

راه حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی در قراردادها^۱

نویسنده: پرفسور فیلیپ سیملر^۲
مترجم: دکتر عباس قاسمی حامد

پیشگفتار مترجم

با بروز نابرابریهای غیرقابل اغماض در روابط قراردادی و پیدایش قراردادهای الحاقی و از پیش نوشته شده، قانونگذار فرانسوی همچون سایر قانونگذاران کشورهای توسعه یافته به اقدامات متعددی در جهت ایجاد تعادلی نسبی در قرارداد دست زد. مقابله با شروطی که یکی از طرفین قرارداد با سوء استفاده از وضع برتر خود اقدام به درج آن در قرارداد می نماید از جمله اقدامات مزبور است. این شروط که با عنوان "clauses abusives" در نظام حقوقی فرانسه شناسایی شده اند در واقع یکی از روشهای ایجاد تعادل قراردادی است. این راه حل حقوقی به همراه

۱. مقاله حاضر به صورت سخنرانی توسط نویسنده به زبان فرانسه و ترجمه همزمان به زبان فارسی توسط مترجم در تاریخ ۲۴ آبان ۱۳۷۷ در تالار ابوریحان بیرونی دانشگاه شهید بهشتی ارائه گردید. عنوان این مقاله به شرح زیر است:

Le traitement français des clauses abusives dans les contrats.

۲. پرفسور فیلیپ سیملر (Philippe SIMLER)، رئیس افتخاری دانشکده حقوق، علوم سیاسی و مدیریت دانشگاه استراسبورگ فرانسه و استاد رشته حقوق خصوصی، یکی از سه مؤلف کتاب معروف تمهیدات، انتشار یافته توسط مؤسسه Dalloz در مجموعه های Précis، است. کتاب مزبور چاپ جدید کتاب تمهیدات نویسنده فقید الکس وی (Alex WEILL) می باشد.

سایر روشهای جدید ایجاد تعادل قراردادی در گرایشی جدید با عنوان «حقوق مصرف»^۱ که یکی از رشته های مهم حقوقی در کشورهای توسعه یافته به شمار می آید نهادینه گردیده است.

در زبان حقوقی، معادل فارسی و روانی که هم ترجمه صحیح اصطلاح "clause abusive" بوده و هم حاوی ایده های اساسی شناسایی این نوع شروط باشد تا کنون رایج نشده است. در واقع به هنگام معادل سازی کلمه های خارجی باید علاوه بر رعایت سادگی، کلمه یا کلماتی را به کار برد که با حفظ اندیشه اساسی با معادل اصلی نیز بیگانه نبوده و در هنگام مشاهده کلمه اصلی و یا معادل آن یکی از آن دو در ذهن تداعی گردد.

با این وجود اصطلاح «شروط تحمیلی» معادلی است که تا اندازه زیادی قابلیت انتقال مفهوم "clause abusive" را دارا بوده و از سادگی و روانی نیز بی بهره نیست. اما بدان جهت که در تعریف "clause abusive" در حقوق فرانسه به مسأله «سوء استفاده» طرف قوی تر از موضع برتر خود در قرارداد اشاره شده است در نوشته حاضر آنچه که سخن از آن دسته از شروط که بدین شکل در قرارداد درج گردیده اند به میان می آید در واقع بیانی تفصیلی از شروط تحمیلی خواهد بود.

امید است با کمک اساتید فارسی زبان و پیشنهاد معادلی بهتر برای "clause abusive" موجبات غنای زبان فارسی فراهم گردد.

از دورانی که قرارداد به عنوان «دریایی روشن» مطرح می‌گردید دیری نگذشته است، زمانی که برابری و عدالت به شکل طبیعی آن مطرح شد، زمانی که حقوق و اقتصاد در ترکیبی هماهنگ و در فضایی روشن در هم آمیختند و زمانی که این مجموعه در جهت منافع جمعی و فردی نتایج متعدد، ثروت و پیشرفت را به ارمغان می‌آورد.

با توجه به کامل نبودن طبیعت انسانی، قانونگذار با استمداد از دوراندیشی خود حدودی را ترسیم نموده و برای پاسداری از این حدود نهادهای متعددی را تأسیس نموده بود، بدین ترتیب رضای قراردادی می‌بایست خالی از اکراه و اشتباه و تدلیس محقق می‌گردید. طرف ضعیف‌تر در قرارداد، اعم از این که صغیر باشد و یا محجور، می‌بایست در مقابل تمایلات افراطی حمایت می‌گردید. اندیشه حفظ کیفیت نیز در لابلای مباحث بیان شده بود؛ برای مثال می‌توان به مبحث ضمانت عیوب مخفی اشاره نمود. به دنبال آن نظریه سوء استفاده از حق ظاهر شد؛ اختلال ضعیف ایجاد شده از ناحیه نظریه مزبور در مبحث قراردادها بدون مقاومت و درگیری نبود؛ با این وجود، به طور کلی آنچه که قراردادی و مبتنی بر رضای طرفین بود عادلانه به حساب می‌آمد؛ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه به شکلی آمرانه اصل مشهور مندرج در بند ۱ خود را بدین شکل مطرح می‌نمود:

«معاهداتی که به شکل قانونی منعقد شده‌اند نسبت به طرفین آن لازم الاجرا خواهند بود». با این حساب بنظر می‌رسید هرچه لازم بوده گفته شده است.

در طی دو دهه چشم انداز تغییر یافته است. امری که در طی نسلهای پیاپی مورد تردید نبود مورد موشکافی قرار گرفت و بطلان، ضمانت اجرایی که مقبولیت چندانی نداشت، جای خود را باز نمود. امروزه نابرابری و سوء استفاده در همه جا مطرح شده و هرکس، با دلیل و بدون دلیل، از قانون و قضات استمداد و درخواست حمایت می‌نماید. وضع قوانین خاص حمایت کننده از طبقات و گروههای مختلف و یا به طور کلی از مصرف کننده شکوفا شده است، اما چه کسی است که مصرف کننده نباشد؟ امروزه قانون مصرف در کنار قانون مدنی، به عنوان قانون شهروندان به حساب می‌آید. با توجه به مطالب فوق این سؤال مطرح می‌گردد که «آیا مصرف کنندگان شهروند محسوب می‌شوند؟ و یا این که، آیا ایشان گروه خاصی از شهروندان به حساب می‌آیند؟» برای ارزیابی صحیح مسأله سازمانهای بین المللی - خصوصاً اتحادیه اروپا و حتی سازمان ملل متحد - از یکدیگر پیشی جسته‌اند.

امروز نظاره‌گری که جزء طرفین قرارداد به حساب نمی‌آید حق مداخله مشروع را پیدا نموده است. آیا این تحول بزرگ مبین پایان دیررس غفلتی جمعی است؟ آیا این تحول، اندیشه خطرناکی را که معتقد است: «قرارداد طبیعتاً عادلانه است» کنار می‌زند؟ یا این که از افول نگران کننده سیستم قضایی تمدنی خبر می‌دهد که مشخصه‌های خود را از یاد برده و همه چیز را به زیر سؤال می‌برد!

این سؤالات اساسی هیچیک موضوع مقاله حاضر نمی‌باشند، به همین جهت سعی من بر این است تا از دادن پاسخ سر باز زنم، اگرچه در فرضی که مجبور به پاسخ باشم، به هیچ یک از سؤالات فوق پاسخی مثبت نخواهم داد.

مقاله حاضر که با عنوان راه حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی از آن یاد شده صرفاً بیان جنبه ای از این تحول وسیع است.

مسیر پر پیچ و خم حقوق فرانسه در مبحث حاضر از جهت تحول سریع افکار و بروز احتمالاتی که قانونگذار و به طور کلی مباحث قضایی را به حرکت درآورد، مسیری نمونه است.

به طور قطع، جامعه فرانسوی چشم خود را یکباره و در یکی از روزهای سال ۱۹۷۸ میلادی بر روی قوانین و مقرراتی که می بایست در مبحث شروط تحمیلی وضع می شد نگشود. افسانه برابری و عدالت قراردادی از زمانهای دور بر زبانها جاری بوده و در این روزها خصوصیت قراردادهای الحاقی توجه علمای حقوق را به خود جلب نموده است. راه حلهای مبتنی بر منابع حقوق عرفی و یا کاملاً ابداع شده، مدتهای مدیدی است که برای شرایط دشوار پیش بینی شده است. ذکر مصادیق این راه حلها از حوصله بحث حاضر خارج است؛ به همین جهت به بیان چند مثال اکتفا می نمایم:

- کاربرد وسیع و موردی نظریه عیوب رضا نسبت به متخصصین یا افراد عادی امکان جبران موارد سوء استفاده را داد.

- فرض قانونی غیر قابل انکار «شناخت عیوب مخفی به وسیله متخصصین» مانع از اعتبار شروط رو به افزایش رافع مسؤولیت گردید.

- مفهوم سوء استفاده از حق که قبلاً نیز در مباحث قراردادی مورد استناد واقع شده بود بار دیگر ولی به شکل محدود و منظم آن در مباحثی چون اخراج با سوء استفاده از موقعیت برتر و یا به طور اعم نقض قرارداد با سوء استفاده از موقعیت برتر به کار گرفته شد.

- قانونگذار از مدتها قبل به اشکال گوناگون (در روابط قراردادی) مداخله نموده بود: قانون اول اوت ۱۹۰۵ در مورد تقلب و مغشوش نمودن محصولات و خدمات که تاکنون به قوت خود باقی است؛ وضع قوانین ارشادی در مورد بسیاری از قراردادهای اجاره، بیمه، کار، حمل و نقل و غیره ...؛ قدرت مداخله قضات در

جهت تعدیل شروط متضمن تعهد بر غرامت و خسارت در موقع تخلف از تعهد، محدودیت موردی بعضی از شروط (برای مثال ر. ک. به فرمول «علی رغم هر شرط مخالف») که در بسیاری از متون قانونی به چشم می خورد).

- بنا به ضرورت ایجاد هماهنگی با دستورالعمل اجرائی اتحادیه اروپا اخیراً قانونی در مورد محصولات معیوب تصویب شده است.

علی رغم به کارگیری روشهای فوق، بسیاری از امکانات موجود، در مباحث حقوقی و قضایی به کار گرفته نشدند.^۵ برای مثال نظریه «قرارداد الحاقی» عملاً تأثیر خود را در رویه عملی قضات به جای نگذاشت. در مورد ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی، قضات تنها به بند ۱ آن تمسک جستند و بند ۲ آن که مقرر می دارد: «معاهدات می بایست با حسن نیت اجرا شوند» صرفاً در حد کلامی مقدس و اخلاقی مورد توجه آنان قرار گرفت. این چنین دامنه محدودی که عاری از هر نوع اثر عملی است نسبت به عنوان «انصاف»^۶ مذکور در ماده ۱۱۳۵ اعمال گردید؛ در همین راستا می توان به امتناع از هر نوع اصلاح قضایی مبتنی بر نظریه «عدم پیش بینی»^۷ اشاره نمود. برطبق نظریه اخیر قاضی می تواند برحسب تقاضای یکی از طرفین، قرارداد را مورد بررسی محدود قرار دهد مشروط بر آن که امری غیرقابل پیش بینی و خارج از اراده طرفین موجب عدم تعادل اقتصادی قابل اعتنا در قرارداد گردد.

به طور خلاصه باید گفت که رویه قضایی از هرگونه تعدی به حریم مقدس اصل «نیروی الزام آور قرارداد» امتناع نمود. اما این عمل محتاطانه قضات قابل نقد و اعتراض نیست چرا که رویه مزبور هماهنگ با فکر حاکم زمان خود بود.

آگاهی تدریجی نسبت به عدم هماهنگی این موضع گیری عام دنیای حقوق در مورد واقعیت های اقتصادی و اجتماعی به اوایل سالهای ۱۹۷۰ برمی گردد. بررسی علل بیداری مذکور را به جامعه شناسان واگذار می نمایم، اما معتقدم که این بیداری

5. Clause pénale.

6. Equité.

7. Imprévision.

به دنبال تحولات بزرگ حقوقی دهه اول جمهوری پنجم فرانسه محقق گردیده است. در مورد مسأله شروط تحمیلی که صرفاً یکی از ابعاد موج حمایت از مصرف کنندگان بود و به سرعت با پسوند "isme" تحت عنوان "consumérisme" یعنی مکتب حمایت از مصرف کننده مطرح گردیده باید به استحضار رسانید که این مسأله دقیقاً تکرار رفتار تقنینی و برخوردهای قضایی نسبت به مسأله ای است که به ذکر و شرح آن خواهم پرداخت. شایان ذکر است که تقدم و تأخر مداخله قانونگذار و یا قضات در مسأله حاضر قابل تفکیک نیست چرا که محاکم بلافاصله پس از تصویب متون قانونی مربوط به موضوع، آنها را به کار برده و هر دو در تحقق این امر به گونه ای مشارکت جستند. نیروی اولیه این حرکت از ناحیه قانونگذار بود اما او نتوانست به حرکت خود ادامه دهد. با به تعویق افتادن مسأله، مداخله رویه قضایی به گونه ای آن را تحت الشعاع قرار داد که پی گیری آن توسط قانونگذار بی فایده شد. مطالب فوق مبین رفتار تقنینی و قضایی در مورد مسأله ای است که به شرح آن خواهم پرداخت، با این توجه که هدف اساسی من بیان روشهای به کار گرفته شده در حذف شروط تحمیلی است. به عبارت دیگر موضوع بحث حاضر بررسی شروطی است که از نقطه نظر حقوق فرانسه در قراردادهای گوناگون در زمره شروط تحمیلی به حساب آمده اند.

I. برخورد تقنینی

حاصل عمل قانونگذار در مسأله شروط تحمیلی دارای دو بعد است. ابتدا قانونگذار مستقیماً و به شکل سنتی، با به کارگیری روش منع موردی شروطی که تحمیلی شناخته شده بود پا به میدان نهاد؛ اما همگام با عمل مزبور به شناسایی مصادیق شروط تحمیلی پرداخت تا در اقدامات بعدی آنها را غیرقانونی شناخته و یا موجب حرکتی هماهنگ و خودگردان در جهت شناسایی شروط تحمیلی گردد. دو روش فوق که هریک مکمل دیگری است، منتج از قانون ۱۰ ژانویه ۱۹۷۸ است. در فرض زیر روشهای مزبور به عنوان دو اقدام پیاپی محسوب

می شوند: روش اول شناسایی سریع شروط تحمیلی را ممکن می ساخت در حالی که روش دوم با کمی تأخیر و پس از تشکیل کمیسیون شناسایی شروط تحمیلی و چاپ کارهای اولیه آن آثار اولیه خود را بر جای می گذارد.

الف. منع مستقیم شروط تحمیلی توسط قانون

تنظیم کنندگان لایحه مربوط به قانون ۱۰ ژانویه ۱۹۷۸ در مورد «حمایت و دادن اطلاعات به مصرف کنندگان» با انگیزه های قوی شروع به کار کردند. حمایت از مصرف کنندگان در مقابل شروط تحمیلی تنها یکی از موضوعات قانون مزبور را در فصلهای چهارم و پنجم تشکیل می دهد. تنها ماده ۳۵ قانون مزبور مسأله را به طور اساسی مورد توجه قرار داده و سه ماده دیگر مربوط است به کمیسیون شناسایی شروط تحمیلی که در قسمت بعدی این بحث مورد بررسی قرار خواهد گرفت. مقررات حاضر در مجموعه ای با عنوان «قانون مصرف»^۸ جمع آوری شده است.

تنظیم کنندگان لایحه مزبور در ابتدا صلاحیت تعیین و حذف شروطی را که تحمیلی بوده و موجد سوء استفاده می گردند به قضات اعطا نموده تا با ملاحظه ملاکهای مطروحه توسط قانون به شناسایی آنها اقدام نمایند. اما در طی مباحثات متعدد نتیجه تغییر یافت. به گونه ای که اعلام قابل سوء استفاده بودن شرطی بر مبنای ملاک مذکور در قانون به مرجع آیین نامه ای واگذار شد.

ماده ۳۵ قانون ۱۰ ژانویه ۱۹۷۸ مقرر می دارد که: «در قراردادهای منعقدہ مابین متخصصین و غیرمتخصصین یا مصرف کنندگان شروط مشروحه ذیل را که با سوء استفاده از قدرت اقتصادی طرف مقابل به غیرمتخصصین یا مصرف کنندگان تحمیل شده و در نتیجه به سوء استفاده کننده منافع بیش از حد اعطاء می نماید، می توان توسط دستورالعمل اجرایی شورای دولتی^۹ (که مبتنی است بر نظر کمیسیون

8. Code de la consommation.

9. Conseil d'Etat.

تأسیس شده برطبق ماده ۳۶) ممنوع، محدود و یا تحت نظم خاصی در آورد. شروط مزبور عبارتند از: شروط راجع به خصوصیت معین قیمت و یا قابلیت تعیین و پرداخت آن، شروط مربوط به موضوع عقد و تحویل آن، مربوط به مسؤولیت خطرات، دامنه مسؤولیت و ضمانت، شرایط اجرای عقد، فسخ، فسخ قهقرایی و یا تمدید معاهدات.

متن فوق که امروزه با عنوان ماده 1-132 L. در مجموعه قانون مصرف مطرح شده برای ایجاد هماهنگی مابین حقوق فرانسه و دستورالعمل ۵ آوریل ۱۹۹۳ اتحادیه اروپا و بدون تغییر خطوط اصلی آن توسط قانون اول فوریه ۱۹۹۵ تغییر یافته و ملاک سوء استفاده به گونه ای دیگر مطرح شده است.

«در قراردادهای منعقدۀ مابین متخصصین و غیرمتخصصین و یا مصرف کنندگان شروط ذیل تحمیلی (و قابل سوء استفاده) محسوب می شوند: شروطی که به منظور ایجاد عدم تعادل قابل توجه مابین حقوق و تعهدات طرفین قرارداد تنظیم شده و به ضرر غیر متخصص و یا مصرف کننده درج گردیده است.

دستورالعملهای اجرایی شورای دولتی (که مبتنی است بر نظر کمیسیون تأسیس شده برطبق ماده 2-132 L.) می توانند انواع شروطی را که به عنوان شروط تحمیلی (در معنای بند ۱) محسوب می شوند، احصاء نمایند».

ادامه این متن قانونی که بعداً مورد بررسی قرار خواهد گرفت، نسبت به قدرت اعطاء شده به قاضی از یک نوآوری نسبی برخوردار بود.

با صرف نظر از عدم توجه به مشکلات ناشی از تغییر مقررات مزبور، خصوصاً در مورد فرمول: «غیرمتخصصین و یا مصرف کنندگان» مسأله مهم در حال حاضر این است که مرجع وضع آیین نامه چه کاربردی برای قدرت اعطایی از ناحیه قانون در نظر گرفته است؟

اولین دستورالعمل اجرایی معرف لیست شروط تحمیلی به سرعت تنظیم گردید یعنی دستورالعمل اجرایی ۲۴ مارس ۱۹۷۸؛ اما از آن به بعد این عمل

متوقف شد و این خود دلیل شکست اقدام مزبور است. مرجع آیین نامه ای نیز پس از اولین اقدام ناموفق خود دیگر تمایلی به تکرار آن نداشت.

بنابراین دستورالعمل اجرائی ۲۴ مارس ۱۹۷۸ صرفاً لیست مختصری از شروط تحمیلی در قرارداد را منتشر نمود. شروط مزبور به سه دسته تقسیم شده و نوع چهارم آن ماهیتاً با بقیه متفاوت است:

- در تمامی قراردادهای منعقدۀ مابین متخصصین و غیر متخصصین و یا مصرف کنندگان، شروط الحاقی به مندرجات قراردادی که توسط گروه اخیر امضاء نشده جزء شروط اسناد ناشناخته و یا حداقل اسنادی که توسط طرفین امضاء نشده محسوب می گردند.

- در عقد بیع، شروط سلب کننده و یا کاهش دهنده حق جبران خسارت غیر متخصص یا مصرف کننده در مقابل نقض تعهد متخصص نسبت به یکی از تعهدات خود؛ مانند شروط رافع و یا محدود کننده مسؤلیت و یا ضمانت، از جمله این شروط است.

- در تمامی قراردادهای، شروطی که به طور یک جانبه به یکی از طرفین حق تغییر در خصوصیات محصولی که می بایست تحویل شود و یا خدماتی که می بایست انجام شوند را اعطا می نمایند از جمله این شروطند، مع هذا برای تغییرات غیر واقعی ناشی از تحولات تکنیکی، قاعده فوق جاری نخواهند بود.

ملاک چهارم که در واقع شروط تحمیلی را مورد نظر قرار نداده، متخصصین را ملزم می نماید تا در ضمن شروط ضمانت قراردادی خود (نسبت به چیزی که می بایست تحویل دهند و یا خدماتی که می بایست انجام دهند) به طور واضح بیان نمایند که ضمانت مزبور موجب حذف ضمانت قانونی در مقابل آثار ناشی از نقصان و یا عیوب مخفی نخواهد بود. تخلف از این امر دارای ضمانت اجرایی در شکل جزای تقدی است.

اولین ملاک از ملاکهای چهارگانه فوق الذکر بلافاصله توسط شورای دولتی حذف گردید، بدین علت که شروط راجع به اسناد غیر مذکور در قرارداد، مشمول

ماده ۳۵ نمی شود. با این توجه تنها دو نوع از شروط جزء شروط تحمیلی محسوب می شدند. شروط مزبور امروزه در مواد R. 132-2، R. 132-1، قانون مصرف جایگاه قانونی خود را پیدا کرده اند. در واقع موارد مزبور موضوعات تازه و جدید نبودند چرا که رویه قضایی قبل از تصویب موارد مذکور، شروط رافع مسؤولیت و یا ضمانت را که به وسیله متخصصین در قراردادها درج می گردید به علت فقدان توافق دو اراده باطل شناخته بود، بنابراین موارد مذکور چیزی را به حقوق مثبت اضافه نکرده بودند. پس از دستورالعمل اجرائی مذکور دستورالعمل دیگری صادر نشد.

به عنوان کاری صرفاً تقنینی تنها می توان به این مسأله اشاره نمود که به مناسبت تحولات انجام شده توسط قانون اول فوریه ۱۹۹۵ سابق الذکر، با این که قضات قبلاً وارد عمل شده بودند، قانونگذار معتقد بود که تهیه لیست شروطی که می توانند تحمیلی به حساب آیند مفید خواهد بود. چرا که سومین بند ماده L. 132-1 قانون مصرف مقرر می دارد که: «ضمیمه الحاق شده به مجموعه قانونی حاضر متضمن لیستی است تمثیلی و نه حصری از شروطی که می توان به عنوان شروط تحمیلی به حساب آورد، مشروط بر آن که شروط مزبور مطابق شرایط مقرر در بند ۱ باشند. در فرض اختلاف در مورد قراردادی که حاوی چنین شرطی باشد، مدعی، معاف از اقامه دلیل نسبت به تحمیلی بودن این شرط نخواهد بود».

ضمیمه مورد بحث حاوی ۱۷ نوع از شروطی است که توسط قاضی قابل ابطال می باشند، مشروط بر آن که شروط مزبور موجب «عدم تعادل معتنی به» مذکور در بند ۱ ماده سابق الذکر باشد. البته شمارش شروط مورد بحث از حوصله این بحث خارج است.

باید یادآور شد که این شروط هفده گانه تحمیلی نمی باشند. متن کاملاً واضح است: شروط مذکور تنها به حسب مورد قابلیت این را دارند که از جمله شروط تحمیلی به حساب آیند، بنابراین قانونگذار با این عمل خود صرفاً شروط مذکور را در معرض تردید قرار داده است؛ حتی نمی توان گفت که این شروط از

جمله شروط تحمیلی فرض شده اند، چرا که متن قانونی به طور صریح بار دلیل اثبات تحمیلی بودن شروط مذکور را به عهده مصرف کننده قرار داده است. ضمیمه فوق الذکر که با عنوان «لیست خاکستری»^{۱۱} از آن یاد شده، متضمن شروطی که تحمیلی فرض شده و در لیست سیاه^{۱۲} درج شده اند نمی باشد. به مناسبت بازنگری حقوق مصرف که منتهی به تدوین قانون اول فوریه ۱۹۹۵ شد، عده ای به میل خود تهیه دو لیست سیاه و خاکستری را پیشنهاد نمودند. اما قانونگذار تمایلی به متعهد شدن در چنین تأسیس مخاطره آمیزی را نداشت بلکه صرفاً با طرح لیستی که با عنوان «لیست سفید»^{۱۳} از آن یاد شده راضی بود. لیست مزبور بازنویسی امانت دارانه ای از ضمیمه مذکور است.

بنابر آنچه که گذشت بیان اسناد تقنینی مستقیم راجع به شروط تحمیلی معنی به نیست. احتمال مداخلات آیین نامه ای جدید نیز بسیار ضعیف است. حتی عده ای معتقدند مداخله قانونگذار دیگر غیر ممکن است چرا که، قانونگذار فرانسوی در سال ۱۹۹۵ در حصار از تناقضات که موجب فلج شدن سیستم وضع آیین نامه در مبحث حاضر گردیده گرفتار شده است. ماده 1-132 L. با ارائه فرمول جدیدی برای تعیین ملاک «سوء استفاده» (که مبنای تحمیلی بودن شروط را بیان می کند) مقرر می دارد: «عدم تعادل قابل توجه بین حقوق و مقررات طرفین قرارداد». همچنین ماده مذکور به صلاحیت اعطا شده به دولت در جهت ممنوع نمودن شروط تحمیلی تصریح می نماید.

در بند ۵ ماده مزبور، آمده است که برای ارزیابی خصوصیت «تحمیلی بودن» شرطی، مجموعه اوضاع و احوالی که قرارداد در آن منعقد گردیده می بایست ملاحظه شود. همچنین ملاحظه محتوی سایر شروط و یا شروط سایر قراردادها در فرضی که مابین چندین قرارداد ارتباط وجود داشته باشد، برای ارزیابی خصوصیت مزبور لازم است. چرا که در اوضاع و احوال خاص، ممکن است شرطی «تحمیلی»

11. Liste grise.

12. Liste noire.

13. Liste blanche.

باشد ولی همان شرط در اوضاع و احوالی دیگر چنین وصفی را دارا نباشد. بدون شک یک چنین دستورالعمل اجرائی زمانی کارساز خواهد بود که مرجع تشخیص آن قاضی باشد، اما دولت چگونه توانایی وضع مقررات عام حذف شروطی را که تحمیلی می‌داند با اعمال چنین پارامترهایی که برحسب تعریف نیز متغیر هستند دارا خواهد بود؟ متن ۱۹۷۸ آزادی بیشتری به مرجع آیین نامه ای اعطا نموده بود اما متن ۱۹۹۵ به گونه ای تنظیم گردیده که مانع هر گونه مداخله توسط دستورالعمل اجرائی و یا مداخله آیین نامه ای است.

این چنین ارزیابی نسبت به کار قانونگذار منفی و انتقادی محسوب می‌شود. مطلب می‌بایست دقیقاً روشن شود. بیلان مختصر ارائه شده صرفاً مربوط به منع مستقیم و سریع موردی شروط و یا دسته خاصی از شروط است و این چیزی نیست جز تکنیک به کار گرفته شده در «لیست سیاه» شروط تحمیلی. قانون ۱۹۷۸، علاوه بر آنچه که گذشت، به مسأله تشکیل کمیسیون شروط تحمیلی می‌پردازد. همچنین عنایت این قانون به شروع و روند در حال توسعه شروط مزبور قابل توجه است. با تغییر مفاد قانون در سال ۱۹۹۵ میلادی، قانونگذار همگام با تحول ناگهانی در رویه قضایی وارد فضای جدیدی شد. در واقع ابتکار عمل در دست قانونگذار بود و رویه قضایی به دنبال آن مقررات جدید را اعمال نمود. مسأله مهم تر این که منع موردی شروط تحمیلی به کمک قانون و یا مقررات اجرائی، بدون شک موجب تحقق یک مرجع تحلیل و اختبار یعنی: کمیسیون شروط تحمیلی گردید.

ب. نقش کمیسیون شروط تحمیلی

همگان با این ضرب المثل طنزآلود آشنا هستند که:

اگر می‌خواهید مسأله ای را به دست فراموشی بسپارید، برای حل آن یک

کمیسیون تشکیل دهید.

اما انصاف نیست که این مطلب را نسبت به کمیسیون پیش بینی شده در ماده ۳۶ به بعد قانون ۱۰ ژانویه ۱۹۷۸ (که توسط مواد L. 132-5 تا L. 132-2 جایگزین شده) تسری دهیم.

کمیسیون شروط تحمیلی متشکل است از:

قضات، نمایندگان، متخصصین، انجمنهای مصرف کنندگان و سایر شخصیت های معتبر (از جمله یک استاد از دانشکده های حقوق). مسؤولیت کمیسیون مزبور عبارت است از:

- تحلیل قراردادهای نمونه ای که معمولاً از طرف متخصصین به مصرف کنندگان پیشنهاد می شوند و شناسایی شروطی که ممکن است در قالب شروط تحمیلی ظاهر گردند.

- ارائه پیشنهادات حذف یا تغییر شروطی که تحمیلی شناخته شده اند.

- تنظیم گزارش فعالیت های سالانه و پیشنهاد تغییرات قانونی و یا

آیین نامه ای.

و احتمالاً دادن مشاوره به مراجع قضایی بر حسب درخواست آنها در مورد جنبه های مختلف موضوع.

ارائه بیان کامل کمیسیون مزبور که دارای جنبه های متعددی بوده و اغماض از هیچ یک از آنها جایز نیست، از حوصله این بحث خارج است. کارهای این کمیسیون مستقیماً و یا به طور غیر مستقیم متأثر از تغییرات قانونی است. این کمیسیون حدود ۵۰ لیست جالب از شروط تحمیلی تهیه کرده است. شروطی که در قراردادهای کاملاً متفاوت ظاهر می شوند، از اجاره مسکن گرفته تا قراردادهای ساخت منزل های شخصی، بیمه، اسکان افراد مسن و یا قراردادهای منعقد شده با آژانس های همسریابی.

علی رغم تنوع این شروط، ابطال اندکی از این شروط غیر قابل احصاء، به عهده محاکم واگذار شده؛ اما این بدان معنی نیست که اقدامات مزبور بی فایده بوده است. اقدامات این کمیسیون غالباً بدون سر و صدا در ضمن موافقت های

حاصله مابین نهادهای صنفی متخصصین و انجمن های مصرف کنندگان اعمال گردیده. از جمله این موافقت ها ارائه مدل قراردادهای عادلانه تر است که به منظور پیشگیری از نابرابریهای قراردادی تهیه شده اند. تغییرات شکلی در قراردادهای مزبور گاهی بشکل یکجانبه، توسط متخصصین و یا نهادهایی که صادقانه عمل می نمایند صورت گرفته و در بعضی موارد حتی قبل از به کارگیری قراردادهای نمونه، پیشنهاد کنندگان پروژه های خود را به کمیسیون شروط تحمیلی ارائه نموده اند.

فعالیت های فوق الذکر گویای این معنی است که متخصصین از این واژه دارند که مبدا اعمال آنها در معرض چشم های تیزبین کمیسیون شروط تحمیلی قرار گرفته و نهایتاً هدف حملات انجمن های مصرف کنندگان، روزنامه ها و مجله های آنها قرار گیرند.

تمامی این اقدامات مفید به نظر می رسند، اما لیست های بلند شروطی که کمیسیون در پیشنهادات خود عرضه می نماید صرفاً از جمله لیست های سفید به حساب می آیند، چرا که کمیسیون مزبور از صلاحیت وضع قاعده برخوردار نیست. مع هذا لیست های مزبور، شروط مورد سؤال را در مظان تحمیلی بودن قرار داده و در موارد اختلاف، پایه استدلال محکمی را برای مصرف کنندگان شاکی می ریزند.

ماهیت قضایی یک چنین ارگانیزی به خودی خود موضوع جالبی برای مطالعه خواهد بود. کمیسیون شروط تحمیلی در نوع خود منحصر به فرد نیست؛ چرا که به منظور حفظ منافع عامه تعداد زیادی کمیسیون و یا شوراهایی که در مجموعه اداری ثبت نشده و از قدرت تقنینی و یا قضایی عمده ای برخوردار نمی باشند تأسیس گردیده که بعضاً از قدرت نسبی وضع آیین نامه و یا قدرت نسبی قضایی برخوردار می باشند. برای مثال کمیسیون انجام عملیات بورس، کمیسیون انفورماتیک و آزادیها، کمیسیون مالکیت مشاع، شورای رقابت (در امور تجاری) و بسیاری دیگر از این قبیل.

حدود بیست عنوان از این قبیل مراجع در ذیل عنوان «مراجع صالح مستقل اداری»^{۱۴} (AAI) در فرانسه شناسایی شده‌اند. مراجع مزبور در واقع نهادهای اداری موجود در مجموعه یک وزارتخانه نبوده و وابستگی آنان به یک وزارتخانه برای حصول اطمینان از انجام وظایف آنهاست. مراجع مزبور عموماً دارای صلاحیت اخذ تصمیم نبوده و کمیسیون شروط تحمیلی نیز از این قاعده مستثنی نیست. این مراجع از لحاظ رتبه در درجه پایین تر از نهادهای قضایی می‌باشند اما بدان جهت که در هیچ یک از مراتب سازمانی جای نگرفته‌اند، از استقلال برخوردار بوده و پس از تشکیل، مأموریت خود را بدون هیچ قید و شرطی به انجام می‌رسانند. این مراجع صالح مستقل اداری (AAI)، به طور غیرمستقیم در وضع قواعد مداخله می‌نمایند. بعضی از منتقدین، مراجع مذکور را حاصل کوتاهی مراجع صالح دانسته و با عناوینی همچون «زائده اداری» و یا بعضی تعابیر ناخوشایند دیگر از آنان یاد می‌کنند.

با کمی تعدیل می‌توان گفت که مراجع مزبور ابزار مفیدی برای ایجاد نظم در اقتصاد بازار هستند، نظمی که طبق تعریف، دولت نمی‌خواهد و نمی‌تواند در ایجاد آن مداخله نماید ولی رها سازی آن نیز به شکل آزادی وحشیانه‌ای که آثار آن در اینجا و آنجا مشاهده می‌شود صحیح نمی‌باشد.

به عنوان اثر مستقیم و سریع در مجموع باید گفت که عملکرد قانونگذار در زمینه شروط تحمیلی ناموفق به نظر می‌رسد. اما آثار غیرمستقیم آن همچون فشار اعمال شده و اقدامات چند جانبه و بدون سر و صدای کمیسیون شروط تحمیلی اساسی تر به نظر می‌رسند. همچنین با اندکی تأخیر، شروط مزبور موجب تحول مهمی در موضع‌گیری رویه قضایی گردیده و این همان چیزی است که در قسمت دوم کلام خود به آن خواهم پرداخت.

II - تحول موضع رویه قضایی

همانگونه که مشاهده شد رویه قضایی در مقابل سوء استفاده‌های ناشی از

عدم توازن قدرت طرفین قرارداد، به اقدام چشمگیری دست نزد. در غیر از موارد اعمال طرق سنتی ایجاد تعادل قراردادی یعنی: عیوب رضا، اهلیت، غبن و ... محاکم با احتیاط به اصل «نیروی الزام آور قرارداد» تمسک می‌جستند. اما امروزه زمانه تغییر نموده و در بعضی زمینه‌ها می‌بایست از افراط قضات در واهمه بود. «حسن نیت» مذکور در بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی وسیله اختصاصی تنظیم و اخلاقی نمودن مرحله اجرای قراردادها شده است. فکر تناسب و تعادل که چیزی جز تغییر اندیشه اخیر نیست موجب تحقق فرصت‌های زیادی شده است.

راجع به شروط تحمیلی دیدیم که چگونه محاکم در سال ۱۹۷۸ از صلاحیت ارزیابی و تصمیم‌گیری که به مراجع صالح آیین نامه‌ای واگذار شده بود محروم گردیدند. با این وجود، در ابتدای امر دکترین بیش از خود قضات از این مسأله ابراز نارضایتی نمود. بنابراین طرح این سؤال جا دارد که: آیا رویه قضایی در سال ۱۹۷۸ آماده ایفای چنین نقشی بود؟ علی‌رغم این که قانون ۱۰ ژانویه ۱۹۷۸ مفهوم شروط تحمیلی را به نظم روز در آورد ولی عدم مداخله فعالانه مرجع صالح وضع آیین نامه بیش از پیش موجب کندی کار شد. رویه قضایی با شکستن این سد به مسأله پایان بخشید (الف) اما وضعیت حاضر کاملاً رضایت‌بخش نیست (ب).

الف. طغیان رویه قضایی بر علیه قانون

اگرچه در طی مدتی، محاکم صرفاً با اعمال ضمانت اجرای مربوط به شروط نادری که در دستورالعمل اجرائی ۲۴ مارس ۱۹۷۸ پیش‌بینی شده بود از مقررات حاکم پیروی نمودند با این وجود تصمیمات ضعیف مراجع اداری که به دعوت قانونگذار در مورد شکستن این تنگنا هیچ پاسخی نداده بودند سریعاً آشکار شد.

آیا واقعاً در انتظار تصویب دستورالعملهای اجرائی ماندن امری ضروری بود؟ با تمامی این مشکلات، متن ماده ۳۵ قانون سابق الذکر صریحاً قضات را از اعلام مستقیم و موردی تحمیلی بودن شروط و نتیجتاً ابطال آنها منع می‌نمود. فشار اجتماعی و شانه خالی کردن مرجع صالح اداری موجب متقاعد نمودن قضات برای

شکست حصر و عبور از تنگنای موجود بود. اما با این عمل قضات خلاف اراده قانونگذار عمل می کردند.

در واقع می توان گفت: قضات که طبق تصمیم سال ۱۹۷۸ در مورد شناسایی شروط تحمیلی مسلوب القدره شده بودند با این تصمیم خود تلافی چشمگیری نمودند.

به دنبال این وضع اگرچه بعضی از شروط صریحاً مشمول مقررات اجرایی ۲۴ مارس ۱۹۷۸ نبودند اما قضات ماهوی به طور وسیعی در ابطال نمودن شروطی که تحمیلی تشخیص می دادند مجاز گردیدند.

برای دادن امکان موضع گیری به دیوان کشور، این قبیل اعمال لازم بود اما هدف قضات در اتخاذ تصمیمات خود دادن این چنین امکانی به دیوان کشور نبود. در واقع این سیاست همیشگی و در عین حال تدریجی و شناخته شده دیوان کشور بود که به قضات شهامت اخذ چنین تصمیم هایی را می داد؛ ابتدا به طور موردی (رأی ۱۶ ژوئیه ۱۹۸۷ و ۲۵ ژانویه ۱۹۸۹ شعبه اول دیوان کشور) سپس به شکل بازتر (رأی ۶ دسامبر ۱۹۸۹) و سپس به شکل کاملاً واضح و پر سر و صدا رأی ۱۴ می ۱۹۹۱ که به شکل وسیعی مورد بحث و بررسی قرار گرفت.

شخصی برای چاپ عکسهای خود چند حلقه فیلم را به لابراتوار عکاسی داد. رسید دریافت شده توسط صاحب فیلم ها، حاوی شرطی دال بر عدم مسؤولیت لابراتوار عکاسی در فرض معدوم شدن کلیشه ها بود. کلیشه ها معدوم گردید و مشتری نیز از قبول شرط عدم مسؤولیت متخصص سر باز زد.

شرط مزبور مشمول بطلان پیش بینی شده در قانون اجرایی ۱۹۷۸ نبود زیرا قانون مزبور این نوع شروط را صرفاً در فرض اندراج در عقد بیع باطل می دانست؛ اما در دعوی مورد بحث، عقد بیعی واقع نشده بود و مورد صرفاً قرارداد انجام کار و در نتیجه مشمول قواعد قرارداد اجاره اشخاص و یا قرارداد مقاطعه می شد.^{۱۵}

محکمه بدوی شرط مورد بحث را از مصادیق شروط تحمیلی تشخیص داد چرا که به موجب آن لایراتوار از برتری بیش از حدی نسبت به مشتری خود برخوردار می‌شد. به دنبال حکم مزبور متخصص ملزم به جبران کامل خسارت وارده بر مشتری گردید. دیوان کشور نیز در رأی ۱۴ می ۱۹۹۱ خود تقاضای تجدید نظر حکم صادره از ناحیه محکمه بدوی را رد نمود با این توجه که حکم محکمه بدوی که برطبق آن چنین شرطی به لایراتوار برتری بیش از حدی اعطا می‌نمود و این که لایراتوار مذکور به علت برخورداری از موقعیت اقتصادی برتر در مسأله در شرایطی بوده که می‌توانسته شرط مزبور را به مشتری خود تحمیل نماید، قابل اعتراض نبوده و بنابراین حکم صادره دال بر تحمیلی بودن شرط مورد بحث و در نتیجه ابطال آن صحیح می‌باشد.

با نقض آشکار ماده ۳۵ قانون ۱۹۷۸ که صلاحیت شناسایی صفت «تحمیلی بودن» را به مراجع صالح اداری واگذار نموده بود، دیوان کشور در واقع به موردی که قانونگذار بدان اشاره نکرده تعدی نمود. از شروع سال ۱۹۹۲، در پاسخ به تعریفی مندرج در پروژه‌ای قانونی غیر مرتبط با مسأله، مقرراتی دیگر به طور صریح به محاکم صلاحیت شناسایی صفت «تحمیلی بودن» را اعطا نمود.

این مقررات برطبق درخواست دولت از درجه اعتبار ساقط شد؛ چرا که با وجود موضع‌گیری صریح دیوان کشور در مورد مسأله، ضرورتی برای وجود این مقررات جزئی نبود بلکه انتظار تحولی در کل مسأله لازم به نظر می‌رسید.

تحول مزبور در اول فوریه ۱۹۹۵ شروع شد. در این سال متن اصلی مندرج در ماده 1-132 L. قانون مصرف با تغییر ملاک سوء استفاده، مجدداً تنظیم گردید. از این به بعد به جای ملاک «برتری قابل ملاحظه» که در مورد مسأله سوء استفاده از قدرت اقتصادی اعمال می‌شد، ملاک «عدم تعادل قابل توجه به ضرر غیر متخصص و یا مصرف کننده» مورد عمل قرار گرفت. تغییر مزبور بیش از این که ماهوی باشد تغییری شکلی بود که صرفاً برای هماهنگی با عبارات دستورالعمل اتحادیه اروپایی سابق الذکر صورت گرفته بود.

متن جدید، به طور دائم به مجری آن حق شناسایی «تحمیلی بودن» بعضی از شروط را اعطا نموده و به شکلی که مرجع ثالثی مجری است مقرر می‌دارد که دستورالعملهای اجرائی می‌توانند گروههای شروط تحمیلی را مشخص نمایند. با توجه به ضرورت وجود مرجع ثالث، اعطای صلاحیت مزبور چیزی جز بیان صلاحیت قاضی نیست که می‌تواند پرکننده خلاء قانونی باشد. اما با این وجود هیچ یک از مقررات ماده جدید 1-132. قانون مصرف اشاره‌ای به وجود چنین صلاحیتی برای قضات در مورد حذف شروط تحمیلی نمی‌نماید. مع ذلک در لابلای مطالب می‌توان مشاهده نمود که: خصوصیت اختیاری مداخله دستورالعملهای اجرائی، خصوصیت غیر حصری «لیست سفید» ضمیمه و دستورات صادر شده برای ارزیابی خصوصیت تحمیلی بودن (راجع به شرایط، متن و سایر شروط قرارداد) صرفاً در یک چهارچوب قضایی معنی پیدا می‌کند.

دیوان کشور تغییر موضع ۱۹۹۱ خود را توسط آراء جدید تقویت نمود، خصوصاً با صدور رأی مهم ۲۶ می ۱۹۹۳ که توسط آن صلاحیت کنترل خصوصیت تحمیلی بودن را به خود اختصاص داد. این مسأله در واقع مبین صلاحیت ارزیابی قضات ماهوی است. اما احتمالاً دیوان کشور به مطلق العنان کردن قضات ماهوی متمایل نبوده است. ولی به نظر نمی‌رسد قضات مزبور از قدرت جدید خود به گونه‌ای بهره‌گیرند که موجب نگرانی گردد.

در واقع حل مسأله شروط تحمیلی از طریق قضایی صرفاً روشی حاشیه‌ای است؛ چرا که موضوع دعاوی غالباً از اهمیت بسزایی برخوردار نیست تا به محاکم کشیده شوند چنان که در مورد دعوی ۱۴ می ۱۹۹۱ راجع به عکسها مشاهده شد.

غالباً مصرف‌کننده مغبون از طرح دعوی، که ممکن است طولانی و پرهزینه باشد، در مقابل متخصصی که غالباً شرکتی قدرتمند است امتناع می‌نماید، مگر این که یکی از انجمن‌های مصرف‌کنندگان در مسأله مداخله نماید چنانکه حق چنین کاری را نیز دارند.

قانون ۵ ژانویه ۱۹۸۸ مکمل مقررات ۱۹۷۸ (که امروزه مواد L. 421-1 به بعد قانون مصرف را تشکیل می‌دهند) به انجمن‌های مصرف‌کنندگان که از جایگاه قانونی برخوردارند اجازه می‌دهد تا در مورد درخواست حذف شروط ابتکار عمل را به دست گرفته و یا حتی در جریان دادرسی مصرف‌کننده مداخله نمایند. این عمل جمعی که تکمیل‌کننده عملی فردی است، به نظر نمی‌رسد که موجب افزایش منازعات شده باشد.

با این توجه نتایج مستقیم و غیرمستقیم فعالیت‌های کمیسیون شروط تحمیلی بدون شک در یک نگاه عمیق مهم‌تر و مؤثرتر از آراء استثنایی دیوان کشور می‌باشند. به هر حال هر دو عمل مکمل یکدیگرند.

ب. وضعیت کنونی

امروزه چشم انداز مسأله چیست؟

لیست سیاه مختصری در دست است که صرفاً در آن توسط قانون اجرایی ۲۴ مارس ۱۹۷۸ دو دسته شروط تحمیلی شناسایی شده‌اند.

حقوق عرفی نیز به نوبه خود اعمال ضمانت اجراء را در مورد آن مجاز می‌داند.

در فرانسه، علی‌رغم سایر کشورها، خصوصاً آلمان، «لیست خاکستری» که حاوی شروطی است که می‌توانند تحمیلی به حساب آیند وجود ندارد، مگر در فرضیه‌ای که بار دلیل بر عهده متخصص باشد، چرا که مصادیق احصا شده توسط کمیسیون شروط تحمیلی، در حکم لیست خاکستری هستند، زیرا کمیسیون مزبور صلاحیت وضع قاعده ندارد. به علاوه اگر شرطی که بر علیه آن طرح دعوی شده قبلاً توسط کمیسیون محکوم شده باشد، اثبات خصوصیت تحمیلی بودن آن برای مصرف‌کننده کار ساده‌ای خواهد بود.

برعکس تعداد زیادی «لیست سفید» در پیشنهادات کمیسیون به چشم می‌خورد که تعداد آنها بالغ بر ۵۰ مورد است و مورد مذکور در ضمیمه قانون

مصرف را نیز باید بدان افزود. مع هذا تمامی این مقررات صرفاً به قراردادهای منعقدۀ مابین متخصصین و غیر متخصصین و یا مصرف کنندگان مربوط می شوند. در اینجا با طرح چندین سؤال به ذکر نکاتی در مورد غفلت قانونگذار می پردازیم:

به چه منظور برای حل مسأله شروط تحمیلی فرمولی دوگانه پیش بینی شده است؟ آیا تداخل و تفاوتی وجود دارد؟ قطعاً مواردی قابل ذکر وجود دارد. در واقع مشکل در زمان انجام کارهای مقدماتی تدوین قانون برای تعریف مصرف کننده پیش آمده است. به طور واضح تر، بر حسب شرایط، بسیاری از افراد به طور همزمان هم متخصص هستند و هم مصرف کننده، این دو بعد زندگی کاملاً قابل تفکیک است؛ اما فرضیه ای که متخصصی با متخصص دیگری برای کسب مال و یا دریافت خدماتی که کاملاً برای او ناشناخته است قراردادی منعقد می نماید مسأله به چه صورت خواهد بود؟ برای مثال وضع خوارو بار فروشی محله که برای اداره فروشگاه خود کامپیوتری می خرد چگونه خواهد بود؟ بنظر عده ای در فرض حاضر می بایست با خوارو بار فروش همانند یک مصرف کننده و یا لاقبل همانند یک غیر متخصص برخورد نمود.

بنظر عده ای دیگر به محض انعقاد قرارداد در چهارچوبی تخصصی، مسأله از محدوده حقوق مصرف خارج می شود. علی رغم اهمیت تعیین مجری مقررات مزبور، به علت عدم حصول توافق در مورد مسأله حاضر، هر دو عنوان مصرف کننده و غیر متخصص در قانون ۱۹۷۸ درج شده و حل مشکل بر عهده رویه قضایی نهاده شده است. با این وجود قانونگذار در تحول سال ۱۹۹۵ بار دیگر بدون دست زدن به ترکیب فرمول، شکل سابق آن را دوباره تکرار نموده است.

با توجه به مراتب فوق، وجود موارد مشکوک و تناقضات برای رویه قضایی و دکترین نباید ما را شگفت زده نماید. دیوان کشور پس از قبول مفهوم مضیق (رای ۱۵ آوریل ۱۹۸۶) برخلاف نظر سابق خود حکم نمود: «متخصصی که

قراردادی را منعقد می‌کند ولی نسبت به آن مانند هر مصرف‌کننده‌ای جاهل و ناآشنا است، در حکم مصرف‌کننده است.»

دستورالعمل اجرائی جامعه اروپایی در ۵ آوریل ۱۹۹۳ مفهوم مضیق را پذیرفته و مقرر می‌دارد: «هر شخص حقیقی که برای اهدافی که در چارچوب تخصصی نمی‌گنجد فعالیت می‌نماید» مصرف‌کننده است.»

کمیسیون شروط تحمیلی نیز در همان مفهوم مضیق نظر خود را اعلام نمود. دیوان کشور بار دیگر و احتمالاً به جهت هماهنگی با اتحادیه اروپا نظر خود را تغییر داد.

دیوان مزبور در ۲۴ نوامبر ۱۹۹۳ مقرر نمود که قرارداد منعقد شده توسط متخصص، برای رفع نیازهای تخصصی خود، مشمول قواعد مقررات راجع به شروط تحمیلی نمی‌گردد. در همان راستا رأی دیگری در ۱۰ می ۱۹۹۴ توسط شعبه تجاری و در ۲۱ فوریه ۱۹۹۵ توسط شعبه ۹ مدنی صادر گردید.

راه حل مزبور ملهم از احساس عدم رضایت نسبت به چگونگی حل مسأله بود. در واقع آراء اخیرالذکر باب اختلاف را کاملاً مسدود نکرد. بدین شکل آراء بسیاری از شعبه ۱ (در تاریخ‌های ۲۵ ژانویه ۱۹۹۵؛ ۳ و ۳۰ ژانویه ۱۹۹۶؛ ۱۰ ژوئیه ۱۹۹۶ و ۵ نوامبر ۱۹۹۶) با هدایت مسأله به سوی راه حل جدیدی و با حذف مقررات مزبور در مورد قراردادهایی که «رابطه مستقیم» با فعالیت تخصصی دارند، موجب تداخل مجدد در مسأله شدند.

اما ملاک جدید «رابطه مستقیم» چیست؟ خرید کامپیوتر توسط خوارو بار فروش آیا با فعالیت تخصصی او رابطه مستقیم دارد؟ به راحتی می‌توان بر له و علیه آن استدلال نمود.

هنوز قسمت مهمی از روابط قراردادی مشمول قواعد مربوط به شروط تحمیلی نمی‌شوند، حداقل این موارد، قراردادهای منعقد فی مابین متخصصینی

16. Rapport direct.

17. Rapport direct.

است که در زمینه واحدی تخصص دارند و به دنبال آن قراردادهای منعقد می‌کنند. متخصصینی که در زمینه‌های مختلف تخصص دارند. آیا این قراردادها نمی‌توانند حاوی شروط تحمیلی باشند؟ پاسخ منفی به این سؤال ساده لوحی محض است.

آیا عدم شمول قواعد شروط تحمیلی در موارد اخیر الذکر مؤید این معنی است که سوء استفاده‌های فوق می‌بایست بدون مجازات باقی بمانند؟ حتی اگر بپذیریم که مقررات شروط تحمیلی در تمامی روابط قراردادی قابل اعمال نیست پاسخ منفی به سؤال فوق غیر قابل اجتناب است.

با توجه به ضرورت فوق الذکر، راه‌حلهای پیشنهادی کشورهای دیگر متعدد هستند. حقوق انگلیس مفهوم شروطی را که «درستکارانه نیستند»^{۱۸} با امکان سلب اثر آن در هر نوع عقدی مطرح نموده است، حال طرفین قرارداد از هر توانایی تخصصی برخوردار باشند تفاوتی نمی‌کند.

مجموعه قوانین دیگر دارای مقرراتی بوده که نسبت به تمامی قراردادهای الحاقی قابل اعمال هستند، حال طرفین عقد هر که باشند تفاوتی نمی‌کند و مطمئناً طرفین می‌توانند هر دو متخصص باشند، مورد اخیر در حقوق آلمان و کییک مطرح شده است.

اگرچه حقوق فرانسه در مسأله حاضر ساکت است، اما تدابیر بسیاری به طور پراکنده وجود داشته که حتی نسبت به قراردادهای منعقد می‌کنند متخصصین قابل اعمال است.

اصل حسن نیت، به سرعت جای خود را در مسأله باز نمود و به طور روزافزون موارد اعمال جدیدی پیدا می‌نماید. یکی از جالب‌ترین این موارد تغییر جهت اعمال شده توسط آراء متعدد شورای دیوانعالی کشور در تاریخ اول دسامبر ۱۹۹۵ در مورد «قیمت» در قراردادهای کلی تعیین کننده چارچوب خاص برای روابط قراردادی طرفین نسبت به موضوعی مشخص و در مدتی معین است.^{۱۹} قیمت

18. Clauses déloyales.

19. Contrats - cadre.

معین یا قابلیت تعیین آن دیگر شرط صحت این معاملات نیست. در اینجا ملاک اصل حسن نیت است که برای پاسخگویی به مسأله مورد استناد قرار می‌گیرد. آیا ممکن نخواهد بود که ضمانت اجرائی در مورد مسأله شروط تحمیلی، به طور مستقیم و در قراردادهای مابین متخصصین اعمال گردد؟ هیچ چیز نمی‌تواند مانع از این امر گردد.

مفهوم شروط تحمیلی چیزی جز به کارگیری خاص «نظریه سوء استفاده از حق» در مباحث قراردادی نمی‌باشد، همچنان که اخیراً یکی از مؤلفین رساله‌های دکتری بدان اشاره نموده است (آقای دکتر کریمی - تز - استراسبورگ (۱۹۹۵)؛ بنابراین سوء استفاده از حق از طرف متخصصین همچون سایر افراد عادی مجاز نیست حتی اگر ارزیابی مسأله به یک شکل نباشد. قرابت موجود مابین مفاهیم نظریه سوء استفاده از حق و شروط تحمیلی در دکترین ذکر نگردیده بود. اگر امروزه قضات هنوز ترجیح می‌دهند با استدلالهای دیگری چون حسن نیت، تناسب و غیره به حل مسأله بپردازند، هیچ چیزی نمی‌تواند مانع اعمال ضمانت اجرای مستقیم در مورد شروطی که تحمیلی می‌گردند بشود.

آینده در مورد مناسب بودن این راه قضاوت خواهد نمود. اما به عنوان آخرین کلام طرح این سؤال جا دارد که اگر حقوق عرفی راه حلی عام ارائه می‌نمود چرا این همه انرژی برای وضع مقررات خاص مقابله با شروط تحمیل شده به مصرف کنندگان صرف می‌شد؟



پروفیسر شکیل احمد
پرنسپل جامعہ اسلامیہ