

مطالعه تطبیقی ضمانت اجرای غیرمنصفانه شروط قراردادی در ایران، ایالات متحده امریکا و اتحادیه اروپا

سید حسین صفایی*
نگار شمالی**

تاریخ پذیرش: ۹۸/۰۳/۶

تاریخ دریافت: ۹۷/۱۰/۲۳

چکیده

رواج برخی شروط قراردادی علی‌رغم غیرمنصفانه بودن و دشوار شدن وجود اراده آزاد موجب گردیده نظریه شروط غیرمنصفانه در سده‌های اخیر در نظام‌های حقوقی رایج شود. مقصود نهایی عبارت است از تأمل به منظور برقراری ضمانت اجرایی که قادر به اعطای حمایت حداکثری از زیان‌دیدگان غیرمنصفانه باشد. جلوگیری از ایجاد شکاف بیشتر بین طرف قوی که برخوردار از وضعیت مسلط است و طرف ضعیف کم‌برخوردار به عنوان آرمان عدالت‌خواهان، در نهایت منجر به تصویب دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا شده، دولت‌های عضو هر یک مفهومی از بطلان مطلق، بطلان نسبی یا حمایتی را به عنوان ضمانت اجرای غیرمنصفانه شروط قراردادی به رسمیت شناخته‌اند. از سوی دیگر، سناریوی جدی پذیرش نظریه خلاف وجدان بودن در ایالات متحده امریکا به اتخاذ این اصل در قانون متحدالشکل تجاری UCC به نیمه قرن بیستم بازمی‌گردد که با هدف خلق اندام حقوقی واحد در سرتاسر امریکا به وجود آمده و صراحتاً انتخاب ضمانت اجرا را به عنوان یک امر موضوعی به دادگاه محول کرده است. در حقوق ایران قابلیت‌های موجود در فقه و نیز تمسک قضات به اصول حقوقی می‌تواند در این زمینه

*استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی
drhsafaii@gmail.com

** دانش آموخته دوره دکترای تخصصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات تهران،
دانشگاه آزاد اسلامی

Shomali.negar@gmail.com

کارگشا باشد از جمله استناد به نظم عمومی، لاضرر و سوءاستفاده از وضعیت اضطرار است، لیکن دستاورد تحقیق حکایت از لزوم اقدام صریح قانون‌گذار دارد.

کلیدواژگان:

بطلان مطلق، بطلان نسبی، حق فسخ، شروط قراردادی، غیرمنصفانگی.

مقدمه

احترام به قراردادهایی که اشخاص منعقد می‌نمایند، اصلی پذیرفته شده تلقی می‌گردد؛ این وظیفه خود افراد است که منافع خویش را حفظ کنند و چنانچه فردی بدون مطالعه لازم قراردادی را بپذیرد که دارای شروط نامطلوب باشد، خود او باید سرزنش شود که کار غیرعقلانه‌ای را مرتکب شده است.^۱

با وجود این، قراردادهای منعقد شده ممکن است حاوی چنان شروط غیرمنصفانه و گزافی باشد که حکم به اجرای آن، برخلاف وجدان تلقی شده، حتی وجدان عمومی را جریحه‌دار نماید. در چنین وضعیتی این پرسش بنیادین مطرح می‌گردد که آیا می‌بایست چنین شروطی را مردود معرفی کرد؟ یا این که با توجه به ضرورت پابندی به قراردادها، دادگاه‌ها چاره‌ای جز بی‌تفاوتی نسبت به چنین قراردادهایی ندارند؟

ضرورت پاسخ‌گویی به پرسش‌های فوق و به ویژه این پرسش که راهکار مقابله با غیرمنصفانه‌ی شروط قراردادی چیست، اهمیت پرداختن به پژوهش حاضر را آشکار می‌نماید. با بروز نابرابری‌های غیرقابل اغماض در روابط قراردادی و شروط غیرمنصفانه و حتی از پیش نوشته شده، قانون‌گذاران به اقدامات متعددی به منظور ایجاد تعادلی نسبی در قرارداد دست زدند که نمونه بارز آن دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپاست. لیکن بیان موسع دستورالعمل به وضوح توضیح نمی‌دهد چگونه دولت‌های عضو باید شکلی از ماهیت غیرالزام‌آور را برقرار سازند. به همین دلیل چگونگی اتخاذ این مقرره به منظور اعطای حمایت حداکثری در مقابله با غیرمنصفانه‌ی در کشورهای عضو می‌بایست مورد مطالعه واقع شود.

تأثیر غیر قابل انکار خطامشی حقوق انگلیس، فرانسه و آلمان در شروع مداخلات تقنینی در امر تضمین منصفانه‌ی پرداختن به عملکرد این کشورها را در تحقیق پیش‌رو ضروری می‌نماید.

۱. شیروی، عبدالحسین، نظریه غیرمنصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن لو با تاکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا، مجله مجتمعات آموزش عالی قم، ۱۳۸۱، شماره ۱۴، ص ۵.

از سوی دیگر، بعد از آن که قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (UCC)^۱ در سال ۱۹۵۷ به شکل نهایی خود رسید و از سوی پنجاه ایالت مورد پذیرش واقع شد، به بزرگترین نیروی محرکه دکترین Unconscionability بدل شد؛ قانونی که وجه تمایز بارز آن با دستورالعمل صراحت در معرفی راهکار قابل اعمال در برابر غیرمنصفانگی می‌باشد.

سابقه اعمال محدودیت بر آزادی قراردادی در فقه و ضرورت اعمال عدالت قراردادی،^۲ نشان از عدم منافات کنترل غیرمنصفانگی با موازین شرعی و اصول بنیادین حقوق ایران دارد؛ اما همچنان این پرسش باقی است که ضمانت اجرای قابل اعمال چیست؟

برای پاسخ به پرسش‌های فوق نخست به تعریف غیرمنصفانگی و مصادیق شروط غیرمنصفانه پرداخته سپس راهکار دستورالعمل ۹۳/۱۳ را تبیین نموده، با بررسی نحوه اتخاذ ضمانت اجرا در دولت‌های عضو، به مطالعه ضمانت اجرای غیرمنصفانگی در حقوق انگلیس، فرانسه، آلمان و قانون متحدالشکل تجاری آمریکا می‌پردازیم. در پایان از موقعیت نظام حقوقی کشورمان سخن می‌گوییم که با توجه به فقر منابع، ناگزیر از تحلیل اعمال محدودیت بر آزادی قراردادی در فقه و مبانی مبارزه بر پایه قواعد عمومی و سپس منابع قانونی طرح غیرمنصفانگی هستیم.

۱. تعریف غیرمنصفانگی

هرچند به قول یکی از نویسندگان،^۳ توضیح غیرمنصفانگی به‌ویژه در قراردادی که برای هر دو طرف سودمند است، بسیار دشوارتر از حد تصور است، اما مبهم ماندن این مفهوم برای شهروندان و دست‌اندرکاران عدالت قضایی سودمند نیست؛ پس می‌بایست تعریف شود.

1. Uniform Commercial Code (UCC).

۲. قنوتی، جلیل، اصل آزادی قراردادی قراردادها و شروط غیر عادلانه، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهارم و دوم، ۱۳۸۹، شماره ۸۵/۱ ص ۱۵۰.

3. Wertheimer, A. *Unconscionability and Contracts*, Business Ethics Quartely, 1992, Vol. 2. No 4, p. 479.

در حقوق انگلیس در سال ۱۷۵۰ غیرمنصفانه بودن چنین تعریف شد: «قراردادی که یک شخص عادل در حالت عادی منعقد نمی‌کند و یک فرد درستکار، صادق و منصف نیز آن را نمی‌پذیرد.»

در سال ۱۹۱۹ دادگاه تجدیدنظر نیویورک اظهار داشت: ^۱ «قرارداد خلاف وجدان قراردادی است که با در نظر گرفتن عرف و رویه حاکم در زمان و مکان انعقاد، به حدی غیرمنصفانه و غیرمتعارف باشد که نتوان به اجرای مفاد آن حکم نمود.»

در اظهارنظری دیگر آمده است: ^۲ «قراردادی ناعادلانه است که متضمن چنان بی‌عدالتی آشکاری باشد که اگر برای یک شخص صاحب اندیشه صحیح بازگو شود، از غیرعادلانه بودن آن اظهار شگفتی می‌کند.»

تنوع تعاریف باعث شده است نویسندگان به این نتیجه برسند مقررات مختلف و از جمله ماده ۳۰۲-۲ دستورالعمل اتحادیه اروپا و نیز توضیحات رسمی هرگز قصد تعریف غیرمنصفانه بودن را نداشته‌اند، بلکه عامداً خواسته‌اند تا Unconscionability را مفهومی بنمایانند که در پرتو متن هر دعوا به طور خاص تعیین شود و این به معنای توجه به نقش بافت قرارداد و شرایطی است که آن را احاطه کرده است؛ چراکه غیرمنصفانه‌گی یک مفهوم نیست، بلکه در پرتو عوامل متعدد که در فرمولی واحد نمی‌گنجد «قابل تعیین» است و نه «قابل تعریف».^۳

اظهار نظر اخیر چندان دور از واقع نیست؛ آنچه در آن تردیدی نیست ضرورت توجه به شرایط خاص هر دعوا به طور جداگانه است. لیکن به عنوان ارائه نشانه‌ای هر چند کوچک به منظور تشخیص غیرمنصفانه‌گی می‌توان گفت نهایتاً این وصف، شامل حالتی از قرارداد یا شرطی از آن است که عمدتاً مورد مذاکره واقع نشده، براساس برداشت قضایی دادرسی موجب سوءاستفاده طرف دارای موقعیت برتر از طرف ضعیف قرارداد می‌شود. این حالت می‌تواند ناشی از نابرابری طرفین در قدرت معاملی یا توان چانه‌زنی افراد یا نتایج نابرابر قرارداد برای یک طرف آن باشد که غیرمنصفانه جلوه کند و بدین‌سان تعادل قرارداد را به طور ناروا به نفع خود برهم زند.

1. Ibid, p. 688.

2. Calamari, J. *The law of contracts*, 3re Ed, 1997. P. 406.

3. McLaughlin, G. *Unconscionability and Impracticability: Reflection on Two UCC Indeterminacy Principles*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, 1992, Vol. 14, pp.14.

۲. مصادیق شروط غیرمنصفانه

مصادیق شروط غیرمنصفانه با در نظر داشتن معیارهایی^۱ به شرح ذیل قابل تشخیص‌اند:

۲.۱. مصادیق مبتنی بر معیار توجه به قصد

شروط غیرمنصفانه به ندرت نتیجه مذاکرات طرفین می‌باشند؛ آنها معمولاً یک طرفه تنظیم شده بدون وقوع مذاکره‌ای، در قرارداد گنجانده می‌شوند؛ به گونه‌ای که اساساً فرض وجود قصد بر ایجاد و ملتزم شدن در برابر چنین شروطی را زیر سؤال می‌برند. نمونه عینی این قراردادها، قراردادهای بیمه^۲ است که مواردی از این دست در آنها، از مصادیق شروط غیرمنصفانه تلقی می‌شوند:

- شروطی که بیمه‌گذار را گمراه می‌کند؛ مانند آنجا که اوراق بیمه بسیارند و بیمه‌گذار فرصت معقول برای مطالعه ندارد.
- شروطی که به طور یکجانبه حقوق قانونی بیمه شده را محدود می‌کنند.
- شروطی که به بیمه‌گر اجازه می‌دهد مبلغ پرداختی توسط بیمه‌گذار را برای خدماتی که هنوز ارائه نشده است، در صورت انحلال قرارداد نزد خود نگاه دارد.^۳

۱. معیارهای تشخیص غیرمنصفانه‌گی در کشورهای حوزه اتحادیه اروپا، سه معیار مبتنی بر قصد، حسن نیت و نتیجه بوده، در ایالات متحده با توجه به تفسیر رسمی قانون متحدالشکل و دکترین معیارهای سه گانه یک طرفه بودن، ظالمانه بودن و غافلگیر شدن ناآدلانه و نیز غیرمنصفانه‌گی شکلی و ماهوی است که در متن مقاله به توضیح هر یک پرداخته‌ایم. برای مطالعه بیشتر رک:

Sandrock, O. "The Standard Contract Terms", The American Journal of Comparative Law, 1978, Vol. 2, 2007, P. 34.

۲. برای مطالعه بیشتر رک: آل شیخ، محمد، حقوق و تعهدات بیمه‌گذار، فصلنامه صنعت بیمه، شماره ۳، ۱۳۸۴، صص ۳۴ به بعد؛ کریمی، آیت، کلیات حقوق بیمه، چاپ اول، تهران: پژوهشکده بیمه، ۱۳۸۷، صص ۲۳ به بعد.

۳. الهیان، مجتبی، شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بیمه و آثار آن از منظر فقه و حقوق ایران، مجله پژوهش‌های فقهی، ۱۳۹۲، شماره ۱، ص ۸.

۲.۲. مصادیق مبتنی بر معیار توجه به حسن نیت

یکی از مبانی تعهد به درستکاری در مرحله انعقاد قرارداد و تعهد به همکاری در مرحله اجرا^۱ توجه به اصل حسن نیت^۲ است؛ بر همین مبنا استفاده از شروط قراردادی استاندارد^۳ مداخله در غیرمنصفانگی شروط را به دلیل تجاوز به این اصل توجیه می‌کند؛ جایی که یک شرط استاندارد همچون شروط مندرج در قراردادهای بانکی، حمایت قانونی را که جبران‌کننده اجرای معیوب یا یک تعهد اساسی را که جزء لاینفک قرارداد است، نفی کرده است؛ همچنین شرطی که سوءاستفاده از حقوق را از سوی بانک اعطاکننده تسهیلات مجاز می‌داند و ساختارهای یک طرفه‌ای را که سبب عدم تعادل مهم در حقوق طرفین می‌گردد، بنا نهاد، مغایر با حسن نیت توصیف می‌شود.

۲.۳. مصادیق مبتنی بر معیار توجه به نتیجه

از جمله ضوابط دقیق در تشخیص غیرمنصفانگی شرط^۴ توجه به نتیجه حاصله از آن است؛ یعنی احراز غیرمنصفانگی در صورت ایجاد عدم تعادل معنادار و عمده به ضرر طرف ضعیف

۱. قاسمی حامد، عباس، حسن نیت در قرارداد مبنای تعهد به درستکاری و تعهد به همکاری در حقوق فرانسه، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۶، شماره ۴۶، ص ۴۶.

۲. حقوق دانان تعاریف گوناگونی از حسن نیت ارائه داده‌اند: برخی معتقدند حسن نیت صداقت در گفتار یا کردار، فقدان قصد اضرار و رفتار براساس معیارهای معقول و وسیله‌ای برای ورود قواعد اخلاقی در حقوق موضوعه است (Powers, 1999, p.338) در باور برخی دیگر حسن نیت حالتی درونی مبنی بر نیت شخص بوده، دارای دو جنبه ایجابی به معنای قصد و باور درست و جنبه سلبی به معنای خودداری از حيله و کتمان واقع و پرهیز از تحصیل امتیاز نامعقول از دیگری ولو از طریق تکنیک‌های قانونی است: برای مطالعه بیشتر رک: شهایی، مهدی، قرارداد به مثابه قانون طبیعی (عقلی)؛ تاملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران و فرانسه، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، شماره ۲، ص ۶۱۸؛ Black Henry, *Black's Law Dictionary*, Thomson West, 2004

اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین، حسن نیت در انعقاد قرارداد در حقوق ایران و انگلیس، اندیشه‌های حقوق خصوصی، ۱۳۸۷، شماره ۱۲، ص ۱۲؛ امینی، منصور، حسن نیت در قراردادهای از نظریه تا عمل؛ نگاهی به موضوع در نظام حقوقی کامن‌لا، مجله حقوق تطبیقی، ۱۳۹۰، شماره ۲، صص ۲۶-۴۱.

۳. معیار استاندارد تلقی شدن، علاوه بر از پیش تهیه شدن شرط، مورد مذاکره واقع نشدن آن است و در این راستا بار اثبات وقوع مذاکره به منظور اطمینان از تحقق قصد، برعهده استفاده‌کننده از شرط است.

۴. از جمله در آلمان به استناد شروط قراردادی استاندارد.

قرارداد.^۱ شروط سلب یا محدودکننده حقوق قانونی طرف ضعیف یا افزاینده مسؤلیت وی از جمله این شروط هستند که عمده‌ترین مصادیق آن در قراردادهای مصرف، ارائه خدمات و نیز قراردادهای بانکی و به طور کلی در هر قراردادی که در آن طرفین در نابرابری قدرت معاملی^۲ به سر می‌برند، ملاحظه می‌شود.

۲.۴. مصادیق مبتنی بر معیارهای سه گانه یک طرفه بودن، ظالمانه بودن و غافلگیر شدن ناعادلانه^۳

- **یک طرفه بودن**^۴: بدین معنا که قرارداد به شکل فاحشی به نفع یکی از طرفین و به ضرر طرف دیگر است؛ به نحوی که وی از امتیازات منطقی خود محروم شده است؛ همچون موردی که در قرارداد برای تحقق حقوق یکی از طرفین شرایطی مقرر شده که معلوم است طرف مقابل قادر به تأمین آن نیست و در نتیجه شخص از حقوق قراردادی خود محروم خواهد شد.

- **ظالمانه بودن**^۵: یعنی قرارداد در صدد برقراری شروطی است که به روشنی نشان‌دهنده سوءاستفاده یکی و تحمیل مستبدانه تعهدات سنگین به دیگری می‌باشد. شروط تبعیض‌آمیز نظیر:

- شرطی که یک طرف را محق به نفعی می‌کند که ارتباط منطقی با موضوع توافق ندارد.
- شرطی که انجام امری غیرممکن را به شخص تحمیل می‌کند.
- شرطی که به موجب آن یکی از طرفین بطور نامحدود قدرت یک‌جانبه و مستبدانه می‌یابد؛ به عنوان مثال زمانی که جای قیمت در قرارداد خالی گذاشته می‌شود و فروشنده هر رقمی را که بخواهد بتواند قید نماید.

۱. همچنان که در ماده ۳ دستورالعمل ۹۳/۱۳ نیز آمده است .

۲. برای مطالعه بیشتر رک: کرمی، سکینه، نابرابری قدرت چانه‌زنی به عنوان مبنایی برای کنترل قرارداد، مجله حقوق تطبیقی، ۱۳۹۵، شماره ۲، صص ۶۹۵-۷۰۲ .

۳. توجه شود گاهی برخی معیارها در تشخیص غیرمنصفانگی می‌تواند به نتیجه واحد منتهی گردد؛ همچون انطباق موردی یک‌طرفه و ظالمانه بودن، لیکن برای درک دقیق‌تر مصادیق شروط غیرمنصفانه، به هر یک به صورت جداگانه پرداخته‌ایم.

4. One- Sided.

5. Oppressive.

-غافلگیر شدن نا عادلانه؛^۱ یعنی عمداً در قرارداد شرطی گنجانده شود که معنای واقعی آن برای طرف دیگر معلوم نبوده، پس از انعقاد قرارداد برای او مشخص می شود که شدیداً باعث تحیر وی می گردد؛ مثل اینکه شخص به زبان قرارداد مسلط نبوده، دارای تخصص کافی نیست که بتواند مفاد و تأثیر آن را تشخیص دهد.

۵.۲. مصادیق مبتنی بر معیار غیرمنصفانگی شکلی^۲ و ماهوی^۳

غیرمنصفانه بودن شکلی^۴ به وضعیتی گفته می شود که در مرحله انعقاد قرارداد، نوعی نابرابری در وضعیت دو طرف وجود دارد؛ امری که به اجحافی شدن قرارداد یا بخشی از آن به زیان یک طرف منجر می شود، بدون آنکه به محتوای قرارداد اعتنایی شود. غیرمنصفانه بودن ماهوی ناظر بر نتایج حاصل از قرارداد برای طرفین است و برای تشخیص آن، قرارداد از حیث محتوا بررسی می شود. از جمله سلب ضوابط راجع به گارانتی کالا را موجب تحقق غیرمنصفانگی ماهوی دانسته اند چرا که برای خریدار ظالمانه و اجحاف آمیز است.^۵

۳. راهکار دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا

بند ۱ ماده ۶ دستورالعمل مقرر می دارد: «کشورهای عضو می بایست مقرر نمایند که شروط غیرمنصفانه مطروح در قرارداد منعقد با یک مصرف کننده توسط فروشنده یا عرضه کننده، مشروط بر اینکه تحت قانون ملی شان باشند، برای مصرف کننده لازم الاجرا نمی باشند و قرارداد در صورتی که قادر به ادامه موجودیت بدون شروط غیرمنصفانه باشد، می بایست به ملزم کردن طرفین ادامه دهد.»

1. Unfair Surprise.
2. Procedural Unconscionability.
3. Substantive Unconscionability.

۴. درخصوص مؤلفه های این نوع غیرمنصفانگی عواملی را می توان مطرح کرد که موجب کاهش در قدرت چانه زنی در فرآیند انعقاد قرارداد می شود همچون وضع اجتماعی، مهارت و قدرت معاملاتی طرفین، ظاهر و زبان قرارداد، اضطرار و ضرورت فقدان حق انتخاب و عدم دریافت مشاوره مستقل؛ برای مطالعه بیشتر رک: ساردویی نسب، محمد، مؤلفه های غیرمنصفانه بودن قرارداد، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۰، شماره ۷۵، ص ۴۵.

۵. تعادل یا عدم تعادل ارزش واقعی دو عوض به ویژه در توافقاتی راجع به اعتبارات با پرداخت اقساطی با سود بالا، میزان سودمندی قرارداد و نیز دشواری اجرای شروط قراردادی، از مؤلفه های تشخیص این نوع غیرمنصفانگی محسوب می شود؛ همان، ص ۴۷.

این عبارت به معنای ادامه حیات حقوقی قرارداد منهای شرط غیرمنصفانه است، در صورتی که آن قرارداد قابلیت بقا را بدون شرط داشته باشد، لیکن بیان موسع دستورالعمل توضیح نمی‌دهد که چگونه دولت‌های عضو باید شکلی از ماهیت غیرالزام‌آور را برقرار سازند. در این راستا چند احتمال قابل طرح است:^۱

- قانون‌گذاران ملی می‌توانند بی‌تأثیری^۲ یا بطلان مطلق^۳ یک شرط غیرمنصفانه را مقرر نمایند که در این فرض مثل این است که شرط اساساً مورد نگرش و توافق طرفین واقع نشده و در نتیجه آثار حقوقی را به دنبال نخواهد داشت.

- در برخی کشورها مفهوم قابل انعطافی از بطلان نسبی^۴ وجود دارد که طبق آن شرط غیرمنصفانه در ابتدا لازم‌الاجرا باقی می‌ماند و این تا زمانی است که این راهکار برای شریک قراردادی کاربر شرط مناسب باشد.

- گروه دیگری از کشورهای عضو مفاهیم متفاوتی را از بطلان با طرح این موضوع که بطلان یک شرط می‌تواند «منحصراً» به نفع مصرف‌کننده رخ دهد، دنبال می‌کنند که به موجب آن، دادگاه صلاحیت اعلان بی‌اعتباری آن شرط را براساس تصمیم خودش دارد که با اعتباری حمایتی^۵ خوانده می‌شود.

در این بخش ابتدا قدرت یا عدم‌قدرت دادگاه در ابتکار عمل نسبت به اعمال ضمانت اجرای غیرمنصفانه را بررسی کرده، سپس نحوه اتخاذ آن را در کشورهای عضو مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۳.۱. قدرت دادگاه در ابتکار عمل نسبت به اعمال ضمانت اجرا

اولین خطاب ECJ^۶ در خصوص پیامدهای غیرمنصفانه‌گی در پرونده O'ceano^۷ مطرح گردید: حمایت ارائه شده برای مصرف‌کننده توسط دستورالعمل، شامل این امر می‌باشد که دادگاه ملی

1. Cicoia, C. *Protection of the Weak Contractual Party in Italy v. United States Doctrine of Unconscionability, A Comparative Analysis*, 2003. p. 404.

2. Ineffectuality.

3. Absolute nullity.

4. Relative nullity.

5. Protective nullity.

6. European Court of Justice.

7. *Oceano Grupo Editorial v. Murciano Quintero* [2000].

قادر باشد با ابتکار عمل خود غیرمنصفانگی یک شرط قراردادی را تعیین نماید و این امر ابتدائاً منوط بر این است که آن مرجع در خصوص امکان طرح دعوا نزد دادگاه‌های ملی (یعنی بحث صلاحیت) اظهار نظر نماید؛ بدون اینکه شروع امر با پیشنهاد یکی از طرفین باشد. در پرونده Cofidis^۱، عقیده ECJ برخلاف پرونده O'ceano، این بود که دادگاه نه فقط می‌تواند درباره صلاحیت خود، براساس ابتکار خود، عمل نماید بلکه بحث بطلان شروط و اعمال ضمانت اجرای غیرمنصفانگی نیز فارغ از محتوای شرط می‌تواند با ابتکار عمل آنها باشد، ولو اینکه درخواستی از سوی طرف زیان‌دیده از شرط وجود نداشته باشد و این محدود به شروط راجع به صلاحیت مرجع رسیدگی کننده نمی‌باشد.

در پرونده Mostaza Claro^۲ اظهار شد که بند ۱ ماده ۶ دستورالعمل «یک قانون لازم‌الرعایه است که موقعیت ضعیف‌تر یکی از طرفین قرارداد را در نظر گرفته و به منظور برقراری تعادل مؤثر بین طرفین قرارداد هدفمند گردیده است.» یعنی هدف این ماده برقراری مساوات بین حقوق و تعهدات طرفین قرارداد بود که لازمه آن تجویز ابتکار عمل دادگاه در اعمال ضمانت اجرای غیرمنصفانگی است.

۳.۲. نحوه اتخاذ ضمانت اجرا در دولت‌های عضو

بیان موسع بند ۱ ماده ۶ دستورالعمل زمینه را برای ارائه تفاسیر مختلف از سوی دولت‌های عضو به عنوان راهکار قابل قبول در مقابله با غیرمنصفانگی فراهم ساخت:

۳.۲.۱. پذیرش بطلان مطلق^۳

هنگام اتخاذ بند ۱ ماده ۶ دستورالعمل، بیشتر کشورهای عضو تصمیم به اتخاذ یا حفظ مفهوم بطلان مطلق در برابر غیرمنصفانگی شروط گرفتند. در بلغارستان، استونی، آلمان، ایرلند، پرتغال، رومانی، اسلواکی، اسلونی و اسپانیا، یک شرط در صورتیکه غیرمنصفانه تشخیص داده شود، به صورت خودکار باطل^۴ فرض می‌شود.

1. Cofidisv. Fredout [2002].

2. Elsia Maria Mostazaclarov. Centro MovilMilenium [2006].

3. Absolutenullity.

4. Void.

در مالتا، فرانسه و لوکزامبورگ، شروط غیرمنصفانه، غیر موجود^۱ در نظر گرفته می‌شوند؛ یعنی مثل این است که چنین شرطی از اساس وجود نداشته است؛ در این میان، مؤلفین^۲ معتقدند صرف نظر از عبارت و ایجاد فرضیه حقوقی، هیچ تفاوت عملی بین «بطلان» و «عدم وجود» نمی‌تواند شناسایی گردد.

۳.۲.۲. پذیرش بطلان نسبی^۳

مفهوم بطلان نسبی در جمهوری چک، لاتویا و هلند با مشخصه‌های مختلف یافت می‌شود. از آن جمله طبق ماده ۵۵ قانون حمایت جمهوری چک، یک شرط غیرمنصفانه منحصراً به صورت نسبی بی‌اثر می‌گردد و از سوی دیگر این شرط فقط در صورتی بی‌اثر خواهد بود که غیرمنصفانه‌گی و ضرورت بطلان آن از سوی مصرف‌کننده - طرف ضعیف قرارداد- اثبات گردد. همچنین به موجب بخش ۸ ماده ۶ قانون حمایت لاتویا، شروط ناعادلانه گنجانده شده در قرارداد منعقد بین فروشنده/ارائه‌دهنده خدمات و مصرف‌کننده می‌بایست بنا به درخواست مصرف‌کننده باطل اعلام شوند. چنانچه ملاحظه می‌شود، در عمل مصرف‌کننده کسی است که نخستین گام را برمی‌دارد تا پروسه‌ای به راه افتد، به منظور اینکه حقوقش تضمین گردد یا در نهایت دادگاه آن شرط مورد نظر را غیرمنصفانه اعلان نماید.

۳.۲.۳. موقعیت قانونی نامعلوم^۴

در گروهی از دولت‌های عضو این امر همچنان بحث‌برانگیز باقی مانده است که اساساً راهکار قابل قبول در کنترل غیرمنصفانه‌گی شروط قراردادی چیست؟ به عنوان نمونه:

- در قبرس، شاهد اتخاذ عینی^۵ راهکار دستورالعمل می‌باشیم که به موجب آن مقرر شده یک شرط غیرمنصفانه نباید مصرف‌کننده را متعهد سازد.
- همچنان که پیش‌تر اشاره شد، صرف اظهار «الزام آور نبودن شرط از سوی یکی از طرفین» از صراحت لازم و کافی برخوردار نمی‌باشد.

1. non – existent.
2. Ibid, p.407.
3. Relative nullity.
4. Unclear legal situation.
5. Copy.

- در لهستان بند ۱ ماده ۳۵۰۱ قانون مدنی تصریح می‌دارد «شروط قراردادی منع شده»^۱، مصرف‌کننده را متعهد نمی‌سازد؛ لیکن هیچ بطلان مطلقى نیز به صراحت مقرر نشده است.
- از این‌رو، در هر دو کشور اخیر این امر که آیا قوانین ملی می‌توانند به گونه‌ای تفسیر شوند که بطلان نسبی را ملاک عمل قرار دهند، بحث برانگیز باقی مانده است.
- به موجب ماده (۸) قانون حمایت از مصرف‌کننده یونان، عرضه‌کننده نمی‌تواند ادعای بطلان کل قرارداد را نماید؛ در صورتی که یک یا چند شرط آن، غیرمنصفانه باشد.
- برخی نویسندگان این قانون را به عنوان یک بحث برای بطلان نسبی تلقی کرده‌اند؛ سایرین بیان نموده‌اند که به علت خصیصه حقوق عمومی مقررات و نبود اظهار صریح برای خسارت ناشی از به کار بردن شروط غیرمنصفانه، منحصراً بطلان مطلق مطابق با خواسته قانون‌گذار ملی خواهد بود و براین اساس، وضعیت نامعلوم در خصوص ضمانت اجرای غیرمنصفانه‌ی شرط همچنان باقی است.
- در مجارستان، قانون‌گذار نتایج غیرمنصفانه‌ی را در سال ۲۰۰۶ تغییر داد بدون توضیح اینکه آیا مصرف‌کننده می‌تواند اعتبار شروط مورد نظر را تحت تاثیر قرار دهد یا خیر. این در حالی است که در نظام حقوقی این کشور، توجه به تنظیم مواد مختلف قانون مدنی، وضعیت مبهم ضمانت اجرای غیرمنصفانه‌ی را بیشتر از پیش تشدید می‌نماید؛ چه آنکه در ماده (۲) a ۲۰۹ قانون مدنی آمده است شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌بطلان‌اند. از سوی دیگر، در جمله بعدی همان ماده می‌خوانیم: غیرمنصفانه‌ی یک شرط، صرفاً می‌تواند به نفع مصرف‌کننده اظهار شود و همچنان که می‌دانیم وضعیت حقوقی بطلان با موردی که نهادی، قابلیت ابطال را داشته باشد، دو مقوله متفاوت با آثار حقوقی متعددند.
- در ایتالیا، قانون جدید مصرف، پیامدهای حقوقی استفاده از شروط غیرمنصفانه را با ایجاد مفهومی از بطلان حمایتی در ماده (۳) ۳۶ تغییر داد. این مقرر اظهار می‌نماید بطلان

1. Prohibited contractual clauses.

یک شرط می‌تواند منحصراً به نفع مصرف‌کننده رخ دهد، در حالی که دادگاه صلاحیت احراز بطلان شرط را براساس ابتکار خودش دارد.

برخلاف این پس‌زمینه، مشخص نیست که در ایتالیا و مجارستان، طبق جدیدترین قوانین آیا دادگاه همچنان می‌تواند در صورتی که مصرف‌کننده صراحتاً تمایلی به ملزم شدن به شروط را نداشته باشد، بطلان آن شرط را اعلان نماید یا خیر؟ بدین ترتیب در این دو کشور نیز راهکار قابل قبول در مقابله با غیرمنصفانگی آشکار نمی‌شود.

۴. ضمانت اجرای غیرمنصفانگی در حقوق انگلیس، فرانسه، آلمان و قانون متحدالشکل تجاری امریکا

با توجه به سردمداری حقوق برخی کشورها در تضمین منصفانگی شروط و نیز تأثیر و تأثر دستورالعمل ۹۳/۱۳ از انگلیس، فرانسه و آلمان، به مطالعه موارد ذیل می‌پردازیم:

۴.۱. راهکار حقوق انگلیس

برخورد جدی حقوق انگلستان^۱ با غیرمنصفانگی به قرن هفدهم و مداخله دادگاه انصاف در آزادی مطلق قراردادی برمی‌گردد که بعدها، اعمال ضمانت اجرای بازگشایی قرارداد برای مذاکرات مجدد، کنار گذاشتن تمام یا بخشی از قرارداد و یا تعدیل آن حسب اوضاع و احوال هر پرونده در دستور کار قرار گرفت. بعدها اقدامات تقنینی نیز آغاز و تعدیل مفاد قرارداد حاوی شرط غیرمنصفانه در قانون قرض‌دهندگان سال ۱۹۰۰ انعکاس یافت.

اقدام بعدی تصویب قانون شروط غیرمنصفانه در سال ۱۹۷۷ بود که به موجب آن قدرت دادگاه در غیرقابل اجرا معرفی نمودن شرط به صراحت پذیرفته شد. در نهایت با انجام آخرین اصلاحات، بند ۱ ماده ۸ به تبعیت از دستورالعمل اعلام می‌دارد شروط غیرمنصفانه مصرف‌کننده

۱. برای مطالعه بیشتر رک: امینی، منصور؛ میر حسین عابدیان و سکینه کرمی، نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در ایران، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۱، شماره ۱۵۰، صص ۱۸۶-۲۰۲.

را ملزم نخواهد کرد.^۱ بند ۲ اضافه می‌کند در صورتی که قرارداد بدون شرط غیرمنصفانه قابلیت بقا را داشته باشد، به ملزم نمودن طرفین ادامه خواهد داد.

۲.۴. راهکار حقوق فرانسه

رویه قضایی فرانسه^۲ در مقابل غیرمنصفانه‌گی، به اقدام چشمگیری دست نزد، مگر با اعمال موردی طرق سنتی ایجاد تعادل قراردادی همچون عیوب رضا، غبن یا توسل به مفهوم حسن نیت مقرر در بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی. ناکافی بودن حمایت‌های این چینی، انگیزه تنظیم‌کنندگان لایحه حمایت را در سال ۱۹۷۸ تقویت نمود که در حال حاضر در مجموعه‌ای با عنوان قانون مصرف جمع‌آوری شده است. پاراگراف ۶ ماده ۱-۱۳۲ L در خصوص ضمانت اجرای غیرمنصفانه‌گی، برخلاف دستورالعمل و نیز مقرر مشابه انگلیسی، به بطلان و بی‌اثر بودن شرط تصریح می‌نماید.

برخلاف ظاهر مقرر فرانسه که پذیرش شدت عمل بیشتر را به ذهن متبادر می‌کند، باید گفت با توجه به پاراگراف ۸ این ماده که در راستای اعمال روش مذکور در دستورالعمل مقرر می‌کند: «در صورتی که قرارداد قابلیت تداوم را بدون شرط یا شروط غیرمنصفانه داشته باشد، صرفاً شروط غیرمنصفانه از قرارداد حذف می‌شوند و قرارداد همچنان معتبر باقی خواهد ماند»، دیدگاه اختلاف صرف در تعبیر لغوی و نه حقوقی تقویت می‌شود.

۳.۴. راهکار حقوق آلمان

سابقه مقابله با غیرمنصفانه‌گی در آلمان^۳ به اعمال حداکثری مفهوم نظم عمومی مقرر در ماده ۱۳۸ قانون مدنی و لزوم حسن نیت موضوع ماده ۲۴۲ بازمی‌گردد. به دنبال شروع دخالت تقنینی، قانون شروط قراردادی استاندارد در ماده ۶ اظهار داشت شرطی که به دلیل غیرمنصفانه‌گی درج نشده تلقی گردیده، شرطی که در لیست سیاه قانون قرار گرفته و نیز شرطی که در اثر اعمال

1. An unfair term in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall not be binding on the consumer.

۲. برای مطالعه بیشتر رک: سیملر، فیلیپ، راه‌حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی، مترجم: عباس قاسمی حامد، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۷، شماره های ۲۳ و ۲۴، صص ۲۳۹-۲۶۳.

۳. برای مطالعه بیشتر رک: کرمی، پیشین، صص ۷۰۸ و ۷۰۹.

معیار حسن نیت یا با توجه به لیست خاکستری قانون با در نظر داشتن اوضاع و احوال پرونده باطل شناخته شده است، از قرارداد حذف شده، به وسیله شرط مرتبط مندرج در قوانین مربوطه جایگزین می‌شوند؛^۱ تنها استثنا موردی است که اجرای قرارداد بدون شرط باطل، سختی غیرقابل تحملی را به طرف قرارداد تحمیل نماید که در چنین فرضی کل قرارداد باطل می‌شود.^۲

بنابراین در روش آلمانی نیز همچون دستورالعمل، مقررات جاری انگلیس و نیز قانون مصرف فرانسه، اصل بر اعتبار قرارداد محتوی شرط غیرمنصفانه است. با این تفاوت که قانون آلمان با بیان اینکه «در صورتی که بقای شرط موجب سختی غیر معقول برای یکی از طرفین باشد، کل قرارداد بی‌اثر می‌شود»، معیاری ملموس و دقیق از حالتی که در آن کل قرارداد بی‌اعتبار خواهد شد، ارائه نموده که از این حیث بر روش دستورالعمل برتری دارد؛ چراکه مقررۀ اخیر معیاری برای تشخیص مواردی که در آن کل قرارداد باید کنار گذاشته شود، ارائه نمی‌دهد.

۴.۴. راهکار قانون متحدالشکل تجاری امریکا

وجه تمایز بارز میان دستورالعمل ۹۳/۱۳ و قانون متحدالشکل تجاری امریکا عبارت است از اینکه، در حالی که اولی دارای تعریفی- اگرچه اجمالی- از غیرمنصفانه‌گی است، از فقد تصریح به ضمانت اجرایی معلوم در مقابله با آن رنج می‌برد تا آنجا که همین سیاست اتخاذ شده در دستورالعمل، اختلاف در چپستی راهکار را دامن زده است. دیگری بدون حتی کوچک‌ترین اشاره‌ای به مفهوم غیرمنصفانه‌گی، به صراحت راهکار حقوقی قابل اعمال در برابر غیرمنصفانه‌گی و امکان‌های پیش روی قاضی را تعیین می‌نماید.

مادۀ ۲-۳۰۲ مقرر می‌دارد: در صورتی که دادگاه به عنوان یک امر موضوعی دریابد که قرارداد یا شرطی از آن در زمان انعقاد گزاف و خلاف وجدان بوده است، می‌تواند از اجرای آن خودداری کند یا سایر شروط قرارداد را به استثنای آن اجرا نماید یا اجرای چنین شرط غیرمنصفانه‌ای را به صورتی محدود نماید که از نتیجه خلاف وجدان آن اجتناب گردد.

براین اساس، این دادرسی است که با توجه به اوضاع و احوال خاص هر پرونده، بهترین راهکار را از میان سه امکان پیش‌بینی شده در قانون انتخاب می‌نماید؛ همچنین به صراحت

1. Sandrock, O. *The Standard Contract Terms*, The American Journal of Comparative Law, 1978, Vol. 26, p.306.

2. March, P. D. V, *Comparative Contract Law*, England, France, Germany, 1993, P. 213.

قسمت اخیر ماده دادگاه به طرفین قرارداد فرصتی را به منظور تبیین دلیل اقتصادی، هدف و تأثیر شرط مورد نظر خواهد داد که تأثیر آن بر انتخاب ضمانت اجرای غیرمنصفانگی قابل انکار نیست.

۵. حقوق ایران

عدم عمومیت نظریه منع غیرمنصفانگی از یک سو و غلبه صورت‌گرایی و اصرار بر تفاسیر لفظمدار از قراردادهای از سوی دیگر، عرصه را بر پیکار علیه این دسته از شروط تنگ نموده است؛ از آنجا که لزوم وفای به عقود و التزام به شروط، در عین اینکه حکمی قانونی است، دستور شرعی می‌باشد،^۱ تصور شده که برداشتن حکم وجوب وفا از دسته‌ای از شروط به عنوان اینکه غیرمنصفانه هستند، خلاف موازین شرعی است.

مشکلاتی از این دست، اندیشمندان کشورمان را ناچار نموده به منظور ارائه ضمانت اجرایی شایسته، ناگزیر از تمسک به اصول و قواعد عمومی پذیرفته شده در عرصه قراردادهای شوند.^۲ بر این مبنای، ابتدا به اعمال محدودیت بر آزادی قراردادی در فقه پرداخته، سپس از مبانی مبارزه با غیرمنصفانگی در حقوق موضوعه ایران سخن خواهیم گفت.

۵.۱. اعمال محدودیت بر آزادی قراردادی در فقه

ضرورت برقراری عدالت در کتاب و سنت مورد تأکید واقع شده از آن جمله در آیه ۹۰ سوره نحل می‌خوانیم: «ان الله یامر بالعدل و الاحسان».^۳

مطالعه منابع اولیه و ثانویه به وضوح نشان می‌دهد که حقوق اسلامی در زمینه قراردادهای به دنبال توزیع عادلانه ثروت است.^۴ علاوه بر توصیه‌های موردی در خصوص ضرورت رعایت عدل

۱. «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود»: ای کسانی که ایمان آورده‌اید به قراردادهای وفا کنید: آیه ۱ سوره مائده.

۲. برای مطالعه بیشتر رک: کریمی، گیتی، «اعمال قواعد عمومی قراردادهای در شروط تحمیلی» پایان‌نامه کارشناسی ارشد، عباس کریمی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۰، ص ۸۱، ابراهیمی، همان، صص ۳۴ به بعد و کریمی، پیشین، صص ۷۱۵-۷۱۱ و همان، ۱۳۹۲، صص ۲۶۵-۳۳۰.

۳. همانا خداوند شما را به عدل و احسان دستور می‌دهد.

۴. فتاوی، همان ص ۱۵۱.

و انصاف،^۱ موارد متعددی را که در آنها آزادی قراردادی به نفع عدالت محدود می‌شود، می‌توان ملاحظه نمود که به برخی اشاره می‌نماییم:

۱.۱.۵. قاعده استغلال

استغلال در معنای لغوی از ریشه غلّ مصدر باب استفعال به معنای سوءاستفاده، بهره‌برداری، استثمار و سودجویی ناعادلانه است.^۲ در بیان مفهوم اصطلاحی آن فقها معتقدند زمانی که در قراردادی غبن وجود داشته باشد، به استناد بهره‌برداری بیشتر یک طرف، استغلال محقق می‌شود.^۳ بیشتر فقها معتقدند منع استغلال مبتنی بر قاعده لاضرر است؛^۴ براساس قاعده لاضرر باید بین حقوق طرفین قرارداد تعادل وجود داشته باشد و از رهگذر قرارداد زیانی به دلیل عدم تعادل به هیچ یک از طرفین وارد نشود و استغلال نیز بدلیل چنین ناعدالتی در حقوق طرفین مطرح می‌گردد. براین اساس، مبنای اخلاقی استغلال نیز چیزی جز رعایت تعادل و برابری نیست و به زعم مالکی‌ها و حنفی‌ها صرف تحقق عدم تعادل ولو اینکه فاحش نباشد، حق فسخ را به استناد استغلال برای شخص ناآگاه به وجود می‌آورد؛ این درحالی است که به اعتقاد شافعی و حنبلی عدم تعادل باید فاحش، همراه تقلب باشد.^۵

با توجه به اینکه بیشتر فقها برای تحقق غبن و به تبع آن استغلال، وجود عنصر تقلب و فریب را لازم ندانسته، غیرمنتظره بودن نتیجه را شرط لازم تلقی می‌کنند، باید گفت با توجه به

۱. ناگفته نماند در پاسخ به این سوال که آیا انصاف خود یک قاعده فقهی است و می‌تواند در مباحثی از این دست مورد استناد قرارگیرد یا خیر، گروهی پاسخ منفی داده گفته‌اند از موازین و مبانی فقهی و بالخصوص فهرست جامع قواعد فقهی به روشنی نمی‌توان استنباط کرد که عدالت به عنوان یک اصل کلی حاکم بر تمام احکام حقوقی از جمله حقوق قراردادها باشد. تقی‌زاده، همان، ص ۱۲.

۲. سیاح، احمد، فرهنگ دانشگاهی عربی فارسی، ترجمه المنجد الابدی، چاپ ششم، تهران: فرهنگ، ۱۳۸۱، صص ۱۲۴ و ۴۵۹.

۳. فنواتی، همان، ص ۱۵۱.

۴. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۲، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴، ص ۴۲.

۵. ابن قدامه، حسن، ال‌معنی، قاهره: هجر للطباعة و النشر، ص ۳۷ و وهبه، زحیلی، الفقه المالکی، دمشق: دار الغد، ۱۴۲۶، ص ۴۳۷.

شرط ضمنی موجود در مبنای معاملات در خصوص وجود تعادل نسبی معاوضی، استغلال در صورت بهره‌برداری یک طرف ناشی از عدم توازن فاحش در ارزش قراردادی حاصل می‌شود.

۲.۱.۵. منع ربا

از جمله مستندات ممنوعیت ربا، آیات قرآن^۱ است که دلایل متعددی برای حرمت آن احصا شده است؛ از جمله اینکه ربا اکل مال به باطل بوده، برهم‌زننده نظم اقتصادی است. لیکن به اعتقاد برخی دلیل اصلی حرمت ربا ستمی است که در مناسبات مالی و اقتصادی مردم می‌رود. گرفتن افزون بر اصل مال از نظر شارع ظلم و ستم است و همین ستم اگر علت حرمت ربا نباشد، حداقل حکمت تحریم ربا است.^۲

صرف‌نظر از پاره‌ای اختلاف‌نظرهای موجود، شکی نیست که مبنای حرمت مقرر در معاملات معاوضه‌ای بر پایه ربا، حفظ تعادل و برابری است؛ از حرمت ربا برمی‌آید که شارع برای قراردادی که ابزار اجحاف قرار گرفته، تقدسی قائل نیست و حتی اگر طرف قرارداد به دلیل اضطرار چنین ظمی را در حق خود پذیرفته باشد، تراضی نمی‌تواند مباح‌کننده ظلم باشد.^۳

۲.۵. مبانی مبارزه با غیرمنصفانگی در حقوق موضوعه ایران

این مبانی عبارت‌اند از: استناد به سوء استفاده از وضعیت اضطرار، نظم عمومی، قاعده لاضرر و حسن نیت که هر یک می‌توانند بخشی از دشواری مقابله با غیرمنصفانگی را مرتفع نمایند.

۱.۲.۵. سوءاستفاده از وضعیت اضطرار

با وجود سکوت قانون‌گذار در مورد فرض سوءاستفاده از وضعیت اضطرار طرف قرارداد،^۴ دیدگاه آن دسته از حقوق‌دانان کشورمان که ضمانت اجرای چنین وضعیتی را عدم نفوذ قرارداد

۱. آیات ۲۷۵ تا ۲۷۹ سوره بقره، آیات ۱۳۰ و ۱۳۱ سوره آل‌عمران و آیه ۳۹ سوره روم .

۲. خمینی، روح‌ا...، کتاب البیع، جلد ۲، تهران: وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۸، ص ۴۵۱.

۳. علاوه بر موارد فوق قاعده انتقال مالکیت به صرف ایجاب و قبول، اصل منع غرر و احکام فقهی فضل‌المال بالعوض، بیع‌المضطر و معاملات سفهی دلالت بر محوریت عدالت معاوضی در فقه دارد. قنواتی، همان، صص ۱۵۳-۱۵۰

۴. حقوق‌دانان بین فرض اضطرار و سوءاستفاده از اضطرار تفاوت قائل شده مواردی را که در آن شخص از اضطرار طرف مقابل خود، برای درج شروط غیرمنصفانه (اعم از قیمت و غیر آن) بهره‌گیری نموده است، از موارد اضطرار ←

دانسته و بر مبنای آن مرز سنتی میان اکراه و سوءاستفاده از اضطرار را برداشته و در نتیجه آن را یکی از عوامل مؤثر در وضعیت حقوقی قرارداد شمرده و به عدم نفوذ آن رأی داده‌اند، قابل دفاع می‌باشد. بر این اساس، قرارداد مبتنی بر سوءاستفاده از اضطرار غیرنافذ بوده، پذیرش چنین دیدگاهی منجر به اعمال حمایت حداکثری از طرف قراردادی زبان‌دیده خواهد بود؛ چه آنکه معتقدیم در تحقق اکراه لازم نیست که اکراه‌کننده وسیله تهدید و فشار را خود فراهم آورده باشد، بلکه کافی است از وسیله‌ای که قبلاً فراهم آمده است - مانند اضطرار - برای وارد کردن فشار و تحمیل قرارداد بر دیگری بهره‌برداری کند.^۱

۵.۲.۲. نظم عمومی

در خصوص امکان مداخله در صحت شروط غیرمنصفانه به واسطه استناد به نظم عمومی،^۲ با توجه به تکلیف عمومی مقرر در ماده ۹۷۵ ق.م و نیز با عطف توجه به اینکه شرط نیز به طریق اولی تابع الزامات حاکم بر عقد است، تردیدی باقی نمی‌ماند؛ اگر چه در عمل یافتن موردی که قضات به استناد بر خلاف نظم عمومی بودن، شرط ناعادلانه‌ای را از اجرا محروم کرده باشند، دشوار است.

۵.۲.۳. قاعده لا ضرر

از نظر امکان استناد به قاعده لا ضرر^۳ باید گفت همچنان که هر جا لزوم قرارداد موجب ورود ضرر غیرمتعارف گردد، حکم لزوم برداشته و قرارداد قابل فسخ می‌شود،^۱ همان‌طور زمانی که وفای به

→ صرف تفکیک نموده‌اند: برای مطالعه بیشتر رک: صفایی، سیدحسین، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، چاپ سوم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷، صص ۱۱۲ به بعد.

۱. خمینی، همان، ص ۱۱۲؛ کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۳، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، صص ۵۰۰ به بعد.

۲. تعریف نظم عمومی به لحاظ منطقی دارای اوصاف سهل و ممتنع است؛ ولی در تعریف‌ها ارتباط نظم عمومی با مصالح جامعه آشکارا به چشم می‌خورد و تنها نقطه مشترک بین تمام آنها است. احمدی و استانی، عبدالغنی، *نظم عمومی در حقوق خصوصی*، چاپ اول، تهران: کتابخانه ابن سینا، ۱۳۴۱، صص ۴۲ به بعد؛ صادقی، محسن، *مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و جلوه‌های نوین آن*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۴، شماره ۶۸، ص ۹۱.

۳. این حدیث به سه نحو روایت شده است: لا ضرر و لا ضرار - لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام - لا ضرر و لا ضرار علی مومن؛ آنچه مسلم و متواتر و در سه نوع قرائت مشترک است نحوه اول است و دو نحوه دیگر به حد تواتر نرسیده است: محمدی، ابوالحسن، *قواعد فقه*، چاپ دوم، تهران: نشر اطلاعات، ۱۳۷۳، ص ۱۴۳.

شروط قراردادی موجب چنین ضرری گردد، حکم لزوم وفای به این شرط مرتفع می‌شود و نتیجه مرتفع شدن لزوم وفای به این شرط، قابلیت فسخ در حدی است که ضرر غیرمتعارف نفی شود.^۲

۴.۲.۵. حسن نیت

با وجود عدم تصریح به پذیرش این اصل^۳ در حقوق کشورمان، نمی‌توان از قابلیت‌های آن به ویژه در تفسیر قراردادها و ایجاد مهار در برابر آزادی مطلق قراردادی غافل شد. براین اساس اصل حسن نیت و ضرورت رفتار منصفانه می‌تواند در راستای اعمال راهکار مناسب در برابر غیرمنصفانگی، مورد استناد واقع شود.^۴

۳.۵. منابع قانونی طرح غیرمنصفانگی

سابقه محدود حقوق ایران در مبارزه با غیرمنصفانگی به شرح ذیل به چشم می‌خورد:

۱.۳.۵. قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳

نوعی ضعف چانه‌زنی بطور غیرقابل اغمازی در پرونده‌های دریانوردی دیده می‌شود که خود، زاده ضعف ناشی از اضطرار بوده، این زمانی رخ می‌دهد که جایگزین دیگری به هنگام بروز خطر غرق کشتی وجود ندارد. قانون دریایی ایران به تاسی از قانون دریایی فرانسه این موضوع را از نظر دور نداشته در ماده ۱۷۹ می‌خوانیم: «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه، باطل یا تغییر داده شود. در کلیه موارد چنانچه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله یا خدعه یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد

۱. انصاری، علی، *تئوری حسن نیت در قراردادها*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، ص ۳۷۳.

۲. گروهی برخلاف عقیده فوق گفته‌اند: «اینکه در مانحن‌فیه امکان استناد به قاعده لاضرر فراهم باشد، محل تردید است؛ چه آنکه پشتوانه اصلی قاعده لاضرر همان بنای عقلا و احراز امضای آن از طریق عدم ردع است. بنای عقلا همانطور که ضرر را مردود می‌داند، برقراری عدالت و انصاف را نیز مطلوب می‌پندارد. اما بنظر می‌رسد همچنانکه صرف رجحان انصاف مجوزی برای رهایی از قید شروط غیرمنصفانه نیست، پس باید گفت ضرورت نفی ضرر نیز فی‌نفسه دارای چنین خصیصه‌ای نخواهد بود.» برای مطالعه بیشتر رک: تقی زاده، همان، ص ۲۸.

۳. پیشتر در مصادیق مبتنی بر حسن نیت به بیان مفهوم آن پرداخته‌ایم.

۴. برای مطالعه بیشتر رک: کرمی، پیشین، صص ۷۱۵-۷۱۱.

به نسبت خدمت انجام یافته، فوق‌العاده زیاد یا کم است، دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین، قرارداد را تغییر داده یا بطلان آن را اعلام نماید.»
ملاحظه می‌شود که در این مقررہ تشخیص غیرعادلانه بودن به عنوان امری موضوعی و نیز اعمال ضمانت اجرای بطلان و یا تغییر قرارداد در اختیار دادگاه قرار گرفته است.

۲.۳.۵. قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲

ماده ۴۶ این قانون مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست.»
براین اساس، علاوه بر دشواری تعیین مصادیق غیرمنصفانگی شرط که تاحدی منجر به امکان اعمال سلیقه در تشخیص آن می‌گردد، ضمانت اجرای مقرر در ماده اخیر با انتخاب عبارت «مؤثر نبودن به ضرر مصرف‌کننده»، با آنچه در قانون دریایی پیش‌بینی شده متفاوت بوده؛ چراکه از بیان آن برمی‌آید که قانون‌گذار به پذیرش نظریه بطلان نسبی نظر دارد.^۱

۳.۳.۵. قانون حمایت از مصرف‌کننده مصوب ۱۳۸۸

برخلاف انتظار منطقی از قانونی با عنوان حمایت از مصرف‌کننده، قانون‌گذار بدون ارائه معیار تشخیص غیرمنصفانگی و ضمانت اجرای آن، صرفاً در بند ۵ ماده ۱، تحمیل شرایط غیرعادلانه بر اساس عرف در معاملات را جزء عنصر تعریف «تبانی» محسوب کرده؛ یعنی به صرف جرم‌انگاری تبانی بسنده نموده و وضعیت حقوقی این قراردادها را تعیین نکرده است که قابل دفاع به نظر نمی‌رسد.

۱. تقی‌زاده، همان، ص ۱۷؛ برای مطالعه بیشتر رک: جنیدی و بختیاروند، همان، صص ۱۲۵-۱۱۵.

نتیجه گیری

بروز نابرابری‌های غیرقابل اغماض در روابط قراردادی و درج شروط غیرمنصفانه ارائه راهکاری عملی را که قادر به اعطای حمایت حداکثری از زیان دیدگان غیرمنصفانگی باشد، به اولویتی انکارناپذیر بدل نموده؛ لیکن ضمانت اجرای درج چنین شروطی در قراردادها از معضلی جدی رنج می‌برد و آن عبارت است از فقد تدبیری گویا و شایسته که قادر به تأمین انتظارات پیش گفته از تشخیص غیرمنصفانگی باشد که این خود، معلول فقر مشهود منابع موجود از حیث تشریح راهکار قابل اعمال است.

بند ۱ ماده ۶ دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا به ادامه حیات حقوقی قرارداد منهای شرط غیرمنصفانه در صورتی که آن قرارداد قابلیت بقا را بدون شرط داشته باشد، توجه دارد؛ لیکن بیان موسع دستورالعمل به وضوح توضیح نمی‌دهد چگونه دولت‌های عضو باید شکلی از ماهیت غیر الزام‌آور را برقرار سازند؛ در حالی که گروهی آنرا به بطلان مطلق حمل نموده اظهار داشته‌اند در چنین موردی، مثل این است که شرط اساساً مورد نگارش و توافق طرفین واقع نشده، در نتیجه آثار حقوقی را به دنبال نخواهد داشت، برخی دیگر مفهوم قابل انعطافی از بطلان نسبی را پذیرفته‌اند که طبق آن شرط غیرمنصفانه در ابتدا لازم‌الاجرا باقی می‌ماند تا زمانی که این راهکار برای شریک قراردادی کاربر شرط - معمولاً طرف ضعیف قرارداد - مناسب باشد. در نهایت گروه دیگری از کشورها، مفهوم متفاوتی را از بطلان با طرح این موضوع که بطلان یک شرط می‌تواند «منحصراً» به نفع طرف ضعیف رخ دهد، دنبال می‌کنند که به موجب آن، دادگاه صلاحیت اعلام بی‌اعتباری آن شرط را براساس تصمیم خودش دارد که بی‌اعتباری حمایتی خوانده می‌شود؛ این در حالی است که ماده ۲-۳۰۲ قانون متحدالشکل تجاری امریکا مبین اعطای اختیار صریح به قضات است که می‌توانند هر قراردادی را که به زعم خود واجد ویژگی مغایرت با انصاف می‌بینند، ابطال یا تعدیل نمایند که البته استقبال افراطی از چنین رویکردی نیز بدلیل توسعه بیش از حد اختیار قضات و ترس از سوء استفاده ایشان، زیر علامت سؤالی جدی می‌رود.

در حقوق کشورمان نیز تا زمانی که مداخله جدی تقنینی محقق نشده، مقابله با غیرمنصفانگی از طریق توسل به مبانی موجود و قواعد عمومی قراردادها امکان‌پذیر است که این مبانی عبارت‌اند از: استناد به نظم عمومی، لاضرر و سوءاستفاده از وضعیت اضطرار. پذیرش چنین

راهکاری منجر به اعمال ضمانت اجرای بطلان در صورت مخالف بودن شرط غیرمنصفانه با نظم عمومی اقتصادی بوده، در فرض تعارض آن با قاعده لاضرر نیز همین راهکار اعمال خواهد شد. عدم نفوذ قرارداد در فرض تحقق سوءاستفاده از وضعیت اضطرار، ضمانت اجرای غیرمنصفانه شرط در حقوق ایران خواهد بود.

در نهایت باید پذیرفت که اختلاف نابرابری‌های سنتی موجود در قراردادها با نابرابری ناشی از وجود شروط غیرمنصفانه، توجیه کارآمدی اعمال روش‌های سنتی را در شروط اخیر دشوار نموده تغییر واقعی وضعیت حقوق ایران در حوزه مقابله با شروط غیرمنصفانه در گرو اقدام تقنینی و اعمال حمایت حداکثری از طرف زیان دیده از شرط می باشد.

فهرست منابع

منابع فارسی

کتاب

۱. احمدی واستانی، عبدالغنی، *نظم عمومی در حقوق خصوصی*، چاپ اول، تهران: کتابخانه ابن سینا، ۱۳۴۱.
۲. انصاری، علی، *تئوری حسن نیت در قراردادها*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
۳. بهرامی احمدی، حمید، *سوءاستفاده از حق: مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی*، تهران: انتشارات اطلاعات تهران، چاپ اول، ۱۳۷۰.
۴. دیلمی، احمد، *حسن نیت در مسئولیت مدنی*، تهران: نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۹.
۵. سیاح، احمد، *فرهنگ دانشگاهی عربی فارسی: ترجمه المنجد الابدی*، تهران: فرهنگ چاپ ششم، ۱۳۸۱.
۶. صفایی، سید حسین، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، تهران: نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
۷. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۸.
۸. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
۹. کریمی، آیت، *کلیات حقوق بیمه*، تهران: پژوهشکده بیمه، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۱۰. محمدی، ابوالحسن، *قواعد فقه*، تهران: نشر اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۷۳.
۱۱. نبوی زاده، آیت...، *سوءاستفاده از حق در حقوق قراردادی*، تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۰.

مقاله

۱۲. آل شیخ، محمد، *حقوق و تعهدات بیمه گذار*، فصلنامه صنعت بیمه، ۱۳۸۴، شماره ۳.

۱۳. اصغری آقمشهدی، فخرالدین، حسن نیت در انعقاد قرارداد در حقوق ایران و انگلیس، اندیشه‌های حقوق خصوصی، ۱۳۸۷، شماره ۱۲.
۱۴. الهیان، مجتبی، شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بیمه و آثار آن از منظر فقه و حقوق ایران، مجله پژوهش‌های فقهی، ۱۳۹۲، شماره ۱.
۱۵. امینی، منصور، حسن نیت در قراردادهای از نظریه تا عمل؛ نگاهی به موضوع در نظام حقوقی کامن‌لا، مجله حقوق تطبیقی، ۱۳۹۰، شماره ۲.
۱۶. امینی، منصور؛ میر حسین عابدیان و سکینه کرمی، نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در ایران، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۱، شماره ۱۵۰.
۱۷. حدادی، مهدی، مقایسه مفهوم و کارکرد نظم عمومی در نظام حقوق بین‌الملل با نظام‌های حقوق ملی، مجله حقوق خصوصی، ۱۳۸۹، شماره ۱۶.
۱۸. سیملر، فیلیپ، راه‌حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی، مترجم: عباس قاسمی حامد، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۷، شماره های ۲۳ و ۲۴.
۱۹. شهابی، مهدی، قرارداد به مثابه قانون طبیعی (عقلی)؛ تاملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران و فرانسه، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، شماره ۲.
۲۰. شیروی، عبدالحسین، نظریه غیرمنصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن‌لو با تاکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا، مجله مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۸۱، شماره ۱۴.
۲۱. صادقی، محسن، مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و جلوه‌های نوین آن، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۴، شماره ۶۸.
۲۲. علیزاده، مهدی، مبانی اصل حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادهای، مجله الهیات و حقوق، ۱۳۸۴، شماره های ۱۶ و ۱۵.

۲۳. قاسمی حامد، عباس، حسن نیت در قرارداد مبنای تعهد به درستکاری و تعهد به

همکاری در حقوق فرانسه، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۶، شماره ۴۶.

۲۴. قنوتی، جلیل، اصل آزادی قراردادی قراردادها و شروط غیرعادلانه، مطالعات

اسلامی: فقه و اصول، سال چهارم و دوم، ۱۳۸۹، شماره ۸۵/۱.

۲۵. کرمی، سکینه، نابرابری قدرت چانه‌زنی به عنوان مبنایی برای کنترل قرارداد،

مجله حقوق تطبیقی، ۱۳۹۵، شماره ۲.

پایان نامه و رساله

۲۶. کرمی، سکینه، «شروط ناعادلانه قراردادی»، رساله دکتری، دانشگاه شهید

بهشتی، ۱۳۹۲.

۲۷. کریمی، گیتی، «اعمال قواعد عمومی قراردادها در شروط تحمیلی»، پایان‌نامه

کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.

منابع عربی

۲۸. ابن قدامه، حسن، *المعنی*، قاهره: هجر للطباعة و النشر، ۱۴۰۸.

۲۹. انصاری، شیخ مرتضی، *مکاسب*، جلد ۱۵، تهران: موسسه نور، ۱۴۱۰.

۳۰. خمینی، روح‌ا...، *کتاب البیع*، جلد ۲، تهران: وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۸.

۳۱. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۲۲، بیروت:

دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴.

۳۲. وهبه، زحیلی، *الفقه المالکی*، دمشق: دارالغد، ۱۴۲۶.

منابع انگلیسی

books

33. Black, H. *Black's Law Dictionary*, Thomson West, 2004.

34. Calamari, J. *The law of contracts*, 3re Ed, 1997.

35. Cicoia, C. *Protection of the Weak Contractual Party in Italy v. United States Doctrine of Unconscionability*, A Comparative Analysis, 2003.

36. March, P. D. V, *Comparative Contract Law*, England, France, Germany, 1993.

Articles

37. Angelo, A. h, "Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany, and the United States", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 1992, Lev 455, Vol 14.
38. McLaughlin, G. "Unconscionability and Impracticability: Reflection on Two UCC Indeterminacy Principles", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 1992, Vol. 14.
39. Powers, P. "Defining the Indefinable: Good Faith and the United Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Journal of Law and Commerce*, 1999, Vol. 18, no 2.
40. Sandrock, O. "The Standard Contract Terms", *The American Journal of Comparative Law*, 1978, Vol. 26.
41. Wertheimer, A. "Unconscionability and Contracts", *Business Ethics Quarterly*, 1992, Vol. 2. No 4.