

نقد استقلال ارزش آزادی قراردادی

مختار نعم^۱

چکیده

بین حقوقدانان غرب این باور شهرت دارد که اصل آزادی قراردادی همان تبلور اصل بنیادین و فلسفی استقلال (حاکمیت) اراده در عالم حقوق است. این باور مشهور در معرض انتقادهای قابل توجهی قرار گرفته است. برخی از این انتقادهای اصطیاد اصل آزادی قراردادی از اصل فلسفی استقلال اراده را انکار می‌کنند. بعضی از انتقادهای نیز فقدان جایگاه آزادی قراردادی در بین اصول عدالت را مطرح می‌کنند. ولی برخی دیگر از منتقدین علی‌رغم اذعان به ضرورت آزادی قراردادی، اندرون آن را هدف می‌گیرند که آورده‌های مفید ندارد و ناچار باید مفادی درخور بر آن تزریق شود تا بتواند در خدمت خیر و رفاه و عدالت اجتماعی باشد. در این مقاله می‌خواهیم این انتقادهای را مرور کنیم. این انتقادهای اگر جدی گرفته شوند، می‌توانند ما را به این نتیجه سوق دهند که مداخله مصلحت‌آمیز قانون در آزادی قراردادی الزاماً به معنی انکار اصل طبیعی و اساسی استقلال اراده نیست.

واژگان کلیدی: آزادی قراردادی، استقلال اراده، اصول عدالت، خیرمطلق، کارآمدی پارتو.

مقدمه

از مرور برخی آثار راجع به حقوق قراردادهای این شهرت به دست می آید که اصل آزادی قراردادی همان تبلور اصل استقلال (حاکمیت) اراده در رابطه قراردادی است. (Terré, Simler et Lequette, 2005, 30-32; Mazeaud et al., 1998, 103-104; Carbonnier, 2000, 53-66)^۱ در نتیجه ارزش مستقل از ارزشهای دیگر است و اعمالش به خودی خود ارزش است و مداخله قانون در آزادی قراردادی اشخاص صرفاً در صورتی درست و به حق است که اعمال این آزادی، بر آزادی دیگران آن هم به طور یقینی خلل بزند. مداخله و تحدید آزادی قراردادی با اهدافی چون رفاه و مصلحت عمومی و یا خیر خود فرد اعمال کننده آزادی قراردادی، استقلال ارزش این آزادی را به عنوان مصداقی از استقلال (حاکمیت) اراده می زداید و به ارزش های دیگر چون رفاه، خیرخواهی، پیشرفت جامعه و مصلحت عمومی مشروط می کند.

اعتقاد به برخاستن آزادی قراردادی از اصل استقلال اراده، ویژه آثار حقوقی نیست. بلکه رد پای این اعتقاد را در آثار فلسفی نیز می یابیم. به عنوان مثال، به اعتقاد جان استوارت میل «در داد و ستدها نمی توان با این توجیه دست دخالت دراز کرد که منافع اعضاء جامعه به آنها وابسته است». زیرا «محدود کردن داد و ستد یا محدود کردن تولید به قصد محدود کردن داد و ستد، در واقع (همان) مخل (کردن) آزادی داد و ستد است». (میل، ۱۳۸۵، ۲۳۹) به نظر جول فنبرگ نیز حق بر خود تعیینی حقی کاملاً از خود برخاسته است. هنگامی که

۱. همه این نویسندگان به دنبال بیان اصل حاکمیت اراده به عنوان اصلی فلسفی، بلافاصله از اصل آزادی قراردادی صحبت کرده اند و اصل آزادی قراردادی را نشانه نفوذ اصل حاکمیت اراده در حقوق دانسته اند. ولی فلیپ مالوری و لوران انس تفصیل بحث اصل حاکمیت اراده را نه در کنار اصل آزادی قراردادی بلکه در کنار اصل لازم الاتباع بودن قراردادهای آورده اند: Malaurie Ph. Et Aynés L., (1992), Droit Civil – Les Obligations, CUJAS, p. 321 et sui. ظاهر این شیوه دلالت بر این دارد که نه اصل آزادی قراردادی بلکه اصل لازم الاتباع بودن قراردادهای از اصل استقلال (حاکمیت) اراده اتخاذ شده است. ولی این نتیجه قابل قبول نیست. زیرا زمانی می توان آثار قرارداد را به خواست و اراده خود شخص نسبت داد که شخص حداقل خود قرارداد را اراده کرده باشد. از منظری دیگر، صرفاً در عقود آزاد و مبتنی بر مذاکره میتوان لازم الاتباع بودن عقد را معلول حاکمیت اراده دانست؛ در عقود ارشادی و به خصوص در عقود تحمیلی از سوی قانون، لازم الاتباع بودن هیچ ارتباطی معقول با استقلال اراده ندارد. پس اگر اعتقاد این دو نویسنده را به عقود آزاد حمل کنیم، می توانیم به این نتیجه برسیم که ایشان نیز اصل آزادی قراردادی را مظهر اصل استقلال اراده می دانند. زیرا تصور تعلق آثار قرارداد به اراده بدون تصور تعلق اعتقاد قرارداد به همان اراده محال است.

اعمال این حق به ضرر خود فرد باشد، دیگران حق ندارند به اجبار دست خیرخواهانه در اعمال مذکور دراز کنند. زیرا استقلال فرد به یقین اهمیتی بیشتر از رفاه او دارد. او گرچه با انتخابیهایی خطرناک زندگیش را تهدید می کند، ولی بالاخره زندگی خود را تهدید می کند و نه دیگران را. چه خوب و چه بد، خود او باید بر زندگیش تصمیم بگیرد. آری اگر تصمیمش به دیگران مستقیماً ضرر برساند، می توان در حد دفع اضرار از دیگران در آزادی فرد دخالت کرد. (Fainberg, 1986, 59) به اعتقاد آلفرد فوئیبه نیز «هر آن کس که گفت قرارداد، گفت عدالت». (Rolland, 2005, 1-21) بند اول از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه مصوب سال ۱۸۰۴ میلادی^۱ نیز با الهام از فوئیبه، از قرارداد به عنوان قانون طرفین یاد کرده بود. (Starck, 1989, 5; Terré, Simler et Lequette, 2002, 31; Carbonnier, 1994, 51) پتیت مارک نیز با صراحت اعلام می کند که از یک طرف محدود شدن آزادی قراردادی مصداقی از محدود شدن خود آزادی است (Mark, 1999, 281) و از طرف دیگر، اگر از آزادی قراردادی انتظار الزامی خیر و رفاه خود و دیگران را داشته باشیم، به یقین آزادی را به ضد خود معنی کرده ایم. (Mark, 1999, 269) کریستجانسون نیز مشروط کردن ارزش آزادی بر رفاه را منافی ذات آزادی دانسته است. (Kristjdnsson, 1992, 291) فلتمن نیز خیر و رفاه را در صورت مقتضای آزادی ولی در سیرت مقتضای اخلاق دانسته است (Flathman, 1987, 106-107). از دید پارتنت نیز جستن ارزشهای دیگر چون عدالت، صلح و برابری اندرون آزادی از این جهت نادرست است که این ارزشها در اصل مستقل از آزادی هستند (Parent, 1974, 151).

باید گفت که اعتقاد به استقلال ارزش آزادی قراردادی و ریشه داشتن آن در اصل استقلال اراده در معرض نقد قرار گرفته است: برخی امکان جریان اصل استقلال اراده مطلوب کانت در حقوق قراردادها را رد کرده اند. برخی دیگر امکان تحقق آزادی مطلق در رابطه قراردادی را رد کرده اند. بعضی نیز جایگاه نداشتن قرارداد در اصول عدالت را مطرح کرده اند. بعضی دیگر آزادی قراردادی در معنای استقلال اراده را شامل عالم سیاست دانسته اند و نه معامله و اقتصاد. عدهای نیز مدعی شده اند که آزادی قراردادی در معنای دقیق (رها

۱. «قراردادهای قانوناً منعقد شده، نسبت به آنهایی که آن را منعقد کردهاند، جای قانون را میگیرد.»

بودن از) از درون تهی است و اندرونش باید با مفادی درخور پر شود. بعضی نیز به کل مدعی ارزش تبعی داشتن آزادی قراردادی شده اند. این شش نقد را به ترتیب مرور می کنیم. ترتیب این نقدها منطقی است و نه تاریخی: نخست آن نظرها بیان شده است که جریان آزادی در معنای استقلال اراده در حقوق قراردادها را غیرممکن می دانند. سپس آن عقیده ها بیان شده است که نتیجه اعمال آزادی در معنای استقلال اراده در حقوق قراردادها را نقد کرده اند و خواسته اند که بر آزادی قراردادی مفادی مطلوب تزریق کنند.

۱. درک نادرست از کانت

اکثر حقوقدانان قرن نوزدهم و بیستم فرانسه ریشه اصل آزادی قراردادی را در اصل استقلال اراده مقصود کانت^۱ می دانند و حتی این اصل را مترادف با اصل آزادی قراردادی به کار می گیرند (Carbonnier, 1994, no 21; Villey, 1986, n°82). این اعتقاد مورد انتقاد واقع شده است. مثلاً خانم روئت استقلال مطلق اراده در عالم حقوق را انکار می کند و فلسفه کانت را مقتضی چنین وسعت مطلق برای اراده در رابطه قراردادی نمی داند. زیرا استقلال اراده نزد کانت مفهوم اخلاقی دارد (Rouhette, 1981, 247). ژان کربونیه نیز تأیید می کند که اراده نزد کانت معنای اخلاقی دارد و نه معنای حقوقی (Carbonnier, 2000, 60). ژک گستن نیز بر این ظن می شود که اصل استقلال اراده رایج در ادبیات حقوقدانان چیزی نیست جز محصول «کانت گرائی شایع، ساده انگاشته شده و حتی منحرف شده». او تلاش کرده است که ثابت کند این اصل بیشتر الهام بخش تفسیرها و تئوری پردازیها بوده است تا مبنا و تکیه گاه دقیق قانون مدنی فرانسه (Ghestin, Jamin et al., 1993, n°39). خانم رانوی نیز شهرت شدن اصل استقلال اراده بین حقوقدانان را صرفاً معلول انگیزه آنان برای مقابله با قوانین واجد رنگ اجتماعی و حمایتی همچون قوانین کار می داند. به نظر او اصل استقلال اراده بیشتر نقش یک مترسک بازدارنده را بازی می

۱. البته نباید غافل ماند که اصل استقلال اراده با مبانی و مفاد خاص خود، مقصود فلسفه هگل نیز می باشد که باید در مجال دیگری به خصوص از این منبع مطالعه شود:

Quelquejeu Bernard, *La volonté dans la philosophie de Hegel*, Édition de Seuil, Paris, 1972.

در صفات ۱۸۶ تا ۱۹۰ این کتاب، از اصل استقلال اراده به عنوان مبنای اصل آزادی و در صفحه ۱۱۹ تا ۱۲۶ به عنوان مبنای تعهد یاد و بحث شده است.

کند تا قانون کلی و حقیقی حقوق را (Ranouil, 1980, 86).

در مقام نقد باید گفت که اصل استقلال مقصود کانت به عالم قراردادهای بی ارتباط نیست. بلکه اتفاقاً ارتباط دقیق و تنگاتنگ نیز دارد. زیرا شخصی که وارد رابطه قراردادی می شود، بالاخره عملی را انجام می دهد و هر عملی می تواند در ترازوی اراده و اخلاق کانت سنجیده شود. ولی در مقام تایید انتقادهای فوق باید گفت که رعایت اصل استقلال اراده مقصود کانت در رابطه قراردادی غیرممکن و یا حداقل بعید و نادر است. زیرا کانت استقلال اراده را به طور ساده چنین معنی نمی کند که انسان هر چه اراده کند، چون خودش خواسته است، ارزشمند و مقبول است. بلکه چنین معنی می کند که اراده انسان اگر خیرمطلق را هدف قرار دهد و در مدار این خیر انتخاب و رفتار کند، استقلال دارد. خیر مطلق یعنی تلقی خود و همه انسانها به عنوان هدف و ارزش (صانعی درهیددی، ۱۳۶۸، ۱۸۱-۱۷۶; Chénéde, 2012, 159-160). منتها واقعیت متفاوت دنیای قرارداد این است که هدف اغلب متعاقدان تضمین سود خود است و نه ترفیع انسانیت طرف خود. در این راستا، حقوق عقود مغابنه‌ای را تایید می کند و حکمش به مطلق غبن بر نمی گردد و به طرفین مجال مغبون کردن یکدیگر را نیز می دهد و صرفاً با غبن فاحش مقابله می کند^۱.

برای درک بهتر این انتقاد از حقوقدانان و برای اثبات اشتباه آنان در درک استقلال اراده مقصود کانت باید خاطره لوسین گلدمن را بخوانیم. این کانت پژوه رومانیایی مقیم فرانسه می نویسد که روزی در پاریس به جد داشتم فلسفه اخلاق کانت را درس می دادم و بر اخلاق گرائی ارزشی و انسان محوری کانت تاکید می کردم. ناگهان دانشجویی از این معنای اخلاق نزد کانت چنین برآشفتم که با عالم واقعیت همخوانی ندارد. زیرا پدر آن دانشجو مغازه داری بود که مثل خیلی از بازاریان با مشتریان خود نه به عنوان غایت بلکه به جهت سود خود و حفظ و جذب مشتری بیشتر منصفانه و محترمانه رفتار می کرد.

گلدمن مینویسد که وقتی به خانه برگشتم، ضمن تحقیق در باره ایراد آن دانشجو، با این

۱. به تعبیر شیخ انصاری، «... لان الخارج هو الضرر الذی یناقش فیہ، لا مطلق الضرر». آیتی محمدرضا، تحریرالمکاسب، انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۹، صص. ۴-۳۷۳.

عبارت دقیق کتاب مابعدالطبیعه کانت مواجه شدم: «...فروشنده همیشه موظف است که از گران فروختن به خریدار بی تجربه بپرهیزد و جایی که رقابت زیاد باشد، هر کاسب با شعوری از این کار خودداری می کند و نرخ روزانه کالایش را برای همیشه ثابت نگه می دارد تا یک بچه هم بتواند کالایش را به همان نرخی که دیگران تهیه می کنند، بخرد. بدینگونه کاسب به همه مردم شرافتمندانه خدمت می کند؛ ولی از این رفتار نمیتوان به این نتیجه رسید که کاسب مورد بحث از سر وظیفه شناسی یا اصول درستکاری و انصاف رفتار کرده است؛ منافع او چنین رفتاری را ایجاب کرده است. نمیتوانیم فرض کنیم که کاسب به رعایت صرفه مشتریان خود علاقه مند بوده و از روی عشق و محبت همه آدمها را به یک چشم نگاه کرده است. بنابراین رفتار او در اینجا نه از روی وظیفه شناسی و نه از عشق و محبت بلکه منحصر بر مقاصد خودخواهانه استوار بوده است». (گلدمن، ۱۳۹۲، ۱۶۰-۱۵۹).

چه بسا چنین ظن شود که این تمثیل از کاسب، نشانه ارزشمندی اخلاق مطلوب کانت است و ربطی به حقوق ندارد. زیرا به قول ریکور، کانت مفاهیم حقوقی-سیاسی را اخلاقی کرده است (Ricoeur, 1990, 320). ولی باید گفت که اولاً خود مثال فروشنده گویاتر از گفتارها ارتباط قرارداد به اخلاق را می رساند. ثانیاً خود کانت در جایی دیگر، قرارداد را تعریف می کند و تعهد را مظهر آزادی و استقلال تلقی می کند (Kant, 1996, 6:231). ثالثاً خیلی از کانت شناسان و متخصصین فلسفه حقوق که به کانت توجه دارند، از فلسفه اخلاقی کانت برداشت‌های حقوقی کرده‌اند. مثلاً کانت از جایز و ارزشمند بودن «مانع شدن بر موانع آزادی» صحبت می کند و نویسنده ای نیز جواز دفاع مشروع در حقوق کیفری را و نویسنده ای دیگر جواز نقض پیش از موعد قرارداد به جهت قابل پیش بینی بودن نقض حتمی طرف مقابل را تجویز کانت استنباط می کنند (Ripstein, 2008, 28; 2009, 113; Newhouse, 2013, 18 & 120). رابعاً، قرارداد بستن و نحوه برخورد انسان با طرف قرارداد خود، مصداقی از رفتار انسان است و هر رفتاری در معرض قضاوت اخلاقی می باشد. در نتیجه، اینکه ارزش اخلاقی رفتار قراردادی مردم برای حقوق مهم باشد یا نه، هرگز دلالت بر این ندارد که آن رفتارها مشمول اخلاق نیستند.

۲. عدم امکان تحقق آزادی مطلق

از دید برخی اعتقاد به آزادی مطلق و موثر بودن مطلق اراده نوعی خیال بافی و توهم می باشد. زیرا انسان صرفاً بر اراده کردن قادر است و نه بر تحقق بخشیدن به شدن. زیرا به قول اپیکتت،^۱ « آزادی صرفاً عبارت است از خواستن تحقق اشیاء نه آنگونه که خوشایند خواهنده است، بلکه آنگونه که خود تحقق می یابند». (Chazal, 1996, n° 203)

از منظر اسپینوزا نیز « چیزی آزاد است که وجود دارد و صرفاً طبق ضرورت و اقتضای طبیعتش عمل می کند، و چیزی مجبور است که توسط عاملی دیگر بر وجود داشتن و عمل کردن واداشته می شود » و نه طبق طبیعت خودش. «آزادی نه با فرمان آزاد که با ضرورت آزاد عجین است». نسبت به انسان نیز نظر اسپینوزا این است که « انسان از دید طبیعت به مثابه یک امپراطوری اندرون امپراطوی دیگر نیست. بلکه همانا وقتی موجودی آزاد است که بر ضرورت‌های طبیعی واقف بوده باشد». زیرا اندرون روح هیچ اراده مطلق یا آزادی وجود ندارد. بلکه روح خود همانا ایجاد شده است برای اراده کردن این چیز یا آن چیز به سببی که خود معلول سببی دیگر است و این سببیت بی انتها دوام می یابد. پس آزادی انسان زمانی مؤثر خواهد بود که او بر ضرورت‌های تعیین کننده و اثرگذار بر آزادی آگاه بوده باشد. این آزادی نسبی است و یادآور آن احتیاط سنتی است که ما را به تمییز امور وابسته به خود از امور خارج از خود فرا می خواند (Chazal, 1996, n° 203).

در مقام نقد باید گفت که اینان واقع گرا هستند و ما را بر این واقع بینی دعوت می کنند که اراده انسان صرفاً بر انتخاب خودش سبب است و نه الزاماً بر انجام یافتن آن انتخاب. سببیت اراده انسان همانا زمانی مؤثر می شود که شرایط بیرونی و طبیعی نیز مهیا باشد و مانعی وجود نداشته باشد. ولی حقیقت این است که قبول هر واقعیتی ارزش نیست: همه

1 . Epictete

سال ۵۵ تا سال ۱۳۵ میلادی می زیسته است. در اصل یونانی و ابتدا از بردگان بود. متأثر از رواقیون بود. علیرغم شهرت و نفوذ معتابه، اثر چندانی ندارد و معدود افکارش از سوی معتقدانش با عنوان «گفت و گوهای اپیکتت» Les Entretiens d'Epictète نوشته شده است. نقل از و برای مطالعه بیشتر: فروغی محمدعلی، سیر حکمت در اروپا، انتشارات زوار، سه جلد در یک کتاب، چاپ نهم، تابستان ۱۳۹۳، ص. ۷۶.

خریداران آزادی قراردادی دارند و می توانند خریدن هر کالایی را اراده کنند. ولی آنان توان خریدن هر کالایی را ندارند. ولی این ناتوانی را نباید همیشه طبیعی و به حق دانست. زیرا اگر علت ناتوانی در خرید لوکس و آرمانی بودن و در نتیجه گران بودن رقابتی آن کالا باشد، ناتوانی خواهان خرید را باید در خودش دید و چنین ناتوانی هرگز ضد ارزش نیست. زیرا میل به تملک هر کالایی ملازمه با این ندارد که بهای رقابتی پرداخته نشود. ولی اگر علت ناتوانی در خرید، مانعیت انحصار و قیمت‌های تحمیلی و گزاف باشد، باید بر این محدودیت آزادی برآشفت.^۱ پس باید گفت که واقع بینی و تقبل همه موانع آزادی ارزش نیست و نمی تواند دلیل این ادعا باشد که آزادی و من جمله آزادی قراردادی نمی تواند حقیقت داشته باشد.

۳. بی طرفی اصول عدالت بر اصل آزادی قراردادی

سوال اصلی این است که آیا می توان آن عدالت مبتنی بر لیبرالیسم را تصور کرد که بر خفت و شدت محدودیت آزادی قراردادی بی طرف باشد و تحدید آزادی قراردادی را با هر توجیهی معقول تجویز کند؟ به نظر می رسد که پاسخ معتقدین آزادی منفی^۲، منفی باشد. زیرا بعید است که شخصی چون هایدک، نظام حقوقی تحدیدکننده آزادی قراردادی به غایاتی دیگر چون رفاه را نظام حقوقی مبتنی بر لیبرالیسم ناب بداند. ولی برجان راولز چنین نسبت می دهند که او آزادی قراردادی را جزء اصول عدالت نمی داند و یا حداقل اینکه اصول عدالت او بر آزادی قراردادی خنثی و بی طرف می باشد. البته انتساب چنین نظری بر رالز و احراز این اعتقاد از آثار او آسان نیست.

۱. برخی این سوال را کرده اند که اراده و انتخاب شخص درمانده در قهر طبیعت و یا در چنگ زور و انحصار چه ارزشی دارد؛ شخص فقیر و گرسنه و یا شخص واقع در میدان جنگ و یا کولاک، آزادی و من جمله آزادی قراردادی دارد یا نه؟ پاسخ ها و تحلیل ها متفاوت است. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

Dryer D.P., (1964), Freedom, 30 Canadian J. Econ. & POL. Sci., p. 445.

۲. منظور از آزادی منفی، رهایی از مداخله دیگران است. این معنا هرگونه مداخله ولو مصلحت آمیز دیگران در آزادی فرد را نامشروع می داند. در مقابل آزادی منفی، آزادی مثبت قرار دارد؛ آزادی مثبت یعنی توان وصال به مطلوب خود. برای مطالعه این معانی از آزادی رجوع شود به: برلین آیزیا، (۱۳۶۸)، **چهار مقاله در آزادی**، با ترجمه محمد علی موحد، شرکت سهامی انتشارات خوارزمی، چاپ اول.

در نگاه اول به عدالت مد نظر جان رالز، به خصوص به اثر معروف او یعنی «نظریه عدالت»، این نتیجه به ذهن خطور می کند که اصل آزادی قراردادی نیز مشمول یکی از دو اصل عدالت رالز می باشد؛ یا مشمول اصل اول که برخورداری برابر همگان از حقه‌های اساسی و آزادیهای بنیادین را مدنظر دارد و یا مشمول اصل دوم یعنی اصل تفاوت که محدودکردن حقه‌ها و آزادی‌ها را هرگز روا نمی بیند مگر در صورتی که این محدودیت دراز مدت به نفع همه افراد جامعه باشد.

با لحاظ این دو واقعیت حقوق موضوعه که از یک طرف قوانین کشورهای مختلف آزادی قراردادی را به جهات مختلف محدود کرده اند و از طرف دیگر نیز شورای قانون اساسی فرانسه اصل آزادی قراردادی را مشمول قانون اساسی و جزء حق‌های بنیادین بشری تلقی نکرده است^۱، این نظر قوت می یابد که اصل آزادی قراردادی مشمول اصل دوم عدالت رالز می باشد. در این باره بهتر است که با نظر مارتینجی هسیلینگ آشنا شویم: او در تحقیقی که تقدیم پارلمان اروپایی کرده است، از بین پنج معنا و معیار محتمل عدالت اجتماعی، ضعف قراردادی و حمایت از طرفهای ضعیف قرارداد را معیار اصلی عدالت اجتماعی تلقی کرده است (Hesselink, 2006, 31). او در تبیین این ادعای خود یعنی اینکه عدالت اجتماعی در حقوق کنونی قراردادهای اروپا همانا حمایت از طرف ضعیف قرارداد را اقتضا می کند، از اصل تفاوت در نظریه عدالت جان راولز الهام می گیرد؛ برداشت او از فلسفه رالز این است که آزادی قراردادی جزء حقه‌های اساسی و مولفه یک زندگی آزاد و مبتنی بر دموکراسی نیست و در ردیف آزادیهای سیاسی و حق بر حیات و بیان قرار ندارد تا گفته شود که مداخله و تفاوت گذاری حاکمیت در آن حق (حق بر آزادی قراردادی) بر خلاف عدالت می باشد (Hesselink, 2006, 22 & 70-71).

ولی باید گفت که بر خلاف خطور و ظهور مذکور که آزادی قراردادی مشمول یکی از دو اصل عدالت رالز و به خصوص مشمول اصل دوم می باشد، اکثر تحلیل گران رالز بر عدم

1. Cons. Const. 3 août 1994, J. C. P. 1995, II, 22404, note Broussole; RTD civ. 1996, 151, obs. Mestre.

برای مطالعه بیشتر در این باره، رجوع شود به: نعم مختار، تزامم حق آزادی قراردادی و حق مصرف، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تهران، دوره ۴۷، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۶، صص. ۵۷۱-۵۵۱.

شمول اصول عدالت رالز بر حقوق قراردادها و اصل آزادی قراردادی اعتقاد دارند و شهرتی بنا کرده اند که طبق آن عدالت مدنظر رالز بر حقوق قراردادها خنثی و بی تفاوت است و جامعه مبتنی بر آن عدالتی که آرمان رالز است، ای بسا که اصل آزادی قراردادی را خارج از اقتضای اصول عدالت تشدید یا تخفیف کند و البته این شدت و خفت مانعی فرا راه تحقق عدالت مدنظر رالز نمی شود.

دلیل این شهرت و قانع نشدن از ظهور دو اصل مذکور این است که رالز بر آن دو اصل بسنده نکرده است بلکه ساختارهایی اساسی را نیز مدنظر دارد که اصول عدالت در آن ساختارها اعمال می شود و جریان می یابد. به بیان دیگر تردید در شمول یا عدم شمول اصول عدالت مدنظر رالز بر حقوق خصوصی و من جمله بر قراردادها^۱ معلول ابهام در معنا و مصادیق ساختار اساسی می باشد. ابهامی که همگان تأیید می کنند و هرکسی از ظن خود آن را معنا می کند. به اجمال می توان گفت که ساختار اساسی یعنی وجود نهادهایی که قابلیت اعمال اصول عدالت را ممکن می کند و یا قابلیت نهادی یک جامعه جهت پذیرش اصول عدالت، نهاد در معنای اخص مدنظر نیست و مثلاً فقط تفکیک قوا، شورا، بازار و رقابت را شامل نمی شود بلکه در معنای اعم می باشد و حقها و آزادیها را و به خصوص موضوع بحث ما یعنی آزادی قراردادی را نیز که امری اعتباری است، می تواند در بر گیرد.

تبیین این تردید تابع این سوال و اختلاف نظر مکتب رالز است که کدامین نهادها در معنای اخص و کدامین حقها و آزادیها ساختار اساسی را تشکیل می دهد. در نتیجه، سوال

۱. درک وسعت ساختار اساسی رالز نه فقط در تشخیص ارزش اصول حقوق قراردادها بلکه در تمامی شاخه های حقوق خصوصی نتیجه بخش است. به عنوان مثال Ripstein تلاش کرده است ثابت کند که حقوق مسئولیت مدنی نیز جزء ساختار اساسی به حساب نمی آید. او در این تلاش خود حقوق مسئولیت مدنی را نیز هم عرض حقوق قراردادها دانسته است و هر دو را از ساختار اساسی بیرون دانسته است و بر این امر پافشاری کرده است که اصول حاکم بر این دو شاخه از حقوق خصوصی الزاماً آن دو اصل نیست که رالز برای عدالت بر شمرده است بلکه ای بسا که حسب نیاز و مصلحت تابع اصول دیگری باشند:

Ripstein Arthur, (2004), The Division of Responsibility and the law of Tort, 72 Fordham law Review, p. 1813.

Kordana و Tabachnick نیز این قیاس Ripstein را تأیید می کنند و می افزایند که وجه وحدت قرارداد و مسئولیت مدنی در این است که در مسئولیت مدنی نیز همچون حقوق قراردادها معاوضه و مبادله مالی بین دو شخص خصوصی و لو به طور غیرارادی صورت می گیرد: Kordana Kevin A. and Tabachnick David H., (April 2005), Rawls and Contract law, The George Washington law Review vol, 73, Number 3, p. 598.

مقاله حاضر نیز این است که آزادی قراردادی نزد رالز جزء آن موضوعاتی است که ساختار اساسی را تشکیل می دهد یا نه. باید گفت آنگونه که رالز شناسان نوشته اند،^۱ پاسخ رالز در این باره شفاف نیست. زیرا از برخی نوشته ها و عبارات رالز چنین برمی آید که هر نهاد اجتماعی که بر پیشرفت زندگی شخص تأثیر می گذارد، سازنده و جزء ساختار اساسی می باشد. تحلیلگران رالز این برداشت از ساختار اساسی را معنای عام و وسیع^۲ ساختار اساسی می نامند. (Murphy, 1999, p. 251) ولی از برخی نوشته های دیگر رالز چنین بر می آید که مصادیق نهادهای تشکیل دهنده ساختار اساسی حصری است و نه تمثیلی و روابط خصوصی و من جمله قرارداد و آزادی قراردادی را در بر نمی گیرد. از این نظر به معنای مضیق^۳ ساختار اساسی یاد می کنند. (Kordana & Tabachnick, 2005, 605) نخست این دو معنای^۴ عام و خاص ساختار اساسی را و در نتیجه شمول یا عدم شمول آنها بر آزادی

۱. مثلاً از منظر پاگ، «رالز معنای ساختار اساسی را نه تنها گنگ که دو پهلوها می کند»:

Pogge Thomas W., (1989), *Realizing Rawls*, p. 21.

یا مثلاً به نظر Bedau، « کلیت مفهوم ساختارهای اساسی در تئوری رالز بیشتر از آنچه که انتظار می رود، ابهام دارد به خصوص اگر تمرکز کنیم بر آن اصراری که رالز روی نقش ساختارهای اساسی در تحقق عدالت اجتماعی می ورزد.»

Bedau Hugo Adams, (1978), *Social Justice and Social Institutions*, 3 *Midwest Studies in Philosophy: Studies in Ethical Theory* (edited by Peter A. French et al.), p. 169 et sui.

2. broad view

3. narrow view

۴. البته کوهن تلاش کرده است که معنای سومی را نیز به ساختار اساسی رالز بدهد که به نظر نمی رسد موفق شده باشد. زیرا برداشت کوهن از ترکیب «ساختار اساسی» در عدالت رالز، عبارت است از «طرح وسیع الزام آور جامعه». به نظر کوهن همه نهادهای قانونی و سیاسی که به نوعی رد پای حاکمیت و قهر قانون در آنها یافت می شود، ساختار اساسی به حساب می آید و موضوع و مجرای دو اصل عدالت رالز می باشد. از این منظر آداب و رسوم اجتماعی و نرمهای اخلاقی مشمول اصول عدالت رالز نیستند. بایدهایی دغدغه عدالت رالز است که تضمین حاکمیت را در پی دارند:

Cohen G. A., (1997), *Where the Action Is: On the Site of Distributive Justice*, 26 *Philosophy and Public Affairs*, p. 19.

وجه عدم توفیق کوهن در این است که پندار او از فلسفه رالز به دور گرفتار است. زیرا رالز می خواسته فراتر از قانون ثابت کند که چه حکمی مبتنی بر عدالت است و مفاد قوانین چه باید باشد و دخالتشان تا کجا باشد. درحالیکه کوهن معیار عدالت مد نظر رالز را دخالت و امر قانون می داند. البته بعید به نظر میرسد که کوهن چنین ایرادی بدیهی را متوجه نشود. حقیقت این است که کوهن در بادی امر جزء آنهایی است که معنای وسیع ساختار اساسی را قبول دارد و به رالز نسبت می دهد. ولی در معنای وسیع این ایراد را می بیند که علاوه بر نهادهای مشمول قانون، آداب و رسوم را نیز در بر میگیرد و تبعاً به غرق شدن کشتی عدالت رالز منجر می شود. زیرا تعقیب و تطبیق همه نرمهای خارج از قانون با اصول دوگانه عدالت مدنظر رالز غیر ممکن است. همان منبع از کوهن، ص. ۱۱.

Murphy نیز در ضرورت تبیین ساختار اساسی شک کرده و گفته است که ضرورت ندارد ساختار اساسی از جنبه های دیگر زندگی اجتماعی تمییز داده شود: Liam Murphy, (1999), *Institutions and the Demands of Justice*, 27 *Philosophy and Public Affairs*, p.251.

قراردادی را به ترتیب در دو اثر متفاوت رالز مطالعه می کنیم. سپس برای تحلیل مساله و حل تعارض تلاش می کنیم.

۱-۳. جزء ساختار اساسی بودن آزادی قراردادی

رالز در کتاب تئوری عدالت، ساختار اساسی را در معنای وسیع در نظر می گیرد. چندان که اطلاق این معنا همه آن نهادهایی را که به شکوفایی زندگی انسان می انجامد، در بر می دارد. در این کتاب ساختار اساسی تشکیل شده است از توزیع حقهها و تکالیف بنیادین، تخصیص نفع و خطرهای همکاری (تعاون) اجتماعی، نهادهای سیاسی، و ترتیبات عمده اقتصادی و اجتماعی، حمایت قانونی از آزادی اندیشه و آزادی وجدان، بازارهای رقابتی و مالکیت خصوصی اعم از تولید و خانواده. (Rawls, 1971, 7)

در این اثر نگاه رالز به نهادهای تشکیل دهنده ساختار اساسی برای این منظور که ظرفیت و جایی برای قابلیت اعمال اصول دوگانه عدالت پیدا شود، عام و فراگیر است؛ رالز به ذات و ماهیت نهادها اهمیت نمی دهد که جزء حقوق عمومی است یا خصوصی، جزء نهادهای اجتماعی دیرین و پایدار است یا جزء نهادهای تازه پا گرفته است. مهم در نظر رالز کارکرد و نقش نهاد در پیشرفت و بهتر شدن زندگی انسانها است. (Rawls, 1971, 7) در نتیجه، بازار آزاد و به ویژه لازمه آن یعنی آزادی قراردادی لازمه آمادگی یک جامعه برای اصول عدالت است؛ این دو خود ضروری هستند و نهادی دیگر نمی تواند جای آن دو را بگیرد و از برای امکان جریان اصول عدالت کفایت نکند. پس اصول عدالت نیز باید به حمایت از اصل آزادی قراردادی و واقعی کردن آن همت گمارد نه اینکه آن را بر حسب مصلحت حذف یا محدود کند و جایش را با نهاد مناسب دیگری پر کند.

ولی برخی دیگر با این تردید مخالفت کرده و بر آن شده اند که تمییز ساختار اساسی و نهادهای موثر ضروری است. زیرا «همه آن اصول هنجاری بنیادین که به شکل گرفتن نهادها منجر می شوند، همگی به همه جهات رفتار مردم نیز شکل می دهند.» پس باید نهادهای اساسی و تعیین کننده به عنوان شرط تحقق عدالت شناسایی شوند تا به تبع آن نهادها، باورها و رفتارهای فرعی نیز در راستای اصول عدالت اصلاح شوند: Kordona and Tabachnic, Rawls and Contract law, p. 605.

۱. «نهادهای عمده و اصلی زندگی اجتماعی اگر یکجا و متحد فرض شوند، حقوق و تکالیف انسان را تعیین می کنند و بر شکوفاشدن زندگی انسان تاثیر می گذارند از این جهت که می خواهند چه بشوند و آرزو دارند چه بکنند. ساختار اساسی عنصر اصلی عدالت است. زیرا آثارش از همان اوان زندگی انسان حضور ژرف دارد.» همان منبع.

۲-۳. جزء ساختار اساسی نبودن آزادی قراردادی

رالز در اثر دیگر خود یعنی «ساختار اساسی به مثابه موضوع»^۱ معنای مضیق ساختار اساسی را بر می‌گزیند و امکان تلقی نهادهای خصوصی را به عنوان جزئی از ساختار اساسی نمی‌پذیرد. به زعم او «بین دو نوع از قواعد اجتماعی و نهادهای مختلف که قواعد اجتماعی در آنها تحقق می‌یابد، تفاوت در نقش وجود دارد؛ ساختار اساسی در وهله اول از آن نهادهایی تشکیل می‌شود که مبانی و پشتوانه‌های زندگی اجتماعی را تعیین و تعریف می‌کنند و بدون هر نوع اختلاط با قواعد انصاف همچون قواعد مربوط به درآمد و مالیات بر ارث که در صدد تعدیل مالکیت خصوصی هستند، اهدافی را نیز بر عهده دارند که به طور مستمر تمایلات غیر قابل اجتناب را بر آورده می‌کنند.» (Rawls, 1971, 268)

رالز در این اثر خود بین نهادهای لازمه ساختار اساسی و آن قواعدی که درون آن نهادها به رابطه خصوصی اشخاص مربوط می‌شود، فرق می‌گذارد. یعنی رالز نهادهای مشمول ساختار اساسی را از قواعد ثابت و عمیق گلچین می‌کند و نه از قواعدی که به انتخاب و رابطه خصوصی اشخاص مربوط می‌شود. زیرا به اعتقاد او «اگر تمییز بین ساختار اساسی و قواعد مربوط به روابط خصوصی موثراقتد، افراد و انجمنها در پیگیری موثرتر اهداف خود در دل این ساختار آزاد خواهند بود.» (Rawls, 1971, 268-9)

به نظر رالز در این اثر خود، ساختار اساسی به عنوان زمینه اجرای اصول عدالت، غیر از قواعدی است که بر روابط فردی و موردی افراد حاکم می‌باشد؛ ساختار اساسی زمینه یک زندگی خودخواسته و مبتنی بر دموکراسی را تشکیل می‌دهد و نهادهای لازمه این نوع زندگی را بر می‌چیند و بدین خاطر در این تشکیل و تحقق خود، نیاز مستقیم به قواعد روابط خصوصی و من جمله قراردادهای ندارد. بلکه بالعکس این قواعد حاکم بر روابط خصوصی است که از ساختار اساسی وجود و جهت می‌گیرد. (Rawls, 1971, 269) ساختار اساسی در معنای مضیق فقط مجموعه آزادیهای اساسی بعلاوه سیستم مالیات و واگذاری^۲ را شامل می‌شود. (Rawls, 1971, 265) آری، بر مبنای این استدلال است که رالز با

1. "The Basic Structure as Subject"

2. tax and transfer

صراحت مدعی می شود که قراردادها خارج از محدوده دو اصل عدالت قراردارند. (Rawls, 1971, 269)

۳-۳. تلاش برای تحلیل مساله و حل تعارض

گفته شد معنا و وسعتی را که رالز از ساختار اساسی مد نظر دارد، در دو اثر او یکی نیست. در کتاب «نظریه عدالت» معنای وسیع را اتخاذ کرده است و در اثر دیگر خود یعنی «ساختار اساسی به مثابه موضوع» معنای مضیق را اتخاذ کرده است. بعضی از نویسندگان عبارت رالز در اثر اخیر را نادرست و نارسا می دانند و سعی می کنند که با رجوع به اثر جامع و مشهورتر یعنی «نظریه عدالت»، بگویند که رالز با لحاظ معیاری که ارائه کرده است (معیار اثر گذاری نهاد بر شکوفایی زندگی انسان)، در کتاب «ساختار اساسی به مثابه موضوع» نیز معنای وسیع ساختار اساسی را مد نظر دارد. (Murphy, 1999, 261) ولی برخی دیگر این ادعا را با این استدلال رد می کنند که رالز فقط در «ساختار اساسی به مثابه موضوع» از معنای مضیق ساختار اساسی بحث نکرده است تا گفته شود که او در استعمال الفاظ و عبارت مسامحه کرده و معنای دقیق ساختار اساسی و شمول آن را به متن مبین و مرتبط تر (نظریه عدالت) واگذار کرده است. بلکه او در اثر دیگر خود یعنی در «مفهوم برابری از منظر کانت» نیز معنای مضیق ساختار اساسی را اقتباس کرده است. (Kordana & Tabachnick, 2005, 606) رالز در این نگاه خود به فلسفه کانت می نویسد: «اصل تفاوت (اصل دوم از اصول عدالت رالز) درآمد و مالیات بر دارایی و خط و مشی های مربوط به امور مالی و اقتصادی در سطح کلان را در بر می گیرد و به قراردادهای خاص (خصوصی) و نیز به توزیع های موردی و حتی به طور عامتر به تصمیمات کوچک و محلی تسری پیدا نمی کند. بلکه آن زمینه هایی را (همچون بازار) در بر میگیرد که این روابط خصوصی در حوزه آنها اتفاق می افتد.» (Rawls, 1999, 262)

آری، در مقام نتیجه با احتیاط می توان گفت که نزد رالز جایگاه آزادی قراردادی در تئوری عدالت نه مبهم و نامعلوم که صریح و گویاست. زیرا مرور اعتقاد او در «مفهوم برابری

1 . Murphy Liam, (1999), Institutions and the Demands of Justice, 27 Philosophy & Public Affaires, p. 261.

از منظر کانت»، هرگونه تردید را می زداید. ولی فارغ از اینکه رالز به ساختار اساسی چه معنا و حدودی می دهد، از او این سوال مستقیم و مرتبط را باید کرد که اگر نفس قرارداد و توافق خارج از اصول عدالت است، خود حقوق قراردادهای چطور؟ مگر نه این است که دو اصل مذکور برای عدالت، به خصوص اصل اول، قرارداد را تضمین و اکراه و تدلیس در قراردادهای را منع و قاعده شدن این تضمین و منعها را اقتضا می کند؟ پس چطور می توان گفت که حقوق قراردادهای جزء ساختار اساسی نیست؟ پاسخ رالز این است که مقررات حقوق قراردادهای از قبیل منع اکراه و تدلیس، صرفاً لازمه ارائه معیار برای احراز آسان و به طور خاص و موردی ذی اراده بودن یا نبودن می باشد و نه مقتضای تطبیق قرارداد با اصول اخلاقی و اجتماعی، تا استثمار منع شود. (Rawls, 1999, 262)

این پاسخ را در حد این نتیجه می توان تحمل کرد که فلسفه اولیه و مستقیم تضمین قرارداد مبتنی بر اراده متقابل از یک طرف و منع اکراه و تدلیس از طرف دیگر همانا اصل آزادی است و نه اصلی دیگر چون تامین نیاز یا منع دارا شدن بلاجهت. از پاسخ رالز نمی توان این نتیجه را گرفت که اصول دوگانه عدالت نسبت به مطلق حقوق قراردادهای هیچ اقتضایی ندارد. زیرا رالز در چهارچوب لیبرالیسم پی عدالت می دود و نمی تواند نبود قرارداد را با لیبرالیسم جمع کند. یعنی نمی تواند مدعی شود که اصول مد نظر او از عدالت، به بود و نبود مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی ایران و ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه^۱ نیز بی تفاوت است. از رالز لیبرال صرفاً این نتیجه را می توان پذیرفت که نزد او حقوق قراردادهای در حد اصل آزادی قراردادی و تضمین نتیجه اعمال این اصل جزء ساختار اساسی و مشمول اصول عدالت است و نه بیشتر؛ از کل ۱۲۱ ماده حقوق قراردادهای (ماده ۱۸۱ تا ۳۰۰ قانون مدنی ایران)، صرفاً مواد ۱۰ و ۲۲۳ جزء ساختار اساسی هستند و نه بقیه مواد. بقیه مواد تضمین کننده نتیجه مطلوب و کارآمد توافقیهای آزاد هستند. تبعاً تئوری عدالت رالز صرفاً بر اتخاذ اصل آزادی قراردادی و اصل لازم الاتباع بودن قرارداد ملزم است و نه بر رعایت کل آن احکام دیگری که مقتضای دقیق بودنشان بر انتخاب آزاد طرفین محل تردید است. زیرا حاکمیت می تواند با دیکته کردن احکامی، نهاد توافق آزاد طرفین را سوی مطلوبیت نهایی

۱. «قراردادهای قانوناً منعقد شده، نسبت به آنهایی که آن را منعقد کردهاند، جای قانون را می گیرد...»

هر دو طرف سوق دهد و البته در این دیکته کردن و سوق دادن، مرتکب هیچ بی عدالتی نمی شود. زیرا حاکمیت مکلف است که در کنار تضمین آزادی قراردادی افراد، نفع اجتماعی را نیز تامین کند. تامین نفع اجتماعی چه بسا اقتضا کند که محصول انتخاب آزاد طرفین یعنی قرارداد با اندکی تمایل به عدالت اجتماعی تضمین و اجرا شود. مثلاً طرف دانا ملزم به دادن اطلاعات به طرف جاهل شود و در مقام اجرا نیز به طرف معسر و ناتوان مهلتی عادلانه داده شود.

۴. تعلق آزادی در معنای استقلال اراده به عرصه سیاست و نه معامله و اقتصاد

به نظر مرحوم استاد کاتوزیان، «اصل آزادی قراردادی مفهومی محدودتر از اصل حاکمیت اراده دارد و مانع نظارت قانونگذار بر قراردادهای خصوصی نیست». (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۳۲۷) زیرا «اصل حاکمیت اراده مبتنی است بر اینکه حکومت اراده انسان استقلال دارد و منبعث از قانون نیست: انسان به عنوان اشرف مخلوقات می تواند با اراده خویش حق و تکلیف به وجود بیاورد و حتی قوانین حق ندارند به آثار این اراده تجاوز کنند... در حالیکه اصل آزادی قراردادی از قانون منبعث شده است. به بیان دیگر، آزادی قراردادی برخاسته از مصالحی است که قانونگذار لازم می دانسته و هر زمان آن را مخالف با مصالح عمومی بداند، می تواند محدود سازد.» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۳۲۸) پس باید گفت که از منظر مرحوم استاد کاتوزیان، اصل حاکمیت اراده اصلی فلسفی و فرا حقوقی است به حقوق طبیعی تعلق دارد. ولی اصل آزادی قراردادی اصلی حقوقی است و به حقوق موضوعه ارتباط دارد.

این نگرش نسبت به آزادی در آثار آیزیا برلین نیز مشاهده می شود. آیزیا برلین طرفدار آزادی منفی است. او اصلاً مقاله دو معنای آزادی را بدین خاطر نوشت که خطرات آزادی مثبت را گوشزد کند. ولی او وقتی پی می برد که آزادی منفی نیز خطرناک و ابزار استثمار ضعیف از سوی قوی می شود، سوی آزادی مقید قراردادی متمایل می شود. زیرا آزادی منفی اگر تأکیدشود و معیار مطلق حقها باشد، فاصله افراد را دو چندان می کند: «تر عدم مداخله در راه تأیید مرامهایی مورد استفاده قرار گرفته است که به لحاظ اجتماعی و سیاسی آثار ویرانگری داشته و اقویا و ستمگران و زورگویان توانا و بیرحم را در برابر انسانهای

ضعیف و اندک مایه و کم نصیب تقویت کرده است. آزادی برای گرگها بیشتر اوقات مرگ برای گوسپندان است.» سیاست لجام گسیخته «بگذارید بکنند» این ادعا را به واقعیت تبدیل کرده است. (برلین، ۱۳۶۸، ۵۷)

برلین بعد از بیان وضع اسفناکی که از مجرای آزادی مطلق قراردادی نصیب کارگران قرن هجده شده است، می افزاید: «دلایل مربوط به لزوم مداخله دولت یا سازمانهای موثر برای تأمین شرایط لازم جهت آزادی مثبت و دست کم حداقلی از آزادی منفی برای افراد، از قوت و استحکام زیادی برخوردار بوده است و لیبرالهایی چون توکویل، جان استوارت میل و حتی بنژامن کنستان که بیش از هر نویسنده دیگری در فضایل آزادی منفی سخن گفته اند، از این معنی بیخبر نبوده‌اند.» (برلین، ۱۳۶۸، ۵۸)

به زعم برلین اینکه از دید تاریخی ملاحظه می شود که آزادی منفی بیشتر بازدارنده است تا تأمین کننده و اصلاً اینکه بیشتر از آزادی منفی (عدم ملاحظه) حمایت می شود تا از آزادی مثبت (تأمین نتیجه آزادی)، بیشتر در حوزه آزادی های سیاسی است تا اقتصادی: «اگر می بینیم که در طول تاریخ از امور مربوط به رفاه و برخورداری بر اساس آزادی منفی بحث زیادی به عمل نیامده، به آن دلیل بوده که مفهوم آزادی منفی، همواره به عنوان سلاحی در برابر استبداد به کار گرفته می شده است و نه در برابر سیاست اقتصادی بگذارید بگذرد.» (برلین، ۱۳۶۸، ۵۸)

پس از منظر برلین، همانا شرایط سیاسی قرن هفدهم آزادی منفی را به عنوان اصل کلی و قاعده عمومی نشان می دهد وگرنه اینکه شرایط اقتصادی عصر حاضر اقتضا می کند که در روابط اقتصادی افراد جامعه، دولت فقط شبگرد و پاسبان نباشد، منافاتی با نفس آزادی ندارد. خطری که آزادی را تحدید می کند، در نظارت و مداخله بی حد و مرز دولت خلاصه نمی شود تا به طور مطلق آزادی منفی را برگزینیم. بلکه به علاوه «عدم مداخله یعنی تبعیت از سیاست اقتصاد بازار» نیز آزادی را در خطر می اندازد و تبعاً لازم می آید که دولت لگام ثروت اندوزی بازار را در حدود زایل نشدن حداقل نیاز افراد محدود کند. (برلین، ۱۳۶۸، ۵۹)

از این اعتقاد برلین این نتیجه و تاثیر را می گیریم که آزادی قراردادی مقدس نیست و

قانونگذاری که این آزادی را از سر مصلحت محدود می کند، الزاما مرتکب بی عدالتی نشده است. به بیان دیگر، در سطح خرد عدالت معاوضی و در سطح کلان، عدالت توزیعی همیشه با آزادی مطلق قراردادی تامین نمی شود؛ چه بسا این دو نوع عدالت اقتضا کند که آزادی قراردادی محدود نیز بشود.

۵. تهی بودن اندرون آزادی قراردادی

کرومن معتقد است که اصل آزادی از درون تهی است و به خودی خود نشان نمی دهد که کدامین سودجویی و مغاینه مشروع است و کدامین نامشروع؛ کدامین اغتنام فرصت اعمال آزادی خود به حساب می آید و کدامین فرصت جویی نه به اعمال آزادی قراردادی خود که به نفی آزادی قراردادی طرف مقابل منجر می شود. به زعم او درباره مفاد و اندرون اصل آزادی، آزادی گرایان چارهای جزء ارائه یکی از این سه پاسخ را ندارند. (Kronman, 1980, 472-511)

۵-۱. معیار بودن برتری طبیعی افراد

هوش، زیبایی و اصالت اشخاص نسبت به همدیگر به طور طبیعی متفاوت است. این تفاوت به آنان حق می دهد که از اشخاصی که ضعیف تر از خودشان هستند، سودجویند. یعنی اشخاص نسبت به همدیگر به طور طبیعی و از جهات مختلف برتری و پست تری دارند. برخی دارای ارزش بیشتری هستند و بعضی دارای ارزش کمتر. این ارزیابی جهتی است مشروع برای تفویض و تخصیص حق و تکلیف و برای احتساب مشروعیت یا عدم مشروعیت مغاینه. (Kronman, 1980, 484)

این معیار هرگز با معنای دقیق و مورد اجماع آزادی همخوانی ندارد. زیرا اولاً اصل آزادی بر برابری آغازین تکیه دارد و برابر بودن فرصت اولیه همه افراد را مفروض می انگارد. ثانیاً نابرابری طرفین قرارداد حداقل در عالم تئوری مجوز استعمار نیست. تنها چنین می توان گفت که اصل آزادی قراردادی چون واقعیت نابرابر بودن طرفین قرارداد را قبول

۱. کرومن این معیار برتری طبیعی افراد از برای سودجویی از یکدیگر را به نیچه نسبت می دهد: Nietzsche F., (1968), The will to power, Vintgate edition, no.926.

نمی کند و بر آرمان برابری همه افراد رشید تکیه دارد، غیرمنصفانه در آمدن نتایج قرارداد را خود خواسته و طبیعی تلقی می کند.

۲-۵. معیار بودن نفع عمومی

از منظر کرونمن مضمون دیگر قابل تلقین بر آزادی قراردادی این است که بگوییم قرارداد و مغاینه در صورتی مشروع است که به تحقق یا افزایش خیرهای عمومی بینجامد. (Kronman, 1980, 484)^۱ باید گفت که این مضمون نیز با ذات آزادی همخوانی ندارد. زیرا آزادی را به مثابه وسیله می نگرد و نه هدف؛ آزادی اگر نفع بیافریند، خیر و مطلوب است. این همان آرمان نفع گرایان است که آزادی را با این شرط می پذیرند که به خیر و نفع منجر بشود. در حالیکه آزادی گرایان محض این مشروط بودن ارزش آزادی قراردادی بر نفع را قبول ندارند.^۲

۳-۵. معیار بودن نفع بلند مدت امتیازدهنده (متغابن)

قرائت سوم کرونمن از مفاد و غایت آزادی قراردادی با اجابت به این سوال است که امتیازدهی (تغابن) در بلند مدت به نفع امتیازدهنده (متغابن) خواهد بود یا نه. این معیار طبق نظر کرونمن با کارآمدی پرتو یعنی با مطلوبیت نهایی انتخاب همخوانی دارد. ولی باید گفت که کرون من کارآمدی مد نظر پرتو را به طور بکر و کامل قبول ندارد. بلکه به اصلاح آن روی می آورد. بدین خاطر پیشنهاد خود برای مفاد آزادی قراردادی را «اصل پرتویی اصلاح شده»^۳ می نامد و قرائتی از آزادی قراردادی می کند که بتواند پلی برای وصال به عدالت توزیعی باشد. (Kronman, 1980, 484-485)

طبق نظر پرتو، مطلوبیت یک انتخاب برای کارگزاران اقتصادی مطلق نیست بلکه نسبی

۱. کرونمن متعصب این نظر را اسماارت و ویلیامز معرفی می کند:

Smart J. and Williams B., (1973), *Utilitarianism: For and Against*.

۲. مثل ریچارد پوزنر آزادی قراردادی را مقتضی فروش و اجاره اعضای بدن نیز می داند. با این استدلال که انسان خودش می خواهد و در نتیجه برایش ارزش دارد:

Posner Richard, (2003), *Economic analysis of law 4th ed.*, Boston, MA: Little, Brown and Company. p. 139.

3. Modified paretian principle.

می باشد. زیرا این امکان وجود دارد که کارگزار دست به انتخابی بزند که سودش خیلی زیاد باشد. ولی این افزایش سود تا جایی کارآمدتر است و مطلوبیت دارد که به کاهش مطلوبیت انتخاب طرف او منجر نشود. نقطه ای که افزایش سود یک طرف قرارداد بدون کاهش سود طرف مقابل ممکن نباشد، نقطه پرتو نامیده می شود. به عبارت دیگر، نقطه پرتو نقطه ای است که افزایش مطلوبیت به طور متقابل ممکن نیست. (Veljanovski, 2007, 32) در مقام نقد باید گفت که نقطه پرتو نسبت به افزایش متقابل و نهایی کارآمدی، یک نقطه اقتصادی و کارشناسانه است تا حقوقی و حکمی. پرتو درجات مختلف مطلوبیت در انتخابها (قراردادها) را توصیف و اثبات می کند و نظر او رنگ حکمی و هنجاری ندارد و به ندرت به درد قانون می خورد. (Veljanovski, 2007, 32)

شاید گفته شود که ثابت شدن نهایت بهینگی خود غایتی مسلم است تا قانونگذاران و دادرسان قلم خود را روی این مطلوبیت نهایی بگذارند. ولی باید گفت که تبدیل توصیف و اثبات پرتو به حکم و هنجار به خصوص بر قانونگذاران آسان نیست و چه بسا که خود این تبدیل به یک مانعی فرا راه عملی شدن مطلوبیت نهایی تبدیل شود؛ یکی از اصول مسلم حقوق این است که حکم قانون باید تا حد ممکن نوعی باشد و بر قرائن ملموس و غالب استوار باشد و نه بر احساسها و تمایلهای شخصی و موردی. مطلوبیت مد نظر پرتو نسبی و موردی است و از معامله ای به معامله دیگر به یقین متفاوت خواهد بود. اگر قانون معیار پرتو را به طور دقیق و بکر برگزیند و به خصوص احراز و صدق نهایت بهینگی را به دادرس بسپارد، چاره ای جزء این ندارد که به دادرس اختیار دهد که بهینگی قرارداد موضوع هر دعوا را حسب مورد کنترل کند و قراردادی که در آن نفع طرفین به نقطه بهینگی پرتو نرسیده یا آن نقطه را زیر پا گذاشته است، حسب مورد یا اجرا نکند و یا تعدیل کند.

ولی از آنجا که مطلوبیت امری شخصی است و نه نوعی، قضاوت دادرسان غیر قابل پیش بینی خواهد بود و هیچ حق قراردادی از مداخله دادرس در امان نخواهد بود که البته این بر خلاف امنیت حقوقی می باشد. (Kronman, 1980, 487) زیرا از حاکمیت این انتظار می رود که اولاً به شهروندان اطلاعات روشنی در رابطه با وضعیتشان از منظر قوانین و مقررات ارائه کند و ثانیاً آن قوانین و مقررات از ثبات و دوام نسبی برخوردار باشد تا آنان

بتوانند امور خویش را تنظیم نمایند. مردم از حقوق به عنوان اراده حاکمیت علاوه بر مشخص و معین بودن، انتظار ثبات و دوام نیز دارند. (Rawls, 1972, 235-243; Raz,)
 (1979, 210؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۲۵۳)

آری از آنجا که کشف پرتو جنبه شخصی و نسبی دارد، باید از اتخاذ قاعده گونه آن
 اباکرد و به اصلاح و ترمیم آن پرداخت. در این باره می توان از راولز الهام گرفت. زیرا او
 «اصل تفاوت» مد نظر خود را نه مقتضی حمایت از فرد خاصی، بلکه مجوز حمایت و تأمین
 رفاه طبقه و گروهی از افراد می داند که نسبت به طبقات دیگر جامعه از توان چانه زنی و
 استقلال کمتری برخوردار هستند. به زعم او حمایت از شخص واحد به جای حمایت از طبقه
 ایی از اشخاص هرگز از انسجام برخوردار نخواهد بود و حمایت قانون از افراد ضعیف و
 نیازمند به آشفتگی و تنوع غیر قابل توجیه مبتلا خواهد شد. (Rawls, 1971, 98)

کرومن من از این اعتقاد راولز الهام می گیرد و کارآمدی پرتویی را طوری تعبیر می کند
 که در خدمت آرمان خود یعنی عدالت توزیعی باشد. بدین گونه که مطلوبیت مد نظر پرتو را
 به تک تک قراردادهای اعمال نمی کند. بلکه به گروه قراردادهای تسری می دهد؛ قراردادهایی
 که یکی از طرفین آنها در مقایسه با طرف دیگر ضعیف است و در اضطرار یا محدودیت
 تنظیم شده از سوی طرف قوی، توان انتخاب منتهی به مرز بهینگی را ندارند. محک حقوق
 باید این باشد که مداخله و محدود کردن آزادی قراردادی، در دراز مدت به نفع گروه ضعیف
 است یا نه. اگر پاسخ مثبت باشد، یعنی محدود شدن آزادی قراردادی در درازمدت به نفع
 طرف های ضعیف باشد، قانون باید دخالت کند و آزادی قراردادی طرفهای قوی را
 محدود کند. ولی اگر این محدود کردن آزادی قراردادی گروه قوی، در دراز مدت به نفع گروه
 ضعیف نباشد، قانون باید در راستای اصل پرتویی- راولزی در رابطه قراردادی دخالت
 مستقیم بکند. یعنی با تصویب قوانین آمره و ماهوی همچون مقررات راجع به گارانتی
 کیفیت کالا، مفاد قرارداد را به نفع طرف ضعیف تثبیت کند. (Trebilcock, 1993, 83)

پس باید گفت که کرومن به نام آزادی، به کام رفاه می اندیشد و نابرابری استقلال
 قراردادی و توان مذاکره را به شرطی مجوز مداخله قانون در روابط قراردادی می داند که
 وضع طرفهای ضعیف پا به پای طرفهای قوی بهتر نشده باشد. ولی اگر نفع طرفهای ضعیف

در قبال طرفهای قوی به مرز بهینگی نهایی رسیده باشد، نباید به بهانه آزاد نبودن و از خود برنخاستن انتخاب طرفهای ضعیف، از بهایی گذشت که به یقین در نهایت، عاید این طرفها خواهد شد.

پتر بنسان به مخالفت با کرومنن بر می خیزد؛ چنین اقتضایی از حقوق قراردادهای که نفع را معیار مطلوبیت قرار بدهد و نه حاصل اراده مستقل و آزاد را، از سیرت آزادی تهی است و با غایاتی همچون رفاه و توزیع نعمات همخوانی دارد و شانه به شانه نفع گرایی و سودانگاری می ساید و تاب تحمل اخلاقی را ندارد که آزادی را و نه وسیله وصال به هدفی دیگر چون نفع بلکه مقدس و هدف می داند. (Benson, 1989, 1119)^۱

ایراد گرفتن بنسان از کرومنن بدیهی و طبیعی است و جای تعجب ندارد. زیرا کرومنن آزادی را در خدمت رفاه و حتی ابزار توزیع می بیند. ولی بنسان در راستای فلسفه هگل بر آزادی و برابری مقبول آزادی، به چشم مقدس می نگرد. از کرومنن در قبال انتقاد بنسان چنین می توان دفاع کرد که کرومنن نفعگرایی مطلق نیست. زیرا اگر مطلق نفع را می خواست، سودای مطلوبیت معامله طرفهای ضعیف را در سر نداشت و دغدغه بهینگی برای این گروه ضعیف را در سر نمی پروراند بلکه، مطلق نفع و افزایش سود جامعه را معیار قرار می داد و آزادی را فدای این نوع سود می کرد. -

کرومنن در مقام تلخیص و نتیجه گیری از مفادهای پیشنهادی خود بر اندرون آزادی می گوید: هر یک از سه اصل مذکور اولاً از درون تهی نیست و غایتی را دنبال می کند و تبعاً بر خلاف اصل آزادی به این انتقاد مبتلا نیستند که هدفشان مشخص نیست. ثانیاً هر کدام غایتی خاص را دنبال می کند و در پی نتیجه خاصی است. منتها به نظر او فقط نوع اخیر با مبانی اخلاقی آزادی گرایی همخوانی دارد؛ اگر آزادی گرایان مکلف باشند که با وارد کردن کمترین خدشه به مبانی اخلاقی اصل آزادی، یکی از سه اصل مذکور را برگزینند، به یقین سراغ سومی خواهند رفت. (Kronman, 1980, 485) زیرا سومی حداقل نابرابری کوتاه مدت ناشی از تحدید اصل آزادی را تحمل می کند. یعنی همچون خود اصل آزادی

۱ . انتقاد دیگر بنسان بر کرومنن این است که اقتضای دقیق آزادی (آزادی منفی) را ملاحظه نمی کند و به نفع یک طرف علیه طرف دیگر تکلیف مثبت به ملاحظه را تحمیل می کند. بعلاوه اصل برابری طرفین را نیز رعایت نمی کند؛ همان منبع.

برمی تابد که البته در کوتاه مدت نتیجه قرارداد نابرابر نیز باشد و علیه طرف متعلق به گروه ضعیف تمام بشود. ولی مشروط بر اینکه این نابرابری کوتاه مدت در بلند مدت به نفع این عضو گروه ضعیف بینجامد.

آری، از مرور بحثهای کرونمن به این نتیجه می رسیم که او و لو ناگفته و غیرصریح، معنی منفی آزادی را قبول ندارد و خود آزادی را غایت و هدف نمی داند و گرنه هرگز نمی گفت که اصل آزادی از درون تهی است و معیاری از برای تشخیص مغاینه مشروع و نامشروع ندارد. ولی باید گفت که نتیجه منتخب او یعنی «معیار بودن نفع بلندمدت امتیازدهنده» از برای تشخیص مشروعیت یا عدم مشروعیت امتیازگیری، بر خلاف ظاهر با کارآمدی پرتو همخوانی ندارد. زیرا کارآمدی پرتو در ظرف انتخاب آزاد خود طرفین، از مطلوبیت و افزایش مطلوبیت بحث می کند و نه در ظرف پدرسالاری. پرتو معنای واقعی مطلوبیت و نقطه واقعی صدق آن را ثابت می کند و نه اینکه مطلوبیت حقیقی را ثابت کند و وصال اجباری به آن را تجویز کند.^۱

۶. ارزش تبعی داشتن آزادی قراردادی

به نظر ایمانول گونو^۲ «اشتباهی اساسی آزادی قراردادی را غیرواقعی نشان می دهد: اراده به تنهایی منبع حقوق نیست. اراده نقشی بیش از تعیین و مطرح کردن حقوق ندارد.

۱. زیرا کارآمدی مدنظر پرتو بر این سه پیش فرض استوار است: ۱. هر انسان بهترین قاضی رفاه خویش است. ۲. رفاه جامعه نیز تابع رفاه اعضای تشکیل دهنده اش است. ۳. هر نوع دخالت و تغییر در رابطه طرفین (از سوی قانون)، اگر بتواند رفاه یکی را بدون تعرض به رفاه دیگری افزایش دهد، رفاه اجتماعی را نیز ترفیع می دهد:

Veljanovski Cento G., (2007), Economic Principles of Law, p. 32.

2. Emmanuel Gounot, (1938), la liberté des contrats et ses justes limites, semaines sociales de france, p.321 et s.

«هفته نامه اجتماعی فرانسه» در شماره سی ام خود به سال ۱۹۳۸ عنوان «آزادی و آزادیها در زندگی اجتماعی» را موضوع خود قرار داده بود. دو اثر مرتبط به آزادی قراردادی که موضوع مطالعه این هفته نامه بودند، مشهور می باشند: اثر استاد Emmanuel Gounot نویسنده رساله معروف در رابطه با استقلال اراده، با عنوان «آزادی قراردادها و محدودیت های دقیق آن» "la liberté des contrats et ses justes limites" و اثر استاد André Rousat با عنوان «ملاحظه تعهداتی که آزادانه قبول شده اند و قراردادهای ارشادی» "Le respect des engagement librement consentis et le contrat dirigé". این دو اثر در آستانه جنگ جهانی دوم نوشته شده اند و بیشتر در صدد سوق دادن قانونگذار بر محدود کردن آزادی قراردادی بوده اند؛ اعتقاد به ارشادگری نو "Le dirigisme nouveau" از سوی قانون در این آثار قابل ملاحظه می باشد. در این بند بخشهایی از تز ایمانول گونو را که از کتاب حقوق تعهدات مازوها و شاباس گرفته ایم، عینا نقل می کنیم.

دنیای حقوق، دنیای هدف ها و غایت ها است. از منظر حقوق، اراده امری بیش از نیرو و وسیله نیست. اراده هرگز شایسته حمایت از سوی قانون نیست مگر به اهدافی که مطلوب قانون هستند و یا فرض می شود که مطلوب قانون باشند. اراده حقوقی همان مطلق اراده یا اراده توانائیها^۱ نیست، بلکه همانا اراده عدالت و یا خوشبختیها^۲ است. پس باید گفت که اراده در خدمت حقوق است و نه حقوق در خدمت اراده.^۳ کسی را حقی نیست، اگر تابع حقوق نیست. حقوقدانان علاقه دارند این اعتقاد سالی^۴ را بازگو کنند که «عادلانه همین است زیرا همین اراده شده است»^۵ ولی امروزه باید گفته شود که «این باید اراده شود زیرا همین عادلانه است»^۶.

«اگر اراده در زندگی حقوقی نقشی را برای بازی و حرفی را برای گفتن دارد، این نقش هرگز در حد سبب (مقتضی) نیست. اگر قرارداد از منظر حقوق ارزش دارد، اگر نیروی اجتماعی سازمان یافته آن را تضمین می کند، بدین دلیل ساده نیست که اراده استحقاق پافشاری بر سلطه خویش را دارد؛ "مغرور گردد که از او اطاعت می شود." بلکه به این خاطر است که رفاه عمومی در این باره ذینفع می باشد؛ جامعه در قراردادی که به طور قانونی منعقد می شود، عامل خوشبختی را ملاحظه می کند، همکاریهای فردی را می بیند که به نفع عمومی منجر می شوند و تحقق ابزاری را نظاره می کند که برآورده شدن نیازهای متقابل انسانی را موجب می شود. قرارداد نیروی الزام آور خود را صرفاً در اراده فردی نمی یابد. این نیرو همانا ریشه در رفاه عمومی دارد که قرارداد وسیله آن می باشد و تبعاً باید توقعات آن را ملاحظه کند»^۷.

1 . la volonté tout court ou celle de puissance

2 . la volonté de justice ou de bien

۳ . مرحوم استاد کاتوزیان نیز در این راستا معتقدند که «در حقوق کنونی، اراده در خدمت حقوق است نه اینکه حقوق کارگزار اراده باشد»؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج. اول، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۰، ش. ۸۵، ص. ۱۴۶.

4 . Saleilles, (1901), De la declaration de volonté, Paris, p. 351

5 . " Cela est juste parce que cela a été voulu."

6 . "Cela doit être voulu parce que cela est juste. "

۷ . ژک گستن نیز که در نوشته های پیشین خود از تضمین اصل آزادی قراردادی سخن می گفت، دیگر بر این باور کلاسیک نیست که قرارداد قدرت اجبار کننده دارد، چون خود طرفین آن را خواسته اند، بلکه معتقد است که قرارداد ملزم می کند بدین جهت که از یک طرف مفید است و از طرف دیگر به شیوه های منعقد می شود که دلالت بر منصفانه بودن دارد؛ Jacques Ghestin, (1982), l'utile et le juste dans les contrats, Dalloz, Ch.1.

«باری، مطلق قرارداد باید در تطابق با رفاه عمومی باشد، درجهت تأمین حداکثر نیازهای مشروع هرکس و همه باشد، انسانها را متحد کند، فعالیت های فردی را که در جریان هستند، تنظیم کرده وسامان دهد. قرارداد عادلانه همین است؛ قراردادی که با مفهوم سنتی «عدالت معاوضی» مطابقت دارد و در آن هر متعاقدی معادل مالی را دریافت می کند که پرداخت کرده است. زیرا عوض اعطاها و پرداختها که در راستای تأمین نیازهای انسانی صورت می گیرد، باید با ارزش اجتماعی معوضها متعادل باشد.»

«دراین وادی همبستگی، حرف زدن از آزادی مطلق قراردادها و معتبر دانستن هر قراردادی صرفاً بدین دلیل که به ظاهر طبق قانون به آن رضایت داده شده است، چیزی جز مهر تایید زدن برظفر یافتن قدرت، نیرنگ و هر نوع سلطه و تفوق نمی باشد؛^۱ به قول ایرینگ، همچون "اعطای جواز شکار به دزد و راهزنی می باشد که حق نشانه گرفتن بر هر کسی را دارد که در مسیر راهش قرار می گیرد".^۲ به منزله گشودن دریچه وسیع استثمار با پوشش قرارداد می باشد.»

«بر این بهره کشی حقیقتاً هم حقوقدانان مذهبی و هم معتقدین به برابری برخاسته اند. این بهره کشی شکل‌های مختلفی را به خود گرفته است. آزادی قراردادی در مفهوم مطلق و مستقل، داراشدن به هزینه دیگری بدون جهت مشروع را موجب می شود؛ نفع بردن از نیاز و بی تجربگی دیگران را توجیه می کند، چندانکه انسان وادار به پرداخت مالی شود که در قبال آن عوضی نگرفته است و به جبرانی نرسیده است. این سرقتی است که در پوشش قرارداد صورت می گیرد.^۳ این سرقت متضمن نایده گرفتن کامل شرافت انسانی است، یعنی به ناروا دارا شدن نتیجه طبیعی فعالیت دیگران. پس باید قبول کرد که نوعی قانون عالی ناشی از عدالت نوعی^۴ به اراده هایی که قرارداد را منعقد می کند، حکومت دارد: قانونی که در وهله اول مقتضای آن نقش طبیعی است که قرارداد باید در جهان روابط بازی کند و معلول آن ملاحظه ای است که طرفین باید نسبت به یکدیگر بر عهده گیرند.»

1 . Le triomphe de la force , de la ruse ou de toute outré superiorite de fait.

2 . "delivrer un permis de chasse aux pirates et aux brigandes, avec un droit de prise sur tous ceux qui leur tombent entre les mains."

3 . C'est un vol sous des apparences contractuelles.

4 . une loi superieur de justice objective

«حال سوال این است که با رد کردن تئوری استقلال اراده ما مگر سوی برانداختن هر نوع آزادی قراردادی و تیشه زدن به ریشه ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی^۱ و در نهایت برانداختن کامل نهاد معاوضه قدم بر نمی داریم؟ به بیان دیگر، اینکه گفتیم قرارداد فی نفسه مستحق تضمین از سوی قانون نیست مگر در صورتی که پا در رد پای عدالت معاوضی بگذارد؛ غایتی که با نفع عمومی همخوانی دارد، آیا به این معنی نیست که قرارداد دیگر از سوی قانون تضمین نمی شود مگر در صورتی که دادرسی یا مقام اجتماعی دیگر، بعد از ارزیابی ارزش مفاد قرارداد و موشکافی کردن غایاتی که آن قرارداد دنبال می کرده و تصحیح کردن تعادل عوضین، اعتبار قرارداد را تایید بکند؟! حال، آیا همین مشکلات کندی و خطر داوری درباره چنین مطابقتی بوده است که قانونگذار مدنی را به فراموش کردن لزوم این ویزا برای قرارداد و بسنده کردن به اراده های خصوصی و مفروض انگاشتن برابری آزادی طرفین قرارداد واداشته است؛ نوعی آزادی مضیق، گذرا و موقت که از سر تاسف به رسمیت شناخته شده است و صرفاً به عنوان چاره آخر و بد ضروری تجویز شده است؟!»

«البته ما به این نتیجه نخواهیم رسید که آزادی قراردادی را به عنوان بد ضروری معرفی کنیم. بلکه بر مبنایی وسیعتر و اجتماعی تر، نوعی آزادی نسبی را به عنوان لازمه عدالت نوعی تبیین می کنیم. فرض کنیم دو شخص که فی الواقع از آزادی کافی برخوردار هستند، و در موقعیتی قرار دارند که به طور نوعی، برابر به نظر می رسند، وارد یک رابطه قراردادی می شوند. از آنجا که آنان بالفرض اشخاص معمولی هستند، از عقل برخوردارند، به طور موثر آزاد هستند، و از برخی توانائی‌های عملی نسبت به موضوع قرارداد برخوردار هستند، نه این گونه آن، هیچکدام به خودی خود بر اعطای مال خود بدون جهت یا بر انتقال دادن مالی بدون وجود تناسب بین آن و عوض متقابلش رضایت نخواهند داد. به عنوان مثال هیچکدام مالی را برای نیازی ناچیز به قیمتی کلان نخواهد خرید. یعنی در حالت برابری واقعی طرفین

1. Article 1134: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

در اصلاح بخش تعهدات قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶ (قانون شماره ۱۳۱-۲۰۱۶ مصوب ۱۰ فوریه سال ۲۰۱۶، متضمن اصلاح حقوق قراردادها و قواعد عمومی اثبات تعهدات^۱)، این حکم با تغییر جزئی در ماده ۱۱۰۳ نشست. تغییر نیز این است که در قانون سال ۲۰۱۶ به جای واژه توافق convention، واژه قرارداد contrat استعمال شده است:

Mainguy Daniel (Sous la direction), Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016), « Dynamiques du droit », collection « Teutates consommation et du marché », Montpellier 2016, p. 39 et sui.

که ما چنین فرض می‌کنیم، خطر بهره‌کشی یک طرف از طرف دیگر به شدت پایین خواهد آمد.»

«پس باید گفت که ملاک مداخله یا عدم مداخله در قراردادها عبارت است از برابری یا عدم برابری منافع متضاد که رضای طرفین را به طور متقابل به هم ملحق می‌کند. این برابری و تعادل نه با معیار وجود یا عدم فشار خارجی بلکه صرفاً با معیار ارزیابی معقول ارزش اجتماعی تعهداتی که کفه متقابل هم قرارداد می‌شوند، سنجیده می‌شود. در صورتی که هر کدام معادل مالی را دریافت بکنند که پرداخت کرده است، قرارداد عادلانه خواهد بود و تبعاً حقوق در وفای به تکلیف خود در رابطه با «پاسداری از عدالت»^۱ وظیفه‌ای را برعهده نخواهد داشت، مگر تضمین قراردادی که عوضینش متعادل است، آن گونه که طرفین رضایت داده‌اند.»

«اینکه طبق قاعده سنتی مقرر در ماده ۱۱۳۴ ق.م. فرانسه قراردادهای آزاد جای قانون را می‌گیرند، به چه معناست و با این پندار ما از آزادی قراردادی چگونه جمع می‌شود، باید گفت منظور این است که حقوق می‌تواند به قراردادهای آزاد اعتماد کند: یعنی طبق شرایط اساسی قراردادها حقوق می‌تواند افراد را به عنوان بهترین تنظیم‌کنندگان منافع متقابل تلقی کند و در این رابطه به آنان صلاحیت و توانائی وسیعی را اعطا کند. البته تا آن اندازه که سخن بر سر متعاقدين معمولی و پخته است. پس اگر یقین داشته باشیم که عدالت در قراردادها خود به خود تحقق می‌یابد، اراده‌های فردی بهترین عناصر حقوقی خواهد بود، عناصری که از قدرت منعطف خاصی برخوردار هستند و چنان سریع و مطلوب عمل می‌کنند و بهتر و متناسب‌تر بر نیازها و توقعات متعدد و متنوع زندگی اقتصادی و اجتماعی مطابق می‌شوند که نه قاضی و نه هیچ مقام اداری نمی‌تواند آن مطابقت را رعایت و تأمین کند.»

«پس باید گفت که کنترل موثر محاکم یا مقامهای عمومی دیگر بر چنین قراردادهایی نه به عنوان اصل بلکه باید کم و بیش، صرفاً به طور استثنایی اعمال بشود. نیز باید گفت که اصل آزادی قراردادی هم جزء اصول عدالت نوعی که ما تابع آن هستیم، می‌باشد.»

1. "la mission de "custos justii"

قراردادهای آزاد به این دلیل از سوی قانون تضمین نمی شوند که از اراده هایی برخاسته اند که خود به خود ارزش حقوقی مطلق دارند، بلکه بدین جهت تضمین می شوند که به طور اساسی عادلانه هستند و یا عادلانه تلقی می شوند. پس آزادی هرگز به معنی انکار هر نوع عدالت نوعی نیست.^۱

آری، «حقیقت این است که ما به قرارداد و آزادی قراردادی ارزش قائل نیستیم مگر از این جهت که سبب تحقق بهتر و کاملتر عدالت نوعی می شود. پس با این مضمون، آزادی خود نیز جزء اصول نظم، عدالت و رفاه عمومی تلقی میشود^۲ و نه به عنوان اصلی مستقل در کنار نظم و عدالت و رفاه. آری، همانا این آزادی است که امروزه باید با تهدیدهای تمامیت خواهی مقابله کند.»^۳

در مقام تلخیص باید اعتقاد مرحوم استاد کاتوزیان را نیز مرور کرد که گویاتر از گفتارهای ایمانئول گونو، به ریشه و نقش اجتماعی- اقتصادی آزادی قراردادی تاکید دارد: «در حقوق کنونی همه کم و بیش پذیرفته اند که حکومت واقعی با قانون است، ولی فایده های عملی احترام به پیمانها باعث شده است که "آزادی قراردادی" به عنوان اصل پذیرفته شود و مبنای واقعی آن، ملاحظه های اجتماعی و مصلحت اندیشی اقتصادی است.» (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۱۴۵) پس با احتیاط می توان گفت که مرحوم استاد کاتوزیان نیز همچون ایمانئول گونو، آزادی قراردادی را مقدس و خود ارزش نمی داند. بلکه ارزش آن را تابع شرایط اجتماعی و اقتصادی هر جامعه می داند.

نتیجه

در مقام نتیجه گیری باید گفت که اشتقاق منحصر و دقیق اصل حقوقی آزادی قراردادی از اصل فلسفی استقلال (حاکمیت) اراده و در نتیجه، مصداق دقیق بودن اصل اول بر اصل دوم در عالم حقوق، غیرممکن نیست. ولی رعایتش سخت است. زیرا عالم حقوق عالم عبادت و اخلاق محض نیست؛ عالم وحدت و وصال به خیر مطلق نیست. بلکه عالم کثرت

1. "La liberté n'implique pas la négation de toute forme objective de justice."

2. "La liberté donc elle – même principe d'ordre , de justice, de bien commun."

3. "C'est cette liberté qu'il faut aujourd'hui sauvegarder contre les menaces totalitaires."

و نسبت است. زیرا هیچ نظام حقوقی نمی خواهد ضد ارزشها حرکت کند. ولی در وصال به ارزش نیز چون واقعیت های متعدد و متفاوت را فرا روی خود دارد، حسب شرایط و توان خود ارزشها را رعایت می کند.

در بین واقعیت های متعدد که حقوق را ناچار به رقیق کردن ارزش (های) اعلا می کند، دو مصلحت افزایش ثروت و فصل خصومت می باشد: حقوق اگر از یک طرف آرمان نفوذ قراردادهای خصوصی و تحقق عقد با قصد انشا را در سر می پروراند،^۱ از طرف دیگر، تن به مصلحت گرایی قانون^۲ و جریان حکم عرف محل حتی بر جاهل نیز می دهد،^۳ از غبن غیر فاحش چشم می پوشد^۴ و عیب اراده را با شرایطی محدود و ملموس^۵ می پذیرد... در نتیجه، حقوق باید آزادی قراردادی را به عنوان اصل اساسی عدالت، به رسمیت بشناسد. ولی می تواند حسب مصلحت یعنی در راستای سود یقینی همه اعضای جامعه در آینده، آزادی قراردادی عده ای را متفاوت (محدود) کند تا سود این تفاوت (تحدید) شامل همگان بشود.

منتها این تفاوت گذاری و تحدید آزادی قراردادی باید در پی مطالعه و کارشناسی باشد تا اولاً افزایش سود همگان در آینده قابل پیش بینی به بهای نابرابر و کمتر شدن آزادی های کنونی قراردادی، یقینی باشد. ثانیاً بتوان به این شهود و قضاوت منصفانه رسید که گرچه به طور مقطعی آزادی برخی افراد در برخی زمینه ها محدود خواهد شد، ولی بالاخره خود همان افراد در دراز مدت توان توسعه آزادی خود را و تمتع از آزادی توأم با رفاه اجتماعی را پیدا خواهند کرد. آری، آزادی قراردادی در این نگاه که ضامن رفاه نیز باشد، گر چه در عالم واقع محدود می شود، ولی چون رضایت وجدان را به همراه دارد، باز می تواند نشانی از استقلال باشد. زیرا به قول جول فنبرگ « محدود شدن برخی از مصادیق آزادی،

۱. جمله مقید (مشروط) ماده ۱۰ قانون مدنی ایران: « قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، ... نافذ است.»

۲. جمله شرط (قید) ماده ۱۰ قانون مدنی ایران: «...در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد...»

۳. ماده ۳۵۶ قانون مدنی ایران.

۴. مفهوم مخالف ماده ۴۱۶ قانون مدنی ایران.

۵. مثلاً تدلیس باید عملیات باشد (ماده ۴۳۸) و اکراه باید حاوی تهدید موثر نسبت به جان، مال یا آبرو باشد (ماده ۲۰۲ به بعد) و اشتباه باید در خود موضوع معامله باشد (ماده ۲۰۰) و اضطرار نیز تاثیری بر اراده ندارد (ماده ۲۰۶)...

استقلال شخص را هرگز به طور قابل ملاحظه متأثر نمی کند. مثلاً منع شدن از خوردن بستنی خاصی، در شدت استقلال فرد اثری ندارد». (Raz, 1988, 10) پس باید سخن را چنین تلخیص کرد که آزادی قراردادی گرچه بر اصل استقلال اراده مصداق و مثال دارد، ولی کل وجودش نمی تواند در خدمت استقلال اراده باشد.

منابع

الف) منابع فارسی

۱. آیتی، محمدرضا (۱۳۸۹)، *تحریرالمکاسب*، چاپ اول، انتشارات سمت.
۲. برلین، آیزیا (۱۳۶۸)، *چهار مقاله در آزادی*، با ترجمه محمد علی موحد، چاپ اول، شرکت سهامی انتشارات خوارزمی.
۳. صانعی دره‌بیدی، منوچهر (۱۳۶۸)، *فلسفه اخلاق در تفکر غرب*، چاپ اول، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.
۴. فروغی، محمدعلی (۱۳۹۳)، *سیر حکمت در اروپا*، سه جلد در یک کتاب، چاپ نهم، انتشارات زوار.
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار.
۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، *فلسفه حقوق*، جلد اول، چاپ چهارم، شرکت سهامی انتشار.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، *محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف کننده*، فصلنامه حقوق، *مجله دانشکده حقوق و علوم و سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۳۸، شماره ۳.
۸. گلدمن، لوسین (۱۳۹۲)، *کانت و فلسفه معاصر*، ترجمه پرویز بابایی، چاپ دوم، مؤسسه انتشارات نگاه.
۹. میل، جان استوارت (۱۳۸۵)، *رساله در باره آزادی*، ترجمه جواد شیخالاسلامی، چاپ پنجم، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
۱۰. نعم، مختار، (۱۳۹۶)، *تراحم حق آزادی قراردادی و حق مصرف*، فصلنامه *مطالعات حقوق خصوصی دانشکده حقوق علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۴۷، شماره ۳.

ب) منابع انگلیسی

11. Bedau Hugo Adams, (1978), *Social Justice and Social Institutions*, 3 Midwest Studies in Philosophy.
12. Benson P., (1989), *Hegel and Contemporary Contract Theory*, 10

Cardozo Law Review.

13. Cohen G. A., (1997), Where the Action Is: On the Site of Distributive Justice, 26 Philosophy and Public Affairs.
14. Dryer D. P., (1964), Freedom, 30 Canadian Journal of Economy & Politic Sciences.
15. Fainberg Joel, (1986), The Moral Limits of the Criminal Law, Volume Three: Harm to Self, Oxford University Press.
16. Flathman Richard E., (1987), The Philosophy and Politics of Freedom, University of Chicago Press.
17. Hesselink, Martijn W, (2006), The European Commission's Action Plan: Towards a more Coherent European Contract Law?, SSRN.com.
18. Kordana Kevin A. and Tabachnick David H., (2005), Rawls and Contract law, The George Washington law Review vol, 73, Number 3.
19. Kristjdansson Kristjin, (1992), Wat Is Wrong with Positive Liberty?, 18 Soc.Theory Pract.
20. Kronman Anthony T., (1980), Contract Law and Distributive Justice, 89 YALE L.J.
21. Murpy Liam, (1999), Institutions and the Demands of Justice, 27 Philosophy & Public Affairs.
22. Parent William A., (1974), Some Recent Work on the Concept of Liberty, 11 Am. Phil. Q.
23. Pettit Mark (1999), Freedom, Freedom of Contract and the Rise and Fall, 79 Boston University Law Review.
24. Pogge Thomas W., (1989), Realizing Rawls, Cornell University Press.
25. Posner Richard, (2003), Economic analysis of law 4th ed., Boston, MA: Little, Brown and Company.
26. Rawls J., (1972), «A theory of justice», Oxford, Clarendon press.

27. Rawls John, (1993), The Basic Structure as Subject, in: Political Liberalism, New York: Columbia University Press.
28. Rawls John, (1999), A Kantian Conception of Equality, in collected papers, Samuel Freeman ed., Harvard University Press.
29. Raz J., (1979), The Rule of Law and it's Virtue, in: the Authority of law, Essays on law and morality, oxford, Clarendon Press.
30. Ripstein Arthur, (2004), The Division of Responsibility and the law of Tort, 72 Fordhom law Review.
31. Ripstein Arthur (2008), Hindering a Hindrance to Freedom, 16 Jahrbuch fur Recht und Ethic.
32. Ripstein Arthur (2009), Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy Cambridge, MA: Harvard University Press.
33. Trebilcock Michael J., (1993), The Limits of Freedom of Contract, Harvard University Press.
34. Veljanovski Cento G., (2007), Economic Principles of Law, Cambridge University Press.

ج) منابع فرانسوی

35. Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer, (1998). Droit civil – Les obligations – T. 2. Contrat, 6ème éd., Paris, Litec.
36. Carbonnier J., (2000), Droit Civil, T. 4, Les Obligations, 22e éd., PUF.
37. Chazal Jean-Pascal, (1996), De la puissance économique en droit des obligations, thèse, Grenoble II.
38. Chénéde François, (2012), De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité, Annuaire de l'Institut Michel Villey - Volume 4.
39. Ghestin J., Jamin C. et Billiau M., (1993), Traité de Droit Civil, La Formation de Contrat, 3e éd., L. G. D. J.
40. Ghestin Jacques, (1982), l'utile et le juste dans les contrats, Dalloz, C.1.

41. Mazeaud H. L. et J. et Chabas F., (1998), Leçons de droit civil, Tome II, Premier volume, obligation, théorie générale, 9e édition, Montchrestien.
42. Quelquejeu Bernard., (1972), La volonté dans la philosophie de Hegel, Édition de Seuil, Paris, 1972.
43. Ranouil, (1980), L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept, 1ère éd., PUF.
44. Ricoeur P. (1990), Soi-même comme autre, Paris, Seuil.
45. Rolland Louise, (2005), "Qui dit contractuel, dit juste." (Fouillée) ..., en trois petits bonds, à reculons, IXe Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Tunis.
46. Rouhette M., (1981), Droit de la consommation et Théorie générale du contrat, Etudes offertes à R. Rodière, Dalloz.
47. Terré François, Simler Philippe et Lequette Yves, (2002). Droit civil – Les obligations, 8e éd., Paris, Dalloz.
48. Villey Michel, (1986), Philosophie du droit, t.1, Dalloz.