

پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال شانزدهم، شماره اول (پیاپی ۴۱)، بهار و تابستان ۱۳۹۴، صص ۱۲۵-۱۵۰

## حاکمیت اراده در فقه امامیه، نظام رومی- ژرمنی و حقوق ایران؛ درآمدی مبنایی- فلسفی

عطاءالله بیگدلی\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۲/۲۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۵/۰۵

### چکیده

اصل حاکمیت اراده در نظام رومی- ژرمنی مدرن به معنای مبنا بودن اراده انسان (طرفین تعهد) در مشروعیت تعهدات و عقود است، این تنها و تنها اراده طرفین است که اصل عقد را ایجاد و مشروع می‌نماید و اگر قیدی هست این قید نیز امری قانونی است که برآمده از حاکمیت اراده در سطح ملی و عمومی است، قانون بروز اراده در سطح عمومی و تعهد بروز اراده در سطح خصوصی است. این نگاه ریشه در تلقی انسان به‌مثابه سوژه دارد که در فلسفه دکارت آغاز و در سوپترکتیویسم کانت به اوج خود رسیده است. کانت انسان را به‌مثابه موجودی عاقل، مختار، دارای اراده و البته دلیر در به‌کارگیری عقل خود بنیاد و مستقل خویش معرفی می‌کند، لیبرالیسم حقوقی انسان آزاد را واضع حقوق و اراده مستقل او را مکفی در ایجاد تعهد می‌داند، این نگاه منجر به شکل‌گریزی، اصالت رضا، عدم حق دولت در دخالت در روابط طرفین، اراده به‌عنوان مهم‌ترین عنصر تعهدات و... می‌گردد.

اما در فقه امامیه عقد امری شرعی است که شارع آن را ایجاد نموده (مستقیم یا از طریق حجیت بخشی به سیره عقلاء) و حجیت از سوی خداوند است زیرا او مالک حقیقی است و هم او باید اذن در تصرف در اموال و شیوه آن را به مکلفین ابلاغ نماید. این نگاه منجر به نوعی شکل‌گرایی، اصالت نظر شارع و توقیفی دیدن عقود می‌گردد.

مشکل اصلی حقوق ایران آن است که قصد نموده این دو رویکرد متفاوت را با هم جمع نماید و لذا در قانون مدنی دو دسته مواد متعارض پدید آمده است. ادعای این مقاله آن است که اصل حاکمیت اراده به معنای دقیق و اصطلاحی آن با رویکرد فقهی سازگاری ندارد و قانون ایران یا باید به تمامی اصل آزادی اراده را بپذیرد و یا به رویکرد توقیفی بودن عقود (به معنای وسیع آن) روی آورد و از سردرگمی و وضع مواد متعارض اجتناب نماید.

### واژگان کلیدی

حاکمیت اراده، اصل آزادی قراردادی، لیبرالیسم حقوقی، توقیفی بودن عقود، ماده ۱۰۰ق.م، ماده ۹۵۷ق.م

## مقدمه

حاکمیت اراده مفهومی مدرن است که حقوق ایران از صدر مشروطه با آن آشنا شده است و در قانون مدنی ایران در موادی چون ماده ۱۰ و ماده ۹۵۷ خود را نشان داده است. از ابتدای ورود این مفهوم به حقوق ایران، فقها و حقوقدانان در نسبت این نظریه با موازین فقهی سخن گفته‌اند اما غالباً به مبنای فلسفی و فکری این اصل نپرداخته‌اند. در این مقاله سعی شده است ابتدا معنا و آثار این نظریه در حقوق رومی ژرمنی و اکاویده شود و به خصوص با توجه به آثار کانت مبنای فلسفی این اصل روشن شود. این اصل مقرر می‌دارد طرفین دارای اهلیت، در انعقاد عقد آزادند و می‌توانند هر نوع تعهدی را که بخواهند در مقابل یکدیگر قبول نمایند این آزادی تنها توسط قانون مقید است و البته قانون خود برآمده از اراده افراد در سطحی بالاتر و عمومی‌تر است. این اصل به روشنی ریشه در نگاه سوبژکتیویستی و فاعلیت اراده‌گرا و مطلقاً مختاری دارد که در فلسفه دکارت و کانت صورت‌بندی فلسفی یافته است.

از سوی دیگر در نگاه دینی از آن روی که جهان به‌مثابه مملوک باری تعالی دیده می‌شود، اصل فقدان حق مکلفین در تصرف در طبیعت که مملوک خداوند است می‌باشد و این شارع است که اذن تصرف را با حدود و قیودی به عباد داده است؛ این شارع است که حق دارد نحوه تصرفات حقوقی و از جمله عقود را روشن کند و لذا در رویکرد فقهی مشروعیت ذات عقود لزوماً شرعی هستند و طرفین با اراده آزاد خود نمی‌توانند موجد و مشرّع عقود باشند. هرچند ممکن است شارع سیره عقلاء یا مجعولات آنان را دارای حجیت بداند ولی این بحث صغروی است زیرا به هر حال این شارع است که منبع حجیت جعل عقلاء است. این رویکرد خود را در مواد مربوط به شروط و صلح در قانون مدنی بازتولید کرده است.

مسئله از آنجا آغاز می‌گردد که حقوق ایران سعی نموده است این دو مبنای متفاوت و احکام و آثار آن را با هم جمع نماید و در این راستا ماده ۱۰ و ۹۵۷ ق.م. را در کنار مواد مربوط به شروط و عقد صلح و ... گنجانده است، معلوم نیست اگر قانون مدنی ماده ۱۰ و تعهدات و عقود بی‌شکل و رضایی طرفین را صحیح می‌داند چه نیازی به این همه مواد طولانی دارد. قانون مدنی عدم اصالت شکل، شروط ابتدایی و عقود نامعین و غیرمسمی را پذیرفته است و راه اصالت و حاکمیت اراده را طی کرده است

درحالی که موازین فقهی ما این حدود از آزادی اراده را بر نمی‌تابند. در این مقاله ابتدا مفهوم و آثار و مبانی فلسفی اصل حاکمیت اراده در نظام حقوقی رومی- ژرمنی و فقه امامیه بررسی شده و سپس به نقد و بررسی حقوق ایران در پرتو این مبانی می‌پردازیم.

## ۱. حاکمیت اراده و آزادی قراردادی در نظام رومی- ژرمنی

### ۱-۱. مفهوم و آثار

در یونان و روم، عقود با شکل‌گرایی عجیب بودند و آزادی اراده به مفهوم امروزی برای طرفین عقد شناخته شده نبود. این شکل‌گرایی ثمره نگاه میتولوژیک و دینی رومیان به عالم حقوق و بازمانده نوعی مناسک مذهبی در حقوق است (Gazzaniga, 1992, p.37, n.26)<sup>۱</sup> رومیان تا سال‌ها کلمه «عقد» (contractus) را در واژگان حقوقی خود نداشتند و چون تمام اعمال حقوقی خود را باید در قالب‌های خاصی انجام می‌دادند این اعمال را acta یا gesta می‌نامیدند (Ghestin, 1993, n.54; Gazzaniga, 1992, p.117, n.100)؛ قاسمی، ۱۳۸۸، ص ۶۸؛ لوی، ۱۳۸۵، صص ۵۱، ۵۳، ۶۱، و شماره ۱۵۵) تأکید بر صورت و شکل تا جایی بوده است که بنا به نقل برخی در کد ژوستینین تصریح شده بوده است مالکیت با تسلیم یا تحویل محقق می‌شود و صرف تراضی و توافق برای این منظور کافی نیست (به نقل از: آخوندی، ۱۳۹۰، ص ۳۹). آنچه مسلم است این است که در روم عقود غیر مسمی یا بی‌نام پذیرفته نشده بود (Larombière, 1862, p.19).

در قرون وسطا دوگانه «عهد مسیحی بی‌شکل- شکل‌گرایی افراطی ژرمنی» با هم تعامل نمود و حدّ وسطی از نوعی آزادی اراده در چارچوب‌های بیشتر را فراهم دید (Ghestin, 1993, n.56) از سویی حقوق ژرمنی که ضلع دیگر حقوق قرون وسطا را تشکیل می‌داد عهد را اصولاً شکلی فهم می‌نمود، این امر تعارضی را در قرون وسطا بین شکلی و رضایی بودن عقود تشکیل می‌دهد به گونه‌ای که در ابتدای قرون وسطا تحت تأثیر نظام فرانک‌ها و نظام رومی عقود شکلی است اما در اواخر این دوره عقود بیشتر رضایی هستند (Gazzaniga, 1992, p.155, n.142)؛ به خصوص از بعد از جنگ‌های صلیبی بین تجار و حقوق تجارت از سویی و عقود نجیب‌زادگان<sup>۲</sup> و مسیحیان از سوی دیگر دوگانگی رخ داد (Ourliac et de Malafosse, 1969, V.1, p.79, n.65). اروپا شاهد یک دوگانگی مفهومی در تعهدات و ماهیت و جوهر آن بود. کلیسا سعی می‌کرد با ورود نهاد سوگند تعهد را شکلی کند<sup>۳</sup> و حقوق ژرمنی و تجار سعی نمودند با تنوع

انواع تعهدات آن را به نگاه کلیسایی نزدیک کنند. به هر حال به تدریج فورم‌ها به دو گونه مذهبی (قسم و سوگند) و لائیک-ژرمنی (دست دادن، تبادل پر و چوب، روبوسی، معانقه و...) تقسیم شد (لوی، ۱۳۸۵، ص ۱۸۸).

با ظهور رنسانس و اختراع سوژه آزاد و مختار در دکارت و اوج آن در کانت و هگل، آزادی در سطوح مختلف مبنای ماهیت و وجود حقوق شد و مبنای سرعت در تبادلات تجاری و اصالت یافتن سرمایه‌داری، اصل لیبرالیسم حقوقی را در مبادلات به‌عنوان محور پذیرفت و با تکیه بر آرای جان لاک و ژان‌ژاک روسو و سایر فیلسوفان قرن هجدهمی و با وساطت افرادی چون پوتیه به قانون مدنی فرانسه راه یافت. این آزادی افراطی با مارکسیسم تعدیل شد و در دنیای حقوق، حقوق‌دانانی که گرایش‌های چپ داشتند (مانند دوگی) (Mazeaud(s), 1955, T.II, p.99, n.116) این اصل را مورد هجوم قرار دادند.<sup>۵</sup> (فرائت و تمرین، Mazeaud(s), 1955, T.II, p.108)؛ اما به هر ترتیب تا کنون این اصل محور حقوق قراردادها در غرب بوده است (Mazeaud(s), 1955, T.II, p.105, n.117) و در ماده ۱۱۳۴ ق.م.ف و ماده ششم ق.م.ف متجلی شده و به‌عنوان اصلی بی‌بدیل در نظام رومی-ژرمنی وجود دارد.

اصل حاکمیت اراده در حقوق تعهدات غربی را این‌گونه به‌صورت خلاصه می‌توان صورت‌بندی نمود:

«طرفین دارای اهلیت، در انعقاد عقد آزادند و می‌توانند هر نوع تعهدی را که بخواهند در مقابل یکدیگر قبول نمایند. این آزادی تنها توسط قانون (نظم عمومی یا اخلاق حسنه) مقید خواهد بود؛ قانون خود برآمده از اراده افراد در سطحی بالاتر است. اخلاق نیز مقوله‌ای ناشی از اراده افراد در سطح جامعه و عرف بوده و مقوله‌ای نسبی است؛ به عبارتی افراد برای ایجاد تعهد به هر نحوی که خود بخواهند آزادی مطلق دارند مگر آن‌که قانون فرم خاصی را لازم بشمرد یا موضوع تعهد خلاف قانون باشد. تعهد در واقع صورت ابراز شده اراده است، تعهد قدرت الزام و اقتدار خود را از اراده می‌گیرد» (Larombière, 1862, p.23). اما قانون نیز در واقع چیزی نیست جز حاکمیت اراده در سطحی بالاتر که افراد خود جامعه قبول کرده‌اند تا ذیل آن قرار گیرند و البته خود در جعل آن مداخله داشته‌اند.

در کتب فرانسه دو عنصر نظم عمومی و اخلاق حسنه به عنوان مهم ترین مقیدات اصل آزادی اراده مطرح می شود (Ghestin, 1993, n.104؛ Bénabent, 1991, n.160). در فرانسه بر سر ماهیت این دو مفهوم اختلاف است، اما اجمالاً این نکته مورد اتفاق است که به خصوص مفهوم اخلاق عمومی و حسنه مفهومی سیال و نسبی است و وابسته به مصالح اجتماعی در حال تغییر است؛ اساتید فرانسوی رجوع به عرف را بهترین راه برای حل این ابهام برای قاضی می دانند (Ghestin, 1993, n.125). به عبارتی اخلاق مدّ نظر را نباید با اخلاق غیرنسبی و دینی در فقه اشتباه گرفت. مهم ترین ثمره آزادی قراردادی در حقوق فرانسه نوعی شکل‌گیزی و اصالت رضا (اصل رضایی بودن تعهدات) است. طرفین کم‌وبیش می‌توانند در هر قالب و شکلی که بخواهند خود را متعهد کنند و تعهد به صرف توافق اراده‌ها شکل می‌گیرد (Larombière, 1862, p.153؛ اوبر و دوتیول، ۱۳۹۰، ص ۹۷؛ سعد، ۱۹۹۸، ج ۱، ص ۳۰؛ قاسمی، ۱۳۸۸، ص ۲۰۴).

برخی اساتید فرانسوی آثار اصل حاکمیت اراده را در حقوق فرانسه این‌گونه فهرست کرده‌اند:

- ۱- آزادی قراردادی و آزاد بودن طرفین در انعقاد یا عدم انعقاد هر قراردادی که خود می‌خواهند مگر در موارد استثنایی.
- ۲- اصل رضایی بودن عقود و شکل‌گیزی.
- ۳- آزادی مفاد عقد و عقد به‌مثابه قانون حاکم بر روابط طرفین و الزام قاضی به رعایت مفاد قرارداد.
- ۴- اثر نسبی قراردادها.
- ۵- اراده و رضای طرفین به‌عنوان عنصر اساسی عقد (Ghestin, 1993, n.46؛ Bénabent, 1991, n.25).

البته باید توجه داشت که نظریه حاکمیت اراده به‌صورت مستقیم وارد قانون مدنی فرانسه نشد و به خصوص تدوین‌کنندگان قانون مدنی فرانسه از این لفظ به‌صورت صریح در قانون مدنی استفاده نمودند زیرا از برخی انتقادات بیم داشتند و این در قرن بیستم بود که از این واژه در قوانین به‌صورت مستقیم استفاده شد. اولین کسی که از این مفهوم استفاده مستقیمی کرد، ژنی بود و پس از او افرادی چون کاپیتان، ریپر، نوبویه، سالی و

دموگ از این نظریه بهره بردند و گونو در طرح خویش آن را با صراحت بیشتری مطرح کرد (Ghestin, 1993, n.45). ضمن آن که در اوائل قرن بیستم به دلایل عملی، حقوق مدرن شاهد نوعی بازگشت شکل‌گرایی در حقوق بود (Bénabent, 1991, n.27؛ سعد، ۱۹۹۸م، ج ۱، ص ۴۰؛ قاسمی، ۱۳۸۸، ص ۲۱۰؛ وایت تیکر، ۱۳۸۵، ص ۷۴)؛ به‌عنوان مثال قانون و رویه، نقل و انتقال املاک بالای ۸۰۰ یورو را مقید به صورت کتبی می‌کند (مصوب ۲۰۰۱م) یا هبه و رهن باید کتبی و در دفترخانه باشند (ماده ۹۳۱ق.م.ف) (اوبر و دوتیول، ۱۳۹۰، ص ۹۸) یا بیع کشتی‌ها باید به صورت مکتوب باشد (قانون مصوب ۱۹۶۷). ضمن آن که ماده ۱۳۴۱ق.م.ف در راستای تسهیل اثبات اعمال حقوقی، کتابت اعمال حقوقی با ارزش ۵۰۰۰ فرانک را لازم دانسته اما این الزام صرفاً برای اثبات است و در ماهیت عمل حقوقی اثر ندارد. یا عقود تجار باید کتبی باشد (ماده ۱۰۹ق.ت.ف) (Bénabent, 1991, n.113؛ وایت تیکر، ۱۳۸۵، ص ۷۵) در مورد ضمانت اجرای عدم رعایت تشریفات شکلی الزامی در صحت ماهیت (عقود شکلی) تمایل رویه به اعلام بطلان مطلق عمل است و نه نسبی (Terré et al, 2005, p.114). البته این اصلاحات و محدود نمودن اصل آزادی اراده غالباً تحت تأثیر مارکسیسم در غرب رخ داده بود؛ مانند الزام به بیمه خودرو (قانون مصوب ۲۷ فبریه ۱۹۵۸) قوانین کار، ماهیت عقد، امکان تعدیل عقد از سوی متعاقدین یا دادگاه، تخفیف و تعدیل اثر نسبی عقد، نظریه غبن، به خصوص حقوق مصرف‌کننده و قوانین حمایت از مصرف‌کننده، حقوق رقابت، حقوق بیمه و بیمه‌های اجتماعی، مداخله دولت در تعیین اجاره‌بها (ماده چهارم ژوئیه ۱۹۸۹) و مداخلات گسترده دولت در قانون کار و امری شدن ماهیت قوانین کار و الزام کارفرما به بیمه کارگران و سایر مزایا و مرخصی‌ها و تعیین حداقل دستمزد، مداخله دولت در قوانین ارث، وصیت و نکاح و قوانین حوزه خانواده و به خصوص حضانت و ولایت، تعیین قیمت برخی کالاهای اساسی، و... (Cabrillac, 2006, p.5, n.7؛ Ghestin, 1993, n.138؛ Bénabent, 1991, n.26؛ السنهوری، ۱۹۵۸، ج ۱، ص ۱۱۵؛ سعد، ۱۹۸۸م، ج ۱، ص ۴۱؛ اوبر و دوتیول، ۱۳۹۰، ص ۹۵؛ وایت تیکر، ۱۳۸۵، ص ۳۰).

اما این تعدیل‌ها همگی تعدیل اصل لیبرالیسم حقوقی و آزادی و حاکمیت اراده است، جالب است که در مواد پیشنهادی کاتالا قسمت مستقلی به بحث شکل در قانون پیشنهادی اختصاص یافته و در آنجا کل نظام فرانسه را در یک ماده به صورت بسیار

خوبی خلاصه کرده و به اصالت رضا و شکل‌گزینی کلاسیک بازگشته است، طبق ماده ۱۱۲۷ پیشنهادی: «اصولاً قراردادها کامل هستند به واسطه صرف اراده طرفین، ذیل هر شکلی که اراده ابراز شود».

به هر حال علی‌رغم تمامی انتقادات آنچه تا کنون ستون فقرات حقوق تعهدات غربی را شکل داده است اصل آزادی و حاکمیت اراده است (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ص ۶۰).

## ۲-۱. تحلیل مبنایی

طبق نظر اساتید فرانسوی «حاکمیت اراده نظریه‌ای فلسفی است که وارد حقوق شده است و مبتنی بر آراء فلاسفه قرن هجدهم است که معتقد بودند اراده منبع همه حقوق‌هاست (Ripert et Boulanger, 1965, T.II, Mazeaud(s), 1955, T.II, p.98, n.116)؛ Ghestin, 1993, n.39؛ وایت تیکر، ۱۳۸۵، ص ۲۶؛ سعد، ۱۹۹۸، ج ۱، ص ۳۳؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ص ۵۹، ش ۲۹؛ امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ص ۵۶).<sup>۶</sup> طرفین برای انعقاد هر قراردادی آزاد هستند و قانون‌گذار نباید عدالت و تساوی طرفین را با مداخله خود به هم بزند. این نگاه در واقع ریشه در لیبرالیسم اقتصادی داشت (Mazeaud(s), 1955, T.II, p.98, n.116؛ Carbonnier, 1956, T.4, n.16؛ هرچند این نگاه اتوپیایی که دولت هرگز نباید در قرارداد دخالت کند بیش از حد تخیلی و غیرواقعی است اما توسط مکتب لیبرالیسم دفاع می‌شود (Mazeaud(s), 1955, T.II, p.120, n.118)؛ اوبر و دوتیول، ۱۳۹۰، ص ۶۶). اصل واژه حاکمیت اراده را کانت وارد فلسفه حقوق نمود و از آنجا وارد حقوق تعهدات شد (Weill et Terré, 1980, p.52, n.50). حاکمیت اراده به این نظریه بسیط فلسفی متکی است که انسان ذاتاً آزاد است اما از زندگی در اجتماع نیز گریزی نیست؛ لذا هیچ‌چیز نمی‌تواند انسان را مجبور به انعقاد قرارداد و متعهد شدن نماید مگر اراده و آزادی خود او که مصالح اجتماعی خویش را تشخیص می‌دهد (Weill et Terré, 1980, p.54, n.51). هر شخص، خود بهترین کسی است که منافع مشخص خود را تشخیص می‌دهد و از طریق بهترین حالت تأمین منافع هر فرد عدالت ایجاد خواهد شد؛ تعادل قراردادی از طریق تعارض منافع طرفین به بهترین شکل تأمین خواهد شد.

مبنای این نظریه، سخن معروف کانت است که می‌گفت «آنچه قراردادی است عادلانه است»<sup>۷</sup> (Weill et Terré, 1980, p.54, n.52؛ Ghestin, 1993, n.39) از سوی اجتماع اصولاً

برساخته قرارداد است و قرارداد بر ساخته اراده؛ پس اجتماع امری ارادی و مبتنی بر خواست بشر است «لذا قانون نمی‌تواند اراده هیچ فردی را محدود کند مگر در مواردی که برای حفاظت از آزادی دیگری ضروری باشد» (Weill et Terré, 1980, p.53, n.52).

حقوقدان معروفی چون کاربونیه نیز این اصل را اساس حقوق تعهدات می‌داند و معتقد است این نظریه ریشه در فردگرایی افراطی حاکم بر سال‌های ۱۸۰۴م داشته است. او خلاصه نظر خود را این‌گونه منظم می‌کند: «قرارداد اساس حیات حقوقی است و اراده فردی، اساس قرارداد است» (Carbonnier, 1956, T.4:53, n.11). این سخن کم و بیش در تمامی کتب فرانسوی که در مورد اصل حاکمیت اراده سخن گفته‌اند تکرار شده است (Marty, 1988: T2, n.30؛ Flour et al, 2005, p.31, n:24؛ Terré et al, 2005, p.31, n.94؛ Aubert, 1991, V.1, n.31؛ Ghestin, 1993, n.31). گستین نیز معتقد است اصولاً آزادی اراده ریشه در دو مبنای اساسی دارد؛ اول فلسفه فردگرایانه مبتنی بر حقوق طبیعی قرن هجدهم و دوم لیبرالیسم اقتصادی (Ghestin, 1993, n.37). هیچ اراده‌ای نمی‌تواند به انسان امر کند جز اراده خود او. آزادی جوهر انسان است (Ghestin, 1993, n.38). گستین تأکید می‌کند که یکی از فیلسوفان مؤثر در این نگاه کانت بوده است که تنها منبع هر سنخ التزام قانونی را اراده فردی می‌دانسته است (Ghestin, 1993, n.39).

مازوها نیز معتقدند در قرن هجدهم به بعد این شعار مبنای حقوق بوده است که قانون اظهار اراده عمومی است.<sup>۱</sup> اراده‌ای عمومی که هر فرد با قرارداد اجتماعی به آن ملحق شده است. به پاس داشت آزادی، قانون‌گذار نباید در رابطه طرفین قرارداد دخالت نماید. به این ترتیب اصل آزادی اراده و آزادی طرفین قرارداد اصل رکن قانون مدنی مدرن را تشکیل می‌دهد (Mazeaud(s), 1955, T.II, p.24, n.28). لیبرالیسم و اندیویدوآلیسم کلاسیک، مبتنی بر آراء و نظرات هستی‌شناسانه و معرفت‌شناختی فیلسوفان قرن هجدهم مانند ولتر، روسو، لاک، هابز، اصحاب دایره‌المعارف و به خصوص کانت است (Ghestin, 1993, n.39). لیبرالیسم و فردگرایی پیوندی وثیق با هم دارند. یکی از مهم‌ترین تعاریفی که از فردگرایی در ساحت حقوق شده است متعلق به «گنو» است. او معتقد است فردگرایی حقوقی نظامی است که در آن تنها خالق و واضع وضعیت‌های حقوقی فرد است و منشأ و منبع حق اصولاً فردی است که معمولاً در قالب قرارداد ظاهر می‌شود (Ghestin, 1993, n.45؛ اوبر و دوتیول، ۱۳۹۰، ص ۳۶).



در صورت‌بندی نهایی «دوگی» فردگرایی را در سه موضوع مرتب‌سازی می‌کند:

۱. انسان‌ها آزاد و برابر آفریده شده‌اند و همین گونه باقی خواهند ماند.
۲. هدف تمام نهادهای حقوقی حفظ حقوق طبیعی ثابت و ابدی انسان است.
۳. اعمال و استیفای این حقوق برای هر فرد هیچ حدی ندارد جز حق طبیعی انسانی دیگر (اوبر و دوتیول، ۱۳۹۰، ص ۳۶؛ قاسمی، ۱۳۸۸، ص ۱۷۴).

نویسندگان حقوقی غرب بر این‌که قانون مدنی در فضای فلسفی روشنگری پس از انقلاب فرانسه ریشه دارد، تأکید می‌کنند (Ghestin, 1993, n.39)؛ وایت تیکر، ۱۳۸۵، ص ۲۴؛ سعد، ۱۹۹۸م، ج ۱، ص ۳۳). می‌توان گفت وجه فروکاسته‌شده قرارداد اجتماعی روسو در ساحت فردی در واقع نظریه آزادی اراده و آزادی قراردادی و لیبرالیسم حقوقی فردی است (وایت تیکر، ۱۳۸۵، ص ۲۴).

در این رویکرد اصل تعهد و اصل مالکیت و اصل اجتماع، اعتبار و مجعول اراده انسانی است که خود می‌خواهد با عقل خود زندگی انسانی را سامان دهد و نظم بخشد و این نهادها بر ساخته خود او است.

مبنای فردگرایی اکنون مبنای بسیاری از قوانین مدنی کشورهاست و هنوز نیز پیروان زیادی دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۳۷). انسان قانون‌گذار خویش است و این حاکمیت اراده را ایجاد کرده است و حاکمیت اراده نظریه تعهدات را (Ripert, 1965, T.2: N.15). از این نگاه نتایجی حاصل می‌شود مانند نفی شکل‌گرایی، تقدم ذاتی قرارداد بر قانون و اصالت تکمیل بودن قوانین جز موارد مصرح، قوه ملزمه عقد در برابر طرفین و قاضی، اثر نسبی عقود، اصالت رضا، عادلانه بودن رفتارهای ارادی و... (Ghestin, 1993, n.48)؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۳۸) و البته عدم حق دخالت دادرس در تعدیل قرارداد و عدم حق ذاتی مقنن در ورود به حوزه تعدیل‌های قراردادی: «بهترین راه تأمین عدالت اجتماعی این است که دو شخص بتوانند درباره امری که سود هر دو را تضمین می‌کند، آزادانه و به اشتراک تصمیم بگیرند» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۳۸) این همان *laissez-faire* در عرصه حقوقی است.

در دوران جدید ریشه نظری حاکمیت اراده را باید در دکارت و جمله معروف *Cogito ergo sum* او یافت. بسیاری از اندیشمندان معتقدند اصولاً دکارت پدر فلسفه مدرن و به تبع مؤثرترین متفکر دنیای جدید و مدرن است (کاپلستون، ۱۳۸۸، ج ۴،

ص ۱۹۰؛ تورن، ۱۳۸۵، ص ۸۴؛ هوسرل، ۱۳۸۸، صص ۱۵۶ و ۱۷۱). تجدد از تغییر نگاه انسان دوره دکارت به عالم و تغییر نسبت او با عالم و انسان و تغییر بنیادین «روش» فهم و به تبع روش علم و ماهیت علم و ریاضی‌واره دیدن عالم و تلقی ریاضیات به‌مثابه زبان حقیقت آغاز می‌گردد (دکارت، ۱۳۸۵، ص ۱۹۴؛ کاپلستون، ۱۳۸۸، ج ۴، ص ۱۱۷ به بعد؛ ژیلستون، ۱۳۸۰، صص ۱۰۴، ۱۱۸، ۱۶۲؛ بیگدلی، ۱۳۹۲، ص ۲۵۱).

تقریباً هم‌زمان با دکارت، کسانی مانند گروسیوس و پوفندورف و سالی بودند که سعی کردند حقوقی عقلانی ایجاد نمایند، سالی با تأکید بر آزادی اراده به‌مثابه مهم‌ترین رکن تشکیل‌دهنده تعهد گفت به جای جمله دکارت که گفته بود *je pense, donc je suis* باید در عالم حقوق گفت *je veux, donc j'ai des droits* من می‌خواهم پس حق دارم، یعنی حقوق اصولاً مبتنی بر اراده و آزادی اراده فهم می‌شود و با این جمله نظریه حقوق جدید واقعاً ایجاد می‌شود (Ourliac et de Malafosse, 1969, V.1, p.113, n.91)؛ (Ghestin, 1993, n.38). به خصوص کسی چون پوفندورف با تئوریزه نمودن فرد به‌مثابه پایه حق در کتاب معروف خود<sup>۹</sup> مدعی شد که زین پس این انسان است که منبع و مبدأ حکومت و قانون است، فرد از منظر او موجودی مستقل دارای عقل و مطلق است (به نقل از: Ourliac et de Malafosse, 1969, V.1, p.113, n.91).

اما مهم‌ترین فیلسوف مغرب زمین که بر نظریه حاکمیت اراده در حقوق تأثیر ژرفی داشته است کانت است، او ادامه‌دهنده راه دکارت در قرار دادن نوع خاصی از انسان در مرکز حقوق است که بعدها به سوژه معروف شد. کانت معتقد است: یک. «آن‌گونه عمل کن که عملت را بتوانی به‌مثابه قاعده عام اعلام داری» (کلی، ۱۳۸۲، ص ۳۸۹؛ کاپلستون، ۱۳۸۸، ج ۶، ص ۳۲۸) و دو. «آن‌گونه عمل کن که خود و دیگری را همواره غایت بدانی و نه هرگز همچون ابزار» (کاپلستون، ۱۳۸۸، ج ۶، ص ۳۳۵). این نگاه کانت به اخلاق و معیارهای آن و انسان به‌مثابه غایت فی‌نفسه منجر به مفهومی در فلسفه او به نام «خودمختاری و استقلال اراده» می‌شود. اراده هر موجود عاقل قانون کلی ایجاد می‌کند، اراده اخلاقی خودمختار است؛ زیرا باید امری مطلق باشد و امری که وابسته به امور خارجی باشد مطلق نیست، پس قانونی را که از آن تبعیت می‌کند خود باید وضع کند (کاپلستون، ۱۳۸۸، ج ۶، ص ۳۳۶). گام بعدی آزادی است، آزادی به‌مثابه شرط امکان امر مطلق؛ به عبارتی نمی‌توان عمل اخلاقی را که دائرمدار حسن فاعلی است اخلاقی دانست

مگر در تحت مفهوم آزادی. با این بیان احترام به شخص انسان معیار اخلاقی بودن یک عمل قرار می‌گیرد (کلی، ۱۳۸۲، ص ۳۹۰؛ کاسیرر، ۱۳۸۹، ص ۲۵۶).

کانت در مقاله مشهور خویش با عنوان «در پاسخ به پرسش روشن نگری چیست؟»<sup>۱۰</sup> مقاله خویش را با این جمله مشهور آغاز کرد که:

«روشنگری، خروج آدمی است از نابالغی به تفسیر خویشتن خود و نابالغی، ناتوانی در به کار گرفتن فهم خویشتن است بدون هدایت دیگری... دلیر باش در به کار گرفتن عقل خویش! این است شعار روشن نگری»<sup>۱۱</sup> (کانت، ۱۳۷۰، ص ۴۹؛ کاسیرر، ۱۳۸۹، ص ۲۷۱).

با این جمله خرد آدمی به جای نیروهای اسطوره‌ای و دینی می‌نشیند (احمدی، ۱۳۷۷، ص ۱۰۳) و تجدد آغاز می‌گردد (داوری اردکانی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۷). کانت از نوعی تفویض سخن می‌گوید، تفویضی که خداوند امر انسان را به خود او واگذار نموده تا انسان با «عقل» و «اراده» خود مستقلاً به سعادت برسد (صانعی دره‌بیدی، ۱۳۸۴، ص ۹). این تفویض نه به یک فرد بلکه به نوع انسان انجام شده است. طبق نظر برخی اندیشمندان تمایزی ذاتی بین انسان کانت به خداوند وجود ندارد؛ خدا انسان آسمانی و انسان خدای زمینی است، نوس یا عقل به‌عنوان گوهر الهی، مقوم ذات انسان است، یعنی مرز متمایزی بین خدا و انسان نیست (صانعی دره‌بیدی، ۱۳۸۴، ص ۳۰). به هر ترتیب کانت اعلام‌کننده خروج انسان مدرن از محجوریت و ورود او به بلوغ عقلانی مدرن است، فلسفه جدید به خصوص از زمان کانت عین تجدد است (داوری اردکانی، ۱۳۸۸، ص ۱۷۱). در فلسفه کانت است که انسانی ظهور می‌کند که دارای «عقلانیت»، «آزادی»، «اراده» و به خصوص «جرئت» و دلیری است و چنین انسانی را که خود را در مقام جاعلیت می‌بیند در فلسفه غرب سوژه نامیدند.

نفی شکل‌گرایی و تحویل «حق» به انطباق اراده‌ها به اراده برتر و مالکیت به یک تعهد مدنی از مبانی تعهدات است (کانت، ۱۳۸۳، صص ۶۶، ۱۱۷ و ۹۶، ش، ص ۲۵۶؛ مالوری، ۱۳۸۳، ص ۲۰۴). او عقل انسانی و اراده او را منشأ حقوق می‌داند و حقوق را نیز برساخته عقل عملی محض انسان می‌داند که از وحدت متعالی برخوردار است و لذا قرارداد را نیز اتحاد دو اراده صرف و صرف اتحاد اراده‌ها می‌داند (کانت، ۱۳۸۳، ص ۶۶). نتیجه سخن آن خواهد شد که فلسفه حقوق کانت و نگاه اومانستی و

خردمحور او به حقوق، با محوریت جمله «انسان قانون‌گذار خویش است» زمینه خوبی برای موجه‌سازی نظریه آزادی و حاکمیت اراده را در حقوق غربی فراهم دیده است (Ghestin, 1993, n.39؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۳۷).

اصل حاکمیت و آزادی اراده در علم حقوق با معروف‌ترین نویسندگان و حقوقدانان قرن هجدهم فرانسوی یعنی پوتیه<sup>۱۲</sup> و دوما<sup>۱۳</sup> پی‌گرفته شد؛ دوما در کتاب قوانین مدنی در نظم طبیعی خود پس از سال‌ها مجدداً اصل حاکمیت را به‌صورتی عقلانی، کلاسیک و رومی بازسازی می‌کند و می‌گوید هر قراردادی چه با نام و چه بی‌نام طرفی را که آن را منعقد نموده است، متعهد می‌سازد (Domat, 2012, p.11؛ Ourliac et de Malafosse, 1969, V.1, p.115, n.93). او از نظریه‌پردازان مهم حقوق لائیک مدرن است (Mazeaud(s), 1955, T.II, p.22؛ Ghestin, 1993, n.57). به قول نویسندگان فرانسوی حقوق روم در این سال‌ها از صافی عقل‌گرایی این دو نویسنده عبور کرد و آغازی برای تدوین قانون مدنی فرانسه شد (وایت تیکر، ۱۳۸۵، ص ۲۳). شعار محوری این دوران laissez-faire؛ laissez-passer است.<sup>۱۴</sup> این نگاه در حقوق نیز با جدیت دنبال شد و ماهیت حقوق و به خصوص تعهدات و عقود را از طریق اصل حاکمیت اراده به شدت تحت تأثیر قرار داد (Cabrillic, 2006, p.5, n.7؛ سعد، ۱۹۹۸، ج ۱، ص ۳۴).

روشن است که از نتایج این نگاه نفی فورمالیسم و شکل‌گرایی و پذیرش عقود بی‌نام و هر سنخ تعهد بین دو فرد است مگر در موارد بسیار استثنایی؛ این اصل در ماده ششم قانون مدنی فرانسه و ماده ۱۱۳۴ ق.م.ف متجلی شده است. طبق ماده اخیرالذکر «اراده طرفین قانون آنان است». ماده ۱۱۳۴ در حقوق فرانسه منبع الزام قراردادی است و آزادی‌های قراردادی را تضمین می‌کند (Larombière, 1862, p.153).

در یک جمع‌بندی موجز می‌توان گفت اصل حاکمیت اراده اصل و مبنای مشروعیت عقود را اراده طرفین می‌داند و در موارد قید تعهد به قانون، قانون را نیز در درجه‌ای عام‌تر و برتر اراده افراد دانسته و مبنای مشروعیت و صحت قوانین را نیز بر اساس اراده عمومی تحلیل می‌کند و این نظریه کلان ریشه در مبانی فلسفی ذهنیت‌گرایی (سوپرکتیویستی) قرن هجدهم دارد.

## ۲. حاکمیت اراده و آزادی قراردادی در فقه

### ۲-۱. مفهوم و آثار

ما در فقه نوعی تغییر را شاهد هستیم. فقهای قرون اولیه حاکمیت اراده و آزادی قراردادی را مطلقاً نمی‌پذیرند و با تأکید بر دو وجه شرعی بودن عقود و اصالت شکل (شکل‌گرایی) عقود را به‌مثابه تنها راه ایجاد آثار حقوقی و شرعی می‌پذیرفتند. به عبارتی مشروعیت و مبنای صحت عقد اراده‌ی شارع است و نه انسان. نتیجه‌ی نگاه شرعی به عقود آن بود که نتایج حقوقی و شرعی مانند حلّیت و حرمت تصرف، مالکیت، حریمت، انتقال مالکیت و... همگی تنها از راه عقود معین که شارع آن‌ها را تأسیس یا به نحوی امضاء نموده است، ممکن است و مکلفین نمی‌توانند از پیش خود سبب ایجاد مالکیت (عینی، کلی و ذمی = ایجاد تعهد) شوند و ذمه‌ی خود را با عقود مخترعه مشغول سازند؛ این بحث تا آنجا پیش می‌رفت که شروط ضمن عقد نیز از اسباب اشتغال ذمه محسوب نمی‌شد؛ چون فقها معتقد بودند ادله‌ی شرعی برای اثبات ضمان‌آور بودن کافی نیست، حتی برخی فقها در مورد واجب بودن عمل به شرطی که ذیل یک عقد لازم منعقد شده است تردید داشته و معتقد بودند نمی‌توان شروط را از اسباب ایجاد اشتغال ذمه یا ایجاد مالکیت دانست (جبعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۵۰۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص ۷۰؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۳، ص ۶۲۹) تا جایی که برخی مانند نراقی در مستندالشیعه به نقل از شرح مفاتیح این قول را به مشهور نسبت داده‌اند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص ۴۰۹؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۶۲). با این وصف تکلیف عقود مخترعه و شروط ابتدایی<sup>۱۵</sup> نیز کاملاً روشن است.

نتیجه‌ی شکل‌گرایی در عقود نیز آن بود که عقد بماهو عقد آن‌گونه که شارع آن را تأسیس یا امضاء نموده است موجد آثار شرعی مانند ملکیت و محرومیت و... است و اگر قالب عقد رعایت نشود، عقد محقق نشده و اثری بر آن مترتب نیست. فقهای متأخر وجود صیغه‌ی خاص هر عقد به زبان عربی، ماضویت صیغه و تقدّم ایجاب بر قبول را از شرایط قطعی شکل عقد می‌دانستند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۴۸۴؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۰۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، صص ۲۴۹، ۲۵۲ و...). لذا برای بیع به معنای دقیق آن صیغه‌ی بعث و پاسخ اشتریت را لازم می‌دانستند و غیر آن را موجد آثار بیع نمی‌دانستند این بود که تکلیف معاطات نیز روشن بود و معاطات مفید آثار بیع

نبود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۲۱۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۵۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۴۹۸؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۵۰). این نگاه آنقدر عمیق بود که در تعریف عقد اصولاً عقد به شکل و فرد اجزای شکل، یعنی الفاظ عقود تعریف می‌شد (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۷؛ عاملی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۱۱۹؛ عاملی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۰۴؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۳۵۵؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۲۲۱). مبنای این تعریف بی‌وجه نیست؛ زیرا در بین مشهور فقها عقد با شریعت و شکل و قالب عقد همراه و هم‌معنی است. صاحب جواهر که مهم‌ترین مدافع اقوال مشهور در بین متأخرین است بر این که لفظ در تحقق ماهیت عقد لازم است حداقل در عقود لازم امکان تحصیل اجماع نموده است و حتی احتمال داده است که این بحث از ضروریات مذهب باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۲۰۹). به نظر می‌رسد بهترین جمله‌ای که می‌تواند عمق این دیدگاه را روشن کند و نشان دهد که فقهای ما فارغ از دلایلی فقهی که بر اثبات مدعای خود اقامه نموده‌اند،<sup>۱۶</sup> در چه عالم و مبتنی بر چه مبانی و اصولی این فتوا را صادر می‌کردند؛ سخن فخر المحققین در ایضاح الفوائد است. ایشان می‌گویند: شارع برای عقود لازم، صیغه خاص جعل نموده است و عقود اسباب شرعی و توقیفی هستند لذا استعمال الفاظ منقول در لسان شارع لازم و شرط صحّت عقود لازم است. (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۱۲). این سخن را محقق کرکی در جامع المقاصد (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۸۳) و شهید ثانی در مسالک نیز تقویت کرده‌اند (جبعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۱۷۲). این جمله فارغ از صحّت و سقم و فارغ از مباحث فقهی، مبانی و نظام فکری حاکم بر قول مشهور را نشان می‌دهد و روشن است که با اصالت ملکیت در نظریه عقود و از سوی دیگر توقیفی بودن اسباب ملکیت (ایجاد و انتقال و...) در نگاه مؤمنین و شیعیان به خصوص مالک دانستن اصیل خداوند و امام (شارع) و وابسته بودن قابلیت انتقال و ایجاد ملکیت به اذن شارع کاملاً هماهنگ است. به نظر ما شرعی بودن عقود و نپذیرفتن آزادی اراده در تشکیل عقود معین هنوز نیز با اصلاحاتی، قول مشهور است.<sup>۱۷</sup>

اولین کسانی که مفهوم عقد و به تبع شرعی بودن و شکلی بودن عقود را زیر سؤال می‌برند مقدّس اردبیلی و محقق سبزواری هستند. ثمره این سخن، در عدم لزوم صیغه در تحقق مفاد عقد و در نتیجه قبول معاطات است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸،

ص ۱۴۶). این رویکرد در قرن سیزده با ملّا احمد نراقی که معتقد بود اگر نص یا اجماع بر لزوم صیغه خاص در عقدی منعقد بود (مانند نکاح) تبعیت از آن لازم است اما اگر نبود که غالباً نیست؛ هر سنخ مظهری برای تحقق عقد کافی است (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۳۴، عانده ۳۴). مراغی نیز معتقد است اصل در عقود و ایقاعات کشف قصد طرفین است. اما گاه شارع برای کشف قصد، طریق خاصی را معین نموده مانند ایقاعاتی چون طلاق، لعان، ایلاء، اقرار و عقد نکاح؛ اما غالباً طریق خاصی را معین ننموده است مانند وقف عام، وصیت عهدی، اذن، اسقاط ضمان و عقود مجانی مانند هبه، حبس، کفالت، وقف خاص، عاریه، ودیعه و برخی عقود معاوضی همچون بیع و اجاره<sup>۱۸</sup> (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۹۴، عنوان ۳۳).

شیخ انصاری نیز مشهور را علی‌رغم انتقاداتی در لزوم اصل صیغه لفظی تأیید می‌کند اما ماضویت و عربی بودن را شرط نمی‌داند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۳۵ و ج ۳، ص ۱۳۸). مهم‌ترین گام شیخ افاده ملکیت لازم با معاطات و جریان معاطات به سایر عقود است. یکی دیگر از بحث‌های بسیار مهم شیخ که نشان می‌دهد شیخ همچنان به مشهور مقید است بحث شروط ابتدایی است. به عبارتی در فقه فرد اجلای آزادی قراردادی بحث شروط و به صورت خاص‌تر و دقیق‌تر شروط ابتدایی است. هر چند ورود بحث شیخ به شروط ابتدایی نسبت به گذشتگان انتقادی است اما به هر ترتیب شیخ نیز سرانجام شروط ابتدایی را نمی‌پذیرند و از مشهور تبعیت می‌کند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، صص ۲۱، ۵۲ و ۵۵؛ ج ۶، ص ۵۴، ج ۶، ص ۴۵) ضمن آن که در بین فقها تنها تعداد معدودی شروط ابتدایی را می‌پذیرند (نراقی، ۱۴۱۷ق: ۱۴۱، یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، صص ۲۴۴ و ۲۹۱؛ محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۱۷۶).<sup>۱۹</sup>

بعد از شیخ بحث شکل در عقود با تأکید بر لزوم یا عدم لزوم صیغه، عربیت و ماضویت ادامه یافت و تحت تأثیر حقوق جدید و مشکلات و عرف تجاری روزمره مدرن به سمت شکل‌زدایی پیش رفت و اصولاً اشتراط لفظ با چالش مواجه شد و به خصوص این محور بحث که عقود توقیفی و شرعی هستند، مدام مورد ایراد قرار گرفت و لذا مشهور فقهای معاصر لفظ را در انعقاد عقد دخیل نمی‌دانند<sup>۲۰</sup> از جمله آیت‌الله خوئی عقد را امضایی و نه تأسیسی می‌دانند (الموسوی الخوئی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، صص ۱۰۴ به بعد) و صدق عرفی عقد با هر نوع مظهر و مبرزی را در تحقق عقد فهم

کافی می‌نمایند (الموسوی الخوئی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۲۶۳؛ الموسوی الخمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، صص ۲۰۲ به بعد؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۴۹). و حتی معتقد شدند اصل در بیع معاطات است و کتابت مهم‌تر از انشاء لفظی می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۱۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق، ص ۶۹).

به نظر می‌رسد ما می‌توانیم به روشنی قول مشهور را فهم کنیم، عقود توقیفی و شرعی هستند و باید از قبل شارع جعل و وضع شوند و مکلفین بما هم مکلفین حق ایجاد سبب انتقال ملکیت را ندارند. روشن است که منظور این نیست که اراده طرفین در عقد بی‌وجه است بلکه همان‌گونه که در جای خود در مورد عقد گفته‌ایم (بیگدلی، ۱۳۹۳، ص ۱۰۸). اصل نهاد عقد را شارع جعل می‌کند و طرفین با اراده خود به آن ملحق می‌شوند؛ به عبارتی اراده در الحاق مؤثر است و نه در ایجاد نهاد، اصل، ماهیت و ذات عقد.

## ۲-۲. تحلیل مبنايي

اگر ما برای آزادی و حاکمیت اراده در فقه مؤلفه‌ها و شاخص‌های زیر را در نظر بگیریم:

۱. شکل‌گرایی در عقود و تأکید بر لفظ و قالب یا عدم پذیرش آن؛

۲. پذیرش یا عدم پذیرش شرط ابتدایی؛

۳. پذیرش یا عدم پذیرش عقود مخترعه و جدید.

می‌توان به سادگی دریافت که نوعی تغییر موضع از عدم به رسمیت شناختن اصل آزادی قراردادی در مشهور متقدم تا به رسمیت شناختن آن در متأخرین به خصوص در معاصرین وجود دارد. اصلی‌ترین محور و بنیاد اختلاف نیز همان‌گونه که برخی اساتید اشاره نموده‌اند توقیفی و شرعی دانستن عقود و تأکید بر نظریه ظاهرگرایی و قصد ظاهری برای صیانت از اراده طرفین و استحکام معاملات و نظم اجتماعی بوده است (قاسمی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۱؛ محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹، صص ۲۱۱ و ۲۶۰).

هرچند با کلیت این نتیجه‌گیری موافق هستیم اما می‌خواهم اندکی با آن مخالفت نمایم به خصوص این مخالفت در مقام تطبیق با اصل آزادی اراده در حقوق غربی روشن‌تر خواهد بود. فقه دارای مبانی و نظامی است که خروج از آن حتی برای عرفی‌ترین فقها مانند صاحب عروه مشکل است. این مبانی خود را بر فقیه حاکم می‌کنند و اصولاً به خاطر این مبانی است که فقه، فقه است. به نظر می‌رسد اشکالات و نظرات



جدیدی که فقها در گرایش به سمت آزادی قراردادی از خود نشان داده‌اند یک بحث صغروی است و نه یک تغییر بنیادین. فقهای قدیمی به خصوص تا قبل از فقهای بزرگی چون نراقی و مراغی پیش‌فرض‌های زیر را مدنظر داشته و به آن تصریح می‌نمودند:

۱. تمامی عالم از آن خدا و خلیفه او است.
۲. برای تصرف در عالم باید از قبل خدا و رسول و امام مأذون بود.<sup>۲۱</sup>
۳. عقد به‌مثابه مهم‌ترین تصرف حقوقی در عالم (ناظر به ملکیت) سببی است که باید شرعی باشد.

۴. شرع در ایجاد و ماهیت و شکل عقد، قالب و شکل خاصی را مورد نظر داشته است و لذا برای مؤثر بودن عقد، آن قالب و شکل باید رعایت شود.

ثمره این چهار پیش‌فرض تأکید بر شکل‌گرایی و به خصوص تأکید بر الفاظ که خود نحوه‌ای از تقدس را داشتند و بطلان شروط ابتدایی و عقود مخترعه و بی‌اثر بودن شروط ضمن عقد بود. به نظر می‌رسد فقهای جدید با سه پیش‌فرض اول موافق هستند. در فقه به سختی می‌توان پذیرفت که عقد (بماهو سبب ملکیت) برآمده از اراده ذاتی و نفسانی انسان و مستقل از اراده و اجازه شارع باشد. فقهای جدید اما در پیش‌فرض چهارم راهی دیگر را پیموده‌اند به این معنا که معتقدند برای شرعی بودن (مشروع بودن) عقد، خود شرع قالب خاصی را قرار نداده و با امضای سیره عقلاء و صدور قواعد عام مانند «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم»، ایجاد ماهیت عقد را به دست عرف سپرده و البته برای آن چارچوب‌های مهمی مانند عدم مخالفت با احکام شارع، رعایت نظم عمومی و موازین اخلاقی و عقلایی و... قرار داده است. به عبارتی هیچ فقیهی به عقود شرعی قائل نیست و بحث بر سر مصداق شرعیت است.

#### حاکمیت اراده و آزادی قراردادی در حقوق ایران

در کتب معاصر حقوق ایران مرسوم شده است که قبل از ورود به شرایط اساسی صحت معامله و شرح مواد ۱۹۰ به بعد قانون مدنی بحثی در مورد اصل آزادی اراده یا اصل حاکمیت اراده منعقد نموده و در مورد آن بحث می‌کنند (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۴۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۴۴؛ محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹، ص ۱۹۹). برخی از اساتید نیز این بحث را در ابتدای حقوق تعهدات بحث و پس از آن انواع عقود را بررسی کرده‌اند (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص ۶۵).

در حقوق ایران در مورد آزادی قراردادی دو سنخ ماده و متن وجود دارد، دسته اول برآمده از نظام سنتی و فقهی ماست (مانند ماده ۲۳۴ق.م و یا مواد ۷۵۲ق.م به بعد در صلح به خصوص ماده ۷۵۴ق.م). در این مواد اراده باید در شکل و قالب «شرط» یا «عقد» ابراز شود و قرارداد منعقد عنوان دار خواهد بود.

دسته دوم مواد، موادی هستند که از نظام رومی- ژرمنی وارد حقوق ایران شده‌اند (مانند ماده ۹۵۷ و ماده ۱۰). مهم‌ترین ماده برآمده از نظام غربی،<sup>۲۲</sup> ماده ۱۰ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

با پذیرش ماده ده، قانون مدنی ایران پذیرفت تا «شکل»، به جز در موارد استثنایی در ماهیت و صحت قراردادها دخیل نباشد و طرفین بتوانند هر نوع تعهدی را که خود بخواهند فارغ از شرط یا صلح یا هر عقد معین و مسمای دیگر، بین خود برقرار نمایند. فارغ از تنظیم ناشیانه و پر ابهام ماده ۱۰<sup>۲۳</sup> در مورد عوامل محدودکننده آزادی نیز در حقوق ایران به پیروی از قانون فرانسه معمولاً قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه به‌عنوان عوامل محدودکننده این آزادی مورد بحث قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۴۸؛ به بعد؛ صفایی، ۱۳۸۳، صص ۱۵ به بعد، بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، صص ۱۷ به بعد؛ اوپر و دوتیول، ۱۳۹۰، ص ۹۰ و...). اما سخن اصلی ما در این مورد آن است که قانون ایران و به تبع حقوقدانان ایران در کل نسبت بین ماده ۱۰ق.م با سایر مواد این قانون و فقه امامیه دچار نوعی تفسیر ناروا و ابهام هستند، هرچند این ابهام در خود قانون کمتر است زیرا نظام رومی- ژرمنی را بر نظام فقهی حاکم نموده است. اما در مورد تفاسیر حقوقدانان، غالب حقوقدانانی که در مورد اصل حاکمیت اراده سخن گفته‌اند پذیرفته‌اند که این اصل ناشی از فلسفه اومانستی و افکار فردگرایانه قرن هجدهمی اروپاست (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۴۵؛ صفایی، ۱۳۸۳، ص ۴۵؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص ۶۷؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ص ۵۹؛ سعد، ۱۹۹۸م، ج ۱، ص ۳۳). اما باز همین اساتید سعی می‌نمایند از این نظریه در حقوق اسلام و فقه دفاع نمایند، لذا بر خلاف اساتیدی که قائل هستند ماده ۱۰ق.م سابقه فقهی دارد و برای صحت ادعای خود به بحث شروط در فقه استناد می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۴۴، ش ۸۵). به نظر می‌رسد این ماده با سنت فقهی ما در شرعی دیدن

عقود و شکل‌گرایی مخالفت جدی دارد؛ لذا خود این اساتید پس از تحلیل بحث، سعی می‌کنند پیوند نظریه حاکمیت اراده و فردگرایی را منفک کنند و معتقدند: «پذیرش اصل آزادی قراردادی مستلزم اعتقاد به افکار فردگرایان درباره حاکمیت اراده نیست» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۴۴، ش ۸۵)؛ بنابراین، به نظر می‌آید یک اختلاط و مغالطه مهم در مقایسه مفاهیمی چون قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه از سویی با احکام شرع (حکم شرعی در مقابل حق) و اخلاق دینی از سوی دیگر در نظام حقوقی ایران رخ داده است که ناشی از اصرار حقوقدانان ایرانی برای جمع بین موازین غربی با فقه است. چگونگی می‌توان شکل‌گرایی را با اصالت رضایی بودن و فرم‌گزینی جمع کرد؟ به نظر ما قانون مدنی در این مورد با کنار نهادن شرعی بودن و شکل‌گرایی فقهی و با قبول ماده ۱۰ و ماده ۹۵۷ به تمامی از نظام فرانسوی تبعیت نموده است. قرینه واضح بحث هم آن است که قیودات ماده ۱۰ ق.م. را قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه (البته با بی‌نظمی خاص قانون‌نویس ایرانی) قرار داده است و هیچ سخنی از مخالفت با شرع و کتاب و سنت نگفته است. این وضع با ظهور انقلاب اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی و اصول چهار و ۹۱ و سایر اصولی که بر شرعی بودن قوانین تأکید داشتند، بغرنج‌تر شده؛ زیرا تا قبل از آن ماده دوم متمم قانون اساسی مشروطه عملاً اجرا نمی‌شد و لزومی نداشت قوانین منطبق با شرع و فقه امامیه باشد؛ اما اکنون که چنین لزومی هست ماده ۱۰ ق.م. از دو سو مورد حمله است، از یک سو از طرف مشهور فقه و از گذرگاه قانون اساسی که آن را نمی‌پذیرد و از سوی دیگر با سایر مواد عقود معین به خصوص مواد باب شروط و عقد صلح که معلوم نیست دیگر چه جایگاهی در قانون دارند و آیا کسی دیگر از آن‌ها با این همه قید و بند استفاده می‌کند یا خیر.<sup>۲۴</sup> اما ماده ۱۰ ق.م. مانده است و امروزه کمتر قراردادی می‌توان یافت که در آن از ماده ۱۰ ق.م. استفاده نشده باشد؛ لذا به نظر می‌رسد علی‌رغم مفاد قانون اساسی و فقه حداقل ماده ۱۰ ق.م. و ماده ۹۵۷ ق.م. باید در قانون ما حاکم باشد اما این به این معنا نیست که ما تفاسیر خود از متون سنتی و فقهی را دست‌خوش تأویل‌های مدرن نماییم.

### جمع‌بندی

اصل حاکمیت اراده در جهان مدرن به معنای مبنا بودن اصیل و ذاتی اراده انسانی در حجیت و مشروعیت تعهدات و عقود است؛ اما در فقه عقد اصولاً امری شرعی است

که شارع آن را جعل نموده (مستقیم یا از طریق حجیت بخشی به سیره عقلاء) و حجیت آن به دست خداوند است زیرا او مالک حقیقی است و هم او باید اذن در تصرف در اموال و شیوه آن را به مکلفین ابلاغ نماید.

قانون مدنی ایران بین این دو رویکرد سرگردان است و با غلبه دادن به اصل حاکمیت اراده و پذیرش صورت مدرن در قالب ماده ده و ماده ۹۵۷ ق.م، تمامی مواد فقهی و شکل‌گرای قانون مدنی را بی‌وجه و عملاً نظام مدرن را بر قانون ایران مسطیر کرده است. با توجه به نیاز روزگار ما شاید از این امر چاره‌ای نباشد اما حداقل باید از تفسیر ناروای متون فقهی به نفع رویکرد مدرن پرهیز کرد و ناچاری عملی را در تفسیر نظری راه نداد و اجازه داد فقه همچنان به‌عنوان یک نظام ناب باقی بماند تا شاید روزگاری امکان تحقق آن و بازگشت به نوعی اصالت، شرعی دیدن، شکل‌گرایی و تعبد در برابر امر اصیل فراهم شود.

## یادداشت‌ها

۱. به قول رومیان *fas domine le jus*؛ واژه *fas* به معنای وحی و کلام الهی و هر نوع قاعده فرانسایی است، *jus* هم به معنای حقوق و عدالت است؛ یعنی: وحی بر حقوق حاکم است (Ourliac et de Malafosse, 1969, V.1, p.16, n.4).

۲. منبع عربی برای کسانی که به زبان فرانسه آشنا نیستند، منبع قابل توجهی است؛ رک. غستان: ۲۰۰۰م.

۳. معروف به نزاع *Marchands – Nobles*

۴. رک: Gazzaniga, 1992, p.161, n.146 et: 164, n.148 و البته به این منبع دقیق: Ourliac et Laferrière, 1846, p.183 و de Malafosse, 1969, V.1, p.86, n.72

۵. برای دیدن اصلاحاتی که متأثر از گرایش‌های چپ و سوسیالیستی در قوانین ایجاد شد رجوع کنید به: بیگدلی، ۱۳۹۳، ص ۶۷ (تأثیر مارکسیسم بر تئوری تعهدات؛ اوبر و دوتیول، ۱۳۹۰، ص ۹۵).

6. *c'est la volonté qui est la source de tous les droits*

۷. کانت می‌گوید: «هرگاه کسی در راستای حفاظت از دیگری تصمیم اتخاذ کند همواره محتمل است که بر او بی‌عدالتی تحمیل نماید؛ اما هر سنخ بی‌عدالتی نامحتمل است و انگاه که او برای خویش اخذ تصمیم نماید» (Ghestin, 1993, n.39؛ Weill et Terré, 1980, p.53, n.52).

8. *la loi est l'expression de la volonté general.*

9. *Devoir de l'Homme et du Citoyen selon la Loi Naturelle*

۱۰. متن ترجمه‌شده این مقاله را می‌توانید در اینجا بیابید: کانت، ۱۳۷۰، ص ۴۸.

۱۱. کانت نیز مانند دکارت اصل جمله را به زبان لاتین گفته است: Sapere Aude؛ در فهم جرئت داشته باش به انگلیسی: dare to know یا dare to be wise و در فرانسه: Ose savoir.
12. Robert Joseph Pothier (m: 1772)
13. Domat, Jean
۱۴. عرب‌ها ترجمه کرده‌اند: دعهم یفعلون، دعهم یمرون (بینابنت، ۲۰۰۴م، رقم ۲۶). یا دعه یعمل، دعه یمر (سعد، ۱۹۹۸م، ج ۱، ص ۳۴).
۱۵. مشهور شروط ابتدایی و عقود مخترعه را نمی‌پذیرند: انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۵۴؛ مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۷۳.
۱۶. برای دیدن مفصل دلایل و شرح و نقد هر یک، رک: نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲: ۲۰۹؛ به بعد؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۴۸۳؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۳؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۱۱۵؛ قاسمی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۵ و برای یک جمع‌بندی فقهی خوب رک. مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، کتاب البیع، ص ۹۸.
۱۷. از میان صدها فقیه و کتاب می‌توان به کتب زیر مراجعه نمود: حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۲۷۷؛ حلی (علّامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۷؛ عاملی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۹۱؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۲۲۲؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۵۱؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۴۵؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۷۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۲۰۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص ۴۸۱، و....
۱۸. جالب است که مراغی همچنان به تبعیت از مشهور معاطات را در بیع و اجاره مفید ملکیت نمی‌داند (یا ملکیت غیرلازم و قابل فسخ) (مراغی، ج ۲، ص ۹۴، عنوان ۳۳).
۱۹. این قول را به شیخ طوسی نیز نسبت داده‌اند اما انصافاً کلام شیخ مبهم است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۱۷۶). هرچند بین پذیرش عقود مخترعه و شروط ابتدایی تلازمی نیست اما مرحوم یزدی عقود مخترعه را نیز می‌پذیرد (کتاب مزارعه ذیل مسئله دوم می‌فرمایند) (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۲۹۹؛ یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۲۹۹؛ یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۹۸).
۲۰. برای دیدن گزارشی از این اقوال رک. قاسمی، ۱۳۸۸، ص ۱۳۰ و علی‌آبادی، ۱۳۸۱، ص ۴۷.
۲۱. برای دیدن روایات رک. نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص ۱۵۲؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۴۰۷؛ تمامی روایات باب ان الارض کلها للامام، کتاب الحججه، اصول کافی و طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۵۲؛ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، ص ۱۰۸ و برای شرح رک. مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۳۴۶.
۲۲. برای دیدن نظر مخالف با استناد به نقل قولی از میرزای قمی رک. جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹، ص ۱۲۴. روشن است که استاد معنای نظام‌مند و عمیق آزادی اراده در فرانسه را که در این رساله مد نظر است و شرح داده شد مد نظر نداشته‌اند.
۲۳. برای دیدن مفصل نقدها رک: بیگدلی، ۱۳۹۳، ص ۱۹۰ برای دیدن پاسخ پاره‌ای از این اشکالات و نقدها رک. کاتوزیان، ۱۳۸۳ ج ۱، ص ۱۴۷ به بعد.

۲۴. برای توضیح رک. لنگرودی، ۱۳۶۰، ص ۱۴۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۲، ش ۴۰۲؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص ۴۲؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ص ۱۰۹، ش ۷۳.

### کتابنامه

- آخوندی، روح‌الله (۱۳۹۰)، *اشتباه در موضوع قرارداد با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلستان*، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
- ابن‌ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- ابن‌فهد حلّی، جمال‌الدین احمد بن محمد اسدی (۱۴۰۷ق)، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- احمدی، بابک (۱۳۷۷)، *معمای مدرنیته*، تهران: نشر مرکز.
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸)، *حقوق تعهدات (جلد دوم: اعمال حقوقی) - تشکیل عقد*، تهران: نشر میزان.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق)، *کتاب مکاسب*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- اوبر، ژان لوک؛ دوتیول، فرانسوا کولار (۱۳۹۰)، *حقوق تعهدات: قرارداد، ترجمه و تحقیق*، مجید ادیب، تهران: میزان.
- بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم آل عصفور (۱۴۰۵ق)، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، *حقوق تعهدات و قراردادها*، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
- بیگللی، عطاءالله (۱۳۹۲)، «هبوط مغربی (نگاهی گذرا به سیر تاریخ و اندیشه مغرب‌زمین)»، در: *گفتارهایی در تاریخ تمدن*، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
- همو (۱۳۹۳)، «تفاوت مبانی نظریه تعهدات در دو نظام رومی - ژرمنی و فقه امامیه و آثار آن در حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، رساله دکتری، دانشگاه امام صادق (ع)، بهار.
- بینابنت، آلان (۲۰۰۴م)، *القانون المدني، الموجبات (او الالتزامات)*، ترجمه: منصور القاضی، بیروت: مجد (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع).
- تورن، آلن (۱۳۸۵)، *نقد مدرنیته*، ترجمه مرتضی مردیها، تهران: گام نو.

- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی کلاتر)، قم: کتابفروشی داوری.
- همو (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۰)، رهن و صلح، تهران: گنج دانش.
- همو (۱۳۶۹)، حقوق تعهدات (دوره حقوق مدنی)، جلد اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- حائری طباطبایی، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴ق)، تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلی (محقق)، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- داوری اردکانی، رضا (۱۳۸۸)، درباره غرب، تهران: ساقی.
- دکارت، رنه (۱۳۸۵)، گفتار در روش راه بردن عقل، ترجمه محمدعلی فروغی، در: سیر حکمت در اروپا، تهران: زوار.
- ژیلتون، اتین (۱۳۸۰)، نقد تفکر غرب، از قرون وسطی تا اوایل قرن حاضر، ترجمه احمد احمدی، تهران: سمت.
- سعد، محمود نبیل ابراهیم (۱۹۹۸م)، النظرية العامة الالتزام، بیروت: دار النهضة العربیه.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۵۸)، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۰)، تشکیل قراردادهای و تعهدات (حقوق مدنی، جلد اول)، تهران: مجد.
- صانعی دره‌بیدی، منوچهر (۱۳۸۴)، جایگاه انسان در اندیشه کانت، تهران: ققنوس.
- صفایی، سید حسین (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادهای، تهران: نشر میزان.
- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، تهذیب الأحكام، تهران: دار الکتب الإسلامية.
- طوسی، محمد بن الحسن (۱۳۹۰ق)، الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران: بی جا.
- عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیه، بیروت: دار التراث - الدار الإسلامية.

- همو (۱۴۱۷ق)، *الدروس الشرعية في فقه الإمامية*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علی‌آبادی، علی (۱۳۸۱)، *ایجاد و سقوط تعهدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی*، تهران: دانشگاه تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ.
- غروی نائینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۳ق)، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تهران: المکتبة المحمدية. غستان، جاک (۲۰۰۰م)، *المطول فی القانون المدني، تكوين العقد*، ترجمه: منصور القاضي، د. فیصل کلثوم، بیروت: مجد (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع).
- فیض کاشانی، محمد محسن (بی تا)، *مفاتیح الشرائع*، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۳)، *حقوق مدنی: اصول قراردادها و تعهدات نظری و کاربردی*، تهران: دادگستر.
- قاسمی، محسن (۱۳۸۸)، *شکل‌گرایی در حقوق مدنی*، تهران: میزان.
- کاپلستون، فردریک چارلز (۱۳۸۸)، *تاریخ فلسفه*، ترجمه سید جلال‌الدین مجتوبی و دیگران، تهران: علمی و فرهنگی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین*، جلد اول: بیع، اجاره، قرض، جعاله، صلح، تهران: گنج دانش.
- همو (۱۳۸۳)، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، مفهوم عقد، انعقاد و اعتبار قرارداد «ترازی»، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- همو (۱۳۸۹)، *حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات*، تهران: نشر یلدا.
- کاسیرر، ارنست (۱۳۸۹)، *فلسفه روشنگری*، ترجمه یدالله موقن، تهران: نیلوفر.
- کانت، امانوئل (۱۳۷۰)، «روشن‌نگری چیست، در پاسخ به یک پرسش»، ترجمه همایون فولادپور، مجله کلک، ش ۲۲.
- همو (۱۳۸۸)، *فلسفه فضیلت (مابعد الطبیعة اخلاق: مبانی مابعدالطبیعی تعلیم فضیلت*، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، تهران: نقش و نگار.
- کلی، جان (۱۳۸۲)، *تاریخ مختصر نظریه حقوقی در غرب*، تهران: طرح نو.
- کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، *الکافی*، تهران: دار الکتب الإسلامية.
- لوی، ژان - فیلیپ (۱۳۸۵)، *تاریخ حقوق تعهدات*، آندره کاستالدو، مترجم رسول رضایی، تهران: مهر و ماه نو.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی (۱۴۰۴ق)، *مرآت العقول فی شرح أخبار آل الرسول (ع)*، تهران: بی جا.



محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰)، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

محقق داماد، سید مصطفی، و همکاران (۱۳۷۹)، *حقوق قراردادهای در فقه امامیه*، ج ۱، تهران: سمت. مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷ق)، *العناوین الفقهیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۲ق)، *بحوث فقهیه هامه*، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع). همو (۱۴۲۵ق)، *أنوار الفقاهة - كتاب البیع*، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع). الموسوی الخمینی، سید روح الله (۱۴۲۱ق)، *كتاب البیع (للإمام الخمينی)*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره).

الموسوی الخویبی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۹ق)، *مصباح الفقاهة فی المعاملات*، قم: النشر الاسلامی. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، *جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام*، ۴۳ جلد، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ق)، *مستند الشیعة فی أحكام الشریعة*، ۱۹ جلد، بیروت: مؤسسه آل البيت (ع).

همو (۱۴۱۷ق)، *عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

نوری، حسین بن محمد تقی (۱۴۰۸ق)، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، قم: بی جا. وایت تیکر، سایمون (۱۳۸۵)، *اصول قراردادهای در حقوق فرانسه*، ترجمه حسن ره پیک، تهران: خرسندی.

هوسرل، ادموند (۱۳۸۸)، *بحران علم اروپایی*، ترجمه غلام عباس جمالی، تهران: گام نو. یزدی، سید محمدکاظم طباطبایی (بی تا)، *العروة الوثقی مع تعلیقات الفاضل*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).

یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۹ق)، *العروة الوثقی (المحشی)*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

همو (۱۴۲۱ق)، *حاشیة المكاسب (للیزدی)*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

Bénabent, Alain (1991), *Droit civil: les obligations*, Montchrestien.

Cabrillac, Remy (2006), *Droit des Obligations*, Dalloz.

Carbonnier, Jean (1956), *Droit civil*, T. 4, Les Obligations. PUF Paris.

Catala, Pierre, et al. (2006), *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Paris.

- Domat, Jean (2010), *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, notes de MM. Bouchevret, Berroyer, Chevalier et de Jouy, Desprez, 1745. Re-pu.
- Flour, Jacques; Aubert, Jean-Luc (1991), *Les obligations*, Volume 1, Armand Colin.
- Gazzaniga, Jean – Louis (1992), *Introduction historique au droit des Obligations*, Presses universitaires de France.
- Ghestin, Jacques (1993), *Traité de droit civil: La formation du contrat*, Volumes 1-2: Les obligations, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Laferrière, Firmin Louis Julien (1846), *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, Volume 1, Joubert.
- Larombière, Léobon (1862), *Théorie et pratique des obligations*, ou commentaire des titres III & IV, livre III du Code Napoléon, Art. 1101 à 1386, T: 1, Bruxelles: Durand.
- Marty, Gabriel (1988), *Droit Civil: Les Obligations*, Sirey.
- Mazeaud(s), (Henri, Jean, Léon), Chabas, François (1995), *Leçons de droit civil*, tome 2, premier volume: Obligations: theorie generale. Edition 7, par Chabas, François, Publisher Montchrestien, Paris.
- Ourliac, Paul, de Malafosse, Jehan (1969), *Histoire du droit privé: Les Obligations*, Volume 1, Presses universitaires de France.
- Ripert, Georges, Boulanger, Jaen (1965), *Traite de droit civil: d'apres le traite de planiol*, Paris: Librairie Generale de droit et de jurisprudence.
- Terré, Francois; Simler, philippe; Lequette, Yves (2005), *Droit civil - Les obligations*, 10e édition, Paris: Dalloz.
- Weill, Alex. Terré, François (1980), *Droit Civil: les obligations*, Dalloz.