

Examining substantive fairness as a basis for binding-character of contract

Ramin Efteghari*
Siamak RahPeik**
Ali Akbar Farahzadi***

Received: 2021/11/02
Accepted: 2022/01/04

Abstract

From a legal point of view, one cannot expect the unfair distribution of contractual resources to be enforced. For the fair distribution of these resources, two theories of substantive fairness & procedural fairness have been proposed. According to the theory of substantive fairness, a fair criterion should be considered in advance for the outcome of the contract and care should be taken that the parties to the contract do not violate this criterion. Contrary to this theory, procedural fairness whose followers claim that there is no consensus on a particular type of distribution, try to control the formation process of the contract to make it fair, rather than considering the outcome of the contract. The main a priori criterion for fair distribution proposed in substantive fairness is the application of just price. There are serious doubts as to whether a just price can be considered as a good basis for making contracts binding and enforceable, because the justification for the need to a certain type of distribution under the name of justice is difficult due to disagreement over the concept of justice in the modern world. At the same time, accepting such a basis will make it impossible to justify the invalidity of other illegitimate contracts concluded at a just price. Of course, assuming the acceptance of the theory of substantive fairness, specified legal effects arise from the contract in order to reconstitute the situation of injured party, which, in turn, face with many difficulties especially in the case of price fluctuation.

Keywords: Binding-character, Substantive fairness, Procedural fairness, Distributive justice, Commutative justice.

* Ph.D. Student of Private Law, Department of Private Law, Faculty of Judicial law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran (Corresponding Author).
raminefteghari70@gmail.com

** Professor, Department of Private Law, Faculty of Judicial law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.
srahpeik@gmail.com

*** Associate Professor, Department of Islamic Law, Faculty of Judicial law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.
farahzadi@ujsas.ac.ir



بررسی انصاف ماهوی به عنوان مبنای الزام آوری قرارداد

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۱۴

نوع مقاله: پژوهشی

رامین افتقاری*

سیامک ره پیک**

علی اکبر فرحزادی***

چکیده

از نظم حقوقی نمی توان انتظار لازم الاجرا کردن توزیع غیر عادلانه منابع قراردادی را داشت. برای توزیع عادلانه این منابع دو نظریه انصاف ماهوی و انصاف رویه ای مطرح شده است. بنا بر نظریه انصاف ماهوی، جهت توزیع عادلانه منابع قراردادی باید معیاری عادلانه را از پیش برای نتیجه عقد در نظر گرفت و مراقب بود که طرفین قرارداد از این معیار تخطی نکنند. در مقابل نظریه مذکور، انصاف رویه ای قرار دارد که پیروان آن با ادعای عدم اجماع بر سر نوع خاصی از توزیع، سعی دارند برای عادلانه شدن قرارداد به جای توجه به نتیجه عقد، فرایند شکل گیری آن را کنترل کنند. عمده معیار پیشینی ای که در انصاف ماهوی مطرح شده است رعایت قیمت عادلانه است. در مورد اینکه بتوان قیمت عادلانه را مبنای مناسبی برای لازم الاجرا کردن عقود دانست تردیدهای جدی وجود دارد. زیرا توجیه لزوم رعایت نوع خاصی از توزیع به نام عدالت، به دلیل عدم توافق بر سر مفهوم عدالت در جهان مدرن به آسانی امکان پذیر نیست. ضمن اینکه پذیرش چنین مبنایی موجب خواهد شد که نتوان بطلان عقود نامشروعی که به قیمت عادلانه منعقد می شود را توجیه کرد. البته با فرض پذیرش نظریه انصاف ماهوی آثار حقوقی خاصی بر عقد برای اعاده وضع زیان دیده به حالت سابق مترتب خواهد شد که اعمال این آثار نیز به نوبه خود خصوصاً در حالت نوسان قیمت ها در بازار با دشواری های فراوانی مواجه است.

واژگان کلیدی: الزام آوری، انصاف ماهوی، انصاف رویه ای، عدالت توزیعی، عدالت معاوضی.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

raminefteghari70@gmail.com

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

srahpeik@gmail.com

*** دانشیار، گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

farahzadi@ujss.ac.ir



مقدمه

قراردادها در نظام بازار آزاد غالباً منصفانه شکل می‌گیرند و طرفین در مورد خواسته خود آگاهانه و بدون فشارهای ناروا اتخاذ تصمیم می‌کنند. بازار آزاد با وجود سازوکار جایگزین‌پذیری کالاها مانع از تغییر قیمت‌های بازاری از طریق هوی و هوس‌های شخصی می‌شود. البته در بازار هر شخصی می‌تواند بر آنچه که در اختیار دارد آزادانه هر قیمتی بگذارد، اما متقاضی کالا یا خدمات نیز قادر است در بازار جستجو کند و قیمتی را که منصفانه می‌یابد پیشنهاد دهد و در صورت حصول توافق، معامله مورد نظر خود را منعقد سازد. در این ساختار، قرارداد نقش نوعی نظام تخصیص منابع میان اشخاص خصوصی را ایفا می‌کند (Benson, 2001, p. 268). در این رابطه پرسش اساسی‌ای که همواره ذهن حقوق‌دان را به خود مشغول می‌کند این است که در میان انواع قراردادها کدام یک را می‌توان الزام‌آور دانست و از دولت هم تقاضای تضمین آن را داشت؟

یکی از پاسخ‌هایی که به پرسش پیشین با لحاظ نظام تخصیص منابع بودن قرارداد داده شده، این است که قرارداد را زمانی می‌توان لازم‌الاجرا دانست که انصاف ماهوی^۱ در آن رعایت شده باشد (Leff, 1967, p. 487; Epstein, 1975, pp. 295-305). مسئله اصلی انصاف ماهوی نیز بررسی وجود موازنه میان ارزش^۲ کالاها و خدمات مورد معاوضه است (Beatson et al., 2010, p. 305). از جهان باستان مفهومی از تعادل میان ارزش کالاهای مورد معاوضه در حقوق قراردادهای نظام‌های حقوقی مختلف رایج بوده است. در مغرب زمین این مفهوم در سرتاسر قرون وسطی نزد حقوق‌دانان مسیحی تحت عنوان قیمت عادلانه^۳ مورد بحث واقع شده است (Barnett, 1986, p. 283)، لکن هر چه به قرن نوزدهم میلادی نزدیکتر شده‌ایم با ظهور نظریه‌های قراردادی مبتنی بر اراده^۴ توجه‌ها بیشتر از محتوا و ماهیت قراردادها به فرایندی جلب شده است که قرارداد را شکل می‌دهد (Benson, 2001, p. 266).

تحول پیش‌گفته در حقوق نوین کاملاً سبب شد نظریه‌هایی که برای لازم‌الاجرا دانستن قرارداد، وجود عوضین متناسب را ضروری می‌دانستند محجور و متروک بماند. امروزه اما بازگشت به این مفهوم سنتی و دیرآشنا مورد توجه دوباره برخی از حقوق‌دانان قرار گرفته است و مدعی هستند که پاره‌ای از تصمیمات دادگاه‌ها در نظام

حقوقی مزبور فقط زمانی قابل توجیه است که قرارداد ماهیتاً منصفانه باشد و عوضین آن متناسب باشد (Gordley, 1981, p. 1591; Murphy, 2002, p. 86). در حقوق کامن‌لا گاه دکترین‌های وجود عوضین^۵ و معاملات ناخواسته به‌عنوان بقایایی از نظریه تعادل عوضین مطرح است (Barnett, 1986, p. 284; Eisenberg, 1982, p. 752).

در حقوق ایران آنچه در کامن‌لا انصاف ماهوی خوانده می‌شود همچنان به صورت اندیشه‌ای قدرتمند باقی است و حقوق‌دانان گاه از آن تحت عنوان نظریه موازنه عوضین بحث کرده‌اند و نتیجه آن به خصوص در دکترین غبن که شباهت زیادی به روش مجتهدین مسیحی دارد جلوه‌گر شده است (Gordley, 1993, p. 94). باید گفت غبن در نظر غالب حقوق‌دانان ایرانی دکترین محبوبی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، صص. ۱۴-۱۵) و ایشان پذیرش آن در قانون مدنی (م ۴۱۶ و ۴۱۸) را از فواید پایبندی به ارزش‌های سنت حقوقی خود دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۲۱۹).

هدف از این نوشتار ارزیابی انصاف ماهوی به‌عنوان پاسخی به پرسش پیشین راجع به چیستی مبنای الزام‌آوری قرارداد است. در واقع بعضاً به‌گونه‌ای در اهمیت تعادل عوضین مبالغه شده است که گویا تنها امری که در قرارداد اهمیت دارد، انتقال قدرت خرید برابر است. بنابراین انصاف ماهوی در کلیت خود به‌عنوان مبنا مورد بررسی قرار خواهد گرفت نه صرفاً به‌عنوان یک شرط که از عدمش عدم الزام‌آوری لازم آید. هر چند معقول‌ترین پرسش در مورد انصاف ماهوی یعنی اینکه چرا عدم رعایت انصاف ماهوی و فقدان تعادل عوضین در نظر برخی از حقوق‌دانان حقوق کامن‌لا و ایران باید دلیلی برای متزلزل ساختن عقد باشد نیز بی‌پاسخ نخواهد ماند. البته وجه دیگر این مسئله را می‌توان از مخالفان سرسخت غربی این نظریه نیز پرسید که چرا انصاف ماهوی را نظریه‌ای خلاف جهت حقوق مدرن می‌دانند؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها سعی خواهد شد به شیوه‌ای توصیفی - تحلیلی به ارزیابی این نظریه پرداخته شود. لذا در این مقام بررسی انصاف ماهوی بیشتر به بررسی نظریات قراردادی همچون نظریه وعده^۶ یا نظریه توافق اظهارشده^۷ شباهت دارد تا اینکه به مذاقه در دکترین‌های جزئی نظیر غبن در حقوق ایران یا معاملات ناخواسته در حقوق کامن‌لا تشابه داشته باشد. ضمن اینکه با توجه به اقتضای بحث که در باب مبنای الزام‌آوری قرارداد است به

اصلی‌ترین و در حال حاضر تنها نظریه انصاف ماهوی راجع به اصل قرارداد یعنی تعادل ارزش عوضین پرداخته خواهد شد و از بحث در مورد انصاف ماهوی در شروط قراردادی اجتناب خواهد شد. بدین جهت در ابتدا مفهوم انصاف ماهوی مطرح و سپس مبانی فلسفی این نظریه بیان خواهد شد. در نهایت نیز نقدهای وارده به این نظریه و آثار عدم رعایت انصاف ماهوی به بحث گذاشته می‌شود.

۱. مفهوم انصاف ماهوی در حقوق قراردادها

برای درک انصاف ماهوی باید از تفاوت آن با شیوه عمل متقابل آن یعنی انصاف رویه‌ای نیز سخن گفت. سپس باید شرح داد که چرا می‌توان انصاف ماهوی را در مفهوم تعادل ارزش عوضین خلاصه کرد.

۱-۱. مفهوم انصاف ماهوی و تفاوت آن با انصاف رویه‌ای

چنان‌که گفته شد قرارداد را می‌توان گونه‌ای نظام توزیع منابع میان اشخاص خصوصی دانست (Benson, 2001, p. 268). پرسش اساسی که در مورد این نظام به ذهن خطور می‌کند این است که چه زمانی می‌توان مطمئن بود که توزیع منابع میان طرفین قرارداد عادلانه صورت گرفته است؟ چه نمی‌توان از نظام حقوقی انتظار لازم‌الاجرا^۱ دانستن قواعد غیرعادلانه را داشت.

از زمینه پرسش درباره نوع توزیع عادلانه ثروت در قرارداد، دو نظریه متقابل انصاف ماهوی و انصاف رویه‌ای^۹ در حقوق کامن‌لا به وجود آمده است. در انصاف ماهوی مسئله اصلی صرفاً این است که آیا عدم تعادل فاحش^{۱۰} میان حقوق و تعهداتی که بین طرفین رد و بدل می‌شود وجود دارد یا خیر (Beatson et al., 2010, p. 211)؟ در حقوق ایران نیز می‌توان گفت نظریه غبن با هدف پاسداری از انصاف ماهوی پذیرفته شده است. زیرا حقوق‌دانان تصریح کرده‌اند که برای ایجاد غبن نه تنها بحث فریب مغبون مطرح نیست، بلکه لزومی به سوءاستفاده غابن از اعتماد مغبون هم نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۴۱۷). نظریه انصاف ماهوی یک خصوصیت عمده دارد آن هم اینکه برای نظام حقوقی‌ای که آن را می‌پذیرد از پیش مسلم است که در قراردادها چه نوع توزیعی صفت عادلانه را با خود به همراه دارد. این توزیع عادلانه در

خالص‌ترین توجیه‌اش برای اینکه کمترین ارتباط را با طرفین عقد پیدا کند، غالباً به علت غایی عقد یا ماهیت عقد مرتبط می‌شود.

در طرف مقابل، نظریه انصاف رویه‌ای در جستجوی بررسی وقایعی است که میان دو طرف عقد اتفاق می‌افتد (Leff, 1967, p. 487) و دادرسی وجود امکان انتخاب واقعی^{۱۱} را احراز می‌کند (Beatson et al., 2010, p. 211). پیروان این نظریه معتقدند که نمی‌توان از پیش قاطعانه دانست که چه نتیجه‌ای منجر به عادلانه خواندن قرارداد خواهد شد، لذا نتیجه عقد را کاملاً باید به اراده آزاد طرفین واگذار کرد و از هر گونه تحمیل توزیع خاص به بهانه ماهیت عقد اجتناب کرد. صحیح است که انصاف رویه‌ای نخستین‌بار در حقوق غربی به شکلی واضح دسته‌بندی شده است و در مقابل انصاف ماهوی قرار گرفته است، لکن در فقه و حقوق ایران نیز در موارد بسیاری احکامی با هدف حراست از انصاف رویه‌ای وضع شده است. برای مثال فقها گفته‌اند منصفانه‌ترین راه تقسیم مالی که مالکیت آن بین دو نفر مشتبّه است ولی علم اجمالی به تعلق آن به یکی از طرفین وجود دارد منصفه است (مصطفوی، بی‌تا، ص. ۱۵۹). چه از پیش هیچ مرجحی بر برتری یکی از طرفین بر دیگری نیست و منصفه در این حالت حکایت از برابری طرفین دعوا دارد و به راحتی با انصاف رویه‌ای محض قابل توجیه است. قاعده قرعه نیز نمونه تمسک به رویه‌ای است که از نظر فقه و حقوق در مواردی که به انصاف ماهوی دسترسی نیست می‌توان به دست‌آویز آن حکمی صادر کرد (زراعت، ۱۳۸۹، ص. ۹۴؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۱۱۹-۱۱۸). بسیاری از قواعد مربوط به صحت عقود نظیر اینکه طرفین باید عاقل و رشید باشند، برای اعمال همین برابری رویه‌ای است تا طرفین برای معامله‌ای که در آن احتمال سود و زیان (برد و باخت) وجود دارد در شرایط نسبتاً برابری قرار گیرند.

در واقع تنها تفاوت در جهان مدرن تأکید آن بر پذیرش همه‌جانبه انصاف رویه‌ای است. اکنون اعتقاد این است که در جهان مدرن میان مردمان، اجماعی راجع به ماهیت عدالت وجود ندارد و در قراردادهای خصوصی نیز نمی‌توان چنین اجماعی را یافت. نتیجه چنین دیدگاهی نسبت به توزیع منابع ارزشمندی که قرار است با عقد جابه‌جا شود این خواهد بود که اساس و هسته مرکزی هر توافقی در واقع خواست طرفین

است، بنابراین دادرس در صورت ادعای یکی از طرفین مبنی بر غیرمنصفانه بودن نتیجه عقد صرفاً مجاز است که وجود اراده آزاد و احترام طرفین به یکدیگر به عنوان عامل‌های اخلاقی را احراز کند (Murphy, 2002, p. 100). این تقسیم‌بندی به شدت متأثر از نظریه توزیع منابع عادلانه است که در فلسفه سیاسی توسط جان رالز مطرح شده است. وی خود انصاف رویه‌ای را مناسب ساختار بازار آزاد می‌داند و مایل نیست هیچ مفهومی ماهوی از عدالت به قراردادهای خصوصی تحمیل شود (Lovett, 2011, pp. 62-63).

در نهایت باید اشاره کرد که مفهوم انصاف در دو اصطلاح انصاف ماهوی و رویه‌ای مأخوذ از لغت "fairness" است و این امر غیر از انصاف در مفهوم "equity" است که در مورد دادگاه‌های انصاف در حقوق انگلیس به کار می‌رود. هر چند به لحاظ معنای لغوی شاید به نوعی برابر انگاشته شوند (مطیعی و البرزی‌ورکی، ۱۳۹۷، ص. ۱۴۰). انصاف در معنای دوم شامل اصول عامی است که در این دادگاه‌ها به کار می‌رود. در واقع صحیح است که این دادگاه‌ها سعی در اعمال معیارهای منعطف‌تری برای قضاوتشان داشتند و دکترین‌های بسیاری در حقوق کامن‌لا محصول استنباطات این دادگاه‌هاست، لکن انصاف ماهوی آن‌طور که تعریف شد، حتی مورد تردید این دادگاه‌هاست و رویه این دادگاه‌ها حداکثر دکترین قراردادهای ناخواسته را می‌پذیرد (عادل، ۱۳۸۹، ص. ۱۸۳)، که بنابر قول اقوی آن هم متکی بر انصاف رویه‌ای است.

۲-۱. رابطه انصاف ماهوی با قیمت عادلانه

در حقوق قراردادهای از ارسطو به بعد ادعا شده است که قراردادهای معاوضی بنابر ماهیت خود باید از طریق حفظ تناسب قدرت خرید منتقل شده بین طرفین از مفهوم خاصی از عدالت توزیعی حمایت کنند و اگر قرارداد معاوضی ارزش عرفاً متعادلی را منتقل نکند باید سعی در جبران شرایط ناعادلانه کرد. پیداست که طرفداران این نظریه از پیش، خود را عالم به نوعی نتیجه عادلانه که توزیع متناسب عرفی است دانسته‌اند. از این‌رو دادرس مجاز است که ماهیت قرارداد را برای اطمینان از حصول نتیجه موردنظرشان بررسی کند. برخی انصاف ماهوی را محدود به عوضین اصلی نکرده‌اند و قائل به لزوم تعادل شروط قراردادی نیز تحت عنوان انصاف ماهوی شده‌اند (Smith &

297, p. (Atiyah, 2006)، اما در مجموع نظریه غالب انصاف ماهوی آنجا که به مبنای قرارداد مربوط است به همان تعادل متعارف ارزش عوضین اطلاق می‌شود. در مورد اینکه چرا انصاف ماهوی را می‌توان به قیمت عادلانه و ارزش عوضین تقلیل داد اقتصاددانان پاسخ جالبی داده‌اند. آنان به درستی معتقدند که قیمت، کلید درک همه صفات و ارزش‌های عوضین مورد مبادله است. به عبارت دیگر هر تفاوت ماهوی دیگر نظیر عیب یا کیفیت مناسب، خود را در قیمت‌ها متجلی می‌سازد؛ بنابراین برای ارزیابی عادلانه بودن ماهیت عقد ارزیابی تعادل قیمت عوضین کافی است (Smith & Atiyah, 2006, pp. 297-298).

۲. مبانی نظریه انصاف ماهوی

در عصر حاضر دفاع از نظریه‌ای مبتنی بر مفهومی پیشینی^{۱۲} از توزیع عادلانه به آسانی امکان‌پذیر نیست؛ زیرا در فلسفه‌های اخلاق و حقوق کنونی از تحمیل هر گونه مفهومی از خیر که ممکن است مورد توافق همگان نباشد پرهیز می‌شود. با این وجود چهار مبنای اصلی در این زمینه وجود دارد که عمده‌تاً همه در کنار هم برای دفاع از این نظریه مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۲-۱. اتکای انصاف ماهوی بر شهودات اخلاقی

در تأیید انصاف ماهوی گفته می‌شود که معامله‌ای که با تفاوت فاحش قیمت عوضین همراه باشد، وجدان انسان اخلاقی را می‌گذرد، هر چند این جابه‌جایی ثروت در اثر خطای شخصی که از معامله سود برده است نباشد. البته برخی از منتقدان بر این‌اند که نباید قیمت عادلانه، را ملاک ارزیابی عقد قرار داد؛ زیرا این قیمت، میانگین ارزش پولی است که افراد برای یک کالا یا خدمت پرداخته‌اند و معاملات بعدی نیز این تعادل یا میانگین را تغییر خواهد داد (Hobbes, 1997, p. 92). به بیان دیگر نباید اسیر مفهومی که بر ساخته امیال دیگر افراد است، شد. چه، آن چیزی که واقعیت دارد تک‌تک معاملات رخ داده در بازار است که تعادل را می‌سازد نه اینکه تعادل ایدئالی برای معاملات افراد باشد. باین حال پیروان انصاف ماهوی در تأیید موضع خود گفته‌اند که هر گاه معامله معوضی انجام می‌شود معمولاً انتظار طرفین این است که قدرت خرید متعادل می‌ماند

طرفین عقد ردوبدل شود. در چنین حالتی اگر بازار از ثبات نسبی برخوردار باشد اشخاص، بعد از انعقاد معامله نیز می‌توانند کالای خریداری شده خود را دوباره با قیمت مشابهی بفروشند و آنچه را که از دست داده‌اند بازیابند؛ اما در حالتی که اختلاف فاحش میان قیمت توافقی معامله و قیمت بازاری وجود داشته باشد وضعیت عقد به حدی گزنده و غیرقابل چشم‌پوشی می‌شود که نمی‌توان از لحاظ وجدانی نسبت به آن بی‌تفاوت ماند و شهودات اخلاقی وجدان انسان را به اصلاح و جبران این وضع نامطلوب فرامی‌خواند (Gordley, 1981, p. 1617).

۲-۲. لزوم وجود خودآیینی در عقود

در دفاع از انصاف ماهوی و قیمت عادلانه باید به یک نکته اساسی در مورد نحوه شکل‌گیری اراده در قراردادها توجه کرد. افراد در توافق بر سر محتوایی منصفانه در عقد باید اراده آزاد داشته باشند. در این حالت فرض این است که یک طرف عقد تا ورود به معامله را به نفع خود نبیند هرگز تن به آن معامله نمی‌دهد؛ به همین جهت وقتی فردی کالای خود را با دیگری تبادل می‌کند می‌توان نتیجه گرفت که هر طرف بر این باور است که کالای باارزش‌تری را به نسبت کالای قبلی خود دریافت کرده است (انصاری، ۱۳۹۳، صص. ۱۲۰-۱۲۱).

اما در این مورد باید توجه کرد که تصمیم افراد در قراردادها فقط به تهیه کالای باارزش‌تر از کالای خود معطوف نیست. به بیان بهتر این تنها تصمیمی نیست که طرفین عاقل معامله باید قبل از انعقاد عقد بگیرند. در مرحله بعد از تصور مورد معامله آنگاه که طرفین در مورد کالا یا خدمت مورد نظر تدبیر می‌کنند اگر کالا یا خدمت را فی‌نفسه برای خود ارزشمند ببینند، آن را با معامله‌های ممکن مشابه دیگر موجود در بازار نیز می‌سنجند و بعد وارد مرحله صدور اراده انشائی نهایی می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۱، صص. ۲۱۴-۲۱۵). در این مرحله مشتری است که تصمیم می‌گیرد که سریعاً وارد معامله شود، کمی صبر کند یا از جایی دیگر کالا یا خدمت را تهیه کند. بنابراین هر چقدر که معامله‌ای ارزشمند باشد ممکن است در قیاس با سایر معامله‌های ممکن بی‌ارزش باشد یا بالعکس (Gordley, 1981, p. 1617). همین مسئله به ما می‌گوید در شرایطی که شخص به بازار دسترسی ندارد و با جهل به قیمت بازاری یا اضطرار

تصمیم می‌گیرد در واقع ضرورت‌هاست که او را وارد روابط معاملی می‌کند. در واقع در عقود تصمیم‌گیری در مورد نیازهای شخصی در بستری از تصمیماتی که دیگران اتخاذ می‌کنند شکل می‌گیرد و به آنها مرتبط خواهد بود. افراد در حین انجام معامله دائماً می‌اندیشند که اگر بیشتر در بازار بگردند اگر به مغازه دیگری سر بزنند یا صبر کنند می‌توانند معامله بهتری را برای خود بیابند یا نه؟ در شرایطی که امکان برای جستجوی بیشتر در بازار در دسترسشان نباشد افراد تنها از نیاز خود برای کالا می‌توانند اطلاع پیدا کنند، اما نمی‌توانند بدانند که آیا معامله بهتری نیز برایشان ممکن خواهد بود یا خیر؟ با چنین نگاهی به تعیین قیمت سخت است که بتوان مانند برخی ادعا کرد که قیمت تعادلی اساساً قیمت ساخته اشخاص ثالث است که به عقد فعلی که مبتنی بر اصل نسبی بودن قرارداد است ربطی پیدا نمی‌کند (Story, 1892, p. 154).

ضمن اینکه آنگاه که قیمت بازاری در دسترس همگان وجود دارد کسی که به آن قیمت معامله‌ای را انجام می‌دهد بعد از اینکه نیاز خود را به درستی تشخیص داد قطعاً معامله‌ای خردمندانه انجام داده است چه با گشتن در بازار معامله‌ای بهتر و سنجیده‌تر در دسترس نیست. حتی اگر بتوان با صبر برای کاهش قیمت بازاری معامله بهتری را به دست آورد حداقل چیزی که می‌توان گفت این است که در حال حاضر فرد با معامله، عملی نسنجیده در نسبت با عموم مردم انجام نداده است. فردی که به قیمت بازاری معامله کرده است به لحاظ تخمین‌های سود و زیان آینده^{۱۳} چیزی را از دست نداده است (Gordley, 1981, p. 1618)، بنابراین حتی اگر شخص سفیهی اتفاقاً معامله‌ای را به قیمت بازاری انجام داده باشد چیزی را از دست نداده است.

۲-۳. همسویی با هدف قرارداد و منع دارا شدن غیر عادلانه

مبنای قرارداد و همه احکام موجود در حقوق قراردادها باید همسو با جهتی خاص که همان هدف قرارداد^{۱۴} یا علت غایی^{۱۵} آن است تنظیم شود. محققانی که سعی در توجیه مبنای الزام‌آوری قراردادها بدون توجه به هدف آن کرده‌اند، عمدتاً با شکست مواجه شده‌اند (Benson, 2001, p. 276)، لذا غالب نظریه‌ها علی‌رغم اختلاف بر سر چیستی هدف قرارداد، در تعدیل مبنای خود در جهت هدف این نهاد حقوقی اشتراک داشته‌اند و آن را چراغ راه قواعد قراردادها دانسته‌اند.

آنچه ارسطو برای تأمین هدف قرارداد الزامی دانسته است رعایت انصاف ماهوی در عقد است، که به‌عنوان مبنای عقد نیز مطرح شده است. در نگاه ارسطو هدف از زندگی بشر خوب زیستن یا همان سعادت^{۱۶} است (Pakaluk, 2005, p. 47)، افراد نیز برای اینکه زندگی خود را سعادت‌مند سازند باید در جهت کسب فضایل اخلاقی گام بردارند. مسلماً کسب فضایل باید اختیاری اعمال شود، در غیراین صورت نمی‌توان بر آن نام فضیلت نهاد. کسب بسیاری از فضایل اخلاقی مستلزم در اختیار داشتن میزان مشخصی از اموال مادی است (Benson, 2001, p. 286). این اموال مادی باید بر اساس آنچه اقتضای قاعده توزیع در ساختار عدالت توزیعی است در اختیار افراد قرار گیرد.

ارسطو در مورد اینکه چه نظامی از توزیع مناسب‌ترین نوع نظام عدالت توزیعی است و به سعادت جامعه می‌انجامد صراحت ندارد. اما به نظر می‌آید که تمایل ارسطو به نظام‌هایی است که منابع را بر اساس فضیلت بیشتر تقسیم می‌کنند. سیستم آریستوکراسی^{۱۷} منابع را در اختیار کسانی قرار می‌دهد که فضیلت بیشتری دارند. لذا این منابع را برای انجام فضایل به‌کار خواهند گرفت (Aristotle, 2009, p. 85; Aquinas, 1981, p. 1936). در مقابل مردم‌سالاری را با این استدلال می‌توان مرجح دانست که در آن نظام، افراد به لحاظ کمیتی توفیق امتثال تعداد بیشتری از فضیلت‌ها را خواهند داشت (Benson, 2001, p. 287).

بعد از توزیع عادلانه افراد می‌توانند هر مقدار از دارایی خود را بر اساس اختیار خود با قرارداد معاوضی یا رایگان به دیگران واگذارند. البته این قراردادها نیز خود با دو هدف اعمال فضیلت عدالت معاوضی^{۱۸} و یا اعمال فضیلت سخاوت^{۱۹} شکل می‌گیرند. هر دو فضیلت موردنظر ارسطو در واقع علی‌رغم اینکه فی‌نفسه برای قراردادها هدف مستقلاً محسوب می‌شوند، اما در کلیت نظام زندگی بشری هر دو توأمان مکمل و لازمه سعادت، به‌عنوان هدف غایی زندگی نیز هستند.

در دستگاه فکری ارسطو در یک شرایط عادی و معمول در بازار همواره دو امکان در دسترس است، یا شخص به ابزار عقد معاوضی متوسل می‌شود تا مالی به‌دست آورد که آن مال قدرت خرید مشابهی با کالایی که از دست داده را به او بازگرداند و یا اینکه قصد دارد با هدف اعمال فضیلت سخاوت تمام یا بخشی از یک مال را به رایگان به دیگری اهدا کند. در حالت دوم آن‌طور که ارسطو می‌گوید عملی که مبتنی بر فضیلت

سخاوت انجام می‌شود باید نسبت به شخص درست و در شرایط صحیح صورت پذیرد (Aristotle, 2009, p. 61). از این‌رو در مورد اصل ایجاد معاملات رایگان عقلانیت حکم می‌کند که سخت‌گیری‌هایی در جهت احراز اینکه عقد در راستای اصول توزیعی جامعه منعقد شده است یا خیر صورت گیرد. برای نمونه در این سنت راهکارهایی نظیر قبض^{۲۰} یا تشریفات^{۲۱} کردن در مورد آن عقود پیشبینی می‌شود (Benson, 2001, p. 299). در همین راستا اگر در حین معاوضه نیز قرار است اهدای رایگانی صورت گیرد باید اطمینان حاصل کرد که شخص آگاهانه و در شرایط درستی آن را انجام داده است. از این سخت‌گیری‌ها می‌توان نتیجه گرفت که به همین علت است که در دکتترین‌هایی نظیر غبن نیز شرط ایجاد خیار عدم آگاهی به قیمت حین معامله است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص. ۴۱۹).

اختیار افراد برای انعقاد قرارداد را نمی‌توان در خلأ تفسیر کرد بلکه ضروری است به ابزاری که از طریق آن قرار است اختیار خود را اعمال کنند نیز توجه کرد. در حالتی که فرد عقد رایگانی را منعقد می‌کند باید قصد واقعی بازتوزیع منابع را داشته باشد. چه، ابزار عقد رایگان وسیله‌ای است با ماهیت بازتوزیع منابع که شخص قرار نیست قدرت خرید آنچه اعطا کرده است را به‌دست بیاورد. متقابلاً اگر فردی از ابزار عقد معاوضی با اختیار خود استفاده می‌کند باید آثار استفاده از این ماهیت خاص نیز بر اراده او مترتب شود مگر اینکه به‌صراحت بتوان به قصد شخص برای بازتوزیع منابعی که در اختیار دارد پی برد.

درواقع با پذیرش عمومی مردم‌سالاری و تأکید بر توزیع برابر منابع اولیه می‌توان گفت جوامع به هدف اعطای خودآیینی و افزایش کمیته‌ی فضایل بیشتر تمایل نشان می‌دهند. در چنین نظام‌هایی آن میزان از دارایی که مستلزم اعمال انتخاب آزاد و خودآیینی است به افراد اعطا می‌شود و عدالت معاوضی در قرارداد نیز چون از توزیع قبل حراست می‌کند در جهت تقویت و حمایت از خودآیینی افراد قرار می‌گیرد. در این نگاه به جامعه، شخصی که کالایی را با اختلاف فاحش^{۲۱} نسبت به قیمت بازاری فروخته است، خواسته یا ناخواسته توزیع عادلانه جامعه را مختل کرده است و می‌توان تأیید کرد که وی به‌صورت ناعادلانه‌ای دارا شده است. بنابراین باید راهی برای تضمین

توزیع عادلانه جامعه در نظر گرفت که آن اعمال عدالت معاوضی یا اصلاحی است. در نهایت باید گفت با این مبنای نظری است که صرف اختلاف فاحش قیمت اهمیت پیدا می‌کند و می‌توان ادعا کرد که در عقود به‌عنوان «مبنای غبن قاعده لاضرر ترجیح دارد» (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص. ۲۰۹). البته کسانی که لاضرر را مبنای غبن دانسته‌اند مشخص نکرده‌اند که علت حکومت لاضرر جبران کدام ضرر است؟ اما به نظر می‌آید لاضرر فقط در معنای جبران ضرر نسبت به تخصیص منابع ناشی از عدالت توزیعی قابل درک می‌شود. زیرا، در دیدگاه‌های دیگر اختلاف فاحش قیمت صرفاً نشانه‌ای است برای وجود نقصانی در فرایند انعقاد عقد (Murphy, 2002, p. 100) و خود آن فی‌نفسه امر غیراخلاقی یا خلاف عدالت محسوب نمی‌شود. لذا انصاف ماهوی به این معنا مبنای الزام عقد است که در صورت عدم آگاهی به اعطای رایگان، عدم وجود اختلاف فاحش در قدرت خرید منتقل شده در عقد شرط بقای اعتبار و استحکام قرارداد است.

۲-۴. وجود وظیفه حُسن نیت

پیروان انصاف ماهوی معتقدند که طرفین باید با حُسن نیت اقدام کرده و اطلاعاتی که معمولاً برای یک تصمیم‌گیری قراردادی نیاز است را در اختیار یکدیگر قرار دهند. درواقع اگر شخصی از ارزش عوضین قراردادی آگاه نباشد و قیمتی را پیشنهاد دهد که بسیار بیش از ارزش بازاری آن کالا است می‌توان دریافت که به احتمال زیاد او به بازار دسترسی ندارد. مانند اینکه نسبت به کم یا زیاد شدن قیمت‌ها در جهل مرکب به‌سر می‌برد. در چنین شرایطی اقتضای وظیفه حُسن‌نیت این است که طرف آگاه، فرد جاهل به قیمت را از ارزش کالاها مطلع سازد (Smith & Atiyah, 2006, p. 312). لذا اگر این عدم دسترسی به شرایط بازاری برطرف نشود و شخص مقابل از جهل دیگری حتی بدون ارتکاب خطایی بهره‌بردار، دادرسی باید به نحوی خلل وارد شده را جبران کند تا انصاف ماهوی در عقد برقرار شود.

در همین جهت برخی حقوق‌دانان در حقوق کامن‌لا دکتترین معاملات ناخواسته را زمینه‌ای برای تعدیل قراردادهایی می‌دانند که یک‌طرف به دلیل ضعف در قدرت چانه‌زنی ناچار به پذیرش آن شده است؛ لذا از نظر آنان این دکتترین در مورد معاملات که

یک طرف قرارداد از اضطرار یا جهل طرف دیگر قرارداد سود برده و در آن هیچ اقدام خطایی هم مرتکب نشده است قابل اعمال می‌باشد (Smith & Atiyah, 2006, p. 300). در مورد غبن در حقوق ایران نیز شاید بتوان این امر را پذیرفت که شخص آگاه به جهل طرف مقابل، وظیفه داشته است او را به قیمت بازاری آگاه کند تا معامله لازم‌الاجرا باقی بماند. هر چند در این صورت باید گفت این وظیفه اطلاع‌رسانی متکی بر نوعی مسئولیت محض است که حتی با عدم علم به جهل مغبون یا عدم علم به قیمت بازاری توسط منتفع از عقد، باز هم بر عهده او باقی است.

۳. انتقادات وارد به نظریه انصاف ماهوی

نظریه انصاف ماهوی به عنوان مبنای قرارداد از زوایای مختلفی مورد انتقاد قرار گرفته است. در ادامه شرح این انتقادات مختصراً بیان می‌شود.

۳-۱. تردید در معناداری مفهوم قیمت عادلانه

پیروان مفهوم قیمت عادلانه در گذشته با توجه به درک متافیزیکی خاص خود از جهان بعضاً عادت داشته‌اند که برای موجودات ارزش ذاتی^{۲۲} قائل شوند. منظور از ارزش ذاتی این است که برخی می‌پنداشتند که برای مثال انسان چون عاقل است ارزش بیشتری از همه موجودات زنده دارد و موجودات زنده نیز ارزش بیشتری از اشیاء دارند و میان اشیاء نیز مثلاً یک تکه نان با توجه به اینکه مفیدتر است ذاتاً ارزشمندتر از الماس خواهد بود (Gordley, 1981, p. 1604).

همین مفهوم قیمت ذاتی نزد گذشتگان موجی از نقدهای جدی در مورد توجیه نظریه انصاف ماهوی و دفاع از آنچه تحت نام قیمت عادلانه در قرون وسطی رایج بوده ایجاد کرده است. منتقدین بر این عقیده‌اند که قیمت عادلانه، اساساً معنا و مفهوم معقولی ندارد و در قرون وسطی برداشت نادرستی از مفهوم عدالت مورد نظر ارسطو رواج پیدا کرده است (Gordley, 1981, p. 1592).

بسیاری از اقتصاددانان نوین نیز چنین می‌پندارند که مفهوم قیمت عادلانه، اختراع روحانیون مسیحی است که از نحوه عملکرد و مکانیسم بازار آگاهی نداشته‌اند (De Roover, 1958, p. 418). اینان این مفهوم را بیش از آنکه متکی بر دلایل موجه بدانند آن

را محصول دوره‌ای می‌دانند که اگر شخصی خیال تغییر وضعیت و طبقه اجتماعی را در سر می‌پروراند ارباب کلیسا وی را به ارتکاب گناه حرص و آز متهم می‌کردند و با پیشرفت و دنیاطلبی مخالفت می‌کردند (De Roover, 1958, p. 419). این فکر که فیلسوفان عصر مدرن، یعنی هیوم و اسمیت بودند که مکانیسم‌های عملکرد بازار را تشخیص دادند و بشریت را از مفهوم قرون وسطایی و جاهلانه قیمت‌عادلانه رها ساختند و اقتصاد نوین را به وجود آوردند هم‌اکنون نیز بسیار پذیرفته شده است (Fleischacker, 2004, p. 5).

البته در پاسخ می‌توان گفت درست است که گذشتگان نمی‌پذیرفتند که فرایند شکل‌گیری قیمت‌ها در بازار را بتوان به معادلات جبری ریاضی تقلیل داد، اما آنان پذیرفته بودند که انسان آنگاه که به قیمت‌ها می‌اندیشد به کمیابی و هزینه تولید آن نیز اهمیت می‌دهد. لکن در نظر آنان در میان همه این ضرورت‌ها این نهایتاً اراده معقول انسان‌ها بود که قیمتی را در بازار تثبیت می‌کرد (Gordley, 1981, p. 1607). حال آنکه اقتصاددانان مدرن قواعد اقتصادی را بر اصولی ثابت استوار می‌سازند تا همواره بتوان از آن نتیجه ثابت به دست آورد که نوعی جبر را بر زندگی اقتصادی انسان حکم‌فرما می‌کند (Gordley, 1981, p. 1608). بنابراین اگرچه قسمتی از این نقد که درک گذشتگان در مورد روابط بازاری به پیچیدگی اقتصاددانان کنونی نبوده است، پذیرفتنی است؛ اما نمی‌توان ادعا کرد که آنها مفهوم قیمت عادلانه را درک نمی‌کرده‌اند.

۲-۳. ایستایی و عدم توجه به کارایی اقتصادی

یکی از انتقادهای اساسی که به پذیرش انصاف ماهوی وارد شده از منظر تحلیل اقتصادی حقوق است. محور اصلی تحلیل‌های اقتصادی راجع به حقوق بر افزایش کارایی متکی است. در این ساختار تحلیلی، قواعد حقوقی در شرایط کمیابی منابع باید با عقلانیت اقتصادی و به گونه‌ای تخصیص یابد که منجر به افزایش رفاه و یا بنا بر نظری افزایش ثروت شود. اما باید گفت که نظریه انصاف ماهوی و پذیرش پیش‌فرض برابری عرفی عوضین چندان با حداکثرسازی کارایی سازگار نیست. زیرا، پذیرش دکترین‌هایی نظیر غبن بر روابط بلندمدت اقتصادی آثار سوئی دارد و انگیزه برای تولید اطلاعات ارزشمند را از بین می‌برد (Trebilcock, 1993, p. 81).

برای توضیح این آثار مخرب برانگیزه تولید، گاهی حقوق‌دانان به مثالی فرضی متوسل می‌شوند. این مثال از این قرار است که یک شرکت نفت دارای مجوز، بعد از پایان تحقیقات زمین‌شناسی فراوان با بهره بردن از فناوری‌های گران‌قیمت و استفاده از کارکنان ماهر متوجه می‌شود که زیر زمین متعلق به یک کشاورز، منبع نفت عظیمی وجود دارد. این شرکت نفت بدون افشای این اطلاعات، زمین کشاورز را به قیمتی بسیار پایین‌تر از قیمت واقعی آن خریداری می‌کند اما بعد از فروش زمین، کشاورز فروشنده ادعا می‌کند که اگر از ماهیت و ارزش واقعی زمین آگاهی می‌داشت هرگز زمین را با چنین قیمت پایینی نمی‌فروخت (Kronman, 1978, pp. 24-25). در چنین شرایطی پرسش این است که آیا باید اطلاعات مربوط به زمین افشا می‌شد یا خیر؟

براساس نظریه انصاف ماهوی در مثال‌هایی مانند مورد قبل بدون در نظر گرفتن تأثیر آن بر کاهش کارایی باید به صرف عدم پرداخت قیمت واقعی یکی از طرق جبرانی توسط دادگاه در نظر گرفته شود؛ زیرا، پذیرش برابری عرفی عوضین چنین اقتضایی دارد. تنها راه باقیمانده برای دارنده اطلاعات با ارزش این است که پیش از انجام معامله تمام این اطلاعات را در اختیار دارنده زمین قرار دهد که این چنین اقدامی بی‌تردید باعث افزایش قیمت توسط فروشنده خواهد شد. در واقع با این اقدام هزینه سرمایه‌گذاری‌های هنگفت شرکت نفت به رایگان به جیب دارنده زمین خواهد رفت و انگیزه را از تولیدکنندگان این‌چنینی سلب خواهد کرد (Kronman, 1980, p. 489). این انتقاد باعث شده است که جمع بزرگی از حقوق‌دانان متمایل به تحلیل اقتصادی حقوق انصاف ماهوی را به علت الزام طرفین به افشای اطلاعات ارزشمند به‌صورت رایگان، قاعده‌ای مناسب برای تعیین الزام‌آوری قرارداد محسوب نکنند.

۳-۳. خطا در پذیرش تمایز ماهوی میان عقد معاوضی و رایگان

انصاف ماهوی در قالب موازنه بین قیمت کالاها و خدمات معامله‌شده پشتوانه‌ای به قدمت اندیشه‌های ارسطو و شارحین برجسته او دارد. چنان‌که گفته شد ارسطو در دفاع از نظر خود به تمایز ماهوی میان عقود معاوضی و عقود رایگان یا عطایا اشاره کرده است. از نظر او تمایز ماهوی میان عقود معاوضی و رایگان برخاسته از علت غایی یا هدف عقد است. هدف در متافیزیک ارسطو یکی از علل اربعه به‌شمار می‌آید که موجودات برای آن

ساخته شده و به سمت و سوی آن حرکت می‌کنند (Gordley, 1993, p. 26). این هدف دوگانه و متفاوت نیز اعمال دو فضیلت عدالت معاوضی و فضیلت سخاوت است. در این باره باید گفت که دیدگاه فوق نسبت به وجود اعتباری عقد به نظر چندین مقرون به واقعیت نمی‌آید و ارسطوییان برای مفهوم علت یا سبب عقد^{۳۳} بیش از اندازه اهمیت قائل بوده‌اند. بر طبق دکترین سبب یا علت، یک عقد در صورتی لازم‌الاجراست که به یکی از دو علت پیش‌گفته انجام شود (Gordley, 1993, p. 77). این نگاه در ذهن هواداران نظریه انصاف ماهوی این پندار را به وجود آورده است که هر عقد الزاماً یکی از دو سبب پیش‌گفته را داراست و چون اسباب مختلف موجب تغییر ماهیت می‌شوند، باید آن عقود معوض و رایگان را ماهیاتی جداگانه پنداشت (Murphy, 2002, p. 101)، چه به قول برخی از نویسندگان تخصیص در ماهیات محال است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، صص. ۱۴۲-۱۴۳).

همین امر سبب شده است که حتی برخی حقوق‌دانان به این نظر گرایش پیدا کنند که اگر عمل حقوقی رایگانی صورت گرفت به دلیل تفاوت در علت غایی این دو نوع عمل حقوقی، باید آنها را کاملاً از هم متمایز تصور کرد و اعمال حقوقی رایگان را از جرگه عقود بیرون کشید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص. ۶۲)، بنابراین اگر نوعی از ماهیت که دارای قبول عقدی است عقد پنداشته می‌شود سایر ماهیات باید ایقاع پنداشته شوند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، صص. ۵۵-۵۶). البته چنین برداشت‌هایی چندین مطابق واقعیت نیست و تحلیل صحیح قصد فاعل‌های اخلاقی که در ایجاد ماهیات حقوقی نقش اصلی را دارند سبب می‌شود این تمایزها و دیوارکشی‌های سخت‌گیرانه میان این عقود از میان برداشته شود.

در این راستا اگر ابتدا به آنچه فاعل‌های اخلاقی در عقود رایگان مدنظر دارند توجه شود مشخص می‌شود که باید این ذهنیت را زدود که عقود رایگان ایقاع هستند. چه، مثل عقود معوض نیاز به دو قصد آگاهانه برای ایجاد دارند و شخصی که به او هبه می‌شود باید از قصد مورد هبه واقف شدن باخبر باشد وگرنه چنانچه کسی حتی با قصد احسان مالی را سر راهی بگذارد و دیگری آن را بردارد، نمی‌توان آن را هبه نامید (Murphy, 2002, p. 102).

همین امر که متهم باید از قصد واهب مبنی بر ایجاد یک ماهیت حقوقی نظیر هبه

باخبر شود و آن را قبول کند نشان می‌دهد عقود رایگان نیز تکلیف‌زا^{۲۴} هستند. لذا باید گفت از صرف اینکه در مقابل اعطای رایگان پول یا خدمتی ارائه نمی‌شود نمی‌توان نتیجه گرفت هیچ باری هم بر دیگری تحمیل نمی‌شود. علت این هم که مثلاً برای رشوه‌دادن قالب هدیه انتخاب می‌شود همین است که برخلاف ظاهر رایگان آن مسئولیتی عظیم را برگیرنده تحمیل می‌کند که در زمانی نه‌چندان دور باید از پس جبران آن برآید (Murphy, 2002, p. 102). این امر را در فقه امامیه آن دسته از فقهای که عقود رایگان را منت‌زا دانسته‌اند و به این دلیل برای آن قبول را الزامی دانسته‌اند به‌خوبی درک کرده‌اند.^{۲۵}

وجود منت در عقود رایگان به‌خوبی به ما نشان می‌دهد که این امر که عقدی معوض یا رایگان نامیده شده باشد برای شناخت واقعیت رابطه‌ای که بین طرفین ایجاد شده است کفایت نمی‌کند. ای‌سا تملیک‌های رایگانی که از بسیاری جهات از عقود معوض نابرابری بیشتری در آن موج می‌زند. تحقیقات انسان‌شناسانه نیز این امر را تأیید می‌کند که در بسیاری از موارد که تملیک رایگانی واقع می‌شود اتفاقاً طرفین در جایگاه برابری به لحاظ قدرت اعمال اراده نبوده‌اند (Mauss, 1966, p. 51). صدقه‌ای که شخصی به تهیدستی می‌دهد یا کمک‌خرجی که شوهری به زوجه‌ای که استقلال مالی ندارد عطا می‌کند و یا هزینه مخارجی که والدین به فرزندان خود می‌دهند همه و همه در شرایطی واقع می‌شوند که یک‌طرف دست برتری نسبت به یک شخص در اعمال خواسته‌های خود دارد و معمولاً توأم با خواسته‌های ضمنی است. فضیلت یا رذیلت بودن را باید در نیت افراد جست و قواعد حقوقی را تا حد ممکن بر آن استوار ساخت. در طرف دیگر نیز عقود معاوضی همواره محلی برای کسب عوضی برابر نیست تا این غلبه باعث شود بتوان خطی واضح بین ماهیات عقود رایگان و عقود معاوضی قرار داد. در موارد بسیاری عقود معاوضی با هدف توزیع رایگان منابع انتخاب می‌شوند. گاه برای حفظ آبروی اشخاص، هبه در قالبی از معاوضه واقع می‌شود. برای مثال بسیار می‌توان دید که صاحب کارگاهی برای حفظ آبروی کارگر خود هبه خود را در قالب حقوق ماهیانه اعطا می‌کند یا فروشنده‌ای برای جلب مشتری کالاهای خود را به نصف قیمت می‌فروشد به امید اینکه مشتری بعد از استفاده به علت رضایت، برای خرید کالا

به قیمت اصلی هم مراجعه کند و رابطه تجاری پایداری به وجود آید، در مواردی هم افراد با خانواده یا آشنایان خود با اغماض و با قیمت کمتری معامله می‌کنند. از مجموع این مباحث می‌توان نتیجه گرفت که نباید قاطعانه بر تفکیک ماهوی میان عقود معاوضی و رایگان تأکید کرد. بلکه این افراد و نیت‌های آنان است که یک عمل حقوقی را مبتنی بر انسان‌دوستی^{۲۶} و خیرخواهی می‌کند و عقدی دیگر را مبتنی بر منفعت‌طلبی می‌سازد. لذا مرکز ثقل عقد به‌عنوان مبنای توجهی آن را باید در اراده طرفین جست و ظاهر معاوضی یا رایگان عقد نشان از اینکه چه فضیلتی از سوی طرفین در حال اعمال است، نخواهد بود.

۳-۴. ناتوانی انصاف ماهوی در بهبود توزیع عادلانه

انتقاد دیگری که در مورد انصاف ماهوی می‌توان مطرح کرد این است که رعایت آن در قرارداد نمی‌تواند وضعیت توزیع را در جامعه عادلانه نگاه دارد. توضیح اینکه پیروان نظریه انصاف ماهوی در قرارداد آن را مبتنی بر عدالت معاوضی می‌دانند و معتقدند عدالت معاوضی در واقع از توزیع پیشین که مبتنی بر معیار توزیع عادلانه بوده است حفاظت می‌کند و به لحاظ اینکه توزیع پیشین در جهت سعادت جامعه است رعایت عدالت معاوضی و به تبع آن انصاف ماهوی، به این توزیع اخلاقی کمک می‌کند و در نتیجه فضیلت محسوب می‌شود.

باید توجه کرد که چنین استدلالی چندان صحیح نیست؛ زیرا در دکترین‌های مبتنی بر رعایت انصاف ماهوی مانند غبن به این دلیل که از سویی اشخاص مختارند محتوای قرارداد را خودشان تعیین کنند و از سویی دیگر صرفه اقتصادی در تخصیص منابع باید لحاظ شود، دولت نمی‌تواند قیمت‌ها را در بازار تثبیت کند (Gordley, 1981, p. 1622). در چنین شرایطی افراد دانسته یا ندانسته کالاها یا خدماتی را به کمتر یا بیشتر از قیمت بازاری معامله می‌کنند و دادرس هم تا زمانی که انحراف از قیمت بازاری غیرآگاهانه و فاحش نباشد حق اعمال طرق جبرانی ندارد. در نتیجه توزیع در جامعه به مرور زمان به شدت نامتوازن خواهد شد (Lucy, 2007, pp. 331-332). بعد از اینکه توزیع به دلایل مختلف نامتوازن شود حتی اگر انصاف ماهوی در قراردادها رعایت شود باز هم نمی‌توان گفت شرایط تخصیص منابع در جامعه اخلاقی و عادلانه است.

به عبارت بهتر برای حفظ توزیع عادلانه نمی‌توان به اعمال انصاف ماهوی در قرارداد اتکا کرد؛ زیرا انصاف ماهوی حداکثر کاری که می‌تواند برای جامعه انجام دهد این است که وضع سابق را حفظ کند. حال وضع سابق اگر به شدت نامتوازن و ناعادلانه باشد قواعد عدالت معاوضی - که ما را به بررسی رعایت انصاف ماهوی در قرارداد فراخوانده است - حداکثر می‌تواند پاسدار همین وضعیت ناعادلانه باشد یا حتی در مواردی به عمیق‌تر شدن شکاف‌های بی‌عدالتی در جامعه دامن بزند (Patterson, 2010, p. 51).

نمونه‌ای از قراردادهایی که واگذاری قیمت‌ها به بازار و رعایت انصاف ماهوی بر اساس قیمت بازاری نیز به بی‌عدالتی منجر می‌شود قراردادهای کارگر و کارفرما یا در برخی از شرایط قراردادهای اجاره مسکن است. در این قراردادها بسیار پیش می‌آید که دولت‌ها برای حفظ توزیع عادلانه و اخلاقی ثروت در جامعه مستقیم در قیمت‌ها دخالت می‌کنند و مثلاً در قراردادهای میان کارگر و کارفرما حداقل دستمزد تعیین می‌کنند. این حداقل دستمزد تعیینی توسط دولت نیز الزاماً با قیمت تعادلی ناشی از عرضه و تقاضا هماهنگ نیست و از مصالح دیگری پیروی می‌کند.

۳-۵. تردید در وجود توزیع عادلانه پیشین

توجیه نظریه انصاف ماهوی از طریق دارا شدن ناعادلانه سهم‌های توزیع شده منابع، توسط دولت امکان‌پذیر نیست؛ چراکه بنیان آن در تمایز آشتی‌ناپذیری است که ارسطویان میان نهادهایی که وظیفه اعمال دوگونه عدالت را بر عهده داشتند قائل می‌شوند. در واقع از نظر آنان این تنها دولت است که شأنیت اعمال عدالت توزیعی را دارد و نهادهای دیگر حقوقی نظیر قرارداد و مسئولیت مدنی می‌باید صرفاً در حوزه عدالت معاوضی ایفای نقش نمایند. حال اگر قرارداد وظیفه خود مبنی بر پاسداری از توزیع دولت به‌عنوان نماینده جامعه را به‌درستی انجام ندهد و در عقد معاوضی قدرت خرید بازاری متناسبی به طرفین منتقل نشود، یک طرف عقد بخشی از سهم ناشی از عدالت توزیعی طرف مقابل را بر خلاف عدالت (توزیعی) به‌دست خواهد آورد و در نتیجه یک شخص به ناعادلانه یا به هزینه دیگری دارا^{۲۷} شده است (Gordley, 1981, p. 1599).

در رد اندیشه فوق باید گفت که این تقسیم‌بندی قاطعانه از واقعیت به دور است زیرا دولت‌ها در گذشته و حتی عصر مدرن بیشتر از اینکه در اندیشه توزیع ثروت

باشند در اندیشه توزیع و تضمین حقوق اعضای جامعه خود هستند و در امر توزیع ثروت یا دخالت نمی‌کنند یا دخالتشان برای حفظ حداقل‌های لازم برای ادامه معیشت اعضای جامعه‌شان است (Rawls, 2001, pp. 42-43). توزیع ثروت نیز در جامعه با سازوکارهای حقوق خصوصی که مهم‌ترین آنها قرارداد است صورت می‌گیرد (Murphy, 2002, p. 111). بنابراین توزیع پیشینی یا وجود ندارد و یا اینکه این توزیع حداقلی است.

در دیدگاه‌هایی هم که توزیع حداقلی منابع از سوی دولت پذیرفته شده است معمولاً حمایت از این توزیع از طریق قرارداد صورت نمی‌گیرد؛ زیرا اعمال اختیار شخصی افراد بلافاصله منجر به بازتوزیع ثروت خواهد شد. در واقع ممکن است با چند قرارداد که عوضین در آن به‌طور فاحش هم نامتوازن نیست این توزیع حداقلی که از سوی دولت تضمین شده است از بین برود؛ بنابراین تنها خصلت مداخله دادرسی با عناوینی چون وجود نابرابری فاحش عوضین یا غبن این است که آزادی طرفین را محدود سازد (Nozick, 2001, pp. 160-161).

در نهایت اینکه توزیع تضمین‌شده پیشینی که بتوان بر آن نام توزیع عادلانه نهاد یا وجود ندارد یا حداقلی است و معمولاً از طریق مالیات است که این توزیع تضمین می‌شود تا به آزادی قراردادی افراد به‌بهانه حمایت از توزیع دولتی به‌صورت مداوم خدشه وارد نشود. از این‌رو باید گفت هیچ سهم عادلانه پیشینی که از طریق قراردادهای خصوصی مورد تضمین دولت باشد وجود ندارد، چه قرارداد محل جلب منافع بیشتر است. به این ترتیب تنها مبنای نظری که می‌تواند از انصاف ماهوی به‌عنوان یک نظریه مستقل از عیوب اراده حمایت کند نیز ناکارآمد می‌شود و دلیل قانع‌کننده‌ای برای حمایت از آن باقی نمی‌ماند. دکتربین‌هایی نظیر غبن یا قیمت عادلانه نیز اگر قرار باشد مستقل از عیوب اراده اعمال شود چندان به‌کار تنظیم و حمایت از توزیع عادلانه منابع جامعه نمی‌آید و اتفاقاً ابزاری هستند برای بازتوزیع منابع آن‌طور که دارندگان آن تمایل دارند.

۳-۶. تفاوت فاحش قیمت عوضین اماره اثباتی است

ارسطوییان نیک و بد را واقعی یا به‌عبارتی نفس‌الامری می‌دانند. یعنی از پیش می‌دانند

که برای بشر تا زمانی که ساختار فعلی را دارد چه اعمالی بد است و چه اعمالی نیز نیک است (Benson, 2001, p. 281). همین تفکر سبب شده است که ارسطو انجام دادن بعضی اعمال را حتی با دارایی شخصی آنگاه که به دیگران هم ضرر نمی‌زند بد بیندارد. یکی از مواردی که ارسطو درباره آن چندان نظر مساعدی ندارد تغییر توزیع عادلانه جامعه با میل شخصی است، حال چه این تغییر فقط به ضرر خود فرد باشد چه به ضرر دیگران باشد. چنین برداشت شده است که علت توجه به موازنه عوضین حفظ آن میزان از توزیع است که سبب ارتقای زندگی همراه با اختیار می‌شود و خودآیینی افراد را تقویت می‌کند (Benson, 2001, p. 309).

چنین نگاهی به سازوکار حاکم بر جامعه سبب شده است که پیروان آن همواره دو نوع موازنه عمده بین طرفین و موازنه بین عوضین را در مباحث مربوط به عقود، مرکز توجه خود قرار دهند (Murphy, 2002, p. 47). به این منظور همان‌طور که برای طرفین عقد احکامی مبنی بر داشتن قصد و رضا و یا اهلیت برشمرده‌اند، گاهی تا چهار نوع موازنه عمده در مورد عوضین معامله استنباط کرده‌اند.^{۲۸}

در نقد چنین نگاهی باید در نظر داشت که معامله‌ای که حتی به صورت فاحشی بیش از قیمت بازاری انجام شده باشد الزاماً نمی‌تواند نشانه‌ای از این باشد که این معامله آزادانه نبوده و بر اساس درک اخلاقی ما انجام نشده است. نمونه بارز آن معاملاتی هستند که موضوع آن کالاهایی هستند که ارزش شخصی زیادی دارند (Radin, 1987, pp. 1840-1880) یا کالاهایی نظیر لباس‌هایی که در طراحی‌ها عرضه می‌شوند و بسیار بیشتر از قیمت متعارف به فروش می‌روند. عکس این قضیه هم صادق است معاملاتی وجود دارند که می‌توان به صورت عقلانی در مورد غیرمنصفانه بودن نتیجه آن معامله اظهار نظر کرد و دادگاه‌های کامن‌لا هم آن را به دلیل غیرمنصفانه بودن کنار می‌گذارند، حال آنکه به هیچ‌وجه نمی‌توان گفت یکی از موردهای معامله به صورت گزنده‌ای از قیمت بازاری بیشتر است؛ مانند پرونده‌ای که در آن از سوی کارفرما برای آموزش مهارتی خاص با پرستاری که حقوق ماهیانه اش ۱۵۰ دلار است و دارایی چندانی ندارد قرارداد منعقد می‌شود و پرستار برای یادگیری آن مهارت باید ماهیانه از ۱۱۵ دلار از دریافتی خود صرف نظر کند. دادگاه علی‌رغم اینکه به این نتیجه

می‌رسد که قرارداد به ارزش متعارفی منعقد شده است آن را معقول و منصفانه نمی‌یابد؛ زیرا متوجه می‌شود پرستار احتمالاً در جایگاهی بوده است که ارائه‌دهنده خدمات به علت قدرت چانه‌زنی برتر توانسته است اراده خود را به کرسی بنشاند.^{۲۹}

در نهایت باید گفت که خط استدلالی کسانی که می‌خواهند از انصاف ماهوی دفاع کنند به دلیل تأکید بر عوضین عقد به جای تأکید بر طرفین عقد، با چهارچوب‌های نظری عصر جدید هماهنگی ندارد. در جهان مدرن این دو شخص آزاد هستند که اراده خود را همچون روح در کالبد محتوای عقد می‌دمند و تا زمانی که مسائل قراردادی را می‌توان با استناد به اراده و احترام به خودآیینی حل کرد نباید بی‌جهت از نظریه‌هایی کمک گرفت که به این تنه اصلی قابل اتصال نیستند. تمام خصوصیتی که در نظریه انصاف ماهوی وجود دارد را می‌توان از طریق اتکا به یک نظریه انصاف رویه‌ای که در چهارچوب نظریه کلان خودآیینی و اهمیت به اراده طرفین است حل کرد. هر چند نمی‌توان از انصاف ماهوی به عنوان اماره اثباتی نقص در خودآیینی به آسانی گذشت (Saprai, 2010, pp. 94-95).

۳-۷. نفی وظیفه مثبت ناشی از حُسن نیت

در مورد دفاع از انصاف ماهوی از طریق لزوم پایبندی به الزامات ناشی از حُسن نیت ضروری است که بیان شود که بر سر وجود وظیفه حُسن نیت که یکی از پیامدهای آن اطلاع‌رسانی در قرارداد است اتفاق نظری وجود ندارد. با وجود این به تأسی از اندیشه‌های کانت می‌توان گفت: هر چند که وظایف ناقص اخلاقی مانند وظیفه کمک‌رسانی به دیگران نیک است اما در صورت اجتناب شخص از وفای به آن، وی مرتکب تناقض^{۳۰} نشده است (کانت، ۱۳۹۴، ص. ۸۵) و اجرای آن را باید به ترجیحات خود آنان واگذاشت (گایر، ۱۳۹۶، صص. ۲۲۴-۲۲۵)؛ لذا نیازی به سخت‌گیری در اجرای این وظایف از سوی قانون‌گذاران نیست.

در واقع از نظر برخی از حقوق‌دانان موارد این‌چنینی محلی است برای اعمال رقابت‌های قراردادی بر سر سودبردن. از این‌رو وظیفه اطلاع‌رسانی و وظیفه حُسن نیت که نوعی تکلیف ناقص اخلاقی است را نمی‌توان از طریق ابزار حقوقی لازم‌الاجرا ساخت (Ramsay, 2006, p. 140). در نهایت اگر بخواهیم در مورد لزوم وجود انصاف

ماهوی و برابری عوضین تصمیم‌گیری کنیم باید لحاظ کنیم که چون هیچ‌کس وظیفه اطلاع‌رسانی به دیگران را ندارد، نابرابری عوضین هر چند همراه با جهل مرکب طرف مغبون باشد، خللی به عقد وارد نمی‌آورد. ضمن اینکه حتی اگر وظیفه حُسن‌نیت پذیرفته شود، دلیل آن حمایت از توزیعی خاص نیست بلکه نشانی است بر وجود اراده قانون‌گذار از وظیفه مثبت کم‌رسانی برای رفع ضعف موجود در جایگاه عامل اخلاقی و ممانعت از بهره‌برداری از جهل یا اضطراب شخص دیگر. بنابراین آنگاه که مثلاً در قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده و در مورد معاملات ناخواسته می‌خوانیم: «چنانچه دادگاه دریابد که قرارداد یا شرطی از آن در حین تشکیل عقد غیرمنصفانه است، می‌تواند قرارداد را لازم‌الاجرا نسازد یا اینکه قرارداد را بدون آن شرط لازم‌الاجرا نماید، یا اجرای آن شرط غیرمنصفانه را به نحوی محدود سازد که از هر نوع نتیجه غیرمنصفانه اجتناب کند».^{۳۱} صحیح است که انصاف ماهوی اهمیت می‌یابد، اما تقریباً تردیدی نیست که این عدم رعایت انصاف ماهوی باید به همراه خللی در فرایند تشکیل عقد باشد و به ندرت پیش آمده است دادگاهی به صرف عدم رعایت انصاف ماهوی حکم به فسخ یا تعدیل قرارداد دهد (Bix, 2012, p. 91).

بنابراین اگر بپذیریم مطلقاً کسی حق ندارد از جهل یا اضطراب دیگری سود ببرد باز هم مسئله ما به طرفین عقد مربوط است چه قانون‌گذار نمی‌خواهد یک طرف معامله ابزار سود بردن دیگری شود، نه اینکه نفس تفاوت قیمت اهمیت داشته باشد. ضمن اینکه دکترین معاملات ناخواسته به دو صورت قابل تفسیر است. می‌توان آن را در مقام بیان اصل شفافیت معقول^{۳۲} دانست که در این صورت کتمان برخی امور همپایه فریب و حيله است^{۳۳} و یا مبنای آن را وظیفه مثبت حُسن نیت دانست (Smith & Atiyah, 2006, p. 312 and Fried, 2015, p. 78) که در هر دو حالت هم مسئله، انصاف ماهوی و حراست از مفهوم خاصی از عدالت توزیعی نیست بلکه مسئله به پارادایم اساسی حقوق مدرن یعنی احترام به فاعل اخلاقی مستقل بازمی‌گردد.

۴. آثار حقوقی عدم رعایت انصاف ماهوی

به فرض پذیرش انصاف ماهوی به عنوان مبنای الزام‌آوری عقد باید قدری در مورد آثار حقوقی عدم رعایت آن - نظیر بطلان، فسخ یا اصلاح عقد - نیز سخن گفت. البته

مشکلاتی نیز در مورد نحوه جبران عدم تعادل عوضین پیش می‌آید که این موارد غالباً در باب آثار حقوقی آن بررسی می‌شوند.

۴-۱. بطلان و بی‌اعتباری معامله

براساس رویکردهایی که انصاف ماهوی را به‌عنوان مبنایی برای الزام‌آوری قرارداد پذیرفته‌اند، در شرایطی که تعادل عوضین در عقد رعایت نشود پیش‌بینی یکی از طرق جبرانی برای اعاده وضعیت و بازگرداندن توزیع به حالت سابق ضروری است. نکته‌ای که در این مورد بسیار اهمیت دارد این است که اگر بپذیریم لزوم مراعات انصاف ماهوی در قرارداد جنبه اجتماعی برجسته‌ای دارد، بهترین ضمانت اجرا برای عدم مراعات آن بطلان عقد است؛ زیرا، حتی اگر طرفین به معامله غیرمنصفانه رضایت داده باشند به‌رحال این معامله توزیع ثروت در جامعه را نامتوازن ساخته است. بی‌اعتباری و بطلان معامله غیرمنصفانه ماهوی را شاید بتوان از طریق کلام برخی از متفکرین قرون وسطی نیز توجیه کرد. ایشان با دنباله‌روی از ارسطو در جایی که به علت غایبی معامله بی‌توجهی شده است همین حکم را کرده‌اند (Gordley, 1993, p. 49).

با این وجود عملاً بطلان عقد اثری نیست که متفکرین ارسطویی برای عدم رعایت انصاف ماهوی پذیرفته باشند. حتی در مستقل‌ترین مبنای پذیرش انصاف ماهوی نفس توزیع اولیه با این هدف صورت گرفته است که اشخاص، اختیار کسب فضیلت بیشتر را داشته باشند. بنابراین ای‌بسا بخششی در قالب معامله مغایبی رخ داده است که به نفع جریان توزیع ثروت در جامعه نیز بوده است (Murphy, 2002, p. 101). لکن در چنین حالتی باید از دو امر مطمئن شد. اول اینکه آیا شخص واقعاً اراده به انجام معامله همراه با اختلاف فاحش ارزش را داشته است یا خیر؟ ثانیاً اگر قصد چنین بخششی را داشته است؛ آیا در جای درست و زمان درست خود این فضیلت را اعمال کرده است یا خیر؟ برای رسیدن به پاسخ پرسش اول، راه در نظر گرفته شده این است که در عقود مغایبی‌ای که در آن انصاف ماهوی رعایت نشده، قانون فرض را بر عدم آگاهی شخص مغبون می‌گذارد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص. ۳۲۴). به این ترتیب حق فسخی برای مغبون در نظر می‌گیرد تا از آگاهانه بودن بخشش اطمینان حاصل کند. اما پرسش دوم پاسخی فراتر از آگاهی شخص مغبون را می‌طلبد. در واقع گاهی حتی با آگاهی مغبون ممکن

است بخششی که در قالب معامله مغابنی صورت گرفته است عاقلانه و در زمان درست و محل درست انجام نشده باشد. این چنین معامله‌ای را در اصطلاح سفهی^{۳۴} می‌نامند و راه‌حل ارسطویی آنکه مختص معاملات مغابنه‌ای هم نیست بطلان است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ص. ۲۰؛ Gordley, 1993, pp. 237-240). زیرا چنان‌که آمد ارسطو نیکی و بدی را نفس‌الامری می‌داند و برهم‌زدن توزیع ثروت به‌نحوی که هیچ توجیه عاقلانه‌ای مطابق نظام سعادت‌محور او نداشته باشد را رذیلت می‌شمارد.

۴-۲. اعطای حق فسخ

روش دیگری که برای جبران دارا شدن ناعادلانه در حالت عدم رعایت انصاف ماهوی اعمال می‌شود اعطای حق فسخ است. البته این حق فسخ صرفاً از سوی مغبون قابل استفاده است و مغبون‌کننده نمی‌تواند به آن استناد کند (نجفی، ۱۴۲۲، ص. ۱۲۴). نکته مهمی که در اعطای حق فسخ باید لحاظ شود این است که عدم تعادل فاحش باید کاملاً در زمینه عقد و در شرایط خاصی که طرفین با یکدیگر رابطه قراردادی برقرار کرده‌اند، بررسی شود (ماده ۴۱۹ق.م)؛ البته ممکن است دلیلی شخصی کالایی که با توجه به قیمت بازاری ارزش چندانی نداشته است را در رابطه خاص دو نفر ارزشمند کرده باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص. ۳۲۴). این ارزش شخصی نیز می‌تواند قرینه‌ای بر آگاهی یا پذیرش عدم تعادل باشد.

راه‌حل فسخ به‌نوعی با رویکرد ارسطویی که در میان رومیان و در قرون وسطی در جریان بود نیز سازگار است. رومیان ابتدا حق فسخ را فقط برای تفاوت فاحش قیمت زمین پذیرفته بودند. لکن در دوران قرون وسطی به‌تدریج ابتدا حق فسخ برای بایع و مشتری پذیرفته شد و سپس به مواردی غیر از زمین هم گسترش یافت (Gordley, 1993, pp. 65-66). باین‌وجود پرسش دشواری که قائلین به اعطای حق فسخ با آن مواجه هستند، این است که آیا باید بتوان این حق فسخ را پیش از عقد اسقاط کرد؟ اگر قرار است مطمئن شویم که بخششی که در قالب عقد مغابنی صورت گرفته است آگاهانه بوده است شاید مصلحت این باشد که امکان اسقاط این حق پیش از عقد به طرفین اعطا نشود؟ لکن موافقین اعطای اسقاط حق پاسخ گفته‌اند که شخصی که پیش از عقد آگاهانه حق خود را ساقط کرده است به‌طور ضمنی به عدم رعایت تعادل

فاحش عوضین رضایت داده است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۳۸۰). با این حال باز هم اگر مغبون گمان کرده است که عدم تعادل به میزان متعارفی خواهد بود، به نحوی که حتی از این رضایت ضمنی هم نمی‌شد اسقاط آن را استنباط کرد باید حق فسخ را باقی تلقی کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۳۸۰). این مسئله‌ای است که در برخی از آراء دادگاه‌های ایران نیز به وضوح می‌توان آن را مشاهده کرد. برای مثال در رأی شماره دادنامه قطعی ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۹۴۸ قاضی تجدیدنظر با همین استدلال حق فسخ مغبون را در بیع ملک قابل استناد می‌داند.^{۳۵}

۴-۳. امکان اصلاح قرارداد به همراه حق فسخ

سومین اثری که برخی محققین برای جبران برهم‌خوردن توازن عوضین در شرایط عدم رعایت انصاف ماهوی پیشنهاد داده‌اند این است که دادگاه در مواردی راسماً برای بازگرداندن تعادل به قرارداد دخالت کند و با اجبار مغبون‌کننده به بازگرداندن مابه‌التفاوت، عقد را اصلاح کند. فایده این رویکرد این است که هم لزوم قرارداد که برای ثبات و امنیت معاملات در بازار ضروری است حفظ می‌شود و هم ضرر مغبون جبران می‌شود. باید گفت موافقان رعایت انصاف ماهوی معمولاً امکان اصلاح را به تنهایی پیشنهاد نکرده‌اند بلکه بیشتر اصلاح به همراه اعطای خیار فسخ، آن هم برای مغبون‌کننده را مدنظر داشته‌اند. این رویه‌ای است که کد قانون مدنی فرانسه نیز در ماده ۱۶۸۱ در مورد اموال غیرمنقول پذیرفته است.^{۳۶} البته گاهی در شرایط نوسان قیمت‌ها در بازار اعمال حق فسخ نیز به تنهایی وضع را به حالت قبل باز نخواهد گرداند که در این مورد باید صرفاً به اصلاح و تعدیل قرارداد اندیشید. برای مثال می‌توان تصور کرد شخصی سکه طلایی را به ارزش صد هزار ریال به خریدار به قیمت صد و پنجاه هزار ریال فروخته است و او را مغبون ساخته است. حال در زمانی که خریدار می‌خواهد حق فسخ را اعمال کند قیمت سکه دویست هزار ریال شده است. شاید پنداشته شود که در این شرایط ضرر خریدار مغبون جبران شده است و اتفاقاً معامله ضرری قبلی حالا سودآور شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۳۷۹). با این حال واضح است که خریدار سکه باز هم در روز عقد که ملاک محاسبه عدم تعادل ارزش است پنجاه هزار ریال مغبون شده است که اگر این اتفاق نیفتاده بود اکنون او با افزایش قیمت در بازار

صد هزار ریال سود کرده بود. این استدلال وقتی معقول‌تر می‌شود که بدانیم بعد از عقد ریسک کم یا زیاد شدن قیمت در بازار بر عهده مالک است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۶۶۴). بنابراین سود بعدی ناشی از نوسانات قیمت در بازار نباید موجب فراموشی بی‌عدالتی در روز معامله شود.

باین وجود فی‌المثل قانون مدنی ایران در ماده ۴۲۱ حتی با رضایت مغبون‌کننده به پرداخت مابه‌التفاوت قیمت، حق فسخ را برای مغبون پابرجا دانسته است. در توجیه بقای حق فسخ به اصل استصحاب استناد کرده و گفته‌اند که با اثبات خیار، اسقاط آن با پرداخت مابه‌التفاوت تردیدی است که باید با ابقاء مالکان آن را طرد کرد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۶۶۴). برخی نویسندگان حقوقی ایران نیز به این گمان که خیار فسخ غالب ضررها را جبران می‌کند احتمال تعدیل را فقط در فرض غبن حادث مطرح کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۳۷۵). البته ایشان دست‌کم پذیرفته‌اند که انحصار ضمانت‌اجرا در اعطای حق فسخ برخی ضررهای ناشی از منافع اموالی را که در معامله مبتنی بر غبن ملکیتش منتقل شده است را جبران نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۳۷۸)، اما به هر حال به آن بسنده کرده‌اند.

باین حال موافقان اصلاح عقد از دخالت دادگاه در معاملاتی که به قیمت‌گزار انجام شده‌اند دفاع کرده‌اند. این گروه از پیروان نظریه انصاف ماهوی - چنان‌که پیشتر آمد - معتقدند که چون از یک‌سو معاملاتی که در آن طرفین به قیمت‌بازاری دسترسی ندارند به حکم ضرورت اتفاق می‌افتند و از دیگر سو معاملاتی که بر اساس قیمت‌بازاری واقع می‌شوند خردمندانه‌اند، اگر دادگاه در آنها مداخله کند و قراردادهای را تعدیل کند، در واقع طرفین را در شرایطی قرار می‌دهد که گویی قیمت معین‌بازاری وجود دارد. بنابراین اقدام دادگاه را نمی‌توان به‌عنوان طرد خودآیینی^{۳۷} و اراده طرفین محسوب کرد (Gordley, 1981, p. 1619). چنین تعدیل‌هایی البته نه در مورد انصاف ماهوی اما در مواردی نظیر معاملات ناخواسته مثلاً در قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده پذیرفته شده است. در حقوق ایران نیز کسانی که امکان اجبار به تعدیل و اصلاح را در صورت عدم تمایل به فسخ از سوی مغبون پذیرفته‌اند بر این عقیده‌اند که در صورت اصلاح عقد به مقتضای اصل لزوم عقد عمل شده است (جعفری لنگرودی،

۱۳۹۱، ج ۲، ص ۴۱۹).

البته ممکن است گفته شود امکان اصلاح قیمت، ما را با این پرسش مواجه می‌سازد که شاید مغبون‌کننده، معامله را به قیمت بازار نمی‌خواسته است و اجبار به تعدیل خلاف اراده او است. لکن می‌توان قرارداد را به نحوی اصلاح کرد که به‌طور معقولی مطمئن شد که خریدار در آن شرایط باز هم به چنین معامله‌ای رضایت می‌داد. این امر به‌خصوص در مواردی که مغبون‌کننده معامله‌گر حرفه‌ای کالا است، موجه‌تر است؛ زیرا می‌توان پذیرفت که او معامله این کالا را بارها به قیمت روز انجام داده و احتمالاً در این معامله هم به قیمت بازار رضایت می‌داده است (Gordley, 1981, p. 1619).

نتیجه‌گیری

قرارداد محلی برای مبادله منابع موجود در دست طرفین عقد است. مسئله چگونگی تخصیص این منابع پرسشی است در رابطه با هنجار بنیادینی که عمل حقوقی موردنظر بر آن متکی است. در جستجوی این هنجار بنیادین اصولاً دو شیوه اتکا بر انصاف ماهوی و انصاف رویه‌ای مدنظر حقوق‌دانان بوده است. خصوصیت انصاف ماهوی این است که معیاری از پیش برای بررسی عادلانه بودن قرارداد در دست باشد. متقابلاً در انصاف رویه‌ای چنین معیاری از پیش در دست نیست و با فرض عدم وجود توافقی همگانی بر سر ماهیت توزیع عادلانه، پیشنهاد توسل به رویه‌ها و روندهای عادلانه می‌شود. در این راستا پیروان انصاف ماهوی عمده‌ترین معیار ارزیابی ماهوی قرارداد را لحاظ کردن تعادل عرفی ارزش عوضین دانسته‌اند. در انصاف رویه‌ای نیز هدف از وضع رویه‌ها حفظ و حراست از جایگاه برابر طرفین به‌عنوان عامل مستقل اخلاقی است. در دفاع از انصاف ماهوی و معیار تعادل عرفی عوضین، از طریق استناد به شهودات اخلاقی و گزندگی اختلاف فاحش عوضین برای وجدان انسانی استدلال می‌شود. گاهی نیز اختلاف فاحش عوضین را در صورت عدم دسترسی به بازار سبب نقص در شکل‌گیری اراده دانسته‌اند. الزام به رعایت حُسن‌نیت نیز یکی دیگر از دلایلی است که در توجیه رعایت انصاف ماهوی به آن تأکید شده است. در این بین اما همسویی با هدف قرارداد و منع دارا شدن غیرعادلانه مهم‌ترین دلیل توجیه‌کننده انصاف ماهوی است. منتقدین نیز مدعی ایستایی و عدم توجه به کارایی در صورت پذیرش معیار انصاف

ماهوی هستند. ایشان همچنین معتقدند که پیروان انصاف ماهوی در پذیرش تمایز ماهوی میان عقد رایگان و معوض و فرض وجود توزیع عادلانه پیشین در خطا هستند. ضمن اینکه پافشاری بر انصاف ماهوی در بهبود توزیع منابع در جامعه تأثیر چندانی ندارد. در مورد وظیفه حُسن نیت نیز منتقدین یا در جهت نفی چنین وظیفه‌ای کوشیده‌اند و یا اینکه آن را با استدلالی که به نظر صحیح می‌آید به نفع خود مصادره می‌کنند. همچنین باید گفت پیروان انصاف رویه‌ای از توجه به قیمت عادلانه کاملاً غفلت نکرده‌اند و آن را در حد اماره‌ای اثباتی و مهم برای عدم توجه به جایگاه برابر طرفین و خودآیینی آنان لحاظ می‌کنند. فی الواقع می‌توان پذیرفت که بسیاری از عقود که قیمت عادلانه در آن رعایت شده است اما باطلند و در مقابل عقود نیز هستند که قیمت عادلانه در آن رعایت نشده است اما صحیح‌اند. لذا آنچه اهمیت دارد حراست از عاملیت اخلاقی و خودآیینی اشخاص است و تفاوت فاحش قیمت عوضین نقش نشانه‌ای را برای بررسی‌های بیشتر در مورد نظارت بر این هنجار بنیادی را ایفا می‌کند.

در نهایت با این فرض نیز که انصاف ماهوی به عنوان مبنای الزام‌آوری قرارداد پذیرفته شود، عمدتاً سه اثر حقوقی برای آن محتمل است. یکی از آثار حقوقی محتمل را می‌توان بطلان دانست. باین وجود جز در مواردی که معامله کاملاً سفهی باشد حقوق دانان تمایل به بطلان عقد ندارند. اعطای حق فسخ نیز اثری است که گاهی در برخی از نظام‌های حقوقی بر این عدم تعادل فاحش مترتب می‌شود. باین حال اعمال این حق به تنهایی توان جبران ضررهای مغبون را نخواهد داشت و در نهایت نظام حقوقی را از گونه‌ای اصلاح معامله که ممکن است در تقابل با خودآیینی طرفین قرار گیرد بی‌نیاز نخواهد کرد.

یادداشت‌ها

1. Substantive fairness
2. Equality in exchange
3. Just price
4. Will theories
5. Adequacy of consideration
6. Promise theory of contract
7. Consent theory of contract
8. Enforcement

9. Procedural fairness
10. Significant imbalance
11. Absence of real choice
12. A priori
13. Actuarial sense
14. The purpose of contract
15. The ultimate reason
16. Eudaimonia
17. Aristocracy
18. The virtue of commutative justice
19. The virtue of liberality

۲۰. به نظرمی‌آید یکی از دلایلی که گذشتگان به بازتوزیع‌های رایگان به دیده تردید نگریسته‌اند همین امر است. کما اینکه در فقه امامیه نیز فقها قبض را لازمه عقود رایگان دانسته‌اند:

«لاخلاف بین الاصحاب فی ان القبض شرط فی الهبة» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۱۶).

۲۱. گفته شده علت اینکه دادگاه‌ها فقط در مورد اختلاف فاحش است که باید طرق جبرانی را اعمال کنند بیشتر مشکلات عملی است. یعنی به لحاظ نظری باید موردهای معامله در عقد معاوضی کاملاً برابر باشند، اما اگر دادگاه برای مواردی که اختلاف قیمت‌ها فاحش نیست هم در معاملات دخالت کند ممکن است تفاوت قیمت که امر فاسدی است منجر به پذیرش تثبیت قیمت‌ها که افسد از آن است شود، بنابراین دادگاه فقط باید جایی مداخله کند که اختلاف قیمت گزنده و فاحش است (Benson, 2001, p. 312).

22. Inherently worth
23. Cause
24. Onerous

۲۵. «لأن فی إبرائه من الحق الذی له علیه منةً علیه، و غضاضة، و لا یجبر علی قبول المنّة، و تحمّل الغضاضة فإذا لم نعتبر قبوله، أجبرناه علی ذلك...» (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۷۶)، «وإذا وهب ما يستحقه فی الذمة، كان ذلك إبراء بلفظ الهبة، و يعتبر قبول من علیه الحق، لأن فی إبرائه منه منةً علیه، و لا یجبر علی قبول المنّة» (حلبی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۳۰۱).

26. Altruistic
27. Enriched at other's expense

۲۸. برای دیدن چهار نوع موازنه رجوع شود به: جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، صص ۱۸-۲۰.

29. Griesshammer v Ungerer and Miami Studios of Dancing (1958) 14 DLR (2d) 599.

30. Contradiction

31. UCC § 2-302(1) Uniform Commercial Code 2010-2011.

32. Reasonable Transparency

۳۳. بنابر اصل شفافیت معقول طرفین عقد موظفند اشتباهات معقول یکدیگر را که ناشی از عوضین مورد معامله است برطرف کنند (Ramsay, 2006, p. 140; Fride, 2015, p. 78).

34. foolish

35. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/10264>

36. article 1681 du code civil française

۳۷. منظور کانت از خودآیینی خاصیتی است که بر اثر آن اراده مستقل از هر گونه خاصیت موضوعات و متعلقات اراده، قانون خویش است (کانت، ۱۳۹۴، ص. ۱۰۰).

کتابنامه

- انصاری، مرتضی بن محمد (۱۴۱۵ق). *القضاء و الشهادات*. قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- انصاری، مهدی (۱۳۹۳). *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها*. تهران: انتشارات جاودانه جنگل.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰). *فلسفه حقوق مدنی*. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). *فلسفه اعلی*. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). *سیستم‌شناسی در علم حقوق*. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱). *الفارق: دائرة المعارف عمومی حقوق*. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳). *فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل تئوری موازنه*. تهران: گنج دانش.
- حلبی، حمزة بن علی بن زهرة (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع*. قم: مؤسسه الامام الصادق (علیه السلام).
- حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- زراعت، عباس (۱۳۸۹). *قاعده قرعه*. فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۴۰(۱۰۱)، صص. ۹۱-۱۰۷.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: کتابفروشی داوری.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*. قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
- عادل، مرتضی (۱۳۸۹). *قواعد انصاف در نظام کامن‌لا*. نشریه مطالعات حقوق خصوصی، ۴(۱)، صص. ۱۷۹-۱۹۲.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*. تهران: میزان.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). *اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع*. تهران: سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کانت، ایمانوئل (۱۳۹۴). *بنیاد مابعدالطبیعه اخلاق*. ترجمه حمید عنایت. تهران: خوارزمی.
- گایر، پل (۱۳۹۶). *راهنمای خواندن کانت بنیادگذاری مابعدالطبیعه اخلاق*. ترجمه سید علی نقوی‌نسب. تهران: ترجمان علوم انسانی.
- مصطفوی، محمدکاظم (بی تا). *القواعد مائة قاعدة فقهية معنی ومدركا وموردا*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
- مطیعی، انسیه و البرزی‌ورکی، مسعود (۱۳۹۷). بررسی تطبیقی اصل انصاف و اصول عدل و انصاف. نشریه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲۲(۳)، صص. ۱۳۷-۱۶۱.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). *کتاب نکاح*. قم: انشارات مدرسه علی ابن ابی طالب (علیه السلام).
- نجفی، علی بن جعفر (۱۴۲۲ق). *شرح خیارات اللمعه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- Aquinas, St. Th. (1981). *Summa Theologica*. Roman Catholic Church: Christian Classics.
- Aristotle, D. R., & Brown, L. (2009). *The Nicomachean Ethics*. USA: Oxford University Press.
- Barnett, R. E. (1986). A Consent Theory of Contract. *Columbia Law Review*, 86(2), pp.v269-321.
- Beatson, J.; Burrows, A. & Cartwright, J. (2010). *Anson's Law of Contract* (29th ed.). US: Oxford University Press.
- Benson, P. (2001). *The Theory of Contract Law: New Essays (Cambridge Studies in Philosophy and Law)* (1st ed.). UK: Cambridge University Press.
- Bix, B. H. (2012). *Contract Law-Rules, Theory, and Context*. US: Cambridge University Press.
- Code civil. Dernière modification: 2021-12-08. Edition: 2021-12-08. Production de droit.org. <https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf>
- De Roover, R. (1958). The concept of the just price: theory and economic policy. *The Journal of Economic History*, 18(4), pp. 418-434.
- Eisenberg, M. A. (1982). The Bargain Principle and Its Limits. *Harvard Law Review*, 95, 4.
- Epstein, R. A. (1975). Unconscionability: A critical reappraisal. *The Journal of Law and Economics*, 18(2), pp. 293-315.
- Fleischacker, S. (2004). *A Short History of Distributive Justice*. US: Harvard University Press.
- Fried, Ch. (2015). *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (Second ed.). US: Oxford University Press.

- Gordley, J. (1981). Equality in Exchange, 69 Cal. L. Rev., 1587-1656, Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol69/iss6/1>.
- Gordley, J. (1993). *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. US: Clarendon Press.
- Hobbes, Th. (1997). *Leviathan* (Vol. 2). UK: Touchstone.
- Kronman, A. T. (1978). Mistake, disclosure, information, and the law of contracts. *The Journal of Legal Studies*, 7(1), pp. 1-34.
- Kronman, A. T. (1980). Contract Law and Distributive Justice. *The Yale Law Journal*, 89(3), pp. 472-511.
- Leff, A. A. (1967). Unconscionability and the Code. The Emperor's New Clause. *University of Pennsylvania Law Review*, 115(4), pp. 485-559.
- Lovett, F. (2011). *John-Rawls's A theory of justice-a reader's guide*. Continuum International Publishing Group, US.
- Lucy, W. (2007). *Philosophy of private law*. US: Oxford University Press.
- Mauss, Marcel (1966). *The Gift the Form and Functions of Exchange in Archaic Societies*. Translated by Ian Gunnison, Cohen & West Ltd., London.
- Murphy, J. B. (2002). Equality in exchange. *American Journal of Jurisprudence*, 47, pp. 85-121.
- Nozick, R. (2001). *Anarchy State and Utopia*. US: Wiley-Blackwell.
- Pakaluk, M. (2005). *Aristotle's Nicomachean ethics: An introduction*. UK: Cambridge University Press.
- Patterson, D. (2010). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (2^{ed} ed.). US: Wiley-Blackwell Publishing Ltd.
- Radin, M. J. (1987). Market-Inalienability. *Harvard Law Review*, 100(8), pp. 1849-1937.
- Ramsay, M. (2006). The Buyer/Seller Asymmetry: Corrective Justice and Material Non-Disclosure. *The University of Toronto Law Journal*, 56(1), pp. 115-149.
- Rawls, J. (2001). *Justice as Fairness_ A Restatement*. US: Belknap Press of Harvard University Press.
- Saprai, P. (2010). Against Equality of Exchange. *King's Law Journal*, 21(1), pp. 71-95.
- Smith, S. A. & Atiyah, P. S. (2006). *Atiyah's Introduction to the Law of Contract* (6th ed.). US: OUP Oxford.
- Story, J. (1892). *Commentaries on Equity Jurisprudence, Stevens and Haynes*. US: C.C. Little & J. Brown 1846.
- Trebilcock, M. J. (1993). *The Limits of Freedom of Contract*. US: Harvard University Press.
- UNIFORM COMMERCIAL CODE, 2010-2011 Edition Issued in December 2010, The American Law Institute National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.

