

مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد

محمد سار دویی نسب^۱

سیدجعفر کاظم پور^۲

چکیده

در حقوق امروز، غیرمنصفانه بودن قراردادها، به مبنایی برای دخالت‌های گسترده‌ی دولت در حقوق قراردادها تبدیل شده است؛ بر این اساس برخی قوانین حمایتی برای حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و مبارزه با سوءاستفاده از موقعیت مسلط اقتصادی و اقدامات ضد رقابتی، وضع شده‌اند. اما مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد، آن‌چنان که اهمیت آن اقتضا می‌کند، شفاف نیست. این نظام‌های حقوقی، رویکردهای متفاوتی را برگزیده‌اند. نظام حقوقی آمریکا، نظریه‌ی کلی غیرمنصفانه بودن قراردادها را ارائه نموده است؛ در برخی از قوانین کشورهای اروپایی، سیستم مصادیق و عملیاتی، جایگاه خاصی دارد که در آن، به بیان جزئی‌تر و مصادیق خاص قراردادهای غیرمنصفانه، پرداخته شده است؛ اما در نظام حقوقی ایران، مؤلفه‌های این موضوع منقح نیست؛ به نحوی که، با بررسی قوانین مختلف صرفاً می‌توان به برخی از این مصادیق دست یافت؛ امری که مستلزم اتخاذ موضعی صریح از سوی قانونگذار ایران در تبیین مفهوم غیرمنصفانه بودن قرارداد و تعیین ضوابط، مؤلفه‌ها و مصادیق بارز آن است.

واژگان کلیدی:

غیرمنصفانه بودن، نفوذ ناروا، اضطرار، تعادل دو عوض، حسن نیت، تحمیل

شرط غیرعادلانه.

۱. دکتری حقوق خصوصی، عضو هیأت علمی دانشگاه تهران پردیس قم.
۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، معاون اداره کل تدوین لوایح و مقررات قوه قضاییه.

درآمد

برابری روابط اقتصادی بین طرفین قرارداد، مطلوب عدالت‌خواهان است؛ نابرابری در آن ایجاد شکاف طبقاتی بین طرف برخوردار از قدرت و ثروت و طرف ضعیف و کم‌برخوردار را موجب می‌شود. تجربه نشان داده است که روابط نامتعادل قراردادی به نحو فزاینده‌ای رو به گسترش و فراوانی است. سرعت حرکت اقتصادی جوامع و تولید انبوه و ایجاد واسطه‌های متعدد بین تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان نهایی، حتی فرض وجود روابط قراردادی را دشوار کرده است تا از برابری در آن سخن رانده شود. امروزه گونه‌های مختلف قراردادهای الحاقی که تمایل گسترده‌ای به تحمیل شروط غیرمنصفانه و نابرابر بر طرف دیگر قرارداد در آن به چشم می‌خورد، چهره‌ی غالب قراردادهای عمومی و مصرفی است. نابرابری در حقوق و تکالیف طرفین در چنین قراردادهایی گاه چنان گزاف است که غباری از غیرمنصفانه بودن را بر آن می‌کشاند و چهره‌ی عدالت را در آن ناپیدا می‌نماید. از سوی دیگر عدالت، مسیر حرکت قطعی حقوق است که باید تمام پدیده‌های حقوقی را با آن سنجید و انحراف شدید از آن را دلیل گسستن قراردادها تلقی کرد؛ چرا که دادن قدرت تحمیل شروط و تعهدات نابرابر به یک طرف در مقابل طرف دیگری که قدرت معاملی قابل توجهی ندارد و به انعقاد قرارداد ناگزیر است، موجب سوءاستفاده شده و عدالت را مخدوش خواهد کرد.

نظریه‌ی قراردادهای غیرمنصفانه در سده‌های اخیر در تمام نظام‌های حقوقی دنیا رایج شده است؛ به گونه‌ای که امروزه کمتر کشوری را می‌توان یافت که از توسعه‌ی این نظریه در آن اثری یافت نشود. به عقیده‌ی برخی حقوقدانان، پیشینه‌ی این نظریه در حقوق کشورهای غربی به قرن پانزدهم میلادی می‌رسد که رویه‌ی قضایی با نگرش عدالت‌محور خود، این ستم را بر طرف ضعیف برنتافته و بر آن شوریده است. در حقوق ایران نیز این اندیشه هر چند کند، اما در حال نفوذ است. در تصویب قانون کار، وجود نابرابری در روابط قراردادی و احتمال سوءاستفاده‌ی طرف قوی‌تر از نیاز و اضطراب طرف ضعیف‌تر، به طور ملموس مطرح و شناسایی شد و به‌رغم مقاومت‌های صورت گرفته از سوی برخی نهادهای تقنینی و فقهی، قانون مزبور به تصویب رسید. نواندیشی فقیهان صاحب اندیشه و نفوذ اجتماعی چون امام

خمینی (ره) موجب شد این اندیشه در کشور ما نهادینه شود. هر چند پیش از آن در قانون دریایی ایران نیز مطرح شده بود؛ اما با توجه به خاص و جزئی بودن آن، حرکت چندانی در ادبیات حقوقی ایجاد نکرد. پس از تصویب قانون کار، اندیشه‌های حمایتی در جهت رعایت حقوق مصرف‌کنندگان نیز مطرح شد که منتهی به تصویب دو قانون دیگر گردید. نخست برای حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو در سال ۱۳۶۶ که با قراردادهای غیرمنصفانه‌ی خودروسازان مواجه بودند و سپس در جهت عموم مصرف‌کنندگان در سال ۱۳۸۸ این رویه ادامه یافت. امروزه برخلاف گذشته‌ی نه چندان دور، باور حرکت به سوی اجتماعی شدن قراردادها، در ایران، دارای پایگاه اجتماعی و حقوقی است که می‌تواند نویدبخش حرکتی مبارک، در جهت برقراری عدالت اجتماعی باشد.

در این نوشتار به بررسی و تحلیل قراردادهای غیرمنصفانه می‌پردازیم؛ امری که واکنش حکومت‌ها را در حمایت از طرف ضعیف قرارداد، برانگیخته است و در ضمن آن، حقوق ایران نیز مورد توجه قرار خواهد گرفت. پیشینه‌ی نظریه‌ی غیرمنصفانه بودن قرارداد، مفهوم، اقسام غیرمنصفانه بودن و شاخص‌ها و در نهایت انعکاس مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن در برخی نظام‌های حقوقی، از جمله حقوق ایران نیز بررسی و تبیین می‌شود.

۱. پیشینه‌ی نظریه‌ی غیرمنصفانه بودن قرارداد

نخستین بار در قرن هفدهم میلادی، نظریه‌ی غیرمنصفانه بودن، مورد توجه دادگاه‌های انگلستان قرار گرفت (شیروی، ۱۳۸۱: ۸). حتی برخی معتقدند خاستگاه اصلی آن به قرن پانزدهم میلادی می‌رسد (Teeven, 1990: 314) در حقیقت، رویه‌ی قضایی آغازگر جریان مبارزه با قرارداد و شروط قراردادی غیرمنصفانه بوده است و قانونگذاران به دنبال آن و در جهت پر کردن خلاءهای قانونی و تعیین حدود دخالت دادگاه‌ها، وارد این عرصه شده‌اند.

پرونده‌ی جیمز علیه مورگان^۱، نخستین پرونده‌ای است که در کامن‌لا در این خصوص در سال ۱۶۶۳ میلادی شناسایی شده است. هرچند در این پرونده به

1. James v Morgan (1663) 83 Eng Rep 323. C, See: (Beatson: 2010: 465).

صراحت، به قاعده‌ی غیرمنصفانه بودن استناد نشده، اما مبنای پیدایش این قاعده در کامن‌لا است. در این پرونده خواهان، اسبی را از خواننده خریداری نموده و در مقابل آن متعهد شده است که به ازای هر میخ نعل اسب، تعدادی دانه‌ی جو پرداخت کند. مبنای محاسبه این گونه بود که به ازای میخ اول یک دانه‌ی جو و در مقابل میخ دوم دو دانه‌ی جو، میخ سوم چهار دانه و به همین ترتیب برای هر میخ دو برابر میخ قبلی باید پرداخت می‌شد. نعل اسب دارای سی و دو میخ بوده که با محاسبه‌ی قاضی، معادل پانصد کوارتر که هر کوارتر معادل دوازده و هفت دهم کیلوگرم و در مجموع شش هزار و دویست و پنجاه کیلوگرم دانه جو می‌شد؛ که بیش از یکصد پوند قیمت آن بوده است.^۱

هیأت حاکم دادگاه در این پرونده، بدون این که به صراحت به معیار غیرمنصفانه بودن استناد نمایند، تعدیل قیمت قرارداد را که نتیجه‌ی آن است، به دلیل عدم تناسب عوضین پذیرفته و به پرداخت قیمت واقعی اسب، یعنی فقط هشت پوند، رأی داده‌اند.

هم‌چنین قاضی هارد ویک^۲ در پرونده‌ی ارل او چسترفیلد علیه جانسن^۳، تفسیری از تقلب ارائه کرد که شامل غیرمنصفانه بودن نیز می‌شد. از منظر وی تقلب عبارت است از «وضعیتی در معامله که با ملاحظه‌ی طبیعت و موضوع معامله آشکار است که هیچ فرد عاقل و فریب نخورده‌ای آن را نمی‌پذیرد و نیز هیچ فرد درستکار و منصفی آن را بر دیگری تحمیل نمی‌کند».

در رویه‌ی قضایی انگلیس یکی از مهم‌ترین پرونده‌هایی که به صورت شفاف به بررسی کامل موضوع غیرمنصفانه بودن پرداخته است، پرونده‌ی بانک لویدز علیه باندى^۴ است. لرد دنینگ^۵ در این پرونده، ضمن طرح کامل نظریه‌ی غیرمنصفانه بودن، به بررسی عوامل ایجادکننده‌ی آن پرداخته است. یک طرف این پرونده، مرد

۱. مبنای محاسبه به ریاضی:

$1+2+2^2+2^3+\dots+2^{31}=2^{32}-1=4,294,967,295$ دانه‌ی جو

2. Hard Wick.

3. Earl of chesterfield v. Janssen.. 2.ves. 125,155(1750).C, See: (Gordley, 2006: 652).

4. Lloyds Bank LTD vs. Bundy (1974)3A11.Avalable at: <http://www.dpsd.unimi.it/fonti/1031>.

5. Lord Denning.

کهنسالی بود که پسرش مشتری بانک بود. در سال ۱۹۶۶ پیرمرد بدهی فرزند خود را به بانک، به میزان یک هزار و پانصد پوند ضمانت کرده و مزرعه‌اش را در مقابل آن به رهن گذارد، پس از افزایش بدهی فرزند و تقاضای بانک، قراردادی مبنی بر تضمین مبلغ یک هزار و یکصد پوند دیگر منعقد گردید. در همان سال، بانک به این فرد اعلام نمود که برای دریافت تسهیلات بیشتر باید مبلغ چهارده هزار و پانصد پوند دیگر را نیز ضمانت کند؛ وی بدون دریافت مشاوره‌ی مستقل و صرفاً با اعتماد به مدیر بانک، قرارداد ضمانت را امضا نمود (Beatson, 2010: 375).

دادگاه، این‌گونه استدلال کرد: کسی که بدون دریافت مشاوره‌ی مستقل، قراردادی با شروط سنگین و گزاف را امضا یا این‌که اموال خود را به قیمتی بسیار اندک واگذار می‌کند، در یک وضعیت نابرابر معاملی با طرف دیگر قرار دارد. بنابراین، دادگاه باید قرارداد متضمن این شروط را نادیده بگیرد. لرد دنینگ دلایل تحقق این نابرابری که به انعقاد قرارداد غیرمنصفانه و با تعهد گزاف منجر می‌شود را مشتمل بر نیاز، بی‌سوادی یا کم‌سواد، عقب‌افتادگی ذهنی یا معلولیت‌های دیگر، وجود رابطه‌ی عاطفی شدید و یا اعتماد بسیار به طرف مقابل می‌داند (Beatson, 2010: 375).

هر چند لرد دنینگ به صورت رسمی، نخستین مدافع دکترین کلی غیرمنصفانه بودن محسوب می‌شود (Swenson, 1988: 19)، اما نظریه‌ی وی نه تنها مورد قبول سایر اعضای دادگاه قرار نگرفت، بلکه مورد انتقاد شدید نیز واقع شد. به طور خاص لرد اسکارمن^۱ به شدت با این نظریه مخالفت کرده است (Cicoria, 2003: 5).

پس از صدور رویه‌های قضایی متعدد در نادیده گرفتن قرارداد و شروط قراردادی غیرمنصفانه، قانونگذار انگلیس در جهت پر کردن خلاءهای موجود، قوانینی را تصویب نمود. نخستین قانونی که در این راستا به تصویب رسید، قانون شروط غیرمنصفانه قراردادی ۱۹۷۷ بود^۲ که در سی و دو ماده و چهار ضمیمه تصویب شد. هر چند این قانون بیشتر ناظر بر شروط محدودکننده یا سلب‌کننده‌ی مسؤولیت فروشنده است، اما در بند دوم ماده‌ی ۱۱، برای تشخیص غیرمنصفانه بودن شرط یا قرارداد، ضوابط و معیارهایی مشخص شده است. در سال‌های بعد قانونگذار انگلستان بر اساس دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه‌ی اروپا «مقررات شروط غیرمنصفانه در

1. Lord Scarman
2. Unfair Contract Terms Act 1977.

قراردادهای مصرف‌کننده^۱ را در سال ۱۹۹۴ نموده که از اول ژانویه ۱۹۹۵ میلادی لازم‌الاجرا شد. دستورالعمل مذکور در خصوص شروط غیرمنصفانه قراردادی است و کشورهای عضو را مکلف نموده است حداکثر تا سی و یکم دسامبر ۱۹۹۴ قوانینی را در اجرای آن به تصویب رسانند. این مقررات در سال ۱۹۹۹ مورد بازنگری قرار گرفت که در آن ضوابط مربوط به غیرمنصفانه بودن شروط قراردادی در قراردادهای مصرف‌کننده نهادینه شده است.

براساس ماده‌ی ۵ این قانون، قراردادها و شروطی غیرمنصفانه تلقی می‌شوند که اولاً، با حسن‌نیت در قراردادها منافات داشته باشند و ثانیاً، در آن نابرابری فاحشی بین حقوق و تعهدات طرفین به زیان مصرف‌کننده وجود داشته باشد (شیروی، ۱۳۸۱: ۱۹). بر اساس ماده‌ی ۸ این قانون، شروط و قراردادهای غیرمنصفانه برای خریدار الزام‌آور دانسته نشده است.

۲. مفهوم غیرمنصفانه بودن قرارداد

هر چند به قول یکی از نویسندگان، توضیح غیرمنصفانه بودن به ویژه در قراردادی که برای دو طرف سودمند است، بسیار دشوارتر از حد تصور است (Wertheimer, 1992: 479)، اما مبهم ماندن این مفهوم برای شهروندان و هم‌چنین دست‌اندرکاران عدالت قضایی سودمند نیست، حتی نمی‌توان از پیامدهای ناخوشایند آن گذشت؛ زیرا، مبهم ماندن مفهوم این واژه، می‌تواند موجب شود قراردادهای صحیح توسط دادگاه نادیده گرفته شود و از سویی دیگر توسعه‌ی اختیارات قضات، راه را برای اعمال سلیقه‌های شخصی و سوءاستفاده‌های احتمالی و گسترده گشوده و سستی اصل استواری قراردادها را موجب می‌شود.

برای شناخت دقیق این واژه بهتر است ابتدا به مفهوم واژه‌شناختی و سپس مفهوم اصطلاحی آن پرداخته شود.

۲-۱. معنای لغوی

واژه‌ی "unconscionability" مرکب از سه بخش un+conscion+ability

1. Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1994.

است. واژه‌ی “conscion” از ریشه‌ی واژه‌ی “conscientious” است که به معنای تحت فرمان یا وفادار به ندای وجدان و شریف، موشکاف و دقیق است (Oxford Advanced Learners Dictionary, 2001: 1409)؛ و واژه‌ی “unconscionable” به معنای خلاف وجدان، بی‌وجدان و غیرمنصفانه و به طرز تکان‌دهنده‌ای غیرمنصفانه یا غیرعادلانه و یا به معنای غیراخلاقی و خیلی بد است (Oxford Advanced Learners Dictionary, 2001: 1409)؛ آقایی، ۱۳۷۸: ۱۰۶۷-۱۰۶۳؛ آریان‌پور، ۱۳۸۰، ج ۶: ۵۴۳۰).

۲-۲. معنای اصطلاحی

آن‌چه در علم حقوق از آن به عنوان غیرمنصفانه بودن یاد می‌شود، از تعریف لغوی آن دور نیست. در حقوق انگلیس و در پرونده‌ی ارل آو چسترفیلد علیه جانسن در سال ۱۷۵۰ میلادی،^۱ غیرمنصفانه بودن این‌گونه تعریف شده است: «قراردادی که یک شخص عاقل در حالت عادی منعقد نمی‌کند و یک فرد درستکار، صادق و منصف نیز آن را نمی‌پذیرد». در سال ۱۹۳۱ میلادی دادگاه استیناف ایالت ایندیانا در دعوای استیفلر علیه مک کولو^۲ در تعریف قراردادهای ناعادلانه گفته است: «قراردادی ناعادلانه است که متضمن چنان بی‌عدالتی بزرگ و آشکاری باشد که اگر برای یک شخص صاحب رأی و اندیشه‌ی صحیح بازگو شود، او از غیرعادلانه بودن آن اظهار شگفتی می‌کند. اگر عدم تعادل میان ثمن و مئمن چنان زیاد باشد که آدمی را رنج دهد، دادگاه از کمترین قرائن موجود در قرارداد که بیانگر قصد بی‌عدالتی و سوءاستفاده باشد، در جهت ابطال قرارداد بهره خواهد برد».

در سال ۱۹۱۵ میلادی، دادگاه تجدیدنظر ایالت نیویورک در پرونده‌ی مندل علیه لایبمن^۳ این‌گونه رأی داد: «قرارداد غیرمنصفانه و خلاف وجدان، قراردادی است که با در نظر گرفتن عرف و رویه‌ی حاکم در زمان و مکان انعقاد قرارداد، به حدی غیرمنصفانه و غیرمترعارف باشد که نتوان به اجرای مفاد آن حکم نمود»

1. Earl of chesterfied v. Janssen. 2.ves. 125,155(1750) ; See: (Godley, 2006: 670)
2. Stiefler v. McCullough, 174 NE 823, 97 Ind. App. 123 (1931); See: (Godley, 2006: 671).
3. Mandel v. Liebman 303 n.y. 88 (1951); See: (Godley, 2006: 688).

(شیروی، ۱۳۸۱: ۲۱).

در سال ۱۹۶۵ میلادی در پرونده‌ی ویلیامز علیه شرکت مبل‌مان واکرتوماس^۱، از قراردادهای غیرمنصفانه این‌گونه یاد شده است: «غیرمنصفانه بودن عموماً به معنای فقدان گزینه‌ی معنی‌دار برای یکی از طرفین قرارداد به همراه شروطی است که به طور غیرمنطقی به نفع طرف دیگر است» (Cicoria, 2003: 9).

در حقوق ایران نیز یکی از نویسندگان با انتخاب عنوان «شروط تحمیلی»^۲ به جای واژه‌ی «شروط غیرمنصفانه»^۳ اعلام می‌کند: «منظور از شروط تحمیلی شروطی هستند که یکی از دو طرف با سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعی یا تخصص خویش به طرف دیگر تحمیل می‌کند» (کریمی، ۱۳۶۲: ۷۰).

در تعاریفی که ارائه شد، غالباً بر معیارهای نوعی از جمله ویژگی ظالمانه بودن و سوءاستفاده و یا یک‌طرفه‌بودن تأکید شده و با رفتار انسانی معقول و متعارف در وضعیت زمان عقد مقایسه گردیده است. معیارهای نوعی ارائه شده هر چند به روشن شدن جهت حرکت قضات و سامان‌دهی نظام حقوقی در حمایت از طرف ضعیف قرارداد، کمک می‌کنند و به قضات یاری می‌دهند تا با استمداد از جهت‌گیری‌های ارائه شده در تعریف، به تشخیص مصادیق بپردازند، اما باید توجه داشت که ترس از کج‌سلیقگی برخی دادرسان و تشتت و آشفتگی آرای قضایی در نتیجه‌ی برداشت‌های ناصحیح و گاه هدفمند از این معیارها، ارائه‌ی مبانی شفاف غیرمنصفانه بودن را ضروری می‌سازد؛ در حقیقت، نیاز نظام حقوقی با آنچه که در تعریف‌های مزبور آمده است، برآورده نمی‌شود؛ به نحوی که خلاء معیارهای عینی و محسوس برای تشخیص آن همچنان وجود دارد. در نهایت می‌توان گفت غیرمنصفانه بودن قرارداد، حالتی از قرارداد است که بر اساس برداشت قضایی دادرس موجب سوءاستفاده‌ی طرف دارای موقعیت برتر از طرف ضعیف‌تر قرارداد می‌شود. این حالت می‌تواند ناشی از نابرابری طرفین در قدرت معاملی و یا توان چانه‌زنی افراد باشد و یا این نابرابری ممکن است

1. Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445 (C.A. D.C. 1965), Available at <http://law.scu.edu/FacWebPage/Neustadter/contractsebook/main/cases/Williams.html>

2. Imposed Terms

3. Unfair Terms

در نتایج قرارداد برای یک طرف آن باشد که غیرمنصفانه جلوه کند.^۱

۳. اقسام غیرمنصفانه بودن

غیرمنصفانه بودن قرارداد در مرحله‌ی مذاکرات پیش‌قراردادی و نتیجه‌ی حاصل از قرارداد بروز می‌کند که به عدالت شکلی و ماهوی یا غیرمنصفانه بودن فرآیندی و نتیجه‌ای شهرت دارد. با تعریف هر یک از این دو و معیارهای هر کدام، نمونه‌ای از تصمیمات دادگاه‌ها در این خصوص آورده می‌شود.

۳-۱. غیرمنصفانه بودن شکلی (فرآیندی)^۲

در این قسمت، ابتدا تعریف و سپس برخی از شاخص‌های مطرح شده در این زمینه را بیان می‌نماییم.

۳-۱-۱. مفهوم غیرمنصفانه بودن شکلی یا فرآیندی

غیرمنصفانه بودن شکلی به وضعیتی گفته می‌شود که در مرحله‌ی انعقاد و در فرآیند تشکیل قرارداد، نوعی نابرابری در وضعیت دو طرف وجود دارد؛ امری که به ظالمانه و اجحافی شدن قرارداد یا بخشی از آن به زیان یک طرف منجر می‌شود. در این قسم از غیرمنصفانه بودن به عواملی چون نحوه‌ی انعقاد قرارداد، اوضاع و احوال حاکم و قدرت چانه‌زنی طرفین در آن زمان توجه می‌شود، بدون آن که به مفاد و محتوای قرارداد توجه شود (Ellinghaus, 1969: 808; Beatson, 2010: 375).

غیرمنصفانه بودن شکلی یا نابرابری در فرآیند انعقاد قرارداد به ویژه در قراردادهای تأمین مالی نقش عمده‌ای ایفا می‌کند؛ زیرا، در خصوص انتخاب شرکت تأمین‌شونده و نحوه‌ی تقسیم سود حاصله بین شرکت‌های تأمین‌کننده و تأمین‌شونده و سایر شرایط قرارداد، شرکت تأمین‌کننده به دلیل نیاز طرف مقابل به سرمایه در موقعیت برتر است و تلاش می‌کند قرارداد را به نفع خود تنظیم کند (Rudolph, 2006: 1).

1. Bargaining Power
2. Procedural Unconscionability.

۳-۱-۲. مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن شکلی

در مواردی که نابرابری در توان چانه‌زنی به دلیل عدم اهلیت یکی از طرفین باشد، مشکل خاصی ایجاد نمی‌شود؛ چرا که عدم اهلیت، صحت قرارداد را مخدوش می‌سازد؛ این امر موضوع بحث نوشتار حاضر نیست؛ بلکه بحث در جایی است که شخص به رغم دارا بودن شرایط مربوط به اهلیت معاملی، قراردادی نابرابر منعقد می‌کند. در خصوص مؤلفه‌های این نوع از غیرمنصفانه بودن عواملی را می‌توان مطرح کرد که موجب کاهش قدرت چانه‌زنی در فرآیند انعقاد قرارداد می‌شود؛ هرچند این عوامل در برخی مصادیق تأثیرگذار هستند، اما تأثیر آن‌ها در قدرت چانه‌زنی قطعی نیست.

۳-۱-۲-۱. حجم تشکیلاتی یک طرف در مقابل دیگری^۱

ممکن است گفته شود که اگر یک طرف قرارداد از نظر تشکیلاتی قوی‌تر و بزرگ‌تر از دیگری باشد، برای او قدرت چانه‌زنی برتر ایجاد می‌شود؛ زیرا تشکیلات وسیع، قدرت مدیریت و وسعت عملیات بیشتری به او می‌دهد. هرچند در برخی دعاوی که توسط دادگاه، غیرمنصفانه شناخته شده‌اند، چنین عنصری را می‌توان مطرح کرد، اما به نظر نمی‌رسد که تعیین‌کننده باشد؛ چرا که همیشه این‌گونه نیست که شرکتی که از توسعه و حجم تشکیلاتی بیشتری برخوردار است، از نظر قدرت چانه‌زنی نیز قوی‌تر باشد. در بسیاری موارد شرکت‌های بزرگ نیاز به مشتری دارند و برای جلب مشتری و ترغیب او به خرید، ممکن است از بسیاری از توانمندی‌های خود در چانه‌زنی بهره نبرند.

۳-۱-۲-۲. اضطرار و ضرورت^۲

یکی از زمینه‌های ایجاد ضعف، میزان نیاز به موضوع قرارداد است. به هر میزان که نیاز یک طرف، بیشتر باشد، بر میزان توانمندی طرف دیگر در قدرت چانه‌زنی و تحمیل شروط ناعادلانه افزوده شده و از قدرت طرف نیازمند کاسته می‌شود. به رغم آن‌که در بسیاری از پرونده‌هایی که غیرمنصفانه شناخته شده‌اند، یک

1. Size.

2. Necessity

طرف قرارداد به موضوع معامله نیاز دارد و به ناچار باید آن را تهیه کند؛ به نحوی که گاه حتی حیات وی به آن وابسته است، الزاماً، اضطرار و ضرورت موجب نمی‌شود که یک طرف در موقعیت ضعیف‌تری قرار گیرد؛ برای مثال، چنانچه شخص «الف» به کالایی نیاز حیاتی داشته باشد، در صورت وجود بازار رقابتی بین فروشندگان کالا، طرف مقابل هیچ قدرت و توانایی بخصوصی در تحمیل شروط غیرمنصفانه نخواهد داشت.

۳-۲-۱-۳. در اختیار داشتن منابع بیشتر^۱

ممکن است تصور شود که در اختیار داشتن منابع بیشتر، قدرت چانه‌زنی برتر ایجاد می‌کند. به این معنی که هر چه یک طرف منابع بیشتری وارد موقعیت معامله کند، توانایی چانه‌زنی‌اش افزایش می‌یابد (Wertheimer, 1992: 486). هر چند این معیار در برخی موارد صادق است، اما همواره این‌گونه نیست؛ به این مثال توجه کنید: «الف» امیدوار است که در نتیجه‌ی یک سرمایه‌گذاری مخاطره‌آمیز، دو برابر سرمایه‌ی اولیه‌اش، تحصیل سود کند؛ اما فقط چهار پنجم سرمایه‌ی مورد نیاز را در اختیار دارد؛ یک پنجم مابقی را شخص «ب» که فردی متمول است، حاضر است تهیه نماید. آیا می‌توان گفت، در این سرمایه‌گذاری، «الف» که چهار پنجم سرمایه را وارد کرده است، قدرت چانه‌زنی بیشتر و شخصی که یک پنجم منابع را در اختیار دارد، قدرت چانه‌زنی کمتری دارد؟ اگر «ب» پیشنهاد کند که سود حاصله، به صورت شصت به چهل میان «ب» و «الف» تقسیم شود، این نحوه‌ی تقسیم برای «ب» مستلزم بازگشت سیصد درصدی سرمایه است؛ در حالی که «الف» به نسبت منابع تخصیص داده شده، به میزان یکصد و پنجاه درصد سود کسب می‌کند. هر چند این تقسیم عادلانه نیست، اما اگر «ب» تهدید کند که جز در صورت تقسیم سود به این نحو، حاضر به سرمایه‌گذاری نیست، آشکار است که «الف»، قدرت چانه‌زنی کمتری دارد؛ بنابراین چاره‌ای جز پذیرش این شرط نداشته و از این حیث، طرف ضعیف محسوب می‌شود، با این‌که منابع بیشتری در اختیار دارد.

1. The more resources one brings to bargaining situation.

۴-۲-۱-۳. مزیت تهدید^۱

این احتمال وجود دارد که یک طرف تهدید کند در صورت عدم پذیرش پیشنهادات وی، انعقاد قرارداد را نمی‌پذیرد. این تهدید نیز تابعی از سود حاصله است. این مزیت ممکن است بدین سبب باشد که یک طرف حتی در فرض عدم انعقاد قرارداد هم چیزی را از دست نخواهد داد یا حداقل کمتر از دیگری از دست خواهد داد. هرچند نمی‌توان این عامل را حتی به عنوان معلول موقعیت برتر نادیده گرفت، اما این عامل به تنهایی نمی‌تواند در صورت رقابتی بودن بازار، ایجاد ضعف قراردادی در یک طرف را موجب شود.

۵-۲-۱-۳. مذاکره‌ای نبودن شروط

مذاکره‌ی طرفین در خصوص هر شرط، نشانه‌ی آن است که از وجود شرط آگاه بوده و مفاد آن را به تراضی تعیین کرده‌اند و مطلوب آنان است. به همین دلیل دخالت دادگاه در خصوص این شروط، جز در موارد ضروری، با مفاد تراضی و اراده‌ی طرفین مغایرت دارد.

ماده‌ی ۱۱۰-۴ اصول قراردادهای اروپایی در خصوص ضرورت مذاکره‌ی طرفین در مورد هر شرط به طور خاص این‌گونه مقرر می‌دارد: «اگر شرطی به طور خاص مورد مذاکره واقع نشده و برخلاف شرایط حسن‌نیت و معامله‌ی منصفانه باشد و سبب عدم تعادل فاحش در حقوق و تعهدات طرفین به زیان یک طرف قرارداد گردد، طرف زیان‌دیده می‌تواند قرارداد را فسخ کند. در این امر، تمام شروط قراردادی و اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد، مدنظر قرار می‌گیرد».

ماده‌ی ۳ دستورالعمل شورای اتحادیه‌ی اروپا نیز یکی از شروط مشمول این دستورالعمل را شرطی می‌داند که «به طور مشخص مورد مذاکره قرار نگیرد، یعنی شرطی که از قبل توسط عرضه‌کننده‌ی خدمت یا فروشنده‌ی کالا تهیه و به مصرف‌کننده ارائه شده و مصرف‌کننده نتواند در آن تغییری ایجاد کند».

در پرونده‌ی هنینگسن علیه بلوم فیلد موتورز،^۲ آقای هنینگسن یک دستگاه ماشین پلائی‌موث تولید شرکت کریسلر از خواننده خریداری نمود؛ ده روز پس از آن،

1. Threat Advantage.

2. Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc, 32 N.J 358, 161 A.2d 69 (N.J.1)

همسر آقای هنینگسن در هنگام رانندگی با این خودرو آسیب دید. مأمور بیمه در گزارش خود، عیب در فرمان را علت حادثه اعلام کرد. خانواده‌ی هنینگسن از شرکت خواننده به دلیل سهل‌انگاری و نقض ضمانت‌های صریح و ضمنی شکایت کردند. دادگاه بدوی سهل‌انگاری را نپذیرفت، اما در خصوص خسارت ناشی از شرط ضمنی قابل استفاده بودن خودرو، رأی به نفع خواهان داد.

خواننده در تجدیدنظر خواهی استدلال کرد که درخواست فروش که به امضای تجدیدنظر خواننده رسید، به صورت ریزنوشت متضمن ضمانت‌نامه‌ی متحدالشکل اتحادیه‌ی تولیدکنندگان خودرو بوده که در آن هرگونه مسؤولیت ناشی از صدمات از فروشنده، سلب شده است؛ از این رو، شرکت فروشنده، مسؤول نیست. دادگاه این استدلال را نپذیرفت؛ زیرا، اصل آزادی قرارداد، زمانی حاکم است که قرارداد، نتیجه‌ی مذاکره‌ی آزادانه طرفین باشد و طرفین در شرایط تقریباً یکسان اقتصادی، آن را منعقد کرده باشند. از آنجا که شرط عدم ضمانت به صورت ریزنوشت و پیش‌نوشته در قرارداد درج شده بود، به دلیل قدرت چانه‌زنی نابرابر قابل استناد نیست (Wertheimer, 1992: 482).

۶-۲-۱-۳. اعمال نفوذ ناروا^۱

اعمال نفوذ ناروا، که نظریه‌ای برخاسته از انصاف است، یکی از دلایل غیرمنصفانه بودن شکلی قرارداد است که موجبی برای قابلیت ابطال قرارداد، دانسته شده است (Kouladis, 2006: 90).

در بند «الف» ماده‌ی ۱۰۹-۴ اصول قراردادهای اروپا، یکی از معیارهای نامتعارف بودن قرارداد یا شرط مندرج در آن، وجود اعتماد یک طرف نسبت به طرف دیگر یا وجود رابطه بین آن‌ها اعلام شده است.

در پرونده‌ی معروف الکارڈ علیه اسکینر^۲ دادگاه با بررسی رابطه‌ی موجود بین دو طرف قرارداد و تأثیر آن بر فروشنده، قرارداد را قابل ابطال دانسته است. در این پرونده، خانم الکارڈ از طرف شخص دیگری به خانم اسکینر - رییس انجمن خیریه‌ی مذهبی زنان به نام خواهران فقیر پروتستان - معرفی شد. او سه روز پس از عضویت

1. Undue Influence.

2. Allcard v. skinner (1887) 36 ch D 145; See: (Stone, 2009: 440).

در این انجمن، تمام دارایی خود را به خانم اسکینر واگذار نمود. خانم الکارڈ سپس فعالیت در امور مذهبی را رها و دادخواستی علیه خانم اسکینر مطرح کرد مبنی بر این که اموال بخشیده شده به او مسترد گردد. قاضی لیندلی^۱ این گونه رأی داد که خانم الکارڈ تحت نفوذ ناروا اقدام به بخشش اموال خود کرده است و به استثنای اموالی که براساس اختیار خانم اسکینر، صرف امور خیریه شده، بقیه‌ی اموال باید به خانم الکارڈ مسترد شود.

۷-۲-۱-۳. عدم دریافت مشاوره‌ی مستقل^۲

دریافت مشاوره‌ی مستقل، می‌تواند بیانگر اطلاع از زینبار بودن قرارداد و یا شروط قراردادی برای شخصی باشد که قرارداد به زیان او است. هم‌چنین اقدام وی به انعقاد قرارداد با وجود اطلاع از غیرمنصفانه بودن آن می‌تواند فرض سوءاستفاده‌ی طرف دیگر را منتفی سازد. در نتیجه، براساس قاعده‌ی اقدام که قاعده‌ای عقلایی است، طرف ضعیف نمی‌تواند ادعای قابلیت ابطال قرارداد را بنماید.

برای درک بهتر نقش دریافت مشاوره‌ی مستقل در جهت نفی غیرمنصفانه شدن قرارداد، بار دیگر نظر لرد دنینگ در پرونده‌ی بانک لویدز علیه باندی را یادآوری می‌کنیم که یکی از دلایل لازم‌الاجرا نبودن قرارداد را عدم دریافت مشاوره‌ی مستقل از سوی خواننده اعلام کرده است.

۸-۲-۱-۳. فقدان حق انتخاب^۳

نبود بازار رقابتی در به دست آوردن کالا و خدمات، می‌تواند توان چانه‌زنی افراد در انعقاد قرارداد و تحصیل شرایط مطلوب را به شدت کاهش دهد. هنگامی که فرد قصد خرید کالایی را دارد که در انحصار شخص خاصی است، باید بین خرید یا انصراف از خرید یکی را برگزیند. حال اگر کالای مورد نظر از ضروریات زندگی او باشد، گزینه‌ی دوم برای او مطرح نیست، تنها گزینه‌ی پیش رو، خرید است. همین امر سبب می‌شود که خریدار در مذاکره، حرفی برای گفتن نداشته باشد و طرفی که

1. Lindley LJ.
2. Lack of Independent Advice.
3. Lack of Choice.

از این موقعیت برتر برخوردار است، آنچه را که می‌خواهد بر طرف دیگر تحمیل کند. برآیند سخن آن که هیچ یک از شاخص‌های مذکور به تنهایی برای متقاعد کردن دادرس در تحقق غیرمنصفانه بودن شکلی قرارداد و نابرابری در قدرت چانه‌زنی طرفین، نمی‌تواند تعیین‌کننده باشد؛ هر چند می‌تواند در کنار سایر موارد، قاضی را به درکی کلی از موضوع هدایت کرده و در واقع وی را به شهودی قضایی در نابرابری طرفین برساند. وجود تمام این شروط و یا تحقق هر یک، به تنهایی برای غیرمنصفانه بودن قرارداد کافی نیست؛ چرا که این امکان وجود دارد که هر یک از این شروط به تنهایی و یا به همراه موارد دیگر وجود داشته باشد، اما معامله واقعاً غیرمنصفانه نباشد. بنابراین، می‌توان گفت که شاخص‌های یاد شده شرط لازم هستند، اما کافی نمی‌باشند. از آنجا که تحقق تمامی این شاخص‌ها، نه ضروری است و نه امکان‌پذیر، سخن نهایی این است که هر یک از این شاخص‌ها یا ترکیبی از آن‌ها، چنانچه از نظر قاضی برای احراز غیرمنصفانه بودن شکلی کافی باشد و وی را قانع کند، کفایت می‌کند. آنچه در نهایت تعیین‌کننده است، اقتناع وجدان قاضی است؛ اعم از این که با یک معیار و یا چند معیار به آن، نایل شود.

۲-۳. غیرمنصفانه بودن ماهوی^۱

در این قسمت ابتدا لازم است مفهوم غیرمنصفانه بودن ماهوی و سپس مؤلفه‌های آن بررسی می‌شود.

۱-۲-۳. مفهوم غیرمنصفانه بودن ماهوی

غیرمنصفانه بودن ماهوی را مشتمل بر شروطی دانسته‌اند که بسیار غیرعادلانه هستند (Beatson, 2010: 375). این نوع از غیرمنصفانه بودن، ناظر بر نتایج حاصل از قرارداد برای طرفین است و برای تشخیص آن، قرارداد از حیث محتوا بررسی می‌شود تا مشخص شود که آیا به اندازه‌ای یک‌طرفه هست که گزاف و غیرمنصفانه نامیده شود یا آن‌که چنین نیست؟ از آنجا که این معیار، مستلزم بررسی ماهوی قرارداد است، غیرمنصفانه بودن ماهوی نامیده شده است. فرض بر این است که هرگاه

1. Substantive Unconscionability.

قرارداد از حیث نتایج غیرمنصفانه و گزاف باشد، از حیث شکلی نیز غیرمنصفانه است؛ چرا که هیچ فرد متعادلی، زمانی که توان چانه‌زنی برابری با طرف دیگر دارد، تن به قراردادی نمی‌دهد که حقوق و تعهدات ناشی از آن تعادل نسبی نداشته باشد. معنای این سخن آن است که وجود نابرابری ماهوی، ما را از بررسی شکلی بی‌نیاز و آن را مفروض می‌کند.

۲-۲-۳. مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن ماهوی

پرسش اصلی در غیرمنصفانه بودن ماهوی این است که چه چیزی سبب می‌شود که قرارداد، غیرمنصفانه تلقی شود؟ آیا تعادل عوضین معیار صحیحی برای تشخیص آن است؟ اگر تعادل عوضین معیار است، این تعادل در چه وضعیتی محاسبه می‌شود؟ آیا سود حاصل از قرارداد، هر چند از نظر ظاهری به حساب نیاید، مورد توجه قرار می‌گیرد یا این که منحصراً آن چه مبادله می‌شود، معیار سنجش است؟ به طور قطع یکی از معیارهای غیرمنصفانه بودن ماهوی، عدم تعادل بین حقوق و تعهدات طرفین است. ماده‌ی ۸-۹ قانون رفتارهای تجاری استرالیا مصوب ۱۹۷۴^۱ در مقام بیان رفتارهای غیرمنصفانه، این گونه مقرر می‌کند: «یک طرف به طور غیرمنصفانه‌ای از معامله سود برد و این سودمندی به زیان طرف دیگر قرارداد باشد». در ماده‌ی ۱۰۹-۴ اصول قراردادهای اروپایی نیز یکی از معیارهای غیرمتعارف بودن ماهوی، وجود نفع گزاف برای یک طرف قرارداد دانسته شده است. اما به این پرسش که معیارهای گزاف بودن یا عدم تعادل در چیست، پاسخی ارائه نشده است. به همین دلیل در این قسمت شاخص‌های غیرمنصفانه بودن ماهوی قرارداد، بررسی می‌شود.

۱-۲-۲-۳. تعادل دو عوض، بررسی و حدود تعادل آن

کارکرد اصلی بازار، کسب سود و منفعت است. اگر بازار کسب و کار به افزایش سرمایه و انباشت آن منجر نشود، رونقی نخواهد یافت و یا اصولاً تشکیل نخواهد شد. به همین دلیل کسب سود را نمی‌توان از بازار تفکیک نمود. آن چه در بازار برای تجار واجد اهمیت است، سود بیشتر است. «اصولاً مشتریان برای تجار و فروشندگان آن

1. Trade Practice Act 1974.

قدر اهمیت ندارند که به نیازها و منافع آنان توجه نمایند» (Willet, 2007: 385). به دیگر سخن، مشتری در تأمین منافع خود از طریق قدرت چانه‌زنی در محدودیت شدیدی به سر می‌برد. آنچه در این قسمت مدنظر است، توجه به کارکرد بازار و حمایت از طرف ضعیف قرارداد به طور هم‌زمان است. یعنی چگونه می‌توان با حفظ کارکرد اصلی اقتصاد مبتنی بر بازار، سخن از تعادل دو عوض و تأمین برابر منافع دو طرف به میان آورد؟

با توجه به آنچه گفته شد، برابری کامل عوضین در اقتصاد بازار، نه ممکن است و نه منصفانه؛ زیرا، چنین بازاری شکل نخواهد گرفت یا نخواهد پایید. مقصود این است که تعادل نسبی در قراردادها برقرار شود؛ به نحوی که بتوان گفت نه بر فروشنده آن قدر فشار می‌آید که کسب و کار برای او بی‌اهمیت شود و نه بر خریدار اجحاف تحمیل‌ناپذیری روا داشته می‌شود، بلکه هم‌زمان منفعت هر دو طرف تأمین می‌شود. پرسش این است که چه عواملی می‌تواند در جهت تأمین متناسب این منافع تأثیرگذار باشد؟ آیا در این جهت باید صرفاً به قیمت‌ها توجه کرد و عوامل دیگری را که موجب افزایش یا کاهش مسؤولیت‌ها می‌شود، نادیده انگاشت؟ در حقیقت، پرسش اساسی این است که برابری تقریبی منفعت را چگونه باید سنجید؟ چگونه می‌توان سود حاصل از قرارداد را برای طرف قوی با سود حاصله از همان قرارداد برای طرف ضعیف‌تر مقایسه کرد؟ در پاسخ باید گفت، هر چند اقتصاددانان معتقدند از حیث نظری هر آنچه در قرارداد وجود دارد، تنها در قیمت خلاصه می‌شود و هرگونه مسؤولیت اضافی و تحمیلی به یک طرف و یا معافیت و سلب مسؤولیت هر چند اتفاقی یا تصادفی، در محاسبه‌ی قیمت بازار تأثیری ندارد (رضایی، ۱۳۷۱: ۷۸)؛ اما این نظریه مادی‌گرایانه است؛ چراکه یکی از عوامل مؤثر در قیمت، میزان ریسک تحمیل‌شده بر طرفین قرارداد است. از طرفی وضعیت حاکم بر بازار نیز از جمله شرایط تعیین‌کننده‌ی قیمت است که نادیده گرفتن این مؤلفه از تأثیرگذاری آن در قیمت کالا و خدمات نمی‌کاهد. به همین دلیل اگر به موجب شرط، تضمین‌های طرف ضعیف کاهش یابد، اما در مقابل، او به همین دلیل هزینه‌ی کمتری بپردازد، کاهش هزینه در مقابل شروط از بین‌برنده یا کاهش دهنده‌ی تضمین، موجب نابرابری نیست و صرف این‌که شرط مذکور با شروط رایج در بازار متفاوت است، دلیل مناسبی برای

دخالت در قراردادها نیست (Beal, 1986: 3).

با توجه به آنچه گفته شد، در خصوص غیرمنصفانه بودن قرارداد به دلیل نابرابری عوضین، باید به موضوعات زیر توجه داشت:

اولاً، در تشخیص غیرمنصفانه بودن، توجه به قیمت کافی نیست، بلکه هزینه‌ی پرداخت شده‌ی یک طرف باید با مجموع کالاها و خدماتی که از طرف دیگر دریافت می‌کند و ریسک‌های احتمالی مقایسه شود؛ برای مثال، تولیدکننده‌ی خودرو که خودروی تولیدی خود را با ضمانت‌نامه‌های مالی و جانی و نیز بدنه‌ی ماشین ارائه می‌کند، حتی اگر آن را بالاتر از قیمت متعارف به فروش برساند، نمی‌توان گفت قیمت قراردادی خودرو گزاف و غیرمنصفانه است. هرچه زمان این تضمین بیشتر باشد، تفاوت قیمت نیز بیشتر خواهد بود. هرچند تصور کاربرد و نتیجه‌ی مفید این شروط پرهزینه، پیش از وقوع حادثه، دشوار و از این جهت محاسبه‌ی آن در قیمت واقعی چندان آسان نیست، اما پس از وقوع حادثه، به سادگی قابل درک است.

ثانیاً، نکته‌ای که در خصوص شروط غیرمنصفانه قراردادی مطرح می‌شود، این است که رویکردها غالباً مشتری‌محور است. بدین معنی که در بیشتر موارد، شروط قراردادی در مقایسه با مخاطرات قراردادی خریدار لحاظ می‌شود؛ در حالی که این وضعیت الزاماً سود چندان را عاید فروشنده نمی‌کند. برای مثال پرونده‌ی ویلیامز علیه شرکت مبلمان واکر توماس (قرارداد اجاره به شرط تملیک لوازم خانگی) را در نظر بگیرید.^۱ از طرفی احتمال بسیار داده می‌شود که خریدار از اجرای تعهدات و پرداخت به موقع اقساط خودداری و یا کوتاهی کند؛ با توجه به این که اجناس خریداری شده به سرعت مستهلک می‌شوند، استرداد آن برای فروشنده متضمن ضرر است؛ زیرا کالای مسترد شده در همان کیفیتی نخواهد بود که در اختیار خریدار قرار گرفته است. در چنین قراردادی اگر فروشنده به فکر سود بیشتر بود، می‌بایست پیش‌قسط و بیعانه‌ی بیشتری دریافت کند. اما او این‌گونه عمل نکرد و تمام این مخاطرات را بر خود تحمیل کرد. با این وجود، دادگاه آن‌ها را در تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قراردادی نادیده گرفت و صرفاً مخاطرات فراروی خریدار را منظور کرد.

1. Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F. 2d 445 (C.A.D.C. 1965); see: (Wertheimer, 1992: 485).

ثالثاً، در سنجش تعادل عوضین نباید صرفاً به تأمین منافع بیشتر برای یک طرف تکیه نمود و قرارداد را به این دلیل که برای یک طرف منافع ظاهری بیشتری دارد و سود ایجاد شده‌اش ملموس‌تر است، غیرمنصفانه دانست؛ زیرا، این معیار هرچند ممکن است در غالب موارد صادق باشد، اما منافع ایجاد شده از قرارداد، با ارزش واقعی و نتایج آن اعم از ظاهری و غیرملموس، سنجیده می‌شود، به همین دلیل حتی ممکن است از نظر ارزش واقعی، طرف ضعیف، منفعت بیشتری را کسب کند. به ویژه اگر منافع را اعم از منافع مثبت کسب شده و ضررهای جلوگیری شده بدانیم؛ چه بسا سود بیشتری نصیب طرف ضعیف شده باشد؛ چرا که ضررهای بیشتری از او دفع شده است. اما حتی این وضعیت سبب نمی‌شود که دادگاه چنین قراردادی را غیرمنصفانه نداند. برای مثال، در عملیات معروف نجات دریایی، هر چند ناخدای کشتی در خطر، بابت یک قطعه طناب هزار دلار پرداخت کرده است، اما در مقابل منافع بسیاری را از این طریق کسب نموده است. چرا که افزون بر نجات جان مسافران و سرنشینان کشتی از صدمات مالی ناشی از غرق شدن کشتی نیز مصون مانده است، در واقع، مبلغ پرداختی توسط ناخدا در مقابل نتیجه به دست آمده، ارزش مقایسه ندارد. با این وجود، دادگاه این قرارداد را غیرمنصفانه تلقی کرده است؛ زیرا معیار دادگاه، مقایسه‌ی منافع واقعی کسب شده برای طرفین نیست. در نتیجه، دشواری قرارداد فقط تابعی از سود حاصله و منافع کسب شده نیست.

رابعاً، اگر معیار عدم تناسب دو عوض را فرارقابتی بودن بدانیم، در بسیاری از پرونده‌هایی که قرارداد غیرمنصفانه تشخیص داده شده است، مانند پرونده‌ی ماکائولی،^۱ این استاندارد وجود ندارد؛ زیرا، با وجود این که شروط قراردادی، غیرمنصفانه دانسته شد، دلیلی وجود ندارد که سود حاصله به جهت فرارقابتی بودن حاصل شده باشد؛ چرا که اگر چنین باشد، باید رقابتی در کسب این سود گزاف بین

1. Schroeder Music Publishing Co Ltd v Macaulay [1974] 1 WLR 1308.

در این پرونده، آقای ماکائولی، که یک آهنگ‌ساز گمنام و جوان بود، قراردادی را به صورت پیش‌نویس با شرکت شرودر منعقد کرد که به موجب آن شرکت یاد شده حق نشر تمام قطعات ساخته شده توسط آهنگ‌ساز را به مدت پنج سال به دست می‌آورد؛ مشروط بر آن که چنانچه آهنگ‌ساز در این مدت بیش از پنج هزار پوند حق تألیف به دست آورد، قرارداد به طور خودکار پنج سال دیگر تمدید شود؛ در مقابل، شرکت شرودر حق داشت هر زمان که بخواهد قرارداد را فسخ کند. در مقام پژوهش خواهی دادگاه رأی بر بطلان قرارداد صادر کرد؛ چرا که، شروط قراردادی به طور غیرمنصفانه‌ای نامتوازن و نامتعادل و نیز به صورت پیش‌نویس بوده و نتیجه‌ی فرآیند چانه‌زنی و مذاکره نبوده است (Wertheimer, 1992: 484).

رقبای تجاری ایجاد گردد و در نتیجه‌ی آن، سودها کاهش یابد. پس چرا این‌گونه نشده است؟ به دیگر سخن اگر فرض کنیم که قراردادهایی از این دست، سبب ایجاد سود سرشار برای یک طرف قرارداد می‌شود، به طور طبیعی باید سبب تشویق بازار برای حرکت به سمت انجام گسترده‌ی چنین قراردادهایی و به دست آوردن سود حاصله از آن‌ها و در نتیجه‌ی رقابت باشد. از آن جا که این‌گونه نشده است، فرارقابتی بودن نمی‌تواند معیاری قطعی برای تشخیص غیرمنصفانه بودن باشد. بنابراین، سود گزاف یا نامتناسب الزاماً به معنای غیرمنصفانه بودن قرارداد تلقی نمی‌شود (Wert-heimer, 1992: 487).

۲-۲-۳. میزان سودمندی قرارداد

هر چند قرارداد، ممکن است برای یک طرف گزاف جلوه کند، اما گاه آن چه در مقابل این قیمت گزاف عاید وی می‌شود، صرف‌نظر از قیمت بالای آن، دارای اهمیت بسیار و یا حتی حیاتی است و چه بسا از نظر مالی نیز متضمن سود بسیار باشد. در این صورت چنانچه تعادل و برابری عوضین، مدنظر قرار گیرد، آن چه پرداخت شده است، بسیار گزاف به نظر می‌رسد. حال اگر فرض کنیم که یک طرف قرارداد از آن سود بسیاری می‌برد، اما طرف ضعیف قرارداد نیز از آن منتفع شده و نیازش برطرف می‌شود، آیا هم‌چنان باید این قرارداد را غیرمنصفانه دانست؟ به دیگر سخن، آیا سودمند بودن قرارداد برای طرفین می‌تواند مانع غیرمنصفانه شناخته شدن قرارداد شود؟ و آیا مفید بودن قرارداد برای طرف ضعیف، سبب منصفانه بودن آن می‌شود؟ طرح یک مثال می‌تواند موضوع را روشن کند. مک‌نامارا (فروشنده‌ی تلویزیون و دستگاه‌های استریو) واگذاری تلویزیون را به صورت اجاره به شرط تملیک، بدون نیاز به هیچ‌گونه سپرده یا اعتبار یا تعهد بلندمدت آگهی کرد. پس از این تبلیغ، کارولین مورفی یک دستگاه گیرنده و یک دستگاه تلویزیون رنگی بیست و پنج اینچ فیلکو را از مک‌نامارا اجاره کرد. مبلغ پرداختی بر اساس قرارداد، عبارت بود از بیست دلار به عنوان هزینه‌ی تحویل و هفتاد و هشت قسط هفتگی شانزده دلاری. بنابراین، مستأجر پس از پرداخت هزار و دویست و شصت و هشت دلار برای دستگاه‌هایی که قیمت واقعی آن، چهارصد و نود و نه دلار بود، مالک آن محسوب می‌شد. پس از

پرداخت چهارصد و سی و شش دلار در طی یک دوره‌ی شش‌ماهه، خانم کارولین مورفی، مقاله‌ای را در یک روزنامه، با موضوع انتقاد از طرح‌های این چنینی خواند. وی از آن پس از پرداخت اقساط خودداری کرد. مک‌نامارا به دلیل تخلف مستأجر از شرایط پرداخت، برای استرداد تلویزیون مذکور تلاش و تهدید کرد که اگر مسترد نشود، وجه التزام را خواهد گرفت. این قرارداد برای فروشنده از نظر قیمت قراردادی سودآوری داشت و مبلغ قابل توجهی عاید وی می‌کرد؛ ضمن آن که برای خریدار نیز شرایط مناسبی در پرداخت فراهم می‌آورد. او می‌توانست کالای نسبتاً گران‌قیمتی را بدون هیچ‌گونه پیش‌پرداخت، سپرده، اعتبار و یا تعهدی، خریداری کند و صرفاً مبلغ قیمت را به صورت هفتگی پرداخت نماید. شرایط این قرارداد برای هر دو طرف سودمندی لازم را داشت. موضوع در دادگاه مطرح شد؛ دادگاه با این استدلال که قرارداد غیرمنصفانه و در نتیجه غیرقابل اجرا است، دادخواست آقای مک‌نامارا را رد کرد؛ زیرا، اولاً، مصرف‌کننده قرارداد را در وضعیتی نابرابر - از نظر قدرت معاملی - منعقد کرده بود و ثانیاً، قرارداد مستلزم پرداخت گزاف و در نتیجه مشمول رفتار ناعادلانه‌ی قراردادی بود. دادگاه در ابطال این قرارداد بر این باور بوده است که به یک طرف قرارداد، اجازه ندهد از طرف دیگر بهره‌برداری کرده و سود ناعادلانه به دست آورد؛ حتی اگر طرفین به ظاهر بر قرارداد توافق کرده باشند و یا حتی برای طرفین به نحو آشکاری، سودمند باشد.^۱ به دیگر سخن، علت ابطال قرارداد توسط دادگاه، توجه به سودمندی قرارداد برای طرفین نبوده است، بلکه ناعادلانه بودن قرارداد، موجب بطلان آن شده است. مبنای حکم دادگاه در بطلان قرارداد، ضرر طرف ضعیف نبوده است، بلکه عدم تعادل سود طرفین و ناعادلانه بودن آن مبنای حکم بطلان قرار گرفته است.

۳-۲-۲-۳. دشواری اجرای شروط قراردادی^۲

یکی از معیارهایی که می‌توان برای تشخیص غیرعادلانه بودن قرارداد از حیث نتیجه برشمرد، میزان دشواری است که طرف ضعیف قرارداد در اجرای تعهدات قراردادی متحمل می‌شود. آن چه در این معیار، مدنظر قرار می‌گیرد، میزان تعهدی

1. Murphy v. McNamara, 38 Conn. Super. 138, 416 A. 2d 170 (1979).

2. Harshness.

است که یک طرف بر دیگری از این جهت تحمیل می‌کند و رفتار نسبتاً سنگین و طاقت‌فرسایی را از او می‌طلبد که در حالت عادی، تحمل آن دشوار است.

تصور کنید فردی نیازمند کار به عنوان سرایدار منزل، قراردادی منعقد می‌کند؛ مشروط بر آن که در طول شبانه روز و در تمام مدت سال و بدون استفاده از مرخصی حتی در ایام تعطیل، انجام وظیفه نماید و نیز هیچ یک از بستگان و دوستان او در منزل محل خدمتش حق رفت‌وآمد نداشته باشند. یا این که فردی به عنوان پرستار کودکی قرارداد می‌بندد، مشروط بر آن که دوستان و بستگان وی هیچ‌گونه رفت و آمدی با وی نداشته باشند. اجرای این شروط برای طرف ضعیف (سرایدار و پرستار) به شدت دشوار است. تردیدی نیست که یکی از عوامل مؤثر در عادلانه بودن قرارداد، تعادل دو عوض با توجه به دشواری اجرای قرارداد توسط طرفی است که بار اصلی اجرای قرارداد، بر عهده‌ی او است. اما هرگاه دشواری قرارداد، با پرداخت اضافه از سوی طرف قوی‌تر همراه باشد، نمی‌توان ادعا کرد که قرارداد به سوی بی‌عدالتی گرایش دارد. مانند آن که اگر صاحب خانه در مقابل این شروط دشوار، مبلغی بیش از حالت عادی پیشنهاد نماید؛ در این صورت، نمی‌توان صرفاً به دلیل دشواری در اجرا، آن را غیرعادلانه پنداشت؛ مگر آن که به گونه‌ای حقوق طرف ضعیف محدود شود که با آزادی‌های اساسی وی در تعارض بوده و سلامت روحی، روانی و جسمانی وی را به مخاطره افکند. در این صورت می‌توان گفت که هیچ‌گونه اضافه پرداختی، آن را جبران نمی‌کند و قرارداد منعقد شده غیرعادلانه است.

نتیجه آن که صرف دشواری اجرای قرارداد، برای غیرمنصفانه بودن کافی نیست؛ بلکه باید عدم تعادل عوضین و نامتناسب بودن آن نیز محقق باشد؛ امری که با ملاحظه‌ی میزان دشواری اجرای قرارداد، سنجیده می‌شود. به هر میزان که دشواری اجرای قرارداد بیشتر باشد، استحقاق طرف ضعیف برای دریافت اجرت، بیشتر خواهد بود. در نتیجه می‌توان گفت که دشواری در اجرای قرارداد به تنهایی برای غیرمنصفانه تلقی شدن قرارداد کافی نیست؛ بلکه غیرمنصفانه بودن مشروط به عدم ملاحظه‌ی این وضعیت در عوض قراردادی است.

۴. انعکاس شاخص‌های غیرمنصفانه بودن در قوانین

در این قسمت انعکاس مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد به ترتیب در اصول حقوق قراردادهای اروپایی و دستورالعمل ۹۳/۱۳ شورای اتحادیه‌ی اروپا و سپس در حقوق ایران، بررسی می‌شود.

۴-۱. معیارهای غیر منصفانه بودن در اصول حقوق قراردادهای

اروپایی^۱

اصول فوق در سال ۲۰۰۱ میلادی توسط مرکز مطالعات حقوق قرارداد اروپا تدوین شد. این اصول دارای هفده فصل است و مزیت‌های بسیاری دارد. از جمله این که برای قانونگذاران داخلی به عنوان نمونه‌ای از پیش‌نوشته شده و در قالب طرح اولیه یا پیش‌نویس قابل استفاده است. برای تجار و طرفین قرارداد نیز نقش «قواعد عمومی قراردادهای فراملی» را ایفا می‌کند. این قانون هم‌چنین به نوعی بیانگر عرف بازرگانی بین‌المللی بوده و دارای قواعد مبتنی بر انصاف و عقل است (حبیبی، ۱۳۸۹: ۱۲).

از ماده‌ی ۱۰۹-۴ این اصول می‌توان نتیجه گرفت که برای غیرعادلانه و غیرمنصفانه تلقی شدن قرارداد، باید سه گروه شرط احراز شود؛ برخی مربوط به طرف ضعیف، گروه دیگر به طرف قوی و قسم اخیر به شروطی مربوط است که مورد مذاکره نبوده‌اند.

۴-۱-۱. معیارهای مربوط به طرف ضعیف

برای طرف ضعیف قرارداد، برخی معیارها به شرح زیر لحاظ شده است:
الف) طرف ضعیف به طرف مقابل اعتماد داشته، یا در نتیجه و تحت تأثیر رابطه‌ای که با وی داشته است، قرارداد منعقد نموده است.
ب) برخی فشارهای اقتصادی یا نیازهای ضروری برای طرف ضعیف متصور است؛ آن‌گونه که وی در نتیجه‌ی این فشارها و یا نیازها، چنین قراردادهای گزافی منعقد کرده است.

1. Principle of European Contract Law (PECL).

ج) طرف ضعیف قرارداد، از نظر شخصیتی نیز بی‌احتیاط، ناآگاه، غیرمغرب و یا فاقد مهارت معاملی و قدرت چانه‌زنی است؛ به نحوی که، ویژگی‌های شخصیتی وی سبب شده است که در انعقاد قرارداد دقت چندانی نداشته باشد.

۲-۴. معیارهای مربوط به طرف قوی

برای طرف قوی قرارداد، نیز معیارهای زیر تبیین شده است:

الف) آگاهی از وضعیت طرف ضعیف یا فرض آگاهی وی؛ به این معنی که طرف قوی از وجود رابطه‌ی مبتنی بر اعتماد و یا وجود اعتماد کامل طرف ضعیف به خود اطلاع داشته، یا این که می‌دانسته است که طرف مقابل در وضعیت اقتصادی نابسامانی است و یا به موضوع قرارداد نیاز اساسی و مبرم دارد؛ به گونه‌ای که حاضر باشد هر شرطی را برای تأمین نیازهای خود بپذیرد یا از ویژگی‌های شخصیتی ضعیف او برای تشخیص سودآوری یا زیان‌دهی قرارداد، مطلع بوده و با علم به این حقایق با طرف ضعیف، قرارداد منعقد کرده است.

ب) به دست آوردن نفع گزاف با بهره‌برداری از موقعیت ضعیف طرف مقابل: صرف وجود ضعف در طرف ضعیف قرارداد (غیرمنصفانه بودن شکلی) و حتی اطلاع طرف قوی از این وضعیت، برای غیرمنصفانه دانستن یک قرارداد و در نتیجه، تعدیل آن توسط دادگاه کافی نیست، بلکه تحقق غیرمنصفانه بودن ماهوی که در نتیجه‌ی قرارداد متبلور می‌شود، نیز ضروری است. چنانچه طرف قوی به رغم اطلاع از وضعیت طرف ضعیف، قراردادی با وی منعقد کند که در آن نفع گزافی نبرد و سود حاصله به طور نسبتاً مساوی تقسیم شده باشد، نمی‌توان به صرف وجود ضعف در طرف مقابل، قرارداد را تعدیل نمود.

برای تحقق غیرمنصفانه بودن، وجود هر یک از سه شرط مربوط به طرف ضعیف کافی است؛ اما الزاماً هر دو شرط مربوط به طرف قوی باید فراهم باشد، با این وجود می‌توان فرض نمود که در صورت وجود نفع گزاف، طرف قوی از وجود ضعف در طرف مقابل آگاه بوده است؛ چرا که فقط در این صورت است که موقعیت سوءاستفاده از آن برای طرف قوی فراهم می‌شود.

۳-۱-۴. شروط غیرمذاکره‌ای

ماده‌ی ۱۱۰-۴ اصول حقوق قراردادهای اروپایی، به شروط غیرمنصفانه‌ای اختصاص دارد که به صورت مستقل و منفرد مورد مذاکره نبوده‌اند. در این ماده، در صورتی شروط مزبور توسط طرف ضعیف قرارداد قابل فسخ دانسته شده است که اولاً، برخلاف حسن‌نیت و رفتار منصفانه باشد؛ ثانیاً، عدم تعادل قابل توجه در حقوق و تکالیف ناشی از قرارداد را برای مشروط‌علیه در پی داشته باشد. برای تشخیص این امر باید تمام شرایط دیگر قرارداد و اوضاع و احوال موجود به هنگام انعقاد آن لحاظ شود.

۲-۴. دستورالعمل ۹۳/۱۳ شورای اتحادیه‌ی اروپا

دستورالعمل شورای اتحادیه‌ی اروپا، یک مقدمه‌ی طولانی، یازده ماده و ضمیمه‌ای نسبتاً طولانی دارد.^۱ برآیند کلی این دستورالعمل که ناظر بر شروط قراردادی غیرمنصفانه با رویکرد حمایت از حقوق مصرف‌کننده است را در دو نکته می‌توان خلاصه کرد.

۱-۲-۴. مؤلفه‌های کلی غیرمنصفانه بودن

براساس ماده‌ی ۳ دستورالعمل شورای اتحادیه‌ی اروپا، «شرطی غیرعادلانه تلقی می‌گردد که موضوع مذاکره‌ی طرفین نباشد، مشروط بر این که خلاف حسن‌نیت و موجب نابرابری فاحش در حقوق و تعهدات طرفین و به ضرر مصرف‌کننده باشد». در بند دوم ماده‌ی ۳ این دستورالعمل، کلیه‌ی قراردادهای و شروطی که به صورت پیش‌نویس تهیه شده و مصرف‌کننده توان اثرگذاری بر مضمون آن‌ها را نداشته باشد، از مصادیق قراردادهایی تلقی شده که مورد مذاکره قرار نگرفته‌اند. در این راستا صرف مورد مذاکره بودن یک شرط خاص، کافی نیست تا تمام قرارداد صحیح تلقی شود؛ بلکه روند کلی قرارداد در جریان مذاکره مورد توجه است. با این وجود، مورد مذاکره نبودن قرارداد به تنهایی برای ابطال آن کافی نیست، بلکه باید هر دو ویژگی اساسی

۱. فعالیت‌های اولیه‌ی تهیه‌ی این دستورالعمل از سال ۱۹۷۵ میلادی آغاز شد، اما از آن جا که کشورهای اروپایی هر یک مقررات متنوعی را در خصوص شروط غیرمنصفانه به تصویب رسانده بودند، روند تصویب این دستورالعمل دچار وقفه شد (Duffy, 1993: 6). سرانجام در پنجم آوریل ۱۹۹۳ میلادی این دستورالعمل به تصویب شورای اتحادیه‌ی اروپا رسید و کشورهای عضو را مکلف کرد حداکثر تا سی و یکم دسامبر ۱۹۹۴ قوانین داخلی خود را در جهت رعایت مقررات این دستورالعمل تصویب نمایند.

دیگر نیز در آن احراز شود تا بتوان آن را غیرعادلانه دانست. به دیگر سخن، باید شرط، موضوع مذاکره نباشد؛ شرط یا قرارداد مخالف حسن‌نیت بوده و اصول انصاف را نقض کند و نیز موجب نابرابری فاحش بین عوضین قرارداد شود.

۲-۴-۲. لیست شروط غیرمنصفانه (لیست سیاه)

نویسندگان این دستورالعمل به خوبی می‌دانستند که دو معیار مخالفت با حسن‌نیت و نابرابری فاحش در عوضین، نمی‌تواند پاسخگوی تمام شبهات و اشکالات احتمالی در روند اجرای این قانون باشد؛ به همین دلیل در بند سوم ماده‌ی ۳ دستورالعمل، فهرستی از شروط را پیش‌بینی کرده‌اند که به صراحت همین بند بیشتر جنبه‌ی تمثیلی دارد و به معنای جامعیت آن نیست. قضات می‌توانند با مقایسه‌ی شروط قرارداد، با شروط مذکور در این فهرست، آن‌ها را از مصادیق شروط اخیر بدانند، شروط مندرج در فهرست ضمیمه‌ی موضوع ماده‌ی ۳ عبارتند از:

اول) شروطی که هدفشان سلب یا محدود کردن مسؤولیت فروشنده‌ی کالا یا عرضه‌کننده‌ی خدمات، در قبال صدمات جسمانی و یا فوت ناشی از فعل یا ترک فعل وی باشد؛

دوم) شروطی که مسؤولیت فروشنده‌ی کالا یا عرضه‌کننده‌ی خدمات را حتی در فرض تخلف از اجرای کلی یا جزیی تعهد و یا کافی نبودن عمل انجام شده، سلب یا محدود کند؛

سوم) قراردادی که مصرف‌کننده را به اجرای تعهدات متعهد کند؛ اما تعهدات فروشنده‌ی کالا یا عرضه‌کننده‌ی خدمات را منوط به اراده و میل شخصی او نماید؛
چهارم) شرطی که به فروشنده حق می‌دهد در صورت فسخ قرارداد توسط خریدار یا دریافت‌کننده‌ی کالا یا خدمات، مبلغ پرداختی توسط او را تصاحب کرده و به وی باز نگرداند، در حالی که چنین حقی برای خریدار یا دریافت‌کننده‌ی خدمات در صورت فسخ قرارداد از سوی فروشنده، منظور نشده باشد؛

پنجم) شرطی که خریدار را در صورت عدم انجام متعهد، به پرداخت خسارتی گزاف و فاحش الزام نماید؛

ششم) شرطی که صرفاً برای فروشنده‌ی کالا یا عرضه‌کننده‌ی خدمات، حق

فسخ قرارداد را اعطا کند؛ اما چنین حقی برای خریدار یا دریافت کننده خدمات منظور ننماید؛ یا شرطی که به فروشنده حق دهد در صورت فسخ قرارداد، مبالغ پرداخت شده توسط خریدار را حتی بابت خدماتی که هنوز انجام نداده است یا کالایی که هنوز تسلیم نکرده است، تصاحب نماید.

هفتم) شرطی که به فروشنده کالا یا عرضه کننده خدمات، حق فسخ قرارداد را برای زمانی نامحدود اعطا کند؛ بدون آن که از قبل اخطاریه‌ی قابل قبولی را ارسال کند، مگر آن که دلایل قابل توجهی برای این امر وجود داشته باشد. به استناد قسمت «الف» بند دوم جدول ضمیمه، این موضوع شامل شروطی نمی‌شود که در قراردادهای خدمات مالی گنجانده می‌شود و به ارائه کننده خدمات مالی حق فسخ یک‌جانبه‌ی قرارداد را در صورت وجود دلیل موجه اعطا می‌کند؛ هر چند زمان آن نامشخص باشد. مشروط بر این که ارائه کننده خدمات، بلافاصله پس از فسخ قرارداد، تمام طرف‌های دیگر قرارداد را از فسخ خود آگاه نماید.

هشتم) شرطی که بدون درخواست مصرف کننده، حق تمدید خودکار قرارداد را به فروشنده کالا یا عرضه کننده خدمات اعطا می‌کند و یا حتی در فرضی که برای خریدار کالا و یا دریافت کننده خدمات، زمانی را برای درخواست تمدید در نظر گیرد، این زمان به حدی کوتاه باشد که غیرمنصفانه به نظر برسد.

نهم) شرطی که مصرف کننده را به صورت قطعی، متعهد به تعهداتی می‌کند که فرصت واقعی برای آشنایی با آن‌ها پیش از انعقاد قرارداد وجود نداشته است.

به استناد قسمت «ب» بند دوم جدول ضمیمه، این موضوع شامل آن قسم از قراردادهای ارائه خدمات مالی نمی‌شود، که در آن‌ها در صورت وجود دلیل موجه، حق تغییر نرخ سود قابل پرداخت توسط مصرف کننده یا سایر هزینه‌های خدمات مالی، به ارائه کننده خدمات مالی داده می‌شود. مشروط بر آن که ارائه کننده خدمات مالی ملزم باشد طرف‌های دیگر قرارداد را در اسرع وقت از تغییر نرخ سود قابل پرداخت یا سایر هزینه‌ها مطلع کند و این حق برای طرف‌های دیگر قرارداد نیز محفوظ باشد که قرارداد را در اسرع وقت منحل نمایند. در واقع، هر چند حق تغییر نرخ سود در صورتی که دلیل موجهی برای آن وجود داشته باشد در قراردادهای ارائه خدمات مالی صحیح است، اما صحت آن منوط بر این است که حق فسخ قرارداد

در صورت تحقق چنین امری به طرف‌های دیگر قرارداد نیز داده شود. هم‌چنین این بند شامل شروطی است که به فروشنده‌ی کالا یا ارائه‌کننده‌ی خدمات، حق تغییر یک‌جانبه‌ی شروط قراردادی را حتی در صورتی که زمان آن نامشخص باشد، اعطا می‌نماید؛ مشروط بر این که فروشنده ملزم به مطلع کردن مصرف‌کننده با اخطار معقول باشد و مصرف‌کننده نیز در صورت تحقق آن، حق فسخ قرارداد را داشته باشد. دهم) شرطی که به فروشنده‌ی کالا یا عرضه‌کننده‌ی خدمات حق تغییر شرایط قراردادی را به صورت یک‌جانبه و بدون هیچ‌گونه دلیل معتبری که در قرارداد به آن اشاره شده باشد، اعطا می‌نماید؛ در واقع، فروشنده حق خواهد داشت که بدون آن که در قرارداد دلایل موجهی برای آن ذکر شده باشد، شروط قراردادی را به صورت یک‌جانبه تغییر دهد.

یازدهم) شرطی که به فروشنده‌ی کالا یا عرضه‌کننده‌ی خدمات، حق بدهد که اوصاف و ویژگی‌های کیفی موضوع قرارداد را که در قرارداد تعیین شده است، تغییر داده و کالا یا خدمات را با کیفیتی که خود تعیین می‌کند، عرضه نماید. به استناد قسمت «د» بند دوم همین جدول، شروطی که تعیین قیمت را بر اساس شاخص‌های قانونی اعلام می‌کند، مشمول این حکم نمی‌شود؛ مشروط بر این که نحوه‌ی تغییر قیمت در شاخص‌ها به صراحت توصیف شده باشد.

دوازدهم) شرطی که براساس آن قیمت کالا یا خدمات در زمان قرارداد مشخص نبوده و به هنگام تحویل آن مشخص شود. یا اگر هم در زمان انعقاد قرارداد قیمت مشخص شود، فروشنده‌ی کالا یا عرضه‌کننده‌ی خدمات حق داشته باشد که قیمت را در زمان تحویل افزایش دهد، بدون آن که در صورت فاحش بودن اختلاف قیمت مورد توافق با قیمت تعیین شده توسط فروشنده حق فسخ قرارداد را به خریدار یا دریافت‌کننده‌ی خدمات بدهد.

سیزدهم) شرطی که به فروشنده یا عرضه‌کننده‌ی کالا یا خدمات اختیار انطباق و یا عدم انطباق کالا یا خدمت ارائه شده را با شروط قراردادی اعطا می‌نماید و یا آن که حق انحصاری تغییر هر یک از شرط قرارداد را به فروشنده‌ی کالا یا عرضه‌کننده‌ی خدمات اعطا می‌کند.

چهاردهم) شرطی که تعهدات ارائه‌کننده‌ی خدمات را در قبال آنچه

کارگزارانش پذیرفته‌اند، محدود یا مشروط نماید.

پانزدهم) شرطی که مصرف‌کننده را به انجام تعهدات خود ملزم می‌نماید، حتی در فرضی که هنوز فروشنده‌ی کالا یا ارائه‌کننده‌ی خدمات به تعهدات خود عمل نکرده است.

شانزدهم) شرطی که به فروشنده کالا یا ارائه‌کننده‌ی خدمات، حق انتقال تعهدات و حقوق قراردادی خود را به دیگری بدون موافقت مصرف‌کننده اعطا می‌کند، مشروط بر آن که به کاهش تضمین‌های مصرف‌کننده بینجامد.

هفدهم) شرطی که موجب محروم کردن مصرف‌کننده از توسل به اقدامات قانونی و یا راهکارهای قانونی دیگر می‌شود؛ به ویژه اگر موجب شود مصرف‌کننده فقط حق داشته باشد دعوا را نزد داور مطرح کند که به دلیل فقدان شرایط داور، مشمول قانون داور نیست؛ یا این که شرط موجب محدود کردن حق استناد مصرف‌کننده به مدارک و مستندات در اختیار او شود و یا در فرضی که تکلیف اثبات ادعا با طرف مقابل مصرف‌کننده است، این تکلیف در نتیجه‌ی شرط بر عهده‌ی مصرف‌کننده قرار گیرد.

به موجب قسمت «ج» بند دوم جدول، قسمت‌های هفتم (شرطی که حق فسخ قرارداد را به طور نامحدود و بدون اخطار قبلی، جز در مواردی که دلیل موجهی وجود داشته باشد، به فروشنده می‌دهد)، نهم (شرطی که به فروشنده حق تغییر شروط قراردادی را بدون دلیل موجه به صورت یک‌جانبه اعطا می‌کند) و یازدهم (شرطی که براساس آن قیمت کالا در زمان تحویل مشخص شود. یا فروشنده حق افزایش آن را به هنگام تحویل داشته باشد، بدون این که مصرف‌کننده حق فسخ قرارداد را در صورت افزایش قیمت داشته باشد)، شامل معاملات زیر نمی‌شوند:

نخست، معاملات اوراق بهادار قابل انتقال، اسناد مالی و محصولات و خدمات دیگری که قیمت آن‌ها به نوسانات نرخ سهام در بازار بورس، شاخص یا نرخ بازار وابسته است و کنترل آن‌ها در اختیار فروشنده یا ارائه‌کننده‌ی خدمت نیست.

دیگر، قراردادهای خرید و فروش ارز خارجی، چک‌های مسافرتی و یا سفارش تهیه‌ی پول‌های خارجی که ارز شمرده می‌شوند.^۱

۱. همانند چک‌پول‌های رایج در ایران که در داخل پول محسوب می‌شود ولی در خارج به عنوان ارز شناخته نمی‌شود.

به رغم آن که تلاش شده است در جدول مذکور تمام شروطی که به نظر ظالمانه می‌رسد، آورده شود، اما شروط موضوع ماده‌ی ۳ صرفاً در جهت ارائه‌ی شاخص‌ها اعلام و فاقد جنبه‌ی حصری دانسته شده‌اند؛ بر این اساس قضات می‌توانند با اخذ ملاک از آن‌ها، شروط دیگر را نیز مشمول ماده‌ی ۳ این دستورالعمل تلقی و آن‌ها را باطل اعلام کنند. با این وجود می‌توان نتیجه گرفت که این دستورالعمل با ارائه‌ی شاخص‌های کلی در ماده‌ی ۳ و ارائه‌ی لیستی نسبتاً جامع در جدول ضمیمه، در جهت شناساندن مفهوم غیرمنصفانه بودن قرارداد تلاش مؤثری نموده است؛ امری که می‌تواند به قضات در اتخاذ تصمیم کمک شایانی نموده و تا حد زیادی آنان را از سردرگمی و اتخاذ تصمیم‌های ناصحیح، دور کند و راه را برای اعمال نظرهای شخصی و سلیقه‌ای و احیاناً تعدی‌های عالمانه و عامدانه به حریم خصوصی قراردادی افراد، مسدود نماید.

۳-۴. حقوق ایران

عنوان و مفهوم قراردادهای غیرعادلانه در حقوق ایران از پیشینه‌ی چندانی برخوردار نیست؛ اما موضوع ضرورت تعادل عوضین در قرارداد و حمایت از طرفی که تعادل به ضرر او بر هم خورده است، تاریخی به درازای حقوق اسلامی دارد. خیار غبن که از مصادیق ضرورت ایجاد تعادل قراردادی در حقوق ایران است، ناظر بر مواردی است که این تعادل آسیب دیده است و زیان‌دیده نیز از موضوع آگاه نبوده است. با این وجود رسوخ نظریه‌ی نوین غیرعادلانه بودن قراردادها در حقوق ایران به سال ۱۳۴۳ شمسی باز می‌گردد که قانون‌دریایی ایران به تصویب کمیسیون مشترک مجلسین وقت ایران رسید. در این قانون به طور رسمی با حمایت از طرف ضعیف قرارداد در موضوعی خاص، حق تعدیل یا ابطال قرارداد برای دادگاه پیش‌بینی شده است. به شرح زیر برخی مواد قانونی و احکام قابل استناد برای نظریه‌ی غیرمنصفانه بودن قرارداد در حقوق ایران، بررسی می‌شود.

۱-۳-۴. قانون مدنی «خیار غبن»

همان‌گونه که پیشتر نیز گفته شد، قانونگذار ایران با تبعیت از آراء فقهای

امامیه، خیار غبن را به عنوان یکی از موارد فسخ قرارداد در نتیجه‌ی بر هم خوردن تعادل عوضین، به رسمیت شناخته است.

قانونگذار ایران از یک سوی، در مواد ۴۱۶ و ۴۱۷ قانون مدنی، به آگاهی مغبون از قیمت موضوع معامله و از سوی دیگر به برابری و تعادل عوضین توجه نموده است.

نکته‌ی قابل ذکر در خصوص نابرابری فاحش عوضین در این است که معیار سنجش این نابرابری زمان انعقاد قرارداد است. یعنی باید این برابری به هنگام تراضی ارزیابی شود. واقعیت این است که هیچ کس از آینده آگاه نیست؛ هر کس توقع دارد که روند حرکت آینده به سود او ختم شود. مالی را که خریده است، افزایش قیمت پیدا کند و حس زیاده‌خواهی وی بیشتر تأمین گردد؛ هرچند قانونگذار ایران از این حکم در قانون مدنی ایران غفلت نموده است، اما آنچه از مجموع نظرات فقها استنباط می‌شود، این است که غبن در زمان معامله قابل محاسبه است (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۳: ۴۲؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۲: ۷۵؛ مامقانی، ۱۳۴۴: ۲۲۵).

دیگر این که یکی از شرایط تحقق غبن، عدم اطلاع مغبون از قیمت واقعی عوض است. این مبنا در قانون مدنی مورد توجه قرار گرفته است؛ به موجب ماده‌ی ۴۱۸ این قانون: «اگر مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادلانه بوده است خیار فسخ نخواهد داشت». مشهور نظریه‌ی فقهای امامیه نیز همین است (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۳: ۴۲؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۲: ۶۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱). اگر مبنای خیار غبن، یا یکی از مبانی آن، جلوگیری از ضرر وارد بر مغبون تلقی شود (قاعدگی لاضرر)، اطلاع مغبون از قیمت واقعی مبیع، می‌تواند جایگاه خیار غبن را به دلیل وجود قاعده‌ی اقدام، سست و قاعده‌ی اخیر را بر آن حاکم نماید.

ماده‌ی ۴۱۸ مذکور که اطلاع از تفاوت فاحش را موجب عدم تحقق خیار غبن می‌داند، نشانگر نفوذ و تأثیر نظریه‌ی شخصی بودن معیار غبن در حقوق ایران است؛ این امر یادگار تأثیر نظریه‌ی فقهای امامیه است که غبن را از عیوب تراضی می‌دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۵: ۲۰۷).^۱

۱. بنگرید به: (حلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۰ به بعد و انصاری، ۱۴۱۵، ج ۲: ۱۶۶ به بعد).

۲-۳-۴. قانون دریایی ایران

یکی از قوانین شاخصی که می‌توان در آن، نفوذ نظریه‌ی غیرمنصفانه بودن را در حقوق ایران به صراحت به نظاره نشست، قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ است که ترجمه‌ای از قانون دریایی فرانسه می‌باشد.

ماده‌ی ۱۷۸ این قانون، در تعیین معیار اجرت عملیات نجات دریایی، نخستین مبنا را قرارداد طرفین می‌داند؛ هرگاه به هر دلیلی قراردادی منعقد نشده باشد، مبلغ اجرت نجات‌دهنده یا عوامل نجات، توسط دادگاه تعیین خواهد شد. در ماده‌ی ۱۷۹ این قانون نیز آمده است: «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل یا تغییر داده شود. در کلیه موارد، چنانچه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله یا خدعه یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد به نسبت خدمت انجام یافته، فوق‌العاده زیاد یا کم است، دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین، قرارداد را تغییر داده یا بطلان آن را اعلام نماید.»

با تحلیل ماده‌ی فوق درمی‌یابیم که برای دخالت دادگاه در قرارداد نجات دریایی، لازم است قرارداد غیرعادلانه تشخیص داده شود؛ چنین تشخیصی منوط بر آن است که اولاً، قرارداد حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده باشد؛ ثانیاً، رضایت یکی از طرفین در نتیجه‌ی خدعه و یا اغفال جلب شده باشد؛ ثالثاً، عدم تعادل عوضین قرارداد گزاف باشد و رابعاً، این شرایط از سوی دادگاه احراز شود.

۳-۳-۴. قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی

جمهوری اسلامی ایران

بدون تردید، یکی دیگر از منابع قانونی قابل توجه در خصوص قراردادهای غیرمنصفانه در حقوق ایران، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. قسمت «ط» ماده‌ی ۴۵ این قانون، یکی از مصادیق رفتارهای ضدرقابتی موضوع این ماده را سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط اعلام کرده است. موضوعی که تا قبل از آن صرفاً در قوانین غربی، با عنوان «قدرت نابرابر

چانه‌زنی یا معاملی»، مطرح بوده است. در این بخش از ماده، شش مصداق برای سوءاستفاده از این موقعیت مسلط و برتر، احصا شده است که یکی از آنها تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه است.

۴-۳-۴. قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸

در بند ۵-۱ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸، یکی از مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد، تحمیل شروط غیرعادلانه اعلام و به عنوان «تبانی» معرفی و به موجب ماده‌ی ۸ همین قانون واجد وصف مجرمانه دانسته شده است.

به رغم آنچه گفته شد و با وجود آن که در برخی قانونگذاری‌های اخیر به طور پراکنده رگه‌هایی از نفوذ نظریه‌ی غیرمنصفانه بودن قرارداد به قوانین داخلی ملاحظه می‌شود، در هیچ یک از این قوانین، مؤلفه‌های غیرمنصفانه یا غیرعادلانه بودن مطرح و تبیین نشده است.

۱. «هرگونه سازش و مواضعه بین عرضه‌کنندگان کالا و خدمات، به منظور افزایش قیمت یا کاهش کیفیت یا محدود نمودن تولید یا عرضه کالا و خدمات یا تحمیل شرایط غیرعادلانه بر اساس عرف در معاملات».

برآمد

به‌رغم پیشینه‌ی طولانی نظریه‌ی غیرمنصفانه بودن قرارداد، این نظریه آن‌چنان که باید از شفافیت لازم مفهومی و مصداقی برخوردار نیست. در نظام حقوقی آمریکا با ارائه‌ی نظریه‌ی کلی غیرمنصفانه بودن قرارداد، آن‌چنان به قضات اختیار داده شده است که به تشخیص خود می‌توانند هر قراردادی را که دارای ویژگی مغایرت با انصاف می‌دانند، ابطال یا تعدیل نمایند. این رویکرد به دلیل توسعه‌ی بیش از حد اختیار قضات و ترس از سوءاستفاده از آن چندان مورد استقبال قرار نگرفته است. به همین دلیل در حقوق کشورهای اروپایی تلاش شده است با تعیین دقیق مفهوم و شماره کردن برخی مصداق، حوزه‌ی دخالت در قراردادها و اختیارات قضات در این خصوص کاهش یابد و موارد لزوم دخالت دولت برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد نیز به صراحت مشخص شود.

در نظام حقوقی ایران ابهامات بسیاری در خصوص اعمال نظریه‌ی غیرمنصفانه بودن قرارداد و آثار آن وجود دارد. از یک سوی پذیرش این نظریه آن‌گونه که در حقوق آمریکا مطرح است، به دلیل اعطای اختیار گسترده به محاکم قابل قبول نیست و از سوی دیگر مانند حقوق کشورهای اروپایی نظام جامعی وجود ندارد؛ آنچه در قوانین مختلف و پراکنده آمده است یا همانند خیار غبن آنقدر ناکافی و غیرشامل است که غالب موارد قراردادهای غیرمنصفانه را پوشش نمی‌دهد؛ و یا همانند قانون دریایی ایران به حدی جزئی و ناظر بر موارد خاص است که نمی‌توان از آن قاعده‌ای کلی را استخراج نمود.

بر این اساس قانونگذار ایران باید با تعیین مفهوم دقیق غیرمنصفانه بودن قرارداد، ضوابط و مؤلفه‌ها و مصداق مسلم و بارز آن را، به صورت واضح در اختیار قضات قرار دهد.

فهرست منابع

الف: فارسی

- ۱- آریان پور کاشانی، منوچهر، *فرهنگ انگلیسی-فارسی*، جلد ششم، چاپ اول، تهران، جهان رایانه، ۱۳۸۰.
- ۲- آقایی، بهمن، *فرهنگ حقوقی بهمن، انگلیسی-فارسی*، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- ۳- حبیبی درگاه، بهنام، *اصول حقوق قرارداد اروپا*، چاپ اول، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۹.
- ۴- رضایی میرقاید، محسن، *تئوری ارزش و قیمت*، تهران، چاپ اول، امیرکبیر، ۱۳۷۱.
- ۵- شیروی، عبدالحسین، *حقوق تطبیقی*، چاپ پنجم، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۸۵.
- ۶- شیروی، عبدالحسین، «*نظریه غیر منصفانه بودن و خلاف وجدان بودن شروط قرارداد در حقوق کامن لا با تأکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا*»، مجله‌ی مجتمع آموزش عالی قم، سال چهارم، شماره‌ی چهاردهم، پاییز ۱۳۸۱.
- ۷- کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰.
- ۸- کریمی، عباس، «*شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها*»، مجله‌ی پژوهش‌های حقوقی، سال اول، شماره‌ی اول، مؤسسه‌ی مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۶۲.

ب: عربی

- ۱- انصاری، مرتضی، *کتاب المکاسب*، جلد دوم، بیروت، لبنان، منشورات مؤسسه الاعلمی، ۱۴۱۵ هـ.ق.
- ۲- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه حلی)، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، محقق / مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، جلد دوم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم، ۱۴۱۳ هـ.ق.

- ۳- حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (محقق حلی)، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، محقق / مصحح: عبدالحسین محمد علی بقال، جلد دوم، چاپ دوم، قم، مؤسسه‌ی اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ.ق.
- ۴- مامقانی، عبدالله، *مناهج المتقین*، نجف، چاپ انتشارات مرتضویه، ۱۳۴۴.
- ۵- نجفی، محمدحسن، *جواهرالکلام*، تحقیق: شیخ علی آخوندی، جلد بیست و سوم، دارالکتب الاسلامیه، چاپ هشتم، ۱۳۶۵.

ج: انگلیسی

- 1- Allan, Farnsworth, *Development in Contract Law during the 1980's: the Top Ten*, Case Western Reserve University, Vol. 42, 3rd edition, 2004.
- 2- Beal, Hugh, *Inequality of Bargaining Power*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 6, no. 1, 1989.
- 3- Beatson, J., *Anson's Law of Contract*, 29th Coalition, Oxford University Press, Cambridge, 2010.
- 4- Black, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, Thomson/West, 2004.
- 5- Cicoria, Cristiana, *Protection of the Weak Contractual Party in Italy vs. United States Doctrine of Unconscionability*, A Comparative Analysis, 2003.
- 6- Duffy, Pettey, *Unfair Contract Terms and the Draft EC Directive*, Journal of Business Law, 1993.
- 7- Ellinghaus, M.P., *In Defense of Unconscionability*, Yale Law Journal, Vol. 78, 1968.
- 8- Godley, James, *An introduction to the Comparative Study of Private Law, Readings, Cases, Materials*, Arthur Taylor Von Mehren, Cambridge University Press, 2006.
- 9- Kouladis, Nicholas, *Principles of Law Relating to International Trade*, 2006.
- 10- *Oxford Advanced Learners Dictionary*, New York, 2007.

- 11- Rudolph, Kai, *Bargaining Power Effects in Financial Contracting*, A Joint Analysis of Contract Type and Placement Mode Choices, Spring 2006.
- 12- Shapo, Marshall S, *The law of Products Liability*, Vol. 1, CCH Inc, 2001.
- 13- Spencer, Nathan Thal, *The Inequality of Bargaining Power Doctrine: The Problem of Defining Contractual Unfairness*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.8, no. 1, 1988.
- 14- Stone, Richard, *The Modern Law of Contract*, Taylor & Francis, 2009.
- 15- Swenson, Ola, *the Unconscionability Doctrine in Us Contract Law*, Master thesis 30 Credits, Faculty of Law Lund University, 2010.
- 16- Teeven, Kevin M, *A History of the Anglo American Common Law of Contract*, 1st edition, Green Wood Publishing Group, 1990.
- 17- Wertheimer, Alan, *Unconscionability and Contracts*, Business Ethics Quarterly, Vol. 2, No. 4, Oct, 1992.
- 18- Willet, Chris, *Fairness in Consumer Contracts: the Case of Unfair Terms*, Ashgate U.K., 2007.