

Analysis of How Contractual Constructionality Is Influenced by Reality Contemplation About the Relation Between Constructionality and Socio-Empirical Reality in Law

Narges Khaleghipour*

Received: 2021/02/09

Mahdi Shahabi**

Accepted: 2021/05/28

Alireza Fasihizadeh***

Law has a constructed nature; the one which is distinguished from socio-empirical reality. Nevertheless, one can believe in dualism of constructionality and reality providing constructionality is independently thought to be different from reality and each of which has its distinct area. Furthermore, contract has a constructed nature. The question is whether there is an insist on its separation from reality; or what kind of effects would be followed by this independence? As long as this independence resulted in dominancy of contractual constructionality over reality, would it necessarily eventuate to have a fair contract? What are the challenges of pure dependency of contractual constructionality from reality? On the basis of this dependency, can one believe in the transformational and evolutionary function of law, particularly the contract? Denying both dominancy and pure dependency approaches, it sounds in all likelihood that it is the one and only way to keep the supremacy of will principle beside the principle of equity or the principle of the denial of distress and constriction; moreover, we should just emphasize how influenced the contractual constitutionality could be by the reality.

Keywords: Contract, Reality, Realism, Voluntarism, Constructions.

* Ph.D. Private Law, Department of Law, Islamic Azad University, Isfahan Branch, Isfahan, Iran.

nkhaleghipour@yahoo.com

** Visiting professeur, Department of Law, Islamic Azad University, Isfahan Branch; Associate Prof. (Faculty member), Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran (Corresponding Author).

m_shahabi@ase.ui.ac.ir

*** Visiting professeur, Department of Law, Islamic Azad University, Isfahan Branch; Assistant Prof. (Faculty member), Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran.

fasihizadeh@ase.ui.ac.ir

تحلیل چگونگی تأثیرپذیری اعتبار قراردادی از واقعیت تأملی بر نوع ارتباط اعتبار و واقعیت تجربی - اجتماعی در حقوق

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۲۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۰۷

نرگس خالقی پور*

مهدی شهابی**

علیرضا فصیحی زاده***

چکیده

حقوق، ماهیتی اعتباری دارد؛ ماهیتی که از واقعیت تجربی و اجتماعی قابل تفکیک است. با این حال، در صورتی می‌توان به دوگانه اعتبار و واقعیت قائل بود که امر اعتباری را، مستقل از واقعیت بدانیم و آن دو را، دو ساحت متفاوت بنگریم. قرارداد نیز امری اعتباری است. آیا اصرار بر تفکیک آن از واقعیت ضرورت دارد؟ چه آثاری بر این استقلال مترتب است؟ اگر نتیجه استقلال قرارداد از واقعیت، استعلائی اعتبار قراردادی بر واقعیت باشد، آیا بالضروره قرارداد عادلانه‌ای را نتیجه خواهد داد؟ چالش‌های تبعیت محض اعتبار قراردادی از واقعیت چیست؟ آیا در این صورت می‌توان رأی حقوق و به طور خاص قرارداد، کارکردی تحول‌گرا و تکاملی قائل بود؟ به نظر می‌رسد، در صورتی می‌توان اصل حاکمیت اراده را در کنار اصل انصاف و یا اصل نفعی عسر و حرج داشت که رویکرد استعلائی و تبعیت محض را نفعی کنیم و تنها بر تأثیرپذیری اعتبار قراردادی از واقعیت تأکید کنیم.

واژگان کلیدی: قرارداد، واقعیت، واقع‌گرایی، اراده‌گرایی، اعتباریات.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف آباد، نجف‌آباد، ایران.

nkhaleghipour@yahoo.com

** استاد مدعو، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف‌آباد، نجف‌آباد، دانشیار و عضو هیئت علمی گروه

حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول).

m_shahabi@ase.ui.ac.ir

*** استاد مدعو، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف آباد، استادیار و عضو هیئت علمی گروه حقوق

دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

fasihzadeh@ase.ui.ac.ir

مقدمه

وقتی سخن از مبنای اعتبار قرارداد به میان می‌آید، در نگاه اول، اراده خودنمایی می‌کند؛ چرا که قرارداد با توافق اراده متعاقدین منعقد می‌گردد؛ پس، مفاد آن، لازم‌الاتباع و لازم‌الاجراست. و ایجاد و زوال آن، وابسته به اراده طرفین است که با قصد واقعی آنان، منعقد می‌شود و مفاد آن اعتبار می‌یابد (Barnes, 2008, p. 363). در نتیجه، باید به قرارداد به عنوان قانون بین متعاقدین نگریست و همان‌طور که افراد نمی‌توانند به بهانه بی‌عدالتی و یا عدم انطباق با واقعیت‌های تجربی و مقتضیات زمان و مکان، از اجرای قانون سرباز زنند، قرارداد هم این‌گونه است و تغییر و زوال آن، با تکیه بر تبعیت اعتبار از واقعیت تجربی و اجتماعی، و به بهانه بی‌عدالتی، عسر و حرج و وجود ضرر و ضرورت‌رهایی از آن، وجاهت ندارد. همان‌طور که قانون در هر حال لازم‌الاجراست و تغییر مفاد یا امتناع از اجرای آن از سوی تابعان نظام حقوقی، توجیه‌پذیر نیست، قرارداد هم که به منزله قانون متعاقدین است، در هر حال لازم‌الاجراست و زوال و تغییر مفاد آن، صرفاً وابسته به اراده خالقان آن است (شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۶۲)؛ اما این مسئله طرح می‌شود: اگر قرارداد را به مثابه قانون ندانیم و به واقعیت‌های تجربی و اجتماعی (Lehe, 1998, p. 3) توجه داشته باشیم و با تکیه بر تبعیت امر اعتباری از واقعیت، تأثیر آنها را بر قرارداد، به طور مستقیم و یا از طریق تأثیر بر اراده انشایی، انکار نکنیم، آنگاه ایجاد، زوال و بقاء قرارداد را به‌طور محض، وابسته به اراده متعاقدین نخواهیم دانست و قبول خواهیم کرد که واقعیت‌ها نیز در این میان، نقش اساسی ایفاء می‌کنند (Rauscher, 2002, p. 477). در این صورت، ممکن است اراده شخص ثالثی همچون قاضی یا داور، در مقام فصل خصومت و اجرای عدالت، و به‌عنوان نماد تشخیص واقعیت تجربی و اجتماعی، جانشین اراده متعاقدین گردد و در جهت تغییر مفاد قرارداد و زوال آن گام بردارد (شهابی، ۱۳۹۳، صص. ۶۷ و ۶۸). آنچه گفته شد، حکایت‌گر دو رویکرد واقع‌گرا^۱ و اراده‌گرا در حوزه قرارداد است. و برخی، تفاوت حقوق قراردادهای فرانسه و انگلیس را نیز در همین نکته می‌دانند (Barnes, 2008, p. 360; Klass, 2017, p. 3)؛ البته بی‌تردید، با اصلاحات جدید در قانون مدنی فرانسه، قانون‌گذار فرانسوی، در مقایسه با گذشته، به رویکرد واقع‌گرا نزدیک‌تر شده است و ماده ۱۱۹۵ قانون مدنی

فرانسه نماد آن است؛ بر اساس این ماده، تعدیل قضائی قرارداد پذیرفته شده است. شایان ذکر است که تبیین هر یک از دو رویکرد واقع‌گرا و اراده‌گرا، و کاربرد و نقش آنها، در باب قراردادها، جنبه نظری صرف ندارد، بلکه تأثیر پررنگ آنها را نیز ر عمل می‌توان ملاحظه کرد؛ زیرا هر یک از این رویکردها منجر می‌شود، قرارداد در جهت و مسیری قرار گیرد که نتایج متفاوتی را به همراه دارد و این نتایج در عمل، خود را نشان می‌دهد؛ برای نمونه، ممکن است اتخاذ یک رویکرد، به خاتمه یا تعدیل قرارداد بیانجامد و رویکرد دیگر، استمرار قرارداد و استقرار آثار آن را با همان کیفیت انشا شده، نتیجه دهد. هر یک از این رویکردها، گرچه امکان دارد به سمت افراط و تفریط حرکت کند و دارای معایبی باشد، ولی منکر محاسن آن نمی‌توان شد؛ به نظر می‌رسد با انتخاب رویکرد میانه، می‌توان هم به نقش اراده انشایی انسانی و الهی در اعتبار مفاد قرارداد توجه داشت و در عین حال، از واقعیت تجربی نیز غافل نبود.

شایان ذکر است که برخی واقعیت را به دو قسم متافیزیکی و تجربی - ثابت و متغیر - تقسیم کرده‌اند (صلیبا، ۱۳۶۶، ص. ۶۵۶؛ جوادی آملی، ۱۳۷۴، ص. ۴۷۶)؛ منظور ما از واقعیت در این مقاله همان واقعیت تجربی و اجتماعی یا به تعبیر دیگر، جهان عینی قابل شناخت از طریق حواس پنج‌گانه است. و ارتباط این جهان عینی یا واقعیت تجربی و اصول حاکم بر آن، با اعتبار قراردادی موضوع بحث خواهد بود. توضیح این نکته لازم است که همان‌طور که بر قراردادها، اصولی چون حاکمیت اراده، اصل لزوم قرارداد و یا اصل التزام به مفاد عقد، حاکم است، بر واقعیت‌ها نیز اصولی ثابت و لایتغیر همچون اصل عدم امکان تقدم معلول بر علت و یا اصل عدم انفکاک معلول از علت حکومت دارد (مطهری، ۱۳۷۵، ص. ۱۱۴).

در این پژوهش با توجه به آنچه گفته شد، پاسخ به پرسش‌های ذیل مدنظر است: آیا قرارداد، ساخته اراده متعاقدين است و با توجه به حاکمیت عالم اعتبار بر واقعیت، امکان سازگاری و تطابق با تحولات اجتماعی و واقعیت تجربی را ندارد؟ در صورت وجود ارتباط و سازگاری، آیا ارتباط به نحو تأثیرپذیری صرف است یا تبعیتی محض؟ اتخاذ این رویکردها چه آثاری را در مرحله انشاء و اجرای قرارداد به دنبال دارد؟ چه نقدهایی بر این رویکردها وارد است و محاسن آنها چیست و چطور می‌توان از افراط و تفریط حاکم بر این رویکردها رهایی یافت و دیدگاه معتدل کدام است؟ به نظر می‌رسد ارتباط بین

واقعیت و قرارداد به عنوان امری اعتباری، انکارناپذیر است و امکان سازگاری قرارداد با واقعیت تجربی وجود دارد و امکان دارد که این ارتباط به نحو تأثیرپذیری است و بر اساس آن، قرارداد از واقعیت تجربی مستقل است، ولی از آن متأثر است؛ البته این تأثیرپذیری، فقط از طریق اراده انشایی نیست، بلکه به صورت مستقیم و برای مثال از طریق اصل انصاف و عدالت قراردادی و اصل خُسن نیت - در حقوق فرانسه - (Malaurie & Stoffel-Munck, 2007, p. 385) و یا اصل لاضرر و اصل نفی عسر و حرج - در حقوق ایران - نیز است (شهابی، ۱۳۹۴، صص. ۶۱۹ و ۶۲۰).

در هر حال، پاسخ به پرسش‌های پیش‌گفته، نیازمند تحلیل انواع منطقی رابطه میان اعتبار قراردادی و واقعیت تجربی و اجتماعی، یعنی سه نوع رابطه استعلایی، تبعیت محض و تأثیرپذیری است؛ بی‌تردید، مؤلفه مهم در شکل‌گیری هر یک از سه نوع رابطه، مبنای اعتبار مفاد قرارداد است. به این منظور، ابتدا به تحلیل رابطه استعلایی پرداخته، سپس رابطه تبعیت محض را، مورد بررسی قرار می‌دهیم؛ سرانجام، رابطه تأثیرپذیری را که مبتنی بر استقلال اعتبار قراردادی از واقعیت است، به عنوان نظریه مختار تبیین می‌کنیم.

۱. استعلای اعتبار قراردادی بر واقعیت تجربی

همان‌طور که اشاره شد، مؤلفه مهم در شکل‌گیری نوع رابطه میان اعتبار قراردادی و واقعیت، مبنای اعتبار قرارداد است؛ به نظر می‌رسد، در صورتی که مبنای اعتبار قرارداد، اراده نوعی انسانی باشد (Macmillan, 2012, p.8؛ شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۶۰)، استعلای اعتبار قراردادی بر واقعیت تجربی را نتیجه خواهد داد.

۱-۱. مبنای استعلای اعتبار قراردادی

ممکن است، وقتی سخن از توافق اراده متعاقدین می‌شود به قرارداد، مشابه قانون نگریسته شود؛ قانونی که ساخته و پرداخته اراده انشایی و فارغ از واقعیت‌های تجربی است (Stahl, 2007, p.120). همان‌طور که قانون به عنوان امر اعتباری برخاسته از اراده مقنن به عنوان مقام برتر است و لازم‌الاجراست (Boylet, 1978, p. 394) و نمی‌توان به بهانه بی‌عدالتی یا عدم سازگاری با واقعیت تجربی از آن عدول کرد (شهابی، ۱۳۹۳،

صص. ۶۲ و ۶۵؛ Boldeman, 2007, pp. 254, 255) می‌توان قرارداد که ساخته اراده متعاقدين است را، مانند قوانین لازم‌الاجرا دانست (Stahl, 2007, p. 120; Boldeman,) (2007, pp. 254, 255) و قائل بود که مداخله در توافق اشخاص به بهانه بی‌عدالتی، مجاز نیست (Boldeman, 2007, pp. 254, 255). به نظر می‌رسد رویکرد کانت، در همین چهارچوب قابل تحلیل است؛ کانتی که (Rauscher, 2002, pp. 484) به اصل حاکمیت اراده، فارغ از تجربه محوری، اعتبار بخشیده (ر.ک: کانت، ۱۳۸۹، صص. ۵۲ و ۵۴) و اعتبار آن را در ذهن انسانی جستجو می‌کند؛ ذهنی که مستقل از واقعیت تجربی است (یوئینگ، ۱۳۸۸، صص. ۹۸ و ۹۹؛ Rauscher, 2002, p. 477, 478) و اراده‌ای که عقل محض، آن را منشأ ایجاد قرارداد می‌داند (سندل، ۱۳۹۴، صص. ۱۵۴ و ۱۵۵ و ۱۵۶) و امر اعتباری مبتنی بر آن را، در هر حال، باید عادلانه ارزیابی کرد؛ چراکه متعاقدين با اختیار و آزادی، آنچه را، مناسب و مفید دانسته‌اند، اعتبار کرده و واقعیت خارجی نمی‌تواند اراده آنان را تحت الشعاع قرار دهد (هابز، ۱۳۸۰، صص. ۱۶۰ و ۱۷۴). قاضی در پی احترام به کرامت انسانی، باید به اصل حاکمیت اراده، احترام بگذارد و مجاز به مداخله در قرارداد و تغییر مفاد آن نیست (Macmillan, 2012, pp. 8)؛ زیرا افراد در قرارداد به دنبال دست یافتن به اهداف و منافع هستند که خود معین کرده‌اند (Rauscher, 2002, pp. 484؛ سندل، ۱۳۹۴، صص. ۱۴۰ و ۱۴۲). مداخله قاضی یا داور منتهی به این می‌شود که اراده او، جانشین اراده متعاقدين شده و حقوق و تکالیفی را اعتبار کند که مقصود آنان نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۸۰؛ شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۶۱)؛ همان‌طور که لغو و تغییر قانون، منوط به اراده واضح است، تغییر یا لغو قرارداد هم به اراده متعاقدين وابسته است (Rauscher, 2002, p. 478) و افراد نیز قرارداد و یا قانون را، فقط از روی اینکه قانون و قرارداد است و اجباری است، اجرا می‌کنند (Bix, 2018, pp. 5, 6).

در این فرض، اگر قرارداد در تعارض با اراده قانون‌گذار (Boylet, 1978, pp. 392) (393) که از آن، تعبیر به اراده دولتی یا اراده مقام برتر می‌شود (اشرف نظری، ۱۳۸۴، صص. ۲۷۴ و ۲۷۵؛ هابز، ۱۳۸۰، ص. ۱۶۳) قرار گیرد، باید اولویت را به کدام یک داد؟ روشن است که اگر مبنای اعتبار قرارداد، اراده نوعی انسان باشد، باید اصل را بر حاکمیت اراده گذاشت؛ زیرا در این فرض، اراده قانون‌گذار، خلق‌کننده قرارداد نیست و

صرفاً ضامن اجرای قرارداد است (ر.ک: شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۶۴)؛ اگرچه صرف توافق اراده، برای ایجاد قرارداد کفایت، ولی، برای اجرای مفاد آن، نیاز به نیرویی اجبارکننده است و قانون ابزار تحقق این اجبار است. ایراد تحلیل این است که این ذهنیت را ایجاد می‌کند که افراد در همه حال می‌توانند با اراده خود قرارداد را منعقد کرده و آثار حقوقی مستقیم ناشی شده از آن را به یکدیگر و آثار غیر مستقیم آن را به اجتماع تحمیل نمایند؛ حتی اگر توافق، مبنی بر تعلیق در نکاح یا تجارت انسان یا اعضاء بدن باشد. نمی‌توان از قانون مبتنی بر نظم عمومی انتظار داشت که مانع انعقاد چنین قراردادهایی شود؛ چون محتوای نظم عمومی نیز در حالتی که مبنای اعتبار قرارداد، اراده نوعی انسان است، چیزی جز جلوگیری از برخورد آزادی‌های فردی نیست (شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۶۵). البته، روشن است که اگر اراده قانون‌گذار دولتی، مبنای اعتبار قرارداد باشد، در این صورت اولاً. دایره نظم عمومی گسترده‌تر خواهد بود؛ ثانیاً. اراده متعاقدين، تابعی از اراده قانون‌گذار دولتی است (شهیدی، ۱۳۸۶، ص. ۵۸؛ ر.ک. شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۶۶؛ Boylet, 1978, p. 394) و اعتبار قرارداد را باید از اراده دولتی پرسید و بر اساس آن نیز تفسیر کرد؛ برای نمونه، ممنوعیت نکاح معلق در ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی، هم دلالت بر این دارد که نکاح معلق باطل است و هم می‌تواند دال بر این باشد که در سایر موارد، عقد معلق، وابسته به توافق طرفین و معتبر است.

در هر حال، نظریه کشف در تنفیذ عقد فضولی، شاهی بر رویکرد استعلایی است؛ متعاقدين با برخورداری از اصل حاکمیت اراده، می‌توانند آثار عقد را از زمان انعقاد قرارداد، مستقر کنند نه از زمان تنفیذ (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۱۲۳). آنان ملتزم به اصول حاکم بر عالم تکوین که حکایت از تقدم علت بر معلول دارد، نیستند (طباطبایی حکیم، بی‌تا، صص. ۱۰۸ و ۱۰۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۱، صص. ۳۵۱ و ۳۵۲؛ خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۲۰)؛ معنای سخن این است که از ممنوعیت امری در تکوین، نمی‌توان ممنوعیت در امور اعتباری را هم استنتاج نمود (خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۲۳۳)؛ زیرا قیاس امور اعتباری و واقعیت‌ها که برخاسته از دو موطن متفاوتند و از اصول خاص خود برخوردارند، ممکن نیست (شریعتی سبزواری، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۲۰۶) و امکان تسری اصول حاکم بر یکی نسبت به دیگری وجود ندارد. دلیل اینکه

نمی‌توان این دو را مقایسه کرد، این است که فرع (قرارداد)، امری ذهنی است و این قابلیت را دارد که به هر نحو و با هر کیفیتی، خلق و ایجاد شود؛ ولی، واقعیت این قابلیت را ندارد و امور واقعی و اعتباری، از وضعیت واحدی برخوردار نیستند که امکان مقایسه آنها وجود داشته باشد (طوسی، ۱۴۳۱ق، ص. ۶۶۵؛ اصغری، ۱۳۷۰، ص. ۱۵۷-۱۵۵). روشن است که اگر قائل به واقعی بودن امر حقوقی باشیم و نپذیریم که ماهیت ذهنی دارد، در این صورت می‌توان از ممنوعیت امری در تکوین به ممنوعیت در امر حقوقی رسید (صادقی نشاط، ۱۳۹۶، صص. ۴۵ و ۴۷).

۲-۱. نقد رویکرد استعلایی اعتبار قراردادی

رویکرد استعلایی مبتنی بر اراده نوعی انسان، اگرچه موجب ایجاد ثبات قراردادی می‌شود و رفتار قراردادی و نیز رفتار قضائی در رابطه با قرارداد را پیش‌بینی‌پذیر می‌کند، اما، با ایرادات ذیل مواجه است:

الف) انسان را به سمت فراغت مطلق از واقعیت‌ها سوق می‌دهد و وی را جدا از واقعیت‌ها می‌بیند و توجه ندارد که انسان موجودی اجتماعی است و به عنوان موجودی اجتماعی و در ساختار اجتماعی است که ضرورت انعقاد قرارداد را پیدا می‌کند.

ب) از آنجا که عقل انسان در مسیر تکامل است، امکان ادراک کلیه زوایا و پیش‌بینی آینده یک موضوع را بدون در نظر گرفتن واقعیت‌های خارجی ندارد. و خلق اعتباریات بر مبنای اراده محض انسان و بدون توجه به واقعیت‌های تجربی می‌تواند عدالت قراردادی را نیز با چالشی مواجه کند. اراده معیار عدالت خواهد بود و به همین دلیل، اگر اجرای تعهد به دلیل تغییر بنیادین اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، زیان‌آور باشد و موازنه قراردادی را به هم بزند، نمی‌توان از این اجرا امتناع ورزید (رک: کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳، صص. ۷۲ و ۸۶ و ۱۰۶ و ۱۰۷؛ شهیدی، ۱۳۹۱، صص. ۳۸ الی ۴۰ و ۱۴۳ الی ۱۴۶)؛ تردیدی نیست که در چنین وضعیتی، قاضی نیز محدود به عدالت مبتنی بر اراده است (Klass, 2009, pp. 1456, 1457).

ج) این رویکرد عملاً، دامنه و قلمرو خیارها را مضیق خواهد کرد. بر اساس دیدگاه استعلایی، نمی‌توان خیار غبن را قاعده دانست و باید آن را استثناء تلقی کرد. قرارداد قانون متعاقدين است و عدالتی نیز ورای اراده طرفین وجود ندارد تا بتوان با

تکیه بر آن و با استناد به آن، قلمرو خیار غبن را بسط داد و در مورد غبن حادث نیز آن را جاری دانست.

۲. تبعیت محض قرارداد از واقعیت تجربی و اصول حاکم بر آن

۲-۱. مبنای نظریه تبعیت محض اعتبار قراردادی از واقعیت

در این نحو ارتباط، «قرارداد» تابع محض واقعیت تجربی - اجتماعی و اصول حاکم بر آن است؛ چرا که اساساً حقوق، امر واقعی تلقی می‌گردد (صادقی نشاط، ۱۳۸۶، صص. ۴۲ و ۴۳). بنیاد قرارداد بر واقعیت تجربی استوار است که فارغ از ذهن و ایده انسان موجودیت دارد (Mulcahy, 2008, p. 27; Lehe, 1998, p. 1, 3; Paoletti, 2004, pp. 4, 5). در این رویکرد، قرارداد، بسان پدیده اجتماعی است که انعقاد آن، تابع نیازها و شرایط و مقتضیات اجتماعی است (صادقی نشاط، ۱۳۹۶، صص. ۴۳؛ Stuart Mill, 2005, p. 5). فقط برای افراد آن جامعه کاربرد دارد و فی نفسه مستقل نیست (شهابی، ۱۳۹۶، صص. ۳۳). در تحلیل این نوع ارتباط می‌توان به دیدگاه جامعه‌شناسان حقوقی چون دورکیم استناد کرد که توجه ویژه به تجربه‌گرایی داشته‌اند (گورویچ، بی‌تا، صص. ۲۱ و ۲۳؛ Stuart Mill, 2005, p. 50; Paoletti, 2004, p. 3; Steven Green, 2005, p. 1940). دورکیم به تعاون اجتماعی توجه دارد و به قرارداد نیز از همین زاویه می‌نگرد (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، صص. ۲۴۶ و ۲۵۹؛ Mulcahy, 2008, p. 30)؛ گویا، بدون تحقق تعاون اجتماعی، تحقق عدالت نیز در جامعه امکان‌پذیر نخواهد بود (Mulcahy, 2008, p. 30). عقد نکاح مصداق بارز تعاون اجتماعی است؛ زن و مرد مکمل یکدیگرند و این‌گونه است که تعادل و توازن در جامعه برقرار می‌گردد و روشن است که نکاح مبتنی بر همجنس‌گرایی نمی‌تواند چنین نقشی را ایفاء نماید. مقدمه تعاون اجتماعی، به رسمیت شناختن تفاوت‌هاست و تفاوت در خلقت نیز حقوق و تکالیف و اعتباریات متفاوت را اقتضا خواهد کرد (ر.ک: سروش، ۱۳۵۸، صص. ۱۸ و ۱۹؛ صادقی نشاط، ۱۳۹۶، صص. ۴۵؛ Paoletti, 2004, p. 21).

با استعلاقی واقعیت بر قرارداد، نقش اصل حاکمیت اراده، کم‌رنگ شده و قرارداد تابعی از متغیرهای اجتماعی خواهد بود (ر.ک: سروش، ۱۳۵۸، صص. ۴۳ و ۴۵)؛ نه تنها سنجش سود و زیان در زمان شکل‌گیری اراده انشایی، با لحاظ واقعیت‌های تجربی انجام

خواهد شد، به گونه‌ای که تغییر در واقعیت به طور قطع، قرارداد را تحت الشعاع قرار می‌دهد، بلکه واقعیت خارج از چهارچوب اراده و برای مثال از طریق اصل انصاف و اصل حسن نیت به قرارداد ورود پیدا می‌کند؛ بالطبع اصلی چون اصل انصاف، جایگاه قاضی را در کشف واقعیت و احراز عدالت تجربی و اعمال آن بر قرارداد ارتقاء خواهد داد (شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۷۳؛ شهابی، ۱۳۹۴، صص. ۶۰۴ و ۶۰۵). اصل حاکمیت اراده و اصل لزوم و نیز اصل التزام به مفاد عقد، اگرچه خود نمادی از واقعیت‌اند (صادقی نشاط، ۱۳۹۶، ص. ۴۶)، تابعی از اصل انصاف خواهند بود (شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۷۳؛ Macmillan, 2012, p. 8). وانگهی، براساس رویکرد تبعیت محض، قرارداد، تابع محض اصول حاکم بر واقعیت‌های تجربی نیز خواهد بود؛ به گونه‌ای که متعاقبین باید در زمان انعقاد قرارداد، علاوه بر در نظر گرفتن اصول حاکم بر قراردادها، اصول حاکم بر واقعیت تجربی را مورد نظر قرار داده و با لحاظ آن، قرارداد را منعقد نمایند. برای نمونه در عالم تکوین، امر مادی بین دو حالت وجود و عدم دوران دارد و تعلیق‌پذیر نیست (صادقی نشاط، ۱۳۹۶، صص. ۴۶ و ۴۷). بر همین مبنا، قرارداد هم بین دو حالت وجود و عدم دوران دارد و تعلیق آن مطرود است و یا در عالم تکوین، امکان جدایی بین علت و معلول وجود ندارد و به محض تحقق علت، معلول فوراً و بلافاصله تحقق می‌یابد. به همین ترتیب در قراردادها هم تعلیق، منتفی است و به محض تحقق انشاء، منشأ بلافاصله محقق خواهد شد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱، ج ۳، ص. ۳۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، صص. ۵۵ و ۵۶). نظریه نقل در تنفیذ عقد فضولی (انصاری، بی‌تا، ج ۳، ص. ۴۰۳؛ شهید ثانی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۱۵۸) نیز مصداق بارز تبعیت‌پذیری قرارداد از اصول حاکم بر واقعیت است؛ زیرا با ملحق شدن اجازه از سوی مالک به آن، عقد کامل و سبب انتقال است و چون در عالم واقع، امکان تقدم معلول بر علت وجود ندارد در عقد فضولی نیز، ابتدا تنفیذ به عنوان علت و سپس آثار عقد به عنوان معلول محقق می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۱۲۴) و نمی‌توان آثار عقد را به قبل از تنفیذ تسری داد. انتقال مالکیت در وصیت تملیکی پس از قبول موصی له (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۶، ص. ۱۲۵) و تنفیذ عقد اکراهی نیز همین وضعیت را دارد (انصاری، بی‌تا، ج ۳، ص. ۴۱۵).

۲-۲. نقد نظریه تبعیت محض اعتبار قراردادی از واقعیت

به نظر می‌رسد رویکرد تبعیت محض قرارداد (اعتبار) از واقعیت، با ایرادات ذیل مواجه باشد: الف) اگر اعتبار تابع محض واقعیت باشد، بر تفکیک این دو، یعنی اعتبار و واقعیت، فایده‌ای مترتب نخواهد بود؛ در حالی که، این دو، از ماهیت، خاستگاه و اصول شاخصی برخوردارند و تسری اصول حاکم بر یکی در مورد دیگری جای تأمل دارد و با ماهیت انسان به عنوان موجودی دارای اراده و اختیار هم‌خوانی ندارد. وانگهی، از لحاظ فنی نیز تبعیت محض اراده از واقعیت و اصول حاکم بر آن، می‌تواند نتایج نامطلوبی را به همراه داشته باشد؛ برای مثال، در عقد فضولی، نظریه نقل و تبعیت از اصل تقدم علت بر معلول، منتهی به این خواهد شد که تصرفات اصیل در منافع مال، قبل از تنفیذ، غیر صحیح بوده و او ضامن باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۱۴۱). این نتیجه غیرعادلانه زمانی نمود بیشتری پیدا می‌کند که اصیل، معوض را تحویل داده باشد، زیرا او ملتزم به عقد است ولی حق تصرف در عوض را ندارد. مطلوب این است که بتوان در عقد فضولی، قرارداد را اکنون تنفیذ نمود و اثر عقد (معلول) را به زمان قبل از تنفیذ (علت)، تسری داد. قانون‌گذار نیز در ماده ۲۵۸ قانون مدنی، آثار عقد فضولی را مانند عقد اکراهی، از زمان عقد، مستقر نموده است و یا برخلاف امور مادی که قابل تعلیق نیست، قراردادها را قابل تعلیق دانسته و در ماده ۱۹۴ بر آن، مهر تأیید زده است. البته، تأثیرپذیری از واقعیت، در حقوق ایران کاملاً منتفی نیست؛ زیرا حسب مواد ۱۲۱۳ و ۱۲۱۴ قانون مدنی، جنون و عدم رشد، از آنجا که مخلاً قصد انشاست بطلان یا عدم نفوذ قرارداد را به دنبال دارد. اشتباه در خود موضوع معامله و شخصیت طرف در صورتی که علت عمده عقد باشد و استقرار حکم بطلان بر عقد نیز، مصادیق دیگر رویکرد تأثیرپذیری قرارداد از واقعیت است (Capper, 2009, pp. 457, 458).

ب) با پذیرش این رویکرد، عملاً اصل حاکمیت اراده، با چالش جدی مواجه خواهد بود. وقتی شارع یا قانون‌گذار با طرح اصل عدم ولایت و اعطای قوه عقل، اختیار و آزادی، بشر را از سلطه شخص دیگری که او نیز دارای عقل و اراده است، رهانید تا خودش اعتباریات را خلق کند، نمی‌توان برای واقعیت که موجودی بی روح و جان

است، ولایت و استعلای بر اراده انسان در نظر گرفت. بدیهی است که در اینجا تأکید بر اصل عدم ولایت یک فرد بر دیگری نیز بی‌فایده خواهد بود؛ چراکه واقعیت تجربی وجود دارد که حاکم بر اراده است و ماهیت انسان به عنوان موجودی عاقل و مختار را به چالش کشیده است.

ج) اشخاص بر اموال خود سلطه دارند و می‌توانند هر گونه تصرف مادی و حقوقی به هر نحو و با هر کیفیت را در آن انجام دهند و ملزم به تبعیت از اصول حاکم بر واقعیت‌ها نیستند. از این روست که تصرف می‌تواند به نحو مشروط یا معلق باشد. اصل تسلیط که اصل مالکیت خصوصی می‌تواند بیان دیگری از آن باشد، با پذیرش این رویکرد اعتبار خود را از دست خواهد داد؛ انسان تابع محض واقعیت، توانایی عبور از ساختار مالکیت اشتراکی و یا ساختار فئودالیت و مانند آن را ندارد.

د) با پذیرش این رویکرد، سرپیچی از اصول حاکم بر واقعیت‌ها، بی‌اعتباری قرارداد را به دنبال دارد و بی‌اعتباری قرارداد نیز موجب عسر و حرج برای انسان به عنوان موجودی اجتماعی خواهد بود؛ چراکه انسان اجتماعی، برای رفع نیازهای خود، دست به انعقاد قرارداد می‌زند.

ه) اراده قاضی یا داور، با استناد به اصول حامل واقعیت تجربی چون اصل انصاف، حاکم بر اراده طرفین رابطه قراردادی خواهد بود و اضافه کردن تعهدی به تعهدات قراردادی و یا تعدیل تعهدات قراردادی، مبنای خود را، نه در اصل حاکمیت اراده، بلکه در اراده قاضی یا داور - به عنوان نماد تشخیص و احراز واقعیت - جستجو می‌کند. به این ترتیب، خواسته متعاقدین به حاشیه خواهد رفت و نه ملاک شخصی، بلکه ملاک نوعی، معیار سنجش موازنه منافع قراردادی و سود و زیان قراردادی خواهد بود.

و) تبعیت محض قرارداد از واقعیت، حتی اگر پذیرفتنی باشد، نمی‌تواند در مورد کلیه عقود و به ویژه عقود غیرمالی، جاری باشد؛ زیرا، در مواردی، منتهی به اخلال در نظم عمومی خواهد شد؛ برای مثال جنون زوج، زوجه را مخیر به فسخ نکاح می‌کند، ولی اگر قائل به این نوع ارتباط باشیم، باید نکاح را باطل بدانیم و بطلان عقد، بی‌تردید، با نظم خانوادگی استقرار یافته و مطلوب اجتماعی و نیز با وضعیت زوجه و انتظارات او مطابقت ندارد. امکان فسخ نکاح، نشان از تأثیرپذیری از واقعیت دارد؛ اما بطلان، دال بر همان استعلای واقعیت بر اراده (اعتبار) است.

۳. استقلال اعتبار قراردادی از واقعیت تجربی؛ اما متأثر از آن

در این نحو ارتباط، که رویکردی اعتدالی یا میانه تلقی می‌شود، تعامل میان واقعیت و قرارداد از نوع استقلال، اما تأثیرپذیری است و ضمن پذیرش اصل حاکمیت اراده (اعتبار)، از تأثیر واقعیت بر قرارداد نیز غفلت نمی‌شود (مطهری، ۱۳۶۶، ص. ۱۱۶؛ ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۳۷)؛ اما در هر حال، این عدم غفلت، به معنای تبعیت محض از واقعیت و اصول حاکم بر آن نخواهد بود. این رویکرد از ایرادات وارد بر دیدگاه استعلا و نیز تبعیت محض مبراست. اما، به لحاظ اعتباری بودن قراردادها، اصل حاکمیت اراده جایگاه ویژه‌ای دارد. اتخاذ راه میانه اقتضا می‌کند که نحوه و تأثیر ارتباط قرارداد با واقعیت خارجی از یک سو و نیز اصول حاکم بر واقعیت را از سوی دیگر به طور جداگانه بررسی کنیم.

۳-۱. رابطه قرارداد و اصول حاکم بر واقعیت

قراردادها یا به عبارت بهتر امور اعتباری، اگرچه همانند علوم طبیعی چون فیزیک و شیمی از اصول منحصر به فردی برخوردارند، اما از اصول مربوط به واقعیت خارجی و محدودیت‌های آن فارغاند و متعاقدين می‌توانند نسبت به ایجاد آن اقدام نمایند، بدون اینکه ملزم به تبعیت از اصول حاکم بر واقعیت‌ها و برای مثال اصل علیت و معلولیت باشند. ثمره اتخاذ این رویکرد، رهایی متعاقدين از اصول حاکم بر واقعیت‌های تجربی است که استفاده از آن، همان‌طور که اشاره شد، در باب قراردادها، منتهی به عسر و حرج متعاقدين خواهد شد؛ زیرا، امکان دارد قراردادی که فارغ از این اصول است بهتر بتواند نیاز افراد را مرتفع سازد تا قراردادی که فقط در چهارچوب این اصول، منعقد گردیده است. بنابراین، در رابطه با این اصول، بهتر است رویکرد اراده‌گرا را تقویت نمود. البته، نفی تبعیت‌پذیری از این اصول، به معنی انکار آنها نیست (یوئینگ، ۱۳۸۸، ص. ۲۱۴). متعاقدين می‌توانند در صورت تمایل، خود را تابع آن قرار دهند؛ زیرا ملاک، توافق اراده است؛ در هر حال، اگر در عالم واقع، الزاماً علت مقدم بر معلول است، در قراردادها این‌گونه نیست و متعاقدين می‌توانند با توافق خود، معلول را بر علت مقدم بدارند؛ زیرا امور اعتباری، فارغ از محدودیت‌های واقعیت تجربی است؛ به عنوان نمونه، می‌توان با توافق، اثر عقد را به قبل از تنفیذ عقد فضولی و از زمان توافق

تسری داد. نظریه کشف در عقد فضولی حکایت از الگوپذیری از رویکرد اراده‌گرا دارد (شهید ثانی، بی تا، ج ۳، ص. ۱۵۸). نهایتاً می‌توان گفت زمانی که سخن از رابطه میان اصول حاکم بر واقعیت و قرارداد می‌شود، در موارد تردید باید اصل را بر تبعیت قرارداد از اصول گذاشت، ولی منافاتی با این ندارد که بتوان خلاف این اصول، توافق نمود. البته، ترجیح بر این است که اراده‌گرایی را محدود به قانون الهی کنیم؛ زیرا، اتخاذ رویکرد کانتی مبنی بر اراده‌گرایی بدون توجه به قانون الهی، این نتیجه را در پی دارد که اراده انسانی، بدون محدودیت بوده، هر آنچه را بخواهد اعتبار کند، حتی اگر مخل اخلاق حسنه باشد؛ مانند اینکه، متعاقدين عقد نکاح را اکنون منعقد نمایند، ولی اثر عقد را به دو ماه قبل از عقد تسری دهند تا از این طریق، حکم مشروعیت را بر فرزندی که مولود رابطه نامشروع است جاری کنند و از این طریق فرزند نامشروع بتواند مانند فرزندان مشروع از قواعد ارث بهره‌مند شود.

۲-۳. رابطه اعتبار قراردادی و واقعیت

اگرچه در زمان انعقاد قرارداد، اصل حاکمیت اراده، نقش بنیادین دارد، اما در مرحله شکل‌گیری اراده انشایی، تأثیر واقعیت خارجی مشهود است، زیرا تدبر و سنجش سود و زیان با لحاظ واقعیت خارجی انجام می‌شود. و اگر چنین نبود بر درج این مرحله فواید متعددی مترتب نبود. البته، تأثیرپذیری به معنای این نیست که حیات و ممات قرارداد را تابع محض واقعیت بدانیم، بلکه بقاء و زوال قرارداد، وابسته به اراده متعاقدين است، اما واقعیت خارجی می‌تواند در مرحله اجرای قرارداد و تغییر یا تعدیل قرارداد نقش مؤثر داشته باشد و این تعدیل نیز نه با استناد به اصل حاکمیت اراده، بلکه با استناد به اصل انصاف و یا اصل اجرای با حسن نیت قرارداد باشد (شهابی، ۱۳۹۳، صص. ۷۴ و ۷۳؛ Mulcahy, 2008, pp. 26, 27).

اصل نفی عسر و حرج و اصل لاضرر نیز می‌تواند مؤیدی بر رویکرد میانه باشد، درحالی که اگر با رویکرد ایدئالیستی به موضوع بنگریم، قرارداد در هر حال، لازم‌الوفاست. البته، تأثیرپذیری قرارداد از واقعیت متغیر، از طریق اصل حاکمیت اراده و با استناد به آن نیز می‌تواند مستدل و توجیه شود و طرح نظریه شرط ضمنی یا بنایی بر همین اساس است (آدامز و براونزورد، ۱۳۸۶: صص. ۲۸۲ و ۲۸۴؛

سعیدیان، ۱۳۸۹، ص. ۹۲). با این حال، ادعای ساختگی و فرضی بودن این راه حل، یعنی شرط ضمنی، ادعای نادرستی نیست؛ به همین دلیل است که بر تأثیر واقعیت بر قرارداد از طریق اصولی غیر از اصل حاکمیت اراده و برای مثال اصل انصاف در حقوق فرانسه و اصل نفی عسر و حرج در حقوق ایران تأکید می‌شود.

ایرادی که بر نظریه تبعیت مطلق قرارداد از واقعیت وارد است، اینکه به محض تغییر در واقعیت، اعتبار فرو می‌ریزد (طباطبایی، بی تا، ص. ۲۷۸)؛ ولی، رویکرد میانه، با نگاه به واقعیت‌ها به دنبال ارتقاء و حرکت دادن قرارداد در مسیر درست و عادلانه است. بر اساس رویکرد میانه، اصل حاکمیت اراده برخاسته از عقل است؛ عقلی که مرتبط با واقعیت بوده و با لحاظ آن، قرارداد را خلق می‌کند نه عقل محضی که در هر شرایط زمانی و مکانی حکم واحد، صادر می‌کند. لذا، امکان دارد این عقل در ایران، قرارداد را به نحوی اعتبار کند که با قرارداد تنظیم شده در فرانسه متفاوت باشد. عقل در هر دو یکسان است، ولی چون متأثر از واقعیت‌ها و شرایط و مقتضیات زمانی و مکانی متفاوت است، قراردادهای متفاوتی را نتیجه می‌دهد. پس، اگر نظر به رابطه تابعیت و متبوعیت داشته باشیم، این نتیجه حاصل می‌شود که اگر در مرحله اجرای قرارداد، شرایط و واقعیت‌های موجود در زمان انعقاد قرارداد، دیگر وجود نداشت، قاضی حکم به بی‌اعتباری قرارداد می‌دهد؛ نتیجه‌ای که پذیرفتنی نیست؛ بلکه مقصود در رویکرد اعتدال‌گرا این است که قاضی می‌تواند در جهت تعدیل قرارداد و در عین حال، حفظ آن گام بردارد. در نهایت، باید در رویکرد میانه اصل را بر حاکمیت اراده گذاشت؛ ولی از تأثیر واقعیت نیز غافل نشد.

نتیجه‌گیری

پذیرش اراده نوعی انسان به عنوان مبنای اعتبار قرارداد و در چهارچوب رویکرد کانتی، استعلای اعتبار قراردادی بر واقعیت تجربی و اجتماعی را نتیجه می‌دهد؛ استعلایی که علاوه بر نادیده انگاشتن انسان به عنوان موجودی اجتماعی، نوعی عدالت‌سوری را موجب می‌شود. با این حال، تبعیت محض قرارداد از واقعیت تجربی و اجتماعی و عدم توجه به نقش اراده در قرارداد و تکیه بر تعاون اجتماعی به عنوان مبنای عقد، علاوه بر اینکه دوگانه اعتبار و واقعیت و جهان متفاوت آن دو را، با چالش جدی مواجه می‌کند،

بنیان اصولی چون اصل تسلیط و یا اصل مالکیت خصوصی و نیز اصل آزادی قراردادی را نیز زیر سؤال می‌برد و نقش و کارکرد تحولی و تکاملی حقوق در ساختار اجتماعی را نیز با بحران مواجه می‌سازد. تلاش برای اتخاذ راه‌حلی میانه، جز از مسیر قائل بودن به استقلال اعتبار قراردادی از واقعیت و البته تعامل آن دو نمی‌گذرد. نتیجه این استقلال، پذیرش امکان‌رهایی اعتبار قراردادی از اصول حاکم بر واقعیت است تا برای مثال اصل علیت، اعتبار قراردادی را در چنبره خود گرفتار نسازد. اما، معنای این رهایی، نفی تأثیرپذیری اعتبار قراردادی از واقعیت تجربی در مرحله اجرای قرارداد نیست؛ تأثیرپذیری‌ای که همیشه از مسیر اصل حاکمیت اراده نیست و می‌تواند، به صورت مستقیم و از طریق حاکمیت اصولی چون اصل انصاف و یا اصل نفی عسر و حرج قراردادی، تحقق پذیرد.

یادداشت‌ها

1. Subjective approach

کتابنامه

۱. آدامز، جان. ان و راجر براونزورد (۱۳۸۶). *تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان* (ترجمه مهدی موسوی). تهران: میزان.
۲. اشرف نظری، علی (۱۳۸۴). «مفهوم قدرت در اندیشه سیاسی هابز»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، (۶۹).
۳. اصغری، سید محمد (۱۳۷۰). *قیاس و سیر تکوین آن در حقوق اسلام*. تهران: کیهان.
۴. انصاری، مرتضی (بی تا). *کتاب المکاسب*. بی جا: بی نا.
۵. بجنوردی، محمدحسن (۱۳۸۶). *القواعد الفقهیه*. قم: منشورات دلیل ما.
۶. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۴). *شناخت‌شناسی در قرآن*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷. خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۰ق). *کتاب البیع*. قم: اسماعیلیان، الطبعة الرابعة.
۸. خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۸ق). *تنقیح الاصول*. مؤلف: حسین التقوی الشتهاردی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه)، الطبعة الاولى.
۹. خوبی، سیدابوالقاسم (۱۳۷۸ق). *مصباح الفقاهه. الجزء السادس*، نجف: المطبعة الحیدریه، الطبعة الاولى.
۱۰. سروش، عبدالکریم (۱۳۵۸). *دانش و ارزش*. بی جا: بی نا.
۱۱. سعیدیان، فیصل (۱۳۸۹). «قلمرو نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه اسلامی و حقوق ایران». *فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال ششم، (۱۹).
۱۲. سندل، مایکل (۱۳۹۴). *عدالت: چه باید کرد؟* (ترجمه افشین پاکباز). تهران: فرهنگ نشر نو.
۱۳. شریعتی سبزواری، محمدباقر (۱۳۸۵). *تحریری بر اصول فلسفه و روش رئالیسم علامه سید محمدحسین طباطبایی*. قم: مؤسسه بوستان کتاب.
۱۴. شهابی، مهدی (۱۳۹۳). «قرارداد به مثابه قانون هابزی یا کانتی تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در حقوق مدنی ایران و فرانسه». *مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*. سال ششم، (۴).
۱۵. شهابی، مهدی (۱۳۹۴). «قرارداد به مثابه قانون طبیعی (عقلی). تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران و فرانسه». *مطالعات حقوق تطبیقی*، (۲)۶.
۱۶. شهابی، مهدی (۱۳۹۶). *فلسفه حقوق*. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه

اسلامی.

۱۷. شهرستانی محمد بن عبدالکریم (۱۴۲۵ق). *نهایه الاقدام فی علم الکلام*. بیروت: الطبعه الاولى.
۱۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی (بی تا). *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. بی جا: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۱۹. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶). *تشکیل قراردادها و تعهدات*. تهران: مجد.
۲۰. شهیدی، مهدی (۱۳۹۱). *آثار قراردادها و تعهدات*. تهران: مجد.
۲۱. صادقی نشاط، امیر (۱۳۹۶). «حقوق؛ واقعیت یا اعتبار (ماهیت حقوق)». *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، ۴۷(۱)، صص. ۳۷-۴۴.
۲۲. صفائی، حسین (۱۳۸۲). *دوره مقدماتی حقوق مدنی*. تهران: میزان.
۲۳. صلیبا، جمیل (۱۳۶۶). *فرهنگ فلسفی (ترجمه منوچهر صانعی دره بیدی)*. تهران: حکمت.
۲۴. طباطبایی حکیم، محسن (بی تا). *نهج الفقاهه*. قم: ۲۲ بهمن.
۲۵. طباطبایی، محمدحسین (بی تا). *اصول فلسفه و روش رئالیسم*. تهران: شرکت افست سهامی عام.
۲۶. طوسی، محمدحسن (۱۴۳۱ق). *العهده فی اصول الفقه*. تحقیق محمدرضا انصاری قمی، قم: مؤسسه بوستان کتاب.
۲۷. مفاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۳۸۱). *اصول فقه شیعه*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).
۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). *فلسفه حقوق*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۲. کانت، ایمانوئل (۱۳۸۹). *نقد عقل محض (ترجمه بهروز نظری)*. کرمانشاه: باغ نی.
۳۳. گروویچ، ژرژ (بی تا). *مبانی جامعه‌شناسی حقوقی (ترجمه حسن حبیبی)*.
۳۴. مطهری، مرتضی (۱۳۶۶). *نظام حقوق زن در اسلام*. تهران: صدرا.
۳۵. مطهری، مرتضی (۱۳۷۵). *عدل الهی*. تهران: صدرا.
۳۶. مطهری، مرتضی (۱۳۷۹). *اسلام و مقتضیات زمان*. تهران: صدرا.
۳۷. مظفر، محمدرضا (۱۳۸۱). *اصول الفقه (ترجمه علیرضا هدائی)*. تهران: حکمت.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق). *انوارالاصول*. احمد قدسی، قم: مؤسسه امام علی بن ابیطالب (علیه السلام).

۳۹. هابز، توماس (۱۳۸۰). لویاتان. تهران: نی.

۴۰. یوئینگ، آلفرد سیریل (۱۳۸۸). شرحی کوتاه بر نقد عقل محض کانت (ترجمه اسماعیل سعادت‌تی خنمه). تهران: هرمس.

41. Barnes, Wayne (2008). *The French Subjective Theory of Contract: Separating Rhetoric From Reality*.
42. Bix, Brian H. (2018). *Kelsen, Hart and legal normativity*, revus, 34.
43. Boldeman, Lee (2007). *The Cult Of the Market, Economic Fundamentalism and its Discontents*, ANU Press.
44. Boylet, James (1978). *Thomas Habbes and The Invented Tradition Of Positivism: Reflections On Language. Power, and Essentialism*, University Of Pennsylvania Law Review.
45. Capper, David (2009). Common Mistake in Contract Law, Singapore Journal of Legal Studies, pp. 457-473.
46. George, Robert P. (2000). *Kelsen and Aquinas on the Natural Law Doctrin*, 75 Notre Dame Law. Review.
47. Klass Gregory (2009). *Intent to Contract*, Georgetown University Law Cente, Faculty Publications.
48. Klass, Gregory (2017). *Contract Exposition and Formalism*, Georgetown University Law Center, February.
49. Lehe, Robert T. (1998). *Realism and Reality*, North Central College, Journal of Philosophical Research, xxiii.
50. Macmillan Catharin and Richard stone (2012). *Elements of the Law of Contract*, University of London, International Programmes.
51. Malaurie, P. L. & Aynès, P. Stoffel-Munck (2007). *Les obligations*, Paris, Defrénois, 3e édition.
52. Movsesian, Mark L. (2006). Formalism in American Contract Law: Classical and Contemporary, *Ius Gentum*, Volume 12, spring.
53. Mulcahy Linda (2008). *Contract Law In Perspective*, New York, Routledge. Cavendish.
54. Paoletti, Giovanni (2004). Durkheim and the Problem of Objectivity: a Reading of *Les Formes de la vie religieuse*, R. franç. sociol., 45, Supplement, pp. 3-25.
55. Perillo, Joseph M. (2000). The Origins of the Objective Theory of Contract, Formation and Interpretation, *Fordham Law Review*, Volume 69 | Issue 2 Article 4.
56. Rauscher, Frederick (2002). "kant's Moral Anti- Realism". *Journal of the History of Philosophy*, Vol. 40, No. 3 , pp. 477-499.
57. Stahl, Brend Carsten (2007). Positivism or Non-Positivism-Tertium Non Datur in A Critique of Ontological Syncretism in IS Research, pp. 115-142.
58. Steven Green, Michael 1915 (2005). Legal Realism as Theory of Law, 46 *Wm. & Mary L. Rev.*
59. Stuart Mill, John 1865 (release 2005). *Auguste Comte and Positivism*, A free ebook from <http://manybooks.net/>

پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال بیستم، شماره سوم (پیاپی ۴۹)، بهار و تابستان ۱۳۹۸، صص. ۴۴-۴۵