

نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت

قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در ایران

دکتر منصور امینی*

دکتر میرحسین عابدیان**

سکینه کرمی***

چکیده

تحولات وسیع اقتصادی و اجتماعی در جوامع به‌ویژه پس از انقلاب صنعتی و جنگ‌های جهانی منجر به ایجاد طبقات نابرابر اجتماعی گردید و دخالت دولت در حوزه قراردادهای خصوصی و اعمال محدودیت بر اصل آزادی قراردادی را ضروری نمود. چنین مداخله‌ای، ابتدا از سوی دادگاه‌ها شروع شد و سپس به وسیله قانون‌گذاران ادامه یافت. دخالت قانون‌گذاران، ابتدا از طریق دخالت در قراردادهای کار و اجاره شروع شد اما به تدریج دامنه آن سایر قراردادها را نیز دربر گرفت. در سده اخیر نیز مداخله در حوزه قراردادهای مصرف در راستای مقابله با شروط ناعادلانه به بالاترین سطح ملی و بین‌المللی خود رسیده است. در مقاله حاضر سعی شده است در پرتو نحوه مقابله نظام‌های حقوقی مختلف با شروط ناعادلانه قراردادی، قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در ایران

* دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** استاد مدعو دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

*** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

مورد تأمل قرار گیرد.

کلید واژگان

آزادی قراردادی، کنترل قراردادهای خصوصی، شروط ناعادلانه، حمایت از مصرف‌کننده.

مقدمه

به‌رغم اهمیت سنتی موضوع تعادل در قراردادهای خصوصی، با این حال، در سایه عظمت و اقتدار اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، اعمال کنترل بر محتوای قراردادهای خصوصی به شکل مطرح شده در قرن اخیر در حقوق قراردادهای سنتی سابقه طرح نداشته است.

تحولات اقتصادی و اجتماعی وسیعی که به‌ویژه پس از جنگ‌های جهانی به تدریج به‌ویژه در جوامع غربی به وقوع پیوست، با سایه افکندن در حوزه قراردادهای خصوصی مبانی و پیش‌فرض‌های تفکرات مربوط به اصالت آزادی قراردادی را به هم ریخت. تحولات پر شتاب اقتصادی از جمله منجر به ایجاد طبقات ضعیف در برابر طبقات قوی گردید: کارگران در مقابل کارخانه‌داران، مستأجرین در برابر ملاکین، وام‌گیرندگان در برابر بانک‌ها، مسافری در برابر شرکت‌های بزرگ حمل و نقل و ... پرسش این بود که آیا هنوز می‌توان با اتکا به اصول آزادی قراردادی و حاکمیت اراده، قرارداد میان ضعیف و قوی را عین عدالت تلقی نمود؟ حتی حقوق‌دانانی که قرارداد را عادلانه‌ترین و منطقی‌ترین وسیله توزیع ثروت در جامعه می‌دانستند و معتقد بودند که دولت نباید با دخالت خود چنین نظمی را مختل نماید، قانع شدند که با توجه به تحولات پیش‌آمده، قرارداد دیگر نمی‌تواند نقشی را که پیشتر در تأمین عدالت داشته، ایفا نماید و به این ترتیب، اندیشه اداره قرارداد به جای ستایش آن و ضرورت نظارت بر محتوای قرارداد و محدودیت اصل آزادی قراردادی شکل گرفت. نخستین محدودیت‌ها بر آزادی قراردادی از طریق وضع قواعد آمره در حوزه قراردادهای کار، اجاره مسکونی، أخذ وام ... بروز نموده است اما طی ۴۵-۴۰ سال اخیر و متعاقب توجه حقوق‌دانان و دادگاه‌ها به ضرورت حمایت از مصرف‌کنندگان، دخالت دولت‌ها جهت نظم دادن به قراردادهای مصرف‌کنندگان با تولیدکنندگان و عرضه‌کنندگان کالاها و خدمات و به منظور جلوگیری از سوءاستفاده از عنوان قرارداد برای تحمیل شرایط ناعادلانه به اوج خود رسیده است، به نحوی که موضوع شروط غیر

منصفانه یا غیر عادلانه قراردادی به شکلی که امروزه مطرح است با حقوق مصرف‌پا به عرصه حقوق قراردادها گذاشته است. در طی ۳۵-۳۰ سال اخیر غالب دول اروپایی با تصویب قوانین حمایت از مصرف‌کننده درصد کنترل شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف‌برآمده‌اند. در سال ۱۹۹۳ نیز شورای اتحادیه اروپا دستورالعملی را تحت عنوان «شرایط غیر منصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده»^۱ صادر نمود که بر اساس آن دولت‌های عضو مکلف شدند به منظور مقابله با شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف‌کننده، قوانین لازم را به تصویب برسانند. در ایران، پس از سال‌ها انتظار بالاخره قانون موسوم به «حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان» در مهر ماه ۱۳۸۸ به تصویب رسید. اما قانون مزبور متضمن مقررات خاصی در برخورد با شروط ناعادلانه نیست.

در این مقاله تلاش شده است با تأکید بر ضرورت نظارت بر محتوای قراردادها به منظور مقابله با شروط ناعادلانه، وضعیت حقوق کشورهای انگلستان، فرانسه و آلمان در خصوص کنترل شروط ناعادلانه به اجمال مورد بررسی قرار گیرد و نهایتاً وضعیت فعلی حقوق ایران در این رابطه تبیین گردد.

۱. تعریف شروط ناعادلانه، ضرورت کنترل و مبانی و روش‌های آن

۱.۱. تعریف شروط ناعادلانه یا غیر منصفانه^۲

1. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts
 ۲. اگر چه اندیشمندان، دو عنوان عدالت و انصاف را یکسان تعریف ننموده‌اند (برای مطالعه در این زمینه از جمله رجوع شود به کتاب عدالت به مثابه قاعده نوشته محمد اصغری، انتشارات اطلاعات، سال ۱۳۸۸ صفحات ۸۰ الی ۹۷ و کتاب فلسفه حقوق کاتوزیان جلد دوم انتشارات شرکت انتشارات صفحات ۶۷۷ الی ۶۹۲ و در حقوق خارجی از جمله به این منبع: Rescher Nicholas, "fairness-theory and practice of distributive justice", transaction publishers new Brunswick and London, 2002) با این وجود، در این مقاله این دو عنوان در موضوع مورد بررسی، به لحاظ وحدت مصادیق

با توجه به ذات نسبی و تحول‌پذیر مفاهیم عدالت و انصاف، ارائه تعریف دقیق و مشخص از شرط ناعادلانه یا غیر منصفانه که همه موارد را پوشش دهد دشوار می‌باشد. با این حال، در پاره‌ای از مقرراتی که به منظور مقابله با اینگونه شروط، تدوین گردیده‌اند بدو تعریفی از آنها ارائه شده است که می‌تواند در این خصوص راهگشا باشد. برای مثال دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا در مورد شرایط غیر منصفانه در قراردادهای مصرف در ماده ۳ خود مقرر می‌دارد: «شرط قراردادی که به‌طور خاص مورد مذاکره واقع نشده، اگر بر خلاف آنچه که حسن نیت ایجاب می‌نماید، عدم تعادل مهمی در حقوق و تعهدات طرفین قرارداد به ضرر مصرف‌کننده ایجاد نماید، غیر منصفانه تلقی می‌گردد.»^۳ قانون مصرف‌فرانسه نیز شروطی که منجر به عدم تعادل مهم میان حقوق و تعهدات طرفین

← خارجی، به یک معنا به کار رفته است و به جهت مانوس‌تر بودن اصول و مبانی حقوق ایران با عنوان و مفهوم عدالت، در حقوق ایران، در خصوص موضوع مورد بحث، عبارت «شروط ناعادلانه» مناسب‌تر به نظر می‌رسد. اما در حقوق کشورهای دیگر در حوزه مقابله با شروط نامطلوب (شروط یکطرفه و ظالمانه) تا آنجا که مطالعه شد هیچگاه از واژه «unjust terms» (شروط ناعادلانه) استفاده نشده است بلکه غالباً کلمه «unfair» (غیر منصفانه) به عنوان وصف اینگونه شروط به کار رفته است. در انگلستان به جهت اهمیت و قدمت بحث انصاف در علم حقوق، در رویه قضایی و متون قانونی از واژه «unfair» استفاده شده است. در فرانسه نیز با وجود اینکه در قانون مصرف سال ۱۹۷۸ عبارت «clause abusive» (شروط سوء استفاده‌گرانه) به کار رفته است، اما در قانون مصرف فعلی شروط مورد مقابله با عنوان شروط «غیر منصفانه» تعریف گردیده است. (ماده L132-1) شورای اتحادیه اروپا نیز عنوان دستورالعمل ۹۳/۱۳ را «شروط غیر منصفانه در قراردادهای مصرف» قرار داده است اما در متون قانونی حقوق آلمان به شرط غیر منصفانه یا عنوان مشابه دیگری اشاره نشده بلکه مبارزه با شروط استاندارد (از پیش تدوین شده) محور قرار گرفته است.

3. (1) A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.

قرارداد به ضرر مصرف‌کننده می‌گردد را غیر منصفانه توصیف کرده است. (ماده -LL132 1) از مقررات مذکور و سایر قوانین مربوط به کنترل این شروط بر می‌آید که شرط غیر منصفانه شرطی است که عمدتاً طرف قوی قرارداد با بهره‌گیری از وضعیت معاملی برتر خود به ضرر طرف ضعیف، در قرارداد می‌گنجانند و غالباً بر خلاف موضوعات اساسی قرارداد مثل قیمت، کیفیت کالا و خدمت، زمان تحویل و ... در حین انعقاد قرارداد مورد مذاکره و چانه‌زنی قرار نمی‌گیرد.

۱.۲. ضرورت کنترل

« هدف نظم اجتماعی خدمت به افرادی است که آن را تشکیل می‌دهند و چون ظهور کمال شخصیت هر فرد بسته به این است که آزادی اراده داشته باشد زیرا، در سایه آزادی اراده هر فرد می‌تواند کمالات خود را ظاهر سازد پس برای اینکه به شخصیت انسانی احترام گذاشته شود باید به اراده او احترام نهاد»^۵. یکی از نتایج اصل بنیادین حاکمیت اراده آزادی قراردادی است. انسان‌ها موجوداتی با اراده و اختیار هستند و می‌توانند در مورد انعقاد، ماهیت، محتوا، شروط و ... آنچه که به نام قرارداد به آن ملزم می‌شوند آزادانه تصمیم بگیرند. کانت می‌گوید در موردی که شخص درباره دیگری تصمیم می‌گیرد همیشه امکان بی‌عدالتی می‌رود ولی هنگامی که او برای خود امری را می‌خواهد دیگر

4. In contracts concluded between a business and a non-business or consumers, clauses which aim to create or result in the creation, to the detriment of the non-professional or the consumer, of a significant imbalance between the rights and obligations of the parties to the contract, are unfair.

۵. محمد جعفر، جعفری لنگرودی؛ تأثیر اراده در حقوق مدنی، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۴۰، ص ۲۰.

احتمال وقوع هیچ ظلمی وجود ندارد.^۶

با این حال، تحولات رخ داده در مناسبات اجتماعی-اقتصادی جوامع، موجب شد پیش‌فرض‌هایی که اصل آزادی قراردادی بر آنها استوار شده بود نیز تغییر یابند. این تغییر واقعیات تغییر در اصول حقوقی و از جمله محدود شدن قلمرو اصل آزادی قراردادی را از طریق ضروری سازی مداخله دولت (در مفهوم عام) در روابط قراردادی اشخاص در پی داشت. تغییرات مزبور عمدتاً ناشی از توجه به واقعیت‌های زیر بودند:

۱،۲،۱. نابرابری قدرت چانه‌زنی

یکی از پیش‌فرض‌های آزادی قراردادی این بود که طرفین قرارداد از لحاظ قدرت اقتصادی، تجربه و مهارت، آگاهی و تحصیلات و ... در وضعیت نسبتاً برابری قرار دارند و این تعادل موقعیت‌های واقعی می‌تواند تعادل موقعیت حقوقی طرفین قرارداد را تضمین نماید. ولی، امروزه، چنین پیش‌فرضی دیگر پذیرفته نیست: صنعتی شدن جوامع منجر به شکل‌گیری قطب‌های عظیم اقتصادی، تولیدکنندگان و کارخانه‌داران بزرگ، عرضه‌کنندگان انحصاری، شرکت‌ها، مراکز و مؤسسات بزرگ تجاری و بنگاه‌های حمل و نقل و ... با تشکیلات و فعالیتی فراگیر و ثروت و قدرت فراوان و از سوی دیگر طبقاتی مثل کارگران، مستأجرین، وام‌گیرندگان، مصرف‌کنندگان و سایر اقشار ضعیف و آسیب‌پذیر گردیده است. این عدم تعادل و برابری در موقعیت اقتصادی و اجتماعی، بی‌تردید در محتوای قراردادهای منعقد شده بین این گروه‌ها تأثیرگذار است. در شرایطی که مفاد و شرایط قرارداد توسط طرف قوی تهیه و به طرف ضعیف تحمیل می‌گردد و او به جهت ضعف موقعیت معاملی امکان تغییر دادن مفاد قرارداد در حال انعقاد را ندارد، آیا می‌توان

۶. به نقل از ناصر، کاتوزیان؛ فلسفه حقوق، جلد اول، چاپ چهارم، شرکت سهامی انتشار، سال ۱۳۸۵، ص ۴۵۱.

آزادی قراردادی را برای تأمین منافع متقابل طرفین کافی دانست؟ در کشمکش که بین ضعیف و قوی برای تحصیل نفعی بیشتر در خواهد گرفت، بی گمان این قوی است که طرف پیروز خواهد بود و بدون برابری اقتصادی واقعی، آزادی قراردادی فقط می‌تواند منجر به استثمار و بی‌عدالتی گردد. اگر چه گفته شده است که «نابرابری به خودی خود نمی‌تواند زمینه‌ای برای بی اعتبار بودن (قرارداد) باشد، زیرا، معمولاً دلیلی وجود ندارد که طرف قوی خود را از مزایا (بی ناشی از قدرت چانه‌زنی بالا) محروم نماید و منع کردن کلی قراردادها بین طرفین به نفع طرف ضعیف‌تر نخواهد بود»^۷، با این وجود، بی شک «نادیده گرفتن مفهوم قدرت چانه‌زنی، مخرب مشروعیت قرارداد به عنوان مکانیسمی برای تنظیم ترتیبات خصوصی است»^۸ و به حساب آوردن این واقعیت از جمله دلایل توجیه کننده کنترل محتوای قراردادهای خصوصی است.

۱,۲,۲. فقدان حاکمیت اراده‌ها

یکی دیگر از پیش شرط‌های مفهوم سنتی آزادی قراردادی حاکمیت اراده‌ها و وجود تراضی و توافق دو جانبه بوده است. تئوری کلاسیک قرارداد بر این اساس پایه‌گذاری شده است که قرارداد بیانی از اراده آزاد دو طرف توافق است و قدرت الزام‌آور آن از رضایت طرفین و تلاقی اراده‌های آنها ناشی می‌شود.^۹ این در حالی است که در جوامع فعلی به‌ویژه

7. Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract, eleventh edition 1986, p21.

8. Barnhizer Daniel D, "bargaining power in contract theory" Michigan state university college of law, legal studies research paper series, research paper no 03-04, 2005. p:2.

9. Cserne Peter "freedom of choice and paternalism in contract law: prospects and limits of an economic approach" PHD thesis, 2008, social science research network (ssrn) p,86.

با استفاده روز افزون بنگاه‌های اقتصادی و عرضه کنندگان کالاها و خدمات از قراردادهای نمونه (استاندارد فرم) یا الحاقی که دیگر فرصت و امکانی برای مذاکره و چانه‌زنی و گرفتن مشورت و سنجیدن منافع و مضار معامله باقی نمی‌گذارد و قراردادها به شکل "یا آن را ببند یا رها کن"^{۱۱} توسط طرف قوی‌تر دیکته می‌گردند، پیش‌فرض مزبور موجود نمی‌باشد.

جایی که یک طرف قرارداد هیچ قدرتی در جهت تحت تأثیر قراردادن محتوای آنچه که به عنوان قرارداد امضا می‌نماید، ندارد و یا جایی که نقش شخص در تکمیل و تنظیم قرارداد کاری جز یک کلیک نمی‌باشد آیا باز هم می‌توان از حاکمیت اراده‌ها سخن گفت؟

حقیقت این است که در این موارد آنچه وجود دارد حاکمیت اراده یک طرف است (طرف پیشنهاد دهنده عموماً قوی‌تر) و نه اراده‌های طرفین.

۱،۲،۳. فقدان انتخاب آزاد

یکی دیگر از پیش‌فرض‌های آزادی قراردادی این است که افراد اجتماع که صاحبان اراده‌هایی آزاد و خلاق می‌باشند در مورد انعقاد قرارداد و طرف قرارداد آزادانه تصمیم می‌گیرند و بنابراین وارد قراردادی که آن را زیان‌بار می‌یابند، نمی‌شوند بنابراین از آنجا که قرارداد تبلور انتخاب آزادانه افراد می‌باشد باید محترم انگاشته شود. اما امروزه دیگر نمی‌توان قراردادهای را محصول اراده و انتخاب آزاد تلقی نمود. گذشته از تأثیر فضای تبلیغات و ترغیب به مصرف بر اراده و انتخاب افراد در خرید کالاها و خدمات، و همچنین صرف نظر از اینکه انعقاد قرارداد برای تحصیل کالاها و خدمات ضروری نظیر آب، گاز،

10. Take it or leave it.

برق و تلفن و یا بیمه‌های اجباری ماهیتاً اجتناب‌ناپذیر است و بنابراین آزادی در انعقاد قرارداد عملاً رنگ می‌بازد، در بسیاری از موارد طرف نیازمند کالاها و خدمات (طرف عموماً ضعیف‌تر) ناگزیر است به عرضه‌کنندگانی خاص مراجعه نماید بدون اینکه انتخاب دیگری در دسترس داشته باشد «یا به خاطر اینکه طرف او یک شرکت انحصاری است و یا به لحاظ اینکه همه رقبا شروط مشابهی را مورد استفاده قرار می‌دهند. قصد قراردادی او چیزی جز تسلیم کم و بیش اختیاری به شروط دیکته شده توسط طرف قوی‌تر نیست.»^{۱۱}

بنابراین ملاحظه می‌شود که با توجه به واقعیت‌های اقتصادی و اجتماعی موجود، آزادی قراردادی مورد تأکید حقوق قراردادهای سنتی و همچنین اقتصاد بازار منتج به استثمار و بی‌عدالتی می‌گردد و از آنجا که دخالت به منظور جلوگیری از استثمار، استدلالی معروف برای محدودیت آزادی قراردادی است و استدلال شده است که دکتین آزادی قراردادی در صورت داشتن نتیجه استثمارگرانه نباید به عنوان یک اصل معتبر پذیرفته شود^{۱۲}، دولت‌ها وظیفه خود دیده‌اند از طریق وضع مقررات محدود کننده آزادی قراردادی در راستای اصلاح معایب بازار، برقراری مجدد تعادل در روابط قراردادی و کمک به توزیع عادلانه ثروت فعالانه‌تر اقدام نمایند. به بیان یکی از علمای حقوق: «حقوق مدرن در آزادی طرفین قرارداد دخالت و آن را در بسیاری از رشته‌ها و با بسیاری از دلایل محدود می‌کند. زمینه‌های قابل تشخیص دخالت در آزادی قراردادی بعضی مواقع ماهیت مساوات طلبانه، بعضی مواقع بازتوزیع و برخی مواقع ماهیت قیم مآبانه دارد.»^{۱۳} تغییر چشم

11. Kessler, Friedrich, "contracts of adhesion: some thoughts about freedom of contract", 1943. faculty scholarship series paper, p:5.

12. Nathan thal, Spencer "inequality of bargaining power doctrine: the problem of defining contractual fairness" Oxford journal of legal studies, vol. 8-No1, spring 1988, p:42.

13. Atiyah P. S "Essays on contracts "Essay 6 "the liberal theory of contract" clarendon press Oxford, 1990, p:140.

اندازها در حقوق قرارداد به اعتقاد برخی اندیشمندان آنچنان اساسی بوده که از جمله دلائلی است که طرح تئوری مرگ قرارداد را توجیه نموده است. تئوری که به موجب آن مرگ ادعایی تئوریک کلاسیک قرارداد، انعکاس‌دهنده گذار کلی از فردگرایی قرن نوزدهم به دولت رفاه می‌باشد.^{۱۴}

از آنجا که امروزه نابرابری در قرارداد کمتر ناشی از عدم تعادل عوضین بلکه غالباً ناشی از تحمیل سیستماتیک شروط یکطرفه و ناعادلانه به یک طرف قرارداد (طرف ضعیف) می‌باشد لذا بخش قابل توجهی از مقررات کنترل‌کننده محتوای قراردادها، مبارزه با شروط ناعادلانه را هدف قرار داده‌اند. قضات و قانون‌گذاران رسالت جدید خود را در حمایت از اقشار ضعیف در برابر تحمیل شروط ناعادلانه در قراردادها یافته‌اند و با وجود طرح برخی انتقادات به این روند، از جمله از سوی تحلیل‌گران اقتصادی حقوق که معتقدند که هزینه این مداخلات برای افراد و جامعه بیشتر از سود آنها است^{۱۵}، امروزه تردیدی در ضرورت مداخله دولت در قراردادهای خصوصی جهت کنترل استفاده از شروط غیر منصفانه وجود ندارد اما حدود این مداخله است که در سیستم‌های حقوقی مختلف متفاوت است.

۱.۳. مبنای حقوقی کنترل

کنترل قراردادها از جهت مشتمل بودن بر شروط ناعادلانه که از مبانی عقلی، اخلاقی، اقتصادی و اجتماعی برخوردار است با کدام یک از اصول و قواعد شناخته شده حقوقی قابل تطبیق و توجیه است؟ در زمینه مبنای حقوقی کنترل شرایط غیر منصفانه مبانی مختلفی

14. Gilmore, Grant, K. L. Collins, Ronald, "the death of contract", Ohio state university press, 1995, p:95-96.

۱۵. نگاه کنید به:

Posner, Richard " the economic analyses of law", 4th editon, 1973, P7

(غالباً در حقوق فرانسه) ارائه شده است که از جمله مهم‌ترین آنها تئوری غبن، تئوری علت تعهد، تئوری سوءاستفاده از حق، تئوری حسن نیت و تئوری نظم عمومی قابل اشاره است که بررسی آنها در مجال این تحقیق نمی‌گنجد. در اینکه کدام یک از این مبانی برای توجیه حقوقی مقابله با شروط ناعادلانه در قراردادها از سایرین قابل دفاع‌تر است، یکی از محققین اظهار عقیده نموده است که «در حقوق غرب و خصوصاً حقوق فرانسه بهترین تئوری که جهت مبارزه با شروط تحمیلی می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد تئوری سوءاستفاده از حق می‌باشد. در واقع کسی که در حین انعقاد قرارداد شروطی را به طرف مقابل تحمیل می‌کند و به این طریق امتیاز افراطی از قرارداد تحصیل می‌کند از حق انعقاد قرارداد خویش سوءاستفاده کرده است»^{۱۶}

به نظر این محقق در حقوق ایران نیز مقابله با شروط ناعادلانه با قاعده سوء استفاده از حق قابل توجیه است.^{۱۷} نظر مزبور خالی از قوت نیست: زیرا، در حقوق ما نیز پذیرفته شده است که «باید در اعمال حق، نظارت و کنترلی وجود داشته باشد تا به حقوق و آزادی‌های دیگران تجاوز نشود. چون مطلق دیدن حق باعث می‌گردد که صاحبان حق با بهره‌گیری از امتیازی که قانون به آنان داده، حق خود را به زیان دیگری به کار برند و حتی ممکن است که اقدام ایشان باعث شود که به اهداف و غایات مورد توجه مقنن، تجاوز شود.»^{۱۸} همچنین در حقوق ما استناد به قاعده لاضرر نیز به عنوان مبنایی جهت مبارزه با شروط غیر منصفانه سابقه طرح داشته و گفته شده است که کسی که از حکم لزوم وفای به

۱۶. عباس، کریمی؛ «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۱، سال اول، تهران، بهار و تابستان ۱۳۸۱، ص ۸۲
 ۱۷. نگاه کنید به: مقدمه عباس کریمی بر کتاب سوء استفاده از حق در حقوق قراردادی نوشته آیت اله نبوی زاده، انتشارات جنگل، سال ۱۳۹۰.
 ۱۸. حمید، بهرامی احمدی؛ سوءاستفاده از حق مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی، انتشارات اطلاعات تهران، ۱۳۷۰، ص ۸۷

شروط به ضرر دیگران استفاده کرده و ضرر غیر متعارف به طرف قراردادی خویش وارد می‌کند عملش مشمول قاعده نفی ضرر قرار گرفته و حکم لزوم وفای به شرط مرتفع می‌گردد.^{۱۹}

اما مبنای دیگری که برای مبارزه با شروط ظالمانه مورد استناد واقع شده نظم عمومی است و برخی از صاحب نظران برای بی اعتباری شرط عدم مسئولیت در موارد عمد و تقصیر سنگین (که یکی از مصادیق شروط ناعادلانه می‌باشد) به مفهوم نظم عمومی استناد کرده‌اند.^{۲۰}

به بیان ایشان از اقسام نظم عمومی نظم عمومی حمایت‌کننده است که «بر این مبنا استوار است که قرارداد همیشه نمی‌تواند عدالت را مستقر کند و جایی که دو طرف قرارداد در سطح اقتصادی برابر نیستند یا یکی از آن دو انحصار کالا یا خدمتی را در اختیار دارد، قرارداد به ظلم می‌انجامد آزاد گذاردن طرف قوی قرارداد در سوءاستفاده از ضعف قدرت معاملی طرف دیگر و تحمیل شرایطی که فقط منافع او را لحاظ نموده و نتیجتاً به ضرر طرف ضعیف قرارداد تمام می‌شوند، به جهت اینکه مخالف با هدف اقتصادی قرارداد که همانا توزیع عادلانه ثروت در جامعه است می‌باشد، در تضاد با نظم عمومی اقتصادی است و این آزادی لاجرم باید محدود گردد.»^{۲۱} برخی از محققین حتی معتقدند که در فقه نیز بطلان شرط عدم مسئولیت یا کاهش مسئولیت به جهت مخالفت با نظم عمومی بوده است.^{۲۲}

۱۹. کریمی؛ مقاله پیشین، ص ۸۲

۲۰. ناصر، کاتوزیان؛ حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری) انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۸۶، ص ۷۲۳.

۲۱. ناصر، کاتوزیان؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ هفتم، سال ۱۳۸۵، ص ۱۶۷.

۲۲. محسن، ایزانلو؛ «شروط محدود کننده و ساقط کننده مسئولیت در قراردادها» شرکت انتشار، چاپ سوم، سال ۱۳۹۰، ش ۷۲ و ۷۶.

اگر چه کنترل محتوای قراردادها با تمامی مبانی حقوقی مذکور قابل توجیه است، با این حال، با توجه به محتوای مقررات کنترل‌کننده، به نظر می‌رسد اعمال محدودیت‌های جدید بر آزادی قراردادی با مبنای نظم عمومی سازگارتر است زیرا، اقدام دولت به مداخله الزاماً برای جلوگیری یا تاوان دادن اقدام سوءاستفاده گرایانه یک طرف و ممانعت از ورود ضرر به دیگری نیست بلکه در واکنش به نابرابر بودن سیستماتیک موقعیت چانه‌زنی طرفین و نارسایی‌های بازار است و با هدف عادلانه‌تر نمودن توزیع منابع، حمایت از طرف نوعاً ضعیف، کمک به ایجاد تعادل در حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد طرفین و به نوعی در جهت جلوگیری از برهم خوردن نظم عمومی اقتصادی صورت می‌گیرد. همچنین نظم عمومی از دیرباز در تمام سیستم‌های حقوقی محدودیتی بر آزادی قراردادی بوده است^{۲۳} بنابراین دور از ذهن نیست که با ابزار قراردادادن مقررات قانونی بتواند مبنای محدودیت‌های جدید قرار گیرد.

۱,۴. روش‌های کنترل

۱,۴,۱. کنترل قضایی

قبل از طرح بحث و تصویب مقررات کنترل جهت مبارزه با شروط ناعادلانه این دادگاه‌ها بوده‌اند که وظیفه کنترل محتوای قراردادها از جمله شروط ظالمانه را برعهده داشتند. آنها با استفاده از تکنیک‌های مختلف که در نظام‌های حقوقی مختلف در اختیار بوده است، قراردادها یا شروط ناعادلانه یا غیر منصفانه را از تضمین اجرایی محروم نموده‌اند. بنابراین از لحاظ تاریخی کنترل شروط ناعادلانه توسط دادگاه‌ها مقدم بر

۲۳. طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران نیز محکمه نمی‌تواند قرارداد‌های خصوصی مخالف با نظم عمومی را به موقع اجرا گذارد. در حقوق آلمان بند ۱ ماده ۱۳۸ قانون مدنی و در حقوق فرانسه نیز ماده ۶ ق. م محدود گردیدن آزادی قراردادی با نظم عمومی را بیان نموده است.

کنترل‌های قانونی می‌باشد. به‌ویژه در کشورهای کامن‌لا به جهت اهمیت مفهوم انصاف در حوزه حقوق قراردادهای، امکانات و ابزارهای فراوانی برای اجرا نمودن الزامات انصاف در قراردادها فراهم بوده است. در کامن‌لا همواره اجرای کامل قرارداد - که اعمال خشک اصل آزادی قراردادی، آن را دیکته می‌نماید - به وسیله اصل جبران‌کننده «منصفانه بودن» اصلاح گردیده است.^{۲۴}

۱،۴،۲. کنترل تقنینی

علی‌رغم تلاش‌های دادگاه‌ها در جهت تضمین عدالت در قراردادها، از اوایل قرن بیستم میلادی رفته رفته این اندیشه قوت گرفت که کنترل قضایی برای رسیدن به عدالت قراردادی کافی نمی‌باشد. گذشته از محدودیت‌هایی که حقوق قرارداد کلاسیک در مسیر برقراری تعادل قراردادی بر قضاوت تحمیل می‌نمود، این واقعیت نیز غیر قابل انکار بود که همه قراردادهای ظالمانه در دادگاه‌ها مطرح نمی‌شوند و لذا پدیده شایعی نظیر شروط ناعادلانه مندرج در قراردادهای استاندارد، مستلزم مبارزه‌ای وسیع و همه‌گیر می‌باشد. دولت‌ها در مواجهه با شرایط و واقعیت‌های جدید اجتماع ناگزیر شدند با تحمیل محدودیت‌های جدید بر آزادی قراردادی در حیطه قراردادهای خصوصی مداخله نمایند. لذا در پی قوانین کار، مؤجر و مستأجر، مقررات قراردادهای أخذ و ام و اوج کنترل تقنینی قراردادها در حوزه قراردادهای منعقد شده توسط مصرف‌کنندگان بروز نموده است و سعی دارد مصرف‌کنندگان را از جمله در برابر شروط ناعادلانه حمایت نماید.

24. Dimatteo larry "equity's modifications of contract: an analysis of the twentieth century's equitable reformation of contract law" 1999, 33 New England. L. Rev. 265, P:6.

۲. کنترل شروط ناعادلانه در حقوق خارجی

۲,۱. موضع حقوق انگلستان

۲,۱,۱. کنترل قضایی

پذیرش اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی سبب نشده است که دادگاه‌های کامن لا به اجرای قراردادهای شدیداً ناعادلانه رأی دهند. آنها در راستای نیل به هدف کنترل محتوای قراردادها و مقابله با شروط ناعادلانه روش‌ها و مبانی حقوقی مختلفی را به کار گرفته‌اند:

الف) روش تفسیر

دادگاه‌های انگلستان گاه از ابزار تفسیر و توسعه قواعد موجود کامن لا و عناوین بی اعتبار کننده قرارداد موجود در آن نظام، برای رهایی دادن از قید شروط ظالمانه استفاده نموده‌اند. یکی از اصول اساسی در تفسیر، که در بسیاری از پرونده‌ها جهت مبارزه با شروط غیر منصفانه مورد استفاده دادگاه‌ها قرار گرفته است، اصل تفسیر علیه پیشنهاد دهنده^{۲۵} است که طبق آن جایی که عبارات یک شرط مستثنی یا محدود کننده مسئولیت مبهم باشد به نحوی تفسیر خواهد شد که کمترین مطلوبیت را برای طرفی که به آن اتکا می‌کند داشته باشد.^{۲۶} به عنوان مثال در پرونده *Houghton v. Trafalgar insurance* (1954) که در آن ماشینی با پنج صندلی سرنشین، در حالی که شش مسافر داشت تصادف کرده بود و بیمه‌نامه راننده بیمه‌گر را از مسئولیت برای خساراتی که «در حالی ایجاد شده است که ماشین در حال حمل هرگونه باری بیشتر از آنچه که برای آن ساخته شده است، می‌باشد.»

25. Contra proferentem rule.

26. Elliott Catherine and Quinn Frances, contract law, third edition, Longman group, 2001, P:110.

معاف کرده بود، دادگاه با این استدلال که شرط به مواردی که در آنها ماشین در حال حمل بیش از حد مسافر است توسعه نمی‌یابد، بیمه‌گر را مسئول شناخت.^{۲۷}

در مورد شروط رافع مسئولیت تکنیک تفسیری دیگری که مورد استفاده دادگاه‌ها قرار می‌گرفته است زیر سؤال بردن درج شرط در قرارداد است. در حقوق کامن لا برای اینکه شرط جزئی از قرارداد تلقی گردد الزاماتی ضرورت دارد^{۲۸} و دادگاه‌ها در پرونده‌های مختلف با اعلام فقدان این الزامات با شروط عدم مسئولیتی که ظالمانه می‌یافتند مبارزه نموده‌اند.

تردید در اندراج شرط به‌ویژه در پرونده‌های موسوم به ticket cases معمول بوده است. به عنوان مثال در این موارد استدلال شده است که شرط به شکلی ارائه شده که مخاطب نمی‌توانسته به آن آگاه فرض شود (مثل پرینت ریز پشت بلیط) یا اینکه در زمانی به طرف ارائه شده که تا آن موقع قرارداد منعقد شده بوده است. به عنوان مثال در مورد شرط عدم مسئولیت در قبال وسایل مسافر، ملصق در دیوار اتاق هتل، رأی داده شده که شرط مزبور در قرارداد درج نشده است. با این استدلال که چون این شروط در زمان مناسبی به اطلاع مسافر رسانده نشده است، او در لحظه انعقاد قرارداد از آنها اطلاعی نداشته و بنابراین توافقی در مورد آنها حاصل نشده است.^{۲۹} در پرونده‌های مربوط به بلیط یک استدلال دیگر برای بی‌اعتباری شرط عدم مسئولیت این بوده که باید اخطار کافی

27. G. H. Treitel, "the law of contract", sweet maxwell, London, 1995, p:202.

۲۸. نگاه کنید به:

Treitel, ibid, p197-201.

۲۹. نگاه کنید به:

Stone Richard "The modern law of contract" 8th edition Routledge-Cavendish, 2009, P:292, Hein Kotz and Ayel flessner, European contract law, Vo. 1 translated by Tony Weir in 1997, clarendon press oxford, 1992, P:139 .

داده شود که آن بلیط به عنوان سند قراردادی محسوب می‌شود.^{۳۰} در مورد شروط استننا کننده مسئولیت دادگاه‌ها همواره بر لزوم اخطار و توجه دادن به شرط قبل از انعقاد قرارداد تأکید نموده‌اند. به ویژه در مورد شروط غیر معمول یا نامتوقع که رویه قضایی اعتبار آنها را منوط به این نموده است که استناد کننده به شرط اقدامات لازم برای اینکه شرط مورد توجه طرف قرار بگیرد را انجام داده باشد به نحوی که هر چقدر شرط سنگین تر باشد اخطار بزرگ‌تری لازم دانسته شده است.^{۳۱}

ب) استناد به دکترین ظالمانه و برخلاف وجدان بودن^{۳۲}

دادگاه‌های انگلستان در مواقعی که قادر نبودند به هیچ یک از عناوین نقص شکلی نظیر اشتباه، اکراه و اعمال فشار ناروا در بی اعتبار کردن یک قرارداد ناعادلانه استناد کنند و هیچ طریق و عنوان پوشاننده و تکنیک شناخته شده دیگری که به مدد آن بتوان عدالت قراردادی را تأمین نمود در دسترس نبود، از تئوری به نام تئوری ظالمانه یا غیر معقول بودن

۳۰. مثلاً در پرونده *chapelton v Barry udc* که خواهان در اثر خراب شدن صندلی حصیری کرایه شده در کنار ساحل، آسیب دیده بود و خوانندگان برای رهایی از مسئولیت به شرط عدم مسئولیت درج شده در پشت بلیطی که برای استفاده از صندلی تهیه شده بود، استناد کرده بودند، رأی داده شد که خوانندگان نمی‌توانستند به شروط استننا اتکا کنند زیرا، از ظاهر بلیط مشخص نیست که یک سند قراردادی است بلکه بیشتر یک رسید است. نگاه کنید به:

(Suff Marnah "essential contract law", Cavendish publishing limited, second edition, london, 1977. p:43)

۳۱. مثلاً در پرونده *interfoto picture library ltd v stiletto visual programs ltd 1989* که طی آن خواهان (شرکت عکاسی) هزینه‌های نگهداری فیلم‌ها را ده برابر بیشتر از حالت عادی به مشتری تحمیل کرده بود دادگاه تجدید نظر گفت که شروط سنگین برای معتبر بودن نیازمند این است که اقدامات خاصی برای رساندن آن به توجه خواننده انجام گرفته باشد (به نقل از منبع پیشین، ص ۴۹)

32. Unconscionability.

شرط یا قرارداد استفاده می‌نمودند. حقوق‌دانان و رویه‌نویسان انگلیسی سعی کردند دکترینی را به منظور در برگرفتن تمام ابزارهای پوشاننده به منظور رویه‌مند کردن عادلانه بودن قرارداد، فرمولیزه کنند.

نابرابری قدرت چانه‌زنی که یکی از پایه‌های دکترین برخلاف وجدان بودن است تئوری است که به واسطه آن ملاحظات انصاف در تعیین اعتبار قرارداد مد نظر قرار می‌گیرد و نخستین بار به وسیله قاضی لرد «دنینگ»^{۳۳} در پرونده *lioyds bank v. Bundy* ساخته و پرداخته شده است.^{۳۴} لرد دنینگ در این پرونده سعی کرد که یک قاعده کلی به دست بدهد او گفت: «با جمع کردن همه راه‌های متفاوتی که به واسطه آن حقوق انگلیس از طرف ضعیف‌تر در مقابل معامله زیان‌بار حمایت کرده است، روی هم رفته به نظر من در سراسر این مثال‌ها رفتاری واحد جریان دارد. آنها (قضات) به عدم برابری قدرت چانه‌زنی تکیه می‌کنند که به واسطه آن حقوق انگلستان جبران اعطا می‌کند به کسی که بدون دریافت مشورت مستقل به قراردادی با شرایط خیلی ناعادلانه وارد شده است، یا اموال را در ازای عوضی که شدیداً ناکافی است انتقال داده، زمانی که قدرت چانه‌زنی او به علت نیازها یا امیالش یا به دلیل غفلت یا ضعف او-که با اعمال فشار ناروا یا با اجباری که به وسیله طرف دیگر یا به نفع طرف دیگر وارد آمده است همراه شده- به شدت آسیب دیده است.»^{۳۵}

اما همان‌گونه که یکی از نویسندگان حقوقی متذکر شده است «با اینکه از قرن

33. Dening.

34. Nathan thal Spencer "inequality of bargaining power doctrine: the problem of defining contractual fairness" Oxford journal of legal studies, vol. 8-No1, spring 1988, p:17.

35. koffman Laurene and Macdonald Elizabeth, law Of contract 2004 fifth edition, p:354.

هفدهم موضوع قراردادهای غیر منصفانه و خلاف وجدان در حقوق انگلیس مطرح بوده و دادگاه‌های انصاف در موارد خاصی مثل قراردادهای واگذاری ارث آینده از اجرای این قراردادها به استناد غیر منصفانه و خلاف وجدان بودن آن خودداری کرده‌اند، ولی نظریه شروط غیر منصفانه و خلاف وجدان در حقوق انگلیس عمومیت پیدا نکرده است.^{۳۶}

قضات انگلیسی بیشتر ناچارند تئوری خلاف وجدان بودن را پشت نقائص شکلی و تئوری‌های موجود نظیر اشتباه یا عدم تشخیص و بی تجربگی کلی طرف معامله پنهان کنند. بر خلاف دادگاه‌های آمریکایی که این تئوری را به صراحت مورد استناد قرار می‌دادند. بعدها تئوری مزبور در قانون متحد الشکل تجاری آمریکا درج گردید (ماده ۲-۳۰۲) و یک ابزار و قدرت کامل برای کنترل قراردادها به قضات اعطا نمود. در واقع با اختیاراتی که این قانون به دادگاه داده است می‌توان گفت قاضی می‌تواند قرارداد را دوباره بنویسد.

علی‌رغم مطرح بودن برخی ایرادات به تئوری بر خلاف وجدان بودن از جمله اینکه این تئوری آزادی قراردادی را محدود می‌کند، با تئوری اراده که هسته حقوق قراردادهای کلاسیک است تعارض دارد و عدم اطمینان ناشی از فقدان تعریفی دقیق از آن، راه را برای مبادله اقتصادی ناکارآمد هموار می‌کند^{۳۸}، با این حال، وجود این تئوری در کامن لا و

۳۶. عبدالحسین، شیروی؛ مقاله «غیر منصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن لا با تأکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا» مجله مجتمعی آموزشی قم، سال چهارم، ش ۱۴، پاییز ۱۳۸۱، ص ۲۰.

۳۷. طبق این ماده «اگر دادگاه به عنوان امر حکمی قرارداد یا هر شرطی از آن را در زمان ایجاد، بر خلاف وجدان تشخیص دهد، می‌تواند از اجرای قرارداد امتناع کند یا باقی مانده قرارداد را بدون شرط ظالمانه اجرا کند یا اعمال شرط برخلاف وجدان را آنچنان محدود کند که از هر نتیجه ظالمانه‌ای اجتناب گردد.»

۳۸. به عنوان نمونه نگاه کنید به:

Amy, Schmitz, "embracing unconscionability, a safty net function", Alabama law review 73, (2006-2007) p:94-95.

استناد آشکار به آن توسط دادگاه‌های آمریکا از لحاظ ایجاد مبنای حقوقی جدید برای بی اعتبار کردن قراردادهای ناعادلانه و یا اصلاح شروط غیر معقول و گزاف بسیار حائز اهمیت است.

ج) کنترل باز و آزاد^{۳۹}

بررسی تحولات نظام حقوقی کامن لا نشان می‌دهد که متعاقب جنگ جهانی دوم و مشکلات و واقعیت‌های اقتصادی ناشی از آن روش دادگاه‌ها در واکنش نسبت به محتوای قراردادها تحولی آشکار داشته و هم زمان با استفاده از قواعد و تکنیک‌های موجود کامن لا به خلق قواعد جدید جهت به کارگیری علیه قراردادها و شرایط ناعادلانه پرداخته است. به عنوان مثال در خصوص شروطی که یک طرف را از مسئولیت ناشی از قصور خود رها می‌سازد دادگاه‌ها به این تلقی ملتزم بودند که ذاتاً غیر محتمل است که یک طرف به طور کامل دیگری را از همه نتایج ناشی از قصور وی بری نماید مگر اینکه این امر را با واضح‌ترین زبان بیان نموده باشد^{۴۰}. همچنین در مواجهه با شروط عدم مسئولیت رفته رفته قاعده‌ای توسط دادگاه‌های انگلیس شکل داده شد به این مضمون که شرط عدم مسئولیت در دفاع در برابر دعوی مبتنی بر نقض اساسی^{۴۱} قابل استناد نیست. بنابراین طرفی که یک شرط اساسی^{۴۲} قرارداد را نقض کرده است نمی‌تواند در پناه شرط عدم مسئولیتی که در قرارداد تحصیل کرده است از مسئولیت بگریزد. «همچنین دادگاه‌ها اگرچه داشتند که شرط

39. open control.

40. Oughton David and Davis Martin "source book on contract law", second edition 2000, Cavendish Publishing Limited, p:395.

41. fundamental breach.

42. Condition.

عدم مسئولیت را در موارد نقض عامدانه مقصود اصلی قرارداد بپذیرند. آنها فرض می‌کنند که طرف‌ها هرگز در نظر نداشتند که چنین نقضی باید مستثنی یا محدود گردد. بنابراین به عنوان مثال متصدی حمل کالا پس از اینکه کالاها را به شخصی تحویل داده که می‌دانسته اختیار دریافت آن را نداشته است، نمی‌تواند به شرطی که او را از مسئولیت حمایت می‌کند اتکا نماید.^{۴۳} استدلال‌هایی از این دست نشان دهنده مبارزه آشکار دادگاه‌ها علیه قراردادها و شروط ظالمانه بوده است.

۲،۱،۲. کنترل تقنینی

اگر چه قانون اعتبار مصرف‌کننده^{۴۴} ۱۹۷۴ نیز متضمن محدودیت‌های جدیدی بر اصل آزادی قراردادی در جهت تضمین عدالت قراردادی است. اما در سال ۱۹۷۷ قانونی به نام شروط غیر منصفانه قراردادی^{۴۵} در انگلستان به تصویب رسید که اگرچه موضوع آن نه همه شروط غیر منصفانه بلکه صرفاً کنترل شروط استثنا کننده و محدود کننده مسئولیت در قراردادها است، اما از لحاظ اولین اقدام خاص قانون‌گذاری با این عنوان در زمینه کنترل شروط ناعادلانه حائز اهمیت فراوان می‌باشد. این قانون که دامنه شمول آن هم شروط مذاکره شده و هم مذاکره نشده را در بر می‌گیرد، دسته‌ای از شروط از بین برنده یا محدود کننده مسئولیت را در هر شرایطی باطل اعلام می‌کند (مثل شرط محدود کننده یا سالب مسئولیت ناشی از قصوری که منجر به فوت یا صدمه جسمانی گردد^{۴۶}). و برخی دیگر را

43. Treitel, G. H "the law of contract", sweet & maxwell, London, 1995, p:212.

44. Consumer credit act.

45. Unfair contract terms.

۴۶. موضوع بند ۱ ماده ۲.

با معیار «معقول بودن»^{۴۷} مورد ارزیابی قرار می‌دهد.

در سال ۱۹۹۴ در اجرای دستور العمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا مقررات شرایط غیر منصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده^{۴۸} به تصویب رسید که در جهت انطباق بیشتر با دستورالعمل در سال ۱۹۹۹ مورد اصلاح قرار گرفت. طبق بند ۸ ماده این قانون شرط غیر منصفانه در قرارداد منعقدۀ توسط مصرف‌کننده با فروشنده یا تولیدکننده، مصرف‌کننده را ملزم نخواهد کرد^{۴۹}. دامنه شمول این قانون اگرچه شامل کلیه شروط غیر منصفانه (و نه صرفاً شروط محدودکننده یا حذف‌کننده مسئولیت) است، اما محدود به قراردادهای مصرف و شروط مذاکره نشده می‌باشد. هم به لحاظ عدم انطباق کامل موضوع و قلمرو و هم به جهت اینکه طبق دستورالعمل ۹۳/۱۳ کشورهای عضو می‌توانند مقررات شدیدتری برای مبارزه با شروط غیر منصفانه داشته باشند، قانون ۱۹۹۹ به‌طور کلی ناسخ و ناقض قانون ۱۹۷۷ نمی‌باشد و هر دو قانون در حال حاضر در حوزه و قلمرو خود-البته با لحاظ اصلاحاتی که قانون موخر بر قانون پیشین وارد نموده - معرّی هستند.

۲،۲. موضع حقوق فرانسه

۲،۲،۱. وضعیت حقوق فرانسه پیش از تصویب مقررات خاص

قانون مدنی پس از انقلاب فرانسه و در زمان اوج تفکرات لیبرالیستی انقلابیون تصویب گردید. تأثیرپذیری شدید نویسندگان قانون از اصل آزادی قراردادی سبب شد که اندیشه‌های مربوط به محدود نمودن آزادی قراردادی جهت برقراری تعادل اقتصادی در

47. Reasonableness.

48. Unfair terms in consumer contracts regulations.

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

قرارداد، چنان‌که باید در قانون مدنی رسوخ ننماید. اما دادگاه‌های فرانسه هیچ‌گاه در قلمرو محدود ترسیم شده توسط قانون مدنی اسیر نشدند و به مدد جادوی تفسیر از قواعد و مقررات موجود سلاحی برای مبارزه علیه ظلم و بی‌عدالتی که ممکن بود در قالب قرارداد روا داشته شود ساختند. «کاربرد وسیع و موردی نظریه عیوب رضا... امکان جبران موارد سوءاستفاده را داد.»^{۵۰} «دادگاه‌ها در عمل به شخصی که از قرارداد زیان‌دیده اجازه دادند که قرارداد را تحت عنوان فریب یا حیله رد کند. طرف قرارداد در صورتی فریبکار قلمداد می‌شود که از پیری بیش از حد طرف، بیماری، بی‌تجربگی جوانی یا آسیب‌پذیری او سوءاستفاده کرده باشد، بدون اینکه به او زمانی برای ملاحظه و بررسی بدهد یا به او پیشنهاد کند که با خانواده‌اش یا یک حقوق‌دان مشورت کند یا دامنه قرارداد را محدود جلوه دهد یا مخفی کند...»^{۵۱} دادگاه‌های فرانسه در مواجهه با شروط استاندارد، شروطی را که به نظر آنها غیر منصفانه بود، با این توجیه که آنها غیر قابل فهم یا ناخوانا هستند، غیر قابل اجرا اعلام می‌کردند. همچنین «فرض قانونی غیر قابل انکار شناخت عیوب مخفی به‌وسیله متخصصین مانع از اعتبار شروط رو به افزایش رافع مسئولیت گردید.»^{۵۲}

یکی از زیربناهای فکری دادگاه‌های فرانسه در کنترل شروط ناعادلانه این بوده که حقوق همیشه از طبقاتی مثل صغار، مجانین یا آنهایی که فاقد قدرت درک و قضاوت هستند حمایت کرده و به آنها حق ابطال معامله‌ای را که به ضرر خود منعقد نموده‌اند، داده است. بنابراین هر جای دیگری نیز که مشخص شود قضاوت افراد به وسیله سن، بیماری یا

۵۰. پروفیسور فیلیپ سیملر؛ سخنرانی با موضوع «راه حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی» ترجمه عباس قاسمی حامد منتشر شده در، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۳-۲۴، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی ۱۳۷۷، ص ۲۴۳.

51. Kotz and Flessner, Ibid, p:132.

۵۲. سیملر؛ همان، ص ۲۴۳.

برخی ویژگی‌ها و شرایط آنها آسیب دیده یا از واقعیت‌های مرتبط ناآگاه بوده و نتوانسته‌اند قضاوت سالمی انجام دهند - ولو اینکه اهلیت هم داشته باشند- و طرف معامله با علم به وضعیت خاص طرفش، از این وضعیت سوءاستفاده کند، قانون باید از این افراد نیز همان حمایت را به عمل آورد و این اصل در فرانسه به نحو وسیع پذیرفته شده است. هر چند که آنها بیشتر قواعد اشتباه و فریب را به کار می‌برند.^{۵۳}

علاوه بر تمسک به عیوب رضا و قواعد فریب و اشتباه مبنای دیگری که برای اعمال کنترل مورد استفاده دادگاه‌ها بوده است مفهوم نظم عمومی است. به عنوان مثال در مورد شروط عدم مسئولیت یا کاهش مسئولیت قضات فرانسوی از دیر باز بدون وجود مقرره خاص قانونی در این خصوص اینگونه شروط را به جهت مخالفت با نظم عمومی باطل می‌دانستند اما با گذشت زمان این رویه به این ترتیب اصلاح گردید که بی اعتباری اینگونه شروط به موارد تقصیر عمدی و سنگین محدود شد.^{۵۴}

۲،۲،۲. وضعیت حقوق فرانسه پس از تصویب مقررات خاص

در پایان دهه ۷۰ به دلیل استفاده روزافزون از قراردادهای استاندارد فرم و فقدان کنترل قضایی روی تمام شروط غیر منصفانه- زیرا، دیوان عالی کشور فقط شروط استثنای کننده تضمین انطباق کالاها و شروط محدود کننده مسئولیت را کنترل می‌نمود- پارلمان به منظور ایجاد تعادل بین طرفین قرارداد مداخله نمود و در سال ۱۹۷۸ قانونی به نام «قانون اطلاعات و حمایت از مصرف‌کننده کالاها و خدمات»^{۵۵} تصویب گردید. شروط

53. Ibid, p:135.

۵۴. ایزانلو؛ همان، صص ۱۶ و ۱۷.

55. loi sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de service.

سوءاستفاده کننده^{۵۶} که دربردارنده ایده سوءاستفاده از قدرت اقتصادی است با این قانون به ادبیات قانون‌گذاری فرانسه وارد گردید. طبق ماده ۳۵ این قانون یک شرط وقتی تحمیلی محسوب می‌شود که با سوءاستفاده از قدرت اقتصادی یک طرف قرارداد به طرف دیگر تحمیل شده و به صورت افراطی به نفع سوءاستفاده کننده از این قدرت است. این قانون کمیونی را تحت عنوان کمیسیون شروط تحمیلی پیش‌بینی کرد که وظیفه آن بررسی شروط قراردادی بود که عادتاً به وسیله حرفه‌ای‌ها بر غیر حرفه‌ای‌ها و مصرف‌کننده‌ها تحمیل می‌شوند. شورای دولتی مسئول بود پس از مشورت با کمیسیون شروط تحمیلی نسبت به صدور مصوباتی که مشتمل بر لیست‌هایی از شروط ممنوع می‌باشند اقدام نماید. هر چند کمیسیون توصیه‌نامه‌هایی که بیانگر شروط سوءاستفاده‌گرانه بالقوه بودند صادر می‌نمود اما این توصیه‌نامه‌ها تا زمانی که به شکل قانون در نیامده بودند برای دادگاه‌ها الزام‌آور نبودند.^{۵۷}

اگر چه مقررات قانون مصرف تا حدود زیادی محدود بود (محدود به مصرف‌کننده یا غیر حرفه‌ای) اما دادگاه‌ها در عمل تفسیر وسیعی از مقررات مصوبه اتخاذ می‌کردند. از جمله تفسیری که از کلمه «غیر حرفه‌ای» مندرج در مصوبه به عمل آورده‌اند یا تفسیر آنها از «قرارداد برای فروش»^{۵۸}. همچنین حمایت قانون‌گذار محدود به شرایط از پیش تهیه شده

۵۶. *les clause abusive*، این عبارت که معادل شروط غیرمنصفانه در حقوق انگلستان می‌باشد، در حقوق ایران به «شروط تحمیلی» ترجمه شده است؛ به عنوان مثال نگاه کنید به: ترجمه عباس قاسمی حامد از سخنرانی پرفسور فیلیپ سیملر با موضوع راه حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۳ و ۲۴، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی ۱۳۷۷ و مقاله عباس کریمی با عنوان «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۱، سال اول، تهران، بهار و تابستان ۱۳۸۱.

57. *nebbia, paoliza "unfair contract terms in European law a study in comparative and EClaw" Oxford and Portland, Oregon, 2007, p:27.*

58. *Contract for sale.*

نبود و کنترل می‌توانست روی همه شرایط اعمال شود. سال ۱۹۸۸ قانونی تصویب شد که با اجازه دادن به مصرف‌کنندگان به طرح دعوا علیه حرفه‌ای‌ها به منظور حذف شروط غیر منصفانه در قراردادهای استاندارد فرم، قانون ۱۹۷۸ را تحکیم نمود. در سال ۱۹۹۵ قانون مصرف جدید تصویب و جایگزین قانون ۱۹۷۸ گردید و به این سان قانون‌گذار فرانسوی دستورالعمل ۱۹۹۳ اتحادیه اروپا را در خصوص شروط غیر منصفانه در قانون مصرف فرانسه وارد نمود.

قانون مصرف فعلی سه مزیت عمده نسبت به دستورالعمل دارد: نخست اینکه بر خلاف دستورالعمل که حمایت آن محدود به اشخاص طبیعی است، اشخاص حقوقی و حرفه‌ای‌هایی را که خارج از تجارت خود قرارداد می‌بندند را در بر می‌گیرد. دوم اینکه قلمرو آن وسیع‌تر بوده و در مورد شروط مذاکره شده و مذاکره نشده و همچنین مقررات قراردادی تصویب شده به وسیله دستگاه دولتی به کار می‌رود. سوم اینکه قانون ۱۹۹۵ مفهوم حسن نیت را به عنوان معیاری برای ارزیابی شروط غیر منصفانه حذف نمود. در مجموع این قانون نسبت به استاندارد حداقلی دستورالعمل، حمایت وسیع‌تری را در برابر شروط غیر منصفانه فراهم می‌نماید.^{۵۹}

۲.۳. موضع حقوق آلمان

قبل از انجام کنترل تقنینی شروط غیر منصفانه، این دادگاه‌های آلمانی بودند که پرچم‌دار مبارزه با شروط مزبور بودند و در این راستا ماده ۱۳۸ و بعدها ماده ۲۴۲ قانون مدنی این کشور نیز یاری دهنده قضات بود.

59. vigneron Sophie "implementation of the unfair contract terms directive in france". 2007, kent academic repository –<http://kar.kent.ac.uk>, p:2.

۱,۳,۲. وضعیت حقوق آلمان قبل از مقررات خاص و اصلاح قانون مدنی

دیدگاه اصلی قانون مدنی آلمان در مورد محدود نمودن آزادی قراردادی برای برقراری تعادل قراردادی به این شکل می‌توانست خلاصه گردد که «محتوای قرارداد به خودی خود غیر از موارد تعدی به مقررات قانونی یا اخلاق حسنه به عنوان مبنای کافی برای توجیه مداخله دادگاه تلقی نخواهد گردید . . . و اگر الزامات عدالت شکلی تأمین گردد عدالت ماهوی زیر سؤال نخواهد رفت. طرفین بهترین تضمین‌کننده‌های حقوق متقابل خود هستند»^{۶۰}.

اما دادگاه‌های آلمانی با استفاده از روش تفسیر و حداکثر بهره‌گیری از تأسیسات و نهادهای موجود در قانون مدنی در برابر شروط غیر منصفانه قراردادی واکنش نشان داده‌اند.

یکی از مبانی قانونی مورد استناد دادگاه‌ها برای کنترل محتوای قراردادها بند ۱ ماده ۱۳۸ قانون مدنی بود که بر اساس آن اگر قرارداد بر خلاف نظم عمومی باشد باطل است. قضات با تمسک به این ماده پاره‌ای از قراردادهایی را که طرف قوی بر طرف ضعیف تحمیل نموده بود، تحت عنوان محدود کننده تجارت، مخالف نظم عمومی و در نتیجه باطل اعلام می‌کردند.

متعاقباً آنها به اهمیت و کارایی بند ۲ ماده ۱۳۸ پی برده و در موارد بسیاری از قراردادها یا شروط ناعادلانه از آن بهره جستند. به موجب این بند: «به‌ویژه معامله‌ای باطل است که به وسیله آن شخص با بهره‌گیری از ضعف، بی‌تجربگی، فقدان قضاوت صحیح یا ضعف قابل ملاحظه اراده شخص دیگر که به وسیله خود او یا شخص ثالثی ایجاد شده است در مبادله یک عمل اجراء، متعهد له واقع شده یا مزایای نقدی به دست آورد که به

60. Sir basil markesinis, hannes unberath and angus Johnston, the german law of contract a comparative treatise, second edition, oxford Portland, Oregon, 2006, p:45.

نحو آشکار با اجرا نامتناسب باشد»^{۶۱}. بنابراین به عنوان مثال یک شرط محدود کننده مسئولیت متصدی حمل با این عنوان که متصدی حمل از امتیاز انحصاری خود سوءاستفاده نموده و به استانداردهای اخلاقی مردمی که فکر آنها عادلانه و منصفانه بود تعدی نموده است تحت این بند باطل اعلام شد. دادگاه اضافه نمود که چنین شرطی در شرایط استاندارد متصدی حمل که مسئولیت او را در خصوص قصور استثنا می‌کند صرفاً در صورتی که از یک توافق آزادانه مذاکره شده منتج شده باشد، نافذ است.^{۶۲}

دادگاه‌های آلمانی برخی اوقات جهت بی اعتباری شروط غیر منصفانه به عدم تحقق تراضی واقعی در خصوص شرط استناد نموده‌اند. عنوان مثال شروط نامعمول و غیر متوقع را به استناد عدم وجود تراضی واقعی در مورد آنها باطل دانسته و تأکید می‌نمودند که مشتری باید به نحو منصفانه و عادلانه‌ای توقع وجود این شروط را در قرارداد داشته باشد. همچنین در رویارویی با شروط محدود کننده مسئولیت نسبت به تفسیر مضیق آنها اقدام می‌نمودند.^{۶۳}

بعد از جنگ‌های جهانی و از اواسط دهه ۵۰ قرن گذشته دادگاه‌های آلمانی دریافتند که باید نقش فعالانه‌تری را در این خصوص ایفا نمایند. لذا نسبت به ایجاد و توسعه قواعدی برای ارزیابی «عادلانه» بودن شروط قراردادی مبادرت نمودند. از این دوره می‌توان

61. (2) In particular, a legal transaction is void by which a person, by exploiting the predicament, inexperience, lack of sound judgment or considerable weakness of will of another, causes himself or a third party, in exchange for an act of performance, to be promised or granted pecuniary advantages which are clearly disproportionate to the performance.

62. March, *ibid*, p:301.

۶۳. به نقل از میرحسین، عابدیان؛ جزوه درسی حقوق مدنی تطبیقی «شروط غیرعادلانه قراردادی» دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید، نیمسال اول ۸۷-۸۶ (ارائه شده در قالب پاورپوینت) صص ۵۰-۶.

به عنوان دوره اعمال کنترل آشکار یاد نمود. توجیه قانونی آنها ماده ۲۴۲ قانون مدنی بود که بیانگر ضرورت اجرای توأم با حسن نیت قراردادها است.^{۶۴} آنها برای تأیید شروطی که از اصل حسن نیت فاصله گرفته بودند توجیحات قانع کننده لازم می‌دیدند به زعم ایشان هر اندازه که شرط قرارداد از اعمال دقیق و کامل اصل حسن نیت دور باشد توجیه باید قانع کننده‌تر باشد. «دادگاه‌ها همسو با نویسندگان دانشگاهی بر این عقیده بودند که در یک قرارداد استاندارد که به وسیله یک طرف بر طرف دیگر تحمیل می‌شود آزادی قراردادی واقعی وجود ندارد. شروط قراردادی تأثیر خود را از اختیار خصوصی طرفین می‌گیرند و نه فقط از پیشنهاد آن به وسیله یک طرف، بنابراین شرایط قرارداد استاندارد فرم اگر مخالف اصل حسن نیت باشند باید بی اثر اعلام شوند.»^{۶۵}

۲،۳،۲. مقررات خاص

علی‌رغم بهترین تلاش‌های دادگاه‌ها تا سال ۱۹۷۰ میلادی، ضرورت اقدام قانون‌گذاری برای مبارزه با شروط ناعادلانه احساس شد. ابتدا لایحه حمایت از حقوق مصرف‌کننده تصویب شد که شرایط استاندارد در قراردادهای مصرف (طرف غیر تاجر) را کنترل می‌نمود. متعاقب طرح انتقاداتی نسبت به لایحه فوق و اعمال تغییراتی در آن، قانون کنترل حقوق راجع به شرایط عمومی تجارت^{۶۶} تصویب گردید. و بالاخره قانون مربوط به شرایط قراردادی نمونه (استاندارد)^{۶۷} از اول آوریل ۱۹۷۷ لازم الاجرا شد که هم در مورد

۶۴. عابدیان؛ همان، ص ۸.

65. March, *ibid*, p:302.

66. The Act for the control of the law of general conditions of business.

67. Standard contract terms act.

مصرف‌کنندگان و هم قراردادهای تجاری، شغلی و... قابل اجرا بود و حمایت‌های آن محدود به مصرف‌کنندگان نبود. لیکن این مقررات صرفاً شروط قراردادی را که برای استفاده در تعداد زیادی از قراردادها فراهم شده و توسط شخصی به شخص دیگر پیشنهاد می‌شوند (شرایط استاندارد) را کنترل می‌نمود و نظیر قانون مصرف‌فرانسه حاکم بر همه شرایط قراردادی نبود. قانون مذکور طی اصلاحاتی که در سال ۲۰۰۲ در قانون مدنی آلمان صورت گرفت و با الحاق بخشی تحت عنوان بخش دوم و مواد ۳۰۵ به بعد به این قانون، نسخ گردید و در حال حاضر این بخش قانون مدنی با عنوان «شکل دادن تعهدات قراردادی به وسیله شرایط استاندارد تجارت»^{۶۸} در مورد شروط استاندارد حکومت نموده و اجراکننده الزامات دستورالعمل ۹۳/۱۳ شورای اتحادیه اروپا در مورد شروط غیر منصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده می‌باشد. مراد از شروط استاندارد مطابق بند ۱ ماده ۳۰۵ شروطی هستند که برای استفاده در مواردی از معاملات از پیش تهیه شده‌اند و یک طرف به هنگام انعقاد قرارداد، فرم مزبور را به عنوان پیش‌نویس قرارداد به طرف دیگر پیشنهاد می‌کند. بند ۱ ماده ۳۰۷ در فرضی که شرط بر خلاف مقتضیات حسن نیت، برای طرف دیگر به نحو غیر معقولی زیان‌بار باشند ضمانت اجرای بطلان را پیش‌بینی نموده است. در فرضی نیز که بقای قرارداد متضمن دشواری غیر متعارفی برای احد طرفین است بطلان کل قرارداد پیش‌بینی شده است. (بند ۳ ماده ۳۰۶)

از دیگر اوصاف این دسته از مقررات قانون مدنی آلمان این است که حمایت این قانون محدود به مصرف‌کنندگان نیست و بنابراین فرض عمومی «طرف ضعیف» وجود ندارد اما شروطی که مورد مذاکره قرار گرفته باشد از دایره شمول آن خارج است.^{۶۹} بررسی اجمالی موضع حقوق کشورهای انگلستان، فرانسه و آلمان در مورد نحوه

68. Drafting contractual obligations by means of standard business terms.

69. Markesinis, Unberath Johnston, ibid, p:170.

مبارزه با شروط غیر منصفانه نشان می‌دهد که با وجود اختلاف در شیوه‌ها و تکنیک‌ها، حرکت‌ها نهایتاً همگرا بوده و این کشورها قبل از انجام کنترل تقنینی، از ابزارها و روش‌هایی که در حقوق داخلی در دسترس بوده جهت مقابله با شروط ناعادلانه بهره گرفته‌اند.

۳. وضعیت حقوق ایران

۳.۱. کنترل قضایی

طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران محکمه نمی‌تواند قراردادهای خصوصی را که مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شوند به اجرا گذارد. بنابراین در حقوق ما نظم عمومی محدودیت مستقلی بر آزادی قراردادی وارد نموده و به لحاظ گستردگی ابعاد مفهوم نظم عمومی (نظم عمومی اقتصادی، اجتماعی، قضایی . . .) مبنای حقوقی مستحکمی جهت کنترل قراردادهای خصوصی در اختیار دادگاه‌ها قرار می‌دهد. اما متأسفانه علی‌رغم وجود چنین مقرره‌ای در قانون مدنی ما و برخلاف رویه قضایی در نظام‌های حقوقی دیگر که از این مفهوم در جهت مبارزه علیه قراردادهایی که طرف قوی با سوءاستفاده از موقعیت خود بر طرف ضعیف تحمیل می‌نماید استفاده نموده‌اند، بررسی مجموعه‌های آرای منتشر شده نشان می‌دهد که یافتن مصادیق کنترل قضایی با تمسک به این مبنا در رویه قضایی ما دشوار می‌باشد.^{۷۰} گذشته از بحث نظم عمومی قانون مدنی در بحث شرایط نفوذ ترازی، عیوب اراده و خيارات موادی دارد که لزوم تعادل عوضین و عادلانه بودن داد و ستد از آنها قابل استنباط است. اما رویه قضایی ما به ندرت از این ابزارهای موجود برای کنترل محتوای قراردادها و شروط ناعادلانه استفاده نموده و در

۷۰. به نقل از امیرناصر، کاتوزیان؛ مقاله «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف کننده» فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، ش ۳، سال ۱۳۸۷، ص ۳۳۲.

حقوق ما محدود نمودن آزادی قراردادی از طریق قانون انجام گردیده است.

۳,۲. کنترل تقنینی

مثال‌های زیادی از کنترل تقنینی جهت عادلانه نمودن محتوای قراردادها در حقوق ایران قابل ذکرند اما هدف اصلی بررسی این امر است که قوانین حمایت از مصرف‌کننده برای حمایت مصرف‌کنندگان در برابر شروط ناعادلانه چه تمهیدی اندیشیده‌اند. ابتدا حمایت‌های انجام شده توسط سایر مقررات و سپس موضع قانون حمایت از مصرف‌کننده بررسی می‌شود و در نهایت با توجه به اهمیت ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک در بحث ما، به تحلیل آن خواهیم پرداخت.

۳,۲,۱. سابقه کنترل‌های تقنینی

اندیشه‌های حمایت از طرف ضعیف و مداخله دولت به منظور برقراری عدالت قراردادی البته همیشه توأم با تاخیر به حقوق کشور ما نیز رسوخ و اعمال کنترل تقنینی محتوای قراردادها را در برخی حوزه‌ها سبب شده است. قانون‌گذار ایرانی نیز در حوزه قراردادهای اجاره و کار سابقه مداخله دارد. همچنین کنکاش در لایه لای قوانین موجود اعمال کنترل تقنینی در حوزه برخی قراردادهای دیگر را نیز آشکار می‌سازد. به عنوان مثال بند ۸ ماده ۵۴ قانون دریایی شرط عدم مسئولیت را در باربری دریایی باطل دانسته است و ماده ۱۸ قانون مزبور در خصوص مسافرت با کشتی و پیمان ۱۹۲۹ ورشو نسبت به مسافرت با هواپیما (که در حکم قانون داخلی می‌باشد)، شرط عدم مسئولیت را باطل شناخته است. علاوه بر این ماده ۱۷۹ قانون مزبور نیز چنین مقرر می‌دارد: «هر قرارداد کمک و نجات که حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل یا تغییر داده شود. در کلیه موارد اگر ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله و خدعه و اغفال جلب شده

است و یا اجرت مذکور به ثبت خدمت انجام یافته فوق العاده زیاد یا کم است دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین، قرارداد را تغییر داده و یا بطلان آن را اعلام نماید.»

اصلاح مورخ ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک را که در جهت گرفتن اثر مملکت از بیع شرط و معاملات با حق استرداد تصویب شده است را نیز می‌توان در فهرست کنترل‌های تقنینی به منظور عادلانه نمودن محتوای قراردادهای احصا نمود.

علاوه بر این قانون تعزیرات حکومتی را که در صدد ممنوع کردن گران‌فروشی، کم‌فروشی و تقلب در معامله، احتکار و امتناع از عرضه کالا به قید جریمه و مجازات‌های اداری می‌باشد و تمام قوانین تعیین‌کننده تعرفه و مشخص‌کننده بهای مجاز برای برخی کالاها و خدمات را می‌توان نوعی کنترل تقنینی قرارداد به حساب آورد. قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو - که البته به لطف نقص سیستماتیک برخی از خودروهای ساخت داخل که منجر به صدمات شدید و یا فوت مصرف‌کنندگان می‌گردید، تصویب شده - نیز از جمله کنترل‌های تقنینی به منظور حمایت از طرف ضعیف و ایجاد تعادل قراردادی می‌باشد. از دیگر متون قانونی تنظیم‌کننده قراردادهای خصوصی که حتی عبارت شروط غیر منصفانه در آن تصریح گردیده است قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه و اجرا سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷ می‌باشد که در ماده ۴۵ بند ط جزء ۲ سوءاستفاده از وضعیت مسلط اقتصادی از طریق تحمیل شروط غیر منصفانه را منع نموده است. صرف نظر از چارچوب این قانون که مربوط به حقوق رقابت و عمدتاً در جهت تضمین حقوق بنگاه‌های اقتصادی می‌باشد و همچنین صرف نظر از اینکه مستنبط از صدر ماده ۴۵، سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط در صورتی که سبب اختلال در رقابت شود ممنوع است، اهمیت این مقرر از جهت فراهم نمودن ابزاری برای کنترل شروط غیر منصفانه غیر قابل انکار است. هر چند از جمله به جهت ناشناخته و نامأنوس بودن مفهوم و مصداق شرط غیر منصفانه در حقوق ما، احتمال اینکه دادگاه‌ها این ابزار را به کار ببرند چندان زیاد به نظر نمی‌رسد.

۳،۲،۲. قانون حمایت از مصرف‌کننده

علی‌رغم اینکه تحولات اقتصادی و اجتماعی سده اخیر در کشور ما نیز ضرورت تصویب قوانین حمایت از عموم مصرف‌کنندگان و به‌ویژه حمایت از مصرف‌کنندگان در برابر شروط ناعادلانه و یک‌طرفه‌های که در لوای قراردادهای خصوصی به آنها تحمیل می‌شود را، حتی بیشتر از کشورهای دیگر، ایجاب می‌نمود لیکن قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده‌گان با گرفتن فاصله‌ای طولانی از نمونه‌های قوانین مصرف، با وجود به‌کار رفتن عبارت «شرایط غیرعادلانه» در متن آن (بند ه ماده ۱) فاقد مقرراتی در خصوص کنترل شرایط ناعادلانه در قراردادهای منعقد شده توسط مصرف‌کننده می‌باشد. در بند ه ماده یک در تعریف تبانی که در قانون مزبور جرم محسوب شده یکی از مصادیق تبانی، سازش و مواضعه بین عرضه‌کنندگان به منظور تحمیل شرایط غیر عادلانه بر اساس عرف در معاملات بر مصرف‌کننده احصا گردیده است.

ملاحظه می‌گردد که تحمیل شرایط غیر عادلانه ممنوع نیست بلکه تبانی ممنوع است. همچنین آنچه که به عنوان یکی از مصادیق تبانی ممنوع گردیده سازش و مواضعه بین عرضه‌کنندگان به منظور تحمیل شرایط غیر عادلانه است. بنابراین اگر عرضه‌کننده‌ای در قراردادهای با مصرف‌کننده شرایط ناعادلانه را تحمیل نماید عمل او خلاف قانون نیست، بلکه آنچه ممنوع است این است که با عرضه‌کننده دیگر در این زمینه سازش و توافق نماید. طبیعتاً این قانون به هیچ نحو متعرض اعتبار شرایط غیر عادلانه نگردیده است که شاید به جهت بیم مغایرت با موازین شرعی دال بر لزوم وفای به شرط بوده است.

۳،۲،۳. ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک

این قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ بود که برای نخستین بار عبارت «شرط غیر منصفانه» را وارد ادبیات حقوقی کشور ما نموده و آن را علیه مصرف‌کننده غیر مؤثر اعلام کرد. بر اساس این ماده: «شروط قراردادی بر خلاف مقررات فوق و شروط غیر

منصفانه علیه مصرف‌کننده مؤثر نیست» با توجه به ناشناخته بودن لفظ «غیر منصفانه» در ادبیات حقوقی ما به نظر می‌رسد عبارت مذکور در اثر مسامحه قانون‌گذار ناشی از ترجمه لفظ به لفظ قانون خارجی (قانون نمونه آنسترال) صورت گرفته باشد^{۷۱} زیرا، در هیچ جای قانون تعریفی از آن به عمل نیامده و مصادیق شرط غیر منصفانه و لو به‌طور تمثیلی (چنانچه در قوانینی از این دست مرسوم است) احصا نگردیده است. که این امر نیز بر دشواری اجرای ماده ۴۶ توسط دادگاه‌ها می‌افزاید.

تردیدی وجود ندارد که اگر شرطی مطابق مقرر صدرالذکر غیر منصفانه تلقی شود از مصادیق شرط ممنوع و نامشروع قرار گرفته و به حکم بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی باطل و بلا اثر محسوب می‌شود. بدون اینکه به صحت و نفوذ عقد حاوی آن لطمه‌ای وارد آید. اما پرسشی که از لحاظ قلمرو این مقرر قابل طرح است این است که آیا این مقرر چون در قانون تجارت الکترونیک آمده است، مختص قراردادهای الکترونیکی و خرید از طریق اینترنت است یا در سایر قراردادهای مصرف نیز می‌تواند کاربرد داشته باشد؟

به دو نحو می‌توان به این پرسش پاسخ داد:

۱. این ماده در قانون تجارت الکترونیک درج گردیده و حدود قلمرو آن نیز محدود به قراردادهایی است که قانون مزبور بر آنها حاکم است یعنی قراردادهایی که به روش الکترونیکی منعقد می‌گردند و چون این ماده استثنایی و بر خلاف اصل صحت و نفوذ شروط است پس باید در محدوده نص تفسیر شده و به قراردادهایی غیرالکترونیکی مصرف‌کننده تسری داده نشود.

۲. در این ماده آمده است شروط غیر منصفانه علیه مصرف‌کننده مؤثر نیست، کلمه مصرف‌کننده به شکل مطلق به کار برده شده و شامل همه مصرف‌کننده‌ها حتی آنهایی که

۷۱. عدم پیگیری رویکرد بی‌اعتباری این گونه شروط در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مؤید این استدلال است.

از طریق اینترنت معامله نمی‌نمایند، نیز می‌شود و هیچ دلیل و قرینه‌ای مبنی بر تقید حکم قانون‌گذار در دسترس نمی‌باشد. همچنین از لحاظ اصول حقوقی نیز مصرف‌کننده تعریف شده در این قانون خصوصیتی ندارد که حمایت قانون‌گذار منحصر به آن شود.

اگرچه استدلال نخست به لحاظ مبنایی قوی به نظر می‌رسد، اما استدلال دوم واقع‌گرایانه‌تر و عادلانه‌تر است. وقتی که نظام حقوقی ما ولو به‌طور ناقص و نارسا مقررهای در خود دارد که با استفاده از آن می‌توان به سوی تضمین عدالت و انصاف در قراردادهای منعقد شده توسط یکی از اقشار وسیع نیازمند حمایت، گام برداشت و در وضعیت فقد هر مقررهای حمایتگری از این دست، چرا باید تفسیری را برگزینیم که قشر عظیمی از شهروندان را از حمایت قانون‌گذار محروم نماید. بنابراین می‌توان گفت شرطی که غیر منصفانه تشخیص داده شود بر علیه مصرف‌کننده‌ای که از طریق اینترنت معامله نموده است نیز نافذ نیست. حتی اگر این استنتاج قابل تردید باشد، امکان اخذ وحدت ملاک از مقررهای مذکور وجود دارد.

در نهایت باید امیدوار بود که قانون‌گذار ملزم به رعایت احکام و قواعد حقوقی مذهبی که به اعتقاد برخی از محققین در آن عدالت به مثابه قاعده است^{۷۲} ممنوع نمودن تحمیل شروط ظالمانه در قراردادها را مغایر با اصول و موازین شرعی تلقی ننموده و حمایت جامع از طرف‌های ضعیف قرارداد را با کنترل تقنینی شروط ناعادلانه تمهید نماید.

۷۲. نگاه کنید به: کتاب «عدالت به مثابه قاعده» نوشته سید محمد اصغری، انتشارات اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۸۸.

نتیجه‌گیری

مطالعه عکس‌العمل حقوق کشورها در خصوص شروط ناعادلانه نشان داد که اگرچه ابزارها و قواعد مورد استناد و قوانین تدوین شده تا حدودی متفاوت است اما حرکت‌ها نهایتاً همگرا بوده و سمت و سوی واحدی دارد و آن جلوگیری از انحراف قرارداد از هدف اصلی خود و سوءاستفاده از این عنوان توسط طرف قوی برای تحمیل شرایطی است که صرفاً در جهت تأمین منافع او و به ضرر طرف ضعیف در قرارداد گنجانده می‌شود. در کشور ما علی‌رغم وجود ضرورت این امر قانون حمایت از مصرف‌کننده ابزار مؤثری جهت کنترل شرایط ناعادلانه قراردادی در قراردادهای منعقدۀ توسط مصرف‌کننده ارائه نمی‌دهد و تعیین شروط این قراردادها نیز نظیر سایر قراردادهای بین طرف‌های نوعاً نابرابر (مثل بانک و وام‌گیرنده، بیمه‌گر و بیمه‌گذار و متصدی حمل و مسافر...) به ابتکار عمل طرف قوی ارائه‌کننده شرایط استاندارد سپرده شده است. اما به لحاظ تئوریک دادگاه‌ها این امکان را دارند که با تمسک به مواد مرتبط قانون مدنی و به‌ویژه مفهوم نظم عمومی خلأ ناشی از فقدان کنترل تقنینی مناسب در زمینه شروط ناعادلانه را تا حدود زیادی پر نمایند.

منابع

الف) فارسی

۱. اصغری، سید محمد؛ «عدالت به مثابه قاعده» انتشارات اطلاعات، چاپ اول، سال ۱۳۸۸.
۲. ایزانلو، محسن؛ «شروط محدود کننده و ساقط کننده مسئولیت در قراردادها» شرکت انتشار، چاپ اول، سال ۱۳۸۲.
۳. بهرامی احمدی، حمید؛ سوءاستفاده از حق مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی، انتشارات اطلاعات تهران، ۱۳۷۰.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۴۰.
۵. عابدیان، میرحسین؛ جزوه درسی حقوق مدنی تطبیقی «شروط غیر عادلانه قراردادی» دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید، نیمسال اول ۸۷-۸۶ (ارائه شده در قالب پاورپوینت).
۶. کاتوزیان، امیرناصر؛ حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری) انتشارات دانشگاه تهران سال ۱۳۸۶.
۷. کاتوزیان، امیر ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ هفتم، سال ۱۳۸۵.
۸. کاتوزیان، امیر ناصر؛ فلسفه حقوق، جلد اول، چاپ چهارم، شرکت سهامی انتشار، سال ۱۳۸۵.
۹. کاتوزیان، امیر ناصر؛ مقاله «ستایش قرارداد یا اداره قرارداد» مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۵۲، سال ۱۳۸۰.
۱۰. کاتوزیان، امیرناصر؛ مقاله «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف کننده» فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، ش ۳، سال ۱۳۸۷.
۱۱. کریمی، عباس؛ «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها»، مجله

- پژوهش‌های حقوقی، ش ۱، سال اول، تهران، بهار و تابستان ۱۳۸۱.
۱۲. سیملر، فیلیپ؛ «راه حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی» ترجمه عباس قاسمی حامد، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۳-۲۴، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی ۱۳۷۷.
۱۳. شیروی، عبدالحسین؛ مقاله «غیر منصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن لا با تأکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا» مجله مجتمع آموزشی قم، سال چهارم، ش ۱۴، پاییز ۱۳۸۱.
۱۴. نبوی زاده، آیت الله؛ «سوءاستفاده از حق در حقوق قراردادی»، انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۰.

ب) لاتین

15. Atiyah P. S "Essays on contracts "Essay 6 "the liberal theory of contract" clarendon press Oxford, 1990.
16. Barnhizer daniel D, "bargaining power in contract theory" Michigan state university college of law, legal studies research paper series, research paper no 03-04, 2005, downloadable from :<http://ssrn.com/abstract=578578>.
17. Bernstein. David E "freedom of contract", Gorge Mason university school of law. law and Economics Research paper series 08-51.
18. cserne Peter "freedom of choice and paternalism in contract law: prospects and limits of an economic approach" PHDthesis ,2008, social science research network (ssrn).
19. Cheshire, fifoot and furnstons law of contract eleventh edition, 1986.
20. Dimatteo larry "equity's modifications of contract: an analysis of the twentieth century's equitable reformation of contract law" 1999, 33 New England. L.

Rev. 265.

21. Elliott Catherine and Quinn, Frances ,contract law, third edition, Longman group, 2001.

22. Gilmore Grant, Collins ,Ronald K. L., "the death of contract" Ohio state university press, 1995.

23. Kessler, Friedrich, ,"contracts of adhesion:some thoughts about freedom of contract", 1943. Faculty scholarship series paper.

24. Kotz Hein and flessner Ayel ,European contract law, Vo. 1 translated by Tony Weir in 1997, clarendon press oxford, 1992.

25. koffman Laurene and Macdonald Elizabeth, law Of contract 2004 fifth edition.

26. March , P. D. V ,comparative contract law ,England ,France ,Germany 1993.

27. markesinis Sir basil, unberath hannes and Johnston angus ,the German law of contract a comparative treatise ,second edition, oxford Portland, Oregon, 2006.

28. Nathan thal Spencer "inequality of bargaining power doctrine: the problem of defining contractual fairness" Oxford journal of legal studies,vol. 8-No1, spring 1988.

29. nebbia paoliza,"unfair contract terms in European law a study in comparative and EClaw" Oxford and Portland, Oregon, 2007.

30. oughton David and davis Martin "source book on contract law" ,second edition 2000, cavendish publishing limited.

31. Posner Richard, the economic analyses of law, 4th editon, 1973.

32. Schmitz, Amy "embracing unconscionability, safety net function", Alabama law review 73, (2006-2007).

<http://digitalcommons.yale.edu/fss-papers/2731>

33. Spector Horacio "a contractarian approach to unconscionability" Spector author approved edits 12-01-0(H)(P) doc 2006.

34. Stone Richard "The modern law of contract" 8th edition Routledge-Cavendish, 2009.

35. Treitel, G. H "the law of contract", sweet & maxwell, London, 1995.

36. Vigneron Sophie "implementation of the unfair contract terms directive in France". 2007, Kent Academic Repository – <http://kar.kent.ac.uk>.