

## فلسفه الزام‌آور بودن قرارداد:

### بررسی تطبیقی در نظام حقوقی کامن‌لا و حقوق ایران<sup>۱</sup>

سیدمرتضی نعیمی\*

استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد بندرانزلی، دانشگاه آزاد اسلامی، بندرانزلی، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۰

تاریخ ارسال: ۱۴۰۱/۰۸/۲۴

#### چکیده

یکی از مسائل نظریه قرارداد، توجیه الزام‌آور بودن قرارداد یا چرایی مداخله قانون‌گذار در این حوزه خصوصی و تعیین ضمانت اجراها و روش‌های جبرانی است. در پاسخ به این چالش، در نظام حقوقی کامن‌لا سه نظریه عمده اخلاقی، اقتصادی و حاکمیت اراده ارائه شده است و در حقوق ایران، نویسندگان حقوقی از منظر اخلاق، مصالح اجتماعی و اقتصادی و اراده شارع به قدرت الزام‌آور قرارداد نگریسته‌اند. این پژوهش، ضمن بررسی و ارزیابی این نظریه‌ها با روش تحلیلی-توصیفی، مدعی آن است که علی‌رغم حمایت اغلب نویسندگان حقوقی ایران از نظریه‌های مبتنی بر مصالح اجتماعی، در توجیه ضمانت‌اجراهای قراردادی باید اولویت را به تضمین اراده طرفین داد و درعین‌حال، می‌توان برخی از نظریه‌های دیگر را با این مبنا تلفیق کرد. بدین ترتیب، ایده اصلی نوشتار حاضر آن است که هدف اصلی و مستقیم قانون‌گذار از الزام قرارداد، باید تضمین اراده همیارانه طرفین قرارداد باشد که البته در راستای حمایت از حق یا ارزش والاتر «خودآیینی» قرار می‌گیرد. همچنین «کارایی» به‌مثابه یک ارزش اقتصادی، از لحاظ رتبی، ذیل ارزش خودآیینی گنجانده می‌شود و در چارچوب آن و به‌عنوان ابزاری در تدوین مقررات جزئی و ترسیم ساختار و چگونگی حمایت از نهاد قرارداد می‌تواند نقش محوری داشته باشد.

واژگان کلیدی: الزام قراردادی، تضمین اراده همیارانه، خودآیینی، کارایی، حاکمیت اراده



## ۱. مقدمه

بخش عمده فلسفه حقوق قراردادهای به «نظریه قرارداد» اختصاص دارد. در این حوزه، نظریه-پردازان با رویکردی فلسفی، از جنبه‌های توصیفی (در معنای عام) و هنجاری، کل نظام حقوق قراردادهای یا حقوق قراردادهای در یک نظام حقوقی خاص را تبیین یا توجیه می‌نمایند. بدین ترتیب، نظریه‌های توصیفی به توصیف ساختار حقوق قراردادهای، شامل مقررات، قواعد و اصول و ارزش یا ارزش‌های بنیادین در یک نظام حقوقی مشخص می‌پردازند و در نظریه‌های هنجاری پرسش اصلی این است که هدف این حوزه از حقوق باید چه باشد و کدام ارزش، هنجار یا اصل بنیادین باید مبنای قانون‌گذاری و ارزیابی قواعد حقوقی قرار گیرد؟ (Markovits and Atiq, 2021)

یکی از پرسش‌های فرعی در نظریه هنجاری قرارداد آن است که چرا قراردادهای الزام‌آور هستند؟ به بیان دقیق‌تر، چرا و برای تحقق چه هدفی یا اهدافی قانون‌گذار باید برای قرارداد ضمانت‌اجرا قائل شده و از این نهاد حمایت کند؟ این پرسش هنجاری و بایدانگار، در حقیقت، در مقام ارائه معیاری برای توجیه نظام ضمانت‌اجراها و لازم‌الاجرا دانستن قرارداد از سوی قانون‌گذار است. بنابراین اهمیت پاسخ این سؤال، علاوه بر تأثیرگذاری در ارائه یک نظریه هنجاری کلان و جامع در باب نظام قراردادی، عرضه معیاری برای ارزیابی قواعد موجود و پیشنهاد اصلاحات لازم در قوانین موضوعه است.

در پاسخ به سؤال طرح‌شده، در نظام حقوقی کامن‌لا، برخی ریشه حمایت از قرارداد را اخلاقی بودن این نهاد و تلقی تعهد قراردادی به‌مثابه قول اخلاقی<sup>۱</sup> می‌دانند و در نتیجه قانون‌گذار را در قامت حامی اصول اخلاقی به تصویر می‌کشند. بعضی دیگر، این پشتیبانی را به مقاصد اقتصادی نسبت می‌دهند و بر این باورند که هدف قانون‌گذار از الزام‌آور تلقی کردن قراردادهای، تغییر رفتار کنش‌گران در راستای افزایش رفاه یا کارایی اقتصادی است. به گونه‌ای که نظام مبادلاتی در نهایت به نفع عموم مردم تمام می‌شود. گروهی نیز به تضمین حق اولیه ناشی از اراده مشترک استناد می‌کنند. بر این اساس، قانون‌گذار باید از حقی که در نتیجه اراده مشترک طرفین قرارداد ایجاد شده است حمایت کند زیرا تضمین این حق، تضمین اراده مشترک است.

---

۱. مقاله حاضر مستخرج از پژوهش انجام‌شده در مدت مأموریت مطالعاتی در «موسسه ماکس پلانک برای حقوق تطبیقی و بین‌الملل خصوصی (هامبورگ)» است. نویسنده بابت حمایت از پژوهش حاضر و در اختیار قرار دادن منابع و امکانات لازم، از موسسه ماکس پلانک قدردانی می‌نماید

۱. Moral promise

در حقوق ایران، نویسندگان حقوقی از مبانی مختلفی پیروی کرده‌اند. برای توجیه قدرت الزام‌آور قرارداد، برخی به مبانی اخلاقی استناد کرده‌اند و برخی اراده شارع را دخیل دانسته و در جایگاهی بالاتر از اراده قانون‌گذار و اراده طرفین قرار داده‌اند. با وجود این، اغلب نویسندگان مصالح اجتماعی را حاکم بر قدرت الزام‌آوری قرارداد تلقی کرده‌اند و ارزش‌های اجتماعی را چراغ راه قانون‌گذار در فضای ضمانت‌های قراردادی می‌دانند. به باور این حقوق‌دانان، این مصالح اجتماعی است که موجب شده تا قانون‌گذار از نهاد قرارداد حمایت کرده و برای آن قدرت الزام‌آور قائل شود.

در این پژوهش قصد بر آن است که با نگاهی تطبیقی، ضمن تبیین و ارزیابی نظرات ارائه شده در نظام حقوقی کامن‌لا و حقوق ایران، دیدگاه حاکمیت اراده در توجیه ضمانت‌اجراهای قراردادی تقویت شده و با بازخوانی آن در قالبی جدید، ارزش اقتصادی کارایی نیز در چارچوب این نظریه بگنجد. بر این اساس، مدعای پژوهش حاضر آن است که اولاً ضمانت‌اجراهای قراردادی، در درجه اول، باید برای «تضمین اراده همیارانه» و در راستای نیل به ارزش یا حق «خودآیینی فردی» تنظیم گردند و ثانیاً کارایی، به‌مثابه یک ارزش اقتصادی، از لحاظ رتبی، ذیل خودآیینی گنجانده می‌شود و در چارچوب آن و به‌عنوان ابزاری در تدوین مقررات جزئی و ترسیم ساختار و چگونگی حمایت از نهاد قرارداد می‌تواند نقش محوری داشته باشد.

نوشتار حاضر در چهار گفتار ارائه شده است: در گفتار اول، به نظریه‌های مطرح شده در باب فلسفه حمایت قانونی از قرارداد در نظام کامن‌لا می‌پردازیم و سپس در گفتار دوم، نظرات حقوق‌دانان ایرانی را بررسی می‌کنیم. در گفتار سوم، ارزیابی نظریات مطرح شده آمده و در گفتار چهارم نظریه مختار ارائه خواهد شد.

## ۲. فلسفه الزام‌آور بودن قرارداد در نظام کامن‌لا

در این بخش، نظریه‌های شاخص در نظام حقوقی کامن‌لا را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۱-۲. نظریه اخلاقی

مهم‌ترین اندیشمند طرفدار این نظریه، «چارلز فراید» حقوق‌دان آمریکایی است که نظریه او



«قرارداد به‌مثابه قول»<sup>۱</sup> نام دارد. بر اساس این دیدگاه، تعهد به ایفای تعهدات قراردادی، ریشه در احترام به خودآیینی فردی<sup>۲</sup> و نیز اعتماد<sup>۳</sup> دارد. هر فردی که تعهدی قراردادی را به وجود می‌آورد و می‌پذیرد، اخلاقاً، موظف است که قول خود را حفظ کند. دلیل آن است که از یک‌سو، وی قاصدانه و با اعمال اراده آزاد خود تعهدی را پذیرفته است که ماهیتاً قولی اخلاقی است و از سوی دیگر، با این قول، طرف مقابل عقلاً می‌تواند به او اعتماد کند و انتظار داشته باشد که تعهد اجرا شود. در نتیجه، نقض این تعهد، سوءاستفاده از اعتمادی است که ایجاد شده است. البته متعهد می‌توانسته طرف مقابل را به این رابطه مبتنی بر اعتماد دعوت کند یا نکند، ولی قاصدانه تصمیم گرفته است که این کار را صورت دهد. سوءاستفاده از اعتماد ایجادشده، شبیه دروغ‌گفتن است؛ از این حیث که هر دو رفتار، سوءاستفاده از نهادهای اجتماعی‌ای هستند که با قصد تحکیم روابط و ایجاد اعتماد ایجاد شده‌اند. دروغ‌گو و عهدشکن، هر دو از فردی دیگر برای نفع شخصی استفاده می‌کنند. به عبارت دیگر، هم در سخن گفتن و هم قول دادن، دعوتی به اعتماد وجود دارد که موجب آسیب‌پذیری طرف دیگر می‌گردد و دروغ‌گو و عهدشکن، هر دو از این اعتماد سوءاستفاده می‌کنند؛ بنابراین حفظ تعهد، به معنای احترام به یک رژیم احترام متقابل<sup>۴</sup> است. بدین ترتیب، قرارداد به‌مثابه یک قول اخلاقی است و پیش از اینکه ماهیت حقوقی داشته باشد ماهیت اخلاقی دارد. پس اگر باید یک قول اخلاقی را حفظ کرد، باید به قول قراردادی نیز پایبند بود (Fried, 2015, pp. 16-17).

نظریه فراید، علی‌رغم اینکه از نظریه اعتماد در نظام کامن‌لا تأثیر پذیرفته است، ولی مسیری متفاوت می‌پیماید و با استعانت از اندیشه حاکمیت اراده، به نتیجه‌ای اخلاقی می‌رسد. بنابراین مطابق با نظر فراید، حمایت قانون‌گذار از نهاد قرارداد و تعبیه ضمانت‌اجراهای قراردادی، در حقیقت، حمایت از اصول اخلاقی (پایبندی به قول، حفظ احترام متقابل) و درنهایت حفاظت از اعتماد اجتماعی و ایده کانتی منع ابزار قرار گرفتن فرد به‌وسیله دیگری است. می‌توان این‌گونه برداشت کرد که نظریه فراید به‌نوعی در پی جمع نظریه‌های فردگرایانه و جمع‌گرایانه بوده است.

نظریه اخلاقی از قرارداد، از چند جهت مورد نقد قرار گرفته است:

۱. Contract as promise
۲. Individual autonomy
۳. trust
۴. Mutual respect

- ۱- به نظر برخی، این نظریه نمی‌تواند در توجیه برخی از قواعد اصلی نظام کامن‌لا موفق باشد. از باب نمونه، مطابق با دکترین عوض در حقوق انگلستان، فقط قراردادهای الزام‌آور هستند که دارای عوض باشند و الزام قراردادهای غیرمعمول جنبه‌ای استثنایی دارد. همچنین در نظام ضمانت‌اجراهای قراردادی در نظام کامن‌لا، معمول این است که در صورت نقض تعهدات قراردادی، مطالبه پرداخت خسارت در اولویت است و متعهد می‌تواند، به یک معنا، با پرداخت خسارت، تعهد خود را نقض کند و اجرای عین تعهد جنبه فرعی دارد (Lightsey, 1984, p. 46; Markovits and Atiq, 2021). در واقع، ایراد این است که اگر مبنای ضمانت-اجراها اخلاقی است، این مبنا حتی در تعهدات غیرمعمول نیز وجود دارد و از سوی دیگر، مقتضای پای‌بندی به قول این است که متعهدله بتواند در درجه اول اجرای اصل تعهد را مطالبه کند و نظام حقوقی نباید امکان گریز از وفای به عهد را به آسانی فراهم سازد.
- ۲- این نظریه قادر به توجیه محتوای بسیاری از قواعد تکمیلی مربوط به قراردادها نیست؛ مانند اینکه چرا در نظام کامن‌لا جبران خسارت موردانتظار، مورد حکم قرار می‌گیرد و یا اینکه چرا در برخی از موارد به متعهدله متضرر، حق فسخ قرارداد داده می‌شود (Craswell, 1989, pp. 517-521). البته این ایراد، به‌طور کلی، نمی‌تواند ایده اصلی نظریه قول را زیر سؤال برد ولی آن را در توجیه محتویات و جزئیات نظام ضمانت‌اجراها ناتوان نشان می‌دهد.
- ۳- نظریه قرارداد به‌مثابه قول بیشتر برای توجیه نیروی الزام‌آور تعهدات یا اعمال حقوقی یک‌جانبه مفید است تا قرارداد که یک رابطه دوطرفه است. به عبارت دیگر، قرارداد به‌مثابه قول، بیشتر با ساختار تعهدات یک‌جانبه هماهنگ است که اعمال حقوقی یک‌طرفه هستند و نه قرارداد که بنا به فرض، یک عمل حقوقی دوطرفه است (Hogg, 2013, p. 20).
- ۴- این نظریه نمی‌تواند قراردادهای فوری و تملیکی را توجیه کند. قراردادهایی را که هم‌زمان با انعقاد قرارداد، اجرا می‌شوند. در واقع، نظریه قرارداد به‌مثابه قول، فقط قراردادهایی را توجیه می‌کند که شامل التزاماتی مربوط به آینده هستند (Ibid, p. 21).

## ۲-۲. نظریه اقتصادی

یکی دیگر از نظریات هنجاری در باب قرارداد، نظریه اقتصادی است که از سوی طرفداران رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق ارائه شده است. مدعای تحلیل اقتصادی حقوق این است که نظام حقوق قراردادهای باید در راستای ارتقای کارایی گام بردارد (Kornhauser, 1986, p. 686) و بر مبنای این فرض، هدف نظام جبران‌های قراردادی یا همان ضمانت‌اجراها باید این باشد که



طرفین قرارداد را تشویق به رفتار کارا نماید (Ibid, p. 692). مطابق با این دیدگاه، تبادلات قراردادی داوطلبانه، در مجموع، از لحاظ اقتصادی دارای آثار مثبتی برای فرد و جامعه هستند زیرا منجر به افزایش رفاه فردی و اجتماعی می‌شوند. در قراردادهایی که تعهدات قراردادی حال است و یا اثر قرارداد به محض انعقاد جاری می‌شود، مشکل چندانی احساس نمی‌شود ولی در قراردادهایی که شامل تبادل تعهدات در آینده یا تبادل یک تعهد آتی در برابر ایفای یک تعهد حال هستند، ممکن است در فرایند تبادل، با دو مشکل مواجه شویم: اول رفتار فرصت‌طلبانه و دوم وقایع و پیشامدهای غیرقابل پیش‌بینی (Posner, 2014, p. 95).

بنا به تحلیل اقتصادی، افراد قرارداد منعقد می‌کنند زیرا نزد طرفین قرارداد، ارزش آن چیزی که به دست می‌آید بیش از چیزی است که از دست می‌رود. این ارزش‌گذاری، مبتنی بر انتظارات آن‌ها درباره آینده است زیرا اجرای همه یا بخشی از تعهدات قراردادی در آینده صورت می‌گیرد. هنگامی که اتفاقات آتی پس از انعقاد قرارداد با چیزی که طرف قرارداد انتظار داشته، متفاوت است، این احتمال وجود دارد که وی به این نتیجه برسد ارزش اجرای تعهد طرف مقابل، دیگر بیش از تعهدی نیست که او باید ایفا کند؛ بنابراین ممکن است از قرارداد پشیمان شود و ترجیح دهد که تعهد خود را ایفا نکند و امر معهود توسط طرف مقابل را نیز مطالبه ننماید. حال، در فقدان یک نظام ضمانت‌اجرای قراردادی قانونی، طرفی که از انعقاد قرارداد پشیمان شده است، تعهد خود را ایفا نخواهد کرد مگر اینکه ترس داشته باشد نقض تعهد منجر به اعمال ضمانت‌اجراهای پیش‌بینی شده در قرارداد گردد (اگر طرف مقابل برای اجرای قرارداد تضمین گرفته باشد) و یا ممکن است از این مسئله خوف داشته باشد که دیگران در نظر خود نسبت به او تجدیدنظر کنند و تعاملات اجتماعی یا اقتصادی خود با او را کاهش دهند. بنابراین، کارکرد اقتصادی ضمانت‌اجراهای قراردادی این است که انگیزه‌هایی را که طرف پشیمان با آن روبه‌رو است، تغییر دهد زیرا این انگیزه‌ها مستقیماً بر اجرای قرارداد و به‌طور غیرمستقیم بر تعداد و انواع قراردادهایی که مردم منعقد می‌کنند، تخصیص ریسک میان طرفین، میزان سرمایه‌گذاری در اجرای قرارداد منعقد، یا احتیاطاتی که طرفین در قبال احتمال نقض قرارداد و یا در برابر احتمال پشیمانی از قرارداد در پیش خواهند گرفت، تأثیر می‌نهد. خلاصه اینکه یک نظام جبران قراردادی، هدفش کاهش احتمال نقض قرارداد به نزدیک صفر است. این نظام به متعهدله درجه بالایی از اطمینان می‌دهد که امر تعهدشده رخ خواهد داد و منجر به سطوح بالای سرمایه‌گذاری در پیش‌بینی اجرای تعهد خواهد شد (Mahoney, 1999, pp. 117-118).

توجیه اقتصادی ضمانت‌اجراهای قراردادی را به شیوه‌ای دیگر هم می‌توان بیان کرد: اگر ما

قراردادی کامل و جامع را فرض کنیم که طرفین برای همه حالت‌ها و پیشامدهای احتمالی در آینده راهکاری را در نظر گرفته باشند، چنین قراردادی واجد کارایی پارتو خواهد بود. زیرا بر اساس معیار پارتو، امکان ندارد بعد از انعقاد قرارداد تغییری رخ دهد زیرا بنابه فرض، طرفین بر اساس آگاهی و اطلاعات لازم، همه احتمالات را پیش‌بینی کرده‌اند و ایجاد تغییرات به زیان آنها خواهد بود. به‌طور خلاصه، قرارداد کامل قراردادی است که طرفین در هنگام قرارداد کاملاً پیش‌بینی کرده‌اند که در چه زمانی قرارداد باید اجرا شود و در چه زمانی قرارداد نباید اجرا شود (و مثلاً متعهد به‌جای ایفای تعهد، خسارت بپردازد) و در هر حالت، ثروت دو طرف بیشینه گردد (فرض این است که طرفین به دنبال بیشینه‌سازی ثروت خود هستند). بنا به تعریف، اجرای چنین قراردادی به نفع طرفین است و هر دو به تعهدات ناشی از قرارداد پایبند خواهند ماند.

با وجود این، قراردادهای کامل در دنیای واقعی محقق نمی‌شوند زیرا هم هزینه‌بر هستند و هم این‌که انعقاد آنها نیاز به زمان و دانش زیادی دارد. به همین جهت، قراردادهای ناقص خواهند بود و در نتیجه نقض تعهد هم وجود خواهد داشت. به‌عبارت‌دیگر، نقصان در طراحی قرارداد - که ناشی از عدم پیش‌بینی پیشامدهای آتی مؤثر بر اجرای قرارداد و نیز ناشی از عدم تقارن اطلاعات طرفین در حین انعقاد قرارداد است - راه را برای رفتارهای فرصت‌طلبانه و نقض قرارداد باز خواهد کرد. بر این اساس، پیش‌بینی نظام حمایت از قرارداد و ضمانت‌اجراهای قراردادی در راستای جبران این ضعف تبیین می‌شود به‌نحوی که نتایج یک قرارداد کامل که منجر به بیشینه‌سازی ثروت طرفین می‌شد، شبیه‌سازی گردد (Shavell, 1980, pp. 466-469). به‌عبارت‌دیگر، قانون‌گذار به‌جای حمایت از یک قرارداد کامل، مجبور است از قراردادهای ناقص حمایت کند ولی از آنجایی که این قراردادهای نیز در نهایت منجر به بیشینه‌سازی ثروت می‌شوند باید حمایت شوند و این حمایت از طریق تعبیه مکانیسمی از ضمانت‌اجرا و نظام جبران‌ها صورت می‌گیرد که منجر به رفتاری گردد که به نحو معقولی، بیشترین نزدیکی را با رفتاری دارد که یک قرارداد کامل به بار می‌آورد. به‌این‌ترتیب، سخن از ضمانت‌اجرای کارآمد می‌شود یعنی ضمانت‌اجرائی که برای طرفین قرارداد انگیزه‌ای ایجاد می‌کند تا تصمیمی بگیرند که ممکن بود تحت یک قرارداد کامل اتخاذ نمایند (Mahoney, 1999, p. 120).

بر نظریه اقتصادی قرارداد، نقدهایی وارد شده است:

۱- این نظریه بر فرض‌های غیرواقعی در باب رفتار بشر، به‌ویژه درباره عقلانیت و خودخواهی انسان‌ها، مبتنی است. نظریه‌های کارایی‌محور، حقوق قراردادهای را به‌مثابه یک نظام



ایجاد انگیزه تلقی می‌کند که برای ایجاد رفتار کارآمد طراحی شده است. اساس این نظریه این است که افراد به نحو عقلانی نفع شخصی خود را پیگیری می‌کنند و لذا به قوانین واکتس نشان می‌دهند. به‌عنوان مثال، نظریه نقض کارآمد بر این فرض مبتنی است که اگر هزینه‌های اجرای قرارداد بیش از میزان خسارات پرداختی باشد، طرفین قرارداد آن را اجرا نخواهند کرد زیرا این کار امری غیرعقلانی است. اما واقعیت این است که بسیاری از طرف‌های قرارداد، نقض آن را در سر نمی‌پروراند حتی اگر انجام این کار به نفع‌شان باشد. زیرا آن‌ها باور دارند که تعهدی اخلاقی برای اجرای قرارداد دارند. به همین ترتیب، مطالعات روان‌شناختی نشان می‌دهد که افراد ممکن است به نحو غیرعقلانی استدلال کنند (Smith, 2004, p. 126).

۲- لسان نظریه‌های کارایی محور، نسبت به حقوق قراردادهای بیرونی<sup>۱</sup> است. منظور این است که نظریه‌های کارایی محور، بر مفاهیم و زبان و استدلالی تکیه می‌کنند که به شدت متفاوت از آن‌هایی است که کنش‌گران حقوقی مورد استعمال قرار می‌دهند (Ibid, p.132). زبان و استدلال‌های حقوقی اساساً درباره حقایق فردی و مسئولیت فردی است تا اینکه درباره کارایی یا هر مفهوم مرتبط دیگری باشد. تبیین حقوقی این امر که چرا نقض قرارداد باید منجر به جبران خسارت شود، این نیست که جبران خسارت برای جلوگیری از نقض قرارداد در آینده ضروری است بلکه این است که خواننده سبب ضرر خواهان شده است و به دلیل پاسداشت عدالت، او باید سعی کند و تکلیف دارد که آن را جبران نماید. از منظر حقوقی، جبران‌ها به‌عنوان امری عادلانه و وسیله‌ای برای جبران یک خطا محسوب می‌شوند. در مقابل، از منظر کارایی، دستور به جبران خسارت، به‌عنوان تهدیدی تلقی می‌شود که مخاطب آن اشخاصی هستند که قرار است در آینده قراردادی منعقد کنند تا به نحو مناسبی رفتار کنند. مشکل این دیدگاه آن است که بر فرض پذیرش آن، اصولاً مهم نیست که خواننده به خواهان خسارتی را می‌پردازد. انگیزه‌های کارآمد را می‌توان با الزام خواننده به پرداخت یک جریمه به دولت هم ایجاد کرد (Ibid, p.133).

۳- نقد دیگر این است که تحلیل اقتصادی، بیش از اندازه منعطف است. تحلیل اقتصادی هم می‌تواند تبیین و توجیهی معقول از یک دکترین یا قاعده حقوقی ارائه کند و در عین حال، دکترین یا قاعده مخالف نیز مطابق با منطق اقتصادی معقول باشند (Bix, 2012, p. 135). مثلاً یکی از محققان نشان داده است که می‌توان با تحلیل اقتصادی مشابهی هم از الزام به اجرای عین تعهد،

۱. external





به‌عنوان روش اصلی جبران قراردادی دفاع کرد و هم از پرداخت خسارت (Smith, 2004, pp. 120-125).

### ۲-۳. تضمین حق اولیه

دیدگاه تضمین حق، ضمانت‌اجرا را به معنای مهر تأیید<sup>۱</sup> می‌داند، یعنی ضمانت‌اجرا، صرفاً، مهر تأییدی بر محتوای حقوق‌های اولیه است و دستور به متعهد برای پاسداشت حق و ایفای تعهد (Smith, 2010, p. 43). توضیح آنکه پس از انعقاد هر قراردادی، می‌توان گفت که مجموعه‌ای از حقوق‌های اولیه<sup>۲</sup> برای طرفین قرارداد ایجاد می‌شود که در مقابل آن، تعهدات و تکالیف قراردادی قرار می‌گیرد. این حق‌ها و تعهدات، بسته به نوع عقد و ماهیت آن، ممکن است برای هر دو طرف و یا فقط برای یکی از طرفین قرارداد به وجود آید. تعهدات مزبور ناظر به انجام فعل یا رفتار یا عدم انجام فعل یا رفتار مشخصی است که محتوای قرارداد را تشکیل می‌دهد. حال مطابق با این دیدگاه، در صورتی‌که تعهدات ایفا نشود، پاسخ قانون‌گذار عبارت خواهد بود از مکانیسمی قانونی برای لازم‌الاجرا نمودن تعهدات ناشی از آن حق اولیه یعنی دستورالعملی برای انجام عمل تعهدشده یا خودداری از عمل منع‌شده (Jimenez, 2021, p. 1158). این مکانیسم، در نظر برخی از طرفداران این دیدگاه، در واقع چیزی نیست جز حقی ثانویه که از نقض حق اولیه ناشی شده است (Birks, 2000, p. 14).

یکی از نتایج پذیرش این نظر آن است که رابطه‌ای معنادار میان حق اولیه قراردادی و جبران آن وجود دارد. البته در مورد سویه این رابطه و اینکه کدام یک از دو طرف رابطه بر دیگری تأثیر می‌نهد، اختلاف‌نظر وجود دارد:

۱- مطابق با دیدگاه شکل‌گرایانه<sup>۳</sup>، این حق اولیه است که بر جبران تأثیر می‌نهد و ساختار و محتوای آن را تعیین می‌کند. به عبارت دیگر، ساختار جبران‌ها کاملاً متأثر از حق‌ها است (Weinrib, 2008, p.11). «ارنست وینریب»، یکی از مهم‌ترین طرفداران این نظریه، معتقد است که این ماهیت حق نقض‌شده است که ماهیت جبران را تعیین می‌کند و بر اساس تحلیل حق اولیه می‌توان گفت که ماهیت جبران عبارت است از معکوس کردن نقض حق اولیه یا جبران کردن بی-

۱. rubber stamp view

۲. primary rights

۳. formalist conception



عدالتی ناشی از نقض آن حق (Ibid, p.12). بنابراین صاحب حق باید به آنچه در اثر بی‌عدالتی از دست داده و استحقاق آن را دارد برسد که عبارت است از عین تعهد یا دریافت معادل آن (Weinrib, 2012, pp.142-3). دیدگاه وینریب مبتنی بر ارزش عدالت اصلاحی است. یعنی حق متعهدله و تکلیف متعهد، اجزای تشکیل‌دهنده رابطه میان این دو در یک قرارداد هستند و در صورت نقض حق، عدالت اصلاحی مقتضی آن است که بی‌عدالتی اصلاح گردد (Weinrib, 2003, p.57; Weinrib, 2008, p.4). بدین ترتیب بی‌عدالتی صورت گرفته و جبران باید ساختار یکسانی داشته باشند و عدالت اصلاحی مقتضی برعکس کردن جریان بی‌عدالتی است (Weinrib, 2003, p.59; Weinrib, 2008, p.5).

۲- برداشت دوم از دیدگاه مهر تأیید، نظریه واقع‌گرایانه<sup>۱</sup> است که در عین اصالت قائل شدن بر حق‌های اولیه قراردادی و اینکه جبران‌ها تضمینی برای حمایت از آن‌ها هستند، نگاهی ابرارگرا به جبران‌های قراردادی دارد. مطابق با این دیدگاه، برای تعیین جبران و اینکه چه باید باشد، لازم نیست که به محتوای حق اولیه و انتظاری که صاحب حق از جبران داشته نظر بیافکنیم. در این راه، باید مسیر عکس را بپیماییم. یعنی این جبران است که مشخص می‌کند محتوای حق اولیه چه بوده است. دلیل اصلی این تلقی از رابطه حق اولیه و جبران، رویکرد نظام حقوقی کامن‌لا به جبران است. در این نظام، در صورت نقض قرارداد، جبران استاندارد و معیار، پرداخت خسارت انتظاری<sup>۲</sup> است. بنابراین حق اولیه متعهدله، نه الزام به اجرای عین تعهد بلکه انتخاب میان اجرای عین تعهد و یا جبران خسارت است و لذا جبران‌های نقض قرارداد به ما می‌گویند که محتوای حق اولیه چیست (Jimenez, 2021, p.1164; Bix, 2008, p.201).

با وجود تفاوت دو نظر، باید توجه داشت که هر دو نظریه، هدف از نظام ضمانت‌اجراها را حمایت از اراده مشترک می‌دانند، با این تفاوت که مطابق با نظر اول، در مقام جبران باید به محتوای اراده مشترک در زمان انعقاد قرارداد توجه داشت یعنی آنچه متعهدله انتظار داشته در صورت اجرای قرارداد نصیب او شود. اما دیدگاه دوم دیدگاهی پسینی است یعنی به دنبال این است که تحلیل کند در صورت نقض تعهد، متعهدله چه انتظاری از جبران دارد و اراده او بر چه تعلق می‌گیرد. این دیدگاه دوم تا حدی خود را به دیدگاه نفع‌انگارانه نزدیک می‌کند زیرا در این زمان، متعهدله قاعدتاً تحلیل هزینه-فایده جدیدی را انجام می‌دهد و با اطلاعات و داده‌های جدید

۱. realistic

۲. Expected damages

در موقعیت جدید در پی حصول بیشترین نفع برای خود خواهد بود.

در رابطه با دیدگاه تضمین حق اولیه، ندهایی چند وارد شده است:

۱- برخی در خصوص دیدگاه شکل‌گرایانه بیان داشته‌اند که این رویکرد با برخی از ویژگی‌ها و قواعدی که در نظام‌های حقوقی وجود دارد تطبیق نمی‌کند. اگر فلسفه ضمانت‌اجرا یا جبران، حمایت از حق‌های اولیه است، چرا در قراردادها گاهی حق‌هایی داریم که فاقد ضمانت‌اجرا هستند، مانند حق‌های طبیعی که مشمول مرور زمان می‌شوند. همچنین اگر این حق اولیه است که محتوای ضمانت‌اجرا را تعیین می‌کند چرا برخی از موارد ضمانت‌اجراها، مانند جبران خسارت اسمی در نظام کامن‌لا، مسیری متفاوت از محتوای حق اولیه دارند. از این گذشته، وظیفه حسن‌نیت و معامله منصفانه که تعهدی تلویحی در هر قرارداد است، در بسیاری از دادگاه‌ها ضمانت‌اجرای ندارد (Jimenez, 2021, pp. 1158-1159).

۲- در باب دیدگاه واقع‌گرایانه، می‌توان این پرسش را مطرح کرد که چرا باید اولویت به اراده پسینی متعده پس از نقض قرارداد داده شود و نه اراده پیشینی او در هنگام انعقاد قرارداد؟ ضمن آنکه تحلیل اراده پسینی متعده، بیشتر حالت حدس و گمان دارد و بر مبانی نفع‌انگارانه استوار است که لزوماً با واقعیت تطبیق ندارد و مفهوم اراده مشترک را تضعیف می‌سازد. به نظر می‌رسد که این دیدگاه با شهودات اخلاقی مردم نیز در تضاد است. برخی تحقیقات تجربی نشان می‌دهد که از نظر مردم عادی، نقض قرارداد اخلاقاً ناپسند است و آن‌ها باور دارند که ضمانت‌اجراهای قراردادی باید منعکس‌کننده مجرمیت اخلاقی ناقص تعهد باشد. آن‌ها اجرای عین تعهد را بر جبران خسارت ترجیح می‌دهند و منکر این هستند که زیان اخلاقی ناشی از نقض قرارداد با جبران خسارت رفع می‌شود و در مقابل نقض تعهد قراردادی خود مقاومت می‌کنند، حتی زمانی که این کار به سود آن‌هاست (Wilkinson-Ryan, & Baron, 2009, pp. 421-423). مطابق با برخی تحقیقات دیگر، مردم اغلب نقض قرارداد را به مثابه شکلی از بهره‌کشی و نقض هنجار احترام متقابل می‌بینند. آن‌ها نسبت به این مسئله که مورد سوءاستفاده قرار گیرند بسیار حساس هستند و هنگامی که قرارداد از آن‌ها یک بازنده خجل و پشیمان بسازد، نقض عهد را حتی توهین‌آمیز تلقی می‌کنند (Ryan-Wilkinson, and Hoffman, 2010, pp. 1104-1005). این تحقیقات بر لزوم توجه قانون‌گذار بر ارتباط میان تعهدات اولیه قراردادی و قصد مشترک طرفین و ضمانت‌اجراهای آن تأکید می‌کنند.

### ۳. فلسفه الزام آور بودن قرارداد در حقوق ایران



در باب فلسفه الزام‌آور بودن قرارداد، نظرات دکترین حقوقی ایران را می‌توان در چهار نظریه کلی خلاصه کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰ ب، ص ۲۴۸ و نیز صفایی و الفت، ۱۳۸۹، ص ۴۵ به بعد):

۱- نظریه اول بر این باور است که دلیل حمایت قانون‌گذار از ضمانت اجرای قرارداد، حمایت از اراده طرفین است. مطابق با این نظر، لازمه اصالت انسان و احترام به شخصیت و آزادی او این است که قانون به این الزام درونی احترام گذارد. در این نظریه، اگر هم قانون حمایت خود را از التزام قراردادی بردارد، نیروی اراده نگهبان آن است و به همین جهت، در موردی که ملتزم به میل خود وفای به عهد کند، حق استرداد آن را ندارد (ماده ۲۶۶ ق.م.نقل) از: کاتوزیان، ۱۳۸۰ ب، ص ۲۴۸.

۲- نظریه دوم التزام ناشی از عقد را ناشی از قواعد اخلاقی و مذهب می‌داند. مطابق با این نظریه، اخلاق و مذهب مردم را به اجرای تعهد و وفای به عهد امر می‌کند و خلف وعده از نظر اخلاقی و مذهبی مذموم بلکه گناه است (صفایی، ۱۳۹۵، ص ۱۶۷). بر اساس این نظریه، التزام به مفاد عقد را باید ناشی از اخلاق شمرد. پیمان‌شکنی از قدیم امری مذموم بوده است و وفاداری به عقد و پیمان معیار فضیلت. اخلاق مذهبی هم این مبنا را تأیید کرده است و خداوند امر به وفای به عهد داده است. نتیجه اینکه حقوق نیز باید این مبنا را تأیید کرده است و عقلی را محترم شمارد (کاتوزیان، ۱۳۸۰ ج، ص ۱۳۳).

۳- بر اساس نظریه سوم -که به نظر می‌رسد بیشترین طرفدار را دارد- اجباری بودن قرارداد و ضمانت‌اجراهای قراردادی موافق مصلحت جامعه است. مصلحت جامعه اقتضا می‌کند که معاملات و روابط اقتصادی افراد استحکام و ثبات داشته باشد. اگر کسی از زیر بار تعهدات خویش شانه خالی کند، روابط اجتماعی مختل خواهد شد و نظم جامعه برهم خواهد خورد (صفایی، ۱۳۹۵، ص ۱۶۸). یکی دیگر از اسانید -که گفته شد به مبنا اخلاقی متوسل شده است- با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی، هرچند آزادی اراده را به‌عنوان اصل می‌پذیرد ولی در ادامه، ریشه این اصل را در مبانی تجربی و اقتصادی می‌یابد و بیان می‌دارد «در حقوق کنونی، اراده در خدمت حقوق است نه اینکه حقوق کارگزار اراده باشد.» (کاتوزیان، ۱۳۸۰ الف، صص ۱۴۴-۱۴۶) بدین ترتیب، از نظر ایشان مصالح اجتماعی در جایگاهی بالاتر از اراده طرفین قرار می‌گیرد. ایشان در جایی دیگر، ضمن رد دیدگاه اول و دوم، الزام ناشی از عقد را چهره‌ای از الزام اجتماعی دانسته است (کاتوزیان، ۱۳۸۰ ب، ص ۲۵۱) و در توضیح آورده‌اند که قرارداد وسیله توزیع ثروت و مبادله خدمات و کالاها است، پس باید محترم شمرده شود و دو طرف به سرنوشت قرارداد و اجرای کامل آن اعتماد داشته باشند. بنابراین قدرت الزام‌آور عقد نه از



قدرت اراده و نه از تکلیف اخلاقی بلکه از ضرورت‌های اجتماعی است و نیاز تجار به وسیله‌ای که بتوانند حاکم بر روابط بازرگانی باشد، پشتوانه نفوذ عقد است. (کاتوزیان، ۱۳۸۰ ب، ص ۲۵۰)

استاد دیگری بیان داشته است: «اجرای تعهدات اعم از قراردادی یا غیر قراردادی، مبنای نظام اجتماعی است و در نتیجه، الزام مستقیم و غیرمستقیم متعهد به انجام تعهد، تأمین‌کننده اساس این نظام است. اگر متعهد متخلف را که علاقه‌ای به اجرای قراردادی نشان نمی‌دهد، نتوان ملزم به اجرای تعهد خویش کرد، تکلیف و تعهد در روابط حقوقی و اجتماعی، مفهوم خود را از دست خواهد دارد.» (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۴۴)

لازم به ذکر است که برخی دیگر از نویسندگان حقوقی، با تأثیر از اندیشه‌های حقوقی جدید در نظام کامن‌لا، نظرات نسبتاً متفاوتی ارائه کرده‌اند که با وجود این، می‌توان آن‌ها را ذیل همین گروه سوم قرار داد: از باب نمونه، برخی ضمن نقد رویکرد اخلاقی به توجیه هنجاری قرارداد، دیدگاه ابزارانگاره اقتصادی را در جبران‌های قراردادی ترجیح داده‌اند (ایمانی و روشن، ۱۴۰۰، ص ۷۷ به بعد) که مبتنی بر همان ایده رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق است. نویسنده دیگری، ضمن دفاع از یک نظریه هنجاری بر مبنای عدالت توزیعی، این ارزش را بر ضمانت اجراهای قراردادی نیز حاکم دانسته است تا به تعبیر ایشان، بی‌عدالتی توزیعی رفع گردد (سلطان‌احمدی، ۱۳۹۸، ص ۸۷).

۴- برخی از نویسندگان، مبنای الزام‌آور بودن قرارداد را اراده شارع تلقی کرده‌اند. مطابق با این نظر، نظریه اراده‌گرا سنخیتی با نظام فقهی-حقوقی ایران ندارد زیرا به حذف اراده الاهی به‌عنوان مبنای اعتبار و ایجاد قواعد حقوقی منجر می‌شود که برخلاف اصل دوم قانون اساسی است. از سوی دیگر، در نظام فقهی، اصل لاضرر و اصل نفی عسر و حرج اصول مهم و حاکم بر همه ابواب فقه و از جمله عقود هستند که در دو ماده ۱۳۲ و ۱۱۳۰ قانون مدنی مورد پذیرش قرار گرفته‌اند و بیان شرعی عدالت و انصاف هستند. بنابراین پذیرش حاکمیت اراده منجر به تعارض با مبنای فقهی خواهد شد. بدین ترتیب، هرچند نویسنده مزبور با توجه به مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی، قصد انکار اصل حاکمیت اراده را ندارد ولی اراده شارع را مبنای اعتبار مفاد قرارداد قرار می‌دهد زیرا اراده شارع مبنای اصول پیش‌گفته است که حاکم بر اصل حاکمیت اراده هستند (شهابی، ۱۳۹۴، صص ۶۱۹-۶۲۱).

#### ۴. ارزیابی نظریه‌ها



پیش از آنکه به ارائه نظریه مختار بپردازیم، لازم است که علاوه بر انتقادات ذکرشده، نکاتی چند در ارزیابی نظریه‌های مطرح‌شده در دو گفتار قبل ارائه دهیم:

۱- هرچند رعایت اخلاق را می‌توان به‌مثابه آثار جانبی مثبت الزام‌آور بودن قرارداد تلقی کرد، ولی نظریه اخلاقی (چه نظریه فراید و چه قرائت اساتید ایرانی)، نمی‌تواند به‌مثابه معیار اصلی برای ضمانت اجرای قراردادی تلقی گردد:

اول اینکه اخلاق مفهومی مبهم و کلی دارد و می‌توان در باب محتوا و نوع اخلاق مناقشه کرد. ضمن آنکه اخلاق به‌عنوان مبنای اعتبار قرارداد، چندان با نظام فقهی- حقوقی ایران سازگار نیست (شهابی، ۱۳۹۴، ص ۶۱۳). ثانیاً اخلاق نمی‌تواند در باب چگونگی و کیفیت وضع ضمانت‌اجراها به قانون‌گذار یاری رساند. مثلاً ممکن است ادعا شود که مقتضای اخلاق، تقدم اجرای عین تعهد بر جبران خسارت است. با وجود این، مبنای اخلاقی ضمانت‌اجراهای قراردادی گسترده‌تر از چیزی است که گاه در باب اولویت الزام به اجرای عین تعهد ادعا می‌شود. مثلاً اگر مردی به همسرش قول داده باشد که حیوان خانگی‌شان را صبح جمعه بیرون ببرد و بعد این کار را نکند، روشن نیست که اخلاق تعهد در خصوص اینکه وی چه کاری باید انجام دهد چه دستوری دارد: آیا او باید حیوان خانگی را بعد از ظهر بیرون ببرد، یا عذرخواهی لفظی کند و یا اگر آن حیوان به خاطر بیرون‌رفتن موکت خانه را کثیف کرده آن را عوض کند و یا برای عذرخواهی برخی از کارهای خانه را انجام بدهد. اینکه چه نوع ضمانت‌اجراهایی پاسخی مناسب به نقض یک تعهد است، گاه بستگی به تفسیر ما از تعهد و نیز برخی ملاحظات وابسته به زمینه، مانند نوع رابطه میان متعهد و متعهد له، نوع اجرای قول داده‌شده و دلیل عدم اجرای تعهد و ... دارد. بنابراین بدون استدلال بیشتر روشن نیست که بهترین پاسخ به نقض تعهد در هر حالت، اجرای عین تعهد است. به نظر می‌رسد که هرچند اخلاق مقتضای پاسخی به عدم وفای به عهد است ولی به ما پاسخی کلی و سراسر نمی‌دهد (Jimenez, 2021, p.1175).

سوم اینکه ابتدای نظام ضمانت‌اجراها بر اساس اصول اخلاقی، با مبنای فلسفی و عقلی دولت‌های مدرن -که قائل به تمایز میان اخلاق و حقوق و جداسازی سپهر سیاست یا عدالت از سپهر اخلاق یا امر خوب هستند- می‌تواند تعارض یابد. در واقع، اندیشه دولت مدرن بر پایه قرارداد اجتماعی و بی‌طرفی اخلاقی دولت در حوزه سیاست استوار است.

۲- ایده مبنای شرعی الزام‌آور بودن مفاد عقد که با تصور تقابل اصول فقهی و اصل حاکمیت اراده مطرح شده است، از چند جهت قابل انتقاد است: اول اینکه مفهوم شرع تا حدی مبهم است و از این گذشته، شامل طیف وسیعی از برداشت‌ها و نظریه‌های فقهی است. بدین



ترتیب، برای انتخاب میان این نظریه‌ها، دوباره نیاز به معیار دیگری داریم. دوم اینکه مشخص نیست که این برداشتها چگونه با مقتضیات زمانه و عقل و عرف جاری قراردادی قرار است سازگار گردد.

برخی از نویسندگان حقوقی با این باور که نظام فقهی با توجه به اینکه همه عالم را از آن خدا می‌داند و تصرف در این ملک، باید با اجازه مالک باشد و در نتیجه، عقد به مثابه یک تصرف حقوقی در عالم، نیاز به سبب شرعی دارد، بر شکل‌گرایی اندیشه فقهی و شرعی تأکید کرده و بیان داشته‌اند شرع در ایجاد و ماهیت و شکل عقد، قالب و شکل خاصی را مقرر نموده و این شکل‌گرایی با اندیشه آزادی اراده در تعارض است (بیگدلی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۱). با وجود این و در مقابل این اندیشه، برخی از اساتید با استناد به مبانی فقهی و به‌ویژه آیه «تجارت عن تراض» و «الناس مسلطون علی اموالهم»، تأکید کرده‌اند که شکل‌گرایی هرچند در تاریخ فقه ریشه دارد ولی امروزه چه در باب ضرورت الفاظ و چه عناوین عقود، اغلب فقها عقد را امری توقیفی و اختراع شارع تلقی نکرده و آن را از موضوعات عرفی و نهادی عقلایی دانسته‌اند که احکام و مقررات آن تابع اعتبارات عقلاست هرچند نباید با قواعد آمره شرعی مخالفت داشته باشد (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹، صص ۲۱۱-۲۱۲).

۳- نظریه اقتصادی هنجاری درباره حقوق قراردادها، همان‌گونه که گفته شد، هم از حیث زیر سؤال رفتن پیش‌فرض‌های رفتاری آن و هم از حیث بیگانه بودن با زبان حقوقی مورد انتقاد واقع شده است (نعیمی، ۱۳۹۸، ص ۴۰۱ به بعد). واقعیت این است که مشکل بتوان نظریه اقتصادی را به مثابه چتری فراگیر در مقام هدف اصلی و دلیل موجهه نظام حقوقی و حقوق قراردادها قرار داد زیرا در این صورت، در تقابل با عدالت و حق‌های فردی قرار می‌گیرد (نک: همان، ص ۴۹۷ به بعد). با وجود این، نمی‌توان منکر بصیرت‌ها و کاربردهای آن در حوزه قرارداد شد. به‌ویژه با توجه به ماهیت اقتصادی اغلب قراردادها و مقاصد فردگرایانه اطراف قراردادی، نظریه اقتصادی، به‌ویژه، از حیث روش‌شناختی، ابزاری نوین و قابل‌استفاده در طراحی نظام ضمانت‌اجراها است.

## ۵. نظریه هنجاری تلفیقی از ضمانت‌اجراهای قراردادی

منظور از نظریه هنجاری تلفیقی، نوعی بازگشت به همان نظریه سنتی حاکمیت اراده -البته با قرائتی نوین- است که در ذیل آن، نظریه اقتصادی هنجاری قرار می‌گیرد. توضیح آنکه قرارداد محصول همیاری متقابل اراده طرفین آن است و هدف قانون‌گذار از ضمانت‌اجراها، باید تضمین



از این نهاد محصول اراده مشترک باشد، فارغ از اینکه هدف طرفین قرارداد از انعقاد آن چه باشد و آیا در پی منافع شخصی هستند یا منافع دیگران یا منافع عمومی و آیا در پی رفع یک نیاز مادی هستند یا یک نیاز معنوی. برای توجیه و درک روشن‌تر این نظریه، نکاتی چند باید ذکر گردد:

۱- نهاد قرارداد واقعی اجتماعی است که مردم برای رفع نیازهای مادی یا معنوی خود و تحقق خواسته‌ها و ترجیحات فردی استفاده می‌کنند. این واقعیت، چه دولت و نظامی قانونی برای قرارداد وجود داشته باشد و چه وجود نداشته باشد، جاری است. در فقدان ساختاری قانونی، ممکن است قرارداد ضمانت ضعیفی داشته باشد و یا بنا به دلایلی مانند ترس از بدنامی و سوءشهرت، دلایل اخلاقی یا مذهبی یا تلافی و ... طرفین به تعهدات خود پایبند بمانند. حتی در صورت وجود نظامی حقوقی برای تضمین قرارداد، بسیاری از افراد به قرارداد خود ملتزم خواهند ماند بدون اینکه به ضمانت‌های قانونی توجه داشته باشند و نیز ممکن است قراردادهایی که قانون‌گذار آن‌ها را باطل می‌داند، توسط طرفین آن، به هر دلیلی، لازم‌الاجرا تلقی گردد و طرفین به مفاد آن پایبند باشند. بنابراین با توجه به کارکرد قرارداد در اعمال اراده و تغییرات طبیعی این نهاد در طول زمان و شکل‌گیری عرف پیرامون آن که تا حد زیادی آن را کارآمد و هماهنگ با نیازهای اقتصادی و اجتماعی می‌نماید، قانون‌گذار نیز بهتر است که همین منبع عرفی را مرجع قرار دهد و در پی تقویت و تسهیل حاکمیت اراده باشد و مداخلات را مستثنا نگاه دارد.

۲- اگر قرارداد محصول همیاری اراده طرفین بوده و در راستای رفع نیازهای شخصی دو طرف منعقد شده است، آنگاه نظام ضمانت‌اجرای قانونی باید به دنبال حمایت از همکاری اراده و تضمین قصد مشترک باشد که در قالب مفاد و شروط صریح و ضمنی قراردادی متبلور شده است. این واقعیت که شباهت زیادی در مورد روش‌های جبرانی نقض تعهدات قراردادی در میان نظام‌های حقوقی وجود دارد، تأییدکننده این ایده است؛ با وجود تفاوت‌هایی در جزئیات، روش‌هایی مانند الزام به انجام عین تعهد، جبران خسارت و نیز فسخ، در همه نظام‌های حقوقی مهم وجود دارند که نشان‌دهنده ویژگی کارکردی ضمانت‌اجراها است. مهم‌ترین کارکرد ضمانت اجرای قراردادی این است که جبران‌های قراردادی، به‌نوعی، تأیید و تصدیق انتظار اولیه متعهد از ایفای تعهد و محافظت او از تحمل ضرر و زیان هستند ( Raz, Jimenez, 2021, p.1199; Raz, 1982, p.933).

متعهدله انتظار دارد که با ایفای تعهد قراردادی، نیازش رفع یا خواسته‌اش محقق گردد و الا



قراردادی منعقد نمی‌شود. با توجه به ماهیت دوطرفه قرارداد، این انتظار نوعی در دایره تراضی طرفین در هنگام انعقاد عقد قرار می‌گیرد و لذا طرفین با چشم‌انداز تحقق تعهدات، این رابطه را شکل می‌دهند. بر این اساس، قانون‌گذار نیز باید بر این انتظار اولیه صحه گذارد.

بدین ترتیب، هدف از ضمانت‌اجرا اعطای چیزی است که در قرارداد به متعهدله قول داده شده و یا دادن چیزی معادل آن و به همان اندازه خوب است، به نحوی که علاوه بر جبران ضرر، تا حد امکان وی را در موقعیتی قرار دهد که گویی قرارداد اجرا شده است. گزینه جایگزین الزام به ایفای تعهد نیز نزدیک‌ترین ارتباط را با آن داشته و نزدیک‌ترین بدیل برای آن است. به همین جهت، قانون‌گذار اجرای تعهد توسط خود متعهدله و ثالث به هزینه متعهد را در مواد ۲۲۲ و ۲۳۸ ق.م. پیش‌بینی کرده است. فردی که بر اساس اعتماد به طرف مقابل و به اتکای اجرای تعهدات قراردادی وارد قراردادی شده است، در صورت تأخیر یا عدم اجرای قرارداد متحمل زیان ناروایی می‌شود که باید جبران شود و توجیه آن در چارچوب تفسیر اراده ضمنی طرفین نیز امکان‌پذیر است. در صورتی که قراردادی ایفا نشود و راهی هم برای اجرای آن توسط ثالث نباشد و یا قرارداد قائم به شخص باشد، امکان فسخ قرارداد بهترین گزینه برای حمایت از متعهدله است.

۳- ممکن است این پرسش مطرح شود که چرا قانون‌گذار، برخلاف اراده مشترک و در جهت مصالح خاص مدنظر خودش اقدام نکند؟ وانگهی حتی اگر دلایل اجتماعی و اخلاقی خوبی برای پابرجا ماندن بر سر توافقاتمان داشته باشیم، به این معنا نیست که قراردادها باید از نظر قانون لازم‌الاجرا باشند. بسیاری از تعهدات اخلاقی و اجتماعی ما، اصولاً، لازم‌الاجرا نیستند و عواقب حقوقی ندارند. بنابراین، چرا اگر کسی توافق قراردادی خود را زیر پا گذارد، این امر باید دغدغه‌ای برای جامعه به‌عنوان یک کل - که در دولت و نهادهای آن سازمان‌دهی شده - گردد؟ چرا منابع عمومی باید صرف الزام به اجرای تعهدی قراردادی شود؟ به نظر می‌رسد که برای پاسخ‌دادن به این سؤالات، ما نیاز به یک دلیل به‌ویژه سیاسی داریم (Hesselink, 2021, p.198).

به نظر می‌رسد که مناسب‌ترین نظریه برای توجیه الزام‌آور بودن قراردادها، هم از حیث اخلاقی و سیاسی و هم از جهت سازگاری منطقی با تضمین اراده همیارانه، نظریه «خودآیینی»<sup>۱</sup> است. منظور این است که دلیل موجهه قانون‌گذار برای حمایت از خواسته‌ها و ترجیحات فردی

۱. autonomy



که در قالب قرارداد تبلور پیدا می‌کند، حمایت از ارزش یا حق خودآیینی است. خودآیینی ارزشی است که به موجب آن، فرد قادر است در زندگی فردی یا اجتماعی، آن‌گونه که اراده می‌کند در راستای نیازها و خواسته‌هایش تصمیم بگیرد و ترجیحات خود را محقق سازد بدون آنکه فشار و یا قدرتی بیرونی او را مجبور به انجام کار یا کنشی کند. به عبارت دیگر، فرد خودآیین، خود-تصمیم‌گیر است و قادر است خود واقعی‌اش را محقق سازد. بنابراین خودآیینی مستلزم آن است که فرد در معرض فریب، جهل یا اجبار تصمیم نگیرد. ارزش یا حق خودآیینی بر اساس سه پیش‌فرض عقلانیت، فردگرایی و عاملیت اخلاقی استوار است (Dworkin, 2008, pp. 6-20؛ همچنین نک: Buss & Westlund, 2018). می‌توان گفت که خودآیینی حقی بنیادین است که تحقق‌بخش فاعلیت اخلاقی انسان و ضامن کرامت انسانی و منع نگاه ابزاری به انسان است. به بیان دیگر، برای اینکه فردی به عنوان انسان دارای کرامت باشد، باید فاعلیت اخلاقی داشته باشد و این عاملیت اخلاقی نیازمند حق تصمیم‌گیری در زندگی و حاکمیت اراده فردی در تعیین سرنوشت وی است (راسخ، ۱۳۸۴، صص ۳۹-۴۰). یکی از تجلیات این اعمال اراده آن است که فرد بتواند رابطه‌ای قراردادی با دیگران شکل دهد تا هر یک، نیازها و خواسته‌های فردی را با همیاری اراده‌ها برطرف سازند. قانون‌گذار از طریق ضمانت‌اجراهای قراردادی، در درجه اول، در پی آن است که این همیاری و محصول اراده مشترک را حمایت نماید و تضمینات لازم را برای تحقق کامل این اراده فراهم سازد.

۴- نظریه خودآیینی بر حمایت قانون‌گذار از انتخاب‌های فردی، فارغ از درست یا غلط بودن آن و به رسمیت شناختن حق اشتباه‌کردن و عدم مداخله قانون‌گذار در این حوزه و تسهیل دسترسی به انتخاب‌های گسترده قراردادی دلالت دارد (نک: Dagan & Heller, 2017, Chapter 7) بدین ترتیب، این نظریه، لااقل در حوزه ضمانت‌اجرا، راهی متفاوت از نظریه‌هایی مانند همبستگی اجتماعی (نک: شمس‌اللهی، ۱۳۹۹؛ شهابی، ۱۳۹۳، صص ۷۶-۷۷؛ اوپر و دوتیول، ۱۳۹۰، صص ۳۸-۳۹)، نظریه سودمندی و عدالت (اوپر و دوتیول، ۱۳۹۰، صص ۳۷-۳۸) و نظریه اراده‌گرایی اجتماعی (شهابی، ۱۳۹۳، صص ۷۷-۷۸؛ اوپر و دوتیول، ۱۳۹۰، صص ۳۹-۴۰) که در حقوق فرانسه مطرح شده و بعضاً مورد حمایت نویسندگان ایرانی قرار گرفته‌اند (نک: شمس‌اللهی، ۱۳۹۹)، در پیش می‌گیرد. در هر یک از نظریه‌های یادشده، کم‌وبیش، اراده مقهور ارزش‌های اجتماعی والائتر(برقراری برابری و تعادل میان طرفین؛ سازگاری با اصول سودمندی اجتماعی و عدالت؛ سازگاری با نیازهای زندگی اجتماعی و منافع جامعه) است و بر این مبنا، الزام‌آوری قرارداد، نه بر اساس حاکمیت اراده و خودآیینی بلکه در راستای تحقق آن



ارزش موردنظر توجیه می‌شود. این در حالی است که در نظریه خودآیینی، اعمال اراده، در اصل، حقی فراحقوقی است که حتی پیش از وجود و مداخله قانون، وجود دارد و قانون‌گذار فقط این حق را به رسمیت می‌شناسد و آن را به حقی حقوقی تبدیل می‌کند و هرگونه مداخلات پدرسالارانه قانون‌گذار را نمی‌پذیرد.

با وجود این، باید توجه داشت که استناد به خودآیینی و تضمین اراده همیارانه در حوزه ضمانت‌اجراها و حتی توجیه کل نظام قراردادی، به معنای منع هرگونه مداخله دولت، البته در موارد استثنایی، در نظام قراردادی نیست. از سوی دیگر، طرفین قرارداد با انعقاد قرارداد، علاوه بر ایجاد یک رابطه حقوقی، الزام خود را به قانونی که در معرض آن هستند اعلام می‌دارند و در چارچوب‌های قانونی رابطه خود را شکل می‌دهند والا نمی‌توانند به تضمین‌های قانون‌گذار متوسل شوند (در واقع، خودآیینی به معنای امکان محدودکردن آزادی از سوی فرد صاحب اراده نیز است و الا مفهوم خود را از دست می‌دهد).

۵- الزام‌آور بودن قرارداد می‌تواند کارکردهای فرعی دیگری هم داشته باشد که با خودآیینی قابل‌جمع است: نظام ضمانت‌اجراهای قراردادی از یکپارچگی رویه تبادل قراردادی<sup>۱</sup> نیز حمایت می‌کنند (Jimenez, 2021, p.1199; Raz, 1982, p. 933). یکی از اهداف نظام تضمین‌ها، تشویق افراد جامعه به قرارداد بستن برای پیگیری اهدافی اجتماعی و اقتصادی است. بر این مینا، این امر زمانی رخ می‌دهد که افراد احساس کنند نظام قانونی انتظارات آن‌ها از قرارداد برآورده خواهد کرد. کارکرد دیگر ضمانت‌اجراها در صورت نقض قواعد اولیه رفتار، هدایت رفتار کنش‌گران حقوقی است. اغلب مردم سعی می‌کنند نقض عهد نکنند، ولی افرادی هم هستند که در درجه اول تمرکز خود را معطوف به ضمانت‌اجراها می‌نمایند و با تحلیلی هزینه-فایده در پی کشف این موضوع هستند که در صورت نقض یک قاعده اولیه رفتاری و تخطی از قانون، چه ضمانتی در انتظار آن‌ها خواهد بود. اگر قانون‌گذار به دنبال حمایت از نهاد قرارداد است باید در تعبیه ضمانت‌اجراهای قراردادی این موضوع را نیز لحاظ کند (Jimenez, 2021, p. 1167-8).

از سوی دیگر، در تدوین مقررات جزئی برای تحقق کارآمد ارزش خودآیینی لازم است معیار دیگری که در رابطه طولی با ارزش خودآیینی قرار می‌گیرد معرفی شود تا هدایت‌گر قانون‌گذار در طراحی مکانیسم‌های جبرانی و چگونگی ضمانت‌های قراردادی بر اساس

<sup>۱</sup> integrity of the practice of contractual exchange



خودآیینی باشد (Kraus, 2001, p. 431). قانون می‌تواند از یک حق مشخص به شیوه‌های متعددی حمایت کند مثلاً دستور به منع نقض آن دهد و یا حکم به جبران خسارت ناشی از نقض آن دهد و به‌ویژه در جایی که در تفسیر اراده طرفین با ابهام روبروست، روش مناسب و کارآمد جبران برای نقض حق باید مشخص شود (Craswell, 2000, p. 123).

این ملاحظات در باب طراحی و چگونگی حمایت از خودآیینی، ما را به ارزش کارایی رهنمون می‌سازد. تحقق کارایی (در معنای بیشینه‌سازی ثروت) به‌مثابه تحقق خودآیینی نیز می‌تواند تلقی گردد زیرا می‌توان آن را به اراده مشترک طرفین نسبت داد. به‌عنوان مثال، در قراردادهای تجاری میان تجار، هدف اصلی سودجویی و بیشینه‌سازی سود است و لذا حمایت از خودآیینی مستلزم هدایت قوانین به سمت کارایی است. در قراردادهایی که میان اشخاص غیرتاجر و در راستای سودجویی و یا رفع نیازهای مادی شخصی منعقد می‌شود نیز می‌توان کارایی را حاکم دانست (Dagan & Heller, 2017, p. 79).<sup>۱</sup> بدین ترتیب، کارایی، در معنای بیشینه‌سازی ثروت و به‌مثابه هدف افراد خودآیین و نیز به‌عنوان مخدوم خودآیینی، هم در طراحی مکانیسم ضمانت‌ها و جزییات آن برای حمایت از نهاد قرارداد و هدایت رفتارها و نیز در ارزیابی قواعد در جهت نیل به اهداف قانون‌گذار مورد استفاده قرار می‌گیرد.

## ۶. نتیجه

در پاسخ به این پرسش هنجاری نظری که فلسفه الزام‌آور بودن قرارداد چیست و چرا قانون‌گذار باید برای حمایت از نهاد قرارداد و جهت الزام متعهد به انجام تعهد ضمانت‌اجرا تعیین نماید، به نظر می‌رسد که هرکدام از نظریه‌های ارائه‌شده دارای نقاط ضعفی هستند: نظریه‌های اخلاقی معیارهایی مبهم برای طراحی ساختار ضمانت‌اجراها ارائه می‌کنند و با پیش-فرض‌های دولت-ملت‌های مدرن هماهنگ نیستند. نظریه‌های اقتصادی نیز به‌تنهایی برای حقوق-دانان جذابیت ندارند و البته واجد پیش‌فرض‌هایی غیرواقع‌بینانه هستند. نظریه‌های فقه-محور که بر اولویت اراده شارع تأکید دارند، در ارائه معیاری عینی بیش از اندازه موسع هستند و برای انتخاب میان نظرات فقهی متکثر نیاز به ملاکی دیگر است.

بدین ترتیب، ایده‌ای که علاوه بر تطبیق با واقعیت‌های موجود، از لحاظ اخلاقی قابل‌دفاع

---

۱. برای توجیه میانی نظری رابطه عمودی میان خودآیینی و کارایی، نک: Kraus, 2001, pp. 422-431; Farber, 2000, pp. 69-70



بوده و بتواند با واقعیت‌های سیاسی معاصر هماهنگ و با مصالح اجتماعی نیز سر سازگاری داشته باشد، همان حاکمیت اراده است که برای تأیید آن، به کارکرد عرفی و تاریخی قرارداد برای رفع نیازهای مادی و معنوی انسان و عرف جاری اعم از عادی و تجاری استناد شده و مبنای آن بر ارزش خودآیینی استوار گردیده است. بر این اساس، از آنجایی که قرارداد، نهادی مبتنی بر همکاری و همیاری دو اراده است، بهترین رویکرد از سوی قانون‌گذار تضمین همین اراده همیارانه و مشترک است. تضمین اراده همیارانه و حمایت از قصد مشترک، رابطه‌ای طولی با حمایت از حق یا ارزش خودآیینی دارد و در واقع، هدف قانون‌گذار حمایت از خودآیینی است که در حوزه قرارداد، خود را در قالب تضمین اراده همیارانه و مشترک نشان می‌دهد.

در رابطه با کارایی، این ارزش به‌مثابه ارزشی مخدوم تلقی شده که حفظ ارزش خودآیینی و تضمین اراده مشترک، می‌تواند از طریق راهکارهای مبتنی بر معیار کارایی محقق گردد. بدین ترتیب، کارایی ذیل ارزش خودآیینی قرار می‌گیرد تا در راستای تعیین جزئیات مربوط به ضمانت‌اجراها و طراحی و ارزیابی ساختار آن‌ها بتواند مورد استفاده قرار گیرد. بدین ترتیب، نظریه ارائه‌شده، دو نظریه اقتصادی و اراده را در کنار هم، هرچند نه در جایگاه یکسان و هم-عرض، بلکه در طول یکدیگر می‌نشانند و از دو جهت نیز با معیارهای اخلاقی هماهنگ می‌گردد: اول از جذاب بودن معیار خودآیینی از حیث اخلاقی و دفاع برخی مکاتب اخلاقی از این معیار و دوم از جهت اینکه تمهید قواعد ضمانت‌اجرای قراردادی و حمایت از اراده مشترک و همیارانه می‌تواند به نتایج اخلاقی نیز منجر شود.

## ۷. فهرست منابع

### ۱-۷. منابع فارسی

#### الف) کتب

۱. اوبر، ژان-لوک و دوتیول، فرانسوا کولار (۱۳۹۰)، *حقوق تعهدات-قراردادها*، تهران: نشر میزان، چاپ اول
۲. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲) *آثار قراردادها و تعهدات*، تهران: مجد، چاپ اول
۳. صفایی، سید حسین (۱۳۹۵) *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: میزان، چاپ بیست و پنجم
۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰ الف) *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، جلد اول
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰ ب) *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ



سوم، جلد سوم

۶. محقق داماد، سید مصطفی؛ جلیل قنواتی، سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور، (۱۳۷۹)، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران: سمت، جلد اول
۷. نعیمی، سیدمرتضی (۱۳۹۸)، *درآمدی به رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق*، تهران: نشر میزان، چاپ اول

#### ب) مقالات

۸. ایمانی پیرآغاج، علیرضا و روشن، محمد (۱۴۰۰) «دیدگاه اخلاقی-التزامی یا دیدگاه ابزاری در حقوق قرارداد: یک تحلیل اقتصادی»، *تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۴، شماره ۹۴، صص ۵۹-۸۴
۹. بیگدلی، عطاءالله (۱۳۹۴) «حاکمیت اراده در فقه امامیه، نظام رومی- ژرمنی و حقوق ایران: درآمدی مبنایی و فلسفی»، *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، سال شانزدهم، شماره اول (پیاپی ۴۱)، بهار و تابستان، صص ۱۲۵-۱۵۰
۱۰. راسخ، محمد (۱۳۸۴) «تئوری حق و حقوق بشر بین‌الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۱، صص ۱-۴۵
۱۱. سلطان‌احمدی، جلال (۱۳۹۸) «حقوق قرارداد و عدالت توزیعی»، *دانش حقوق مدنی*، سال هشتم، شماره دوم، صص ۷۷-۹۰
۱۲. شمس‌اللهی، محسن (۱۳۹۹)، «نظریه همبستگی قراردادی»، *حقوق خصوصی*، دوره ۷۱، شماره ۲، صص ۵۴۳-۵۸۴
۱۳. شهابی، مهدی (۱۳۹۳)، «قرارداد به مثابه‌ی قانون هابزی یا کانتی؛ تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در حقوق مدنی ایران و فرانسه»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره ششم، شماره چهارم، صص ۵۵-۹۴
۱۴. شهابی، مهدی (۱۳۹۴)، «قرارداد به مثابه قانون طبیعی (عقلی)؛ تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۲، صص ۶۰۴-۶۲۶
۱۵. صفایی، سید حسین و الفت، نعمت‌الله (۱۳۸۹) «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، *حقوق تطبیقی*، شماره ۷۹، صص ۴۳-۶۲
۱۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰ ج) «ستایش قرارداد یا اداره قرارداد»، *مجله دانشکده حقوق و علوم*



## ۷-۲. منابع انگلیسی

### Books

17. Bix, Brian, (2012), *Contract Law: Rules, Theory and Context*, Cambridge University press
18. Buss, Sarah & Westlund, Andrea (2018), *Personal Autonomy*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, available at: <https://plato.stanford.edu/entries/personal-autonomy/>
19. Dagan, Hanoch & Heller, Michael (2017), *The Choice Theory of Contracts*, Cambridge University Press
20. Dworkin, Gerald (2008), *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press
21. Farber, Daniel (2000), *Economic Efficiency and The Ex Ante Perspective*, in Kraus, Jody & Walt, Steven(eds), *The Jurisprudential Foundations of Commercial and Corporate Law*, Cambridge University Press
22. Fried, Charles (2015), *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Oxford University Press
23. Goldman & Zipursky(2012), *Rights and Responsibility in Tort Law*, in Dolan Nolan & Andrew Robertson(eds), *Rights and Private Law*, Hart Publishing
24. Hesselink, Martijn W. (2021), *Justifying Contract Law in Europe: Political Philosophies of European Contract Law*, Oxford University Press
25. Hogg, Martin (2013), *Competing Theories of Contract: An Emerging Consensus*, in 'Commercial Contract Law: Transatlantic Perspectives', Edited by Larry A. DiMatteo, Qi Zhou, Severine Saintier and Keith Rowley, Cambridge University Press
26. Mahoney, Paul G. (1999), *Contract Remedies: General*, in Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, Edward



Elgar Publishing

27. Markovits, Daniel and Atiq, Emad (2021), *Philosophy of Contract Law*, at: <https://plato.stanford.edu/entries/contract-law/>
28. Posner, Richard, (2014), *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 9<sup>th</sup> edition
29. Smith, Stephen A., (2004), *Contract Law Theory*, Oxford University Press
30. Smith, Stephen A, (2010), *Rights and Remedies: A Complex Relationship*, in Sharpe, Robert J. & Roach, Kent, *Taking Remedies Seriously*, Canadian Institute for The Administration of Justice
31. Weinrib, Ernest, (2008), *Two Conceptions of Remedy*, in Rickett, Charles EF(ed), *Justifying Private Law Remedies*, Hart Publishing
32. Weinrib, Ernest, (2012), *The Idea of Private Law*, Oxford University Press

#### Articles

33. Birks, Peter (2000), "Rights, Wrongs and Remedies", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, no. 1, pp. 1-37
34. Bix, Brian, (2008), "Contract Rights and Remedies and Divergence between Law and Morality", *Ratio Juris*, vol. 21, no. 2, pp. 194-211
35. Craswell, Richard (1989), "Contract Law, Default rules and the Philosophy of Promising", *Michigan Law Review*, vol. 88, no. 3, pp. 489-529
36. Craswell, Richard (2000), "Against Fuller and Perdue", *University of Chicago Law Review*, vol. 67, pp. 99-161
37. Gardner, John, (2011), "what is Tort Law For? Part One: The Place of Corrective Justice", *Law and Philosophy*, vol. 30, no. 1, pp. 1-50
38. Jimenez, Filipe (2021), "Rethinking Contract Remedies", *Arizona State Law Journal*, vol. 53, no. 4, pp. 1153, 1208
39. Kraus, Jody S. (2001) "Reconciling Autonomy and Efficiency in Contract Law: The Vertical Integration Strategy", *Philosophical Issues*, vol. 11, pp. 420-441
40. Kornhauser, Lewis A. (1986), "An Introduction to Economic Analysis of Contract





- Remedies”, *University of Colorado Law Review*, vol. 57, no. 4, pp. 683- 726
41. Lightsey, Wallace K., (1984), “A Critique of the Promise Model of Contract”, *William & Mary Law Review*, vol. 26, no. 1, pp. 45-73
42. Raz, Joseph, (1982), “Promises in Morality and Law”, *Harvard Law Review*, vol. 95, no.4, pp. pp. 916-938
43. Ripstein, Arthur (2007), “As if It had Never Happened”, *William & Mary Law Review*, vol. 48, no. 5, pp. 1957-1997
44. Shavell, Steven (1980), “Damage Measures for Breach of Contract”, *The Bell Journal of Economics*, vol. 11, no. 2, pp. 466-490
45. Weinrib, Ernest, (2003), “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 78, pp. 55-103
46. Wilkinson-Ryan, Tess & Baron, Jonathan(2009), “Moral Judgement and Moral Heuristics in Breach of Contract”, *Journal of Empirical legal Studies*, vol. 6, no. 2, pp. 405-423
47. Wilkonson-Ryan, Tess & Hoffman, David A., (2010), “Breach Is for Suckers”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 63, no. 4, pp. 1003-1045



## The Philosophy of Contract Enforceability: A Comparative Study in the Common Law and Iranian Law

Seyed Morteza Naeemi<sup>1</sup>

Assistant Professor of Private Law, Bandar Anzali Branch, Islamic Azad University, Bandar Anzali, Iran

Receive: 2022/11/15 Accept: 2023/01/30

### Abstract

One of the main questions in contract theory is the justification of the binding nature of contract; That why the legislator intervenes in this private field and determines some sanctions and remedies. In response to this challenge, in the common law three major theories have been offered: moral theory, economic theory and the rule of will theory. In Iranian law, legal scholars have based their theories on moral, social, economic and religious grounds. This article, while examining and evaluating these theories with an analytical-descriptive method, despite the support of most Iranian legal writers for theories based on social interests, defends the principle of autonomy of will and claims that other values can be unified with this principle. The main idea of this article is that the most important and direct goal of the legislator from enforcing contracts should be to enforce the cooperative will of the parties to the contract, which is in line with supporting the higher value of autonomy. Also, efficiency as an economic value is included under autonomy and as an instrument plays a central role in formulating detailed regulations and the structure and how to support the contract.

**Keywords:** Contractual enforceability, enforcement of cooperative will, autonomy, efficiency, contract as a promise

---

\*Corresponding author, Email: naeemi@iaubanz.ac.ir

This article is extracted from research during the study mission at the "Max Planck Institute for Comparative and Private International Law (Hamburg)". The author is grateful for the research scholarship and using the resources and facilities of the institute.