

ستایش قرارداد، یا اداره قرارداد^۱

چکیده: فردگرایان چنین نظر داشتند که انسان پای بند به قراردادهای خویش 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 می شود که قرارداد زاده اراده است و اراده تنها نیرویی است که می تواند برای انسان حق و تکلیف به وجود آورد و به منزله قانونی است که دو طرف برای تنظیم روابط خود وضع کرده اند. این قیاس نشان احساس عمیق احترامی است که حقوقدانان فردگرا برای قرارداد قائل بودند. از سوی دیگر، قاعده اخلاقی نیز انسان آگاه را پای بند به عهد و پیمان خویش می بیند و نقض عهد را مذموم می شمارد و همین دستور منتهی به اعتبار قرارداد برای کسانی می شود که برای انعقاد آن تراضی کرده اند.

ولی، نه ستایش فردگرایان توانست مانع از نگرانی اندیشمندان نسبت به شروط گزاف و خدعه آمیز قرارداد شود، نه دستور اخلاقی اطاعت از قرارداد. به عنوان مثال، چگونه می توان شروطی که مانع آگاهی بیمه گذار از مسؤلیت بیمه گر می شود، نافذ شناخت؟ این است که امروز بیشتر اندیشمندان تمایل دارند که، به جای ستایش قرارداد، سخن از اداره قرارداد بگویند.

* استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

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 اند و قرارداد را به عنوان تنها

منبع حقوق و تکالیف ستایش می کنند. بگیدن عنان «ستایش قرارداد» به این منظم است، که ده گ

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

واژگان کلیدی:

ستایش قرارداد، اداره قرارداده‌ها، قرارداد اجتماعی، آزادی اراده، نظم عمومی و اخلاق حسنه.

مقدمه و طرح بحث

ما در آستانه ساختن جامعه مدنی هستیم: این اقدام به معنی لجام زدن به خودخواهی و سیر به کمال و ساختن انسان اجتماعی به جای انسان فردی و خودخواه است و کافی نیست که تنها سرود قانونگرایی سر دهیم. قانونگرایی آغاز این حرکت اجتماعی و مقدمه جامعه 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. سابق بر 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؛ امروز می‌گویند بی‌برنامه طولانی پنج‌ساله، اقتصاد قابل اداره کردن نیست. اما، برای مسائل اجتماعی ضرورت چنین برنامه‌ریزی‌هایی درک نشده است. اگر بخواهیم قانونگرا باشیم و جامعه 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. لازمه این اقدام کاستن از آزادی‌ها و حقوق فردی انسان است، ولی این تردید بجا است که آیا در این راه باید بی‌دغدغه به پیش رفت، هرچند که شخصیت انسان فراموش شود، یا 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 راه‌حلی هستیم.

به ابزار توزیع عادلانه ثروت، مطالعه اقتصادی را هم ناقص می‌کند. شما چگونه می‌توانید از مالکیت و ثروت‌اندوزی و اصلاح کشاورزی و تجارت سخن بگویید و به ابزار توزیع عادلانه ثروت که «قرارداد» است بی‌اعتنا بمانید؟ بنابراین، باید برای همه عوامل پیشرفت خود برنامه‌ریزی داشته باشیم.

یکی از مهم‌ترین آن عامل‌ها 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 می‌پردازیم و از آن اطاعت می‌کنیم. پس، پرسش اصلی در این است که باید از قرارداد در هر حال اطاعت کنیم، یا آن را به‌عنوان ابزاری مفید در استخدام بگیریم و وسیله رفع ضرورت‌های خود قرار بدهیم؟ در واقع، موضوع سخن در این زمینه است که در مسیر حرکت و ارتقاء، موضع ما در مقابل قرارداد چیست؟ ستایش است یا اداره و انتفاع؟ پاسخ این پرسش دو چهره اجتماعی و حقوقی دارد. پس، در آغاز سخن به مبانی این چهره‌ها و گذری بر آراء حکیمان می‌پردازیم، و در مرحله دوم به راهی که انتخاب کرده‌ایم می‌رویم و سرانجام به آثار مهمی که هر کدام از دو راه حل در احکام حقوقی دارد اشاره می‌کنیم.

گفتار نخست. مبانی بحث

مبانی و راه‌حل‌ها

چنانکه اشاره شد، هم در اقتصاد و هم در سیاست و حقوق، حکیمان دو راه مشخص را برای توسعه انتخاب کرده‌اند. در مرحله عمل، این دو راه مرز ثابتی ندارند و هیچ نظام حقوقی از راه‌حلی به‌طور کامل پیروی نکرده است. ولی، در مرحله نظری و بر مبنای غلبه، حکیمان و نویسندگان و حقوقدانان را به دو گروه تقسیم می‌کنند:

۱. گروهی که طرفدار حقوق فردی هستند و در اقتصاد، خصوصی‌سازی و سپردن کارها به دست مردم یکی از چهره‌های فکر آنهاست. در زمینه‌های اجتماعی نیز، احترام به حقوق بشر و جهانی شدن این ارزش و الزام دولت‌ها به اینکه آزادی‌ها و شخصیت انسان

یکی دیگر از چهره‌های این شیوه تفکر است. مبانی فکر از نظر فلسفی این است که انسان باید آزاد و مستقل باشد. انسان به شرطی در راه تعالی گام برمی‌دارد که استعدادهای او پرورش یابد و تا آزاد نباشد شکوفایی پیدا نمی‌کند. ولی، دشواری در این است که همزیستی در اجتماع از آزادی طبیعی و آرمانی می‌کاهد و همگان به این نتیجه رسیده‌اند که آزادی مطلق و بی‌مرز نمی‌ماند.

بسیاری از حکیمان آزادی را مرکز ارزش‌های جهان قرار دادند. از همه سخن نمی‌گوییم، ولی به عنوان نمونه از کانت، که بیش از همه به تحلیل عقل پرداخته است، یاد می‌کنیم: کانت دو کتاب معروف دارد: (۱) تحلیل عقل نظری و (۲) 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 هدف او است برگزیند. پس، علوم متداول در قلمرو عقل نظری است. ولی، در مقابل این مسیر معرفت، عقل عملی هم وجود دارد و آن حکم وجدان است که پیشینیان او هم دریافته بودند. در نظر ارسطو، انسان به حکم طبیعت نیرویی دارد که می‌تواند ستم را از عدالت بشناسد. برای شناخت دادوستم، 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 می‌گیرد و حتی تکالیف هم از این ریشه است و در واقع زاده مرزهای آزادی است. بی‌گمان در جامعه قیودی دیده می‌شود. ولی، همه قیدها و مرزها به خاطر این است که آزادی دیگران محترم شمرده شود. یعنی آزادی هر کس منوط به آزادی دیگران باشد. کانت، در تعریفی هم که از حقوق می‌کند می‌گوید: «حقوق عبارت از قواعدی است که در پرتو آنها آزادی هر کس با آزادی دیگران جمع می‌شود.»

هگل، حکیم دیگر 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 (به تعبیر دیگری که ما خدا

دارد) و دریافت که وجود مطلق و لایزال قابل ادراک نیست، برای اینکه چنین وجودی قابل ادراک باشد، 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 تضادها است 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 ولنگار یا بی سروپا برای توجیه عیاشی‌های خود دامن بزنند. گروه بزرگی از خردمندان و حکیمان نامدار هم به این سو تمایل دارند و تنها راه حلی که برای رسیدن به سعادت شناختند 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 بر دیگری اراده خود را تحمیل کند؟ آیا ولایت بر دیگری اصل است یا آزادی و استقلال؟ و پاسخ همگان چنین خلاصه می‌شود که، ولایت بر دیگری خلاف اصل است؛ چنانکه در فقه هم اصل عدم ولایت است: هیچ‌کس بر دیگری ولایت ندارد مگر اینکه ثابت شود 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 ظلم و بیداد و اقتدار و زور به

خود را به دولت واگذار کردند تا در پناه نظمی که 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 بکاهد؟ پاسخ این است که جز خود انسان نیروی دیگری قادر نیست التزام را به او تحمیل کند. بنابراین، بر پایه قرارداد است که دولت 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 است، 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، او سخنی بدین مضمون دارد که: «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.»^(۱) در توجیه این عبارت می‌توان گفت، هر کس بهتر از دیگران منافع خود را می‌شناسد، بنابراین وقتی تصمیم گرفت که پیمانی را امضاء کند دیگر بی‌عدالتی وجود ندارد. بر این مبنا، اگر به درون قراردادها از خارج نگاه کنیم، قرارداد را باید ستایش کرد؛ یعنی آن را به عنوان یکی از بازتاب‌های جوهر انسانی باید 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، همان‌گونه که قانون برای هیأت اجتماع نوشته می‌شود و برای آنها احترام‌آمیز 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 نگه 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 قرون ۱۷ و ۱۸ در قرن ۱۹ مورد

می‌شود و به ستم و سلطه نامشروع می‌انجامد. به این معنا که زرنگتران از راه کسب انحصارها تمام نیروها را در اختیار می‌گیرند اینان می‌توانند، در پناه قدرت اقتصادی بی‌رقیب و کسب شده، به طرف مقابل عقیده خود را تحمیل کنند. در نتیجه، آزادی مطلق از درون آزادی را از بین می‌برد و، برای پیشگیری از این تضاد درونی، به قرارداد بایستی به عنوان 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 سلسله 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 فکر اجتماعی و فردی و اصالت حق و تکلیف، در نظرهای فقهی هم دیده می‌شود. برای مثال، اصالة الاباحه در مقابل اصالة الحظر عنوان شده است. بعضی اعتقاد دارند که هر کار مباح است مگر اینکه خلاف آن در شرع مسلم شود و بعضی دیگر گفته‌اند، هر کار که در اباحه آن تردید شود ممنوع است و باید از ارتکاب آن جلوگیری 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 اندیشه‌ها در فقه هم هست، جز اینکه شیوه طرح آنها با آنچه در غرب مرسوم است تفاوت دارد و همین اختلاف باعث گمراهی گروهی از نویسندگان می‌شود.

در هر حال، بعضی از جامعه‌شناسان، مانند دوگی، اعتقاد دارند که واژه حق باید از فرهنگ حقوقی حذف شود. هیچ‌کس حق ندارد، حتی دولت حق حاکمیت ندارد و اینکه می‌گویند دولت حق دارد بر مردم حکومت کند اشتباه و انحراف است.

درباره اصطلاح دولت خدمتگزار، در آغاز انقلاب که مباحث حقوقی زیاد مطرح می‌شد، مقاله‌ای نوشتم با عنوان «دولت خدمتگزار نه دولت مقتدر» و مقصودم بیان نظر دوگی بود. در این مقاله به این نکته دقیق در حقوق عمومی پرداختم که میزان اقتدار دولت به میزان خدماتی است که انجام می‌دهد و هر اندازه از مقدار این خدمات کاسته

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 می‌گذارند، منتها نه به عنوان لازمه زندگی اجتماعی انسان و تنها وسیله کاستن از آزادی‌ها. به همین جهت هم می‌گویند نباید عقد را ستایش کرد؛ به عنوان ابزاری مفید باید آن را به کار برد.

اهمیت نفوذ طبیعی و همراه با رغبت قانون

نفوذ و احترام قاعده‌ای که به طوع و رغبت پذیرفته شود، به مراتب بیشتر از آن 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 می‌روند و برای اجرای آن احتیاج به زاندارم 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 بر پا می‌کنند تا در آن عاقد روحانی آیه‌ای از قرآن بخواند و خطبه‌ای پیوند نکاح را اعلام کند، در حالی که هیچ‌کدام از اینها در دید قانون برای انعقاد نکاح ضرورتی ندارد و قبول و رضای دو طرف کافی است.

در سال روز انقلاب، جشنی و همایشی در دانشکده حقوق بر پا شد 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 گفت:

«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.

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.» (۲)

سبب این بخش از سخنانم این بود که، 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، لجام‌ناپذیر است و اگر استعدادهاى نهفته در انسان محبوس شود و تمام هدف زندگی به اطاعت منتهی شود، ترقی و شکوفایی پیدا نمی‌کند. باید اندیشه‌ها آزاد باشد. باید امکان پرورش روح انسانی را فراهم ساخت، در حالی که آنان راهی را می‌پیمودند که به دیکتاتوری می‌انجامید؛ قائد 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:

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 ملازمه با پذیرش گزاره‌های نظریه اجتماعی 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

قدرت، معیاری مطمئن برای گزینش راه حل ها و انتخاب ارزش برتر به دست آید؛ راه حلی که در نتیجه نهایی به آن می پردازیم.

این مقدمه برای بیان مقصود از ستایش و اداره قرارداد است و اینکه چرا این عنوان برای مقاله انتخاب شد و نویسنده چه هدفی را دنبال می کند و از چه مبنایی الهام می گیرد. از این پس، آثار فراوان این دو طرز فکر را در احکام حقوقی با مثال هایی زنده ملاحظه می کنیم. یادآوری این نکته ضروری است که هدف محصور کردن تمام آثار این دو نظر در احکام حقوقی نیست؛ مقصود آوردن مثال های مختلف است تا روشن شود که، در فرایند تراضی و کیفیت آن و در عیوب اراده، در تفسیر قرارداد و در اجرای قرارداد تا چه اندازه پیروی کردن از یکی از دو مبنا اهمیت دارد.

گفتار دوم. آثار و قلمرو بحث

تقابل ستایش قرارداد و اداره آن تنها به جهان نظر 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 در خور 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 (۴) مشروعیت جهت معامله. گروهی که قرارداد را ستایش می کنند به تراضی اهمیت ویژه ای می دهند و می کوشند تا هر چهار شرط را در احترام به تراضی ادغام کنند. در نظر اینان، شرط اساسی تحقق معامله فقط تراضی است. اگر گفته می شود که دو طرف باید اهلیت داشته باشند، به این دلیل است که اشخاصی که اهلیت ندارند اراده 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

بر گفته ژوسران، استاد فقید فرانسوی، که این نظریه را ابراز می‌کند می‌توان 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 وسیله هدایت تراضی است نه شرط اصیلی در کنار آن.

در برابر این ستایشگران، گروهی که طرفدار اداره قرارداد هستند می‌گویند تراضی و اهلیت دو شرط مستقل با آثار متفاوت هستند. منافع اجتماعی گاه اقتضاء 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 شیطننت 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 هر چه بیشتر کاهش یابد و به عنوان بد ضروری پذیرفته شود، نه شرطی که لازمه 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 به استناد اخلاق یا ضرورت‌های دیگر اجتماعی اراده محدود نمی‌شود و قرارداد بی ثمر نمی‌ماند. برعکس، آنان که قرارداد را به عنوان ابزار اجتماعی محترم می‌دانند و در پی اداره کردن آن هستند، در مقابل این سخن استدلال می‌کنند که نظم عمومی مفهوم سیال، قابل

دارد و در قالب‌های قانونی نمی‌گنجد. اعتقاد به وحدت قانون و نظم عمومی بدین می‌ماند که اخلاق را در محدوده تنگ قانون محبوس 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 نظریه‌های اجتماعی، مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه گسترش می‌یابد و می‌تواند قرارداد را محدود کند. در قواعد عمومی قراردادها از رویه قضایی سوئیس مثالی نقل شده است که نمونه زنده‌ای از گستره مفهوم نظم عمومی و ارتباط آن با ارزش‌های اجتماعی و عدالت است:

آموزگاری در روستایی زندگی می‌کند 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، می‌خرد و فروشنده نیز ملاحظه معلم را می‌کند. به او نسیه می‌دهد و با فروش اعتباری به او کمک می‌کند. پس از چندی، شاگرد در امتحان رد می‌شود و پدرش، از خشم و شرم از درماندگی فرزند، دیگر به او چیزی نمی‌فروشد. معلم نگون‌بخت ناچار به خواروبارفروش دیگر روی می‌آورد، ولی این یکی هم خشمناک از بی‌اعتنایی معلم به او، اعلام می‌کند که به او جنس نمی‌فروشد، بدین بهانه که چندین سال از او جنسی نخریده است و اکنون که درمانده است به او روی می‌آورد و خواهان کمک و یآوری است. معلم درمانده در دادگاه اقامه دعوی می‌کند و خودداری خواروبارفروشان را خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌داند و به این استناد الزام آنان را به فروش عادلانه کالا درخواست می‌کند.

دیوان کشور سوئیس خواروبارفروشان را محکوم می‌کند که از انحصار عملی خود سوءاستفاده کرده‌اند، در حالی که شغل خواروبارفروشی، در همان حال که تجارت خصوصی است، به دلیل نیاز اساسی مردم و انحصار عملی آنان، انجام خدمتی عمومی نیز هست. رفتار خواروبارفروشان خلاف نظم عمومی است، زیرا سبب می‌شود که نیازهای مورد احتیاج خواهان آسان در اختیار او قرار نگیرد و این خلاف نظم عمومی است.

به گفته لارنز،^۱ حقوقدانان آلمانی، که سایر نویسندگان آن کشور نیز کم‌وبیش تأیید کرده‌اند: «نظم اقتصادی و اجتماعی زمان ما استقلال افراد را در روابط باهم از بین برده است. همه ناگزیرند که از بعضی وسایل نقلیه و آب و برق استفاده کنند، و چون تهیه وسایل جز به وسیله مؤسسات معین امکان ندارد، اگر این مؤسسه‌ها در رد و قبول مشتریان خود آزاد باشند، بی‌عدالتی و نابرابری بین مصرف‌کنندگان ایجاد می‌شود. پس، نظم حقوقی ایجاب می‌کند که وقتی تأمین نیازمندی‌های عمومی در عمل یا به حکم قانون در انحصار مؤسسه‌ای قرار می‌گیرد، آن کار خدمت عمومی به‌شمار آید و تنها در جهت منافع همگانی مردم اجرا شود...» (۴)

در فرانسه، پزشکی با آزمایشگاه قراردادی می‌بندد به این مضمون که پزشک بیماران را نزد او بفرستد و از میزان دستمزدی که می‌دهند مقداری بگیرد. دیوان کشور فرانسه این قرارداد را خلاف نظم عمومی اعلام می‌کند، به این دلیل که وجود این قرارداد باعث تشویق پزشک می‌شود تا بیمارانش را بدون اینکه نیازی داشته باشند برای تجزیه به آزمایشگاه بفرستد و بخشی از هزینه آن را بگیرد. چنین قراردادی حداقل این انگیزه را به وجود می‌آورد که پزشک به منظور کسب درآمد بیشتر بیهوده بیمار را سرگردان می‌کند، هرچند که پزشک ذینفع هم این کار را مرتکب نشود و، به همین دلیل، خلاف نظم عمومی است. (۵)

بنابراین، ملاحظه می‌شود که در رویه‌های قضایی کشورهای مختلف، در دید دادرسانی که به منافع و مصالح اجتماعی اهمیت می‌دهند، چگونه مفهوم نظم عمومی گسترش پیدا می‌کند.

۳. مفهوم اجتماعی و فردی عقد؛ نهادینه شدن قرارداد

ستایشگران قرارداد می‌گویند حداقلی برای آزادی گفتگوی دو طرف باید در آن تأمین کرد. قراردادی که در آن آزادی نباشد قرارداد نیست. در مقابل این گفته، آنان که از اداره قرارداد طرفدارای می‌کنند، می‌گویند مفاهیم اجتماعی رفته‌رفته همه قراردادهای را به

صورت نهاد حقوقی می‌آزاید. غالب قراردادهای متداول امروز به صورت نهاد و در قالبی پیش ساخته ارائه می‌شود. شما اگر بخواهید اتومبیل و منزلتان را بیمه کنید، ناگزیر هستید که قرارداد مفصلی را بی‌کم‌وکاست امضاء کنید. قلمرو تراضی با بیمه‌گر محدود بر این است که خود را در این قالب خاص قرار دهید. وقتی 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.

قالب‌زدایی و شکل‌گرایی در فقه

باز می‌گردیم به فقه تا نتیجه و پرتو دو‌گرایی 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 برای نفوذ قراردادها تکیه می‌کنند (اوفوا بالعقود). 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 در آید. با وجود پاره‌ای تردیدها که سنت‌گرایان هنوز هم دچار آن هستند، گروه بزرگی از عالمان فقه بر این باورند که شروط ابتدایی الزام‌آور است و نه تنها مباح است، الزام‌آور هم هست. پیشرو این نظر در فقه معاصر امامیه سیدمحمد کاظم طباطبایی صاحب عروة الوثقی است که در ملحقات عروة الوثقی و در حواشی که بر مکاسب دارد نفوذ شرط را به روشنی بیان می‌کند. در نظر او، هر قرارداد که عقلایی باشد و قواعد شرعی را نقض نکند الزام‌آور است، خواه در قالب عقد معین ارائه شود یا مستقل بماند. (۶)

۲. در برابر جنبش حکومت و آزادی اراده، گروهی بیشتر به تکلیف می‌اندیشند تا به

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 آزادی‌طلب 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 الزام‌آور نیست. (۷) ولی، طباطبایی شرط را به معنی الزام و التزام می‌داند و شروط بنایی را نیز همانند شروطی که در ایجاب و قبول آمده است الزام‌آور می‌داند. (۸)

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 می‌دانند، در بحث مربوط به منابع تعهد، تأیید می‌کنند که فقط قرارداد است که می‌تواند منبع الزام باشد. ایقاع در این زمینه سهمی ندارد و اراده ملتزم به تنهایی کافی برای ایجاد تعهد برای او نیست، هر چند که به سود دیگری باشد و تعهدی بر دوش او نگذارد. در حقوق فرانسه، ایقاع از منابع حقوق نیست و فرانسویان می‌کوشند تا تمام الزامات را به قراردادی منسوب کنند، هر چند که این قرارداد ضمنی باشد؛ در حالی که در حقوق آلمان یا سوئیس، ایقاع در زمره منابع تعهد است. در حقوق ما، یکی از مهم‌ترین 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 می‌شود و حق را ساقط می‌کند (ماده ۲۸۹ ق.م.ا).

گذشته از ایقاع مسقط حق، نگاه عمیق‌تر نشان می‌دهد که ایقاع در زندگی ما نقش بسیار زیادی دارد. فسخ قرارداد و رجوع و ابراء از جمله آثار آن است و استقراء در قواعد

وسیله ایقاع را باید استثناء شمرد، شمار استثناها چندان فراوان است که باید پذیرفت که از این جهت، گرایش اجتماعی بیشتر از گرایش فردی است. (۹)

۴. چگونگی تحقق تراضی؛ لزوم توالی

کسانی که قرارداد را ستایش می‌کنند و آن را تنها منبع ایجاد الزام می‌شمرند، 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، چنان‌که در عقد با مکاتبه است، عقد واقع نمی‌شود، چرا که عرف دو اراده نامتوالی و گسیخته را مربوط به هم نمی‌داند. (۱۰)

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 مألوف 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 در حضور 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 اینکه 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 هنگام کمال تراضی هر دو

داشته باشد و التزام را به عهده بگیرد. پس، اگر به هنگام گفتن قبول فوت کند، وارثان او ملزم هستند فرایند تحقق عقد را ادامه دهند. بنابراین، قبول هر زمان ملحق به ایجاب شود قرارداد منعقد می‌گردد. (۱۱)

۶. زمان و مکان عقد

مکتب فردی، قرارداد با مکاتبه را با گفتن قبول کامل می‌داند، (۱۲) 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 و آگاهی مخاطب قبول است و بعضی دیگر هم می‌گویند وصول نامه حاوی قبول به اقامتگاه، اماره بر آگاهی او و در حکم ابلاغ و اطلاع خود او است. (۱۳)

۷. عیوب اراده؛ سوءاستفاده از اضطرار

طرفداران حقوق فردی تمایل دارند که عیوب اراده گسترش یابد و اراده خالص و بی‌عیب و 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 به حادثه‌ای مربوط می‌شود که در سواحل فرانسه رخ داد: کشتی مسافری 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 کشتی صدمه دیده بوده است. به اضافه، در عرف دریاداری (مثل کمک راننده‌های کامیون به یکدیگر در جاده‌ها) چنین

نجات می‌ایستد و اعلام آمادگی به کمک در برابر مبلغ گزاف و نامتعارفی را می‌کند. در این فرض، کشتی نجات سرنشینان کشتی آسیب‌دیده را به قرارداد گزاف اجبار نمی‌کند و هیچ تهدیدی 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 هر پیشنهادی را قبول می‌کند. اینها نیز پیشنهاد گزاف را قبول کردند، سپس وقتی به ساحل رسیدند، طرح دعوی کردند که گزافی مبلغ دستمزد ناشی از اضطرار ساده نیست تا پاسخ دهید که اراده ما سالم است و قرارداد بر ما تحمیل نشده است. واقعیت این است که، چون با علم به در ماندگی در دریا از اضطرار ما سوءاستفاده شده، کار طرف قرارداد (خواننده) در حکم اکراه است و دادگاه رأی به اکراه و در نتیجه، تعدیل قرارداد گزاف می‌دهد. این نظر بعدها به تکرار تأیید شد و عدالت به جای خود نشست. (۱۴)

این‌گونه آراء، دل‌های آگاه را به این واقعیت کشاند که اکراه ممکن است، به‌طور غیرمستقیم و با سوءاستفاده از وضع اضطراری اشخاص، صورت پذیرد و حقوق باید چتر حمایت خود را بر سر این زیان‌دیده‌ها بر پا دارد. در ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران، نتیجه بحث را بدین‌گونه مشاهده می‌کنیم: «هر قرارداد کمک و نجات، که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل یا تغییر داده شود».

عبارتی که در پیش‌گفتار حقوق خانواده نوشتم و شاید جمله جسورانه‌ای است، 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 شدیدی آنها را با عدالت می‌بینم یعنی با دیواری از ظلم و ستم برخورد می‌کنم، با هر چه 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 دست‌کم افتخار آن را دارم که با ظلم در افتاده‌ام».

در این فرض هم عدالت اقتضاء می‌کند که سوءاستفاده از اضطرار را در حکم اکراه بدانیم

اگر اکراه، به دلیل فشار نامشروعی که به اراده وارد می‌شود 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. (۱۵)

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، در اکراه به شخص مکره و درجه تأثیر تهدید در اراده او توجه دارند، در حالی که آنها که به جنبه اجتماعی قرارداد عنایت بیشتر 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 با شعوری 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 بدهد و آزادی تصمیم را سلب بکند. 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. (۱۶) 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. (۱۷)

۹. آثار قرارداد

طرفداران نظریه فردی اعتقاد دارند عقد تابع اراده باطنی و قصد واقعی است «العقود

واقع شده مقصود نبوده و آنچه مقصود بوده واقع نشده (ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع)، در نتیجه، چنین قراردادی باطل است. ولی، در دید اجتماعی رابطه قرارداد با نیت باطنی سست می‌شود و اراده اعلام شده مبنای نفوذ قرارداد می‌گردد. با این نگاه، آنچه پیشنهادکننده را پای‌بند می‌کند، نیت واقعی او نیست؛ اعتقادی است که در مخاطب برانگیخته و ظاهری که به آن اعتماد شده است. زیرا، قرارداد رابطه اجتماعی است و باید دید اراده در این رابطه چه معنایی را افاده می‌کند و چه اثری به بار می‌آورد. (۱۸) به عنوان مثال، در قانون متحد تجارتي آمریکا، همین نظر از جامعه‌شناسان گرفته شده است.

در قانون مدنی ما هم آمده است که: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه» (ماده ۲۲۴ ق.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 نمی‌فهمد و آن را انشاء تملیک عین و منفعت تلقی می‌کند. پس، باید گوینده را ملتزم به بیع شناخت. اثبات خلاف این ظاهر عرفی نیز چندان دشوار است که به محال می‌ماند.

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، می‌تواند خلاف این ظاهر را ثابت کند. ماده ۱۹۶ ق.م. هم به ظاهر از این نظر پیروی کرده است. ولی، کسانی که عقد را به مانند ابزاری قابل اداره می‌نگرند، می‌گویند اگر کسی وانمود کند که برای خودم معامله می‌کنم، دیگر نمی‌تواند ادعا کند که برای دیگری معامله کرده است و ملتزم به اجرای تعهدات ناشی از عقد نیست. در این زمینه دعوی در آمریکا اتفاق افتاد که به دلیل مضمون حکم آن مشهور است و چنین خلاصه می‌شود:

کارخانه یخ‌سازی با یکی از مشتریانش قرارداد مستمر فروش یخ داشته است. خریدار بدقولی و بدحسابی می‌کند و اختلافشان چنان بالا می‌گیرد که، ضمن فسخ قرارداد مستمر خرید و فروش یخ، در نامه‌ای صاحب کارخانه به طرف قرارداد می‌نویسد که دیگر با تو معامله نخواهم کرد. خریدار بدحساب که نیاز مبرم به یخ داشته است و می‌دانسته که یخ به او فروخته نمی‌شود، دیگری را می‌فرستد تا به ظاهر اصیل باشد.

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 دعوی نمی‌تواند، به این استناد که نماینده دیگری بوده است، از اجرای تعهد خود امتناع و دیگری را به جای خود نشانده (۱۹) در حقوق فرانسه، با اینکه 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، در مورد حق‌العمل‌کاری که به حساب آمر و به‌نام خود معامله می‌کند، او را مسؤول تعهدهای ناشی از قرارداد می‌داند. (۲۰)

۱۰. اجرای قرارداد

با دید اجتماعی و بر مبنای اداره قرارداد، اجرای مفاد قرارداد هم 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 اخلاق اجتماعی ناروا می‌بیند. اصل ۴۰ قانون اساسی در این باره اعلام می‌کند: «هیچ‌کس 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 بجا به کار رود، از بسیاری خودخواهی‌ها می‌کاهد و حقوق و تعهدات را در مسیر اخلاقی و مفید قرار می‌دهد.

همچنین، حذبۀ عدالت سبب می‌شود 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 پیش‌بینی نشده را در اجرای قرارداد مؤثر شناسد.

۱۱. وجه التزام

خسارت عهدشکنی و معاف کردن زیان‌دیده 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 می‌کند که دادگاه نتواند در آن دخالت کند و از میزان وجه التزام بکاهد یا بر آن بیفزاید، چنانکه ماده ۲۳۰ ق.م. که بر پایه حقوق فردی و اقتباس از قانون مدنی فرانسه تنظیم شده است، در این ماده می‌گوید: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند». ولی، از دیدگاه اجتماعی، به ویژه در موردی که وجه التزام با هدف تعیین خسارت در عقد آمده است، دادگاه می‌تواند آن را متناسب با مبلغ واقعی خسارت کند؛ چنانکه حقوق سوئیس و آلمان امکان تعدیل شرط را به دادرسی می‌دهد و قانون مدنی فرانسه نیز در اصلاح ۱۹۷۵ درباره شروطی که آشکارا با خسارت نامتناسب است، اختیار تعدیل شرط را به قاضی می‌دهد.

قانون مدنی ایران، همچنان به احترام قرارداد پای‌بند است و تعدیل شرط در صورتی امکان دارد که از مفاد تراضی بر آید، مانند موردی که بخشی از مفاد تعهد تجربه‌پذیر انجام شده است. (۲۱) گذشته از اینها، نگاه اجتماعی و اداری به قرارداد، سبب می‌شود 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، مسؤلیت کسانی را که تخلف متعهد از آن را تسهیل یا تشویق کرده‌اند «مسؤلیت قراردادی» توصیف کرده است، چنانکه، اگر کارگری در کارخانه‌ای کار بکند و به رموز فنی آن آگاهی یابد و کارخانه‌دار دیگری، بر خلاف تعهدی که این کارگر کرده است، او را فریب دهد و در کارخانه خود او را استخدام کند، دادگاه‌های فرانسه به عنوان تخلف از قرارداد او را هم به عنوان معاون این تخلف مسؤل خسارت عهدشکنی دانسته‌اند. (۲۲)

مبنای این نظر، معاونت یا شرکت ثالث در تقصیر قراردادی (نقض عهد) است. می‌گویند، درست است که قرارداد دینی برای دیگران به وجود نمی‌آورد، ولی هر قرارداد

طرف قرارداد شرکت کرده است، نمی‌تواند خود را در این رابطه بیگانه بداند. (۲۳)

نتیجه

پس از مطالعه مبانی و آثار دو نظر افراطی و متقابل، چنانکه 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: پیمان‌شکنی از دیرباز مذموم و وفاداری به عهد و پیمان معیار فضیلت و جوانمردی بوده است. توده‌های مردم، با دست دادن و گرو نهادن تاری از مو و امضاء و مهر اسناد و شاهد گرفتن خدا و روان مقدسان، این قاعده اخلاقی را تأیید می‌کنند. اخلاق مذهبی نیز این مبنای عرفی را تقویت می‌کند: خداوند عهدشکنان را به نکوهش تهدید می‌کند (الذین ینقضون عهدالله) و امر به وفای به عقد می‌دهد (اوفوا بالعقود). حقوق نیز باید این مبنای عرفی و عقلی را محترم شمارد. پس، برای توجیه الزام‌آور بودن قرارداد نیازی به نظریه‌های فلسفی نیست. ضرورتی ندارد بگویند فقط اراده انسان آن را محدود می‌کند؛ می‌توانیم دلیل آوریم که اخلاق اجتماعی و انسانی و عرف، چنین حکم می‌کند. وانگهی، رعایت ملکیت یا حرمت حقی که در اثر تراضی برای طرف قرارداد ایجاد شده است، اقتضاء 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 می‌شود.

بدین وسیله راه برای اداره محدود قرارداد فراهم می‌آید؛ در حالی که اگر گفته شود اراده انسان تنها با رضای او محدود می‌شود (اصل حاکمیت اراده)، چاره‌ای جز ستایش قرارداد باقی نمی‌ماند و درمان همه دردها را باید از قرارداد خواست.

۲. ر.ک. ناصر کاتوزیان، گذری بر انقلاب ایران، ص ۳۰۵ - تجربه نشان داد که دنیا هم از آن چیزی نمی‌فهمد و فروپاشی شوروی بهترین دلیل این مدعا است».
۳. ژوسران، (Josserand) درس حقوق مدنی فرانسه، ج ۲، ش ۳۹، ص ۲۹.
۴. ر.ک. آلفرد ریگ، (Rieg) 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.
۵. همان کتاب، ش ۱۰۲ - پلنیول و ریپر و اسمن، ج ۶، ش ۲۳۹ به بعد.
۶. سیدمحمدکاظم طباطبایی، حاشیه بر مکاسب، ص ۱۱۷، که در این باره می‌نویسد: «مقتضی القاعدة وجوب الوفاء به و ذلك لصدق الشرط عليه، فانه لغة بمعنى الالتزام والالتزام بل مطلق الجعل» - همچنين، ر.ک. میرفتاح، عناوین، ص ۲۴۹.
۷. میرزا حسین نائینی و شیخ موسی خوانساری، منیه الطالب، ج ۱، ص ۴۰۷، ج ۲، ص ۱۳۵-۱۲۳ - و درباره جمعی که شروط بنایی را به‌طور مطلق الزام آور نمی‌دانند: ر.ک. میرفتاح، عناوین، ص ۲۵۱-۲۵۰ - ملااحمد نراقی، عوائدالایام، ص ۴۶ - به صاحب ریاض نسبت داده شده است که در این باره فقیهان به اجماع رسیده‌اند: شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۲۸۲.
۸. «الوجه فيه صدق الشرط على هذا المقدار من التواطؤ والتباني، فيشمله عموم قوله ص المؤمنون و ايضاً هو قيد معنوي للعقد فيدلّ عليه عموم اوفوا بالعقود، حيث أنّه جزء من العقد و يجب الوفاء به مع خصوصية...»: سید محمدکاظم طباطبایی، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، ص ۱۱۸.
۹. درباره نقش ايقاع در زندگی اجتماعی و پذیرش آن به عنوان منبع تعهد، ر.ک. ناصر کاتوزیان، ايقاع: نظریه عمومی، ايقاع معین، ش ۳۶ به بعد.
۱۰. ر.ک. علامه حلی، تذکره: نقل از مامقانی، غایةالآمال، ص ۲۵۴.
۱۱. ر.ک. ماده ۱۵۳ قانون مدنی آلمان و ماده ۵۶۰ قانون تعهدات سوئیس و ماده ۹۲ قانون مدنی مصر و ماده ۶۲ قانون مدنی الجزایر.
۱۲. در حقوق فرانسه، ر.ک. کولن و کاپیتان، رساله مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ش ۴۸ - مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۱۴۶ - مارتی و رینو، ج ۲، ش ۱۱۱.
۱۳. در حقوق انگلیس، چشایر و فیفوت، حقوق قرارداد، ج ۸، ص ۴۳ - و در حقوق فرانسه، دمورگ، تعهدات به‌طور 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، لهمن (Lehmann)، دفاع از ماده ۱۳۰ ق.م. (نقل از: آلفرد ریگ، اثر اراده در اعمال حقوقی، ش ۵۶.
۱۴. دیوان کشور فرانسه، رأی ۲۷ آوریل ۱۸۸۷ - قانون مصوب ۲۹ آوریل ۱۹۱۶ در مورد کمک دریایی:

۱۵. در این زمینه، ر.ک. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۲۵۵ و ۲۶۲.
۱۶. همان کتاب، ش ۲۶۹. ما در این مقاله، در پی مسائل مختلف حقوق مدنی نیستیم، می خواهیم نگاهی گذرا بر آثار وجود اجتماعی و فردی قرارداد داشته باشیم.
۱۷. همان کتاب.
۱۸. برای دیدن اثر اراده باطنی و ظاهری در فقه امامیه، ر.ک. قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، قرائت و تمرین (۴) - ۳.
19. **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, Second Edition: pag 39.**
۲۰. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۱۵۳ - ریپر و بولانژه، ج ۲، ش ۲۲۶.
۲۱. در این باره، ر.ک. ناصر کاتوزیان، وقایع حقوقی، ش ۱۶۶.
۲۲. ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)، ج ۱، مسؤولیت مدنی، ش ۱۷.
۲۳. ریپر و بولانژه، ج ۲، ش ۹۲۳ - و برای دیدن نظر مخالف: ر.ک. دموگ، تعهدات، ج ۷، ش ۱۱۷۶ - مارتی و رینو، تعهدات، ج ۱، ش ۴۴۹ - مازو، همان کتاب، ش ۳۹۹ - و در حقوق انگلیس، ر.ک. کلرک و لیندسل، مسؤولیت مدنی، ش ۱۰-۱، ص ۱۱.