

The Justice function of contract Law

Alireza Bariklou*

Professor of Private Law Department of Faculty Law of Farabi College of University of Tehran

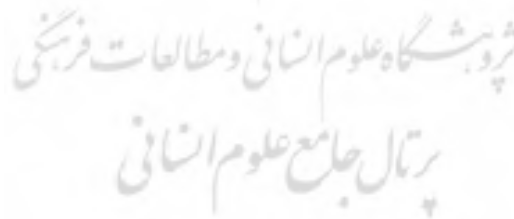
(Received: September 1, 2021; Accepted: September 6, 2022)

Abstract

Although Administration of justice in the contractual relation has been proposed as one of the functions of contemporary contract law, but from an executive point of view, it can be examined whether contract law should play a positive role or can only play the role of preventing injustice. In this article, by descriptive-analytical method, it was proved that due to Necessity of protection of will principle, contract law has a role in preventing injustice. In this regard, although several criteria such as exchange of unequal economic values, dishonest wager, inappropriate terms, undeserved return and advantage, have been proposed to detect injustice, but the criterion of lack of rational purpose or unreasonableness is more appropriate than others because it includes all the above criteria.

Keywords

Administration of justice, Prohibition of injustice, Contract law, Criteria.



* **Email:** bariklou@ut.ac.ir

کارکرد عدالتی حقوق قراردادها

علی‌رضا باریکلو*

استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۱۵)

چکیده

هرچند تحقق عدالت در رابطه قراردادی یکی از کارکردهای حقوق قراردادها می‌تواند تلقی شده است، از منظر اجرایی، قابل بررسی است که آیا حقوق قراردادها باید نقش اثباتی و ایجابی ایفا کند یا صرفاً می‌تواند نقش بازدارندگی از بی‌عدالتی را دارا باشد. در این مقاله به روش توصیفی-تحلیلی ثابت شد با توجه به لزوم حمایت از اصل حاکمیت اراده حقوق قراردادها نقش مانعیت از بی‌عدالتی دارد. در این باره هرچند معیارهایی مانند عدم تساوی ارزش اقتصادی عوضین، شرط بندی غیرصادقانه، شروط نامناسب، عدم رعایت استحقاق‌ها، و امتیازات نابایست برای تشخیص بی‌عدالتی مطرح شده، معیار فقدان غرض عقلایی مناسب‌تر است. چون همه معیارهای یادشده را متضمن است.

کلیدواژگان

تأمین عدالت، حقوق قراردادها، معیار، منع از بی‌عدالتی.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

مقدمه

تحقق عدالت یکی از اهداف بشر است که یکی از راه‌های آن رعایت حقوق قراردادهاست؛ چون اغلب روابط حقوقی اشخاص منشأ قراردادی دارد. بنابراین، با توجه به حاکمیت حقوق قراردادها بر اغلب روابط اجتماعی اشخاص، باید دید چه کارکرد عدالتی می‌تواند داشته باشد. اهمیت موضوع از این جهت است که از یک طرف قرارداد محصول اراده طرفین است و از طرف دیگر عدالت به مثابه یک مطالبه اصلی اجتماعی مورد توجه سیستم‌های حقوقی قرار گرفته است. پس، قابل بررسی است که چگونه می‌توان اصل بنیادین حاکمیت اراده در حقوق قراردادها را با عدالت قراردادی هماهنگ کرد.

فرضیه مقاله بر این است که با توجه به اصل حاکمیت اراده حقوق قراردادها می‌تواند نقش مانع از بی‌عدالتی را ایفا کند. چون نقش ایجابی آن در برخی موارد با اصل حاکمیت اراده در تراحم است که خود نوعی بی‌عدالتی است.

پیشینه موضوع

در مورد پیشینه موضوع، به طور کلی، حقوق قراردادها متأثر از سه رویکرد قاعده‌گرایی و ادله‌گرایی و عرف‌گرایی شکل گرفته است. حقوق قراردادهای ایران بیشتر متأثر از دو رویکرد اول است. چون تحت تأثیر حقوق مدنی فرانسه و فقه امامیه تدوین شده است. در رویکرد قاعده‌گرایی، که بیشتر در حقوق نوشته رایج است، قواعد حقوق قراردادها در پرتو اصل حاکمیت اراده تدوین شده است. اما در موقعیت فعلی، به دلیل قرار گرفتن بازار در سیطره شرکت‌های بزرگ و پیدایش حقوق حمایت از مصرف‌کننده، اصل عدالت در کنار حمایت از اصل حاکمیت اراده مورد توجه قرار گرفت است. نمونه این رویکرد حقوق قراردادهای فرانسه است که در اصلاحات سال ۲۰۱۶ در کنار اصل آزادی اراده به تعادل عوضین نیز تصریح شده است. مثلاً در ماده ۱۱۶۸ ق.م.ف. اصل بر عدم بطلان قراردادها به علت عدم تعادل قرار گرفت؛ مگر اینکه قانون تصریح به بطلان کند. در ماده ۱۱۶۹ اگر یکی از عوضین موهوم یا تمسخرآمیز باشد از موجبات بطلان شمرده شده است. در ماده ۱۱۷۰ هر شرط مندرج در عقد که تعهد ذاتی مدیون را از اصل منتفی کند و در ماده ۱۱۷۱ شروط قرارداد استاندارد اگر باعث عدم تعادل قابل توجه در حقوق و

تعهدات طرفین قرارداد شود نانوشته تلقی شده است. این تحول در حقوق فرانسه را می‌توان گرایش از رویکرد لیبرال به سوسیال یا ترکیبی از آن دو شمرد.

در حقوق قراردادهای انگلستان نیز که اصل آزادی قراردادی متأثر از تئوری مکتب اقتصادی لیبرالیسم است، با توجه به این که اغلب فعالیت‌های اقتصادی در قالب روابط قراردادی قابل انجام است، کارکرد عدالتی حقوق قراردادهای توسط حقوقدانان این کشور مورد توجه قرار گرفت. لذا، قانون‌گذار انگلیسی در پرتو دکترین حقوقی در سه مصوبه قانون شروط ناعادلانه قرارداد ۱۹۷۷، شروط ناعادلانه قراردادهای مصرف ۱۹۹۹، و حمایت مصرف‌کننده از مقررات تجاری ناعادلانه ۲۰۰۸ شروط ناعادلانه را ممنوع کرد.

در فقه اسلامی بیشتر بر ادله شرعی تمرکز شده و به استناد آن قواعد حقوق قراردادهای تحلیل شده است. با این حال در اعمال تئوری غبن به قیمت عادلانه اشاره شده که مراد قیمت بازاری است. بنابراین در حقوق قراردادهای ایران چندان به کارکرد عدالتی رابطه قراردادی توجه نشده است. مثلاً بیشتر حقوقدانان در پرتو اصل حاکمیت اراده رابطه قراردادی را تحلیل کرده‌اند و فقط در بعضی از فروع، مانند تحقق غبن فاحش، بر آن‌اند که تعادل ارزش اقتصادی عوضین لازم نیست؛ ولی اگر عدم تعادل از حد متعارف بگذرد حقوق الزام ناشی از پیمان را رفع می‌کنند و اجازه فسخ قرارداد ناعادلانه را می‌دهند (کاتوزیان ۱۳۷۱: ج ۲، ۷۱). همچنین اصل هم‌زمانی قبض و اقباض عوضین را به اقتضای عدالت معاوضی توجیه کرده‌اند (کاتوزیان ۱۳۷۶: ج ۱، ۲۲۱). ولی بعضی این مورد را فقدان دلیل برای تأخیر مستند کرده‌اند (شهیدی ۱۳۸۲: ۱۶۱). بنابراین موضوع مقاله از حیث حقوق قراردادهای ایران جدید است.

بنابراین، با توجه به مطلوبیت فرازمانی و فرامکانی عدالت و رواج رویکرد کارکرد عدالتی حقوق قراردادهای در کنار اصل حاکمیت اراده کارکرد عدالتی حقوق قراردادهای مورد بررسی قرار می‌گیرد.

نقش عدالتی حقوق قراردادهای (ایجابی یا بازدارندگی از بی‌عدالتی)

در رویکرد حقوق قراردادهای معاصر قرارداد صرفاً ماهیت حقوقی که حقوق و تعهداتی برای طرفین ایجاد کند شمرده نمی‌شوند، بلکه، علاوه بر این، توزیع عادلانه ثروت (Kronman 1980)،

ایجاد اشتغال و تأمین مطالبات اجتماعی، و حمایت از طرف ضعیف تحت عنوان حمایت از مصرف‌کننده (Hondius 2004) از دیگر کارکردهایی است که از حقوق قراردادها مورد توقع است. تحقق این اهداف در گرو برقراری عدالت در روابط قراردادی است. چون اگر توازن بین حقوق و تعهدات طرفین محقق نشود چنین رابطه‌ای پایدار نخواهد ماند. از این رو، برای رسیدن به اهداف کلی حقوق قراردادها، اصل عدالت در ساختار حقوق قراردادها در کنار اصل حاکمیت اراده مورد توجه قرار گرفته است؛ طوری که روابط حقوقی طرفین غالباً در پرتو اصل عدالت قراردادی تفسیر می‌شود. چون همان‌گونه که بعضی معتقدند (Eisenberg 2007: 243) تأمین عدالت و انصاف، به منزله اساس ساختار اجتماعی، از شرایط قابلیت اجرای قرارداد است که در حوزه توافقی و قصد طرفین قرار نمی‌گیرد، بلکه حقوق قراردادها باید آن را متکفل شود. بنابراین، تأمین عدالت قراردادی چون منشأ و خاستگاه اجتماعی نه توافقی و قراردادی (Paul 1983) دارد حقوق قراردادها باید متصدی آن شود.

اما قابل بررسی است که حقوق قراردادها چه نقش عدالتی یا ایجابی یا بازدارندگی از بی‌عدالتی دارد. هرچند اکثر رویکردها ظاهر در نقش ایجابی عدالتی حقوق قراردادهاست، به نظر می‌رسد حقوق قراردادها بیشتر متصدی مانعیت از بی‌عدالتی است. چون عدالت اقتضا دارد که هر شخصی به اراده خود بتواند مفاد قرارداد خود را تنظیم و انتخاب کند و نمی‌توان اراده را صرفاً کارگزار عدالت محسوب کرد. بنابراین، در سند طرح چهارچوب مشترک مرجع^۱ اروپایی، تحت عنوان «اصول، توصیفات، و قواعد نمونه حقوق خصوصی اروپایی»^۲، که بر چهار اصل آزادی^۳، عدالت^۴، امنیت^۵، کارایی^۶ به منزله اصول زیربنایی^۷ بنیان شده در تعریف هر اصلی جنبه ایجابی آن تبیین شده است؛ ولی اصل عدالت به اصلی تعبیر شده که در تعریف سخت در اندازه‌گیری غیرممکن و در حد و مرز ذهنی است و فقط به شمارش مواردی از بی‌عدالتی که به طور روشن و

1. draft common frame of reference (DCFR)

2. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law

3. freedom

4. justice

5. security

6. efficiency

7. underlying principles

شفاف مورد شناسایی و تنفر عمومی^۱ است بسنده شده است. در این طرح بیشتر به جای توصیف مفهوم عدالت بر ملاک‌های بی‌عدالتی تمرکز شده و فقدان آن در یک رابطه حقوقی نوعی تأمین عدالت تلقی شده که می‌توان گفت در این سند نقش حقوق قراردادهای بازدارندگی از بی‌عدالتی تعیین شده است.

همچنین، در اصلاحات ۲۰۱۶، حقوق تعهدات فرانسوی حاکمیت اراده همراه با عدالت قراردادی^۲ مورد توجه قرار گرفته است. مثلاً در ماده ۱۱۰۲ اصل آزادی قراردادی، در ماده ۱۱۰۳ اصل الزام‌آور بودن قرارداد، و در ماده ۱۱۰۴ اصل رعایت حسن نیت در مرحله مذاکره و پیش قرارداد و تشکیل و اجرای قرارداد الزامی شده است. به تعبیر بعضی لزوم رعایت حسن نیت از اصول اساسی ایجادکننده تعادل بین عدالت قراردادی و حاکمیت اراده^۳ توصیف شده است (Dissaux 2016: 42). با این حال در ماده ۱۱۶۸ اصل بر اعتبار عقدی است که در آن منافع قراردادی طرفین متوازن نباشد؛ مگر در مواردی که در قانون به عدم اعتبار تصریح شده باشد. مثلاً مطابق ماده ۱۱۶۹ اگر یکی از عوضین تقلبی یا موهوم در زمان انعقاد قرارداد باشد، عقد باطل است. یا در ماده ۱۱۷۰ هر شرطی^۴ که روح تعهد اساسی متعهد را منتفی کند نانوشته و کأن لم یکن شمرده شده است. این موارد مانند بطلان ناشی از عدم مالیت مورد معامله در نظریات فقهی (حسنی، بی‌تا: ۳۰۸) و ماده ۴۳۴ ق.م. یا شرط خلاف مقتضای ذات عقد (امامی ۱۳۶۷: ج ۱، ۲۷۹) در بند ۱ ماده ۲۳۳ ق.م. ایران است. در حقوق قراردادهای انگلستان نیز نقش بازدارندگی از بی‌عدالتی تحت عنوان «شروط ناعادلانه» در سه مصوبه اصلی قانون شروط ناعادلانه قرارداد ۱۹۷۷^۵، شروط ناعادلانه در مقررات قراردادهای مصرف ۱۹۹۹^۶، و حمایت مصرف‌کننده از مقررات تجاری ناعادلانه ۲۰۰۸^۷ تدوین و نظارت بر رعایت آن به دفتر تجارت عادلانه^۸ واگذار شده بود.

1. Justice is hard to define, impossible to measure and subjective at the edges, but clear cases of injustice are universally recognised and universally abhorred.

2. Justice contractuelle

3. Équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté

4. Art. 1170 Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite

5. Unfair Contract Terms Act 1977

6. Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

7. Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008.

۸. دفتر تجارت عادلانه (Office of Fair Trading (OFT)) یک سازمان دولتی است که با هدف حمایت از مصرف‌کننده

بنابراین، با توجه به مجمل و اختلافی بودن مفهوم عدالت، در حقوق قراردادهای، به جای تمرکز بر توصیف و انواع و نحوه تأمین عدالت، به شاخص و معیارهای بی‌عدالتی توجه شده است. چون مفهوم عدالت و نحوه تأمین آن به نحو ایجابی اختلافی است. ولی موارد متقن بی‌عدالتی و لزوم ممانعت از آن مورد اجماع جهانی است. بنابراین به جای توصیف مفهومی و راه‌های ایجابی تحقق عدالت بر نمونه‌های بارز و مسلم بی‌عدالتی تمرکز شده تا به طور ضمنی تأمین عدالت در روابط قراردادی محرز شود. همچنین در حقوق قراردادهای ضروری است با تمرکز بر حمایت از اصل حاکمیت اراده موارد بارز و معروف بی‌عدالتی ممنوع اعلان شود. بنابراین در طرح چهارچوب مشترک اروپایی نیز به جای تبیین روابط حقوقی عادلانه، در سه حوزه حقوق قراردادهای و روابط خارج از قرارداد و اموال، مواردی مانند عدم معامله یکسان در شرایط همانند^۱، امتیازگیری از رفتار غیرقانونی یا نادرست و غیرصادقانه یا رفتار غیرعقلایی و غیرمنطقی^۲، زیاده‌خواهی گزاف^۳، گرفتن امتیاز ناروا و بی‌جاء، عدم حمایت از آسیب‌پذیران^۴، عدم مسئولیت‌پذیری در ارتباط با نتایج و عواقب^۵، و عدم حتمیت و مسلم بودن^۶ از نمونه‌های روابط حقوقی غیرعادلانه شمرده شده است (Von Bar & Co-Workers 2009: 84). بدین ترتیب، در حوزه حقوق قراردادهای با توجه به ضرورت حمایت از اصل حاکمیت اراده به اقتضای عدالت لازم است بر کارکرد بازدارندگی عدالت تمرکز و صرفاً موارد بارز بی‌عدالتی به منزله شاخص‌های بی‌عدالتی ممنوع شود تا راهنمای طرفین در انعقاد قرارداد و دادرسان در نحوه الزام به اجرای قرارداد باشد.

و برقراری رقابت منصفانه در بازار مطابق قانون تجارت عادلانه^{۱۹۷۳} تأسیس شد. این سازمان در تاریخ ۱ آوریل ۲۰۱۴ تعطیل و مسئولیت‌های آن به تعدادی از سازمان‌ها واگذار شد؛ از جمله سازمان رقابت و بازارها (the Competition and Markets Authority (CMA) و سازمان رفتار مالی (the Financial Conduct Authority). (تاریخ ۲۰۲۱ / ۰۳ / ۲۹ به نقل از سایت:

<https://www.gov.uk/government/news/office-of-fair-trading-and-competition-commission-final-annual-reports-published>

1. treating like alike
2. gaining an advantage from their own unlawful, dishonest or unreasonable conduct
3. grossly excessive demands
4. taking of undue advantage.
5. non protecting the vulnerable
6. irresponsibility for consequences
7. uncertainty

شاخص‌های بی‌عدالتی قراردادی

قرارداد ماهیتی اعتباری است که با حاکمیت اراده طرفین منعقد و به حکم قانون حقوق و تعهداتی ناشی از آن اجرایی می‌شود. بنابراین، صرف واگذاری اختیار انعقاد قرارداد و عدم تحمیل قرارداد بر طرفین نوعی عدالت است که نباید با هیچ ارزش دیگری جایگزین شود. با این حال، به‌رغم لزوم حمایت از حاکمیت اراده، ممکن است استثنائاً شرایط و اوضاع و احوال اقتضای حمایت از یک طرف در قبال طرف دیگر داشته باشد تا رابطه قراردادی عادلانه محقق شود. از این حیث باید در سیستم حقوق قراردادهای شاخص‌هایی که در پرتو آن یک طرف قرارداد لازم به حمایت است معین شود تا از بی‌عدالتی ممانعت به عمل آید. در ادامه به مهم‌ترین شاخص‌های بی‌عدالتی قراردادی اشاره می‌شود.

مبادله ارزش نابرابر

یکی از ملاک‌های تشخیص بی‌عدالتی تبادل ارزش اقتصادی نابرابر مطرح شده است. مطابق این معیار هر گونه نابرابری در ارزش اقتصادی عوضین یا منافع متقابل طرفین نوعی بی‌عدالتی است که قواعد حقوقی باید مانع آن شود. چون قرارداد قالب اصلی فعالیت تجاری و اقتصادی است و هدف فعالان این حوزه اکتساب منافع مالی است. اقتضای عدالت در این است که منافع اکتسابی هر طرف با منافع واگذاری او تعادل داشته باشد. به تعبیر دیگر، از حیث ارزش اقتصادی بین منافع اکتسابی و انتقالی تفاوت فاحش وجود نداشته باشد. پس معیار اصلی عدم تأمین عدالت در یک قرارداد تبادل ارزش نامساوی^۱ است. چون وقتی عوضین دارای ارزش مساوی باشند و یک طرف به هزینه طرف دیگر قرارداد افزایش داری و ثروت ندهد در تحقق عدالت شکی وجود ندارد (Murphy 2002). بنابراین، مبادله ارزش نابرابر غیرعادلانه است و حقوق قراردادهای باید متصدی رفع این نوع بی‌عدالتی باشد. این ملاک متأثر از معیار عدالت معاملی ارسطویی است که معتقد بود باید دستمزد کارگر به مقدار کار و ثمن معامله به مقدار ارزش مورد معامله باشد (Chroust & Osborn 1942).

با این حال، چون این ملاک بر قراردادهای معوض و متقابل ناظر و از قراردادهای مجانی منصرف است بعضی این ملاک را به حاکمیت اراده تعدیل کرده‌اند تا قراردادهای مجانی را نیز

شامل شود. بنابراین، معتقدند عدم تعادل ارادی مانعی ندارد. چون قرارداد تحت عنوان عدالت معاوضی ارادی قابل توجیه است (Gordley & Jiang 2020). اما آنچه مهم است معیار تشخیص برابری و نابرابری است. استاندارد تشخیص نابرابری ارزش اشیای مبادله شده چیست؟ مسلماً قرارداد مبادله شیء مثلی به مثل، مانند گندم به گندم، نیست. چون هر طرف قرارداد در فکر تأمین نیاز خویش است که اقتضای تأمین نیاز تبادل مثل به غیر مثل است. پس، وقتی دو شیء غیرهم جنس مبادله می شود چگونه عدم تساوی ارزشی آن دو شیء قابل تعیین است؟ یک احتمال پیروی از پیشنهاد توماس هابز است که مطابق آن ارزش هر موضوع قراردادی به وسیله میل و رغبت معامله کننده به آن تعیین می شود. پس قیمت عادلانه همان قیمت مورد رضایت است (Hobbes 1894: 74).

هرچند بعضی (Rakoff 2016) بر این باورند که این معیار مستقلاً برای تعیین عدالت نیست، بلکه ملاک تراضی است، ملاک پیشنهادی هابز ناظر بر تراضی نیست، بلکه بر ارزش مورد تمایل و رغبت است که این دو با هم متفاوت اند. ولی این ملاک نمی تواند در همه روابط قراردادی قابل اعمال باشد. زیرا در این ملاک بیشتر بر تمایل طرفین بر عوض و معوض تمرکز شده است، نه برابری منافع مبادله شده، که به عنوان عوض و معوض موضوع قرارداد قرار می گیرد. مثلاً کسی که در وضعیت گرسنگی شدید یا اضطراب است برای نجات خود به هر قیمتی متمایل به خرید غذا است. ولی نمی توان آن را عادلانه دانست. به همین دلیل نظریه سوءاستفاده از اضطراب در سیستم حقوق قراردادهای موضوع بحث قرار گرفته است (باریکلو ۱۳۸۲). علاوه بر این، با استناد به این ملاک کارکرد عدالتی حقوق قراردادهای منتفی به انتفای موضوع می شود. چون به اقتضای این ملاک هر چیزی که مبادله آن مورد تمایل طرفین باشد عادلانه است و قراردادی هم که طرفین بر نوع عقد یا موضوع آن تمایل نداشته باشند غیرمعتبر است؛ درحالی که موضوع عدالت فراتر از تمایل طرفینی به موضوع عقد است و بیشتر باید بر تبادل منافع، نه تمایل اراده ها، متمرکز شود. چون تمایل ها در زمان انعقاد قرارداد و عدالت بعد از انعقاد قرارداد مورد ارزیابی قرار می گیرد. همچنین، ممکن است در قراردادهای مؤجل شخصی در زمان انعقاد متمایل باشد، ولی در زمان اجرای آن پشیمان شود.

ملاک دیگر قیمت بازاری است که معیار قابل اعتماد نیز توصیف شده (Rakoff 2016) و در برخی تعابیر فقهی نیز از قیمت بازاری به قیمت عادلانه تعبیر شده است^۱ (شیرازی ۱۴۱۲ ق: ج ۲، ۹۲) و در بعضی دیگر مانع اعمال نظریه غبن علم به قیمت عادلانه قبل از عقد معرفی شده که از طریق کارشناس یا بازار قابل تعیین باشد (موسوی خمینی ۱۴۲۱ ق: ج ۴، ۴۷۵). این ملاک در حقوق ایران نیز مورد توجه قرار گرفته و در ماده ۴۱۸ ق.م. مقرر شده: «اگر مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادلانه بوده است خیار فسخ نخواهد داشت». بنابراین، برای رفع نابرابری و بی‌عدالتی در ماده ۴۱۶ ق.م. خیار غبن شناسایی شده که علت تحقق آن وجود تفاوت غیر قابل اغماض بین قیمت قراردادی و قیمت بازاری موضوع معامله است (شهید الثانی ۱۴۱۳ ق: ج ۳، ۲۰۳).

مطابق این ملاک عدم اختلاف فاحش بین قیمت قراردادی و بازاری مورد معامله ملاک تأمین عدالت و وجود تفاوت فاحش نوعی بی‌عدالتی است که حقوق قراردادهای تحت عنوان نظریه «غبن» آن را مانع شده است. هرچند در نظریات فقهی اعمال نظریه غبن به قاعده «لا ضرر» و شرط ضمنی نیز توجیه شده است، باید توجه کرد که بین دلیل خیار و منشأ و علت تحقق خیار فرق است. چون دلیل متکفل اثبات مشروعیت و حمایت حقوق قراردادهای از وجود خیار است، ولی علت و منشأ توجیه‌کننده وجود اصل خیار است. پس، عدم تحقق عدالت معاوضی مبنای اصلی تحقق خیار غبن است (باریکلو ۱۳۹۴: ۲۱۰ - ۲۱۱) که در مباحث فقهی به استناد «لا ضرر» یا شرط ضمنی اعتبار و مشروعیت آن احراز شده است. از قاعده «لا ضرر» تفاسیر متفاوتی شده است؛ مانند ممنوعیت و حرمت اضرار (شیخ الشریعه اصفهانی ۱۴۱۰: ۱۸؛ حسینی مراغه‌ای ۱۴۱۸: ج ۱، ۳۱۱)، نفی حکم ضرری (انصاری ۱۴۱۵: ۲۷۷؛ نائینی ۱۴۱۸: ۳۸۱؛ نراقی ۱۳۷۵: ۵۲)، رفع حکم به لسان رفع موضوع (آخوند خراسانی ۱۴۱۲: ۴۳۲)، ضرورت جبران ضرر (فاضل تونی ۱۴۱۲: ۱۹۴). طبق تفسیر اول غابن مرتکب فعل حرامی شده است اگر علم به قیمت بازاری داشته باشد، مثلاً گران‌فروشی کرده است. طبق تفسیر دوم و سوم باید از معامله رفع حکم شود که این حکم یا صحت قرارداد است که در نتیجه باید معامله باطل شمرده شود، یا لزوم قرارداد است که باید معامله خیاری محسوب گردد. طبق تفسیر چهارم مغبون حق مطالبه تفاوت قیمت قراردادی از

۱. مع فرض کل من القیمتین قیمه عادلۀ سوقیة للمبیع المزبور.

قیمت بازاری را دارد تا تدارک و جبران صدق کند. اما همه این تفاسیر بر یک نکته مشترک متفق اند که مغیون متضرر شده و این ضرر ناشی از عدم تعادل یا اختلاف فاحش بین قیمت قراردادی و قیمت بازاری مورد معامله است. پس عدم تعادل در منافع طرفین ملاک تحقق ضرر و موضوع برای قاعده لاضرر است که هدف آن رفع بی‌عدالتی رابطه قراردادی است.

همچنین شرط ضمنی نیز، که بعضی (نائینی ۱۴۱۸: ۱۶۰) خیار غبن را به آن توجیه کرده اند، اعم از اینکه مراد از شرط ضمنی توافق ضمنی طرفین یا سیره عقلایی باشد، که در ماده ۲۲۵ ق.م. به منزله شرط ضمن عقد تلقی شده، متعلق چنین شرط یا توافقی عدم تفاوت فاحش بین قیمت قراردادی و بازاری مورد معامله است که به فقدان عدالت برمی‌گردد. در نتیجه، مناسب‌ترین هدف تئوری غبن رفع بی‌عدالتی قراردادی است که خیار غبن برای آن شناسایی شده است (باریکلو ۱۳۹۴: ۲۱۰ - ۲۱۱).

با این حال، نظریه غبن بیشتر درباره اختلاف قراردادی طرفین در مورد ارزش اقتصادی عوضین مورد استفاده قرار می‌گیرد که با ملاک قیمت بازاری حل می‌شود (حسینی حائری ۱۴۲۳ ق: ج ۱، ۵۲۹). از این رو، در حقوق قراردادهای انگلیس معیاری تحت عنوان قاعده بازار^۱ برای ارزیابی خسارت قراردادی شکل گرفته است (Bridge 2008: 431). بنابراین، بعضی بر آن‌اند که ثمن قراردادی تا حدی مهم است که وانمودکننده ارزش واقعی کالا و قیمت بازاری باشد (Mak 2009: 140). بعضی دیگر این قاعده را در مسئولیت قراردادی ناقض اعمال کرده‌اند تا خسارت قابل مطالبه متعهدله تفاوت ثمن قراردادی با قیمت بازاری کالا در روز مطالبه باشد (Charman 2007: 227).

این معیار هرچند در گذشته به دلیل توازن قدرت طرف تقاضا و عرضه قابل اعتماد بود، در بازار معاصر به علت سیطره طرف عرضه بر بازار و انفعال طرف تقاضا و نیز تغییرات و نوآوری‌های محصولات قابل عرضه چندان قابل اعتماد نیست. چون هرچند در گذشته طرفداران اقتصاد آزاد یا لیبرال ملاک عرضه و تقاضا را مناسب‌ترین معیار تنظیم بازار و تعیین قیمت عادلانه می‌دانستند، این معیار در شرایط حاضر با دو مشکل جدی روبه‌روست؛ از یک طرف

عرضه‌کنندگان کالا و خدمات با تسلط بر بازار و کنترل آن عرضه کالا را برنامه‌ریزی می‌کنند و با عرضه کمتر از نیاز بازار و مقدار تقاضا قیمت را به نفع خود بالا می‌برند که نمونه‌های آن در بازار خودروی ایران به وضوح نمایان است. گرچه در بازارهای اقتصاد آزاد از طریق رقابتی کردن بازار و ممنوعیت دامپ و سایر سازوکارها سعی کرده‌اند این مشکل را حل کنند، غالباً با نظارت و کنترل نیز بازار به نفع عرضه‌کننده مدیریت می‌شود که ظاهر در عدم تعادل است. از طرف دیگر، پیدایش تقاضاهای تجاری که واسطه بین تولید و مصرف است عامل دیگر عدم توازن بین عرضه و تقاضاست. همچنین چون قیمت بازاری ناظر بر قیمت تثبیت شده بین بائع و مشتری در گذشته است، نمی‌تواند بر محصولاتی که برای اولین بار عرضه می‌شود اعمال شود. مضاف بر اینکه در یک قرارداد، علاوه بر عوضین، ممکن است شروط و بندهایی درج شود که هزینه‌های اجرایی آن منافع قراردادی طرفین را نامتوازن کند. بنابراین اعمال این ملاک در مواردی مناسب است که اولاً قیمت‌های بازاری منصفانه و عادلانه باشد، مثلاً از طریق فرمول هزینه ساخت محصول و سود قیمت تثبیت شده باشد، ثانیاً قرارداد عقدی معوض باشد. اما در سایر ابعاد قرارداد مانند بندها و شروط یا قراردادهای مشارکتی و حمایتی و احتیاطی قابل اعمال نیست.

شرط‌بندی صادقانه و متقلبانه

با توجه به اشکالات معیار تبادل ارزش مساوی، ملاک دیگری که برای تمیز قرارداد عادلانه از غیرعادلانه مطرح شده است معیار شرط بندی صادقانه و متقلبانه^۱ است. این معیار در حقوق کامن‌لا، که بیشتر مبتنی بر توزیع درست منافع و هزینه اقتصادی بود، تحت تأثیر ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی پذیرش ریسک در معاملات با درجه ریسک بالا مطرح شد تا ریسک‌پذیری به ضرورت اقتصادی و اجتماعی در معاملات را از معاملات قمار و شرط‌بندی متمایز کند (Eisenberg 1982). چون زمانی که در کامن‌لا قمار، به دلیل اخلاقی نبودن، قرارداد تلقی نمی‌شد یا قابل اجرا نبود قراردادهای آتی و اختیاری باطل محسوب می‌شد. ولی برخی معاملات مانند قرارداد بیمه به استناد وجود نفع بیمه‌ای قابل بیمه مورد پذیرش قرار گرفت. در مسئولیت قراردادی نیز معیار منافع قراردادی مورد توقع به مثابه جبران عادلانه، نه منافع مورد نظر خواهان نه منافع

اكتسابی خوانده، مورد پذیرش قرار گرفت. مثلاً اگر بیمه‌گذار از دادگاه خواهان اجرای تعهدات بیمه‌گر شود، شکی نیست که میزان تعهد بیمه‌گر تابع توافق طرفین است نه مقدار حق بیمه‌ای که دریافت کرده است. چون این ملاک از معیار تبادل ارزش مساوی کاملاً متفاوت است. در این موارد دادگاه با توجه به هدف قرارداد و ماهیت معامله تصمیم می‌گیرد که آن را جمعی یا موردی ارزیابی کند (RAKOFF 2016). این معیار بر منافع عمومی و اجتماعی قرارداد متمرکز است. چون هر قراردادی باید علاوه بر تأمین منافع طرفین منافع اجتماعی و عمومی را متضمن باشد (مطهری ۱۳۸۱: ج ۲۰، ۸۰۳)؛ به این معنا که قرارداد باید در تأمین منافع عمومی مؤثر باشد یا حداقل آن را در معرض مخاطره قرار ندهد. مثلاً مسابقات علمی یا ورزشی چون در ارتقای سطح عمومی فرهنگ و هنر مساعدت می‌کنند مشروع‌اند، ولی قمار و شرط‌بندی که صرفاً درآمدزایی طرفین مورد توجه است و تأثیر مثبتی بر منافع عمومی ندارد نامشروع و باطل محسوب می‌شود؛ درحالی‌که این دو از حیث منافع طرفین قرارداد و نیز ماهیت حقوقی، همان‌گونه که بعضی (حسینی مراغه‌ای ۱۴۱۸: ج ۲، ۲۱۰) معتقدند، چندان تفاوتی ندارند.

اشکال این ملاک آن است که اولاً نه در یک رابطه قراردادی بلکه در ساختار حقوق قراردادهای قابل اعمال است. مثلاً ساختار قرارداد بیمه به نسبت قرارداد قمار قراردادی عادلانه است. چون متضمن منافع اجتماعی و اقتصادی است. اما اگر بیمه‌گذار در ارائه اطلاعات اشتباه کند و بیمه‌گر بعد از وقوع خطر متوجه آن شود، مطابق ماده ۱۳ ق.ب.ا، بیمه‌گر می‌تواند میزان تعهد را تعدیل و به نسبت حق بیمه دریافتی اجرای تعهد کند. بنابراین، عادلانه بودن ساختار قرارداد با عادلانه بودن رابطه قراردادی ملازمه ندارد. بیمه قراردادی عادلانه است. ولی اگر از حیث رابطه بیمه‌گر و بیمه‌گذار مورد ملاحظه قرار گیرد ممکن است در مواردی عادلانه و در مواردی غیرعادلانه باشد. ثانیاً این ملاک اغلب ناظر بر قراردادهای معوض غیرتغابنی و حمایتی-احتیاطی، مانند قرارداد بیمه، درمان، امداد و نجات، و ... است که یک طرف قرارداد از بیم وقوع حادثه‌ای در آینده منافع در معرض خطر را تحت حمایت طرف دیگر قرار می‌دهد. این نوع قرارداد- چون یک طرف تحت حمایت و پوشش خدماتی طرف دیگر قرار می‌گیرد- شرط‌بندی صادقانه عادلانه توصیف شده است. اما در قراردادهای معوض تغابنی، که منافع طرفین با هم در تقابل است یا مشارکتی که هر

طرف در نتیجه و عواید ناشی از عقد ذی نفع است، این معیار کاربردی نخواهد داشت. بنابراین، این ملاک بیشتر مرتبط با قراردادهای دارای ساختار حمایتی است که اگر توافق طرفین عقلایی باشد عادلانه است؛ همان‌گونه که مطابق نظریات فقهی (انصاری ۱۴۱۵ ق: ج ۶، ۲۰) نیز شرط باید دارای هدف عقلایی نوعی یا شخصی مورد تأیید عقلاً باشد.

شرط نامتناسب

ملاک دیگر احراز بی عدالتی عدم تناسب^۱ شروط قراردادی است که بعضی آن را به «عدالت به عنوان شرط متناسب»^۲ تعبیر کرده‌اند (RAKOFF 2016). مراد از شرط یا بند مفاد و مندرجاتی است که طرفین در انعقاد عقد بر آن توافق کنند. مفاد این توافق باید طوری متناسب داشته باشد که قرارداد تحمیلی و غیرمتوازن و نامود نشود. در مباحث حقوق اسلامی از شرط نامتناسب تعبیر به شرط غیرعقلایی شده است؛ یعنی توافقی که متعلق آن از دیدگاه عقلایی فاقد منافع نوعی یا شخصی مشروطه باشد. بنابراین، معیار صحت شرط «وجود هدف مورد توجه عقلایی»^۳ در متعلق شرط معرفی شده است (خویی ۱۴۱۴ ق: ج ۱، ۹۷ به بعد).

هرچند در مباحث حقوق اسلامی اعتبار شرط بر وجود منفعت عقلایی، نه عادلانه بودن آن، منوط شده است، در سیره عقلاً بعد از احراز عادلانه بودن شرط بر وجود منفعت متمرکز می‌شوند. به عبارت دیگر، اگر قرارداد یا شرطی غیرعادلانه و نامتناسب با ساختار قرارداد باشد نوبت به ملاک وجود منافع نمی‌رسد و آن شرط فی نفسه باطل است و ممکن است موجب بطلان عقد نیز شود. بنابراین ضرورت «وجود هدف عقلایی در شرط» متضمن تناسب و عادلانه بودن آن نیز هست.

این ملاک بیشتر در قراردادهای مصرف مورد استفاده قرار می‌گیرد. مثلاً در بند ۱ ماده ۳ دستورالعمل شماره ۹۳/۱۳ شورای اروپایی، تحت عنوان «شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف»^۴، شروط ناعادلانه به مفادی از قرارداد اطلاق شده که مستقلاً مورد مذاکره واقع نشود و برخلاف اقتضای حسن نیت موجب عدم تعادل فاحش به ضرر مصرف‌کننده در رابطه قراردادی

1. unfit term

2. justice as the term that fits

۳. آن یکون فیه غرض عقلانی معتد به.

4. unfair terms on consumer contracts

شود. در بند ۲ ماده به بُعد اثباتی آن توجه شده و هر شرط از قبل تنظیم شده‌ای که مصرف‌کننده در آن نقشی نداشته باشد، به‌خصوص در قراردادهای استاندارد و نمونه، غیرمنصفانه تلقی شده؛ مگر آنکه عرضه‌کننده اثبات کند آن موضوع مورد مذاکره قرار گرفته است. در بند ۳ نیز تعیین لیست شروط نمونه غیرمنصفانه به عنوان ضمیمه الزامی شده است که موارد مندرج در این ضمیمه اغلب ناظر بر عدم مسئولیت عرضه‌کننده نسبت به خسارت بدنی و زیاده‌خواهی و عدم رعایت مقررات حقوق مصرف است. همچنین در بند ۱ ماده ۴ تشخیص شروط غیرعادلانه به ملاحظه طبیعت کالا و خدمات موضوع قرارداد، همه اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد، و سایر شروط قرارداد یا قرارداد تبعی دیگری که مرتبط است ارجاع شده است.

این رویکرد بیشتر ناظر بر نحوه تنظیم ساختار قراردادهاست که به منزله تحدید حاکمیت اراده یا جهت‌دهی آن اغلب در حوزه حقوق مصرف مورد توجه قرار گرفته است. بنابراین حقوق قراردادهای مصرف بیشتر بر این معیار مبتنی است و شروطی که در قرارداد به نفع تولیدکننده یا شخص حرفه‌ای باشد تحت عنوان شروط ناعادلانه، باطل، یا کأن لم یکن اعلام شده است. مثلاً در حقوق فرانسه قانونی تحت عنوان «حمایت و اطلاعات مصرف‌کنندگان محصولات و خدمات»^۱ به شماره ۷۸-۲۳ در ۱۰ ژانویه ۱۹۸۷ تصویب شد و در ماده ۳۵ به عنوان «حمایت از مصرف‌کننده در برابر شروط ناعادلانه و سوءاستفاده‌ای»^۲ مقرر شد: «در قراردادهای حرفه‌گران با افراد غیرحرفه‌ای یا مصرف‌کنندگان، پس از اظهار نظر کمیسیون ماده ۳۶، با توجه به ماهیت کالاها و خدمات مربوطه شروط و بندهای مربوط به ماهیت تعیین شده یا قیمت قابل تعیین و همچنین پرداخت، زمان پرداخت، ثبات و عدم تغییر ماهیت شیء یا تسلیم آن، انتقال ریسک و ضمان معاوضی، قلمرو مسئولیت‌ها و ضمانت‌ها، شرایط اجرایی، فسخ، اقاله یا تمدید توافق نامه‌ها، ممکن است توسط احکام شورای ایالتی، شروطی ممنوع یا محدود یا تعدیل شود. اگر چنین شروط و بندهایی به دلیل سوءاستفاده از قدرت اقتصادی طرف مقابل بر افراد غیرحرفه‌ای یا مصرف‌کننده تحمیل شود و به طرف حرفه‌ای امتیاز گزافی تعلق گیرد چنین شروط ناعادلانه‌ای که در مخالفت با مقررات فوق باشد نانوشتہ تلقی می‌شوند. این مقررات بدون در نظر گرفتن شکل یا

1. la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

2. De la protection des consommateurs contre les clauses abusives.

حمایت و پشتیبانی آن در مورد همه قراردادها قابل اعمال است. این امر به‌ویژه در مورد سفارش‌های خرید، فاکتورها، کوپن‌های ضمانت‌نامه، اسناد انبار و تحویل یا یادداشت‌های تحویل، بلیط‌ها، بلیط‌های حاوی شرط یا ارجاع به شرایط عمومی از پیش تعیین شده اعمال می‌شود...»^۱

این معیار بیشتر بر تناسب و عقلایی بودن شروط و مفاد تعهدات طرفین و نحوه اجرای آن متمرکز است. اما به عقیده بعضی اولاً این مفهوم از عدالت از خیلی از مشکلات معیار تعیین ارزش و محاسبه منافع به دور است. چون بیشتر بر توازن مفاد و شروط قرارداد متمرکز است. ثانیاً این ملاک برخلاف قیمت بازاری که عرف‌گرا است بسیار متن‌گراست (RAKOFF 2016). با این حال، هرچند این ملاک بر توازن شروط قراردادی متمرکز است که یکی از موارد منع از بی‌عدالتی است و نه همه ابعاد آن، اشکالات وارده چندان موجه نیست. چون نمی‌توان بدون توازن و تناسب شروط قراردادی عدالت را تأمین کرد؛ به این بیان که اگر تمامیت قرارداد اعم از شروط مورد توجه قرار نگیرد، نمی‌توان غیرعادلانه بودن آن را تشخیص داد. بنابراین در ماده ۴۱۹ ق.م. که ناظر بر وجود و فقدان خیار غبن و به نحوی مرتبط با تأمین عدالت قراردادی است، مقرر شده: «در تعیین مقدار غبن شرایط معامله نیز باید منظور گردد». مراد از شرایط در این ماده اعم از شرایط اوضاع و احوالی زمان و مکان و وضعیت طرفین در هنگام انعقاد قرارداد (باریکلو ۱۳۹۴: ۲۱۳) و شروط یا بندهای مندرج در قرارداد است. چون شرایط زمانی و مکانی و وضعیت طرفین هنگام انعقاد قرارداد مسلماً بر عادلانه و غیرعادلانه بودن قرارداد تأثیر دارد. به عبارت دیگر، ممکن است

1. "Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif.

De telles clauses abusives, stipulées en contradiction avec les dispositions qui précèdent, sont réputées non écrites.

Ces dispositions sont applicables aux contrats quels que soient leur forme ou leur support. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets, tickets contenant des stipulations ou des références à des conditions générales préétablies...."

قراردادی در اوضاع و احوالی عادلانه و همان قرارداد در شرایط دیگر غیرعادلانه باشد. همچنین شروط طرفین نیز با توجه به هزینه اجرای آن در تأمین یا عدم تأمین عدالت مؤثر است. پس، یک بُعدی از عدالت قراردادی مرتبط به تناسب و عقلایی بودن شروط است. همچنین با توجه به اینکه در حقوق قراردادهای معاصر شروط نقش اجزای تشکیل‌دهنده عقد را دارند، می‌توان گفت غیرعادلانه بودن آن در توصیف عقد مؤثر است؛ طوری که ممکن است شرط غیرمنصفانه‌ای همه قرارداد را غیرعادلانه وانمود کند.

با این حال، ملاک شروط نامتناسب نیز با توجه به اصل آزادی قراردادی با این اشکال مواجه است که مراد از شروط نامتناسب شروط غیر مورد توافق است یا فراتر از آن؛ که ظاهراً فراتر از آن است. همچنین ملاک تشخیص تناسب و عدم تناسب آیا تشخیص شخص متعارف در شرایط خاص انعقاد عقد یا شروط متعارف در آن حرفه و صنف خاص است. به نظر می‌رسد معیار عقلایی بودن (بحرالعلوم ۱۴۰۳ ق: ج ۲، ۸) در مباحث حقوق اسلامی می‌تواند ملاک مناسبی برای احراز آن باشد. به این معنا که قرارداد متضمن شرط فاقد غرض عقلایی نباشد (آشتیانی ۱۴۲۵ ق: ۷۹۰) که موجب ورود ضرر به طرف دیگر شود.^۱

عدم استحقاق‌ها

ملاک چهارم ملاک عدم رعایت استحقاق‌هاست.^۲ چون عدالت پاداش استحقاقی^۳ یا اعطای حق به ذی‌حق است، پس هر گونه اعطای غیراستحقاقی غیرعادلانه است (RAKOFF 2016). مطابق این معیار در توزیع منافع و امتیازات و حتی مجازات‌ها باید استحقاق اشخاص مورد توجه قرار گیرد. مثلاً اگر کسی در مسابقه دو میدانی اول شود، به اقتضای عدالت باید جایزه به او تعلق گیرد. در مورد کارکرد این معیار در حقوق قراردادها به عوض قراردادی در وصیت و نیز جبران منافع فوت‌شده قراردادی در مسئولیت قراردادی اشاره شده که اگر متعهد از اجرای قرارداد تخلف کند متعهدله مستحق دریافت منافی است که اگر قرارداد اجرا می‌شد به او تعلق می‌گرفت (RAKOFF 2016).

۱. إن المراد من الغرض العقلانی الذی ذکروه فی کلماتهم، کلّ غرض یلزم من خلافه ضرر علی صاحبه.

2. undeserved return

3. justice as the deserved return

این ملاک، هرچند در قراردادهای اداری و قراردادهایی که تعیین طرف قرارداد از طریق مزایده و مناقصه الزامی است قابل اعمال است، در قراردادهای تجاری چندان قابل اعمال نیست. زیرا از سویی قرارداد به منزله یکی از منابع حقوق و تعهدات اگر صحیح منعقد شود باید همه حقوق ناشی از آن عادلانه توصیف شود و اگر غیرمعتبر باشد حقوقی محقق نشده تا به ذی حق داده شود. از سوی دیگر، حقوق و تعهدات طرفین در قرارداد مطابق اصل حاکمیت اراده به مذاکره تعیین می شود. پس، این معیار حتی در حوزه تعدیل قرارداد یا ضمانت اجراهای آن نیز کاربرد ندارد. چون، با هدف تأمین عدالت، حقوق و تعهدات توافقی تعدیل می شود. هرچند ظاهراً، در تعدیل قرارداد، حقوق مورد توافق طرفین تعدیل می شود و مطابق این ملاک حقوقی باید به طرف داده شود که استحقاق آن را داشته باشد، معیار تعیین حقوق استحقاقی نیست. چون ملاک تعیین حقوق قراردادی توافق و حاکمیت اراده مشترک در زمان انعقاد و تعادل عوضین است.

البته این ملاک ممکن است در قراردادهای تشویقی مانند جعاله و مسابقات و حتی مشوق‌های سرمایه‌گذاری در قرارداد سرمایه‌گذاری قابل اعمال باشد. مثلاً قرارداد جعاله از عقود تسامحی- تشویقی است (باریکلو ۱۳۹۴: ۴۱۴) که تعیین جُعَل استحقاقی عامل به نسبت عمل انجام شده عادلانه نیست، بلکه باید به همان مقداری باشد که جاعل عامل را به انجام دادن عمل تشویق کرده است. یا در قراردادهای سرمایه‌گذاری مشوق‌هایی که سرمایه‌پذیر با آن سرمایه‌گذار را تشویق به سرمایه‌گذاری کرده باید اجرایی شود و تعادل و توازن بین مشوق‌ها و عواید سرمایه‌پذیر لازم نیست. بنابراین، این ملاک هرچند در بعضی از عقود تسامحی قابل پذیرش است، در قراردادهای تجاری چندان قابل اعمال نیست. چون چگونه می‌توان قرارداد عادلانه را از غیرعادلانه، بدون نظر گرفتن اراده طرفین، تشخیص داد؟ حق و امتیاز ناشی از قرارداد است و برای تمیز عدالت قراردادی نمی‌توان به حقوق ناشی از قرارداد استناد کرد؛ بلکه عدالت باید به مثابه میزان بر قرارداد اعمال شود تا عادلانه بودن یا نبودن آن مشخص شود. در نتیجه، این ملاک چندان در حوزه حقوق قراردادهای، که مبتنی بر ایجاد امتیاز و استحقاق است، نمی‌تواند قابل اعمال باشد.

امتیازات نابایست

ملاک دیگر بی‌عدالتی امتیازات نابایست^۱ یا امتیازاتی است که نباید در حقوق قراردادهای آن حمایت شود. نظریاتی مانند سوءاستفاده از اضطرار، نفوذ ناروا، معاملات خلاف وجدان مبتنی بر این معیار از عدالت است. بعضی بر این باورند که در ماده ۱:۳۰۴ قانون یکنواخت تجاری امریکا این معیار شناسایی و مقرر شده: «هر قرارداد یا وظیفه در مجموعه قوانین یکنواخت تجاری تعهد به حسن نیت را در مرحله ایفا و اجرای آن تحمیل می‌کند».^۲ این وظیفه در حقوق قراردادهای بازدارنده و محدودکننده است که کسی با اعمال سوءنیت منافی را به دست آورد (Summers 1968).

با این حال، این موضوع قابل بررسی است که آیا حقوق قراردادهای وظیفه‌ای فراتر از اجرای اصل تعهد را متکفل است؟ مسلماً در قراردادهای منافع محور و معاوضی باید منافع طرف دیگر نیز رعایت شود. مثلاً در پرونده هارن علیه فولی^۳ فروشنده به جای ۲۶۰ دلار ۱۶۰ دلار اظهار کرده است. ولی مشتری می‌دانسته مورد معامله تا ۲۵۰ دلار ارزش دارد. بنابراین، چنین قراردادی به دلیل اکتساب منافع ناروا غیر عادلانه شمرده شد (RAKOFF 2016). در نظریات فقهی شرط حرفه‌ای و خبره نبودن مغبون برای تحقق خیار غبن (محقق حلی ۱۴۰۸ ق: ۲؛ شهید ثانی ۱۴۱۳ ق: ج ۳، ۲۰۳) و حرمت نجش (حسینی عاملی ۱۴۱۹ ق: ج ۱۲، ۳۴۸). بدین معنا که شخصی به طور صوری و بدون قصد جدی انعقاد معامله، وارد مذاکره طرفین شود و با پیشنهاد قیمت گزاف مشتری را تحریک به انعقاد معامله کند، را می‌توان نمونه امتیازات نابایسته شمرد.

این معیار از بی‌عدالتی نیز با اشکال مواجه است. چون قرارداد تابع اراده طرفین است. بنابراین، اگر منافی مبادله شود فقط یک طرف قرارداد کسب منفعت نکرده، بلکه طرفین قرارداد ایجاد منفعت کرده‌اند. هرچند ممکن است یک طرف قرارداد با اغوای طرف دیگر کسب منفعت کند، باید دید آیا چنین قراردادی نافذ است؟ یا در صورتی که یک طرف قوی و طرف دیگر ضعیف باشد، مانند قراردادهای حقوق مصرف، باید از زیاده‌خواهی طرف قوی ممانعت شود.

-
1. advantage not to be taken
 2. Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement.
 3. Harren V. Foley

با این حال به استناد این معیار می‌توان در ساختار حقوق قراردادهای بعضی از امتیازگیری‌ها را ممنوع کرد؛ مانند امتیازات مرتبط با عدم مسئولیت اگر طرف قوی به نفع خود درج کند. مثلاً در ماده ۸ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مقرر شده: «هر گونه تبانی و تحمیل شرایط از سوی عرضه‌کنندگان کالا و خدمات، که موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت یا افزایش قیمت شود، جرم محسوب می‌شود». در این ماده شروط یادشده چون متضمن امتیازاتی برای عرضه‌کننده است جرم‌انگاری و ضمانت اجرای حقوقی بطلان بر آن مترتب شده است. به هر حال، این ملاک مبتنی بر رویکرد حمایتی حقوق قراردادهای در معاملات است که طرفین قدرت مساوی و چانه‌زنی برابر در انعقاد معامله ندارند که اثر بارز آن پیدایش حقوق قراردادهای مصرف است که رویکرد آن حمایت و طرفداری از منافع مصرف‌کننده در مقابل عرضه‌کننده کالا و خدمات است.

بنابراین، هرچند معیار عدم اکتساب منافع نابایسته پرتوی از معیار عدالت وانمود شده است، باید توجه کرد که اعمال آن در نتیجه سلطه نظام سرمایه داری بر حقوق قراردادهای موجه شد. چون این نظام بر معیار عرضه و تقاضا بر همه ابعاد حقوقی معاملات، حتی موضوع تأمین عدالت، اعمال شد. اما چون از طرفی تقاضای واقعی و نهایی طرف قرارداد با عرضه‌کننده اولیه نبود و از طرف دیگر قدرت چانه‌زنی در قبال آن را نداشت، در عمل، تولیدکننده بدون محدودیتی شرایط خود را بر طرف تقاضا تحمیل می‌کرد و مانع تحقق توازن منافع قراردادی می‌شد. بنابراین این ملاک در پرتو این رویکرد مطرح و اعمال آن عادلانه وانمود شد.

نتیجه

گرچه در حقوق قراردادهای فرانسوی دو تئوری لیبرالیسم و سوسیالیسم مطرح بود، لیبرالیسم هر قراردادی را به استناد حاکمیت اراده طرفین عادلانه توصیف می‌کرد؛ ولی سوسیالیسم با استناد به قراردادهای اجباری یا تقلبی یا اغوایی هر قراردادی را عادلانه نمی‌دانست، بلکه فقط قراردادی را معتبر می‌دانست که متضمن تحقق عدالت باشد. اما در حقوق قراردادهای معاصر در نتیجه اعمال سیاست‌های اقتصادی دولت‌ها با رویکرد تأمین رفاه عمومی از طریق حقوق قراردادهای پیدایش دو گروه عمده عرضه‌کننده و مصرف‌کننده در بازار معاملات مطالبات اجتماعی بر لزوم

تحقق عدالت متمرکز شد. بنابراین تحقق عدالت به مثابه یک هدف اساسی در کنار اصل حاکمیت اراده مورد توجه قرار گرفت.

با این حال، چالش اصلی این است که آیا حقوق قراردادها باید به طور ایجابی نقش عدالتی ایفا کند یا به طور سلبی باید مانع بی عدالتی شود؟ هرچند در ظاهر بیشتر بر نقش ایجابی تأمین عدالتی حقوق قراردادها تمرکز شده و این رویکرد عامل تحریک اشخاص به انعقاد قرارداد عادلانه است، در عمل، آنچه موضوع ضمانت اجرای حقوقی واقع شده بی عدالتی است. بنابراین عملاً نقش بازدارندگی از بی عدالتی در حقوق قراردادها قابلیت اجرایی دارد. پس هرچند تمرکز بر نقش ایجابی می تواند از موجبات تشویق طرفین به انعقاد قرارداد عادلانه باشد، در عمل، آنچه قابلیت اجرایی دارد بازدارندگی از بی عدالتی است. بنابراین، اصل بر عادلانه بودن رابطه قراردادی قرار می گیرد و فقط در بعضی از قراردادهای حمایتی، مانند قرارداد مصرف، اماراتی برای شناسایی بی عدالتی تعیین شده است. پس، معیارهایی مانند عدم تعادل عوضین، ریسک پذیری غیرصادقانه، شروط نامناسب، منافع غیراستحقاقی، و امتیازات نابایست به عنوان ملاک بی عدالتی مطرح شده است که هر یک در برخی از موارد قابل اعمال و در بعضی دیگر غیرقابل اعمال هستند. اما همه آنها تحت عنوان غرض عقلایی در مباحث حقوق اسلامی قابل جمع است؛ به این بیان که هر گاه کارکرد عدالتی قراردادی مورد ایراد باشد، به جای مجردنگری به روابط قراردادی، با واقع نگری و تمامیت نگری به موضوع و شروط آن، بررسی شود که آیا انعقاد چنین قراردادی در همان شرایط اوضاع و احوال زمان انعقاد از منظر شخص متعارف عقلایی است.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۱۲ ق). *کفایة الأصول*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- آشتیانی، میرزا محمدحسن (۱۴۲۵ ق). *کتاب القضاء*، قم، انتشارات زهی، کنگره علامه آشتیانی.
- امامی، سید حسن (۱۳۶۷). *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامی.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ ق). *کتاب مکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- باریکلو، علی‌رضا (۱۳۹۴). *حقوق قراردادها (عقود معین ۱)*، تهران، میزان.
- _____ (۱۳۸۲). «ضمانت اجرای حقوقی سوءاستفاده از وضعیت اضطراری طرف قرارداد»، *حقوق خصوصی*، ش ۴، ص ۲۵ - ۴۵.
- بحرالعلوم، محمد بن محمدتقی (۱۴۰۳ ق). *بلغة الفقیه*، تهران، منشورات مکتبه الصادق.
- حسینی، هاشم معروف (بی تا). *نظریة العقد فی الفقه الجعفری*، بیروت، منشورات مکتبه هاشم.
- حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۲۳ ق). *فقه العقود*، قم، مجمع اندیشه اسلامی.
- حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ ق). *مفتاح الکرامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- حسینی مراغه‌ای، سید میرعبدالفتاح (۱۴۱۸ ق). *العناوین*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- شیخ الشریعه اصفهانی، فتح‌الله (۱۴۱۰ ق). *قاعده لا ضرر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- شهید ثانی، زین‌الدین (۱۴۱۳ ق). *مسالك الأفهام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲). *آثار قراردادها و تعهدات*، تهران، مجلد.
- شیرازی، میرزا محمدتقی (۱۴۱۲ ق). *حاشیه مکاسب*، قم، منشورات الشریف الرضی.
- فاضل تونی، عبدالله (۱۴۱۲ ق). *الوافیه فی اصول الفقه*، قم، مجمع فکر الاسلامی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). *حقوق مدنی: عقود معین*، چ ۶، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا انتشارات مدرس.
- _____ (۱۳۷۱). *قواعد عمومی قراردادها*، چ ۳، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
- محقق حلّی، نجم‌الدین (۱۴۰۸ ق). *شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۱). *مجموعه آثار استاد شهید مطهری: بخش فقه و حقوق*، قم، صدرا.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۱ ق). *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خویی، سید محمدتقی (۱۴۱۴ ق). *الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود*، بیروت، دارالمؤرخ العربی.

نراقی، احمد (۱۳۷۵). *عوائد الایام*، قم، مرکز النشر.
 نائینی، محمدحسین (۱۴۱۸). *منیة الطالب*، مقرر شیخ موسی خوانساری، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.

References

- Akhund Khorasani, M.K. (1992). *Kifayat al-Osuol*, Qom, Islamic Publishing Institute. (in Arabic)
- Ansari, M. (1994). *Book of earning (al- makasb)*, Qom, World Congress of Commemoration of Sheikh Azam Ansari. (in Arabic)
- Ashtiyani, M. M.H. (2005). *Ketabo-Le-Ghada*, Qom, Zuhair - Allama Ashtiyani Congreh. (in Arabic)
- Bahro al-Ulum, M. (1982 AH). *Boulghato al-Faqheh*, Tehran, Manshuorato Maktabato Al-Sadiq. (in Arabic)
- Bariklou, A. (2016). *Contracts Law*, Legal Institute of Meiyzan, Tehran. (in Persian)
- (2003). "Legal Sanction Of The Abuse Of The Necessity Situation Of The Contracting Party", *Journal of Private Law*, No. 4, pp. 45-25. (in Persian)
- Bridge, M. (2008). *The Market Rule of Damages Assessment, Contract Damages Domestic and International Perspectives*, Edited by Djakhongir Saidov and Ralph Cunnin, Oxford and Portland, Hart Publishing.
- Charman, M. (2007). *Contract Law*, UK, Willan Publishing.
- Chroust, A-H. & Osborn, D. L. (1942). "Aristotle's Conception of Justice", *Notre Dame L. Rev*, 17(2), pp. 129-143.
- Dissaux, N. (2016). *Reform Du Droit Des Obligations*, Paris, Dalloz.
- Eisenberg, M. A. (2007). *The Theory of Contracts*, Edited by Peter Benson, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 206-264.
- (1982). "The Bargain Principle and Its Limits", *Arvard Law Review*, 95(4), pp. 741-801.
- Fazel Tony, A. (1991). *Al-Wafiyah fi ousouel fighe*, Qom, Magemah Fekere Islami. (in Arabic)
- Gordley, J. & Jiang, H. (2020). "Contract As Voluntary Commutative Justice", *Michigan State Law Review*, 19(3), pp. 726-761.
- Hassani, H. M. (?). *Nazaryato Al Aghed Fi Fegh Al Ja'fari J*, Beirut, Manshuorato Maktabato Al Hashem. (in Arabic)
- Hobbes, Th. (1894). *Leviathan: Or, The Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and civil*, George Routledge and sons.
- Hondius, E. (2004). "The Protection of the Weak Party in a Harmonized European Contract Law: A Synthesis", *Journal of Consumer Policy: Kluwer Academic Publishers*, Netherlands, 27, pp. 245-251.
- Hosseini Ameli, S. M.J. (1998). *Meftaho al-Karama*, Qom, Islamic Publications Office. (in Arabic)
- Hosseini Hayeri, S. K. (2002). *Fighe Ol Oughoude*, Qom, Magemah Andishe Islami. (in Arabic)
- Hosseini Maraghie, S. M.A.F. (1997). *Al-Anawin Al-Faqhiah' [Titles of Jurisprudence]*,

- Qom, Daftar Entisharat Islami. (in Arabic)
- Imami, H. (1989). *Civil law*, Eighth Edition, Islamic Bookstore, Tehran. (in Persian)
- Katozian, N. (1992). *General Rules of Contracts*, Third Edition, Tehran, Bahman Borna Publishing Company. (in Persian)
- (1997). *Civil Law: specific denomination Contracts*, Sixth Edition, Tehran, Publishing Company in collaboration with Bahman Borna Publishing Company Modares Publications. (in Persian)
- Khoeyi, S. M. T. (1997). *A Shoruto, Val Eltzamat*, Beirut, Dar Al-Murakh Al-Arabi. (in Arabic)
- Kronman, A. T. (1980). "Contract Law and Distributive Justice", *The Yale Law Journal*, 89(3), pp. 472-511.
- Mak, V. (2009). *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Hart Publishing, Oxford And Portland, Oregon.
- Mohaghegh Halli, N. (1988 AH). *Shraeol Islam*, Qom, Moassetoel Ismaili. (in Arabic)
- Motahari, M. (2002). *Magemoatol Athare Osstad Shaheed Motahari: Bakhsh-e Figh Va Highighe*, Qom, Sadra. (in Persian)
- Mousavi Khomeini, S. R. (2004). *Ketabo Al Biaeh*, Moassesah Tanzeem Va Nasher Athare Imam Khomeini. (in Arabic)
- Murphy (2002). "Equality In Exchange", *The American Journal Of Jurisprudence*, 47, pp. 85-121.
- Naraqji, A. (1996). *Avaied al-Ayyam*, Qom, Maktabo Elame Islami. (in Arabic)
- Nayini, M.H. (1418). *Monyato al-Talib*, Mogharere Sheikh Musa Khansari, Qom, Moasseseh Nasher Islami. (in Arabic)
- Paul, J. (1983). "Substantive Social Contracts And The Legitimate Basis Of Political Authority", *The Monist*, Oxford University Press, 66(4), pp. 517-528.
- Rakoff, Todd D. "The Five Justices Of Contract Law", *Wisconsin Law Review*, 733, pp. 733-796.
- Shaheed Thaney, Z. (1993). *Masalik Al'efham*, Qom, Muasasat Ol-Maearif Ol'islamia. (in Arabic)
- Shahidi, M. (2003). *Effects of Contracts and Obligations*, Tehran, Majd. (in Persian)
- Shaykh al-Shari'ato Isfahani, F. (1410). *Ghadato La Zaraer*, Qom, Islamic Publications Office. (in Arabic)
- Shirazi, M. M. T. (1991). *Hasheyato Al-Makacseb*, Qom, 2 Mansourato al Sharif Al-Razi. (in Arabic)
- Summers, R. S. (1968). "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code", *Virginia Law Review*, 54(2), pp. 195-267.
- Von Bar, Christian, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zol (2009). "Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law", Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich, European law publishers GmbH.