

نظم عمومی و جهت قراردادهای
کوروش جعفرپور^۱ - دکتر سید حسین صفائی^۲ - دکتر گودرز افتخار جهرمی^۳
تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۹/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۰/۳۰

چکیده:

قراردادهای به عنوان اساس و تشکیل دهنده تعهدات خصوصی، با گذشت زمان دچار تغییر و تحولات بسیاری شده اند. اصل حاکمیت اراده و به تبع آن اصل آزادی قراردادهای، نقش بسیار مهمی در انعقاد و اجرای قراردادهای دارند. با این حال در جدال بین منافع عمومی و حقوق خصوصی افراد، محدودیت‌هایی بر اصل آزادی قراردادهای وارد آمده است.

یکی از این محدودیت‌ها نظم عمومی است که همواره به عنوان یک مفهوم حقوقی محدود کننده اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای مطرح می‌شود علی‌رغم صراحت قانون مدنی در باطل بودن قراردادهای مخالف با نظم عمومی، دادگاه‌ها و قضات ایرانی به علت مفهوم وسیع نظم عمومی، تمایل چندانی بر بکارگیری این مفهوم در آرای قضائی ندارند. همچنین اثر نظم عمومی بر جهت قراردادهای آنجایی که جهت قرارداد نامشروع می‌باشد و نیز بر معاملات به قصد فرار از دین نیز دارای اهمیت فراوانی می‌باشد.

واژگان کلیدی: نظم عمومی، حقوق قراردادهای، اصل حاکمیت اراده، آزادی قراردادهای، جهت قراردادهای

^۱ - دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده الهیات، حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران ایران

Kjafarpoor@gmail.com

^۲ - استاد تمام حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی تهران، ایران: (نویسنده مسئول)

seyyedhosseinsafaei@gmail.com

^۳ - استاد تمام گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی تهران، ایران

۱- مقدمه

بی شک یکی از دشوارترین و پیچیده ترین مباحث حقوقی، موضوع اراده و تحلیل آن است. در خصوص اصل حاکمیت اراده می‌توان بیان داشت که این اصل به دو بخش اساسی استقلال اراده و آزادی اراده تقسیم می‌شود و آنگونه که مشهود است آزادی اراده مرحله‌ای پس از مرحله استقلال اراده بوده و بدون اراده مستقل متصور اراده آزاد امری غیر ممکن و محال می‌باشد. به دیگر سخن شرط لازم برای تحقق آزادی اراده، استقلال اراده بوده و این دو با یکدیگر منجر به تبلور اصل حاکمیت اراده می‌شوند.

حقوقدانانی در تعریف اصل آزادی قراردادی تعاریف مختلفی ارائه نموده‌اند. برخی چنین عنوان می‌دارند «اصل آزادی قراردادی در حقوق ما بوسیله ماده ۱۰ قانون مدنی اعلام شده است. به موجب این ماده قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که خلاف صریح قانونی نباشد نافذ است. پس جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده است، اراده اشخاص حاکم بر سرنوشت پیمان‌های آنان است و آزاده اراده را باید به عنوان اصل پذیرفت». (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۴۴)

برخی دیگر چنین اظهار نموده‌اند «آزادی قراردادها از نوع آزادی فردی است به موجب آن اشخاص می‌توانند دست به انعقاد هرگونه عقد و قرارداد بزنند (ماده ۱۰ ق.م) این آزادی در برابر اصل توقیفی بودن عقد است که جمعی طرفدار آن هستند. اکثر اهل اجتهاد در عصر حاضر جانب آزادی قراردادها را گرفته‌اند «اوفوا بالعقود سندی است استوار از قرآن که حامی آزادی قراردادهاست سیره مسلمین نیز فعلاً چنین است». (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۰)

آنچه می‌توان گفت اینکه آزادی اراده در حقوق قراردادها عبارت است از اینکه دیگر جامعه اشخاصی آزاد هستند که بطور مستقل اقدام به انعقاد انواع قراردادها نمایند.

۲- نظم عمومی

واژه نظم عمومی از دو بخش نظم و عمومی تشکیل یافته است. مفهوم نظم خود به تنهایی معانی گوناگونی را افاده می‌نماید از جمله در معنای شعر، کلام، موزون، سرود، مقابل نثر بکار رفته است. (دهخدا، ۱۳۷۷: ۲۳۸)

همچنین وصف «عمومی» به معنای عام، کلی چیزی که شامل همه گردد، آنچه متعلق به عموم باشد، بکار رفته است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۶۳۷۶) لیکن هدف از نظم عمومی دقیقاً همان ترکیب معانی لغوی مستقل در واژه نبوده بلکه ارائه یک اصطلاح خاص است که استفاده از آن در مجاورت عمومی رایج نبوده و به عبارت دیگر اصطلاحی فنی و تخصصی حقوق می‌باشد. با بررسی حقوق کشورهای دیگر در می‌یابیم که واژه نظم عمومی همان است که در زبان انگلیسی به آن public order در فرانسه L'ordre public و در زبان عربی «النظام العام و الآداب» خوانده می‌شود.

۲-۱- توصیف نظم عمومی در حقوق قراردادهای

اصل آزادی قراردادی در برخی موارد محدود شده است. یکی از این موارد محدودیت آزادی قراردادی در برابر قواعد نظم عمومی است. موضوع دارای اهمیت این است که بیشتر قواعد راجع به نظم عمومی در چارچوب قانونی ارائه می‌شوند. تمامی قوانین کم و بیش دارای وصف نظم عمومی می‌باشند و مصلحتی در وضع آنها مورد نظر بوده است منتها در بعضی از آنها مصلحت مربوط به آزادی اراده بر مصلحتی که محرک قانونگذار در وضع قانونی بوده رجحان دارد و به همین جهت هم اشخاص می‌توانند برخلاف آن با هم تراضی کنند. لیکن در برخی دیگر اجرای قانون چندان مهم است که مصلحت مربوط به حاکمیت اراده در برابر آن ناچیز به شمار می‌آید و در اینجا است که گفته می‌شود قانون با نظم عمومی ارتباط دارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۵۹)

«وقتی گفته می‌شود قاعده‌ای مربوط به نظم عمومی است مقصود این است که آن قاعده در شمار اصولی است که مسیر حرکت اشخاص را در این راه تعیین می‌کند. طبیعی است که در جامعه‌ای منظم اشخاص نباید توانایی آن را داشته باشند که با تراضی خود بطور مستقیم این نظم را بر هم بزنند. بنابراین در بیان یکی از مهمترین اوصاف نظم عمومی می‌توان گفت: نظامی است که رعایت آن به پیروی همگان وابسته است.» (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۶)

در حقوق مدنی اعتبار نظم عمومی در همه جا به یک اندازه نمی‌باشد. در حقوق قراردادهای اصل بر این است که قانون جدید بر قراردادهایی که در زمان حکومت قانون سابق بوجود آمده است حکومت نکند ولی آنجا که حکومت قانون جدید چنان با مصالح مردم بستگی دارد که

می‌توان گفت اراده قانونگذار بر این قرار گرفته است که همه تابع یک قانون باشند قانون جدید حتی بر آثار قراردادهای پیشین نیز حکمفرمانی می‌کند و فوری اجرا می‌شود. در این مورد قانون جدید باید آن چنان با منافع عمومی ارتباط مستحکم داشته باشد که تخطی از آن باعث اختلال شدید در نظم عمومی جامعه گردد.

در مورد تعریف و توصیف نظم عمومی برخی از اساتید حقوق برآند که «از نظم عمومی نمی‌توان تعریف و توصیف دقیقی بدست داد، فقط می‌توان گفت که نظم عمومی مبتنی بر فکر کلی برتری اجتماع نسبت به فرد و تفوق منافع عمومی نسبت به منافع خصوصی است. نظم عمومی در حقوق داخلی یک مکانیسم حقوقی است که دولت بوسیله آن قراردادهای خصوصی مغایر با منافع عمومی را مردود اعلام می‌کند به بیان دیگر نظم عمومی در روابط داخلی شامل قواعد امری است که اراده افراد نمی‌تواند آنها را نقض کند (صفائی، ۱۳۹۴: ۵۹)» در حقوق جدید نظم عمومی را می‌توان به نظم عمومی سیاسی^۱ و نظم عمومی اقتصادی^۲ تقسیم کرد. نظم عمومی سیاسی همان نظم عمومی کلاسیک سنتی و قدیمی است لیکن در نتیجه گسترش وظایف دولت در تامین رفاه و سعادت اجتماع و دخالت روز افزون دولت در امور اقتصادی، نظم عمومی جدیدی پیدا شده که آن را نظم عمومی اقتصادی نامیده اند. (صفائی، ۱۳۹۴: ۶۰)

توصیف وضعیت نظم عمومی در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی متفاوت می‌باشد در حقوق مدنی ایران در ماده ۹۷۵ قانون مدنی آمده است «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده یا بواسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.»

نظم عمومی در حقوق داخلی یک مکانیسم حقوقی است که دولت بوسیله آن قراردادهای خصوصی مغایر با منافع عمومی را مردود اعلام می‌کند به بیان دیگر نظم عمومی در روابط داخلی شامل قواعد امری است که اراده افراد نمی‌تواند آنها را نقض کند. البته در قدیم دخالت

^۱ - Ordre public politique

^۲ - Ordre public economique

قانونگذار و دامنه قوانین مربوط به نظم عمومی در زمینه حقوق قراردادهای بسیار محدود بود. لیکن امروزه موارد آن افزایش یافته و بیشتر قوانین مربوط به نظم عمومی خارج از قانون مدنی هستند (صفائی، ۱۳۹۴: ۶۰) پاره‌ای از قراردادهای مانند قرارداد کار و قراردادهای بیمه آنچنان بوسیله قانونگذار تنظیم شده‌اند که اراده افراد نمی‌تواند در آن نقش مهمی داشته باشد.

اما نظم عمومی در روابط بین‌المللی که جلوی اجرای قانون خارجی را می‌گیرد و معمولاً در حقوق بین‌الملل خصوصی بررسی می‌شود دارای دامنه محدودتری است و فقط شامل آن دسته از قواعد امری می‌شود که چنان با اصول تمدن یا منافع اساسی کشور بستگی دارد که قاضی نمی‌تواند قانون خارجی را که با آن مابینت دارد اجرا کند هر چند که قانون مزبور طبق قواعد عمومی تعارض قوانین اصولاً صلاحیت اجرا داشته باشد. (صفائی، ۱۳۹۴: ۶۱)

گروهی از حقوقدانان برای درک کامل مفهوم آن را در قالب نظم دولتی و اداری، نظم قضائی، نظم شغلی، نظم در اهلیت و احوال شخصی، نظم خانوادگی و نظم اقتصادی توضیح داده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۷۹-۱۹۸)

از بین تمامی موارد فوق، نظم عمومی اقتصادی مفهومی جدید است که بیشتر در قرن بیستم نمود پیدا کرده است. در عصر کنونی بعضی از کشورها از جمله ایالات متحده آمریکا و فرانسه مقرراتی برای تامین رقابت آزاد و جلوگیری از ایجاد توافقات و انحصارهای زیان بخش وضع کرده‌اند که مربوط به نظم عمومی است قوانین ضدتر است، آمریکا در این باره معروف است. نظم عمومی بازار مشترک نیز از فکر حمایت از آزادی اقتصادی و رقابت آزاد الهام می‌گیرد.

در ایران نیز قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶ با همین هدف به تصویب رسیده که فصل دهم آن به «تسهیل رقابت و منع انحصار» اختصاص یافته است. (صفائی، ۱۳۹۴: ۶۳)

نظم عمومی اقتصادی در حقوق قراردادهای در قرن حاضر براساس دخالت دولت در اقتصاد جامعه و با هدف حمایت از طبقات ضعیف و نیز هدایت اقتصاد در مسیر صحیح، ایجاد شده است و بسیاری از کشورها در اجرای سیاست اقتصادی جدید و رهبری اقتصاد ملی قوانین

بسیاری راجع به امور پولی و بانکی، تثبیت قیمت‌ها، حمل و نقل و ارتباطات، بهره برداری از منابع ملی و ... وضع کرده‌اند که موجب محدودیت اصل آزادی قراردادها شده است.

۲-۲- قانون مدنی و آزادی قراردادی

نظم عمومی به عنوان یکی از عوامل محدود کننده آزادی اراده طرفین دارای مفهومی وسیع و در عین حال نه چندان صریح و آسان می‌باشد. مفهوم آزادی قرارداد و نظم عمومی و تأثیر هر یک از آنها بر یکدیگر در طول زمان موضوعی است که آن را باید بطور مستقل و مجزا و شاید تحت رساله و تحقیقی دیگر بررسی نمود. لیکن به اجمال می‌توان بیان داشت که با تشکیل روابط انسانی و حق مالکیت در بین افراد، ایشان برای رفع احتیاجات خود اقدام به معاوضه اقلام و اشیاء یکدیگر می‌نمودند. در این هنگام به علت اینکه روابط اشخاص در جامعه از پیچیدگی زیادی برخوردار و از سوی دیگر حقوق عمومی و مفاهیم مربوط به آن از اهمیت کنونی برخوردار نبود اصل آزادی قراردادها دارای اهمیت بسیار زیادی بود به گونه‌ای که اصولاً هیچ محدودیتی مهم در روابط تجاری و معاملات اشخاص وجود نداشت. با پیشرفت جوامع بشری و ورود ماشین به زندگی اشخاص و ایجاد تعارضات جدی و مهم در روابط اجتماعی و توجه حکومت‌ها و دولت‌ها به منافع جمعی و ترجیح آن بر آمال و منافع شخصی و پیدایش مفاهیم حقوق عمومی و گسترش این مفاهیم و ایجاد دکترین حقوق عمومی، نظم عمومی و مسائل راجع به آن به عنوان یک عامل اساسی در تنظیم روابط اجتماعی نمود بیشتری پیدا کرد».

در حقوق ایران اصل آزادی اراده هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین‌الملل خصوصی پذیرفته شده است.

مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد نافذ است». در تأیید این حکم ماده ۲۱۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است...»

همچنین ماده ۱۱۱۹ همان قانون در باب نکاح بیان می‌دارد: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند

هر شرایطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن ازدواج یا عقد لازم دیگری بنمایند».

همان گونه که ملاحظه می‌شود قانون مدنی ایران در این مواد به طور آشکار اصل آزادی اراده را در معاملات اعلام داشته است و حتی می‌توان گفت که ماده ۱۰ قانون مدنی با ذکر جمله «... در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد...» بیشتر جانب آزادی اراده را گرفته و با نظریه افراطیون مکتب اصالت فرد که در قرون ۱۸ و ۱۹ وجود داشته هم داستان شده است. زیرا این ماده نظم عمومی را به متون قوانین محدود ساخته و در خارج از متون اراده فردی را مطلقاً آزاد دانسته است. به دیگر سخن جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده است اراده اشخاص حاکم بر سرنوشت پیمان‌های ایشان است و آزادی اراده را باید به عنوان اصل پذیرفت.

«می‌توان ادعا کرد که مفاد این ماده در حقوق ما پیشینه تاریخی ندارد و ابداع نویسندگان قانون مدنی یا ثمره تقلید از حقوق اروپایی است زیرا فقیهان امامیه دست کم در مبحث شرط از همین اصل پیروی می‌کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۴۴) و عقود در مقام معامله وسیله تأمین آزادی اراده در قراردادها بوده است. گروهی از مفسران و فقیهان نیز وفای به همه عقود را که برخلاف اخلاق و عقل و شرع نباشد واجب دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۳۵) با وجود این به نظر می‌رسد که ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه نیز الهام‌بخش نویسندگان قانون مدنی قرار گرفته است و نفوذ حقوق اروپایی را در این زمینه نباید انکار کرد.

تجربه ثابت کرده است که آزادی قراردادی راه عادلانه تأمین نظم در روابط مالی مردم است. به همین جهت در اقتصاد سرمایه‌داری و آزاد قانونگذار ترجیح می‌دهد که بجای وضع قاعده برای تمام روابط نامحدود اجتماعی توافق اشخاص را محترم شمارد و تنها در مواردی که نظم عمومی و منافع جامعه ایجاب می‌کند این آزادی را محدود سازد.

۲-۳- قلمرو نظم عمومی در حقوق قراردادهای

موضوع دیگری که باید به آن توجه داشت عبارت است از قلمرو نظم عمومی. این قلمرو بر اساس دیدگاه نظام‌های حقوقی به موضوع نظم عمومی متفاوت است. در خصوص دیدگاه‌های مختلف درباره نظم عمومی می‌توان بیان داشت که دو دیدگاه غالب در این باره وجود دارد یکی

دیدگاه فردگرایان و دیگر نظر جامعه‌گرایان آن گونه که فردگرایان می‌پندارند اصل حاکمیت اراده یکی از لوازم شخصیت انسانی است و حدود این حاکمیت را تنها قانون تعیین می‌کند و مقررات آن نیز باید به عنوان قاعده‌ای استثنائی تفسیر شود. ولی هر گاه انسان به عنوان عضوی از اجتماع مورد بررسی قرار گیرد باید گفت که زندگی اجتماعی ضرورت‌هایی دارد که برای هر یک از اعضا در برابر دیگران تکالیف گوناگون ایجاد می‌کند. شخص در میان گروهی از این تعهدها بسر می‌برد و نمی‌تواند بوسیله قرارداد در تکالیف اجتماعی خود اخلاق کند. علاوه بر آن بسیاری از قواعد را که پیروان اصالت فرد ناظر به حقوق خصوصی افراد می‌خوانند مکتب‌های اجتماعی در زمره قواعد مربوط به نظم عمومی می‌دانند و دخالت روزافزون دولت در امور اقتصادی این گونه قواعد را به صورت مقررات مربوط به نظم عمومی در می‌آورد. (کارتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۱۴)

آنچه می‌توان از نظریه فردگرایان و جامعه‌گرایان استنباط نمود این است که:

۱- از دیدگاه فردگرایان نظم عمومی فقط ناشی از قانون است ولی از نظر گروه مخالف نظم عمومی دارای منابع دیگری مانند اخلاق حسنه و عرف و عادت نیز هست مواد ۱۰ و ۱۲۹۵ قانون مدنی ایران با نظر اخیر همداستان است. این امکان وجود دارد که اختلال به نظم عمومی ناشی از تجاوز به روح قانون یا قواعدی که مبنای مجموعه مواد قانونی یا احکام شرعی قرار گرفته است باشد. در ماده ۹۷۵ قانون مدنی نیز امور دیگری «مانند اخلاق حسنه و احساسات جامعه» منبع اصلی نظم عمومی قرار داده شده است و عرف پایه اصلی اخلاق حسنه و احساسات مردم است.

با این حال باید انصاف داد که وضعیت اجتماعی، سیاسی و اقتصادی کشور در زمان کنونی ایجاب می‌نماید که در اندیشه طرحی دگر در خصوص اینکه آیا نظم عمومی شامل سایر موارد غیر از متن قانونی می‌شود یا نمی‌شود باشیم. اوضاع فرهنگی و سطح اعتماد عمومی در وضعیت کنونی ایران به گونه‌ای رو به زوال گذاشته است که کمتر می‌توان بر اخلاق جامعه تکیه کرد و اعلام نمود که نظم عمومی شامل سایر مسائل غیر از آنچه در متن قانون آمده است نیز می‌شود.

۲- بر اساس دیدگاه فردگرایان قواعد مربوط به نظم عمومی اختصاص به قوانین رشته

حقوق عمومی دارد «مانند قوانین کیفری، اساسی، مالیاتی و اداری» ولی در حقوق خصوصی اشخاص آزادی کامل دارند زیرا قوانین دسته اخیر فقط ناظر به روابط خصوصی اشخاص و حفظ منافع آنهاست.

این موضوع گر چه تا حدود زیادی همراه با واقعیت است با این حال حتی در قواعد و قوانین راجع به حقوق خصوصی نیز می‌توان آثار حقوق عمومی و دخالت دولت در قراردادها و مالکیت را مشاهده نمود از جمله آنها قوانین راجع به احوال شخصیه و بسیاری از مقررات راجع به حقوق مالی و اصول مالکیت است صحت و سقم این دیدگاه بستگی زیادی به نظام سیاسی و تفکر اقتصادی دولت و حاکمیت دارد. به عبارت دیگر در نظام‌های اقتصادی و سیاسی که تفکر لیبرالیستی بر آنها حاکم است اصل بر آزادی کامل اشخاص در اعمال حقوقی و انجام قراردادها می‌باشد مگر صراحتاً استثنائاتی در این موضوع موجود باشد که همین وضعیت استثناء نیز باید بطور مضیق و فقط در مورد خاص تفسیر شود ولی در نظام‌های اقتصادی و سیاسی مبتنی بر تفکر سوسیالیستی قواعد مربوط به نظم عمومی با تمامی شئون افراد جامعه در ارتباط کامل می‌باشد و بنابراین اشخاص در حقوق خصوصی آزادی کامل نداشته و اعمال حقوقی آنها بوسیله منافع جامعه کنترل و محدود می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۳۷)

در نظام کنونی حقوق ایران می‌توان بیان داشت که با توجه به قوانین سخت‌گیرانه اقتصادی دولت تاحدی نظامی شبیه نظام سوسیالیستی، حاکم بر جامعه می‌باشد و بنابراین اشخاص در انجام اعمال حقوقی و انعقاد قراردادها آزادی کامل ندارند.

۳- برخی از اساتید بر این عقیده‌اند که: «نتیجه اصل حاکمیت اراده این است که در هر مورد نسبت بر مخالفت قرارداد با نظم عمومی تردید به میان آید اصل صحت آن است. بر عکس به نظر کسانی که نظم عمومی جنبه استثنائی ندارد و اصل امری بودن قانون است در مصداق‌های مورد تردید باید حکم به فساد قرارداد کرد». ایشان در ادامه بیانات خود اعلام می‌دارند که در حقوق ایران هیچیک از این دو اصل را به طور کامل نمی‌توان پذیرفت. (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۶۳)

۲-۴- معاملات مخالف با نظم عمومی

موضوع معاملات مخالف با نظم عمومی آنچنان که بیان شده است در حقوق اروپا بر اساس

تئوری عدم مشروعیت (احمدی و استانی، ۱۳۴۷: ۱۶۰) بررسی شده است. حقوقدانان اروپایی بر این عقیده‌اند که هر قرارداد و عمل حقوقی که نامشروع باشد، مخالف نظم عمومی است. در این خصوص سوالی که در ذهن طرح می‌شود عبارت است از اینکه: منظور از عدم مشروعیت قرارداد چیست؟ و به عبارت دیگر از دیدگاه حقوقی کدام قراردادهای و اعمال حقوقی نامشروع قلمداد می‌شوند؟

بر اساس آنچه برخی از حقوقدانان بیان داشته‌اند، درباره ماهیت غیرمشروع بودن دو نظریه اساسی وجود دارد:

نخست: نظریه قانونی

بر اساس این نظریه که مبتنی بر مکتب اصالت فرد می‌باشد، مشروعیت یا عدم مشروعیت قراردادهای بر اساس قوانین امری تعیین می‌شوند. بنابراین فقط قراردادهایی که صراحتاً بر اساس متون قانونی ممنوع شده‌اند، به عنوان قراردادهای نامشروع تلقی خواهند شد. این نظریه در قرن ۱۹ از اعتبار بالایی برخوردار بود و رویه قضائی کشور فرانسه در قرن ۱۹ اغلب بر اساس همین نظریه بوجود آمده است. (احمدی و استانی، ۱۳۴۷: ۱۶۰)

دوم نظریه حقوقی

این دیدگاه در نتیجه توسعه نظریه جهت معاملات و ظهور عقاید مبتنی یا متمایل به مکتب اصالت اجتماع بوجود آمده و در قرن بیستم رونق پیدا کرد. بر اساس این دیدگاه برای نامشروع قلمداد کردن عملی ضروری نیست که آن عمل بوسیله قانون امر یا نهی شده باشد بلکه عدم مشروعیت ممکن است از روی ضوابط و عوامل دیگری همانند اخلاق حسنه و عرف و اصول حقوقی و طبیعی، تعیین شود. اغلب حقوقدانان بزرگ قرن بیستم و رویه قضایی حاکم بر کشورهای متمدن به این دیدگاه تمایل بیشتری نشان داده‌اند. رأی Egerton در انگلستان و آرای مورخ چهار دسامبر ۱۹۲۹ شعبه مدنی دیوان کشور فرانسه و دوم ژوئیه ۱۹۳۲ و ۱۰ ژوئیه ۱۹۳۶ دادگاه سن اثبات کننده این موضوع می‌باشند. (احمدی و استانی، ۱۳۴۷: ۱۶۱)

به نظر می‌رسد حقوق اسلام قرابت بیشتری با نظریه حقوقی دارد. همانگونه که می‌دانیم منابع فقه و حقوق اسلامی از نظر امامیه عبارتند از کتاب، سنت، عقل و اجماع و گاهی هم عرف. پر واضح است که عقل و اجماع و عرف که از منابع و معیارهای مشروعیت یا نامشروعیت

به حساب می‌آیند جز متون شرعی به شمار نمی‌روند و حال آنکه عمل برخلاف آنها نامشروع است.

به عقیده اساتید بزرگ حقوق مدنی ایران نامشروع اعم است از نامشروع قانونی و نامشروع شرعی در حقوق ایران نیز ارتباط مستقیم بین نظم عمومی و نامشروعیت وجود دارد چرا که هر امر نامشروعی برخلاف قواعد حقوق و موجب اخلال نظام اجتماعی یا اقتصادی یا اخلاقی یا حقوقی خواهد شد.

۲-۵- جهات مخالفت قراردادهای با نظم عمومی

نخستین سوالی که مطرح می‌شود این است که به چه دلیلی قراردادی مشروعیت خود را از دست می‌دهد و مآلاً در تقابل با نظم عمومی قرار می‌گیرد؟ در حقوق فرانسه دو عنصر موضوع و جهت تعیین‌کننده مشروعیت یا عدم مشروعیت قرارداد هستند ولی در تمام کشورهای غربی تمایل قانون یا رویه قضایی نسبت به هر دو عنصر مذکور یکسان نیست.

در قانون مدنی فرانسه به جهت معامله بیشتر توجه شده و میل طبیعی دکترین و رویه قضایی آن کشور این است که نامشروعیت معاملات را بیشتر از روی جهت آن مشخص سازند و نامشروع بودن موضوع را کمتر مورد بحث قرار می‌دهند.

در قانون مدنی آلمان و سوئیس بعکس به جهت معامله توجه شایانی نشده است بلکه بیشتر به نامشروعیت موضوع معامله عنایت گردیده. در حقوق کشور انگلستان هم تمایل بر موضوع معامله بیشتر است و نوعاً سعی می‌شود که جهت را هم از روی موضوع معامله بررسی نمایند. (احمدی واستانی، ۱۳۴۷: ۱۶۳)

از لحاظ منطقی توجه صرف به دو عنصر موضوع و جهت برای تشخیص مصادیق نظم عمومی در حقوق معاملاتی کافی نیست بلکه باید به عناصر دیگری نیز توجه شود. در این مورد باید به شرایط و عناصر صحت معاملات و نیز نتایج حاصله از انجام معاملات توجه داشت.

۲-۵-۱- عدم رعایت شرایط صحت معاملات و نظم عمومی

همانگونه که می‌دانیم عناصر و شرایط تحقق معاملات به دو دسته شرایط عمومی و شرایط اختصاصی تقسیم می‌شوند. شرایط عمومی آن دسته از شرایطی هستند که به تمامی قرارداد-

ها اعم از قراردادهای با نام و قراردادهای بی‌نام تعلق دارند و شرایط اختصاصی آنهاپی هستند که مخصوص برخی از معاملات می‌باشند مانند شرط صحت قبض در برخی معاملات همچون وقف و یا لزوم تعیین مدت در عقد اجاره و یا عین بودن مبیع در عقد بیع.

در قوانین مدنی کشورها تعداد و عناوین شرایط عمومی مشخص و معین شده است بر این اساس ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران اعلام می‌دارد: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد و رضای طرفین ۲- اهلیت طرفین ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد ۴- مشروعیت جهت معامله».

این ماده تقریباً با اندک تفاوتی ترجمه ماده ۱۱۰۸ پیشین قانون مدنی فرانسه است که می‌گوید «برای صحت هر معامله چهار شرط ضروری است: «اراده طرفی که متعهد می‌شود، اهلیت طرف معامله، شیء معین که موضوع تعهد قرار می‌گیرد، یک جهت مشروع برای تعهد». در این مقاله به ارتباط جهت معامله و نظم عمومی خواهیم پرداخت.

۳- جهت معامله

یکی از شرایط اساسی صحت معاملات آنگونه که در بند چهارم ماده ۱۹۰ قانون مدنی مذکور است، مشروعیت جهت معامله می‌باشد. جهت معامله در حقوق ایران عبارت است از غرض و هدف اصلی که معامله کننده از عقد قرارداد داشته است. جهت امری شخصی و متغیر است که هر یک از متعاملین را به انجام معامله وا می‌دارد. مثلاً یکی خانه می‌خرد برای اینکه در آن سکونت کند؛ دیگری خانه می‌خرد به منظور اینکه آن را بفروشد و از این راه سود نماید، سومی خانه می‌خرد برای اینکه آن را اجاره دهد، چهارمی خانه می‌خرد به جهت اینکه آن را به پسرش ببخشد و امثال اینها. این اغراض و دواعی در صورتی که انگیزه اصلی برای انشای عقد باشند جهت نامیده می‌شوند. جهت معامله مربوط به شخص طرف معامله و دارای جنبه روانی است. (صفائی، ۱۳۹۴: ۱۴۹)

نویسندگان قانون مدنی ایران شرط کردن مشروعیت جهت معامله را در ماده ۱۹۰ ق.م.ا.

ماده ۱۱۰۸^۱ پیشین قانون مدنی فرانسه و مقررات ماده ۲۱۷ ق.م.را از محتویات ماده ۱۱۳۱ پیشین قانون مدنی فرانسه^۲ با رعایت مبانی فقهی مربوط و نیز با انجام تغییراتی اقتباس کرده- اند. (شهیدی، ۱۳۷۹: ۳۳۱)

همانگونه که بیان شد به جهت عنصر شخصی و مربوط به نیت و مقصود باطنی افراد بوده و همانگونه که می‌توان از بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی استنباط نمود به دو قسم تقسیم می‌شود: جهت مشروع و جهت نامشروع.

در اینجا مناسب است برای بیان جهت مشروع و جهت نامشروع به توضیح جهت معامله در حقوق فرانسه و نیز حقوق ایران پرداخته شود.

۳-۱- جهت در حقوق فرانسه

به موجب ماده ۱۱۰۸ پیشین فرانسه که مأخذ ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران است جهت تعهد چهارمین شرط صحت قرارداد تلقی شده است. مواد ۱۱۳۱ تا ۱۱۳۳ پیشین قانون مدنی فرانسه نیز از جهت سخن می‌گویند. ماده ۱۱۳۱ که مهمترین ماده در این زمینه است مقرر می‌دارد: «تعهد بدون جهت یا مبتنی بر جهت اشتباهی یا جهت نامشروع نمی‌تواند هیچ گونه اثری داشته باشد و ماده ۱۱۳۳ درباره جهت نامشروع می‌گوید: «جهت هنگامی نامشروع است که بوسیله قانون منع شده و مخالف اخلاق حسنه یا نظم عمومی باشد.»^۳ قانونگذار فرانسه در تدوین این مواد از نوشته‌های دوما (Doma) و پوتیه (Photier) حقوق- دانان رژیم قدیم فرانسه استفاده کرده است. لیکن دکترین جدید و رویه قضایی فرانسه در تفسیر مواد قانون مدنی، نظریه جهت Cause را گسترش داده و مفهوم وسیعتری برای آن قائل شده‌اند. (صفائی، ۱۳۸۶: ۳۴۱)

بر اساس نظریات موجود در حقوق قدیم فرانسه و مطابق با نظری که مورد قبول نویسندگان قانون مدنی ناپلئون «۱۸۰۴» واقع شده است جهت orientation عبارت است از مقصود

^۱- Art. 1108- Quatre Condition sont essentie LLes pour La validite dune Convention Le consentement de La partie qui soblige Sa capacite de contracter Uu objet certain qui forme Lamatiere de Lergagement Une Cause Licite dans Lobligation

^۱- Art 1131- Lobligation sans Caus ou surune fausse Causeou surune Cause iLLicite,ne peur avoir aucunefect

^۲- Art 1133. La Cause est illicite guard elleest prohibee par La Loi, grand elle est Contraire aux bonnes moeurs ou aLordre Public

مستقیم و بلاواسطه و تعیین کننده‌ای که به خاطر آن متعهد در برابر متعهد له قبول تعهد کرده است. بنابراین جهت که علت غایی Cause final تعهد است با اراده که می‌توان آن را علت فاعلی Cause efficiente نامید و نیز با موضوع «مورد» معامله و انگیزه‌های motifs کم و بیش دور که طرف معامله را به تعهد واداشته است متفاوت است. (صفائی، ۱۳۸۶: ۳۴۱-۳۴۲) این دسته از حقوقدانان جهت را در قراردادهای مختلف از جمله قراردادهای دو تعهدی Contrats synalagmatiques، قراردادهای یک تعهدی Contrat unilateraux و قراردادهای غیر معوض «مجانی» مورد بررسی قرار داده‌اند.

با توجه به مطالب فوق می‌توان بیان داشت که بر اساس نظریه کلاسیک فرانسوی: اولاً جهت از آن تعهد است نه معامله، ثانیاً جهت رابطه مستقیم و بلاواسطه با تعهد دارد به عبارت دیگر علت مستقیم و هدف فوری و اساسی تعهد است. ثالثاً جهت جزء لاینفک قرارداد و از عناصر تشکیل دهنده آن است. (صفائی، ۱۳۸۶: ۳۴۲-۳۴۳) جهت به این معنی را در حقوق ایران «علت» هم ترجمه کرده‌اند و برخی از آن در جهت تعهد تعبیر می‌کنند. بواسطه انتقادات شدیدی که از سوی برخی علمای حقوق از جمله پروفیسور ارنست^۱ استاد دانشکده حقوق لیژ^۲ و پروفیسور لوران^۳ و در سرآمد ایشان پروفیسور پلانیول^۴ بر نظریه جهت تعهد وارد آوردند (صفائی، ۱۳۸۶: ۳۴۴-۳۴۸) نظریه‌ها و آراء جدیدی در خصوص جهت قراردادها ارائه گردید.

در این راستا سه نظریه نوعی، شخصی و مختلط در مورد جهت تعهد ایجاد شد. بر اساس نظریه نوعی جهت تعهد با توجه به جنبه اقتصادی آن توجیه می‌شود. مطابق این نظریه، جهت، علت اقتصادی وجود تعهد است بنابراین، تعهد که مالی را از دارایی متعهد خارج می‌کند جز با ورود مالی به داری او قابل توجیه نیست و این دارا شدن به طور نوعی و موضوعی بدون در نظر گرفتن جنبه‌های شخصی و درونی متعهد بررسی می‌شود. پس چنانکه طرفداران این نظریه گفته‌اند جهت یک عنصر مادی قرارداد است. ایرادی که بر این نظر وارد

¹ - Ernest

² - Liege

³ - Laurent

⁴ - Planiol

است آن است که همه راه حل‌های حقوق موضوعه را توجیه نمی‌کند. معلوم نیست چگونه یک جهت صرفاً مادی و نوعی می‌تواند نامشروع یا مخالف اخلاق باشد. این خصوصیت را اغلب در عناصر شخصی قرارداد یعنی در دواعی طرفین می‌توان جستجو کرد. (صفائی، ۱۳۸۶: ۳۴۸-۳۴۹)

با توجه به ایرادات وارده به نظریه نوعی حقوقدانان فرانسه نظریه‌ای را با عنوان نظریه شخصی مطرح نموده‌اند. این نظریه در حقیقت به نوعی نظریه کلاسیک قدیمی را توضیح و تعدیل می‌نماید و بیشتر جنبه‌های شخصی و درونی را دخالت می‌دهد. به عقیده طرفداران این نظریه جهت که همان هدف مورد نظر متعهد است غیر از موضوع است. بنابراین فقدان جهت، نه فقط در موردی که تعهد طرف دیگر بوجود نیامده صدق می‌کند بلکه در موردی نیز که تعهد اجرا نشده صادق است. (صفائی، ۱۳۸۶: ۳۴۹-۳۵۰)

نظریه شخصی گرچه عموماً مورد تأیید حقوقدانان فرانسه قرار گرفت با این حال عده‌ای از ایشان بر این عقیده بودند که باید برای داعی نقش مهمتری در مفهوم جهت در نظر گرفته شود و بدین منظور جنبه‌های مختلف برای جهت قائل شده‌اند و از این رو نظریه‌های مختلط یا مرکب پدید آمد.

ابداع‌کنندگان نظریه مختلط بر این باور بودند مفهوم نوعی جهت اجازه نمی‌دهد که جنبه‌های اخلاقی در قرارداد منظور و قراردادهای مخالف اخلاق حسنه ابطال شود چه تجاوز به نظم عمومی و اخلاق حسنه غالباً با جستجوی دواعی متعاملین آشکار می‌گردد: با پذیرش نظریه شخصی بطور مطلق هم امنیت روابط حقوقی مختل می‌شود چه در این صورت فقدان یا نامشروع بودن داعی باید همیشه موجب بطلان معامله باشد. به همین دلیل گرایش دکترین معاصر فرانسه به سوی پذیرش یک مفهوم دوگانه از جهت است: بسیاری از حقوقدانان معاصر فرانسه بین جنبه نوعی و شخصی جهت فرق گذاشته و برای هر یک از این دو جنبه ارزش و اثر خاصی قائل شده‌اند. (صفائی، ۱۳۸۶: ۳۵۳)

جنبه نوعی جهت یا جهت تعهد تقریباً همان جهت در نظریه کلاسیک قدیمی است. جهت در این معنی همیشه در یک نوع قرارداد یکسان است. جنبه شخصی جهت یا جهت معامله بیشتر به داعی نزدیک است و بنابراین در این معنی جهت، داعی اصلی و تعیین‌کننده و امری

روانی و متغیر است. در این صورت هر داعی فردی و شخصی به شرط آنکه تعیین‌کننده باشد می‌تواند جهت تلقی شود و نامشروع یا مخالف نظم عمومی و یا غیراخلاقی بودن آن می‌تواند موجب بطلان قرار باشد.

برخی از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که در حقوق فرانسه با آنکه جهت شخصی یا جهت معامله یکی از مهمترین عوامل تشخیص مخالفت با نظم عمومی به شمار می‌رود با این حال در متون قانون مدنی ابدأ اشاره‌ای بدان نشده بلکه از نتایج عمیق و ظریف نقادی‌های حقوقدانان و رویه قضائی محسوب است و بواقع جهت معامله در نتیجه و تفسیر نظریه علت تعهد یا نظریه نوعی بوجود آمده و به همین سبب دانشمندان فرانسه آن را یکی از چهره‌های درخشان علت به حساب آورده و همیشه جهت شخصی را ضمن مسأله جهت نوعی یا علت به موقع بحث گذاشته‌اند. (احمدی و استانی، ۱۳۴۷: ۱۸۴)

از سوی دیگر با بررسی قانون مدنی فرانسه متوجه می‌شویم که در بند ۴ ماده ۱۱۰۸ و موارد ۱۱۳۱ تا ۱۱۳۳ علت مشروع «Cause licite» به عنوان شرط چهارم اساسی صحت معامله معرفی شده و این سبب در برخی از این مواد «ماده ۱۱۰۸ و ۱۱۳۱ پیشین قانون مدنی فرانسه» به تعهد در برخی دیگر «ماده ۱۱۳۲ قانون مدنی فرانسه» به قرارداد نسبت داده شده است. (شهیدی، ۱۳۷۹: ۳۳۳) با بررسی مواد پیشین قانون مدنی فرانسه متوجه می‌شویم که جهت معامله یا جهت شخصی هنگام تدوین قانون مدنی فرانسه مورد توجه واقع نگشته و آن را در متن قانون مذکور وارد نساخته‌اند. (احمدی و استانی، ۱۳۴۷: ۱۸۸) زیرا نویسندگان قانون مدنی از تعدی و افراط کاری قضات بیمناک بوده و عقیده داشته‌اند اگر به قضات اجازه داده شود که در مقام بررسی جهت و نامشروعیت معاملات تا عمق افکار و نیات باطنی متعاملین پیش روند همیشه امکان تجاوز به آزادی افراد وجود دارد ولو اینکه این تجاوز و تعدی مبتنی بر سوءنیت نباشد روی همین اصل می‌گفته‌اند که جهت شخصی هیچگاه مورد توجه قانونی نیست بلکه چیزی که قانون باید بدان اهمیت دهد جهت نوعی یا علت تعهد است. (احمدی و استانی، ۱۳۴۷: ۱۸۸)

۲-۳- جهت در حقوق ایران

مطابق بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، مشروعیت جهت یکی از ارکان اساسی صحت هر

معامله محسوب می‌شود. با اینکه ماده ۱۹۰ قانون مدنی از ماده ۱۱۰۸ پیشین قانون مدنی فرانسه گرفته شده است با این حال قانونگذار ایران در ماده مذکور به جای جهت تعهد از «جهت معامله» سخن گفته و مشروعیت جهت معامله را از شرایط صحت عقد قرار داده است.»

آنچه مهم است این است که آیا در حقوق ایران جهت معامله و جهت تعهد هر دو وجود دارد و یا به موجب بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی این فقط جهت معامله است که مورد توجه قانونگذار واقع شده است؟ از نوشته‌های برخی اساتید چنین بر می‌آید که ایشان فقط جهت معامله را در قلمرو حقوق ایران قابل طرح و بررسی می‌دانند و به طور مستقل در توضیح آن بیان می‌دارند: «جهت معامله عبارت از داعی است که قبل از معامله در هر یک از متعاملین پیدا می‌شود و سبب انجام معامله می‌گردد... جهت امری است که هر یک از متعاملین قبل از معامله تصور می‌نمایند تا بوسیله انجام معامله بتوانند آن را در خارج ایجاد نمایند. جهت متعاملین را بر می‌انگیزد که معامله را انجام دهند تا بتوانند به منظور خود قائل گردند بنابراین جهت قبل از معامله تصور می‌شود و پس از معامله ممکن است در خارج ایجاد گردد.» (امامی، ۱۳۷۴: ۳۱۵)

برخی دیگر از اساتید یا تطبیق موضوع با حقوق فرانسه عنوان می‌دارند: «در حقوق فرانسه که قانون تمام کاوش‌ها «تعهد» است بسیاری از نویسندگان کوشیده‌اند تا مفهوم جهت روانی را نیز به تعهد بازگردانند. این تلاش در نظام حقوقی فرانسه که قانون مدنی تنها از «سبب مشروع تعهد» سخن می‌گوید (ماده ۱۱۳۱) قابل فهم و منطقی است. به همین جهت تنها پاره‌ای از نویسندگان شهمت یافته‌اند که «جهت نامشروع» را ناظر به معامله بدانند نه تعهد و بین «جهت تعهد» و «جهت معامله» بطور صریح تفاوت گذارند. دیگران یا بر این راه رفته‌اند که مفهوم یگانه‌ای از جهت تعهد برای وجود و مشروع بودن آن تمهید کنند یا خواسته‌اند که بین مفهوم «جهت نامشروع» و «فقدان جهت» برای تعهد تفاوت گذارند... ولی در حقوق ما که چنین سنتی وجود ندارد و قرارداد عنوان اصلی بررسی است قانون مدنی نیز از «جهت معامله» سخن می‌گوید و هیچ ضرورتی وجود ندارد که به «جهت تعهد» تعبیر شود... پس هنگامی که قانونگذار به «نامشروع بودن جهت» می‌پردازد توجه او به هدف از انجام معامله است نه هدف تعهد... پیشینه تاریخی قانون مدنی نیز این استنباط منطقی و ظهور اصطلاح «جهت نامشروع معامله» را تأیید می‌کند، چرا که در فقه تنها بر نامشروع بودن «جهت» به معنی غایت و هدف

شخصی از انجام معامله توجه شده است و در آن نشانه‌ای از سبب و جهت نوعی و اقتصادی تعهد دیده نمی‌شود.» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۱۶ - ۲۱۸) و سرانجام برخی از اساتید بر این عقیده‌اند که: «در حقوق ایران فکر جهت تعهد وجود دارد و در موارد متعددی به کار رفته است، هر چند که قانونگذار آن را به عنوان یکی از شرایط اساسی قرارداد ذکر نکرده است. می‌توان گفت در این زمینه قانونگذار ایران از حقوق اسلام پیروی کرده است. به نظر نمی‌رسد که عدم ذکر جهت تعهد به عنوان یکی شرط اساسی صحت معامله و عدم تصریح به این نظریه به صورت یک اصل کلی در حقوق ما نقص مهمی باشد همانطور که در حقوق آلمان و سوئیس مهم تلقی نشده است. در واقع چنانکه اشاره کردیم قواعدی که بر اساس نظریه جهت تعهد پذیرفته شده یا نظریه‌های دیگری که در حقوق ایران هست کافی برای تنظیم روابط حقوقی و رفع نیازمندی‌های عملی است و نیازی به قبول آنچه در ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی فرانسه مندرج است دیده نمی‌شود.» (صفائی، ۱۳۸۶: ۳۶۲)

با توجه به فرمایشات اساتید بزرگ حقوق مدنی می‌توان به این مهم دست یافت که با هدف بررسی و تطبیق قاعده نظم عمومی با نظریه جهت در حقوق ایران، آنچه از اهمیت برخوردار است مشروعیت جهت و انگیزه معامله است نه جهت تعهد. به عبارت دیگر جهت زمانی می‌تواند نامشروع و مخالف با نظم عمومی محسوب شود که از یک سو راجع به انگیزه و داعی متعاملین باشد و از سوی دیگر این انگیزه نامشروع و مخالف با نظم عمومی در قرارداد صراحتاً ذکر شده باشد.

۳-۳- ارتباط جهت معامله با نظم عمومی _ معامله با انگیزه فرار از دین

۳-۳-۱- نحوه ارتباط معامله با انگیزه فرار از دین

یکی از موضوعاتی که می‌توان در قسمت جهت معامله مطرح نمود، همانا معامله با انگیزه هدف فرار از دین می‌باشد و آن معامله‌ای است که مدیون با هدف و نیت نامشروع فرار از دین و عدم پرداخت طلب طلبکاران انجام می‌دهد. بی شک این نوع معامله با قصد و انگیزه عدم پرداخت دین توسط مدیون یکی از مصادیق بارز قراردادهای مخالف نظم عمومی اقتصادی می‌باشد که در صورت عدم نظر گرفتن تمهیدات لازم موجب برهم خوردن نظم معاملاتی و عدم اعتماد طرفین در معاملات نسبت به یکدیگر خواهد بود. توجه به این موضوع ضروری

است که معامله به قصد فرار از دین را نباید با معامله صوری اشتباه کرد. در معامله صوری اصولاً قصد انشای معامله که عامل سازنده و خالق عقد است وجود ندارد و صرفاً صورت ظاهری از عقد به منظور گمراه کردن اشخاص ثالث بر نمایش گذارده می‌شود و بدیهی است که چنین عقدی به دلیل فقدان قصد انشاء در عالم حقوق واقع نمی‌شود یا به تعبیر دیگر چنین معامله ظاهری باطل است. در صورتی که معامله با انگیزه فرار از دین یک معامله واقعی است که طرفین آن دارای قصد انشاء معامله هستند منتهی انگیزه شخص انتقال دهنده آن است که واقعاً مال را از مالکیت خود خارج سازد تا طلبکاران نتوانند آن را در برابر طلب خویش بازداشت و طلب خود را از محل انتقال آن استیفاء کنند. از دیدگاه اجتماعی نیز حيله بدهکار برای فرار از پرداخت دین باعث از بین رفتن امنیت حقوقی و سستی اعتبار در روابط بازرگانی می‌شود. دارایی بدهکار پشتوانه التزامهای مالی او است و طلبکار بر مبنای همین وثیقه عمومی به او اعتماد می‌کند. پس اگر متعهد بتواند به اختیار پشتوانه بدهی‌های خود را از بین ببرد نه تنها زیانی ناروا به طلبکاران می‌زند، بلکه نظم و امنیت داد و ستد و اعتماد اجتماعی را متزلزل می‌کند.

این ملاحظات اخلاقی و اجتماعی در حقوق نیز موثر افتاده است. دادگاه می‌تواند با هدف حفظ نظم عمومی در امور اقتصادی و تجاری تاجری بی‌مبالات و ناتوان را از تصرف در دارایی خود ممنوع کند و اداره آن را به طلبکاران بسپارد «ماده ۴۱۸ قانون تجارت» در ورشکستگی از تاریخی که در حکم برای توقف تاجر معین می‌شود، هر معامله که بخشی از دارایی را مقید کند و به ضرر طلبکاران باشد، باطل است و تأدیه هر قرض اعم از حال و مؤجل به هر وسیله که به عمل آید بی اثر است «بند ۲ و ۳ ماده ۴۲۳ قانون تجارت». ماده ۵۵۷ قانون تجارت اعلام می‌کند «کلیه قراردادهایی که پس از تاریخ توقف تاجر منعقد شده باشد نسبت به هر کس حتی خود تاجر ورشکسته محکوم به بطلان است. طرف قرارداد مجبور است که وجوه و یا اموالی که به موجب قرارداد باطل شده دریافت کرده است به اشخاص ذی حق مسترد دارد.» تمامی این مواد که در قانون تجارت در خصوص تاجر متوقف و یا ورشکسته مطرح شده است نسبت به معاملات وی اظهار شک و تردید نموده و سرانجام آنها را باطل اعلام کرده است با هدف جلوگیری از سوءاستفاده احتمالی تاجر با انگیزه انتقال اموال خود به دیگران و در نتیجه هدف

حفظ و صیانت از نظم عمومی تجاری و معاملی می‌باشد.

همین وضعیت در مورد طلب مدنی نیز جاری است البته با شدت عمل کمتر. مدیون طلب مدنی به اندازه تاجر مدیون مورد کنترل و بازخواست واقع نمی‌شود ولیکن تمامی اعمال وی تا زمانی قابل تأیید می‌باشد که آلوده به نیرنگ و فریب نباشد. از آن زمانی که مدیون برای فرار از دین به دسیسه می‌پردازد. مشروع بودن این آزادی نیز مورد تردید قرار می‌گیرد همانطور که بیان شد این نمونه بارزی از برهم زدن نظم عمومی جامعه در امور اقتصادی و قراردادی است. مدیونی که قصد فرار از دین را دارد از دو راه وارد عمل می‌شود:

۱- اموال خود را به طور صوری به دیگران انتقال می‌دهد، لیکن در واقع مالکیت خود را نگه می‌دارد.

۲- مال خود را بطور واقعی و با اراده جدی انتقال می‌دهد با این انگیزه که عین خارجی و در دسترس طلبکار را به پول تبدیل کند و آن را پنهان سازد یا به گونه‌ای دیگر اجرای حق طلبکار را با مانعی واقعی و ارادی روبرو سازد.

برای ابطال گروه نخست نیازی به عنوان ویژه احساس نمی‌شود زیرا در حقوق ما عقد تابع قصد واقعی و درونی است «العقود تابعه للقصد» پس اگر ثابت شود که دو طرف عقد در پی ظاهرسازی بوده‌اند و قصد انجام هیچ معامله‌ای را نداشته‌اند، مانع پوشالی فرو می‌ریزد و بطلان معامله آشکار می‌گردد. این اقدام اعم از این که با انگیزه فرار از دین صورت پذیرد یا با نیت تقلب در برابر اجرای قوانین باشد، با نظم عمومی حاکم بر معاملات در تضاد قرار دارد و از این جهت نیز محکوم به فنا و بطلان می‌باشد. ولی در گروه دوم کار دشوارتر است. زیرا معامله انجام شده از لحاظ تراضی و سایر ارکان داخلی آن نقصی ندارد، جز اینکه هدف از انجام آن «فرار از پرداخت دین» است. به همین جهت نیز این سوال را مطرح می‌سازد که آیا چنین معامله‌ای در زمره قراردادهایی قرار می‌گیرد که دارای «جهت نامشروع» است یا به دلیل برخورد با حقوق طلبکاران بایستی در نفوذ آن تردید کرد؟

حقیقت امر این است که این نوع از معامله گرچه با حقوق طلبکاران در برخورد و تضاد می‌باشد ولی مبنای بی اعتباری آن تعارض و تضاد این نوع از معاملات با نظم عمومی اقتصادی و معاملی است.

همانگونه که پیشتر نیز بیان شد اگر بنابراین باشد که معامله به قصد فرار از پرداخت دین ولو اینکه این معامله بصورت کاملاً واقعی انجام گیرد، دارای همان اعتبار معاملات صحیح دیگر باشد. اعتماد عمومی نسبت به محیط اقتصادی و بازار سلب شده و مآلاً موجبات برهم خوردن نظم عمومی را فراهم خواهد آورد. این است که ماده ۲۱۸ قانون مدنی که در خصوص معامله به قصد فرار از دین می‌باشد در مبحث چهارم فصل اول باب اول و در ذیل عنوان جهت معامله ذکر گردیده است.^۱ این نشان می‌دهد قانونگذار ایرانی چنین معامله‌ای را به علت عدم مشروعیت جهت آن، معامله‌ای نامشروع و مخالف با نظم عمومی می‌داند، لیکن حکم خاصی برای آن مقرر می‌دارد.

قابل ذکر است که ماده ۲۱۸ قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ اصلاح شده است و متن قبلی آن چنین بوده است «هرگاه معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین واقع شده معامله نافذ نیست» ولیکن متن اصلاح شده ماده ۲۱۸ مقرر می‌دارد «هرگاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین بطور صوری انجام شده آن معامله باطل است.»

فارغ از تمامی مباحث، اشکالات و ایراداتی که حقوقدانان بر این روش اصلاح ماده ۲۱۸ بیان نموده‌اند و راهکارهایی برای جبران آن عرضه داشته‌اند. (صفائی، ۱۳۷۲: ۱۶۵-۱۵۱)، (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۲۹۶-۲۵۳)، (شهیدی، ۱۳۷۹: ۳۵۸-۳۴۵) می‌توان ادعا نمود که ضمانت اجرای معامله به قصد فرار از دین در متن اصلاحی با وضعیت و موقعیت این ماده قانونی سازگاری بیشتری دارد زیرا اگر بر آن باشیم که علت ایراد و اشکال معامله به قصد فرار از دین عدم مشروعیت جهت آن باشد نتیجه آن چیزی جز بطلان آن معامله نخواهد بود.

۳-۳-۲- بررسی ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴

اهمیت موضوع معامله با انگیزه فرار از دین از جهت برهم زدن نظم عمومی جامعه تا جایی است که قانونگذار به طرح موضوع در قانون مدنی و تدبیر ضمانت اجرای مدنی «بطلان معامله» بسنده نکرده و در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ در ماده ۲۱ به آن پرداخته است، در این ماده چنین آمده است: «انتقال مال به دیگری به هر نحو بوسیله

^۱ - در قانون مدنی فرانسه حکم مزبور در ماده ۱۱۶۷ در بخش آثار قرارداد نسبت به اشخاص ثالث جای گرفته و در نوشته‌های حقوق فرانسه در بخش مربوط به اجرای تعهدات، تحت عنوان *l'action paulienne* بررسی شده است.

مدیون با انگیزه فرار از دین به نحوی که باقی مانده اموال برای پرداخت دیون کافی نباشد موجب حبس تعزیری یا جزای نقدی درجه شش یا جزای نقدی معادل محکوم به یا هر دو مجازات می‌شود و در صورتی که منتقل الیه نیز با علم به موضوع اقدام کرده باشد در حکم شریک جرم است. در این صورت عین آن مال و در صورت تلف یا انتقال مثل یا قیمت آن از اموال انتقال گیرنده به عنوان جریمه اخذ و محکوم به از محل آن استیفاء خواهد شد. ماده ۲۱ قانون جدید جانشین ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ شده است و صریحاً آن را نسخ کرده است.

در ماده ۴ قانون سال ۷۷ چنین مقرر شده بود: «هرکس به قصد فرار از ادای دین و تعهدات مالی موضوع اسناد لازم الاجرا و کلیه محکومیت‌های مالی خود را به دیگری انتقال دهد به نحوی که باقی مانده اموالش برای پرداخت بدهی او کافی نباشد، عمل او جرم تلقی و مرتکب به چهار ماه تا دو سال حبس تعزیری محکوم خواهد شد و در صورتی که انتقال گیرنده نیز با علم به موضوع اقدام کرده باشد شریک جرم محسوب می‌گردد و در این صورت اگر مال در مالکیت انتقال گیرنده باشد عین آن و در غیر اینصورت قیمت یا مثل از اموال انتقال گیرنده بابت دین استیفاء خواهد شد».

در مقایسه ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۹۶ با ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۷۷ چند تفاوت مهم قابل توجه است.

۱- در قانون ۱۳۷۷ اصطلاح "قصد فرار از دین" بکار رفته ولی در قانون ۱۳۹۴ "انگیزه فرار از دین" ذکر شده است. به نظر می‌رسد هر دو اصطلاح به یک معنی است؛ زیرا قصد در اینجا به معنی قصد انشاء که رکن اصلی قرارداد است نمی‌باشد، بلکه به همان معنی انگیزه و جهت معامله است. در فقه نیز گاهی قصد به معنای "انگیزه" بکار رفته است.^۱ بنابراین، در هر دو قانون مقصود معامله‌ای است که با قصد انشاء و به طور جدی واقع شده ولی انگیزه آن یا به تعبیری جهت معامله فرار از دین بوده است و معامله صوری به قصد فرار از دین خارج از

^۱ - در کتاب منیه الطالب، تقریرات نائینی، در باب جهت نامشروع در معامله چنین آمده است "الثالثه ما اذا قصد فی المعامله عابه محرمة کبیع العنب بشرط ان یعمله خمرا و بیع الخشب بشرط ان یعمله صلیبا و صنما و لا اشکال فی حرمة هذه المعامله و فسادها " جلد ۱، چاپ قم، ۱۳۷۳ ه.ق

شامل ماده مزبور و مشمول ماده ۲۱۸ قانون مدنی است. چنین معامله‌ای که فاقد رکن اساسی عقد است ضمانت اجرایی جز بطلان نمی‌تواند داشته باشد، در حالی که ضمانت اجرای مقرر در ماده ۴ قانون پیشین "عدم قابلیت استناد" در برابر بستانکار و ضمانت اجرای مقرر در ماده ۲۱ قانون جدید استیفاء طلب از مال مورد انتقال یا اموال دیگر انتقال گیرنده به عنوان جریمه است، که تفاوت آشکاری با بطلان دارد. اگر ضمانت اجرا بطلان باشد معامله کان لم یکن تلقی می‌شود و مال به دارایی انتقال دهنده بر می‌گردد و بستانکار می‌تواند با توقیف مال مذکور از محل آن حق خود را استیفاء کند و عبارت ماده ۴ قانون پیشین و ماده ۲۱ قانون جدید تاب چنین تفسیری را ندارد.

۲- در ماده ۴ قانون ۱۳۷۷ «قصد فرار از دین و تعهدات مالی موضوع اسناد لازم الاجرا و کلیه محکومیت‌های مالی» مطرح شده، در حالی که در ماده ۲۱ قانون جدید به اسناد لازم الاجرا اشاره نشده است. به نظر می‌رسد که حذف دیون موضوع اسناد لازم الاجرا بدان جهت بوده این اسناد خود دارای ضمانت‌های اجرایی ویژه‌ای است و قانونگذار لازم ندیده است ضمانت‌های اجرایی دیگری برای آنها وضع یا آن را تشدید کند. بعلاوه در قانون جدید افزون بر جریمه مدنی ضمانت اجرای کیفری برای این گونه معاملات پیش بینی شده که نباید آن را به غیر موارد منصوص تعمیم داد. البته هرگاه بستانکار سند لازم الاجرا مانند سند محضری یا چک یا حکم قبلی محکومیت مالی بدهکار در دست نداشته باشد، می‌تواند در دادگاه ثابت کند که دین مسلم و حال منجزی داشته و پس از رسیدگی و صدور حکم محکومیت بدهکار و قطعی شدن آن باید بتواند از ضمانت اجرای مقرر در ماده ۲۱ بهره مند شود. حتی قبل از صدور حکم قطعی محکومیت مدیون، بستانکار می‌تواند به استناد ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی و با استدلال به اینکه مدیون برای فرار از دین قصد فروش اموال خود را دارد، توقیف اموال او را از دادگاه بخواهد.

۳- در ماده ۴ قانون پیشین، مجازات کیفری معامله به قصد فرار از دین ۴ ماه تا ۲ سال حبس تعریزی بوده؛ ولی در قانون جدید این مجازات به ۶ ماه تا ۲ سال افزایش یافته است و در عین حال قانون به قاضی اجازه داده است که به جای زندان، جزای نقدی از ۲۰ میلیون تا ۸۰ میلیون ریال تعیین کند یا معامله کننده را به هر دو مجازات محکوم نماید و این امر با

سیاست کیفری کم کردن آمار زندانیان و مصلحت اجتماعی سازگار است.

۴- در ماده ۴ قانون پیشین، ضمانت اجرای مدنی معامله به قصد فرار از دین، در صورت سوءنیت انتقال گیرنده، عدم قابلیت استناد به تعبیری عدم نفوذ نسبی معامله بود و این معنی از ظاهر عبارت ماده استنباط می‌شود؛ لیکن در ماده ۲۱ قانون جدید کلمه «به عنوان جریمه» با الهام از نظر شورای نگهبان^۱ افزوده شده و از آن چنین بر می‌آید که قانونگذار به تبعیت از نظر برخی از فقهای امامیه، اینگونه معامله را نافذ و قابل استناد می‌داند و در عین حال برای احقاق حق بستانکار به او اجازه می‌دهد طلب خود را از عین مال مورد انتقال و در صورت تلف و یا انتقال آن به غیر از مثل یا قیمت آن از اموال انتقال گیرنده به عنوان جریمه که نوعی جریمه مدنی و اصطلاحی جدید در حقوق مدنی است استیفا کند. اگر مقصود نفوذ معامله مذکور نبود، دلیلی نداشت که قانون جدید عبارت «به عنوان جریمه» را که در مصوبه نخستیم مجلس وجود نداشت بیفزاید. به اعتقاد ما مقصود از جریمه در ماده ۲۱ جریمه مدنی است و جنبه کیفری ندارد و از این رو به بستانکار داده می‌شود. افزون بر آن چون انتقال گیرنده با سوء نیت شریک جرم محسوب شده به همان مجازات کیفری انتقال دهنده نیز محکوم خواهد شد.

با توجه به وجود چنین مقرره‌ای و نظر به محتوای آن دیگر نمی‌توان شک نمود که معامله با انگیزه فرار از دین ارتباط کامل با نظم عمومی داشته و از این جهت است که قانونگذار برای شخصی که به مال خود را با انگیزه فرار از دین به هر نحوی که باشد مجازات حبس تعزیری و جزای نقدی پیش بینی نموده است و به این نحو علاوه بر ضمانت اجرای مدنی بطلان، ضمانت اجرای کیفری حبس و جزای نقدی را نیز با هدف صیانت و پاسداری از نظم عمومی اقتصادی در نظر گرفته است.

نتیجه گیری

اصل حاکمیت اراده انسان در اعمال خویش به عنوان یکی از اصول بنیادین شناخته شده

^۱ در نظریه مورخ ۹۲/۱۱/۲۴ شورای نگهبان چنین آمده است: «در ماده ۲۱ روشن نیست که منظور بطلان معامله است یا این اقدام به عنوان جریمه می باشد، اگر به صورت ماده ۴ سابق اصلاح شود ایراد مرتفع می گردد.»

جوامع بشری است که یکی از نتایج آن همانا اصل آزادی اراده در ایجاد قراردادهای می‌باشد و آن بر این مفهوم است که افراد حق و آزادی کامل در انعقاد قراردادهای را دارند. ولی آنجا که این آزادی قراردادی با نظم عمومی جامعه همخوانی نداشته باشد، با هدف حمایت از حقوق جامعه، لاجرم باید از این آزادی منصرف شد. نظم عمومی به عنوان یکی از عوامل محدود کننده اصل آزادی قراردادهای در قرن حاضر دارای نقش پررنگی می‌باشد و آن به علت نقش پررنگ دولت‌ها در تنظیم سیستم اقتصادی جامعه می‌باشد. در خصوص دایره وسعت و عمل نظم عمومی دو دیدگاه گوناگون وجود دارد. یک دیدگاه بر آن است که نظم عمومی دارای دایره عمل وسیعی است. بنابراین، نه تنها آنچه در متون قانونی مذکور است، بلکه هر آنچه که به موجب عزت و عادت جامعه، افراد مکلف به رعایت آن می‌باشند در محدوده نظم عمومی واقع می‌شود. برعکس گروهی بر این باورند که به جهت جلوگیری از برداشتهای مختلف و احیاناً سوء استفاده از مفهوم مبهم و سنت نظم عمومی، مناسب است با تفسیری از آن، فقط آنچه را که در متون قانونی به عنوان قانون آمده مذکور است به عنوان قواعد راجع به نظم عمومی در نظر گیریم.

واضح است که عدم رعایت قوانین آمره راجع به قواعد عمومی قراردادهای یکی از موارد نقض نظم عمومی است. ماده ۱۹۰ قانون مدنی که بیانگر شرایط اساسی صحت قراردادهای می‌باشد، یکی از مواد مهم و مرتبط با نظم عمومی است به گونه‌ای که عدم رعایت هر یک از شروط چهارگانه مذکور در این ماده، نقض صریح نظم عمومی حاکم بر قرارداد محسوب می‌شود. بند چهارم این ماده که اشاره به جهت معاملات و لزوم مشروعیت آن دارد از جمله مواردی است که رعایت آن برای طرفین قرارداد در صورت الزامی است. در خصوص جهت معامله و جهت قرارداد مباحث زیادی در حقوق کشور فرانسه عنوان شده است که حاصل این مباحث، ایجاد سه نظریه مختلف نوعی، شخصی و مختلط در خصوص جهت قرارداد می‌باشد.

نظام حقوقی ایران استفاده از مواد قانون مدنی فرانسه بویژه ماده ۱۱۰۸ آن و با توجه به نظریه فقهای شیعه لزوم مشروعیت جهت در قراردادهای را پذیرفته است. نتیجه آن می‌شود که عدم رعایت این موضوع باعث بی اعتباری معامله خواهد شد و آن همان است که در ماده ۲۱۸ و ۲۱۸ مکرر قانون مدنی ذکر آن بطور مصداق آمده است. به عبارت دیگر مصداق بارز عدم

رعایت مشروعیت جهت معامله همانا معامله به قصد فرار از دین می باشد. پرواضح است که انجام چنین معاملاتی در جامعه باعث سلب اعتماد عمومی اعضای جامعه نسبت به یکدیگر و در نتیجه منجر به اختلال در نظم عمومی، اقتصادی و نظم عمومی قراردادی خواهد شد. برخی از اساتید حقوق برآنند که مقررات موضوعه توسط قانونگذار در مورد معامله به قصد فرار از دین و اعلام بطلان چنین معاملاتی ارتباط به نظم عمومی نداشته، بلکه به علت فقدان عنصر قصد اراده می باشد. با این حال، نمی توان این موضوع را انکار کرد که شیوع این نوع معاملات توأم با فریب و نیرنگ موجبات تهدید نظم اقتصادی جامعه خواهد شد. اهمیت موضوع معامله با انگیزه فرار از دین تا جایی است که قانونگذار به طرح موضوع در قانون مدنی و تدبیر ضمانت اجرای مدنی (بطلان معامله) بسنده نکرده و در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ با تعیین مجازات حبس برای معادل چنین معاملاتی بر اهمیت و جلوگیری از این معاملات با هدف نگرهبانی از امنیت و نظم اقتصادی جامعه تأکید ورزیده است.

منابع فارسی

کتب

- قرآن مجید

- امامی، سید حسن (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات اسلامیه، چاپ پانزدهم
- احمدی واستانی، عبدالغنی (۱۳۴۷)، نظم عمومی در حقوق خصوصی، چاپ دانشگاه تهران
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷)، لغت نامه، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم از دوره جدید
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، انتشارات گنج دانش، چاپ اول
- (۱۳۸۱)، تاثیر اراده در حقوق مدنی، رساله دکتری، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۹)، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ اول
- (۱۳۸۱)، سقوط تعهدات، انتشارات مجد، چاپ سوم
- صفائی، سید حسین (تابستان ۱۳۹۴)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، نشر میزان، چاپ بیست و دوم
- ۹- (بهار ۱۳۸۶)، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چاپ دوم، بنیاد حقوقی میزان
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، انتشارات به نشر
- (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، تهران