



# اداره قضائی قرارداد با مداخله در تعیین گستره تعهدات قراردادی بر مبنای عدالت و انصاف یا مصلحت فردی و جمعی

سهراب سمینکان \*

## چکیده

بخشی از مباحث حقوق قراردادهای به تعیین گستره تعهدات قراردادی اختصاص دارد. این گستره غالباً مبتنی بر اراده و بعضاً نیز مبتنی بر مداخله امری قانونگذار و کنترلی دادرسی است. مقاله حاضر با رویکرد مبنائی و عمدتاً مبتنی بر منطق و فلسفه حقوق - تحلیل اقتصادی حقوق - یا از راه مطالعه تئوری قراردادهای نشان می‌دهد که الزامات و تحولات حقوق خصوصی، بینش‌های دیگری را از فهم اصول و مفاهیم مأنوس می‌طلبد و امروزه باید در عرصه حقوق قراردادهای ضوابطی یافته شود که بطور عادلانه روابط خصوصی اشخاص را تنظیم می‌نمایند. چنین نگاهی به حقوق قراردادهای موجب پویائی حقوق - انسجام صحیح سیاست تقنینی و قضائی و نیل به هدف عالی حقوق یعنی استقرار عدالت می‌گردد. تعیین گستره تعهدات پدیده جدیدی نیست آنچه اهمیت یافته است امکان تعیین غیرارادی و به ویژه قضائی گستره تعهدات است که می‌تواند بر مبنای اراده منصفانه متعاقدين یا بطور مصلحت آمیز به اختلاف قراردادی پایان بخشد.

## کلید واژه‌ها

اراده، گستره تعهدات، قرارداد، مصلحت فردی و جمعی، عدل و انصاف، اداره قضائی قرارداد.

اداره قضائی قرارداد با مداخله در تعیین گستره تعهدات قراردادی بر مبنای عدالت و انصاف یا مصلحت فردی و جمعی

### مقدمه:

گستره تعهدات که ناظر به آنچه طرفین متعهد به انجام آن هستند به غیر از گستره مفهوم تعهد و گستره اثر قرارداد می‌باشد. مبنای تعیین کننده گستره تعهدات عبارت است از: اراده (صریح، ضمنی و مفروض) - مقررات آمره - نظم عمومی و مصلحت قضائی. بررسی مبنائی و رویکرد هنجارین به نحوه تعیین گستره تعهدات قراردادی، مستلزم مطالعه قواعد ماهوی حقوق قراردادها است. این مطالعه بیانگر آن است که اصولاً تعیین گستره تعهدات ارادی بوده و چنین تعهداتی قادر به تحقق عدالت قراردادی هستند اما اگر تعهدات قراردادی از دستیابی به عدالت قراردادی عاجز باشند یعنی ابزاری برای استثمار و اضرار یک طرف قرار گیرند، در آنصورت از رهگذر اداره قضائی قرارداد<sup>۱</sup> که بر مبنای عدالت و نصفت یا مصلحت انجام می‌پذیرد، دامنه تعهدات بطور غیرارادی تعیین و دسترسی به عدالت و مصلحت قراردادی میسر می‌گردد. بنابراین، اداره قضائی قرارداد با مداخله در تعیین گستره تعهدات بر مبنای مصلحت یا عدالت و انصاف، یعنی: «عدول قضات از قاعده سنتی<sup>۲</sup> و ماهوی حقوق قراردادها (اصل حاکمیت اراده) و توجه به مصلحت فردی و جمعی به شکل قبض یا بسط دامنه تعهدات که به هدف دستیابی به تعادل قراردادی صورت می‌گیرد».

### تعاریف و رویکردهای راجع به مصلحت - عدالت و انصاف

مصلحت<sup>۳</sup> از موضوعات اساسی علمی چون سیاست - حقوق - اخلاق - فقه - اصول و کلام است یا از عناصر اصلی و غالب گفتمان سیاسی حقوقی و مذهبی شمرده می‌شود. در لغت به معنای صواب شایستگی - صلاح - خیر - لذت<sup>(۱)</sup> و آنچه باعث خیر و صلاح و آسایش انسان باشد<sup>(۲)</sup> و مناسبت داشتن و فایده مندی برای منظور خاص<sup>(۳)</sup> است. مصلحت یک واژه عربی برون مفعله است و از ریشه صلح و اصلاح مشتق شده است که در نظر برخی به معنای منفعت و شایستگی و صلاح<sup>(۴)</sup> است و به نظر بعضی کاری است که انسان برای منفعت بردن انجام می‌دهد<sup>(۵)</sup> و بعضی آنرا ضد و نقیض فساد می‌دانند<sup>(۶)</sup>. در قرآن کریم واژه مصلحت مستقیماً مورد استفاده قرار نگرفته است ولی برخی از مشتقات آن در معنای خیر و صلاح بکار رفته است و در روایات هم به مفهوم خیر و صلاح بکار آمده است<sup>(۷)</sup> در فقه شیعه هر چند برخی از فقها متذکر مصلحت شده اند مثل شهید اول که آنرا به معنای منفعت مادی - معنوی - دینی و دنیوی می‌داند<sup>(۸)</sup> ولی اصولاً اهمیت کافی بدان مبذول نشده است بطوریکه اثر به خصوص فقهی در

<sup>۱</sup> - اداره قرارداد اعم از اداره تقنینی و اداره قضائی است؛ دکتر ناصر کاتوزیان اداره قرارداد را در برابر ستایش مقدس گونه قرارداد تعریف کرده‌اند و دکتر لنگرودی معتقدند که مقصود از اداره عقد آن است که عقد در شرایطی بسته شود که با موازین مورد قبول قانونگذار موافق نباشد.

<sup>۲</sup> - از مهمترین تئوریهای سنتی حقوق می‌توان به حقوق طبیعی و پوزیتیویسم حقوقی اشاره کرد.

<sup>۳</sup> Expediency

مورد آن دیده نمی شود، شاید علت این امر فقد قدرت سیاسی در دست فقهای شیعه بوده است<sup>(۹)</sup>. فقه عامه در خصوص تعاریف و کاربردهای مصلحت مستغنی بنظر می رسد<sup>(۱۰)</sup>. فقهای شیعه به جای آنکه از مصلحت بعنوان منبع شرعی و مشرع استفاده نمایند صرفاً حجیت آنرا از باب مصدریت احکام حکومتی یا مستند و دلیل حکم حکومتی بودن قبول کرده اند ولی فقهای سنی مصالح مرسله را با جمیع زیر مجموعه هایش، بعنوان منبع صدور حکم و طریق اجتهاد پذیرفته اند<sup>(۱۱)</sup>.

مصلحت یک عامل منطقی (باشاخص: استنباط حقوقی عقل سلیم- قانون مند- منطبق با قواعد عدالت و منطقی حقوقی) یا فرامنتقی (با شاخص: عرف عام که تحقق آن از هر راه مثل ضرورت- اکراه- اضطرار امکان پذیر می باشد که به قول ماکیاوول ها: مصلحت در تحقق اهداف نیکو است و ابزارها مهم نیستند یا مصلحت در تحقق مصلحت است از هر راه ممکن) است که در مسائل حقوقی به منظور تبدیل وضعیت موجود به وضعیت مطلوب فردی یا جمعی بکار می آید. چارچوب اعمال مصلحت، حوزه های اداره و تدبیر و مدیریت است که گاه این تدبیر و اداره کردن مربوط به مسائل شخصی است (مصلحت فردی) و گاه ناظر به مسایل جمعی و آحاد مردم است (مصلحت نوعی). البته از آنجا که ممکن است حقوقدان مستنبط، حتی بطور نا آگاهانه در گرداب مصلحت اندیشی پنهان خویش گرفتار شود باید تلاش علمی و تجربی کرد تا ضابطه نوعی بودن مصلحت به جای ضابطه شخصی بودن مصلحت جایگزین شده و راه سوء استفاده (عمدی) یا سوء برداشت (غیرعمدی) بسته شود.<sup>(۱۲)</sup> عالی ترین سطح و شاخص «مصلحت» ترازوی «عدالت» است که از نظر «قواعد عدالت» منطقه الفراغی وجود ندارد تا با خیالی آسوده بتوان تحقق عدالت را با هر نوع مصلحت اندیشی فراهم نمود.<sup>(۱۳)</sup>

عدالت یک واژه عربی و از ریشه عدل می باشد. عدل به مفهوم همتا- مساوات و درستی است و عادل به معنای درستکار- راستگو و میانه رو می باشد. عدالت در لغت به معنای دادگری و ضد ظلم هست و اعتدال، یعنی آنچه مایه اعتدال در نفس انسانی است<sup>(۱۴)</sup>. پیرامون تعریف عدالت، اتفاق نظر وجود ندارد و تعاریف گوناگونی از سوی دانشمندان فلسفه - حقوق - اخلاق - اقتصاد و سیاست ابراز شده است<sup>(۱۵)</sup>. در علم حقوق یا در نظامهای حقوقی به جای اتکا بر مفهوم عدالت، اغلب به نقش عدالت تکیه می شود؛ برای مثال عدالت نقش موثری در تفسیر و تعیین تعهدات مبهم و ساکت دارد.

درباره انصاف<sup>۲</sup> و علت وجودی و مشروعیت آن در حقوق خصوصی، دیدگاههای گوناگونی وجود دارد بعضی به کلی منکر وجود آن هستند و برخی فقط معتقد به انصاف قانونی (موارد مصرحه) هستند و بعضی هم بدون محدودیت آنرا پذیرفته اند. جایگاه انصاف در فلسفه حقوق است که روح ملایم آن این ابتکار را دارد که خشونت و نقایص قانون و قرارداد را تعدیل و تلطیف نماید. انصاف گریزپا و فاقد چارچوب مشخص هست و این طبیعت خاص، قاعده مند ساختن آن را دشوار می سازد. از آنجا که انصاف

1. Justice

2. equity

تا حدود زیادی مبتنی بر وجدان و باورهای شخصی است که این امر در افراد متفاوت بوده و متأثر از مؤلفه هایی مثل سرکشی - طغیان و استبداد است، پس بعید نیست که تعیین تعهدات در پرتو انصاف، خود منجر به نتایج نامطلوب و به دور از انصاف گردد.

در خصوص رابطه انصاف و عدالت و اینکه آیا مترداف هستند یا متفاوت؛ هم‌اندیشی وجود ندارد. بعضی عدالت را همان انصاف میدانند<sup>(۱۶)</sup> بعضی آنرا متفاوت می دانند به نحوی که عدالت مثل حقوق، مفهوم نوعی است ولی انصاف مفهوم شخصی است<sup>(۱۷)</sup>. یکی از حقوقدانان معتقد است که قواعد حقوق بشر مبتنی بر سه ارزش اصلی: آزادی، برابری و عدالت است. مقایسه آنها سخت است و ترجیح هر کدام بر دیگری مانند ترجیح مولانا، سعدی و حافظ است. هر کدام از جهتی برای زندگی بشر لازم است و اگر مجبور به تقسیم بندی باشیم والاترین ارزش ها عدالت است. درجه رقیق تر و لطیف تر عدالت، انصاف است. عدالت اقتضاء می کند که هر مدیونی، دینش را به طلبکار بپردازد ولی انصاف اقتضاء می کند که اگر خواهر در مانده ای به برادر توانگرش مدیون بوده به او مهلت داده شود و قاضی فوراً اظهار نظر نکند<sup>(۱۸)</sup>.

علیرغم تمایز ظریفی که از جهت تئوری بین عدالت و انصاف ملاحظه می شود، عملاً قانونگذاران و حقوقدانان آن دو را به یک معنا دانسته و تصویر یا مفهوم واحدی از آنها را در نظر می گیرند. بنابراین چه به لحاظ این انس و عادت ذهنی و چه به لحاظ اینکه ریشه هر دو در وجدان آدمی بوده و غالباً مقتضی آنان یکی است، با تسامح در کلام در مقاله حاضر نقش واحدی به آنها اعطا شده است.

### قوانین موضوعه و مبنای قانونی مصلحت اندیشی یا عدالت گرایی

همواره این خطر وجود دارد که مصلحت اندیشی و عدالت گرایی قضات، براساس سلیق شخصی و به نفع گروه خاص صورت گیرد و یا به دور از واقع گرایی و آرمان بینی انجام شود. یعنی بنظر می رسد که یک مینا و رژیم نظارتی مطمئنی لازم است تا تئوری اداره قضایی قرارداد را به عملکرد واقع بینانه منتهی سازد. قوانین موضوعه و در رأس آنها قانون اساسی می توانند مبنای کنترل و نظارت بر حدو مرز عدالت گرایی و مصلحت اندیشی های قضائی شناخته شوند یا اختیار مداخله قضائی در محیط توافقات خصوصی را در محدوده قانونی تعریف کنند. هرگاه قضات ملزم گردند که عدالت گرایی و مصلحت اندیشی خود را در حدود قوانین موضوعه بکار گیرند در آنصورت کنترل های تقنینی عامل باز دارنده ای برای انحراف و عدول خود سرانه آنان از تعهدات ارادی شده و بدین سان بقای هویت تعهدات قراردادی تضمین می شود.

قانونی اساسی ایران متضمن مقرره صریحی درباره مصلحت اندیشی قضات یا عادلانه ساختن روابط خصوصی افراد نیست؛ اما عدالت از جایگاه خاصی برخوردار گردیده و در تدوین آن به آزادی و کرامت انسان - رعایت عدل - نفی ستم گری و سلطه پذیری - تحقق قسط و عدل - ایجاد رفاه - رفع فقر و

محرومیت (اصل دوم و سوم) آزادی و حکومت حق و عدل (اصل یکصد و پنجاه و چهارم) حقوق ملت (فصل سوم) تأکید شده است و در موارد مختلف واژگان عادل - عادلانه - شرایط مساوی - حق و عدالت بکاررفته است (اصول پنجم - یکصد و پنجاه ششم - یکصد و پنجاه و هشتم و یکصد و شصت و دوم). این همه که نشأت گرفته از روح حمایت از ارزش های عدالت خواهانه این قانون زیر بنا است؛ بر ضرورت دادگستری و اجرای عدالت اجتماعی و جلوگیری از سلطه گری و عدالت پذیری در تمامی جوانب زندگی اجتماعی مثل روابط حقوقی دلالت دارند<sup>(۱۹)</sup>. براساس برخی پژوهشها والاترین خواسته مردم ایران تحقق عدالت اجتماعی است<sup>(۲۰)</sup>. پس وقتی خواسته قانون اساسی و شعار روزمره عامه مردم و مسئولین حکومتی رعایت عدالت است، چرا برای تحقق مصادیق اقتضایی عدالت در سطح قراردادهای خصوصی، نتوان تعهدات قراردادی را بطور قضایی عادلانه ساخت؟

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران منافی فهم اصول و قواعد حقوقی جدید نیست. توانمندی ذاتی و درونی آن، امکان تفسیر مترقیانه و استنباط حقایق نوین را براساس تکامل اندیشه و مقتضیات زمان فراهم می سازد. توجهاً به اصل چهارم که اعلام می دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی و جزائی ... و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد»، می توان گفت که قراردادها و تعهدات ناشی از آنها هم باید موافق موازین اسلامی بوده و یا عادلانه باشند. مخصوصاً هنگامی که پسوند قانون اساسی و حکومت، «اسلامی» است، ارزش عدالت یک ارزش غالب می گردد<sup>(۲۱)</sup> و تمامی ارکان حکومت من جمله قوه قضائیه با آن و بر مبنای آن هویت می گیرند. از یکسو وفای به عهد ریشه عمیقی در قرآن و سنت داشته و از مسلمات حقوق اسلام است و از سوی دیگر عدالت اجتماعی برای یک حکومت اسلامی مبنای ارزشی دارد؛ یعنی عدل و انصاف مقیاس دین تلقی شده و آنچه عادلانه نباشد دینی نخواهد بود چون عدالت برای حکومتی که با نام اسلام تشکیل شده است یک واجب عینی است<sup>(۲۲)</sup>. در نظام حقوقی اسلام، عدالت یکی از مهمترین قواعد فقهی تلقی می شود<sup>(۲۳)</sup>؛ البته عدالت و انصاف مستقیماً منبع حقوق یا تفسیر عقود و معاملات نیستند اما آیات (...أوفواالکیل والمیزان بالقسط ...) و روایات و قواعد فقهی متعددی مثل قاعده لاضرر حاکی از جایگاه ویژه عدالت در این نظام است<sup>(۲۴)</sup>. براین اساس طرفین باید در ایجاد و اجرای قرارداد عادلانه رفتار کرده و از تضییع حقوق یکدیگر خودداری کنند<sup>(۲۵)</sup>.

در قوانین عادی نه نامی از عدالت بعنوان یکی از منابع صدور حکم دیده می شود و نه مقرره ای راجع به عادلانه کردن تعهدات قراردادی وجود دارد؛ و آنگهی قواعد و مقررات پراکنده ای وجود دارد که می توان گفت بر مبنای عدل و انصاف تصویب شده اند، مثل: مواد ۱۵۳-۲۷۷-۲۸۰-۳۷۷-۳۸۷-۴۰۲-۴۱۶-۴۸۴ و ۴۸۵ قانون مدنی و مواد ۳۸۶ و ۵۷۱ قانون تجارت و ماده ۱۷۹ قانون دریائی ایران و ماده ۱۰ قانون بیمه و ماده ۵۷ آئین نامه اجرای اسناد رسمی و مواد ۳ و ۳ قانون تعزیرات حکومتی و مواد ۱ و ۳ قانون تشدید مجازات محترکان و گران فروشان.

۱- سوره کریمه انعام- آیه ۱۵۲.

براساس مقررات یاد شده می توان معتقد شد که هر چند عدل و انصاف قانوناً در تعیین حدود التزام طرفین اثر مستقیم ندارند اما قانونگذار برای آنکه اجرای قرارداد به نتایج ناعادلانه و غیر منصفانه نیانجامد، غیر مستقیم به یاری قرارداد شناخته و گام مؤثری در عادلانه کردن قراردادها برداشته است. برخلاف حقوق ایران، در نظام حقوقی برخی از کشورها مثل انگلیس و فرانسه و مصر، عدالت و انصاف صریحاً از منابع حقوق و صدور حکم و تفسیر قراردادها قلمداد شده است. در حقوق انگلستان، انصاف منبع مهم صدور حکم شناخته می شود که قضات با فقدان رویه قضایی و عرف براساس قواعد انصاف حکم صادر می کنند<sup>(۳۶)</sup>. قانون شروط قراردادی غیر عادلانه نیز مستند مهمی برای رعایت انصاف است.<sup>۱</sup> در حقوق فرانسه مواد ۵۶۵ و ۱۱۳۵ و ۱۸۵۴ قانون مدنی صراحتاً به انصاف اهمیت داده اند و مواد ۱۶۰۲ و ۱۱۶۲ نیز متخذ از روح انصاف است. بند ۲ ماده ۴۰۱ و ماده ۴۲۸ قانون مدنی جدید مصر عدالت را از عوامل مؤثر در تعیین تعهدات بر شمرده اند<sup>(۳۷)</sup> و در این باره از بین اسناد بین المللی می توان به ماده ۱۰ از فصل سوم اصول قرارداد های تجاری بین المللی اشاره نمود.

### شأن مصلحت و عدل و انصاف در عرصه تعهدات

مصلحت در طول زمان دستخوش تغییر و تحریف شده و اخیراً نوعی ابتذال معنایی از آن به ذهن متبادر می شود. در باب قراردادها یک ابهام اساسی در بکارگیری مصلحت اندیشی وجود دارد و آن حدود مصلحت اندیشی و میزان انعطاف پذیری قرارداد در برابر مصلحت است. در صورتی که تعهدات قراردادی از وجه «ارزشی و جوهری» برخوردار باشند، پایدار و تغییر ناپذیر خواهند بود ولی اگر وجه «ابزاری و فنی» داشته باشند، بر حسب نیازها و ضرورت های موجود، منعطف و قابل تغییر و تعویض خواهند بود. نگاه حاکمیت مطلق به اراده، تعرض به حریم تعهدات قراردادی را بدلیل وجه ارزشی و جوهری شان، تعرض به مبانی می بیند که پذیرفتنی نیست؛ نگاه ابزاری و فنی تعهدات نیز وقتی مطلقاً پیروی شود موجب می گردد که هویت تعهدات قراردادی به جای اراده متعاهدین، اراده دادرسان شود.

قراردادهای معاصر به جهت تولد در دنیای پیچیده و پرمسئله، محتاج مصلحت اندیشی و واقع گرایی هستند. در شرایط و مقتضیات جدید، برای تحکیم الزامات قراردادی، مصلحت اندیشی ضرورت دارد. بدیهی است که اگر رویکرد مصلحت اندیشانه بدون ضابطه و سیستم نظارتی حاکم گردد، قرارداد را از عقلانیت ذاتی اش خارج ساخته و به اصول زیر بنایی آن آسیب می رساند. مصلحت اندیشی قضایی افراطی و بدون حد و مرز، سبب کاهش ثبات قرارداد و تعرض به ارزشها و اهداف قراردادی شده یا موجب اداره قراردادهای خصوصی از طریق مسائل جاری و جریانات خارجی می شود.

بنابراین، اینکه اساساً عدل و انصاف چه مفهوم و جایگاهی دارند؟ مداخلات قضائی مبتنی بر عدل و انصاف و مصلحت اندیشانه باید تابع چه ضوابطی باشند و یا در یک تصمیم منصفانه و مصلحت اندیشانه

<sup>1</sup>-Unfair Contract Terms Act 1977.

چه مؤلفه هایی باید اهمیت یابند؟ سؤالاتی هستند که عنوان مقاله آنها را مطرح می سازد. یعنی، طرح چنین سؤالات و ابهاماتی منطقی بنظر می رسد؛ چرا که علیرغم منزلت خاصی که عدل و انصاف و مصلحت در ذهن حقوقدانان دارند و این واژه ها تقدس ویژه ای در منظومه مسائل فقهی دارند اما هنوز هم در نظام تقنینی ایران، جایگاه محکم و واضحی برای آنها پیش بینی نشده است. البته مقاله حاضر در نظر دارد که با تبیین و تحلیل دقیق و علمی نشان دهد که در نظام حقوقی ایران می توان مبانی و ردپاهایی از شأن مصلحت و عدل و انصاف یافت که براساس آن مبانی، عدل و انصاف و مصلحت برقاعده تقدم و تفوق یافته و در این راستا، دادرسان در مواردی می توانند گستره تعهدات را به جای اصل حاکمیت اراده، مبتنی بر عدل و انصاف و مصلحت نمایند. دانش حقوق عهده دار تنظیم روابط حقوقی است و معمولاً تدابیر حاصله از اصول و قواعد حقوقی مثل اصل حاکمیت اراده، در تنظیم روابط حقوقی اشخاص مؤثر هستند؛ معذالک گاه نیل به هدف غائی حقوق از رهگذر این اصول و قواعد حقوقی که از پیش تعیین و تثبیت گشته اند، دشوار یا ناممکن می گردد. عبارت دیگر، بعضاً ضرورت دارد که تصمیم عادلانه یا مصلحت اندیشانه را جایگزین قاعده حقوقی کنیم یا حداقل اعمال آنرا محدود سازیم. با این ملاحظه که توسل به مفاهیمی چون عدل و انصاف و مصلحت، هنگامی موجه هست که مشکلی پیش آمده و برای چاره اندیشی آن، سازوکاری فراتر از بکارگیری اصول و قواعد مرسوم لازم گردد. وجود تنگنا و مشکل و توسل به عدل و انصاف و مصلحت، همواره در کنار یکدیگر بوده که بررسی این ارتباط، ابتدا مستلزم تبیین مفهوم و شأن آنها و سپس تعیین توانایی مرجعی است که به راهکارهای فراتر از قواعد رایج متوسل می شود.

## تعیین گستره تعهدات قراردادی

### الف: نقشی اراده در تعیین گستره تعهدات

اصولاً در حوزه قراردادهای، قواعد ماهوی حقوق<sup>۱</sup>، بطور سنتی مبتنی بر اصل آزادی قراردادهای است<sup>(۲۸)</sup>. این اصل بنیادین، شالوده و جوهره حقوق قراردادهای را تشکیل داده و بر اساس آن، انتخاب طرف قرارداد- انعقاد قرارداد و دامنه تعهدات به دلخواه می باشد. تعهداتی که از طریق تراضی وارد مفاد قرارداد می شوند، از حیث شخصی و اجتماعی عادلانه بنظر می رسند و به همین خاطر تقدس اصل حاکمیت اراده، تقدس تعهدات قراردادی را به همراه آورده و متعاقبین را مأخوذ به تمامی تعهدات ارادی اعم از صریح و ضمنی می نماید<sup>۲</sup>.

برداشت فوق از اصل آزادی قراردادی یا دادن حیطة وسیع برای اعمال آن که به تدریج و تا اواسط قرن بیستم

<sup>۱</sup>- تحلیل قواعد و مباحث ماهوی حقوق، یعنی: تبیین و تفسیر قواعد و قوانین موجود یا مطالعه حقوق حاکم.

<sup>۲</sup>- مفاد عقد صرفاً تعهدات صریح را شامل نمی شود بلکه تعهدات صریح بخشی از مفاد عقد در کنار بخش دیگر هستند که عبارتند از تعهدات ضمنی. با اثبات تعهدات ضمنی، متعاقبین علاوه بر تعهدات صریح، مأخوذ به تعهدات ضمنی هم می شوند.

اداره قضائی قرارداد با مداخله در تعیین گستره تعهدات قراردادی بر مبنای عدالت و انصاف یا مصلحت فردی و جمعی

مقبولیت افراطی‌اش را فراهم کرد، تاب تحمل تحدید اراده اشخاص را از طریق مصوبات قانونی نداشته و مداخله قضائی در عرصه قراردادها را روا نمی‌شمرد. اما از نیمه دوم قرن بیستم به بعد، در اثر مصالح اجتماعی و ترویج افکار جامعه‌گرایانه، دامنه مداخلات امری مقنن و کنترل‌های قضائی دادرسی توسعه یافته و در مواقعی اصل حاکمیت اراده به افول گرائیده است<sup>(۳۹)</sup>. از آن زمان تا به حال، متناوباً در هر برهه‌ای شاهد نوسان تقدیس یا افول اصل حاکمیت اراده هستیم<sup>(۴۰)</sup>. هر چند احترام مطلق به اصل حاکمیت اراده با انتقادات جدی مواجه بوده است چرا که تبعیت محض از آن لزوماً به عدالت قراردادی نمی‌انجامد، ولی چنین هجمه‌هایی قادر به سلب اعتبارش نبوده‌اند. اصل آزادی اراده هنوز هم اهمیت شایانی در حقوق قراردادها دارد و صرفاً به لحاظ درک عواقب ناگوار و رعایت مصالح اجتماعی، با مقداری عقب نشینی به زندگی مسالمت آمیزش با نیازهای فردی و اجتماعی جدید، ادامه می‌دهد. از این رو، اگر ایفای تعهد برخلاف اراده و اختیار متوجه شخصی گردد، آن تعهد لازم‌الوفای شناخته نمی‌شود چون آدمی راغب هست که تحت اراده خویش زیسته و صرفاً عدالت مطلوبش سایه بر روابط اجتماعی‌اش بیافکند. در این راستا جامعه نسبت به توقعات معقول شهروندان بی‌اعتنا نمانده و با رسمیت شناختن اصل آزادی قراردادها، آزادی انسانها را تأمین نموده است<sup>۲</sup>. بنابراین در سایه آزادی اراده، امکان تعیین هر نوع تعهد قراردادی وجود دارد و به همین خاطر علاوه بر عقود نامعین در عقود معین نیز گاه دامنه تعهدات فرعی و توافقی بیش از تعهدات اصلی و ذاتی عقد است.

### ب: نقش عوامل غیر ارادی در تعیین گستره تعهدات

این بحث از دو زاویه متفاوت بررسی می‌شود:

اول: اگر برخی از تعهدات مورد فراموشی قرار گیرد: در این صورت باید گفت که نسیان یا کوتاهی متعاقدین در تعیین تعهدات اصلی یا فرعی، مانعی برای الحاق بعدی آنها به گستره تعهدات نیست. در اینگونه موارد باید صدای سکوت را شنیده و مجال سخن گفتن را به قرارداد ساکت بخشید. یعنی از طریق عواملی مثل شروط بنائی - قوانین تکمیلی - عرف و عادت - طبیعت قرارداد - رویه تجاری معمول یا پیشین - حسن نیت و عدل و انصاف، تعهدات متناسبی به اراده مفروض طرفین منتسب و قرارداد ناقص تکمیل می‌گردد<sup>۳</sup>. در این فرض موضوعی که می‌تواند محل بحث باشد اینک: غالباً تعهدات

<sup>۱</sup> - مقبولیت افراطی و عمومی اصل حاکمیت اراده (از سوی فلاسفه، حقوقدانان، اقتصاددانان و سیاستمداران) در زمان انقلاب صنعتی اتفاق افتاد و این امر منبعث از ایده آزادی خواهان و فردگرایان بود که به تدریج تفسیر و تعبیر بعمل آمده از اصل حاکمیت اراده، لقب مکتب لیبرالیسم به خود گرفت.

<sup>۲</sup> - قانونگذار ایران با تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی آزادی قراردادی شهروندان را تأمین کرده است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا منعقد نموده‌اند در صورتی که برخلاف صریح قانون نباشد، نافذ است».

<sup>۳</sup> - با فرض تمیز تفسیر تعهدات از تکمیل تعهدات که نظرنگارنده بر آن است، عواملی مثل قوانین تکمیلی - عرف و عادت حسن نیت و عدل و انصاف گاه از ابزارهای تفسیر تعهدات شناخته می‌شوند که در این صورت تعهداتی که از راه تفسیر وارد



مفروض منطبق با اراده واقعی طرفین است پس اشکالی از حیث انتساب آنها به اراده متعاملین پیش نمی‌آید؛ اما اگر تعهدات مفروض هرگز به ذهن طرفین خطور نکرده باشد یا با اراده آنان سازگار نباشد، آیا عوامل تکمیل کننده مثل قوانین تکمیلی یا عرف و عادت را می‌توان به مثابه عوامل غیر ارادی تعیین گستره تعهدات پنداشت؟ از نظر تئوری و تحلیلی در غیر ارادی بودن این نوع تعهدات نمی‌توان تردید کرد؛ اما رویکرد قانونی، به ظاهر مبتنی بر ارادی بودن تعهدات مورد نظر است، چون طبق ماده ۳۶۵ قانون مدنی<sup>۱</sup> جهل طرفین نسبت به عرف و عادت و یا وجود قانون مؤثر در مقام نبوده و همانطوریکه بطور عام جهل به قانون رافع مسئولیت نیست، جهل به عرف و قانون تکمیلی نیز بطور خاص رافع مسئولیت قراردادی نیست؛ بعبارت دیگر متعاقدين امکان آگاهی از وجود قانون را داشتند و اگر مایل بودند می‌توانستند بر خلاف قانون و عرف و عادت توافق کنند، پس عدم توافق به منزله پذیرش ارادی حکم قانون و عرف و عادت یا قبول ارادی تعهدات ناشی از آنها است.

دوم: در خصوص برخورد تعهدات ارادی با قانون آمره - نظم عمومی - اخلاق حسنه و حسن نیت و به ویژه با عدل و انصاف، باید گفت که حاکمیت اراده بر تعهدات قراردادی محصول دوره فلسفه گرایی است که امروزه تبعیت محض از آن، تبعات معارضی با اهداف حقوق قراردادهای دارد. هر چند اصل آزادی قراردادی یک ابزار مفید اجتماعی است اما هر جا این ابزار کارایی لازم را نداشت کنار گذاشتن آن و انتخاب ابزار دیگر، معقول و ضروری خواهد بود. به عبارت دقیقتر در موارد استثنائی لازم است که مصالح فردی و اجتماعی از اثرگذاری مطلق اراده طرفین جلوگیری کند چون اصل آزادی اراده موضوعیت ندارد بلکه طریقت داشته و وسیله‌ای برای تأمین مصالح فردی و جمعی است که هر گاه بوسیله آن نتوان به هدف رسید، بستن دست و پایش ضروری گشته و باید با وسایل دیگر خاصه از طریق مداخله و کنترل قضائی هدف حقوق را تأمین نمود. بر این اساس قانونگذاران و دادرسان به سمت عدالت تقنینی و قضائی سوق داده شده و مفاد قراردادهای خصوصی را کنترل می‌کنند و در راستای اینگونه کنترلها<sup>۲</sup>، گستره تعهدات را بطور غیر ارادی یا بدون نقش آفرینی ترازی متعاقدين تعیین می‌کنند. قوانین آمره - نظم

گستره تعهدات می‌گردند منتسب به اراده ضمنی است و تعهدات ضمنی نامیده می‌شوند و گاه این عوامل ابزارهای تکمیل تعهدات هستند که اغلب نقش آفرینی آنها همین حوزه می‌باشد، در این مقام تعهداتی که از طریق عوامل فوق، منتسب به اراده مفروض متعاقدين می‌گردد، تعهدات مفروض نامیده می‌شوند؛ بدیهی است که عدم بهره‌گیری از اعمال کامل آزادی اراده چه آگاهانه باشد و چه ناآگاهانه، موجب تعیین گستره تعهدات بر مبنای اراده مفروض است.

<sup>۱</sup> - ماده ۳۵۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد که: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت یا تابع مبیع شمرده می‌شود یا قرائن دلالت بر دخول آن نماید داخل در مبیع و متعلق به مشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاقدين جاهل به عرف باشند.» در این مقرر، مقنن آشکارا حکم عرف را مثل قانون لازم‌الاجرا می‌داند.

<sup>۲</sup> - کنترل‌های قضائی شروط ناعادلانه قراردادی «Judicial Control of Contract Terms» در حقوق بسیاری از کشورهای اروپائی نهادینه شده است و این کنترل‌ها معمولاً مقدمه‌ای برای کنترل‌های تقنینی (Legislative Control) بوده است.

عمومی - اخلاق حسنه - حسن نیت و عدل و انصاف مهمترین ابزار یا عوامل تعیین غیر ارادی تعهدات هستند. قوانین آمره مثل قانون مصرف و قانون کار در پی حمایت از عدالت و مصلحت قراردادی و جلوگیری از بی عدالتی سیستماتیک هستند.<sup>۱</sup> نظم عمومی حمایتی مانعی برای نظم عمومی سنتی و ارشادی شده است. اخلاق حسنه مانع اجرای تعهداتی می شود که اخلاق عمومی آنها را بر نمی تابد هر چند تعهدات مزبور مخالف قانون آمره و نظم عمومی نباشند. اصل حسن نیت که انعکاس دهنده همکاری های متقابل و تضمین کننده منافع دوجانبه تلقی می شود، امکان تحدید و تخصیص تعهدات را فراهم می آورد و تعهدات مخالف با حسن نیت را از اعتبار می اندازد.<sup>۲</sup> عدل و انصاف عامل مهمی برای استحکام روابط قراردادی و اجرای عادلانه قراردادها قلمداد شده یا تعهدات منصفانه ای را تدارک می بیند؛ بر این اساس هنگامی که تعهدات منتسب به اراده مشترک، ناپاک - نامطلوب و غیر منصفانه باشند و موجب سودجویی نامتعارف، سوءاستفاده از موقعیت برتر، تأمین منافع فقط یکی از طرفین گردد یا منافع طرف دیگر را مواجه با مخاطره و ضرر سازد، عدل و انصاف توانایی قبض تعهدات مزبور را یافته و حتی قدرت سازنده اش را به نفع طرف ضعیف بکار گرفته و با خلق تعهدات جدید و متناسب<sup>(۳)</sup> ضمن آنکه به تعادل قراردادی کمک کرده و بین توانایی اقتصادی طرفین بالانس ایجاد می کند، دامنه تعهدات را فراتر از اراده طرفین تعیین می نماید.<sup>۴</sup> (ضمانت اجرای تعهدات اجحاف آمیز صرفاً لغو آنها نیست بلکه می تواند الحاق تعهدات جدید باشد چون مهم، جلوگیری از سوءاستفاده از توانایی اقتصادی یک طرف قرارداد است).

## کاربرد عدالت و انصاف یا مصلحت در تعیین گستره تعهدات

**الف: مبنای توجه قضائی به مفاهیم عدالت - انصاف و مصلحت در تعیین مفاد قرارداد**  
انحصار کالاها و خدمات - عدم رقابت - فقد یا ضعف اطلاعات به لحاظ تخصصی شدن مشاغل (مثل وکیل نسبت به موکل - تولید کننده نسبت به مصرف کننده) بستر ایجاد تعهدات ناعادلانه را از طریق

<sup>۱</sup> - مثلاً در حقوق انگلیس می توان به قوانین «Unfair Contract Terms Act 1977» و «Consumer Credit Act 1974» اشاره نمود.

<sup>۲</sup> - برای مثال: در صورت تغییر جدی و بنیادین اوضاع و احوال اولیه، چون پیش بینی ها - تعادل و تقابل تعهدات بهم می ریزد و اجرای تعهدات دشوار گردیده و متعهد را در تنگنا و عسر و حرج قرار می دهد لذا اجرای اصل حاکمیت اراده و اصل تغییر ناپذیری قراردادها به نفع تئوری تغییر اوضاع و احوال و بر مبنای اصل حسن نیت کنار رفته و بالتیجه تعهداتی که در شرایط جدید مخالف حسن نیت شمرده می شوند حذف شده یا آنقدر تعهدات جدید ایجاد می شود تا مجدداً تعادل قراردادی احساس گردد.

<sup>۳</sup> - برای مثال: در حقوق فرانسه ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی مبنای اختیار دادرس برای ایجاد تعهدات قضائی جدید به استناد انصاف و حسن نیت شناخته می شود. طبق ماده مرقوم: نقش سازنده دادرس بطور منطقی به انصاف بیش از حسن نیت ارتباط دارد.

قراردادهای الحاقی و تحمیلی یا استاندارد مهیا می‌کند. طرفی که در وضعیت متوازن قراردادی به سر نمی‌برد و قدرت چانه‌زنی و نپذیرفتن تعهدات یکجانبه و ظالمانه را ندارد ناچار است که قرارداد از پیش تهیه شده را همانطوریکه هست قبول کرده یا فقط بدان ملحق شود (Take it or leave it) وی معمولاً گزینه دیگری برای رفع نیازهایش نداشته و نمی‌تواند از خیر انعقاد قرارداد بگذرد. پس بعنوان اثر آتی چنین قراردادی، شاهد تعهدات سنگین در کفه خود و فقدان تعهدات مشابه و مقتضی در کفه دیگر است. در اینگونه قراردادها، ابزاری خارج از اراده‌ی به اصطلاح مشترک طرفین لازم است تا موازنه قراردادی را برقرار سازد و الا صحبت از اراده، صحبت از بی‌عدالتی خواهد بود؛ این ابزار فرا ارادی می‌تواند اداره قضائی قرارداد باشد. هر چند مبنای مختلفی برای مداخله قضائی در قراردادها بیان شده است؛ یعنی: ابهام حقوقی - طریقت داشتن قوانین - شهود گرایبی قضائی و صورت‌گرایی قضائی<sup>(۳۲)</sup> ولی اذعان می‌دارد که مسیر اداره قضائی قرارداد هموار نبوده و با موانع مبنایی و ماهوی مواجه است، بالاخص در حقوق کشور ما که برخلاف حقوق کشورهای مثل انگلستان و فرانسه<sup>۱</sup>، عدل و انصاف بعنوان منابع حقوق و مبنای قبض و بسط تعهدات، قانوناً تنصیب به ذکر نشده است. با فقدان چنین تکیه‌گاه قانونی خاص، راهکارهای مختلفی به ذهن می‌رسد؛ یکی آنکه توجهاً به ماده ۳ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، از آنجا که قضا می‌تواند به استناد منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر حکم قضیه صادر کنند پس می‌تواند بر اساس عدالت که یکی از مهمترین قواعد فقهی در نظام حقوق اسلامی تلقی می‌شود، با تعهدات ناعادلانه مبارزه نمایند<sup>۲</sup>. راهکار دیگر اینکه با عنایت به برخی از مقررات پراکنده که بر مبنای عدل و انصاف تصویب شده‌اند<sup>۳</sup>، دادرسی می‌تواند تعهدات ناعادلانه را اداره نماید. بالاخص بنظر می‌رسد که با تدوین بند پنج ماده یک قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک این امکان فراهم شده است که به لحاظ عدم خصوصیت این دو مقرر قضات با اتخاذ وحدت ملاک و تنقیح مناط از آنها الغاء خصوصیت کرده و حکم مندرج در آنها را به

<sup>۱</sup> - در حقوق انگلیس، انصاف و قواعد ناشی از آن از منابع صدور حکم شناخته شده است و قانون شروط قراردادی غیرعادلانه مستند مهمی برای اجرای عدل و انصاف می‌باشد. ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه متعاملین را به کلیه نتایجی که انصاف بدنبال دارد، ملزم می‌سازد و مواد ۱۱۲۵ و ۱۱۶۰ صراحتاً انصاف را از عوامل تکمیل قرارداد می‌داند. بند ۲ ماده ۴۰۱ و ماده ۴۲۸ قانون جدید مصر عدالت را از عوامل مؤثر در تعیین محدوده تعهدات می‌داند. ماده ۱۰ از فصل سوم اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی زیر عنوان اختلاف فاحش، به تعهدات غیر موجه و ناعادلانه اختصاص دارد.

<sup>۲</sup> - در نظام حقوق اسلام، عدل و انصاف مستقیماً منبع حقوق نیستند ولی آیات - روایات و قواعد فقهی متعددی وجود دارد که حاکی از جایگاه ویژه عدل و انصاف در این نظام است؛ مثل آیه ۱۵۲ سوره کریمه انعام - قاعده فقهی لاضرر - عموماً وجوب عدالت و احسان - ادله راجع به لزوم مقابله حکومت اسلامی با ظلم و اجحاف.

<sup>۳</sup> - شرح آن در صفحه ۵ و ۴ ذیل عنوان: قوانین موضوعه و مبنای مصلحت‌اندیشی یا مصلحت‌گرایی، گذشت.

اداره قضائی قرارداد با مداخله در تعیین گستره تعهدات قراردادی بر مبنای عدالت و انصاف یا مصلحت فردی و جمعی

تمامی موارد مشابه و تعهدات ناعادلانه تسری و عمومیت بخشند.<sup>۱</sup> یعنی در حقوق ایران، این دو مقرر به بهترین معنا و مطمئن‌ترین ردپا برای قضات در تکیه بر عدل و انصاف به منظور مبارزه با شروط ناعادلانه و غیر منصفانه شناخته می‌شوند. البته نگارنده هنوز اثری از متابعت رویه قضائی از تحولات تقنینی اخیر نمی‌بیند و انگهی اذعان می‌دارد که شمار آرائی که بطور غیر مستقیم بر مبنای عدل و انصاف استوارند کم نیست.

دومین مانع و چالشی که لازم است بازگشائی شود، مبانی فلسفی حاکم بر قضیه است. بطور خاص این چالش در حقوق داخلی عمیق‌تر خواهد بود، چون رویکرد قانونی و حقوقی به تأسی از برخی از نظریات فقهی، بطور جدی مبتنی بر اصل آزادی قراردادی و اصل التزام به تعهدات است؛ معمولاً مراجع قانونگذاری به جهت مبنایی تحدید اصول یاد شده را نمی‌پذیرند و این موضع غالباً از طریق شورای محترم نگهبان بر مواضع قانونی مثل قانون موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶ سایه انداخته است. شاید در پرتو چنین رویکردی بوده است که رویه قضائی کشور آنچنان خود را تابع محض ماده ۲۳۲ قانون مدنی ساخته است که هنوز مجال تحدید قلمرو و شمول ماده مرقوم را پیدا نکرده و اثری از اداره قضائی اجرای شروط کیفری و ضمانت اجرای مقطوع ملاحظه نمی‌شود. پس بطور خاص در کشور ما می‌توان تعارض یا اصطکاک اصل عدل و انصاف و یا تئوری غیر منصفانه تعهدات را با اصل حاکمیت اراده و اصل وفای به عهد چنین برطرف نمود که اولاً: حقوق و عدالت منکر اصل آزادی قراردادی و اصل وفای به تعهدات نبوده و منافاتی با آن ندارند بلکه صرفاً برای اجرای مطلق آنها محدودیتهایی قایل‌اند تا ستمی متوجه متعهد نگردد (مکمل یکدیگرند). ثانیاً: نفی تعهدات غیر منصفانه مبتنی بر اراده واقعی طرفین است چون آنان بر مبنای این شرط ضمنی حاضر به معامله می‌شوند که تعادل قراردادی بین حقوق و تعهداتشان دائماً و مستمراً برقرار باشد و چون تعهدات ضمنی منتسب به اراده واقعی است پس نفی تعهدات غیر منصفانه نیز منطبق با اراده واقعی است. بطور عام لازم است که واقع بینانه از تارهای فلسفی حقوق و قواعد سنتی و مبتنی بر فلسفه حقوق و فردگرایی تاحدودی جدا شویم و به منطق حقوق روی آوریم یعنی: قواعد و تئوریهایی را بیابیم که بواسطه آنها نیل به هدف عالی حقوق (عدالت قراردادی) میسر گردد؛ مثل: نظریه همبستگی و تعاون متعاملین، تئوری حسن نیت- توسعه فایده اجتماعی قرارداد- رویکرد اقتصادی حقوق با ملاحظه کارآمدی- اداره قضائی قرارداد بر مبنای عدالت و انصاف یا مصلحت فردی و جمعی.

### ب: چگونگی توسل قضائی به مفاهیم عدالت و انصاف در تعیین مفاد قرارداد

<sup>۱</sup> - ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک مصوب سال ۱۳۸۲: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیر منصفانه به ضرر مصرف کننده مؤثر نیست». بند ۵ ماده یک قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان مصوب سال ۱۳۸۸: «تبنای: ... تحمیل شرایط غیر عادلانه بر اساس عرف در معاملات»، طبق ماده ۸ این قانون تبنای جرم می‌باشد و طبیعتاً اثری ندارد.

اراده‌های آزاد شاید بطور شخصی و شکلی قادر به تأمین مصلحت و عدالت باشند ولی مطمئناً به نحو نوعی و ماهوی قادر به تأمین مصلحت جمعی و عدالت طرفینی نبوده و بعضاً ورود قضائی به محیط توافقات خصوصی ضرورت دارد.

امروزه شاید فهم و پذیرش لزوم مداخله دادرس در قلمرو قراردادها چندان دشوار نباشد بلکه آنچه جای دشواری دارد حدود و نحوه مداخله دادرس است. مهمترین مسئله قضائی و دغدغه حقوقی آن است که دادرس کجا و به چه میزان می‌تواند در زمینه تعیین دامنه تعهدات نقش آفرینی کند؟ چون حفظ مصالح فردی و اجتماعی دستاویزی برای مداخله همه جانبه و نامتناسب قضائی نیست<sup>(۳۳)</sup>. مداخله دادرس فقط برای زدودن تعهدات ناعادلانه است و در غیر اینصورت نقش رهبری و جوهری اراده باطنی و اهداف قراردادی از بین رفته و آنچه در پرتو زحمات فراوان به دست آمده است به هیچ از دست می‌رود. درست است که آموزه‌هایی مثل حمایت از طرف ضعیف قرارداد یا شعارهایی مثل لزوم گذار از نظریه سنتی عدالت معاوضی به قرائت جدیدی از عدالت قراردادی، قضات را مجاب به مداخله ساخته و درنگ را سبب معصیت و مساعدت به بی‌عدالتی می‌دانند ولی مسلماً چنین آموزه‌ها و شعارهایی نمی‌توانند بهانه‌ای برای مداخله غیر ضروری یا کنترل به میزان کمتر یا بیشتر از آنچه مقتضی است باشند. اصولاً دادرس ناظر بر اجرای قرارداد است و نه واضع یا تغییر دهنده تعهدات، پس نمی‌توان به کلی مدعی بود که نظریه عمومی قراردادها چنان متحول شده است که در ثقل این تحول، حاکمیت اراده به زوال گرائیده و صرفاً کنترل‌های قضایی قادر به تأمین عدالت قراردادی هستند. کنترل قضائی صرفاً برای متوازن ساختن تعهدات، پسندیده است؛ یعنی در مواردی که یک طرف قرارداد ناتوان یا ضعیف باشد (مثل: مستأجران - کارگران - مصرف کنندگان و بیمه شدگان) لازم است که عدالت حاصله از مداخله و اداره قضائی قرارداد علیه برتری و سوء استفاده طرف دیگر بکار رود.

پس از تشخیص ضرورت مداخله در قلمرو قراردادها (کجا) گام بعدی میزان مداخله قضائی است (چگونه)؛ همچنانکه عدم مداخله قضائی در موارد ضروری تالی فاسد دارد، مداخله بی‌موقع یا بی‌تناسب نیز معایب خاص خود را دارد. بنابراین دخالت در جائی که نیازی بدان وجود ندارد مثل روابط قراردادی تجاری که وضعیت نسبتاً برابری دارند یا در روابط قراردادی اشخاص حرفه‌ای، و نیز دخالت بیش از حد یا کمتر از میزانی که قرارداد لازم دارد مخاطره آمیز است؛ انتظار این است که دادرس اختیار و وظیفه خود را به موقع و به میزان اعمال کرده و اجازه سنگینی یکی از کفه‌های تعهدات را ندهد. هرگونه افراط و تفریط در زمینه بسط و قبض قضائی دامنه اصل حاکمیت اراده هر چند به قصد ایجاد تعادل بین دو کفه تعهدات باشد، موجب سنگینی یکی از کفه‌ها و بی‌عدالتی قراردادی خواهد شد. به علاوه آنچه بر ارزش اداره قضائی قرارداد می‌افزاید این است که دادرس هنر و مهندسی قضائی خود را به جای لغو قرارداد و تعهدات غیر منصفانه، بر خلق تعهدات جدید و مشابه تمرکز نماید تا هم به استحکام معاملات کمک نماید و هم نقص و خلاء ناشی از تعهدات متقابل را که منجر به نابرابری شده است جبران نماید؛ مانند تعهد به

اداره قضائی قرارداد با مداخله در تعیین گستره تعهدات قراردادی بر مبنای عدالت و انصاف یا مصلحت فردی و جمعی

اطلاع‌رسانی و آموزش - تعهد به مراقبت - تعهد به مشاوره و تعهد به ایمنی. لازمه این تدابیر قضائی، عدول از نظریه فردگرایی و گرایش به سمت نظریه همبستگی و تعاون متعاملین و توسعه فایده اجتماعی است.

باید در نظر داشت که ترس از استبداد یا عدم تبحر برخی از قضات به هنگام ورود به محیط توافقات خصوصی، نباید این ایده را برای همیشه ایجاد کند که به کلی از خیر قضیه بگذریم؛ این نگرانی مخصوص کشور ما نیست چرا که در همه کشورها بدلیل بروز مصادیق عملی این دغدغه همواره وجود داشته و دارد. وانگهی علی‌رغم این نگرانی‌ها، قانونگذار بسیاری از کشورها در این مسیر قدم گذاشته و بالصرافه اختیارات قضایی مورد بحث را به رشته تقنین درآورده‌اند که اینگونه تدابیر در کشور ما نیز می‌توانند مورد استفاده قرار بگیرند؛ مثلاً می‌توان در کنار تصویب مقررہ خاص، آیین‌نامه‌ای را بطور تمثیلی راجع به شناسایی تعهدات ناعادلانه تصویب نمود. هر چند اذعان می‌دارد که هر اجتماعی شرایط خاص خود را داشته و در بعضی از جوامع باید ملاحظات زیادی را برای تفویض این گونه اختیارات قضایی در نظر گرفت.

### نتیجه‌گیری

امروزه باید تعیین غیر ارادی گستره تعهدات به ویژه از طریق مداخله قضائی و کنترلی دادرسان یا همان اداره قضائی قرارداد را به عنوان یکی از اصول مسلم حقوق تعهدات پذیرفت؛ چون حقوق تعهدات در راستای حقوق قراردادها، بدنبال تحقق عدالت و مصلحت قراردادی است و از آنجا که عدالت کلاسیک و یا ایده عدالت قراردادی مبتنی بر حاکمیت اراده طرفین، همواره نمی‌تواند هدف فوق را تأمین نماید لذا مقداری فاصله‌گیری از عدالت کلاسیک و گرایش به عدالت ترمیمی و قضائی اجتناب ناپذیر شده است. در این مقام، دادرسان علیرغم تقید به اصل حاکمیت اراده و اصل وفای به عهد، فقط به هنگام «ضرورت» باید «به میزان متناسبی» اراده‌های آزاد را تحدید یا اداره کنند تا ضمن آنکه گستره تعهدات اصولاً ملهم از توافق طرفین باشد، تعهدات غیر منصفانه و ناعادلانه دوش هیچ متعهدی را سنگین نکرده و «مصلحت قراردادی» برقرار باشد.

### پی‌نوشت‌ها:

- ۱- دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۹)، لغت نامه دهخدا، مؤسسه لغت نامه دهخدا، تهران، چاپ دوم، جلد ۱۳ شماره ۲۰۹۹۹.
- ۲- عمید، حسن (۱۳۶۲)، فرهنگ عمید، انتشارات امیر کبیر، تهران، چاپ دوم، شماره ۸۰.
- ۳- میرموسوی، سیدعلی (۱۳۸۴)، مصلحت همگانی و حکومت دینی، فرهنگ اندیشه، تهران، شماره ۱۳.
- ۴- ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد مکرم (۱۴۰۵ ق)، لسان العرب، انتشارات ادب، قم، چاپ اول، شماره ۵۱۶.
- ۵- غزالی، ابوحامد (۱۳۶۱)، المستصفی فی علم الاصول، دارالفکر، لبنان، چاپ اول - صفحه ۲۸۶.
- ۶- الشرتونی، السعید الخوری (۱۳۶۲)، اقرب الموارد فی فصیح العربیة و الشوارد؛ دارالاسره الطباعه و النشر، تهران، چاپ اول، جلد سوم، صفحه ۲۷۲.
- ۷- العاملی، محمد بن حسن الحر (۱۳۶۱ ق)، وسایل الشیعه، بیروت جلد اول، صفحه ۱۴.
- ۸- العاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۲ ق)، القواعد و الفوائد، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، جلد ۲۱، صفحه ۲۶.
- ۹- توکلی، اسد الله (۱۳۸۴)، مصلحت در فقه شیعه و سنی، مرکز انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی، قم، صفحه ۳۱۳.
- ۱۰- غزالی، ابوحامد، همان.
- ۱۱- حقیقت، سید صادق (۱۳۸۴)، تحدید مصلحت، فرهنگ و اندیشه، شماره ۱۳، صفحه ۲۱.
- ۱۲- سماوات پیروز، امیر و محمود عباسی (۱۳۸۸)، تحقق مصلحت؛ از مبانی فقهی تا بایسته های حقوق کیفری، فصلنامه حقوق و مصلحت، شماره ۳، مجمع تشخیص مصلحت نظام (تابستان ۱۳۸۸)، صفحات ۵۱ الی ۶۳.
- ۱۳- رجحان، سعید (۱۳۸۸)، مصلحت در ترازوی عدالت، فصلنامه حقوق و مصلحت، شماره ۲، مجمع تشخیص مصلحت نظام (بهار ۱۳۸۸)، صفحه ۹۵.
- ۱۴- ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد مکرم (۱۴۰۸ ق)، لسان العرب، تعلیقه علی شیرازی، داراجیاء التراث العربی، چاپ اول، بیروت - جلد ۹ - ص ۸۳.
- ۱۵- ملکیان، مصطفی (۱۳۷۶)، عدالت و انصاف و تصمیم گیری عقلانی، مجله نقد و نظر، سال سوم، شماره ۲ و ۳، صفحه ۱۸۲.
- ۱۶- توسلی، حسین (۱۳۷۶)، مبانی عدالت در نظریه جان و اولز، مجله نقد و نظر، سال سوم، شماره ۲ و ۳، صفحه ۱۲۹.
- ۱۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۱)، دائره المعارف علوم اسلامی، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ اول، جلد ۳، صفحه ۱۴.
- ۱۸- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، حقوق بشر و عدالت، فصلنامه حقوقی مجد، شماره اول، صفحات ۱۰ تا ۱۲.

- ۱۹- پورعزت، علی اصغر(۱۳۸۶)، عدالت اجتماعی، در حد فاصل تدوین تا اجرای قانون اساسی، فصلنامه علمی تخصصی مدیریت، شماره ۱، فصلنامه علمی تخصصی دانشکده معارف اسلامی و مدیریت دانشگاه امام صادق(ع)(بهار ۱۳۸۶)، صفحه ۷۸.
- ۲۰- ارزشها و نگرشهای ایرانیان(۱۳۸۱)، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ویرایش اول، دفتر طرحهای ملی و طرح پیمایش ملی و نگرش ها(پائیز ۱۳۸۰)، صفحات ۶۶ و ۱۳۸.
- ۲۱- پورعزت، علی اصغر و آرین قلی پور(۱۳۸۷)، عدالت اجتماعی، بن مایه مصلحت اندیشی در جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه حقوق و مصلحت، شماره اول، مجمع تشخیص مصلحت نظام(سال اول- زمستان ۱۳۸۷)، صفحه ۶۱.
- ۲۲- مطهری، مرتضی(۱۴۰۳ ق)، بررسی اجمالی مبانی اقتصاد اسلامی، انتشارات حکمت، تهران، صفحه ۱۴.
- ۲۳- جعفری، محمد تقی(۱۳۷۸)، فلسفه دین، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، چاپ اول، صفحه ۱۶۶.
- ۲۴- نجفی، شیخ محمد حسن(۱۳۸۱ ق)، جواهر الکلام فی شرح الشرایع الاسلام، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ج ۲۳، صفحه ۲۹۴.
- ۲۵- خوئی، سید ابوالقاسم(۱۴۱۷ ق)، مصباح الفقاهه، مؤسسه انصاریان، تهران، چاپ چهارم، جلد ۶ صفحه ۲۹۱.
- ۲۶- افشار، حسن(۱۳۵۲)، کلیات حقوق تطبیقی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم، صفحه ۵۸.
- ۲۷- احمد السنهوری، عبدالرزاق(۱۴۲۲ق)، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، داراحیاء التراث العربی، بیروت، جلد اول، صفحه ۴۴۵.
- ۲۸- بیرعطایی، علی(۱۳۸۸)، نظریه اداره قرارداد، انتشارات قفونوس، تهران، چاپ اول، قسمت دیباچه- به قلم دکتر میرحسین عابدیان، صفحه ۳.
- 29- Atiyah, patric(1929), The Rise and Full of Freedom of Contract, Oxford University press, p.48.
- 30-Lon Fuller and Melvin Aron Eisenberg(1972), Basic Contract Law, 3th ed, U.S.A., West publishing co, p.40.
- 31-Chazal, Pascal(1996), De la Puissance Economique en Droit Des Obligations, These, Université Pierre Mendes France, Grenoble II, p.562.
- ۳۲- انصاری، باقر(۱۳۸۷)، نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، نشر میزان، تهران، چاپ اول، صفحه ۱۲.
- 33-Phang Andrew(2000), Security Contract and the Pursuit of Fairness, Journal of Contract Law, Vo.1, p.16.