

Original Article

A Comparative Study of the Position of the Contractualization in Iranian and French Family Law

Mohammad Reza Khalil zadeh^{*1} , Abbas Karimi², Alireza Forughi³

¹ Ph.D. in jurisprudence and private law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran.

² Professor of Private Law Department, University of Tehran, Tehran, Iran.

³ Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.2.8](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24451.1414)



[10.22080/lps.2023.24451.1414](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24451.1414)

Received:

October 26, 2022

Accepted:

April 24, 2023

Available online:

August 18, 2023

Keywords:

Contractualization,
Contractualism,
Fundamentalisation,
Mandatory rules,
Comprehensive interest.

Abstract

Contractualization is the subject of the current reflection of French law on the rapid evolution of family law. Individualism, fundamentalism, and distancing from institutionalism and imperative rules are at the root of this trend. . It is true that many forbidden things have been broken in this way. Items only Limits such as some elements of personal status and legal parenthood are not . It is true that many forbidden things have been broken in this way. Items only Limits such as some elements of personal status and legal parenthood are not contracted.. The correct understanding of contractualization will be possible by recognizing the relationship of a legal system with contractualism. In French law, there is a serious view that contractualism, although in the service of the individual, will ultimately serve society and shape a kind of social regulation of family relations. In contrast, Iranian family law, given its Islamic origins, has a serious relationship with contracts. But this relationship is organized according to the comprehensive and definite interest of man, in which no dimension of human existence is ignored and mixed with doubt and there is confidence in it. In this case, the interests of both the individual and society will be served. Proper knowledge of the boundaries of the imperative rules and protection of its capabilities can protect Iranian law from the harms of this trend while benefiting from contractualization.

*Corresponding Author: Mohammad Reza Khalil zadeh

Address: Ph.D. in jurisprudence and private law,
Shahid Motahari University, Tehran, Iran.

Email: mrkhalilzadeh@gmail.com



1. Introduction

Institutionalism and contractualism are two strong tendencies in French family law. Institutionalism is the title of a theory in Germanic Roman law, which is related to the contract. According to this law, the concept of the contract is different from the essence and the phenomenon of the contract. From an institutional point of view, the contractual image of the family is weak. On the other hand, contractualism is a tendency according to which a legal system tends to the contract and agreement of people to solve its problems. This trend starts from the foundations and resources of a legal system and shows itself in the laws and judicial procedure. Contractualization is the subject of the current reflection of French law on the rapid evolution of family law. Individualism, fundamentalism, and distancing from institutionalism and imperative rules are at the root of this trend. This is while many taboos have been broken along the way and only limited items such as some elements of personal status and legal parenthood are not contractualisable. A correct understanding of contractualization will be possible by recognizing the relationship between a legal system and contractualism. The question is, how will the contractualization of family law lead to the excellence of the family system?

2. Method

The current study follows the analytical-descriptive approach to answer the research question.

3. Findings and Conclusion

In French law, there is a serious view that contractualism, although in the service of

the individual, will ultimately serve society and shape a kind of social regulation of family relations. Pacs, Free Alliance, and more recently, same-sex marriage, divorce without a judge, alternative dispute resolution methods, parental authority, and GPA (Gestation for others) are examples in which contractualization has led to significant changes in France.

In contrast, Iranian family law, given its Islamic origins, has a serious relationship with contracts. But the path of contractualism is organized according to the comprehensive and definite interest of man, in which case the interests of both the individual and society will be served. The guarantee of the individual's benefit is an important basis in the contractualization of family law. However, in Iranian law, contractualization must provide an overall and definitive interest of the man in a global vision, in which no dimension of human existence is ignored and mixed with doubt and there is confidence in it. On the other hand, the relationship between contracting and justice is very important. Justice, in the strict sense, is putting everything in its place. Undoubtedly, contractualism has a real place in family law, and the discovery of this position and its introduction by jurists realizes human interests by considering all aspects of human existence. In French law, the most important dimension of contractualization is the service to the individual, which takes place in two forms: individual autonomy and the extension of their rights and freedoms. But with careful analysis of the nature of the contract, this study concludes that the hallmark of the contract is the autonomy of will, which can take a step towards the realization of the global interest if it moves by assured instruments. Proper knowledge of the

imperative rules' boundaries and protection of its capabilities can protect Iranian law from the harms of this trend while benefiting from contractualization. In Iranian law, one of the most important capacities of contractualism is the freedom to determine the clauses of the marriage contract and the principle of non-opposition to the mandatory rules in case of doubt in the clauses of the marriage contract. Whereas, in French law, although couples are free to choose the form of the contract (marriage, free union, Pacs), there is no contractual freedom in marriage clauses. In addition, cases such as Conditional and Absolute Divorce, Arbitration, Consensual Divorce, Qole Divorce, and Mubarat are examples of this ability in Iranian law.

Funding

There is no funding support.

Authors' contribution

The authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

Conflict of interest

The authors declared no conflict of interest.

Acknowledgments

The authors appreciate all the scientific consultants in this paper.

مقایسه ی قراردادی سازی در حقوق خانواده ایران و فرانسه

محمد رضا خلیل زاده^{*۱} , عباس کریمی^۲، علیرضا فروغی^۳

^۱ دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.

^۲ استاد گروه حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

^۳ استادیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.2.8](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24451.1414)



[10.22080/lps.2023.24451.1414](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24451.1414)

چکیده

قراردادی سازی موضوع تامل جاری حقوق فرانسه در مسیر تحول قابل توجه حقوق خانواده است. فردگرایی، اساسی سازی و فاصله گرفتن از نهادگرایی و قواعد آمره منشاء این جریان محسوب می‌شوند. این درحالی است که بسیاری از امور ممنوعه در این مسیر شکسته شده اند. فقط موارد محدودی مثل برخی عناصر احوال شخصیه و نسب قراردادی نشده اند. شناخت صحیح قراردادی سازی، با تشخیص نسبت یک نظام حقوقی با قراردادگرایی میسر خواهد شد. در حقوق فرانسه این نگاه جدی است که قراردادی سازی گرچه در خدمت فرد است اما نهایتاً در خدمت جامعه خواهد بود و نوعی تنظیم اجتماعی روابط خانواده را رقم خواهد زد. در مقابل، حقوق خانواده ی ایران با توجه به خاستگاه اسلامی خود رابطه ای جدی با قرارداد دارد. اما این رابطه فقط با توجه به مصلحت جامع و قطعی انسان سامان می‌یابد. مصلحت جامع و قطعی انسان عبارت از منفعتی است که هیچ بعدی از ابعاد وجودی انسان را نادیده نگرفته و با تردید آمیخته نباشد و نسبت به آن اطمینان وجود داشته باشد. در این صورت است که منافع فرد و جامعه توأمان تامین خواهند شد. شناخت صحیح مرزهای قواعد آمره وصیانت از ظرفیت های آن می‌تواند حقوق ایران را ضمن بهره مندی از قراردادی سازی نسبت به آسیب های این موج حفظ نماید.

تاریخ دریافت:

۱۴۰۱ آبان ۰۴

تاریخ پذیرش:

۱۴۰۲ اردیبهشت ۰۴

تاریخ انتشار:

۱ مهر ۱۴۰۲

کلیدواژه ها:

اساسی سازی قراردادی
قراردادی سازی قواعد آمره
مصلحت جامع

* نویسنده مسئول: محمد رضا خلیل زاده

ایمیل: mrkhalilzadeh@gmail.com

آدرس: دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.

۱ مقدمه :

نهادگرایی (Thierry Debard et (Institution) Serge Guinchard, 2017-2018) و قرارداد گرایی (Contractualism) دو گرایش مطرح در حقوق خانواده ی فرانسه هستند. نهادگرایی، عنوان نظریه ای در حقوق رومی ژرمنی و مربوط به عقد است که طبق آن مفهوم عقد و قرارداد غیر از ذات و پدیده ی عقد است (کاتبی، ۱۳۸۰: ۱۹۵). در نگاه نهادی وجهه ی قراردادی خانواده کمرنگ است. (40 : Malaurie et Fulchiron, 2020) در مقابل، قراردادگرایی، گرایشی است که طبق آن، یک نظام حقوقی برای حل مسائل خود به قرارداد و توافق افراد گرایش دارد. این گرایش از مبانی و منابع یک نظام حقوقی آغاز و در قوانین و رویه ی قضائی خود را نشان می‌دهد. در فرانسه حقوق خانواده به سرعت در حال تحول است و قراردادی سازی (Contractualisation) جریانی نوین و مهم در این دگرگونی است. قراردادی سازی جریانی است که طی آن عرصه هایی که قبل از این قابل قرارداد نبوده اند، این قابلیت را می یابند که متعلق قرارداد واقع شوند (41-40 : Malaurie et Fulchiron, 2020).^۱ توجه به این نکته نیز ضروری است که قراردادگرایی تفاوت ظریف و مهمی با قراردادی سازی دارد در ترکیب اول به نوعی به توصیف وضعیت حقوق خانواده می‌پردازیم ولی در دومی حکمی عملی صادر می‌کنیم. به این معنا که جریان قراردادی سازی در یک نظام حقوقی به دنبال قراردادی کردن عرصه هایی است که تا کنون در آنها توافق افراد کارگر نبوده است. ضمن اینکه استعمال این دو واژه در حقوق ایران با توجه به جستجوی انجام شده بی‌سابقه است. اگر برای اولین بار به دو ترکیب قراردادی سازی و حقوق خانواده در کنار یکدیگر توجه شود، نوعی تناقض احساس می‌شود. منشا

این تناقض این پیش فرض است که حقوق خانواده را نمی‌توان قراردادی کرد. این در حالیست که اساسا خانواده براساس یک قرارداد (عقد) شکل می‌گیرد (طوسی، ۱۴۰۷ : ۴/۲۵۰؛ ابن حیون مغربی ۱۳۸۵: ۲۱۹) (Fenouillet et P. de Vareilles, 2001:59) گرچه این اعتقاد وجود دارد که نکاح قراردادی است که در آن شائبه عبادیت وجود دارد و گویا این قرارداد برزخ بین معاملات و عبادات است (ترحینی، ۱۴۲۷ : ۶/۶۸۶)؛ اما هیچ کس منکر حضور جدی تراضی طرفین در حقوق خانواده نیست. در فضای نظری حقوق ایران اگر چه به جریان قراردادی سازی در حقوق خانواده به صورت مستقل توجهی نشده است اما حقوق خانواده ی ایران در این زمینه ایستا نبوده و رابطه ای جدی با قراردادگرایی دارد و این مهم با توجه به مبانی فقهی خانواده در اسلام بیش از پیش آشکار خواهد شد. در حقوق ایران قبل از هر چیز توصیف عرصه هایی از حقوق خانواده که توافق و قرارداد در آنها ممکن است، ضروری است. در این صورت است که ممکن است قراردادی سازی معنا داشته باشد. چرا که معرفی این عرصه‌ها به جامعه ی حقوقی و اصلاح قوانین در این مسیر، ممکن است، نوعی قراردادی سازی تلقی شود. گفتگوی متقابل دو نظام حقوقی فرانسه و ایران در این موضوع بی تردید مفید فائده خواهد بود. برای شکل گرفتن یک گفتگوی مفید و قابل اعتنا در این موضوع از لایه های زیرین دانش حقوق که در فلسفه ی حقوق از آن بحث می‌شود تا سطحی ترین لایه ها که عبارت از مواد قانونی و رویه ی قضایی است، باید مورد توجه واقع شوند.

قراردادی سازی در فرانسه از طرفی مورد توجه کسانی است که از کاهش کنترل اجتماعی خوشحال می‌شوند و از طرفی مایه ی تاسف کسانی است که از مرگ خانواده ی سنتی ناراحتند. در حقوق ایران،

^۱ برای نگاه تطبیقی به قراردادی سازی با یکی دیگر از

کشورهای اروپایی نک : Lamarche et Renchon,

2018:19



سوال این است که قراردادی‌سازی حقوق خانواده چگونه موجب تعالی نظام خانواده خواهد بود؟ در مقاله‌ی پیش رو، پاسخ این سوال، با روش تحلیلی - توصیفی واکاوی خواهد شد. در ادامه خواهیم گفت که قراردادی‌سازی اگر در خدمت مصلحت جامع و قطعی انسان باشد هم در خدمت شخص است و هم در خدمت جامعه. انتخاب این ساختار برای مقاله بی دلیل نیست و با توجه به طرح انتخابی آقای فولشیرون در یک سخنرانی برای ارائه‌ی این موضوع و نقدی که نگارنده در قالب همان ساختار به ایشان ارائه کرده است، انتخاب شده است. از نظر نگارنده، قراردادی‌سازی به معنای پیروزی قرارداد بر آمرانه نیست بلکه قراردادی‌سازی اگر در مسیر صحیح سامان یابد؛ به معنای تحقق عدالت و موفقیت آن در تنظیم و هدایت آزادی به سوی مطلوب است.

۲ قراردادی‌سازی در خدمت مصلحت جامع و قطعی انسان

در حقوق فرانسه تامین منفعت فرد مبنایی مهم در قراردادی‌سازی حقوق خانواده معرفی شده است (Fulchiron, 2021: 2)؛ اما در حقوق ایران در نگاهی نو و مبتنی بر مبنای حقوق اسلام، قراردادی‌سازی در یک نگاه فراگیر باید مصلحت جامع و قطعی انسان را تامین کند. در تعریف مصلحت جامع و قطعی انسان که ابداع نگارنده است باید گفت؛ عبارت از منفعتی است که هیچ بعدی از ابعاد وجودی انسان را نادیده نگرفته (جامع) و با تردید آمیخته نبوده، نسبت به آن اطمینان وجود داشته باشد (قطعی).

از طرفی رابطه‌ی قراردادی‌سازی با عدالت بسیار مهم است عدالت در معنایی دقیق عبارت است از قراردادن هر شیء در جای خودش (جوادی آملی،

اما جلب توجه محققین به این موضوع در بستر حقوق خانواده از طرفی می‌تواند موجب پیش‌گیری از آسیب‌های این پدیده باشد؛ چرا که محققین دانش‌های مختلف مرتبط با خانواده در ایران، برای حل مسائل این عرصه دیر یا زود به این جریان در قالب موافق یا مخالف توجه خواهند کرد و از طرفی می‌تواند بازخوانی نگاه حقوق خانواده‌ی اسلامی به موضوع قراردادگرایی و احتمالا کشف ظرفیتهای آن در حل مسائل خانواده را رقم بزند.

در حقوق ایران البته رنگ و بوی بحث متفاوت است. قواعد آمره در خانواده اصولاً در مقابل قراردادی‌سازی سر فرود نمی‌آورند اما قراردادی‌سازی در گستره‌ی حقوق خانواده منحصر به عرصه‌ی قواعد آمره نیست. به نظر می‌رسد معرفی این عرصه‌ها به جامعه‌ی حقوقی ایران سازنده و راه‌حلی برای برخی مشکلات حقوق خانواده است. بنابراین یکی از گام‌های اساسی در این بحث شناخت حیطة‌هایی از حقوق خانواده است که در حوزه‌ی قراردادی‌سازی قرار نمی‌گیرند و مهمتر از آن شناخت معیارهایی است که قواعد آمره را سامان می‌دهند.

پروفسور فولشیرون حقوقدان به نام فرانسوی دوگانگی این پدیده را مورد توجه قرار گرفته است. این نگاه معتقد است که اگر چه قراردادی‌سازی اصولاً در خدمت فردگرایی تعریف می‌شود اما نوعی سیاست و تدبیر جامعه برای تنظیم روابط خانواده است. به دیگر سخن قراردادی‌سازی نوعی کنترل اجتماعی است با راهبردی (استراتژی) جدید (Malaurie et Fulchiron, 2020: 40).

طبق این نگاه اگر قراردادی‌سازی به معنای پیروزی آزادی اراده بر قاعده‌ی آمره و قرارداد بر نهاد باشد، این یک روش جدید تنظیم خانواده است و در واقع قراردادی‌سازی اگر در خدمت شخص باشد می‌تواند در خدمت جامعه هم باشد. در حقوق ایران اما می‌توان بحث را در عین توجه به مصادیق حقوقی، به گونه‌ای دیگر سامان داد.

اراده عبارت است از: «اراده و آزادی فرد در ایجاد و قبول تعهد، حاکمیت اراده و خود مختاری فرد در امور حقوقی.» (کاتبی، ۱۳۸۰: ۴۰)

این اصل این گونه نیز تعریف شده است: «خودمختاری اراده: اصل فلسفه ی حقوق و نظریه عمومی حقوق که طبق آن اراده ای که آزادانه ابراز شده قدرت ایجاد تعهدات را دارد.»^۴ (Thierry Debard et Serge Guinchard, 2017-2018)

گفته شده که این اصل ریشه در تلقی انسان به مثابه ی سوژه دارد که در فلسفه دکارت آغاز و در سوژکتیویسم کانت به اوج خود رسیده است. کانت انسان را به مثابه ی موجودی عاقل، مختار، دارای اراده و البته دلیر در به کارگیری عقل خود بنیاد و مستقل خویش معرفی می‌کند (بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۲۵).

این اعتقاد وجود دارد که در فقه امامیه شکل‌گیری و توقیفی بودن عقود ناشی از عدم مشروعیت اصل حاکمیت اراده است و مشکل نظام حقوقی ایران تلاش برای آشتی دادن این دو مبنای متعارض است. بنابراین باید یکی از این دو رویکرد را انتخاب کرد و از تشویش یا وضع مواد متعارض در نظام حقوقی ایران جلوگیری کرد (بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۲۵).

به نظر می‌رسد این تحلیل از این نکته غفلت کرده است که منظور از اصل حاکمیت اراده در فضای حقوقی ایران، کناره‌گیری شارع مقدس در تعهدات نیست (علیدوست، ۱۳۹۵: ۵۱۸)؛ چرا که ممکن است که شارع به تعهدات انسان نه لزوماً در قالب عقود معین بلکه تحت عموماتی مثل عقد، تجارت یا شرط مشروعیت بخشیده باشد. با این

شخص با جنسیت مخالف یا یکسان که با هم به صورت یک زوج زندگی می‌کنند»

⁴ Autonomie de la volonté : Principe de philosophie juridique et de théorie générale du droit en vertu duquel la volonté librement exprimée a le pouvoir de créer des obligations .

بی تردید قراردادگرایی در حقوق خانواده جایگاهی واقعی در عالم ثبوت دارد که کشف این جایگاه، عرضه ی آن در عالم اثبات و معرفی آن توسط دانشمندان دانش حقوق مصالح انسان را با در نظر گرفتن تمام ابعاد وجودی انسان رقم می‌زند. قراردادی سازی در حقوق فرانسه در صدد کنار زدن قواعد آمره ی گذشته به نفع اراده ی طرفین بوده است و در این مسیر امور ممنوعه ی زیادی را در نوردیده است. همه چیز از ازدواج، پیمان همبستگی مدنی^۲ (Pacs- Pacte civil de solidarité) و اتحاد آزاد^۳ (Concubinage) گرفته تا طلاق، ولایت ابوینی، ارث و حتی رابطه ی فرزندی (نسب)، کم و بیش قراردادی می شوند (Maurie et Fulchiron, 2020: 39). همانطور که گفته شد؛ در حقوق فرانسه مهمترین بعد قراردادی سازی خدمت به فرد معرفی شده است که در دو قالب استقلال فرد و گسترش حقوق و آزادی های او محقق می‌شود (Maurie et Fulchiron, 2020: 39). اما با تحلیل دقیق ماهیت قرارداد به این نتیجه می‌رسیم که وجه بارز قرارداد گرایی حاکمیت اراده است حاکمیت اراده میتواند در مسیر تحقق مصلحت جامع انسان گام بردارد، اگر با اطمینان از صحت گزاره های حقوقی خروجی همراه باشد.

۲،۱ حاکمیت اراده در مسیر تحقق مصلحت جامع

همانطور که گفتیم وجه بارز قراردادگرایی حاکمیت اراده است. در موضوع حاکمیت اراده، چه در فضای حقوق تعهدات و چه در دانش فلسفه، آراء و تحلیلهای متعددی ارائه شده است. اصل حاکمیت

^۱ برای دیدن تفاوت این مفهوم کانونی در بحث حاضر با تعاریف دیگر عدالت از منظر حقوق بشر نک: قاری، ۱۳۸۰: ۲۴۳

^۲ ماده ی ۵۱۵-۱ قانون مدنی فرانسه «پیمان مدنی همبستگی، قراردادی است که میان دو شخص حقیقی بالغ، با جنسیت متفاوت یا یکسان، به منظور ساماندهی زندگی مشترکشان منعقد می‌شود»

^۳ ماده ی ۵۱۵-۸ قانون مدنی فرانسه «اتحاد آزاد، پیوندی عملی است با ویژگی یک زندگی مشترک پایدار و با دوام میان دو



سختی می‌توان سابقه ی این قول را در آراء فقهای امامیه یافت. با وجود آنچه گفته شد به اصل حاکمیت اراده به صورت خاص در حقوق خانواده به صورت خاص توجه نشده است. از این رو تحلیل اراده های حاکم بر قرارداد در حقوق خانواده ضروری است. اراده هایی که قرارداد بین دو زوج را می سازند با مولفه های زیرقابل شناسایی هستند. این اراده ها:

- مبتنی بر منافع مشترک قرارداد را منعقد می‌کنند.

- اصولا دقت زیادی به خرج می‌دهند چرا که منشاء ساختن قرارداد را در نوع انتخاب خود می‌بینند آن هم در موضوعی دارای ابعاد گسترده به نام خانواده.

- مسئولیت ها و تکالیف ناشی از قرارداد را مورد توجه قرار می‌دهند.

- محدودیتی بزرگ به نام اراده ی همسر را در مقابل می‌بینند (در موارد تعارض منافع زوجین یا نبود اشتراک در خواسته ها)

- اراده های سازنده متعلق به انسان هستند وقتی می‌گوییم اراده زن یا اراده ی شوهر باید دقت کنیم، اراده موجودی را تحلیل می‌کنیم که دارای آزادی مطلق نیست بلکه با محدودیت های متعدد زیستی روانی، اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و .. مواجه است (جوادی آملی، ۱۳۷۷؛ ۹).

- به هر حال این اراده ها آزادند و این آزادی یک واقعیت است که می تواند در راستای مصلحت جامع صاحبش حرکت کند .

با مرور شناسه های ذکر شده نوعی دو گانگی تکوینی در اراده ی آزاد دیده می‌شود اراده آزاد خصوصا در قالب قرارداد با نوعی تناقض مواجه است؛ از طرفی محدود است که به این محدودیت و محدودیت های دیگر اشاره شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۱۹) و از طرفی آزاد. بی توجهی به این محدودیت در قراردادی سازی موجب خطای

بیان حاکمیت اراده در تعهدات در طول اعطای مشروعیت شارع تعریف می‌شود. ضمن اینکه این یک تلاش برای نزدیکی به حاکمیت اراده در غرب نیست بلکه ممکن است واقعیت حقوق اسلام در پذیرش اصل حاکمیت اراده اما با قرائت توحیدی مورد غفلت واقع شده باشد. در این صورت حقوق اسلام در این زمینه پیش‌گام بوده است.

در فرانسه این اصل را می‌توان از پسِ رنسانس جستجو کرد. جایی که اصل لیبرالیسم حقوقی در مبادلات به عنوان محور پذیرفته شد. بدین ترتیب آراء جان لاک و ژان ژاک روسو و سایر فیلسوفان قرن هجدهم به وسیله ی افراد چون پوتیه وارد قانون مدنی فرانسه شد (بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۲۸). گرچه این اصل به معنای فلسفی خود در حقوق غرب با محدودیتهای متعددی در طول زمان مواجه شده است؛ اما همچنان محور حقوق تعهدات غرب است.

بعضی از حقوقدانان حاکمیت اراده را اصلی مسلم می‌دانند: «از نظر ما به جای آنکه شك بی‌مورد کنیم و خود را اسیر امواج شك گردانیم، بهتر است به اصول مسلم و بدیهی حقوق متوسل شویم. اصل آزادی اراده از بدیهیات است. تا وقتی که مانع مسلم برای نفوذ اراده در مقررات نباشد نمی‌توان نفوذ جلوه ی اراده را به صرف شك گرفت. رشد عاقلانه‌ی اراده، سرچشمه ی فیاض زندگی است. حیف نیست که به استناد شك و اوهام این چشمه را گل آلود کنیم؟ رهاکردن يك اصل بدیهی حقوق و تسلیم شك شدن، نوعی بی‌تعدالی در اندیشیدن است.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۴۹)

در صورت تلاش برای توجیه این گفته طبق ادله فقهی دو دلیل عقل و سیره ی عقلا می‌تواند به عنوان مستمسک بدیهی دانستن اصل حاکمیت اراده مطرح شود. یعنی نزد این حقوقدان یا به حکم مستقل عقل، اصل آزادی اراده ثابت است و یا بنای عقلایی که مورد ردع شارع قرار نگرفته بر این اصل مستقر شده است. با فرض اثبات اصل حاکمیت اراده با این دو دلیل این نکته باقی است که به

۲،۲ اطمینان از صحت حرکت قراردادگرایی

قراردادگرایی همانطور که گفته شد در معرض دو حرکت نامتعادل است؛ بنابراین باید مسیری را طی کند که با کمترین خطا مواجه باشد. تشخیص ابزارهای مطمئن برای تعیین مسیر صحیح قراردادی سازی از سویی و تعیین موضوعات قابل قراردادی سازی و غیر قابل قراردادی سازی از سوی دیگر، در این زمینه بایسته ی توجه است. نکته ی دیگر، تمرکز و شاید بازنگری بحث از منابع حقوق در نظام های حقوقی است که در کنار توجه به متدولوژی استنباط قوانین از اهمیت بالایی برخوردار است.

اما آنچه در این مجال قابل توجه است اطمینان بخشی یا اطمینان بخش تر بودن یک ابزار یا منبع حقوقی است. تکیه بر احتمالات ضعیف و یا امور غیر قطعی یا غیراطمینان بخش خروجی های یک نظام حقوقی را متزلزل می کند.^۱

در این زمینه توجه به تعریف قطع و اطمینان قابل توجه است اولی عبارت است از این که محقق صد درصد گزاره ای را مطابق واقع می بیند و در دومی محقق نسبت به مطابقت گزاره مورد استفاده در تحقیقاتش، با واقع آرامش خاطر دارد. فاصله گرفتن از قطع و اطمینان، ضریب خطای یک نظام حقوقی در شناخت مسیر صحیح قراردادگرایی را بالا می برد نیز احتمال خطا در شناخت موضوعات قابل قراردادی سازی بالا می رود.

به همین دلیل است که در حقوق اسلام یکی از اصول مهم این گونه بیان شده است که اعتبار هر استدلالی باید به علم و قطع منتهی شود (مظفر، ۱۳۸۷: ۳۷۸).^۲ بنابراین است که گزاره های مورد استناد و استدلال محقق در حقوق خانواده یا باید قطعی باشند و یا پشتوانه ی قطعی داشته باشند.

محاسباتی درباره ی گستره ی آزادی قراردادی است. اگر حقیقت آزادی اراده و آزادی قراردادی، محدودیت و آزادی را در کنار هم دارد و صحنه ی تکوین این چنین است تقنین نمی تواند بدون توجه به هست ها بایدها را سامان دهد این همان پیوند مستحکم تشریح و تکوین است (مکارم، ۱۴۲۴: ۱۱۱/۳).

از مجموع گزاره های ذکر شده می توان نتیجه گرفت که قراردادگرایی می تواند با دو جریان نامتعادل مواجه شود جریانی که با بزرگ نمایی فردگرایی و تبلور آزادی در قراردادگرایی به اسم منفعت فرد مصلحت جامع او را نادیده می گیرد و جریانی که بدون توجه به واقعیت قراردادی و ظرفیت های آن برای تنظیم و ارتقای روابط اعضای خانواده و معالجه ی آسیب های آن در عرصه های مختلف، از آن فاصله گرفته بلکه آن را مخالف ارزش های خانواده معرفی می کند.

آنگونه که عدالت و مصلحت جامع انسان را تعریف کردیم، عدالت می تواند مصلحت جامع انسان را محقق کند. به دیگر سخن عدالت به دنبال جایگاه واقعی اراده ی انسان و قرارداد گرایی (یکی از قالب های حاکمیت اراده ی انسان) در عرصه پیچیده ای به نام خانواده است خانواده که در ساده ترین و قطعی ترین شکل آن از دو جنس مخالف (دو موجود پیچیده و کاملاً متفاوت) تشکیل شده است.

تمام این موارد حاکی از این است که قضاوت مبتنی بر عدالت درباره مصلحت جامع انسان در این عرصه درباره هر موضوعی از جمله قرارداد گرایی به همان اندازه پیچیده است در این راستا بحث از ابزارهایی که ما را به قضاوت صحیح درباره حاکمیت اراده و قراردادگرایی و مرزهای آن رهنمون می شوند، ضروری است.

^۲ فَإِنَّ الْعِلْمَ تَنْتَهِي إِلَيْهِ حُجِّيَّةُ كُلِّ حُجَّةٍ.

^۱ إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا (آیه ۳۶ سوره ی یونس)



ودیگر حقوق و آزادی هایی است که برای شهروند اروپایی شناخته شده است (Maurie et Fulchiron, 2020 : 39) در واقع حقوق خانواده در فرانسه به دنبال عرصه هایی است که قابل قراردادی سازی نیستند عرصه هایی که ظاهراً محدودند مثل برخی عناصر احوال شخصیه و نسب گرچه قراردادی سازی و گسترش سریع آن در حقوق فرانسه به معنای حاکمیت مطلق آزادی و منافع فرد نیست چرا که همچنان قراردادهای الحاقی، محتوای از پیش تعیین شده توسط قانون^۱ و اصول نظم عمومی، مرزهای آزادی را پر رنگ می کنند (Fulchiron, 2021:1; Malaurie et Fulchiron, 2020 : 38)

سوال اینجاست که قراردادی سازی آیا همیشه در خدمت فرد است؟ استقلال فرد و گسترش آزادی های او آیا لزوماً به مصلحت او منجر می شوند؟ برای مثال دو جامعه را در نظر بگیرید در هر دو جامعه قراردادی سازی به یک میزان در حقوق خانواده گسترش یافته است زنان و مردان در یک جامعه، دارای تحصیلات عالی، صاحب تجربه و دارای مطالعات کافی درباره ی خانواده و در یک کلام فرهنگ عمومی در سطح بالا یا قابل قبولی است در مقابل در جامعه دیگر، فرهنگ عمومی در سطحی نازل قرار دارد اکنون استقلال فرد و آزادی او آیا منفعت فرد را رقم خواهد زد؟ مفاد قراردادها چه گونه خواهد بود؟

قراردادی سازی اگر در خدمت مصلحت جامع و قطعی انسان باشد هم در خدمت فرد خواهد بود و هم در خدمت جامعه اصولاً مصلحت جامع و قطعی انسان نمی تواند صرفاً بعدی از ابعاد وجود انسان را پوشش دهد حقیقت انسان ابعادی دارد که یک بعد، فردیت اوست و بعد مهم دیگر، اجتماعی بودن اوست بنابراین قراردادی سازی باید در خدمت این رشد همه جانبه باشد و البته این موضوع به معنای

نکته ی قابل توجه دیگر این است که احکام حقوقی مجموعه ای از بایدها و نبایدها هستند نسبت به باید ها و نبایدها گفته شده است که قابل صدق و کذب نیستند (مظفر، ۱۴۲۱: ۱۲۹) سوالی که به ذهن می رسد این است که پس قطع و اطمینان نسبت به گزاره های حقوقی به چه معناست در حالی که صدق عبارت از مطابقت یک گزاره با واقع و کذب عبارت از عدم مطابقت یک گزاره با واقع است و قطع عبارت از علم به مطابقت یک گزاره با واقع و به دیگر سخن علم به صدق یک گزاره و قضیه است (رضایی و خسروی، ۱۳۹۲: ۱۳). در پاسخ این اشکال می گوئیم اگر گزاره های حقوقی قابل تصدیق یا تکذیب نباشند قضاوت درباره ی آنها دچار مشکل می شود در حالی که اساساً دانش حقوق پر از قضاوت هایی است که درباره ی قضایای حقوقی انجام می شود. بنابراین تصدیق و تکذیب گزاره های حقوقی امری غیر قابل اجتناب است گرچه این صدق و کذب به معنای دقیق فلسفی به ارتباط بایدها و نبایدها با هست ها بازگردد (مصباح، ۱۳۸۳: ۲۰۴).

۳ قراردادی سازی هم در خدمت فرد و هم در خدمت جامعه

در حقوق فرانسه یکی از مبانی قراردادی سازی، جریان اساسی سازی (Fondamentalisation) است. جریانی دیگر که در حقوق خانواده ی فرانسه پدیده ای قابل توجه است. این جریان در پی استیفاء حقوق بنیادین فرد است. اساسی سازی روابط خانوادگی را ناشی از وضعیت ها و نهادهای ساخته شده توسط جامعه نمی داند (Klein et Thérèse, 1999: 495) و به تدریج روابط خانوادگی را از حقوق و آزادی های فردی بازسازی می کند. این بخشی از چشم انداز کنوانسیون اروپایی حقوق بشر

^۱ در حقوق قراردادهای فرانسه برای قواعد آمره ی حاکم بر قراردادها که به حکم قانون لازم الاتباع هستند این تعبیر به کار می رود. (contenu prédéterminé du contrat)

در حقوق خانواده ایران با الهام از منابع اسلامی به عامل توافق و تراضی افراد و خانواده ها در حل مسائشان توجه جدی شده است یکی از این موارد ارجاع به داوری است. داوری در کلیه موارد درخواست طلاق به استثناء طلاق توافقی اجباری است (ماده ۲۷ قانون حمایت از خانواده) البته داوری ذکر شده در قانون حمایت خانواده با داوری مصطلح در قانون آئین دادرسی مدنی متفاوت است. همچنین غیر از موضوعات غیر قابل داوری در حقوق خانواده مثل نسب (ماده ۴۹۶ ق.آ.د.م)، دیگر موضوعات حقوق خانواده طبق عمومات باب هفتم قانون آئین دادرسی مدنی قابل ارجاع به داوری به معنای خاص است (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۲۶۳) در حالی که در فرانسه به تازگی در حقوق خانواده از داوری گفتگو می‌شود. داوری در حقوق فرانسه نهادی مشابه داوری قانون آئین دادرسی مدنی در ایران است و با روش‌هایی مثل میانجیگری و سازش متفاوت است و یکی از مهمترین مشخصه‌های آن برخورداری از اعتبار امر قضاوت شده است (Fulchiron et A. Devers, 2017:25). به هر حال موضوعات حقوق خانواده به استناد ماده ۲۰۶۰ قانون مدنی فرانسه همچنان غیر قابل داوری هستند. مورد دیگر جایگاه ویژه‌ی قراردادگرایی در تعیین مفاد ازدواج (شروط ضمن عقد) است که منحصر به امور مالی هم نیست. اما این به معنای حذف آمرانگی‌های به جا و مبتنی بر عدالت نیست.

یکی از عوامل کنار گذاشتن بعضی از الزام‌ها در جامعه فرانسه این است که برخی مدل‌های رفتاری که مبتنی بر قواعد آمره‌ی حقوق خانواده هستند، دیگر از توافق اجتماعی برخوردار نیستند و گفته می‌شود که اصرار بر آنها نتیجه‌ای جز ناکارآمدی قانون را در پی نخواهد داشت (Fulchiron, 2021:6 Malaurie et Fulchiron, 2020: 40). در این باب باید توجه کرد که اولاً ممکن است مدلی که بر جامعه تحمیل شده به غلط آمرانه تلقی می‌شده است. ثانیاً با فرض حقانیت یک آمرانه مشکل عدم توافق اجتماعی بر آن آمرانه صرفاً حقوقی نیست

اومانیسیم (Humanisme) نیست بلکه به معنای در نظر گرفتن انسان در تمام ابعاد وجودی اوست.

اومانیسیم با مفهوم فردگرایی (Individualisme)، رابطه‌ی جدی دارد. فردگرایی که جامعه را موجودی آلی (و نه غایی) برای خدمت به آحاد افراد بشر می‌شمارد، از این ایده اومانستی نشأت می‌گیرد که انسان به عنوان موجود خودمختار، غایت و مآل طبیعی زیست جهان است و مطلقاً هیچ موجودی برتر از انسان وجود ندارد که بخواهد مخدوم او قرار گیرد. در نقد فردگرایی و اومانیسیم با نحله‌های مختلف خود، گفتگوهای زیادی شده است (جوادی آملی، ۱۳۸۳: ۱۶۷-۱۷۳؛ حمیدیه، ۱۳۸۵: ۲۱۱).

به نظر می‌رسد از آنجائیکه محور عالم خداوند متعال است (هُوَ الْأَوَّلُ وَالْآخِرُ آیه ۳ سوره ی حدید)، مهمترین بعد وجودی انسان ارتباط با اوست. از این رو امیر المومنین علیه السلام می‌فرماید: مَنْ أَصْلَحَ فِيمَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ اللَّهِ أَصْلَحَ اللَّهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ النَّاسِ هرکس رابطه اش با خداوند را سامان دهد، خداوند رابطه‌ی او با انسانهای دیگر را سامان می‌دهد (صدوق، ۱۴۱۳: ۳۹۶). بنابراین مصلحت جامع و قطعی انسان، انسان را آنگونه که هست ملاحظه می‌کند. در واقع هر گونه نگاه تک بعدی به انسان بین او و مصلحت فراگیرش فاصله می‌اندازد اینجاست که قراردادی سازی هم در خدمت فرد و هم در خدمت جامعه خواهد بود.

امروز در حقوق فرانسه به این موضوع تصریح می‌شود که در خانواده دیگر زمان جزم‌گرایی، تحمیل، محدودیت و اجبار گذشته است (40: Malaurie et Fulchiron, 2020 و قراردادی سازی تبلور این تغییر است. با این حال آزادی قراردادی در مفاد ازدواج (Mariage) که همچنان مهمترین یا یکی از مهمترین شکل‌های خانواده در حقوق فرانسه است جز در امور مالی آن هم به صورت محدود پذیرفته نیست (مواد ۲۲۶ و ۱۳۸۸ قانون مدنی فرانسه).



است که اگر ازدواج با محارم در جامعه رواج پیدا کند شناسایی آن در قراردادی سازی مبتنی بر همبستگی متقابل در حقوق فرانسه پذیرفته می‌شود؟ با منطقی که در زوج های هم جنس مطرح شد جواب مثبت است اما حقوقدانان فرانسوی به سختی با این جواب همراهی خواهند کرد.

ظرفیت های قراردادی سازی موضوعی است که گرچه در حقوق اسلام تعبیه شده است اما کمتر مورد توجه فقها و حقوقدانان واقع شده است در حقوق خانواده فرانسه جریان قراردادی سازی به سمتی می‌رود که همچون گذشته دیگر قاعده و استثنا مطرح نیست. به این بیان که آمره بودن قواعد حقوق خانواده، اصل اولیه و قراردادی سازی یک استثنا باشد. بلکه چشم انداز این است که در یک رابطه ی دو طرفه قانون و اراده ی فردی یکدیگر را تکمیل کنند قرارداد ابزاری اساسی خواهد بود که از طریق تعهدات اخذ شده در قرارداد، از طریق فرمالیسم (گرایش به ضوابط شکلی) که آن را احاطه کرده است، از طریق قواعد آمره ی حاکم بر شکل گیری و اثرات آن، از طریق ضمانت اجرایی که بر عدم عملکرد آن تأثیر می‌گذارد، نظارتی (تنظیمی) انعطاف پذیر برای اشکال مختلف زندگی خانوادگی را با رعایت حداقل امنیت و قابل پیش بینی بودن، برای جامعه تضمین کند (Malaurie et Fulchiron, 2020: 40-41) به نظر می‌رسد در این نگاه حقوق اسلام پیشرو بوده است. بهترین شاهد مدعا این است که در عقد نکاح ظرفیت قراردادی به نحو عمیقی تعبیه شده است و اساساً قواعد آمره و ماهیت قراردادی نکاح و شروط ضمن عقد مکمل یکدیگر قرارداده شده اند. قوانین و محاکم ایران در این زمینه از حقوق اسلام عقب مانده اند و نتوانسته اند این ظرفیت را به صورت بالفعل به زوج های ایرانی معرفی کنند حتی شروط ضمن عقد در عقد

بلکه ممکن است عوامل اجتماعی اقتصادی فرهنگی در این فقدان توافق اجتماعی موثر باشند بنابراین اولین راه حل، نقض این آمرانه نیست بلکه باید به تحلیل علت عدم توافق اجتماعی بر این آمرانه پرداخت این نکته قابل تاکید است که آمرانه های یک نظام حقوقی همانطوری که می‌توانند ناروا باشند ممکن است از ظرفیت های آن نظام حقوقی محسوب شوند.

یکی از نمونه هایی که قراردادی سازی در فرانسه آمرانه را کنار گذاشته است، زوج های همجنس گرا هستند. امروز دیگر نه تنها اتحاد آزاد و پیمان همبستگی مدنی بلکه ازدواج آنها نیز قانونی است. ماده ی ۱۴۳ قانون مدنی فرانسه: «عقد ازدواج توسط دو شخص همجنس یا غیر همجنس منعقد می‌شود»^۱. در تبیین منافع این قراردادی سازی در فرانسه این گونه گفته شده است که قانون با شناسایی این زوج ها برای آنها چهارچوبی تعریف کرده و ثبات خاص، تعهدات متقابل قابل احترام و یک شکل کم و بیش توسعه یافته از همبستگی بین طرفهای ذی نفع و اشخاص ثالث را محقق کرده است در واقع جامعه نسبت به این پدیده با قراردادی سازی، عادی سازی را در پیش گرفته است چرا که انکار رشد آنها، آثار مثبتی ندارد (Fulchiron, 2021: 6). به نظر می‌رسد یکی از ساده ترین برخورد ها با این پدیده در فرانسه قراردادی سازی آن باشد. همجنسگرایی موضوعی است که یک بسته کارشناسی را تشکیل می‌دهد و باید از زوایای مختلف روانشناسی جامعه شناسی و حتی دینی بررسی شود و البته این بسته با نگاه حقوقی تکمیل خواهد شد برای مثال فرض کنیم این موضوع یک بیماری فرهنگی تلقی شود آنگاه به جای قراردادی سازی باید به درمان این بیماری و نه به رسمیت شناختن آن پرداخت حقیقتاً جای سوال

¹ Article 143 Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe. Modifié par LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 1

است و قاضی فقط در صورت عدم توافق در حل اختلاف باید دخالت کند (Ph. Malaurie et H. Fulchiron, 2020 : 39). درباره ی داوری، عدم جریان آن در حقوق خانواده فرانسه و تفاوت آن با روش های جایگزین ذکر شده، سخن به میان آمد.

- در حقوق خانواده ی فرانسه همچنین روابط والدین با فرزندان به وسیله ی قراردادی سازی از حقوق خانواده ی سنتی فاصله گرفته است ماده ۳۷۶ قانون مدنی فرانسه چنین مقرر کرده است: "هر گونه انصراف یا انتقال ولایت ابویینی اگر به موجب حکم قاضی در موارد مشخص زیر نباشد، فاقد اثر است" اما اکنون مدتهاست که والدین دعوت می‌شوند تا توافقاتی منعقد کنند که به موجب آنها اعمال اختیارات خود را در طول زندگی مشترک و در صورت جدایی مدیریت کنند و از قاضی خواسته شده تا این توافقات را در نظر بگیرد (ماده ی ۱۱-۲-۳۷۳ قانون مدنی فرانسه)

- در نمونه ای دیگر قانونگذار برای اعطای قابلیت اجرا به توافقات انجام شده بین والدینی که جدا شده اند در مورد مبلغ نفقه ای که به فرزندان پرداخت می شود بدون اینکه از قاضی درخواست شود، حتی به مدیران صندوق های کمک هزینه خانواده جهت بررسی توافقات والدین صلاحیت و نیروی لازم الاجرا بخشیده است.^۲

- یکی از نمونه های دیگر، رحم اجاره ایست (GPA- La gestation pour autrui) قراردادی که به موجب آن زن می‌پذیرد که فرزندی را حمل و به دنیا بیاورد که اگر چه از نظر ژنتیکی به خودش متعلق است اما او حقوق خود را به والدین یا زوجین متقاضی واگذار می‌کند، این مورد در قوانین فرانسه

نامه ها بیش از اینکه تبلور آزادی قراردادی طرفین باشد به جلوه ی نوعی قرارداد الحاقی بدل شده است که طرفین بدون اطلاع از مفاد این شروط، به آن ملحق می‌شوند.^۱

۳/۱ بررسی نمونه هایی از قراردادی

سازی در حقوق خانواده ی فرانسه

پس از تبیین نگاه حاکم بر قراردادی سازی در فرانسه اکنون به بررسی نمونه های اخیر این حرکت در حقوق خانواده ی فرانسه می‌پردازیم:

- طلاق بدون قاضی یکی از نمونه های مهم قراردادی سازی در حقوق خانواده ی فرانسه است. طلاق که در حقوق سنتی فرانسه حتما تحت نظارت قاضی صورت می گرفته آن هم در حالی که در فرهنگ سنتی خود ممنوع بوده است دیگر منحصر در اشکال سابق نیست قبل از این نوع طلاق نیز طلاق توافقی در حقوق خانواده ی فرانسه وجود داشت اما در طلاق بدون قاضی این توافق است که طلاق را رقم می‌زند. این به آنها بستگی دارد که آثار جدایی خود را با قرارداد حل و فصل کنند به طور خاص، دفاتر اسناد رسمی بعد از اطمینان از عدم مغایرت توافق با نظم عمومی طلاق را ثبت می‌کنند. اما این فقط یک کنترل خفیف است (Ph. Malaurie et H. Fulchiron, 2020 : 305).

- نمونه ای دیگر از قراردادی سازی در حقوق فرانسه علاقه ای است که در فرانسه به روش های جایگزین حل اختلاف نشان داده شده است میانجیگری، صلح و سازش و شیوه های مشارکتی (Thierry (procédure participative) (Debard et Serge Guinchard, 2017-2018) از این قبیل هستند. ماده ی ۲۰۶۲ قانون مدنی فرانسه به توافق و قرارداد پایه ی شیوه های مشارکتی اشاره می‌کند. با این توضیح که فرد در انتخاب خود آزاد

² Loi n°2016-1827 du financement de la sécurité sociale du 23 décembre 2016, art. L 523-1 CSS.

^۱ برای دیدن مفهوم و اعتبار قرارداد الحاقی نک: قافی، ۱۳۸۳، ۸۸-۶۱



شرطه‌م قرار میگیرند اگر شک کردیم که از موارد مخالف کتاب و سنت هستند (مخالف با قواعد آمره) با اصل عدم مخالفت عنوان عام را احراز می‌کنیم (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱/۶) بنابراین این شروط جاز و لازم الوفاء هستند مرحوم آخوند خراسانی (خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۳۹) نیز در حاشیه‌ی مکاسب با ایشان همراه است. در بین حقوقدانان نیز به صورت پراکنده اگر چه با تقریری متفاوت به این اصل توجه شده است. یکی از حقوقدانان در شرح ماده‌ی ۱۱۴۸ قانون مدنی که درباره‌ی حق رجوع زوج در مدت عده‌ی طلاق رجعی است؛ این سوال را مطرح کرده است که آیا حق رجوع در این ماده از قواعد آمره است؟ در ادامه این گونه جواب داده است که اگر از قواعد آمره باشد نمیتوان آن را صلحا اسقاط کرد. نهایتاً وی با توجه به سکوت قانون مدنی و نبود دلیل قاطع بر آمره بودن این ماده اصل آزادی اراده را با توجه به مواد ۱۰ و ۷۵۴ قانون مدنی حاکم می‌داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ص ۲۶۶). این موضوع یک پایه‌ی مهم در قراردادگرایی محسوب می‌شود. غفلت از این اصل موجب تحیر دادرس در مقام قضاوت و محدودیت بی‌مورد زوجین در موارد مشکوک خواهد بود. از آنجائیکه مبانی این اصل با توضیحاتی که گذشت، در فقه و حقوق وجود دارد به نظر می‌رسد، تصریح به آن در قالب یک ماده قانونی بایسته است.

- یکی از نمونه‌های قابل توجه در قراردادگرایی در حقوق اسلام، توکیل در طلاق است، طلاق گرچه یک ایقاع است و مرد آن را واقع می‌نماید، اما یکی از شروط ضمن عقد که اکنون در عقد نامه‌ها وجود دارد و مورد توافق قرار میگیرد توکیل مرد به زن برای طلاق در شرایطی خاص است نیز توکیل طلاق به صورت مطلق در حقوق ایران پذیرفته شده است (صفائی و امامی، ۱۳۹۲: ۲۳۹؛ خمینی، ۱۳۸۵: ۳۸۷/۱۰) فارغ از گفتگوهایی که در این موضوع

از اساس باطل است^۱ و جرم انگاری^۲ شده است. ماده‌ی ۷-۱۶ قانون مدنی فرانسه این گونه مقرر می‌کند: «هر قراردادی به منظور تولید مثل یا بارداری به سود دیگری، باطل است». با این وجود حقوق فرانسه، با خواست دادگاه اروپایی حقوق بشر برای ترتیب آثار این قرارداد برای کودکانی که در خارج فرانسه از این طریق متولد می‌شوند، موافقت کرده است (Maurie et Fulchiron, 2020: 1112).

۳،۲ بررسی بعضی ظرفیت‌های قراردادگرایی در حقوق خانواده ایران

همانطوری که بیان شد قراردادگرایی در حقوق خانواده ایران می‌تواند با گذر از مجرای صحیح استنباط از منابع اسلامی ارائه‌ی طریقی برای حل بعضی مشکلات حقوق خانواده باشد اکنون به بررسی چند نمونه‌ی مهم از مصادیق قابل توجه قراردادگرایی در حقوق خانواده‌ی ایران می‌پردازیم:

- یکی از جلوه‌های مهم قراردادگرایی در حقوق ایران موارد مشکوکی است که فقیه نمی‌داند از قواعد آمره است یا خیر در واقع مواردی وجود دارد که فقیه با توجه به مجموع ادله نمیتواند قاطعانه قضاوت کند که آیا عرصه، عرصه‌ی قواعد آمره است و نمی‌توان بر خلافش توافق کرد یا خیر؟ شیخ انصاری در بحث شروط ضمن عقد این بحث را مطرح کرده و اصل عدم مخالفت با قواعد آمره را پذیرفته است نکته‌ای که به عنوان پایه‌ای مهم در قراردادگرایی محسوب می‌شود این موضوع موقعی بیشتر جلب توجه می‌کند که همانطور که گذشت در حقوق فرانسه در قالب ازدواج آزادی در تعیین مفاد عقد و قراردادی ازدواج وجود ندارد. در واقع صورت مساله نزد شیخ انصاری چنین است که در شروط ضمن عقد که تحت عموم المومنون عند

² Art : 227-12 C.pen

¹ Art. 16-7 C.civ.: "Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle."

مرزهای آزادی قراردادی در قالب شروط ضمن عقد است برای مثال ریاست مرد بر خانواده به عنوان یکی از قواعد آمره حقوق خانواده ایران و یکی از مصادیق نظم عمومی تلقی شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۶۷۲). در این موضوع از دو جهت می‌توان بحث کرد جهت اول آمره بودن ریاست مرد بر خانواده است جهت دوم بررسی آثار این ریاست و قابل قراردادی بودن آنهاست درباره آمره بودن ریاست مرد بر خانواده برخلاف تلقی حاکم در کتب حقوقی باید گفت این موضوع در فقه امری مسلم نیست ماده ی ۱۱۰۵ قانون مدنی می‌تواند به حقی از حقوق شوهر اشاره داشته باشد اگر این ماده برگرفته از آیه ی شریفه الرجال قوامون علی النساء باشد نکته ی قابل توجه این است که مفهوم واژه ی قوام که در آیه ذکر شده با آثار خود معرفی می‌شود یعنی این واژه به آثار خاصی اشاره دارد که قابل نقض نبوده و آمره نیستند و در غیر این آثار که در ادله ی نکاح بیان شده زن آزاد است و اگر ماده ی ۱۱۰۵ قانون مدنی حق ریاست را گسترش داده است می‌توان بر خلاف آن تراضی کرد. «قیمومت مرد بر زنش به این نیست که سلب آزادی از اراده زن و تصرفاتش در آنچه مالک آن است بکند، و معنای قیمومت مرد این نیست که استقلال زن را در حفظ حقوق فردی و اجتماعی او و دفاع از منافعش را سلب کند، پس زن هم چنان استقلال و آزادی خود را دارد، هم می‌تواند حقوق فردی و اجتماعی خود را حفظ کند و هم می‌تواند از آن دفاع نماید و هم می‌تواند برای رسیدن به این هدف هایش به مقدماتی که او را به هدف هایش می‌رساند متوسل شود» (طباطبائی، ۱۳۷۴: ۵۴۴/۴) بنابراین آثاری وجود دارد که قابل توافق و در حیطه ی آزادی زن هستند. (احمدی نژاد و امین الرعایا، ۱۳۹۹: ۴۲۲) البته این منافاتی با آمره بودن بعضی آثار قیمومت مرد ندارد جهت دوم بررسی آثار ریاست مرد بر خانواده است طبق نظر غالب که ریاست مرد بر خانواده را به عنوان قاعده ی آمره می‌پذیرد نیز در بعضی آثار این قاعده قرارداد و توافق ممکن است حق مسکن یکی از این نمونه هاست (ماده ۱۱۱۴) که این آزادی

صورت گرفته و آراء مخالفی که وجود دارد اما یکی از نکات مهم و بایسته ی پاسخ این است که آیا این توکیل در طلاق نوعی حيله برای فرار از اعطای حق طلاق به مرد به عنوان یکی از قواعد آمره نیست؟ در پاسخ باید گفت واقعیت این است که اعطای حق طلاق به شوهر در حقوق اسلام به عنوان اصل اولیه تعبیه شده است در کنار آن آزادی قراردادی در شروط ضمن عقد پذیرفته شده است. در واقع قرارداد توکیل، نقض قاعده ی آمره ی حق طلاق مرد نیست چرا که مبتنی بر قرارداد و تراضی است و برای توکیل طلاق به زن همه ی شرایط انعقاد یک قرارداد الزامیست و این تفاوت ماهوی بین حق طلاقی که قانونا به مرد واگذار شده است و نیازی به تراضی ندارد و طلاقی که نیابتا با توکیل به زن واگذار می‌شود بسیار مهم است.

- نمونه ی دیگر طلاق توافقی است که در قانون جدید حمایت خانواده ی (۱۳۹۱) علاوه بر طلاق به اراده ی زوج یا به درخواست زوجه پذیرفته شده است این طلاق ظاهرا طلاقی غیر از طلاق خلع و مبارات است طبق مواد ۲۵ و ۲۶ این قانون می‌توان گفت قانون نظر به توافقی مستقل برای طلاق دارد که محمل آن آزادی قراردادی طرفین است گر چه طبق ماده ی ۲۵ این توافق قابل انصراف (فسخ) است.

-نمونه ی دیگر طلاق خلع و مبارات است در ماهیت قراردادی این دو طلاق گفتگوهای زیادی صورت گرفته است در این باره قانون ساکت است در فقه نظر مشهور همراه با ایقاع بودن آن است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷/۳۳). اما بی تردید تراضی طرفین در فرآیند این طلاق موثر است چه ماهیت طلاق را یک معاوضه و قرارداد بدانیم که شوهر در قبال طلاق عوضی دریافت میکند چه ماهیت طلاق را مثل سایر طلاقها ایقاع دانسته و بذل عوض توسط زن و پذیرش آن توسط مرد را قراردادی به عنوان مبنای طلاق بدانیم (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۲۴۱ و ۲۹۰).

-نکته ی مهم در این باب تفسیر صحیح قواعد آمره است که در فقه موجب مشخص شدن دقیق



آزادی در قراردادگرایی به اسم منفعت فرد مصلحت جامع او را نادیده می‌گیرد و جریانی که بدون توجه به واقعیت قراردادگرایی و ظرفیت های آن برای تنظیم و ارتقای روابط اعضای خانواده و معالجه آسیب های آن در عرصه های مختلف، از آن فاصله گرفته بلکه آن را مخالف ارزش های خانواده معرفی می‌کند.

در حقوق ایران اما پس از نقد مبانی قراردادی سازی در فرانسه از نظر نگارندگان گرایش به قرارداد در صورتی مفید خواهد بود که متوجه مصلحت جامع و قطعی انسان باشد و این مشروط به حاکمیت اراده در عرصه هایی است که با ابزارهای مطمئن و با توجه به مرزبندی صحیح با قواعد آمره کشف شوند. در این صورت مصلحت فرد و جامعه توأمان تأمین خواهد شد.

در حقوق ایران یکی از مهمترین ظرفیت های قراردادگرایی، شروط ضمن عقد نکاح و اصل عدم مخالفت با قواعد آمره در موارد مشکوک در شروط ضمن عقد است این در حالی است که در حقوق فرانسه گرچه در شکل انعقاد زوج ها آزاد می باشند (ازدواج، اتحاد آزاد، پیمان همبستگی مدنی) اما در مفاد ازدواج، آزادی قراردادی وجود ندارد ضمن اینکه مواردی مثل توکیل مشروط و مطلق طلاق، داور، طلاق توافقی و طلاق خلع و مبارات نمونه هایی از این ظرفیت در حقوق ایران است.

اصل عدم مخالفت با قواعد آمره به عنوان نظریه مختار می‌تواند در موارد مشکوک در حقوق خانواده راه حلی برای برخی چالش های امروز خانواده در ایران باشد پیشنهاد می‌شود، به این اصل در قالب ماده قانونی تصریح شود.

قراردادی می‌تواند در قالب قرارداد مستقل از نکاح یا در شروط ضمن عقد تبلور یابد (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۱۳۶).

۴ نتیجه گیری

قراردادی‌سازی امروز در فرانسه بسیاری از عرصه های حقوق خانواده ی فرانسه را در برگرفته و به تابوشکنی در قواعد آمره پرداخته است و صرفاً مواردی مثل بعضی عناصر احوال شخصیه و نسب قراردادی نشدند، گرچه قراردادهای الحاقی و اصول نظم عمومی و به طور کلی امور از پیش تعیین شده توسط قانون (قواعد آمره) همچنان مرزهای آزادی قراردادی در حقوق خانواده را پر رنگ می‌کنند.

قراردادی‌سازی تفاوت ظریف و مهمی با قراردادگرایی دارد در ترکیب دوم وضعیت حقوق خانواده توصیف می‌شود ولی در اولی حکمی عملی صادر می‌شود در حقوق ایران قبل از هر چیز توصیف عرصه هایی از حقوق خانواده که توافق و قرارداد در آنها ممکن است، ضروری است.

پیمان همبستگی مدنی، اتحاد آزاد و اخیراً ازدواج هم جنس ها، طلاق بدون قاضی، روش های حل اختلاف جایگزین، ولایت والدین و رحم اجاره ای نمونه ها و موضوعاتی هستند که قراردادی سازی در آنها تحولات مهمی را در فرانسه رقم زده است.

حقوقدانان فرانسه قراردادی سازی را از نتایج فردگرایی و اساسی سازی می‌دانند از نظر ایشان نگاه نهادی به خانواده هر روز کم‌رنگ می‌شود اما حرکت قراردادی سازی در جهت منافع فرد در نهایت منافع اجتماع را با نوعی تنظیم اجتماعی جدید نسبت به روابط خانواده تأمین می‌کند.

قرارداد گرایی می‌تواند با دو جریان نا متعادل مواجه شود جریانی که با بزرگنمایی فردگرایی و تبلور



References

Quran

Abu Hanifeh, Nu'man ibn Mohammad al-Maghribi (1385 GH) *Daa'im al-Islam* 2nd edition, - Qom: Al-Bayt Institute, peace be upon them (In Arabic)

Ahmadinejad, Maryam; Amin al-Ruaya, Yasir (1399 SH) " Women's Right to Equal Recognition with Men from the Perspective of the International System of Human Rights and Islam", *Journal of Comparative Law Studies*, Volume 11, Issue 2, pp. 430-405 (In Persian)

Alidoost, Abulqasem; (1395 SH) *Jurisprudence and contract law: General Qur'anic arguments*, Tehran: Islamic Culture and Thought Research Institute Publications, 2nd edition (In Persian)

Ansari Dezfuli, Morteza Ibn Mohammad Amin (1415 GH), *ketab almakaseb*, Volume 6, 1st Edition, Qom: World Congress in honor of Sheikh Azam Ansari (In Arabic)

Bigdeli, Attaullah (2014); "The independence of will in Imami jurisprudence, the Roman-Germanic system and Iranian law", a basic-philosophical income, *Islamic Law Studies*, No. 41, p. 125 (In Persian)

Debard, Thierry; Guinchard, Serge (2017-2018) *Lexicon of legal terms*; 28^e édition, Dalloz (In French)

Devers, Alain; Fulchiron, Hugues (2017) *Arbitration and family file*, revue droit. et patrimoine., déc. 2017, p. 25 (In French).

Fenouill, Dominique; P. de Vareilles-Sommières (2001) *Family contractualization*, Paris: Economic (In French)

Fulchiron, Hugues (2021) *The contractualization of family law: a decline in the imperative and / or a new mode of social regulation?*, Non publié (In French).

Jafari Langroudi, Mohammad Jafar; (1340) *The effect of will in civil rights*, Tehran, doctoral thesis (In Persian)

Jafari Langroudi, Mohammad Jafar; (1376) *Family Law*, Tehran: Ganj Danesh, 2nd edition (In Persian)

Jafari Langroudi, Mohammad Jafar; (1370) *Legal schools in Islamic law*, Tehran: Ganj Danesh, 2nd edition (In Persian)

Javadi Amoli, Abdollah (1998) *Philosophy of Human Rights*, Tehran: Esra Publishing, 2nd Edition (In Persian).

Hamidieh, Behzad (2006) " Recognition of individualism and its consequences ", *Yas Strategy*, No. 6 (In Persian).

Katebi, Hossein Gholi (2001) *Farhang-e Hoghoogh*, 2nd edition, Tehran:



- Ganj-e-Danesh Library Publications (In Persian).
- Katouzian, Naser (2004) *Civil Law in the Current Legal Order*, 10th Edition, Tehran: Mizan Publishin (In Persian).
- Khomeini, Ruhollah Mousavi (2006), *Sahifeh Noor*, vol. 10, 4th edition, Tehran: Imam Khomeini Publishing House (In Persian)
- Khorasani, Akhoond Mohammad Kazem Ibn Hussein (1406 AH), *Hashiah almakaseb*, 1st Edition 1, Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance (In Arabic)
- Klein, Meulders; Thérèse; Marie(1999) *The person, the family and the law*, Bruylant-LGDJ (In French)
- Lamarche, Marie; Renchon, Jean-Louis (2018) *Conventionalization of the status of couples*, Bruxelles : Larcier
- Malaurie, Philippe; Fulchiron, Hugues (2020) *Family law*, 7th edition, Paris: Lextenso (In French).
- Makarem Shirazi, Nasser (1424 AH), *Book of Marriage*, Volume 3, Number 1, Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School Publications (In Arabic)
- Mesbah Yazdi, Mohammad Taghi (2004) *Philosophy Education*, Tehran: Amir Kabir Publishing Company International Publishing Company (In Persian)
- Mozaffar, Mohammad Reza (1387), *Principles of Jurisprudence* (with Zari commentary); 5 th edition, - Qom: Publications of the Office of Islamic Propaganda of the Seminary of Qom (In Arabic)
- Mozaffar, Mohammad Reza (1427 AH) *Al-Manteq*, Lebanon: Dar Al-Ta'rif lelmatbuat (In Arabic)
- Qari Seyed Fatemi, Seyed Mohammad (2001) "Analysis of Contemporary Human Rights Concepts of the Right to Commitment, Freedom, Equality and Justice", *Journal of Legal Research*, Vol. 33-34, pp. 265-209 (In Persian)
- Qafi, Hossein (2004) *Adhesion Contract: The Nature and the Extent of Validity*», *Journal of Islamic Law* (Jurisprudence and Former Law), Vol. 2, pp. 88-61(In Persian)
- Rezaei, Mahdi; Khosravi, Mohammad Mahdi (2013) "Ontological Epistemology of Legal Propostions (By Focus on Islamic Legal Philosophy " *Quarterly Journal of Public Law Research*, Year 15, Issue 39, Spring and Summer 2013, pp. 34-10 (In Persian).



Safaei, Hussein; Emami, Assadollah (2013)
Brief Family Law, Ch 32, Tehran:
Mizan Publishing (In Persian).

Tabatabai, Mohammad Hossein (1374)
Translation of Tafsir Al-Mizan, vol.
4, 5th edition, Qom: Islamic
Publications Office of the Qom
Seminary Teachers Association (In
Persian)

Tarhini Ameli, Seyyed Mohammad Hussein
(1427) *azzobda tolfeghhiiah*, vol. 6,
p. 4, Qom: Dar al-Fiqh for printing
(In Arabic)

Tusi, Abu Ja'far Muhammad ibn Hassan
(1407 AH) *Al-Khalaf*, vol. 4, 1st
Edition, Qom: Islamic Publications
Office affiliated with the Society of
Teachers of the Seminary of Qom
(In Arabic)