

فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: ۷۸۸۶۴ Article Cod: Y6SH19A3003 ISSN-P: 2538-3701

بررسی آثار شروط ناعادلانه قراردادی در عقود و قراردادها

(تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۰۷/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۱۲/۱۸)

عبدالرضا محمدحسینی حاجی ور

چکیده

شروط غیرعادلانه، شروطی هستند که سبب عدم تعادل فاحشی در حقوق و تعهدات طرفین قرارداد شوند که با به کارگیری آن شروط، سبب ضرر به طرف دیگر می شوند و مصادیق آن در قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳، قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان مصوب ۱۳۸۸، همچنین قراردادهای کاری در قانون کار و در اجرای قاعده غبن مشهود است. توضیح غیرعادلانه بودن به ویژه در قراردادی که برای دو طرف سودمند است، بسیار دشوارتر از حد تصور است. اما مبهم ماندن این مفهوم برای شهروندان و همچنین دست اندرکاران عدالت قضایی سودمند نیست، حتی نمی توان از پیامدهای ناخوشایند آن گذشت؛ زیرا، مبهم ماندن مفهوم این واژه، می تواند موجب شود قراردادهای صحیح توسط دادگاه نادیده گرفته شود و از سویی دیگر توسعهی اختیارات قضات، راه را برای اعمال سلیقه های شخصی و سوء استفاده های احتمالی و گسترده گشوده و سستی اصل استواری قراردادها را موجب می شود. در حقوق ایران درخصوص شروط ناعادلانه به صراحت (تعریفی) بحث نشده است. نهایتاً باید توجه داشت از آنجایی که وجود شروط ناعادلانه منجر به نارضایتی و بی عدالتی و بی نظمی در روابط اقتصادی، حقوقی و اجتماعی مردم می گردد، لذا بایستی قراردادهایی که مشتمل بر شروط ناعادلانه است در برخی موارد باطل و در برخی موارد منحل یا تعدیل گردند چرا که اگر چنین اتفاقی نیفتد عدالت که اساس حکومت است از بین می رود.

واژگان کلیدی: عدل و عدالت، شروط ناعادلانه، بطلان عقد، شرط مبطل، طرفین عقد

بخش اول: کلیات

بدون تردید، یکی دیگر از منابع قانونی قابل توجه در خصوص قراردادهای غیرعادلانه در حقوق ایران، الف) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. قسمت «ط» ماده‌ی ۴۵ این قانون، یکی از مصادیق رفتارهای ضد رقابتی موضوع این ماده را سوء استفاده از وضعیت اقتصادی مسلط اعلام کرده است. موضوعی که تا قبل از آن صرفاً در قوانین عربی، با عنوان «قدرت نابرابر چانه‌زنی یا معاملی» مطرح بوده است. در این بخش از ماده، شش مصداق برای سوء استفاده از این موقعیت مسلط و برتر، احصا شده است که یکی از آنها تحمیل شرایط قراردادی غیرعادلانه است. ب) در بند ۵-۱ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸، یکی از مؤلفه‌های غیرعادلانه بودن قرارداد، تحمیل شروط غیرعادلانه اعلام و به عنوان «تبانی» معرفی و به موجب ماده‌ی ۸ همین قانون واحد وصف مجرمانه دانسته شده است. به رغم آنچه گفته شد و با وجود آن که در برخی قانونگذاری‌های اخیر به طور پراکنده رگه‌هایی از نفوذ نظریه‌ی غیرعادلانه بودن قرارداد به قوانین داخلی ملاحظه می‌شود، در هیچ یک از این قوانین مؤلفه‌های غیرعادلانه یا غیرعادلانه بودن مطرح و تبیین نشده است. ج) یکی از قوانین شاخصی که می‌توان در آن، نفوذ نظریه‌ی غیرعادلانه بودن را در حقوق ایران به صراحت به نظاره نشست، قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ است که ترجمه‌ای از قانون دریایی فرانسه می‌باشد. ماده‌ی ۱۷۸ این قانون، در تعیین معیار اجرت عملیات نجات دریایی، نخستین مبنا را قرارداد طرفین می‌داند؛ هرگاه به هر دلیلی قراردادی منعقد نشده باشد، مبلغ اجرت نجات دهنده یا عوامل نجات، توسط دادگاه تعیین خواهد شد. در ماده‌ی ۱۷۹ این قانون نیز آمده است: «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل 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 به نسبت خدمات انجام یافته، فوق‌العاده زیاد یا کم است، دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین، قرارداد را تغییر داده یا بطلان آن را اعلام نماید.» با تحلیل ماده‌ی فوق در می‌یابیم که برای دخالت دادگاه در قرارداد نجات دریایی، لازم است قرارداد غیرعادلانه تشخیص داده شود؛ چنین تشخیصی منوط بر آن است که اولاً، قرارداد حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده باشد؛ ثانیاً، رضایت یکی از طرفین در نتیجه‌ی خدعه و یا اغفال جلب شده باشد؛

ثالثاً، عدم تعادل عوضین قرارداد گراف باشد و رابعاً، این شرایط از سوی دادگاه احراز شود. (د) همان گونه که پیشتر نیز گفته شد، قانونگذار ایران در قانون مدنی با تبعیت از آراء فقهای امامیه، خیار غبن را به عنوان یکی از موارد فسخ قرارداد در نتیجه‌ی برهم خوردن تعادل عوضین، به رسمیت شناخته است. قانونگذار ایران از یک سوی، در مواد ۴۱۶ و ۴۱۷ قانون مدنی، به آگاهی مغبون از قیمت موضوع معامله و از سوی دیگر به برابری و تعادل عوضین توجه نموده است. نکته‌ی قابل ذکر در خصوص نابرابری فاحش عوضین در این است که معیار سنجش این نابرابری زمان انعقاد قرارداد است. یعنی باید این برابری به هنگام تراضی ارزشیابی شود. واقعیت این است که هیچ کس از آینده آگاه نیست؛ هر کس توقع دارد که روند حرکت آینده به سود او ختم شود. مالی را که خریده است؛ افزایش قیمت پیدا کند و حس زیاده‌خواهی وی بیشتر تأمین گردد؛ هر چند قانونگذار ایران از این حکم در قانون مدنی ایران غفلت نموده است، اما آنچه از مجموع نظرات فقها استنباط می‌شود، این است که غبن در زمان معامله قابل محاسبه است. دیگر این که یکی از شرایط تحقق غبن، عدم اطلاع مغبون از قیمت واقعی عوض است. این مبنا در قانون مدنی مورد توجه قرار گرفته است؛ به موجب ماده‌ی ۴۱۸ این قانون: «اگر مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادلانه بوده است خیار فسخ نخواهد داشت». مشهور نظریه‌ی فقهای امامیه نیز همین است. اگر مبنای خیار غبن، یابکی از مبنای آن، جلوگیری از ضرر وارد بر مغبون تلقی شود (قاعده‌ی لا ضرر)، اطلاع مغبون از قیمت واقعی مبیع، می‌تواند جایگاه خیار غبن را به دلیل وجود قاعده‌ی اقدام، سست و قاعده‌ی اخیر را بر آن حاکم نماید. ماده‌ی ۴۱۸ مذکور که اطلاع از تفاوت فاحش را موجب عدم تحقق خیار غبن می‌داند، نشانگر نفوذ و تأثیر نظریه‌ی شخصی بودن معیار غبن در حقوق ایران است؛ این اگر یادگار تأثیر نظریه‌ی فقهای است که غبن را از عیوب تراضی می‌دانسته اند. (ه) در قراردادهای کاری، شروطی که خطر کاری محسوب شده و حدود مسئولیت کارفرما را بیان می‌کنند، موضوع ارزیابی ما در مورد شروط غیرعادلانه نیستند، چرا که این گونه شروط و محدودیت‌ها در حق کاری که کارگزار باید بپردازد، محاسبه می‌شوند. به عبارتی در ارزیابی شروط غیرعادلانه، شروطی که در مقام بیان محدوده‌ی موضوع قرارداد یا درصد تعیین میزان قیمت متناسب با مقدار، نوع و کیفیت خدمات ارائه شده اند، مشمول ارزیابی قرار می‌گیرند، مشروط بر آن که این شروط به طور واضح و قابل فهم تنظیم شده باشند. پس از ذکر این نکته به مواردی که در قرارداد های کاری دیده می‌شوند و جزو شروط غیر عادلانه تلقی شده اند، اشاره می‌شود:

- ۱- شروطی که کارگزار را گمراه می‌کنند. این دسته شامل شروطی می‌شوند که کارگزار فرصت کافی برای آشنایی قبلی با آنها را قبل از انعقاد قرارداد ندارد، مانند آنجا که اوراق کاری و پیوست‌های آن بسیارند و کارگزار فرصت معقول و کافی برای آشنایی و مطالعه تمام مفاد قرارداد ندارد. در این دسته شروطی که تعهدات کارفرما را در رابطه با تعهدات پذیرفته شده توسط نمایندگان شان محدود می‌کنند نیز قرار می‌گیرد.
- ۲- شروطی که سبب عدم تعادل فاحش در تعهدات قراردادی طرفین می‌شوند. مانند شروطی که به طور نامناسبی حقوق قانونی، کاری شده، را محدود می‌کنند یا شروطی که بیمه‌گذار را در مقابل عدم اجرای جزیی تعهدات کارفرما، مکلف به اجرای قرارداد می‌کند.
- ۳- شروطی که برای جبران خسارت وارد شده به کارگزار مانع ایجاد می‌کنند. این دسته شامل شرط هایی هستند که کارگزار را از اقامه دعوا یا اجرای هرگونه جبران حقوقی دیگر محروم می‌کنند.
- ۴- شروطی که به کارفرما حق خاتمه دادن به قرارداد را می‌دهد، در مواردی که این حق به کارگزار داده نشده است؛
- ۵- شروطی که به کارفرما اجازه می‌دهد، مبلغ پرداختی توسط کارگزار را برای خدماتی که هنوز ارائه نشده، در صورت انحلال قرارداد توسط آنها نزد خود نگه دارد.
- ۶- شروطی که حق خاتمه دادن به قرارداد را بدون هیچ علت قانونی به کارفرما می‌دهد. در واقع شروطی که حق فسخ را به کارفرما در مدتی نامشخص و بدون اطلاع‌رسانی متعارف جز در مواردی که دلایل اساسی برای انجام چنین کاری وجود داشته باشد، می‌دهد.
- ۷- شروطی که به کارفرما حق تغییر مفاد قرارداد را به صورت یک جانبه و بدون دلیل موجه می‌دهد، مانند شروطی که به کارفرما حق افزایش حق کاری را در طول یک دوره ی پوشش می‌دهد؛
- ۸- شروطی که کارفرما را موظف می‌کند در صورت نقض قرارداد، مبلغ زیادی را به عنوان

خسارت پرداخت کند.

۹- شروطنی که حق تفسیر انحصاری شروط قرارداد را به کارفرما می‌دهد.

بخش دوم: بررسی آثار شروط ناعادلانه در فرض بطلان قرارداد

هر عقد که واجد شرایط ماهوی یا تشریفاتی مقرر نه باشد باطل است، بالنتیجه آثاری بر آن عقد مترتب نخواهد بود. هر گاه در انجام عقدی یک قاعده قانونی رعایت نشود ضمانت اجرای این تخلف بطلان و عدم تاثیر آن عقد است. (شهیدی، ۱۳۷۹، ۴۷) نباید این شائبه را به میان آید که ضمانت اجراء باید حتماً جنبه جزائی داشته باشد. گرچه عده ای از علماء حقوق را عقیده بر آن است که ضمانت اجرا عبارت از تنبیه بدنی است که به مناسبت نقض یک قاعده قانونی اعمال می‌شود. البته این تعبیر برای ضمانت اجراء صحیح نیست چه ممکن است فشار مالی به عنوان ضمانت اجرا بر فردی وارد آید که آثار روحی آن به مراتب شدیدتر از یک جزای بدنی باشد. حتی اشخاصی هستند که از لحاظ علاقه ای که به مال دنیا دارند حاضرند در موقع تحمل مجازات جان خود را بدهند ولی چیزی از مال خود را به عنوان جریمه از دست ندهند. برای درک بهتر مفهوم ذهنی ضمانت اجرا تعریف ساده حقوقی آن را در نظر می‌گیریم: ضمانت اجرا نتیجه یک قاعده حقوقی است. این ضمانت اجرا یک واکنشی ایجاد می‌نماید، یعنی بطور کلی یک واقعه ناگواری را برای مسبب نقض قاعده پیش می‌آورد. در صورت لزوم ممکن است که این ضمانت اجرا از طرف نیروی عمومی (قدرت دولتی) تحمیل شود، ضمانت اجرا تعریف ساده حقوقی آن را در نظر می‌گیریم: ضمانت اجرا نتیجه نقض یک قاعده حقوقی است. این ضمانت اجرا یک واکنشی ایجاد می‌نماید، یعنی بطور کلی یک واقعه ناگواری را برای مسبب نقض قاعده پیش می‌آورد. در صورت لزوم ممکن است که این ضمانت اجرا از طرف نیروی عمومی (دولتی) تحمیل شود، ضمانت اجراء مذکور به وسیله یک قاعده حقوقی تعیین می‌گردد. تئوری حقوقی غالباً کلمه اجبار را دو مورد همین ایده استعمال می‌کند، مع هذا هر وقتی از کلمه اجبار صحبت می‌کنند موضوع عبارت از الزام یک نفر متخلف به انجام آن تعهدی است که از اجراء آن امتناع دارد. در صورتی که اصطلاح ضمانت اجرا اکثراً به موردی اختصاص دارد که نمی‌توان ملتزم را مجبور کرد بلکه فقط می‌توان تحت اشکال دیگری نتایج رفتار غیر قانونی او را بر او بار کرد. فی الواقع منظور از ضمانت اجرا اعمال یک فشاری بر اشخاص مسئول در قبال مقام قضائی است تا بدین

ترتیب اولاً آنها اطاعت از حقوق بنمایند ثانیاً آثار یک روش مخالف حقوق را خنثی یا جبران کنند. به هر صورت با در نظر گرفتن مفهوم ذهنی ضمانت اجرا می توان گفت که بطلان طبیعت مجازات یا جنبه تاوان را دارد. به طوری که گفته شد بطلان عقد همان ضمانت اجرای عدم اند، (شهیدی، ۱۳۷۹، ۶۴) چنان که آقای دکتر شایگان درباره ی این موضوع در کتاب حقوق مدنی خود (در صفحه ۱۵۲- پاراگراف ۱۹۳) تحت عنوان اشکال سوم چنین می نویسند: اشکال سوم ناشی از خود بطلان و عدم نفوذ نیست بلکه ناشی از امر دیگری است که در نتیجه بطلان و عدم نفوذ را مغشوش می سازد. توضیح آن که قانونگذار جلد اول قانونی مدنی عدم اهلیت را برخلاف فقها غیر از حجر دانسته اند یعنی منع تصرف در اموال را در مورد صغیر و سفه و مجنون عدم اهلیت و در سایر موارد حجر خوانده اند به این دلیل است که ماده ۲۱۲ می گوید: معامله با اشخاص که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند بواسطه عدم اهلیت باطل است. ماده ۲۱۳ می گوید: معامله محجورین نافذ نیست. در جلد سوم قانونگذار تغییر اصطلاح داده و صغر و سفه و جنون را از موارد حجر شمرده چنان که ماده ۱۲۰۷ می گوید: اشخاص ذیل محجور و از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند:

۱- صغار

۲- اشخاص غیررشید

۳- مجانین

حق هم همین است زیرا حجر اعم است از صغر و سفه و جنون و غیره (در فقه حجر بر صغر و سفه و جنون و فلس ورق و مرض) یعنی مرض و موت اطلاق می شود. این نکته را متذکر می شویم که قانون مدنی ایران مانند بعضی از کدهای اروپائی از قبیل (کد) قانون مدنی و تعهدات سوئیس (که فی الواقع دو کد محسوب می شوند) بر مبنای یک سیستم علمی تنظیم نشده است برای آگاهی خوانندگان توضیح می دهد که قانون تعهدات سوئیس به دو قسمت تقسیم شده است: قسمت عمومی و قسمت خصوصی. (اسکینی، ۱۳۷۷، ۱۱۱) قسمت عمومی آن، از ۱۸۳ ماده تشکیل شده که مربوط به مفاهیم ذهنی کلی از قبیل تعریف عقد، اشتباه، حسن نیت، عادت، بطلان، فسخ، اثرات تعهد، اجراء تعهد و غیره می باشد. ماده ۲۰ قانون تعهدات سوئیس (قسمت عمومی) که عنوان حاشیه آن کلمه بطلان است (واحدی، ۱۳۷۸، ۱۵۶) چنین اشعار می دارد: اگر موضوع عقدی غیرممکن یا غیرمشروع یا مخالف

اخلاق باشد آن عقد باطل است. اگر بعضی از شروط عقد معلول باشد همان شرایط باطل خواهند بود مگر آنکه قبول شود که آن عقد بدون آن شرایط منعقد نمی‌شد «بنابراین ماده مذکور که تحت عنوان «بطلان» در قانون تعهدات درج شده، قانون عاملی است که در تمام موارد خاص اعمال می‌شود. البته ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران هم شرایطی برای صحت معامله ذکر کرده است ولی تحت عنوان خاص «بطلان» ماده ندارد و مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ هم که فوقاً ذکر گردید به قدری مبهم است که ایجاد اشتباه و زحمت برای قضات و وکلا نموده است. مسائلی که دنبال مسئله بطلان ممکن است طرح شوند چنین اند: که آیا عقد باطل وجود دارد یا خیر و چه کسی می‌تواند تقاضای ابطال عقد باطل را بنماید و در چه مدتی این تقاضا امکان دارد آیا ممکن است عقد باطل را با یک عمل بعدی معتبر کرد یا اینکه بطلان به طور کلی موجب محو آثار کلیه عقد می‌شود.

بند اول: تفاوت بطلان از عدم نفوذ

عده ای را عقیده بر آن است که عقد باطل اصلاً وجود ندارد چنان که تقریباً این معنی از کتاب حقوق مدنی آقای دکتر شایگان هم مفهوم می‌شود: یک عقد باطل اگر از لحاظ قانون و اصول حقوق وجود ندارد ولی یک وجود ظاهری داشته و گاهی هم عملاً به مورد اجرا گذارده شده یا شروع به اجراء شده است. بهترین دلیل بر موجودیت ظاهری عقد باطل آن است که دادگاه باید اظهارنظر بر بطلان آن بنماید و هیچ یک از متعاقدين حق ندارند پیش خود آن را باطل اعلام نمایند. نمی‌توان تصور کرد آن عقدی که بواسطه فاقد بودن یکی از عناصر اصلی عقد از قبیل عدم رضایت یکی از متعاقدين یا منتفی بودن موضوع معامله باطل است اصلاً وجود ندارد.

بند دوم: وضعی که در اثر عقد باطل بالفعل موجود است

مادامی که حکم دادگاه در مورد بطلان عقد صادر نگردیده اوضاع حاصله از عقد باطل بالضروره بالفعل وجود دارد، مثلاً اگر موضوع عبارت از بیع است فروشنده شیئی را تسلیم کرده و خریدار قیمت را پرداخت نموده است، اگر موضوع عبارت از اجازه است موجر ملک غیرمنقول را تحویل داده مستاجر مال الاجاره را پرداخته است، اگر موضوع عبارت از یک شرکت است شرکت اداره شده و شرکاء منافع حاصله را تقسیم کرده اند. بنابراین بطلان به منزله نفی شناسایی قانونی این وضع موجود است که با وجود عقد باطل هنوز ادامه دارد.

بند سوم: بطلان یا معتبر کردن بعدی یک عقد

گرچه بطور کلی قانون عطف به ماسبق نمی کند ولی ممکن است مواردی پیش آید که نفع عموم اقتضا کند که عقد صحیحی باطل شود مثل آنکه قانون جدیدی وضع شود که موجب بطلان یک عقدی گردد که براساس قانون قدیم منعقد شده است. برعکس ممکن است که یک عقدی از مبنا باطل باشد لکن بعدا معتبر شود. مثل آن موردی که قانون جدید نهی قانون قدیم را از بین می برد و اعمال قانون جدید در مورد عقد باطل به لحاظ یک سیاست قضایی (مساعدت به متعاقدين) است. همچنین است در موردی که شرایط مفقود در موقع تشکیل عقد بعدا ایجاد شود. به نحوی که قبلا متذکر شدیم بعضی اوقات ممکن است که یک شرط از شروط عقد باطل باشد در این صورت خود این شرط باطل است نه تمام عقد، مگر آنکه آن شرط قاطع عقد باشد یعنی عقد به مناسبت آن شرط منعقد شده باشد در این صورت اصل عقد باطل است. (ماده ۲۳۲ ق م) موارد کلی بطلان (به معنای عام) عبارت است از:

- ۱- فقدان یا معلولیت رضا
- ۲- عدم اهلیت یا حجر
- ۳- نقض قواعد تشریفاتی در موارد اجباری
- ۴- غیر موجود بودن و غیر ممکن بودن موضوع
- ۵- غیر مشروع و غیر اخلاقی بودن موضوع
- ۶- تعهد بدون جهت یا غیر مشروع و غیر اخلاقی بودن جهت آن

بطلان یک تفکیک کلاسیک دارد که آن بطلان نسبی و بطلان مطلق است: بطلان مطلق ضمانت اجراء نقض قانون است و هر شخص ذینفعی حق ادعای چنین بطلانی را دارد. این بطلان مانند بطلان نسبی قابل تنقیذ نیست و بوسیله مرور زمان از بین نمی رود. بطلان نسبی ضمانت اجراء نقض آن قواعدی است که برای حمایت متعاقدين منظور شده اند. شخصی می تواند مدعی چنین بطلانی شود که قانون خواسته است فقط آن شخص را حمایت کند. بطلان نسبی به وسیله مرور زمان از بین می رود و قابل تنقیذ است تقسیم بندی فوق که یک تقسیم بندی قدیمی است امروز سخت مورد حمله واقع

شده زیرا معنای این تقسیم بندی آن است که عقد ممکن است بطور کم و بیش از لحاظ غیرقانونی بودن مشکوک باشد. در صورتی که عده ای راعقیده براین است که امر مخالف قانون امری غیرقانونی است و غیرقانونی بود کم و زیاد ندارد. اگر درست توجه شود روشن می شود که تقسیم بندی فوق براساس حمایت منافع خصوصی یا حمایت منفعت اجتماع حقوقی است (یزدی، ۱۳۷۶، ۱۲۴): مثلاً معامله یک شبئی که خارج از تجارت حقوقی است باطل است. منفعت عمومی ایجاب می کند که حکم به بطلان آن معامله داده شود. برعکس وقتی که عقدی در اثر اشتباه منعقد شده فقط به منفعت خصوصی که از متعاقدين ممکن است لطمه وارد آورد. پس بطلان وقتی بطلان مطلق است که آن قاعده ای که برای حفظ منافع عمومی است نقض شده باشد مانند عقدی که جهت و موضوع آن مخالف شرع و اخلاق است، یا قواعد تشریفاتی را که برای امنیت تجارت یا اعتبار عمومی لازم است رعایت نکرده باشند. بعضی اوقات رعایت بطلان از لحاظ حفظ نظم عمومی است. البته این امر در موقعی است که قاعده نقض شده دارای یک خصوصیت اصلی باشد؛ بنابراین ایجاد آن عقد یا نقض آن قاعده اختلالی در زمان حقوقی می نماید که نظم عمومی و منافع عالیتري ایجاب می کند که آن عقد باطل شود. لذا قاضی از لحاظ وظیفه اداری خود موظف به ابطال چنین عقدی است، حتی ممکن است که مدعی العموم ابتکار عمل را به دست گیرد و تقاضای ابطال چنین عقده باطلی را از دادگاه بنماید. بطلان نسبی به منظور حمایت منفعت خصوصی است و این امر در مورد معلولیت رضا یا عدم اهلیت یا فقدان و معلول بودن جهت پیش آید. ممکن است قاعده ای که برای نظم عمومی و اقتصادی است نقض شود ولی بطلان آن بطلان نسبی باشد و این در موردی است که دولت برای حمایت ضعیفتر دخالت کرده و به عنوان نقض یک قاعده امری به پیشگاه دادگاه شکایت می کند. این مورد در عقد و عقد کار تحقق می پذیرد. برای ابطال عقد باید به دادگاه مراجعه شود و هیچ کس نمی تواند پیش خود حکم دهد. لکن ممکن است که طرفین واقف بر بطلان عقد باشند و به تراضی وضع ظاهری موجود را از بین ببرند. اعتراض قضایی بطلان ممکن است به وسیله یک شخص ذینفعی بعمل آید یا در موقع اجرای تعهد از طریق ایراد بطلان انجام شود. حقوق مدنی آلمان به جهات اقتصادی قضیه را ساده کرده است (تفرشی، ۱۳۷۸، ۹۸) بدین ترتیب که آن طرفی که می تواند بطلان را استناد کند برای طرف دیگر یک خطاری در مورد بطلان می فرستد، با ارسال این اعلامیه عقد باطل می شود البته این عمل ساده کردن

توهمی بیش نیست چه اگر طرف منکر قضیه شود باز ارجاع امر به دادگاه ضروری است. در حقوق اسپانی (حقوق قبل از جنگ بین الملل اول) اشتباه در شخص، عنف^۱ ترس که موجب معلولیت رضا می شوند از موارد بطلان عقد ازدواج اند ولی اگر در ظرف شش ماه پس از رفع اشتباه با تهدید یا عنف زوجین زندگی معمولی خود را ادامه دهند و در این مدت تقاضای ابطال عقد ازدواج را نمودند آن ازدواج از آن پس معتبر شناخته خواهد شد. در ضمن متذکر می گردد که در کشور اسپانی برای ابطال عقد ازدواج دادگاه های عرف صالح برای رسیدگی هستند و به محض اینکه دادخواست تقدیم دادگاه صالحه شد دادرس دادگاه تدابیر احتیاطی برای مدت دادرسی اتخاذ می کند بدین ترتیب که زوجه در محل امنی منزل می کند، اولاد آن زوجین به تناسب اوضاع و احوال به یکی از آن دو واگذار می شوند، برای زن و اولاد آن نفقه تعیین می گردد. نظارت در اموال مشترک زوجین خواهد شد. این وضع ادامه دارد تا حکم قطعی ابطال ازدواج صادر گردد. دعوی بطلان در حقوق اسپانی یا به صورت اجبار است و آن در موردی است که یکی از طرفین متضرر شده باشد این نوع بطلان مادامی که تقاضای ابطال آن نشده به ظاهر معتبر است و تمام آثار عقد صحیح را دارد یا به صورت همان بطلان به مفهوم و مصطلح کلمه است که یکی از شرایط اصلی عقد را که مربوط بذات باطن یا ذات خارج است فاقد می باشد این نوع عقد هیچ آثاری ایجاد نمی کند. در حقوق فرانسه بین تثبیت عقد و تنفیذ عقد یک اختلافی موجود است (نوری، ۱۳۸۰، ۱۳۱) ولی در حقوق ایران چنین تفکیکی علی الظاهر وجود ندارد.

بند چهارم: تثبیت یک عقد باطل

تثبیت عقد همان معتبر کردن یک عقد باطل است این عمل به صورت عمدی انجام می شود تا چنین عقدی غیرقابل اعتراض باشد عمل تثبیت گاهی از طریق جانشین کردن یک عنصر معتبر انجام می گردد و گاهی فقط از طریق انصراف از حق تقاضای بطلان صورت پذیر است. (ماده ۱۳۳۸ ق.م.ف) تثبیت عقد وقتی امکان دارد که بلافاصله علت بطلان به وسیله اراده یکی از طرفین از بین برود. کسی می تواند عقد را تثبیت کند که حق تقاضای بطلان عقد را دارد ولی وقتی که عقد از لحاظ جهت و موضوع مخالف شرع و اخلاق باشد تثبیت عقد امکان ندارد، همچنین این امر وقتی غیرممکن است که منافع شخصی ثالثی در خطر باشد چه طرفین عقد نمی تواند با ابراز اراده خود لطمه به منافع دیگری

^۱ - Coaecion

وارد آورند. عقدی که تثبیت می شود آن وضع حقوقی که بالفعل موجود بوده است بالقوه تثبیت می کند یعنی تمام آثار حاصله از عقد باطل را معتبر می نماید. بنابراین عقد باطل عقدی است که یکی از شرایط چهارگانه که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی مقرر گردیده را فاقد باشد، یعنی قصد و رضای طرفین قرارداد دارای خدجه باشد و همچنین اهلیت طرفین قرارداد احراز نشود و موضوع مورد معامله مشخص و معین نباشد و همچنین جهت و سمت و سوی معامله مشروع (قانونی) نباشد. عقد باطل مانند عقدی است که اصلاً واقع نشده و بدین جهت هیچگونه اثری را در نظر قانون نخواهد داشت و هرگاه بعداً آن نقص رفع گردد نمی توان آن قرارداد (معامله) را مؤثر دانست. مثلاً هرگاه در موقع انعقاد معامله یکی از طرفین مجنون باشد و یا مورد معامله برای یکی از طرفین مجهول باشد آن معامله باطل است و چنانچه پس از عقد، جنون او رفع شود و اجازه دهد و یا جهل او برطرف گردد، آن معامله صحیح نمی شود، زیرا قانون برای عقد باطل وجودی نشناخته است تا نقص آن مرتفع گردد. در صورتی که بخواهند طرفین معامله آثار عقد مزبور را به دست آورند، فقط می توانند عقد جدیدی با تمامی ارکان واقع سازند. بنابراین در صورت بطلان قرارداد شروط ضمن آن عقد نیز به خودی خود باطل است. (امامی، ۱۳۷۹: ۱۶۸)

بخش سوم: آثار شروط ناعادلانه در حقوق و فقه

تعداد قراردادهایی که در آنها به طور خاص با هر یک از مشتریان به طور جداگانه مذاکره نمی شود، هر روز افزایش می یابد. این قراردادها میان طرفین دارای قدرت اقتصادی متفاوت منعقد می شوند. قرارداد الحاقی، قراردادی چایی است که توسط عرضه کنندگان کالا یا ارائه دهندگان خدمات که دارای قدرت اقتصادی به طور کامل برتر هستند، تنظیم و به مصرف کنندگان آن کالاها و خدمات ارائه می شوند و مصرف کنندگان یا باید آن قرارداد را با همه شروط قبول کرده یا به طور کلی از آن صرف نظر کنند. چهار ویژگی اصلی و بارز قراردادهایی با شروط غیر عادلانه عبارتند از:

- ۱- عدم برابری وضعیت و قدرت قراردادی طرفین؛
- ۲- تأمین منافع تهیه کننده قرارداد؛
- ۳- عدم قدرت چانه زنی و تعدیل شرایط برای طرف قرارداد؛

۴- ضرورت به دست آوردن موضوع قرارداد.

نمونه بارز قراردادهای الحاقی، قراردادهای موسسات آموزشی، بیمه، قراردادهای پیمانکاری، تجاری و غیره هستند. در قراردادهایی همانند موسسات آموزشی و یا بیمه، مشتری برای پذیرش یا رد چنین قراردادی به شرکت بیمه و موسسه و یا نمایندگان آنها مراجعه می‌کنند. این وصف قرارداد به نتایج ناخوشایندی منجر خواهد شد، چرا که نمایندگان آنها می‌توانند هرگونه شرطی را در قرارداد بگنجانند، از جمله شروطی که گاهی دیده می‌شود، شروط غیرعادلانه هستند.

بند اول: آثار شرط ناعادلانه در حقوق ایران

برشروط ناعادلانه در حقوق ایران طبق دیدگاه‌های حقوقی دو اثر مترتب است:

بند الف) بطلان شرط ناعادلانه

چنانچه گذشت؛ شرط، تعهدی است که ضمن تعهد دیگری درج می‌گردد و در اثر این امر، وابستگی و رابطه ای بین آن دو تعهد پیدا می‌شود که شرط، صورت تعهد تبعی به خود می‌گیرد. مطابق مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی شروطی که در قرارداد منعقد می‌گردد ممکن است یکی از موارد ذیل را دارا باشد:

شرطی که مفسد عقد نمی‌باشد ولی خود شرط را باطل مینماید و همچنین شروط باطلی که موجب بطلان عقد می‌گردد که عبارتند از:

- ۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور میباشد.
- ۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد.
- ۳- شرطی که نامشروع باشد.

این سه قسم شرط در قانون مدنی باطل دانسته شده که بطلان آن سرایت به قرارداد نمی‌نماید. همچنین شروط منفصله باطل که موجب بطلان عقد می‌گردد عبارتست از:

۱- شرط خلاف مقتضای عقد که خود شامل شرط خلاف مقتضای ذات عقد و شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد می گردد.

۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود. مع الوصف در صورتی که شروط مذکور در قرارداد درج گردد ممکن است به صورت شرط نا عادلانه در قرارداد مشاهده شود و حسب مورد شرط مندرج در قرارداد یا تمامیت قرارداد را مخدوش (باطل) نماید

بند ب) صحت شرط ناعادلانه

شروطی که از موارد پنجگانه مذکور در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی نباشد صحیح خواهد بود و بر طبق ماده ۲۳۴ قانون مدنی این شروط بر سه قسم می باشد:

۱- شرط صفت: شرط صفت عبارت است از شرطی که موضوع آن صفتی از صفات مورد معامله که عین خارجی است باشد، بنابراین در شرط صفت مورد معامله هم باید عین خارجی باشد و دیگر آنکه شرط باید راجع به صفتی از صفات مورد معامله باشد.

۲- شرط نتیجه: شرط عبارت است از شرط نمودن مقتضای یکی از عقود در ضمن معامله دیگر می باشد مانند شرط قراردادن ملکیت عین معین که نتیجه عقد بیع است و یا ملکیت منافع آن که نتیجه عقد اجاره است بنابراین شرط نتیجه آنست که تحقق امری در خارج شرط شود.

۳- شرط فعل: طبق ماده ۲۳۴ قانون مدنی شرط فعل آنست که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود مانند آنکه در ضمن بیع خانه، مشتری تعهد نماید اتومبیل خود را به بائع مجاناً هبه کند و یا بنای سه طبقه ای به خرج خود برای بائع بسازد همچنین ممکن است در قراردادی که بین دو نفر مقاطعه کار بسته می شود یکی بر دیگری شرط نماید که در مقابل پنجره های ساختمان او به فاصله چندین متر بنا نسازد.

بنابراین شروطی که در ضمن قرارداد درج می شود در صورتیکه ناعادلانه باشد ما این شروط را صحیح فرض نموده و بسته به شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر آن قرارداد آن شرط را حتی الامکان تعدیل می نماییم و یا آن را فسخ می کنیم و سعی می نماییم که اینگونه شروط را باطل ننماییم چرا که در

صورت بطلان ضرر جبران ناپذیری به یکی از طرفین قرارداد متحمل می گردد.

ماده ۲۰ فصل ۲ اصول قراردادهای تجاری بیان کرده است که هر شرط مندرج در قرارداد اگر دارای خصیصه‌ای باشد که طرف دیگر به طور متعارف امکان ندارد انتظار آن را داشته باشد، نافذ نخواهد بود، مگر اینکه طرف دیگر به صراحت آن را بپذیرد (علیزاده، ۱۳۸۴، ۹۹). برای تعیین اینکه یک شرط دارای ویژگی مزبور است یا خیر، باید به محتوا، زبان و نحوه ارائه شرط مزبور توجه کرد. مثلاً: «الف» یک شرکت بیمه فعال در کشور «X» است از شرکت‌های وابسته به «ب» شرکتی که در کشور «Y» به ثبت رسیده است، می باشد. شروط استاندارد الف تقریباً ۵۰ شرط را در بردارد که با قلم خط ریز چاپ شده است. در یکی از این شروط، قانون کشور «Y» به عنوان قانون قابل اعمال از طرف قبول کننده آن شروط راه حلی ارائه نشود، اثر قانونی نخواهد داشت؛ زیرا مشتریان که در کشور «X» هستند، به طور متعارف انتظار ندارند که در قرارداد استاندارد شرکتی که در کشورشان فعالیت دارد، قیدی راجع به انتخاب قانون حاکم به قراردادی بیابند که براساس آن، قانون خارجی به عنوان قانون حاکم بر قراردادشان تعیین شده است. در رویارویی با شروط غیرعادلانه در قراردادها، به ویژه وقتی که طرف مقابل آن یک مصرف کننده باشد، حقوق آمریکا و انگلستان به تقریب رویه واحدی را پیش گرفته‌اند. در هر دو کشور دادگاه‌ها ابتدا تلاش کرده اند مشخص شود، آیا شروط مورد ادعا واقعاً مورد تراضی طرفین قرار گرفته و جزیی از قرارداد بوده است یا خیر. (شیروی، ۱۳۸۱، ۹۸) با این شیوه بسیاری از شروط غیرعادلانه و غیرقابل انتظار در قراردادهای استاندارد به وسیله دادگاه‌ها کنار گذاشته شده است. در مواردی که شروط مزبور جزو قرارداد تلقی می‌شود، دادگاه‌ها به نظریه غیرعادلانه و گزاف بودن آن استناد کرده و این شروط را کنار گذاشته‌اند یا تعدیل کرده‌اند. در حقوق انگلستان کنار گذاشتن یا تعدیل شروط غیرعادلانه و گزاف در قراردادهای استاندارد بیشتر متکی به قوانین موضوعه و تحت تأثیر «دستورالعمل شورای اتحادیه اروپا» است. قراردادهایی با شروط غیرعادلانه همانند قراردادهای بیمه را مصداقی از موارد سوء استفاده از اضطرار دانست، (قاسمی عهد، ۱۳۸۴، ۳۰۰) بدین بیان که اگر بتوان گفت بیمه‌گر با سوء نیت، انحصار ارائه خدمات بیمه‌ای را در دست دارد یا حداقل بیمه‌گران با مشی مشترک به صورت یک دست عمل نمایند و از یک سو بیمه گذار نیز به خاطر ضروری بودن خدمات بیمه‌ای مجبور باشد، برای استفاده از بیمه با تعداد محدودی بیمه‌گر وارد معامله شود و از سوی دیگر بیمه‌گر نیز شروط غیرعادلانه را به او تحمیل کند. به طور قطع این مورد از مصادیق سوء استفاده

از وضعیت اضطراری محسوب می‌شود. در حقوق ایران برای مسئله سوء استفاده از اضطرار راه حل قانونی پیش بینی نشده است و متأسفانه آرای حقوقدانان نیز متعارض است. برخی آن را از موارد اکراه و اعمال قواعد عیوب اراده دانسته‌اند، (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ۲۶۳) اما گروهی دیگر این مورد را از مصادیق اعمال خیار غبن دانسته‌اند. (صفایی، ۱۳۵۱، ۱۲۹) از سوی دیگر شاید بتوان از ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران وحدت ملاک گرفت و حکم این ماده را اجراشدنی دانست. این ماده مقرر کرده است: «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل یا تغییر داده شود. در کلیه موارد چنانچه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله و خدعه یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد ذکر شده، به نسبت خدمت انجام یافته فوق العاده زیاد یا کم است، دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین، قرارداد را تغییر داده یا بطلان آن را اعلام نماید». همچنین در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ نیز به عدم تأثیر شروط غیرعادلانه تصریح شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرعادلانه به ضرر مصرف‌کننده مؤثر نیست». به عبارت بهتر مطابق این مقررۀ قانونی در صورت بروز اختلاف بین طرفین، فروشندگان و ارائه‌کنندگان کالا و خدمات نمی‌توانند به ضرر مصرف‌کننده به شروط غیرعادلانه استناد کنند و مقررات قانون مزبور به جای آن شروط، حاکم بر قرارداد خواهد بود و این گونه شروط تحمیلی فاقد مشروعیت و اعتبارند و اجراپذیر نیستند. ماده ۲۳۰ قانون مدنی نیز بیان می‌دارد که: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی بعنوان خسارت تادیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند». از این ماده استنباط می‌شود که در قانون مدنی ایران مسئله اجرای عدالت و انصاف وجود داشته و طرفین قراردادی می‌توانند در صورت تخلف و رعایت نکردن اصول مندرج در قرارداد برای جبران خسارت مبالغی را تعیین داشته تا در صورت بروز خسارت به هر یک از طرفین جبران مافات گردد که این میزان در صورت توافق طرفین قابل اجرا بوده و قانون و قاضی نمی‌تواند در آن دخل و تصرف نماید. از جنبه دیگر این ماده نشان می‌دهد که حقوق ایران گوشه چشمی به عدالت در شروط و قراردادها داشته و برای طرفین قرارداد احترام یکسان قائل می‌شود تا عدالت به گونه‌ای باشد که کسی از طرفین یکجانبه ضرر و زیان نبیند.

بند دوم: آثار شرط ناعادلانه در فقه

الف: قاعده لاضرر

یکی از مشهورترین قواعد فقهی که از دیرباز مورد توجه و استفاده فقها و دانشمندان حقوق اسلامی بوده و در بیشتر ابواب فقه و حقوق کاربرد داشته و به آن استناد می شود، قاعده لاضرر است به عنوان مثال شیخ طوسی در مبحث راجع به خیار غبن - که حق خیار از ایقاعات می باشد - معتقد است: «دلیلنا ما روی عن النبی (ص) انه قال : لا ضرر ولا ضرار، یعنی در دین اسلام ضرر وزیانی نیست» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ۴۲/۳)

علمای اهل لغت در بیان معنای لغوی ضرر اینگونه گفته اند: ضرر اسم مصدر از «ضَرَّ يَضُرُّ ضَرًّا» می باشد و در یک معنا بر خلاف نفع دانسته شده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۴۸/۸)؛ برخی «سوء الحال» را نیز از معانی ضرر دانسته اند (فیروزآبادی، بی تا، ۵۵۰)؛ بعضی دیگر ضرر را به «نقض در حق» تعبیر کرده اند (ابن اثیر، ۱۳۶۴ش: ۸۱/۳؛ طریحی، ۱۳۷۵ش: ۱۰۷۵/۲) ضرار بر وزن فعال مصدر باب مفاعله از «ضارَه مَضَارَه ضَرراً و الاسم الضرر» می باشد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۴۴/۸) برای ضرار معانی مختلفی ذکر شده است: برخی آن را ضیق و عسرو حرج (فیروزآبادی، بی تا، ۵۵۰)؛ عده ای آن را مجازات بر ضرری می دانند که از جانب دیگری می رسد (مجدالدین ابو سعادت، ۸۱/۳)؛ عده ای آن را صرفاً به اضرار عمدی محدود کرده اند بر خلاف ضرر که شامل اضرار عمدی و غیر عمدی می شود و اگر در مقابل یکدیگر قرار بگیرند. زیان زدن غیر ارادی را ضرر و زیان زدن ارادی را ضرار می دانند. (محقق نائینی، ۱۳۷۳ق: ۱۹۹/۲) بعضی نیز ضرار را تکرار صدور ضرر می دانند یعنی ضرر زدن به طور مکرر (فیومی، ۱۴۱۴ق: ۷/۲؛ مراغی، ۱۴۱۸ق: ۳۰۷/۱) امام خمینی در بیان تفاوت میان ضرر و اضرار معتقدند: «غالب استعمالات ضرر و مشتقات آن مالی یا نفسی است ولی کاربرد ضرار و مشتقاتش در تضییق، اهمال، حرج، سختی و کلفت شایع و رایج است. (امام خمینی، ۱۳۸۵. ق: ۱/ ۲۹). برخی از فقهای شیعه، ضرر را به نقص در جان، مال و آبرو و مواردی مشابه آن دانسته اند؛ به عنوان مثال محقق بجنوردی در این باره می نویسد: «الظاهر من لفظ الضرر عرفاً هو النقص فی ماله أو عرضه أو نفسه أو فی شیء من شئونه بعد وجوده او بعد وجود المقتضى القریب به بحيث یراه العرف موجوداً» (بجنوردی، ۱۴۱۹ ه. ق: ۲۱۴/۱) شهید صدر نیز معتقد است: «ضرر عنوانی است که از نقص در مواردی

همچون جان، آبرو، یا مال انتزاع می شود (السید محمد باقر الصدر، مباحث الحجج و الاصول العمليه) با توجه به دیدگاه های ارائه شده از سوی فقهای شیعه، می توان اینگونه نتیجه گرفت که مقصود از ضرر: زیان و خسارتی است که از سوی ضرر زننده به جسم، جان، شخصیت، مال، آبرو یا موقعیت شخصی که شرعاً و قانوناً دارای شخصیت محترمی است، وارد می شود مفاد اجمالی این قاعده اینست که هر حکمی از احکام اسلام اگر با ضرر مواجه شود آن حکم برداشته می شود و به جای آن حکم ثانوی قرار می گیرد و قاعده لاضرر صرفاً دایره شمول قاعده تسلیط را که موجب ضرر و ضرار بر مردم می شود محدود می کند؛ بنابراین از نظر اسلام ضرر و ضرار مطلقاً ممنوع بوده و مشروعیت ندارد و این عدم مشروعیت هم مرحله قانونگذاری را در بر می گیرد و هم مرحله اجرای قانون راه؛ و اینکه خداوند در مقام تشریح اولیه احکام اسلام هیچ حکم ضرری وضع نکرده و چنانچه حکمی از احکام الهی که از نظر نوعی، ضرری نیست ولی در مقام اجرائی برای فردی از افراد مسلمان ضرری باشد به صورت موردی مرتفع می شود، از سخن پیامبر که می فرماید: «لاضرر و لا ضرار» قابل استنباط است. در قرآن کریم آیات متعددی وجود دارد که با به کار بردن واژه «ضرر» و مشتقات آن می توان قاعده لاضرر را از آنها استنباط کرد؛ اینک نمونه های از آن:

۱- «ولا تمسکوهن ضراراً لتعتدوا» (بقره، ۲۳۱) و آنان را برای آزار رساندن و زیان زدن نگاه ندارید.

۲- «لا تضار والده بولدها و لا مولود له بولده» (بقره ۲۳۳) این آیه دو گونه معنا شده است یکی با فرض مجهول بودن فعل «لا تضار» که معنای آیه این می شود: نباید مادری به خاطر فرزندش زیان ببیند و نه پدری به خاطر فرزندش دچار ضرر شود. و دیگری با فرض معلوم بودن فعل «لا تضار» که می توان آیه را اینگونه معنا کرد: هیچ مادری نباید به فرزندش زیان برساند و همچنین هیچ پدری هم نباید به فرزندش ضرر برساند.

۳- «ولا يضار كاتب ولا شهيد» (بقره / ۲۸۲) یعنی نباید به نویسنده و گواهی دهنده ضرر رساند.

۴- «من بعد وصيه يوصي بها او دين غير مضار» (نساء / ۱۲) یعنی بعد از وصیتی که به ان وصیت می شود یا دینی، نباید به واسطه وصیتش به وارثان ضرر بزند

روایات متعددی در مورد این قاعده وارد شده که به مهمترین آن اشاره می کنیم؛

۱- مشهورترین روایت در این زمینه مربوط به قضیه سمره بن جندب است که صاحب کتاب کافی (مرحوم کلینی) از ابن مسکان از زراره اینچنین نقل می کند که امام باقر (ع) فرمودند: در زمان رسول الله (ص) سمره بن جندب در جوار خانه مردی از انصار درخت خرمایی داشت که راه رسیدن به آن از داخل ملک آن مرد انصاری می گذشت سمره برای سرکشی به آن درخت و انجام امور آن بارها سرزده وارد ملک مرد انصاری می شد و بدین ترتیب باعث مزاحمت خانواده او می گردید تا اینکه عرصه بر صاحب خانه تنگ شد و به سمره گفت تو بدون اطلاع وارد منزل من می شوی در حالی که ممکن است اعضای خانواده ام در وضعیتی باشند که تو نباید آنها را بینی. از این رو، بعد از این هنگام ورود خبر ده و اجازه بگیر تا اهل خانه ام مطلع باشند. سمره گفت من از میان خانه تو به سوی باغ خودم می روم و چون حق عبور دارم لزومی به اعلام و اخذ اجازه نمی بینم. مرد انصاری مجبور شد به پیامبر شکایت کند، حضرت به سمره گفت بعد از این به هنگام عبور، حضور خودت را اعلام کن، سمره گفت این کار را نخواهم کرد، حضرت گفتند از این درخت دست بردار و به ازای آن درخت دیگری با این اوصاف به تو می دهم، سمره قبول نکرد؛ آنگاه حضرت فرمودند در مقابل آن درخت، ده درخت بگیر و دست از آن بردار و سمره باز هم قبول نکرد؛ پس حضرت فرمود دست از درخت بردار و به جایش یک درخت در بهشت به تو خواهم داد، اما آن ملعون این بار هم نپذیرفت تا اینکه پیامبر فرمودند: «انک رجل مضارّ و لا ضرر و لا ضرار علی المؤمن» (کلینی، ۱۴۲۹ق: ۴۸۶/۱) یعنی تو مرد ضرر زننده ای هستی و به مؤمن کسی نباید ضرر بزند بعد از آن دستور داد آن درخت را کنند و نزد سمره انداختند.

۲- روایت شفعه: مرحوم کلینی از عقبه بن خالد و او از حضرت صادق (ص) نقل کرده که آن حضرت فرمودند: «وقضى رسول الله بالشفعه بين الشركاء في الارضين و المساكن و قال : لا ضرر و لا ضرار» (همان، ۴۳۶/۱۰) یعنی پیامبر در شفعه میان شرکا در خصوص زمین و مسکن قضاوت کرد و فرمود لا ضرر و لا ضرار. با توجه به اینکه انسان به هر شریکی راضی نیست از این حدیث فهمیده می شود که حکمت جعل حق شفعه در حقوق اسلامی به نفع شریک همانا لزوم نفی و دفع ضرر و ضرار است. ۳- روایت طلاق: شیخ صدوق از نبی مکرم اسلام روایت می کند که از آن حضرت پرسیده شد اگر شخصی به زن خود ضرری برساند تا با تسلیم مال درخواست طلاق کند، حکم قضیه چیست؟ حضرت فرمودند خدا در مورد چنین کسی جز به آتش، عقوبت دیگری نمی دهد و اضافه فرمود کسی که به

مسلمانی ضرر برساند از ما نیست و ما هم در دنیا و آخرت از او نیستیم. (وسائل الشیعه، ۱۴۰۹ق: ۱۷/

یکی از مهمترین ادله استنادی این قاعده، منبع چهارم فقه یعنی «عقل» است؛ در حقیقت می توان گفت مدلول این قاعده در عداد مستقلات عقلیه است که مشتمل بر اموری اند که بدون حکم شرع، خود عقل به آنها می رسد. یعنی صرف نظر از حکم شرع، عقل حکم می کند که ضرر و ضرار امری است مقبوح و مردود. فقهای امامیه و حتی فقهای عامه بر حجیت این قاعده اجماع و اتفاق نظر دارند و مستندشان نیز روایت مشهوری است که پیامبر در مسأله هدم جدار فرموده اند: «عن ابی عبدالله (ع) فان كان الجدار لم یسقط و لکنه هدمه اضراً بجاره لغير حاجه منه الی هدمه ، قال : لا یترک و ذلک ان رسول الله (ص) قال : لا ضرر و لا ضرار» (نوری، ۱۴۰۸ق: ۴۴۷/۱۳) قاعده لاضرر در بیشتر ابواب فقه و حقوق کاربرد دارد که ذیلاً به نمونه هایی از آن اشاره می کنیم به موجب این قاعده هر حکمی از احکام اسلام و هر عمل حقوقی اگر با ضرر همراه باشد، آن حکم برداشته می شود. این قاعده در ایقاعاتی چون اخذ به شفعه، حیات مباحات، (ماده ۱۵۹ ق.م) وصیت (ماده ۸۳۳ ق.م)، خيارات و طلاق (ماده ۱۱۳۰ ق.م) جریان دارد بنابراین در صورتی که شرطی در قرارداد درج گردد که این شرط به ضرر یکی از طرفین قرارداد باشد مطابق حکم ضرری آن شرط یا از آن قرارداد به طور کلی برداشته می شود یا در صورت امکان آن قرارداد تعدیل می گردد و یا ممکن است برای مدتی سبب تعلیق آن قرارداد گردد. پس از وقوع عقد ممکن است یکی از طرفین دریابد مغبون گردیده، که در این مورد برای جبران ضرر، خيار غبن پیش بینی شده است. در مواردی دیگر، هنگام وقوع عقد، عوضین عرفاً متعادل بوده و غبنی موجود نیست، اما پس از مدتی در خلال عمل به تعهدات عقد، چنان تعادل بین تعهدات برهم می خورد که اجرای تعهدات قراردادی ممکن است یکی از طرفین را تا مرز نیستی سوق دهد. در این شرایط وفای به عهد غیرممکن نیست، ولی چندان طاقت فرسا است که عرف به مسامحه از آن نمی گذرد. در این شرایط در قانون مدنی راه حلی پیش بینی نشده است. در حقوق برخی از کشورها، گذشته از خيار غبن، قاعده تعدیل تعهدات قراردادی نیز پیش بینی شده است که اگر بعد از وقوع عقد، اجرای تعهدات قراردادی، عرفاً دشوار و طاقت فرسا شود قاضی بتواند تعهدات طرفین را به نحو معقولی تعدیل کند. در قراردادها برای عنوان سوء استفاده از حق قاعده ای وجود دارد که ریشه آن از فرانسه گرفته شده و تحت عنوان قاعده لاضرر است که بعدها تبدیل به حقوق در حمایت از

طرف مخاطب قرارداد (همانند حقوق طرف قرارداد) شد در حقوق ایران به مسئله سوء استفاده از اضطرار اشاره نشده و راه حل خاصی برای آن تعیین نگردیده و جمعی از حقوقدانان با استناد به ظاهر ماده ۲۰۶ ق.م. این گونه قراردادها را صحیح و نافذ تلقی کرده‌اند؛ (امامی، ۱۳۸۵، ۲۷) ولی برخی از مؤلفین با توجه به اصول کلی حقوق موضوعه ایران و مبانی فقهی آن، راه حل‌هایی را ارایه کرده‌اند. همچنین با توجه به برخی از مسایل و فروع فقهی و نیز برخی از روایات، می‌توان در این زمینه به نکات زیر اشاره نمود:

۱- یکی از راه‌حل‌هایی که مطرح شده این است که شخص مضطر که از وضعیت او بهره برداری ناروا شده و مورد غبن فاحش قرار گرفته، برای جبران خسارت خود، حق دارد معامله را به استناد خیار غبن فسخ کند. (صفایی، ۱۳۵۱، ۵۷) این راه حل مورد انتقاد حقوقدانان واقع شده، زیرا در حقوق ایران شرط اعمال خیار غبن، جهل به قیمت عادلانه است؛ (ماده ۴۱۸ قانون مدنی) و به عبارت دیگر اگر مغبون با وجود علم به قیمت واقعی، معامله را انجام داده باشد، اقدام به ضرر خود کرده و خیار فسخ ندارد. علت این امر این است که در حقوق ما، مبنای قاعده غبن، حفظ تعادل میان عوضین نیست، بلکه صرفاً برای جلوگیری از ضرر و جبران آن، به مغبون اختیار فسخ معامله داده می‌شود. برخی از مؤلفین معتقدند هرچند در این جا خیار غبن قابل استناد نیست، ولی مدرک عمده آن که قاعده لاضرر است می‌تواند کارگشا باشد؛ چون در موارد سوء استفاده از اضطرار، مقتضی اعمال قاعده لاضرر که ورود خسارت و ضرر باشد، موجود است، و نیز مضطر به اختیار و رضایت خود اقدام به ضرر خود نکرده بلکه برای نجات از وضعیت درماندگی به معامله تن داده، پس مانعی هم برای اعمال قاعده لاضرر وجود ندارد، به خصوص در موردی که طرف به عمد وضعیت اضطراری را ایجاد نموده تا مضطر را مجبور به پذیرش معامله غیر عادلانه کند؛ زیرا ایراد ضرر در این فرض کاملاً مشهود است و این عمل هم از جهت تکلیفی حرام است و هم از جهت وضعی دارای اثر بوده و موجب بطلان و عدم نفوذ حق می‌گردد؛

۲- راه حل دیگری که از ناحیه برخی حقوقدانان مطرح گردیده، ملحق کردن سوء استفاده از اضطرار به موارد اکراه و اعمال قواعد عیوب اراده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۲۲۶) زیرا در تحقیق اکراه فرقی نمی‌کند که وسیله تهدید را اکراه کننده به وجود آورد یا اوضاع و احوال خارجی و رویدادهای اجتماعی و طبیعی؛ آن چه اهمیت دارد، جلوگیری از آثار تهدید است نه زمینه‌ساز آن. پس اگر شخص

از وضع موجود نیز حربه‌ای برای تهدید بسازد، عنصر مادی اکراه را ایجاد می‌کند، هرچند در تحقق وضع اضطراری دخالت نداشته باشد.

۳- دلیل عمده عدم نفوذ معاملات اکراهی، حدیث رفع است و در این حدیث عنوان اضطرار در کنار اکراه آمده است و فقها معتقدند این حدیث تمام آثار تکلیفی و وضعی را برمی‌دارد، اما در مورد حکم وضعی معامله مضطر، به خاطر این که رفع آن خلاف امتنان است، حکم صحت و نفوذ آن به قوت خود باقی می‌ماند و دلیل رفع، اعمال نمی‌شود، چون حمایت از مضطر و مصلحت او ایجاب می‌کند معامله او صحیح شمرده شود. اما در موارد سوء استفاده از اضطرار، و چنانچه قرارداد یا بندها یا شروطی از آنها ناعادلانه شمرده شود و برخلاف انصاف و عدالت باشد، مصلحت مضطر ایجاب می‌کند که حق داشته باشد بعد از برطرف شدن شرایط اضطراری، معامله را فسخ کند یا با مراجعه به دادگاه، تعدیل یا ابطال قرارداد غیر عادلانه را درخواست نماید. پس رفع حکم صحت از چنین معاملاتی، خلاف امتنان نیست؛

۴- برخی از حقوقدانان معتقدند قاعده عدل و انصاف اقتضا می‌کند در موارد سوء استفاده از اضطرار، مضطر حق مراجعه به دادگاه برای رفع این بی‌عدالتی را داشته باشد. به عبارت دیگر، «نباید گفت که این معامله اضطراری نافذ است و کسی که این همه خسارت دیده است، باید برخلاف موازین عدل و انصاف، آن را تحمل کند. کسانی که برای تحمل این بی‌عدالتی دست به آیه «وقوا بالعقود» می‌زنند و طرفین عقد را مکلف به وفای به قرارداد می‌دانند، غفلت از آیه دیگر کرده‌اند که گفته است: «ان الله يأمر بالعدل والاحسان»، خداوند همچنان که امر می‌کند طرفین یک قرارداد پایبند عقد باشند، نیز امر می‌کند که در همان قرارداد پایبند عدل و احسان باشند نه این که عقود ولو ظالمانه هم باشد، پایبند آن باشند»؛ (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۲۵۶) البته در حقوق ایران قاعده عدل و انصاف به عنوان یک منبع مستقل برای احکام حقوقی مطرح نشده است، ولی بسیاری از قوانین، مبتنی بر این قاعده می‌باشد؛ یعنی روح کلی این قاعده درست‌تر است سر مسایل حقوقی حکم فرما است.

۵- در میان مقررات موضوعه، فقط ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران که از قانون فرانسه اخذ شده است به طور صریح به سوء استفاده از اضطرار اشاره نموده و حکم آن را بیان کرده است. این ماده با عنوان «امکان تغییر یا فسخ قرارداد کمک و نجات» در این باره مقرر می‌دارد: «هر قرار داد کمک و نجات که

در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل 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 فوق العاده زیاد یا کم است، دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین، قرارداد را تغییر داده یا بطلان آن را اعلام نماید.

ب: قاعده انصاف

انصاف صرف نظر از این که یک قاعده ی فقهی باشد، به دو معنا است: یکی برابری و دیگری حکم وجدان و اخلاق در یک مورد. انصاف با مفاهیم عدالت، استحسان، مصالح مرسله متفاوت است و از مواردی است که وجود آن دارای حسن ذاتی و عدم آن دارای قبح ذاتی است. قاعده ی انصاف را می‌توان با استناد به آیات، سنت، اعم از روایات و افعال معصومین، و بناء عقلاء به اثبات رساند، همچنین موارد متعددی از کاربرد این قاعده در زندگی معصومین و قضاوت های ایشان به چشم می‌خورد. تفاوت این قاعده با قاعده ی عدل و انصاف که توسط برخی فقها به کار رفته است، در این است که قاعده ی عدل و انصاف به معنای تنصیف است و کاربرد آن در مورد تقسیم اموالی است که در مورد مالکیت و میزان آن بین دو یا چند نفر، اختلاف وجود دارد اما قاعده ی انصاف که مقصود این پژوهش است، به معنای مدنظر قراردادن شرایط و اوضاع و احوال قضیه و دخیل کردن آنها در دادن رای مقتضی است. انصاف در نظام های حقوقی رومی ژرمنی و کامن لا مفهومی است که از گذشته وارد این نظام ها شده و به معنای رای بر مبنای وجدان قاضی است. در نظام کامن لا انصاف یکی از منابع حقوق به شمار می‌رود؛ با این حال، انصاف در حقوق ایران به عنوان یک قاعده بیان نشده و برخی حقوقدانان آن را به عنوان یک منبع حقوق که نانوشته است، مطرح نموده اند. از طرفی این مفهوم ویژگی های یک قاعده ی حقوقی را نیز داراست و موارد کاربرد متعددی در حقوق دارد، لذا می‌تواند یک قاعده ی حقوقی نیز باشد. خیار تفلیس با اقتباس از فقه در ماده ۳۸۰ قانون مدنی پیش بینی شده است که بر اساس آن اگر یکی از طرفین معامله مفلس گردد، طرف دیگر تحت شرایطی می‌تواند به فسخ معامله اقدام کند و آن چه را داده باز ستاند. با تصویب قانون اعسار، پدیده افلاس از مقررات ما برچیده شد و آن چه در حقوق کنونی با افلاس قابل تطبیق است، اعسار در مورد غیر تجار و ورشکستگی در خصوص تجار می‌باشد. با پذیرش جریان خیار تفلیس در وضعیت ورشکستگی، شرایط

فسخ معامله با تاجر ورشکسته به استناد این خیار به شرح زیر است:

۱- از آنجا که ماده ۳۸۰ قانون مدنی مقرر می‌نماید: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد» چنین استنباط می‌شود که تاجر باید پس از انجام معامله، ورشکسته گردد. البته برخی معتقدند که اگر معامله پس از صدور حکم ورشکستگی انجام شود و عین مال در میان دارایی تاجر ورشکسته باقی باشد، به استناد ماده مذکور، به شرطی که طرف معامله به ورشکستگی تاجر در زمان انجام معامله جاهل باشد نیز می‌تواند معامله را فسخ کند و مالی را که با فسخ، مالک شده مسترد نماید. (باریکلو، ۱۳۸۲، ۳۴) برداشت اخیر از ماده ۳۸۰ قانون مدنی، قابل انتقاد است؛ چون ظاهر ماده دلالتی بر حق فسخ معامله‌ای که پس از افلاس یا به تعبیری ورشکستگی انجام می‌گیرد ندارد. علاوه این که تفکیک میان علم و جهل طرف معامله از افلاس یا ورشکستگی در قانون پیش بینی نشده است. همچنین حکم ورشکستگی، جزء احکام اعلانی می‌باشد و کسی که پس از صدور حکم ورشکستگی و اعلان آن با تاجر ورشکسته معامله می‌کند نمی‌تواند جهل خود را به عنوان دلیل استرداد مال قرار دهد. در نظر فقها نیز اگر معامله پس از افلاس انجام شود و طرف معامله از این موضوع بی‌خبر باشد سه قول مطرح است: اول آن که طرف معامله، داخل در غرما شود. دوم آن که طرف معامله، حق فسخ دارد و سوم، صبر طرف معامله تا ملائت مفلس است که دو قول نخست ضعیف شمرده شده است. (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق، ۲۴۱) به نظر می‌رسد چون تاجر ورشکسته به استناد ماده ۴۸۱ قانون تجارت حق مداخله در امور مالی خود ندارد و با پذیرش قول بطلان معاملات او پس از صدور حکم ورشکستگی، می‌توان مورد معامله را مسترد نمود. هرچند گفته‌اند غیر از مدیر تصفیه و طلبکاران، سایرین نمی‌توانند به صرف این که معامله تاجر با آنها پس از صدور حکم ورشکستگی صورت گرفته است درخواست ابطال معامله را در دادگاه مطرح کنند.

۲- مال مورد معامله نباید تسلیم تاجر شده باشد. تفاوتی نمی‌کند که این مال، عین معین یا کلی فی‌الذمه باشد و بر فرض تسلیم، باید عین مورد معامله نزد تاجر، موجود باشد. پس اگر تاجر، مال را به غیر انتقال داده، یا تلف شود، طرف معامله بابت اخذ عوض باید داخل غرما گردد. بدیهی است انتقال مال به دیگری پس از تاریخ صدور حکم ورشکستگی فاقد اثر بوده و مراد نیست.

۳- عوض مال نباید قبل از ورشکستگی به طرف معامله پرداخت شده باشد. پرداخت بهای کالا پس از

ورشکستگی از سوی تاجر بی اثر است ولی اگر مدیر تصفیه برای رعایت غبطه طلبکاران، مانند موردی که قیمت مال افزایش یافته، برای جلوگیری از فسخ معامله، ثمن را پرداخت کند آیا طرف معامله همچنان می‌تواند به فسخ اقدام کند به نظر می‌سد خیار تفلیس برای جلوگیری از ضرر طرف معامله وضع شده است، زیرا وی مورد معامله را از دست داده و با ورشکستگی طرفش، دریافت عوض آن متعذر می‌گردد. با دریافت عوض، قبل از فسخ، مبنای خیار که همان ضرر است منتفی می‌شود. همچنان که در ماده ۴۲۴ قانون تجارت نیز پرداخت تفاوت قیمت، مانع از فسخ است. البته قانون‌گذار در این زمینه رویه واحدی نداشته، در خیار غبن برابر ماده ۴۲۱ قانون مدنی، استصحاب خیار را برای طرف معامله ترجیح داده و مقرر می‌دارد: «اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد خیار غبن ساقط نمی‌شود»...

۴- در عقود تملیکی اگر مورد معامله، عین معین باشد، به محض انجام معامله، به طرف معامله منتقل می‌گردد چنان که بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی مقرر داشته: «به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود». پس برای این که طرف معامله با تاجر بتواند معامله را فسخ نماید باید عوض مورد معامله، کلی فی‌الذمه باشد. این نکته از مفهوم ماده ۳۶۳ قانون مدنی برداشت می‌شود که مقرر داشته: «اگر ثمن یا مبیع عین معین بوده و قبل از تسلیم آن احد متعاملین مفلس شود طرف دیگر حق مطالبه آن عین را خواهد داشت.» بعضی از اساتید به عنوان شرط دیگر بر آنند که خیار تفلیس در صورتی قابل اجراست که موعد پرداخت ثمن رسیده، به واسطه افلاس، تأدیه ممکن نباشد. این شرط، چنان که هم ایشان می‌گویند برگرفته از آرای فقهی است. لحاظ این شرط در ورشکستگی بی‌مورد است، زیرا به استناد ماده ۴۲۱ قانون تجارت: «همین که حکم ورشکستگی صادر شد قروض مؤجل با رعایت تخفیفات مقتضیه نسبت به مدت به قروض حال مبدل می‌شود». (امامی، ۱۳۸۵، ۶۷)

ج: وجه التزام

در فقه گفته اند که وجه التزام از سنخ ضمانات است، و مسایل ضمانات حکم است (قانون امری است) نه حق، لذا اراده افراد درباره وجه التزام بی اثر است. به نظر استاد جعفری لنگرودی صغری و کبری در این استدلال محل منع است. صاحب جواهر گفته اند که اخذ وجه التزام اکل مال به باطل است. اما روایاتی وجود دارد که دلالت بر صحت وجه التزام دارد:

یک: دو روایت صحیح از معاویه بن وهب در بات مکاتبه که اگر عبد تأخیر در پرداخت اقساط بدهی کند به بنده باز می گردد واقساطی که داده است به عنوان وجه التزام از آن مالک او می گردد. (نجفی، ۱۳۶۵، ۴۳۲)

دو: حدیث محمد الحلبي: قال كنت قاعد اعند قاض من القضاء و عنده ابو جعفر (ع) جالسا ، فأتاه ، رجلان ، فقال احد هما: اني تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً الى بعض المعادن ، فاشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا و كذا لانها سوق اتخوف ان تفوتني ، فان احتسبت عن ذلك حطت من الكرى لكل يوم احتسبته كذا و كذا ، و انه حسنتي عن ذلك الوقت كذا و كذا يوماً . فقال القاضي: هذا شرط فاسد ، و فیه كراه . فلما قام الرجل، اقبل الي ابو جعفر (ع) فقال هذا شرط جائز مالم يحط بجميع كراه. (نجفی، ۱۳۶۵، ۷۳۴) روایت مذکور که راوی آن از راویان معتبر است نشان می دهد که امام (ع) وجه التزام را تا زمانی که میزان وجه التزام به میزان کل کرایه نباشد یا بیشتر از آن نباشد فی مابین طرفین نافذ می دانند. یعنی مثلاً اگر در میایچه نامه ای قید شود که چنانچه فروشنده در مهلت معین شده در دفتر خانه معینه جهت تنظیم سند رسمی حاضر نشود فلان مبلغ باید به عنوان وجه التزام پرداخت، این مبلغ نباید به میزان ثمن معامله یا بیشتر از آن باشد چرا که در آن صورت خریدار در واقع بدون پرداخت ثمنی مالک میباید می شود از این جهت است که میزان وجه التزام را محدود می کنند .

سه: خبر محمد بن مسلم عن احد هما (ع) فی الرجل و يقول لعبدہ اعتقك علی ان ازوجك ابنتی ؛ فان تزوجت او تسريت عليها فعليك مأه دينار؛ فاعتقه علی ذلك و تسرى او تزويج . قال (ع) غلبه شرطه. (نجفی، ۱۳۶۵، ۷۳۶) با صراحت این مستندات در جواز وجه التزام از نظر فقهی نبایستی تردید کرد. طرفین قرارداد و همچنین قانونگذار می توانند برای جلوگیری از برهم خوردن تعادل در قرارداد، تمهیداتی را در نظر گیرند و در صورتی که این تعادل به نحوی برهم خورد، قانونگذار با تصویب قانون و طرفین با توافق یکدیگر می توانند آن را متعادل نمایند. گرچه رعایت احترام اراده طرفین بر قانونگذار هم لازم و ضروری است و حتی الامکان باید از دخالت در قراردادی که به وسیله طرفین منعقد شده است خودداری کند، لیکن در صورت اقتضای مصلحت چنین دخالتی توجیه پذیر است. (حسین آبادی، ش ۱۹، ۱۲۱) با این اوصاف تعدیل قرارداد ممکن است قانونی، قراردادی و یا قضایی باشد. از آنجا که قوانین مصوب ایران در این خصوص جامع نمی باشد و دولت نیز در راستای این امر اقدامات مؤثری را انجام نمی دهد، تعدیل قانونی دور از انتظار به نظر می رسد. از سوی دیگر در

وضع کنونی که قراردادهای بانکی غالباً کاملاً یک طرفه و به نوعی الحاقی هستند، فرض تعدیل قراردادی نیز بیهوده خواهد بود و لذا نقش رویه قضایی در تعدیل این نوع قراردادها بیش از دو جنبه دیگر مورد توجه واقع می‌شود. در قراردادهایی که افراد منعقد می‌کنند هر یک از طرفین ممکن است تعهداتی را به سود طرف دیگر یا شخص ثالث و به ضرر خود بر عهده گیرند و به خاطر وفای به عهد هر کسی به انجام امری که تعهد کرده باید عمل کند و اگر متعهد از انجام وظایف خود امتناع ورزد ملزم به جبران خسارت ناشی از تخلف خود می‌باشد. بعضی از محققین معتقدند با مراجعه به مواد متفرقه در قانون مدنی می‌توان نتیجه گرفت قانونگذار در رابطه با ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی راه حل خاصی را در نظر گرفته است که مانع از اجرای احکام عمومی تخلف از شرط می‌شود. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۶۵) یکی از اقسام شرط فعل، شرط ترک فعل حقوق است، مقصود از آن، انجام ندادن اعمال حقوقی همچون اجاره یا بیع و یا عمل فسخ می‌باشد که در ضمن عقدی شرط ترک آنها شده است. معمولاً در عقد بیع و برخی دیگر از عقود طرفین شرط می‌کنند. وجوب وفای به شرط موجب امکان اجبار مشروط علیه برانجام مفاد شرط می‌شود بدیهی است که این مطلب دلالت بر ثبوت حق برای مشروط له می‌کند زیرا تا او دارای حقی نباشد نمی‌تواند آن را مطالبه نماید. چنانچه یکی از طرفین از اجرای تعهدات خود امتناع ورزید و یا اینکه در موعد مقرر شده اجرا ننمود ملتزم خواهد بود که وجهی را به طرف دیگر بپردازد، این شرط به نحوی است که هر یک از طرفین می‌توانند آن را درج کنند ولی با این حال قانون ایران تعریف خاصی از این شرط ارائه نکرده بلکه فقط در چند ماده به صورت پراکنده به آن اشاره شده است. طبق ماده ۲۳۰ ق.م «وجه التزام» را به شکل زیر تعریف می‌کنیم: «هر گاه به منظور تضمین و تأمین خسارات ناشی از عدم یا تاخیر اجرای تعهد در ضمن عقد شرط گردد چنانچه یکی از طرفین به تعهد خود عمل نکند مبلغ معین شده را به طرف مقابل می‌پردازد مبلغ معین شده را وجه التزام و شرط عنوان شده را شرط وجه التزام می‌گویند». محشای قانون مدنی ذیل ماده ۲۳۰ چنین آورده: مطلق تخلف از تعهد ایجاد حقی برای متعهد له نمی‌کند مگر آنکه به موجب قرارداد متعهد ملزم به تادیه وجهی شده باشد. (حکم شماره ۱۴۰۷-۲۵/۸/۲۰ شعبه ۶ دیوانعالی کشور).

د: تغییر بنیادین اوضاع و احوال

چنانچه بپذیریم که نظریه تغییر اوضاع و احوال و دشواری اجرای قرارداد و همچنین اجرای تعهد

دارای جایگاهی در حقوق اسلام است، باید میزان تاثیر تغییرات و دگرگونی ها بر عقود را با پاسخ به این سوالات مشخص کنیم آیا راه حل جبران ضرر ناروا ناشی از تغییر در اوضاع و احوال، فسخ قرارداد ضروری است آیا متعهد که در شرایط حرج و مشقت قرار گرفته است می تواند از ادامه انجام تعهد سرباز زند آیا باید حکم به انحلال چنین قراردادی داد یا تنها با تعدیل روابط قراردادی و ایجاد توازن، قرارداد به حیات حقوقی خود ادامه می دهد. این نکته را نباید از نظر دور داشت که هدف از انعقاد هر قراردادی، بهره مندی از آثاری است که از قرارداد ناشی می شود. هر یک از طرفین با انعقاد قرارداد قصد و تمایل خود را برای ایجاد رابطه حقوقی ابراز داشته و به دنبال منفعی هستند که قرارداد را به آن منظور منعقد ساخته اند. پیام مهم اصل لزوم، اجرای مفاد عقد است، اعم از اینکه تملیک باشد یا ایجاد تعهد و یا دادن اذن و این به سرانجام نمی رسد مگر اینکه متعاقدين از نقض قرارداد اجتناب کنند از طرف دیگر متعاقدين می دانند که برای رسیدن به مقاصدی که قرارداد را برای دستیابی به آن منعقد کرده اند، باید در حفظ آن بکوشند. اراده هر یک از متعاملین به تنهایی نمی تواند بنای محکمی را که از توافق دو اراده بنا شده است متزلزل و یا ویران سازد و هرگاه در این امر تردیدی بروز کند و بحث از ایجاد تزلزل در آثار ناشی از عقد باشد با استصحاب بقای آثار ایجاد شده باید حکم به لزوم قرارداد داده و در انتظار دلیلی قانونی برای فسخ باشیم (حکمت، ۱۳۸۶، ۱۹) روابط قراردادی به ویژه در قراردادهای مستمر که طرفین برای حصول نتایج نهائی قرارداد، زمانی طولانی را باید به انتظار بنشینند و اگر در یک قرارداد به دلایل مختلف همه انتظارات آنها برآورده نشد، برای ایجاد حسن نیت و تداوم آن حتی با پذیرش ضروری قابل تحمل، به امید جبران آن در قراردادهای بعدی خواهند بود. قراردادهای استخراج معدن، ایجاد تاسیسات زیربنائی، قراردادهای ساخت و انتقال تکنولوژی و بخصوص سرمایه گذاری های مشترک بر همین اصل ادامه روابط قراردادی و انتظارات مستمر استوار است اما سخن از این قراردادها، تحمل ضرری متعارف برای رسیدن به سودی مستمر و محتمل الوقوع است و اگر این سود دست نیافتنی بود و انتظارات، با توجه به حوادث مختلف در معرض تهدیدات واقع شد و حتی به جای سود ضروری جبران ناپذیر بر یکی از طرفین وارد آمد، دیگر نباید به مقدمات فوق الذکر دل خوش کنیم، بلکه باید به دنبال راه حلی برای جبران ضرر ناروا باشیم، قطعاً تداوم روابط قراردادی جز تحمل ضرر توسط یکی به نفع دیگری، اثری به بار نخواهد داشت و اگر نخواهیم به اصل ادامه اعتبار روابط قراردادی که عرف مسلم معاملات به حساب می آید خدشه ای وارد بشود، باید به دنبال جلوگیری از ضرر ناروا از طریق اصلاح روابط قراردادی و ایجاد

توازن و تعادل مجدد باشیم. بر حسب میزان تاثیری که تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد می گذارد می توانیم مسایل این مبحث را دنبال کنیم. دگرگونی در اوضاع و احوال عقد یا به صورت دائمی است و یا به صورت گذرا و موقت. چنانچه تغییر در اوضاع و احوال اجرای قرارداد را به طور موقت با مشکل و یا ضرر مواجه سازد، با تعلیق اجرای تعهد، تا رفع وضعیت حادث و با در نظر گرفتن وضعیت طرف مقابل، احتمال بروز ضرر و یادشواری از بین می رود اما اگر وضعیت حادث دائمی بوده و یا با توجه به شرایط قرارداد و حوادث غیر مترقبه در یک مدت معقول و متعارف احتمال برطرف شدن وضعیت مذکور داده نشود، برای جبران ضرر و یا بر طرف نمودن حرج و مشقت باید به دنبال راه حل دیگری بود. پس بر حسب موارد، صورتهای زیر قابل طرح است: چنانچه اوضاع و احوال حاکم بر زمان عقد دچار دگرگونی بنیادین شده و اجرای قرارداد را برای مدتی با دشواری و یا ضرر مواجه سازد، اجرای قرارداد موقتا معلق شده تا مدت مذکور سپری و حالتهای ایجاد شده برطرف گردد. الزام متعاقدين به اجرای مفاد عقد به آنها اجازه فسخ قرارداد را نمی دهد. زیرا تزلزل در معاملات، نظم منطقی معاملات و انتظارات طرفین از عقد را بر هم زده و ثبات را از بین می برد. عدم اجرای روابط قراردادی جز از راه انحلال بر مبنای تراضی دو طرف، یعنی اقاله و فسخ عقد به حکم قانون امکان پذیر نیست و طرفین باید به مفاد قرارداد عمل کنند. (شفائی، ۱۳۸۹، ۳۴) حال اگر بر اثر بروز حوادث غیر مترقبه اجرای قرارداد مشکل شود، به حدی که الزام متعهد به انجام آن موجب عسر و حرج گردد و این حالت موقتی باشد، اجرای قرارداد به حال تعلیق درآمده و تا رفع حالت فوق العاده، عملیات اجرائی متوقف می ماند. ضابطه موقت بودن حالت فوق العاده بسته به نظر عرف است. اگر به طور متعارف مدتی معقول در عملیات اجرائی توقف حاصل گردد و از این باب ضرری متوجه طرف مقابل نشود می توان حکم به تعلیق اجرای قرارداد کرد والا حکم مذکور ضرری تلقی شده و دلیلی بر اجرای آن نیست، بلکه دلیل بر نفی چنین حکم ضروری وجود دارد. به عنوان مثال اگر پیمانکاری طی یک قرارداد پیمانکاری، تعهد به ساخت ساختمانی نماید و در اثنای انجام تعهد با بروز حادثه ای دگرگون کننده، اوضاع و احوال زمان عقد تغییر یابد و قیمت مصالح ساختمانی بالا رود به نحوی که اجرای قرارداد برای پیمانکار موجب ضرر جبران ناپذیری شود و از طرف دیگر با برنامه ریزی دولت در جهت وارد کردن مصالح و ملزومات ساختمان وضعیت مذکور کاملا موقتی و گذرا باشد، با معلق شدن اجرای تعهد تا تنزل قیمت ها و رفع کمبودها جلوی ضرر گرفته خواهد شد. این در صورتی است که اجرای تعهد برای متعهدله در تاریخ معینی مورد توجه نباشد و تاخیر در عملیات اجرایی باعث ضرر وی نشود

ولیکن اگر اجرای تعهد برای متعهد در وقت معینی مورد نظر باشد و یا تاخیر موجب ضرر وی شود، بدون پرداخت خسارت به متعهد له نمی توان به تعلیق در اجرای تعهد حکم کرد. به نظر می رسد حکم به تعلیق اجرای قرارداد در هر حال بسته به رضایت متعهدله است که در این باره با متعهد به توافق می رسد و اجرای قرارداد را با تاخیر در عملیات اجرای باعث ضرر وی نشود ولیکن اگر اجرای تعهد برای متعهد در وقت معینی مورد نظر باشد و یا تاخیر موجب ضرر وی شود، بدون پرداخت خسارت به متعهدله نمی توان به تعلیق در اجرای تعهد حکم کرد. به نظر می رسد حکم به تعلیق اجرای قرارداد در هر حال بسته به رضایت متعهد له است که در این باره با متعهد به توافق می رسد و اجرای قرارداد را با تاخیر می پذیرد. متعهد با در نظر گرفتن اوضاع و احوال حاکم و شرایط حادث و دشواری اجرای قرارداد و شرایط جدید به تحلیل این وضعیت پرداخته و به یکی از دو امر، یعنی پذیرش اجرای تعهد توسط متعهد با تاخیر و یا انحلال قرارداد که در این حالت اثر طبعی عقد است رضایت می دهد.

نتیجه گیری

عدالت مفهومی است که انسان از آغاز تمدن بشری آن را می شناخته و برای استقرار آن کوشیده است، عدالت فضیلتی است که باید به موجب آن به هر کس هر آنچه را که حق اوست داد. اساسا شروط ناعادلانه شروطی هستند که متضمن چنان بی عدالتی آشکاری باشند که اگر برای یک شخص صاحب اندیشه بازگو شوند از غیر عادلانه بودن آن اظهار شگفتی نماید و اگر عدم تعادل میان ثمن و مثن چنان زیاد باشد که آدمی را رنج دهد دادگاه از کمترین قرائن موجود در قرارداد که بیانگر قصد بی عدالتی و سوء استفاده باشد در جهت ابطال یا تعدیل قرارداد بهره خواهد برد. قراردادهای ناعادلانه در قراردادهایی همچون پیمانکاری، اجاره به شرط تملیک و قراردادهای آب، برق، بیمه، حمل و نقل، الحاقی و... مطرح می باشد که در اینگونه قراردادها عمدتا دولتها و صاحبان قدرت و سرمایه یک طرف آن می باشند که با درج شروطی (ناعادلانه) مبادرت به سلب یا کاهش مسئولیت از خود نموده و سعی در افزایش تعهدات طرف ضعیف در قرارداد می نمایند. از آنجایی که در حقوق ایران به صراحت به مبحث شروط ناعادلانه پرداخته نشده است و قانونگذار نیز به صورت پراکنده در برخی قوانین به این موضوع اشاره نموده است مطابق اصل ۴۰ از قانون اساسی، هیچ کس حق ندارد احقاق حق خویش را وسیله ی اضرار غیر قرار دهد و با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی که مقرر می دارد: قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع

معتبر اسلامی و فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند ... از صدور حکم امتناع نماید (همچنین مسئله ی شرط ناعادلانه از لحاظ فقهی معتبر بوده و می توان با استناد به مبانی فقهی، در حقوق ایران نیز از نفوذ چنین قراردادهایی با شروط ناعادلانه جلوگیری نماییم) چون وجود شروط ناعادلانه موجب بی نظمی و بی عدالتی و نارضایتی در روابط اقتصادی، اجتماعی، حقوقی و ... اشخاص می گردد، لذا قانونگذار و در نهایت محاکم می بایست قراردادهایی که مشتمل بر شروط ناعادلانه است را حتی الامکان، صحیح فرض نموده و شروطی را که توازن و تعادل (عدالت و انصاف) را در قرارداد بر هم می زند در برخی موارد باطل و در برخی موارد فسخ یا تعدیل و یا منحل نمایند چرا که اگر چنین اتفاقی نیافتد عدالت که اساس حکومت است، از بین می رود. در پایان این مقاله و با عنایت به اینکه در قانون ایران از شروط ناعادلانه به صراحت بحث نشده و مقررات مربوط به شروط ناعادلانه به صورت پراکنده در برخی از قوانین ایران آمده، پیشنهاد می گردد قانونگذار تلاش وافر را در جهت اصلاح و خلاء فقدان قانون شروط ناعادلانه به صورت جدی بعمل آورد تا افرادی که با بی عدالتی در قراردادها و نوسانات اقتصادی مواجه می شوند بتوانند از طریق این قانون احقاق حق گردند و دست مقام قضایی در رسیدگی به این گونه پرونده ها باز باشد (بتوانند به طریقی از خشگی قانون کاسته و از مکانیزم های بطلان، فسخ، تعلیق و تعدیل و ... استفاده نمایند).

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

۱. اسکینی، رحیم، حقوق تجارت (شرکتهای تجاری)، تهران: انتشارات سمت، سال ۱۳۷۷ش
۲. بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، تهران: انتشارات میزان، سال ۱۳۸۶ش
۳. حائری شاهباغ، سید علی، حقوق مدنی، ج ۱، تهران: نشر گنج دانش، سال ۱۳۷۶ ش
۴. حکمت، محمد علی. «تأثیر تغییر اوضاع و احوال». تهران: مجله حقوق، سال ۱۳۸۶ش
۵. رابین.ال.میدوس، ناعادلانه بودن به عنوان ابزار تنظیم قرارداد، ترجمه حسین مدرسی، تهران: نشر دانش، سال ۱۳۸۳ش
۶. ریاضی خوانساری، ابوالقاسم، به خط محمد باقر، مکتوب، به نقل از: ارسطو، اخلاق، ج ۵، سال ۱۱۳۱ق
۷. زیمرمن، حقوق تعهدات: مبانی رومی سنت مدنی، ترجمه هوشنگ مروتی، سال ۱۹۹۶ م
۸. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، عصر حقوق، تهران، انتشارات مجد، سال ۱۳۷۹ش
۹. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران: مدرسه عالی حسابداری. سال ۱۳۵۱ش
۱۰. قنوتی، جلیل و سایرین، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران: انتشارات سمت، سال ۱۳۷۹ش
۱۱. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: نشر میزان، سال ۱۳۸۸ش
۱۲. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه بخش مدنی، تهران: نشر علوم اسلامی، سال ۱۳۶۳ش

۱۳. مطهری، مرتضی، مبنای اقتصاد اسلامی، تهران: انتشارات حکمت، سال ۱۴۰۹ ق.

۱۴. نوری، محمد علی، ترجمه از قانون مدنی فرانسه، تهران: انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۸۰ ش

۱۵. واحدی، جواد، ترجمه قانون تعهدات سوئیس، تهران: نشر میزان، سال ۱۳۷۸ ش

(ب) منابع عربی

۱۶. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت: دارالکتب العلمیه، بی تا، سال ۱۳۶۳ ش

۱۷. ابن حمزه، محمد بن علی، الوسیله الی نیل الفضیله، قم: مکتبه آیه الله المرعشی النجفی، سال ۱۴۰۸ ق.

۱۸. ابن براج، قاضی عبدالعزیز، المذهب، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، سال ۱۴۰۶ ق.

۱۹. ابن قدامه، ابو محمد عبد الله بن احمد، المغنی قاهره، هجر للطباعه والنشر، سال ۱۴۰۸ ق.

۲۰. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۳، قم: انتشارات دهقانی، سال ۱۳۷۴ ش

۲۱. بحر العلوم، سید محمد، بلغه الفقیه، تهران: انتشارات مکتبه الصادق، سال ۱۴۰۳ ق.

۲۲. توحیدی، محمد علی، مصباح الفقاهه (تقریرات درس آیه الله خوئی)، قم: انتشارات وجدانی، سال ۱۳۷۱ ش

۲۳. جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، سال ۱۴۲۴ ق.

۲۴. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، ج ۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی، سال ۱۴۱۹ ق

۲۵. حلّی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، قم: مؤسسه نشر اسلامی، سال ۱۴۱۸ ق.

۲۶. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعۀ و مستدرکها، ج ۷، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، سال ۱۴۳۲ ق

۲۷. دسوقی، محمد بن محمد عرفه، حاشیه الدسوقی، اصفهان: مکتبه الشفیعی، بی تا. ۱۳۷۶ ش

۲۸. سبزواری، سید عبدالعلی موسوی، مهذب الاحکام، قم: دارالتفسیر، سال ۱۳۸۸ ش

۲۹. سیوری، مقدادین عبدالله، نضد القواعد الفقهیه، قم، کتابخانه مرعشی، سال ۱۴۰۳ ق.

۳۰. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی، ج ۲، مؤسسه النشر الاسلامی، سال ۱۴۲۴ ق.

۳۱. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، ج ۲، قم: انتشارات اسوه، سال ۱۴۲۵ ق

۳۲. نائینی، محمد حسین، منیه الطالب، نجف، مطبعه المرتضویه، سال ۱۳۵۸ ق.

۳۳. نراقی، ملا احمد، عوائد الایام، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، سال ۱۴۱۷ ق.

ج) مقالات و پایان نامه ها

۳۴. اسکینی، ربیعا، «منابع حقوق بیع تجارت بین المللی»، مجله حقوقی، سال ۱۳۶۵ ش، شماره ۷

۳۵. باریکلو، علیرضا، «اقرار تاجر ورشکسته»، اندیشه های حقوقی، سال ۱۳۸۲، ش سوم

۳۶. پوتیه، رساله قرارداد بیع، رساله اجاره، سال ۲۰۱۱، ش ۳۹۴، بخش ۲ فصل ۷.

۳۷. حسین آبادی، امیر، «بررسی وجه التزام مندرج در قرارداد» مجله تخصصی پژوهشی، دانشگاه

علوم انسانی رضوی، سال ۱۳۷۸ ش

۳۸. ساردویی نسب، محمد، «مؤلفه های غیرمنصفانه بودن قرارداد»، مجله حقوقی دادگستری

(علمی و پژوهشی)، سال ۱۳۹۰ ش

۳۹. شفائی، محمدرضا. «بررسی تطبیقی نظریه تغییر اوضاع و احوال در قراردادها»، مجله حقوق،

سال ۱۳۸۹ ش