

نگرشی حقوقی و فقهی به برخی از اعمال حقوقی در راستای شناسایی میزان توجه به جنبه‌ی منصفانگی شرط یا قرارداد^{۱*}

سیروس شهریاری^۲

دکتر حمید میری^۳

چکیده

با نگرشی به حقوق خارجی، فقه و حقوق داخلی درمی‌یابیم که در پشت پرده‌ی رویارویی با برخی اعمال حقوقی ویژه هم‌چون قراردادهای ربوی، وثیقه، شروط کیفری و شروط عدم مسئولیت رگه‌هایی از نگرش به منصفانگی شرط یا قرارداد دیده می‌شود. توجه به رکن انصاف در این نمونه‌ها گاه یکی از مبانی اصلی رویارویی است و گاه جنبه‌ی فرعی دارد هم‌چنان که در شرط کیفری و قرارداد ربوی حالت نخست دیده می‌شود. افزون بر این نمونه‌های مشترک، مواردی را می‌توان یافت که در نظام حقوقی ویژه‌ای بکار بسته شده که دنبال‌کننده‌ی همین رویکرد هستند. قراردادهای بسته شده با ورثه‌ی احتمالی در حقوق انگلستان و قراردادهای غبنی در حقوق فرانسه و فقه و حقوق ایران دارای چنین ویژگی‌ای هستند.

کلیدواژه‌ها: شرط کیفری، شرط عدم مسئولیت، غبن.

* تاریخ دریافت: ۹۴/۸/۶ تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۲/۱۵

۱- این مقاله برداشت شده از طرح پژوهشی ای بوده که با نام «بایستگی کنترل قرارداد و شروط نامنصفانه و رویارویی آن با اصل آزادی قراردادی؛ بررسی تطبیقی دلایل، مبانی و نمونه‌ها» در دانشگاه آزاد اسلامی واحد بوشهر به انجام رسیده است.

۲- گروه حقوق، واحد بوشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، بوشهر، ایران، بوشهر. (نویسنده مسئول)

۳- استادیار دانشگاه گنبد کاووس، ایران، گنبد کاووس. ha_miri@sbu.ac.ir

دیباچه

در ادبیات حقوقی، به گونه‌ی معمول تلاش این است که پیرامون موضوع قراردادها و شروط نامنصفانه به کنکاش پیرامون مبانی پرداخته شود که با بهره‌گیری از آنها بتوان قاعده‌ای فراگیری در این راستا بدست داد. هنگامی که این مبنا یا قاعده بدست آمد، می‌توان بر پایه‌ی آن به هرگونه قرارداد یا شرطی تاخت که نقض معیار یا قاعده در آن دیده می‌شود. بدین‌سان، گاه شرطی دور از وجدان خوانده می‌شود، گاه وجود حسن‌نیت پیش‌زمینه‌ی بستن یا اجرای قرارداد دانسته می‌گردد و گاه، برابری جایگاه دو سوی پیمان آرزو می‌گردد و سرانجام، گاه پیمان دیگر تنها پیوندی خصوصی میان دو سوی آن در نظر گرفته نشده بلکه، نهادی اجتماعی خوانده می‌شود.

ولی، در فرضی که هنوز به چنین قاعده‌ی فراگیر پذیرفته شده‌ای دست نیافته‌ایم، باید بررسی نمود که در روند تاریخی در چه گونه اعمال حقوقی روحیه‌ی رویارویی با عنصر نامنصفانگی دیده می‌شود. از این روی، در این نوشتار برآنیم که از دریچه‌ی حقوق تطبیقی و فقه و حقوق داخلی به بررسی قراردادها یا شروطی بپردازیم که به گونه‌ی آشکار یا در پشت استدلال، نگرش به منصفانگی قرارداد یا شرط نهفته است.

۱- قرارداد بسته‌شده با ورثه‌ی احتمالی

در حقوق انگلستان، یکی از برجسته‌ترین نمونه‌ی رویارویی با پیمان‌های نامنصفانه در آراء صادر گشته پیرامون قراردادهای بسته شده با «بازماندگان احتمالی»^(۱) دیده می‌شود. ریشه‌ی این امر به اندیشه‌های دادرس «الزمر، بکن و کاونتر»^(۲) به سال ۱۶۸۲ تا ۱۷۵۰ باز می‌گردد^(۳) که از این مبنا در راستای بازبینی قراردادی بهره گرفته شد که از سوی نجیب‌زاده‌ی جوانی با موضوع فروش یا اجاره‌ی ترکه‌ی خویش در برابر عوض ناکافی‌ای بسته شده بود. به گونه‌ی هم‌سان با این، در پرونده‌ی «کنت آردلیس به طرفیت مشم»^(۴) به سال ۱۶۸۴، «دادرس کیپر، نورث و جفریز»^(۵) بیان نمودند که انصاف نمی‌تواند سبب ابطال یا از سرگیری گفتگو و چانه‌زنی پیرامون قراردادهایی شود که از سوی طرفین به گونه‌ی آزادانه بسته شده‌اند. تنها هنگامی به یکی از دو سوی قرارداد این حق داده می‌گردد که قرارداد بر پایه‌ی ضعف وارث امیدوار بسته شده باشد. در پرونده‌ی بالا، جریان قرارداد در راستای بازبینی دوباره بازگشایی شد زیرا، کنت جوان در حالی که زندگی دیوانه‌وار و مشوشی داشته بود، پیمانی را امضاء نموده در حالی که از فهم درست محتوای این دادوستد ناتوان بوده است. چند سال پس از این، در پرونده‌ی «وایسمن به طرفیت بیک»^(۶) به سال ۱۶۹۰، دادگاه به بازمانده‌ای که در مجتمع پزشکی به عنوان بازرس کار می‌نمود، حق‌گریز از تعهد قراردادی را دارد زیرا، وجود عوض قراردادی ناکافی نشان از فریب آشکار طرف دیگر داشته است و افزون بر این، سوی دیگر قرارداد با آگاهی از نیاز بسیار وی به پول کوشش نموده است که شروط نامنصفانه‌ی خویش را در قرارداد بگنجانند.

با این حال، تا میانه‌ی سده‌ی نوزدهم، کاریست این دیدگاه تنها در جاهایی دیده می‌شد که در آن‌ها عوض قراردادی ناکافی بود. این رویه دو مشکل می‌آفرید؛ یکم این‌که، دادگاه‌ها به آسانی قراردادهایی را که یکی از طرفین آن‌ها ورثه‌ی احتمالی و موضوع آن ترکه بود، باطل یا تعدیل می‌نمودند. بر پایه‌ی این مشکل بود که قانونگذار در راستای روشن نمودن مفهوم درست این قاعده در سال ۱۹۶۸ «قانون فروش ماترک» با «حق بازگشت مال»^(۷) را دوباره

¹ Expectant Heir.

² Lord Chancellors Keeper, North, Jeffrey.

³ Batty v. Lloyd, 23 Rng.Rep.375 (1682): Earl of Chesterfield v. Janssen 28 Eng. Rep.82, 86(1750).

⁴ Earl Ardglass v. Muschamp 23 Eng. Rep. 438 (1684).

⁵ Lord Chancellors Keeper, North, and Jef-freys.

⁶ Wiseman v. Beake 23 Eng., Rep. 688 (1690).

⁷ Reversion.

تصویب نمود که بر پایه‌ی آن، امکان ابطال چنین قراردادی تنها در جایی ممکن شده است که قرارداد دور از وجدان یا نامنصفانه شمرده شود. بدین‌سان، صرف ناکافی بودن قرارداد نشانی از نامنصفانه بودن قرارداد ندارد بلکه، به نشان دادن رکن بیشتری نیاز است. دوم این‌که، آسانی دخالت دادگاه‌ها در قراردادهای بسته شده با وارثان احتمالی سبب بی-میلی دیگر دادگاه‌ها برای بکار بستن این دیدگاه شد به گونه‌ای که در عمل، حتی، از تعدیل یا ابطال پیمان‌هایی که دور از وجدان بودند نیز سرباز زدند. برای نمونه، در دو پرونده‌ی «برت به طرفیت هارتی»^(۱) و «نویل به طرفین» به سال‌های ۱۸۸۶ و ۱۸۸۰، با این‌که قرارداد وام، پیمانی ناعادلانه بود هرچند موضوع آن درباره‌ی وارث احتمالی نبود، دادرسان از بی‌اعتباری آن‌ها خودداری نمودند تا آنجا که قانونگذار در سال ۱۹۰۰ با تصویب «قانون وام‌دهندگان»^(۲) که بعدها به «قانون اعتبار مصرف‌کننده» دگرگون شد، در این امر دخالت نمود (Angelo, 1991, pp.460-461).

از دریچه‌ی بررسی فقهی و حقوق داخلی باید گفت که اگر موضوع قرارداد با ورثه‌ی احتمالی، انتقال اموال مورث باشد، بی‌گمان چنین قراردادی، انتقال مال دیگری شمرده خواهد شد چه این‌که روشن است، ورثه تا پیش از مرگ مورث هیچ‌گونه حقی نسبت به ماترک نخواهند داشت. البته، در فقه، بیماری متصل به مرگ مورث از اسباب حجر اوست (شهیداول، بی‌تا، ص. ۱۳۳؛ صاحب جواهر، ۱۳۶۲ (الف)، ص. ۵۹). ولی، حتی چنین چیزی نیز مایه‌ی سزاواری ورثه به انتقال ترکه در مدت بیماری نخواهد بود. اگر موضوع قرارداد، تعهد به انتقال بخشی از ترکه باشد، اگرچه قرارداد فضولی نیست ولی، در هنگام زندگانی مورث بی‌رضایت وی انجام تعهد شدنی نیست و پس از مرگ وی نیز انجام آن وابسته به پرداخت بدهی‌ها و رضایت دیگر ورثه دارد.

در برابر، اگر منظور از قرارداد را انتقال حق وراثت بدانیم، در این حالت، مسئله باید از دریچه‌ی دیگری بررسی شود. به دیگر سخن، پرسش این است که آنچه به گونه‌ی معمول از آن به عنوان حق وراثت یاد می‌گردد، به راستی از گونه‌های حق است یا خیر؟ در فقه شیعه پیرامون مفهوم حق، ملک و حکم و تفاوت و پیامدهای آن‌ها نوشته‌های گسترده‌ای دیده می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۸، صص. ۲۸-۳۹). اگرچه حق در معنای فراگیر آن دربرگیرنده‌ی حکم نیز می‌گردد ولی، کوتاه این‌که حق به معنای ویژه‌ی آن، اختیاری اسقاط‌شدنی است که قابل نقل و انتقال خواهد بود. بدین‌سان، حق مالکیت قابل اسقاط و انتقال به دیگری است در حالی که حق حضانت یا ولایت به معنای فراگیر حق، غیر قابل اسقاط است. از این روی، اگرچه می‌توان حق را به اختیار نام‌گذاری کرد (همان، ص. ۴۰). ولی، حقوقی که در ظاهر گویای اختیارند به راستی که گویای تکلیفی وضع شده از سوی شارع هستند و از این روی، از سوی غیر او از میان‌بردنی نخواهند بود (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ص. ۱۳). بدین‌سان، حق ولایت یا اختیار ولایت در اصل تکلیف به ولی بودن پدر یا جد پدری است، تکلیفی که قابل اسقاط نخواهد بود در حالی که حقوق به معنای ویژه‌ی آن، تکلیف برقرار شده از سوی شارع به شمار نمی‌روند. در حقوق، برخی از استادان (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص. ۲۵۲) در این‌باره تعبیر نیکویی بکار برده و گفته‌اند که مفهوم حق در برابر تکلیف است نه حکم زیرا، هر دو برآیند حکم شارع یا قانون‌گذارند و در اصل، امتیازی که از حکم برمی‌خیزد یا تکلیف است یا حق. بازشناسی میان این دو پیرو اصل فراگیری نیست بلکه در هر مورد با بررسی بنیان‌های فراگیر حقوقی و بایستگی پاسداری از نظم عمومی و اخلاق حسنه قابل فهم خواهد بود. بدین‌سان، در راستای شناسایی باید به دنبال نشانه‌ها گشت. تا آنجا که ما بررسی کردیم، فقیهان در راستای بررسی وراثت آن را در جرگه‌ی حکم یا حق نیاورده و هنگام بررسی گونه‌های حق نیز اشاره‌ای بدان ننموده‌اند. در برابر، در حقوق، برخی از نویسندگان (شهیدی، ۱۳۸۱، ص. ۱۹)، مقررات ارث را امری دانسته و آن را حق تمتع به شمار آورده‌اند

¹ Barrett v. Hartley 2 L.R.-Eq. 789, 795 (1886).

² Nevill v. Snelling 15 Ch. D. 679, 696-97 (1880).

³ Money Lenders Act 1900.

که سلب‌شدنی نیست وحتی، وراثت با توافق نیز نمی‌توانند دگرگونی‌ای در اندازه‌ی سهم خود پدید آورند. از این روی، امتیازی که قابل از میان بردن نیست در جرگه‌ی احکام است نه حقوق تا قابل انتقال باشد. ماده‌ی ۸۳۷ قانون مدنی که ریشه در فقه دارد، نیز همین امر را می‌رساند که چون وراثت، حکم است قابل اسقاط نیست و اگرچه این حکم ناظر به مورث است ولی، در اصل به دنبال گفتن اصل غیرقابل خدشه‌ی ساقط نشدنی بودن وراثت است.

به هر روی، چه وراثت را در ردیف احکام بدانیم و از این روی، غیرقابل انتقال یا حق و قابل انتقال، صرف بستن پیمانی پیرامون آن نشانه‌ای بر نامصفانگی قرارداد نخواهد بود.

۲- شرط کیفری و شرط جریمه‌ی مالی

طرفین قرارداد می‌توانند با درج شرطی در قراردادشان بیان دارند که با رویداد نقض قرارداد زیان‌دیده نسبت به دریافت خسارت سزاوار خواهد بود. از چنین شرطی به عنوان شرط خسارت مقطوع یاد می‌شود. تعیین میزان مسئولیت با درج شرط نسبت به موضوع نقض قرارداد بی‌گمان پدیدآورنده‌ی اطمینان خواهد بود چرا که دو سوی قرارداد آسان‌تر می‌توانند خطرهای موجود را ارزیابی کرده و راهکارهایی برای آن‌ها بیابند. در برابر شرطی که تنها به دنبال واداشتن متعهد به اجرای تعهد بوده و در صورت نقض آن، پرداخت مبلغی را بایسته می‌گرداند، شرط کیفری نامیده شده است. تفاوت میان این دو چنین است که شرط خسارت مقطوع پیش برآورد واقعی از زیان بوده در حالی که مبلغ تعیین شده در شرط کیفری پیوندی با زیان رفته بر بستانکار نخواهد داشت.

برجستگی شناخت این دو شرط در قراردادها از آن دید است که در حقوق انگلستان، پرداخت خسارت راهی است برای جبران زیان زیان‌دیده نه کیفر نمودن ناقض قراردادی. به دیگر سخن، زیان‌دیده تنها نسبت به خسارت راستین وارد شده بر خویش سزاوار دریافت غرامت است نه مبلغ معین در قرارداد^(۱). با این حال، آنچه این امر را دشوار می‌سازد، این است که شکل گنجاندن چنین شروطی در قرارداد یکسان است. در همین راستا، در پرونده‌ی «دانلوپ به طرفیت نیوگرز موتور^(۲)» «قاضی داندین^(۳)» چهار معیار را جهت تعیین ماهیت شرط تعیین نمود:

الف- اگر مبلغ مقرر شده، بیش از حداکثر زیانی باشد که می‌توانست از نقض قرارداد پدید آید، این شرط، شرط کیفری خواهد بود. ب- اگر موضوع قرارداد، پرداخت مبلغی پول باشد و مبلغ شرط بیش از مبلغ قابل پرداخت باشد. ج- در حالتی که مبلغ گزافی به عنوان غرامت نقض تعهد تعیین می‌گردد که با رویداد یک یا چند حادثه که برخی از آن‌ها پدید آورنده‌ی زیان بسیار و برخی ناچیز است، قابل پرداخت است، اماره‌ی کیفری بودن شرط برقرار می‌گردد. د- این که آثار نقض قرارداد می‌تواند به گونه‌ای باشند که پیش‌برآورد دقیق خسارت را غیرممکن یا سخت نمایند، مانعی بر سر راه امکان تعیین مبلغی به عنوان شرط خسارت مقطوع نخواهد بود.

موضوع پرونده این بود که شرکت «دانلوپ» در کنار بستن قراردادی با خرده‌فروشان، شرطی در قرارداد می‌گنجانده که بر پایه‌ی آن، خریداران نمی‌بایست تائیرهای خریداری شده را زیر قیمت مشخصی به مصرف‌کنندگان به فروش برسانند و نیز حق صادر نمودن آن‌ها را ندارند. دلیل گنجاندن این شرط در قرارداد این بود که بنیان فعالیت دانلوپ، از راه فروش به خرده‌فروشان انجام می‌شد و اگر خرده‌فروشان می‌توانستند تائیرها را به زیر قیمت بفروش رسانند، در نتیجه، «دانلوپ» بازار فروش خود را از دست می‌داد و یا سود آن کاهش می‌یافت. به عنوان ضمانت اجرای این شرط پرداخت مبلغ پنج پوند به ازای هر تائیر فروخته شده زیر قیمت تعیین شده بود. مجلس اعیان این

۱ - با وجود این در پرونده‌ی «Jobson v. Jobson [1989] 1 All ER 621 at 633»، به سال ۱۹۸۹، دادگاه استیناف شرط کیفری را به عنوان شرط ملزم‌کننده‌ی طرف قرارداد برای انتقال مال قلمداد نمود و آن را مورد پذیرش قرار داد.

^۲ Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage and Motor Co Ltd [1915] Ac 79.

^۳ Lord Dunedin.

مبلغ را به عنوان شرط خسارت مقطوع شناخت و از معیار چهارم برای تایید آن بهره جست با این گفتار که روشن است، فروش تأیر به زیر قیمت تعیین شده سبب ورود زیان بسیاری بر خواهان می شود زیرا، این کار باعث کاهش شمار خریدارن وی می شود. هم چنین، با وجود این که در هنگام بستن قرارداد به گونه‌ی دقیق روشن نیست که از فروش هر تأیر به زیر قیمت، چه میزان زیان به خواهان می رسد ولی، امری متعارف است که در چنین حالتی طرفین قرارداد به پیش برآورد زیان برخاسته از نقض قرارداد بپردازند به ویژه این که، مبلغ تعیین شده نیز گزاف به شمار نمی آید. استناد به معیار سوم و گفتن این مطلب که مبلغ مشخص شده با رخ دادن رویدادهای گوناگونی قابل پرداخت می گردد، منجر به کیفی قلمداد شدن شرط نمی گردد چرا که آنچه در قرارداد با خرده فروشان باز داشته شده است، تنها به یک گونه زیان که بر خواهان وارد می آید یعنی، از دست دادن خریدار ارتباط می باید. به سخن رساتر، رویداد نقض قرارداد از سوی هر خرده فروشی پدید آورنده‌ی یک گونه زیان خواهد بود نه زیان‌هایی که ممکن است برخی از آن‌ها بسیار و برخی اندک باشد و این تنها زیان، زیان از دست دادن بازار است (Collins, 1992, pp. 598-599).

البته، مبنای اصلی بی اعتباری شرط جریمه‌ی مالی ناعادلانگی بود، بنیانی که در راستای رویارویی با مبلغ گزاف شرط کیفی بدان دست بسته می شد هر چند دادگاه‌ها، در آغاز امر در راستای بی اعتبار دانستن این شروط، به جای استناد مستقیم به نامنصفانگی شرط از مبانی دیگری هم چون «قواعد تفسیر^(۱)» و «نقض بنیادین^(۲)» بهره گرفته اند. بر پایه‌ی قواعد تفسیر، در حالت مبهم بودن شرط، عمل حقوقی به زیان کسی تفسیر می گردد که شرط به سود وی شده است و بر پایه‌ی مفهوم نقض بنیادین، در آراء دادگاه‌ها این گونه گفته شده است که این قاعده ارتباطی با موضوع‌های خرد و ناچیز ندارد و از این روی، دادگاه از نقض‌های جزئی قرارداد چشم پوشی کرده و امکان اجرای شرط را منتفی نموده اند^(۳) که بدین سان، تنها در برابر نقض بنیادین حکم به پرداخت مبلغ شرط داده شده است.

در فرانسه، ماده‌ی ۱۱۵۲^(۴) قانون مدنی پیشین این کشور پیرامون شرط کیفی این چنین بیان می نمود: «اگر در قرارداد مقرر شود، کسی که از انجام قرارداد خودداری ورزیده است، باید به سوی دیگر قرارداد مبلغی را به عنوان خسارت دهد در این حالت، به وی مبلغ بیشتر یا کمتری داده نخواهد شد». با این حال، دیوان عالی این کشور، در رای بنامی، به امکان افزودن بر مبلغ شرط در جایی که متعهد مرتکب تقصیری شده است و مبلغ شرط بسیار کمتر از زیان وارد آمده به بستانکار بوده، تصریح نمود. این قاعده برخاسته از پرونده‌ای بود که در آن، هنرمندی با بازی در نقشی در فیلمی، شرط ترک فعلی را که در قرارداد استخدامیش با بنگاه کم‌دین‌های فرانسوی بود، زیرپای گذاشت که این شرط ضمانت اجرای ۲۵۰۰ فرانک را مقرر می نمود. پس از این، هنرمند بر آن شد که به گونه‌ی داوطلبانه مبلغ شرط را به طرف دیگر بپردازد زیرا، میزان آن بسیار کمتر از مبلغی بود که وی با ایفای نقش در فیلم از آن وی گشته بود. ولی، خواهان این مبلغ را نپذیرفت و برای دریافت مبلغی بیش از مبلغ شرط خود دعوایی برپاداشت و این گونه استدلال نمود که شرط کیفی در حالت سوءنیت امکان اجرا نخواهد داشت. دیوان عالی فرانسه نیز در کنار پذیرش این استدلال افزود، این هنرمند کار آگاهانه‌ای را خلاف قراردادش انجام داده است حتّی، اگر نیتی برای ورود زیان به بستانکار نداشته باشد. با وجود این، در برابر این، دادگاه‌ها حتّی در جایی که مبلغ شرط بسیار افزون‌تر از حداکثر زیانی احتمالی

¹ Rules of Construction.

² Fundamental Breach.

³ De Minimis non curat lex.

⁴ Where an agreement provides that he who fails to perform it will pay a certain sum as damages, the other party may not be awarded a greater or lesser sum. (Act no 75-597 of 9 July 1975) Nevertheless, the judge may "even of his own motion" (Act no 85-1097 of 11 Oct. 1985) moderate or increase the agreed penalty, where it is obviously excessive or ridiculously low. Any stipulation to the contrary shall be deemed unwritten.

بستانکار است، میلی برای صدور حکم بر تعدیل شرط نداشته‌اند که بدین خاطر، در سال ۱۹۷۵، ماده‌ی ۱۱۵۲ قانون-مدنی این‌چنین بازنگری شد: «دادگاه می‌تواند به صلاح دید خویش مبلغ شرط کیفری را که از سوی دو طرف قرارداد مورد توافق قرار گرفته است، کاهش یا افزایش دهد در صورتی که این مبلغ به گونه‌ی روشن، بسیار زیاد و یا بسیار کم و ناچیز باشد. هر گونه شرطی خلاف این مقررّه انجام ناشدنی خواهد بود». ماده‌ی (۱) ۱۲۳۱ قانون مدنی نیز این‌گونه مورد بازنگری قرار گرفت: «اگر بخشی از قرارداد اجرا شود، دادگاه می‌تواند مبلغ شرط کیفری را به نسبت منفعتی که از انجام آن بخش به بستانکار رسیده است، کاهش دهد». به هر روی، در راستای کاربست مقررّه‌ی نوین، دادگاه باید نشان دهد که مبلغ شرط بسیار گزاف است. در راستای شناسایی این امر، دادگاه می‌تواند مواردی را هم‌چون شرایط قرارداد، رفتار دو سوی آن و هدف از شرط را که ممکن است در راستای واداشتن بدهکار برای انجام تعهدهای قراردادی باشد، در نظر گیرد. اگر دادگاه به روشنی دریابد که مبلغ شرط سنگین است، می‌تواند با صلاح دید خود مبلغ را تعدیل نماید. با این حال، برخی می‌گویند که دادگاه نمی‌تواند با این استدلال که مبلغ شرط بالاتر از زیانی واقعی رفته بر بستانکار است، مبلغ را کاهش دهد (Miller, 2009, p. 76) در حالی که احتمال برآورد برابر با زیان واقعی با مبلغ شرط داده شده است (عابدیان، ۱۳۸۵: ۲۷). در حقوق این کشور، تنها مقررّه‌ای که آشکارا به دو سوی پیمان امکان انشای شرط جریمه‌ی مالی را داده است، قانون ۲۱ جولای ۱۹۴۹ درباره‌ی قرارداد اجاره است که بر پایه‌ی آن، طرفین می‌توانند شرطی همراه با ضمانت‌اجرای مالی‌ای را در راستای واداشتن مستاجر به تخلیه‌ی مورد اجاره منعقد نمایند. با این حال، رویه‌ی قضایی این کشور حکم این ماده را استثنایی به شمار آورده و بیرون از قلمرو این قانون، چنین توافقی را بی‌اعتبار دانسته است زیرا، کاربست فشار بر بدهکار تنها در اختیار دادرس و از طریق دادگاه ممکن خواهد بود (محمدحیب، ۲۰۰۴م: صص. ۵۰۰-۵۰۳).

در ایران، پیرامون شرط جریمه‌ی مالی، ماده‌ی ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی پیشین با این بیان که: «در دعاوی که موضوع آن وجه نقد است اعمّ از این‌که راجع به معاملات با حقّ استرداد یا سایر معاملات استقراضی یا غیر معاملات استقراضی باشد، خسارت تأخیر تأدیه معادل صدی دوازده (۱۲٪) محکوم به، در سال است و اگر علاوه بر این مبلغ، قراردادی بعنوان وجه التزام یا مال‌الصلح یا مال‌الاجاره و هر عنوان دیگری شده باشد، در هیچ مورد بیش از صدی دوازده در سال نسبت به مدت تأخیر حکم داده نخواهد شد لیکن اگر مقدار خسارت کمتر از صدی دوازده معین شده باشد به همان مبلغ که قرارداد شده است حکم داده می‌شود» بدان تصریح داشت در حالی که در قانون نوین چیزی در این باره نیامده است. در همان هنگام جریان قانون آیین دادرسی پیشین دست‌کم نسبت به این امر خرده گرفته می‌شد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، صص. ۱۴۵-۱۴۶) که چرا قانون‌گذار بستانکار را برای دریافت مبلغ شرط سزاوار دانسته است.

پیرامون شرط کیفری، ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی این‌گونه مقرر نموده است که: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند». روی هم رفته، پیرامون این مقررّه سه شیوه بکار بسته می‌شود (عابدیان، منبع پیشین: ۳)؛ یکم، اصل کاربست مطلق شرط، دوم، اجرای شرط کیفری با امکان بازنگری قضایی و سوم، جداسازی میان شروط کیفری و شروط تعیین‌کننده‌ی خسارت. در نگاه نخست، به نظر می‌رسد، قانونگذار ایرانی وجه التزام را به هر مبلغی که در آن آمده باشد، در برابر کسی که شرط در برابر وی شده است، بایسته و انجام شدنی می‌داند. با این حال، این نما مورد نکوهش نویسندگان حقوقی قرار گرفته و در راستای نرم نمودن حکم این ماده گام‌هایی برداشته شده

¹ Where an undertaking has been performed in part, the agreed penalty may", even of his own motion," (Act no 85-1097 of 11 Oct. 1985) be lessened by the judge in proportion to the interest which the part performance has procured for the creditor, without prejudice to the application of Article 1152. Any stipulation to the contrary shall be deemed not written.

است. برخی از استادان (همان، ص. ۲۰) پیرامون کاربست مطلق شرط کیفری بر پایه‌ی آزادی اراده این‌گونه گفته‌اند که از اساس، می‌توان گفت، اجرا نمودن شرط کیفری که دربردارنده‌ی مبلغی نامتناسب با خسارت احتمالی راستین بوده و به هدف ارزیابی پیشاپیش خسارت نیز در قرارداد گنجانده نشده است، با اصل حاکمیت اراده برخوردی ندارد، اگر هدف از آن، زیر فشار گذاشتن متعهد برای انجام به هنگام تعهد و سرزنش او در حالت انجام ندادن آن باشد و راست است که دو سوی پیمان بی‌نگرش به اندازه‌ی زیان احتمالی برخاسته از نقض پیمان، مبلغ گزافی را موضوع شرط مورد توافق قرار داده‌اند، می‌توان گفت که در هنگام گنجاندن چنین شرطی در قرارداد، به راستی که هیچ‌یک از دو سوی آن اجرای آن را نخواستند. متعهد، هنگامی که به چنین شرط گزاف و نابخردانه‌ای تن می‌دهد، هرگز قصد انجام ندادن تعهد خویش را در سر ندارد و از این روی، بودن این قصد که پیامدهای برخاسته از انجام ندادن به وی بازگردد، به وی قابل انتساب نیست. از سوی دیگر، بستانکار نیز به قصد گرفتن مبلغ شرط به گنجاندن شرط اقدام نمی‌کند بلکه، هدف آغازین وی از آوردن چنین شرطی، زیرفشارگذاشتن بدهکار به انجام تعهد است. از این روی، باید بیان نمود که در هنگام بستن قرارداد، هیچ‌یک از دو سوی آن، انجام چنین شرطی را قصد نمی‌کنند پس، بکار بستن آن از سوی دادگاه شاید با اصل حاکمیت اراده برخوردی نداشته باشد. برخی دیگر از استادان (کاتوزیان، منبع پیشین، صص. ۲۴۱-۲۴۳) نیز با این‌که با قبول وجه التزام در هر دو مفهوم شرط کیفری و خسارت مقطوع، کاربست مطلق آن بدون امکان تعدیل و بازرسی را مورد پذیرش قرار داده‌اند، با این حال در فرضی که مبلغ تعیین شده را بسیار گزاف و باعث انتفای ناروا طلبکار باشد را فاقد اعتبار دانسته‌اند.

از دریچه‌ی فقهی و حقوقی، چنانچه بر پایه‌ی نظریه‌ی شروط یا همان اصل آزادی قراردادی به بررسی امر پردازیم، شرطی که پیوندی با خسارت ندارد، به هر اندازه‌ای که باشد، معتبر شناخته می‌گردد و از این روی، منصفانه بودن شرط یا قرارداد نادیده انگاشته می‌گردد هم‌چنان‌که برخی از نویسندگان (محقق داماد، منبع پیشین، ص. ۴۹۰) چنین استدلال نموده‌اند. با وجود این، شاید تنهاترین مبنای فقهی که از آن برای رویارویی با چنین شروطی بهره گرفته شده است، مسئله‌ی ریاست هم‌چنان‌که در سال‌های آغازین پس از انقلاب، چنین امری مانعی برای دریافت مبلغ افزون‌تری به نام خسارت دیرپرداخت شد. البته، شورای نگهبان قانون اساسی، شرط پرداخت خسارت در صورت تاخیر در پرداخت را چنانچه به گونه‌ی شرط بود، ربا نمی‌دانست هر چند با دخالت مجمع تشخیص مصلحت نظام، درستی دریافت چنین مبلغی تنها درباره‌ی مطالبات بانک‌ها به غیر از شرط و قرارداد نیز گسترش یافت (رضایی، ۱۳۸۱، ص. ۱۸ به بعد).

به هر روی، از دریچه‌ی فقهی یا حقوقی، به چنین شروط و قراردادهایی نه از این دریچه که نامنصفانه‌اند، تاخته شده است بلکه، بدین خاطر حرام بودن موضوع آن‌ها چنین می‌شود. ربوی شدن قرارداد یا شرط نمونه‌ی دیگری است که در جای خود بدان خواهیم پرداخت.

۳- شرط بازدارنده از فعالیت

در حقوق انگلستان، دادگاه‌ها بر دو پایه در قراردادهای و شروط بازدارنده از فعالیت دخالت نموده‌اند؛ نخستین مبنا این است که پاسداری از رقابت آزاد به سود جامعه خواهد بوده و بنیان دوم، نگرش و مهار خطراتی است که در عمل، بازرگانان و کارفرمایان با محدود نمودن آزادی کار خود، پدید می‌آورند. با این حال، این نگرانی‌ها باید در برابر منافع روایی که از این‌گونه شروط برمی‌خیزد، تعدیل گردند هم‌چون جایی که فروشنده می‌خواهد با گنجاندن شرطی از پیدایش رقیبی در همان قلمرو خودداری نماید یا بازرگانی که به آموزش شاگردانی با بهره‌گیری از پیشرفته‌ترین

مهارت‌ها پرداخته است، در قرارداد آموزش شرط می‌نماید که آموزش‌بینندگان نمی‌توانند در شرکت رقیبی به فعالیت بپردازند.

از این روی، دادگاه‌ها در راستای گردهم‌آوردن هر دو نفع معیارهایی را به کار بسته‌اند؛ معیار سازگاری شرط با منافع عمومی و معیار متعارف بودن قرارداد یا شرط میان طرفین. از دید عملی، دومین معیار ریشه در مسئله‌ی منصفانه بودن یا نبودن عمل حقوقی دارد. نامتعارف بودن قرارداد یا شرط بستگی به این امر دارد که بررسی شود، آیا چنین عمل حقوقی‌ای دربردارنده‌ی محدودیتی بیش از آن چیزی است که در راستای پاسداری از مشروطه‌طلبان نیاز بوده است، یا نه. پیوند میان این معیار و منصفانگی در پرونده‌ی «شرکت شرودر میوزیک پابلیشینگ به طرفیت مکولی»^(۱) بیان شد.

با وجود این، رویه‌ی قضایی در عمل چنین پیمانی را به دلیل برخورد با نظم عمومی بی‌اثر می‌خواند هم‌چنان‌که در پرونده‌ی یاد شده، دادرس بیان نمود که در قرن نوزدهم، قاعده‌ی دخالت نمودن در قراردادها، دادگاه‌ها را از اعطای حقی به یک طرف قرارداد بر پایه‌ی بایسته‌های نظم عمومی در قراردادی که دور از وجدان شمرده می‌شد، باز می‌داشت. «دادرس دیپلاک»^(۲)، درباره‌ی قرارداد یا شرط بازدارنده از فعالیت این‌گونه گفت که «اگر چه به نظر می‌رسد، برداشت دادرسان سده‌ی نوزدهم در راستای دیدگاه‌های اقتصادی هم‌دوران خود بوده ولی، هنگامی که دادگاه‌ها می‌فهمیدند که پیمانی دور از وجدان است، بدان می‌تاخندند. معیار راستینی که در این راستا بکار گرفته می‌شد، این بود که آیا چنین قراردادی عادلانه به شمار می‌آید یا خیر». در این پرونده، بر جدایی میان قراردادهایی که آزادانه گفتگو شده و قراردادهای استاندارد که تنها پیشنهاددهنده‌ی «بپذیر یا رها کن» هستند، پای فشاری داشته و پیشنهاد نموده‌اند که در فرض دوم، قراردادها و شرط نیاز به بررسی بیشتری دارند. برداشتی که در پرونده‌ی بالا بکار گرفته شد، در پرونده‌ی «کلیفورد دیویس منیجمنت لمیتد به طرفیت دابلوی.ای.ی. ریکوردز لمیتد»^(۳) در سال ۱۹۷۵ مورد پیروی قرار گرفت. موضوع این قرارداد انتشار اثری بود که در آن شرط منع از فعالیت بازرگانی در قراردادی استاندارد گنجانده شده بود (Angelo, *Op.cit*, pp.465-466).

در فرانسه، قراردادهای بازدارنده از فعالیت بر پایه‌ی اعمال اصل آزادی قرارداد معتبر خوانده شده‌اند. با این حال، کاربست این امر بی‌محدودیت نیست هم‌چنان‌که اعمال محدودیت بر پایه‌ی آزادی اقتصادی افراد در همین راستا انجام گرفته است که بر پایه‌ی آن، شرط محدودکننده‌ی رقابت نایستی محدودیتی ناضروری یا شدیدی درباره‌ی آزادی دیگری پدید آورد. از این روی، شروطی که تجارت را در همه‌ی کشورهای جهان باز می‌دارند، بی‌اعتبار اعلام خواهند شد. پس، در راستای درستی این شروط، آن‌ها بایستی شرایط ویژه‌ای داشته و از دید زمانی و مکانی محدود باشند. هر گونه شرط بازدارنده‌ی نامتعارفی خلاف نظم عمومی خواهد بود (Ibid, p.479).

در حقوق ایران، بررسی اعتبار چنین قرارداد و شرطی بستگی به چهارچوب حقوقی‌ای دارد که عمل حقوقی در آن پی‌ریزی می‌گردد بدین‌گفتار که اگر ماهیت قرارداد یا شرط گویای تعهدی برای متعهدعلیه باشد، چنین چیزی نکوهشی در برابر خویش نخواهد دید ولی، اگر در چهارچوب سلب حقی بیابند، پیرو مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی، درستی آن‌ها وابسته به این است که حق به گونه‌ی جزئی سلب شده باشد. از دریچه‌ی فقهی نیز نمی‌توان با قرارداد، حلالی را به گونه‌ی کلی حرام نمود (تحریم حلال).. یکی از نویسندگان حقوقی (شهیدی، ۱۳۸۷، ص. ۱۳۳) پیرامون روایت نبوی مشهور «انّ المسلمین عند شروطهم الاّ شرطاً حراماً حلالاً اوّ احلاً حراماً»، به شیوه‌ی شیوایی گفته است: «... منظور

¹ A Schroeder Music Publishing Co. V. Macaulay [1974] 1 W.L.R. 1308. 1315.

² Lord Diplock.

³ Clifford Davis Management Ltd. v. WE.A. Records Ltd [1975] 1 W.L.R. 61 (Eng. C.A.);

از تحریم حلال رفع حکم حلیت است که برای موضوع کلی ثابت شده است یعنی، از بین بردن حکم اباحه و ممنوع کردن عمل جایز، نه التزام بر ترک فعل جزیی که از مصادیق موضوع کلی حکم اباحه است؛ به عبارت دیگر، ظاهر از عبارت "تحریم حلال" رفع اصل حکم اباحه‌ی انشاء شده برای موضوع کلی است بنا بر این، در تحریم حلال (بر فرض تحقق) حکم اباحه زایل می‌شود و حکم ممنوعیت به جای آن قرار می‌گیرد و حکم اباحه مانند سایر احکام شرعی و قانونی، برای موضوعات کلی ثابت شده است و برای هر یک از مصادق جزیی نمی‌توان یک حکم اباحه‌ی مستقل ثابت دانست تا تعهد بر ترک عمل جزیی مباح، موردی از اصل حکم و تحریم حلال باشد. بنا بر این، هیچ شخصی نمی‌تواند مثلاً، حق معامله را به طور کلی از خود ساقط کند به نحوی که انجام این اعمال برای وی نامشروع گردد.

به هر روی، رویارویی با چنین شرط یا قراردادی پیوندی به عادلانه بودن یا نبودن آن‌ها نخواهد داشت.

۴- قرارداد یا شرط کاهش یا عدم مسئولیت

گاه سوی نیرومندتر قرارداد با گنجاندن شروطی در قرارداد حقوق و تضمین‌های ویژه‌ای برای خویش پدید می‌آورد. شرط کاهش یا عدم مسئولیت که فراهم‌کننده را در برابر بخشی یا هرگونه زیانی می‌رهاند، هرچند برخاسته از کوتاهی وی باشد، چنین درون‌مایه‌ای خواهد داشت.

در حقوق انگلستان، در این باره، برجسته‌ترین مقرر از سوی «قانون شروط نامنصفانه» مصوب ۱۹۷۷ بیان شده است. در این قانون در راستای پاسداری از مصرف‌کننده، با شروطی که یک طرفین قراردادی را از مسئولیت حتی، در فرض با کوتاهی یا انجام ندادن تعهد می‌رهاند یا این که مسئولیت را محدود می‌کند، برخورد شده است؛ در برخی از موارد، شرط مسئول نبودن در برابر مرگ و آسیب‌های بدنی که برخاسته از کوتاهی بوده، نامعتبر خوانده شده است و در برخی دیگر، چنین شرطی تنها در حالتی امکان اجرای خواهد داشت که متعارف شمرده شود. معیارهای متعارف به شمار آمدن، این‌گونه بیان شده‌اند؛ توان و موقعیت چانه‌زنی طرفین، این که آیا مصرف‌کننده از سوی دیگر ترغیب به پذیرفتن چنین شرطی شده یا نه، این که آیا وی شانس برای بستن پیمان همانند بدون بودن چنین شرطی با کسی دیگری را داشته یا نه و این که آیا مصرف‌کننده از بودن شرط مسئول نبودن آگاهی داشته یا می‌بایست آگاهی می‌داشته است. برآیند روشن این قانون، کاربست آن بر شروط عدم مسئولیت گنجانده شده در پیمان‌های استاندارد است با وجود این، این قانون تنها نسبت به شرطی بکار بسته می‌شود که به سود بنگاه تجاری باشد (Ibid, p.480).

در حقوق فرانسه، گاه شروط عدم مسئولیت از سوی رویه‌ی قضایی شرط تحمیلی خوانده و بدین‌سان، بر پایه‌ی «قانون حمایت از مصرف‌کننده در برابر شروط تحمیلی» بی‌اعتبار دانسته شده است. افزون بر این راه‌کار، اگرچه قاعده‌ی تفسیر به زیان کسی که شرط به سود وی شده است^(۱)، در حقوق این کشور، ویژه‌ی شرط عدم مسئول نبودن نیست (Stone, 2002, p.226) با این حال، معمول این است که در بخش پیرامون چنین شروطی از این قاعده یاد می‌شود. بر پایه‌ی این قاعده که برخاسته از حقوق روم و اندیشه‌ی «سلسوس»^(۲) حقوق‌دان رومی است (Cserne, 2009, p.7)، کسی که می‌خواهد از طریق شرط مسئول نبودن از مسئولیت بگریزد، باید در راستای انشای آن زبان روشنی به کار گیرد و گرنه در حالت وجود ابهام در معنای شرط، به زیان وی تفسیر خواهد شد. ماده‌ی ۱۱۶۲^(۳) قانون مدنی فرانسه از این قاعده یاد می‌نماید.

¹ Contra Proferentem Rule.

² Celsus.

³ در حالت تردید، قرارداد به زیان کسی که شرط را در آن گنجانده و به سود کسی که تعهد را پذیرفته است، تفسیر خواهد شد.

در فقه امامیه همانند آنچه که در گفتار پیشین گفتیم، بر پایه‌ی نظریه‌ی شروط، شرط یا قراردادی که مخالفتی با شرع ندارد، درست است. پیرامون شرط یا قرارداد عدم مسئولیت نه تنها مخالفتی از سوی شرع دیده نمی‌شود بلکه، نمونه‌هایی از چنین شرط یا قراردادی نیز وجود دارد همانند شرط برائت از ضمان در برابر عیوب پنهان (صاحب جواهر، ۱۳۶۲ (ب)، ص. ۲۳۷).

در حقوق، در هر حال قرارداد و یا شرط عدم مسئولیت و یا محدودیت مسئولیت به خاطر خسارات عمدی به دلیل برخورد با نظم عمومی فاقد اثر است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص. ۷۲۳). پس، می‌توان گفت هر کجا که چنین قراردادهای یا شروطی با نظم عمومی مخالفت داشته باشد، آن‌ها قابلیت اجرا نخواهند داشت ولی، در مورد زیان‌های غیر عمدی، مانعی در مورد پذیرش شرط یا قرارداد محدودیت مسئولیت دیده نمی‌شود. از این دید روشن است که مبنای رو رویارویی با چنین شروط یا قراردادهایی ناسازگاری با نظم عمومی است نه منصفانه نبودن آن‌ها.

البته، باید توجه داشت که این قراردادهای و شروط مندرج در آن‌ها و یا به طور کلی قراردادهایی هم‌چون قرارداد شرایط استفاده از خدمات، به طور کامل به آگاهی و پذیرش طرف دیگر قرارداد برسد. این امر از ماده‌ی ۳۵ قانون- تجارت الکترونیکی برداشت می‌گردد. این ماده مقرر می‌دارد: «اطلاعاتی اعلامی و تایید به اطلاعات اعلامی به مصرف-کننده باید در واسطه‌ای با دوام، روشن و صریح بوده و در زمان مناسب و با وسایل مناسب ارتباطی در مدت معین و بر اساس لزوم حسن نیت در معاملات و از جمله ضرورت رعایت افراد ناتوان و کودکان ارایه شود» و ماده‌ی ۴۳ می-افزاید: «تامین‌کننده نباید سکوت مصرف‌کننده را حمل بر رضایت وی کند» از این روی، در صورتی که مفاد قرارداد آشکارا به نظر طرف دیگر رسیده باشد خواه در قراردادهای با مصرف‌کننده یا غیر آن می‌توان به اعتبار چنین قرارداد یا شرطی باور داشت. این جاست که بحث حمایت از حقوق مصرف‌کننده و ناعادلانه بودن شرط یا قرارداد مطرح می‌شود به ویژه، درباره‌ی قراردادهای الحاقی که به دلیل نبودن برابری میان حقوق و تعهدات طرفین، احتمال گنجانیدن شروط غیرمنصفانه بسیار می‌رود و بر پایه‌ی این، بررسی موقعیت طرفین و میزان نقش آفرینی آن‌ها در جریان آفرینش قرارداد بسیار ارزشمند به نظر می‌رسد. ماده‌ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی موید این دیدگاه است.

۵- قراردادهای ربوی و وثیقه

قراردادهای ربوی و وثیقه از دیر باز در جرگه‌یر پیمان‌هایی بوده‌اند که آزادی قراردادی طرفین در آن‌ها دستخوش کنترل قرار گرفته است.

در انگلستان، حتی آن هنگام که قاعده‌ی مطلق، عدم دخالت در قراردادهای بود، چنین قراردادهایی از سوی دادگاه مورد بازبینی قرار می‌گرفت. برای نمونه، در پرونده‌ی «هیوجز به طرفیت داریکترز مترو»^(۱) به سال ۱۸۷۷، «دادرس کینز»^(۲) بیان داشت که یکی از دو سوی قرارداد نمی‌تواند حقوق قراردادیش را بکار بندد اگر اعمال این حقوق با نگرش با روند گفتگوهای انجام شده میان طرفین نامنصفانه شمرده شود. آشکارترین نمونه‌ی بهره‌گیری از این قاعده به قانون وام‌دهندگان مصوب ۱۹۰۰ باز می‌گردد که بر پایه‌ی این قانون، به دادگاه‌ها اجازه داده شده است که به بازبینی قراردادهای ربوی پرداخته و در هر مورد، با نگرش به تضمین‌های ارایه شده، مدت جریان وام و مبالغ پیش-پرداخت شده، به تعیین نرخ بهره پردازند، مقررهای که از سوی قانون اعتبار مصرف‌کننده در سال ۱۹۷۴ مورد پیروی قرار گرفت و بر پایه‌ی بخش ۱۳۷ آن، دادگاه‌ها شایستگی دارند که به بررسی دوباره‌ی دادوستدهای اعتباری که آن‌ها را گراف می‌دانند، پردازند (Angelo, *Op.cit*, p.472).

¹ Hughes v. Directors of the Metro. Ry. Co., [1877] 2 App. Cas. 439, 448.

² Lord Cairnes.

در فرانسه، قانونگذار این کشور در راستای کنترل قراردادهای، قراردادهایی را که به طور بالقوه در راستای اهداف ربوی مستعدند، منع نموده است. در همین راستا، ماده‌ی ۲۰۷۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «گروگیرنده بر پایه‌ی کوتاهی گرونده، به خودی خود نمی‌تواند وثیقه را از آن خود نمایند». نمونه‌ی دوم از پاسداری از حق بدهکار در مورد قرارداد با حق بازپس‌گیری^(۱) نموده است. چنین پیمانی به فروشنده امکان بازپس‌گیری کالا را می‌دهد که با کاربست این حق، وی می‌بایست ثمن دریافتی را برگرداند و هزینه‌های احتمالی که خریدار بردوش کشیده است، جبران نمایند. از یک سوی، از راه چنین پیمانی، فروشنده می‌تواند در هنگام اعتبار به دست آورد در حالی که در برابر، خریدار امکان دریافت بهره از وی را نخواهد داشت هر چند منافع مال تا هنگام بازپس‌گیری از آن وی خواهد بود. ماده‌ی ۱۶۷۳ درون‌مایه‌ی این پیمان را توضیح داده و ماده‌ی ۱۶۶۰ محدوده‌ی ۵ ساله برای کاربست حق تعیین نموده است. با این حال، دادگاه‌ها چنین پیمانی را به گونه‌ی باریکی تفسیر می‌نمایند زیرا، دو سوی آن می‌توانند توافق کنند، پولی که به عنوان ثمن پرداخت می‌گردد، کمتر از پولی باشد که فروشنده باید هنگام بازپس‌گیری به خریدار پرداخت نماید که از این روی، ممکن است چنین قراردادی از نظر ماهیت، قرض به شمار آمده که در راستای گریز از مقررات ربوی نام فروش بر آن گذاشته شده است. نمونه‌ی دیگر، قرارداد «فروش - اجاره»^(۲) بوده که ممکن است، دادگاه تفسیر دیگری از آن بنماید. برای نمونه، اگر پس از فروش مالی، بی‌درنگ آن مال به عنوان مال اجاره به فروشنده کرایه داده شود، دادگاه ممکن است چنین پیمانی را وام همراه با وثیقه به شمار آورد که در جامه‌ی پیمان فروش در راستای گریز از مقررات معاملات با وثیقه تجسیم یافته است (Ibid).

در فقه اسلامی، یکی از کهن‌ترین مبانی، منع گرفتن ریاست. خداوند بزرگ در آیه‌ی ۲۷۵ سوره‌ی بقره می‌فرماید: «الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ». از این روی، ربا در هر گونه‌ی خود، معاملی یا قرض محکوم حرمت است.

در حقوق ایران، هنگام نگارش قانون مدنی در سال ۱۳۰۷، آشکارا گرفتن ربا اجازه داده نشد ولی، برخی مواد، گرفتن بهره را به گونه‌ی نامستقیم روا ساختند. یکی از این مواد، ماده‌ی ۶۵۳ بود که مقرر می‌داشت؛ قرض‌گیرنده می‌تواند به وام‌دهنده وکالت دهد در مدتی که وام را پس نداده است، مقدار معینی از دارایی خویش را در هر ماه یا در هر سال به گونه‌ی رایگان به خود منتقل نماید. روشن است که پیرو این ماده، وام‌دهنده می‌توانست بیش از مقدار وامی که به وام‌گیرنده داده بود، بگیرد که همان ربای قرضی بود یعنی، قرض با شرط گرفتن مالی اضافه‌ای که در این جا، انتقال مالی از وام‌گیرنده به گونه‌ی رایگان به وام‌دهنده بود. پس از پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷، قوانین مغایر با اسلام اندک‌اندک حذف شدند و قوانین مطابق با شریعت اسلامی تدوین گردید و از این روی، اقدامات قانونگذاری بسیاری در راستای از میان برداشتن "بهره" انجام شد. حذف عنوان "بهری بانکی"، یکی از نخستین این اقدامات بود به این گونه که، عنوان "بهری بانکی سپرده‌ها" در تاریخ ۱۳۵۸/۹/۲۸ با صدور بخش‌نامه‌ای از سوی شورای پول و اعتبار حذف گردید و "حداقل سود تضمین شده" با رقم ۸/۵ درصد جایگزین آن شد. ماده‌ی ۶۵۳ قانون مدنی توسط کمیسیون امور قضایی مجلس در سال ۱۳۶۱ به ادعای خلاف موازین شرعی بودن، به گونه‌ای موقت حذف و به موجب قانون مورخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ به گونه‌ی قطعی نسخ شد. شورای نگهبان نیز در نظریه‌ی مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۳ دریافت خسارت تأخیر تادیه را بر پایه‌ی دیدگاه اکثریت فقها مغایر موازین شرعی شناخت. در این زمینه، یکی از مهم‌ترین

¹ Vente a remere.

² Leaseback Transaction.

اقدامات، تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در شهریور ماه سال ۱۳۶۲ بود، قانونی که هم‌اکنون پس از گذشت سال‌ها از اجرایی شدنش منتقدانی دارد. معترضان به کارکرد نظام بانکداری بدون ربا بر این باورند که آنچه در سیستم بانکی کشور صورت می‌گیرد، چیزی جز ظاهر سازی و گریز از قانون بانکداری بدون ربا نیست و از این روی، شبهه‌ی ربا هم‌چنان در نظام بانکی وجود دارد (اصغری، ۱۳۸۴، ص. ۶۸).

به هر روی، اصلی‌ترین علتی که برای وضع حکم ممنوعیت گرفتن ربا می‌توان بیان داشت این است که وام‌دهنده در چنین جایی از وضعیت وام‌گیرنده سوءاستفاده نموده است. گرفتن ربا پیامدی جز بدتر کردن وضعیت بدهکار برآیندی ندارد. بدین‌سان، روشن است که در پس پرده‌ی بازداشتن گرفتن ربا، نگرش به منصفانگی قرارداد وجود دارد. پیرامون قراردادهای با وثیقه گفتنی است که وثیقه‌های عینی در فقه اسلامی کاربرد گسترده‌ای دارد. رهن برجسته‌ترین گونه‌ی وثیقه‌ی عینی به شمار می‌آید. این امر در قانون مدنی نیز نمود یافته است. در این زمینه، اگرچه در فقه اسلامی و حقوق ایران محدودیت اراده درباره‌ی قراردادهای وثیقه پیرو قواعد عمومی است با این حال، وجود قراردادها وام و سپس، گرو گذاشتن اموال بدهکار نزد بستانکار این امکان را به بستانکاران می‌داد که با گرفتن وکالتی در هنگام بستن قرارداد، در صورت پرداخت نشدن بدهی از سوی بدهکار، بی‌آنکه نیازی به دخالت مقامات رسمی باشد، طلب خویش را استیفاء نماید.

به این امر ماده‌ی ۷۷۷ قانون مدنی آشکارا اشاره می‌نماید. با این حال، دیری نپایید که با تصویب با بازنگری در قانون ثبت به سال ۱۳۱۲ قانونگذار پس از پی‌بردن به پیامدهای چنین مقرره‌ای در راستای محدود کردن آن گام بردارد. پس از این قانون، بر پایه‌ی ماده‌ی ۳۴، مرتهن در هر حال می‌بایست در راستای استیفاء طلب خویش تشریفات قانونی یعنی، مزایده را رعایت بنماید. دلیل این دگرگونی اندیشه را می‌توان این‌گونه گفت که در عمل، وام‌دهندگان به عنوان طرف نیرومندتر قرارداد می‌توانستند هرگونه شرطی را در قرارداد بگنجانند؛ صرف گرو گردن گرویی کافی نبود بلکه، نیاز بود که آنان به آسانی هرچه بیشتر حقوق خود را از موضوع وثیقه بردارند.

وضعیت برتر اینان و نیاز بسیار وام‌گیرندگان سبب می‌شد که وکالت در فروش به آسانی به گروگیرنده داده شود. با این حال، قانونگذار از یک سوی آزادی طرفین را با این مقرره که توافق طرفین نسبت به اعطای وکالتی که بر پایه‌ی آن وکیل می‌تواند بی‌نیاز به دخالت مقامات قضایی اقدام به استیفاء طلب خویش نماید، محدود شد. همین امر سبب شد که ماهیت بیع شرط بر پایه‌ی ماده‌ی ۳۴ قانون ثبت دگرگون شود^(۱).

۶- قراردادهای غبنی

غبن، اختلاف ارزش دو عوض قراردادی است. در درازای قرون میانه‌ی میلادی، غبن نظریه‌ی فراگیری در اروپا شد که هم بر اموال منقول و هم غیرمنقول بکار بسته می‌شد. با این حال، امروزه قلمرو کاربست این نهاد محدود شده است. پوتیه^(۲)، حقوق‌دان بنام فرانسه بر این باور بود که «اگر پیمان تعادل نداشته باشد، هنگامی از دید انصاف سست شمرده می‌گردد که وجدان را آزرده نماید. در همان حال، اگر غبن فاحش نباشد، به اعتبار پیمان نباید آسیب زد و گرنه اصل آزادی قراردادی و استواری پیمان‌ها تضعیف می‌گردد (قنواتی، ۱۳۸۹، ص. ۱۳۷)».

در همین راستاست که ماده‌ی ۱۱۱۸ قانون مدنی فرانسه بیان می‌داد: «غبن، به قرارداد آسیبی نمی‌زند مگر در برخی از قراردادها و نسبت به برخی از اشخاص به گونه‌ای که در فصل مربوط به آن توضیح داده شده است». نمونه‌ی چنین مورد ویژه‌ای، قراردادهای بسته شده با صغیر و قراردادهایی است که موضوع آن فروش مال غیرمنقول است. در

۱ هم‌چنین ببینید؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۲۶.

نخستین جا، غبن به کسی که زیر سن ۱۸ سال است، این توانایی را می‌دهد که پیمان را برهم زند در صورتی که به وی بر پایه‌ی چنین پیمانی زیان رفته یا منافی را از دست دهد. مواد ۱۶۷۴ تا ۱۶۸۵ این قانون نیز پیرامون مفهوم غبن در مورد قراردادهایی است که موضوع آن‌ها اموال غیرمنقولند. بر پایه‌ی این ماده‌ها، کاربست غبن بستگی به نیت و آگاهی طرف توانمندتر ندارد. این مقرر به گونه‌ی مستقیم از مال پاسداری نموده و فروش اموال غیرمنقول را در برابر ارزشی کمتر از هفت دوازدهم ارزش آن مال بازداشته است (Angelo, *Ibid*, p.468).

در فقه امامیه و حقوق ایران، غبن یکی از اختیارات به شمار آمده است. شخص مغبون می‌تواند فروشنده یا خریدار باشد. مبنای پیدایش خیار غبن شرط ضمنی بر تعادل عرفی عوضین و نیز لاضرر دارد^(۱).

چنانچه بر این باور باشیم که مینا، وجود شرط ضمنی است در این صورت می‌توان این‌گونه تفسیر کرد که خیار غبن ضمانت اجرای سوءنیت طرف دیگر قرارداد و یا سوءاستفاده از جایگاه فروتر طرف دیگر است و از این دید میان نهاد غبن و منصفانگی قرارداد ارتباط برقرار نمود. با این حال، این امر تنها در جایی بکاربستنی است که طرف دیگر آگاه بر اختلاف فاحش قیمت باشد در حالی که آگاهی طرف دیگر شرط لازم پدیدآورنده‌ی آن نیست. اگر بر این باور باشیم که مبنای خیار سرپیچی از این امر این قاعده‌ای است که گویای منع زیان‌رساندن به دیگری است، در این صورت، بار دیگر باید آن را نشانه‌ای بر سوءنیت دانستن که ایراد در پیش‌گفته شده در برابر آن پدید می‌آید یا این‌که آن را نشانه‌ای بر سوءاستفاده از جایگاه فروتر طرف دیگر قرارداد به شمار آوریم.

۱ برای دیدن بررسی کامل این مبانی ببینید؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳(ب): ۲۳۲-۲۴۶

نتیجه گیری

از پژوهش انجام گرفته نتایج زیر بدست می‌آیند؛

- ۱- در حقوق انگلستان، در راستای رویارویی با قراردادهای بسته شده با ورثه‌ی احتمالی، وجود عوضین نابرابر و نگرش به وضعیت طرفین قرارداد هنگام بستن آن نشانه‌هایی برای نگرش دادرسان به روح انصاف در قرارداد است. در فقه امامیه و حقوق ایران، حتی اگر وراثت را حق بدانیم، امکان تعهد پیشاپیش وراثت به انتقال این حق پیش از مرگ مورث پیوندی با مسئله‌ی انصاف نخواهد داشت.
- ۲- یکی از برجسته‌ترین دلایل پذیرفته نشدن شرط جریمه‌ی مالی در حقوق انگلستان، تلاش برای محدود کردن شرط کیفری در حقوق فرانسه و نیز ایران بحث نامنصفانگی چنین اعمال حقوقی است.
- ۳- در حالی که یکی از مبانی رویارویی با قرارداد یا شرط بازدارنده از فعالیت در نظر گرفتن منصفانگی بوده است، در حقوق فرانسه، چنین عملی اصولاً درست بوده و اگرهم اعتراضی نسبت بدان رفته، به دلیل برخورد آن با نظم عمومی بوده است. در حقوق ما نیز هم‌چون حقوق فرانسه، رویارویی چنین اعمالی که در چهارچوب سلب حق به گونه‌ی کلی باشند، پیوندی با منصفانگی قرارداد یا شرط ندارد.
- ۴- در حقوق انگلستان، شروط عدم مسئولیت یا محدودیت مسئولیت بر پایه‌ی قانونی ویژه‌ی شروط نامنصفانه کنترل می‌گردند. در حقوق فرانسه نیز چنین شروطی تحمیلی خوانده شده‌اند. در حقوق ایران، نظم عمومی دلیل منع شروط عدم مسئولیت آن‌هم در برخی حالات عنوان شده است. با این حال، در زمینه‌ی مبادلات الکترونیکی، رعایت برخی از شرایط در راستای حمایت از منصفانگی عمل حقوقی است.
- ۵- رویارویی با قراردادهای ربوی و کنترل قراردادهای وثیقه امری بوده که از دیرباز در حقوق انگلستان، فرانسه و فقه و حقوق ایران بکار بسته شده است. در این زمینه‌ها می‌توان به روشنی رگه‌هایی از نگرش به انصاف در قراردادها را دید.

فهرست منابع

الف- فارسی و عربی

- ۱- الله سبحانه و تعالی، قرآن مجید.
- ۲- اصغری، محمود، ۱۳۸۴، گذری بر اهداف بانکداری بدون ربا، پژوهش‌های اجتماعی اسلامی.
- ۳- بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی، ۱۳۶۴، بلغه الفقهیه، الاجزاء الاول، تهران: مکتبه الصادق علیه السلام.
- ۴- رضایی، مجید، ۱۳۸۱، بررسی فقهی-حقوقی جریمه‌ی تاخیر، اقتصاد اسلامی.
- ۵- شهیداول، محمدبن مکی، اللمعه‌ الدمشقیه فی فقه الإمامیه، بیروت: الدار الاسلامیه-دار التراث، بی تا.
- ۶- شهیدی، مهدی، ۱۳۸۴، شروط ضمن عقد، چاپ دوم، تهران: مجد.
- ۷- شهیدی، مهدی، ۱۳۸۱، ارث، چاپ چهارم، تهران: مجد.
- ۸- صاحب جواهر، ۱۳۶۲، جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۲۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۹- صاحب جواهر، ۱۳۶۲، جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۲۶، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۱۰- عابدیان، میرحسین، ۱۳۸۵، مطالعه‌ی تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها؛ لزوم تجدیدنظر در ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی ایران، الهیات و حقوق.
- ۱۱- فنواتی، جلیل، ۱۳۸۹، اصل آزادی قراردادی: قراردادها و شروط غیرعادلانه، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم.
- ۱۲- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۸، نظریه‌ی عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی: تهران.
- ۱۳- محمدحسین، عادل جبری، ۲۰۰۴، التنفیذالعینی للالتزامات العقدی، درسه تحلیلیه تاصیلیه مقارنه، بیروت، دارالفکر الجامعی.
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۳، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، تهران: بهمن.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، جلد یکم، تهران: دانشگاه تهران.
- ۱۶- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۳، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن-برنا.
- ۱۷- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵، عقود معین، جلد چهارم، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

B-English

19. Angelo, A., & Ellinger, E, Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany, and the United States. Loy. LA Int'l & Comp. LJ, No.14, 1999, 455.
20. Collins, Hugh, Law of Contract, Oxford University Press, 5th edition, printed in Great Britain, 1992.
21. Cserne, Péter, Policy Considerations in Contract Interpretation: the Contra Proferentem Rule from a Comparative", Working Papers: Hungarian Association for Law and Economics, No.5, 2009, available at: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=peter_cserne>.
22. Miller, Lucinda, Comparative Observations on the Notion of Performance", reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-project Catala'), Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon. Lord Chancellors Keeper, North, Jeffrey, 2009.
23. Stone, Richard, The Modern Law of Contract, Cavendish Publishing Limited: United Kingdom, Fifth edition, 2002.

24. UK Money Lenders Act 1900.
25. Batty v. Lloyd, 23 Rng.Rep.375 (1682): Earl of Chesterfield v. Janssen 28 Eng. Rep.82, 86(1750).
26. Earl Ardglass v. Muschamp 23 Eng. Rep. 438 (1684).
27. Wiseman v. Beake 23 Eng., Rep. 688 (1690)
28. Barrett v. Hartley 2 L.R.-Eq. 789, 795 (1886).
29. Nevill v. Snelling 15 Ch. D. 679, 696-97 (1880).
30. Jobson v. Jobson [1989] 1 All ER 621 at 633
31. Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage and Motor Co Ltd [1915] Ac 79.
32. A Schroeder Music Publishing Co. V. Macaulay [1974] 1 W.L.R. 1308. 1315.
33. Clifford Davis Management Ltd. v. WE.A. Records Ltd [1975] 1 W.L.R. 61 (Eng. C.A.);
34. Hughes v. Directors of the Metro. Ry. Co., [1877] 2 App. Cas. 439, 448