

## نقد نظریه سنتی یا لیبرال قرارداد با تأکید بر رویکرد انتقادی روبرتو آنگر

مهدی شهابی\*

استادیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان

مریم جلالی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۵/۲۴ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۴/۱۱/۶)

### چکیده

نظریه سنتی یا لیبرال قرارداد همواره با نقدهای جدی روبرو بوده است. این جستار می‌کوشد تا در چارچوب مکتب انتقادی حقوق و بر مبنای نظریه روبرتو آنگر، از پیش‌گامان این مکتب، به نقد نظریه لیبرال قرارداد پرداخته، چالش‌های آن را تحلیل کند. نظریه آنگر متشکل از اصل و ضد اصل است که نوعی رابطه تقابل بین آن‌ها وجود دارد: آزادی قراردادی اصلی است که در مقابل ضد اصل اجتماع و ضد اصل عدالت و انصاف قراردادی قرار می‌گیرد. نقطه کانونی نظریه آنگر آن است که چون اصل آزادی قراردادی یک اعتبار محض است، نباید به آن اصالت داد. واقعیت‌ها و مقتضیات اجتماعی می‌تواند این اعتباریات را محدود کند و در تعارض با آن قرار گیرد. بنابراین، برای ایجاد توازن، باید واقعیات را بر اعتباریات مقدم دانست. با توجه به اینکه مکتب انتقادی مبتنی بر واقع‌گرایی است، لذا اصولی چون اصل اجرای باحسن‌نیت قرارداد، اصل عدالت و انصاف قراردادی و اصل لاضرر را در تقابل با اصل آزادی قراردادی باید معنا کرد و ضد اصل دانست.

### واژگان کلیدی

اصل آزادی قراردادی، اصل عدالت و انصاف قراردادی، مکتب انتقادی حقوق، نظریه سنتی قرارداد.

## ۱. مقدمه

مکتب حقوق طبیعی مدرن با رویکردی وحدت‌گرایانه، مبنای التزام‌آوری قاعده حقوقی را در انسان (دارنده عقلانیت فطری) جستجو می‌کند و به فردگرایی روی می‌آورد؛ به این ترتیب، اصل آزادی فردی، در ادبیات حقوقی نوین شکل می‌گیرد و از این اصل آزادی فردی، اصول دیگر و از جمله اصل آزادی قراردادی و اصل حاکمیت اراده منتج می‌شود. اصل حاکمیت اراده که ریشه در عقلانیت فطری دارد، به این معناست که اعتبار مفاد قرارداد، تنها ناشی از اراده فرد است (شهابی، ۱۳۹۳، ص ۶۰ و ۶۱). پذیرش این اصل، بی‌تردید اصل آزادی قراردادی را نتیجه خواهد داد و اصول قراردادی دیگر نظیر اصل لزوم، اصل اجرای باحسن‌نیت قرارداد و اصل عدالت و انصاف قراردادی در مرتبه دوم قرار گرفته، در ذیل اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی برآمده از آن تفسیر و معنا می‌شوند (شهابی، ۱۳۹۳، ص ۶۲). این رویکرد که به نظریه سنتی یا لیبرال قرارداد شناخته شده است، از جهات مختلف و از سوی مکاتب گوناگونی نظیر جامعه‌شناسی حقوقی<sup>۱</sup>، مارکسیسم حقوقی<sup>۲</sup>، رویکرد تاریخی<sup>۳</sup>، پراگماتیسم حقوقی<sup>۴</sup>، رئالیسم امریکایی<sup>۵</sup> و مکتب انتقادی حقوق<sup>۶</sup> به چالش کشیده شده است.

مکتب انتقادی حقوق از آغاز قرن بیستم به‌طور جدی پا به‌عرصه گذاشته و هدفش به‌طور خاص، نقد مکاتب حقوقی متافیزیکی و یا وحدت‌گرای گذشته نظیر مکتب حقوق طبیعی مدرن و پوزیتیویسم دولتی است (شهابی، ۱۳۹۴ (الف)، ص ۱۴۷، ۱۴۶). واقعیت آن است که مکتب مطالعات انتقادی حقوق، کثرت‌گرا است؛ یعنی مبنای التزام‌آوری قاعده حقوقی را در یک امر خلاصه نکرده و علل مختلفی برای آن قائل است و با وحدت‌گرایی که به معنای اختصاص یک امر واحد به‌عنوان مبنای التزام‌آوری قاعده حقوقی است، به شدت مخالفت می‌کند. همین کثرت‌گرایی، زمینه واقع‌گرایی و کارکردگرایی مکتب مطالعات انتقادی را فراهم می‌سازد (شهابی، ۱۳۹۴ (الف)، ص ۱۴۴) و موجب می‌شود تا این مکتب در خلال نقد مکتب حقوق طبیعی به شدت به نظریه سنتی یا لیبرال قرارداد تاخته، آن را به چالش بکشد. در این نوشتار سعی بر آن است تا نظریه سنتی قرارداد، به‌ویژه نسبت یا رابطه میان اصول قراردادی در آن، از دریچه مکتب انتقادی و یکی از پیش‌گامان آن، یعنی روبرتو آنگر، ارزیابی شده، نقاط قوت و ضعف نظریه سنتی قرارداد تحلیل شود.

- 
1. Sociology of Law
  2. Legal Marxism
  3. The Historical Approach (Historical School)
  4. Legal Pragmatism
  5. American Realism
  6. Critical Legal Studies (CLS)

به این منظور، در ابتدا مکتب انتقادی حقوق، تحلیل و سپس به نقد نظریه سنتی قرارداد بر اساس چارچوب نظری آنگر پرداخته می‌شود و نسبت یا رابطه‌ای که این نظریه سنتی میان اصول قراردادی برقرار می‌کند، مطالعه می‌گردد.

## ۲. شرحی بر مکتب انتقادی حقوق

نظریه‌های انتقادی از نقد نظام سرمایه‌داری و سازوکار آن آغاز می‌شوند و به چرایی کالا شدن و جنبه اقتصادی پیدا کردن همه وجوه و جنبه‌های زندگی نوین می‌پردازند. این نظریه‌ها درک متفاوتی در مقایسه با رویکردهای آزادی‌خواهی از مقتضیات جامعه داشته، در نتیجه، از چگونگی تعامل میان این مقتضیات و قوانین حاکم بر آن‌ها و همچنین عوامل بقا و پایداری این مقتضیات، تحلیل متفاوتی دارند. هدف نهایی نظریه‌های انتقادی این است که جامعه امروزی را به جامعه‌ای عقلانی، یعنی مبتنی بر چارچوب عقلانیت تجربی کارکرد گرا و جامعه‌ای نقدپذیر بر اساس همین عقلانیت تبدیل کنند (Unger, 1983, P.611). در واقع، نظریه‌های انتقادی رویکردی اصلاح‌گرایانه و انتقادی نسبت به صورت‌گرایی برآمده از عقلانیت لیبرال داشته، با تکیه بر واقع‌گرایی و کارکرد گرایی، این نقد را انجام می‌دهد. واقعیت آن است که نظریه انتقادی در پی شناخت و حذف عواملی است که موجب ایجاد نوعی ساختار اجتماعی شده‌اند که در آن، انسان‌ها در چارچوب ایدئولوژی‌های خاص سیاسی و اقتصادی گرفتارند.

همان‌طور که اشاره شد، این نوشتار در تلاش است تا با نگاهی به مکتب انتقادی حقوق و با تأکید بر اندیشه‌های نقادانه روبرتو آنگر در باب قرارداد، قانون و اجتماع، به‌عنوان چارچوب نظری تحلیل و واکاوی این اندیشه‌ها، برای نقد نظریه لیبرال یا سنتی قرارداد گام بردارد. البته همه دیدگاه‌های آنگر نوعی جنبش مطالعات انتقادی حقوق نیست و بسیاری از مباحث حقوق مسئولیت مدنی و عقود امانی را به مبانی لیبرال ارجاع می‌دهد؛ برای مثال، آنگر مبناي مسئولیت مدنی را همچون دیدگاه‌های لیبرال در اصل تقصیر جستجو می‌کند و در باب عقود امانی، اذن مالک را سازنده امانت برمی‌شمارد و با فوت مالک عقد را منفسخ می‌داند (Unger, 1983, p.559). از این منظر، آنگر از مکتب انتقادی فاصله می‌گیرد، اما در هر حال، نظریات و اندیشه‌های اوست که بنیان این مکتب را فراهم آورده است و همین اندیشه‌ها نظریه‌ای را از قرارداد نتیجه می‌دهد که لیبرال نیست.

اساس نظریه انتقادی حقوق در دهه ۱۹۷۰م در ایالات متحده به‌منزله نقد دکترین‌های حقوقی رایج نظیر حقوق لیبرالی ظهور یافت (سیموندز، ۱۳۸۷، ص ۶۸). نظریه انتقادی به‌طور کلی شاخه‌های مختلف نقد را آزموده است؛ از نقد سیاسی به‌عنوان هدف اولیه تا نقد فرهنگی که از

دهه‌های آغازین قرن بیستم به‌عنوان هدف ثانوی این جنبش مورد بحث بوده است. در این میان و در بین صاحب‌نظران مکتب انتقادی، گفتمانی با عنوان نظریه انتقادی حقوق شکل گرفت که بسیاری از نظریه‌های مطرح در مباحث فلسفه حقوق از جمله حق‌های طبیعی هابز<sup>۱</sup>، لاک<sup>۲</sup>، روسو<sup>۳</sup>، قوانین به‌مثابه فرامین<sup>۴</sup> آوستین<sup>۵</sup> و بنتام<sup>۶</sup>، و حقوق به‌مثابه تفسیر<sup>۷</sup> رونالد دورکین<sup>۸</sup> و عدالت طبیعی (Hunt, 1986, p.8) را عمیقاً مورد تردید قرار داد. نظریه انتقادی حقوق، اگرچه پس از تمامی این رویکردها پا به‌عرصه گذاشت، اما نقد موشکافانه‌اش به‌سرعت همه آن رویکردهای محافظه‌کارانه حقوقی را که توجهی به واقعیات اجتماعی نداشتند، در نوردید و اگرچه به‌علت دراختیار نداشتن ابزارهای قدرت اجرایی، قابلیت عملیاتی نیافته، اما بر سر دکترین‌ها و تفسیرهای گوناگون سایه انداخته است.

این شاخه از نظریه حقوقی، عموماً اصول بسیاری را که مدت‌های طولانی محور نظریه‌های حقوقی فرض می‌شد، انکار کرد که از آن جمله می‌توان به انکار اصل حاکمیت اراده، نقد مردسالاری در چارچوب نظریه‌های فمینیستی<sup>۹</sup> و به‌چالش کشیدن مفهوم نژاد در چارچوب نظریه‌های انتقادی نژاد<sup>۱۱</sup> اشاره کرد.

گفتنی است که مکتب انتقادی حقوق، خود متأثر از مکاتبی چون واقع‌گرایی حقوقی<sup>۱۱</sup> اولیور هلمز<sup>۱۲</sup>، کارل لولین<sup>۱۳</sup> و جروم فرانک<sup>۱۴</sup> (Cf. Krygier, 1987, p.29-31) و نشئت گرفته از بینش‌های مارکسیستی و فرویدی<sup>۱۵</sup> اشخاصی همچون کارل مارکس<sup>۱۶</sup> و آنتونیو گرامشی<sup>۱۷</sup> (Trubek, 1984, p.579)، جنبش ضد جنگ<sup>۱۸</sup> و جنبش حقوق زنان<sup>۱۹</sup> است و همان‌طور که اشاره

1. Thomas Hobbes
2. John Locke
3. Jean-Jacques Rousseau
4. Rules as Commands
5. Austin
6. Jeremy Bentham
7. Law as Interpretation
8. Ronald Dworkin
9. Feminist Theory
10. Critical Race Theory

نظریه یادشده درصدد است تا با استفاده از مبانی رویکرد انتقادی، برتری‌های قومی و نژادی مخصوصاً نژاد سفید را به‌چالش کشیده، با حذف عوامل تبعیض، به نابرابری نژادی خاتمه دهد (Dixon, 2007, p.4).

11. Legal Realism
12. Oliver Wendell Holmes
13. Karl Levelind
14. Jerome Frank
15. Marxist and Freudian Insights
16. Karl Marx
17. Antonio Gramsci
18. Antiwar movement
19. Wemen's Rights Movement

شد، بیش از همه مدیون بنیان‌گذار این مکتب، روبرتو آنگر است که این نوشتار به بررسی نظریه لیبرال قرارداد بر مبنای دیدگاه او اختصاص دارد.

پژوهشی در نظریه انتقادی حقوق نشان می‌دهد که هدف اصلی این نظریه، ستیز با ابتدای قانون بر عقلانیت فطری و ستیز با عمومیت قانون است؛ زیرا ازسویی، عقلانیت فطری می‌تواند برتری اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی را به‌عنوان ارکان نظریه سنتی قرارداد بر اصولی چون اصل عدالت و انصاف قراردادی موجب شود (شهابی، ۱۳۹۳، ص ۶۲؛ Goodrich, 1992, p.201) و ازسوی دیگر، عمومیت یا جامعیت قانون که به‌نظر می‌رسد می‌تواند نتیجه ابتدا بر همان عقلانیت فطری<sup>۱</sup> و یا عقلانیت دولتی باشد، وحدت حقوق و قانون و تصلب قانون را نتیجه می‌دهد. به‌عقیده نظریه‌پردازان انتقادی، این کلیت و عمومیت لحاظ‌شده برای قانون، امری اعتباری است که نظام حقوقی را با نوعی مشروعیت جعلی آراسته است. درست درجایی که طراحان مبانی جامعیت قانون، مفهوم قانون را امری مستقل از واقعیت‌های اجتماعی و اخلاق اجتماعی تلقی می‌کنند، نظریه انتقادی حقوق، حقوق را رشته‌ای مجزا و متمایز از واقعیت‌های اجتماعی نمی‌داند و به‌کلی با بنیان‌های جامعیت قانون در ستیز است (Hager, 1987, p.3). در رهگذر چنین نقدی است که حقوق نه‌تنها مجموعه معین و منسجمی از قواعد و دکترین‌ها نیست، بلکه امری غیرقطعی، ابهام‌آلود و ناپایدار به‌نظر می‌رسد (Cf. Fiss, 1986, p.6-10).

از منظر رویکرد انتقادی حقوق، قانون حتی بیان‌کننده عقلانیت فطری و آموزه‌های آن هم نیست؛ بلکه قدرت سیاسی و اقتصادی بورژوازی را بازتولید می‌کند (Hunt, 1986, p.12). توضیح اینکه طرف‌داران مطالعات انتقادی حقوق بر این عقیده‌اند که حقوق باوجود ادعای بی‌طرفی و عدالت‌خواهی، نه‌تنها بی‌طرف نیست، بلکه نوعی عدالت‌جویی را تداعی و آن را دستمایه تدوین قوانین قرار می‌دهد. حقوق به آشکارترین شکل موجود، آرمان برابری در چارچوب حاکمیت قانون را به‌نمایش می‌گذارد، اما نظریه انتقادی حقوق این آرمان آزادی‌خواهان را صرفاً یک اسطوره فریبنده می‌داند (Hasnas, 1995, p.91). نظریه انتقادی بر این باور است که عدالت‌جویی مبتنی بر قانون، از واقعیت‌ها فاصله دارد و برقراری عدالت و برابری واقعی وعده‌ای صرفاً توخالی است. صاحبان این قلم معتقدند اندیشمندان مکتب انتقادی حقوق، گزارش جامعه‌شناسانه‌تری از قانون در عرصه عمل ارائه کرده‌اند؛ آنچه را متافیزیک بی‌روح حاکم بر نظریه حقوقی می‌دانستند، کنار زدند و از تثبیت آن با مفاهیمی چون

۱. با این استدلال که قانون ابزار مطمئن بیان و تضمین آزادی‌های فردی است و احترام به قانون و جامعیت آن و تفسیر مضیق آن، به تضمین بهتر آزادی‌ها می‌انجامد.

فرمان‌ها، قواعد، هنجارها یا هر اصطلاح دیگری که مبنایی در واقعیت موردنظر آن‌ها نداشت، خودداری کردند.

به‌طورکلی، می‌توان گفت این مکتب همه آموزه‌های لیبرال و طبیعتاً آثار آن در حوزه اجتماع، حقوق و سیاست را رد می‌کند. حتی می‌توان گفت آموزه‌های نئولیبرالیسم حقوقی<sup>۱</sup> را نیز رد می‌کند، اما درعین حال با آن تضاد کمتری دارد و رگه‌هایی از آن، نظیر رویکردهای ضد فرمالیستی و رویکردهای تردیدآمیز به آموزه‌های لیبرال، مانند آموزه آزادی فردی انتزاعی که ناشی از عقلانیت فطری و نه نظم خودجوش است، در مکتب انتقادی پیدا می‌شود. ولی نظریه‌های انتقادی به پراگماتیسم حقوقی، جامعه‌شناسی حقوقی، رویکرد تاریخی و از جهاتی به مارکسیسم کاملاً نزدیک است. به عبارتی، مکتب انتقادی حقوق، مبنای التزام‌آوری قاعده حقوقی را نه عقلانیت فطری می‌داند و نه اراده دولت و اساساً با وحدت‌گرایی که رویکردهای لیبرال یا تحققی دولتی مطرح می‌کنند، مخالف است، زیرا این مکتب، همان‌طور که اشاره شد، اصولاً یک مکتب کثرت‌گرا است (Hager, 1987, p.7) و عقیده دارد که نیروهای اجتماعی مختلف در ایجاد قاعده حقوقی تأثیر گذارند و قاعده حقوقی را نمی‌توان فقط در یک نیروی خاص متمرکز دانست. این مکتب به دلیل پذیرش واقع‌گرایی، صورت‌گرایی برآمده از وحدت‌گرایی دولتی را تعدیل می‌کند، از پراگماتیسم بهره می‌جوید و نوعی کارکرد گرایی را ترویج می‌دهد (Meyerson, 1991, p.442)؛ کارکرد گرایی به این معناست که نهاد حقوقی به میزان کارکرد مؤثر حقوقی‌اش دارای اثر است نه بیشتر؛ با این توضیح که در رویکرد دولتی یا صورت‌گرا، انسان به‌عنوان سوژه سعی می‌کند ماهیت حقوقی به‌عنوان ابژه را در مسیر دلخواهش حرکت دهد و بتواند آن را وسیله اصلاح ساختار سیاسی، اجتماعی و اقتصادی قرار دهد؛ به همین دلیل است که انسان می‌تواند مفهوم و معنای ماهیت حقوقی را بازشناسی کند و حتی آن را تغییر دهد، اما در رویکردهای عملگرا و پست مدرنیسم، انسان تسلطی بر ماهیت حقوقی ندارد؛ بنابراین این رویکردها به سمت کارکرد گرایی پیش می‌رود (شهابی، ۱۳۹۲، ص ۲۴، ۲۵).

تحلیل گزاره‌های مطالعات انتقادی حقوق بیانگر آن است که این مکتب، تک‌تک فرض‌های قانونی پیش‌تر از خود را نفی می‌کند و معتقد است قانون نظام‌ساز و قادر به حل تمام مسائل باید نفی شود، استقلال و بی‌طرفی استدلال حقوقی باید انکار شود و قانونمندسازی روابط بشری از سوی یک دکتترین حقوقی واحد و منسجم باید مورد تردید قرار گیرد (Unger, 1983, p.569)؛ حتی در صورت وجود توافق، دلیلی برای تلقی قانون به‌مثابه عامل تعیین‌کننده رفتار

اجتماعی وجود ندارد (Krygier, 1987, p.33). جمع‌بندی نقدهای یادشده نشان می‌دهد این نقدها عموماً نشانگر اصول زیرند:

- **اصل عدم تعین<sup>۱</sup>**. این اصل به این معناست که پرسش‌های حقوقی پاسخ درست واحدی ندارند (Mayarson, 1991, p.443)، زیرا حقوق بیش از آنکه مجموعه‌ای معین و منسجم باشد، امری مبهم، نامشخص و نامتعین است.
- **اصل ضد شکل‌گرایی<sup>۲</sup>**. در مکتب لیبرال، نوعی صورت‌گرایی متأثر از همان رویکرد انتزاع‌گرایانه یا ارزش‌گرایانه وجود دارد (Weinrib, 1988, p.985)، با این معنا که این مکتب به حفظ صورت و فرم تمایل دارد تا اینکه محتوای اصولی نظیر اصل آزادی فردی حفظ شود و برای حفظ همین محتواست که تفسیر اجتماعی از قانون ارائه نمی‌شود (Altman, 1986, p.214)؛ ولی تحلیل مکتب انتقادی نشان می‌دهد این مکتب، نگرشی ضد شکل‌گرا دارد که طبیعتاً نتیجه رویکرد واقع‌گرایانه و کارکرد‌گرایانه آن است. در سایه چنین تفکری است که اندیشمندان مکتب انتقادی عقیده دارند باید از شکل و فرم گذشت و برای رسیدن به واقعیاتی که موجب تصویب و تثبیت چنین قواعدی شده است، به تفسیر اجتماعی روی آورد (Goodrich, 1992, p.202).
- **اصل تناقض<sup>۳</sup>**. نظریات متضادی اغلب در دکترین حقوقی وجود دارد که بررسی اجمالی آن‌ها نشان می‌دهد هیچ‌کدام از آن‌ها به‌طور کافی منسجم و یا فراگیر نیستند که بتوانیم آن‌ها را نظر غالب فرض کنیم و استدلال حقوقی نمی‌تواند بر هیچ‌یک از آن‌ها تکیه کند، زیرا توسل به هر یک در حکم توسل به قرعه است (Collins, 1987, p.392)؛ مانند اصل آزادی قراردادی و اصل اجرای باحسن‌نیت قرارداد که هیچ‌یک را به‌تنهایی نمی‌توان نظریه‌ای کامل بلکه حتی غالب دانست. در این میان، توجه به این نکته ضروری است که مکتب مطالعات انتقادی حقوق، تنها در نقش یک ناقد تمام‌عیار عمل می‌کند، نه بنیان‌گذار یک اندیشه جدید.
- **اصل حاشیه بودن حقوق<sup>۴</sup>**. این نظام حقوقی نیست که تعیین‌کننده رفتارها و هنجارهای اجتماعی است، بلکه زندگی اجتماعی باید به‌وسیله هنجارهایی برتر از حقوق، نظیر عدالت و انصاف، کنترل شود (Unger, 1983, p.588).

---

1. Principle of Indeterminacy  
 2. Principle of Antiformalism  
 3. Principle of Contradiction  
 4. Principle of Marginality

### ۳. نقد نظریه سنتی قرارداد بر اساس چارچوب نظری آنگر

بررسی دیدگاه‌های روبرتو آنگر بیانگر نقد همه‌جانبه مبانی و منابع حقوق و از آن میان نقد نظریه سنتی قرارداد است. وی ماهیت این نظریه را به چالش می‌کشد و در نقدی بی‌پروا، قدرت ادعا شده برای نظریه سنتی قرارداد را بسیار غیرواقعی می‌داند و جدا شدن بخش‌هایی از حقوق، همچون حقوق خانواده، حقوق کار، تراست و ضد تراست و حقوق شرکت‌ها را از حقوق قراردادها به‌عنوان شاهدهی بر ادعای خود ذکر می‌کند (Ewald, 1988, p.674). منظور از نظریه سنتی یا لیبرال قرارداد، نظریه‌ای است که در آن، اصل حاکمیت اراده بر سایر اصول قراردادی برتری دارد و این برتری به این معناست که اراده خود به‌تنهایی می‌تواند ایجادکننده مفاد یا آثار قراردادی باشد. در این دیدگاه، اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی، بر مبنای عقلانیت فطری و بدون نیاز به تأیید قانون‌گذار شکل گرفته است. اصل لزوم، نتیجه طبیعی اصل حاکمیت اراده قلمداد می‌شود، و حتی اگر قانون‌گذار به آن التفاتی نکرده باشد، اصلی قراردادی است. با توجه به این مقدمات باید گفت اصل اجرای باحسن‌نیت قرارداد و اصل عدالت و انصاف قراردادی، ذیل اصل حاکمیت اراده جای می‌گیرد و معنایی جز التزام به مفاد قرارداد و اجرای مطلوب مفاد قرارداد ندارد. به عبارت دیگر، اصل اجرای باحسن‌نیت قرارداد و اصل عدالت و انصاف قراردادی نمی‌تواند دستاویزی برای هرگونه تغییر در قرارداد (اضافه کردن یا کم کردن تعهدات قراردادی) باشد (شهابی، ۱۳۹۳، ص ۶۸، ۶۹). شایان ذکر است که این معنا و نیز نقشی که اراده در اندیشه سنتی قرارداد داشت و اصل حاکمیت اراده را مبنای اعتبار مفاد قرارداد می‌دانست، در نظام فقهی - حقوقی ایران به دلایل متعدد پذیرفته نشد؛ چراکه در رویکرد فقهی اصل حاکمیت اراده یا توافق اراده‌ها مبنای اعتبار آثار قراردادی نبوده (بجنوردی، ۱/۱۴۲۸، ص ۱۳۶-۱۳۷)، جایگاه آن به روش ایجاد آثار قراردادی تقلیل می‌یابد (شهابی، ۱۳۹۴، ب)، ص ۶۱۲، ۶۱۳). به نظر می‌رسد که مبنای اعتبار مفاد قرارداد را باید در اراده شارع جستجو کرد و اصل حاکمیت اراده را یا در ذیل اراده شارع (میرزای نائینی، ۱۴۱۳، ص ۱۴۱) و به‌عنوان مبنای فرعی اعتبار مفاد قرارداد و یا به‌عنوان روش ایجاد و منبع آثار قراردادی تلقی کرد (شهابی، ۱۳۹۴، ب)، ص ۶۱۳-۶۱۶).

آنگر در انتقادی بی‌سابقه از این نظریه می‌گوید: «نظریه سنتی قرارداد همیشه ثابت کرده است که حقوق‌دانان را در جستجوی یک راه‌حل جامع و مانع قانونی اغوا می‌کند و ادعا دارد که قواعدی عام و کلی تولید می‌نماید؛ درحالی که همواره پرسش‌های بسیاری را در زمینه تعدیل قراردادی، عدالت و انصاف قراردادی و چالش‌های اجتماعی بی پاسخ می‌گذارد»

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک. شهابی، ۱۳۹۴، ص ۶۲۵-۶۰۱.



(Unger, 1983, p.620). با توجه به آنچه گفته شد، اکنون به روشنی درخواهیم یافت که چرا آنگر می‌کوشد با نقد نظریه سنتی قرارداد، تحلیلی ارائه دهد که با شالوده زندگی اجتماعی درآمیزد و دقت و ظرافتی را که چالش‌های زندگی اجتماعی از حقوق مطالبه می‌کند، تأمین سازد. با دقت در نظریه آنگر این چنین دریافت می‌شود که نظریه وی در نقد نظریه لیبرال قرارداد، متشکل از دو طبقه (دسته) اصل و ضد اصل است که تمام بدنه این نظریه را تشکیل می‌دهد. این اصل‌ها و ضد اصل‌ها عبارت‌اند از اصل آزادی قراردادی در مقابل ضد اصل اجتماع و اصل آزادی قراردادی در مقابل ضد اصل عدالت و انصاف قراردادی. قبل از ورود به ماهیت این بحث، باید خاطر نشان ساخت که بحث اصل‌ها و ضداصل‌ها حاصل مکتب انتقادی حقوق نیست، بلکه قبل از این مکتب نیز این بحث مطرح بوده است؛ برای نمونه در منطق لیبرال نیز مبحث اصل و ضد اصل وجود دارد (Horwitz, 1974, p.6)، با این تفاوت که مصادیق آن در مکتب لیبرال با مکتب انتقادی متفاوت است. در مکتب لیبرال، ضد اصل انصاف قراردادی در مقابل اصل آزادی قراردادی برآمده از اصل آزادی فردی قرار می‌گیرد، اما در این دیدگاه، اصول به‌گونه‌ای تفسیر می‌شود که به معنای واقعی کلمه، تضادی بین این اصول وجود نداشته باشد یا آنکه در نهایت این تضادها به حداقل برسد (Cf. Weinrib, 1988, p.995)؛ برعکس، برجسته کردن این اصل‌ها و ضد اصل‌ها، از رهاوردهای مکتب انتقادی است.

در مکتب انتقادی، تعداد اصل‌ها و ضد اصل‌ها افزایش می‌یابد و نسبت‌های متفاوتی با مکتب آزادی‌خواهی بین آن‌ها شکل می‌گیرد. برای روشن شدن بحث و تقریب به ذهن، تأملی بر اصل اجرای باحسن نیت قرارداد کمک‌کننده خواهد بود. اصل حسن نیت هم در دیدگاه لیبرال و هم در دیدگاه واقع‌گرایی وجود دارد؛ با این تفاوت که در دیدگاه لیبرال و نظریه سنتی قرارداد، آن را به اصل اجرای مطلوب مفاد قرارداد تفسیر کرده‌اند و به این ترتیب، ضدیت آن با اصل آزادی قراردادی و اصل لزوم یا اصل التزام برآمده از آن منتفی می‌شود (Fride, 2012, p.4)، ولی در دیدگاه واقع‌گرایی، اصل اجرای باحسن نیت قرارداد به‌گونه‌ای تفسیر می‌شود که این تضاد با اصل آزادی قراردادی برجسته می‌گردد. به عبارت دیگر، اصل حسن نیت به عنوان منشأ تعهدات جدید قراردادی و برای مثال تعهد به مذاکره مجدد برای تعدیل قراردادی مطرح می‌شود و بدیهی است که چنین معنایی از اصل حسن نیت با اصل لزوم برآمده از اصل آزادی قراردادی در تضاد قرار دارد (شهابی، ۱۳۹۴(ب)، ص ۶۱۰، ۶۱۱).

نباید فراموش کرد که اصول بنیادین و چارچوب سازنده مکتب مطالعات انتقادی، مبتنی بر واقع‌گرایی است (اچ بی‌کس، ۱۳۸۸، ص ۱۵۴) و به اعتقاد نگارندگان، همین واقع‌گرایی است که موجب می‌شود مباحثی مثل حسن نیت، عدالت و انصاف قراردادی و لاضرر، در مقابل اصل آزادی قراردادی، ضد اصل به نظر برسد. البته در کنار همه این‌ها باید یادآور شد از آنجا که

مکتب انتقادی حقوق یک مکتب نئومارکسیستی است، برخلاف مکتب مارکسیست، به حذف اصول اولیه نمی‌انجامد، بلکه در این مکتب، ضد اصل‌ها، اصل‌ها را تنها محدود می‌کنند (وکس، ۱۳۸۹، ص ۳۸)، نه محذوف؛ برای مثال می‌توان گفت اصل حسن‌نیت در این رویکرد، اصل آزادی قراردادی و اصل لزوم برآمده از آن را کاملاً حذف نمی‌کند، بلکه بر آن‌ها حاکم می‌شود.

لازم به یادآوری است از آنجا که فضای حاکم بر مکتب انتقادی، فضای کارکرد گرایی است، بنابراین طبیعی است که میان اصل‌های برآمده از چنین فضایی با اصل آزادی قراردادی که برآمده از رویکرد لیبرال است، تضاد و تعارض وجود داشته باشد (Cf. Fried, 2012, p.7)، اما در نسبت میان این اصل‌ها به‌گونه‌ای عمل می‌شود که کارکرد گرایی اقتضای آن را دارد. برای روشن شدن بحث می‌توان به این نکته اشاره کرد که بحث تعدیل قراردادی در چارچوب رویکرد لیبرال و نظریه سنتی قرارداد مجال بروز و ظهور نمی‌یابد، اما در فضای کارکرد گرایی به‌آسانی می‌تواند پذیرفته شود.

باین‌حال، انتقادی که در پی‌ریزی و ایجاد مبانی این مکتب به‌آنگر وارد شده، این است که او محدوده ضد اصل‌ها را مشخص نکرده است (Finnis, 1985, p.28) و همین امر موجب تضاد بیشتر میان اصل‌ها و ضد اصل‌ها می‌شود؛ تاجایی که آشفتگی و بی‌ثباتی را به‌همراه می‌آورد که برای یک نظام حقوقی کارآمد نمی‌تواند مطلوب باشد. برای مثال با بررسی نظریه وی مشخص نمی‌شود که آیا همه واقیعت‌های اجتماعی (برای مثال هرگونه انگیزه اقتصادی) ضد اصل شمرده می‌شوند یا باید ویژگی‌هایی داشته باشند تا به‌عنوان ضد اصل شناخته شوند؛ یا اینکه منظور از عدالت و انصاف قراردادی چیست، مصادیق آن کدام است و حد و مرز آن تا کجاست. باین‌حال، ضد اصل‌های تبیین‌شده از سوی وی، نقطه قوتی نیز دارند. واقیعت این است که این ضد اصل‌ها مانع می‌شوند نظام حقوقی در محاق انتزاع مانده، دچار تصلب شود. انتقاد دیگری که می‌توان به این نظریه وارد کرد، این است که این نظریه، عنصر مهم و اساسی اجتماع و روابط اجتماعی را یک ضد اصل می‌داند؛ درحالی که اجتماع و روابط اجتماعی آن‌قدر گسترده و اصیل است که خود می‌تواند به ایجاد اصل‌های متنوعی بینجامد و یا حداقل تفاسیر جدیدی را به اصول موجود بدهد. آن‌گر خود نیز کم‌وبیش به این موضوع واقف است و درعین‌حال که ضد اصل‌ها را تنها برای محدود و کنترل کردن اصل آزادی قراردادی می‌داند، اما در جای‌جای نظریه خود، از برتری این ضد اصل‌ها بر اصل آزادی قراردادی سخن می‌گوید (Unger, 1983, p.603) و گویی تلویحاً ضد اصل‌ها را به اصل‌ها تبدیل می‌کند.

گفتنی است، حتی در رویکرد لیبرال و نظریه سنتی قرارداد هم بحث محدود کردن اصل آزادی قراردادی مطرح می‌شود (Cf. Kimel, 2007, p.238)؛ چنان‌که تحلیل بحث کنترل اصل

آزادی قراردادی در مکتب لیبرال، نشان می‌دهد که این اصل نمی‌تواند در تعارض با اصل آزادی قراردادی دیگری باشد. به همین دلیل است که در این چارچوب معتقدیم تعهد به ضرر شخص ثالث قابل پذیرش نیست؛ البته پذیرفتن تعهد به نفع شخص ثالث هم هنوز بسیار بحث‌برانگیز بوده و به شکل بسیار محدود پذیرفته شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۱۶؛ Collins, 1987, p.395). از دیدگاه نگارندگان، به‌رحال این امر به‌نوعی کنترل اصل آزادی قراردادی است که در نظریه لیبرال قرارداد به نحو مضیق پذیرفته شده است. وجود همین کنترل محدود هم به این سبب است که در نظریه سنتی قرارداد، ریشه اصل آزادی قراردادی، اصل آزادی فردی است، اما آنچه آنگر مطرح می‌کند، نه به این سبب است که اصل آزادی فردی در رأس است، بلکه در واقع یک دسته هنجارها یا اصول مبتنی بر واقعیت وجود دارد که دست به کنترل اصل آزادی فردی می‌زند (Horwitz, 1974, p.8).

مقایسه دیدگاه آزادی‌خواهی و دیدگاه آنگر در باب محدود کردن اصل آزادی قراردادی نشان می‌دهد که در نظریه آنگر، این محدودیت در جهت خود اصل آزادی فردی نیست، بلکه در تضاد با اصل آزادی فردی است. به همین سبب است که در دیدگاه واقع‌گرایی، اصل حسن‌نیت بر اصل آزادی قراردادی تقدم پیدا می‌کند، ولی در مکتب آزادی‌خواهی، این محدودیت در جهت اصل آزادی فردی است که سبب می‌شود در وجود تعهد به نفع شخص ثالث تردید کنیم و اگر اصل نسبی بودن قراردادها را در نظریه سنتی قرارداد مطرح می‌کنیم، دقیقاً به دلیل اصل آزادی قراردادی است، نه مسائل دیگر همچون واقعیت‌های اجتماعی.

ماهیت و مفهوم اصل و ضد اصل در دو مکتب لیبرال و انتقادی تبیین گردید. چارچوب نظری آنگر در نقد نظریه لیبرال قرارداد نیز مبتنی بر اصل و ضد اصل است که نوعی رابطه تقابل بین آنها وجود دارد. این اصل و ضد اصل‌ها عبارت‌اند از آزادی قراردادی در مقابل اجتماع، و آزادی قراردادی در مقابل اصل عدالت و انصاف قراردادی. در اینجا به‌طور مشروح به بیان ماهیت و آثار این اصل‌ها و ضد اصل‌ها در نظریه آنگر می‌پردازیم:

### ۳. ۱. اصل آزادی قراردادی و ضد اصل اجتماع

اصل آزادی قراردادی شامل اصل آزادی در انتخاب نوع قرارداد، موضوع قرارداد و طرف رابطه قراردادی می‌شود؛ اصلی که آنگر معتقد است ضد اصل اجتماع اجازه نخواهد داد به‌گونه‌ای به‌کار رود که جنبه‌های عمومی زندگی اجتماعی را تخریب کند (Ewald, 1988, p.732). وی پا را از این هم فراتر می‌گذارد و می‌گوید: «انواع تقاضاهای موجود در بازار، انگیزه‌های اقتصادی و اثر متقابل آرمان‌های شخصی‌گرایانه و غیرشخصی‌گرایانه، اصل آزادی قراردادی را تخصیص می‌زند. من نمی‌پذیرم اصل آزادی قراردادی که یک اصل اعتباری است کاملاً بر همه جوانب

زندگی بشری سلطه داشته باشد و نه عدالت و انصاف و نه ارتباطات وسیع اجتماعی نتواند آن را محدود کند؛ بلکه باید این اصل را پذیرفت، اما درمقابل، به جامعه و اصول عدالت و انصاف نیز اصالت داد» (Unger, 1983, p.626).

می‌توان گفت جامعه‌ای که آن‌گر می‌گوید، یک مفهوم عینی دارد که در آن برای مثال اصلی مانند اصل حسن‌نیت، به‌عنوان اصل زمینه‌ساز تغییر مفاد قرارداد و تعدیل آن می‌تواند اصل آزادی قراردادی برآمده از اصل حاکمیت اراده و اصل لزومی را که به‌دنبال آن می‌آید، محدود کند و حتی گاه بر آن تقدم یابد. به‌عبارتی، باید پذیرفت درجایی که اصل آزادی قراردادی و ضد اصل واقعیت‌های اجتماعی با هم مطرح شوند، طبیعتاً در تضاد با هم قرار می‌گیرند (Cf. Collins, 1987, p.402) و جایی که بحث تضاد مطرح می‌شود، بحث بر سر چگونگی شکل‌گیری توازن بین این اصول متضاد پیش می‌آید؛ توازنی که آن‌گر تأکید می‌کند باید بر اساس آموزه‌های واقع‌گرایانه تحقق یابد. به همین علت است که از دید وی، توازن زمانی شکل می‌گیرد که جامعه و ارتباطات اجتماعی بر اصل آزادی قراردادی مقدم باشد (Ewald, 1988, p.684)؛ به‌ویژه وی تأکید می‌کند که حقوق امری اعتباری اما مبتنی بر واقعیات است؛ واقعیاتی که می‌تواند محدودکننده اعتباریات باشد. یادآوری این نکته خالی از فایده نیست که بحث هست‌ها و باید‌ها و نحوه تعامل آن‌ها با یکدیگر در همه مکاتب حقوقی محل بحث و مناقشه بوده است و در مکتب حقوقی اسلام همچنین نگرشی راجع به اعتباری بودن حقوق و ابتدای آن بر واقعیت‌ها وجود دارد (ر.ک. مصباح‌یزدی، ۱۳۸۳، ص ۱۶۵).

درنهایت آنچه آن‌گر بر آن تأکید می‌کند این است که اصول سازنده نظریه سنتی قرارداد با واقعیات زندگی اجتماعی ناسازگار است. نقطه کانونی نظریه وی آن است که چون اصل آزادی قراردادی یک اعتبار محض است نباید به این اعتبار محض اصالت داد. واقعیتهایی نیز وجود دارد که می‌تواند این اعتباریات را محدود کند و در تعارض با آن قرار بگیرد؛ بنابراین برای ایجاد توازن میان این امور، ناچار باید واقعیات را بر اعتباریات مقدم دانست؛ زیرا ضد اصل‌ها نیز اگرچه اعتباری‌اند، اما تعامل و نسبت آن‌ها با واقعیات بیشتر است (Unger, 1983, p.634). جان فینیس در نقد این نظریه می‌گوید در نظریه سنتی قرارداد هم نوعی توازن وجود دارد؛ با این تفاوت که این توازن با کمک اصل برتر ایجاد می‌شود: «حقوق طبیعی و حقوق فردی، اصل‌هایی هستند که خودشان بین اصل‌های درون سیستمی ایجاد توازن می‌کنند» (Finnis, 1985, p.35). برای مثال، اصل آزادی فردی، خود نوعی توازن میان اصل آزادی قراردادی و سایر اصول ایجاد می‌کند، لیکن باتوجه به مباحث پیشین باید گفت طبیعتاً پاسخ آن‌گر به نقد فینیس این خواهد بود که اصل آزادی فردی و اصل آزادی قراردادی از آنجا که اعتباری محض

بوده، و یا به عبارت دیگر، از آنجا که تحلیلی متافیزیکی از آن‌ها ارائه می‌شود، این توازن به‌گونه‌ای است که در نهایت به نفع همان اصول متافیزیکی است و واقعیات را نادیده می‌انگارد. با این حال در تحلیل نسبت اصول قراردادی در نظریه آنگر، بایستی به رویکرد توازنی آنگر و چگونگی ایجاد این توازن توجه کرد. آنگر ایجاد توازن موجود در نظریه خویش و تحقق نتیجه آن را در سه سطح متمایز دنبال می‌کند:

الف) قوانین و رویه‌های معتبر (عینیت‌گرایی شکلی)؛

ب) اهداف، سیاست‌ها و اصول ایدئال (شامل اصل‌ها و ضد اصل‌ها)؛

ج) واقعیت‌های اجتماعی (عینیت‌گرایی ماهوی) (Ewald, 1988, p.715).

برای تشریح این سه سطح، می‌توان گفت در بحث تحلیل نظام‌های حقوقی، دو نوع عینیت‌گرایی وجود دارد؛ عینیت‌گرایی شکلی که به دنبال آن فرمالیسم و شکل‌گرایی مطرح می‌شود و عینیت‌گرایی ماهوی که دربرگیرنده محتواسست و ممکن است امری اجتماعی باشد (Altman, 1986, p.211). برای مثال، قانون، مشخص، گویا، روشن و همگانی است و بر همه به یک شکل بار می‌شود و به همین علت است که می‌گوییم قانون امری نوعی و عینی در مقابل امر ذهنی است؛ اما این عینی بودن ضرورتاً به معنای اجتماعی بودن نیست، بلکه قانون از قسم عینیت‌گرایی شکلی است، زیرا از قانون به‌عنوان یک ابزار عینی برای عینیت بخشیدن استفاده شده است. عینی بودن قانون به این معنا نیست که محتوای آن هم الزاماً عینی - یعنی مبتنی بر واقعیت‌های اجتماعی - باشد. به عبارتی، قانون، قابل سنجش و ارزیابی تجربی است، اما محتوای آن می‌تواند انتزاعی و غیرقابل سنجش باشد. برای تبیین مطلب می‌توان چنین مثال زد که چنانچه محتوای قانون، اصل آزادی قراردادی یا اصل آزادی فردی باشد، این نوعی محتوای انتزاعی در قالب یک ابزار عینی است. به عبارت دیگر، باید دانست که عینیت‌گرایی شکلی همواره به عینیت‌گرایی ماهوی نمی‌انجامد، بلکه عینیت‌گرایی شکلی می‌تواند نتیجه رویکرد ارزش‌نگر و انتزاعی‌گرا هم باشد؛ اصل آزادی قراردادی می‌تواند عینیت‌گرایی شکلی را به‌خدمت بگیرد (Weinrib, 1988, p.981)، ولی قطعاً به عینیت‌گرایی ماهوی نمی‌انجامد؛ نظیر آنچه در انقلاب کبیر فرانسه و قانون مدنی آن روی داد.

بنابر آنچه گفته شد، منظور آنگر از قوانین و رویه‌های معتبر که در سطح اول بیان می‌کند، عینیت‌گرایی شکلی است که دقیقاً به همین علت، متناظر با فرمالیسم است.

در خصوص سطح دوم - به‌عنوان چارچوب تشکیل‌دهنده این نظریه - یعنی اصل‌ها و ضد اصل‌ها، باید گفت این‌ها از قسم امور اعتباری‌اند و ضرورتاً ریشه در امور واقعی ندارند. حتی

اگر قائل شویم که ضد اصل‌ها گاه ممکن است در امور واقعی ریشه داشته باشند، اما اصل‌ها همچنان اموری انتزاعی بوده، ریشه در امور واقعی ندارند (Goodrich, 1992, p.213)؛ بنابراین همان‌طور که اشاره شد، تضاد بین آن‌ها اجتناب‌ناپذیر است. برای تعدیل همین تضاد و ایجاد توازن است که آن‌گر سطح سوم یعنی واقعیت‌های اجتماعی (عینیت‌گرایی ماهوی) را مطرح می‌کند و از آن با عنوان «مفاهیم ممکن و مطلوب ارتباطات انسانی که در مراتب مختلف زندگی اجتماعی وجود دارد» (Unger, 1983, p.558)، یاد می‌کند. سطح اول یعنی عینیت‌گرایی شکلی و سطح دوم یعنی اصل‌ها و ضد اصل‌ها، هر دو مبتنی بر سطح سوم یعنی عینیت‌گرایی ماهوی‌اند، به عبارتی، در نظریه آن‌گر، عینیت‌گرایی ماهوی یا همان واقعیت‌های اجتماعی، اساس و بنیان اهداف، سیاست‌ها و اصول ایدئال و همچنین قوانین و رویه‌های معتبر را تشکیل می‌دهند و حرکت از عینیت‌گرایی ماهوی-واقعیت‌های اجتماعی- به سمت چارچوب این نظریه-اصل‌ها و ضد اصل‌ها- و سپس به سمت قانون و رویه قضایی است.

برای تبیین بحث باید اشاره کرد که سطح دوم یعنی اصل‌ها و ضد اصل‌ها، چارچوب تفسیری برای سطح اول قواعد یعنی قانون و رویه‌های قضایی ایجاد می‌کند؛ به این معنا که در دیدگاه آن‌گر تفسیر هر نوع قانون یا رویه قضایی باید بر اساس اصل‌ها و ضد اصل‌های ارائه شود و در نظریه وی و در چارچوب آن‌ها ارائه گردد و سطح سوم یعنی عینیت‌گرایی ماهوی، مشخص‌کننده این اصل مهم است که این چارچوب تفسیری (سطح دوم) برای قوانین (سطح اول)، با توجه به ارتباطش با واقعیت‌های اجتماعی نباید تفسیری متن‌محور و مضیق باشد، بلکه با توجه به اینکه اساساً ریشه قانون و اصل‌ها و ضد اصل‌ها در عینیت‌گرایی ماهوی است، باید تفسیری انعطاف‌پذیر، موسع و مبتنی بر روابط و واقعیت‌های اجتماعی باشد. این درحالی است که از نظر برخی، در رویکرد لیبرال اساساً سطح سوم یعنی عینیت‌گرایی ماهوی محذوف است و در قسمت دوم هم فقط سخن از اصل‌هاست نه ضد اصل‌ها (Kimel, 2007, p.240)؛ چراکه ضد اصل‌ها نیز از آنجا که ریشه در واقعیات اجتماعی دارند، در نظریه‌های لیبرال جایگاهی ندارند و به این ترتیب، تفسیر قوانین یعنی عینیت‌گرایی شکلی بر اساس نوعی ذهنیت‌گرایی یا اعتبارگرایی انجام می‌شود.

### ۲.۳ اصل آزادی قراردادی و ضد اصل عدالت و انصاف

در ادامه نقد نظریه سنتی قرارداد، آن‌گر پس از تقابل میان اصل آزادی قراردادی مبتنی بر رویکرد لیبرال و ضد اصل اجتماع، این بار ضد اصل عدالت و انصاف را در مقابل اصل آزادی قراردادی قرار می‌دهد و ضد اصل‌های یادشده را امری حیاتی برای تعدیل اصل آزادی قراردادی که امری انتزاعی است، می‌داند. از نظر وی «این ضد اصل‌ها برای تعدیل خودسری‌ها

و قدرت‌های نابرابر چانه‌زنی افراد است... و از اینکه افراد جامعه چون قماربازان حرفه‌ای با هم معامله کنند، ممانعت به عمل می‌آورد» (Unger, 1983, p.661). برای مثال، چنانچه قائل باشیم که اصل حسن‌نیت، تعهد به مذاکره مجدد در مفاد قرارداد را ایجاد می‌کند و نه تعهد طرفین به اجرای مطلوب تعهدات قراردادی، این به آن معناست که برخلاف نظریه سنتی قرارداد و برای ایجاد توازنی که آنگر در نظریه خویش به دنبال آن است، اصل حسن‌نیت را ذیل اصل حاکمیت اراده معنا نکرده‌ایم و حدود و ثغور آن را بر اساس اصل حاکمیت اراده برآمده از اصل آزادی فردی مشخص نساخته‌ایم (شهابی، ۱۳۹۴ (ب)، ص ۶۱۰-۶۰۹). بلکه به دنبال ابتدای عینیت‌گرایی شکلی و اصل‌ها و ضد اصل‌ها بر عینیت‌گرایی ماهوی و واقعیات اجتماعی هستیم و با توجه به این امر که سطح سوم یعنی عینیت‌گرایی ماهوی چارچوب تفسیری اصل‌ها و ضد اصل‌هاست، در نتیجه، هرگونه تفسیری از عینیت‌گرایی شکلی و اصل‌ها و ضد اصل‌ها باید موسع و انعطاف‌پذیر باشد. بنابراین بر طبق نظریه آنگر، اصول برتر قراردادی، اصل عدالت و انصاف قراردادی است و اصل حسن‌نیت ذیل این اصول معنا می‌شود. نتیجه این امر در واقع، تحمیل مفاهیم خارج از قرارداد بر قرارداد و غلبه ضد اصل عدالت و انصاف بر اصل آزادی قراردادی است؛ امری که البته فینیس با آن مخالف است و آنگر را این‌چنین مخاطب نقد خویش قرار می‌دهد: «خطوطی که شما برای اصلاح هر قرارداد در نظر می‌گیرید، خود نوعی خودسری و بی‌ضابطگی است» (Finnis, 1985, p.38)، زیرا در این صورت، نقش قضات در اداره قرارداد افزایش یافته، قاضی به نام عدالت و انصاف، خود را نه تابع قاعده و ضابطه، بلکه تابعی از تحولات زمان و مکان خواهد دانست. پس در نتیجه، چنین نظریه‌ای هیچ‌گاه نمی‌تواند یک نظام حقوقی دقیق و نظام‌مند به وجود بیاورد.

تأثیر چنین دیدگاه‌های متعارضی در رویه قضایی فرانسه به‌خوبی مشهود است. در سال ۱۹۹۲م، شعبه تجاری دیوان عالی در رای مشهور به Huard، استدلال می‌کند<sup>۱</sup> که بند سوم ماده ۱۱۳۴ ق.م. متضمن تعهد به مذاکره مجدد برای طرفین رابطه قراردادی است که با انعقاد قرارداد به صورت بالقوه شکل می‌گیرد، اما با تغییر اوضاع و احوال اقتصادی به فعلیت می‌رسد؛ به این ترتیب، از نظر دیوان، اصل حسن‌نیت آن‌گونه که نظریه سنتی قرارداد ایجاد می‌کند، نه تنها ذیل اصل حاکمیت اراده نیست، بلکه اصل حسن‌نیت حاکم بر اصل حاکمیت اراده و لزوم قراردادی برآمده از آن نیز دانسته شده است و این مسئله دقیقاً همان تفوق عینیت‌گرایی ماهوی بر عینیت‌گرایی شکلی در نظریه آنگر است. در سال ۲۰۰۷م، در تغییر

1. Cass. Com, 31 mars 1992 : RJDA 1992, n° 552 : 447

۲. قراردادها باید با حسن‌نیت اجرا شود.

«Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi».

موضعی آشکار و برخلاف فضای حاکم که در آن رویکردهای اجتماعی تقویت، و مفهوم حق و اراده تضعیف شده بود، شعبه تجاری دیوان رأیی همگام با رویه قضایی سال ۱۸۷۶م صادر و این‌گونه استدلال می‌کند که اگرچه قاعده‌ای که بر اساس آن قراردادها باید با حسن‌نیت اجرا شوند، به قاضی اجازه می‌دهد برای کاربرد غیرصادقانه یک حق یا امتیاز قراردادی، ضمانت اجرا قائل شود، ولی به قاضی اجازه نمی‌دهد به حقوق و تعهدات قراردادی که مطابق با قانون ایجاد شده‌اند، ضربه بزند<sup>۱</sup> و این به آن معناست که اصل حاکمیت اراده، حاکم بر اصل حسن‌نیت است و اصل اخیر باید در چارچوب اصل حاکمیت اراده و در ذیل آن معنا شود (Mazaud, 2007, p.1113-1114).

شایان ذکر است که با توجه به آنکه در نظام فقهی - حقوقی ایران مبنای اعتبار مفاد قرارداد اراده شارع است، این مبنا موجب شده که اصل لاضرر و اصل نفی عسر و حرج که بیان دیگری از اصل عدالت و انصاف قراردادی و اصل اجرای باحسن‌نیت قرارداد است، بر تمام ابواب فقه، از جمله عقود و به‌ویژه بر اصل لزوم قرارداد حکومت کند (بجنوردی، ۱۴۲۸، ص ۲۳۳-۳۳۲؛ حسینی مراغه‌ای، ۱/۱۴۱۷، ص ۲۸۶ و ۲۸۷) و در نتیجه به ضد اصل‌های آن‌گر نزدیک شده، از این منظر با آن قرابت یابد. برای مثال در حقوق ایران نیز چنانچه قرارداد ساختی به ارزش پانصد میلیون تومان منعقد شود و سپس در اثر تغییر اوضاع و احوال قراردادی، هزینه نهایی ساخت یک میلیارد تومان برآورد گردد، با استناد به اصل لاضرر و اصل نفی عسر و حرج، مابه‌التفاوت قیمت بر متعهد تحمیل نخواهد شد؛ به این ترتیب، بهم‌خوردن تعادل قراردادی با استناد به اصول پیش‌گفته موجب خدشه وارد کردن بر اصل لزوم قراردادی و برای مثال تعهد به مذاکره مجدد خواهد شد (شهابی، ۲۳۹۴ (ب)، ص ۶۲۱-۶۲۰).

در ادامه نقد نظریه سنتی قرارداد، آن‌گر میان دو دسته فسخ‌های غیرقانونی و فسخ‌های بدون تقصیر تمایز قائل می‌شود. وی معتقد است، وجود ضد اصل‌های عدالت و انصاف قراردادی و همین‌طور ضد اصل اجتماع موجب می‌شود حق فسخ‌ها را به دو دسته فسخ‌های بدون تقصیر و فسخ‌های غیرقانونی تقسیم‌بندی کنیم و اولی را دارای اثر حقوقی فسخ قرارداد، و دومی را فاقد این اثر بدانیم (Unger, 1983, p.662). این تقسیم‌بندی در نظریه سنتی قرارداد چندان مورد توجه قرار نگرفته است و اساساً وجود چنین تمایزی در این نظریه ناموجه جلوه می‌کند؛ چراکه در این نظریه تمامی حق فسخ‌های ایجادشده برای طرفین رابطه قراردادی مبنای خود را در اصل آزادی اراده باز می‌یابند و تمایز قائل‌شده میان این حق فسخ‌ها و فاقد اثر دانستن دسته‌ای از آن‌ها، مخالف اصل حاکمیت اراده است؛ چراکه بر اساس اصل یادشده، هر دارنده حق فسخی، تنها به صرف اعمال حقش - صرف‌نظر از جهت و انگیزه ذوالخیار - بی‌شک

1. Cass. com.1.juillet2007, Porvoit N. 6-14:768.



می‌تواند عقد را فسخ کند. درحالی که از منظر آنگر، اگر فسخ صرفاً بر مبنای محاسبات شخصی سودانگاران انجام پذیرد و زمینه سوءاستفاده از حق را فراهم آورد، قابل پذیرش نیست (Ibid, p.668)؛ بنابراین، از منظر آنگر مبنای فسخ قانونی یا بدون تقصیر، وجود اشتباه یا غفلتی در قرارداد است که مربوط به سودآوری تجاری و منفعت‌طلبی شخصی نیست. باین‌حال، فینیس این مبانی را «به‌عنوان بنیان‌هایی برای فسخ قرارداد، بیش‌ازحد شکننده» می‌داند و درعین‌حال که با اصل وجود چنین تفکیکی برای حق فسخ‌ها موافق است، ولی ضابطه ارائه‌شده از سوی آنگر برای تمایز میان آن‌ها را موجب اختلال و بی‌نظمی در نظام حقوقی و درنهایت تعارض آرای صادره از سوی دادگاه‌ها می‌داند (Finnis, 1985, p.32).

آنگر حتی در برتری ضد اصل عدالت و انصاف بر اصل آزادی قراردادی (انتخاب شروط و شرایط قراردادی)، آن‌چنان راه افراط می‌پیماید که معتقد است مقتضای چنین ضد اصلی این است که در موارد فسخ بدون تقصیر (یا غیرمقصرانه)، خسارات ناشی از فسخ باید مطابق با درجه اشتباه یا غفلت فسخ‌کننده، برآورد و مطالبه شود (cf. Unger, 1983, p.669)؛ امری که به‌راستی اصل آزادی قراردادی و اصل لزوم برآمده از آن را به حاشیه می‌راند و فینیس نیز به‌عنوان یک طبیعت‌گرا به‌شدت با آن مخالف است. فینیس معتقد است که با قبول چنین فسخ‌هایی، با غفلت‌هایی سنجش‌ناپذیر، هزینه‌های غیرقابل پیش‌بینی، دادخواهی‌های گسترده و موقعیت‌هایی پیچیده روبرو خواهیم شد که ثبات قراردادها را- که رهاوردهای نظریه لیبرال قرارداد است- به‌شدت به خطر می‌اندازد (Finnis, 1985, p.35).

همچنین، آنگر دامنه اصل عدالت و انصاف را آن‌چنان گسترده درنظر می‌گیرد که در بسیاری از موارد به‌جای آنکه این اصل موجب تعدیل خودسری‌های افراد و نیز تعدیل قدرت نابرابر چانه‌زنی طرفین شود و درنهایت به اصلاح قرارداد بینجامد، زمینه سوءاستفاده افراد را فراهم می‌کند (Hasnas, 1995, p.119)؛ امری که با الثفات به مباحث پیش‌گفته، کاملاً با هدف آنگر از ایجاد چنین ضد اصل‌هایی مغایر است. از دیدگاه فینیس، نظریه سنتی قرارداد بدون نیاز به چنین ضد اصل‌های پیچیده‌ای نیز دربردارنده اصول اخلاقی عدالت و انصاف، نظیر احترام به تعهدات متقابل است و از آنجا که آنگر خود نیز به‌طور تلویحی و ضمنی به وجود اصول اخلاقی عدالت و انصاف در نظریه سنتی قرارداد معترف است، بنابراین برای ترسیم بسیاری از خطوط روشن قواعد قراردادها، مانند مسئولیت‌های قراردادی، عقود امانی و تراست، به نظریه کلاسیک ارجاع دهد (Unger, 1983, p.559).

باوجوداین، او همچنان بر نظریه خود پای می‌فشارد و درحالی که گاه به نواقص آن معترف است- نظیر آنکه این نظریه راه‌حلی ضابطه‌مند و جامع برای آشتی میان اصل آزادی قراردادی و ضد اصل‌های عدالت و انصاف و نیز ضد اصل اجتماع ارائه نمی‌کند- اما همچنان

بر این باور است که نظریه او از بسیاری جهات بر نظریه سنتی قرارداد برآمده از اندیشه حقوق طبیعی برتری دارد.

#### ۴. نتیجه

هدف اصلی نظریه انتقادی حقوق در حوزه قراردادها، ستیز با مکتب حقوق طبیعی و رهاورد این مکتب در حقوق قراردادها یعنی اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی به عنوان اصول برتر قراردادی است که ارکان نظریه سنتی قرارداد را تشکیل می‌دهند. در این نظریه، اصل اجرای باحسن نیت قرارداد و اصل عدالت و انصاف قراردادی ذیل اصل حاکمیت اراده جای گرفته و معنایی جز التزام به مفاد قرارداد و اجرای مطلوب این مفاد ندارد. روبرتو آنگر، به عنوان یکی از پیش‌گامان مکتب انتقادی حقوق، نظریه خویش را با قرار دادن ضد اصل اجتماع و ضد اصل عدالت و انصاف قراردادی در مقابل اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی پایه‌گذاری می‌کند تا حقوق را با شالوده زندگی اجتماعی درآمیزد و آن را از انتزاع‌گرایی صرف خارج کرده، جنبه واقع‌گرایانه و کارکرد گرایانه به آن ببخشد.

#### منابع و مأخذ

##### الف) فارسی

۱. ابدالی، مهرداد (۱۳۸۸). فلسفه حقوق و نظریه های حقوقی. تهران: مجد.
۲. اچ بیسکس، برایان (۱۳۸۸). فرهنگ نظریه های حقوقی. ترجمه عباس ایمانی. تهران: نامه هستی.
۳. سیمونز، نیل ای (۱۳۸۷). فلسفه حقوق، در مجموعه مقالات حق و مصلحت (مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش) ترجمه محمد راسخ، تهران: طرح نو.
۴. شهایی، مهدی (۱۳۹۳). قرارداد به مثابه ی قانون‌هایزی یا کانتی، تاملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در حقوق مدنی ایران و فرانسه. مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ششم، شماره چهارم، ص ۵۵-۹۴.
۵. شهایی، مهدی (۱۳۹۲). از حقوق مدرن تا حقوق پست مدرن. تاملی در مبنای تحول نظام حقوقی، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی. ش ۶۱، ص ۶۳۷-۶۸۶.
۶. شهایی، مهدی (الف. ۱۳۹۴). کثرت‌گرایی حقوقی، تاملی در چیستی مبنای التزام آوری قاعده ی حقوقی و متغیرهای تحول نظام حقوقی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هفدهم، شماره ۴۸، ۱۳۵-۱۶۳.
۷. شهایی، مهدی (ب. ۱۳۹۴). قرارداد به مثابه قانون طبیعی (عقلی). تاملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در حقوق قراردادها ایران و فرانسه، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، پانیز و زمستان ۹۴، ص ۶۰۱-۶۲۵.
۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها. جلد سوم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۹. مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۸۳). حقوق و سیاست در قرآن. قم: انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۱۰. وکس، ریموند (۱۳۸۹). فلسفه حقوق (مختصر و مفید). ترجمه باقر انصاری. تهران: جنگل.

##### ب) عربی

۱۱. بجنوردی، سید محمد حسن، (۱۴۲۸ق). القواعد الفقهیه. المجلد الاول، الطبعه الثالث، قم: منشورات دلیل ما.
۱۲. حسینی مراغه ای، میر عبدالفتاح، (۱۴۱۷ق). العناوین. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

۱۳. نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۳۸۴ق). المكاسب و البيع، تقرير ابحاث الاستاذ الاعظم الميرزا النائینی. بقلم العلامة الربانی الشيخ محمد تقی الاملی، الجزء الاول، قم: موسسه نشر اسلامي التابعه لجماعه المدرسين بقم.

### ج) خارجی

14. Altman, Andrew, (1986), Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin, Philosophy and Public Affairs, Published by: Blackwell Publishing, Vol. 15, No. 3, pp. 205-235.
15. Collins, Hugh, (1987), Roberto Unger and the Critical Legal Studies Movement, Journal of Law and Society, Published by: Blackwell Publishing on Behalf of Cardiff University, Vol. 14, No. 4, pp. 387-410.
16. Ewald, William, (1988), Unger's Philosophy: A Critical Legal Study, The Yale Law Journal, Published by: The Yale Law Journal Company, Inc. Vol. 97, No. 5, pp. 665-756.
17. Finnis, John (1985), on the Critical Legal Studies Movement, The American Journal of Jurisprudence.
18. Fiss, Owen. M , (1986), the death of the Law?, Cornell Law Review, Yale university, Vol.72:1.
19. Fried, Charles, (2012), The Ambitions of Contract as Promise Thirty Years on, UCL Law Faculty, Bentham House, London WC1H 0EG.
20. Goodrich, Peter, (1992), Critical Legal Studies in England: Prospective Histories, Oxford Journal of Legal Studies, Oxford University Press, Vol. 12, No. 2 , pp. 195-236.
21. Hager, Mark, (1987), Against Liberal Ideology: a Guide to Critical Legal Studies, by Mark Kelman, Massachusetts, Harvard University Press.
22. Hasnas, John, (1995), Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument, Duke Law Journal, Published by: Duke University School of Law, Vol. 45, No. 1, pp. 84-132.
23. Hunt, Alan, (1986), The Theory of Critical Legal Studies, Oxford Journal of Legal Studies, Oxford University Press, Vol. 6, No. 1, pp. 1-45.
24. Horwitz, Morrtton.J, (1974), the Historical Foundations of Modern Contract Law, Harvard Law Review, Vol 87:5, p. 575-622.
25. Kimel, Dori, (2007), the Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model, Oxford Journal of Legal Studies, Oxford University Press, Vol. 27, No. 2 , pp. 233-255.
26. Krygier, Martin, (1987), Critical Legal Studies and Social Theory -A Response to Alan Hunt, Oxford Journal of Legal Studies, Oxford University Press, Vol. 7, No. 1, pp. 26-39.
27. Mazaud, D. (2007) "Bonne Foi" In. Revue des Contrats, N.4, Pp. 1110-1115.
28. Meyerson, Denise, (1991), Fundamental Contradictions in Critical Legal Studies, Oxford Journal of Legal Studies, Oxford University Press, Vol. 11, No. 3, pp. 439-451.
29. Sciaraffa, Stefan, (1999), Critical Legal Studies: A Marxist Rejoinder, Legal Theory, Cambridge University press, USA.
30. Trubek, David. M, (1984), Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism, Stanford Law Review, Published by: Stanford Law Review, Vol. 36, No. 1/2, Critical Legal Studies Symposium.
31. Unger, Roberto Mangaberia, (1983), the Critical Legal Studies Movement, Harvard Law Review, Vol. 96, No. 3, pp. 561-675, Published by: The Harvard Law Review Association.
32. Weinrib, Ernest. J, (1988), Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law, the Yale Law Journal, Published by: The Yale Law Journal Company, Inc. Vol. 97, No. 6, pp. 949-1016.