

علمی - پژوهشی

وضعیت قراردادهای ناعادلانه در فقه امامیه در مقایسه با شرط غیر منصفانه در قانون تجارت الکترونیکی ایران و نظام های بین المللی

مهران جعفری * علی پورجوهری ** کرم جانی پور *** عبدالحمیدمفتخر ****

چکیده

شرط غیرمنصفانه در قانون تجارت الکترونیکی ایران به ضرر مصرف کننده غیرموثر شناخته شده است. قانون تعریفی از شرط غیرموثر ارائه نداده و تشخیص موثر بودن یا غیر موثر بودن شرط را برعهده دادرس نهاده است. اداره حقوقی قوه قضاییه چنین تشخیصی را به عرف بین تجارواگذار کرده است. هرچند در فقه تاسیسی به نام شرط غیر منصفانه دیده نمی شود ولی براساس مبانی فقهی تکلیف روشن است و این شروط علیرغم اصل آزادی قراردادها که مورد حمایت فقه امامیه است در صورتی که به زیان یکی از طرفین قرارداد باشد از مواردی است که علاوه بر باطل بودن شرط عقدراهم باطل می کند مثل شرط خلاف مقتضای عقد مراعات عدل و انصاف و اجتناب از ایراد ضرر به طرف معامله و تحمیل شرایط ناروا به او از میانی برخورد فقه امامیه با شرط غیر منصفانه است. نظام های حقوقی بین المللی نیز شرط غیر منصفانه را باطل و و بی اثر می دانند.

کلید واژه ها: شرط غیر منصفانه، آزادی قراردادها، تجارت الکترونیک، مصرف کننده

تاریخ وصول: ۱۳۹۸/۰۶/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۲۳

*استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران (نویسنده مسئول) mehran95jafari@yahoo.com

**استادیار گروه فقه و حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران

A.pourjavaheri@gmail.com

***استاد یار گروه فقه و حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران

Karamjanipour1349@gmail.com

****دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج،

moftakhar1332@gmail.com

۱- مقدمه

بدون تردید ابعاد مبادلات تجاری به سمت گسترش روز افزون در حال حرکت است. مجهز شدن تجارت به سیستم‌های ارتباطی تسریع کننده این مبادلات حاکی از شتاب دگرگونی در فرهنگ تجاری است. بدیهی است با رغبت نوع انسان به سود جویی بیشتر اتخاذ تدابیری در دستور کار تاجران قرار گرفته است که آنها را به هدف نزدیک می‌سازد. شرط غیر منصفانه، شروط تحمیلی، قراردادهای الحاقی و شرط عدم مسئولیت از مصادیق چنین راهکاری هستند که اگر جلوگیری اندیشه ای گرفته نشود فضای مبادلات تجاری نامطلوب و به زیان مصرف کننده غیر قابل تحمل خواهد شد. در شرع انور اسلام وفقه امامیه بر رعایت عدالت و انصاف در همه مناسبات از جمله معاملات تاکید شده است و شروط باطلی را که در مواردی بنیان عقد را متزلزل می‌کند معرفی نموده که این شروط در قانون مدنی کشور ما متجلی است. امروز در قانون تجارت الکترونیکی ایران و سایر نظام‌های حقوقی دنیا شاهد هستیم که شرط غیر منصفانه در مقابله با قانون ناتوان و محکوم به نابودی است.

پرداختن به نقایص موجود در قانون تجارت الکترونیکی در خصوص ماده ۴۶ که شروط غیر منصفانه را غیر موثر دانسته در حالی که نه تعریفی از انصاف ارائه داده و نه مفهوم غیر موثر را که در نظام حقوقی ما مسبوق به سابقه نیست از ضرورت‌های انجام این تحقیق است. هدف از نگارش این مقاله این است که با بررسی تطبیقی ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی با نظام‌های حقوقی بین‌المللی و فقه امامیه راهکار مناسب برای برخورد با شرط غیر منصفانه یافته و به عنوان پیشنهاد ارایه گردد.

۲- تعریف شرط غیر منصفانه

شرط غیر منصفانه شرطی است که یکی از طرفین معامله با تکا برتری خود به طرف دیگر قرارداد تحمیل می‌کند و اوناچار به قبول آن می‌باشد. به تعبیری ساده می‌توان تشخیص را به عرف واگذار کرد و آن را شرطی دانست که وجدان نوعی انسان هیچ‌گاه آن را قبول نمی‌کند. در ماده ۳ دستورالعمل اروپایی شرط غیر منصفانه شرطی است که باید به طور مشخص مورد مذاکره قرار نگرفته باشد. یعنی این شرط از قبل توسط عرضه کننده یا فروشنده تهیه و به مصرف کننده ارائه شده است و وی نمی‌توانسته تغییری در شروط به وجود آورد.

۱- ماهیت شرط غیر منصفانه در فقه و حقوق ایران

شرط غیر منصفانه تا قبل از تصویب قانون تجارت الکترونیک در نظام حقوقی ایران شناخته شده

نبود ولی از جایی که شرط غیر منصفانه در آنسیترال به صراحت ذکر شده است و قانونگذار ما قانون تجارت الکترونیک را از آنسیترال اقتباس نموده بدون توجه به آثاری که ممکن است در نظام حقوقی ایجاد کند این شرط را در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک به این نحو بیان داشته است: استفاده از شروط قراردادی غیر منصفانه به ضرر مصرف کننده موثر نیست؛ این در حالی است که این شرط در دادگاههای ما مفهومی ندارد ولی در نظام کامن لا دادگاهها به این موارد غالباً رای می دهند و قرارداد تحمیلی را تعدیل یا باطل می کنند.

در نظام حقوقی اسلام قاعده وحکم کلی در زمینه قراردادهای ناعادلانه وجود ندارد. در فقه اسلامی اصل آزادی قرارداد به عنوان اصل عمومی حاکم بر قراردادهاست و جز در موارد استثنایی و براساس نصوص شرعی قلمرو این قراردادها محدود نشده است. (قنوتی، ۱۳۸۹، ۱۵۴)

۲-۲- مبانی فقهی شرط غیر منصفانه

علیرغم مستحذته بودن مبارزه با اعمال شروط غیر منصفانه و عدم توجه فقیهان متقدم به این عنوان می توان مبانی آن را در فقه نیز مورد کنکاش قرارداد و در خلال مباحث فقهی از جمله قاعده ی لاضرر معامله در حالت اضطرار، معاملات سفهی، مبانی عسرو حرج مبانی فقهی شرط غیر منصفانه را اصطیاد کرد. که در این مقاله به دو مبانی مهم پرداخته می شود.

۳-۲- قاعده لاضرر

این قاعده از مهم ترین و شایع ترین قواعد فقهی است که کلیات آن مورد قبول تمامی فقههای امامیه و عامه است و مستند مسائل گوناگون در ابواب مختلف فقهی واقع شده است و فقیهان علاوه بر بحث ضمان از این قاعده در زمینه های دیگری از جمله عبادات نیز بهره گرفته اند و مبانی بسیاری از اختیارات نظیر خیار غبن و عیب و همچنین برخی حقوق مانند حق شفعه را قاعده ی لاضرر دانسته اند.

برخی از مولفین معتقدند که هر چند در اینجا خیار غبن قابل استناد نیست ولی مدرک عمده ی آن قاعده ی لاضرر است که می تواند کارگشا باشد چون در موارد سوء استفاده مقتضی اعمال قاعده ی لاضرر که ورود خسارت و ضرر باشد موجود است و نیز مضطر به اختیار وجود ندارد. پس مانعی هم برای اعمال قاعده ی لاضرر وجود ندارد به خصوص در موردی که طرف به عمد وضعیت اضطراری را ایجاد نموده تا مضطر را مجبور به پذیرش معامله غیر عادلانه کند زیرا ایراد ضرر در این فرض کاملاً مشهود است (محقق داماد، ۱۳۸۷، ۱۵۳)

۲-۴- بنای عقلا در مورد قاعده لاضرر

صرف نظر از دلایل لفظی در مورد قاعده لاضرر به نظر می‌رسد بنای عقلا پشتوانه محکمی برای این قاعده محسوب است. بی‌تردید بنای عقلا در این امر محقق است که درزندگی اجتماعی ومدنی زیان رساندن به دیگران اولاً امری ناپسند است ثانیاً عامل زیان درمقابل زیان دیده مسئول پرداخت خسارت است ولذا این اصل در کلیه سیستم‌های حقوقی پذیرفته شده ودر مورد چنین بنایی از ناحیه شرع مقدس ردع ومنعی واصل نشده که از این رهگذار امضای شارع احراز می‌گردد

براساس حدیث نبوی لاضرر ولاضرار فی الاسلام شرط غیر منصفانه که دربردارنده ی ضرراست باطل است

۲-۵- منع ضرر رساندن در قرآن

در قرآن کریم آیاتی وجوددارند که با تصریح واژه ی ضرر ومشتقاتش در موارد خاص احکامی را ارائه کرده اند که از باب تعلیق حکم بروصف حاوی معنای عام هستند ولاضرررا به صورت یک قاعده می‌توانند تثبیت کنند (الاسبوع ، ۱۳۸۰ ، ۲۵)

لاتضار والده بولدها ولا مولود له بولده .یعنی هیچ مادری نباید به فرزندش ضرر برساند وهیچ پدری نباید به فرزندش زیان بزند (سوره مبارکه بقره ، آیه ۲۲۳)

ولا تمسکوهن ضرارا لتعتدوا یعنی نگاه ندارید آن زنان را تا تعدی کنید .به تعبیری ضرررساندن به آنها تعدی وتجاوزاست (سوره مبارکه بقره ، آیه ۲۳۱)

۲-۶- منع ضرر رساندن در روایات

در خصوص لاضرر روایات بسیارزیادی وارد شده که از فرط تعدد به صورت تواتر اجمالی در آمده اند معروف ترین این روایات دراین مورد مربوط به داستان سمره بن جندب است که مبنای حدیث لاضرر شد

قدر متیقن قاعده ی لاضرر آن است که شارع از ارتکاب فعل ضرری نهی کرده است .قاعده ی لاضرر باشروط غیر منصفانه از آن جهت قابل بررسی است که طرف ضعیف قراردادهنگام پذیرش قراردادی یکی از حالات علم یا جهل نسبت به شرط غیر منصفانه قرارداشته است .درفرض جهل مساله به خیار غبن بر می‌گردد که مشهور فقهای امامیه آن را یکی از مستندات قاعده ی لاضرر می‌دانند اما در فرض عالم بودن طرف ضعیف بحث تعارض قاعده ی لاضرر وقاعده ی اقدام پیش می‌آید که با وجود اقدام بر ضرر جای تمسک به قاعده ی لاضرر نیست البته ممکن است همان گونه که برخی فقها در مورد

جهل نسبت به مقدار ومدت ضمان مطرح نموده اند (موسوی خویی ، ۱۴۰۹ ، ۱۲۵) در جواب آن گفته شود که مفاد حدیث امتنانی است و شامل جایی نمی شود که بر ضرر اقدام شده باشد بنابراین فرقی بین علم و جهل طرف ضعیف نیست .

۲-۷- قاعده ی اضطرار

گاهی شخصی به دلیل شدت تشنگی و گرسنگی و بیماری و... مجبور به تصرف در مال غیر می شود. جایگاه اصلی بحث اضطرار در مکتوبات فقهی باب اطعمه و اشربه است هر چند به مناسبت در ابواب دیگر مانند جهاد، تجارت، اجاره و حدود نیز مورد توجه قرار گرفته است. اضطرار از عناوین ثانوی است که با پیدایش آن تکلیف مربوط از عهده ی مکلف برداشته می شود بدین معنا که مکلف راز موضوع حکم شرعی خارج می کند که نتیجه آن جواز ارتکاب حرام یا ترک واجب در حال اضطرار است. مانند خوردن مردار یا ترک نماز که در شرایط عادی حرام و در حال اضطرار حلال است. همچنین فقهای امامیه اضطرار را مانع مسئولیت مدنی نمی دانند به استناد حدیث رفع احکام تکلیفی و وضعی مرتفع می شود اما در هر مورد که رفع حکم موجب تضییق و مشقت مسلمان شود به واسطه ی امتنانی بودن حدیث رفع آن حکم مرتفع نخواهد شد از جمله در اضطرار چون رفع حکم وضعی موجب مشقت و سختی بر امت می شود حکم مرتفع نمی شود (محقق داماد ، ۱۳۶۵ ، ۱۵۳) پرسشی که وجود دارد این است که حکم معامله ربوی در صورت اضطرار چیست؟ صاحب جواهر از دروس شهید اول نقل کرده است که: اگر پرداخت کننده ربا مضطر باشد و چاره ای هم نداشته باشد اقرب این است که حکم تحریم در حق او برداشته می شود؛ وی پس از نقل سخن شهید اول گفته است: این سخن درباره ی برخی از مصادیق اضطرار سخن خوبی است (نجفی ، ۱۳۶۷ ، ۲۰۱) برخی از اندیشمندان معاصر در رابطه با مساله اضطرار و ضرورت جلوگیری از سوء استفاده از آن بیان داشته اند: راجع به اضطرار فقها می گویند: اگر کسی مضطر شد خانه خود را بفروشد برای مصرفی که برایش پیش آمده است هر چند باطنا و قلبا مایل نیست که از آن خانه منتقل شود معامله صحیح است و البته تا این اندازه مطلب درست است. راه چاره منحصر است. در اینجا جامعه مجبور نیست که میل قلبی او را از این جهت تامین کند. این گونه امور را اسلام با احسان و عواطف بهتر ترمیم کرده است و به نظر می رسد جای اجحاف و اعمال زور نیست ولی یک وقت هست که اضطرار به قیمت نازل تر می فروشد یعنی دیگری از اضطرار او سوء استفاده می کند اینجاست که باید گفت دیگری حق ندارد سوء استفاده کند یعنی هر چند از نظر فروشنده عمل جایزی صورت گرفته است اما از نظر خریدار عمل نامشروع

وحرامی صورت گرفته است

۳- رابطه حسن نیت با شرط غیرمنصفانه

ارتباط حسن نیت با شرط غیر منصفانه کاملاً روشن است اصل لزوم رعایت حسن نیت ایجاب میکند تا طرفین با رفتار صادقانه به انعقاد و اجرای قرارداد بپردازند حال آنکه در قراردادهای متضمن شرط غیر منصفانه^۱ طرف قوی با علم به ضعف طرف مقابل و سوء استفاده از وضعیت ضعیف قراردادی وی^۲ بر خلاف رفتار صادقانه و حسن نیت اقدام میکند بنابراین اقدام طرف قوی قرارداد در تحمیل شرط غیر منصفانه بر طرف ضعیف^۳ ناقض حسن نیت شمرده می شود. با توجه به ضرورت اخلاقی بودن روابط حقوقی و جلوگیری از بروز ظلم و ستم از یکسو و غیر اخلاقی و ظالمانه بودن شرط غیرمنصفانه از سوی دیگر در غیراخلاقی بودن و نامنصفانه بودن شرطی که یک طرف قرارداد با سوء استفاده از قدرت برتر خود در شرایط اضطراری بر طرف ضعیف تحمیل نموده است تردیدی باقی نمیماند. گاه در درادبیات حقوقی رعایت شرافتمندانه در معاملات و پرهیز از اعمال فریبکارانه در اجرای وظایف و تعهدات قانونی را حسن نیت گویند. درروایتی از حضرت علی نقل شده است: برای رسیدن به عدالت از حسن نیت به مردم کمک بگیر (لطفی، ۱۳۸۹، ۱۷۶)

۳-۱- حسن نیت در قراردادهای الکترونیکی

در قانون تجارت الکترونیکی فقط در یک ماده به حسن نیت اشاره شده است ماده ۳ که برگرفته از ماده ۷ کنوانسیون وین است مقرر می دارد: درتفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیت بین المللی ضرورت توسعه هماهنگی بین کشورها در کاربرد آنها و رعایت لزوم حسن نیت توجه کرد. درماده ۳۵ همین قانون که به رعایت افراد ناتوان و کودکان اشاره شده بطورضمنی لزوم رعایت حسن نیت را در نظر داشته است.

۳-۲ جایگاه انصاف

انصاف مصدر باب افعال و در لغت بر مبنای عدل و داد است. به معنی عدل کردن - داد کردن - داد دادن (دهخدا، ۱۳۷۲، ۳۳۰۵۵)

در بررسی انصاف به منزله یک قاعده حقوقی این توضیح ضروری است که انصاف به صورتی که متضمن بالمناصفه باشد از بحث خارج است بلکه مراد ما از انصاف به معنی برقراری موازنه است به زوری که وجدان آن را بپذیرد

۳-۳- انصاف به منزله قاعده فقهی

در نظام حقوقی موضوعه مادام که در موردی نص قانونی وجود دارد تمسک به قاعده فقهی لزومی ندارد و تنها در مواردی که قوانین ساکت ناقص مجمل یا متعارض باشند قواعد فقهی می توانند دریافتن حکم شرعی مستند قرار گیرند. چنان که بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قاضی موظف است که کوشش کند حکم هردعوی را در قوانین مدون بیابد و اگر نیابد باید به استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به هیچ بهانه ای از رسیدگی و صدور حکم امتناع ورزد. اما در باب اینکه آیا انصاف یک قاعده فقهی است و می تواند مورد استناد قرار گیرد باید پاسخ منفی داد زیرا اولاً بسیاری از آنچه که تحت عنوان قواعد فقهی آورده می شود صلاحیت استناد در مقام قضا و حتی افتا را هم ندارد و به تنهایی مشکل فقیه را در صورت فتوی و قاضی را در صدور حکم بر طرف نمی کند و به تعبیر برخی مولفین قواعد فقه را نمی توان به عنوان دلیل در استنباط یا در صدور رای قضایی مورد استناد قرارداد و لازم است که در هر مورد به ادله خاص مساله توجه کافی داشت. (عمیدزنجانی، ۱۳۹۰، ۲۶) ثانیاً اگرچه فهرست جامعی از تمام قواعد فقهی در دست نیست اما با رجوع به تایفات مرتبط قاعده ای تحت این عنوان یادارای مفهومی مشابه مشاهده نگردید.

در قرآن کریم آمده است: اوفوا بالعقود. برخی عقیده دارند: بر این اساس خداوند طرفین عقد را مکلف به وفای به قرارداد فرموده است. اما در همین کتاب خدا در جای دیگر آمده است: ان الله یامرکم بالعدل والاحسان. نه اینکه عقود ولو اینکه ظالمانه هم باشند پایبند باشند.

۳-۴- انصاف در حقوق اروپایی (کامن لا - فرانسه و اتحادیه اروپا)

در کشورهای اروپایی بویژه حوزه کامن لا به صورت یک امر بین المللی و رویه در آمده است در سطح اتحادیه اروپا چندین دستورالعمل در این خصوص وجود دارد که مهم ترین آنها دستورالعمل ۹۳/۱۳/۱۳ می باشد. البته اعضای اتحادیه اروپا مجازند به نحو مقتضی این حداقل هارا به صورت قانونی و مطابق با سلیقه های خود تصویب کنند (شیروی، ۱۳۸۸، ۲۶۷).

۴- تفاوت شرط غیر منصفانه در قانون تجارت الکترونیکی با فقه جعفری

شروط باطل مورد نظر فقها که قانون مدنی نیز متأثر از آنهاست ناظر به زمانی است که شرط به زیان یکی از طرفین عقد باشد در حالی که در قانون تجارت الکترونیکی شرط غیر منصفانه فقط راجع به مصرف کننده است. بطوری که در ماده ۴۶ ق ت ا می خوانیم: استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات

این فصل و همچنین اعمال شروط غیر منصفانه به ضرر مصرف کننده موثر نیست. اشاره ماده ۴۶ به مقررات این فصل با توجه به فصل مورد نظر قانونگذار عنوان حمایت از مصرف کننده را دارد در فقه شرط یا درست است یا نادرست و شرط نادرست یا فقط باطل است یا علاوه بر باطل بودن مبطل عقد نیز هست اما در مقایسه با فقه باید گفت اینکه در ق ت آمده است شرط غیر منصفانه موثر نیست نیاز به توضیح دارد. واز موارد نقص قانونگذاری است به جهت اینکه تکلیف شرط غیر منصفانه روشن نشده است که این شرط آیا باطل است و در این صورت آیا عقد را هم باطل می کند یا خیر که در هر صورت به نظر می رسد در تصحیح قانون این مورد را قانونگذار باید لحاظ کند ضمن اینکه قانونگذار غیر منصفانه را نیز تعریف نکرده واز این جهت عبارت قانون تفسیر برداراست.

۱-۴ ضرورت رعایت عدالت

در فقه امامیه اصطلاح خاصی باعنوان حسن نیت و رفتار منصفانه واصل یا سرفصلی که به طور اختصاصی و همه جانبه به چنین موضوعی پرداخته باشد متداول نبوده است اما با توجه به منابع فقه و بررسی سرفصل های منابع مرتبط با عقیدیه که که نظام حقوق شیعه به حسن نیت و رفتارهای منصفانه با عنوانهای مشابه دیگری توجه کرده اند اصلی که باید باحسن نیت و رفتار منصفانه در فقه امامیه بسیار نزدیک باشد اصل عدالت است (علیزاده ، ۱۳۸۴ ، ۹۵-۱۲۶) عدالت اصلی است که حجیت آن را قرآن احادیث ، اجماع و عقل اثبات کرده اند . در قرآن در آیات بسیاری بر رعایت عدالت تاکید شده است: قل امری بالقسط = بگو پروردگرم به قسط فرمان داده است . (سوره مبارکه اعراف ، آیه ۲۹) و یا ایها الذین آمنوا کونوا قوامین بالقسط = ای ایمان آورندگان به قسط و عدالت قیام کنید (سوره مبارکه نسا ، آیه ۱۳۵) (در روایات بسیاری نیز معصومین به عدل و انصاف امت را سفارش کرده اند . پیامبر اکرم (ص) فرموده اند: عدل ساعه خیر من عبادت سبعین سنه قیام لیلها و صیام نهارها = یک ساعت به عدالت رفتار کردن بهتر است از هفتاد سال عبادت و روزه داری در تمام روزهای آن دلیل عقلی بر وجوب عدالت به منزله قاعده ای عمومی در فقه و حقوق اسلام است که بدیهی ترین موضوعی که حسن عقلی دارد عدل و انصاف است . همانگونه که بدیهی ترین موضوعی که بنا بر حکم عقل تقبیح و مذمت می شود ظلم و جور است (محامد ، ۱۳۸۵ ، ۲۴۱) مقصود از عدالت آن است که شارع مقدس چه در عبادات و چه در معاملات جنبه عدالت فردی و اجتماعی را رعایت کرده و هیچ حکمی را ظالمانه تشریح نکرده است . زیرا ظلم مقتضی عدل و حکمت الهی نیست از این رو معلوم است که عدالت در تکوین و تشریح اصلی است که هیچ تخلفی ندارد به

دیگرسخن عدالت روح احکام الهی است و تمام مبادلات و معاملات باید بر مبنای عدالت صورت گیرد (جعفری لنگرودی ، ۱۳۵۴ ، ۱۹۹) در رابطه با جایگاه عدالت در فقه اسلامی لازم به ذکر است که واژه ی عدالت در عبارات فقها بیشتر در دو حوزه ی کاربرد دارد یکی در موضوع عدالت شخصی که ناظر به شرایط مجتهد قاضی و امام جماعت است (موسوی الخمینی ، ۱۴۲۳ ، ۱۸) و دیگری قاعده ی عدل و انصاف که ناظر به تقسیم بالمناصفه مال بین دونفر در فرض مشتبه شدن مالکیت است .

۵- شرط غیر منصفانه در قراردادهای بیمه و آثار آن از منظر فقه و حقوق ایران

الحاقی بودن قرارداد بیمه به آن منجر شده است که شرکت های بیمه هر نوع شرط و امتیازی را که منافع آنها را بهتر تامین می کند در قرارداد درج کنند. در برخی موارد آنان با محدود کردن تعهدات خود و افزایش تعهدات بیمه گذاران شروط غیر منصفانه ای را در قرارداد می گنجانند تا منافع خود را بهتر تامین کنند از سویی حقوق نیز به این امر بی توجه نیست. پس دخالت قانونگذار و دادگاهها در این امر ضروری است . بدین ترتیب حقوق بیمه یکی از تعهدات بیمه گرا تعهد به عدم درج شرط غیر منصفانه در قرارداد بیمه می داند. از جمله شروطی که در قرارداد بیمه دیده می شود و ما آنها را غیر منصفانه می دانیم می توان به موارد زیر اشاره کرد .

شروطی که سبب عدم تعادل در تعهدات قراردادی طرفین می شود

شروطی که تعهدات بیمه گرا در رابطه با تعهدات پذیرفته شده توسط نمایندگانشان محدود می کند

شروطی که بیمه گذار را موظف می کنند در صورت نقض قرارداد مبلغ زیادی به عنوان خسارت بپردازد

شروطی که حق تفسیر انحصاری قرارداد را به بیمه گر می دهد .

در حقوق ایران با وحدت ملاک از ماده ۱۷۹ قانون دریایی و ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی باید حکم بر بطلان اینگونه شروط داد یا به دادگاه اختیار تعدیل آنها را اعطا کرد. در ماده ۱۷۹ قانون دریایی راجع به قراردادهای کمک و نجات در صورتی که در حین خطرات تحت تاثیر آن منعقد شده باشند و شرایط آن به تشخیص دادگاه ناعادلانه باشد می توان آن شروط را باطل اعلام کرد و یا تغییر داد. در حقیقت این ماده برای جلوگیری از سوء استفاده از اضطرار وضع شده است .

۶- پیشینه غیر منصفانه بودن شرط

نظریه ی غیر منصفانه و خلاف وجدان بودن برای اولین بار در قرن هفدهم میلادی مورد توجه

دادگاه‌های انگلستان قرار گرفت (شیروی ، ۱۳۸۸ ، ۸) حتی برخی از حقوقدانان معتقدند شواهدی وجود دارد که خاستگاه اصلی این نظریه را به قرن پانزدهم میلادی می‌رساند. چه در انگلستان و چه به دنبال آن در آمریکا رویه‌ی قضایی آغاز گرجریان مبارزه با قراردادشروط غیر منصفانه بوده است. وقانونگذار به دنبال آن و در جهت پرکردن خلا‌های قانونی و تعیین حدود دخالت دادگاهها وارد این عرصه شده‌اند (شهیدی ، ۱۳۸۶ ، ۸)

اولین پرونده‌ای که در کامن لا در این خصوص شناسایی شده است پرونده‌ی مربوط به جیمز علیه مورگان است که در سال ۱۶۶۳ مطرح شده است. هرچند دادگاه در این پرونده با صراحت به قاعده‌ی غیرمنصفانه بودن اشاره و استناد نکرده است اما این رای مبنای پیدایش این نظریه در کامن لا است. در این پرونده خواهان اعلام کرد که اسبی را از خوانده خریداری نموده و در مقابل آن متعهد شده است که به ازای مبلغ نعل اسب تعدادی دانه‌ی جو پرداخت کند. مبنای محاسبه این گونه بود که به ازای میخ اول یک دانه جو و در مقابل میخ دوم دودانه‌ی جو و میخ سوم چهار دانه جو و به همین ترتیب برای هر میخ دوبرابر که در مجموع ۶۲۵۰ کیلوگرم دانه‌ی جو می‌شد با قیمت بیش از صد پوند به فروشنده بدهد. در این پرونده هیات دادگاه بدون اینکه به معیار غیر منصفانه بودن با صراحت استناد نماید نتیجه‌ی آن را که تعدیل قیمت قرارداد به دلیل عدم تناسب عوضین پذیرفته است. و به پرداخت قیمت واقعی اسب یعنی فقط هشت پوند رای داد (جعفری لنگرودی ، ۱۳۸۱ ، ۲۰)

در پرونده‌ی چستر فیلد علیه جانسن قاضی هاردیک در دادگاه انصاف تفسیری از تقلب اراده کرد که شامل غیر منصفانه بودن نیز شد. تقلب از نظر او عبارت است از؛ وضعیتی در معامله که از طبیعت و موضوع معامله واضح باشد که هیچ مرد عاقل و فریب خورده‌ای آن را نمی‌پذیرد و از طرف دیگر هیچ مرد درستکار و منصفی آن را بر دیگری تحمیل نمی‌کند

برای اولین بار مفهوم غیر منصفانه در سال ۱۹۴۸ در پرونده‌ی شرکت کمپیل س.پ علیه ونتز بطور صریح مورد استفاده قرار گرفت. این دادگاه برای اولین بار معامله‌ی غیر منصفانه را معامله‌ی نابرابر دانست دادگاه با استمداد از مفهوم غیر منصفانه بودن این گونه استدلال کرد که ؛ طرفی که چنین قرارداد یک جانبه‌ای را پیشنهاد می‌دهد و موفق به انعقاد آن می‌شود معاملات غیر منصفانه را الزام آور نمی‌داند متقن تر از آن است که به استدلال‌های پیچیده نیاز داشته باشد (کاظم پور ، ۱۳۹۲ ، ۲۰۹ و ۲۱۰)

۷- اثر شرط غیرمنصفانه در عقد در حقوق تطبیقی

قانون متحد الشکل تجاری امریکا در ماده ۲-۳۰۲ قرارداد با شرط غیر عادلانه را چنین تعریف می کند : هرگاه دادگاه به عنوان امر حکمی قرارداد یا هر شرطی از آن را در زمان انعقاد غیر منصفانه و برخلاف وجدان بیابد می تواند از اجرای آن جلوگیری کند یا مابقی آن را اجرا ننماید یا قلمرو اعمال شرط غیر منصفانه را محدود کند تا از هرگونه نتیجه غیر منصفانه اجتناب شود. براساس قانون aCt شروط غیر منصفانه شروطی هستند که سبب عدم تعادل فاحشی در حقوق و تعهدات طرفین قرارداد شوند ضرورت معقولی برای حمایت از منافع مشروع شخصی که شرط به نفع اوست وجود نداشته است و یا استناد یا بکار گیری آن شرط سبب ضرر مالی یا غیر مالی به طرف دیگر شود

از ویژگی های حقوق امریکا در برابر حقوق رومی و ژرمنی و اسلامی اهمیت درجه برخورد شروط نامشروع با اخلاق در سرایت فساد آن به عقد است. زشتی شرط گاه چنان است که اجرایی بخش درست عقد رانیز با نظم عمومی مخالف می سازد و اعتبار و نفوذ آن را یکسره از بین می برد (کالاماری و پرپلو ، ۷۹۲)

در فرانسه برای نخستین بار وزیر مشاور در امور مصرف این کشور متنی تهیه کرد که به عنوان قانون ۱۰ ژانویه ۱۹۷۸ تصویب شد و فصل پنجم آن راجع به شروط غیر منصفانه بود و ده سال بعد با قانون ۵ ژانویه ۱۹۸۸ تکمیل گردید. این قانون دعوی حذف شروط اجحاف آمیز را تاسیس کرد. این دو قانون بعد از قانون مصرف گنجانده شدند. (consumer code) در نهایت فرانسه نیز دستورالعمل اروپایی ۱۳/۹۳/EEC را به موجب قانون یک فوریه مورد پذیرش قرارداد. ماده ۲-۱۳۲-I این قانون شروط غیر منصفانه را شروطی می داند که هدف یا اثرش ایجاد نابرابری شدید میان حقوق و تعهدات طرفین قرارداد به ضرر مصرف کننده است. همین ماده در ادامه این شروط را باطل و نامعتبر می داند

در قانون مدنی فرانسه دوماهه ی متعارض نسبت به اثر شروط باطل در قراردادها به چشم می خورد که یکی در باره ی بخشش ها و قراردادهای رایگان است و دیگری حکمی نسبت به عقود معوض. بموجب ماده ی ۹۰۰ م در هر تصرف رایگان بین زندگان بموجب وصیت نامقدور و خلاف قانون و اخلاق در حکم شروط ننوشته به شمار می آید. برعکس در ماده ی ۱۱۷۲ می خوانیم : هر شرط مربوط به امر ناممکن یا خلاف اخلاق حسنه یا نهی شده به وسیله ی قانون باطل است و قرارداد وابسته به آن راباطل می کند. کنایه از اینکه قرارداد حذف می شود واصل پیمان به اطلاق باقی می ماند. متن ماده عام و ناظر به همه

ی تعهدات قراردادی است منتها چون ماده ی ۹۰۰ در باره ی تصرفات رایگان حکم خاص دیگری دارد ناچار باید آن را ناظر به عقود معوض دانست

رویه ی قضایی تعارض دو ماده را از بین برد و با طرح نظریه ی سبب اعلام داشت که هرگاه شرط باطل در قراردادی سبب محرک و قاطع اراده باشد عقد رانیز باطل می کند خواه عقد رایگان باشد یا معوض و به عکس شرط باطلی که سبب غایی و قاطع اراده نباشد از عقد حذف می شود و در حکم شرط ننوشته است.

۱-۷ در حقوق سوئیس

بموجب ماده ی ۲۰ قانون تعهدات سوئیس در صورتی که موضوع قرارداد امری محال نامشروع یا مخالف اخلاق باشد باطل است. اگر قرارداد جز در مورد پاره ای از شروط خود معیب نباشد تنها این شروط باطل است مگر اینکه پذیرفته شود قرارداد بدون آنها واقع نمی شده است. یعنی بطلان شرط سبب بطلان عقد نمی شود مگر اینکه شرط از کل قرارداد قابل تجزیه نباشد.

در حقوق سوئیس اگر طرفی که شرط باطل به سود اوست یا از دیدگاه او چهره ی اساسی دارد آن را اسقاط کند دیگر نمی تواند بطلان همه ی قرارداد را از دادگاه تقاضا کند در چنین مواردی در خواست کننده از حق سوء استفاده می کند و باید از آن محروم شود

۲-۷ در حقوق آلمان

ماده ی ۱۳۹ قانون آلمان برخلاف قانون تعهدات سوئیس می گوید: در موردی که بخشی از عمل حقوقی باطل است تمام آن عمل نیز باطل است مگر اینکه پذیرفته شود طرفین بدون بخش باطل نیز عقد را واقع می ساخته اند. از ظاهر ماده چنین بر می آید که قانون مدنی آلمان اصل فساد شرط باطل را پذیرفته است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۲۰۸،)

۸- شرط غیر منتظره در اصول قراردادهای بین المللی

ماده ۲-۲۰ اصول قراردادهای بین المللی تحت عنوان شرائط غیر منتظره اشعار می دارد: هیچ شرط مندرج در شرائط معیار که با توجه به خصیصه ی آن طرف دیگر نمی توانسته است به نحو معقول انتظار آن را داشته باشد نافذ نیست مگر اینکه آن طرف صراحتاً آن را پذیرفته باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۲۰۸-۲۰۳)

-در مقام احراز اینکه آیا یک شرط دارای چنین خصیصه ای است باید به مفاد زبان و شرح آن شرط توجه

شود .

طرفی که شرایط معیار طرف دیگر را می پذیرد علی الاصول ملتزم به آنها ست . صرف نظر از اینکه جزئیات مفاد آنها را بدانند یا مدلول آنها را کاملا بفهمد یا خیر معهدا یک استثنا مهم برای قاعده در این ماده آمده است که مقرر می کند : طرف ملتزم به رغم قبول شرایط معیار به عنوان یک کل ملتزم به آن شرایطی نیست که با توجه به محتوی زبان و شرح آنها دارای چنین خصیصه اند که عرفا انتظار آنها را نداشته است . دلیل این استثنا ممانعت طرف استفاده کننده از شرایط معیار است که سعی دارد با اقدامات مرموز از موقعیت خود سوء استفاده و شرایطی را به طرف دیگر تحمیل نماید

۱-۸- قبول صریح شرایط غیر منتظره

چنانچه در مورد مفروضی طرف دیگر توجه طرف ملتزم را به شرایط غیر منتظره جلب کند و طرف ملتزم آنها را بپذیرد دیگر خطر اینکه طرف ملتزم شرایط مورد بحث را شرایط غیر منتظره اعلام کند منتفی است بنابراین ماده حاضر مقرر می کند که یک طرف پس از قبول شرط دیگر نمی تواند به منظوررد آثار آن به غیر منتظره بودن آن استناد کند.

۹- ضرورت مبارزه با شرط غیر منصفانه و تاریخچه بین المللی این مبارزه

در انگلیس قانون شروط غیر منصفانه قراردادی مصوب ۱۹۷۷ و نیز مقررات ناظر به شروط غیر منصفانه قراردادی مصوب ۱۹۹۹ در جهت اجرای دستورالعمل ۹۳/۱۳ مصوب سال ۱۹۹۳ در جهت مبارزه با این شروط به تصویب رسید . به عنوان یک نمونه آسیایی این حرکت می توان به قانون شروط غیر منصفانه کشور تایلند مصوب ۱۹۹۷ اشاره کرد (امیر تیموری ، ۱۳۸۹ ، ۱۳-۱۰) در حقوق فرانسه قانونگذار از طریق تصویب لایحه قانونی ۱۰ ژانویه ۱۹۷۸ در مورد حمایت و دادن اطلاعات به مصرف کنندگان در برابر شروط تحمیلی حمایت نموده هر چند فرانسوی ها قبل از آن با تفسیری خاص از بند ۳ ماده ۱۱۳۴ ق م خود در مورد حسن نیت تلاشهایی جهت مبارزه با این شروط انجام داده بودند ولی قانون مصرف فرانسه به گونه ای صریح و فارغ از بحث های کلاسیک این شروط رابی اثر اعلام کرد (قاسمی حامد ، ۱۳۸۶ ، ۱۰۰) در حقوق داخلی خلا چنین مقرراتی کاملا مشهود است از طرفی طبق قواعد عمومی قراردادها و اصول حقوقی این شروط صحیح به نظر می رسند .

۱۰- شرط عدم مسئولیت و مصادیق بطلان آن

شرط عدم مسئولیت به عنوان یک شرط قراردادی بر مبنای اصل آزادی قراردادها اعتبار خود را از

قرارداد می‌گیرد و در صورت صحت قرارداد شرط عدم مسئولیت نیز به عنوان جزیی از قرارداد معتبر شناخته می‌شود. ممکن است استدلال شود که به استناد اصل آزادی قراردادهای طرفین قرارداد نیازی به حمایت و دخالت دولت ندارند و آزادند که شرط‌های مورد نظر از جمله شرط عدم مسئولیت را به هر روشی که مناسب می‌دانند در قرارداد درج کنند ولی این شرط به عنوان خطری تلقی می‌شود که در شرایطی می‌تواند یک طرف قرارداد را از آثار و عواقب کوتاهی اود اجرایی قراردادی و وظیفه‌ی قانونی میراساخته طرف مقابل هیچ‌گونه جبران و چاره‌ای در دسترس نداشته باشد به همین دلیل تلاشهایی در راستای محدود و ممنوع کردن شروط عدم مسئولیت صورت گرفته است که این محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها قاعده‌ای امری بوده و مربوط به نظم عمومی است و شرط عدم مسئولیت در صورت تعارض با آنها باطل شناخته شده از این راه کنترل می‌شود. به عبارت دیگر با پذیرش اعتبار شرط عدم مسئولیت به عنوان یک اصل در نظام‌های حقوقی مختلف استثنایها و مصادیق بطلان آن بیان می‌شود و تنها در شرایطی که قانون به صراحت شرط عدم مسئولیت را باطل اعلام کرده باشد یا به نظر دادگاه باطل تشخیص داده شود شرط عدم مسئولیت اعتبار نداشته‌دینفع و استفاده‌کننده از آن نمی‌تواند برای رفع مسئولیت خود به آن شرط استناد نماید و در غیر این صورت شرط عدم مسئولیت معتبر و قابل استناد است.

اصول قراردادهای بین‌المللی شرط عدم مسئولیت را نیز در زمره شروط غیر منصفانه دانسته و در ماده ۶-۱-۷ چنین مقرر می‌دارد: شرطی که مسئولیت یک طرف را نسبت به عدم ایفای تعهد محدود یا مستثنی کند یا شرطی که به یک طرف دیگر اجازه دهد انجام تعهد را اساساً متفاوت از آنچه طرف دیگر انتظار داشته انجام دهد در صورتی که عمل به آن با توجه به هدف قرارداد کاملاً غیر منصفانه باشد قابل استناد نخواهد بود (نوری، ۱۳۸۷، ۶۴ تا ۶۷).

۱-۱۰- شرط عدم مسئولیت در فقه

فوت و آسیب‌های بدنی از موضوعاتی است که در فقه جعفری و حقوق ایران نمی‌تواند موضوع توافق و قرارداد طرفین قرار گیرد. در فقه حفظ و سلامت نفس اعم از جان و عضو و دفع ضرر از نفس محترم به دلیل اهمیت آن از بزرگترین مصالح اجتماعی (ومن احيائها فکانما احياء الناس جميعا) سوره مائده آیه ۳۲ و از مهمترین واجبات و مقدم بر واجبات دیگر است که بر وجوب آن اجماع شده است (خویی، ۱۳۶۵، ۱۴۳).

بنابراین بر اساس موازین فقهی می‌توان گفت که بطلان شرط عدم مسئولیت در قبال فوت یا آسیب

ها محرز و مسلم است زیرا با توجه به وجوب حفظ و سلامت نفس و دفع ضرر از نفس محترم شرط عدم مسئولیت در قبال فوت یا صدمات بدنی بجز در خصوص شرط برائت پزشک آن هم به دلیل ضرورت به دلیل مخالفت با وجوب یاد شده شرطی است مخالف کتاب و سنت و به همین دلیل باطل شناخته می شود

۲-۱۰ شرط عدم مسئولیت در حقوق خارجی

۱-۲-۱۰ الف: حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس تا سال ۱۹۷۷ و قبل از تصویب قانون شروط ناعادلانه قراردادی براساس رویه قضایی موجود در آن کشور شرط عدم مسئولیت در زمینه ضرروزیان جسمانی و مالی در برخی مصادیق قابل استناد بود. به همین دلیل در پرونده مربوط به آسیب دیدن یک زن سالخورده و بی سواد شرط *thompson.v.london midland andscottish Railway*. ۱۹۳۰ عدم مسئولیت مندرج در بلیط خریداری شده و در قبال آسیب دیدن مسافرا به نفع خواننده پذیرفت. دادگاه اعلام کرد که هرچند خواهان قادر به خواندن نبوده و هیچ گونه اختیار در انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد نداشته ولی با توجه به وضعیت تحصیل در این کشور اینکه خواهان قادر به خواندن نبوده قابل پذیرش نمی باشد.

۲-۱۰-۲ ب: حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه نیز شرط عدم مسئولیت در قبال فوت یا آسیب های بدنی باطل است. دلیل این امر آن است که تمامیت جسمانی انسان نمی تواند موضوع قرارداد و توافق قرار گیرد. جز در مصادیق معقول و منطقی مانند عمل جراحی ایراد آسیب های بدنی ممنوع می باشد به همین دلیل شرط عدم مسئولیت به منظور درمان مانند از جبران خسارت وارد به شخص بدون اثر است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۳۲۴).

۱۱- تقصیر سنگین در حقوق انگلیس

با توجه به غیر عادلانه بودن برخی شرط های عدم مسئولیت زمینه تصویب قانون در سال ۱۹۷۷ در انگلیس فراهم شد و قانون یاد شده شرط های عدم مسئولیت را از طریق ابطال یا وابسته کردن آن بر ضابطه ی معقول بودن تحت کنترل و نظارت قرارداد. این قانون حکم و قاعده ی کلی رایبان می کند و به موجب آن شرط عدم مسئولیت در قبال فوت یا آسیب های بدنی ناشی از تقصیر ممنوع گردیده است. طبق بند ۱ ماده ۲ قانون شروط ناعادلانه قراردادی ۱۹۷۷ شرط عدم مسئولیت در خصوص فوت یا آسیب های بدنی ناشی از تقصیر ممنوع بوده هیچ کس نمی تواند از طریق استناد به یک شرط قراردادی یا اخطار داده شده به اشخاص به صورت عام یا به افراد خاص مسیولت خود در قبال فوت یا آسیب های بدنی ناشی

از تقصیر را نفی یا محدود سازد

۱-۱۱ تقصیر سنگین در حقوق فرانسه

رویه قضایی فرانسه شرط عدم مسیولیت در صورت ارتکاب تقصیر سنگین رازسوی استناد کننده به شرط را باطل می‌داند و در صورت سبک بودن تقصیر شرط عدم مسیولیت را معتبر و آن را مسقط مسیولیت می‌داند. طبق رای دیوان عالی کشور فرانسه در سال ۱۹۵۹ م تقصیر عمدۀ و سنگین در کنار نقض عمدی قرارداد و در حکم آن تلقی شده و باطل است. شرط عدم مسیولیت در موارد تقصیر سنگین به دلیل نداشتن حسن نیت از طرف استناد کننده قابل پذیرش نیست (sicoma ۱۵, ۶, ۱۹۹۵)

۱۲- شروط غیر منصفانه در قانون تجارت الکترونیکی

در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی صراحتاً مسأله شروط غیر منصفانه مورد توجه قرار گرفته و شروط غیر منصفانه به ضرر مصرف کننده غیر موثر شناخته شده اند در حالی که قانون مزبور تعریفی از شروط غیر منصفانه ارائه نکرده است بعلاوه ضمانت اجرای غیر موثر در نظام حقوق ما دارای سابقه نبوده و مشخص نیست منظور از آن بطلان شرط یا غیر آن است. بنابراین تشخیص غیر منصفانه بودن شروط قراردادی به قضات واگذار شده و قاضی با ارزیابی شرط مزبور چنانچه عرفاً آن را خلاف انصاف تشخیص دهد می‌تواند حکم به غیر موثر بودن آن شرط در برابر مصرف کننده بدهد. همچنین در ماده مذکور شروط غیر منصفانه به ضرر مصرف کننده غیر موثر دانسته شده اند این ضمانت اجرا اثر حقوقی مشخصی در نظم حقوقی ندارد. این ابهام سبب شده است که اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه ۱۸۹۹-۱۱۵-۹۳ به صورت دوپهلوی اظهار نظر کند: مراد از موثر نبودن شروط غیر منصفانه در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی این است که شرط مذکور فاقد هرگونه تأثیری در معاملات مربوط به تجارت الکترونیکی بوده و در حکم کان لم یکن است. به نظر می‌رسد با توجه اصل لزوم قراردادها شرط مزبور به طور مطلق باطل نیست بنابراین بهتر است شرط مزبور را اینگونه تفسیر کرد.

در ماده ۴۶ این قانون می‌خوانیم: استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیر منصفانه به ضرر مصرف کننده موثر نیست؛ در خصوص شروط قراردادی خلاف مقررات قانونگذار سخن تازه ای نگفته و این مطلب قبلاً در ماده ۱۰ قانون مدنی بیان شده است اما با توجه به اینکه قانون تعریفی از شرط غیر منصفانه ندارد و از سویی قانونگذار گفته است اعمال شرط غیر منصفانه به ضرر مصرف کننده موثر نیست که با این بیان می‌توان اساس معامله رادرهم ریخت هرچند نظر تفسیری

مرجع قانونگذاری در این خصوص استعلام نشده ولی اداره ی کل حقوقی قوه ی قضاییه در نظریه ی مشورتی ۱۳۹۶/۱۰/۲۹ خود در پاسخ به پرسش های مطروحه از سوی پایگاه اطلاع رسانی معاونت حقوقی قوه قضاییه چنین اعلام داشته است .

شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مربوط به تجارت الکترونیکی باتوجه به ماده ی ۴ این قانون و عرف بین تجار مشخص می شود.

لازم به توضیح است که اولاً نظریه پایگاه اطلاع رسانی معاونت حقوقی قوه قضاییه نمی تواند محاکم قضایی را قانع کند که بر اساس آن به انشای رای بپردازند و باوجود این نظریه ابهام همچنان به قوت خود باقی است زیرا به صراحت قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مرجع رسمی تفسیر قوانین عادی مجلس شورای اسلامی است ثانیاً ماده ۴ قانون تجارت الکترونیکی ایران در مواقع سکوت و یا ابهام باب اول قانون محاکم قضایی را ملزم کرده است براساس سایر قوانین موضوعه و رعایت چهار چوب فصول و مواد مندرج در قانون تجارت الکترونیکی قضاوت نمایند . پس اصل بر این است که قانون تعیین کننده است نه آنچه که در نظریه تحت عنوان عرف بین تجار آمده است .

۱۳- شرط غیر منصفانه در قانون حمایت از مصرف کننده

قانون حمایت از مصرف کننده به مساله شروط غیر منصفانه در قرارداد مصرف کننده اشاره صریحی نکرده است باوجود این در بند ۵ ماده یک آن در تعریف تبانی تحمیل شروط غیر عادلانه را یکی از مصادیق تبانی می داند. در ادامه ماده ۸ تحمیل شرایط راز سوی عرضه کنندگان در کنار تبانی آورده است و هر دو را در صورتی که موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت یا افزایش قیمت شوند جرم می داند. نظام حقوق ما در این زمینه با دو واژه اجبار و اکراه آشناست اما مشخص نیست که منظور از تحمیل شرایط تنها اکراه و اجبار است یا شامل اضطرار هم می شود یا اینکه اساساً چیزی غیر از اینها مد نظر قانونگذار بوده است . قانون حمایت از مصرف کننده راجع به وضعیت حقوق شروط غیر عادلانه ساکت است . در صورتی که تحمیل شروط از طریق اکراه یا اجبار صورت گیرد اثر حقوقی آن با توجه به عمومات قانون مدنی مشخص است . حسب مورد بطلان و عدم نفوذ شرط (اما چنانچه تحمیل شروط مزبور مشمول عناوین اکراه یا اجبار نباشد باید دید آیا تحمیل شروط مزبور تنها جرم است و اثری بر قرارداد و شرط دارد یا خیر ؟ به نظر می رسد باتوجه به جرم شناختن تحمیل شروط غیر عادلانه شروط مزبور نامشروع محسوب و چون عدم مشروعیت شروط یکی از مصادیق بطلان شرط در قانون مدنی است شروط مزبور باطل محسوب می

شوند. بنابراین شروط ناعادلانه که به مصرف کننده تحمیل شده است در صورتی که موجب کاهش عرضه یا پایین آمدن کیفیت یا افزایش قیمت شود جزو شروط باطل محسوب است

۱۴- شروط تحمیلی

حقوق فرانسه که به طور خاص به حمایت از حقوق مصرف کنندگان علاقمند است از اولین نظام های حقوقی است که حمایت روشمند در قبال شروط تحمیلی (ناروا) را سازمان داده است. نظریه های حقوقی کمیسیون شروط تحمیلی که با قانون مصرف کنندگان (مواد ۳-۱۳۳ تا ۵-۱۳۳ آیین نامه) ایجاد شده است در تعیین وصف بی طرفانه قراردادهایی که مخاطب آنها عموم مردم هستند نقش اساسی دارد. (دبلخان، ۱۳۹۶، ۹۵)

۱۵- قرارداد الحاقی

قرارداد الحاقی به قراردادی اطلاق می شود که در آن شروط ومفاد قرارداد توسط یک طرف از پیش تهیه شده و طرف دیگر بدون مناقشه آن را می پذیرد ونیز متعلق این قرارداد کالا یا خدمات ضروری است که در عمل یا به طور قانونی در انحصار عرضه کننده آن است یا رقابت در آن خیلی محدود است. این نوع قراردادها رادر حقوق فرانسه قرارداد انضمامی ودر حقوق مصر عقود الاذعان و در حقوق لبنان عقود الموافقه ودر حقوق ایران قراردادالحاقی نامیده اند. ضمنا بعضی آن را عقود تحمیلی نام نهاده اند زیرا شروط ومفاد آن بر طرف مقابل تحمیل می شود و او مجبور به پذیرش آن است. (شهیدی، ۱۳۷۷، ۹۰) عده ای دیگر آن را عقد تصویبی خوانده اند چون شخص باید یا آن را تصویب کند یا بطور کلی رد نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ۴۶۰) از این رو در تمامی دنیا تمایل بر این است که از قراردادهای از پیش فراهم شده استفاده کنند و طرف دوم قرارداد فقط به آن ملحق شود. قراردادالحاقی یک مشکل اساسی دارد. درواقع به دلیل آن که یک طرف قرارداد از قدرت بسیار بیشتری برخوردار است و طرف دوم قرارداد هم مجبور به پذیرش آن است توافق به معنای واقعی خود صورت نمی گیرد چرا که طرف دوم قرارداد نمی تواند انتخاب آزاد داشته باشد. دراین صورت عدالت حقوقی وقضایی اقتضا می کند که دولت به معنای اعم خوددراین قرارداد واقع شود وآن را به نفع طرف ضعیف تعدیل کند

۱-۱۵ ارتباط عقد الحاقی و شرط غیر منصفانه

منظور آنچه که باعث ارتباط میان عقد الحاقی و شرط غیر منصفانه در نظام های حقوقی شده است ارتباط میان حاکمیت اراده از یک سو و نیل به عدالت قراردادی از سوی دیگر است. آنچه که نظام های

حقوقی کنونی به آن رسیده اند این است که اعتبار بخشیدن به حاکمیت اراده ها اگر چه به مصلحت طرفین قرارداد است ولی زمانی دارای اعتبار است که به عدالت قراردادی منتهی شود. پس لازم است که قانونگذار به نفع طرف ضعیف قرارداد در عقد وارد شود و شروطی را که بر خلاف وجدان هستند باطل یا تعدیل کند. در نظام حقوقی کامن لا دادگاهها نسبت به قراردادهای استاندارد که در معاملات داخلی آن ها صورت می پذیرند حساس هستند و بسیاری از این عقود را لازم الاجرا تلقی نمی کنند

۱۶- چند پیشنهاد

ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک صراحتاً از عدم تأثیر شروط غیر منصفانه در قرارداد سخن گفته است و حداقل در خصوص حوزه ی تجارت الکترونیک که امروزه معاملات زیادی از این طریق انجام می شود این قانون کاملاً شفاف است و از این طریق دادرسی می تواند به مقابله با شروط غیر منصفانه بپردازد به این معنی که وجود این ماده می تواند مستندی برای شناسایی شروط غیر منصفانه و صدور حکم در جهت ابطال یا تغییر در شروط یک قرارداد قرار گیرد و از این طریق می توان به آنچه از عدالت قرار دادی مد نظر است دست یافت اما در خصوص قابلیت تسری این ماده به سایر عقود اگرچه باتوجه به مواد ۴۷ و ۴۸ قانون تجارت الکترونیک که قلمرو مواد این قانون را به مبادلات الکترونیکی محدود کرده است و اصل حاکمیت اراده و لزوم عقود و باتوجه به مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی که شروط باطل و مبطل را تحدید کرده است و همچنین رعایت مصلحت نظم و انضباط معاملاتی که ما را بر آن می دارد که به قدر متیقن موارد اکتفا کنیم در نگاه اول این نتیجه حاصل می شود که ماده ۴۶ قانون تجارت قابلیت تسری به سایر عقود را ندارد اما به نظر می رسد در جایی که شروط غیر منصفانه آشکارا مصداق قاعده ی لاضرر و سوء استفاده از حق باشد بتوان بر اساس آنچه که در تبیین مبنای لاضرر گفته شود از اجرای اینگونه شروط در سایر قراردادهای جلوگیری نمود مضافاً اینکه توسل به قاعده ی لاضرر و سوسوی استفاده از حق با عدالت قراردادی و حمایت از طرف ضعیف قرارداد نیز سازگار می باشد اگر چه نظر مخالف نیز خالی از وجه نمی باشد باید توجه به این امر که روند قانونگذاری در کشور ما نیز مانند سایر کشورها خود موید این موضوع است که همیشه قانونگذار چند گام عقب تر از واقعیت های موجود در جامعه اقدام به تصویب قوانین نموده است به این معنی که همیشه یک سری ضرورت ها در جامعه احساس می شود که در مورد آن قانونی وجود ندارد و قضات در جهت شناسایی این ضرورت اقدام و آرای صادر می نمایند که نهایتاً موجب ترغیب قانونگذار به تصویب قانونی مناسب در آن زمینه می شود بنابراین در جهت انجام بهتر موضوعات مطرح

شده تعدادی پیشنهاد ارایه می‌گردد

باوضع مقرراتی از تشکیل قرارداد تجاری حاوی شروط غیر منصفانه جلوگیری و در صورت تشکیل آن
را ابطال کند و هزینه ایجاد قرارداد و خسارت‌های حاصل از آن به صراحت بر تحمیل کننده شروط غیر
منصفانه اعمال شود

در صورت صحت قراردادهای تجاری بین المللی و در صورت درج شروط غیر منصفانه که ناشی از
قصد طرفین نباشد شروط غیر منصفانه در قرارداد را تغییر دهند

۱۷- نتیجه بحث

قانون تجارت الکترونیکی ایران شرط غیر منصفانه را غیر موثر می‌داند در حالی که در قراردادهای
بین المللی شرط یاد شده باطل است اصولاً در نام حقوقی ایران تاکنون به جای کلمه باطل از غیر
منصفانه یاد نشده است از سویی قانونگذار از غیر منصفانه هم تعریفی ارائه نداده است ولی در قراردادهای
بین المللی شرط غیر منصفانه شرطی است که خلاف قانون و اخلاق حسنه است و در هر حال در صدد
نقض قانون و یا زیر پا نهادن موازین انصاف و اخلاق حسنه می‌باشد مثلاً وقتی شرط عدم مسئولیت در
قراردادهای بین المللی شرط غیر منصفانه شناخته شده است و با توجه به اینکه اصل بر مسئولیت مرتکب
خلاف است در واقع هدف جبران خسارت وارده است و به این دلیل شرط خلاف مسئولیت پذیرفته نمی
شود. یک نکته ی مهم در قانون تجارت الکترونیکی ایران که آن را از سایر قوانین متمایز ساخته است
این است که در ق ت ا ایران شرط غیر منصفانه سواى هر تعریفی که می‌خواهد داشته باشد تنها وقتی
غیر موثر است که به ضرر مصرف کننده باشد. مستفاد از این عبارت قانون این است که اگر شرط غیر
منصفانه ای در قرارداد گنجانده شود که به ضرر فروشنده و ارائه کننده ی خدمات نباشد پذیرفته است.
درست است که این حکم قانون تا آنجایی که منافع مصرف کننده را در نظر دارد و او را از زیانهای ناشی از
اجحاف طرف مقابل مصون می‌دارد یک نو آوری سودمند است ولی در هر حال خلاف منطبق قانون
گذاری است زیرا که طبیعت شرط طوری است که ممکن است به سود هریک از دو طرف در قرارداد
گنجانده شود و این تفاوت ق ت ا ایران با قراردادهای بین المللی و فقه امامیه است از طرفی قانون وقتی از
سوی آحاد جامعه واجب اطاعه است که در بر گیرنده ی منافع عمومی باشد و فلسفه تشریح و تقنین هم
همین است. به نظر می‌رسد در اصلاحات بعدی ق ت ا ایران این شرط ضمن توضیح در خصوص ماهیت
آن باید وقتی ناکارآمد شناخته شود که به زیان هر یک از طرفین معامله باشد. تفاوت فقه با ق ت ا ایران

در این بحث این است که در فقه شرط فاسد آثار خود را به جای می‌گذارد خواه این شرط به زیان مصرف کننده باشد یا به ضرر فروشنده. در واقع این شرع است که شرط را مشروع می‌داند یا نامشروع و نامشروع برای همه نامشروع است نه فقط برای عده ای خاص. در حقوق بین الملل شرط غیر منصفانه شرطی است که سبب عدم تعادل فاحش در حقوق و تعهدات طرفین طرفین قراردادها در نظر گرفته می‌شود می‌بینیم در اینجا حتی وقتی بر اساس اصل آزادی قراردادها و حاکمیت اراده هم قراردادی منعقد می‌شود که در آن شرط غیر منصفانه ای گنجانده شده و مورد قبول دوطرف هم هست اینجا قانون در جهت حمایت از زیان دیده بدون توجه به اراده ی طرفین چنین شرطی را نمی‌پذیرد.

فهرست منابع

۱- قرآن کریم

- ۲- ابن تیمیه ، عبدالسلام ، (۱۳۸۰ ق) ، *اسبوع الفقه الاسلامی* ، دمشق ، ص ۲۵
- ۳- جعفری لنگرودی ، محمد جعفر ، (۱۳۵۴) *دوره حقوق مدنی ، حقوق تعهدات* ، انتشارات دانشگاه تهران ، تهران
- ۴- حرعاملی ، محمد بن حسن ، (۱۴۱۴ ق) ، *وسایل الشیعه الی تحصیل مسایل الشریعه* ، بیروت ، دارالاحیای التراث العربی
- ۵- دهخدا ، علی اکبر ، (۱۳۷۲) ، *لغت نامه* ، ج ۲ ، انتشارات دانشگاه تهران ، تهران
- ۶- شهیدی ، مهدی ، (۱۳۸۶) ، *آثار قراردادهای و تعهدات* ، انتشارات مجد ، تهران
- ۷- شیروی ، عبدالحسین ، (۱۳۸۸) ، *حقوق تطبیقی* ، انتشارات سمت ، تهران
- ۸- شهیدی ، مهدی ، *تشکیل قراردادها و تعهدات* ، (۱۳۷۷) انتشارات حقوقدان ، تهران
- ۹- علی زاده ، مهدی ، (۱۳۸۴) *مبانی اصل حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادهای* ، مجله تخصصی الهیات و حقوق ، تهران
- ۱۰- عمیدزنجانی ، عباس علی (۱۳۹۰) *قواعد فقه* ، بخش حقوق خصوصی ، جلد اول ، انتشارات سمت ، تهران
- ۱۱- قاسمی حامد ، عباس ، *حسن نیت در قراردادهای و مبانی تعهد به درستکاری و تعهد به همکاری در حقوق فرانسه* ، مجله تحقیقات حقوقی ، تهران ، ش ۴۶ ، (۱۳۸۶)

- ۱۲-قنواتی ، جلیل ، **اصل آزادی قراردادی ، قراردادها و شروط غیر عادلانه** ، فصل نامه مطالعات اسلامی (فقه و اصول) تهران ، ص ۱۵۴ ش ۸۵/۱ پاییز و زمستان ۱۳۸۹
- ۱۳- کاتوزیان ، ناصر ، **قواعد عمومی قراردادها** ، (۱۳۹۱) ، ج ۳ ، شرکت سهامی انتشار ، تهران
- ۱۴- کاتوزیان ، ناصر ، **قواعد عمومی قراردادها** ، (۱۳۹۱) ، ج ۵ ، شرکت سهامی انتشار ، تهران
- ۱۵- لطفی ، اسدالله ، (۱۳۸۹) ، **عقد و کالت** ، انتشارات جاودانه ، تهران
- چاپ اول ، تهران
- ۱۶- محقق داماد سید مصطفی ، (۱۳۶۵) **قواعد فقه** ، جلد چهارم ، چاپ دوازدهم ، مرکز نشر علوم اسلامی ، تهران
- ۱۷- محقق داماد ، سید مصطفی ، ۱۳۸۷ ، **قواعد فقه** ، بخش مدنی ، نشر میزان علوم اسلامی ، تهران
- ۱۸- محامد ، علی ، **بررسی قاعده عدل و انصاف و آثار آن** ، فصل نامه دانشگاه قم ، سال هشتم - شماره ۲ ، ۱۳۸۵ صص ۲۳۵-۲۷۰
- ۱۹- موسوی خویی - سید ابوالقاسم ، (۱۴۰۹ ق) **مبانی عروه الوثقی** جلد دوم منشورات مدرسه دارالعلم و لطفی ، چاپ اول ، قم
- ۲۰- مصطفوی ، محمد کاظم ، (۱۴۲۱-) **القواعد الفقهیه** موسسه نشر اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم ، چاپ چهارم ، ۲۵۹ ، قم
- ۲۱- نایینی ، محمدحسین ، (۱۳۷۳ ق) ، **منیه الطالب یا حاشیه بر مکاسب** ، ج ۲ ، چاپخانه محمدی ، ۹۰۲ ، تهران
- ۲۲- نوری ، محمدعلی ، (۱۳۸۷) ، **اصول قراردادهای بین المللی** ، انتشارات گنج دانش ، تهران
- فهرست منابع خارجی**
- دبلفان ، زویه لینان ، (۱۳۹۶-) حقوق تجارت الکترونیکی به همراه با تحلیل قانون تجارت الکترونیکی ایران ، موسسه مطالعات پژوهش‌های حقوق ، ص ۹۵ ترجمه ستار زرکلام ، تهران
- کالاماری و پریلو ، ۷۹۲

thompson.v.london.midland.and.scottish.railway.۱۹۳۰

d.۱۹۶۰,۹۷.case.societe.francaised.transports.v.societe.chereng.et.societe

sicoma.۱۹۵۹.۶.۱۵