

شروط غیرمنصفانه در قراردادهای تجاری الکترونیکی در حقوق ایران و اروپا

دکتر حمید ابهری^۱

دکتر مهدی فلاح خاریکی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۶/۲۰

چکیده

شرط غیرمنصفانه که در نظام حقوقی ایران در ماده ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ ه.ش. حکم به عدم اثرگذاری آن شده است، نه تنها در این قانون؛ بلکه در سایر قوانین و مقررات نظام حقوقی ما تعریف نشده و ملاکی برای شناخت آن نیز ارائه نشده است. اما با توجه به مقررات و اصول بین المللی، شرط غیرمنصفانه شرطی است که باید از یک سو، موجب نابرابری عمده و فاحشی گردد و از سوی دیگر، مورد مذاکره‌ی مستقل و جداگانه قرار نگرفته باشد. در واقع، قراردادهای الکترونیکی با توجه به ویژگی‌های خاص خود، نیازمند پیش‌بینی اصولی است که عدالت قراردادی، آن گونه که در اصول و قواعد عمومی قراردادها وجود دارد، در آن رعایت شود. به همین دلیل، عدم نفوذ شروط غیرمنصفانه در نظام حقوقی ایران، اختصاص به قراردادهای الکترونیکی دارد. وانگهی با توجه به مبنای فرض عدم آگاهی طرف ضعیف قرارداد، نمی‌توان در کلیه‌ی قراردادهای منعقد شده میان افراد، حکم به عدم نفوذ شرط غیرمنصفانه داد.

کلید واژگان: شرط غیرمنصفانه، قرارداد الکترونیکی، ماده ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی،

فرض عدم آگاهی.

^۱ (نویسنده مسئول) استاد دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران (hamid.abhary@gmail.com)

^۲ استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد آیت الله آملی، گروه حقوق خصوصی، آمل،

ایران. (mehdifallah@gmail.com)

مقدمه

از قرن پانزده میلادی که نظریه‌ی جدید حمایت از طرف ضعیف قرارداد در حقوق عرفی (کامن لا) مطرح گردیده است. تاکنون تحولات شگرفی در این رابطه شکل گرفته است و در حال حاضر، کمتر نظام حقوقی‌ای را می‌توان یافت که با پیش‌بینی قانونی به حمایت این گروه ضعیف یعنی؛ مصرف‌کنندگان نپرداخته باشد. هرچند اصل آزادی اراده به عنوان یک اصل راهبردی در نظام قراردادی قابل احترام است؛ اما نمی‌توان همه‌جا به کارایی صرف آن دل بست. به همین دلیل با حفظ چارچوب کلی احترام به آزادی اراده در قراردادها باید راهکارهایی را جستجو کرد تا در فرض نابرابری یکی از طرفین قرارداد از سوء استفاده طرف مقابل جلوگیری کرد.

در حقوق ما قانونگذار در مواردی که نابرابری معاملی بین طرفین قرارداد وجود دارد تحت مقررات قانون موضوعه آورده است. به عنوان مثال، در ماده‌ی ۱۷۹ قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳ از امکان تغییر و یا بطلان قراردادی که تحت شرایط غیرعادلانه منعقد شده است، بحث شده است^۱ یا در ماده‌ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی آمده است: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». با این وجود شرط غیرمنصفانه در هیچ‌یک از قوانین و مقررات تعریف نشده است. از این رو، نمی‌توان با این سابقه در نظام حقوقی ما برای شرط غیرمنصفانه مبنای مستحکمی یافت.

تلاش برای توجیه شرط غیرمنصفانه تحت قواعد کلاسیک حقوقی این سوال را در ذهن ایجاد می‌کند که آیا قانونگذار صرفاً به دنبال اضافه کردن اصطلاحی دیگر در مفهوم و معنای اضطرار و نظیر آن بوده است؟ آیا توجیه ماده‌ی ۴۶ براساس اضطرار همراه با سوء استفاده که اکراه نامیده شده است و یا قاعده‌ی غبن و لاضرر می‌تواند مبتنی بر مقصود قانونگذار باشد؟ در این مقاله، جهت

۱. «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تاثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله‌ی دادگاه باطل و یا تغییر داده شود. در کلیه موارد چنانچه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله یا خدعه یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد ذکر شده به نسبت خدمت انجام یافته فوق‌العاده زیاد و یا کم است دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین قرارداد را تغییر داده و یا بطلان آن را اعلام نماید».

پاسخ به این پرسش‌ها، ابتدا به شناسایی مفهوم شرط غیرمنصفانه پرداخته شده و سپس مبنای ماده ی ۴۶ را بیان می شود و در پایان به این سوال مهم پاسخ داده خواهد شد که آیا ماده ی ۴۶ قابل سرایت به تمامی قراردادها علاوه بر قراردادهای الکترونیکی می باشد یا خیر؟

۱- ضوابط تحقق شرط غیرمنصفانه

ماده ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب ۱۳۸۲ ه.ش. حکم به عدم اثرگذاری شروط غیرمنصفانه می دهد.^۱ اما، نه تنها در این قانون بلکه در سایر قوانین و مقررات نظام حقوقی ما تعریف و ملاکی برای شناخت این شروط ارائه نشده است. بنابراین، برای شناسایی مفهوم شرط غیرمنصفانه با توجه به ماده ی ۳ قانون مذکور که مقرر می دارد: «در تفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیت بین المللی، ضرورت توسعه ی هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن نیت توجه کرد»، چاره ای جز رجوع به مقررات مرتبط نظام های حقوقی معاصر وجود ندارد.

یکی از قوانینی که به دادگاه ها اختیار داده است تا در صورت مواجهه با شروط غیرمنصفانه و ناعادلانه^۲ در قرارداد مداخله نمایند، قانون شروط غیرمنصفانه قراردادی مصوب ۱۹۷۷ انگلستان^۳ می باشد. عنوان این قانون شاید این تصور را به وجود آورد که در صدد برخورد با کلیه ی شروط قراردادی غیرعادلانه و غیرمنصفانه می باشد، حال آنکه این قانون، عمدتاً در صدد حمایت از مصرف کنندگان در برابر شروط محدود کننده ی مسئولیت^۴ است و در صورتی قابل اجرا می باشند که طبق معیارهای مصرح بند دوم ماده ی ۱۱ همان قانون، متعارف و معقول باشند (شیروی، ۱۳۸۱: ۱۱).

۱. ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف کننده، مؤثر نیست».

۲. Unfair Terms.

۳. Unfair Contract Terms Act of 1977 That Is Available:
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>.

۴. Exemption Clauses or Exclusion Clauses.

در قانون حمایت و دادن اطلاعات به مصرف‌کنندگان کالاها و خدمات فرانسه مصوب ۱۹۷۸^۱ که در جهت حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان به تصویب رسید از شرط تحمیلی^۲ تعریفی ارائه شده است. طبق ماده‌ی ۳۵ این قانون «یک شرط وقتی تحمیلی محسوب می‌شود که با سوء استفاده از قدرت اقتصادی یک طرف قرارداد به طرف دیگر قرارداد تحمیل شود و به صورت افراطی به نفع طرف سوء استفاده کننده از این قدرت باشد». این متن قانونی امروزه در ماده‌ال-۱۳۲-۱ قانون مصرف فرانسه جای گرفته است.^۳ علاوه بر آن در ماده یک قانون اول فوریه ۱۹۹۵ فرانسه راجع به شروط غیرمنصفانه^۴ تعریف شروط تحمیلی بدین صورت آمده است: «در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف و مصرف‌کنندگان، شروطی تحمیلی محسوب می‌شوند که موضوع یا آثار آنها نابرابری معناداری بین حقوق و تعهدات متعاقدان به ضرر مصرف‌کننده ایجاد کند» (به نقل از کریمی، ۱۳۸۱: ۷۵ و ۷۶). همان‌گونه که مشاهده می‌شود در حقوق فرانسه از شرط غیرمنصفانه با عنوان شروط تحمیلی یاد می‌کنند که دارای یک ویژگی اساسی است و آن اینکه شرط، عدم تعادل فاحشی را میان حقوق و تعهدات طرفین قرارداد سبب شود.

مطابق ماده‌ی ۳ دستورالعمل EEC/۱۳/۹۳ اتحادیه‌ی اروپا مصوب ۱۹۹۳ شرط غیرمنصفانه در قرارداد با مصرف‌کننده «شرطی است که به صورت مجزا و جداگانه میان طرفین مورد مذاکره واقع نشده باشد و بر خلاف قاعده‌ی حسن نیت بوده و عدم تعادل عمده‌ای در حقوق و تکالیف قراردادی به زیان مصرف‌کننده ایجاد نماید». طبق این ماده، شرط غیرمنصفانه نه تنها باید همانند آنچه که در حقوق فرانسه گفته شده است، در حقوق و تکالیف ناشی از قرارداد نابرابری عمده‌ای به زیان مصرف‌کننده ایجاد نماید؛ بلکه علاوه بر آن باید دو شرط دیگری هم داشته باشد: اول اینکه

^۱ . Loi n°78-23 du 10 novembre 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. Available at: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

^۲ . Clause Abusive

^۳ . Code de la consommation, Modifié par Loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 - art. 62. Available at: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

^۴ . Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial. Available at: www.legifrance.gouv.fr.

به صورت جداگانه و منفرد مورد مذاکره و توافق طرفین قرار نگرفته باشد؛ یعنی این شرط از قبل توسط عرضه کننده و یا فروشنده تهیه و به مصرف کننده ارائه شده و مصرف کننده نمی‌توانسته تغییری در شرط مزبور به وجود آورد، به این دلیل که آن شرط در یک قرارداد نمونه قرار داشته است. دوم اینکه شرط مزبور خلاف قاعده حسن نیت باشد. یعنی اینکه باید توجه شود که قدرت معاملی و چانه زنی طرفین معامله در زمان انعقاد قرارداد رعایت شده است یا اینکه مصرف کننده در انعقاد قرارداد با چنین شروط غیرمنصفانه‌ای دلیل و انگیزه خاصی داشته است و آیا کالاها و خدمات موضوع قرارداد به ازای سفارش خاص مصرف کننده ارائه شده است (شیروی، ۱۳۸۱: ۱۶).

برخلاف قانون شروط غیرمنصفانه قراردادی مصوب ۱۹۷۷ انگلستان که صرفاً به شروط محدود کننده‌ی مسئولیت توجه دارد، دستورالعمل اتحادیه‌ی اروپا کلیه‌ی شروط ناعادلانه و غیرمنصفانه را تحت پوشش قرار می‌دهد. بند یک ماده‌ی ۵ مقررات ناظر به شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف کننده مصوب ۱۹۹۹ انگلستان در جهت اجرای دستورالعمل ۹۳/۱۳ شورای اروپا مصوب ۱۹۹۳ شرط غیرمنصفانه را شرطی می‌داند که برخلاف قاعده‌ی حسن نیت، موجب نابرابری عمده میان حقوق و تکالیف طرفین قرارداد گردد و مورد مذاکره‌ی جداگانه هم قرار نگرفته باشد.

با توجه به مطالب مذکور، مشخص می‌شود که شرط غیرمنصفانه باید از یک سو موجب نابرابری عمده و فاحشی گردد و از سوی دیگر، مورد مذاکره مستقل و جداگانه قرار نگرفته باشد. بنابراین، در ذیل به طور جداگانه به بررسی این دو شرط اساسی برای شرط غیرمنصفانه پرداخته خواهد شد.

۱-۱- شرط موجب نابرابری عمده و فاحش میان طرفین

قرارداد وسیله‌ی مرسوم توزیع و مبادله‌ی ثروت است. دو طرف قرارداد برای نفع خاص خود فعالیت می‌کنند و هرکدام از طرفین می‌خواهد در دادوستد سود بیشتری ببرد. قانون نیز ابتکار و تلاش برای سود بردن را مشروع و لازمه‌ی آزادی قراردادی می‌داند. اما گاه، نابرابری ارزش‌های

¹ Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 that is available at: <http://www.legislation.gov.uk>.

مبادله شده چندان زیاد است که تعادل اقتصادی قرارداد برهم می خورد. آنچه روی داده، به برخورد دو اراده آزاد و سودجو نمی ماند. چنین نابرابری را عرف تاب نمی آورد و مقاومت قانون را در پی خواهد داشت تا به گونه‌ای از زیان متضرر بکاهد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۹۹). البته صرف نابرابری سبب نمی شود که شرط یا قرارداد غیرمنصفانه تلقی گردد؛ بلکه زمانی شرط، غیرمنصفانه تلقی می گردد که موجب نابرابری عمده و فاحشی میان طرفین قرارداد گردد به این نحو که یکی از طرفین قرارداد به دلیل وجود شرط، تعهد گزافی را برعهده بگیرد که در مقابل آن، چیز متناسب و متعارفی از لحاظ ارزش به دست نیورد. در نتیجه، از این طریق، سود هنگفتی عائد طرف مقابل شود. در واقع، باید در هر مورد، بررسی شود که وجود شرط در قرارداد، وضعیت ناعادلانه و نامتوازن فاحشی به وجود می آورد که از دید انسان متعارف و معقول قابل پذیرش نباشد.^۱

در هر حال، شرطی که سبب شود میان ارزش آنچه که باید پرداخته یا انجام شود و ارزشی که در برابر آن دریافت می گردد تعادل و توازن نباشد و این عدم تعادل بسیار فاحش باشد شرط موجب نابرابری، فاحش و عمده قلمداد می گردد.

معیار تمیز نابرابری فاحش، عرف است و به دشواری می توان تناسب ثابتی را بین ارزش های مبادله شده معین کرد و مرز سود متعارف و غیر معقول را شناخت. داوری عرف هم شکننده و انعطاف پذیر است و به تناسب سنخ معامله و شرایط آن و نیاز جامعه به مبادله‌ی کالا تفاوت دارد. پس عرف باید نابرابری فاحش را تمیز دهد و دادرس نباید صرفاً به انگیزه‌های دو طرف قرارداد رجوع کند. معیار تمیز، عرف و عادت قراردادی است؛ باید دید آیا انسانی متعارف و معقول در شرایط ویژه معامله، چنان نابرابری فاحشی را تحمل می کند یا آن را ضرری ناروا می بیند. به عبارت دیگر، آیا این نابرابری بیش از اندازه‌ای که عرفاً قابل تحمل است می باشد یا خیر (صفایی، ۱۳۸۲:

^۱. این شرط شاید در بادی امر با نهاد حقوقی غبن در حقوق ما بسیار نزدیک باشد؛ اما تفاوت در این است که در غبن، مغبون به دلیل ناآگاهی به پذیرش شروطی مبادرت می ورزد که تعادل میان ارزش عوضین را به طور کلی برهم می زند. در واقع، غبن برهم خوردن تعادل اقتصادی ارزش عوضین به ضرر یک طرف عقد است بدون اینکه متضرر در هنگام عقد بدان علم داشته باشد. اما، در بحث حاضر، ظاهراً خریدار نه به دلیل ناآگاهی بلکه به دلیل دیگر مجبور به پذیرش شرطی می شود که نابرابری فاحشی را میان وی و طرف قوی قرارداد ایجاد می کند.

۲۸۰) البته دادگاه می‌تواند علاوه بر توجه به معیارهای عینی و خارجی، به معیارهای شخصی همانند سن بدهکار، تجربه، توانایی تجاری، وضعیت سلامتی و روانی و شرایط و وضعیت اقتصادی و فشارهای مالی وارده در زمان انعقاد قرارداد نیز توجه نماید (Beatson, 1998, 290).

۱-۲- عدم مذاکره مستقل و جداگانه شرط

یکی دیگر از مهمترین عوامل برای غیر منصفانه یا تحمیلی محسوب شدن یک شرط آن است که به صورت جداگانه و منفرد مورد مذاکره قرار نگرفته باشد. به این نحو که اگر شرطی در قرارداد گنجانده شود که خلاف قاعده‌ی حسن نیت باشد و سبب نابرابری عمده گردد در صورتی غیر منصفانه تلقی می‌گردد که طرفین قرارداد مستقلاً آن را به عنوان یکی از موضوعات مذاکره خود در نظر گرفته نباشند. در ماده‌ی ۴،۱۱۰ اصول حقوق قراردادهای اروپایی نیز به این موضوع اشاره شده است که «اگر شرطی جداگانه مورد مذاکره و توافق قرار نگرفته باشد و در عین حال، مخالف مقتضیات حسن نیت و معامله منصفانه باشد و موجب نابرابری‌های عمده در حقوق و تعهدات قراردادی طرفین شود، طرف زیان‌دیده می‌تواند این شرط را با لحاظ طبیعت اجرای تعهدات قراردادی ابطال نماید».^۱

به منظور شناسایی شرط غیرمنصفانه، آنچه که کمتر به صورت جداگانه مورد بررسی قرار گرفته است همین عامل مذاکره منفرد است. حتی اگر شرطی خلاف قاعده‌ی حسن نیت باشد و موجب نابرابری، باز هم بدون عامل عدم مذاکره‌ی منفرد، نمی‌تواند غیرمنصفانه تلقی گردیده و واجد اثر حقوقی باشد. بنابراین شرط غیرمنصفانه شرط موجب نابرابری است که جداگانه مورد مذاکره و توافق قرار نگرفته باشد.

ملاک تحقق چنین شرطی، نخست این است که شرط موصوف قبلاً در پیش نویس قرارداد گنجانده شده و در نتیجه مصرف‌کننده امکان و توانایی اطلاع از ماهیت شرط را خصوصاً در قراردادهای نمونه که از پیش تنظیم می‌شوند، داشته باشند. اما مسئله‌ای که در اینجا اهمیت پیدا

¹ The Principles of European Contract Law 1998 (PECL). Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/textef.html#a4110>.

می‌کند آن است که در قراردادهای منعقدہ با وسایل ارتباطی الکترونیکی، پیش نویس قرارداد به مفهومی که در قراردادهای عادی مرسوم است، وجود ندارد و شروط اساسا به صورت یک صفحه ضمیمه بیان می‌شوند. در پاسخ باید گفت که منظور از پیش نویس و مذاکرات مقدماتی آن است که در نتیجه‌ی آن، مصرف کننده امکان اطلاع از مفاد شرط را داشته باشد و از آنجایی که در معاملات واقع شده از طریق وب، مرحله‌ای با عنوان مذاکرات مقدماتی وجود ندارد. از این رو، باید بر این اعتقاد بود که در این گونه معاملات، منظور از مذاکرات مقدماتی، شروط و اطلاعات مقدماتی (موضوع بند او ماده ۳۳ قانون تجارت الکترونیکی) می‌باشد که تامین کننده، مکلف به ارائه‌ی آنها به مصرف کننده است. پس، اطلاعاتی که به همراه مندرجات تارگه (صفحه وب) ارائه می‌شود به منزله‌ی پیش نویس است.

از سوی دیگر، در قراردادهای فروش کالا و به طور کلی تر، قراردادهای مصرف کننده که خریدار معمولا قدرت چانه‌زنی پایین تری نسبت به فروشنده دارا است، نابرابری در برخورداری از اطلاعات به همراه شرایط شخصی و اقتصادی ممکن است به نابرابری در توان چانه‌زنی میان طرفین قرارداد بیانجامد. این اصطلاح نخستین بار توسط قاضی لرد دنینگ در پرونده «Lloyds Bank Ltd v Bundy»^۱ به کار گرفته شده است. به عقیده‌ی وی نابرابری در توان چانه‌زنی میان طرفین

۱. در پرونده «Lloyds Bank Ltd v Bundy» خواننده، پیرمرد کشاورزی است که خود و فرزندش، سالها مشتری بانک خواهان بوده‌اند. پسر خواننده شرکتی تاسیس می‌کند که آن شرکت نیز مشتری بانک بوده است. در سال ۱۹۶۶ خواننده بدهی شرکت فرزندش را که بالغ بر ۱۵۰۰ پوند بوده است ضمانت می‌کند و مزرعه خود را جهت تضمین پرداخت بدهی، نزد بانک رهن می‌گذارد. متعاقب آن، بدهی شرکت مذکور افزایش می‌یابد و بانک خواهان تضمین بیشتری می‌گردد. در ماه می ۱۹۶۹ خواننده که مشاوره حقوقی دریافت می‌دارد قرارداد جدیدی مبنی بر تضمین مبلغ ۱۱۱۰۰۰ پوند دیگر را امضا می‌کند. در دسامبر همان سال، مدیر بانک به ملاقات خواننده می‌رود و به او متذکر می‌شود که اگر بناست تسهیلات بانک برای شرکت فرزندش ادامه داشته باشد خواننده باید یک تضمین ۱۴۵۰۰ پوندی دیگر بپردازد. در این مورد خواننده مشاوره حقوقی دریافت نمی‌دارد و با اعتماد به بانک قرارداد ضمانت جدید را امضا می‌کند. دادگاه تجدیدنظر رای داد که تضمین اخیر قابل اجرا نیست و باید کنار گذاشته شود؛ زیرا پیرمرد کشاورز، قبل از انعقاد قرارداد ضمانت اخیر، مشاوره‌ی حقوقی دریافت نداشته و خواهان از رابطه‌ی اعتمادی که بین او و پیرمرد کشاورز وجود داشته سوء استفاده کرده و قرارداد غیرمنصفانه و گزافی را به او تحمیل نموده است بدون اینکه تبعات و

قرارداد می‌تواند معلول دلایل مختلفی از جمله فشار روحی، شخصی و اجتماعی، ضعف روانی و به طور کلی سودجویی ناعادلانه باشد. مقصود وی احتمالاً نه تنها عیوب سنتی تراضی مانند اشتباه، تقلب، اکراه و تدلیس را شامل می‌شود؛ بلکه شرایط واقعی و از پیش موجود اقتصادی و اجتماعی به هنگام امضای قرارداد، علم متقابل از مفاد قرارداد و مشارکت فعالانه هر دو طرف قرارداد در انعقاد را نیز شامل می‌شود. نابرابری شدید بین فروشنده و خریدار ممکن است فروشنده را به سوء-استفاده از موقعیت برتر اقتصادی و قراردادی خود ترغیب کند. افزون بر این، نابرابری در توان چانه‌زنی ممکن است نتیجه‌ی دخالت عوامل خارجی مانند شرایط بازار باشد. این امر ممکن است بر یک طرف قرارداد که احتمالاً استثمار او از سوی طرف مقابل وجود دارد فشار آورد. در چنین شرایطی خریدار نمی‌تواند اراده‌ی آزاد خود را بیان کند. حتی اگر چارچوب نظریه‌ی آزادی قرارداد را هم بپذیریم که برابری تام میان طرفین قرارداد غیرممکن است مسأله‌ی اساسی ارائه‌ی اصولی است که بتواند گسترش صحیح توافقات قراردادی را کنترل نموده و بدون وقفه در جریان پویای اقتصاد بازار از طرف ضعیف حمایت کند (کاظم پور، ۱۳۸۹: ۶).

بنابراین یکی از اشکال فقدان شرط مذاکره‌ی منفرد ظاهر می‌شود که یکی از طرفین قرارداد، طرف مقابل را به شرطی متعهد کند بدون آنکه به وی اجازه‌ی مشارکت در تنظیم آن را بدهد، در این صورت، که در قراردادهای نمونه یا الحاقی صورت می‌پذیرد، طرفی که از موقعیت بازاری برتری برخوردار است شرایط خود را به دیگری تحمیل می‌نماید. بنابراین، چنانچه قرارداد یا برخی از شروط آن قبلاً تنظیم شده باشد و مصرف‌کننده در تغییر یا تعدیل آن نقشی نداشته باشد، چنین تلقی می‌گردد که این شرط به طور جداگانه مورد مذاکره قرار نگرفته است. این امر در بند دوم ماده‌ی ۵ مقررات شروط غیرمنصفانه قراردادی مصرف‌کننده مصوب ۱۹۹۹ انگلستان آمده است که به نظر صرفاً ناظر به قراردادهای استاندارد می‌باشد.

نتایج این قرارداد را برای او توضیح دهد و یا او را راهنمایی کند با یک مشاور حقوقی مستقل مشورت نماید (به نقل از: شیروی، ۱۳۸۱: ۷).

شکل دیگر عدم مذاکره‌ی مستقل، آن است که یکی از طرفین قرارداد با اضافه کردن شروطی به قرارداد و سعی در مخفی کردن آنها در میان شروط دیگر تلاش می‌کند تا از ناآگاهی طرف برای ایجاد تعهد به نفع خویش استفاده نماید. برای مثال، ممکن است تامین کننده، مفاد شروط قراردادهای الکترونیکی را توامان و به همراه مندرجات تارگه (صفحه وب) ارائه نکند و مصرف کننده مجبور باشد برای ملاحظه‌ی آنها، انتهای صفحه را کلیک کند و یا اینکه مفاد شروط به صورت یک پنجره روی صفحه نمایشگر رایانه مصرف کننده ظاهر گردد یا از طریق استفاده از حروف کوچکتر و بدون ذکر وجود آنها به طرف دیگر، پنهان نگه داشته شوند، یا اینکه یک طرف قرارداد با سوء استفاده از موقعیت چانه‌زنی خویش، از شروط گمراه کننده و یا غیر شفاف استفاده کرده و طرف دیگر را از توجه به شروطی باز دارد که ممکن است حقوقش را به خطر اندازد. این موضوع معمولاً در قراردادهای مصرف کننده رخ می‌دهد جایی که اغلب خریداران، دانش و تخصص کافی را برای قضاوت کردن و درک کامل معنای هر یک از شروط مندرج در قرارداد ندارند.

بنابراین، شرط غیرمنصفانه شرط موجب نابرابری فاحشی است که مذاکره جداگانه و مستقل در آن مفقود است که فقدان مذاکره می‌تواند ناشی از عدم توانایی خریدار در تغییر مفاد قرارداد در قراردادهای استاندارد باشد یا اینکه ناشی از عدم آگاهی ماهوی یا شکلی در مواردی باشد که قرارداد امضا شود.

۲- مبنا و گستره‌ی شرط غیرمنصفانه

حال که شرایط تحقق شرط غیرمنصفانه شناخته شد باید دید که مبنای حکم عدم نفوذ چنین شرطی چیست؟ وانگهی آیا این حکم را می‌توان به عنوان یکی از قواعد عمومی در نظر گرفت که علاوه بر قراردادهای الکترونیکی، در تمام قراردادها نیز قابل اعمال باشد؟

۲-۱- مبنای حذف یا تعدیل شرط غیرمنصفانه

برای توجیه عدم اثرگذاری شرط غیرمنصفانه می‌توان مبنای متعددی را مطرح نمود که در ذیل به بررسی برخی از این نظریه‌ها می‌پردازیم تا ببینیم آیا این نظریه‌ها می‌توانند به عنوان مبنای حذف یا تعدیل شرط غیرمنصفانه قلمداد گردند؟

الف- نظریه ی غبن

به موجب این نظریه، درج شرط غیر منصفانه در قرارداد، برابری عوضین یعنی تعهدات قراردادی طرفین را بر هم می‌زند. برای حمایت از شخصی که بدین گونه مورد بهره‌برداری ناروا قرار گرفته است می‌توان تعهد گزارف را با استفاده از نظریه ی غبن بلااثر ساخت. در حقوق کشورهای که مبنای غبن را در حفظ تعادل بین دو عوض و مربوط به نظم عمومی می‌بینند، این نظریه کارساز است. برای مثال، وفق ماده ی ۱۳۸ قانون مدنی آلمان و ماده ی ۲۱ قانون تعهدات سوئیس، هر عمل حقوقی که به وسیله ی آن، شخصی از عدم تجربه یا بی‌اطلاعی و احتیاج دیگری برای به دست آوردن سود نامتعارف استفاده کند باطل است به این معنا که عدم تعادل میان عوضین قرارداد و بهره‌برداری از درماندگی و ناآگاهی طرف قرارداد، دو عامل اساسی تحقق غبن در قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۵۱۰).

در حقوق ما، غبن در قرارداد که حق فسخ به مغبون می‌دهد بر مبنای قاعده ی لاضرر توجیه می‌شود و با توجه به ماده ی ۴۱۸ قانون مدنی، عدم آگاهی مغبون به غبن یکی از شرایط اساسی ایجاد این خیار به شمار می‌آید. از این رو، نمی‌توان برای توجیه عدم نفوذ شرط غیرمنصفانه، به غبن استناد نمود چراکه در این گونه موارد، خریدار عموماً از سنگینی تعهدی که بر عهده می‌گیرد و نابرابری فاحشی که در قرارداد وجود دارد آگاه است؛ اما به دلایلی مجبور است که این نابرابری فاحش را بپذیرد.

ب. نظریه‌ی امر معقول و متعارف

دکترین نامعقول بودن که در نظام حقوق عرفی معرفی شده است از مفهوم اکراه ناشی شد. نخستین بار مفهوم اولیه‌ی چانه‌زنی نامعقول توسط دادگاهها هرچند به صورت مبهم تشریح شد. طبق این نظریه چانه‌زنی نامعقول، چانه‌زنی نابرابر عنوان می‌شود به گونه‌ای که از سوی هیچ فرد عاقل و متعارفی سر نمی‌زند (کاظم پور، ۱۳۸۹: ۷). این دکترین بعدها در ماده ۲-۳۰۲ قانون متحد الشکل آمریکا آورده شد و به قاعده‌ای اساسی در حمایت از توافقات قراردادی و شروط تبدیل شد. گسترش روزافزون قراردادهای متحدالشکل در برابر قراردادهای مبتنی بر مذاکره، کاربرد احتمالی این دکترین را افزایش داده است. این قراردادها عموماً قراردادهای الحاقی نامیده می‌شوند (Pakoff, 1983, 1184).

در حقوق قراردادها عموماً این قراردادها الزام آور دانسته شده است. به این ترتیب، طرف تهیه کننده‌ی پیش نویس می‌تواند برای اداره معامله، قانون خود را وضع کند. چنانچه طرف ملحق شونده موافقت خود را با قرارداد پیش نوشته به صورت عمومی اعلام کند دادگاهها می‌توانند شروط آن را الزام آور تلقی کنند، اعم از اینکه طرف ملحق شونده آن عبارات را قبول داشته، فهمیده، خوانده یا درکی از محتوای آن داشته باشد یا خیر.

ماده ۲-۳۰۲ قانون متحد الشکل تجاری آمریکا، در نخستین عبارت بیان می‌دارد: «اگر دادگاه طبق قانون دریابد که قرارداد یا هر شرطی از آن در زمان انعقاد، نامعقول بوده است می‌تواند از اجرای قرارداد یا باقیمانده‌ی آن استنکاف یا اعمال شروط نامعقول را برای جلوگیری از نتایج نامعقول محدود نماید»^۱.

موضوع اساسی، درک رابطه‌ی میان نامعقول بودن و راهکارهای سنتی است چراکه نامعقول بودن بسیار عام تر از اکراه و نفوذ ناروا است. چراکه مواردی پیش می‌آید که هرچند اکراهی به وقوع نمی‌پیوندد اما شرط یا قرارداد نامعقول به شمار می‌آید. اگر اکراه و تدلیس را با نامعقول بودن مقایسه کنیم باید گفت که وظیفه‌ی اثبات دشواری را بر خواهان تحمیل می‌کنیم به گونه‌ای که

¹. Uniform Commercial Code that is available at: <http://www.law.cornell.edu>.

نسبت به ادعای اکراه و تدلیس باید قرائن واقعی مبنی بر سوء استفاده، تهدید یا رفتار گمراه کننده ارائه شود. در حالی که در دکترین نامعقول بودن چنین وظیفه اثباتی وجود ندارد. در واقع براساس راهکارهای سنتی تنها وجود اشتباه، اکراه، تدلیس یا عمل خلاف نظم عمومی می تواند قرارداد را باطل نماید. در نتیجه سوءاستفاده از موقعیت برتر اقتصادی، شروط ظالمانه و شکل های دیگر رفتارهای ناعادلانه قراردادی تنها در موارد محدودی مورد خدشه قرار می گیرند.

نامعقول بودن در دو جهت قابل بررسی است؛ یکی نامعقول بودن ماهوی است به این صورت که یکی از طرفین قرارداد به دلیل نقص دانش و عدم آگاهی مجبور شود شرایط پیچیده ای را بپذیرد که به گونه آشکاری به ضرر وی است و دیگر آنکه یکی از طرفین قرارداد به دلیل توان پایین چانه زنی با تنظیم قرارداد از پیش نوشته ای که امکان دخل و تصرف در آن وجود ندارد موافقت به عمل آورد که نامعقول بودن شکلی قلمداد می گردد. (Slawson, 1971, p.529)

در حقیقت دو موضوع نامعقول بودن شکلی و ماهوی به دادگاهها این امکان را می دهد تا تقریباً تمام اشکال چانه زنی نابرابر را چاره جویی کنند. بنابراین اگر شروط صراحتاً توسط طرف ملحق شونده پذیرفته شوند در صورتی که در ماهیت خود نامعقول بوده و یا به شیوه های ناعادلانه شکلی تحمیل شوند می توانند بی اعتبار اعلام شوند.

ج. فرض عدم آگاهی

بی تردید یکی از ویژگی های شرط غیرمنصفانه آن است که موجب نابرابری فاحشی میان طرفین قرارداد می گردد که به آسانی قابل تشخیص است. اما مشکلی که وجود دارد این است که فروشنده، قرارداد معتبری در دست دارد که یکی از شروط ضمن آن، واجد چنین ویژگی ای است. از این رو، وقتی خریدار به امضای قرارداد مبادرت می ورزد و قرارداد منعقد می گردد، فرض بر این است که با آگاهی کامل از مفاد آن، تن به چنین قرارداد نابرابری داده است. طبق اصول حقوق قراردادها در تمام نظامهای حقوقی، هر شخصی آزاد است به هرگونه ای که تمایل دارد به انعقاد قرارداد مبادرت ورزد. یکی از خصوصیات قراردادهای معاوضی، تلاش طرفین برای به دست آوردن سود بیشتر در

جریان چانه زنی است که سبب می‌شود که یکی از طرفین قرارداد دچار ضرر گشته و طرف مقابل سود ورزد. در واقع، ماهیت این گونه قراردادها بر این اصل استوار است اما، بازار، همیشه این آزادی و برابری را در مذاکرات و چانه زنی در اختیار همه اطراف عقد قرار نمی‌دهد. در نتیجه، زمینه را برای سوء استفاده برخی از فروشندگان فراهم نموده تا شرایط خویش را بر طرف دیگر قرارداد، تحمیل نمایند و از این طریق، زیان فاحشی را به خریدار ضعیف وارد می‌سازند.

دادگاهها بی تردید این نابرابری را می‌فهمند و از آن رنج می‌برند اما مانعی بر سر راه دادگاهها وجود دارد تا بتوانند به حمایت از خریدار مبادرت ورزند. قرارداد معتبر و امضای خریدار ذیل آن، دلیل بر آگاهی وی بر وجود چنین شروط غیرمنصفانه‌ای است. به همین دلیل، در نظامهای حقوقی و نظریه های مطرح شده در جهت حمایت از خریدار ضعیف بر نقص آگاهی وی و تلاش برای استفاده از این حربه تاکید می‌شود. بند اول ماده ۱۳۴۱ قانون مدنی ایتالیا اعلام می‌دارد: «شروط استاندارد مقرر شده توسط یکی از طرفین نسبت به طرف دیگر نافذ است مشروط بر اینکه هنگام انعقاد قرارداد طرف دوم از آنها اطلاع داشته یا با دقتی معمول و متعارف باید اطلاع می‌داشته است» (Gorla, 1962, 2). این بند، تلاش می‌کند تا با تحمیل دقت معمول در تصدیق محتوای قرارداد بر طرف ضعیف و در عین حال محکوم کردن هرگونه عمل ناعادلانه و یا گمراه کننده که طرف دیگر مرتکب آن می‌شود از آزادی چانه‌زنی مطلوب حمایت کند. بنابراین هرگاه طرفین صراحتاً شروط را تایید نمایند و آنها را آشکارا بپذیرند این شروط جزئی از قرارداد شده و فقط هنگامی الزام آور نیستند که قرارداد معتبر نباشد.

ممکن است چنین تصور شود که قانونگذار ایتالیا، این احتمال را فراموش کرده است که طرف ضعیف در نتیجه‌ی تاثیر منفی رفتارها و فشارها به اعلام رضایت ترغیب شود بدون آنکه مشمول تقلب، تدلیس یا اکراه گردد. اما، باید گفت که این تصریح قانونگذار، واگذاری اختیار ضمنی به دادگاهها است تا آگاهی و اطلاع طرف ضعیف را به چالش بکشند.

همان گونه که در پرونده *Lloyds Bank v Bundy* بیان شده است، کسی که بدون دریافت مشاوره مستقل، قراردادی را منعقد می‌نماید که حاوی شرایط بسیار غیرمنصفانه و گزافی است و یا

اموال خود را در مقابل ثمن اندکی واگذار می کند در حالی که به جهت نیاز و یا تمایلات شخصی خود و یا به دلیل بی سوادی و یا کم سواد و یا عقب افتادگی ذهنی و یا سایر معلولیت ها در وضعیت خاصی به سر می برد، چنین فردی در یک وضعیت نابرابر نسبت به طرف دیگر قرارداد، قرار دارد. در واقع، لزوم غیرمنصفانه قلمداد شدن، خاص وضعیت هایی است که نابرابری معاملی فاحشی به دلیل ناآگاهی یکی از طرفین وجود داشته باشد.

همان گونه که در نظریه ی معقول بودن گفته شد، دو موضوع نامعقول بودن شکلی و ماهوی، این امکان را به دادگاههای نظام کامن لا می دهد تا تقریباً تمام اشکال چانه زنی نابرابر را چاره جویی کنند. بنابراین اگر شروط صراحتاً توسط طرف ملحق شونده پذیرفته شوند در صورتی که در ماهیت خود نامعقول بوده و یا به شیوه های ناعادلانه شکلی، تحمیل شوند ممکن است بی اعتبار اعلام شوند. بنابراین، همه ی این شیوه ها و نظریه ها، ابزاری را در اختیار دادگاهها قرار می دهد تا به شیوه ای کاملاً یقینی از آگاهی و رضایت آزادانه طرف قرارداد مطمئن شوند. این امر در عبارت «مذاکره جداگانه» قابل تشخیص است.

در حقوق ایران، اصل آزادی قراردادی به موجب ماده ی ۱۰ قانون مدنی پذیرفته شده است. بر این اساس، عقد با تراضی واقع می شود و تشریفات خاص ندارد و همین که ایجاب و قبول واقع شد دو طرف عقد، ملزم به رعایت مفاد آن هستند و باید به پیمان خویش احترام گذارند و تعهد ناشی از آن را به اجرا درآورند و دادگاه نیز حق ندارد به بهانه ی اجرای عدالت و انصاف شرایط عقد را تعدیل یا مدیون را از آنچه به عهده دارد معاف نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۴۶). به همین دلیل، متعهد نه تنها باید کاملاً معنای قرارداد را بداند؛ بلکه بتواند رضایت خویش را به گونه ای آزادانه اعلام نماید. رضایتی که نتیجه ی تصمیم گیری از روی آگاهی است. به عبارت دیگر، اعلام اراده با آگاهی و صراحت خود به خود به فرایند چانه زنی میان طرفین قرارداد می انجامد.

در واقع، برای انعقاد قرارداد باید اراده دو طرف وجود داشته باشد و این اراده ها به گونه ای بیان گردند و علاوه بر آن موافق هم باشند تا تراضی که جوهر عقد است شکل بگیرد؛ ولی برای اینکه تراضی نفوذ حقوقی پیدا کند باید اراده ی طرفین سالم و از روی آگاهی و مبتنی بر رضای کامل

باشد. از سوی دیگر، نقش اراده در انعقاد و آثار قراردادها به آزادی دو طرف در تصمیم‌گیری منوط است. اعمال حقوقی به مانند عقد زمانی اعتبار دارد که با اراده‌ی مبنای آن مطابق باشد چراکه نفوذ خود را از آن کسب می‌کند. خمیرمایه‌ی اراده را تصویری فراهم می‌آورد که شخص از واقعیت‌ها پیدا می‌کند. پس هرگاه این تصور به دلایلی با واقع موافق نباشد اراده را معلول می‌سازد و طبیعی است که قصد و رضای مبتنی بر چنین اراده‌ای اثر متعارف را نداشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۹۵). بنابراین، ناآگاهی، فقدان اراده، معیوب بودن اراده یا رضایت طرفین به نوبه‌ی خود با عناوینی چون تدلیس، غبن، اکراه و اشتباه و... سبب بطلان یا عدم نفوذ قرارداد می‌شود. از این رو، بیان شفاف اراده باید به عنوان پیش شرطی برای اعتبار قرارداد تلقی گردد و اصل آزادی قراردادی باید به عنوان فرصتی تلقی گردد که به طرفین برای اتخاذ یک تصمیم آگاهانه در هنگام انعقاد قرارداد داده می‌شود.

چنانچه اشکالات فوق‌الذکر مطرح نباشد، دادگاه به خود اجازه نمی‌دهد در قراردادهای خصوصی افراد دخالت کرده و نقش میانجی در حفظ تعادل قراردادی را ایفا نماید. زیرا فرض بر این است که رضایت طرفین تحت تاثیر اکراه، تدلیس، اشتباه یا غبن حاصل نشده و طرف قرارداد نیز از مشکلات روانی رنج نمی‌برد. هر یک از طرفین قرارداد خود باید با دقت و آگاهی و مهارت و مشورت و اطلاعات تخصصی منافع خویش را حفظ نماید و نباید کس دیگری را به جای متضرر محکوم کرد و با دخالت در قراردادهای خصوصی، حقوق و مسئولیت‌های قراردادی را مختل نمود (شیروی، ۱۳۸۱: ۲).

با این وجود، گاهی شرایط واقعی و از پیش موجود اقتصادی و اجتماعی به هنگام امضای قرارداد، علم متقابل از مفاد قرارداد و مشارکت فعالانه هر دو طرف در انعقاد قرارداد را مخدوش می‌سازد. نابرابری شدید ممکن است فروشنده را به سوء استفاده از موقعیت برتر اقتصادی قراردادی خود ترغیب کند که خود نتیجه‌ی توان چانه زنی طرفین است. در چنین شرایطی خریدار نمی‌تواند اراده‌اش را آزادانه بیان کند. نابرابری در توان چانه زنی چالش مهمی در جمع کردن میان آثار

اجتماعی و اجرای اصل آزادی قراردادی و ضرورت حمایت از خریدار و مصرف کننده ایجاد می کند.

یکی از مباحثی که در اینجا باید بدان پرداخت، قراردادهای الحاقی هستند که از جهت ماهیت جزء عقود به شمار می آیند و مبنای حقوقی و منبع الزام آور آن هم توافق و اراده ی طرفین است. هر چند در قانون مدنی ایران، نامی از قرارداد الحاقی به میان نیامده و از سایر قراردادها تفکیک نشده است، اما در عین حال، قانون مزبور، معامله مضطر را جزء عقود دانسته و آن را صحیح و نافذ شمرده است (ماده ی ۲۰۶ قانون مدنی).

حکم قراردادهای الحاقی را که از مصادیق معاملات اضطراری است بایست در دو فرض مختلف مورد بررسی قرار داد: اگر در این قراردادها صرفاً اضطرار محض در کار بوده؛ ولی طرف مقابل از این شرایط اضطراری سوء استفاده ای نکرده است، یعنی هر چند عرضه کالا و خدمت انحصاری بوده و مفاد و شرایط قرارداد را نیز طرف پیشنهاد کننده ارائه کرده و طرف ضعیف هم نسبت به پذیرش آن اضطرار داشته؛ اما در عین حال شروط غیرمنصفانه و غیر عادلانه ای در آن وجود ندارد و بهای کالا به قیمت متعارف تعیین شده، در این صورت این قراردادها صحیح و نافذ بوده و مجرد عدم توازن اقتصادی میان طرفین یا وجود اضطرار نسبت به قرارداد، به صحت و نفوذ قرارداد خللی وارد نمی کند. زیرا مصلحت ثبات و پایداری معاملات بر سایر مصالح ترجیح دارد و گرنه تعداد زیادی از معاملات روزمره مردم باطل خواهد بود.

در مقابل، اگر علاوه بر اضطرار، مسئله سوء استفاده از اضطرار نیز مطرح باشد، یعنی پیشنهاد-دهنده با سوء نیت از شرایط اضطراری موجود استفاده ناروا ببرد و شروط ظالمانه ای را به طرف ضعیف و مضطر تحمیل کند یا این که خودش باعث ایجاد وضعیت اضطراری گردد تا بتواند از آن بهره برداری ناروا کند، در این گونه موارد، حقوق نمی تواند از کنار این ظلم و اجحاف به سادگی بگذرد.

در حقوق ایران، قانونگذار بسیاری از مواردی که نابرابری معاملی بین طرفین قرارداد وجود دارد تحت مقررات قانون موضوعه آورده است. در واقع، عدم ضرورت ایجاد یک قاعده ی کلی توسط

دادگاهها تا حدی به این واقعیت مربوط می‌شود که قانونگذار در موارد مورد نیاز دخالت نموده و نیازی نبوده که قاعده کلی دیگری برای حمایت از طرف ضعیف و دخالت در قراردادهای خصوصی وضع نماید. بنابراین در مواردی که قانون موضوعه وجود داشته باشد دادگاهها بر این مبنا رای خواهند داد ولی در باره سایر موارد نسبت به قراردادهای خصوصی بایستی محتاط بود (شیروی، ۱۳۸۱: ۸).

اگر شرط غیرمنصفانه‌ای در قرارداد گنجانده شود که با توجه به قواعد کلاسیک حقوقی بسته به مورد به دلیل غبن، اکراه، عدم مشروعیت و... معتبر نباشد بحثی در این مورد وجود ندارد. اما، اگر شرط غیرمنصفانه با توجه به کلیه‌ی اصول حاکم، صحیح و معتبر باشد و نتوان به آن از این لحاظ خدشه ای وارد کرد پس مبنای ماده‌ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی و توجیه آن چگونه است؟ صرف نابرابری چگونه می‌تواند شرط را از اعتبار بیندازد در حالی که در هر قراردادی احتمال سود و زیان می‌رود و طرفین با چنین قصدی وارد معامله می‌شوند؟

اگر مصرف کننده‌ای بدون مشارکت یا ملاحظه و آگاهی از متن شروط، اقدام به انعقاد قرارداد مصرف با تامین کننده کند و به علت وجود شروط غیر منصفانه مدعی بطلان و بی اعتباری آن شود، تنها در صورتی این شرط غیرمنصفانه است که نابرابری‌های عمده در حقوق و تعهدات طرفین به زیان مصرف کننده ایجاد نماید و اینکه مدعی بتواند خلاف آگاهی خویش را از متن قرارداد اثبات نماید. از نقطه نظر اثباتی، در صورت وجود ظهور بر اطلاع مصرف کننده به اطلاع از مفاد شرط، نامبرده مطلع از مفاد شرط فرض می‌شود. اما در صورت عدم ظهور موصوف، اثبات جداگانه مورد مذاکره واقع نشدن شرط به عهده‌ی کسی است که مدعی آن بوده و می‌خواهد از آن استفاده نماید. بدیهی است که شخص مزبور کسی نیست جز مصرف کننده. با توجه به اصل عدم جداگانه مورد مذاکره واقع شدن شرط، مدعی که خلاف این اصل را ادعا می‌کند باید دلیل بیاورد.

به نظر می‌رسد در قرارداد الکترونیکی چون معامله از طریق الکترونیکی انجام می‌شود احتمال اشتباه و ناآگاهی و ضرر مصرف کننده بسیار محتمل است و قانونگذار برای نظم بخشیدن به این گونه معاملات، ناآگاهی و اشتباه و جهل مصرف کننده را مفروض دانسته تا هم قواعد کلاسیک را

زیر پا نگذارد و هم از حقوق مصرف کننده حمایت کرده باشد و به این گونه معاملات نظم بخشد. با این تفسیر به نظر می رسد اگر فروشنده به گونه ای کاملاً یقینی مثلاً با اقرار مصرف کننده، ثابت کند که وی (مصرف کننده) آگاه بوده است و خودش نابرابری را به خاطر مصلحتی کاملاً شخصی همانند قراردادهای غیرالکترونیکی پذیرفته باشد و احتمال مخالفت شرط غیرمنصفانه با هیچ یک از قواعد سنتی حقوق قراردادهای وجود ندارد، می تواند نفوذ شرط را به آن برگرداند.

این نظر به راحتی از مواد ۳۴ به بعد و به ویژه ماده ی ۳۷ قانون تجارت الکترونیکی قابل برداشت است. قانونگذار نگران این موضوع بوده است که مبادا این معاملات که بدون حضور طرفین است، وسیله ی تخلف از قواعد اساسی معاملات گردد و ناآگاهی ای موجب شود که طرفین به آنچه اراده کرده اند، نرسند. لزوم ارائه ی اطلاعات موثر در ماده ی ۳۴ و اعطای حق فسخ هفت روزه، همه، مقدمات و راه هایی است که قانونگذار می خواسته جهل را برطرف کند و حتی به این هم قانع نشده و حق فسخ را پیش بینی کرده است. علاوه بر این، شرط غیرمنصفانه که مورد مذاکره قرار نگرفته را نامعتبر اعلام نموده تا راه هرگونه تخلف و ناآگاهی را ببندد.

ممکن است سوال شود حال اگر مبنا فرض جهل و ناآگاهی است چرا فقط به نفع مصرف کننده یا همان خریدار است؟ البته اطلاق ماده ی ۴۶ در کنار فرض عدم آگاهی، می تواند مؤید این نظر باشد که فروشنده نیز اگر شرط غیرمنصفانه به ضرر او باشد می تواند از حمایت قانونگذار برخوردار شود. هرچند ماده ی ۴۶ در مبحث حمایت از مصرف کننده آمده است، به این معنا نیست که فقط از خریداری که حمایت می کند، شرط برای او مضر است. زیرا دلیل حمایت قانون از مصرف کننده ناظر به مورد غالب است. به عبارت دیگر، چون غالباً مصرف کننده امکان آگاهی ندارد و فروشنده به قراردادی که پیشنهاد می دهد و شرایط آن آگاه است، حکم قانونگذار به نفع خریدار انشاء شده است. اما مواردی هم می شود تصور کرد که فروشندگان در معامله ای واقع می شوند که خریدار آن طرف قوی تر محسوب می شود و ممکن است در نتیجه ناآگاهی فروشنده، شرطی غیرمنصفانه در قرارداد گنجانده شود و این برخلاف غالب است. در واقع، نابرابری به تنهایی مبنا نیست؛ بلکه مبنا، جهل و ناآگاهی ای است که قانون فرض کرده و اینکه جهل به نفع چه کسی است در اینجا از

طرفی حمایت می‌شود که ضعیف تر است. این هم بر اساس ظاهر و غلبه است که قوی تر از شرایط آگاه است و ضعیف تر احتمال دارد ناآگاه باشد. چون غالباً ضعف در طرف خریدار و مصرف کننده مشاهده می‌شود پس به نام حمایت از مصرف کننده شهرت دارد که این نام ناشی از غلبه است و مانع این نیست که فرض ناآگاهی به نفع فروشنده به کار گرفته شود. در واقع از لحاظ منطقی و هم از لحاظ حقوقی، علت عدم اعتبار و مبنای شروط غیر منصفانه جهل مفروض است ولی اینکه این فرض به نفع چه کسی اعمال خواهد شد از ملاک و معیار نابرابری استفاده می‌شود. در نتیجه، آنچه که می‌تواند شرط را باطل کند طبق نظر قانون، جهل است نه نابرابری و نابرابری تنها تعیین می‌کند که این بطلان به نفع چه کسی است، آن هم به صورت غلبه. یعنی غالب این است که ضعیف تر ناآگاه بوده و شرط غیر منصفانه را قبول کرده است و خلاف آن نیز قابل اثبات می‌باشد.

۲-۲- گستره‌ی عدم نفوذ شرط غیر منصفانه در حقوق ایران

پس از شناسایی مفهوم شرط غیر منصفانه و بررسی مبنای عدم نفوذ این شرط باید به این سوال پاسخ داده شود که ماده‌ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی علاوه بر قراردادهای الکترونیکی، قابل سرایت به تمام عقود است یا خیر؟ اگر مبنای عدم نفوذ چنین شروطی فرض عدم آگاهی باشد در واقع هدف عمده‌ی قانونگذار تنها حمایت از مصرف کننده نبوده است؛ بلکه علاوه بر آن به دنبال اطمینان از اجرای درست قواعد کلاسیک حقوق قراردادها، به قراردادهای الکترونیکی بوده است که هر لحظه احتمال اشتباه و غبن و اکراه و ... در آن می‌رود. با این تفسیر، اگر معنای شرط غیر منصفانه را شرط موجب نابرابری فاحش بدانیم که مذاکره جداگانه و مستقل در آن مفقود است، ماده‌ی ۴۶ مذکور در مقام بیان یک قاعده‌ی کلی نیست که قابل سرایت به تمامی قراردادها باشد و تنها به قراردادهای تجارت الکترونیکی اختصاص دارد.

علاوه بر این، قانون تجارت الکترونیکی در مقایسه با قانون مدنی، قانون خاص محسوب می‌شود و قانون خاص فقط در مورد مصادیق خود قابل اعمال است. به عبارت دیگر، اصل بر این است

که در مورد قراردادهای و شروط ضمن آن، قانون مدنی اعمال شود مگر در موارد خاص مانند قانون تجارت الکترونیکی در باب شروط غیرمنصفانه.

علاوه بر این دو دلیل، دلایل دیگری نیز می‌توان به این شرح ارایه نمود؛

- قانون تجارت الکترونیکی در ماده ی ۱ خود در قلمرو و شمول قانون مذکور صراحتاً بیان می‌کند که «این قانون مجموعه اصول و قواعدی است که برای مبادله ی آسان و ایمن اطلاعات در واسطه‌های الکترونیکی و با استفاده از سیستم‌های ارتباطی جدید به کار می‌رود». خود قانون قلمرو شمول خود را فقط مقید به واسطه‌های الکترونیک و با استفاده از سیستم‌های ارتباطی جدید بیان می‌کند یعنی در قراردادهای الکترونیکی؛ حال چه با اینترنت باشد یا پیامک، ولی قراردادهای سنتی را در بر نمی‌گیرد.

- ماده ی ۴۷ قانون تجارت الکترونیکی مؤید عدم سرایت ماده ی ۴۶ به قراردادهای غیرالکترونیکی است. وفق ماده ی ۴۷ «در معاملات از راه دور آن بخش از موضوع معامله که به روشی غیر از وسائل ارتباط از راه دور انجام می‌شود مشمول مقررات این قانون نخواهد بود».

- مواد ۳۴ و ۳۵ و ۳۶ و ۳۷ در ذیل باب سوم پیش‌بینی شده است. باید دید چرا قانونگذار فروشندگان را ملزم به ارائه‌ی اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری خریدار می‌کند؟ اگر مبنای این مواد نابرابری بود دیگر لزومی به تاکید نبود. چون اگر نابرابری حاکم باشد چه فروشنده اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری را بدهد یا ندهد باید شرط غیرمنصفانه باطل باشد هرچند قبلاً مورد مذاکره قرار گرفته باشد. این خود دلیلی است بر اینکه نابرابری به عنوان مبنای ماده ی ۴۶ تلقی نمی‌شود. چراکه در این موارد اگر تمام این شرایط رعایت شود درواقع طبق دستورالعمل اتحادیه ی اروپا شرط غیرمنصفانه‌ای که باطل باشد به وجود نمی‌آید هرچند طرفین نابرابر باشند.

نتیجه‌گیری

شرط غیرمنصفانه شرط موجب نابرابری فاحشی است که مذاکره‌ی جداگانه و مستقل در آن مفقود است. فقدان مذاکره می‌تواند ناشی از عدم توانایی خریدار در تغییر مفاد قرارداد در قراردادهای استاندارد باشد یا اینکه عدم آگاهی ماهوی یا شکلی در مواردی که قرارداد امضا می‌شود وجود داشته باشد.

وقتی خریدار به امضای قرارداد مبادرت می‌ورزد و قرارداد منعقد می‌گردد، فرض بر این است که با آگاهی کامل از مفاد آن، به چنین قرارداد نابرابری تن داده است. طبق اصول حقوق قراردادهای در تمام نظامهای حقوقی، هر شخصی آزاد است به هرگونه‌ای که تمایل دارد به انعقاد قرارداد مبادرت ورزد. یکی از خصوصیات قراردادهای معاوضی، تلاش طرفین برای به دست آوردن سود بیشتر در جریان چانه زنی است. در واقع، ماهیت این گونه قراردادهای بر این اصل استوار است اما، بازار، همیشه این آزادی و برابری را در مذاکرات و چانه زنی در اختیار همه اطراف عقد قرار نمی‌دهد. در نتیجه، زمینه را برای سوء استفاده برخی از فروشندگان فراهم نموده تا شرایط خویش را بر طرف دیگر قرارداد، تحمیل نمایند و از این طریق، زیان فاحشی را به خریدار ضعیف وارد می‌سازند. دادگاهها بی تردید این نابرابری را می‌فهمند و از آن رنج می‌برند؛ اما مانعی بر سر راه دادگاهها وجود دارد تا بتوانند به حمایت از خریدار مبادرت ورزند. قرارداد معتبر و امضای خریدار ذیل آن، دلیل بر آگاهی وی بر وجود چنین شروط غیرمنصفانه‌ای است. به همین دلیل، در نظامهای حقوقی و در نظریه‌های مطرح شده در جهت حمایت از خریدار ضعیف بر نقص آگاهی وی و تلاش برای استفاده از این حربه تاکید می‌شود.

اگر مصرف‌کننده‌ای بدون مشارکت یا ملاحظه و آگاهی از متن شروط، اقدام به انعقاد قرارداد مصرف با تامین‌کننده کند و به علت وجود شروط غیرمنصفانه مدعی بطلان و بی اعتباری آن شود، تنها در صورتی این شرط غیرمنصفانه است که نابرابری‌های عمده در حقوق و تعهدات طرفین به زیان مصرف‌کننده ایجاد نماید و اینکه مدعی بتواند خلاف آگاهی خویش را از متن قرارداد اثبات نماید. از نقطه نظر اثباتی، در صورت وجود ظهور بر اطلاع مصرف‌کننده به اطلاع از مفاد شرط،

نامبرده مطلع از مفاد شرط فرض می شود. اما در صورت عدم ظهور موصوف، اثبات جداگانه مورد مذاکره واقع نشدن شرط به عهده ی کسی است که مدعی آن بوده و می خواهد از آن استفاده نماید. بدیهی است که شخص مزبور کسی نیست جز مصرف کننده. با توجه به اصل عدم جداگانه مورد مذاکره واقع شدن شرط، مدعی که خلاف این اصل را ادعا می کند باید دلیل بیاورد.

به نظر می رسد در قرارداد الکترونیکی چون معامله از طریق الکترونیکی انجام می شود احتمال اشتباه و ناآگاهی و ضرر مصرف کننده بسیار محتمل است و قانونگذار برای نظم بخشیدن به این گونه معاملات، ناآگاهی و اشتباه و جهل مصرف کننده را مفروض دانسته تا هم قواعد کلاسیک را زیر پا نگذارد و هم از حقوق مصرف کننده حمایت کرده باشد و به این گونه معاملات نظم بخشد. با این تفسیر به نظر می رسد اگر فروشنده به گونه ای کاملاً یقینی مثلاً با اقرار مصرف کننده، ثابت کند که وی (مصرف کننده) آگاه بوده است و خودش نابرابری را به خاطر مصلحتی کاملاً شخصی همانند قراردادهای غیرالکترونیکی پذیرفته باشد و احتمال مخالفت شرط غیرمنصفانه با هیچ یک از قواعد سنتی حقوق قراردادها وجود ندارد، می تواند نفوذ شرط را به آن برگرداند.

این نظر به راحتی از مواد ۳۴ به بعد و به ویژه ماده ی ۳۷ قانون تجارت الکترونیکی قابل برداشت است. قانونگذار نگران این موضوع بوده است که مبدا این معاملات که بدون حضور طرفین است، وسیله ی تخلف از قواعد اساسی معاملات گردد و ناآگاهی ای موجب شود که طرفین به آنچه اراده کرده اند، نرسند.

فهرست منابع

الف: فارسی

- شیروی، عبدالحسین، «نظریه غیرمنصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن لو»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال چهارم، شماره چهاردهم، ۱۳۸۱.
- صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، میزان، تهران، ۱۳۸۲.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار، چاپ ۱۱، تهران، ۱۳۸۵.
- قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، تهران، ۱۳۸۳.
- کاظم پور، جعفر، «بررسی تطبیقی حمایت از طرف ضعیف قرارداد»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۱، ۱۳۸۹.
- کریمی، عباس، «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها»، مجله پژوهشهای حقوقی، شماره ۱، ۱۳۸۱.
- محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوم، تهران، ۱۳۹۰.

ب: انگلیسی

- Beatson, J., Ansons, Law of Contracts, New York, Oxford University Press, 1998.
- Chissick and Kelman, Electronic Commerce Law and Practice, 2th edition, Sweet & Maxwell, London, 2000.
- Gorla, Gino, Standard Conditions and Form Contracts in Italian Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 11, No. 1, winter, 1962.
- Hondins, Ewound, EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Towards a European Law of Contract, Journal of Contract Law. Vol.7, 1993.
- Medhurst, David, A Brief Guide to EU Law, Blackwell Publishing, England, 2001.

- Rakoff, Todd D., Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction, 96 Harvard Law Review, 1983.
- Slawson, W. David, Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power, 84 Harvard Law Review, 1970.
- Treitel, G.H., The Law of Contract, 11th edition, Sweet & Maxwell, London, 2003.

