

## نظم عمومی؛ ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه

سکینه کرمی\*

### چکیده

امروزه، تحمیل شروط ناعادلانه توسط طرف قوی قرارداد بر طرف ضعیف، به‌ویژه در قراردادهای مصرف کالاها و خدمات، واقعیتی انکارناپذیر می‌باشد. در حقوق خارجی در ابتدا دادگاه‌ها به نفع طرف ضعیف مداخله و به مدد تکنیک‌های تفسیری از ظرفیت‌های موجود در قواعد عمومی قراردادها برای مقابله با این گونه شروط بهره گرفتند و در گام بعدی رویکرد حمایت از مصرف‌کننده در برابر شروط ناعادلانه توسط قانون‌گذاران تعقیب گردید. در حال حاضر در قانون مصرف اغلب کشورها بخشی به کنترل شروط ناعادلانه اختصاص یافته است که طی آن شروط خاصی ناعادلانه توصیف و باطل اعلام گردیده‌اند. اما متأسفانه در ایران قانون حمایت از مصرف‌کنندگان فاقد چنین مقرراتی است؛ لذا در شرایط فعلی خلأ قانونی و با توجه به ضرورت مقابله با شروط مزبور، کنترل قضایی تنها راه چاره است. بررسی شیوه‌های مقابله دادگاه‌ها با این گونه شروط در کشورهای دیگر نشان می‌دهد که در حقوق ایران نیز ابزارهای حداقلی لازم برای چنین کنترلی در دسترس است. مهم‌ترین ابزار قانونی که به نظر می‌رسد دادگاه‌های ایرانی می‌توانند برای مقابله با شروط ناعادلانه به کار گیرند، مفهوم نظم عمومی (موضوع ماده ۹۷۵ قانون مدنی) است.

**کلیدواژه‌ها:** شروط ناعادلانه، کنترل قضایی، نظم عمومی، حمایت از طرف

ضعیف.

## مقدمه

یکی از تبعات رواج روزافزون استفاده از قراردادهای استاندارد شده، درج شروط ناعادلانه در قراردادهای به‌ویژه قراردادهای مصرف می‌باشد. شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی که طرف قوی قرارداد هستند با بهره‌گیری از قدرت چانه‌زنی برتر خود، طرح قراردادهای را به طور یک‌جانبه و به نفع خود می‌نویسند. این طرح‌ها که عمدتاً مملو از شروطی است که نسبت به مصرف‌کننده یا طرف ضعیف قرارداد زیان‌بار و ناعادلانه است، اغلب بدون مذاکره و چانه‌زنی و یا اصلاح یا تغییر، به امضا می‌رسند.

امروزه در کشور ایران نیز سوءاستفاده از قدرت معاملی برتر از طریق تحمیل شروط ناعادلانه، واقعیتی غیرقابل انکار در عرصه قراردادهای بین طرف‌های به لحاظ اقتصادی نابرابر می‌باشد. قراردادهای وام و اعتبار که در بانک با عجله و ناخوانده امضا می‌کنیم پر از شروطی است که به نحو غیرعادلانه‌ای به نفع بانک و به ضرر مشتری تنظیم شده است؛ شرکت‌های حمل‌ونقل از طریق شروط چاپ‌شده در ظهر بلیط‌ها بسیاری از مسئولیت‌های قانونی خود را به ضرر مشتریان کاهش داده یا سلب می‌نمایند؛ شرکت‌های بیمه تنها در مورد برخی مندرجات قرارداد از جمله حق بیمه و موارد پوشش بیمه‌ای با بیمه‌گذاران مذاکره می‌کنند؛ در حالی که بسیاری از شروط را به نفع خود در طرح قراردادهای از پیش تهیه‌شده گنجانده‌اند و بیمه‌گذار قادر به تغییر و اصلاح آنها نمی‌باشد؛ بیمارستان‌ها شروط قراردادهای بستری و درمان را به نفع خود می‌نویسند و بیمار بر فرض که متوجه این امر گردد، امکان و چه بسا فرصت چانه‌زنی برای تحصیل شرایطی بهتر را ندارد، شرکت‌های بزرگ تولیدکننده یا عرضه‌کننده کالاها و خدمات از قراردادهای استاندارد استفاده می‌کنند که اغلب حاوی شروطی است که از حقوق مصرف‌کننده و در عین حال از تعهدات تولیدکننده یا فروشنده می‌کاهد.

در خصوص کالاها و خدماتی که به طور انحصاری عرضه می‌شوند، مشکل مشهودتر است. به عنوان نمونه مصرف‌کنندگان خودرو در کشور ما سالیان متمادی قربانی منفعت‌طلبی تولیدکنندگان انحصاری خودرو بوده‌اند و علاوه بر قیمت‌های انحصاری، از شروط غیرعادلانه‌ای نیز که در قراردادهای خرید یا اجاره به شرط تملیک خودرو تحمیل می‌شود، متضرر گردیده‌اند. در حوزه خدمات، می‌توان به عنوان نمونه از بازار خدمات ارتباطی یاد کرد؛ اپراتورهای تلفن همراه با بهره‌مندی از شرایط انحصار، علاوه بر قیمت‌های مدنظر خویش، شروط زیان‌بار زیادی را به مشترکین تحمیل می‌نمایند. بنابراین متأسفانه باید گفت در بازار فعلی کالاها و خدمات در ایران، مصادیق تحمیل شروط ناعادلانه در قراردادهای فراوان است.

طرف قوی قرارداد که به تکیه‌گاه استواری به نام قرارداد و اصل آزادی قراردادهای پشت‌گرم است، با این استدلال که امر خلاف قانونی انجام نمی‌دهد، از تحصیل نفع هرچه بیشتر از طریق درج شروطی که به نفع خود و تبعاً به زیان طرف ضعیف است، باز نخواهد ایستاد. درحالی که نابرابری و بی‌عدالتی حتی اگر پشت حجاب فریبنده‌ای به نام قرارداد تحمیل گردد، ناروا و غیرقابل پذیرش است. پس چاره چیست؟ آیا نظام حقوقی در مواجهه با وضعیتی که آزادی قراردادی مورد سوءاستفاده قرار می‌گیرد و به توجیهی برای تحمیل منظم و گسترده شروط ناعادلانه در قراردادهای تبدیل می‌گردد، باید سکوت اختیار کند؟ آیا راهی هست که حقوق بتواند ضمن نگه داشتن حرمت اصل آزادی قراردادی، با بی‌عدالتی روا داشته شده در قالب شروط قرارداد مقابله نماید؟

در حقوق خارجی به پرسش اخیر پاسخ مثبت داده شده است. در اغلب کشورهای جهان به‌ویژه کشورهای اروپایی همان گونه که پیش‌تر (عمدتاً از اواخر قرن نوزده و اوایل قرن بیستم) به سوءاستفاده از آزادی قراردادی واکنش نشان داده شده بود و این آزادی در جهت مصالحی نظیر رعایت عدالت قراردادی، حمایت از طرف ضعیف، منافع و مصالح جامعه و... از طریق وضع قواعد آمره در حوزه قراردادهای محدود گردیده بود، در زمینه مقابله با شروط ناعادلانه نیز اقدامات ضروری صورت پذیرفته است. پیرو زمینه‌سازی‌هایی که به‌واسطه مداخله دادگاه‌ها در این حوزه و کنترل قضایی شروط ناعادلانه فراهم گردیده بود، از حدود نیم قرن پیش، کنترل تقنینی شروط ناعادلانه در یکی از وسیع‌ترین حوزه‌های قراردادی یعنی قراردادهای مصرف‌انجام گردید و به‌ویژه کشورهای اروپایی (تحت تأثیر رویه حمایت از مصرف‌کننده اتحادیه اروپا) در قالب یکی از اقسام حمایت‌ها از مصرف‌کننده، حمایت او در برابر شروط ناعادلانه را نیز تمهید نمودند. اهمیت امر به حدی بود که اتحادیه اروپا دستورالعملی خاص در زمینه شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف<sup>۱</sup> صادر نمود و دولت‌های عضو را مکلف نمود که بر مبنای این دستورالعمل مقررات لازم را برای مقابله با شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف وضع نمایند.

اما در ایران قانون حمایت از مصرف‌کنندگان که با طی روند تصویبی طولانی در مهرماه سال ۱۳۸۸ تصویب گردید، متضمن مقررات خاصی در برخورد با شروط ناعادلانه نیست. حال پرسش این است که آیا با توجه به اینکه تحمیل شروط ناعادلانه در قراردادهای به‌ویژه قراردادهای مصرف در ایران نیز شایع است و حمایت از مصرف‌کنندگان کالاها و خدمات در برابر شروط ناعادلانه - که ضرورت آن حدود

1. Council Directive 93/13 /EEC on Unfair Terms in Consumer Contracts

نیم قرن اخیر در کشورهای دیگر احساس شده است - قطعاً در شرایط فعلی عرصه کسب و کار و بازارها، در ایران نیز اجتناب ناپذیر است، در شرایط سکوت قانون گذار و فقدان مقرر قانونی در این خصوص، آیا به لحاظ نظری دادگاه‌ها می‌توانند مانند دادگاه‌های فرانسه یا آلمان که پیشگام قانون‌گذاران در کنترل تقنینی شروط ناعادلانه بوده‌اند، در این حوزه مداخله نمایند؟ آیا ابزار کافی و مبانی حقوقی که بتوان چنین مداخله‌ای را بر اساس آن بنا نهاد در حقوق ایران نیز وجود دارد؟ به نظر می‌رسد که می‌توان به پرسش‌های فوق پاسخ مثبت داد. دادگاه‌های ایران اگر اراده مداخله به منظور کنترل شروط ناعادلانه را داشته باشند، مبانی حقوقی و ابزارهای حداقلی لازم به این منظور در حقوق ایران نیز وجود دارد. یکی از این مبانی و ابزارها - که بررسی قابلیت آن برای به‌کارگیری به منظور فوق، موضوع اصلی این مقاله است - مفهوم نظم عمومی است. به نظر می‌رسد که دادگاه‌ها می‌توانند از جمله به مفهوم نظم عمومی تکیه نمایند و به این استناد که شرط ناعادلانه موضوع اختلاف، خلاف نظم عمومی است، آن را باطل و بلااثر اعلام نمایند.

این مقاله متضمن سه بخش است. با توجه به اینکه مفاهیم اصلی ما در این تحقیق، شرط ناعادلانه و نیز مفهوم نظم عمومی است، در بخش نخست تعریف مختصری از شرط ناعادلانه و نگاهی به مفهوم نظم عمومی به عنوان یکی از محدودیت‌های آزادی قراردادی خواهیم داشت و تبیین می‌نماییم که چگونه درج شرط ناعادلانه در قرارداد می‌تواند ناقض نظم عمومی باشد. بخش دوم به مطالعه تطبیقی اختصاص خواهد داشت و در آن تشریح می‌کنیم که چگونه در حقوق خارجی این مفهوم برای کنترل شروط ناعادلانه به کار گرفته شده است. در بخش سوم هم به تبیین نظر خود می‌پردازیم و تشریح می‌کنیم که چگونه دادگاه‌های ما می‌توانند با استناد به ماده ۹۷۵ قانون مدنی و مفهوم نظم عمومی نسبت به کنترل شروط ناعادلانه در قراردادهایی که نزد آنها مطرح می‌شود، اقدام نمایند.

## ۱. تعریف شرط ناعادلانه و نگاهی به مفهوم نظم عمومی

### ۱-۱. شرط ناعادلانه چه شرطی است؟

مفهوم عدالت و بی‌عدالتی برای همه از جمله برای قاضی روشن است. همه ما نظام کوچکی از عدالت در وجدان و درون خود داریم که با آن ماهیت رفتارها را می‌سنجیم. اما در حوزه قراردادهای خصوصی و در چارچوب مباحث کنترل قضایی و تقنینی این شروط، چه موقع می‌گوییم شرط ناعادلانه است؟ شرط ناعادلانه به طور اخص چه ویژگی‌هایی دارد؟

از آنجا که در حقوق موضوعه ایران مقررات قابل توجهی در خصوص کنترل شروط ناعادلانه وجود ندارد،<sup>۱</sup> بنابراین هیچ گونه تعریف قانونی در خصوص این گونه شروط در حقوق ایران وجود ندارد. اما در حقوق خارجی که شروط ناعادلانه به ویژه در قراردادهای مصرف مورد کنترل تقنینی قرار گرفته اند، تعریف قانونی از شروط قراردادی مزبور که البته در حقوق خارجی با عنوان «شروط غیرمنصفانه»<sup>۲</sup> نامیده شده اند، در دسترس است.

قبل از آغاز دوره کنترل تقنینی شروط ناعادلانه، قضات تحت تأثیر درک شخصی خود از عدالت و انصاف شرطی را که با استانداردهای آنها از این مفاهیم، مغایر بود، غیرمنصفانه توصیف کرده و تلاش می نمودند با استفاده از تکنیک های تفسیری و قواعد عمومی قراردادهای آنها را بلا اثر اعلام نمایند. بعدها قوانینی که در حقوق کشورها به منظور مقابله با شروط غیرمنصفانه، تصویب گردیدند، شرطی که از نظر آنها غیرمنصفانه و ممنوع خواهد بود را تعریف نمودند.

دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا در مورد شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف، در ماده ۳ خود در تعریف شرط غیرمنصفانه مقرر می دارد: «شروط قراردادی که به طور خاص مورد مذاکره واقع نشده، اگر بر خلاف آنچه که حسن نیت ایجاب می نماید، عدم تعادل مهمی در حقوق و تعهدات طرفین قرارداد به ضرر مصرف کننده ایجاد نماید، غیرمنصفانه تلقی می گردد.» ماده ۳۵ قانون مصرف ۱۹۷۸ فرانسه شرطی را غیرمنصفانه می دانست که طرف حرفه ای با سوءاستفاده از قدرت برتر اقتصادی خود به واسطه آن از مصرف کننده امتیاز مفرط تحصیل نموده است. طبق بند ۱ ماده ۳۰۷ قانون مدنی آلمان، شروط قرارداد استاندارد اگر بر خلاف الزام حسن نیت به نحو

۱. با اینکه در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک آمده است که شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف کننده مؤثر نیست اما متأسفانه قانون مزبور هیچ گونه تعریفی از این گونه شروط ارائه ننموده است. در ماده ۱۷۹ قانون دریایی نیز که قانون گذار شروط ناعادلانه را در قراردادهای کمک و نجات قابل ابطال دانسته است، تعریفی از شرط ناعادلانه به عمل نیامده و تشخیص مصادیق چنین شرطی بر عهده دادگاه گذارده شده است.

## 2. Unfair terms

از آنجا که بحث حقوق کنترل شروط غیرمنصفانه محصول حقوق خارجی است و در حقوق ایران با وجود اشارات جزئی در برخی قوانین، به طور اخص نه موضوع قانون گذاری بوده است و نه در آراء دادگاهها بدان پرداخته شده است و نه حتی در حدی قابل توجه در سطح دکترین بحث شروط ناعادلانه موضوع بررسی بوده است، بنابراین در مقاله حاضر علی القاعده باید عنوان شرط غیرمنصفانه به کار برده می شد. با این حال، ترجیح دادیم با توجه به اتحاد در مدلول عرفی و مصادیق خارجی این دو لفظ (ناعادلانه و غیرمنصفانه) از منظر مورد نظر ما، و نیز به جهت این که واژه «ناعادلانه» با حقوق ایران مانوس تر است، با اندکی مسامحه (چرا که به تبع تفاوت در معانی انصاف و عدالت مفهوم دقیق اوصاف ناعادلانه و غیرمنصفانه نیز یکی نیست) به جای وصف «غیرمنصفانه» صفت «ناعادلانه» به کار برده شود.

غیرمعقولی به ضرر طرف قراردادی استفاده‌کننده از این شروط باشد، غیرمنصفانه و باطل است.

ملاحظه می‌شود که در هر سه تعریف فوق، برای غیرمنصفانه تلقی شدن شرط، بر معیار عدم تعادل در حقوق و تعهدات طرفین به ضرر طرف ضعیف قرارداد، تأکید شده است. عدم تعادل در حقوق و تعهدات ملاکی عینی بوده و به طور مشخص در قرارداد ملموس و قابل ارزیابی است. بر این اساس اگر شرط به ضرر طرف ضعیف قرارداد باشد، اما این ضرر در شروط دیگر قرارداد یا در قیمت جبران شده باشد، شرط زیان‌بار دیگر غیرمنصفانه تلقی نمی‌گردد.

به‌رغم معیار فوق، نقض الزامات حسن‌نیت که دستورالعمل اتحادیه اروپا و قانون مدنی آلمان در تعریف شرط غیرمنصفانه دخیل دانسته‌اند، مستلزم دخالت دادن عناصر شخصی و انتزاعی در تعریف شرط غیرمنصفانه است. به این ترتیب مجال لازم برای دخالت دادن تعریف شخصی قاضی از انصاف و دلالت‌های حسن‌نیت در تشخیص غیرمنصفانه بودن، فراهم می‌آید. نکته‌ای که در خصوص تعریف شرط ناعادلانه باید خاطرنشان شود، تأثیر قوت و ضعف قدرت معاملی طرفین در غیرعادلانه تلقی شدن شرط است. از دید مقررات کنترل‌کننده شروط ناعادلانه، برای اینکه شرط غیرعادلانه تلقی شود لازم است که به ضرر طرف ضعیف باشد یا موجب عدم تعادل قراردادی به ضرر طرف ضعیف باشد. هرچند که این شرط به طور لفظی مورد تأکید قرار نگرفته است اما روح حاکم در اغلب تعاریف قانونی ارائه‌شده از شروط غیرمنصفانه همین امر می‌باشد؛ دستورالعمل اتحادیه اروپا و قانون مصرف فرانسه در صدد حمایت از مصرف‌کننده هستند. براین مبنا که او طرف ضعیف قرارداد است و قانون آلمان نیز بنایش بر این است که طرف استفاده‌کننده از شروط استاندارد طرف قوی معامله است و درصدد بوده با اجحافی که او از طریق درج شروط ظالمانه در شروط استاندارد به طرف ضعیف قرارداد روا می‌دارد، مقابله نماید. قانون شروط غیرمنصفانه قراردادی<sup>۱</sup> انگلیس نیز در بحث مسئولیت ناشی از قرارداد، شرط استثنا و محدودکننده مسئولیت را در صورتی باطل دانسته است که این گونه شروط را کسی که در جریان حرفه و تجارت خود عمل می‌نماید (بنا به فرض طرف قوی) بر مصرف‌کننده یا شخصی که در جریان حرفه عمل نمی‌کند (بنا به فرض طرف ضعیف) تحمیل نماید یا اینکه قرارداد بر اساس شروط استاندارد (طرف قوی) منعقد شده باشد. نکته دیگری که در خصوص تعریف شرط ناعادلانه باید خاطرنشان ساخت، تأثیر وقوع مذاکره روی شرط بر ناعادلانه

1. Unfair Contract Terms Act 1977

شناخته شدن آن است. در اکثر مقررات مربوط به این گونه شروط، این شرط مذاکره نشده (اعم از شروط مندرج در قرارداد استاندارد یا غیر آن) است که می‌تواند ناعادلانه تلقی شود و بنابراین برای طرف‌هایی که قادر به مذاکره روی شروط قرارداد بوده‌اند، حمایتی فراهم نگردیده است.<sup>۱</sup> چه بسا بتوان استدلال نمود که طرفی که قادر به مذاکره است، اساساً دیگر طرف ضعیف معامله نیست.

آخرین نکته‌ای که در تعریف شرط غیرمنصفانه نباید از نظر دور داشت این است که شروط تعیین کننده عوضین و موضوع اصلی قرارداد از قبیل قیمت یا اجرت در دایره کنترل ناعادلانه بودن قرار نمی‌گیرد<sup>۲</sup> و صرفاً شروط عمومی و فرعی قرارداد موضوع این ارزیابی قرار می‌گیرند. برای درک این نکته باید به خاطر آورد که صحبت از شرط ناعادلانه است و نه قرارداد ناعادلانه و قیمت یا تعهدات اصلی، تعیین کننده خود موضوع قرارداد می‌باشد. بنابراین هرگونه مداخله خارجی در آنها به منزله نفی خاصیت قمارگونه ذاتی قرارداد، تعیین موضوع توافق برای طرفین و ناقض صریح اصل آزادی قراردادی خواهد بود.

با توجه به مطالب فوق در تعریف شرط ناعادلانه می‌توان گفت که شرط قراردادی ناعادلانه، شرطی است فرعی و عمدتاً مورد مذاکره واقع نشده که اغلب طرف قوی قرارداد با بهره‌گیری از قدرت چانه‌زنی برتر به نفع خود و به ضرر طرف ضعیف در قرارداد می‌گنجد و به این ترتیب تعادل قرارداد را به طور ناروا به نفع خود بر هم می‌زند. به این ترتیب شروطی نظیر شروط استثنای یا محدودکننده مسئولیت قراردادی طرف قوی می‌تواند مصداق بارز شرط ناعادلانه تلقی گردد.

## ۲-۱. استناد به نظم عمومی به عنوان مبنایی برای محدود نمودن آزادی

### قراردادی

نظم عمومی که در نوشته‌های حقوقی راجع به قراردادهای تحت عنوان موجبات نامشروع شدن قرارداد مورد مطالعه قرار می‌گیرد<sup>۳</sup>، از قواعد محدودکننده آزادی اراده قراردادی است که در کلیه نظام‌های حقوقی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. در تمام مواردی که به نظم عمومی استناد می‌شود، هدف این است که از اجرای امری که با

۱. البته در برخی از این دسته مقررات مثل قانون مصرف فرانسه کلیه شروط اعم از اینکه موضوع مذاکره واقع شده باشند یا نه، موضوع کنترل می‌باشند.

۲. این استثنا در بند ۲ ماده ۴ دستورالعمل شورای اتحادیه اروپا درج گردیده و در قوانین داخلی دولت‌های عضو (قوانین و مقررات مربوط به کنترل شروط ناعادلانه) نیز مورد پذیرش قرار گرفته است.

۳. ابدالی، مهرزاد؛ و محمدعیسی تفرشی، «بررسی قراردادهای نامشروع (مغایر نظم عمومی) در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران»، فصلنامه مدرس، ویژه‌نامه حقوق، شماره ۳۷، زمستان ۱۳۸۳، ص. ۱.

منافع و مصالح عمومی جامعه تعارض دارد، ممانعت شود. به این معنا که مصالح عام موردنظر برای وضع قواعد، با مصالح فردی اشخاص درگیر است و در این صورت مصلحت اهم که همان مصالح عمومی است، ترجیح داده شده است. در حوزه حقوق خصوصی نیز نظم عمومی از اهمیت فراوان برخوردار است. حقوق قرارداد سنتی همواره بر ضرورت ممانعت از اجرای قرارداد به جهت مخالفت با نظم عمومی اصرار ورزیده است. بنا به یک تفسیر دکترین نظم عمومی در حقوق قرارداد یک مورد خاص از اجتناب از پیامدهای خارجی منفی است، بر این اساس که قرارداد می‌تواند روی اهداف عمومی اثرات منفی داشته باشد که تنظیم یا عدم اجرای آن را توجیه کند.

در سیستم‌های حقوق نوشته، قانون مدنی عمدتاً حاوی مقررره یا مقرراتی در اهمیت رعایت الزامات نظم عمومی در حوزه بستن قرارداد است. در کشورهای دارای سیستم کامن‌لا نیز دادگاه‌ها پاسدار محافظت از مصالح اجتماعی در برابر زیاده‌خواهی‌های فردی بوده‌اند. به‌ویژه در سده اخیر ادعای صدمه به نظم عمومی منجر به محدودیت‌های فراوانی در قلمرو سلطنت آزادی قراردادی گردیده و بسیاری از تاخت‌وتازها به قلمرو آزادی قراردادی و وضع مقررات آمره در حوزه قراردادهای خصوصی، به نام حفظ نظم عمومی انجام گردیده است. لزوم رعایت الزامات نظم عمومی ادعائی بر این است که قراردادهای افراد نمی‌تواند مطلقاً به تمهیدات خود آنها واگذار گردد و آزادی فردی اجرا شده در قرارداد باید با مصالح و منافع اجتماع یا عموم افراد محدود گردد.<sup>۱</sup>

اما نظم عمومی مفهومی نسبی است و نمی‌توان معنا و مفهوم ثابتی برای آن در نظر گرفت؛ «قواعدی که حافظ نظام اجتماعی و سیاسی است به طور دائم در تغییر و تحول است. وسایلی هم که اشخاص برای تجاوز به این قواعد انتخاب می‌کنند همیشه یکسان نیست. پس باید نتیجه گرفت که مورد استناد به نظم عمومی نیز با گذشت زمان ثابت نمی‌ماند و ناچار تغییر می‌کند. به‌ویژه از آغاز قرن بیستم که عقاید اجتماعی طرفداران زیادی پیدا کرده است و دولت‌ها در تمام شئون زندگی اقتصادی و اجتماعی اشخاص به نام حفظ مصالح عمومی مداخله می‌کنند، روزبه‌روز دامنه قواعد مربوط به نظم عمومی گسترش می‌یابد.»<sup>۲</sup> در اثر دخالت‌های مستمر دولت در حوزه اقتصاد و از جمله قراردادهای خصوصی از قرن بیستم به بعد مفهوم جدیدی از نظم عمومی به نام نظم عمومی اقتصادی در عرصه حقوق مطرح گردیده است. در نظم عمومی اقتصادی

1. Dimmateo, Larry. A., "Equity's Modification of Contract: an Analysis of the Twentieth Century's Equitable Reformation of Contract Law", New England Law Review, Vol. 31, 1998-1999, pp.328-329.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ هفتم، شرکت سهامی انتشار، سال ۱۳۸۵، ص. ۱۶۴.

دولت در پی آن است که اقتصاد را رهبری کند و قراردادهای خصوصی را نیز به عنوان عامل توزیع ثروت، در نظارت خود بگیرد.<sup>۱</sup> نظم عمومی اقتصادی را که مبتنی بر دخالت دولت در امور اقتصادی است نظم عمومی دخالتی نیز نامیده‌اند.<sup>۲</sup>

دولت‌ها که پیش‌تر با مداخله در قراردادهایی مثل کار و اجاره سعی در تقویت این اندیشه نموده بودند که همگامی و انطباق قرارداد با مصالح اجتماعی و اقتصادی را باید بر شرایط صحت آن افزود، در حوزه مقابله با شروط ناعادلانه نیز هدایت و کنترل اقتصاد بی‌رحم بازار آزاد را با تکیه بر اصل هدایت‌گر لزوم رعایت نظم عمومی و برتری مصالح عموم افراد بر منافع فردی، در دستور کار قرار دادند. نظم عمومی حمایت‌کننده که یکی از شاخه‌های نظم عمومی اقتصادی است بر این مبنا استوار است که قرارداد همیشه نمی‌تواند عدالت را مستقر کند و جایی که دو طرف قرارداد در سطح اقتصادی برابر نیستند یا یکی از آن دو به انحصار کالا یا خدمتی را در اختیار دارد به ظلم می‌انجامد. پس برای جلوگیری از تجاوز توانا به ناتوان ناگزیر قانون‌گذار باید از ناتوان حمایت کند. آزاد گذاردن طرف قوی قرارداد در سوءاستفاده از ضعف قدرت معاملی طرف ضعیف و تحمیل شرایطی که فقط منافع او را لحاظ نموده و در نتیجه به ضرر طرف ضعیف قرارداد تمام می‌شود، به جهت مخالفت با هدف اقتصادی قرارداد که همانا توزیع عادلانه ثروت در جامعه است، در تضاد با نظم عمومی اقتصادی است و این آزادی لاجرم باید محدود گردد. بر این اساس نظم عمومی حمایتی مهم‌ترین مبنای وضع مقررات حمایت‌گرانه از طرف ضعیف از جمله حمایت از طرف ضعیف در برابر شروط ناعادلانه قراردادی بوده است.

اما مفهوم نظم عمومی علاوه بر اینکه مبنای مقررات حمایتی قرار گرفته است، برای کنترل قضایی قراردادهای به‌ویژه شروط ناعادلانه نیز مورد استفاده به کار گرفته شده است. همان‌گونه که برخی از محققین نیز تایید نموده‌اند مداخلات قضایی در آزادی قراردادی در قرن بیستم عمدتاً بر مبنای نظم عمومی بوده است<sup>۳</sup> و عدم اجرای قرارداد ناعادلانه بر پایه مخالفت آن با نظم عمومی به یک تفسیر حقوقی جهانی بدل گردیده است.<sup>۴</sup> همان‌گونه که در سطور بعدی خواهد آمد در حقوق غرب دادگاه‌ها در

۱. همان، ص. ۱۶۶.

۲. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۸۲، ص. ۵۵.

3. Wolcher, Louis E., "The Privilege of Idleness: A Case Study of Capitalism and the Common Law in Nineteenth Century America", *The American Journal of Legal History*, Vol. 36, No. 3, 1992, p. 237.

4. Dimateo, op. cit. p. 327.

کنار اینکه از مبانی و ابزارهای موجود در قواعد عمومی قراردادها از جمله اصل رضایت، حسن نیت و سوءاستفاده از حق برای مقابله با شروط ناعادلانه بهره می‌برند، مفهوم نظم عمومی را نیز به این منظور به کار گرفته‌اند. تلاش‌هایی از این دست بود که زمینه را برای کنترل عمومی شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف‌کنندگان به‌ویژه در دهه هفتاد قرن بیستم فراهم نمود.

## ۲. استناد به مفهوم نظم عمومی در حقوق خارجی برای مقابله با شروط

### ناعادلانه

در تبیین نحوه به‌کارگیری مفهوم نظم عمومی به منظور کنترل شروط ناعادلانه در حقوق خارجی، به بررسی اجمالی رویه دادگاه‌های سه کشور انگلیس، آلمان و فرانسه در این خصوص می‌پردازیم.

### ۱-۲. حقوق انگلیس

در کامن‌لا نظم عمومی به عنوان اصل محدودکننده در حوزه نگرانی‌های انصاف نیز توصیف شده است.<sup>۱</sup> بر این اساس هر زمان که اجرای قرارداد با الزامات عدالت و انصاف مغایرت داشته باشد، می‌توان با استناد به نقض نظم عمومی از اجرای آن ممانعت به عمل آورد. در قرن نوزدهم به جهت نفوذ و غلبه عقاید فردگرایان و آزادی‌خواهان و تقدس اصل آزادی قراردادی، هرگونه توسعه محدودیت بر آزادی قراردادی بر مبنای نظم عمومی با مخالفت شدید مواجه می‌گردید؛ زمانی یک قاضی انگلیسی در رأی مقرر داشت: «نباید فراموش کرد که قرار نیست قواعدی را که به علت نظم عمومی قرارداد را باطل می‌کند، گسترش دهید؛ زیرا اگر چیزی وجود داشته باشد که نظم عمومی بیش از هر چیز دیگر ایجاب نماید، آن است که اشخاص بالغ و رشید باید حداکثر آزادی قراردادی را دارا باشند و قراردادهای آنها زمانی که آزادانه و از روی اختیار وارد آن شده‌اند، باید محترم شمرده شده و به‌وسیله دادگاه‌ها اجرا شود.»<sup>۲</sup> اما در سده بعد در اثر تغییر واقعیت‌های بازار و تحولات گوناگون اجتماعی و اقتصادی و تفوق یافتن اندیشه‌هایی که از لزوم محدود گردیدن آزادی قراردادی برای حفاظت از اقشار ضعیف دفاع می‌نمودند، مفهوم نظم عمومی نیز دچار تحول شد و نقش آن در کنترل محتوای قراردادها فزونی یافت.

1. Ibid, p. 328.

2. Printing and Registering Company v. Sampson, 1875.

با اینکه در کامن لا و حقوق انگلیس دکترین‌های انصافی مثل نابرابری قدرت چانه‌زنی<sup>۱</sup> و برخلاف وجدان بودن<sup>۲</sup> تکیه‌گاه دادگاه‌ها در مقابله با شروط ظالمانه بوده است، اما در برخی پرونده‌ها استناد به نظم عمومی نیز برای بطلان شرط مطرح بوده و مفاهیم بر خلاف وجدان بودن و مخالف با نظم عمومی دو روی یک سکه قلمداد شده‌اند. یکی از مصادیق عمده استناد دادگاه‌های انگلیس به مفهوم نظم عمومی شروط محدودکننده تجارت است که طی آن حق تجارت و کسب‌وکار یکی از طرفین (معمولاً طرف ضعیف) به نفع طرف قوی محدود می‌گردد: در پرونده Nordenfelt V. Maxim Nordenfelt Guns مقرر گردید که شروط محدودکننده تجارت باطل هستند مگر اینکه سه معیار را تأمین کنند: نخست اینکه آیا شرط محدودکننده با نظم عمومی قابل انطباق است؟ دوم اینکه آیا بین طرفین معقول است؟ و سوم اینکه آیا نفع مشروعی برای حمایت وجود دارد؟ در این پرونده دادگاه شرطی را که بر اساس آن طرف قرارداد از انجام کسب‌وکار موضوع قرارداد و رقابت با مشروط‌له به هر طریقی به مدت ۲۵ سال منع گردیده بود، باطل تلقی و از قرارداد حذف نمود.

در پرونده شرکت موزیک Schroeder علیه Macoula که در جهت شباهت دو معیار «برخلاف نظم عمومی» و «ظالمانه یا برخلاف وجدان بودن» استدلال شد، مجلس اعیان مقرر داشت که قرارداد باطل است چون مخالف نظم عمومی است؛ چرا که طرف قوی بر طرف ضعیف، قراردادی را که دربردارنده محدودیت تجارت و برخلاف وجدان است، تحمیل نموده است.<sup>۳</sup> در این پرونده یک ترانه‌سرای جوان و گمنام قراردادی با یک شرکت نشر موزیک منعقد نموده بود که به موجب یکی از شروط آن، وی حقوق معنوی مربوط به همه ترانه‌هایی را که نوشته بود برای پنج سال در ازای مبلغ معینی به عنوان حق ليسانس یا رویالتی روی هریک از آهنگ‌های او که پخش شود، به شرکت ناشر منتقل کرده بود. اگر میزان حق ليسانس دریافتی از ۵۰۰ دلار می‌گذشت شرط به طور خودکار قابل تمدید بود. نویسنده آهنگ بر خلاف شرکت موزیک حق خاتمه دادن به قرارداد را نیز نداشت. او علیه شرکت ناشر به این عنوان که قراردادش با وی ظالمانه است، شکایت کرد. قاضی پرونده لرد دیپلاک<sup>۴</sup> گفت که آنچه باید بررسی شود، قدرت چانه‌زنی نسبی طرفین است و تصمیم‌گیری در مورد این که آیا

1. Inequality of bargaining power
2. Unconsonability
3. March , P.D.V, Comparative Contract Law. England, France, Germany, Gover Publication, 1993, pp. 291-292.
4. Diplock

ناشر قدرت چانه‌زنی برتر خود را برای به دست آوردن تعهداتی که به نحو غیرمنصفانه‌ای برای خواننده سنگین و گزاف است به کار برده است؟ او خاطرنشان کرد که در قرن نوزدهم، دکترین دادوستد آزاد و فارغ از مداخله دولتی، دادگاه‌ها را ترغیب نمود که به جبران دادن برای ملاحظات نظم عمومی، به عنوان یک جبران عمومی علیه معاملات برخلاف وجدان، ادامه ندهند و نظم عمومی فقط در حوزه‌های خاصی قابل اعمال باقی ماند. او ادامه داد در قراردادهای محدودیت تجارت قرن نوزدهم اگرچه استدلال دادگاه‌ها عمل کردن طبق دکترین‌های اقتصادی معاصر بوده است، اما واقعیت این است که دادگاه‌ها اگر معاملات را برخلاف وجدان تلقی می‌نمودند، با تمسک به مفهوم نظم عمومی آن را کنار می‌گذاشتند؛ معیار اصلی استفاده‌شده این بود که آیا معامله منصفانه است یا نه. لرد دیپلاک با بازگشایی تاریخ قراردادهای محدودکننده تجارت و معاملات برخلاف وجدان گفت که «اگر به تدلیلهای اقتصادی قضات توجه نکنیم و به آنچه در معامله خاص انجام داده‌اند بنگریم، می‌بینیم که در تصمیم‌گیری این پرونده‌ها واقعاً بحث نظم عمومی و نفع عموم مطرح نیست، بلکه مسئله برخلاف وجدان بودن معامله است.»<sup>۱</sup>

## ۲-۲. حقوق آلمان

در آلمان، به‌ویژه پیش از آغاز دوره کنترل‌های تقنینی شروط ناعادلانه، مفهوم نظم عمومی مهم‌ترین ابزار دادگاه‌ها برای مقابله با قراردادهای و شروط ناعادلانه بوده است. بهره‌گیری از مفهوم مزبور به منظور واکنش به عدم تعادل فاحش در قراردادهای نوآوری‌های دادگاه‌های آلمانی می‌باشد. نوآوری و خلاقیتی که البته قانون‌گذار آلمانی با انشای بند ۲ ماده ۱۳۸ زمینه‌ساز آن بوده است؛ مقرره‌ای در نوع خود کم‌نظیر که سالیان طولانی قبل از طرح بحث‌های مربوط به باز تأمین عدالت در روابط قراردادی از طریق محدودیت‌های جدید برآزادی قراردادی، تمهیدی مناسب برای مقابله با استثمار ملبس به لباس قرارداد فراهم آورده بود.

### ۲-۲-۱. بند ۱ ماده ۱۳۸

یکی از مبانی قانونی مورد استناد دادگاه‌های آلمانی برای کنترل محتوای قراردادهای، بند ۱ ماده ۱۳۸ قانون مدنی بود که بر اساس آن اگر قرارداد بر خلاف نظم عمومی باشد، باطل است. دادگاه‌ها به خصوص با ارجاع به پرونده‌های قرارداد اخذ وام توسط مصرف‌کننده، تفسیری از بند ۱ ماده ۱۳۸ قانون مدنی اتخاذ کردند که به طور

1. [http://en.wikipedia.org/wiki/Schroeder\\_Music\\_Publishing\\_Co\\_Ltd\\_v\\_Macaulay](http://en.wikipedia.org/wiki/Schroeder_Music_Publishing_Co_Ltd_v_Macaulay).

مستقیم مشکل نابرابری ساختاری قدرت چانه‌زنی بین فقرا و ثروتمندان را مخاطب قرار می‌داد.<sup>۱</sup> قضات با تمسک به این مقررہ پاره‌ای از قراردادهایی را که طرف قوی بر طرف ضعیف تحمیل نموده بود، تحت عنوان محدودکننده تجارت، مخالف نظم عمومی و در نتیجه باطل اعلام می‌نمودند. غیر از شروط یا قراردادهای مربوط به محدودیت تجارت، که غیرمنصفانه تلقی شدن آن توسط دادگاه‌ها موجب اعلام بی‌اعتباری آنها به استناد مغایرت با نظم عمومی گردیده است، مداخله به موجب شرط کلی مزبور، گهگاهی در مورد قراردادهای الحاقی که در آنها یک طرف، آزادی اقتصادی طرف دیگر را به نحوی و تا حدی کنترل می‌کند که قدرتی فائق علیه او به دست می‌آورد، رخ داده است. مثل وقتی که در مقابل تأمین مالی کارخانه، صاحب کارخانه متعهد شود که برای مدت طولانی کلیه مایحتاج کارخانه را از طرف دیگر خریداری نماید. در این موارد معیار دادگاه‌ها این بوده است که آیا وسعت محدودیت به اندازه‌ای هست که غیرمنصفانه به نظر برسد تا حدی که بتوان گفت طرفی که چنین تعهدی نموده است، آزادی اقتصادی خود را از دست داده است. مثال دیگر از قراردادهای الحاقی ناعادلانه که با استناد به مخالفت با نظم عمومی مورد کنترل واقع شده‌اند، معاملاتی است که دربردارنده تضمین سنگین است. به عنوان مثال در برخی پرونده‌هایی که بانک یا مؤسسه مالی قادر بوده است که در چارچوب اخذ تضمین، همه دریافتی‌های حال و آینده مشتری را، به دست آورد، دادگاه با تمسک به مفهوم نظم عمومی در برابر چنین تضمین‌هایی مقاومت نموده است. دسته‌ای از تصمیمات به‌وسیله دیوان کشور تثبیت شده که چنین معاملاتی اگر به تأمین‌کننده، کنترل اقتصادی کامل روی امور مدیون دهند، کنار گذاشته خواهند شد. دادگاه‌ها در چنین پرونده‌هایی به بند ۱ ماده ۱۳۸ استناد نموده و یک معیار منصفانه یا وجدانی بودن را به کار برده‌اند. بنابراین قرارداد ضمانتی که آزادی اقتصادی مدیون را بیش از حد محدود می‌کند و او را کاملاً از قابلیت انعطاف اقتصادی‌اش محروم می‌کند، طبق رویه دادگاه‌های آلمان بر خلاف نظم عمومی قلمداد شده است.<sup>۲</sup> به طور کلی می‌توان گفت بیشتر موارد مورد چالش قرار گرفتن شروط قراردادی به استناد بند ۱ ماده ۱۳۸ جایی است که شرط انعکاس‌دهنده موقعیت چانه‌زنی برتر طرف نویسنده و سوءاستفاده از قدرت انحصار است.<sup>۳</sup>

1. Marella, Maria Rosaria, "The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe", *European Review of Contract Law*, Vol. 2, Issue 2, 2006, p.266.
2. Angelo, A; & E. Pellingier, "Unconscionable Contracts: A Comparative Study of The Approaches in England France, Germany and the United States", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 7, 1992, pp. 480-490.
3. Ibid, p. 489.

## ۲-۲-۲. بند ۲ ماده ۱۳۸ قانون مدنی

هر چند دکترین غبن فاحش در قانون مدنی آلمان وارد نگردیده، اما بارقه‌ای از آن در بند ۲ ماده ۱۳۸ قانون مدنی که به عنوان شرط ربا نیز شناخته شده،<sup>۱</sup> حفظ حیات نموده است. به موجب این مقرر: «به‌ویژه معامله‌ای باطل است که شخص به‌وسیله آن با بهره‌گیری از ضعف، بی‌تجربگی، فقدان قضاوت صحیح یا ضعف قابل ملاحظه اراده شخص دیگر که به‌وسیله خود او یا شخص ثالثی ایجاد شده است، در مبادله یک عمل یا اجرا، متعهدله واقع شده یا مزایای نقدی به دست آورد که به نحو آشکار با اجرا نامتناسب باشد».

این مقرر که ذیل عنوان نظم عمومی به موضوع نامتعادل و ناعادلانه بودن بودن معامله پرداخته است، در واقع ناعادلانه بودن را به مفهوم نظم عمومی پیوند زده است. چرا که به موجب این مقرر معامله نامتعادلی که به‌واسطه سوءاستفاده طرف قوی از ضعف قدرت چانه‌زنی طرف دیگر قرارداد، منعقد شده است از مصادیق قرارداد بر خلاف نظم عمومی است و بر همین اساس باطل است. این مقرر دربردارنده دو محدودیت است: نخست اینکه مقرر جایی به کار می‌رود که یک طرف قرارداد از نیاز و بی‌احتیاطی یا بی‌تجربگی دیگری بهره‌گیری نموده است و دوم اینکه به مواردی محدود می‌شود که در آنها یک عدم تعادل آشکار و مؤثر در ارزش تعهدات متقابل دو طرف وجود دارد.

هر چند درابتدا مصادیقی معدود برای بند ۲ ماده ۱۳۸ مذکور تصور می‌شد، اما دادگاه‌های آلمانی به‌ویژه در واکنش به شرایط جدید ایجاد شده در اثر تحولات اقتصادی و اجتماعی ناشی از جنگ‌های جهانی، به توسعه و به کارگیری وسیع مقرر مزبور ترغیب گردیدند. از جمله اینکه این مقرر را به شروط قرارداد توسعه و تسری دادند و از آن برای مقابله با شروط ناعادلانه به‌ویژه در قراردادهای استاندارد بهره‌گیری نمودند. بر اساس رویه دادگاه عالی فدرال در امور مدنی (دیوان کشور سابق) بهره‌گیری از انحصار بازار به موجب بند ۲ ماده ۱۳۸ موجب بطلان شرط استاندارد است.<sup>۲</sup> بر این مبنا در برخی قراردادها شرط محدودکننده مسئولیت متصدی حمل با این عنوان که متصدی حمل از امتیاز انحصاری خود سوءاستفاده نموده و به استانداردهای اخلاقی

1. Pieck, Manfred, "A Study of The Significant Aspects of German Contract Law", Annual Survey of International & Comparative Law, Vol. 3, Issue 1, 2010, p.113.
2. Schäfer, Hans-Bernd; & Patrick Leyens, Judicial Control of Standard Terms and European Private Law & Economics Perspective on The Draft Common Frame, University of Hamburg, Institute of Law and Economics, Faculty of Law; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, 2009, p. 22.

مردمی که فکر آنها عادلانه و منصفانه است، تعدی نموده، با استناد به این بند باطل اعلام شده است. به اعتقاد دادگاه چنین شرطی که مسئولیت ناشی از قصور متصدی حمل را استثنا می‌کند، صرفاً در صورتی که از یک توافق آزادانه مذاکره شده منتج شده باشد، نافذ است.<sup>۱</sup> اهمیت موضوع بهره‌گیری از انحصار در اعلام بی‌اعتباری شروط قراردادهای استاندارد مورد استفاده تجار و بنگاه‌های اقتصادی توسط دادگاه عالی فدرال، به حدی است که تفاوت بین قراردادهای مصرف و تجاری در حقوق آلمان تا حد زیادی ریشه در رویه این دادگاه در خصوص موضوع بهره‌گیری از انحصار در استثمار طرف ضعیف دارد.<sup>۲</sup>

ضمانت اجرای بر خلاف نظم عمومی بودن این است که اگر قرارداد یا شرط ناقض بند ۲ ماده ۱۳۸ اعلام شود تمام قرارداد از آغاز باطل است؛ به نحوی که هیچ طرفی متعهد به اجرای آن نیست. بنابراین مقرر فوق‌الذکر بی‌اعتباری کل معامله را پیش‌بینی نموده است، در حالی که در یک معامله چند تعهد ممکن است وجود داشته باشد که صرفاً یکی از آنها ناقض بند ۲ باشد. ماده ۱۳۹ قانون مدنی این مشکل را حل نموده است. طبق این ماده اگر بخشی از یک معامله باطل باشد، کل معامله باطل است، اما اگر بتوان فرض نمود که با وجود حذف بخش باطل، بخش باقی‌مانده می‌تواند انجام شود و به عبارت دیگر تعهد فاسد از بخش‌های باقی‌مانده قرارداد قابل جداسازی باشد، دادگاه می‌تواند باقی‌مانده معامله را تأیید کند.

زمانی که یکی از عناصری که تحت بند ۲ مورد نیاز است، وجود نداشته باشد، مثلاً اگر هیچ نایابری آشکاری در سهام طرف‌ها نباشد، دادگاه‌ها می‌توانند با استناد به بند ۱ ماده ۱۳۸ جبران اعطا کنند. اما حتی در زمانی که دادگاه‌ها بند ۱ ماده ۱۳۸ را برای باطل کردن شروط محدودکننده تجارت به کار می‌برند، معیار به‌کارگرفته‌شده در این موارد در واقع انعکاس‌دهنده روح بند ۲ است؛ چرا که دادگاه‌ها بیشتر جایی مداخله می‌کنند که شرط محدودکننده تجارت از منافع صرفاً یکی از طرف‌ها حمایت می‌کند: مثل وقتی که شرط مزبور با غرامتی سنگین برای نقض آن همراه شده باشد یا جایی که با وجود اینکه مشروط‌علیه محق به انصراف از باقی‌مانده قرارداد گردیده است، شرط محدودکننده تجارت لازم‌الاجرا باقی بماند.<sup>۳</sup>

روی‌هم‌رفته چه در موارد استناد مستقیم به بند ۲ ماده ۱۳۸ و چه در مواردی که این مقرر در فراهم آوردن شرایط استناد به بند ۱ ماده مزبور مؤثر واقع شده، رویه

1. March, op.cit., p. 301.  
 2. Schäfer and Leyens, op. cit., p. 22.  
 3. Angelo & Pellingner, op. cit., p. 488.

قضایی گواه مؤثر بودن این مقرر قانونی است. بند ۲ ماده ۱۳۸ از جمله برای کنترل شروط استثنائکننده مسئولیت، کمک به حل مشکلات ناشی از روابط کارگر و کارفرما و مقابله با شروط ناعادلانه در قراردادهای بین مؤلف و ناشر که حاوی شروطی به نفع ناشر و به ضرر مؤلف است، به کار رفته است.<sup>۱</sup> در بسیاری از مواردی که طرف قوی قرارداد از بی تجربگی طرف ضعیف برای تحمیل قراردادی ناعادلانه سوءاستفاده کرده بود، دادگاه‌های آلمانی با تمسک به بند ۲ ماده ۱۳۸، جبرانی نظیر آنچه به استناد بر خلاف وجدان بودن در حقوق انگلیس در دسترس است، اعطا نموده اند.<sup>۲</sup>

### ۲-۳. حقوق فرانسه

دادگاه‌های فرانسوی نیز به‌طور موردی و در موارد خاص در خصوص شروط ناعادلانه موجود در قراردادهایی که نزد آنها مطرح می‌شود واکنش نشان داده‌اند.<sup>۳</sup> به طور اخص، عمده‌ترین دسته شروطی که با واکنش دادگاه‌ها مواجه و موضوع کنترل ماهوی آشکار قرار گرفته‌اند، شروط استثنائکننده یا محدودکننده مسئولیت می‌باشد. رویه دادگاه‌های فرانسوی گویای این است که اساسی‌ترین استدلالی که برای ابطال شرط‌های عدم مسئولیت به کار رفته است، مفهوم نظم عمومی بوده است.<sup>۴</sup> در مورد شروط<sup>۵</sup> استثنائکننده و محدودکننده مسئولیت، به‌ویژه مسئولیت مدنی ناشی از ایراد صدمات جسمانی، قضات فرانسوی از دیرباز بدون وجود مقرر خاص قانونی در این خصوص، این‌گونه شروط را به جهت مخالفت با نظم عمومی باطل می‌دانستند و بر اساس رویه تشبیت‌شده دادگاه‌های فرانسه به جهت ارتباط احترام جسم و جان اشخاص

1. Ibid, pp. 484-493.

2. March, op. cit., p. 291.

3. Kenny, Mel- Devenney; Fox, James; & Lorna O'Mahony, Unconscionability in European Private Financial Transactions: Protecting the Vulnerable, Cambridge University Press, 2010, p.77.

۴. ایزانلو، محسن، شروط محدودکننده و ساقط کننده مسئولیت در قراردادها، چاپ سوم، شرکت انتشار، سال ۱۳۹۰، ص ۱۶.

۵ البته مصادیق متعددی از کنترل قراردادهای ناعادلانه نیز با تمسک به مفهوم نظم عمومی قابل احصاء است. به عنوان مثال در یک پرونده دیوان کشور فرانسه قراردادی را که یک پزشک با آزمایشگاه منعقد نموده بود که در ازای سپردن آزمایش بیماران خود به آزمایشگاه، درصدی از درآمد آزمایشگاه از این بابت به او اختصاص داده شود، به دلیل مخالفت با نظم عمومی باطل دانست و استدلال نمود که وقتی پزشک در درآمد آزمایشگاه ذینفع باشد ممکن است بی‌دلیل مریض را برای آزمایش بفرستد و از او بهره‌برداری کند (به نقل از: کاتوزبان، ناصر، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷، ص. ۳۳۲).

با نظم عمومی، امکان استثنای مسئولیت برای صدمات جسمانی وجود نداشت.<sup>۱</sup> البته با گذشت زمان رویه بطلان مطلق شروط استثنا و محدودکننده مسئولیت اصلاح گردید. به این ترتیب که غیر از سلب مسئولیت ناشی از صدمات جسمانی، بی‌اعتباری این‌گونه شروط به موارد تقصیر عمدی و سنگین محدود شد. بنابراین شروطی که مسئولیت طرف‌ها برای عدم اجرا را استثنا یا محدود می‌کند، معتبر است مگر اینکه طرف مربوطه به نحو عامدانه قرارداد را اجرا نکرده باشد (حتی اگر این عدم اجرای عامدانه بدون قصد ضرر زدن باشد) یا اینکه چنین طرفی یک تقصیر سنگین<sup>۲</sup> مرتکب شده باشد.<sup>۳</sup> بنابراین شرط عدم مسئولیت توسط متعهدی که مرتکب تقصیر عمدی یا مسامحه سنگین شده است قابل استناد و تمسک نیست. این قاعده که شرط عدم مسئولیت در موارد تقصیر سنگین قابل استناد نیست، در قراردادهای فروش به طور فراوان به کار رفته است. قضاات به عنوان یک امر حکمی، فروشندگان حرفه‌ای را به عیوب کالایی که می‌فروشند، آگاه فرض می‌کنند. بنابراین شرطی که فروشنده را از مسئولیت ناشی از عیوب مخفی، معاف می‌کند، اگرچه در اصل معتبر است، چنانچه قاضی امر موضوعی تصور فروشنده در عدم آگاهی از عیب کالا را، تقصیر سنگین توصیف نماید، غیرمعتبر تلقی می‌شود.<sup>۴</sup>

غیر از شروط سلب یا محدودکننده مسئولیت، دادگاه‌های فرانسوی در مواردی معدود، شروط دربردارنده محدودیت غیرمعقول بر رقابت و آزادی اقتصادی را نیز بر مبنای نظم عمومی باطل اعلام نموده‌اند. این محدودیت اساسی روی این الزام خاص پایه‌گذاری شده که شرطی که رقابت را محدود می‌کند، نباید یک محدودیت بیش از حد یا غیر ضروری بر آزادی اساسی دیگری وارد نماید. هر گونه محدودیتی برای معتبر بودن باید شرایط خاصی داشته باشد و در زمان و قلمرو محدود شده باشد.<sup>۵</sup>

همچنین در فرانسه دادگاه‌ها با مدنظر قراردادن این امر که دانش فنی که بنگاه اقتصادی از آن بهره‌مند است، با اعتماد مشروع مصرف‌کننده مغایرت دارد، مفهوم نظم عمومی تکنولوژیک<sup>۶</sup> را به منظور کنترل برخی شروط ناعادلانه به کار گرفته‌اند: بر این اساس اطلاعات تکنولوژیک نمی‌تواند علیه مصرف‌کننده به کار گرفته شود و یک شرط

1. Yongs, Raymond, English, French and German Comparative Law, Cavendish Publishing Limited, London, 1998, p. 417.
2. Faute Lourde
3. Ibid.
4. March, op. cit., p. 298.
5. Angelo & Pellingier, op. cit., pp. 476-480.
6. Ordre Public Technologique

می‌تواند به همین علت غیرمنصفانه تلقی شده و اگر به واسطه مزیت دیگر در قرارداد متعادل نشود، غیرقابل اجرا تلقی گردد.<sup>۱</sup>

### ۳. بررسی امکان کنترل قضایی شروط ناعادلانه در ایران با استناد به ماده ۹۷۵ قانون مدنی

#### ۳-۱. عدم وجود سابقه کنترل قضایی شروط ناعادلانه در حقوق ایران

در حقوق ایران نیز مباحث مربوط به لزوم واکنش دادگاه در برابر ناعادلانه بودن محتوای قرارداد، در سطح دکترین از دیرباز سابقه طرح داشته است. به عنوان نمونه با وجود اینکه در قانون مدنی نص صریحی به قاضی اجازه تعدیل قرارداد نداده است، بسیاری از حقوق‌دانان ذیل بحث نظریه عدم پیش‌بینی و تعدیل قضایی قراردادهای با استناد به نظریه‌هایی مثل غبن حادث و نفی عسرو حرج، تلاش نموده‌اند امکان مداخله دادگاه در قراردادهایی که تعادل آنها پس از انعقاد به هم خورده است را توجیه نمایند.<sup>۲</sup> در این راستا همچنین ابراز عقیده شده است که «اجرای کامل وفای به عهد (اوفوا بالعقود) نباید سبب غفلت از جبران خسارات یک طرف و فراموش کردن قاعده اخلاقی برتر (قاعده لاضرر) شود. به نظر می‌رسد محاکم با استنباط اراده مشترک طرفین یعنی با احراز قصد ضمنی طرفین بتوانند به تعدیل اقدام کنند.»<sup>۳</sup>

گذشته از بحث تعدیل قرارداد در موارد نظریه عدم پیش‌بینی، برخی از اساتید حقوق ایران<sup>۴</sup> در آثار خود در سطحی عام‌تر به موضوع لزوم حساسیت قاضی در برابر ناعادلانه بودن قرارداد و تلاش در جهت یافتن راهی برای برقرار نمودن عدالت قراردادی پرداخته‌اند. ایشان با تأکید بر لزوم گذار از صورت‌گرایی در استدلال قضایی و در نظر داشتن مقتضیات عدالت و انصاف توسط دادگاه‌ها در مقام صدور رأی، به این امر توجه

1. Nebbia, Paoliza, Unfair Contract Terms in European Law: a Study in Comparative and EC Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 64.

۲. حسین‌آبادی، امیر، «تعادل اقتصادی در قراردادها (تعادل قضایی)، تحقیقات حقوقی»، شماره ۲۱ و ۲۲، ۱۳۷۶-۱۳۷۷، ص. ۱۵۰.

۳. یزدانیان، علیرضا، «تعدیل تعهدات قراردادی بر پایه اصول و قواعد حاکم بر فقه اسلامی»، مقالات و بررسی‌ها، شماره ۸۲، ۱۳۸۵، ص. ۱۳۴.

۴. در حقوق ایران به طور اخص استاد دکتر کاتوزیان پرچم‌دار نقد صورت‌گرایی در استدلال قضایی و طرفدار ایده لزوم توجه دادگاه‌ها به مقتضیات عدالت و انصاف در مقام صدور رأی بوده‌اند. این ایده هم در قضاوت‌های ایشان در دوره‌ای که قاضی بودند و هم بعدها در آثار و سخنرانی‌های ایشان انعکاس یافته است (از جمله در کتاب‌های فلسفه حقوق به ویژه جلد سوم، گویاتر از گفتارها، گامی به سوی عدالت و مقالات تفسیر قرارداد و نقد قانون‌گرایی افراطی منتشره در شماره‌های ۷ و ۴۹ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، مقاله ستایش قرارداد یا اداره قرارداد و ...).

داده‌اند که قاضی فقط مأمور اجرای قانون نیست، بلکه مأمور ایستادگی در مقابل ظلم و تجاوز به عدالت هم هست. بنابراین شیوه تفسیری که قاضی در خصوص قراردادها اتخاذ می‌کند نباید فقط در جستجوی احراز قصد مشترک طرفین باشد، بلکه باید در عین حال عوامل دیگر و نیل به نتیجه عادلانه را نیز مدنظر داشته باشد. این دسته از اساتید حقوق برای تبیین ضرورت اتخاذ چنین روشی، قراردادهای الحاقی را مثال می‌زنند که تفسیر خاصی را ایجاب می‌کند. از جمله اعمال این اصل پذیرفته شده در دنیا را که شروط مبهم در این قراردادها باید علیه طرفی که قرارداد را نوشته و ارائه نموده است، تفسیر شود و اشاره می‌کنند که قضات ما نیز ناچارند چنین روشی را به کار برند.<sup>۱</sup>

اما با وجود تلاش‌ها در سطح دکترین، در عمل یافتن مصادیق آرایی که با استناد به آنها بتوان گفت در کشور ما نیز کنترل قضایی قراردادهای یا شروط ناعادلانه رخ داده است، دشوار می‌باشد و شواهدی از حرکتی نظیر آنچه به عنوان مثال دادگاه‌های آلمانی در واکنش به شروط ناعادلانه انجام دادند و با بهره‌گیری از ابزارهای حداقلی قانون مدنی، پیشگام قانون‌گذار گردیدند، در رویه دادگاه‌های ما دیده نمی‌شود.

### ۲-۳. ضرورت کنترل شروط ناعادلانه در ایران

عدم کنترل تقنینی شروط ناعادلانه در قانون حمایت از مصرف‌کنندگان و نیز انفعال رویه قضایی در برابر تحمیل شروط ناعادلانه قراردادی، درحالی است که وضعیت بازار کالاها و خدمات در ایران، بسیار بیشتر از کشورهای اروپایی، مداخله در این خصوص را ایجاب می‌نماید. در بازارهای ایران نیز اجحاف طرف‌های قوی قرارداد بر طرف ضعیف و تحمیل شروط ناعادلانه یکی از واقعیت‌های حوزه قراردادها می‌باشد. یکی از دلایل این امر این است که اقتصاد ایران از دیرباز دولتی بوده و برای مدت‌های مدید این غول اقتصادی انحصار صنایع بزرگ و تولید و عرضه بسیاری از کالاها و خدمات از جمله کالاها ضروری مثل آب، گاز، برق، تلفن، خدمات بیمه، بانکی، حمل‌ونقل و... را در اختیار داشته است. بدین‌سان انحصار عرضه تعداد زیادی از کالاها و خدمات ضروری مستقیم یا غیرمستقیم در اختیار دولت است و در بسیاری از موارد افراد ناگزیرند برای تأمین کالاها و خدمات مورد نیاز خود، با دولت معامله نمایند. در بازارهای انحصاری که انتخاب آزاد معنا ندارد، چانه‌زنی و مذاکره روی شروط قراردادی که انحصارگر ارائه می‌کند، میسر نیست و شروط قرارداد به همراه قیمت توسط عرضه‌کننده تعیین می‌گردد. حال وقتی این انحصارگر دولت باشد، وضعیت نامتعادل بازار تشدید خواهد شد. به عنوان مثال می‌توان از انحصار دولتی در عرصه خودروسازی

نام برد که سالیان سال در کنار خودروهایی بی کیفیت و قیمت‌های بالا، قراردادهای یک‌طرفه را نیز به مصرف‌کنندگان تحمیل نموده است.

آنچه در سال‌های اخیر تحت عنوان خصوصی‌سازی و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی انجام گرفته نیز در این راستا چندان مشکل‌گشا نبوده است؛ غالباً به علت فقدان رقابت آزاد و حفظ یا ایجاد بازارهای انحصاری توسط بخش‌های نه‌چندان خصوصی، انحصارها در قالبی کوچک‌تر بازتولید شده‌اند و زمینه اجحاف و استثمار از طریق قراردادها در چنین بازارهایی کماکان فراهم است. این امر که بزرگ‌ترین و مهم‌ترین بنگاه‌های اقتصادی کشور به طور مستقیم یا غیرمستقیم متعلق یا وابسته به دولت یا نهادهای حاکمیتی است، همچنین این اثر را دارد که دولت را از ایفای کارآمد وظیفه خود که همانا نظارت و کنترل بر عملکرد بازار است، باز می‌دارد. وقتی بازارها یا سهم عمده آنها مستقیم یا غیرمستقیم در اختیار دولت یا نهادهای حکومتی قدرتمند است و همین دولت یا نهادها در واقع طرف قوی هستند که آزادی قراردادهای به ضرر آنها باید توسط قوانین کنترل‌کننده، محدود گردد، بدیهی است که دولت انگیزه و علاقه‌ای به مداخله و تنظیم مقررات لازم به نفع طرف ضعیف قرارداد، نخواهد داشت. در کنار عامل فوق این امر نیز قابل اشاره است که در ایران اغلب مصرف‌کنندگان از اطلاعات کافی از جمله در مورد بازار کالا و خدمات مربوطه که می‌تواند قدرت آنها را در دفاع از حقوق خود بالا ببرد، بهره‌مند نیستند. همچنین در ایران فرهنگ استفاده از وکیل و مشورت حقوقی قبل از انجام معاملات، چندان جا نیفتاده است و اغلب مردم پس از وقوع اختلاف و دعوی، آن هم فقط در مواردی معدود به وکیل مراجعه می‌نمایند. بنابراین چه بسا در حالی قراردادهای استاندارد حاوی شروط ناعادلانه را امضا می‌نمایند که از دلالت‌ها و مفهوم حقوقی شروط مزبور و آثار زیان‌بار آن آگاه نیستند و این فقر اطلاعاتی مصرف‌کنندگان را برای استثمار توسط عاملان قدرتمند بازار آسیب‌پذیرتر می‌کند.

عامل دیگری که به نظر ما کنترل شروط ناعادلانه در ایران را ضروری‌تر جلوه می‌دهد این است که در کشور ما تنظیم قراردادهای خاص انجام نشده است. در کشورهای اروپایی از اواخر قرن نوزدهم و به‌ویژه در قرن بیستم قانون‌گذاری برای تنظیم و کنترل قراردادها آغاز شده بود و به این ترتیب بسیاری از قراردادهای خاص که خاستگاه شروط غیرمنصفانه هستند، پیش‌تر مورد مداخله تقنینی قرار گرفته بودند و کنترل خاص شروط ناعادلانه در قوانین مصرف، صرفاً مقررات پیشین را تکمیل می‌نمود. بسیاری از کشورها قبل از قوانین مصرف در خصوص قراردادهایی مثل اخذ وام توسط مصرف‌کننده، بیمه، حمل‌ونقل، ارتباطات و ... نسبت به وضع قانون اقدام نموده

بودند که این تنظیم قانونی، کنترل شروط ناعادلانه در آن قراردادها را نیز دربر می‌گرفت. اما در ایران این قانون‌گذاری صورت نگرفته است؛ نه خبری از قانونی مثل قانون فروش کالاها هست و نه با وجود اینکه ضروری بوده است، مقررات لازم در مورد قراردادهایی مثل اخذ وام و حمل‌ونقل و بیمه<sup>۱</sup> و... تصویب شده است. به این ترتیب در بیشتر قراردادهایی که در مظان دربرداشتن شروط ناعادلانه هستند، ابزار قانونی برای مقابله با این شروط در دسترس نمی‌باشد.

با وجود اینکه از جمله به دلایل فوق، کنترل شروط ناعادلانه در حقوق ایران نیز به‌ویژه با توجه به شرایط و واقعیت‌های فعلی بازارها، ضروری به نظر می‌رسد، لیکن همان‌گونه که گفته شد، فرصتی که تصویب قانون مصرف برای فراهم شدن امکان کنترل این‌گونه شروط در قراردادهای مصرف فراهم آورده بود، با سکوت قانون‌گذار در خصوص موضوع کنترل شروط ناعادلانه از دست رفت. در چنین شرایطی، تا زمانی که قانون‌گذار تصمیم به مداخله نگیرد، تنها راه چاره اقدام و مداخله دادگاه‌ها است.

### ۳-۳. نظم عمومی؛ مهم‌ترین مبنا جهت کنترل قضایی شروط ناعادلانه در

#### حقوق ایران

می‌دانیم که در حقوق ما اراده و آزادی قراردادی می‌تواند به‌وسیله قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه محدود گردد. اگرچه مفهوم نظم عمومی در تاریخ حقوق ما (فقه اسلامی) نیز پذیرفته شده است، ولی ظاهراً نویسندگان قانون مدنی اصطلاح نظم عمومی را از ماده ۶ قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) اقتباس و در حقوق کنونی مرسوم ساخته‌اند.<sup>۲</sup> ماده ۹۷۵ قانون مدنی مقرر می‌نماید «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به‌واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.» ماده ۶ ق.آ.د.م مصوب ۱۳۷۹ نیز در تأیید و تکمیل ماده ۹۷۵ ق.م مقرر می‌دارد: «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست.»<sup>۳</sup>

۱. قانون بیمه ما مصوب سال ۱۳۱۶ است و بیشتر درصدد بوده اساس موجودیت و صحت این قرارداد و الزامات اساسی آن را تبیین نماید و منظم نمودن و کنترل این قراردادها مدنظر این قانون نبوده است.

۲. کاتوزیان، پیشین، ص. ۱۵۸.

۳. در ماده ۶ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ مقرر گردیده بود «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه است در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست.»

اینکه در حقوق ما نظم عمومی در کنار قانون منبع مستقلی برای محدود نمودن آزادی قراردادی است، ظرفیت لازم برای مفهوم مزبور به منظور محدود نمودن آزادی قراردادی در مواقع لزوم را اعطا نموده است. در همین راستا بحث امکان اجبار به انعقاد قرارداد به استناد نظم عمومی پیش‌تر در حقوق ما در سطح دکترین مطرح گردیده است و برخی از علمای بزرگ حقوق ایران با بیان سابقه داشتن قوانینی در حقوق موضوعه ایران که به استناد نظم عمومی الزام به عقد قرارداد نموده‌اند<sup>۱</sup> و اینکه الزام اشخاص به انعقاد قرارداد و عرضه کالا یا خدمت، یکی از مصداق‌های محدودیت قراردادی است که در بسیاری موارد به منظور دفاع از حقوق مصرف‌کننده صورت می‌گیرد،<sup>۲</sup> اجبار طرف قرارداد به عقد قرارداد را به‌ویژه در مواردی که چنین طرفی انحصار تولید یا توزیع را در اختیار دارد وجود دارد، جهت برقراری نظم اجتماعی و اقتصادی قابل دفاع دانسته‌اند. از جمله بر این اساس که صاحبان این گونه مشاغل و کالاها در عین حال که کار خصوصی دارند، عهده‌دار پاره‌ای از خدمات عمومی نیز هستند و از لحاظ اخلاقی و حفظ نظم عمومی نمی‌توان آنان را معاف از تعاون عمومی و آزاد پنداشت. بنابراین مؤسسه‌هایی که به حکم قانون یا در عمل جنبه انحصاری پیدا کرده‌اند و یا امتیاز فروش کالا و انجام دادن خدمتی به آنان واگذار شده است، در برابر تقاضای مشروع مشتریان خود، ملزم به انجام قرارداد هستند. زیرا محروم ساختن شخصی از تنها وسیله‌ای که جامعه برای رفع نیاز او فراهم آورده است، با نظم عمومی منافات دارد. با این وصف می‌توان نتیجه گرفت که اگر یک شرکت خصوصی که امتیاز تهیه برق در شهر یا روستایی را به طور انحصاری به دست آورده است، بدون عذر موجه، از اعطای برق به یکی از مشتریان و مصرف‌کنندگان آن ناحیه خودداری نماید، دادگاه حق دارد آن را به عنوان مؤسسه‌ای که یکی از خدمات عمومی را برعهده دارد، مجبور به انعقاد قرارداد سازد. افزون بر آن، خودداری مؤسسه تقصیری است که موجب مسئولیت مدنی در مورد زیان وارد به آن مشتری می‌شود. حال پرسش این است که آیا

۱. از جمله مقررات دربردارنده الزام به عقد قرارداد می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود: ۱- الزام موجر بر تجدید اجاره غیرمنقول پس از پایان مدت اجاره (ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶)؛ ۲- الزام رانندگان وسایل نقلیه عمومی در قبول مسافر (آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی، بند ۴ ماده ۱۵۸ مصوب ۱۳۴۷/۴/۱۸)؛ ۳- الزام بر فروش اموال (ارزاق عمومی) احتکارشده (قانون راجع به جلوگیری از احتکار مصوب ۱۳۲۰/۱۲/۲۷ ماده ۲ و تبصره ۱ ماده ۳ قانون تشدید مجازات محتکران و گران‌فروشان مصوب ۱۳۲۳/۱/۲۷)؛ ۴- الزام به پذیرش تقسیم دین توسط دادگاه (ماده ۲۷۷ ق.م.)؛ ۵- پذیرش قراردادی که از طرف بعضی از ورثه در باب نحوه تقسیم و مقدمات آن تنظیم شده و سایرین در موعد معین برای قبول یا رد آن حاضر نشده‌اند (مواد ۳۰۹ تا ۳۱۱ قانون امور حسبی).

۲. کاتوزیان، ناصر، «تفسیر قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۰، زمستان ۱۳۸۴، ص. ۶.

به لحاظ نظری امکان کنترل قضایی شروط ناعادلانه نیز به استناد مفهوم نظم عمومی وجود دارد یا خیر. به نظر می‌رسد وقتی در مورد امکان اجبار به قرارداد به استناد نظم عمومی پاسخ مثبت داده شده است در خصوص موضوع اخیر به طریق اولی باید این امر را پذیرفت. چرا که در خصوص امکان اجبار، قانون حکم صریحی ندارد در حالی که ماده ۹۷۵ تصریح نموده است قراردادهای مخالف نظم عمومی در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست. برای دفاع از نظر فوق می‌توان به ترتیب ذیل استدلال نمود:

۱- در حقوق ایران نظم عمومی منبع مستقلی برای محدود نمودن آزادی قراردادی می‌باشد و ضرورتی ندارد که تمام قواعد و الزامات آن به شکل قانون آمره درآمده باشد.

۲- ماده ۹۷۵ تصریح می‌نماید که قضات نمی‌تواند قراردادهای خلاف نظم عمومی را به اجرا گذارند.

۳- شرط نیز (از این جهت) همانند عقد است و حکم عدم قابلیت اجرای قراردادهای مخالف نظم عمومی به شروط مخالف نظم عمومی نیز قابل تسری است.

۴- نظم عمومی ابعاد مختلفی دارد و یکی از شاخه‌ها و ابعاد نظم عمومی، نظم عمومی اقتصادی است.

۵- تحمیل شروط ناعادلانه در بسیاری از موارد خلاف نظم عمومی اقتصادی است.

بنابراین قضات می‌تواند به استناد مخالفت قرارداد یا شرایط آن با آنچه که از جمله از روح قوانین و مقررات حاکم بر کشور، عرف و عادت و الزامات مورد تقنین واقع نشده و مصالح و منافع اقتصادی جامعه، به عنوان نظم عمومی استخراج نموده‌اند، شرطی که شدیداً ناعادلانه است را با استناد به ماده ۹۷۵ قانون مدنی و برخلاف نظم عمومی اقتصادی بودن شرط باطل اعلام نمایند.

مزیت استفاده از مقرر مذکور این است که ضمانت اجرای قابل اعمال (بطلان یا بلااثری شرط خلاف نظم عمومی) با شیوه استاندارد و پذیرفته‌شده مقابله با این شروط یعنی اعلام بطلان شرط ناعادلانه با حفظ صحت و اعتبار عقد اصلی، منطبق‌تر است.

اما با توجه به فقدان تعریف قانونی از شرط ناعادلانه در حقوق ایران ممکن است پرسیده شود که قاضی بر اساس چه ملاک و معیاری باید شرط را ناعادلانه تشخیص دهد؟ هرچند نبود تعریف قانونی بر دشواری مسیر کنترل شروط ناعادلانه می‌افزاید، اما قطعاً نمی‌تواند مانع راه باشد. کما اینکه در کشورهای دیگر که تجربه کنترل قضایی این شروط را دارند نیز، چنین نبوده است. وقتی که قرارداد استناداردی که بنگاه اقتصادی بر مصرف‌کننده تحمیل نموده، حاوی شرط گزافی است که تعادل قرارداد را به نفع

طرف ضعیف برهم زده است، قاضی نیز مانند هر فرد متعارفی، بی‌عدالتی را در وجدان خود احساس خواهد نمود و نیازی ندارد که مفهوم مزبور قبلاً توسط قانون‌گذار تشریح شده باشد.

در سطور ذیل به بیان مواردی از استناد علمای حقوق و حقوقدانان به نظم عمومی برای بطلان شروط ناعادلانه، می‌پردازیم که می‌تواند مهر تأییدی بر دیدگاه ما مبنی بر امکان استناد به نظم عمومی برای مقابله با شروط ناعادلانه به عنوان یک قاعده کلی، تلقی گردد.

برخی از اساتید به تأسی از حقوق فرانسه در حقوق ایران نیز شرط عدم مسئولیت در مورد ارتکاب تقصیر سنگین و همچنین شرط عدم مسئولیت در مورد صدمات و لطمات وارد به انسان را به استناد نظم عمومی باطل دانسته‌اند.<sup>۱</sup> برخی دیگر از محققان، جهت مقابله با شرط کاهش مسئولیت به نظم عمومی حمایتی متوسل شده‌اند<sup>۲</sup> و حتی در تبیین بطلان شرط عدم مسئولیت یا کاهش مسئولیت در فقه، بطلان این‌گونه شروط در فقه را بر اساس مخالفت آنها با نظم عمومی توجیه نموده‌اند.<sup>۳</sup> همچنین به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان در صورتی که وجه التزام مقرر از مصادیق ماده ۹۷۵ قانون مدنی باشد، دادگاه می‌تواند به استناد مخالفت شرط با نظم عمومی و اخلاق حسنه مبلغ وجه التزام را تعدیل کند.<sup>۴</sup> در مورد شرط عدم تجارت نیز گفته شده است که اصل بر بطلان این شرط است. از جمله به این دلیل که خلاف منافع و مصلحت جامعه و یا نظم عمومی است.<sup>۵</sup>

بنابراین اگر به دلالت‌ها و الزامات نظم عمومی اقتصادی و به‌ویژه نظم عمومی حمایتی توجه داشته باشیم، می‌توان در کنار مصادیق فوق‌الذکر بسیاری از شروط ناعادلانه دیگر را که تعادل قرارداد را به ضرر طرف ضعیف قرارداد بر هم می‌زنند، بر اساس مخالفت با نظم عمومی بی‌اعتبار دانست.

اگر با وجود استدلال‌ات فوق باز هم ایراد شود که تحمیل شروط ناعادلانه را به طور دقیق نمی‌توان ناقض نظم عمومی تلقی نمود، پاسخ این خواهد بود که بر فرض صحت این ایراد نیز ما در وضعیت فعلی خلأ قانونی در این خصوص، ناگزیریم استناد به نظم عمومی را حداقل در حد یک تکنیک تفسیری پذیرفته و به کار ببریم. کما اینکه در

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری) انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، ص. ۷۲۳.

۲. ایزانلو، منبع پیشین، ص. ۷۵.

۳. همان، ص. ۱۰۸.

۴. امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، جلد اول، نشر میزان، ۱۳۷۸، ص. ۱۹۱.

۵. شهیدی، مهدی؛ و علیرضا باریکلو، «قرارداد عدم تجارت»، نامه مفید، شماره ۲۹، بهار ۱۳۸۱، ص. ۸۳.

کشورهای دیگر نیز در این خصوص، این جادوی تفسیر بوده که کارساز گردیده است: در فرانسه هم به عنوان مثال تعریف دقیق حيله هرگز دربردارنده عدم اعلان عیوب نبود. اما این دادگاه‌ها بودند که تعریف حيله را در آراء خود گسترش دادند. رویه قضایی فرانسه با اتکا به تعهد پیش‌قراردادی افشا، به این پرسش که آیا صرف سکوت می‌تواند نیرنگ نامیده شود پاسخ مثبت داد که بی‌شک اصلی‌ترین منشأ اعلام وجود چنین تعهدی نابرابری طرفین بوده است.<sup>۱</sup> یا در آلمان از صرف این ماده قانون مدنی که قراردادهای باید با حسن‌نیت اجرا شوند، دادگاه‌ها چنین برداشت می‌نمودند که اولاً حسن‌نیت در مرحله انعقاد قرارداد نیز ضروری است، ثانیاً از تکلیف رعایت حسن‌نیت چنین برمی‌آید که تحمیل شروط ناعادلانه ممنوع است. توسعه استناد به اصل حسن‌نیت در رویه قضایی آلمان به اندازه‌ای بوده که به اعتقاد برخی، دادگاه‌ها با از آن خود کردن حق اصلاح قرارداد، در قانونی که به‌وسیله نویسندگان قانون مدنی وضع شده است، مداخله و بنابراین در واقع در راستای تصحیح قانون مدنی اقدام نموده‌اند.<sup>۲</sup>

ملاحظه می‌شود که اگر قرار بود دادگاه‌ها به دلالت‌های دقیق نصوص قانونی اکتفا کنند، هرگز نمی‌توانستند تحولی در حقوق ایجاد کنند. نیاز به واکنش در برابر بی‌عدالتی آنها را واداشت تا شجاعانه قرائتی را که در شرایط پیش‌رو بهترین بود و بیشتر به نیازها پاسخ می‌گفت، از نصوص مربوطه داشته باشند.

قانون مدنی ایران اگر چه مقرره‌ای مانند بند ۲ ماده ۱۳۸ قانون مدنی آلمان که سوءاستفاده از اضطرار را مغایر نظم عمومی تلقی نموده است، ندارد، اما داشته‌های قانون مدنی در این خصوص دست‌کم معادل با قانون مدنی فرانسه هست. وقتی نص صریح قانون مدنی می‌گوید قرارداد بر خلاف نظم عمومی قابل ترتیب اثر نیست، فقط کافی است دادگاه تحمیل شرط ظالمانه و گزاف به طرف ضعیف را مغایر الزامات نظم عمومی اقتصادی به شمار آورد.

به‌ویژه از قضات دادگاه‌های عالی که رسالتی فراتر از فصل اختلافات دارند، توقع می‌رود جسارت به خرج دهند و با استفاده از ظرفیت‌های قانون مدنی و قواعد عمومی قراردادهای و صدور آراء تحلیلی، پیشگام مبارزه با تحمیل شروط ظالمانه در قراردادهای گردند.

1. Harris, Donald; & Denis Talon, Contract Law Today: Anglo-French Comparisons, Clarendon Press, 1989, p. 153.
2. Zimmerman, Reinhard; & Simon Whittaker, Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2000, pp. 25-26.

### نتیجه‌گیری

با توجه به فقدان کنترل تقنینی شروط ناعادلانه در قانون مصرف، که فرصت داشتن مقررات جامع لازم در این خصوص به نوعی از دست رفت و معلوم نیست چه زمانی اصلاح و الحاق لازم از این جهت در قانون مصرف صورت پذیرد، در شرایط فعلی و مادام که قانون‌گذار تصمیم به مداخله نگرفته است، با مدنظر قرار دادن وضعیت بازار کالاها و خدمات و شرایط عرصه انعقاد قرارداد در کشور ما که از جمله به علت شیوع انحصارها در آن درج شروط ناعادلانه در قراردادها شیوع فراوان دارد، گریزی جز امید بستن به واکنش دادگاه‌ها نیست. هرچند کنترل دادگاهی محدود (به پرونده‌های مطروحه در دادگاه) و موردی است، اما می‌تواند هم در رفتار آتی بنگاه‌های اقتصادی و هم در تصمیم و عملکرد قانون‌گذار تأثیرگذار باشد. بدون اینکه مقصود توصیه به تقلید باشد، برآنیم دادگاه‌های ما نیز می‌توانند از تجربیات رویه قضایی کشورهای دیگر، به‌ویژه کشوری مثل فرانسه که بسیاری از مقررات ما از قوانین آن کشور گرفته شده است در خصوص کنترل قضایی شروط ناعادلانه، بهره‌گیری نمایند. وقتی آنها در بیش از نیم قرن پیش با تمسک به ماده قانونی که مشابه آن در قانون مدنی ایران نیز وجود دارد دال بر اینکه قراردادهای خلاف نظم عمومی باطل است، توانستند بسیاری از شروط ناعادلانه را باطل اعلام نمایند، در حقوق ایران نیز از لحاظ نظری مانعی در این خصوص وجود نخواهد داشت. بنابراین در خصوص کنترل قضایی شروط ناعادلانه آنچه کم داریم اراده واکنش است والا ابزارهای حداقلی موجود است. چنانچه در مقام تفسیر به ابعاد مختلف مفهوم نظم عمومی توجه شده و مقتضیات و الزامات این مفهوم در آینده وضعیت جوامع کنونی نگرینسته شود، ماده ۹۷۵ قانون مدنی از یک ابزار تمام‌عیار کنترل چیزی کم ندارد. ابزاری که به‌کارگیری آن توسط قضات می‌تواند نقشی مهم در مقابله با بی‌عدالتی و عدم تعادل در قراردادها داشته باشد.

## منابع

- ابدالی، مهرزاد؛ و محمدعیسی تفرشی، «بررسی قراردادهای نامشروع (مغایر نظم عمومی) در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران»، فصلنامه مدرس، ویژه‌نامه حقوق، شماره ۳۷، زمستان ۱۳۸۳.
- امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، جلد اول، نشر میزان، ۱۳۷۸.
- ایزانلو، محسن، شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادها، چاپ سوم، شرکت انتشار، سال ۱۳۹۰.
- حسین‌آبادی، امیر، «تعادل اقتصادی در قراردادها (تعادل قضایی)، تحقیقات حقوقی»، شماره ۲۱ و ۲۲، ۱۳۷۷-۱۳۷۶.
- صفایی، سیدحسین، دوره‌مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۸۲.
- شهیدی، مهدی؛ و علیرضا باریکلو، «قرارداد عدم تجارت»، نامه مفید، شماره ۲۹، بهار ۱۳۸۱.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ هفتم، شرکت سهامی انتشار، سال ۱۳۸۵.
- \_\_\_\_\_، مسئولیت ناشی از عیب تولید، مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- \_\_\_\_\_، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری) انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- \_\_\_\_\_، «تفسیر قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۰، زمستان ۱۳۸۴.
- یزدانین، علیرضا، «تعدیل تعهدات قراردادی بر پایه اصول و قواعد حاکم بر فقه اسلامی»، مقالات و بررسی‌ها، شماره ۸۲، ۱۳۸۵.
- Angelo, A;& E. Pellingier, "Unconscionable Contracts: A Comparative Study of The Approaches in England France, Germany and the United States", Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol. 7, 1992.
- Dimmateo, Larry. A., "Equity's Modification of Contract: an Analysis of the Twentieth Century's Equitable Reformation of Contract Law", New England Law Review, Vol. 31, 1998-1999.
- Harris, Donald; & Denis Talon, Contract Law Today: Anglo-French Comparisons, Clarendom Press, 1989.

- 
- Kenny, Mel- Devenney; Fox, James; & Lorna O'Mahony, Unconscionability in European Private Financial Transactions: Protecting the Vulnerable, Cambridge University Press, 2010.
  - March , P.D.V, Comparative Contract Law. England, France, Germany, Gover Publication, 1993.
  - Marella, Maria Rosaria, "The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe", European Review of Contract Law, Vol. 2, Issue 2, 2006.
  - Nebbia, Paoliza, Unfair Contract Terms in European Law: a Study in Comparative and EC Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.
  - Pieck, Manfred, "A Study of The Significant Aspects of German Contract Law", Annual Survey of International & Comparative Law, Vol. 3, Issue 1, 2010.
  - Schäfer, Hans-Bernd; & Patrick Leyens ,Judicial Control of Standard Terms and European Private Law & Economics Perspective on The Draft Common Frame, University of Hamburg, Institute of Law and Economics, Faculty of Law; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, 2009.
  - Wolcher, Louis E., "The Privilege of Idleness: A Case Study of Capitalism and the Common Law in Nineteenth Century America", The American Journal of Legal History, Vol. 36, No. 3, 1992.
  - Yongs, Raymond, English, French and German Comparative Law, Cavendish Publishing Limited, London, 1998.
  - Zimmerman, Reinhard; & Simon Whittaker, Good Faith in European Contract Law, Cambriage University Press, 2000.