

## مقاله پژوهشی: تعدیل قدرت معاملاتی نابرابر با تقلید معامله

جلال سلطان احمدی\* راضیه تقی زادگان\*\*

ابراهیم تقی زاده\*\*\*

پذیرش: ۹۸/۱۱/۱۲

دریافت: ۹۸/۳/۲۰

قرارداد / قدرت معاملاتی / طرف ضعیف / چانه زنی / تقلید معامله

### چکیده

بروز عدم توازن قراردادی در قدرت معاملاتی یک طرف را ضعیف و دیگری را قوی می‌نماید. عواملی چون نابرابری سطح وابستگی، دانش، انحصار و شرایط اضطراری یک طرف معامله، موجب عدم توازن در انعقاد قرارداد و چانه‌زنی در عوضین یا شروط و مفاد قرارداد می‌شود. مسئله این تحقیق تاثیر نابرابری و عدم توازن بر قرارداد و بررسی راه‌های ارائه شده در این زمینه است. طبق نظریه سنتی آزادی قراردادی، اکراه و اشتباه و گاه تدلیس عیوب اراده تلقی می‌شوند؛ سواستفاده از اضطرار نیز به صورت محدود مطرح است؛ اما در سایر موارد مطابق با اصل حاکمیت اراده توجهی به توازن قدرت متعاملین نمی‌گردد. عدالت حقوقی ایجاب می‌کند برای مقابله با این نوع نابرابری‌ها راه‌کار مناسبی ارائه گردد، زیرا اصل آزادی قراردادی نباید موجب نابودی طرف‌های ضعیف گردد. در حقوق کشورهای دیگر نظیر آمریکا و فرانسه تئوری‌هایی مطرح گردیده است که برخی از آنها توسط حقوق‌دان‌های داخلی نیز پیشنهاد شده و در نتیجه

jsahmadi@gmail.com

Razieh.taghizadegan@gmail.com

taghizaadeh@gmail.com

\*. دانشیار هیأت علمی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

\*\* دکتري حقوق خصوصي دانشگاه پیام‌نور

\*\*\*. استاد تمام، هیأت علمی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

■ جلال سلطان احمدی، نویسنده مسئول.

راه‌کار بطلان شروط تحمیلی یا غیر معقول را ارائه می‌دهند. اما هدف این پژوهش به کارگیری روشی است که ضمن حمایت از طرف ضعیف، در راه حفظ اصل ثبات و لزوم معاملات قدم بردارد تا از این حیث رونق تجارت و انگیزه کسب دانش و تخصص نیز از بین نرود. بهره‌گیری از تئوری تقلید معامله در جهت این هدف کارآمد خواهد بود. این تئوری ترکیبی از وضعیت شخصی طرف‌ها و لحاظ قدرت و ضعف معاملاتی آنها و رویه متعارف و معقول معاملات مشابه در جامعه و انصاف و عدالت است.

طبقه‌بندی JEL: K12



## مقدمه

در اکثر قراردادها طرفین قدرت معاملاتی برابر ندارند. ضعف معاملاتی یک طرف و برتری بیش از حد طرف دیگر منجر به برهم خوردن توازن نسبی قرارداد می‌گردد و در واقع آزادی قراردادی محدود می‌گردد. آزادی قراردادی به نحو عادلانه شامل آزادی در انتخاب طرف قرارداد، موضوع قرارداد و سایر مفاد قرارداد است. در انعقاد قرارداد، آزادی قراردادی نه تنها شامل ارادی بودن بلکه شامل قدرت معاملاتی برابر نیز می‌شود. متعاقب این اختلاف قدرت معاملاتی، قراردادهایی بین افراد منعقد می‌شود که سود یک طرف به بهای سنگینی تمام می‌شود که طرف ضعیف ناچار به تحمل آن است؛ طرف ضعیف برای برطرف کردن نیازش ناچار به انعقاد قرارداد شده است، اما راضی به این امر هم نبوده که تا این حد مورد سواستفاده قرار گیرد. قراردادهای فاقد توازن در قدرت معاملاتی دارای ویژگی‌هایی هستند که برخی مربوط به موضوع قرارداد و طرف پیشنهاد کننده یا برتر قرارداد و برخی دیگر راجع به مفاد و شکل این قراردادها هستند. همانند خدمت مورد نیاز بیمار در شرایط اضطراری و انحصاری که توسط پزشک متخصص ارائه می‌گردد یا قراردادهایی که در انحصار شخص یا اشخاص خاصی است و امکان چانه‌زنی در مفاد قرارداد وجود ندارد. مسایل اصلی پژوهش حاضر آن است که:

۱. عدم توازن در قدرت معاملاتی چه تأثیری بر وضعیت حقوقی قرارداد خواهد داشت؟
۲. چه راه‌کارهایی به جز راه‌کارهای سنتی برای ایجاد توازن نسبی در قرارداد وجود دارند؟

لازمه اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی هم آزادی در رویه و شکل انعقاد قرارداد و هم آزادی در ماهیت و مفاد قرارداد است. بایستی اذعان داشت راه‌کارهای سنتی موجود مشابه، نظیر اعمال خیارهای قانونی مثل غبن که طرف ضعیف نسبت به قیمت عرفی آگاهی دارد، یارای مقابله با عدم توازن در چانه‌زنی را ندارند. در ارتباط با سایر خیارهای نیز که در قراردادهای امروزی، طرف برتر قرارداد، طرف ضعیف را وادار به پذیرش اسقاط ارادی آنها می‌نماید، وضع به همین منوال است. یکی از موارد مشابه بحث سواستفاده از اضطرار است که در این زمینه نظرات نویسندگان یکسان نیست.

نظریات دیگری که در این زمینه مطرح است عبارت است از نظریه تعهد به دادن اطلاعات پیش قراردادی<sup>۱</sup>، تئوری غیرمعقول بودن در حقوق آمریکا<sup>۲</sup>، تئوری مقابله با شروط تحمیلی قرارداد<sup>۳</sup>. از طرفی با بررسی نظریه سواستفاده از اضطرار در حقوق داخلی و با بررسی تئوری‌های خارجی این موضوع دریافت می‌شود که در نهایت برای حمایت از طرف ضعیف به راه‌کار حقوقی بطلان قرارداد یا شروط غیرمنصفانه مندرج در آن دست یازیده‌اند. ناگفته نماند که قانون‌گذار ایران نیز با تصویب قوانینی همچون قانون حمایت از مصرف‌کنندگان گامی در جهت حمایت از طرف ضعیف برداشته است که متأسفانه این دسته از قوانین نیز عام‌الشمول نیستند و همچنان نواقص و ابهاماتی دارند. در پاسخ به این مسائل در تمایز با راه‌کارها و تئوری‌های ارائه شده قبلی باید راه‌کاری ارائه گردد که ضمن حفظ اصل لزوم و استواری معاملات انگیزه تجارت در بین عموم افراد جامعه که هر کدام به تفکیک با ارائه تخصص‌های گوناگون اقدام به معامله جهت کسب بالاترین منفعت می‌نمایند حفظ گردد. بی‌عدالتی و شروط غیر منصفانه تنها شقوق فشار و اجبار بر طرف‌های قرارداد نیستند. مدل‌های جدیدی از ساختار قرارداد که مرزهای بین استفاده و سواستفاده از قدرت معاملاتی ترسیم نماید ضروری است.<sup>۴</sup>

که در این راستا به ارائه نظریاتی همچون: راه‌کار محور وسط منافع و راه‌کار تقلید معامله (چانه‌زنی) پرداخته می‌شود تا در بالاترین حد، معاملات حفظ و درعین حال منصفانه و عادلانه گردند.

## ۱. واژه‌شناسی و تعریف اصطلاحی معامله و قدرت چانه‌زنی

در فرهنگ لغات فارسی واژه معامله این‌گونه تعریف شده است: معامله (بضم میم اول و فتح میم دوم): با هم داد و ستد کردن، خرید و فروش<sup>۵</sup>، هم چنین واژه معامله در زبان انگلیسی معادل کلمه (Bargain) می‌باشد که به این‌گونه در فرهنگ لغت عمومی ترجمه شده است:

۱. قاسمی حامد، (۱۳۷۶-۱۳۷۵)، ۱۶۷-۱۶۴

۲. کاظم پور، (۱۳۷۴)، ۳۹

۳. کریمی، (۱۳۸۱)، ۶۵

4. Edwards, (2009), 37-60

۵. حیییم، (۱۳۷۵)

«سودا، معامله، داد و ستد، چانه زدن، خرید ارزان، معامله کردن» و در معنی تخصصی آن این گونه آمده است: «معامله، داد و ستد، بیع و شراء» و اصطلاح فقهی آن هم «معامله»<sup>۱</sup>. در فرهنگ لغات انگلیسی- فارسی (حییم، ۱۳۷۵) علاوه بر این لغات، اصطلاحی که آورده شده است به این ترتیب است: چیزی را ارزان خریدن یا بزگیر آوردن: (to have a thing a (great) Bargain) در بین معانی کلمه معامله یا (Bargaining) از واژه‌ای به عنوان چانه زنی صحبت به میان آمده است که نه تنها در لغت نامه‌ها به چشم می‌خورد بلکه امروزه موضوع روز دنیا به خصوص دنیای غرب است. قدرت چانه زنی موضوعی مهم و اساسی در مدیریت استراتژیک است.<sup>۲</sup>

## ۲. تعریف قراردادهای فاقد قدرت چانه زنی

«قراردادهای فاقد قدرت چانه زنی، قراردادهایی هستند که در آن شروط و مفاد قرارداد که اکثراً شروط تحمیلی یا ظالمانه و یا غیرمنصفانه و نامعقول اند توسط یک طرف یا از پیش تهیه شده‌اند و یا نشده‌اند به طرف ضعیف تحمیل می‌شود و طرف ضعیف به دو دلیل اجبار به پذیرش آن دارد:

۱. انحصار عرضه‌کننده آن و یا انحصاری بودن کالا یا خدمت و یا داشتن قدرت برتر اقتصادی

۲. اضطرار و ضرورت در دارا بودن آن کالا یا خدمت.

ویژگی شکلی قرارداد آن است که گاهی اوقات در قراردادهای فاقد قدرت چانه زنی، ایجاب به صورت یک فرم چاپی و نمونه عرضه می‌شود که در آن تمام شروط و مفاد قرارداد وجود دارد و در تنظیم آن دقت زیادی صورت گرفته و در عین حال، از پیچیدگی زیادی نیز برخوردار است که فهم آن برای اشخاص عادی مشکل است و یا این که به قدری کوچک نوشته شده که معمولاً افراد رغبت به خواندن آن نمی‌کنند ولی مجبور به پذیرش آن هستند.

به ویژه اگر پیشنهادکننده، به حکم قانون امتیاز تولید و عرضه کالا و خدمت عمومی را به

۱. نرم افزار فرهنگ لغت، هوشیار

۲. سلطانی، (۱۳۹۰)، ۱۹

طور انحصاری در اختیار داشته باشد، می‌تواند با اعمال قدرت یکطرفه، شرایطی معین کند که مانند قانون، برای عموم مردم و به صورت مستمر قابل اجرا و اعمال باشد.<sup>۱</sup> منظور از تأثیر قدرت چانه‌زنی، تأثیر نه تنها بر قیمت قراردادی بلکه مفادی مانند ضمانت و حقوق فسخ یا اتمام قرارداد دارد. در حالی که مجریان و مفسران در رشته‌ی صنعت و...، مایل هستند قدرت چانه‌زنی را برای توجیه الگوها در مفادی جز قیمت در قراردادها، عنوان کنند، علم اقتصاد و حقوق قراردادی می‌کوشند قدرت چانه‌زنی فقط مؤثر بر قیمت باشد و نه بر دیگر مفاد قرارداد.<sup>۲</sup>

قدرت چانه‌زنی به صورت سه عنصر اولیه تلقی می‌گردد<sup>۳</sup>:

- فقدان رقابت،
- قدرت دیکته کردن مفاد معامله،
- این قدرت که وقتی قرارداد، منعقد شد، مفادش قاطع و بدون ابهام باشد.

### ۳. تعریف قدرت معاملاتی

قدرت معاملاتی صفتی است که به طرفین معامله بر می‌گردد و البته در همه جا بلکه در حادثترین شرایط طرفین معامله به خصوص طرفین ضعیف از حد پائینی از قدرت برخوردار است. در قانون مدنی ایران صحبتی از قدرت معاملاتی به میان نیامده است و تنها هر جا که بحث قدرت است عناوینی از جمله قدرت بر تسلیم و عناوین مشابه آن به چشم می‌خورد. بحث قدرت معاملاتی تا حدی این گونه به ذهن متبادر می‌شود که ممکن است به قصد طرفین و رضای آنها مربوط شود. قدرت معاملاتی توانایی و اعمال اقتدار یک طرف در قالب انجام و انعقاد یک معامله و قرارداد است. به تعبیری «قدرت معامله به معنای اعمال قدرت در رابطه‌ی ویژه معامله است. یک طرف دارای قدرت معامله است، اگر دارای توانایی اجرای هوشمندانه‌ی یک نتیجه ترجیحی در یک رابطه‌ی معامله باشد.<sup>۴</sup> با تفکیک به دو قسمت:

۱. عبدالمنعم (۱۹۷۴)، ۱۳۷

2. Choi & Triantis, (2011), 1-30

3. Choi & Triantis, (2011), 10

4. Barnhizer, (2005), 1-62

۱. توانایی و اعمال اقتدار

۲. انجام و انعقاد یک معامله

به این نتیجه می‌رسیم که قدرت معاملاتی صفتی است که به قصد و رضای طرفین بر می‌گردد.

#### ۴. اقسام قدرت معاملاتی

مشکل قدرت معامله و عملکردش در حقوق قرارداد (یعنی اینکه آیا دادگاه باید جهت رفع تناقضات قدرت مشهود عمل کند و چگونه باید عمل کنند) از تعامل پویا بین این دو مفهوم یعنی قدرت معامله به‌عنوان یک پدیده‌ی عملی واقعی و به‌عنوان مفهوم حقوقی و قانونی آن سرچشمه می‌گیرد!

#### الف. قدرت معاملاتی از جنبه عملی

در واقع پدیده‌ی واقعی قدرت معامله آن چیزی است که در روابط معاملاتی - مبادلاتی طرفین ایجاد می‌شود. در این سطح عملی، قدرت معامله، یک مفهوم پیچیده و پویاست که مرکب است از تعداد تقریباً بی‌پایان منابع و اشکال که می‌توانند به طور اساسی در هر زمان، طی رابطه‌ی طرفین بر اساس رفتار طرف و فاکتورهای بیرونی، تغییر کنند. حقوق قرارداد به ندرت، به طور مستقیم با این مفهوم قدرت معامله، سر و کار دارد. به علاوه، مذاکره و نظریه‌ی چانه‌زنی است که بدو با تحلیل نتایج معامله موفق و هم‌چنین این مسئله سر و کار دارد که چگونه طرفین معامله می‌توانند قدرت خود را جهت رسیدن به نتایج ترجیحی آن فرآیند بشناسند، ارزیابی کنند و تغییر دهند. قدرت معامله امکان دارد از توانایی امتناع از معامله (و به این ترتیب، مضایقه‌ی منافی که طرف دیگر، به شدت نیازمند است) تا توانایی صرفاً تحمیل هزینه‌ها به طرف دیگر را شامل شود.

اصطلاح «قدرت معامله به ویژه به معنای رابطه‌ی قدرت بین طرفین در هر رابطه‌ی مبادلاتی است و صرفاً محدود به معاملاتی نیست که ذیل تعاریف سنتی قراردادها قرار می‌گیرند. نظریه‌پردازانی نظیر «فیشر» و «اوری» قدرت معامله را به‌عنوان ابزاری شناخته‌اند

که در فرایند مذاکره به کار می‌رود نه یک ویژگی ثابت یکی از طرفین<sup>۱</sup> در اکثر شرایط، ممکن است عدم توازن قدرت بین دو طرف وجود داشته باشد اما طرفین در روند مذاکراتی که با هم دارند توافق متعادلی را در میان خود ایجاد کنند.

### ب. قدرت معاملاتی از جنبه حقوقی

بر خلاف پدیده‌ی عملی قدرت معامله، دادگاه‌ها و نظریه‌پردازان حقوقی، یک تز حقوقی برای قدرت معامله، پدید آورده‌اند که می‌کوشد قرینه‌های قدرت معامله را بین شناسایی کند و نتایج قانونی آن رابطه‌ی قدرت مشهود را تعیین کند. برابری قدرت معامله به عنوان یک اصل اخلاقی کلی یا قانون اولیه‌ای عمل می‌کند که باید در قراردادهای صحیح وجود داشته باشد. یک طرف باید دارای قدرت معاملاتی جهت تعهد رابطه‌ی حقوقی موسوم به «معامله» باشد. اگر یک طرف دارای قدرت معامله باشد آنگاه می‌تواند وارد معامله با طرف دیگر شود که او هم قدرت معامله دارد. اگر یک طرف فاقد این ویژگی قدرت معامله باشد، ایجاد یک معامله‌ی از نظر قانونی، قابل اجرا، غیر ممکن خواهد بود.

در مقابل، قدرت معامله طبق قانون، به عنوان یک پیش شرط ضروری معامله نشان می‌دهد مادامی که هر دو طرف واجد مقداری قدرت معامله اند، می‌توانند معامله‌ای را منعقد کنند. این مفهوم قانونی قدرت معامله، بازتاب این ادراک است که اکثر (و اگر نه همه‌ی) معاملات با اختلافات قدرت معامله همراه هستند و دادگاه‌ها باید فقط جایی مداخله کنند که آن اختلافات آن قدر شدید شوند که به گونه‌ای در توانایی طرفین در انعقاد قرارداد، مؤثر باشد.

### ۵. تحلیل حقوقی ماهیت قراردادهای فاقد قدرت چانه‌زنی

در مورد ماهیت قراردادهای فاقد قدرت چانه‌زنی دو رویکرد وجود دارد. امکان دارد این گونه تصور شود که در این نوع قراردادها به خاطر فقدان اراده آزاد طرف ضعیف و پیوستن به قراردادی حاوی شروط ظالمانه و تحمیلی که مجبور به پذیرش آن می‌باشد وصف دوسویگی و توازن معامله زیر سؤال برود. در رویکرد دیگر قراردادهای فاقد قدرت چانه‌زنی هم مانند



سایر قراردادها، از عقود محسوب می‌شود و این مطلب که در آن یکی از طرفین تمام شرایط را از قبل تهیه و پیشنهاد می‌کند و طرف مقابل صرفاً با این پیشنهاد موافقت می‌نماید بدون آن که هیچ حق مناقشه و چانه‌زنی داشته باشد، ضرری به صدق عنوان عقد نمی‌رساند؛ زیرا با تمام این نابرابری، ایجاب و قبول صورت گرفته و میان دو انشاء، توافق حاصل گردیده و عقد چیزی جز توافق دو اراده و انشا نیست و آزادی کامل طرفین و توازن و تساوی آن‌ها از لحاظ اقتصادی و نیز رضایت قلبی و واقعی طرفین عقد، از شرایط تحقق عقود نمی‌باشد، بلکه صرف توافق دو انشا که در آن رضایت معاملی وجود داشته باشد، کافی است.

در هیچ یک از متون قانونی اشاره‌ای به لزوم تساوی قدرت و برابری اقتصادی این دو اراده نشده است. پس نباید تساوی اقتصادی طرفین و نیز آزادی منطقی و طیب نفس واقعی را از شرایط صحت قرارداد یا از شرایط صدق عنوان عقد تلقی نمود، چون در این صورت اکثر معاملات که در جامعه منعقد می‌شود باید از تعریف قرارداد و یا از تحت عنوان قرارداد صحیح خارج شوند؛ زیرا عدم تساوی اقتصادی طرفین و اضطرابی که در قرارداد فاقد قدرت چانه‌زنی برای یک طرف وجود دارد در اکثر معاملات دیگر هم محقق است و از این جهت با سایر قراردادها فرقی ندارد.<sup>۱</sup> هم چنان که در فقه اسلامی و قانون مدنی ایران هم همین نظر پذیرفته شده و در ماده‌ی ۲۰۶۲ قانون مدنی به آن تصریح شده است. البته باید تدابیری برای حمایت از طرف ضعیف و جلوگیری از ظلم و اجحاف نسبت به او اندیشیده شود ولی باید دانست که حمایت از طرف ضعیف ایجاب می‌کند تعهد ناشی از این گونه اعمال، محصول توافق طرفین محسوب شود و عنوان قراردادی آن انکار نگردد، چون در این صورت قضات هنگام تفسیر مفاد قرارداد می‌توانند به اراده‌ی مشترک طرفین و مصلحت هر دو آن‌ها نظر داشته باشند و خواسته‌های پذیرنده را نیز ملحوظ دارند. اما اگر قایل شویم عمل حقوقی انجام شده، صرفاً یک ایقاع یا نهاد حقوقی مبتنی بر مصلحت پیشنهاد کننده است، دادگاه هم مجبور است تفسیر مفاد و شرایط مهم قرارداد را به گونه‌ای انجام دهد که با نظرات و منافع طرف پیشنهاد کننده سازگارتر باشد.

در نهایت: از مطالبی که بیان گردید می‌توان نتیجه گرفت که قراردادهای فاقد قدرت

۱. همان، ۳۴.

۲. ماده ۲۰۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر کسی در نتیجه اضطراب اقدام به معامله کند مکره محسوب نشده و معامله اضطرابی معتبر خواهد بود».

چانه‌زنی و هم چنین قراردادهای الحاقی که از جهات مختلف شبیه یکدیگرند از جهت ماهیت جز عقود به شمار می‌آیند و مبنای حقوقی و منبع الزام‌آور آن هم توافق و اراده‌ی طرفین است. این نظریه را بیش‌تر حقوق‌دان‌های حقوق خصوصی فرانسه و نیز حقوق‌دانان عرب پذیرفته‌اند و در قوانین این کشورها هم به آن اشاره شده است. در حقوق ایران هم به نظر باید همین نظر را پذیرفت، هر چند در قانون مدنی ایران، نامی از قراردادهای فاقد قدرت چانه‌زنی و قراردادهای الحاقی به میان نیامده است و آن را از سایر قراردادها متمایز نساخته‌اند، اما در عین حال معامله مضطر را جزء عقود دانسته و آن را صحیح و نافذ شمرده است.<sup>۱</sup>

## ۶. مقایسه عدم قدرت معاملاتی با عناوین مشابه

### الف. غبن

شاید چنین به نظر آید که، برای حمایت از شخصی که مورد بهره‌برداری ناروا قرار گرفته است، او می‌تواند تعهد گزاف را با استفاده از خیار غبن فسخ کند.<sup>۲</sup> ولی، در حقوق ما که غبن وسیله‌ی جبران ضرر است و جهل مغیون به گزاف بودن تعهد خود و بهای متعارف مورد معامله شرط استناد به آن است (ماده‌ی ۴۱۸ ق.م.)، استفاده از خیار غبن مفید به نظر نمی‌رسد. در بیشتر مواردی که مضطر (یا به طور کلی طرف ضعیف) تعهد سنگینی را بر عهده می‌گیرد، به خوبی از غبن خویش آگاه است و می‌داند که آنچه را به دست می‌آورد با عوضی که به عهده گرفته است تناسب ندارد، لیکن به منظور دفع ضرر مهم تری آن را می‌پذیرد.<sup>۳</sup>

### ب. اکراه

عناصر مفهوم اکراه که همانا تهدید شخص خارجی و اجبار طرف به انجام امر معین است هم با مفهوم مورد نظر در تز قدرت معاملاتی یکسان نمی‌باشد، اما به نظر برخی حقوق‌دانان<sup>۴</sup> از حکم معاملات اکراهی در برخی شرایط اضطراری که از ضعف طرف معامله سو استفاده می‌شود، می‌توان استفاده کرد.

۱. ماده ۲۰۶ ق.م.

۲. موارد ۴۱۶ به بعد ق.م.

۳. کاتوزیان، (۱۳۶۴)، ۵۲۷.

۴. همان، ۵۳۴-۵۳۰.

### ج. تدلیس

به چند دلیل باید بین تز قدرت معاملاتی و عدم توازن در قرارداد و بین مفهوم تدلیس و خیار تدلیس تمایز و تفاوت قائل شد.

۱. در بسیاری از قراردادهای فاقد قدرت چانه‌زنی و حاوی عدم توازن در قدرت معاملاتی، با عنصر اساسی موجود در مفهوم تدلیس که همانا تقلب و فریب و اظهارات و تبلیغات گسترده خلاف واقع است مواجه نشده و فقد این رکن هم سبب خواهد شد که نتوان از خیار تدلیس استفاده کرد. در اینجا خیار تدلیس هیچ کمکی در راه برقراری توازن و عدالت نخواهد کرد.

۲. امروزه قلمرو اجرای اختیارات به جهت اسقاط آنها در ضمن قرارداد بسیار محدود شده است. با وجود این بخش عمده‌ای از قراردادهای فاقد قدرت چانه‌زنی از جمله قراردادهای انحصاری کماکان از این تعرض مصون مانده است.<sup>۱</sup>

### د. قراردادهای الحاقی

عناصر و ارکان قراردادهای الحاقی تشابهات زیادی با قراردادهای فاقد قدرت چانه‌زنی دارند به نظر می‌رسد قراردادهای الحاقی یا انضمامی را بتوان از زیر مجموعه‌های قراردادهای فاقد قدرت چانه‌زنی قرار داد؛ با این حال در این نوع قراردادها غالباً طرف برتر از پیش تمام شرایط و آثار آن را معین می‌کند در صورتی که در قراردادهای فاقد قدرت چانه‌زنی ممکن است قرارداد و شروط آن از پیش نوشته نشده باشد و به محض رجوع طرف ضعیف به طرف برتر یا متخصص، قرارداد و شروط آن تنظیم شود.

### ه. سواستفاده از اضطرار

در ماده ۱۳۸ قانون مدنی آلمان قراردادهایی را که از نیازمندی شخصی بهره برداری ناروا شده، باطل اعلام می‌کند. در حقوق فرانسه سواستفاده از اضطرار را به عیوب اراده و اکراه ملحق می‌کنند و یا بر مبنای تعهد بدون علت و یا استفاده‌ی بلاجهت، تعهد‌گزار مضطر

را بی اعتبار می سازند.<sup>۱</sup> هم چنین در حقوق کشورهای عربی از قبیل مصر و عراق با استناد به قواعد عمومی غبن و استغلال و استیفای ناروا، در موارد سواستفاده از اضطرار، قرارداد را قابل ابطال دانسته و برخی نیز آن را از مصادیق اکراه شمرده اند.<sup>۲</sup> در حقوق ایران اضطرار به موجب ماده ی ۲۰۶ قانون مدنی ایران لطمه ای به عقد نمی زند اما سواستفاده از آن با مفهوم عدم توازن قدرت معاملاتی در قرارداد شبیه است؛ ولی عدم توازن منحصر به اضطرار نیست. به علاوه آن که حکم اضطرار محض در عدم توازن در قدرت معاملاتی قابل تسری نیست. در سواستفاده از اضطرار برخی آن را صحیح و نافذ تلقی کرده اند.<sup>۳</sup> اما نظر برخی بر ملحق کردن سواستفاده از اضطرار به موارد اکراه و اعمال قواعد عیوب اراده است.<sup>۴</sup> ماده ی ۱۷۹ قانون دریائی ایران به طور صریح به سواستفاده از اضطرار اشاره و حکم آن را بیان داشته است.

## ۷. ضمانت اجراها و احکام قراردادهای فاقد قدرت چانه زنی

به طور کلی در حمایت از طرف ضعیف قرارداد چندین ضمانت اجرا و احکام عام سنتی پیشنهاد شده و یا در قوانین جدیدتر مقرر شده است.

### ۷-۱. احکام سنتی عام

- الف. نظریه ی صحت قرارداد؛ زیرا شروطی که به نظر و در ظاهر ناعادلانه تلقی می شوند، تأثیری بر وضعیت حقوقی قرارداد نخواهد گذاشت.<sup>۵</sup>
- ب. نظریه ی عدم نفوذ قرارداد؛ همانند سواستفاده از وضعیت اضطراری طرف ضعیف.<sup>۶</sup>
- ج. نظریه ی بطلان قرارداد؛ در حقوق انگلستان به آن استناد می شود و مبتنی بر نظریه ی معاملات غیر معقول است ضعف و ناتوانی یک طرف و زیاده خواهی و باج خواهی طرف مقابل، منجر به بروز اماره تقلب می شود که مانع از صحت قرارداد می شود.

۱. کاتوزیان، (۱۳۸۵)، ۵۱۳

۲. سنهوری، (۱۹۹۸)، ۳۵۲

۳. عدل، (۱۳۷۳)، ۱۲۲

۴. کاتوزیان، (۱۳۸۵)، ۵۴۵

5. Ellinger, (1979), 456

۶. کاتوزیان، ۱۳۶۴، ۳۳

- د. نظریه صحت قرارداد با حق تعدیل یا ابطال به حکم دادگاه؛ طرف ضعیف حق دارد قرارداد را تعدیل و یا از دادگاه صالح، خواستار ابطال آن گردد. از جمله در مواد ۵ و ۶ و ۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ ماده ۳۷ (الف) شرایط عمومی پیمان تعدیل پیش‌بینی شده است. ابطال هم در ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران مقرر شده است.

## ۷-۲. احکام خاص در قوانین جدید

- الف. در ماده‌ی ۱۷۹ قانون دریایی با عنوان امکان تغییر یا فسخ قرارداد کمک و نجات با تشخیص دادگاه اگر شرایط غیرعادلانه تشخیص داده شود ضمانت اجرای تعدیل یا ابطال اعمال می‌گردد. حسن این حکم آن است که دست قاضی را برای تغییر جهت عادلانه نمودن قرارداد باز می‌گذارد؛ اما در عام الشمول بودن این قانون تردید است.
- ب. در ماده‌ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲ شروط غیر منصفانه به ضرر مصرف‌کننده غیرمؤثر مقرر شده است. که بر اساس آن گامی مهم در به توازن رساندن قراردادهای تجاری الکترونیکی برداشته شده است؛ اما ایراد وارد بر آن: اولاً عام الشمول نبودن و ثانیاً ابهامات بسیاری است که بر این ماده وارد است از جمله آنکه: منظور از شروط غیر منصفانه چیست؟ آیا قرارداد غیرمنصفانه همان معامله اضطراری است؟ و اینکه منظور از عدم تاثیر شرط چیست؟ اداره کل حقوقی پاسخ پرسش‌های فوق را اینگونه مطرح نموده که شروط غیرمنصفانه با توجه به ماده‌ی چهارم این قانون، توسط قانون و عرف بین تجار مشخص می‌شود و تنها مختص به معاملات مربوط به تجارت الکترونیک است و مراد از مؤثر نبودن شروط غیرمنصفانه یعنی فاقد هرگونه تأثیر در معاملات مربوط به تجارت الکترونیکی بوده و در حکم کان لم یکن است.
- ج. قانون حمایت از مصرف‌کنندگان ۸۸ می‌توانست قانونی مؤثر در عادلانه نمودن قراردادهای مصرف‌کنندگان و حمایت از اطراف ضعیف قراردادی باشد؛ اما با مرور مواد مرتبط با موضوع تحقیق از جمله مواد ۸، ۱۴، ۱۵ و ۱۶ این قانون که بیشتر به جرم بودن، تبانی و تحمیل شرایط از سوی عرضه‌کنندگان کالا و خدمات اشاره دارد مجدداً این نتیجه حاصل می‌شود که اولاً: نمی‌توان ملاک واحدی را جهت تعمیم دادن به انواع معاملات و قراردادهای از این قانون اخذ نمود؛ ثانیاً: بیشتر به جرم بودن اعمال فوق اشاره

دارد و نهایتاً مسئولیت جبران خسارت را به صورت کلی در ماده‌ی ۱۶ وضع نموده است که نمی‌توان از آن احکام صریحی در خصوص موضوع بحث یافت.

- د. قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی در جهت پیشبرد ضمانت اجراهای حاکم بر قوانین ضد رقابتی در فصل نهم (باعنوان تسهیل رقابت و منع انحصار)، نهادی تحت عنوان شورای رقابت به‌عنوان مرجع رسیدگی به رویه‌های ضد رقابتی در کشور مقرر نموده است.

تصمیمات شورای رقابت به دو دسته‌ی اصلاحی و کنترلی و پیش‌گیرانه و تنظیمی تقسیم می‌گردند که دسته‌ی اول شامل تعیین جریمه نقدی، دستور به فسخ هر نوع قرارداد، توافق و تفاهم متضمن رویه‌های ضد رقابتی، دستور به توقف هر رویه ضد رقابتی یا عدم تکرار آن، دستور استرداد اضافه درآمد و یا توقیف اموال، دستور برکناری مدیران متخلف، دستور به واگذاری سهام یا سرمایه و نیز الزام به ابطال ادغام‌ها یا تجزیه بنگاه‌های ادغام شده می‌باشد. دسته‌ی دوم در رابطه با رویه‌های ضد رقابتی با هدف پیش‌گیری از ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی، در قانون پیش‌بینی گردیده‌اند. بهره‌گیری به موقع از این ابزارها توسط شورای رقابت می‌تواند اثر خود را بر تمام یا بخش بزرگی از بازار بگذارد و موجب ارتقاء رقابت در بازار گردد.<sup>۱</sup>

این تصمیمات در ماده ۶۱ شامل اطلاع‌رسانی عمومی در جهت شفافیت بازار، دستور به توقف طرفین توافق از ادامه رویه‌های ضد رقابتی، دستور به بنگاه یا شرکت جهت عدم فعالیت در یک زمینه خاص یا در منطقه خاص، الزام بنگاه‌ها و شرکت‌ها به رعایت حداقل عرضه و دامنه قیمتی در شرایط انحصاری و دستور به اصلاح اساسنامه، صورت جلسات مجامع عمومی یا هیأت مدیره می‌باشد. در ماده‌ی ۴۴ مقرر می‌دارد:

«هر گونه تبانی از طریق قرارداد، توافق و یا تفاهم بین اشخاص که آثار مقرر در این ماده را به دنبال داشته باشد به نحوی که نتیجه آن بتواند اخلال در رقابت باشد ممنوع است.»  
امادر ارتباط با پاسخ‌گویی، در قانون فوق مکانیزم پاسخ‌گویی به مصرف‌کنندگان و نهادهای موضوع تنظیم‌گری پیش‌بینی نشده است.<sup>۲</sup> درارتباط با پاسخ‌گویی به دادگاه‌ها و

۱. جوادی، (۱۳۸۸)، ۱۱۲

۲. برزگر، همان: ۱۷۲

قوه قضائیه و نظارت قضایی، آنچه در قانون آمده است دارای ابهام می‌باشد. تصمیمات و آیین دادرسی شورا بیشتر به رسیدگی کیفری و تعیین جرم شباهت دارد و نهایتاً حکم به خسارت ناشی از تخلفات به موجب قانون بر عهده مراجع قضایی است نه شورای رقابت. وظایف و اختیارات محوله خصوصاً مندرج در مواد ۵۸، ۶۰ و ۶۱ به شورای یک نهاد دولتی است به معنی تشدید سلطه بوروکراسی دولتی بر فعالان اقتصادی و پاشیدن بذر ناامنی بر فضای کسب و کار است.<sup>۱</sup>

فصل نهم این قانون با رویکردی بدبینانه نسبت به بخش خصوصی نوشته شده و به جای تکیه بر اصل برائت، فرض را بر مجرمیت گذاشته است.

ایراد اساسی وارد به این قانون و هم چنین نحوه اجرای آن، این است که بسیار کلی و مبهم است. مثلاً ضمانت اجرای ممنوعیت در ماده ۴۴ و یا دستور فسخ قرارداد یا توقف افراد. این قانون راه کار صریح و عامی در پر کردن شکاف توازن بین طرف‌های معاملات ندارد.

- ه. قوانین دیگری نظیر قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۸۶/۳/۲۳، از دیگر قوانین مرتبط و مؤثر در عادلانه نمودن قراردادها است اما نمی‌توان به طور عام از ضمانت اجراهای آن که غالباً در زمینه‌ی کیفری است برای ایجاد توازن در قدرت معاملاتی طرفین و هم چنین حفظ لزوم و ثبات قراردادها بهره جست.

## ۸. راه‌کارهای برخورد با عدم توازن قدرت معاملاتی

یکی از نتایج حقوقی که از اصل فلسفی "حاکمیت اراده" نتیجه گرفته‌اند این است که اعمال ارادی همیشه عادلانه است، زیرا آنچه به وجود آمده خواسته خود او است. در نقد این نظریه باید گفت: عادلانه بودن قراردادها در صورتی امکان دارد که دو طرف در شرایط مساوی با هم روبرو شوند.<sup>۲</sup> هدف باید جلوگیری حداکثر از نابرابری‌های فاحش در قدرت معاملاتی باشد. وانگهی، بر فرض که اشخاص در شرایط مساوی برای انجام معامله به چانه‌زنی بپردازند و عقد در زمانی که بسته می‌شود عادلانه باشد، ممکن است پس از اجرای تعهد یا در اثنای آن

۱. همان.

۲. کاتوزیان، (۱۳۸۵)، ۴۰.

حوادثی رخ دهد که موازنه‌ی آغازین التزام‌ها را بر هم زند، به نحوی که یکی از طرفین (عموماً طرفی که تعهد او غیر پولی، از قبیل انجام کار و یا دادن مالی است) در اجرای تعهدات خود به سختی و مشقت افتد و ناگزیر شود قرارداد را با هزینه‌ای به مراتب بیش از آنچه که در هنگام انعقاد آن پیش‌بینی می‌کرده است اجرا کند، و بر عکس طرف مقابل سود کلانی که به هیچ وجه در زمان انعقاد عقد انتظار آن را نداشته است به دست آورد. در قرن نوزدهم، پیروان مکتب اجتماعی و سوسیالیست‌ها در برابر فردگرایان ایستادند و ثابت کردند تکیه بیش از حد بر آزادی قراردادی می‌تواند موجب در هم کوبیدن طرف ناتوان به وسیله توانا شود<sup>۱</sup>. راه حل‌های زیر در حل این مسئله مطرح است.

### الف. مقابله با شروط تحمیلی

ماده‌ی سه دستورالعمل شورای اتحادیه اروپا «شرطی را غیرعادلانه می‌داند که موضوع مذاکره‌ی طرفین نبوده باشد مشروط بر این که خلاف حسن نیت و موجب نابرابری فاحش در حقوق و تعهدات طرفین و به ضرر مصرف‌کننده باشد.» در بند دوم ماده سه این دستورالعمل کلیه قراردادها و شروطی که به صورت پیش‌نویس تهیه شده و مصرف‌کننده توان اثرگذاری بر مضمون آنها را نداشته باشد از مصادیق قراردادهایی تلقی شده که مورد مذاکره قرار نگرفته‌اند. در این راستا صرف مورد مذاکره بودن یک شرط خاص، کافی نیست تا تمام قرارداد صحیح تلقی شود بلکه روند کلی قرارداد در جریان مذاکره مورد توجه است. ضمانت اجرای مقابله با شروط تحمیلی به ابطال ختم می‌گردد. در حقوق فرانسه لیست تمثیلی از شروط ظالمانه مرتب شده است. اقدام دیگر حقوق فرانسه تشکیل کمیسیونی خاص برای شناسایی شروط تحمیلی بود. این کمیسیون که متشکل از تعدادی حقوقدان به علاوه متخصصین هر صنف انجمن حمایت از مصرف‌کنندگان و هم چنین حضور خود طرفین قرارداد می‌شد وظیفه اش تشخیص شروط تحمیلی براساس لیست ترتیب داده شده بود. ضمانت اجرای این راه حل ممنوع اعلام کردن و ابطال شرط و یا قرارداد است.

۱. حسین آبادی، (۱۳۷۶)، ۲۲۶-۱۹۶

۲. قاسمی حامد، طالب احمدی، (۱۳۹۰)، ۱۶۵



### ب. اطلاع‌رسانی پیش قراردادی

گفتگوهای پیش از قرارداد در واقع همان چانه‌زنی محسوب می‌شود تا طرفین به سنجش سود و زیان خود بپردازند و از مطالبی که برای آنها در انعقاد قرارداد نقش مهمی دارند آگاه شوند. در نظام حقوق نوشته وظیفه اطلاع‌رسانی پیش قراردادی را می‌توان بر ضرورت داشتن اراده‌ی سالم در اثنای قرارداد رعایت اصل حسن نیت حفظ امنیت و ثبات قراردادها وجود رابطه‌ی بازرگانی نزدیک یا امنی برقراری تعادل قراردادها و پیش قرارداد استوار کرد<sup>۱</sup>.

در حقوق ایران به طور مشخص اصل کلی اطلاع‌رسانی در مقررات دیده نمی‌شود اما به طور پراکنده در قوانینی مانند بند ۲ و بند ۳ ماده‌ی ۳ و ۷ قانون حمایت از مصرف‌کننده مصوب ۸۸/۷/۱۵ در قانون اوراق بهادار، قانون بیمه و در قانون تجارت در بخش پذیره‌نویسی شرکت‌های سهامی (اطلاع‌رسانی به پذیره‌نویسان) از اطلاع‌رسانی صحبت به میان آمده است. همچنین ضمانت اجرایی که می‌توان برای عدم اطلاع‌رسانی پیش قراردادی در نظر گرفت می‌تواند به صورت مختلف در نظر گرفته شود: فسخ با گرفتن غرامت درخواست ابطال قرارداد<sup>۲</sup>. در جهت حمایت از طرف ضعیف اطلاع‌رسانی پیش قراردادی امری حائز اهمیت است اما هدف این تحقیق آن است که در حین حمایت از طرف فاقد قدرت چانه‌زنی تا سر حد امکان قرارداد را سالم نگاه داشت و از راه‌کار فسخ و ابطال استفاده نکرد؛ به علاوه اطلاع‌رسانی به طرف ضعیف نمی‌تواند حالت اضطرار او را در انعقاد قرارداد برطرف کند و نهایتاً ممکن است او حتی با داشتن اطلاعات مجبور به انعقاد قرارداد باشد.

### ج. نامعقول بودن و حمایت از طرف ضعیف (با نگاهی به ماده‌ی ۳۰۲-۲ قانون متحد الشکل تجاری آمریکا)

دکترین نامعقول بودن را باید یکی از مبتکرانه‌ترین و کارآمدترین تدابیر حقوقی در حمایت از طرف ضعیف قرارداد به شمار آورد. چارچوب این دکترین از عرف حقوقی آمریکا نشأت می‌گیرد.

نخستین بار مفهوم اولیه‌ی «چانه‌زنی نامعقول» توسط دادگاه‌ها هر چند به صورت مبهم تشریح شد. نخستین بار مفهوم نامعقول بودن Unconscionability به صراحت در رأی

۱. اسمی حامد و طالب احمدی، ۱۶۱

۲. همان، ۱۶۸

Campbell Soup Co. v. Armour and Co آورده شد. در این رأی، دادگاه انصاف «چانه‌زنی نامعقول» را «چانه‌زنی نابرابر» عنوان کرد «... به گونه‌ای که از یک سوی هیچ فرد عاقلی آن را انجام نخواهد داد و از سوی دیگر هیچ فرد درستکار عادل‌ی آن را نخواهد پذیرفت». به طور دقیق‌تر دادگاه در رأی خود با استمداد از مفهوم «نامعقول بودن» این گونه استدلال کرد: "طرفی که چنین قرارداد یک جانبه‌ای را پیشنهاد می‌دهد و موفق به اخذ آن می‌شود حق ندارد به دادگاه بیاید و از قاضی تقاضای اجرای آن را بنماید. این که انصاف چانه‌زنی‌های نامعقول را الزام‌آور نمی‌داند متقن‌تر از آن است که نیازمند استدلال‌های پیچیده باشد." امروزه، دکترین نامعقول بودن در ایالات متحده بیشتر به عنوان راه حلی حاشیه‌ای و هنگامی به کار می‌رود که راه‌کار دیگری قابل حصول یا موفق نباشد.

این دکترین بعدها در ماده ۳۰۲-۲ قانون متحد الشکل تجاری آمریکا آورده شد و به قاعده‌ای بنیادین در قانون‌گذاری، حمایت از توافقات قراردادی و شروط تبدیل شد.<sup>۱</sup> اما در نهایت ایراد این نظریه نبود معیار مشخص جهت تشخیص شروط غیر معقول است.

#### د. قدرت چانه‌زنی و اصول قوانین پیش‌فرض

این نظریه ملاک جدیدی را برای اصول قوانین پیش‌فرض در قراردادهای فاقد قدرت چانه‌زنی و قراردادهایی که عدم توازن در قدرت معاملاتی در آنها به چشم می‌خورد ارائه می‌دهد. این نظریه نبود توازن در قدرت معاملاتی را به یک شکاف شبیه می‌کند و این گونه بیان می‌کند که چگونگی پر کردن شکاف‌ها در موافقت‌نامه‌های ناقص، شاید مهم‌ترین مسئله در حقوق قرارداد باشد. اهمیت چگونگی پر کردن این شکاف‌ها این است که بالاخره در موقعیت‌هایی که قدرت چانه‌زنی یا قدرت معاملاتی اختلافی فاحش دارند دادگاه‌ها دست به تفسیر قراردادها و تعدیل آن می‌زنند. هم چنین اصول و قوانین پیش‌فرض تنظیم شده توسط قانون، تعیین می‌کنند که چگونه قراردادها نگاشته شوند.

۱. قانون متحد‌الشکل تجاری (U.C.C.) ویرایش (۲۰۰۰). ماده‌ی ۳۰۲-۲ 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 غیرمعقول را برای جلوگیری از نتایج غیر معقول محدود کند». گسترش روز افزون استفاده از قراردادهای متحد‌الشکل در برابر قراردادهای مذاکره‌ای در دهه‌ی اخیر، کاربردهای احتمالی این دکترین را افزایش داده است. البته هر چند این دکترین عموماً علیه قراردادهای استاندارد استفاده شده است، دیگر مواد قانون متحد‌الشکل تجاری آن را ذکر می‌کنند.

یکی از موفقیت‌های بزرگ این راه‌کار برای قراردادهای گسترش شیوه‌های نظام‌مند برای تفکر در مورد پر کردن شکاف است. مورد قبول‌ترین اصل پرکردن شکاف این است که دادگاه‌ها باید «خواسته طرفین» را تقلید کنند. در واقع موفق‌ترین تصمیم توسط دادگاه‌ها و دستگاه قضایی تصمیمی است که نزدیکترین به اراده و خواست دو طرف باشد.<sup>۱</sup>

در موارد قدرت معاملاتی نابرابر دادگاه‌ها و قانون‌گذار توافق فرضی تعیین می‌کنند. اما توافق فرضی چیست؟ قوانین برای اینکه توافق مفروض اشخاص، معقول و عقلایی تلقی شوند می‌بایست به یک توازن عادلانه در منافع نوعی ختم شود؛ به طور خلاصه می‌گویند که قوانین تکمیلی شروط عادلانه برای قرارداد فراهم می‌کند.

برای پر کردن شکاف بین طرفین قرارداد نامتوازن دادگاه‌ها باید ملاک‌هایی را در دست داشته باشند. حقوق آلمان به عرف عام ارجاع می‌دهد. عرف نشانگر توافقاتی نوعی افراد است و یکی از راه‌های مهم عدالت قراردادی است. حتی در کالاهای جدید که قیمت تعیین شده ندارند نیز طرف‌ها تلاش می‌کنند تا ارزش را بر مبنای نحوه ارزیابی در موارد مشابه انجام دهند یعنی قیمت بازار را تعیین می‌کنند.<sup>۲</sup> اما بسیاری از شروط و مفاد قراردادی قیمت و ارزش بازاری ندارند، مثل شروط تحمیلی داوری، شروط فورس ماژور، شروط راجع به استرداد، شروط قانون حاکم یا شروط عدم رقابت از طرف دیگر چنانچه بگوییم سودی که از قرارداد خارج می‌شود باید مساوی بین طرفین تقسیم شود در این صورت طرفی که سودی مساوی از طرف مقابل دریافت نموده اما طرف دیگر هزینه بیشتری برای این معامله کرده باشد رغبت به چنین معامله و داد و ستدی کم می‌شود. مسلماً در جایی که بحث علم و تخصص است استحقاق طرفین در توزیع سود مساوی بی معنا خواهد بود. مسأله این است که آیا هوش و نبوغ یک طرف که از اوضاع و احوال بیرونی و خارجی به دست آمده است و موجب اثرگذاری در ارزش مورد معامله است آیا باید این طرف این اطلاعات را به طرف مقابل اطلاع دهد؟<sup>۳</sup> در جایی که وسایل و لوازم اعمال این هوش و نبوغ جهت کشف اطلاعات به صورت برابر و عادلانه‌ای در اختیار دو طرف است به نظر دادگاه‌ها طرف دارنده اطلاعات چنین وظیفه‌ای ندارد. در رابطه با قراردادهای طولانی مدت نیز ملاک آن خواهد بود که به

1. Omriben, (2009), 396-430

2. Florian, (2013), 57-70

3. TODD, (2016), 136-154

جای محکم نمودن قرارداد با شروط نامعقول و غیر منصفانه قرارداد به صورت ناکامل منعقد شود تا با توجه به وضعیت نامطمئن آینده، تکمیل قرارداد را به همان آینده موکول کنند جایی که وضعیت واقعی ثابت می‌شود.<sup>۱</sup>

قوانین پیش فرض از جهاتی با قوانین تکمیلی و تفسیری مشابه هستند. زیرا هر دو برای تکمیل قرارداد به کار می‌روند. اما تفاوت آنها در امکان اعمال قوانین تکمیلی به شرط اطلاق عقد است و در صورت عدم اطلاق قرارداد قوانین تکمیلی کاربردی نخواهند داشت، حال آن که شروط غیر منصفانه ناشی از نابرابری قدرت چانه‌زنی در بسیاری موارد صریح هستند پس امکان اعمال قوانین تکمیلی را منتفی می‌نمایند. مگر به یکی از طرق دیگر شرط غیرمنصفانه را باطل و سپس قوانین تکمیلی را جایگزین کنیم.

#### ه. راه‌کار تعیین بامحور وسط منافع

راهکار اقتصادی، دیدگاه قدرتمند دیگری فراهم می‌کند. خواسته‌ی طرفین در فرضی که دو طرف منطقی و عادلانه عمل می‌کنند و هر دو طرف بیشترین سود و منفعت را در نظر دارند داشتن کارآمدترین ملاک تنظیم قرارداد عادلانه است. درست است که برای هر یک از طرفین برخی مفاد قرارداد مطلوب‌تر از دیگری است اما بالاخره ترازوی عدل و انصاف را آنقدر تغییر داده تا به محور وسط نزدیک شویم، آن گونه که منفعت هر دو طرف حفظ شود. در کل محتوای مفاد قرارداد، توسط قدرت چانه‌زنی طرفین تعیین می‌شود. به طور کلی این تباین منافع است که منجر به شکاف می‌شود. اگر منافع طرفین با هم تطبیق داشته باشند، آنان توانسته‌اند در مورد یک شرط به توافق برسند.

در دعوی Oglebay Norton Co. v. Armco inc دو شرکت بزرگ دارای قرارداد نسبتاً دراز مدت برای انتقال سنگ آهن. موافقت‌شان از ابتدا، یک فرمول قیمت داشت اما با گذشت زمان، این فرمول ناکام شد و نیازمند تجدید نظر بود. وقتی که طرفین به دادگاه رجوع کردند تا یاریشان کند شکاف قیمت را پر کنند، هیچ شرط واحدی نبود که «قیمت بازار» را منعکس کند که دادگاه بتواند به آن استناد کند. در واقع، اگر چنین قیمتی بود طرفین نیاز نداشتند از دادگاه بخواهند آن را ارائه کند. در عوض، دادگاه باید یک پرکننده‌ی شکاف

«معقول» ارائه می‌کند که توزیعی محض بود و با تقسیم تفاوت به شیوه‌ای خلاق و غیر معمول انجام شد.

### و. راه‌کار تقلید معامله (تقلید چانه‌زنی)

یک دادگاه نیازمند اطلاعاتی است که به آن کمک کند «معامله» را تقلید کند: «تقسیم مازادی که طرفین، اتخاذ کرده‌اند، طبق قدرت چانه‌زنی منصفانه<sup>۱</sup>». این روش نظریه‌ی خود را این‌گونه مطرح می‌کند:

وقتی که یک طرف دارای قدرت چانه‌زنی بیشتر است، پرکننده‌ی شکاف باید به نفع او (طرف قوی) مایل باشد چون این طرف است که خواسته‌اش، احتمال بیشتری دارد «غالب شود». دو نکته را در این روش باید در نظر داشت:

۱. در اکثر اوقات طرفی که قدرت چانه‌زنی بیشتری را دارا است ممکن است از تخصص، دانش و اطلاعات خاصی برخوردار بوده باشد که به خاطر رسیدن به این موقعیت زحمت زیادی را کشیده است.

۲. نکته دومی را هم که باید در نظر داشت این است که درست است که او بی‌جهت از امتیازات بالایی برخوردار نشده اما نباید از این امتیاز بهره‌بری ناروا کرده و شروط ظالمانه‌ای را به طرف ضعیف قرارداد تحمیل نماید. بنابراین شکاف‌های توزیعی محض با شرایطی پر می‌شوند که بیشتر به نفع طرفی است که قدرت چانه‌زنی بیشتری دارد. از طرف دیگر تحلیلی که در ذهن راجع به این موضوع شکل می‌گیرد این است که هدف از حمایت طرف ضعیف این است که شرایط تحمیلی و غیر منصفانه از روی دوش او برداشته شود در غیر اینصورت اگر هدف از برقراری توازن در قدرت معاملاتی، توازن محض باشد اقتصاد بازار و رونق آن مخدوش شده و هیچ تولیدکننده کالا و ارائه دهنده اگر هیچ سود و منفعت عاید او نگردد، حاضر به فعالیت تجاری نیست.

تحلیل دیگر راجع به نظریه‌ی تقلید از قدرت چانه‌زنی این است که: در نگاه اول، این معیار امکان دارد به نظر غیر منصفانه بیاید. قدرت چانه‌زنی نامساوی، به ندرت یک پدیده‌ی

1. Omri ben, (2009),401

مطلوب است، پس چرا باید تقلید شود؟ با یک مثال غیر حقوقی قضیه را می‌توان روشن تر نمود. برای مثال، یک فرمان ناقص را می‌توان در نظر گرفت که پدر (یا مادری) به فرزندش می‌دهد که: «چمن را بزن» اگر ناقص اعلام شود، باید «فقط حیاط جلویی» یا «هم جلوی حیاط و هم پشت آن» به آن ضمیمه شود و بتواند عبارت معقول تری ارائه کرد. باز هم اگر پدر یا مادری دارای «قدرت چانه‌زنی» باشد (قدرت دیکته کردن دامنه دقیق فرمان)، سپس شرط دقیقی که باید پیروی شود آن است که متناسب با معنی مورد نظر طرف قوی تر باشد. پدر(یا مادر) می‌تواند به گونه‌ای منطقی به فرزند بگوید: "تو می‌دانی یا باید بدانی منظورم چیست" که در بردارنده‌ی خواسته‌ی پدر یا مادر بر اساس قدرت چانه‌زنی بیشتر و منع کنترل و تعیین محدوده، تفسیر است. در حقیقت، این روش تفسیر، برای پدر یا (مادر) غیر ضروری می‌سازد که در فرمانش روشن تر باشد و کاربرد زبان اختصار، مزایایی دارد مانند هزینه‌های معاملاتی و توانایی کاربرد الگوهای ساده‌ی معاملات. در واقع، مسلماً این نمونه مربوط به پرکننده‌ی شکاف قانونی یا حقوقی نیست بلکه به یک هنجار غیر رسمی مربوط می‌شود که بر روابط درون خانوادگی، حاکم است. با این وجود، عملکردهای آنها یکسان است. این هنجارها به شیوه‌ای نمود پیدا می‌کنند که خواسته‌ی طرف دارای قدرت دیکته کردن را تقلید می‌کنند. معلوم نیست که همیشه دادگاه‌ها بتوانند در عمل، تعیین کنند چگونه قدرت چانه‌زنی پیش از انعقاد قرارداد، تقسیم می‌شود. تعیین توانایی چانه‌زنی نسبی در روابط تجاری، مشکل است. این بحث معیاری به دست می‌دهد تا به دادگاه‌ها این یاری را برساند که دادگاه‌ها به چه نیاز دارند تا شکاف‌های قراردادی را پر کنند. البته خود دادگاه‌ها هنگام پر کردن شکاف‌های قدرت چانه‌زنی و شکاف‌های قیمت، به شیوه‌ای ظریف نسبت به تقسیم قدرت چانه‌زنی، حساس هستند.

با این کار، دادگاه‌ها اغلب تصدیق می‌کنند که طرف انتخاب‌کننده، همان است که قدرت چانه‌زنی بیشتری دارد. قدرت چانه‌زنی به ندرت یک مفهوم الزام‌آور عدالت توزیعی است. قوانین حقوقی که به نفع طرف ضعیف است و زمین بازی را هموار می‌کند، بیش از پیش مورد دفاع قرار می‌گیرند.

لازم به ذکر است که همیشه ایده‌ی تقلید معامله نمی‌تواند نتیجه بخش باشد زیرا ممکن

است با سایر اصول حقوق قرارداد، در تضاد باشد. مشکلی که وجود دارد این است که در قسمت‌هایی از قرارداد مفاد اضافی مطرح می‌شود که نیاز به روش‌های تحلیل دیگری است و یا ضمانت اجراهای خاص خود را می‌طلبد و آنهم مفادی است که از آستانه‌ی قرارداد بستن مجاز فراتر می‌رود، مانند شروطی که آشکارا ظالمانه به نظر می‌رسند (مانند ضمانت اجراهای فسخ و ابطال برخی شروط یا تمام قرارداد). اما جایی که فقط بعضی شروط و بعضی مفاد اضافی زدوده می‌شوند و نیاز به جانشین دارند، دادگاه‌ها با مشکل پر کردن شکاف مواجه می‌شوند. شرط اضافی (غیر منصفانه) دیگر معتبر نیست. جای آن چه باید کرد؟

اینجا عموماً روشن است که طرف دارای قدرت چانه‌زنی بیشتر، شرط اضافی را دیکته می‌کند. شیوه‌ی تقلید-معامله-شرطی را که دارای حداکثر منفعت به سود طرف قوی‌تر بوده ننگه داشته و آن را تعدیل و در نتیجه برای طرف ضعیف قابل تحمل می‌گرداند.

به جای جانشین کردن شرط ناشی از قدرت معاملاتی نابرابر با متعادل‌ترین شرط، دادگاه آن را فقط به قدر کافی کاهش می‌دهد (تعدیل می‌کند) تا متناسب شده و به حدی برسد که مشروع یا منصفانه تلقی می‌شود. در انجام این کار، دادگاه، معامله‌ی فرضی را تقلید می‌کند که طرفین با مذاکره، در مورد یک زمینه‌ی میان بر به آن می‌رسند.

در ارتباط با مبانی استفاده از راهکار تقلید معامله نیز باید اذعان داشت بهره‌وری از راهکار تقلید معامله و در نتیجه اعمال وضعیت حقوقی صحت به‌همراه تعدیل معامله می‌تواند منشأ گرفته از دو اصل آزادی اراده و حسن‌نیت در کنار هم و منطبق با مبنای حفظ و ثبات معاملات است. حال در مقام اجرای حق و انشاء عقد، قصد و نیت صاحب حق مورد توجه قرار می‌گیرد و حقوق در اجرای آزادی اراده این محدودیت را قائل می‌شود که اشخاص خصوصاً در فرضی که از امتیازات ویژه‌ای بهره می‌برند، از حق آزادی در انعقاد معامله سواستفاده نکنند. گرچه در خصوص پذیرش نظریه «سواستفاده از حق» و «قاعده حسن نیت» در حقوق ایران حقوق دانان نظرات متفاوت ارائه داده‌اند، به نحوی که برخی از ایشان معتقد به عدم پذیرش این قاعده در سیستم حقوقی ایران هستند.<sup>۱</sup> اما در حقوق کشورهای نظیر فرانسه «سواستفاده از حق» و قاعده «حسن نیت» در اعمال حق، گسترش فراوانی یافته است و دادگاه‌های فرانسه در این باره اظهار نظر کرده‌اند، هنگامی که شخص با اعمال حق

خود، متضمن ورود ضرر به دیگری شود بدون اینکه نفع جدی و موجه داشته باشد، مرتکب تقصیر شده است.<sup>۱</sup>

با این اوصاف از یک سو حفظ ثبات و امنیت قراردادها ایجاب می‌کند قرارداد در چارچوب‌های قانونی منعقد شود و بر این اساس لازم‌الاتباع‌اند اما در جایی که شرایط صحت معاملات وجود دارد اما اصل حسن نیت از جانب طرف برتر قرارداد رعایت نمی‌گردد، آنجاست که سواستفاده از حق باید طریقی در اختیار دادرسان قرار دهد تا از آن طریق به برقراری توازن قدرت معاملاتی دست زنند و همان طور که گفته شد کارآمدترین روش اعمال روش تقلید معامله است.

### نتیجه‌گیری و ملاحظات

در نظام حقوقی ایران از آنجا که نظریه تقلید معاملاتی و تاثیر آن بر وضعیت حقوقی قرارداد پیشینه چندانی ندارد و علی‌رغم تلاش‌های قانون‌گذار جهت تعدیل قراردادهای غیرمنصفانه نظیر تصویب قانون دریایی (ماده ۱۷۹)، ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک و قانون حمایت از مصرف‌کننده و... هنوز ابهامات بسیاری در این زمینه وجود دارد و از طرفی اختیارات قانونی نظیر غبن به علت آگاهی طرف ضعیف از اجحافی که به هنگام انعقاد معامله به او می‌شود و دیگر اختیارات قانونی که بعضاً به هنگام انعقاد قرارداد اسقاط می‌شوند، غالب موارد قراردادهای فاقد قدرت چانه‌زنی و غیر عادلانه را پوشش نمی‌دهد.

بعضی از حقوق‌دانان داخلی بر اساس تئوری‌های غربی یا تحت پوشش قرار دادن موضوع تحت لوای قواعد سواستفاده از اضطرار یا اکراهی قلمداد کردن قراردادهایی از این دست یا اصل ۴۰ قانون اساسی، سعی در اعمال وضعیت حقوقی ابطال قرارداد دارند. حتی تئوری‌های جدید مطرح شده در حقوق غرب مانند دکترین نامعقول بودن که در نهایت در قالب قانونی ماده ۳۰۲-۲ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا وارد گردید، مؤلفه‌های مشخص برای تشخیص نامعقول بودن قرارداد ارائه نمی‌دهد. در بین راه‌کارهای سنتی و تئوری‌های جدید، راه‌کار تقلید معامله که ترکیبی از ملاحظات اقتصادی و حقوقی در جهت حفظ ثبات معاملات و حفظ رونق تجارت و انگیزه کسب دانش و تخصص بهترین روش است. بر اساس نظریه



تقلید معامله قاضی به هنگام قضاوت راجع به چگونگی عادلانه کردن قرارداد در روابط طرفین قرارداد خود را جای طرفین معامله قرار داده و مجدداً خواست و اراده طرفین قرارداد را تقلید می‌کند. به عبارت دیگر طرف برتر قرارداد همچنان باید در موضع قدرت قرار گیرد و طرف ضعیف قراردادی هم در موضع طرف نیازمند و بر مبنای آن وضعیت و موقعیت قرارداد شبیه‌سازی می‌شود تا عادلانه‌ترین و منصفانه‌ترین قرارداد در وضعیت مشابه به دست آید. معنایی که از این نظریه استنباط می‌شود این است که عدالت واقعی در توازن محض نیست بلکه آن است که قرارداد توازن نسبی خود را باز یابد، چرا که هیچگاه توازن محض در منافع محقق نمی‌گردد. قضاوت عادلانه در این موارد آن است که دو امر مد نظر قرار گیرد:

۱. ارزش تخصص و قدرت معاملاتی برتر که ناشی از یک جریان سالم اقتصادی و تلاش و کوشش است حفظ شود. پس حق نیست که دستمزد یک شخص متخصص ویژه همانند یک متخصص معمولی باشد.
۲. شرایط اقتصادی طرف ضعیف و عدم توان چانه‌زنی طرفین لحاظ شود تا در نهایت معامله‌ای منصفانه شبیه‌سازی شود.

## منابع

- ابن منظور علامه، (۱۴۱۰). لسان العرب جلد هفتم، نشر دار صادر، ماده ضرر، چاپ اول.
- باریکلو علیرضا، (۱۳۸۲). «ضمانت اجرای حقوقی سواستفاده از وضعیت اضطراری طرف قرارداد» مجله‌ی اندیشه‌های حقوقی سال اول شماره چهارم صص ۴۵-۲۵.
- حسین‌آبادی، امیر، (۱۳۷۶). «تعادل اقتصادی در قرار داد»، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۲۰-۱۹ صفحه ۱۹۶-۲۲۶ صفحه‌ی ۱۹۸.
- حییم، سلیمان، (۱۳۷۵). فرهنگ یک جلدی انگلیسی - فارسی تهران: فرهنگ معاصر چاپ نهم.
- سلطانی، پدram، (۱۳۹۰). «قدرت چانه‌زنی ضعیف» ماهنامه اقتصادی و مالی بین‌الملل اقتصاد ایران، شهریور، صفحه ۱۹.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، (۱۳۸۵). نظریه العقد بیروت دارالفکر چاپ اول صص ۲۸۵.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، (۱۹۹۸). الوسیط فی شرح قانون مدنی الجدید بیروت: انتشارات حلبی، چاپ سوم صفحه ۳۵۲.
- طبرسی، شیخ ابوعلی الفضل بن الحسن (بی تا)، مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن جلد اول نشر دارالمعرفه صفحه ۴۶۶.

- طوسی شیخ، (۱۳۸۲). الخلاف جلد دوم نشر سازمان تبلیغات اسلامی، ص ۳۵۱.
- عبدالمنعم، فرج، (۱۹۷۴). نظریه العقد، بیروت: دارالنهضت العربیه، ص ۱۳۷.
- عدل، مصطفی، (۱۳۷۳). حقوق مدنی قزوین: انتشارات بحر العلوم چاپ اول، صفحه ۱۲۲.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵). حقوق مدنی: نظریه‌ی عمومی تعهدات نشر میزان، چاپ سوم، صفحه‌ی ۴۰، ۱۳۸۵.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۴). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول انتشارات بهنشر، چاپ اول ص ۳۴.
- کاظم پور، سید جعفر، (۱۳۷۴). «بررسی تطبیقی حمایت از طرف ضعیف قرارداد در ایتالیا» و «دکترین نامعقول بودن در ایالات متحده آمریکا»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۱
- کریمی، عباس، (۱۳۸۱). «شروط تحمیلی از دیدگاه عمومی قراردادها»، مجله پژوهش‌های حقوقی، سال اول، شماره ۱، ص ۶۵
- قاسمی حامد، عباس، (۱۳۷۶-۱۳۷۵). «مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد» از دیدگاه فرانسه، مجله کانون وکلا، شماره ۱۶۷-۱۶۴.
- قاسمی حامد، عباس و طالب احمدی، حبیب، (۱۳۹۰). «اطلاع‌رسانی پیش قراردادی»، مجله مطالعات حقوقی، دوره سوم، شماره اول، ص ۱۶۵.
- قافی، حسین، (۱۳۸۳). «ماهیت و میزان اعتبار قرارداد الحاقی» فصلنامه حقوق اسلامی، دوره ۱، شماره ۲، صفحه ۶۱-۸۸.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۶۴). ترمینولوژی حقوق تهران: انتشارات ابن سینا، شماره ۱۷۶.
- موسوی، سید ابراهیم، (۱۳۸۰). «قاعده اضطرار» مجله حقوقی و قضایی دادگستری شماره ۳۵ صفحه‌ی ۷۶-۵۵.
- نراقی، ملا احمد. (۱۲۶۶) عواید الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسایل الحلال و الحرام قم: بوستان کتاب، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ص ۵۷.
- نرم‌افزار فرهنگ لغات هوشیار
- وحیدی، امیرحسین، (۱۳۸۳). «تعادل اقتصادی و اضطرار در قراردادهای انحصاری»، کانون سردفتران و دفتریاران، دوره دوم شماره ۷۳، ص ۱۰۸.
- Barnhizer, Daniel, (2005). "Bargaining Power in Contract Theory", Legal Studies Research Paper Series, Michigan State University, Collection of Law, page 1-62
- Choi, Albert and Triantis, Georg, (2011). "How Bargaining Power Affects- Non Price Terms in Contracts", Texas, Law Academics, p1-30, p4
- Edwards, Carolyn, (2009). "Freedom of Contract and Fundamental Fairness for Individual Parties: The Tug of War Continues", Marquette University Law School, Vol, 674: 37-60.

- Ellinger, EP Anglo, (1979). "Unconscionable contract" , A comparative Study of the Approaches in England , France , Germany and united state , Loy. A. Int , 1 and com . L .g .p: 456.
- Florian, Rödl, (2013). "Contractual Freedom, Contractual Justice, and Contract Law (Theory)", Law and Contemporary Problems, Vol, 76: 57-70.
- Magen, Stefan, (2013)." Fairness and Reciprocity in Contract Governance", MPI Collective Goods Preprint, Vol, 77: 34-48
- Omri Ben, Shahr, (2009). "A Bargaining Power Theory of Default Rules", Columbia Law Review ,Vol,109:396-430 p 398.
- Todd D, Rakoff, (2016). "The Five Justices of Contract Law", Wisconsin Law Review, Vol 4: 136-154.

