

بررسی تطبیقی حمایت از طرف ضعیف قرارداد در ایتالیا و «دکترین نامعقول بودن» در ایالات متحده آمریکا^۱

ترجمه و تلخیص: سیدجعفر کاظم پور^۲

چکیده

نابرابری در توزیع اطلاعات به همراه شرایط مربوط به شخص و بازار، ممکن است به نابرابری در توان چانه‌زنی میان طرفین قرارداد بینجامد. به دیگر سخن، در جریان شکل‌گیری قرارداد، ممکن است یک طرف از توان چانه‌زنی برتری نسبت به دیگری برخوردار باشد، ممکن است این امر به صورت شروط قراردادی ناعادلانه یا رفتار گمراه‌کننده مورد بهره‌برداری قرار گیرد. نظام‌های حقوقی متفاوت، راهکارهای مختلفی را برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد، به مفهوم گسترده‌تر مصرف‌کنندگان، در پیش گرفته‌اند. این نوشته بر آن است تا کارآیی و اثربخشی قوانین موضوعه ایتالیا و آمریکا را برای وصول به این هدف، مقایسه کند. این تطبیق مبین اثربخشی ضوابط قانونی ایتالیا در خصوص موضوع است.

۱. این مقاله ترجمه و تلخیص مقاله‌ی زیر است که توسط کریستیان سیکوریا دانشجوی دکتری دانشکده حقوق اقتصاد دانشگاه هامبورگ تدوین شده است.

Cicoria, Cristiana (2003) The Protection of the Weak Contractual Party in Italy vs. United States Doctrine of Unconscionability. A Comparative Analysis, *Global Jurist Advances*: Vol. 3: Iss. 3, Article 2.
<http://www.bepress.com/gi/advances/vol3/iss3/art2>.

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

۱. دیباچه‌ی مترجم

حمایت از طرف ضعیف آرمانی است که عدالت‌خواهان را به تکاپو واداشته است تا به گونه‌ای چتر حمایت خود را بر آنان بگسترانند؛ نظام‌های سیاسی و حقوقی مختلف، حداقل در شعار به دنبال حمایت از اقلیت‌ها هستند که از نظر آنان آسیب‌پذیرند.

از قرن پانزدهم میلادی که نظریه‌ی جدید حمایت از طرف ضعیف قراردادی در کامن‌لا مطرح گردیده است، تاکنون تحولات شگرفی در این راستا شکل گرفته است به گونه‌ای که امروزه کمتر نظام حقوقی و یا کشوری را می‌توان یافت که در این راستا مکانیزم حمایتی خاصی پیش‌بینی نکرده باشد، شکل غالب حمایت قانونی، معمولاً به صورت حمایت از مصرف‌کنندگان است؛ در این قوانین تفسیر مصرف‌کنندگان تا بدان حد گسترده است که تمام افرادی را که به نوعی طرف قرارداد فروشنده یا عرضه‌کننده‌ی کالا یا خدمتی قرار می‌گیرند، پوشش می‌دهد؛ این امر بدین دلیل است که قانون‌گذاران به خوبی دریافته‌اند که نمی‌توان به توانمندی افراد در جامعه اعتماد کامل کرد و هرکس را به اعتبار توانمندی خود، پاسبان حقوقش انگاشت. زیرا، هر چند اصل آزادی اراده، به عنوان یک اصل راهبردی در نظام قراردادی جامعه، قابل قبول و محترم است، اما نمی‌توان زیاده از حد به آن خوش‌بین بود. به همین دلیل با حفظ چارچوب کلی احترام به آزادی اراده در قراردادها، باید راهکارهایی را جستجو کرد تا در فرض ضعیف واقع شدن یک طرف قرارداد با جلوگیری از سوءاستفاده‌ی طرف مقابل، فرد ضعیف را حمایت نمود.

در کامن‌لا برای شناخت مفهوم دقیق ضعف در روابط قراردادی نظریه‌ی غیرمعتوق بودن یا Unconscionability مطرح شده است؛ این دیدگاه که ابتدا در روبه‌ی قضایی انگلستان مطرح شد، در ماده‌ی ۲-۳۰۲ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا به رشد و تکامل رسید. به رغم آن‌که، از همان نقطه‌ی آغازین این تئوری، به دلیل وجود برخی ابهامات در تعیین ماهیت آن، انتقاداتی بر این نظریه وارد شده و گروهی آن را دکترینی مطرود نامیده‌اند، تاکنون جایگاه خود را در نظام‌های حقوقی حفظ کرده و در قانون‌گذاری مدرن نیز گاه به نام و گاه به مبنای آن استناد شده است.

این نظریه با این عنوان در نظام حقوقی ایران چندان مورد اقبال قرار نگرفته است. سال ۱۳۴۳ که قانون دریایی ایران به تصویب کمیسیون مشترک مجلسین وقت رسید، را می‌توان نقطه‌ی آغازی برای شناسایی این نظریه در حقوق ایران دانست؛ به گونه‌ای که، در ماده‌ی ۱۷۹ این قانون، تعبیر غیرمعقول بودن و یا غیرمنصفانه بودن شروط قراردادی مطرح و به تصویب رسید.

امروزه این نظریه مرزهای اولیه‌ی خود را درنور دیده و تقریباً در تمام کشورهای دنیا رسوخ کرده است؛ ترجمه‌ی نوشتار حاضر که به بررسی نفوذ این قاعده در حقوق ایتالیا پرداخته است، در تبیین موضوع برای حقوق‌دانان ایرانی و آمادگی ذهن قضات دادگاه‌ها برای پذیرش تعدیل قراردادهایی که غیرمعقول تشخیص داده می‌شود، مؤثر است. با این وجود باید توجه داشت که رسوخ کامل این نظریه در لایه‌های گاه صخره‌ای حقوق ایران، نیازمند زمانی است که باید برای آن فراهم آید.

۲. درآمد

در اروپا و آمریکا همواره حقوق قراردادهای با «قداست قرارداد» شناخته شده است. بر اساس اصل «آزادی قراردادهای»، قرارداد به اعلام رسمی اراده‌ی طرفین اطلاق می‌شود؛ طرفینی که به طور طبیعی آماده‌ی اجرای توافقیها و معاملات امضا شده هستند. بر این اساس، متعهد خود را به اقدام به نفع طرف دیگر قرارداد ملزم کرده و بدین ترتیب اراده‌ی خود را به تبعیت محض از تعهدات قراردادی‌اش در آینده نشان می‌دهد. در نتیجه، امضای یک قرارداد، تعهد یک طرف به سود دیگری را در پی خواهد داشت؛ تعهدی که بر اعمال و رفتار آینده‌ی او تأثیر می‌گذارد. از این رو ضروری است که متعهد نه تنها کاملاً معنای قرارداد را بداند، بلکه بتواند آزادانه اعلام رضایت کند؛ رضایتی که نتیجه‌ی اتخاذ تصمیم از روی آگاهی است. به دیگر سخن، با انعقاد قرارداد متعهد باید به صراحت، اراده‌ی خود را به طرف دیگر قرارداد اعلام کند؛ این به نوبه‌ی خود به فرآیند چانه‌زنی میان متعهد و متعهدله می‌انجامد.

نخستین قانون‌گذاری اروپایی از این تفکر پیروی کرد؛ یعنی «آزادی قرارداد» به معنای آزادی طرفین قرارداد در بیان اراده‌ی قراردادی خود به صورت مستقل و بدون محدودیت تلقی شد. در نتیجه، فقدان «اراده‌ی آزاد» عیبی دانسته شده است که قادر است قرارداد را باطل و در نتیجه، گسیختن آن را توجیه کند. با این وجود، ظهور قراردادهای استاندارد، ضرورت انجام سریع‌تر و روان‌تر معاملات تجاری، محاکم را به سوی تغییر این تفسیر محدودکننده و الزام‌آور دانستن قرارداد، صرف نظر از ماهیت شروط مورد توافق طرفین، سوق داده است.

بنابراین، بیان شفاف اراده، باید به عنوان پیش‌شرطی برای لازم‌الاجرا بودن و اعتبار قرارداد تلقی شود. در این صورت «آزادی قرارداد» باید به عنوان فرصتی تلقی شود که به طرفین برای اتخاذ یک تصمیم آگاهانه در هنگام انعقاد قرارداد داده شده است. در وضعیتی آرمانی، این تفسیر تلویحاً به معنای برابری تام طرفین قرارداد، از حیث برخورداری از اطلاعات و شرایط مربوط به شخص و بازار است؛ هر چند این موضوع به ویژه غالباً صادق نیست. به خصوص در قراردادهای فروش کالا و به طور کلی‌تر قراردادهای مصرف‌کننده، که خریدار، معمولاً قدرت چانه‌زنی پایین‌تری را نسبت به فروشنده دارا است. نابرابری در برخورداری از اطلاعات، به همراه شرایط

شخصی و اقتصادی ممکن است به «نابرابری در توان چانه‌زنی» میان طرفین قرارداد بینجامد. این اصطلاح نخستین بار توسط قاضی انگلیسی لرد دنینگ، در پرونده‌ی *Lloyd's Bank LTD Vs. Bundy* به کار برده شد.^۱ به عقیده‌ی او «نابرابری در توان چانه‌زنی» میان طرفین قرارداد می‌تواند معلول دلایل مختلفی از جمله فشار روحی، شخصی و اجتماعی، ضعف روانی و به طور کلی، «سودجویی ناعادلانه» باشد. مقصود وی احتمالاً نه تنها عیوب سنتی تراضی مانند اشتباه، تقلب، اکراه و تدلیس را شامل می‌شود، بلکه شرایط واقعی و از پیش موجود اقتصادی و اجتماعی موجود به هنگام امضای قرارداد، علم متقابل از مفاد قرارداد و مشارکت فعالانه‌ی هر دو طرف قرارداد در انعقاد آن را نیز شامل می‌شود. نابرابری شدید بین فروشنده و خریدار، ممکن است فروشنده را به سوءاستفاده از موقعیت برتر اقتصادی و قراردادی خود ترغیب کند؛ افزون بر این، نابرابری در توان چانه‌زنی ممکن است نتیجه‌ی دخالت عوامل خارجی مانند شرایط بازار باشد؛ این امر ممکن است بر یک طرف قرارداد که احتمال استثمار او از سوی طرف مقابل وجود دارد، فشار آورد.^۲ در چنین شرایطی خریدار نمی‌تواند اراده‌اش را آزادانه بیان کند.^۳

نابرابری در توان چانه‌زنی، چالش مهمی در جمع کردن میان آثار اجتماعی

۱. 3A11. E.R.757 (C.A.) [1974]. این پرونده راجع به مردی مسن بود که توسط بانک متقاعد شده بود دیون پسرش را از طریق رهن خانه‌اش ضمانت کند. پسر در شرایط اقتصادی وخیمی بود و پدر که از لحاظ عاطفی متأثر بود، برای کمک به پسرش احساس تکلیف می‌کرد.

2. See: Eisenberg [1992].

۳. لرد دنینگ «دکترین نابرابری در توان چانه‌زنی» فراگیری را پیشنهاد می‌کند که همه‌ی موارد سوءاستفاده از توان برتر چانه‌زنی غیر از اشتباه، اکراه یا تقلب را دربرگیرد. به ویژه وی به تصرف عدوانی کالاها، معاملات غیرمعقول (برای تعریفی از این مفهوم ر.ک: پرونده‌ی *Fry vs Lane* (40ch.D.312[1888]) و اعمال نفوذ ناروا اشاره می‌کند. در دو پرونده‌ی اخیر، اصل عمومی بیان شده توسط لرد چلمسفورد در پرونده‌ی *Tate vs. William* 2 Ch.App.55 [1866] اعمال می‌شود. این اصل مبین آن است که: «هرگاه دو طرف چنان رابطه‌ای داشته باشند که، یکی اعتماد کند و اثر طبیعی آن اعتماد نصیب دیگری شود و این اعتماد مورد سوءاستفاده واقع شود، یا برای حصول منفعت با هزینه‌ی طرف اعتمادکننده اعمال نفوذ شود، شخصی که از موقعیتش چنین سوءاستفاده‌ای می‌کند، اجازه‌ی حفظ آن منفعت را نخواهد داشت، حتی اگر آن معامله بدون وجود آن رابطه‌ی اعتماد هم دشوار نمی‌شد». *Id. at. 61*. علاوه بر این لرد دنینگ، همچنین به قراردادهای فشار ناروا و نجات اشاره می‌کند. برای مورد نخست ر.ک: پرونده‌ی *Williams Vs. Bayley* [1866] L.R.200 و برای دومی ر.ک: پرونده‌ی *Akernlom Vs. Price* 7Q.BD.R9 [1881]. به عقیده‌ی وی «دکترین نابرابری در توان چانه‌زنی» باید برای تمام مصادیقی که شخص «بدون مشاوره‌ی مستقل، وارد قراردادی می‌شود و یا مالی را به بهایی ناچیز منتقل می‌کند، چارجویی کند؛ در این موارد توان چانه‌زنی فرد به طرز ظالمانه‌ای، به دلیل نیازهای شخصی وی یا اعمال فشار از ناحیه‌ی شخص دیگر یا برای منفعت شخص دیگر، لطمه دیده است.» همان پاورقی.

اجرای اصل «آزادی قرارداد» و ضرورت حمایت از خریدار و مصرف‌کننده ایجاد می‌کند؛ چالشی که بسیاری از قراردادها را در برمی‌گیرد. حتی اگر چارچوب نظریه‌ی «آزادی قرارداد» هم بپذیرد که برابری تام میان طرفین قرارداد غیرممکن است، مسأله‌ی اصلی ارائه‌ی اصول حقوقی‌ای است که بتواند گسترش صحیح توافقات قراردادی را کنترل کرده و بدون ایجاد وقفه در جریان پویای اقتصاد بازار، از طرف ضعیف حمایت کند.

۳. حمایت از طرف ضعیف قرارداد: نظام‌های حقوقی مختلف

امروزه، بسیاری از نظام‌های حقوقی، برای حمایت از مصرف‌کنندگان و طرف‌های ضعیف قرارداد، ضوابط خاصی دارند؛ به ویژه، در برخورد با قراردادهای استاندارد، قراردادهای وام مصرفی و فروش اقساطی. در تمامی این موارد، خریدار از تبعات موقعیت چانه‌زنی نابرابر خود رنج می‌برد و ممکن است به سادگی از طریق شروط قراردادی ناعادلانه به استثمار گرفته شود. به مانند ایالات متحده آمریکا، در کشورهای اروپایی، محاکم و نیز قانون‌گذاران این کشورها برای رفع این مشکل و حمایت همزمان از مصرف‌کننده و عملکرد صحیح اقتصاد بازار، قوانین دقیق و محکمی وضع کرده‌اند.^۱

در کشورهای دارای حقوق عرفی، همراه با راهکارهای سنتی اشتباه، تدلیس، اکراه و فشار اقتصادی، «دکترین نامعقول بودن» معرفی شده است، در میان قوانین موضوعه اروپایی قانون مدنی ایتالیا، شروط ظالمانه و رفتار قراردادی گمراه‌کننده را در مواد ۱۳۴۱، ۱۳۴۲ و ۱۴۶۹ مورد توجه قرار داده است؛ این اصطلاحات در سال

۱. برای بحث تخصصی‌تر درباره‌ی این موضوع [۱۹۷۰-۱۹۷۱]. see: Slawson. در میان کشورهای اروپایی، به عنوان مثال، آلمان، مدت‌ها قبل بخش 138 و 157 و BGB242 را اتخاذ نمود که بر تمام قراردادها اعمال شده و مشتمل بر ابزاری معتبر علیه شروط ظالمانه هستند. علاوه بر مواد پیش گفته، بخش ABGB24 صراحتاً به حمایت از مصرف‌کننده و قراردادهای الحاقی می‌پردازد. قصد قانون‌گذار این بوده تا از سوءاستفاده‌ی هر یک از طرفین قرارداد در تنظیم یکجانبه شروط قراردادی، جلوگیری شود. در سوئد، «قانون راجع به ممنوعیت شروط قراردادی غیرمعقول» در سال ۱۹۷۱ تصویب شد. پس از آن در سال ۱۹۹۳ جامعه‌ی اروپایی، دستورالعمل ۱۳/۹۳ درباره‌ی حمایت از مصرف‌کننده در برابر رفتارهای ناعادلانه را تصویب کرد. برخلاف آلمان، ایتالیا اخیراً قوانینش را اصلاح نموده است. در حقیقت با قانون ۵۲/۱۹۹۶ راهکارهای سنتی بخش‌های ۱۳۴۲-۱۳۴۱ قانون مدنی ایتالیا با برخی قوانین خاص جدید، ماده‌ی ۱۴۶۹ که صراحتاً به حمایت از مصرف‌کننده می‌پردازد، همراه شده است.

۱۹۹۶ با پذیرش اصول ابلاغی موضوع دستورالعمل اروپایی ۱۳/۹۳، ناظر بر شروط قراردادی ناعادلانه و حمایت از مصرف‌کننده، صورت گرفت.

تفاوت میان نظام‌های قانون‌گذاری حقوق عرفی و نوشته در این راهکارهای قراردادی متبلور می‌شود. «دکترین نامعقول بودن» از مفهوم اکراه ناشی شد و به ضرورت توسعه و انعطاف بیشتر آن برای رسیدگی به پرونده‌های متعدد ناشی از تحولات بی‌وقفه‌ی اجتماعی و اقتصادی، پاسخ داد. تنوع قراردادهای دادگاه‌ها را بر آن داشت تا برای شمول تمام مصادیق سوءاستفاده از آزادی قراردادی در چانه‌زنی نابرابر راهکاری را پیش‌بینی کنند. اصول عدل و انصاف، معقول بودن و عادلانه بودن هسته‌های اصلی این نظریه را تشکیل می‌دهند؛ این نظریه قضات را قادر می‌سازد بر مشکلات رایج راهکارهای سنتی، غلبه کرده و ابزار ساده‌تری را برای مداخله‌ی حقوقی در اختیار داشته باشند. (See: Eisenberg, op, cit, p.4) در حقیقت، در حالی که مقررات ایتالیا نتیجه‌ی یک فرآیند قانون‌نویسی است، دکترین نامعقول بودن، از نظرات دادگاه‌ها و تجربیات پیشین نشأت می‌گیرد؛ هر چند در سال‌های اخیر این دکترین به بخشی از مقررات متحدالشکل تجاری آمریکا و قوانین ایالتی دیگر تبدیل شده است.

۱-۳. دکترین نامعقول بودن و ماده‌ی ۳۰۲-۲ قانون متحدالشکل

تجاری آمریکا

دکترین نامعقول بودن را باید یکی از مبتکرانه‌ترین و کارآمدترین تدابیر حقوقی در حمایت از طرف ضعیف قرارداد به شمار آورد. چارچوب این دکترین از عرف حقوقی آمریکا نشأت می‌گیرد.

نخستین بار مفهوم اولیه‌ی «چانه‌زنی نامعقول» توسط دادگاه‌ها هر چند به صورت مبهم تشریح شد.^۱ این دکترین بعدها در ماده‌ی ۳۰۲-۲ قانون متحدالشکل

۱. نخستین بار مفهوم نامعقول بودن به صراحت در رأی دادگاه [1948] 17ZF.2d80 3nd Campbell Soup Co Vs. Wentz Circ آورده شد. در این رأی، دادگاه انصاف «چانه‌زنی نامعقول» را «چانه‌زنی نابرابر» عنوان کرد «... به گونه‌ای که از یک سوی هیچ فرد عاقلی آن را انجام نخواهد داد و از سوی دیگر هیچ فرد درستکار عادلانی آن را نخواهد پذیرفت». به طور دقیق‌تر، دادگاه در رأی خود با استمداد از مفهوم «نامعقول بودن»، این‌گونه استدلال کرد: «... طرفی که چنین قرارداد یکجانبه‌ای را پیشنهاد می‌دهد و موفق به اخذ آن می‌شود، حق ندارد به دادگاه بیاورد و از قاضی تقاضای اجرای آن را بنماید. این که انصاف، چانه‌زنی‌های نامعقول را الزام‌آور نمی‌داند، متقن‌تر از آن است که نیازمند استدلال‌های پیچیده باشد». Id. at 84 و استدلال لرد هاردویک در Earl of Chesterfield Vs. Janssen, 1 Atk. 352; 2 Ves.Sen. 125; Wh.8T.L.C. 3rd Ed.

تجاری آمریکا آورده شد و به قاعده‌ای بنیادین در قانون‌گذاری، حمایت از توافقات قراردادی و شروط^۱ تبدیل شد. گسترش روزافزون استفاده از قراردادهای متحدالشکل در برابر قراردادهای مذاکره‌ای در دهه‌ی اخیر، کاربردهای احتمالی این دکترین را افزایش داده است.^۲ این قراردادها عموماً «قراردادهای الحاقی» خوانده می‌شوند، (See: Pakoff, 1983) حقوق قراردادهای عموماً این توافق‌ها را الزام‌آور می‌داند.^۳ به این ترتیب، طرف تهیه‌کننده‌ی پیش‌نویس می‌تواند برای اداره‌ی معامله، قانون خود را وضع کند. چنانچه طرف ملحق‌شونده، موافقت خود را با قرارداد پیش‌نویسه به صورت عمومی اعلام کند، محاکم می‌توانند شروط آن را الزام‌آور تلقی کنند. اعم از آن‌که، طرف ملحق‌شونده آن عبارات را قبول داشته، فهمیده، خوانده، یا درکی از محتوای آن داشته باشد و یا آن‌که چنین نباشد. بر این قانون برخی استثنائات محدود، مانند قابل فهم نبودن، لطمه به نظم عمومی و یا نامعقول بودن شروط مترتب شده است. موضوع اساسی، درک رابطه‌ی میان نامعقول بودن و راهکارهای سنتی است؛

Vol.i.p.483

امروزه، دکترین نامعقول بودن در ایالات متحده بیشتر به عنوان راه‌حلی حاشیه‌ای و هنگامی به کار می‌رود که راهکار دیگری قابل حصول یا موفق نباشد. در برخی پرونده‌ها حتی گرایش به توسعه‌ی موارد کاربرد دکترین ملاحظه می‌شود. به عنوان مثال see: Dillard Vs. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. et al. [1992] F.2d1148 Roscoes vs. Federal Home Loan Mortgage Association & Bank United of Texas FSB [2000] 531 V.S. 8 L7; 121 S.Ct. 76; 148 L.E 2d39. پرونده، طرفین صرفاً به این دلیل که شرط مذکور برای شاکیان مطلوب نبود، ادعای نامعقول بودن شرط مندرج در قرارداد لیزینگ را مطرح کردند، هر چند این شرط توسط آنان به طور کامل پذیرفته شده بود، درباره‌ی کاربردهای گمراه‌کننده‌ی دکترین ر.ک: Schwartz [1997]

۱. ماده‌ی ۳۰۲-۲ در نخستین عبارت بیان می‌دارد: «اگر دادگاه طبق قانون دریابد که قرارداد یا هر شرطی از آن در زمان انعقاد نامعقول بوده است، می‌تواند از اجرای قرارداد یا باقیمانده‌ی آن استنکاف یا اعمال شروط غیرمعقول را برای جلوگیری از نتایج غیرمعقول محدود کند». قانون متحدالشکل تجاری (U.C.C) ویرایش [۲۰۰۰]. درباره‌ی اهمیت ماده‌ی ۳۰۲-۲ ر.ک: Lewellyn [1960] که این بخش را به «ارزشمندترین بخش

در تمام قانون» توصیف کرده است [Leff 1969]

۲. هر چند این دکترین عموماً علیه قراردادهای استاندارد استفاده شده است، دیگر مواد قانون متحدالشکل تجاری آن را ذکر می‌کنند. به عنوان مثال، ر.ک: ماده‌ی (۳) ۳۰۹-۲. همچنین این، دکترین در بخش I لایحه‌ی قانونی ضمانتنامه [Magnuson-Moss (b) 108S [1975] و ماده‌ی ۱۰۸-۵ از قوانین هماهنگ اعتبار مصرف‌کننده ذکر شده است. دکترین عموماً علیه شروط ملحقه، استرداد، استرداد وام در صورت فروش، حکمیت، حوزه‌ی قضایی، استثناء، نفی وثیقه و شروط فسخ در صورت اراده استفاده می‌شود. (see: U.C.C 209-2)

3. see: Graham vs. Scissor-Tail Inc [1981] 28 Cal.3d 807

«قرارداد الحاقی تماماً لازم‌الاجرا است، مگر آن‌که عواملی وجود داشته باشند، که به موجب قوانین تصویب‌شده‌ی موجود، آن را غیرالزام‌آور کنند». Id. at 819-20

به ویژه، با در نظر گرفتن این حقیقت که قانون‌گذار قصد نداشته راهکارهای سنتی را در مفهوم عام‌تر و فراگیرتر نامعقول بودن بگنجانند.^۱ (See: Capper, 1998) اگر اکراه و تدلیس متقلبانه را با نامعقول بودن مقایسه کنیم، به نظر بسیار محدود می‌رسند، زیرا، وظیفه‌ی اثبات دشواری را بر خواهان تحمیل می‌کنند؛ به گونه‌ای که، نسبت به ادعای اکراه و تدلیس متقلبانه، باید قراین واقعی مبنی بر سوءاستفاده، تهدید یا رفتار گمراه‌کننده ارائه شود؛^۲ در حالی که در دکترین نامعقول بودن، چنین وظیفه‌ی اثباتی وجود ندارد. افزون بر این، ماده‌ی ۳۰۲-۲، با توجه به شرایط اجتماعی و اقتصادی طرفین پیش از انعقاد قرارداد، هر دو نوع سوءاستفاده‌ی شکلی و ماهوی را به طور کامل پوشش می‌دهد. ویژگی منحصر به فرد این دکترین آن است که به قضات اجازه می‌دهد بدون نیاز به هیأت منصفه، در مواردی که شروط مذکور با لحاظ ویژگی‌های شکلی و ماهوی، شرایط اقتصادی، و وضعیت شخصی طرفین، به قدری یک طرفه باشند که نامعقول و در نتیجه نامعتبر تلقی شوند، این امر حکمی را رعایت کنند.^۳

در این زمینه، دکترین نامعقول بودن نه تنها مکمل راهکارهای سنتی است، بلکه طیف حمایت از مصرف‌کننده را با ابزارهای قانونی قاطع و کارآمد در برابر چانه‌زنی نابرابر و سوءاستفاده از موقعیت قراردادی برتر، گسترش می‌دهد.

۱. این نویسنده، پیشنهاد گنجانیدن مفهوم اعمال نفوذ ناروا را در معنای عام‌تر نامعقول بودن می‌دهد. با در نظر گرفتن دکترین انگلیسی به عنوان مرجع، وی این پیشنهاد را با مشخص کردن جنبه‌های مشترک دو راهکار، که هر دو علیه «نابرابری نسبی»، «عدم توازن معاملاتی» و «عمل غیرمعقول» کارآمد هستند، ارائه می‌دهد. اما ر.ک: Bogden همان، پاورقی ۱۴ که از این پیشنهاد انتقاد می‌کند. این نویسنده، به رغم تأیید وجود شباهت‌هایی میان دو راهکار، معتقد است که اعمال نفوذ ناروا، بر خلاف دکترین نامعقول بودن، موارد «عدم توازن کلی» را چاره‌جویی نمی‌کند. در نتیجه، ممکن است قراردادی نامعقول باشد، اما دارای اعمال نفوذ ناروا نباشد. به دیگر سخن، ملاک‌های مورد استفاده برای تأیید وجود اعمال نفوذ ناروا بدان حد گسترده نیستند که بتوانند انواع زیرکانه‌تر و نامعین‌تر سوءاستفاده‌هایی را که مفاهیم «نامعقول بودن» و «عدم توازن کلی» چاره‌جویی می‌کنند، تحت پوشش قرار دهند. در حقیقت، به نظر این نویسنده ممکن است قراردادی «نامعقول» و در نتیجه باطل باشد، هر چند اعمال نفوذ ناروا و یا اکراه وجود نداشته باشد.

۲. به عقیده‌ی Epstein [1975]، حذف این شرط اثبات، از یک سوی به خواهان امکان استنکاف از وظایف قراردادی‌اش را در موارد بیشتری داده و از سوی دیگر، به قضات اجازه می‌دهد تا آسان‌تر عیوب قرارداد را نمایان سازند. این راه‌حل محدودیتی را بر آزادی قرارداد تحمیل می‌کند، اما به عقیده‌ی این نویسنده، حمایت از طرف ضعیف تنها با قبول این میانه‌روی امکان‌پذیر است.

۳. ر.ک: ماده‌ی ۳۰۲-۲ قانون متحدالشکل تجاری. تذکر ۱. بر اساس راهکارهای سنتی، تنها وجود اشتباه، اکراه، تدلیس یا عمل خلاف نظم عمومی می‌تواند قرارداد را باطل کند. در نتیجه، سوءاستفاده از موقعیت برتر اقتصادی، شروط ظالمانه و شکل‌های دیگر رفتارهای ناعادلانه‌ی قراردادی تنها در موارد محدودی مورد پیگرد قرار می‌گیرند.

۲-۳. معنای نامعقول بودن و کاربرد آن

همان‌گونه که پیشتر نیز گفته شد، دکترین نامعقول بودن به دادگاه‌ها اجازه می‌دهد الزام‌آور بودن قرارداد و یا هر شرطی را که در زمان انعقاد، غیرمعقول تشخیص داده شود، منتفی بدانند. تعریفی از معنای نامعقول بودن توسط قانون‌گذار ارائه نشده است. می‌توان تعریف قرارداد نامعقول را شامل این موارد دانست: قرارداد فروشی که شروطش غیراصولی، ناعادلانه، غیرمنطقی و یک‌جانبه باشد و قراردادی که شروط آن غیرمنطقی و یک‌جانبه باشد.^۱ در میان کوشش‌هایی که برای درک کامل معنای نامعقول بودن، صورت گرفته است، همکاری زیادی توسط Leff به عمل آمده است که دو بخش اصلی این دکترین را شناسایی کرد. بخش «ماهوی» آن، که ناظر بر نامطلوب بودن شروط یک قرارداد به خودی خود و نامعقول بودن آن برای یک طرف قرارداد است و «بخش شکلی» آن بر روی فرآیند چانه‌زنی تمرکز می‌کند. به طور خاص، بخش دوم، به این موضوع می‌پردازد که آیا در نتیجه‌ی چانه‌زنی گمراه‌کننده‌ی یک طرف، موضوع «فقدان گزینه‌ی معقول» برای طرف دیگر وجود داشته^۲ و طرف ضعیف را از امکان ارزیابی، تصمیم و انتخاب آزادانه محروم کرده است؟^۳ این بخش تمام شیوه‌های زیرکانه که صرفاً مشمول اکراه یا تدلیس نمی‌شوند، بلکه ریزنوشت‌های مشکل و گمراه‌کننده که عموماً با زبانی پیچیده و تخصصی نگاشته

۱. یکی از بهترین تعاریف اصطلاح «نامعقول بودن» توسط قاضی در پرونده‌ی Williams vs. Walker [1965] 350 F.2d 445, D.C. Circ ارائه شده است. در این پرونده، دادگاه تأکید کرده است: «نامعقول بودن عموماً به معنای فقدان گزینه‌ی معنادار برای یکی از طرفین همراه با وجود شرطی که به طور غیرمنطقی به نفع طرف دیگر هستند، معنا شده است». Id. at 449. برای بحث در خصوص مفهوم و خاستگاه‌های نامعقول بودن [1966] Ellinghaus, Lyon [1954] see: Jaff پاورقی ۱۴. برای معنای نامعقول بودن پیش از تدوین قانون رک: [1970] Spanogle و [2001] p. 490ff Farnsworth 2. see: Williams, op. cit, 19.

۲. رک: Leff، همان، پاورقی ۱۰. شایان ذکر است که این تمایز، نتیجه‌ی فرایند تفسیر ماده‌ی ۲-۳۰۲ است که توسط خود Leff انجام شده است. هر چند مفسران و تنظیم‌کنندگان قانون صراحتاً این تقسیم‌بندی را پی‌ریزی نکرده‌اند، اما تقسیمی شناخته شده است که امروزه عموماً استفاده می‌شود. در حقیقت، این واژه‌شناسی با تفسیر عبارات استفاده شده توسط تدوین‌کنندگان ماده‌ی ۲-۳۰۲ که تویحاً به «نامعقول بودن ماهوی» اشاره می‌کنند، توجیه‌پذیر است، «اگر دادگاه براساس قانون، قرارداد یا هر شرطی از آن را غیرمعقول بیاید (...)» آشکارا، مقصود این بوده است که توجه را متمرکز موضوع اصلی قرارداد کند نه نفس فرآیند چانه‌زنی و یا شرایطی که تحت تأثیر آنها یک شرط به جای دیگری تنظیم شده است. به رغم این، تمایز میان نامعقول بودن ماهوی و شکلی به همراه معنای وابسته به هر یک مورد انتقاد قرار گرفته است. در این باره رک:

Hillman [1981] و Schwartz [1977].

شده‌اند، و ضعف درک یک طرف که ناشی از نقص دانش و نابرابری اطلاعات است را نیز شامل می‌شود.^۱ آخرین عامل اما نه از نظر اهمیت، آن است که «نابرابری در توان چانه‌زنی»، میان طرفین، ممکن است به نامعقول بودن شکلی بینجامد، و آن هنگامی است که با تنظیم قرارداد از پیش‌نوشته‌ای بر مبنای تحمیل شرایط بر یکی از طرفین همراه باشد.^۲ در مقابل، نامعقول بودن ماهوی معمولاً به محتوای درونی شروط یا قرارداد اطلاق می‌شود که ممکن است به حدی ناعادلانه و یک طرفه باشند که نامعقول تلقی شوند.^۳

فارغ از این تقسیم، آنچه پیشینه‌ی ماده‌ی ۳۰۲-۲ به دست می‌دهد، این است که قانون‌گذار در سال ۱۹۴۱ با به کار بردن عبارت «نامعقول بودن»، نابرابری فاحش قرارداد را مدنظر داشته است. درحقیقت، به نظر می‌رسد قدیمی‌ترین متن مربوط به این قاعده، از دادگاه‌ها خواسته است که برای درک این که آیا وجود همزمان «تعدادی از قیود» در قرارداد، «شرایط ناعادلانه و نامتوازن نامعقولی» را ایجاد کرده است، همگی این قیود را با هم مدنظر قرار دهند. در نتیجه، هرگاه نتیجه‌ی کلی شروط، منصفانه و متوازن باشد، قرارداد اعتبار خود را حفظ می‌کند، بدون آن که در آن تغییری داده شود. در نسخه‌های بعدی این بخش، معیار نابرابری کلی با روش «شرط به شرط» پیش‌بینی شد که به قضات اجازه می‌داد تا کل قرارداد را نامعقول بدانند.

تفسیری جدیدتر هدف گسترده‌تری را برای ماده‌ی ۳۰۲-۲ معین می‌کند؛ این هدف عبارت است از حمایت و جلوگیری از «ظلم» و «غافل‌گیری ظالمانه»؛ که به طور تلویحی به معنی نوعی تقلب علیه طرف ضعیف قرارداد است و «ظلم» یعنی این که یک طرف، دیگری را به شرطی متعهد کند، بدون آن که به وی اجازه‌ی مشارکت در تنظیم آن را دهد. در قسم نخست، سوءاستفاده‌ی یک طرف با اضافه کردن شروطی به قرارداد و سعی در مخفی کردن آن‌ها در میان شروطی دیگر صورت می‌گیرد؛ برای مثال، از طریق استفاده از حروف کوچک‌تر و بدون ذکر وجود آن‌ها

۱. برای مثال ر.ک: پرونده‌ی Frostifresh Corp. vs. Reynoso [1966] 52 Misc.2d 26 N.Y Dis-
 Ct همچنین ر.ک: Williams و Toker vs. Perl [1970] 108 N.J.Super. 129 ، همان، پاورقی ۱۹.
 2. Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc [1960] 32N.J.358, 161A.2d 69/75
 A.L.R.2d1.

۳. در این باره ر.ک: تفسیر رسمی این بخش و [1984].Slawson

به طرف دیگر.

گاهی نیز یک طرف قرارداد با سوءاستفاده از موقعیت چانه‌زنی خویش، از شروط گمراه‌کننده و یا غیرشفاف استفاده کرده و طرف دیگر را از توجه به شروطی که ممکن است حقوقش را تقلیل داده یا به خطر اندازد، باز می‌دارد.^۱ هنگامی که در حق طرف ضعیف، ظلم و اجحافی صورت می‌گیرد، وضعیت اندکی متفاوت است؛ در این صورت به هنگام امضای قرارداد الحاقی، طرفی که از موقعیت بازاری برتری برخوردار است، شرایط خود را به دیگری تحمیل می‌کند.

ماده‌ی ۳۰۲-۲ قانون به محاکم اختیار می‌دهد تمام قرارداد یا صرفاً شرط ظالمانه‌ی آن را بدون توجه به وجود یک و یا هر دو شکل نامعقول بودن، غیرمعتبر اعلام نماید.^۲

۴. حمایت از طرف ضعیف قرارداد در ایتالیا: مشکلات یک مطالعه‌ی

تطبیقی

همان‌گونه که پیشتر نیز گفته شد، دکترین نامعقول بودن به محاکم اجازه می‌دهد که در محتوای قرارداد و نیز اهداف و ساختار آن بررسی عمیقی صورت دهند. چنانچه یک طرف، سود ناعادلانه‌ای را به هنگام مذاکره و انعقاد قرارداد کسب نموده باشد، دادگاه می‌تواند به الزام‌آور نبودن قرارداد رأی داده یا آن را بی‌اعتبار بداند. وجود این دکترین، علل احتمالی ابطال قراردادها را گسترش داده است. نه تنها در صورت احراز وجود اشتباه، خطا یا اکراه، بلکه در مواردی که مفاد یا روند قرارداد به‌گونه‌ای ناعادلانه باشد، که دلیل محکمه‌پسندی برای اعمال ماده‌ی ۳۰۲-۲ یاد شده تلقی شود، قرارداد قابل ابطال است.

مقایسه‌ی دکترین نامعقول بودن با قوانین ایتالیا در خصوص شروط قراردادی ناعادلانه، دشوار است. با وجود آن‌که، عبارت «نامعقول بودن» را می‌توان به واژه‌ی ایتالیایی «Vessatorio» و همچنین «شروط نامعقول» را به «Clausole ves-

۱. این موضوع معمولاً در قراردادهای مصرف‌کننده و قراردادهای اعتبار، رخ می‌دهد؛ جایی که اغلب خریداران و یا بستانکاران، دانش تخصصی کافی را برای قضاوت کردن و درک کامل معنای هر یک از شروط مندرج در قرارداد ندارند.

۲. ر.ک: ماده‌ی ۳۰۲-۲ قسمت دوم: «دادگاه می‌تواند از الزام‌آور بودن قرارداد خودداری کند و یا دیگر بخش‌های قرارداد را بدون شرط غیرمعقول الزام‌آور کند».

«satorie» ترجمه کرد، که در ماده‌ی (۲) ۱۳۴۱ قانون مدنی ایتالیایی آمده است، یافتن دکترینی معادل نامعقول بودن در این نظام حقوقی غیرممکن است. در مقابل، ترجمه‌ی دقیق واژه‌های انگلیسی باطل «Void» و غیرالزام‌آور «Unenforceable» دشوارتر است. در حقوق عرفی، قرارداد قابل ابطال، غیرمعتبر یا غیرالزام‌آور، قراردادی است که دادگاه می‌تواند تصمیم به ابطال آن گیرد. این عبارات معمولاً به طور مترادف استفاده شده و بدین معنی هستند که پس از صدور رأی دادگاه، تمام یا بخشی از قرارداد و یا صرفاً یک شرط آن، نسبت به طرف مقابل، فاقد تأثیر حقوقی است. در مقابل، قانون مدنی ایتالیا میان واژه‌های «Annallabilita» و «Nullita» تمایز قائل می‌شود. با وجود آن‌که، نمی‌توان ترجمه‌ی انگلیسی واضحی را یافت، اما در تفاوت میان این دو باید گفت واژه‌ی نخست می‌تواند بیشتر به اصطلاح انگلیسی قابلیت ابطال «Voidability» نزدیک باشد و دومی، به بطلان «Voidness» و عدم اعتبار «Nullity». هر چند در نظام حقوق نوشته^۱ عمل ابطال فقط توسط اشخاصی ممکن است که توسط قانون به رسمیت شناخته شده‌اند، آن هم با مرور زمان پنج ساله^۲. در مقابل، در متون انگلستان مرور زمانی وجود نداشته و قرارداد می‌تواند قابل ابطال تلقی شود. بر اساس قانون ایتالیا، این امر فقط در موارد عدم اعتبار «Nullity» امکان‌پذیر است؛ در این موارد هر فرد دینفعی می‌تواند مدعی آن شود، همچنین ممکن است با توجه به اختیارات قانونی دادگاه، قرارداد بدون آن‌که مشمول مرور زمان شود، قابل ابطال شمرده شود.^۳ همان‌گونه که گفته شد مفهوم انگلیسی «قابل ابطال بودن» را می‌توان میان «Nnnallabilita» و «Nullita» دانست؛ بی‌آن‌که این مفهوم کاملاً به یکی شباهت داشته باشد، ویژگی‌هایی از هر دو را در بردارد. در این تحلیل، از عبارت «قابلیت ابطال» به جای «Annallabilita» و از «عدم اعتبار» به جای «Nullita» استفاده و عبارت «قابل ابطال» به «Annallabile» و «کأن لم یکن» به «Nullo» اشاره دارد. شایان ذکر است که عبارات انگلیسی «Unenforceable - غیرالزام‌آور» و «Invalid - نامعتبر» را که در روش تطبیق از آن‌ها بهره خواهیم گرفت، نمی‌توان به شکل تحت‌اللفظی به عبارات ایتالیایی «Invalidita» و «Inefficacia» ترجمه کرد؛

1. Civil Law.

2. S 1442C.C.

3. C.C1421S.

زیرا، معنایی بسیار وسیع‌تر دارند؛ مانند آن‌که، باطل را به جای قابل ابطال «Annul-labile» در زبان ایتالیایی به کار بریم.

صرف‌نظر از تفاوت‌های واژه‌شناختی، مطالعه‌ی تطبیقی تحت تأثیر نقش متفاوت قضاوت در نظام حقوق نوشته و نیز اختیارات خاص اعطایی به آن‌ها قرار می‌گیرد. به رغم آن‌که، مفهوم کلی «Bona Fide» و انصاف به قضاوت اجازه می‌دهد که به اختصار در قوانین، تجدیدنظر کرده و به شکلی وسیع آن‌ها را تفسیر کنند، اما قانون مدنی باید مرجعی ثابت تلقی شود. در نتیجه، نوین‌سازی قانون قراردادهای که با تصویب دستورالعمل ۱۳/۹۳ اروپا در خصوص شروط قراردادی ناعادلانه الزامی شد، به آنچه که اصطلاحاً «Novellazione» خوانده می‌شود، انجامید؛ این افراد از طریق الحاق یک فصل جدید به نام بخش شانزدهم، به قانون مدنی پیشین ایتالیا همراه با برخی قوانین بسیار خاص و دقیق صورت گرفت. قانون‌گذار ایتالیایی با پیروی از AGBG آلمانی، ترجیح داده است که فهرستی از تمام شروط ظالمانه‌ای که به ناکارآمدی قراردادهای می‌انجامد، را تهیه کند.

بر اساس ماده‌ی (۱) ۱۳۷۲ قانون قراردادهای ایتالیا، «یک قرارداد، نماینده‌ی قانون میان طرفین است و نمی‌تواند فسخ شود؛ مگر، با رضایت طرفین و یا به حکم قانون». قانونگذار، ضرورت محدود کردن آزادی قراردادی را در چند موضع به رسمیت شناخته و به موارد قابلیت ابطال، عدم اعتبار، فسخ یک‌جانبه (Rescission) و یا تقاضای فسخ قرارداد (Risoluzione) تصریح نموده است.^۱ ممکن است تصور شود که راهکار حقوقی اخیر و به طور خاص مصداق‌های تعیین شده در ماده‌ی ۱۴۶۷ قانون

۱. این مفاهیم حقوق موضوعه در حقوق عرفی معادلی ندارند. واژه‌ی «فسخ» در حقوق انگلستان همان معنای فسخ قرارداد یا «rescissione del contratto» موضوع ماده‌ی ff1447 قانون مدنی ایتالیا را ندارد؛ در حقوق عرفی، در میان تفاسیر ممکن دیگر، «فسخ» همان معنای «قابلیت بطلان» را می‌دهد. (Annullamento) در نتیجه، «فسخ به دلیل افراط در پیش‌دستی و عدم تناسب میان عملکرد طرفین» موضوع ۱۴۴۸ قانون مدنی در حقوق عرفی وجود ندارد. همین گفته در خصوص انحلال (Termination) قرارداد به دلیل نامعقول بودن یا سختی محل (risoluzione del contratto per ecceniva onerosita sopravvenuta) موضوع ماده‌ی ۱۴۶۷ قانون مدنی نیز صدق می‌نماید. ماده‌ی ۱۴۴۸ قانون مدنی مقرر می‌کند: «اگر میان عملکرد طرفین عدم تناسبی وجود دارد که ناشی از نیاز یک طرف است و دیگری از آن نیاز سود جسته است، طرف اول می‌تواند فسخ قرارداد را تقاضا کند؛» n.2: «این عمل در صورتی که زبان از نصف ارزش عمل انجام شده و یا وعده داده شده توسط طرف زیان دیده در زمان انعقاد قرارداد بیشتر نباشد، پذیرفتنی نیست.» n.3: «زبان باید تا زمانی که عمل (تقاضای فسخ) انجام می‌پذیرد، ادامه یافته باشد.» ترجمه شده توسط Beltramo M, Beltramo S., Longo, Merryman قانون مدنی ایتالیا و مقررات متمم، ویرایش ۲۰۰۱.

مدنی ایتالیا، با دکتترین نامعقول بودن دارای وجوه مشترکی است. در حقیقت این ماده، به طرف قرارداد حق می‌دهد در صورتی که قرارداد، به دلیل شرایط ناگهانی و پیش‌بینی نشده، برای وی به غایت طاقت‌فرسا شده باشد، به مفاد آن پایبند نباشد. در ابتدا، به نظر می‌رسد بخش مذکور مشتمل بر راهکاری علیه «نابرابری کلی» و یا همان «ناعادلانه بودن» است؛ اما، نگاهی دقیق، خلاف این را می‌رساند. در حقیقت این بخش فقط اجازه‌ی توجه به نابرابری برخاسته از فرآیند اجرا (نه ناعادلانه بودن اولیه یعنی شرط نامناسب برای یک طرف) را می‌دهد؛ در مقابل، دکتترین نامعقول ناظر به مفهوم «عوض کافی» است که باید در هنگام انعقاد قرارداد وجود داشته باشد و نه در مراحل بعدی. بنابراین، هر طرف آزاد است با هر شرط قراردادی موافقت کند، حتی اگر به زیان وی باشد؛ چنین قراردادی الزام‌آور است.^۱ با این وجود باید توجه داشت که در ایالات متحده و نیز ایتالیا، بسیاری از توافقات قراردادی، دیگر نتیجه‌ی مذاکرات عمیق میان طرفین نیست؛ در واقع، به علت پیچیدگی‌های اقتصاد مبتنی بر بازار این توافقات در قالب فرم‌ها و قراردادهای استاندارد به وجود آمده‌اند. در این گونه معاملات، رضایت حقیقی نسبت به هر یک از شروط قراردادی، معمولاً غیرممکن، هزینه‌بر و به زیان توسعه‌ی سریع تجارت است. موضوع حمایت کارآمد از طرف ضعیف قرارداد در برابر شروط ناعادلانه‌ی تحمیل شده توسط طرف دیگر، نیز مورد توجه قانون‌گذار ایتالیایی قرار گرفته است. اگر در ایالات متحده دکتترین نامعقول بودن پدید آمده است، حمایت از طرف ضعیف قرارداد در برابر چانه‌زنی ناعادلانه و شروط ظالمانه را می‌توان در سراسر قانون مدنی ایتالیا مشاهده نمود. مواد ۱۳۴۲ و ۱۳۴۱ و فصل جدید شانزدهم به طور خاص به حمایت از مصرف‌کننده می‌پردازند.

پرسش این است که طرف ضعیف قرارداد در کدام یک از نظام‌های حقوقی آمریکا و ایتالیا بیشتر مورد حمایت واقع شده است؟ در کدام کشور مصرف‌کنندگان احساس امنیت بیشتری می‌کنند؟

۱. با وجود این، تعمیم این گزاره غیرممکن است. همانند متون آمریکایی، ممکن است قرارداد در نتیجه‌ی ناتوانی طرفین (ماده‌ی ۱۴۲۵ قانونی مدنی) و عیوب رضا، یعنی اشتباه، اکراه و یا تقلب، در درجه و تحت شرایط پیش‌بینی شده در ماده‌ی ۱۴۲۷ قانون مدنی باطل یا قابل ابطال و در صورت وجود یکی از شروط موضوع ماده‌ی ۱۴۱۸ قانون مدنی مذکور کلاً لم یکن شود. همان‌گونه که می‌بینید قانون مدنی ایتالیا به طور خاص احتمال تحت تأثیر قرار گرفتن قراردادهای خصوصی را بدون پوشش دادن عوامل احتمالی «نامعقول بودن»، «غیرمنطقی بودن» یا «نابرابری» قرارداد یا شروط آن، محدود می‌کند.

۱-۴. مواد ۱۳۴۱-۱۳۴۱۲ در مقایسه با دکترین نامعقول بودن

ماده‌ی ۱۳۴۱ قانون مدنی ایتالیا ناظر بر «شروط استاندارد قرارداد» است. بند اول این ماده بیان می‌دارد: «شروط استاندارد مقرر شده توسط یکی از طرفین نسبت به طرف دیگر نافذ است، مشروط به این که هنگام انعقاد قرارداد، طرف دوم از آن‌ها اطلاع داشته یا با دقتی معمول و متعارف باید اطلاع می‌داشته است». همانند دکترین نامعقول بودن، این ماده از قانون مدنی ایتالیا درصدد است تا با تحمیل دقت معمول در تصدیق محتوای قرارداد بر طرف ضعیف و در عین حال محکوم کردن هرگونه عمل ناعادلانه و یا گمراه‌کننده که طرف دیگر مرتکب آن می‌شود، از «آزادی چانه‌زنی مطلوب» حمایت کند. به وضوح این‌ها همان معیارهایی هستند که تشخیص نامعقول بودن شکلی برای از بین بردن «اجحاف» و «غافل‌گیری ناعادلانه»، بر آن‌ها مبتنی است.

اگر بند اول ماده‌ی ۱۳۴۱ را با ماده‌ی ۳۰۲-۲ {قانون متحدالشکل تجاری آمریکا} مقایسه کنیم، پی می‌بریم که قوانین ایالات متحده هیچ‌گونه شرط شکلی‌ای را ذکر نکرده و در عوض بر محتوای قرارداد تمرکز می‌کنند؛ امری که می‌تواند صرف نظر از پذیرش مکتوب آن، «نامعقول» یا «ناعادلانه» باشد.^۱

بند دوم ماده‌ی ۱۳۴۱ برای تحلیل، تعیین‌کننده است؛ زیرا، دقیقاً امری را پیش‌بینی می‌کند که در ماده‌ی ۳۰۲-۲ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا وجود ندارد: فهرستی از شروطی که متضمن نوعی اجحاف می‌باشند؛ این فهرست، فهرستی جامع به نظر می‌رسد. بر اساس این قانون، شروط مذکور، برای معتبر بودن و الزام‌آور بودن، باید صراحتاً تصدیق شوند، حتی اگر توسط خود طرف ضعیف تدارک دیده شده باشند. این راهی است برای رهایی از پژوهش بیشتر درباره‌ی نتیجه ناعادلانه‌ی

۱. این موضوع در آراء دادگاه در پرونده‌های Williams و Campbell نیز دیده می‌شود. در پرونده‌ی Camp-bell دادگاه بر اهمیت تحلیل تبعات فرآیند چانه‌زنی به عنوان یک کل واحد تأکید می‌کند؛ هرچند ممکن است هر یک از شروط قرارداد به خودی خود ظالمانه یا ناروا نباشند. در نتیجه، دادگاه می‌تواند قرارداد را نامعقول اعلام کند اگر «مجموع این شرایط چانه‌زنی را بسیار دشوارتر از آن کند که دادگاه انصاف بتواند مساعدتی بکند». همچنین، قاضی Wright در پرونده‌ی Williams اظهار می‌دارد که: «در تعیین منطقی بودن یا عادلانه بودن، اولی را باید با در نظر گرفتن شروط قرارداد در سایه‌ی شرایطی که در زمان انعقاد آن وجود داشته است، مورد بررسی قرار داد». چنان‌چه پیشتر نیز گفته شد، این دقیقاً مقابل درک قانون‌گذار ایتالیایی است، که در عوض ترجیح داده است فارغ از نابرابری در توان چانه‌زنی به هنگام امضای قرارداد، بر اهمیت آزادی قرارداد و طرفین آن تأکید کند.

چنین توافقاتی.

هرگاه طرفین صراحتاً شروط را تأیید کرده و آن‌ها را آشکارا بپذیرند، این شروط جزئی از قرارداد شده و فقط هنگامی الزام‌آور نیستند که شرایط شکلی معین شده تحقق نیافته باشد؛ مگر در مواردی که قرارداد می‌تواند قابل ابطال یا نامعتبر باشد.

ممکن است چنین تصور شود که قانون‌گذار ایتالیایی این احتمال را فراموش کرده است که طرف ضعیف در نتیجه‌ی تأثیر منفی رفتارها و فشارهای افراطی، به اعلام رضایت ترغیب شود، بدون آن که مشمول تقلب، تدلیس یا اکراه باشد، در حقیقت، این اعمال می‌توانند آن قدر ماهرانه انجام گیرند که به سختی قابل شناسایی بوده و در عین حال روند طبیعی قرارداد را تحت تأثیر قرار دهند. در نتیجه، اگر طرف قوی‌تر قرارداد از شیوه‌هایی استفاده کند که به خودی خود قرارداد را قابل ابطال یا نامعتبر نمی‌کنند، این امر می‌تواند طرف ضعیف را به پذیرش یکی از شروط فهرست شده در ماده‌ی ۲-۱۳۴۱ وادار کند. در این زمینه، دکترین «نامعقول بودن» دارای ابزار حقوقی وسیع‌تر و فراگیرتری نسبت به «نابرابری در توان چانه‌زنی» به نظر می‌رسد. در حقیقت دو خانواده‌ی نامعقول بودن «شکلی» و «ماهوی» به محاکم این امکان را می‌دهد تا تقریباً تمام اشکال چانه‌زنی نابرابر را چاره‌جویی کنند؛ هم‌چنان که اجازه‌ی بررسی شروط و نیز کل فرآیند مذاکره را می‌دهد.

۲-۴. «وظیفه‌ی حسن‌نیت» و «نامعقول بودن»: کوششی برای

گسترش حمایت از طرف ضعیف

تاکنون این امر بررسی شد که چگونه در ایالات متحده، دکترین نامعقول بودن به قضات اختیار می‌دهد تا قرارداد یا بخشی از آن را غیرالزام‌آور و یا در نهایت باطل بینگارند. شروط قراردادی، حتی اگر صراحتاً توسط طرف ملحق‌شونده پذیرفته شوند، در صورتی که در ماهیت خود نامعقول بوده و یا به شیوه‌های ناعادلانه‌ی شکلی تحمیل شوند، می‌توانند به موجب اختیارات قانونی دادگاه، بی‌اعتبار اعلام شوند. در متون ایتالیایی، می‌توان با اعلام بطلان قرارداد یا قسمتی از آن به نتیجه‌ای مشابه دست یافت. هرچند قوانین تدوین شده برای قراردادهای استاندارد و شروط ظالمانه، فقط در صورتی اجازه‌ی چنین عملی را می‌دهند که شرایط موضوع ماده‌ی

۲-۱۳۴۱ تحقق یابند. افزون بر این تنها در فرض وجود یکی از عوامل قابلیت ابطال (اشتباه، اکراه یا عدم اهلیت)، طرف زیان دیده می تواند ادعای الزام آور نبودن قرارداد را مطرح کند. حتی مادهی ۱۴۶۷ و فسخ یکجانبه‌ی قرارداد نیز ثابت شده است که قابل مقایسه با دکترین نامعقول بودن نیستند. در نتیجه، دکترین نامعقول بودن و راهکارهای سنتی، حمایت از طرف ضعیف قراردادی را بسیار وسعت داده‌اند، به گونه‌ای که، تقریباً در برابر هر شکل سوءاستفاده از توان نابرابر چانه‌زنی، اعم از ماهوی و شکلی، از فرد حمایت می‌کنند. چنین حمایت جامع و همه جانبه‌ای در قوانین ایتالیا یافت نمی‌شود.

در این خصوص، مناسب است مادهی ۱۳۳۷ قانون مدنی ایتالیا و اصل حسن نیت در روابط قراردادی^۱ را نیز در نظر گیریم. وظیفه‌ی اصلی «حسن نیت» قراردادی، پرکردن خلأهای احتمالی اجتناب‌ناپذیر قانونی است. پرسش قابل طرح، این است که آیا به کارگیری مادهی ۱۳۴۱ همراه با مادهی ۱۳۳۷، به مانند بخش ۲-۳۰۲، بررسی عمیق‌تر محتوای قرارداد، را اجازه می‌دهد؟ پاسخ را باید منفی دانست.^۲

در متون ایتالیایی مادهی ۱۳۳۷ اصل حسن نیت را به عنوان معیار رفتاری بنیادی تثبیت می‌کند که طرفین باید رعایت کنند؛ عمدتاً در چانه‌زنی و مراحل پیش از انعقاد قرارداد و پس از آن در فرآیند تفسیر قرارداد (ر.ک: مادهی ۱۳۶۶ قانون مدنی ایتالیا). «Buona fede» را می‌توان به سادگی «منصفانه بودن» و یا به طور عام‌تر «معقول بودن»، دانست؛ عنوانی که در مادهی ۲-۳۰۲ و بسیاری از متون دیگر آمده است. هر چند، برخلاف «حسن نیت» آمریکایی، «buona fede» ایتالیایی یک وظیفه تلقی می‌شود که طرفین را در تمام مراحل روابط قراردادیشان متعهد کرده

1. Buona Fede Nelle Trattative Contrattuali.

۲. اصل *buona fede*، در حقوق آمریکا نیز، در قانون متحدالشکل تجاری و همچنین در-Second Restatement of Contract- آمده است. مادهی ۱-۲۰۱ قانون متحدالشکل تجاری شامل یک تعریف عمومی از «حسن نیت» است که باید «صداقت در حقیقت رفتار یا معامله مربوط» انگاشته شود. مادهی ۱-۱۰۳، که ناظر بر قراردادهای فروش است، از عبارت «صداقت در حقایق و رعایت استانداردهای منطقی معامله‌ی تجاری» استمداد می‌جوید، در حالی که، مادهی ۲۰۵ از Restatement بیان می‌دارد که «هر قرارداد وظیفه حسن نیت و معامله‌ی عادلانه در عملکرد و اجرای آن را برعهده‌ی طرفینش می‌نهد. رابطه‌ای که هر یک از قوانین با دکترین نامعقول بودن دارند، واضح است، چرا که «حسن نیت» و نیز «نامعقول بودن» متوجه چانه‌زنی و روابط بازاری از طریق «استانداردهای قراردادی معقول» هستند.»

و مسؤولیتی پیش قراردادی و ضمن قراردادی بر آن‌ها تحمیل می‌کند. منشأ این مسؤولیت، خود قرارداد نیست، بلکه عملی است که پیش از انعقاد قرارداد یا ضمن آن تعهد شده یا مورد غفلت قرار گرفته است؛ مانند فسخ غیرمنتظره یا غیرموجه قرارداد از سوی یکی از طرفین، در حالی که طرف مقابل، به نحو موجهی انتظار پذیرش و اجرای آن را داشته است. مسؤولیت پیش قراردادی می‌تواند تلویحاً به معنای جبران خسارت باشد. در مقابل، اگر چنین نقض عهدهایی در مرحله اجرای قرارداد رخ دهد، زیان دیده می‌تواند فسخ قرارداد را درخواست کند، حتی اگر قاضی بتواند در نهایت طرف مقابل را به اجرای وظیفه‌ی حسن‌نیت خود الزام کند.

همان‌گونه که گفته شد، قانون‌گذار ایتالیایی معمولاً نابرابری اولیه‌ی طرفین در توان چانه‌زنی را دلیلی برای بطلان قرارداد نمی‌داند. پرسش این است که آیا بدون اثبات وجود عیب رضا، نقض وظیفه‌ی حسن‌نیت، می‌تواند حتی در فرض پذیرش صریح شروط اجحاف‌آمیز از سوی طرف ضعیف، به بطلان این شروط منجر شود؟ دیگر، این که آیا وظیفه‌ی حسن‌نیت می‌تواند به حدی گسترده تفسیر شود که شرایط نابرابر اقتصادی طرفین به هنگام امضای قرارداد، نقض حسن‌نیت تلقی شود؟ به طور ملموس‌تر، آیا ممکن است با این روش به کارآیی روش اعلام نامعقول بودن دست یافت؟ اگر پاسخ منفی است، آیا می‌توان دکترین نامعقول بودن را همچنان راهکار مؤثرتر و گسترده‌تری دانست؟ به نظر می‌رسد، امکان ادعای نقض «وظیفه‌ی حسن‌نیت» موضوع ماده‌ی ۱۳۳۷، تمامی رفتارهای گمراه‌کننده‌ی مشمول ادعای «نامعقول بودن» را شامل نمی‌شود. به دیگر سخن، آن‌گونه که ماده‌ی ۳۰۲-۲ قانون متحدالشکل، به قضاوت اختیار مداخله در متن قرارداد را برای احراز «رفتار نامعقول» می‌دهد، ماده‌ی ۱۳۳۷ قانون مدنی ایتالیا، چنین اختیاری را برای قضاوت به همراه ندارد.

در صورت نقض وظیفه‌ی حسن‌نیت در مذاکرات پیش از انعقاد قرارداد، رفتار گمراه‌کننده می‌تواند یک طرف را به چانه‌زنی بیشتر ترغیب کند؛ حتی اگر، در نبود آن رفتار ناعادلانه او این‌گونه نمی‌کرد و یا قراردادی با شرایط متفاوت و سودبخش‌تری امضا می‌کرد، طرف زیان‌دیده می‌تواند اجرای ماده‌ی ۲۰۴۳ قانون مدنی و مطالبه‌ی خسارت را خواستار شود. هر چند، در صورت نقض تعهد در هنگام

اجرای قرارداد، می‌توان اجرای ماده‌ی ۲-۱۴۶۰ قانون مدنی را درخواست نمود. این ماده ناظر به استتکاف طرفین از اجرای تعهدات است. با لحاظ شرایط خاص، این استتکاف، وظیفه‌ی حسن‌نیت در روابط قراردادی را نقض و حق فسخ قرارداد را برای زیان‌دیده موجب می‌شود. در نتیجه، قرارداد اعتبار خود را از دست داده و دیگر طرفین را به مفاد خود متعهد نمی‌سازد. بنابراین، می‌توان ادعا کرد که در برخی موارد نقض حسن‌نیت می‌تواند قرارداد را باطل کند، حتی اگر هیچ یک از عیوب رضا وجود نداشته و شروط قرارداد مورد تأیید قرار گرفته باشند. اما، باید این تفسیر را مردود شمرد. در حقیقت، مطالعه‌ی ماده‌ی ۱۴۶۰ مذکور بیانگر آن است که نقض این وظیفه نمی‌تواند قرارداد را باطل کند. طرف زیان‌دیده می‌تواند از قرارداد کنار بکشد، در حالی که قرارداد اعتبار قانونی خود را به عنوان یک توافق قانونی حفظ می‌کند، بدون آن که طرفین را به خود مقید سازد. به دیگر سخن، یک طرف می‌تواند قرارداد را به طور یک جانبه خاتمه دهد، اما، آثار احتمالی قرارداد بر اشخاص ثالث از میان نمی‌رود.

تنها در یک صورت ماده‌ی ۱۳۳۷ می‌تواند قرارداد را باطل کند و آن هنگامی است که اصطلاحاً «وجود تقلب علی رغم حذف شرط زیان‌بار»^۱ به اثبات برسد، در این اغلب موارد، این امر نتیجه‌ی نابرابری در اطلاعات و توان چانه‌زنی است. در این شرایط، یکی از طرفین قرارداد می‌تواند با بازگو نکردن بخشی از اطلاعات مهم به طرف مقابل یا اضافه کردن چند شرط غیرمنصفانه بدون اعلام آن به طرف دیگر، از موقعیت برتر چانه‌زنی خود سوءاستفاده کند.

اینها دقیقاً اشکالی از رفتار زیرکانه است که تحت پوشش ماده‌ی ۲-۳۰۲ «نامعقول» شمرده می‌شوند. در نگاه اول، ممکن است تصور شود که «-dolo omissi»^۲ چیزی جز معادل ایتالیایی «رفتار غیرمنصفانه» نیست، چرا که به رغم ترجمه‌ی تحت‌اللفظی گمراه‌کننده در مفهوم قانونی، به نظر اهداف یکسان داشته و به نتیجه‌ی عملی یکسان می‌رسند؛ ابطال قرارداد غیرمنصفانه. اما، این نتیجه قابل پذیرش نیست. معنای «dolo omissivo» در قوانین توضیح داده نشده و فقط ماده‌ی ۱۸۹۲ از قانون مدنی، که به قراردادهای بیمه‌ای می‌پردازد (see: Bin (1994)) به صراحت این امکان را مطرح می‌کند.

1. dolo omissivo.

در تمام موارد دیگر، «dolo omissivo» تنها هنگامی می‌تواند قرارداد را باطل کند که یک طرف، با توجه به اصل حسن نیت در مذاکره - موضوع ماده‌ی ۱۳۳۷ - مکلف باشد دیگری را مطلع کند. در غیر این صورت، این راهکار قابل اجرا نیست.

۵. فصل شانزدهم قانون مدنی: مصرف کننده در مقام طرف ضعیف

بیشتر در خصوص چگونگی کاربرد دکترین نامعقول بودن به ویژه در قراردادهای الحاقی و مصرف کننده، سخن گفته شد.^۱ حمایت از مصرف کننده به عنوان طرف ضعیف قرارداد، در قانون مدنی ایتالیا نیز وجود داشته و برخی از مواد این قانون به این موضوع اختصاص یافته است. فصل شانزدهم این قانون که بر قراردادهای مصرف کنندگان ناظر است، فهرستی از شروط ناعادلانه، بند الف ۱۴۶۹، معیارهایی برای رفتار ناعادلانه بند ج ۱۴۶۹ و بند ب ۱۴۶۹ و نیز راهکارهای قانونی جدیدی (sexies و quinquies 1469S) ارائه نموده است. این فصل از قانون مدنی ایتالیا، مواد ۱۳۴۱ و ۱۳۴۲ را که به شروط ظالمانه و قراردادهای استاندارد مربوط است، را بسط داده و در صدد حمایت کارآمد از طرف ضعیف در روابط قراردادی است.

فصل شانزدهم که توسط قانون ۵۲/۱۹۹۶ وضع شده، اهداف و اصول دستورالعمل ۱۳/۹۳ اروپایی درباره‌ی «شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف کننده» را دنبال می‌کند. این هدف عبارت است از نزدیک کردن قوانین، مقررات و شیوه‌های اجرایی ناظر بر شروط غیرعادلانه در قراردادهای منعقد شده میان فروشندگان یا عرضه کننده و مصرف کننده. قانونگذار ایتالیایی با تبعیت از تعاریف و تمایزهای «مصرف کننده» و «فروشنده یا عرضه کننده» که در دستورالعمل مذکور مشخص شده است، به طور خاص کاربرد فصل مذکور را در خصوص چنین قراردادهایی را محدود کرده است؛ این قراردادها میان افراد متخصص، فعالان حوزه‌ی پیمانکاری و خدمات تخصصی اعم از دولتی و خصوصی، و مصرف کننده‌ها منعقد می‌شود.

۱. اگرچه، ماده‌ی ۲-۳۰۲ دامنه‌ی کاربردهای بسیار وسیع تری دارد. این موضوع در Leonedas Reality Corp. vs. Brodowsky [1982]1/5Misc.2d 88, 454 N.Y. 2d.183 روشن می‌شود: «قانون مفهوم نامعقول بودن را برای جلوگیری از اجرای غیرمنصفانه‌ی شروط غیرقابل تحمل قراردادی که یک طرف به دلیل یک ناهمگونی محسوس در توان چانه زنی بر دیگری تحمیل کرده است، بنیان نهاده است».

این تفکیک مفهومی به بند الف ۱۴۶۹ قانون مدنی اجازه داده است که در مورد قراردادهای مصرف‌کننده اجرا شود و نیز به مواد ۱۳۴۱ و ۱۳۴۲ قانون مذکور اجازه داده است که بر قراردادهای استاندارد منعقد شده میان افرادی غیر از این دو گروه، متمرکز شود.^۱ این اصول که الهام‌بخش دستورالعمل و قوانین ایتالیایی است، مشتمل است بر اصل تفسیر،^۲ اصل عمل دسته‌جمعی که مصرف‌کنندگان می‌توانند از طریق صنف‌ها و اتحادیه‌هایشان قبول کنند؛ اصل برابری در روابط قراردادی، که به موجب آن دستورالعمل از اجازه‌ی تفحص عمیق در شروط قرارداد حمایت می‌کند؛^۳ اصل شفافیت در انعقاد قرارداد، که با وظیفه‌ی ارائه‌ی اطلاعات به مصرف‌کننده و اصل عمومی‌تر حسن نیت در روابط قراردادی، ارتباطی نزدیک داشته و از پنهان کردن اطلاعات مربوط توسط طرف قرارداد، ممانعت می‌کند.

این اصول که در فصل شانزدهم قانون مدنی ایتالیا مورد تصریح قرار گرفته‌اند، به دفعات در حقوق انگلستان و آمریکا نیز استفاده شده‌اند،^۴ هر چند در حقوق عرفی اصول مذکور به روشنی تبیین و مدون نشده‌اند.

۵-۱. مواد ۳ و ۴ دستورالعمل و بنادالف ماده‌ی ۱۴۶۹ قانون مدنی

ایتالیا: شروط زیان‌آور، «عدم توازن مشهود» و «حسن نیت»

یکی از مهم‌ترین مفاد دستورالعمل ۱۳/۱۹۹۳ اروپا، ماده‌ی ۳ آن است؛ این ماده، شرطی را «ناعادلانه» می‌داند که خلاف مقتضای حسن نیت، بوده و یا سبب نابرابری مشهود در حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد شود؛ نابرابری‌ای که به زیان مصرف‌کننده باشد. اینها همان ویژگی‌هایی هستند که در متون آمریکایی، کاربرد

۱. در هر حال امکان ندارد که به طور همزمان از قابلیت اجرای ماده (۱) ۱۳۴۱ و فصل شانزدهم خارج شویم. در حقیقت بند د ماده‌ی ۲. ۱۴۶۹ بیان می‌دارد که: «شروط، هر چند مورد مذاکره قرار گرفته باشند، اگر با هدف موارد زیر باشند و یا به آنها منجر شوند، ناکارا هستند. (۳) درصد گسترش تعهدات مصرف‌کننده به شرطی باشد که در حقیقت فرصت اطلاع از آنها را پیش از انعقاد قرارداد نداشته است.» همچنین ر.ک: [1996] Roppo Costanza [1994]؛ Aloisio [1999] برای بحث بنیادی در باب پذیرش دستورالعمل EEC هم‌چنین ن.ک. به [1996] Bin.

2. Contra proferentem.

۲. واژه‌ی «برابری» باید به شکل محدودکننده‌ای تفسیر شود؛ تنها با در نظر گرفتن عدم توازن اقتصادی تعهدات.
 ۴. به عنوان مثال ر.ک: ماده‌ی ۳-۲ مقررات شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده‌ی انگلستان [۱۹۹۴]، که شامل اصل تفسیر Contra proferentem می‌شود. هم‌چنین ر.ک: ماده‌ی ۳۱۶-۲ قانون متحدالشکل تجاری، آمریکا که با لازم دانستن «نگارش واضح» در هر گونه حذف، یا تغییری که در ضمانت‌های صورت می‌گیرد، به طور غیرمستقیم به اصل شفافیت اشاره دارد.

ماده‌ی ۳۰۲-۲ را توجیه می‌نماید. به رغم آن‌که، قانون متحدالشکل تجاری به مانند دستورالعمل، از «شرط غیرمنصفانه» تعریفی ارائه نمی‌دهد، به نظر می‌رسد ماده‌ی ۳ دستورالعمل و نیز ماده‌ی ۳۰۲-۲ درصددند «نابرابری در توان چانه‌زنی» را به عنوان عاملی برای سوءاستفاده‌های احتمالی، معرفی کنند.

قانون‌گذار ایتالیایی از آن‌چه در دستورالعمل اروپایی آمده است، برای تدوین فصل الف بخش چهاردهم بهره برده است؛ ماده‌ی ۱۴۶۹، «شروطی که به رغم حسن‌نیت، به نابرابری مشهود در حقوق و تعهدات برخاسته از قرارداد مصرف‌کننده بینجامد» را ناعادلانه می‌شمرد.^۱

صرف‌نظر از دامنه‌ی وسیع‌تر کاربرد دکترین نامعقول بودن، شباهت‌های این دکترین با بند الف FF ماده‌ی ۱۴۶۹ مشهود است. نخستین بار، قانون‌گذار ایتالیایی پس از معرفی مواد ۱۳۴۱ و ۱۳۴۲ با عبارات «عدم توازن»، «نابرابری» و «غیرمنصفانه بودن» سخن می‌گوید؛ بدون آن‌که به اقتضای قانونی و یا موافقت کتبی اشاره کند.

«نابرابری مشهود» را می‌توان به سادگی «نامعقول بودن» تفسیر کرد. هر چند، قانون‌گذار ایتالیایی در تعیین حدود رفتار زیان‌آور و نیز میزان نابرابری که باید تحمل شود، ناکام مانده است. دقیقاً همانند ماده‌ی ۳۰۲-۲ قانون متحدالشکل تجاری، قانون‌گذار ایتالیایی ترجیح داده است که (احتمالاً با هدف سهولت و کارآمدی اجرای قانون در جنبه‌های حمایتی) چندان دقیق سخن نگوید.^۲ صرف نظر از این مشکلات، این ماده به دکترین نامعقول بودن شباهت بسیار دارد. در حقیقت، در پرونده‌ی Lloyd،^۳ لرد دنینگ از «نابرابری» به عنوان شرط کافی برای «نامعقول» بودن قرارداد سخن به میان می‌آورد. با این وجود، در دستورالعمل و بند الف ماده‌ی ۱۴۶۹ ایتالیا نابرابری به «حقوق و تعهدات برخاسته از قرارداد» اطلاق شده است؛ امری که پس از انعقاد قرارداد حاصل می‌شود؛ درحالی‌که، نابرابری‌هایی که لرد دنینگ به آنها اشاره کرده بود، شرایط شخصی و بازاری‌ای هستند که پیش از توافق

۱. مفسران بیان نموده‌اند که اصطلاح «حسن‌نیت» باید به گونه‌ای عینی و نه انتزاعی تفسیر شود. [1992] و

Rizzo [1999] Orestano

۲. تنها با در نظر گرفتن فهرست «شروطی که اصل بر زیان‌آور بودن آن‌ها است، مگر در صورت اثبات خلاف آن»، می‌توان مقصود قانون‌گذار از «عدم توازن مشهود» را درک کرد.

3. [1974] 3All.E.R.(CA).

تعیین شده‌اند.

در حقیقت، ماده‌ی ۴ از دستورالعمل و ماده‌ی ۱۴۶۹ قانون مدنی ایتالیا و ماده‌ی ۲-۳۰۲ از قانون متحدالشکل تجاری برای تعیین غیرعادلانه بودن شروط قراردادی، مدنظر قرار دادن موارد زیر را لازم می‌شمارند: طبیعت کالاها یا خدمات موضوع قرارداد، شرایط موجود در زمان انعقاد قرارداد و شروط دیگر قرارداد یا توافق‌هایی که به قرارداد وابسته‌اند.^۱

با لحاظ چنین معیارهایی هدف دستورالعمل اروپایی این است که برای تشخیص غیرعادلانه بودن یک قرارداد خصوصی، بر اهمیت ملاکی غیر از مقتضیات شکلی تأکید کند.^۲

همین معیار در بند الف ماده‌ی ۱۴۶۹ از قانون مدنی ایتالیا نیز مشاهده می‌شود؛ این بخش برای اجتناب از زیان‌آور دانستن انواع خاصی از کالاها یا خدمات که در پرونده‌های نامعقول بودن بسیار متداول‌اند، اعمال یک ارزیابی عینی را لازم می‌داند.

ملاک دوم مذکور در دستورالعمل و ماده‌ی ۱۴۶۹ از این هم جالب‌تر است.^۳ شروط باید با توجه به بخش‌های دیگر قرارداد یا دیگر شروط مرتبط یا وابسته، در کنار شرایط اقتصادی و شخصی موجود در زمان امضای قرارداد تفسیر شود. برخی تفاوت‌ها میان مواد ۲-۳۰۲ و ۱۴۶۹ در خصوص اهمیت توجه به برابری تعهدات دو طرفه مشاهده می‌شود. چنان‌که دیدیم، قانون مدنی ایتالیا ناعادلانه بودن مفرد تعهدات را فقط در مراحل اجرایی قرارداد در نظر می‌گیرد و به یک طرف اجازه می‌دهد خواهان فسخ قرارداد شود.^۴

۱. دستورالعمل حتی پا را فراتر هم می‌گذارد. براساس آن، «تا زمانی که این شروط با زبانی ساده و قابل درک نوشته شده باشند»، نباید تعیین ماهیت غیرمنصفانه‌ی شروط براساس تعریف موضوع اصلی قرارداد و کفایت قیمت و حق‌الزحمه و نیز خدمت و کالاهای تهیه شده در عوض آن، صورت گیرد.

۲. در این باره ر.ک: ماده‌ی ۱۹ از دستورالعمل: «برای اهداف این دستورالعمل، تعیین ویژگی غیرمنصفانه نباید براساس شروط موضوع اصلی قرارداد و نیز کیفیت/قیمت کالاها و یا خدمات ارائه شده، انجام شود».

۳. ر.ک: ماده‌ی ۱۶ دستورالعمل: «در حالی که تعیین (...) ویژگی ناعادلانه‌ی شروط (...) باید به وسیله‌ی ارزیابی کلی منافع متفاوت موجود، و به خصوص ملاحظه‌ی قدرت چانه‌زنی طرفین [به منظور تعیین حسن‌نیت] همراه باشد».

۴. ر.ک: ماده‌ی ۱۴۶۷ قانون مدنی و نیز ماده‌ی ۱۴۵۸ این قانون. اگر چه - Cass n. 12401 of 20 Novem- ber 1992 نظر. Galgano [1999] مقرر می‌کند که به موجب مواد ۱۳۲۲ و ۱۳۲۷ قانون مدنی ایتالیا، طرفین برای تعیین مفاد قرارداد در محدوده‌ی تعیین‌شده‌ی توسط قانون، آزادند. ر.ک: Lanzillo [1985]

ماده‌ی ۱۴۶۹ و بند ب ماده‌ی ۱۴۶۹ در این باره چندان واضح نیستند. در حقیقت، در حالی که بند الف ماده‌ی مذکور باید بدین گونه تفسیر شود که «باید کفایت جبران خسارت قابل پرداخت در مقابل اموال یا خدمات، در ارزیابی زیان آور بودن شروط نادیده گرفته شود»، در شماره‌ی ۱۳، شرطی که به فروشنده متخصص، اجازه‌ی افزایش قیمت کالا یا خدمات را می‌دهد، بدون آن که به مصرف کننده اختیار فسخ قرارداد در صورت افزایش قابل توجه بهای نهایی نسبت به توافق ابتدایی را اعطا کند، براساس قراین، زیان آور می‌خواند. در نتیجه، در حالی که به موجب بند ب ماده‌ی ۱۴۶۹ نابرابری باید با در نظر گرفتن حقوق و تعهدات دوجانبه و نه صرفاً با تکیه بر دیدگاه‌های اقتصادی تعیین شود، بند الف ماده‌ی ۱۴۶۲ به نظر متناقض می‌رسد.^۱ از سوی دیگر، دکترین «عوض کافی» در حقوق عرفی، به ویژه در ارتباط با «منصفانه بودن قیمت» یا «عدم سنخیت قیمت» آزادی طرفین قرارداد را کاهش داده است. دکترین نامعقول بودن، همچنین برای موازنه‌ی تعهدات میان طرفین به کار رفته است. هر چند، تفسیر رسمی ماده‌ی ۲-۳۰۲ این جنبه را ذکر نمی‌کند، دادگاه‌ها همواره نگرانی خود را درباره‌ی «زراندوزی ناعادلانه» و به تبع آن عدم سنخیت قیمت، عمدتاً با استفاده از اکراه، ابراز داشته‌اند.^۲ در مقابل، امروزه منصفانه بودن قیمت، شرطی مستقل محسوب می‌شود که می‌تواند هدف دکترین نامعقول بودن قرار گیرد.^۳

جدا از آنچه در بند ب ماده‌ی ۱۴۶۹ می‌خوانیم مقررات ایتالیایی در این موضوع بسیار متفاوت است. حتی مراجعه به ماده‌ی ۱۴۴۸ که در فرض نابرابری میان تعهدات طرفین، اجازه‌ی فسخ قرارداد را می‌دهد، نیز کمکی نمی‌کند. در حقیقت،

Marini [1986].

۱. باید گفت که، حتی در دستورالعمل نیز استثناهایی وجود دارد. ماده‌ی ۳ الحاقیه (L) فروشنده را از افزایش قیمت کالاها یا خدمات و بدون اعطای حق منبع قرارداد به مصرف کننده منع می‌کند، در فرضی که هزینه‌ی نهایی، نسبت به هزینه‌ی توافق شده در زمان انعقاد قرارداد، فاحش باشد. با این وجود، ماده‌ی مذکور با ماده‌ی ۴ متناقض نیست، زیرا، زیان آور بودن شرط با حذف در قرارداد مشخص می‌شود.

۲. در این باره ر.ک: Lewellyn [1931] Note [1969] و پرونده‌های شاخص: Frostifresh, همان، پاورقی ۲۲، American home Improvement, Inc. vs. McIver, [1964] 105N.H.435,201 Ald و Lefkowitz vs. ITM [1966]52 Misc.2d.39, 275 N.Y.S.2 d303 و 986.

۳. برای آگاهی بیشتر در خصوص یک دیدگاه مهم ر.ک: Epstein, همان، پاورقی ۱۷. با این وجود در Cen-tral Budget Corp. vs. Sanchez [1967] 53 Misc.2d/620/621/279 N.Y.S.2d 391/392 می‌خوانیم که: «قیمت‌های بسیار بالا، ممکن است مشمول شروط قراردادی موضوع ماده‌ی ۲-۳۰۲ شوند».

«فسخ به دلیل ضرر»^۱ برخلاف دکترین نامعقول بودن، کل قرارداد یا بخشی از آن را باطل نمی‌کند. افزون بر این، ماده‌ی ۱۴۴۸ قانون مدنی ایتالیا چند محدودیت جدی را بر کاربرد آن تحمیل می‌کند، نابرابری باید نتیجه‌ی نیاز یک طرف و نیز بیش از نصف ارزش عملیات انجام شده یا تعهد شده توسط زیان دیده باشد. افزون بر این، به موجب ماده‌ی ۱۴۴۹ فسخ فقط در مدت یک سال از انعقاد قرارداد می‌تواند انجام گیرد.

بنابراین نتیجه می‌شود که تفاوت میان قوانین ایتالیا و ماده‌ی ۲-۳۰۲ قانون متحدالشکل تجاری، تفاوتی ساختاری و پایدار است.^۲

۲-۵. شفافیت و «نگارش واضح»: اصول عمومی

ماده‌ی ۱-۵ دستورالعمل اروپایی بیان می‌دارد که: «در قراردادهایی که تمام و یا شروط خاصی از آنها، به صورت پیش‌نویس به مصرف‌کننده عرضه می‌شوند، این شروط باید همیشه با زبانی بی‌پیرایه و قابل درک تنظیم شوند» به نظر می‌رسد این ماده وظیفه‌ی عمومی شفافیت را بر عهده‌ی طرفی نهاده است که شروط را به صورت پیش‌نویس به دیگری ارائه می‌کند.

این وظیفه تمام شروط قراردادی موضوع مذاکره‌ی طرفین را در برمی‌گیرد، و نه صرف شروط ظالمانه را و این، برخلاف آن چیزی است که، ماده‌ی (۲) ۱۳۴۱ قانون مدنی ایتالیا مقرر کرده است.

باید توجه داشت که منظور قانون‌گذار اروپایی این است که قرارداد باید با شفافیت تنظیم شده و برای طرف ملحق‌شونده قابل درک باشد. این هدف حتی در ماده‌ی ۲-۴ لحاظ شده است. این ماده مبین الزام‌آور نبودن شروطی است که با اصل شفافیت قرارداد در تعارض هستند.^۳

ماده‌ی ۵ دستورالعمل فراتر از آن بیان می‌دارد که: «چنانچه در خصوص معنی یک شرط تردید شود، معنایی که بیشتر به سود مصرف‌کننده است، حاکم

1. azione di rescissione per lesione.

۲. همچنین ر.ک: ماده‌ی ۲۱۰۸ از Second Restatement of Contract که برخلاف آن صراحتاً می‌گوید: «ناهمگونی حد بین ارزش مبادله شده می‌تواند عامل مهمی در تعیین نامعقول بودن قرارداد باشد و به تنهایی زمینه‌ی کافی برای لغو عملکردی خاص باشد». همچنین ر.ک: [1994] Darr.

۳. [1994] Alibrandi از این راهکار انتقاد می‌کند و آن را ضعیف‌تر از راهکاری می‌داند که در پیش‌نویس اول دستورالعمل در سال ۱۹۹۰ مدنظر بوده است. در آن پیش‌نویس، نقض اصل شفافیت به طور خودکار شروط را کان لم یکن می‌کرد. ر.ک: به الف ۵، شماره‌ی ۲ (bin5,n.2s) از پیش‌نویس.

می‌باشد.» اصل تفسیر «*contra proferentem*»، طرفی که شروط را می‌نگارد، ملزم می‌کند تا از واژگانی استفاده کند که کافی و فراخور دانش طرف دیگر قرارداد است. بدون آن که استفاده از زبان فنی را منع کند، قصد قانون‌گذار اروپایی این بوده که سوءاستفاده احتمالی از نابرابری اطلاعات توسط طرفی که از موقعیت برتر چانه‌زنی برخوردار است، را محدود کند. تفسیر همان‌گونه که غرض آن است، بیشتر به اصل شفافیت، این کارآیی را می‌دهد که به عنوان یک ابزار تفسیری اصلاح‌کننده در موارد سوءاستفاده عمل کند.

اصل تفسیر پیشتر در ماده‌ی ۱۳۷۰ قانون مدنی ایتالیا وجود داشت. بند ج ماده‌ی ۱۴۶۹ قانون مدنی، ملاک شفافیت را چنان که مورد نظر دستورالعمل است، به نظام حقوقی ایتالیا معرفی می‌کند. بنابراین، ماده‌ی مذکور نقاط اشتراک مهمی با بند ج ماده‌ی مذکور دارد، با این تفاوت که، اولی کاربردش به قراردادهای استاندارد محدود است، دومی، مصادیق وسیع‌تری دارد؛ صرف‌نظر از صورت و شکلی که قرارداد در آن امضاء شده یا رسماً شکل گرفته است. با توجه به سیاق سخن، مقصود قانون‌گذار از تدوین ماده‌ی ۱۳۷۰ قانون مدنی بر این بوده است که بانی قرارداد را که معمولاً شروط گنگ و مبهم تعیین کرده و در گام بعدی تلاش می‌کند از «نیاز اجتماعی- اقتصادی طرف ملحق‌شونده برای حمایت شدن» استفاده کند، از این اقدام منع نماید.^۱ با اعمال این تفسیر به هنگام بروز تردید در مفهوم یک شرط باید تمام زمینه‌های اجتماعی و اقتصادی که طرف قرارداد در آن شرایط قرار داشته است، تعیین و لحاظ شود. این ضرورت در بند الف (۱) ماده‌ی ۱۴۶۹ نیز مورد تأکید قرار گرفته است؛ ماده‌ای که بر اهمیت چنین رویکرد گسترده و وسیعی تأکید نموده و هرگونه قضاوت مبتنی بر روخوانی محتوای بیرونی شروط یا توافق را مخدوش می‌کند. با بازگشت به سیاست حمایت از مصرف‌کننده، بند ج ماده‌ی ۱۴۶۹، همانند ماده‌ی ۱۳۷۰ قانون مدنی تلاش می‌کند مصادیقی از «عدم اطمینان» مصرف‌کنندگان نسبت به شروط قراردادی را در نظر گیرد. در چنین شرایطی طرف ضعیف کاملاً از شروط قرارداد ناآگاه نیست، اما، از تبعات مستقیم نابرابری در اطلاعات و نقص دانش تخصصی رنج می‌برد. شروط مبهم می‌توانند برای طرف کمتر مطلع

۱. در اصل *il dato economico-sociale del bisogno di protezione del contraente aderente* در Sacco [1993].

قرارداد گمراه کننده باشد و به سوءاستفاده از توان برتر چانه زنی بینجامد. آن گونه که از قانون بانکداری برمی آید، شفافیت باید به عنوان یک شرط بنیادین برای قرارداد تلقی شود. در نتیجه، طرف برتر قرارداد باید به این امر ملزم شود که حداکثر تلاش خود را نسبت به واضح تر کردن شروط قرارداد برای طرف دیگر^۱ به کار گیرد.

عبارات واضح باید نه تنها در جریان انعقاد قرارداد، بلکه در مراحل پیش از قرارداد نیز به کار روند. قرارداد باید تنها با شروطی تنظیم شود که برای طرفین قرارداد روشن و آشکار باشد و بانی قرارداد باید تلاش خود نسبت به اعمال شاخص های موضوع ماده‌ی ۱۳۴۱ قانون مدنی را به اثبات رسانیده و «مسئولیت اطلاعات» در مقابل طرف ضعیف تر را بر عهده گیرد.^۲

با نگاهی به اصل شفافیت، آنچه‌آنکه در فصل شانزدهم بیان شده است، در می یابیم که تفسیر بند ب (۲) ماده‌ی ۱۴۶۹ متضمن چند مشکل است. این قانون، هم چنان که دیدیم، برای تعیین زیان آور بودن شروط بر برخی ملاکها تأکید دارد. بر اساس این قانون، زیان آور بودن یک شرط با موضوع آن یا برابری قیمتها تعیین نمی شود، البته اگر این عناصر به شکلی واضح و قابل درک بیان شده باشند. پرسشی که مطرح می شود، آن است که اگر موضوع اصلی قرارداد و یا برابری قیمت به صورت مبهم و غیرواضح معین شده باشند، تکلیف چیست؟ اثر چنین «فقدان شفافیتی» چیست؟ به علاوه، آیا نقض اصل شفافیت برای توجیه ناکارآمد دانستن یک شرط کافی است؟ برخی نویسندگان عقیده دارند که در صورت نقض اصل شفافیت، سوءاستفاده از یک شرط حتی با در نظر گرفتن برابری قیمت و موضوع قرارداد نیز می تواند رخ داده و به ناکارآمدی شرط بینجامد. تفسیر دیگر می تواند ما را به این باور هدایت کند که قانون گذار با این ضابطه فقط می خواسته تعداد عواملی را که قضاات اجازه دارند در تعیین زیان آور بودن یک شرط لحاظ کنند، افزایش دهد.

۱. ر.ک: تصویب نامه‌ی قانونی شماره‌ی ۷۴/۱۹۹۲ در اجرای دستورالعمل ۴۵۰/۸۴ درباره‌ی تبلیغات گمراه کننده و فنون هماهنگ (Testo Unico) قانونی درباره‌ی بانکداری و قراردادهای اعتبار شماره‌ی ۳۸۵/۱۹۹۳. در این باره همچنین ر.ک: دستورالعمل ۵۷۷/۸۵ و تصویب نامه‌ی قانونی تابع آن، شماره‌ی ۵۰/۱۹۹۲.

۲. ر.ک: Masucei [1996]. اغلب اوقات شفافیت به صورت «خوانایی» یاد می شود؛ این تفسیر به نظر می رسد بر ناکافی بودن شروط بسیار جزئی و فنی تأکید دارد؛ به ویژه، آنهایی که به قوانین دیگر اشاره دارند و باید در عوض با شروط واضح تر و روان تر جایگزین شوند. این نوع آخر شروط، با توجه به بند الف (۳) ماده‌ی ۱۴۶۹ شماره‌ی ۱۰ و بند ب (۲) همان ماده شماره‌ی ۳، ناکارآمد هستند.

این تفسیر، که به نظر می‌رسد بیانگر مقصود اصلی تنظیم‌کنندگان است، ما را به این نتیجه می‌رساند که به موجب قوانین ایتالیایی ناظر بر رفتار غیرمنصفانه، فقدان شفافیت به تنهایی برای توجیه ناکارآمدی موضوع بند د ماده‌ی ۱۴۶۹ کافی نیست. تفاوت‌های قابل توجهی در متون قانونی ایالات متحده یافت می‌شود. همان‌گونه که گفته شد ماده‌ی ۲-۳۰۲ با اشاره‌ی خاص به موارد شروط ناکامل، گنگ و مبهم، می‌خواهد از طرف ضعیف در برابر «غافل‌گیری غیرمنصفانه» و «رفتار فریب‌دهنده» حمایت کند. در این موارد، قضات معمولاً به استناد «غیرمنصفانه بودن ماهوی» به همراه اصطلاحاً «رفتار فریب‌دهنده» رأی داده‌اند.

این چنین غیرمنصفانه بودن ماهوی و شکلی می‌تواند بلافاصله به اجرای ماده‌ی ۲-۳۰۲ بینجامد. در این زمینه، اصل شفافیت در تعیین غیرمنصفانه بودن یک شرط نقشی اساسی ایفا می‌کند. این حقیقت که طرف برتر قرارداد، از تعداد زیادی ریزنوشت و شروط مبهم استفاده کرده است، می‌تواند صرف نظر از اثبات یا عدم اثبات وجود اکراه یا تقلب، به اعلام نامعقول بودن موضوع ماده‌ی ۲-۳۰۲ بینجامد.

مثال‌های این موضوع متعددند و تنها متوجه قراردادهای استاندارد نبوده و تقریباً هر نوع قراردادی را شامل می‌شود. به عنوان مثال، در پرونده‌ی *Seibel vs. Layne & Bawler*، دادگاه قرارداد را به دلیل «ناآشکار بودن یک شرط» غیرمنصفانه اعلام کرد؛ در حالی که دادگاه، در پرونده‌ی *Williams vs. Walker-Thomas Furniture C* ^۲ رأی خود را بر وجود «شرط مهمی که میان هزار توی ریزنوشت‌ها پنهان شده است»، استوار کرد.

در مقام مقایسه‌ی مقررات ایتالیا با کاربردهای ماده‌ی ۲-۳۰۲ مشاهده می‌کنیم که در متون ایتالیایی نبود شفافیت به تنهایی نمی‌تواند به ناکارآمدی قرارداد بینجامد، در حالی که، فقدان «نگارش گویا» در ایالات متحده می‌تواند به موجب ماده‌ی ۲-۳۰۲ به غیرالزام‌آور کردن یک شرط یا حتی تمام قرارداد، منجر شود، این موضوع اجازه‌ی حمایت در برابر قدرت نابرابر چانه‌زنی را در ایالات متحده فراهم می‌کند.

1. 38.[1982]56 or.App.

2. Ibid

۳-۵. راهکارهای جدید علیه شروط ظالمانه در قانون مدنی ایتالیا

در نسخه اولیه مواد اصلاحی ۱۳۴۱ و ۱۳۴۲ این قانون که پیش از دستورالعمل ۱۳/۹۳ اروپا تصویب شده بود، اعلام بطلان^۱ را برای تمام شروط زیان آور انتخاب کرده بود، صرفاً ماده‌ی ۱۳۴۱، در پی آن باید مقرر می‌نمود که «همه‌ی شروط زیان آور کأن لم یکن تلقی می‌شوند». ادعای بطلان می‌بایست فقط توسط مصرف‌کننده مطرح شده و محدود به شروط ظالمانه‌ی قراردادی شود؛ بدون آن که به تمام قرارداد تسری داده شود. به علاوه، در نسخه‌ی پیشنهادی بعدی در سال ۱۹۹۵ (شماره‌ی ۱۸۸۲، ژانویه ۱۹۹۵)، در تصویب ماده‌ی مربوطه‌ی بند ج ماده‌ی ۲۰۶۲ قانون مدنی وجود دارد. قصد قانون‌گذار احتمالاً ایجاد ابزاری نافذتر و مستقیم‌تر برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد، همراه با گسترش طیف کاربردهای ماده‌ی ۱۳۴۱ قانون مدنی بوده است.

هر چند با تدوین و تصویب دستورالعمل اروپایی، قانون‌گذار در وضع بند ج ماده‌ی ۱۴۶۹ «ناکارآمدی» را به اعلام سریع بطلان ترجیح داد، مشکلات موجود در درک و محتوای دستورالعمل اروپایی را باید به وجود همزمان ماده‌ی (۲) ۱۳۴۱ نسبت داد. بر اساس رویه‌ی قضایی، نقض این ضابطه باید به اعلام بطلان کل قرارداد منجر شود. قراین مؤید این تفسیر را در ماده‌ی (۱) ۱۴۱۶ قانون مدنی می‌توان یافت؛ این ماده در خصوص بطلان جزئی^۲ به صراحت بیان می‌دارد که در بعضی شرایط بطلان یک شرط را می‌توان به تمام قرارداد تسری داد. در هر حال این موضوع مطرح شده است که این سختگیری می‌تواند در حق طرف ضعیف نوعی اجحاف تلقی شده و هدف ماده‌ی ۱۳۴۱ قانون مدنی را عقیم گذارد. در حقیقت، شروطی که توسط طرف برتر از پیش تنظیم شده‌اند، چنان تعیین‌کننده‌اند که بر ساختار مورد نظر طرف ملحق‌شونده و به تبع آن اعلام رضایت تأثیر می‌گذارند؛ در نتیجه، در اغلب موارد نبود رضایت کتبی می‌تواند تمام قرارداد را کأن لم یکن کند، مشروط بر آن که چنین شروطی بلافاصله توسط ضوابط قانونی جایگزین نشود، آن گونه که در ماده‌ی (۲) ۱۴۱۹ قانون مدنی آمده است. در این باره، بند ج ماده‌ی ۱۴۶۹ می‌تواند راه‌حلی سریع میان «بطلان» و «قابلیت ابطال» بوده و اجازه‌ی «ناکارآمد کردن جزئی یا

1. Nullita.

2. Nullità Parziale.

شروط^۱ را بدهد.^۲

به موجب بند د ماده‌ی ۱۴۶۹ شروط زیان‌آور موضوع بندهای الف و ب این ماده ناکارآمد هستند، به موجب بند ۳ این ماده، «ناکارآمدی فقط به سود مصرف‌کننده عمل می‌کند و ممکن است توسط قاضی و به موجب اختیار قانونی اعلام شود»، وضع این ضابطه، حمایت از طرف ضعیف قرارداد را بسیار بهبود بخشیده است، همچنین تفاوت میان مجموعه‌ی قوانین ایتالیا و دکترین نامعقول بودن را به طرز محسوسی کاهش داده است. این راهکار، برای مصرف‌کننده قابلیت احیای قرارداد به عنوان یک کل واحد را در صورت امکان، صرفاً با حذف شروط زیان‌آور و بدون پیروی از محدودیت‌های اعمال شده موضوع ماده‌ی (۲) ۱۴۱۹، فراهم می‌آورد.^۳

در حقیقت، ماده‌ی ۳۰۲-۲ اجازه‌ی اعلام جزئی نامعقول بودن را داده و به مصرف‌کننده امکان می‌دهد از مابقی قرارداد سود ببرد. موضوع در اغلب مواقع همین‌گونه است، چرا که، مصرف‌کنندگانی که به نقض قرارداد متهم‌اند، اغلب به ادعای نامعقول بودن بخشی از آن را متوسل می‌شوند تا با حفظ الزام‌آور بودن بقیه‌ی مفاد قرارداد، از آن یک تعهد خاص رهایی یابند.

بند د ماده‌ی (۳) ۱۴۶۹ همچنین بیان می‌دارد که ناکارآمدی باید فقط به سود مصرف‌کننده اعمال و در هر حال همیشه به موجب اختیار قانونی اعلام شود. به این ترتیب مصرف‌کننده می‌تواند شرط زیان‌آور را به همراه مفاد پذیرفته شده‌ی دیگر احیا کند.

1. Inefficacia Parziale.

۲. ر.ک: Bianchini [1996] ترجمه شده توسط Beltramo M, Beltramo S., Longo, Merryman

قانون مدنی ایتالیا و مقررات متمم، ویرایش ۲۰۰۱.

۳. به این ترتیب مشکل پرکردن خلأهای برجایمانده در قرارداد، همچنان حل نشده باقی می‌ماند. هر چند بند د ماده‌ی ۱۴۶۹ ناکارآمدی تمام قرارداد را تفریق کرده است، اما، کاربرد بند ب این ماده به همراه بند د ماده‌ی مذکور می‌تواند در مواردی به این نتیجه منجر شود. در حقیقت، بعضی شروط زیان‌آور می‌توانند به هم وابسته باشند و بر قرارداد به عنوان یک کل، اثر مخرب داشته باشند. اگرچه، در این موارد اعلام ناکارآمدی همه‌ی قرارداد نباید بر اساس این وابستگی و بلکه بر اساس اثر کل قرارداد باشد که ممکن است به رغم حذف شروط زیان‌آور همچنان ظالمانه بماند. برای این تفسیر ر.ک: Mazzamuto [1994].

۶. برآمد:

مقایسه‌ی قوانین موضوعه ایتالیا و ایالات متحده در باب شروط ناعادلانه‌ی قراردادی ما را به این نتیجه سوق می‌دهد که هر چند میان دو نظام حقوقی تفاوت مشهود است، اما، این اختلاف اخیراً با تدوین فصل شانزدهم در قانون مدنی ایتالیا در باب حمایت از مصرف‌کننده، کاهش یافته است. در حالی که راهکارهای سنتی مواد ۱۳۴۱ و ۱۳۴۲ همراه با وظیفه‌ی عمومی حسن‌نیت نشان داده‌اند که به اندازه‌ی اعلام نامعقول بودن کارآمد نیستند، بند د ماده‌ی ۱۴۶۹ رویکرد انعطاف‌پذیرتری را در پیش گرفته است. این موضوع بیانگر آن است که اهداف مشترک اولیه‌ای که الهام‌بخش هر دو نظام قانون‌گذاری بوده است، به مجموعه‌ای از راهکارهای حقوقی که از چند شباهت مهم برخوردارند، منجر شده است. فارغ از تفاوت‌های ساختاری که نظام حقوق عرفی را از نظام حقوق موضوعه متمایز می‌نماید، ضرورت حمایت از طرف ضعیف قرارداد در برابر شمار فزاینده‌ی سوءاستفاده‌ها به همگرایی در بخش‌هایی از راهکارها انجامیده است. تعیین این که کدام یک به نیازهای مصرف‌کنندگان بهتر پاسخ می‌دهند، دشوار بوده و نیازمند تحقیقات بیشتری است. تحلیل حاضر، وجود گرایش واضحی را به سمت درک مشترکی از حمایت از مصرف‌کنندگان و طرف‌های ضعیف قراردادی ثابت می‌کند. نقش محوری عوامل اقتصادی در اقتصاد بازار ابتدا قانون‌گذاران دیگر کشورهای اروپایی و سپس ایتالیایی را برآن داشت تا قوانینی را وضع کنند که بر جلوگیری از سوءاستفاده‌ها و رفتارهای غیرمنصفانه تمرکز خاصی دارند. هر چند این فرآیند رو به توسعه با تنظیم فصل شانزدهم در قانون مدنی، آغاز شده است، اما هنوز یافتن مفهومی قانونی که تا حدودی با «نامعقول بودن» قابل مقایسه باشد، ممکن نیست. اشاره به عدم توازن مشهود و شفافیت گامی است برای بررسی عمیق‌تر نابرابری در چانه‌زنی میان طرف‌های قرارداد حتی در مراحل پیش از انعقاد قرارداد.

با این وجود، این مفاهیم «رفتاری که علیه وجدان اجتماعی است»، را به‌گونه‌ای که «دکترین نامعقول بودن»، آن را شامل می‌شود، در برمی‌گیرد. در نتیجه، هنوز «نامعقول بودن» در رویه‌های حقوقی ایتالیا معادلی نیافته است. اهمیت حمایت از مصرف‌کنندگان و طرفین قرارداد به عنوان بازیگران

اقتصاد بازار و دادن امکان ابطال یک شرط صرفاً به دلیل غیرمنصفانه بودن آن، به صورت گسترده در حقوق ایتالیا و ایالات متحده شناخته شده است. جلوگیری از سوءاستفاده‌ها و رفتارهای ناعادلانه نه تنها به منظور حفاظت از این نقش محوری آنان است، بلکه برای تقویت و تشویق فرآیندهای چانه‌زنی و مذاکره نیز می‌باشد.

فهرست منابع

الف: منابع ایتالیایی

1. **Aloisio R.G.** [1999]: Condizioni generali di contratto, in: Giur. Alpa-Bessone, Agg. I.
2. — [1995]: “Condizioni generali di contratto, diritto comunitario e leggi speciali (art. 1342 e 1342 c.c.)”, Giustizia Civile, II, p. 239.
3. **Alpa G. / Delfino R.** [1997]: Il contratto nel Common Law inglese, II Padova, VII-188.
4. — [1997]: I contratti standard nel diritto interno e comunitario, III ed., a edited by Toriello, XIV, p. 336.
5. **Alpa G. / Patti S.** [1997]: Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori – Commentario agli art. 1469bis – 1469sexies del codice civile, Milano, LV, p. 1426.
6. **Alpa G.** [2000]: I contratti dei consumatori, in: Trattato di diritto civile, of Bessone XIII, II.
7. — [1999]: L’applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio, Rivista Trimestrale diritto e procedura civile, p. 1173.
8. — [1998]: La nuova disciplina dei diritti dei consumatori, Studium Iuris, p. 1310.
9. — [1997]: L’incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto civile.
10. Rivista trimestrale diritto e procedura civile, p. 237.
11. — [1996]: I contratti dei consumatori – Diritto comunitario e novellazione del codice civile, Responsabilità civile, 1996, 1065, Vita Notarile, p. 1129.
12. — [1996]: Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di

- clausole abusive, Nuova giurisprudenza civile, II, p.
13. — [1996]: Corso di sistemi giuridici comparati, Torino, p. 517.
14. — [1987]: Contratto e common law, Padova.
15. **Barenghi A.** [1996]: Art. 1469bis, in: La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile, Novene, Napoli, XII, p. 324.
16. **Beltramo M. /Beltramo S./ Longo E./ Merryman J.H.** [2001]: The Italian Civil Code and complementary legislation, New York.
17. **Bianca C.M. /AA.VV.** [1999]: Commentario al capo XIVbis del codice civile: dei contratti del consumatore (art.1469bis-1469sexies), XX, p. 1002.
18. Bianca C.M.[1988] Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente), Digesto delle discipline privatistiche, III.
19. [1979/1980] Le condizioni generali di contratto.
20. [1976] Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole.
21. **Bin M.** [1996]: Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?), Contratto Impresa Europa, I.
22. — [1994]: Clausole abusive e direttiva comunitaria (atti del convegno di studi sul tema condizioni generali di
23. contratto e direttiva Cee n. 93/13 del 5 aprile 1993, ed. by Cesarò E., Padova.
24. **Bogden J.P.F.** [1997]: On agreement most foul: A reconsideration of the doctrine of unconscionability, 25 Manitoba Law Journal, p. 187.
25. **Bonilini Baraldi M.** [2003]: Unconscionability (diritto nordamericano), Contratto Impresa Europa, I, p. 443.
26. **Carbone P.** [1996]: La difficile attuazione della direttiva 93/13 CEE Corriere giuridico vol. 3.

27. — [1996]: Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, *Contratto e Impresa Europa*, p. 379.
28. **Carbone V.** [1996]: La tutela del consumatore : le clausole abusive (commento alla 1.6 febbraio 1996 n. 52), *Corriere giuridico*, p. 1300.
29. **Busnelli F.D. / Morello U.** [2001] . La direttiva 93/13/Cee del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati dai consumatori, in: Bessone M., *Trattato di diritto privato*, Torino.
30. **Chinè G** [2000]: La contrattazione standardizzata, in: AA.VV. *Trattato di diritto privato* by Bessone M. and Tizzano A., vol. XXVI, *Il Diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino.
31. **Costanza M** [2000]: La novella sulle clausole abusive a confronto con il regime dei contratti finanziari, *Banca Borsa e Titoli di Credito I*, p. 361.
32. — [1994]: Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori *Giustizia civile*, II, p. 543.
33. **De Nova G.** [2000]: Condizioni generali di contratto in conflitto, in *Digesto civ.* Torino, 200.
34. — [1996]: La novella sulle clausole vessatorie e la revisione dei contratti standard, *Rivista di Diritto Privato*, p. 221.
35. — [1996]: *Le clausole vessatorie.*, Milano.
36. — [1993]: La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole standard abusive (commento alla direttiva Cee del 5 aprile 1993 n. 13), *Contratti*, p. 351.
37. **Gorla G.** [1963]: Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano *Rivista di diritto commerciale*, I.
38. **Guarracino F.** [1997]: Inefficacia e nullità delle clausole ves-

- satorie, Contratto e Impresa Europa, p. 621.
39. **Maffei D.** [2000]: Ambito soggettivo di applicazione degli art. 1469bis e ss. del Codice Civile, in: I Contratti, p. 442.
40. **Majello U.** [1996]: Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto, Rassegna del Diritto Civile.
41. **Mattei U.** [1991]: Il modello di common law, Torino.
42. **Matteo G.** [1998]: Trattativa privata e contratto per adesione in: I Contratti.
43. **Minervini E.** [1998]: La dichiarazione di contrarre in qualità di consumatore o professionista e la nuova disciplina della clausole vessatorie in: Studi in onore di P. Rescigno III, p. 2.
44. **Montinaro** [1998]: La figura giuridica del consumatore nei contratti di cui al Capo XIVbis Titolo II del Libro IV del Codice Civile Giustizia civile, I.
45. **Morello U.** [1996]: Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina, Notariato, p. 3.
46. [1988] Le condizioni generali di contratto Digesto delle discipline privatistiche III.
47. **Pardolesi R.** [1994]: Le clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?, Foro italiano, V, p.137.
48. [2001]: Unconscionability e abuso di dipendenza economica, Rivista di Diritto Privato, III, p. 527.
49. **Patti S.** [1995] Clausole vessatorie, clausole d'uso e necessità dell'approvazione specifica, Nuova giurisprudenza civile e commerciale, I.
50. [1994]: Le condizioni generali di contratto e i contratti stipulati dai consumatori, Giustizia civile.
51. [1993]: La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime

- considerazioni Contratto Impresa Europa. 36
52. **Ruffolo U.** [1997]: Clausole vessatorie, abusive, inique e “ri-codificazione”, Resp. Comunicazione e impresa, p. 53
53. **Rizzo A.** [2003]: Inequality of bargaining power, Contratto Impresa Europa, I, p. 414.
54. **Rizzo V.** [1999]: Il significativo squilibrio malgrado buona fede nei contratti dei consumatori Giur. Alpa-Bessone, Agg. I.
55. [1993]: Le clausole abusive: realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile 1993, Rassegna di diritto civile.
56. **Roppo V.** [2001]: Il contratto
57. [2000]: La definizione di clausola vessatorie nei contratti dei consumatori, in: I Contratti.
58. [1998]: La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici, Europa e diritto privato, I, p. 65.
59. [1996] La recezione della disciplina europea delle clausole abusive (vessatorie) nei contratti tra professionisti e consumatori in: Diritto privato.
60. [1996] Le clausole vessatorie, nuova normativa, Enciclopedia giuridica Treccani, VI, p. 1.
61. **Schlesinger P.** [1993]: Il Codice Civile – Commentario.
62. **Sciarone Alibrandi A.** [1993]: Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria n. 93/13 (Clausole abusive nei contratti stipulati dai consumatori), in: Banca, Borsa e Titolo Credito, I, 713.
63. **Tassone B.** [2001]: “Unconscionability” e abuso di dipendenza economica, Rivista di diritto privato, III, p. 527.
64. **Violante** [2000]: Clausole vessatorie e approvazione specifica «a tutto campo»: chi troppo vuole..., Corriere giuridico.

ب: منابع انگلیسی

1. **Atiyah P.S.** [1995]: An introduction to the law of contract, 5th ed.
2. [1979] The rise and fall of freedom of contract.
3. **Beal H.** [1986]: Inequality of bargaining power, in: Oxford Journal Legal Studies, p. 125.
4. **Braucher R.** [1970]: The unconscionable contract or term, 31 University of Pittsburgh Law Review, p. 345.
5. **Capper D.** [1998]: Undue influence and unconscionability: A rationalization, 114 Law Quarterly Review, p. 477.
6. **Cartwright J.** [1991]: Unequal bargaining. A study of vitiating factors in the formation of contracts, Oxford.
7. **Clark R.**[1987] Inequality of bargaining power: judicial intervention in improvident and unconscionable bargains.
8. [1966] Bargaining Power and Unconscionability: A Suggested Approach to U.C.C. Section 2-302, 114 University of Pennsylvania. Law Review, p. 998.
9. **Darr F.P.** [1994]: Unconscionability and price fairness, 30 Houston Law Review, p. 1819.
10. **Davenport W.P.** [1967]: Unconscionability and the Uniform Commercial Code, 22 Miami Law Review, p. 121.
11. [1995] Italian contract law and European Directive on unfair terms in consumer contracts E.R.P.L.
12. **Dugan P.** [1982]: The Application of Substantive Unconscionability to Standardized Contracts: A Systematic Approach, 18 New England Law Review, p. 77.
13. **Eisenberg M.A.** [1982]: The Bargaining Principle and Its Limits, 95 Harvard Law Review, p. 741.

14. **Ellinghaus M.P.** [1969]: In Defence of Unconscionability, 78 Yale Law Journal, p. 757.
15. **Epstein R.A.** [1975] Unconscionability. A critical reappraisal, 18 Journal of Law & Economics, p. 293.
16. **Farnsworth E.A.** [2001]: Contracts, Boston, Toronto, London. Gellhorn E.[1967]: Limitations on Contract Termination Rights, 465 Duke Law Journal, p. 474.
17. **Gordley J.** [1997] Contract in Pre-commercial Societies and in Western History International Encyclopaedia of Comparative Law, vol. 7, ch.2.
18. [1991]: The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford, England and New York, Clarendon Press.
19. [1981]: Equality in Exchange 69 California Law Review, p. 1587.
20. **Hillman R.** [1983]: An Analysis of the Cessation of Contractual Relations 68 Cornell Law. Review, p. 617.
21. [1981] Debunking some myths about unconscionability: A new framework for U.C.C. Section 2-302, 67 Cornell Law Review, p. 1.
22. **Holmes E.M. / Thürmann D.** [1987]: A new old theory for adjudicating standardized Contract, 17 Georgia Journal of International & Comparative Law, p. 323
23. **Horowitz C.** [1986]: Reviving the law of substantive unconscionability: Applying the implied covenant of good faith and fair dealing to excessively priced consumers credit contracts, 33 University of California Law Review, p. 940.
24. **Jaffe D.** [1954]: Definition and interpretation of unconscionable contracts, 58 Dickinson Law Review, p. 161.
25. **Kessler F.** [1943]: Contract of Adhesion.- Some Thoughts About

- Freedom of Contract, 43 Columbia Law Review, p. 629.
26. **Kornhauser L.A.** [1976]: Unconscionability in standard forms (Comments and Notes), 64 California Law Review, p.1.
27. **Leff A.** [1967]: Unconscionability and the Code – The Emperor’s new clause, 115 University of Pennsylvania Law Review, p. 485.
28. [1979/1980]: Thomist Unconscionability, 4 Canadian Business Law Journal, p. 484.
29. **Llewellyn K.N.** [1960]: The Common Law Tradition.
30. **Lyon J.** [1966]: Unconscionable Contracts and the Uniform Commercial Code, 20 Arkansas Law Review, p. 165.
31. **Murray J.E.** [1970]: Unconscionability: unconscionability, 31 U. Pittsburgh Law Review, p. 1053.
32. **Note** [1960]: Inadequacy of consideration as a factor in determining unconscionability under Section 2-302 of the Uniform Commercial Code, 67 Michigan Law Review, p. 1248.
33. [1960]: Unconscionable contracts: the Uniform Commercial Code, 45 Iowa Law Review, p. 843.
34. [1954]: Section 2-302 of the Uniform Commercial Code: the consequences of unconscionability in sales contracts, 63 Yale Law Journal, p. 560.
35. **Rakoff** [1983]: Contracts of adhesion: An essay in reconstruction, 96 Harvard Law Review, p. 1174.
36. [1959]: The Uniform Commercial Code in light of comparative law, 1 International American Law Review, p. 11.
37. **Schwartz A.** [1977]: A reexamination of non substantive unconscionability, 63 Virginia Law Review, p. 1053.
38. **Slawson D.** [1970/1971]: Standard form contracts and demo-

- cratic control of lawmaking power, 84 Harvard Law Review, p. 529.
39. **Spanogle J.** [1969]: Analysing unconscionability problems, 117 University of Pennsylvania Law Review, p. 940.
40. **Thal S.N.** [1988]: The inequality of bargaining power doctrine: the problem of defining contractual unfairness, in: Oxford Journal of Legal Studies, p. 23.
41. **Tiplady D.** [1983]: The judicial control of contractual unfairness, in: The Modern Law Review, p. 601.
42. **Waddams S.M.** [1976]: Unconscionability in Contracts, 39 Modern Law Review, p. 369.