

معیار تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قرارداد

(مقاله علمی-پژوهشی)

رضا سیمبر*

تورج نبی دوست**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۱۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۲۴

چکیده

با توجه به خلأ قانونی موجود در حقوق داخلی و سکوت قانون‌گذار در تبیین جنبه‌های حقوقی شروط غیرمنصفانه و معیار تشخیص آن‌ها، این پژوهش به بررسی معیار تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قرارداد پرداخته است. از جمله مصادیق شروط غیرمنصفانه می‌توان به شرط عدم مسئولیت و شرط وجه التزام و قراردادهای الحاقی و استاندارد اشاره کرد و ملاک‌هایی را برای تشخیص این شروط برشمرد. معیار تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قرارداد ریشه در ویژگی‌های شروط قراردادی غیرمنصفانه، شامل آثار، ضمانت اجرا، اثرات شروط قراردادی غیرمنصفانه و نیز در میانی شروط غیرمنصفانه، مانند انصاف و عدالت و حسن‌نیت و نقش آن‌ها در قرارداد و شروط قراردادی و نیز اصل آزادی قراردادی و تعارض اصل لزوم با نظریه غیرمنصفانه و نظریات شرط ضمنی، خلاف حسن‌نیت، نقض اساسی، قاعده لاضرر، غبن فاحش و... دارد. برای ارزیابی غیرمنصفانه بودن یا نبودن شروط، مؤلفه‌هایی دیگر مانند مورد مذاکره قرار نگرفتن شروط، قدرت معاملاتی نابرابر، عدم تعادل در حقوق و تعهدات طرفین قرارداد به زیان طرف ضعیف‌تر، میزان آزادی مشروط‌علیه در پذیرش و عدم پذیرش شروط و شفاف نبودن شروط از جمله معیارهای شناسایی شروط غیرمنصفانه است. بر اساس قانون داورى تجارى بین‌المللى، ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، قانون دریایی ایران (در ماده ۱۷۹)، قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲، کلیه شروط غیرمنصفانه که به حقوق طرف مقابل ضرر آورد، فاقد اثر حقوقی است. در نهایت، علی‌رغم غنای فقهی در این زمینه، قوانین موجود در زمینه «شروط غیرمنصفانه و معیارهای تشخیص آن» ناکارآمد هستند.

کلید واژگان:

معیار تشخیص، غیرمنصفانه بودن شروط، قرارداد، قانون، اثرات شروط، حسن‌نیت.

* استاد رشته علوم سیاسی و رئیس دانشکده علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت
rezasimbar@hotmail.com
** کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت مرکز بین‌المللی بندر انزلی (نویسنده مسئول)
samand98tab@gmail.com

مقدمه

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها از اصول مسلم و مورد اتفاق در بیشتر نظام‌های حقوقی است. در حقوق ایران این اصل به موجب ماده ۱۰ ق.م. پذیرفته شده است. ماده ۱۳ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۷ دی ۱۳۸۲ درباره شروط مندرج در قراردادهای الکترونیک چنین مقرر داشته: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست.» از نواقص قانون تجارت الکترونیک این است که فقط به ممنوعیت درج شروط غیرمنصفانه در قرارداد و بی‌اعتباری آن بسنده کرده، بدون اینکه تعریفی کلی از آن بیان کند یا مصادیق آن را برشمارد و معیاری برای شناسایی و تشخیص این شروط ارائه دهد. با دقتی شدن در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی که مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده مؤثر نیست» می‌توان معیارهایی برای تشخیص این شروط به دست آورد. یکی از طرفین (معمولاً فروشنده) از موقعیت برتری برخوردار است. این موقعیت برتر اعم از داشتن شرایط اقتصادی برتر، شرایط اجتماعی - سیاسی برتر یا تخصص در زمینه خاص و ... است. طرف ضعیف ناچار به انعقاد قرارداد است؛ به عبارت دیگر، در حالت اضطراری قرار دارد. از لغت «اعمال» که در این ماده به کار رفته است می‌توان متوجه شد که از نظر قانون‌گذار، خریدار در شروط غیرمنصفانه در حالتی قرار دارد که فروشنده به راحتی می‌تواند شروط مد نظر خود را به او تحمیل کند. این شرط به نحو تحمل‌ناپذیری به نفع طرف قوی و به ضرر طرف ضعیف است و تعادل قراردادی را به کلی به هم می‌زند. دادگاه هم این نبود تعادل را درک می‌کند. در اینجا ممکن است تصور شود که می‌توان با استفاده از خیار غبن این معامله را فسخ کرد، ولی این درست نیست، زیرا از جمله شرایط خیار غبن این است که مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادلانه نباشد، والا خیار فسخ نخواهد داشت (ماده ۴۱۸ قانون مدنی). در اینجا نیز فرد در عین علم و آگاهی به شرط، به آن پیوسته است. رضایت به این قرارداد با شرط مندرج در آن ناشی از حالت اضطرار طرف ضعیف است؛ به گونه‌ای که چاره‌ای جز انعقاد قرارداد نیست. در واقع، اگر فرد در حالت عادی و طبیعی می‌بود، هرگز این شرط را قبول نمی‌کرد. نوعی سوءاستفاده از حق در این خصوص مشاهده می‌شود؛ به عبارت دیگر، در اینجا طرف قوی با سوءاستفاده از قدرت برتر خود

و حالت اضطراب دیگری، چنین شرطی را در قرارداد درج کرده است. اولین بار قانون‌گذار در سال ۱۳۴۳ در ماده ۱۷۹ قانون دریایی جمهوری اسلامی ایران از این اصطلاح بدین منظور استفاده کرده که «هر قرارداد کمک نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شود و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد، به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل یا تغییر داده می‌شود.» با دقیق شدن در این ماده نیز می‌توان معیارهایی را برای تشخیص شروط غیرمنصفانه برشمرد؛ از جمله اینکه موقعیت برتری یکی از طرفین، ناچار بودن به انعقاد قرارداد طرف ضعیف در حالت اضطرابی و مواردی از این دست، تعادل قراردادی را به کلی به هم می‌زند؛ به گونه‌ای که دادگاه نیز این فقدان تعادل را درک می‌کند. شرایط این چنین قراردادهایی به نحو تحمل‌ناپذیری به نفع طرف قوی و به ضرر طرف ضعیف است و نوعی سوءاستفاده از حق در این موارد مشاهده می‌شود. به عبارت دیگر، طرف قوی با سوءاستفاده از قدرت برتر خود و حالت اضطراب دیگری، چنین شرطی را در قرارداد درج کرده که در برخی موارد کل قرارداد غیرمنصفانه می‌شود. اختیار تشخیص عادلانه بودن یا نبودن شروط قرارداد بر عهده دادرس است؛ البته برای تشخیص این امر باید تمام شرایط قرارداد و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد را لحاظ کند. همچنین ملاحظه محتوای سایر شروط یا شروط سایر قراردادها در فرضی که مابین چندین قرارداد ارتباط وجود دارد، برای ارزیابی خصوصیت مزبور لازم است، زیرا در اوضاع و احوال خاص ممکن است شروط غیرمنصفانه باشد، ولی همان شرط در شرایط دیگری چنین وصفی را دارا نباشد.

قانون‌گذار در سال ۱۳۸۲ در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی از اصطلاح شروط غیرمنصفانه استفاده کرده است. در این ماده آمده است: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده مؤثر نیست.» قانون‌گذار در این ماده فقط غیر مؤثر بودن شرط را بدون اینکه بر اصل قرارداد تأثیر بگذارد، به منزله ضمانت اجرای آن مقرر کرده است. حال، جای طرح این پرسش است که منظور قانون‌گذار از به کار بردن اصطلاح «غیر مؤثر» در این ماده چیست؟ غیر مؤثر و عدم تأثیر، از اصطلاحات حقوقی نیست و حاکی از عدم اطلاع کافی قانون‌گذار از اصطلاحات و تعابیر حقوقی است. در زبان حقوقی برای اینکه بگویند یک قرارداد از ابتدا فاقد اثر است، از اصطلاح «بطالن» استفاده می‌شود. در اینجا نیز با توجه به اینکه قانون‌گذار در برخی موارد این دو اصطلاح را در

کنار یکدیگر به کار برده و همان مفهوم بطلان را اراده کرده، می‌توان استنباط کرد که منظور از عدم تأثیر، بطلان شرط است. برای مثال، در بند ۸ ماده ۵۴ قانون دریایی جمهوری اسلامی ایران که در ذیل به بحث گذاشته می‌شود، این دو اصطلاح کنار یکدیگر استعمال شده‌اند. در این ماده (۴۶ قانون تجارت الکترونیکی) قانون‌گذار به اختیار دادرسی در تشخیص منصفانه یا غیرمنصفانه بودن شرط تصریح نکرده است، ولی می‌توان با وحدت ملاک گرفتن از ماده ۱۷۹ قانون دریایی جمهوری اسلامی ایران گفت که تشخیص منصفانه یا غیرمنصفانه بودن شرط در اینجا نیز با دادرسی است که با کمک قرائن و امارات و در نظر گرفتن تمام شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، در این خصوص اظهار نظر خواهد کرد. به علاوه، در این ماده تقاضای یکی از طرفین قرارداد را برای صدور حکم از سوی قاضی لازم ندانسته، ولی با وجود ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان گفت که دیگر نیازی به تصریح ندارد. البته می‌توان بین این دو قائل به تفکیک شد و در خصوص ماده قانونی مورد بحث گفت که حتی اگر هیچ‌یک از طرفین متوجه نشوند و استناد به غیرمنصفانه بودن شرط نکنند، ولی قاضی این امر را احراز کند، می‌تواند شرط یا حتی کل قرارداد را باطل اعلام کند. این تفسیر نادرست است و اجتهاد در مقابل نص ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی است و پذیرفتنی نیست. چنان‌که دکتر شمس^۱ بیان کرده، «از زاویه عملی آیین دادرسی، حتی معامله باطل در صورتی بی‌اثر است که بطلان آن از سوی ذی‌نفع از مرجع صالح درخواست و حکم قطعی مربوط صادر شود.» با توجه به مطالب مذکور می‌توان این سوالات را مطرح کرد که معیار تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قرارداد چیست؟ ضمانت اجراهای قانونی در خصوص شروط غیرمنصفانه و قواعد عمومی قابل اعمال در موارد سکوت چیست؟ نقش و تأثیر اراده طرفین در شروط غیرمنصفانه قراردادهای خصوصی چیست؟

۱. معیارهای غیرمنصفانه بودن شروط

عوامل متعددی وجود دارد که موجب می‌شوند یک قرارداد ناعادلانه محسوب شود و برچسب غیرمنصفانه بودن بگیرد. چنین امری می‌تواند ناشی از شیوه غیرعادلانه برای انعقاد قرارداد باشد؛ یعنی وضعیتی که در آن قرارداد تشکیل شده است، منجر به ایجاد وضعیت خلاف انصاف شده

۱. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین*، جلد ۳، چاپ چهل و هفتم، تهران، انتشارات دراک، ۱۴۰۱.

باشد؛ مثلاً، اعمال نفوذ ناروای شخصی موجب ایجاد قرارداد غیرمنصفانه شود. همچنین قرارداد می‌تواند به این دلیل که شروط آن مطلوب یک طرف است، غیرمنصفانه باشد. بنابراین، معیارهای غیرمنصفانه بودن قرارداد هم می‌تواند مربوط به وضعیت انعقاد قرارداد (سببی) یا مربوط به نتیجه قرارداد و شروط (مسبب) باشد. البته، این دو کاملاً تفکیک‌پذیر نیستند و در اغلب مواقعی که شروط غیرمنصفانه وجود دارد، وضعیت نامساعد زمان انعقاد قرارداد منجر به درج شروطی می‌شود که تعادل قرارداد را بر هم می‌زنند. در سند حقوق مشترک، به بعضی از این معیارها اشاره شده است. این معیارها عمدتاً قابلیت تفسیرپذیری فراوانی دارند و همین امر موجب می‌شود تا وضعیت‌های گوناگون زیادی را در بر بگیرند؛ لکن از معایب این گونه معیارها انتزاعی بودن آنهاست و می‌تواند موجب پدید آمدن اختلافات در خصوص تفسیر و کاربرد آنها در قراردادها شود.^۱

۱.۱. مبانی شروط قراردادی غیرمنصفانه

جامعه به‌مثابه یک کل تجزیه‌ناپذیر در تأسیس نهادها یا از بین رفتن آنها متأثر از بسترها و مبانی مختلفی است. اینکه نهادی تحت حمایت قانون‌گذار قرار گیرد، علاوه بر زمینه‌های قضایی و حقوقی، از بسترهای اخلاقی هم تأثیر می‌پذیرد. در نظام‌های مبتنی بر حقوق دینی از جمله کشورمان، قواعد شرعی نیز مؤثر بر ایجاد یا زوال نهادهای اجتماعی است. بنابراین، برای بحث از اعتبار شرط غیرمنصفانه، ناگزیر از بررسی مبانی اخلاقی، حقوقی و فقهی آن هستیم. البته، باید توجه داشت که زمینه‌های سه‌گانه اخلاقی، حقوقی و فقهی به‌منزله سه بستر جداگانه قابل طرح نیست و این سه، تأثیر و تأثر متقابل دارند. در واقع، رفتار اجتماعی به‌وسیله نظامی پیچیده از قواعد و ضوابط متعدد و مختلف تنظیم شده که در عین تعدد و گوناگونی دارای وحدت اساسی هستند و با وجود تنوع، با یکدیگر ارتباط کامل دارند.^۲

۱.۱.۱. مبانی اخلاقی در تشخیص شروط قراردادی غیرمنصفانه

عدالت معاوضی که از آن به عدالت تصحیحی یا تعویضی هم تعبیر می‌شود، در روابط معاملاتی کاربرد دارد. طبق دیدگاه ارسطو عدالت در روابط معاملاتی اشخاص اگرچه به معنای

1. Pavillon, C. *Private Standards of Fairness in European Contract Law*. European Review of Contract Law, 2014, 10(1), p. 88.

۲. دل و کیو، زرژ، *فلسفه حقوق*، ترجمه جواد واحدی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶، ص ۳۳.

معینی است و ظلم به معنای نابرابری، مطابق تناسب عددی عمل می‌کند، نه تناسب هندسی. به‌طور خلاصه، عدالت توزیعی در تقسیم مشاغل و مزایا بین افراد لحاظ می‌شود و عدالت معاوضی عدالتی است که در معاملات وجود دارد.^۱

نتیجه نظریه عدالت معاوضی (ارسطو) در بحث شروط غیرمنصفانه این است که اولاً، نباید با تمسک به ظاهر قانون از بروز بی‌عدالتی در قرارداد چشم‌پوشی کرد و عدالت و انصاف بر ظهور قانونی ترجیح دارد. ثانیاً، اقتضای عدالت معاوضی تفسیر قرارداد به نفع طرف ضعیف و حمایت از وی در مقابل طرف قدرتمند است که حاصل این مطلب عدم الزام‌آور بودن شرط غیرمنصفانه بر اساس دیدگاه عدالت معاوضی است.^۲

۱.۱.۲. جایگاه انصاف در تشخیص شروط قراردادی غیرمنصفانه

بر اساس این دیدگاه، انصاف قاعده و قانون را به‌طور کلی از بین نمی‌برد، بلکه در موردی خاص از اجرای آن جلوگیری می‌کند. از این رو، نقش انصاف بیشتر در دادرسی نمایان می‌شود که دادرسی بدون جزم‌اندیشی قانونی و با تمسک به انصاف از بروز نتیجه خلاف اخلاق و وجدان جلوگیری می‌کند.^۳ بنابراین، دادرسی می‌بایست بر اساس وقایع خاص و موردی صورت می‌گرفت و انصاف یاری‌دهنده دادرسی در اجرای موردی عدالت بود.

بنابراین، دادرسی رأی خود مبنی بر الزام به انجام امری یا خودداری از آن را، نه بر اساس قانون و رویه قضایی، بلکه طبق آنچه وجدان وی آن را حق یا باطل تشخیص می‌داد، صادر می‌کرد. این اندیشه تا آنجا پیش رفت که قانون‌گرایی شدید را از موارد منجر به بروز خطا و اشتباه برشمرد و وفاداری صرف به لفظ قانون را در مواردی موجب عمل برخلاف مقصود قانون‌گذار و روح قانون دانست. بر این اساس، انصاف برخاسته از قصد و منظور نهفته در قانون است، نه واژگان آن.^۴

۱. ارسطو (ارسطاطالیس)، *اخلاق نیکوماخوس*، ترجمه محمدحسین لطفی، تهران: انتشارات طرح نو، چاپ اول، ۱۳۷۸.

۲. خندانی، سید پدram و خاکباز، محمد، *تفسیر نظریه عدالت معاوضی در قلمرو قراردادها*، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۲، شماره ۸، ص ۷۱.

۳. کلی، جان، *تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب*، ترجمه محمد راسخ، تهران: انتشارات نی، چاپ سوم، ۱۴۰۰، ص ۲۳۹.

۴. کاظم‌پور، سید جعفر. *راهکارهای حمایت از طرف ضعیف قرارداد*، تهران: انتشارات فکرسازان، ۱۳۹۲، ص ۱۷۴.

۱.۱.۳. نقش حسن نیت در تشخیص شروط قراردادی غیرمنصفانه

در حقوق ایران، حسن نیت به منزله اصل پذیرفته شده در قراردادها و به صورت صریح شناخته شده است. برخی حقوق دانان معتقدند با مطالعه موارد لزوم رعایت اصل حسن نیت در حقوق خارجی، می توان عرف و عادت را که ضابطه ای برای تعیین روابط قراردادی طرفین در حقوق ایران است، جز در موارد استثنایی وارد در برخی از آرای قضایی، جانشین حسن نیت دانست.^۱ بنابراین، هرچند حقوق ایران اصل حسن نیت را صراحتاً شناسایی نکرده و حتی در ماده ۲۱۹ قانون مدنی که برگرفته از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه است، برخلاف منبع اصلی، حسن نیت را ذکر نکرده است، ولی همچون نظام فقهی می توان نتایج این اصل را از طریق اصول و قواعد دیگر و در متون قانونی استخراج کرد.^۲

مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی که طرفین قرارداد را ملزم به نتایج عرفی و عادی قرارداد می کند و متعارف بودن امری را به منزله تصریح در قرارداد دانسته است، از جمله موادی است که به عقیده حقوق دانان، عرف و عادت را می توان جانشین حسن نیت دانست.^۳

ارتباط حسن نیت با شرط غیرمنصفانه هم کاملاً روشن است. اصل لزوم رعایت حسن نیت در قرارداد ایجاب می کند تا طرفین با رفتار صادقانه به انعقاد و اجرای قرارداد بپردازند، حال آنکه در قراردادهای متضمن شرط غیرمنصفانه، طرف قوی با علم به ضعف طرف مقابل و سوءاستفاده از وضعیت ضعیف قراردادی وی برخلاف رفتار صادقانه و حسن نیت اقدام می کند. بنابراین، اقدام طرف قوی قرارداد در تحمیل شرط غیرمنصفانه بر طرف ضعیف، ناقض حسن نیت شمرده می شود. برخی نیز با تخریح مناط^۴ از اصل حسن نیت به این نتیجه رسیده اند که قوانین و مقررات مرتبط با حسن نیت در وجدانی بودن و اخلاقی بودن اقدامات طرفین قرارداد مشترک هستند و موضوعات مطروحه در آنها فاقد خصوصیت است. در نتیجه، می توان این شاخص را به سایر

۱. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی؛ آثار قراردادهای و تعهدات*، جلد ۳، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ نهم، ۱۴۰۰، ص ۱۱۳.

۲. حاجی پور، مرتضی، *نقش حسن نیت در قرارداد*، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، ۱۳۹۰، شماره ۴، ص ۹۷.

۳. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی؛ آثار قراردادهای و تعهدات*، جلد ۳، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ نهم، ۱۴۰۰، ص ۱۱۳.

۴. تخریح مناط به معنی تعیین علت حکم در اصل (مقیس علیه) به صرف مناسبت است.

موارد نیز تسری بخشید و درباره شرط غیرمنصفانه این‌گونه از این ملاک استفاده کرد که با توجه به ضرورت اخلاقی بودن روابط حقوقی و جلوگیری از بروز ظلم و ستم از یک‌سو و غیراخلاقی بودن و ظالمانه بودن شرط غیرمنصفانه از سوی دیگر، در غیراخلاقی بودن و نامنصفانه بودن شرطی که یک طرف قرارداد با سوءاستفاده از قدرت برتر خود در شرایط اضطراری بر طرف ضعیف تحمیل کرده است، تردیدی باقی نمی‌ماند.^۱

ماده ۴۵ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در همین خصوص مقرر می‌دارد: «اعمال ذیل که منجر به اخلال در رقابت می‌شود، ممنوع است... ۱. سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط به یکی از روش‌های زیر: ... ۲. تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه...»^۲.

ضرورت رعایت حسن‌نیت در قراردادها از جمله مبانی تعهد به اطلاع‌رسانی مرتبط با بحث شروط غیرمنصفانه، به‌گونه‌ای است که اگر فرد دارای اطلاعات سکوت کند، این سکوت فریبنده مخالف حسن‌نیت است. مصداق بارز تعهد به اطلاع در قراردادهای بیمه که قراردادهای با حداکثر حسن‌نیت هستند، وجود دارد که طی آن، بیمه‌گذار باید تمام اطلاعات مهم را در اختیار بیمه‌گر قرار دهد.^۳

ضعف قراردادی دو شکل عمده دارد: اقتصادی و دانش. ضعف اقتصادی در جایی اتفاق می‌افتد که یک شخص ملزم است بر روی شروط تعیین‌شده به‌وسیله شخص مقابل بدون گفت‌وگو، چانه‌زنی یا تأثیر بر آن‌ها توافق کند. بنابراین، طرف ضعیف شخصی فاقد قدرت کافی برای تصمیم‌گیری و کنترل محتوای توافق است. این امر نقض‌کننده الزام به اخلاقی بودن و عادلانه بودن معاملات است. بنابراین، شخص ضعیف‌تر به آن معامله احتیاج دارد و نمی‌تواند راه دیگری برای تأمین نیازش پیدا کند. ضعف دانش ناشی از تفاوت تجارب و اطلاعات میان طرفین

۱. کاظم‌پور، سید جعفر. *راهکارهای حمایت از طرف ضعیف قرارداد*، تهران: انتشارات فکرسازان، ۱۳۹۲، ص ۲۱۰.

۲. تقی‌زاده، ابراهیم و احمدی، افشین، *جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی*، دوره ۳، ۱۳۹۴، شماره ۱۰، ص ۱۷.

۳. ابراهیمی، یحیی، *بررسی تطبیقی حسن‌نیت*، مجله حقوقی بین‌المللی، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، شماره ۴۱، ص ۷۶.

است. رضایت طرف قرارداد به دلیل فقدان اطلاعات و تجربه می‌تواند ناقص باشد و می‌تواند از طریق عدم امکان دسترسی به اطلاعات و مفاد قرارداد باشد یا نشئت گرفته از کافی نبودن درک این مفاد. حالت اول عینی است، در حالی که حالت دوم شخصی محسوب می‌شود.

این شرایط منجر به نابرابری قدرت چانه‌زنی میان طرفین قرارداد می‌شود. وضعیت مصرف‌کننده در این زمینه توجیه‌کننده اهمیت کنترل استفاده از شروط غیرمنصفانه به منظور تحقق عدالت است؛ به نحوی که موضوع شروط غیرمنصفانه به گونه‌ای که امروزه مطرح می‌شود، با حقوق مصرف و مصرف‌کننده در حقوق قراردادها وارد شده است. اما باید توجه داشت که حمایت نباید به اندازه‌ای باشد که تولیدکنندگان را دچار بی‌انگیزگی کند.^۱

۱.۲. معیارهای شروط قراردادی غیرمنصفانه

معیارهای شروط قراردادی غیرمنصفانه عبارت‌اند از: سوءاستفاده از شرایط تحت اضطرار، دخالت در صحت شروط غیرمنصفانه در توسل به نظم عمومی، و... که در زیر به آن‌ها پرداخته شده است:

۱.۲.۱. سوءاستفاده از شرایط تحت اضطرار

دکتر صفایی^۲ در قبال سکوت قانون‌گذار در سوءاستفاده از شرایط تحت اضطرار به مثابه معیاری برای شروط قراردادی غیرمنصفانه بیان داشته‌اند که مرز میان اکراه و اضطرار در این زمینه باید برداشته شود؛ در نتیجه، شروط قراردادی تحت اضطرار غیر نافذ است.

۱.۲.۲. دخالت در صحت شروط غیرمنصفانه در توسل به نظم عمومی

بر اساس ماده ۹۷۵ قانون مدنی توسل به نظم عمومی که بیان می‌کند «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد؛ اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد» را می‌توان صحیح دانست و شرایط ناعادلانه برخلاف نظم عمومی می‌تواند معیاری برای شروط قراردادی غیرمنصفانه باشد.

۱. قدیر، محسن، ساریخانی، عادل، احکام حکومتی و مصلحت در فقه شیعه، فصلنامه شیعه‌شناسی، دوره ۹، پاییز ۱۳۹۰، شماره ۳۵، ص ۲۰.
 ۲. صفایی، سیدحسین (۱۴۰۱)، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، تهران: نشر میزان، صص ۱۱۲ به بعد.

۱.۲.۳. جایگاه قاعده لاضرر به منزله معیار تشخیص شروط قراردادی غیرمنصفانه

بر اساس قاعده لاضرر، ضرر غیرمتعارف موجب برداشته شدن لزوم قرارداد می‌شود. در شروط قراردادی هم موجب ضرر غیرمتعارف می‌تواند فسخ شود.

۱.۲.۴. معیار قرار گرفتن حسن نیت در غیرمنصفانه بودن شروط قراردادی

حسن نیت نیز علی‌رغم عدم تأکید بر پذیرش قانونی در حقوق ایران^۱ در غیرمنصفانه بودن شروط قراردادی دارای اعتبار است و می‌توان ضرورت حسن نیت را در تفاسیر قراردادی با شروط غیرمنصفانه به کار برد.

۱.۲.۵. عدم مانعیت اصل لزوم در تجدیدنظر یا فسخ شروط قراردادهای غیرمنصفانه

بدون تردید در قراردادهای اصل بر لزوم است؛ یعنی چنانچه بین جواز و لزوم قراردادی تردید باشد، اصل بر لزوم آن قرارداد است؛ مگر اینکه دلیلی بر جواز آن وجود داشته باشد. از طرفی مدعی جایز بودن قرارداد باید بار اثبات آن را بر عهده بگیرد.

منظور و بنای عقلا و قانون‌گذار از انعقاد قرارداد، حفظ و پایبندی به مفاد آن است. لازمه شئون تجاری و مبادلات اقتصادی، پایبندی و احترام به عهد و پیمان است و طرفین خود را ملزم به قرارداد و مفاد آن می‌دانند. قانون مدنی در ماده ۲۱۹ مقرر می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم‌مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است؛ مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.» حقوق و عدالت تا زمانی اصل ثبات و لزوم در قرارداد را قابل دفاع می‌داند که موجب فشار خارج از عرف و عدالت به یک طرف قرارداد نشود. به این ترتیب، تعارضی بین الزام‌آور بودن قرارداد و امکان تجدیدنظر یا فسخ شروط قراردادهای وجود نخواهد داشت. به عبارتی، نه حقوق و نه عدالت، اصل لزوم در قراردادهای را انکار نمی‌کند، اما محدودیت‌هایی برای اعمال بدون قید و شرط اصل مذکور وجود دارد که برخی قوانین و دادگاه‌ها در موضوعات خاص و مختلف ایجاد کرده‌اند. دادگاه نباید در قراردادهای خصوصی دخالت کند؛ نقش مذاکره‌کننده را ایفا کند و نحوه توزیع حقوق و مسئولیت‌های قراردادی را مختل کند. در هر امر حقوقی باید به اندازه کافی رعایت عدالت و انصاف بشود تا به بهانه اجرای اصل لزوم و رعایت آن ظلمی روا نشود و ضرری متوجه کسی نشود. این طرز دیدگاه به قراردادهای منافاتی با

۱. انصاری، علی، *تئوری حسن نیت در قراردادهای*، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۲، ص ۳۷۳.

یکدیگر ندارد و در حقیقت، مکمل یکدیگر هستند. نظریه غیرمنصفانه بودن شروط قراردادی تأثیر اصل احترام به معاهدات و اصل لزوم را بیشتر می‌کند؛ تا حدودی که از سخت‌گیری‌های اصل لزوم بکاهد و قابلیت اجرای آن را افزایش دهد و آن را منصفانه سازد.^۱

۲. معیار تشخیص شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران

در حقوق ایران مقرره‌ای که به‌طور عام به مقابله با شروط غیرمنصفانه اختصاص یافته باشد، وجود ندارد. معذک با توجه به قواعد عمومی قراردادها می‌توان برخی مصادیق این شروط را نامعتبر دانست. به‌علاوه، در برخی قوانین خاص نیز به‌صراحت به این شروط اشاره شده است.

۲.۱. معیار تشخیص شروط غیرمنصفانه با توجه به قواعد عمومی قراردادها

در قواعد عمومی قراردادها به‌طور عام مقرره‌ای نداریم که به شروط غیرمنصفانه اشاره کرده باشد. به همین دلیل، برای بررسی شروط غیرمنصفانه از منظر قواعد عمومی قراردادها بین انصاف ماهوی و شکلی تفکیک قائل می‌شویم و سپس مصادیق این شروط را در نظام حقوقی ایران بررسی می‌کنیم.

۲.۱.۱. غیرمنصفانه بودن شروط بر اساس معیارهای شکلی

غیرمنصفانه بودن شکلی ممکن است ناشی از عدم رعایت اصل شفافیت باشد یا به دلیل نقض حق انتخاب مصرف‌کننده و امکان اثرگذاری بر محتوای قرارداد که در ادامه، موضع قواعد عمومی قراردادها در خصوص آن‌ها بررسی می‌شود.

۲.۱.۲. غیرمنصفانه بودن شروط بر اساس معیارهای ماهوی

منظور از غیرمنصفانه بودن ماهوی حالتی است که حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد به‌گونه‌ای نامتعادل بین طرفین قرارداد تقسیم شده باشد. در نظام حقوقی ما تعادل بین عوضین قرارداد در قراردادهای معوض شرط صحت قرارداد دانسته نشده است و نبود تعادل بین عوضین اثری بر صحت قرارداد ندارد. با این حال، وجود عوض ناچیز در قرارداد نیز پذیرفته نمی‌شود و تغییر ماهیت قرارداد یا بطلان قرارداد را به همراه می‌آورد. همچنین، قانون مدنی برای تضمین

۱. گندمکار، رضا حسین، «بررسی تطبیقی شروط غیرمنصفانه در نظام حقوقی ایران، انگلیس و حقوق اروپایی»، دانشگاه قم، دانشکده مجازی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، ۱۳۸۹، ص ۶۶.

تبادل عوضین در رابطه قراردادی خیار غبن را پیش‌بینی کرده که بر اساس آن شخص مغبون می‌تواند برای جبران عدم تعادلی که در آثار قرارداد ایجاد شده، عقد را فسخ کند. بنابراین، مقررات راجع به غبن در حقوق ما تا حدودی قابل مقایسه با غیرمنصفانه بودن ماهوی است.^۱

۲.۲. ضابطه شخصی شروط غیرمنصفانه

قاضی برای اینکه تشخیص دهد آیا این شرط برخلاف عدالت و انصاف است، باید به وضعیت خاص (انتظارات و دغدغه‌های) مصرف‌کننده در مقابل فروشنده نظر داشته باشد؛ با این توضیح که دادرسی در هر پرونده که با ادعای غیرمنصفانه بودن شرطی منعقد شده است، باید به‌طور جزئی به بررسی وضعیت خاص هر یک از طرفین قرارداد بنشیند و سپس، بر اساس شخصیت و ویژگی‌های شخصی هر یک تصمیم‌گیری کند که این شرط می‌تواند مصداقی از یک شرط غیرمنصفانه در قرارداد باشد یا خیر.

۳. معیار تشخیص شروط غیرمنصفانه در قوانین ایران

از برخی مواد قانونی که به‌نحوی از شروط غیرمنصفانه یاد کرده‌اند، معیارهایی قابل استنباط است که در ذیل بررسی می‌شوند.

۳.۱. معیار تشخیص شروط غیرمنصفانه در قانون تجارت الکترونیکی

ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک استفاده از شروط غیرمنصفانه را در قرارداد غیر مؤثر اعلام می‌کند. در خصوص ماهیت شروط غیرمنصفانه که در قانون تجارت الکترونیک ایران بیان شده است، اختلاف نظر بسیار به چشم می‌خورد؛ چون در زمینه مفهوم انصاف، اصل پذیرش انصاف از سوی قضات در حوزه قراردادهای در حقوق ایران بین حقوق‌دانان اتفاق نظر نیست؛ لذا اگر بخواهیم در خصوص تعریف و ماهیت این شروط در حقوق ایران بحث کنیم، چند نکته را نباید از نظر دور داشت: قانون تجارت الکترونیک ایران - همان‌گونه که از صورت مذاکرات مجلس در زمان تصویب آن برمی‌آید - کاملاً برگرفته از قانون نمونه آنسیترال^۲ است و در ایران مسبوق به سابقه نیست؛

۱. عادل، مرتضی و شمس‌الهی، محسن، شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۷، اسفند ۱۳۹۷، شماره ۲۵، ص ۲۰.

2. United nation commission on international trade law

پس، برای تفسیر نقاط مبهم آن نمی‌توان معانی اصطلاحات را در حقوق کشورهای عضو نادیده گرفت. در خصوص مفهوم انصاف و مراد از شروط غیرمنصفانه نمی‌توان به‌طور مطلق بحث کرد؛ چه‌بسا شرطی در یک قرارداد کاملاً غیرمنصفانه جلوه کند و در قرارداد دیگری (با لحاظ شرایط آن قرارداد) عین انصاف باشد (نسبی بودن انصاف).

از نواقص قانون تجارت الکترونیک این است که فقط به ممنوعیت درج شروط غیرمنصفانه در قرارداد و بی‌اعتباری آن بسنده کرده است؛ بدون اینکه تعریفی کلی از آن بیان کند یا اینکه به مصادیق آن اشاره کند و معیاری برای شناسایی و تشخیص این شروط ارائه دهد. با دقیق شدن در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی که مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده مؤثر نیست» می‌توان معیارهایی را برای تشخیص این شروط به دست آورد: (۱) یکی از طرفین (معمولاً فروشنده) از موقعیت برتری برخوردار است. این موقعیت برتر اعم از داشتن شرایط اقتصادی برتر، شرایط اجتماعی - سیاسی برتر یا تخصص در زمینه خاص و ... است؛ (۲) طرف ضعیف ناچار به انعقاد قرارداد است؛ به عبارت دیگر، در حالت اضطراری قرار دارد. از لغت «اعمال» که در این ماده به کار رفته است می‌توان متوجه شد که از نظر قانون‌گذار خریدار در شروط غیرمنصفانه در حالتی قرار دارد که فروشنده به راحتی می‌تواند شروط مد نظر خود را به او تحمیل کند؛ (۳) این شرط به‌نحو تحمل‌ناپذیری به نفع طرف قوی و به ضرر طرف ضعیف است و تعادل قراردادی را به کلی به هم می‌زند. دادگاه هم این عدم تعادل را درک می‌کند. در اینجا ممکن است تصور شود می‌توان با استفاده از خیار غبن این معامله را فسخ کرد، ولی این درست نیست؛ زیرا از جمله شرایط خیار غبن این است که مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادلانه نباشد، والا خیار فسخ نخواهد داشت (ماده ۴۱۸. ق.م.) و در اینجا نیز فرد در عین علم و آگاهی به شرط، به آن پیوسته است؛ (۴) رضایت به این قرارداد با شرط مندرج در آن ناشی از حالت اضطرار طرف ضعیف است؛ به‌گونه‌ای که چاره‌ای جز انعقاد قرارداد نیست و در واقع اگر فرد در حالت عادی و طبیعی می‌بود، هرگز این شرط را قبول نمی‌کرد؛ (۵) نوعی سوءاستفاده از حق در این حالت مشاهده می‌شود؛ به عبارت دیگر، در اینجا طرف قوی با سوءاستفاده از قدرت برتر خود و حالت اضطرار دیگری، چنین شرطی را در قرارداد درج کرده است.

۳.۲. معیار تشخیص شروط غیرمنصفانه در قانون دریایی ایران

چنان که بیان شد، اولین بار قانون‌گذار در سال ۱۳۴۳ در ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران از این اصطلاح بدین منظور استفاده کرده که «هر قرارداد کمک نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شود و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد، به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل یا تغییر داده می‌شود.» با دقیق شدن در این ماده نیز می‌توان معیارهایی را برای تشخیص شروط غیرمنصفانه استخراج کرد: (۱) یکی از طرفین از موقعیت برتری برخوردار است؛ (۲) طرف ضعیف در حالت اضطراری ناچار به انعقاد قرارداد است؛ (۳) شرایط این قرارداد به نحو تحمل‌ناپذیری به نفع طرف قوی و به ضرر طرف ضعیف است و تعادل قراردادی را به کلی به هم می‌زند؛ به گونه‌ای که دادگاه نیز این عدم تعادل را درک می‌کند؛ (۴) رضایت به این قرارداد با شرایط مندرج در آن ناشی از حالت اضطرار طرف ضعیف است؛ به گونه‌ای که چاره‌ای جز انعقاد قرارداد نیست. در واقع، اگر فرد در حالت عادی و طبیعی بود، هرگز این شرط را قبول نمی‌کرد؛ (۵) نوعی سوءاستفاده از حق در این حالت مشاهده می‌شود؛ به عبارت دیگر، در اینجا طرف قوی از قدرت برتر خود و حالت اضطرار دیگری سوءاستفاده کرده و چنین شرطی را در قرارداد گذاشته که در برخی مواقع کل قرارداد غیرمنصفانه می‌شود؛ (۶) اختیار تشخیص عادلانه بودن یا نبودن شروط قرارداد بر عهده دادرس است. البته برای تشخیص این امر باید تمام شرایط قرارداد و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد را لحاظ کند. همچنین، ملاحظه محتوای سایر شروط یا شروط سایر قراردادها در فرضی که مابین چندین قرارداد ارتباط وجود دارد، برای ارزیابی خصوصیت مزبور لازم است، زیرا در اوضاع و احوال خاص ممکن است شروط غیرمنصفانه باشد، ولی همان شرط در شرایط دیگری چنین وصفی را دارا نباشد.

۴. معیار تشخیص شروط غیرمنصفانه در اتحادیه اروپا و حقوق انگلیس و آمریکا

جلوگیری از ایجاد شکاف بیشتر بین طرف قوی که برخوردار از وضعیت مسلط است و طرف ضعیف کم‌برخوردار، به منزله آرمان عدالت خواهان، در نهایت منجر به تصویب دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا شد. دولت‌های عضو هر یک مفهومی از بطلان مطلق، بطلان نسبی یا حمایتی را به مثابه ضمانت اجرای غیرمنصفانگی شروط قراردادی به رسمیت شناخته‌اند.

بند یکم 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 آن را به بطلان مطلق حمل کرده و اظهار داشته‌اند در چنین حالتی، مثل این است که شرط اساساً مورد نگارش و توافق طرفین واقع نشده، در نتیجه آثار حقوقی به دنبال نخواهد داشت.^۱

در حقوق انگلیس یکی از قوانینی که قابل استناد است، دستورالعمل ۹۳/۱۳ شورای اروپا با عنوان «شروط غیرمنصفانه در قرارداد با مصرف‌کننده» است. مطابق ماده ۳ این دستورالعمل، «شرط غیرمنصفانه شرطی است که به صورت مجزا و جداگانه میان طرفین مورد مذاکره واقع نشده باشد و به خلاف حسن نیت است و عدم تعادل عمده‌ای در حقوق و تکالیف قراردادی، به زیان مصرف‌کننده ایجاد کند.» مطابق تعریف فوق، شرط غیرمنصفانه باید واجد سه شرط زیر باشد: (۱) به صورت جداگانه و منفرد مورد مذاکره و توافق طرفین قرار نگرفته باشد؛ (۲) خلاف قاعده حسن نیت باشد؛ (۳) در حقوق و تکالیف ناشی از قرارداد، نابرابری عمده‌ای به زیان مصرف‌کننده ایجاد کند. ملاحظه می‌شود که مهم‌ترین شرط برای غیرمنصفانه یا تحمیلی محسوب شدن یک شرط آن است که به صورت جداگانه و منفرداً مورد مذاکره واقع نشده باشد؛ بنابراین، اگر شرطی به صورت جداگانه و بنا به مورد توافق طرفین قرار گرفته باشد، دیگر غیرمنصفانه به شمار نمی‌رود. در ماده ۴، ۱۱۰ اصول حقوق قراردادهای اروپایی نیز در این موضوع اشاره شده است که «اگر شرطی، جداگانه مورد مذاکره واقع نشده و در عین حال، مخالف مقتضیات حسن نیت و معامله منصفانه باشد و موجب نابرابری‌های عمده در حقوق و تعهدات قراردادی طرفین شود، طرف زیان‌دیده می‌تواند این شرط را با لحاظ طبیعت اجرای تعهدات قراردادی... ابطال کند.» تفاوتی که در حکم این ماده با ترتیبات مقرر در دستورالعمل مورد بررسی به چشم می‌خورد، این است که بند یکم ماده ۶ دستورالعمل مورد بحث، دولت‌های عضو اتحادیه را مکلف ساخته است تا بر اساس حقوق داخلی خود ترتیبی اتخاذ کنند که شرط موصوف بدون

۱. صفایی، سیدحسین و شمالی، نگار. مطالعه تطبیقی ضمانت اجرای غیرمنصفانگی شروط قراردادی در ایران، ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا، نشریه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۸، شماره ۸۶، ص ۲۳.

اینکه لطمه‌ای به صحت قرارداد وارد سازد، برای مصرف‌کننده الزامی ایجاد نکند. در حالی که طبق اصول مورد بحث، بی‌اعتباری شرط، حتماً مستلزم ابطال (الغاء) شرط از سوی زیان‌دیده (مصرف‌کننده) است.^۱ با این اوصاف، قبل از هر چیز، دادگاه‌های ملی در انطباق با سیستم حمایتی ارائه‌شده از سوی دستورالعمل ۹۳/۱۳ باید بررسی کنند که مصرف‌کننده در برابر فروشنده یا عرضه‌کننده در موقعیت ضعیفی قرار داشته یا از قدرت چانه‌زنی و سطح دانش برخوردار بوده یا نه؟^۲ قانون مبتنی بر اتحادیه اروپا تا حد زیادی در طول دوره انتقال بعد برگزیت از سال ۲۰۲۰ (البته با مبنای قانونی متفاوت برای چنین اعمالی) به قوت خود باقی مانده است و در دوره کوتاه‌مدت ۲۰۲۰ تا ۲۰۲۲، قانون حمایت از مصرف‌کننده بریتانیا و مواردی مانند شروط غیرمنصفانه تغییر چشمگیری نکرده است.^۳

در حقوق آمریکا که بیشتر متکی به رویه قضایی و احکام صادره از دادگاه‌ها است، این واقعیت مورد توجه دادگاه‌ها قرار گرفت که در برخی قراردادهای انصاف و وجدان بیدار حکم می‌کند تا از نابرابری و عدم تعادل و تحمیل زیان و خسارت ناروای سنگین به طرف ضعیف، به‌ویژه مصرف‌کنندگان جلوگیری شود. از این حیث، نظریه غیرمنصفانه بودن و گزاف بودن شروط قراردادی در نظام حقوقی «کامن لا» و حقوق آمریکا پذیرفته شد. پذیرش این نظریه با تصویب ماده ۲-۲-۳۰ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، به دادگاه‌ها این اختیار را داد که در صورت تشخیص ناعادلانه بودن یا گزاف بودن قرارداد با شروط قراردادی، از اجرای آن به‌صورت جزئی یا کلی جلوگیری کنند یا تنفیذ و اجرای شرط غیرعادلانه را محدود سازند. در این میان، دادگاه‌های آمریکا ضمن تفسیر شروط قراردادی به نفع طرف ضعیف‌تر، بررسی می‌کنند که آیا شروط مذکور بر اساس معیارهای نوعی و شخصی غیرمنصفانه و گزاف هستند یا خیر؟^۴

۱. خندانی، سید پدram، «حمایت از مصرف‌کننده در قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ با توجه به حقوق روز اتحادیه اروپا»، پایان‌نامه دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۸۴، ص ۱۱۳.

2. Della Brianza and Others. *Unfair terms in consumer contracts: national procedural principles cannot impede the rights that individuals derive from EU law*, Court of Justice of the European Union, Luxembourg, 17 May 2022. P 2.

3. Turner, Robert, *The effect of Brexit on UK consumer protection law*, 2021, Jan 11 2021

۴. شیروی، عبدالحسین، *حقوق تجارت بین‌المللی*. تهران: نشر سمت، چاپ سیزدهم، ۱۴۰۰، ص ۲۸.

نتیجه گیری

در سده‌های گذشته اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی به مثابه یکی از اصول اولیه حاکم بر قراردادها تقریباً در همه نظام‌های حقوقی پذیرفته بود، زیرا اعتقاد بر این بود که بهترین وسیله برای توزیع ثروت، توافق طرفین است و رضای آن‌ها بهترین وسیله برای سلامت توزیع ثروت به شمار می‌رود. در پی دگرگونی‌های عظیم و فراگیر اقتصادی و اجتماعی، قراردادهای خصوصی تحت تأثیر همین تحولات، دیگر پاسخ‌گوی نیازهای جامعه و تأمین‌کننده عدالت قراردادی نبودند. نابرابری طرفین در قدرت چانه‌زنی، انحصار در تولید کالا یا ارائه خدمات، توزیع نامناسب اطلاعات و شرایط مربوط به شخص و بازار منجر به قدرت معاملی نابرابری در طرفین عقد می‌شد و لذا کم‌کم نیاز به دخالت دولت و اعمال محدودیت بر اصل آزادی قراردادی را ضروری ساخت. منتها نابرابری خاص و جدیدی پا به عرصه وجود گذاشت که سابقاً وجود نداشته یا وجودش چشمگیر نبوده است. این نابرابری‌ها که نشئت گرفته از جامعه اقتصادی جدید بود، «کمتر ناشی از عدم تعادل عوضین، بلکه غالباً ناشی از تحمیل سامانمند شروط یک‌طرفه و ناعادلانه به طرف ضعیف قرارداد است»؛ به این صورت که یک طرف به پشتوانه قدرتی که داشت، شروطی را به طرف ضعیف معامله تحمیل می‌کرد و فرد ضعیف بنا به قدرت چانه‌زنی نابرابر به منظور تأمین نیازهای خویش مجبور به انعقاد قرارداد حاوی شروط گزاف و ناعادلانه می‌شد.

انصاف و عدالت در معاملات و قراردادها حکم می‌کند که طرفین از حقوق و تکالیف مساوی و برابری برخوردار باشند و تعادل بین ارزش کالاها و خدمات ارائه شده حفظ شود. واقع‌بینی ایجاد می‌کند که نقش انصاف و عدالت را به مثابه آرمانی الهام‌بخش قلمداد کنیم. انصاف بیان می‌کند اگر شخصی با ستم ناروا و بی‌عدالتی آشکار برخورد کرد، نتواند از این حادثه بگریزد و انجام وظیفه را بر ندای وجدان ترجیح دهد. او باید تمام تلاش و مساعی خود را به کار ببندد تا از آثار ناشایست رعایت نشدن انصاف تبری جوید و از انصاف به منزله یک منبع در کنار عوامل دیگر استفاده کند و به ندای وجدان خویش پاسخ دهد و هر آنچه منصفانه ببیند، انجام دهد. در ایران متأسفانه در زمینه مقابله با شروط غیرمنصفانه، قانون یا قوانین خاصی پیش‌بینی نشده است و برای جلوگیری از این شروط فقط می‌توان به قواعد کلی همچون قاعده لاضرر و غرر استناد کرد. اما در حقوق «کامن لا» احترام به قراردادهایی که افراد به اختیار با یکدیگر منعقد می‌کنند تا از

آن طریق نیازهای خود را برطرف سازند و به مقاصد مشترک خود نائل شوند، یک اصل پذیرفته شده بوده است. این تلقی وجود داشته که نظم و همکاری اجتماعی در پرتو آزادی قراردادی بهتر تأمین خواهد شد و در نتیجه، مسئولیت تصمیم‌گیری در خصوص مفاد و نتایج قرارداد باید به طرفین قرارداد واگذار شود. البته، احترام به قراردادهای خصوصی تا زمانی مطرح است که قراردادهای مزبور به اختیار و از روی اراده آزاد طرفین منعقد شده باشد. بنابراین، اگر قرارداد مزبور در نتیجه اکراه، اشتباه، تدلیس یا نفوذ ناروا منعقد شده باشد، دادگاه می‌تواند در آن دخالت کند.

در حقوق ایران نیز به‌طور پراکنده در برخی مواد به شروط غیرمنصفانه اشاره شده است: - ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ مقرر می‌دارد: «... اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده مؤثر نیست.» از ظاهر این ماده چنین استنباط می‌شود که شرط غیرمنصفانه باطل است، ولی مبطل کل قرارداد نخواهد بود.

بر اساس قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲، کلیه شروط غیرمنصفانه که به حقوق طرف مقابل ضرر آورد، فاقد اثر حقوقی است. تشخیص منصفانه یا غیرمنصفانه بودن شرط نیز به عهده دادگاه خواهد بود.

- ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران مصوب ۲ آبان ماه ۱۳۴۳، همین فرض را بدین عبارت پیش‌بینی کرده است: «هر قرارداد کمک نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شود و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد، به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل یا تغییر داده می‌شود.» چنانچه ملاحظه می‌شود، در حقوق ایران نیز در مواردی امکان ابطال و تغییر قرارداد وجود دارد. در این موارد، امکان تغییر یا ابطال قرارداد، گذشته از وجود اضطرار، منوط به غیرعادلانه بودن و غیرمنصفانه بودن شروط آن است، زیرا بر اساس ماده ۲۰۶ ق.م.ا^۱ معامله اضطراری معتبر است؛ چه در آن سوءاستفاده‌ای باشد و چه نباشد. در واقع، مبنای قانون‌گذار، برای بطلان و تغییر را باید در غیرمنصفانه بودن و ناعادلانه بودن این شروط و قراردادهای دانست.

۱. ماده ۲۰۶ ق.م.ا: «اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام به معامله کند، مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود.»

فارغ از این چند ماده و مواد دیگری که در قوانین خاص و به‌طور گذرا به شرط غیرمنصفانه اشاره کرده‌اند و ملاک و معیاری برای تشخیص آن به دست نمی‌دهند، باید مبحث شرط غیرمنصفانه را با مبانی حقوق ایران و نهادهای مشابه سنجید تا در صورت اعتبار آن در حقوق ایران، ضوابط شناسایی آن هم روشن شود و تا تصویب یک قانون جامع مورد استفاده قرار گیرد. در خصوص ضمانت اجرای مناسب جهت اعمال بر شروط غیرمنصفانه باید توجه کرد که بطلان عقد حاوی «شروط غیرمنصفانه» نمی‌تواند ضمانت اجرای مناسبی باشد؛ چراکه در این صورت، مشروطه نیز می‌تواند با استناد به این بطلان، از زیر بار اجرای تعهد خود شانه خالی کند که این امر به ضرر مشروط علیه است، زیرا موضوع قرارداد مورد نیاز وی است و بطلان عقد مشکلات مشروط علیه را دوچندان می‌کند. عدم نفوذ شرط یا عقد نمی‌تواند ضمانت اجرای مناسبی باشد؛ چراکه طرف ضعیف‌تر یا در قراردادهای مصرف‌کننده طرف غیرمتخصص، همان‌گونه که در حین قرار داد ناچار از پذیرفتن شرط است، اکنون نیز ناچار از تنفیذ است؛ زیرا اجرای قرارداد مطلوب وی است، نه عدم اجرای آن و مشروط‌علیه در زمان تنفیذ باید عقد را با «شرط غیرمنصفانه» درون آن تنفیذ یا کل عقد را رد کند. دربارهٔ اختیار فسخ عقد نیز مطابق استدلال فوق منافع مشروط‌علیه تأمین نمی‌شود. بطلان «شرط غیرمنصفانه» و عدم سرایت این بطلان به عقد می‌تواند ضمانت اجرای مناسب باشد، اما تنها در مواردی که شرط امری فرعی و تفکیک‌پذیر از عقد باشد؛ زیرا در غیر این صورت، مشروطه را اجبار به اجرای قراردادی کرده‌ایم که مد نظر وی نبوده است.

در نهایت، بر اساس مطالعات انجام‌شده در حقوق ایران، بر این عقیده‌ایم که علی‌رغم غنای فقهی در این زمینه، قوانین موجود در زمینه «شرط غیرمنصفانه و معیارهای تشخیص آن» ناکارآمد هستند. لذا پیشنهاد می‌شود قانون جامعی در راستای حمایت از طرف ضعیف قرارداد و مبارزه با «شرط غیرمنصفانه» تدوین و تصویب شود. دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیهٔ اروپا یکی از مصداق‌های تقنینی قابل استفاده در این زمینه است. در ساده‌ترین شکل، دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیهٔ اروپا دربارهٔ شرایط ناعادلانه در قراردادهای مصرف‌کننده، قوانینی برای حمایت از مصرف‌کننده تدوین کرده که برای حمایت از مصرف‌کننده در رابطهٔ او با تجار و تولیدکنندگان طراحی شده است. این سیستم با ارائهٔ ساختارهای حقوقی از مصرف‌کننده محافظت می‌کند که

به موجب آن، کنترل‌هایی برای به چالش کشیدن شرایط خاص وجود دارد و ممکن است مصرف‌کنندگان ملزم به قرارداد با آن‌ها باشند. اغلب اوقات، مصرف‌کننده در برابر فروشنده یا تأمین‌کننده، هم از نظر قدرت چانه‌زنی و هم سطح دانش قراردادی، در موقعیت ضعیفی قرار دارد. دستورالعمل‌های این‌چنینی ایجاب می‌کند که «مصرف‌کنندگان کالا و خدمات باید در برابر سوءاستفاده از قدرت از جانب فروشنده یا تأمین‌کننده، به‌ویژه در برابر قراردادهای یک‌طرفه و شروط غیرمنصفانه و ناعادلانه در قراردادها، محافظت شود و نیز معیارهای صحیحی جهت تشخیص این شروط اتخاذ شود.» بدون بررسی مؤثر دادگاه‌های ملی درباره ناعادلانه بودن شرایط قرارداد و معیارهای تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قرارداد مربوطه، نمی‌توان رعایت حقوق اعطاشده به‌وسیله دستورالعمل ۱۳/۹۳ را تضمین کرد.

ضمانت اجرای شروط غیرمنصفانه در قراردادها و معیار تشخیص آن‌ها در حقوق ایران از معضلی جدی رنج می‌برد و آن عبارت است از فقدان تدابیر مشخص، مؤثر و شایسته که قادر به تأمین انتظارات مطرح‌شده از تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قرارداد باشد که این خود، معلول فقر مشهود منابع موجود از حیث تشریح راهکار قابل اعمال است.

اختلاف نابرابری‌های سنتی موجود در قراردادها با نابرابری متأثر از وجود شروط غیرمنصفانه، توجیه کارآمدی اعمال روش‌های سنتی در شروط اخیر را با دشواری روبه‌رو ساخته و تغییر واقعی وضعیت حقوق ایران در حوزه مقابله با شروط غیرمنصفانه را در گرو اقدام تقنینی و اعمال حمایت حداکثری از زیان‌دیده از شرط کرده است.

پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار ایران با توجه به تحولات حقوقی در تنظیم قراردادها و با استفاده از اصول و قواعد حقوقی و روح قوانین موجود، همچون دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا و قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، ضمن مبادرت به تصویب یا الحاق ماده یا مواد قانونی در زمینه تشخیص، بطلان و بی‌اعتباری شروط غیرمنصفانه، غیرعادلانه، گزاف و خلاف وجدان و همچنین شروط سلب و تحدیدکننده مسئولیت، در جهت نیل به اهداف و آرمان‌های عدالت‌خواهی و مساوات بین اشخاص گامی بلند بردارد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب‌ها:

۱. ارسطو (ارسطاطالیس)، *اخلاق نیکوماخوس*، ترجمه محمدحسین لطفی، تهران، انتشارات طرح نو، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۲. انصاری، علی، *تئوری حسن نیت در قراردادها*، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۲.
۳. شعاریان، ابراهیم، *حقوق مدنی تطبیقی*، دانشگاه تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۶.
۴. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی: آثار قراردادها و تعهدات*، جلد ۳، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ نهم، ۱۴۰۰.
۵. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین*، جلد ۳، چاپ چهل و هفتم، تهران، انتشارات دراک، ۱۴۰۱.
۶. شیروی، عبدالحسین، *حقوق تجارت بین الملل*. تهران: انتشارات سمت، چاپ سیزدهم، ۱۴۰۰.
۷. صفایی، سیدحسین، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، تهران: انتشارات میزان، ۱۴۰۱.
۸. کاظم پور، سید جعفر. *راهکارهای حمایت از طرف ضعیف قرارداد*، تهران: انتشارات فکرسازان، ۱۳۹۲.
۹. کلی، جان، *تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب*، ترجمه محمد راسخ، تهران: انتشارات نی، چاپ سوم، ۱۴۰۰.

مقاله‌ها:

۱۰. ابراهیمی، یحیی، *بررسی تطبیقی حسن نیت*، مجله حقوقی بین المللی، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، شماره ۴۱.
۱۱. تقی زاده، ابراهیم و احمدی، افشین، *جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی*، دوره ۳، ۱۳۹۴، شماره ۱۰.

۱۲. حاجی پور، مرتضی، **نقش حسن نیت در قرارداد**، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، ۱۳۹۰، شماره ۴.
۱۳. خندانی، سید پدram و خاکباز، محمد، **تفسیر نظریه عدالت معاوضی در قلمرو قراردادها**، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۲، شماره ۸.
۱۴. صفایی، سیدحسین و شمالی، نگار. **مطالعه تطبیقی ضمانت اجرای غیرمنصفانگی شروط قراردادی در ایران، ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا**، نشریه تحقیقات حقوقی، تابستان ۱۳۹۸، شماره ۸۶.
۱۵. عادل، مرتضی و شمس الهی، محسن، **شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف کننده**، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۷، اسفند ۱۳۹۷، شماره ۲۵.
۱۶. قدیر، محسن، ساریخانی، عادل، **احکام حکومتی و مصلحت در فقه شیعه**، فصلنامه شیعه شناسی، دوره ۹، پاییز ۱۳۹۰، شماره ۳۵.

پایان نامه‌ها:

۱۷. خندانی، سید پدram، «حمایت از مصرف کننده در قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ با توجه به حقوق روز اتحادیه اروپا»، پایان نامه دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۸۴.
۱۸. گندمکار، رضا حسین، «بررسی تطبیقی شروط غیرمنصفانه در نظام حقوقی ایران، انگلیس و حقوق اروپایی»، دانشگاه قم، دانشکده مجازی، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، ۱۳۸۹.

ب) منابع انگلیسی:

19. Della Brianza and Others. 'Unfair terms in consumer contracts: national procedural principles cannot impede the rights that individuals derive from EU law', Court of Justice of the European Union, Luxembourg, 17 May 2022.
20. Pavillon, C. *Private Standards of Fairness in European Contract Law*. European Review of Contract Law, 2014, 10(1), p 88.
21. Turner, Robert, 'The effect of Brexit on UK consumer protection law', www.twobirds.com, 2021, Jan 11 2021.