

فصلنامه علمی، پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی - سال دهم / شماره ۳ / پاییز ۱۳۹۶

مقابله با غیر منصفانگی شروط قراردادی از منظر محدودیت های وارده بر آزادی اراده در فقه و حقوق

موضوعه\*

نگار شمالی<sup>۱</sup>، سید حسین صفایی<sup>۲</sup>

چکیده

احترام به قراردادهایی که اشخاص به اختیار خود منعقد می نمایند و عدم تجویز ایفای نقش پلیس در حفظ تعادل قراردادی بین طرفین، اصلی پذیرفته شده تلقی می گردد. با این حال در حقوق امروز غیرمنصفانه بودن شروط قراردادی به مبنایی جدی برای دخالت گسترده دولت تبدیل شده است؛ واقعیت ها و شرایط جدید بوجود آمده در جوامع آشکار نموده که در عرصه قراردادها نه خبری از حکومت واقعی اراده هاست و نه طرفین قراردادی برابر و نه مفاد قرارداد، انتخاب واقعی افراد است. بدین ترتیب خلاء بوجود آمده بین مبانی نظری رژیم آزادی قراردادی و واقعیات جامعه، استناد مداوم به آزادی اراده را به صورت غیر قابل انکاری نامعقول نموده است. با از دست رفتن اعتبار اصل الزام آور بودن مطلق قراردادها و قبل از قوت گرفتن ریشه های مبارزه علنی با غیرمنصفانگی شروط قراردادی، نظیر آنچه در برخی اقدامات همچون دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا رخ داده و مستقیماً کنترل منصفانگی قراردادی را نشانه رفته است، راهکارهای سنتی مقابله با آزادی قراردادی در حقوق موضوعه کشورمان همچون استناد به ممنوعیت سوءاستفاده از وضعیت اضطراری و سوءاستفاده از حق، قاعده لاضرر، حسن نیت و نظم عمومی کمک قابل توجهی به قدرت گرفتن دادگاهها در ایجاد تعادل در موقعیت قراردادی طرفین و تحقق آرمان عدالت توزیعی و آزادی و برابری خواهد نمود. بر این باور هستیم که فقه اسلامی دست کم در برخی از استنباطات خود بویژه در عرصه قراردادها اصل عدالت را به عنوان یکی از اصول مبنایی استنباط احکام در نظر داشته است؛ لیکن این به معنای بی نیازی از ضرورت اقدام واضح و دخالت جدی قانونگذار کشورمان در جلوگیری از غیر منصفانگی شروط قراردادی نخواهد بود.

واژگان کلیدی: غیرمنصفانگی، خلاف وجدان، شروط قراردادی، عدم تعادل، حسن نیت .

\* تاریخ دریافت ۹۶/۱/۱۴ ، تاریخ پذیرش ۹۶/۹/۲۰

۱. دانشجوی دوره دکترای تخصصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران  
Shomali.negar@gmail.com

۲. استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول).

r.sokouti@bonabiau.ac.ir



## مقدمه

در عرصه قراردادها این وظیفه افراد است که منافع خود را حفظ کرده، از ورود به قرارداد نامطلوب در نتیجه عدم مهارت، دانش ناکافی، ظاهر پیچیده و زبان قرارداد و عواملی از این دست امتناع کنند. این از سویی مقتضای اصل آزادی قراردادی و از سوی دیگر ضامن استحکام معاملات است. با این حال همواره نمی توان به ستایش قرارداد پرداخت؛ چرا که بروز نابرابری های غیرقابل اغماض در روابط قراردادی طرفین و پیدایش شروط غیرمنصفانه، ایجاد تعادلی ولو نسبی در روابط اقتصادی آنها و جلوگیری از اجحاف نسبت به طرف ضعیف قرارداد را به مطلوب عدالت خواهان تبدیل کرده است؛ با زوال تدریجی پیش فرض های آزادی قراردادی، لزوم اعمال محدودیت بر این اصل توجیه شد، لیکن با توجه به ضعف مبارزه علنی با غیرمنصفانگی شروط قراردادی، دادگاهها در ابتدای مسیر ناگزیر از اعمال راهکارهایی شدند که مبانی آنها با ایرادات نظری کمتری مواجه بوده و بیشتر شناخته شده بود و در ادامه مسیر، قانونگذاران را نیز به واکنش فرا خواندند.

بر این اساس تعمیق در مورد غیرمنصفانگی شروط قراردادی و امکان های حقوق موضوعه در محدود نمودن آزادی اراده ضروری می نماید؛ در این تحقیق بر آنیم تا پس از بیان پیشینه نظریه و تاریخچه ای مختصر در شرح اقدامات بین المللی انجام گرفته و تبیین مفهوم غیر منصفانگی، جایگاه اصل آزادی قراردادی و نیز اعمال محدودیت بر آن در فقه و همچنین مبانی مبارزه با غیرمنصفانگی را در حقوق کشورمان به تفکیک تبیین نماییم .

### ۱- پیشینه نظریه غیرمنصفانگی قرارداد

تقدس قرارداد در نظام کامن لا و از آن جمله انگلیس، اصلی تثبیت شده را در قرن هفدهم تشکیل می داد. با این حال حتی در همان زمان ها انصاف در مواردی که با هیچ قاعده و دکترین دیگری نمی شد مانع غیرمنصفانگی را گرفت، به منظور اعطای جبران در قراردادهای خلاف وجدان مداخله می نمود که به عقیده برخی سابقه آن به قرن پانزدهم بازمی گردد؛ به عبارت دیگر ریشه مفهوم غیرمنصفانگی و یکطرفه بودن قرارداد را باید در محاکم انصاف جستجو کرد چرا که این دادگاهها از تنفیذ معاملات غیرمنصفانه که عدم توازن شدیدی بین دو موضوع معامله وجود داشت، خودداری می کردند. (مدرسی، ۱۳۸۶، ص ۱۹)

با این حال نظریه غیرمنصفانه بودن در حقوق انگلیس عمومیت پیدا نکرده و در ابتدای کار، قضات ناچار بودند نظریه خلاف وجدان بودن را پشت نقایص شکلی موجود مثل اشتباه یا عدم تشخیص و بی تجربگی کلی طرف معامله پنهان کنند و یا با تفسیرهای بعید و مانع تراشی های جنبی از تنفیذ و اجرای

قرارداد خودداری نمایند؛ (قنوتی، ۱۳۸۹، ۱۴۱) در حقیقت رویه قضایی آغازگر جریان مبارزه با قرارداد و شروط قراردادی غیرمنصفانه بوده است و قانونگذاران به دنبال آن و در جهت پر کردن خلاء های قانونی و تعیین حدود دخالت دادگاه ها، وارد این عرصه شده اند .

پرونده جیمز علیه مورگان اولین نمونه از طرح بحث غیرمنصفانگی است که اگرچه در نگاهی سطحی بینانه ذکری از نظریه غیرمنصفانه بودن در آن وجود ندارد، لیکن مبنای پیدایش این قاعده در کامن لا به شمار می رود که در آن بدلیل عدم تناسب عوضین، به قیمت واقعی و نه قراردادی رای داده شد. (ساردویی نسب، ۱۳۹۰، صص ۴۰-۳۹)

بررسی سایر دعاوی قضاوت شده نشان گر مقاومت ابتدایی دادگاهها در برابر توسعه قواعدی عام برای مقابله با غیرمنصفانگی است، با این حال مفاهیم مرتبط با غیرمنصفانگی با موفقیت، در برخی حوزه های حقوق اعمال شد و اساسا در این راستا دو معیار بکار گرفته می شد: ۱- آیا شرط با نظم عمومی سازگار است؟ ۲- آیا این شرط بین طرفین معقول بوده است یا خیر؟

بدنبال صدور آراء متعدد، در جهت پر کردن خلاء های موجود، قانونگذاران به اقدامات متعددی در جهت ایجاد تعادلی نسبی در قرارداد دست زدند که هدف آن مقابله با شروطی بود که یکی از طرفین با سوء استفاده از موقعیت برتر خود و یا عواملی نظیر آن، در قرارداد درج می نمود. نمونه بارز این اقدامات را می توان در دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا ملاحظه نمود. بند ۱ ماده ۶ این دستورالعمل مقرر می دارد: "کشورهای عضو می بایست مقرر نمایند که شروط غیرمنصفانه مطروح در قرارداد منعقد با یک مصرف کننده توسط فروشنده یا عرضه کننده ... برای مصرف کننده لازم الاجرا نمی باشند و قرارداد در صورتی که قادر به ادامه موجودیت بدون شروط غیرمنصفانه باشد می بایست به ملزم کردن طرفین ادامه دهد."

در سال های بعد و تحت تاثیر این دستورالعمل، اقدامات متعدد تقنینی در کشورهای مختلف به ظهور رسید که از جمله آن می توان به مقررات شروط غیرمنصفانه بالانحص در قراردادهای مصرف اشاره نمود که ادامه دهنده مسیر مقابله با غیرمنصفانگی می باشند .

## ۲- مفهوم غیرمنصفانگی

قبل از آغاز دوره کنترل قانونی شروط غیرمنصفانه، قضات تحت تأثیر درک شخصی خود از عدالت و انصاف، شرطی را که با استانداردهای آنها از این مفاهیم، مغایر بود غیرمنصفانه توصیف می نمودند و این نشان می دهد آن چه در علم حقوق از آن به عنوان غیرمنصفانه یاد می شود، از تعریف لغوی آن

دور نیست؛(ساردویبی نسب، همان، ص ۴۳)از آن جمله در حقوق انگلیس و در پرونده ای در سال ۱۷۵۰، غیرمنصفانه بودن چنین تعریف شد: "قراردادی که یک شخص عاقل در حالت عادی منعقد نمی کند و یک فرد درستکار، صادق و منصف نیز آن را نمی پذیرد".

در سال ۱۹۱۹ و در پرونده ای دیگر اظهار شد: "قرارداد خلاف وجدان قراردادی است که با در نظر گرفتن عرف و رویه حاکم در زمان و مکان انعقاد، به حدی غیرمنصفانه و غیر متعارف باشد که نتوان به اجرای مفاد آن حکم نمود(Wertheimer, 1992, p. 479)".

در موردی دیگر آمده است: "قراردادی ناعادلانه است که متضمن چنان بی عدالتی آشکاری باشد که اگر برای یک شخص صاحب اندیشه صحیح بازگو شود، از غیرعادلانه بودن آن اظهار شگفتی می کند(Calamari, 1997, p. 406)".

در جایی نیز می خوانیم: "غیرمنصفانه بودن عموماً به معنای فقدان گزینه معنادار برای یکی از طرفین قرارداد به همراه شروطی است که به طور غیرمنطقی به نفع طرف دیگر است (Cicoia, 2003, p. 9)".

قانون متحدالشکل تجاری نیز در ماده ۲-۳۰۲ اظهار می دارد: «هر گاه دادگاه به عنوان امر موضوعی قرارداد یا هر شرطی از آن را در زمان انعقاد غیرمنصفانه بباید می تواند از اجرای آن جلوگیری کند یا مابقی آن را اجرا نماید یا قلمرو اعمال شرط غیرمنصفانه را محدود کند تا از هر گونه نتیجه غیرمنصفانه اجتناب شود.» گذشته از سکوت این قانون، تفاسیر رسمی ارائه شده از آن نیز فاقد هر گونه توضیحی روشن‌گرند؛ از آن جمله در یک اظهار نظر رسمی در مورد ماده ۲-۳۰۲ گفته شده که این اصل عبارت است از یکی از شقوق «جلوگیری از ظلم و اجحاف و غافلگیر شدن غیرمنصفانه» که هیچ یک از صراحت لازم برخوردار نمی باشند.(مدرسی، ۱۳۸۶، ص ۱۹)

تنوع تعاریف مطروحه باعث شده که در نهایت نویسندگان حقوقی به این نتیجه برسند که مقررات حقوقی مختلف و از آن جمله ماده ۲-۳۰۲ دستورالعمل اتحادیه اروپا و نیز توضیحات رسمی هرگز قصد تعریف غیرمنصفانه بودن را نداشته اند بلکه عامدا خواسته اند تا غیرمنصفانگی را مفهومی بنمایانند که در پرتو متن هر دعوا به طور خاص تعیین شود؛ چراکه غیرمنصفانگی یک مفهوم نیست بلکه در پرتو فاکتورهای متعدد که در فرمولی واحد نمی گنجد "قابل تعیین" است و نه "قابل تعریف" (McLaughlin, 1992, p. 14)

اظهار نظر اخیر چندان دور از واقع نبوده آنچه در آن تردید وجود ندارد ضرورت توجه به شرایط خاص هر دعوا به طور جداگانه است. لیکن به عنوان ارائه نشانه ای هر چند کوچک به منظور تشخیص غیرمنصفانگی می توان گفت نهایتاً این وصف، شامل حالتی از قرارداد یا شرطی از آن است که عمدتاً مورد مذاکره واقع نشده و براساس برداشت قضایی دادرسی موجب سوء استفاده طرف دارای موقعیت برتر از طرف ضعیف قرارداد می شود. این حالت می تواند ناشی از نابرابری طرفین در قدرت معاملی یا توان چانه زنی افراد باشد و یا این نابرابری ممکن است در نتایج قرارداد برای یک طرف آن باشد که غیرمنصفانه جلوه کند و بدین سان تعادل قرارداد را به طور ناروا به نفع خود برهم زند .

### ۳- اصل حاکمیت اراده

مطالعه پیرامون سیر تاریخی نظریه غیرمنصفانگی، چگونگی شکل گیری و رشد عقاید راجع به ضرورت وجود منصفانگی در شروط قراردادی و چگونگی اعمال آن در حقوق کشورهای مختلف و بویژه کشورهای حوزه اتحادیه اروپا را معلوم می نماید؛ در این میان وجود تفاوت های بنیادین در نوع نگرش حقوق ایران به امر منصفانگی، عدم عمومیت نظریه منع غیرمنصفانگی و فقر منابع مصرح به منظور مقابله با شروط غیرمنصفانه، غلبه صورت گرایی و اصرار بر تفاسیر لفظ مدار از قراردادها و اصول حقوقی پذیرفته شده، همچون ضرورت پای بندی به قراردادها و همچنین عدم وجود کنترل قضایی منصفانگی در حقوق کشورمان، ضرورت مطالعه ابتدایی در خصوص جایگاه اصل حاکمیت اراده در حقوق موضوعه را آشکار می سازد تا از قبل آن اثبات نماییم در کنار پذیرش اصل حاکمیت اراده در فقه و حقوق موضوعه ایران، مباحث راجع به غیر منصفانگی در کشورمان سابقه طرح داشته، در شرایط فعلی و علی رغم خلا تقنینی موجود در مقابله با غیر منصفانگی، مبانی این مبارزه قابل شناسایی بوده و در نتیجه نباید از نا ممکن بودن کنترل غیرمنصفانگی در حقوق ایران سخن گفت.

#### ۳-۱- جایگاه اصل حاکمیت اراده در حقوق موضوعه

جایگاه عمده طرح اصل حاکمیت اراده در حقوق موضوعه ایران معمولاً به هنگام بحث از آزادی قراردادی است. (شعاریان، ۱۳۷۹، ص ۷۳) به اعتقاد برخی از حقوقدانان حاکمیت اراده به عنوان یک اصل در فقه اسلامی که اساس اقتباس مقررات حقوقی ایران است با عبارت معروف «العقود تابعه للقصود» شناخته شده است و حاکمیت اراده به عنوان یک اصل در ماده ۱۹۱ قانون مدنی که مقرر می دارد " عقد محقق می شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند" انعکاس

یافته است. (شهیدی، ۱۳۸۸، صص ۵۸-۵۷) بر این اساس از دید این عده اصل حاکمیت اراده در حقوق جدید، همان قاعده فقهی العقود تابعه للقصد می باشد و در جای دیگری افزوده اند که مطابق اصل حاکمیت اراده در قراردادها اصل تحقق قرارداد و همه آثار و حقوق و تعهدات ناشی از آن - جز آثار ذات عقد- با رعایت شرایط قانونی وابسته به اراده انشا کنندگان آن است و هرگز قراردادی به شخصی که آن را اراده نکرده است تحمیل نخواهد شد مگر در موارد استثنایی قانونی که مصلحت نظام حکومتی آن را ایجاب نماید .

در بحث از جایگاه اصل حاکمیت اراده، عده ای نیز اظهار داشته اند که طرفین معامله می توانند در قراردادها هر چه را که بخواهند، تعهد کنند و این بدین معناست که اصل در قراردادها نفوذ یا صحت بوده که آن نیز جزئی از اصاله الاباحه می باشد؛ به عبارت دیگر این عده جایگاه حاکمیت اراده را در حقوق موضوعه کشورمان، معادل تقریبی اصل اباحه در فقه دانسته و سپس آن را معادل اصل آزادی اراده دانسته اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، صص ۳۴۸-۳۴۷)

عده ای دیگر از حقوقدان نیز با اشاره اولیه به ماده ۱۰ ق.م. آن را در مقام بیان اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها دانسته اند و پس از اعلام پذیرش این اصل در حقوق کشورمان به احصای آثار آن پرداخته اند. (صفایی، ۱۳۸۷، صص ۴۸-۴۷) از جمله این آثار که مرتبط با موضوع تحقیق حاضر در امکان یا عدم امکان کنترل غیرمنصفانگی شروط قراردادی است، عبارتست از اینکه بعد از انعقاد قرارداد، اراده متعاملین باید محترم شمرده شود و مقامات عمومی حق ندارند آثار قرارداد و تعهدات طرفین را تغییر دهند؛ قاضی نمی تواند در قرارداد تجدید نظر کند یا به آن معنی دیگری که مقصود طرفین نبوده بدهد. قانونگذار نیز حد الامکان از دخالت در این امر باید خودداری نماید.

### ۳-۲- جایگاه اصل آزادی قراردادی در فقه

در حقوق اسلام، آزادی قراردادی مورد پذیرش واقع شده، به ادله متعددی در کتاب و سنت در خصوص پذیرش این اصل از جمله به موارد ذیل استناد شده است :

### ۳-۲-۱- آیه «تجارت عن تراض»

از دلایل مهمی که در فقه معاملات اهمیت وافر و کاربرد وسیعی یافته آیه ۲۹ سوره نساء است که می فرماید: «یا ایها الذین امنوا لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منکم . . .»

در این آیه ابتدا تصرف و تملک اموال دیگران از راههای باطل تحریم شده و سپس تجارت ناشی از تراضی استثناء گردیده است و بدین ترتیب، قانونگذار اسلام ضمن رد روش های تجاوزکارانه و نامشروع، طریق تحصیل اموال دیگران را محدود به تجارت و روش هایی کرده که مبتنی بر رضایت طرفین است و مالک در مقابل از دست دادن مال خود، عوضی را تحصیل می کند.

از این آیه که به عنوان مرجعی عام، مورد استفاده فقها قرار گرفته و مبنای بسیاری از قواعد مربوط به اموال و معاملات در حقوق اسلام است، دو برداشت کلی قابل ارائه است: یکی اینکه رضایت طرفین عقد و تراضی ایشان ضروری است و عقدی که فاقد رضایت هر دو طرف و یا یکی از آنها باشد، نفوذ حقوقی نخواهد داشت؛ اما این به معنای کفایت تراضی برای انعقاد و اعتبار عقد نیست، بلکه قبل از هر چیز قصد انشاء شرط اصلی تحقق عقد است. (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۲۱۲) مطلب اخیر حاکی از تاکید بر این نکته است که تراضی به معنای صرف رضا جدای از قصد، مورد نظر نبوده بلکه شامل قصد هم می باشد؛ چنانکه امروز چه بسا تراضی را به معنای توافق اراده ها به کار می برند. برداشت دیگر اینکه هر عقدی که از نظر عرفی مصداق «تجارت عن تراض» باشد، صحیح بوده آثار مقصود بر آن مترتب است؛ به عبارت دیگر واژه تجارت مفهومی عام داشته تمامی مکاسب و معاملات را در بر می گیرد و بر همین پایه عقود منحصر در عقود معین نبوده بلکه آیه مذکور عقود بی نام را نیز در بر می گیرد. (خمینی، ۱۴۰۷، ص ۶۲ و شیرازی، ۱۴۱۴، ص ۷۱) بر این اساس مقصود بیان اینست که آنچه وضعیت تصرف و تملک را از «اکل مال بالباطل» خارج می سازد، تراضی طرفین است.

### ۳-۲-۲- آیه «اوفوا بالعقود»

این آیه یکی از مهم ترین آیاتی است که در قرآن کریم به پیمان ها اختصاص داده شده است. در این آیه می خوانیم: «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود». در تبیین مفاد این آیه، مفسران به دو واژه «اوفوا» و «العقود» توجه ویژه ای داشته اند و در واقع می توان گفت فهم دقیق آیه وابسته به تفسیری است که از واژه های یاد شده به عمل می آید؛ واژه «اوفوا» فعل امر از ماده وفا است؛ از نظر لغوی به معنای عمل کردن، تمام کردن و حفظ کردن در مقابل «عَدَر» به معنای پیمان شکنی و نقض کردن است. برخی از فقها وفای به عقد را عمل بر طبق مقتضای عقد و به تعبیری التزام به مفاد آن معنا کرده اند. از این دیدگاه اوفوا بالعقود به معنای وجوب عمل به مفاد عقد و ترتیب اثر دادن به پیمان بوده در نتیجه آیه به طور مطابقی بر صحت عقد دلالت دارد. (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۶)

بعضی از فقها وفا را به معنای تمام کردن و امر به ایفا را به لزوم عقد و وجوب التزام به آن تفسیر کرده اند. از این دیدگاه اوفوا بالعقود به معنای وجوب اتمام عقد و ادامه آن و لزوم پای بندی به عقد است.



بر این مبنا "لزوم عقد" دلالت مطابقی و "صحت عقد" دلالت التزامی این آیه بوده و بر طبق آن می توان به لزوم قراردادهای انعقاد یافته و نیز صحت آن حکم کرد؛ چرا که پای بندی به عقد غیر صحیح معنا ندارد. (نائینی، ۱۳۵۸، صص ۶۳ و ۱۰۲ و غروی اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۳۵)

واژه کلیدی دیگر در این آیه «العقود» است که نکته قابل بحث در آن، این است که مقصود از واژه عقود کدام عقود است، عقود متداول حین نزول آیه یا تمامی عقود؟ رویکرد فقها در این خصوص متفاوت بوده، برخی واژه «العقود» را بر عقودی حمل کرده اند که در شریعت مقدس متداول بوده (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۲ و نجفی، ۱۴۰۴، صص ۲۱۲ و ۲۲۰) و بر این اساس این آیه برای اعتبار بخشیدن به عقود بی نام مورد استناد واقع نمی شود. در مقابل بسیاری از فقها بر این عقیده اند که این واژه برای تایید اعتبار هر عقدی که از نظر عرف و لغت، «عقد» محسوب میشود، قابل استناد است. (انصاری، ۱۳۷۲، ص ۹۰ و موسوی خویی، ۱۴۱۲، ص ۱۴۲) به عبارت دیگر "الف و لام" مندرج در آن استغراقی بوده، دلالت بر جمیع افراد ماهیت عقد دارد؛ پس علاوه بر عقود رایج در زمان شارع، عقود نو پیدا را نیز در بر می گیرد. (طباطبایی، بی تا، ص ۱۵۸)

دیدگاه اخیر مبتنی بر این حقیقت است که عقود، برگرفته از شارع و توفیقی نیستند بلکه موضوعات و مفاهیمی عرفی اند و قانونگذار اسلامی جز در موارد خاص، نوعاً مقررات عقلایی و عرفی معاملات را امضا و تأیید کرده است. بنابراین وقتی فرمان می دهد که به عقود خود وفا کنید هر دو دسته عقود معین و غیر معین را در نظر داشته و آیه می تواند یکی از ادله بارز پذیرش اصل آزادی قراردادی در حقوق اسلامی باشد. (کرمی، ۱۳۹۲، ص ۲۸۴)

### ۳-۲-۳- روایت «الناس مسلطون علی اموالهم»

روایت نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» که به حدیث «سلطنت» معروف است، مورد سه تعبیر از سوی نظریه پردازان واقع شده است: اولین تعبیر اینکه مردم حق هر گونه تصرف مادی و حقوقی را در اموال خود دارند و می توانند آن را به هر کیفیتی که بخواهند، اعمال کنند. بنابراین در فرض تردید در جواز یا عدم جواز تصرفی خاص، می توان برای اثبات مشروعیت آن به حدیث تمسک نمود. (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۱۰۹) تعبیر دوم اینکه مردم بر اموال خود سلطنت کامل دارند لیکن در کیفیت اعمال آن، تابع مقررات اند. در این صورت چنان چه در کیفیت و شیوه اعمال نوعی از تصرف دچار تردید شویم - مثلاً نمی دانیم که بیع معاطاتی درست است یا خیر - تمسک به این حدیث برای اثبات مشروعیت آن شیوه از تصرف جایز نیست. (انصاری، ۱۳۷۲، ص ۸۳) و تعبیر آخر اینکه این حدیث نه در مقام بیان تسلط مردم نسبت به نوع تصرفات است و نه بیانگر اختیار آنها در کیفیت تصرف. دلیل

سلطنت، بیانگر آن است که مردم در تصرف در اموال خود مجازند مشروط بر آن که نوع و شیوه تصرف آنها طبق مقررات شرعی و عقلایی باشد. (خمینی، ۱۴۰۷، ص ۷۹ به بعد)

صرفنظر از عقاید نظری موجود، تردیدی نیست که حق انعقاد قرارداد در مورد اموال، پذیرش تعهدات و انجام اقسام معاملات از مصادیق سلطنت افراد بر اموال بوده و مورد پذیرش شارع است. از سوی دیگر جنبه سلبی حدیث نیز قابل تامل بوده و حاکی از آن است که همچنان که نمی توان کسی را از انجام معامله بر اموال خود منع کرد، کسی را نیز نمی توان به انعقاد قراردادی اجبار نمود.

۳-۲-۴- روایت «المؤمنون عند شروطهم»

روایت المؤمنون عند شروطهم از احادیث معتبر نبوی است که به صورت یک قاعده مسلم فقهی در آمده و به موجب آن، شارع مومنان را ملزم و پای بند به التزامات و تعهدات قراردادی خود می داند و از سوی فقها در تأیید صحت و اعتبار شروط ضمن عقد مورد استناد واقع می شود. اما استناد به این روایت به منظور اعتبار بخشیدن به التزامات قراردادی به طور کلی و استفاده از آن به عنوان قاعده ای عام که خود قرارداد را نیز در بر گیرد، منوط به تعریفی است که از واژه «شرط» ارائه می شود؛ به عبارت دیگر باید به این سوال پاسخ داد که آیا معنای شرط، الزام و التزام در ضمن عقدی از عقود است یا آن که هر گونه الزام و التزام میتواند مصداق شرط باشد؟

در صورتی که شرط به معنای «مطلق التزام» باشد، قاعده در بردارنده حکمی کلی بوده که نه تنها التزامات ضمن عقد، بلکه خود قرارداد را نیز به عنوان التزام اصلی در بر خواهد گرفت. اما اگر به پیروی از گروهی دیگر از فقها شرط را به معنای «التزام فرعی در ضمن التزام اصلی» تعریف نمائیم، استناد به روایت در تأیید اصل آزادی قراردادی و اعتبار بخشیدن به عقود نو پیدا، امکان پذیر نخواهد بود.

باید پذیرفت در صورتی که التزام فرعی لازم الاتباع باشد، تردیدی نیست که به طریق اولی التزام اصلی معتبر بوده و پیروی از آن ضروری است؛ در نتیجه می توان از این حدیث به عنوان یکی از مبانی اصلی آزادی قراردادی در حقوق اسلامی سود برد. به عبارت دیگر با توجه به فقدان حقیقت شرعی، مرجع عرف عام است و در پاسخ به این سوال، عرف به طور قطع و بدون هر گونه تردید، معنای مطلق الزام و التزام را برمی گزیند. «استعمالاتی که در روایات منقول توسط شیخ انصاری آمده مؤید همین معناست و جالب این که فقهای ادوار مختلف نیز به یقین همین معنا را برداشت می کرده اند و شاهد این امر آن است که آنان بارها برای لزوم عقود به حدیث «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کرده اند و ناگفته

پیداست که صدق شرط بر خود عقد، مستلزم آن است که مدلول شرط، مطلق الزام و التزام باشد، نه صرفاً التزامات تبعی.» (همان، ص ۶۴)

۳-۲-۵- قاعده «العقود تابعه للقصود»

مرحوم شیخ انصاری در مکاسب و در بحث شرایط متعاملین بیان داشته اند که از شرایط متعاملین قصد آنان به مدلول عقدی است که آنرا تلفظ نموده اند و اشتراط قصد در این معنی برای صحت عقد به معنای تحقق مفهوم آن است. با این اوصاف، قصد در تحقق عقد موثر است. (انصاری، ۱۳۷۲، ص ۳۴۵)

شیخ در بیان لزوم قصد طرفین صریحاً اشاره به قاعده فوق نموده لیکن برخی (محمدی، ۱۳۷۳، صص ۲۹۹ و ۳۰۱) در بیان مفهوم قاعده العقود تابعه للقصود به سخنان یاد شده از سوی شیخ استناد کرده و بیان داشته اند منظور ایشان این است که قصد، عقد را بوجود می آورد و بنابراین قصد موجب فقد عقد است و افزوده اند که به اعتقاد برخی از علماء (مصطفوی، ۱۴۱۲، ص ۱۷۹ به نقل از همان، ص ۳۰۱) معنای قاعده مورد بحث این است که عقد وجوداً و عدماً تابع قصد است. در این خصوص علاوه بر اجماع و بنای عقلا به روایاتی همچون «انما الاعمال بالنیات»، «لا عمل الابنیه» و «لکل امرء مانوی» استناد شده است. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲، ص ۳۷۳)

#### ۴- حدود اصل حاکمیت اراده

سخنان پر جاذبه حکیمان قرون ۱۷ و ۱۸ در باب آزادی قراردادی، در قرن ۱۹ مورد تردید قرار گرفت و گفته شد واقعیت این است که در جوامع فعلی، بدون برابری اقتصادی واقعی، آزادی قراردادی صرفاً می تواند منجر به استثمار و بی عدالتی گردد؛ به عبارت دیگر این اصل تنها زمانی که طرفین شانس برابری در تعیین محتوای قرارداد دارند، باید رعایت شود؛ در دوره ای که یک طرف قرارداد چنین شانس و فرصتی را نه تنها به علت تفوق اقتصادی طرف دیگر بلکه به خاطر بالا بودن هزینه های استفاده از چنین فرصت هایی در اختیار ندارد، سخن از «آزادی» تعبیری بی معنا به نظر می رسد.

بر پایه واقعیت های اجتماعی و اقتصادی بوجود آمده و مشاهده نابرابری ها، نیاز به مفهوم برابری به عنوان ارزش برتر به شدت احساس شد و بر «آزادی» حکومت نمود؛ آزادی قراردادی آماج انتقاد قرار گرفت. استناداردهای ناشی از وجدان جمعی انسانیت و مفاهیم مربوط به منصفانه بودن اقتصادی، علیه اجرای معاملاتی هشدار دادند که آن چنان یک طرفه است که حتی وجدان عمومی را جریحه دار می کند؛ گرچه نباید فراموش کرد علی رغم انتقادهای گسترده نظریه پردازان به اصل آزادی قراردادی و ضرورت اداره قرارداد و نه ستایش آن، گرایش به سوی عادلانه کردن قرارداد، ملازمه با پذیرش گزاره

های نظریه اجتماعی نداشته، (Mensch, 2008, p.753) بر همین پایه جایگاه والای این اصل در حقوق قرارداد مانع از آن بود که بتوان از منسوخ شدن کامل این اصل سخن گفت.

بر این اساس می توان گفت علی رغم انتقادهای، اصل آزادی قراردادی هنوز زنده بوده امری که اتفاق افتاد این بود که معنای این اصل دچار تغییر شود؛ اصل آزادی قراردادی به عنوان یک «وسیله» «مفید» «اجتماعی» پذیرفته شد؛ پس هر جا که از این وسیله نمی توان استفاده مطلوب را برد، باید آن را محدود نمود.

تمهید دیگر به منظور پذیرش راه حل میانه، چنگ زدن به دامان اخلاق است تا دور از هر گونه اجبار و سایه قدرت، معیاری مطمئن برای گزینش راه حل ها و انتخاب ارزش برتر به دست آید؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۰، صص ۱۱۹-۱۳۳) التزام به عقد را باید ناشی از اخلاق دانست. پیمان شکنی از دیرباز مذموم و وفاداری به عهد معیار فضیلت و جوانمردی بوده است. حقوق نیز باید این مبنای عرفی و عقلی را محترم شمارد. فایده مهم انتخاب مبنای اخلاقی در این است که اگر قاعده اخلاقی، «احترام به قرارداد» را با اصل اخلاقی یا ارزش والا تری همچون لزوم رعایت حسن نیت و تعادل اقتصادی میان دو عوض و پرهیز از فریب یا اجرای عدالت در تعارض ببیند، یقیناً ارزش والا تر بر آن حاکم خواهد بود.

بر این اساس با زوال تدریجی پیش فرض های آزادی قراردادی، لزوم اعمال محدودیت بر این اصل توجیه شد؛ کاروان فقه و نظریه پردازان آن نیز از این قافله دور نبوده بر همین اساس سخن از اعمال محدودیت بر آزادی قراردادی در فقه جایگاه ویژه ای را به خود اختصاص می دهد.

#### ۴-۱- اعمال محدودیت بر آزادی قراردادی در فقه

تامین عدالت و انصاف و حمایت از طرف ضعیف و جلوگیری از اجحاف و ایده آل هایی از این دست مختص حقوق غرب نبوده، اساساً ضرورت برقراری عدالت هم در کتاب و هم در سنت مورد تأکید واقع شده است. از آن جمله خداوند در آیه ۹۰ سوره نحل می فرماید «ان الله یامر بالعدل و الاحسان». همچنین در آیات ۷ و ۸ و ۹ سوره الرحمن آمده است: «والسمااء رفعها و وضع المیزان - الا تطغوا فی المیزان- و اقیموالوزن بالقسط و لا تخسروا المیزان»

علاوه بر توصیه های موردی در خصوص ضرورت رعایت عدل و انصاف، موارد متعددی را که در آنها آزادی قراردادی به نفع عدالت قراردادی در حقوق اسلام محدود می شود، می توان ملاحظه نمود؛ به عبارت دیگر مطالعه منابع اولیه و نیز ثانویه به وضوح نشان می دهد که حقوق اسلامی در زمینه قراردادهای به دنبال توزیع عادلانه ثروت است.

تأثیر عدالت را در بخش های مختلف فقه اسلامی می توان ملاحظه کرد و در قلمرو حقوق قراردادهای نیز نقش آفرینی این اصل نمایان است. به همین دلیل ادعا شده که برابری، عنصر محوری عدالت معاوضی است و عدالت معاوضی، بسیاری از قواعد، نظریه ها و ساختار کلی قراردادهای در فقه اسلامی را تبیین می کند. (قنواتی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۰) در ذیل به برخی از مهم ترین مواردی که در نتیجه آنها آزادی اراده به نفع عدالت قراردادی محدود می شود اشاره می نمائیم:

#### ۴-۱-۱- قاعده استغلال (بهره برداری غیرعادلانه)

استغلال در معنای لغوی از ریشه غلّ مصدر باب استفعال به معنای سوء استفاده، بهره برداری، استثمار و سودجویی ناعادلانه بوده. (سیّاح، ۱۳۸۹، صص ۱۲۴ و ۴۵۹) در بیان مفهوم اصطلاحی آن فقها معتقدند زمانی که در قراردادی غبن وجود داشته باشد، به استناد بهره برداری بیشتر یک طرف، استغلال محقق می شود. (قنواتی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۱) بیشتر فقها معتقدند منع استغلال مبتنی بر قاعده لا ضرر است. (نجفی، بی تا، ص ۴۲) بر اساس قاعده لا ضرر باید بین حقوق طرفین قرارداد تعادل وجود داشته باشد و از رهگذر قرارداد زیانی به دلیل عدم تعادل به هیچ یک از طرفین وارد نشود و استغلال نیز به دلیل چنین نا عدالتی در حقوق طرفین مطرح می گردد. به نظر می رسد مبنای اخلاقی استغلال نیز چیزی جز رعایت تعادل و برابری نیست؛ به زعم مالکی ها و حنفی ها صرف تحقق عدم تعادل ولو این که فاحش نباشد، حق فسخ را به استناد استغلال برای شخص ناآگاه بوجود می آورد؛ این در حالی است که به اعتقاد شافعی و حنبلی عدم تعادل باید فاحش بوده و همراه تقلب باشد. (ابن قدامه، ۱۴۰۸، ص ۳۷؛ وهبه، ۱۴۲۶، ص ۴۳۷)

به طور خلاصه می توان گفت دلیل وضع این قاعده چیزی جز این نیست که حقوق قراردادهای اسلامی سعی دارد تا قراردادهای مبتنی بر تعادل منعقد شده، طرفین متحمل ضرر فاحش نشوند. با توجه به این که اکثر فقها برای تحقق غبن و به تبع آن استغلال وجود عنصر تقلب و فریب را لازم ندانسته، غیر منتظره بودن نتیجه را شرط لازم تلقی می کنند باید گفت با توجه به شرط ضمنی موجود در مبنای معاملات در خصوص وجود تعادل نسبی معاوضی، استغلال در صورت بهره برداری یک طرف ناشی از عدم توازن فاحش در ارزش قراردادی حاصل می شود.

#### ۴-۱-۲- منع ربا

ممنوعیت ربا در فقه اسلامی لایه های دیگری را برای حمایت از تعادل قراردادی اضافه می کند. از جمله مستندات ممنوعیت ربا، آیات قرآن بوده، دلایل متعددی برای حرمت آن احصا شده از جمله این

که ربا اکل مال به باطل بوده، بر هم زنده نظم اقتصادی است. (حسینی، ۱۳۸۱، صص ۹۰-۸۷) لیکن به اعتقاد برخی از علما دلیل اصلی حرمت ربا ستمی است که در مناسبات مالی و اقتصادی مردم می رود. (مطهری، ۱۳۴۷، صص ۴۲ و ۴۱) گرفتن افزون بر اصل مال از نظر شارع ظلم و ستم است و همین ستم اگر علت حرمت ربا نباشد حداقل حکمت تحریم ربا است. (خمینی، ۱۴۰۸، ص ۴۵۱)

صرف نظر از پاره ای اختلاف نظرهای موجود، شکی نیست که مبنای حرمت مقرر در معاملات معاوضه ای بر پایه ربا، حفظ تعادل و برابری است. در حقیقت از حرمت ربا بر می آید که «شارع برای قراردادی که ابزار اجحاف قرار گرفته است، تقدسی قایل نیست و حتی اگر طرف قرارداد به دلیل اضطراب چنین ظلمی را در حق خود پذیرفته باشد، باز از نظر شارع، تراضی نمی تواند مباح کننده ظلم باشد.» (کرمی، ۱۳۹۲، ص ۲۹۱)

#### ۴-۱-۳- منع غرر

آیه ۲۱۹ سوره مبارکه بقره و آیه ۹۱ سوره مائده در منع قمار، از مبانی منع غرر تلقی شده اند؛ برای جلوگیری از ورود زیان ناشی از معاملات مبتنی بر ریسک و احتمال و مبهم، قواعدی مقرر شده که افراد آگاه از عوضین باشند و الا معامله صحیح نخواهد بود. وجود ابهام در قرارداد سبب می شود شخص نتواند سود یا زیان خود را تشخیص دهد؛ به عبارت دیگر در صورتی که منفعت یکی از طرفین برخلاف طرف دیگر مبتنی بر شانس باشد، این امر عدم تعادل در قرارداد محسوب می شود. از این رو در مقابل کسانی که می گویند مبنای غرر فقدان موضوع معامله است و نیز در مقابل کسانی که جهل را به عنوان عاملی در غرر نمی شناسند دیدگاه کسانی قابل پذیرش است که می گویند غرر در بیع سبب ضرر خریدار می شود و در نتیجه جهلی است که قیمت یا مبیع را تحت تاثیر قرار می دهد. اگر علم به قیمت و ویژگی های آن و مبلغ معین وجود داشته باشد و طرفین کنترل مطلوبی بر عوضین جهت تحقق مبادله داشته باشند و تاریخ اجرای آینده مشخص باشد، غرر منتفی است. از این نکته استنباط می شود که مبنای حرمت غرر تمایل به تضمین تعادل در معاملات معاوضی است. (قنواتی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۳)

#### ۴-۱-۴- تلقی ربا

در زمان پیامبر اکرم (ص) گروهی سودجو که از نظر مالی ثروتمند بودند، قبل از ورود کاروانیان به شهر و با آگاهی از بهای کالا، به استقبال آن ها می رفتند و با قیمتی ارزان تر از بازار شهر کالایشان را

می خریدند و یا با نرخ مساوی و یا بالاتر از نرخ بازار، کالایی را به آن ها می فروختند و مانع می شدند تا کاروان ها وارد شهر شده و اهالی شهر با آنان معامله و سودی ببرند. به این عمل در اصطلاح فقهی «تلقی رکبان» گفته می شود. پیامبر اکرم (ص) از این امر نهی فرموده و مشهور این نهی را حمل بر کراهت تلقی رکبان (رفتن به استقبال کاروان تجاری و انعقاد قرارداد پیش از ورود آن به شهر) نموده است، (نجفی، بی تا، صص ۴۷۱-۴۷۰ و عاملی، ۱۴۱۰، ص ۱۰۹) تا عرضه و تقاضا از حالت های ساختگی و مصنوعی در امان بماند.

گفته شده است که منع پیامبر از معامله تلقی رکبان به مسئله منع غرور نیز باز می گردد؛ بر این اساس اگر عده ای از جهل تجار نسبت به قیمت و شرایط واقعی بازار بهره برداری نمایند، شارع از افراد ضعیف یا کم اطلاع و جاهل حمایت خواهد کرد؛ یک طرف مشخصا و به یقین از قرارداد نفع می برد در حالی که طرف دیگر ممکن است نفع یا زیان برد که این خود عدم تعادلی آشکار است. (قنوتی، ۱۳۸۹، صص ۱۵۳-۱۵۲) بعضی از محققین منع تلقی رکبان را بر پایه قاعده بودن عدالت در حقوق اسلام توجیه و اظهار داشته اند: «سرمایه داران با شیوه به استقبال رفتن کاروان ها نوعی از انحصار را شکل می دادند و با قیمت دلخواه خود به مشتریان شهری عرضه می کردند. پس اساس منع، همان قاعده عدالت و قبح ظلم است.» (اصغری، ۱۳۸۸، ص ۱۴۲).

به هر حال مبنای قاعده فوق هر چه که باشد، شکی نیست که نهی تلقی رکبان یکی از مصادیق محدود نمودن آزادی قراردادی به منظور رعایت مصلحتی بالاتر و تلاش در راستای حمایت از طرف ضعیف قراردادی است که به دلیل نقص اطلاعات، نسبت به طرف دیگر از ضعف قدرت معاملی رنج می برد و نیز می توان پذیرفت که با توجه به دلایلی که در این خصوص نقل شده است، از جمله مهم ترین علل این نهی، سوء نیت خریدار است که شارع مقدس از آن نهی نموده اند. (نقیبی، ۱۳۹۳، ص ۴۸)

#### ۴-۲- مبانی مبارزه با غیرمنصفانگی در حقوق موضوعه

عدم عمومیت نظریه منع غیرمنصفانگی و فقر منابع مصرح به منظور مقابله با شروط غیرمنصفانه قراردادی باعث شده که در گام نخست از این مسیر به قواعد عمومی پذیرفته شده در عرصه قراردادها متوسل شویم؛ بر همین اساس مبانی حقوقی قابل طرح به منظور مقابله با غیرمنصفانگی در حقوق ایران عبارتند از استناد به سوء استفاده از وضعیت اضطراری، نظم عمومی، قاعده لا ضرر، سوء استفاده از حق و حسن نیت که هر یک به نوبه خود می توانند بخشی از دشواری مقابله با غیرمنصفانگی را که ناشی از نقص مداخله تقنینی است، مرتفع نمایند:

## ۴-۲-۱- سوء استفاده از وضعیت اضطراری

اگرچه نگرش سنتی به موضوع معاملات مضطر، بر اساس آنچه از نظرات فقهی نیز استنباط می‌شود، این است که این گونه معاملات ماهیتی متفاوت با معاملات اکراهی دارند و برخلاف دسته اخیر، صحیح تلقی می‌شوند؛ اندیشه‌ای که در ماده ۲۰۶ قانون مدنی انعکاس یافته است. اما مطالعه در اندیشه‌ی فقیهان، این نتیجه کلی را ثابت می‌کند که این نظریه، ناظر بر موردی است که حالت درونی و وضعیت اقتصادی شخص معامل، بدون این که از آن استفاده‌ی ناروا شده باشد، او را وادار به معامله کرده است. اما اضطرار، دو چهره‌ی مختلف دارد؛ یک چهره، همان است که اکثر فقها گفته‌اند و چهره‌ی دیگر که مورد غفلت واقع شده، این است که، یک طرف از وضعیت اضطراری طرف مقابل خود مطلع باشد و از آن سوءاستفاده کند و از این طریق شروط و یا قیمتی را تحمیل کند که در حالت عادی، هیچ فروشنده یا خریداری حاضر به انعقاد چنین قراردادی با این شرایط نباشد. درست است که اضطرار درونی شخص، او را وادار به انعقاد قرارداد می‌کند که فی نفسه غیر مشروع نیست و هیچ شباهتی به اکراه ندارد، ولی چهره‌ی خشن این معاملات، روی دیگر آن است که یک طرف در صورت اطلاع از آن وضعیت، دچار وسوسه می‌شود و از آن بهره‌برداری غیرعادلانه می‌کند؛ امری که وجدان انسانی نمی‌تواند نسبت به آن بی تفاوت باشد و به آن واکنش قهری نشان می‌دهد؛ واکنشی که به حکم تشخیص ذاتی عقل نسبت به قبح اعمال، نه تنها جدا از آموزه‌های اخلاقی و شرعی نیست، بلکه با آن منطبق است. (کاظم پور، ۱۳۹۱ ص ۱۰).

بنابراین باید گفت علی‌رغم سکوت قانونگذار در مورد فرض سوء استفاده از وضعیت اضطرار طرف قرارداد و عدم پیش‌بینی حکم قانونی عام در خصوص ضمانت اجرای آن، دیدگاه آن دسته از حقوقدانان کشورمان که ضمانت اجرای سوء استفاده از چنین وضعیتی را عدم نفوذ قرارداد دانسته و بر مبنای آن مرز سنتی میان اکراه و سوء استفاده از اضطرار را برداشته و در نتیجه سوء استفاده از چنین وضعیتی را یکی از عوامل مؤثر در وضعیت حقوقی قرارداد شمرده و به عدم نفوذ آن رأی داده‌اند، قابل دفاع می‌باشد. بر این اساس قرارداد مبتنی بر سوء استفاده از وضعیت اضطرار غیر نافذ بوده و پذیرش چنین دیدگاهی منجر به اعمال حمایت حداکثری از طرف قراردادی زیان دیده خواهد بود؛ چه آنکه معتقدیم در تحقق اکراه لازم نیست که اکراه‌کننده وسیله تهدید و فشار را خود فراهم آورده باشد بلکه کافی است از وسیله‌ای که قبلاً فراهم آمده است - مانند اضطرار - برای وارد کردن فشار و تحمیل قرارداد بر دیگری بهره‌برداری کند. (همان، ص ۱۱۲ و کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۵۰۰ به بعد).

## ۴-۲-۲- نظم عمومی



همچنان که برخی از حقوقدانان کشورمان (صفایی، ۱۳۸۲، ص ۵۱) به درستی بیان داشته اند، می توان گفت از مفهوم نظم عمومی نمی توان تعریف دقیقی به دست داد و نیز نمی توان موارد آن را احصا کرد؛ فقط می توان گفت نظم عمومی مبتنی بر فکر کلی برتری اجتماع نسبت به فرد و تفوق منافع عمومی نسبت به منافع خصوصی است.

در عرصه حقوق مدنی، نظم عمومی وسیله محدود ساختن آزادی اراده یا تامین حکومت قانون بر اعمال حقوقی اشخاص است و در خصوص امکان مداخله در صحت شروط غیرمنصفانه به واسطه استناد به نظم عمومی، باید گفت با توجه به تکلیف عمومی مقرر در ماده ۹۷۵ ق.م که بیان می دارد قضاات نمی توانند قراردادهای خلاف نظم عمومی را به اجرا گذارند و نیز با عطف توجه به اینکه شرط نیز به طریق اولی تابع الزامات حاکم بر عقد است، تردیدی باقی نمی ماند؛ اگر چه همچنان که عده ای از نویسندگان کشورمان به درستی گفته اند این اندیشه در رویه قضایی کشورمان رسوخ جدی نیافته و در عمل یافتن موردی که قضاات به استناد بر خلاف نظم عمومی بودن، شرط ناعادلانه ای را از اجرا محروم کرده باشند، دشوار است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۲۳) اما نباید فراموش کرد نظم عمومی حمایت کننده که یکی از شاخه های نظم عمومی اقتصادی است بر این مبنا استوار است که قرارداد همیشه نمی تواند عدالت را مستقر کند؛ آزاد گذاردن طرف قوی قرارداد در سوء استفاده از ضعف قدرت معاملی طرف ضعیف و تحمیل شرایطی که فقط منافع او را لحاظ نموده و در نتیجه به ضرر طرف قرارداد تمام می شود، به جهت مخالفت با هدف اقتصادی قرارداد که همان توزیع عادلانه ثروت در جامعه است، در تضاد با نظم عمومی اقتصادی بوده و این آزادی لاجرم باید محدود گردد. تنظیم قراردادهای مصرف و منع درج شروط غیرمنصفانه در این قراردادها یکی از آخرین اقدامات قانونگذاری بر پایه نظم عمومی حمایت گرانه است.

علاوه بر مورد فوق، در سطور ذیل به بیان مواردی از استناد علمای حقوق به نظم عمومی برای بطلان شروط ناعادلانه می پردازیم که می تواند مهر تأییدی بر دیدگاه قابلیت استناد به نظم عمومی برای مقابله با شروط ناعادلانه به عنوان یک قاعده کلی، تلقی گردد؛ برخی اساتید به تأسی از حقوق فرانسه در حقوق ایران نیز شرط عدم مسئولیت در مورد ارتکاب تقصیر سنگین و همچنین شرط عدم مسئولیت در مورد صدمات وارد به انسان را به استناد نظم عمومی باطل دانسته اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۷۲۳) برخی دیگر از محققان، جهت مقابله با شرط کاهش مسئولیت به نظم عمومی حمایتی متوسل شده اند (ایزائلو، ۱۳۹۰، ص ۷۵) و حتی در تبیین بطلان شرط عدم مسئولیت یا کاهش مسئولیت در فقه، بطلان این گونه شروط در فقه را بر اساس مخالفت آنها با نظم عمومی توجیه نموده اند. (همان، ص ۱۰۸) همچنین به اعتقاد برخی از حقوقدانان در صورتی که وجه التزام مقرر از مصادیق ماده ۵۷۹ قانون مدنی باشد،

دادگاه می تواند به استناد مخالفت شرط با نظم عمومی و اخلاق حسنه مبلغ وجه التزام را تعدیل کند. (امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ص ۱۹۱) در مورد شرط عدم تجارت نیز گفته شده است که اصل بر بطلان این شرط است؛ از جمله به این دلیل که خلاف منافع و مصلحت جامعه و یا نظم عمومی است. بنابراین اگر به دلالات و الزامات نظم عمومی اقتصادی و بویژه نظم عمومی حمایتی توجه داشته باشیم، می توان در کنار مصادیق فوق الذکر بسیاری از شروط ناعادلانه دیگر را که تعادل قرارداد را به ضرر طرف ضعیف قرارداد بر هم می زنند، بر اساس مخالفت با نظم عمومی بی اعتبار دانست. (کریمی، ۱۳۹۴، ص ۱۳۰)

#### ۴-۲-۳-قاعده لا ضرر

از مشهورترین قواعد فقهی که در بیشتر ابواب فقه به آن استناد می شود، تا آنجا که بسیاری در تألیفات و تقریرات خود رساله مستقلی به آن اختصاص داده اند قاعده لا ضرر است؛ اگر چه نصوص شرعی متعددی به عنوان مدرک این قاعده مورد استناد فقها واقع شده است، اما بدون تردید قبح ضرر و حسن جلوگیری از آن و در نتیجه نهی از اضرار، از مستقلات عقلیه است که عقل به مدلول آن بدون نیاز به حکم شرع، می رسد. (محقق داماد، ۱۳۷۰، ص ۱۳۱) به عبارت دیگر این قاعده از قواعد مبتنی بر انصاف است که عقل، صرف نظر از متون شرعی یا ادله نقلی، به آن حکم می کند.

از جهت امکان استناد به قاعده لا ضرر در بحث حاضر نیز باید گفت همچنانکه هر جا لزوم قرارداد موجب ورود ضرر غیرمتعارف گردد، حکم لزوم برداشته و قرارداد قابل فسخ می شود (انصاری، ۱۳۷۲، ص ۳۷۳)، همانطور زمانی که وفای به شروط قراردادی موجب چنین ضرری گردد، حکم لزوم وفای به این شرط مرتفع می شود و نتیجه مرتفع شدن لزوم وفای به این شرط، قابلیت فسخ در حدی است که ضرر غیر متعارف نفی شود.

در حقوق کشورمان و با توجه به ضعف عملکرد قانونگذار در مقابله با غیرمنصفانگی شروط قراردادی، برخی اظهار داشته اند به نظر می رسد قاعده لا ضرر جهت مبارزه با شروط تحمیلی و غیرمنصفانه کفایت کند (کریمی، ۱۳۸۱، ص ۸۲). این نظر از بسیاری جهات قابل دفاع است بویژه که اعمال قاعده لا ضرر در عرصه قراردادها هم در فقه و هم در حقوق موضوعه سابقه داشته و مشکلات موجود بر سر راه استناد به دیگر مبانی، در خصوص این قاعده، کمتر لمس می شود.

#### ۴-۲-۴-سوء استفاده از حق

از آغاز قرن بیستم، که افکار مبالغه آمیز طرفداران اصالت فرد تا اندازه ای تعدیل شد، درباره مفهوم حق نیز رفته رفته نظرها تغییر کرد و در نهایت نویسندگان پذیرفتند که مفاد هر حق کم و بیش به مبانی اجتماعی آن محدود می شود؛ هیچ حقی آن چنان که پیشینیان می پنداشتند، مطلق نیست و صاحب آن نمی تواند وجود حق را وسیله ضرر زدن به دیگری قرار دهد یا آن را به شیوه ای به کار برد که در دید عرف ناهنجار به نظر آید. به تبع تغییر صورت گرفته در فلسفه حق، در مباحث راجع به مقابله با غیرمنصفانگی شروط قراردادی نیز، سوء استفاده از حق به عنوان یکی از مبانی این مقابله مورد توجه قرار گرفت و پذیرفته شد که حق امری نسبی است و صاحب حق نمی تواند از آن سوء استفاده نماید و حق معمولاً در میان حصارهای از محدودیت ها به سر می برد. (صفایی، ۱۳۸۹، ص ۱۸۵)

اصل سوء استفاده از حق در عرصه قراردادها و تخصصاً کنترل شروط غیرمنصفانه بیانگر این فکر است که طرفی که قرارداد را به نحوی نامتعادل پیش نویس نموده و شروطی را به زیان طرف دیگر و به نفع خود در قرارداد درج و به او تحمیل نموده است، در واقع در حال سوء استفاده از حق خود می باشد. می توان گفت در حقوق ما نظریه سوء استفاده از حق به عنوان یکی از فروع قاعده لا ضرر تلقی شده است؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۲۶۷) این تلقی در واقع نادرست هم نیست چرا که ملاک وقوع سوء استفاده از حق، فعل یا ترک فعل صاحب حق نیست بلکه نتیجه زیانبار آن برای طرف مقابل است. دست کم در حقوق ایران وقتی صحبت از سوء استفاده از حق است، مقصود هر گونه سوء استفاده ای نیست بلکه مقصود این است که اقدام صاحب حق در اعمال و اجرای حق خویش، نامتعارف بوده و موجب تضرر شخص دیگر می گردد. به عبارت دیگر ملاک سوء استفاده از حق ورود ضرر است.

#### ۴-۲-۵-حسن نیت

بنا بر تعریف کلی که از مفهوم حسن نیت شده است، حسن نیت عبارت است از رفتار حاکی از اعتقاد یا اراده رعایت قواعد حقوقی که سبب می شود ذینفع از خشونت قانون دور بماند. با توجه به این تعریف و نیز پیشنهادات اظهار شده مبنی بر ضرورت تفسیر حسن نیت با مراجعه به استانداردهای معقولیت، به نظر می رسد که حسن نیت به عرف نزدیک است و رفتار با حسن نیت معمولاً همان رفتار معقول و متعارف است و چه بسا با مراجعه به عرف در اغلب موارد بتوان به همان نتیجه رسید که اصل حسن نیت اقتضا می کند. (صفایی، ۱۳۹۲، صص ۲۹-۲۸) سخن گفتن از حسن نیت در نظام حقوق اسلام امری سهل و ممتنع است؛ زیرا از یک سو این موضوع به صراحت و به صورت مستقل در هیچ یک از منابع اصیل فقهی مطرح نگردیده است و از سوی دیگر روح و جوهره حسن نیت چنان در احکام اسلامی و قواعد فقهی رسوخ نموده که نمی توان به سادگی از کنار آن گذشت. گرچه باید

یادآور شویم که واژه حسن نیت به صورت ترکیبی در هیچ آیه ای از آیات قرآن کریم به کار نرفته است؛ اما کلمه‌های احسان، حسن، انصاف، صدق، خیر و معروف از جمله واژه‌هایی هستند که به نحوی متضمن حسن نیت یا معانی مرتبط با آن تلقی می‌گردند و این مفاهیم بیانگر این حقیقت هستند که رعایت صداقت و درستکاری در مناسبات انسان‌ها یک ارزش اخلاقی است و نبود حسن نیت و قصد اضرار به دیگران در اجرای حقوق ممنوع می‌باشد. (نقیبی، ۱۳۹۳، ص ۳۶)

در قول و فعل پیامبر و معصومین نیز در موارد متعدد به رعایت راستی و پرهیز از نادرستی تاکید شده است و فقها نیز با توجه به مدلول حسن نیت (عاملی، بی تا، ص ۲۸۷) و رفتار منصفانه به ممنوع بودن افعالی همچون «غش»، «تدلیس»، «غبن»، «تغذیر»، «تطفیف» و نظایر آن حکم داده و در حوزه عقود، ضمانات اجراهای حقوقی این افعال یعنی عدم نفوذ، حق فسخ و یا حق ارش را بررسی نموده‌اند.

می‌توان گفت در حقوق موضوعه ایران علاوه بر این که حسن نیت مبنای بسیاری از مقررات در حوزه‌هایی نظیر عقود بیمه و وکالت، خیارات، اکراه و ... قرار گرفته، مواردی یافت می‌شود که به این اصل اشاره شده یا کلمات به کار برده شده توسط مقنن مرادف و بیان‌کننده حسن نیت بوده است؛ از آن جمله در ماده ۳۵ قانون تجارت الکترونیک می‌خوانیم: «اطلاعات اعلامی و تائیدیه اطلاعات به مصرف‌کننده باید در واسطی با دوام، روشن و صریح بوده و در زمان مناسب و با وسایل ارتباطی مناسب در مدت معین و بر اساس لزوم حسن نیت در معاملات و از جمله ضرورت رعایت افراد ناتوان و کودکان ارائه شود».

در خصوص امکان توسل به اصل حسن نیت به منظور مقابله با غیرمنصفانگی نیز باید گفت علی‌رغم عدم تصریح به پذیرش این اصل در حقوق کشورمان، نمی‌توان به سادگی از قابلیت‌های این اصل به ویژه نقش سازنده آن در تفسیر قراردادها و ایجاد مهار در برابر آزادی مطلق قراردادی غافل شد. بر این اساس اصل حسن نیت و ضرورت رفتار منصفانه می‌تواند در جهت اعمال راهکار مناسب در برابر غیرمنصفانگی، مورد استناد واقع شود.

## نتیجه گیری

آزادی قراردادی بر مبنای این اعتقاد توجیه می شود که قرارداد زاده اراده بوده و همین اراده تنها نیرویی است که می تواند برای انسان حق و تکلیف به وجود آورد و به منزله قانونی است که دو طرف برای تنظیم روابط خود وضع کرده اند. توجه به این مبنا خود، چپستی و چرایی مداخله قضایی و تقنینی را در عرصه قراردادها آشکار می نماید؛ چه آنکه در فرضی که احترام به این آزادی در خلاف جهت فلسفه تشریح آن عمل کند، دیگر مبنایی برای پای بندی به این قاعده باقی نخواهد ماند.

درج شروط غیر منصفانه در قرارداد، حقیقتی است که با نشانه گرفتن اصل آزادی قراردادی و احترام به اراده اشخاص، این اصول را به چالش می کشد و از سوی دیگر ضرورت برقراری موازنه در موقعیت طرفین را متذکر شده، حرکت در مسیر قطعی حقوق که همانا عدالت و انصاف است را یادآور می شود. پس تقابل اراده با غیرمنصفانگی پای بندی به آن، می بایست به نحوی مرتفع گردد؛ دغدغه حل این مساله و شوریدن علیه غیرمنصفانگی شروط قراردادی مختص حقوق غرب نبوده، این اندیشه در حقوق ایران نیز در حال نفوذ است. لیکن کندی این حرکت و عدم وجود موضع صریح تقنینی، ما را ناگزیر از شناساندن مبانی و راهکارهای سنتی در تجهیز قضات به سلاح مقابله با غیرمنصفانگی می نماید که به استناد نوشته های ارزشمند نویسندگانمان مفید دو ثمره خواهد بود: نخست این که یافتن اصول و قواعدی که مقابله با شروط غیرمنصفانه بتواند بر اساس آن پایه گذاری شود، نشان خواهد داد که وضع قانون در این خصوص صرفاً تقلید از حقوق بیگانه نبوده بلکه با اصول و مبانی حقوق ایران و عقاید پذیرفته شده نزد فقها نیز قابل توجیه است و حتی چنین اصول و قواعد کلی ایجاب می نماید که کنترل تقنینی شروط غیرمنصفانه در ایران انجام گیرد. ثمره دوم این است که چنین راهکاری می تواند قضات را متقاعد سازد دست کم مادامی که کنترل تقنینی صورت نگرفته است، با مستند نمودن آراء خود به اصول و قواعد بیان کننده مبانی کنترل شروط غیرمنصفانه، خلأ ناشی از فقدان مداخله قانونگذار را تا حدی جبران نمایند.

مبانی حقوقی قابل طرح به منظور مقابله با غیرمنصفانگی در حقوق کشورمان عبارتند از استناد به سوءاستفاده از وضعیت اضطراری، نظم عمومی، قاعده لا ضرر، سوء استفاده از حق و حسن نیت که هر یک به نوبه خود می توانند بخشی از دشواری مقابله با غیرمنصفانگی را که ناشی از نقص مداخله تقنینی است، مرتفع نمایند. چه آنکه چاره ای جز استفاده حداکثری از منابع معدود و محدود موجود نیست؛ لیکن این به معنای فراموش کردن این مهم نخواهد بود که با توجه به اختلاف نابرابری های سنتی موجود در قراردادها با نابرابری ناشی از وجود شروط غیر منصفانه، توجیه کارآمدی اعمال روش

های سنتی در شروط اخیر به منظور مقابله با غیرمنصفانگی همواره و در تمام دعاوی مطروحه آسان نبوده، تردیدی در ضرورت اعمال راهکارهای جدید از طریق مداخله قانونگذار و تصویب مقرراتی مستقل به منظور حمایت از طرف ضعیف قراردادی و حذف غیرمنصفانگی از گستره شروط قراردادی وجود ندارد؛ امری که به ویژه تجربه دیگر نظام های حقوقی آن را به ضرورتی انکارناپذیر بدل کرده است.

### فهرست منابع

فارسی:

۱. احمدی واستانی، عبدالغنی، نظم عمومی در حقوق خصوصی، تهران: کتابخانه ابن سینا، ۱۳۴۱
۲. اصغری، سید محمد، عدالت به مثابه قاعده، تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۸
۳. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، جلد اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۸
۴. امینی، منصور، حسن نیت در قراردادها: از نظریه تا عمل؛ نگاهی به موضوع در نظام حقوقی کامن لا، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۲، ۱۳۹۰
۵. ایزانلو، محسن، شروط محدودکننده و ساقط کننده مسئولیت در قراردادها، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۹۰
۶. باریکلو، علیرضا، اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دوره پیش قراردادی؛ با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۶، ۱۳۹۰
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی، جلد اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۲
۸. حائری، مسعود، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، تهران، سازمان انتشارات کیهان، ۱۳۷۳
۹. حدادی، مهدی، مقایسه مفهوم و کارکرد نظم عمومی در نظام حقوق بین الملل با نظام های حقوق ملی، مجله حقوق خصوصی، شماره ۸، ۱۳۸۹
۱۰. حسینی، سید هادی، حکمت های تحریم ربا، فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، شماره ۵، ۱۳۸۱
۱۱. ساردویی نسب، محمد، کاظم پور، سیدجعفر، مؤلفه های غیرمنصفانه بودن قرارداد، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۵، ۱۳۹۰

۱۲. سیّاح، احمد، فرهنگ دانشگاهی عربی فارسی ترجمه المنجد الابدی، تهران، فرهنگ، ۱۳۸۹
۱۳. سیملر، فیلیپ، راه حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی در قراردادها، مترجم: قاسمی حامد، عباس، تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱ و ۲۲، ۱۳۷۷
۱۴. شعاریان، ابراهیم، تطبیق اصل آزادی قرارداد با قاعده العقود تابعه للقصود، مجله کانون وکلای آذربایجان شرقی، ۱۳۷۹
۱۵. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، جلد دوم، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۷
۱۶. \_\_\_\_\_، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۸
۱۷. شیروی، عبدالحسین، نظریه غیرمنصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن لو با تاکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۱۴، ۱۳۸۱
۱۸. صادقی، محسن، مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و جلوه های نوین آن، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۸، ۱۳۸۴
۱۹. صفایی، سید حسین، حقوق بیع بین المللی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۲
۲۰. \_\_\_\_\_، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷
۲۱. \_\_\_\_\_، مسئولیت مدنی: الزامات خارج از قرارداد، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۸۹، تهران
۲۲. قنوتی، جلیل - وحدتی بشیری، سید حسن - عبدی پور، ابراهیم، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۹
۲۳. قنوتی، جلیل، اصل آزادی قراردادی، قراردادها و شروط غیرعادلانه، مجله مطالعات اسلامی: فقه و اصول، شماره ۸۵، ۱۳۸۹
۲۴. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶
۲۵. \_\_\_\_\_، فلسفه حقوق، جلد سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵
۲۶. \_\_\_\_\_، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵
۲۷. \_\_\_\_\_، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷
۲۸. \_\_\_\_\_، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸
۲۹. \_\_\_\_\_، الزامات خارج از قرارداد: ضمان قهری، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱
۳۰. \_\_\_\_\_، ستایش قرارداد یا اداره آن، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۲، ۱۳۸۰

۳۱. کاظم پور، سید جعفر، حمایت از مضطر در معاملات اضطراری؛ مبانی و راهکارها، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۰، ۱۳۹۱
۳۲. کرمی، سکینه، شروط ناعادلانه قراردادی، عابدیان، میر حسین، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲
۳۳. \_\_\_\_\_، نظم عمومی؛ ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۱، ۱۳۹۴
۳۴. کریمی، عباس، شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها، مجله پژوهش های حقوقی، شماره اول، ۱۳۸۱
۳۵. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه: بخش مدنی، تهران، اندیشه های نو در علوم انسانی، ۱۳۷۰
۳۶. \_\_\_\_\_، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰
۳۷. محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، تهران، نشر علوم، ۱۳۷۳
۳۸. مدرسی، حسین، جلوگیری از سوء استفاده احد متعاملین از اضطرار طرف دیگر، مجله نامه فرهنگ، شماره ۱، ۱۳۸۶
۳۹. مطهری، مرتضی، بیست گفتار، قم، نشر حوزه، ۱۳۴۷
۴۰. نقیعی، سید ابوالقاسم، تقی زاده، ابراهیم، باقری، عباس، جایگاه حسن نیت در فقه امامیه، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره اول، ۱۳۹۳

عربی:

۱. ابن قدامه، المغنی، کتاب البیع، بیع المصراء، جزء رابع، بی تا
۲. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، جلد اول، انتشارات دهقانی، ۱۳۷۲
۳. بجنوردی، محمد حسن، قواعد الفقیهه، جلد اول، نجف، نشر النجف، ۱۳۹۱.ه.ق
۴. خمینی، روح ا...، کتاب البیع، جلد دوم، تهران، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۸.ه.ق
۵. \_\_\_\_\_، البیع، جلد ۱، تهران، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۷.ه.ق
۶. شیرازی، محمد، البیع، بیروت، دارالعلوم، ۱۴۱۴، ه.ق
۷. طباطبایی، محمدحسین، تفسیرالمیزان، جلد پنجاه و ششم، جامعه مدرسین اسلامی، بی تا
۸. عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، جلد دوازدهم، بیروت، موسسه آل البیت، بی تا
۹. عاملی، محمد بن مکی، اللمعه الدمشقیه، جلد اول، بیروت، دارالتراث بیروت، ۱۴۱۰.ه.ق



۱۰. غروی اصفهانی، محمدحسین، حاشیه مکاسب، جلد اول، دارالمصطفی الاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ه.ق.
۱۱. کرکسی، محقق، جام القسط، جلد سیزدهم، موسسه آل بیت، ۱۴۰۸ ه.ق.
۱۲. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقیهه، جلد دوم، چاپ محرم، ۱۳۸۲
۱۳. موسوی خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، جلد دوم، دارالهادی، ۱۴۱۲ ه.ق.
۱۴. نائینی، محمد حسین، منیه الطالب، جلد اول، مطبعه المرتضویه، ۱۳۵۸ ه.ق.
۱۵. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۲، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه.ق.
۱۶. \_\_\_\_\_، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۳، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا
۱۷. نراقی، ملااحمد، عوائد الایام، تهران، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق.

لاتین:

1. Cicoria, Cristiana, the protection of the weak contractual party in jtal v. united stated Doctrine of unconcionability a comparative Analysis, Global Gurist Advances, Vol.3, 2003
2. Beatson.J, Anson's Law of Contract, 29th coalition, Oxford University Press, 2010
3. Calamari, John D. & Pillo, Joseph, The law of contracts, 3re Ed, 1997
4. Godley, James, An introduction to the Comparative Study of Private Law, Readings, Cases, Materials , Arthur Taylor Von Meh- ren, Cambridge University Press, 2006.
5. McLaughlin, Gerald, Unconscionability and Impracticability: Reflection on Two UCC Indeterminaty Principles, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, Vol.14, 1992
6. Mensch, Betty, Freedom of Contract as Ideology, Book Review, Stanford Law Review, Vol. 33, 2003
7. Wertheimer, Alan, Unconscionability and Contracts, Business Ethics Quartely, Vol. 2, 1992