

تعامل عقلانیت ماهوی و شکلی در نظام حقوق مدنی ایران و فرانسه تأملی در مبانی نظری شکل‌گیری قانون مدنی

مهدی شهابی *

چکیده

قانون مدنی به عنوان قانون مادر، از اهمیت زیادی در نظام‌های حقوقی رومی ژرمنی و به ویژه نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه برخوردار است. شناخت مبانی نظری این قانون بی‌تردید در فهم محتوای قانون مدنی و تفسیر قواعد حقوقی آن و چگونگی تحولات آن تأثیر گذار بوده و جایگاه آن را در نظام حقوقی روشن‌تر می‌کند. قانون مدنی در نظام حقوقی فرانسه مظهر عقلانیت مدرن تلقی می‌شود؛ عقلانیتی که محتوای خود را از عقل فطری گرفته و از ابزار قانون (کد) نیز برای تضمین این محتوا استفاده می‌کند. بدین ترتیب، عقلانیت قانون مدنی جنبه‌ی ماهوی و شکلی می‌یابد. البته این نظریه در حقوق فرانسه امر مسلمی انگاشته نشده و مخالفانی دارد؛ به ویژه آنکه نقش سنت عرفی و سنت مسیحی، هر چند سنت مسیحی بر خلاف فقه شیعی، و حیانی نبوده و ساخته‌ی کلیسا باشد، در شکل‌گیری محتوای بسیاری از قواعد آن قابل انکار نیست. در حقوق ایران نیز برخی، مبانی نظری قانون مدنی ایران را به قانون مدنی فرانسه برگردانده و با تأکید بر جنبه‌ی عقلانیت شکلی قانون مدنی، آنرا سرآغاز مدرنیته حقوقی می‌دانند. با این حال، با توجه به مبنای قواعد حقوقی در نظام حقوقی دینی یعنی اراده‌ی الهی و نقش سنت و حیانی در شکل‌گیری قواعد حقوق مدنی، پذیرش این نظر دشوار می‌نماید.

واژه‌های کلیدی: قانون مدنی، طبیعت اشیاء، عقلانیت شکلی، عقلانیت ماهوی

۱. مقدمه

«قانون مدنی» به عنوان ابزار نوین بیان قواعد حقوق مدنی، از جایگاه شایسته‌ای در نظام حقوقی ایران و فرانسه برخوردار است. با تصویب قانون مدنی، ایندو نظام حقوقی وارد مرحله‌ی جدیدی می‌شوند که شناخت شاخصه‌ها، آثار و مؤلفه‌های آن تا حدّ زیادی به مطالعه‌ی مبانی نظری این قانون ارتباط پیدا می‌کند. در نظام حقوقی فرانسه، رهاورد قانون مدنی را عبور نظام حقوقی از یک نظام حقوقی مبتنی بر سنت به یک نظام حقوقی مبتنی بر عقلانیت انسانگرایانه می‌دانند و در نظام حقوقی ایران نیز برخی ایجاد این قانون را، همانند قانون مدنی فرانسه و با اقتباس از این قانون، یک گام به جلو برای عبور از عقل سنتی ارزیابی می‌کنند. بی تردید، پذیرش یا عدم پذیرش این تفکر، تأثیر مستقیمی بر فهم محتوای قانون مدنی، تفسیر قواعد آن و چگونگی و چرایی تحوّل محتوای آن خواهد داشت.

اهمیت این موضوع وقتی روشنتر می‌شود که توجه داشته باشیم قانون مدنی فرانسه از آنجا که عنوان «اولین قانون مدنی» را به همراه دارد، الهام بخش بسیاری از قوانین مدنی، از جمله قانون مدنی آلمان، بلژیک و حتی کشورهای مسلمان نظیر مصر، ترکیه (عثمانی) و ایران بوده است.

شایان ذکر است که عقلانیت انسانگرایانه دارای دو جنبه‌ی ماهوی و شکلی است. منظور از جنبه‌ی ماهوی، حقوق طبیعی مدرن آنگونه که در اندیشه‌های لاک، کانت و دیگران می‌یابیم است، حقوقی که بر آزادی فردی و مهمترین نماد آن یعنی اصل حاکمیت اراده تأکید دارد. مراد از جنبه‌ی شکلی، برداشتی ساده و سازگار با حقوق طبیعی از پوزیتیویسم دولتی است؛ دیدگاهی که بر اساس آن دولت تنها دارای نقشی تضمینی و نه ایجاد‌ی در ارتباط با قاعده‌ی حقوقی است؛ از این منظر، قانون یا کد که شکل، قالب یا ابزاری دولتی برای بیان قاعده‌ی حقوقی است، معنا پیدا می‌کند. نایستی از یاد برد که افراط و تفریط در اندیشه ورزی، گاه عقلانیت را در جنبه‌ی ماهوی و گاه در جنبه‌ی شکلی خلاصه کرده است. در عقلانیت شکلی تحکّم یافته، قانون در ارتباط با قاعده‌ی حقوقی، نه طریقت که موضوعیت دارد. حقوق فطری نیز بدون کمک

گرفتن از پوزیتیویسم دولتی نمی‌تواند جنبه‌ی اجرایی یافته و نقشی در جدایی حقوق از سایر قواعد تنظیم‌کننده‌ی رفتار و از جمله اخلاق و مذهب داشته باشد.

پوزیتیویست‌های اجتماعی و نگرش‌های گوناگون آن یعنی: مکتب تاریخی، مارکسیست‌های حقوقی و جامعه‌شناسان حقوقی، نئومارکسیست‌ها، پیروان مکتب مطالعات انتقادی حقوقی و نئولیبرالیست‌های اجتماعی شکل‌گیری قانون مدنی را زیر سؤال برده و به چالش می‌کشند. می‌دانیم که رویکرد تحقیقی اجتماعی بر دو گزاره‌ی اصلی مبتنی است. این گزاره‌ها عبارتند از: الف) عدم اعتقاد به «متافیزیک» و «حقوق طبیعی» که بیانی از همین «متافیزیک» است. ب) عدم اعتقاد به نقش دولت در ایجاد قاعده‌ی حقوقی و در روند شکل‌گیری آن (دورکیم^۱، ۱۹۸۷: ۲۳، ۲۴؛ بایندر^۲، ۱۹۹۹: ۲۸۲). آیا این گزاره‌ها، به این دلیل که مبنای قانون مدنی عقلانیت انسان‌گرایانه است، در نقد «قانون مدنی» تأثیر گذار بوده است؟ به عبارت دیگر، آیا «قانون مدنی» بر رویکرد حقوق طبیعی (عقلانیت ماهوی مدرن) از یک طرف و پوزیتیویسم دولتی (عقلانیت شکلی مدرن) از طرف دیگر مبتنی است و به نوعی محصول تعامل این دو عقلانیت است؟ و اگر اینگونه است آیا عقلانیت ماهوی «قانون مدنی» امکان‌سازگاری با تحولات اجتماعی که دغدغه‌ی پوزیتیویست‌های اجتماعی است را ندارد؟ به عبارت دیگر، آیا دلیل اصلی مخالفت با «قانون مدنی» به این نکته بر می‌گردد که این قانون مظهر عدم تطابق نظام حقوقی با واقعیت‌های متغیر اجتماعی بوده و مانع حرکت نظام حقوقی به سمت وضعیت مطلوب و سازگار با تحولات اجتماعی است؟ آیا مشکل در تعارض و عدم سازگاری عقلانیت ماهوی و عقلانیت شکلی در قانون مدنی است؟ به سخن دیگر، آیا مشکل در عدم امکان تعامل مثبت این دو نوع عقلانیت و برتری و تحکّم عقلانیت شکلی بر عقلانیت ماهوی است؟ عقلانیتی که واقعیت‌های اجتماعی را نه آنگونه که هست، بلکه آنگونه که می‌خواهد می‌بیند.

از لحاظ تاریخی، بسیاری از نقدهای مطرح شده از طرف پوزیتیویست‌های اجتماعی، ناظر بر «قانون مدنی فرانسه» است و اولین نقدهای جدی نیز از جانب طرفداران مکتب تاریخی، که نسبت به دیگر شاخه‌های مکتب تحقیقی اجتماعی تقدّم زمانی دارند، مطرح شده است. همین دو امر کافی است تا انتقادات مکتب تاریخی و پیشگام آن فردریک کارل فون ساوینی^۳، به «قانون مدنی فرانسه» و انتقادات

نئولیبرالیست‌های حقوقی که می‌توان آنها را پیروان جدید مکتب تاریخی دانست، پر رنگتر جلوه کند. با این حال، نگاهی به سایر اندیشه‌های تحقیقی اجتماعی خواهیم داشت.

همانطور که اشاره شد، مطالعه‌ی این اندیشه‌ها و انتقادات، بی‌ارتباط با نظام حقوقی ایران نیست. تردیدی نیست که قانون مدنی ایران از نظر شکلی اقتباسی از قانون مدنی فرانسه است و از نظر ماهوی نیز از این قانون بی‌تأثیر نبوده است. بنابراین، جای طرح این سؤال است که آیا قانون مدنی ایران همانند قانون مدنی فرانسه، مظهر تعامل عقلانیت شکلی مدرن (یعنی همان پوزیتیویسم دولتی) و عقلانیت ماهوی مدرن (یعنی حقوق طبیعی مدرن) است؟ اگر اینگونه است، این تعامل در نظام حقوقی دینی ایران چه معنا و مفهومی پیدا می‌کند؟ به ویژه، با توجه به این نکته که مبنای قواعد حقوقی در نظام حقوقی اسلام، نه عقل فطری است و نه دولت و اراده‌ی دولتی، بلکه اراده‌ی الهی است. اگر تعاملی در میان نیست و آنچه با آن مواجه ایم، برتری عقلانیت شکلی است، چگونه این امر با مبنا و منشأ الزام‌آوری قواعد حقوقی در نظام حقوقی دینی، سازگاری پیدا می‌کند؟ پاسخ به این پرسش‌ها کمک می‌کند تا درک عمیق‌تری از جایگاه و فلسفه‌ی وجودی قانون مدنی در نظام حقوقی دینی خود و چگونگی تفسیر قواعد آن و فهم محتوای آن داشته باشیم.

برای یافتن پاسخ پرسشهای فوق، در گفتار اول، مبانی نظری شکل‌گیری قانون مدنی را با تأکید بر قانون مدنی فرانسه و قانون مدنی ایران مورد مطالعه قرار می‌دهیم و در گفتار دوم به نقد این مبانی می‌پردازیم:

۲. مبانی نظری قانون مدنی

فیلیپ گلوده^۴ استاد فرانسوی، قانون مدنی فرانسه را محصول ترکیب چهار اندیشه‌ی فلسفی در قرن ۱۷ و ۱۸ میلادی می‌داند: الف. انسانگرایی دکارتی (گلوده، ۲۰۰۴: ۶۲۲)؛ ب. عقل‌گرایی مبتنی بر همان انسانگرایی، متأثر از اندیشه‌ی عقل‌گرایی چون کانت، که بر مفاهیمی چون فرد آزاد و حاکمیت اراده دلالت می‌کند (همان). ج. اخلاق‌گرایی و امری بودن اخلاق، که در واژه‌هایی چون برابری در حقوق، آزادی سیاسی، حق بر امنیت، حق بر دفاع مشروع و غیره تبلور می‌یابد. بدین ترتیب، قانون

مدنی مبتنی بر صدق و کذب اخلاقی هم است (همان: ۶۲۳). ج. اندیشه‌ی قرارداد اجتماعی و لزوم تضمین مفاد آن و بدین ترتیب توجیه مداخله‌ی دولت و پوزیتیویسم دولتی در فرایند ایجاد قواعد حقوقی (همان: ۶۲۳، ۶۲۴).

با تأمل در این چهار اندیشه، که از نظر برخی در مورد قانون مدنی ایران نیز قابل طرح است (آدمیت، ۱۳۵۴: ۲۲۷)، دو مبنای شکلی و ماهوی برای قانون مدنی به ذهن می‌رسد که یادآور تعامل «متافیزیک» و «واقعیت» در ایجاد قواعد و آثار حقوقی است. این دو مبنا عبارتند از: الف. حقوق طبیعی مدرن به عنوان مبنای ماهوی که می‌توان از آن تحت عنوان عقلانیت ماهوی یاد کرد. ب. پوزیتیویسم دولتی به عنوان مبنای شکلی که می‌توان آنرا عقلانیت شکلی دانست، چرا که در ابزار قانون دولتی، به عنوان یک قالب و شکل، تعیین می‌یابد. در بند اول به مطالعه‌ی مبنای ماهوی و در بند دوم به مطالعه‌ی مبنای شکلی پرداخته، جایگاه قانون مدنی ایران را نیز در رابطه‌ی با این مبانی تبیین می‌کنیم.

۱-۲. عقلانیت ماهوی: مبنای ماهوی قانون مدنی

۱-۱-۲. قانون مدنی فرانسه

پرتالیس^۵ از پیشگامان قانون مدنی فرانسه، سرچشمه‌ی قواعد حقوق مدنی را حقوق جهانی و ثابتی^۶ می‌داند که سرچشمه‌ی همه‌ی قواعد حقوق موضوعه است. وی این مطلب را تحت عنوان ماده‌ی ۱ پیشنهادی که برای قانون مدنی تهیه نمود، ارائه کرد.^۷ در ماده‌ی ۲ همان پیش نویس تأکید نمود «قواعدی که عقل فطری بر آن حکم می‌دهد، مبنای تمام قوانین نوشته است؛ و قوانین نوشته نیز منعکس کننده‌ی چیزی جز نتایج اصول ناشی از انصاف طبیعی نیستند، (یعنی) انصافی که همان عقل فطری بر آن حکم می‌کند».^۸ دو کامباسره^۹، از دیگر پیشگامان این قانون نیز آنرا مبتنی بر «طبیعت» می‌داند که عقل فطری با بنیان آزادی فردی، بنیاد محکمی را برای آن ایجاد کرده است (مارتن^{۱۰}، ۲۰۰۳: ۲۷۱؛ نیور^{۱۱}، ۲۰۰۵: ۲۶۸).

هرچند مواد پیش گفته پیش نویس به دلیل ملاحظات ملی و با این استدلال که کد یک پدیده‌ی ملی است و به هویت و فرهنگ ملی تعلق دارد و ایده‌ی حقوق طبیعی ایده‌ی جهانی است و تصریح به آن در کد، جنبه‌ی ملیتی کد را با ابهام روبرو می‌سازد، قانون مدنی حذف شد (بربان^{۱۲}، ۱۹۹۶: ۶۱)، با اینحال، در دکتترین حقوقی فرانسه بر

این نکته بسیار تأکید می‌شود که حقوق طبیعی مدرن مبنای ایدئولوژیک قانون مدنی فرانسه است و موضوع قانون مدنی را چیزی جز نمایش اصول قانون طبیعی نمی‌توان دانست (اپتی^{۱۳}، ۱۹۹۶: ۳۳)؛ اصولی که چارچوب جامعه‌ی مدرن را شکل می‌دهند و قانون مدنی، در نتیجه، فاصل جامعه‌ی فئودال و فئودالیت‌ی حقوقی از جامعه‌ی مدرن می‌شود؛ جامعه‌ای که قانون مدنی چارچوب بیرونی آنرا به نمایش می‌گذارد. در واقع، اساس مدرنیته را بایستی در مفهوم عمیقی چون عقلانیت فطری جستجو کرد که با تأکید بر فردگرایی و مفهوم حق و با تکیه بر مفهوم قرارداد اجتماعی، به دنبال اصلاح^{۱۴} ساختار اجتماعی بوده و زمینه‌ی رشد نوعی لیبرالیسم سیاسی و به دنبال آن اقتصاد لیبرالی را فراهم می‌کند. به عبارت دیگر بدون انسان‌گرایی مبتنی بر فرد، لیبرالیسم اقتصادی نیز تحقق نمی‌یافته است (گیدنز^{۱۵}، ۱۹۹۴: ۶) و بی تردید این لیبرالیسم در تقابل با ساختارهای فئودالیت‌ی حقوقی قرار می‌گیرد.

بدین ترتیب، عقل خود بنیاد و اصول حقوق طبیعی، یعنی همان اصول عقل فطری، نقشی در ایجاد نظام حقوقی و مبنا و منشأ الزام‌آوری قاعده‌ی حقوقی پیدا می‌کنند. از این منظر و با توجه به یافته‌های پرتالیس و کامباسره، سال ۱۸۰۴ یعنی سال تصویب قانون مدنی را بایستی سرآغاز مدرنیته‌ی حقوقی دانست (اپتی، پیشین، ۳۵).

مشهور است که اصل آزادی فردی، اصل حاکمیت اراده یا اصل آزادی قراردادی، اصل مالکیت خصوصی و اصل مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر محورهای اصلی قانون مدنی به شمار می‌روند (دوگی^{۱۶}، ۱۹۹۹: ۳۰، ۳۴) و اندیشه‌ی حمایت از شخص (ذی حق و تکلیف)، به عنوان یک هدف و معیار، حاکم بر این اصول است (نیور، ۲۰۰۵: ۲۷۱)؛ به گونه‌ای که می‌توان گفت هدف وضع قانون مدنی جز حمایت از شخص انسانی نبوده است^{۱۷}؛ این اصول و این هدف، البته، در ساختار فئودالیت‌ی معنایی نداشته‌اند.

مالکیت خصوصی که با چهار شاخصه‌ی حق بودن، مطلق بودن، انحصاری و همیشگی بودن شناخته شد، در ماده‌ی ۵۴۴ قانون مدنی انعکاس یافت و شارحان بزرگ قانون مدنی فرانسه و از جمله پلانیول در شرح این ماده، مالکیت را حقی انحصاری دانستند که بر اساس آن یک شیء به گونه‌ای انحصاری تحت حاکمیت عمل و اراده‌ی شخص قرار می‌گیرد (پلانیول^{۱۸}، ۱۹۶۳: ۳ / ۷۵۰، ۷۵۳). این مفهوم از مالکیت به معنای

به رسمیت شناختن نقش بی بدیل اراده در دنیای حقوق و در ایجاد آثار حقوقی^{۱۹} بود؛ نقشی که اصل حاکمیت اراده بر آن تأکید بیشتری داشت و منشأ خود را در آزادی فردی نمو یافته در فلسفه‌ی کانت جستجو می‌کرد. مواد ۶ و ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه انعکاس همین اصل مهم حاکمیت اراده بودند. اصل مسئولیت فردی مبتنی بر تقصیر نیز به نوعی به همین اصل حاکمیت اراده بر می‌گردد. نقش اراده حتی در حوزه‌ی حقوق خانواده نمود یافته و پذیرش حق طلاق مصداقی از آن است. به عبارت دیگر، هر چند حقوق خانواده نسبت به مالکیت، قرارداد و مسئولیت مدنی کمتر متأثر از آزادی فردی است، ولی به سمت اصل آزادی فردی حرکت کرده است (گایدو فاسو^{۲۰}، ۱۹۷۶: ۹). این حرکت، اگر چه به دلیل همگام شدن حقوق با ضرورت‌های اجتماعی، در سه حوزه‌ی مالکیت، قرارداد و مسئولیت مدنی با فراز و نشیب‌هایی همراه بوده است، ولی در حقوق خانواده از ثبات بیشتری برخوردار بوده و اوج آن را در سال ۱۹۹۹ و در « قرارداد مدنی ازدواج»^{۲۱} مشاهده می‌کنیم (مکاری^{۲۲}، ۲۰۱۰: ۱۵)؛ به گونه‌ای که می‌توان سخن از حرکت از نهاد به قرارداد در حقوق خانواده به میان آورد.

در هر حال، اهمیت این اصول به اندازه‌ای است که جامعه‌شناس حقوقی مشهوری چون لئون دوگی که به حقوق طبیعی و متافیزیک حقوقی اعتقادی ندارد، از آنها سخن می‌گوید و عناصر اساسی تشکیل دهنده نظام حقوق مدنی را، جدای از نهاد خانواده، در چهار اصل فوق‌الذکر خلاصه می‌کند (دوگی، ۱۹۹۹: ۳۰، ۳۴). بی تردید، لئون دوگی تفسیری فردگرا از این اصول را قبول ندارد. برای مثال از نظر ایشان، اراده نقشی در ایجاد آثار حقوقی و ایجاد تعهد ندارد، بلکه تنها وسیله‌ی جریان آثار حقوقی است؛ آثاری که منشأ خود را در حقوق نوعی مبتنی بر وجدان اجتماعی باز می‌یابند (دوگی، ۱۹۹۹: ۳۸). با اینحال، پرداختن دوگی به این اصول و شناسایی آنها به عنوان محورهای اصلی قانون مدنی، نشان از اهمیت آنها دارد.

شایان ذکر است که آلفونس بورگه^{۲۳}، حقوقدان آلمانی، هر چند اندیشه‌ی انسانگرایی فردگرا و لیبرال را حاکم بر قانون مدنی می‌داند، ولی نسبت به این تحلیل که محتوای قانون مدنی فرانسه نتیجه‌ی اصول حقوق طبیعی فردگرا و لیبرال^{۲۴} بوده باشد، تردید دارد. از نظر ایشان، مجموعه‌ی عوامل بعدی چون اندیشه‌های لیبرالیسم سیاسی، لیبرالیسم اقتصادی و انقلاب صنعتی و اقتصادی، در تحول قانون مدنی به سمت حقوق

متأثر از فردگرایی لیبرال^{۲۵} تأثیر گذار بوده است (بورگه، ۲۰۰۰: ۱). به عبارت دیگر، قانون مدنی نه محصول مدرنیته و شاهکار مدرنیته، بلکه وسیله و ابزار تثبیت مدرنیته حقوقی بوده است.

در واقع، از نظر بورگه، ماده‌ی ۵۴۴ قانون مدنی در باب مالکیت بیان اندیشه‌های پوتیه^{۲۶} و کوژاس^{۲۷}، حقوقدانان نظام قدیم فرانسه است که با توجه به دیدگاههای مذهبی ایشان که ریشه در افکار سن آگوستین^{۲۸} دارد، نمی‌توان ایشان را از پیشگامان لیبرالیسم حقوقی و اقتصادی محصول حقوق طبیعی سکولار دانست (مالوری^{۲۹} و مروان^{۳۰}، ۲۰۰۹: ۸۲). همین امر در مورد ماده‌ی ۱۱۳۴ مطرح است که متأثر از اندیشه‌های دوما^{۳۱} است و دوما، با توجه به اعتقاد زیادی که به مسیحیت می‌داشته، نمی‌توانسته درک درستی از لیبرالیسم حقوقی فردگرا داشته باشد. پرتالیس نیز هر چند ماده‌ی ۱ پیش نویس خود را از دوما أخذ کرده، ولی به نظر نمی‌رسد که دوما تصویری غیر دینی و متافیزیکی صرف از حقوق طبیعی و اصول حقوق طبیعی در ذهن داشته است (نیور، پیشین: ۲۵۸؛ مالوری و مروان، ۲۰۰۹: ۸۲).

بورگه تعجب می‌کند که چگونه اصل حاکمیت اراده که مفهومی متعلق به فلسفه‌ی کانت است با کد مدنی پیوند خورده است (بورگه، ۲۰۰۰: ۳)؛ چرا که، همانطور که خواهیم دید، خود پرتالیس هم اندیشه‌ی ثابتی نداشته، در بسیاری از موارد با تفسیری انتزاعی و متافیزیکی از حقوق طبیعی مخالفت کرده است.

با اینحال، نبایستی نقش قانون مدنی را در تثبیت عقلانیت مدرن و عقلانیت لیبرالی نادیده گرفت. در واقع، قانون مدنی، با توجه به همین چهار اصل پیش گفته، قالب کمال عقلانی به عنوان آخرین حرف سنت حقوق طبیعی محسوب می‌شود (جان کلی^{۳۳}، ۱۳۸۲: ۴۵۸). ذکر این نکته هم لازم است که اصول حقوقی حقوق طبیعی، قبل از قانون مدنی، در اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه آمده است و می‌دانیم که این اعلامیه محصول انسان‌گرایی دکارتی و عقل‌گرایی کانتی است.

۲-۱-۲. قانون مدنی ایران

از نظر برخی، قانون مدنی ایران را، که طی سال‌های ۱۳۰۷، ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴ به تصویب رسیده است، بایستی سرآغاز مدرنیته‌ی حقوقی در ایران دانست. به عبارت دیگر، با تصویب قانون مدنی، فقه یا قانون شرعی جای خود را به حقوق جدید یا

همان حقوق مدرن داده است (آدمیت، ۱۳۵۴: ۲۲۷). بدین ترتیب، قانون مدنی را بایستی فراتر از یک منبع یا ابزار ساده‌ی بیان قاعده‌ی حقوقی دانست. فریدون آدمیت با توجه به ریشه داشتن حاکمیت دولت و مجلس در اراده‌ی مردم، و شکلگیری مفهوم «ملت» به جای «امت»، به عنوان اصول مشروطه، به ویژه در اندیشه‌ی بزرگانی چون میرزای نایینی و آخوند خراسانی (غروی نایینی، ۱۳۳۴: ۷؛ فیرحی، ۱۳۸۴: ۲۰۸)، نظریه حاکمیت قانون را به حقوق طبیعی مدرن و قرارداد اجتماعی برمی‌گرداند (آدمیت، ۱۳۵۴: ۲۲۷) و بالطبع نتیجه می‌گیرند که چنین فلسفه‌ای با «بنیاد احکام شرعی مُنْزَل لا یتغیر ربّانی» (همان) تعارض دارد. بدین ترتیب، با پذیرش این نظر، قانون مدنی ایران را بایستی «قانون موضوعه‌ی عقلی متغیر انسانی» (آدمیت، ۱۳۵۱: ۱۷۰، ۱۷۱) نامید و آنرا مظهر عقلانیت ماهوی فطری یا عقلانیت انسان گرایانه دانست.

شاید برخی تلاش‌های علمی و نظری صورت گرفته برای تدوین نظریه‌ی حاکمیت قانون در ایران و از جمله رساله‌ی یک کلمه میرزا یوسف خان مستشار الدوله، مؤید پذیرش حقوق طبیعی مدرن باشد. از نظر برخی، این رساله «مبنای نظری تبدیل شرع به نظام حقوقی عرفی» یا همان نظام حقوقی مدرن است (طباطبایی، ۱۳۸۶: ۲۰۷، ۶۵۲)؛ چرا که نویسنده در این رساله به شرح اصول مندرج در اعلامیه‌ی حقوق بشر و شهروند فرانسه پرداخته و سعی کرده آنرا به عنوان مبنای فلسفی نظام حقوقی جدید ایران معرفی کند. اعلامیه نیز نماد طرح اصول حقوق طبیعی مدرن در سطح حقوق موضوعه است.

بنابراین، اصول حقوق مدنی ایران، یعنی اصل آزادی قراردادی (ماده‌ی ۱۰)، اصل مالکیت خصوصی (ماده‌ی ۳۰) و اصل جبران خسارت بر مبنای تقصیر (ماده‌ی ۳۲۱)، بر اساس یافته‌های مکتب حقوق طبیعی مدرن بایستی فهم و تفسیر شده و آنها را منشعب از اصل عالی آزادی فردی دانست که این اصل مهم نیز در عقلانیت فطری ریشه دارد. علاوه بر این، بایستی منتظر ماند تا آن دسته از قواعدی که اصل آزادی فردی را مخدوش می‌کنند، و در نظام سنتی بیشتر در حوزه‌ی حقوق خانواده یافت می‌شوند، تغییر یابند. تصویب قانون حمایت از خانواده‌ی سال ۱۳۵۳ در همین جهت باید قابل ارزیابی باشد. به طریق اولی، نظم عمومی مندرج در ماده‌ی ۹۷۵ قانون مدنی نیز، نمی‌تواند محتوایی دینی داشته باشد. بی تردید این اندیشه نظریه‌ی جهت در

قراردادها را نیز تحت تأثیر قرار خواهد داد. حتی در نظریه‌ی مالکیت و شناسایی مصادیق مال و مفهوم مالکیت نیز تأثیرگذار خواهد بود. بر این اساس شراب هم مال محسوب شده و قرارداد خرید منزل جهت تبدیل آن به شراب فروشی (جهت نامشروع) صحیح تلقی خواهد شد.

با تأمل در قانون مدنی، شاید بتوان گزینه‌هایی برای تحوّل از حقوق شرعی به حقوق مدرن یافت. لحن و عبارات ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی ایران، نزدیک به مواد ۶ و ۱۳۴ قانون مدنی فرانسه نظر است. جای ماده ۱۰ در مجموعه‌ی قانون مدنی هم می‌تواند گزینه‌ای بر آن باشد؛ چرا که این ماده در همان قسمتی قرار دارد که ماده‌ی ۶ قانون مدنی فرانسه قرار دارد (امین، ۱۳۸۲: ۵۴۱-۵۴۲).

با این حال، همانطور که خواهیم دید، در اینکه آیا نظریه‌ی حاکمیت قانون در ایران صدر مشروطه، به معنای تغییر در حوزه‌ی مینا و منشأ الزام آوری قاعده‌ی حقوقی و عبور از اراده الهی به مبنای دیگر و برای مثال عقلانیت فطری بوده است، تردید وجود دارد.

۲-۲. عقلانیت شکلی: مبنای شکلی قانون مدنی

گی بربان، استاد فرانسوی، عقلانی کردن حقوق را فرایندی می‌داند که از حقوق طبیعی آغاز و به پوزیتیویسم حقوقی و حقوق موضوعه یا حقوق وضعی می‌رسد. به عبارت دیگر، عقلانیت حقوقی دو عنصر پوزیتیویته و حقوق طبیعی را در کنار یکدیگر دارد. پس، تقابل این دو عنصر آنگونه هم که در ابتدا تصور می‌رود، جدی نیست (بربان، پیشین: ۶۲، ۶۳)، اگر چه اولی جنبه‌ی شکلی عقلانیت است و دومی جنبه‌ی ماهوی عقلانیت را نشان می‌دهد.

اگر تضمین قرارداد اجتماعی، امنیت حقوقی و پیشرفت اجتماعی اهمیتی کمتر از «عدالت» نداشته باشند (روبیّه^{۳۳}، ۲۰۰۵: ۳۱۷)، قانون دولتی معیار موضوعه بودن نظام حقوقی خواهد بود؛ قانون دولتی تعبیر دیگری از قدرت عمومی و نقش آن، حداقل در شناسایی رسمی نرمهای حقوقی است و بدین ترتیب شاید بتوان نرم حقوقی را پدیده‌ای با طبیعت سیاسی هم دانست (برژه^{۳۴}، ۱۹۹۹: ۲). به عبارت دیگر، طرح «قانون» به عنوان منبع یا ابزار بیان قاعده‌ی حقوقی، به معنای پذیرش نقش دولت در روند ایجاد قاعده‌ی حقوقی است؛ چرا که قانون در هر حال یک ابزار دولتی است، هر

چند که دولت در چارچوب حقوق مدرن محدود به تضمین محتوای قرارداد اجتماعی می‌شود. با توجه به نکات فوق، به تحلیل جایگاه عقلانیت شکلی در نظام حقوق مدنی فرانسه و ایران می‌پردازیم:

۱-۲-۱. قانون مدنی فرانسه

اهمیت امنیت حقوقی و نقشی که در تضمین عدالت فردگرایانه یا عدالت مبتنی بر آزادی فردی و حقوق فردی داشت، مدتی قبل از تصویب قانون مدنی فرانسه، در نظام حقوقی-سیاسی این کشور نمود پیدا کرده بود. منظور فرمانهای ۱۶ و ۲۴ اوت سال ۱۷۹۰ فرانسه است که تفسیر قانون به وسیلهی قضات را ممنوع اعلام کردند و شکلگیری دادگاه تمیز و دیوان عالی کشور^{۳۵}، برای نظارت بر قضات و در راستای رعایت قانون بود (گایدو فاسو، پیشین: ۱۷). فریدمن وهارسچر در فلسفه‌ی حقوق خود اشاره می‌کند که ناپلئون بناپارت که بدون او شاید قانون مدنی فرانسه به وجود نمی‌آمد، قضات را به ماشینهایی تشبیه می‌کند که به وسیله‌ی آنها قانون اجرا می‌شود. همانطور که عقربه‌ی ساعت نقش نشان دادن زمان را بر عهده دارد و وسیله‌ای بیش نیست (فریدمن^{۳۶} و ارشر^{۳۷}، ۲۰۰۲: ۸۱).

البته نقش جنبه‌ی پوزیتیویستی قانون مدنی ناپیستی اینگونه تعبیر شود که اگر برای مثال ماده‌ی ۱۱۳۴ یا ماده‌ی ۶ قانون مدنی نبود اصل آزادی فردی و آزادی قراردادی نیز رسمیت نداشت. تویله، از حقوقدانان نیمه اول قرن نوزدهم فرانسه به گونه‌ای دیگر می‌اندیشد و نقشی فراتر از این را به «قانون» می‌دهد. از نظر وی «هر تعهدی از قانون ناشی می‌شود... این قانون است که تعهد ایجاد می‌کند. قراردادها خودشان تعهدی ایجاد نمی‌کنند و تنها بر اساس قانون و با فرمان قانون است که چنین اثری را برای قرارداد به رسمیت می‌شناسیم. ماده‌ی ۱۱۳۴ قانون مدنی هم جز این معنایی ندارد. حاکمیت قانون را هم قانونگذار اعطاء می‌کند» (تویله^{۳۸}، ۱/۱۸۱۹: ۴۵).

به نظر می‌رسد جنبه‌ی ماهوی عقلانیت حقوقی لیبرال، یعنی حقوق طبیعی فردگرا، حقوقی بودن قرارداد را در دل خود دارد (دو بشیون^{۳۹}، ۱۹۹۷: ۱۶۳، ۱۶۴). نقش بی‌بدیل قرارداد و اراده‌ی انسانی در ایجاد آثار حقوقی و حتی قواعد حقوقی به اندازه‌ای است که پوزیتیویست‌های محضی چون هانس کلسن و تابعان و شاگردان وی چون مشیل تروپه بدان اذعان دارند (کلسن^{۴۰}، ۱۹۹۹: ۲۲، ۲۳؛ تروپه، ۱۹۹۴: ۱۸۸). در نظام

حقوقی کلسن، قرارداد که مبتنی بر توافق اراده‌هاست، هر چند در انطباق با قانون ایفاء نقش می‌کند، همانند قانون ایجاد کننده‌ی قواعد حقوقی است (آنسیناس دو موناگوری^{۴۱}، ۲۰۰۱: ۱۱۵). سخن بر سر ایجاد حقوق فردی نیست، بلکه قرارداد علاوه بر ایجاد حقوق فردی، ایجاد کننده‌ی قواعد حقوقی نیز است (آمسلک^{۴۲}، ۱۹۹۹: ۱۸۹، ۱۹۰).

عقلانیت شکلی مدرنیته را که در قالب قانون معنا یافته، بایستی متأثر از اندیشه‌های کسانی چون هابز، بنتام، آستین و دیگران دانست؛ اندیشه‌هایی که بر اساس آن، دولت نقش مهم و حتی واحدی در ایجاد قاعده‌ی حقوقی یافته و به نوعی مبنا و منشأ الزام آوری آن می‌شود. البته عصر جرمی بنتام و آستین به عصر اصلاح حقوقی شهرت دارد (گایدو فاسو، پیشین: ۱۷، ۱۸، ۲۲). ایشان به قواعد حقوقی موجود در زمان خود و در ساختار کامن لایی انگلستان اعتقادی نداشتند و بر این عقیده بودند که بایستی به دنبال ایجاد نظامی نو و کامل از قواعد حقوقی بود؛ تلاشی علمی که بر دولت مدرن و قدرت عمومی آن اتکاء داشت. بنتام و آستین کدگذاری را نتیجه‌ی اراده‌ی سیاسی مستقل از داده‌ها و گزاره‌های اجتماعی-تاریخی می‌دانست (بنتام^{۴۳}، ۱/۱۹۸۰: ۴۶؛ آستین^{۴۴}، ۱۹۵۴: ۱۳، ۱۴). به عبارت دیگر، در اندیشه‌ی بنتام، عقلانیت شکلی برتری محسوسی داشت و عقلانیت ماهوی فطری هم جایگاهی نداشت (شهابی، ۱۳۸۸: ۷۲، ۷۳). نتیجه‌ی عدم توجه به داده‌های تاریخی-اجتماعی و عقلانیت فطری این بود که وی موفق به ایجاد یک کد نشد. تنها محصول تلاش او قانون اساسی کم حجمی بود که خیلی دیر تهیه شد و البته زود هم به فراموشی سپرده شد (بربان، پیشین: ۶۷).

باور کامل به قدرت سازمانده‌ی خرد، البته، جز از مسیر بنتام نمی‌گذشت و قانون مدنی‌ای می‌توانست مظهر آن باشد و وسیله‌ای برای عقلانی کردن حقوق باشد که محتوای خود را جز از عقل انسانی- که در اندیشه‌ی بنتام در دولت تعیین می‌یافت- نگرفته باشد (مالوری، ۱۹۹۷: ۶۴۲)؛ نکته‌ای که ماکس وبر نیز بر آن تأکید داشت (وبر^{۴۵}، ۲۰۰۷: ۱۷۶، ۲۰۰۸). با اینحال، هر چند پیشگامان تدوین قانون مدنی فرانسه، جنبه‌ی اصلاحی و نقش اصلاحی کد را انکار نمی‌کردند، ولی بر این عقیده هم بودند که قانون مدنی در تاریخ و سنت‌های ملی ریشه دارد و محتوای خود را از آن می‌گیرد. به نظر برتالیس، قانونگذار نقش مهمی در تعیین محتوای کد ندارد، بلکه با گذشت زمان و

در یک سیر تاریخی است که این محتوا شکل می‌گیرد (فوارک-کسن^{۴۶}، ۲۰۰۲: ۴۶۳، ۶۶۴). پرتالیس البته در ابتدا از مخالفان قانون نویسی بود و استدلال ایشان این بود که کد، خرده فرهنگهای حقوقی را از بین می‌برد و در این اندیشه هم از پدر فکری و معنوی خود منتسکیو متأثر بود. منتسکیو که نگاه تاریخی دارد و در تقابل با اراده‌گرایی پوزیتیویسم دولتی قرار می‌گیرد، با همین استدلال خیلی با کدگذاری موافق نبود (منتسکیو^{۴۷}، ۲/۱۹۹۵. کتاب بیست و نهم: ۱۸؛ کریک^{۴۸}، ۲۰۰۴: ۴). بدین ترتیب، شاید بتوان گفت اندیشه‌های پرتالیس در تقابل با اندیشه‌های بنتام قرار دارد و عقلانیت شکلی پرتالیس محدود به تأمین امنیت حقوقی می‌شود.

در هر حال، نباید از نظر دور داشت که عقلانیت شکلی یا اتکاء به قانون تأثیر گذار بوده و وحدانیت حقوق را به دنبال دارد و وحدانیت حقوقی، وحدت ملکی را نتیجه می‌دهد. به همین دلیل است که قانون مدنی فرانسه سنبل وحدت ملی محسوب می‌شود و کربونیه، استاد فرانسوی، آنرا قانون اساسی - مدنی یا اساسی - اجتماعی مردم فرانسه می‌نامد؛ قانونی که اهمیت آن به هیچ وجه کمتر از قانون اساسی فرانسه نیست (کربونیه^{۴۹}، ۲۰۰۴: ۲۰۸). اهمیت این نکته وقتی آشکار می‌شود که کثرت‌گرایی ساختار فئودالیتی حقوقی را به یاد آوریم. ساختاری که قانون مدنی وظیفه داشت آنرا از میان بردارد و قواعد حقوقی را نظام مند کند.

۲-۱-۲. قانون مدنی ایران

اگر چه، همانطور که خواهیم دید، پذیرش این نکته که نظریه‌ی حکومت قانون در ایران به معنای تغییر در مبنا و منشأ الزام‌آوری قاعده‌ی حقوقی، یعنی عبور از اراده‌ی الهی به اراده‌ی دولتی است، دشوار می‌نماید، با اینحال، قانون‌ابزاری دولتی است و منعکس‌کننده‌ی اندیشه‌ی پوزیتیویسم دولتی در نظام حقوقی است. بنابراین، پذیرفتن اینکه حکومت قانون هیچ تأثیری در کلیت نظام حقوقی ایران نداشته است نیز، از نظر برخی دور از واقعیت به نظر می‌رسد. در واقع، پرسش این است که آیا با ورود قانون به عنوان منبع قاعده‌ی حقوقی، هیچ تحولی در نظام حقوقی دینی ایران رخ نداده است؟

فریدون آدمیت که ره‌آورد نظریه‌ی حاکمیت قانون صدر مشروطه را تغییر در مبنا و منشأ الزام‌آوری قاعده‌ی حقوقی می‌داند، ویژگی‌هایی چون حاصل قرارداد اجتماعی بودن، عقلی (مبتنی بر عقل تجربی) بودن، مُنزک نبودن احکام و محتوای آن و اصلاح

پذیری را شاخصه‌های اصلی قانون دانسته و هدف وضع قانون را نیز در عدالت عرفی (عینیت یافتن حقوق مدنی، اجتماعی و اقتصادی) که محصول تعامل حقوق طبیعی سکولار و پوزیتیویسم اجتماعی است، خلاصه می‌کند (آدمیت، ۱۳۵۱: ۱۷۱). ایشان، بر خلاف مرحوم غروی نایینی (غروی نایینی)، قانون اساسی را تنها سمبل پوزیتیویته، یا پذیرش نقش پوزیتیویسم حقوقی در تضمین قاعده‌ی حقوقی و نظام حقوقی، ندانسته و ره آورد آن را جواز تشریح یا تغییر مبنا و منشأ الزام آوری قاعده‌ی حقوقی از اراده‌ی الهی به اراده‌ی دولتی ارزیابی می‌کند (آدمیت، ۱۳۵۴: ۲۴۲). به عبارت دیگر، قانون مفهومی جز پذیرش پوزیتیویسم دولتی در فرایند ایجاد و شناسایی قاعده‌ی حقوقی و نه فقط تضمین شکلی آن ندارد. معنای این سخن آن است که اندیشه‌ی حکومت قانون در ایران، تبدیل قانون شرع به حقوق جدید را به دنبال داشته است. جواد طباطبایی قائل به این «تبدیل» است، ولی نگاهی متفاوت نسبت به آن دارد؛ از نظر ایشان، حقوق جدید که سر آغاز آن را تصویب قانون مدنی باید دانست، هر چند در حوزه‌ی مبنا و منشأ الزام آوری قاعده‌ی حقوقی داعیه جدیدی نسبت به شرع ندارد، اما در حوزه‌ی تفسیر منبع یا ابزار بیان قاعده‌ی حقوقی سخن جدیدی دارد (طباطبایی، پیشین: ۶۵۲). حقوق شرع یا فقه جز علم استنباط فروع از اصول شرع با روشها و ابزارهای مفهومی ویژه‌ای که در اصول فقه مطالعه می‌شود و می‌توان آنرا حداکثر هرمنوتیک متن محور دانست، نیست و فهم هرمنوتیکی مفسر محور یا تأویل، در استنباط قاعده‌ی حقوقی نقشی ندارد (احمدی، ۱۳۷۷: ۲۴۸؛ سروش، ۱۳۷۳: ۲۶۴، ۴۹۴).

فهم هرمنوتیکی مفسر محور در پیوند با دگرگونیهای اجتماعی و تحولات و ضرورت‌های اجتماعی که مفسر در آن قرار دارد، معنا پیدا می‌کند (لینل. ا. کدی، ۵، ۱۹۸۶: ۴۳۹، ۴۴۰). این نوع فهم هرمنوتیکی مؤید این نکته است که محتوای فقهی می‌تواند حاصل و حامل تحوّل تاریخی باشد و برای همیشه ثابت نمی‌ماند (ریکور، ۵، ۱۹۷۷: ۲، ۳). به عبارت دیگر، نوعی تفسیر اجتماعی، آزاد و علمی مورد توجه است و نه تفسیری منطقی و لفظی. با ریختن محتوای فقهی در قالب قانون، از نظر طباطبایی، این تفسیر هرمنوتیکی حتی از مواد قانونی که محتوای صرف فقهی دارند، امکان پذیر می‌شود. نتیجه این‌که، «با تبدیل حقوق و قانون شرع به مجموعه‌های حقوقی و ایجاد نهادهای اجرای آن، تصلب سنت در یکی از مهمترین ناحیه‌های نظام سنت قدمایی رفع (می)

شود) و از آن پس قانون شرع (می‌تواند) با توجه به نظریه‌های حقوق جدید و در پیوند با دگرگونی‌های اجتماعی و الزامات مناسبات اجتماعی تحول پیدا کند» (طباطبایی، ۱۳۸۶: ۶۵۵). این سخن، بدین معنی است که قانون منبع درجه اول نظام حقوقی است و تفسیر هرمنوتیکی نیز بناست آنرا از محتوای أخذ شده از سنت برهاند، امری که دفعتهاً ممکن نبوده است. به عبارت دیگر، اینبار تبدیل در حوزه‌ی مبنا و منشأ الزام آوری قاعده‌ی حقوقی بر عهده‌ی «تفسیر آزاد و علمی» قرار گرفته و مدتی زمان لازم بود تا این امر تحقق یابد.

۳. نقد مبانی نظری قانون مدنی

همانطور که گفته شد بیشترین انتقاد به قانون مدنی فرانسه و مبانی نظری آن از جانب پوزیتیویست‌های اجتماعی مطرح شده است. پوزیتیویسم اجتماعی هم در چارچوب ادبیات قدیم خود (مکتب تاریخی، رویکرد جامعه‌شناختی و دیدگاه‌های مارکسیستی) و هم در چارچوب ادبیات جدید خود (نئولیبرالیسم حقوقی و مکتب مطالعات انتقادی حقوقی) سر سازگاری با قانون مدنی ندارد. این انتقادات با نیم‌نگاهی به تأثیرات کارکردی قانون مدنی و نقد این کارکرد، به هر دو جنبه‌ی عقلانیت ماهوی (بند اول) و عقلانیت شکلی (بند دوم) قانون مدنی وارد شده است. به عبارت دیگر، پوزیتیویسم اجتماعی با خود عقلانیت حقوق طبیعی، محتوا و قالب آن مشکل دارد و شاید در صدد ارائه‌ی عقلانیتی از نوع دیگر است.

با اینحال، ملاحظه شد که برخی عقلانیت انسان‌گرایانه را مبنای نظری قانون مدنی ایران می‌دانند. به نقد و ارزیابی نظرات آنها نیز خواهیم پرداخت. بی‌تردید، انتقادات وارده از طرف پیروان مکتب تحقیقی اجتماعی به قانون مدنی فرانسه، ما را در نقد و ارزیابی نظریه پردازان ایرانی کمک خواهد کرد؛ چرا که ادعا می‌شود قانون مدنی ایران در مبانی متأثر از قانون مدنی فرانسه بوده است یا در هر حال همانند آن است.

۳-۱. نقد عقلانیت ماهوی یا جنبه‌ی متافیزیکی قانون مدنی

۳-۱-۱. قانون مدنی فرانسه

لازم به یاد آوری نیست که عقلانیت ماهوی، جنبه‌ی متافیزیکی قانون مدنی را به نمایش می‌گذارد. به عبارت دیگر، عقلانیت ماهوی در ارجاع به مفهوم حقوق طبیعی

مدرن یا حقوق طبیعی انسانگرایانه و البته سکولار، معنای خود را باز می‌یابد. مواد ۱ و ۲ پیش نویس قانون مدنی فرانسه، حکایت از آن داشت و مواد ۶، ۵۴۴ و ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه هم بر همین مبنا تفسیر می‌شود.

با این حال، در مورد اینکه آیا واقعاً حقوق طبیعی مبنای ماهوی قانون مدنی فرانسه بوده است، تردیداتی وجود دارد. این تردید از چند جهت قابل توجه است:

الف. وفاداری محتوای قانون مدنی به حقوق سنتی و «سنت قدمایی»: وقتی سخن از منابع ماهوی قانون مدنی فرانسه به میان می‌آید، از حقوق روم (کد ژوستینین^{۵۲})، حقوق کلیسایی (بیشتر در حوزه‌ی حقوق خانواده و احوال شخصیه)، عرفهای محلی (coutumes)، قوانین پادشاهی و آراء صادره توسط شوراهاى حکومتی رژیم سیاسی قبل از انقلاب نام می‌برند (گلوده، پیشین: ۶۲۵، ۶۲۶). البته نایبستی دکترین حقوقی فرانسه و از جمله پوتیه و دوما را از یاد برد. پوتیه که از او به عنوان پدر قانون مدنی فرانسه یاد می‌کنند (ساوینی، ۲۰۰۶: ۸۹)، نقش زیادی در سازگاری بین عرفهای محلی، دستورات پادشاهی و حقوق روم داشته است (گلوده، پیشین: ۶۲۵، ۶۲۶). بنابراین، می‌توان گفت که محتوای قانون مدنی، که از آن با عنوان شاهکار عقل تجربی مدرنیته یاد می‌شود، تا حدّ زیادی به قواعد سنتی فرانسه وفادار بوده و به هیچ وجه، علی‌رغم عنوانی که به همراه دارد، اقدام نوآورانه و کاملاً عقلانی محسوب نمی‌شود (جان کلی، پیشین: ۴۵۷) و همین نکته است که ماکس وبر را در انطباق قانون مدنی فرانسه با عقلانیت ماهوی و حتّی عقلانیت شکلی اصلاح‌گرایانه‌ی مدرنیته به تردید می‌اندازد. واقعیت این است که رویکرد انسانگرایانه محض و دنبال کردن هدف اصلاحی از شاخصه‌های مدرنیته و عقلانیت آن است. ماکس وبر همین نظر را در مورد قوانین مدنی کشورهای اسلامی دارد و آنها را عقلانی نمی‌داند (وبر، پیشین: ۱۷۶ و ۲۰۸؛ مالوری، ۱۹۹۷: ۶۴۲).

ب. تردید در غلبه‌ی اندیشه‌ی کانتی بر قانون مدنی: غلبه‌ی اندیشه‌ی کانتی نزد پیشگامان و تدوین‌کنندگان قانون مدنی فرانسه با تردید روبروست. باید به این واقعیت اشاره کرد که بر خلاف آنچه در ابتدا تصوّر می‌رود، پیشگامان قانون مدنی فرانسه و از جمله پرتالیس در نوشته‌های خود به دفعات دکترین کانتی را زیر سؤال برده اند (پرتالیس، ۲۰۰۷: ۱: ۹۲) و همین نکته است که آلفونس بورگه آلمانی را در غلبه‌ی

عقلانیت ماهوی بر قانون مدنی با تردید مواجه ساخته بود.

پرتالیس هر چند تأکید می‌کند که در صورت ابهام، اجمال یا تردید در مسائل حقوقی می‌توان به اصول حقوق طبیعی مراجعه کرد، ولی تحلیلی که از حقوق طبیعی ارائه می‌کند، تحلیلی متافیزیکی و ایدئولوژیکی نیست، بلکه تحلیل و تفسیری اجتماعی و واقع‌گرایانه است (اپتی، ۱۹۹۵: ۳۳۱). به سخن دیگر، کشمکش و بحث پیرامون یک اصطلاح است که به عنوان **مبنا و منشأ الزام آوری قواعد حقوقی** مطرح می‌شود: «**طبیعت اشیاء**»^{۵۳}؛ از این اصطلاح هم می‌توان تحلیلی کانتی و متافیزیکی ارائه داد و هم می‌توان تفسیری اجتماعی و پوزیتیویستی ارائه کرد. در معنای متافیزیکی، شاید «طبیعت اشیاء» چندان با عقل فطری یا عقلانیت متافیزیکی مدرنیتۀ تفاوتی نداشته باشد. عقلی که فردگرا است، بر مفهوم «حق فردی» انتزاعی، متافیزیکی و مبتنی بر ایدئولوژی فردگرایی تکیه دارد و محتوای آنرا نیز گزاره‌های ثابت ارزشی شکل می‌دهند.

اما، پرتالیس چنین مفهومی را از «طبیعت اشیاء» در ذهن ندارد. وی، «طبیعت اشیاء» را به مثابه‌ی ظرفی می‌داند که محتوای آن، یعنی مظروف، اجتماعی است و چون اجتماعی است، متغیر است (همان). از نظر پرتالیس، حتی مفهوم به ظاهر انتزاعی و متافیزیکی «عدالت» مبنای خود را نه در عقل فطری یا حقوق طبیعی، بلکه در «طبیعت اشیاء» به معنای تاریخی و اجتماعی آن جستجو می‌کند؛ به عبارت دیگر، عدالت مفهومی است که نوع بشر در طول تاریخ و به تجربه آنرا نیک ارزیابی کرده است. بدین ترتیب، عدالت ظرفی است ثابت، ولی محتوای آن متغیر است (پرتالیس، پیشین: ۷۵).

واقعیت این است که سال‌ها قبل از ویکو^{۵۴} (دل وکیو^{۵۵}، ۱۹۳۶: ۱۴۲؛ گایدو فاسو، پیشین: ۱۷۳) و نظریه‌ی «حقوق طبیعی تغییرپذیر» (ریپر^{۵۶}، ۱۹۹۴: ۱۷) یا «حقوق طبیعی تبدیل شده» (راس^{۵۷}، ۱۹۵۸: ۲۵۰) ایشان، این اندیشه در ذهن پیشگامان قانون مدنی فرانسه، بر خلاف تصویری که در ابتدا می‌رود، وجود داشته است.

از نظر پرتالیس «در ورای همه‌ی قوانین نوشته، یک قانون طبیعی است که از عدالت ازلی بر می‌خیزد و به همه‌ی ملتها و تابعان حقوق و همه‌ی پادشاهان فرمان می‌دهد و همه‌ی قانونگذاران نسبت به این قانون طبیعی وفادار بوده و تفسیری احترام آمیز از آن دارند» (پرتالیس، پیشین: ۱۶۶). با اینحال، وی این قانون طبیعی را متنوع و

متغیر می‌باشد. پرتالیس تأثیر متغیرهای تاریخی، جغرافیایی، محیطی و متغیرهای ناشی از آداب و رسوم اجتماعی و خلق و خوی متغیر اجتماعی مردم را در شکل‌گیری محتوای این قانون که می‌توان از آن تحت عنوان «طبیعت اشیاء» نام برد، غیر قابل انکار می‌داند و همو همین نکته را دلیل تغییر قوانین موضوعه و نسبی بودن آنها می‌داند. پرتالیس تا آنجا پیش می‌رود که اساس و مبنای مالکیت خصوصی را در نظم خود جوش اجتماعی جستجو می‌کند و قانون مدنی را تنها داوری بلند مرتبه می‌داند که نقش تنظیم روابط اجتماعی را بر عهده دارد. می‌دانیم که تئوری لیبرال خیلی با این اندیشه اجتماعی موافق نبود.

به نظر می‌رسد دلیل تردید پیشگامان قانون مدنی فرانسه در این نکته نهفته باشد که عقل فطری امری انتزاعی و متافیزیکی است و با معیار تجربی و اجتماعی قابل سنجش نیست. بنابراین، استنباط از آن نیز ممکن است متأثر از برداشتهای شخصی باشد و قواعد فطری بیش از آنکه جنبه‌ی نوعی و علمی داشته باشند، سلیقه‌ای و ذهنی باشند. به ویژه آنکه گاه تربیت اجتماعی و مذهبی در این برداشتها مؤثر است و ندانسته تلقینات مذهبی، محتوای عقل فطری انگاشته می‌شود. بدین ترتیب شایسته نیست نظام حقوقی و قواعد حقوقی بر پایه‌ای شخصی و سلیقه‌ای استوار گردد (کاتوزیان، ۱/۱۳۸۰: ۱۴۱).

شاید گمان رود که نویسندگان قانون مدنی فرانسه خود بین دو جریان انسانگرایی فطری از یک طرف و جبرگرایی تاریخی-اجتماعی گرفتار شده‌اند (بنیه^{۵۸}، ۱۹۹۸: ۷۷). واقعیت این است که پرتالیس به اندیشه‌ی مکتب تاریخی و تفسیری که این مکتب از «طبیعت اشیاء» ارائه می‌دهد، بسیار نزدیک می‌شود؛ مکتبی که البته بیشترین مخالفتها را با ایجاد قانون مدنی داشته است و بزرگانی چون فردریک کارل فون ساوینی از قدمای مکتب تاریخی و حقوقدان نیمه‌ی اول قرن نوزدهم و فردریک فون‌هایک^{۵۹} از متأخرین و نئولیبرالیست نیمه دوم قرن بیستم میلادی، در نقد قانون مدنی قلم فرسایی کرده‌اند.

از دیدگاه مکتب تاریخی، مفهوم «طبیعت اشیاء» مفهومی پوزیتیویستی و از نوع اجتماعی آن است تا مفهومی متافیزیکی و نزدیک به حقوق طبیعی (هایک، ۱/۱۹۸۵: ۱۲۷).

البته، ذکر این نکته هم لازم است که هر چند مکتب تاریخی با فردگرایی مبتنی بر www.SID.ir

حقوق طبیعی یا همان فردگرایی افراطی موافق نیست و مفهوم «حق» را به همین دلیل به چالش می‌کشد (دل و کیو، پیشین: ۱۳۸، ۱۳۹)، ولی بدین معنا نیست که در این مکتب آزادی‌های فردی، آزادی قراردادی، اصل حاکمیت اراده، مالکیت خصوصی و مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر زیر سؤال می‌رود و قابل پذیرش نیست؛ مکتب تاریخی محتوای قرارداد اجتماعی را می‌پذیرد (فریدمن^{۶۰}، ۲۰۰۰: ۶۸) و در حمایت از اصول ذکر شده تا آنجا پیش رفته که برخی آثار بی تأثیر از اندیشه‌های کانت و ایدآلیسم ندانسته اند (بورگه، پیشین: ۱). اما، در هر حال، نگرش تاریخی، مبنای انتزاعی، متافیزیکی، ذهنی و غیر نوعی را برای آزادی‌های فردی قبول نداشته و به دنبال مبنای نوعی و اجتماعی برای آن است. اصطلاح «طبیعت اشیاء»، اگر مفهومی اجتماعی پیدا می‌کند، در همین جهت است.

علاوه بر مکتب تاریخی، این نگرش در حوزه‌ی مینا و منشأ الزام آوری قواعد حقوقی، در دیگر جریانهای پوزیتیویسم اجتماعی و از جمله پوزیتیویسم جامعه شناختی دنبال می‌شود؛ از نظر لئون دوگی، همانطور که اشاره شد، اصول قانون مدنی مبنای دیگری جز عقل فطری دارند؛ منظور دوگی همان وجدان اجتماعی است (دوگی، ۱۹۹۹: ۳۰، ۳۴، ۴۰ و ۵۰؛ دوگی، ۱/۱۹۲۷: ۱۰۸، ۱۰۹).

از نظر کارکردی هم، قانون مدنی با برداشت متافیزیکی، چندان با واقعیت‌های اجتماعی سازگار نیست. اولین انتقادات جدی به کارکرد قانون مدنی فرانسه از جانب مارکسیستها مطرح شد (ویلی^{۶۱}، ۲۰۰۸: ۴) و امروز هم به وسیله‌ی پیروان مکتب مطالعات انتقادی حقوقی دنبال می‌شود (فرازه^{۶۲}، ۱۹۸۷: ۸۶۱)؛ کسانی که قائل اند پشت قانون مدنی اخلاق بورژوازی، یا سرمایه داری شهرنشین، و از نوع فردگرایانه‌ی آن قرار دارد. بدین ترتیب، قانون مدنی تنها می‌تواند روابط حقوقی قشر غنی و متوسط شهرنشین را تنظیم کند و از عهده‌ی تنظیم رابطه‌ی حقوقی میان افراد طبقه‌ی متوسط از یک طرف و افراد دهکهای پایین جامعه از طرف دیگر ناتوان است (آرنود^{۶۳}، ۱۹۶۹: ۱۹۹، ۲۰۵، ۲۰۸؛ آرنود، ۱۹۷۳: ۲۶). نمونه‌ی بارز آن قرارداد اجاره‌ی اشخاص بود که در قانون مدنی ایران نیز مطرح بود. قانون مدنی در واقع نمی‌توانست انتظارات مربوط به سازگاری حقوق با مقتضیات اجتماعی را، به ویژه در حوزه‌ی حقوق مالی و قراردادهای و حتی احوال شخصیه تأمین کند (گلاسون^{۶۴}، ۲۰۱۰: ۶). همین ویژگی قانون

مدنی است که موجب شده ادموند پیکارد، حقوقدان فرانسوی، قانون مدنی فرانسه را «**نماد برتری طبقه‌های متوسط و فردگرایی مبتنی بر سرمایه داری**» بداند (پیکارد^{۶۵}، ۱۹۰۸: ۳۴۵) و سالی، دیگر حقوقدان فرانسوی طرفدار رویکرد اجتماعی به حقوق، قانون مدنی را قانون فردگرایی بورژوازی و قانون سرمایه داری لیبرال نامیده و آن را به **دوره‌ی بورژوازی حقوق خصوصی** متعلق بداند (سالی^{۶۶}، ۲۰۰۴: ۹۵).

۲-۱-۳. قانون مدنی ایران

به نظر نمی‌رسد تدوین اندیشه‌ی حاکمیت قانون در ایران و تصویب قانون مدنی به معنای تغییر در مبنا و منشأ الزام آوری قواعد حقوقی و کنار گذاشتن اراده‌ی الهی باشد. بنابراین نمی‌توان بر خلاف آنچه فریدون آدمیت می‌اندیشد، محتوی یا راه آورد آنرا اخذ شده از حقوق طبیعی انسان گرایانه دانست. واقعیت این است که قانون مدنی ایران نیز در محتوا به سنت فقهی وفادار باقی مانده است و نیم‌نگاهی به اعضای کمیسیون تدوین قانون مدنی و محتوای قانون مدنی هم در حوزه‌ی معاملات و هم احوال شخصیه مؤید این امر است. علاوه بر اینکه پذیرش عقلانیت کانتی به عنوان مبنای قانون مدنی در تعارض با کتاب و سنت و حیانی قرار می‌گیرد و نمی‌توانسته پذیرفتنی باشد. پذیرش عقلانیت کانتی بدین معنا است که محتوای نظم عمومی مندرج در ماده‌ی ۹۷۵ قانون مدنی نمی‌تواند دینی باشد و در نتیجه نمی‌توان نظریه‌ی جهت در قراردادها را بر سیاق دینی تحلیل و تفسیر کرد و اصل آزادی قراردادها را محدود به قواعد آمره‌ی دینی و برای مثال حرمت خرید و فروش خمر کرد. پذیرش عقلانیت کانتی بدین معنی است که خمر نیز مال محسوب می‌شود و مالکیت آن محترم است. تأکید و اصرار بر عقلانیت کانتی به عنوان مبنای ماهوی قانون مدنی، از لحاظ کارکردی نیز قانون مدنی را، همانطور که در مورد قانون مدنی فرانسه ملاحظه شد، از واقعیت‌های اجتماعی و عدالت عرفی که فریدون آدمیت بر آن تأکید داشت، دور می‌سازد.

اگر به مباحث صدر مشروطه در مورد نظریه‌ی حاکمیت قانون برگردیم نیز ملاحظه می‌کنیم که تفکیک امور عرفی (غیر منصوص) از امور شرعی (منصوص) و بسط دایره‌ی منطقه الفراغ به امور سیاسی-اداری در فقه شیعی، و پذیرش نقش اراده‌ی دولتی در ایجاد قاعده‌ی حقوقی در حوزه‌ی منطقه الفراغ مورد توجه بوده است، همانطور که خود فقهاء نیز بدان اشاره دارند (غروی نایینی، پیشین: ۵۲، ۵۳) و البته باز

آن را به مبنای قرآنی بر می‌گردانند^{۶۷} (همان)، ولی نمی‌توان پذیرفت که قواعد فقهی که بسیاری از آنها، بر خلاف آنچه در فقه کلیسایی ملاحظه می‌کنیم، در کتاب و سنت و حیانی آمده، یکباره و به صرف اینکه با ابزار قانون بیان می‌شوند، مبنای خود را در نظریه حقوق طبیعی بیابند.

آزادی و برابری هر چند در اندیشه‌ی بزرگان فقهاء صدر مشروطه و از جمله مرحوم نایینی پذیرفته شده است، ولی به هیچ وجه مبتنی بر فلسفه‌ی حقوق طبیعی نیست. ایشان در کتاب تنبیه الامه و تنزیه المله بر این نکته تصریح کرده اند که حریت « نه ابزاری برای رفع ید از احکام دینی و مقتضیات مذهب؛ آزادی تخلص از رقیت و استنفاذ رقابشان از این اسارت است، نه خروج از رقبه عبودیت الهیه جلت آلائه و رفع التزام به احکام شریعت و کتابی که بدان تدین دارند و طرف این تشاجر و تنازع هم فقط حکومت معتصبه رقابشان است نه صانع و مالک و پروردگارشان » (غروی نایینی، پیشین: ۶۴).

از نظر علامه نایینی، « قانون مساوات در تساوی اهل مملکت فقط نسبت به قوانین موضوعه برای ضبط اعمال متصدیان است، نه رفع امتیاز کلی فی مابین آنها » و نتیجه می‌گیرند که بسیاری از موارد عدم برابری در قواعد اسلامی و از جمله عدم تساوی بین زن و مرد، بین کافر و مسلمان در احکام جزایی و مدنی مشمول قانون مساوات نمی‌شود (غروی نایینی، پیشین: ۳۷، ۳۸).

در جای دیگری از همان کتاب و برای ردّ نظر مخالفان ایجاد قانون اساسی، تصریح می‌کنند که قانون اساسی مبنای تشریح مستقل از اراده‌ی الهی نیست و چنین قصدی هم در میان نیست و وجود «قانون» یا قانون نامه، که تعبیر فارسی «کد» است را، به معنای تغییر مبنای نظام حقوقی نمی‌دانند: « بالضروره معلوم است ملاک تحقّق تشریح و بدعت و عدم تحقّق آن اقتران و عدم اقتران به مقصد و عنوان مذکور است نه بود و نبود کتابچه و قانون نامه در بین » (غروی نایینی، پیشین: ۷۴). بدین ترتیب، قانونگذاری واقعی یا تشریح واقعی محدود به « تحدید استیلاء و ضبط اعمال متصدیان » خواهد بود و بنا نیست « آنچه احکام اسلام است از ابتداء کتاب طهارت تا آخر دیات در طی سیاسیات نوعیه جزء دستور العمل متصدیان و مسؤول عنه آنان شود » (غروی نایینی، پیشین: ۷۰).

لازم به ذکر است که فریدون آدمیت پس از تحلیل اندیشه‌های نایینی به این نتیجه می‌رسد که با پذیرش این نظرات تعارض بین احکام شرعی و قوانین موضوعه باقی خواهد ماند (آدمیت، پیشین: ۲۴۰).

حتی، صاحب رساله یک کلمه هم بسیار سعی کرده برای اصول مطرح در اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه، مصداق قرآنی و تکیه گاه قرآنی بیابد و از بسیاری از مفاهیم سکولار چون اراده‌ی مردم و آزادی فردگرایانه هم عبور کرده است (مستشارالدوله، ۱۳۸۶: ۲۲).

۲-۳. نقد عقلانیت شکلی یا جنبه‌ی پوزیتیویستی قانون مدنی:

منظور از عقلانیت شکلی ارجاع به قانون به عنوان منبع یا ابزار بیان قاعده‌ی حقوقی است (برژه، پیشین: ۲). قانون ابزار منطقی، روشن و منسجم بیان قاعده‌ی حقوقی است و به همین دلیل عقلانیت شکلی در آن خلاصه می‌شود (فریدمن و ارشر، پیشین: ۸۳). البته، قانون یک ابزار دولتی است و به همین دلیل پوزیتیویسم دولتی تعبیر دیگری از عقلانیت شکلی خواهد بود. پوزیتیویسم دولتی، همانطور که اشاره شد، در اندیشه‌های کسانی چون هابز، بنتام و دیگران ریشه دارد و معنای آن این است که دولت در روند ایجاد قاعده‌ی حقوقی نقش پیدا می‌کند. میزان این نقش در اندیشه‌های حقوقی یکسان نیست. در تفکر اصلاح‌گرایانه بنتام، مبنا یا منشأ الزام‌آوری قاعده‌ی حقوقی چیزی جز دولت نیست و دولت نیز در ایجاد قاعده‌ی حقوقی اختیار کامل دارد و تحت فشار نیروهای اجتماعی، اخلاقی و ... نیست (بنتام، ۱۹۸۰: ۴۶). در اندیشه‌های معتدلتر، نقش دولت به تضمین «قرارداد اجتماعی» تقلیل پیدا می‌کند. قراردادی که محتوای آن حفظ آزادیهای فردی است (رینود^{۶۸}، ۲۰۰۰: ۵۶۸). از این منظر، دولت با مفهوم «امنیت حقوقی» پیوند می‌خورد. محتوای قانون و منشأ این محتوا را در جای دیگری و نه در اراده‌ی دولت، باید جستجو کرد. فرانسوا ژنی، حقوقدان مشهور فرانسوی، قانون را تنها یک ابزار ساده سازی و ابزار طبقه بندی می‌داند و تأکید می‌کند که نیابستی برای آن کارکرد ماهوی قائل بود (ژنی^{۶۹}، ۱۹۱۹: ۲۳).

با این حال، حتی با کاهش نقش پوزیتیویسم دولتی به «امنیت حقوقی»، در میزان تأثیر این نوع پوزیتیویسم در نظام حقوقی تردید وجود دارد. پرسش اصلی این است که آیا دولت محدود به برقراری «امنیت حقوقی» می‌شود؟ برای یافتن پاسخ ابتدا به

مطالعه قانون مدنی فرانسه پرداخته و سپس قانون مدنی ایران را مطالعه می‌کنیم.

۱-۲-۳. قانون مدنی فرانسه

اگر به اندیشه‌ی حقوقی لیبرال اعتماد کنیم، بایستی پذیرفت که فرض ابتدایی پشت روند ایجاد قانون مدنی در سال ۱۸۰۴ این بوده که قانونگذار (دولت) احکام عقل فطری یا خرد خود بنیاد را در قالب قانون ریخته و قانون نیز نقشی جز اعلام عمومی و البته الزام آور قانون طبیعت نداشته باشد. ولی، از آنجا که ایدئولوژی لیبرال و مبتنی بر حقوق طبیعی مدرن در فرانسه، وظیفه‌ی خود را بنیان نظام جدید حقوقی-اجتماعی می‌دانست، و به سخن دیگر به اصلاح می‌اندیشید، قانون به ابزار اصلاح و تغییر ارادی تبدیل شد. آنچه که در واقعیت تحقق یافت این بود که اراده‌ی دولت تبدیل به منشأ و منبای الزام آوری قاعده‌ی حقوقی شد و قانون طبیعت به عنوان گوهر قانون، کم کم به حاشیه رفت. از نظر گایدو فاسو، فیلسوف حقوق ایتالیایی، تعارضی که از قدیم میان عقل فطری و اراده دولتی وجود داشت، در ظاهر با برتری عقل و پذیرش ادعاهای آن پایان یافت، اما واقعیت و تحولات بعدی پیروزی کامل اراده دولتی را نشان می‌داد (گایدو فاسو، پیشین: ۱۱). گذشت زمان و ضروریات اجتماعی، اصلاح متافیزیکی حقوق طبیعی را به اصلاحی تجربی و اجتماعی تبدیل کرد و قانون باز نقش بیشتری در اصلاح حقوقی اجتماعی یافت و حقوق طبیعی و شرع که می‌توانستند قدرت قانون را به قدرت تضمینی کاهش بدهند، به فراموشی سپرده شده یا بایستی می‌شدند (هایک، ۱۹۸۵: ۱/۱۰۷).

اماره‌هایی نیز البته بر همین نتیجه، یعنی تبدیل کلمات و اراده‌ی قانونگذار به عنوان تنها منبع اعتبار قانون، دلالت دارند. از جمله می‌توان به محدود شدن نقش قاضی به تفسیر لفظی از قانون اشاره کرد و به دنبال آن کاهش نقش دکنترین حقوقی و تئوریهای حقوقی در ایجاد قواعد حقوقی (پیمون^{۶۰}، ۲۰۰۹: ۴۱۷). میشل ویلی و فرانسوا ژنی، به خوبی به این مطلب تصریح دارند که حقوق از قدرت و اراده‌ی حاکم ناشی نمی‌شود؛ منحصر در قانون نیز نمی‌شود. حقوق محصول علم و دانش است (ویلی، ۲۰۰۸: ۶۶، ۶۸؛ ژنی، پیشین: ۲۳) و بنابراین قانون نمی‌تواند و نباید مانع پیشرفت دکنترین باشد (لوگراند^{۶۱}، ۱۹۹۶: ۷۷۹، ۸۰۰، ۸۰۸؛ بوردیو^{۶۲}، ۱۹۹۱: ۱۱۱).

تقدم پوزیتیویسم دولتی، از جانب پوزیتیویست‌های اجتماعی و به ویژه پیروان www.SID.ir

مکتب تاریخی نیز قابل پذیرش نیست (فورای^۳، ۲۰۰۹: ۴۶۳). ساوینی و هایک تصریح می‌کنند که قانون مدنی و به طور کلی قانون، مانع تفسیر اجتماعی و موسّع قاضی شده، او را ناگزیر به تفسیر قانونی و منطقی با مراجعه به مذاکرات تصویب قانون، برای استنباط صحیح نظر قانونگذار می‌کند و این به معنای پایان حقوق به عنوان یک علم است (ساوینی، ۲۰۰۶: ۱۳؛ هایک، ۲/۱۹۸۶: ۳۸۳). یکی از دلایل مخالفت فردریک کارل فون ساوینی با تصویب قانون مدنی آلمان و طرح آن که در سال ۱۸۱۴ توسط تیپوت، حقوقدان آلمانی موافق قانون ارائه شد، همین نکته بود (دل و کیو، پیشین، ۱۳۷). از نظر ساوینی حقوق و قواعد حقوقی ساخته‌ی رویه قضایی است (ساوینی، پیشین: ۱۳، ۱۴). به همین دلیل است که رویه قضایی و حقوق یک رابطه‌ی دیالکتیک پیدا می‌کنند (ساوینی، پیشین: ۱۳، ۱۴؛ هایک، پیشین: ۱۰۵).

تصویب قانون مدنی فرانسه می‌توانست به معنای نسخ ضمنی قواعد حقوق روم، احکام پادشاهان و عرفهای عام و محلی باشد و از نظر ساوینی این بزرگترین اشتباهی بود که می‌توانست اتفاق بیافتد (ساوینی، پیشین: ۸۹). مکتب تاریخی در تصویب نشدن قانون مدنی آلمان در نیمه اول قرن نوزدهم نقش زیادی داشت و تصویب قانون مدنی آلمان را تا یکم ژانویه سال ۱۹۰۰ به تأخیر انداخت (دل و کیو، پیشین: ۱۳۷).

مکتب تاریخی بر این نکته تأکید می‌ورزد که تضمین قرارداد اجتماعی و حفظ حقوق و آزادیهای فردی، نمی‌تواند مبنای درستی برای دخالت دولت در روند ایجاد قاعده‌ی حقوقی و قانونگذاری دولتی باشد؛ چرا که کامن لاء (رویه‌ی قضایی) بستر لازم را برای حفظ حقوق و آزادیهای فردی فراهم می‌آورد (هایک، ۱/۱۹۸۵: ۱۰۵، ۱۱۳). قانونگذاری می‌تواند بر عکس محدود کننده‌ی آزادی فردی باشد و تجربه‌ی پوزیتیویسم دولتی که در نهایت به شکلگیری نازیسم حقوقی شد، غیر از این را نشان نمی‌دهد (همان: ۱۱۳، ۱۱۷). علاوه بر اینکه شناخت ما از طبیعت اشیاء، همانطور که کانت در نقد عقلانیت نظری بدان اشاره دارد، به خاطر طبیعت آن بسیار محدود است (آگس^۴، ۱۹۸۹: ۳۹۴).

شایان ذکر است که دلیل نقد پوزیتیویسم دولتی تنها در کارکرد محدود کننده‌ی آن خلاصه نمی‌شود. رویکرد تاریخی و دینی با گرایشهای عقل‌گرایانه‌ی اصلاحی^۵ یا مبتنی بر نگاه اصلاح‌گرایانه تجربی سر سازگاری ندارد و عقلگرایی اصلاحی نیز از

ابزار قانون یا پوزیتیویسم اراده گرا یا مبتنی بر اراده‌ی دولت در جهت نگاه اصلاحی (اصلاح ساختار اجتماعی) خود استفاده می‌کند. عقلانیت اصلاحی بر توقف تاریخ تأکید و از شروع دوباره و انفصال از گذشته سخن می‌گوید (کربونیه، پیشین: ۲۰۸؛ مالوری، ۱۹۹۷: ۶۴۲). از نظر مکتب تاریخی، حقوق پدیده‌ای ارگانیک، زنده و در حال توسعه در تاریخ یک تمدن است که هر مرحله‌ی آن محتاج مطالعه و بررسی است. مبنا و منشأ قواعد را نباید در عقلانیت انسان‌گرایانه یا مبتنی بر حقوق طبیعی جستجو کرد، بلکه بایستی در عقلانیتی فراتر از آن و البته سازگار با زمان و مکان جستجو کرد. اصطلاح طبیعت اشیاء تجربی را می‌توان بیانی از این عقلانیت دانست. بدین ترتیب، قانون از منظر مکتب تاریخی یک منبع ساختگی حقوق محسوب می‌شود (کریستوفک^{۷۶}، ۱۹۶۶: ۵۹).

۲-۳. قانون مدنی ایران

اشاره شد که در نظام حقوقی ایران، از دید برخی، اساساً قانون مدنی آمده بود تا نقش اصلاحی تجربی را بر عهده داشته باشد و محتوای نظام حقوقی را از سابقه‌ی فقهی و شرعی برهاند. به سخن دیگر، نظریه‌ی حاکمیت قانون در ایران با عقلانیت اصلاحی تجربی پیوند خورده، یا بنا بود پیوند خورده، و در مسیر آن حرکت کند و قانون به ابزار اصلاح و تغییر ارادی تبدیل شود. بدین ترتیب، اراده‌ی دولت که مظهر پوزیتیویسم دولتی است، تنها نقش تضمینی نیافته و تبدیل به منشأ و مبنای الزام آوری قاعده‌ی حقوقی شده و در نتیجه قانون شرع و محتوای فقهی به فراموشی سپرده می‌شود.

در ارزیابی این نظر بایستی گفت، علاوه بر اینکه چنین تفسیری از متن قانونی در حوزه حقوق غرب، تا نزدیک به یک قرن پس از تصویب قانون مدنی فرانسه نیز امکان پذیر نبوده است (فریدمن و ارشر، ۲۰۰۲: ۸۱)، در حقوق دینی هم پذیرش این نظر، چه در صدر مشروطه، همانطور که مطالعه شد و چه امروزه، با توجه به اصل چهارم قانون اساسی ج.ا.ا. دشوار می‌نماید. ذکر این نکته هم لازم است که عدم اعتماد، در حوزه‌ی اصلاح تجربی، به پوزیتیویسم دولتی که می‌تواند مظهري از عقلانیت تجربی تلقی شود، تنها از طرف طرفداران رویکرد تحقیقی اجتماعی و پیروان مکتب تاریخی دنبال نمی‌شود. در واقع، بحث عدم شناخت از فلسفه‌ی احکام که در شریعت مطرح می‌شود

و طرح بحث علت و حکمت احکام شرعی (اهتمام، ۱۳۴۴: ۲۳۳)، هر چند از نظر مبنایی با طبیعت اشیاء متفاوت است، ولی از حیث عدم امکان شناخت نسبت به آنها، وجه مشترکی با طبیعت اشیاء پیدا می‌کند و در نتیجه ورود پوزیتیویسم دولتی را در ایجاد قاعده‌ی حقوقی محدود می‌کند.

بدین ترتیب، در نظام حقوقی دینی ایران، قانون را بایستی یا منبع درجه دومی دانست که محتوای آنرا منابع درجه اول، یعنی کتاب و سنت و حیانی تدوین می‌کنند و یا منبعی دانست که در منطقه الفراغ جولان می‌دهد، ولی اعتبار معنوی خود را در هر حال از اصول حقوقی مطرح در کتاب و سنت و حیانی اخذ می‌کند. شورای نگهبان، به عنوان عالی‌ترین مرجع نظارتی وضع و تفسیر قانون، هر چند نیم‌نگاهی به امنیت حقوقی به عنوان کارکرد قانون داشته است و «به خاطر حفظ نظام و جلوگیری از تخلفات و احقاق حقوق مردم، اجراء سایر قوانین مادام که مخالفت آن با موازین اسلامی اعلام نگردیده (را)، موقتاً بلا مانع (اعلام می‌کند)»، ولی تردیدی هم در عدم جواز اجرای قانون «در مواردی که قانون به موجب صریح فتاوی رهبر معظم انقلاب حضرت امام خمینی مدظله طبق تحریر الوسيله و توضیح المسائل مغایر با شرع است»، نمی‌بیند. ابطال ماده‌ی ۱۳۰۹ قانون مدنی در مورد بی اعتباری شهادت به عنوان بینه‌ی شرعی در برابر سند رسمی، توسط شورای نگهبان مصداقی از ابطال قانون مخالف شرع و عدم اعتبار پوزیتیویسم دولتی است.

شایان ذکر است که برخی، از لحاظ نظری، اختیار شورای نگهبان را در ابطال قوانین محدودتر دانسته و مسیر اجرای اصل چهار قانون اساسی را تنها اصل ۹۱ به بعد این قانون دانسته و شورای نگهبان را مجاز به ابطال قانون سابق نمی‌دانند. بدین ترتیب، شورای نگهبان زمانی صالح به رسیدگی شناخته شده و در مقام اجرای اصل چهارم بر می‌آید که مصوبه‌ای از طرف مجلس بدان ارجاع داده شده باشد (خامنه‌ای، ۱۳۶۹: ۲۸، ۲۹؛ مهر پور، ۱۳۷۲: ۶۶).

ذکر این نکته هم لازم است که توسعه‌ی اندیشه‌ی حکم حکومتی که ماهیتی متفاوت از احکام اولیه و احکام ثانویه داشته و منعکس کننده‌ی آشتی حکومت و فقه و نقش فزاینده‌ی شخصیت حقوقی فقیه حاکم در ایجاد قاعده‌ی حقوقی است از یک طرف و توسعه‌ی منطقه الفراغ (رحمانی، ۱۳۸۰: ۱۱۰) از طرف دیگر، ابزار خاص خود

یعنی قانون را ایجاد می‌کند و بی تردید جنبه‌ی تضمینی یا عقلانیت شکلی این قانون اهمیت زیادی پیدا می‌کند.

۴. نتیجه‌گیری

قانون مدنی ایران و فرانسه از جانب برخی مظهر مدرنیته‌ی حقوقی و سرآغاز مدرنیته حقوقی محسوب می‌شوند. استدلال این است که قانون مدنی مصداق تعامل عقلانیت و چهره‌های گوناگون آن یعنی عقلانیت ماهوی و شکلی در نظام حقوقی است. مراد از عقلانیت ماهوی همان عقلانیت انسان گرایانه یا عقلانیت فطری است که بیان دیگری از حقوق طبیعی مدرن است. منظور از عقلانیت شکلی نیز قانون به عنوان یک ابزار دولتی است که بناسست عهده دار اندیشه‌ی پیشرفت یا همان ویژگی پیشرو یا جنبه‌ی اصلاح گرایانه‌ی مدرنیته حقوقی باشد.

قانون مدنی فرانسه هر چند در نگاه اول مبتنی بر عقلانیت ماهوی است و بسیاری از اصول مطرح شده در آن، از جمله اصل آزادی قراردادی، اصل مالکیت خصوصی و اصل جبران خسارت بر مبنای تقصیر می‌توانند بر اساس آن تفسیر شوند، ولی واقعیت این است که این قانون در محتوا به سنت قدمایی وفادار بوده و غلبه‌ی اندیشه‌ی کانتی نیز در نزد پیشگامان و تدوین کنندگان آن با تردید روبرو است؛ چرا که پیشگامان آن، تعبیری متافیزیکی و انتزاعی از «طبیعت اشياء» نداشته و مفهومی اجتماعی، تاریخی از آن ارائه می‌دهند. با اینحال، پذیرش عقلانیت شکلی نزد قانونگذار فرانسوی، به ویژه با توجه به تحولات بعدی قانون مدنی فرانسه و تغییرات آن، موجه‌تر به نظر می‌رسد، به طوری که برخی از حاکمیت عقلانیت شکلی بر عقلانیت ماهوی متافیزیکی در قانون مدنی فرانسه سخن گفته‌اند. به عبارت دیگر، سرانجام تعامل عقلانیت ماهوی و شکلی، چیزی جز پیروزی پوزیتیویسم دولتی و حاکمیت اندیشه‌ی قانون‌گرایی اصلاحی نبوده است. مسلّم است که در چنین وضعیتی قانون ابزار اصلاح تجربی نظام اقتصادی، سیاسی و اجتماعی خواهد بود.

در نظام حقوق مدنی ایران، از آنجا که مینا و منشأ الزام‌آوری قواعد حقوقی را باید در اراده‌ی الهی جستجو کرد، عقلانیت ماهوی متافیزیکی و مبتنی بر انسان‌گرایی نمی‌تواند در نظریه‌ی حکومت قانون مدنی جایگاهی داشته باشد. بنابراین نمی‌توان مواد

۱۰ یا ۳۰ قانون مدنی ایران را بر آن اساس تحلیل کرد یا مواد مربوط به ارث و حقوق خانواده را بر اساس آن تغییر داد. بدین ترتیب، بحث تعامل عقلانیت ماهوی و متفاوتی و عقلانیت شکلی مطرح نمی‌شود. در مورد ظهور قانون مدنی ایران در عقلانیت شکلی نیز تردید وجود دارد. عقلانیت شکلی مبتنی بر نوعی نگاه اصلاح گرایانه‌ی تجربی است و زمینه‌ی فهم هرمنوتیکی از قانون با محتوای شرعی را فراهم می‌آورد و به مرور زمان آن قانون را از محتوای دینی تهی می‌سازد. بدیهی است که این امر با اراده‌ی الهی به عنوان مبنای قواعد در تعارض قرار می‌گیرد.

پی‌نوشت

1. Durkheim, Emile
2. Binder, Guyora
3. Savigny, F. Charles V.
4. Glaudet, philippe
5. Portalis, Jean Etienne Marie
6. Un droit universel et immuable
7. Il existe un droit universel et immuable, source de toute les lois positives
8. Les règles prescrites par la raison naturelle formant le droit naturel; ces règles sont la base de toutes les lois écrites, qui ne doivent présenter que des conséquences plus ou moins directes des principes d'équité naturelle.
9. De Cambacérès, Jean-Jacques Régis
10. Martin, Xavier
11. Niort, Jean-François
12. Braibant, Guy
13. Oppetit, Bruno
۱۴. این اصلاح بی تردید متفاوتی است و تجربی نیست؛ چرا که نه براساس واقعیت‌ها، موقعیت‌ها و ضرورت‌های متغیر اجتماعی، بلکه با تکیه و براساس همین مفاهیم متفاوتی یعنی حق، فرد و قرارداد اجتماعی صورت می‌گیرد.
15. Giddense, Anthony
16. Duguit, Léon
۱۷. درست است که به ایدئولوژی حمایت از شخص و شخصیت انسانی، به ویژه با توجه به انسان‌گرایی حقوق طبیعی مدرن، بسیار تأکید می‌شده، ولی این واقعیت را نیز باید پذیرفت که خود قانون مدنی فرانسه همانند قانون مدنی ایران، بیشتر به مسائل مالی پرداخته و اگر به شخص نیز پرداخته، بیشتر از باب طرح مسایل مالی او بوده است (کلن و کاپیتان، ۱۹۴۷: ۵).
18. Planiol, Marcel
19. Volontarisme individuel
20. Guido, Fasso
21. Pacte civile de solidarité (PACS)
22. Mécaray, Caroline
23. Burge, Alfons
۲۴. لازم به ذکر است که اندیشه‌ی حقوق طبیعی در تحولات بعدی خود و به ویژه تحولات پایان قرن نوزدهم، محتوایی متغیر و تجربی یافت و بدین ترتیب از فردگرایی و ایدئولوژی لیبرالی آن دور و به واقعیت‌های اجتماعی نزدیکتر شد.
25. Individualisme libéral
26. Pothier, Robert-Joseph
(1699-1772)
27. Cujas, Jacques (1522-1590)
28. Sain Agustín

29. Malaurie, Philippe
31. Domat, Jean (1625-1696)
33. Roubier, Paul
35. Cour de cassation. (27, novembre, 1790)
37. Haarscher, Guy
39. De Béchillon, Denys
41. Encinas de Munagorri, Rafael
43. Bentham, Jeremy
45. Weber, Max
47. Montesquieu
49. Carbonnier, Jean
51. Ricoeur, Paul
53. (Nature of things); Nature des choses
55. Del Vecchio, Georges
57. Ross, Alfo
59. Hayek, Friedrich Von
61. Villey, Michel
63. Arnaud, André-jean
65. Salleille, Raymond
30. Morvan, Philippe
32. Kelley, Jean
34. Bergel, Jean-Louis
36. Frydman, Benoît
38. Toullier, Charles Bonaventure Marie
40. Kelsen, Hans
42. Amselek, Paul
44. Austin
46. Fauvarque-Cosson, Bénédicte
48. Kriegg, Jean-François
50. Linelle E. Cady
52. Justinien
54. Vico, Giam Batista
56. Ripert, Georges
58. Beignier, Bernard
60. Frydman, Benoît
62. Fraser, David
64. Glasson, Ernest
66. Picard, Edmond
67. و امرهم شوری بینهم (سوره الشوری، آیه ۳۸)؛
69. Gény, François
71. Legrand, Pierre
73. Forray, Vincent
75. Rational constructivism
(Rationalisme constructiviste)
68. Raynaud, Fabien
70. Pimont, Sebastien
72. Bourdieu, Pierre
74. Ogus, Anthony
76. Krystufek, Zdenek

منابع

الف. فارسی

- آدمیت، فریدون (۱۳۵۱). اندیشه‌ی ترقی و حکومت قانون، عصر سپهسالار. تهران: انتشارات خوارزمی.
آدمیت، فریدون (۱۳۵۴). ایدئولوژی نهضت مشروطیت ایران، ج ۱. تهران: انتشارات پیام.
احمدی، بابک (۱۳۷۷). هرمنوتیک مدرن. تهران: نشر مرکز.
امین، حسن (۱۳۸۲). تاریخ حقوق ایران. تهران: انتشارات دایره المعارف ایران شناسی.
اهتمام، احمد (۱۳۴۴). فلسفه‌ی احکام، ج ۱. اصفهان: چاپخانه‌ی اسلام.
خامنه‌ای، محمد (۱۳۶۹). « اصل چهارم قانون اساسی ». مجله‌ی کانون وکلاء (۱۵۲) -

رحمانی، محمد رضا (۱۳۸۰). « حکم حکومتی در فقه علوی». فصل نامه‌ی فقه اهل بیت (۲۸): ۱۰۶-۱۳۱.

سروش، عبدالکریم (۱۳۷۳). *قبض و بسط تئوریک شریعت، نظریه‌ی تکامل معرفت دینی*. تهران: مؤسسه‌ی فرهنگی صراط.

شهابی، مهدی (۱۳۸۸). «از حقوق سنتی تا حقوق مدرن، تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی». نامه‌ی حقوقی مفید، ۵ (۲): ۳-۲۲.

طباطبایی، جواد (۱۳۸۶). *نظریه‌ی حکومت قانون در ایران*. تبریز: انتشارات ستوده.

غروی نایینی، محمد حسین (۱۳۳۴). *تنبیه الامه و تنزیه المله یا حکومت از نظر اسلام*، به همت مرحوم سید محمود طالقانی، تهران: شرکت سهامی انتشار.

فیرحی، داوود (۱۳۸۴). «مبانی فقهی مشروطه خواهی از دیدگاه آخوند خراسانی»،

در: بررسی مبانی فکری و اجتماعی مشروطیت ایران، بزرگداشت آیت الله محمد

کاظم خراسانی: مجموعه‌ی مقالات (۱۹۵-۲۱۷). تهران: انتشارات مؤسسه‌ی

تحقیقات و توسعه‌ی علوم انسانی، انتشارات دانشگاه تهران.

کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۸۰). *فلسفه حقوق*، ج ۱. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کلی، جان (۱۳۸۲). *تاریخ مختصر تئوری حقوق در غرب*، ترجمه‌ی محمد راسخ. تهران: طرح نو.

مستشارالدوله، میرزا یوسف خان تبریزی (۱۳۸۶). *یک کلمه*. تهران: نشر بال.

مهرپور، حسین (۱۳۷۲). «شورای نگهبان و بررسی قوانین»، مجله‌ی حقوقی و قضایی دادگستری (۹): ۷۴-۵۵.

ب. انگلیسی

Amselek, Paul (1999). "Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen". *Revue juridique Thémis*, Vol. 33, No 2: 185-223

Arnaud, Andre jean (1969). *Les origines doctrinales du code civil*. Paris: L.G.D.J

Arnaud, Andre jean (1973). *Essai d'analyse structurale du code civil français, la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, avec préface de Michel Villey et Georges Mounin. Paris: L. G. D. J.

Austin. John (1954). *The Province of Jurisprudence Determined*.

- Paris: PUF.
- Bentham, Jeremy.(1980). **Vue générale d'un corps complet de législation**, In: Œuvres, T. I, Bruxelles: Société Belge de Librairie.
- Bergel, Jean-Louis (1999). **La théorie générale du droit**. Paris: Dalloz.
- Beignier, Bernard. (1988). «Portalis et le droit naturel dans le code civil » , *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*. N° 6. Pp. 77-101
- Binder, Guyora (1999) Critical legal studies: Dennis Patterson, A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Massachusetts: Blackwell Publishing Ltd.
- Bourdieu, Pierre (1991). **Risques pratiques**. Paris: Le Seuil.
- Braibant, Guy,(1996) « utilité et difficultés de la codification». *Droits*. N° 24: 61-72
- Burge Alfons,(2000) «Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral». *RTD*, N° 1: 1-19
- Carbonnier, Jean (2004). **Droit civil**, Vol I . Paris: PUF.
- Colin(A) et Capitant (H). (1947). *Cours élémentaire de droit civil français*. Paris: Dalloz.
- De Béchillon, Denys (1997). **Qu'est-ce qu'une règle de droit ?**. Paris: Odile Jacob
- Del Vecchio. Georges(1936). *Leçons de philosophie du droit*. Trad. Fr par J. Alexis D'Aynac. Paris: Sirey.
- Duguit. Léon (1999). **Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon**. Édition de la Mémoire Du Duguit Réimpression de l'édition de Librairie Félix Alcan(1920) Paris.
- Duguit, Léon (1927). **Traité de droit constitutionnel**. T. I. la règle de droit et le problème de l'Etat. Paris: Ancienne librairie Fontemoing.
- Durkheim. Emile (1987). **La science sociale et l'action**. Paris: PUF.
- Encinas de Munagorri, Rafael(2001). «**Kelsen et la théorie générale du contrat**». Actualité de kelsen en France, Carlos Miguel Herrera (dir). Paris: LGDJ
- Geny, François (1919). **méthode d'interprétation et sources en droit prive positif**. Paris: T. I
- Giddense. Anthony (1994). **Les conséquences de la modernité**. Paris: L'Harmattan.
- Glasson, Ernest (2010). **Le code civil et la question ouvrière**, Paris:

- Klessinger publishing`s photocopy edition, (paperback)
- Glaudet, Philippe (2004). «Le code Napoléon, fondateur de la Nation française », *Répertoire du notariat Defrénois*, N° 9: 621-632.
- Fasso, Guido (1976). **Histoire de la philosophie du droit, XIXe et XXe siècle**, traduit de l'italien par Catherine Rouffet. Paris: L. G. D. J.
- Fauvarque-Cosson, Bénédicte (2002). «Faut-il un code civil européen ? ». *I. RTD. Civ.* N° 3: 463-481
- Forray, Vincent (2009). « La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes». *RTD. Civ.* N° 3: 463.
- Fraser, David (1987). «The day the music died: The civil law tradition from a critical legal studies perspective». *Loyola law Review*, N° 37: 861- 892.
- Frydman, Beboît (2000) « Le droit, de la modernité à la postmodernité ». *Réseaux*. N° 88-90. Available at: http://www.philodroit.be/IMG/pdf/modernite_postmodernite.pdf. (16 mars 2011).
- Frydman, Benoit et Guy Haarscher (2002). **Philosophie du droit**. Paris: Dalloz.
- Hayek, Friedrich Von (1985, 1986). **Droit, législation et liberté**. T. I (1985). T. II (1986). Traduit en français par Raoul Audouin. Paris: PUF.
- Kelsen. Hans (1999). **Théorie pure du droit**. Traduit par Charles Eisenmann. Paris , Bruylant: L.G.D.J.
- Kriegk, Jean Francois (2004). «Portalis, Examen des diverses observations proposées contre le projet de code civil». *Cazette du Palais*, N° 3: 151-154.
- Krystufek, Zdenek, (1996) . « La querelle entre savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne ». *Revue historique de droit français et étranger*, N° 4. pp. 59-76
- Legrand. Pierre, (1996). « Sens et non sens d'un code civil européen» . *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 48. N° 4: 779-812.
- Linell E. Cady (1986). “Hermeneutic and Tradition, The role of the paste in Jurisprudence and theology”. *The Harvard theological review*, Vol. 79. N° 4: 439-463.
- Malaurie, philippe (1997). « Les enjeux de la codification ». *AJDA*. N° 9: 642-646.
- Malaurie, philippe et Morvan, Patrick (2009). **Introduction**. Paris: Répertoire Defrénois.

- Martin, Xavier (2003). « Fondements politiques du code Napoléon », *RTD. Civ* . N° 2: 247-265.
- Mécary, Caroline (2010). **Le PACS**. Paris: Delmas.
- Montesquieu (1995). **De l'Esprit des lois**. T. II. Paris: Gallimard.
- Niort, Jean-Francois (2005). « Le code civil dans la mêlée politique et sociale , Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national". *RTD. Civ*. No 2: 257-291.
- Ogus, A. I. (1989).« Law and spontaneous order: Hayek's Contribution to Legal Theory». *Journal of law and Society*, Vol. 16. N° 4: 393-409.
- Oppetit, Bruno (1995). «Portalis philosophe ». *Recueil Dalloz*, N° 43: 331-335.
- Oppetit, Bruno (1996) « De la codification ». *Recueil Dalloz*, N° 5: 33-38.
- Picard, Edmond (1908). *Le droit pur*, Paris: Ernest Flammarion.
- Picard, Edmond (2000). **L'évolution historique du droit civil français**. Paris: Adamant Media Corporation
- Pimont, Sebastien (2009) «*Peut-on réduire le droit en theories generales? Exemples en droit du contrat*» *RTD Civ*. N° 3: 417-432.
- Planiol, Marcel (1963). **Traité élémentaire de droit civil**, T. 3. Paris: L. G. D. J.
- Portalis, Jean-Etienne-Marie (2007). **De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle**, préface de Joel-Benoît d'Onorio, T. I. Paris: Dalloz.
- Raynaud, Fabien (2000). « Monisme(s) ou dualisme(s) ». *ERPL/REDP*. Vol. 12. N° 2: 561-584.
- Ricoeur, Paul (1977). «Toward a Hermeneutic of the Idea of Revelation». *The Harvard theological Review*, Vol. 70, N° 1-2: 1-39.
- Ripert, Georges (1994). **La règle morale dans les obligations civiles**. Paris: L. G. D. J.
- Ross, Alf (1958). **On Law and Justice**., London: Stevens.
- Roubier, Paul (2005). **Théorie générale du droit, histoires des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales**. Avec préface de David Deroussin. Paris: Dalloz.
- Saleilles, Raymond (2004). **Le Code civil et la méthode historique**. Paris: Dalloz.
- Savigny, Friedrich Carl von (2006). **De la vocation de notre temps**

- pour la législation et la science du droit**, Traduction et notes: A. Dufour. Paris: PUF.
- Toullier, Charles Bonaventure Marie (1819). *Le droit civil français*, T. I. Paris: B. Warée.
- Troper, Michel (1994). «**La distinction entre droit public et droit privé et la structure de l'ordre juridique**». In. Michel, Troper. *Pour une théorie juridique de l'Etat*. Paris: PUF
- Villey, Michel (2008). **Le droit et les droits de l'homme**. Paris: puf.
- Weber. Max (2007). **Sociologie du droit**. Introduction et traduction par Jacques Grosclaude. Paris: PUF.

Archive of SID