



## تحول مفهوم قرارداد به تاثیر از نقش دولت در نظام حقوقی ایران

میترا اسماعیلی<sup>۱</sup>

علی رادان جبلی<sup>۲</sup>

منوچهر توسلی نائینی<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت مقاله: ۹۸/۱۲/۲۱ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۰۶/۱۱

### چکیده

قرارداد، مهم‌ترین سازوکار موجود در نظام حقوقی است که در بخش‌های مختلف این علم نفوذ و رسوخ کرده است. تولد این نهاد در روابط بین اشخاص حقوق خصوصی، با ابزارهای ابتدایی شروع شده و از سالیان طولانی گذشته تا به امروز در عرصه همین شاخه از علم حقوق متحول شده است. برای مثال در روزگاری قراردادهای جنبه شفاهی داشته و پس از آن اشکال رسمی‌تری به خود دیده است. ثبت قرارداد به صورت نوشته و واجد شدن این نهاد به تشریفات نگارشی را می‌توان از جمله تحولات آغازین آن به شمار آورد. اما در این مقاله رویکرد نگارنده به مفهوم تحول به مواردی فراتر از آن چه در نظام حقوق خصوصی اتفاق افتاده مربوط می‌شود. از طرف دیگر این تحولات به دلیل ماهیت متفاوت هر نظام حقوقی و خود وصف تحول و علل وجودی آن به گونه‌های مختلفی آشکار شده و خود را نشان داده است. مفهوم کلی تحولات از این رو در این مقاله مورد بررسی قرار گرفت که برخی از حوزه‌های تحول به عوامل چندی وابسته‌اند که به نوعی در بیشتر نظام‌های حقوقی تحول یافته می‌توان با اندکی اختلاف این موارد را مشاهده کرد. برای مثال محدود شده اصل آزادی قراردادهای یا دخالت دولت در جهت‌دهی به قرارداد به دلایل اقتصادی یا اثرپذیری قرارداد از نرم‌های خارجی را در اکثر موارد می‌توان دید. درجه این تاثیرپذیری متفاوت بوده که به تفکیک در خصوص آن مطالبی عنوان شده است.

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران. email: mitra123@yahoo.com

<sup>۲</sup> استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و حقوق، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران. (استاد راهنما و نویسنده مسئول) dr.aliradan@gmail.com

<sup>۳</sup> دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. (استاد مشاور) Tavassoli@ase.ui.ac.ir

## کلید واژه‌ها

قرارداد، تحول، حاکمیت اراده، هنجار گرایی، واقع گرایی.

## مقدمه

مطالعه هر نظام حقوقی باید مشتمل بر فهم نکات برجسته در توسعه آن باشد. این عوامل در مجموع بر تحول نظام حقوقی نیز تاثیر می‌گذارند. برای فهم نظام‌های رومی ژرمنی و تحولاتی که حوزه آن صورت گرفته باید به زادگاه این حقوق بازگردیم. در مورد نظام حقوقی ایران علاوه بر ملاحظه تحولات سیاسی و اجتماعی در جامعه ایرانی، باید به تحولات صورت گرفته در فرانسه و پیش از آن به حقوق روم بازگردیم. هر چند سلطه رومی‌ها بیش از ۱۵۰۰ سال پیش و به سال ۴۷۶ میلادی خاتمه یافت حقوق این کشور در توسعه و تحول نظام حقوقی فرانسه که این نظام حقوقی بر ایران و بسیاری دیگر از کشورها تاثیر گذار بوده است نقشی تعیین کننده داشته است. در واقع بخش‌های اصلی از حقوق روم بر نظام حقوقی کشورهای رومی ژرمنی تاثیر گذار بوده و این نظام را شکل داده و متحول ساخته است. عمده ترین تحول حقوقی و قضایی مربوط به عصر حاضر را می‌توان به شکل گیری حقوق اجتماعی در دهه‌های پایانی قرن ۱۹ مربوط دانست که تحت تاثیر متفکرین سوسیالیست نظیر آگوست کنت و ادیبانی نظیر ویکتور هوگو و امیل زولا اتفاق افتاد. در آغاز قرن ۱۹ ناپلئون توجه خاصی به سازماندهی و مکتوب کردن قواعد حقوقی داشت که مورد تقلید بسیاری از کشورهای جهان قرار گرفت. این موضوع اگرچه موجب تحولی عمیق در بخش‌های مختلف حقوق مدنی و از جمله حقوق قراردادها شد، اما به عقیده برخی در مراحل بعد به طور کلی کدیفیکاسیون و نوشتن منظم متون قوانین در ذات خود باعث ایجاد سنگوارگی و انجماد در حقوق می‌شود. به عبارت دیگر کدیفیکاسیون<sup>۱</sup> مانع از تحول پذیری در حقوق است. <sup>۲</sup> هر چند این مسئله با تردید روبروست، اما اگر واقعیت هم داشته باشد چیز بدی نیست، چرا که از تغییرات خیلی سریع و تحولات قوانین جلوگیری می‌کند. (گرچی، ۱۳۸۸: ۳۴۳)

<sup>۱</sup> Codification

<sup>۲</sup> کدیفیکاسیون در حقوق قراردادها انجام اصلاحات را تسهیل می‌کند. هنگامی که تمام مقررات به خصوص در حوزه حقوق مدنی که بخش عمده آن به قراردادها مرتبط است در یک مجلد و به طور منظم قرار می‌گیرند، امکان مقایسه بین قوانین بیشتر می‌شود و در نتیجه انجام اصلاحات در هنگام نگارش قوانین به راحتی ممکن است. در حوزه قراردادها امروزه این مسئله می‌تواند مشکل ساز باشد. اگرچه بیشتر قواعد مربوط به قراردادها در یک نظام حقوقی در قالب همان قانون مدنی منعکس می‌شود، اما تحول در نظام قراردادها اشکال جدیدی از این مفهوم را به وجود آورده که موجب شده به سراغ مجموعه‌های نه چندان منسجم و پراکنده برویم که کار را تا اندازه زیادی دشوار می‌سازد.

حقوق تعهدات فرانسه برای یک حقوقدان کامن لا دارای وحدتی است کلی با ترکیبی از حقوق قراردادهای، شبه جرم و جبران خسارت ناشی از استفاده بدون سبب. مقررات قانون مدنی در فرانسه منعکس کننده اوضاع فلسفی پس از انقلاب فرانسه است؛ بنابراین چنانچه توضیح داده شد منابع قراردادهای در حقوق روم، از صافی عقل گرایی و تعمیم نظریات نویسندگان شرعی متقدم و حقوقدانان فرانسوی یعنی دوما<sup>۱</sup> و پوتیه<sup>۲</sup> عبور داده شد.

نقطه شروع اعتقادی آن‌ها را می‌توان با توجه اجمالی به عناصر اولیه شعار جمهوری، یعنی آزادی، مساوات و برابری، ملاحظه کرد. آزادی در حکومت کردن بر خود، در قلب تفکر جمهوری خواهان نهفته بود و صراحتاً در نظریه قوی روسو که مشروعیت قدرت دولت را بر یک قرارداد اجتماعی بنا می‌کرد یافت می‌شد، اما در سطح فردی نظریه آزادی، این ملاحظه را بیان می‌کرد که شهروندان در ایجاد هر قراردادی آزاد می‌باشند مگر آنکه الزامات نظم عمومی را پایمال کنند. به علاوه برای مدتی طولانی مسائل نظم عمومی به صورت کاملاً محدودی درک می‌شد و گاهی با اصل تساوی ارتباط پیدا می‌کرد. اولین تحولات تاریخی مربوط به قرارداد در حقوق فرانسه را می‌توان به فاصله گرفتن از محدودیت‌های تجاری و استخدامی نسبت به رژیم‌های گذشته دید که به طرز چشمگیری با حقوق اصناف و اعطاء انحصارات به آن‌ها ارتباط داشت. پس از آن حقوق مدنی مهم است که بر توافقات طرفین تاثیر گذاشت.<sup>۳</sup> در مجموع حقوق جدید در کشور فرانسه و به طور خاص قانون مدنی و حقوق قراردادهای در این کشور، پس از انقلاب ۱۷۸۹ در یک دوره زمانی کوتاه متحول شد. پیش از آن نظام حقوقی به معنای دقیق کلمه وجود نداشت و البته برخی از نظام‌های حقوقی وجود داشتند که در مجموع حقوق کهن نامیده می‌شدند. (الویت، ۱۳۸۷: ۵)

در حقوق قراردادهای دو رویکرد واقع‌گرایانه و هنجارگرایانه وجود دارد. رویکرد واقع‌گرایانه با بررسی قواعد و مقررات موجود، به ماهیت حقوقی هر قرارداد می‌پردازد و در پی تفسیر و بیان حقوق حاکم بر آن است. معنای واقع‌گرایی در حقوق و همچنین در مبحث قراردادهای به کاربرد فلسفی این واژه باز می‌گردد، یعنی این ادعا که مفاهیم موجود در یک گفتمان اموری را که واقعاً در این جهان وجود دارد نشان می‌دهد. (بیگس، ۱۳۹۰: ۳۷۱) آنچه در حقوق سنتی قراردادهای

<sup>۱</sup> Domat

<sup>۲</sup> Pothier

<sup>۳</sup> این موضوع که کلیه قراردادهای مبتنی بر توافق هستند و طرفین را ملزم می‌کنند از جمله نظریات حقوق رومی است که در مورد قراردادهای معین مورد قبول قرار گرفته بودند. تعمیم چنین تفکری در قانون مدنی که بیان‌کننده مراقبت انسان از وعده‌های خود است یک پیروزی بزرگ برای اراده‌گرایان محسوب می‌شد. اما همین امر دچار تحولی اساسی گردید.

مطرح بوده و در شکل غالب بررسی‌های حقوقی، به ویژه در حقوق ایران مطرح است، همین رویکرد سنت گرایانه و واقع گرایانه است.

این رویکرد گاه چنان سخت و غیر قابل انعطاف است که هیچ گونه تغییر نگرش و دگرگونی را در مبانی قراردادهای بر نمی‌تابد و اراده طرفین قرارداد را به طور مطلق قانون حاکم بر آن تلقی می‌کند. طرفین را خدای قراردادهای می‌داند که خود آن را خلق کرده اند و باید به خلقت و دستاورد خود احترام بگذارند. هیچ اراده ای غیر از اراده خالقان در آن نقشی ندارد و باید به خلقت خود ملتزم باشند. ستون‌های اصلی قرارداد، بر اساس توافق طرفین و به شکل دلخواه آنان بنا گذارده شده است و هر گونه تصرف دولت در آن می‌تواند به ریزش ساختمان قراردادی منجر شود که طرفین به دلیل نیازهای مادی یا روانی خود، این ریزش را نمی‌خواهند.

در واقع این دیدگاه، نگاه استقلالی و مجرد به قراردادهای می‌دهد؛ به این معنی که قرارداد به انسان توانایی برنامه ریزی و کنترل زندگی شخصی خود را می‌دهد که نمی‌توانند هر گونه که بخواهد برای خود برنامه ریزی کند. در نظام حقوقی ایران رویکرد واقع گرا به حقوق قراردادهای به طور عام و کلی مورد پذیرش حقوق دانان است. در واقع قطب شدن حقوق قراردادهای در دانشکده های حقوق و اهمیت آن به عنوان یک درس سه واحدی برای حقوق دانان از علل مهم این رویکرد است. قرارداد البته تنها از یک دیدگاه نگرینسته می‌شود و پاسخ به پرسش‌هایی در رابطه با چرایی و علت تحولات در حوزه‌های دیگر مورد نقد و بررسی قرار نمی‌گیرد. می‌توان به طور خلاصه گفت حقوق دانان یک نگاه ناب و پوزیتیویستی به حقوق قراردادهای دارند و هر گونه تغییر و سخن جدید و نقد دیدگاه‌های سنتی مورد قبول واقع نمی‌شود.

رویکرد دیگر رویکرد هنجارگراست، که به دنبال طرحی نو در حقوق قراردادهاست. با ملاحظات مبتنی بر فلسفه حقوق و نگرش بر عوامل اجتماعی دیگر از جمله اقتصاد، جامعه شناسی و روان شناسی وگاهی با توجیه‌های سیاسی، در پی در یافتن قواعدی فراتر از آنچه هست، می‌باشد. در واقع این دسته در پی آن چه که باید باشد می‌باشند. این رویکرد معتقد است که امروزه نگرش صرف واقع گرایانه به قرارداد، حتی اصول قواعد سنتی آن را نیز تأمین نمی‌کند، به عنوان مثال کسی نمی‌تواند نقش عنصر اراده را در قراردادهای الحاقی و کار و... در برخی صورت‌های قرارداد مصرفی، آنگونه که در حقوق سنتی قراردادهای مورد نظر بوده است، کامل ببیند و از تفاوت‌های اساسی دو اراده و عوامل ایجاد کننده آن و رضایت آن‌ها به قرارداد بگذرد.

نمی‌توان عامل روانی در تحصیل رضایت افرادی که تحت نفوذ ناروا قرار گرفته اند را نادیده گرفت و وضعیت آن‌ها را به گونه ای تلقی کرد که گویی با اراده ای آزاد و بدون تحمل هیچ گونه

تحمیل غیر متعارف اقدام به انعقاد قرارداد کرده‌اند. امروزه نمی‌توان دخالت عوامل اقتصادی حاکم بر جامعه را که گاه چنان فشاری بر روان انسان وارد می‌کنند که شاید تصور اراده در او به سختی ممکن باشد، نادیده گرفت.

### ماهیت حقوق خصوصی قرارداد فارغ از مداخله دولت

قرارداد از بدو پیدایش و در بیشتر ادوار تاریخ از مقوله‌های حقوق خصوصی محسوب می‌شده است. به علت عدم وجود دولت با سازوکارها و اقتدارات لازم و سپردن این نهاد در دست مردم، بیشتر حقوقدانان باستان و معاصر در غرب قرارداد را از مقوله‌های مربوط به حقوق خصوصی می‌دانسته‌اند. این بحث که قرارداد مقوله ای است مربوط به حقوق خصوصی یا حقوق عمومی بین حقوق دانان فرانسوی نیز محل بحث و اختلاف بوده است.

به عقیده برخی مانند لئون دوگی،<sup>۱</sup> قرارداد در میانه نهادهای بنیادین حقوق خصوصی جای می‌گیرد و از این رو برخی از نویسندگان اظهار داشته‌اند که خصیصه خصوصی قرارداد تغییر ناپذیر است. به عقیده پیروان این نظر بین قراردادهای حقوق عمومی و حقوق خصوصی از نظر ماهیت فرقی وجود ندارد و هر دو مشخصات و آثار و ویژگی‌های واحدی دارند. (هداوند، ۱۳۸۹: ۴۲۰) قضات فرانسوی هم معمولاً موافق با حیات مستقل قرارداد اداری به عنوان یک مفهوم مستقل از قراردادهای حقوق خصوصی نیستند. این نظر شبیه همان دیدگاه ارائه شده در نظام کامن‌لاست که بعداً به شرح آن می‌پردازیم.

به طور تحلیلی در خصوص حاکمیت این دیدگاه در حقوق قراردادهای می‌توان گفت که خود قرارداد مقوله ای نیست که تغییر یابد و در همه شرایط ایجاب و قبول بین طرف های این رابطه وجود دارد. پس وصف قرارداد به قوت خود باقی است اما تغییر صورت گرفته مربوط به صفات و مشخصه‌های قرارداد می‌باشد که از یکی تعبیر به خصوصی و از دیگری به عمومی تعبیر می‌شود. به دلیل عدم استقلال کامل حقوق قراردادهای عمومی و اداری از نظام حقوق قراردادهای خصوصی نمی‌توان گفت که نظام حقوقی عمومی و اداری بی نیاز از قراردادهای خصوصی است. حتی در موارد سکوت در مورد قراردادهای حقوق عمومی در صورتی که اهداف اداره تامین گردد می‌توان متوسل به اصول و قواعد حاکم بر قراردادهای حقوق خصوصی شد. اما از سوی دیگر تفاوت‌ها در بین دو حقوق به اندازه ای شده است که بتوان از حاکمیت یک قاعده بر یک نظام حقوقی سخن گفت و ادعای استقلال هر یک را مطرح ساخت.

<sup>۱</sup> Dogit

ماهیت حقوق عمومی قرارداد به تأثیر از نقش دولت

مهم‌ترین تحول در حاکمیت حقوق عمومی بر مقوله قراردادها به بحث مالکیت برمی‌گردد که مقوله ای است که هم در حقوق عمومی و هم در حقوق خصوصی به دلیل نفوذ و تأثیر یکی بر دیگری دچار تحولاتی عظیم شده است. مالکیت در حقوق غرب از این طریق بر مقوله قرارداد اثر گذاشت و باعث تحول در آن شد که از شکل عمومی به سمت خصوصی شدن حرکت کرد. مالکیت تحت تأثیر اندیشه فئودالیسم نیاز به تحول داشت و تحول در این حوزه مستلزم تحول در حقوق قراردادها بود.

ریشه این مالکیت را می‌توان در فئودالیسم مطرح شده در کشورهای غربی نهفته دانست. در قرون وسطی اروپا توسط چند صد فئودال اداره می‌شد که آن‌ها مدعی مالکیت تمامی منابع معدنی سرزمین تحت حکمرانی خود بودند. با گذر قرن‌ها این حق به پادشاهان و دولت‌های حاکم منتقل شد. از دیدگاه دکترین، این نظام نسبت به مالکیت خصوصی قابل توجیه تر است، زیرا منطقی تر به نظر می‌رسد که دولت یا حاکمیت را مالک چیزی بدانیم که از وجود آن آگاهی ندارد تا اینکه شخص خصوصی را مالک چنین چیزی بدانیم. در تحول مهم اجتماعی قرارداد، یعنی افزایش خرده‌بورژوازی و کاهش بورژوازی منجر به افزایش طرفداران مالکیت خصوصی به عنوان زیر بنای نظام سرمایه داری می‌شود. ولی بر خلاف گذشته همه باور دارند که مداخله دولت لازمه سازماندهی نوین اجتماعی و اقتصادی از طریق تحول در نظام حقوقی می‌باشد. (رحمانی فرد، ۱۳۸۶: ۱۰۱) در عمل نیز این نظام حقوقی دارای مزایایی است، زیرا دولت را که مسئولیت دفاع از منافع حقوقی جامعه را بر عهده دارد آزاد می‌گذارد تا شرایط بهره برداری از منابع معدنی را به صلاح دید خود تعیین کند. (امانی، ۱۳۸۹: ۳۷)

البته باید توضیح داد که در برخی از کشورهایی که فئودالیسم در آن ریشه نداشته این طرز فکر در مقطعی از زمان به طور افراطی مورد تبعیت قرار گرفته است. پس حق دخالت در امور افراد به استناد وجود حق حاکمیت برای دولت تسهیل می‌شود. در این بین دولت می‌تواند اقدام به ملی کردن فعالیت‌هایی در این عرصه نماید یا این که آن را در انحصار خود درآورد. مثال‌های دیگری از این نظام را می‌توان یافت. مکزیک، شیلی، برزیل و آرژانتین از این نمونه‌اند. البته باید ذکر کرد که این مسئله بیشتر مربوط به اصول است تا واقعیت‌های عملی، زیرا حتی با وجود انحصارهای دولتی همیشه کمک از طرف بخش خصوصی وجود داشته است.

تحولات قرارداد از نظام حقوق خصوصی به سمت نظام حقوق عمومی

این موضوع که قرارداد از مقوله‌های ظهور یافته در حقوق خصوصی است مسلم و بدیهی می‌باشد. هم اسناد تاریخی و هم عقل و منطق و هم ضعف ساختاری دولت مبین چنین امری است. اما مسئله آن است که این مفهوم با ظهور دولت مدرن به شکل سابق باقی نمانده است. در جهان امروز با وقوع رخدادهای اجتماعی و اقتصادی بی شمار شاهد تغییر در شکل و ماهیت انواع قراردادهای هستیم و این تغییر به اندازه ای ادامه داشته که می‌توان در مواردی از تحول در قرارداد سخن گفت. در این مقوله ابتدا به ظهور قرارداد در حقوق خصوصی اشاره می‌کنیم و پس از آن سیر تحول آن را در پرتو دولت مدرن مورد بررسی قرار می‌دهیم.

در پاسخ به این پرسش که قرارداد مقوله ای است مرتبط با حقوق خصوصی یا حقوق عمومی می‌توان به صراحت پاسخ داد که ظهور و رشد این مفهوم در حقوق خصوصی اتفاق افتاده است. در واقع می‌توان در پرتو اسناد مهم تاریخی به بسیاری از قراردادهای کتبی یا شفاهی بین اشخاص اشاره کرد که دولت در شکل‌گیری و تحول آن نقشی نداشته است. دلیل این سخن آن است که اولاً دولت به مفهوم واقعی کلمه، با سازوکارهایی که امروزه برای تشکیل و تداوم یک دولت لازم و ضروری است وجود نداشته و ثانیاً در صورت وجود نهادی شبیه به دولت، در خصوص توانایی این نهاد در اعمال اقتدار بر بخش خصوصی تردیدهای جدی وجود دارد. در واقع حاکمیت دولت ضعیف و به اندازه ای نبوده که بتواند حتی بر همه بخش‌های تعریف شده توسط خود نظارت و سازماندهی داشته باشد چه رسد به امور خصوصی بین مردم.

در این بخش از مقاله تحول مفهوم قرارداد در حقوق عمومی مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در واقع قرارداد که پیش از قرن هجدهم میلادی مقوله‌ای کامل و محض حقوق خصوصی محسوب می‌شد با طرح اندیشه‌های بنیان اصلی مکتب لیبرالیسم وارد در رابطه فرد و دولت شد. این نظر که تحت عنوان قرارداد اجتماعی مطرح گردید خود تحولی عظیم در مفهوم قرارداد بود اگرچه تشکیل دهنده نظام حقوقی ویژه ای نبود و تنها محدود به یک تئوری مهم حقوق عمومی یا نظریه سیاسی می‌شد، اما پس از آن تحول نظام حقوق قراردادهای و پوشیدن لباس حقوق عمومی بر تن قراردادهای را می‌توان تحولی عظیم در خود نظام حقوق قراردادهای محسوب کرد. در این مقوله به بحث تحلیلی راجع به این موضوع خواهیم پرداخت.

### ظهور مفهوم قرارداد اجتماعی

با وجود آنکه قرارداد در ذات و ماهیت خود یکی از مفاهیم ظهور یافته در حقوق خصوصی است اما با طرح آراء اندیشمندانی مانند لاک<sup>۱</sup> به مفهوم اجتماعی و عمومی نزدیک شد. یکی از مسائلی که در رابطه با مردم یک جامعه در حقوق عمومی مطرح می‌گردد حفظ آزادی‌های فردی است. افراد با انعقاد قرارداد اجتماعی و پیوستن به این پیمان جمعی، بخشی از آزادی خود را به جامعه واگذار می‌نمایند و خود نیز دارای حقوق و آزادی‌هایی هستند که نباید در معرض مخاطره و تهدید قرار گیرد. به واقع مردم با انعقاد قرارداد اجتماعی با حاکم تنها از بخشی از آزادی‌های خود چشم‌پوشی می‌کنند و خواستار رعایت آن و حفظ امانت سپرده به حاکمی هستند که همه آزادی‌های آنان را در دست دارد.

در بیان ظهور مفهوم قرارداد اجتماعی می‌توان گفت که این مفهوم با سه حوزه حقوق خصوصی، حقوق عمومی، و حتی حقوق کیفری ارتباط پیدا می‌کند. البته باید افزود که تفاوت‌های ماهیتی نیز بین این‌ها وجود دارد. به این مفهوم که قرارداد در این زمان مفهوم و ماهیتی فلسفی و در واقع فرضی می‌یابد. به نظر جان لاک، دولت بر مبنای قرارداد اجتماعی تشکیل می‌شود و در برابر توانایی‌های مربوط به حاکمیت ملی این وظیفه را دارد که بر پایه قوانین طبیعی و به حکم دادرسان عادل و بی طرف حکومت کند و قدرت خود را تنها برای اجرای قوانین و احتراز از بی نظمی و صیانت از جامعه در برابر تجاوز به کار برد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۹۸)

ربط موضوع به حقوق خصوصی از این جهت است که به هر حال قرارداد مفهومی از مفاهیم حقوق خصوصی می‌باشد اما از آنجا که این مفهوم، هر چند فرضی در روابط بین دولت و شهروندان مجال بحث و نمود می‌یابد از مقوله‌های حقوق عمومی محسوب می‌شود. گفتیم هدف از انعقاد قرارداد که شفاهی است و تا اندازه زیادی جنبه فرضی دارد حفظ حقوق و آزادی‌های مردم می‌باشد. از این رو می‌توان گفت که چنین قراردادی پیش از این مسبوق به سابقه نیست و حفظ حقوق و آزادی‌های مردم و عدم تجاوز به آن به موجب قرارداد فرضی؛ از مفاهیم مرتبط با حقوق خصوصی است.

به هر حال در دولت‌های مدرن این امر پذیرفته شده است که هر گاه حکومتی بر پایه قرارداد اجتماعی استقرار یافته باشد، و بر خلاف اقتدار خود رفتار کند، مشروعیت خود را از دست می‌دهد. به بیان دیگر قدرت در دست دولت امانتی است ملی و او باید مانند هر امین دیگر از قدرت به سود مالک خود استفاده کند تا تصرف او مشروع و قانونی باشد. تجاوز اقتضای امانتداری وصف امانت را از بین می‌برد و صاحب اصلی قدرت می‌تواند حاکمیت را از امین خود بازستاند و به

<sup>۱</sup> Louk



دیگری بسپارد. پس ملت حق دارد انقلاب کند و به دولت طبیعی و غیر سیاسی باز گردد. سپس دولت دیگری را بر پایه پیمان و قرارداد اجتماعی به وجود آورد. چنانکه ملاحظه می‌شود برای توجیه اعمال و اقتدارات دولت از نظریه قرارداد اجتماعی استفاده شده است که وصف قرارداد از حقوق خصوصی به حقوق عمومی و از روابط شخصی بین مردم به رابطه به دولت با شهروندان تغییر می‌یابد. پس در مجموع می‌توان شباهت‌ها و تفاوت‌هایی را برای وصف قرارداد در حقوق عمومی و حقوق خصوصی و همچنین تفاوت‌هایی را برای آن در نظر گرفت. تفاوت نشانگر مفهوم تحول و تغییر گفتمان در حوزه جدید اجتماعی می‌باشد.

### تحول قراردادهای خصوصی به سمت نظام حقوق عمومی

حقوق عمومی قواعدی است که بر روابط دولت و مأموران او با مردم حکومت می‌کند و سازمان‌های دولتی را منظم می‌سازد و حقوق خصوصی مجموعه قواعد حاکم بر روابط افراد با یکدیگر است. لذا می‌توان گفت تمام مقرراتی که مربوط به قوای سه گانه و طرز اعمال حاکمیت دولت و سازمان‌های عمومی است از قواعد گروه نخست است و تمام اصول و قواعدی که بر روابط تجاری و خانوادگی و تعهدات اشخاص نسبت به یکدیگر حکومت می‌کنند، در زمره حقوق خصوصی است. (حیاتی، ۱۳۸۶: ۶۸)

مفهوم حقوق عمومی با حاکمیت دولت ملازمه دارد و نمی‌توان قواعد آن را جدای از اقتدار عمومی دولت تصور نمود. علت جدایی قواعد حقوق عمومی از حقوق خصوصی این است که دولت و مردم در شرایط برابر قرار ندارند. هدف مردم از فعالیت‌هایی که می‌کنند سود جویی و حفظ منافع خودشان است در حالی که هدف از فعالیت‌های دولت حمایت از حقوق عمومی و اجرای حاکمیت است.

اگرچه در گذشته تفکیک بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی امری مرسوم و پذیرفته شده بود اما امروزه مرزهای موجود بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی در هم نوردیده شده و بسیاری از پدیده‌های در عصر حاضر، از جمله امری شدن قواعد معاملات و دخالت روز افزون دولت در امور تجاری باعث شده که پاره‌ای از نویسندگان، حقوق خصوصی را در حال از بین رفتن بدانند و تقسیم‌بندی موجود بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی را نادرست و بی‌پهلو بشمارند.

به گفته یکی از اندیشمندان فرانسوی به نام ساواتیه، رفته رفته تمام قواعد حقوق خصوصی تبدیل به حقوق عمومی می‌گردد. او بحث خود را از اینجا آغاز می‌کند که پس از تشکیل دولت، هر یک از افراد نیز مکلف به انجام خدمتی عمومی است و از این نظر عضو دولت به شمار می‌آید.

پس قلمرو حقوق خصوصی محدود به مواردی است که اشخاص در روابط خود آزاد هستند و مقصود از واژه شخص یا فرد که از دیرباز ضابطه تمیز آن بوده است، همین آزادی است که اشخاص در روابط خود داشته اند. پس با امری شدن قواعد معاملات و از بین رفتن آزادی اشخاص، دامنه حقوق خصوصی نیز محدود می‌شود.

به اضافه در حقوق کنونی مرز بین امور عمومی و خصوصی به کلی از بین رفته است و دولت با ملی کردن بسیاری از صنایع و داد و ستدها، قلمرو حقوق عمومی را توسعه داده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۳) چنانکه ملاحظه می‌شود بسیاری از نهادهای موجود در علم حقوق در ابتدا جنبه خصوصی داشته و در تقسیم‌بندی شاخه‌های علم حقوق به عمومی و خصوصی، جزو شعب حقوق خصوصی قرار می‌گرفته است و به دلیل عدم گسترش دولت در بسیاری از عرصه‌ها و قدرت پراکنده این نهاد در بسیاری از زمان‌ها، قواعد حقوق مربوط به دولت از رشد و غنای کافی برخوردار نبوده است.

به‌عنوان نتیجه می‌توان گفت تمایز دو مفهوم عمومی و خصوصی به تمایز میان شاخه‌های علم حقوق و تقسیم بندی آن به عمومی و خصوصی باز می‌گردد. البته باید در ابتدا اشاره کرد که تمایز این دو رشته حقوقی نیز هیچگاه به روشنی ترسیم نشده است. تا پیش از توسعه نهاد دولت، حقوق عمومی صرفاً یک نقطه اولیه بوده است. حتی در دوران فئودالیسم، ابهام و سردرگمی‌های بیش‌تری وجود دارد، زیرا میان صلاحیت‌های عمومی و خصوصی مقام شاه، مرز روشنی ترسیم نشده بود. باری نحوه تلقی ما از حق‌های عمومی و خصوصی و نوع رابطه آن‌ها بر یکدیگر بر بسیاری از مسائل حقوقی از جمله قراردادها تأثیر می‌گذارند. بنا بر قول به اصالت حق‌های خصوصی، اجرای حق‌های عمومی، در چارچوب قواعد، محدودیت‌ها و مقررات حق‌های خصوصی، امکان‌پذیر است. متصدیان امور عمومی نیز نمی‌توانند با استناد به مفهوم حق عمومی، جدا از مبانی و چارچوب‌های حق خصوصی صلاحیت‌های خود را اعمال کنند. (هلل، ۱۳۸۹: ۹۹) از نظر تاریخی نظام مند شدن حقوق عمومی از مسیر حقوق خصوصی گذشته است. وجود مفاهیم مشترک میان دو حقوق، یکی از نتایج پدیده نفوذ حقوق خصوصی در حقوق عمومی است. مورد دوم به تحولات اخیر حقوق و به وجود آمدن پدیده‌هایی چون اساسی سازی حقوق، جهانی شدن و... باز می‌گردد که نقشی غیرقابل انکار در اشتراک قواعد و مفاهیم حقوقی این دو رشته داشته اند. برای مثال نهاد قرارداد تنها به حقوق خصوصی تعلق ندارد و در حقوق عمومی نیز چنانچه خواهیم گفت مشابه آن را خواهیم یافت. در این موارد برای تشخیص این که قاعده یا مفهوم، جزء حقوق عمومی است یا خصوصی، باید به نظامی که در آن، این قواعد و مفاهیم

مطرح شده است و نیز به وصف تابع حقوقی رجوع کرد؛ بنابراین نظریه ای که معتقد است قراردادهای عمومی یا قراردادهای خصوصی یک نظام خاص است و در نتیجه هیچ نقطه اشتراکی نمی‌توان بین آن دو قائل شده، نظریه صحیحی به نظر نمی‌رسد. (شهابی، ۱۳۸۸: ۶۱)

### تحولات مرتبط با حاکمیت اراده با رویکردی به نقش دولت

با توجه به آثار حاکمیت اراده متوجه می‌شویم که دو پیش فرض اساسی در حقوق قراردادهای نقش بسیار مهمی دارند و هر گونه تعامل و مطالعه در قلمرو این حقوق باید با توجه به این دو پیش فرض صورت گیرد. پیش فرض اول این است که هر قراردادی یک نظم خصوصی ایجاد می‌کند که تا حد بسیار زیادی بر نظم دولتی غلبه دارد. در نتیجه دولت نیز باید این نظم را محترم شمارد و جز در مواردی که پای منافع عمومی در میان است در قراردادها مداخله نکند. دوم آنکه نظم قراردادی، علی‌الاصول، در سطح عرضی، روابط حقوقی ایجاد می‌کند نه مانند نظم دولتی در سطح طولی. بنابراین، آثار این رابطه به طور یکسان بر طرفین تحمیل می‌شود و هیچ یک از آن‌ها نمی‌تواند خودسرانه و بدون رضایت طرف دیگر نظم ایجاد شده را بر هم زند. عوامل و آرایبی که اصل حاکمیت اراده را منبع یکتا و یگانه حقوق قراردادی معرفی می‌کردند پس از دگرگونی و به وجود آمدن صنایع بزرگ و شرکت‌های عظیم و نظم یافتن گروه‌های کاری بر اثر اختلال در توازن اقتصادی، منجر به توسعه روحیه سوسیالیستی و رویارویی آن با مکتب فردی شد. پس همان طور که یک مکتب مهم اقتصادی، یعنی لیبرالیسم، در توسعه و تقویت این اصل یاری‌رسان بود تئوری دیگر اقتصادی، یعنی سوسیالیسم به عقب نشینی و بازگشت آن کمک کرد.

همچنین باید افزود که محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده و در نتیجه آزادی قراردادهای که نظم عمومی و اخلاق حسنه است در ایران دچار تحولاتی شده است. چنانکه می‌دانیم این مفاهیم حتی در دوره‌های ثبات و آرامش سیاسی و فکری نظام‌های حقوقی دچار چالش‌هایی است که مهم‌ترین آن را می‌توان نسبت دانست.

در اکثر کشورها دخالت روز افزون دولت‌ها در امور اقتصادی سبب شده است تا مفهوم نظم عمومی گسترش یابد و به همان میزان آزادی افراد در انعقاد قراردادهای کاسته شود. قانون بسیاری از قراردادهای باطل اعلام می‌نماید و یا شرایط ناخواسته‌ای را بر طرفین تحمیل می‌کند، تا حدی که برخی از حقوقدانان «انطباق عقد با ضرورت‌های اجتماعی و نظم عمومی» را بر جمله شرایط اساسی صحت عقد افزوده‌اند.

همچنین با وقوع تحولاتی که در قرن حاضر در عرصه های مختلف شاهد آن هستیم، این مفهوم نیز دستخوش نسبیت بوده و نمی توان برداشت ثابت و واحدی از آن ارائه داد. برای مثال ورود مفهوم نظم عمومی اقتصادی به ادبیات حقوقی از دستاوردهای حقوقی قرن بیستم است و گفته شده است قبل از آن سابقه ای ندارد.

البته در گذشته هم قوانینی با صبغه نظم عمومی وضع شده است که وجهه اقتصادی داشته اند، ولی هدف از وضع آن قواعد حمایت از آزادی معاملات و فعالیت های اقتصادی بود. لیکن مفهوم نظم عمومی اقتصادی امروز که در قواعد حقوق مدنی قرن بیستم به بعد جای گرفته است، معنایی متفاوت دارد و دارای هدفی دیگر است. در این مفهوم، دولت ها با نام توزیع عادلانه ثروت در اجتماع، اقتصاد جامعه را در نظارت و رهبری خود می گیرند. مبنای دخالت دولت در امور اقتصادی، نظم عمومی است و لذا آن را در برابر نظم عمومی حمایتی قبلی، نظم عمومی دخالتی هم می گویند. (صفایی، ۱۳۸۲: ۶۷)

از سوی دیگر حاکمیت اراده بر اثر مداخله دادرس به وسیله تعدیل در قرارداد به هم می خورد. فکر حقوقی که امروزه در حوزه قراردادهای تحول یافته است آن است که باید به سمت عدالت تقنینی حرکت کرد و دادرس را نیز به عنوان ناظر و کنترل کننده تحقق این عدالت به خدمت گرفت. با ارائه یک تفسیر جدید از عدالت قراردادی یا معاوضی می توان عنوان کرد که تحقق عدالت معاوضی با حاکمیت اراده منافات دارد. از این منظر می توان گفت عدالت معاوضی یا قراردادی که در برابر عدالت توزیعی قرار می گیرد عبارت است از برقراری مجدد برابری بین طرفین؛ بایع با تسلیم مبیع بخشی از دارایی خود را از دست می دهد ولی با ایجاد طلب او نسبت به ثمن می توان تعادل بین آنچه از دست داده و آنچه به دست خواهد آورد را برقرار کرد. برای اینکه تعادل حفظ شود باید ارزش ثمن معادل با مبیع باشد. بنابراین عدالت معاوضی، از یک سو، حذف قراردادهای نامتعادل و غبنی را ایجاد می کند و از سوی دیگر، حذف تمام نابرابری هایی را که می تواند به نابرابری قرارداد بینجامد ضروری می داند. همچنین اصل لزوم و حاکمیت اراده نیز که مبنای الزام آوری در قراردادهای محسوب می شود نیز از دیدگاه دیگری قابل نقد است. پیش از هر چیز باید گفت که از نظر فلسفی، شناسایی اراده متعاقبین به عنوان مبنای الزام آور قراردادهای غلط است. زیرا معلوم نیست که چرا باید اراده مرده شخصی که امروز نمی خواهد قرارداد را اجرا کند به عنوان قانون آن شخص شناخته شود و به استناد آن، اراده حاضر و اراده زنده او کنار زده شود. در واقع، اگر قراردادهای الزام آور هستند بدین خاطر است که دولت می خواهد آن ها الزام آور باشند زیرا این امر را برای تحقق معاوضات بین افراد جامعه مناسب و مفید می داند. بنابراین

قراردادها نمی‌توانند مفید باشند مگر آنکه از نظر اجتماعی مفید باشند، و با عدالت توزیعی و عدالت قراردادی سازگاری داشته باشند. (انصاری، ۱۳۸۷: ۱۵۹)

### ظهور نظریه نفع عمومی و تحول اصل نسبی بودن

یکی از موضوعاتی که تا به حال کمتر راجع به آن بحث و بررسی صورت گرفته، تحول اصل نسبی بودن قراردادهاست که ظهور دولت مدرن و استفاده این نهاد از قدرت و امتیازات ویژه اش را به عنوان یکی از طرف‌های حاضر در قرارداد مطرح کرده است. اما سوال آن است که منظور از نفع عمومی چیست؟ منافع عمومی منافع درازمدت و باثبات اعضای یک جامعه است که گاهی با منافع آنی و شخصی افراد در تعارض بوده و برای تأمین آن دولت یا اشخاص خصوصی می‌توانند به امتیازات ویژه که به امتیازات قدرت عمومی یا امتیازات حاکمیتی معروف اند متوسل شوند. (سنجایی، ۱۳۴۲: ۷۸)

در مقام معارضه، مصالح و منافع عمومی بر منافع خصوصی افراد متقدم است و این امر در ماهیت حقوق و اختلاف قواعد آن از عوامل اصلی شمرده می‌شود. بدین جهت است که حقوقدانان معتقدند که منافع عمومی و منافع خصوصی را نمی‌توان با یک محک و ترازو سنجید. روشن است که مصالح عمومی از مفاهیم نسبی است و با توجه به شرایط زمانی و مکانی و اوضاع و احوال خاص هر جامعه متفاوت می‌باشد.

در قراردادهای خصوصی بین افراد چنانچه اشاره شد قرارداد تنها نسبت به طرفین آن موثر است و نسبت به اشخاص ثالث، قرارداد اثری ندارد. اما در قراردادهای عمومی لزوم حمایت از نفع عمومی ایجاب می‌کند که مردم در قرارداد حضور نامرئی داشته باشد. قراردادهای اداری و الحاقی دولت که یک طرف آن دولت و طرف دیگر شخصی از اشخاص حقوق خصوصی قرار دارد، بدون وجود شخص ثالث اعمال حاکمیت از طرف دولت بی معنی خواهد بود. در واقع دولت اعمال اقتدار خود را با توجیه برآوردن خواسته‌های مردم انجام می‌دهد و شهروندان طرف سوم و شخص ثالث کلیه انواع این نوع از قراردادها محسوب می‌شوند.

### نفوذ نظریه قدرت عمومی و کم رنگ شدن اصل لزوم

قدرت را می‌توان به طور کلی توانایی دست یابی به نتیجه ای مطلوب تعریف نمود که در برخی موارد نیز مربوط به توانایی انجام دادن چیزی می‌شود. (هیوود، ۱۳۸۷: ۴۴) در بیانی دیگر شاید بتوان قدرت را وجود یک اراده مستولی و چیره که اراده‌های دیگر در طول آن قرار دارد

دانست. به واسطه وجود این اراده که بعضاً در سرشت بعضی افراد قرار دارد، دیگران تحت فرمان آن‌ها قرار می‌گیرند و وادار به انجام به کاری می‌شوند. (بخشایشی اردستانی، ۱۳۸۵: ۷۳)

حال باید مشخص شود که قدرت عمومی چه معنای و مبنایی دارد. قدرت عمومی نوعی از قدرت دولتی و سیاسی است که در جامعه سیاسی نمود پیدا می‌کند. این قدرت با داشتن خصایص الزام و اجبار و وادار کردن شهروندان به تبعیت از قوانین، فرامین و نظامات اجتماعی و سیاسی، برترین قدرت موجود در جامعه محسوب می‌شود، به گونه‌ای که تمام قدرت‌های دیگر در جامعه تحت فرمان و حاکمیت آن می‌باشند. قدرت عمومی کامل‌ترین قدرت موجود در جامعه و نوع ویژه‌ای از قدرت است که نهاد بندی شده و از خلال دستگاه‌ها و سازمان‌های تجلی می‌نماید. قدرت عمومی مهم‌ترین عناصر دولت و حکومت و بارزترین محور وحدت جامعه و اتحاد مردم است. دستگاه‌های اداری و دولتی و به طور کلی نهادهای عمومی در یک جامعه باید از چنین قدرتی بهره‌مند باشند تا بتوانند اهداف خود را به خوبی سامان دهند و منافع عمومی جامعه معطل نماند.

با توجه به آن‌چه گفته شد یک تعارض بنیادین بین قدرت عمومی و اصل لزوم در بحث قراردادها مطرح می‌شود. در واقع اعتبار اصل لزوم همیشگی است یا می‌توان در سایه تحولات حادث در عرصه‌های اجتماعی و اقتصادی استثنائاتی برای آن قائل شد؟ فرض کنید که در یک قرارداد که بین دولت و یک شخص حقوق خصوصی اعم از حقیقی یا حقوقی منعقد شده از یک طرف دولت ملزم است به قرارداد خود وفق اصل لزوم پای بند بماند اما از سوی دیگر نفع عمومی ایجاب می‌کند که دولت به قدرت خود متوسل شده و به قرارداد پایان بخشد یا شرایط

آن را تعدیل کند یا تغییر دهد. (شمعی، ۱۳۸۸: ۵۹)

مسلماً نظریه قدرت عمومی که در حقوق مدرن فرانسه مطرح شد و وسیله‌ای برای پیشبرد اهداف دولت و تضمین و تحقق نفع عمومی بود باید در مواردی به کمک اداره بیاید و حتی لزوم قرارداد را بر هم بزند. اما مسئله به همین سادگی نیست؛ زیرا در این صورت امنیت حقوقی قرارداد دیگر معنی نخواهد داشت. چگونه شهروندان در برابر دولت می‌توانند در رابطه قراردادی خود امنیت و ثبات را در دست داشته باشند. به نظر می‌رسد ارائه راه حل‌های کلی نمی‌تواند چاره ساز باشد و در هر مورد بسته به موضوع باید به قضاوت نشست.

### مصادیق تحول حقوق قراردادها به تأثیر از مداخله دولت

قرارداد در دنیای امروز در مواردی علاوه بر آنکه به اراده افراد است می‌تواند به حکم قانون و به صورت قهری انجام گیرد. قرارداد می‌تواند دارای اشکال گوناگون بوده و ناظر به تصاحب اموال

منقول و غیرمنقول باشد. قرارداد صرفاً به افراد و شخصیت‌های حقوق خصوصی محدود نمی‌شود و یکی از مهم‌ترین مباحث در این مورد قراردادهای دولت و نهادهای عمومی می‌باشد. همچنین قراردادهای از سطح حقوق داخلی فراتر رفته و در بسیاری از موارد قرارداد مقوله‌ای بین‌المللی محسوب می‌شود.

چنانکه در ابتدای سخن اشاره شد، تحول در حکومت و اسلامی شدن آن و تغییر در حوزه قراردادهای به خصوص قراردادهای حقوق عمومی را می‌توان از مهم‌ترین تحولات در حوزه حقوق خصوصی دانست. اما مصادیق تحول نیز به شکل ویژه باید مورد نقد و بررسی قرار گیرد. بیشتر این تحولات در حوزه قراردادهایی انجام گرفته که با امور و مسائل اجتماعی ارتباط دارند. اولین تحول در زمینه حقوق کار، حقوق اداری و حقوق بیمه و... بوده است. چالش‌هایی که در رابطه با کارگر و کارفرما و عمومی یا خصوصی تلقی شدن آن وجود دارد در این حوزه مطرح شده‌اند. در حقوق ایران به غیر از تحولات اجتماعی حقوق کار در جهان که بر نظام حقوقی ایران نیز موثر بوده اند تاثیر اندیشه‌های فقهی نیز در نوع خود مورد بررسی می‌باشد.

### قرارداد کار

یکی از موضوعاتی که نمایانگر تحول در عرصه حقوق قراردادهای به خصوص در نظام حقوقی ایران می‌باشد؛ مربوط به حوزه کار است. این مسئله یکی از آن جهت‌هاست که تحول در این حوزه به دیگر بخش‌های حقوق سرایت کرده و در ایران منشاء اثر بوده است. از سوی دیگر تحول در حقوق کار مسئله‌ای بوده است که همواره وجه و صورت اجتماعی داشته و در مقوله قرارداد آن را از شکل ناب حقوق خصوصی خارج کرده است.

توافق‌ها و قراردادهای بین گروه‌هایی نظیر کارگران، کارفرمایان، مسئولین دولتی و افکار عمومی جهت پوشش‌دادن به نیازهای خاص و مقطعی منعقد می‌شوند. امروزه در بحث قراردادهای برای حل این معضل از نهادهای جامعه مدنی برای شرکت در یک رابطه قراردادی بهره می‌برند. جامعه مدنی مرکب از نهادها و انجمن‌هایی کم و بیش خود انگیخته، سازمان‌ها و جنبش‌های در حال ظهوری است که می‌توانند بازتاب‌های مشکلات اجتماعی که در قلمرو حقوق خصوصی مطرح می‌باشد را در حوزه‌های عمومی به گونه‌ای مطرح و آشکار سازند. در مجموع می‌توان گفت نهادهای جامعه مدنی مجموعه‌ای از ساختارها، سازه‌ها، قوانین و راهبردهای مدون است که بر مبنای اهدافی مغایر با بینش‌های سنتی و خرافی شکل گرفته است. در این جامعه انسان اگرچه موجودی ممتاز

از کل هستی می‌باشد اما در ارتباط با دیگر اجزای جامعه تعریف می‌شود. انسان جامعه مدنی مسئولیت پذیر، صاحب نظر و پاسخگوی عمل است. (خانیک، ۱۳۸۱: ۸۷)

روابط بین کارگر و کارفرما از جمله قراردادهایی است که امروزه محل مناقشه می‌باشد. در درجه اول یکی از این مناقشه‌ها از این حیث است که آیا این رابطه تابع قانون است یا قرارداد؟ همان چالشی که در مورد برخی دیگر از قراردادهای نظیر قرارداد بیمه وجود دارد در مورد روابط بین کارگر و کارفرما نیز موجود است. برخی معتقدند که بسیاری از شرایط بین دو طرف از قبل توسط قانون آمره تعیین شده و طرفین تنها به شرایط تعیین شده توسط قانونگذار می‌پیوندند و صحبت از قرارداد چندان جایگاهی ندارد. (عراقی، ۱۳۸۴: ۹۸)

در این خصوص باید گفت که در هر حال با وجود تعیین تعداد زیادی از شرایط توسط قانونگذار، باز هم ایجاب و قبول بین طرفین صورت می‌گیرد و خود قانونگذار نیز در ماده ۷ قانون کار صحبت از قرارداد کار به میان آورده است. شاید بهترین ملاک در تعریف قرارداد کار همان ملاک قانونی مصرح در قانون کار باشد. هر چند تعریف ارائه شده دارای ایراداتی است که بحث در خصوص آن از حوصله این مقال خارج است.

البته باید در نظر داشت که تعهد حقوقی کار کردن برای دیگری ضرورتاً ناشی از یک قرارداد نیست، چنین الزامی می‌تواند ناشی از یک موقعیت خانوادگی، مانند تکلیف به مساعدت میان زوج‌ها، یا وظیفه مراقبت و تربیت کودکان و... باشد. رابطه کار صرف نظر از ماهیتش تنها و تنها در صورتی می‌تواند دارای نیروی حقوقی باشد که تحت لوای عامل سومی که متضمن نیروی الزام آور برای آن است بنا شده باشد. این الزام در تمام قراردادهای اعتبار دارد زیرا حتی در مواردی هم که در قانون مقرر نشده این الزام در معرض اختیار تفسیر قرار می‌گیرد. قرارداد کار چنین ماهیتی دارد و نمی‌توان آن را بدون چنین ماهیتی شناسایی و تفسیر کرد. (سوپیو، ۱۳۹۰: ۵۵)

از سوی دیگر قرارداد در حقوق کار وسیله‌ای در جهت حمایت از کارگر است و هم از این روست که قانونگذار در ماده ۷ قانون کار، قرارداد کار را اعم از قراردادهای کتبی یا شفاهی می‌داند. در هر حال بسیاری از شرایط قراردادی بین طرفین از قبیل حداقل‌ها و حداکثرهای حقوق کار در جهت تحقق اهداف قوانین امری در قرارداد گنجانده می‌شوند. طرفین قرارداد اعم از کارگر و کارفرما و هیأت‌های کارگری و کارفرمایی چاره‌ای جز تن دادن به شرایط مقرر تعیین شده در

<sup>۱</sup> وفق تعریف ماده ۷ قانون کار: «قرارداد کار عبارت است از قرارداد کتبی یا شفاهی که به موجب آن کارگر در قبال دریافت حق السعی کار را برای کارفرما انجام می‌دهد.»

فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کتبری  
شماره ۴۴، تابستان ۱۳۹۹  
۱۰۴



قانون ندارند و از این روست که ماهیت این قرارداد را حقوق دانان حقوق کار در زمره قراردادهای الحاقی محسوب کرده‌اند.

بر خلاف قراردادهای اداری که الحاق و تحمیل شرایط از سوی اداره و یا سازمان دولتی بر شخص پیمانکار تحمیل می‌گردد و بیشتر جنبه آیین نامه و یا بخش نامه‌ای دارد (نظیر شرایط عمومی پیمان)، در قراردادهای فردی یا جمعی کار شرایط از جانب قانونگذار بر کارگر و کارفرما تحمیل می‌شود و توافق بر خلاف آن نیز فاقد اثر است.

هر چند قانون کار در ماده ۱۰ مواردی را بر شمرده است که قرارداد «باید حاوی» آن‌ها باشد، گذشته از آنکه برخی از این موارد تابع ضوابط و مقررات قانونی است و تنها در صورتی می‌تواند در قرارداد آورده شود که با این مقررات مغایر نباشد، در موارد دیگر هم ضرورتی ندارد که موضوع‌های مورد نظر مورد مذاکره واقع شود و کارگر و کارفرما در مورد آن چانه‌زنی کنند. در بیشتر موارد کاری با مشخصه‌های تعیین شده پیشنهاد می‌شود. کارگر می‌تواند آن شرایط را بپذیرد و به کار مشغول شود یا از استخدام در آن مؤسسه و کارگاه صرف نظر کند. در واقع الحاقی بودن قرارداد کار ناشی از تفاوت قدرت اقتصادی و شرایط اجتماعی کارفرما و کارگر است. (عراقی، ۱۳۸۴: ۱۶۵)

ظهور قراردادهای جمعی کار را می‌توان تحول دیگری در این شاخه از حقوق دانست. به هر حال از دیدگاه کلی، گسترش پیمان‌های دسته جمعی کار موجب دگرگونی مهمی در حقوق کار شده است.

این پیمان‌ها به حقوق کار غنا بخشیده و مقررات آن را انعطاف‌پذیر کرده است. بدین معنا که به جای مقررات یکنواخت و انعطاف‌پذیر قانونی یا در کنار آن‌ها، به عنوان بخشی از قواعد و ضوابط حقوق کار، موازین مندرج در پیمان‌های دسته جمعی کار انعطاف‌پذیر بوده و بر اوضاع و احوال کارگاه یا صنعت یا رشته خاصی از فعالیت‌های اقتصادی می‌تواند انعطاف‌پذیری بیشتری داشته باشد. از لحاظ فراهم کردن منافع کارگران نیز این پیمان‌ها می‌توانند نقشی مثبت داشته باشند. زیرا برابر قاعده‌ای که در حقوق کار وجود دارد این قوانین جنبه امری داشته و پیمان‌های دسته جمعی کار نمی‌توانند مزایایی کمتر از مزایای قانونی برای کارگران منظور کنند.<sup>۱</sup>

### تعارض قرارداد کار با قرارداد اجاره اشخاص

<sup>۱</sup> بند الف ماده ۱۴۱ قانون کار

در نظام حقوقی ایران نیز رسوخ باورهای جدید و نظریه‌های جدید حقوقی در حوزه قراردادهای، به‌کندی صورت می‌گیرد و گاه عرصه آن قدر تنگ است که امید به تحول را نه تنها ضعیف بلکه منتفی می‌سازد. قرارداد که در دهه‌های گذشته به‌طور فزآینده‌ای، شاهد تحول‌های رو به جلو بوده با مقاومت‌های سنگین نهادهای قانونی و اجتماعی روبرو بوده است.

نقطه آغازین تحولات در این حوزه، تصویب قانون کار مصوب ۱۳۶۹ بوده است که علی‌رغم مقاومت‌های تند و سنگین شورای نگهبان که به شرح آن خواهیم پرداخت به تصویب رسید. پس از آن تفکر واقع‌گرایانه و حمایتی و استقلالی به مقوله قرارداد، همچنان در لایه‌های قانونگذاری ایران موجود بود تا این که این تفکر، با تصویب قوانین دیگر مثل قانون حمایت از مصرف‌کننده در خلال سال‌های ۱۳۸۶ و ۱۳۸۸ تقویت شد و تا به امروز نیز همچنان این دید وجود دارد.

فصل چهارم از جلد اول قانون مدنی در خصوص عقد اجاره است. در ماده ۴۶۶ قانون مدنی در تعریف عقد اجاره آمده است: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستاجر مالک منافع عین مستاجر می‌شود، اجاره دهنده را موجر و اجاره کننده را مستاجر و مورد اجاره را عین مستاجر گویند.»

مبحث سوم از فصل چهارم به اجاره اشخاص اختصاص یافته است. دو ماده ۵۱۲ و ۵۱۳ قانون مدنی در این باب می‌باشند. ماده ۵۱۲ مقرر می‌دارد: «در اجاره اشخاص کسی که اجاره می‌کند مستاجر و کسی که مورد اجاره واقع می‌شود اجیر و مال الاجاره اجرت نامیده می‌شود.» همچنین در ماده ۵۱۳ آمده است: اقسام عمده اجاره اشخاص از قرار ذیل است: ۱- اجاره خدمه و کارگران از هر قبیل ۲- اجاره متصدیان حمل و نقل اشخاص یا مال التجاره اعم از راه خشکی یا آب و هوا.

این دو ماده از قانون مدنی از لحاظ فلسفه وجودی در زمان حاضر با تردید مواجه اند. در واقع مبنای چنین ادعایی تحولاتی است که در راستای حمایت از حقوق انسانی یا همان حقوق بشر در سطح داخلی و بین‌المللی اتفاق افتاده است. حقوق بشر مهم‌ترین حقوق بنیادین برای انسان است که ناظر به روابط بین اشخاص و قدرت حکومت، به‌ویژه دولت است. حقوق بشر صلاحیت دولت‌ها را تعیین و به‌طور هم‌زمان نیاز آنان را برای اقدامات بشری تضمین می‌کند.

از نظر حقوقی، حقوق بشر می‌تواند به‌عنوان مجموعه‌ای از حقوق فردی و جمعی که دولت‌ها آن را به رسمیت شناخته‌اند و در قوانین اساسی و حقوق بین‌الملل مندرج است، تعریف شود. پس از خاتمه جنگ‌های جهانی، سازمان ملل متحد نقش برجسته‌ای در تبیین و پیشبرد حقوق بشر ایفا کرد تا این حقوق را در سطوح ملی دولت‌ها توسعه دهد. نتیجه آن بود که حقوق بشر در

سطوح بین‌المللی و معاهدات منطقه‌ای کدبندی شد و مورد تصویب داخلی بسیاری از کشورها قرار گرفت و تا به امروز به‌عنوان در سطح بین‌الملل واجد ارزش و اعتباری بیش از اندازه می‌باشد. این مواد اولاً تجویز اجاره اشخاص را صادر می‌کنند که به نظر می‌رسد به لحاظ برخورد شی‌گونه با اشخاص در تعارض با شان و کرامت انسانی آن‌ها باشد.

چنانکه می‌دانیم اندیشه‌های مدرن جایگاهی برای اجاره شخص قائل نیستند و تنها می‌توان در بحث مربوطه یعنی حقوق کار، اجازه اجاره کار اشخاص را داد نه اجاره آن‌ها را. این تعارضی است که بین قانون مدنی و قانون کار به نظر می‌رسد و با توجه به آنکه با نظر می‌رسد این دو ماده نسخ شده باشد باید از پایان حکومت حقوقی آن سخن به میان آورد. (قاسم زاده، ۱۳۹۰: ۱۹۲)

بنابراین در درجه اول شکل نگارش این ماده از قانون مدنی باید تغییر یابد. همچنین از حیث ماهوی با توجه به جنبش‌ها و تحولاتی که در راستای حمایت از حقوق کارگر در سطوح جهانی اتفاق افتاده، نمی‌توان اجازه انعقاد و تعیین شرایط قرارداد کار را به طور مطلق در اختیار اشخاص خصوصی داد. حفظ کرامت و حقوق انسانی و اجتماعی کارگر بنابه تجربه در پرتو دخالت دولت به نحو شایسته تری تامین و تضمین شده است. امروزه بسیاری از قراردادها در عرصه حقوق کار نظم عمومی دولتی را مورد توجه قرار می‌دهند و این موضوع موجب شده تا از حاکمیت اراده‌های خصوصی بر قرارداد کار کاسته شود و تحولات انجام شده را بتوان دخالت دولت و تغییر ماهیت قرارداد کار تحت این دخالت دانست.

این قراردادها به طور مستقیم متضمن نفعی مادی برای دولت از حیث کسب درآمد نیست، زیرا بیشتر درآمد و پول حاصل از آن متعلق به طرفین رابطه است اما از حیث تنظیم و تنسيق خط مشی گذاری مالی و اقتصادی و همچنین از آنجا که بخشی از درآمد دولت به این بخش مربوط است، می‌تواند با جهت گیری مناسب کنترل شایسته بر نظم بازار نیز داشته باشد. بنابراین با توجه به تصویب قانون کار در ایران بعد از سال ۱۳۶۸ به نظر نمی‌رسد که مواد مزبور در نظام حقوق کار از جایگاه شایسته ای برخوردار باشند. چنانکه گذشت تحول در مبانی حقوق بشری و ضرورت توجه به کرامت انسانی از یک سو و تحولات اقتصادی در دولت‌های مدرن توجیه کننده چنین ضرورتی است.

پس قرارداد دیگر مقوله‌ای صرفاً خصوصی تلقی نمی‌شود و رفته رفته دخالت دولت در پاره‌ای از قراردادها از جمله قرارداد کار، امری ضروری تلقی می‌گردد. موضوع‌های گفته شده حتی با اوصاف و خصوصیات که اسلام برای حقوق کار در نظر گرفته همخوانی بیشتری دارد. از دیدگاه

اسلامی هم کارگر و هم کارفرما دارای وظایفی هستند که باید آن‌ها را در قرارداد منعقد شده بین خویش رعایت کنند. کارفرما از کارگر بهره‌کشی نکند و با او خوش رفتاری داشته باشد. مزد او را قبل از کار تعیین و پس از کار سریعاً آن را پرداخت نماید. کارفرما نباید مانع فعالیت معنوی کارگر شود.

علاوه بر این در زمان حاضر که امکان سوء استفاده و بهره‌کشی به لحاظ پیچیدگی روابط کار وجود دارد، دولت اسلامی باید بر روابط کارگر و کارفرما نظارت نموده و در موارد لزوم برای مصلحت نظام اسلامی و رعایت حقوق انسان‌ها و محرومین تکالیفی را بر طرف قوی که امکان سوء استفاده و بهره‌کشی دارد بار نماید. (هکی، ۱۳۹۲: ۸۳) این موارد به نظر می‌رسد هر چند که کارفرما شخصی اخلاقی باشد و رعایت حقوق کارگر برای وی مهم تلقی شود تنها در سایه حمایت‌های دولتی میسر باشد. در واقع قواعد مقرر در مواد قانون مدنی که ذکر آن رفت به نظر می‌رسد برای جامعه‌ای خاص و مقطعی مشخص پاسخگو بوده اما با توجه به تغییر در ماهیت حکومت و روابط موجود بین آن‌ها دیگر نمی‌توان از این اندیشه یعنی خصوصی تلقی شدن خود حقوق کار و قراردادهای مرتبط با آن دفاع نمود.

### تعارض بین نفع عمومی و نفع خصوصی

تأمین عدالت، امنیت و پیشرفت اجتماعی، مهم‌ترین پایه‌های نفع و مصلحت عمومی در هر جامعه هستند. هر عمل یا اقدامی خواه توسط اشخاص خصوصی یا دولت و اشخاص عمومی که به یکی از این سه رکن لطمه وارد آورد مخالف نفع عمومی تلقی می‌شود. حقوق باید برای تأمین منافع عمومی در اندیشه تأمین عدالت، امنیت و پیشرفت باشد و در مواردی که میان این سه عنصر، تعارض یا ابهام پیش آید به نحو مناسبی آن‌ها را هماهنگ سازد.

در واقع نسبی بودن این مفاهیم در یک جامعه می‌تواند بین آن‌ها تعارض و ناهماهنگی به وجود آورد و مسئله‌ای در زمره موضوعات مرتبط با منافع عمومی یا منافع خصوصی افراد تلقی گردد. شاید به‌ترین شاخص برای تعیین این مفاهیم نسبی، قانون و سیاست‌های تعیین شده از جانب حکام یک کشور باشد. در غیر این صورت اختلاف عقاید و آراء حداقل در مکاتب مختلف فکری می‌تواند به بحثها و مجادلات زیادی دامن زند.

نفع عمومی از آن‌جا که نشان دهنده نفع گروه زیادی از افراد با احتساب نفع ملت است بر نفع خصوصی که بیانگر نفع یک یا چند نفر معدود است مقدم می‌باشد. در حقیقت فلسفه تقدیم

منافع عمومی بر منافع خصوصی آن نیست که چون هدف اساسی حقوق، تأمین سعادت اجتماعی است لاجرم منافع عمومی بر منافع خصوصی مقدم می‌شود، بلکه علت تقدیم منافع عمومی تنها این است که در مقام تعارض نفع یک فرد با نفع گروه، بی‌تردید عقل و منطق حکم می‌کند که نفع گروه مقدم بر نفع فرد است. شاید بر همین مبنا طرفداران مکتب اصالت فرد در عین تأکید بر نفع افراد نتوانسته‌اند تقدم منافع عمومی بر منافع خصوصی را انکار کنند.

این یکی از تحولاتی است که در پرتو مکتب‌های سیاسی معاصر در عرصه‌های مختلف علوم انسانی و از جمله حقوق اثرگذار بوده است. اصالتی که توسط برداشت لیبرال از حقوق به فرد داده می‌شود در پرتو قدرت دولت در عرصه‌های گوناگون از جمله قراردادهای با چالش کشیده شده است. طرفداران نظریه‌های دولت محور در حقوق اصالت را به دولت می‌دهند اما در نظام حقوقی اسلام سعی می‌شود بین این دو تعادل و توازن برقرار شود و تعارض بین منافع عمومی و منافع خصوصی را می‌توان با ذکر یک مثال تصور کرد. «در صورتی که انتخاب الف، متضمن نفع عمومی و انتخاب ب متضمن نفع خصوصی باشد انتخاب الف می‌بایست ملاک باشد چرا که اساس و بنیان تملک بر مبنای ترجیح منافع عمومی بر منافع خصوصی پایه‌گذاری شده است. به عنوان مثال اگر انتخاب مسیر الف برای بزرگراه، تعداد اندکی از اراضی اشخاص خصوصی را شامل گردد، ولی منجر به آلودگی زیاد محیط‌زیست گردد، ولی انتخاب ب وضعیت کاملاً برعکس داشته باشد، انتخاب اخیر باید در طرح عمومی یا امنیتی مراجع ذی‌صلاح، لحاظ گردد، زیرا عدم آلودگی محیط‌زیست بر منافع عمومی خصوصی برتری دارد.»

در بحث حاضر می‌توان گفت حقوق و مطالبات کارگر در جهان امروز دیگر مسئله‌ای فردی محسوب نمی‌شود و به یک امر اجتماعی بدل شده است. این منافع جمعی در قالب سندیکاها و اتحادیه‌های کارگری و کارفرمایی برای کارگران و کارفرمایان حقوق و تکالیفی را به همراه می‌آورد که از جنبه‌های فردی حقوق فاصله می‌گیرد. تحول اخیر را نیز می‌توان از آثار اجتماعی شدن حقوق دانست که بر حقوق قراردادهای بین کارگر و کارفرما موثر بوده است.

همچنین ذکر این نکته ضروری و واجب به نظر می‌رسد که امروزه بسیاری از نهادها و تاسیس‌های موجود در حقوق عمومی ریشه در حقوق خصوصی دارد و در واقع از مسیر حقوق خصوصی به حقوق عمومی نفوذ کرده‌اند. این البته به نقش اساسی ای باز می‌گردد که حقوق خصوصی در زمینه‌های مختلف برای تنظیم روابط اجتماعی قائل بوده و دارد. برای مثال در حوزه قراردادهای اداری، کار، بیمه، تأمین اجتماعی می‌توان گفت که یا این قراردادهای گذشته اصلاً وجود نداشته و یا پیدایی آن‌ها در آغاز در قالب قرارداد خصوصی بوده است.

## قرارداد اداری

در عصر ما دیگر بسیاری از قراردادهای به شیوه مرسوم پیشینیان بسته نمی‌شود و دو طرف آن به‌عنوان دو انسان آزاد و برابر، مجال گفتگو درباره شرایط قرارداد و تنظیم آثار آن را نمی‌یابند، بلکه ضرورت‌های ناشی از تحول در اوضاع اقتصادی، اجتماعی و . . . استقلال و آزادی اشخاص را محدود می‌سازد، چندان که می‌توان گفت تمام قراردادهای کم و بیش در اثر اضطرار واقع می‌شوند. قانونگذار نیز با توجه به این حقیقت، عیوب رضا را در این گونه موارد نادیده می‌گیرد و معامله ناشی از اضطرار را نافذ می‌داند.

مستفاد از نظر بیشتر حقوقدانان، قرارداد دولتی ناظر به قراردادهایی است که لااقل یک طرف آن از اشخاص حقوق عمومی بوده و برای تأمین پاره‌ای از خدمات عمومی و به‌عنوان حقوق عمومی منعقد می‌شود مانند عقد راجع به خدمات عمومی. ادارات غیردولتی هم البته با اشخاص قرارداد منعقد می‌کنند. بنابراین در تعریف قرارداد اداری می‌توان گفت: «گروهی از قراردادهاست که سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌ها و نهادهای دولتی و عمومی مرکزی و محلی برای اجرای طرح‌های عمرانی، انجام خدمات عمومی و اداره و بهره‌برداری از منابع، ثروت‌ها و اموال عمومی منعقد می‌کنند که منافع و سود و زیان آن عاید اشخاص خاصی نمی‌شود و تأمین نیازها و منافع عمومی مردم یک منطقه یا کشور هدف اول این قراردادهای می‌باشد.» (عراقی و حبیب زاده، ۱۳۸۸: ۸۲)

در قراردادهای اداری یا دولتی به دلیل استفاده دولت یا اداره از قدرت عمومی یا همان امتیازات حاکمیتی دولت بیشتر شرایط قرارداد را بر طرف مقابل تحمیل می‌کند و شخص پیمانکار و طرف قرارداد اداره یا دولت چاره‌ای جز صرف نظر کردن از پیوستن به قرارداد یا قبول تام و کامل آن ندارد. بحث در خصوص ماهیت این نوع از قرارداد مورد توجه حقوق‌دانان حقوق اداری نیز واقع شده است. به گفته یکی از حقوق‌دانان:

«اثر بارز اعمال امتیازات حاکمیتی در قرارداد دولتی عدم برابری طرفین است، که در راستای منافع جامعه به شکل الحاقی از طرف دولت در قالب احکام و فرامین حکومتی ظاهر می‌شود؛ بدین گونه که شرایط مورد نظر از جانب دولت، به‌طور یکجانبه (البته با آگاهی و رضایت کامل) بر طرف مقابل تحمیل می‌شود و از این جهت شخص اخیر در تغییر یا اتخاذ تصمیم در مفاد قرارداد

اداری، دارای اختیاری نیست. قراردادهایی که به شکل نمونه یا تیپ<sup>۱</sup> تنظیم می‌شوند از این دسته و تابع قوانین و مقررات و احکام خاص حقوق اداری هستند.» (شمعی، ۱۳۸۸: ۳۵)

حقوقدانان حقوق اداری برای تعیین ماهیت قرارداد اداری دست به مقایسه آن با قراردادهای موجود در حقوق خصوصی زده‌اند. از آنجا که قرارداد در میانه نهادهای بنیادین حقوق خصوصی قرار می‌گیرد به همین دلیل برخی از نویسندگان در گذشته اظهار داشته‌اند که خصیصه حقوق خصوصی قرارداد تغییرناپذیر است. (هداوند، ۱۳۸۹: ۴۲۱) دوگی تفاوت ماهوی بین قراردادهای اداری و مدنی قائل نیست و معتقد است خصوصیات و آثار همه قراردادهای یکی است. بر این اساس دوگی تأکید کرده است که قرارداد یک مقوله حقوقی ثابت است و وقتی عناصر تشکیل دهنده آن جمع شوند قرارداد به وجود می‌آید و دارای خصیصه‌های یکسان و آثار حقوقی یکسان است. بنابراین قرارداد مدنی و قرارداد اداری در اصل تفاوتی با هم ندارند. در مقابل، برخی دیگر از حقوق‌دانان به تمیز و تفکیک دو قرارداد اداری و خصوصی اشاره کرده‌اند. ژ<sup>۲</sup> با استخراج قواعدی از آراء و رویه قضائی در خصوص قراردادهای اداری نظریه استقلال قراردادهای اداری را مطرح نمود. او معتقد است تفاوت قراردادهای اداری و خصوصی تفاوت ماهوی می‌باشد. ژ و دیگر دانشمندان همفکر یا مشابه او استدلال می‌کنند قواعدی در قراردادهای اداری وجود دارد که به صورت روزمره در دادگاه‌ها به آن عمل می‌کنند و در زندگی عادی به صورت عینی به کار گرفته می‌شود، در حالی که چنین قواعدی معادلی در حقوق خصوصی ندارند؛ مثل فسخ قراردادهای اداری به علت مقتضیات اداری، افزایش و کاهش میزان قرارداد و تعلیق محدود قرارداد.

بنابر واقعیات موجود در خصوص قراردادهای اداری می‌توان گفت ویژگی بنیادین این قرارداد پیش فرض نابرابری منافع طرفین قرارداد است، با این پیامد که خصیصه توافق محور قرارداد، به میزان زیادی با انتساب آن به اقتدار مقامات عمومی تعدیل می‌شود، به نحوی که مبنای واقعی قرارداد به جای آنکه توافق باشد، ملاحظات خط مشی عمومی است.

تحول را در این راستا می‌توان تفسیر کرد که اینگونه تعیین شرایط قرارداد از سوی دولت و الحاق پیمانکار به آن را نمی‌توان قرارداد به معنای واقعی کلمه دانست. درست است که بین طرفین ایجاب و قبول واقع می‌شود، ولی به گفته بسیاری از حقوق‌دانان حقوق اداری این عمل، تنها نامی از قرارداد را با خود حمل می‌کند. در واقع امر پیمانکار یا مجبور است شرایط تحمیلی

<sup>۱</sup> Form contract

<sup>۲</sup> Jez

از سوی اداره را درست بپذیرد و یا آنکه از پیوستن به قرارداد صرف نظر کامل کند. پس ماهیت این نوع قرارداد چیزی جز الحاق شرایط از طرف دولت به پیمانکار نمی‌تواند باشد.

## قرارداد بیمه

در تعریف عقد بیمه می‌توان گفت:

« بیمه قراردادی است که بر طبق آن یک نفر به نام بیمه‌گر قبول می‌کند که در قبال پرداخت‌هایی که توسط بیمه‌گذار انجام می‌شود وی را در مقابل مخاطرات ناشی از برخی حوادث حمایت کند». شرکت‌های بیمه‌گر فروشنده خدمات بیمه‌ای می‌باشند و در مقابل آن‌ها بیمه‌گذار قرار دارد. بیمه‌گذار شخص یا نهادی است که در مقابل پرداخت وجه، خدمات شرکت بیمه را خریداری می‌کند و خود را در مقابل خطرهای محتمل الوقوع تضمین می‌نماید. »

در تعریف عقد بیمه، ماده ۱ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ بیان می‌دارد: « بیمه عقدی است که یک طرف تعهد می‌کند در ازاء پرداخت وجه یا وجوهی از طرف دیگر، در صورت وقوع یا بروز حادثه، خسارت وارده بر او را جبران نموده یا وجه معینی را بپردازد. متعهد را بیمه‌گر، طرف تعهد را بیمه‌گذار، وجهی را که بیمه‌گذار به بیمه‌گر می‌پردازد حق بیمه، و آن چه را که بیمه می‌شود موضوع بیمه نامند.»

تعریف مذکور از بیمه در قانون، ماهیت تعاونی و مکانیسم فنی و ضوابط آماری بیمه را منعکس نمی‌نماید، در حالیکه حرفه بیمه‌گری، سازمان دادن به تعاون و همیاری اشخاص در معرض خطر، به منظور جبران خسارت‌ها و تأمین سرمایه لازم است. به همین جهت، تعریف دیگری از بیمه ارائه نموده اند بدین عبارت که از نظر فنی، بیمه، عبارت از عملی است که بر پایه آن، بیمه‌گر، اشخاصی را که در اثر خطرات و حوادث احتمالی، ممکن است زیان ببینند، در ازاء دریافت حق بیمه به منظور جبران خسارت، گردآوری می‌نماید و مجموعه خطرهایی را، مطابق موازین آماری به عهده می‌گیرد.

این تعریف، هم مکانیسم فنی و هم ماهیت تعاونی بیمه را در بر می‌گیرد، و وهم عناصر تشکیل دهنده بیمه را مشخص می‌کند. (محمود صالحی، ۱۳۷۲: ۵۷) فعالیت بیمه‌گر بر پایه احتمالات استوار است، برای بیمه‌گر، بیمه عملی است که بر اساس علم آمار و قانون اعداد بزرگ، استوار است، و شانس و شرط بندی و واقعه غیرمنتظره برای بیمه‌گر مفهومی ندارد. از نظر فنی، پایه و اساس بیمه، اجتماع گروهی از افراد، به منظور کمک متقابل است. (کریمی، ۱۳۹۰: ۴۶)



## نتیجه‌گیری

قرارداد، مهم‌ترین سازوکار موجود در نظام حقوقی است که در بخش‌های مختلف این علم نفوذ و رسوخ کرده است. تولد این نهاد در روابط بین اشخاص حقوق خصوصی، با ابزارهای ابتدایی شروع شده و از سالیان طولانی گذشته تا به امروز در عرصه همین شاخه از علم حقوق متحول شده است. برای مثال در روزگاری قراردادهای جنبه شفاهی داشته و پس از آن اشکال رسمی‌تری به خود دیده است. ثبت قرارداد به صورت نوشته و واجد شدن این نهاد به تشریفات نگارشی را می‌توان از جمله تحولات آغازین آن به شمار آورد. اما در این مقاله رویکرد نگارنده به مفهوم تحول به مواردی فراتر از آنچه در نظام حقوق خصوصی اتفاق افتاده مربوط می‌شود. از طرف دیگر این تحولات به دلیل ماهیت متفاوت هر نظام حقوقی و خود وصف تحول و علل وجودی آن به گونه‌های مختلفی آشکار شده و خود را نشان داده است.

مفهوم کلی تحولات از این رو در این مقاله مورد بررسی قرار گرفت که برخی از حوزه‌های تحول به عوامل چندی وابسته اند که به نوعی در بیشتر نظام‌های حقوقی تحول یافته می‌توان با اندکی اختلاف این موارد را مشاهده کرد. برای مثال محدود شده اصل آزادی قراردادهای یا دخالت دولت در جهت‌دهی به قرارداد به دلایل اقتصادی یا اثر پذیری قرارداد از نرم‌های بین‌المللی را در اکثر موارد می‌توان دید. درجه این تاثیرپذیری متفاوت بوده که به تفکیک و در حد بضاعت و توان علمی نویسنده در خصوص آن مطالبی عنوان شده است.

اما واکاوی در نظام قراردادهای در حقوق اسلام با رویکردی به مصادیق موجود در حقوق ایران بحث اصلی بوده است. در ایران تحولات موجود در حوزه حقوق عمومی، قرارداد را از شکل اصیل و ناب موجود در حقوق خصوصی خارج کرد و به دیگر بخش‌ها اما وارد شد. حرکت آغازین این تحول در حوزه حقوق کار قابل مشاهده است، وقتی که مبانی اجتماعی و نفع عمومی بر مبانی و نفع خصوصی غلبه می‌یابد و دولت به شکل جدیدی از رابطه بین کارگر و کارفرما تن در می‌دهد. در حوزه‌های دیگر قرارداد مثل بیمه، قرارداد اداری و قراردادهای دولتی نیز این تحولات قابل مشاهده‌اند. همچنین نظم شهری در پرتو تملکات شهرداری موضوع قرارداد یا یک طرفه بودن رابطه را در حوزه حقوق عمومی و حقوق خصوصی در نوسان و چالش کرده به گونه‌ای که موجب اختلاف بین حقوق دانان حقوق عمومی و خصوصی شده است. نظم اقتصادی نوین در ایران و دادن امنیت به شهروندان نیز توسعه قرارداد بیمه را که از لحاظ مبانی فقهی برخی با آن مخالف اند موجب شده و نظام جدیدی را بر حقوق قراردادی در ایران حاکم کرده که عدم قبول واقعیت‌های اجتماعی و تاثیر آن در قرارداد را ناگزیر می‌سازد.

برخی از این نُرْم‌ها در حقوق بین الملل از این نظام اخذ شده و اصالت خود را از این مجموعه دریافت کرده اند. تحولات موجود در زمینه حقوق عمومی را نیز در این کشور می‌توان به توسعه نظام حقوق قراردادها از طریق تحول در دولت رفاه نسبت داد. در این زمینه می‌توان گفت بیشتر قراردادها با شهروندان با این هدف دنبال می‌شود که رفاه را برای آنان به ارمغان آورده و از محدودیت و یک جانبه گرایی در اقتصاد پرهیز کرده اند. این هدفی است که در نظام‌های بسته اقتصادی وجود نداشت و اصولاً یا از مقوله قرارداد برای پیشبرد اهداف سیاسی و اقتصادی خود بهره نمی‌بردند یا در صورت بهره‌گیری ابزارهای موجود در جهت حمایت از حقوق شهروندان به کار نمی‌رفت. در مجموع به نظر می‌رسد تحولاتی که امروزه در عرصه حقوق قراردادی در دو نظام حقوقی موجود رخ داده اند در راستای حمایت از حقوق شهروندان و تأمین امنیت اقتصادی و نفع عمومی آن‌ها بوده است. این تحولات در این مقاله به طور مختصر مورد بررسی قرار گرفتند.

#### فهرست منابع

- آلن سوپو، حقوق کار، ترجمه حسن مراد زاده و زهرا السادات نواب زاده شهر بابکی، نشر شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۰
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۲۱، تهران: اسلامیه، ۱۳۷۹
- امانی، مسعود، حقوق قراردادهای بین المللی نفت، نشر دانشگاه امام صادق، چاپ اول، ۱۳۸۹،
- امیری اول، محمد، اصل حاکمیت اراده در قراردادها، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، مهر ۱۳۷۵
- انصاری، باقر، نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۷
- بخشایشی اردستانی، احمد، اصول علم سیاست، نشر آوای نور، چاپ چهارم، ۱۳۸۵
- برایان بیگس، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۹۰
- حیاتی، عباس، مقدمه علم حقوق، نشر میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۶
- خانیکی، هادی، قدرت، جامعه مدنی و مطبوعات، نشر طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۱
- رحمانی فرد، شهرزاد، جامعه شناسی حقوق، نشر دنیای سبز، چاپ اول، ۱۳۸۶
- ساکت، محمد حسین، حقوق شناسی (دیباچه‌ای بر دانش حقوق)، نشر ثالث، چاپ اول، ۱۳۸۷
- سنجایی، کریم، حقوق اداری ایران، نشر زهره، چاپ چهارم، ۱۳۴۲

شمعی، محمد، تحلیل ماهیت و آثار قرارداد اداری در حقوق ایران، نشر دستان، چاپ اول، ۱۳۸۸  
شهبازی، مهدی، تعامل حقوق عمومی و حقوق خصوصی، نشریه حقوق اساسی، سال ششم، زمستان  
۱۳۸۸، شماره ۱۳

صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان، چاپ  
اول، ۱۳۸۲

عراقی، سید عزت الله، حقوق کار، نشر سمت، چاپ پنجم، زمستان ۱۳۸۴  
عراقی، سید عزت الله و حبیب زاده، محمد کاظم، قراردادهای دولتی در حقوق ایران، بررسی  
شاخص‌ها، نشریه حقوق خصوصی، سال ششم، شماره پانزدهم، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، ص  
۸۲

قاسم زاده، سید مرتضی، تفسیر قانون مدنی، نشر سمت، چاپ پنجم، ۱۳۹۰  
کاترین الویت و کاترین ورنون، نظام حقوقی فرانسه، ترجمه صفر بیگ زاده، نشر سمت، چاپ اول،  
۱۳۸۷،

کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: دوره عقود معین (۱)، (معاملات معوض، عقود تملیکی)، تهران،  
شرکت سهامی انتشار و با همکاری بهمن برنا، هفتم، ۱۳۷۸  
کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۳  
کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، نشر میزان، چاپ دوم، پاییز ۱۳۸۳  
کاظم پور، سید جعفر، راهکارهای حمایت از طرف ضعیف در قرارداد، نشر فکر سازان، چاپ اول،  
۱۳۹۲

کریمی، آیت، کلیات بیمه، نشر پژوهشکده بیمه، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۰  
گرگی، علی اکبر، در تکاپوی حقوق اساسی، نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۸  
محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، نشر میزان، چاپ پنجم، سال ۱۳۸۲  
محمود صالحی، جان علی، حقوق زبان دیدگان و بیمه شخص ثالث، نشر دانشگاه تهران، چاپ  
اول، ۱۳۷۲

هداوند، مهدی، حقوق اداری، نشر سمت، چاپ اول، ۱۳۸۹  
هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی، جلد اول، نشر سمت، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۴۲۱  
هیلل استاینر، تقسیم بندی عمومی و خصوصی، ترجمه رحیم نوبهار، نشریه حقوق اساسی، سال  
هفتم، تابستان ۱۳۸۹، شماره ۱۳

هیوود، اندرو، مفاهیم کلیدی در علم سیاست، ترجمه حسن سعید کلاهی و عباس کاردان، نشر شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ اول، ۱۳۸۷

