

مطالعه تعارض فرمها در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه

عبدالحسین شیروی خوزانی*

هادی خدابخشى**

تاریخ پذیرش: ۹۵/۱/۲۵

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۰/۱۲

چکیده

از جمله اصول مورد توجه در تجارت می‌توان سرعت، سهولت و امنیت را نام برد. بازرگانان همواره در تلاش‌اند ابزار برای تأمین این اصول فراهم آورند. یکی از این ابزارها، فرم‌های استاندارد قرارداد هستند. با استفاده از این فرم‌ها طرفین معامله، دیگر وارد جزئیات مذاکرات نمی‌شوند و پس از توافق در خصوص امور اساسی و ارکان اصلی قرارداد از قبیل ثمن، مثن و اوصاف و ویژگی‌های اساسی، بیان سایر شروط مد نظر خود را بر عهده این فرم‌ها می‌نهند. در کنار مزایای قابل توجه این فرم‌ها، تعارض شروط مندرج در آنها یکی از مشکلات استفاده از این فرم‌ها می‌باشد. طرفین قرارداد، در تدوین فرم‌های خود معمولاً بر اساس نیاز و منفعت‌سجی خود شروطی را که بیشتر به سودشان است در فرم‌ها می‌گنجانند. در نتیجه، بسیار طبیعی و قابل پیش‌بینی خواهد بود که این امر به تعارض میان شروط استاندارد طرفین بیانجامد و تاجر را با دو پرسش مواجه نماید: نخست، این که آیا قراردادی تشکیل شده است یا خیر؟ دوم، به فرض تشکیل قرارداد، کدام یک از شروط بر قرارداد حاکم هستند و مفاد قرارداد چه خواهد بود؟ این مقاله در صدد پاسخ‌گویی به دو پرسش فوق در سیستم حقوقی ایران و فقه می‌باشد. با نگاهی به مقاله‌ها و کتاب‌های مرتبط با این موضوع، می‌توان دریافت که نظام‌های حقوقی داخلی و بین‌المللی به تبع نیاز بازرگانان، در پی ارائه راه حلی برای این مسأله برآمده‌اند که عمده آنها قواعد «اولین اقدام»، «آخرین اقدام» و «تساقط» می‌باشند. در حقوق ایران با توجه به تازگی موضوع، بحث درخوری نشده است و نمی‌توان گفت که در کدام سوی این نزاع ایستاده است. به نظر می‌رسد که برای رسیدن به هدف این مقاله، می‌بایست قواعد عمومی قراردادها و پیش‌تر، فقه امامیه را به عنوان مبنای نظام حقوقی ایران بررسی نمود.

واژگان کلیدی: فرم‌ها، تعارض فرم‌ها، قاعده آخرین اقدام، قاعده اولین اقدام، قاعده تساقط.

*استاد دانشکده حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران.

hosseinshiravi@gmail.com

**دانشجوی دکتری حقوق خصوصی پردیس فارابی دانشگاه تهران (نویسنده مسؤول).

lawkhodabakhshi@yahoo.com

مقدمه

در دنیای امروز، استفاده از فرم‌ها در تجارت بین‌الملل، روز به روز در حال افزایش است؛ چنانکه شرکت‌های تجاری به جای تنظیم قراردادهای جداگانه با تک تک شرکت‌های طرف معامله خود، از فرم‌هایی استفاده می‌کنند که توسط وکلا و مشاورین حقوقی زبده تهیه و تنظیم شده‌اند. در معاملات داخلی نیز شرکت‌های تجاری، از مکانیزم‌های مشابهی استفاده می‌کنند (ر.ک: شیروی، ۱۳۷۸، صص ۶۱-۷۶). همان‌گونه که ممکن است یک شرکت، ایجاب خود را در قالب یک فرم ارائه دهد، طرف مقابل نیز برای پاسخ می‌تواند از یک فرم استفاده کند.

هر فرم حاوی شروط متعددی است. گاهی شروط مندرج در این فرم‌ها با یکدیگر متعارض‌اند و اینجا است که زمینه تعارضات و مناقشات قراردادی ایجاد می‌شود و طرفین در پی راهی برای حل مسأله مورد اختلاف بر می‌آیند.

به طور کلی، مطابق قاعده سنتی موسوم به «تصویر در آینه»،^۱ که در نظام‌های مختلف حقوقی علی‌الخصوص ایران مورد پذیرش قرار گرفته است می‌توان گفت که قبول باید رضایت بدون قید و شرط به ایجاب باشد؛ در غیر این صورت، حکم به تشکیل هیچ قراردادی نمی‌شود. قبول مغایر با ایجاب، رد ایجاب اصلی و غالباً به عنوان یک ایجاب تازه یا مستقل که می‌تواند مورد قبول یا رد ایجاب‌کننده اصلی قرار گیرد، تلقی شده است.

۱) فرم و ماهیت حقوقی آن

قبل از بررسی هر موضوع جدید، بهترین رویکرد، بررسی ماهیت آن موضوع است تا با شناخت آن ماهیت بتوان آثار حقوقی مناسب را بر آن مترتب ساخت و به نحوی مطالعه و بررسی آن را آسان نمود.

۱-۱) مفهوم فرم

در حقوق قراردادهای، استفاده از فرم‌ها جهت دستیابی به اهداف سازمانی است، به گونه‌ای که ارائه یک تعریف دقیق و روشن از نیازمندی‌ها، امکان پیگیری تعهدات را در قالب

1- Mirror image rule.

2- Counter offer.

قرارداد فراهم می‌سازد. با آن که برون‌سپاری فعالیت‌ها در سازمان‌های امروزی سبب کاهش هزینه‌ها و افزایش درآمدها می‌گردد لکن این امر نیازمند بستری ایمن و قابل اطمینان است. قراردادهای برای دو طرف معامله ایجاد تعهد می‌کنند و اجرای مفاد آنها از سوی دو طرف قرارداد الزام‌آور است. ماده ۱۳۴ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «قرارداد، قانون دو طرف است»؛ لذا می‌بایست آن را محترم دانست و حرمت مفاد آن را نگه داشت (ر.ک: کاتوزیان، تابستان ۱۳۸۰، صص ۱۱۱-۱۳۵). از این رو، ایجاد تعهد برای طرفین معامله، تدوین فرم قرارداد را به یکی از پیچیده‌ترین فرآیندهای کاری در شرکت‌ها تبدیل نموده است.

فرم، ضمن مدیریت نیازمندی‌ها به صورت شفاف، سند محکمه پسندی است که به دلیل جایگاه حقوقی آن در روابط تجاری و معاملاتی، بین سازمان درخواست‌دهنده و مجری، رواج دارد.

۲-۱) تعریف فرم

فرم استاندارد قرارداد، چنین تعریف می‌شود: «متنی از پیش تهیه شده که حقوق و تعهدات هر کدام از طرفین، موارد نقض قرارداد و ضمانت اجرای آن، نحوه حل و فصل دعاوی، قانون حاکم و سایر جزئیات مهم دیگر در آن پیش‌بینی شده است و با پر کردن جاهای خالی مندرج در آن فرم، متن مزبور به یک قرارداد کامل تبدیل می‌شود» (شیروی، ۱۳۹۲، ص ۱۵۲). این امکان وجود دارد که فرم‌ها توسط خود ارائه‌کننده، تنظیم و تدوین شوند؛ البته بسیاری از فرم‌های استاندارد نیز به وسیله انجمن‌های صنفی تجاری تنظیم شده‌اند (شیروی، ۱۳۹۲، ص ۱۵۴).

۳-۱) محاسن و معایب فرم

از جمله محاسن فرم‌ها می‌توان به انطباق‌پذیری (See: Corterier, 2006, p.195 & Corneill, 2007, pp.233-235)، به صرفه بودن و یا حتی جلوگیری از شکست احتمالی مذاکرات (شیروی، ۱۳۹۲، ص ۱۵۶)، هماهنگی با عرف‌های تجاری و تحدید تأثیر نظام‌های

حقوق ملی (Schmitthoff, 1977, p.182)، استفاده به عنوان پیش‌نویس^۱ و انعطاف‌پذیری اشاره نمود. موارد زیر نیز شامل معایب فرم‌ها می‌گردد:

الف) نگرانی از عدم تناسب برای موارد متعدد قراردادهای و عدم تعدیل آنها با توجه به شرایط مختلف.

ب) برخورد یکسان با مشتریان.

ج) عدم تغییر، روزآمدی و اصلاح فرم‌ها مطابق با نیازهای جدید.

د) مشتمل بودن بر شروط گزاف به نفع تنظیم‌کننده، که منجر به دشواری اجرای قرارداد و حتی گاهی بطلان جزئی یا کلی قرارداد می‌شود (شیروی، ۱۳۹۲، صص ۱۶۳-۱۶۴).

باید به این مطلب نیز اشاره کرد که آنچه موجب شهرت فرم‌ها گردیده، تعارضی است که به سادگی در شروط آنها رخ می‌دهد (Cortier, 2006, p.195).

۴-۱) ماهیت حقوقی فرم

عدم وجود یک بیان جامع و مانع در قانون ایران برای بیان موضوعاتی که توافق اراده طرفین نسبت به آنها ضروری است، مانع تعیین یک ضابطه کلی نمی‌باشد. در تعیین ماهیت حقوقی فرم‌ها عوامل متعددی دخیل‌اند و برای تعیین ماهیت آنها ناگزیر از رجوع به قواعد قانون حاکم هستیم (شیروی، ۱۳۹۲، ص ۱۵۹).

اصولاً موضوع فرم‌ها، توافق در خصوص نحوه اجرای تعهدات قرارداد مبنای است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۲۹). در فرم، مفاد قرارداد اصلی و شروط ضمن آن تفسیر و تبیین می‌شود. ارتباط فرم با قرارداد مبنای، چندان زیاد است که جز در سایه قرارداد اصلی مفهوم ندارد. میان شرط و تعهد مبنای، علاقه و ارتباطی مانند اصل و فرع می‌باشد و زمان وقوع آن مهم نیست. اگر خلاقیت اراده می‌تواند شروط جدیدی را که در عقد نیامده‌اند به عنوان شرط تبانی، داخل در عنوان شروط ضمن عقد بیاورد و قانون نیز آن را رسمیت بخشد، همان اراده‌های مشترک نیز می‌توانند شروط مندرج در فرم‌های مرتبط با تعهد اصلی را به عنوان بخشی از پیکره آن تلقی کنند.

می‌دانیم که اصل بر خلاقیت و حاکمیت اراده است نه عدم آن، مگر جایی که بداهت عقلی یا منع صریح قانونی، کارگزاری حاکمیت اراده و تبعیت از قصد مشترک را مانع شود. با توجه به قصد مشترک طرفین، که از لفظ (پیرو قرارداد) به روشنی استنباط می‌شود، می‌توان گفت که ماهیت فرم، شرط ضمن عقد است که بر حسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری در آمده است و استقلال ندارد.

۲) تعارض فرمها

«تعارض فرمها عبارت است از تعارض بین شروط فرمهای استاندارد که بین خریدار و فروشنده، طی مذاکرات قرارداد مبادله می‌شود» (Black's Law Dictionary, 2009, p. 173); بدین معنا که صرف اختلاف در مذاکرات کفایت نمی‌کند و باید این اختلاف در فرمها مشهود باشد.

۲-۱) شرایط ایجاد تعارض فرمها

تعارض فرمها به صورت انحصاری در معاملات تجاری رخ می‌دهد؛ چراکه تجار و شرکت‌های تجاری هستند که از فرمها استفاده می‌کنند (Knoche, 1987, p. 20); به عبارتی، طرفین قرارداد تاجر می‌باشند و به رغم وجود تعارضاتی در متن فرمهای ارسالی، به اجرای قرارداد می‌پردازند و با چنان اجرایی، عملاً قرارداد را تشکیل شده تلقی می‌نمایند؛ لذا به نوعی، تشکیل قرارداد را مقدم بر تبادل فرمهایشان فرض می‌کنند (Knoche, 1987, pp. 22-23).

در حقوق ایران نیز در صورتی که تغییر، عرفاً قابل اغماض باشد و موجب نیز در صورت آگاهی، در برابر چنان تغییراتی موضع نگیرد و مخالفت نکند، می‌توان گفت که رضایت ضمنی نسبت به آن تغییرات وجود دارد و قرارداد با آن تغییرات منعقد می‌شود (صفایی، ۱۳۹۲، ص ۶۱) و به عنوان آخرین شرط هم باید گفت که تعارض باید در خصوص شروط فرعی باشد؛ چراکه در تمام نظامهای حقوقی، هرگونه تغییر اساسی در شرایط ایجاب، به عدم تشکیل قرارداد می‌انجامد.

۲-۲) قواعد حل تعارض

جهت حل تعارض، قواعد «آخرین اقدام»^۱، «تساقط»^۲، «اولین اقدام یا اولین شلیک»^۳، «تصویر آینه»^۴ و «بهترین اقدام»^۵ ارائه شده است.

۲-۲-۱) قاعده آخرین اقدام

مبنای این قاعده، قاعده «تصویر آینه» است (Markesinis, 2006, p. 72). به موجب این قاعده، قبولی می‌بایست مشخص، غیر مشروط و از نظر شرایط، کاملاً منطبق با ایجاب ارائه شده باشد (Suff, 2000, p. 8). در کشورهایی که این قاعده را پذیرفته‌اند، اگر قبول دارای شرایط اضافه یا متفاوت باشد، ایجاب متقابل تلقی می‌گردد (Treitel, 1991, p. 19 & Markesinis, 2006, p. 71).

نادیده گرفتن اصل آزادی قراردادی و اراده، تسلسل و نزاع بی‌انتهای طرفین در ارسال پیام، افزایش هزینه‌ها، عدم حمایت از شروط کارآمد و ارائه معیاری مضیق برای تعیین و تشکیل قرارداد، قرار دادن طرف ایجاب در موقعیت بهتر و وضع خریدار در جایگاه آسیب‌پذیرتر، از عیوب این قاعده است و در مقابل، تنها فایده اقتصادی آن، کاهش هزینه معاملات با به کار بردن قاعده‌ای محض برای تشخیص تشکیل قرارداد می‌باشد.

۲-۲-۲) قاعده حقوقی تساقط

طبق این قاعده، قرارداد تشکیل شده است و شروط متعارض موجود در فرم‌ها یکدیگر را ساقط می‌کنند و قواعد تکمیلی جایگزین آنها می‌شوند (Ruhl, 2002, pp. 189-224). قاعده تساقط عموماً در آمریکا، آلمان و فرانسه کاربرد دارد. به علاوه، این قاعده رایج با مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۶ و اصول حقوق قراردادهای اروپایی^۷، ۱۹۹۸، نیز هماهنگ می‌باشد.

- 1- Last Shot Rule.
- 2- Knockout Rule.
- 3- First Shot Rule.
- 4- Mirror Image Rule.
- 5- Best Shot Rule.
- 6- Unidroit.
- 7- The Principles of European Contract Law 1998.

اعمال این قاعده، مانع بهره‌برداری از شروط کارآمد قراردادی گشته (Ruhl, 2002, pp. 189-224) و قصد مشترک در آن نادیده گرفته می‌شود (محمدی، ۱۳۸۹، ص ۱۰۵) و از سویی، موجب اجتناب از تبادل بی‌پایان فرم‌ها و کاهش هزینه‌ها می‌گردد؛ لکن از قاعده آخرین اقدام کارآمدتر است (Ruhl, 2002, pp. 189-224). برخی نیز قاعده آخرین اقدام را ترجیح داده‌اند؛ چراکه مایه‌ای از قصد مشترک داشته و تجار را به دقت بیشتری وایمی‌دارد (محمدی، ۱۳۸۹، ص ۱۰۵).

۳-۲-۲) قاعده اولین اقدام

در این قاعده، شروط نخستین کسی که اقدام به فرستادن فرم ایجاب کرده است بر قرارداد حاکم می‌شود و تعارض فرم‌ها به سود موجب پایان می‌یابد. این قاعده به صورت محدودی در کشوری همچون هلند اتخاذ شده است. این قاعده دارای استثنا است و آن این است که اگر در قبول صریحاً ذکر شود که اعمال شروط کلی ایجاب، مورد پذیرش نیست، شروط فرم نخست حاکم نخواهند بود (Von Bar, 2009, p. 358). تشخیص صراحت یا عدم صراحت اعلام، بر عهده دادگاه است (Busch, 2002, p. 12).

۴-۲-۲) قاعده بهترین اقدام

رویکرد این قاعده، افزایش کارایی و انصاف‌محوری است که به نظریات پروفیسور گلدبرگ منتسب است (Ruhl, 2002, pp. 189-224) و در خصوص تشکیل قرارداد، همان رویکرد قاعده تساقط را بر می‌گزیند، اما در بخش تعیین مفاد قرارداد، شیوه دیگری را در پیش می‌گیرد.

در رویکرد انصاف‌محور، وظیفه دادگاه، انتخاب فرمی است که به انصاف و عدالت نزدیک‌تر است (فقیهی محمدی، ۱۳۹۰، صص ۱۹-۲۰). دادگاه، هنگام مواجهه با مسأله تعارض فرم‌ها، تنها یک فرم را که در واقع کارآمدترین فرم باشد بر می‌گزیند (Ruhl, 2002, pp. 189-224).

حمایت از ارائه شروط کارآمد قراردادی را می‌توان از مزایای این قاعده دانست؛ چراکه موجب می‌شود که طرفین قرارداد با پذیرش ریسک احتمال عدم قبول شروط آنها از سوی دادگاه و پیروزی شروط کارآمدتر، با اشتیاق بیشتری به تهیه شروطی کارآمدتر و منصفانه‌تر از شروط طرف مقابل بپردازند (Ruhl, 2002, pp. 189-224).

۳) تعارض فرم‌ها در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه

در حقوق ایران و به طریق اولی در فقه امامیه، این موضوع مورد اشاره قرار نگرفته است. لاجرم، جهت بررسی این موضوع می‌بایست به استخراج احکام مربوط به آن، چه در فقه و چه در حقوق بپردازیم.

۳-۱) تطابق ایجاب و قبول

در فقه امامیه، اساس عقد بستگی به ارتباط قصد طرفین معامله دارد. عقد، ارتباط بین دو التزام و تعهد است و مجموع دو ایقاع مستقل نیست. از این رو، هیچ فقیه یا حقوقدانی در اصل تطابق ایجاب و قبول تردید نکرده است؛ چراکه برهان آن با خودش است (نائینی غروی، ۱۳۷۳ق، ص ۱۱۴) و این شرط ضروری است (حلی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۷) و شیخ/انصاری، یکی از شرایط عقد را تطابق بین ایجاب و قبول بیان داشته است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۷۵). میرزای نائینی نیز نظر شیخ را تأیید می‌کند (نائینی غروی، ۱۳۷۳ق، ص ۱۱۴).

مرحوم کلانتر، در ایضاح بیان شیخ می‌گوید که قبول و ایجاب باید در تمام خصوصیات و جزئیات تطابق داشته باشند، چراکه قبول به معنی رضا است و رضا هم باید به تمام عناصر آن ایجاب تعلق بگیرد (انصاری، ۱۴۱۰ق، ص ۱۳۰). نظر صاحب‌جوهر هم بر این امر است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۲۵۵).

قصد طرفین عقد باید موافق یکدیگر باشد و موضوع قصد و رضای ایشان یک امر واحد باشد؛ در غیر این صورت نمی‌توان حکم به ایجاد رابطه حقوقی کرد (امامی، ۱۳۷۹، ص ۱۹۵).

جهت انعقاد یک قرارداد، «تطابق» شرط است و در صورت عدم تطابق، قراردادی منعقد نخواهد شد (ره‌پیک، ۱۳۸۵، ص ۶۴). حقیقت عقد، ارتباط میان قصد طرفین است. در مواردی که ایجاب، عنوان خاصی باشد و در قبول، عنوان دیگری بیان شود، ارتباط میان این دو قصد ایجاد نمی‌گردد. می‌توان گفت که لزوم تطابق بین ایجاب و قبول در عقود، در مفهوم قبول نهفته است؛ چراکه قبول به معنای پذیرش ایجاب و رضایت به مفاد انشای موجب است و تطابق معنایی جز این ندارد (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۶۹). در صورت عدم تطابق، ساختمان ظاهری قرارداد هم شکل نمی‌گیرد. در این صورت، اصلاً اراده‌ای وجود ندارد. این امر، وجه ممیز عدم تطابق ایجاب و قبول از اشتباه است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۳۳۹). حال این پرسش مطرح می‌شود که معیارهای تطابق چیست؟ باید گفت که در فقه،

پاسخ واحدی وجود ندارد. برخی همچون صاحب جواهر و علامه حلی در این مورد، نظری ابراز نداشته‌اند؛ لکن کاشف الغطاء، در شرح قواعد، مواردی را که تطابق در مورد آنها ضروری است شامل متعاقدين، مقدار عوضین، جنس، مکان و زمان آنها می‌داند (کاشف-الغطاء، ۱۴۲۰ق، ص ۱۳۶).

آیت‌الله خویی، تطابق را در عنوان عقد، مبیع، بایع، مشتری، شروط مندرج در عقد و اجزای مبیع و ثمن، شرط دانسته‌اند (خویی، بی‌تا، ص ۷۱). ایشان تطابق بین ایجاب و قبول در خصوص متعلق بیع را شرط صحت عقد دانسته‌اند (خویی، ۱۴۰۷ق، ص ۲۸۵) و به همراه شیخ انصاری و میرزای نائینی به مخالفت با سید یزدی می‌پردازد. به عقیده سید یزدی، عدم تطابق در ایجاب و قبول، منجر به بطلان عقد نمی‌شود؛ چراکه شرط قید نیست، بلکه التزامی است که در ضمن التزام دیگری ذکر شده است و ارتباطی به اصل عقد ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ص ۹۲).

برخی از حقوقدانان بر این باورند که «برای صحت عقد، لازم است قصد طرفین نسبت به تمام اموری که در دامنه حرکت اراده قرار می‌گیرد و متعلق قصد است توافق داشته باشد. با دقت در حرکت اراده از راه بررسی وجدان، باید پذیرفت که همه مختصات عقد، به قصد مربوط نمی‌شود و فقط امور اساسی قرارداد در شعاع فعالیت اراده قرار می‌گیرد» (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۸)؛ به عبارتی، اصولاً همه خصوصیات اعم از ماهیت عقد، شروط ضمن آن، مورد معامله و اوصاف آن، در پیدایش رضا مؤثر خواهد بود؛ اما آنچه که هنگام انشای عقد، متعلق قصد واقع می‌شود فقط امور اساسی از قبیل ماهیت عقد، خصوصیات عقد، ماهیت مورد عقد، فرد ماهیت واحد، کمیت مورد عقد و وصف مهم مورد کلی عقد است (شهیدی، ۱۳۸۸، صص ۱۵۸-۱۶۰-۱۶۲). برخی نیز معیار تشخیص امور اساسی و مهم را که تطابق در خصوص آنها ضروری است، وابسته به تحلیل عقد و بررسی تعهدات و اموال مبادله شده در آن سنخ از قرارداد می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۲۴۱).

۲-۳) بطلان

ادله بطلان را می‌توان به «عدم تطابق ایجاب و قبول» و «غرری بودن معامله» محدود نمود؛ اگرچه این دو با هم ارتباط تنگاتنگی دارند.

۱-۲-۳) عدم تطابق ایجاب و قبول

در تعارض فرم‌ها، تردیدی نداریم که طرفین در خصوص امور اساسی اتفاق نظر دارند و مشکل بر سر شروطی است که در ضمن عقد مطرح شده است.

این که آیا عدم مطابقت ایجاب و قبول در زمینه شروط، سبب بطلان است یا نه، به اصلی و فرعی بودن شروط بر می‌گردد. برخی بر این عقیده هستند که اگر تعدّر و فساد شرط، باعث بطلان عقد نمی‌باشد، منطقاً عدم مطابقت در شرط هم نمی‌تواند باعث بطلان عقد گردد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۱۷)؛ در واقع، به نوعی خواسته‌اند بگویند شروط، از ارکان عقد تلقی نمی‌شود.

برخی ضمن تأیید استدلال اخیر افزوده‌اند: چنانچه شرط، قید عقد نباشد و عقد، معلق و وابسته به آن نباشد (التزامی ضمن التزام دیگر)، «تطابق» محقق و عقد صحیح است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ص ۳۹۵).

در مقام جمع‌بندی می‌توان گفت که تخلف از شرط، باعث عدم مطابقت ایجاب و قبول نمی‌شود مگر آن که مقصود و هدف اصلی باشد. باید خاطر نشان ساخت که شرط، از این جهت، دارای ویژگی خاصی نیست و وصف و قید نیز اگر مقصود و هدف اصلی متعاملین باشند تخلف از آنها باعث اختلاف میان ایجاب و قبول می‌گردد.

برای تشخیص اساسی بودن شرط باید به ملاک این‌همانی و نیز وحدت و تعدّد مطلوب که در کلام فقها به کرات بیان شده است توجه شود. بی‌دلیل نیست که برخی از فقها گفته‌اند: بعضی خصوصیات عقد به نحوی است که با فقدان آنها عقد نیز از بین می‌رود، مانند ثمن و مثن؛ در حالی که برخی خصوصیات دیگر عقد، مانند وصف مبیع، وصف ثمن و شرط، چنین نیستند. بنابراین، بطلان شرط، مستلزم بطلان عقد نمی‌باشد (طباطبایی حکیم، بی‌تا، ص ۱۱۱). صاحب‌عناوین نیز تنها عوضین و ایجاب و قبول و نیز متعاقدين را رکن عقود معاوضی شمرده‌اند و اشاره‌ای به شروط و قیود و اوصاف نکرده‌اند (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق، ص ۷۲).

فقها با تفکیک بین موارد تطابق، به اتفاق یکدیگر مطابقت ایجاب و قبول در عنوان معامله و همچنین ماهیت و شخصیت طرف (در جایی که علت عمده عقد است) و اجزای مورد معامله و اوصاف مهم را در تشکیل و صحت عقد ضروری دانسته‌اند اما در خصوص شروط و خصوصیات شروط و خصوصیات غیر مهم، برخی از فقها تطابق را لازم ندانسته و

قائل به صحت قرارداد شده‌اند (نائینی غروی، ۱۳۷۳ق، ص ۲۵۶).

۲-۲-۳) غرری بودن معامله

دلیل دیگر جهت بطلان، غرر است. غرر در لغت به معنای خطر، نیرنگ و غفلت آمده است (طالب احمدی، ۱۳۸۰، ص ۴۳). در فقه، معامله مبهم، غرری است؛ معامله‌ای که عرف به آن دست نمی‌زند (صفایی، ۱۳۸۹، ص ۱۳۳).

فقه‌های متقدم، از غرر به جهل تعبیر نموده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۳). شهید اول، غرر را جهل به حصول تعریف کرده و نسبت میان غرر و جهل را عموم و خصوص من وجه دانسته است (عاملی، بی‌تا، ص ۱۳۷). از سوی فقه‌های متأخر، غرر، جهل معنی می‌شود. میرعبدالفتاح مراغی، سه معنا برای غرر به کار برده است: فریب، جهل و خطر. وی هر معامله‌ای را که در آن خطر باشد داخل در معامله خطری می‌داند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ص ۳۱۴). صاحب‌جوهر اعتقاد دارد که غرر، خطر ناشی از جهل به صفات مبیع و مقدار آن است و نه هر خطری که شامل جهل نسبت به امکان یا عدم امکان تسلّم شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۳۸۸).

شیخ انصاری، مخاطره را در خصوص مبیعی که نسبت به تسلّم، مجهول‌الحال است ضروری نمی‌داند، خصوصاً که بعد از تعدّر تسلیم با خیار جبران صورت بگیرد. همچنین ایشان معتقدند که در معنای خطر، جهالت نیز وجود دارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، صص ۱۷۸-۱۷۹). آیت‌الله خویی هم قائل به دو معنای غفلت و خطر می‌باشد و نهایتاً قائل به عرفی بودن غرر است (خویی، بی‌تا، ص ۲۵۸). گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

با توجه به استقراهایی که در آثار فقهی صورت گرفته است، غرر عموماً ناظر بر مورد معامله است (بهاروندی، ۱۳۸۸، صص ۲۲۶-۲۲۷).

در تعارض فرم‌ها باید گفت که جهلی نسبت به مورد معامله ندارند. اصولاً در مورد امور اساسی، تطابق کامل میان اراده طرفین وجود دارد. تنها مورد، عدم تطابق میان شروط فرعی است. حالا باید دید که این امر، موجب غرری شدن و در پی آن بطلان معامله می‌شود؟

طبق ماده ۲۳۳ قانون مدنی، شرطی باطل و مبطل است که موجب جهل به مورد معامله باشد. در فقه هم نظر مشهور همین است (خویی، بی‌تا، صص ۲۵۶-۲۵۷). در خصوص تعارض فرم‌ها هرچند در بادی امر، شروط طرفین معلوم‌اند اما از آنجا که معلوم نیست

کدام یک بر قرارداد حاکم است، از این بابت ممکن است موجب جهل به مورد معامله گردند.

آیا در تعارض فرمها، واقعاً شرط مجهول، به جهل به عوضین می‌انجامد؟ به نظر می‌رسد جواب منفی است؛ چراکه در نظر طرفین، چنان شرطی صرفاً به عنوان یک تابع منظور شده است که نمی‌تواند هم ارزش با مورد معامله باشد.

در خصوص تابع نیز دو نظر مختلف بیان شده است: (۱) تابع، آن چیزی است که موجب زیان نشود، حتی اگر مقصود طرفین بوده باشد. (۲) تابع، چیزی است که از نظر عرف مورد قصد طرفین نبوده است (طالب احمدی، ۱۳۸۰، ص ۵۰).

به نظر می‌رسد که در تعارض فرمها هم با وضعیت مشابهی مواجه هستیم. مقصود اصلی طرفین، همان مورد اصلی معامله بوده است که با اجرای قرارداد به آن دست یافته‌اند. مابقی، توابعی هستند که هرچند برای طرفین مطلوبیت دارند اما منظور اصلی ایشان از انعقاد قرارداد نبوده‌اند و فقدان آنها موجب زیان به اصل قرارداد نمی‌شود.

در این راه می‌توان به تسامح عرفی و نیازهای ضروری اجتماع نیز استناد جست. «هرجا که مبنای معامله طرفین بر مبنای مسامحه است یا نیاز عمده یا اقتضای کار مورد نظر ایجاب می‌کند که دو طرف، درجه‌ای از احتمال را در روابط خود بپذیرند، علم اجمالی کافی است» (کاتوزیان، ۱۳۹۱، پ، ص ۱۹۹)؛ «البته در این راستا باید به این نکته توجه داشت که در مواردی که نیاز عمومی ایجاب می‌کند که علم اجمالی کفایت از تعیین دقیق موضوع معامله کند، تشخیص این نیاز با قانونگذار است و دادرس نمی‌تواند در هرجا که مصلحت دید، آن را از موارد خاص شمارد» (کاتوزیان، ۱۳۹۱، پ، ص ۲۰۰).

در تعارض فرمها می‌توان این نیاز را به خوبی احساس کرد. تعارض فرمها عموماً در معاملات بین تجار در حوزه تجارت بین‌الملل که در مقیاس عمده و در راستای تأمین یکی از نیازهای ضروری جامعه می‌باشد، رخ می‌دهد. وقتی نیازهای جامعه اقتضای ترتیب چنان معاملاتی را دارد و از سوی دیگر، در ارکان عمده و اصلی قرارداد خللی وارد نیست، بهتر است با چشم‌پوشی از خطاهای جزئی، در پی تأمین منافع عمده برآمد تا این که با حکم بطلان، آن هم به دلیل وجود خلل جزئی، در پی اجرای قانون باشیم.

۳-۳) صحت

ادله صحت را نیز می‌توان به «تفکیک نقش قصد و رضا» و «تجزیه عقد به مطلوبات

متعدد» محدود نمود.

۱-۳-۳) تفکیک قصد و رضا

برخی از نویسندگان، با تفکیک نقش قصد و رضا، بیان داشته‌اند که «برای صحت عقد، لازم است قصد طرفین نسبت به تمام اموری که در دامنه حرکت اراده قرار می‌گیرد و متعلق قصد است توافق داشته باشند. با دقت در حرکت اراده از راه بررسی وجدان، باید پذیرفت که همه مختصات عقد، به قصد مربوط نمی‌شود و فقط امور اساسی قرارداد در شعاع فعالیت اراده قرار می‌گیرد» (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۸).

آیا می‌توان این استدلال را در خصوص تعارض فرم‌ها پذیرفت؟ پاسخ به این پرسش منفی است؛ هرچند که بتوان به این نظر، در مسأله عدم تطابق ایجاب و قبول به طور عام استناد جست اما به نظر می‌رسد منظور از اموری که در دایره حرکت قصد قرار می‌گیرند اموری است که در حیطه قصد مشترک طرفین معامله قرار می‌گیرند و نه صرف قصد یک طرف معامله.

در تعارض فرم‌ها، شروط متعارض، در حوزه قصد مشترک طرفین قرار گرفته‌اند؛ ولو این که طرفین نسبت به آن مطلع نشده باشند و از وجود آن شرط آگاه نباشند. از آنجا که امکان اطلاع برای آنها فراهم شده است، باید بگوییم که شروط در حوزه قصد مشترک قرار گرفته‌اند.

در واقع، تمام این موارد مربوط به شروط و توابعی است که طرفین راجع به آن، سکوت کرده باشند و سکوتشان چنین تفسیر می‌شود که آنها بدین وسیله اراده کرده‌اند که قواعد تکمیلی بر قراردادشان حاکم نمایند. دادگاه هم بر طبق ماده ۲۲۰ قانون مدنی، متعاملین را به تمام نتایج عرفی و قانونی ملزم می‌کند؛ اما هنگامی که این شروط و امور فرعی، از طرف آنها اعلام می‌گردد و در عین حال متعارض می‌باشند، فرض تشکیل چنین قراردادی می‌تواند با مشکل روبرو باشد و به تعبیر برخی از نویسندگان، وقتی که این امور فرعی در قرارداد قید گردد تبدیل به امور اساسی خواهد شد (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۱)؛ هرچند، موادی دال بر بطلان قرارداد به طور صریح در چنین فرضی در قوانین ما وجود ندارد.

با این تحلیل، نمی‌توان تفکیک نقش قصد و رضا در تشکیل قرارداد را پاسخ مناسبی به موضوع تعارض فرم‌ها بدانیم، مگر آن که چنین تفسیر کنیم که طرفین ضمن گنجاندن چنان شروطی در متن قرارداد، صرفاً آنها را به عنوان تابع مد نظر داشته‌اند و کنار نهاده

شدن آنها خللی به قصد ایشان وارد نمی‌کند.

۲-۳-۳) تجزیه عقد به مطلوبات متعدد

«به موجب اصل تجزیه‌پذیری قرارداد، در صورت عدم تحقق، نقض و یا تخلف از بخشی از عقد، ضمانت اجرای مربوطه (بطلان یا فسخ) تنها بر همان بخش از عقد وارد می‌شود و مابقی عقد به اعتبار خود باقی است» (صفایی و سلطان احمدی، ۱۳۸۹، ص ۱۴۹).

در فقه نیز فقها تحت عنوان قاعده انحلال عقد واحد به عقود متعدد، پذیرفته‌اند که در هنگام ورود بطلان در بخشی از عقد، آن عقد واحد در حکم عقود متعدد فرض می‌شود و مستقل از یکدیگر بوده و بطلان هر یک در دیگری تأثیری ندارد (صفایی و سلطان احمدی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۱).

فلسفه پذیرش تجزیه قرارداد این است که اصل بر اجرای قرارداد است و طرفین باید تمام تلاش خود را به کار گیرند که به این مقصود برسند. هرگاه در مسیر اجرای قرارداد موانعی نیز ایجاد شود، اجرای قسمت مقدور، مطلوب‌تر از نادیده گرفتن کل قرارداد است (رحیمی، ۱۳۹۱، ص ۶۴).

در تمییز بین عقد قابل تجزیه و عقد غیر قابل تجزیه گفته شده است: «در صورتی که عقد بین دو نفر واقع شود و مورد معامله، واحد و غیر قابل تجزیه باشد، عقد بسیط و غیر قابل انحلال است؛ ولی هرگاه طرفین عقد بیش از دو نفر یا مورد آن متعدد و یا قابل تجزیه باشد، به طوری که هر قسمتی از آن را بتوان مستقلاً تقویم کرد، عقد قابل انحلال به عقود متعدده می‌باشد» (امامی، ۱۳۷۹، ص ۴۹۳).

به موجب دلیل عقلی، بین اجزای هر یک از موردهای معامله که از حیث نسبت به مجموع، مساوی هستند نوعی تقابل بعض در مقابل بعض وجود دارد که بر این مبنا معاوضه نسبت به کل در حکم معاوضه نسبت به ابعاض متعدد است.

از دلیل قصدیه (العقود تابعة للقصود) نیز چنین استفاده می‌شود که در فرض انتقال مجموع، قصد طرفین به انتقال ابعاض نیز تعلق می‌گیرد و معاوضه بین اجزای متعدد، اصالتاً یا تبعاً نیز مقصود است؛ در واقع، اثر اراده طرفین، حفظ قرارداد ولو در فرض جدایی بخشی از آن است و بطلان یک بخش قرارداد به بطلان کلی آن نمی‌انجامد. قاعده لزوم نیز اقتضای این امر را دارد و در این موارد باید چنین فرض کنیم که شرایط اساسی صحت معامله موجود است و تفسیر ما به سوی صحت و بقای قرارداد باشد (رحیمی، ۱۳۹۱،

صص ۸۴-۸۵).

به نظر می‌رسد همان‌طور که در موارد سکوت طرفین قرارداد، عرف و قانون حاکم را جایگزین اراده طرفین می‌کنیم، در جایی که یک بیان قاطع در اعلام اراده‌ها نسبت به اصل قرارداد وجود دارد نشان از عدم تأثیر شروط متعارض در اصل انعقاد قرارداد از منظر طرفین قرارداد است و در نهایت، رضایت آنها به عرف یا قانون حاکم است. این نظریه منطبق با نظر شماری از فقهای معاصر است که عدم تطابق شروط جزئی را مانع انعقاد قرارداد نمی‌دانند و برخی از فقها تصریح کرده‌اند که عدم قبول شرط صحیح از طرف مخاطب (چه قید باشد یا التزام اضافی) موجب بطلان عقد نمی‌شود، زیرا این شروط اضافی، زاید بر ارکان اساسی سازنده عقد است. این دیدگاه می‌تواند با اصالة الصحة در قرارداد نیز سازگارتر باشد.

از جمله مواردی که می‌توان در آن به تجزیة عقد واحد حکم کرد عبارتند از: تجزیه-پذیری عقد از شرط ضم آن، تجزیه‌پذیری عقد پس از بطلان بخشی از آن، تجزیه‌پذیری عقد در فرض عدم مطابقت بعض (شامل عیب بعض و تخلف از وصف بعض)، تجزیه-پذیری عقد پس از اجرای بعض.

۱-۲-۳) تعارض فرم‌ها و قاعده تجزیه عقد

در خصوص رابطه شرط و عقد در تجزیة عقد باید توجه داشت که اگر از جانب عقد، شروع به تحلیل کنیم نتیجه با شروعی که از طرف شرط خواهیم داشت تفاوت می‌کند. اگر از عقد آغاز کنیم و این‌گونه باشد که ابتدا عقد اصلی بر هم بخورد، در این صورت، تجزیة شرط ضمن عقد که تابع و پیرو آن قرار گرفته است، باطل می‌شود. اگر در این فرض، قبل از آن که عقد از بین برود مشروط‌علیه، موضوع شرط را انجام دهد مستحق عوض آن خواهد بود، اما در صورتی که شرط به دلیلی متعذر و انجام نشدنی باشد، این مورد جز در موارد ماده ۲۳۳ قانون مدنی، موجب بطلان عقد نخواهد شد؛ بنابراین، تخلف از شرط، باعث عدم مطابقت ایجاب و قبول نمی‌شود مگر آن که از چنان اهمیتی برخوردار باشد که مقصود و هدف اصلی متعاملین باشد. باید خاطر نشان ساخت که شرط، از این جهت دارای ویژگی خاصی نیست و وصف و قید نیز اگر مقصود و هدف اصلی متعاملین باشند تخلف از آنها باعث اختلاف میان ایجاب و قبول می‌گردد.

فقها با تفکیک بین موارد تطابق، مطابقت ایجاب و قبول در عنوان معامله، ماهیت،

شخصیت طرف (در جایی که علت عمده عقد است) و اجزای مورد معامله و اوصاف مهم را به اتفاق، در تشکیل و صحت عقد ضروری دانسته‌اند اما در خصوص شروط و خصوصیات شروط و خصوصیات غیر مهم، برخی از فقها تطابق را لازم ندانسته و قائل به صحت قرارداد شده‌اند (نائینی غروی، ۱۳۷۳ق، ص ۲۵۶).

در تحلیل این نظریه گفته شده است: تخلف از شروط و خصوصیات غیر اساسی، مانع صدق عنوان عقد نمی‌گردد؛ زیرا مجموع عقد، یک مطلوب نیست بلکه عقد می‌تواند دارای مراتبی باشد و هر کدام، مطلوب مستقلی است.

تخلف عقد نسبت به برخی مراتب، مانع صحت قرارداد نسبت به مراتب و مطلوب دیگر نیست. انحلال مراتب، مربوط به انحلال ایجاب است. در صورت انحلال ایجاب به مراتب متعدد، قبول نیز به تبع ایجاب می‌تواند دارای مراتب متعدد باشد؛ بدین سبب، هیچ مانعی وجود نخواهد داشت که قبول نیز به برخی از مراتب و یا یک مطلوب تعلق بگیرد و عقد نسبت به آن بعض مطلوب، صحیح باشد و نسبت به مطلوب دیگر به دلیل عدم توافق، منعقد نشده باشد. پس از طرح امکان انحلال ایجاب و عقد به تعداد مراتب، برخی فقها معیاری برای انحلال ایجاب و تعدد مطلوب ارائه دادند.

امام خمینی (ره) در این خصوص می‌فرمایند: معیار کلی این است که در هر موردی که امکان انحلال عقد به دو عقد و یا یک عقد و یک چیز دیگر (التزام یا تعهد) وجود داشته باشد و قبول‌کننده، آن بعض منحل (یکی از مطلوب‌ها) را قبول کند، مطابقت بین آن دو حاصل است؛ بر خلاف آنجا که در واقع و نزد عقلا و یا از نگاه انشاکننده، بین آنها ارتباط وجود دارد (وحدت مطلوب) و مجموع را بما هو مجموع خریده است. در این صورت با قبول بعض، مطابقت با ایجاب حاصل نشده و عقد محقق نمی‌شود که تشخیص این موارد با عرف است.

بدین ترتیب، شروط متعارضی که از منظر عرف، قید اراده نسبت به اصل قرارداد به نحو وحدت مطلوب نیستند اما رضایت به اصل معامله، معلق بر این شروط شده باشد، مانع تشکیل و صحت اصل قرارداد خواهد شد. همچنین است نسبت به آنجایی که طرف قرارداد، التزام به معامله را منوط به تحقق آن شروط کرده باشند (خمینی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۴۲).

برخی از فقها گفته‌اند که حتی در صورتی که ایجاب‌کننده، ایجاب خود را مشروط به شرطی کرده باشد و مخاطب، آن را بدون شرط قبول کرده باشد، تطابق واجب حاصل

است و تخلف و تعدّر یا فساد شرط موجب بطلان عقد نیست و تنها آن را غیر نافذ می‌کند. این امر نشان‌دهنده این است که انعقاد عقد، روی ذات عقد بدون شرط است، که قبول بدون شرط با ایجاب تطابق دارد؛ به عبارت دیگر، اگر شرط، قید معامله به نحو وحدت مطلوب بود، در صورت تخلف شرط باید عقد باطل می‌شد (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ص ۳۸۵)؛ لذا برخی گفته‌اند که اگر فساد شرط، موجب ابطال عقد نمی‌شود، به طریق اولی عدم قبول مشتری باعث بطلان نخواهد شد (ایروانی، ۱۴۲۱، ص ۳۱).

در دکترین فقهی، این نظریه قابل پذیرش است که در غیر مواردی که عدم تطابق مربوط به عنوان و ماهیت و ارکان اساسی عقد است تعارض در شروط طرفین مانع انعقاد قرارداد نمی‌گردد مگر در موارد ذیل:

- ۱) شروطنی که عرفاً به نحو وحدت مطلوب مورد قصد ایجاب‌کننده باشد.
- ۲) موردی که انشاکننده، آن شرط را به نحو وحدت مطلوب کرده باشد (محمدی، ۱۳۸۹، ص ۱۰۹).

با این تفاسیر، در خصوص تعارض فرم‌ها نیز به راحتی می‌توانیم بگوییم که صرف یک تعارض نمی‌تواند به بطلان قرارداد بیانجامد. با به کار بستن قاعده تجزیه عقد، به آسانی می‌توان میان قصد طرفین نسبت به موضوع اصلی معامله و شروط ضمن آن، جدایی انداخت و قائل به صحت عقد در صورت تعارض شروط ضمنی شد. بدین ترتیب، دیگر بطلان و از بین رفتن شرط را به عقد سرایت نمی‌دهیم.

۲-۳-۳-۲ تعیین مفاد قرارداد

در این راستا باید گام به گام پیش رفت و ابتدا اگر میان شروط متعارض بتوانیم به نحوی جمع عرفی برقرار کنیم، این جمع، مفیدتر و متعارف‌تر خواهد بود نسبت به این که بخواهیم در بدایت امر، شروط متعارض طرفین را به صورت کلی طرد کنیم.

اگر این جمع عرفی ممکن نبود، به نظر می‌رسد که قواعد عمومی، با قاعده تساقط توافق بیشتری داشته باشد؛ چراکه در صورت عدم امکان جمع، برگزیدن شروط یکی از طرفین، ترجیح بلامرّح خواهد بود؛ لذا در صورت تعارض، شروط هر دو طرف ساقط می‌شوند. تعیین این که قرارداد بر مبنای قیود و شروط کدام یک از فرم‌ها منعقد شده است موضوعاً منتفی است. در چنین وضعیتی رابطه طرفین مشمول قواعد عمومی حاکم بر قراردادها خواهد بود.

از این رو، با توافق بر روی ارکان عقد، قرارداد منعقد می‌شود و برای تکمیل خلأهای قراردادی، امور فرعی از قبیل محل تحویل کالا و چگونگی آن و همچنین مسائل مربوط به ضمانت و مانند آن را همان‌گونه که در ماده ۳۵۶ به بعد قانون مدنی آمده است، می‌توان به عرف و قانون واگذار کرد.

اصل برائت، تکیه‌گاه قاعده تفسیر به زیان متعهدله می‌باشد؛ بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن را اثبات کند. در نتیجه، اگر متعهدله با عبارت مندرج در قرارداد نتوانست حق خود را اثبات کند عبارت مشکوک به نفع متعهد تفسیر خواهد شد و حکم به برائت مدعی علیه صادر خواهد شد.

در ماده ۲۲۵ قانون تجارت آمده است: «تاریخ تحریر و مبلغ برات با تمام حروف نوشته می‌شود. اگر مبلغ بیش از یک دفعه به تمام حروف نوشته شده و بین آنها اختلاف باشد مبلغ کمتر مناط اعتبار است...». قانونگذار در ماده ۲۸۲ قانون مدنی، در مقام تردید در این که تأدیه دیون از بابت کدام دین او بوده، مصلحت او را در نظر گرفته و اختیار تعیین دین را به او داده است و نیز در ماده ۲۷۷ همان قانون مقرر داشته است که «... حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد».

از مجموع مواد فوق، به خوبی می‌توان دریافت که قانونگذار درصدد حمایت از متعهد در حالات گوناگون می‌باشد. همچنین با توجه به مواد ۱۲۹۹ (بند ۲)، ۱۳۰۱، ۱۳۰۲، ۱۳۰۴ و ۱۳۰۵ قانون مدنی می‌توان چنین استنباط کرد که قانونگذار، هرگونه ابهام در نوشته‌ای (حتی امضا) را به ضرر تنظیم‌کننده آن تفسیر کرده است.

واقعیت این است که فقه اسلامی، منکر و مدعی را مشخص کرده و بار اثبات را بر دوش مدعی گذاشته است و در صورت عدم ارائه دلیل از سوی مدعی، قول منکر پذیرفته می‌شود و اگر هر دو، هم مدعی و هم منکر شناخته شدند اگر مربوط به ارکان قرارداد باشد حکم به انفساخ آن می‌شود.

با توجه به این که اصل برائت در حقوق اسلامی از مبانی عقلی و نقلی مستحکمی برخوردار است لذا بر این اساس، چنین می‌توان اظهار کرد که تعهدات مشکوک، بر عهده یک طرف قرار نمی‌گیرد و قول منکر تعهدات، مقدم می‌شود.

از عواملی که در تفسیر قرارداد و رفع اجمال و ابهام آن به کار می‌رود مقررات قانونی می‌باشد که ممکن است منظور طرفین نبوده یا حتی مغایر اراده آنان باشد. این مقررات، از

آنجا که ممکن است طرفین نسبت به آن جاهل باشند، در زمره عوامل خارجی قرار می‌گیرند؛ البته در توجیه تمسک به این مقررات می‌توان به فرض آگاهی طرفین یا توانایی آنان بر آگاهی از آنها استناد کرد. چون دو طرف می‌توانستند از این مقررات مطلع گردند و در صورت تمایل، بر خلاف آن تراضی نمایند، بنابراین، ادعای جهلشان پذیرفته نمی‌شود. ماده ۳۶۵ قانون مدنی هم آورده است: «بیع فاسد اثری در تملک ندارد».

این قوانین را از آن جهت که مکمل، جایگزین و مفسر اراده دو طرف قرارداد هستند «قوانین تکمیلی» نامیده‌اند. قانونگذار با وضع قوانین تکمیلی، راه‌حل‌های عرفی یا ناعادلانه را در هر قرارداد پیش‌بینی می‌کند و بدین صورت با بیان اراده مفروض طرفین یا قواعدی که به نظر او سودمندتر است، دادرس را از کاوش درباره قصد مشترک دو طرف می‌رهاند. چنانچه بتوان قصد مشترک ضمنی طرفین را به نوعی از مفاد قرارداد یا دیگر اوضاع و احوال احراز نمود، این قصد همانند اراده صریح، ارزش قانون قرارداد را دارد و بر قوانین تکمیلی مقدم خواهد بود؛ زیرا از حیث اعتبار و تأثیر، تفاوتی بین اراده صریح و ضمنی نیست.

در تفسیر تعارض فرم‌ها می‌بایست تا جایی که امکان دارد اراده مشترک و تراضی دو طرف را جستجو کرد. بدین منظور نیز می‌بایست تعارض‌های ظاهری را زدود و قصد واقعی را آشکار کرد؛ زیرا انسان معقول و متعارف، وقتی که قراردادی منعقد می‌کند، تناقض‌گویی نمی‌کند و خواسته‌های معقولی دارد؛ پس باید مقصود او را از یک قرارداد به ظاهر متعارض استخراج کرد.

قانونگذار ایران، اگرچه این ضوابط را به عنوان معیارهای کلی در جایی به صورت مدوّن گردآوری ننموده است ولی با استفاده از پاره‌ای احکام پراکنده و استناد به آنها و نیز استفاده از نظر صاحب نظران و اساتید حقوق، می‌توان این معیارها را پذیرفت و به عنوان ابزار تفسیر اراده طرفین قرارداد، به کار گرفت.

نتیجه

رویکرد اقوی در فقه امامیه، هرگونه عدم مطابقت را مانع تشکیل عقد محسوب نموده است و به طور کلی ایجاب و قبول غیر مطابق را از درجه اعتبار ساقط می‌داند و هیچ اثر حقوقی بر آن بار نمی‌کند؛ لذا با توجه به پیشینه این بحث در فقه و همچنین عدم تصریح قانونگذار مدنی در خصوص این که قبول مغایر، ایجاب جدید است، پذیرش قبول مغایر با ایجاب در حقوق ایران به عنوان یک ایجاب مستقل، دشوار می‌نماید.

از طرفی هم با توجه به این که انعقاد قرارداد، از حقوق خصوصی اشخاص بوده و قصد طرفین، اصلی‌ترین نقش را در این خصوص بازی می‌کند، بهترین راهکار در صورت بروز تعارض مابین فرم‌های ایجاب و قبول، راهکاری است که بیشترین احترام را به قصد طرفین گذاشته و به گونه‌ای ارائه نگردد که در نهایت آنچه اعمال می‌گردد فاصله زیادی از مقصود متعاقدين داشته باشد. از طرفی باید امنیت و ثبات در تجارت حفظ گردد و تاجر هر لحظه بیم باطل اعلام شدن قراردادش را نداشته باشد؛ زیرا با توجه به گستردگی معاملات تجاری در سال‌های اخیر، گاه باطل اعلام شدن یک قرارداد، عواقب ناگواری برای اشخاص و اقتصاد یک جامعه در پی خواهد داشت. همچنین باید به این امر نیز توجه داشت که تا حد امکان، مصالح هر دو طرف قرارداد رعایت شود و بدون دلیل موجه و حقوقی، هیچ یک فدای دیگری نگردد.

در هر حال، با توجه به این امر که طرفین قرارداد با علم به شرایط خاص حاکم بر انعقاد قرارداد، از طریق فرم‌ها اقدام به این مهم نمودند و به صورت ضمنی ریسک تحمیل یک سری شروط قراردادی ناخواسته را پذیرفته‌اند، در صورتی که فرم‌ها در خصوص شرایط اساسی، تعارض نداشته باشند می‌بایست قائل به تشکیل قرارداد باشیم و خلأهای قراردادی را با قواعد تکمیلی پر نماییم.

این را نیز باید افزود که در سیستم حقوقی کشور ایران، بهترین پیشنهاد آن است که قانونگذار به وظیفه اصلی خود که همان وضع قوانین می‌باشد همت گمارد و با تصویب قوانینی در خصوص تعارض فرم‌ها، این موضوع را برای همیشه حل و فصل کند و از سوءاستفاده‌های احتمالی تجار جلوگیری نماید؛ چنانکه در موارد این چنینی، قانونگذار در شرایطی که احتمال قوی وجود سوءنیت را می‌دهد، بار اثبات حسن‌نیت را بر دوش شخص بگذارد؛ به عنوان مثال، مقرر دارد که در اعمال قاعده آخرین اقدام، شروطی که با فونت

بسیار ریز نسبت به متن و یا بر خلاف متعارف، در پشت فرم نوشته شده است و یا شروطی که غیر متعارف است و مورد قبول هیچ تاجر معقولی قرار نمی‌گیرد، اعمال نمی‌گردد و شروط فرم مقابل و قانون یا عرف، جایگزین آن می‌گردد؛ مگر این که ثابت شود که از توجه طرف مقابل دور نمانده و مورد قبول او واقع شده است. با وجود این تدابیر و حمایت‌های قانونی، اگر همچنان شخص با بی‌توجهی و عدم مطالعه دقیق فرم، آن را قبول کند، در صورت ورود خسارت، خود مسئول خسارت وارده بر خود می‌باشد؛ زیرا هر شخص معقول و متعارفی در انعقاد قرارداد، به مصالح خود می‌اندیشد و توجه کافی می‌نماید؛ به خصوص اگر قرارداد کلان باشد.

این راهکار ممکن است سبب گردد که به مرور زمان، تجار در هر صنفی سعی کنند جهت جلوگیری از طولانی شدن پروسه انعقاد قرارداد، فرم‌های استاندارد خود را مشابه و متعارف‌تر نمایند. از طرفی افراد، با توجه و دقت بیشتری اقدام به انعقاد قرارداد می‌نمایند و بار کمتری از اشتباهات افراد بر دوش دادگاه‌ها می‌افتد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی و عربی

- ۱- امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی، جلد ۱، انتشارات اسلامی، چاپ ۲۱، تهران، ۱۳۷۹.
- ۲- انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب، جلد ۴، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، قم، ۱۴۱۵ق.
- ۳- انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب (المحشی)، جلد ۷، مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب، چاپ سوم، قم، ۱۴۱۰ق.
- ۴- ایروانی، علی بن عبدالحسین؛ حاشیه کتاب المکاسب، دار ذوی القربی، چاپ اول، ۱۴۲۱ق.
- ۵- بهاروندی، احمد؛ بیان و اثبات تفاوت ماهوی «معاملات مبتنی بر غرر» و «قراردادهای پوشش ریسک» از منظر فقه امامیه، فصلنامه راهبرد یاس، شماره ۱۸، ۱۳۸۸، صص ۲۲۴-۲۴۳.
- ۶- حسینی روحانی، سیدصادق؛ فقه الصادق (ع)، جلد ۱۵، انتشارات مدرسه امام صادق (ع)، چاپ اول، قم، ۱۴۱۲ق.
- ۷- حسینی مراغه‌ای، میرعبدالفتاح؛ العناوین الفقهیه، جلد ۲، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۷ق.
- ۸- حلی (محقق)، جعفر بن حسن؛ شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، قم، ۱۴۰۸ق.
- ۹- حلی، حسن بن یوسف؛ قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، جلد ۲، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ق.
- ۱۰- خمینی، سیدمصطفی؛ الخیارات، جلد ۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، تهران، ۱۴۱۸ق.
- ۱۱- خویی، ابوالقاسم؛ مصباح الفقاهه، جلد ۳، بی‌جا، بی‌تا.
- ۱۲- خویی، ابوالقاسم؛ النکاح، جلد ۲، نشر لطفی و دارالهادی، قم، ۱۴۰۷ق.
- ۱۳- رحیمی، حبیب‌الله و کریمی، زهره؛ مبانی تجزیه قرارداد در حقوق ایران، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲، ۱۳۹۱، صص ۶۳-۸۷.

- ۱۴- ره پیک، حسن؛ *حقوق مدنی: حقوق قراردادهای، انتشارات خرسندی، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۵.*
- ۱۵- شهیدی، مهدی؛ *تشکیل قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ هفتم، تهران، ۱۳۸۸.*
- ۱۶- شیروی، عبدالحسین؛ *حقوق تجارت بین‌الملل، انتشارات سمت، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۹۲.*
- ۱۷- شیروی، عبدالحسین؛ *نقش قراردادهای استاندارد در تجارت بین‌المللی و مقایسه آن با قراردادهای الحاقی در حقوق داخلی، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال اول، شماره دوم، ۱۳۷۸، صص ۶۱-۷۶.*
- ۱۸- صفایی، سیدحسین؛ کاظمی، محمود؛ عدل، مرتضی و میرزائزاد، اکبر؛ *حقوق بیع بین‌المللی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۹۲.*
- ۱۹- صفایی، سیدحسین؛ *قواعد عمومی قراردادهای، انتشارات میزان، چاپ دهم، تهران، ۱۳۸۹.*
- ۲۰- صفایی، سیدحسین و سلطان احمدی، جلال؛ *تجزیه‌پذیری قرارداد در حقوق ایران، انگلیس و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین، فصلنامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)، شماره ۱۰۱، دوره ۴۰، ۱۳۸۹، صص ۱۴۹-۱۶۶.*
- ۲۱- طالب احمدی، حبیب؛ *تأثیر غرر در معاملات، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، شماره اول (پیاپی ۳۳)، دوره هفدهم، ۱۳۸۰، صص ۴۳-۵۵.*
- ۲۲- طباطبایی حکیم، سیدمحسن؛ *نهج الفقاهة، انتشارات ۲۲ بهمن، بی‌تا.*
- ۲۳- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ *حاشیة المکاسب، جلد ۱، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، قم، ۱۴۲۱ق.*
- ۲۴- عاملی، محمدبن مکی؛ *القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه، جلد ۲، کتابفروشی مفید، چاپ اول، قم، بی‌تا.*
- ۲۵- غروی اصفهانی، محمدحسین؛ *حاشیة المکاسب، جلد ۱، نشر انوار الهدی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۸ق.*
- ۲۶- فقیهی محمدی، وحید؛ *بررسی تطبیقی قبول مشروط در پرتو پدیده نبرد فرم‌ها، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه قم، ۱۳۹۰.*

- ۲۷- کاتوزیان، ناصر؛ *ستایش قرارداد یا اداره قرارداد*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۵۲، تابستان ۱۳۸۰، صص ۱۱۱-۱۳۵. (الف)
- ۲۸- کاتوزیان، ناصر؛ *عقود معین*، جلد ۴، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۶. (ب)
- ۲۹- کاتوزیان، ناصر؛ *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۸۰. (پ)
- ۳۰- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر؛ *شرح الشيخ الجعفر علی القواعد العلامه ابن المطهر*، مؤسسه کاشف الغطاء - الذخائر، ۱۴۲۰ق.
- ۳۱- محقق داماد، سید مصطفی؛ *قنواتی*، جلیل؛ *عبدی پور*، ابراهیم و وحدتی شبیری، سیدحسین؛ *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، جلد ۲، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۸۹.
- ۳۲- محمدی، مرتضی؛ *انعقاد قراردادهای الکترونیکی: مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و کنوانسیون ۲۰۰۵ ژنو*، رساله دکتری، پردیس قم دانشگاه تهران، ۱۳۸۹.
- ۳۳- نائینی غروی، میرزا محمدحسین؛ *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، جلد ۱، المكتبة المحمدية، چاپ نخست، تهران، ۱۳۷۳ق.
- ۳۴- نجفی، محمدحسین؛ *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۲۳، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت، ۱۴۰۴ق.

(ب) منابع خارجی

- 35- *Black's Law Dictionary*, Bryan A. Garner Editor in Chief, Thomson Reuters, 2009.
- 36- Busch, Danny & Hondius, Ewood & van Kooten, Hugo & Schelhaas, Harriet, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary*, 1st ed. Nijmegen & The Hague, Kluwer Law International, 2002.
- 37- Butler, A.E, *Formation of contract; Excerpt from "A Practical Guide to the CISG"*, Aspen publisher, 2007.

- 38- Corneille A. Stephens, *Escape from the Battle of the Forms: Keep It Simple, Stupid*, Lewis & Clark L. Rev, No.11, 2007.
- 39- Corterier, Andre, *A Peace Plan for the Battle of the Forms*, Int'l Trade & Bus. L. Rev, No.10, 2006.
- 40- Del Pilar Viscasillas, Maria, *The Formation of Contracts & the Principles of European Contract Law*, Pace International Law Review, Vol.13, 2001.
- 41- Knoche, Thomas.p, *Battle of Forms in German and US-American Law*, 1st ed, Montreal, 1987.
- 42- Markesinis, Basil.S & Unberath, Hannes & Johnston, Angus, *The German Law of Contract*, Oregon, 2nd edition, 2006.
- 43- Ruhl, Giesela, *The battle of the forms: comparative and economic observations*, University of California, Berkeley, 2002.
- 44- Schmitthoff, Clive.M, *Standard Contracts and the Protection of the Weaker Party in International Trade Relations in UNIDROIT, new directions in international trade law*, Vol.1, UNIDROIT, NewYork, 1977.
- 45- Suff, Marnah, *Essential Contract Law*, 2nd ed, London, Cavendish Publishing Ltd, 2000.
- 46- Treitel G.H, *Treitel law of contract*, Int. Stu. 9th edition, sweet and Maxwell, 1991.
- 47- Von Bar, Christian & Clive, Eric & Schulte-Nölke, Hans & Others, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Outline ed, Munich, Sellier, 2009.

Study of Battle of The Forms in Iranian Legal System and Imamiyeh Fiqh

Abdolhossein Shiravi khozani*

Hadi Khodabakhshi**

Received:2/1/2016

Accepted:13/4/2016

Abstract:

The principles of speed, ease and security are among the principles in the area of business. Merchants always make attempts to provide means to pair these principles. One of these means is standard forms of contract. By using these forms, parties to the transaction don't pay attention to the details. They agree on the basic issues and fundamentals of the contract including price and sales and basic qualities and characteristics, expressed in other terms considered to these forms. Besides the significant benefits of using these forms, the forms, the issue arised is the conflict among provisions in the forms. Contracting parties in drafting their forms usually focus on the needs and interests of their survey and naturally incorporate provisions that will maximize their profits in forms. It will be usual and predictable that this isshe result in conflict between standard terms of contract so the merchant get involved to questions. The first one is that, if a contract is concluded, which terms governs the contract, and what is the contract content? The porpuse of this article is to answer the questions mentioned aboved in Iranian legal system and fiqh (Islamic Law). By consulting the articles and books, one may find that domestic and international legal systems attempt to provide a solution to this issue according to the needs of merchants. The main ones are first resort, last resort and waving rules. Because of the novelty of issue in Iran, the debate has not been done in a proper way. It seems in order to serve the purpose of this article we must examine general rules of contracts after the examination of imamieh fiqh as the base of Iranian law.

Key words: Forms, conflict of forms, Last Shot Rule, First Shot Rule, Knockout Rule.

*Professor of Law Faculty at Farabi Campus of Tehran University.

hosseinshiravi@gmail.com

**Ph.d Student of Private Law at Farabi Campus of Tehran University.

lawkhodabakhshi@yahoo.com