

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۶، شماره ۲

پاییز و زمستان ۱۳۹۴

صفحات ۶۰۱ تا ۶۲۵

## قرارداد به‌مثابه قانون طبیعی (عقلی)؛ تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران و فرانسه

مهدی شهابی\*

استادیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۱/۱۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۴/۳۱)

### چکیده

قرارداد به‌مثابه قانون طبیعی است. این تعبیر به معنای نفی اصل حاکمیت اراده و اراده قانون‌گذار دولتی به‌عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد است؛ چراکه منشأ وجودی و اعتباری قانون طبیعی، نه اراده، بلکه عدالت و انصاف طبیعی است. مبنای اعتبار مفاد قرارداد تشبیه‌شده به چنین قانونی را باید در همان عدالت و انصاف طبیعی جستجو کرد. با اتخاذ این رویکرد، اصل عدالت و انصاف قراردادی - نه اصل حاکمیت اراده و یا اصل لزوم - اصل برتر قراردادی خواهند بود. چنین نگرشی، با نظام حقوق قراردادهای ایران نیز سازگارتر است. در نظام حقوقی ایران، نه اراده قانون‌گذار دولتی و نه اصل حاکمیت اراده، هیچ‌کدام مبنای اعتبار مفاد قرارداد نیستند تا «ستایش قرارداد» نتیجه شود، بلکه اراده شارع مبنای اعتبار مفاد قرارداد است و اراده شارع نیز اصل لاضرر و اصل نفی عسر و حرج را حاکم بر سایر اصول قراردادی می‌داند.

### واژگان کلیدی

اصل انصاف قراردادی، اصل عدالت قراردادی، قانون، قرارداد، مبنای اعتبار مفاد قرارداد.

\* نویسنده مسئول، فکس: ۰۳۱۳۷۹۳۵۱۲۶ Email: Shahabi880@yahoo.fr

## مقدمه

قانون‌گذار فرانسوی در بند اول ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه، قرارداد را به‌مثابه قانون دانسته است. با اینکه قانون‌گذار ایرانی در ماده ۱۰ قانون مدنی ایران از این تشبیه دست شسته، اما می‌توان در نوشته‌های حقوق‌دانان ایرانی نشانه‌های این تشبیه و حتی استدلال بر اساس آن را یافت (امامی، ۱۳۶۴، ص ۶۸).

بی‌تردیدی درک معنای این تشبیه و تحلیل درست آن و استدلال بر اساس آن، به تحلیل مفهوم قانون وابسته است. در نگاه اول، به‌نظر می‌رسد مراد از قانون همان قانون دولتی است؛ قانونی که منشأ وجودی و اعتبار خود را در اراده دولت بازمی‌یابد. معنایی که می‌توان در اندیشه هابز (Habs) و کانت (Kant) و بسیاری دیگر از طرفداران اندیشه حقوق طبیعی مدرن یافت و به برداشت اراده‌گرا (Volontarisme) از قانون شهرت دارد. گفتنی است که قانون هابزی یا کانتی، توجیه و جایگاه خود را در چارچوب قرارداد اجتماعی پیدا می‌کند (Rousseaux, 1996, p. 70)؛ دولت بناست با قانون به تضمین مفاد قرارداد اجتماعی بپردازد و البته همین قانون به‌مرور زمان و به‌دنبال غلبه پوزیتیویسم دولتی بر عقلانیت فطری در طول قرن نوزدهم میلادی، از ابزار بیان به ابزار ایجاد قاعده حقوقی تبدیل می‌شود و در هر حال، عنصر اجبار، ذاتی آن است (Bastit, 1990, p. 211, 212).

اما ممکن است واژه «قانون» مندرج در ماده ۱۱۳۴، معنای متفاوتی از قانون دولتی داشته باشد. علت این تردید، آن است که عبارت بند اول ماده ۱۱۳۴ و تشبیه قرارداد به قانون، در نوشته‌های دوما (Domat)، حقوق‌دان مسیحی و مشهور فرانسوی، وجود دارد (Aynès, 2005, p. 121, 122). برداشت هابزی یا کانتی از قانون، بی‌گمان در ذهن دوما مسیحی و حتی بسیاری از اندیشمندان عصر روشنگری، از جمله مونتسکیو و پوفندورف (Pufendorf) جایگاهی ندارد. قانون دوما، مونتسکیو و پوفندورف، منشأ وجودی خود را نه در اراده دولتی، بلکه در نوعی عقلانیت انسان‌گرایانه که البته متافیزیکی محض هم نیست و احساس اجتماعی از عدالت را همراه با خود دارد، جستجو می‌کند و در هر حال، قانونی طبیعی است. عنصر ذاتی قانون طبیعی اجبار نیست، بلکه عادلانه و منصفانه بودن آن است؛ یعنی همان عدالت و انصاف طبیعی که ریشه در عقلانیت انسانی (Rationalisme)

دارد. به عبارت دیگر، قانون در صورتی معتبر است که عادلانه و منصفانه باشد (Chazal, 2001, p. 270, 271).

اگر منظور از قانون، معنای هابزی یا کانتی آن باشد، به‌نظر می‌رسد قانون دانستن قرارداد کنایه از اصل حاکمیت اراده یا اراده قانون‌گذار به‌عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد باشد که در هر حال، برتری اصل لزوم قراردادی برآمده از اراده قانون‌گذار<sup>۱</sup> یا اصل حاکمیت اراده<sup>۲</sup> را بر سایر اصول و از جمله اصل عدالت و انصاف قراردادی نتیجه می‌دهد. با این حال، در این نوشتار، نگارنده بحث خود را محدود به معنای طبیعی قانون می‌کند و تحلیل قرارداد به‌مثابه قانون هابزی یا کانتی را به فرصت دیگری وامی‌گذارد.

در این پژوهش، در صدد پاسخ به این پرسش هستیم که شناخت قرارداد به‌عنوان قانون طبیعی، آن‌گونه که در اندیشه دوما مطرح شده و با فرض اینکه نویسندگان قانون مدنی فرانسه نیز از آن اقتباس کرده باشند، چه معنا و آثاری دارد؟ آیا به این معناست که مبنای اعتبار مفاد قرارداد یا منشأ و نیروی التزام‌آوری مفاد قرارداد را، نه در اراده قانون‌گذار دولتی یا در اصل حاکمیت اراده، بلکه باید در عدالت طبیعی یا انصاف طبیعی جستجو کرد؟ در این صورت، توافق اراده طرفین رابطه قراردادی، چه نقشی در قرارداد دارد؟ آیا می‌توان آن را فقط روش ایجاد آثار قراردادی و نه مبنای اعتبار مفاد قرارداد دانست؟ اگر قانون‌گذار دولتی، نقشی در ایجاد آثار قراردادی ندارد یا نقشی در ایجاد اصل حاکمیت اراده به‌عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد ندارد، پس چه نقشی خواهد داشت؟

اگر مبنای اعتبار مفاد قرارداد عدالت یا انصاف طبیعی باشد، نسبت یا رابطه اصول قراردادی چگونه خواهد بود؟ به عبارت دیگر، آیا اصل برتر قراردادی - نه اصل حاکمیت اراده و اصل لزوم برآمده از آن و یا اصل لزوم برآمده از اراده قانون‌گذار - اصل عدالت و انصاف قراردادی خواهد بود؟ باید توجه داشت که اگر اصل عدالت و انصاف، اصل برتر قراردادی باشد، بر سایر اصول و به‌ویژه اصل لزوم حکومت داشته، می‌تواند زمینه فسخ، تعدیل و انحلال قرارداد را در جهت عادلانه و منصفانه کردن آن، فراهم آورد. وانگهی، سایر اصول و از جمله اصل حسن‌نیت قراردادی را باید در ذیل اصل عدالت و انصاف معنا

۱. چراکه اجبار عنصر ذاتی قانون هابزی یا کانتی است.

۲. زیرا طرفین را بطة قراردادی باید به آنچه با اراده خود ایجاد کرده‌اند، ملتزم باشند.

کرد و تردیدی نیست که این اصل حسن نیت، در مقایسه با اصل حسن نیت معنا شده در ذیل اصل لزوم یا اصل حاکمیت اراده، معنای موسعی می یابد و محدود به اجرای مطلوب مفاد قرارداد یا سوء استفاده نکردن از حقوق و امتیازات قراردادی نمی شود و می تواند منشأ تعهد جدید قراردادی نیز باشد.

آیا آثار تشبیه قرارداد به قانون طبیعی، هم در سطح مبنای اعتبار مفاد قرارداد و هم در سطح رابطه اصول قراردادی، در نظام حقوق قراردادهای ایران قابل پذیرش است؟ آیا می توان گفت تشبیه نشدن قرارداد به قانون در قانون مدنی ایران و در ماده ۱۰، نشان از نپذیرفتن چنین آثاری دارد و قانون گذار ایرانی با آگاهی، از این تشبیه دست شسته است؟ اگر این گونه است، پس مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران چیست؟ و این مینا چه نسبت یا رابطه ای را میان اصول قراردادی برقرار می کند. برای پاسخ به پرسش های پیش گفته، نخست به برداشت عقل گرا یا مبتنی بر عدالت و انصاف از قانون پرداخته، معنای آن را تحلیل می کنیم، سپس مبنای اعتبار مفاد قرارداد را از منظر قرارداد به مثابه قانون طبیعی تبیین می کنیم و در پایان نسبت یا رابطه اصول قراردادی را با توجه به چیستی مبنای اعتبار مفاد قرارداد، واکاوی خواهیم کرد.

### تحلیل برداشت عقل گرا یا مبتنی بر عدالت و انصاف از قانون

در کنار برداشتی اراده گرا از قانون که منشأ وجودی و اعتبار قانون را در اراده دولتی جستجو می کند و اجبار را عنصر ذاتی قانون می داند، برداشتی مبتنی بر عقلانیت یا طبیعت انسانی از قانون وجود دارد که بر اساس آن، عنصر وجودی و ذاتی قانون و نیز اعتبار آن را باید در عادلانه بودن و منصفانه بودن قانون، یعنی انطباق آن با احساسی اجتماعی از عدالت جستجو کرد. از دیدگاه منتسکیو، «قانون به معنای کلی، همان عقل انسانی است که حاکم بر همه مردم روی کره خاکی است و قوانین سیاسی و مدنی هر ملتی، مصادیقی اند که در آن، این عقل انسانی، جنبه اجرایی پیدا می کند»<sup>۱</sup> (Montesquieu, 1998, p. 29). از نظر منتسکیو، تنها قانون مدنی و سیاسی مبتنی بر

1. «La loi en général est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre, et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine».

قانون طبیعی، حقوق واقعی خواهد بود؛ چراکه تجسم عینی حقوق آن گونه که هست و آن گونه که باید باشد، است؛ حقوقی که مصداق آشتی تجربه‌گرایی و عقلانیت شمرده می‌شود.

بی‌تردید، بین برداشتی که روسو از قانون دارد و آن را بیان اراده عمومی می‌داند (Rousseaux, 1996, p. 53, 70) - همان‌طور که در ماده ۶ اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه نیز انعکاس یافته است - و برداشت منتسکیو از قانون تفاوت وجود دارد. قانون روسو منشأ و مبنای خود را در طبیعت انسانی نمی‌یابد، بلکه مبنایی ارادی دارد. از این منظر، منتسکیو، آکویناس (Aquinas) و جان فینیس را باید هم‌عقیده دانست. آکویناس، اعتبار قانون بشری را در احترام به اصول کلی حقوق طبیعی یا همان قوانین طبیعی جستجو می‌کند (Villey, 2003, p. 16) و بر اساس این تحلیل، قانون از آنجا که رفتار انسان را به یک غایت طبیعی و برای مثال عدالت (تعادل) قراردادی در تعهدات قراردادی سوق می‌دهد، الزام‌آور است. از نگاه جان فینیس نیز ملاک الزام‌آور بودن قانون را باید در میزان ارتباط و انطباق آن با آموزه‌ها و الزامات عقل عملی جستجو کرد؛ این آموزه‌ها و الزامات، چیزی جز اصول و قواعد عدالت و اخلاق نیستند (Finnis, 1998, p. 255). بر این اساس، ضمانت اجرای دولتی و یا حتی قالب دولتی، ذاتی قانون نیست و امری عارضی است که در چارچوب همان الزامات عقل عملی معنا پیدا می‌کند. آنچه ذاتی قانون و ملاک اعتبار آن است، عادلانه بودن و اخلاقی بودن آن می‌باشد. بنابراین، با وجود نظر برخی از حقوق‌دانان (راسخ، ۱۳۸۵، ص ۳۰)، عادلانه و اخلاقی بودن قانون را نباید جزء ویژگی‌های عارضی آن دانست.

تشبیه قرارداد به قانون، اگرچه در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه آمده و در ظاهر می‌تواند منعکس‌کننده تعامل اندیشه حقوق طبیعی با پوزیتیویسم اراده‌گرایی دولتی هابزی و کانتی باشد، اما واقعیت این است که این تشبیه را همان‌طور که در مقدمه به آن اشاره شد، پیش از قانون مدنی فرانسه، در نوشته‌های دوما، حقوق‌دان مسیحی فرانسوی، می‌یابیم (Aynès, 2005, p. 121, 122) و هنگامی که دوما قرارداد را قانون توصیف می‌کند، معلوم نیست که همان معنایی را که حقوق طبیعی مدرن تحت تأثیر پوزیتیویسم هابزی و کانتی به قانون می‌دهد، در ذهن داشته باشد.

همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، تشبیه قرارداد به قانون هابزی و کانتی می‌تواند به معنای پذیرش حاکمیت اراده متعاقدين یا پذیرش اراده قانون‌گذار به‌عنوان مبنای

اعتبار مفاد قرارداد باشد. مبنای اول به برتری اصل حاکمیت اراده و اصل لزوم برآمده از آن بر سایر اصول قراردادی می‌انجامد. مبنای دوم نیز برتری اصل لزوم را بر سایر اصول قراردادی به دنبال خواهد داشت. با این حال، در اندیشه دوما اصل حاکمیت اراده نمی‌تواند مبنای اعتبار مفاد قرارداد و اصل برتر قراردادی باشد؛ چراکه از یک سو مسیحیت‌گرایی دوما به وی اجازه نمی‌دهد که آزادی را بر اساس نوعی انسان‌گرایی مدرن معنا کند. آزادی در اندیشه دوما در رعایت قانون خدایی است؛ قانونی که انسان را به سوی هدفی متعالی که همان عشق به خوبی‌هاست، راهنمایی می‌کند؛ قانونی که تعبیر دیگر آن، قانون طبیعی و عقلانی است؛ قانونی که مبنای اعتبار آثار حقوقی بوده، حقوق‌دان و قاضی را به عدالت و انصاف رهنمون است. بنابراین، از تشبیه قرارداد به قانون نباید برتری اصل حاکمیت اراده را استنباط کرد. از سوی دیگر، از منظر دوما و دیگر همفکران او از جمله مونتسکیو و پرتالیس، قوانین، اعمال قدرت محض نیستند تا با تشبیه قرارداد به قانون، اراده قانون‌گذار مبنای اعتبار قانون و قرارداد باشد؛ قوانین مصداق عینی اعمال عدالت و عقل‌اند. حقوق، عقل جهانی است و قوانین همان حقوق‌اند؛ ولی حقوقی که به قواعد موضوعه تنزل یافته است (Portalis, 2007/1, p. 92) و قوانین موضوعه نیز در صورتی معتبرند که مفاد آنها با طبیعت و عقل یا عدالت طبیعی و عقلانی در تعارض نباشد (Aubénque, 1980, p. 148; Sériaux, 1993, p. 291). بنابراین، از تشبیه قرارداد به قانون نباید نتیجه گرفت که اراده قانون‌گذار مبنای اعتبار مفاد قرارداد بوده و اصل لزوم برآمده از این اراده، برتر است.

به این ترتیب، برخلاف آنچه در اندیشه کسانی چون هابز، بنتام (Bentham) (Batiffol, 1980, p. 79) و حتی کلسن (Kelsen, 1940, p. 36, 37) ملاحظه می‌کنیم، قانون محدودکننده آزادی نیست تا با تشبیه قرارداد به قانون نوعی الزام‌آوری خشک و بی‌روح نتیجه شود، بلکه آزادی و نیز اراده قانون‌گذار، معنای خود را در تبعیت از قانون خدایی و طبیعی بازمی‌یابند؛ قانونی که به این ترتیب، آزادی و اصل حاکمیت اراده برآمده از آن و همین‌طور اراده قانون‌گذار را ذیل عدالت و انصاف می‌فهمد و می‌خواهد (Chazal, 2001, p. 272, 273). از این منظر، قانون بشری که مصداق آن می‌تواند همین ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه باشد، باید اجازه دهد تا قاضی در مقام اجرا بتواند امر عادلانه و منصفانه را از امر ناعادلانه و غیرمنصفانه تفکیک کند و تشخیص دهد (Perelman, 1968, p. 18).

شَرَل، استاد حقوق مدنی فرانسه، برای فاصله گرفتن از برداشت هابزی و کانتی از قانون، و تحلیل درست تشبیه قرارداد به قانون، لازم می‌بیند که پیش از هر چیز، میان دو مفهوم اجبار (Contrainte) و التزام‌آوری (obligatoire) قانون یا به عبارت دیگر بین دو مفهوم اجبار و التزام یا تعهد (Obligation) تفکیک قائل شود (Chazal, 2001, p. 268, 270). از نظر شزل، اجبار یا ضمانت اجرا، مبنای خود را در خارج از قانون می‌یابد که چیزی جز اراده حاکم نیست. به عبارت دیگر، اجبار، یاری‌رسان قانون است و بدون آن، قانون مرده خواهد بود. بی‌تردید، اجبار، عنصر تأثیربخشی قانون است، اما ویژگی التزام‌آوری آن را توجیه نمی‌کند و جزء ماهیت قانون هم نیست. آنچه مبنای التزام‌آوری قانون است، ضرورت طبیعت و عقلانیت است و همین طبیعت و عقل لازم می‌داند که قانون برای لازم‌الاتباع بودن عادلانه بوده، با انصاف که احساسی اجتماعی از عدالت است، مطابق باشد.

از نظر شزل، عبارت مشهور دیژست (Digest) را که دوما نیز از آن اقتباس کرده است، باید بر همین سیاق تفسیر کرد:

Hoc servabitur, quod initio convenit; legem enim contractus dedit  
(Chazal, 2001, p. 271).

ترجمه فارسی عبارت پیش‌گفته را می‌توان این‌گونه بیان کرد:

«به قراردادی که در ابتدا منعقد شده است، باید ملتزم بود؛ چراکه قرارداد، قانون طرفین رابطه قراردادی است.»

در این عبارت که می‌توان آن را همان عبارت مندرج در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه، یعنی «قرارداد به مثابه قانون است» دانست، ویژگی التزام‌آوری و غیرقابل تغییر بودن مفاد قرارداد، نه از واژه «Legem» یا «قانون»، بلکه از واژه «Servabitur» یا «ملتزم بودن» استنباط می‌شود تا گمان نرود که التزام‌آوری قرارداد مرادف با اجباری بودن قانون است و بر اساس همین ترادف، اصل لزوم قرارداد باید به‌عنوان اصل برتر رابطه قراردادی شناخته شود. قانون طرفین پیش از اینکه یک هنجار اجبارکننده باشد، قاعده‌ای است که اجازه می‌دهد حقوق هریک از متعاقدين را عادلانه و منصفانه تعیین کنیم؛ چراکه اقتضای عقلانیت و طبیعت همین است. به این ترتیب، باید اجبار را از التزام جدا دانست.

عبارت لاتین «Pacta sunt servanda» نیز نوعی التزام به رعایت مفاد قرارداد را

به دنبال دارد و نه اجباری که مشابه اجبار برآمده از اراده دولتی باشد (Chazal, 2001, p. 271).

### تحلیل مبنای اعتبار مفاد قرارداد بر اساس برداشت عقل گرا از قانون

برداشت عقل گرا از قانون و تشبیه قرارداد به چنین قانونی نمی تواند اراده قانون گذار یا اراده متعاقدين را به عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد نتیجه دهد. برای تحلیل این مسئله و بررسی مبنای درست اعتبار مفاد قرارداد تشبیه شده به قانون طبیعی، نخست به تحلیل چگونگی ردّ ایدئولوژی اراده گرایی در حقوق قراردادهای فرانسه پرداخته، سپس چگونگی و چرایی ردّ این ایدئولوژی در حقوق قراردادهای ایران را تبیین می کنیم و در خلال مباحث، به مبنای درست اعتبار مفاد قرارداد می پردازیم.

#### ۱. ردّ ایدئولوژی اراده گرایی در نظریه عمومی قراردادهای فرانسه؛ اصل حاکمیت

##### اراده، روش ایجاد آثار قراردادی و اراده قانون گذار، منبع آثار قراردادی

اگر بر اساس برداشتی عقل گرا یا مبتنی بر عدالت و انصاف از قانون، نتوان اجباری بودن را عنصر ذاتی قانون دانست، تشبیه قرارداد به قانون نیز قادر نیست به معنای الزام آوری و اجباری بودن قرارداد یا به عبارت بهتر، نمی تواند به معنای برتری اصل لزوم بر سایر اصول قراردادی باشد. در واقع، قانون مبتنی بر رویکرد عقل گرا، به قاعده ای می ماند که قاضی را در رسیدن به راه حل عادلانه و منصفانه کمک می کند. پس قرارداد به مثابه قانون نیز باید چنین وضعیت یا کارکردی داشته باشد؛ به عبارت دیگر، نمی توان منشأ لازم الاتباع بودن قانون را عدالت دانست و منشأ لازم الاتباع بودن قرارداد را در اصل حاکمیت اراده یا در اراده قانون گذار جستجو کرد. مبنا و منشأ التزام آوری قانون و قرارداد را باید در همان عدالت طبیعی و انصاف طبیعی یافت. به همین دلیل است که دوما اگرچه آزادی قراردادی را به رسمیت می شناسد، ولی آن را مطلق ارزیابی نمی کند. از نظر وی قراردادی که خلاف انصاف و عدالت باشد، التزام آور و الزام آور نیست. در واقع، هنگامی که دوما از واژه قانون استفاده می کند، به ایده عدالت و انصاف نظر دارد. قانون ابزاری خواهد بود برای محقق کردن امر منصفانه و عادلانه و قرار است در همین مسیر راهنمای قاضی باشد و اگر قرارداد نیز قانون طرفین است، به این دلیل است که می تواند



راهنمای قاضی باشد تا حقوق و تکالیف طرفین را عادلانه و منصفانه مشخص و اعلام کند. در واقع، اصل برتر قراردادی، اصل عدالت و انصاف است و دیگر اصول باید ذیل آن معنا و تفسیر شوند.

با این حال، برای اینکه قرارداد با برداشت مبتنی بر عدالت و انصاف از قانون همسو باشد، خود نباید از ایدئولوژی اراده‌گرایی در موضوع روابط انسانی متأثر گردد (Ghestin, 1993, p. 251; Ghestin, 1981, p. 40). بی‌تردید، رویکرد حقوق طبیعی مدرن که الهام‌بخش چنین ایدئولوژی‌ای است (Rouhette, 1987, p. 27)، قرارداد را سنبل اصل حاکمیت اراده دانسته، مفهوم و معنایی جدای از آن برای قرارداد قائل نبوده و قرارداد را به توافق اراده‌ها معنا کرده است و همین اصل حاکمیت اراده را نیز منشأ الزام‌آوری و التزام‌آوری آن می‌داند؛ به گونه‌ای که می‌توان گفت بر اساس این دیدگاه، قراردادی که منعکس‌کننده اصل حاکمیت اراده نیست، قرارداد شمرده نمی‌شود، یا اگر با تضعیف جایگاه و حاکمیت اراده یا اصل آزادی قراردادی در حقوق قراردادهای روبرو شویم، بایستی سخن از افول قرارداد یا بحران قرارداد به میان آوریم (Morin, 1927, p. 111, 112; Morin, 1940, p. 7 et s; Hébraud, 1960, p. 420; Savatier, 1964, p. 19; Terré, 1968, p. 71; Chazal, 2003, p. 327). شایان ذکر است که همین اندیشه حقوق طبیعی مدرن، متأثر از اعتماد کامل به پوزیتیویسم دولتی، در نهایت به این راضی می‌شود که نه اصل حاکمیت اراده، بلکه اراده قانون‌گذار را منشأ اعتبار مفاد قرارداد بدانند.

در هر حال، در ایدئولوژی اراده‌گرایی، چه از نوع اراده قانون‌گذار و چه از نوع اصل حاکمیت اراده، در مقایسه میان اصول حاکم بر قراردادهای از جمله اصل حاکمیت اراده، اصل الزام‌آوری قرارداد، اصل اجرای باحسن‌نیت قرارداد، اصل عدالت قراردادی و اصل انصاف قراردادی، باید، قائل به سلسله‌مراتب بود و اصل لزوم برآمده از اصل حاکمیت اراده یا برآمده از اراده قانون‌گذار را مقدم بر همه اصول دانست و سایر اصول را ذیل آن معنا کرد. مفهوم این سخن آن است که نمی‌توان با استناد به اصل عدالت و اصل انصاف قراردادی، اصل لزوم را کنار زد و برای مثال زمینه فسخ قرارداد یا تعدیل قرارداد را به دلیل غبن حادث فراهم آورد. دیگر اینکه نمی‌توان اصل اجرای باحسن‌نیت قرارداد را منشأ تعهد به مذاکره مجدد دانست و از این طریق زمینه تعدیل قرارداد را ایجاد کرد. اصل عدالت و انصاف قراردادی و نیز اصل اجرای باحسن‌نیت قرارداد، معنایی جز اجرای

مطلوب مفاد قرارداد نخواهند داشت؛ چراکه آنچه طرفین رابطه قراردادی منعقد کرده‌اند، عادلانه و منصفانه است و اگر طرفین رابطه قراردادی، قرارداد را به نحو مطلوب اجرا کنند، آن را با حسن نیت اجرا کرده‌اند.

حتی منشأ و توجیه شرایط صحت قرارداد ( Terré, Simler et Lequette, 2005, p. 93)، خیار غبن و عیب و نظریه علت، جهت و ... را باید در همین اصل حاکمیت اراده یا در اراده قانون‌گذار مبتنی بر چارچوب حقوق طبیعی مدرن جستجو کرد. بر این اساس، شرط اساسی صحت و اعتبار قرارداد، تراضی است و بقیه شرطها اعتبار خود را از توافق اراده‌ها و اصل حاکمیت اراده می‌گیرند. اهلیت، شرط اساسی صحت قرارداد است، چراکه اشخاص فاقد اهلیت اراده سالمی ندارند؛ پس، شرط اهلیت اصالت ندارد و تابعی از اصل حاکمیت اراده به‌عنوان شرط اصلی و بنیادین است. موضوع، شرط اساسی است، چراکه تراضی برای تحقق فعلی نیاز به موضوع دارد. مشروعیت جهت نیز وسیله هدایت تراضی است تا در مسیر زیر سؤال بردن آزادی‌های فردی قرار نگیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۱۲۰ و ۱۲۱).

با این حال، همان‌طور که گستن، رمی، دُنی مازو و فَبَر مَنیان، استادان فرانسوی، به آن تصریح دارند ( Ghestin, 1993, p. 239; Mazeaud, 2003, p. 295; Rémy, 1987, p. 273; Fabre-Magnan, 2001, p. 300, 301)، اندیشه حقوق طبیعی مدرن و آثار آن در حقوق قراردادهای و از همه مهم‌تر، شناخت اراده متعاقدين یا اراده قانون‌گذار به‌عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد یا به‌عنوان مبنای الزام‌آوری و التزام‌آوری قرارداد، باید در حقوق فرانسه، سنتی تلقی شود. نظریه‌ای که امروزه بیشتر مورد توجه است، مبنای التزام‌آوری قرارداد را نه در اصل حاکمیت اراده و نه در اراده قانون‌گذار، بلکه در اصل فایده و اصل عدالت جستجو می‌کند؛ دو اصلی که می‌توان آن‌ها را اصول بنیادین نظریه عمومی قرارداد دانست ( Jamin, 2002, p. 902؛ این دو اصل یادآور این نکته‌اند که مهم در قرارداد، اراده طرفین قرارداد - آن‌گونه که رویکرد حقوق طبیعی می‌گوید - نیست، بلکه مهم فایده اجتماعی قرارداد و رعایت مستمر عدالت و انصاف در قرارداد است. پس، باید اراده، چه اراده فردی و چه اراده قانون‌گذار، نقش مبنایی نداشته باشد و تنها جنبه شکلی پیدا کند (Chehata, 1968, p. 140, 141). از نظر گستن، بند اول ماده ۱۱۳۴، اگرچه اصل التزام‌آوری مفاد قرارداد را مطرح می‌کند، ولی به‌هیچ‌وجه بیان‌کننده این نیست که

مبنای اعتبار مفاد قرارداد- که نیروی الزام‌آوری قرارداد نیز از آن برمی‌آید- در اصل حاکمیت اراده یا در اراده قانون‌گذار نهفته است (Ghestin, 1981, p. 37). به این ترتیب، احراز عدم تعادل فاحش (غبن ابتدایی و حادث، عیب و ...) یا اثبات این نکته که یکی از طرفین در موقعیتی نبوده که بتواند منافع خود را دنبال کند (عدم اهلیت)، یا احراز این موضوع که تعهد قراردادی بدون علت است یا علت متناسب را ندارد، التزام‌آوری و الزام‌آوری قرارداد را زیر سوال برده، دخالت قاضی را- که همان عدالت و انصاف زنده است- ایجاب می‌کند و می‌تواند تعدیل مفاد قرارداد را به دنبال داشته باشد (Ghestin, 1990, p. 149, 150). به نظر می‌رسد توجیه انحلال و انفساخ قرارداد در چنین شرایطی بر اساس نظریه عیب اراده، شکلی و ساختگی باشد. واقعیت این است که نظریه حاکمیت اراده، نه می‌تواند مبنایی برای پذیرش غبن حادث باشد و نه توضیح می‌دهد که چرا تعهد بدون علت باطل است (Kelsen, 1940, p. 35, 36)؛ توضیح آن را باید در ایده بی‌عدالتی و نابرابری جستجو کرد. به عبارت دیگر، باید با امیل دورکیم، جامعه‌شناس حقوقی فرانسوی، هم‌داستان شد که در قرارداد همه چیز قراردادی نیست (Durkheim, 1995, p. 189)؛ عقیده‌ای که البته به شدت مورد انتقاد ریپر، حقوق‌دانان فرانسوی لیبرال و طرفدار اصل حاکمیت اراده، قرار گرفته است (Ripert, 1949, p. 38, 39).

گفتنی است، نظریه کسانی چون گستن، اگرچه جایگاه اصل حاکمیت اراده یا اراده قانون‌گذار مبتنی بر چارچوب حقوق طبیعی را در قرارداد کاهش می‌دهد، ولی معنایش این نیست که اراده و توافق اراده جایگاهی در قرارداد و شکل‌گیری آن ندارند. واقعیت این است که بر اساس این نظریه، اصل حاکمیت اراده و توافق اراده‌ها نقش مبنایی خود را در قرارداد از دست داده، به روش اختصاصی ایجاد آثار قراردادی (Ghestin, 1990, p. 148, 149) یا به عبارت دیگر، به منبع آثار قراردادی تنزل می‌یابند. اراده قانون‌گذار نیز به ابزار بیان یا همان منبع، و نه ابزار ایجاد و اعتبار اصول و آثار قراردادی تنزل پیدا می‌کند. از این منظر، محدود شدن اصل حاکمیت اراده و یا حتی اراده قانون‌گذار در قرارداد، به دلیل مقتضیات عدالت و فایده می‌تواند از منظر حقوق طبیعی مدرن به معنای افول قرارداد یا بحران قرارداد باشد (Ghestin, 1990, p. 154; Terré, 1968, p. 71; Batiffol, 1968, p. 30).

می‌دانیم که تفاوت زیادی میان مبنای اعتبار آثار حقوقی و منبع آثار حقوقی وجود

دارد؛ مینا، منشأ وجودی و اعتبار آثار است و منبع تنها ابزار بیان و اجرای آنهاست. به این ترتیب، منبع بیشتر نقشی شکلی دارد و طبیعی است که نوع مینا، بر ماهیت و چیستی و کارکرد منبع تأثیرگذار است (شهابی و جلالی، ۱۳۹۱، ص ۹۹). اینکه مینای اعتبار مفاد قرارداد، قانون‌گذار دولتی باشد یا اراده شارع، یا عدالت و فایده باشد و یا اصل حاکمیت اراده، در ماهیت این منبع و کارکرد آن نیز تأثیرگذار خواهد بود. اگر قانون باشد، اصل حاکمیت اراده منبع باید نسبت خود را با اصول و قواعد بیان‌شده و پدیدآمده از سوی قانون‌گذار دولتی تعریف کند و اگر شارع باشد، این نسبت باید با اصول و قواعد ایجادشده از طرف شارع مقدس تعریف شود و چندان اهمیتی نخواهد داشت که قانون‌گذار دولتی آن اصول و قواعد شرعی را بیان نکرده باشد. اگر مینای اعتبار، فایده و عدالت باشد، این نسبت باید با آموزه‌ها و اصول برآمده از عدالت و فایده تعریف شود؛ اصولی که ممکن است قانون‌گذار دولتی بیان نکرده باشد و اگر مینا اصل حاکمیت اراده باشد، بی‌گمان دیگر اصول قراردادی باید نسبت خود را با این اصل حاکمیت اراده هماهنگ کنند؛ خواه اصل حاکمیت اراده از سوی قانون‌گذار دولتی بیان شده باشد یا خیر.

## ۲. ردّ ایدئولوژی اراده‌گرایی در نظریه عمومی قراردادهای ایران؛ اصل حاکمیت

### اراده، روش ایجاد آثار قراردادی و اراده قانون‌گذار، منبع آثار قراردادی

از نظر برخی از حقوق‌دانان ایرانی، اصل حاکمیت اراده مبنای التزام به مفاد قرارداد نیست، بلکه منشأ التزام به عقد را باید اخلاق دانست. این اخلاق که آمیزه‌ای از اخلاق فطری یا مذهبی و اخلاق اجتماعی است، از دیرباز پیمان‌شکنی را نکوهش، و وفاداری به عهد و پیمان را ستایش کرده و معیار فضیلت دانسته است. حقوق نیز بایستی به این مبنای عرفی، مذهبی و عقلی وفادار بوده، آن را محترم بشمرد. بنابراین، برای توجیه نیروی التزام‌آوری و الزام‌آوری قرارداد، ضرورت ندارد به اندیشه‌های فلسفی و برای مثال به اندیشه حقوق طبیعی مدرن توسل جست و قائل بود که اراده انسان مبنای اعتبار مفاد قرارداد بوده، تنها همین اراده نیز می‌تواند انسان را محدود کند. فایده مهم انتخاب مبنای اخلاقی برای اعتبار مفاد قرارداد در این است که اگر نیروی التزام‌آوری قرارداد، با اصل اخلاقی یا ارزش والاتری مانند رعایت اصل حسن‌نیت قراردادی و اصل عدالت و

انصاف قراردادی که تعادل اقتصادی میان دو عوض را نتیجه می‌دهد، تعارض پیدا کند، اصل و ارزش والاتر بر آن حاکم می‌شود. «بدین وسیله راه برای اداره محدود قرارداد فراهم می‌آید؛ در حالیکه اگر گفته شود اراده انسان تنها با رضای او محدود می‌شود (اصل حاکمیت اراده)، چاره‌ای جز ستایش قرارداد باقی نمی‌ماند و درمان همه دردها را بایستی از قرارداد خواست» (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۱۳۳). واقعیت این است که اراده باید در خدمت حقوق باشد، نه حقوق کارگزار اراده (کاتوزیان، ۱۳۷، ج ۱، ص ۱۴۶).

از منظر نگارنده، سخن گفتن از «اخلاق»، به‌عنوان مبنای التزام به مفاد قرارداد یا به عبارت بهتر مبنای اعتبار مفاد قرارداد، اگرچه می‌تواند به معنای عبور از حاکمیت اراده و یا اراده قانون‌گذار به‌عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد باشد، اما مبهم و کلی است؛ چراکه می‌توان در خصوص محتوا و نوع اخلاق مناقشه کرد.

وانگهی، اخلاق به‌عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد، چندان با نظام فقهی- حقوقی ایران منطبق نیست. بی‌تردید، در رویکرد فقهی، اصل حاکمیت اراده یا توافق اراده‌ها مبنای اعتبار آثار قراردادی نبوده، جایگاه آن از مبنای اعتبار آثار قراردادی به روش ایجاد آثار قراردادی تقلیل می‌یابد (السند، ۱۴۳۰، ص ۲۷۴، ۲۷۸؛ بجنوردی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۳۶، ۱۳۷؛ Chehata, 1968, p. 136, 140)؛ روشی که شارع مقدس آن را به رسمیت شناخته و البته در شناسایی آن نیز بدون مبنا عمل نکرده است (السند، ۱۴۳۰، ص ۲۷۵)؛ چراکه قرارداد و التزام برآمده از آن، در هر حال، امری قلبی است و نه صرفاً از باب الفاظ. بی‌گمان، وقتی سخن از توافق اراده به میان می‌آید، منظور صرف الفاظ ایجاب و قبول نیست؛ نکته‌ای که ماده ۱۹۱ قانون مدنی نیز بر آن تأکید دارد. پذیرش اصل حاکمیت اراده به‌عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد، نشان از پذیرش انسان‌گرایی قراردادی دارد که در نظام حقوقی دینی تردیدی در رد آن نیست.

اراده قانون‌گذار دولتی نیز نمی‌تواند به‌عنوان مبنای اعتبار آثار قراردادی قابل طرح باشد؛ چراکه پذیرش آن به معنای رد اراده شارع به‌عنوان ایجادکننده آثار حقوقی و از جمله آثار قراردادی است و این نتیجه، از منظر حقوق موضوعه، یعنی بند ۱، ۲ و ۴ اصل دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز قابل پذیرش نیست؛ با این حال، نفس وجود نظام حقوق موضوعه به این معناست که قانون می‌تواند منبع یا ابزار بیان- البته نه انحصاری- اصول قراردادی و آثار قراردادی باشد.

معنای قاعده «العقود تابعه للقصد» هم در فقه این نیست که مبنای اعتبار مفاد

قرارداد، حاکمیت اراده است. این قاعده گویای روشی برای تعیین یا شناسایی مفاد قرارداد است، ولی گویای مبنای اعتبار این محتوا نیست و مبنای اعتبار را باید در جای دیگری که البته جز اراده شارع نمی‌تواند باشد، جستجو کرد و همین اراده در عین اینکه توافق اراده را به‌عنوان روش ایجاد آثار قراردادی معتبر اعلام می‌دارد، اصل نفی عسر و حرج و اصل لاضرر را نیز مطرح می‌کند (بجنوردی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۲۳۲، ۲۶۴) و به این ترتیب، از آنجا که حاکمیت اراده روش است، باید نسبت و جایگاه خود را بامبنا و اصول برآمده از اراده شارع، یعنی همین اصل نفی عسر و حرج و لاضرر، تعریف کند.

از نظر بجنوردی در کتاب *القواعد/الفقهیه* و ذیل قاعده «العقود تابعه للقصود»، هر عقدی عنوانی دارد و «...تحقق عنوان عقود، (اینکه عقد، برای مثال بیع باشد یا اجاره) تابع قصد آن عنوان است و بدون قصد عنوان (برای مثال عنوان بیع، بیع) محقق نمی‌شود؛ با اینحال، معنای این سخن آن نیست که هر آنچه متعاقدين قصد و اراده می‌کنند، شرعاً نیز در عالم اعتبار تحقق پیدا می‌کند؛ چراکه آنچه طرفین قصد کرده‌اند، اگر از مصادیق معاملات عقلایی نباشد، یا از مصادیق معاملاتی که شارع ایجاد کرده نیز نباشد، یا اینکه معامله عقلایی باشد، اما شارع آنرا امضاء نکرده باشد، بی‌تردید هیچکدام از مصادیق ذکر شده از نظر شرعی تحقق پیدا نمی‌کند. بنابراین، وقتی سخن از معاملات، عقود و تعهدات رایج عقلایی به‌میان می‌آید، اگر شارع آنها را امضا کرده باشد، جز با قصد و اراده تحقق نمی‌یابند...»<sup>۱</sup> (بجنوردی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۱۳۶، ۱۳۷) و به همین دلیل نتیجه می‌گیرند «پس معنای اینکه عقد تابع قصد است، این است که عقد بدون قصد مفاد آن و ویژگی‌های آن (مانند اینکه ثمن معامله قسطی باشد) تحقق نمی‌یابد، اما بدین معنی نیست که هر آنچه را متعاقدين قصد کنند، در عالم اعتبار تحقق می‌یابد، حتی اگر آنچه قصد شده، شرایط معتبر در آن عقد یا ایقاع را نداشته باشد»<sup>۲</sup> (همان،

۱. «... تحقق هذه العناوين تابع لقصدها، و بدون القصد لاتقع و ليس المراد أن كل ما يقصده و یریدہ يقع شرعاً؛ لأن ما قصده إن لم يكن من المعاملات العقلانيه و أيضاً ليس مما أحدثه الشارع، أو كان من المعاملات العقلانيه و لكن لم يمضها الشارع، فجميع ذلك لا يقع شرعاً قطعاً، بل المراد أن المعاملات العقلانيه و عقودهم و عهودهم الدائره فيما بينهم إن أمضاها الشارع، فلا تقع الا مع قصدها و ارادتها...».

۲. «فمعنى أن العقود تابعه للقصود، أى لا يقع العقد بغير قصد مضمونه و خصوصياته، لا أن كل ما قصده

ص ۱۳۸).

بجنوردی در جای دیگری بیان می‌دارد که «...عقود و تعهدات تابع قصد متعاقدين و متعاهدین‌اند، منتهی بعد از اینکه مرحله تشریح عقد را پشت سر گذاشته باشیم. بنابراین اگر عمل حقوقی مزبور از طرف شارع مقدس امضاء نشده باشد، اثر آن در عالم اعتبار محقق نخواهد شد چه آن عقد و معاهده قصد شده باشد یا نشده باشد. بنابراین، قصد در شکل‌گیری مقصود تأثیرگذار است؛ اما بعد از آنکه آن معامله توسط شارع مقدس تشریح شده باشد»<sup>۱</sup> (همان، ص ۱۴۱).

مکارم شیرازی نیز در کتاب *القواعد الفقهیه خود و ذیل قاعده «العقود تابعه للقصد»* تصریح می‌کند: «تشکیل ساختمان عقد به قصد نیاز دارد، اما احکام عقد به اراده شارع بستگی دارد. قصد طرفین رابطه قراردادی هیچ تأثیری در احکام عقود ندارد و این مسئله بدیهی است»<sup>۲</sup> (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۳۷۴).

شایان ذکر است که اصل التزام‌آوری قرارداد نیز در فقه از قاعده «العقود تابعه للقصد» استنباط نمی‌شود، بلکه از قاعده اوفوا بالعقود برمی‌آید (محقق داماد، ۱۳۷۱ و ۱۳۷۲، ص ۵۴).

از سیاق برخی از عبارات فقهی می‌توان این‌گونه برداشت کرد که اصل حاکمیت اراده مبنا بوده، ولی در طول اراده الهی قرار دارد تا به این ترتیب نوعی کثرت‌گرایی سلسله‌مراتبی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد نتیجه شود. میرزای نائینی در کتاب *المکاسب و البیع* بیان می‌دارد که «...صحت عقد در خارج، منوط به دو امر است: اول اینکه صدور عقد از ناحیه متعاقدين توأم با قصد باشد تا ماهیتی انشایی و قصدی عقد تحقق یابد و دوم اینکه شارع انشای متعاقدين را امضا کند. پس، اگر این دو امر تحقق پیدا کند، عقد صحیح خواهد بود و اگر یکی از

يقع و إن لم يكن واجداً للشرائط المعتبره في ذلك العقد أو في ذلك الإيقاع».

۱. «...أن العقود والعهد تابعه لقصد المتعاقدين و المتعاهدین بعد الفراغ عن تشریح ذلك العقد، و إلا لو لم يكن ممضى من قبل الشارع الأقدس لا توجد نتيجة ذلك العقد و المعاهده في عالم التشریح، سواء قصداً أو لم يقصداً، فالقصد يؤثر في وجود ما قصد بعد كون تلك المعامله مشروعه من قبل الشارع الأقدس».

۲. «ان الحاجه الى القصد انما هو في قوام العقد و تحققه، و اما الأحكام فهی أمور آخر ترتبط بالشارع و ارادته، و لا دخل لقصد العاقد فيها ابداً و الأمر واضح».

این دو امر یا هر دو منتفی باشند، عقد صحیح نیست»<sup>۱</sup> (میرزای نائینی، ۱۴۱۳، ص ۱۴۱).

با این حال، حتی با پذیرش چنین تحلیلی، همان‌طور که خواهیم دید، تفاوتی از منظر نسبت اصول قراردادی در مقایسه با وحدت‌گرایی مبتنی بر اراده شارع، به وجود نخواهد آمد؛ چراکه شارع در هر حال مبنای برتر است و اگر اراده کرده باشد که اصولی و برای مثال اصل نفی عسر و حرج حاکم بر اصل حاکمیت اراده باشد، این حکومت تحقق خواهد یافت.

گفتنی است که از عبارات فقهی پیش‌گفته، نمی‌توان این استنباط را هم داشت که اراده شارع مبنا نیست و تنها به تعیین محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده مبنا می‌پردازد.

نیم‌نگاهی به مواد قانون مدنی ایران نیز می‌تواند به نوعی همین تحلیل را تقویت کند که قانون‌گذار مدنی، جایگاه اصل حاکمیت اراده را نه مبنای اعتبار مفاد قرارداد، بلکه روش ایجاد آثار قراردادی اعلام کرده است. قانون‌گذار در ماده ۳۵۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جز یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید، داخل در بیع و متعلق به مشتری است؛ اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند». جهل متعاملین، به معنی عدم اراده و قصد آنها بر مصداق عرفی است و معنای آن این است که همه چیز در قرارداد، قراردادی نیست. می‌توان تعادل اقتصادی دو عوض را ملحق به اراده و نوعی شرط ضمنی دانست، ولی همه خصوصیات یا عناصر مرتبط با تعادل اقتصادی قراردادی به شرط ضمنی بر نمی‌گردند. واقعیت این است که در این ماده، قانون‌گذار از توابع مبیع سخن می‌راند؛ توابعی که می‌تواند در تعادل عوضین تأثیر و عدالت معاوضی را تحت‌الشعاع قرار دهد. به این ترتیب، قانون‌گذار ملاک عدالت معاوضی را تنها اراده طرفین قرار نداده است.

ممکن است استدلال شود که ماده ۳۵۶ قاعده‌ای تکمیلی را بیان می‌کند و بنابراین

۱. «...فصحہ العقد فی الخارج موقوفہ علی امرین احدهما صدورہ من المتعاقدين بالقصد لكونه أمرا انشائيا متوقفا علی القصد و ثانيهما امضاء الشارع لَمَا صدر منهما بالانشاء فإذا تحقق الأمران صح العقد و عند انتفائهما أو انتفاء احدهما لا یصح...».



طرفین می‌توانند خلاف آن توافق کنند؛ پس نمی‌توان از این ماده، تقلیل نقش اراده در ایجاد آثار حقوقی را استنباط کرد. پاسخ این است که شناسایی توافق اراده به‌عنوان ابزار ایجاد آثار قراردادی یا منبع آثار قراردادی، همین معنا یعنی تکمیلی بودن را می‌رساند. ولی اگر قائل باشیم که اراده مبنای اعتبار مفاد قرارداد است، بی‌تردید قسمت پایانی ماده پیش‌گفته توجیهی نخواهد داشت و باید یا آن را یک استثنا دانست (جلیل قنواتی، ۱۳۸۱، ص ۲۹) یا با نظریه اراده مفروض و نه واقعی توجیه کرد و به حاکمیت اراده برگرداند (قاسم‌زاده، ۱۳۷۶، ص ۶۹). واقعیت این است که عرف در صورتی مکمل اراده است و آثار حقوقی قراردادی را به‌دنبال خود دارد که اراده مبنای اعتبار آثار قراردادی یا مفاد قرارداد نباشد.

### تبیین نسبت اصول قراردادی بر اساس چیستی مبنای اعتبار مفاد قرارداد

قائل نبودن به اراده طرفین رابطه قراردادی یا اراده قانون‌گذار به‌عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد، برتری اصل عدالت و اصل انصاف قراردادی در حقوق قراردادهای فرانسه، و اصل لاضرر و اصل نفی عسر و حرج در حقوق قراردادهای ایران را بر سایر اصول قراردادی نتیجه می‌دهد. در آغاز این موضوع را در حقوق قراردادهای فرانسه و سپس در حقوق قراردادهای ایران مطالعه می‌کنیم.

#### ۱. برتری اصل عدالت و اصل انصاف قراردادی بر سایر اصول قراردادی در حقوق

##### قراردادهای فرانسه

برداشت اراده‌گرا از قانون و تشبیه قرارداد به چنین قانونی، بی‌تردید اصل لزوم قراردادی برآمده از اصل حاکمیت اراده یا برآمده از اراده قانون‌گذار را به اصل برتر قراردادی ارتقا داده، به این ترتیب اگر اصل حسن‌نیت قراردادی، اصل عدالت قراردادی و اصل انصاف قراردادی بتوانند مستند توسعه تعهدات قراردادی یا تعدیل مفاد قرارداد باشند، باید سخن از تعارض این اصول با اصل لزوم قراردادی به‌میان آورد.

شزل به وجود چنین تعارضی بین اصول قراردادی معتقد نیست و استنباط چنین تعارضی را زاده قرائتی می‌داند که در قرن نوزدهم و تحت تأثیر اندیشه حقوق طبیعی مدرن بر ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه تحمیل شده است. از این منظر، باید قائل بود

که رویه قضایی فرانسه و از جمله رأی کانال کراپن (Canal de Craponne, Civ. 6 mars 1876) نیز در تبعیت از این قرائت یا در تثبیت آن نقش عمده‌ای ایفا کرده است. شزل بر این نکته تأکید دارد که باید به برداشتی از ماده ۱۱۳۴ رسید که دو اصل لازم‌الاتباع بودن قرارداد و لزوم قرارداد را از یک طرف، و عادلانه و منصفانه کردن قرارداد را از طرف دیگر با هم داشته باشد (Chazal, 2001, p. 272, 273).

بی‌تردید، اگر قائل به برداشت عقل‌گرا از قانون باشیم و اصل حاکمیت اراده را نیز تنها روش ایجاد آثار قراردادی و نه مبنای اعتبار آن بدانیم؛ در این صورت نه تنها تعارضی بین دو بند اول و سوم ماده ۱۱۳۴ وجود ندارد، بلکه هماهنگی کاملی نیز میان آن‌ها برقرار خواهد بود. اصل حاکمیت اراده و به دنبال آن اصل الزام‌آوری قرارداد، اصل برتری در نظریه عمومی قرارداد نخواهند بود تا اصل اجرای باحسن‌نیت قرارداد، اصل عدالت قراردادی و اصل انصاف قراردادی تابعی از آن‌ها یا در تعارض با آن‌ها باشد. حتی باید سخن از برتری اصل عدالت و اصل انصاف قراردادی بر سایر اصول قراردادی را به‌میان آورد؛ چراکه مبنای اعتبار مفاد قرارداد، مفید بودن و عادلانه بودن آن است؛ همان‌طور که مبنای اعتبار قانون، عادلانه بودن و درست بودن آن است. از این منظر، هر دو اصل لزوم و اصل اجرای باحسن‌نیت قرارداد در سطح یکسانی قرار دارند؛ چراکه هر دو ذیل اصل عدالت و اصل انصاف قراردادی قرار گرفته، معنا و مفهوم کارکردی خود را از آن‌ها می‌گیرند.

از دیدگاه شزل، نظریه‌ای که بر اساس آن، اصل اجرای باحسن‌نیت باید ذیل اصل لزوم قرارداد و اصل حاکمیت اراده معنا شود، نه به «اداره قرارداد»، بلکه به «ستایش قرارداد» می‌انجامد که قابل پذیرش نیست (Chazal, 2001, p. 274, 275). از این منظر و از دید شزل، رأی سال ۱۹۹۲م شعبه تجاری دیوان عالی کشور، مشهور به رأی هوارد (Huard, Cass. Com, 31 mars 1992)، که اصل اجرای باحسن‌نیت را منشأ تعهد جدید قراردادی دانسته است، باید در مقایسه با رأی سال ۱۸۷۶م کانال کراپن، تحول در رویه قضایی فرانسه قلمداد شود. به عقیده شزل، این تحول رویه قضایی، به معنای رها کردن اراده و اراده‌گرایی به‌عنوان مبنای قدرت الزام‌آوری قرارداد است. قرارداد، تنها در صورتی اجباری است که عادلانه باشد (Chazal, 2001, p. 274). به این ترتیب، نقش قاضی در خصوص قرارداد افزایش می‌یابد و برخلاف رویکرد لیبرالی یا مبتنی بر اندیشه حقوق طبیعی مدرن، نمی‌توان او را محدود به اجرای قرارداد و «ستایش قرارداد» کرد.

به نظر می‌رسد باید با پیروان مکتب مطالعات انتقادی حقوقی و از جمله روبرتو آنگر (Unger) هم عقیده شد که اگر تاکنون اصل آزادی قراردادی و اصل حاکمیت اراده مبنای حقوق قراردادها و تعهدات دانسته شده است، ولی می‌توان از بین آموزه‌های موجود گاه متضاد و متعارض، اصلی رقیب چون اصل عدالت را پیدا کرد و با جایگزین کردن آن با اصل حاکمیت اراده، نظامی نو در حقوق تعهدات ارائه داد (Collins, 1987, p. 391, 398). باید پذیرفت که یکی از راه‌های حل مشکلات نظام حقوقی و پیشرو ساختن آن، اتکا به اصولی از نظام حقوقی است که گاه نادیده گرفته شده‌اند (راسخ، ۱۳۸۵، ص ۳۴، ۴۵)، اگرچه قانون‌گذار آن اصول را بیان نکرده باشد؛ قرار شد نه قانون کانتی مبنای اعتبار قرارداد باشد و نه اصل حاکمیت اراده. دانستیم که اگر قانون دولتی مبنای اعتبار قرارداد باشد، در این صورت، معنا، محتوا، و چیستی قرارداد و کارکرد آن را باید از قانون پرسید و سراغ اصول قراردادی را نیز از همان قانون گرفت.

## ۲. حاکمیت اصل لاضرر و اصل نفی عسر و حرج بر سایر اصول قراردادی در حقوق

### قراردادهای ایران

قانون مدنی ایران، همان‌طور که اشاره شد، به اصل اجرای باحسن‌نیت قرارداد نپرداخته است، ولی اصولی چون لاضرر (ماده ۱۳۲ قانون مدنی) و اصل نفی عسر و حرج (ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی) را پذیرفته است. آیا دو اصل پیش‌گفته را می‌توان به‌عنوان اصول حاکم بر نظریه عمومی قرارداد پذیرفت؟ اگر قائل به برداشتی اراده‌گرا از قانون باشیم، بایستی پاسخ این پرسش را از قانون دریافت کنیم و پاسخ به‌نظر می‌رسد منفی باشد؛ چراکه قانون‌گذار اصل آزادی قراردادی و اصل لازم‌الاتباع بودن قرارداد و اصل لزوم قرارداد را در مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی ایران مطرح کرده و به این ترتیب، اصول برتر در نظریه عمومی قرارداد را معرفی کرده است. دو اصل لاضرر و نفی عسر و حرج نیز در جای خود و در مقام مستحیلی که قانون مشخص کرده است (تعارض اصل تسلیط و لاضرر و باب نکاح)، باید محل استناد قرار گیرند.

ولی می‌دانیم که نظام حقوق مدنی ایران در محتوا، تفاوت قابل‌توجهی با نظام فقهی ندارد. به‌نظر می‌رسد برداشت اراده‌گرا از قانون که متأثر از رویکرد حقوق طبیعی مدرن است و همه گزاره‌های حقوقی را در قانون جستجو می‌کند، همان‌طور که پیش‌تر گفته

شد، سختی با نظام فقهی - حقوقی ندارد؛ چراکه به حذف اراده الهی به عنوان مبنای اعتبار و ایجاد قواعد حقوقی می‌انجامد و این نتیجه، برخلاف اصل دوم قانون اساسی است. بی‌تردید، در نظام فقهی، اصل لاضرر و اصل نفی عسر و حرج اصول مهم و حاکم بر همه ابواب فقه و از جمله عقودند (بجنوردی، ۱۳۸۶، ص ۲۳۳-۲۳۲؛ شیخ انصاری، ۱۳۷۴، ص ۳۰۶، ۳۰۵؛ حسینی مراغه‌ای، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۱۴۹، ۲۸۶). اصرار بر برداشت اراده‌گرا از قانون، به این ترتیب، تعارض نظام فقهی و نظام حقوقی را در حوزه قراردادهای نمایان می‌سازد و تنها در صورتی می‌توان به آن قائل بود که بر تفاوت فقه و حقوق تأکید کنیم. نیم‌نگاهی به برخی از اندیشه‌های حقوقی ایران که جستجوی مبنای قانونی برای هر اصل حقوقی را لازم می‌دانند (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۳، ۱۷۸، ۲۵۵)، این تعارض را نمایان‌تر می‌سازد و از منظر نگارنده، این رویکرد علمی قابل پذیرش نیست. به نظر می‌رسد برداشت عقل‌گرا از قانون، تعارض یادشده را بسیار تعدیل می‌کند. بی‌گمان، مفهوم عدالت و انصاف در معنای کلی خود نمی‌تواند چندان با گزاره‌های فقهی سازگاری داشته باشد (رحمانی، ۱۳۸۳، ص ۱۲۷)، ولی سخن گفتن از برداشت عقل‌گرا از قانون در این نوشته، به معنای پذیرش عدالت و انصاف به صورت مفاهیمی مجرد و کلی در نظام حقوقی ایران نیست، بلکه منظور ایجاد زمینه برای پذیرش دو اصل لاضرر و نفی عسر و حرج به عنوان دو اصل مهم و تأثیرگذار حقوق قراردادهای در نظام حقوق قراردادهای ایران است؛ دو اصلی که بیان عینی و مشخص و البته شرعی همان عدالت و انصاف‌اند. اندیشه حقوقی در نظام حقوقی ایران نباید در حوزه اصول، خود را محدود به قانون کرده، تنها در قانون به جستجوی اصول حقوقی بپردازد و حتماً مبنایی قانونی برای اصول حقوقی پیدا کند (Le Gac-Pech, 2011, p. 4, 5؛ انصاری، ۱۳۸۸، ص ۳۵). این دیدگاه که همه چیز را باید در قانون جستجو کرد، نتیجه همان برداشت اراده‌گرا از قانون و یادگار اندیشه حقوق طبیعی مدرن و سازگاری این اندیشه با اراده دولتی‌هابزی و کانتی در برهه‌ای از تاریخ حقوق مدنی فرانسه است.

اصل ۱۶۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز اجازه می‌دهد که قاضی بر اساس اصول حقوقی حکم دهد. سیاق این اصل به خوبی نشان می‌دهد که ممکن است این اصول در قانون نباشند. اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز می‌تواند در این زمینه راهگشا باشد. پذیرش دو اصل لاضرر و اصل نفی عسر و حرج، در کنار به رسمیت نشناختن اصل حاکمیت اراده و اراده قانون‌گذار به عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد، نظامی از حقوق

قراردادها را نتیجه می‌دهد که بی‌تردید چالش‌های نظام حقوق قراردادهای حقوق طبیعی مدرن را ندارد و به «ستایش قرارداد» نیز نمی‌انجامد، بلکه بستر «اداره قرارداد» را فراهم می‌کند. شایان ذکر است که در قانون مدنی دو اصل یادشده با آگاهی در تقابل با حاکمیت اراده برتری یافته‌اند. اصل لاضرر بر اصل تسلیط که بیان دیگری از حاکمیت اراده مادی و حقوقی است (ماده ۱۳۲ قانون مدنی) و اصل نفی عسر و حرج که بر حاکمیت اراده شوهر در بقا، استمرار یا زوال قرارداد نکاح، برتری داده شده است (ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی).

باید توجه داشت که نگارنده قصد انکار جایگاه اصل حاکمیت اراده را در قرارداد ندارد، بلکه آن را به‌عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد نمی‌پذیرد. همان‌طور که بیان شد و سیاق عبارات فقهی نیز به‌خوبی نشان می‌دهد، اراده شارع مبنای اعتبار مفاد قرارداد است. وانگهی، همان‌گونه که اشاره شد، نوعی کثرت‌گرایی سلسله‌مراتبی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد نیز از عبارات فقهی قابل استنباط نیست و حتی اگر این قابلیت هم وجود داشته باشد، نتیجه آن، برتری اصل حاکمیت اراده بر اصولی چون اصل لاضرر و اصل نفی عسر و حرج قراردادی نیست؛ چراکه اراده شارع در هر حال، مبنای برتر بوده و همین اراده، ایجادکننده و مبنای اعتبار اصول پیش‌گفته است و آن‌ها را حاکم بر اصل حاکمیت اراده قرار داده و مواد ۱۳۲ و ۱۱۳۰ قانون مدنی نمودی از این حکومت است.

تحلیل نویسنده این است که اصل حاکمیت اراده، روش ایجاد آثار قراردادی یا منبع آثار قراردادی است. به عبارت دیگر، شارع مقدس توافق اراده‌ها را به‌عنوان روش یا منبع به‌رسمیت شناخته است. دلیل آن هم این است که شارع نمی‌خواسته آزادی قراردادی را کاملاً محدود کند و همین نقشی که به اصل حاکمیت اراده داده است، ایجاب می‌کند که اراده نقش مثبت خود را داشته باشد؛ مطلبی که در تفسیر ماده ۳۵۶ قانون مدنی نیز به آن اشاره شد. درواقع، شناسایی اصل حاکمیت اراده به‌عنوان روش، اقتضا می‌کند که در صورت تصریح اراده‌ها به اجرا نشدن اصل لاضرر و اصل نفی عسر و حرج، اصول پیش‌گفته حاکم بر اصل حاکمیت اراده نباشد و اصل التزام‌آوری قرارداد را متزلزل نسازد. ولی اگر اراده‌ها سکوت کرده باشند، در این صورت، زمینه برای حاکمیت اصل لاضرر و اصل نفی عسر و حرج در مقام مستحیل و برای مثال وقتی که تغییر بنیادین اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، اجرای آنرا مشکل کرده باشد، فراهم خواهد آمد. بدیهی است که اگر اصل حاکمیت اراده را مبنای اعتبار مفاد قرارداد بدانیم، اصول یادشده

زمینه اجرا ندارد و باید راه حل را در خود اصل حاکمیت اراده جستجو کرد و برای مثال به شرط ضمنی متوسل شد که به نظر نگارنده راه حل قابل دفاعی نیست؛ چراکه طرفین نسبت به تغییر بنیادین اوضاع و احوال کاملاً ناآگاه بوده‌اند.

با این حال، شناسایی اصل حاکمیت اراده به عنوان روش ایجاد آثار قراردادی یا منبع آثار قراردادی از یک طرف و پذیرش برداشت عقل‌گرا از قانون از طرف دیگر، به این معنی نیست که شرایط مقرر در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه یا ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران لازم‌الرعایه نیست؛ چراکه توافق اراده به عنوان روش ایجاد آثار قراردادی نیز باید تابع شرایطی باشد (Savaux, 1997, p. 121). به هر حال، باید احراز شود که آیا توافق اراده‌ای، حتی به عنوان روش، تحقق یافته است یا خیر. شرایط مقرر در این ماده، یادآور نقش ضمانت اجرایی قانون است؛ به عبارت دیگر، نه تأییدکننده نقش ماهوی و ماهیتی قانون در قرارداد است و نه یادآور آموزه‌های مکتب حقوق طبیعی.

### نتیجه

قرارداد به مثابه قانون طبیعی است. قانونی که به عدالت طبیعی و انصاف طبیعی تکیه زده است و عادلانه و منصفانه بودن و نه اجبار، ویژگی ذاتی آن قلمداد می‌شود. پذیرش برداشت عقل‌گرا از قانون، زمینه مناسبی را برای عبور از اصل حاکمیت اراده و نیز اراده قانون‌گذار به عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد فراهم آورده و پذیرش فایده و عدالت در دکترین حقوق مدنی فرانسه و اراده شارع در دکترین حقوق مدنی ایران را به عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد فراهم ساخته است و تقدّم و حاکمیت اصل عدالت و اصل انصاف قراردادی یا به بیان فقهی، حاکمیت اصل لاضرر و اصل نفی عسر و حرج را بر سایر اصول قراردادی، به‌ویژه اصل لزوم قرارداد موجب شده و جایگاه اصل حاکمیت اراده را به روش ایجاد آثار یا مفاد قرارداد، و جایگاه قانون‌گذار دولتی را به منبع اصول و آثار قراردادی تنزل داده است و نیز زمینه بسط مفهومی و تفسیر موسع اصول قراردادی و از جمله اصل حسن‌نیت قراردادی را پدید آورده است. نتیجه این تحول، عمومی دانستن قاعده غبن، امکان پذیرش تعدیل قرارداد و همچنین توسعه دایره تعهدات قراردادی، بدون لزوم استناد به شرط ضمنی، و در یک کلمه «اداره قرارداد» و نه «ستایش قرارداد» است.

## منابع و مأخذ

### الف) فارسی

۱. امامی، اسدالله... (۱۳۶۴)، «نقش اراده در قراردادها»، نشریه مطالعات حقوقی و قضایی، ش ۴، ص ۶۵-۷۷.
۲. انصاری، علی (۱۳۸۸)، «مفهوم و معنای حسن نیت در حقوق ایران و فرانسه»، مدرس علوم انسانی، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۳، ش ۴، ص ۴۶-۱۹.
۳. راسخ، دکتر محمد (۱۳۸۵)، «ویژگیهای ذاتی و عرضی قانون»، نشریه مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، ش ۵۱، ص ۴۰-۱۳.
۴. رحمانی، محمد (۱۳۸۳)، «فقه و عدالت»، نشریه حکومت اسلامی، سال نهم، ش ۳۱، ص ۱۵۳-۱۲۷.
۵. شهابی، مهدی و جلالی، مریم (۱۳۹۱)، «تأثیرپذیری منبع قاعده حقوقی از منشأ الزام‌آوری قاعده حقوقی»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و ششم، ش ۷۷، ص ۹۹-۱۳۳.
۶. شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ پنجم، تهران، مجتمع علمی و فرهنگی مجد.
۷. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۷۶)، «حل اختلافات قراردادی»، دیدگاه‌های حقوقی، ش ۵، ص ۷۰-۵۷.
۸. قنواتی، جلیل (۱۳۸۱)، «هماهنگ‌سازی اصل لزوم قراردادها و اصل عدالت»، مباحث مطرح‌شده در جلسه نقد کتاب تغییر در شرایط قرارداد، تألیف دکتر محمد حسن صادقی مقدم، کتاب ماه علوم اجتماعی، ش ۶۳ و ۶۴، ص ۳۱-۲۶.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، مفهوم عقد-انحلال و اعتبار قرارداد، تراضی، چاپ چهارم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، «ستایش قرارداد یا اداره قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۵۲، ص ۱۳۶-۱۱۱.
۱۱. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۲، ۱۳۷۱)، «اصل لزوم در عقود و مجاری آن در فقه امامیه»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۱۱ و ۱۲، ص ۸۰-۴۵.

### ب) عربی

۱۲. انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۷۴ش)، المکاسب، الجزء الثالث، قم، انتشارات دهقانی.
۱۳. البجنوردی، سید محمدحسن (۱۴۲۸ق)، القواعد الفقهیه، المجلد الاول و المجلد الثالث، الطبعة الثالث، قم، منشورات دلیل ما.

١٤. حسینی مراغه‌ای، میر عبدالفتاح (١٤١٧ق)، العناوین، قم مؤسسه نشر اسلامی.
١٥. السند، آیت ا... شیخ محمد (١٤٣٠ق)، بحوث فی قرائه النص الدینی، بقلم السید عماد الحکیم و الشیخ مصطفی الاسکندری، الطبعة الاولى، قم، باقیات و مکتبه فدک.
١٦. مکارم شیرازی، ناصر (١٣٧٠ش)، القواعد الفقہیة، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، قم، ناشر: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
١٧. المیرزا محمد حسین الغروی النائینی (١٤١٣ق)، المكاسب و البیع، تقرير ابحاث الاستاذ الاعظم المیرزا النائینی، بقلم العلامة الربانی الشیخ محمد تقی الاملی، الجزء الاول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم.

### ج) لاتین

18. Aubenque, P. (1980) «La loi selon Aristote», Archives de philosophie du droit, n° 25, Paris, Sirey, pp. 147-157
19. Aynès, L. (2005) «Le contrat, la loi des parties», In. Cahiers du conseil constitutionnel, n° 17 (dossier : Loi et Contrat), p. 121-126
20. Bastit, M. (1990) «La loi », In. Archives de Philosophie du droit, n° 35, Vocabulaire du droit, Paris, Sirey, pp. 211-220
21. Batiffol, H. (1968) «La crise du contrat et sa portée», In. Archives de philosophie du droit, n° 13, Paris, Sirey, pp. 13-30
22. Batiffol, H. (1980) «La loi et la liberté», Archives de philosophie du droit, n° 25, Paris, Sirey, p. 79-87
23. Chazal, J. P. (2001) «De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1e du code civil », In. RTD. Civ, n° 2, pp. 265-285
24. Chazal, J. P. (2003) «L. Jossierand et le nouvel ordre contractuel», In. Revue des contrats, n° 1, pp. 325-328
25. Chehata, Ch. (1968) «Le concept de contrat en droit musulman», In. Archives de philosophie du droit, n° 13, Paris, Sirey, pp. 129-141
26. Collins, H. (1987) «Roberto Unger and the Critical legal studies movement» In. Journal of law and society, Vol. 14, n° 4, pp. 387-410
27. Durkheim, E. (1995) Leçons de Sociologie, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Puf, Coll. Quadrige,
28. Fabre-Magnan, M. (2001) «L'obligation de motivation en droit des contrats», In. Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Etudes offertes à Jaques Ghestin, Paris, L. G. D. J., pp. 301-330
29. Finnis, John, (1998), Moral, Political and Legal theory, founders of modern political and social thought, First published, new York, Oxford university press,
30. Gaillard, E. (1987) «La représentation et ses idéologies en droit privé français», Droits, n° 6. p. 91-98
31. Ghestin, J. (1981) «L'utile et le juste dans les contrats», In. Archives de philosophie du droit, n° 26, L'utile et le juste, Paris, Sirey, pp. 35-57
32. Ghestin, J. (1990) «La notion de contrat », In. Recueil Dalloz, n° 23, pp. 147-156
33. Ghestin, J. (1993) Traité de droit civil, La formation du contrat, 3<sup>e</sup> édition, Paris, L.G.D.J.



34. Hébraud, P. (1960) «Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », In. Mélanges offerts à Jacques Maury, T. II, Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé, 1<sup>e</sup> édition, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, pp. 419-477
35. Jamin, Ch. (2002) Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, In. Recueil Dalloz, pp. 901-907
36. Kelsen, H. (1940) «La théorie juridique de la convention», In. Archives de philosophie du droit et de Sociologie juridique, n° 1-4, Paris, Sirey, pp. 33-76
37. Le Gac-Pech, Sophie, (2011) «Principes généraux et droit prospectif», In. Petites affiches, n° 125, pp. 4-10
38. Mazeaud, D. (2003) «Le nouvel ordre contractuel», In. Revue des contrats, n° 1. pp. 295-304
39. Montesquieu, (1998) De l'Esprit des lois, 1<sup>e</sup> édition, Oxford, Voltaire Fondation Ltd.,
40. Morin, G. (1927) La loi et le contrat, 1<sup>e</sup> édition, Paris, Alcan
41. Morin, G. (1940) «La désagrégation de la théorie contractuelle du code», Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, n° 1-4, Paris, Sirey, pp. 7-32
42. Perelman, C. (1968) Droit, moral et philosophie, 1<sup>e</sup> édition, Paris, L. G.D.J.
43. Portalis, Jean-Etienne-Marie, (2007) De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII<sup>e</sup> siècle, préface de Joel-Benoît d'Onorio, T. I, 1<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz
44. Rémy, P. (1987) «Droit des contrats : questions, positions, propositions», In. Le droit contemporain des contrats, sous la direction de L. Cadet, 1<sup>e</sup> édition, Paris, economica, pp. 271-282
45. Ripert, G. (1949) La règle morale dans les obligations civiles, Paris, 4<sup>e</sup> édition, L. G. D. J.
46. Rouhette, G. (1987) «La force obligatoire du contrat, Rapport français», In. Le contrat aujourd'hui : Comparaisons franco-anglaises, sous la direction de D. Tallon et D. Haris, 1<sup>e</sup> édition, Paris, L.G.D.J., pp. 27-36
47. Rousseau, J.-J. (1996) Du contrat social ou principes du droit politique, 1<sup>e</sup> édition, Paris, Librairie générale français
48. Savatier, R. (1964) Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 3<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz,
49. Savaux, E. (1997) La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, prèf J. L. Aubert, 1<sup>e</sup> édition, Paris, L.G.D.J.
50. Sériaux, A. (1993) «Contribution à la théorie de la loi : comment traduire le concept thomiste d'ordinatio?» In. Archives de philosophie du droit. n° 38, Paris, Sirey, pp. 291-295
51. Terré, F. ph. Simler et Y. Lequette, (2005) Droit civil, Les obligations, 9<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz
52. Terré, François, (1968) «Sur la sociologie juridique du contrat», In. Archives de philosophie du droit, n° 13, Paris, Sirey, pp. 71-88
53. Villey, Michel. (2003) La formation de la pensée juridique moderne, 1<sup>e</sup> édition, Paris, PUF