

سازوکارهای حقوقی حمایت از طرف ضعیف در عقود تحمیلی

آزاده نجفی^۱، ابراهیم تقی‌زاده^{۲*}، علی چهکندی‌نژاد^۳

۱. دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد بیرجند، دانشگاه آزاد اسلامی، بیرجند، ایران

۲. استاد گروه حقوق خصوصی، واحد بیرجند، دانشگاه آزاد اسلامی، بیرجند، ایران

۳. گروه فقه و مبانی حقوق، واحد بیرجند، دانشگاه آزاد اسلامی، بیرجند، ایران

(دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲۰ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۰۶)

How to Protect the Injured Party in the Imposed Contracts

Azadeh Najafi¹, Ebrahim Taghizadeh^{2*}, Ali Chahkandinezhad³

1. Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law Department, Unit Birjand, Islamic Azad University, Birjand, Iran

2. Professor of Private Law Department, Unit Birjand, Islamic Azad University, Birjand, Iran

3. Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Unit Birjand, Islamic Azad University, Birjand, Iran

(Received: 09/Feb/2022)

Accepted: 26/Apr/2022)

Abstract

An imposed contract is a new contract, the validity or invalidity of which is disputed. Well-known Imami jurists believe in the invalidity of new contracts, but later and contemporary jurists believe in its validity. In Iranian law, the principle of validity of contracts governs it. An imposed contract has the general conditions set forth in Article 190 of the Civil Code, and the specific conditions. Some of these characteristics are related to the subject and property of the contract, some are related to the characteristics of the proposing party, some are related to the general provisions of these contracts, and some are related to how the contract is required and accepted. Numerous proposals have been made to support the weak side of the contract in the imposed contracts. Modification of the contract, interpretation of the contract, removal of the contract terms, termination of the contract, are among these proposals. In the Consumer Protection Law approved in 2009, the General Policies Implementation Law in Article ۴۴ of the 2008 Constitution, the Insurance Law approved in 1316, the Maritime Law in 1343, the Electronic Commerce Law approved in 1382, the building pre-sale law approved on 89/10/12, protection We see the injured party in the imposed contracts. Of course, what ensures the interests of the weak party in the imposed contracts is the adjustment or elimination of unjust and unfair conditions while maintaining the principle of the contract, and the guarantee of invalidity, termination and non-influence can not ensure the interests of the weak party that needs to conclude the contract. Slowly It seems that in order to protect the weak side of the contract, and due to the lack of explicitness and the provision of a specific performance guarantee, such an article should be approved: If a contract is entered into by imposition and entails unfair, unfair or oppressive terms, the judge must, as far as justice is concerned, modify those terms or exempt the weak party from enforcing them, and in interpreting the contract, the expediency of the party. Consider the weak.

Key words: Imposed Contract, Weak Party to the contract, Modification of the contract, Elimination of unfair terms, Good faith.

چکیده

عقد تحمیلی، عقدی است که در آن یکی از طرفین قرارداد آزادی کامل ندارد و طرف دیگر به دلیل وضعیت برتر اقتصادی یا انحصاری تمام شرایط قرارداد را وضع می‌کند. این عقد از عقود جدیدی است که در خصوص صحت یا بطلان آن اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقهای امامیه، قائل به بطلان عقود جدید هستند، ولی فقهای متأخر و معاصر اعتقاد بر صحت آن دارند. در حقوق ایران، اصل صحت عقود، بر آن حاکمیت دارد. عقد تحمیلی واجد شرایط عمومی مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی و شرایط اختصاصی است. برخی از این ویژگی‌ها، مربوط به موضوع و متعلق قرارداد، برخی مربوط به خصوصیات طرف پیشنهاد کننده، برخی در رابطه با مفاد عمومی این قراردادها و بعضی نیز مربوط به نحوه ایجاب و قبول و شکل ظاهری قرارداد است. برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی پیشنهادات متعددی ارائه شده است. تعدیل قرارداد، تفسیر قرارداد، حذف شروط قراردادی، فسخ قرارداد، از جمله این پیشنهادات است. در قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ۱۳۸۷، قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶، قانون دریایی سال ۱۳۴۳، قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲، قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۸۹/۱۰/۱۲، حمایت از طرف زیان‌دیده در عقود تحمیلی را مشاهده می‌کنیم. البته آنچه منافع طرف ضعیف را در عقود تحمیلی تأمین می‌کند، تعدیل یا حذف شروط ناعادلانه و غیرمنصفانه با حفظ اصل عقد است و ضمانت اجراهای بطلان و فسخ و عدم نفوذ نمی‌تواند منافع طرف ضعیفی را که نیازمند به انعقاد قرارداد است، تأمین کند. به نظر می‌رسد در جهت حمایت از طرف ضعیف قرارداد و با توجه به عدم صراحت و پیش‌بینی ضمانت اجرای مشخص، باید چنین ماده‌ای به تصویب برسد: هرگاه عقدی به صورت تحمیلی منعقد شد و متضمن شروط ناعادلانه یا غیرمنصفانه و یا ظالمانه باشد، قاضی باید تا زمانی که عدالت اقتضا کند، آن شروط را تعدیل و یا طرف ضعیف را از اجرای آنها معاف کند و در مقام تفسیر قرارداد، مصلحت طرف ضعیف را در نظر بگیرد.

کلیدواژه‌ها: عقد تحمیلی، طرف ضعیف قرارداد، تعدیل قرارداد، حذف شروط غیرمنصفانه، حسن نیت.

* Corresponding Author: Ebrahim Taghizadeh

E-mail: taghizadeh45@yahoo.com

مقدمه

مسئله قابل ذکر با توجه به رواج عقود تحمیلی و وارد شدن آن در جامعه امروزی این است که عقود تحمیلی در فقه اسلامی و حقوق ایران و نحوه حمایت قانون‌گذار و شارع از طرف ضعیف قرارداد در این نوع قراردادها چگونه می‌باشد؟

عقد تحمیلی با توجه به این که از مسائل جدید به حساب می‌آید، نیازمند بررسی است. استفاده از این نوع عقد در زندگی روزمره مردم اجتناب‌ناپذیر است، لذا ضروری است که قواعد و مقررات آن مشخص شود.

روش تحقیق به صورت توصیفی و تحلیلی، تطبیقی است و اطلاعات مورد نیاز از طریق مراجعه به کتب و مقالات جمع-آوری شده‌اند.

۱- دیدگاه عقد تحمیلی به عنوان عقد جدید

در بررسی‌های به عمل آمده از عقد تحمیلی، این عقد بیشتر به عنوان یک عقد جدید شناخته شده است، اما در مقابل، این نظر که عقد تحمیلی عقد جدید نیست، بلکه این عقود دیگر هستند که با قبول شرط تحمیلی، وصف تحمیلی به خود می‌گیرند، می‌تواند قابلیت طرح را داشته باشد.

۱-۱- حکم عقود جدید در فقه اسلامی

تمام فقیهان و دانشمندان، با قطع نظر از عمومات و اطلاقات که از جانب شرع در معاملات وجود دارد، بر این باورند که مقتضای اصل در عقود و معاملات جدید، «فساد» است، بدین معنا که اگر در صحت شرعی عقدی تردید شود، شرعاً اثر مطلوب بر آن بار نمی‌شود (سلیمان‌پور، ۱۳۸۲: ۸۰).

بعضی از فقها معتقدند که ترتیب اثر و صحت هر عقدی، نیازمند به جعل و تأیید شرعی است و چنانچه در صحت یا عدم صحت آن تردید شود، اصل اولیه را نفی می‌کند، مگر آن که دلیل شرعی اقامه شود و آن را اثبات کند و برای صحت این اصل به آیه «لاتأکلوا أموالکم بینکم بالباطل» و اصل عدم ترتب الاثر، تسالم بین فقیهان و اصولیین بر اصالت عدم ترتب، هنگام شک در معاملات مطرح کرده‌اند، اما اکثریت دلیل را همان اصل عدم ترتیب اثر می‌دانند (نراقی، ۱۳۸۰: ۱۲).

اختلاف در صحت و عدم صحت عقود جدید به تأسیسی یا امضایی بودن الفاظ معامله و کیفیت و مقدار دلالت عمومات و اطلاقات این باب بستگی دارد؛ آن دسته از فقیهان که به تأسیسی بودن عقود و الفاظ معامله‌ها قائل هستند، اصل فساد

معاملات جدید را پذیرفته‌اند (طباطبائی، بی‌تا: ۲۹۰).

از طرف دیگر، مشهور فقیهان امامیه (میرزای قمی، ملا احمد نراقی، صاحب ریاض، صاحب حاشیه، صاحب مفتاح الکرامه) که عقود و الفاظ معامله‌ها را امضایی می‌دانند در مورد مشروعیت عقود جدید اختلاف نظر دارند و فقط عقود مرسوم در زمان شارع را که امضا شده‌اند، صحیح می‌دانند و عقود جدید بعد از عصر امامان (علیهم السلام) را باطل و غیرشرعی می‌دانند (حسینی‌عاملی، ۱۳۲۳: ۱۶۶؛ قمی، ۱۳۷۹: ۱۲۱؛ نراقی، ۱۳۸۰: ۸؛ طباطبائی، ۱۴۰۷: ۱۱۴؛ اصفهانی، ۱۴۲۷: ۱۴۴).

لیکن، بیشتر فقهای متأخر و تمام بزرگان معاصر، با اینکه به امضایی بودن الفاظ عقود و معاملات قائل‌اند، به علت گسترده شدن روابط بین مردم و نیاز آن‌ها به عقود جدید، این عقود را شرعی و صحیح می‌دانند (موسوی‌خمینی، ۱۴۲۱: ۷۰؛ یزدی طباطبائی، ۱۴۰۹: ۲۹۳؛ انصاری، ۱۳۷۴: ۲۱۶).

۲-۱- حکم عقود جدید در حقوق ایران

در حقوق ایران بر اساس اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، اراده افراد در ایجاد عقد و آثار مترتب بر آن و تمامی روابط حقوقی حاکمیت دارد. در پرتو این اصل که از ماده ۱۰ ق. م. استنباط می‌شود، قراردادهای نامعین (بی نام)، که محصول توافق دو اراده مستقل است، تا زمانی که مخالف قوانین امری، اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشند، صحیح و نافذ تلقی می‌شوند، بر اساس همین ماده می‌توان گفت که حقوق ایران، اصل صحت عقود را با شرایطی که گفته شد، پذیرفته است. عقد تحمیلی از عقود جدید است و مانند سایر عقود، دارای ارکان و ویژگی‌هایی است که آن را از سایر عقود متمایز می‌سازد.

۲-۱-۱- ارکان و ویژگی‌های عقد تحمیلی

۱-۱-۱- ارکان عمومی عقد تحمیلی

عقد تحمیلی علاوه بر ارکان و شرایط اختصاصی که در ادامه به آن‌ها می‌پردازیم، برای اینکه بتواند یک عقد صحیح و دارای نفوذ باشد، باید شرایط عمومی ماده ۱۹۰ قانون مدنی را داشته باشد. در عقد تحمیلی، طرفین عقد باید دارای قصد و رضا باشند، اهلیت داشته باشند و موضوع معامله معلوم و معین و جهت آن در صورت ذکر باید مشروع باشد، فقدان یکی از موارد مذکور در این ماده باعث می‌شود که عقد، باطل باشد.

۲-۲-۲-۲ ارکان اختصاصی عقد تحمیلی

با توجه به آنچه که در مورد عقد تحمیلی بیان شد، قراردادهای متضمن شروط تحمیلی، دارای ویژگی‌هایی هستند که به واسطه‌ی آن‌ها از سایر قراردادها تمییز داده می‌شوند. برخی از این ویژگی‌ها، مربوط به موضوع و متعلق قرارداد، برخی مربوط به خصوصیات طرف پیشنهاد کننده، برخی در رابطه با مفاد عمومی این قراردادها و بعضی نیز مربوط به نحوه ایجاب و قبول و شکل ظاهری قرارداد است. البته ممکن است پاره‌ای از موارد، جزء ویژگی‌های غالبی قرارداد تحمیلی باشد، یعنی اکثر قراردادهای تحمیلی این ویژگی را داشته باشند، در عین حال فقدان این خصوصیات، موجب نمی‌شود که عنوان قرارداد تحمیلی بر آن صدق نکند.

یکی از ارکان اساسی در تمام عقود، تراضی است، یعنی ایجاب و قبولی که مطابق هم باشند و با اراده‌ای آزاد ابراز شده باشند. آنچه در تراضی عقد تحمیلی متفاوت با سایر عقود است، نحوه‌ی ایجاب و قبول است، ایجاب و قبول در عقد تحمیلی، ویژگی‌های خاص خود را دارند و با ایجاب و قبول در سایر عقود متفاوتند، و این امر به اراده برتر یکی از متعاقدين برمی‌گردد که به دلیل عدم توازن اقتصادی است، به این صورت که یکی از طرفین دارای قدرت بیشتری است و طرف دیگر فاقد چنین قدرتی است، به عنوان مثال یکی از طرفین دارای قدرت اقتصادی در زمینه کالاها و خدمات ضروری است، به همین دلیل در عقد تحمیلی، ایجاب و قبول به طور وضوح متفاوت با سایر عقود هستند.

۲-۲-۱-۱ ایجاب در عقد تحمیلی

ایجاب در عقد تحمیلی دارای شرایط خاصی است که آن را از ایجاب در سایر عقود متمایز می‌سازد، از جمله اینکه:

- ایجاب در عقد تحمیلی به عنوان پیشنهادی صادر می‌شود که قطعی است و دارای کلیه‌ی شرایط اساسی و تفصیلی قراردادی است که طرف مقابل نمی‌تواند در مورد آن‌ها مذاکره و گفت‌وگو کند، بنابراین، اتمام عقد به چیزی بیش از قبول نیاز ندارد، که این قبول برابر با تسلیم شدن در برابر آنچه است که از طرف موجب صادر شده است.

- ایجاب در عقد تحمیلی همان شرط است، منظور از شرط، همان چیزی است که یکی از طرفین قرارداد آن را برای ایجاد ضابطه‌ی قانونی عقد احتمالی بین طرفین تعیین می‌کند، که غیرقابل بحث و مجادله است و این شرطی است که با اراده‌ی یک جانبه‌ی طرف قوی وضع می‌شود، و این اراده‌ی

یک جانبه‌ی موجب، اغلب به گونه‌ای است که حافظ منافع اوست (لعشب، ۱۹۹۰، ۷۸).

- در بعضی مواقع ایجاب همراه با شرایط یا رزروهایی است که به واسطه ماهیت خود قرارداد ایجاد شده‌اند، به گونه‌ای که در صورت تخلف، ایجابی به وجود نیامده است، به عنوان مثال؛ ایجاب در عقد بیمه‌ی عمر برای عموم از طرف شرکت‌های بیمه، لزوماً معلق به این شرط است که فرد در حین حیات و عاری از هرگونه بیماری باشد که زندگی او را تهدید کند و یا ایجاب در شرکت‌های خطوط هوایی و انواع شرکت‌های حمل‌ونقل، معلق به این شرط است که این شرکت‌ها ظرفیت خالی داشته باشند، در این صورت، ایجاب علاوه بر این رزروهایی ضمنی، در برگیرنده‌ی تمام شرایط قراردادی است (حسنی، ۲۰۰۸: ۵۳).

۲-۲-۲-۲ قبول در عقد تحمیلی

- قبول در عقد تحمیلی، تسلیم به شروط از پیش تعیین شده‌ای است که توسط موجب وضع شده‌اند.

- قبولی در عقد تحمیلی، پیوستن قابل به ایجاب است، بدون اینکه حق مذاکره درباره‌ی این شروط یا تغییر و تعدیل و اصلاح آن‌ها را داشته باشد و حتی ممکن است از آن‌ها هم مطلع نباشد (سنه‌وری، بی تا: ۲۸۲).

- قبول در عقد تحمیلی به این صورت است که قبول کننده یا باید عقد را به همان صورت که هست قبول کند و یا به طور کامل از انعقاد عقد منصرف شود و این اختیار پیوستن به عقد یا انصراف از آن، به صورت تئوری است، چون در عمل، طرف مقابل به این دلیل که به کالا و خدمات نیاز دارد، در نهایت مجبور به انعقاد عقد است و این تنظیم یک طرفه‌ی شروط عقد شامل تمام کسانی که به این کالا و خدمات نیاز دارند، می‌شود (بن‌داری، ۱۹۹۸: ۹).

با توجه به آنچه که در مورد قبول در عقد تحمیلی گفته شد، معلوم می‌شود که قبول، صرف تسلیم شدن قابل در برابر شروطی است که موجب از قبل تعیین کرده است، به همین دلیل بعضی از فقها در مورد وجود رضای کامل در این عقود دچار تردید شده‌اند و عقد تحمیلی را فاقد رضای واقعی می‌دانند.

۲-۲-۳ ویژگی طرف پیشنهاد کننده

از جمله ویژگی‌های عقد تحمیلی این است که یکی از طرفین قرارداد به دلیل قدرت وضعیت اقتصادی، عملاً و قانوناً قدرتی

اعتباری آن‌ها باشد، کما اینکه بسیاری از عقود دیگر، علاوه بر اینکه باید دارای شرایط عمومی برای صحت معاملات باشند، باید شرایط اختصاصی دیگری هم داشته باشند.

۴- حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی در حقوق ایران

در قوانین موضوعه ایران، حمایت از طرف ضعیف قرارداد همواره مورد توجه قانون گذار بوده است. مهمترین قانونی که در این زمینه وجود دارد قانون اساسی است که در اصل چهلم مقرر می‌دارد: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله‌ی اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». به غیر از قانون اساسی، حمایت از طرف ضعیف قرارداد در قوانین دیگری از جمله قانون مدنی، قانون کار، قانون حمایت از مصرف کنندگان، قانون بیمه و ... به گونه‌ای مورد حمایت قانون گذار قرار گرفته است.

برخی از شیوه‌های حمایت از طرف ضعیف قرارداد که در حقوق برخی از کشورها از جمله «مصر»، تصریح شده است، را می‌توان به شرح ذیل، بررسی کرد.

۴-۱- حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی از طریق تعدیل قرارداد

تعدیل قانونی و قراردادی مورد پذیرش نظام‌های حقوقی اکثر کشورها قرار گرفته است. (به عنوان مثال، تعدیل پیش بینی شده در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ در خصوص اجاره بها برای موجر یا مستأجر که به استناد ترقی یا تنزل تورم، بتواند بعد از سه سال از صدور حکم یا آخرین قیمت، در خواست تعدیل در میزان اجاره بها شود یا تعدیل پیش بینی شده در خصوص تعیین مهریه به نرخ روز). آنچه در مورد تعدیل مورد اختلاف است، تعدیل قضایی قراردادها است، تعدیل قضایی به موردی اطلاق می‌شود که دادرس با استناد به شرط ضمنی با هدف جلوگیری از بی‌عدالتی و ضرر یکی از دو طرف، مفاد قرارداد را تعدیل و با شرایط جدید حادث شده، متناسب می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۷۴).

در نظام حقوقی ایران، قاعده کلی که تعدیل قضایی را پیش‌بینی کرده باشد، وجود ندارد، با این حال سکوت قانون گذار نمی‌تواند مجوزی برای مقام قضایی جهت عدم رسیدگی باشد؛ به این دلیل که اولاً؛ قانون گذار اجازه اجتهاد قضایی را به قاضی داده است، ثانیاً؛ جایگاه شرعی و قانونی قاضی ایجاب

بدست بیاورد که بتواند کالا و خدمات مورد نیاز مردم را احتکار و یا به تسلطی برسد که مذاکره و قدرت چانه زنی طرف مقابل را به حداقل برساند (بوکماش، ۲۰۱۲: ۱۵۱)، به صورتی که موجب، عقد را به صورت مفصل و شروط دلخواه خود تنظیم کند، بدون اینکه طرف مقابل، حق مناقشه یا الغاء یا تعدیل آن‌ها را داشته باشد. برخی از حقوق‌دان‌ها این ممیزه را اصلی‌ترین ویژگی قرارداد تحمیلی می‌دانند، به گونه‌ای که اگر در قراردادی این ویژگی وجود نداشته باشد، به هیچ وجه، عنوان تحمیلی بر آن صدق نمی‌کند (صده، ۱۹۷۴: ۶۵).

۲-۲-۴- مفاد قرارداد

عقود تحمیلی معمولاً حاوی شروط تفصیلی زیادی هستند که اکثر آن‌ها به نفع طرف پیشنهادکننده و بعضی نیز اجحافی و ظالمانه است و در آن‌ها، جای هیچ مذاکره و مناقشه‌ای وجود ندارد. این شروط ممکن است از مسئولیت طرف پیشنهادکننده بکاهند یا او را کاملاً از مسئولیت معاف کنند و یا این که مسئولیت طرف مقابل را افزایش دهند (صده، ۱۹۷۴: ۱۳۶).

۲-۲-۵- شکل قرارداد

در این عقود، ایجاب به صورت یک فرم چاپی و نمونه عرضه می‌شود که در آن تمام شروط و مفاد قرارداد از قبل به صورت دقیق تنظیم شده‌اند و معمولاً فهم آن‌ها برای اشخاص عادی مشکل است و یا این که به قدری ریز نوشته شده که افراد، تمایل و حوصله‌ی خواندن آن‌ها را ندارند.

۳- اعتبار سنجی عقود تحمیلی در حقوق ایران

در حقوق ایران بر اساس اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، اراده افراد در ایجاد عقد و آثار مترتب بر آن و تمامی روابط حقوقی حاکمیت دارد، در پرتو این اصل که از ماده ۱۰ ق.م. استنباط می‌شود، قراردادهای نامعین (بی نام)، که محصول توافق دو اراده مستقل است، تا زمانی که مخالف قوانین امری، اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشند، صحیح و نافذ تلقی می‌شوند.

بدین ترتیب، عقد تحمیلی از هر جهت دارای شرایط صحت عمومی برای تشکیل عقد است و اگر سایر شرایط اختصاصی را دارا باشد، عقدی صحیح و دارای اعتبار هستند و طرفین قرارداد ملزم به اجرای آن‌ها هستند و صرف وجود تفاوت‌هایی برای تشکیل این عقد، نمی‌تواند دلیلی برای بی-

مهم‌ترین منبع و دلیل حجیت آن، عقل است (محقق داماد، ۱۳۷۳: ۱۳۳۴). البته، آیاتی از قرآن کریم و روایاتی از ائمه معصومین (ع) در تأیید این قاعده وجود دارد که معروف‌ترین آن‌ها داستان سمره بن جندب است، اهمیت این قاعده تا جایی است که برخی فقها مانند «شیخ طوسی» و «علامه حلی» در مورد حجیت این قاعده ادعای اجماع دارند، البته، ادعای تواتر معنوی در خصوص آن نیز، ادعای بعیدی نیست (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۷۴).

قدر متیقن قاعده لاضرر این است که شارع، فعل ضرری را نفی کرده است. قاعده لاضرر، با شروط تحمیلی غیرمنصفانه از آن جهت قابل بررسی است که طرف ضعیف قرارداد هنگام پذیرش قرارداد در یکی از حالات علم یا جهل نسبت به شرط غیرمنصفانه قرار داشته است؛ در فرض جهل، با «خیار غبن» مواجه هستیم، که قاعده‌ی «لاضرر» یکی از مستندات «خیار غبن» است (کریمی، ۱۳۸۱: ۸۲)، اما در فرضی که طرف ضعیف با آگاهی علیه خود اقدام می‌کند، بحث تعارض «قاعده لاضرر» و «قاعده اقدام» پیش می‌آید که قاعدی اقدام، مانع از اعمال قاعده‌ی لاضرر می‌شود (یزدی طباطبایی، ۱۴۰۹: ۷۶۴).

۴-۱-۲- عسر و حرج

از جمله نظریات مهمی که می‌تواند مبنای روبه قضایی در پذیرش تجدیدنظر و منع اجرای تعهد اولیه یا تعدیل آن باشد، نظریه مستند بر قاعده فقهی نفی عسر و حرج (لا حرج) است، براساس این قاعده، هرگاه نتیجه‌ی اجرای حکمی ایجاد مشقت و سختی نامتعارف بر مکلف (متعهد) باشد، بنا به حکم ثانوی، ساقط و فرد از اجرای تکلیف (تعهد) معاف می‌شود. «حرج» را در کتب فقهی مترادف با محدودیت و تنگی و دشواری معنا کرده‌اند و در سوره مبارکه مائده آیه ۶ نیز به همین معنا آمده است. کلمه «عسر» در کتب لغت در مقابل «یسر» به معنی آسانی که در مقابل مشقت و سختی و صعوبت قرار می‌گیرد، آمده است. فقهاء، عسر و حرج را در احادیث و اخبار به یک معنا گرفته‌اند و برخی حرج را مرحله‌ای شدیدتر از عسر معنی کرده‌اند و گفته‌اند اگر تکلیف سخت‌تر از عسر باشد و انسان را دچار مشقت شدید و ضیق کند، بی‌آنکه انجام تکلیف را غیرممکن سازد، حرجی خواهد بود (نراقی، ۱۴۰۸: ۶۱).

۴-۱-۳- قاعده اضطرار

با وجود اضطرار، تکلیف از عهده مکلف برداشته می‌شود، بدین معنا که مکلف را از موضوع حکم شرعی خارج می‌کند، بنابراین،

می‌نماید که قاضی قدرت فصل الخطاب و قلع ماده نزاع را داشته باشد و توازن از دست رفته را مجدداً احیاء و به قرارداد باز گرداند و نشان دهد سیستم قضایی و در رأس آن، نظام حقوقی در مواجهه با هر معضلی از پویایی لازم برخوردار است (حیدری فرد، ۱۳۸۵: ۵۶).

لازم به ذکر است که مداخله قاضی نیازمند وجود مینا و قوانین مصرحی است که بتواند راهگشای قضات در این زمینه باشند و هم‌چنین باعث می‌شود که رویه‌ی قضایی یکسانی به وجود آمده و قضات در این زمینه آرای متفاوتی که باعث خدشه دار شدن نظام حقوقی می‌شود، صادر نکنند.

آنچه در مورد تعدیل قضایی در رویه‌ی قضایی ایران پذیرفته شده است در مورد قراردادهایی است که در طول قرارداد به علت به وجود آمدن شرایطی، نظم اقتصادی قرارداد به هم می‌خورد و در صورت اجرای قرارداد، یکی از طرفین قرارداد متضرر می‌شود و قاضی برای برگرداندن تعادل قضایی در آن دخالت می‌کند، ولی نابرابری موجود در عقود تحمیلی، در زمان انعقاد قرارداد موجود است و از این نظر با سایر عقود متفاوت است.

در حقوق ایران عقود تحمیلی به عنوان یک عقد معین تعریف نشده است، اما با توجه به اینکه دارای شرایط صحت معاملات می‌باشد و شرایط خاص آن با قوانین موضوعه‌ی ایران در تضاد نیست، به عنوان یک عقد جدید قابل پذیرش است. مضافاً با توجه به اینکه عقد تحمیلی در حقوق ایران مورد شناسایی قرار نگرفته است، طبیعتاً بحث حمایت از طرف ضعیف در این قرارداد هم مطرح نشده است، با وجود این هرگاه عقدی به طریق تحمیلی منعقد شد و مورد سوءاستفاده‌ی طرف قدرتمند قرارداد قرار گرفت، بر اساس قواعد تعدیل قضایی پذیرفته شده در حقوق ایران می‌توان عقد را به حالت توازن برگرداند.

با وجود این در رویه قضایی ایران، تا کنون رأیی بر تعدیل قضایی و دخالت قاضی در مفاد قرارداد مشاهده نکردیم، بلکه صرفاً با استناد به قواعدی به شرح ذیل، صدور رأی به فسخ قرارداد توسط خواهان، دیده شده است.

۴-۱-۱- قاعده لاضرر

این قاعده از مهم‌ترین و شایع‌ترین قواعد فقهی است که کلیات آن مورد قبول تمامی فقهای امامیه و اهل سنت است و در ابواب مختلف فقهی و مسائل مختلف به آن استناد شده است.

اضطرار، جواز ارتکاب حرام یا ترک واجب است، مانند خوردن مردار یا ترک نماز که در شرایط عادی حرام و در حال اضطرار، حلال است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶: ۵۴۴). در امور کیفری، رفع مسئولیت کیفری شخص مضطر، و در امور مدنی صحت عمل مضطر، و گاهاً اعتقاد به حق فسخ شخص مضطر، از جمله نظریات است.

بعضی از فقها به رغم قائل بودن به صحت معامله مضطر از جهت اخلاقی و انسانی، بر طرف قوی قرارداد واجب دانسته‌اند که از شرایط به وجود آمده برای شخص مضطر سوءاستفاده نکند (موسوی الخمینی، ۱۴۲۴: ۲۵۱) و اگر زمینه قرارداد به گونه‌ای باشد که یک طرف قرارداد، از روی اضطرار هر چند بدون اکراه به آن تن دهد، آن قرارداد منصفانه نیست (منتظری نجف آبادی، ۱۴۰۹: ۴۰۸).

بنابراین، رعایت انصاف و عدالت در معامله مضطر ضروری است و حتی می‌توان قائل به حرمت سوءاستفاده شدید از حالت اضطرار گردید و این حکم تکلیفی را نسبت به حکم وضعی معامله نیز تسری داد و معامله طرف ضعیف قرارداد را در فرضی که حالت اضطرار وی از سوی طرف قوی مورد سوءاستفاده قرار گرفته است، قابل تعدیل دانست.

۴-۱-۴-۴ حسن نیت

رعایت حسن نیت به عنوان یک اصل در فقه امامیه مورد توجه قرار نگرفته است و نهادی مشابه آن هم در فقه امامیه وجود ندارد، ولی نهادهای بسیار دیگری در فقه وجود دارند که از مجموع آن‌ها می‌توان به این نتیجه رسید که پذیرش حسن نیت مغایرتی با قواعد فقه ندارد. در فقه امامیه، نهادهایی مانند، «نجش»^۱، «تطفیف»^۲، «تدلیس»^۳، «غبن» و «غش» وجود دارند که منتج به این می‌شوند که رفتارهای مغایر با حسن نیت ممنوع است و هم چنین معاملاتی وجود دارند، مانند؛ مباحه، مواضعه و تولیه،^۴ که در آن‌ها فروشنده تعهد دارد اطلاعات کامل و درستی در مورد قیمت و آنچه که به قیمت مربوط می‌شود، در

۴-۱-۵- تسعیر (قیمت گذاری)

«تسعیر»، از ریشه‌ی «سَعَر»، به معنای بالا رفتن شعله‌ی آتش آمده است، وقتی گفته می‌شود: «سُعِرَتِ الشَّيْءُ تسعیراً»، به معنی تعیین نرخ و توافق کردن بر یک قیمت است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۹۹). در زبان فارسی نیز «تسعیر» به معنای نرخ‌بندی کالا است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱۹۸).

معنی اصطلاحی آن از معنی لغوی دور نیفتاده است، در این معنی «تسعیر»: «عبارت است از این که حاکم یا نائیش یا کسی که تولیت امور مسلمانان را دست دارد، مأمور کند که به اهل بازار دستور دهد تا کالاهایشان را به مبلغ معینی بفروشند (شوکانی، ۲۰۰۵: ۲۲۰). هم‌چنین از دیدگاه فقه‌ای امامیه، «تسعیر»، قیمت‌گذاری حاکم یا نایب او و اجبار بر معامله بر اساس آن قیمت است (مغنیه، ۱۳۸۶: ۱۴۶).

استاد شهید مطهری معتقد است، حکومت اسلامی حق دارد در یک سلسله معاملاتی که از نظر فردی مجاز است، از روی مصالحی که تشخیص می‌دهد، جلوی آزادی اولی را که خود شارع داده است، بگیرد (مطهری، ۱۳۷۱، ۱۱۳). توفیق حاکم اسلامی در اداره جامعه، مستلزم داشتن حق نظارت بر تمام ارکان جامعه است، لذا، می‌تواند با تأسیس نهادهای نظارتی، اقتصاد را در دست گیرد و از لجام گسیختگی آن ممانعت به عمل آورد. هم‌چنین، براساس مبانی فقهی برخی از فقها، دولت اسلامی موظف است، اقتصاد اسلامی را در راستای محقق ساختن اصل کفالت و توازن، به سمتی سوق دهد که مصالح عامه تأمین گردد، در این نگرش، مالکیت خصوصی و قراردادهای ناشی از آن به وسیله توزیع عادلانه ثروت و مکانیسم قیمت‌گذاری در شرایط خاص، بر محور مصلحت-اندیشی حکومت اسلامی، تحدید می‌شود (صدر، ۱۳۵۰، ص ۱۸۲).

در متون فقهی غالباً در باب احتکار از تسعیر سخن به میان آمده است، با این وجود، در هر جایی که قیمت کالا موجب ضرر شود، تسعیر وجود دارد و با تنقیح مناط می‌توان ادله‌ی مربوط به تسعیر را به تمامی موارد ضرر و اجحاف سرایت داد.

۱. نجش، زمانی است که شخص ثالثی قصد خرید کالا ندارد، اما داخل در معامله می‌شود و به شکل دروغین و غیر واقعی، قیمت معامله را بالا می‌برد، به این هدف که خریدار واقعی فریب بخورد و کالا را با قیمت بالاتر بخرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۳۶۱۸).

۲. هرگونه کم فروشی به نحو خیانت و ظلم در ایفاء و استیفای حق (خوبی، ۱۳۷۴: ۳۴۲).

۳. برخی از فقها این سه بیع را «بیع الامانات» هم گفته‌اند (بهروم، ۱۳۸۰: ۱۶۵).

شد و اگر ضرر واقع شد، باید دفع شود و حدیث مذکور جمیع انواع ضررها را به هر صورتی که باشند، منع می‌کند. بر این اساس، زمانی که عقد تحمیلی در نزد قاضی مطرح شود و متضمن شروط غیرمنصفانه باشد، قاضی در مقام تفسیر باید به قواعد عدالت عمل کند و عقد را به نفع طرف ضعیف قرارداد تفسیر کند، هم‌چنین در مقام تفسیر باید سعی کند شروط غیرمنصفانه و شروطی را که منجر به تحمیلی شدن عقد می‌شوند، پیدا کند تا بتواند وصف تحمیلی را بر عقد مذکور بدهد و از این طریق از طرف ضعیف در برابر طرف قدرتمند که شروط قراردادی را وضع کرده است، حمایت کند.

۴-۲-۳- حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی با تفسیر قرارداد

در قوانین ایران نه تنها ماده‌ای صریح در مورد تفسیر قرارداد برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد وجود ندارد، بلکه قواعد عمومی برای تفسیر قرارداد هم موجود نیستند و با بررسی‌های به عمل آمده از قواعد تفسیر، چه قواعد خارجی تفسیر، چه قواعد داخلی آن، شاید بتوان در تفسیر به نفع متعهد که یکی از قواعد خارجی تفسیر است از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی حمایت کرد.

اصل برائت در قوانین ایران به صراحت آمده است. ماده‌ی ۱۹۷ قانون آئین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «اصل، برائت است، بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد، باید آن را اثبات کند. در غیر این صورت، با سوگند خواننده، حکم برائت صادر خواهد شد». در ماده‌ی ۱۲۵۷ قانون مدنی، این حکم عیناً بیان شده است.

البته استفاده از این قاعده در جایی است که قاضی نتواند به اراده‌ی طرفین دست یابد، در غیر این صورت در صورت آشکار شدن اراده‌ی متعاقدين هر چند به ضرر متعهد باشد، باید طبق آن عمل کند (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ۶۸۶). در نتیجه تمسک به این قاعده در تفسیر عقود تحمیلی، با توجه به اینکه عقود تحمیلی با آگاهی کامل طرف ضعیف منعقد می‌شوند و طرف ضعیف به ناچار مجبور به انعقاد قرارداد شده است، نمی‌تواند مورد استفاده قرار گیرد، مگر اینکه عقد تحمیلی به مانند سایر عقود دارای ابهام باشد که در این صورت نه تنها می‌توان به این قاعده تمسک کرد، بلکه از سایر قواعد تفسیر هم می‌توان استفاده کرد.

در مورد قاعده‌ی خاص تفسیر نیز، قوانین موضوعه‌ی ایران

جواز اجبار محتکر بر فروش اجناس احتکاری، مورد اتفاق فقه‌های شیعه و اکثر فقه‌های اهل سنت است (انصاری، ۱۳۷۸: ۴، ۳۷۳: زحیلی، ۱۴۱۸: ۴، ۲۶۹۶). با اینکه بسیاری از فقها با تعیین نرخ قیمت اجناس احتکاری مخالفت کرده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۲، ۲۱: ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲، ۲۳۹)، اما شیخ مفید و برخی از فقهای اهل سنت، قائل به جواز قیمت‌گذاری شده‌اند (زحیلی، ۱۴۱۸: ۴، ۲۶۹۵: مفید، ۱۴۱۷: ۶۱۶).

۴-۲-۴- حمایت از طرف ضعیف قرارداد با تفسیر قرارداد در فقه اسلامی

اصل کلی در تفسیر به این صورت است که عبارات مبهم و مجمل باید به نفع متعهد تفسیر شوند و این وضعیت در حمایت از طرف ضعیف قرارداد به این صورت است که باید عبارات مبهم در عقد تحمیلی، اعم از اینکه، طرف ضعیف دائن یا مدیون باشد، به نفع مشارالیه تفسیر شوند.

۴-۲-۱- قواعد عام تفسیر در فقه اسلامی

در میان قواعد تفسیر، قاعده‌ی شک به نفع متعهد یا ملتزم، یکی از قواعد عام تفسیر است که قاضی می‌تواند در تفسیر عقد تحمیلی به آن استناد کند. در فقه اسلامی، قاعده‌ای با این عنوان وجود ندارد ولی مفاد آن در کتب اصولی و قواعدی که در باب قضا به آن‌ها استناد می‌شود، می‌توان به اعتبار آن پی برد؛ به عنوان مثال، مطابق با اصل برائت تعهدات مشکوک بر عهده‌ی مدیون قرار نمی‌گیرند و اثبات آن نیاز به دلیل قطعی از جانب دائن دارد (خویی، ۱۳۷۴: ۱۹۴). با بررسی‌های صورت گرفته در باب تفسیر عقد در فقه اسلامی به این نتیجه می‌رسیم که قاعده‌ی تفسیر شک به نفع متعهد یا ملتزم در فقه اسلامی پذیرفته شده است و عقد تحمیلی مانند سایر عقود داخل در احکام این تفسیر می‌شود.

۴-۲-۲- قاعده‌ی خاص تفسیر در عقد تحمیلی در فقه اسلامی

قاعده‌ی خاص تفسیر در عقد تحمیلی به این صورت است که عبارات مبهم در هر صورت باید به نفع طرف ضعیف قرارداد تفسیر شوند و این امری است که با قواعد شریعت و مقاصد آن موافق است که از قاعده‌ی «جلب المصالح و درء المفااسد» و حدیث «لا ضرر و لا ضرار»، مستفاد می‌شود (همان، ۱۹۵: ۱۹۵)؛ به این صورت که با عنایت به قاعده‌ی مذکور باید مانع ورود ضرر

نمونه‌ای از قوانین جدید را که قانون‌گذار ایران در آن‌ها میل به حمایت از طرف ضعیف قرارداد را نشان داده است را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۵-۱- قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸

قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸/۰۷/۱۵ در بند ۵ ماده ۱، شروط تحمیلی غیرعادلانه بر اساس عرف و عادت معاملات را از عناصر تبانی دانسته است. هر چند که در این قانون، حکم شروط تحمیلی غیرعادلانه را بیان ننموده است و فقط به ذکر این مطلب که آن‌ها از شروط تبانی هستند، بسنده کرده است، ولی باید گفت که شروط تحمیلی غیرعادلانه، چیزی جدا از شروط تحمیلی عادلانه هستند که قسمت اخیر از مصادیق تبانی نیستند و ذکر آن‌ها در قرارداد خالی از اشکال است، هر چند که در ماده‌ی هشت همین قانون، شروط تبانی و تحمیلی را که باعث کاهش قیمت و پایین آمدن عرضه شوند، جرم انگاری کرده است: «هرگونه تبانی و تحمیل شرایط از سوی عرضه‌کنندگان کالا و خدمات، که موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت، یا افزایش قیمت شود، جرم محسوب می‌شود». البته با در نظر گرفتن بند ۵ ماده یک، منظور از شروط تحمیلی در این ماده، شروط تحمیلی ناعادلانه است.

در این قانون با اینکه تحمیل شروط ناعادلانه را جرم تلقی کرده است، اما وضعیت شرط و قرارداد را تعیین نکرده است، یعنی معلوم نیست که هرگاه شرط تحمیلی غیرعادلانه‌ای در قرارداد وجود داشت، آیا فقط شرط، باطل و بلا اثر است و یا علاوه بر اینکه شرط باطل است موجود بطلان عقد هم می‌شود؟ و یا اینکه طرف مقابلی که شرط به ضرر او تنظیم شده است، حق فسخ قرارداد را دارد یا خیر؟ در نتیجه با توجه به اینکه در این قانون به شروط تحمیلی ناعادلانه اشاره شده است، راه حل مناسبی در نزد قاضی قرارداد داده نشده است که بتواند براساس آن، شرط موجود را تعدیل و یا طرف ضعیف را از اجرای آن معاف کند.

۵-۲- قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ۱۳۸۷

در صدر ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷ آمده است: اعمال ذیل که منجر به اختلال در رقابت می‌شود، ممنوع است. در بند «۲» قسمت «ط»

در این زمینه قاعده‌ی خاصی را پیش‌بینی نکرده‌اند. این‌گونه قراردادهای انحصاری تفسیر خاصی را ایجاب می‌کند، در اینجا دیگر صحبت از احراز قصد مشترک طرفین نیست؛ بلکه سخن از اجرای عدالت در این رابطه است: یعنی در این‌گونه قراردادهای سلسله‌قواعدی وجود دارد که دنیا به آن اتکا می‌کند و می‌بایست در تفسیر، رعایت آن قواعد را نمود؛ از جمله اینکه هر شرط مبهم، به سود کسانی تعبیر می‌شود که به آن قرار داد ملحق شده‌اند، فرض این است که یک طرف با تأمل قرارداد را تنظیم کرده و طرف دیگر هیچ دخالتی در این کار نکرده است، بنابراین، اگر خطایی رخ دهد و شرطی مبهم بماند، باید دامنگیر کسی بشود که آن را تهیه کرده است، چون فرض این است که قرارداد را به سود خود تهیه کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۸۶). یکی از مصداق‌های مهم اجرای چنین قاعده‌ای، قراردادهای بیمه است. در این زمینه با توجه به اینکه این مضمون به صورت قاعده در آمده است که «در قراردادهای بیمه، هر شرط مبهمی به سود بیمه‌گذار تعبیر می‌شود»، چون بیمه‌گر این شرایط را تعیین می‌کند و در اختیار بیمه‌گذار می‌گذارد (همان).

۴-۳- حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی با حذف شروط تحمیلی

لغو شرط به این معنی است که قاضی بتواند طرف ضعیف را از اجرای شرط معاف کند، بدون اینکه نیازی به موافقت طرف مقابل باشد و یا به صحت عقد لطمه‌ای وارد شود. در اینجا قاضی دیگر به دنبال تعدیل عقد به وسیله‌ی تعدیل شروط نیست، بلکه می‌خواهد شرط را به طور کامل از قرارداد حذف کند، بدون اینکه عقد از بین برود.

در حقوق ایران لغو یا حذف شروط غیرمنصفانه به عنوان حمایت از طرف ضعیف قرارداد پیش‌بینی نشده است.

۵- تمایل قانون‌گذار در تصویب قوانین جدید در حمایت از طرف ضعیف قرارداد در حقوق ایران

در حقوق ایران، عقد تحمیلی به عنوان یک عقد مورد بررسی قرار نگرفته است و به تبع آن هم، بحث حمایت از طرف ضعیف در این عقد مطرح نشده است، با این وجود قانون‌گذار ایران در تصویب قوانین اختصاصی جدید، تمایل خود را به حمایت از طرف ضعیف قرارداد نشان داده است و رویه‌ی قضایی هم بعضاً در آرای خود به این امر توجه کرده است.

منظور تفسیر مقررات حاکم بر بیمه نامه مقرر شوند و تعهدات بیمه‌گر یا شرایط ایجاد تعهد را با قید و شرطی همراه نمایند، از سوی مقام قضایی باطل می‌شوند؛ به عنوان مثال، به موجب ماده ۹۲ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، «وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مکلف است نسبت به درمان فوری و بدون قید و شرط مصدومین حوادث و سوانح رانندگی، در مراکز خدمات بهداشتی و درمانی اقدام کند». همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، این ماده به گونه‌ای آمرانه در حمایت از مصدومین حوادث رانندگی، صرف‌نظر از اینکه در وقوع حادثه مسئول بوده‌اند یا خیر، وضع شده است. از همین رو، اطلاق ماده مرقوم و مهم‌تر از آن، جنبه حمایتی آن، مانع از این می‌شود تا اجرای آن منوط به قید یا شرطی شود، چنان‌که در موردی مشابه، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، بخش‌نامه شماره ۱۱۰۰/۲۳۲۷۸/پ مورخ ۱۳۸۳/۶/۱۱ معاون بیمه و درمان سازمان بیمه خدمات درمانی که با وضع قاعده آمره «نبودن کروکی اداره راهنمایی و رانندگی از صحنه تصادف» و همچنین «نداشتن گواهینامه رانندگی» را موجب خروج تعهدات سازمان از پرداخت هزینه‌های درمانی اشخاص مصدوم مذکور اعلام نموده بود، مغایر قانون دانست و رأی به ابطال آن صادر نمود (انصاری، ۱۳۹۴: ۱۲۹).

۵-۳-۲- شفافیت در شرط‌گذاری

با توجه به اینکه قرارداد بیمه توسط بیمه‌گر تنظیم و انشاء می‌شود و معمولاً به صورت پیش‌نویس به بیمه‌گزار عرضه می‌گردد، در نتیجه تأمین حقوق او اقتضا می‌کند، شروط ضمن آن روشن و خالی از هرگونه تفسیر انشا شود. این وظیفه بیمه‌گر که از تعهد به رعایت حسن نیت به منظور تأمین حقوق و انتظارات طرف مقابل نشئت می‌گیرد، صرفاً شامل شروط ناعادلانه و غیر معقول نمی‌شود، بلکه تمام شروط قراردادی را در بر می‌گیرد، علاوه بر این، شفافیت شروط، نه تنها واضح و قابل فهم بودن آن را شامل می‌شود، بلکه، نباید به صورت ریز نوشت نگارش شوند، در واقع، انشای شروط به صورت ریز نوشت نیز ممکن است آثار قرارداد را با چالش روبه رو نماید و اماره‌ای برای سوء-نیت تلقی شود، علاوه بر این، حسن نیت ایجاب می‌نماید نه تنها در جریان انعقاد قرارداد، بلکه در مرحله پیش از انعقاد قرارداد و مذاکرات مقدماتی نیز عبارات واضح و روشن و عاری از دو پهلویی یا طفره رفتن باشد. هدف از اعمال چنین تکلیفی این است که بیمه‌گر نتواند در پرتو ارائه خدمات انحصاری خود،

همین ماده، بحث از شروط تحمیلی کرده است و شروط تحمیلی غیرمنصفانه را ممنوع اعلام کرده است و در این قانون هم وضعیت قراردادهایی که متضمن شروط تحمیلی غیرمنصفانه هستند روشن نشده است، البته حتی اگر این قانون وضعیت آن‌ها را مشخص می‌کرد، به این دلیل که ناظر به رقابت تجاری در ساحت عرضه کنندگان کالا و خدمات است، شامل مصرف کنندگان جزء نمی‌شد.

در قوانین موضوعه ایران در این دو قانونی که ذکر شدند، بحث از شروط تحمیلی ناعادلانه و غیرمنصفانه شده است، اما ضمانت اجرای موجود در آن‌ها نمی‌تواند راه حل مناسبی برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی باشد و از طرفی دیگر قانون مصرحی که عقود تحمیلی و نحوه دخالت قاضی در این نوع عقد و حمایت از طرف ضعیف قرارداد را مشخص کند، وجود ندارد و با توجه به این که در جامعه‌ی امروزی، وجود چنین عقود غیرقابل اجتناب است در نتیجه با توجه به عدم وجود قانون مصرحی در حال حاضر در قوانین ایران، بایستی به دنبال قواعد و مبانی دیگری بود که بتوان با تکیه بر آن‌ها از طرف ضعیف در عقود تحمیلی حمایت کرد.

۵-۳-۱- قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶

در قراردادهای متضمن شروط تحمیلی غیرمنصفانه، طرف قدرتمند با علم به ضعف طرف مقابل و سوءاستفاده از وضعیت قراردادی او، برخلاف حسن نیت اقدام می‌کند. رعایت حسن نیت در قرارداد ایجاب می‌نماید تا طرفین با رفتار صادقانه به انعقاد و اجرای قرارداد بپردازند؛ حال آن که اقدام طرف قوی قرارداد در تحمیل شروط غیرمنصفانه بر طرف ضعیف، ناقض حسن نیت شمرده می‌شود.

در حقوق ایران رعایت حسن نیت توسط بیمه‌گر در درج شروط قراردادی به دو صورت ممنوعیت درج شروط ناعادلانه و رعایت اصل شفافیت در شرط‌گذاری، آمده است.

۵-۳-۱- ممنوعیت درج شروط ناعادلانه

نقض حسن نیت در مرحله مذاکرات مقدماتی و انعقاد قرارداد بیمه، حتی اگر از صراحت کافی برخوردار بوده و توسط بیمه‌گذار پذیرفته شود، می‌تواند منجر به رفتار گمراه کننده و تقلب آمیز بیمه‌گر در درج شروط ناعادلانه و نامعقول شود، زمانی که این شروط در ماهیت خود نامعقول و ناعادلانه جلوه کنند، می‌توانند از سوی دادگاه بی اعتبار اعلام شود، حتی اگر این گونه شروط مغایر با حسن نیت، بعد از انعقاد قرارداد در قالب بخش‌نامه به

۲۰۳). علاوه بر این، ماده ۱۷۹ قانون مزبور 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». با استناد به این ماده، قراردادهای راجع به قراردادهای کمک و نجات در صورتی که در حین خطر یا تحت تأثیر آن منعقد شده باشند و شرایط آن به تشخیص دادگاه ناعادلانه باشد، می‌تواند آن شروط را باطل اعلام کند یا تغییر دهد و واضح است که به دلیل خاص بودن قانون دریایی و شرایط خاص حاکم بر انعقاد آن قراردادها، نمی‌توان از حکم آن برای سایر موارد مشابه کمک گرفت (تقی‌زاده؛ احمدی، ۱۳۹۴: ۲۱).

۵-۵- قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲

ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». این ماده شرط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده را مؤثر ندانسته است و این حکم جدیدی است که قبلاً در قوانین وجود نداشته است، حال باید بدانیم که آیا این حکم خاص مصرف‌کنندگان در قراردادهای تجارت الکترونیک است یا می‌توان آن را به سایر قراردادهای، به ویژه قراردادهای تحمیلی هم سرایت داد؟ این سؤال به این طریق جواب داده شده است: «اگرچه عموماً حمایت از مصرف‌کننده در قوانین مبارزه با شروط غیرمنصفانه پر رنگ تر است، اما دلیلی وجود ندارد که نفی این شروط را به سود هر دو طرف قرارداد، حتی در معاملات تجار و بین تجار حرفه‌ای برقرار ساخت» (تقی‌زاده؛ احمدی، ۱۳۹۴: ۲۱). هم‌چنین با تمسک به استدلال فوق می‌توان حکم این ماده را به شروط غیرمنصفانه‌ی موجود در عقود تحمیلی سرایت داد.

از نیاز اجتماعی و اقتصادی بیمه‌گذار سوءاستفاده کرده و با نگارش شروط مجمل و مبهم از ذات حمایتی بودن قراردادهای بیمه فاصله گرفته و انتظارات معقول بیمه‌گذار را تأمین نماید. این تعهد بیمه‌گر در ماده ۱۴ آئین نامه شماره ۷۱ مصوب ۲۳/۳/۱۳۹۱ شورای عالی بیمه به این نحو پیش‌بینی شده است: «مؤسسه بیمه موظف است بیمه نامه و شرایط آن را با حروف خوانا و عبارات قابل درک برای عموم بیمه‌گذاران تهیه نماید». حال اگر بیمه‌گر به تعهدات یاد شده عمل ننماید؛ اگر وضعیت اقتصادی متعاقبین در شرایط برابر قرار داشته باشد، موقعیت برابر طرفین در امکان گفت و گوی آزاد در خصوص مفاد و شرایط قرارداد، اقتضاء می‌نماید، اگر بعد از انعقاد عقد اختلافی در تعهدات متعهد به وجود آمد، به گونه ای که حل و فصل آن نیاز به تفسیر قرارداد داشته باشد، قرارداد به نفع متعهد تفسیر شود، به این دلیل که انشای قرارداد با اراده آزاد طرفین صورت گرفته است، لذا در موارد شک و تردید در تعهدات متعهد، اصل براءت، اقتضای تفسیر قرارداد به نفع او را دارد. اما، در برخی موارد، قراردادهایی هستند که چون خدمات و کالاهای مورد نیاز جامعه توسط تعداد معدودی از اشخاص ارائه می‌شود و طرف مقابل نیاز مبرم به آن دارد، لذا موجب شکل‌گیری موقعیت برتر اقتصادی ارائه‌کننده خدمات و کالاها شده و این نتیجه را به دنبال دارد که انشای مفاد قرارداد توسط او انجام می‌شود (چنان که قراردادهای بیمه از این جمله‌اند). در این قرارداد، چون بیمه‌گر از لحاظ اقتصادی در موضع قوی قرارداد قرار دارد، اراده خویش را بر بیمه‌گذار تحمیل نموده و او تنها حق امضای آن را دارد، به همین دلیل، بعد از بروز اختلاف نمی‌توان در تفسیر موارد اختلافی همانند قراردادهای قسم نخست عمل نمود؛ در این فرض، چون حسن نیت، بیمه‌گر را ملزم می‌نماید شروط بیمه‌نامه را به نحو روشن و خالی از ابهام انشا نماید، نتیجه عدول از انجام چنین امری و انشای شروط مبهم یا مجمل، خطای یاد شده را مستند به او نموده و باعث می‌شود تا قرارداد به نفع بیمه‌گذار (متعهدله) تفسیر شود (انصاری، ۱۳۹۴: ۱۲۹).

۵-۴- قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳

بند ۸ ماده ۵۴ قانون دریایی، شرط عدم مسئولیت را در حمل و نقل 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 است)، نیز، شرط عدم مسئولیت را باطل شناخته است (امینی و همکاران، ۱۳۹۱:

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه: ر. ک: «تقی‌زاده؛ احمدی، جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۳، شماره ۱۰، بهار ۱۳۹۴، صص ۹-۴۲.

۵. در فقه اسلامی، طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی مورد حمایت قرار گرفته شده است، همین امر در قانون برخی از کشورها قانون گذاری شده است و به قاضی اجازه تعدیل و حذف شروط ظالمانه و تفسیر قرارداد به نفع طرف ضعیف قرارداد را تا زمانی که عقد تحمیلی ظالمانه را به حالت توازن برگرداند، داده است، در قوانین موضوعه‌ی ایران هم قانون گذار در قوانین اخیر التصویب تمایل خود را در قانون گذاری جهت حمایت صریح از طرف ضعیف قرارداد نشان داده است و هم-چنین مبانی فقهی و حقوقی در قوانین ایران وجود دارند که به استناد به آن‌ها می‌توان از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی حمایت کرد.

۶. هر چند مبارزه با بی‌عدالتی، رعایت اصل حسن نیت، دفع ضرر برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد، در روح قواعد فقهی و حقوقی ایران دیده می‌شود، اما با توجه به اینکه عقود تحمیلی دارای تمام شرایط عقود صحیح هستند و دخالت در آن‌ها از طرف قاضی نیازمند به حکم خاصی است، لذا لازم است جهت حمایت از طرف ضعیف قرارداد به ویژه زمانی که طرف دیگر از موقعیت برتر خود سوءاستفاده می‌کند، قوانین صریحی برای اجرای هرچه بهتر عدالت و جلوگیری از صدور آرای متفاوت، قانون گذار نسبت به حمایت قانونی از طرف ضعیف با تصویب مواد قانونی مبادرت نماید.

۷. پیشنهاد می‌شود در قانون مدنی ایران ماده‌ای به شرح ذیل پیش بینی شود: «هرگاه عقدی به صورت تحمیلی منعقد شد و متضمن شروط ناعادلانه، یا غیرمنصفانه و یا ظالمانه باشد، قاضی باید تا زمانی که عدالت اقتضاء کند، آن شروط را تعدیل و یا طرف ضعیف را از اجرای آن‌ها معاف کند و در مقام تفسیر قرارداد، مصلحت طرف ضعیف را در نظر بگیرد».

منابع

ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی
ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴)، لسان العرب، بیروت: دارالصادر
اصفهان، محمد حسین (۱۴۲۷)، حاشیه‌الکتاب المکاسب، قم: انتشارات ذوی القربی
امینی، منصور؛ عابدیان، میرحسین؛ کرمی، سکینه (۱۳۹۱)، نحوه‌ی مقابله‌ی نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه‌ی قراردادی و سکوت قانون حمایت از مصرف کنندگان در

۵-۶- قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۸۹/۱۰/۱۲

قانون گذار با الزامی کردن اخذ مجوز آگهی تبلیغ فروش، پایان یافتن عملیات پی ساختمان در زمان انعقاد قرارداد، تعیین جرائم برای تأخیر انجام تعهدات پیش‌فروشنده، تملیک تدریجی ساختمان به پیش خریدار، عدم امکان فروش و توقیف واحد پیش فروش شده، استحقاق مطالبه‌ی قیمت روز بنا در مواقع حق فسخ پیش خریدار یا در فرض کسر متراژ مقرر در پیش-قرارداد، رسمی بودن قرارداد، می‌توان به این نتیجه دست یافت که قانون پیش فروش ساختمان، قانونی حمایتی و جهت حمایت طرف ضعیف، یعنی پیش خریدار وضع شده است.

بحث و نتیجه‌گیری

۱. دولت‌ها و شرکت‌های قدرتمند، لاجرم باعث به وجود آمدن شکلی جدید از عقود و قراردادها شده اند، به این اعتبار که طرف قدرتمند، شروط و مفاد قرارداد را از پیش تهیه کرده و طرف ضعیف، بدون اختیار تغییر مفاد قرارداد، یا باید به تمام شرایط قرارداد، راضی یا از انعقاد آن منصرف شود، این عقد را در حقوق ایران، عقد تحمیلی یا الحاقی نامیده‌اند.

۲. با توجه به این که عقد تحمیلی دارای شرایط صحت عقد است، لازم است که شرایط و مقررات آن تنظیم شود. فقیهان اسلامی پس از بررسی عقد تحمیلی در قالب عقد مضطر، احتکار و معاطاة، در نهایت به این نتیجه رسیدند که عقد تحمیلی، یک عقد جدید و مستقلی با احکام خاص خود است و با بیان ویژگی‌های آن، چهارچوب خاصی را برای این عقد تعیین کرده‌اند.

۳. عقد تحمیلی یک عقد صحیح و وجود آن در معاملات و مبادلات امروزی اجتناب‌ناپذیر است، ولی مانند هر عقد صحیح دیگری ممکن است مورد سوءاستفاده‌ی افراد سودجو و طرف-های قدرتمند قرارداد قرار گیرد و عدالت و انصاف اقتضاء می-کند که طرف ضعیف از طرف شارع و قانون گذار مورد حمایت قرار گیرد.

۴. آنچه منافع طرف ضعیف را در عقود تحمیلی تأمین می-کند، تعدیل یا حذف شروط ناعادلانه و غیرمنصفانه با حفظ اصل عقد است و ضمانت اجراهای بطلان و فسخ و عدم نفوذ نمی‌تواند منافع طرف ضعیفی را که نیازمند به انعقاد قرارداد است، تأمین کند.

- ایران، فصل‌نامه‌ی تحقیقات حقوقی، دوره‌ی ۱۵، شماره ۵۹، صص ۱۷۱-۲۱۲
- انصاری، علی؛ عسکری دهنوی، جواد (۱۳۹۴)، مطالعه‌ی تطبیقی حسن نیت بیمه‌گر در انعقاد عقد بیمه، پژوهش‌نامه بیمه، سال سی‌ام، شماره سوم، صص ۱۱۹-۱۳۸
- انصاری، مرتضی (۱۳۹۵)، مکاسب (ترجمه عباس زنجانی)، قم: انتشارات دارالعلم
- بنداری، ابراهیم (۱۹۹۸)، حمایت‌المستهلك فى عقد الاذعان، امارات متحده عربی
- بوکماش، محمد (۲۰۱۲)، سلطه القاضى فى تعديل العقد فى القانون المدنى الجزائرى و فقه الاسلامى، الجزائر: رساله دکتري، دانشگاه حاج الخضر
- تقى‌زاده، ابراهیم؛ احمدی، افشین (۱۳۹۴)، جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده‌ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی، فصل‌نامه‌ی پژوهش‌نامه‌ی حقوق خصوصی، دوره‌ی سوم، شماره ۱۰، صص ۹-۴۲
- جعفری‌لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶)، المبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش
- جعفری‌لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷)، مجموعه محشای قانون مدنی، تهران: گنج دانش
- جعفری‌لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸)، دایرة المعارف حقوق مدنى و تجارت، تهران: گنج دانش
- جعفری‌لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۹)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش
- جعفری‌لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۰)، وسيط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش
- جعفری‌لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۸)، دایرة المعارف علوم اسلامى، قضایى، تهران: گنج دانش
- جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶)، فرهنگ فقه - مطابق مذهب اهل بیت (زیر نظر آیت الله سید محمود هاشمی شاهرودی)، قم: موسسه‌ی دایرة المعارف اسلامى
- حاجی‌پور، مرتضی (۱۳۹۰)، نقش حسن نیت در قراردادها، فصل‌نامه حقوق و علوم سیاسى دانشگاه تهران، دوره ۴۱، شماره ۴، صص ۸۳-۱۰۰
- حر العالمی، محمد بن حسن (۱۴۱۴)، تفصیل وسائل الشیعه، جلد ۱۷، قم: دارالاحیاء التراث
- حر العالمی، محمد بن حسن (۱۴۱۴)، تفصیل وسائل الشیعه، جلد ۲۳، قم: دارالاحیاء التراث
- حسنی، عبدالدايم (۲۰۰۸)، العقود الاحتكاريه بين الفقه و القانون - المدنى، مصر: دارالفكر
- حسینی سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۴)، قاعده‌ی لاضرر و لاضرار، قم: مکتب آیت الله سیستانی
- زحیلی، وهبة (۱۹۹۷)، الفقه الاسلامى و ادلته، جلد چهارم، دمشق: دارالفكر
- سلیمان‌پور، محمد (۱۳۸۲)، قراردادهای مالی جدید در اسلام، فصل‌نامه‌ی اقتصاد اسلامى، دوره‌ی سوم، شماره ۱۱، صص ۷۹-۹۶
- سنهوری، عبدالرزاق (۱۹۵۴)، مصادر الحق فى فقه الاسلامى، بیروت: دارالفكر
- سنهوری، عبدالرزاق (۱۹۹۸)، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - نظریة التزام به وجه عام -، بیروت: دارالفكر
- سنهوری، عبدالرزاق (بی‌تا)، نظریة العقد، مصر: المجمع العلمى العربى الاسلامى
- شوکانی، محمد بن علی (۲۰۰۵)، نیل الاوطار، بیروت: بیت الافکارالدولیه
- صدر، سید محمد باقر (۱۳۵۰)، اقتصاد ما (ترجمه محمد کاظم موسوی)، تهران: انتشارات برهان اسلامى
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۴۰)، سوال و جواب، نجف: چاپ حیدری
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸)، حاشیة المكاسب، قم: موسسه‌ی اسماعیلیان
- طباطبائی، سید محمد (بی‌تا)، المناهل، تهران، کتابخانه‌ی مدرسه‌ی عالی شهید مطهری
- طباطبائی، سیدعلی (۱۴۰۷)، ریاض المسائل، قم: موسسه‌ی نشر اسلامى
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۳۶۸)، تبصرة المتعلمین، تهران: فقیه
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰)، ارشاد الاذهان، قم: انتشارات اسلامى
- فرج‌الصدّه، عبدالمعمر (۱۹۷۴)، نظریة العقد فى قوانین بلاد العربیه، بیروت: درالهومه
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنى، تهران: شرکت سهامى انتشار
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، جایگاه حقوق اسلام در نظم حقوقی، مجله کانون وکلا، شماره ۱۶۵، صص ۲۹-۳۸
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، تهران: شرکت سهامى انتشار
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، قواعد عمومى قراردادها، جلد اول،

- تهران: شرکت سهامی انتشار
کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم،
تهران: شرکت سهامی انتشار
کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم،
تهران: شرکت سهامی انتشار
کریمی، عباس (۱۳۸۲)، شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی
قراردادها، مجله‌ی پژوهش‌های حقوقی، دوره اول، شماره
اول، صص ۷۵-۸۲
لعشب، محفوظ بن حامد (۱۹۹۰)، عقد الاذعان فی قانون المدنی
الجزائری و المقارن، الجزائر: الموسسه الوطنیه للکتاب
محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۶۵)، قواعد فقه - بخش مدنی ۲،
تهران: مرکز نشر علوم انسانی
محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۳)، قواعد فقه، جلد اول، تهران:
مرکز نشر علوم انسانی
محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۶۲)، تحلیل و بررسی احکام از
نگاه فقه اسلامی، تهران: اندیشه‌های نو در علوم انسانی
محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، نظریه‌ی عمومی شروط و
التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی
- مطهری، مرتضی (۱۳۷۳)، بررسی اجمالی مبانی اقتصاد اسلامی،
تهران: انتشارات صدرا
مغویه، محمدجواد (۱۳۸۶)، الفقه علی مذاهب الاربعه و امام جعفر
صادق، قم: دارالمنشورات الاسلامی
مفید، محمد جواد (۱۴۱۷)، فقه الامام الصادق، قم: دفتر
انتشارات اسلامی
منتظری نجف آبادی، حسین علی (۱۴۰۹)، رساله‌ی استفتائات،
جلد سوم، قم: انتشارات کتابخانه‌ی آیت الله مرعشی
موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۱)، کتاب البیع، تهران: انتشارات
تنظیم و نشر آثار امام خمینی
میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۳۹۶)، رساله در شروط
ضمن عقد، تهران: خرسندی
میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۳۷۹)، جامع الشتات،
تهران: انتشارات دانشگاه تهران
نراقی، محمد بن احمد (۱۳۸۰)، مشارق الاحکام، قم: کنگره
نراقیین ملامحمد وملا مهدی
نراقی، ملا احمد (۱۴۰۸)، عوائد الایام، قم: انتشارات بصیرتی.