

العقود تابعه للقصود؛

بازخوانی فقهی اصل آزادی قراردادی با تکیه بر دیدگاه محقق مراغی

محمد امینی • دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

m.aminiphdlaw74@ase.ui.ac.ir

سید محمدصادق طباطبایی • دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

tabatabaei@ase.ui.ac.ir

(نویسنده مسئول)

مهدی شهابی • دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

m_shahabi@ase.ui.ac.ir

چکیده

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی از جمله اصول مهم و پرکاربرد در حقوق موضوعه ایران است که ماده دهم قانون مدنی نیز به نوعی دلالت بر آن دارد. قاعده «العقود تابعه للقصود»، یکی از قواعدی است که در نگاه اول می‌توان آن را تجلی اصل حاکمیت اراده در فقه امامیه قلمداد نمود؛ همان‌طور که بسیاری از حقوق‌دانان نیز در آثار و تالیفات خود بدان اشاره کرده‌اند. چنان‌چه از قاعده اخیر بتوان به‌عنوان مستند اصل حاکمیت اراده نام برد، سوال اساسی آن است که در حقوق ایران، اصل حاکمیت اراده و قاعده «العقود تابعه للقصود» تا چه میزان به قصد و اراده طرفین اعتبار می‌دهند و آیا می‌توان این دو را به‌عنوان مبنای اعتبار عقود و قراردادها معرفی کرد؟ آنگاه، دیدگاه صاحب «العناوین»، سیدمیرعبدالفتاح مراغی، به‌عنوان یکی از فقیهان متأخر قائل به آزادی افراد در انعقاد عقود و قراردادهای عقلایی، در این مورد چیست؟ نگارندگان با اتخاذ روش توصیفی تحلیلی، دریافته‌اند که هر چند در نظام حقوقی ایران، قصد متعاقدين، خالق ماهیت حقوقی است، اما مبنای التزام و اعتباربخشی به عقد، اراده شارع است. از جمله ثمرات این مبنا، عبارتند از (۱) جریان احکام مترتب بر عقد به‌صرف انشاء و بدون نیاز به اراده مستقل متعاقدين در ایجاد آن و (۲) حاکم شدن اصل لاضرر و نفی عسر و حرج بر دیگر اصول قراردادی؛ دیدگاهی که محقق مراغی نیز بر آن است.

واژگان کلیدی: اصل حاکمیت اراده، اصل آزادی قراردادی، مبنای اعتبار عقد، اراده شارع، اراده متعاقدين.



مقدمه

در حقوق اسلام آیهی نخست سوره مائده، اصل حاکمیت اراده^۱ و آزادی قراردادها را در انعقاد عموم عقود و پیمانها - اعم از خصوصی، عمومی، بین‌المللی - مورد تأکید و حمایت شرعی قرار داده است (طباطبایی، ۱۳۶۳، ج ۵، ص ۱۵۸؛ سید خاموشی و ملیحی، ۱۳۹۶، ص ۸۶) و قاعده فقهی «العقود تابعه للقصد» و حدیث شریف «المؤمنون (او المسلمون) عند شروطهم» کلیه التزامات، تعهدات و شروط را به عنوان یک اصل اساسی و مورد پذیرش اعلام داشته‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۸، صص ۲۶ و ۲۷).

در حقوق ایران، ماده ۱۰ ق.م.ا که نمایان‌گر اصل آزادی قراردادی است، جای هیچ‌گونه تردیدی در لزوم احترام به اراده مشترک طرفین جهت تشکیل و اجرای قراردادها باقی نگذاشته است. به موجب اصل آزادی قراردادی، اشخاص در انعقاد هر نوع قراردادی و با هر عنوانی (با رعایت مفاد ماده ۱۰ ق.م.ا)، آزادند و می‌توانند بدون به کاربردن تشریفات و استفاده از صیغ خاص، عقد و قرارداد مورد نظر خود را منعقد کنند و این قرارداد میان متعاقدين، دارای آثاری که توسط آنها تعیین شده، باشد مگر آنکه بر سر راه انعقاد آن، مانعی وجود داشته باشد. لذا طبق این اصل، درج هرگونه شرط در ضمن قرارداد، جز در موارد خاص صحیح است (مختاری و فرح زاده، ۱۳۹۹، ص ۱۶۹).

به گفته‌ی برخی از حقوقدانان ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه (ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی فعلی فرانسه)، از منابع الهام بخش نویسندگان قانون مدنی برای وضع ماده ۱۰ ق.م.ا بوده است (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۱۴۵). قسمت ابتدایی این ماده بیان می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مطابق با قانون باشد، به مثابه‌ی قانون است»^۲ (شهابی، ۱۳۹۳، ص ۵۶). این ماده و مفاد آن، حائز ریشه‌ی فلسفی (فلسفه‌ی مدرن) است و همان‌طور که برخی از فرانسویان نظیر پولانزاس و یا ویله گفته‌اند، در فلسفه‌ی مدرن، این ذهن آدمی (در قالب عقل و اراده) است که منشأ اعتبار حقوق و قرارداد

^۱ - البته نه در سطح مبنا.

^۲ - «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».
^۳ - Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

می‌باشد^۱ (پوالنزاس، ۱۳۷۷، صص ۱۵، ۱۶، ۳۵؛ 41, 42, pp. Michel Villey, 1969). طبق این رویکرد چنانچه اراده نوعی انسان به عنوان مبنای اعتبار قرارداد شناخته شود، نتیجه‌ای جز استعلای اعتبار قراردادی بر قاعده لاضرر و واقعیات اجتماعی - تجربی ندارد (خالقی و همکاران، ۱۴۰۰، ص. ۸۷). کانت نیز التزام‌آوری قرارداد را ناشی از اراده‌ی طرفین قرارداد می‌داند (Putman, 1996, pp. 685 & 686)؛ اراده‌ای که منشأ آن را باید در عقل محض مستقل از حس و تجربه یافت (ویل دورانت، ۱۳۷۶، ص. ۲۴۰). به همین دلیل است که برخی وی را بنیان‌گذار عصر پوزیتیویسم قراردادی معرفی کرده‌اند (Chazal, 2001, p. 268). از این‌رو فلسفه و دیدگاه کانت و تأثیرپذیری آن در بند اول ماده ۱۱۳۴ ق.م.فرانسه (ماده ۱۱۰۳ قانون فعلی) نمایان است (Mazeaud, 2003, p. 295). اما باید توجه داشت که مقنن مدنی ایران با فراست و دقت نظر، قرارداد حاصله از توافق اراده (یعنی ماده ۱۰ قانون مدنی) را به مثابه قانون ندانسته است^۲؛ زیرا از یک‌سو برای تأکید بر معتبر بودن قرارداد، نیازی به تشبیه قرارداد به اراده دولتی نیست و از سوی دیگر، در نظام حقوقی ایران که مقتبس از فقه امامیه می‌باشد، اراده قانون‌گذار دولتی به عنوان مبنای آثار حقوقی و آثار قراردادی به رسمیت شناخته نمی‌شود (شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۷۹).

از جمله دلایلی که نوعاً برای نشان دادن اعتبار اراده‌ها در انعقاد عقود و قراردادها بدان استناد می‌شود، قاعده تبعیت عقد از قصد (العقود تابعه للقصد) است. ظاهر این قاعده به گونه‌ای است که در خوانش ابتدایی آن چنین فهمیده می‌شود که قصد و اراده‌ی متعاقدين، عاملی است جهت رهایی اراده از چارچوب‌هایی محدود و مشخص، برای ورود به وادی حاکمیت اراده، به عنوان مبنای اعتبار قرارداد. اما با تدقیق و بررسی ثانوی قاعده‌ی مزبور که یکی از مستندات فقهی ماده ۱۰ ق.م. نیز می‌باشد این احتمال قوت بیشتری می‌گیرد تا گفته شود قاعده‌ی مورد بحث بیش از آنکه در مقام بیان اصل حاکمیت اراده باشد، در مقام بیان اصل آزادی قراردادی است؛ لذا تفکیک اصل آزادی قراردادی از اصل حاکمیت اراده امری بایسته است و خواننده‌ی گرامی باید به این مهم توجه نماید. با این حال سوال اصلی تحقیق حاضر آن است که، آیا از قاعده

^۱ در نظام حقوق طبیعی سکولار، حاکمیت ارادی فردی جزء اصول این نظام شناخته می‌شود (Shiner, 2005: 168-169).

^۲ - نه قانون دولتی و نه قانون قراردادی طرفین معامله.

مزبور می‌توان به عنوان مبنای اعتبار عقد^۱ (معنای کانتی از اصل حاکمیت اراده) استفاده نمود؟ به عبارتی، آیا میان قاعده «العقود تابعه للقصود» و اصل حاکمیت اراده، رابطه‌ای برای مبنای اعتبار عقد و تمسک به آن وجود دارد یا نه؟ دیدگاه صاحب کتاب العناوین^۲ در این مورد چیست و آیا قاعده‌ی مذکور از نظر ایشان در سطح مبنا مطرح می‌شود و یا در سطحی پایین‌تر، یعنی تشکیل و اجرای قرارداد که ارتباط با اصل آزادی قراردادی دارد؟ به منظور پاسخ به پرسش پژوهش و تبیین بهتر موضوع، ابتدا به بررسی قلمرو و قدرت آزادی اراده در نظام حقوقی ایران پرداخته می‌شود؛ سپس مفهوم و معنای قاعده‌ی تبعیت عقد از قصد (العقود تابعه للقصود) شناسایی می‌شود و در انتها نیز اصل حاکمیت اراده به عنوان مبنای اعتبار مفاد قرارداد در بستر قاعده‌ی «العقود تابعه للقصود» امکان‌سنجی می‌گردد.

شیوه تحقیق در مقاله حاضر به صورت توصیفی - تحلیلی است و روش گردآوری داده‌ها به شکل کتابخانه‌ای و اسنادی می‌باشد.

۱. گستره‌ی آزادی اراده در حقوق ایران

تحولات سریع و گسترده‌ی اجتماعی و تنوع روزافزونی که در روابط شهروندان با یکدیگر پدید آمده است، آنان را به خلق الگوهای جدید حقوقی وادار می‌کند. با دگرگون شدن نوع روابط و تغییر شرایط زندگی، قالب‌های حقوقی نیز به ناچار باید تحول یابند، در غیر این صورت هدف از حقوق که تنظیم و تسهیل رفتارهای اجتماعی و حفظ نظم عمومی است، محقق نمی‌گردد (اسماعیلی، ۱۳۹۷، ص. ۱۲). از این رو اگر جانب توقیفی بودن قالب‌های قراردادی گرفته شود، باید تمامی این‌گونه چاره‌اندیشی‌ها را بی‌حاصل و باطل دانست و همگان را مجبور کرد تا خواسته‌های خود را فقط در قالب‌های از پیش تعیین شده دنبال کنند؛ و اگر نشد، از آن چشم‌پوشی نمایند (همان).

^۱ - مراد از مبنای اعتبار قرارداد، منشاء یا نیروی الزام آوری مفاد قرارداد است (شهابی، ۱۳۹۴).

^۲ - کتاب عَنَاوِینُ الْأُصُولِ وَ قَوَانِینُ الْفُصُولِ مشهور به العناوین از جمله آثار سید میر عبدالفتاح حسینی مراغی (متوفی ۱۲۵۰ قمری) در موضوع قواعد فقهی و به زبان عربی می‌باشد و مشتمل بر ۹۳ عنوان یا قاعده فقهی - اصولی است (تهرانی، ۱۴۰۸، ج ۱۵، ص. ۳۵۰).

با بررسی آثار فقیهان برای آگاهی از این مهم، می‌توان به وجود دو نظر در میان آنان پی برد:

ا. برخی از ایشان که عمدتاً از متقدمین به شمار می‌روند، محدود سازی قدرت اراده را در تشکیل قراردادهای خصوصی ترجیح داده و چون قراردادها را منحصر به موارد تأیید شده در نصوص شرعی دانسته‌اند، عبور از آنها را مجاز نمی‌دانند (حلی، ۱۴۲۰، ج ۱۰، ص. ۷؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ص. ۱۲). این گروه به طرفداران نظریه توقیفی بودن عقود^۱ مشهور شده‌اند.

ب. در مقابل، گروه دیگری که بیشتر متأخرین و معاصرین را در خود جای داده است، با پذیرش اصل حاکمیت اراده، نه گزینش الگوهای از پیش تعیین شده یا همان عقود معین را الزامی می‌دانند و نه به تشریفات بودن قراردادها تن داده‌اند (سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص. ۴۴۸؛ خویی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص. ۱۰۴).

برای روشن تر شدن موضوع، می‌توان عقد مغارسه را مثال زد. مغارسه از جهت شرطهای مختلفی که می‌توان در این نوع از عقد پیش‌بینی نمود، دو حالت دارد:

۱. حالتی که زمین از طرف مالک و درختان و غرس آنها از سوی عامل باشد. در تعریف این شکل از مغارسه چنین آمده است که: «شخصی زمین را برای درختکاری به دیگری تحویل دهد، با این شرط که درختان و محصولات آن و زمین باغ بیشان تقسیم شود، نیمی از زمین در مقابل کار بر روی زمین و آوردن درختها از آن عامل و نصف درختان هم به سبب خاک باید برای مالک ارض باشد» (طوسی، مبسوط، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۲۰۴).

۲. حالتی که زمین و درختان برای مالک و از طرف او باشد و باغداری آنها از سوی عامل صورت پذیرد. تعریف این نحو از مغارسه عبارت است از: «قراردادی که به موجب آن زمینی را به باغداری

^۱ - یا به تعبیری، الگوهای قراردادی.

می‌دهند تا در آن درختکاری کند، و طرفین، یعنی صاحب زمین و باغدار، در آن درختان شریک باشند»^۱ (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۰، ص. ۱۴۴).

در هر حال در مواجهه با این عقد، با توجه به تقسیمی که راجع به دیدگاه فقیهان نسبت به عقود و قراردادها به عمل آمد، دو نظر وجود دارد:

أ. بعضی (به خصوص متقدمین) با استناد به توقیفی بودن الگوهای قراردادی، آن را باطل دانسته و می‌گویند: «اعتبار الگوهای معاملاتی نیازمند اذن و تایید شارع است که در اینجا وجود ندارد» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص. ۷۱).

ب. گروه دیگر از فقیهان امامیه (نوعاً متأخرین) اعلام کرده‌اند که می‌توان این نظریه را رد کرد و قائل به وجود اذن عام برای تشکیل هر نوع قرارداد شد (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص. ۶۴۵)^۲. برخی با اشاره به اینکه چنین عقدی (مغارسه)، از نیازهای انکار ناپذیر زندگی جدید است، از استناد به اصل توقیفی بودن قالب‌های معاملاتی و ادعای اجماع اظهار شگفتی نموده و حکم به صحت مغارسه نمودند (آل کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۳، ص. ۴۳۱).

برای جمع‌بندی بحث مذکور، عبارتی از محقق مراغی آورده می‌شود که از فحوای آن مشخص گردد تئوری توقیفی بودن عقود به ویژه در حقوق موضوعه‌ی کنونی قابل قبول نیست و مغارسه و دیگر عقود و قراردادهای نو پیدا، تا زمانی که دلیلی مخالف برایشان وجود نداشته باشد و مفاد آنها برخلاف شرع و قانون نباشد، منعی برای صحتشان نیست. ایشان می‌گویند:

^۱ - هی معامله علی ان یغرس شخص فی أرض الغیر، الأشجار ویكون المغروس بینهما، فما یحصل منهما یكون بینهما. ... دلیل البطلان عدم الدلیل علی الجواز، مع الغرر والجهالة، بل الإجماع ایضا عندنا. ولو لا ذلك (یعنی اجماع)، لأمكن القول بالصحة، لبعض العمومات.

^۲ - «عند الأصحاب و عند أكثر العامة، لتوقف عقود المعاوضات علی الإذن من الشارع، و لیس هاهنا و لقاتل أن یمنع عدم الإذن العام».

«عقود از امور متعارف و عادی می‌باشند که منحصر به جعل شرع و شریعت نیست بلکه صرفاً شارع آنها را تأیید و در بعضی موارد شرایط آنها را زیاد کرده است» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص. ۱۸۸).

در همین راستا صاحب العروة الوثقی بیان می‌دارد:

«نظریه‌ی منحصر بودن الگوهای معاملاتی در قالب‌های معین قابل قبول نمی‌باشد و برای درستی و صحت یک قرارداد نیازی به دلیل خاص قانونی و شرعی نیست؛ بلکه طبق قواعد عمومی هر معامله‌ی معقول و خردمندانه‌ای درست است؛ مگر آنکه دلیل خاصی بر بطلان آن وجود داشته باشد» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۲۹۶).

به عبارتی فقیهان متأخر و به خصوص معاصرین با خوانش مجدد در ادله‌ی دینی به ویژه برخی آیات قرآن کریم و هم‌چنین روایات موجود در این بحث، نظر جدیدی ابراز کرده و آزادی قراردادی را که به نوعی اصل اباحه در حقوق اسلام نیز مفید آن است (صفایی، ۱۴۰۱: ۵۷)، مورد تأیید قرار داده اند (سید خاموشی و ملیحی، ۱۳۹۶، ص. ۸۴). از جمله ادله‌ای که در این راستا به آن استناد شده است، آیه یک سوره مائده (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می‌باشد. مختصر توضیح آنکه راجع به مفهوم این آیه دو نظر در فقه وجود دارد:

۱. فقیهانی که در دلالت آیه، وفا را به اتمام نمودن معنا کرده‌اند و آیه را دال بر لزوم عقد به شمار می‌آورند (نائینی، ۱۴۱۸، ج ۱ (سه جلدی)، صص. ۱۵۵ و ۲۳۸؛ خویی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص. ۱۴۲-۱۴۳، ج ۴، ص. ۱۷۷).

۲. اما فقیهانی که وفا را عمل به مقتضی و ترتیب اثر دادن معنا نموده‌اند، دلالت آیه را بر صحت عقد می‌دانند (فاضل مقداد، کنز‌العرفان، ۱۳۸۴ق، ج ۲، ص. ۷۱؛ خراسانی، ۱۴۰۶ق، صص. ۶۴ و ۶۵). محقق مراغی همسو با دیدگاه اخیر، می‌گوید:

«ظاهر الأمر وجوب الوفاء بكل ما هو عقد، و کل ما وجب الوفاء به من المکلفین فهو صحیح، إذ لیست الصحه إلا ترتب الأثر شرعاً، فإذا أمضى الشارع ما وقع بالوفاء به و

العمل بمقتضاه فعلم كونه مؤثراً في ذلك. و بعبارة اخرى: لا تريد من الصحة إلا قبول أثره المقصود عند الشارع، و هو حاصل من الأمر بالوفاء» (حسينی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص. ۱۰).

تأیید اصل حاکمیت اراده^۱ به وسیله‌ی این آیه، منوط به آن است که صحت را از آن برداشت نمود (سید خاموشی و ملیحی، ۱۳۹۶: ۸۶). بنابراین به موجب پذیرش «آزادی افراد در انعقاد عقود و قراردادهای عقلایی، ماورای چهارچوب عقود سنتی» (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۲۳۵)، عقد امری توقیفی و منحصر در بیان قانون‌گذار تلقی نمی‌گردد، بلکه از نهادهای عقلایی و موضوعات عرفی است و افراد می‌توانند هرگونه توافقی را در قالب‌هایی غیر از عقود معین، منعقد نمایند. صاحب‌العناوین موافق با این نظر و به درستی چنین می‌نویسد:

«معاملات، مبتنی بر تعبد و یا اختراع و ایجاد از سوی شارع نیست، بلکه آنها امری هستند که عقلاً برای اداره جامعه و برپایی نظم امورشان، آنها را وضع و برقرار ساخته‌اند و مورد تأیید شارع نیز قرار گرفته است؛ بنابراین هر معامله‌ای میان مردم متداول است، صحیح می‌باشد مگر منع شرعی در میان باشد» (حسينی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص. ۲۷۵).

به عبارتی، عدم وجود دلیل خاص مبنی بر منع قرارداد منعقد شده، به معنای صحت و ترتب آثار شرعی بر توافق حاصله است و امضای شارع دلالت بر اعتباربخشی به آن دارد.

به گفته حقوق‌دانان، ماده ۱۰ قانون مدنی ایران، حاوی اصل آزادی قراردادها بوده و به حکومت اراده، دامنه گسترده‌ای بخشیده و آن را از محدوده و حصار عقود معین خارج کرده است (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ص. ۳۱). تصور اینکه اصل حاکمیت اراده در ایجاد تعهدات، اختصاص به عقود و قراردادهای (مطرح در قانون مدنی) دارد، گمانی ناپخته و بی‌دلیل است، زیرا تعهداتی که انسان به اراده خود پدید می‌آورد، به هر صورت که باشد، اصل بر آن است که اولاً، اعتبار دارد و ثانیاً، باید مورد حمایت قانون قرار گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، صص. ۱۲۰ و ۱۲۱). در این مسیر، فرق نمی‌کند که منبع و منشأ تعهد، عقد باشد یا ایقاع و یا هر

^۱ - حاکمیت اراده‌ی شکلی جهت ایجاد و انشاء قرارداد.

عمل ارادی دیگر مانند اقرار (همان، ص. ۱۲۱). هم‌چنین طبق نظر برخی، براساس مفاد این ماده نفوذ شرط از این قید که ضمن عقد واقع شود رها می‌شود، زیرا شرط نیز خود قراردادی است که می‌تواند جدای از عقد الزام‌آور باشد. هر چند بعد از عقد امضا گردد^۱ (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص. ۱۴۴)؛ زیرا ملاک، اراده و خواست طرفین است، نه شکل و قالب آن (بیات، ۱۳۹۵، ص. ۲۶). بدیهی است قراردادهای مضمول ماده ۱۰ همانند سایر عقود معین، باید شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ ق. م^۲ را داشته باشد و اگر فاقد آن باشند، باطل و یا غیرنافذ خواهند بود؛ زیرا شرایط مذکور در این ماده، اختصاص به عقود معین ندارد.

بعضی از حقوق‌دانان هرچند به فقه و آراء فقیهان آگاهی کامل دارند و قول فقیهان را در مورد خارج بودن عنصر لزوم عقد از قلمرو اراده افراد و ناشی بودن آن از احکام شرع را متذکر می‌شوند، اما در اظهار نظری معتقدند که آثار مسکوت عقد، با رعایت مصالح اجتماعی و عدل و انصاف، به وسیله قانون معین می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص. ۲۲ و ۲۳). آنچه در این نظریه مسلم می‌باشد، عبارت است از عدم قدرت و توانایی اراده در ایجاد لزوم عقد که خود اثری از آثار ماهیت حقوقی انشاء شده می‌باشد و از این حیث با نظرات فقیهان مشابهت دارد. و چنانچه مراد ایشان از قانون را همان احکام شرع دانست، این تشابه بیشتر می‌گردد.

با توجه به آنچه بیان شد، گستره‌ی ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده در حقوق ایران تا جایی است که طرفین قرارداد، اقدام به انشاء یک عقد و قرارداد نمایند و در این مسیر نمی‌توانند با بهره‌گیری از اصل مزبور، هر نوع قراردادی را با هر شکل و خصوصیت و هر اثری که مورد نظرشان باشد را ایجاد کنند. توضیح آنکه قانون برای هر یک از عقود، آثار خاصی شناخته است که پس از تحقق ماهیت هر یک از آنها، آثار قانونی مربوط به ماهیت نیز خودبه‌خود حاصل می‌آید و نیاز به اراده طرفین ندارد؛ چه اینکه پس از تحقق هر عقد، تمام آثار قانونی آن، حتی آثاری که طرفین به هنگام انشاء عقد بدان توجه نداشته باشند، جریان خواهد یافت (ماده ۳۵۶ ق.م) و پیدایش آثار مزبور را نمی‌توان با این توجیه که اراده طرفین یا یکی

^۱ - بعضی از فقیهان شرط ابتدایی را لازم الوفا نمی‌دانند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص. ۵۴).

^۲ - ماده ۱۹۰ ق. م: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها. ۲- اهلیت طرفین. ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد. ۴- مشروعیت جهت معامله.»

از ایشان آن آثار را انشا نکرده است، منتفی دانست. لذا آنچه که به وسیله اراده‌ی انشائی طرفین شکل می‌گیرد، ماهیت عقد است نه آثار آن (شهیدی، ۱۳۸۰، صص. ۱۳۴ و ۱۸۶ و ۱۹۵). همچنین دامنه حاکمیت اراده و آزادی افراد به اندازه‌ای است که مفاد قرارداد مخالف با قوانین حاکم، گزاره‌های شرع مقدّس، نظم اجتماعی و اخلاق حسنه نباشد (افتخاری، ۱۳۹۵، ص. ۲۹). در پایان ذکر این مطلب نیز ضروری است که در یک نظام حقوقی وقتی سخن از اصل آزادی قراردادی به میان می‌آید، لزوماً به معنای اصل حاکمیت اراده‌ی انسان در سطح مبنای اعتبار قرارداد نیست؛ چراکه ممکن است منشأ آزادی قراردادی دلیلی غیر از حاکمیت اراده در سطح مبنا داشته باشد. چنانکه می‌توان در نظام حقوقی اسلام به آزادی قراردادی از طریق عموّمات و در سایه‌ی اراده شارع پی برد (شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۸۳)، بدون آنکه اراده‌ی انسان مبنای التزام‌آوری باشد.

۲. قاعده تبعیت عقد از قصد

در این قسمت، ابتدا قاعده مزبور از حیث مفهوم در حد مجال مقاله توضیح داده می‌شود و پس از آن، رابطه‌ی این قاعده با اصل حاکمیت اراده در حقوق ایران، جهت شناخت مبنای اعتبار عقد، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۲. مفهوم قاعده

این قاعده با عباراتی نزدیک به هم مانند «العقد تابع للقصد» (نراقی، ۱۴۰۸، ص. ۵۶)، «العقود تتبع القصد» (انصاری ۱۴۱۵، ج ۶، ص. ۱۰۵)، «تبعیه العقود للقصد» (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۲، ص. ۶۴) توسط فقیهان مطرح شده است.

صاحب العناوین، در مفهوم و معنای قاعده، دو احتمال را بیان می‌دارد:

۱. اینکه عقد تابع قصد است؛ بدین معنا که عقد بدون وجود قصد، محقق نخواهد شد. از این رو قراردادها و عقود که در زمان مستی، فراموشی، غفلت، شوخی، خواب صورت گیرد، فاقد اعتبار است و اثری بر آن مترتب نخواهد شد (حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص. ۴۸).
- به نظر می‌رسد این معنا، همان است که در بند یک ماده ۱۹۰ ق.م. به آن اشاره شده است. هر چند نویسندگان قانون مدنی ایران در ماده ۱۹۰ ق.م، قصد طرفین را به عنوان یک شرط در ردیف سایر شرایط اساسی عقد ذکر کرده اند، اما با درنظر گرفتن مفاد ماده‌ی ۱۹۱ ق.م که تحقق عقد

قصد شده باشد، عقد تابع آن است و به آن تعلق می‌گیرد. خلاصه آنکه طبق معنای اخیر، عقد تابع اموری است که ضمن عقد، قصد شده باشد^۱ (حسینی مراغی، همان).

برخی دیگر از فقیهان، علاوه بر دو معنی ذکر شده، چنین بیان می‌دارند:

«بعد از فراغ از لزوم قصد در عقود - با دلایلی که در جای خود ذکر شده است - آنچه در خارج، از حیث نوع عقد و کمیت و کیفیت و شرایط و دیگر خصوصیات آن محقق می‌شود، تابع قصد است. بنابراین اگر فرد قصد نکاح داشته باشد، نکاح واقع می‌گردد، اگر قصد عاریه داشته باشد، عاریه واقع می‌شود و ... همان‌طور که اگر کسی با زن مشخصی با مهر مشخص و مدت و شرایط قصد ازدواج داشته باشد، تمامی این امور تابع قصد موجب و قابل است و این معنا همان مراد از تبعیت عقود نسبت به قصد است. به عبارت دیگر حاجت عقد در تحققش به قصد، امری است و تبعیت آن در اصول و فروعش از قصد، امر دیگری است. چنانکه این مطلب با مراجعه به کلام اصحاب هنگام استدلال به این قاعده معلوم می‌گردد و صاحب کتاب عناوین و دیگران در این مقام به مطلب فوق توجه داده اند. از همین جا معلوم می‌شود تفاوتی بین بیع و نکاح و عقود لازمه و جائزه و بلکه بین ایقاعات نیز وجود ندارد. بنابراین اگر مردی، زن خاصی را طلاق دهد یا چیزی را وقف کند (بنابراین که وقف از ایقاعات باشد) از جهت خصوصیتی که دارد تابع قصدی است که واقع شده^۲. بلکه ظاهراً این قاعده مفهوم و منظوقی دارد؛ بنابراین هرچه که مورد قصد قرار گرفته، واقع می‌شود و هرچه که آن را قصد نکرده اند واقع نمی‌شود. از همین جا در موارد حکم به ابطال عقدی که مضمون آن تحقق پیدا نکرده بلکه غیر آن با ادعای خصم محقق شده، بین علما این عبارت شهرت یافته است: «إنَّ ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد». این قضیه از دو جانب

^۱ - البته ایشان، تفصیل این حالت را در ادامه این قاعده، بیان می‌کند.

^۲ - بعضی دیگر در اظهار نظری مشابه بیان می‌کنند: «کارهایی که انسان انجام می‌دهد چنانچه چهره مبهمی داشته باشد، رفع این ابهام بستگی به خود عاقد دارد. مثلاً فردی، یکی از دو زن خود را طلاق می‌دهد یا یکی از دو دختر را عقد می‌کند ولی مشخص نیست که کدام زن طلاق داده شده و یا کدام دختر، به نکاح درآمده است، لذا این قاعده مربوط است به چنین مواردی» (سیحانی، درس خارج فقه، ۱۳۹۳/۰۱/۲۰؛ سیحانی، بی تا، ج ۲، ص. ۱۵ و ۱۶).

صحیح بوده و مقتضای قاعده دو امر است؛ یکی اینکه آنچه طرفین عقد قصد آن را کرده اند در خارج واقع می‌شود و دیگری، آنچه را قصد نکرده اند واقع نمی‌شود. در نتیجه اگر ادعا کننده‌ای خلاف این دو مورد را ادعا کند از این قاعده غافل می‌باشد» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص. ۴۲۴ و ۴۲۵).

با توجه به آنچه گفته شد، قدر متیقن در معنای قاعده عبارت است از وجود قصد انشاء، هم برای ایجاد و تحقق ماهیت حقوقی و هم برای آن موضوعی که مدنظر طرفین عقد و قرارداد بوده است. به عبارتی طبق این قاعده، عاقد الفاظی را بیان می‌کند که دارای معنا است و به آن توجه و التفات داشته است و آن معنا نیز همان می‌باشد که خواستار بیان آن بوده (محمدی، ۱۳۸۲، ص. ۲۹۱). باین حال مقصود از قاعده‌ی مورد بحث این نیست که هر آنچه قصد و نیت شود، شرعا و قانونا هم واقع می‌شود، بلکه منظور قراردادها و پیمان‌های رایج میان عقلاست که (۱) مورد تأیید شارع مقدس نیز قرار گرفته (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۳، صص. ۱۳۶ و ۱۳۷) و (۲) تحققشان در عالم اعتبار، منوط به وجود قصد متعاقدين می‌باشد.

۳. «العقود تابعه للقصد»، قاعده‌ای متضمن اصل حاکمیت اراده یا اصل آزادی قراردادی؟

محقق مراغی^۱ (صاحب‌العناوین) ذیل مبحث چهارم از قاعده مورد بحث می‌گوید:

«عبارت عقد تابع قصد است، بدین معنا است که هر جزئی از عقد که قصد شود، عقد در آن اثر می‌گذارد و این معنا نسبت به ارکان قرارداد، یعنی عوضین، متعاقدين و ایجاب و قبول با اشکال و شبهه‌ای مواجه نیست، زیرا هر یک از این موارد که قصد شود، مورد عقد می‌باشد و چنانچه سایر شرایط نیز محقق شود، عقد در آن اثر می‌بخشد و آنچه قصد نشود، مورد عقد نیست. اما اگر اموری خارجی غیر از ارکان عقد، قصد شوند و آن‌ها اموری باشند که ذاتا بر عقد مترتب نمی‌شوند (یعنی از آثار طبیعی عقد منعقد شده نیستند)، آیا می‌توان گفت که عقد در این موارد تحت قاعده قرار می‌گیرد و تابع قصد است؟»

^۱ - از آنجا که در جستار حاضر، تکیه بر دیدگاه و اندیشه‌ی صاحب‌العناوین است، لذا در این بخش که به شناسایی مبنای اعتبار قرارداد پرداخته می‌شود، نظرات ایشان نقش محوری خواهد داشت.

به عبارت دیگر می‌توان پرسش ایشان (مراغی) را با بیانی دیگر چنین مطرح نمود که:

آیا حاکمیت قصد و اراده در تحقق امور و احکام خارجی (اموری که ذاتاً بر عقد مترتب نمی‌شود)، به عنوان اصلی برتر و مبنایی مورد قبول است؟

در پاسخ می‌نویسد:

«صورتی که قصد به عنوان شرط ضمن عقد یا قبل از عقد و یا بعد از عقد می‌آید و یا هر صورتی که در تحقق آن میان طرفین، تبانی و تراضی (هرچند ضمنی) وجود دارد، همگی داخل در مسأله شروط قرار می‌گیرند. به عبارتی موارد اخیر، جزء مسأله تبعیت عقد از قصد نیستند و ملحق به شروط ضمن عقد و احکام آن می‌شود. یعنی چنانچه این اقسام را شرط بدانیم، در واقع جزء ارکان قرار خواهند گرفت؛ زیرا در حکم عوضین بوده و مانند جزء آن‌ها هستند. بنابراین باید صحیح و فاسد آن‌ها را تشخیص داد، که آنچه صحیح باشد، عقد مقید به آن می‌شود و آنچه که باطل باشد، عقد را باطل می‌کند، زیرا در مورد اخیر، عقد به چیزی تعلق می‌گیرد که نباید به آن تعلق گیرد و از بین رفتن شرط به منزله از بین رفتن ارکان است» (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، صص. ۵۷ و ۵۸).

روشن است که ایشان چنین مواردی را خارج از قاعده می‌داند و باتوجه به وجود توافق و تبانی نسبت به این موارد، لذا آنها را ذیل قاعده شروط و احکام آن می‌برد. یعنی این‌گونه موارد را تخصصاً از موضوع مورد بحث جدا می‌کند. مطلب اخیر به طور ضمنی دلالت بر این مهم دارد که باتوجه به مبنای اعتبار عقد که اراده‌ی شارع است لذا آثار و احکام مترتب بر آن دیگر نیاز به قصد جداگانه‌ی عاقد ندارد و اقتضای اراده‌ی شارع مقدس به عنوان مبنای اعتبار و التزام این است که به محض پدیدآمدن قرارداد، بتوان شاهد جریان آثار ناشی از آن نیز بود. حال اگر متعاقبین به دنبال عارض شدن امری مازاد بر احکام خود عقد بر ماهیت حقوقی ایجادشده باشند، می‌باید از مکانیسم شرط^۱ استفاده کنند که ضوابط مربوط به خود را دارد.

^۱ - شروط صحیح.

اما راجع به اموری که توسط متعاقدين يا يکي از آن‌ها قصد شده ولي ذکري از آن در عقد نشده است، و مطرح شدن اين سوال که، آيا چنين قصدي فاقد اثر بوده و بر عقد مترتب نمی‌گردد و به عبارتي، قصد يا عدم قصد اين آثار و لوازم خارجي، تأثيري بر عقد ندارد، و يا اينکه عقد درهرحال تابع قصد می‌باشد و قصد نمودن و يا عدم قصد آن‌ها تأثير بر عقد خواهد داشت؟ می‌نويسد:

«نکته‌ای که در مورد سوال بايد بدان توجه داشت، آن است که مراد از آن چیزی که قصد شده است تا امري را به وجود آورد يا موردی را از بين ببرد، آن است که از نظر شرعي ممنوعيتی ندارد و بر خلاف دين نيست. بنا بر اين چنين اثری را بايد به خاطر همراه شدن چنين قصدي، تأثير ثانوي عقد به حساب آورد. اما اگر قصد، مخالفتی با دين داشته باشد، بلکه موضوع قصد چیزی باشد که دليلی بر خلاف آن وجود دارد، به گونه‌ای که مکلف، سلطه‌ای در آن نداشته باشد، قصد باطل بوده و عقد نيز به تبع آن، باطل می‌شود» (مراغی، همان، ۵۹).

لذا با توجه به مورد اخير، اگر در عقدي چنين اموري، صرفاً قصد شوند، آيا مترتب بر عقد می‌گردند؟ ايشان ابتدا احتمالاتی را برای امکان ترتب بيان می‌کند:

أ) عموم دليلی که ضرر را نفی می‌کند بر تبعيت عقد از قصد، دلالت می‌کند؛ زيرا اگر آنچه قصد شده است رخ ندهد، موجب ضرر کسی خواهد بود که آن را قصد نموده.

ب) اگر آنچه قصد شده در قالب لفظ ابراز نشده ولي بنای قاصد بر آن بوده که عقد طبق آنچه قصد نموده واقع شود، لذا اگر چنين قصدي با تحقق عقد، واقع نشود، عاقد قاصد، اقدام به انجام عقد نمی‌نمود.

ج) عموم دلایلی که وفا به شرط را لازم می‌دانند، شامل اين بحث نيز می‌شود؛ زيرا قصد چیزی از سوی يکي از طرفين قرارداد به منزله‌ی شرط ضمنی است، هر چند عقد، معلق و مرتبط به آن نشده باشد.

ولي در ادامه چنين احتمالاتی را ردّ نموده و می‌گویند:

۱. صرف ذهنیت داشتن نسبت به وقوع یا انتفای چیزی را نمی‌توان قید و شرط معامله دانست. مجرد قصد برای ترتب امری با وقوع عقد، سبب نمی‌شود که قید و شرط عقد باشد و داخل عقد قرار گیرد. لذا ادله وجوب وفای به شرط را نمی‌توان دلیل تبعیت عقد از قصد در این موارد دانست. به عبارتی، صرف قصد و نیت بدون اینکه لفظ یا عملی بر آن دلالت داشته باشد، اعتبار ندارد.
۲. استناد به قاعده لاضرر در اینجا مردود است، زیرا قاصد علیه خودش اقدام کرده (اقدام موجب ضرر) و ضرر ناشی از فعل دیگری نیست.
۳. دلایلی که بر ترتب آثار یا عدم ترتب آنها بر عقود دلالت می‌کنند، مشمول دلیل وجوب وفای به شرط و دلیل نفی ضرر و دلیل عقد نمی‌شود^۱ (مراغی، همان، صص. ۵۹ و ۶۰).

براین اساس و با توجه به مطالب مذکور، مراد از عقد در قاعده «العقود تابعه للقصد»، عقود عقلانی شرعی است، نه هر عقد و قراردادی؛ چنانکه شیخ انصاری در این مورد می‌گوید: عقود در قلمرو قاعده تبعیت عقد از قصد قرار می‌گیرند که صحیح و معتبر نزد شارع باشند^۲ (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص. ۱۷۶). از این رو، فرض اینکه شارع مقدس، برخلاف قصد انشاء کننده، عقد اجرا شده را امضا نماید، از موضوع قاعده خارج خواهد بود^۳ (مصطفوی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص. ۱۷۲). به عبارتی از سیاق کلام محقق مراغی به دست می‌آید که با فرض یک نظام سلسله‌مراتبی و کثرت‌گرا نیز، باز اراده انسان در ذیل اراده شارع قرار می‌گیرد (رابطه‌ی طولی) و قصد و اراده او قطعاً مستقل از اراده شارع نخواهد بود تا بتواند در سطح مبنا جانشینی برای اراده شارع باشد.

۱- أن إطلاق ما دل على ترتب ما يترتب و عدم ترتب ما لا يترتب شامل لصورة ما قصده أو لم يقصده أو قصد خلافه، و ليس في الأدلة ما يعارضه، إذ ليس هذا داخلا تحت دليل شرط، و لا دليل ضرر، و لا دليل عقد.

۲- أن المراد من القصد هنا هو القصد العقلائي الممضي، لا مطلق القصد و لو لم يكن ممضي، كما قال الشيخ الأنصاري (رحمه الله): إن العقود المصححة عند الشارع تتبع القصد (انصاری، مکاسب، ج ۶: ۱۷۶). و الأمر كما أفاده (مصطفوی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص. ۱۷۱).

۳- إذا فرض إضاء الشارع على خلاف قصد المنشئ فهو أجنبي عن القاعدة كما قال سيدنا الأستاذ: يمكن أن يكون إنشاء المنشئ موضوعا لحكم الشارع على خلاف مقصود المنشئ و لكنه غريب عن (قاعدة) تبعية العقود للقصد (مصطفوی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص. ۱۷۲).

در قاعده‌ی تبعیت عقد از قصد، منظور آن نیست که هر چه قصد شود، به نحو ملازمه، شرعاً نیز واقع شود و حاکمیت اراده در تأسیس احکام و آثار عقد و قرارداد نقش ایفا کند؛ بلکه مقصود از این قاعده فقهی آن است تا بیان نماید، قراردادهای رایج میان عقلا که شارع مقدس نیز آن‌ها را تایید و امضا نموده است، با وجود سایر شرایط صحت، به قصد هم نیاز دارند (در مقام ایجاد و تأسیس). همان‌طور که مثلاً در بیعی، نحوه پرداخت ثمن و نوع آن، تابع قصد و اراده دو طرف معامله می‌باشد، و هم‌چنین سایر شرایط ضمن عقد. به عبارتی، ایجاد و تولد عقود و تعهدات در عالم اعتبار تابع قصد متعاقدين است (صفایی، ۱۴۰۱، ص. ۵۸)، منتهی ترتب اثر بر آن منوط به تأیید شرع خواهد بود. چنانکه گفته شده است:

- «... ان المعاملات العقلاییة و عقودهم و عهودهم الدائرة فیما بینهم ان امضاها الشارع فلا تقع الا مع قصدها و ارادتها مع تحقق سائر الشرائط ...» (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۳، صص. ۱۳۶ و ۱۳۷).

- «ان الحاجة الى القصد انما هو فی قوام العقد و تحققه، و اما الأحكام فهی أمور آخر ترتبط بالشارع و ارادته» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص. ۳۷۴).

بنابراین اگر یک عمل حقوقی از طرف شارع مقدس امضاء نشده باشد، اثر آن در عالم اعتبار محقق نخواهد شد، چه آن عقد و معاهده قصد شده باشد یا نشده باشد. بنابراین، قصد در شکل‌گیری مقصود تأثیرگذار است؛ اما بعد از آنکه آن معامله مورد تأیید شارع مقدس قرار گرفته باشد. در رویکرد فقهی و از حیث مبنای اعتبار عقد، جایگاه اصل حاکمیت اراده محدود می‌شود به روش ایجاد آثار قراردادی (شهابی، ۱۳۹۴، ص. ۶۲۱)، و نه مبنای اعتبار آثار قرارداد (السند، ۱۴۳۰: ۲۷۴ و ۲۷۸). به عبارتی، قدرت اصل حاکمیت اراده شکلی، در اجرا نمودن مقتضای ذات عقد است؛ و نه اعتبار بخشیدن (در سطح مبنا) به عقد و قرارداد منعقد شده. اینکه مقنن مدنی ایران برخلاف قانونگذار فرانسوی، قراردادهای خصوصی مطابق با قانون را به مثابه قانون ندانسته و تنها از نفوذ و اعتبار آنها سخن می‌گوید (ماده ۱۰ ق. م) به طور ضمنی بیانگر این مهم است که از منظر مقنن مدنی (به پیروی از فقه امامیه و حقوق اسلامی) مبنای اعتبار محتوای قرارداد اراده‌ی متعاقدين نیست و از این حیث نمی‌توان برداشتی اراده‌گرا از قرارداد اشخاص یا قانون دولتی داشت. براین اساس دیگر نیروی الزام و التزام‌آوری قرارداد از درون قرارداد بر نمی‌خیزد و برخلاف عقیده‌ی

بعضی (قاسم زاده، ۱۳۸۲: ۱۳۵ و ۱۴۷) نمی‌توان اظهار داشت که مبنای نیروی التزام‌آوری قرارداد مستنبط از ماده ۲۱۹ قانون مدنی، اصل حاکمیت اراده است. لذا مبنای اصل التزام‌آوری قرارداد را باید از آیه «أوفوا بالعقود» جست‌وجو نمود (حکم شارع) و نه قاعده «العقود تابعه للقصد»^۱ (محقق داماد، ۱۳۷۱، ص. ۵۴). توضیح آنکه راجع به مبنای لزوم و جواز عقد در فقه، می‌توان سه دیدگاه را برشمرد:

أ. اراده ضمنی طرفین: به عبارتی، طرفین یک عقد، در انشای خود دو چیز را قصد می‌کنند؛ یکی موضوع مستقیم عقد که همان تبادل است (به دلالت مطابقی) و دیگر، التزام به عقد و تبادل صورت گرفته (به دلالت التزامی). میرزای نائینی در این زمینه می‌گوید:

«أن ما ينشأ بالعقود إما مدلول مطابقی، و إما التزامی: أما المطابقی فهو فی البیع نفس تبدیل المال بالمال، الذی يحصل بالمعاطاة أيضاً. و أما الالتزامی فهو التعهد بما أنشأ و الالتزام به، و هذا هو العقد و العهد الموثق، لا المعنی المطابقی الحاصل بالفعل أيضاً.^۲... إن هذه الدلالة الالتزامیة ناشئة من بناء العرف و العادة...» (نائینی، ۱۴۱۸، ج ۳، صص.

۴ و ۵).

^۱ - عقود و قراردادهای نامعین نیز اثر لازم‌الاتباع بودنشان را قانون معین می‌نماید و نه اراده اشخاص (شهیدی، ۱۳۸۰: ۱۸۸).

^۲ - برخی از فقیهان معاصر به پیروی از این نظریه، چنین می‌گویند: «همان‌طور که مرحوم آقای نائینی (رضوان الله علیه) می‌فرمایند ما باید در دو مقام بحث کنیم؛ مقام ثبوت و مقام اثبات. در مقام ثبوت عقد از سه حال خارج نیست یا ذاتاً مقتضی لزوم است یا ذاتاً مقتضی جواز است یا لا اقتضاست... اگر عقدی ذاتاً مقتضی لزوم بود این لزوم حکمی است نه حقی، چون حق کسی نیست و همان کسی که این عقد را تصحیح کرده است، همان آنرا لازم دانسته است. و چنانچه عقدی ذاتاً مقتضی جواز بود این جواز حکمی است نه حقی؛ زیرا کسی این عقد را جایز نکرده... پیمان‌های تجاری یک دلالت مطابقیه‌ای دارد یک دلالت التزامی. دلالت مطابقی‌اش یا از لفظ است یا از فعل. وقتی گفته می‌شود «بعت»، چون بیع مبادله مال به مال است، به دلالت مطابقیه این لفظ دلالت دارد که فروشنده مثنی را به جای ثمن و ثمن را به جای مثنی مبادله کرده است. در کنار آن، مشاهده می‌شود افرادی که معامله‌ای انجام دادند (چه مسلمان و چه کافر)، وقتی طرف مقابل درخواست فسخ و پس دادن را نماید، طرف دیگر واکنش منفی نشان می‌دهد. معنایش این است که در سیردن، تعهد پس ندادن و پس نگرفتن است (مگر در صورت اقاله). پس در متن داد و ستد دو کار است: یکی تبدیل کالا به ثمن یعنی بیع (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و یکی تعهد به این تبدیل که طرفین متعهداند روی این تبدیل ایستادگی کنند، یعنی عقد (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (جوادی آملی، درس خارج فقه، ۱۳۸۸/۰۷/۲۹).

«... و الحق أن اللزوم فيما كان بناء العرف عليه انما هو من الاحكام العقلائية له، سواء كان المتعاملان بحسب الواقع بانين على الانفاذ و الابقاء لعملهما أم لا، و هو أمر صحيح غير حديث الدلالات الالتزامية» (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۱۰ و ۱۱).^۱

ج. حکم شارع: دیدگاه دیگری که راجع به مبنای لزوم و جواز در فقه وجود دارد، عبارت است از اینکه لزوم و جواز، حکم شرعی و خارج از ماهیت عقد می‌باشند (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۵، ص. ۱۸؛ خویی، ۱۴۰۸، ص. ۴۰). از این رو است که شرط لزوم عقد جایز و فسخ نمودن آن، به دلیل مخالفتش با حکم شارع (کتاب و سنت) و نه به خاطر منافاتش با مقتضای عقد، امری باطل است، هر چند مبطل عقد نخواهد بود (حکیم، بی تا، ج ۱۳، ص. ۳۳). به نظر می‌رسد که محقق مراغی نیز لزوم را حکم شرعی و منوط به جعل شارع می‌داند. از جمله عباراتی که می‌توان برای اثبات این ادعا در کلام ایشان یافت، به شرح زیر است:

«عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (مائده، آیه ۱) فإن ذلك دل على أن كل عقد يجب الوفاء به، و المراد بالوفاء: العمل بمقتضاه، و مقتضى العقد إما تمليك أو نحوه، و مقتضى لزوم الوفاء البقاء على هذا الأثر و إبقاؤه وجوباً، فلا رخصة في إبطاله، و هو المدعى من اللزوم» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص. ۳۹). تمسک ایشان به آیه ابتدایی سوره مائده، دلیل دیگری است برای شرعی بودن حکم لزوم و عدم دخالت اراده انسان در ایجاد آن.

«إذ اللزوم حکم شرعی منوط بجعل الشرع، و ليس في يد المتعاقدين أن يجعلوا شيئاً شرطاً للزوم» (مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص. ۲۷۴). عبارت اخیر به صراحت و بدون هیچ شبهه‌ای و به عنوان مهر تأییدی بر موضوع مورد بحث، مشخص می‌کند که لزوم، حکمی

^۱ - محقق یزدی نیز مطابق با این دیدگاه پیام می‌دارد: «أن الأصل للزوم لأن المفروض حصول الملكية والأصل بقاؤها لأن الغرض لا يتم إلا باللزوم فيرجع إلى كون ذلك مقتضى بنائه بحسب وضعه عند العرف» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص. ۳).

^۲ - «أن اللزوم و الجواز من الأحكام الشرعية للعقد، و ليسا من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حکم الشارع. نعم، هذا المعنى أعني: وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه يصير بدلالة الآية حكماً شرعياً للعقد، مساوياً للزوم»

به نظر می‌رسد براساس شناسایی اراده شارع به عنوان مبنای اعتبار قرارداد در نظام حقوقی ایران است که اصل لاضرر بر اصل تسلیط (م ۱۳۲ ق.م) و اصل لزوم (ماده ۲۳۰ ق.م) حاکم می‌شود (انصاری، ۱۴۱۶ ق، ج ۲، ص. ۵۳۳؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص. ۲۸۶) و به وسیله‌ی آن می‌توان اقدام به تعدیل مفاد قرارداد -وجه التزام- کرد (در مواردی که اوضاع و احوال به طور بنیادین تغییر می‌یابند) و بستر اداری قرارداد را فراهم نمود.

نتیجه‌گیری

احکام و آثار شرعی مترتب بر منشاء و موضوع، به صرف قصد خود منشاء ایجاد می‌شوند (هرچند عدم آن آثار قصد شود) و تحققشان نیاز به قصد جداگانه ندارد و به عبارتی، حصول آثار و از جمله لزوم و التزام‌آوری عقد و قرارداد، ناشی از حاکمیت اراده نمی‌باشد. براین اساس، اگر زنی خود را به همسری مردی درآورد، تمکین بر او واجب خواهد بود، هرچند وی هنگام عقد قصد عدم تمکین را داشته باشد. چنانکه بر زوج نفقه زوجه واجب است، هرچند هنگام عقد قصد عدم آن را داشته باشد، مگر اموری که در متن عقد شرط شود و شرط نیز صحیح باشد.

پوزیتیویسم اراده‌گرای هابز یا کانت، مبنای اعتبار قرارداد را اراده‌ی متعاقدين می‌داند (نمود آن در ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی فرانسه -اصلاحی ۲۰۱۶- مشخص است) که طبق این چارچوب نظری، ریشه‌ی اصل لزوم قراردادی اراده‌ی انسان است و نتیجه‌ی آن الزام‌آوری خشک قرارداد خواهد بود. همچنین اگر ریشه‌ی اصل حاکمیت اراده عقلانیت فطری فرض شود، در این صورت اعتبار مفاد قرارداد ناشی از اراده فرد خواهد بود و اصل آزادی قراردادی به عنوان برآیند آن معرفی می‌شود و اصول دیگر نظیر اصل عدالت و انصاف، اصل لزوم و اصل اجرای با حسن نیت قرارداد در پرتو آن تفسیر و معنا می‌گردد. اما در نظام حقوق مدنی ایران که مبتنی بر فقه امامیه است، نمی‌توان مبنای اعتبار تام قرارداد را، اصل حاکمیت اراده و یا اراده‌ی قانونگذار دانست؛ بلکه این اراده‌ی شارع است که در سطح مبنا به قرارداد منعقد شده اشخاص، اعتبار می‌بخشد. اراده‌ی شارع نیز، اصول نفی عسر و حرج و لاضرر را حاکم بر سایر اصول قراردادی و اصول برتر قراردادی می‌داند.

جایگاه اصل حاکمیت اراده در نظام حقوقی ایران و فقه اسلامی، به عنوان ابزار و روشی است جهت ایجاد آثار یا مفاد قرارداد و نقش اعتبار بخشی ندارد. آنچه نیز از قاعده العقود تابعه للقصد دانسته می‌شود، آن است که قصد طرفین صرفاً آنچه را که شارع تأسیس یا امضا نموده را انشاء می‌کند، نه آنکه خود در مقام تأسیس و اعتبار بخشی باشد. این قاعده بیان شیوه‌ای است برای تعیین و شناسایی محتوای قرارداد، ولی بیان کننده‌ی مبنای اعتبار این عقد و قرارداد نیست و مبنای اعتبار را می‌بایست در جایی دیگر که همان اراده شارع است، یافت نمود.

با بررسی کتاب العناوین مراغی (به خصوص در عنوان العقود تابعه للقصد) نیز دانسته می‌شود که با وجود عقیده‌ی وی به آزادی اشخاص در انعقاد قرارداد (با رعایت قواعد سنتی جهت ایجاد ماهیت حقوقی) و مخالفت او با نظریه‌ی توقیفی بودن عقود، اما در دیدگاه ایشان، قصد طرفین صرفاً به عنوان ابزار و روشی است جهت ایجاد آثار قراردادی، و احکام عقد به اراده شارع بستگی دارد و نه حاکمیت اراده طرفین قرارداد.

منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) آر، پوزنراس (۱۳۷۷)، طبیعت اشياء و حقوق، پژوهشی درباره دیالکتیک واقعیت و ارزش (ترجمه استاد نجادعلی الماسی)، چاپ اول، تهران: نشر میزان و دادگستر.
- ۳) آل کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹ ق)، تحرير المجلة، نجف، المكتبة المرتضوية، ج ۱، ج ۲.
- ۴) آملی، شیخ محمد تقی (۱۴۱۳)، مکاسب و البیع (تقرير بحث الميرزا النائینی)، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين
- ۵) احمدی بنی، الهام (۱۳۹۷)، «اصل آزادی قراردادها در برخورد با محدودیت های آن»، پژوهشنامه تطبیقی دادپیشگان، شماره ۲
- ۶) 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، ج ۱، ج ۱۰.
- ۷) اسدی نژاد، سیدمحمد و نیک‌کار، جمال (۱۴۰۳)، «صحت‌سنجی عملکرد قانون‌گذار نسبت به «تحدید حاکمیت اراده» در «قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول»». پژوهش‌نامه حقوق اسلامی. doi: 10.30497/law.2025.247587.3688
- ۸) اسماعیلی، محسن. (۱۳۹۷). «اصل حاکمیت اراده در حقوق غرب و اسلام میانی، آثار و پیشینه تاریخی»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۵، شماره ۲.
- ۹) افتخاری، جواد (۱۳۹۵)، حقوق مدنی (۳): کلیات عقود و حقوق تعهدات (نظری و کاربردی)، چاپ دوم، تهران: میزان
- ۱۰) انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ق)، مکاسب (ط - الحديثة)، جلد ۳ و ۵ و ۶، چاپ اول، قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ۱۱) انصاری، مرتضی (۱۴۱۶)، فرائد الاصول، جلد دوم، قم: دار الاعتصام.
- ۱۲) بحر العلوم، السید محمد (۱۴۰۳ ق)، بلغة الفقیه، چاپ چهارم، قم: مکتبه الصادق (ع)
- ۱۳) تهرانی، آقا بزرگ (۱۴۰۸)، الذریعة إلى تصانیف الشيعة، قم: اسماعیلیان

۱۴) جبعی عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی) (۱۴۱۳ ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، چاپ اول، جلد ۵، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.

۱۵) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۸)، حقوق مدنی (حقوق تعهدات)، چاپ سوم، گنج دانش.

۱۶) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ سوم، تهران: گنج دانش

۱۷) جوادی آملی، عبد ا.. (۱۳۸۸)، درس خارج فقه، به آدرس www.eshia.ir

۱۸) حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق)، وسائل الشیعه، جلد ۶، قم، مؤسسه آل‌البتی علیهم السلام، چاپ اول.

۱۹) حرّ العاملی، محمد بن الحسن (بی تا)، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل‌البتی علیهم السلام لإحیاء التراث

۲۰) حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح، (۱۴۱۸ ق)، العناوین، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، حوزه علمیه قم.

۲۱) حکیم، محمد تقی (۱۴۲۹ ق)، القواعد العامّة فی الفقه المقارن، تهران: المجمع العالمی للتقرب بین المذاهب الاسلامیة، طبعه الاولی.

۲۲) حکیم، سید محسن (بی تا)، مستمسک العروة الوثقی، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۲۳) حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۰)، تذکره الفقهاء، جلد ۱۰، قم: مؤسسه آل‌البتی علیهم السلام الحیاء التراث.

۲۴) خالقی، نرگس؛ شهابی، مهدی و فصیحی زاده، علیرضا (۱۴۰۰)، «تحلیل چگونگی تأثیرپذیری اعتبار قراردادی از واقعیت تأملی بر نوع ارتباط اعتبار و واقعیت تجربی - اجتماعی در حقوق»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۲۲(۱)، ۷۳-۹۰. doi: 10.30497/law.2021.239791.2944

۲۵) خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶)، حاشیه الآخوند الی المکاسب، چاپ اول، قم: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی

۲۶) خمینی، روح ... (۱۴۱۰ ق)، کتاب البیع، چاپ چهارم، قم: مؤسسه اسماعیلیان

- ۲۷) خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۷ - ۱۴۱۹)، مصباح الفقاهة (تنظیم شیخ محمد علی التوحیدی)، چاپ اول، قم: داوری
- ۲۸) خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۸)، مبانی العروة الوثقی - کتاب المضاربة (تنظیم محمد تقی الخوئی)، چاپ اول، قم: لطفی.
- ۲۹) زراعت، عباس (۱۳۹۳)، ترجمه و شرح العناوین، تهران: جنگل.
- ۳۰) سبحانی، جعفر (بی تا)، الإيضاحات السنیة للقواعد الفقهیة، قم: از سایت <http://tohid.ir>
- ۳۱) سبحانی، جعفر (۱۳۹۳)، درس خارج فقه، به آدرس www.eshia.ir
- ۳۲) سبزواری، محمد باقر (۱۴۲۳ق)، کفایه الاحکام، جلد ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۳۳) سلیمانی، حدیث (۱۳۹۵)، قاعده‌ی تبعیت عقد از قصد در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران، تهران: دانشگاه مذاهب اسلامی.
- ۳۴) السند، آیت ... شیخ محمد (۱۴۳۰ق)، بحوث فی قرائة النص الدینی، بقلم السید عماد الحکیم و الشیخ مصطفی الاسکندری، الطبعة الاولى، قم: باقیات و مکتبه فدک
- ۳۵) سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن بن أبی بکر (۱۴۰۱ ق)، الإکلیل فی استنباط التنزیل، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- ۳۶) سید خاموشی سید مهدی، ملیحی سید حمید رضا (۱۳۹۶)، «نگرش آیات و روایات به اصل حاکمیت اراده در اعمال حقوقی» پژوهش دینی، ۱۶ (۳۴): ۹۶-۸۳
- ۳۷) شهابی، مهدی (۱۳۹۳)، «قرارداد به مثابه‌ی قانون هابزی یا کانتی تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در حقوق مدنی ایران و فرانسه»، مطالعات حقوقی، دوره ۶، شماره ۴، صص ۵۵-۹۴.
- ۳۸) شهابی، مهدی. (۱۳۹۴). «قرارداد به‌مثابه‌ی قانون طبیعی (عقلی)؛ تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره (۲).
- ۳۹) شهیدی، دکتر مهدی، (۱۳۸۰ ش)، تشکیل قراردادها و تعهدات (حقوق مدنی)، چاپ دوم، جلد اول، تهران: مجد.

۴۰) شهیدی، مهدی، (۱۳۸۰)، حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)، جلد اول، تهران، مجد.

۴۱) شیخ انصاری (۱۴۳۲ ق)، مکاسب، جلد سوم و ششم، تراث الشيخ الاعظم

۴۲) شیخ طوسی (۱۳۸۷ ش)، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.

۴۳) صفایی، سید حسین (۱۴۰۱ ش)، قواعد عمومی قراردادها، چاپ سی و هشتم، تهران: میزان.

۴۴) طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۶۳)، المیزان فی تفسیر القرآن (ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی)، چاپ اول، قم: موسسه آل البيت (علیهم السلام)

۴۵) طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۰ ق)، العروة الوثقی، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الإسلامی

۴۶) طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۰ ش)، حاشیة المكاسب، چاپ چهارم، قم: موسسه اسماعیلیان.

۴۷) الغرناطی الکلبی، محمد بن احمد بن محمد (۱۴۰۳ ق)، التسهیل لعلوم التنزیل، جلد ۴، لبنان: دارالکتاب العربی.

۴۸) فاضل مقداد (۱۳۸۴ ق)، کنز العرفان فی فقه القرآن، طهران: منشورات المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.

۴۹) فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، جلد ۳، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۵۰) فرزانه، معین. تولائی، علی (۱۳۹۶). «بررسی تطبیقی نظریه بطلان قرارداد مغارسه» مجله پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۱، شماره ۳۹.

۵۱) فهیمی، عزیزا.. (۱۳۹۷)، قواعد فقه ۲ (ترجمه مائه قاعدة فقهیه از، مصطفوی، سید کاظم)، چاپ سوم، تهران: میزان.

۵۲) قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۸۲)، «جواز تفسیر در پوشش تعدیل و منع تعدیل در پوشش آن»، مدرس علوم انسانی، ش ۱۳۳، ۲۸ - ۱۶۴.

۵۳) کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۸)، حقوق مدنی (مشارکتها و صلح)، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.

- ۵۴) کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۲) (۱۳۷۴)، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد اول، تهران، چاپ دوم و سوم، شرکت سهامی انتشار.
- ۵۵) کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد اول، تهران، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار.
- ۵۶) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، «ستایش قرارداد یا اداره قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۵۲، شماره پیاپی ۸۲۶.
- ۵۷) کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۵)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان.
- ۵۸) کاشف الغطاء، شیخ محمد حسین (۱۴۲۲)، تحریر المجله، مؤسسه الامام الصادق علیه السلام.
- ۵۹) محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۸)، نظریه عمومی شروط و التزامات، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۶۰) محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۷۱). «اصل لزوم در عقود و مجاری آن در فقه امامیه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱، شماره ۱۱۶
- ۶۱) محقق داماد، سید مصطفی. قنواتی، جلیل. وحدتی شبیری، سید حسن. عبدی پور، ابراهیم (۱۳۹۸)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، چاپ دهم، تهران: سمت
- ۶۲) محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۲)، قواعد فقه، چاپ ششم، تهران: میزان
- ۶۳) مختاری، علی. فرحزادی، علی اکبر. (۱۳۹۹). «تعیین قلمرو اصل آزادی قراردادی در پرتو تئوری حق و حکم»، آموزه های فقه مدنی، دوره ۱۲، شماره ۲۱.
- ۶۴) مصطفوی، السید محمد کاظم (۱۴۲۱)، القواعد الفقهیة، چاپ چهارم، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين
- ۶۵) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ ق) - (۱۳۷۰ ش)، القواعد الفقهیة، جلد ۱ و ۲، چاپ سوم، قم: مدرسه امام امیر المومنین (ع).
- ۶۶) مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۴)، ترجمه القواعد الفقهیة (مترجم: محمد جواد نوری همدانی)، چاپ اول، قم: انتشارات امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

۶۷) موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۷۷)، القواعد الفقهية، چاپ اول، قم: نشر الهادی.

۶۸) موسوی خوئی، ابوالقاسم (بی تا)، مصباح الفقاهة، جلد ۲، بی جا.

۶۹) نائینی، محمد حسین (۱۴۱۳ق)، المكاسب والبيع (بقلم العلامة الربانی الشیخ محمد تقی الاملی

قده)، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.

۷۰) نائینی، محمد حسین (۱۴۱۸)، منیة الطالب، (سه جلدی، تقرير بحث النائینی للخوانساری، شیخ

موسی)، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابع لجماعة المدرسين.

۷۱) نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۰۸ ق)، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام، چاپ سوم،

قم: غدیر.

72) Chazal, J. P. (2001) « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1e du code civil », In. RTD. Civ, n° 2, pp. 265-285.

73) Demolombe, G. (1869) Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en générale, Paris, édition Durand et Hachette, T. I, 1e édition, 1868. T. II, 1e édition.

74) Mazeaud, D. (2003) « Le nouvel ordre contractuel », In. Revue des contrats, n° 1. pp. 295-304.

75) Michel, Villey (1969), « La nature des choses », In. Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire, 1e édition, Paris, Dalloz.

76) Putman, E. (1996) « Kant et la théorie du contrat », RRJ. Droit prospectif, n° 3, pp. 685-696.

77) Shiner, Roger (2005), Legal Institutions and the Sources of Law, In: A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Netherlands: Springer.