



راهکارهای ایجاد تعادل قراردادی

امید محمدی نیا* غلامرضا رضائی راد**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۷/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۰/۲۸

چکیده

ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی در جوامع پیچیده امروزی باعث گردیده تا قواعد حقوق قراردادهای دچار تغییراتی گردد. از جمله آن، از بین رفتن تعادل قراردادی است. چرا که وجود طبقات نابرابر در جامعه با قدرت چانه زنی برتر و همچنین داشتن قدرت اقتصادی و دانش تخصصی، موقعیت قراردادی طرفین را به شدت تحت تاثیر قرار داده و قراردادی که ایجاد می‌گردد به صورت ناعادلانه و غیرمنصفانه است و حقوق طرف ضعیف قرارداد تضییع می‌شود. در این مقاله، ما مفهوم تعادل قراردادی و راهکارهایی که می‌تواند از عدم تعادل قرارداد جلوگیری کند را مطالعه می‌کنیم و به این نتیجه می‌رسیم که علی‌رغم مقتضای اصل آزادی قراردادی، قراردادها به صورت نابرابر منعقد می‌گردد و دولت وظیفه دارد با وضع قوانین خاص و امری و یا اعمال شروطی خاص و همچنین ضمانت اجرای مناسب برای مقابله با شروط غیرمنصفانه و ناعادلانه، همچون قابل فسخ بودن قرارداد و ابطال شروط، ضمن حفظ تعادل قراردادی، از طرف ضعیف قرارداد حمایت کند.

واژگان کلیدی: تعادل، قرارداد، شروط، غیرمنصفانه، آزادی قراردادی.

* مدرس دانشگاه و پژوهشگر دکتری تخصصی فقه و حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.
** قاضی دادگستری و کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی، قزوین، ایران (نویسنده مسئول).
gh.r.rezaei990@gmail.com

مقدمه

اوضاع و احوالی که در عصر حاضر پدید آمد، موجبی برای آن شده است تا قانونگذاران در کشورهای گوناگون و با روش‌های متعدد برای بازگرداندن وضعیت در هم ریخته قراردادهای، به عنوان عامل مهم توزیع ثروت و عدالت اقتصادی تلاش نمایند (خوئینی و شمس الهی و ذوالفقاری، ۱۳۹۲ : ۱۱۲). تاکید نظریه حقوق قراردادهای سنتی بر اصل آزادی قراردادی مستلزم این است که تعهدات قراردادی توسط طرفین قرارداد آزادانه پذیرفته شود (باقری و رحمانی، ۱۳۹۶: ۳۵) و مستلزم آن است که نسبت به هر موقعیت قراردادی و صرف نظر از این که طرفین قرارداد چه کسانی اند یا رابطه آن‌ها با یکدیگر چیست و موضوع قرارداد چیست، اعمال می‌شود و در نتیجه هم نسبت به قراردادهایی که در آن طرفین قدرت چانه زنی یکسانی دارند و هم در مورد قراردادهایی که در آن طرفین قرارداد به طور برجسته ای قدرت اقتصادی، حقوقی، فنی یا اطلاعاتی نابرابری نسبت به همدیگر دارند، قواعد یکسانی اعمال می‌شود. از طرفی دیگر در مورد بعضی عقود، به خصوص در قراردادهای حمایت از مصرف کننده، طرف قوی تر (تولید کننده یا عرضه کننده کالا و خدمات) به دلیل داشتن موقعیت برتر اقتصادی و قراردادی، به سوء استفاده از خود ترغیب می‌شود. این امر منجر به نوعی عدم تعادل در قراردادها خواهد شد. در واقع کاستی‌های حقوق قراردادی که در آن اصل بر آزادی اراده است و عدالت معاوضی را برای قرارداد کافی می‌داند، نتیجه آن می‌شود که طرف قراردادی برتر با داشتن قدرت چانه زنی برتر و اعمال شروط غیرمنصفانه، قراردادی نامتقارن انعقاد کند و تعادل قراردادی خدشه دار گردد. در مواردی ممکن است قرارداد به طرز آشکاری غیرعادلانه و غیرمنصفانه باشد. این غیرمنصفانه بودن حسب مورد ممکن است ناشی از سوء استفاده از موقعیت طرف ضعیف قرارداد و یا عدم کارایی اقتصادی ناظر بر عدم وجود ارزش اجتماعی مستقل برای قرارداد باشد (صحرايي، ۱۳۹۷: ۱). چرا که با توجه به وضعیت اقتصادی و روند رو به رشد صنایع، نابرابری متعادلین افزایش یافته و قانونگذاران برای رفع بی عدالتی ممکن است قوانین خاص مربوط به نظم عمومی را مانند قوانین مربوط به حمایت از کارگران و مصرف

کنندگان وضع کند یا شروط خاصی را در قرارداد جاری بداند، حتی اگر نسبت به آن توافقی صورت نگرفته باشد مانند بحث از دادن اطلاعات از طرف فروشنده حرفه‌ای. لذا در مقاله حاضر ضمن بررسی مفهوم تعادل قراردادی، راهکارهای ایجاد تعادل و توازن در قراردادها را مورد بررسی و مطالعه قرار می‌دهیم.

۱) آزادی قراردادی و انعقاد قرارداد

اهمیت نقشی که قرارداد در یک سیستم اقتصادی بازی می‌کند قابل انکار نیست و اهمیت موضوع به اندازه‌ای است که حقوق می‌پذیرد (یا باید بپذیرد) که طرفین قرارداد زمانی که قراردادی را منعقد می‌کنند از آزادی تصمیم‌گیری اقتصادی بهره‌مند شوند. آزادی قراردادی دارای دو معنی است: اولین معنی، آزادی هر یک از طرفین قرارداد برای انعقاد قرارداد با هر شرایطی است که طرف مزبور ممکن است برای منافع خود مفید شمارد و در نتیجه قرارداد را منعقد نماید یا به صلاح خویش نداند و قراردادی منعقد نکند؛ بر این اساس تعهد قراردادی نشانگر اراده طرفین قرارداد مزبور می‌باشد. از سوی دیگر آزادی قراردادی به‌عنوان یک قاعده عمومی به عقیده‌ای اشاره دارد که مطابق آن هیچ نوع مسؤولیتی بدون اعلام رضایت وجود ندارد. اما امروزه اصل آزادی قراردادی معمولاً به‌عنوان اماره‌ای اجتماعی و معقول صرفاً در محدوده تعادل طرفین معامله در انجام معامله مورد نظر و نیز صدمه وارد نشدن به منافع اجتماعی جامعه محسوب می‌شود (السان، ۱۳۸۰: ۸۰). به عبارت دیگر امروزه قراردادهایی وجود دارد که طرفین به دلایل متعدد از جمله عدم تقارن اطلاعاتی و یا نابرابری قدرت چانه‌زنی قادر به ابراز اراده خود نیستند و ممکن است مسؤولیتی که بر عهده آنها گذارده می‌شود بر اساس رضایت آنها نباشد چرا که آنها قرارداد را نفهمیده یا حتی نخوانده‌اند و حتی شاید فرصت آن را نداشته‌اند. هرچند اصل حاکمیت اراده در جهان مدرن به معنای مبنا بودن اصیل و ذاتی اراده انسانی در حجیت و مشروعیت تعهدات و عقود است؛ اما در فقه، عقد اصولاً امری شرعی است که شارع آن را جعل نموده (مستقیم یا از طریق حجیت بخشی به سیره عقلاء) و حجیت آن به دست خداوند است زیرا او مالک حقیقی است و هم او باید اذن در تصرف در اموال و شیوه آن را به مکلفین ابلاغ نماید، و البته قانون مدنی ایران بین این

۳۵۰.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهل و یکم، پاییز ۱۳۹۷

دو رویکرد سرگردان است و با غلبه دادن به اصل حاکمیت اراده و پذیرش صورت مدرن در قالب ماده ده ق.م، تمامی مواد فقهی و شکل‌گرای قانون مدنی را بی‌وجه و عملاً نظام مدرن را بر قانون ایران مسطیر کرده است (بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۴۵). با این حال این نظام دارای کاستی‌هایی است که از عدم توجه به نابرابری‌های قراردادی نشأت می‌گیرد. در واقع اساس و زیربنای انشای معاملات، اراده اشخاص معامله‌کننده است (کشاوری ولدانی، ناصری مقدم و صابری، ۱۳۹۵: ۴) اما زمانی که این اراده به صورت آگاهانه ابراز نگردد، نمی‌تواند به معنای ابراز اراده واقعی اشخاص باشد.

۲) تعادل قراردادی

در متون مختلف موارد بسیاری را به عنوان عناصر قراردادی به‌طور کلی معرفی نموده‌اند از جمله متعاملین، مورد معامله و مدت مورد معامله و قیمت آن، اما آنچه از جمله عناصری است که سایر عناصر حول آن به‌وجود می‌آیند و در تعادل قرارداد نقش محوری دارند، چه در نظام حقوقی کشور و چه در سایر نظام‌های حقوقی از جمله انگلیس، طرفین قرارداد هستند که با توجه به قدرت معاملاتی و چانه‌زنی خود شرایط قراردادی را می‌توانند به سود خود تعیین و تعادل قراردادی را دستخوش تغییر نمایند. اما اگر بخواهیم با جزئیات بیشتری عناصر تعادل قراردادی را بررسی کنیم باید گفت که یک قرارداد الزام‌آور حقوقی زمانی منعقد می‌گردد که به صورت داوطلبانه تعهداتی پذیرفته شود، برای فردی که این تعهدات را می‌پذیرد و طرف مقابل منصفانه باشد، با انتظارات قراردادی جامعه نیز سازگار بوده و برای اجرای آن هیچ مانعی وجود نداشته باشد. در نتیجه می‌توان عناصر مفهومی قرارداد را موارد زیر نامید:

الف) اختیاری بودن: یک تعهد زمانی اختیاری و داوطلبانه است که از روی قصد و اختیار پذیرفته شده باشد.

ب) منصفانه بودن: انصاف نیز یک مفهوم اخلاقی است که از دوران باستان تاکنون مبنای تحلیل حقوقی قراردادها قرار گرفته است.

ج) مطابق انتظارات قراردادی جامعه باشد: در واقع این رکن، یک رکن نظری است که بر اساس آن قراردادها ساختاری پیچیده دارند که به آسانی در دسترس مردم قرار گرفته و آن‌ها را مورد استفاده قرار می‌دهند بدون اینکه نیازی به به قالب خاص نظری برای آن باشد.

د) مانعی جهت اجرای آن وجود نداشته باشد یا به عبارت شفاف‌تر اجرای آسان: قراردادهای منصفانه، داوطلبانه و مقبول اجتماع بسیاری وجود دارد که کماکان توسط دادگاه‌ها اجرا نمی‌گردند و دلیل آن غیرقابل اجرا بودن آن‌هاست. عملکرد کارای نهادهای حقوقی نیازمند وجود قواعدی است که تعهداتی که قانونی نیستند را اجرا نکرده یا برای آن‌ها ضمانت اجرا تدارک نبیند.

دو رکن اول متغیر هستند و ارکان سوم و چهارم همیشگی و ثابت و مستقل از سایر ارکان. وقتی که آنها را ثابت می‌دانیم بدین معنی است که نسبت به تمام قراردادها به یک صورت اعمال می‌شوند. ارکان داوطلبانه و منصفانه بودن متغیر هستند و شاید برخی فکر کنند که نتیجه این دو رکن، مساوی با تعادل در قرارداد خواهد بود. اما جایی که داوطلبانه بودن کاهش پیدا می‌کند در نتیجه به همان نسبت عنصر انصاف باید برای جبران این کاهش، افزایش پیدا کند و چنانچه داوطلبانه بودن افزایش پیدا می‌کند نیاز به بررسی انصاف در قرارداد کاهش پیدا می‌کند (Levin, 1983: 3).

هرچند این معادله را نمی‌توان به عنوان تنها معیار سنجش تعادل در قرارداد در نظر گرفت اما باید گفت که اختلاف زیاد بین این دو عامل می‌تواند منجر به عدم تعادل فاحش در قرارداد شود. سایر عناصر تعادل قراردادی که به صورت غیر مستقیم در تعادل قرارداد نقش دارند (و مربوط به غیرمنصفانه بودن قرارداد که منجر به عدم تعادل قرارداد می‌شود) را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

۳۵۲.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهل و یکم، پاییز ۱۳۹۷

دسته اول، عناصر غیرمنصفانه بودن شکلی قرارداد را تشکیل می‌دهند و شامل حجم تشکیلاتی یک طرف در مقابل دیگری^۱، اضطرار و ضرورت^۲، در اختیار داشتن منابع بیشتر^۳، مزیت تهدید^۴، مذاکره‌ای نبودن شروط، اعمال نفوذ ناروا^۵، عدم دریافت مشاوره مستقل^۶ و فقدان حق انتخاب^۷ می‌گردند و دسته دوم که عناصر غیرمنصفانه بودن ماهوی هستند و عبارتند از تعادل دو عوض، بررسی و حدود تعادل آن، میزان سودمندی قرارداد و دشواری^۸ اجرای شروط قراردادی (ساردویی نسب و کاظم پور، ۱۳۹۰: ۴۷-۵۸).

همچنین گاهی منظور از تعادل قراردادی، به تعادل اقتصادی قرارداد اشاره دارد، به گونه ای که در قراردادهای معوض به خصوص بیع، توازن مالی بین دو عوض دگرگون می‌شود. بعضی مواقع حوادث غیرمنتظره باعث به هم خوردن تعادل و توازن اقتصادی قراردادی می‌شود، به طوری که اجرای کامل مفاد قرارداد باعث به دست آمدن سود کلان برای یک طرف و ورشکستگی طرف دیگر می‌شود. (توسلی و بهزادی، ۱۳۹۵: ۱) که در این صورت باید راهکارهایی موجود باشد تا تعادل و موازنه به قرارداد بازگردد. اصولاً تغییر اوضاع و احوال قرارداد، دو اثر دارد: یا اجرای قرارداد را دشوار و پرهزینه می‌سازد و یا این که آن را غیرممکن می‌سازد (شریفی و صفری، ۱۳۹۲: ۱۱۸) و بدین صورت، تعادل و توازن قرارداد مختل می‌گردد که برای بازگرداندن تعادل به قرارداد، بر روش های تعدیل قرارداد تاکید شده است که در صورت عدم مذاکره یا عدم حصول نتیجه نیز دادگاه اختیار تعدیل و یا فسخ قرارداد را خواهد داشت (رفیعی، ۱۳۸۹: ۱۲۱؛ شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۴۳؛ اخلاقی و امام، ۱۳۹۳: ۲۸۱).

اما امروزه نابرابری در قرارداد کمتر ناشی از عدم تعادل عوضین بلکه غالباً ناشی از تحمیل سیستماتیک شروط یکطرفه و ناعادلانه به یک طرف قرارداد (طرف ضعیف)

1. Size

2. Necessity

3. The More Resources One Brings To Bargaining Situation.

4. Threat Advantage

5. Undue Influence

6. Lack Of Independent Advice

7. Lack Of Choice

8. Harshness

می‌باشد لذا بخش قابل توجهی از مقررات کنترل کننده محتوای قراردادها، مبارزه با شروط ناعادلانه را هدف قرار داده اند و لذا تردیدی در ضرورت مداخله دولت در قراردادهای خصوصی جهت کنترل استفاده از شروط غیرمنصفانه وجود ندارد (امینی؛ عابدیان و کرمی، ۱۳۹۱: ۱۸۱).

۳) برهم خوردن تعادل قراردادی

قرارداد به عنوان اصلی ترین و مهم ترین ابزار توزیع ثروت با توجه به نابرابری های اقتصادی یا اجتماعی متعاقدین و موقعیت برتریک طرف نسبت به طرف دیگر، خصوصاً در قراردادهایی نظیر تولید و مصرف و ارائه خدمات عمومی، اثر مستقیم در مخدوش کردن عدالت توزیعی و معاوضی دارد و به جولانگاه تفوق یک طرف و تحمیل اراده او بر طرف دیگر تبدیل شده است (صحرائی، ۱۳۹۷: ۳)، به این ترتیب اندیشه نظم دادن به قراردادها و نظارت بر محتوای آن ها که تحت عنوان اداره قرارداد از آن یاد می شود به هدف اولیه، اصلی و اساسی قانونگذاران در زمان حاضر تبدیل شده است به نحوی که با افزایش روزافزون قوانین خاص راجع به قراردادهای مصرف، اجاره، بیمه و تسهیلات بانکی و حمل و نقل و به طور ویژه در خصوص شروط قراردادی مواجه هستیم تا علاوه بر محدودیت آزادی اراده متعاقدین، بر محتوای توافق آن ها که اکنون به صورت قراردادهای نمونه و الحاقی درآمده و حقوق طرف ضعیف را بیش از پیش نادیده گرفته است، نظارت کنند. این قبیل اقدامات و اصلاحات ناشی از این استدلال است که دکتترین آزادی قراردادی در صورت داشتن نتیجه استثمارگرانه نباید به عنوان یک اصل معتبر پذیرفته شود (Thal, 1988: 42). در نتیجه این عقیده، مداخله قانونی حمایت گرایانه دولت را توجیه می‌کند که در غیر این صورت نتیجه ظلم قراردادی و عدم توجه دولت به بهانه منع او از مداخله، تشویق بی عدالتی و حمایت از ظالم است. این اندیشه معتقد به نظارت بر محتوای قراردادها و محدودیت اصل آزادی قراردادی است که مبانی آن متکی بر نظریات راجع به اصالت اجتماع و اهمیت دادن به بازتوزیع منابع و اراده ظاهری محدود شده در قالب نظم عمومی است که اصل طرفینی بودن قرارداد و عدالت قراردادی خود به خودی حاصل از معاوضه را افسانه‌ای می‌داند که در زمان حال قابل اعتنا نیست

۳۵۴.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم و یکم، پاییز ۱۳۹۷

و لازم است که دولت با وضع مقررات خاص از ناتوان در برابر توانا حمایت و قدرت های ناموزون را تعدیل کند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۰). چون مطلق دیدن حق باعث می گردد که صاحبان حق با بهره گیری از امتیازی که قانون به آن ها داده، حق خود را به زیان دیگری به کاربرند و حتی ممکن است که اقدام ایشان باعث شود که به اهداف و غایات مورد توجه مقنن، تجاوز شود (بهرامی احمدی، ۱۳۷۰: ۸۷).

در نظریه سنتی قراردادی، آزادی قراردادی نامحدود بین طرفینی که قدرت چانه زنی برابر، مهارت های برابر و اطلاعات کامل از شرایط قراردادی و بازاری دارند، منافع فردی را افزایش داده و منجر به تخصیص کارای منابع می شوند. این در حالی است که در بسیاری شرایط، برابری های فوق وجود ندارد (Carolyn, 2009: 3). بنگاه های تجاری و اقتصادی قدرت و مهارت بیشتری نسبت به مصرف کنندگان دارند و لذا مصرف کنندگان به حمایت بیشتری نیاز دارند چرا که اطلاعات کمتری دارند، قدرت مالی کمتری دارند و به طور کلی توانایی کمتری در حفظ منافع خود نسبت به بنگاه دارند، در این شرایط حقوق قراردادهای باید چنین عدم تقارنی را برطرف سازد (Ben-Shahar, 2010: 4).

به عبارت دیگر در یک قرارداد عناصر بسیاری وجود دارد که می تواند منجر به خدشه به تعادل قرارداد گردد، بدین معنا که باعث شوند حقوق و تعهدات قراردادی به نفع یکی و به ضرر طرف دیگر تنظیم شود و عدالت معاوضی زایل شود. این موضوع منجر به پیدایش «نظریه تعادل قراردادی»^۱ در حقوق قراردادهای در نظام حقوق عرفی گردیده است. بدین معنی که «زمانی قرارداد قانوناً الزام آور است که تعهدات به طور آزادانه پذیرفته شده باشند، نسبت به طرفی که قرارداد علیه وی اجرا می شود منطقیاً منصفانه باشد، با انتظارات قراردادی جامعه سازگار باشد^۲ و مانعی جهت اجرای قرارداد وجود نداشته باشد.» (Levin And Banks, 1983: 1). این موضوع به خصوص در

^۱ . The Balance Theory of Contract

^۲ . در واقع این رکن یک رکن نظری است که بر اساس آن قراردادهای ساختاری پیچیده دارند که به آسانی در دسترس مردم قرار گرفته و آنها را مورد استفاده قرار می دهند بدون اینکه نیازی به به قالب خاص نظری برای آن باشد.

قراردادهای با طرف‌های نابرابر اهمیت دارد، از جمله مهمترین آنها «قراردادهای مصرف کننده»^۱ که معمولاً هیچ‌یک از عناصری که بیان شد در اینگونه قراردادها وجود ندارد. با این حال تعادل قراردادی مفهومی با برداشتهای مختلف است. عموماً برای تعیین مقدار کالا یا خدماتی به کار می‌رود که در مقابل قیمتی که پرداخته می‌شود، دریافت می‌شود. اما در علم حقوق زمانی یک قرارداد متعادل محسوب می‌شود که حقوق و تعهدات برابری برای هر دو طرف قرارداد تعیین شده باشد، لذا اگر اختیارات بیشتری برای یک طرف در مقابل طرف دیگر قرارداد تعیین شده باشد، قرارداد مزبور از تعادل خارج خواهد شد، لذا در مقابل قراردادهای یک‌طرفه قرار دارند.

۷) قراردادهای و شروط قراردادی یک‌طرفه

زمانی که یک طرف قرارداد در صدد انعقاد قراردادی یک‌طرفه باشد، طرف مقابل در صدد دستیابی به تعادل خواهد بود. وجود قراردادی یک‌طرفه به معنای تعامل یک‌طرفه نیست بلکه تنها به این معناست که فروشنده صلاحیت خواهد داشت که چگونه با مصرف کننده رفتار کند. به عبارتی زمانی که اعتبار بنگاه در نظر گرفته می‌شود، قراردادی یک‌طرفه می‌تواند به شیوه‌ای متعادل اجرا شود (Lucian & Posner, 2006: 3). طرفی که قرارداد را پیش‌نویس می‌کند قاعداً تمایل دارد تا ریسک‌های موجود را به طرف دیگر منتقل نماید. در چنین شرایطی شروط قراردادی یک‌طرفه بروز می‌کند. خصوصیات زیر عموماً به‌عنوان یک‌طرفه شناخته می‌شوند:

الف) انتقال ریسکی که توسط طرف پیش‌نویس کننده قرارداد نمی‌تواند به‌خوبی مدیریت شود،

ب) تحمیل مسئولیت بسیار سنگین بر عدم اجرای کامل قرارداد،

ج) انتقال ریسکی که قیمت دقیقی ندارد،

¹ . Consumer Contracts

۳۵۶.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهل و یکم، پاییز ۱۳۹۷

د) فقدان حقوقی که مطابق قانون وجود دارد و

ه) اجازه به یک طرف قرارداد که به صلاحدید خود به شیوه‌ای سوء استفاده گرایانه عمل نماید.

شروط قراردادی یک‌طرفه می‌توانند مشکلاتی به همراه داشته باشند از جمله اینکه هزینه ریسک‌های احتمالی بالا برده می‌شود، تمایل افراد برای انعقاد قرارداد پایین می‌آید و آنهایی که ریسک را نمی‌فهمند یا صلاحیت کمتری برای قرارداد دارند اقدام به انعقاد و قبول شروط می‌کنند، تقابل بین طرفین قرارداد بیشتر می‌شود، احتمال بروز دعاوی حقوقی افزایش پیدا می‌کند و در نهایت هزینه‌های معاملاتی افزایش پیدا می‌کند (Ross & Jeffrey, 2017: 10).

۵) راهکارهای ایجاد تعادل

تعادل قراردادی مفهوم وسیعی دارد که هم در مرحله ایجاد قرارداد و هم در مرحله اجرای آن باید این موازنه در حقوق و تعهدات طرفین برقرار باشد به گونه‌ای که به عدالت نزدیک تر است. در مرحله ایجاد قرارداد طرف قوی تر متعهد باشد که اطلاعات قراردادی که در انعقاد قرارداد از سوی طرف مقابل تاثیرگذار است، در اختیار وی قرار دهد. این الزام باید از سوی قانون‌گذار تدوین شود و در تمامی عناصری که منجر به عدم تعادل قراردادی می‌گردد، با پیش‌بینی قوانین امری، از عدم تعادل قراردادی جلوگیری کند و ضمانت اجراهای مناسبی در جهت توزیع عدالت برقرار نماید. تمهیداتی در قوانین بیندیشد که طرف قوی قرارداد را ملزم به ارائه اطلاعاتی که در تصمیم طرف ضعیف قرارداد موثر است، در اختیارش قرار دهد.

دادگاه‌ها وظیفه دارند بر محتوای قراردادها کنترل داشته باشند و در صورت روبرو شدن با شروط ظالمانه، با استفاده از تکنیک‌های مختلف که در نظام‌های حقوقی در اختیار دارند، قراردادها یا شروط ناعادلانه یا غیرمنصفانه را باطل اعلام کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۲۹). برای مثال طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی، محکمه نباید قراردادهای خصوصی مخالف با نظم عمومی را به موقع اجرا گذارد. یا در بحث شرایط نفوذ ترازی، عیوب اراده و

خيارات، موادی وجود دارد که لزوم تعادل عوضین و عادلانه بودن داد و ستد از آن‌ها قابل استناد است و رویه قضایی می‌تواند از این ابزار استفاده کند (امینی و عابدیان و کرمی، ۱۳۹۱: ۲۰۲). همچنین از ابزار تفسیر به خصوص در قراردادهایی که یک طرف آن از موقعیت قراردادی ضعیف برخوردار است، می‌توان استفاده کرد (اسدی و پارساپور و بادینی، ۱۳۹۷: ۱۴) و در هر مورد که بین حقوق طرفین قرارداد، تعارض منافی ایجاد گردد، اصل را بر تفسیر به نفع طرف ضعیف بگذارند تا حقوقش در مقابل طرف قوی قرارداد حفظ گردد. به عنوان مثال در قراردادهای اعطای اعتبار بانکی که اعتبارگیرنده بدون مطالعه قرارداد، آن را امضاء می‌کند، قراردادی از پیش تعیین شده که حتی فرصت مطالعه را ندارد و اگر مطالعه کند هم به دلیل تخصصی بودن آن چیزی متوجه نخواهد شد، در این موارد در صورتی که شروطی در قرارداد ذکر شوند که اگر اعتبارگیرنده می‌دانست، قرارداد را امضاء نمی‌کرد، باید گفت توافقی در مورد آن‌ها حاصل نشده است.

با این حال به دلیل کافی نبودن کنترل قضایی، دولت باید در مواجهه با شرایط و واقعیت‌های جدید با تحمیل محدودیت‌های جدید بر آزادی قراردادی در حیطه قراردادهای خصوصی مداخله نماید و با ابزار قانون، مقررات امری در جهت حمایت از طرف ضعیف قرارداد و مقابله با شروط غیرمنصفانه و ناعادلانه، تصویب کند. نمونه‌ای از آن‌ها در قوانین کار و قوانین موجر و مستاجر به چشم می‌خورد.

قواعد حقوق قراردادهای در حقوق فرانسه در سال ۲۰۱۶ اصلاحاتی در آن صورت گرفت. نوآوری در تشکیل قرارداد، ماده ۱۱۱۲ آن مقرر می‌کند مذاکرات باید مطابق با الزامات حسن نیت باشد و ماده ۱۱۱۲-۱ وظیفه عمومی برای ارائه اطلاعات (تغییر اطلاعات) را مطرح می‌کند. این ماده بیان می‌دارد: در صورتی که یک طرف قرارداد، اطلاعاتی را کسب کند که در رضایت طرف مقابل بسیار مهم باشد، باید هر جا که این شخص آگاهی ندارد یا به او اعتماد می‌کند، اطلاعات مزبور را در اختیار وی قرار دهد و در صورت عدم ارائه اطلاعات، مسئول خسارت وارده بوده و علاوه بر آن امکان فسخ قرارداد وجود خواهد داشت البته اگر این عملیات با قصد فریبکارانه باشد. در

۳۵۸.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهل و یکم، پاییز ۱۳۹۷

حالی که وظیفه اطلاع‌رسانی که قبلاً در رویه قضایی وجود داشته است، در قانون جدید به صورت مستقل و جدا از وظیفه حسن‌نیت، برجسته شده است. وظیفه شخص برای اطلاع‌رسانی به عنوان یک اصل اساسی برای تضمین تعادل در روابط قراردادی توصیف شده است که نشان‌دهنده دیدگاه اخلاقی در قرارداد است (Rowan, 2017: 805).

در ارتباط با ایجاد تعادل قراردادی، در قراردادهای الحاقی در منع شروط تحمیلی می‌توان با ضمانت اجرای حذف شرط تحمیلی و یا تعدیل آن و فسخ کل قرارداد حسب اوضاع و احوال اقدام نمود و با پیش‌بینی لیستی از این شروط حاوی مصادیق متعددی از جمله سلب حق توسل به ضمانت اجراها و تحمیلی اعلام کردن اسقاط چنین حقوقی مسلماً تشتت آرای قضایی را کاهش خواهد داد. سابقه پیش‌بینی مقررات استثنایی راجع به شروط غیرمنصفانه در خصوص بعضی قراردادهای مصرفی نظیر مورد قانون تجارت الکترونیک، خود مبین عدم مابینت اساسی چنین پیش‌بینی‌هایی با فقه می‌باشد. می‌توان پیشنهاد کرد با حذف خیار غبن و در ذیل ماده ۲۰۶ قانون مدنی، متن زیر به قانون مدنی الحاق گردد: «در قراردادهای معوض اگر دادگاه دریابد شخصی با استفاده از موقعیت ضعیف طرف مقابل به لحاظ اضطرار، ناتوانی و بی‌تجربگی برای خود یا شخص ثالث نفع مادی به دست آورد که با تعهد متقابل او و با ملاحظه تمام شرایط معامله نابرابری فاحش داشته باشد ممکن است به تقاضای متضرر حکم به فسخ قرارداد دهد و یا سایر شروط قرارداد را به استثنای شرط تحمیلی به اجرا گذارد و یا قرارداد را به منظور جبران عدم تعادل تعدیل نماید. در صورت تمایل منتفع به جبران عدم توازن، حق فسخ متضرر ساقط می‌گردد و دادگاه حکم به پرداخت مابه‌التفاوت ارزش قراردادی و قیمت بازاری خواهد داد. موقعیت مصرف‌کننده در قراردادهای مصرفی و وضعیت طرف الحاق‌شونده به قراردادهای الحاقی از جمله موقعیت‌های ضعیف می‌باشد. مفاد این ماده دارای خصلت نظم عمومی است.»

۱-۵) ارائه اطلاعات

یکی از جلوه‌های اساسی وجود توافق میان طرفین آن است که طرفین با رضایت، به قرارداد تن داده باشند و قصد ایجاد رابطه و تعهد قانونی فی مابین خود داشته باشند. از طرفی قصد انعقاد قرارداد باید آزادانه و با آگاهی کامل از آنچه مورد توافق قرار گرفته است باشد. بر همین اساس دکترین رضایت آگاهانه شکل گرفت. دکترین رضایت آگاهانه^۱ را می‌توان خیزشی در راستای اهمیت بخشی و بنیادینه کردن نقش اطلاعات در فرایند ایجاد قرارداد دانست. این دکترین در ابتدا از آمریکا شروع شد و بعدها به تدریج مورد پذیرش برخی از کشورهای اروپایی قرار گرفت (لطفی، ۱۳۸۸: ۴۶). رضایت زمانی آگاهانه تلقی می‌شود که نخست طرفی که رضایت می‌دهد، آگاهی و اطلاع کافی و دقیق از ماهیت، نوع و دامنه خطر داشته باشد. دوم: طرفی که رضایت می‌دهد اطلاعات فوق را بفهمد و درک کند. بدین منظور اطلاعات باید در حد ممکن قابل فهم، روشن و خالی از ابهام باشد.

این دکترین تنها زمانی قابل اعمال است که شرایط ذیل موجود باشد: رضایت در قانون به رسمیت شناخته شود. به عبارت دیگر رضایت نباید با اخلاق حسنه یا نظم عمومی در تعارض باشد؛ رضایت آزادانه و بر اساس اختیار صورت گیرد؛ رضایت توسط شخصی ابراز شود که اهلیت قانونی برای آن داشته باشد؛ رضایت جامع، روشن و صریح و بدون ابهام باشد (لطفی، ۱۳۸۸: ۴۷). بدین منظور و به خصوص در جهت آزادانه و بر اساس اختیار بودن رضایت، طرفین معامله و به خصوص طرف ضعیف قرارداد به اطلاعات خاصی نیاز دارد.

پیچیدگی محصولات جدید به‌طور کلی و محصولات صنعتی به‌طور خاص، قانونگذاران را وا داشته است تعهدی مبنی بر ارائه اطلاعات لازم جهت استفاده از این محصولات و نیز امتناع از ارائه اطلاعات ناصحیح بر سازندگان و فروشندگان محصولات مزبور تحمیل کنند (جنیدی، ۱۳۸۱: ۱۱). در واقع مصرف کنندگان برای به‌کارگیری صحیح

¹ . Doctrine Of Informed Consent.

۳۶۰.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهل و یکم، پاییز ۱۳۹۷

اموال و کالاهای خریداری شده به کسب اطلاعات ضروری نیاز دارند. همچنین فروشندگان و سازندگان مکلف به ارائه اطلاعات و راهنمایی‌های لازم راجع به طرز استفاده از کالا به مصرف‌کنندگان و اطلاع‌رسانی نسبت به عیوبی هستند که از وجود آنها مطلعند یا باید مطلع باشند (عیسای تفرشی و رحیم نژاد، ۱۳۹۴: ۱۱۷). این تعهد در حقوق بسیاری از کشورها از جمله حقوق ایران مورد توجه قرار گرفته است و مبنای آن گاه قراردادی و گاه غیر قراردادی تلقی شد است. در فرض اول، سخن از تعهد به دادن اطلاعات به‌عنوان بخشی از تعهد به تسلیم و یا در قالب تضمین‌های صریح یا ضمنی است و در فرض دوم سخن از مسئولیت مبتنی بر تقصیر یا مسئولیت محض فروشندگان و به‌ویژه سازندگان به حکم قانونگذار است (جنیدی، ۱۳۸۱: ۱۱). به هر حال، در حقوق ایران طرفین ناگزیر به بازگویی تمام اطلاعات و اسرار حرفه‌ای خود به مصرف‌کننده نیستند و وظیفه اطلاع‌رسانی را به اطلاعاتی که در تصمیم‌گیری برای ورود به قرارداد مهم است محدود می‌کنند و کتمان آن را جایز نمی‌شمارند (عیسای تفرشی و رحیم نژاد، ۱۳۹۴: ۱۱۷).

در خصوص شروط قراردادی نیز به همین شکل؛ طرفین باید در خصوص شروط قراردادی تا جایی اطلاعات داشته باشند که صفت جهالت بر آنها بار نشود. هرچند اصولاً بطلان شرط منجر به بطلان قرارداد نخواهد بود اما گاهی این امر نیز ممکن خواهد بود از جمله جهل به شرطی که منجر به جهل به عوضین می‌گردد. لذا اطلاعات لازم و کافی در خصوص شروط قرارداد نیز برای جلوگیری از بطلان قرارداد ضروری است.

در نظام سنتی حقوق قراردادهای کشور زمانی که شرایط اساسی صحت معاملات مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی رعایت شود، عقد به صرف اعلام قصد انشاء بر اساس ماده ۱۹۱ قانون مذکور محقق می‌شود و الزام‌آور خواهد بود. اما در حقوق عرفی برای اینکه قراردادی قانوناً الزام‌آور باشد باید هر دو عنصر «آزادانه و داوطلبانه» و «انصاف» رعایت شود. بدین صورت که هر زمان عنصر آزادانه بودن کاهش پیدا کرد، عنصر

انصاف افزایش پیدا کند و هر زمان انصاف کاهش پیدا کرد، آزادانه بودن افزایش پیدا کند. این در حالی است که در نظام حقوق قراردادهای کشور هر دو عنصر مذکور در پایین‌ترین حد خود قرار دارند و با این حال قرارداد قانوناً لازم‌الاجرا خواهد بود. جایی که داوطلبانه بودن کاهش پیدا می‌کند در نتیجه به همان نسبت عنصر انصاف باید برای جبران این کاهش، افزایش پیدا کند و چنانچه داوطلبانه بودن افزایش پیدا می‌کند نیاز به بررسی انصاف در قرارداد کاهش پیدا می‌کند (Levin & Mcdowell, 1983: 3). هرچند این معادله را نمی‌توان به‌عنوان تنها معیار سنجش تعادل در قرارداد در نظر گرفت اما باید گفت که اختلاف زیاد بین این دو عامل می‌تواند منجر به عدم تعادل فاحش در قرارداد شود. به منظور برخورداری از دانش لازم برای انعقاد توسط مصرف‌کننده، اطلاعاتی که در ایجاد رضای سالم قراردادی نقش خواهند داشت می‌بایست در اختیار او قرار داده شوند؛ اما حمایت از طرف ضعیف‌تر به همین جا ختم نشده و نظریه ایجاد تعادل قراردادی، با تعهد به دادن اطلاعاتی که در حسن اجرای هر چه بهتر قرارداد نقش ایفا می‌کنند، ادامه می‌یابد (قاسمی، ۱۳۷۴: ۱۰۳).

۲-۵) حسن نیت به عنوان یک تعهد اطلاعاتی در مقابل طرف دیگر قرارداد

حسن نیت در مقابل سوء نیت مفهومی است اساساً اخلاقی که امروزه رنگ حقوقی نیز به خود گرفته است (اصغری آقمشهدی و ابوئی، ۱۳۸۷: ۳۲). حسن نیت در قراردادها در مرحله انعقاد قرارداد و اجرای آن مطرح می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۷۶) و ایجاب می‌کند که طرفین صداقت داشته باشند و از خدعه و نیرنگ بپرهیزند. در واقع حسن نیت در حمایت از قصد قراردادی متضمن تعهدی است که شخص را از تدلیس، پوشاندن عیب و القای اشتباه در مخاطب منع می‌کند، همچنین ایجاب می‌کند اطلاعات قراردادی به مخاطب تسلیم شود. به عبارتی مقتضای اصل حسن نیت شفاف بودن و اطلاع‌رسانی در دوره پیش قرارداد است. پذیرش اصل حسن نیت در دوره پیش قراردادی اقتضا می‌کند که طرفین در مرحله گفتگوهای مقدماتی برای رسیدن به هدف مشترک، در نهایت صداقت، جدیت و شفافیت با یکدیگر همکاری داشته و به ارائه اطلاعات بپردازند (باریکلو و خزایی، ۱۳۹۰: ۵۳).

۳۶۲.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهل و یکم، پاییز ۱۳۹۷

به هر حال اگر اشخاص حسن نیت به معنای گفتار و رفتار صادقانه نداشته باشند، حقوق با ضمانت اجرای فسخ یا بطلان، از شخص دارای حسن نیت حمایت می‌کند. برای مثال اگر فروشنده با نقض تعهد صداقت تدلیس نماید و یا مبیع معیوب عرضه شود، برای خریدار حق فسخ ایجاد می‌شود. ماده ۱۲ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ رعایت کمال حسن نیت را لازم می‌داند و بیمه‌گذار را از اظهار کذب نهی می‌کند و ضمانت اجرای خدعه و نیرنگ، بطلان عقد بیمه و تعلق حق بیمه به بیمه‌گر است. هر چند در فقه و قانون مدنی صراحتاً به این مفهوم اشاره نشده است، لیکن توصیه اشخاص به صداقت، پرهیز از تقلب و تدلیس، بیانگر همین مفهوم حسن نیت در حقوق ایران است. در واقع حقوق ما بجای تأکید بر حسن نیت، ضمانت اجرای ضد آن، یعنی سوء نیت را در مورد کسی که رفتار و گفتار صادقانه ندارد، بیان می‌کند. در فقه نیز تصریح، تدلیس و پوشاندن عیب، سوء نیت محسوب می‌شود و ضمانت اجرای آن بطلان و یا ایجاد حق فسخ است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۷۸).

۵-۳) منع شروط تحمیلی^۱

دیدگاه سنتی در خصوص قراردادها این است که متعاقدین در شرایطی آزاد و نسبتاً برابر به مذاکره و چانه‌زنی راجع به مطلوبات خود از قرارداد پرداخته و در عین اینکه هر کدام منافع متعارض با دیگری را تعقیب می‌کنند، سرانجام این دو نفع متعارض به نقطه قابل جمعی بر مبنای آزادی اراده می‌رسد. تجربه اما نشان داده، مقتضی آمیختگی تجارت با رقابت، تلاش در جهت تحصیل سود بیشتر و در نتیجه بر هم خوردن تعادل قراردادهاست. طرف قدرتمند با سوء استفاده از برتری و امتیازاتی همچون انحصار، دانش، جایگاه برتری مادی و...، شرایط غیرمنصفانه مورد نظر خود را به طرف ضعیف‌تر تحمیل نموده و در نتیجه عدالت اجتماعی و اقتصادی را مخدوش می‌نماید. حوزه حقوق مصرف، یعنی قراردادهای بین فروشندگان و عرضه‌کنندگان متخصص کالا و خدمت با مصرف‌کنندگان فاقد تخصص، پهنه اصلی تجلی شروط تحمیلی است. این

¹ . Clauses Abusives

نابرابری مربوط به شروط ناعادلانه و تحمیلی که ریشه در توانایی و تخصص یکی از طرفین و سوءاستفاده او دارد (دعاگویی و محمدی، ۱۳۹۳: ۶۷).

شاید بتوان گفت که مفهوم شروط تحمیلی چیزی جز بکارگیری خاص «نظریه سوء استفاده از حق» در مباحث قراردادی نمی‌باشد، بنابراین سوء استفاده از حق از طرف متخصصین همچون سایر افراد عادی مجاز نیست حتی اگر ارزیابی مسأله به یک شکل نباشد. بنابراین دکترین سوء استفاده از حق برای اجتناب از تجاوز و خودکامگی دارندگان حق مورد نیاز تمام نظام‌های حقوقی است. بر این اساس با وجود اینکه نظام‌های حقوقی از لحاظ تاریخی، حق را مطلق و غیر قابل سوء استفاده تصور کرده‌اند، سرانجام این موضوع مورد پذیرش قرار گرفت که باید برای اعمال حق، محدودیت‌هایی را در نظر گرفت (معینی و قاسمی‌پور، ۱۳۹۱: ۱۸۸) و حقی که با سوء استفاده به دست آید نباید اثری داشته باشد (حاجی نوری، ۱۳۹۴: ۱۵۹).

۵-۵) منع شروط مستثنی کننده^۱

در تعریف این دسته از شروط گفته شده است عهد شکنی، به منظور تغییر نظام قانونی مسؤولیت یا شرایط مطالبه آن به سود مدیون منعقد می‌شود. این‌گونه توافقات، موازنه‌ای را که طرفین در پی دستیابی به آن بوده‌اند هدف قرار داده، موجب بروز خدشه در توازن قراردادی می‌شوند. در حقوق انگلیس منظور از شرط استثناء شرطی است که یکی از طرفین قرارداد به منظور از بین بردن یا محدود کردن مسؤولیت خود در برابر نقض قرارداد یا نقض شرط مندرج در آن، با موافقت طرف مقابل در قرارداد می‌گنجاند (عیسائی تفرشی و شیروانی و آبین، ۱۳۹۶: ۱۱۱). شروط محدود کننده یا معاف کننده از مسؤولیت^۲ شروطی هستند که یک طرف قرارداد به استناد آنها خود را از تمام یا بخشی از مسؤولیت مدنی می‌رهاند (Maharaj, 2011: 638). این شروط همواره شیوه‌ای سنتی و آسان برای فرار از مسؤولیت بوده است و وضع محدودیت‌های

^۱ . Exemption Clause

^۲ . Limitation Or Exclusion Clauses

۳۶۴.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهل و یکم، پاییز ۱۳۹۷

قانونی بر این شروط سبب کاربست تدلیس و ایجاد تغییرات ظاهری برای گریختن از قواعد انصاف، عدالت و حمایت از طرف ضعیف گردیده است. اما علی‌رغم خطر بالای درج شروط عدم یا محدودکننده مسئولیت برای زیان‌دیدگان، نظر به اصل آزادی اراده و نقش شروط مزبور در توزیع خطر به ویژه در حیطه تجارت و همچنین نقش آنها در کاهش قیمت محصولات و بیمه بی‌رویه مسئولیت‌ها و نیز لزوم تشویق تجار به گسترش فعالیت‌های اقتصادی و تجاری و به‌کارگیری فناوری جدید، باید پذیرفت که اینگونه شروط در حقوق مسئولیت مدنی صحیح است اما در حقوق مسئولیت تولید لزوم وضع قواعد حمایتی برای مصرف‌کنندگان به‌طور جدی احساس می‌شود، با اینحال درج قواعد حمایتی زمانی کارآمد است که تولیدکننده و عرضه‌کننده نتواند با درج شروط محدود یا معاف‌کننده مسئولیت در قرارداد از حاکمیت اینگونه قواعد بگریزد (سیمایی و اسفندی، ۱۳۹۶: ۲۱۸).

۵-۶) منع شروط گزاف^۱

مطابق بند یک ماده ۱۳۷ قانون اعتبار مصرف‌کننده ۱۹۷۴ انگلستان، دادگاه‌ها می‌توانند مفاد قرارداد اعتباری که گزاف تشخیص داده می‌شود را تعدیل نماید. در این رابطه باید سه مورد مد نظر قرار گیرد:

الف) این مقررات شامل کلیه قراردادهایی می‌شود که بین یک شخص حقیقی و فرد دیگری منعقد می‌شود که بر اساس آن طلبکار موافقت می‌کند که به بدهکار قرض دهد ولو اینکه مقدار قرض کم باشد.

ب) در تشخیص اینکه قرارداد اعطای وام گزاف و غیر منصفانه بوده یا نه، دادگاه ابتدا مفاد قرارداد را مورد توجه قرار می‌دهد و چنانچه این قرارداد با قراردادهای دیگر مرتبط باشد و یا واحدی از یک مجموعه قراردادها باشد، در این صورت دادگاه جهت تشخیص گزاف بودن قرارداد کل آن را مورد بررسی قرار می‌دهد.

¹ . Extortionate Clauses

ج) در صورتی که دادگاه تشخیص دهد که مفاد قرارداد اعطای وام گزاف و غیر منصفانه بوده است می‌تواند از تعدیل شروط قراردادی خودداری کند. مثلاً اگر بدهکار بدون دلیل اقامه دعوی از طلبکار را به تعویق انداخته باشد و یا از طریق تدلیس و کلاهبرداری توانسته باشد وامی را اخذ نماید و یا وضعیت مالی خود را برای بدهکار کتمان کرده باشد، دادگاه ممکن است از تعدیل قرارداد خودداری نماید (شیروی، ۱۳۸۱: ۸)

زمانی شرطی گزاف محسوب می‌شود که سود، قیمت یا سایر هزینه‌ها را بیش از آنچه که طبق قوانین و مقررات یا عرف باید باشد، تعیین شده باشد و در واقع بیش از آنچه معقول و منطقی می‌نماید تعیین شده باشد و این موضوع در رابطه با هزینه‌های نرخ خسارت تأخیر تأدیه، نرخ سود و ... در قرارداد رخ می‌دهد و با توجه به اینکه می‌تواند مربوط به عوضین اصلی قرارداد نباشد امکان استفاده از غبن وجود نداشته و لذا در حقوق عرفی از این اصطلاح برای بیان آن استفاده می‌کنند و ضمانت‌اجرای آن معمولاً اصلاح شرط گزاف است و حتی بعضی قائل به بطلان آن هستند. (حاتمی و صادقی، ۱۳۹۱: ۵۹) هر چند که قانون‌گذار در ماده ۲۳۰ قانون مدنی تغییر آن را مجاز نمی‌داند.

۷-۵) منع شروط غیرمنصفانه

نظریه غیرمنصفانه از دادگاه‌های انگلستان و حتی قبل از آن به قرن ۱۵ باز می‌گردد. لرد دنینگ^۱ از جمله قضاتی است که در یکی از پرونده‌های خود نظریه غیرمنصفانه را به شکل واضح مطرح نمود. بدین ترتیب که کسی که بدون دریافت مشاوره مستقل قراردادی با شروط سنگین و گزاف، قرارداد را امضاء می‌کند یا اموال خود را به قیمتی بسیار اندک واگذار می‌کند در موقعیت نابرابر چانه‌زنی با طرف دیگر قرار دارد، لذا دادگاه باید قرارداد متضمن این شروط را نادیده بگیرد. این موضوع از بی سوادگی یا کم سوادگی، عقب افتادگی ذهنی یا سایر معلولیت‌ها، رابطه عاطفی شدید یا اعتماد زیاد به طرف مقابل نشأت می‌گیرد (Beatson, 2010: 375).

¹ . Lord Denning

۳۶۶.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم و یکم، پاییز ۱۳۹۷

مطابق ماده سه دستورالعمل شورای اتحادیه اروپایی ۱۹۹۳، شرطی که موضوع مذاکره طرفین نباشد در صورتیکه برخلاف حسن نیت و موجب نابرابری فاحش در حقوق و تعهدات طرفین و به ضرر مصرف‌کننده باشد، غیرمنصفانه تلقی می‌شود. از جمله مصادیق این شروط نیز عبارت از شروطی است که هدفشان سلب یا محدود کردن مسئولیت فروشنده کالا یا عرضه‌کننده خدمات در قبال صدمات جسمانی و یا فوت ناشی از فعل یا ترک فعل وی باشد؛ شروطی که مسئولیت فروشنده کالا یا عرضه‌کننده خدمات را حتی در فرض تخلف از اجرای کلی یا جزئی تعهد و یا کافی نبودن عمل انجام شده سلب یا محدود کند و شرطی که موجب محروم کردن مصرف‌کننده از توسل به اقدامات قانونی یا راهکارهای قانونی دیگر می‌شود (اسدی و پارساپور و بادینی، ۱۳۹۷: ۱۳).

در نظام حقوقی ایران اما مبانی حقوقی قابل طرح به منظور مقابله با غیرمنصفانگی در حقوق کشورمان عبارتند از استناد به سوءاستفاده از وضعیت اضطراری، نظم عمومی، قاعده لاضرر، سوء استفاده از حق و حسن نیت که هر یک به نوبه خود می‌توانند بخشی از دشواری مقابله با غیرمنصفانگی را که ناشی از نقص مداخله تقنینی است، مرتفع نمایند و به مصرف‌کننده حق فسخ قرارداد را اعطا نمایند. روش‌های 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 (شمالی و صفایی، ۱۳۹۶: ۸۶).

در رابطه با مبانی قانونی رعایت انصاف علاوه بر مبانی غیرمستقیم از جمله مواد ۴۱۶ تا ۴۲۱ قانون مدنی که شرایط حصول و اعمال خیار غبن را بیان می‌کنند، قانون دریایی ۱۳۴۳ را می‌توان نام برد که نفوذ نظریه غیر منصفانه بودن در حقوق ایران را به وضوح نشان می‌دهد. مطابق ماده ۱۷۹ این قانون «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرائط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد ممکن است

به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل و یا تغییر داده شود»، امکان ابطال یا تغییر قراردادی را به دادگاه داده که حاوی شرایطی است که به تشخیص دادگاه دارای شرایط غیر عادلانه است (باقری و رحمانی، ۱۳۹۶: ۱۴۵).

علاوه بر این بند پنج ماده یک قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان که در تعریف تبانی بیان می‌کند «هرگونه سازش و مواضعه بین عرضه کنندگان کالا و خدمات به منظور افزایش قیمت یا کاهش کیفیت یا محدود نمودن تولید یا عرضه کالا و خدمات یا تحمیل شرایط غیر عادلانه بر اساس عرف در معاملات»، به نوعی وجود این شروط در نظام حقوقی کشور را تأیید نموده است.

در بند ط ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ نیز بیان شده است که « اعمال ذیل که منجر به اخلال در رقابت می‌شود، ممنوع است: ... ط. سوء استفاده از وضعیت اقتصادی مسلط سوء استفاده از وضعیت اقتصادی مسلط به یکی از روش‌های زیر: ... ۲. تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه».

ماده ۴۰ قانون کار نیز به نوعی از انصاف متأثر شده است «در مواردی که با توافق طرفین قسمتی از مزد به صورت غیر نقدی پرداخت می‌شود، باید ارزش نقدی تعیین شده برای این گونه پرداخت‌ها منصفانه و معقول باشد» و ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی صریحاً به این شروط پرداخته و بیان می‌کند « استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». در اینجا با توجه به ماده ۱۷۹ قانون دریایی و ضمانت اجرای وضع شده می‌توان استنباط کرد که همان ضمانت اجرا در اینجا نیز قابل استفاده است و منظور از مؤثر نیست همان قابل اصلاح بودن یا قابل ابطال بودن آن است (تقی زاده و احمدی، ۱۳۹۴: ۲۷).

نتیجه گیری

عدالت و انصاف اقتضاء دارد که طرفین قرارداد در یک وضعیت منصفانه و متعادل، عقدی را ایجاد نمایند و به حقوق و تعهدات ناشی از آن پایبند باشند. کاستی های حقوق قراردادی که در آن اصل بر آزادی اراده است و عدالت معاوضی را برای قرارداد کافی می داند، نتیجه آن می شود که طرف قراردادی برتر با داشتن قدرت چانه زنی برتر و اعمال شروط غیرمنصفانه، قراردادی نامتقارن و نامتعادل انعقاد کند و قرارداد به طرز آشکاری غیرعادلانه و غیرمنصفانه باشد. بنابراین اقتضای عدالت توزیعی ایجاب می کند با دخالت دولت در این گونه قراردادها، توازن و تعادل را به قرارداد بازگردد و با تصویب قوانین امری و با ضمانت اجرای مناسب در مقابله با شروطی که منجر به غیرمنصفانه شدن و ناعادلانه شدن قرارداد می شود، تعادل و توازن را به قرارداد بازگرداند و از این طریق از طرف ضعیف قرارداد حمایت کند.

منابع:

- ۱) اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد، (۱۳۹۳)، اصول قراردادهای تجاری بین المللی، چاپ سوم، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.
- ۲) اصغری آقمشهدی، فخرالدین، حمیدرضا ابوئی، (۱۳۸۷)، «حسن نیت در انعقاد قرارداد در حقوق ایران و انگلیس»، اندیشه های حقوق خصوصی، ش. ۱۲، صص ۲۹-۴۹.
- ۳) امینی، منصور و عابدیان، میرحسین و کرمی، سکینه، (۱۳۹۱)، «نحوه مقابله نظام های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان در ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۹، صص ۱۷۱-۲۱۲.
- ۴) اسدی، عباس و پارساپور، محمدباقر و بادینی، حسن، (۱۳۹۷)، «حمایت از طرف ضعیف قرارداد از طریق حقوق اساسی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره بیست و سوم، صص ۹-۳۹.
- ۵) السان، مصطفی، (۱۳۸۰)، «اصل آزادی قراردادی در حقوق انگلستان»، ماهنامه کانون، سال ۴۵، دوره جدید، ش. ۲۹، صص ۷۵-۸۶.
- ۶) بیگدلی، عطاءالله، (۱۳۹۴)، «حاکمیت اراده در فقه امامیه، نظام رومی ژرمنی و حقوق ایران؛ - درآمدی مبنایی فلسفی، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال ۱۶، شماره اول، صص ۱۲۵-۱۵۰.
- ۷) بهرامی احمدی، حمید (۱۳۷۰)، سوء استفاده از حق مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام های حقوقی، انتشارات اطلاعات تهران.
- ۸) باریکلو، علیرضا و سیدعلی خزایی، (۱۳۹۰)، «اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دوره ی پیش قراردادی؛ با مطالعه ی تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه»، مجله حقوقی دادگستری ش. ۷۶، صص ۵۳-۸۷.
- ۹) باقری، محمود و رحمانی، سعید، (۱۳۹۶)، حمایت از حقوق مصرف کننده در نظام بانکی، تهران، پژوهشکده پولی و بانکی.
- ۱۰) توسلی، منوچهر و بهزادی، سعید، (۱۳۹۵)، «بر هم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد و پیش بینی شرط هاردشیپ در قراردادهای بین المللی»، دانش حقوق مدنی، سال پنجم، شماره ۱، صص ۱-۱۰.

۳۷۰.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهل و یکم، پاییز ۱۳۹۷

- ۱۱) تقی زاده، ابراهیم و احمدی، افشین، (۱۳۹۴)، « جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال سوم، شماره دهم، صص ۹-۴۲.
- ۱۲) حاتمی، علی اصغر و صادقی، عبدالرضا، (۱۳۹۱)، «شرط وجه التزام غیرعادلانه»، دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی، دوره اول، شماره ۲، صص ۵۹-۱۰۴.
- ۱۳) حاجی نوری، غلامرضا، (۱۳۹۴)، «بازگشت اعتدال به نظریه سوء استفاده از حق»، نشریه فقه و حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۱۱، صص ۱۴۳-۱۶۶.
- ۱۴) جنیدی لعیان، (۱۳۸۱)، مطالعه تطبیقی تعهد به دادن اطلاعات با تاکید بر نظام های کامن‌لا، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۵۶، شماره ۵۱۰، صص ۱۱-۴۷.
- ۱۵) خوئینی، غفور و شمس الهی، عطیه و ذوالفقاری، سهیل، (۱۳۹۲)، «تعدیل قضایی قرارداد در اثر کاهش ارزش پول»، پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره چهارم، صص ۱۱-۱۳۹.
- ۱۶) دعاگوی، محمد مصطفی و محمدی، زینب، (۱۳۹۳)، «شروط تحمیلی در قراردادهای صنعت خودرو، مبانی فقهی حقوق اسلامی»، ش. ۱۴، صص ۶۵-۸۹.
- ۱۷) رفیعی، محمدتقی، (۱۳۸۹)، حقوق مدنی تطبیقی، چاپ سوم، تهران، انتشارات سمت.
- ۱۸) ساردویی نسب، محمد، سید جعفر کاظم پور، (۱۳۹۰)، «مؤلفه‌های غیر منصفانه بودن قرارداد، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، شماره ۷۵، صص ۳۷-۷۳.
- ۱۹) سیمایی صراف، اسفندی سرافراز، (۱۳۹۶)، «اصل آزادی اراده و حمایت از مصرف کننده؛ تأملی بر شروط محدودیت و معافیت در حقوق مسؤولیت تولید، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ش. ۱، صص ۲۰۵-۲۲۶.
- ۲۰) شیروی، عبدالحسین، (۱۳۸۱)، «قراردادهای استاندارد در حقوق کامن‌لا با تأکید بر حقوق انگلستان و امریکا»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال چهارم، شماره ۱۲، صص ۶۷-۱۰۲.
- ۲۱) شیروی، عبدالحسین، (۱۳۸۱)، «نظریه غیر منصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن‌لو با تأکید بر حقوق انگلستان، امریکا و استرالیا، مجتمع آموزش عالی قم، ش. ۱۴، صص ۵-۴۳.

- ۲۲) شمالی، نگار و سید حسین صفایی، (۱۳۹۶)، «مقابله با غیر منصفانگی شروط قراردادی از منظر محدودیت های وارده بر آزادی اراده در فقه و حقوق موضوعه»، فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، ش. ۳، صص ۶۵-۸۸.
- ۲۳) شریفی، سید الهام الدین و صفری، ناهید، (۱۳۹۲)، «مقایسه نظریه هاردشیپ و فورس مازور در اصول حقوق قراردادهای بازرگانی، اصول حقوق قراردادهای اروپایی و حقوق ایران»، پژوهش های حقوق تطبیقی، سال هفدهم، شماره ۴، صص ۱۱۷-۱۲۷.
- ۲۴) صحرائی، نادر، (۱۳۹۷)، ساماندهی نظریه عدالت قراردادی با تاکید بر حقوق ایران، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی.
- ۲۵) عیسایی تفرشی، محمد؛ فریده رحیم نژاد، (۱۳۹۴)، «قلمرو تعهد به ارائه اطلاعات به مصرف کننده در حقوق ایران و انگلیس»، پژوهش های حقوق تطبیقی، ش. ۳، صص ۱۱۷-۱۳۸.
- ۲۶) عیسایی تفرشی، محمد و شیروانی، خدیجه و آبین، علیرضا، (۱۳۹۶)، «شروط استثنا در مسؤولیت قراردادی، مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلیس، پژوهش های حقوق تطبیقی، ش. ۴، صص ۱۰۹-۱۳۱.
- ۲۷) قاسمی حامد، عباس، (۱۳۷۴)، «مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه، خبرنگار کانون وکلا، ش. ۱۰، صص ۹۹-۱۲۸.
- ۲۸) کاتوزیان، ناصر، محمدهادی عباس زاده، (۱۳۹۲)، «حسن نیت در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش. ۳، صص ۱۶۷-۱۸۶.
- ۲۹) کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳)، نظریه عمومی تعهدات، چاپ هفتم، انتشارات میزان، تهران.
- ۳۰) کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، «محدودیت های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف کننده»، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، دوره ۳۸، صص ۳۲۷-۳۴۲.
- ۳۱) کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷)، «طبیعت قراردادهای الحاقی»، مجله مجتمعی آموزش عالی قم، سال اول، ش. ۱، صص ۱۷-۲۵.
- ۳۲) کشاورزی ولدانی، مرتضی، حسین ناصر مقدم، حسین صابری، (۱۳۹۵)، «حاکمیت اراده ظاهری در قلمرو اشتباه در اعمال حقوقی، آموزه های فقه مدنی، ش. ۱۴، صص ۳-۳۰.
- ۳۳) لطفی، احسان، (۱۳۸۸)، «از رضایت آگاهانه تا انتخاب آگاهانه: گفتاری در تعهد به اطلاع رسانی در روابط پزشک و بیمار، حقوق پزشکی، سال سوم، ش. ۱۱، صص ۳۹-۷۲.

۳۷۲.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهل و یکم، پاییز ۱۳۹۷

۳۴) معینی، حامد و قاسمی پور، سعیده، (۱۳۹۱)، «دکترین سوء استفاده از حق در مالکیت ادبی و هنری؛ فصلنامه حقوق پزشکی؛ ویژه‌نامه حقوق مالکیت فکری، ش. ۶، صص ۱۸۷-۲۰۸».

- 35) Ben-Shahar O. (2010), One-Way Contracts: Consumer Protection without Law. **European Review of Contract Law**, 6.3.
- 36) Beatson, J. (2010), **Anson's Law of Contract**, 29th Edition, Oxford University Press, Cambridge.
- 37) Carolyn Edward, (2009), **Freedom of Contract and Fundamental Fairness for Individual Parties: The Tug of War Continues**, Faculty Publications, Vol. 77:3.
- 38) Lucian A. Bebchuk, Richard A. Posner, (2006), One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets, 104 **Michigan Law Review**. L. Rev. 827.
- 39) Levin, Joel, and Banks McDowell. (1983), "The Balance Theory of Contracts: Seeking Justice in Voluntary Obligations." **McGill LJ** 29: 24.
- 40) Maharaj, Krish. (2011), "Limits on the Operation of Exclusion Clauses." **Alta**. L. Rev. 49, pp 635-654.
- 41) Rowan, Solène. (2017), "The new French law of contract." **International & Comparative Law Quarterly** 66.4, 805-831.
- 42) Ross J. Altman, Jeffrey R. Cruz, And Peter C. Halls, (2017), One-Sided Contracts: Do They Pay off? **Journal of The American College of Construction Lawyers**, Vol. 11, No. 1, Winter.
- 43) Thal, Spencer Nathan. (1988), "The inequality of bargaining power doctrine: the problem of defining contractual unfairness." **Oxford J. Legal Stud.** 8.