اصل آزادی قراردادی در حقوق افغانستان و اصول حقوق قراردادهای اروپایی

محمد بشیر محمدی*

چکیده

اصل آزادی قراردادی از اصول اساسی حقوق قراردادها است. سیستم‌های حقوقی مختلف نیز به این اصل در قراردادها و نظام‌های تجاری شان مبادرت می‌ورزند. در واقع این نظام‌های حقوقی، با اصل آزادی قراردادی از قراردادهای اجباری و اکراهی جلوگیری می‌نمایند. در این مقاله تلاش شده است سیستم‌های حقوقی، «حقوق افغانستان» و «اصول حقوق قراردادهای اروپایی» (PECL) با هم مقایسه شود. همانگونه که آزادی قراردادی در اصول حقوق قراردادهای اروپایی(PECL) به عنوان یک اصل مهم شناخته شده است، در حقوق افغانستان نیز قانونگذاران آن این اصل را مد نظر داشته، که از برخی مواد قانونی این اصل را استنباط می‌شود. با وجود این، باید در نظر داشته باشیم که اصل آزادی قراردادی در هردو نظام حقوقی، نمی‌تواند به عنوان یک اصل مطلق باشد، بلکه در جایی‌که مفیدیت اجتماعی و اقتصادی خودش را از دست بدهد با برخی از محدودیت‌های مواجه می‌شود که آن محدودیت‌های بر این اصل حاکم است.

واژگان کلیدی: آزادی‌قراردادی،حقوق‌افغانستان،اصول‌حقوق قراردادهای اروپایی، مفیدیت اجتماعی، محدودیت‌ها.

---

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی(bashir.mohammadi.lomani@gmail.com)

۱.مقدمه

یکی از بحث‌های مهم در قراردادها و مناسبات تجاری، «اصل آزادی قراردادی» است. آزادی و حاکمیت اراده در قراردادهای خصوصی از اصول مورد اتفاق در بیشتر نظام‌های حقوقی است. اصل آزادی قراردادی امروزه بیشترین اهمیت را در قراردادها به ویژه قراردادهای تجاری بین المللی و منطقه‌ای پیدا نموده است. در واقع این اصل سنگ بنای نظام‌های اقتصادی باز، رقابتی و مبتنی بر بازار به شمار می‌رود و تا هرجا که مفیدیت اجتماعی داشته باشد کاربرد دارد. به همین جهت است که اصول حقوق قراردادهای اروپایی(Principles of European Contract Law) در اولین مواد این اصول در ماده ۱:۱۰۲ به آن پرداخته است.اصل یاد شده را می‌توان از مواد متعدد قانون مدنی افغانستان، از جمله ماده‌های ۷۰۵، ۶۹۷ و ۴۹۷ به دست آورد. که در جریان این تحقیق به آنها پرداخته می‌شود. بر مبنای این اصل، انسان موجودی آزاد و مختار بوده و او توانایی برخورداری از حق و تکلیف را بر اساس آزادی اراده خود در روابط قراردادی دارد و تعهدات قراردادی صرفا از اراده متعاقدین ناشی می‌شود. در این مقاله به مطالعه تطبیقی اصول حقوقی قراردادهای اروپایی (PECL) با حقوق افغانستان پرداخته شده است. مطالعه با این هدف انجام شده است که موقعیت اصل آزادی در قراردادها را در این دو نظام حقوقی بررسی و مشخص کنیم و نتایج پذیرش این اصل چه بوده و اینکه رعایت این اصل تا چه حد و مرزی درست است.

۲. موقعیت اصل آزادی قراردادی

«اصل آزادی قراردادی» که یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده است، در فرهنگ اصطلاحات حقوقی فرانسه، از آن چنین تعریف شده است: این اصل حقوقی که اصل کلی است، مستقیما، از اصل حاکمیت اراده منتج می‌شود. مطابق اصل آزادی قراردادی، اشخاص آزادند قرارداد را منعقد کنند یا از انعقاد آن امتناع کنند و اگر قصد انعقاد قرارداد نمودند،

آزادند، تعهدات ناشی از آن را خود با تراضی تعیین کنند(lexeique des termes juridques...op. cit. p433، به نقل از: حیاتی، ۱۳۹۲، ۱۳۷و ۱۳۸) بدین معنا که اراده شخص به خودی خود محترم است و در روابط حقوقی بین اشخاص دارای اثر است، نفوذ و اعتبار حقوقی قرارداد شخص با دیگران نیازی به تصریح خاص قانونگذار ندارد و اشخاص این اختیار را دارند تا در باره قراردادهای بین خود آزادانه اندیشیده و خود نسبت به آنها تصمیم بگیرند. علیرغم گرایش جدید حقوق امروزی به حکومت قانون بر روابط بین افراد، فایده‌های عملی محترم شمردن توافقات خصوصی بین اشخاص سبب شده است تا بر مبنای مصالح اجتماعی و ملاحظات اقتصادی، این اصل مورد پذیرش نظام‌های حقوقی قرار گیرد. به همین خاطر، قانونگذاران کشورها ترجیح می‌دهند که به جای تدوین قواعد متنوع بر تک تک روابط قراردادی بین افراد، توافق‌های آزادانه شخصی بین افراد را معتبر شمارند و تنها در مواردی که مفاد توافق‌هایشان بر خلاف، قوانین آمره، منافع اجتماعی و نظم عمومی جامعه باشد آن را محدود سازند و یا مورد پذیرش قرار ندهند.

نظر به اهمیت اصل آزادی قراردادی، اصول حقوق قراردادهای اروپایی در نخستین مواد خود در بند۱ ماده ۱:۱۰۲ در باره آن چنین مقرر نموده است: (۱)«طرفین در انعقاد قرارداد و در تعیین محتویات آن آزاد هستند به شرط رعایت حسن نیت و رفتار منصفانه و رعایت قوانین امری که در این اصول مقرر شده است.» هرچند در قانون مدنی افغانستان ماده‌ای که همانند ماده مذکوره اصول اروپایی به‌طور صریح اصل آزادی طرفین را در قرارداد ذکر کرده باشد یافت نمی‌شود، اما از مواد متعددی این قانون می‌توان اصل مذکور را به دست آورد. از جمله از ماده ۷۰۵ قانون مدنی افغانستان که می‌خوانیم: «اصل در عقد، رضای متعاقدین و نتیجهٔ آنچه که بواسطهٔ عقد بالای خود لازم ساخته اند می‌باشد.» با این تعبیر که رضای متعاقدین از آزادی اراده آنها در عقد بوجود می‌آید وقتی آنها این آزادی را نداشته باشند رضای شان دچار اشکال گردیده و ممکن است از جمله عقود غیر معتبر به شمار برود. از طرف دیگر از جملهٔ«...و نتیجهٔ آنچه که بواسطهٔ عقد بالای خود لازم ساخته اند می‌باشد.»

نیز این استفاده می‌شود که متعاقدین با آزادی و اختیار کامل خود باید این عقد را منعقد کرده باشند تا به نتایج آن ملزم شوند.

مادهٔ دیگری که از آن می‌توان اصل آزادی قراردادی را به‌دست آورد ماده ۶۹۷ قانون مدنی است که در آن چنین آمده است: «عقد بر آنچه شامل آن بوده و حسن نیت مقتضی آن باشد، نافذ می‌گردد. همچنان عقد علاوه از اینکه طرفین را به آنچه در عقد وارد گردیده ملزم می‌سازد، شامل تمام آنچه طبیعت وجیبه مطابق با حکم قانون، عرف و عدالت مقتضی آن باشد، نیز می‌باشد.» قسمت اول این ماده(عقد بر آنچه شامل آن بوده و حسن نیت مقتضی آن باشد، نافذ می‌گردد.) دلالت بر اصل آزادی قراردادی می‌کند؛ زیرا بیان کننده مطلق آن چیزی است که عقد بر آن شامل می‌شود، نه تنها مواردی که قانون آنها را ذکر کرده باشد.

همچنین می‌توان از بند ۱ ماده ۴۹۷ قانون مدنی این اصل را استخراج کرد که در تعریف عقد می‌گوید: (۱)«عقد عبارت از توافق دو اراده است به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازالهٔ حق در حدود قانون.» در این ماده قانونگذار بر آزادی اراده طرفین تاکید دارد که آنها آزادند به ایجاد یا تعدیل یا نقل و یا ازاله حق.

در فقه نیز نظر بسیاری از فقها در مبحث شرط، پیروی از این اصل می‌باشد؛ صاحب مکاسب در بحث شرط می‌فرمایند: مشهور فقها بخاطر نبوی «المومنون عند شروطهم» قائل و به وجوب وفا به شرط هستند (انصاری، ۱۳۷۸، ۶۲).

همچنین به نظر بسیاری از مفسران و فقها آیه اول سوره مائده «یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود» ناظر به هر قراردادی است که عرفاً عقد باشد و با شرع و اخلاق مخالف نباشد و امر زشتی را مباح نکند و اختصاص به عقود معین ندارد. شیخ طبرسی در تفسیر آیه فوق می‌فرمایند: اقوی این است که مراد از اوفو بالعقود هر عقدی است مگر در مواردی که عقد معاونت بر امر قبیح باشد(طبرسی،۱۴۰۸،۲۳۳). برخی دیگر از فقها و مفسران می‌فرمایند: که مراد از عقد در آیه مزبور که همان عهد است، بر همه پیمان‌هایی که خداوند از بندگانش

گرفته منطبق است و لفظ «العقود» در آیه شریفه، جمع محلی به الف و لام است و لذا لفظ عقود در این آیه شامل هر چیزی می‌شود که عقد بر آن صادق است(طباطبایی، ۱۵۸).

در حقوق فرانسه نیز ماده ۱۱۳۴ ق مدنی فرانسه با بیان رساتری این اصل را تایید می کند؛ طبق این ماده «... قراردادهائی که مطابق قانون منعقد شده باشند برای طرفین به منزله قانون هستند»(صفایی، ۱۳۸۴، ۴۷)؛ یعنی همانطوری که قانون دارای حاکمیت و لازم الاجرا است قراردادهای خصوصی ناشی از اراده افراد نیز معتبر و برای طرفین لازم الاجرا می‌باشد.

۳.نتایج اصل آزادی قراردادی

با توجه به اینکه، اصل آزادی قراردادی منبعث از اصل حاکمیت اراده است لذا نتایج حاصل از پذیرش این اصل منطبق است با نتایج حاصل از اصل حاکمیت اراده. البته قلمرو این نتایج محدودتر از نتایج حاصل از اصل حاکمیت اراده است. در مجموع از اصل آزادی قراردادی چنین نتایجی به دست می‌آید:

۱-۳. آزادی در انعقاد یاعدم آن؛ یعنی افراد در بستن یا نبستن قرارداد آزادند و کسی را نمی‌توان به انعقاد قرارداد یا خود داری از آن مجبور کرد(بهرامی احمدی، ۱۳۸۱، ۴۰).

۲-۳. آزادی در انتخاب طرف قرارداد؛ هرکس در انتخاب طرف قرارداد وتعیین مفاد آن آزاد است(همان).

۳-۳. آزادی در تعیین محتویات قرارداد؛ هرکس در تعیین مفاد و محتویات قرارداد آزاد است(همان، ۱۳۹۰، ۷۰).

۴-۳. آزادی در انتخاب شکل قرارداد؛ یعنی طرفین آزادند که قرارداد خود را تحت هر عنوانی که می‌خواهند منعقد کنند و ضرورتی ندارد که در قالب عقود معین باشد(کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱۴۸) به موجب این اصل افراد مکلف نیستند از قالب‌ها و نمونه‌های که قانون در

اختیارشان گذاشته است استفاده کنند یا آنکه توافق‌های خود را به‌صورت مشروط ضمن عقد درآورند.

قانون مدنی آثار و شرایط پاره‌ای از عقود را که اهمیت اقتصادی و اخلاقی ویژه‌ای داشته به تفصیل پیش‌بینی کرده است. به همین مناسبت نیز این گروه را «عقود معین» می‌گویند: مانند عقد بیع و اجاره و صلح و هبه و وکالت و قرض. ولی، باید دانست که پیش بینی این نهادهای حقوقی بدان معنی نیست که اشخاص ناچار باشند یکی از آنها را برای هر پیمان برگزینند و تنها از این راه است که می‌توانند روابط مالی و اخلاقی خویش را تنظیم کنند. از اصل آزادی قراردادی در عقود معین نیز برای گسترش دادن به حکومت اراده می‌توان سود برد. زیرا، هدف اصلی از به رسمیت شناختن اصل آزادی قراردادی این است که، در موارد اجمال یا سکوت قانون، اراده دو طرف عقد حاکم بر روابط ایشان باشد و از این لحاظ بین عقود معین و سایر قراردادها تفاوتی وجود ندارد.

۳-۵. عقد با تراضی طرفین یا اطراف قرارداد صورت می‌گیرد و هیچ تشریفاتی برای انعقاد آن ضروری نیست و دو طرف آن ناگزیر از بکار بردن واژه‌های معین نیستند. بیان اراده وسیله دست یافتن به خواسته‌های واقعی آنان است و با هر لفظ و حرکت که انجام شود اثر دارد. تشریفات دیگر، مانند حضور شاهد یا تنظیم سند، ضروری نیست و نیروی الزام‌آور عقد به آن ارتباط ندارد(بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ۷۱).

۳-۶. طرفین ملزم به رعایت مفاد قرارداد اند. بایستی پیمان خویش را محترم دارند و تعهد ناشی از آن را اجرا کنند دادگاه نیز حق تغییر مفاد آن را به استناد رعایت عدل و انصاف ندارد(همان).

۳-۷. اثر عقد نسبی است و محدود به کسانی است که آن را منعقد کرده اند و جز در موارد استثنایی تحمیل اراده بر دیگری میسر نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱۴۷). آزادی هر

شخص تا جایی محترم است که به آزادی دیگران خللی وارد نکند و علی الاصول کسی نمی‌تواند تعهدی بر دیگری تحمیل کند یا به سود او حقی بوجود آورد.

٤.عوامل محدود کننده اصل آزادی قراردادی

اصل آزادی قراردادی نیز از اصول مطلق حقوقی نیست. بلکه بنا به دلایل مختلف، دارای قیودی است. یعنی اختیار و آزادی متعاقدین در انعقاد قرارداد بطور مطلق نیست بلکه در برخی موارد محدود می‌شود. از آنجایی‌که مبنای پذیرش اصل آزادی قراردادی، کارکرد مفید اجتماعی آن است(بند ۲، ماده ۵۰۲ ق.م.)، بنابراین چنانچه در مواردی نتوان از این وسیله به عنوان ابزار مفید اجتماعی بهره جست و اصل مزبور فاقد کارایی اجتماعی مطلوب شود، باید آن را محدود ساخت. به طور کلی این امر در جایی اتفاق می‌افتد که اصل انعقاد یا مفاد قرارداد با قوانین امری، حسن نیت، نظم عمومی جامعه و آداب عمومی(اخلاق حسنه) در تضاد باشد. از آنجایی‌که بنای ما بررسی این محدودیت‌ها از نگاه اصول حقوق اروپایی و حقوق افغانستان است، ابتدا دو موردی را که به عنوان استثنائات اصل آزادی قراردادی در هردو نظام آمده است ذکر نموده و سپس به بقیه موارد که تنها در حقوق افغانستان است می‌پردازیم. در ذیل بند نخست ماده دوم اصول اروپایی دو مورد به عنوان استثنائات این قاعده آورده شده است: ۱ـ مخالفت با حسن نیت؛ ۲- مخالفت با قوانین امری. اما در قانون مدنی افغانستان مواردی بیشتری آمده است که در ذیل بررسی می‌شود.

٤-١.مخالفت با حسن نیت یا رفتار منصفانه

یکی از مواردی که اصل آزادی قراردادی را محدود می‌کند، مخالفت این اصل با اصل حسن نیت است که اگر اصل آزادی قراردادی با اصل حسن نیت در تضاد قرار بگیرد حسن نیت مقدم می‌شود؛ یعنی را بطه آنها رابطه حاکم و محکوم است و اصل حسن نیت بر تمامی اصول دیگر از جمله بر اصل آزادی قراردادی حاکم است.

واژه حسن نیت (Good faith, Good will در انگلیسی یا Bonne foi, LaLoyyaute در زبان فرانسوی) ریشه در «Bona fids» در زبان لاتین دارد(واثقی و کوزه‌گر، ۱۳۹۳، ۲۱)، این کلمه ترکیبی «حسن نیت» معمولا در کنار کلمه ترکیبی «رفتار منصفانه» باهم به‌کار می‌رود، در (ابراهیمی، ۱۳۸۸، ۶۳) که در اصول حقوق اروپایی نیز چنین است و دلیل آن جمع کردن بین نظام های «سیویل لا» و «کامن لا» می‌باشد؛ زیرا طرف داران حقوق کامن لا معتقدند که اصل حسن نیت در قراردادها یک تعریف مشخص ندارد و باعث تفسیرهای متفاوت می‌شود لذا به‌جای آن از مفهوم رفتار منصفانه استفاده می‌کنند. این مفهوم از لحاظ لغوی به معنای «نیک بودن نیت» و «نیت خوب داشتن» است که در مقابل آن «سوء نیت» می‌باشد(معین، ۱۴۰۹ق، ۱۳۵۵)، اما از لحاظ اصطلاحی تعریف‌های گوناگونی برای این مفوم ارائه شده است. در فرهنگ حقوقی بلک در تعریف حسن نیت آمده: «یک حالت ذهنی مبتنی بر : ۱) صداقت در عقیده یا هدف، ۲) پایبندی به تعهد و التزام در مقابل دیگری، ۳) رعایت استانداردهای تجاری متعارف رفتار منصفانه، در یک تجارت یا کسب و پیشه معین، یا ۴) فقدان قصد تقلب و تدلیس یا تحصیل امتیاز برخلاف وجدان»(Bryan A. 2004, 713) مطابق تعریف دایرۀ المعارف فرانسوی دالوز، «حسن نیت معادل حقوقی حسن اراده اخلاقی است. حقوق با توجه به این حسن اراده (و نه فقط حسن قصد) برای آن در اعمال روابط حقوقی ارزش قایل شده و آثار و امتیازاتی به آن اعطا می‌کند که غالبا در مفهوم متضاد خود برای جریان انداختن ضمانت اجرای سوءنیت، به‌ویژه تدلیس یا تقلب، متبلور می‌شود» (امینی وسیفی زیناب، ۱۳۷۵). در مجموع می‌توان از حسن نیت چنین تعریفی ارائه داد «حسن نیت یعنی فقدان قصد ناشایست و نا درست در مرحله ذهنی و رفتار صادقانه، عادلانه، عاقلانه، منصفانه، درستکاری، امانت، اعتماد و همکاری بایکدیگر در هنگام ایجاد و اجرای قرارداد». چنین انتظاری هریک از طرفین را ملزم می‌کند که در مذاکرات مقدماتی قراردادی و در زمان انعقاد قرارداد با انصاف و صادق باشد و بعد از وقوع قرارداد نیز در تفسیر و اجرای قرارداد و نیز در اعمال حقوق خود صادقانه و منصفانه عمل کند.

این اصل هم در اصول حقوق قراردادهای اروپایی و هم در حقوق افغانستان از موارد محدود کننده اصل آزادی قراردادی شمرده شده است. این مطلب از مفهوم مخالف قسمت اول ماده ۶۹۷ قانون مدنی استفاده می‌شود. در این ماد آمده است: «عقد برآنچه که شامل آن بوده و حسن نیت مقتضی آن باشد، نافذ می‌گردد.» که مفهوم مخالف آن این می‌شود که اگر حسن نیت مقتضی آن نباشد نافذ نمی‌گردد. در ماده ۱:۲۰۱ اصول حقوق قراردادهای اروپایی از این اصل به صراحت یاد شده است. در این ماده چنین آمده است: «حسن نیت و رفتار منصفانه (۱). هریک از طرفین باید مطابق با حسن نیت و رفتار منصفانه عمل نماید. (۲). طرفین نباید این تکلیف را مستثنی یا محدود کنند.» چنانکه در این ماده دیده می‌شود، مطابق بند ۱ آن، در قراردادهای اروپایی لازم و ضروری است که طرفین قرارداد مطابق حسن نیت و رفتار منصفانه عمل کنند و اگر خلاف آن عمل کنند قراردادشان باطل خواهد بود. طبق مفاد بند۲ همین ماده، اصل حسن نیت برتمامی اصول دیگر از جمله اصل آزادی قراردادی مقدم است. مصادیق خاصی از این اصل در اصول اروپایی آورده شده است؛ از جمله وظیفهٔ طرف قرارداد که به بهانه انعقاد مذاکرات مقدماتی انجام ندهد و اطلاعاتی از طرف دیگر کسب نکند در حالی که می‌داند درواقع هیچ تصمیم و اراده‌ای به بستن قرارداد ندارد(ماده ۲:۳۰۱) و یا وظیفه افشا نکردن اطلاعاتی که از طرف مقابل در مذاکرات مقدماتی بدست می‌آورد(ماده ۲:۳۰۲).

٤-۲.مخالفت با قوانین(امری)

یکی از چیزهایی‌که اصل آزادی در قراردادها را محدود می‌کند قوانین یا قواعد آمره است، قانونگذار این حق را برای خود محفوظ داشته که شرایطی برای قرارداد در نظر بگیرد و تخلف از آنها را جایز نشمرد، اصول حقوق قراردادهای اروپایی نیز به این امر به صراحت پرداخته و در بند۱ ماده ۱:۱۰۲ این اصول چنین مقرر نموده است: (۱)«طرفین در انعقاد قرارداد و در تعیین محتویات آن آزاد هستند به شرط رعایت حسن نیت و رفتار منصفانه و رعایت قوانین امری که در این اصول مقرر شده است.» قانون‌گذارما هم در ماده‌های ۴۹۳ و ۴۹۷

قانون مدنی، ضمن تأیید اصل آزادی قراردادی، نفوذ قرارداد و ایجاد اثر حقوقی معین را موکول به مطابق بودن آن با قانون کرده است و حکومت قانون را برتر از تراضی اشخاص می‌داند و حاکمیت اراده را به طور مطلق نمی‌داند و در ماده ۴۹۳ چنین آورده است: «تصرف حقوقی عبارت از تصرف قولی ایست که از اراده قاطع شخص برای ایجاد اثر حقوقی معین مطابق به احکام قانون به وجود آمده باشد.» و در بند ۱ ماده ۴۹۷ آورده (۱)«عقد عبارت از توافق دو اراده است به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون.» قانون مدنی شرایط درستی قراردادها را به طور کلی معین می‌کند که باید در چارچوب قانون باشد و در هر یک از عقود معین نیز شرایط خاصی بر آن می‌افزاید. اما مشکل آنجاست که گاهی هدف از وضع قانون ایجاد قاعده تخلف ناپذیر نیست؛ به تعبیر دیگر قانون امری است. در بعضی موارد نیز قانون‌گذار نظر ارشادی دارد و طرفین می‌توانند برخلاف قانون تراضی کنند؛ به عبارت دیگر قانون تکمیلی است(کاتوزیان،۱۳۷۴، ۱۴۹) تمیز قوانین امری از تکمیلی دشوار است ولی می‌توان گفت غالب مقرراتی که شرایط اساسی صحت معاملات را بیان می‌کند امری است. مثلاً شرایط مربوط به اهلیت طرفین و اشتباه و اکراه، مجاز نبودن تقلب و تهدید و چگونگی توافق قصد و رضا، به منظور حفظ آزادی اراده و تأمین رضای واقعی دو طرف وضع شده است و کمتر می‌توان در امری بودن آنها تردید کرد(مواد ۵۰۵، ۵۴۵، ۵۵۱، ۵۵۴، ۵۶۲ ق.م و ماده PECL ۴:۱۱۸). در مورد آثار قرارداد باید قواعد مربوط به معاملات و امور مالی را از مقررات ناظر به احوال شخصی جدا کرد. در دسته اول، قانون‌گذار برای اشخاص آزادی کامل قائل شده و به ندرت قواعد مالی را امری ساخته است. برعکس قواعد مربوط به احوال شخصی اصولاً امری است و تخلف از آن فقط در صورتی امکان دارد که در قانون پیش‌بینی شده باشد(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۴۸).

قرارداد در مورد بعضی از اشیاء را قانون به صراحت منع کرده است، در چنین مواردی اصل آزادی قرادادی به صورت قطعی محدود می‌شود. قانون مدنی در ماده ۴۷۵ چنین مقرر می‌دارد:«اشیایی که به حکم قانون مورد داد و ستد قرار گرفته نمی‌تواند عبارت از اشیایی

است که حقوق مالی بر آن قانونا مترتب شده نمی‌تواند». اینگونه اشیاء گاهی قانونگذار خرید و فروش آنها را جرم دانسته است؛ مانند خرید و فروش و همین‌طور کشت، حفظ و نگهداری، حمل و نقل مواد مخدر و مشروبات الکلی(ماده ۳ قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر و کنترل آن مصوب۱۳۸۸/۹/۳ه.ش.) گاهی نظر به غرضی که به کاربرد آن شئ تعلق گرفته است کسی حق استفاده از آزادی قراردادی را در آن ندارد؛ مانند اموال عمومی و اموال موقوفه (مواد ۴۸۲ و ۳۴۳ ق.م.) چون غرض در اموال عمومی استفاده عموم از آن بوده و غرض در اموال موقوفه نیز استفاده موقوف علیهم است.

در حقیقت می‌توان گفت که اراده انسان تا آنجا آزاد نیست که به تنهایی در تمامی اعمال حقوقی نافذ باشد، این نفوذ و اعتبارش تا جایی است که قانون آن‌را معتبر دانسته است و این قانون است که قرارداد را معتبر و محترم می‌شمارد (شهیدی، ۱۳۹۲، ۵۷). بنا بر این در جایی‌که قانون آزادی اراده انسان را محدود کرده باشد کسی نمی‌توان خلاف آن عمل نماید.

٤-۳.مخالفت با نظم عمومی (نظام عامه)

یکی دیگر از مواردی که اصل آزادی قراردادی را محدود می‌کند، نظم عمومی یا به تعبیر قانون مدنی «نظام عامه» می‌باشد. اصطلاح نظام عامه در حقوق افغانستان به طور کلی و در قانون مدنی ما به‌طور خاص زیاد به کار برده شده است؛ از جمله در مواد ۱۰، ۳۵، ۴۳۶، ۴۳۷، ۵۰۲، ۵۹۰، ۵۹۲، ۵۹۸، ۱۳۱۰ و ۱۴۸۲ قانون مدنی.(رسولی، ۱۳۹۱، ۱۲۶). به عنوان نمونه در ماده ۵۹۰ می‌خوانیم: «هرگاه موضوع وجیبه مخالف نظام و آداب عامه باشد، باطل پنداشته می‌شود.» بنابراین طرفین قرارداد نمی‌توانند عقدی را منعقد کنند که مخالف نظم عمومی باشد.

مفهوم نظم عمومی یک مفهوم مطلق نیست، نسبی است. ممکن است در نظام‌های حقوقی مختلف محور این مفهوم متفاوت بوده و مقررات مربوط بدان برحسب زمان‌ها و مکان‌های

مختلف و ساختارهای فکری و سیاسی گوناگون متغیر باشد(رفیعی مقدم، ۱۳۹۰، ۵۵-۵۶). به همین جهت در تعریف نظم عمومی کلمات مختلفی گفته اند اما در همه این تعاریف، ارتباط مستقیم نظم عمومی با منافع و مصالح عالی جامعه ملحوظ است.

دولت باید در انجام وظایف خود از قواعد خاصی پیروی و نظمی را رعایت کند، مانند نظم در اساس سیاست، نظم در امور اداری و مالی، نظم در خانواده، نظم در زندگی اقتصادی، نظم شغلی و غیره.... پس، وقتی می‌گویند قاعده‌ای مربوط به نظم عمومی است، مقصود این است که آن قاعده در شمار اصولی است که مسیر حرکت دولت را در این راه تعیین می‌کند(کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج۱، ۱۵۹). طبیعی است که در جامعه‌ای منظم اشخاص نباید توانایی آن را داشته باشند که با تراضی خود، به طور مستقیم یا غیر مستقیم، این نظم را بر هم زنند. بنابراین، در بیان یکی از مهمترین اوصاف نظم عمومی، می‌توان گفت، نظامی است که رعایت آن به پیروی همگان وابسته است.

اعتبار نظم عمومی در تمام مواردی که به آن استناد می‌شود یکسان نیست. در حقوق مدنی، همه قوانین امری در زمره قواعد مربوط به نظم عمومی است. ولی، هنگامی که در مبحث «عدم تأثیر قوانین نسبت به گذشته» یا حقوق بین الملل خصوصی سخن از قوانین مربوط به نظم عمومی به میان می‌آید، مفهوم خاص و ممتازی از آن مورد گفتگو است؛ مثلا در بحث عدم تاثیر قوانین نسبت به گذشته، برای حفظ امنیت قراردادی و جلوگیری از اختلال در روابط تجارتی، قاعده این است که قانون جدید بر آثار قراردادهایی که در زمان حکومت قانون سابق به وجود آمده است حکومت نکند و این آثار همچنان تابع قانون پیشین بماند .ولی، جایی که حکومت قانون جدید چنان با مصالح عالی مردم بستگی دارد که می‌توان گفت، اراده قانونگذار بر این قرار گرفته است که همه تابع یک قانون باشند و دوگانگی از بین برود، قانون جدید حتی بر آثار قراردادهای گذشته نیز حکمروایی می‌کند و فوری اجرا می‌شود. در این مورد، مقصود اجرای فوری تمام قوانین امری نیست، بلکه باید قانون جدید بستگی بیشتری با منافع عمومی داشته باشد و جلوگیری از اجرای آن باعث اختلال شدید در

سیاست عمومی دولت شود، و همین درجه وابستگی به منافع عمومی را بسیاری از نویسندگان مفهوم خاصی از نظم عمومی در تعارض قوانین در زمان دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج۱، ۱۶۰). همچنین، در حقوق بین الملل خصوصی، گاه اجازه داده می‌شود که خارجیان مقیم افغانستان تابع قانون کشور متبوع‌شان باشند؛ مانند مواد ۱۷، ۱۹، ۲۰، ۲۲، ۲۳، ۲۴ و ۲۵ قانون مدنی. ولی، در همین موارد نیز، اگر اجرای قانون خارجی با نظم عمومی ما مخالف باشد، محکمه آن‌را رعایت نمی‌کند(ماده ۳۵ قانون مدنی): یعنی نظم عمومی مانع از اجرای قانونی می‌شود که مطابق راه حل عادی رفع تعارض قوانین قابل اعمال بوده است.

هرچند مطابق ماده‌های ۱۹ و ۲۰ قانون مدنی اتباع خارجی در افغانستان، از حیث مسائل مربوط به شرایط موضوعی صحت ازدواج و آثار مترتبه بر ازدواج تابع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود. با وجود این، اگر مردی با زن سابق پسر خود ازدواج کند و در محاکم افغانستان صحت و بطلان این نکاح مطرح شود، هیچ محکمه‌ی نمی‌تواند آن دو را زن و شوهر بشناسد، هر چند که بر طبق قوانین ملی آنان نیز نکاح نافذ باشد، زیرا شناسایی آن با نظم امور خانواده در افغانستان منافات دارد.

با اینکه قوانین مربوط به احوال شخصیه و یا عدم تاثیر قوانین نسبت به گذشته ازنوع قوانین امری است و در حقوق مدنی، تمام قوانین امری جزو قواعد مربوط به نظم عمومی بوده و اجرای آن برای تمام افراد جامعه اجباری است(رسولی، ۱۳۹۱، ۱۲۸). اما نظم عمومی در این باره چهره خاصی را داراست که در اثر مخالفت با قوانین امری بر هم نمی‌خورد. بلکه بر دیگر موارد حاکم می‌شود. با وجود این، نباید تصور کرد که نظم عمومی دارای مفاهیم و مبانی گوناگون است، زیرا در تمام مواردی که به نظم عمومی استناد می‌شود، مقصود این است که چون اجرای قاعده‌ای با مصالح عالی دولت و منافع جامعه ملازمه دارد، بر قراردادها حکومت می کند. منتها، مصالحی که ممکن است قانونی را به صورت امری در آورد و از حکومت اراده اشخاص بکاهد، با مصالحی که در تعارض قوانین مانع از اجرای قانون سابق

یا قانون خارجی می‌گردد. یکسان نیست و به همین جهت می‌توان گفت: نظم عمومی در همه جا یک مفهوم است که درجه‌های گوناگون دارد(رسولی،همان، ۱۳۰).

٤-٤. مخالفت باآداب عامه

یکی دیگر از عوامل محدود کننده اصل آزادی قراردادی «آداب عامه» می‌باشد. عبارت آداب عامه در مواد ۳۵، ۴۰۴، ۴۳۶، ۴۳۷، ۵۰۲، ۵۹۰، ۵۹۲، ۵۹۸ و ۱۵۳۶ قانون مدنی افغانستان آورده شده که در ماده ۹۵۷ قانون مدنی ایران به جای آن عبارت «اخلاق حسنه» آمده است. اما در اصول حقوق قراردادهای اروپایی چیزی بدین نام وجود ندارد. در تعریف آداب عامه گفته شده که: «آداب در یک ملت و گروه معین، مجموعه قواعدی است که مردم، بر اساس اصول اخلاقی حاکم بر روابط اجتماعی، خود را به تبعیت از آن ملزم می‌دانند»(رسولی،همان، ۱۶۳). این آداب از عقاید موروثی موروثی پیشینیان، عادات ریشه‌دار و آنچه عرف بر آن جاری است و مردم در مقابل آن سر فرود می‌آورند ناشی شده است(السنهوری، بی‌تا، ۵۲۹). در آداب عامه عوامل مختلفی نظیر عادات، عرف، دین، سنن، معیارهای عقلی حسن و قبح تاثیر گذار است که تمامی این عوامل مشترکا آداب را می‌سازند، که مردم در برابر آن سر فرود می‌آورند، حتا اگر قانون به آن امر نکند(السنهوری، ۲۰۰۱م، ص۵۹).

آداب و نظام عمومی در بیشتر مواد قانون مدنی به دنبال هم ذکر شده اند اما در برخی از مواد تنها یکی از آنها آمده است، این امر گاهی به ذهن انسان این را تلقی می‌کند که ممکن است آداب و نظام عامه دولفظ مترادف باشند، اما حقیقت این است که این دوتا از الفاظ مترادف نیستند بلکه میان آنها عموم و خصوص مطلق است(احمد السنهوری، بی‌تا، ۴۹۴). به این بیان که هرچیزی مخالف آداب عمومی باشد مخالف نظم عمومی نیز می‌باشد؛ زیرا هرچیزی که به وجدان عمومی لطمه وارد کند قطعا نظم عمومی را نیز برهم می‌زند، اما از آنجایی‌که نظم عمومی عام است و غیر از آداب عمومی شامل موارد دیگر نیز می‌شود،

ممکن است مواردی یافت شود که با نظم عمومی منافات داشته باشد اما مخالف آداب عامه نباشد(رسولی، ۱۳۹۱، ۱۶۵). معمولا آداب عامه را با دو معیار نوعی بودن و نسبی بودن می‌شناسند؛ معیار نوعی یعنی اینکه نوع مردم در مقابل آن واکنش نشان می‌دهند و معیار نسبی یعنی اینکه آداب عامه نسبت به زمان‌های مختلف و مکان‌های متفاوت فرق می‌کند، ممکن است یک چیز در یک زمان از امور خلاف آداب عامه بوده اما در زمان دیگر از امور موافق با آداب عامه. یا یک امر در یک کشور خلاف آداب عامه آنها و در کشور دیگر از آداب عامه شناخته شود مانند مساله حجاب در کشورهای غربی و اسلامی، یا مساله تعدد زوجات(همان، ۱۶۴).

پس طرفین قرارداد در قرارداشان تاجایی آزادند که مخالف آداب عامه باشد، اما در جایی که مخالف آداب عامه بود به بطلان آن قرارداد حکم می‌شود. به عنوان مثال هرنوع قرارداد در مورد قمار از قبیل ساختن وسایل قماربازی، تهیه و تامین آلات و ادوات قمار، منزل و جایگاه برای آن در افغانستان، به دلیل مخالفت آن با آداب عامه غیر مشروع بوده و نمی‌تواند محل و موضوع تعهد قرار بگیرد.

۵. نتیجه گیری

در برایند این تحقیق به‌طور خلاصه می‌توان گفت که اصل آزادی قراردادی در اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL) و در حقوق افغانستان، یکی از اصول بسیار مهم در قراردادها می‌باشد که مبنای این اصل، اصل حاکمیت اراده و مفیدیت کارکرد اجتماعی و اقتصادی آن است. با وجود این اصل طرفین قرارداد در ایجاد و عدم ایجاد قرارداد، در انتخاب طرف قرارداد، در انتخاب نوع قرارداد و در انتخاب شکلیات قرارداد آزاد خواهند بود. اگر در جایی این اصل برای جامعه مفید نباشد، یا مخالف با قانون، نظام عامه، آداب عامه و حسن نیت باشد محدود شده و طرفین آن آزادی خویش را از دست می‌دهد.

منابع

قرآن کریم.

۱. ابراهیمی یحیی، مجله حقوق بین المللی، نشریه مرکز امور حقوق بین المللی ریاست جمهوری، سال بیست و ششم، شماره، ۴۱، ۱۳۸۸.

۲. السنهوری، عبدالرزاق، احمد، نظریةالعقد، بیروت، دار إحیاءالتراث العربی، بی‌تا.

۳. السنهوری، عبدالرزاق، احمد، مصادرالحق فی الفقه الاسلامی، بیروت، دار إحیاءالتراث العربی، ۲۰۰۱م.، چ۱، ج۳.

۴. امینی، منصور و سیفی زیناب، غلامعلی(مترجمان)، «حسن نیت»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۰ دوره جدید، ۱۳۷۵.

۵. بهرامی احمدی، حمید، کلیات عقود و قراردادها: حقوق مدنی ۳، تهران، نشر میزان، چ۱، ۱۳۸۱.

۶. ۴- بهرامی احمدی، حمید، حقوق تعهدات و قراردادها(با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی، و نظام‌های حقوقی)، تهران، دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۰.

۷. حبیبی درگاه، بهنام، ترجمه اصول حقوقی قراردادهای اروپایی(Principles of European Contract Law)، تهران، مجد، ۱۳۸۹.

۸. حیاتی، عباس علی، حقوق مدنی(۳): قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.

۹. رسولی، عبدالحسین، قواعد عمومی قراردادها، کابل، انتشارات امیری، چ۲، ۱۳۹۱.

۱۰. رفیعی مقدم، علی، اصل رضایی بودن اعمال حقوقی، تهران، دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۰.

۱۱. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات (حقوق مدنی جلد اول)، تهران، مجد، چ۹، ۱۳۹۲.

۱۲. قانون مدنی افغانستان مصوب ۱۳۵۵.

۱۳. قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر و کنترل آن مصوب۱۳۸۸/۹/۳ه.ش.

۱۴. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، تهران، ناشر: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چ۶، ۱۳۸۳، ج۱.

۱۵. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴، ج۱.

۱۶. کاتوزیان، ناصر؛ اعمال حقوقی،تهران،سهامی انتشار،۱۳۸۵،چ یازدهم،ص۴۸

۱۷. معین، محمد، فرهنگ معین، بی‌نا، نشر مدرسی دارالهجره، ۱۴۰۹ ق، چ۱.

۱۸. واثقی، محسن و کوزه‌گر، حسن، حسن نیت در تفسیر معاهدات بین المللی. تهران، مجد، ۱۳۹۳.

۱۹. Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 8th edition (2004), Thompson publication, USA, p. 713.

۲۰. Lexique des termes juridiques, 17 ed, Dalloz Paris, 2010.