

نقش اراده در قراردادها



اسداله امامی

- بحث مربوط به نقش اراده در قراردادها را میتوان در چهار قسمت بشرح زیر مطرح نمود .
- قسمت اول - مفاهیم و کلیات مربوط به اراده و اصل استقلال و حاکمیت آن در قراردادها و انتقاداتی که در این زمینه بعمل آمده است .
 - قسمت دوم - نتایج حاصل از اصل حاکمیت یا آزادی اراده در قراردادها .
 - قسمت سوم - حدود و ثغور حکومت اراده در تکوین قراردادها .
 - قسمت چهارم - مصادیق حکومت اراده در حقوق موضوعه ایران .

قسمت اول

مفاهیم و کلیات مربوط به اراده و حاکمیت آن در قراردادها

رکن اساسی هر قرارداد که اعم از عقد است ؛ اراده کسانی است که آنرا منعقد

۱ - قرارداد عبارتست از توافق اراده دو یا چند نفر در مورد چیزی که متضمن نفع حقوقی *L'intéret* Juridiquo باشد. موضوع قرارداد ممکن است شناسائی یا ایجاد یا تغییر یا اسقاط و یا انتقال حتی باشد . ⇐

میسازند. بعبارت دیگر اراده مهمترین عامل و یا تنها عامل ایجاد قرارداد بشمار میرود. بدین ترتیب کلیه افرادی که دارای اراده صحیح و سلیم باشند، حق دارند به هرترتیبی که مایلند در زمینه دیون و تعهدات خود توافق نمایند، مشروط بر اینکه از چهارچوب ضوابط اساسی و امری شرع و قانون خارج نگردند.

در اوائل شروع حیات قضائی و بین اقوام و ملل قدیم قراردادها تابع تشریفات خاص بود و برای عقد هر قراردادی کلمات ویژه و آلات و ادوات مخصوصی بکار میرفت و بدون مراعات آن تشریفات حتی با وجود اراده صحیح، قرارداد منعقد نمی شد و در نتیجه آناری که مورد توافق طرفین بود ایجاد نمی گردید. اما متدرجاً اصل آزادی اراده در قراردادها موقعیت خاصی پیدا کرد و بنابراین از تشریفات کاسته شد.

انتقاد از نظریه حاکمیت اراده

طرفداران بی قید و شرط اصل حاکمیت اراده در ابراز این نظریه افراط کردند تا بدانجا که گفتند هیچ تعهد یا مسئولیتی بدون اراده افراد بوجود نخواهد آمد و در ضمان قهری یا مسئولیتهای بدون قرارداد نیز معتقد گردیدند اگر تقصیر و خطا وجود نداشته باشد باید فرض کرد که خطا و تقصیر موجود است، زیرا با فرض وجود این عنصر است که میتوان کسی را مسئول دانست. در وقایع حقوقی^۱ نیز بدنبال اراده افراد و ارائه اثری از آن بودند و حتی در ارث بردن وارث از مورث هم به جستجوی اراده مفروض متوفی برمی آمدند و توارث مذکور را بر وصیت فرضی مبتنی می ساختند. بوجود آمدن شرائط جدید اقتصادی ناشی از توسعه صنایع و شروع انقلاب صنعتی و ایجاد شدن کارخانجات بزرگ تولیدی و بدنبال آن بمیان آمدن مسائل کارگری و به هم خوردن تعادل اقتصادی در بین مردم و از بین رفتن تساوی اراده در قراردادها، بعلت فراهم نبودن شرائط مساوی، مخصوصاً در زمینه قراردادهای کار و نیز تورم حاصل از جنگهای خانمانسوز و عواقب شوم آنها و بحرانهای شدید اقتصادی سبب شد که نظریه استقلال اراده کاربرد خود را از دست بدهد و مورد انتقاد قرار گیرد.

انتقادات اساسی که میتوان باصل حاکمیت اراده وارد کرد عبارتند از:

۱ - نادیده گرفتن ضوابط و مقررات حاکم بر جامعه و توجه بی قید و شرط به استقلال مطلق اراده افراد در قراردادها، متضمن دور شدن از واقعیتها است. روشن است که هر نظام حکومتی دارای برنامه ها و رویه هائی است که افراد جامعه نمیتوانند به بهانه استقلال اراده

== قراردادی که متضمن ایجاد تعهد باشد یا نقل مالکیت را سبب گردد عقد نامیده میشود (ماده ۱۸۳ ق م. ایران) ولی اقاله یا تفاسخ که حاصل توافق در سقوط تعهد و یا مالکیت ناشی از عقد است قرارداد محسوب میشود ولی به آن عقد نمی گویند. بنابراین قرارداد اعم از عقد است. البته عده زیادی از حقوقدانان قرارداد را در ردیف عقد و تعهد میدانند

از قلمرو آن رویه‌ها پا فرانهند و برخلاف آن عمل نمایند .

۲ - نمیتوان قدرت اجبار و الزام قراردادها را منحصرآ ناشی از اراده طرفین متعاقدین دانست . در واقع جامعه و قدرت حاکمه است که بر قراردادهای خصوصی قدرت و ضمانت اجرائی می‌بخشد و بفرض که تعهدی با وثیقه عینی همراه باشد بازهم دولت در فراهم ساختن وسائل اجرای تعهد و احقاق حق متعهدله نقش سهمی ایفا می‌کند و بنابراین تا حدودی حق دارد که در اراده افراد مداخله کند و شرائطی را در تنظیم قراردادها بطرفین تحمیل نماید .

۳- در بسیاری از موارد ، افراد در تنظیم و انعقاد قرارداد آزادی کامل ندارند بدین معنی که یک طرف قرارداد با طرف دیگر در وضع و شرائط کاملاً مساوی نیست تا بتواند به هنگام انعقاد قرارداد آزادانه با طرف خود مذاکره و تبادل نظر کند و با تصور و تعبدیق و رضایت واقعی در بستن قرارداد ، اراده خویش را اعلام نماید . در بسیاری از موارد اتفاق می‌افتد که توافق اراده دو طرف قرارداد مورد پیدا نمی‌کند ، مثلاً اگر در جامعه‌ای افراد بیکار فراوان باشند ، کارفرما براساس اصل عرضه و تقاضا معمولاً شرائطی را به کارگر متقاضی کار تحمیل خواهد کرد و در اینصورت نمیتوان گفت تراضی مورد نظر که اساس و رکن اصلی عقد خوانده میشود تحقق یافته است . در واقع کارگر از روی استیصال و بدون رسایت واقعی باید شرایط پیشنهادی و یک جانبه کارفرما را بپذیرد . بدین ترتیب روشن است که اراده کارگر نقش چندانی در تنظیم قرارداد کار ندارد و توافق اراده مطرح نیست . بهمین جهت در اینگونه موارد قدرت حاکمه (حکومت) خود را موظف میداند که در اراده افراد مداخله نماید و با وضع مقررات متناسب از اجحاف یکطرف در قرارداد مذکور جلوگیری کند .

با اینکه انتقادات اشاره شده چندان بی‌پایه نیست و در نظام فعلی جوامع پذیرش مطلق آزادی اراده مشکلات فراوانی ببار می‌آورد و طرفداری از نظریه اصالت فرد و احترام به اراده اشخاص در قرارداد و نادیده گرفتن ضوابط قانونی و شرعی حاکم بر جامعه ، در واقع به معنی انکار واقعیت است و بهیچوجه امکان عملی ندارد ، معذک نباید فراموش کرد که مداخله بیش از حد متعارف در روابط خصوصی افراد هم نتایج مطلوبی ببار نمی‌آورد و انسان را به موجودی بی‌اراده تبدیل خواهد کرد .

با قبول این مطلب که اصل حاکمیت اراده مورد ایراد و انتقاد منطقی است و همچنین با اذعان به اینکه در عمل نمیتوان اصل حاکمیت یا استقلال اراده را بصورت کامل بمرحله اجراء درآورد ، در عین حال نمیتوان بطور کلی منکر وجود این اصل شد . در واقع با وجود تحولات چشم‌گیری که پدید آمده و سبب گردیده است که در مفاهیم فرد و جامعه تجدیدنظر شود در ارزش و اعتبار آنها تغییرات قابل ملاحظه‌ای رخ دهد ، در حقوق بسیاری از کشورها

استقلال اراده در قراردادهای خصوصی و مالی مردم همچنان بعنوان یک اصل مورد توجه است و در ضمن حفظ حقوق جامعه، اراده انسان منشاء اصلی حقوق و تکالیف افراد بشمار می‌آید و در نتیجه قدرت حاکمه بمنظور تأمین عدالت اجتماعی و بصورت استثنائی در این آزادی دخالت می‌کند.

قسمت دوم

نتایج اصل حاکمیت اراده

نتایج مهم حاصل از اصل حاکمیت اراده بطور خلاصه بشرح زیر است :

- ۱- اراده منشاء اصلی تعهدات ناشی از قرارداد است. بدین بیان که هرگونه تعهد یا التزام و مسئولیتی علی‌الاصول دارای ریشه قراردادی است. در واقع اراده خالق التزامات و مسئولیتها است با اینهمه بعضی از مسئولیتها ریشه قراردادی ندارند و اراده افراد پدیدآورنده آنها نیست، بلکه منشاء این قسم مسئولیتها امری حاصل از قانون است. قانون مدنی ایران این موارد را تحت عنوان الزامات بدون قرارداد آورده و از غصب و اتلاف و تسبیب و استیفاء از عمل و مال غیر، یا اداره مال غیر و امثال آن سخن گفته است.
- ۲- قرارداد حاصل از توافق اراده متعاقدين اعتبار و ارزشی معادل اعتبار قانون دارد. گاه نیز ارزش قرارداد از ارزش بعضی از قوانین که جنبه تفسیری یا تعویضی دارند بر مراتب بیشتر است، یعنی میتوان خلاف قوانین تفسیری توافق کرد.
- همانطور که بیان شد عده‌ای از علما معتقدند که منشاء جامعه نیز قرارداد است و در این زمینه از قرارداد اجتماعی سخن گفته و آن را اساس قدرت هیئت حاکم دانسته‌اند.^۱
- ۳- افراد و اشخاص آزادند که قراردادی را منعقد سازند یا از انعقاد قرارداد خودداری کنند.
- ۴- افراد و اشخاص آزادی دارند در وضع مساوی با هم در زمینه شرایط قرارداد مذاکره نمایند و حق دارند با رعایت اصول نظم عمومی و اخلاق حسنه محتوی و موضوع هر قراردادی را مشخص سازند.
- ۵- متعاقدين در قراردادهای خود حق دارند برخلاف قوانین تفسیری یا جانشین توافقی نمایند و قوانین مذکور را در قرارداد خود نادیده بگیرند.^۲
- ۱- قوانین تفسیری یا تعویضی یا جانشین قوانینی هستند که در صورت سکوت طرفین در قرارداد جانشین اراده آنها میشوند ولی به هنگام انعقاد قرارداد میتوان برخلاف این قوانین که جنبه آمره ندارند توافق کرد.

2 Rousseau, Jean-Jacques. Contrat social. liv. 1. chap. VI

در بعضی از کشورها از جمله فرانسه، طرفین قرارداد حق دارند در بین قوانین کشورهای مختلف به میل خود قانونی را انتخاب کنند تا بر روابط حاصل از قراردادشان حاکم باشد. دیوان کشور فرانسه هم معتقد است؛ قانون قابل اجراء در عقود، خواه از جهت شکل قرارداد و خواه از جهت ماهیت و آثار و شرایط آن، قانونی است که طرفین انتخاب کرده‌اند. طبق ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران، تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقود است، مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آنرا صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگر قرارداد کرده باشند.

۶ - علی‌الاصول قراردادها تابع هیچگونه تشریفات نیستند و در اثر توافق صریح یا ضمنی اراده طرفین قرارداد بوجود می‌آیند، اما در موارد بسیار استثنائی، برای ایجاد عمل حقوقی رعایت بعض تشریفات ضرورت دارد. در حقوق ایران میتوان ایقاع طلاق را بعنوان نمونه مثال زد.

۷ - آثار حقوقی ناشی از قراردادها همان آثاری است که در قصد مشترک طرفین قرارداد وارد شده است، چنانچه بین متعاقدين در آثار قرارداد اختلاف بوجود آید، قاضی مکلف است قصد مشترک را در بین سطور قرارداد جستجو کند.

کشف قصد طرفین در قرارداد و رفع ابهامی که پدید آمده است یک مسیر قضائی بحساب می‌آید و شناسائی این مسیر و تسلط بر آن علاوه بر داشتن اطلاعات کافی مستلزم تجربه است.

۸ - محدودیت آزادی اراده در قراردادها جنبه استثنائی دارد. در صورت تردید در این زمینه و عدم احراز مغایرت مفاد قرارداد با نظم عمومی و اخلاق حسنه یا قواعد آمره دیگر، اصل عدم جاری است یعنی اصل، عدم محدودیت اراده و اصل، عدم مغایرت قرارداد منعقد با نظم عمومی و اخلاق حسنه یا قواعد آمره دیگر میباشد.

۹ - استقلال اراده در قراردادها و اصل آزادی قراردادها تأمین کننده عدالت اجتماعی است ولی ممکن است تعادل اقتصادی را به همراه نداشته باشد. بنابراین اسقاط کافه خیارات در قرارداد منعقد بلاشکال است، زیرا با توافق طرفین، خیارات حقیقی و فرضی ساقط میشود و متضرر از این امر خود، اقدام به ضرر خویش نموده است و بدین ترتیب ضرر وارده، از جمله مظالم محسوب نمیشود که به متضرر تحمیل شده باشد.

قسمت سوم

حدود اصل حاکمیت اراده

اصل حاکمیت یا استقلال اراده در قراردادها باین معنی نیست که در تنظیم و انعقاد

قرارداد برای ارادهٔ افراد هیچ محدودیتی وجود نداشته باشد.

بعقیدهٔ بیشتر حقوقدانان همانطور که آزادیهای فردی بطور مطلق و بدون حد و معصر در هیچ اجتماعی نمیتواند مفهوم داشته باشد و عدم تعیین حدود و ثغور برای آزادی فردی سبب هرج و مرج اجتماعی و نهایتاً سلب آزادی میشود، در قلمرو قراردادها نیز وضع به همین منوال است و قانونگذاران همه کشورها با ترسیم محدوده‌ای معین افراد جامعه را در روابط خصوصی خود در قلمرو آن آزاد می‌گذارند. در واقع طرفین قرارداد در این محدودهٔ مشخص است که میتوانند هر طور که مایل باشند قرارداد مورد نظر را تنظیم و منعقد سازند.

دایره‌ای که قدرت حاکمه برای روابط خصوصی افراد جامعه ترسیم می‌کند، گاه وسیع است و گاه نیز در اثر سیاست خاص حاکم بر جامعه و نوع حکومت از وسعت آن کاسته میشود، اما هرگز آزادی نامحدود قابل تصور نیست و با وجود آن نظمی در جامعه برقرار نخواهد شد. مهمترین عوامل تجدیدکنندهٔ استقلال اراده در قراردادها عبارتند از:

۱- نظم عمومی

۲- اخلاق حسنه

۳- قواعد آمرهٔ دیگر

۱- نظم عمومی

نظم عمومی از جمله حصارها و دوایری است که آزادی ارادهٔ افراد را در انعقاد قرارداد محدود می‌کند، طرفین عقد حق ندارند پای از این دایره بیرون نهند و برخلاف ضوابط مربوط به نظم عمومی به انعقاد قرارداد مبادرت ورزند، بلکه برای حفظ نظم جامعه بطور حتم باید این ضوابط را محترم بشمارند و الا قراردادشان اعتبار و ارزش حقوقی نخواهد داشت.

ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران در این زمینه چنین میگوید:

« محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه و یا بواسطهٔ جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا بعلت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب میشود، بموقع اجراء گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد »

ماده ۶ قانون آئین دادرسی مدنی ایران نیز میگوید:

« عقود و قراردادهائی که مخل نظام عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه است در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست. »

قانونگذار نظم عمومی را تعریف نکرده است و در میان حقوقدانان نیز در خصوص تعریف نظم عمومی اتفاق نظر وجود ندارد. عده‌ای مخالف تعریف نظم عمومی و تعیین حدود آن برای آن هستند، ولی گروهی دیگر معتقدند باید نظم عمومی را تعریف کرد. در عین حال نظر این دسته از حقوقدانان نیز در تعریف نظم عمومی متفاوت است. بعضی میگویند

حقوق ، نظم طبیعی موجود در جامعه را حفظ میکند و جمعی دیگر میگویند حقوق نظم عمومی را در روابط مردم ، به منظور حفظ منافع هیئت اجتماع بوجود میآورد و این منافع نظر به اصول عالیله اخلاق انسانی و اجتماعی دارد .

با توجه به برداشتهای مختلف از نظم عمومی میتوان آن را چنین تعریف کرد : « نظم عمومی عبارت از مجموع ضوابط و مقرراتی است که قوام و بقاء ذات و حیثیت ملت و تمدن و فرهنگ جامعه را تأمین میکند و تخلف از مقررات مذکور جایز نیست » . در فقه و در حقوق اسلام می توان نظام جامعه را معادل نظم عمومی دانست . مقررات مربوط به نظم عمومی که حافظ نظام و سازمانهای جامعه است از جمله قواعد آمره است ، اما همه قواعد آمره جنبه نظم عمومی ندارند ، بنابراین رابطه میان قواعد آمره و نظم عمومی رابطه عموم و خصوص مطلق است .

شاید بتوان گفت که قانونگذار ایران تماماً از تعریف نظم عمومی خودداری کرده ، نه مسامحتاً و به فرض که به تعریف می پرداخت و حتی تعریف جامعی از نظم عمومی عرضه میکرد بازهم مشکلی حل نمی شد ، زیرا در عمل تطبیق نظم عمومی « تعریف شده » با موارد و مصادیق بدرستی امکان پذیر نبود و در هر حال نمیتوانست از مداخله نظر قاضی در برداشتن از تعریف بکاهد . علاوه بر این در زمینه مختلف قلمرو نظم عمومی متفاوت است . به عبارت دیگر وسعت این قلمرو وابسته به مفهوم « جامعه » در هر زبان و نیز در ارتباط با ارزشی است که قدرت حاکمه برای اجتماع قائل است .

در گذشته مفهوم « نظم عمومی سیاسی » مد نظر بوده است اما در این زبان بعلت گسترش وظائف دولت در تأمین رفاه جامعه ، مفهوم نظم عمومی اقتصادی نیز قدم به میدان نهاده است . در نظم عمومی سیاسی هدف اصلی حفاظت از دولت و حمایت از خانواده و افراد جامعه است ، ولی در نظم عمومی اقتصادی هدف بیشتر تأمین نظم اقتصادی است . از جمله مقررات حافظ منافع دولت ، مقرراتی است که به سازمانهای مسلکتی ، مثل ضوابط و مقررات سیاست دولتی مربوط میشود . مقررات مربوط به خانواده نیز بیشتر ناظر به نکاح و طلاق و نسب وارث و ولایت است و این قسم ضوابط هم غالباً جنبه عمومی دارد و تخلف از آنها در قرارداد جایز نیست .

در نظم عمومی اقتصادی که بیشتر ناشی از نظامهای اقتصادی قرن بیستم است ، مقررات و ضوابطی مدنظر است که آزادی را در قراردادهای مربوط به امور اقتصادی محدود میسازد . این ضوابط گاه جنبه حمایتی دارد و هدفش حفظ منافع گروهی معین از جامعه است که از نظر اقتصادی و بنیه مالی وضع مناسبی ندارند . بعنوان نمونه میتوان از کارگران و مستأجران و بدهکاران نام برد . قدرت حاکم و دولت بمنظور حمایت از این گروهها - که با وضع اقتصادی کشور نیز مرتبط میشود - مقرراتی نظیر مقررات مربوط به ساعت کار

(حداکثر ساعت کار) و کارهای سخت (کار در معادن و کار شبانه) و یا حداقل سن کارگران و یا مقرراتی در زمینه اجاره محل کسب و نحوه تخلیه اینگونه اماکن به تصویب میرساند ، ضوابط دیگر اقتصادی مانند مقررات مربوط به تثبیت قیمتها .. مقررات حمل و نقل و ارتباطات - اصول و ضوابط مربوط به نحوه بهره‌برداری از منابع ملی یا حفاظت آن و مقررات مربوط به دادرسی و پرورش دام یا مقررات مربوط به گرانفروشی و نظایر آن جزء مقررات نظم عمومی اقتصاد ارشادی محسوب میشوند . در واقع بزرگترین هدف دولت از وضع اینگونه قوانین ، در دست داشتن ابتکار اقتصادی و هدایت جامعه بسمت مسیر اقتصادی مورد نظر است .

۲ - اخلاق حسنه

اخلاق حسنه^۱ که به آن اخلاق عمومی هم میگویند عبارت از مجموع ضوابط و مقررات رفتاری است که مورد پسند اکثریت مردم یک جامعه باشد . این ضوابط بر حسب زمان و مکان متغیر است . بنابراین ممکن است بعضی از اعمال و رفتار در زمانی موافق اخلاق عمومی یا اخلاق حسنه تلقی گردد ، ولی در زمانی دیگر همین اعمال و رفتار مغایر اخلاق حسنه به حساب آید و همچنین امکان دارد رفتار و رویه‌ای در مکانی پسندیده و در مکانی و سرزمینی دیگر مذموم جلوه کند .

ادیان و مذاهب در بوجود آوردن اخلاق حسنه نقش مؤثری داشتند و دارند در عین حال گاه ممکن است بین اخلاق مذهبی و اخلاق حسنه اصطلاحی جامعه بواسطه بی‌اعتنائی به مذهب تفاوت وجود داشته باشد ، نظیر مقررات و ضوابط مربوط به معاملات ربوی و لاطری و شرط بندی و امثال آنها که در بعضی از کشورهای جهان اعتبار دارد و خلاف اخلاق حسنه اصطلاحی آنها محسوب نمیشود ، حال آنکه این مقررات ، برخلاف مقررات شرعی و مذهبی بوجود آمده است .

ضوابط مربوط به اخلاق حسنه نیز مانند نظم عمومی حدودی ترسیم می‌کند که افراد در روابط خصوصی خود نمی‌توانند از این محدوده تجاوز کنند و اگر افراد یک جامعه در قراردادی که تنظیم می‌کنند این ضوابط را مراعات نکنند قرارداد تنظیمی باطل است و هیچگونه اعتبار حقوقی ندارد . این مطلب که آیا اخلاق حسنه جلوه‌ای از نظم عمومی است یا مقوله‌ای جدای از آنست مستلزم بحثی طولانی است و در زمینه آن نظرات مختلفی ابراز گردیده است ، خلاصه آنکه جمعی اخلاق حسنه را جزئی از نظم عمومی میدانند و معتقدند اخلاق حسنه نمیتواند از نظم عمومی جدا باشد زیرا اخلاق عمومی یا حسنه مجموع مقررات اخلاقی و اجتماعی است که اساساً با نظم و نظام جامعه ارتباط دارد^۲. گروهی دیگر نظم

۱- اخلاق حسنه - عفت عمومی - آداب عمومی : Les bonnes moeurs

2 Alex WEIL, François TERRE. Droit civil, Les obligations, 2 éd. Dalloz. 1975. n. 246

عمومی و اخلاق حسنه را از یکدیگر جدا دانسته و برای هر کدام حدود معینی قائل گردیده‌اند و معتقدند بعضی از قواعد و مقررات از مقوله نظم عمومی است اما با اخلاق حسنه ارتباط چندانی ندارد. مثلاً مقررات مربوط به نقل و انتقال اراضی مشمول اصلاحات ارضی جنبه نظم عمومی دارد، اما در آن جنبه‌ای که مربوط به اخلاق حسنه باشد دیده نمی‌شود. نتیجه بحث و گفتگو و اختلاف نظر حقوقدانان در مقررات و قوانین کشورها از جمله در قوانین ایران بخوبی مشهود است. زیرا در ماده ۹۷۵ قانون مدنی چنین آمده است: «محکمه نمیتواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب میشود به موقع اجراء گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

در این ماده قانونگذار اخلاق حسنه را جزئی از نظم عمومی قلمداد کرده است ولی در ماده ۶ قانون آئین دادرسی مدنی که میگوید: «عقود و قراردادهائی که مخل نظام عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه است در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست»، نظم عمومی و اخلاق حسنه از یکدیگر جدا شده است.

البته بر این بحث که آیا اخلاق حسنه و نظم عمومی امری واحد یا دو امر جداگانه است فائده و نتیجه عملی مترتب نیست، زیرا قرارداد چه مخالف نظم عمومی باشد و چه مخالف اخلاق حسنه، باطل است و آثار حقوقی بر آن بار نمیشود. بنابراین فرقی نیست میان آنکه اخلاق حسنه جزئی از نظم عمومی به حساب آید یا این دو جدای از یکدیگر باشند.

۳ - قواعد آمره دیگر

قواعد و مقررات آمره احکام یا ضوابطی هستند که قانونگذار بعنوان دستور و تکلیف بیان و اعلام میکند. این مقررات ممکن است جنبه امری داشته باشد و یا بشکل نهی و منع اعلام گردد. رعایت قوانین امری مورد توجه خاص قانونگذار است و بهیچوجه اجازه داده نمیشود و امکان پذیر نیست که اراده افراد از دایره آن تجاوز کند و تخلف طرفین قرارداد از این محدوده موجب بطلان قرارداد و بی اعتباری آن خواهد بود. مثلاً مقررات مربوط به اهلیت طرفین در قرارداد (مواد ۲۱۰ - ۲۱۱ - ۲۱۲ - و ۲۱۳ قانون مدنی ایران) و یا مقررات مواد ۱۲۴، ۱۲۴۱ و ۱۲۴۲ قانون مدنی در خصوص ضوابط معاملات قیم یا سولی علیه یا انتقال و فروش و رهن مال سولی علیه یا به صلح خاتمه دادن دعوی مربوط به سولی علیه، و مقررات پیش بینی شده در مواد ۶ و ۷ قانون ثبت از جمله قوانین آمره محسوب میگردند. همچنین عدم نفوذ معاملات غیر رشید در اموال وی که در ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی پیش بینی شده است و یا عدم امکان سلب حق تمتع و استیفاء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی بطرر کلی، و یا عدم امکان سلب حریت مقرر در مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی از مقررات

آمره‌اند و تجاوز از حدودی که ترسیم کرده‌اند جایز نیست.

مقررات مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه بطور مسلم جزء مقررات امری هستند ولی تمام مقررات آمره، جنبه نظم عمومی و اخلاق حسنه ندارند. گرچه بعضی از اساتید حقوق صراحتاً قائل به چنین تفکیکی نشده‌اند و در بحث مربوط به حدود آزادی اراده بیشتر نتیجه نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌باشند، ولی می‌توان گفت که مقررات پیش‌بینی شده در مواد مذکور دارای جنبه امری است، ولی ارتباطی با اخلاق حسنه یا نظم عمومی ندارد. این تفکیک در قوانین بعضی از کشورهای جهان از جمله در ماده ۱۹ قانون مدنی سوئیس بخوبی ملاحظه می‌شود. ماده ۱۹ قانون مدنی سوئیس مقرر داشته است:

« موضوع قرارداد می‌تواند در محدوده قانون، آزادانه معین گردد. قانون محدودیتی برای طرفین قرارداد ایجاد نمی‌کند مگر در موارد زیر:

۱ - وقتی قانون قاعده و ضابطه‌ای را بعنوان ضابطه قطعی و آمره مقرر کرده باشد که متعاقبین نمی‌توانند برخلاف آن توافق نمایند.

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

۳ - وقتی دستور قانونی مربوط به حقوق راجع به شخصیت انسان باشد که در اینصورت هم مثل موارد بالا تجاوز از حدود مقررات مزبور در قرارداد تنظیمی امکان نخواهد داشت.

گفتیم که در قراردادها اصل حاکمیت اراده یا اصل استقلال اراده در محدوده‌ای که قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه یا قواعد آمره دیگر ترسیم می‌کنند، حکمیت می‌کند. البته استقلال اراده در انعقاد قرارداد و ایجاد روابط حقوقی بین مردم بعنوان اصل تلقی می‌شود و محدودیت اراده جنبه استثنائی دارد و علی‌القاعده این موارد استثنائی باید. در قوانین تصریح گردد و باصطلاح حالت استثنائی باید منصوص باشد. در عین حال ممکن است مقررات آمره و ضوابط مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه را نیز بعنوان اصل دیگری بپذیریم و بگوئیم که اصل استقلال یا حاکمیت اراده تا زمانی که با قواعد آمره تعارض پیدا نکنند قابل اجراء می‌باشند. در اینصورت همانطور که بسیاری از اساتید و حقوقدانان معتقدند و عملاً نیز چنین است لازم نیست حدود مورد نظر صریحاً مشخص گردیده باشد و همچنین لازم نیست نص خاصی بر منع تجاوز از حدود نظم عمومی و اخلاق حسنه پیش‌بینی شود، بلکه مصلحت جامعه اقتضاء دارد که اظهار نظر نسبت به اینگونه امور در اختیار قاضی نهاده شود، تا قاضی که حقوقدانی وارسته و حافظ منافع خود و جامعه است و به ضوابط و اصول علمی و عملی احاطه کامل دارد و بافت جامعه را هم می‌شناسد در مورد وقتی تشخیص داد که قرارداد تنظیم شده برخلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه و یا سایر مقررات آمره است، بطلان آنرا اعلام نماید، هر چند قانون نسبت به مورد سکوت باشد.

البته عیب نبودن نص صریح اینست که ممکن است قاضی به سلیقه شخصی عمل کند و خود را مقید به رعایت ضوابط خاص نداند و در اثر تفسیر شخصی قاضی، حقوق مردم ضایع گردد. ولی با وجود موازین قضائی و اصول شناخته شده در قضا و قبول این مطلب که قاضی وجدانی بیدار و همتی والا و حیثیتی بالا دارد و از طرفی دیگر مراجع اعمال نظارت وجود دارد، این عیب چندان مؤثر و چشم گیر نخواهد بود ولی در عوض جامعه از محبوس ساختن مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه در چهارچوبی که با تحول جامعه مغایرت دارد برکنار خواهد ماند.

قسمت چهارم

مصادیق اصل حاکمیت اراده در حقوق موضوعه

اصل حاکمیت اراده در نظام حقوقی بسیاری از کشورها از جمله ایران پذیرفته شده است. یکی از مصادیق این اصل ماده ۱۰ قانون مدنی ایران است که مقرر میدارد:

« قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا منعقد نموده اند در صورتیکه مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است ».

با وجود ماده ۱۰ مذکور و مواد دیگر که شرح آن خواهد آمد در قراردادهای خصوصی آزادی اراده بعنوان اصل پذیرفته شده است و آنچه استقلال اراده را محدود میکند همان مخالفت با قانون است. البته منظور ماده ۱۰ مخالفت با قوانین آسره است که عبارتند از:

مقررات مربوط به اخلاق حسنه و نظم عمومی و دیگر ضوابط آسره و نه هر قانونی که فاقد اوصاف مذکور باشد. در واقع قوانین از این لحاظ بدو دسته تقسیم میگردند: قوانین تفسیری^۱ (یا جانشین)^۲ و قوانین امری^۳. بطور مسلم برخلاف قوانین تفسیری میتوان توافق کرد و قانون گذار نیز نسبت به اینگونه مقررات نظر تحمیلی ندارد و آنرا با اختیار افراد نهاده است و در مقابل آنچه را تکلیف کرده است و نظر باسرونی در آنها دارد در قوانین آسره آورده است.

عده ای از اساتید و حقوقدانان را عقیده بر اینست که ماده ۱۰ قانون مدنی ایران از حقوق مدنی فرانسه اقتباس گردیده است و قبل از تصویب این ماده در نظام حقوقی ایران به تبیین از نظر عده ای از فقهاء اساسیه قرارداد منعقده وقتی معتبر بود که در قالب عقود معین تنظیم میگردید و اگر قراردادی تحت نام عقد معینی بوجود نیامد ارزش و اعتباری نداشت،

1 - Les lois interprétatives.

2 - Les lois supplétives.

3 - Les lois impératives.

در نتیجه سعی می‌شود همه قراردادهای بی‌نام در قالب عقد صلح درآید. و به همین دلیل عقد صلح را سیدالعقود نامیده‌اند. ولی با تصویب ماده ۱ قانون مدنی این مشکل مرتفع گردید. عده‌ای دیگر برعکس معتقدند که این تصور که در فقه و حقوق اسلام آزادی در قراردادها وجود ندارد تصور صحیحی نیست، بلکه برعکس در اسلام و حقوق اسلامی استقلال اراده در تکوین قرارداد سابقه دارد و حقوق ایران نیز از این سابقه بهره گرفته است و برای اثبات مطلب به نظر صاحب کتاب جامع‌الاشقات اشاره می‌کنند^۱ که: «جواز اصل معاوضه دلیل نمی‌خواهد چون اصل، برائت و نه اباحه است، عدم ورود منع، کافی است در جواز...» و اضافه می‌کنند که در نزد اکثر فقهاء هر معامله یا معاوضه و یا هرغندی درست است و درست بودن معاوضات علی‌الاطلاق دلیل لازم ندارد و همین قدر که منع قانونی و شرعی وجود نداشته باشد برای صحت معاملات و معاوضات کفایت میکند. بنابراین ماده ۱ قانون مدنی ایران به عقیده این عده در حقیقت بیانگر فکر صاحب کتاب جامع‌الاشقات است.

بنظر می‌رسد با اینکه در اسلام آزادی اراده در قراردادها حاکمیت دارد، ولی قول مشهور باین اصل تمایل نشان نمی‌دهد و بسیاری شروط ابتدائی را که در ضمن عقد آورده ننمود معتبر ندانسته‌اند و همچنین قولنامه‌هایی را که در ضمن عقد گنجانده نشده باشد لازم‌الاتباع نمی‌دانند، در نتیجه همین طرز تفکر، ماده ۱ قانون مدنی وضع شده است تا تردید را از میان بردارد.

در واقع ماده ۱ قانون مدنی ایران معایرتی با ضوابط شرعی ندارد زیرا:

۱ - نص صریحی که حاکی از منع قرارداد در خارج از چهارچوب عقود معین باشد وجود ندارد، بنابراین در صورت تردید در صحت این نوع قراردادها چون شک در تکلیف از باب شبهه حکمیة تحریمیة بعلت فقدان نص است لذا اصل برائت را میتوان در این خصوص اعمال کرد و عدم ورود منع را کافی بر جواز دانست. اصل برائت نیز به دلیل عقل و قبح عقاب بلا بیان و اجماع و احادیث نظیر حدیث رفع و حدیث «کل شیء مطلق حتی یرد فیہ نهی» و نیز آیه شریفه: «لایکلف الله نفساً الاماتیهها»^۲ و آیه شریفه: «و ما کنا معذبین حتی نبعث رسولا»^۳ حجیت دارد.

۲ - در صورت تردید در حرمت یا حاکمیت امر اصل اباحه که اصلی عقلی است حاکم است و در قرارداد خارج از عقود نیز اگر تردید کنیم که این قرارداد حرام است یا حلال اصل اباحه آنست.

۱ - دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی: حقوق تمهیدات - جلد اول، چاپ دانشگاه، سال ۱۳۶۳،

صفحه ۱۲۲ به بعد.

۲ - بقره - ۲۸۶

۳ - اسری - ۱۵

۳ - در حقوق اسلام و در فقه شیعه عقود رضائی هستند نه تشریفاتی و در اصل رضائی بودن عقود که پذیرش جنبه‌ای از اصل حاکمیت اراده است تردیدی بین فقهاء وجود ندارد.

۴ - فقهاء عقود را تابع قصد متعاقدین میدانند و اینکه پذیرفته‌اند « القعود تابعه للقصد » خود جلوه‌ای از قبول و اعتبار استقلال اراده در قراردادها است.

۵ - عموم آیه شریفه « او فوا بالعقود » که امر به وفاء تمام عقود شده است نه عقود معین.

۶ - حدیث مشهور « المؤمنون عند شروطهم » نیز وفاء بشرط را بصورت مطلق مورد نظر دارد و اگر شرطی در ضمن عقد آورده نشود باز هم مشمول حکم مزبور است. البته شرطی که خلاف شرع و کتاب‌الله نباشد.

۷ - ما جعل علیکم فی الدین من حرج.

۸ - آیه شریفه ۲۹ از سوره نساء: « لاتاكلوا اموالكم بینكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم . . . » که نظر به حرمت اكل مال به باطل و حلالت تراضی در تصرف اموال یکدیگر دارد و شکل تراضی مورد نظر شارع مقدس نیست.

با این ترتیب و با توجه به دلائل مذکور این حقیقت روشن میگردد که تراضی اساس تگون هر نوع قراردادی است که صراحتاً با شرع و ضوابط شرعی مغایرت نداشته باشد. و هیچ دلیلی بر بطلان این قرارداد در شرع ملاحظه نمیگردد. مضافاً اینکه ضوابط شرع اسلام برای آسایش مردم وضع شده است نه برای گرفتار کردن آنها.

علاوه بر ماده ۱ قانون مدنی، مقررات کلی پیش بینی شده در قسمت دوم کتاب دوم باب اول قانون مدنی (مواد ۱۸۳ تا ۲۳۱) بیانگر اینست که در نظام حقوقی ایران اصل حاکمیت اراده در خصوص قراردادها پذیرفته شده است.

این ماده هم که مبنای فقهی دارد و مستندات آن احادیث مربوط به سوگند و اقرار و امثال آنست، جلوه‌ای دیگر از پذیرش استقلال اراده یا حاکمیت و آزادی اراده در عقد قراردادها است.

در حال حاضر در همه نظامهای حقوقی این اعتقاد وجود دارد که عقود معینه و ضوابط مربوط به آنها برای رفع نیازمندیهای مردم یک جامعه و در روابط خصوصی ای که دائم در حال تحول است، کافی نیست. بعبارت دیگر عقلاً و عملاً درست نیست و امکان ندارد قواعد حاکم بر جامعه را ثابت نگه داشت.

در حقوق اسلامی نیز همانطور که بیان شد با توجه به اصل تحول و تحرک اجتماع، مقررات مربوط به روابط مردم از جمله عقود و شروط پی‌ریزی شده است.