

## جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی

ابراهیم تقی‌زاده\* - افشین احمدی\*\*

(تاریخ دریافت: ۹۴/۳/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۹۴/۴/۱۶)

### چکیده

در «حقوق اروپا» و «کامن‌لا» بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده، با شروط غیرمنصفانه قراردادی از طریق قوانین خاص مبارزه می‌شود. در حقوق داخلی خلأ چنین مقرراتی کاملاً مشهود است. از طرفی طبق قواعد عمومی قراردادها و اصول حقوقی این شروط «صحیح» به نظر می‌رسند. ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده را موثر ندانسته است، اما این ماده به دلیل خاص بودن و مبنای حمایتی از مصرف‌کننده الکترونیکی قابل تسری به سایر موارد نیست و استفاده از خود «انصاف» با هر عنوانی به دلیل نداشتن ضمانت اجرا نیز ممکن نیست. مضافاً اصل آزادی قراردادها و حاکمیت اراده طرفین و لزوم قراردادها حکم به صحت این قبیل شروط می‌دهند، اما دادرسان به هنگام رسیدگی به دعوی متعاقب این قراردادها، می‌توانند راهی منطبق با عدالت بجویند. در این مقاله تلاش می‌شود تا ضمن معرفی شروط غیرمنصفانه و بررسی وضعیت آن در حقوق داخلی، نگاهی به حقوق اروپایی به ویژه دستورالعمل «93/13/EEC» اتحادیه اروپا نیز داشته باشیم.

واژگان کلیدی: انصاف، شروط غیرمنصفانه، مصرف‌کننده، قانون تجارت الکترونیکی، آزادی قراردادها

taghizadeh@gmail.com  
441ahmadi@gmail.com

\* دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور تهران (نویسنده مسئول)  
\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی

## مقدمه

قراردادهای خصوصی یکی از زمینه‌های برخورد آزادی و عدالت می‌باشند. طرفین قرارداد همین که به توافق رسیدند، گویی که قانون حاکم بر روابط فی ما بین خویش را وضع کرده‌اند. اجتماع نیز نه تنها این قانون را محترم می‌شمارد، بلکه از آن نیز حمایت نیز می‌کند. اما ظهور شرکت‌های بزرگ، نابرابری‌های اقتصادی و انحصار بعضی خدمات در دنیای امروز، باعث شکل گرفتن قراردادهایی می‌گردد که بعضاً نتایج ناعادلانه‌ای به همراه دارند. طرف‌های قوی‌تر در جهت تأمین حداکثری منافع خود با درج شروطی غیرمنصفانه در قراردادها، شرایطی ناعادلانه و به دور از انصاف را فراهم می‌آورند. در «حقوق اروپا» و «بالاخص حوزه «کامن لا»، جهت حمایت از طرف‌های ضعیف قرارداد که عمدتاً «مصرف کننده»<sup>۱</sup> می‌باشند، قوانین نسبتاً مناسبی وضع شده است.

در «حقوق داخلی» برای مبارزه با «شروط غیرمنصفانه» متأسفانه با فقدان چنین قوانینی رو برو هستیم و تنها می‌توان به «قانون تجارت الکترونیکی» مصوب «۱۳۸۲/۱۰/۱۷» مجلس شورای اسلامی اشاره نمود که در ماده «۴۶» این قانون، مقنن اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف کننده را مؤثر ندانسته است.

حال با توجه به پیش درآمد فوق سؤالی که به ذهن می‌رسد این است که جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق مدنی ایران چیست؟ این شروط چه ماهیت، دامنه و ضمانت اجرایی دارند؟ منظور از «عدم تأثیر» در ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی چیست؟ آیا می‌توان با الغاء خصوصیت و وحدت ملاک، حکم شروط غیرمنصفانه این گونه معاملات را به عموم معاملات تسری داد؟ در این مقاله در بخش نخست بیشتر به جایگاه انصاف و تمیز آن از شرط غیرمنصفانه می‌پردازیم و در بخش دوم سعی می‌شود که به سؤالات طرح شده پاسخ مقتضی داده شود، ضمن این که نگاه کوتاهی بر «حقوق اروپایی»، «حقوق فرانسه» و نیز «انگلستان» به عنوان پرچم‌دار «کامن لا» نیز خواهیم داشت.

## ۱- جایگاه انصاف و تمیز آن از شروط غیرمنصفانه

## ۱-۱- انصاف به منزله قاعده حقوقی

انصاف مصدر باب افعال بوده و در لغت به معنی رفتار بر مبنای عدل و داد است. (فیومی،

بی‌تا، ص ۶۰۸) در بررسی «انصاف» به منزله یک قاعده حقوقی این توضیح ضروری است که انصاف به صورتی که متضمن تقسیم بالمناصفه باشد، از بحث خارج است بلکه مراد ما، انصاف به معنی برقراری موازنه می‌باشد، به طوری که وجدان آن را بپذیرد. (محمودی یزدانی، ۱۳۸۰، ص ۵) اما در مورد «قاعده حقوقی» ذکر کرده‌اند، «به حکم کلی که قابل انطباق بر موارد و نمونه‌های مختلف باشد. فرقی نمی‌کند که ضمن قانون بیان شده باشد یا علمای حقوق آن را بیان کرده باشند یا از بدیهیات عقلی و عرفی باشد.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۱۵) این تعریف اگرچه به لحاظ تأیید انصاف توسط عقل و عرف در جهت اثبات قاعده بودن آن مفید می‌باشد، ولی تصویر کاملی از قاعده حقوقی به دست نمی‌دهد. در حقیقت «قاعده حقوقی» دارای اوصافی است که هر بیان کلی و قابل انطباق بر موارد عدیده را از شمول خود خارج می‌کند. مهم‌ترین اوصاف قاعده حقوقی عبارتند از،

۱) کلی و عام الشمول است و ناظر بر یک مورد خاص نیست.

۲) الزام آور است.

۳) دارای ضمانت اجرای کافی و مؤثر است.

۴) ناظر به نظام اجتماعی است.

در ما نحن فیه به طور مسلم عدم وجود ضمانت اجرا، مشکل ساز می‌باشد. اگر بگوییم حقوق چیزی جز ضمانت اجرا نیست، سخن گزافی نگفته‌ایم. قاعده‌ای که اجرای آن از طرف دولت تضمین نشده است را نباید در زمره قواعد حقوقی آورد. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۵۵) البته می‌توان پذیرفت که ضمانت اجرای قاعده‌ای در خود آن پیش‌بینی نشده باشد ولی متعاقباً حکومت آن را تضمین کند، اما وجود قاعده‌ای بدون هیچ گونه ضمانت اجرا پذیرفتنی نیست و باید گفت در غیر این صورت، قاعده حقوقی در حکم «پند و اندرز و موعظه» خواهد بود. (واحدی، ۱۳۸۶، ص ۳۴) پس در این مجال همین بس که نمی‌توان انصاف را به عنوان قاعده‌ای حقوقی به معنای خاص آن در نظر گرفت. اما نقش خود انصاف را به بخش‌های آتی موكول می‌کنیم.

## ۲-۱- انصاف به منزله قاعده فقهی

در نظام حقوقی موضوعه مادام که در موردی نص قانونی وجود دارد، تمسک به قاعده فقهی لزومی ندارد و تنها در مواردی که قوانین ساکت، ناقص، مجمل یا متعارض باشند، قواعد فقهی می‌توانند در یافتن حکم شرعی مستند قرار گیرند. چنان که بر اساس اصل «۱۶۷» قانون

اساسی، قاضی موظف است که کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدون بیابد و اگر نیابد باید با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به هیچ بهانه‌ای از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

اما در باب این که آیا «انصاف» خود یک قاعده فقهی است و می‌تواند مورد استناد قرار گیرد، باید پاسخ منفی داد زیرا، اولاً، بسیاری از آنچه که تحت عنوان قواعد فقهی آورده می‌شود، صلاحیت استناد در مقام قضا و حتی افتا را هم ندارد و به تنهایی مشکل فقیه را در صدور فتوی و قاضی را در صدور حکم برطرف نمی‌کند و به تعبیر برخی مؤلفین، قواعد فقه را نمی‌توان به عنوان دلیل در استنباط یا در صدور رأی قضایی مورد استناد قرار داد و لازم است که در هر مورد به ادله خاص مسئله توجه کافی داشت (عمید زنجانی، ۱۳۹۰، ۲۶). ثانیاً، اگرچه فهرستی جامع و مانع از تمام قواعد فقهی در دسترس نیست، اما با رجوع به تألیفات مرتبط، قاعده‌ای تحت این عنوان یا دارای مفهومی مشابه مشاهده نگردید. کما اینکه استاد فقید «عمید زنجانی» که بیش از «۶۰» قاعده فقهی «حقوق خصوصی» را بر شمرده‌اند، اشاره‌ای به چنین قاعده‌ای نکرده‌اند و در بین قواعد فقهی اهل تسنن نیز چنین مفهومی به چشم نمی‌خورد. (همان، ۴۱). اگر چه برخی پژوهشگران قائل به وجود چنین قاعده‌ای - صرف نظر از پیوستگی یا جدایی عدل و انصاف که قبلاً اشاره شد - شده‌اند؛ (آل اسحاق خوئینی، بی‌تا، ص ۱۲) اما با تدقیق در مستندات مورد اشاره آن‌ها، تحصیل این مراد مشکل به نظر می‌رسد. استناد به آیات قرآنی از جمله آیه شریفه «ان الله یأمرکم بالعدل» یا روایات ائمه معصومین، مفید وجود قاعده‌ای تحت این عنوان نیست. قدر مسلم امر به عدل و انصاف در تمامی امور مورد نظر شارع بوده است و «عدالت» از منظر اسلام در زمره‌ی بزرگترین صفات و حسنات اخلاقی آمده است، اما در هیچ موردی ضمانت اجرای خاصی برای صرف عدم رعایت انصاف ذکر نشده است. دیگران هم به طور ضمنی پذیرفته‌اند که تنها در آثار فقهای متأخر و آن هم در خلال دیگر مباحث، اشارات اجمالی به عدل و انصاف دیده می‌شود و به هیچ وجه تبیین شفاف‌تری از آن‌ها به عمل نیامده است. از این روی، برخی از اساس، منکر وجود چنین قاعده‌ای شده‌اند و برخی دیگر آن را منوط به وجود دلیل خاص نموده‌اند. (دادخواه، ۱۳۸۹، چکیده) به تعبیر دیگر از موازین و مبانی فقهی به روشنی نمی‌توان استنباط کرد که عدالت به عنوان یک اصل کلی حاکم بر تمام احکام و قواعد حقوقی از جمله حقوق قراردادها مورد توجه بوده است (قنوتی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۴).

### ۳-۱- انصاف به منزله مفهوم والا و هدف آرمانی حقوق

از آن چه که راجع به انصاف بحث شد، دریافتیم که انصاف را نمی‌توان به عنوان یک قاعده حقوقی یا فقهی پذیرفت. همگان برقراری عدل و انصاف را به عنوان غایت آرمانی حقوق قبول دارند و هیچ کس ابتدا به ساکن برای قانون، حکم یا عملی که خلاف انصاف و عدالت باشد، مشروعیت قائل نمی‌شود، اما پر واضح است که این گرایش به عدل و انصاف تنها محکوم به ماندن روی کاغذ است و به جز در کتب اخلاقی و فلسفی، هرگز نمی‌تواند در عمل توفیق یابد.

انسان پس از شناخت امور واقعی به اموری می‌پردازد که خود محسوس نبوده و واقعیت ندارند اما به هنگام تطبیق و مقایسه با امور واقعی به دست می‌آیند. به این امور «انتزاعی» می‌گویند، نظیر بزرگی یا کوچکی. اما دسته سوم اموری هستند که نه واقعی و نه انتزاعی، بلکه مفاهیمی «اعتباری» اند. این مفاهیم صرفاً در چارچوب روابط اجتماعی شکل گرفته و جایگاه آن‌ها منحصرأ ذهن و تفکرات آدمی است (شهیدی، ۱۳۸۸(الف)، ص ۳۲).

بی تردید «انصاف» و «عدالت» از این قسم امور اعتباری‌اند و همین که بخواهیم از این مفاهیم کلی، قواعد جزئی و کاربردی استخراج کنیم و به نیازهای اجتماعی پاسخ دهیم، اختلاف سلیقه‌ها شروع می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۶۵) به عبارت دیگر هیچ محک و میزانی برای انصاف و عدل وجود ندارد. زیرا این مفاهیم «نسبی‌اند» و نه تنها از جامعه‌ای به جامعه‌ای دیگر، بلکه از عرفی به عرف و حتی از ذهنی به ذهن دیگر فرق می‌کنند. به عنوان مثال جالب است بدانید در مکتب حقوق فردی اعتقاد بر این است که در اعمال حقوقی، آنچه فرد اراده کند عادلانه است و چون هر کس بیش از دیگران می‌تواند سود و زیان خود را تشخیص دهد، امکان بسته شدن قراردادهای غیرعادلانه نمی‌رود! (کاتوزیان، ۱۳۸۴(الف)، ص ۱۰۸) هیچ تعریف جامعی از عدالت و انصاف در دست نیست و ورود به وادی مجادلات صاحب‌نظران در این باب تنها سرگردانی را به ارمغان دارد. اهالی حقوق هم مانند فلاسفه و اخلاقیون نتوانسته‌اند مفهومی شفاف و جامع را ارائه کنند و در تمامی تعاریف می‌توان نقیصه‌هایی را گوشزد کرد که اصلاح آن‌ها، خود گرفتاری در دور باطلی از انتزاعیات خواهد بود.

لذا چون انصاف و عدالت مفاهیمی مجرد و نسبی‌اند، پس در زمینه‌ی اجرا بعید نیست که قواعد حقوقی الزاماً متضمن و ملزم به انصاف نباشند، (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۶۷۹) اما همان طور که در صدر اشاره کردیم، این مفاهیم همیشه غایت والا و آرمانی حقوق‌اند و به تعبیر دیگر در تعریف حقوق «عدالت» را در زمره هدف‌های اصلی آن در می‌آوریم. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۶۷)

## ۴-۱- تمیز «امر خلاف انصاف» از «شرط غیرمنصفانه»

به طور معمول انصاف به کلیت یک عمل حقوقی بر می‌گردد و آنچه در نهایت خلاف انصاف تلقی می‌شود، مجموعه آن عمل حقوقی است. اگر عملی نزد عرف «خلاف انصاف» تشخیص داده شود، به صرف این خلاف انصاف بودن، نمی‌توان آن را خدشه‌پذیر یا از نظر حقوقی «غیر صحیح» تلقی نمود، مگر این که ضمانت اجرای خاصی برای آن در نظر گرفته شده باشد، نظیر خیار غبن. اما «شرط غیرمنصفانه» جایگاه مشخصی دارد که البته می‌تواند غیرمنصفانه بودن را به تمام قرارداد نیز تسری دهد و چنان چه دارای ضمانت اجرا باشد، این ضمانت اجرا علی‌الاصول محدود به همان شرط و رفع آثار سوء آن خواهد بود. به عبارت دیگر یک عمل خلاف انصاف دارای تعریف و ضابطه مشخصی نیست و در نهایت داوری عرفی یا حتی اخلاقی آن را تمیز می‌دهد، اما شرط غیر منصفانه از نظر این مقاله دارای یک مفهوم حقوقی مشخص و با تعریفی مضیق است که ضمانت اجرای مشخصی را نیز می‌طلبد. این تمیز در «کامن‌لا» بهتر به عمل آمده است، زیرا «انصاف» را معادل «equity» که خود دارای بیش از دوازده قاعده و اصل فرعی می‌باشد (عادل، ۱۳۸۹، ص ۱۸۳)؛ و «شرط غیرمنصفانه» را تحت عنوان «unfair term» و بعضاً «harsh clause» مورد بحث قرار می‌دهند، که با بررسی کامن‌لا در خواهیم یافت که هر کدام در عین ارتباط، مفاهیمی منفک از یکدیگر می‌باشند.

## ۲- مفهوم، جایگاه و دامنه‌ی شرط غیرمنصفانه در حقوق داخلی و حقوق اروپایی (کامن‌لا، فرانسه و اتحادیه اروپا)

## ۲-۱- سابقه تقنینی ایران در رابطه با شرط غیرمنصفانه و واژه‌های مرتبط با آن

متأسفانه در «حقوق ایران» مباحث «غیرمنصفانه» آن چنان که باید، مورد توجه قرار نگرفته است. برعکس در کشورهای اروپایی به ویژه حوزه کامن‌لا، نظر به اهمیت این موضوع حتی به «قواعد عرفی» هم بسنده نشده و به «وضع قوانین» مبادرت گردیده است، به طوری که مبارزه با شرط غیرمنصفانه در «حقوق اروپا» به صورت یک امر بین‌المللی و رویه در آمده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، صص ۳۳۲) در سطح اتحادیه اروپا چندین دستورالعمل در این خصوص وجود دارد که مهم‌ترین آن‌ها دستورالعمل «93/13/EEC» می‌باشد.<sup>۱</sup> البته اعضای اتحادیه مجازند به نحو مقتضی این حداقل‌ها را به صورت قانونی و مطابق با سلیقه‌های خود تصویب کنند (شیروی، ۱۳۸۸، ص ۲۶۷).

1. "Unfair Contract Terms and the Draft EC Directive"

با جستجو در «پایگاه قوانین ایران»<sup>۱</sup> چند مورد را که به نحوی در آن‌ها از «غیرمنصفانه» یا «غیرعادلانه» بودن سخن به میان رفته بود را می‌توان استخراج کرد که اهم آن‌ها عبارتند از:

- «قانون موافقت‌نامه حمل و نقل هوایی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت تونس»، در ماده «۸» که راجع به مباحث رقابتی می‌باشد.

- «قانون موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری آفریقای جنوبی»، بند «۲» ماده «۴» مکرر که راجع به تبعیض غیرمنصفانه می‌باشد.

- «عهدنامه از میر» که سخن از سیاست‌های غیرمنصفانه تجاری می‌نماید.

- «قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان» مصوب «۱۳۸۸/۷/۱۵» مجلس شورای اسلامی که در بند «۵» ماده «۱»، تحمیل شرایط غیرعادلانه براساس عرف در معاملات را جزء عنصر تعریف «تبانی» محسوب کرده است. اما تنها به جرم انگاری تبانی بسنده نموده و وضعیت حقوقی این قراردادها را تعیین نکرده است.<sup>۲</sup>

- «قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار» مصوب «۹۰/۱۱/۱۶» مجلس شورای اسلامی که در ماده «۲۳» دستگاه‌های اجرائی را مکلف نموده به منظور ایجاد تراضی و «عادلانه نمودن قراردادها» و قراردادهای الحاقی، در انعقاد قرارداد با شرکت‌های بخش خصوصی و تعاونی از فرم‌های یکسان استفاده نمایند.

اما آن چه که به صراحت شرط غیرمنصفانه را مورد اشاره قرار می‌دهد به شرح ذیل است،

- «قانون اصلاح موادی از قانون برنامه توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، که ناظر به رقابت تجاری در سطح عرضه کنندگان کالا و خدمات است و شامل مصرف‌کنندگان جزء نمی‌شود، لذا از بحث ما خارج است.

- «قانون تجارت الکترونیکی» که در ماده «۴۶» شرط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده را مؤثر ندانسته است و از این لحاظ، حکمی نسبتاً جدید و متفاوت را ارائه کرده و بیش از سایر موارد در خور تتبع است و باید دید که آیا در راستای مقابله با شروط غیرمنصفانه قراردادی در سطح عام نیز می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد یا خیر؟

1. [www.ghavanin.ir](http://www.ghavanin.ir)

۲. ماده «۸» قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان هرگونه تبانی و تحمیل شرایط از سوی عرضه‌کنندگان کالا و خدمات، که موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت، یا افزایش قیمت شود، جرم محسوب می‌نماید.

شایان ذکر است که در ماده «۱۷۹» قانون دریایی ایران، راجع به قراردادهای کمک و نجات؛ در صورتی که در حین خطر یا تحت تاثیر آن منعقد شده باشند و شرایط آن به تشخیص دادگاه «ناعادلانه» باشد، می‌توان آن شروط را باطل اعلام کرد و یا تغییر داد. در حقیقت این ماده برای جلوگیری از سوء استفاده از اضطرار وضع شده است (اصغری، ۱۳۸۸، ص ۱۲) و واضح است که به دلیل خاص بودن قانون دریایی و شرایط خاص حاکم بر انعقاد آن قراردادها، نمی‌توان از حکم آن برای سایر موارد مشابه کمک گرفت در حالی که در مورد قانون تجارت الکترونیکی و ماده «۴۶» آن، این محدودیت‌ها وجود ندارد و از این حیث شایسته تأمل بیشتر می‌باشد.

این بررسی بیش از پیش ضعف و فقر «حقوق داخلی» را در زمینه «حمایت از مصرف کننده» و مبارزه با «شروط غیرمنصفانه» عیان می‌سازد. در واقع این کمبود ناشی از تقلید مقنن به چهارچوب‌های سنتی و البته فقهی در باب معاملات و عقود معین است. این نقصان در معیت ضرورت‌های اجتماعی، اولاً لزوم وضع قوانین روزآمد را به ما متذکر می‌شود و ثانیاً ذهن حقوق‌دانان را جهت رفع خلأ قانونی و حرکت در مسیر عدالت به چالش می‌کشد.

## ۲-۲- پیشینه و خاستگاه شروط غیرمنصفانه موضوع ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی

یکسان‌سازی<sup>۱</sup> حقوق، همیشه از اهداف و آرمان‌های حقوق‌دانان بوده و از قرن «بیست» میلادی تعداد کثیری موسسه و سازمان در زمینه ایجاد مقررات متحد‌الشکل و هماهنگ در سطح بین‌المللی فعالیت خود را شروع کردند. بی‌تردید سرآمد همه آنان را باید «کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد» (آنسیترا)<sup>۲</sup> دانست. این کمیسیون در سال «۱۹۶۶» و به استناد قطعنامه (۱۱) ۲۲۰۵ مجمع عمومی سازمان ملل تأسیس گردید و از جمله اهداف آن تسهیل مقررات و فرآیندهای تجارت بین‌الملل می‌باشد.

این کمیسیون در کنار تصویب کنوانسیون‌های مهمی نظیر «وین ۱۹۸۰» (بیع بین‌الملل) و «نیویورک ۱۹۸۸» (سفته و برات)، «قانون نمونه تجارت الکترونیک» را در سال «۱۹۹۶» نهایی کرد. «قانون نمونه»<sup>۳</sup>، در حقیقت یک متن پیشنهادی است و دولت‌ها می‌توانند از طریق مجاری تقنینی خود با حفظ استقلال، مبادرت به تصویب آن کنند. هرچند که دست آن‌ها در اعمال

1. Uniformity  
2. Uncitral  
3. Mode Law



تغییرات باز است، ولی چون شاکله و ساختار قانون نمونه معمولاً دست نخورده باقی می‌ماند، خود گامی بزرگ در جهت یکسان‌سازی مقررات می‌باشد. اقدامات «آنسیترال» به دلیل شیوه خاص تصویب که با اجماع می‌باشد (و نه با رأی گیری)، نزد دولت‌ها از مقبولیت بالایی برخوردار است (جنیدی، ۱۳۷۸، ص ۱۹).

قوانین نمونه به دلایل ذیل نسبت به کنوانسیون‌ها ارجحیت دارند،  
 - در فرآیند تصمیم‌گیری و تصویب این اسناد، تنظیم آن‌ها در قالب عهدنامه یا کنوانسیون به دلیل نیاز به موافقت تمام کشورها امری بسیار مشکل و زمان‌بر است.  
 - استقلال سیاسی، اجتماعی و فرهنگی کشورها در قوانین نمونه بهتر حفظ می‌شود.  
 - انطباق‌پذیری کشورها با قانون نمونه به دلیل اختیار در تغییر و تصویب، بیش‌تر است، اگر چه که کشورها باید از تغییرات بنیادی اجتناب ورزند.

«قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال» که موضوعاتی مانند امضای الکترونیکی، ارزش قضایی مکاتبات الکترونیکی و... را شامل می‌شود در بیش از «۱۹» کشور جهان به صورت قانون ملی تصویب شده است. «قانون تجارت الکترونیکی ایران» نیز بر اساس قانون نمونه آنسیترال پس از مدت‌ها اختلاف بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان، سرانجام نهایی و در تاریخ «۱۳۸۲/۱۱/۱۱» در روزنامه رسمی انتشار یافت. از این روی به هنگام تفسیر این قانون داخلی می‌توان از قانون نمونه نیز بهره جست، اما راجع به «شروط غیرمنصفانه» باید گفت که در متن انگلیسی موجود در وبگاه رسمی آنسیترال<sup>۱</sup> ذیل عنوان «قانون نمونه تجارت الکترونیکی مشتمل بر خود قانون و راهنمای آن»<sup>۲</sup>، چنین مفهومی (شروط غیرمنصفانه) مشاهده نمی‌شود. قانون نمونه تنها دارای دو بخش می‌باشد<sup>۳</sup> در حالی که ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی در «باب سوم» این قانون گنجانده شده است!

فقط «باب» اول این قانون با عنوان «کلیات»، منطبق با بخش اول قانون نمونه است و «باب دوم» تنها شامل «۲» ماده راجع به گواهی الکترونیکی است که جایگزین بخش دوم قانون نمونه با موضوع حمل بار شده است - موضوع حمل بار در قانون تجارت الکترونیکی مسکوت مانده است - و «باب سوم» که نه شکلاً و نه موضوعاً در قانون نمونه جایی ندارد.<sup>۴</sup> لذا چون در قانون

1. www.uncitral.org

2. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment, 1996.

3. Part

۴. شایان ذکر است که عدول و تغییرات بی‌جا در هنگام تصویب قوانین نمونه در ایران بی‌سابقه نیست. در زمان تقدیم لایحه «قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران» به مجلس، اشکالاتی اعم از ترجمه‌ای و ماهوی در آن لایحه نیز دیده می‌شد و مجدداً تغییرات غیرضروری نیز توسط خود مجلس، هنگام تصویب در آن اعمال شد (جنیدی، ۱۳۷۸، ص ۲۲).

مادر یعنی «قانون نمونه» و در مشروح مذاکرات مقنن،<sup>۱</sup> به زمینه و پیشینه‌ای برای تصویب ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی و حکم خاص آن دست نیافتیم، بایستی که با تکیه بر سایر اصول حقوقی و مصالح تجاری-اقتصادی، آن را تفسیر و تبیین نماییم. شایان ذکر است که قانون تجارت الکترونیکی ایران تعریف خاصی از «تجارت الکترونیکی» نیز ارائه نداده است، اما در یک معنای عام «تجارت الکترونیکی» به هر نوع فعالیت تجاری اطلاق می‌شود که در آن از کامپیوتر و فناوری دیجیتال استفاده می‌شود (شیروی، ۱۳۸۹، ص ۴۰۱).

### ۳-۲- تعریف شرط غیرمنصفانه

در تعبیری ساده و ابتدایی از شرط غیرمنصفانه می‌توان تشخیص را به «عرف» واگذار کرد و شرط غیرمنصفانه را شرطی دانست که «وجدان»<sup>۲</sup> نوعی انسان هیچ‌گاه آن را قبول نمی‌کند، اما تکیه بر این مفاهیم ساده بیشتر ابهام‌آفرینی می‌کند. آن چه در رابطه با شرط غیرمنصفانه حائز اهمیت است و باید همواره نصب‌العین قرار گیرد این است که ما در رابطه‌ای حقوقی و از جنس خصوصی آن بحث می‌کنیم. فلذا عوامل زیادی از مباحث مربوط به کلیات قراردادها را باید در نظر داشته باشیم. به عبارت دیگر همیشه یک بند و شرط در قرارداد به خودی خود غیرمنصفانه به حساب نمی‌آید، بلکه با توجه به جمیع اوضاع و احوال می‌تواند آثار غیرمنصفانه به همراه داشته باشد. هم چنان که در ماده «۴۱۸» قانون مدنی راجع به غبن، توجه به سایر شرایط معامله نیز مورد توجه قرار گرفته است.

به طور کلی باید مواردی همچون ماهیت کالا و خدمات، سایر شروط قرارداد، قراردادهای قبلی و عرف و عادات مربوط را مد نظر قرار داد. در ماده «۳» دستورالعمل اروپایی «93/13/EEC» شرط غیرمنصفانه، شرطی است که باید به طور مشخص مورد مذاکره قرار نگرفته باشد. یعنی این شرط از قبل توسط عرضه‌کننده یا فروشنده تهیه شده و به مصرف‌کننده ارائه شده است و وی نمی‌توانسته تغییری در شروط به وجود آورد، زیرا شرط در یک «قرارداد استاندارد»<sup>۳</sup> قرار داشته است

۱. در صورت مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی جلسه علنی روز یکشنبه مورخ ۱۳۸۲/۱/۳۱ که بحث و بررسی در خصوص طرح تجارت الکترونیکی را در دستور کار قرار داشت نیز متأسفانه هیچ بحث و مذاکره‌ای در این باب صورت نگرفته است و این ماده با شیوه قیام و قعود و البته با شماره ماده «۴۸» و نه «۴۶» به تصویب حضار رسیده است. (نقل از پایگاه [www.ical.ir](http://www.ical.ir))

۲. «قانون متحد الشکل تجاری آمریکا» (UCC) نیز «وجدان» را در ماده ۲-۳۰۲ در تعریف شرط غیرمنصفانه دخیل می‌کند و بیان می‌دارد، «به عنوان یک امر حقوقی اگر دادگاه در باید قرارداد یا شرطی از آن در زمان انعقاد گراف و برخلاف وجدان بوده است...» (به نقل از (شیروی، ۱۳۸۱، ۲۲)).

۳. قرارداد استاندارد، قراردادی است که میزان حقوق و تعهدات طرفین و بسیاری مسائل دیگر در آن پیش‌بینی شده است و

(شیروی، ۱۳۸۱، ص ۸). در حقوق اتحادیه اروپا زمانی از «دستورالعمل»<sup>۱</sup> استفاده می‌شود که هماهنگی مقررات کشورها در خصوص یک موضوع مورد نظر بوده ولی حصول وحدت در قوانین و مقررات مد نظر نباشد. در خصوص دستورالعمل یاد شده نیز اتحادیه اروپا از کلیه اعضای خود خواست که حداکثر تا «۳۱ دسامبر ۱۹۹۴» قوانینی را در این مورد به تصویب برسانند، که مورد تبعیت چندین کشور اروپایی نیز قرار گرفت (شیروی، ۱۳۸۸، ص ۲۶۷).

در تعریف ماده «۳» دستورالعمل شاید بتوان از «مورد مذاکره قرار نگرفتن شرط به طور مستقیم» جهت تشخیص غیرمنصفانه بودن، به عنوان ضابطه کمکی استفاده کرد، اما درج شرط به صورتی که در «قراردادهای استاندارد نمونه» می‌آید را نمی‌توان معیار خوبی تلقی نمود، چرا که در این صورت باید گفت که تمام «قراردادهای الحاقی» و از این دست، الزاماً غیرمنصفانه می‌باشند، در حالی که چنین نیست. نباید فراموش شود که جوهره شرط (در معنای عام خود) علی‌الاصول «ضرر» است و اطلاق «مشروط له» و «مشروط علیه» بر طرفین، مؤید این امر می‌باشد. آن چه در قراردادهای الحاقی جلب توجه می‌کند این است که طرف ضعیف‌تر قدرت چانه زنی و مذاکره را ندارد و ناگزیر از پذیرش تمام قرارداد است و مسلماً در این قرارداد شرط‌هایی به ضرر او گنجانده شده است. در تمیز این موضوع همین بس که اکثر حقوق‌دانان با وجود تمام ایرادها و معایبی که بر این قراردادها وارد می‌کنند، آن‌ها را صحیح می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۸۹، شهیدی، پیشین، ص ۸۹).

معیار مناسب دیگر را می‌توان «عدم تعادل جدی در حقوق و تعهدات طرفین» دانست. در همه قراردادها تعادل به صورت کمال مطلوب برقرار نیست و اکثر اوقات تجار و فروشندگان در مجموع سود بیشتری نسبت به مصرف‌کننده عادی کسب می‌نمایند. اما باید دانست آن چه این جا حائز اهمیت است عدم تعادل جدی است و نباید مسئله را با «عدالت معاوضی» خلط کرد. در رابطه با عدالت معاوضی پیروان مکتب فردگرایی بر این عقیده‌اند که عدالت ایجاب می‌کند بین ارزش کار یا کالاهایی که مبادله می‌شوند، تساوی برقرار شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۶۶). نکته مهم دیگر این است که بحث ما تنها راجع به شروطی است که منجر به عدم تعادل جدی در حقوق و تعهدات می‌شود و عدم تعادل بدوی عوضین و تعهدات، تابع بحث غبن و شرایط مخصوص آن است (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۴۷).

با پر کردن جاهای خالی که عمدتاً مربوط به مشخصات طرفین و موضوع قرارداد است، به یک قرارداد کامل تبدیل می‌شود (شیروی، ۱۳۷۸، ۶۴).

آن چه که بیشتر در عمل اتفاق می‌افتد این است که عدم تعادل به ضرر مصرف کننده است، زیرا وی طرف ضعیف تر می‌باشد (شیروی، ۱۳۷۸، ص ۷۱). البته مراد از مصرف کننده، طرفی است که مصرف کننده نهایی کالا و خدمات باشد و هدف او از وارد معامله شدن برطرف کردن نیازهای شخصی باشد و نه نیازهای تجاری.<sup>۱</sup> پس بدین اعتبار می‌توان تجاری بین تجار را از موضوع بحث خارج ساخت.

از معیارهای مهم دیگر می‌توان به «عدم وجود حسن نیت» اشاره کرد. «حسن نیت» از دو واژه «حُسن» به معنای مصدری نیکو شدن، خوب شدن، زیبا شدن، (عمید، ۱۳۷۹، ص ۷۹۲) و در اسم مصدری به معنی نیکویی، خوبی، زیبایی و «نیت» به معنای قصد، عزم و آهنگ آمده است (همان، ۱۹۳۰). حُسن نیت، واژه‌ای است در مقابل «سوء نیت» که در لغت معنی قصد و نیت نیکو را می‌دهد (دهخدا، ۱۳۷۳، ص ۷۸۶۷). گاه در ادبیات حقوقی، رعایت شرافتمندانه در معاملات و پرهیز از اعمال فریبکارانه در اجرای وظایف و تعهدات قانونی را گویند (بنی یعقوب، ۱۳۷۹، ص ۱۰۳۵). واژه‌ی حسن نیت به صورت ترکیبی در هیچ آیه‌ای از آیات قرآن کریم به کار نرفته است، اما کلمه‌های احسان، حُسن، انصاف، صدق و معروف از جمله واژه‌هایی هستند که به نحوی متضمن حسن نیت یا مرتبط با آن تلقی می‌گردند و این مفاهیم بیانگر این مطلب است که رعایت صداقت و درستکاری لازم بوده و فقدان حسن نیت و اضرار به دیگران در اجرای حقوق ممنوع می‌باشد (طباطبایی، ۱۴۱۴، ص ۱۱۹). همچنین در روایتی از «حضرت علی (ع)» نقل شده است که «برای رسیدن به عدالت از حُسن نیت به مردم کمک بگیر» (لطفی، ۱۳۸۹، ص ۱۷۶). در متون فقهی، عبارت حسن نیت مشاهده نشده، اما عناوین متضاد حسن نیت و رفتار منصفانه مورد بحث قرار گرفته است (حلی، ۱۴۰۹، ص ۲۱۶؛ انصاری، ۱۴۱۵، ص ۶؛ اوصیاء، ۱۳۷۵، ص ۲۹۷). اصل «حسن نیت» در حقوق ایران، بر خلاف فرانسه، به طور صریح مورد اشاره قرار نگرفته است (صفایی و همکاران، ۱۳۸۷، ص ۴۵). برخی از حقوق دانان برای تعریف و شناسایی حسن نیت، مفاهیم معادل و مشابه آن را به کار برده‌اند تا بدین طریق آن را تعریف کنند. از باب نمونه می‌توان به تعبیر حسن نیت به «انصاف»، «رفتار منصفانه» یا «معتولیت» اشاره کرد (بستانی، ۱۹۸۷، ص ۲۱۴). با این وجود پیش‌بینی مقرراتی همچون مواد ۶۶۷، ۶۸۰ قانون مدنی و ماده ۳۳۹ قانون تجارت حاکی از شناسایی قانون‌گذار از مفهوم مزبور است (اسکینی، ۱۳۸۸، ص ۱۸۳؛ دمیرچیلی و دیگران، ۱۳۸۰، ص ۱۴۶). برخی از حقوق دانان برای

۱. البته تعریف «قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان» از مصرف کننده در بند «۱» ماده «۱» که بیان می‌دارد، «هر شخص حقیقی یا حقوقی است که کالا یا خدمتی را خریداری می‌کند.» از این لحاظ قابل ایراد است.

تعریف و شناسایی حسن نیت، مفهوم معادل و مشابه آن را به کار برده‌اند تا بدین طریق آن را تعریف کنند. از باب نمونه می‌توان به تعریف حسن نیت به «انصاف»، «رفتار منصفانه» یا «معقولیت» اشاره کرد (انصاری، ۱۳۸۸، ص ۴۳). برخی دیگر از اساتید حقوق مدنی عقیده دارند که هر چند در حقوق ایران اصلی به عنوان حسن نیت در قرارداد پیش بینی نشده است، لیکن با مطالعه موارد لزوم حسن نیت در حقوق بیگانه، می‌توان «عرف» و «عادت» را که ضابطه‌ای برای تعیین روابط قراردادی طرفین در حقوق ایران است، جانشین حسن نیت دانست و حتی به عقیده ایشان عرف نسبت به حسن نیت ضابطه‌ای نهایی و دقیق‌تر است (شهیدی، پیشین، ص ۱۱۳). و لذا معتقدند که مواد «۲۲۰» و «۲۲۵» قانون مدنی، رعایت حسن نیت در اجرای قرارداد را از لوازم عرفی آن میدانند (صفایی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۰). هر چند برخی، مخالف این عقیده هستند (صالحی‌راد، ۱۳۸۷، ص ۹۴). اما همان گونه که دیدیم ضابطه عرفی به تنهایی برای تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قراردادی کفایت نمی‌کند. خصوصاً این که «عرف» از مقررات تکمیلی است، در حالی که «حسن نیت» از قواعد آمره محسوب می‌شود (آقمشهدی، ۱۳۸۹، ص ۱۲). معهدنا برخی معتقدند نباید برای حسن نیت تعریف دقیق، جامع و مثبتی ارائه کرد، زیرا برای آن که حسن نیت نقش خود را ایفا کند باید غیر محدود باشد نه آن که در قالب یک تعریف، محصور و محدود گردد (عباسی، ۱۳۸۶، ص ۸۲). به هر حال حاکمیت صداقت در روابط قراردادی ایجاب می‌کند، اشخاص رفتار و گفتار صادقانه داشته باشند، و تعهدات با حسن نیت اجرا شوند (کاتوزیان، و عباس‌زاده، ۱۳۹۲، ص ۱۸۴).

در نهایت شاید بتوان این تعریف را تا حدی قابل قبول دانست، «شرطی که با حسن نیت در معاملات منافات داشته و نابرابری فاحش بین حقوق و تعهدات طرفین به ضرر مصرف کننده به وجود آورده و در مذاکرات طرفین مستقیماً جایی نداشته باشد».

البته اگرچه عموماً حمایت از مصرف کننده در قوانین مبارزه با شروط غیرمنصفانه پرننگ‌تر است، اما دلیلی وجود ندارد که نتوان نفی این شروط را به سود هر دو طرف قرارداد برقرار ساخت. (حتی در قراردادهای بین تجار حرفه‌ای) آنچه در تعریف فوق خودنمایی می‌کند وابستگی شرط و بر هم خوردن فاحش تعادل حقوق و تعهدات طرفین است. من باب مثال می‌توان گفت «۲» شرط با مضمون واحد در «۲» قرارداد متغایر به گونه‌ای تأثیر خواهند گذاشت، که با توجه به سایر تعهدات در اولی کاملاً منصفانه و معقول تلقی می‌گردد و در دیگری به وضوح غیرمنصفانه به نظر می‌رسد.

## ۲-۴- انواع شروط غیرمنصفانه

### ۲-۴-۱- تقسیم شروط غیرمنصفانه به اعتبار جایگاه و موقعیت آن در قرارداد

از حیث جایگاه و موقعیت شروط غیرمنصفانه می‌توان آن‌ها را به «۲» دسته‌ی «مستقل» و «وابسته» تقسیم کرد.

شروط غیرمنصفانه مستقل، شرطی است که جزء مفاد اصلی عقد و دخیل در عوضین نیست و معمولاً در ضمن عقد می‌آید و موضوع آن با موضوع قرارداد تفاوت دارد. این شرط در مجموع کل قرارداد را به سمت غیرمنصفانه شدن سوق می‌دهد. برای مثال در ضمن بیع یک منزل نوساز، شرط می‌شود چنان‌چه بایع موفق به اخذ امتیاز برق ظرف یک‌ماه جهت ملک نگردد، بایستی خسارت مقطوعی معادل دو برابر ثمن به مشتری بپردازد. چون این تعهد از جنس تعهد به نتیجه است، نظام حقوقی ما عدم حصول آن را نقض قراردادی محسوب می‌نماید ولو آن‌که متعهد در دفاع از خویش عدم اعطای امتیاز را ناشی از عدم همکاری ادارات ذی‌ربط بدانند. (قوه قاهره در این جا خارج از فرض ماست) این شروط بیشتر به نحو «خارج عقد لازم» منعقد می‌گردند و جایگاهشان به گونه‌ای است که با حذفشان، اثر غیرمنصفانه آن‌ها نیز زایل شده ولی هیچ خللی به سایر ارکان قرارداد وارد نمی‌آید. این شروط از مصادیق واقعی شروط غیرمنصفانه می‌باشند به طوری که هر وجدان آزاد، در درجه اول بی‌ارتباطی و غیرمنصفانه بودن آن را در می‌یابد.

شروط غیرمنصفانه وابسته، شرطی است که با سایر مفاد و ارکان عقد، گره خورده و به لحاظ ارتباط و عجین شدن این شرط با موضوع و سایر شروط قرارداد، نمی‌توان به سادگی آن را نادیده گرفت و یا حذف نمود، اما بدیهی است که سر منشأ غیرمنصفانه شدن، همین شرط است. نظر به پیوستگی شرط با سایر مفاد عقد، نباید تنها شرط غیرمنصفانه را مدنظر قرار داد، بلکه ضرورت دارد تمام قرارداد را در تشخیص غیرمنصفانه بودن یک شرط لحاظ داشت (Paterson, 2009, p.949). به عنوان مثال شرکتی جهت تهیه تجهیزات خویش با یک بنگاه تولیدی قراردادی می‌بندد و ضمن تعیین بهای ثمن، شرطی می‌گنجاند که چنانچه کیفیت تجهیزات، مورد تأیید کارشناسانش ولو بعد از نصب آن‌ها، قرار نگیرد، نه تنها بهای ثمن تجهیزات تحویل گرفته شده به یک دهم مبلغ اولیه کاهش پیدا کند، بلکه تقلیل ثمن نسبت به آتیه نیز اعمال گردد. در این مثال شرط جزء مفاد قرارداد و موضوع آن بوده و در تعیین بهای ثمن نهایی قرارداد دخیل است.

## ۲-۴-۲- تقسیم شروط غیرمنصفانه به اعتبار زمان وقوع

از حیث اعتبار زمان وقوع می‌توان این شروط را به «۲» دسته ابتدایی و حادث تقسیم کرد، شرط غیرمنصفانه ابتدایی، شرطی است که در زمان انعقاد قرارداد، واجد خصیصه غیرمنصفانه بوده است، صرف نظر از اینکه طرفین علی‌الخصوص مصرف کننده نسبت به آن و آثار متعاقبش وقوف داشته باشند یا خیر. در حقیقت در مرحله انعقاد و فرایند تشکیل قرارداد، نوعی نابرابری در وضعیت دو طرف وجود دارد به طوری که در آغاز نیز «ضرر» یک طرف قرارداد مشهود است. (ساردویی نسب و کاظم پور، ۱۳۹۰، ص ۴۵) مثالی که در ذیل «شرط غیرمنصفانه مستقل» آورده شد، مصداقی از یک شرط غیرمنصفانه ابتدایی نیز محسوب می‌گردد.

شرط غیرمنصفانه حادث، باید توجه داشت که منظور، الحاق شرطی غیرمنصفانه به قرارداد نیست، بلکه مراد شرطی است که از ابتدا در قرارداد وجود داشته، منتها در زمان انعقاد، نظر به تمامی شرایط موجود، مفاد شرط غیرمنصفانه نبوده ولی در اثر تغییر شرایط و دگرگونی اوضاع، اثری که این شرط به جای می‌گذارد غیرمنصفانه است. البته حدوث این شرط نیابستی در حد متعارف قابل پیش بینی باشد و الا شرط مذکور به شق قبلی ملحق می‌گردد. به عنوان مثال یک شرکت فعال در زمینه واردات خودرو را در نظر بگیرید که در قرارداد با مشتریان شرط کرده که هزینه‌های گمرکی و تعرفه‌ای را پردازد و همچنین به ازای هر روز تأخیر مبلغی معادل یک درصد قیمت خودرو را به عنوان جریمه پردازد. پس از انعقاد قرارداد، دولت نسبت به افزایش تعرفه‌های گمرکی اقدام می‌نماید و از طرفی مدت زمان ترخیص خودرو را نیز یک‌ماه افزایش می‌دهد. بدین ترتیب شرطی که بدواً منصفانه بوده و طرفین با طیب خاطر بدان ملحق شده‌اند، اکنون چهره‌ای دگر یافته است.

## ۲-۴-۳- تقسیم شروط غیرمنصفانه به اعتبار تغییرات در میزان مسئولیت طرفین

از حیث تغییرات در میزان مسئولیت طرفین، می‌توان شروط را به «۲» دسته‌ی «کاهنده مسئولیت فروشنده» و «افزاینده تعهدات مصرف کننده» تقسیم نمود. در این باب، کیفیت و کمیت کاهش مسئولیت فروشنده و بالعکس افزایش تعهدات خریدار به طور نامعقول، با جمیع شرایط می‌تواند غیرمنصفانه تلقی شود.

عمده‌ترین و بارزترین مصداق شروط غیرمنصفانه را می‌توان شروط «تحدید کننده مسئولیت» فروشنده دانست. در این نوع از شروط، طرفین به موجب قرارداد، سقف مسئولیت در صورت وقوع ضرر را پیش‌بینی می‌نمایند؛ در این صورت چنانچه خسارتی وارد آید که مقدار آن بیش از مبلغ

تعیین شده باشد، زیان دیده حق مطالبه مبلغ اضافی را نخواهد داشت اما در صورتی که میزان ضرر وارده، کم تر از حداکثر تعیین شده باشد، عامل زیان تا همان میزان زیان وارده، مسئول است و زیان دیده حق مطالبه مبلغ باقیمانده تا حداکثر تعیین شده را ندارد (Tetley, 1998, p. 130). از ذیل ماده «۲۳۰» قانون مدنی که اختیار تغییر «وجه التزام» را از حاکم نیز سلب می نماید، نیز می توان اعتبار این شروط را استنتاج کرد. البته همین شروط «وجه التزام»<sup>۱</sup> نیز در برخی نظام های حقوقی نظیر ایالات متحده آمریکا به هنگامی که نامعقول باشند، «فرا جبرانی»<sup>۲</sup> و به نوعی تنبیه کیفری شناخته می شوند و ازین روی معتبر نیستند (Ben-Shahar, 2011, p. 874). لذا می توان آن ها را در زمره شروط غیرمنصفانه قلمداد کرد.

از دیگر مصادیق شروط غیرمنصفانه باید به «شرط عدم مسئولیت» اشاره نمود. شروط عدم مسئولیت در قراردادهای الحاقی از سوی یکی از طرفین که دارای قدرت اقتصادی است، بر طرف ضعیف قرارداد تحمیل می شوند و بدین سان همیشه بیم آن وجود دارد که این شروط در روابط میان حرفه ای ها و مصرف کنندگان، مورد سوء استفاده قرار گیرند (ایزانلو، ۱۳۹۰، ص ۱۱۵). بر اساس این شروط تمام مسئولیت ناشی از وقوع ضرر از زیان رساننده سلب می شود. راجع به صحت شرط عدم مسئولیت، اختلاف نظر وجود دارد. «لرد دیلهرن»<sup>۳</sup> بیان می دارد، «از نظر من درست نیست که گفته شود قانون درج قید معافیت یا محدودیت مسئولیت را ممنوع و باطل کرده است. چنین قاعده حقوقی موجب محدودیت آزادی قراردادها می شود و در سوابق قضایی به هیچ اثر و رد پای از آن دست نیافتیم.» (Clerk, 1983, p. 214) برخی گفته اند شرط عدم مسئولیت به معنی «ابراء مسئولیت» قبل از تحقق آن است و به همین دلیل از مصادیق «ابراء ما لم یجب» محسوب می گردد که بر اساس نظر اکثر «فقها و امامیه» باطل می باشد. از دیدگاه تحلیلی به نظر می رسد که شرط عدم مسئولیت متعهد در صورت تخلف، با نتیجه تعهد که پیدایش تکلیف همراه با ضمانت اجرا است، تضاد دارد. این که متعهد قانوناً موظف به اجرای مورد تعهد است و ضمانت اجرایی که در مفهوم وظیفه قانونی مستتر است، با مسئول نبودن او در صورت ترک وظیفه مزبور در تعارض است. پس بدین ترتیب تعهد مفهوم حقوقی خود را از دست می دهد. اما به عقیده بعضی حقوق دانان پذیرش اعتبار شرط عدم مسئولیت در موارد بی احتیاطی و اهمال را نمی توان مردود دانست (شهیدی، پیشین، ص ۲۹۲).

1. Liquidated Damages
2. Overcompensatory
3. Lord Dilhorn



دیگر حقوق دانان هیچ تفاوتی میان شرط عدم مسئولیت و شرط محدود کننده مسئولیت قائل نمی‌شوند و هر دو را مباح و نافذ می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۲۸۱). و معتقدند در حقوق کنونی ایران، اعتبار شروط تحدید کننده مسئولیت و عدم مسئولیت با استفاده از مواد «۱۰، ۲۲۳، ۲۳۰، ۳۲۱، ۴۴۷، ۷۵۲ و ۷۶۶ قانون مدنی» و ملاک مواد «۳۸۱ و ۳۸۶ قانون تجارت» قابل اثبات و پذیرفتنی است (قاسم زاده، ۱۳۷۸، ص ۲۲۸). به هر روی، حتی با فرض صحیح دانستن شرط عدم مسئولیت، این شرط به طریق اولی نسبت به شرط کاهنده مسئولیت، بالقوه می‌تواند غیرمنصفانه باشد. پیش‌بینی این شروط به سرمایه‌داران بزرگ و به ویژه آن‌ها که انجام خدمتی را به طور انحصاری در اختیار دارند، این امکان را می‌دهد که با آوردن آن در قراردادهای الحاقی، در برابر همه مشتریان خود نسبت به خساراتی که به بار می‌آید، مصونیت یابند (تقی‌زاده، ۱۳۸۹، ص ۱۲۵). امروزه در کنوانسیون‌های حمل و نقل کالا درج شروط محدود کننده یا معاف کننده مسئولیت متصدی حمل، باطل و بلا اثر اعلام شده است. به عنوان مثال بر اساس پاراگراف «۸» ماده «۳» کنوانسیون «بروکسل»<sup>۱</sup> راجع به حمل و نقل دریایی مصوب «۱۹۲۴»، «ذکر هر گونه شرط، قید یا معافیت در قرارداد حمل جهت مبری ساختن متصدی یا کشتی از مسئولیت در مورد فقدان خسارت وارده به محموله، ناشی از تقصیر یا اهمال یا غفلت در انجام وظایف و تعهدات مصرّحه در این ماده و یا کاهش آن باطل خواهد بود...»<sup>۲</sup> (316p.,Gouilloud, 1988).

#### ۵-۲- ضمانت اجرای شروط غیرمنصفانه در ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی

ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی بیان می‌دارد که، «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف کننده، مؤثر نیست.» در لسان حقوقی اصطلاحات «باطل»، «صحیح» و «عدم نفوذ» همگی مفاهیم ویژه‌ای را به ذهن متبادر می‌سازند. در خصوص شروط هم قانون‌گذار در مواد «۲۳۲» و «۲۳۳» قانون مدنی از شروط «باطل» و «مبطل» نام برده است. سوالی که این جا پیش می‌آید این است که منظور از عدم تأثیر شرط در ماده فوق چیست؟ آیا صرفاً اشتباه غیر تخصصی قانون‌گذار بوده است یا اینکه آگاهانه می‌خواسته وضعیت خاصی را به این قراردادها و شروط ببخشد؟ و به همین دلیل

۱. از این کنوانسیون تحت عنوان «مقررات لاهه» نیز یاد می‌شود.

۲. قانون دریایی ایران تقریباً ترجمه کنوانسیون «بروکسل» است و مقنن در ماده «۱۱۸» قانون دریایی ایران شروطی را که به منظور مبری ساختن متصدی حمل یا در مورد تحدید مسئولیت وضع شده باشند، صریحاً باطل می‌داند.

از قالب‌های مرسوم فاصله گرفته است؟ آیا ضمانت اجرای عدم تاثیر در مورد همه انواع شروط غیرمنصفانه‌ای که ذکر کردیم کارایی دارد؟

از نص ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی مبنای آن یعنی حمایت از مصرف کننده - که در این جا به اعتبار شیوه خرید الکترونیکی، خاص است - به روشنی قابل دریافت است. از طرفی مصالح طرفین قرارداد، ثبات آن را ایجاب می‌نماید و در صورت لزوم تعرض به قرارداد، تغییرات متعاقب باید به نحو حداقلی انجام پذیرد. از سوی دیگر «عدم تحقق و بی اثری» از پیامدهای مهم «بطلان» یک عمل حقوقی در نظر گرفته می‌شود. (شهیدی، ۱۳۸۸ (ب)، ص ۲۳) پس در مجموع می‌توان «عدم تاثیر» در این ماده را به نوعی «بطلان نسبی» آن از نظر قانونگذار تعبیر کرد. (کاظم پور، ۱۳۹۲، ص ۲۹۰) اثر این بطلان نسبی در جهت حمایت از «مصرف کننده الکترونیکی»<sup>۱</sup> و تنها توسط وی قابل استناد است و با توجه به ماده «۲۴۰»<sup>۲</sup> قانون مدنی باید گفت فروشنده یا همان مشروط له، حق فسخ معامله را به دلیل بطلان شرط ندارد. زیرا اولاً مفاد این ماده در مورد شروط نامشروع نیز مجری است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۷۸) ثانیاً شرط غیرمنصفانه به دلیل مخالفت با ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی نامشروع تلقی می‌شود. ثالثاً از مفهوم مخالف ماده «۴۶» معلوم می‌گردد که شرط غیرمنصفانه موضوع این ماده به نفع فروشنده می‌باشد. رابعاً از همه مهم تر اینکه اگر چه قرارداد محصول توافق و همکاری قصد و رضای طرفین است، اما عرف وضع شرط غیرمنصفانه و در نتیجه عدم تاثیر آن را مستند به فروشنده می‌داند. (ملاک ذیل ماده «۲۴۰» قانون مدنی) این ضمانت اجرا در مورد شروط غیرمنصفانه مستقل و نیز شروط «تحدید مسئولیت»، بدون شک قابل اعمال است. اما به هنگام اعمال در خصوص شروط غیرمنصفانه وابسته و شروط غیرمنصفانه حادث ایجاد مشکل می‌نماید. اثر مثبت بطلان نسبی آن است که اگر حقوقی در این قرارداد و در مقابل شروط ساقط کننده تعهد عرضه کننده برای مصرف کننده در نظر گرفته شود، در مقابل عرضه کننده قابلیت استناد دارد. (کاظم پور، پیشین، ص ۲۹۱)

در شروط غیرمنصفانه وابسته، به لحاظ پیوند و مجانست شرط با موضوع و سایر مفاد قرارداد، نادیده گرفتن شرط موجب لطمه به بقیه قرارداد می‌شود و می‌تواند موجب برهم خوردن تعادل، این بار به ضرر فروشنده شود که در نهایت قرارداد را عبث و بیهوده یا ممتنع

#### 1. E-Consumer

۲. ماده «۲۴۰» قانون مدنی بیان می‌دارد، «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر این که امتناع مستند به فعل مشروط له باشد.»

می گرداند. بدین لحاظ که شرط غیرمنصفانه اولاً در بدو قرارداد موجود بوده و ثانیاً از همان زمان نیز محکوم به بطلان است؛ فلذا در صورت عدم امکان اجرای قرارداد، این قرارداد نیز «باطل» خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۳۱).

در مورد شروط غیرمنصفانه حادث نیز اصل شرط سهمی از «رضا» را داشته، یعنی شرط در نظر مشروط له چندان مهم است که آن را به عنوان بخشی از تراضی خویش با طرف دیگر عقد برگزیده است (قاسم زاده، ۱۳۸۶، ص ۱۳۳). پس مؤثر ندانستن شرط باعث تضرر فروشنده می شود، در حالی که تقصیری متوجه وی نیست. آن چه در این جا با آن مواجه ایم، حدوث مانعی بر سر اجرای تعهد می باشد. با استفاده از ملاک مواد متعدد «قانون مدنی» نظیر ماده «۵۲۷» در مورد مزارعه و بند «۴» ماده «۵۵۱» مربوط به مضاربه و «۶۸۳» راجع به وکالت، می توان حکم انفساخ این قراردادهایی که با حادث شدن مانع، قابلیت اجرای خود را از دست می دهند؛ را تحصیل نمود (شهیدی، پیشین، ص ۱۲۲).

## ۶-۲- جایگاه شروط غیرمنصفانه در قراردادهای داخلی

### ۱-۶-۲- وحدت ملاک غبن

غبن را در باب معاملات، بهم خوردگی تعادل ارزش عوضین به ضرر یکی از عاقدین می دانند، بدون اینکه متضرر، به آن رضا داده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ص ۳۱۶). پیش بینی «خیار غبن» برای مغبون در فقه، نشان گر اهمیت برقراری «عدالت معاوضی» و حمایت از طرف ناآگاه می باشد. همین اهداف کما بیش در خصوص جلوگیری از نفوذ شروط غیرمنصفانه نیز مشهود است. از این رو شاید بتوان با وحدت ملاک قرار دادن خیار غبن، به هنگام خلأ قانونی، در جهت برقراری عدالت گام برداشت. بدین جهت، بررسی شرایط تثبیت خیار غبن و مقایسه آن با شروط غیرمنصفانه لازم می نماید.

- رکن «فاحش بودن» غبن در معامله، همان معیار «عدم تعادل جدی در حقوق و تعهدات طرفین» و «گزاف بودن» شرط غیرمنصفانه را یادآور می شود.

- ملاک عرفی غبن فاحش در ماده «۴۱۷» قانون مدنی را نیز می توان در مورد شرط غیرمنصفانه محقق دانست

اما آن چه ایجاد مشکل می نماید، ضرورت ناآگاهی مغبون از ارزش واقعی مورد معامله می باشد. اگر چه «مورد مذاکره قرار نگرفتن شرط غیرمنصفانه به طور مستقیم» در تعریف شرط غیرمنصفانه دخیل بوده، اما نمی توان گفت که خریدار از وجود چنین شرطی آگاه نبوده است.

در ثانی «عدم آگاهی»، شرط تحقق خیار غبن است در حالی که «عدم مذاکره مستقیم راجع به شرط غیرمنصفانه»، تنها یک ضابطه کمکی در راستای تشخیص این شروط می‌باشد. فلذا به نظر نمی‌رسد که تمسک به غبن گره گشا باشد، خصوصاً اینکه اسقاط خود خیار غبن ولو فاحش را نیز می‌توان به حکم ماده «۴۴۸» قانون مدنی، ضمن عقد شرط نمود که در این صورت نقض غرض محرز می‌باشد.

#### ۲-۶-۲- قاعده «لاضرر»

قاعده لاضرر در زمره‌ی پر استنادترین قواعد فقهی قرار دارد. اگر چه برخی مولفین گفته‌اند که هر حق قراردادی یکی از متعاقبین که موجب ضرر غیر متعارف به طرف قرارداد شود، توسط قاعده لاضرر قابل تعدیل است (کریمی، ۱۳۹۰، ص ۲۲۱) اما دقت در مواردی که این قاعده مستندالیه قرار گرفته است، نشان می‌دهد که چه در فقه و چه در آرای محاکم هیچگاه دلیل منحصر به فردی محسوب نشده است و همیشه در کنار مواد قانونی و سایر ادله فقهی مورد استفاده قرار گرفته است.<sup>۱</sup> این که در ما نحن فیه امکان استناد به قاعده لاضرر فراهم باشد، محل تردید است. به عقیده «شیخ انصاری» «لزوم بیع ضرری» را می‌توان با این قاعده مرتفع ساخت و قائل به پیدایش خیار فسخ شد. (انصاری، به نقل از محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۵۳) اما «امام خمینی» (ره) اصولاً قاعده لاضرر را امری حکومتی و اجرایی می‌داند که فقط با «قاعده تسلیط» تعارض دارد و در مقام معارضه و برخورد، محدوده دایره تسلیط را که از احکام اولیه است، محدود می‌کند و برخوردی با ادله دیگر ندارد. به نظر ایشان قاعده لاضرر در سایر ابواب فقهی هیچ گونه نقشی ندارد. امام خمینی (ره) بر خلاف شیخ انصاری که دلیل خیار غبن را قاعده لاضرر معرفی می‌کند، (انصاری، ۱۴۱۹، ص ۱۶۱). مستند خیار غبن را قاعده لاضرر نمی‌داند (خمینی (ره)، بی تا، ص ۶۳).

پشتوانه اصلی قاعده لاضرر همان بنای عقلا و احراز امضای آنان از طریق عدم ردع است. (محقق داماد، پیشین، ص ۱۶۱). بنای عقلا همانطور که ضرر را مردود می‌داند، برقراری عدالت و انصاف را نیز مطلوب می‌پندارد. اما آن چنان که دیدیم صرف رجحان انصاف مجوزی برای رهایی از قید شروط غیرمنصفانه نیست. پس باید گفت ضرورت نفی ضرر نیز فی نفسه دارای چنین خصیصه‌ای نخواهد بود.

۱. برای نمونه مراجعه شود به رای (اصراری) شماره ۶ - ۱۳۷۵/۴/۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و نیز دادنامه، «۸۸۰۹۹۷۱۵۱۶۷۰۰۲۷۶» شعبه چهاردهم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران.

## ۳-۶-۲- وحدت ملاک ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی

ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی در حکم بی سابقه‌ای شروط غیرمنصفانه را به ضرر مصرف کننده مؤثر ندانسته است.<sup>۱</sup> این قانون در حقیقت به اعتبار شیوه الکترونیکی انعقاد قرارداد، قانونی خاص محسوب می شود، اما آیا این خصوصیت باعث انشای چنین حکمی در ماده «۴۶» شده است؟ علت تفاوت ما بین دو قرارداد که یکی به صورت سنتی و دیگری به صورت الکترونیکی منعقد شده، چیست؟ در اولی شروط ولو غیرمنصفانه دارای اعتبار و صحیح اند و در دومی همین شروط به ضرر مصرف کننده «غیر مؤثر» است. برای مثال می توان به قراردادهای بیمه اشاره کرد که مصداق بارز قراردادهای الحاقی و تحمیلی هستند (بابایی، ۱۳۸۸، ص ۴۰). و بعضاً دارای چندین صفحه پیوست مملو از شروط می باشند که عمدتاً در جهت تأمین منافع بیمه گر پیش بینی شده اند. اگر قرارداد بیمه در نمایندگی و به صورت عادی منعقد گردد، تمام شروط علیه بیمه گزار مؤثر است، در حالی که اگر همین قرارداد عیناً به صورت الکترونیکی منعقد شود، شروط غیرمنصفانه آن «غیر مؤثر» خواهد بود. به هر روی حکمت قانون گذار وجود «حسن تعلیل» را ایجاب می کند و گرنه می توان الغاء خصوصیت نمود و این حکم را به سایر قراردادها و شروط مندرج در آنها تسری داد. البته شایان ذکر است در حقوق اتحادیه اروپا نظر بر این است که شروط راجع به خطری که بیمه می شود، مشمول ارزیابی غیرمنصفانه بودن قرار نگیرند (Borselli, 2011, p. 42).

در خصوص ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی باید پذیرفت که به دو دلیل عمده ناچار به تفسیر مضیق و محدود این ماده و حکم آن می باشیم. دلیل نخست ملاحظات و اصول کلی حقوقی می باشد که جهت جلوگیری از تکرار در مبحث بعد به تفصیل بررسی می شوند.

دلیل دوم ملاحظات غیرحقوقی می باشد. با فراگیر شدن اینترنت، کامپیوتر، گسترش شبکه کارت های بانکی، شیوه های نوین پرداخت الکترونیکی و لزوم تسریع در مبادلات، گسترش تجارت الکترونیکی اجتناب ناپذیر می نماید. اما قریب به ده سال پیش که قانون تجارت الکترونیکی در مجلس شورای اسلامی تصویب می شد، تشویق و ترغیب مصرف کننده به دلیل سطح پایین دانش فناوری اطلاعات و نا آشنایی مردم با این سیستم، مقنن را بر آن داشت که با اتخاذ سیاست هایی، اطمینان خاطرهای لازم را به مصرف کننده که طرف ضعیف تر بود، بدهد (بختیاروند، ۱۳۹۰، ص ۱۱۶)، البته نظیر همین بینش در جهت حمایت از مصرف کننده الکترونیکی در راستای نیل به اهداف تجارت الکترونیکی، نزد قانون گذاران اتحادیه اروپایی نیز

۱. برای اطلاع بیشتر راجع به پیشینه تقنینی، مراجعه شود به بخش ۱-۲ همین مقاله.

دیده می‌شود. (p. 3, Winn, and Webber, 2006) بنابراین بنا بر این قانون گذاران ما نیز فصل اول از باب سوم قانون تجارت الکترونیکی را تحت عنوان «حمایت از مصرف کننده»<sup>۱</sup> به این امر اختصاص داده و نهادهایی مانند ماده «۴۶» و نیز «حق انصراف» موضوع ماده «۳۷» را در این جهت وضع کرد.<sup>۲</sup> ما حاصل آن که به دلیل وجود خصوصیت در ماده «۴۶» و روح کلی حاکم بر قانون تجارت الکترونیکی نمی‌توان از وحدت ملاک استفاده نمود.

#### ۴-۶-۲- تمیز شرط غیرمنصفانه از شرط خلاف مقتضای ذات عقد

اگر شرط غیرمنصفانه‌ای خلاف مقتضای ذات عقد نیز باشد، به مشکلی بر نخواهیم خورد. منتها در این فرض هم شرط و هم خود عقد باطل می‌شوند و ممکن است از راه بطلان عقد منفعت مصرف کننده چندان تأمین نشود. نکته مهم آن که نمی‌توان گفت که هر شرط غیرمنصفانه‌ای خلاف مقتضای عقد است. شرطی خلاف مقتضای ذات عقد است که مخالف ماهیت شرعی یا ماهیت عرفی عقد یا مخالف یکی از لوازم لاینفک<sup>۳</sup> عقد باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص ۲۲۹). حال آن که اولاً بسیاری از قراردادهایی که حاوی شروط غیرمنصفانه می‌باشند، ماهیت شرعی و عرفی ندارند و ثانیاً با تعریفی که پیش از این از شرط غیرمنصفانه ارائه دادیم، مشخص می‌شود که شرط غیرمنصفانه با شرط خلاف مقتضای ذات عقد تفاوت ماهوی فاحشی دارد.

#### ۵-۶-۲- آزادی قراردادی و حاکمیت اراده

اصل آزادی قراردادها نه تنها هرگونه دخالت در اراده طرفین را نهی می‌کند، بلکه ورود به این حوزه و تحدید آن را بدون توجیه نمی‌پذیرد. بر همین اساس دولت‌ها تنها در موارد خاص می‌توانند در قراردادها دخالت کنند. عمده دلیل دولت‌ها ذیل دو گروه اهداف اجتماعی و اقتصادی (طجرلو، ۱۳۸۷، ص ۱۹۴). ارزیابی می‌شوند. گاه برای جلوگیری از برهم خوردن نظم عمومی و خدشه دار شدن احساسات است و گاه در جهت حفظ کارکردهای اقتصادی-مالی. در حوزه قراردادها از آن جا که اصل بر آوردن نیازها و کسب منفعت است، ممکن است بعضی قراردادها با مصالح اقتصادی منافات داشته باشند. این جاست که دولت‌ها خرید و فروش ارز را غیر از چهارچوب تعریف شده، بر نمی‌تابند، ادغام بدون ضابطه شرکت‌ها را مانع رقابت تجاری

#### 1. Consumer Protection

۲. ماده «۳۷» قانون تجارت الکترونیکی بیان می‌دارد، «در هر معامله از راه دور مصرف کننده باید حداقل هفت روز کاری، وقت برای انصراف (حق انصراف) از قبول خود بدون تحمل جریمه و یا ارائه دلیل داشته باشد.»

عادلانه می‌دانند (سماواتی، ۱۳۷۴، صص ۵۰-۴۹). و معاملات ربوی را ممنوع می‌سازند. ملاحظات و اصول کلی حقوقی ذیل، تعرض به شروط قراردادی غیرمنصفانه را به چالش می‌کشد،

(۱) اصل آزادی قراردادها، که طرفین را در یک معامله برای پذیرش هر نوع قرارداد قانونی آزاد می‌داند.

(۲) اصل حاکمیت اراده طرفین، که مانع از دخالت اراده‌ی ثالث در توافق و رضای حاصله می‌باشد.

(۳) قاعده یا اصل لزوم، که طرفین را به شروط و تعهداتشان پایبند می‌داند و به تعبیر فقهی آن، «المؤمنون عند شروطهم»

(۴) قاعده صحت در معاملات.

(۵) ماده «۱۰» قانون مدنی راجع به نفوذ قراردادهای خصوصی.

(۶) ماده «۲۱۹» قانون مدنی در خصوص لازم‌الاتباع عقود بین متعاملین و قائم مقام آن‌ها.

(۷) ماده «۲۲۰» قانون مدنی در رابطه با التزام متعاملین به اجرای مصرحات عقد و نتایج عرفی و قانونی آن.

(۸) ماده «۲۲۳» قانون مدنی در تصریح به اصل صحت.

تأمل در موارد فوق نشان می‌دهد که در حقوق ایران شروط قراردادی ولو غیرمنصفانه، در مفهوم حقوقی خود «صحیح» می‌باشند. اما بی‌توجهی به عدالت و انصاف نیز نتایج سوئی به همراه دارد و باید به دنبال راهکاری مناسب جهت پرهیز از این آثار بود.

به نظر می‌رسد که راهکار مدنظر در شرایط کنونی را باید به هنگام رسیدگی به دعوی جست. فقدان نص قانونی نه تنها به حکم اصل «۱۶۷» قانون اساسی و ماده «۳» قانون آیین دادرسی مدنی، رافع تکلیف قضایی دادرس نیست، بلکه رسالت قضایی او نیز ایجاب می‌کند در جهت تحقق حداکثری عدالت نهایت کوشش و مساعی خویش را به کار بندد. اگر چه در ایران قانونی خاص برای مبارزه با شروط گزاف نداریم، اما اندیشه پرهیز از بی‌عدالتی در نهاد هر قاضی با وجدان وجود دارد و جلوگیری از اجرای شروط گزاف، در واقع گرایشی است به سوی عدالت (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۲۵). در حقیقت قاضی به عدالت پایبندتر است تا به قانون. قانون هم وقتی مقبول واقع می‌شود که عادلانه باشد، در غیر این صورت بر عهده قاضی است که با استدلال، طریقی بر قابل اعمال نبودن آن در هر قضیه خاص بیابد. فلذا بی‌جهت نیست که برخی از حقوق دانان، در زمره‌ی شرایط اصدار حکم صحیح، آورده‌اند که، «صدور حکم

صحیح، آن است که اعمال قاعده بر موضوع، نتیجه‌ای غیر عادلانه به بار نیاورد.» (صالحی‌راد، ۱۳۹۰، ص ۱۷۶). شعبه‌ی «۳۸» دیوان عالی کشور در رأی متین خود، با تکیه بر مفهوم «عدالت معاوضی»، دخالت قانون‌گذار در قراردادهای منعقد بین افراد را، هرگاه دخالت به نفع طرف قوی‌تر بوده باشد، مردود می‌داند و با ظرافت از کنار چنین قانونی می‌گذرد<sup>۱</sup> و از این روی می‌تواند الگوی بسیار مناسبی برای قضات باشد.

#### ۶-۲- شروط غیرمنصفانه در کامن‌لا

اگر چه در این تحقیق مطالعه تطبیقی از محورهای اساسی نیست، لیکن اشاره به وضع کشورهای کامن‌لا بی‌فایده هم نخواهد بود.

در بررسی کامن‌لا از آن جایی که حقوق انگلستان به عنوان نظام حقوقی مادر محسوب می‌شود، به بررسی اجمالی انگلستان کفایت می‌کنیم. البته در بخش‌های قبلی اشاراتی به حقوق اروپایی و دستورالعمل مرتبط داشتیم.

در انگلستان قراردادهای غیرمنصفانه و خلاف وجدان از قرن «۱۷» مورد توجه دادگاه‌ها قرار گرفت. (شیروی، ۱۳۸۱، ص ۸). اما رویه‌ی دادگاه‌ها این است که نسبت به قراردادهای خصوصی محتاط هستند، مگر در مواردی که قانون موضوعه وجود داشته باشد. از مهم‌ترین قوانین موضوعه می‌توان به قانون «شروط غیرمنصفانه قراردادی مصوب ۱۹۷۷»<sup>۲</sup> اشاره کرد. (p.130, Barker & Padfield, 2007) این قانون به هیچ وجه جامع نیست و تنها حمایت از مصرف‌کننده را در برابر شروط کاهنده مسئولیت در بر می‌گیرد. معیار اجرای شروط هم معقول بودن آنها ذکر شده است.

به عنوان مصوبه جدیدتری در این زمینه می‌توان به مقررات «۱۹۹۹» راجع به شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کنندگان اشاره کرد. در بند اول ماده «۵» در تعریف شرط غیرمنصفانه، شرطی که به طور غیر مستقیم مورد مذاکره قرار نگرفته است، را مشروط به عدم وجود حسن نیت و بر هم خوردن جدی تعادل در حقوق و تعهدات طرفین، شرط غیرمنصفانه تلقی می‌کند. همچنین در بند «۴» اثبات مورد مذاکره قرار نگرفتن شرط بر عهده فروشنده یا تأمین‌کننده گذاشته شده است و فرض بر این است که طرف قوی‌تر از شرط آگاه است (p.112, Monahan, 2001).

۱. دادنامه شماره ۳۸/۲۶۱/۸۰ - ۳۸/۷/۳۰ - شعبه «۳۸» دیوان عالی کشور. به نقل از (صالحی‌راد، پیشین، ص ۱۸۱).

2. Unfair Contract Terms Act of 1977.



آن چه که در این ماده جلب توجه می‌کند، تأکید بر مورد مذاکره قرار گرفتن شرط آن هم به صورتی که دو طرف در سطح یکسانی از لحاظ آگاهی باشند، است. این رویه منطقی است و با روح آزادی قراردادی و احترام به اراده طرفین سازگاری دارد. مقررات «۱۹۹۹» متعاقب دستورالعمل اتحادیه اروپا به تصویب رسیده است (Hunt, 2000, p.195) - که قبلاً مورد اشاره قرار گرفت- و در ماده «۸» اعمال ضمانت اجراهای شدیدتری را طبق مقررات سابق، مجاز دانسته است. پس قانون شروط غیرمنصفانه قراردادی «۱۹۷۷» منافاتی با قانون سال «۱۹۹۹» ندارد. اما مقررات سال «۱۹۹۹» تنها ناظر به مصرف کنندگان حقیقی (و نه حقوقی) است و شامل تجار و قراردادهای تجاری نمی‌شود.

در جدول شماره «۲» پیوست قانون سال «۱۹۹۹» فهرستی از شروط که ممکن است ناعادلانه تلقی شوند، آمده است.<sup>۱</sup> در مجموع در انگلستان هم همان مواردی که سابق بر این ذکر کردیم در تشخیص شروط غیرمنصفانه کما بیش مورد توجه قرار می‌گیرد. مهم‌ترین آن‌ها فقدان «حسن نیت» و توجه طرفین به شرط مذکور و مذاکره مستقیم راجع به آن است. البته در رابطه با مسئولیت‌های ناشی از عیب تولید در کشورهای نظیر آمریکا بطلان قرارداد یا شروط غیرمنصفانه یکی از عوامل تعدیل‌کننده معرفی شده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷(الف)، ص ۳۲۹).

آزادی قراردادی در حوزه کامن‌لا نیز دیگر اعتبار سابق را ندارد. لرد «دنینگ»<sup>۲</sup> در پرونده

George

Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd بیان داشت،

«آزادی قراردادی تماماً در طرفی است که یک بنگاه بزرگ قرار دارد. هیچ آزادی برای یک انسان کوچک که بلیط را تهیه می‌کند یا صورت حساب را دریافت می‌دارد، متصور نیست. این بنگاه بزرگ است که می‌گوید «یا قبول کن یا رهایش کن» و آن شخص خرد چاره‌ای جز قبول آن ندارد.»

به عقیده برخی محققین در کامن‌لا قوی‌ترین استدلال در مواجهه با حقوق سنتی قراردادهای، تمسک به مقتضیات و تحوّل شرایط ناشی از گذر زمان است (Sims, 2013, p. 751).

## ۷-۲- شروط غیرمنصفانه در حقوق فرانسه

حقوق فرانسه نظر به قرابتی که با فقه امامیه دارد و نیز با توجه به نقش آن در فرایند تدوین قانون مدنی ما، همواره جایگاه خاصی در بین حقوق‌دانان ایرانی دارد و مطالعه آن از جنبه

1. [www.legislation.hms.gov.uk/si/si1999/19992083.htm](http://www.legislation.hms.gov.uk/si/si1999/19992083.htm)

2. Lord Denning MR

تطبیقی می‌تواند بسیار راه‌گشا باشد. اقتباس قانون مدنی ما از قانون مدنی فرانسه حداقل در بخش کلیات عقود مورد انکار کسی نیست. به عبارت دیگر می‌توان گفت این موارد از قانون مدنی فرانسه اقتباس و با فقه امامیه تطبیق داده شده‌اند. (بهرامی احمدی، ۱۳۸۳، ص ۴۷). در زمینه مبارزه با شروط غیرمنصفانه، نظام حقوق مدنی سنتی ما شباهت بسیاری با حقوق فرانسه دارد و شروط صحیح ولو غیرمنصفانه را در هر حال الزام‌آور می‌داند. دادگاه‌های فرانسه اصولاً به دلیل غیرعادلانه بودن ماهوی قراردادها، قدرت بازنگری در آن‌ها را ندارند، خواه این بی‌عدالتی در زمان توافق ایجاد شده باشد، خواه پس از آن (وایت تیکر، ۱۳۸۵، ص ۷۸). بدین ترتیب نظام حقوقی فرانسه نیز در برخورد با این شروط همانند نظام حقوقی ما دچار مشکل شد و قانون مدنی آن که سال‌ها مایه مباهات حقوق‌دانان فرانسوی بوده، در این زمینه ناکارآمدی خویش را نشان داد. از این روی فرانسه نیز همچون سایر کشورهای پیشرفته، اقدام به تصویب قوانین خاص جهت مقابله با شروط غیرمنصفانه نمود. برای نخستین بار وزیر مشاور در امور مصرف فرانسه، متنی تهیه کرد که به عنوان قانون «۱۰ ژانویه ۱۹۷۸» تصویب شد و فصل پنجم آن راجع به شروط غیرمنصفانه بود و ده سال بعد با قانون «۵ ژانویه ۱۹۸۸» تکمیل گردید. این قانون دعوای حذف شروط اجحاف‌آمیز را تاسیس کرد. این دو قانون بعداً در «قانون مصرف»<sup>۱</sup> گنجانده شدند (Schulte-Nölke & others, 2007, 209-210pp). و در نهایت فرانسه نیز دستورالعمل اروپایی «93/13/EEC» را که پیش از این به آن اشاره کردیم، به موجب قانون «۱ فوریه ۱۹۹۵» مورد پذیرش قرار داد. ماده «1-132-L» این قانون شروط غیرمنصفانه را شروطی می‌داند که، «هدف یا اثرش، ایجاد نابرابری شدید میان حقوق و تعهدات طرفین قرارداد، به ضرر مصرف‌کننده است.» همین ماده در ادامه این شروط را باطل و نامعتبر می‌شناسد. برخورد با شروط غیرمنصفانه از آن چنان اهمیتی در فرانسه برخوردار شده است که حتی کمیسیونی با همین نام<sup>۲</sup> و تحت هدایت وزیر امور مصرف به موجب ماده «2-132-L» تشکیل شده است که دارای وظایف و اختیارات خاصی است. کمیسیون همچنین توصیه‌نامه‌هایی که حاوی فهرست شروط بالقوه غیرمنصفانه است را نیز منتشر می‌سازد که اگر چه الزام‌آور نیستند، اما همواره از سوی قضات این کشور برای تمیز شروط غیرمنصفانه در قراردادها مورد استفاده قرار می‌گیرند (Nebbia, 2007, p. 27).

در فقه ما در یکی دو قرن اخیر بر دامنه قلمرو قرارداد و نفوذ تراضی افزوده شد. به عنوان

1. CONSUMER CODE
2. La Commission des clauses abusives

مثال «شروط تبانی» مورد اعتنا قرار گرفت یا «نظریه اشتباه» و تأثیر آن در قرارداد گسترش یافت، تا جایی که نمود این تحول در ماده «۱۰» قانون مدنی متجلی گشت. معهدا چون احکام اقتباس شده از حقوق فرانسه همراه با افکار فلسفی و اقتصادی فردگرایان افراطی نبود و همچنین نویسندگان قانون مدنی ما در تلفیق این موارد با فقه ظرافت به خرج دادند، آزادی قراردادی بسیار مفید جلوه داد، اما فرانسویان نیز به زودی دست از این افراط کشیدند، زیرا متوجه شدند که آزادی در داد و ستد خود عقاب آزادی است و به بهره‌کشی از آزادی می‌انجامد (کاتوزیان، ۱۳۸۷ ب)، صص ۳۰۵-۳۰۴). حقوق‌دانان متأخر فرانسوی قوانین مبارزه با شروط غیرمنصفانه را آسیب به اصول قانون مدنی تلقی نمی‌کنند، بلکه برعکس، معتقدند که این نگرش سنتی بوده که بر خلاف اصل حاکمیت اراده است، چون شروطی را که یکی از طرفین نمی‌خواند و شاید هرگز نمی‌فهمد، الزام‌آور می‌داند. از نظر آنان حذف شروط غیرمنصفانه، ممکن است نشانه اعمال اصل «حسن نیت» در قرارداد، مبتنی بر ماده «۱۱۳۴» قانون مدنی فرانسه و نشانه بازگشت به قواعد تکمیلی تلقی شود، که قانون مدنی برای برقراری تعادل در قرارداد وضع کرده است (اولوآ، و تامپل، ۱۳۹۳، صص ۱۲۵-۱۲۴). این جهت‌گیری حقوق فرانسه می‌تواند هشدار برای ما تلقی شود که در راستای تقابل با شروط غیرمنصفانه به قالب‌های سنتی بسنده نکنیم و اقدام تقنینی مناسب را به عمل آوریم.

### نتیجه‌گیری

در تبیین جایگاه «شروط غیرمنصفانه» در حقوق ایران، دریافتیم که مفاهیم کلی و آرمانی نظیر «انصاف» و «عدالت» نمی‌توانند در جهت مقابله با این شروط مؤثر واقع شوند و استفاده از «قاعده لاضرر» و وحدت ملاک ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی و همچنین «خیار غبن» نیز ممتنع می‌باشند. از طرف دیگر با توجه به اصولی نظیر آزادی قراردادها، حاکمیت اراده طرفین، اصل صحت و اصل لزوم، شروط غیرمنصفانه در معنای حقوقی خود «صحیح» می‌باشند، هرچند که مورد تایید اخلاق و انصاف نباشند. برای برون رفت از این بن بست می‌توان پیشنهاد داد، اولاً دادرسان به هنگام مواجه با شروط غیرمنصفانه به مقتضای رسالت قضایی خویش در جهت تحقق حداکثری عدالت، نهایت کوشش و مساعی خویش را به کار بندند و ضمن رعایت کلیه موازین حقوقی با ظرافت در استدلال حتی‌الامکان از به بار آمدن نتایج غیرعادلانه جلوگیری کنند. البته این امر به مثابه شمشیری دو لبه است، زیرا مقابله با این شروط نباید دستاویزی برای

تجاوز به آزادی و اراده‌ی طرفین قرار گیرد. تکلیف قاضی به رعایت عدل و انصاف در قانون نیز تجلی دارد. ماده ۵۷۱ قانون تجارت در خصوص اعاده اعتبار تاجر ورشکسته بیان می‌دارد، «...در مورد ماده ۵۶۵ محکمه اوضاع و احوال را سنجیده به طوری که مقتضی عدل و انصاف بداند حکم می‌دهد...»

ثانیاً بر قانون‌گذاران است که این خلأ قانونی را رفع نموده و همچون کشورهای دیگر با ضرورت درک حمایت از مصرف‌کننده، به وضع قوانین کارآمد پردازد. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۰۹). ذکر این نکته نیز ضروری است که افراط در حمایت از مصرف‌کننده و ایجاد مسئولیت‌های بیشتر برای تولیدکننده در نهایت منجر به کاهش تولید کالا و خدمات و افزایش هزینه‌ها برای مصرف‌کننده میشود (کاتوزیان، ۱۳۸۴(ب)، ص ۱۱). فلذا تعریف شرط غیرمنصفانه و مقابله با آن باید محدود و مضیق باشد.



## منابع

## الف) فارسی

- اسکینی، ربیعا، (۱۳۸۸)، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، ج دوم. تهران، انتشارات سمت.
- انصاری، علی، (۱۳۸۸)، تئوری حسن نیت در قراردادها. تهران، انتشارات جنگل.
- اوصیاء، پرویز، (۱۳۷۵)، تحولات حقوق خصوصی. تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ایزانلو، محسن، (۱۳۹۰)، شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادها. تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- بابایی، ایرج، (۱۳۸۸)، حقوق بیمه. تهران، انتشارات سمت.
- بنی یعقوب، جواد، (۱۳۷۹)، فرهنگ واژگان و اصطلاحات حقوقی، اقتصادی و اداری. تهران، موسسه فرهنگی و پژوهشی نظر.
- بیگدلی، سعید، (۱۳۸۶)، تعدیل قرارداد. تهران، انتشارات میزان.
- تقی‌زاده، ابراهیم، (۱۳۸۹)، حقوق حمل و نقل دریایی. تهران، انتشارات مجد.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۶)، ترمینولوژی حقوق. تهران، انتشارات گنج دانش.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۹۰)، فلسفه‌ی حقوق مدنی. جلد اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۹۳)، تئوری موازنه. تهران، انتشارات گنج دانش.
- جنیدی، لعیاء، (۱۳۷۸)، نقد و بررسی تطبیقی قانون داورى تجارى بین‌المللى. تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- دمیرچیلی، محمد، حاتمی، علی و قرائی، محسن (۱۳۸۰)، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. تهران، انتشارات خلیج فارس.
- دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۳)، لغت‌نامه. تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- سماواتی، حشمت‌ا...، (۱۳۷۴)، حقوق رقابت تجاری. تهران، انتشارات فردوسی.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)، آثار قراردادها و تعهدات. تهران، انتشارات مجد.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۸) الف)، تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران، انتشارات مجد.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۸) ب)، اصول قراردادها و تعهدات. تهران، انتشارات مجد.



- شیروی، عبدالحسین، (۱۳۸۸)، حقوق تطبیقی. تهران، سمت.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۹)، حقوق تجارت بین‌الملل. تهران، انتشارات سمت.
- صالحی‌راد، محمد، (۱۳۹۰)، آئین نگارش آراء قضائی. تهران، انتشارات مجد.
- صفایی، سید حسین، (۱۳۸۸)، قواعد عمومی قراردادها. تهران، انتشارات میزان.
- صفایی، سید حسین، و همکاران، (۱۳۸۷)، حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی. تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- عمید، حسن، (۱۳۷۹)، فرهنگ فارسی عمید. تهران، امیرکبیر.
- عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۹۰)، قواعد فقه، بخش حقوق خصوصی. جلد اول، تهران، انتشارات سمت.
- قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۷۸)، مبانی مسئولیت مدنی. تهران، دادگستر.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۶)، اصول قراردادها و تعهدات. تهران، انتشارات دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق. جلد دوم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۴ ب)، مسئولیت ناشی از عیب تولید. تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۶)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران، انتشارات سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۷ ب)، گامی به سوی عدالت. جلد سوم، تهران، انتشارات میزان.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۸)، قواعد عمومی قراردادها. جلد اول، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۹)، قواعد عمومی قراردادها. جلد دوم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۵)، قواعد عمومی قراردادها. جلد سوم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۹۰)، قواعد عمومی قراردادها. جلد چهارم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- کاظم‌پور، سید جعفر، (۱۳۹۲)، راهکارهای حمایت از طرف ضعیف قرارداد. تهران، فکرسازان.

- کریمی، عباس، (۱۳۹۰)، «مطالعه‌ی تطبیقی بین حقوق ایران و فرانسه در خصوص حق موضوع سوء استفاده در حقوق قراردادهای»، حقوق مدنی تطبیقی، به قلم گروهی از نویسندگان، تهران، انتشارات سمت.
- لطفی، اسدا...، (۱۳۸۹)، عقد و کالت. تهران، انتشارات جاودانه.
- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۷)، قواعد فقه، بخش مدنی. تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- واحدی، قدرت ا...، (۱۳۸۶)، مقدمه علم حقوق. تهران، انتشارات میزان.
- اولوآ، ژان کاله، و تامپل، آنری، (۱۳۹۳)، حقوق مصرف. ترجمه مجید ادیب، تهران، انتشارات میزان. (۲۰۱۰)
- وایت تیکر، سیمسون، (۱۳۸۵)، اصول قراردادهای در حقوق فرانسه. ترجمه حسن ره‌پیک، تهران، انتشارات خرسندی. (۱۹۹۸)
- اصغری، سید محمد، (۱۳۸۸)، «عدالت به مثابه قاعده فقهی و حقوقی». فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۱، صص ۲۱-۱.
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین و حمیدرضا ابویی، (۱۳۸۹)، «حسن نیت در اجرای قرارداد در حقوق انگلیس و ایران». فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. دوره ۴۰، شماره ۲، صص ۲۰-۱.
- بختیاروند، مصطفی، (۱۳۹۰)، «انعقاد قرارداد الکترونیک و حمایت از مصرف کننده». فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، شماره ۱، صص ۱۱۵-۱۲۵.
- بهرامی احمدی، حمید، (۱۳۸۳)، «تاریخچه تدوین قانون مدنی». دین و ارتباطات، زمستان ۱۳۸۳، شماره ۲۴، صص ۳۳-۵۲.
- ساردویی نسب، محمد، کاظم پور، سید جعفر، «مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد». مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۵، صص ۷۳-۳۷.
- شیروی، عبدالحسین، (۱۳۸۱)، «نظریه غیرمنصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن لا با تأکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا». مجله مجتمع آموزش عالی قم. شماره ۱۴، صص ۴۳-۵.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۷۸)، «نقش قراردادهای استاندارد (نمونه) در تجارت بین‌المللی

- و مقایسه آن با قراردادهای الحاقی در حقوق داخلی». مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۲، صص ۶۱-۷۶.
- صالحی راد، محمدحسین، (۱۳۸۷)، «حسن نیت در اجرای قراردادها و آثار آن»، مجله حقوقی دادگستری. شماره ۲۶، صص ۸۹-۱۱۶.
- طجریلو، رضا، (۱۳۸۷)، «برداشت تئوریک بر دخالت دولت در محدود کردن آزادی قراردادها (با رجوع به سیستم حقوقی انگلیس)». فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۳، صص ۲۰۹-۱۹۱.
- عادل، مرتضی، (۱۳۸۹)، «قواعد انصاف در نظام کامن لا». فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۱، صص ۱۹۲-۱۷۹.
- عباسی، اسماعیل، (۱۳۸۶)، «معنا و مفهوم حسن نیت در قراردادها». تحقیقات حقوقی آزاد، پاییز و زمستان ۱۳۸۶، شماره ۲، صص ۷۱-۹۸.
- قنوتی، جلیل، (۱۳۸۹)، «اصل آزادی قراردادی، قراردادها و شروط غیر عادلانه». مطالعات اسلامی، فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۵/۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، صص ۱۳۵-۱۵۷.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۹)، «عدالت در زندگی اجتماعی و حقوقی». فصلنامه تأمین اجتماعی، سال دوم، شماره ۴، صص ۳۰-۱۵.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۴ الف)، «حقوق اجتماعی در اندیشه‌های حقوقی». دیدگاه‌هایی در حقوق تأمین اجتماعی (مجموعه مقالات)، تهران، موسسه فرهنگی-هنری آهنگ آتیه.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۷ الف)، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف کننده». فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۳، صص ۳۲۷-۳۴۲.
- کاتوزیان، ناصر، و عباس زاده، محمد هادی، (۱۳۹۲)، «حسن نیت در حقوق ایران». فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۳، شماره ۳، صص ۱۶۷-۱۸۶.

#### پایان نامه‌ها

- دادخواه، علی، (۱۳۸۹)، «بررسی فقهی، حقوقی قاعده عدل و انصاف». پایان نامه کارشناسی ارشد، با راهنمایی دکتر علی مظهرملکی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی





دانشگاه تهران.

- محمدی یزدانی، علی، (۱۳۸۰)، «جایگاه انصاف در حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، با راهنمایی دکتر نجادعلی الماسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

ب- عربی

- انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵)، المکاسب. قم، مجمع الفکر اسلامی.
- \_\_\_\_\_، (۱۴۱۹)، المکاسب. جلد چهارم. قم، مؤسسه الهادی.
- بستانی، معلم بطرس، (۱۹۸۷ م)، محیط المحيط. بیروت، مکتبه لبنان.
- حلی علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۰۹ هـ ق)، قواعد الاحکام، ج ۲، دارالاضواء. قم.
- خمینی، روح ا...، (بی تا)، الرسائل. قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۱۴ هـ ق)، تکمله العروه الوثقی. ۲ جلدی، قم، موسسه دآوری.
- فیومی، احمد بن محمد مقری، (بی تا)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، چاپ اول، انتشارات منشورات دارالرضی، قم.
- نوری، میرزا حسن، (بی تا)، مستدرک الوسائل. تهران.

ج- لاتین

- Barker, David and Padfield, Colin, (2007), Law Made Simple. Tehran, Jamal AL-Hagh press.
- Ben-Shahar, Omri, (2011), Fixing Unfair Contracts, Stanford Law Review, Vol. 63,869, April, 2011
- Borselli, Angelo,(2011), Unfair Terms In Insurance Contracts, The European Insurance Law Review, 2-2011
- Clerk, (1983), Tort. London, sweet and Maxwell.
- Gouilloud, Remond, (1988), Martime. Droit Martime, pedone
- Hunt, Martin, (2000), A Level and As Level Law. Tehran, Majd Publication.
- Kaye,Tim, (1995), "Implement An EC Directive on Unfair Terms"
- Available, <http://www.webjcli.ncl.ac.uk/articles3/kaye3.rtf>, last visited on,



2014/10/20

- Monhan, Geoff, (2001), Essential Contract Law. Sydney, Carendish Pulishing.
- Nebbia, Paolisa, (2007), Unfair Contract Terms in European Law, A Study in Comparative and Ec Law. Oxford, Hart Publishing.
- Paterson, Jeannie, (2009), The Australian Unfair Contract Terms Law, The Rise of Substantive Unfairness As Aground For Review of Standard Form Consumer Contracts, Melbourne University Law Review, Vol 33(3)
- Schulte-Nölke, Hans & Twigg-Flesner, Christian & Ebers, Martin, (2007), EC Consumer Law Compendium, The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States. Munich, European Law Publishers.
- Sims, Alexandra, (2013), Unfair Contract Terms, A New Dawn in Australia and New Zealand?, Monash University Law Review, Vol. 39. Issue 3
- Tetley, William, (1998), Marine cargo claims. Canada, international shipping publication.
- Winn, Jane K. and Webber, Mark, (2006), The Impact of EU Unfair Contract Terms Law on U.S. Business-to-Consumer Internet Merchants, The Business Lawyer, Vol. 62, November

#### د- سایت‌های اینترنتی

- آل اسحاق خوئینی، زهرا، (بی‌تا)، «قاعده فقہی - حقوقی انصاف». قابل مشاهده در،

مشاهده شده در، ۹۳/۰۶/۱۲ [http://www.isum.ac.ir/downloads/ghaede\\_ensaf.pdf](http://www.isum.ac.ir/downloads/ghaede_ensaf.pdf)

-www.ical.ir last visited on, 2013/06/11

- www.ghavanin.ir last visited on, 2013/06/21

- www.legislation.hms.gov.uk last visited on, 2013/07/11

- www.uncitral.org last visited on, 2013/07/02

- www.isum.ac.ir last visited on, 2013/06/12