماهیت معامله ایجاب می‌کند، موعدی ضمنی در نظر گرفته می‌شود، و موجب باید تا انقضای زمانی که معمولاً برای رسیدن قبول به او لازم است، بر ایجابش باقی بماند، البته فرض می‌شود مخاطب ایجاب قبول را بدون تأخیر ارسال نموده و نیز ایجاب در طول همان مدت زمانی که برای رسیدنش به موجب در نظر گرفته شده، به دست او رسیده است^۲ و در ماده ۹۳ قانون مدنی مصر چنین آمده است: «۱- هرگاه برای قبول مهلتی معین گردد، ضروری است موجب طی این مدت بر ایجاب خود باقی باشد. ۲- مهلت اتمام ایجاب، از اوضاع و احوال یا ماهیت معامله استنباط می‌گردد.» در ماده ۹۴ قانون مدنی مصر نیز آمده است: «۱- هرگاه در مجلس عقد ایجاب بدون مهلتی برای اعلام قبولی ابراز نشود و قبول فوراً اعلام نگردد، رابطه موجب و ایجاب قطع می‌گردد. همچنین است هرگاه ایجاب از سوی شخصی به وسیله تلویزیون یا طرق مشابه به سمع دیگری رسانده شود. ۲- با وجود این، عقد منعقد می‌شود، هر چند قبول فوراً اعلام نشود؛ مشروط به این که دلیل بر عدول موجب از ایجاب خود در حد فاصل بین اعلام ایجاب و قبول یافتن نگردد و قبولی نیز قبل از اتمام مجلس اعلام شود.» از این ماده روشن می‌شود هرگاه طرفین در مجلس عقد حقیقتاً یا عرفاً مانند قرارداد به وسیله تلفن یا هر وسیله مشابه حاضر بودند، مخاطب ایجاب ضروری است قبولی خود را فوراً به مجرد اعلام ایجاب ابراز نماید و بین ایجاب و قبول فاصله نیفتد. مقتضای چنین وضعیتی آن است که ایجاب تا قبل از زوال برقرار است. البته قانون مدنی مصر با تبعیت از مذهب حنفی ایجاب را مادامی که مجلس عقد بهم نخورد، پابرجا دانسته است پس قبولی قابل با دو شرط صحیح است. شرط اول آنکه طرفین قرارداد اشتغال به معامله داشته باشند، و شرط دوم آنکه موجب در طول مدتی که مجلس عقد پابرجاست، از ایجاب خود عدول نکرده باشد.^۱

لازم به ذکر است در فقه امامیه، مراحلی که قصد انشاء طرفین عقد در ذهن طی می‌کند شامل چهار مرحله به شرح زیر است: ۱- مرحله خطوط و تصور؛ ۲- مرحله تصدیق یا تدبر؛ ۳- مرحله تسلیم و رضا؛ ۴- مرحله اجرای تصمیم یا طلب. در اولین مرحله تحریک اعصاب دماغی سبب می‌شود شخص امری را تصور کند که در ذهن او خطوط می‌نماید.^۲ بنابراین اولین مرحله برای تحقق یک فعل ارادی تصور و درک موضوع معامله است. برخی معتقدند که این مرحله بطور غیر ارادی محقق می‌شود. ۳ در دومین مرحله، ذهن پس از تصور با اتکاء و بررسی دلایل متعدد برای انعقاد یا عدم انعقاد عقد، ضمن بررسی ضرر و منفعت حاصل از این تصمیم و پس از یافتن جنبه مهمتر نسبت به معامله رضایت و طیب خاطر پیدا می‌کند. ۴ در سومین مرحله ذهن با قطعیت، به انعقاد عقد متمایل می‌شود که این تمایل را در علم حقوق رضا می‌نامند. اصولیون از اشتیاقی که برای انعقاد عقد در ذهن محقق می‌شود تحت عنوان «شوق مؤکد و اراده»^۲ نام می‌برند.^۳ برخی فقها معتقدند صرف رضایت نمی‌تواند در عالم اعتبار ماهیت حقوقی ایجاد کند زیرا متعاقبین در این مرحله به عقد رضایت می‌دهند در حالی که رضا حالت انفعالی دارد و عنصری خلاق نیست. ۴ قصد انشاء یا اراده انشایی در صورتی عنصر سازنده عقد است که در مرحله بعدی، یعنی مرحله اجرای تصمیم محقق گردد. ۵ برخلاف فقهای که به اتحاد قصد و رضا معتقدند، سایرین بر این اعتقادند که در این مرحله هنوز انشاء عقد به عنوان یک عمل حقوقی محقق نشده است. شهید اول قصد انشاء را مستقل از رضا نمی‌داند و معتقد است رضا آخرین مرحله تحقق یک عمل حقوقی است.^۶ برخی معتقدند که قصد انشاء ادامه رضا است و مستقل از آن نیست. در مرحله اجرای تصمیم یا طلب، امری متصور که سابقاً برای انجام آن، یک رضایت درونی بوجود آمده است، ایجاد می‌شود.^۷ در حقوق، ایجاد امر متصور قصد انشاء نامیده می‌شود.^۸ اصولیون این مرحله را «قصد تحصیل شیء مطلوب در خارج» می‌دانند و آن را طلب نام نهاده‌اند.^۹

در لغت غالباً رضا به معنای «خوشنودی»^۱ و «رجحان»^۲ است. در اصطلاح فقهی رضا به معنای میلی است که بدون وارد شدن فشار خارجی به طرف معامله برای انعقاد عقد ایجاد می‌شود و یا به معنای میل قلبی طرف یک عمل حقوقی سابق یا کنونی یا آتی به آن است.^۳

فقه‌های امامیه اختیار را به عنوان مبنای رضایت یک شرط ضروری برای طرفین عقد و پیش‌نیازی برای رضا و طیب نفس عاقد دانسته‌اند. ۴. عده‌ای از فقها معتقدند از آنجا که رضا جنبه درونی دارد وجود اراده ظاهری برای اثبات آن ضروری است. ۵. اجماع، آیه ۲۹ سوره نساء «الا ان تکون تجاره عن تراض» و حدیث «لا یحل مال امری مسلم الا عن طیب نفس»^۶ و حدیث رفع از اهم دلایل فقه‌ها برای ضرورت وجود رضا است. ۷. رضا شرط نفوذ عقد است و در صورتی که رضایت مکره (در عقد اکراهی) و مالک (در عقد فضولی) به عقد اضافه شود، عقد صحیح می‌شود. زیرا اگرچه قصد و بزرگی خلاق دارد ولی رضا از این ویژگی برخوردار نیست و نمی‌تواند به تنهایی عقد را بوجود آورد. ۸. بر اساس همین دیدگاه یعنی شرط نفوذ عقد بودن است که رضا عقد اکراهی را صحیح می‌سازد. ۹. قصد انشاء باید با طیب خاطر همراه باشد. یعنی موجب و انگیزه برای اراده فعل، رضا است که بعد از قصد لفظ و قصد معنا قرار دارد که اگرچه علت اراده نیست ولی به منزله آن است. ۱. بنابراین هر نوع قصدی مسبوق به رضا است ۲ و لذا رضایت دادن به یک امر، یعنی قصد ترجیح دادن وجود آن بر عدم آن. ۳.

مشهور ۴ و اکثر فقه‌های متأخر ۵ به دلیل اعتقاد به جدایی اراده و طلب، قصد و رضا را معادل هم نمی‌دانند. لذا عقد مست را به علت فقدان قصد باطل ۶ و عقد مکره را به دلیل فقدان رضا غیر نافذ تلقی می‌کنند. ۷. اهم دلایل ایشان به شرح زیر: ۱- قصد انشاء فقط به زمان حال تعلق می‌گیرد. ۸. ولی رضا می‌تواند به گذشته، حال یا آینده تعلق گیرد. ۲- قصد انشاء خلاق است ولی رضا خلاق نیست ۳- رضا در مرحله سوم و قصد در مرحله چهارم سیر ذهنی اراده و قصد انشا قرار دارد. ۹.

برخی فقه‌ها قصد و رضا را یک تاسیس واحد می‌دانند و به نظریه وحدت قصد و رضا باور دارند. از نگاه آنها مراحل ذهنی اراده برای تحقق اعمال حقوقی با مرحله تصور آغاز و به مرحله رضایت و فعل ختم می‌شود و در واقع سه مرحله است. برخی از گروه مزبور معتقدند رضا عنصر اصلی سازنده عقد است. ۱۰ که همان رضایت باطنی تلقی می‌شود و قصد انشاء ابزاری برای آگاهی به وجود آن است. ۱۱. از دیدگاه عده‌ای از قائلین به وحدت قصد و رضا، قصد انشاء به معنای اعلام رضا به منظور ترتیب اثر دادن به آن تا تاریخ اعلام است و این در واقع یک نوع از رضا است که فقط متعلق به زمان حال است و از حیث ذات با رضا تفاوتی ندارد و فقط از نظر عوارض و خصوصیات، قسمتی از رضا را تشکیل می‌دهد. ۱. قائلین به وحدت قصد و رضا، قائل به عدم صحت عقد مکره هستند زیرا معتقدند عقد مزبور از نظر شرعی و عرفی عقد محسوب نمی‌شود. ۲ و عقد اکراهی را باطل می‌دانند زیرا از دید ایشان مکره هنگام انعقاد عقد فاقد قصد است و عقد مکره به دلیل اینکه خلاف آیه ۲۹ سوره نساء در مورد تجارت عن تراض است باطل می‌باشد. به علاوه معتقدند که اصل استصحاب و آیات مربوط به تجارت بر عدم صحت عقد مکره دلالت دارند. ۳. مشهور معتقد است مکره قصد لفظ و معنا دارد اما قصد نتیجه ندارد. ۴. در حالی که برای تحقق عقد قصد ایجاد مدلول لفظ در خارج ضروری است. ۵. ظاهر «العقود تابعه للقصود» آن است که قصد باید هنگام انعقاد عقد موجود باشد. ۶. برخی عقد اکراهی را با این استدلال که در هر دو قصد موجود نیست در حکم بیع تلجنه (عقدی که فرد از خوف مصادره اموالش از سوی حاکم آنها را به طور صوری می‌فروشد) می‌دانند. ۷.

در قانون مدنی مصر چنین تفکیکی در رابطه با قصد و رضا ملاحظه نمی‌شود. بلکه صرفاً با بررسی مواد ۱۱۰ تا ۱۲۷ قانون مدنی مصر ملاحظه می‌شود که در حقوق مصر قصد معیوب^۸ و قصد غیر موجود^۹ را از هم تفکیک کرده‌اند. طبق مواد ۱۲۷، ۱۲۵، ۱۲۰، این قانون قصد معیوب، اراده ای موجود است ولی از شخصی صادر شده است که آزاد در اعلام اراده نیست، پس قصد او حقیقتاً به موضوع تعلق گرفته است؛ از این رو موجود است ولی اگر اراده وی آزاد بود، چنین اراده‌ای نمی‌کرد اما طبق مواد ۱۱۵، ۱۱۴، ۱۱۰ در قصد غیر موجود، صرفاً توهم وجود اراده می‌رود ولی در واقع قصدی که به موضوع تعلق گرفته باشد، در میان نیست. بنابراین، آنچه از مجنون، مست و صغیر غیر ممیز ابراز می‌گردد، اراده محسوب نمی‌شود. زیرا هیچ یک از آنها اراده واقعی ندارد و در عالم واقع از لحاظ حقوقی به آثار عمل خود واقف نیست. همچنین در حقوق مصر، اشاره‌ای که با قصد انشاء توأم نیست، به تنهایی مصداق قصد انشا نیست. هر چند از شخص دارای اهلیت صادر گردد. بر این اساس عقد منعقد بر اساس اراده غیر موجود باطل است؛ اما عقدی که بر اساس اراده معیوب شکل می‌گیرد، موجود است. زیرا قصد در آن وجود دارد، ولی طرفی که اراده‌اش آمیخته به عیب است می‌تواند آن را باطل نماید. پس این عقد قابل ابطال است. به همین خاطر در بند ۱ از ماده ۱۲۷ قانون مدنی مصر می‌گوید: «چنانچه شخصی به علت تهدید موثری که طرف دیگر به طور غیر قانونی نسبت به او اعمال کرده، عقدی منعقد کرده باشد، عقد به لحاظ اکراه قابل ابطال است.» پس مطابق با این ماده چون قصد مکره آمیخته به عیب است، لذا این معامله قابل ابطال توسط وی می‌باشد. ۱.

در حقوق مصر نیز در ماده ۱۲۰ قانون مدنی چنین آمده است: «چنانچه یکی از متعاقدين، مرتکب اشتباه اساسی شده... می‌تواند ابطال عقد را درخواست کند.» ۲ و در ماده ۱۲۱ همان قانون در دو بند به تعریف و بیان مصادیق اشتباه اساسی پرداخته است:

«۱- اشتباه هرگاه به اندازه‌های بزرگ باشد که طرف قرارداد اگر دچار آن نمی‌شد به انعقاد قرارداد دست نمی‌زد، اساسی خوانده می‌شود. ۲- اشتباه اساسی در معنای اخص عبارت است از: الف) آنگاه که در صفتی از موضوع عقد که از منظر طرفین قرارداد، اساسی محسوب می‌شود اشتباهی رخ دهد و یا از اوضاع و احوال عقد و لزوم وجود حسن نیت در معامله، اساسی بودن آن صفت لازم آید. ب) آنگاه که در شخص طرف قرارداد یا صفتی از صفات وی اشتباهی واقع شود، به گونه‌ای که این شخص یا صفت مذکور علت عمده معامله باشد.» بنابراین مطابق قانون مدنی مصر اگر اشتباه در صفت موضوع عقد رخ داده باشد، ضروری است که در دید طرفین صفت اصلی باشد تا اشتباه اساسی تلقی گردد و اگر در مورد شخص طرف قرارداد یا صفتی از صفات وی اشتباه شده، ضروری است از صفات اصلی دخیل در معامله باشد تا بتوان آن را اشتباه اساسی دانست.

۲. چگونگی ابراز قصد انشاء

بر اساس نظر مشهور فقهای امامیه و علمای اصول، انشاء «ایجاد معنا به وسیله لفظ» است. ۱ طبق این نظر لفظ سبب انشاء عقد است و لذا معاطات نمی‌تواند سبب انشاء عقد باشند. ۲ بکار بردن لفظ با قصد انشاء یا استعمال لفظ در معنا، سبب ایجاد ماهیت حقوقی لفظ می‌شود. زیرا قصد انشاء مستقیماً موجودی اعتباری را بوجود نمی‌آورد بلکه ماهیت و الگویی که قبلاً توسط عقلا اعتبار شده و شرعاً وجود داشته است را تحقق می‌بخشد. بر این نظر اشکال شده است که ایجاد معنا به لفظ یا ایجاد خارجی است یا ایجاد اعتباری. ایجاد خارجی ضروری بطلان است؛ زیرا موجودات خارجی اسباب و علل خاص خود را دارند و الفاظ از اسباب و علل خارجی نیستند. در مورد ایجاد اعتباری نیز اگر منظور از ایجاد اعتباری، ایجاد در نفس متکلم باشد، فساد و بطلان آن واضح است؛ زیرا اعتبار نفسانی از افعال نفس است و نفس آن را با فاعلیت خود بوجود می‌آورد و نیازی به لفظ نمی‌باشد و عقلایی نیست که برای تعریف انشاء ایجاد معنا به لفظ به کار رود، خواه این ایجاد، ایجاد اعتباری باشد یا ایجاد خارجی. ۱

عده دیگری از فقها انشاء را «ابراز اعتبار نفسانی بوسیله مبرز خارجی» دانسته‌اند. بر اساس این نظریه انشاء عقد ایجاد کننده اعتبار نفسانی نیست بلکه مبرز بیرونی آن است. جملات انشایی برای ابراز امور نفسانی وضع شده‌اند و عقود و ایقاعات از امور اعتباری هستند؛ ۲ بنابراین انشاء، ابراز اعتبار نفسانی به وسیله مبرز خارجی است. ۳ برخی از فقها معتقدند که اراده یک ماهیت اعتباری است و لذا تا وقتی که اظهار نشود مؤثر نمی‌گردد و ابراز اراده نفسانی که صرفاً برای اطلاع طرف دیگر است می‌تواند به وسیله هر امری چه لفظ و چه فعل محقق گردد. ابراز اراده را نمی‌توان منحصر در لفظ کرد زیرا لفظ فقط وسیله ابراز اراده می‌باشد. بنابراین نمی‌توان نتیجه گرفت که استعمال لفظ در معنا سبب ایجاد معنا به وسیله لفظ است. ۴ زیرا لازمه این استدلال که دلالت الفاظ بر معانی ذاتی است، آن است که تمام انسان‌ها در این دلالت مشترک باشند. بنابراین حقیقت وضع، قراردادن لفظ در مقابل یک معنا است و ابراز اراده نفسانی صرفاً طریقت دارد نه موضوعیت؛ به همین دلیل گفته شده است که انشاء ابراز اعتبار نفسانی به وسیله مبرز خارجی است. ۵ در حقوق نیز لفظ همین نقش را دارد. بدین معنا که لفظ صرفاً مظهر و بیان کننده اراده باطنی طرفین عقد مبنی بر ایجاد یک قرارداد حقوقی است. به این تحلیل این اشکال وارد شده است که انشاء و اخبار مبرز قصد متکلم در مقام تفهیم به شمار می‌روند و یکسان هستند. ۶ در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت که انشاء و اخبار یکسان نیستند. در جملات انشایی، مطابقی در عالم خارج نیست تا نسبت موجود در کلام منشی مطابق با آن باشد یا نباشد و از این رو احتمال صدق و کذب در آن می‌رود؛ ولی در جملات اخباری که در آن‌ها قصد حکایت وجود دارد، مطابقی در عالم خارج وجود دارد که این جملات ممکن است مطابق با آن باشند یا نباشند. ۱

در حقوق مصر، اراده پنهان در نفس ۲ که از آن به اراده باطنی یاد می‌شود، ۳ عملی نفسانی است که به واسطه آن قصد بر امر معینی حاصل می‌شود و مادامی که اراده یک عملی نفسانی باشد، جز صاحب آن کسی از آن مطلع نمی‌شود و از این رو به تنهایی منشاء اثر نمی‌شود. لذا می‌توان چنین نتیجه گرفت که در حقوق مصر نیز همانند حقوق ایران، اراده ظاهری برای تشکیل عقود لازم است. در ماده ۹۰ قانون مدنی مصر در مبحث اراده چنین آمده است: «۱- اعلام اراده با لفظ، کتابت یا اشاره‌ای متداول عرفی ممکن است، همچنان که اتخاذ وضعیتی که اوضاع و احوال دلالت بر حقیقت مقصود شکی ایجاد نکند، ممکن می‌باشد. ۲- اعلام اراده به طور ضمنی نیز جایز است، مگر اینکه قانون یا توافق طرفین بر صراحت اراده تأیید کرده باشند.»

البته باید توجه داشت که در هر حال، در حقوق مصر، اعلام اراده گاه صریح و گاهی ضمنی است. طبق ماده فوق، اعلام اراده وقتی صریح است که با الفاظی که دلالت بر اراده باطنی داشته باشد حاصل گردد. گاه زبان این الفاظ را به طور مستقیم ادا می‌کند و گاه با واسطه مانند مکالمه تلفنی، گاه نیز اعلان صریح اراده با نوشتن عادی یا رسمی در قالب سند یا کتابت یا روزنامه یا اعلان با امضا یا بوسیله چاپ یا به طرق دیگر حاصل می‌گردد. گاه اعلام صریح بواسطه اشاره متداول عرفی صورت می‌گیرد. اشاره غیر مبهم فردی که تلفظ برای او ممکن نیست، اعلام صریح اراده او محسوب می‌شود. مانند پایین آوردن عمودی سر، که دلالت بر قبول و بالا بردن آن یا بالا انداختن کتف که دلالت بر عدم قبول دارد. گاهی نیز اعلام صریح با اتخاذ موضعی است که اوضاع و احوال بر دلالت آن به معنی مقصود شکی ایجاد نکند مانند توقف وسیله نقلیه در ایستگاه‌های مخصوص، ایجاب صریح برای مردم محسوب می‌شود. بر این اساس هرگاه وسیله ابراز انتخابی فی حد ذاته کشف از اراده ننماید، اعلام

اراده، ضمنی محسوب می‌گردد. مانند دائنی که سند دین را به مدیون می‌دهد که دلیل بر این است که انقضای دین را اراده کرده است.^۱

بنابراین در حقوق مصر، هر وسیله ابراز صریح یا ضمنی به صورت عام برای اعلام اراده کافی است و قانونگذار صورت معینی را برای ابراز اراده معین نکرده، بلکه آزادی در نحوه اعلام اراده را اصل قرار داده است و اینکه صاحب اراده مختار است به هر صورتی که می‌خواهد اراده‌اش را ابراز کند. ۲. ولی برخی از عقود تشریفاتی دارند که اعلام بوسیله خاص خود در شکل معینی می‌باشد که باید مطابق مقررات عمل شود. گاه نیز طرفین توافق می‌کنند که اعلام اراده با شکل خاصی مثلاً با صراحت یا کتابت یا سند رسمی صورت می‌گیرد. در این حالت‌ها توافق طرفین نافذ است و اعلام اراده جز به شکل توافق شده ممکن نخواهد بود.^۳

در ماده ۸۹ قانون مدنی مصر آمده است «عقد به مجرد اینکه طرفین اراده موافق خود را با رعایت مقررات قانونی در زمینه شرایط معین برای انعقاد آن ابراز کند، منعقد می‌شود.» بنابراین، عقد حداقل به توافق دو اراده برای تشکیل آن نیازمند است و مقصود از اراده، اراده ای است که منجر به ایجاد اثر حقوقی معین شود، یعنی از توافق دو اراده تعهد ایجاد شود. ۲. بدهی است که بر این مبنا، اصدار اراده ظاهری از فرد فاقد اراده مانند کودک غیر ممیز و مجنون و کسی که به علت بیماری و یا مستی فاقد هوشیاری است و یا کسی که اراده حقیقی وی تحت تأثیر تلقین ایجاد می‌شود، صادر نمی‌شود. در حقوق مصر اراده‌ای که متوجه ایجاد اثر حقوقی نیست، اثری ندارد، مانند آنچه در تعارفات اجتماعی رخ می‌دهد. همین طور به اراده هازل یا اراده صوری یا اراده منوط به خواست طرف و اراده‌ای که بنا به ملاحظاتی که با میرز بیرونی ابراز نشده و صرفاً در ذهن موجود است، ترتیب اثر داده نمی‌شود، زیرا قصد جدی برای ایجاد اثر حقوقی در آن‌ها وجود ندارد.

مطابق قانون مدنی مصر، اعلام اراده پس از اینکه وجود بالفعل یافت از اعلام کننده منفصل می‌شود و با مرگ وی یا فقدان اهلیتس ساقط نمی‌شود. ماده ۹۲ این قانون مقرر می‌دارد: «هرگاه اعلام کننده اراده، قبل از تحقق اثر اراده بمیرد یا فاقد اهلیت شود، مانعی از ترتیب اثر بر این اعلام نیست. مشروط بر آنکه اعلام اراده به طرف مقابل واصل شده باشد. این حکم تا وقتی جاری است که از نحوه اعلام و طبیعت معامله خلاف آن معلوم نشود.» همانطور که ملاحظه می‌شود، در حقوق مصر، اراده ظاهری، با مرگ و فقدان اهلیت اعلام کننده قصد از بین نمی‌رود. اما در رویه قضایی مصر و متأثر از مقررات قانون مدنی قدیم آن در صورت مرگ اعلام کننده یا فقدان اهلیتس قبل از اثر بخشی اراده، با این استدلال که انفصال اراده از اعلام کننده متصور نیست و اراده پنهان در ضمیر (اراده باطنی) با مرگ دارنده آن یا فقدان اهلیتس قبل از اثر بخشی اراده، از بین می‌رود، به زوال اراده حکم می‌نمودند.

و شکی نیست که حکم قانون جدید بر قانون قدیم از این جهت که به معاملات ثبات می‌بخشد، برتری دارد. با مثالی مطلب روشنتر می‌شود. شخصی در مصر به شخص دیگر در فرانسه کالایی را طی نوشته‌ای عرضه می‌دارد و ایجاب می‌دهد و او نیز قبول می‌کند ولی قبل از اینکه قبول وی به اطلاع طرف فرانسوی برسد، می‌میرد و طرف مصری نیز قبل از وصول قبول از مرگ طرف فرانسوی مطلع نمی‌شود. مطابق قانون جدید عقد منعقد شده است و وارث طرف فرانسوی یا قیم وی در صورتی که اهلیتس را از دست داده، لازم است عقد را منعقد شده فرض کند و به اجرای آن در حدودی که به عقود مورث متعهدند، اقدام نمایند. البته این‌ها در صورتی است که مرگ یا فقدان اهلیت قبل از ایجاب، گریبانگیر ایجاب دهنده نشود و الا عقد منعقد نشده محسوب می‌شود و قبول در این دو حالت اثر ندارد زیرا قبول بدون ایجاب، منشا ایجاد عقد نیست.^۱

در رابطه با اعلام اراده از طریق سکوت، فقه امامیه قائل به عدم تأثیر سکوت است. زیرا از آنجا که سکوت متضمن فعل و تحرک نیست، اصولاً نمی‌تواند ابراز اعلام اراده باشد. زیرا ترتیب مصادیق متعدد بر اراده شخص ساکت، حصول قطعیت در احراز اراده شخص ساکت را مانع می‌شود. ماده ۲۴۹ قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه امامیه، سکوت مالک را علی‌رغم حضور وی در مجلس عقد کاشف از رضای او به عقد نمی‌داند. گرچه در عرف، سکوت را علامت رضایت و قصد می‌دانند، ولی چون در علم حقوق، سکوت نشانه رضا نیست، بنا به قیاس اولویت به طور حتم میرز اراده انشایی نخواهد بود.

در حقوق مصر نیز اینکه سکوت نشانه ایجاب نیست امری پذیرفته شده است. همچنین در مورد اینکه آیا می‌تواند نشانه قبول باشد، مقرر شده است که سکوت فی حد ذاته و به تنهایی و بدون توجه به شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر زمان سکوت، نمی‌تواند بیان اراده تلقی گردد؛ زیرا اراده عملی ایجابی است و سکوت امری سلبی است. مضافاً سکوت حتی اراده ضمنی نیست؛ زیرا اراده ضمنی از شرایط ایجابی که دلالت بر آن دارد استنباط می‌شود؛ اما سکوت، حالتی عدمی است و لذا سزاوار است که عدم دلالت بر رد کند، نه قبول و این یک اصل عمومی است که حقوق و رویه قضایی مصر و سایر حقوقدانان بدان معترفند. ۱. با وجود این، بر اصل فوق استثنائاتی وارد می‌شود که ماده ۹۸ قانون مصر آن را بیان نموده است: ۲ «۱- هرگاه طبیعت معامله یا عرف تجاری یا غیر آن اقتضاء نماید که موجب منتظر قبول صریح مخاطب نباشد، در صورت عدم رد ایجاب

در وقت مناسب، عقد منعقد شده تلقی می‌گردد. ۲- هرگاه سابقاً معامله‌ای بین طرفین قرارداد صورت گرفته و ایجاب در پی این معامله اعلام شده یا ایجاب کاملاً به نفع مخاطب ایجاب ایراد شده است، سکوت، قبول محسوب می‌شود.»

همانطور که ملاحظه می‌شود، قبول تلقی شدن سکوت در این ماده صرفاً به دلیل آنست که رویه معاملاتی طرفین اوضاع و احوالی را ایجاب می‌کند که سبب می‌شود سکوت به صورت ضمنی دلالت بر قبول کند. بنابراین استثنا بر این قاعده که سکوت، قبول محسوب نمی‌گردد، زمانی است که اوضاع و احوال به گونه‌ای است که عرف عقلا و رویه معاملاتی طرفین عقد، سکوت را به عنوان نشانه‌ای از رضایت و قبول می‌پذیرد. پس در حقوق مصر هر سکوتی که مقرون به اوضاع و احوالی باشد که دلالت بر رضا کند، «سکوت مقرون به قرینه»^۳ نام دارد و قبول محسوب می‌شود. برای چنین شرایطی مثال‌هایی بیان شده است. مانند آن که بانک یادداشتی مبنی بر کارکرد موجودی حساب به مشتری خود ارسال می‌دارد و اعلام کند که عدم اعتراض به منزله قبول صورت حساب است؛ یا اینکه تاجری کالایی را برای متقاضی ارسال نماید و در فاکتور شروط جدید را ذکر نماید که مشتری در برابر آن سکوت کند و رد ننماید؛ یا اینکه یک همکار تجاری معمولاً واردات کالاهای درخواستی از تاجری را با درخواست کتبی انجام می‌دهد و تاجر نیز بدون اینکه قبول خود را نسبت به ایجاب اعلام نماید، مبادرت به ارسال کالا می‌کند. حال اگر همکار مذکور کالایی را درخواست کند و تاجر همانگونه که عادت وی است سکوت نماید، همکار وی حق دارد سکوت او را رضایت تلقی نماید؛ همچنین است در هبه‌ای که مشروط به ثبت رسمی نیست و به متهب عرضه می‌شود و وی سکوت می‌نماید.

نتیجه‌گیری

ایجاد ماهیت حقوقی در عالم اعتبار و جاری کردن آثار عقد در عالم واقع از طریق قصد انشا انجام می‌پذیرد. این امر مورد اتفاق فقهای امامیه و قانون مدنی مصر است که بدون وجود قصد انشا عقدی بوجود نمی‌آید و قصد مزبور عنصر بلامنازع سازنده هر عقدی محسوب می‌شود. در فقه امامیه اعتقاد بر اینست که برای انعقاد هر عقدی، ابتدا تصور انجام عقد باید در ذهن فرد تداعی شود و سپس منفعت و ضرر ناشی از آن امر را در ذهن خود کنکاش نماید و سپس در صورتی که آن را نافع تلقی نمود، به انعقاد آن طلب و تمایل پیدا کند و سپس تصمیم خود را به اجرا در آورد. در فقه امامیه بعضی از فقها قائل به وحدت قصد و رضا هستند و فرایند ذهنی اراده را در طی سه مرحله مورد اشاره قرار می‌دهند. برخی دیگر قصد و رضا را تفکیک کرده و رضا را شرط تنفیذ عقد می‌دانند و فرایند ذهنی اراده را طی چهار مرحله می‌پذیرند. در قانون مدنی مصر چنین تفکیکی در رابطه با قصد و رضا ملاحظه نمی‌شود.

اگرچه تعاریف مختلفی برای ماهیت قصد انشاء از سوی فقها بیان شده است ولی به نظر می‌رسد مرحوم آیت الله خوئی تعریف مناسبتری از آن ارائه کرده‌اند که عبارت است از: «انشاء، ابراز اعتبار نفسانی بوسیله مبرز خارجی است». برای انعقاد عقد، اراده طرفین باید در نوع عقد، خصوصیات عقد، ماهیت موضوع عقد، شخصیت طرفین عقد، اجزای موضوع عقد و فرد ماهیت موضوع عقد یکسان باشد در غیر این صورت عقد باطل است. علت این امر نیز آنست که معاهده و معاهده که زیربنای تراضی هستند محقق نشده است. اکثر فقهای متأخر در راستای پذیرش عرفی، بر درستی معامله معاطاتی صحه گذاشته‌اند. لذا به نظر می‌رسد علاوه بر لفظ، فعل، نوشته، اشاره و هر چیز دیگری که اراده ظاهری را نشان دهد می‌تواند مبرز اراده طرفین عقد باشد.

همچنین تعلیق در انشاء عقد سبب بطلان عقد می‌شود ولی تعلیق در منشأ باعث بطلان نیست. آنچه عنصر سازنده عقد است قصد انشاء به معنای اراده واقعی و باطنی نفس در عالم ثبوت است و اعلام آن صرفاً برای اطلاع متعاقدين و دیگران در عالم اثبات است. در ماده ۱۹۱ قانون مدنی ایران نیز به این امر اشاره شده است. این ماده مقرر می‌دارد که «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». در هر حال باید «اراده انشایی» که عنصر شاکله عقد است به وسیله‌ای ابراز شود و استناد صرف به وجود قصد انشا در ذهن منشأ اثر نیست، زیرا برای موثر بودن اراده، اراده باید حتماً با چیزی که آن را نشان داده و در عالم اثبات مستحکم سازد همراه شود. در قانون مدنی مصر، عقد منعقد بر اساس اراده غیر موجود باطل است؛ اما عقدی که بر اساس اراده معیوب شکل می‌گیرد، موجود است. زیرا قصد در آن وجود دارد، ولی طرفی که اراده‌اش آمیخته به عیب است می‌تواند آن را باطل نماید. پس این عقد قابل ابطال است.

تمام عقود را می‌توان به وسیله هر آنچه که صلاحیت بر انشاء و ابراز اعتبار نفسانی داشته باشد منعقد کرد. این قصد متوقف بر دو قصد مقدم بر آن یعنی قصد لفظ و قصد معنا است. قصد سومی نیز تحت عنوان قصد نتیجه باید به آنها اضافه گردد. عده‌ای از فقهای امامیه قصد را جزئی از شرایط طرفین عقد دانسته‌اند و معتقدند که طرفین عقد باید معنای لفظی که به زبان می‌آورند را قصد کنند و در غیر اینصورت، معامله باطل خواهد بود. مانند عقدی که یک شخص در حالت مستی منعقد می‌سازد. متعاقدين باید علاوه بر قصد مدلول عقد، قصد وقوع مدلول آن در خارج را نیز داشته باشند.

منظور از نداشتن قصد نسبت به مدلول یا معنای عقد این نیست که لفظ در معنای خود بکار نرود، بلکه به این معنا است که حتی اگر از طریق انشاء مدلول ایجاد شده باشد، اراده به معنا تعلق نگیرد. عده‌ای دیگر از فقها معتقدند در صورتی که قصد موجود نباشد، ذات عقد بر عدم مستقر است. عده دیگری معتقدند که قصد از شرایط طرفین عقد نیست بلکه از شرایط عقد است. زیرا انشاء عبارت است از «ابراز اعتبار نفسانی بوسیله مبرز خارجی» و لذا عقد بدون قصد بوجود نمی‌آید. حقوق مصر، هر وسیله ابراز صریح یا ضمنی به صورت عام برای اعلام اراده کافی است و قانونگذار صورت معینی را برای ابراز اراده معین نکرده، بلکه آزادی در نحوه اعلام اراده را اصل قرار داده است و اینکه صاحب اراده مختار است به هر صورتی که می‌خواهد اراده‌اش را ابراز کند البته در حقوق مصر نیز همانند فقه امامیه، اراده ظاهری برای تشکیل عقود لازم است.

منابع فارسی

۱. احمد السنهوری، عبد الرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (دوره حقوق تعهدات)، جلد اول، مترجم سید مهدی دادمزنی و محمد حسین دانش کیا، انتشارات دانشگاه قم، چاپ دوم، قم، ۱۳۹۰
۲. امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، کتابفروشی اسلامیة، چاپ بیستم، تهران، ۱۳۷۸.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، تهران، ۱۳۴۰.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۷
۵. سنگلجی، محمد، عمومات عقود و ایقاعات، چاپخانه مروی، تهران. بی تا.
۶. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۰.
۷. دهخدا، علی اکبر، لوح فشرده، دانشگاه تهران.
۸. قنوتی، جلیل، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد ۱، انتشارات سمت، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۹.
۹. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، انتشارات مدرس، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۲.
۱۰. گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، تهران، ۱۳۷۸.

١١. مظفر، محمد رضا، اصول فقه، جلد ١، ترجمه عليرضا هدايتي، انتشارات حكمت، چاپ سوم، تهران، ١٣٧٨.

منابع عربي

١. ابراهيم سعد، نبيل، منصور، محمد حسين، مبادئ القانون (المدخل الى القانون-نظريه الالتزامات)، دار النهضة العربيه، بيروت، ١٩٩٥م
٢. ابن منصور، جمال الدين، لسان العرب، جلد ٥، دار احيا التراث العربي، چاپ دوم، بيروت، ١٤١٢ ه.ق.
٣. ابوزهره، محمد، الملكيه و نظريه العقد في الشريعه الاسلاميه، دار الفكر العربي، القايره، بي تا
٤. احمد السنهوري، عبد الرزاق، شرح القانون المدني النظريه العامه للالتزامات، دار احياء التراث العربي، بيروت بي تا
٥. احمد السنهوري، عبد الرزاق، نظريه العقد، الجزء الاول، انتشارات خرسندي، چاپ اول، تهران، ١٣٩١
٦. الجبعي العاملي، زين الدين، الروضه البهيه في الشرح المعه الدمشقيه، جلد ٣، مؤسسه الاعلمي، بيروت. بي تا.
٧. الحلبي، حسن بن يوسف، نهايه الاحكام في المعرفه الاحكام، مؤسسه اسمائيليان، قم، ١٤١٠ ه.ق.
٨. الفيوضي، احمد بن محمد، المصباح المنير، جلد ٢، مؤسسه دارالجره، چاپ اول، قم، ١٤٠٥ ه.ق.
٩. الكركي، علي بن حسين، جامع المقاصد، جلد ٤، مؤسسه آل بيت، چاپ اول، قم، ١٤٠٨ ه.ق.
١٠. اميرواني غروي، محمد تقى، حاشيه مكاسب، جلد ٢، دار ذوى القربى، چاپ اول، بي جا، ١٤٢١ ه.ق.
١١. انصارى، مرتضى، مكاسب، جلد ١، مؤسسه الاعلمي للمطبوعات، چاپ اول، بيروت، ١٤١٥ ه.ق.
١٢. ايرواني، محمد تقى، حاشيه مكاسب، جلد ٢، دار ذوى القربى، چاپ اول، بي جا، ١٤١٥ ه.ق.
١٣. بحراني، يوسف، الحقائق الناضره، جلد ١٨، دارالاضاء، چاپ دوم، بيروت، ١٤٠٥ ه.ق.