

ستایش قرارداد یا اداره آن^۱

ناصر کاتوزیان

چکیده

فردگرایان بر این باور بودند که انسان به قراردادهای خویش پایبند است. در حقوق عمومی، قرارداد اجتماعی پایه و مبنای اقتدار عمومی است و در حقوق خصوصی، قرارداد در حکم قانون دو طرف عقد است. این اعتقاد بدین گونه توجیه می‌شود که قرارداد زاده اراده است و اراده تنها نیرویی است که می‌تواند برای انسان حق و تکلیف به وجود آورد و به منزله قانونی است که دو طرف برای تنظیم روابط خود وضع کرده‌اند. این قیاس نشان احساس احترام عمیقی است که حقوق‌دانان فردگرا برای قرارداد قائل بودند. از سوی دیگر، قاعده اخلاقی نیز انسان آگاه را پایبند عهد و پیمان خویش می‌بیند و نقض عهد را مذموم می‌شمارد و همین دستور منتهی به اعتبار قرارداد برای کسانی می‌شود که برای انعقاد آن تراضی کرده‌اند. ولی، نه ستایش فردگرایان توانست مانع از نگرانی اندیشمندان نسبت به شروط گزاف و خدعه آمیز قرارداد شود، نه دستور اخلاقی اطاعت از قرارداد. برای نمونه، چگونه می‌توان شروطی را که مانع آگاهی بیمه‌گذار از مسئولیت بیمه‌گر می‌شود،

نافذ شناخت؟ این است که امروز بیشتر اندیشمندان تمایل دارند که، به جای ستایش قرارداد، سخن از ادارهٔ قرارداد بگویند.

در این مقاله، ما در جستجوی راه حلی میانه هستیم؛ راه حلی که هم از خودخواهیها بکاهد و هم به شخصیت و استقلال انسان صدمه نزند.

مقدمه و طرح بحث

ما در آستانهٔ ساختن جامعهٔ مدنی هستیم: این اقدام به معنی لجام زدن به خودخواهی انسان و سیر او به سوی کمال، و ساختن انسان اجتماعی به جای انسان فردی و خودخواه است. برای این کار، کافی نیست که تنها سرود قانون‌گرایی سردهیم. قانون‌گرایی آغاز این حرکت اجتماعی و مقدمهٔ جامعهٔ مدنی است و ما ناچار، باید موضع خود را به روشنی در برابر نهادهای اجتماعی که به آن نیاز داریم مشخص کنیم.

همان‌گونه که در اقتصاد برای پیشبرد و توسعه برنامه‌ریزی می‌کنند، برای مسائل اجتماعی هم برنامه‌ریزی لازم است. پیش از این، بودجه‌ها ماهیانه تصویب می‌شد؛ یعنی همین اندازه که دولت تا پایان ماه اداره می‌شد، از نظر اقتصادی کافی بود و ماه بعد حسابی دیگر داشت، در حالی که امروزه می‌گویند بی‌برنامهٔ طولانی پنج‌ساله، اقتصاد قابل اداره کردن نیست. اما برای مسائل اجتماعی ضرورت چنین برنامه‌ریزی‌هایی درک نشده است. اگر بخواهیم قانون‌گرا باشیم و جامعهٔ مدنی بسازیم، لازم است که به استقبال آن برویم و مسائل و دشواریهای حال و آینده را حل کنیم. یکی از آن دشواریها تبدیل انسان خودخواه و سودپرست به انسان اجتماعی است؛ انسانی که سود خویش را در سود دیگران ببیند و به نظم، پایبند باشد. لازمهٔ این اقدام کاستن از آزادیها و حقوق فردی انسان است، ولی این تردید بجاست که آیا در این راه باید بی‌دغدغه به پیش رفت، هرچند که شخصیت انسان فراموش شود، یا باید در جستجوی راه میانه‌ای بود که انسان، در همان حال که به صورت موجود اجتماعی منظم درمی‌آید و به تکالیف خود پایبند است، شخصیت و استقلال خود را هم فراموش نکند. در این مقاله، به دنبال چنین راه حلی هستیم.

اگر هدف این باشد که اقتصاد کشور را پویا کنیم و به تولید بیشتر دست یابیم، بی‌اعتنایی به ابزار توزیع عادلانهٔ ثروت، مطالعهٔ اقتصادی را هم ناقص می‌کند. شما چگونه می‌توانید از مالکیت و ثروت اندوزی و اصلاح کشاورزی و تجارت سخن بگویید، ولی به ابزار توزیع عادلانهٔ

ثروت («قرارداد») بی اعتنا بمانید؟ بنابراین، باید برای همه عوامل پیشرفت خود برنامه ریزی داشته باشیم. یکی از مهم ترین این عوامل قرارداد است. با قرارداد چگونه برخورد کنیم؟ آن را ستایش کنیم یا اداره؟ ستایش کردن سزاوار نهادی است که در اختیار و دسترس و آفریده ما نیست و توانایی تغییر و تصرف در آن را نداریم و تنها از دور به تقدیس آن می پردازیم و از آن اطاعت می کنیم. پس، پرسش اصلی در اینجا این است که آیا باید در هر حال از قرارداد اطاعت کنیم، یا آن را چونان ابزاری مفید در استخدام بگیریم و وسیله رفع ضرورت های خود قرار دهیم؟ در واقع، موضوع سخن در این زمینه این است که در مسیر حرکت و پیشرفت، موضع ما در مقابل قرارداد چیست؟ ستایش یا اداره و انتفاع؟

پاسخ این پرسش دو چهره اجتماعی و حقوقی دارد: پس در آغاز سخن به مبانی این چهره ها و گذری بر آراء حکیمان می پردازیم، و در مرحله دوم به راهی که انتخاب کرده ایم می رویم، و سرانجام به آثار مهمی که هر کدام از دو راه حل در احکام حقوقی دارد اشاره می کنیم:

نخست: مبانی بحث

مبانی و راه حلها

چنان که اشاره شد، هم در اقتصاد و هم در سیاست و حقوق، حکیمان دو راه مشخص را برای توسعه انتخاب کرده اند. در مرحله عمل، این دو راه مرز ثابتی ندارند و هیچ نظام حقوقی ای به طور کامل، از راه حل خاصی پیروی نکرده است؛ ولی در مرحله نظری و بر مبنای غلبه، حکیمان و نویسندگان و حقوقدانان به دو گروه تقسیم می شوند:

۱) گروهی که طرفدار حقوق فردی هستند و در زمینه اقتصاد، خصوصی سازی و سپردن کارها به دست مردم یکی از جلوه های اندیشه آنهاست. در زمینه های اجتماعی نیز، احترام به حقوق بشر و جهانی شدن این ارزش و الزام دولتها به این که آزادیها و شخصیت انسان را در هر حال محترم بشمرند و حاکمیت داخلی دولتها هم نتوانند به آن صدمه بزنند، یکی دیگر از جلوه های این شیوه تفکر است. مبانی این اندیشه از نظر فلسفی این است که انسان باید آزاد و مستقل باشد. انسان به شرطی در راه تعالی گام برمی دارد که استعداد های او پرورش یابد و تا آزاد نباشد شکوفایی پیدا نمی کند. ولی دشواری در این است که همزیستی در اجتماع از آزادی طبیعی و آرمانی می کاهد و همگان به این نتیجه رسیده اند که آزادی مطلق و بی مرز نمی ماند.

بسیاری از حکیمان، آزادی را مرکز و محور ارزشهای جهان قرار داده‌اند. البته از همه سخن نمی‌گوییم و تنها برای نمونه از کانت، که بیش از همه به تحلیل عقل پرداخته است، یاد می‌کنیم. کانت دو کتاب معروف دارد: تحلیل عقل نظری و تحلیل عقل عملی. کاربرد عقل نظری زمانی است که انسان مصالح و مفاسد را بسنجد، مفاهیم را دسته‌بندی کند، تعقل و تدبیر کند و سرانجام، راه حلی را که متناسب با هدفش است برگزیند. پس، علوم متداول در قلمرو عقل نظری قرار می‌گیرند. ولی در مقابل این مسیر معرفت، عقل عملی هم وجود دارد و آن حکم وجدان است؛ که پیشینیان او هم آن را دریافته بودند: در نظر ارسطو، انسان به حکم طبیعت، نیرویی دارد که می‌تواند ستم را از داد بشناسد. برای شناخت داد از ستم، انسان نیاز به معلومات فراوان ندارد و به حکم قریحه می‌تواند تشخیص بدهد که در هر معضلی، داد کدام است و ستم کدام.

کانت عقیده دارد که نخستین دستور عقل عملی یا نخستین ندای وجدانی که به ما دستور می‌دهد و باید آن را محترم داشت، آزادی است و همه مفاهیم و ارزشهای دیگر از این جوهر اصلی مایه می‌گیرند و حتی تکالیف هم از این ریشه‌اند و در واقع، زاده مرزهای آزادی هستند. البته بی‌گمان، در جامعه قیودی دیده می‌شود. ولی همه قیدها و مرزها به خاطر این است که آزادی دیگران محترم شمرده شود؛ یعنی آزادی هرکس منوط به آزادی دیگران است. کانت در تعریفی هم که از حقوق ارائه می‌کند، می‌گوید:

«حقوق عبارت از قواعدی است که در پرتو آنها آزادی هرکس با آزادی دیگران جمع می‌شود.»

هگل، دیگر حکیم آلمانی، روح جهانی را آزاد می‌بیند و حرکت آن را به سوی آزادی از تضاد می‌داند. بدین ترتیب، هدف جهان هستی رسیدن به آزادی است و باید آن را غایت هستی و والاترین ارزش شمرد. او اعتقاد دارد که روح جهانی (تعبیر دیگری از آنچه ما خدا می‌گوییم) آن‌گاه که به وجود خود معرفت پیدا کرد (مولانا نیز به همین واقعیت اشاره دارد) و دریافت که وجود مطلق و لایزال قابل ادراک نیست، برای این که چنین وجودی را قابل ادراک سازد، شیطان را در مقابل خود آفرید تا تقابل بین شیطان و خداوند، وجود او را ادراک پذیر کند. روح جهانی هم در همین راستا در حرکت است؛ حرکتی که بر پایه جمع و ترکیب تضادهاست و به سوی جامعه و موضعی می‌رود که در آن دیگر تضادی نباشد.

در نظر مارکس هم، هدف همه مبارزه‌ها و تلاشها رسیدن به جامعه کمونیستی است؛ جامعه‌ای که در آن نه قانون حکومت کند و نه دولتی باشد که فرمان دهد؛ همه مردم تکالیف خود را بدانند و همچون عادت و رسم، به رغبت آنها را اجرا کنند؛ همانند جامعه آرمانی افلاطون.

بدین ترتیب، تقدیس آزادی و تلاش برای رسیدن آن، موضوع حادث و جدیدی نیست که گروهی ولنکار یا بی سر و پا برای توجیه عیاشیهای خود آن را دامن بزنند؛ بلکه همواره گروه بزرگی از خردمندان و حکیمان نامدار هم به این سو تمایل داشته‌اند و تنها راهی که برای رسیدن به سعادت شناخته‌اند، احترام به آزادیهای انسان است.

اکنون بر مبنای این برداشت فکری، باید پرسش اصلی را مطرح ساخت که انسان آزاد را چه عاملی می‌تواند محدود سازد. آیا کسی حق دارد اراده خود را بر دیگری تحمیل کند؟ آیا اصل، ولایت بر دیگری است یا آزادی و استقلال فرد؟ پاسخ همگان چنین خلاصه می‌شود که، ولایت بر دیگری خلاف اصل است؛ چنان که در فقه هم اصل، عدم ولایت است: هیچ کس بر دیگری ولایت ندارد مگر این که ثابت شود که به جهتی، این ولایت ضروری است. در نتیجه، هر جا که بین ولایت و عدم ولایت تردید شود باید اصل را عدم ولایت قرار داد. بر این مبنای فلسفی، انسان آزاد را فقط اراده خود او می‌تواند محدود کند. پس تنها پرسشی که می‌ماند، شناخت شیوه و ابزار مرزبندی آزادی است. این ابزار شناخته شده «قرارداد» است؛ جایی که انسان در پیمان و قراردادی که با دیگری می‌بندد شرکت داشته باشد. به این جهت، اینان اصل تشکیل هیأت اجتماعی را هم مبتنی بر قرارداد می‌دانند، که ممکن است صریح باشد یا ضمنی.

می‌گویند مردمی که در جامعه طبیعی زندگی می‌کردند از حاکمیت ظلم و بیداد و زور به جان آمده بودند و برای این که یک اقتدار مرکزی بر آنها حکومت کند، بخشی از آزادیهای خود را به دولت واگذار کردند تا در پناه نظمی که او مستقر می‌کند، بتوانند به زندگی اجتماعی ادامه دهند. یعنی به خاطر برابر شدن و منظم زیستن، از آزادی طبیعی و فطری خود گذشتند. در برابر این پرسش که چه کسی می‌تواند از حق آزادی انسان بکاهد، باید گفت که جز خود انسان، هیچ نیروی دیگری قادر نیست چنین چیزی را به او تحمیل کند. بنابراین، دولت بر پایه قرارداد تشکیل می‌شود. در درون دولت هم، پایه اصلی روابط اجتماعی قرارداد است. یعنی زمانی که دو تن با هم تراضی می‌کنند، چون هر کدام در پی منافع خویش هستند، عدالت در این معاوضه، خود به خود تأمین می‌شود. در این نظام، مقصود از عدالت، عدالت معاوضی است که در آن رابطه تحقق می‌یابد.

کانت در این زمینه عبارتی دارد که پایه آزادی قراردادی را بیان می‌کند. مضمون سخن او این است: «اگر انسانی درباره دیگری تصمیم بگیرد، همیشه این نگرانی وجود دارد که عدالت رعایت نشود، ولی وقتی انسانی درباره سرنوشت خود تصمیم می‌گیرد، دیگر نگرانی از بی‌عدالتی بیهوده است.»^۲ در توجیه این عبارت می‌توان گفت که هرکس بهتر از دیگران منافع خود را می‌شناسد، و بنابراین وقتی شخصاً تصمیم گرفت که پیمانی را امضا کند، دیگر بی‌عدالتی وجود ندارد. بر این مبنا، اگر به درون قراردادها از خارج نگاه کنیم، قرارداد را باید ستایش کرد؛ یعنی باید آن را به عنوان یکی از بازتاب‌های جوهر انسانی، دست نخورده باقی گذاشت. تنها نیرویی که انسان را ملزم می‌کند، رضای خود او در قالب قرارداد است. قرارداد، نه تنها بر او و قاضی و حقوقدان تحمیل می‌شود، قانونگذار هم باید از تجاوز به آن خودداری کند.

قانون مدنی فرانسه در دورانی تدوین شده است که «حاکمیت اراده» از ارزشهای والای فلسفی بوده است. در ماده ۱۳۴ این قانون می‌خوانیم که: «قرارداد، قانون دو طرف است.» یعنی همان گونه که قانون برای هیأت اجتماع نوشته می‌شود و برای آنها احترام آمیز است، قرارداد هم در روابط بین دو طرف همان حالت را دارد. بر این مبنا، باید قرارداد را ستایش کرد و حرمت مفاد آن را نگاه داشت.

۲) مسیر دیگری در فلسفه حقوق دیده می‌شود که در برابر خط فکری نخست ایجاد شده و جدیدتر از آن است. سخنان پر جاذبه حکیمان قرن هفده و هجده در قرن نوزدهم مورد تردید قرار گرفت. تجربه در جامعه سرمایه داری نشان داد که گاه آزادی عقلا آزادی می‌شود و به ستم و سلطه نامشروع می‌انجامد. به این معنا که زرنگ تران از راه کسب انحصارها، تمام نیروها را در اختیار می‌گیرند. اینان می‌توانند در پناه قدرت اقتصادی بی‌رقیبی که به دست آورده‌اند، عقیده خود را بر طرف مقابل تحمیل کنند. در نتیجه، آزادی مطلق از درون، آزادی را از بین می‌برد؛ پس برای پیشگیری از این تضاد درونی، باید به قرارداد چونان ابزاری مفید تکیه کرد.

مبنای فلسفی فکر جدید این است که انسان خارج از جامعه وجود خارجی ندارد. هر چه می‌بینیم انسانی است در درون جامعه که در محیط آن یک رشته تکالیف مختلف وجود دارد. با مشاهده این التزامهای رنگارنگ، بعضی از این گروه اجتماعی چندان به مبالغه گراییدند که گفتند انسان هیچ حقی جز حق اجرای تکالیف خود ندارد.

زمینه تقابل دو اندیشه اجتماعی و فردی، و اصالت حق و تکلیف، در نظرهای فقهی هم دیده

می شود. برای مثال، اصالة الاباحه در مقابل اصالة الحظر عنوان شده است؛ بعضی اعتقاد دارند که هر کاری مباح است مگر این که خلاف آن در شرع مسلم شود، و بعضی دیگر گفته اند هر کاری که در اباحه آن تردید شود ممنوع است و باید از انجام آن خودداری کرد. زیرا به دلیل قاعده لطف، پیامبر یا شارع موظف است که مردم را راهنمایی کند و بر مکلفان است که دلیل آن اباحه را بیابند. پس نباید چنین پنداشت که این افکار وارداتی نزد ما بیگانه است. این اندیشه ها در فقه هم هست؛ با این تفاوت که شیوه طرح آنها با آنچه در غرب مرسوم است تفاوت دارد و همین اختلاف باعث گمراهی گروهی از نویسندگان می شود.

در هر حال، بعضی از جامعه شناسان، مانند دوگی، اعتقاد دارند که واژه حق باید از فرهنگ حقوقی حذف شود و هیچ کس حتی دولت، حق حاکمیت ندارد؛ و این که می گویند دولت حق دارد بر مردم حکومت کند اشتباه و انحراف است.

نگارنده در آغاز انقلاب که مباحث حقوقی زیاد مطرح می شد، مقاله ای درباره اصطلاح دولت خدمتگزار نوشتم، با عنوان «دولت خدمتگزار نه دولت مقتدر»؛ و مقصودم بیان نظر دوگی بود. در آن مقاله به این نکته دقیق در حقوق عمومی پرداختم که میزان اقتدار دولت به میزان خدماتی است که انجام می دهد و هر اندازه از مقدار این خدمات کاسته شود، میزان اقتدار دولت هم کمتر می شود. دولت حق حکومت کردن بر مردم را ندارد؛ تنها خدمتگزاری است که به اندازه خدمت خود شایسته پاداش است.

با این دید، قرارداد یک ابزار مفید اجتماعی و وسیله توزیع عادلانه ثروت است. این گروه نیز به قرارداد احترام می گذارند، منتها نه به عنوان لازمه زندگی اجتماعی انسان و تنها وسیله کاستن از آزادیها. به همین جهت هم می گویند نباید عقد را ستایش کرد، بلکه باید چونان ابزاری مفید، آن را به کار گرفت.

اهمیت نفوذ طبیعی و همراه با رغبت قانون

نفوذ و احترام قاعده ای که با رضایت و رغبت پذیرفته شود، به مراتب بیشتر از قاعده و قانونی است که به اجبار یا به زور تحمیل گردد. قانونی قاعده واقعی زندگی است که مردم به صرافت طبع از آن اطاعت کنند. اگر قانون از نظر ماهوی و فنی خوب تهیه شود مردم به استقبال آن می روند و برای اجرای آن، نیاز به ژاندارم و نیروی انتظامی و مسلسل نیست. در کشور ما، حتی آنها که منکر

دین اسلام هستند یا اعتنایی به قواعد ندارند، به هنگام ازدواج، به حرمت این پیمان مقدس مراسمی برپا می‌کنند تا در آن عاقد روحانی آیه‌ای از قرآن بخواند و با خطبه‌ای پیوند نکاح را اعلام کند، در حالی که در دید قانون، هیچ کدام از اینها برای انعقاد نکاح ضرورتی ندارد و قبول و رضای دو طرف کافی است.

در سالروز پیروزی انقلاب، همایشی در دانشکده حقوق برپا شده بود که موضوع اصلی آن انقلاب و مذهب بود. در آن هنگام نیروهای چپ در دانشگاه تبلیغ فراوان می‌کردند که هدف پنهان آن سست کردن اعتقاد مذهبی و رابطه آن با انقلاب سیاسی بود. در آن همایش، ضمن سخنرانی خود گفتم:

«شما بر فرض که اعتقادی هم به مذهب نداشته باشید، با خاله خود ازدواج نمی‌کنید و آیا از خود پرسیده‌اید که چرا؟ شما هیچ‌گیزی از پذیرش اعتقادهای اجتماعی ندارید و خواه و ناخواه از نفوذ آن مصون نمی‌مانید: شما که صبح صدای اذان به گوشتان می‌خورد؛ شما که وقتی متولد می‌شوید در گوشتان الله اکبر می‌گویند؛ شما که در هر کوچه و بازاری حرکت می‌کنید مسجد و معبد می‌بینید؛ از نفوذ مذهب رهایی ندارید و کلامتان، اگر مخالفت صریح با این قواعد داشته باشد، به دل مردم نمی‌نشیند. نمی‌خواهم ادعا کنم که نظر شما اعتباری ندارد. مقصود من این است که هر اجتماع اقتضایی ویژه خود دارد. در جامعه ما تضاد و حرکت دیالکتیکی زبان مردم نیست و اینان نه این اصطلاحها را می‌فهمند و نه هرگز به آن دل می‌بندند.»^۳

سبب این بخش از سخنانم این بود که من از نظر اصولی، با هرگونه دیکتاتوری مخالفت کنم؛ خواه دیکتاتوری به صورت حکومت نظامی باشد یا به صورت دیکتاتوری پرولتاریا یا هر دیکتاتوری دیگر. باورم این است که انسان، به عنوان موجودی که روح خدا در او دمیده شده و حامل امانت الهی است، لگام ناپذیر است و اگر استعدادهاى نهفته در او محبوس شود و تمام هدفهای زندگی اش به اطاعت منتهی شود، ترقی و شکوفایی پیدا نمی‌کند؛ باید اندیشه‌ها آزاد باشد، تا امکان پرورش روح انسانی را فراهم گردد؛ در حالی که کمونیست‌ها و نیروهای چپ راهی را می‌پیمودند که به دیکتاتوری می‌انجامید؛ قائل و نمونه تقلیدشان استالین بود و شعارشان چنین خلاصه می‌شد که «تنها راه حل، دیکتاتوری پرولتاریا است»؛ مفهومی که برای ما بیگانه بود

و نمی‌خواستیم از نوعی دیکتاتوری نجات پیدا کنیم و به دیکتاتوری دیگر پناه ببریم. هدف انقلاب ایران آزادی، استقلال و جمهوری اسلامی بود و آزادی یکی از مبانی اصلی آن را تشکیل می‌داد. از مطلب اصلی دور نیفتیم و مثالی که آورده شد برای بیان گزاره‌های نظریه‌های اجتماعی و اهمیت رغبت طبیعی و اخلاقی به قانون است. پس، به موضوع اصلی باز می‌گردیم:

پس با دید اجتماعی و با نگرش به زندگی اجتماعی انسان، قرارداد را باید اداره کرد و لزومی ندارد که آن را ستایش یا حتی احترام کنند؛ و هر جا که قرارداد با عدالت اجتماعی تعارض پیدا کند، عدالت بر آن چیره می‌شود. با وجود این، گرایش به سوی عادلانه کردن قرارداد، با پذیرش گزاره‌های نظریه اجتماعی ملازمه ندارد.

نتیجه: ترویج راه حل میانه

به عنوان نتیجه، باید پذیرفت که فلاح و رستگاری در میانه روی است، راهی که هم به زندگی اجتماعی انسان توجه داشته باشد و هم به زندگی فردی او. بی‌اعتنایی به هر کدام از این دو چهره زندگی در مقابل دیگری خسران بزرگی به بار می‌آورد که ممکن است در کوتاه مدت روشن نشود، ولی در درازمدت خطرناک و زیانبار است. یکی از تمهیدهای مؤثر برای یافتن راه میانه، چنگ زدن به دامان اخلاق است تا دور از هرگونه اجبار و سایه قدرت، معیاری مطمئن برای گزینش راه حلها و انتخاب ارزش برتر به دست آید؛ راه حلی که در نتیجه نهایی به آن می‌پردازیم.

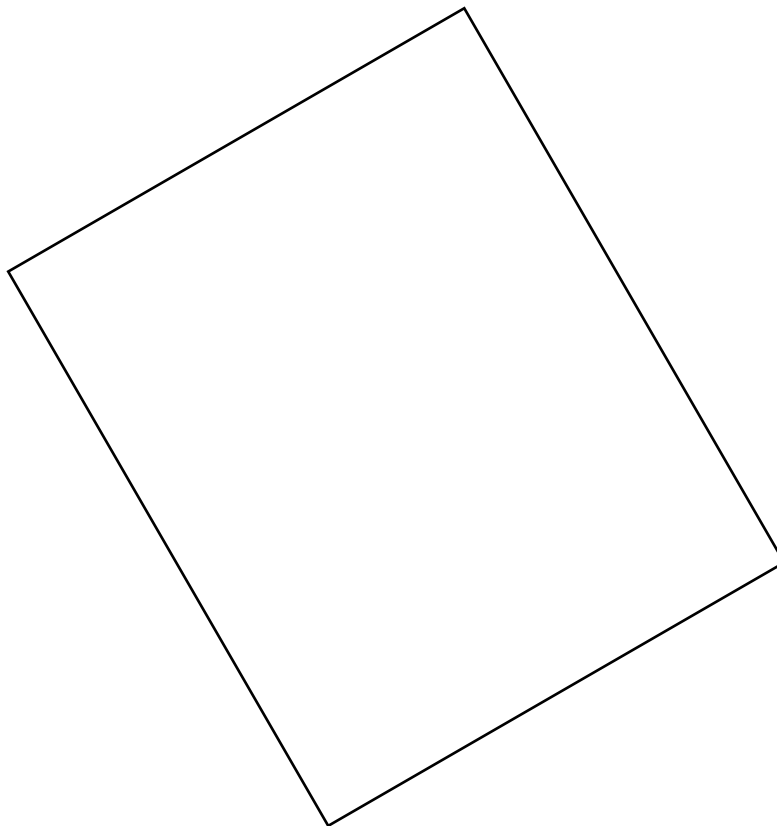
*

این مقدمه برای بیان مقصود از ستایش و اداره قرارداد، و توضیح این مطلب بود که چرا این عنوان برای مقاله انتخاب شده و نویسنده از نگارش آن، چه هدفی را دنبال می‌کند و از چه مبنایی الهام می‌گیرد. از این پس، آثار فراوان این دو طرز فکر را در احکام حقوقی با مثالهایی زنده ملاحظه می‌کنیم. یادآوری این نکته ضروری است که هدف، محصور کردن تمام آثار این دو نظر در احکام حقوقی نیست؛ مقصود آوردن مثالهای مختلف است تا روشن شود که در فرآیند تراضی و کیفیت آن و در عیوب اراده، در تفسیر قرارداد و در اجرای قرارداد، پیروی کردن از یکی از دو مبنا تا چه اندازه اهمیت دارد.

دوم: آثار و قلمرو بحث
تقابل ستایش قرارداد و اداره آن تنها به جهان نظر و اندیشه محدود نمی شود و در عمل نیز آثار
مهمی به بار می آورد. وانگهی، از اختلاف در مبانی و مبدأ حرکت فکر، نظریه های دیگری شکل
می گیرد که درخور مطالعه و توجه است، از جمله:

۱. اهمیت تراضی در ارکان معامله

می دانیم که در نظریه مرسوم، شرایط اساسی صحت معامله چهار چیز است: (۱) قصد و
رضای طرفین؛ (۲) اهلیت طرفین؛ (۳) موضوع معینی که مورد معامله است؛ و (۴) مشروعیت
جهت معامله. گروهی که قرارداد را ستایش می کنند به تراضی اهمیت ویژه ای می دهند و



می‌کوشند تا هر چهار شرط را در احترام به تراضی ادغام کنند. در نظر اینان، شرط اساسی تحقق معامله فقط تراضی است: اگر گفته می‌شود که دو طرف باید اهلیت داشته باشند، به این دلیل است که اشخاصی که اهلیت ندارند، ارادهٔ درست هم ندارند و تراضی آنها اعتبار ندارد؛ پس شرط اهلیت اصالت ندارد و تبعی است. آنچه اصالت دارد احترام به تراضی و خواست طرفین و به واقعیتی است که مورد توجه آنان بوده است و در مفاد تراضی انشاء کرده‌اند.^۴

می‌توان بر گفتهٔ ژوسران، استاد فقید فرانسوی، که این نظریه را ابراز می‌کند، افزود که شرط موضوع معامله هم برای این است که تراضی و توافق باید موضوعی داشته باشد و تقوّم هر چیز به موضوع آن است و سخن از موضوع معامله برای این است که تراضی تحقق پیدا کند. همچنین اگر از مشروعیت جهت معامله سخن می‌گوییم، بدین منظور است که انگیزه‌های پلید و شیطانی موجب انحراف تراضی نشود؛ یعنی این شرط هم وسیلهٔ هدایت تراضی است نه شرط اصیلی در کنار آن.

در برابر این ستایشگران، گروهی که طرفدار ادارهٔ قرارداد هستند می‌گویند تراضی و اهلیت دو شرط مستقل با آثار متفاوت است: منافع اجتماعی گاه اقتضا می‌کند که بعضی از اشخاص از اجرای حق خود محروم شوند تا آزارشان به دیگران نرسد. پس اگر دیوانه را محجور می‌نامیم یا سفیه را در نظارت ولی یا قیم قرار می‌دهیم به خاطر این نیست که تراضی درست باشد؛ برای این است که به طرف مقابل یا به خودش صدمه نزند و حقوق وارثان را از بین نبرد. لزوم معلوم بودن موضوع و مشروعیت جهت معامله نیز به سلامت تراضی ارتباط ندارد و شرط نفوذ آن در روابط اجتماعی است؛ برای این است که جهل و شیطنت به همبستگی اجتماعی صدمه نزند و حقوق دیگران قربانی تبانی آزمندان نشود.

۲. حدود حاکمیت اراده؛ مفهوم نظم عمومی

طرفداران حقوق فردی اعتقاد دارند که مفاد قرارداد (تراضی) عین عدالت است؛ بنابراین، محدودیتی که برای حاکمیت اراده در نظم عمومی و اخلاق حسنه وجود دارد، باید هرچه بیشتر کاهش یابد و به عنوان بد ضروری پذیرفته شود، نه شرطی که لازمهٔ زندگی اجتماعی است. بعضی گروه‌های افراطی اعتقاد دارند که نظم عمومی ناشی از قانون است؛ در نتیجه، فقط قانون است که می‌تواند اراده را محدود کند و اراده به استناد اخلاق یا ضرورت‌های دیگر اجتماعی،

محدود نمی شود و قرارداد بی ثمر نمی ماند.

برعکس، آنان که قرارداد را به عنوان ابزار اجتماعی محترم می دارند و در پی اداره کردن آن هستند، در مقابل این سخن استدلال می کنند که نظم عمومی، مفهومی سیال، قابل انعطاف و قابل حرکت است که هر روز چهره ای خاص دارد؛ نشان اجتماعی بر چهره دارد و در قالبهای قانونی نمی گنجد. اعتقاد به وحدت قانون و نظم عمومی بدین می ماند که اخلاق را در محدوده تنگ قانون زندانی کنیم و هدف قانون اخلاقی را اجرای قوانین کشوری بدانیم. نتیجه ناگوار چنین تحلیلی حکومت قانون بر اخلاق و حتی انکار ارزش اخلاقی است. زیرا انسان در هر حال باید از قانون اطاعت کند تا اخلاقی به حساب آید. به همین جهت، در نظریه های اجتماعی، مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه گسترش می یابد و می تواند قرارداد را محدود کند. در قواعد عمومی قراردادها، مثالی از رویه قضایی سویس نقل شده است که نمونه زنده ای از گستره مفهوم نظم عمومی و ارتباط آن با ارزشهای اجتماعی و عدالت است:

آموزگاری در روستایی زندگی می کند که در آن تنها دو خواروبار فروشی است. فرزند یکی از روستاییان شاگرد این معلم است و به دلیل همین آشنایی، معلم اجناس مورد نیاز خود را از دکان پدر او، به نقد و نسیه، می خرد و فروشنده نیز ملاحظه معلم او را می کند؛ به او نسیه می دهد و با فروش اعتباری به او کمک می کند. پس از چندی، شاگرد در امتحان رد می شود و پدرش، از خشم و شرم از درماندگی فرزند، دیگر به او چیزی نمی فروشد. معلم نگون بخت ناچار به خواروبار فروش دیگر روی می آورد، ولی این یکی هم خشمناک از بی اعتنایی معلم به او، اعلام می کند که به او جنس نمی فروشد، بدین بهانه که چندین سال از او جنسی نخریده است و اکنون که درمانده شده، به او روی آورده و خواهان کمک و یآوری است. معلم درمانده در دادگاه اقامه دعوا می کند و خودداری خواروبار فروشان را خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه می داند و به این استناد الزام آنان را به فروش عادلانه کالا درخواست می کند.

دیوان کشور سویس خواروبار فروشان را محکوم می کند که از انحصار عملی خود سوءاستفاده کرده اند؛ در حالی که شغل خواروبار فروشی، در همان حال که تجارت خصوصی است، به دلیل نیاز اساسی مردم و انحصار عملی آنان، انجام خدمتی عمومی نیز هست. رفتار خواروبار فروشان خلاف نظم عمومی است؛ زیرا سبب می شود که نیازهای مورد احتیاج خواهان، آسان در اختیار او قرار نگیرد و این خلاف نظم عمومی است.

به گفته لارنز، حقوقدان آلمانی، که سایر نویسندگان آن کشور نیز کم و بیش، نظر او را تایید کرده اند،

«نظم اقتصادی و اجتماعی زمان ما استقلال افراد را در روابط با هم از بین برده است. همه ناگزیرند که از بعضی وسائل نقلیه و آب و برق استفاده کنند، و چون تهیه وسایل جز به وسیله مؤسسات معین امکان ندارد، اگر این مؤسسه‌ها در ردّ و قبول مشتریان خود آزاد باشند، بی عدالتی و نابرابری بین مصرف کنندگان ایجاد می شود. پس، نظم حقوقی ایجاد می کند که وقتی تأمین نیازمندیهای عمومی در عمل یا به حکم قانون در انحصار مؤسسه ای قرار می گیرد، آن کار خدمت عمومی به شمار آید و تنها در جهت منافع همگانی مردم اجرا شود...»^۵

در فرانسه، پزشکی با مدیر آزمایشگاهی قراردادی می بندد به این مضمون که پزشک بیماران را نزد او بفرستد و از میزان دستمزدی که آنان می دهند مقداری بگیرد. دیوان کشور فرانسه این قرارداد را خلاف نظم عمومی اعلام می کند؛ به این دلیل که وجود این قرارداد باعث تشویق پزشک می شود به این که بیمارانش را بدون این که نیازی داشته باشند، به آزمایشگاه بفرستد تا بخشی از هزینه آن را بگیرد. چنین قراردادی دست کم، این انگیزه را به وجود می آورد که پزشک به منظور کسب درآمد بیشتر، بیهوده بیمار را سرگردان کند؛ هر چند که پزشک مورد نظر هم این کار را مرتکب نشود؛ و به همین دلیل، خلاف نظم عمومی است.^۶

بنابراین، ملاحظه می شود که در رویه های قضایی کشورهای مختلف، در دید دادرسانی که به منافع و مصالح اجتماعی اهمیت می دهند، چگونه مفهوم نظم عمومی گسترش پیدا می کند.

۳. مفهوم اجتماعی و فردی عقد؛ نهادینه شدن قرارداد

ستایشگران قرارداد می گویند باید برای آزادی گفتگوی دو طرف، حداقلی در آن تأمین کرد. قراردادی که در آن آزادی نباشد قرارداد نیست. در مقابل این گفته، آنان که از اداره قرارداد طرفداری می کنند، می گویند مفاهیم اجتماعی رفته رفته همه قراردادها را به صورت نهاد حقوقی می آراند. غالب قراردادهای متداول امروز به صورت نهاد و در قالبی پیش ساخته، ارائه می شود: شما اگر بخواهید اتومبیل و منزلتان را بیمه کنید، ناگزیر هستید که قرارداد مفصلی را بی کم و کاست امضا کنید. قلمرو تراضی با بیمه گر محدود بر این است که خود را در این قالب خاص قرار دهید.

وقتی که امتیاز برق و تلفن و آب می‌گیرید، قراردادهای نمونه شما را در قالب خاصی قرار می‌دهد. دیگر آن حاکمیت آرمانی برای شما باقی نیست. همچنین است قراردادهای ناظر به رابطه کارگر و کارفرما و امثال اینها. در خانواده نیز زن و شوهر نمی‌توانند آثار نکاح را به تراضی معین کنند. تراضی همین اندازه ارزش دارد که آنان را در قالب نهاد خانواده و نکاح قرار دهد؛ نهادی که قانون بر آن حکومت می‌کند.

قالب زدایی و شکل‌گرایی در فقه

باز می‌گردیم به فقه تا نتیجه و پرتو دو گرایش فردی و اجتماعی را در این نظام مطالعه کنیم:

۱. گروهی از فقیهان به تابعیت عقد از قصد اهمیت بسیار می‌دهند (العقود تابعة للقصد) و به آیه قرآن که امر به وفای به عهد می‌کند (اوفوا بالعقود) برای نفوذ قراردادهای تکیه می‌کنند. گرایش کنونی فقه، برخلاف متقدمان بر این باور است که قرارداد در هر قالبی که باشد اعتبار دارد و هیچ ضرورتی ندارد که به صورت «عقد معین» در قالبهای پیش ساخته سنتی درآید. با وجود پاره‌ای تردیدها که سنت‌گرایان هنوز هم دچار آن هستند، گروه بزرگی از عالمان فقه بر این باورند که شروط ابتدایی، نه تنها مباح است، الزام‌آور هم هست. پیشرو این نظر در فقه معاصر امامیه سید محمدکاظم طباطبایی صاحب *عروة الوثقی* است که در ملحقات این کتاب و در حواشی‌ای که بر مکاسب دارد، نفوذ شرط را به روشنی بیان می‌کند. در نظر او، هر قراردادی که عقلایی باشد و قواعد شرعی را نقض نکند، الزام‌آور است؛ خواه در قالب عقد معین ارائه شود یا مستقل بماند.^۷
۲. در برابر جنبش حکومت و آزادی اراده، گروهی بیشتر به تکلیف می‌اندیشند تا به آزادی و در زمینه الزام ناشی از عقد، اعتقاد دارند که قرارداد لزوم خود را از قالب بیان اراده می‌گیرد نه از تراضی. پس اگر اراده در داخل قالبهای معین قرار گیرد الزام‌آور است و جامعه به آن احترام می‌گذارد، ولی اگر در داخل قالبهای سنتی (عقود معین) قرار نگیرد یا به صورت شرط در ضمن عقد لازمی نیاید اعتبار ندارد.

درباره اعتبار شروط بنایی نیز دو گروه سنت‌گرا و آزادی طلب روبه‌روی هم قرار می‌گیرند: جمعی همانند نائینی، به محدود ساختن حکومت تراضی تمایل دارند و می‌گویند شرط بنایی در صورتی اعتبار دارد که در قرارداد بیاید یا حاکی از حکم عرف باشد و چهره نوعی یابد؛ انگیزه‌ها و تبانیهای شخصی و خصوصی، اگر در قرارداد به صورت شرط تصریح نشود، اعتباری ندارد و

الزام آور نیست.^۸ ولی طباطبایی شرط را به معنی الزام و التزام می داند و شروط بنایی را نیز همانند شروطی که در ایجاب و قبول آمده است الزام آور می داند.^۹

۳. شناخت ایقاع در زمره منابع تعهد

چهره دیگر این دو نظر، اعتباری است که در حقوق کشورها برای ایقاع قائل هستند: کسانی که قرارداد را تنها وسیله محدود کردن آزادیها می دانند، در بحث مربوط به منابع تعهد، تأیید می کنند که فقط قرارداد است که می تواند منبع الزام باشد. ایقاع در این زمینه سهمی ندارد و اراده ملتزم به تنهایی، کافی برای ایجاد تعهد برای او نیست؛ هرچند که به سود دیگری باشد و تعهدی بر دوش او نگذارد. در حقوق فرانسه، ایقاع از منابع حقوق نیست و فرانسویان می کوشند تا تمام الزامات را به قرارداد منسوب کنند؛ هرچند که این قرارداد ضمنی باشد. در حالی که در حقوق آلمان یا سویس، ایقاع در زمره منابع حقوق است. در حقوق ما، یکی از مهم ترین ایقاعات ابراء است. در حقوق فرانسه، ابراء به صورت قرارداد قابل تحقق است، و در توجیه لزوم تراضی با مدیون گفته شده است که شاید او نخواهد منت دیگران را بپذیرد و طلبکار از حق خود بگذرد؛ ولی در قانون مدنی ما، ابراء با اراده صاحب حق واقع می شود و حق را ساقط می کند (ماده ۲۸۹ ق.م.ا).

گذشته از ایقاع مسقط حق، نگاه عمیق تر نشان می دهد که ایقاع در زندگی ما نقش بسیار زیادی دارد، که فسخ قرارداد و رجوع و ابراء از جمله آثار آن است و استقراء در قواعد حقوق مصداقهای بیشتری از آن را ارائه می دهد. به طور خلاصه، هرچند ایجاد تعهد به وسیله ایقاع را باید استثنا شمرد، شمار استثنایها چندان فراوان است که باید پذیرفت که از این جهت، گرایش اجتماعی بیشتر از گرایش فردی است.^{۱۰}

۴. چگونگی تحقق تراضی؛ لزوم توالی

کسانی که قرارداد را ستایش می کنند و آن را تنها منبع ایجاد الزام می شمردند، اعتقاد دارند که تراضی دو طرف عقد باید همزمان و در یک لحظه خاص انجام شود؛ یعنی در آن لحظه باید توافق صورت گیرد و هر دو نفر اراده کنند و دو انشاء به هم برخورد تا همانند برخورد دو سیم مثبت و منفی برق نتیجه مطلوب را ایجاد کند. اگر میان ایجاب و قبول فاصله افتد، چنان که در عقد با مکاتبه چنین

است، عقد واقع نمی‌شود. چرا که عرف دو اراده نامتوالی و گسیخته را مربوط به هم نمی‌داند.^{۱۱} در اثر نفوذ همین نظر و مفهومی که فقیهان از توالی ایجاب و قبول دارند، این اعتقاد شهرت یافته است که عقد با مکاتبه تحقق نمی‌یابد و دو طرف یا نمایندگان آنان باید در حضور هم به انشاء مفاد عقد پردازند. تنها پاره‌ای از متأخران از این گفته سنتی دست کشیده‌اند و ضرورت‌های اجتماعی و تجارتي را بر حفظ سنت مالوف ترجیح داده‌اند. برعکس، آنان که با دید اجتماعی به عقد می‌نگرند و آن را ابزاری برای توزیع عادلانه ثروت می‌دانند که باید در سایه مصلحتها و نیازها اداره شود، توجه دارند که امروز اعتبار قرارداد با مکاتبه یک ضرورت تجارتي است. زیرا قراردادهای بین‌المللی همه با مکاتبه و تلفن و تلکس انجام می‌شود و بازرگانان فرصت ندارند تا به صورت حضوری با هم معامله کنند.

۵. زمان اعتبار اهلیت

گروه طرفدار اصالت فرد اعتقاد دارند که اگر گوینده ایجاب در زمان انشاء دارای اهلیت و اراده کامل باشد، ولی قبل از این که قبول ملحق به ایجاب شود فوت کند، ایجاب منحل می‌شود و قرارداد واقع نمی‌گردد. ولی آنان که از دید اجتماعی و به عنوان ابزار توزیع به قرارداد می‌نگرند، بدین سو رفته‌اند که هیچ لزومی ندارد که هنگام کمال تراضی هر دو طرف اهلیت داشته باشند؛ بلکه کافی است گوینده ایجاب در زمان انشاء، اهلیت و حیات داشته باشد و التزام را به عهده بگیرد. پس اگر او به هنگام گفتن قبول فوت کند، وارثانش ملزم هستند که فرایند تحقق عقد را ادامه دهند. بنابراین، قبول هر زمان که ملحق به ایجاب شود قرارداد منعقد می‌گردد.^{۱۲}

۶. زمان و مکان عقد

مکتب فردی قرارداد با مکاتبه را با گفتن قبول کامل می‌داند،^{۱۳} در حالی که گروه‌های اجتماعی می‌گویند قرارداد عبارت است از «برخورد دو اراده ظاهری»؛ یعنی چهره ظاهری دو اراده باید با هم تلاقی کند تا تراضی تحقق یابد. همان‌گونه که ایجاب به گوینده قبول باید ابلاغ شود، قبول هم باید به گوینده ایجاب برسد. بنابراین، در فرضی که دو طرف قرارداد در دو جای مختلف هستند، زمان و محل وقوع عقد لحظه و مکانی است که قبول به محل ایجاب‌کننده می‌رسد. منتها بعضی اصرار دارند که ابلاغ واقعی، آگاهی مخاطب قبول است و بعضی دیگر

می‌گویند که وصول نامه حاوی قبول به اقامتگاه مخاطب، اماره بر آگاهی او و در حکم ابلاغ و اطلاع خود اوست. ۱۴

۷. عیوب اراده؛ سوءاستفاده از اضطرار

طرفداران حقوق فردی تمایل دارند که عیوب اراده گسترش یابد و اراده خالص و بی‌عیب، رضای باطنی کارگزار باشد. در نتیجه، از این دیدگاه، نظریه‌های مربوط به اشتباه و اکراه گسترش پیدا می‌کند و حتی سوءاستفاده از اضطرار هم در حکم اکراه قرار می‌گیرد.

گفته شد که سوءاستفاده از اضطرار اشخاص، با علم به این اضطرار، در حکم اکراه است. نخستین باری که این موضوع در رویه قضایی فرانسه مطرح شد، مربوط به حادثه‌ای بود که در سواحل فرانسه رخ داد: کشتی مسافری‌ای که در دریا صدمه دیده بود و سرنشینان آن در حال غرق شدن بودند، از کشتی دیگری که از کنارش عبور می‌کرد، تقاضای کمک می‌کند. کشتی دوم آماده برای نجات کشتی‌های صدمه دیده بوده است. به اضافه، در عرف دریاداری (مثل کمک‌راننده‌های کامیون به یکدیگر در جاده‌ها) چنین امری رایج است. به بیان دیگر، نجات دریایی مطابق با عرف و اخلاق است. کشتی نجات می‌ایستد، ولی برای کمک، تقاضای مبلغ گزاف و نامتعارفی پول می‌کند.

در این فرض، کشتی نجات سرنشینان کشتی آسیب‌دیده را به قرارداد گزاف اجبار نکرده و هیچ تهدیدی هم رضای دو طرف را آلوده نمی‌سازد. با وجود این، پیشنهاد مبلغی گزاف برای نجات کشتی آسیب‌دیده سوءاستفاده از اضطرار سرنشینان آن است. در داخل دریا و در آستانه غرق شدن، هر که باشد هرگونه پیشنهادی را قبول می‌کند. اینها نیز پیشنهاد گزاف را قبول کردند، اما هنگامی که به ساحل رسیدند، طرح دعوا کردند و گفتند که گزافی مبلغ دستمزد، ناشی از اضطرار ساده نبوده است تا پاسخ دهید که اراده ما سالم بوده و قرارداد بر ما تحمیل نشده است؛ واقعیت این است که چون با علم به درماندگی در دریا از اضطرار ما سوءاستفاده شده، کار طرف قرارداد (خواننده) در حکم اکراه بوده است. دادگاه نیز رأی به اکراه و، در نتیجه، تعدیل قرارداد گزاف داد. این نظر بعدها، بارها تأیید شد و عدالت به جای خود نشست. ۱۵

این گونه آراء، دل‌های آگاه را به این واقعیت می‌کشاند که اکراه ممکن است به طور غیر مستقیم و با سوءاستفاده از وضع اضطراری اشخاص، صورت پذیرد و حقوق باید چتر حمایت خود را بر سر این زیان‌دیده‌ها بگستراند. در ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران، نتیجه بحث را بدین گونه مشاهده

می‌کنیم: «هر قرارداد کمک و نجات، که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هریک از طرفین، به وسیله دادگاه، باطل یا تغییر داده شود.»

عبارتی که در پیش‌گفتار حقوق خانواده نوشته‌ام و شاید جمله جسورانه‌ای باشد، می‌تواند آشکارا نظر مرا در تقابل عدالت و ظاهر قوانین بیان کند. نوشته بدین مضمون است که:

«سعی می‌کنم به قوانین احترام بگذارم و رعایت حدود آن را بکنم ولی وقتی برخورد شدید آنها را با عدالت می‌بینم یعنی با دیواری از ظلم و ستم برخورد می‌کنم، هرچه در دست دارم بر سر آن قانون می‌کوبم و آنچه در توان من است برای تضعیف آن حکم ظالمانه می‌کوشم؛ اگر بتوانم از آن می‌گذرم و اگر نتوانم دست کم افتخار آن را دارم که با ظلم در افتاده‌ام.»

در این فرض هم عدالت اقتضا می‌کند که سوءاستفاده از اضطرار را در حکم اکراه بدانیم و چنین قراردادی را معتبر نشماریم، بویژه آن‌که منطبق حقوق نیز آن را تأیید می‌کند. زیرا اگر اکراه، به دلیل فشار نامشروعی که به اراده وارد می‌کند و آزادی تصمیم را از بین می‌برد، در عقد مؤثر است، در سوءاستفاده از اضطرار نیز همان ناروایی دیده می‌شود و تنها تفاوت در پیچیدگی و نامستقیم بودن فشار نامشروع است که عقل این تفاوت را نادیده می‌گیرد و به نتیجه ناروا و وسیله نامشروع توجه می‌کند که قدر جامع هر دو سوی قیاس است.^{۱۶}

۸. انتخاب معیارهای نوعی و شخصی

طرفداران حقوق فردی مایلند که معیارهای قراردادی را شخصی سازند و آنها را متناسب با شخصیت طرف قرارداد کنند. به عنوان مثال، آنها در اکراه به شخص مکره و درجه تأثیر تهدید در اراده او توجه دارند، در حالی که آنها که به جنبه اجتماعی قرارداد عنایت بیشتری دارند، معیارها را نوعی انتخاب می‌کنند. در ماده ۲۰۲ ق.م. هر دو معیار به کار رفته و تضاد آنها شاید به چشم نیاید، ولی با تأمل قابل درک است. در ماده ۲۰۲ می‌خوانیم: «اکراه به اعمالی حاصل می‌شود که مؤثر در هر شخص باشعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند.» این معیار نوعی است: انسان «با شعور متعارف» در نظر گرفته می‌شود و اکراه امری است که در وجدان چنین انسانی مؤثر باشد و اراده او را تحت تأثیر قرار دهد و آزادی تصمیم را سلب کند. ولی در

بخش دوم ماده آمده است: «در مورد اعمال اکراه آمیز سن، شخصیت، اخلاق، مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود.» بنابراین، دو معیار شخصی و معیار نوعی هر دو در این ماده جمع شده است و جمع این دو یکی از دشواریهای تفسیر در قانون مدنی است که در محل خود باید مطرح و حل شود.^{۱۷} در این زمینه، گرایش عمومی بر این است که در ماده ۲۰۲ ق.م. معیار شخصی بر معیار نوعی حکومت دارد. یعنی باید انسان متعارف را با توجه به شخصیت و شرایط قربانی اکراه در نظر آورد.^{۱۸}

۹. آثار قرارداد

طرفداران نظریه فردی اعتقاد دارند که عقد تابع اراده باطنی و قصد واقعی است (العقود تابعه للقصد) و برای اثبات بطلان آنچه با قصد باطنی موافقت ندارد، می گویند آنچه واقع شده مقصود نبوده و آنچه مقصود بوده واقع نشده (ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع)؛ در نتیجه، چنین قراردادی باطل است. ولی در دید اجتماعی، رابطه قرارداد با نیت باطنی سست می گردد و اراده اعلام شده مبنای نفوذ قرارداد شمرده می شود. با این نگاه، آنچه پیشنهادکننده را پایبند می کند، نیت واقعی او نیست؛ اعتقادی است که در مخاطب برانگیخته، و ظاهری است که به آن اعتماد شده است. زیرا قرارداد رابطه اجتماعی است و باید دید اراده در این میان چه معنایی را افاده می کند و چه اثری به بار می آورد.^{۱۹} به عنوان مثال، در قانون متحد تجارتنی آمریکا، همین نظر از جامعه شناسان گرفته شده است.

در قانون مدنی ما هم آمده است که «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه» (ماده ۲۲۴ ق.م.م). بدین ترتیب، اگر طرف قرارداد بگوید فروختم، ولی در نهان خود قصد اجاره کند، ملتزم به بیع است. چرا که عرف از واژه «فروختم»، اجاره نمی فهمد و آن را انشاء تملیک عین و منفعت تلقی می کند. پس باید گوینده را ملتزم به بیع شناخت. اثبات خلاف این ظاهر عرفی نیز چندان دشوار است که به محال می ماند.

در اثبات نمایندگی که در عقد پنهان مانده است، طرفداران حقوق فردی اعتقاد دارند که اگر کسی نماینده باشد ولی در عقد نامی از آن نبرد و سمت خود را پنهان سازد، می تواند خلاف این ظاهر را ثابت کند. ماده ۱۹۶ ق.م.م هم به ظاهر از این نظر پیروی کرده است. ولی کسانی که عقد را چونان ابزاری قابل اداره می نگرند، می گویند اگر کسی وانمود کند که برای خود معامله

می‌کنم، دیگر نمی‌تواند ادعا کند که برای دیگری معامله کرده است و در نتیجه، ملتزم به اجرای تعهدات ناشی از عقد نیست. در این زمینه دعوایی در آمریکا اتفاق افتاده که به دلیل مضمون حکم آن مشهور است و خلاصه آن چنین می‌باشد:

کارخانه یخ‌سازی ای با یکی از مشتریانش قرارداد مستمر فروش یخ داشته است. خریدار بدقولی و بدحسابی می‌کند و اختلافشان چنان بالا می‌گیرد که صاحب کارخانه ضمن فسخ قرارداد مستمر خرید و فروش یخ، در نامه‌ای به طرف قرارداد می‌نویسد که دیگر با تو معامله نخواهم کرد. خریدار بدحساب که نیاز مبرم به یخ داشته است و می‌دانسته که دیگر یخ به او فروخته نمی‌شود، دیگری را می‌فرستد تا به ظاهر اصیل باشد. هنگام اجرای قرارداد، اصیل ظاهری سندی ارائه می‌کند که نماینده اصیل بوده است و در واقع قرارداد برای کسی است که کارخانه یخ‌سازی قصد معامله با او را نداشته است. کارخانه یخ‌سازی نیز اصرار می‌کند که مایل نیست با مشتری بدحساب پیشین طرف معامله شود. این موضوع در دادگاه مطرح می‌شود و دادگاه حکم می‌دهد که، یکی از وسایل تأمین حکومت اراده این است که شخص به میل خود طرف قرارداد خویش را انتخاب کند. بنابراین، خواننده دعوا نمی‌تواند به این استناد که نماینده دیگری بوده است، از اجرای تعهد خود امتناع و دیگری را به جای خود بنشانند.^{۲۰}

در حقوق فرانسه، با این که اصولاً اراده باطنی بر عقد حکومت دارد و مقدم بر اراده ظاهری است، در این زمینه اراده ظاهری حکومت دارد. ماده ۹۴ قانون تجارت آن کشور، شخص حق العمل کاری را که به حساب آمر و به نام خود معامله می‌کند، مسئول تعهدهای ناشی از قرارداد می‌داند.^{۲۱}

۱۰. اجرای قرارداد

با دید اجتماعی و بر مبنای اداره قرارداد، اجرای مفاد قرارداد نیز از نظم عمومی و اخلاق متأثر می‌شود و از حکومت مطلق تراضی فاصله می‌گیرد. به عنوان مثال، طرف قرارداد نمی‌تواند از حق خود به گونه‌ای استفاده کند که از دیدگاه اخلاق اجتماعی ناروا باشد. اصل ۴۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی در این باره اعلام می‌کند: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.» این اصل هنوز ناشناخته مانده است؛ در حالی که اگر ماهرانه و بجای به کار رود، از بسیاری خودخواهیها می‌کاهد و حقوق و تعهدات را در

مسیر اخلاقی و مفید قرار می دهد.

همچنین، حربه عدالت سبب می شود تا دادگاه بتواند شروط گزاف قرارداد را در مرحله اجرا تعدیل کند و از جمله، وجه التزام نامتناسب با خسارت واقعی را متعادل سازد یا غبن حادث را به حساب آورد و حوادث پیش بینی نشده را در اجرای قرارداد، مؤثر شناسد.

۱۱. وجه التزام

شروط حاوی وجه التزام با دو هدف اصلی در قراردادها می آید: (۱) مقطوع ساختن خسارت عهدشکنی و معاف کردن زیان دیده از اثبات ورود ضرر و میزان آن؛ (۲) ایجاد ضمانت اجرای مالی و تضمین تعهداتی که اجرای مستقیم آنها دشوار یا ناممکن است.

احترام به قرارداد مبنای شرط ایجاب می کند که دادگاه نتواند در آن دخالت کند و از میزان وجه التزام بکاهد یا بر آن بیفزاید؛ چنان که ماده ۲۳۰ ق.م. که بر پایه حقوق فردی و اقتباس از قانون مدنی فرانسه تنظیم شده است، در این مورد می گوید: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند.» ولی از دیدگاه اجتماعی، بویژه در موردی که وجه التزام با هدف تعیین خسارت در عقد آمده است، دادگاه می تواند آن را متناسب با مبلغ واقعی خسارت، تعیین کند؛ چنان که حقوق سویس و آلمان امکان تعدیل شرط را به دادرسی می دهد و قانون مدنی فرانسه نیز در اصلاح ۱۹۷۵ درباره شروطی که آشکارا با خسارت نامتناسب است، اختیار تعدیل شرط را به قاضی می دهد.

قانون مدنی ایران، همچنان به احترام قرارداد پایبند است و تعدیل شرط در صورتی امکان دارد که از مفاد تراضی برآید؛ مانند موردی که بخشی از مفاد تعهد تجزیه پذیر انجام شده است. ۲۲ گذشته از اینها، نگاه اجتماعی و اداری به قرارداد، سبب می شود که در اصل نسبی بودن عقد، که مورد احترام ستایشگران قرارداد است، تردید شود و قرارداد به عنوان یک واقعیت و پدیده اجتماعی، در برابر همگان قابل استناد باشد. رویه قضایی دادگاههای فرانسه، مسئولیت کسانی را که تخلف متعهد از آن را تسهیل یا تشویق کرده اند «مسئولیت قراردادی» توصیف کرده است؛ چنان که اگر کارگری در کارخانه ای کار بکند و به رموز فنی آن آگاهی یابد و کارخانه دار دیگری، برخلاف تعهدی که این کارگر کرده است، او را فریب دهد و در کارخانه خود استخدام کند،

دادگاههای فرانسه به عنوان تخلف از قرارداد او را هم به عنوان معاون این تخلف، مسئول خسارت عهدشکنی دانسته اند.^{۲۳}

مبنای این نظر، معاونت یا شرکت ثالث در تقصیر قراردادی (نقض عهد) است؛ می گویند درست است که قرارداد دینی برای دیگران به وجود نمی آورد، ولی هر قرارداد به عنوان پدیده حقوقی در برابر همه قابل استناد است. پس ثالثی که در نقض عهد با طرف قرارداد شرکت کرده است، نمی تواند خود را در این مورد بیگانه بداند.^{۲۴}

سوم: نتیجه گیری

پس از مطالعه مبانی و آثار نظر افراطی و دیدگاه متقابل آن، چنان که اشاره شد، بهترین راه حل انتخاب راه وسط و پرهیز از افراط و تفریط است؛ راه حلی که هم احترام به پیمانها را تأمین کند و هم راه نفوذ عدالت را در آن نبندد. التزام به عقد را باید ناشی از اخلاق شمرد. پیمان شکنی از دیرباز مذموم، و وفاداری به عهد و پیمان همواره معیار فضیلت و جوانمردی بوده است. توده های مردم با دست دادن و گرو نهادن تاری از مو و امضا و مهر اسناد و شاهد گرفتن خدا و روان مقدسان، این قاعده اخلاقی را تأیید می کنند. اخلاق مذهبی نیز این مبنای عرفی را تقویت می کند؛ خداوند عهدشکنان را به نکوهش تهدید می کند (الذین ینقضون عهدالله) و امر به وفای به عقد می نماید (اوفوا بالعقود). حقوق نیز باید این مبنای عرفی و عقلی را محترم شمارد. پس برای توجیه الزام آور بودن قرارداد نیازی به نظریه های فلسفی نیست. ضرورتی ندارد که بگویند فقط اراده انسان آن را محدود می کند؛ می توانیم دلیل بیاوریم که اخلاق اجتماعی و انسانی و عرف، چنین حکم می کند. وانگهی، رعایت ملکیت یا حرمت حقی که در اثر تراضی برای طرف قرارداد ایجاد شده است، اقتضا دارد که متعهد به پیمان خود وفادار بماند.

فایده مهم انتخاب مبنای اخلاقی در این است که اگر قاعده اخلاقی «احترام به قرارداد» با اصل اخلاقی یا ارزش والاتری (مانند لزوم رعایت حسن نیت و تعادل اقتصادی میان دو عوض و پرهیز از فریب اعتقاد دیگران یا اجرای عدالت) تعارض پیدا کند، ارزش والاتر بر آن حاکم می شود. و بدین وسیله، راه برای اداره محدود قرارداد فراهم می آید؛ در حالی که اگر گفته شود اراده انسان تنها با رضای او محدود می شود (اصل حاکمیت اراده) چاره ای جز ستایش قرارداد باقی نمی ماند و در مان همه دردها را باید از قرارداد خواست.

پی نوشتها:

۱. در نوشته های حقوقی، به طور معمول «احترام به قرارداد» را در برابر «اداره قرارداد» می گذارند. ولی ستایشگران قرارداد نیز درباره میزان احترام به قرارداد به اتفاق نرسیده اند. گروهی که اندیشه متعادل دارند، در مرز «احترام»، به قرارداد می نگرند و گروه افراطی از مرز احترام فراتر رفته، قرارداد را به عنوان تنها منبع حقوق و تکالیف ستایش می کنند. برگزیدن عنوان «ستایش قرارداد» به این منظور است که دو گروه افراطی مثبت و منفی، از نظر تقابل مبانی و آثار اندیشه هایشان، مطالعه شوند.
۲. ر.ک: ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ش ۲۷.
۳. ر.ک: ناصر کاتوزیان، گذری بر انقلاب ایران، ص ۳۰۵؛ تجربه نشان داد که دنیا هم از آن چیزی نمی فهمد و فروپاشی شوروی بهترین دلیل این مدعا است.
۴. ژوسران، (Josserand) درس حقوق مدنی فرانسه، ج ۲، ش ۳۹، ص ۲۹.
۵. ر.ک: آلفرد ریگ، نقش اراده در اعمال حقوقی در حقوق فرانسه و آلمان، ش ۲۱۴؛ و درباره سایر حقوقدانهای آلمانی و رویه قضایی در آن کشور، ر.ک: ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۱۱۹.
۶. همان کتاب، ش ۱۰۲؛ پلنیول و ریپر و اسمن، ج ۶، ش ۲۳۹ به بعد.
۷. سید محمد کاظم طباطبایی، حاشیه بر مکاسب، ص ۱۱۷، که در این باره می نویسد:
«مقتضی القاعدة وجوب الوفاء به وذلك لصدق الشرط عليه، فانه لغة بمعنى الالتزام والالتزام بل مطلق الجعل»؛ همچنین، ر.ک: میرفتاح، عناوین، ص ۲۴۹.
۸. میرزا محمد حسین نائینی و شیخ موسی خوانساری، منیة الطالب، ج ۱، ص ۴۰۷؛ ج ۲، ص ۱۲۳-۱۳۵؛ و درباره جمعی که شروط بنایی را به طور مطلق الزام آور نمی دانند، ر.ک: میرفتاح، عناوین، ص ۲۵۰-۲۵۱؛ ملا احمد نراقی، عوائد الایام، ص ۴۶؛ به صاحب ریاض نسبت داده شده است که در این باره فقیهان به اجماع رسیده اند: شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۲۸۲.
۹. «والوجه فيه صدق الشرط على هذا المقدار من التواطؤ والتبانی، فیشمله عموم قوله (ص) المؤمنون و ایضاً هو قید معنوی للعقد فیدلّ علیه عموم او فوا بالعقود، حیث أنّه جزء من العقد ویجب الوفاء به مع خصوصية...» (سید محمد کاظم طباطبایی، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، ص ۱۱۸).
۱۰. درباره نقش ایقاع در زندگی اجتماعی و پذیرش آن به عنوان منبع تعهد، ر.ک: ناصر کاتوزیان، ایقاع: نظریه عمومی، ایقاع معین، ش ۳۶ به بعد.
۱۱. ر.ک: علامه حلی، تذکره (نقل از: مامقانی، غایة الآمال، ص ۲۵۴).

۱۲. ر.ك: ماده ۱۵۳ قانون مدنی آلمان و ماده ۵۶۰ قانون تعهدات سویس و ماده ۹۲ قانون مدنی مصر و ماده ۶۲ قانون مدنی الجزایر.
۱۳. در حقوق فرانسه، رك: كولن و كاپیتان، رساله مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ش ۴۸؛ مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۱۴۶؛ مارتی و رینو، ج ۲، ش ۱۱۱.
۱۴. در حقوق انگلیس، چشایر و فیفوت، حقوق قرارداد، ج ۸، ص ۴۳؛ و در حقوق فرانسه، دموگ، تعهدات به طور کلی، ج ۲، ش ۵۷۷؛ گودمه، نظریه عمومی تعهدات، ص ۴۴ به بعد؛ پلنیول و ریپر و اسمن، ج ۶، ش ۱۶۰؛ در حقوق آلمان، لِهمن، دفاع از ماده ۱۳۰ ق.م. (نقل از: آلفرد ریگ، اثر اراده در اعمال حقوقی، ش ۵۶).
۱۵. دیوان کشور فرانسه، رأی ۲۷ آوریل ۱۸۸۷؛ قانون مصوب ۲۹ آوریل ۱۹۱۶ در مورد کمک دریایی: مازو، همان کتاب، قرائت درس نهم، ص ۱۶۷.
۱۶. در این زمینه، رك: ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۲۵۵ و ۲۶۲.
۱۷. همان کتاب، ش ۲۶۹. ما در این مقاله، در پی مسائل مختلف حقوق مدنی نیستیم، بلکه می خواهیم نگاهی گذرا بر آثار وجود اجتماعی و فردی قرارداد داشته باشیم.
۱۸. همان.
۱۹. برای دیدن اثر اراده باطنی و ظاهری در فقه امامیه، رك: قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، قرائت و تمرین (۴)-۳.
20. Great Atlantic and Pacific Tea Co. V. Cream of Wheat Co. 227 Fed. 46 (1915); Lacombe J.: "We had Supposed that it was elementary Law that a traider could buy from whom he pleased, and sell to whom he pleased and that his selection of seller and buyer was wholly his own concern...": Kessler and Gilmore, Contracts, Cases and Matesials, Secoond Edition: pag39.
۲۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۱۵۳؛ ریپر و بولانژه، ج ۲، ش ۲۲۶.
۲۲. در این باره، رك: ناصر کاتوزیان، وقایع حقوقی، ش ۱۶۶.
۲۳. ناصر کاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)، ج ۱، مسؤولیت مدنی، ش ۱۷.
۲۴. ریپر و بولانژه، ج ۲، ش ۹۲۳؛ و برای دیدن نظر مخالف، ر.ك: دموگ، تعهدات، ج ۷، ش ۱۱۷۶؛ مارتی و رینو، تعهدات، ج ۱، ش ۴۴۹؛ مازو، همان کتاب، ش ۳۹۹؛ و در حقوق انگلیس، رك: كلرك و لیندسل، مسؤولیت مدنی، ش ۱-۱۰، ص ۱۱.