

## ساماندهی نظریه عدالت قراردادی در حقوق فرانسه، انگلیس و فقه و حقوق ایران

سیامک رهپیک \*

نادر صحرایی موانه \*\*

تاریخ دریافت: ۹۷/۰۹/۱۰ - تاریخ تأیید: ۹۷/۱۱/۱۰

DOI: 10.22096/law.2018.99003.1364

### چکیده

عدالت در یک کلام قرار دادن هر چیز در جای خود برای اعطای حق هر صاحب حقی است. این تعریف علاوه بر اینکه نگرش قانونگذار به قرار دادن هر چیز در جای خود را نشان می‌دهد (در حوزه تقنین)، به رویکرد قوانین و محاکم قضایی نیز برای دادن حق هر صاحب حقی دلالت دارد (در حوزه اجرا). از این نظر، عدالت قراردادی نیز ترکیب همین دو قسم از عدالت خواهد بود که به جمع بین مصالح فردی و جمعی و مصالح خصوصی و عمومی می‌انجامد و زمینه تحقق نظم و امنیت قراردادی برای وصول به عدالت را فراهم می‌کند. در حقوق فرانسه جمع بین عدالت و امنیت از طریق منع سوءاستفاده از حق، موجب تحقق عدالت قراردادی و عامل اصلاح قانون مدنی شد. در حقوق کامن‌لا نیز الزام به رعایت حسن‌نیت، تعهد به افشای اطلاعات، رعایت قواعد انصاف و منع از شروط تحمیلی در راستای تحقق عدالت قراردادی، بیشترین تأثیر را در وضع یا اصلاح مقررات داشته است. (MohdFaiz & Razaneh, 2012:13/21) معیار تحقق عدالت قراردادی در فقه اسلامی و حقوق ایران از مجرای قاعده لاضرر و به عقیده برخی قاعده تغلیب می‌گذرد و در هر موردی که مفاد توافق طرفین این قواعد را نقض کند، در سطح عمومی و نسبت به مصالح جمعی قاعده لاضرر، قاعده تغلیب و نظریه حکم در برابر حق، توافق طرفین را ساماندهی خواهد کرد و چنانچه توافق طرفین موجب ورود ضرر غیرمتعارفی به یک طرف قرارداد شود که ناشی از قدرت برتر طرف مقابل او باشد، قاعده لاضرر مانع اضرار و سامان بخش عدالت قراردادی خواهد بود.

**واژگان کلیدی:** عدالت توزیعی؛ عدالت معاوضی؛ تغلیب؛ لاضرر؛ مصلحت عمومی؛ تعدیل قراردادی؛ امنیت قراردادی.

\* استاد گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

Email: srahpeik@gmail.com

\*\* دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران. «نویسنده مسئول»

Email: nsahraei@alumni.ut.ac.ir



## مقدمه

اصل ثبات و امنیت قراردادها یکی از اصول شناخته شده در بین عالمان حقوق و نزد قانونگذاران است. در این زمینه قاعده پذیرفته شده در حقوق کامن لا و حقوق فرانسه این است که قرارداد بر مبنای حاکمیت اراده طرفین آن شکل گرفته و یکی از نتایج آن تابعیت قرارداد از قصد مشترک متعاملین است که به موجب آن مفاد عقد به عنوان قانون خصوصی آنان باید محترم و الزام آور باشد؛ به این معنا که نه تنها یکی از طرفین نمی تواند آنچه را که حاصل قصد مشترک است به تنهایی تغییر دهد، دادرس نیز حق تعدیل قرارداد را ندارد و نمی تواند به نام انصاف یا رویدادهای پیش بینی نشده، مفاد قرارداد را تعدیل کند؛ چراکه آنچه دادگاه خود منصفانه می داند ممکن است خلاف عدالت قراردادی و همچنین خواست مشترک دو طرف باشد.

از طرف دیگر، در مواردی ممکن است قرارداد به طرز آشکاری غیر عادلانه و غیر منصفانه باشد. این غیر منصفانه بودن حسب مورد در حقوق فرانسه به دلیل سوء استفاده از موقعیت طرف ضعیف قرارداد و در حقوق کامن لا تحمیل شروط قراردادی یا عدم کارایی اقتصادی قرارداد باشد. این بحث تحت عنوان شروط غیر منصفانه یا شروط تحمیلی در حقوق ما مورد بحث و بررسی قرار گرفته، اما نظریه جامعی در این زمینه ساماندهی نشده است. ما در اینجا موضوع را تحت عنوان نظریه عدالت قراردادی بررسی می کنیم.

درباره عدالت قراردادی یک ضرب المثل قدیمی در حقوق رم می گوید: «Qui dit contractuel, dit just!»؛ یعنی: هر کس از امری قراردادی (توافق شده) سخن بگوید از امری عادلانه سخن گفته است.»

با این حال با توجه به وضعیت اقتصادی و روند رو به رشد صنایع، نابرابری متعاقبین افزایش یافته است. دیگر نمی توان گفت هر چه قرارداد می گوید عادلانه است. به همین دلیل، قانونگذاران به ویژه در کشورهای عضو نظام حقوق کامن لا، برای رفع بی عدالتی قوانین خاص مربوط به نظم عمومی را مانند قوانین مربوط به حمایت از کارگران و مصرف کنندگان وضع کرده اند یا شروط خاصی را در قراردادها جاری دانسته اند، حتی اگر نسبت به آن توافقی صورت نگرفته باشد.

پس قانونگذاران با تمسک به عدالت قراردادی ممکن است در قراردادهای خصوصی طرفین دخالت کنند. در قانون مدنی ایران اصول راجع به آزادی قراردادی و اصل صحت عقود مرتبط با ثبات و امنیت قراردادی است، اما اصول خاصی به طور صریح در زمینه عدالت قراردادی مقرر نشده

ساماندهی نظریه عدالت قراردادی در حقوق فرانسه، انگلیس و فقه و حقوق ایران / رهبیک و صحرایی ۲۲۱

است مگر در قالب مصداق‌ها و موارد خاص؛ همین‌طور است در تعدیل قراردادهای توسط قضات. در این پژوهش، هدف ارائه یک نظریه در خصوص حدود و ثغور عدالت قراردادی است. عدالت و انصاف در قراردادهای نباید با دید شخصی و به دلخواه قضات اعمال شود؛ از طرف دیگر باید راهکاری ارائه شود تا بین اصل امنیت قراردادی با عدالت قراردادی جمع شود.

برای تبیین نظریه عدالت قراردادی لازم است ابتدا مفهوم عدالت روشن شود (مبحث نخست) و سپس با تفکیکی که در دو نوع عدالت توزیعی و معاوضی صورت می‌گیرد نظریه مذکور ساماندهی شده (مبحث دوم) و حاصل آن در مفاد قراردادهای تحلیل شود.

### مبحث نخست - مفهوم عدالت و انواع آن

روشن شدن مفهوم عدالت قراردادی نیاز به تبیین مفهوم عدالت دارد تا ضمن عرضه تعریف عدالت و انواع آن، زوایای موضوع نیز روشن شود و به روشن نمودن مفهوم عدالت قراردادی نیز بینجامد.

#### بند نخست - مفهوم عدالت به طور کلی

عدالت یکی از مفاهیم سهل‌ممتنع است که در تعریف، گسترده‌ترین مفاهیم و در عمل مضیق‌ترین امور است. در علم اخلاق عدالت را فضیلتی می‌دانند که از هر فضیلتی بالاتر است. برخی معتقدند مفاهیم کلی مثل حُسن و قُبْح عقلی و عدل الهی، حُسن نیکی و قُبْح بدی یا حُسن راستی و قُبْح دروغ با فطرت و سرشت پاک انسان سازگار و منطبق است؛ به این معنا که چون عقل بشر این موضوعات را مستقلاً درک می‌کند و فطرت او صحت آن را مشاهده می‌کند، بنابراین اصول اخلاقی نیز از این رهگذر ادراک می‌شوند.<sup>۱</sup> متکلمین، عدالت را در موضوع عدل خدا و حُسن و قُبْح عقلی جستجو می‌کنند. متکلمان اسلامی<sup>۲</sup> خداوند را عین عدل می‌دانند که به حکم این عدل

۱. درباره ملاک و مناط احکام عقلی نظریات گوناگونی مطرح شده است. برخی آن را رعایت اغراض و مصالح می‌دانند و عده‌ای کمال و نقص نفسانی را، داعی و ملاک حکم عقل به حُسن و قُبْح افعال دانسته‌اند و ...؛ لکن نظریه‌ای که ما برگزیده‌ایم این است که این مفاهیم کلی با فطرت و سرشت پاک و طبیعت علوی و ملکوتی انسان هماهنگ است؛ یعنی عقل به باطن و عمق جان انسان نظر می‌افکند و در آئینه دورنمایی از عالم ملکوت را مشاهده می‌کند و اصول اخلاقی را از این رهگذر ادراک می‌نماید. (ربانی گلپایگانی، ۱۳۹۰: ۱۱)

۲. متکلمان اسلامی در طرح مسئله پیشگام نبوده‌اند، بلکه مسئله تحسین و تقبیح عقلی پیش از آنان در فلسفه یونان باستان مطرح بوده است؛ زیرا استادان فلسفه یونان، مانند ارسطو، فلسفه را به دو شاخه نظری و عملی تقسیم می‌کردند و در بخش دوم پیرامون سه موضوع زیر بحث و گفتگو می‌نمودند:

ذاتی، کار عبث انجام نمی‌دهد و چون کار بیهوده انجام نمی‌دهد با بندگان خود به دور از ظلم و ستم رفتار می‌کند. بنابراین چون انجام کار عبث خروج از حدود عدل و داد و عین ظلم و قبیح است، قابل انتساب به ذات باری تعالی نیست. عدالت در فلسفه بیشترین مناقشه و اختلاف را ایجاد کرده است. منظور از عدالت فلسفی عدالت مطابق با درک عقل از مفهوم آن است و نظیر حقوق طبیعی عقلانی است و ویژگی طبیعت گرایانه دارد.<sup>۱</sup>

افلاطون از اولین و بزرگترین فلاسفه جهان معتقد است، عدالت آرمانی است که فقط تربیت یافتگان دامان فلسفه (شایستگان) به آن دسترسی دارند و به یاری تجربه و حس نمی‌توان به آن دست یافت.<sup>۲</sup> او عدالت را با توجه به استعدادها مشخص و استحقاق او چنین تعریف می‌کند: «عدالت آن است که هرکس چیزی را به دست آورد که حق اوست و حرفه‌ای داشته باشد که استعداد و شایستگی آن را دارد.»<sup>۳</sup> او پرداختن به کار خود و عدم دخالت در کار دیگران را عین عدالت می‌داند.<sup>۴</sup> ارسطو عدالت را در میانه‌روی و تعادل تفسیر می‌کند و پس از او نیز هرکسی تعریفی از عدالت داشته است.

اما به نظر ما دو تعریف که بعدها مورد استفاده قرار گرفت، جامع‌ترین تعاریف است؛ این دو تعریف عبارت‌اند از:

۱- دادن حق هر کس به او (اعطاء کل ذی حق، حقه)؛

۲- قرار دادن هر چیز در جایگاه خود (یضع الأمور مواضعها).<sup>۵</sup>

---

۱- سیاست مُدُن (آیین کشورداری)؛ ۲- تدبیر منزل (اداره خانواده)؛ ۳- اخلاق (ارزش‌های والای انسانی). هدف از موضوع سوم، تبیین کارهای پسندیده و ارزشمند و کارهای ناپسند و فاقد ارزش بوده است. یگانه محک برای شناخت این‌گونه از افعال انسان، داوری عقل و خرد است که فلان کردار زیبا و پسندیده و آن دیگری زشت و ناپسند است. (ربانی گلیایگانی، ۱۳۹۰: ۱۱).

۱. نک: خدوری، ۱۳۹۴: ۱۲۵.

۲. نک: کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۳۵.

3. BUT now we have to look for justice. Find the other three cardinal virtues first, and then justice will be distinguishable. justice is the virtue of the soul as a whole; of each part never failing to perform its own function and that alone ... To ask, now, whether justice or injustice is the more profitable becomes ridiculous. Here Glaucon and Adeimantus refused to let me go on. (p315)

۴. نک: افلاطون، ۱۳۶۸: ۲۳۶.

۵. امام علی (ع) می‌فرماید: «العدل یضع الأمور مواضعها». یعنی: «عدالت هر چیزی را سر جای خود می‌گذارد.» (نهج البلاغه، حکمت ۴۳۷)

ساماندهی نظریه عدالت قراردادی در حقوق فرانسه، انگلیس و فقه و حقوق ایران / رهپیک و صحرائی ۲۲۳

فیلسوف بزرگ علامه طباطبایی در تفسیر مشهور خود عدالت را دادن حق به صاحب حق و قراردادن آن در موضعی که سزاوار آن است می‌داند.<sup>۱</sup>

اینکه عدالت را قرار دادن هر چیز در جای خود برای اعطای حق هر صاحب حقی تعریف کنیم، امری منطقی و قابل جمع با دیگر مفاهیم مطرح در حوزه اخلاق و کلام و فلسفه است. در عین حال تبیین مفهوم دقیق آن ملازمه با تبیین مفاهیم مرتبط دیگری نظیر حق، آزادی و برابری دارد؛ زیرا عدالت مفهومی قائم به مفاهیم دیگر است. عدالت از این نظر فضیلتی فردی و آرمانی اجتماعی است.

بنابراین ممکن است مثلاً در حقوق، عدالت را رفتار مطابق با قانون بدانند یا در فلسفه سیاسی، توزیع عادلانه نهادها و ساختارهای اجتماعی یا مزایا و فرصت‌ها عدالت خوانده شود. در مباحث کلامی عدالت را فضیلت برتر و یا میانه‌روی دانند. همچنین بسیاری از فیلسوفان آن را رعایت استحقاق‌ها و تناسب میان فرصت‌ها می‌دانند، اما آنچه مسلم است اثر عدالت هم در رابطه فردی و هم اجتماعی باید در نظر گرفته شود. چندان مبالغه نکرده‌ایم اگر بگوییم بازگشت همه این تعاریف از یک منظر به بحث حق و آزادی و برابری است و با تفسیر عدالت به قرار دادن هر چیز در جای خود برای اعطای حق هر صاحب حقی سازگاری دارد. حتی تفسیر دقیق عدالت در سنت هابزی که ارضای امیال طبیعی است<sup>۲</sup> یا در سنت کانتی که فضیلت و خیر خواهی

۱. «و هی اعطاء کل ذی حق من القوی حقه و وضعه فی موضع الذی ینبغی له.» (طباطبایی، ۱۳۷۸/۱:۳۷۱)

۲. لازم به ذکر است، عدالت در سنت هابزی (قرن هفدهم میلادی) به این معناست که هر بحث عدالت باید با پذیرش حقوق طبیعی فرد باشد و به امیال طبیعی بیشتر توجه می‌شود. این طرز فکر و برداشت از مفهوم عدالت می‌تواند با نظریه اصالت فرد و اینکه توزیع عادلانه همان توزیع ناشی از مراودات و معاملات آزاد مردم است، قابل جمع و تطبیق باشد. هابز اعمال ارادی انسان را منبعث از درک و کسب لذات می‌داند و خیر و فضیلت عدالت را ناشی از تأمین حداکثر رفاه و امنیت تلقی می‌کند. این مکتب فکری که طرفدارانی چون بنتام و استوارت میل و هیوم دارد، قائل به مبانی مادی‌گرایانه و پیرو نظریه اصالت فایده و حداکترسازی سود و خرسندی هستند. البته هابز با توجه به گزینه میل به بقاء، مسئله توافق و قرارداد را مطرح می‌کند و معتقد است اجرای توافق و وفای به عهد معنای عدالت را شکل می‌دهد. در سنت هابزی عدالت مفهومی شخصی و مبتنی بر امیال و لذات فرد است و در جامعه‌ای که دولت نداشته باشد اساساً محقق نمی‌شود؛ زیرا تردیدی وجود ندارد که فقدان دولت مقتدر هر شخصی را به سوی تلاش برای افزایش منافع خود سوق می‌دهد. بنابراین عدالت مبتنی بر فایده‌گرایی در صورتی محقق می‌شود که دولت مقتداری باشد تا فرد ناچار از وفای به عهد و پیمان اجتماعی شود. به نظر می‌رسد عدالت را نباید با طبیعت مقایسه کرد و اصولاً نمی‌توان رابطه منطقی و روشنی بین این دو متصور شد.

را ناشی از مداخله عقل و در نتیجه تحقق عدالت می‌داند،<sup>۱</sup> تعریف فوق قابل استنتاج و قابل تسری به آن‌هاست.

در فقه اسلامی شاید اولین فقیه که عدالت را عقلانی می‌داند محقق نراقی باشد.<sup>۲</sup> ایشان معتقد است: «عدالت عبارت از ملکه‌ای است که موجب انقیاد و اطاعت قوه عملی از نیروی عقلی می‌شود، به نحوی که هیچ کاری از آدمی سر نمی‌زند، مگر به فرموده عقل و این در صورتی حاصل می‌آید که ملکه عدالت در وجود آدمیان استوار و مستقر شود، به گونه‌ای که همه حرکات و اعمال انسان، به روش اعتدال و تعادل صورت پذیرد و به همین دلیل عقلانی بودن عدالت موجب تغییر محتوای آن از عصری به عصر دیگر می‌شود.»

از طرف دیگر، عدالت در نزد قدما به معنای حفظ نابرابری‌های طبیعی است؛<sup>۳</sup> یعنی اینکه هر کس (یا هر چیز) سر جای خودش باشد. به همین دلیل برابری و نابرابری طبیعی امری مورد پذیرش بوده است. وقتی درباره نسبت عدالت و برابری بیندیشیم، ناچار به تعریف ارسطو می‌رسیم. بر اساس تعبیر ارسطویی در تصمیمی که حاکم یا قاضی مثلاً برای گرفتن مالیات تصاعدی می‌گیرد و به موجب آن از فرد پردرآمدتر مالیات بیشتر و از فرد کم درآمدتر مالیات کمتر اخذ می‌شود، اگرچه عمل نابرابر است، ولی خود عین برابری است. وقتی ما به دو نفر به حکم انسانیت و بهره‌مندی مساوی آنان از قوه عقلی صرف نظر از هرگونه ملاحظه دیگر، حق بیان بدهیم، باز هم عمل و

---

۱. عدالت در سنت کانتی (قرن هفدهم) معطوف به عقل و اصالت آن است. کانت معتقد است مفاهیمی چون آزادی و عدالت و فضیلت از کنش عقلانی استنتاج می‌شود. پس عدالت عمل بر اساس عقل است و این اصل موجب تبدیل شدن آن به قانونی عام و جهان شمول می‌شود. بنابراین بر خلاف درک عدالت در نظر هابز و هیوم که مبتنی بر دیدگاه اصالت فایده و در ارتباط متقابل و همکاری افراد جهت کسب حداکثر سود و منافع است، کانت عدالت را مفهومی اخلاقی می‌داند نه اقتصادی (فایده‌گرا) و مفهوم اخلاقی عدالت در سنت او تفکری عقلانی است که اصول آن نیازمند یافت شدن است. بنابراین عمل به عدالت ناشی از اصولی است که افراد عقلاً آن‌ها را می‌پذیرند. اندیشمندانی چون اسپینوزا، روسو و هگل نیز قائل به همین دیدگاه‌اند. اسپینوزا معتقد است عدالت مفهومی عقلانی و عمل عادلانه عمل مبتنی بر تعقل و خرد است نه امیال طبیعی انسان. در جدیدترین نظریات مربوط به این عقیده عدالت ناشی از تصمیم‌گیری معقول و منصفانه دانسته شده است که ملاحظه دیگر نظریات طرفداران این عقیده شاید با تلقی مفهوم عدالت توزیعی در توزیع خیر و صلاح عمومی قابل تطبیق باشد.

۲. نک: نراقی، ۱۴۰۸: ۱۴۷.

۳. نک: بجنوردی، ۱۴۱۹: ۵۴/۱.

ساماندهی نظریه عدالت قراردادی در حقوق فرانسه، انگلیس و فقه و حقوق ایران / رهپیک و صحرايي ۲۲۵

تصميم ما عادلانه است.<sup>۱</sup> در اینجا آزادی نیز در مفهوم عدالت وارد می‌شود، درحالی که در دوره قدیم صرفاً بحث برابری و نابرابری در مفهوم عدالت بود، اما اکنون آزادی نیز وارد مفهوم عدالت شده است. آزادی در این مفهوم دربرگیرنده مفاهیم حق، عدالت و برابری است؛ زیرا از یک طرف آزادی خود حقی است اساسی و از طرف دیگر برابری در آزادی خود نوعی از عدالت است.<sup>۲</sup>

به این ترتیب، حلقه اصلی واسط میان عدالت و آزادی، اندیشه برابری است و پاسخ چند موضوع و ابهام، در بحث عدالت روشن می‌شود؛ از یک طرف، اگر پرسیده شود عدالت عقلی است یا غیرعقلی یا به عبارتی مستقل عقلی است یا استلزام عقلی، باید آن را در دسته مستقلات عقلی قرار داد که بدون نیاز به هر امر دیگری قابل تشخیص است و از طرف دیگر اگر پرسیده شود عدالت واقعی است یا عرفی یا شرعی باید عدالت را عرفی دانست؛ زیرا با توجه به مفاهیم قائم آن نظیر حق، آزادی و برابری، محتوای عدالت از عصری به عصر دیگر تحول می‌یابد.

## بند دوم - انواع عدالت

موضوع عدالت به‌رغم انواع و اقسام بسیار گسترده، در قراردادها در دو سطح توزیعی (بند نخست) و معاوضی (بند دوم) قابل تحلیل است که در فرض ما به نظریه عدالت قراردادی منتهی می‌شود.

### الف- مفهوم عدالت توزیعی

درحالی که عدالت توزیعی به‌طور سنتی در توزیع هماهنگ و برابر امکانات و خدمات توسط دولت به و نفع عموم تعریف شده است، اما در تعریف ما عدالت توزیعی در قراردادها در مفهوم نظارت دولت در جهت رعایت حق برابری در آزادی و عدم نقض حقوق طرف ضعیف و عدم سوءاستفاده از موقعیت برتر است. این تعریف از عدالت توزیعی در قراردادها به مباحث جالبی در خصوص فایده اجتماعی قرارداد و آثار آن به‌ویژه در خصوص امنیت حقوقی و اصل همکاری متعاقدين منجر می‌شود.

۱. نک: بشیریه، ۱۳۸۲: ۱۱-۵۶

۲. به‌طور کلی، همان‌طور که دیوید هیوم معتقد است، باید دلیل نابرابری را در چهار عامل خلاصه کرد: ۱- عامل مادی که همان ندرت و کمبود منابع است و موجب عدم تعادل بین میزان تقاضا و منابع موجود است و نهایتاً به نابرابری منتهی می‌شود؛ ۲- عامل روانی که مربوط به حس زیاده‌خواهی و قناعت‌ناپذیری انسان است؛ ۳- عامل اجتماعی-حقوقی که مثلاً با وضع قوانین موجب توزیع نابرابر ثروت می‌شوند، مانند قوانین راجع به ارث و...؛ ۴- عامل قدرت سیاسی که خود در عین حال که پاسدار نابرابری‌های فوق است، به ایجاد و تشدید نابرابری‌های جدید دامن می‌زند. (بشیریه، ۱۳۸۲: ۵۱)

در بحث عدالت توزیعی این پرسش اساسی مطرح است که با توجه به اینکه قرارداد زاده اراده منعقد کنندگان آن است و از این نظر اراده آنان بر محتوا و آثار آن حاکمیت دارد، آیا عدالت توزیعی در آن نقشی ایفا می‌کند؟ به عبارتی، موضوع عدالت توزیعی در قراردادهای خصوصی اشخاص چگونه توجیه می‌شود؟

از تعریف فوق مشخص می‌شود که تحلیل اقتصادی قراردادها که به هر قرارداد به‌عنوان یک وسیله مفید اجتماعی در به حداکثر رساندن فایده اجتماعی آن نگاه می‌کند، مبتنی بر تجزیه و تحلیل آثار قراردادها در بازار است<sup>۱</sup> و همواره معیار ثابتی ندارد؛

نمی‌توان در یک زمان هم داشتن کارایی و هم وجود عدالت توزیعی ناشی از اقدام دولت را

۱. «بحث‌های معاصر در مورد مبانی فلسفی حقوق قراردادها (همانند حقوق مسئولیت مدنی) معمولاً بر این اساس تقسیم می‌شود که آیا تحلیل باید مبتنی بر فلسفه اخلاق سنتی باشد یا مبتنی بر تحلیل اقتصادی؟ از دیدگاه فلسفه اخلاق سنتی تحلیل امر به‌طور کلی براساس خودآیینی و رضایت و به‌طور خاص با توجه به مفاهیم وعده دادن و (تا حدود کمتری) عدالت اصلاحی (برای جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد) انجام می‌شود. در مقابل، تحلیل اقتصادی بیشتر به «زمان» و «انواع» قابل دسترس جبران خسارت می‌پردازد و دل مشغول این پرسش است که آیا به طرفین مشوق‌هایی بهینه برای عمل بر اساس اهداف تعریف شده قانون (از سوی قانونگذار یا قاضی) داده می‌شود؟ از دید تحولات تاریخی و نیز موجه‌سازی نظری، رابطه حقوق قراردادها و حقوق مسئولیت مدنی جالب توجه است. تعهد در برابر مصرف کنندگان کالا یا خدمات برای مدتی طولانی (در انگلستان و ایالات متحده) بر مبنای شخصی بودن قرارداد پایه‌گذاری و محدود شده بود. تنها در فاصله زمانی میانه تا اواخر سده نوزدهم بود که آن محدودیت‌ها تا حد زیادی ملغی شد. به تازگی ادعا شده است که حقوق قراردادها از برخی جهات زیرمجموعه یا گونه‌های خاص از حقوق مسئولیت مدنی شده است و تعهدات به‌طور عمده مستقل از توافق طرفین به وجود می‌آید؛ (برای نمونه، ایجاب تعهدآور و برخی شروط حمایتی یا تضمین‌های آمره یا فرضی) قرارداد دست‌کم در معنای گسترده‌تر توافق (به مبادله) در بسیاری حوزه‌ها نقش اساسی ایفا می‌کند. برای نمونه در حقوق و اقتصاد (حوزه‌ای که مبادلات آزاد در بازار الگو و ایده‌آلی است که بیشتر تحلیل‌ها بر آن مبتنی می‌شود) و در نظریه‌های اخلاقی و سیاسی که بر اساس «قرارداد اجتماعی» پایه‌ریزی شده‌اند الگوی قراردادی/توافقی در تحلیل‌های اخلاقی، حقوقی و سیاسی به این دلیل همواره جذاب است که به نظر می‌رسد رضایت طرف (حتی هنگامی که طرف‌های قرارداد فرضی باشند) مشکل ضرورت موجه‌سازی هنجارها را براساس یک بنیاد اخلاقی حل می‌کند.» (بیکس، ۱۳۹۳: ۱۶۴) اخیراً یک تحقیق دانشگاهی حتماً مبنای عدالت قراردادی را دو امر اخلاقی بودن قرارداد و سودمندی مفید اقتصادی آن اثبات و توجیه نموده است. (Manekeng, 2015:45)

تمام تحقیق‌ها به نوعی در همین راستا حول دو محور نقش اخلاق در قراردادها و تحلیل اقتصادی قراردادها صورت گرفته و تبیین مفهوم عدالت قراردادی خارج از تبیین مفاهیم اخلاق قراردادی و تحلیل اقتصادی آن عملاً غیرممکن است. مرحوم دکتر کاتوزیان در آخرین برداشت از مفاهیم عدالت و اداره قرارداد نهایتاً اخلاق را معیار اصلی در تشخیص موضوع دانسته و حتماً برخی فضلا قائل به اخلاقی بودن ذاتی مفهوم عدالت بوده و تئوری عدالت به‌مثابه انصاف رالز را عدالت به‌مثابه اخلاق دانسته‌اند.



مطالبه کرد؛ زیرا در بسیاری مواقع، توزیع ناشی از اقدام دولت غیرکارآمد است، درحالی که توزیع ناشی از قراردادها در حقوق خصوصی کارآمدی بیشتری دارد. بنابراین در دکترین حقوقی کامن‌لا برابری در کارایی و تقسیم در حقوق خصوصی اثرگذاری بیشتر و جلوه واقعی‌تری دارد.<sup>۱</sup>

بر این اساس مفهوم عدالت توزیعی در قراردادها چیزی مجزا از عدالت معاوضی نخواهد بود؛ زیرا مقدمه عدالت معاوضی، رعایت عدالت توزیعی است؛ هدف عدالت معاوضی حفظ توزیع هماهنگ اموال مطابق با اصول برابری نسبی عدالت توزیعی است. اینجاست که این سؤال بسیار مهم مطرح می‌شود که آیا بی‌عدالتی در توزیع، توجیه‌کننده تغییر وظایف فرد بر اساس عدالت معاوضی است؟

پاسخ به این پرسش جنبه‌های مختلف دارد، اما با توجه به اینکه قائل به وجود عدالت توزیعی در قرارداد و ارزش اجتماعی آن‌ها هستیم، به‌نحوی که آن را ابزار عدالت توزیعی دانستیم، معتقدیم حتی اگر عدالت توزیعی در سطح کلان رعایت نشده باشد، هیچ‌یک از طرفین قرارداد حق ندارد به این دلیل عدالت معاوضی را نیز نادیده بگیرد. برعکس با رعایت عدالت معاوضی نظر به حفظ تناسب بین دو طرف به‌لحاظ اقتصادی و رعایت شرایط قراردادی بر مبنای اصول اخلاقی، ناخواسته بازتوزیع عادلانه صورت می‌گیرد، ولی اگر به هر دلیل از جمله به بهانه عدم رعایت عدالت در توزیع، یکی از طرفین از موقعیت ضعیف طرف دیگر سوءاستفاده نماید یا شروط خود را به او تحمیل نماید، مداخله قانونی یا قضایی از طرف مقامات عمومی برای برقراری عدالت قراردادی که هم شامل عدالت توزیعی است و هم معاوضی ضروری است.

1. See: Mathis, 2009:201.

"The proposition that social policy goals can be realized more effectively via the tax and transfer system than via private law is probably more accurate than not. Nevertheless, the idea of dividing the sectors to pursue the two goals of justice and efficiency separately remains unconvincing, for the following reasons :

(1) Allocation and distribution are indivisibly linked to one another. It is not possible to have efficient production on the one hand and just distribution on the other.

Taxes and transfers also have an influence on work incentives and the use of production factors . Hence, redistribution via the state administrative apparatus is not necessarily always more efficient than redistribution through regulation of the private sector.

(2) On the contrary, it is more than likely that low-cost and effective redistribution can be carried out equally well, specifically by means of private law .As the example of rent law shows, redistribution by fine-tuning legislation under private law can indeed work well. In principle, there is absolutely no reason not to use private law – as a complement to tax law and social law – as an instrument of redistribution in certain cases.

(3) In specific instances it could lead to very absurd outcomes if private law were focused solely on efficiency. Particularly in civil litigation, the parties are intent upon a ruling which is in tune with their conceptions of justice. They are un-likely to be satisfied with the reasoning that, although the ruling is not just, it encourages economic efficiency instead."

با این تفاسیر، مشخص می‌شود عدالت توزیعی در قراردادها الزاماً به معنای توزیع دولت به نفع عموم و نفع جامعه نیست و به معنای «نظارت دولت بر قراردادها در جهت عدم نقض یا عدم سوءاستفاده از موقعیت مسلط و بر هم زدن رقابت در بازار» و همچنین دخالت در آن به نفع طرف ضعیف است.

در تفسیری که ما از عدالت توزیعی داریم و اثر اجتماعی که برای قراردادها قائل شدیم، باید نقض عدالت توزیعی را ناظر بر هرگونه اخلال در روابط اجتماعی یا اقتصادی بدانیم که از نظر مقنن قابل تحمل نباشد؛ و بنابراین حتی در رابطه دو طرف قرارداد نیز می‌تواند.

در فقه اسلامی می‌توان مدعی بود قاعده لاضرر و حفظ مصلحت عمومی و همچنین نظم عمومی بر مبنای تغلیب، نظارت و مداخله دولت را اقتضا می‌کند. بنابراین چون در این تحلیل بحث از اثر اجتماعی قرارداد مطرح است ممکن است حتی قرارداد مذکور به هیچ‌یک از دو طرف قرارداد نیز ضرری وارد نکند، اما تأثیر آن در اجتماع قابل تحمل نیست و بنابراین دخالت مقامات ناظر را اقتضا می‌کند.

منظور از قاعده تغلیب غلبه مصلحت برتر و عمومی بر مصلحت خصوصی متعاقدین است که مقصود و غرض شارع از وضع مقررات و تشریح احکام است. این قاعده از زمان شیخ طوسی و اتباع او جریان داشته و قاعده‌ای مسلم بوده است و شیخ طوسی در مواردی مختلفی به‌ویژه در مورد بیع برده به شرط آزادی او از این قاعده استفاده کرده است.<sup>۱</sup> در فقه اسلامی در راستای عدالت قراردادی و به‌منظور غلبه مصلحت عمومی بر مصلحت خصوصی متعاقدین به‌ویژه در تقدم فسخ قرارداد بر حفظ ثبات و امنیت آن از این قاعده استفاده شده است. در زمان حاضر نیز در بند یک ماده ۶۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، دستور به فسخ قراردادها و توافقات موضوع این قانون نمونه‌ای از اجرای قاعده تغلیب است که مصلحت عمومی (حفظ نظم و رقابت در بازار) بر مصلحت خصوصی (کسب سود و ثبات قرارداد) غلبه داده شده است.

### ب- عدالت معاوضی

عدالت معاوضی تعادل حقوق طرفین در یک رابطه قراردادی است که منتسب به اراده ایشان و

۱. نک: طوسی، ۱۳۸۷: ۱۴۹. «شرط یوافق مقتضی العقد فهو تأکید للعقد، و شرط يتعلق به مصلحة العقد للمتعاقدین مثل الأجل و الخيار و الرهن و الضمین و الشهادة فهذا جائز، و شرط لا يتعلق به مصلحة القدر لکنه بنی علی التغلیب و السراية مثل العتق فهذا جائز و العقد جائز اجماعاً. و شرط لا يتعلق به مصلحة العقد و لم یبین علی التغلیب و السراية فهذا شرط باطل إلا یبطل العقد لأنه لا دلیل علیه.»

ناشی از سلطه آنان بر حقوق خویش است. در این صورت نظریه عدالت معاوضی که شاید تا حدودی بتوان آن را بر نظریه اراده (will theory) (البته صرفاً در موضوع قراردادهای) حمل کرد، ناظر بر روابط معاملی طرفین و مربوط به معاملات شخصی آنان است و معامله نیز در اینجا در معنای خاص آن همان قراردادهای با موضوع مستقیم مالی یا متضمن آثار مالی است. «نظریه اراده، رویکردی به ماهیت حق‌های قانونی [است] که بر قدرت انتخاب صاحب حق و توانایی او در کنترل شخصی که تکلیف متلازم با حق را بر عهده دارد متمرکز است.»<sup>۱</sup> بر این مبنا قرارداد محصول قدرت ارادی صاحبان آن است و ایشان می‌توانند در تبدیل، تعدیل، اسقاط یا انحلال آن، اراده خویش را اعلام کنند و این وجود اعتباری را به آنچه خود خواسته‌اند جز در موارد استثنایی بیارایند. در حقوق کامن‌لاچ. ال. آ. هارت<sup>۲</sup> معروف‌ترین مدافع نظریه اراده، صاحب حق را در این زمینه «حاکم در مقیاس کوچک» (Small scale sovereign) نامیده است. بنابراین در مکتب سنتی، اراده چون مبتنی بر توافق آزاد دو طرف قرارداد است، موجب حفظ منافع طرفین است و موجب تحقق عدالت در رابطه ایشان است و به رفاه آنان منتهی خواهد شد. از نظر طرف‌داران اصالت فرد، حاکمیت اراده یگانه منشأ تحقق عقد است و اراده فرد فی نفسه واجد اثر است.<sup>۳</sup> بر این مبنا افراد آزاد هستند که با هر کس و با هر محتوا و نسبت به هر عقدی اراده خویش را اعلام کنند. نتیجه اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی فقدان حاکمیت قانون نیست، برعکس قانونگذار به جهت احترام به تراضی افراد و شناسایی اصل آزادی قراردادی این حاکمیت اراده را به رسمیت شناخته<sup>۴</sup>

۱. نک: بیکس، ۱۳۹۳: ۳۳۷.

۲. (H.L.A.HART= Herbert Lionel Adolphus Hart) «هارت، چهره اصلی در احیای اثبات‌گرایی حقوقی و به طور کلی تر در احیای فلسفه حقوق تحلیلی انگلیسی زبان بود. ال. هارت پیش از بازگشت به آکسفورد در مقام استاد فلسفه وکیلی موفق در دادگاه عالی بود و در اداره اطلاعات ارتش خدمت کرده بود. وی در سال ۱۹۵۲ به مقام استاد کرسی فلسفه حقوق در آکسفورد برگزیده شد. تبادل نظر هارت با لون ال فولر در ۱۹۵۸ در مجله حقوقی هاروارد زمینه‌ساز مباحثه میان اثبات‌گرایی حقوقی و حقوق طبیعی برای سالیانی دراز شد. تأثیرگذارترین اثر هارت، یعنی مفهوم قانون به سال ۱۹۶۱ منتشر شد؛ ویرایش دوم که پس از وفاتش منتشر شد دربردارنده مؤخره‌ای است که برخی مواضع او را توضیح داده و اصلاح کرده است (عمدتاً از طریق پاسخ به انتقادات رونالد دورکین). افزون بر آثاری درباره ماهیت قانون، هارت تألیفات مهمی نیز درباره چیستی حق، نظریه‌های مجازات و علیت در حقوق منتشر کرده است.» (بیکس، ۱۳۹۳: ۳۹۱)

۳. «بذهب انصار هذا المبدأ إلى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد، و في الآثار التي تترتب عليه بل و في جميع الروابط القانونية و لو كان غير تعاقدية.» (سنهوری، ۱۹۳۴: ۸۵)

۴. نک: الفت، ۱۳۸۴: ۸۰.

و در ماده ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی صرفاً محدودیت‌هایی را برای آن پیش‌بینی نموده است که از دید فردگرایان امری استثنایی است. به همین دلیل آزادی قراردادی و احترام به آن، بهترین وسیله در تنظیم روابط مالی افراد و دسترسی به عدالت معاوضی است. این نگرش، تفکر سنتی و مکتب سنتی در حقوق قراردادها در هر دو نظام حقوقی کامن‌لا و حقوق نوشته است. انعقاد قرارداد در این مکتب زمانی صورت می‌گیرد که تلاقی اراده‌ها و تطابق قطعی بین ایجاب و قبول شکل گرفته باشد. اساس این مکتب در اعلام اراده انشایی است و هرگونه خلل در این اراده که تحت عنوان عیوب اراده بررسی می‌شود، حسب مورد موجب عدم اعتبار قرارداد می‌شود. به همین دلیل این اعتقاد پذیرفته شده است که اصل آزادی قراردادی در راستای حاکمیت اراده یگانه عامل تحقق عدالت است و نظام اجتماعی ناشی از اراده فردی است؛ زیرا چون انسان در اجتماع زندگی می‌کند و از آنجایی که هدف غایی احترام به آزادی و اراده اوست، پس این فرد است<sup>۱</sup> که وسیله‌ای برای تأمین مصالح و منافع اجتماعی است. حقوق‌دانان سابقاً معتقد بودند که به تجربه ثابت شده است آزادی قراردادی می‌تواند به عدالت معاوضی منجر شود، اگر چه در دوره معاصر این تجربه به شدت دگرگون شده است اما به هر حال در عقود معوض با رعایت شرایط واقعی انعقاد عقد این مفهوم شخصی از عدالت قابل تصور است. یکی از مهم‌ترین نتایج این عقیده استفاده از حاکمیت اراده برای منع مداخله دیگران در قرارداد دو طرف است و از طرف دیگر اثر عقد نیز محدود به طرفین آن خواهد بود جز در موارد استثنایی. به همین دلیل در دخالت قضایی برای توجیه اعاده تعادل برهم خورده گفته می‌شود که این دخالت تعادل مدنظر متعاملین را بازسازی می‌کند و امری خارج از خواسته آنان نیست. در حقوق فرانسه به‌ویژه در قرن ۱۸، اراده منشأ تمام حقوق بود و این اراده در هر عمل حقوقی اعم از عقود معین یا تعهدات تجویز شده توسط مقنن کارگزار اصلی بود. از نظر حقوق‌دانان فرانسوی «افراد انسان مساوی و آزادند و قراردادی را که آزادانه مورد مذاکره قرار می‌دهند لزوماً منصفانه است.<sup>۲</sup> هر مانع قانونگذاری این تعادل را به خطر می‌اندازد و سبب بی‌عدالتی

۱. «یذهب انصار هذا المبدأ الى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد، و في الآثار التي تترتب عليه بل و في جميع الروابط القانونية و لو كان غير تعاقدية، و عندهم أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد فهو الغاية و لخدمته يسخر المجموع، و الفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية بل أن المظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحر المستقلة و كما أن رجال الفلسفة يجعلون التكفير آية الشخصية من الناحية الفلسفية فإن رجال القانون من أنصار هذا المبدأ يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية. و لما كان الفرد يعيش في المجتمع و لما كانت الغاية الاولى هي احترام حرية و ارادته كان من الواجب أن تكون روابط بغيره من افراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة...» (سنهوری، ۱۹۳۴: ۸۶)

2. Qui dit contractuel, dit just.

ساماندهی نظریه عدالت قراردادی در حقوق فرانسه، انگلیس و فقه و حقوق ایران / رهپیک و صحرائی ۲۳۱

می‌شود.» مبانی اقتصادی نیز توجیه‌گر آزادی اراده در جهش نیروی کار و ابتکار است و رونق اقتصادی ناشی از آزادی اراده و تجارت است.<sup>۱</sup>

در حقوق ایران و همچنین در فقه اسلامی عدالت توزیعی با وضع مقررات ناظر بر برابری، حق و آزادی و با فراهم ساختن ابزارهای پایشی نظیر لاضرر، منع سوءاستفاده از حق، حفظ نظم عمومی، رعایت اخلاق حسنه و مواردی نظیر حفظ رقابت در بازار و منع از موقعیت مسلط اقتصادی برای اضرار به دیگران (موقعیت مسلط منفی) در واقع فضای مناسب برای عدالت معاوضی را فراهم می‌کند. حال عدالت معاوضی از مجرای اصولی نظیر حاکمیت اراده و آزادی قراردادی امکان محقق شدن را دارد و چنانچه مخدوش شود، همان اصول پایشی پیش‌گفته نسبت به اصلاح وضعیت و بازگشت عدالت معاوضی و حفظ موقعیت طرف ضعیف در قرارداد یا شخص متضرر اقدام خواهد نمود.

### مبحث دوم - نظریه عدالت قراردادی (اعمال ترکیبی عدالت)

اواخر قرن بیستم شروع دوره افول حکومت اراده و تقویت اندیشه جمع‌گرایانه و پذیرش مداخله حمایتی دولت در قراردادهای خصوصی است. از طرفی برداشت اجتماعی قرارداد هرگز نتوانسته است از حاکمیت اراده در قراردادها و نقش آن از مرحله انعقاد تا اجرا و تفسیر بکاهد. حتا برخی معتقدند: «هرچند دخالت روزافزون دولت‌ها از اقتدار و نفوذ اراده مشترک طرف‌های قرارداد به‌لحاظ پاسداری از نظم جامعه کاسته است، اما هنوز حاکمیت قصد مشترک از اعتبار ممتاز برخوردار بوده و مدار اصلی تفسیر قرارداد، قصد مشترک طرف‌های آن به شمار می‌رود و هدف تفسیر کشف خصوصیات قرارداد، مطابق اراده انشاءکنندگان آن است و برخلاف آنچه گاهی تصور می‌شود، هم‌اکنون در حقوق ایران و مطابق قانون قصد مشترک طرفین محور تفسیر قرارداد [است] نه مصالح اجتماعی و انصاف که از حیث مصادیق ابهام دارد.»<sup>۲</sup> در عین حال، ملاحظات اجتماعی و خصوصاً نابرابری اقتصادی طرفین قرارداد و تحمیل شروط گزاف یک طرف<sup>۳</sup> و تعیین قالب‌های

۱. نک: شهیدی، ۱۳۸۵: ۵۹.

۲. نک: شهیدی، ۱۳۸۵: ۵۹.

۳. این شروط در حقوق فرانسه "clauses abusives" نامیده شد تا حکایتی از سوءاستفاده (abus) طرف قوی‌تر قرارداد داشته باشد و در حقوق انگلیس "unfair terms" (شروط غیرمنصفانه) خوانده شد تا عدم تعادل بین حقوق و تکالیف طرفین را نشان دهد. در اولین نوشته‌هایی که در حقوق ایران در بین سال‌های ۱۳۷۴ تا ۱۳۸۰ توسط یکی از حقوق‌دانان مطرح شد، پیشنهاد شد تا از اصطلاح «شروط تحمیلی» استفاده شود تا معلوم شود که نه تنها <

از پیش تنظیم شده موجب شده است اعتقاد به اصل حاکمیت اراده و آثار آن به ویژه اصل آزادی قراردادی و لزوم قراردادهای با ایرادات و جرح و تعدیل‌هایی مواجه گردد و دیگر پذیرش "حداکثری اصل حاکمیت اراده" رد شده و به همان شدت سنتی مورد پذیرش قرار نگیرد.

این دیدگاه در واقع نگرشی هنجارین به حقوق قراردادهای و بررسی مبنایی مبتنی بر فلسفه حقوق و تحلیل اقتصادی قراردادهای و حاصل مطالعات جامعه‌شناسی است و تأثیر بسیاری در شکل‌گیری صحیح و منسجم سیاست تقنینی و قضایی کشورها داشته است<sup>۱</sup>. نمونه جدید آن تحول در حقوق تعهدات کشور فرانسه است و بر خلاف دیدگاه سنتی که به امنیت و ثبات و استحکام معاملات که ناشی از احترام بیش از حد به حاکمیت اراده بود، در قانون جدید با توجه به مکاتب عمل‌گرایی و پیامدگرایی، به عدالت قراردادی توجه ویژه شده است.

→ این شروط متضمن نوعی نابرابری معنادار است، که نتیجه تحمیل اراده یک طرف به طرف مقابل است. این پیشنهاد توسط حقوق‌دانان مورد استقبال قرار گرفت، لیکن دو فرصت ایجاد شده در قانونگذاری در تصویب قانون تجارت الکترونیک و قانون نحوه اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی موسوم به قانون خصوصی‌سازی، بدون توجه به این پیشینه امر در دکتترین طی شد و قانونگذار ترجیح داد از ترجمه لفظی عبارت انگلیسی استفاده کند و شروط غیرمنصفانه را به کار بندد، بدون التفات به این امر که در نظام انگلیسی که یک نظام حقوقی عرفیست، استفاده از مفهوم انصاف سابقه‌دیرینه دارد و روا نیست از این اصطلاح در یک نظام حقوقی نوشته استفاده شود.

شروط تحمیلی یا شروط غیرمنصفانه بیشتر در قراردادهای از پیش نوشته شده (predetermined standard contracts) که طرف دیگر بدون حق تغییر و اصلاح، امضاء می‌کند و قرارداد الحاقی (contrat d'adhésion) خوانده می‌شود دیده می‌شود، ولی در قراردادهای مذاکره شده (contrats négociés) نیز گاهی درج می‌شوند.

شروط تحمیلی در قراردادهای مصرف (contrats de consommation) یعنی قراردادهای منعقد شده بین مصرف‌کننده از یک طرف و تولیدکننده یا توزیع‌کننده از طرف دیگر بیشتر یافت می‌شوند و قانونگذاران به همین جهت توجه ویژه خود را به این قراردادهای معطوف داشته‌اند، همان‌طور که در قانون تجارت الکترونیک این چنین است. با این حال، باید توجه داشت که سایر قراردادهای نیز از این شروط در امان نیستند.

بنابر آنچه گذشت معلوم می‌شود که هر شرط ضمن عقدی که بدون جهت به نفع طرف قوی‌تر حقی را ایجاد کند و تعهدی متوجه طرف ضعیف‌تر نماید و منشأ پذیرش آن، نابرابری بین طرفین قرارداد باشد تحمیلی و غیرمنصفانه است؛ خواه در قرارداد تجاری الکترونیک باشد، خواه خارج از حیطه شمول چنین قراردادهایی قرار گیرد؛ گرچه امتیازات ویژه قانون قابل سرایت به غیرشروط مندرج در قانون نیست.

در حقوق اسلامی جمع بین دو قاعده «للشرط قسط من الثمن» و «للشرط لا یقسط علیه الثمن» می‌تواند برای نانوشتن قلمداد شدن شرطی که فاقد علت و جهت است، مورد استفاده قرار گیرد. (کریمی، ۱۳۹۴: ۲۵)

۱. نک: بیرعطایی، ۱۳۸۸: ۷.

### بند نخست - شیوه اعمال ترکیبی عدالت

پذیرش وجود مفهوم عدالت توزیعی در قراردادها به معنای برتری آن بر مفهوم عدالت معاوضی نیست؛ آنچه مسلم است عدالت معاوضی در قراردادها اصل و اعمال قواعد عدالت توزیعی استثنا و صرفاً در موارد ضروری صورت می‌گیرد. هدف از اعمال مقررات عدالت توزیعی برای حمایت از طرف ضعیف و ساماندهی نظم عمومی و منع از اضرار است. منطقی است در صورت توافق اراده طرفین و تعامل آزاد اراده ایشان بدون وجود اقدامات ظالمانه طرف قوی، هیچ موجهی برای دخالت در قرارداد طرفین وجود ندارد. هدف از بررسی مفهوم عدالت توزیعی در قراردادها نیز در همین راستا و برای تبیین مبانی و شرایط اعمال عدالت توزیعی و همچنین هدف از اجرای مقررات آن است. ملاحظه این اهداف نشان می‌دهد که مثلاً مداخله حمایتی مقنن یا دستگاه قضایی در راستای قاعدهٔ لاضرر یا نظم عمومی از طریق اجرای مبانی حکم در برابر حق و قاعدهٔ تغلیب در فقه اسلامی است. بنابراین اگر اقدام متعاملین حق محض باشد و مشمول عنوان حکم قرار نگیرد یا قاعده تغلیب در مورد مطروحه جایگاهی نداشته باشد و یا ضرری که عرفاً نامتعارف باشد وارد نشده باشد، موردی برای توسل به عدالت توزیعی و نظارت و مداخله در قرارداد وجود نخواهد داشت.

پس مبنای ما در بررسی وضعیت قرارداد در هر سطحی، عدالت معاوضی با تمام مظاهر آن است و اگر در این رابطه به توجیه وجود عدالت توزیعی و چرایی استناد به آن صورت می‌گیرد، مقصود کشف راه‌حل بازگشت به مبانی عدالت معاوضی و ترمیم رابطه معاملی طرفین مطابق عدالت قراردادی و حمایت از طرف آسیب‌پذیر قراردادی است.

از طرفی حتی توسل به عدالت توزیعی نیز در این مبنا برای توجیه وجود یا فقدان قواعد عدالت معاوضی است، و مثلاً اگر به قاعدهٔ لاضرر برای منع از سوءاستفاده و تحدید اثر مخرب قراردادها در اجتماع استناد شود، باز هم نقص قرارداد را در مخدوش بودن حکومت اراده و عدم احترام به تعامل اراده می‌دانیم.

در حقوق کامن‌لا به‌طور کلی دو دیدگاه اساسی در مورد جریان عدالت از هر دو نوع معاوضی و توزیعی در قراردادها وجود دارد؛ دیدگاه سنتی یا ناظر بر گذشته (Ex-post) که متناسب به حکومت اراده است و تمامیت قرارداد را چه در انعقاد و چه در اجرا چیزی غیر از اراده نمی‌داند، پس مفهوم عدالت جنبه درونی (Endogenous) دارد و بازگشت آن به مفهوم اراده است. بنابراین علاوه بر دورنی بودن عدالت، شخصی (Personal) بودن آن نیز نتیجه دیگری است که به دست می‌آید.

این استدلال مبتنی بر اخلاقی بودن تعهدات و الزام آور بودن آن نه به خاطر کارایی و سودمندی قرارداد، که به دلیل حکومت اراده است و عدالت را به این ترتیب محقق می‌کند.<sup>۱</sup>

البته بحث اخلاق قراردادی (*la moralite contractuelle*) خود یکی از مبانی اصلی در تحقق عدالت قراردادی و مبانی حاکم بر حمایت از طرف ضعیف قراردادی است. اخلاق قراردادی در رعایت حُسن نیت، منع از تحمیل اراده قوی بر ضعیف و منع سوءاستفاده از موقعیت طرف ضعیف قرارداد و همچنین شفافیت اطلاعاتی دارد. به همین دلیل در حقوق فرانسه اخیراً مؤلفی<sup>۲</sup> تمامیت عدالت قراردادی را در تحقق اخلاق قراردادی دانسته است و بدون آن ایده عدالت قراردادی را غیرممکن می‌داند. البته علاوه بر اخلاق قراردادی، کارایی اقتصادی نیز دیگر عنصر اصلی در تحقق عدالت قراردادی بر مبنای حُسن نیت قراردادی دانسته شده است که به موجب آن هم تشخیص مفهوم طرف ضعیف قراردادی یا ضعف قراردادی مشخص می‌شود و هم شیوه حمایت از طرف ضعیف قراردادی روشن و قابل استفاده خواهد بود.<sup>۳</sup>

در برابر این دیدگاه، دیدگاه ناظر بر آینده (*Ex- ante*) قرار دارد که مبتنی بر نظریه پیامدگرایی (*Consequential*) است و تحلیل اقتصادی عقد را به دنبال دارد و به موجب آن قرارداد علاوه بر جنبه فردی و خصوصی آن، دارای اثر اجتماعی و در خدمت ارزش اجتماعی مستقل است. در این صورت عدالت نه درونی که بیرونی (*Exogenous*) است و جنبه شخصی ندارد بلکه نوعی (*Typically*) است. نتیجه‌ای که از فایده و اثر اجتماعی قرارداد و عدالت گرفته می‌شود<sup>۴</sup> این است که، دو اصل مهم

---

1. See: freid, 1981:16. "...*the obligation to keep a promise is grounded not in arguments of utility but in respect for individual autonomy* and in trust. Autonomy and trust are grounds for the institution of promising as well, but the argument for individual obligation is not the same... *an individual is morally bound to keep his promises because he has intentionally invoked a convention whose function it is to give ground- moral ground- for another to expect the promised performance.*"

2. See: manekeng, 2015:127.

3. Dans une perspective idealiste, *la moralite contractuelle et l'utilite economique* du contrat sont les bases sur lesquelles la protection de la partie vulnerable a ete envisagee. Apprehendee sur un plan individuel, la vulnerabilite du contractant repose *sur l'idee d'une justice essentiellement reparatrice*. Celle-ci est axee sur le respect de la *bonne foi contractuelle* et sur le desir de donner a chacune des partie les moyenes de defendre ses inetrets.

4. See: Ghestine, 2002:93. "The contract has binding force because *objective law confers it legal effect*, which it can do only because the public interest, some would say the common weal, requires it: first, *the social usefulness of the contract and second, contractual justice*, an element of social cohesiveness (Ghestin 1981, 1982). *That is why we have been advocating retention of utility and justice as guiding principles for the rules of law governing contracts since 1981*. The meeting of minds is the essential subjective element of the contract, but it integrates into the latter's→



ساماندهی نظریه عدالت قراردادی در حقوق فرانسه، انگلیس و فقه و حقوق ایران / رهپیک و صحرایی ۲۳۵

امنیت قراردادی و همکاری قراردادی به دست می‌آید؛ زیرا از یک طرف اعتماد ایجاد شده به پابندی به قرارداد کمک می‌کند، و از طرف دیگر دو طرف منفعت فردی خود را در نفع جمعی خواهند دید و این همان اصل همکاری است.

ژاک گستن، حقوق‌دان شهیر فرانسوی معتقد است، قرارداد خارج از مفهوم عدالت و فایده اجتماعی قابل مطالعه نیست؛ این دو مفهوم در خدمت نفع عمومی و افزایش توازن اجتماعی است. ایشان معتقد است فایده و عدالت اهداف نهایی قرارداد هستند<sup>۱</sup> و این دو هدف نهایی می‌توانند آزادی قراردادی را محدود یا ضابطه‌مند نمایند. آقای گستن همچنین دلیل لزوم قراردادها را نه حاکمیت اراده طرفین بلکه فایده اجتماعی قرارداد و عدالت می‌داند.

از این تحلیل دو نتیجه بسیار مهم به دست می‌آید: اولاً، اصل امنیت و استحکام معاملات به دست می‌آید و دو طرف مطمئن هستند که قراردادشان بر هم نمی‌خورد؛ و ثانیاً، اصل همکاری متقابل برای اجرای هر چه بهتر قرارداد و اثر مفید اجتماعی آن حاصل می‌شود. این همان نظریه اداره قرارداد در برابر ستایش قرارداد است که خود مبتنی بر اصول چندی نظیر تنظیم روابط قراردادی با توجه به اصول عدالت توزیعی و معاوضی و همکاری و تعامل برابر اراده‌ها و جمع بین استحکام معاملات و امنیت حقوقی در برابر عدالت قراردادی است<sup>۲</sup> و بنابراین اداره قرارداد، مکانیزم و ابزار تحقق این دو است؛ زیرا، ظاهراً تعارض بین عدالت قراردادی و امنیت قراردادی مشاهده می‌شود، اما این تعارض ظاهری است و موضوع قابل جمع است.

---

← social utility as an instrument of trade that must occur according to justice. *Utility and justice are thus the ultimate aims of the contract.*"

*Ghestine, 2002, 94. "The contract cannot be studied independent of the issue of its social utility and justice.* These two concepts are closely linked since both advance the public good, that is to say social harmony, and the institutional organization of contractual exchange is one of their principal instruments."

1. That is why we have been advocating retention of utility and justice as guiding principles for the rules of law governing contracts since 1981. The meeting of minds is the essential subjective element of the contract, but it integrates into the latter's social utility as an instrument of trade that must occur according to justice.

2. At this point in our reflection we may consider that, in our current system of private right, the contract governing the trade of onerous goods or services can be characterized as a category in law, as a meeting of minds (which constitutes its essential subjective aspect), and from the perspective of utility and justice (its objective goals). It thus remains a meeting of minds destined to produce effects in law, the binding force of which depend upon it conforming to objective law. On these grounds it must remain true to its objective goal: utility and justice. *The goal of social utility gives rise to the subordinate principles of legal security and cooperation. The goal of contractual justice gives rise to the search for equality of benefits by the respect of a contractual procedure that is effectively fair and equitable.* (Ghestine, 2002: 114)

لازم به یادآوری است، به نظر نگارنده قواعد ربا و تلقی رقبان و منع غرر در حقوق اسلامی<sup>۱</sup> ریشه در عدالت توزیعی دارد نه عدالت معاوضی. در مورد قواعد انصاف در حقوق کامن لا نیز باور نگارنده این است که قواعد آن به‌ویژه در رسیدگی‌های قضایی به قواعد عدالت توزیعی شبیه است. بنابراین گزارف نگفته‌ایم اگر انصاف در قراردادها را حکومت اراده عمومی بر اراده قوی قراردادی از طریق نظریه عدالت توزیعی بدانیم.<sup>۲</sup>

### بند دوم - نتیجه اعمال نظریه عدالت قراردادی

به این ترتیب اندیشه نظم دادن به قراردادها و نظارت بر محتوای آنها که تحت عنوان "اداره قرارداد" از آن یاد می‌شود، موجب شده که بسیاری معتقد باشند دکترین آزادی قراردادی در صورت داشتن نتیجه استثمارگرانه نباید به عنوان یک اصل معتبر پذیرفته شود.<sup>۳</sup> این عقیده مداخله قانونی را بر اساس حمایت‌گرایی (Paternalism) یا وفاداری به نظامی اخلاقی توجیه می‌کند. در غیر این صورت نتیجه ظلم قراردادی و عدم توجه دولت به بهانه منع او از مداخله، تشویق بی‌عدالتی و حمایت از ظالم است. به تعبیر آگوستین قدیس (St Augustine) «آیا دولت بدون عدالت چیزی جز گروه بزرگی از راهزنان است؟»<sup>۴</sup>

نظریه عدالت قراردادی که راه‌حل جمع بین تعارض منافع فردی و جمعی است و اعمال آن از طریق مکانیزم اداره قرارداد و با تکیه بر اخلاق قراردادی<sup>۵</sup> و حسن‌نیت قراردادی و همچنین کارایی

۷. نک: صدر، ۱۳۴۸: ۲۷۵.

2. See: Ghestine, 2002: 148, in conclusion h have argued that the Unconscionable Doctrine, a legal tool of egalitarians and other liberal, should not be condemned on the ground that it is paternalist. We may reasonably refuse to lend our efforts and be complicit in the immoral project of another, without displaying an improper attitude...the general lesson is I think that the most interesting contemporary issues concerning autonomy are not ones about paternalism but about where the lines of social accommodation and its refusal should be drawn.

۳. نک: امینی، عابدیان، ۱۳۹۱: ۱۸۰.

۴. نک: هارت، ۱۳۹۳: ۲۴۶.

۵. موضوع رابطه اخلاق و عدالت خود جز مباحث بسیار ریشه‌دار و مورد مناقشه در بین فلاسفه و حقوق‌دانان است. در قرن هیجدهم میلادی انفکاک حقوق و اخلاق پیروان زیادی پیدا کرد و تأمین آزادی عقیده و مذهب سبب شد که اندیشمندان این عصر، درباره استقلال حقوق و اخلاق اصرار ورزند. بر این اساس مکاتب فلسفی مختلف پدید آمد. پوزیتیویست‌های حقوقی (اثبات‌گرایان) با پیروی از آگوست کنت که بشر را از درک مطلق حقایق عاجز می‌دانست و برای کشف روابط میان پدیده‌ها، اهرم مشاهده و استقلال را کافی تلقی می‌کرد، میان حقوق و قدرت سیاسی دولت پیوند ناگسستگی برقرار ساختند. به زعم آنان هر قاعده حقوق موضوعه معتبر است، هر چند ناعادلانه و <

ساماندهی نظریه عدالت قراردادی در حقوق فرانسه، انگلیس و فقه و حقوق ایران / رهپیک و صحرائی ۲۳۷

اقتصادی قراردادی حاصل می‌شود، تنها راهکار قابل پذیرش و حافظ نظم عمومی و امنیت قراردادهای و حاکمیت اراده است. یادآوری این نکته ضروری است که اداره قرارداد خود از این دیدگاه اصالت ندارد و در واقع سبب و وسیله‌ای برای دستیابی به عدالت قراردادی است.

مروری بر قوانین کشورهای پیشرفته و اصلاحات صورت گرفته در قوانین اصلی آن‌ها و به‌طور خاص اصلاحات اخیر قانون مدنی فرانسه که با رویکردی عملی (pragmatic) و با دید واقع‌گرایانه (Realism) در حقوق سعی در عرضه راه‌حل‌های جدید برای مبارزه با بی‌عدالتی نموده است، دلالت بر این دارد که توجه به نقش عدالت توزیعی در قراردادهای خصوصی از دید قانونگذاران پوشیده نمانده و باز توزیع مناسب منابع از نظر آن‌ها عامل اصلی هم در تحقق عدالت قراردادی<sup>۱</sup> است و هم در پایداری و بویایی سیستم حقوقی آن‌ها که در نهایت علاوه بر تحقق عدالت به تحقق امنیت حقوقی نیز منجر خواهد شد.

بنابراین، منظور از عدالت قراردادی یعنی عدالتی که از طریق قواعد عدالت توزیعی و معاوضی و بر مبنای معیارهای آن حاصل می‌شود. این معیارها نیز خود ریشه در حق برابری در آزادی طرفین معامله دارد و به نهاد حقوق قراردادهای به‌عنوان یک مجموعه منسجم که تمام اجزای آن در جهت

---

→ معیار موازین اخلاقی باشد. این طرز فکر در واقع واکنشی تهاجمی به آمال و اهداف برجسته حقوق طبیعی بود که در قرن هفدهم در اوج شکوفایی قرار داشت. این مکتب موجب نامشخص شدن مرز میان حقوق (آنچه هست) و اخلاق (آنچه باید باشد) شده است. مکتب اصالت فایده نیز که در تحلیل‌های اقتصادی مورد بررسی قرار می‌گیرد تا حدودی قائل به تفکیک میان حقوق و اخلاق هستند، اگرچه در عقاید آنان می‌توان نقطه تلاقی میان این دو را نیز مشاهده کرد. (هارت، ۱۳۸۰: ۷۴) این تفکر در زمان حاضر طرفداران چندانی ندارد. همان‌طور که گفته شد، بسیاری از حقوق‌دانان حقوق را علم عدالت می‌دانند و عدالت را به‌منابۀ اخلاق می‌شمارند. (کریمی، ۱۳۹۶: ۱۸۹) ارتباط میان ضوابط اخلاقی و اصول عدالت برای پیوند میان قانون و ضمانت‌های اجرایی آن لازم و ضروری است.

۱. عدالت قراردادی یک ایده و روش جدید در حقوق قراردادهای محسوب می‌شود. ژاک گستن ابداع‌کننده این مفهوم نیست، اما برای اولین بار آن را در چهارچوب نظریه عمومی قراردادهای مطرح کرده است. عدالت قراردادی برقراری رابطه بین عدالت و قرارداد است و عدالت در این سطح در هر دو حوزه توزیعی و معاوضی مدنظر است. البته هر حقوق‌دانی آگاه است که ارسطو بین عدالت و مفهوم معاوضه ارتباط برقرار کرده بود.

(Manekeng, 2015: 142)

"La justice contractuelle est pourtant considérée comme la nouvelle valeur fondamentale du droit des contrats. Si l'expression n'a pas été inventée par Jacques Ghestin, c'est du moins lui, qui pour la première fois, a tenté un minimum de synthèse et de définition dans le cadre de la théorie générale du contrat. Au-delà de l'expression "justice contractuelle" l'établissement du lien entre la justice et les contrats est quant à lui, très ancien, et tout juriste connaît le rapprochement que fait Aristote entre la justice et la notion d'échange."

رسیدن به مبادله و معاوضه و توزیع عادلانه در حرکت است منتهی خواهد شد. در این صورت عدالت قراردادی اقتضائاتی دارد که در اجزای این نظریه و در بطن آن نهفته است:

قواعد عدالت توزیعی از مجرای نظریه تغلیب و نظریه حکم برای دفع ضرر (قاعده لاضرر) و با توسل به اسبابی مانند حسن نیت قراردادی، اخلاق قراردادی و کارایی اقتصادی قراردادها حاصل می‌شود. قواعد عدالت معاوضی از مجرای حکومت اراده و با توسل به اسبابی مانند، آزادی قراردادی، لزوم قراردادی و مظاهر آن یعنی ضمان معاوضی و حق حبس و خيارات قانونی یا قراردادی برای جلوگیری از ضرر یا دفع ضرر حاصل می‌شود.

در رابطه بین عدالت توزیعی و معاوضی، عدالت معاوضی و احترام به اراده متعاملین روبنا و عدالت توزیعی زمینه ساز اعمال مقررات عدالت معاوضی و زیربنای آن است، اما اجرای قواعد عدالت معاوضی به عنوان اراده آزاد طرفین مادام که با قواعد عدالت توزیعی یعنی تغلیب و حکم تعارض پیدا نکند، با مانعی مواجه نخواهد بود. نقطه اتصال این دو که در واقع قاعده اصلی و اولیه مورد نظر ماست، همان قاعده لاضرر است که ما آنرا قاعده طلایی نامیدیم. به همین دلیل اصول عدالت توزیعی که نهایتاً به اصول عدالت معاوضی منتهی شود در قالب حق برابری طرفین در آزادی قراردادی خلاصه شد که هیچگاه حاوی ضرر نخواهد بود.

حاصل این مقدمات و ترکیب توزیع و معاوضه عادلانه در قرارداد روشن است؛ نقض اصول برابری یا آزادی یا سوءاستفاده از حق یا سلب حق توسط یک طرف به ضرر طرف دیگر، اصول عدالت توزیعی و معاوضی را نقض کرده و باید بازسازی شود. قاعده لاضرر این وظیفه را بر عهده دارد و این وظیفه یا از طریق قانونگذار اجرایی می‌شود و یا از طریق دستگاه قضایی اجرایی خواهد شد.

حسن نیت در قراردادها اصلی بسیار مهم در تشخیص نابرابری در قراردادهاست و توسل به آن برای اعاده توزان در قراردادها نقطه ثقل عدالت قراردادی است.<sup>۱</sup> این اعاده از طریق قاعده لاضرر به عنوان یک حکم امتنانی و عام که خاص حقوق اسلامی و گره‌گشای تمام

1. See : Lefebvre, 1996: 17

Le Code civil du Québec prône une nouvelle philosophie de justice contractuelle qui vise notamment à protéger la partie faible à un contrat. Cette nouvelle approche remet en question la théorie de l'autonomie de la volonté. Dans le présent texte, l'auteuee souligne, dans un premier temps, les motifs pour lesquels cette théorie a été remise en question et les nouvelles avenues suggérées.. *On constae alors que la notion de bonne foi est au coeur du débat.* Puis, dans un deuxième temps, après avoir jeté un coup d'oeil sur cette notion, l'auteuee traite de l'efficacité concrète des dispositions sur les clauses abusives.

ساماندهی نظریه عدالت قراردادی در حقوق فرانسه، انگلیس و فقه و حقوق ایران / رهپیک و صحرایی ۲۳۹

معضلات بی‌پاسخ عرصه‌های مختلف اجتماعی به‌ویژه حقوق و به‌طور خاص حقوق قراردادهاست، صورت می‌گیرد.

اینجاست که به‌جای ستایش قراردادهای از منظر حاکمیت مطلق اراده، باید به اداره قراردادهای به‌عنوان جمع بین حکومت اراده و اثرپذیری اجتماعی قراردادها توجه نمود. به همین دلیل نظریه‌های جدید مربوط به تفسیر قرارداد یا نوع قرارداد و شروط آن و حتی بحث عدالت در قراردادهای در جمع بین ضرورت‌های زندگی اجتماعی با نتایج حاکمیت اراده فرد درباره آزادی و برابری است. این تفکر که اساس نظریه عدالت قراردادی را تشکیل می‌دهد، دو نتیجه بسیار مهم را با خود به دنبال دارد: از یک طرف، ضمن احترام به حاکمیت اراده متعاملین، مانع از ایجاد قدرت بی‌انتهای مقنن یا رویه قضایی نسبت به قراردادهای می‌شود؛ و از طرف دیگر با احترام به همان اراده مانع از قدرت برتر یک طرف در تحمیل اراده بی‌حدوحصر خود بر طرف دیگر و برهم‌زدن تعادل قراردادی می‌شود. تمام تلاش نظریه اداره قرارداد که با هدف عدالت قراردادی صورت می‌گیرد، جمع بین منافع و اهداف متعارض در رابطه مصالح فرد و اجتماع صورت گرفته است.

### نتیجه‌گیری

نظریه عدالت قراردادی به این ترتیب در چند گزاره قابل جمع است:

۱- عدالت در هر حوزه‌ای از علوم مختلف که بررسی شود در معنای قرار گرفتن هر چیز در جای خود برای اعطای حق هر صاحب حق تعریف می‌شود. این تعریف فصل مشترک تمام تعاریف در همه علوم است.

۲- قرار گرفتن هرچیز در جای خود و اعطای حق هر صاحب حقی، معادل مفهوم عدالت توزیعی و معاوضی در قراردادهای در دو سطح تقنینی و اجرایی است و با مفهوم عدالت در قراردادهای سازگار خواهد بود. در این دو صورت هر دو نوع عدالت در هر دو سطح حضور دارند اما در حوزه تقنینی، اولویت با عدالت توزیعی و در مرتبه بعد عدالت معاوضی است و برعکس در سطح اجرایی اولویت با عدالت معاوضی و سپس توزیعی است.

۳- در نظریه عدالت قراردادی هم عدالت توزیعی و هم عدالت معاوضی هر دو اصل و پایه و مینا هستند، اما توجه به عدالت معاوضی بسیار مهم است. قانونگذار با فراهم کردن شرایط لازم و وضع قواعد و مقررات و تعیین شرایط و موانع انعقاد قراردادهای، عدالت توزیعی را محقق نموده و

اشخاص با بستن قرارداد با توجه به آن شرایط و موانع و با حفظ حقوق و منافع خود، عدالت معاوضی را به دست می‌دهند.

۴- با توجه به عدالت معاوضی و اصل بودن احترام به اراده طرفین و حکومت اراده ایشان بر قرارداد خصوصی منعقد، هر دخالتی در مفاد این توافق، استثنایی و صرفاً در جایی ممکن است که ضرر غیرمستعارفی بر طرف مقابل و به ناحق تحمیل شود. معیار این ظلم و ضرر غیرمستعارف همان قاعده لاضرر است که در کنار «أوفوا بالعقود» قرار دارد و عموم و اطلاق این قاعده را کنترل می‌کند.

۵- قاعده تغلیب در فقه اسلامی در معنای غلبه مصلحت عمومی بر مصلحت خصوصی و معادل و جایگزینی برای مفهوم نظم عمومی که یک مفهوم غربی است، در کنار قاعده لاضرر، معیار اعمال قواعد عدالت توزیعی در قراردادها با هدف حمایت از اجتماع و منع بر هم زدن اقتصاد بازار و رقابت در بازار است و تجویزکننده مداخله حمایتی قانونگذار یا محاکم قضایی برای استقرار عدالت قراردادی است.

۶- قاعده لاضرر نیز با توجه به قلمرو وسعت شمول آن در هر جایی که ضرر غیرمستعارفی بر طرف دیگر وارد شود و این ضرر غیرمستعارف برخلاف اراده و میل طرف ضعیف قرارداد، تحمیلی باشد، معیار تشخیص ظلم قراردادی و مجوز دخالت قوای عمومی برای استقرار عدالت قراردادی است.

۷- همچنین برای تشخیص مصلحت عمومی و حفظ حقوق طرف ضعیف قرارداد حتی در جایی - که شخصاً به ضرر غیرمستعارف رضایت داشته، باید از نظریه حکم در برابر نظریه حق استفاده کرد؛ به این معنا که هر جایی اراده قانونگذار ماهیتاً حکم باشد، به نحوی که غیرقابل اسقاط یا عدول بوده و تراضی برخلاف آن ممکن نباشد، تراضی دو طرف و رضایت ضعیف قراردادی به ضرر وارده از این طریق نیز هیچ اثری ندارد و مداخله و احیای حقوق طرف ضعیف با توسل به نظریه حکم و از طریق مبانی مانند لاضرر تجویز می‌شود.

۸- عدالت قراردادی با توجه به آنچه گفته شد در عمل به انتخاب راهکارهای گوناگونی در عرصه حقوق قراردادها منجر خواهد شد. در این دیدگاه مثلاً در پذیرش بین اراده باطنی یا ظاهری باید نظریه حاکمیت اراده ظاهری را پذیرفت؛ زیرا در عین حال که مبتنی بر اراده طرفین است، باید درک عمومی و نمود خارجی عقد نیز مورد احترام باشد؛ یا در مورد قراردادهای الحاقی تفسیر عقد در رابطه با اعلام اراده متفاوت خواهد بود و می‌توان به راحتی تجزیه اراده یا قصد را توجیه و اعتبار

ساماندهی نظریه عدالت قراردادی در حقوق فرانسه، انگلیس و فقه و حقوق ایران / رهپیک و صحرایی ۲۴۱

قصد ناقص را بررسی و اعلام نظر نمود، همان‌طور که در موضوع شرط باطل غیرمبطل یا خیار تبعض صفقه چنین وضعیتی قابل مشاهده است.

۹- در قانون جدید تعهدات فرانسه دیدگاه کلی در تغییرات صورت گرفته معطوف به عدالت قراردادی و دست برداشتن از منطق گرایی (logical) و شکل‌گرایی (formalism) صرف بوده است. در حقوق این کشور امنیت قراردادی در کنار عدالت قراردادی مورد توجه بوده اما تحول جدید اهمیت عدالت را نمایان می‌کند. مثلاً در ماده ۱۱۰۴ جدیداً قراردادهای از مرحله مذاکره تا انعقاد و اجرا باید مبتنی بر حسن‌نیت باشد. قبل از اصلاحات جدید، سن‌نیت قراردادی صرفاً معطوف به اجرای قرارداد بود. این تعبیر علاوه بر تأکید بر مبانی اخلاق قراردادی، ناشی از توجه به منع اضرار به غیر است که باید از طریق نفی تقلب و دروغ‌گویی حاصل شود. به این معنا طرفین باید صادقانه عمل کنند و هیچ طرفی نباید به ضرر طرف دیگر اقدام کند. این الزام از مرحله مذاکرات پیش قراردادی برای افشای اطلاعات گسترده تا مرحله انعقاد و اجرای آن با نهایت صداقت و درستی باید رعایت شود. در حقوق ایران بسیاری معتقدند، اصل سن‌نیت به رسمیت شناخته نشده است، اما علاوه بر دکتترین حقوقی مفاد بعضی از مقررات خاص به‌ویژه در قانون تجارت الکترونیکی نظر مذکور را با مناقشه مواجه می‌کند.

ماده ۲۱۱۷۱<sup>۲</sup> نمونه دیگری است که موضوع شروط تحمیلی را صراحتاً پیش‌بینی نموده و «در قراردادهای الحاقی تمامی شروطی که باعث ایجاد عدم تعادل اساسی در حقوق و تعهدات طرفین شود را کأن لم یکن» تلقی نموده است.

---

1. "les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public."

2. "Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation."

## کتاب‌نامه

### الف- کتب و مقالات

#### الف-۱: فارسی

۱. اچ. ال. ای. هارت (۱۳۸۰)، «پوزیتیویسم و جدایی حقوق و اخلاق»، ترجمه سید قاسم زمانی، *مجله اطلاعات سیاسی و اقتصادی*، شماره های ۱۶۵ و ۱۶۶، صص ۸۵-۷۴.
۲. افلاطون (۱۳۸۶)، *جمهور*، ترجمه فؤاد روحانی، چاپ دوم، تهران: شرکت انتشارات علمی.
۳. امینی، منصور؛ عابدیان، میرحسین؛ کرمی، سکینه (۱۳۹۱)، «نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان در ایران»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۹، دوره ۱۵، صص ۲۱۲-۱۷۱.
۴. بجنوردی، میرزا حسن (۱۴۱۹ه.ق)، *القواعد الفقهیة*، جلد ۱، چاپ اول، قم: انتشارات الهادی.
۵. بشیریه، حسین (۱۳۸۲)، «دیباجه‌ای بر فلسفه عدالت»، *مجله فلسفه و کلام*، شماره یک، صص ۵۶-۱۱.
۶. بیگس، برایان (۱۳۹۳)، *فرهنگ نظریه حقوقی*، ترجمه محمد راسخ، چاپ دوم، تهران: نشر نی.
۷. پیرعطایی، علی (۱۳۸۸)، *نظریه اداره قرارداد*، با مقدمه دکتر عابدیان، چاپ اول، تهران: انتشارات ققنوس.
۸. خدوری، مجید (۱۳۹۴)، *برداشت مسلمانان از عدالت*، ترجمه مصطفی یونسی و صمد ظهیری، چاپ اول، قم: انتشارات دانشگاه مفید.
۹. ربانی گلپایگانی، علی (۱۳۹۰)، *حسن و قبح عقلی*، چاپ دوم، قم: انتشارات موسسه امام صادق (ع).
۱۰. سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۳۴م)، *نظریه العقد*، چاپ سوم، بیروت: دارالفکر.
۱۱. شهیدی، مهدی (۱۳۸۵)، *اصول قراردادهای و تعهدات*، چاپ چهارم، تهران: انتشارات مجد.
۱۲. صدر، سیدمحمدباقر (بی‌تا)، *اقتصادنا*، ترجمه محمدکاظم موسوی، جلد ۱، بی‌چاپ، بی‌جا.



- ساماندهی نظریه عدالت قراردادی در حقوق فرانسه، انگلیس و فقه و حقوق ایران / رهپیک و صحرايي ۲۴۳
۱۳. طباطبایی، سید محمد حسین (۱۳۷۲)، *المیزان فی تفسیر القرآن*، جلد ۱، چاپ سوم، قم: انتشارات آثار علامه طباطبایی.
۱۴. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۸۷)، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، جلد ۲، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية.
۱۵. الفت، نعمت‌الله (۱۳۸۴)، «نظم عمومی و الزام به انعقاد عقد»، *مجله حقوق اسلامی*، شماره ۷، صص ۱۰۴-۷۹.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۰)، «حقوق و عدالت»، *مجله نقد و نظر*، سال سوم، شماره دوم و سوم، صص ۵۷-۳۴.
۱۷. کریمی، عباس (۱۳۹۱-۱۳۹۲)، *جزوه درس حقوق مدنی پیشرفته*، دانشگاه تهران.
۱۸. کریمی، عباس، آبین، علیرضا و شیروانی، خدیجه (۱۳۹۰)، *نظریه عمومی عدالت*، چاپ اول، تهران: انتشارات دادگستر.
۱۹. نراقی، ملاحمد (۱۴۰۸ه.ق)، *عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، چاپ پنجم، قم: مکتب البصیرتی.
۲۰. هارت، هربرت (۱۳۹۳)، *مفهوم قانون*، ترجمه دکتر محمد راسخ، چاپ چهارم، تهران: نشر نی.

#### الف-۲: لاتین

21. Brigitte Lefebvre(1996), *La justice contractuelle : mythe ou réalité ?* Les Cahiers de droit, vol. 37, No. 1, pp. 17-30.
22. Charles, Fried (1981), *Contract as promise: A theory of contractual obligation*, Massachusetts: Harvard university press, 1981.
23. Ghestine, Jacques (2002), *the contract as economic trade, the essay in the economic of contracts- theories and application*, collection of essays, edited by Eric Brousseau and Jean Michel Glachant, Cambridge: Cambridge University Press.
24. Manekeng Tawali, Joelle(2015), *Essai sur la justice contractuelle, Contribution a l'etude des fondements theorique de la protection de la partie vulnerable*, uni de Quebec, Canada.

25. Mathis K (Klaus); Shannon D (Deborah) (2009), "Justice and Efficiency. In: Efficiency Instead of Justice?", *Law and Philosophy Library*, vol 84. No.2, Springer, Dordrecht, NorwichUnited Kingdom, p. 207.
26. Mohd faiz Abdullah; Razanah Ab.Rahman,(2012), *unconsciability and the clash between contractual justice and freedam of contract in Malaysia*, university of putra, Malaysia press, vol 13, pp19-28.