

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۷، شماره ۲

پاییز و زمستان ۱۳۹۵

صفحات ۷۸۵ تا ۸۰۳

معرفی و نقد نظریه اعتماد متعارف

اسماعیل نعمت‌اللهی*

استادیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۲/۱۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۳/۲۷)

چکیده

بر اساس قواعد کامن‌لای انگلستان، تعهد شخص در صورتی لازم‌الاجرا است که یا طرف مقابل عوضی برای آن تعهد فراهم کند یا اینکه قرارداد با تشریفات خاصی منعقد شود. در برخی کشورهای کامن‌لا مانند استرالیا، کانادا و ایالات متحده آمریکا، نظریه دیگری با عنوان اعتماد متعارف مطرح شده است که می‌تواند در ردیف عوض یا جایگزین آن قرار گیرد، اما دادگاه‌های انگلستان هنوز چنین کارکردی را برای این نظریه به رسمیت نشناخته‌اند. برابر این نظریه، فعل یکی از طرفین در صورتی که مورد اعتماد طرف مقابل قرار گرفته باشد، موجب پیدایش تعهد الزام‌آور بر فاعل آن می‌شود. این نظریه نکات مشترکی با قواعد غرور و استیفا از مال یا عمل غیر در فقه و حقوق ما دارد و بررسی آن، زمینه فکری مناسبی را برای تطبیق و مقایسه کامن‌لا و فقه و حقوق ایران در بخش کوچکی از حقوق تعهدات فراهم می‌سازد.

واژگان کلیدی

اعتماد متعارف، حقوق ایران، عوض، فقه، کامن‌لا.

مقدمه

به موجب نظریه سنتی عوض در حقوق انگلستان، تعهد قراردادی در صورتی لازم‌الاجرا است که در مقابل آن عوضی وجود داشته باشد و تعهد بلاعوض جز در صورتی که در سند رسمی درج شده باشد، الزام‌آور نیست. اعمال دقیق این نظریه در عمل ممکن است موجب بی‌عدالتی شود، از این رو، تلاش‌هایی در راستای تعدیل نظریه عوض صورت گرفته که یکی از آن‌ها توسل به مفهوم اعتماد متعارف (reasonable reliance) است که در برخی کشورهای کامن‌لا مورد اقبال قرار گرفته است (Stone, 2009, P.106-107). از نظریه اعتماد گاه به‌عنوان جایگزین نظریه عوض نام برده شده است (Jackson, 1998, P.106) و گاه این دو نظریه مکمل یکدیگر تلقی شده‌اند (ibid, P.161).

بر اساس نظریه اعتماد، کارهای یک طرف و اعتماد طرف دیگر بر آن است که تعهد به وجود می‌آورد، نه مبادله وعده‌ها، که نظریه سنتی عوض می‌گوید. در مقایسه با مبادله وعده‌های متقابل که بر اساس نظریه سنتی عوض، نمونه عالی قرارداد محسوب می‌شود، این معیار شیوه‌ای دقیق‌تر برای تحلیل بسیاری از موارد قراردادی است و پذیرش آن، راه را برای الزام‌آور کردن توافقی‌هایی باز می‌کند که در آن‌ها از لحاظ نظریه سنتی، عوض وجود ندارد (Stone, 2009, P.110).

در این پژوهش تلاش می‌شود به این پرسش‌ها پاسخ داده شود: آیا اعتماد یک طرف بر اعمال طرف دیگر را می‌توان سببی برای پیدایش تعهد حقوقی دانست؟ نظریه اعتماد متعارف از چه پیشینه و جایگاهی در کشورهای کامن‌لا برخوردار است و در برابر چه نظریاتی قرار می‌گیرد؟ چه نقدهایی بر این نظریه وارد شده است و آیا می‌توان برای این نظریه در حقوق ایران جایگاهی یافت؟

پیشینه نظریه اعتماد

نظریه اعتماد از سابقه‌ای طولانی برخوردار است و نشانه‌هایی از این نظریه را می‌توان در سخنان آدام اسمیت ملاحظه کرد.^۱ این نظریه در قرن بیستم شهرت زیادی یافت و حقوق‌دانانی مانند پاتریک آتیاه (Atiyah) و نیل مک‌کورمیک (Neil MacCormick) از گونه‌های مختلف آن

۱. اسمیت با اشاره به انتظارات ناشی از وعده، که نوعی از نظریه اعتماد به‌شمار می‌آید (Hogg, 2011, p.99, n.125)، می‌گوید: «وعده عبارت است از اعلام تمایل به اینکه شخصی که به وی وعده داده‌اید، در خصوص اجرای آن به شما اعتماد کند. در نتیجه، وعده موجب پیدایش تعهدی می‌گردد که نقض آن زیان محسوب می‌شود» (Smith, Lectures on Jurisprudence, p.472).

حمایت کردند (Hogg, 2011, p.98). برخی از پژوهشگران پروفیسور آتیه را طرفدار اصلی نظریه جدید به‌شمار آورده، از این‌رو، نظریات وی را شایسته توجه بیشتری دانسته‌اند (Ibid, p.100). چنان‌که خواهد آمد، بخش قابل ملاحظه‌ای از ادبیات کامن‌لا در باب نظریات راجع به تعهدات الزام‌آور و مبنای الزامی بودن آن‌ها، به سخنان پروفیسور آتیه معطوف است و از این‌رو، در این مقاله به‌گونه‌ای از نظریه اعتماد که به «اعتماد متعارف» معروف است و بیشتر با نام وی قرین شده است، پرداخته می‌شود.

تمایز نظریه اعتماد و نظریه سنتی

از میان نظریات رقیب نظریه اعتماد، نظریه سنتی اراده اهمیت بیشتری دارد. از این‌رو، پروفیسور آتیه نظریه خود را در برابر این نظریه قرار می‌دهد و پیش از تبیین نظریه خود به معرفی نظریه سنتی قرارداد می‌پردازد که از دیدگاه وی مبتنی بر نظریه اراده است و نمونه بارز آن، توافق دوطرفه مؤجل (executory) است. این نوع قرارداد متشکل از مبادله وعده‌ها (exchanges of promises) است که از طریق فرایند ایجاب و قبول و به قصد ایجاد معامله‌ای الزام‌آور صورت می‌گیرد. برای ایجاد تعهد، لازم نیست یکی از طرفین به دیگری سودی برساند یا اعتمادی صورت پذیرد. قرارداد به این دلیل الزام‌آور است که طرفین قصد کرده‌اند که به آن ملزم باشند. درست است که از لحاظ حقوقی وجود عوض ضروری است، اما جز در موارد خاص و معمولی، وعده‌های متقابل عوض یکدیگرند و از این‌رو، این نمونه از قرارداد با شرط عوض مطابق است. هنگامی که قرارداد تشکیل شد، طرفین را به اجرای آن یا در صورت عدم اجرا، به مسئولیت پرداخت خسارت ملزم می‌کند. خسارت یادشده بیانگر ارزش انتظارات ازدست رفته طرف بی‌تقصیر است. بنابراین، خواهان ممکن است بر اساس یک قرارداد کاملاً مؤجل^۱ اقامه دعوا کند؛ به این دلیل که مثلاً خواننده به تعهد قراردادی خود عمل نکرده و ممکن است بتواند خسارت انتظارات ازدست رفته‌اش را دریافت کند، بدون اینکه خواهان به اعمال طرف مقابل اعتماد کرده باشد و حتی بدون اینکه خواننده هیچ منفعتی از قرارداد کسب کرده باشد (Atiyah, 1986, p.11-12).

معرفی نظریه اعتماد متعارف

۱. مقصود از توافق یا قرارداد «کاملاً مؤجل» که در مطالب آینده نیز تکرار می‌شود، توافق یا قراردادی است که هر دو عوض آن مؤجل و مدت‌دار باشد.

در این قسمت به معرفی نظریه اعتماد متعارف به گونه‌ای که در مقاله معروف پرفسور آتیه مطرح شده است (Atiyah, 1986, p.10-43)، می‌پردازیم و صرفاً نکات مهم آن را یادآوری می‌کنیم:

- نمونه سنتی حقوق قراردادهای، قرارداد را عمدتاً در چارچوب معاملات مؤجل که متشکل از مبادله وعده‌ها است، تعریف می‌کند؛ به همین دلیل، نظریه سنتی، منبع مسئولیت قراردادی را قصد طرفین می‌داند، نه اعمال آن‌ها. اما هرروزه تعداد زیادی از قراردادهای منعقد می‌شود که انعقاد و اجرای آن‌ها به‌طور هم‌زمان صورت می‌گیرد. معاملات ساده‌ای مانند سوار اتوبوس شدن یا خرید کالایی از مغازه یا قرض مبلغی پول را در نظر می‌گیریم. معقول نیست که این معاملات را توافق یا مبادله وعده‌ها توصیف کنیم. این ادعا که شخصی که سوار اتوبوس می‌شود وعده می‌دهد که کرایه خود را پرداخت کند، ادعایی بی‌معناست. درست است که در همه این معاملات، نوعی رفتار ارادی وجود دارد؛ یعنی معمولاً مردم کارهایی مانند سوار اتوبوس شدن، خرید جنس از مغازه یا قرض کردن مبلغی پول را به‌طور ارادی انجام می‌دهند، اما این معاملات چیزی بیش از رفتار ارادی، یعنی ارائه نوعی منفعت، اقدامات دربرگیرنده اعتماد زیان‌بار یا هر دوی آن‌ها را در خود دارد. معمولاً فرض می‌شود، کسی که به‌طور ارادی سوار اتوبوس شده، از جایی به جای دیگر می‌رود، از این کارها منفعتی می‌برد. نمی‌توان گفت که مسئولیت وی در خصوص پرداخت کرایه هیچ ارتباطی با عنصر منفعت ندارد. همچنین، بر اساس نمونه سنتی قرارداد، کسی که مبلغی پول قرض کرده و آن را دریافت نموده، صرفاً به این دلیل مسئول بازپرداخت پول است که تعهد به بازپرداخت کرده است و صرف دریافت پول، اهمیت و دخالت چندانی در مسئولیت وی ندارد. در واقع، به دلیل وجود نظریه عوض، دریافت پول نیز در مسئولیت قرض‌گیرنده دخالت دارد، اما از لحاظ نمونه سنتی، منبع مسئولیت قصد یا توافق یا وعده است، نه عوض.
- هم از لحاظ اخلاقی و هم از لحاظ حقوقی، رساندن سود و نیز اعتماد زیان‌بار می‌تواند منجر به تعهد شود؛ هرچند که هیچ وعده‌ای وجود نداشته باشد. حقوق استرداد (restitution) با مواردی سروکار دارد که در آن‌ها شخصی که منفعتی را از دیگری کسب کرده، ملزم به جبران آن است؛ هرچند که وعده‌ای به پرداخت آن نداده باشد. حقوق مسئولیت مدنی و حقوق تراست (trust) نیز اغلب برای اعتمادهایی که مبتنی بر وعده صریح نیستند، جبران خسارت مقرر می‌کند. از این گذشته، در خود حقوق قراردادهای نیز مقررات بسیاری یافت می‌شود که هدف آن‌ها حمایت از اعتماد متعارف است، نه وضع مسئولیت مبتنی بر وعده. از جمله این موارد، می‌توان به قواعد راجع به

اظهار خلاف واقع (misrepresentation) اشاره کرد. یکی از بارزترین مواردی که با نظریه مبتنی بودن تعهدات قراردادی و تعهدات ناشی از وعده بر قبول ارادی تعهد قابل جمع نیست، نظریه معروف به معیار عینی مسئولیت قراردادی است. بر اساس این نظریه، آنچه اهمیت دارد ابراز قصد است و قصد درونی و واقعی معمولاً اهمیت چندانی ندارد. در صورتی که شخص برخلاف قصد یا برداشت خود به وعده یا قراردادی ملزم شمرده شود، مسئولیت وی مبتنی بر قبول ارادی تعهد نیست، بلکه مبتنی بر مفهوم دیگری است و این مفهوم در اغلب موارد، اعتماد متعارف است. شخصی که سندی را امضا می‌کند، به این دلیل به مفاد آن پایبند شمرده می‌شود که دیگران ممکن است به طریقی که بر اساس معیارهای جامعه ما متعارف یا حتی ضروری باشد، بر کارهای او اعتماد کنند.

بنابراین، هرگاه اعتماد متعارفی صورت گیرد، ممکن است تعهداتی اخلاقی و حقوقی به وجود آید. این تعهدات به هیچ وجه به مواردی محدود نمی‌شوند که در آن‌ها وعده صریحی داده شده باشد، زیرا اگرچه ممکن است این تعهدات در مواردی تحقق یابند که بتوان وجود وعده را استنباط کرد، اما تعهدات پیش گفته در بسیاری موارد به وجود می‌آیند که در آن‌ها تلاش برای کشف یک وعده، چیزی جز یک فرض قانونی (fiction) محض نیست. کسی که بدون قصد پرداخت کرایه، سوار اتوبوس می‌شود، ملزم به پرداخت کرایه است و ادعای وجود وعده ضمنی به پرداخت، دور از واقعیت است. کسی که سندی را ناخوانده امضا می‌کند، وعده ضمنی هم نمی‌دهد؛ چه رسد به وعده صریح. در نظریه قراردادی مرسوم، الگوی قرارداد، توافق مؤجل است، اما نگاهی گذرا به جهان و به حقوق نشان می‌دهد که بسیاری از انواع معاملات با این الگو سازگار نیست. بسیاری از معاملات پیش از آنکه کاری از سوی یکی از طرفین یا هر دوی آن‌ها انجام شود، الزام آور نیستند.

- حقوق دانان به طور سنتی معاملات را متضمن وعده می‌شمردند و امروزه نیز هر توافق مؤجل را در بردارنده وعده‌های متقابل می‌دانند؛ در حالی که چه بسا خود طرفین نپذیرند که وعده‌ای داده‌اند، به ویژه در تعابیری که در معاملات مصرفی به کار می‌رود، از واژه «وعده» استفاده نمی‌شود. مردم از «ذخیره جا» (book) برای تعطیلات یا در هواپیما، «سفارش» (order) کالا، «پذیرش» (accept) قیمت و امثال آن سخن می‌گویند؛ حتی در حلقه‌های تجاری نیز این گونه تعابیر رایج تر است تا تعبیر صریح وعده دادن (promise) و به عهده گرفتن (undertaking). از قدیم‌الایام تصور می‌شده که ایجاد تعهد در چنین تعابیری، وابسته به این است که تعبیر مورد نظر حاکی از وعده است یا نه. اما به نظر می‌رسد که در بسیاری موارد، واقعیت برعکس است؛ به این معنا که در مباحث

حقوقی و اخلاقی اغلب باید در ابتدا تعیین کرد که تعهدی وجود دارد یا نه، و سپس مشخص کرد که عبارت باید چگونه تفسیر شود. و نتیجه این است که وجود یا نبود تعهد بدون توجه به وجود یا نبود وعده تعیین می‌شود.

- ادعای پروفیسور آتیه این نیست که رضایت، وعده، قصد و رفتار ارادی حتی درجایی که همراه با منفعت متقابل یا اعتماد متعارف باشد، دخالتی در ایجاد تعهد ندارد. حتی در مواردی که بتوان گفت تعهد مبتنی بر منفعت یا اعتماد است، وعده صریح ممکن است نقش اثباتی ارزش‌مندی ایفا کند. برای مثال، پیش‌تر گفته شد که در خصوص قرض، مسئولیت قرض‌گیرنده به بازپرداخت نمی‌تواند کاملاً ناشی از وعده باشد؛ با این حال، وجود وعده صریح کارکردهای اثباتی ارزشمندی دارد: اول اینکه تردیدی در خصوص ماهیت معامله باقی نمی‌گذارد؛ یعنی با وجود وعده صریح به بازپرداخت، احتمال هبه بودن کنار می‌رود. دوم اینکه در مواردی که هر دو طرف به نمایندگی عمل می‌کنند، به تعیین اینکه طرفین واقعی معامله چه کسانی هستند، کمک می‌کند. سوم اینکه وعده صریح به تعیین برخی شروط جزئی و فرعی یاری می‌رساند؛ برای مثال، وعده پرداخت سودی معین، کار دادگاه را در تعیین سود منصفانه و متعارف تسهیل می‌کند.

- تاکنون گفته شده است که نمونه سنتی حقوق قرارداد که مبتنی بر نظریه اراده و معامله مؤجل است، تناسب زیادی با حقوق و زندگی ندارد. اما در خصوص توافقات کاملاً مؤجل وضعیت متفاوت است. اگر شخص درباره یک توافق کاملاً مؤجل و پیش از دریافت منفعت یا قبل از اعتماد مخاطب وعده بر وعده، مسئولیت اخلاقی یا حقوقی داشته باشد، مسئولیت وی صرفاً ناشی از وعده است و نه از چیز دیگری. از لحاظ اخلاقی، اندکی از افراد در این نکته که وعده فی‌نفسه الزام‌آور است، تردید می‌کنند و حقوق دانان با تأکید بر لزوم عوض، تا حد زیادی با اخلاق‌گرایان موافق‌اند.

- باید یادآور شد که در عمل، قراردادهای کاملاً مؤجل هم به آن مقدار که نظریه حقوقی می‌گوید، الزام‌آور نیستند. مصرف‌کنندگان و حتی تجار اغلب توقع دارند که بتوانند بدون پرداخت کمترین جریمه و شاید صرفاً با پرداخت مخارج واقعی که به دلیل اعتماد بر وعده صورت گرفته، قراردادهای کاملاً مؤجل را فسخ کنند. اگر قرارداد کاملاً مؤجل باشد، این‌گونه هزینه‌های ناشی از اعتماد وجود نخواهد داشت. حتی از لحاظ حقوقی هم انتظارات مورد حمایت قراردادهای مؤجل محدودند. این انتظارات، انتظار اجرا نیستند، بلکه انتظار منفعت‌اند؛ از این رو، در صورتی که بین قیمت بازاری کالا یا خدمات موضوع قرارداد با قیمت بازاری کالا یا خدمات مشابه تفاوتی نباشد، قرارداد می‌تواند از لحاظ حقوقی بدون پرداخت خسارت نقض شود. در عمل بخش زیادی از مواردی که در

آن‌ها توافقات مؤجل نقض می‌شوند، مشمول این قضیه‌اند. پس باز هم نیروی الزام‌آور قراردادهای کاملاً مؤجل، موقتی است و این‌گونه قراردادها برای مدت زیادی الزام‌آور باقی نمی‌مانند. بنابراین، الگوی نقض قرارداد در خصوص قراردادهای کاملاً مؤجل صدق نمی‌کند. معمولاً هدف اصلی از انعقاد چنین قراردادهایی، عبارت است از توافق در مورد شرطی که بر مبادلهٔ مورد نظر پس از انجام شدن آن حاکم است؛ اینکه قرارداد طرفین را ملزم کند که مراقب انجام مبادله باشند، دست‌کم در بسیاری از موارد، هدفی تبعی است.

• با توجه به نکات پیش‌گفته، در خصوص توافق کاملاً مؤجل نیز همانند توافق حال یا توافقی که بخشی از آن اجرا شده، کارکرد اصلی وعده، اثباتی است که در بند ۴ به آن اشاره شد. زیرا همین که طرفین کالا یا خدمت مورد توافق را عرضه کنند، تعهد به وجود می‌آید. در این صورت، معاملهٔ مؤجل به معامله‌ای که بخشی از آن اجرا شده است، تبدیل می‌شود و حتی بدون وجود وعده نیز تعهد می‌تواند تحقق یابد. در نتیجه، نظریهٔ مسئولیت مبتنی بر وعده، تنها در خصوص وعده یا قراردادی که نه اجرا شده و نه عوض آن پرداخت شده و نه مورد اعتماد باشد، جنبهٔ اثباتی ندارد. از این‌رو، این پرسش مطرح می‌شود که در این‌گونه موارد مبنای مسئولیت و منبع تعهد چیست؟

• پروفیسور آتیه پاسخ به پرسش بالا را با این مقدمه آغاز می‌کند که حقوق انگلستان در نتیجهٔ میراث برجای‌مانده از قرن نوزدهم، در خصوص میزان وابستگی تعهدات قراردادی بر قصد طرفین و قبول ارادی مسئولیت افراط کرده است. برعکس، نظریهٔ شبه جرم نیز از سوی دیگر دچار افراط شده، مسئولیت شبه جرمی را ناشی از قانون می‌داند، نه ارادهٔ طرفین. به نظر پروفیسور آتیه، نمی‌توان گفت که رضایت، قصد و رفتار ارادی هیچ دخالتی در مسئولیت‌های شبه جرمی ندارد. هم در مسئولیت قراردادی و هم شبه جرمی، مسئولیت در درجهٔ اول از عمل ارادی طرفین یعنی از نفع متقابل و اعتماد ناشی می‌شود. فروشندهٔ کالا از فروش خود سود می‌برد و خریدار یا مصرف‌کننده در این باره که کالا خطرناک نیست، به وی اعتماد می‌کند. این دو عامل همراه با این واقعیت که بیع عملی ارادی است، مسئولیت فروشنده را هم در برابر خریدار و هم مصرف‌کننده توجیه می‌کند. درست است که در جهان صنعتی جدید، جامعه و روابط اجتماعی و اقتصادی چنان پیچیده‌اند که نمی‌توانند به کمک اصول ساده‌ای که از مفاهیم منفعت و اعتماد استخراج شده، ساده‌انگاشته شوند؛ اما از طرف دیگر، تفکیک تکالیف ارادی از تکالیف قانونی نیز خود نوعی ساده‌انگاری است. ساختار نظری مناسب‌تر و

وحدت‌بخش‌تر حقوق تعهدات می‌تواند بر مبنای ارتباط متقابل بین سه مفهوم منافع متقابل، اعتماد متعارف و رفتار ارادی انسان استوار شده، توسعه یابد.

نظریه اعتماد در کشورهای کامن‌لا

دادگاه‌های کشورهای استرالیا، نیوزیلند و کانادا از این نظریه استقبال کرده‌اند (Stone, 2009, p.156). در ادامه، وضعیت نظریه اعتماد در سه حوزه مهم کامن‌لا، یعنی ایالات متحده آمریکا، استرالیا و انگلستان بررسی می‌شود.

۱. وضعیت نظریه در آمریکا

نظریه مبتنی بودن تعهدات قراردادی بر اعتماد و نه بر مبادله عوضین، در ادبیات حقوقی ایالت متحده انعکاس یافته است و برخی از حقوق‌دانان این کشور، مانند موریس کوئن (Morris Cohen) و راسکو پاند (Roscoe Pound)، فیلسوف حقوق، از نظریه اعتماد زبان‌بار حمایت کرده، به آن نظم و نسق بخشیده‌اند (Fridman, 1974, p.16).

برخی از حقوق‌دانان معتقدند که «شرح جدید حقوق»^۱ حتی در ویراست اول آن (۱۹۳۲م)، این نظریه را به‌عنوان بخشی از حقوق تعهدات به رسمیت شناخته است. ماده ۹۰ مقرر می‌دارد: «وعده‌ای که وعده‌دهنده به‌طور متعارف توقع دارد که موجب فعل یا ترک فعل معین و اساسی از سوی طرف وعده (موعودله) گردد و [در عمل هم] موجب چنین فعل یا ترک فعلی گردد، الزام‌آور است؛ منوط به اینکه تنها با اجرای آن وعده بتوان از بی‌عدالتی جلوگیری کرد». این ماده معیاری را برای لازم‌الاجرا بودن تعهدات مقرر می‌کند که مبتنی بر اعتماد است نه عوض، و این نکته به‌عنوان کانون حقوق قراردادها در آمریکا باقی مانده است (Stone, 2009, p.154).

۲. وضعیت نظریه در استرالیا

همان‌گونه که دعوای *Waltons Stores (Interstate) Ltd v Maher* (1988) نشان می‌دهد، دادگاه‌های استرالیا در استناد به نظریه اعتماد به‌عنوان مبنایی برای ایجاد تعهد جسورتر از دادگاه‌های انگلستان عمل کرده‌اند. این دعوا مربوط به اجاره قطعه زمینی بود که به‌عنوان

۱. American Restatement مجموعه‌ای از قواعد حقوقی غیررسمی و غیرالزامی است که از سوی بهترین حقوق‌دانان آمریکا در «مؤسسه حقوق آمریکا» (American Law Institute) تنظیم می‌شود و شامل قواعد حقوقی در موضوعات مختلف از جمله حقوق قراردادها است (نک: تنک، ۱۳۷۴، ص ۱۰۱).

بخشی از یک طرح توسعه در نظر گرفته شده بود. مالک زمین به این باور ترغیب شده بود که مستأجر احتمالی اقدام به انجام معامله می‌کند و مبادلهٔ قراردادها صورت خواهد گرفت. وی با این توقع و برای آماده‌سازی زمین برای ساختن بنای جدیدی که مطابق با نیاز مستأجر باشد، ساختمان موجود در آن زمین را تخریب کرد. اما در واقع مستأجر از پیش تصمیم گرفته بود که به قرارداد ادامه ندهد و با اینکه می‌دانست که کار تخریب شروع شده است، تصمیم خود را به اطلاع مالک زمین نرساند. مسئله این بود که آیا مالک زمین می‌تواند غرامتی مطالبه کند یا نه؟ اگرچه به نظر می‌رسید که قراردادی بین طرفین وجود ندارد، دادگاه عالی استرالیا اجازه داد که مالک بر اساس استاپل موفق شود. دادگاه بر این عقیده بود که مستأجر ابتدا «وعده داده بود» که قرارداد ادامه پیدا خواهد کرد و لذا اقدام بعدی وی که آگاهانه به مالک اجازه داده بود که ساختمان را تخریب کند و به این ترتیب متحمل ضرر شود، «نامتعارف» (unconscionable) بوده است؛ از این رو، وعدهٔ وی باید اجرا شود.

به این ترتیب، در عمل این دعوا راه را باز کرد که «اعتماد زیان‌بار» (detrimental reliance) به عنوان جایگزینی برای عوض به کار رود؛ البته منوط به اینکه بتوان گفت که چنین اعتمادی موجب شده است، انکار وعده از سوی وعده‌دهنده، نامتعارف باشد. آرای بعدی در استرالیا نیز اصل به کاررفته در *Waltons Stores* را پذیرفته‌اند (Stone, 2009, p.155-156).

۳. وضعیت نظریه در انگلستان

دادگاه‌های انگلستان به‌گونه‌ای محدود از نظریهٔ اعتماد متعارف حمایت کرده‌اند؛ هر چند برخی از آرای اخیر مانند *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd*^۱ به‌ظاهر مبتنی بر مفهوم عوض هستند، می‌توان ادعا کرد که بیشتر با مفهوم اعتماد مربوط‌اند (Stone, 2009, p.110). دعوای یادشده مربوط به تعمیر مجموعه‌ای از آپارتمان بود که در آن خواننده به عنوان پیمانکار اصلی، خواهان را به عنوان کارفرمای فرعی برای انجام کارهای نجاری استخدام کرده بود. پس از مدتی خواهان دچار مشکلات مالی شد که تا حدی ناشی از کم بودن اجرت قرارداد بود. خواننده از ترس اینکه کار به موقع تمام نشود و مجبور به پرداخت جریمهٔ تأخیر در اجرای قرارداد گردد، به خواهان وعده داد که مبلغ دیگری به وی پرداخت می‌کند. خواهان بر این اساس به کار ادامه داد و پس از تکمیل کار هشت آپارتمان، از بیم اینکه خواننده مبلغ وعده داده شده را پرداخت نکند، از کار دست کشید و برای دریافت مبلغ اضافی مربوط به هشت آپارتمان، اقامهٔ دعوا کرد. دادگاه بخش به نفع خواهان رأی داد و خواننده درخواست استیناف

1. [1991] 1 QB 1; [1990] 1 All ER 512

نمود. استدلال خواننده این بود که خواهان عوض جدیدی برای وعده پرداخت اضافی از سوی خواننده تأمین نکرده، چون وی به موجب قرارداد سابق مکلف به تکمیل کار آپارتمان‌ها بوده است. اما دادگاه استیناف رأی داد که وعده پرداخت مبلغ اضافی لازم‌الاجراست، زیرا خواننده در برابر آن از دو جهت سود عملی برده است؛ اولاً احتمال پرداخت جریمه تأخیر کاهش پیدا کرده و دوم اینکه از مشکل و هزینه استخدام شخص دیگری برای کارهای نجاری خودداری کرده است.

اما به گفته برخی حقوق‌دانان، محدودیت این نظریه به‌عنوان رقیبی برای عوض، در این است که دادگاه‌های انگلستان تمایلی به پذیرش آن به‌عنوان ایجادکننده تعهدات جدید ندارند، بلکه آن را عاملی برای تغییر تعهدات موجود تلقی می‌کنند (Stone, 2009, p.154).

به‌طور خلاصه، اگر به ماده ۹۰ «شرح جدید حقوق» آمریکا همراه با وضعیت این نظریه در استرالیا، نیوزیلند و کانادا توجه شود، به‌نظر می‌رسد در جهان کامن‌لا، اقدام دادگاه‌های انگلیس در راستای تحدید قلمرو اجرای تعهدات بر مبنای اعتماد و منحصر کردن نقش آن به تعدیل تعهدات موجود و نه ایجاد تعهد جدید، نوعی تکرور شمرده می‌شود. هرگونه تحولی در این زمینه باید از سوی مجلس اعیان (House of Lords) صورت گیرد و تا زمانی که چنین اقدامی صورت نگیرد، نمی‌توان گفت که نظریه عوض جای خود را به رویکردی اعتمادمحور به لازم‌الاجرا بودن تعهدات داده است؛ هرچند که در پنجاه سال اخیر، قلمرو مواردی که در آن‌ها نظریه اعتماد به صورت استثنایی به کار گرفته شده، افزایش یافته است (Stone, 2009, p.156).

نقد نظریه اعتماد متعارف

نظریه اعتماد را می‌توان هم از دیدگاه کامن‌لا و هم حقوق ایران نقد کرد:

۱. از دیدگاه حقوق‌دانان کامن‌لا

حقوق‌دانان کامن‌لا از نظریه اعتماد متعارف انتقادات فراوانی کرده‌اند که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود. پیشاپیش باید یادآور شد که بخش عمده‌ای از نقدها معطوف به نظریات پرفسور آتیه است:

- **متغیر و پیش‌بینی‌ناپذیر بودن.** در واقع، ادعای پرفسور آتیه این است که باید به مفهوم اولیه عوض یعنی دلیلی برای اجرای وعده یا اقرار به وجود تعهد بازگردیم. عیب این نظریه آن است که نسبتاً غیرقطعی و پیش‌بینی‌ناپذیر است و ممکن است به عقاید

شخصی قضات در خصوص اینکه در هر قضیه‌ای چه چیز موجب الزام‌آور شدن وعده می‌شود، وابسته گردد (Stone, 2009, p.153).

• **جامع نبودن.** در بسیاری از موارد، تشکیل قرارداد و اجرای آن تقریباً در زمان واحدی صورت می‌گیرد. برای مثال، هنگامی که روزنامه‌ای را از مغازهٔ نزدیک منزل خریداری می‌کنیم، ایجاب ما در خصوص خرید روزنامه و قبول آن از سوی مغازه‌دار تقریباً هم‌زمان با اجرای قرارداد یعنی تحویل روزنامه و پرداخت بهای آن صورت می‌گیرد. به نظر پرفسور آتیه، در این گونه معاملات، مبادلهٔ وعده‌ها صورت نمی‌گیرد و تعهد درواقع با فعل طرفین به‌وجود می‌آید، نه با وعده یا قصد آن‌ها. پرداخت پول و تحویل روزنامه است که مبنای تعهدات ایجادشده را تشکیل می‌دهد، نه وعدهٔ پرداخت پول و وعدهٔ تحویل روزنامه. در نقد این سخن می‌توان گفت، درست است که در بسیاری از موارد، تشکیل و اجرای قرارداد تقریباً به صورت هم‌زمان واقع می‌شوند، اما در برخی موارد، زمان قابل ملاحظه‌ای بین تشکیل و اجرای قرارداد وجود دارد. برای نمونه، هنگامی که شمارهٔ خاصی از یک روزنامه را که سه هفته دیگر منتشر می‌شود سفارش می‌دهیم و با فروشنده در این مورد توافق می‌کنیم که نسخه‌ای را سفارش و تحویل دهد، بدون شک مبنای قرارداد، تعهدات ما است، نه عملی که با اعتماد به توافق انجام شده باشد. این نکته را حتی می‌توان به مواردی که تشکیل و اجرای قرارداد تقریباً به صورت هم‌زمان واقع می‌شوند نیز تسری داد. در مثال خرید و تحویل فوری روزنامه، منبع تعهدات ایجادشده، وعدهٔ ما به خرید روزنامه و وعدهٔ مغازه‌دار به فروش روزنامه است؛ و اعمال ما صرفاً دلیلی بر این است که با هم به توافق رسیده‌ایم (McKendrick, 2000, p.377-378).

• **نداشتن قدرت توجیهی.** نظریهٔ اعتماد توجیه مناسبی در خصوص مسئولیت قراردادی ارائه نمی‌کند؛ یعنی توضیح نمی‌دهد که چرا زیان‌دیدهٔ نقض قرارداد می‌تواند حتی در صورتی که بر قرارداد اعتماد نکرده است، مطالبهٔ خسارت کند (Golding, 2005, p.141). از این گذشته، نظریهٔ اعتماد توصیف دقیقی از وضعیت حقوق موجود ارائه نمی‌کند و قادر نیست توجیه جامعی از مسئولیت قراردادی ارائه کند. این نظریه می‌کوشد که نمونهٔ قرارداد لازم‌الاجرا را به زور در الگوی اعطای منفعت یا حمایت از اعتماد متعارف جای دهد. اما دادگاه‌ها در همهٔ حوزه‌های قضایی قراردادهای مؤجل را حتی در جایی که منفعت یا اعتماد وجود نداشته باشد، اجرا می‌کنند؛ وعده‌های یک‌طرفه اجرا می‌شوند، خواه در همهٔ موارد (مانند اسکاتلند) یا به صورت استثنایی (به‌طور مثال، مانند آلمان و انگلستان). نظریات اعتماد می‌کوشند اعتمادی خیالی را

کشف کنند تا چنین وعده‌هایی را توجیه کنند، اما چنین اعتمادی در بسیاری موارد وجود ندارد. نظریه اعتماد بیشتر شبیه به تصویری است که حقوق ممکن است داشته باشد، نه تصویری که در واقع دارد (Hogg, 2011, p.102).

• **نبود تلازم بین اعتماد و تعهد ارادی.** در برخی موارد ممکن است اعتماد وجود داشته باشد، اما خواننده هیچ تعهد ارادی را نپذیرفته باشد؛ مانند آنکه شخص نسبت به طرح انجام کاری در آینده خبر دهد، اما هیچ وعده‌ای ندهد؛ حتی ممکن است شخص بدون اینکه خود خیر داشته باشد، اعتمادی را در طرف دیگر ایجاد کند. برعکس، قراردادهای در اغلب موارد اجرا می‌شوند، بدون اینکه اعتمادی وجود داشته باشد (Gold, 2009, p.22-23).

• **تحمیل مسئولیت بدون تقصیر.** یکی از نتایج نامطلوب نظریه اعتماد این است که بر اساس این نظریه ممکن است وعده‌دهنده‌ای که مرتکب هیچ خطایی نشده باشد، مسئول شمرده شود. هدف عدالت اصلاحی (که نام دیگر نظریه اعتماد است)، جبران و اصلاح خطا است؛ بنابراین، معلوم نیست که چرا بر اساس این نظریه، وعده‌دهنده‌ای که مرتکب تقصیر نشده است، باید خسارت اشخاص دیگری را که در نتیجه اعتماد خودشان متحمل زیان شده‌اند، جبران کند (ibid, p.23).

• **ابهام در مفهوم اعتماد.** اشکال دیگر در خصوص این نظریه به مفهوم «متعارف بودن» باز می‌گردد. واضح است که تمام زیان‌ها و آسیب‌های ناشی از اعتماد یک طرف بر رفتار یا رفتار طرف دیگر قابل شکایت نیست. از این رو، طرف‌داران نظریه اعتماد ناچار شده‌اند که این نظریه را با اوصافی مانند «موجه» (justifiable) یا قابل پیش‌بینی (foreseeable) یا متعارف توصیف کنند. اما برای ارزیابی این اوصاف باید به معیارهایی رجوع کرد که معمولاً مبهم‌اند و به خود اعتماد ارتباطی ندارند؛ زیرا اعتماد، خواه موجه باشد یا غیرموجه، خواه متعارف باشد یا نامتعارف، در هر حال وجود دارد. از این گذشته، برای تعیین اینکه اعتماد یک طرف بر وعده طرف دیگر متعارف بوده است یا نه، باید به رفتار افراد هر جامعه توجه کرد، و رفتار افراد در مورد اعتماد بر وعده، تحت تأثیر برداشت آن‌ها از لازم‌الاجرا بودن یا نبودن آن وعده قرار دارد. به تعبیر دیگر، تعیین متعارف بودن اعتماد مستلزم دور است. بنابراین، نظریه اعتماد نمی‌تواند هدفی را که برای آن طراحی شده، یعنی تعیین اینکه چه وعده‌ای لازم‌الاجرا است، برآورده سازد (Barnett, 1986, p.275; Gold, 2009, p.22).

• **از بین بردن مرز میان حقوق قرارداد و حقوق مسئولیت مدنی.** نظریه اعتماد، مسئولیت قراردادی را به گونه‌ای از مسئولیت شبه خطایی (quasi-delictual) تبدیل

می‌کند. (Hogg, 2011, p.102-103)؛ توضیح اینکه حقوق‌دانان کامن‌لا حقوق تعهدات را به سه شاخه حقوق قراردادهای، حقوق مسئولیت مدنی و حقوق استرداد (restitution) تقسیم می‌کنند، اما شناسایی مسئولیت مبتنی بر اعتماد یا منفعت با این تقسیم‌ها سازگار نیست (McKendrick, 2000, p.7). با نظریه اعتماد، این مرزبندی‌ها از بین می‌رود و حقوق قرارداد با دو شاخه دیگر حقوق تعهدات خلط می‌شود. بر اساس این نظریه، مسئولیت قراردادی، مصداق خاصی از مسئولیت مدنی تلقی می‌شود که در آن اراده طرفین نقش تعیین‌کننده‌ای ندارد (Kronman, 1981, p.406).

• **بی‌توجهی به فضائل اخلاقی.** نظریه اعتماد به صداقت و امانت (trust) بهای چندانی نمی‌دهد، زیرا به پیامدهای عملی ناشی از وعده معطوف است. بر اساس این نظریه، اخلاقی بودن وعده ناشی از پیامدهای خاصی (یعنی اعطای سود، یا اعتماد زیان‌بار) است که ممکن است از وعده ناشی شود. اما اگر وعده چنین پیامدهایی نداشته باشد، وعده‌دهنده از اجرای وعده معاف است و می‌تواند از وعده خود عدول کند. توانایی عدول وعده‌دهنده از وعده خود، موجب تضعیف صداقت، درستکاری و قابلیت اعتماد (trustworthiness) در جامعه می‌شود (Hogg, 2011, p.103).

• **پیامدهای نامطلوب قضایی.** اگر دادگاه‌ها نظریه اعتماد را نپذیرند، سبب بلاتکلیفی و سردرگمی می‌شود. بر اساس نظریه اعتماد، حتی اگر تعهدی هم به‌وجود آید، تا زمانی که مخاطب وعده منفعتی را دریافت نکرده یا به زیان خود بر آن وعده اعتماد نکرده، وعده‌دهنده نمی‌داند که به تعهد ملزم است یا نه. دعاوی ناشی از اختلافات راجع به اعتماد موجب پیدایش مرافعات غیرضروری می‌شود و برای دادگاه رسیدگی به آن‌ها دشوار است. این نظریه بی‌نهایت جنبه شخصی دارد و به‌طور گسترده موجب سردرگمی در نظام حقوقی یا اخلاقی می‌شود، زیرا الزام‌آور بودن اظهار وابسته به این است که وعده‌دهنده بداند که مخاطب وعده راجع به آن اظهار چه نظری دارد و نیز وابسته به رویکردی است که مخاطب وعده در خصوص محتوای وعده خواهد داشت (ibid, p.103-104).

باید یادآور شد که نوشته‌های پرفسور آتیه بیانگر موضع رایج در حقوق انگلستان نیست (McKendrick, 2000, p.7). مبنای حقوق قراردادهای تعهدات متقابل طرفین است و حقوق قراردادهای به دلیل مبتنی بودن قرارداد بر تعهدات ارادی، از دو شاخه دیگر حقوق تعهدات قابل تفکیک است.

۲. از دیدگاه حقوق ایران

نظریهٔ اعتماد متعارف از جنبه‌های مختلفی قابل نقد است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

- شاید مهم‌ترین نقد این باشد که از دیدگاه حقوق کشورمان، تئوری تقابل عوضین و وابستگی آن دو به یکدیگر، یکی از اصلی‌ترین مبانی الزام‌آور بودن تعهدات قراردادی در عقود معوض است. با توجه به همین رابطهٔ تقابل و وابستگی بین دو موضوع قرارداد و مفهوم عوض بودن هر یک از دیگری است که نبود یکی از آن دو موجب بطلان عقد می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۳۶۳). حق حبس و انحلال تعهد به دلیل فسخ تعهد متقابل نیز از آثار دیگر این نظریه به‌شمار آمده است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۲۳۱).
- قانون‌گذار مدنی ایران نه‌تنها راضی نیست که تعهد یک طرف بدون عوض بماند و از این‌رو خیار تفلیس (مادهٔ ۳۸۰ ق.م.) و تعذر تسلیم را جعل کرده، بلکه حتی راضی نیست که عوض تسلیم‌شده از سوی یکی از طرفین برای مدتی نسبتاً طولانی بدون عوض باقی بماند و لذا خیار تأخیر ثمن (مادهٔ ۴۰۲ ق.م.) را مقرر کرده است. همچنین، قدرت بر تسلیم مورد معامله را نیز در برخی عقود مانند بیع (مادهٔ ۳۴۸) و اجاره (مادهٔ ۴۷۰)، شرط صحت عقد دانسته است و حقوق‌دانان از این شرط به‌عنوان یک قاعدهٔ عمومی نام برده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۱۸۸؛ شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۲۸۹).

- موارد جریان این نظریه به موارد شرط ابتدایی در فقه و حقوق ما شباهت دارد. هر چند از لحاظ اخلاقی وفا به شرط ابتدایی مطلوب است، از لحاظ فقهی، به نظر مشهور فقهای امامیه (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۵۵-۵۶) الزام‌آور نیست و عمده‌ترین دلیل آن را می‌توان نبود عوض دانست. وجود اعتماد و تحمل زیان نیز برای ایجاد مسئولیت قراردادی کافی نیست. برای نمونه، به استفتایی مرتبط اشاره می‌شود: چند نفر یکی از ساختمان‌های موقوفهٔ مسجد را که مخروبه و فاقد استفاده بوده، اجاره کردند و به صورت قابل استفاده درآورده و «با اعتماد به قول و تعهد لفظی» متولی مسجد، در مورد استفادهٔ دائمی از آن محل و کسب رضایت مستأجران در مورد تخلیه، متحمل ائتلاف وقت و مخارجی برای أخذ پروانه کسب شدند. پس از مدتی هیئت مدیره مسجد تصمیم به تخلیهٔ ساختمان برای کمیته می‌گیرد و مستأجران به «دادگاه کمیتهٔ مرکزی تهران» مراجعه، و رأی آن دادگاه و «قاضی حقوقی» را به نفع خود تحصیل می‌کنند و آنگاه نظر مرحوم آیت‌الله گلپایگانی را در این زمینه جویا می‌شوند. در پاسخ ایشان آمده است: «در صورتی که شرط و تعهد مزبور در ضمن عقد لازم باشد و به مصلحت موقوفه نباشد لازم است متولی شرعی بر طبق آن عمل کند و لیکن اگر مطابق مصلحت موقوفه نباشد یا در ضمن عقد لازم شرط نکرده باشند عمل به آن لازم نیست بلکه اگر خلاف

مصلحت وقف باشد شرط باطل است و عمل به آن جائز نیست» (گلپایگانی، ۱۴۰۹ (الف)، ص ۳۹۹-۳۹۸).

باین حال، به نظر می‌رسد که شرط ابتدایی نیز حتی اگر به‌عنوان تعهد قراردادی، لازم‌الاجرا نباشد، در صورتی که موجب غرور متعهدله شده و وی بر اساس آن متحمل زیان شده باشد، موجب ضمان قهری متعهد خواهد بود. در این زمینه، سؤال و جواب فقهی زیر قابل توجه است: «س: چهار نفر مشترکاً مشغول استخراج سنگ ساختمان در معدن بودند یک نفر از آنان دیده‌بانی می‌کرد تا به کسی سنگ اصابت نکند و نفر دیگر جهت رفع خستگی دست از کار کشید و نشست و دو نفر از آنان مشغول کار بودند ناگاه سنگی منحرف شد و به یکی از آنان خورد و او را کشت، آیا همهٔ کارگران معدن ضامن دیه هستند یا خیر؟ ج: در فرض مسأله اگر دیده‌بان در اعلام خطر کوتاهی نکرده باشد کسی ضامن نیست و چنانچه شرکاء با اعتماد بر دیده‌بان و تعهدی^۱ که در نگهبانی داده است مشغول کار شده‌اند و او در نگهبانی خود تقصیر کرده او ضامن است...» (گلپایگانی، ۱۴۰۹ (ب)، ص ۲۸۹).

▪ بر اساس نظریهٔ اعتماد، آنچه به ایجاد تعهد منتهی می‌شود، فعل یک طرف و اعتماد طرف مقابل بر آن فعل است. این مطلب یادآور بحث استیفا در حقوق مدنی ایران است (مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ قانون مدنی) و بدیهی است که این بحث در مباحث مسئولیت مدنی جای دارد. اما نظریهٔ اعتماد متعارف در این زمینه تنها بخشی از واقعیت را بیان می‌کند. درست است که در موارد استیفا از عمل مادی یا حقوقی غیر، استیفاکننده ملزم به پرداخت اجرت یا ثمن‌المثل است، اما این به آن معنا نیست که اندیشهٔ قرارداد و معامله و به تعبیر بهتر، معاوضی بودن قراردادها نادیده گرفته شود. به‌طور کلی، برای توجیه موارد عادی و متعارف قرارداد که در آن، دو عوض متقابل وجود دارد، نیازی به این نظریه نیست.

▪ پروفیسور آتیه بین موردی که عوضین حال یا مؤجل باشند، تفاوت می‌گذارد؛ در صورتی که عوضین حال بوده، هم‌زمان رد و بدل شوند، طرفین تعهدی به‌عهده نمی‌گیرند. مبادلهٔ تعهدات در جایی قابل تصور است که عوضین مؤجل باشند و طرفین به تسلیم و پرداخت آن‌ها تعهد کنند. این نظریه از یک سو یادآور بحث معاطات در فقه ما و نظریهٔ برخی از فقهاست که معاطات را عقد ندانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۰، ص ۲۵۰) و از سوی دیگر، به نظریهٔ برخی از حقوق‌دانان ایران (امامی، ۱۳۸۹، ص ۱۷۰) شباهت دارد که در عقود تملیکی که در آن‌ها دو مورد معامله به صورت هم‌زمان دادوستد می‌شوند، اثر

۱. استناد به این استغنا منوط به این است که تعهد یادشده را تعهدی قراردادی ندانیم و با توجه به قرائن پیش‌گفته در سؤال ظاهراً چنین است.

اصلی عقد را ایجاد تعهد نمی‌دانند.

در نقد نظریه آتیه می‌توان گفت که اولاً در خصوص عقود عهدی مربوط به آینده که در آن‌ها دادوستدی صورت نمی‌گیرد، این نظریه قابل اعمال نیست و بنابراین، جامعیت ندارد. به تعبیر دیگر، نمی‌توان از یک اصل کلی درباره تشکیل قراردادهای سخن گفت.^۱ دوم اینکه حتی در قراردادهای حال نیز تعهد وجود دارد؛ با این توضیح که تعهد در برخی موارد، موضوع انشای طرفین قرار می‌گیرد و مفاد عقد عهدی را تشکیل می‌دهد. موضوع این نوع تعهد، انجام دادن یا ترک کاری است و چنین تعهدی در عقود تملیکی وجود ندارد. اما طرفین در برخی موارد، تعهدی را انشا نمی‌کنند، بلکه تعهد و پایبندی آنان به مفاد قرارداد، از اقدام آنان به انعقاد قرارداد روشن می‌شود. این نوع تعهد در همه قراردادهای اعم از عهدی و تملیکی وجود دارد و مفاد آن چنان که گفته شد، التزام و پایبندی به قرارداد است، نه انجام دادن یا ترک کار. نوع دوم از تعهد در همه قراردادهای اعم از عهدی و تملیکی و نیز حال و مؤجل، وجود دارد.

▪ با وجود نقدهایی که به نظریه اعتماد متعارف وارد شد، برخی از نهادها و قواعد حقوقی کشورمان به این نظریه شباهت دارد. چنان‌که ملاحظه شد، در ادبیات حقوقی ما، دو قاعده غرور و استیفا در مسئولیت‌های غیرقراردادی نکات مشترکی با نظریه اعتماد متعارف دارند. در زمینه حقوق قراردادهای هم هرچند مبنای الزام‌آور قرارداد در فقه و حقوق ایران را می‌توان به نظریه اراده نزدیک‌تر دانست، می‌توان نشانه‌های متعددی از وجود نوعی نظریه اعتماد را نیز مشاهده کرد. به‌عنوان نمونه‌ای از تأثیر مفهوم اعتماد در عقود معین، می‌توان عقد ضمان را در نظر گرفت. عقد ضمان از دیدگاه فقهی (عاملی، ۱۴۱۰، ص ۱۱۵) و برخلاف نظر برخی حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۴۴)، عقدی غیرمعوض است و هرچند ممکن است بین ضامن و مضمون‌عنه توافقی در زمینه جبران خسارت ضامن مقرر شده باشد، وجود این توافق در رابطه ضامن و مضمون‌له که طرفین اصلی عقد ضمان هستند، اثر مستقیم ندارد. با توجه به این نکات، می‌توان گفت که مبنای لزوم عقد ضمان، اعتمادی است که ضامن در مضمون‌له در خصوص وصول به طلب ایجاد کرده است، و از این نظر عقد ضمان به نظریه اعتماد شباهت دارد.

▪ نظریه اعتماد متعارف مرز بین مسئولیت قراردادی و قهری را از بین می‌برد؛ درحالی که در حقوق ایران این دو نوع مسئولیت تفکیک شده‌اند: قانون مدنی مسئولیت قراردادی و خسارت ناشی از نقض قرارداد (مواد ۲۲۱-۲۳۰) را از الزامات بدون قرارداد (مواد ۳۰۱

۱. البته خود آتیه نیز از رد اصول کلی حقوق قراردادهای ابایی ندارد، نک: Atiyah, 1986, P.19. و در خصوص نقد آن، نک: McKendrick, 2000, P.7.

تا ۳۳۷) جدا کرده است و برخی از حقوق‌دانان نیز با وجود تصدیق یکسانی ماهیت مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی (شهیدی، ۱۳۸۳، ص ۵۱)، آن دو را از حیث خصایص (همان، ص ۵۲) و به تعبیری از حیث احکام (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۱۴۸) متفاوت دانسته‌اند.

نتیجه

- بر اساس قواعد کامن‌لا، الزام‌آور بودن تعهد قراردادی منوط به وجود عوض یا رعایت تشریفات شکلی است. حقوق‌دانان برخی از کشورهای کامن‌لا، مانند استرالیا، امریکا و انگلستان کوشیده‌اند که برای الزام به اجرای برخی از تعهدات که نمی‌توان آن‌ها را به دلیل نبود عوض الزام‌آور دانست، راهی پیدا کنند و این کوشش به ابداع نظریاتی مانند استاپل ناشی از وعده و اعتماد متعارف انجامیده است. نظریهٔ اخیر در بیشتر حوزه‌های کامن‌لا به‌عنوان معیاری جایگزین عوض پذیرفته شده است، اما در انگلستان دادگاه‌ها هنوز تمایلی به پذیرش این نظریه ندارند.
- حقوق‌دانان حوزهٔ کامن‌لا از نظریهٔ اعتماد متعارف انتقاد کرده‌اند؛ از جمله اینکه نظریهٔ یادشده جامعیت ندارد و نیز پذیرش آن موجب اختلاط بین شاخه‌های مختلف حقوق مدنی به‌خصوص حقوق قراردادها و حقوق مسئولیت مدنی می‌شود.
- از دیدگاه حقوق ایران نیز این نظریه قابل نقد است؛ از جمله اینکه با اصل تقابل عوضین و وابستگی آن دو به یکدیگر که از اصول اساسی حقوق قراردادهای کشورمان است، قابل جمع نیست.
- با وجود انتقاداتی که می‌توان بر این نظریه وارد کرد، باید اذعان داشت که با اینکه این نظریه در بستر حقوقی کامن‌لا تکوین یافته، نکات سودمند و قابل تطبیقی با حقوق کشورمان دارد؛ از جمله اینکه موارد جریان آن به موارد شرط ابتدایی در فقه و حقوق ما شباهت دارد و راه‌حل برون‌رفت از مشکل نبود عوض، با بحث غرور و استیفا در حقوق ما قابل تطبیق است.
- نظریهٔ اعتماد متعارف به‌صورتی که در کلام طرف‌داران آن انعکاس یافته است، بیش از آنکه به حقوق قراردادها مربوط باشد، به مسئولیت مدنی ارتباط دارد و البته طرف‌داران این دیدگاه معتقدند که نظریهٔ اعتماد متعارف بر این بخش از حقوق تعهدات نیز تأثیرگذار است.

منابع و مأخذ

الف) فارسی و عربی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۸۹)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران: انتشارات اسلامیة.
۲. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵)، کتاب مکاسب، ج ۶، قم: کنگره شیخ انصاری.
۳. تنک، آندره (۱۳۷۴)، حقوق ایالات متحده آمریکا، ترجمه سیدحسین صفائی، تهران: دانشگاه تهران.
۴. حلی، محمد بن منصور (ابن ادريس) (۱۴۱۰)، السرائر، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.
۶. شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، آثار قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.
۷. عاملی، زین الدین (شهید ثانی) (۱۴۱۰)، الروضة البهیة، ج ۴، قم: کتابفروشی داوری.
۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، عقود معین، ج ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۱. گلپایگانی، سیدمحمدرضا (۱۴۰۹ الف)، مجمع المسائل، ج ۲، قم: دارالقرآن الکریم.
۱۲. گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۰۹ ب)، مجمع المسائل، ج ۳، قم: دارالقرآن الکریم.

ب) انگلیسی

13. Atiyah, P S (1986), *Essays on Contract*, Oxford University Press
14. Barnett, Randy E., (1986), "A Consent Theory of Contract", *Columbia Law Review*, March, 269-320
15. Fridman, G. H. L. (1974), "The Basis of Contractual Obligation: An Essay in Speculative Jurisprudence", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 7, No 1. Available at: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol7/iss1/1>
16. Gold, Andrew S., (2009), "A Property Theory of Contract", *Northwestern University Law Review*, Vol. 103, No. 1
17. Golding, Martin P. and William A. Edmundson, (2005), *Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing Ltd
18. Hogg, Martin, (2011), *Promises and Contract Law, Comparative Perspectives*, Cambridge University Press
<http://www.nesl.edu/userfiles/file/lawreview/vol33/2/jackson.pdf>.
19. Jackson, Craig Leonard, (1998) "Traditional Contract Theory: Old and New Attacks and Old and New Defenses", *New England Law Review*, Vol. 33:1, available at:
20. Kronman, Anthony Townsend, (1981), "Book Review: Contract as Promise" *Faculty Scholarship Series. Paper 1067.* available at: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1067

-
21. McKendrick, Ewan, (2000), Contract Law, Palgrave
 22. Smith, Adam, Lectures on Jurisprudence, Oxford University Press, 1978
 23. Stone, Richard, The Modern Law of Contract, (2009), Routledge-Cavendish

Archive of SID