

بررسی تطبیقی حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی در حقوق ایران و مصر

آزاده نجفی، ابراهیم تقی زاده، علی چهکندی نژاد

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بیرجند

-استاد حقوق خصوصی-دانشگاه آزاد اسلامی واحد بیرجند

استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بیرجند

[10.30473/clk.2023.66782.3145](https://doi.org/10.30473/clk.2023.66782.3145)

چکیده

این مقاله به بررسی شکل خاصی از قراردادها می‌پردازد که در آن‌ها، یک طرف قرارداد دارای قدرت برتر یا انحصاری است که مفاد و شرایط قرارداد را تهیه و به طرف دیگر تحمیل می‌کند و وی بدون داشتن حق مذاکره و گفت‌وگو، مجبور به پذیرش و الحاق بدان است. پژوهش حاضر به روش تطبیقی-تحلیلی به بررسی حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی در حقوق ایران و مصر می‌پردازد. یافته‌ها نشان می‌دهد که قانون‌گذار مصر، در قراردادهای تحمیلی که دارای وصف ناعادلانه و غیرمنصفانه باشند، به منظور حمایت از طرف ضعیف‌تر قرارداد دخالت کرده است. تعدیل قرارداد، حذف شرایط ناعادلانه، و تفسیر قرارداد به نفع طرف زیان دیده، در حقوق مصر پیش بینی شده است. در حقوق ایران به‌رغم وجود ظرفیت‌های فقهی و حقوقی، به صراحت به این مهم پرداخته نشده است. با وجود این، قانون‌گذار در تصویب قوانین جدید تمایل

خود را به حمایت از طرف ضعیف‌تر که عمدتاً مصرف‌کننده کالا و خدمات خاصی است، نشان داده است. به نظر می‌رسد، قضات با بهره‌گیری از قواعد فقهی و حقوقی پذیرفته شده، در صورتی که شروط تحمیلی و قرارداد را غیرمنصفانه و ناعادلانه ارزیابی کنند، می‌توانند به درخواست طرف زیان دیده، شرط را بدلیل نامشروع بودن، باطل اعلام نمایند. همچنین تعدیل قرارداد، با توجه به قواعد فقهی لاضرر و نفی حرج، امکان‌پذیر است، هر چند، رویه قضایی بیشتر به سمت تثبیت قرارداد، با توجه به اصل حاکمیت قراردادهای، تمایل دارد، و النهایه تمایل به فسخ قرارداد دارد.

کلمات کلیدی: شروط تحمیلی، عقد تحمیلی، شروط غیرمنصفانه، فقه اسلامی، حقوق ایران، حقوق مصر

طریق تعدیل قرارداد در حقوق ایران^۱

در حقوق مصر مواد زیادی در قانون مدنی وجود دارند که به قاضی اجازه‌ی تعدیل قرارداد را در شرایط مختلف می‌دهند. یکی از موارد، بحث تعدیل قرارداد در عقود تحمیلی است که در قانون مصر به صراحت پیش‌بینی شده بود، حال به بررسی این مورد در حقوق ایران می‌پردازیم.

تعدیل قانونی و قراردادی مورد پذیرش نظام‌های حقوقی اکثر کشورها قرار گرفته است، اما در خصوص تعدیل قضایی می‌توان گفت نظام حقوقی برخی کشورها به صراحت آن را مورد پذیرش قرار داده است. سیستم حقوقی کشور مصر و قانون‌گذار آن صراحتاً تعدیل قضایی را به موجب ماده ۱۴۷ قانون مدنی و مواد دیگری مورد پذیرش قرار داده است، اما نظام حقوقی ایران در این زمینه «سکوت» را اختیار کرده است و رویه قضایی راه‌حل مناسبی را اتخاذ ننموده است.

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 متناسب سازد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۷۴).

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

حمایت از طرف ضعیف در قرارداد ممکن است به دلایل گوناگونی باشد، آنچه در این مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرد حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی است که دلیل آن، نبودن توازن اقتصادی و در نتیجه، تأثیر متفاوت اراده طرفین در تنظیم عقد است، نتیجه‌ی این نوع حمایت، فسخ، بطلان یا عدم نفوذ معاملات نیست، بلکه از بین بردن اثر ظالمانه‌ی عقد با حفظ عقد موجود است که از این طریق منافع طرف ضعیف قرارداد بیشتر از هر وقت دیگر تأمین می‌شود، به این دلیل که در اینجا طرف ضعیف مجبور به انعقاد قرارداد است و ضمانت اجرایی که باعث از بین رفتن عقد می‌شوند، منافع او را تأمین نمی‌کند. اما دشواری که در این مسیر وجود دارد این است که قراردادهای تحمیلی از لحاظ دارابودن شرایط صحت، قراردادهایی صحیح به حساب می‌آیند، در نتیجه دخالت در آن‌ها با دشواری بیشتری روبه‌رو است.

در قوانین موضوعه ایران حمایت از طرف ضعیف قرارداد همواره مورد توجه قانون‌گذار بوده است. مهمترین قانونی که در این زمینه وجود دارد قانون اساسی است که در اصل چهارم 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 مصرف‌کنندگان، قانون بیمه و ... طرف ضعیف قرارداد به گونه‌ای مورد حمایت قانون‌گذار قرار گرفته است.

^۱ در خصوص تعدیل، ۳ نوع تعدیل وجود دارد: ۱- تعدیل قانونی، که قانونگذار پیش‌بینی کرده است، از جمله تعدیل در مبلغ قراردادهای اجاره اماکن تجاری پیش‌بینی شده در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ که بعد از ۳ سال از زمان حکم دادگاه بر تعدیل و انقضای مدت اجاره مقرر شده است، و یا تعدیل مبلغ مهریه ای با توجه به مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام و یا پیش‌بینی خسارات تأخیر تأدیه. ۲- تعدیل قراردادی، که با توافق طرفین صورت می‌گیرد و ۳- تعدیل قضایی که در مطالب متن به تفصیل ذکر شده است. (جهت اطلاع بیشتر به منابع تعدیل قرارداد، اثر دکتر بیگدلی و صادقی مقدم مراجعه نمایید).

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. برخی مؤلفین ذیل مباحث راجع به تعدیل قراردادها، روش‌هایی برای عادلانه ساختن قراردادهایی که در نتیجه حوادث پیش‌بینی نشده اجرای قرارداد دشوار شده است؛ توسط دادگاه‌ها را پیشنهاد داده‌اند. به عقیده ایشان «قواعد و مبانی فقهی و شواهد قانونی مؤید این استنباط هستند و تردیدی در وجود زمینه لازم برای تشکیل رویه مورد نیاز وجود ندارد.» (بیگدلی، ۱۳۸۶: ۴۲۸)

آنچه در مورد تعدیل قضایی در رویه‌ی قضایی ایران مورد اختلاف واقع 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.

درخصوص مبانی حقوقی تعدیل قضایی آنچنان که ذکر کرده‌اند: «در این راستا، دیدگاه‌ها و نظریات مختلفی در بیشتر نظام‌های حقوقی مطرح شد؛ از جمله: نظریه شرط ضمنی، نظریه تفسیر قرارداد، نظریه علت، اصل حسن نیت، دارا شدن غیرعادلانه، سوء استفاده از حق و غبن حادث.» (رفیعی، ۱۳۹۰: ۱۲۹)

برخی حقوق‌دانان کشورمان در راستای توجیه تعدیل قرارداد، به ابزارهای دیگری تمسک جسته‌اند که مهم‌ترین آنها «شرط ضمنی»، «غبن حادث» و «قاعده نفی عسر و حرج» است.

در توضیح نظریه شرط ضمنی باید گفت، این نظریه بر این نکته مبتنی است که طرفین، همواره قرارداد را با این فرض منعقد می‌کنند که اوضاع و احوال قرارداد دچار دگرگونی اساسی نشود و تلویحاً و ضمناً پذیرفته‌اند که در صورت به هم خوردن این شرط، مفاد قرارداد باید خود را با اوضاع و احوال جدید منطبق سازد یا فسخ شود. با این حال، باید توجه داشت که به استناد شرط ضمنی احتمالی مبنی بر ثبات وضعیت زمان انعقاد قرارداد، نمی‌توان با اصل الزام‌آور بودن قرارداد به مخالفت برخاست. در واقع، اصل در قرارداد، الزام‌آور بودن آن است و تنها در صورت یقین بر از بین رفتن این لزوم، می‌توان از آن عدول کرد. با این وجود برخی تأکید می‌کنند: شرط ضمنی توجیه مناسبی برای تعدیل قرارداد در حقوق ما به شمار نمی‌رود. بر اساس نظریه غبن حادث، همان‌گونه که عدم تعادل فاحش عوضین در زمان تراضی می‌تواند موجب خیار غبن برای زیان‌دیده باشد، اگر وقوع حوادث غیرقابل پیش‌بینی در زمان اجرای عقد نیز تعادل عرفی تعهدات طرفین را دچار اختلال سازد، امکان تعدیل یا فسخ قرارداد وجود خواهد داشت. در خصوص این نظریه باید گفت، حتی اگر استناد به غبن علاوه بر زمان انعقاد قرارداد، در زمان اجرای آن نیز پذیرفته شود، نتیجه‌ای که به دست می‌دهد، صرفاً دادن حق فسخ به زیان‌دیده است نه تعدیل قرارداد. به گفته دکتر «بیگدلی» این نظریه نیز مردود است و با اشاره به قاعده نفی عسر و حرج، اگر در قراردادی طولانی‌مدت، در حین اجرای عقد حوادثی روی دهد که قابل پیش‌بینی و پیشگیری نبوده و باعث مشقت‌بار شدن اجرای تعهد برای متعهد شود، در این صورت وصف الزام‌آور عقد از بین می‌رود. برای رفع حرج از متعهد، دو راه بیشتر وجود ندارد، یا قاضی باید شرایط قرارداد را برای رفع حرج از متعهد تغییر دهد که همان تعدیل قرارداد است و یا در صورت عدم امکان تعدیل، حکم به جواز فسخ عقد توسط متعهد دهد. به این برداشت از قاعده نفی عسر و حرج نیز ایراداتی وارد است، از جمله این که لاجرح ناظر به نفی حکم شرعی مستلزم حرج است، در حالی که عدم حکم خود یک حکم

شرعی نیست تا در صورت همراه شدن با حرج، مرتفع شود.

گسترش قاعده لاجرح به امور عدمی، باعث تغییر بسیاری از احکام الهی می‌شود که مورد پذیرش نیست. مهم‌تر آن که اگر حتی تمام شرایط لازم جهت حرجی شدن عقد موجود باشد و بتوان این وضعیت را به الزام‌آور بودن عقد نسبت داد، در این صورت قاعده نفی عسر و حرج می‌تواند حکم لزوم را نفی کند.

اما این که قاضی بتواند برای عادلانه ساختن عقد، تغییری در مفاد قرارداد ایجاد کند، نیازمند دلیل دیگری است که قاعده لاجرح توان اثبات یا تأیید آن را ندارد. با این حال، به نظر می‌رسد که بتوان برداشت دیگری از قاعده نفی عسر و حرج ارائه کرد. بر اساس این برداشت، اگر اجرای تعهد برای یکی از طرفین موجب حرج باشد، از دیدگاه شرعی فقط امکان رفع حرج او فراهم شده است، بدون آنکه تعهد او تغییر یابد یا حقی مبنی بر فسخ یا تعدیل پیدا کند.

نتیجه این وضعیت آن است که تعهد او بر جای خود باقی است و باید در اولین فرصتی که بتواند بدون مشقت تعهد خود را به انجام برساند، به آن عمل کند.

پذیرش این امر با توجه به ماده ۲۷۷ قانون مدنی که مقرر داشته «متعهد نمی‌تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد کند، ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون، مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد» قاعداً با مشکلی مواجه نیست می‌گوید: اما اگر اوضاع حاکم بر قرارداد به گونه‌ای باشد که تأخیر در اجرا باعث بی‌فایده شدن عقد شود یا متعهدله به آن رضایت ندهد، در این صورت چون امکان تحمیل فشار بر متعهد به استناد قاعده لاجرح وجود ندارد و منشاء حرج نیز الزام‌آور بودن عقد است، لذا حکم لزوم منتفی خواهد شد، مگر آنکه متعهدله حاضر شود، شرایطی پیشنهاد نماید که عسر و حرج متعهد منتفی شود، بر این اساس، به نظر می‌رسد بتوان قاعده نفی عسر و حرج

را مبنایی برای پذیرش تعدیل قرارداد در حقوق ایران دانست.^۲

گفته شد در حقوق مصر، عقود تحمیلی مورد بررسی قرار گرفته و قانون‌گذار به صراحت از طریق قانون از طرف ضعیف در این نوع قراردادها حمایت کرده بود، اما در حقوق ایران عقود تحمیلی به عنوان یک عقد معین تعریف نشده است، اما با توجه به اینکه دارای شرایط صحت معاملات بود و شرایط خاص آن با قوانین موضوعه‌ی ایران در تضاد نبود، 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 این نظر را داد، که مقام قضایی بتواند عقد را به حالت توازن برگرداند، گرچه رویه قضایی، تاکنون با شهادت عمل نکرده است و بیشتر معطوف به اصل لزوم و استحکام قراردادها، و نهایتاً، فسخ بوده است، در حالیکه آنچه که بیشتر منافع طرف ضعیف را، تأمین می‌کند، تعدیل قرارداد است.

۲- حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی با

حذف شروط تحمیلی در حقوق ایران

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.

ماده‌ی ۱۴۹ قانون مدنی مصر علاوه بر اینکه اجازه داده است که شروط ظالمانه تعدیل شوند، اجازه‌ی حذف شروط

^۲ جهت اطلاع بیشتر رجوع کنید به: کتاب تعدیل قرارداد، دکتر سعید بیگدلی، انتشارات میزان، سال ۱۳۷۹ و تغییر در شرایط قرارداد، دکتر محمد حسن صادقی مقدم، انتشارات میزان، سال ۱۳۸۶

ظالمانه را نیز به قاضی داده است. این ماده در ادامه مقرر می‌دارد: «...او ان یعنی الطرف المدعن منها...»، قاضی می‌تواند طرف ضعیف را از اجرای شرط معاف کند، یعنی آن شرط را از قرارداد حذف می‌کند. در حقوق ایران لغو یا حذف شروط غیرمنصفانه به عنوان حمایت از طرف ضعیف قرارداد پیش‌بینی نشده است.

۳- حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی با

تفسیر قرارداد در حقوق ایران

قانون‌گذار مصر یکی از راه‌های حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی را از طریق تفسیر قرارداد تأمین کرده است. در حقوق مصر قانون‌گذار بدون توجه به اصول تفسیر، در ماده‌ای مجزا، تفسیر قرارداد را به عنوان حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی وضع کرده است که در حقوق ایران چنین ماده‌ای وجود ندارد و حقوق مصر از این لحاظ بر حقوق ایران برتری دارد.

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.

یکی از قواعد تفسیر که قضات به آن استناد می‌کنند، در حقوق ایران، قاعده‌ای با این عنوان وجود ندارد، ولی اصل برائت که مبنای این قاعده است 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 خوانده 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 هم که در حقوق مصر به صراحت حمایت از طرف ضعیف قرارداد در آن پیش‌بینی شده بود، قوانین موضوعه‌ی ایران 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 این گونه قراردادهای سلسله قواعدی وجود دارد که دنیا به آن اتکا می‌کند و ناچاراً در تفسیر، می‌بایست 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 این مضمون به صورت قاعده در آمده است که «در قراردادهای بیمه هر شرط مبهمی به سود بیمه‌گذار تعبیر می‌شود»^۳ چون بیمه‌گر این

^۳ تفسیر به معنای تلاش برای درک مفهوم مبهم و مدلول حقوقی و قراردادی است. قراردادهای بیمه معمولاً قراردادهای الحاقی‌اند، لذا قراردادهای بیمه به دلیل وجود موقعیت نابرابر قراردادی، مستلزم نوعی اصول و قواعد تفسیری حمایتی هستند که از بیمه‌گذار حمایت کند. دکتربین تفسیری قراردادهای بیمه از نظر شیوه‌اعمال و زمان کاربرد به دو دسته، دکتربین سنتی یا اولیه و دکتربین نوین یا ثانویه تقسیم می‌شود. دکتربین اولیه، روش سنتی تفسیر با هدف کشف قصد طرفین به وسیله ابزارهای قراردادی است و در درجه اول اعمال می‌گردد؛ ولی در مواردی که رفع ابهام‌ها از طریق این دکتربین ممکن نیست، دکتربین ثانویه اعمال

شرایط را تعیین می‌کند و در اختیار بیمه‌گذار می‌گذارد(همو).

۴- تمایل قانون‌گذار در تصویب قوانین جدید در حمایت از طرف ضعیف قرارداد در حقوق ایران(کنترل تقنینی)

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. در این قسمت، 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.

۴-۱- قانون حمایت از مصرف کنندگان مصوب ۱۳۸۸

قانون حمایت از مصرف کنندگان 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 نموده است و فقط به ذکر این مطلب که آن‌ها از شروط تبانی هستند، بسنده کرده است، ولی میدانیم 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؟ در نتیجه با توجه به اینکه در این قانون به شروط تحمیلی ناعادلانه اشاره شده است، راه‌حل مناسبی در پیش قاضی قرارداده نشده است که او بتواند براساس آن همانند حقوق مصر شرط موجود را تعدیل و یا طرف ضعیف را از اجرای آن معاف کند.

۴-۲- 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» 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 همانند حقوق مصر عقود تحمیلی و نحوه‌ی دخالت قاضی در این نوع عقد و حمایت از طرف ضعیف قرارداد را مشخص کند، وجود

می‌شود. دکترین ثانویه شامل دکترین تفسیر علیه‌جرم و دکترین انتظارات معقول می‌باشد که هرکدام ماهیت ویژه متفاوتی دارند.(حمیدیان و امینی، ۱۳۹۵: ۴۹۵).

ندارد و با توجه به این که در جامعه‌ی امروزی وجود چنین عقودی غیرقابل اجتناب است در نتیجه با توجه به عدم وجود قانون مصرحی در حال حاضر در قوانین ایران، باید به دنبال قواعد و مبانی دیگری بود که بتوان با تکیه بر آنها از طرف ضعیف در عقود تحمیلی حمایت کرد.

۳-۴- 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.

۴-۳-۱- 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 گمراه‌کننده و تقلب‌آمیز 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 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، چنان که 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).

۴-۳-۲- شفافیت در شرط‌گذاری

با توجه به اینکه قرارداد بیمه توسط بیمه‌گر تنظیم و انشاء می‌شود و معمولاً به صورت پیش‌نویس به بیمه‌گذار 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 سوءنیت 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

قرارداد به نفع بیمه‌گذار (متعهدله) تفسیر شود (انصاری، ۱۳۹۴: ۱۲۹).

۴-۴- 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)، شرط عدم مسئولیت را باطل شناخته است (امینی و همکاران، ۱۳۹۱: ۲۰۳). 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 حیله 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 قراردادهایی 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)

۴-۵- قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲^۴

ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین

چنین تکلیفی این است که بیمه‌گر نتواند در پرتو ارائه خدمات انحصاری خود، 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 ننماید. این تعهد بیمه‌گر در ماده ۱۴ آئین نامه شماره ۷۱ مصوب ۳/۱۳۹۱/۲۳ شورای عالی بیمه به این نحو پیش‌بینی شده است: «مؤسسه بیمه موظف است بیمه‌نامه 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 متعاقدین در شرایط برابر قرار داشته باشد، موقعیت برابر طرفین در امکان گفت‌گویی آزاد در خصوص مفاد و شرایط قرارداد، اقتضاء می‌نماید، اگر بعد از انعقاد عقد اختلافی در تعهدات متعهد به وجود آمد، به گونه‌ای 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 برائت 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

^۴ برای مطالعه‌ی بیشتر در این زمینه؛ ر. ک: «تقی‌زاده؛ احمدی، جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی»، فصل‌نامه‌ی پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۳، شماره ۱۰، بهار ۱۳۹۴، صص ۹-

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. در لسان حقوقی اصطلاحات «باطل»، «صحیح» و «عدم نفوذ» همگی مفاهیم ویژه‌ای را به ذهن متبادر می‌سازند. در خصوص شروط هم قانونگذار در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی از شروط «باطل» و «مبطل» نام برده است. سؤالی که این جا پیش می‌آید این است که منظور از عدم تأثیر شرط در ماده فوق چیست؟ آیا صرفاً اشتباه غیرتخصصی قانونگذار بوده است یا اینکه آگاهانه می‌خواسته وضعیت خاصی را به این قراردادها و شروط ببخشد؟ و به همین دلیل از قالب‌های مرسوم فاصله گرفته است؟ آیا ضمانت اجرای عدم تأثیر در مورد همه انواع شروط غیرمنصفانه‌ای که ذکر کردیم کارایی دارد؟

از نص ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی، مبنای آن یعنی حمایت از مصرف‌کننده - که در این جا به اعتبار شیوه خرید الکترونیکی، خاص است - به روشنی قابل دریافت است. از طرفی مصالح طرفین قرارداد، ثبات آن را ایجاب می‌نماید و در صورت لزوم تعرض به قرارداد، تغییرات متعاقب باید به نحو حداقلی انجام پذیرد. از سوی دیگر «عدم تحقق و بی اثری» از پیامدهای مهم «بطلان» یک عمل حقوقی در نظر گرفته می‌شود. (شهیدی، ۱۳۸۸: ۲۳) پس در مجموع می‌توان «عدم تأثیر» در این ماده را به نوعی «بطلان نسبی» آن از نظر قانونگذار تعبیر کرد. (کاظم‌پور، ۱۳۹۲: ۲۹۰) اثر این بطلان نسبی در جهت حمایت از «مصرف‌کننده الکترونیکی»^۵ و تنها توسط وی قابل استناد است و با توجه به ماده «۲۴۰»^۶ قانون مدنی باید گفت فروشنده یا همان مشروطاً له، حق فسخ معامله را به دلیل بطلان شرط ندارد، زیرا اولاً مفاد این ماده در مورد شروط نامشروع نیز مجری است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۷۸) ثانیاً شرط غیرمنصفانه

به دلیل مخالفت با ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی نامشروع تلقی می‌شود. ثالثاً از مفهوم مخالف ماده «۴۶» معلوم می‌گردد که شرط غیرمنصفانه موضوع این ماده به نفع فروشنده می‌باشد. رابعاً از همه مهم‌تر اینکه اگر چه قرارداد محصول توافق و همکاری قصد و رضای طرفین است، اما عرف وضع شرط غیرمنصفانه و در نتیجه عدم تأثیر آن را مستند به فروشنده می‌داند. (ملاک ذیل ماده ۲۴۰ قانون مدنی) این ضمانت اجرا در مورد شروط غیرمنصفانه مستقل و نیز شروط «تحدید مسئولیت»، بدون شک قابل اعمال است. اما به هنگام اعمال در خصوص شروط غیرمنصفانه وابسته و شروط غیرمنصفانه حادث ایجاد مشکل می‌نماید. اثر مثبت بطلان نسبی آن است که اگر حقوقی در این قرارداد و در مقابل شروط ساقط‌کننده تعهد عرضه‌کننده برای مصرف‌کننده در نظر گرفته شود، در مقابل عرضه‌کننده قابلیت استناد دارد. (کاظم‌پور، پیشین: ۲۹۱)

حال باید بدانیم که آیا این حکم خاص مصرف‌کنندگان در قراردادهای تجارت الکترونیک است یا می‌توان آن را به سایر قراردادها، 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 رنگ‌تر 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.

۴-۶- قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۸۹/۱۰/۱۲

قانون‌گذار 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 پیش‌خریدار، عدم امکان فروش و توقیف واحد پیش‌فروش شده، استحقاق مطالبه‌ی قیمت روز بنا در مواقع حق فسخ پیش‌خریدار یا در فرض

5- E-Consumer

۶- ماده «۲۴۰» قانون مدنی بیان می‌دارد: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر این که امتناع مستند به فعل مشروطاً له باشد.»

کسر متراژ مقرر در پیش‌قرارداد، رسمی بودن قرارداد، می-توان به این نتیجه دست یافت که قانون پیش‌فروش ساختمان، قانونی حمایتی و جهت حمایت طرف ضعیف، یعنی پیش‌خریدار وضع شده است.

۵- مبانی موجود حمایت از طرف ضعیف قرارداد در حقوق ایران

در حقوق ایران مبانی وجود دارند که می‌توان به یاری آن‌ها از طرف ضعیف قرارداد در عموم قراردادها حمایت کرد و بعضاً رویه‌ی قضایی ایران، آرای را در این زمینه و بر اساس همین مبانی جهت حمایت از طرف ضعیف قرارداد صادر کرده است. در این مبحث «حسن نیت» و «محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی» را به عنوان مبانی حقوقی مبارزه با شروط تحمیلی غیرمنصفانه و غیرعادلانه در حقوق ایران بررسی خواهیم کرد.

۱-۵ - حسن نیت

«حسن نیت» یک مفهوم سهل و ممتنع است که در نگاه نخست معنای روشنی دارد، ولی در مقام توصیف و تطبیق مفهومی دشوار است (جعفرزاده و سیمایی صراف، ۱۳۸۴: ۱۳۸).

اصل حسن نیت ریشه در حقوق روم دارد و اکنون در بیشتر کشورهای غربی اعم از نظام‌های رومی - ژرمنی و کامن‌لا، همچنین مقررات بین‌المللی به طور کلی مورد پذیرش قرار گرفته است (علی‌زاده، ۱۳۸۴: ۱۰۴ و ۱۰۳). در حقوق ایران با اینکه ماده ۲۱۹ ق.م. از ماده ۱۱۳۶ ق.م. فرانسه اقتباس شده است، بر خلاف منبع اصلی خود، واژه حسن نیت را به کار نبرده است، اما در سیستم حقوقی ایران، می‌توان نتایج اصل حسن نیت را از طریق نهادهای دیگر تحصیل کرد. برای مثال می‌توان تعهدات تبعی را از طریق نهاد شروط ضمنی و یا عرف (ماده ۲۲۰ و ۲۲۵ ق.م) بر عهده طرفین قرارداد گذاشت (صالحی راد، ۱۳۸۷: ۹۴).

همچنین در حقوق ایران برخی از قراردادها موسوم به قراردادهایی با حسن نیت هستند. برای مثال؛ طبق مواد ۱۲،

۱۳ و ۱۹ قانون بیمه، تعهد دادن اطلاعات بر عهده بیمه‌گذار گذاشته شده که بر حسب مورد با ضمانت اجرای بطلان، فسخ قرارداد و افزایش حق بیمه تضمین شده است. لازم به ذکر است که قانون‌گذار ایرانی به مرور تحت تأثیر تحولات جدید به پذیرش صریح اصل حسن نیت متمایل شده است. در ماده ۳ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ آمده است: «در تفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیت بین المللی، ضرورت توسعه هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن نیت توجه کرد».

با وجود این، عدم پذیرش صریح اصل حسن نیت در فقه و حقوق داخلی به معنای بیگانگی این دو سیستم با اصل حسن نیت نیست، چرا که در این دو سیستم می‌توان جلوه‌هایی مختلف از موضوع را یافت که از جمع آن‌ها می‌توان نتیجه گرفت که هم فقه و هم حقوق ایران بستر لازم برای پذیرش اصل حسن نیت را دارا هستند.

حسن نیت و انصاف، پیوند عمیقی با همدیگر دارند، در «کنوانسیون اصول حقوق قراردادهای اروپایی»، دو مفهوم «حسن نیت» و «معامله منصفانه» با هم آورده شده‌اند که بیانگر ارتباط مفهومی آن‌ها است. حسن نیت به عنوان یک اصل مورد پذیرش اخلاق و مورد حمایت قانون ایجاب می‌کند تا در رفتارهای اجتماعی و اعمال حقوقی بر اساس انصاف رفتار شود، این پیوند به اندازه ای عمیق است که برخی اصل حسن نیت و رفتار منصفانه را به عنوان یکی از اصول مهم و لازم‌الرعايه در قراردادها دانسته‌اند (علی‌زاده، ۱۳۸۴: ۹۸ و ۹۷).

برخی از حقوق‌دانان برای تعریف و شناسایی حسن نیت، مفاهیم معادل و مشابه آن را به کار برده‌اند تا بدین طریق آن را تعریف کنند. از باب نمونه می‌توان به تعبیر حسن نیت به «انصاف»، «رفتار منصفانه» یا «معقولیت» اشاره کرد. (بستانی، ۱۹۸۷: ۲۱۴) با این وجود پیش‌بینی مقرراتی همچون مواد ۶۶۷، ۶۸۰ قانون مدنی و ماده ۳۳۹ قانون تجارت حاکی از شناسایی قانونگذار از مفهوم مزبور است (اسکینی، ۱۳۸۸: ۱۸۳؛ دمرچیلی و دیگران، ۱۳۸۰: ۱۴۶) و برخی معتقدند که مواد «۲۲۰» و «۲۲۵» قانون مدنی، رعایت حسن نیت در

اجرای قرارداد را از لوازم عرفی آن میدانند (صفایی، ۱۳۸۸: ۱۶۰) هر چند برخی، مخالف این عقیده هستند (صالحی‌راد، ۱۳۸۷: ۹۴) اما همان گونه که دیدیم ضابطه عرفی به تنهایی برای تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قراردادی کفایت نمی‌کند. خصوصاً این که «عرف» از مقررات تکمیلی است، در حالی که «حسن نیت» از قواعد آمره محسوب می‌شود. (اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۹: ۱۲) مع‌هذا برخی معتقدند نباید برای حسن نیت تعریف دقیق، جامع و مثبتی ارائه کرد، زیرا برای آن که حسن نیت نقش خود را ایفا کند باید غیر محدود باشد نه آن که در قالب یک تعریف، محصور و محدود گردد. (عباسی، ۱۳۸۶: ۸۲)

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

۵-۲- محدودیت های اصل آزادی قراردادی

با مطالعه قوانین موضوعه ایران، می‌توان قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه را به عنوان محدودیت های اصل آزادی قراردادی نام برد، در این میان ماده‌ی ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و قانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴ که مقرر می‌دارد: «سردفتران و دفتریاران موظفند نسبت به تنظیم و ثبت اسناد مراجعین اقدام نمایند، مگر آن که مفاد و مدلول سند، مخالف با قوانین و مقررات موضوعه و نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد، که در این صورت باید علت امتناع را کتباً به تقاضا کننده اعلام نمایند»، برای اثبات این امر کفایت می‌کند، اما از آنجا که مواد دیگری در قوانین وجود دارند که هرکدام به طور جداگانه این مهم را نشان می‌دهند، لازم است که به طور جداگانه مورد بررسی قرار گیرند.

۵-۲-۱- قانون

«قانون» قبول حاکمیت اراده جمعی نسبت به اراده فردی است که از گونه‌های قرارداد اجتماعی ناشی می‌شود (شهیدی، ۱۳۹۶: ۵۸). همین اراده جمعی، تراضی اشخاص بر خلاف مقررات خود به دست قانون‌گذار را نپذیرفته و تحقق موجودی اعتباری به نام قرارداد را مشروط به عدم مخالفت صریح با قانون نموده است که این شرط یکی از شرایط بیرونی قرارداد است. اگرچه در تحقق موجود اعتباری، «شرایط درونی» و لزوم موافقت قرارداد با قانون در موضوع این شروط مؤثر است، لکن شرط بیرونی قرارداد، طرفین را به رعایت موارد مورد نظر ملزم می‌نماید. یکی از اهداف قانون اساسی کشور به عنوان قانون مرجع، حمایت از طرف ضعیف قرارداد است. مقابله با شروط غیرمنصفانه از طریق حقوق اساسی از جمله مواردی است که بر اساس آن می‌توان از طرف ضعیف قراردادی به موجب قانون اساسی حمایت کرد.^۷

حفظ کرامت انسانی که در مقدمه‌ی قانون اساسی به آن اشاره شده است یکی از اهداف والای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است و دولت باید در راستای این مهم، حداقل سطح زندگی، در حد امرارمعاش معمولی را برای تک تک افراد جامعه فراهم کند و اگر این افراد قراردادی منعقد کردند که در آن حداقل استاندارد زندگی یکی از آنها، در معرض نابودی قرار گرفت، دولت باید در این نوع قراردادها دخالت کرده و آن‌ها را بی‌اعتبار کند.

هم‌چنین، اصل ۴۰ ق.ا. مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». با توجه به اینکه مفاد این اصل کلی است، یکی از شاخه‌ها حقوق که باید در آن اعمال گردد، حقوق قراردادهاست. نحوه اعمال این اصل در حقوق قراردادها بدین صورت است که این اصل بر اصل آزادی قراردادها حاکم می‌شود و دامنه آن را محدود می‌نماید، در

^۷. برای مطالعه در این زمینه: ر. ک. «اسدی، عباس؛ پارساپور، محمدباقر؛ بادینی، حسن، مقاله، فصل‌نامه‌ی پژوهشی حقوق خصوصی، دوره‌ی ششم، شماره ۲۳، ۱۳۹۷ش»

نتیجه طرفین قرارداد نمی‌توانند از آزادی قراردادی خود سوءاستفاده نموده و مفاد قرارداد را طوری تنظیم کنند که به ضرر طرف ضعیف باشد. در رویه قضایی آرای وجود دارد که مقام قضایی به استناد همین اصل ۴۳ به تعدیل قرارداد پرداخته است. در پرونده کلاسه ۹۷۰۹۹۸۲۱۶۴۲۰۰۶۰۵ شعبه ۵۶ دادگاه تجدید نظر استان تهران، در تصمیم نهایی شماره ی ۹۹۰۹۹۷۰۲۷۱۰۱۷۴۹، قاضی دادگاه وجه التزام تعیین شده توسط طرفین را با استدلال زیر تعدیل کرده است: هرچند مفاد ماده ی ۲۳۰ قانون مدنی با اتکا به اصل آزادی اراده ها، حاکم(دادگاه) را از دخل و تصرف در توافق طرفین قرارداد راجع به مبلغ خسارات منع کرده است، منتهی در پاره‌ای از قراردادها دادگاه در توافق متعاقبین ورود کرده و به تحدید میزان وجه التزام و تعیین سقف برای آن اقدام نماید و این امر در جایی است که مبلغ وجه‌التزام با توجه به شرایط عوضین و تعهدات طرفین، گزاف و سرسام‌آور باشد، به عنوان مثال در بیع، وجه التزام نزدیک به مبلغ ثمن یا حتی بیشتر از آن باشد که در این صورت عدالت معاوضی و تئوری موازنه در عقود معوض مخدوش و شرایط سخت و مشقت‌بار بر یک طرف تحمیل خواهد شد، به نظر این دادگاه توافق طرفین در رقم وجه‌التزام، زمانی نافذ است که با میزان متعارف هم‌خوانی داشته و مغایر با اصل انصاف که از اصول مسلم فقهی و مهم حقوقی است، نباشد، به بیان دیگر هر چند ماده ی ۲۳۰ قانون مدنی، حق مطلق به ذینفع در وجه‌التزام داده است، منتهی در اصل چهلم قانون اساسی که از حیث ترتب، بالاتر از قوانین عادی است، سوء استفاده از حق را منع کرده و اعلام داشته، هیچ‌کس، نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله‌ی اضرار به غیر قرار دهد، با این وصف در مانحن‌فیه محکومیت وجه‌التزام روزانه ۵ میلیون تومان از تاریخ ۱۳۹۶/۰۷/۳۰ لغایت تاریخ تنظیم سند که بالغ بر ۵ میلیارد تومان می‌شود، با توجه به شرایط مورد معامله و افزایش بسیار زیاد قیمت مبیع به جهت تب اقتصادی حاکم در جامعه و تملیک آن توسط خریدار از مصادیق وجه‌التزام گزاف و سنگین بوده و می‌تواند موجبات اضرار و عسر و

حرج فروشنده را فراهم نماید و از طرفی تخلف و نقض از سوی فروشنده، در هر حال باعث تحمیل ضرر به خریدار شده و مشارالیه به واسطه‌ی مسئولیت قراردادی و قاعده‌ی لاضرر محکوم به جبران آن است، این دادگاه توجهاً به مراتب فوق و اوضاع و احوال حاکم بر قضیه وجه‌التزام قراردادی را قدر متیقن تعدیل و به رقم روزانه ۲ میلیون تومان تقلیل می‌نماید. با وجود این، به علت عدم وجود قانون صریحی در این زمینه باعث به وجود آمدن صدور آرای متعارضی شد که در نهایت دیوان عالی کشور با صدور رای وحدت رویه‌ی تاریخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶ وجه التزام تعیین شده توسط طرفین را هر مقدار که باشد، معتبر دانست و دادگاه‌ها را مکلف کرد که بر اساس توافق انجام شده رأی صادر کنند و این امر باعث شد بیشتر از هر زمان دیگری خلاء وجود قانونی مصرح در این زمینه آشکار شود.

۵-۲-۲- نظم عمومی

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 مستقلاً 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 به‌رغم وجود چنین مقرره‌ای در قانون مدنی ما و بر خلاف 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 نموده اند، بررسی مجموعه‌های آرای منتشر شده نشان می‌دهد که یافتن مصادیق کنترل قضایی با تمسک به این مبنا در رویه قضایی ما دشوار است(کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۳۲).

یکی از عوامل تحدید اصل آزادی قراردادی در حقوق ایران اخلاق حسنه است. از لحن ماده ۹۷۵ ق.م و ماده ۶ ق.آ.د.م به خوبی معلوم است که رجوع به قواعد اخلاقی برای تکمیل اموری است که با نظم عمومی در ارتباط هستند. علاوه بر این، اگر بپذیریم که نظم عمومی می‌تواند خارج از قانون نیز مورد استناد قرار گیرد به طریق اولی، اخلاق حسنه را نیز نباید ناشی از قانون پنداشت. در نظام مبتنی بر عدالت، قاضی، نگهبان اخلاق است و باید مانع از تجاوز مردم به این اصول مقدس شود، نه این که در تجاوز نیز پیرو آنان باشد، پس نباید نقش او را به کشف عقیده اکثر مردم محدود نمود، بنابراین؛ اگرچه الزام شخص به عمل اخلاقی فاقد ارزش است، اما هدف از الزام در روابط قراردادی، ارزشی بودن عمل نیست، بلکه رسیدن به عدالت قراردادی و برقراری نظم حقوقی است که در این راستا اخلاق حسنه نقشی اساسی دارد.

همچنین، الزام ناشی از اخلاق حسنه، همیشه برای حفظ منافع فرد نیست، بلکه اصولاً این الزام به منظور حفظ منافع جامعه است و اصل ۴۰ ق.ا نیز با بیان این که «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد»، بر آن تأکید دارد. لذا ارزش‌ها و اخلاق‌های برتری وجود دارند که به جهت والا بودن آن‌ها می‌بایست از طرف حاکمیت به معنای عام مورد حمایت قرار گیرند.

با توجه به موارد ظهور اخلاق حسنه در قانون و استقلال عنوان آن در قوانین، به نظر می‌رسد که آنچه در نظر مقنن به عنوان اخلاق حسنه اهمیت داشته که صالح تحدید آزادی باشد، اخلاق حسنه فردی نبوده است، بلکه کارکرد اجتماعی اخلاق حسنه در نظر قانون‌گذار دارای اهمیت است. هدف قانون‌گذار حفظ و تأمین منافع و مصالح اجتماعی و اجتناب از مضرات تقض قواعد اخلاقی اجتماع است (کاوایانی، ۱۳۹۱: ۱۵۹).

از مطالب گفته شده می‌توان نتیجه گرفت که تحمیل هرگونه شرط غیرمنصفانه بر خلاف انصاف و عدالت، به لحاظ

اخلاقی مذموم است، این مذمت اخلاقی نیز ناظر بر اخلاق اجتماعی و در تعارض با اخلاق حسنه به مفهوم مطروح در ادبیات حقوقی است، لذا اخلاق حسنه می‌تواند به عنوان یکی از مبانی جواز تعدیل اصل آزادی قراردادی در تحمیل شرط غیرمنصفانه و حمایت از طرف ضعیف در قرارداد مورد استفاده قرار گیرد.

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

- گسترش روابط اقتصادی و تجاری، انحصاری شدن کالاها، خدمات و نیازهای اساسی مردم توسط دولت‌ها و شرکت‌های قدرتمند، لاجرم باعث به وجود آمدن شکلی جدید از عقود و قراردادها شده است، 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 و در حقوق مصر عقد اذعان نامیده‌اند.

- 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 طرف‌های قدرتمند قرارداد قرار گیرد و عدالت و انصاف اقتضاء می‌کند که طرف ضعیف از طرف شارع و قانون‌گذار مورد حمایت قرار گیرد.

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

- در قانون کشور مصر 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 شده است، در قوانین موضوعه‌ی ایران

فهرست منابع

- ۱- اصغری آقمشهدی، فخرالدین؛ ابویی، حمیدرضا (۱۳۸۹)، حسن نیت در اجرای قرارداد انگلیس و ایران، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۲، صص ۲۰-۱
- ۲- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۸)، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، ج دوم. تهران: انتشارات سمت
- ۳- امیری تیموری، سعیده (۱۳۸۹)، حقوق مصرف کننده و شروط تحمیلی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، پایان نامه کارشناسی ارشد
- ۴- امینی، منصور؛ عابدیان، میرحسین؛ کرمی، سکینه (۱۳۹۱)، نحوه‌ی مقابله‌ی نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه‌ی قراردادی و سکوت قانون حمایت از مصرف کنندگان در ایران، فصل‌نامه‌ی تحقیقات حقوقی، دوره‌ی ۱۵، شماره ۵۹، صص ۱۷۱-۲۱۲
- ۵- انصاری، مرتضی (۱۳۹۵)، المکاسب (ترجمه عباس زنجانی)، قم: انتشارات دارالعلم
- ۶- بوکماش، محمد (۲۰۱۲)، سلطه القاضی فی تعدیل العقد فی القانون المدنی الجزائری و فقه الاسلامی، الجزائر: رساله دکتری، دانشگاه حاج الخضر
- ۷- تقی‌زاده، 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
- ۸- جعفرزاده، میرقاسم؛ سیمایی صراف، حسین (۱۳۸۴)، حسن نیت در قراردادهای بین المللی، قاعده ایی استثنایی یا حکمی فراگیر، مجله‌ی تحقیقات حقوقی، دوره‌ی هشتم، شماره ۴۳، صص ۱۲۵-۱۳۸
- ۹- حیدری فرد، علی اکبر (۱۳۹۶)، تعدیل قرارداد توسط قاضی، تهران: انتشارات خرسندی
- ۱۰- بیگدلی، سعید (۱۳۷۹)، تعدیل قرارداد، تهران: میزان
- ۱۱- خسروی‌نیا، بابک (۱۳۹۱)، قواعد مورد استناد قاضی در تفسیر عقد در فقه اسلامی، حقوق ایران، مصر و

هم قانون‌گذار در قوانین اخیر التصویب تمایل خود را در قانون‌گذاری جهت حمایت صریح از طرف ضعیف قرارداد نشان داده است و هم‌چنین مبانی فقهی و حقوقی در قوانین ایران وجود دارند که با استناد به آن‌ها می‌توان از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی حمایت کرد.

- 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، قانون‌گذار نسبت به حمایت قانونی از طرف ضعیف به تصویب ماده‌ای مبادرت نماید.

- هم‌چنین، تعدیل قضایی با توجه به مبانی مذکور، می‌تواند مبنای حمایت از طرف ضعیف قراردادی باشد. هر چند دادرسان بیشتر متمایل به تثبیت چنین قراردادهایی شدند و متمسک به اصل حاکمیت قراردادی می‌شوند و بعضاً تمایل بیشتری به فسخ قرارداد در صورت درخواست طرف ضعیف قراردادی دارند، در حالیکه فسخ، راهکار مناسبی برای شخص نیست.

- توصیه می‌شود با استفاده از ظرفیت‌های فقهی و اصول حقوقی و نیز با بهره‌گیری از تجارب حقوق خارجی به ویژه کشورهای اسلامی، نسبت به تصویب مواد قانونی لازم به نحوی که گستره‌ی آن شامل عموم معاملات گردد، اقدام شود. تا حصول چنین متن تقنینی، می‌توان از رویه قضایی و دکتربین انتظار داشت که راهگشای معضلات حاضر باشند.

- لبنان، مجله‌ی دانش حقوق مدنی، دوره‌ی اول، شماره دوم، صص ۸۳-۹۳
- ۱۲- رفیعی، محمد تقی (۱۳۹۰)، تعدیل قرارداد با مطالعه تطبیقی، حقوق مدنی تطبیقی، به قلم گروه از مؤلفان، تهران: سمت؛ موسسه حقوق تطبیقی
- ۱۳- ساعی، سیدمحمدهادی؛ عطاردی، فتح‌الله (۱۳۹۶)، شروط تحمیلی در قراردادهای مصرف در حقوق ایران و مصر، مجله‌ی کمیسیون تخصصی فقه و حقوق اسلامی، جلدششم، تهران: انتشارات آفتاب توسعه، صص ۵۵۵-۵۸۰
- ۱۴- سنهوری، عبد الرزاق احمد (۱۳۹۰)، دوره حقوق تعهدات، جلد اول، ترجمه سید مهدی دادمرزی و محمدحسین دانش کیا، قم: انتشارات دانشگاه قم
- ۱۵- صادقی مقدم، محمد حسن (۱۳۷۹)، مطالعه تطبیقی تأثیر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه حل آن در حقوق ایران، مجله حقوقی، شماره ۲۵، صص ۱۶۱-۲۲۲
- ۱۶- صادقی مقدم (۱۳۸۶)، تغییر در شرایط قرارداد، تهران: انتشارات میزان
- ۱۷- قشقایی، حسین (۱۳۷۸)، شیوه‌ی تفسیر قراردادهای خصوصی در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی معاصر، قم: بوستان کتاب
- ۱۸- قنوتی، جلیل (۱۳۸۹)، «اصل آزادی قراردادی: قراردادهای و شروط غیرعادلانه». مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۵/۱، زمستان ۱۳۸۹، صص ۱۵۷-۱۳۵
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، قواعد عمومی قراردادهای، جلد دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار
- ۲۰- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، تفسیر قرارداد، شماره ۷۰، صص ۲۷۷-۳۰۸
- ۲۱- کاظم‌پور، سید جعفر (۱۳۹۲)، راهکارهای حمایت از طرف ضعیف قرارداد. تهران: فکرسازان
- ۲۲- گلی، لیلا (۱۳۸۸)، بررسی تطبیقی شروط تحمیلی در حقوق اسلام، ایران، مصر و فرانسه، تهران: مدرسه‌ی عالی شهید مطهری، پایان نامه کارشناسی ارشد
- ۲۳- علی‌زاده، مهدی (۱۳۸۴)، اصل حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادهای، مجله‌ی تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۱۵ و ۱۶
- ۲۴- صالحی‌راد، محمد (۱۳۸۷)، گستره و آثار تعهدات قراردادی، تهران: انتشارات مجد
- ۲۵- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۶)، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، تهران: انتشارات میزان