

## The Principle of Autonomy in Law of the West and Islam Its Foundations, Consequences and Historical Background

Received: 28/11/2016; Accepted: 24/04/2018

Mohsen Esmacili<sup>1</sup>

### Abstract

The Principle of Autonomy is the most fundamental rule in private law and has significant consequences such as contractual freedom and the possibility of creating new dealing patterns. Therefore this principle is of a great importance and has a long history in two legal systems of west and Islam. The principle of autonomy has origins in theoretical foundations and debates of philosophy of law in one side and specifically in the present time that the expansion of economic relations and special commercial needs has left no choice except for developing and rethinking in contractual patterns in national and international levels has numerous practical results and usages in the other. The reason of presentation of this principle in each of the two legal systems, foundations and consequences of tendency toward it, its primary theorists and historical background of consideration of the principle and its developments are three axes that has been studied in this article in two separate parts and comparatively; first in western legal system and then in Islamic one. One of the achievements of this study is proving the pioneership and chronological supersession of tendency toward this principle and acceptance of its consequences in law of Islam. Furthermore, incorrectness of the opinion of some professors that have attributed the enactment of Art. 10 of Iranian Civil Code to "following the European legal theory" is appeared. Many centuries before turning of European lawyers and philosophers to the principle of autonomy, this theory had been expressed explicitly by most of the famous Imamiyah jurists.

**Key words:** Principle of Autonomy, New Contractual Patterns, Exclusivity of Transactions, Art. 10 of Iranian Civil Code.



<sup>1</sup> Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran; Email: esmaeili1344@ut.ac.ir



## اصل حاکمیت اراده در حقوق غرب و اسلام مبانی، آثار و پیشینه تاریخی

محسن اسماعیلی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت ۹۵/۰۹/۰۸ - تاریخ پذیرش ۹۷/۰۲/۰۴

### چکیده

اصل حاکمیت اراده بنیادی‌ترین قاعده در حقوق خصوصی و دارای آثار مهمی نظیر آزادی قراردادی و امکان خلق الگوهای جدید معاملاتی است. به همین دلیل اصل مزبور از اهمیت و قدمتی طولانی در دو نظام حقوقی غرب و اسلام برخوردار است. اصل حاکمیت اراده، از سویی ریشه در مبانی نظری و مباحث فلسفه حقوق دارد و از سوی دیگر دارای نتایج و کاربردهای فراوان عملی است؛ خصوصاً در زمان ما که گسترش روابط اقتصادی و نیازهای خاص تجاری چاره‌ای جز تحول و نواندیشی در الگوهای قراردادی در سطح ملی و بین‌المللی باقی نگذاشته است. چرایی طرح این اصل در هر نظام حقوقی، و مبانی و آثار گرایش به آن، و نیز نخستین نظریه‌پردازان و پیشینه تاریخی طرح این اصل و تحولات آن سه محور مهمی است که در این مقاله طی دو گفتار جداگانه، ابتدا در نظام حقوقی غرب و سپس در نظام حقوقی اسلام به صورت تطبیقی مورد مطالعه قرار گرفته است. یکی از دستاوردهای این مطالعه، اثبات پیشگامی و تقدم زمانی گرایش به این اصل و پذیرش آثار آن در حقوق اسلام است. ضمناً نادرستی این گفته برخی استادان نیز پدیدار می‌گردد که وضع ماده ۱۰ در قانون مدنی را «به پیروی از نظریه حقوقیین اروپا» نسبت داده‌اند. چندین قرن پیش از آنکه حقوقدانان و فیلسوفان اروپایی به اصل حاکمیت اراده روی آورده باشند، غالب فقهای نامدار امامیه به صراحت چنین نظریه‌ای را ابراز کرده بودند.

**واژگان کلیدی:** اصل حاکمیت اراده، الگوهای جدید قراردادی، انحصار ابواب معاملات، ماده ۱۰ قانون مدنی.



<sup>۱</sup> دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران؛ رایانامه: esmaeili1344@ut.ac.ir



## مقدمه

در اینکه انسان‌ها نیازمند آن هستند که بتوانند اموال یا حقوق خود را به یکدیگر منتقل کنند، تردیدی نیست. تراضی و معامله راهی برای تأمین این نیازها و تبادلها است. اما این پرسش نیز از گذشته‌های دور مطرح بوده است که آیا تراضی و معامله افراد با یکدیگر فقط باید در قالب‌های شناخته شده و معین صورت بگیرد یا می‌توان آنها را در هر قالب و به هر شکل دلخواهی در آورد و ابراز کرد؛ البته به شرط آنکه با اصول کلی و قواعد آمرانه تعارض نداشته باشد.

بدون آنکه نیازی به مستندات تاریخی داشته باشیم، می‌توان حدس زد که این پرسش به دلیل ارتباط روزمره با زندگی یکایک شهروندان تا چه اندازه قدیمی و مهم بوده است. پس هیچ یک از نظام‌های حقوقی نمی‌توانسته‌اند در برابر آن ساکت باقی بمانند.

از سوی دیگر پاسخ به این پرسش، ریشه عمیقی در فلسفه حقوق داشته و بستگی به آن دارد که در کشاکش قدرت جامعه و اراده فرد، جانب کدامیک مقدم داشته شود. آنان که آزادی اراده افراد را به عنوان مبنای حاکم بر روابط حقوقی و به مثابه یک اصل بنیادین پذیرفته باشند، طبعاً محدود سازی آن به خواست جامعه را ضروری نمی‌شمارند؛ مگر آنکه خواست جامعه گریزناپذیر و غیر قابل چشم پوشی، یعنی آمرانه باشد.

در مقابل، مکتب‌هایی که اصالت و تأثیری در این حد، برای اراده اشخاص قائل نیستند، رعایت الگوهای از پیش تعیین شده را الزامی می‌دانند. به این ترتیب، بدون در نظر گرفتن مبانی و آثار، نمی‌توان و نباید در این باره به داوری نشست.

در این مقاله، نخست نگاهی تاریخی به پاسخ نظام‌های حقوقی غرب به این پرسش خواهیم داشت. مقصود از حقوق غرب عمدتاً دو نظام پیشرو حقوقی یعنی فرانسه و انگلیس است. سپس روند تاریخی پاسخ نظام حقوقی اسلام به آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم. در





هر بخش به چرایی، مبانی، آثار و شناسایی نخستین نظریه پردازان و شارحان این اصل نیز خواهیم پرداخت. تاکید مطالعات فقهی نیز بر حقوق امامیه است؛ گرچه در این بحث تفاوت عمیقی با فقه اهل سنت وجود ندارد.

### ۱. « اصل حاکمیت اراده» در حقوق غرب

مطالعات تاریخی نشان می دهد که پذیرش اصل حاکمیت اراده قدمت چندانی در نظام های حقوقی غرب، و از جمله نظام رومی ژرمنی ندارد. به گفته محققان: «در اعصار بسیار دور که توتالیتاریزم در بین النهرین و مصر حاکم بود، عقود و معاملات را کاهنان برای مردمان ترتیب می دادند و فهرستی از عقود را در اختیار داشتند که هرگونه تراضی را در قالب های مذکور در آن فهرست می گنجاندند. این کار بعداً از بین النهرین به یونان و ایتالیا سرایت کرد؛ چندانکه در فقه رومی هم کاتالوگ عقود پدید آمد. کاتالوگ عقود، لیست عقود بود و سدّ راه آزادی اراده در قراردادها به شمار می رفت.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۰۱).

تا چند قرن پیش، حقوق رُم اصولاً نقش اساسی برای اراده افراد قائل نبود و به همین جهت، آنان را ملزم به ریختن توافق خویش در قالب های معین و با تشریفات خاص می ساخت؛ یعنی هم به معین بودن الگوهای قراردادی حکم می کرد و هم به تشریفاتی بودن آنها (السنهوری، بی تا: ۱۴۲). اما به موازات رشد تجارت و تنوع مبادلات میان شهروندان، و از همه مهم تر تحوّل تفکرات فلسفی و حقوقی، نظریه حاکمیت اراده نیز جوانه زد و به تدریج جان گرفت.<sup>۱</sup>

۱ - برای دیدن منابع اصلی در این باره، بنگرید به: جان کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوق در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو، چاپ دوم، ۱۳۸۲، و نیز:

Barry Nicholas, The French Law of Contract, second ed, clarindon press oxford pages, 1992, p.p: 32-33. -  
- Thomas Glyn Watkin, An Historical Introduction To Modern Civil Law , Aldershot: Ashgate, 1999, p:307.  
- Nadjma Yassari, The concept of freedom of contract in western and Islamic legal cultures, Thesis of Doctorate, university of Innsbruck, 1999, p:86. supervisors: fritz reichert facilides and William ballanyne,





### ۱-۱. چرایی طرح این اصل از دیدگاه تاریخی

از دیدگاه تاریخی، تمرکز اصلی بنیانگذاران این تئوری بر محور حاکمیت اراده در «حقوق عمومی» بود. عنایت به این سابقه تاریخی کمک شایانی به درک بهتر دلایل گرایش به اصل مزبور و تحولات بعدی آن می‌کند. گزیده سخن آن است که منبع مشروعیت و اقتدار دولت از جمله پرسش‌های مهم برای بشر بوده و هست.

پس از پذیرش اصل لزوم برپایی حکومت، نخستین و اصلی‌ترین پرسش آن است که حاکم کیست و چرا؟ طبع رهایی طلب و فزونی خواه فرزند آدم؛ گر چه خود را ناچار به قبول محدودیتها و پیروی از قواعد «حاکم» می‌بیند، اما همواره از خود پرسیده است که چه کسی و چرا می‌تواند آزادی‌های مرا محدود ساخته و با وضع قوانین و لازم الاجرا کردن آن، دایره خواست و انتخاب شهروندان را تنگ و کوچک کند. به چه دلیل اراده تقنینی و یا اجرایی کسی به عنوان «حاکم» بر اراده و آزادی فردی مقدم باشد. منبع این قدرت و منشأ این برتری چیست؟

در پاسخ به این سؤال، ذهن ساده و ارتکاز فطری انسان، او را به قدرتی برتر حواله می‌داد که به صرافت می‌دانست که اصل خلقت و وجود وی نیز از همان جا نشأت گرفته است. به همین جهت «کهن‌ترین اعتقاد در باب سرچشمه قدرت، منشأ ماوراء الطبیعه ای از آن است» که به عنوان حاکمیت «تئوکراسی»<sup>۱</sup> مشهور شده است (قاضی، ۱۳۵۷: ۲۳۱).

اما با گذشت زمان و عملکرد ناصواب حاکمانی که با کنار زدن فرمانروایان راستین الهی، به ناحق از این پشتوانه فکری سود می‌جستند، این نظریه مهجور واقع شد و جای خود را به اندیشه‌هایی داد که با فرض حذف نقش ماوراء الطبیعه ای در حکومت به دنبال پاسخی دیگر می‌گشتند.

این چرخش، عمدتاً نتیجه همان سوء استفاده‌های زشت و کارکردهای ناموجهی است که از آن یاد شد. آدمیان که دین و پشتوانه مذهبی را دستمایه توجیحات خنک و نادرست روش و منش حاکمان متظاهر می‌دیدند، تلاش کردند تا با قطع عقبه فکری آنان،



1 Theocracy



هاله دروغین تقدس را از اطراف حکمرانان بزدايند و با نقد پذير کردن آنان روزنه ای به سمت صلاح و فلاح خویش بگشایند.

بدین ترتیب، اندیشمندان غربی که اولاً از بنیه و علقه ضعیف تر اعتقادی برخوردار بوده و ثانیاً رنج های بیشتری از حکومت به نام خدا را تجربه کرده بودند، به دنبال یافتن پاسخ های جدیدی به مبنایی ترین پرسش در فلسفه حقوق رفته، و دوباره پرسیدند که چه کسی حق دارد بر ما حکومت کند و چرا؟

در پاسخ به این سؤال سه نظریه کلی پدیدار گشت که هر یک آثار خاص حقوقی خود را در حوزه های مختلف داشت؛ گروهی تحت تأثیر گذشته فکری به دنبال فردی گشتند که ذاتاً از دیگران برتر است، حق دارد بر دیگران فرمان براند و نظارتی بر قدرت نامحدود او وجود ندارد. این شیوه یگه سالاری یا «اتو کراسی» نامیده می شود (آشوری، ۱۳۷۸: ۳۳۰).

در مقابل، گروه دیگری کوشیدند تا اندکی از فردگرایی فاصله گرفته و مطلوب خود را در طبقه یا گروهی برتر بیابند. «آریستوکراسی»<sup>۱</sup> یا مہانسالاری نتیجه تلاش این دسته محسوب می شود (آشوری، ۱۳۷۸: ۱۹). و سرانجام گروه سومی نیز پاسخ درخور را، نه یک سالاری و نه مہانسالاری، که «دموکراسی»<sup>۲</sup> یا مردم سالاری دانستند (قاضی، ۱۳۵۷: ۱۹۴).

«قرارداد اجتماعی» تلاشی است برای تبیین تئوریک همین نظریه سوم. بر اساس این نظریه تنها منبع قدرت، اراده شهروندان است. خواست و توافق خود آنها است که منشأ مشروعیت حکمران می شود و کسی را مجاز به تصرف در امور همگانی و احیاناً محدود سازی حقوق عمومی مردم می کند.



1 Autocracy  
2 Aristocracy  
3 Democracy



## ۱-۲. مبانی و آثار گرایش به این اصل

حاکمیت اراده به این نظریه بسیط فلسفی متکی است که انسان ذاتاً آزاد است اما از زندگی در اجتماع نیز گریزی نیست؛ لذا هیچ چیز نمی‌تواند انسان را مجبور به انعقاد قرارداد و متعهد شدن نماید؛ مگر اراده و آزادی خود او که مصالح اجتماعی خویش را تشخیص می‌دهد (Weill et Terré, 1980, n:51).

اما پذیرش این سخن، طبعاً در سایر حوزه‌های حقوق نیز تأثیری بنیادین می‌گذاشت. برای نمونه، در حقوق جزا منجر به حاکمیت اصل قانونی بودن جرم و مجازات شد. آنان می‌گفتند شهروندان در انجام یا ترک هر عملی آزادند و اراده آنان را نمی‌توان محدود کرد؛ مگر بر اساس قانونی که از سوی خود آنان یا نمایندگانشان وضع شده باشد. این تحول نظری در حوزه حقوق خصوصی، و به طور ویژه در حقوق قراردادها نیز آثار مهمی برجا نهاد که برخی اساتید حقوق فرانسه آن را این‌گونه فهرست نموده‌اند:

- (۱) آزاد بودن طرفین در انعقاد یا عدم انعقاد هر قراردادی که خود می‌خواهند؛ مگر در موارد استثنایی.
- (۲) رضایی بودن عقود و شکل‌گریزی.
- (۳) آزادی مفاد عقد به مثابه قانون حاکم بر روابط طرفین و الزام قاضی به رعایت مفاد آن.
- (۴) نسبی بودن اثر قراردادها.
- (۵) شناسایی اراده و رضای طرفین به عنوان عنصر اساسی عقد. (Ghestin, 1993, n: 46).

در حقوق ما نیز نتایج و آثار این اصل عبارت است از اینکه:

- حقوق و تعهدات اشخاص ناشی از اراده خودشان است.
- اثر این اراده از طریق قانون حاکم است که به آن بها می‌دهد.
- اراده حاکم برای ایجاد تعهد تابع تشریفات و شکل خاصی نیست.
- اثر اراده فقط محدود به دو طرف تعهد است و قابل تعمیم به اشخاص ثالث نیست.







- تقدم قرارداد بر قانون. از آنجا که قوانین ناظر به روابط خصوصی افراد، خصوصاً روابط مالی معمولاً از نوع تکمیلی هستند و نه آمرانه، فقط در موارد سکوت و برای تفسیر اراده ها ایفای نقش می کنند.

- تعهدات فرد عادلانه است چون مخلوق اراده خود اوست. (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ش: ۱۷۰، و کاتوزیان، ۱۳۷۲، ش: ۸۵).

از میان این آثار، آنچه اینک محل توجه ما و البته « مهم ترین آثار» است (Larombière, 1862, p: 153)؛ یکی بی اعتبار شدن نظریه معین و محدود بودن الگوهای قراردادی است، و دیگری منتفی شدن شکل گرایی و عدم لزوم رعایت تشریفات در انعقاد عقد؛ جز در موارد استثنایی.

اشاره شد که حصر الگوهای قراردادی و تشریفات بودن آنها، دو نتیجه محتوم برای انکار حاکمیت اراده در حوزه قراردادها بود. اما اثبات این نظریه و اقبال عمومی به آن، هر دو فرض پیش گفته را متزلزل و به نقطه مقابل آنها تبدیل کرد؛ یعنی هم اصل تشریفات بودن عقد به رضایی بودن آن مبدل شد، و هم نظریه حصر الگوهای قراردادی به نامحصور بودن آنها تغییر یافت (السنهوری، بی تا: ۱۴۴ و الزرقاء، ۱۹۶۸: ۵۱۶). اصل آزادی اراده و حاکمیت آن در حوزه حقوق خصوصی از همین جا سرچشمه گرفت و زاییده شد.

البته این تحول فکری و فلسفی، به دلیل تاثیری که از حوادث قرون وسطی و نادیده گرفتن همه حقوق و آزادی های انسانی می پذیرفت، با تندروی هایی نیز همراه شد و تا آنجا پیش رفت که اراده فرد را یگانه مبدأ و منشأیی می شناخت که می توانست هر نتیجه ای را به هر شکل دلخواهی بیافریند. اما به تدریج این افراط نیز مورد نقد قرار گرفت و موجب تعدیل اصل حاکمیت اراده و مقید شدن آن به مواردی مانند مصالح عمومی شد (الزرقاء، ۱۹۶۸: ۵۱۷، شهیدی، ۱۳۸۰: ۵۸، و کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۴۷).

خلاصه آنکه، حاکمیت اراده نظریه ای فلسفی است که وارد حقوق شده و مبتنی بر آرای فلاسفه قرن هجدهم است که معتقد بودند اراده، منبع همه حق ها است (شهیدی، ۱۳۸۰: ۵۹؛ و قائم مقامی، ۱۳۵۶: ۵۶، و نیز: Mazeaud(s), 1995, n: 15).





بازتاب این اصل که در حوزه حقوق خصوصی به تصویب ماده شش قانون مدنی فرانسه، یعنی مأخذ ماده دهم قانون مدنی ایران، منجر شد نهایتاً به دو قرن پیش باز می‌گردد (جعفر جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳: ۳۰). البته چنانکه خواهیم گفت، قسمت اخیر این گفته سخن کامل و دقیقی نیست و مأخذ ماده دهم قانون مدنی ایران را باید فتاوی قدیمی فقهای امامیه دانست.

### ۱-۳. نخستین نظریه پردازان و شارحان این اصل

گرچه نظریه حاکمیت اراده در حوزه حقوق عمومی سابقه تاریخی طولانی دارد، اما شاید توماس هابز، فیلسوف برجسته انگلیسی را بتوان از قدیمی ترین دانشمندانی نامید که مبانی و نشان‌های این نظریه را به صورت مکتوب تبیین کرد و در اثر مشهور او، «لویاتان» به دست ما رسیده است. این کتاب در سال ۱۶۵۱ نوشته شده و بنیان بسیاری از نظریه‌های قرارداد اجتماعی را در فلسفه سیاسی به وجود آورده است. هابز در این کتاب منبع مشروعیت حکومت را مردم و اراده آنان می‌داند (تامس، ۱۳۸۳: ۷۴۶).

پس از او، باید از جان لاک<sup>۲</sup> یاد کرد که تقریباً از معاصران هابز و تحقیقاً از مهمترین شارحان نظریه قرارداد اجتماعی است. البته نادیده نمی‌توان گرفت که انتشار کتاب معروف «قرارداد اجتماعی»، اثر فیلسوف و نویسنده مشهور سوئیسی، ژان ژاک روسو<sup>۳</sup>، سهم بیشتری در همگانی کردن این اندیشه داشت، و توانست آن را به اوج شهرت و اقتدار خود رساند. او این کتاب را در سال ۱۷۶۲ میلادی نوشت.

همان گونه که از نام این کتاب پیدا است، روسو، حاکمیت اراده شهروندان را به عنوان مبنای اصلی توجیه روابط حقوقی افراد بایکدیگر یا با دولت پذیرفت، و مدلل ساخت. روسو می‌گوید که بدون قرارداد اجتماعی فهم این نکته غیر ممکن است که چرا اقلیت موظف است به خواست اکثریت گردن بگذارد، و مهم‌ترین اصل قرارداد اجتماعی عبارت از این است که تمام کسانی که قرار است از قانونی اطاعت کنند، باید در تصویب آن هم



1 Thomas Hobbes: 1588-1679.

2 John Locke: 1632-1704.

3 Jean-Jacques Rousseau: 1712-1778.



دخالت داشته باشند (لیدمان، ۱۳۹۱: ۱۶۷). بالاتر اینکه، به نظر می‌رسد نوع نهاد اجرایی برای روسو بی‌اهمیت است؛ آنچه اهمیت دارد این است که نمایندگان مردم قوانین آنها را اجرا کنند. در این صورت نهاد اجرایی می‌تواند شاه یا یک شورای اجرایی باشد (لیدمان، ۱۳۹۱: ۱۶۹، و نیز: تامس، ۱۳۸۳: ۹۲۸).

گرچه « معاصران روسو توجه چندانی به این کتاب نداشتند و حتی خود روسو هم این اصول را غیرقابل اجرا می‌دانست. اما این کتاب کوچک، پس از بیست و هفت سال مورد توجه انقلابیون فرانسه قرار گرفت و به آنان در پیشرفت انقلاب و ایجاد تحولی بزرگ در فرانسه کمک بسیاری نمود» (روسو، ۱۳۹۰: ۱۲).

در ادامه این سیر تاریخی باید از ایمانوئل کانت<sup>۱</sup> نیز نام برد که گفته می‌شود اصطلاح « حاکمیت اراده» را اصولاً او وارد فلسفه حقوق نمود و از آن‌جا بود که وارد حقوق تعهدات شد (Weill et Terré, 1980, n: 50)

کانت چنان دلبسته آرای پیشینیان خود، خصوصاً روسو در زمینه حاکمیت اراده شهروندان بود که وقتی آرای آزاداندیشانه روسو در انقلاب کبیر فرانسه به بار نشست، از شادی گریست (استراترن، ۱۳۹۰: ۲۲). او حتی این نظریه را بی‌نیاز از برهان و استدلال می‌شمرد (فروغی، ۱۳۸۸: ۵۰۵).

## ۲. اصل حاکمیت اراده در حقوق اسلام

برای آسان تر شدن مقایسه میان چرایی، مبانی و آثار اصل حاکمیت اراده، و نیز روند تاریخی طرح این موضوع، به همان ترتیبی که در باره « اصل حاکمیت اراده» در غرب سخن گفته شد، در باره فقه و حقوق اسلام نیز به بحث و بررسی می‌پردازیم.

### ۲-۱. چرایی طرح این اصل از دیدگاه تاریخی

پیش از این گفته شد که اصل حاکمیت اراده در حوزه های مختلف حقوق بازتاب و آثار متفاوتی دارد. در این میان، بازتاب و اثر آن در حوزه حقوق خصوصی و روابط



1 Immanuel Kant: 1724-1804.



قراردادی دارای سابقه تاریخی طولانی تری است؛ زیرا به دلیل کثرت ابتلا، هیچ نظام حقوقی، و از جمله فقه اسلام نمی توانسته است در زمینه میزان حاکمیت و تاثیر اراده در قراردادها سکوت نماید. از این رو پیشینه این بحث در فقه نیز بسیار طولانی است. در روزگاران که روابط افراد با یکدیگر اندک و ساده بود، طبعاً می توانستند آنها را در قالب هایی محدود و از پیش تعیین شده برقرار سازند. اما پس از گسترش روابط و پیچیده شدن آن عقود معین دیگر پاسخگوی همه نیازها نبود و منجر به پیدایش این بحث شد که آیا الگوهای قراردادی منحصر به مواردی است که در قانون پیش بینی شده است یا نه.

بحث پیرامون محدود و معین بودن الگوهای قراردادی یا عدم آن، یک نتیجه مهم کاربردی داشت و دارد که همواره مورد نیاز بوده و خواهد بود. چنانکه می دانیم تحولات سریع و گسترده اجتماعی و تنوع روزافزونی که در روابط شهروندان با یکدیگر پدید آمده است، آنان را به خلق الگوهای جدید حقوقی وادار می کند. با دگرگون شدن نوع روابط و تغییر شرایط زندگی، قالب های حقوقی نیز به ناچار باید تحول یابند؛ و گرنه هدف از حقوق که تنظیم و تسهیل رفتارهای اجتماعی و حفظ نظم عمومی است، محقق نمی گردد. برای مثال، زندگی صنعتی و تمرکز جمعیت در شهرها موجب افزایش خطرهای جانی و مالی می شود. حقوق نمی تواند و نباید نسبت به این مسأله بی تفاوت بماند. به همین جهت است که با طراحی قرارداد بیمه در صدد تأمین آرامش عمومی برآمده است. همچنین با افزایش تورم، «خرید» مسکن برای مردم به آرزویی دور بدل گردیده است؛ در حالی که «اجاره» هم پاسخ مناسبی برای همیشه نیست. «اجاره به شرط تملیک»، چاره نوینی است که قانون گذاران برای جمع میان هر دو واقعیت فوق یافته اند.

از این دست مثالها فراوان است (الزرقاء، ۱۹۶۸: ۵۶۹)، و خواهیم دید که قرارداد «مغارسه» نمونه ای قدیمی از آن است که از چندین قرن پیش محل سوال و جواب فقیهان بوده است. اگر جانب توقیفی بودن قالب های قراردادی را بگیریم، باید همه ی اینگونه چاره اندیشی ها را بی حاصل و باطل بدانیم و همگان را مجبور کنیم تا خواسته های خود را فقط در قالب های از پیش تعیین شده دنبال کنند؛ و اگر نشد، از آن چشم پوشی نمایند. اما





اگر خلق قراردادهای نوین را معتبر تلقی کنیم، می‌توانیم همگام با تغییر شرایط، الگوهای معاملاتی را هم به روز نماییم.

قابل توجه است که منشأ تاریخی طرح این موضوع در فقه هیچگاه شباهتی به طرح آن در غرب ندارد. دیدیم که در غرب، اصالت اراده حاکمیت و محدود سازی اختیار افراد منجر به نوعی ایستایی در نظم عمومی شد؛ زیرا شهروندان راهی برای دستیابی به خواسته های خود نداشتند؛ مگر به گونه ای و در قالبی که حکومت مقرر و الزامی ساخته بود. اما شهروندان مسلمان، حتی بدون در نظر گرفتن اصل حاکمیت اراده می‌توانستند تا اندازه زیادی اراده خویش را حاکم سازند؛ مثلاً در قالب عقد صلح که در پایان توضیح داده خواهد شد.

#### ۲-۲. مبانی و آثار گرایش به این اصل

برخی از فقهاء که عمدتاً از متقدمین به شمار می‌روند، محدود سازی قدرت اراده را ترجیح داده‌اند؛ و چون قراردادها را منحصر به موارد تأیید شده در نصوص شرعی دانسته، و عبور از آنها را مجاز نمی‌دانند، به طرفداران نظریه «حصری بودن ابواب معاملات» یا همان الگوهای قراردادی مشهور شده‌اند.

در مقابل گروه دیگری، که اکثریت قاطع را تشکیل داده و اکثریت نزدیک به تمام متأخرین را در خود جای داده‌اند، با پذیرش اصل حاکمیت اراده، نه‌گزینش الگوهای از پیش تعیین شده، یا همان عقود معین را الزامی می‌دانند و نه به تشریفاتی بودن قراردادها تن داده‌اند.

یکی از اصلی‌ترین ریشه‌های اختلاف نظر این دو گروه از فقهاء به برداشتی برمی‌گردد که از آیه نخست سوره مائده دارند. این آیه که منبع و پشتوانه اصل وجوب عمل به قراردادها است، به اهل ایمان دستور می‌دهد تا به قراردادهای خود پای‌بند بمانند؛ «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱).

درباره معنای «العقود»، و مفاد این آیه شریفه بحث‌های فراوانی صورت گرفته است؛ تا آنجا که مرحوم نراقی ده احتمال مهم را ذکر کرده، و سپس افزوده است که با توجه به این احتمالات، احتمال‌های دیگری نیز قابل طرح است (نراقی، ۱۳۷۵: ۱۶-۱۳).





یکی از این مباحث طولانی و مهم، آن است که «ال» (الف و لام) در این آیه شریفه به چه معنا است؟ آیا از ادات تعریف است یا از ادات عموم؟

توضیح آنکه «ال» (الف و لام) در زبان عربی، گاهی برای آن است که اسم نکره‌ای را معرفه نمایند. برای مثال، خداوند متعال فرموده است: «أَرْسَلْنَا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ رَسُولًا فَعَصَىٰ فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ...» (مزمّل: ۱۶).

کلمه «رَسُولًا» در این آیه نکره، و کلمه «الرسول» معرفه است. بنابراین معنای آیه چنین می‌شود که به سوی فرعون پیامبری فرستادیم؛ پیامبری که نام او برده نمی‌شود و به اصطلاح ادبی، نکره است. اما فرعون با «آن پیامبری» که فرستاده بودیم، و اکنون معرفه و شناخته شده است، مخالفت کرد.

با وجود این، «ال» (الف و لام)، در موارد بسیاری نیز برای بیان عموم، و استغراق افرادی است؛ مانند این آیه شریفه که می‌فرماید: «خُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا» (سوره نساء، آیه ۲۸)، یا این آیه ی اول از سوره عصر که می‌فرماید: «إِنَّ الْإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ». در این دو آیه، مقصود آن است که همه افراد انسان ناتوان و در حال زیان هستند؛ یعنی «ال» (الف و لام)، برای بیان عمومیت است و نشانه‌اش هم این است که به جای آن می‌توان از کلمه «كُلٌّ» استفاده کرد (ابن هشام انصاری، ۱۴۰۶: ۷۸-۷۱).

درباره «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، هر دو احتمال مذکور مطرح است. اگر «ال» (الف و لام) در این آیه به معنای عهد و برای افاده تعریف باشد، نتیجه آن وجوب وفا به آن عقدهایی است که به هنگام نزول این آیه، معروف و شناخته شده بودند. اما در صورتی که حرف مذکور را از ادات جمع بدانیم، مفاد آیه این می‌شود که باید به جمیع عقدها وفادار ماند.

هر دو نظر، همیشه طرفدارانی داشته است. اما باید گفت که حق با طرفداران نظر دوم بوده است؛ چرا که بر اساس آنچه در علم اصول ثابت کرده‌اند، «جمع محلّی باللام، مفید عموم است»<sup>۱</sup>.

پژوهش‌های حقوق اسلام و فقه امامیه - زمستان ۱۳۹۷



۱ - ر. ک: ملا محمد کاظم خراسانی، کفایه الاصول، ص ۲۱۷، محمد رضا مظفر، اصول الفقه، ج ۱، ص ۱۴۰: «لا شک أن للعموم ألفاظا تخصه دالة عليه إما بالوضع أو بالإطلاق بمقتضى مقدمات الحكمة و هي إما أن تكون ألفاظا مفردة مثل كل و ما فی معناها مثل جمع و تمام و آی و دائما و إما أن تكون هیئات لفظیة کوقوع النکرة فی سیاق النفی أو النهی و کون اللفظ جنسا محلّی باللام جمعا کان أو مفردا». و نیز برای دیدن خدشه مخالفان که جمع محلّی باللام را در اینجا دال بر عموم نمی‌دانند، ر. ک: ملا احمد نراقی، عوائد الایام، ص ۱۹.



علاوه بر این، دلایل دیگری مانند عموم آیه ۲۹ از سوره نساء (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) که هر نوع تجارت مبتنی بر رضایت و اراده طرفین را مجاز قلمداد می‌کند، یا عموم قاعده سلطنت (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۷)، و نیز قاعده تبعیت عقد از قصد (مراغی، ۱۴۱۸: ۴۷. شهیدی، ۱۳۸۰: ۵۶)، نیز به تثبیت این نظر کمک می‌کنند. در هیچ یک از این ادله، نفوذ تراضی یا قلمرو اعمال حقوق مالکانه یا شکل‌گیری عقود بر اساس اراده، مقید به استفاده از قالب‌های محدود و معین نشده است. افزون بر همه اینها، «اصل اباحه» به معنای آزادی هر فعل یا ترک فعل به عنوان یک قاعده اولیه را معادل اصل آزادی اراده دانسته‌اند که دلالت بر اعتبار هر قرارداد می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۴۲۳، و جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳: ۳۳).

از سوی دیگر، نمی‌توان این ادعای مخالفان را تأیید کرد که وجود عقود شناخته شده و متداول در زمان نزول آیه، موجب انصراف «العقود» به همان عقود معهود است. کثرت استعمال الفاظ در معنایی خاص، تنها هنگامی موجب انصراف است که موجب تغییر ظهور عرفی الفاظ گردد. این قاعده ای است که در علم اصول مقرر شده (مظفر، بی تا: ۱۸۹)، و در اینجا دلیلی برای اثبات این ادعا وجود ندارد که انصراف مزبور از نوع مورد نظر باشد.

### ۲-۳. نخستین نظریه پردازان و شارحان این اصل

آشکارترین نشانه‌های گرایش به این نظریه را باید در آثار فقهی برجای مانده از قرن دهم جستجو کرد؛ گرچه به عقیده برخی نویسندگان، می‌توان آغاز آن را به قرن چهارم هجری، یعنی قرن‌ها پیش از تدوین قانون مدنی فرانسه، نسبت داد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۰۱).

برای دیدن یک نمونه عملی در این زمینه، باید از «عقد مغارسه» یاد کرد که از گذشته‌های دور رایج و مورد بحث و اختلاف فتوا بوده است. «مغارسه» قراردادی است که به موجب آن زمینی را به باغداری می‌دهند تا در آن درختکاری کند، و طرفین، یعنی صاحب زمین و باغدار، در آن درختان شریک باشند (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴۴).

این قرارداد منطبق با هیچ یک از عقود معین نیست؛ حتی مزارعه و مساقات. تفاوت این عقد با مزارعه در آن است که مزارعه اختصاص به «زراعت» عامل در زمین دارد (ماده ۵۱۸





ق. م.) و شامل درختکاری نمی‌شود. همچنین تفاوت مغارسه با مساقات در آن است که «مساقات معامله‌ای است که بین صاحب درخت و امثال آن با عامل، در مقابل حصه مشاع معین از ثمره واقع می‌شود» (ماده ۵۴۳ ق. م.)؛ نه از خود درخت (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۵۷).

به دلیل عدم انطباق این عقد با هیچ یک از عقود معین، این پرسش همواره مطرح بوده است که آیا چنین قراردادی صحیح و معتبر است یا باید آن را باطل دانسته و طرفین را مجبور به استفاده از الگوهای معینی نظیر «مزارعه» یا «مساقات» کرد؛ و البته تاجایی که ممکن است خواسته‌های دیگر خود را نیز در قالب «شروط ضمن عقد» دنبال؛ و گرنه صرف نظر نمایند.

قدیمی ترین فتوایی که نگارنده در این باره یافت، از آن محقق حلی، متوفا در سال ۶۷۶ ه. ق.، یعنی در قرن هفتم است. او بدون ارائه استدلال، در کتاب نامدار خویش، شرایع الاسلام، حکم به بطلان مغارسه داده است (حلی، ۱۴۰۸: ۱۲۸، و حلی، ۱۴۰۱: ۱۱۹).

پس از او، شارح معروف این کتاب، شهید ثانی برای تشریح و تثبیت فتوای محقق، به توفیقی بودن الگوهای قراردادی استناد کرده و صراحتاً نوشته است که: «اعتبار الگوهای معاملاتی نیازمند اذن و تایید قانونگذار است که در اینجا وجود ندارد.» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص: ۷۱).

شیخ محمد حسن نجفی نیز به همین استدلال اشاره، و البته اصل فساد در معاملات و اجماع را نیز به آن می‌افزاید (نجفی، ۱۳۷۴: ۹۳). اما ظاهراً این، محقق اردبیلی است که نخستین تردید را در این زمینه ابراز کرده است. او که در سال ۹۹۳ ه. ق.، یعنی اواخر قرن دهم از دنیا رفته است، و به احتیاط و ورع شهرت دارد، سه دلیل برای بطلان مغارسه ذکر کرد: عدم دلیل بر جواز که معادل توفیقی بودن قالب های عقود است، لزوم غرر و اجماع. اما آنچه برای وی مهم بوده است تنها دلیل اخیر است، و لذا می‌نویسد که اگر اجماع نبود، می‌توانستیم به استناد برخی عمومات حکم به درستی مغارسه نماییم (اردبیلی، ۱۴۰۳، ص: ۱۴۴).

ناگفته پیداست که مقصود وی از «بعض العمومات»، ادله ای است که بر آزادی اراده در انعقاد قراردادها دلالت می‌کند و پیش از این مورد اشاره قرار گرفت. به عبارت دیگر،







او بطلان احتمالی مغارسه را، نه به توقیفی بودن عقود، بلکه به دلایل دیگری نظیر اجماع مستند می سازد؛ چنانکه شهید اول نیز تنها « طول بقای مغارسه» را دلیل حکم به بطلان آن می داند (شهید اول، ۱۴۱۰، ۱۵۴ و نیز، بنگرید به: میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۴۶۳)؛ نه حصر الگوهای قراردادی. از نگاه او درخت، برخلاف زرع، دارای ریشه و نیازمند زمانی طولانی و نامعلوم است و به همین جهت طرفین را در تعیین مدت، زمان تقسیم و دیگر شرایط دچار مشکل ساخته و موجب بطلان قرارداد می شود. از همین جا معلوم می شود که توقیفی بودن قالب های معاملات اجماعی نبوده است؛ وگرنه فقیهی مانند شهید اول از آن چشم پوشی نمی کرد.

همین نکته موجب شد تا اظهار تردید محقق اردبیلی روز به روز پر رنگ تر شده و به انکار صریح نظریه توقیفی بودن الگوهای قراردادی بیانجامد. برای مثال، پس از او محقق سبزواری، متوفا به سال ۱۰۹۰ ه.ق، اعلام کرد که می توان این نظریه را رد کرد و قائل به وجود اذن عام برای تشکیل هر نوع قرارداد شد (محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۶۴۵، و نیز محدث بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۹۲). محمد حسین آل کاشف الغطاء نیز با اشاره به اینکه چنین عقدی از نیازهای انکار ناپذیر زندگی جدید است، از استناد به اصل توقیفی بودن قالب های معاملاتی و ادعای اجماع اظهار شگفتی و حکم به صحت مغارسه کرد (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، القسم الاول: ۲۹۸).

سرانجام باید از فقیه برجسته معاصر، سید محمد کاظم یزدی یاد کرد که با درست شمردن تردید محقق اردبیلی و دیگران، نه تنها در اینجا عقد مغارسه را صحیح دانست (یزدی طباطبایی، ۱۴۰۹: ۷۵۶، حکیم، ۱۳۹۱: ۲۳۲. و نیز: مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۹۳)، که در جای دیگری هر قرارداد عقلایی را صحیح و مشروع تلقی کرد، و به عنوان یک قاعده کلی نوشت: نظریه انحصار الگوهای معاملاتی در قالب های معین پذیرفتنی نیست، و برای صحت یک قرارداد نیازی به دلیل خاص قانونی و شرعی نداریم؛ بلکه طبق قواعد عمومی هر معامله خردمندانه ای درست است؛ مگر آنکه دلیل خاصی بر بطلان آن داشته باشیم (یزدی طباطبایی، ۱۴۰۹: ۷۱۱).





### ۳. قلمرو اصل حاکمیت اراده و رابطه آن با نظریه های دیگر

برای تکمیل این بحث، در نظر گرفتن سه نکته مهم دیگر نیز رهگشا است.

#### ۳-۱. نیاز به اصل حاکمیت اراده، به رغم پذیرش عقد صلح:

بسیاری از متقدمان و متاخرانی که به اصل مزبور علاقه چندانی نشان نداده و نمی دهند، نه به دلیل عدم پذیرش مبانی و مستندات آن است؛ بلکه اصولاً نیازی به تشریح این اصل در حقوق اسلام نمی دیده اند. آنان می گویند که پس از قبول شمول عقد صلح نسبت به مواردی که مسبوق به نزاع نیست، می توان تمام قراردادهای دلخواه را در همین قالب ریخت و دیگر نیازی به خلق قالبی جدید نیست؛ این در حالی است که حقوق غرب، و از جمله اروپا، «صلح ابتدایی» را معتبر نمی دانسته و نمی دانند. پس نیازی مبرم به پذیرش اصل حاکمیت اراده داشته و دارند.

برای نمونه، سید محمد کاظم یزدی توصیه می کند که بنابر بطلان مغارسه، شهروندان آن را در قالب صلح منعقد نمایند (یزدی طباطبایی، ۱۴۱۵: ۲۸۷). به پیروی از فقه، قانون مدنی نیز می گوید: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود.» (م. ۷۵۲ ق.م). به همین دلیل و بسان فقیهان، حتی هم اکنون نیز برخی استادان حقوق معتقدند که «عقد صلح در حقوق امامیه عقد بی نام است؛ چون صلح را مختص دعاوی نمی دانند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳: ۳۳). بنابراین، ماده (۱۰) تکرار ماده (۷۵۴) در باب صلح است که طبق آن: «هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳: ۳۳). ایشان در جای دیگری نیز مفاد ماده (۱۰) را با آنچه در ماده (۷۵۸) آمده است، یکی دانسته (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۸)، و لذا آوردن آن در قانون مدنی را مورد انتقاد قرار داده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۰).

البته به نظر می رسد که این نقد خلدشه پذیر و حق با کسانی باشد که حتی با وجود مقررات صلح، ماده ۱۰ را کارآمد و غیر تکراری می بینند؛ زیرا اولاً طبق یک نظر عقد صلح مشروط به وجود نزاع قبلی است؛ گرچه قانون مدنی آن را نپذیرفته است (م. ۷۲۵ ق.م). ثانیاً با اینکه صلح می تواند نقش هر یک از معاملات، اعم از معوض و غیر معوض یا





معاملات ناقل عین یا منفعت را ایفا کند، اما شرایط و احکام مخصوص آن معامله را نخواهد داشت. مثلاً صلح نسبت به عین در برابر مالی نتیجه عقد بیع را می‌دهد، اما حق شفعه در آن جاری نیست (م ۷۵۸ ق.م.). دلایل دیگری نیز برای اثبات نیاز به ماده (۱۰) در کنار عقد صلح ارائه شده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۳۳، کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۹۶).

### ۳-۲. نیاز به عقود معین، به رغم پذیرش اصل حاکمیت اراده:

دومین نکته مهم نیز پاسخ به یک ایراد نقضی است. برخی پنداشته اند که با پذیرش اصل حاکمیت اراده و در نتیجه حصری نبودن الگوهای قراردادی، دیگر پیش‌بینی عقود معین سودی نخواهد داشت. اگر طرفین قرارداد آزاد هستند که تراضی خود را به هر شکل و با هر گونه آثاری که مغایر با قواعد آمرانه نیست، منعقد کنند، آیا نیازی به پیش‌بینی عقود معین باقی می‌ماند؟ آیا در این صورت، اختصاص حجم عمده‌ای از قانون مدنی به تعریف عقود معین و تعیین آثار هر یک از آنها، لغو و بیهوده نیست؟ (الزرقاء، ۱۹۶۸: ۵۷۲، السنهوری، بی تا: ۱۴۴).

این ایراد را نمی‌توان پذیرفت؛ زیرا واقعیت‌ها نشان می‌دهد که شمار بسیار بالایی از معاملات، در قالب چند عقد خاص واقع شده و می‌شود. به عبارت دیگر، کمتر اتفاق می‌افتد که برای انجام معاملات مرسوم و رایج در میان مردم، به قالب‌هایی غیر از بیع، اجاره، و کالت و دیگر عقود معین، نیازمند شویم.

برای همین است که قانونگذار ماهیت و آثار این چند عقد مرسوم و رایج را به صراحت وضع و اعلام کرده است تا برای هر مبادله کوچک و بزرگی، شهروندان مجبور به اعلان و تصریح به ماهیت و احکام مورد نظر خود نباشند.

بنابراین تسهیل روابط اجتماعی و شفاف‌سازی آثار قانونی حکمت مهم مبحث عقود معین است. با وجود قوانین و مقررات مربوط به قراردادهای با نام، به جای آنکه طرفین عقد مجبور به ذکر همه جزئیات مورد نظر خود باشند، کافی است که بگویند مایل به قبول کدامیک از ده‌ها حکم مذکور در قانون نیستند؛ و این تسهیل، یک منفعت بزرگ اجتماعی است که نمی‌توان از آن چشم‌پوشید.





به عنوان مثال، «بیع» را در نظر بگیرید. «تملیک عین به عوض معلوم»، روزانه چندین بار توسط هر یک از ما واقع می‌شود. افزون بر قواعد عمومی قراردادها که در اینجا نیز صادق است، ده‌ها سوال دیگر نیز برای طرفین قرارداد مطرح است که بر وقوع تراضی اثر مستقیم دارد. مثلاً زمان انتقال مالکیت، زمان تسلیم مبیع و ثمن، وضعیت توابع مبیع، اجرت حمل و نقل و تسلیم آن، تلف مبیع قبل از قبض، ضمان درک، آثار شرط ضمن عقد و تخلف از آن، تأخیر در تادیه ثمن، تخلف از وصف و حکم معامله در صورت ظهور غبن، عیب و تدلیس و ده‌ها مسئله جزئی، اما مهم و مؤثر وجود دارد که بدون پاسخ به آنها تراضی کامل نشده و واقع نمی‌گردد.

اکنون به جای آنکه روزانه چندین بار مجبور به تکرار خسته‌کننده این جزئیات باشیم، قانون‌گذار به دقت تکلیف همه آنها را مشخص کرده است. کافی است افراد اعلام کنند که قالب «بیع» را برای معامله خویش برگزیده‌اند. در این صورت، دیگر نیازی به تکرار احکام ریز و درشت آن نیست، و آنها فقط باید بگویند که کدامیک از مقررات تکمیلی را قبول ندارند.

مصلحت ملزومه فوق، یعنی تسهیل روابط اجتماعی، پاسخی است که حقوق‌دانان به پرسش پیرامون لغویت تعیین عقود معین داده‌اند (همان‌ها).

اما علاوه بر آن، مصلحت بزرگ دیگری را هم می‌توان در نظر گرفت. این مصلحت بزرگ، شفاف‌سازی احکام قانونی و ایجاد وحدت رویه نسبی در دادگاه‌ها است. اگر مواد پرشمار قانون مدنی درباره احکام و آثار عقود معین نبود، در هر پرونده، دادگاه‌ها مجبور به احراز اراده مشترک طرفین می‌شدند. طبیعی است که در این حالت، اختلافات فراوانی میان طرفین برانگیخته می‌شد، کار دادرسان دشوار می‌گردید، و ضمناً ممکن بود، هر دادرس تفسیر خاصی از اراده طرفین داشته، و حکمی متفاوت صادر کند.

وجود مقررات قانونی، اگر تمام این مشکلات را رفع نکند، بدون شک چیز زیادی هم از آنها را باقی نخواهد گذاشت.





### ۳-۳. رابطه اصل حاکمیت اراده و توقیفی بودن الگوهای قراردادی:

سرانجام آخرین نکته ای که باید به هنگام داوری در باره آرای فقها در نظر گرفت، این است که هر کس به توقیفی بودن معاملات و عدم آزادی اراده معتقد باشد، طبعاً حکم به بطلان قراردادهای نوپیدا، مانند مغارسه خواهد کرد. اما نباید پنداشت که هر کس که به بطلان چنین عقودی رای داده است، الزاماً معتقد به حصر ابواب عقود بوده است. چه بسا فقیهی قرارداد نوپیدایی را به دلایلی دیگر باطل بداند؛ همانگونه که دیدیم برخی فقیهان برای بطلان مغارسه به دلایلی مانند لزوم غرر یا اجماع استناد کرده بودند. غفلت از این نکته موجب می شود که در تحلیل تحول تاریخ فقه و استنباط مبانی فقیهان دچار خطا گردیم.

### نتیجه گیری

با آنچه گفته شد، تقدم زمانی طرح و قبول اصل حاکمیت اراده در حقوق اسلام نسبت به حقوق غرب آشکار گردید. بنابراین، با توجه به وقوع این تحولات در قرن هجدهم میلادی در غرب، می توان تایید کرد که فقها و حقوق دانان مسلمان در نفی نظریه انحصاری بودن عقود و پذیرش اصل حاکمیت اراده و صحت عقود بی نام، نسبت به همه نظام های حقوقی دیگر پیشتاز هستند. ضمناً نادرستی این گفته نیز پدیدار می گردد که وضع ماده ۱۰ در قانون مدنی را « به پیروی از نظریه حقوقین اروپا» نسبت می دهد. چندین قرن پیش از آنکه حقوقدانان و فیلسوفان اروپایی به اصل حاکمیت اراده روی آورده باشند، غالب فقهای نامدار امامیه به صراحت چنین نظریه ای را ابراز کرده بودند.





منابع

- قرآن کریم

- (۱) آشوری، داریوش، ۱۳۷۸ ش، تهران، دانشنامه سیاسی، انتشارات مروارید، چ ۵.
- (۲) آل کاشف الغطاء، محمد حسین، ۱۳۵۹ ق، تحریر المجله، نجف، المكتبة المرتضویة، چ ۱، ج ۲.
- (۳) اردبیلی، احمد بن محمد، ۱۴۰۳ ق، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۱، ج ۱۰.
- (۴) اریک لیدمان، سون، ۱۳۹۱ ش، تاریخ عقاید سیاسی از افلاطون تا هابرماس، ترجمه سعید مقدم، تهران، نشر دات، چ ۴.
- (۵) استراترن، پل، ۱۳۹۰ ش، آشنایی با کانت، ترجمه شهرام حمزه‌ای، تهران، علامه حلی، چ ۱.
- (۶) امامی، دکتر سید حسن، ۱۳۷۰ ش، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چ ۸.
- (۷) الانصاری، جمال الدین ابن هشام، ۱۴۰۶ ق، مغنی اللیب، قم، انتشارات سید الشهداء، چ ۱، ج ۱.
- (۸) بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، ۱۴۰۵ ق، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۱، ج ۲۱.
- (۹) بیگدلی، عطاءالله، ۱۳۹۳ ش، تفاوت مبانی نظریه تعهدات در دو نظام رومی-ژرمنی و فقه امامیه و آثار آن در حقوق قراردادهای ایران و فرانسه، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، چ ۱.





(۱۰) الجبجي العاملي (شهيد اول)، محمد بن مكي عاملي، ۱۴۱۰ ق، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، مصحح: محمد تقى مرواريد- علي اصغر مرواريد، بيروت، دار التراث-الدار الإسلامية، ج ۱.

(۱۱) الجبجي العاملي (شهيد ثاني)، زين الدين بن علي بن احمد عاملي، ۱۴۱۳ ق، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، ج ۱، ۵.

(۱۲) جعفرى لنگرودى، محمدجعفر، ۱۳۷۳ ش، حقوق اموال، تهران، كتابخانه گنج دانش، ج ۳.

(۱۳) -----، ۱۳۸۲ ش، مجموعه محشى قانون مدنى، تهران، كتابخانه گنج دانش، ج ۲.

(۱۴) -----، ۱۳۸۸ ش، الفارق، تهران، كتابخانه گنج دانش، ج ۲، ج ۱.

(۱۵) -----، ۱۳۹۰ ش، مبسوط در ترمينولوژى حقوق، تهران، كتابخانه گنج دانش، ج ۵، ج ۱.

(۱۶) جونز، ويليام تامس، ۱۳۸۳ ش، خداوندان اندیشه سياسى، ترجمه على رامين، تهران، شركت انتشارات علمى و فرهنگى، ج ۴، ج ۲.

(۱۷) الحسينى المراغى، سيد ميرعبدالفتاح، ۱۴۱۸ ق، العناوين، قم، دفتر انتشارات اسلامى، حوزه علميه قم، ج ۱.

(۱۸) الحكيم، سيد محسن، ۱۳۹۱ ق، مستمسك العروة الوثقى، بيروت، دار احياء التراث العربى، ج ۴، ج ۱۳.

(۱۹) حلى، محقق نجم الدين جعفر بن حسن، ۱۴۰۸ ق، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال و الحرام، قم، اسماعيليان، ج ۲، ج ۲.

(۲۰) حلى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، ۱۴۰۱ ق، أجوبة المسائل المهتئية، قم، خيام، ج ۱.

(۲۱) خراسانى، ملا محمد كاظم، ۱۴۱۵ ق، كفايه الاصول، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علميه قم، ج ۳.



- (۲۲) روسو، ژان ژاک، ۱۳۹۰ ش، قرارداد اجتماعی، ترجمه سعید حبیبی، تهران، ابر سفید، چ ۱.
- (۲۳) الزرقاء، مصطفی احمد، ۱۹۶۸ م، المدخل الفقهي العام، بيروت، دارالفكر، چ ۱، ج ۱.
- (۲۴) السبزواری، محقق محمد باقر بن محمد مؤمن، ۱۴۲۳ ق، كفاية الأحكام، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۱، ج ۱.
- (۲۵) السنهوری، عبدالرزاق احمد، بی تا، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، قاهره، دارالنهضة العربيه. چ ۱، ج ۱.
- (۲۶) شهیدی، دکتر مهدی، ۱۳۸۰ ش، تشکیل قراردادها و تعهدات (حقوق مدنی)، تهران، مجد، چ ۲، ج ۱.
- (۲۷) فروغی، محمدعلی، ۱۳۸۸ ش، سیر حکمت در اروپا، تهران، هرمس، چ ۲.
- (۲۸) قاسمی، محسن، ۱۳۸۸ ش، شکل گرائی در حقوق مدنی، تهران، میزان، چ ۱.
- (۲۹) قاضی، دکتر ابوالفضل، ۱۳۵۷ ش، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۶.
- (۳۰) قائم مقامی، دکتر عبدالمجید، ۱۳۵۶ ش، حقوق تعهدات: نظریه کلی تعهدات قانون مدنی (ضمن مقایسه حقوق تعهدات آلمان و سوئیس و فرانسه)، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۲.
- (۳۱) قمی (گیلانی، میرزا)، ابو القاسم بن محمد حسن، ۱۴۱۳ ق، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، تهران، مؤسسه کیهان، چ ۱، ج ۲.
- (۳۲) کاتوزیان، دکتر ناصر، ۱۳۷۱ ش، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال، حقوقی، تهران، شرکت انتشار، چ ۲.
- (۳۳) -----، ۱۳۷۲ ش، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات بهنشر، چ ۲، ج ۱.
- (۳۴) -----، ۱۳۷۶ ش، حقوق مدنی، دوره عقود معین، مشارکتها و صلح، تهران، کتابخانه گنج دانش، چ ۴.







(۳۵) ----- ، ۱۳۸۰ ش، فلسفه حقوق ، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ  
۲، ج ۱.

(۳۶) ----- ، ۱۳۸۰ ش، حقوق مدنی، دوره مقدماتی، درس هایی از  
عقود معین، تهران، کتابخانه گنج دانش، چ ۳، ج ۱.

(۳۷) کلی، جان، ۱۳۸۲ ش، تاریخ مختصر تئوری حقوق در غرب، ترجمه محمد  
راسخ، تهران، طرح نو، چ ۲.

(۳۸) مظفر، محمد رضا، بی تا، اصول الفقه، قم، اسماعیلیان، چ ۵.

(۳۹) مغنیه، محمد جواد، ۱۴۲۱ ق، فقه الإمام الصادق علیه السلام، قم، مؤسسه  
انصاریان، چ ۲، ج ۴.

(۴۰) مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ ق، ناصر، القواعد الفقهیه، قم، مدرسه الامام  
امیرالمؤمنین، چ ۳، ج ۲.

(۴۱) نجفی، محمد حسن بن باقر، ۱۳۷۴ ش، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام،  
تهران، دار احیاء الکتب الاسلامیه، چ ۳، ج ۲۷.

(۴۲) نراقی، ملا احمد، ۱۳۷۵ ش، عوائد الایام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه  
قم، چ ۱.

(۴۳) یزدی طباطبایی، سید محمد کاظم، ۱۴۰۹ ق، العروة الوثقی، بیروت، مؤسسه  
الأعلمی للمطبوعات، چ ۲، ج ۲.

(۴۴) ----- ، ۱۴۱۵ ق، سؤال و جواب، مصحح: سید مصطفی محقق  
داماد، سید محمد مدنی بجستانی و سید حسن وحدتی شبیری، تهران، مرکز  
نشر العلوم الإسلامی، چ ۱.

45) Glyn Watkin , Thomas,(1999), An Historical Introduction To  
Modern Civil Law , Aldershot: Ashgate, 1st Ed.

46) Ghestin, Jacques,(1993), Traité de droit civil: La formation du  
contrat, Volumes 1-2: Les obligations, paris: Librairie générale de  
droit et de jurisprudence, 1st Ed.

47) Larombière, Léobon,(1862), Théorie et pratique des obligations,  
ou commentaire des titres III & IV, livre III du Code Napoléon,  
Art. 1101 à 1386,T: 1, Bruxelles: Durand, 1st Ed.



- 48) Mazeaud(s), (Henri, Jean, Léon), Chabas, François, Leçons,( 1995), de droit civil, tome 2, premier volume: Obligations: theorie generale, Edition 7, par Chabas, François, Publisher Montchrestien, paris, 7 th Ed.
- 49) Nicholas ,Barry,( 1992), The French Law of Contract, clarindon press oxford pages, 2 th Ed.
- 50) Weill, Alex. Terré, François,( 1980), Droit civil:les obligations, Dalloz, 1st Ed.
- 51) Yassari , Nadjma,( 1999), The concept of freedom of contract in western and Islamic legal cultures, Thesis of Doctorate, university of Innsbruck, supervisors: fritz reichert facilides and William ballanyne, 1st Ed.

