

مطالعه تطبیقی تحولات مفهومی عقد در حقوق فرانسه با حقوق افغانستان

محمدجواد اصغری^{*۱}

۱- دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی

چکیده:

عقد یکی از واژه‌های کلیدی در حقوق قراردادهای و تعهدات است، تا کنون تعریف جامع و مانعی از این واژه ارائه نشده است قانون مدنی فرانسه که قدیمی ترین قانون در حقوق مدنی است در تعریف این مفهوم تجدید نظر نموده و در اصلاحات جدید تغییرات فراوانی در قلمرو و مفهوم عقدا ایجاد نموده است در این نوشته تعریف جدید عقد در حقوق فرانسه تحلیل می شود و سپس با تعریف حقوق افغانستان مقایسه و تفاوت‌ها و شباهت‌های آن بررسی می‌گردد. یافته‌ها نشان می دهد که تغییرات قانون جدید فرانسه متناسب با زمان و مقتضیات عصر به وجود آمده است و در مقام مقایسه دو تعریف حقوق افغانستان و حقوق فرانسه از جهاتی تعریف حقوق فرانسه بر تعریف قانون مدنی افغانستان مزیت دارد و از جهاتی هم تعریف قانون مدنی افغانستان امتیاز دارد.

کلید واژه: عقد، قرارداد، تعهد، فرانسه، افغانستان، قانون مدنی

مقدمه

یکی از کلیدی‌ترین مفهومی در قواعد عمومی قراردادها که آثار فراوانی در حوزه قراردادها و تعهدات دارد، عقد است. در اصطلاح حقوقی، عقد از مصادیق «تصرف حقوقی» و به‌عنوان یکی از منابع مهم و اصلی حقوق و تعهدات در حقوق کشورهای مختلف تلقی می‌شود، ولی از لحاظ مفهوم، قلمرو و آثار حقوقی آن در سیستم‌های حقوقی تفاوت دارد، حتی در یک سیستم حقوقی گاهی اتفاق افتاده که تحوّل در مفهوم عقد به وجود آمده که با مفهوم قبلی عقد تفاوت اساسی دارد مانند قانون مدنی فرانسه که مفهوم و قلمرو عقد در قانون مدنی جدید (۲۰۱۶م) با مفهوم عقد در قانون قدیم (۱۸۰۴م) تفاوت اساسی و بنیادی دارد و تحول یافته است. در این تحقیق مطالعه تطبیقی پیرامون این تحول حقوقی در مفهوم عقد در حقوق فرانسه و مقایسه آن با مفهوم عقد در حقوق افغانستان صورت می‌گیرد. پرسش این است که مفهوم دقیق عقد در حقوق فرانسه و افغانستان، چیست؟ چه تفاوتی بین مفهوم جدید عقد در حقوق فرانسه با مفهوم قدیم آن در حقوق فرانسه دارد همچنین تفاوت با مفهوم عقد در حقوق افغانستان وجود دارد و تعریف جدید از عقد شامل چه عناصری می‌شود و چه امتیازاتی نسبت به مفهوم قدیم دارد؟ و جوه اشتراک و افتراق تعریف جدید فرانسه با تعریف عقد از منظر حقوق افغانستان چیست؟ در چند بند مسائل پیرامون عقد مطرح می‌گردد.

بند ۱. مفاهیم

۱.۱. قرارداد^۱

قرارداد عبارت است از توافق دو اراده یا بیشتر بر ایجاد تعهد یا نقل یا اصلاح و یا اتمام آن. اتفاق بر ایجاد تعهد، مانند عقد بیع که تعهداتی برای طرفین یعنی خریدار و فروشنده، ایجاد می‌کند. و اتفاق بر نقل تعهد، مانند حواله که در آن حق یا طلب از دائن به دائن دیگر یا از مدیون به مدیون دیگر منتقل می‌گردد. اتفاق بر اصلاح یا تغییر تعهد، مانند اتفاق بر افزودن مدت یا شرطی بر تعهد و اتفاق بر پایان تعهد، مانند وفاء (پرداخت طلب) که به طلب پایان می‌دهد.

۲.۲. عقد^۲

کلمه عقد یک واژه عربی است و از لحاظ اشتقاق و ریشه شناسی مصدر است که گاه مفهوم وصفی و به‌معنای «معقود» به کار می‌رود. عقد در لغت به معنای گره زدن و بستن در مقابل گشودن، یا ربط و وصل در مقابل حلّ است. برای معنای لغوی «عقد»، سه مورد ذکر شده است: عقد از انعقاد به معنای بسته شدن، غلیظ شدن و سفت شدن، عقد از عقد به معنای طوق و گردن‌بند، عقد از عقد به معنای گره آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ ه.ق، ج ۳، ۲۹۶). عقد اصطلاحی را از این رو «عقد» می‌نامند که باعث می‌شود چیزی گردن‌گیر طرف یا طرفین معامله شود؛ لیکن به نظر می‌رسد در مقام اثبات، تقابل مفهوم عقد با

1. agreement.

2. Contract

ایقاع و تعریف ایقاع به عملی که یک طرفه است نه دو طرفه، در کنار توجه به عمل گره زدن که معمولاً میان دو سر ریسمان صورت می‌پذیرد، تأیید دیگری بر معنای لغوی است. با عنایت به همین ریشه به کسی که گره‌ای در زندگی او به وجود آمده و بر شخصیت وی تأثیر گذاشته است «عقد‌های» می‌گویند و یا آوردن الفاظ گنگ و نامأنوس در کلام را که باعث گره خوردن معانی و سر درگمی مخاطب دریافتن معنای سخن می‌شود، «تعقید در کلام» می‌نامند (قدیری ۱۳۷۷، ۲۳).

پرسشی مطرح است که بین عقد و توافق چه تفاوتی وجود دارد؟ برخی از نظام‌های حقوقی که تابع حقوق فرانسه، است بین دو اصطلاح اتفاق^۱ و عقد تفاوت قایل شده‌اند. آنها معتقدند که عقد اخص از اتفاق است و به توافق دو اراده برای ایجاد یا نقل آن عقد گفته می‌شود (فرج‌الصدر، ۱۹۷۴، ۵۰) پس هر عقدی اتفاق است؛ ولی هر اتفاقی عقد نیست؛ مگر اینکه اثر عقد ایجاد تعهد یا ناقل آن باشد؛ ولی اگر تعهد را تغییر دهد یا به آن پایان بخشد، عقد محسوب نمی‌گردد. بنابراین، اتفاق عام و جنس است، ولی عقد خاص و نوع است (ابراهیم سعد، ۱۹۹۸، ۲۵-۲۶). قانون مدنی فرانسه این تفاوت را از پوتیه و دوما نقل کرده است؛ زیرا عقد را در ماده ۱۱۰۱ قانون قدیم چنین تعریف نموده است: «عقد عبارت است از توافقی که به موجب آن، یک یا چند شخص در مقابل یک یا چند شخص دیگر، تعهد به انتقال مال یا انجام یا عدم انجام کاری بکنند.»

پس به موجب این تعریف، عقد، اتفاقی (توافقی) است که تعهد ایجاد می‌کند، عقد نوع و اتفاق جنس است (سنه‌وری، ۱۳۸۲، ۵۱ و ۵۲). اما در برخی نظام‌های حقوقی مانند افغانستان و ایران از برخی مواد قانونی چنین استنباط می‌گردد که منظور از عقد، عقود معین (آن دسته از عقدهایی که در قانون مدنی شرایط و چگونگی آن‌ها ذکر شده است مثل عقد بیع، عقد اجاره، عقد رهن، عقد وکالت، عقد مضاربه و غیره) است.

تفاوت عقد با قرارداد، کلمه قرارداد، بر تمامی عقود (خواه معین باشد یا غیر معین) اطلاق می‌شود. قراردادهای اداری متداول: پیمانکاری دولتی، امتیاز، عاملیت، قراردادهای بررسی، تالیف، فیلم‌سازی، ترجمه، مطالعه، تحقیق. اده ۱۰ قانون مدنی ایران می‌گوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.»

از مفهوم این ماده بر می‌آید که قرارداد شامل عقود غیر معین نیز می‌شود ولی عقد تنها شامل عقود معین می‌گردد. البته در قانون مدنی ایران در جاهای عقد را در مقابل قرارداد به کار برده است. در عقود و معاملات و الزامات و همچنین عنوان باب اول آن «در عقود و تعهدات به طور کلی» در آن کلمه قراردادها به کار نرفته است. پس تفاوتی بین عقود و قراردادها وجود دارد که قانون مدنی ایران کلمه عقود را در مواردی و کلمه قراردادها را در موارد دیگر به کار برده است؟ ماده ۱۳ قانون آئین دادرسی مدنی ایران می‌گوید: در دعوی بازرگانی و دعوی راجع به اموال منقول که از عقود و قراردادها ناشی

1. Convention.

2. contract.

شده باشد، خواهان می‌تواند به دادگاهی رجوع کند که عقد یا قرارداد در حوزه آن واقع شده است یا تعهد می‌بایست در آنجا انجام شود.

با مطالعه قوانین افغانستان نیز به دست می‌آید که عقد با قرار داد تفاوت دارد در قانون مدنی عقد به عقود معین به کار رفته است، اما قرارداد بیشتر در حقوق تجارت و قانون کار استعمال شده و توافقات بین تجار و بین کارگر و کارفرما که به صورت کتبی باشد «قرارداد» نامیده شده و توافقاتی که به صورت شفاهی باشد عقد نامیده شده است. مثلاً در ماده ۶۰۸ قانون تجارت افغانستان آمده است: «برای عقود تجارته رضاء و موافقت طرفین کافی است تنظیم قرارداد و یا ایفای مراسم دیگر لزوم ندارد.»

در این ماده به توافق کتبی قرارداد استعمال شده است. همچنین در ماده ۶۰۹ قانون تجارت آمده است: «... اگر قرارداد تنظیم هم نگردیده ولی ثابت شود که طرفین عقد را منعقد دانسته اند عدم تنظیم قرارداد سبب عدم انعقاد عقد شمرده نمی‌شود.»

پس از این عبارت فهمیده می‌شود که عقد چیزی جدای از قرارداد است. نتیجه اینکه همان عرف رایج در حقوق ایران هم مانند افغانستان این است که قرارداد برای عقود جدید به کار برده می‌شود.

۳. تعریف تعهد^۱

تعهد، رابطه‌ی حقوقی یا اعتباری بین دو شخص است که بر مبنای آن یک طرف رابطه به عنوان متعهد باید مالی را بدهد یا کاری را انجام دهد یا انجام ندهد. به تعبیر دیگر رابطه‌ی حقوقی است که بر مبنای آن یک طرف به عنوان متعهد می‌تواند از طرف دیگر (متعهد) مالی را بخواهد یا اینکه از او بخواهد کاری را انجام دهد یا انجام ندهد. تعهد به اعتبار متعهد یک تکلیف و یک دین است و به اعتبار متعهد یک حق و یک طلب است که از آن به «حق دینی» تعبیر می‌شود. از این رو بعضی منابع حقوقی تعهد را به تکلیف قانونی یک شخص به دادن مال یا انجام یا خودداری از انجام کاری تعریف نموده‌اند. پس تعهد: «رابطه حقوقی است که به موجب آن شخصی در برابر دیگری مکلف به انتقال و تسلیم مال یا انجام کاری می‌شود، خواه سبب ایجاد آن رابطه عقد باشد یا ایقاع و یا الزام قهری» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۸۵).

برخی از اساتید حقوق درباره تعهد نوشته اند: تعهد در اصطلاح حقوقی، دارای دو معنی مصدری و اسم مفعولی یا همان محصولی است. در معنای مصدری، تعهد عبارت است از به عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد مانند این که کسی در برابر مالک کارخانه‌ای متعهد گردد، در عوض مبلغ معینی، ماشین آلات آن کارخانه را نصب کند. شخصی را که انجام یا ترک عملی را بر عهده می‌گیرد «متعهد» و شخصی که به سود او تعهد به عهده گرفته می‌شود «متعهد له» و مورد تعهد که همان نصب ماشین آلات کارخانه است را اصطلاحاً «متعهد به» می‌گویند. به عنوان مثال، تعهد در این معنی در ماده ۲۲۱ قانون مدنی به کار رفته است (شهیدی، ۱۳۸۴، ص ۴۱). در معنی اسم مفعولی، تعهد عبارت است از وظیفه حقوقی که قانوناً بر عهده شخص

^۱. Obligation.

متعهد ثابت می‌شود که در صورت خودداری از انجام آن، به تقاضای متعهدله و به وسیله مرجع قضایی، ملزم به انجام آن خواهد شد. تعهد در این معنی به وظیفه حقوقی که به اراده شخصی بر عهده او قرار می‌گیرد و نیز به وظیفه‌ای که بدون اراده شخص و مستقیماً به حکم قانون ثابت می‌شود مانند وظیفه جبران خسارت ناشی از تلف کردن مال دیگری به کار می‌رود. برای مثال تعهد در این معنی در ماده ۲۲۲ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: در صورت عدم ایفاء تعهد، با رعایت ماده فوق، حاکم می‌تواند به کسی که تعهد به نفع او شده است اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تأدیه مخارج آن محکوم نماید. همچنین در ماده ۲۲۶ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: در مورد ایفاء تعهدات از طرف یکی از متعاملین، طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت نماید، مگر این که برای ایفاء تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد و اگر برای ایفاء تعهد مدتی مقرر نبوده، طرف وقتی می‌تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است (شهیدی، ۱۳۸۴، ۴۲). تا حال مفهوم چند اصطلاح توضیح داده شد و در بند بعدی مفهوم عقد از منظر حقوق فرانسه بحث می‌شود.

بند ۲. پیشینه تاریخی قانون مدنی فرانسه و افغانستان

۱. پیشینه تاریخی قانون مدنی فرانسه

ناپلئون بناپارت در سال ۱۷۹۹ در فرانسه به قدرت رسید، تلاش نمود از طریق ایجاد یک نظام حقوقی به نظام سیاسی خود مشروعیت ببخشد. در سال ۱۸۰۴ مجموعه‌ای از حقوق دانان را مؤلف نمود تا پیش نویس قانون مدنی کشور را بنویسند. در نتیجه تلاش چند ساله حقوق دانان فرانسوی و پیگیری و حساسیت خاص ناپلئون در سال ۱۸۰۷ قانون مدنی فرانسه تکمیل و به تصویب شد. این قانون با عبارت کد مدنی فرانسه^۱ و یا با عنوان دیگر کد ناپلئون بناپارت یاد می‌شود (الیوت، ۱۳۸۷، ۱۳). قانون مدنی فرانسه از سه کتاب تشکیل شده است. کتاب اول مربوط به حقوق شهروندی، تابعیت و حقوق خانواده است. کتاب دوم در باره اموال و مالکیت و حق انتفاع از اموال بحث می‌کند. کتاب سوم که بزرگترین کتاب می‌باشد احکام ارث، هبه و حقوق قراردادهای و مسئولیت مدنی و آثار تعهدات را مطرح می‌سازد (نویسن، ۱۳۹۰، ۱۱۲). بیش از دو قرن این قانون با ساختار معین خود قانون مدنی نافذ فرانسه بود و بسیاری از کشورهای دیگر نیز بخشی یا همه قانون مدنی‌شان را از این قانون اقتباس کرده‌اند. در ۱۹ دسامبر ۲۰۰۲ کتاب چهارمی به قانون مدنی فرانسه اضافه گردید که در اول ژوئن ۲۰۰۴ مواد آن لازم‌الاجرا گردید. کتاب چهارم مخصوص ساکنان جزیره مایوتو می‌باشد (پرویز نویسن، ۱۳۹۰، ص ۱۱۲).

در این مدت طولانی از عمر قانون مدنی فرانسه دیدگاه‌های جدیدی در رابطه با حقوق تعهدات مطرح شد. حقوق دانان تغییر قانون مدنی فرانسه را لازم دانسته و دیدگاه‌های جدیدی مطرح کردند و مواردی اصلاحی را پیشنهاد نمودند و اصلاحات جزئی در بخش‌های از قانون مدنی صورت گرفت، حقوق دانان این اصلاحات را کافی ندانسته خواهان تغییر کل قانون مدنی شدند. براین اساس پیش

^۱. French civil code

^۲. code napoleon bonaparte.

نویس‌های تهیه شده پیش نویس تغییر قانون مدنی فرانسه از مدت‌های مدیدی مورد بحث و گفتگوی حقوق‌دانان فرانسوی قرار گرفت (Mazeud 2006, p. 37). پس از گذشت بیش از دو قرن، سرانجام قانون‌گذار فرانسه به انجام اصلاحاتی اساسی در حقوق قراردادهای این کشور مبادرت نمود. در بخش حقوق قراردادهای قانون مدنی فرانسه به‌طور کلی اصلاح و بازسازی شد، تا بتواند خود را با تغییرات زمانی واقتضائات عصر وفق دهد. اولین بازنگری قانون قراردادهای فرانسه در طول ۲۰۰ سال اخیر بوده است.

این تغییر، رویداد عظیمی در فرانسه محسوب می‌شود و نقطه‌ای اوج تلاش‌های متعدد در اصلاحات این قانون بوده که بیش از صد سال پیش آغاز شده و در پانزده سال گذشته شدت یافته است. حقوق‌دانان دلائل ضرورت اصلاحات وارده بر قانون قراردادهای این کشور را چند چیز عنوان نمودند: ناقص و قدیمی بودن مقرراتی مربوط به حقوق قراردادهای، فقدان اعتبار بین‌المللی حقوق قراردادهای و عدم جذابیت این قانون در تجارت بین‌المللی. حرکت جدی به سمت اصلاحات از ۲۰۰۴ شروع شد، جدیت سیاسی لازم برای اصلاح قانون قراردادهای در بین سال‌های ۲۰۱۰ و ۲۰۱۰ ایجاد شد. در طول نزدیک به یک دهه چندین لایحه مورد بررسی دقیق حقوق‌دانان و قضات قرار گرفته بودند. سرانجام پیش نویس لایحه‌ی اصلاحی در سال ۲۰۱۵ به‌چاپ رسید. در فوریه ۲۰۱۶ به شکل نهایی خود منتشر گردید و در یکم اکتبر ۲۰۱۶ به اجرا گذاشته شد (روان، ۲۰۱۷، ۱-۶). در بخش حقوق قراردادهای ۱۵۰ ماده جدید اضافه شد و بخش‌های دیگر حقوق قراردادهای نیز به‌طور جدی اصلاح شد که مجموعاً قانون مدنی فعلی فرانسه دارای ۲۵۳۴ ماده است در حالی که قانون قدیم فرانسه ۲۳۰۲ ماده بود. البته تغییرات قانون اخیر، صرفاً در بخش «حقوق تعهدات» و قواعد عمومی قراردادهای و اثبات تعهدات است.

این اصلاحات سه هدف اساسی را دنبال می‌کند نخست تضمین امنیت حقوقی و کارایی معیارهایی است که قواعد عمومی قراردادهای را برای عموم مفیدتر می‌سازد هدف دوم، تقویت عدالت قراردادی بود که موجب ارائه راهکارهایی به‌منظور حمایت از طرف ضعیف قرارداد گردید و نهایتاً هدف سوم نیز جذاب‌تر نمودن حقوق قراردادهای فرانسه بود، چرا که حقوق قراردادهای فرانسه به‌عنوان مبنای مبادلات اقتصادی، با واقعیات اجتماعی و اقتصادی جهان کنونی فاصله داشت (نوری یوشانلوئی، شاهین، ۱۳۹۷، ۳-۱).

۲. پیشینه تاریخی قانون مدنی افغانستان

قانون مدنی افغانستان شامل چهار جلد است: جلد اول (از ماده ۱-۴۸۳) باب تمهیدی شامل سه فصل است فصل اول تطبیق قانون، ساحه تطبیق از حیث زمان و مکان و قواعد کلی ساحه تطبیق قانون و قواعد حل تعارض و مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی است. فصل دوم اشخاص، احکام اشخاص حقیقی حالت مدنی، اقامتگاه، تابعیت، فامیل، ازدواج، طلاق، نسب و ولایت. اشخاص حکمی مانند وقف، جمعیت‌ها و مؤسسات بحث می‌شود. فصل سوم راجع به اموال است. جلد دوم (از ماده ۴۸۴-۱۰۳۴) کتاب حق، شامل ۵ باب، باب اول احکام عمومی حق، باب دوم منابع حق مانند تصرف حقوقی و حادثه حقوقی.

عقد، انواع عقد، شرایط واحکام عقد. باب سوم آثار وجبیه، باب چهارم انقضای حق. باب پنجم اثبات حق بحث می‌شود. جلد سوم (از ماده ۱۰۳۵-۱۸۹۹) کتاب عقود معین، شامل ۵ باب، باب اول: تملیک شامل بحث بیع، هبه، شرکت، قرض، و صلح. باب دوم: عقود انتفاع شامل بحث اجاره، عاریه باب سوم: عقود کار و ودیعه باب چهارم: عقود احتمالی. باب پنجم: عقود توثیق مانند کفالت، وکالت، ضمانت، حواله مطرح می‌گردد. جلد چهارم (از ماده ۱۹۰۰-۲۴۱۶) کتاب حقوق عینی است، شامل دو باب. باب اول: حقوق عینی اصلی ملکیت، قیود ملکیت، اسباب ملکیت، انتقال ملکیت بحث ارث و وصیت، شفع، حیات، حق انتفاع. باب دوم: حقوق عینی تبعی و حق حبس مال مطرح می‌گردد. این قانون شامل ۲۴۱۶ ماده است و در سال ۱۳۵۴ به تصویب رسید و در سال ۱۳۵۵ اجرائی شد (قانون مدنی، ۱۳۵۵). در ارتباط با منابع قانون مدنی اطلاعات دقیقی در دست نیست که منبع اولی و اصلی این قانون چه بوده، ولی به طور اجمال می‌توان گفت که تهیه کنندگان قانون مدنی افغانستان از منابع مختلف استفاده نموده اند. بخش از این قانون ترجمه مواد مجله الاحکام، قانون مدنی عثمانی است و بخش‌های دیگر این قانون از قانون مدنی فرانسه و مصر اقتباس شده و بخش‌های هم از فقه حنفی و مالکی گرفته شده است.

بند ۳. تحول مفهومی عقد در قانون مدنی فرانسه

با تغییر قانون مدنی فرانسه در بخش تعهدات، مقررات حقوقی قراردادها در قانون مدنی فرانسه تغییراتی زیادی پیدا کرده است، بسیاری از ساختارهای حقوق مدنی در بخش تعهدات تغییر کرد و دیدگاه‌های جدیدی وارد عرصه حقوق تعهدات شد.

در این تحقیق فقط مفهوم و تعریف یکی از نهادهای مهم حقوق تعهدات یعنی «عقد» مورد تحقیق قرار می‌گیرد. قبل از طرح تعریف جدید لازم است تعریف قدیم عقد ذکر شود که در گذشته قانون‌گذار فرانسوی عقد را چگونه تعریف کرده است، تا بتوانیم تفاوت و امتیاز تعریف جدید را بشناسیم. در قانون مدنی قدیم فرانسه در ماده ۱۱۰۱ عقد را چنین تعریف نموده است:

«عقد عبارت است از توافقی که به موجب آن، یک یا چند شخص در مقابل یک یا چند شخص دیگر، تعهد به انتقال مال یا انجام یا عدم انجام کاری بکنند»^۱

در این تعریف، عقد به توافق دو یا چند شخص به منظور تعهد به انتقال مال یا انجام و عدم انجام کاری تعریف شده است، به عبارت دیگر عقد در مفهوم قانون مدنی قدیم فرانسه عبارت بود از «تعهد» انتقال مال و انجام دادن یا ندادن کاری خلاصه می‌شد.

حقوق دانان در تحلیل ماده ۱۱۰۱ گفته اند قانون‌گذار با به کارگیری کلمه توافق نامه در ابتدای ماده عقد را از اعمال حقوقی یک‌جانبه (ایقاع) متمایز کرده است. این تمایز ضروری است؛ زیرا اعمال حقوقی یک‌جانبه فقط با اعلام اراده یک شخص به وجود می‌آید، در حالی که عقد نیازمند توافق اراده حد اقل دو شخص است. در این نظام حقوقی حقوق دانان «وصیت» را مثال بارز اعمال حقوقی یک‌جانبه می‌دانند. بنابراین، در هر عقدی توافق اراده حد اقل دو شخص ضروری است. ثانیاً عقد فقط متعاقدين را متعهد

¹ . Art. 1101 A contract is an agreement by which one or several persons bind themselves, towards one or several others, to transfer, to do or not to do something.

می‌سازد و این اثر نسبی عقد نامیده می‌شود. بنابراین، توافق اراده دوشخص نمی‌تواند شخص ثالثی را متعهد سازد. این تفکیک عقد را در برابر اعمال حقوقی جمعی قرار می‌دهد. ثالثاً در تعریف عقد مقرر نموده است که توافق دو اراده ایجاد تعهد می‌کند؛ یعنی در هر عقدی یک رابطه حقوقی میان متعاقدين برقرار می‌شود. این عنصر عقد را از توافقی‌های که ایجاد تعهد نمی‌کند متمایز می‌سازد. به‌عنوان مثال در مواردی که دوشخص براساس عمل دوستانه توافق بر مهمانی می‌کنند که یک طرف مهمان و دیگری میزبان باشد، در اینجا توافق هست، ولی بر اثر این توافق هیچ تعهد حقوقی الزام‌آوری به وجود نمی‌آید. بنابراین، هر توافقی را نمی‌توان عقد اصطلاحی دانست.^۱

اثر نتیجه این توافق (عقد) ایجاد تعهد است. پس هرگاه اثر توافق تبدیل، سقوط یا ازاله یا انتقال تعهد و یا آثار دیگر باشد براساس این تعریف این عمل حقوقی عقد شمرده نمی‌شود، در حالی این اعمال حقوقی عقد به حساب می‌آید. با توجه به اشکالات تعریف قانون مدنی فرانسه از عقد در قانون جدید تعریف کاملی از عقد ارائه دادند. در تعریف جدید تحولی زیادی در مفهوم و قلمرو عقد به وجود آمده که عرصه وسیعی را شامل می‌شود. در قانون مدنی جدید فرانسه در همان ماده ۱۱۰۱ عقد را چنین تعریف نموده است:

عقد عبارت است از توافق اراده دو یا چند شخص، به منظور ایجاد، تغییر، نقل و انتقال و از بین بردن تعهد.^۲

در تعریف جدید، هم در خود مفهوم عقد و هم قلمرو آن تحول به وجود آمده است. در حالی که در تعریف قدیم قلمرو عقد محدود بود.

۱. تحلیل چرایی تغییر بنیادی مفهوم عقد

با مقایسه دو تعریف این پرسش به ذهن می‌آید که چه چیز باعث این تغییر اساسی در تعریف مفهوم عقد شده است؟ در نظام حقوقی فرانسه برای معرفی عمل حقوقی دوطرفه واژه «عقد» و «توافق نامه» به کار می‌رود و عقد مفهوم اخص از توافق نامه دارد. در تعریف توافق نامه گفته است: توافق دویا چند اراده است برای ایجاد، انتقال، تبدیل، تغییر یا تحدید تعهد (Mazead, 1969)، اما عقد توافق اراده دو شخص یا چند شخص است در ایجاد تعهد (ibid) گفته شده است که قانون‌گذار فرانسه تحت تأثیر اندیشه‌های «پوتیه» و «دوما» قرار گرفته عقد را از توافق نامه متمایز ساخته است. اکثر حقوق دانان در حال حاضر معتقدند ثمره‌ای بر متمایز ساختن این دو وجود ندارد و لازم نیست این دو از هم تفکیک شود (سنه‌وری، ۲۰۰۹، ۱۴۹-۱۵۰).

این عقیده و باور سبب شد که قانون‌گذاران فرانسه در گذشته عقد را از توافق نامه جدا نموده و در نتیجه عقد را در ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی براساس همان باور تعریف نمایند و اثر عقد را ایجاد تعهد و یا انجام عمل بدانند. اما دیدگاه حقوق دانان در طول چند قرن عوض شد و دیدگاه پوتیه و دوما دیگر طرف

^۱ pochy- simon (s) op

^۲ Art. 1101. – A contract is a concordance of wills of two or more persons intended to create, modify, transfer or extinguish obligations.

دار نداشت و حقوق دانان جدید فرانسه در تمام بخش‌های تعهدات و قراردادهای دیدگاه و نظریات جدیدی مطرح نمودند از جمله دامنه عقد را وسیع‌تر از ایجاد تعهد دانسته و بر اساس دیدگاه‌های جدید قانون مدنی جدید فرانسه بخش تعهدات شکل گرفت و تغییرات زیادی در این بخش به وجود آمد. در عمل حقوق دانان دیدند که با مفاهیمی در جامعه مواجه می‌شوند که در بین عرف به آن عقد می‌گویند و آثار عقد بر آن مترتب می‌گردد، ولی با تعریف عقد در قانون مدنی بیگانه است، همچنین مواردی که در تعریف عقد آمده قرار داد گفته می‌شود نه عقد. این واقعیات عینی سبب شد که حقوق دانان فرانسوی با توجه به مقتضیات زمان تعریف جدیدی از عقد ارائه دهند.

۲. بررسی و تحلیل ویژگی‌های مفهوم جدید عقد

الف. در تعریف جدید عنصر «اراده» که عنصر اصلی در هر عقد است ذکر شده و اصل حاکمیت اراده که یکی از اصول بنیادین در انعقاد عقد و هرگونه توافقی به حساب می‌آید، توافق طرفین به اراده متکی است به صراحت در تعریف آورده شده است. در حالی که این عنصر مهم و کلیدی در تعریف عقد در قانون قدیم وجود نداشت. علاوه بر ماده ۱۱۰۱ در ماده ۱۱۰۲ جدید نیز اصل آزادی قراردادهای را بیان نموده است. این ماده بیانگر آن است که هر شخص برای انعقاد قرارداد و یا عدم انعقاد آن آزاد است، و همچنین برای تعیین طرف قرارداد و محتوا و شکل آن در محدوده‌ای که توسط قانون تعیین شده آزادی عمل دارد. این ماده همچنین این مطلب را اضافه می‌کند که طرفین قرارداد نمی‌توانند از الزامات قانونی بکاهدند (روان، ۲۰۱۷، ۱۰).

در حقوق فرانسه، اصل آزادی قراردادهای یک اصل قدیمی و بلامنازع است، اما با این حال، این اصل در قانون مدنی سال ۱۸۰۴ به صراحت در مواد قانون ذکر نشده است. قانون جدید آن را برای اولین بار با صراحت به رسمیت شناخته است. این اصل به طور نمادین در ابتدای قانون جای گرفته تا اهمیت آن را نمایان کند.

ب. در قانون جدید، قلمرو عقد توسعه یافته و عناصر جدیدی در تعریف اضافه شده است و آن عبارت است از ایجاد، انتقال، تغییر (تعدیل) و زوال تعهد، در حالی که در تعریف سابق فقط عنصر «انتقال» و «انجام عمل» یا «ترک آن» وجود داشت. در تعریف جدید چهار عنصر اساسی و مهم به عنوان آثار عقد ذکر شده است: مانند ایجاد، تغییر، نقل و انتقال و ازاله تعهد. از دو عنصر موجود در مفهوم عقد در قانون مدنی گذشته فقط یک عنصر یعنی تعهد به انتقال در تعریف جدید عقد منعکس شده است، اما عنصر انجام و یا ترک عمل در تعریف جدید ذکر نشده دلیل آن شاید این باشد که انجام یا ترک کار در عرف امروزی در قالب قرارداد کار مطرح می‌گردد نه در قالب عقد.

۳. توضیح عناصر و مؤلفه‌های تعریف جدید

الف. ایجاد تعهد

عنصر اصلی و مهم در تعریف جدید «ایجاد» است، عقد منع و سبب ایجاد تعهد می‌باشد، یعنی به واسطه عقد تعهدی به وجود می‌آید مانند نکاح که در نتیجه انعقاد عقد رابطه و علقه زوجیت محقق می‌شود و تعهدی برعهده هریک از طرفین عقد به وجود می‌آید همچنین به محض انعقاد عقد بیع در ذمه هریک از عاقدین تعهدی ایجاد می‌گردد، بایع ملزم و متعهد می‌شود که مبیع را بدون کدام مانعی به مشتری تسلیم نماید و مشتری هم متعهد است که ثمن را بدون کدام مانع به بایع تحویل دهد. هم چنین در عقد اجاره موجر متعهد و ملزم می‌شود به تملیک منفعت به مستأجر و مستأجر متعهد می‌گردد به پرداخت عوض و اجاره بها.

ب. تغییر (تعدیل) تعهد

در مورد عنصر دوم تردید وجود دارد که آیا کلمه تعدیل مناسب است یا تغییر. گرچند در ترجمه انگلیسی قانون مدنی فرانسه کلمه^۱ آمده که ترجمه دقیق آن تعدیل نیست، چون در مورد تعدیل واژه‌های^۲ به کار برده شده است. بنابراین، اگر modify به تغییر ترجمه شود شاید مناسب باشد. از طرفی هم تعدیل در جای مطرح است که وضعیت اقتصادی خراب باشد و اجرای قرارداد با دشواری مواجه شده باشد، در این فرض حقوق دانان معتقدند که عقد نباید بهم بخورد باید متناسب با وضعیت شرایط قرارداد تعدیل شود، اما تغییر در جای است که ممکن است قرارداد، قابلیت اجرا را نداشته باشد و یا براساس خواست و اراده طرفین در مورد بهتر اجرا شدن قرارداد نیز مصداق پیدا می‌کند.

با مطالعه حقوق فرانسه، این نتیجه به دست می‌آید که در حقوق این کشور در مورد امکان تعدیل تعهدات، قاعده‌ای وجود ندارد. نویسندگان حقوقی فرانسه و رویه قضایی فرانسه عدم امکان تعدیل را تأیید می‌کند، و بر اجرای عقد بیشتر تأکید می‌ورزند، تا جبران خسارت ناشی از وقایع پیش بینی نشده (ibid.p.568N.1919.) پس مناسب عنوان تغییر تعهد است؛ چون تعدیل در قانون فرانسه در موارد خاصی پیش بینی می‌شود.

ج. نقل و انتقال

انتقال آنست که طرفین توافق نمایند که تعهدی از یک داین به دائن دیگر حواله شود و یا از یک مدیون به مدیون دیگر منتقل شود. انتقال تعهد عبارت است از این که تعهدی از ناحیه‌ی مدیون به لحاظ دینی که بر ذمه‌ی اوست یا از ناحیه‌ی دائن به لحاظ حق شخصی او به شخص دیگری منتقل می‌شود و صرفاً اطراف تعهد تغییر می‌کنند و در خود تعهد تغییری ایجاد نمی‌شود. انتقال از ناحیه‌ی مدیون را انتقال دین و انتقال از ناحیه‌ی داین را انتقال طلب می‌نامند. در انتقال دین که گاهی میان طلبکار و مدیون جدید و بدون رضایت مدیون سابق انجام می‌شود و گاهی نیز میان مدیون سابق و مدیون جدید و با

^۱. modify

^۲. Adjustment & Revision

رضایت دائن صورت می‌گیرد، دین با تمام اوصاف، ایرادات، و تضمینات یه‌مدیون جدید منتقل می‌شود. البته نقل و انتقال، عرصه وسیعی را شامل می‌شود، ممکن است انتقال مال، عین و یا دین باشد و یا انتقال عقد و قرارداد باشد.

د. عنصر ازاله

مقصود از ازاله تعهد این است که با توافق طرفین عقد فسخ شود که از آن به‌اقاله یاد می‌کنند و یا اینکه با عقد صلح طرفین حق خود را از دیگری زایل کند. در قانون قبلی فرانسه بحث ازاله مطرح نشده است. پس در تعریف جدید، عقد عبارت است از همکاری و توافق متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی، اثر این ماهیت حقوقی ممکن است انتقال مالی از یک طرف به‌طرف دیگر در برابر عوض مانند انتقال مبیع از بایع به‌خریدار در برابر ثمن معلوم در عقد بیع یا بلاعوض مانند انتقال رایگان مالی از مصالح به‌متصلح در عقد صلح بلاعوض باشد و یا اثر آن ازاله و اسقاط یک تعهد باشد و یا تغییر تعهد مانند تغییر موضوع متعهد در تبدیل تعهد و یا زوال تعهد، مانند از بین رفتن تعهد هر یک از دو طرف عقد، در برابر زوال تعهد طرف دیگر، به‌وسیله قرارداد باشد.

یکی از نهادهای حقوقی که براساس اراده طرفین محقق می‌شود، «تبدیل تعهد» است که در تعریف قانون جدید فرانسه از عقد این مورد را شامل نمی‌شود، در قانون قدیم تبدیل تعهد یکی از اسباب سقوط تعهدات معرفی شده است. تبدیل تعهد، عبارت است از جایگزینی تعهدی با اوصاف، تضمینات و وثایق جدید، به‌عبارت دیگر تبدیل تعهد، نیز عقدی است که به‌موجب آن تعهد موجود با شرایط و ویژگی‌هایش منتفی شده و تعهد جدید جایگزین آن می‌شود.

بند ۴. تعریف عقد در قانون مدنی افغانستان

چنانچه در پیشین تاریخی قانون افغانستان توضیح داده قانون مدنی سابقه نزدیک به پنجاه ساله را دارد. در ماده ۴۹۷ قانون مدنی افغانستان عقد را چنین تعریف نموده است: «(۱) عقد، عبارت از توافق دو اراده است به‌ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون (۲) به اثر عقد وجایب هر یک از عاقدین در برابر یکدیگر مرتب می‌گردد.»

بررسی و تحلیل تعریف عقد، قبل از تحلیل این موضوع این پرسش مطرح می‌شود که این تعریف از کجا اقتباس شده چون می‌دانیم که قوانین مدنی بسیاری از کشورها از قانون فرانسه اقتباس والگو برداری شده است. می‌دانیم که این تعریف از قانون قدیم فرانسه که یکی از منابع قانون مدنی افغانستان است گرفته نشده چون قبلاً تعریف قانون قدیم فرانسه را ذکر کردیم که با این تعریف فرق دارد. با مراجعه به منابع دیگر مانند مجله‌الاحکام، فقه حنفی و مالکی، قانون مدنی قدیم مصر نیز این تعریف وجود ندارد. پس قانون‌گذاران از کدام منبع چنین تعریفی به‌دست آورده‌اند؟ یک احتمال این است شاید این تعریف از حقوق فرانسه اتخاذ شده باشد، چون حقوق‌دانان

فرانسه در گذشته بین عقد و توافق نامه تفاوت قائل بودند و شبیه تعریف قانون مدنی افغانستان از توافق نامه تعریف ارائه داده اند. احتمال دیگر اینکه شاید ابتکار قانون گذاران باشد.

تعریف عقد در قانون مدنی شامل دو بند است:

بند اول این ماده شبیه تعریف قانون مدنی جدید فرانسه است. همان عناصری (مانند ایجاد، نقل و ازاله) که در تعریف قانون مدنی فرانسه آمده بود، در این تعریف نیز ذکر شده است، تفاوت در این است که در قانون مدنی افغانستان کلمه «تعدیل» ذکر شده ولی در قانون فرانسه کلمه «تغییر» آمده است.

در تعریف قید «دو اراده» قید احترازی و وجه تمایز عقد از ایقاع دانسته می‌شود؛ زیرا در ایقاع، وجود یک اراده برای ایجاد اثر کافی است. در مورد این که انشاء در عقد، ماهیت ایجابی دارد (ایجاد تعهد) یا واجد جنبه سلبی (سقوط تعهد) نیز هست، از بررسی عناصر چهارگانه به دست می‌آید که براساس تعریف قانون مدنی از عقد، ماهیت آن تنها ایجابی نیست، بلکه جنبه سلبی نیز دارد، ازاله حق نیز توسط اراده طرفین در قالب عقد و با رضایت آنها صورت می‌گیرد. گرچند بعضی گفته‌اند با عقد فقط می‌توان تعهدی را ایجاد کرد؛ از این رو اگر انشای طرفین سبب سقوط تعهد باشد، آن را «اقاله» می‌نامند، نه عقد؛ اما در حقوق افغانستان در یک فرض اقاله را عقد می‌داند. در ماده ۷۵۰، قانون مدنی افغانستان آمده است: «اقاله در مورد متعاقدين حکم فسخ را داشته و در برابر شخص ثالث، عقد جدید شناخته می‌شود»

این ماده از فقه حنفی گرفته شده، چون نظر ابوحنیفه این است که اقاله در مورد متعاقدين در حکم فسخ و نسبت به شخص ثالث عقد جدید است (ابن عابدین، ۱۴۱۵، ۳۶). با این حال به طور اجمال می‌توان گفت براساس قانون مدنی افغانستان در باب اقاله، اقاله نیز عقدی جدید است که در پی عقد سابق می‌آید و در آن توافق طرفین است که وضعیت جدیدی را ایجاد می‌کند.

بقیه واژه‌ها در تعریف حقوق فرانسه آمده بود توضیح داده شد سه تا کلید واژه در تعریف عقد توضیح داده نشده یکی واژه حق، حدود قانون و کلمه تعدیل که نیاز به توضیح دارد:

۱. واژه حق

واژه حق مانند بقیه اصطلاحات و الفاظ دارای معنای لغوی و اصطلاحی است.

الف. حق در لغت

حق، جمع آن حقوق است، به معنای پایدار، پدید آورنده، راست، واجب، عدل، ضد باطل، ملک، یقین، بهره و سهم هر کس، نام خدا، میانگین و معدّل هر چیزی آمده است و نیز به معنای ثبوت، و موجود ثابت (طریحی، ج ۱، ۵۴۵؛ الفیومی، بی تا، ج ۱، ۱۴۳) وجود ثابتی که انکار آن روا نباشد، نیز به معنای وجود مطلق و غیر مقیدی که به هیچ قیدی تقیید نشده باشد، یعنی ذات اقدس باری تعالی آمده است (کشاف اصطلاحات الفنون، ج ۱، ۶۸۳). این واژه هرگاه به صورت مصدری به کار رود، به معنای «ثبوت» و اگر به شکل وصفی استعمال شود، به معنای «ثابت» است.

ب. حق در فقه

در فقه معانی مختلفی برای واژه حق ارائه شده است، برخی آن را مرتبه‌ای ضعیف از ملکیت دانسته و بعضی دیگر آن را نوعی از سلطنت. گروهی آن را امری اعتباری گرفته و عده‌ای آن را اختیار انجام فعل معنا کرده اند. تعریف جامع‌تر آن است که «حق» از سنخ سلطنت است، نه ملکیت (جوادی آملی، ۱۳۸۸، ۲۴-۲۵)

ج. حق در علم حقوق

بعضی از حقوق دانان معتقدند: «حق توانایی است که به اشخاص داده شده است. بنابراین، عنصر اصلی حق اراده این است که به وسیله قوانین حاکمیت یافته است. بعضی دیگر در تعریف حق گفته اند: «حق نفعی است که از نظر حقوقی حمایت شده است.» بنابراین، درباره مفهوم وجوه حق می‌توان گفت: «حق سلطه و اختیاری است که حق هر کشور به منظور حفظ منافع اشخاص به آنها می‌دهد» (کاتوزیان، ۱۴۰۲، ۱۷). حقوق جمع حق به مجموعه امتیازاتی که قانون جهت حفظ نظم و برپایی دادگری، برای پاره از مردم می‌شناسد (ساکت، ۱۳۸۷، ۱۶۲). همچنین حق عبارت است از قدرت، امتیاز، سلطه یا خواسته‌ای پیوسته و جدا نشدنی که قانون برای شخص می‌شناسد.

۲. عبارت حدود قانون

در تعریف عقد عبارت «حدود قانون» ذکر شده است و لازم است قید در حدود قانون مورد دقت قرار گیرد که آیا وجود این قید در تعریف عقد لازم است یا لازم نیست و یک قید اضافی است؟ در توضیح این قید ذکر چند نکته لازم است:

الف. بیان قلمرو حاکمیت اراده

در قوانین اساسی و عادی بسیاری از کشورها ذکر عبارت «مطابق با قانون»، «در حدود قانون»، «به حکم قانون» و «به موجب قانون» رایج است، ذکر این عبارات در قوانین اساسی برای اتمام بیشتر به انجام کارها بر اساس قانون می‌باشد و قانون‌گذار می‌خواهد که هرگونه اقدامی از طرف حکومت در حدود قانون باشد و اراده حکومت را با چارچوبه قانون محدود سازد. در قوانین جزایی که از حساسیت بیشتری برخوردار است نیز قید قانون و محدودیت از طریق قانون‌گذار اعمال شده است. در قوانین جزایی و قوانین اساسی این تعبیر زیاد به کار می‌رود در قانون اساسی افغانستان در مواد زیادی تعبیر در حدود احکام قانون به کار رفته است. دوماده به عنوان نمونه ذکر می‌شود. در ماده دوم، قانون اساسی اجرای مراسم دینی پیروان ادیان را منوط به قانون نموده است: دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مقدس اسلام است. پیروان سایر ادیان در پیروی از دین و اجرای مراسم دینی - شان در حدود احکام قانون آزاد می‌باشند.

در ماده چهل در باره استفاده از ملکیت آمده است: ملکیت از تعرض مصون است. هیچ شخص از کسب ملکیت و تصرف در آن منع نمی‌شود، مگر در حدود احکام قانون.

در قانون اساسی ایران هم این تعبیر زیاد به کار رفته است مثلاً در اصل سیزدهم قانون اساسی ایران آمده است: ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی تنها اقلیت‌های دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل می‌کنند.

همچنین در اصل هفتاد و یکم، قانون اساسی آمده است: مجلس شورای اسلامی در عموم مسایل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند.

ذکر این قید در قوانین مدنی به ندرت اتفاق می‌افتد، چون بیشتر مقررات مدنی تکمیلی است و طرفین می‌توانند بر خلاف آن توافق نمایند، ولی به‌طور مطلق آزاد نیستند که هر نوع توافق آزاد باشد هرگونه که بخواهند توافق نمایند. چند مورد از مقررات مدنی از قانون مدنی ایران و چند مورد از قانون مدنی افغانستان ذکر می‌گردد.

محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده در ماده ۱۰، ۹۷۵ و ۹۶۰ قانون مدنی ایران و در ماده ۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی ایران در مواد یاد شده اراده افراد محدود شده است به اخلاق حسنه و نظم عمومی و قانون آمره.

اما در قانون افغانستان عبارت در حدود قانون و به احکام قانون در موارد متعددی آمده است در مورد اجرای قانون خارجی در افغانستان آنرا منوط به اخلاق حسنه و نظم عمومی نموده است مثلاً در ماده ۳۵ قانون مدنی، آمده است: «احکام قانون خارجی به‌نحوی که در مواد قبلی این قسمت تصریح گردیده، در حدودی قابل تطبیق می‌باشد، که مخالف نظام عامه یا آداب عمومی در افغانستان نباشد»

در موادی ۸، ۳۹۳، ۵۴۸، ۷۵۲، ۸۲۶، ۹۹۱، ۱۰۷۰، ۱۱۶۴، ۱۵۰۴، ۱۸۰۹، ۱۹۰۰، ۱۹۰۴ و مواد دیگر قانون مدنی عبارت در حدود قانون و احکام قانون آمده است مثلاً در ماده ۱۹۰۰ در باره حق استفاده مالک از مال خودش آمده است: «ملکیت، حقی است که به مقتضای آن شی تحت اراده و تسلط شخص قرار می‌گیرد و تنها مالک می‌تواند در حدود احکام قانون به استعمال، بهره برداری و هر نوع تصرف مالکانه در آن بپردازد»

ماده ۱۹۰۴. مالک می‌تواند در ملکیت خود در حدود قانون تصرف نماید.

به‌طور کلی اصل آزادی اراده به رسمیت شناخته شده است و قانون محدودیتی برای طرفین قرارداد ایجاد نمی‌کند مگر در موارد زیر:

الف. وقتی قانون قاعده و ضابطه‌ای را به‌عنوان ضابطه قطعی و آمره مقرر کرده باشد، متعاقبین نمی‌توانند بر خلاف آن توافق نمایند.

ب. وقتی مقرر قانونی جنبه اخلاق حسنه و یا نظم عمومی داشته باشد که تخلف از آن در قرارداد جایز نیست.

ج. وقتی دستور قانونی مربوط به حقوق راجع به شخصیت انسان باشد که در این صورت هم مثل موارد بالا تجاوز از حدود مقررات مزبور در قرار داد تنظیمی امکان نخواهد داشت»
 بنابراین، در قرار دادهای خصوصی آزادی اراده به عنوان یک اصل پذیرفته شده است و آنچه استقلال اراده را محدود می‌کند همان مخالفت با قانون است و منظور مخالفت با قوانین آمره است که عبارت اند از: مقررات مربوط به اخلاق حسنه و نظم عمومی و دیگر ضوابط آمره و نه هر قانونی که فاقد اوصاف مذکور باشد. در واقع قوانین امری قوانینی است که هرگونه توافق برخلاف آن ممنوع است، اما قوانین تفسیری آنست که می‌توان برخلاف آن توافق کرد و قانون‌گذار نیز نسبت به این گونه مقررات نظر تحمیلی ندارد و آن را در اختیار افراد نهاده است و در مقابل آنچه را تکلیف کرده است و نظر به امر و نهی در آنها دارد در قوانین آمره آورده است.

ب. شامل عقود معین و نامعین

یکی از احتمالاتی که می‌توان در باره قید یاد شده مطرح کرد این است که شاید قانون‌گذار خواسته که این تعریف عقود معین و نامعین را دربرگیرد. بدین معنا که قانون‌گذار خواسته هم عقود معین را تعریف نماید و هم مشروعیت عقود نامعین و قراردادهای را در ذیل این ماده بیان نماید. در واقع این قید نقش ماده ۱۰ قانون مدنی ایران را ایفا می‌نماید.
 پرسش دیگر این است که این قید (قانون) حدود توافق اراده است یعنی اراده افراد را محدود می‌سازد، یا این قید به عناصر چهارگانه بر می‌گردد و یا اینکه قید مخصوص همان عنصر اخیری یعنی ازاله است؟

چند احتمال وجود دارد:

الف. یک احتمال این است که این قید دامنه «اراده افراد» را محدود می‌سازد که آنان نمی‌توانند هرگونه عقدی را که دل‌شان بخواهند روی آن توافق نموده و عقدی منعقد سازند، بلکه توافق افراد زمانی اعتبار دارد و اثر حقوقی بر آن مترتب می‌گردد که در چارچوب قانون باشد.
 ب. احتمال دیگر این است که قید قانون اراده افراد را در عناصر چهارگانه محدود می‌سازد، یعنی ایجاد حق، تعدیل حق، نقل و انتقال و ازاله حق باید در چارچوب قانون باشد. بنابراین، طرفین عقد نمی‌توانند در سایه توافق اراده‌شان هر نوع حقی را ایجاد یا زایل نموده و یا نقل و انتقال دهند. باید قانون اجازه بدهد تا اراده اثر حقوقی داشته باشد.

ج. احتمال دارد که اراده را در مورد اخیری محدود سازد و ممکن است که قید مربوط به ازاله باشد، البته این احتمال موجه به نظر نمی‌رسد؛ زیرا تفاوتی بین عناصر چهارگانه وجود ندارد، اگر قید به ازاله برگردد ترجیح بلا مرجح لازم می‌آید، ممکن است کسی بگوید قید معمولاً به نزدیک‌ترین جمله ارجاع داده می‌شود، ازاله آخرین کلمه است و می‌تواند توجیهی داشته باشد، ولی خیلی موجه به نظر نمی‌رسد.

۳. بحث تعدیل^۱

عناصر موجود در تعریف عقد را در بحث تعریف عقد در قانون مدنی فرانسه مطرح کردیم و تکرار نمی‌کنم فقط کلمه «تعدیل» در حقوق فرانسه نیامده بود و در تعریف قانون مدنی افغانستان آمده است نیاز به توضیح دارد:

تعدیل از مصدر «عَدَلَ» در لغت به معنای راست کردن، راست و درست کردن (غیاث اللغه ذیل عدل) راست کردن چیزی یا حکمی (اقرّب الموارد ذیل عدل) به معنای برابر کردن چیزی با چیزی و راست کردن راستی و درستی و حجت و عدالت و تسویه (نهایه، ۱۹۸۹، ۱۰۱۸) برابری نیز آمده است. در فارسی امروزی، کاستن از شدت و حدت چیزی یا عملی است.

تعدیل در اصطلاح حقوقی، نزدیک به معنای لغوی است و همواره تقسیم و توزیع عدالت بین دوفرن یا دو چیز و برابر و راست کردن دوطرف یک چیز یا عقد به کار می‌رود (سلطانیان، ۱۳۹۴، ۲۰). «اصطلاح تعدیل قرارداد» به معنای «اصلاح قرارداد پیشین و تغییر در شرایط و اوصاف عوض یا معوض است. این تغییر، کاستن یا افزودن در مقدار آن دو را نیز شامل می‌گردد.» این تغییر و اصلاح یا مستند به توافق طرفین است و یا مستند به قانون. تغییر همیشه مستند به توافق طرفین نبوده گاه به صورت قانونی انجام می‌یابد.

منظور از تعدیل تعهد آن است که طرفین قراردادی که با رعایت شرایط قانونی منعقد شده باشد و دو طرف هم ملزم به رعایت آن باشند، با وجود این گاهی شرایط غیرقابل پیش بینی به وقوع بپیوندند که تعادل قراردادی و عدالت معاوضی حاکم بر قرارداد خدشه دار گردد و اجرای تعهد را برای یکی از متعاهدین بسیار دشوار یا پر هزینه می‌کند. به بیان دیگر در بعضی اوضاع و احوال اجرای دقیق مفاد قرار داد برای متعهد ناممکن باشد، در این صورت طرفین قرارداد در شیوه و نحوه اجرای قرار داد باهم توافق می‌نمایند، مانند قسط بندی در پرداخت پول یا زمان بندی در تحویل کالا یا ثمن معجل به ثمن مؤجل تعدیل گردد (سلطانیان، ۱۳۹۴، ص ۱۱-۱۲).

در صورتی که اجرای قرارداد با مشکل مواجه شده باشد، متعهد به خاطر حدوث تعذر مالی توان اجرای مورد عقد یا تعهد را ندارد. در این فرض چه کار باید کرد آیا متعهد را به حال خودش رها کرد یا اینکه راه‌های قانونی برای بیرون رفت از این مشکل وجود دارد؟ به نظر می‌رسد در صورت وقوع تعذر مالی، این متعهدله است که می‌تواند در خصوص فسخ یا تعدیل قرارداد تصمیم بگیرد. اگر نفعی در بقای قرارداد می‌بیند، از این حق خود استفاده کند و قرارداد را تعدیل نماید؛ در غیر این صورت می‌تواند با اعمال حق فسخ، از این قید رهایی یابد.

تعدیل قراردادی که به سبب ناتوانی مالی متعهد متعذر شده، دلایل مختلفی از جمله قاعده لاضرر برای این توجیه وجود دارد، یکی از این دلایل، تمسک به قیاس اولویت است؛ یعنی زمانی که به متعهدله اجازه داده می‌شود در صورت تعذر مالی قرارداد را فسخ کند، پس به طریق اولی باید امکان تعدیل

¹. Revision- adjustment.

قرارداد را امکان‌پذیر دانست. پذیرش تعدیل با خواست و مقصود مشترک طرفین سازگاری بیشتری دارد، زیرا با توجه به اصل لزوم و اعتبار قرارداد، باید تا حد ممکن از انحلال آن پرهیز شود.

آقای کاتوزیان درباره تعدیل قرارداد می‌نویسد: منظور از تعدیل قرارداد این است که هرگاه در اثر وقوع حوادث مختلفی از قبیل جنگ، تغییر در سیاست‌های اقتصادی، تحولات سیاسی داخلی و خارجی یا هر علت خارجی دیگری، بحران اقتصادی شدید روی دهد و در نتیجه آن، اوضاع و احوال و شرایط زمان قرارداد بطور اساسی تغییر کند و توازن مالی قرارداد به شدت برهم خورد، طرفین قرارداد قانون و یا دادگاه در مفاد قرارداد دخل و تصرف کنند و شروط قراردادی را تغییر دهند و آن را با شرایط جدید تطبیق دهند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۸۷).

در حقوق فرانسه این مسئله تحت عنوان «تئوری عدم پیش بینی مطرح شده است البته با فورس ماژور تفاوت دارد، زیرا درجایی به دکتترین عدم پیش بینی استناد می‌شود، که اجرای تعهد، از نظر اقتصادی «دشوار»^۱ گردیده است. درحالی‌که استناد به فورس ماژور در موردی است که وفای به عهد «غیر ممکن»^۲ شده باشد (یزدانیان، ۱۳۹۲، ۳۲۷).

بند ۵. مقایسه تعریف عقد در حقوق هر دو کشور

گرچند تغییرات جدید در مقررات قانون مدنی فرانسه در بخش قراردادهای و تعهدات، مدرن و برخاسته از دانش و تجربیات حقوق دانان فرانسوی است که این مقررات را متناسب با نیاز و مقتضیات زمان نوشته اند و می‌تواند الگوی برای دیگر کشورها نیز باشد، ولی از آنجایی که مبانی حقوق فرانسه با مبانی حقوق افغانستان تفاوت دارد، طبیعی است که مبنای متفاوت نتیجه متفاوت خواهد داشت. در مقام مقایسه تعریف هر دو قانون از عقد می‌توان گفت از لحاظ قلمرو شمول و عناصر موجود هر دو قانون مشابه هم هستند اگرچه تفاوت‌های وجود دارد، از عناصر چهارگانه که در تعریف قانون مدنی افغانستان بود سه تای آن (ایجاد، انتقال و ازاله) در تعریف حقوق فرانسه آمده است، ولی با وجود وجوه اشتراک تفاوت‌های نیز بین این دو تعریف مشاهده می‌شود:

الف. اولین تفاوت این است که در حقوق فرانسه، اثر عقد ایجاد، تغییر، نقل و ازاله «تعهد» دانسته شده است، اما از منظر حقوق افغانستان اثر عقد ایجاد، تعدیل، نقل و انتقال و ازاله «حق» می‌باشد.

اثر اصلی عقد در حقوق فرانسه تحقق تعهد یا تغییر تعهد یا ازاله و نقل و انتقال تعهد است، ولی در حقوق مدنی افغانستان اثر عقد ایجاد و یا تعدیل و انتقال و ازاله حق است. براساس دیدگاه حقوق افغانستان اثر مستقیم عقد ایجاد حق است، زمانی که حق ایجاد شد تعهد محقق می‌شود.

ب. در قانون فرانسه به صورت مطلق گفته است که اراده اشخاص اثر حقوقی دارد، اما در تعریف قانون مدنی افغانستان اراده اشخاص مقید و محدود شده است بدین معنا که اراده طرفین عقد

^۱. Difficile

^۲. impossible

زمانی اثر حقوقی دارد که در چارچوب و محدوده قانون صورت گرفته باشد. پس از منظر این قانون هرگونه توافقی اثر حقوقی ندارد، توافقی اثر دارد که در حدود قانون منعقد شده باشد و پشتوانه قانونی داشته باشد.

ج. در قانون مدنی جدید فرانسه کلمه «تغییر» آمده ولی در قانون مدنی افغانستان «تعدیل» ذکر شده که بین شان تفاوت‌های وجود دارد. تعدیل به معنای اصلاح قرارداد پیشین است، اما تغییر درجایی است که قرارداد پیشین با مشکل مواجه شده و قابل اجرا نیست و آن را تغییر می دهند.

د. تفاوت عقد و تعهد، در قانون مدنی فرانسه مباحث کلی حقوق قراردادهای تحت «عنوان عقود و تعهدات» مطرح شده است که «تعهد» در مقابل «عقد» ذکر شده است، در حالی که در حقوق افغانستان بابتی و عنوانی تحت عنوان «تعهدات» نداریم مباحثی که در حقوق فرانسه تحت عنوان تعهدات ذکر شده در حقوق افغانستان تحت عنوان «اثر عقد» ذکر می شود.

گرچه برخی از نویسندگان حقوق مدنی این دو واژه را مترادف و هم معنا دانسته اند، اما از تعریف‌های که از عقد و تعهد ذکر کردیم روشن می شود که بین این دو مفهوم تفاوت‌های وجود دارد، چنانچه آقای کاتوزیان نیز به تفاوت این دو مفهوم اشاره نموده و از اختلاط بین عقد و تعهد به شدت انتقاد نموده و با عبارت طرح نادرست می نویسد: اینکه در تقسیم بندی مطالب قانون مدنی «تعهدات» را در کنار «عقود» که از اسباب تملیک می باشد قرار داده این تقسیم بندی صحیح نیست؛ زیرا عنوان «عقود و تعهدات» تصور نادرستی در اذهان ایجاد می کند که تعهد و عقد همیشه یک مفهوم دارد و مترادف است و می توان آن دو را به جای هم استعمال کرد. ایشان سبب این آشفتگی حقوقی را آمیختگی حقوق اسلامی با حقوق اروپایی می داند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۱۸).

به نظر ایشان عقد و تعهد دو چیز جدا از هم هستند؛ چون عقد در حقیقت مبنا و سبب ایجاد تعهد است و تعهد اثری است که از عقد حاصل می شود. اگر عقدی محقق نشود تعهدی به وجود نمی آید. رابطه میان این دو از نوع رابطه سبب و مسبب است و استعمال هر یک از آن دو به جای دیگری در واقع، به کاربردن معلول به جای علت است و این امر غیر معقول است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۱۹).

نتیجه گفته‌ای ایشان که عقد مبنا و سبب تعهد است، این نیست که اثر عقد فقط ایجاد تعهد است و دیگر هیچ اثری ندارد و یا تعهد فقط همین یک منبع را دارد و منبع دیگری برای ایجاد تعهد قابل تصور نیست، بلکه عقد آثاری متعددی دارد که یکی از آن آثار ایجاد تعهد است. پس رابطه عقد و تعهد، رابطه علت معلول است. عقد سبب ایجاد تعهد و تعهد مسبب آن است (کاتوزیان، ۱۳۷۱ ج ۱، ۱۸). بنابراین عقد و تعهد هم از نظر مفهوم و هم از نظر آثار متفاوت اند. بین عقد و تعهد ملازمه نیز وجود ندارد، زیرا گاه تعهد بدون عقد به وجود می آید و گاه نیز از عقد تعهدی ایجاد نمی شود (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۸۶). بنابراین، تفاوت مبنایی و اساسی است. ولی هریک از دو تعریف امتیازاتی بر کشورها دارد.

۱. امتیاز تعریف قانون مدنی افغانستان بر قانون مدنی فرانسه

الف. به نظر می‌رسد تعبیر حقوق افغانستان که اثر عقد را ایجاد «حق» می‌داند دقیق‌تر باشد، زیرا به واسطه عقد حق ایجاد می‌شود و یکی از منابع ایجاد حق عقد است. در پی هر حقی تعهدی نیز به وجود می‌آید، چنانچه حقی ثابت نشود، تعهدی وجود نخواهد داشت، چون در باب حق و تکلیف روشن شده است که مرحله حق مقدم بر تکلیف است. در مباحث حقوق بشری آمده است که در ابتدا باید حقی شکل بگیرد، تا تکلیفی را در پی داشته باشد. بدین معنا که اول باید حقی وجود داشته باشد، تا دیگران مکلف به رعایت آن حق باشند.

ب. امتیاز دیگر تعریف قانون افغانستان این است که صرف توافق دو اراده نمی‌تواند اثر حقوقی به وجود آورد، زمانی توافق دو اراده اثر حقوقی دارد که مطابق قانون باشد. بنابراین، اگر عقدی بین طرفین صورت گیرد، ولی در محدوده قانون نباشد و خلاف قانون باشد، اثر حقوقی نخواهد داشت. کما اینکه عبدالرزاق سنهوری نیز در تعریف عقد گفته که اثر عقد ایجاد تعهد است، ولی هر تعهدی عقد نیست؛ بلکه تعهد به ایجاد اثر در محیط قانون عقد است. با این تعریف، تعهد به ولیمه دادن یا وعده انجام فلان کار خارج می‌شود؛ برخلاف تعهد کارفرما به دادن ناهار برای کارگر که در محیط قانون است و الزام آور می‌باشد. وی تصریح می‌کند که تعهد موجود در عقد، تعهد در محیط خصوصی است.

ج. امتیاز دیگر اینکه در قانون فرانسه نقل و انتقال آمده است در حالی که ذکر کلمه انتقال در تعریف اضافی است، چون زمانی که نقل محقق شد، انتقال خود به خود محقق می‌گردد پس انتقال اثر ونتیجه نقل است.

۲. امتیازات تعریف قانون مدنی فرانسه بر تعریف قانون مدنی افغانستان

الف. یکی از امتیازات تعریف قانون مدنی فرانسه بر تعریف قانون افغانستان، این است که قانون مدنی فرانسه در تعریف عقد گفته است: «توافق اراده دو یا چند شخص...» این تعبیر شامل قراردادهای دوجانبه و چند جانبه می‌شود، اما در تعریف قانون مدنی افغانستان فقط توافق دو اراده ذکر شده است که این تعریف توافقات جمعی و چند جانبه را شامل نمی‌شود.

ب. جنبه دیگری برتری تعریف حقوق فرانسه بر تعریف حقوق افغانستان، این است که در تعریف فرانسه کلمه شخص ذکر شده است که هم شامل اشخاص حقیقی می‌شود و هم اشخاص حقوقی، ولی در تعریف قانون افغانستان اراده مطلق ذکر شده و اطلاق انصراف به فرد اکمل که انسان باشد، دارد. در حالی که قراردادهای مهم بین‌المللی توسط اشخاص حقوقی منعقد می‌گردد.

در بحث از حقوق فردی در برابر حق، تعهد و بنا به قولی تکلیف قرار دارد. تکلیف به نظر می‌رسد در مفهوم اعم از تعهد باشد؛ زیرا تکلیف اوامر و نواهی قانونی و یا به عبارتی کلیه الزامات را در بر می‌گیرد. تعهد از حقوق دینی یا ذمی ناشی می‌شود و به این اعتبار برای متعهدله حق یا طلب که جنبه مثبت دارائی می‌باشد ایجاد می‌نماید.

نتیجه

به دلیل تحول مفهومی که در حقوق مدنی فرانسه در تعریف عقد صورت گرفت و این تعریف شباهتی زیادی با تعریف قانون مدنی افغانستان از عقد دارد، بدین جهت در این تحقیق مقایسه‌ای بین دو تعریف صورت گرفت مفاهیم ومؤلفه‌ها و عناصر هر دو تعریف به صورت کامل توضیح داده شد. و در نهایت به این نتیجه رسیدیم که علی‌رغم مشابهت‌های هر دو تعریف تفاوت‌های جدی هم از نظر مبنا، نگرش و قلمرو و هم از نظر مفهوم و محتوا بین دو نظام حقوقی وجود دارد. پس تعریف نیز برگرفته از نظام حقوقی است طبیعی است که تفاوت‌های با هم دارند. از جهاتی قانون افغانستان بر تعریف قانون فرانسه برتری دارد و خوب تنظیم شده و از برخی جهات قانون فرانسه خوب تنظیم شده هر یک از دو تعریف محاسن و معایبی دارد که در بخش قبل در بیان تفاوت‌ها و شباهت‌ها توضیح داده شد. نظر نهایی اینکه بعد از مقایسه دو قانون روشن شد که تعریف حقوق افغانستان از عقد تعریف خوبی است و حکایت از غنی و پر بار بودن حقوق مدنی دارد و برخی از مفاهیم را بهتر از تعریف جدید فرانسه تنظیم نموده است. نکته مهم پایانی اینکه به نظر نگارنده قانون برای بهتر و به روز شده قانون مدنی در تعریف عقد در قانون مدنی افغانستان لازم است تجدید نظر شود و دو عنوان در تعریف اضافه شود:

الف. در تعریف آمده است «توافق دو اراده» عبارت دو اراده صراحت در توافقات دوجانبه دارد در حالی که قراردادهای و توافقات قراردادی تنها دوطرفی نیست گاهی قرار داد چندجانبه و گاهی چند طرفی است، بنابراین، لازم است کلمه «چند» اضافه شود، تا شامل قراردادهای چند جانبه نیز بشود.

ب. در تعریف فقط کلمه «اراده» ذکر شده، اراده تنها انصراف به اراده فرد حقیقی دارد، در حالی که قرار دادها و عقود تنها از طرف اشخاص حقیقی منعقد نمی‌شود، بلکه امروزه قراردادهای مهم و کلان ملی و بین‌المللی از طرف اشخاص حکمی منعقد می‌گردد. برای رفع این نقیصه لازم است کلمه «شخص» در تعریف افزوده شود تا تعریف کامل شود.

فهرست منابع:

الف. کتب

۱. ابراهیم سعد، نبیل، *النظریه التزام*، بیروت دارالنهضة، ۱۹۹۸.
۲. ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، چ سوم، ۱۴۱۴ هـ ق.
۳. ابن عابدین، *حاشیه رد المحتار*، بیروت، دارالفکر، چاپ ۱۴۱۵ هـ ق، ج ۲.
۴. الیوت، کاترین ورنون، *نظام حقوقی فرانسه*، ترجمه صفر بیگ زاده، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۷.
۵. پرویز نوین، *حقوق مدنی تطبیقی* (حقوق قراردادها و تعهدات) تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۶. جوادی آملی، عبدالله، *حق و تکلیف در اسلام*، قم، مرکز نشر اسراء، چاپ سوم، ۱۳۸۸ ش.
۷. خمینی، روح الله، *کتاب البیع*، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۶ ش، ج ۱.
۸. فرج الصدر، عبدالمنعم، *نظریه العقد*، بیروت، دارالنهضة، ۱۹۷۴.
۹. قدیری، محمدحسن، *الاجاره*، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۳۷۷ ش.
۱۰. ساکت، محمدحسین، *حقوق شناسی*، تهران، نشر ثالث، چاپ اول، ۱۳۸۷ ش.
۱۱. سلطانیان، صحبت، *تعدیل قضایی قراردادها*، تهران، مجمع علمی مجد، چاپ اول، ۱۳۹۴ ش.
۱۲. سنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، بیروت، منشورات حلبی، ۲۰۰۹، ج ۱.
۱۳. *دوره حقوق تعهدات* (ترجمه) انتشارات دانشگاه قم، چاپ اول، ۱۳۸۲ ش.
۱۴. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها*، تهران، انتشارات مجد، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.
۱۵. صفایی، سیدحسین، *حقوق مدنی ۳*، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۳.
۱۶. کاشف الغطاء، محمدحسین، *بحوث فی الفقه، الاجاره*، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۹ ق.
۱۷. *تحریر المجله*، مکتبه مرتضویه، نجف، ۱۳۵۹ ق، ج ۱.
۱۸. *کشاف اصطلاحات الفنون*، ج ۱.
۱۹. ناصر، کاتوزیان، *نظریه عمومی تعهدات*، تهران، چاپ دوم ۱۳۸۲.
۲۰. *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۱ ش، ج ۱ و ۳.
۲۱. *مقدمه علم حقوق*، تهران، گنج دانش، چ بیست و چهارم، ۱۴۰۲.
۲۲. نبویان، سید محمود، *حق و چهار پرسش بنیادین*، قم، مؤسسه امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۸۸ ش.
۲۳. نهبونی، محمدعلی، *المنجد فی اللغة والاعلام*، تهران، انتشارات اسماعیلیان، ۱۹۸۹.
۲۴. نوین، پرویز، *حقوق مدنی تطبیقی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۰.
۲۵. یزدانیان، علیرضا، *مطالعات تطبیقی در حقوق تعهدات*، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۲ ش.

ب. مقالات

۱. نوری یوشانلوئی، جعفر شاهین، ابوالفضل، نوآوریهای حقوق قرارداددهای جدید فرانسه و تطبیق آن با نظام حقوقی ایران، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره بیست و چهارم، پاییز ۱۳۹۷

منابع خارجی:

1. Mazeaud.(Denis)Refore du droit des contract.Revue des n101janvier2006.p.37.ibid.p.568N.1919.
2. wellman concept of right in Encyclopedia of Ethics.v.3.p.1500. pochy- simon (s) op-cit-p21et22.
3. The new French law of contract' *International & Comparative Law Quarterly* (2017)