

منشأ التزام قرارداد متکی بر عدالت طبیعی

مرتضی ترابی^۱

چکیده

مفهوم منشأ التزام قراردادها یکی از موضوعات بنیادی در حقوق قراردادها است و مبنای التزام قواعد حقوقی، از ضمانت اجرای قانون متفاوت است. چهار نگرش اصلی در مورد منشأ التزام قرارداد شامل اراده طرفین، اراده دولتی، اراده اجتماعی و عدالت طبیعی وجود دارد که تأثیر هر یک از این وجوه در تفوق یک اصل بر اصل دیگر متفاوت است. پژوهش حاضر که به روش توصیفی تحلیلی انجام شده است، در پاسخ به این سؤال که عدالت طبیعی تحت چه شرایطی منشأ التزام قرارداد است و پیامدهای عملی آن بر حقوق قراردادی چیست، نتیجه می‌گیرد که بر مبنای اراده طرفین، اصل لزوم برتری داشته و تقدس قرارداد همواره وجه غالب است. بر مبنای اراده دولتی، هرگونه عدم انطباق اراده‌ها با مر قانون، سبب بطلان قرارداد خواهد شد. بر مبنای اراده اجتماعی، صحت قرارداد مبتنی بر عرف است و در رویکرد عدالت طبیعی اصولی نظیر حسن نیت وجه غالب بوده و بر اصول دیگر نظیر اصل لزوم برتری داشته و در تفسیر قراردادها نیز نقش به‌سزایی دارد. در نظام حقوقی ایران به علت تکثرگرایی به نظر می‌رسد عدالت و اخلاق طبیعی مبنای اصلی التزام بوده، اما سایر مبانی در کنار آن نقش‌آفرینی می‌نماید.

واژگان کلیدی: منشأ التزام قرارداد، اصل حاکمیت اراده، اراده دولتی، اراده اجتماعی، عدالت طبیعی

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا

درآمد

منشأ الزام‌آوری قراردادهای همواره به عنوان یکی از مسائل کلیدی در علم حقوق، به ویژه در حیطه حقوق قراردادهای شناخته می‌شود. در هنگام تعامل و توافق میان طرفین، پرسش‌های بنیادی در مورد چرایی و چگونگی التزام آن‌ها به قراردادهای مطرح می‌شود. در نظام‌های حقوقی مختلف، قوانین و قواعد حقوقی از مبانی و اصول خاصی سرچشمه می‌گیرند. این مبانی معمولاً به دو دسته اصلی تقسیم می‌شوند: نخست، اصول حقوقی که به وسیله دولت تعیین و تدوین شده‌اند؛ و دوم، اصول اخلاقی و طبیعی که به نوعی در ذات بشری ریشه دارند. درک این تمایز و تفکیک بین قانون و قاعده، به ما کمک می‌کند تا بهتر بفهمیم که چه عواملی باعث الزام‌آور شدن یک قرارداد می‌شوند.

در این میان، مفهوم حاکمیت اراده نیز به عنوان یک اصل اساسی حقوق قراردادهای مطرح می‌شود. منشأ التزام قرارداد متأثر از مبنای قانون در الزام‌آوری قواعد آن است. نظام حقوقی قواعد خود را بر اساس آن وضع می‌کند و قوانین مشروعیت خود را از مبانی کسب می‌کنند. برای این مهم باید دید که اراده طرفین، قانون و عرف چرا الزام‌آورند و اساساً منشأ التزام قواعد حقوقی مرتبط با قراردادهای چیست. در این خصوص می‌توان سؤال موصوف را کلی‌تر بیان نمود: حقوق چرا الزام‌آور است؟ آیا حقوق از اراده دولت نشأت می‌گیرد یا از طبیعت انسان و عقلانیت فطری؟

اختلاف نگرش، ناشی از اختلاف در فهم و تفکیک قانون از قاعده حقوقی وجود دارد. قانون ابزاری برای بیان و اجرای قواعد حقوقی است، اما قاعده حقوقی همان قاعده کلی است که برای ایجاد نظم و عدالت، توسط دولت تضمین می‌شود. نتیجه یکی دانستن قاعده حقوقی و قانون، این است که اراده دولت مبنای تام اعتبار قاعده حقوقی تلقی می‌گردد و از این حیث دیگر نمی‌توان از عادلانه بودن یا نبودن قاعده حقوقی سخن به میان آورد. از این حیث بحث اصلی این است که قواعد حقوقی که الهام‌بخش اصول بنیادین یک نظام حقوقی است، از چه مبنایی برخوردار است. اصل حاکمیت اراده، یکی از اصول مهم حقوق قراردادی است که تشکیل‌دهنده عقد است. حال آیا این اصل مبین این است که اراده طرفین قرارداد منشأ التزام قرارداد است و یا اعتبار و نفوذش ناشی از اراده دولتی مورد نظر قانون‌گذار است و یا

منشأ التزام آن، ناشی از اراده جمعی است که قرارداد را به عنوان یک پدیده اجتماعی در جامعه به رسمیت شناخته است؟ اگر منشأ التزام اراده نباشد بلکه ناشی از عدالت طبیعی باشد، در آن صورت عادلانه بودن قرارداد منشأ التزام آن خواهد بود. از این رو این که منشأ آن اراده طرفین باشد یا اراده دولتی یا اراده اجتماعی و یا عدالت و اخلاق طبیعی هر یک دارای آثار متفاوتی است. حال اگر قانون‌گذار قاعده‌ای که فاقد مبانی منظور است را به عنوان یک قانون اجباری وضع نماید، آیا می‌توان از آن نافرمانی کرد؟ از طرف دیگر آیا می‌توان در تفسیر و برقراری رابطه بین قواعد حقوقی نیز از این مبانی استفاده نمود؟ پاسخ به این پرسش‌ها مستلزم درک چگونگی کارکرد مکانیسم‌های حقوقی و نگرش آن‌ها به مبنا و منشأ التزام قواعد حقوقی است. منشأ التزام قرارداد را در چهار نگرش می‌توان بررسی نمود: اراده طرف‌ها، اراده دولتی، اراده اجتماعی و عدالت طبیعی. مبنا قرار گرفتن هر یک از مبانی، در تفسیر قواعد حقوقی و قانون، به ویژه در صورت تعارض مفاد قرارداد با مبانی عدالت نظیر حقوق بنیادین یا اصول حقوق بشر^۱، در سلسله مراتب اصول حقوق قراردادی و حاکمیت یکی بر دیگری مؤثر است. از این منظر درصدد پاسخ به این پرسش نیز هستیم که اراده طرف‌ها و یا اراده دولتی و یا اراده اجتماعی، بر سایر اصول نظیر حسن نیت و یا عسر و حرج و یا عدالت و انصاف برتری دارد و یا مبناهای دیگر قرارداد، نظیر عدالت طبیعی، برتری یافته و نهایتاً حدود مداخله قاضی در برخورد با تعارض اراده و عدالت چه خواهد بود؟ ابتدا به بررسی چهار نگرش فوق پرداخته و بیان مبانی فلسفی آن و تأثیر هر نگرش بر قواعد عمومی قراردادها و در آخر به بررسی وضعیت نظام حقوقی ایران خواهیم پرداخت.

۱. اراده طرف‌ها

در این رویکرد، منشأ وجودی و غایت حقوق، عقل و اراده انسان، است. دیدگاه‌های انسان‌شناختی به عنوان مبانی فلسفی نیز همگی مبتنی بر محوریت قرار دادن اراده انسان است. اصل حاکمیت اراده در ابتدا یک اصل فلسفی است که ریشه

۱. امروزه حقوق بنیادین بشر به عنوان یک ایده وحدت‌بخش است که هم در نظام حقوقی عمومی و هم حقوق خصوصی غیر قابل نفی است و در سطح هنجاری بالایی قرار دارد که هم در مقابل دولت (در سطح داخلی و بین‌المللی) قابل استناد است و هم به عنوان عنصری که توازن را در همه رشته‌های حقوق ایجاد می‌کند، قابل اعمال است.

هر تعهد و الزام برای انسان را در اراده و خواست او می‌داند.

۱-۱. مبانی فلسفی

در قرن هفدهم در اروپا که قرن در هم ریختن تار و پودهای در هم تنیده شده نام گرفته است، چهار قاعده بزرگ حقوقی، پایه‌ریزی می‌گردد: عقل‌گرایی، قانون‌گرایی، کلیت‌گرایی و تساوی در مقابل قانون (نوین، ۱۳۹۰: ۹۲). با این وضعیت و گرایش‌ها به عقل‌گرایی و قانون‌نویسی‌های متعددی که در بسیاری از کشورها رخ داد، در قرن‌های هجده و نوزده شاهد تحولات ژرفی در پدیدار شدن اصل حاکمیت اراده بودیم که مرهون عواملی چون غلبه فلسفه اراده محض، فردگرایی و اقتصاد آزاد بود. در واقع با غلبه اصل حاکمیت اراده در سیر تحولات تاریخی، این فرد است که به وسیله اعمال ارادی خود، صلاحیت تعیین شرایط زندگی و روابطش را به دست می‌آورد و در این مرحله بدون این‌که مجذوب اجتماع باشد، عقد حاکم بر روابط او خواهد بود (دلویکو، ۱۳۸۶: ۲۰۹). در این دیدگاه قرارداد نماد حضور شخص در جامعه شده و از طریق آن به برقراری ارتباط مالی یا عاطفی پرداخته و کارکرد آن به عنوان یک عنصر برابرساز، نقش اجتماعی اراده افراد را نمایان می‌سازد (لوک‌اوبر و کولاردوتیول، ۱۳۹۰: ۳۳). در این دوران، انسان‌محوری و اصالت اراده را می‌توان به عنوان مهم‌ترین مبانی ظهور اصل حاکمیت اراده برشمرد. از این حیث مبانی فلسفی حول دو محور اومانستی و اصالت فرد از یک‌سو و اراده‌گرایان از سوی دیگر است. اومانسیم به معنای محور قرار دادن انسان به عنوان یک تفکر مذهبی بوده و اصالت فرد تأکید بر حفظ حقوق فردی در مقابل حقوق اجتماع است که هر دو به آثار مشترکی دست می‌یابند. ابونصر فارابی معتقد است که جامعه چیز جدیدی جز افراد آن نیست و به خودی خود اصالت ندارد (فارابی، ۲۰۰۲: ۱۱۹). جان استوارت میل نیز از طرفداران اصالت فرد بود که تئوری فایده‌گرایی او با اهداف خاص افراد و تمایلات ایشان برآورده گردد (آر.وست، ۱۳۸۹: ۲۵-۲۶). در نگرش اصالت فرد، وجه حقوق فردی بر حقوق اجتماعی او پیشی دارد. در دیدگاه جامعه‌شناسی فردگرایی، فرد بنیادی‌ترین واحد اجتماعی قلمداد شده و کنش و واکنش‌های او، هستی اجتماعی را تشکیل داده و در دیدگاه اقتصادی، فرد آزاد است تا آگاهانه سود خود را تشخیص داده و آزادی اقتصادی با کمترین مداخله دولت، بهترین شیوه است و در دیدگاه

سیاسی، دولت فقط وظیفه حفظ و حمایت از حقوق فردی با کمترین مداخله در امور را دارد (Kennedy, 1976: 1713). در نظر اراده‌گرایان قصد طرف‌ها در تفسیر و اجرا، بدون مداخله دولت و بدون در نظر گرفتن معیارهایی نظیر عدالت، ملاک عمل قرار می‌گیرد (Brownsword, 2017: 29). مبنای حق در نگاه اراده‌گرایان، گزینش یا اراده فرد است (کانت، ۱۳۹۳: ۶۶ و ۱۱۷؛ Scheiber, 1998: 148). در این دیدگاه حقوق دیگر یک پدیده طبیعی و ناشی از اراده الهی نیست بلکه کار عقل است (داوید و اسپینوزی، ۱۳۸۴: ۵۱).

۲-۱. تأثیر بر قواعد عمومی

تأثیری که این نظریه بر عقود داشته بر کسی پوشیده نیست؛ به‌طوری که مهم‌ترین عنصر صحت قرارداد، وجود تراضی و اراده اشخاص است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰/۱: ۴۶). با مبنای قرار دادن عقلانیت فطری در الزام‌آوری قرارداد، اصل رضایی بودن عقود بر عینی یا تشریفاتی بودن آن تفوق می‌یابد (Carolyn, 2009: 654-655)؛ رفیعی مقدم، ۱۳۹۰: ۵۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰[الف/۱: ۲۶۷]. به موجب این تحلیل، نوع مقررات قانونی در زمینه قراردادها، تکمیلی یا تفسیری است؛ چراکه هدف اصلی قانون، اجرای اراده‌های طرفین است و جز در موارد استثنایی پای نظم عمومی و قانون امری به میان نمی‌آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۹).

دیدگاه لیبرالیسم مبتنی بر جامعه آزاد از نتایج مکتب اصالت فرد بوده و با این‌که دولت منافع افراد را بهتر از خود ایشان می‌شناسد، مخالف است و از این حیث با اجبار نوع و یا قالب حقوقی قرارداد توسط دولت مخالف بوده و با طرفداری از این ایده که افراد در انتخاب قالب حقوقی آزادند، برای انعقاد عقود نیز قائل به تشریفات نیستند (باقری، ۱۳۸۵: ۴۳) و هر عقد عقلایی، الزام‌آور است (Voicheci, 2013: 417)؛ ۱۳۸۸/۱: ۲۱۳؛ امامی، ۱۳۹۰/۱: ۲۰۳؛ شهیدی، ۱۳۸۰/۱: ۱۱۰؛ صفایی، ۱۳۸۹: ۴۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰[الف/۱: ۱۴۶] و جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۲۲).

الفاظ در اعلام اراده نقش کاشفیت و اثباتی داشته و در این رویکرد، دادرس برای احراز قصد واقعی باید به دنبال احراز اراده ضمنی و قصد باطنی باشد و اراده باطنی بر اراده ظاهری مرجح است (کاتوزیان، ۱۳۸۰[الف/۱: ۲۲۷-۲۲۹] و صفایی،

۱۳۸۹: ۴۸-۴۹) بر این اساس، دادرش حق تغییر مفاد قرارداد را ندارد و اعمال ارادی در قالب عقود عادلانه است (حیاتی، ۱۳۸۰: ۴۵-۴۶).

توالی عرفی و منطقی بین ایجاب و قبول از عناصر عمومی عقد است و فقدان موالات به معنای فقدان تراضی در صورت ماده آن، یعنی عدم ایجاد اراده در ظرف خود است (جعفری لنگرودی، ۱/۱۳۸۰: ۱۷۸ و ۱۸۶) و از این حیث «از مزایای خالقیت نفس، نسبت به امور اعتباری این است که می‌تواند هم در حدوث موجودات اعتباری و هم در بقای موجودات اعتباری مؤثر باشد، یعنی دوام موجود اعتباری، بسته به اعتبار، معتبر است؛ در عقد حاضرین اگر برای اظهار قبول، از طرف ایجاب‌کننده مهلت داده نشود، بقای موجودات ناشی از ایجاب زیاد نیست و قبول‌کننده باید عجله کند که تا آن موجود اعتباری، فانی نشده است به وسیله اظهار قبول، آن را به مرحله وجود نهایی برساند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۵۰؛ و لذا حیات و عدم حجر موجب، قید بقای ایجاب بوده و امکان رجوع از آن برای سازنده ایجاب، همگی وابسته به اصل حاکمیت اراده موجب می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۰ [الف]: ۱/۳۱۷-۳۱۸).

در دیدگاه حاکمیت اراده، عیوب اراده نظیر اکراه یا اجبار، سبب عدم تحقق تراضی شده و نهایتاً موجب بطلان یا عدم نفوذ قرارداد می‌گردد (Brownsword, 2017: 44). در این رویکرد حتی اضطراب را نیز در وجه وجهی که از آن سوء استفاده شده است را در حکم اکراه می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۰ [الف]: ۱/۱۲۷). اهلیت داشتن نیز دلالت بر ضرورت وجود قصد و رضا برای انجام عمل حقوقی است و به عبارتی شخصی که محجور است، در اصل فاقد قصد و رضاست. در نظریه حاکمیت اراده، افلاس یا مرض منجر به فوت موجب زایل شدن قصد و رضا نبوده و مانعی در ایجاد تراضی نیست و نباید آن‌ها را غیر نافذ یا باطل قلمداد کنیم (ابویی و شهابی، ۱۳۹۵: ۱۴۴).

معلوم و معین بودن موضوع عقد نیز برای رفع جهالت و غرر بوده و اراده جاهل، دارای قدرت تصمیم‌گیری و تأثیرگذاری نیست و از این حیث نیز معلوم بودن یکی از عناصر صحت عقد نامیده شده است (جعفری لنگرودی، ۱/۱۳۸۰: ۲۰۷ و شهیدی، ۱/۱۳۸۰: ۲۹۷). فقدان شرایطی نظیر موجود بودن مورد معامله معین، مالیت داشتن، قدرت بر تسلیم داشتن را منجر به تردید نسبت به قصد طرفین در انعقاد

قرارداد دانسته و از این حیث اقتضای اصل حاکمیت اراده این است که شرایط مزبور راجع به موضوع معامله وجود داشته باشد.

مبنای بسیاری از خيارات نیز در این رویکرد در قالب شرط ضمنی طرفین توجیه می‌گردد و نه انصاف یا مصالح اجتماعی (کاتوزیان، ۱۳۸۰ [الف]: ۵۸-۶۲). به‌طور مثال در خيار غبن بر مبنای نظریه شخصی یا اصل حاکمیت اراده، مبنای خيار غبن، عیب اراده معرفی شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۰ [الف]: ۵: ۲۲۷)

رویکرد این نظریه در مورد جهت معامله این است که آن را شرط مستقلى از قصد و رضای طرفین ندانسته و همان توجیهاتی که برای قصد و رضا از این منظر وجود دارد، برای جهت نیز در نظر می‌گیرند. از این حیث بعضی اراده را بدون جهت آن کارگزار نمی‌دانند، اما آثار آن را فرعی می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۹ [ب]: ۲۵۲).

در تفسیر عقد دادرس باید در کشف اراده واقعی و درونی ایشان بکوشد و ملاک قصد درونی متعاقدين است (صفایی، ۱۳۸۹، ۴۸). مدار تفسیر احراز قصد مشترک طرف‌هاست و نه مصالح اجتماعی و انصاف (شهیدی، ۱۳۸۱: ۲: ۲۹۴). تفسیر بر مبنای عرف نیز شرط ضمنی طرفین و بر مبنای اراده مشترک است و عرف منبع مستقلى نیست (شهیدی، ۱۳۸۱: ۲: ۳۳۱). بر مبنای اصل حاکمیت اراده، قرارداد قابل تعدیل قضایی و تجدیدنظر نیست. بعضی ضمن این‌که امکان تعدیل قضایی قرارداد را در صورت تغییر شرایط و اوضاع مردود دانسته‌اند، اما با اتکا به قاعده العقود تابعه للقصد و حاکمیت اراده، وجود حق فسخ برای متعهد قرارداد در صورت بروز شرایط دشوار غیر قابل پیش‌بینی غیر از فورس‌ماژور را بر اساس تئوری عدم پیش‌بینی به عنوان خيار تخلف از شرط ضمنی صفت، پذیرفته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۲: ۳۷ و ۱۴۴).

۲. اراده دولتی

در اوایل قرن بیستم به دلایل عملی اصل حاکمیت اراده تعدیل گردید. در این دوره قدرت دولت‌ها برای برقراری صلح با محوریت واقع‌گرایی تقویت یافت (جاوید، ۱۳۹۰: ۶۲). ناتوانی اصل مزبور به عنوان منشأ التزام نهادی چون شبه عقد و یا نقش قانون در تفسیر و تکمیل بسیاری از امور جزئی عقد، بدون این‌که اراده در

آن‌ها دخیل باشد، سبب شد تا منشأ التزام، اراده دولتی از طریق قانون معرفی گردد.

۲-۱. مبانی فلسفی

انتقادات فلسفی بر اصل حاکمیت اراده بر این بود که حاکمیت اراده در جامعه به عنوان یک وسیله مفید فقط برای تأمین سعادت جامعه کارکرد دارد و به خودی خود موضوعیت ندارد. همچنین عادلانه بودن قرارداد با تعیین ماهیت و آثار آن با اراده، صرفاً یک اماره غیر قطعی است و الا این قانون است که به اراده‌های فردی توانایی ایجاد عقد داده است و همین قانون است که چارچوب اراده را تعیین می‌کند (قاسمی، ۱۳۸۸: ۲۸۹-۲۹۱). در این رویکرد، مشروعیت حقوقی هر عملی، منحصرأً متوقف بر انطباق آن با یک قاعده قانونی به عنوان اراده دولت است و از این حیث اراده فردی هیچ ارزشی نداشته و تا حدی معتبر است که اراده دولتی تعیین کرده باشد (دلوکیو، ۱۳۸۶: ۱۵۵-۱۵۶). ریشه اختلاف اثبات‌گرایان با حقوق طبیعی‌مداران در زمینه این‌که قانون چیست و ریشه الزام آن کدام است، در این می‌باشد که اثبات‌گرایان قانون را بر قرارداد انسانی استوار می‌سازند و واضعان قانون نیز دارای قدرت کافی تحمیل قواعد بر جامعه هستند و ایشان بدون این‌که درباره عادلانه بودن یا نبودن قانون بحثی به میان آورند، فقط به ویژگی الزام‌آور بودن آن تأکید می‌ورزند و حالی که حقوق طبیعی‌مداران سخن از ریشه و سرچشمه قانون می‌کنند و آن را خارج از اختیار انسان دانسته و به دنبال کشف آن‌اند تا وضع آن (تبیث، ۱۳۸۶: ۲۹-۳۰). از نظر ژوزف رز حقوق یک نهاد اجتماعی مقتدر و یک اعتبار دارای حجیت و مشروعیت است (ابدالی، ۱۳۸۹: ۲۰-۲۱)؛ بدان معنا که دستورات آن قابل تشخیص و معتبر است و از طرفی آن‌گونه مدلل شده که پاسخ‌گوی التزام افراد بوده و از این حیث دارای حجیتی قائم به نفس است (ابدالی، ۱۳۸۹: ۲۱-۲۲). در این نگرش به واسطه این‌که جوهر دولت اجبارگری است، دولت و نظام حقوقی یکی فرض شده است و مرجع اسناد حقوقی در مشروعیت اعمال، دولت است و نه باورهای اجتماعی (کلسن، ۱۳۹۱: ۱۳۹-۱۴۰ و ۱۴۵). کلسن از اثبات‌گرایان حقوقی بوده که معتقد است دانش حقوق مستقلاً به عنوان یک نظریه ناب و خالص مورد مطالعه قرار گیرد و از این حیث حقوق را مجموعه‌ای از بایدها دانسته که شکل صرف قوانین در هر حال باید اجرا گردد (ابدالی، ۱۳۸۸: ۱۸۹-۱۹۳). در این نگاه اراده دولتی در مقام برتری از

سایر اراده‌ها است و حفظ نظم اجتماعی جز با اطاعت از دولت و از طریق اطاعت از قانون میسر نیست. از این حیث وظیفه اطاعت از قانون گاهی ترس از ضمانت اجراها نشأت می‌گیرد که مبتنی بر نظریه امر جان آوستین است که مبتنی بر یک وظیفه اخلاقی مطلق است (ابدالی، ۱۳۸۸: ۱۶۸).

طرفداران این نظریه معتقدند که منشأ اعتبار قرارداد، اراده و قانون (شهیدی، ۱/۱۳۸۰: ۵۵). به اعتقاد ایشان، اراده انسان تنها در امور مادی می‌تواند نافذ باشد و در امور اعتباری، اراده نفوذ خود را از قانون دریافت می‌دارد (شهیدی، ۱۳۸۰: ۵۸). قانون‌گذار فرانسوی قراردادهای حقوقی اشخاص را در صورتی که وفق قانون منعقد شده باشد، به منزله قانون قلمداد می‌کند.^۱ از حیث تاریخی قانون به عنوان ریشه استقلال اراده در این ماده به کار گرفته شده است (لوی و کاستادلو، ۱۳۸۶: ۲۰۸).

۲-۲. تأثیر بر قواعد عمومی

در این رویکرد حقوقی که از اراده دولتی نشأت گرفته باشد، مشروعیت و آثار حقوقی هر عملی، منحصرأ متوقف بر انطباق آن با یک قاعده قانونی به عنوان اراده دولت می‌باشد و از این حیث اراده فردی هیچ ارزشی نداشته و تا حدودی معتبر است که اراده دولتی تعیین کرده باشد (دلوکیو، ۱۳۸۶: ۱۵۵-۱۵۶).

در این رویکرد قانون فرمان یک مقام برتر است و به همین دلیل دارای الزام‌آوری و اجبار است و نه به خاطر این که درست و عادلانه است. بعضی در تحلیل ویژگی‌های قانون، عنصر اجباری بودن قانون را از ویژگی‌های ذاتی قانون دانسته ولی ویژگی مبتنی بر اخلاقی بودن یا عادلانه بودن را از ویژگی‌های عرضی قانون می‌دانند (راسخ، ۱۳۸۵: ۳۰-۳۱)؛ از این حیث سه شاخصه مهم برای قانون بر شمرده شده است: مبتنی بر اراده برتر، دارای اجبار و ضمانت اجرا و نهایتاً مظهر و سنبل حقوق بودن (شهابی، ۱۳۹۳: ۵۹).

منظور از عقلانیت دولتی این است که اراده دولت است که منشأ اعتبار قواعد حقوقی است و قانون نیز ابزاری است در دست دولت برای ایجاد تعهدات و تعیین

۱. از این منظر معنای بند ۱ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه این می‌تواند باشد که به قرارداد از حیث الزام‌آوری، همان قدرتی را که قانون دارد بدهیم نه این که قرارداد همانند قانون، ایجادکننده آثار حقوقی باشد.

حدود ثغور آن و اعتبار دادن به قواعد حقوقی و نه این که قانون صرفاً به بیان قواعد بپردازد (شهابی، ۱۳۹۳ الف: ۱۵۳). در نظریه‌های تحقیقی دولتی منبع اصلی حقوق، قانون است و والاترین هدف استقرار نظم در جامعه است (کاتوزیان، ۱۳۸۰ [ب]: ۱/۵۰۵). در این دیدگاه نه تنها صرفاً قانون است که می‌تواند تعهدات قراردادی را ایجاد کند، بلکه تنها نظم‌دهنده کانون منافع طرف‌های قرارداد، قانون می‌باشد و نتیجه این که قرارداد یک عمل حقوقی هنجاری است (لوک اوبر و کولار دوتیول، ۱۳۹۰: ۳۶-۳۷). واقعیت آن است که در این نگاه دیگر بحث از منبع حقوق نیست بلکه بحث از منابع حقوق است؛ چراکه منبع حقوق امری کلی است و آن چیزی نیست جز طبیعت انسان و وجدان‌های فردی او، اما صحبت از منابع حقوق، سمت و سو به حقوق موضوعه داشته که در این وضعیت عرف و قانون با ویژگی اجبار، نماد منابع حقوق هستند (دلویو، ۱۳۸۶: ۷۷)، اما باید دانست که منابع حقوق از منشأ الزام‌آوری تأثیرپذیرند. در حقوق طبیعی مدرن، منشأ التزام‌آوری قاعده حقوقی اراده دولتی است و بر این اساس قانون مهم‌ترین منبع حقوق به عنوان تنها ابزار دولتی قلمداد می‌گردد.

طرفداران این نظریه معتقدند که منشأ اعتبار قرارداد دو چیز است: اراده و قانون (شهیدی، ۱/۱۳۸۰: ۵۵) و مبنای احترام به قرارداد، احترام به قانون است. از این منظر معنای بند ۱ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه^۱ این می‌تواند باشد که به قرارداد از حیث الزام‌آوری، همان قدرتی را که قانون دارد بدهیم نه این که قرارداد همانند قانون، ایجاد کننده آثار حقوقی باشد. این رویکرد که قواعد حقوق را مبتنی بر اراده دولتی می‌داند، مکتب اصالت قانون نیز نامیده شده است که در آن نقش قاضی منفعل بوده و باید اراده‌های اشخاص را با قانون در یک تفسیر لفظی و منطقی از قانون منطبق سازد (داوید و اسپینوزی، ۱۳۸۴: ۱۰۰-۱۰۱).

در مورد توقیفی بودن عقود، چنانچه قانون مجوزی برای اراده اشخاص برای ایجاد ماهیت‌های حقوقی غیر از قالب‌هایی که خود معرفی کرده است، نداده باشد، امکان انعقاد عقود غیر معین وجود نداشت. حتی در وضعیتی که قانون به

۱. بند یک ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه:

"Les conventions Legalement Formees tiennent live de loi a ceunqui les ont faites"

آزادی اراده از این حیث احترام گذاشته است، بعضی در یک رویکرد قانون‌مداری، معتقدند اگر آثار اصلی قرارداد منعقد شده با یکی از عقود معین مشابهت داشته باشد، احکام و قواعد آمره عقد معین مزبور جاری است (شهیدی، ۱۳۸۰: ۴۰ و ۱۰۸ و ۱۸۵-۱۸۸).

قانون مبتنی بر اراده دولتی، اراده ظاهری را ترجیح می‌دهد و علت آن حفظ نظم در معاملات است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۸۸؛ لوی و کاستاندلو، ۱۳۸۶: ۲۱۳).

ترجیح اراده ظاهری بر باطنی بر تفسیر قرارداد نیز مؤثر است؛ لذا از یک‌سو در تفسیر قانون توجه به نص، در درجه اول اهمیت است و صرفاً قاضی تفسیر لفظی و دلالات ظهوری را ملاک عمل قرار دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۹۶-۱۰۵) و از سوی دیگر تفسیر قرارداد مبتنی بر تفسیر لفظی یا تحلیلی است که در آن صرفاً اعلام اراده (گفتار و رفتار اظهار شده) وسیله رفع ابهام و یا کشف قصد مشترک است (کاتوزیان، ۱۳۸۰ [الف/۳: ۱۳]). در این رویکرد اعلام اراده نیز مطابق نظر قانون‌گذار است؛ لذا هر جا وسیله خاص و یا روش خاصی برای اعلام اراده ضرورت داشته باشد، عدم رعایت آن موجب بطلان عمل حقوقی است. با عنایت به ماده ۱۹۱ قانون مدنی، اصل بر رضایی بودن عقود و به کارگیری هرگونه وسیله در اعلام اراده است، اما در ماده ۱۰۶۲ همان قانون، به کارگیری لفظ در مورد عقد نکاح ضروری دانسته شده است. از این منظر لزوم توالی ایجاب و قبول در واقع تجویز قانون‌گذار در ماده ۱۰۶۵ قانون مدنی و الغای خصوصیت از آن و تسری به سایر عقود است و این امر نه از اراده بلکه تجویز و الزام قانونی است. (صفایی، ۱۳۸۹: ۶۹؛ شهیدی، ۱۳۸۰: ۱۴۸).

گستره عیوب اراده در این رویکرد می‌تواند مبتنی بر استحکام معاملات و حفظ نظم اجتماعی باشد و یا حمایت از فرد (ابویی و شهابی، ۱۳۹۵: ۱۳۳) قانون‌گذار ایران اکراه و اشتباه را فقط از موارد عیوب اراده قلمداد کرده است و غبن یا تدلیس را از عیوب اراده نمی‌داند و فقط ضمانت اجرای فسخ برای آن در نظر گرفته است و این مصلحت قانونی مورد توجه قرار گرفته شده است. «پذیرش مبنای قانونی، موجب بطلان عقد فاقد قصد می‌گردد؛ زیرا اراده قانون‌گذار به‌طور مطلق بر بطلان عقودی که بدون قصد واقع می‌شود قرار گرفته و ادعای صحیح یا غیر نافذ بودن را در هیچ

حالتی نپذیرفته است.» (ابویی و شهابی، ۱۳۹۵: ۱۳۴)

این که قانون‌گذار ایران شرط اهلیت را از قصد و رضا به عنوان یک شرط مستقل قلمداد کرده است و برای داشتن اهلیت معاملاتی شرایط خاصی را در نظر داشته است، شرط مستقل مورد نظر اراده دولتی است. این که برای شخص بیمار منجر به فوت حکمی ندارد و معاملات ایشان صحیح است، باید گفت این یک رویکرد اراده دولتی به اهلیت است (ابویی و شهابی، ۱۳۹۵: ۱۴۵).

عرف در این رویکرد منبع غیر مستقیم حقوق معرفی شده و صرفاً شامل امور موضوعی قرارداد می‌شود و حتی موضوع الحاقات مبیع در قسمت ذیل ماده ۳۵۶ قانون مدنی نیز در یک رویکرد اراده‌گرای قانون‌گذار، امری موضوعی و استثنایی و خلاف قاعده قلمداد شده است (شهیدی، ۱۳۸۱: ۲/۳۰۳ و ۳۳۱ و ۳۳۴). در مورد لزوم معلوم و معین بودن مورد معامله، ضرورت قانونی برای حفظ نظم معاملاتی است. در بحث فورس ماژور نیز عدم التزام متعهدله در اجرای تعهد، شرط ضمنی و ارادی طرف‌ها تلقی شده است، اما در رویکرد دولتی این یک حکم قانونی است. حتی بعضی شرط با این عنوان که در صورت عدم امکان اجرای تعهد در صورت فورس ماژور، متعهدله ملزم به اجرای تعهدش باشد را به علت این حکم آمره قانونی در حقوق ایران، باطل می‌دانند (شهیدی، ۱۳۸۲: ۳/۱۲۹).

در این نظریه، جهت معامله متعلق قصد و رضای طرف‌ها و یا جزء یا قید موضوع عقد نیست، بلکه بنا به حکم قانون‌گذار اگر تصریح شده و نامشروع باشد، سبب بطلان قرارداد می‌گردد (شهیدی، ۱۳۸۰: ۱/۳۳۵-۳۳۶).

۳. اراده‌گرایی اجتماعی

حقوق قراردادی بر پایه اصل حاکمیت اراده و یا اراده دولتی مبتنی بر اصول و دکترینی است که روی زمین بوده و مبتنی بر خود استدلالی است؛ به این معنی که جایی برای توجیه موقعیت‌ها و مبانی اجتماعی، اخلاقی و تجربی وجود ندارد. این تئوری بر پایه یک دسته اصول بنیادین نظیر آزادی، نحوه تشکیل و اجرای قرارداد به‌طور تکنیکی و قیاسی است! از سوی دیگر، طیف اصول حقوق قراردادی مستقیماً

1. Barnett, Randy E. Perspective on Contract Law, Wolters Kluwer: Law & Business, (Published by Aspen Publishers) 4th ed. New York, 2009, pp. 494-495.

مبتنی بر تکنیک‌ها و قواعد آمره از قانون است و تفسیر قرارداد نیز فقط یک تفسیر لفظی برآمده از قصد مشترک طرف‌هاست که قانون تعیین نموده است. از طرف دیگر قصد مشترک نیز بر اساس ضوابط نوعی تشخیص داده می‌شود و قاعده تفسیری در آن قاعده دلیل شفاهی^۱ است و از این جهت رویکردهای انتزاعی نظیر قواعد معقولیت^۲، وظیفه مذاکره بر اساس حسن نیت، منع شروط ناعادلانه و اصول تفسیری دیگر را رد می‌کند (Barnett, 2009: 494-496). از این رو تئوری اراده‌گرایی اجتماعی که بر اساس آن امکان بازنگری قرارداد بر اساس عوامل اجتماعی و همچنین وجود قرارداد به عنوان یک پدیده اجتماعی نگریسته می‌شود، پا به عرصه وجود گذاشت. از این جهت اولاً حقوق بایستی با موقعیت‌ها و اصول اجتماعی و تجارب توجیه گردد. ثانیاً جنبه‌های تکامل قرارداد باید پویا باشد و نه ثابت و تکنیکی صرف. در این رویکرد دو منشأ اراده‌گرایی حقوق که دولت را موجد قاعده حقوقی می‌داند و فردگرایی حقوق که مبنای قاعده را اراده فرد می‌داند، به سمت مبنای اجتماعی شدن حقوق سوق می‌دهد. «اجتماعی شدن حقوق به معنای حرکت از امر فردی به سمت امر اجتماعی؛ از مفهوم حق به مفهوم کارکرد؛ از امر شخصی و ذهنی به امر نوعی و عینی؛ از متافیزیک به واقعیت و در یک کلام، اجتماعی شدن حقوق به معنای پذیرش حقوق به نفع همه اعضای جامعه است» (شهابی، ۱۳۹۰: ۲۵۹). در این رویکرد فرد از خود قدرت الزام ندارد و دولت نیز فقط نقطه متحدکننده تصمیمات و مقررات حقوقی در نظام موجود است. به عبارتی تا زمانی که قرارداد به عنوان یک واقعه اجتماعی تلقی نشود، موضوع حقوق قرار نگرفته و تعهدی صرفاً اخلاقی است (لوک اوبر و کولاردوتیول، ۱۳۹۰: ۵۹). حتی زمانی که صحبت از اراده قراردادی می‌شود، منظور اراده حقوقی است که صاحبش، اختیار آن را از دست داده و هم‌سو با اراده دیگری، توافقی به دست آمده که نفوذ و اعتبارش در جامعه کسب شده و پدیده‌ای اجتماعی تلقی می‌گردد (لوک اوبر و کولاردوتیول، ۱۳۹۰: ۵۹). این تغییر در مبنا، تغییر در روش‌های تفسیر قاعده حقوقی را نیز به دنبال دارد؛ به نحوی که به جای تفسیر مبتنی بر اصول و قواعد محض حقوقی به سمت تفسیرهای مبتنی بر ضروریات اجتماعی

1. Parol edivens rule.

2. Uncontionability.

تغییر جهت پیدا می‌کند (باقرزاده، ۱۳۸۱: ۲۳).

۱-۳. مبانی فلسفی

در دیدگاه مبتنی بر اراده‌گرایی اجتماعی، قرارداد دارای حداقل سه طرف است که طرف سوم آن جامعه است و این توجیه‌گر منشأ التزام قرارداد در اراده‌گرایی اجتماعی است (Sieburgh, 2007: 115). در این نظریه، این جامعه است که به اصل آزادی قرارداد اعتبار داده و مفاهیمی نظیر حسن نیت، اصل وفای به عهد و یا نظم عمومی معرف یا تعدیل‌کننده بنیان قرارداد هستند و از این جهت نقش جامعه در قرارداد غیر قابل انکار است (Sieburgh, 2007: 116). بعضی نیز معتقدند نظریه‌های اجتماعی حقوق قرارداد از نظریه‌های هنجاری غیر لیبرال است که حقوق خصوصی را به محل نزاع بسیاری از بحث‌های ایدئولوژیک و فرا واقعیت تبدیل می‌نماید و از این حیث بسیاری از ایده‌های رفاه و عدالت اجتماعی که خود دارای تضادهای درونی بوده و در به کارگیری هنجارها، یک قاعده منسجم و ثابتی ندارند را نمی‌توان در حقوق قراردادها به عنوان ایده دخیل نمود (Gutmann, 2013: 44-45). اراده در این نگاه یک نیروی خلاقه مطلق‌العنان نیست و قصد انشاء یک موجود اجتماعی تلقی می‌گردد. عمل به وعده یک ارزش اجتماعی است تا بر اساس آن، روابط افراد اجتماع با یکدیگر به‌طور قابل پیش‌بینی، تنظیم گردد (Craswell, 1994: 19). در اراده‌گرایی اجتماعی، وجود دولت مرهون توافق جمعی است و بسیاری از رسوم کهنه اجتماعی منجر به اراده قانون‌گذار شده است (Rold, 2013: 1016). این نظریه منجر به ایجاد مکتب‌های تحقیقی اجتماعی گردید که در آن‌ها منبع اصلی حقوق، عرف و عادت بوده و عالی‌ترین هدف حقوق پیشرفت تمدن و فرهنگ ملت‌هاست (کاتوزیان، ۱۳۸۰ [ب]: ۵۰۸). در این مکاتب، قرارداد به دلیل این‌که یک نظم و مصلحتی از اجتماع است، محترم و لازم‌الاجرا شناخته می‌شود. طرفداران این نظریه، برای اجتماع وجودی مستقل و دارای اصالت برتر از افراد، قائل‌اند است (ابن خلدون، ۱۳۳۶: ۱۲۹-۱۳۱ و طوسی، ۱۳۶۰: ۲۸۰). مبنای تحول هدف حقوق به سمت اجتماعی شدن حقوق، گذار از یک مفهوم انتزاعی و محض به سمت یک مفهوم واقع‌گرا است و در روش‌شناسی نیز مشاهده‌های تجربی، در تحلیل‌های حقوقی اهمیت بسزایی پیدا می‌کند (شهابی، ۱۳۹۰: ۲۶۵). در جامعه‌شناسی حقوقی، با هنجارها سروکاری نیست

بلکه واقعیت‌های مادی به واقعیت‌های مادی دیگری، به عنوان علت و معلول ربط داده می‌شود (کلسن، ۱۳۹۱: ۵۵). در این نگرش، صرفاً به جنبه نوعی حقوق که ناظر به انسان اجتماعی است، توجه شده است. در حقیقت حقوق نوعی در مقابل حقوق شخصی به کار رفته و فرد، آزادی‌های خود را تابع شرایط زمان، مکان و نوسانات اجتماعی می‌بیند. از این حیث طرف‌ها نمی‌توانند ارزش‌های مهم جامعه را با قرارداد نقض کنند. به عبارتی از طریق اصل آزادی قراردادی، رابطه میان طرف‌ها و جامعه معین می‌گردد. همین موضوع سبب شده تا بعضی اصل آزادی قراردادی را شاخه فلسفی اصل حاکمیت اراده تلقی نکنند بلکه آن را یک وسیله مفید اجتماعی و برای توزیع ثروت تلقی کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۱/۳: ۴۲۰).

۲-۳. تأثیر بر قواعد عمومی

در اوایل قرن بیستم نظام‌های حقوقی دچار انواع شکل‌گرایی‌ها شدند که در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان آن‌ها را به شکل‌گرایی مبتنی بر هدف و شکل‌گرایی مبتنی بر ضمانت اجرا تقسیم نمود؛ بر اساس هدف، شکل‌ها حمایتی و ارشادی بوده و بر اساس ضمانت اجرا، به صورت رکن یا شرط صحت و یا شرط نفوذ و یا شرط لزوم و یا توصیفی و یا شرط قابلیت استناد و یا قابلیت اثبات و یا مجازات انتظامی یا کیفری می‌باشند (قاسمی، ۱۳۸۸: ۲۳۳-۲۸۶). در مورد زوال ایجاب در صورت رجوع و یا حجر و مرگ قبل از قبولی در این رویکرد، فقط از اراده‌های تلاقی شده و منجر به عقد شده حمایت می‌شود و نه اراده فردی یک فرد قبل از انعقاد قرارداد. جالب است ماده ۹۲ قانون مدنی مصر اشعار می‌دارد: «وقتی اعلام کننده اراده قبل از تأثیر نتیجه اعلام بمیرد یا فاقد اهلیت شود، مانعی از ترتب اثر بر این اعلام نیست؛ مشروط بر آن‌که اعلام به اطلاع طرف مقابل رسیده باشد. این حکم تا وقتی جاری است که از اعلام یا طبیعت معامله خلاف آن معلوم نشود» (سنه‌وری، ۱۳۸۲: ۹۷). بر این اساس اراده‌ای که وجود فعلی یافته ولو ایجاب باشد، اگر به اطلاع طرف رسیده باشد، با توجه به جنبه اجتماعی اعلام یک اراده، وجودش حتی بعد از فوت و یا حجر موجب، زائل نمی‌گردد.

در رویکرد وجدان اجتماعی، اهلیت به عنوان یک عنصر مستقل در صحت قرارداد شرط بوده و برای حمایت از افراد در معاملاتشان این‌که مورد سوء

استفاده قرار نگیرند؛ زیرا معاملاتشان بر خلاف مصالح و منافع اجتماعی است (کاتوزیان، ۱۳۸۰[الف]: ۱/۳۹۳). در این مبنا معاملات مفلس و بیمار و به موت هم غیر نافذ یا باطل است (ابویی و شهابی، ۱۳۹۵: ۱۴۵). مطابق این نظریه اعلام اراده بر اساس شرایط قانونی باید محرز و قابل اثبات باشد. در واقع اعلام اراده، شرط تأثیر قصد انشاء است و خلاقیت اراده تنها در مقارنت با وسیله ابراز آن در اجتماع مؤثر واقع می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۰/۱: ۱۴۲). تشریفات در عقود توسط قانون‌گذار در تعدیل اصل رضایی بودن عقود بنا به مصالحی از جمله حمایت از طرف ضعیف نظیر رعایت بعضی تشریفات در قراردادهای مصرف و یا حمایت از اشخاص ثالث و یا حمایت از منافع عمومی اجباری می‌گردد (رفیعی مقدم، ۱۳۹۰، ۹۷-۹۸).

امکان انعقاد عقود مکاتبه‌ای و عدم نیاز به توالی ایجاب و قبول در یک مجلس را مرهون همین وجه اجتماعی قرارداد و ضرورت‌های اجتماعی می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۰پ: ۱۲۶).

مبنای توجیهی در عدم نفوذ یا بطلان قرارداد در موارد عیوب اراده نظیر حجر را ضرورت‌های حمایتی ناشی از مصالح اجتماعی دانسته (شریعت باقری، ۱۳۹۱: ۱۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰[الف]: ۱/۳۹۳) و یا بر مبنای همین وجه اجتماعی قرارداد، بطلان یا تعدیل قرارداد را به حمایت از مضطر یا طرف ضعیف اقتصادی، با تئوری نظم عمومی اقتصادی، توجیه نموده‌اند (کاظم‌پور، ۱۳۹۲: ۱۵۱). در این دیدگاه، تشخیص درجه تأثیر تهدیدهای منجر به اکراه، معیارهای نوعی در جنسیت یا سن و غیره، ملاک قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰پ: ۱۲۹). از این منظر نیز در تعارض معنای ظاهری و باطنی قرارداد با نگاهی به این‌که تراضی وقتی در عالم خارج قابل اثبات باشد، جنبه الزام به اجرا را در بردارد، معنای ظاهری تفوق دارد (ابویی و شهابی، ۱۳۹۵: ۱۳۷). مبنای بسیاری از اختیارات نیز در این رویکرد در قالب انصاف یا مصالح اجتماعی توجیه می‌شود و نه شرط ضمنی طرفین و یا اصل حاکمیت اراده (کاتوزیان، ۱۳۸۰ب/۵: ۶۲-۶۶).

عرف در این رویکرد نشان از امور متعارف و عقلای جامعه دارد و از این جهت قرارداد عنصری قابل ستایش نیست و می‌توان آن را متناسب با ضروریات اجتماعی و نفع عمومی تعدیل کرد.

۴. عدالت طبیعی

عدالت والاترین ارزش انسانی و گوهری گران بها در راه تحقق حقوق است. عدالت فضیلتی است برآورنده قانون و حقوقی ترین فضیلت میان فضایل اخلاقی است (هارت، ۱۳۹۵: ۴۰). درست است که اصل حاکمیت اراده خود دارای منشأ احترام به منزلت و حیثیت انسانی بوده و مبتنی بر فردگرایی و مبانی اخلاقی است، اما با لحاظ پیشرفت های اقتصادی و عدم توازن قدرت چانه زنی در روابط قراردادی، اتکای به حاکمیت مطلق اراده، سوء استفاده و دور شدن از اصول اخلاقی را بسیار محتمل می سازد؛ و لذا نفوذ مفاهیمی اخلاقی و عادلانه در حوزه حقوق نظیر اخلاق حسنه، حسن نیت، منع سوء استفاده از حق، منع عسر و حرج، دارا شدن ناعادلانه و منع تدلیس برای برقراری توازن قراردادی بوده و خود از عوامل تعدیل اصل حاکمیت اراده محسوب می گردد. در نقد اصل حاکمیت اراده به عنوان مبنای التزام قرارداد می توان به دو نظریه حاکمیت اعتماد و حاکمیت اخلاق اشاره نمود. در نظریه مبتنی بر اعتماد بدون اتکا به اصول اخلاقی، مبنای التزام به ایفاء قرارداد، اعتماد کردن به دیگری و تکیه بر اعمال و اقدامات دیگری است. در واقع مبنای الزام آوری قرارداد، ایجاد انتظار و اعتماد زیان بار به تعهد قراردادی یک طرف در مقابل طرف دیگر است. در این نظریه اصل اولیه این است که یک طرف اگر موجب پشت گرمی و اتکایی قابل پیش بینی و موجه برای دیگری شود، باید مسؤول شناخته شود (William, 1936: 54-55 & Fuller). اصل ثانویه این است که اگرچه وعده دهنده تمایلی به التزام قانونی نداشته، اما اگر مخاطب به طور جدی به آن اعتماد کرده و اقدامی انجام داده باشد، نظام مسؤولیت قراردادی به پا می شود.^۱ نظریه اعتماد به دنبال اهداف متعددی بود: نخست، جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه متعهد به هزینه و زیان متعهد؛ زیرا متعهد در پی اعتماد به تعهد طرف، مالی را منتقل کرده است. با این وصف در صورت عدم ایفاء تعهد، با استرداد عوضین از دارا شدن ناعادلانه جلوگیری می شود؛ دوم، تغییری که در موقعیت متعهد در پی اعتماد ایجاد شده است، از جمله هزینه هایی که کرده و یا فرصت هایی که از دست داده است، مورد

۱. نظریات دیگر در توجیه الزام آوری قرارداد مبتنی بر حاکمیت اخلاق یا تکلیف گرا و یا مصلحت گرا می باشند که بیان این نظریه ها از حوصله این نوشتار خارج است. برای مطالعه این نظریه ها، بنگرید به: Fried, 1981: 9-17: 237 -Gordley, 1991: 215- 237

حمایت قرار گیرد؛ و سوم، متعهدله را در موقعیتی قرار دهیم که اگر قرارداد اجرا می‌شد، چه منافعی را به دست می‌آورد (William & Fuller, 1936: 54-55).^۱

۱-۴. مبانی فلسفی

با توجه به انتقادهایی که به نظریات اراده‌گرا وارد آمد، التزام مبتنی بر عدالت به عنوان یک مبنا با استدلال‌های متفاوت، تبدیل به وجهی قابل بحث در حقوق قراردادی گردید. در نظر بعضی به کارگیری عدالت در حقوق قراردادی با سه اصل مهم دنبال می‌شود: نخست، اولویت خود منفعتی و یا خود تعیین‌گری (هر کسی منفعت خود را بهتر تشخیص می‌دهد)؛ دوم، منافع برابر (منافع طرف‌ها با یکدیگر برابری می‌کند)؛ و سوم، اولویت منافع اشخاص ثالث در جایی که منافع آن‌ها مطرح است (Brownsword, 2017: 13). اصل اول اخلاقی همان فردگرایی^۲، اصل دوم همکاری^۳ و اصل سوم نوع‌دوستی^۴ است (Brownsword, 2017: 13). حقوق قرارداد کلاسیک مبتنی بر فردگرایی است که در آن دیگر طرف قراردادی را که در آن وارد شده ملزم به رعایت بوده و حق تغییر آن را ندارد و دادگاه نیز حق مداخله در قرارداد را ندارد؛ در این نظریه هر چیز که قراردادی است، اخلاقی نیز می‌باشد. در نظریه مبتنی بر اصل اول، نظریه‌های اشتباه و عیوب اراده کارایی دارد (Brownsword, 2017: 16). در نظریه مبتنی بر اصل دوم (همکاری) نظریه‌های استاپل، برابری منافع، شروط غیر منصفانه و غیر معقول مطرح می‌گردد و در نظریه سوم نیز وجه اجتماعی قرارداد مطرح است (Brownsword, 2017: 19-21). در واقع اتکای بیش از اندازه به اصل حاکمیت اراده، ناکارآمدی بخش خصوصی را در تحقق اهداف عمومی را نشان می‌دهد که از جمله دلایل ناکارآمدی قواعد حقوق خصوصی، فقدان وجود قواعد واضح در ایجاد تعادل در نابرابری اراده‌ها در قراردادها و دسترسی نابرابر به اطلاعات، انحصار و محدودیت بر رقابت است (طبرلو، ۱۳۸۷: ۱۹۶)؛ لذا مبنای الزام‌آوری را باید در امر دیگری که

۱. شایان ذکر است نظریه اعتماد با نظریه استاپل خلط گردید و عده‌ای مبنای التزام را نظریه استاپل دانسته‌اند، اما این نظریه‌ها با یکدیگر تفاوت داشته است که از حوصله این نوشتار خارج است. در این زمینه، بنگرید به: Barnett Randy, 1987: 486.

2. Individualism.

3. Co-operativism.

4. Altruism.

همان عدالت است جست‌وجو کرد و سیستم حقوقی باید به گونه‌ای طراحی، توجیه یا تفسیر شود که تمامی فرصت‌ها و اقدامات دولت و مردم منجر به ایجاد یک زندگی عادلانه گردد (Barnett, 2009: 201). بحث از عدالت در نگاه مکاتب حقوقی، بسته به هدف یا مبنای آن مکتب قابل بررسی است. اگر مقصود مکتب مورد بحث، واقعیت‌های عینی موجود (هست‌ها) باشد، عدالت نیز در چنین جایگاهی مورد بحث است و اگر ارزش یا حقایق مطلوبی باشد (بایدها)، عدالت نیز به عنوان هدف مطلوب مورد بحث قرار می‌گیرد. حتی در نگاه پوزیتیویستی اطاعت از قانون، با مدلل شدن اخلاقی آن در فرای قانون توجیه می‌شود (Raz, 2009: 158)؛ لذا دستور قانونی هم وجه پوزیتیویستی اجبار به اجرای قانون را دارد، هم وجه اخلاقی توجیه‌کننده حکم قانونی. کلسن به عنوان یک پوزیتیویست حقوقی در کتاب نظریه حقوقی ناب اعتراف دارد که به‌رغم پوزیتیویستی بودن علم حقوق مشروعیت نظام حقوقی، منوط به داشتن حداقل اصول اخلاقی و عدالت است (کلسن، ۱۳۹۱: ۶۴). هارت نیز دارا بودن یک دسته از اصول حقوق طبیعی را به عنوان حداقل حقوق طبیعی، لازمه یک نظام حقوقی عادلانه می‌داند (هارت، ۱۳۹۵: ۲۹۶-۲۹۸)؛ لذا در این رویکرد بجای این‌که به دنبال اراده متعاقدين و یا اراده دولت و یا اراده شارع مقدس باشند، به عنوان مبنای التزام قرارداد، عدالت را قرار می‌دهند.

چنانچه قانون اوصاف عدالت طبیعی را در بر نداشته و به اصطلاح ناعادلانه باشد آیا می‌توان از آن سرپیچی نمود؟ آیا عمل سرپیچی حق تلقی می‌شود؟ یکی از ابزارهای اجرای عدالت، سرپیچی مدنی از قانون است. فلاسفه حقوق در خصوص امکان و شرایط نافرمانی و این‌که نافرمانی حق تلقی می‌گردد یا خیر، مباحث مفصلی مطرح کرده‌اند که از حوصله این نوشتار خارج است، اما یکی از نتایج تئوری نافرمانی مدنی از قانون، این است که اخلاق اولیه اطاعت از قانون، مبتنی بر پیش‌فرض عادلانه بودن آن است و مبنای التزام از قانون نه وجه اجبار دولتی بلکه وجه عدالت طبیعی قانون است. نافرمانی از قانون ناعادلانه حق تلقی می‌شود تا قانون‌گذار را ملزم به رعایت اصول عدالت نماید.

با عنایت به مبانی فوق، در حوزه قراردادها می‌توان قدرت الزام‌آور قرارداد

را بر پایه حاکمیت ماهوی قانون دانست که در دو طیف بحث می‌شود: نخست، حاکمیت شکلی که ناظر بر اصل قانونی مبتنی بر حقیقت حقوقی صرف نظر از خوبی یا بدی قانون است؛ و دوم، حاکمیت ماهوی است که در آن توجه به معیارهای فرا حقوقی و اخلاقی نظیر عدالت و مبانی حقوق طبیعی جزء اساس و ویژگی‌های قانون کارآمد است.

در دیدگاه اخیر در تعریف حاکمیت قانون به دور از نگاه پوزیتیویست حقوقی، ارزش‌های بنیادین ملاک عمل قرار گرفته و مشروعیت قانون با معیارهایی چون دفاع از ضعفا، برقراری عدالت و رعایت حق‌های فردی از منظر هنجاری در نظر گرفته می‌شود (هاشمی و غفاری، ۱۳۹۰: ۳۴۵-۳۶۲). در این دیدگاه اراده فرد وابسته به دو عامل می‌شود: اول، قانون ماهیتاً عادلانه باشد و دوم، نقش قاضی فقط رعایت مر قانون نیست، بلکه افزون بر آن باید احراز کند که اعمال قانون و انعقاد و اجرای قرارداد متناسب با عدالت و اقتضائات عادلانه اجتماعی هست یا نه (لوک اوبر و کولار دوتیول، ۱۳۹۰: ۳۸).

۲-۴. تأثیر بر قواعد عمومی

در اینجا کارکرد قرارداد را نباید یک هنجار اجبار کننده دانست، بلکه قرارداد اجازه می‌دهد تا متعاقدين حقوق خود را عادلانه و بر مبنای عقلانیت توزیع کنند. طبق این دیدگاه مبنای الزام‌آوری قرارداد، از یک‌سو سازگاری با آن با عدالت است و قرارداد را در صورتی الزام‌آور می‌داند که عادلانه نیز باشد (لوک اوبر و کولار دوتیول، ۱۳۹۰: ۳۸) و از سوی دیگر یکی از لوازم برقراری عدالت این است که رابطه طرف‌های قرارداد با هم برابر باشد و نتیجه آن تعدیل رابطه طرف‌های قرارداد به نفع طرف ضعیف است و دامنه اجرای این مبنای، هم در انعقاد و هم مفاد و هم در اجرای قرارداد است (لوک اوبر و کولار دوتیول، ۱۳۹۰: ۳۸).

طرفداران نظریه عدالت معتقدند که درست است که آزادی اراده امری مطلوب بوده و سبب کامروایی انسان است، اما تجربه نشان داده است که در شرایط نامساوی و با وجود قدرت‌های اقتصادی و سیاسی و اجتماعی امروز، همین آزادی اراده، کام را از اقشار ضعیف می‌ستاند (کاظم‌پور، ۱۳۹۲: ۱۴۶). عادلانه بودن قرارداد در شرایط مساوی متصور است که این شرایط در همه موارد وجود ندارد (حیاتی، ۱۳۸۰: ۴۹).

در این رویکرد می‌توان با بعضی هم‌عقیده بود که نظریه حاکمیت اراده را نظریه مربوط به قواعد عمومی قرارداد و روشی برای ایجاد آثار حقوقی می‌دانند و اراده دولتی را منبع ایجاد آثار قرارداد دانسته تا مبنا (شهابی، ۱۳۹۴: ۶۱۰-۶۱۱). در واقع هدف حقوق عدالت است؛ لذا در این نظریه اراده در خدمت هدف حقوق است و نه این‌که حقوق کارگزار اراده (کاتوزیان، ۱۳۸۰ الف/۱: ۱۴۶).

بر مبنای اراده مبتنی بر عدالت و انصاف، اصل رضایی بودن عقود انعقاد عقد به امری غیر از ایجاب و قبول وابسته است و از این جهت منشأ و توجیه شرایط صحت قرارداد، اجرای عادلانه عقود است و برای التزام اراده، ضرورت اعلام آن و آگاهی آنچه طرف می‌خواهد و یا بر او تحمیل گردد، از مؤلفه‌های عدالت است. در این رویکرد ملاک ظاهری یا باطنی بودن اراده فقط بر اساس مؤلفه‌های عدالت توجیه می‌شود و هیچ‌یک بر دیگری تفوق ندارد. بر اساس عقلانیت مبتنی بر عدالت، عدالت و انصاف روا ندارد تا آثار قراردادی که منعقد کننده آن دارای قوه تمیز، عقل و یا بلوغ نیست، بر او تحمیل گردد؛ لذا ضرورت اهلیت در صحت عقد از این جهت توجیه می‌شود. مبنای عدم اثربخشی قرارداد در موارد عیوب اراده، در این رویکرد، ناعادلانه بودن التزام شخص دارای اشتباه یا مکره است و حتی سوء استفاده از اضطرار نیز از آثار عقد اکراهی برخوردار است. در این ارتباط حسن نیت از اصول مهم حقوق قراردادی محسوب می‌گردد (Brownsword, 2017, 45)؛ حتی مبنای بسیاری از اختیارات نیز در این رویکرد در قالب انصاف توجیه می‌شود و نه شرط ضمنی طرفین و یا اصل حاکمیت اراده (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۶۲-۶۶). معلوم و معین بودن مورد معامله در برقراری عدالت معاوضی و حتی عدالت توزیعی ماهوی و همچنین منصفانه بودن شروط قراردادی، از لوازم ضروری در اعتبار قرارداد است. دادرسی نیز در رفع ابهام از الفاظ قرارداد آنچه متناسب با اصول عدالت است را بهترین معنا در نظر می‌گیرد و نیز می‌تواند با تئوری اداره قرارداد، شروط گراف، ناعادلانه و غیر متناسب با اهداف قرارداد، در مقام تعدیل قرارداد بر آید و خلأهای قرارداد را عادلانه پر کند.

۵. رویکرد حقوق ایران

برای تشخیص مبنای التزام قرارداد در نظام حقوقی ایران باید دید این نظام چه مبنایی در الزام‌آوری قواعد حقوقی دارد. در مقدمه قانون اساسی ایران عدل اسلامی فلسفه وجودی دستگاه قضاست و اصول دوم و چهارم همان قانون جمهوری اسلامی ایران را بر پایه ایمان به عدل خدا در خلقت و تشریع و حرکت در جهت موازین اسلامی دانسته و حتی تأمین آزادی‌های اجتماعی و سیاسی مندرج در اصل سوم در گرو اهداف یاد شده است. در این فرض تردیدی نیست نظام حقوقی ایران در حوزه اصل حاکمیت اراده دست به انتخاب قواعد زده تا وضع قواعد و در مورد مبنای التزام قرارداد، اراده شارع مبتنی بر عدالت واقعی را معیار قرار دهد (جاویدی، ۱۳۹۵: ۲۵)؛ لذا در حقوق ایران باید گفت نظام حقوقی ایران به دنبال عدالت شرعی است. عدالت شرعی، عدالتی است که مفهوم، ماهیت و محتوای آن را اراده الهی تشکیل می‌دهد. حتی عقلانیت به عنوان یکی از منابع تشریع الهی یک منبع مستقل در دستیابی به قوانین الهی نیست، بلکه روشی برای استخراج و استنباط احکام الهی است. عقلانیت فطری الهی نیز متکی به اراده تکوینی الهی است (آدمیت، ۱۳۵۱: ۱۷۱). مواد ۱۰، ۳۲۱، ۳۰ و ۹۷۵ قانون مدنی^۱ از نشانه‌های این گذار بوده است. البته عده‌ای تصویب قانون مدنی را تغییر در مبنای الزام‌آوری قواعد حقوقی و کنار گذاشتن اراده الهی نمی‌دانند و معتقدند با وجود اصل چهارم قانون اساسی بعد از انقلاب، قانون منبع درجه دومی است که منبع درجه اول آن یعنی کتاب و سنت، آن را پشتیبانی می‌نماید (شهابی، ۱۳۹۱: ۱۴۲-۱۴۳ و ۱۴۸). دولت در دو حوزه پا را از

۱. ماده ۱۰: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».

ماده ۳۲۱: «هر گاه مالک ذمه یکی از غاصبین را نسبت به مثل یا قیمت مال مغضوب ابراء کند حق رجوع بغاصبین دیگر نخواهد داشت. ولی اگر حق خود را بیکی از آنان بنحوی از انحاء انتقال دهد آنکس قائم مقام مالک می شود و دارای همان حقی خواهد بود که مالک دارا بوده است».

ماده ۳۰: «هر مالکی نسبت بمایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد».

ماده ۹۷۵: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا بعلمت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود بموقع اجرا گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

انتخاب قواعد فراتر گذاشته و مبادرت به وضع قواعد می‌کند: یکی در حوزه منطقه الفراغ و دیگری در چارچوب اصل شرعی ولایت فقیه و اصولی چون لاضرر، نفی عسر و حرج و یا مصلحت (شهابی، ۱۳۹۳: ۱۷۰-۱۷۱). در مورد فقهی یا اومانستی بودن حاکمیت اراده، دو گونه مبنا می‌توان ملاحظه نمود، به‌طوری که دسته اول راجع به موادی است که نظام رومی- ژرمنی نظیر مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی وارد قانون شده و بعضی مواد که مختص نظام فقهی نظیر مبحث شروط ضمن عقد یا صلح و عقود معین است (بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۴۲ و ۱۴۶). بعضی معتقدند که ماده ۱۰ قانون مدنی از حقوق فرانسه اقتباس شده و مبین اصل حاکمیت اراده است و مهم‌ترین نتیجه آن آزادی افراد در تعیین نوع و قالب عقود است (صفایی، ۱۳۸۹: ۴۷). بعضی نیز به‌رغم اعتقاد به توقیفی نبودن عقود نه تنها بر این باورند که ماده ۱۰ قانون مدنی از قانون فرانسه اقتباس گردیده، بلکه با اتکا به آن بسیاری از عقود و شروطی نظیر بیع کالی به کالی و یا قرارداد عدم مسؤولیت را که مشهور فقها آن‌ها را بنا به دلایل متعدد از جمله توقیفی بودن یا اجتهاد باطل دانسته یا در آن تردید کرده‌اند را به استناد این ماده قانونی، صحیح و معتبر می‌دانند (امامی، ۱/۱۳۹۰: ۳۲۳ و ۵۳۰-۵۳۱ و ۷۳۸)؛ بعضی نیز با اذعان به این که ماده ۱۰ ابداع نویسندگان قانون مدنی یا ثمره تقلید از حقوق اروپایی نبوده، تأثیرگذاری ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه را منکر نشده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۰ [الف/۱]: ۱۴۴-۱۴۵). برخی دیگر معتقدند مفاد ماده ۱۰ تماماً ریشه در مبانی فقهی ما دارد و اساساً ضرورتی به درج این ماده قانونی در قانون مدنی نبوده است و با وجود مواد ۷۵۲ و ۷۵۴ راجع به عقد صلح نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۴۰).

این تشتت عقاید در فقه امامیه و حقوق ایران در بسیاری از قواعد و اصول حقوق قراردادها را می‌توان ملاحظه نمود، اما باید گفت درست است که تا قبل از وضع ماده ۱۰، در منابع فقهی یا حقوقی اصلی با عنوان اصل آزادی قراردادی دیده نمی‌شود، اما تردیدی نیست اصل حاکمیت اراده به متابعت از فقه و از قاعده العقود تابعه للقصود، وارد حقوق موضوعه ایران شده است. بعضی از فقها این قاعده را مبنای اعتبار ندانسته بلکه مبنای اعتبار عقد را همان اراده شارع می‌دانند (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳۶-۱۳۷؛ غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۱۴۱). این تشتت آرا

در مورد مبنای التزام عقد نیز وجود دارد: بعضی معتقدند مبنای التزام عقد در حقوق ایران اصل حاکمیت اراده است (صفایی، ۱۳۸۹: ۴۷). بعضی اصل حاکمیت اراده را حاصل توجه فطری انسان به اهمیت اراده در حقوق می‌دانند و معتقد به مقدم بودن مصلحت اجتماعی بر مصلحت فردی هستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۸-۳۱). بعضی مبنا را در دو چیز، اراده و قانون دانسته و قانون به عنوان اراده دولتی که سبب نفوذ اصل حاکمیت است را مبنا قرار داده‌اند (شهیدی، ۱/۱۳۸۰: ۵۵ و ۵۸). عده‌ای نیز اراده اشخاص را تابعی از اراده الهی دانسته و استدلال می‌کنند که برای ایجاد ماهیت‌های حقوقی، اصل حاکمیت اراده تا جایی که مخالف اراده الهی (کتاب و سنت) نباشد، دارای اعتبار است (محقق داماد و قنوتی و وحدتی شبیری و عبدی پور، ۱/۱۳۸۸: ۲۱۱-۲۱۲ و ۲۱۷-۲۲۰)؛ به‌عکس برخی دیگر مبنا را تلفیقی از اراده اشخاص و اراده الهی دانسته که تفوق با اراده اشخاص در نظام مدرن قانون مدنی است (بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۴۳). بعضی دیگر اراده اجتماعی را قاعده ساز و مبنای حقوق قراردادهای ایران می‌دانند، به‌طوری‌که عرف را مبنای وضع قانون در بسیاری از قواعد حقوق قراردادهای برشمرده و از این حیث عرف را مهم‌ترین منبع حقوق قراردادهای و منشأ التزام بسیاری از قواعد و مصادیق می‌دانند (میرزائاد جویباری، ۱۳۸۸: ۳۴۴-۳۴۵ و ۳۴۷-۳۵۴). برخی نیز اصل حاکمیت اراده و نتیجه مهم آن یعنی آزادی قراردادی را صرفاً یک وسیله مفید اجتماعی در دست قانون‌گذاری می‌دانند که خود نیز در سایه تحولات اجتماعی باید حرکت کند و از این جهت نه اصل یاد شده را و نه اراده محض دولتی با ابزار قانون را و نه اراده اجتماعی را مبنای التزام قواعد می‌داند بلکه مبنا را تلفیقی از اراده قانون‌گذار و اراده اجتماعی دانسته که با اصولی چون اصل حاکمیت اراده تعادل میان منافع فردی و جمعی برقرار می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۹[الف]: ۶۵۵-۶۵۶). بعضی نیز عدالت و انصاف را مبنا الزام‌آوری می‌دانند (شهابی، ۱۳۹۴: ۶۲۰).

این تشتت عقاید را این‌گونه می‌توان توجیه نمود که در نظام حقوقی ایران، تلفیقی از نظام دینی و مدرن به نمایش گذاشته شده است؛ از یک سو اعتبار اراده طرفین در مواد مختلف قانونی مورد لحاظ قرار گرفته شده است و از سوی دیگر در قانون اساسی به ویژه در اصل چهارم آن، اراده الهی مبنا قرار گرفته شده

است و از جهات دیگر اهمیت عرف مبتنی بر اراده اجتماعی و در نهایت مبنا بودن عدالت واقعی و انصاف به عنوان مبنا در خور توجه‌اند. به نظر می‌رسد نظام حقوقی ایران، یک نظام تکثرگرا یا پلورالیسم است. در چنین وضعیتی، هم‌سو با برخی باید گفت نظام حقوقی ایران، نوعی وحدت‌گرایی با مبنا قرار دادن اراده الهی به عنوان اصل و در بردارنده تکثرگرایی (سایر مبانی به عنوان تابع) است (شهابی، ۱۳۹۳[الف]: ۱۶۹).

ممکن است این سؤال مطرح شود که اصل حاکمیت اراده که حاصل انسان‌گرایی عصر جدید است چطور با نسخه فقهی که اراده انسان را تنها ذیل امضای شارع کارساز می‌داند، سازگاری می‌یابد. در فقه اراده در پرتو اصول ثابتی که از منابع اصلی یعنی قرآن و سنت و منابع متکی یعنی عقل و اجماع است تفسیر می‌گردد و از مفهوم فلسفی حاکمیت اراده فاصله دارد. در پاسخ باید گفت قرارداد یک نهاد است نه محصول صرف اراده‌ها. نهاد به این معنی است که قرارداد پس از تشکیل در جامعه، قوه تشخیص داشته و در ساختار نظام‌مند حقوقی دارای حدود، آثار و الزاماتی خارج از اراده طرف‌ها داراست. از این نظر اگرچه قرارداد پدیده‌ای است محصول اراده مشترک، اما این نهاد در جامعه اهداف و کارکردهای متفاوتی دارد. این اهداف و کارکردها باید با اولویت‌ها و کارکردهای جامعه نیز منطبق باشد.

در تحلیل نهاد قرارداد، خواسته‌های صریح و ضمنی طرف‌ها برگزیده شده است، اما آثاری را در نظر گرفت که مناسبت مصلحت‌هایی منطبق با مصالح نظام حقوقی را نیز داراست. در نتیجه توافق اراده‌ها فقط بر سر خواسته‌های صریح و ضمنی نیست بلکه بر سر نهادی است که الزامات دیگری را نیز با خود همراه دارد. این الزامات گاه از قانون، گاه از وقایع اجتماعی و گاه از ارزش‌های متعالی بر قرارداد تحمیل می‌گردد. الزامات این نهاد تابع مبنای التزام قواعد نظام حقوقی است. از طرفی اراده به تنهایی تاب مقابله با بسیاری از اوضاع و احوال و مصلحت‌های فراتر از عالم حقوق خصوصی و خارج از اقتدار خود را ندارد. به عبارتی بخش زیادی از آثار، شرایط و احکام قرارداد از پیش تعیین شده است و اشخاص فقط با اراده خود به آن می‌پیوندند و البته امکان تغییر شرایط نیز توسط ایشان بسیار محدود و مضیق است.

در نتیجه در حقوق ایران اصل حاکمیت اراده شیوه‌ای در تشکیل ماهیت‌های حقوقی در چارچوب قانون به عنوان اراده دولتی و در طول اراده الهی و اراده اجتماعی بوده که همگی در صورت عادلانه بودن وضعیت ایجاد شده قابل نفوذ و اجرا هستند و در تعارض اصول لزوم با اصل عسر و حرج، اصل اخیرالذکر تفوق دارد و در تفسیر قرارداد، اداره قرارداد بر ستایش آن مرجع بوده و بهترین نظریه برای تعادل تمام نظریه‌ها مبنا قرار دادن عدالت است.

رویکرد عملی تأثیر منشأ عدالت طبیعی را در رویه قضایی در زمینه شروط ناعادلانه^۱، وجه التزام گزاف^۲، کرامت انسانی^۳، قراردادهای الحاقی^۴، آراء

۱. در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۰۷۲۸ شعبه ۳ حقوقی شهریار استناد به اصل حاکمیت اراده در وجدان عمومی ناعادلانه بوده و با توجه به بلا عوض بودن تملک، برهم زنده نظم عادلانه در جامعه است و فاصله گرفتن از آرمان بشریت در قسط و عدل در جامعه را به دنبال دارد.

۲. در دادنامه ۹۷۰۹۹۷۸۷۳۶۷۰۰۴۷۵ پرونده ۹۷۰۹۹۸۸۷۳۶۷۰۰۰۴۵ شعبه ۲ حقوقی کامیاران کردستان، وجه التزام گزاف را مغایر با اصول حقوقی نظیر لاضرر، عدالت معاوضی، اصل عقلانی بودن تراضی تشخیص داده است... در این رأی می‌توان ملاحظه نمود که چطور قاضی با ظرافت مثال زدنی ضمن اشاره به قواعد فقهی و حقوقی به فلسفه حقوق اشاره داشته و یک استدلال اصولی مد نظر داشته است و در نحوه تفسیر قوانین به منشأ التزام قرارداد عدالت طبیعی شده است.

۳. به موجب دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۷۱۹۲۹۰۰۸۵۸ شعبه اول حقوقی ارسنجان (استان فارس) حکم به الزام ایفاء تعهد صادر می‌گردد. در این پرونده مردی در ازدواج دوم، بر همسر دوم چنین شرط می‌کند: «ضمن عقد خارج لازم، زوجه این شرط را پذیرفت که نسبت به انجام کارهای منزل و نگهداری و جمع‌آوری همسر اول زوج تا آخر عمر اقدام نماید». بعد از مرگ شوهر، همسر اول (ذی‌نفع شرط)، دعوی الزام به انجام تعهد علیه همسر دوم (مشروط‌علیه) اقامه می‌کند. دادگاه نخستین (شعبه اول حقوقی ارسنجان)، حکم به الزام صادر می‌کند، ولی دادگاه تجدیدنظر رأی را نقض می‌کند. شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر فارس در دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۷۱۲۲۴۰۱۵۵۹ بیان می‌کند، اگرچه شرط فعل ضمن عقد مورد دعوا در پرتو اصل آزادی اراده، مد نظر واقع شده، اما صحت و نفوذ شرط مذکور با تردید جدی روبه‌روست. مبنای عادلانه بودن و عقلایی بودن شرط با توجه به حیثیت انسانی و با توسل به مبانی فقهی، شرط صحت آن است و حکم به بطلان دعوی نخستین صادر می‌گردد.

۴. در دادنامه شماره ۸۹/۹/۲۲-۸۹۰۹۹۷۵۱۱۲۴۰۱۲۶۱ شعبه ۲۹ دادگاه حقوقی مشهد در مورد قراردادهای الحاقی بانکی و مبنای شروع خسارت تأخیر در خصوص حدود تعهدات ضامن با این استدلال که به ضامن اخطار لازم برای پرداخت ارسال نشده است و در مورد ضامن علم به عدم پرداخت مدیون مفروض نیست. محکومیت ضامن به پرداخت خسارات را مبتنی بر حسن نیت و عدالت ندانسته و خسارات تأخیر از تاریخ تقدیم دادخواست مورد حکم قرار گرفته شده است.

متعددی^۱ با تکیه بر وجوه عدالت می‌توان ملاحظه نمود^۲.



۱. همچنین بنگرید به: آراء موجود در سایت <http://www.ijri.ir> از جمله دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۳۸۵ شعبه ۳ دیوان عالی که تعیین وجه التزام بیش از ثمن معامله از مصادیق شرط غرری و دارا شدن غیر عادلانه بوده و شرطی نامشروع تلقی شده است. در دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۰۷۲۸ شعبه ۳ حقوقی شهریار در خصوص شرط ناعادلانه و سوء استفاده از موقعیت قوی، به حیثیات انسانی و عدالت توسل شده است. در دادنامه‌های ۹۶۰۹۹۷۷۱۲۲۴۰۱۴۵۱ شعبه ۲۴ تجدیدنظر فارس و ۹۵۰۹۹۷۷۱۲۰۱۰۰۸۵۶ شعبه ۱۱ تجدیدنظر فارس و ۹۲۰۹۹۷۱۵۱۶۹۰۰۵۹۴ شعبه ۱۶ تجدیدنظر مازندران و ۹۷۰۹۹۷۸۷۳۶۷۰۰۳۸۷ شعبه ۲ حقوقی کامیاران، وجه التزام گزاف مخالف اصل معقولیت و حیثیات انسانی شناخته شده است. در دادنامه‌های ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۱۴۶۷ شعبه ۳۶ حقوقی تهران و ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۰۴۹۶ شعبه ۲۱۵ حقوقی تهران در تفسیر قراردادهای الحاقی اطلاق اصل حاکمیت اراده کنار گذاشته شده و اصول حقوقی نظیر اصل تفسیر به زیان تنظیم‌کننده ملاک عمل قرار گرفته و حیثیات انسانی مستند قرار گرفته شده است. همچنین ببینید رویه قضایی را در مورد تأثیر انحلال عقد بر وجه التزام و جنبه‌های مورد نظر در مورد عدالت و رویکردهای مختلف آن، بنگرید به: جواهرکلام و علیجانی و شریفی، ۱۴۰۳: ۲۳-۲۵.
۲. از منظری دیگر این تئوری‌های مهم در حقوق قراردادی تحت عنوان اصول بنیادین حقوق بشری در حقوق قراردادی مورد مطالعه قرار گرفته شده است. در این خصوص بنگرید به: بابایی و ترابی، ۱۴۰۰: ۹۴-۱۰۰؛ ترابی و بابایی و طوسی، ۱۴۰۱: ۲۴-۲۵.

برآمد

۱- قرارداد عنصری قابل ستایش است که تمام نیروی خود را از اراده می‌گیرد و هیچ چیز جز اراده نمی‌تواند آن را محدود سازد و خدشه به اراده موجب عدم تحقق عقد است. بر مبنای اراده دولتی، قرارداد در صورتی صحیح قلمداد می‌شود که مطابق قانون باشد و شرایط قانونی مندرج در قانون بنا به مصلحت قانونی است. قانون به این دلیل که ابزاری منسجم و دارای ضمانت در دست دولت برای بیان قاعده حقوقی است و امنیت حقوقی با این ابزار تضمین می‌شود، منشأ التزام تلقی شده است؛ در حالی که ضمانت اجرا ویژگی و صفت قانون است، اما توجیه الزام‌آوری قاعده حقوقی منشأ دیگری را می‌طلبد. چنانچه اراده‌گرایی اجتماعی منشأ التزام قرارداد باشد، دیگر قرارداد امری فردی نیست و به عنوان وسیله‌ای مفید اجتماعی، در خدمت ملاحظات اجتماعی است. این رویکرد پراگماتیسمی است که در آن وظیفه ارائه اطلاعات یا تئوری تدلیس و یا کلاهبرداری و یا سوء استفاده از ضعف نفس بر اراده طرف‌ها حاکمیت دارد.

۲- بر اساس رویکرد عدالت طبیعی، کارکرد قرارداد یک هنجار اجبارکننده نیست بلکه به قرارداد اجازه می‌دهد تا متعاقدين حقوق خود را عادلانه و بر مبنای عقلانیت توزیع کنند. در این رویکرد منشأ اعتباری قرارداد، قانون طبیعی یا عدالت و انصاف طبیعی است. اصول حسن نیت و عسر و حرج بر اصل حاکمیت اراده یا اراده قانون‌گذار برتری دارند. به نظر می‌رسد نظریه‌ای که از طرفی سبب تعادل در نظریه حاکمیت اراده طرف‌ها و نظریه اراده دولتی است و از طرف دیگر نفع شخصی را فدای نفع جمعی نمی‌کند، نظریه مبنا بودن عدالت است. البته این به معنای انکار اصل حاکمیت اراده و تأثیر سایر مبانی نیست. از این جهت اصل حاکمیت اراده روشی برای ایجاد ماهیت حقوقی بوده و قانون منبعی برای بیان اراده دولتی و نفوذ اراده است. در نتیجه ایرادهایی که در مورد دیگر مبانی وجود دارد در این مورد دیده نمی‌شود.

۳- آشتی میان نظریه‌ها برای حفظ ارزش نخستین حقوق، مبنا قرار دادن عدالت است. شاید بتوان گفت نظام حقوقی ایران، با توجه به هر یک از مبانی یاد شده و با استدلال‌های برشمرده، کثرت‌گرای مستقل (مبانی در عرض هم هستند) است،

اما این نظر سبب تشبث قضاوت‌های مختلف در برخورد با قواعد حقوق قراردادها می‌شود و بهترین مبنایی که می‌توان برای نظام حقوقی ایران در نظر گرفت، عدالت و انصاف است. از این حیث اساساً عدالت، مفهومی نسبی دارد و می‌تواند به عنوان مبنا میان تمام نظریه‌ها تعادل برقرار سازد. در نتیجه این نظریه ضمن اهمیت به اصل حاکمیت اراده به عنوان مبنایی در احترام به شخصیت انسانی، در صدد برقراری عدالت معاوضی، عدالت توزیعی، رعایت اخلاق حسنه و رعایت نظم عمومی در تأمین اراده دولتی با ابزار قانون در وجه عادلانه آن بوده و همچنین عدالت عرفی برای تأمین اراده اجتماعی با لحاظ عدالت شرعی و واقعی در اراده الهی را تأمین می‌نماید.



فهرست منابع

الف. فارسی

- * ابدالی، مهرزاد (۱۳۸۸)، *درآمدی بر فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی*، چاپ نخست، تهران: مجد.
- * ابدالی، مهرزاد (۱۳۸۹)، «تحلیل مفاهیم اعتبار حقوقی و هنجار حقوقی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۲.
- * ابن‌خلدون، عبدالرحمان (۱۳۳۶)، *مقدمه ابن‌خلدون*، برگردان: محمد پروین گنابادی، جلد نخست، تهران: بنگاه ترجمه.
- * ابویی، مژده و شهابی، مهدی (۱۳۹۵)، «تأثیر مبنای قرارداد بر شرایط اساسی صحت قرارداد»، پژوهش‌نامه اسلامی، شماره ۱ (پیاپی ۴۳).
- * امامی، سید حسن (۱۳۹۰)، *حقوق مدنی*، جلد نخست، چاپ سی و دوم، تهران: اسلامیة.
- * آدمیت، فریدون (۱۳۵۱)، *اندیشه ترقی و حکومت قانون*، عصر سپهسالار، چاپ نخست، تهران: خوارزمی.
- * آر. وست، هنری (۱۳۸۹)، *فایده‌گرایی جان استوارت میل*، برگردان: امیرحسین تقی‌پور، چاپ نخست، زنجان: آذر کلک.
- * بابایی، ایرج و ترابی، مرتضی (۱۴۰۰)، «جایگاه اصل حقوق بشری حیثیت و منزلت انسانی در حقوق قراردادها»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- * باقرزاده، محمدرضا (۱۳۸۱)، «درآمدی بر نظریه نسبیت در حقوق»، معرفت، شماره ۵۸.
- * باقری، محمود (۱۳۸۵)، «اقتصاد مبتنی بر بازار و کاستی‌های حقوق خصوصی»، پژوهش‌های حقوق عمومی (حقوق و سیاست)، شماره ۱۹.
- * بیگدلی، عطاءالله (۱۳۹۴)، «حاکمیت اراده در فقه امامیه نظام رومی - ژرمنی و حقوق ایران»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال شانزدهم، شماره ۱ (پیاپی ۴۱).
- * تبیت، مارک (۱۳۸۶)، *فلسفه حقوق*، برگردان: حسن رضائی خاوری، چاپ دوم،

مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

* ترابی، مرتضی و بابایی، ایرج و طوسی، عباس (۱۴۰۱)، «جایگاه اصل کرامت اجتماعی در حقوق قراردادی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۸.

* جاوید، محمدجواد (۱۳۹۰)، «عدالت طبیعی بنیان صلح طبیعی از قوانین طبیعی تا حقوق طبیعی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۴.

* جاویدی، مجتبی (۱۳۹۵)، «عدالت عرفی یا عدالت واقعی: بازتعریف عدالت حقوقی در نظام جمهوری اسلامی ایران»، اندیشه دینی دانشگاه شیراز، دوره ۱۶، شماره ۲ (پیاپی ۵۹).

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، حقوق مدنی: رهن و صلح، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی (عناصر عمومی عقود)، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.

* جواهرکلام، محمدهادی و علیجانی، محسن و شریفی، فخرالدین (۱۴۰۳)، «اثر انحلال قرارداد بر شرط وجه التزام؛ مطالعه تطبیقی رویه قضایی ایران، انگلیس و فرانسه»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۶.

* حیاتی، علی عباس (۱۳۸۰)، «مبنای تعهد در حقوق ایران و فرانسه»، فصل نامه پژوهشی دانشگاه امام صادق مجله دین و ارتباطات، شماره ۱۳ و ۱۴.

* داوید، رنه و اسپنوزی، کامی ژوفره (۱۳۸۴)، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، برگردان: حسین صفایی، چاپ ششم، تهران: میزان.

* دلویو، جرج (۱۳۸۶)، فلسفه حقوق، برگردان: جواد واحدی، چاپ دوم، تهران: میزان.

* راسخ، محمد (۱۳۸۵)، «ویژگی های ذاتی و عرضی قانون»، مجلس و راهبرد، سال

سیزدهم، شماره ۵۱.

* رفیعی مقدم، علی (۱۳۹۰)، اصل رضایی بودن اعمال حقوقی، چاپ نخست، تهران: دانشگاه امام صادق.

* سنه‌وری، عبدالرزاق احمد (۱۳۸۲)، حقوق تعهدات، برگردان: محمدحسین دانش‌کیا و سید مهدی دادم‌رزی، جلد نخست، چاپ نخست، قم: دانشگاه قم.

* شریعت‌باقری، محمدجواد (۱۳۹۱)، «حاکمیت اراده در قراردادهای بین‌الملل خصوصی»، دیدگاه‌های حقوق خصوصی، شماره ۵۸.

* شهابی، مهدی (۱۳۹۰)، «فرایند اجتماعی شدن حقوق و تأثیر آن بر نظام حقوقی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۱.

* شهابی، مهدی (۱۳۹۱)، «تعامل عقلانیت ماهوی و شکلی در نظام حقوق مدنی ایران و فرانسه، تأملی در مبانی نظری شکل‌گیری قانون مدنی»، مطالعات حقوقی، دوره ۳، شماره ۱.

* شهابی، مهدی (۱۳۹۳ [الف])، «جایگاه قانون در تحقق عدالت حقوقی و تأثیر آن بر تفسیر قضایی تأملی بر نسبت قانون و قاعده حقوقی در نظام فقهی - حقوقی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره ۱ (پیاپی ۳۹).

* شهابی، مهدی (۱۳۹۳ [ب])، «قرارداد به مثابه قانون‌هازی یا کانتی؛ تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در حقوق مدنی ایران و فرانسه»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ۶، شماره ۴.

* شهابی، مهدی (۱۳۹۴)، «قرارداد به مثابه قانون طبیعی (عقلی)؛ تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۲.

* شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، تشکیل قراردادهای و تعهدات، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: مجد.

* شهیدی، مهدی (۱۳۸۱)، اصول قراردادهای و تعهدات، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: مجد.

- * شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، آثار قراردادها و تعهدات، جلد سوم، چاپ سوم: تهران: مجد.
- * صفایی، سیدحسین (۱۳۸۹)، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ دهم، تهران: میزان.
- * طبرلو، رضا (۱۳۸۷)، «برداشت تئوریک بر دخالت دولت در محدود کردن آزادی قراردادها (با رجوع به سیستم حقوقی انگلیس)»، فصل نامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۳.
- * طوسی، خواجه نصیرالدین (۱۳۶۰)، اخلاق ناصری، تصحیح: مجتبی مینوی و علیرضا حیدری، چاپ دوم، تهران: خوارزمی.
- * قاسمی، محسن (۱۳۸۸)، شکل‌گرایی در حقوق مدنی، چاپ نخست، تهران: میزان.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹[الف])، اهمیت شناخت مبنای التزام عقد و تحول آن در تاریخ حقوق، در کتاب گامی بسوی عدالت، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: دانشگاه تهران.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹[ب])، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰[الف])، قواعد عمومی قراردادها، جلد نخست و جلد سوم و جلد پنجم، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰[ب])، فلسفه حقوق: تعریف و ماهیت حقوق، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، فلسفه حقوق: منابع حقوق، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- * کانت، امانوئل (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق، برگردان: منوچهر صانعی دره‌بیدی، چاپ چهارم، تهران: نقش و نگار.
- * کاظم‌پور، سید جعفر (۱۳۹۲)، راهکارهای حمایت از طرف ضعیف قرارداد: (مفهوم، مبانی، رویکردها)، چاپ نخست، تهران: فکرسازان.
- * کلسن، هانس (۱۳۹۱)، نظریه حقوقی ناب: مداخلی به مسائل نظریه حقوقی،

برگردان: اسماعیل نعمت‌اللهی، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه با همکاری سمت.

* کلیشادی نجف‌آبادی، امین و شیرانی، مسعود و سلطانی، رضا (۱۴۰۴)، «بررسی مقایسه‌ای استانداردهای رفتار منصفانه و عادلانه و حمایت و امنیت کامل در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شماره ۱۲۹.

* لوک اوبر، ژان و کولاردوتیول، فرانسوا (۱۳۹۰)، **حقوق تعهدات: قراردادهای**، برگردان: مجید ادیب، چاپ نخست، تهران: میزان.

* لوی، فیلیپ ژان و کاستادلو، آندره (۱۳۸۶)، **تاریخ حقوق تعهدات**، برگردان: رسول رضایی، چاپ نخست، تهران: مهر و ماه نو.

* محقق داماد، سید مصطفی و قنواتی، جلیل و وحدتی شبیری، سید حسن و عبدی پور، فرهاد (۱۳۸۸)، **حقوق قراردادهای در فقه امامیه**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: سمت.

* نوین، پرویز (۱۳۹۰)، **حقوق مدنی تطبیقی: حقوق قراردادهای-تعهدات؛ رم** باستان، ایران، فرانسه، انگلستان، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.

* هارت، هربرت لیونل آدولفوس (۱۳۹۵)، **مفهوم قانون**، برگردان: محمد راسخ، چاپ پنجم، تهران: نی.

* هاشمی، سید محمد و غفاری، هدی (۱۳۹۰)، «نگاهی دوباره به برداشت شکلی و ماهوی از حاکمیت قانون»، تحقیقات حقوقی، دوره ۱۴، ویژه‌نامه شماره ۵.

ب. عربی

* بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی (۱۴۱۹ ق)، **القواعد الفقهیه**، تصحیح: مهدی مهریزی و محمدحسن درایتی، جلد سوم، چاپ نخست، قم: الهادی.

* غروی نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۱۳ ق)، **المکاسب و البیع**، جلد نخست، تقریر: میرزا محمد تقی آملی، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

* فارابی، ابونصر (۲۰۰۲)، **آراء اهل المدینه الفاضله**، چاپ نخست، بیروت: دارالمکتبه الهلال.

پ. انگلیسی

- * Brownsword, Roger. (2017), **General Editor Michael Furmston**, The law of Contract, 6th Ed, LexisNexis (UK RELX Limited).
- * Barnett, Randy E. (2009), **Perspective on Contract Law**, 4th ed. New York, Wolters Kluwer: Law & Business, (Published by Aspen Publishers).
- * Barnett Randy E. Marry Becker. (1987), **Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Foralilis and Misrepresentation**, 15, Hofstral, Rev.
- * Carolyn, Edwards. (2009, **“Freedom of Contract and Fundamental Fairness for Individual parties: The Tug of War Continues”**, vol 77, UMKC Law Review, 647-696.
- * Craswell, Richard. (1994), **Foundations of Contract Law: Interdisciplinary Readers in Law**, Edited by Craswell, Richard and Schwartz, Alan, 1 Ed. New York, Oxford University Press.
- * Gutmann, Thomas.(2013), **“Some Preliminary Remarks on Liberal Theory of Contract”**, Law and Contemporary Problems, Vol. 76:39, 2, 39-55.
- * Fried, Charles. (1981), **Contract as Promise, A Theory of Contractual Obligation**, Cambridge: Harvard University Press.
- * Fuller, Lon. L. William, R. (1936), **“Perdue Jr.The Reliance Interest in contract Damage”**, Yale Law Journal, Vol. 46, 52-96.
- * Gordley, James. (1991), **The Philosophical Origins of Modern Contract doctrine**, Oxford Clarendon.
- * Rawls, John. (1971), **A Theory of Justice**, The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge Massachusetts, Revised Edition.
- * Raz, Joseph. (2009), **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**, (First ed. 1979), Reprinted, Oxford University: Clarendon

Press.

* Ross, w. D. (2007), **The Right and The Good**, Edited by Philip Stratton- Lake, New York, Oxford University Press.

* Rold, Florian. (2013), **“Fundamental Rights, Private Law, and Societal Constitution: On the Logic of the So-Called Horizontal Effect”**, Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 20:2, 1015-1034.

* Sieburgh, Carla. (2007), **The Principle of Social Conformity: Society as a Third Party in The law of Contract**, edited by Boele-Woelki & Grosheide, The Future of European Contract Law, 1 ed. New York, Wolters Kluwer Law International.

* Shiffrin, Seana Valentine. (2009), **The Divergence of Contract and Promise**, Harvard Law Review, Vol. 120, (2007), in Perspectives on Contract Law, edited by Rany E. Barnett, 4th ed., New York, Wolters Kluwer Law & Business.

* Voicheci, Eugenia. (2013), **Freedom of Contract and It's Limitation In the Romanian Civil Code, Challenges of the Knowledge Society: Private Law**, Faculty Publications of “Nicolae Titulescu” University, 416-427.

* Weinrib, Ernest J. (1995), **The Idea of Private Law**, Oxford University press.