

## مقاله پژوهشی: شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف

عباس کریمی\* مصطفی کوشکی<sup>۲</sup>\*\*

دریافت: ۹۸/۱۱/۸ پذیرش: ۹۹/۳/۱۷

شروط تحمیلی / صاحبان حرف / قاعده لاضرر / نظریه هزینه‌های معامله / پایش قضایی  
شروط تحمیلی

### چکیده

جایگاه برتر اقتصادی، اجتماعی و یا فکری برخی بنگاه‌های اقتصادی موجب گردیده است که این اشخاص در قراردادهای خود با سایر بنگاه‌های اقتصادی، شروط و مفاد قرارداد مطلوب خود را بر آنها تحمیل نمایند. با توجه به وضعیت فوق، این مقاله در صدد پاسخ به این پرسش اصلی می‌باشد که در قراردادهای بین صاحبان حرف از منظر قانون و رویه قضایی یک شرط باید واجد چه اوصافی باشد تا تحمیلی تلقی گردد و مبنای مقابله با چنین شروطی چه می‌باشد. نتایج مقاله نشان می‌دهد که علیرغم طرح نظریه‌های نوظهوری همانند نظریه هزینه‌های معامله به عنوان مبنای مقابله با شروط تحمیلی، در نظام حقوقی ایران کماکان می‌توان استدلال نمود که مبنای مقابله با این شروط قاعده لاضرر است. به علاوه نظر به اصول مهمی نظیر آزادی رقابت و امنیت قراردادی، در قراردادهای بین صاحبان حرف برخورد با چنین شروطی از سخت‌گیری کمتر و ضمانت اجرای

منعطف‌تری برخوردار می‌باشد که از این حیث قابل نقد بوده و قانونگذار می‌باید ضمن بیان مولفه‌های دقیقی برای احراز چنین شروطی، ضمانت اجرای قوی‌تری نظیر بطلان شروط تحمیلی را وضع نماید.

طبقه‌بندی: JEL: K12, K2, L12, D23



## مقدمه

پیش از هر عقد مرسوم است که دو طرف آزادانه درباره حقوق و تعهدات خود به گفتگو می‌پردازند. ضرورت‌های ناشی از اوضاع اقتصادی و اجتماعی، استقلال و آزادی اشخاص را محدود می‌نماید تا جایی که می‌توان گفت تمام قراردادها کم‌وبیش در نتیجه اضطرار اشخاص واقع می‌گردند. اما در پاره‌ای از قراردادها اختیار گفتگو در مورد شرایط قرارداد به کلی از یک طرف سلب می‌گردد. برتری اقتصادی، اجتماعی و یا فکری طرف قرارداد موجب می‌شود که طرف مقابل تن به شروطی دهد که منجر به یک عدم تعادل معنادار و فاحش بین حقوق و تعهدات دو طرف می‌گردد. اینجا است که سخن از شروط تحمیلی به میان می‌آید.<sup>۱</sup> اصل آزادی قراردادی به‌عنوان یک ابزار دستاویز مشروعیت از جانب تحمیل‌کنندگان شروط قرار می‌گیرد. چنین شروطی بیشتر در قراردادهای مصرف یعنی قرارداد بین مصرف‌کننده از یک طرف و تولیدکننده یا توزیع‌کننده از طرف دیگر یافت می‌گردد. قانون‌گذاران نیز توجه ویژه خود را بیشتر به قراردادهای مصرف معطوف کرده‌اند. پرسش قابل‌تامل این است که آیا مقابله با چنین شروطی محدود به قراردادهای مصرف است یا می‌توان دامنه آن را به سایر قراردادها از جمله قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف نیز گسترش داد؟ وجود اصول پذیرفته‌شده‌ای نظیر اصل رقابت آزاد بین صاحبان حرف و توجه ویژه به امنیت حقوقی معاملات بین آنها به‌عنوان بازیگران اصلی عرصه اقتصاد و تجارت یک کشور ضرورت پاسخگویی به این پرسش را دوچندان می‌نماید. در راستای عرضه یک پاسخ مناسب، ضرورت دارد ابتدا با تعریف و مبانی حاکم بر این گونه شروط در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف (مبحث یکم) آشنا شویم تا زمینه مناسب برای تحلیل پایش قضایی این شروط از حیث مولفه‌های شکلی و ماهوی و همچنین بررسی وضعیت حقوقی درج چنین شروطی در قرارداد (مبحث دوم) فراهم گردد. قابل ذکر است که در ضمن بررسی قوانین موضوعه که در حال حاضر مجری می‌باشند لایحه جدید تجارت (کتاب اول: قراردادهای تجارتي) که به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده

۱. در نظام حقوقی ایران نویسندگان چنین شروطی را با عناوین مختلف از جمله شروط تعدی گرایانه (شهیدی، ۱۳۹۵: ص ۱۱۲)، شروط ناعادلانه (کرمی، ۱۳۹۴: ص ۱۱۱) و شروط غیرمنصفانه (شیروی، ۱۳۸۱، ص ۶) معرفی کرده‌اند. اما به نظر می‌رسد اصطلاح شروط تحمیلی علاوه بر رعایت سادگی با اندیشه اساسی حاکم بر چنین شروطی سازگاری کامل دارد، از این رو در این مقاله از عنوان شروط تحمیلی برای توصیف چنین شروطی استفاده کرده‌ایم.

لیکن تاکنون به تأیید شورای نگهبان نرسیده و تبدیل به قانون لازم الاجرا نگردیده است به صورت مختصر و در پاورقی مورد بررسی قرار گرفته است.

## مبحث یکم. تعریف و مبانی مقابله با شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف

تجزیه و تحلیل دقیق شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف منوط به آشنایی ابتدایی با مفهوم این شروط و مبانی توجیه‌کننده مقابله با آنها بوده که در ذیل این دو مهم بررسی خواهند گردید.

### بند یکم. تعریف شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف

نظر به این موضوع که بررسی شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف سابقه چندانی هم از حیث قانون‌گذاری و هم از حیث دکترین حقوقی در نظام حقوقی ایران ندارد از این رو ضرورت داشته ابتدا چنین شروطی در حقوق خارجی و برخی اسناد اروپایی نظیر پیش‌نویس طرح مشترک مرجع<sup>۱</sup> و پیش‌نویس قانون مشترک اروپایی در خصوص بیع<sup>۲</sup> بررسی تا زمینه مناسب برای تحلیل و عرضه یک تعریف مناسب از این شروط در نظام حقوقی ما آشکار گردد.

### الف. تعریف شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف در حقوق خارجی و برخی اسناد اروپایی

قانون‌گذار اروپایی تاکنون مقررات مختلفی را در زمینه قواعد عمومی قراردادها و شروط تحمیلی تدوین نموده است. اکثریت این مقررات محدود به قراردادهای مصرف‌هستند.<sup>۳</sup> مهم‌ترین مقررہ در زمینه شروط تحمیلی رهنمون ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا است که صرفاً در

1. Draft Common Frame of Reference (DCFR)

2. Common European Sales Law (CESL)

۳. ازجمله می‌توان به رهنمون EEC/۵۷۷/۸۵ مصوب ۲۰ دسامبر ۱۹۸۵ را برای حمایت از مصرف‌کننده در قراردادهای خارج از مرکز امور تجاری؛ رهنمون EEC/۷/۹۷ درباره حمایت از مصرف‌کنندگان در قراردادهای بافاصله؛ رهنمون EEC/۱۳/۹۳ در خصوص شروط تحمیلی؛ رهنمون EC/۲۹/۲۰۰۵ درباره رویه‌های تجاری تحمیلی در قراردادهای صاحب حرفه-مصرف‌کننده در بازار داخلی و اخیراً رهنمون EU/۸۳/۲۰۱۱ در خصوص حقوق مصرف‌کننده اشاره کرد.

خصوص قراردادهای مصرف بوده و قراردادهای بین صاحبان حرف را شامل نمی‌گردد.<sup>۱</sup> باوجود این، برخی اسناد اروپایی مانند پیش‌نویس طرح مشترک مرجع (DCFR) و پیش‌نویس قانون مشترک اروپایی در خصوص بیع (CESL) و همچنین مقررات داخلی برخی کشورهای اروپایی نظیر فرانسه و انگلیس مقرراتی در خصوص شروط تحمیلی در قراردادهای بین صاحبان حرف به صورت خاص وضع و تعاریفی در این رابطه عرضه نموده‌اند.

پیش‌نویس طرح مشترک مرجع شروط تحمیلی را در سه حوزه قراردادهای منعقدہ بین صاحب حرفه و مصرف‌کننده، قرارداد بین مصرف‌کنندگان و قرارداد بین صاحبان حرفه تقسیم نموده است. مطابق این پیش‌نویس در قرارداد بین صاحبان حرف یک شرط زمانی تحمیلی است که: به عنوان یک شرط استاندارد به وسیله یکی از طرفین تهیه و تدارک دیده شده باشد و از چنان ماهیتی برخوردار باشد که استفاده از آن به صورت فاحش<sup>۲</sup> از رفتار تجارتي خوب منحرف و مخالف حسن نیت و رفتار منصفانه باشد.<sup>۳</sup> در این تعریف از معیارهای کلی نظیر انحراف از رفتار تجارتي خوب، انصاف و حسن نیت استفاده شده است بدون آنکه شاخص و معیاری در این خصوص ارائه گردد.<sup>۴</sup> استفاده از قید «به طور فاحش» نیز متفاوت از عبارت «زیان معنادار»<sup>۵</sup> است که در همین پیش‌نویس در رابطه با قراردادهای مصرف مورد استفاده قرار گرفته است. امری که ممکن است سبب ایجاد این تصور گردد که در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرفه، انحراف از رفتار تجارتي خوب باید به مراتب بیشتر از معیار ضرر و زیان معنادار باشد که در قراردادهای مصرف بیان گردیده است.<sup>۶</sup> پیش‌نویس قانون مشترک اروپایی در خصوص بیع نیز در این رابطه تعریف مشابهی مطرح کرده است. مطابق پیش‌نویس اخیر در قرارداد بین صاحبان حرف یک شرط زمانی تحمیلی است که بین دو طرف مذاکره نشده باشد و از چنان ماهیتی برخوردار باشد که استفاده از آن به صورت فاحش از رفتار تجارتي خوب منحرف و مخالف حسن نیت و رفتار منصفانه باشد.<sup>۷</sup> باین حال این تعریف دو تفاوت عمده با

۱. ماده (۱)۱.

2. Grossly.

۳. ماده ۹:۴۰۵ - II پیش‌نویس طرح مشترک مرجع.

4. Maugeri, (2011), p.221

5. Significantly Disadvantages.

6. Schäfer and Leyens, (2010), p.114-115

۷. ماده ۸۱(۶) پیش‌نویس قانون مشترک اروپایی در خصوص بیع.

تعریف پیش‌نویس مرجع مشترک دارد. نخست دامنه وسیع‌تری دارد زیرا صرفاً محدود به شروط استاندارد نیست و کلیه شروط مذاکره نشده را شامل می‌گردد.<sup>۱</sup> دوم اینکه ضرورتاً باید یکی از طرفین صاحب حرفه در قالب بنگاه کوچک یا متوسط باشد.

در نظام حقوقی فرانسه نیز شروط تحمیلی محدود به قراردادهای مصرف است. مطابق ماده ۱۳۲-۱ قانون مصرف فرانسه شروط تحمیلی بیان شده در این قانون ناظر به قراردادهای بین صاحبان حرف و مصرف‌کنندگان می‌باشد.<sup>۲</sup> با وجود این، پروژه‌های متعددی نظیر پروژه کاتالا، پروژه Terre و پروژه وزارت دادگستری که درصدد نوسازی قانون مدنی فرانسه بودند تلاش‌هایی در خصوص گسترش این شروط به قراردادهای منعقد شده بین صاحبان حرف صورت گرفت. امری که نهایتاً در سال ۲۰۰۸ سبب وضع ماده ۶-۴۴۲، I، ۲ در قانون تجارت فرانسه گردید. مطابق این ماده یک تولیدکننده، تاجر، صنعتگر یا پیشه‌ور مسوول و متعهد است که خسارت‌هایی را که در نتیجه تحمیل یا تلاش برای تحمیل یک تعهد بر طرف تجارتي خود وارد آورده است جبران نماید. منوط به آنکه یک عدم تعادل معنادار بین حقوق و تکالیف طرفین ایجاد شده باشد. بنابراین مطابق قانون تجارت فرانسه در وهله اول چنین شروطی در قراردادهای منعقد شده بین صاحبان حرف برخلاف قراردادهای مصرف باطل نیست و در وهله دوم بدون توجه به نوع قرارداد ضرورت داشته که یک عدم تعادل معنادار<sup>۳</sup> بین حقوق و تکالیف طرفین ایجاد شود. هرچند که ماده اخیر ضابطه‌ای برای تشخیص این موضوع بیان نکرده است. در نظام حقوقی انگلستان نیز برای تعریف شروط تحمیلی در قراردادهای بین صاحبان حرف ضرورت داشته که به قانون شروط تحمیلی قراردادی مصوب ۱۹۷۷ (UCTA) توجه کرد. این قانون در خصوص قراردادهای بین صاحبان حرف کماکان قابلیت اعمال را دارد. در این قانون تعریف مشخصی از شروط تحمیلی ارائه نشده است بلکه مصادیقی از آن بیان گردیده که در برخی موارد شرط باطل (مانند تحدید یا منتفی کردن مسئولیت در خسارات بدنی یا منجر به فوت) و در برخی موارد در صورت عدم معقول و متعارف بودن شرط (با ضابطه‌های معین شده در قانون) ممکن است باطل اعلام شود.

1. Mazeaud and Sauphanor-Brouillaud, (2012), p. 394

2. Karimi, (1996), p.136

3. Déséquilibre Significatif.

## ب. تعریف شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف در حقوق داخلی

نظام حقوقی ایران به مانند اتحادیه اروپا در رابطه با شروط تحمیلی توجه خود را معطوف به قراردادهای مصرف کرده است.<sup>۱</sup> با وجود این، در برخی مقررات نظیر قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی مصوب سال ۱۳۸۶ به بیان شروط تحمیلی در قراردادهای بین صاحبان حرف پرداخته شده است. مطابق قسمت «ط» از ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ (برگرفته از ماده ۸۲ معاهده عملکرد اروپایی) یکی از مصادیق رفتارهای ضد رقابتی، سواستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط است که می‌تواند از طریق شروط قراردادی غیرمنصفانه (تحمیلی) حاصل گردد. در این ماده صرفاً به ممنوعیت این شروط اکتفا و هیچ ضابطه‌ای برای تشخیص شروط قراردادی تحمیلی بیان نشده است.<sup>۲</sup> نظر به اینکه در هیچ‌یک از مقررات مورد بحث (اعم از خارجی و داخلی) یک تعریف صریح حقوقی در رابطه با شروط تحمیلی در قراردادهای بین صاحبان حرف بیان نگردیده عرضه یک تعریف واحد و جامع در این خصوص دشوار است. آنچه که قابل انکار نیست این حقیقت است که در مقایسه با قراردادهای مصرف چه در مقررات خارجی و چه در حقوق داخلی رگه‌هایی از این ایده مشاهده می‌گردد که قانون‌گذاران در برخورد با این شروط در قراردادهای بین صاحبان حرف مقاومت بیشتری از خود نشان داده و به رعایت اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده طرفین بیشتر پایبند می‌باشند. موبد این گزاره آن است که در اسناد اروپایی نظیر DCFR و CESL باید معیار انحراف از رفتار تجارتنی خوب «بسیار فاحش» باشد در حالی که در قراردادهای مصرف وجود یک «عدم تعادل معنادار» کفایت می‌نماید. یا در حقوق فرانسه ضمانت اجرای این شروط جبران خسارت است و نه بطلان آن. نظام حقوقی ایران نیز وضعیتی به مانند فرانسه داشته و فاقد ضمانت اجرای بطلان می‌باشد. مطابق لایحه

۱. قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ (بند ۵ ماده ۱)، قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ (ماده ۴۶) و قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو مصوب سال ۱۳۸۶ (ماده ۷).

۲. در لایحه جدید قانون تجارت در صورتی که یکی از طرفین قرارداد در خصوص موضوع قرارداد دارای انحصار بوده یا قرارداد به صورت یک قرارداد نمونه! (الحاقی) منعقد شده باشد و در ضمن آن شروطی استفاده شده باشد که باعث عدم تعادل نامتعرف بین حقوق و تکالیف طرفین گردد (خواه در قرارداد مصرف خواه در قرارداد بین صاحبان حرف) چنین شرطی تحمیلی محسوب می‌گردد. شایان ذکر است که لایحه مذکور در قراردادهای بین صاحب حرفه و مصرف‌کننده، انحصار در موضوع قرارداد از جانب یکی از طرفین یا نمونه بودن قرارداد را ضرورت ندانسته و به صرف آنکه شرطی با توجه به ماهیت و هدف قرارداد و اوضاع و احوال حاکم بر آن و سایر شروط قرارداد سبب عدم تعادل متعارف بین حقوق و تکالیف طرفین گردد تحمیلی محسوب گردیده است.

جدید قانون تجارت نیز برخلاف قراردادهای مصرف، اثبات انحصار طرف استفاده‌کننده از شروط تحمیلی یا الحاقی بودن قرارداد شرط لازم برای تحمیلی بودن شروط می‌باشند. با در نظر گرفتن تمام این تنوع در تعاریف و نارسایی‌ها، شاید بتوان این شروط را این‌گونه تعریف کرد که هر شرط ضمن قراردادی که بدون جهت (با توجه به جمیع اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد) به نفع طرف قوی‌تر حقی را ایجاد نماید و تعهدی را متوجه طرف ضعیف‌تر کند و منشأ پذیرش آن نابرابری بین طرفین (اعم از اقتصادی، اجتماعی یا فکری) باشد تحمیلی تلقی می‌گردد.

### بند دوم. مبنای مقابله با شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدۀ بین صاحبان حرف

شروط تحمیلی غالباً در قراردادهای الحاقی درج می‌شوند. وقتی که یک کالا یا خدمت مشابه در مقیاس گسترده تولید یا عرضه می‌شود منطقی است که تولیدکنندگان یا عرضه‌کنندگان به دنبال قرارداد با ساختار و محتوای یکسان باشند. بدیهی است که استفاده از شروط استاندارد بسیار مقرون به صرفه‌تر از گذران وقت برای مذاکره در مورد شروط قراردادی برای هر قرارداد به صورت جداگانه است<sup>۲</sup> این شتاب در معاملات سبب کاهش هزینه‌های معامله می‌گردد<sup>۳</sup>. در کنار مزیت‌های بالا، خطراتی نیز در کمین است. تنظیم شروط قرارداد به صورت یک طرفه و عدم توجه به منافع و انتظارات قانونی طرف مقابل و انحراف قرارداد از حالت توازن نسبی از مهم‌ترین خطرات چنین قراردادهایی می‌باشد. از این رو مداخله قضایی در این قراردادها ضروری به نظر می‌رسد<sup>۴</sup>. این ضرورت از مبنای مختلفی قابلیت توجیه را دارد که در ذیل به بررسی دو مورد از مهم‌ترین آن‌ها خواهیم پرداخت.

### الف. نظریه سواستفاده از حق به‌عنوان مبنای مقابله با شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدۀ

**بین صاحبان حرف:** دیدگاه سنتی در خصوص توجیه مقابله با شروط تحمیلی، حمایت از طرف ضعیف قرارداد است. این امر در واقع موقعیت نابرابر طرف ضعیف را جبران می‌نماید. برتری اقتصادی، اجتماعی و یا فکری طرف قرارداد موجب می‌گردد که طرف مقابل یا قرارداد را با شروط تحمیلی ضمن آن بپذیرد یا آن را رها نماید<sup>۵</sup>. در واقع آزادی قراردادی می‌تواند به عنوان ابزاری مؤثر

1. Del Marmol, (1966), P. 307

2. Peel, (2007), P. 238

3. Cooter and Ulen, (2012), P. 365

۴. کاتوزیان، (۱۳۹۵)، ج ۱، ص ۱۰۹

5. Hesselink, (2011), P. 132



در دست صاحبان قدرت صنعتی و تجارتي تبدیل گردیده که به آن‌ها این امکان را بدهد که یک نظام فئودالی جدیدی را به نفع خود ایجاد نمایند<sup>۱</sup>. چنین دیدگاهی در بند نهم رهنمون ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا نیز بیان گردیده و اشعار داشته که خریداران کالا و خدمات باید در مقابل سواستفاده از قدرت توسط فروشندگان و تأمین‌کنندگان حمایت گردند. دیوان دادگستری اروپا نیز در پرونده‌های متعددی منطقی وضع رهنمون ۹۳/۱۳ را قدرت چانه‌زنی ضعیف مصرف‌کننده دانسته است. در پرونده Océano Grupo مطرح گردید که نظام حمایتی مطرح‌شده در رهنمون ۹۳/۱۳ بر این پایگاه استوار است که مصرف‌کننده از موقعیت ضعیف‌تری هم از حیث چانه‌زنی و هم از نظر دانش برخوردار است<sup>۲</sup>. چنین منطقی در قراردادهای بین صاحبان حرف نیز وجود دارد. به‌گونه‌ای که یکی از اهداف حقوق رقابت بین بنگاه‌های اقتصادی جلوگیری از سواستفاده از قدرت بازاری در کنار توزیع منصفانه قدرت اقتصادی و حمایت از بنگاه‌های کوچک است<sup>۳</sup>. با وجود این، تردیدهایی در خصوص این نظریه به‌عنوان مبنای مقابله با شروط تحمیلی وجود دارد. نخست، اگر مسئله سواستفاده از حق و قدرت برتر یکی از طرفین علیه دیگری مطرح است چرا ثمن معامله و سایر شروط اساسی قرارداد باید از این بررسی خارج گردند! بدیهی است طرف قوی در وهله نخست از قدرت اقتصادی خود برای افزایش قیمت استفاده می‌نماید و بی‌توجهی به آن بر اساس نظریه سواستفاده از حق چندان قانع‌کننده نیست<sup>۴</sup>. دوم بر اساس تحلیل‌های اقتصادی حتی در فرضی که یکی از طرفین قرارداد دارای انحصار در موضوع قرارداد است برای وی به‌صرفه نیست که کلیه ریسک قرارداد را به طرف مقابل منتقل نماید چه این امر سبب کاهش تقاضا و در نتیجه کاهش حجم بازار انحصاری وی می‌گردد<sup>۵</sup>.

در نظام حقوق ایران نزدیک‌ترین نظریه به تئوری سواستفاده از حق هم از حیث مفهوم و هم از حیث معیار، قاعده لاضرر است. از حیث مفهوم هر دو به نفی حکم (جواز اضرار به غیر) و از جنبه معیار هر دو متکی به «ضرر غیرمتعارف» می‌باشند. البته این گزاره به معنای شباهت تام و کامل این دو نظریه نیست. تفاوت‌هایی نیز وجود دارد. قاعده لاضرر اختصاص به نفی حکم ضرری در مقام اعمال حق ندارد و در حوزه‌های دیگر حقوق نیز به کار می‌آید

1. Kessler, (1943), P. 632

2. ECJ C-240/98 to C-244/98, Océano Grupo Editorial SA v Roció Murciano Quintero (C-240/98).

۳. غفاری فارسانی، (۱۳۹۳)، ص ۳۱

4. Hesselink, (2011), P. 133

5. Cseres, (2012), P. 185

درحالی‌که سواستفاده از حق صرفاً در حالتی قابل‌تصور است که شخص در مقام اعمال حق است.<sup>۱</sup> باوجود این، چنین تفاوتی در رابطه با شروط تحمیلی مؤثر نیست. کسی که در حین انعقاد قرارداد شروطی را به طرف مقابل تحمیل می‌نماید از حق انعقاد خویش سواستفاده کرده و آن را خارج از هدف خود استعمال کرده است<sup>۲</sup>.

## ب. نظریه هزینه‌های معامله به‌عنوان مبنای مقابله با شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدۀ بین صاحبان حرف

نظر به ایراداتی که در خصوص سواستفاده از حق مطرح گردیده و تردیدهایی که حقوقدانان نسبت به این نظریه به‌عنوان مبنای مقابله با شروط تحمیلی دارند، برخی درصدد توجیه مقابله با شروط تحمیلی از طریق نظریه هزینه‌های معامله برآمده‌اند. این نظریه پایگاه استدلال خود را بر عدم تقارن اطلاعاتی<sup>۴</sup> بین طرفین بنا نهاده است. برای بیان اثر اطلاعات نامتقارن در معاملات و تأثیر آن در شکست بازار مثال معروف جرج آکرلوف می‌تواند مفید باشد. مطابق این مثال، ما با فروشندگانی روبرو هستیم که در زمینه‌ی فروش خودروهای دست‌دوم فعالیت می‌نمایند. فروشندگان برخلاف خریداران از کیفیت خودروهای دست‌دوم (باکیفیت یا بی‌کیفیت) اطلاع دارند ازاین‌رو از یک مزیت نسبی برخوردارند. اگر خریدار نیز از این امر مطلع می‌شد خرید و فروش خودروهای دست‌دوم (اعم از باکیفیت یا بی‌کیفیت) رونق می‌گرفت اما به دلیل عدم وجود چنین اطلاعاتی آن‌ها در قراردادهای خود صرفاً حاضر به پرداخت قیمت خودرو دست‌دوم بی‌کیفیت هستند و فروشندگان نیز رغبتی به ارائه خودرو دست‌دوم باکیفیت ندارند چون خریدار متوجه این امر نیست و بابت آن پولی پرداخت نمی‌کند. چنین امری سبب می‌شود که فقط خودروهای دست‌دوم و بی‌کیفیت به فروش رفته و سایر خودروهای دست‌دوم باکیفیت فروشی نداشته باشند. امری که سرانجام منجر به

۱. کریمی و شعبانی، (۱۳۹۳)، ص ۱۴۸

۲. کریمی، (۱۳۸۱)، ص ۸۱

۳. جهت نظر موافق نک: (دعاگوی و محمدی، ۱۳۹۳، ص ۷۸) و همچنین مطالعه نظر مخالف نک: (تقی زاده و احمدی، ۱۳۹۴)، ص ۲۸. به عقیده نویسندگان اخیر چه در فقه و چه در آرای محاکم قاعده لاضرر دلیل منحصربه‌فردی محسوب نشده است. همیشه در کنار مواد قانونی و سایر ادله مورد استفاده قرارگرفته ازاین‌رو نفی ضرر فی‌نفسه مجوزی برای رهایی از قید شروط غیرمنصفانه (تحمیلی) نیست.

شکست بازار می‌گردد<sup>۱</sup>. چنین نتیجه‌ای ممکن است در بازار شروط مذاکره نشده (که مجرای اصلی شروط تحمیلی می‌باشند) نیز رخ دهد<sup>۲</sup>. شخصی که شروط استاندارد را عرضه می‌دارد نسبت به طرف مقابل از مفاد آن آگاهی و اطلاعات بیشتری دارد. برای طرف مقابل کسب اطلاعات در این خصوص هزینه بر و وقت‌گیر است. به عبارت راسختر، هزینه معامله برای طرف بسیار زیاد است. از این رو برای وی به صرفه نیست که برای درک شروط استاندارد اقدامی نماید مگر درجایی که هزینه این امر نسبت به منفعت آن کمتر باشد<sup>۳</sup>. مطابق این نظریه برای حل این مشکل نیازمند یک سازوکار کنترلی می‌باشیم. نخست آنکه استفاده‌کننده از شروط استاندارد ملزم گردد شروط خود را به‌طور شفاف، واضح و به بیانی روشن به طرف مقابل عرضه دارند. در وهله دوم از آنجا که صرف الزام اطلاع‌رسانی اجباری کفایت نمی‌نماید لازم است این شروط تحت کنترل خاصی نظیر کنترل قضایی نیز قرار گیرند<sup>۴</sup>، طرفداران نظریه هزینه معامله به‌عنوان مبنای مقابله با شروط تحمیلی استدلال‌هایی مطرح می‌نمایند. نخست بر اساس نظریه هزینه‌های معامله علت تفکیک و تمایز بین شروط ضمن عقد و شرایط اساسی قرارداد قابل توجیه است چه اینکه در خصوص شرایط اساسی قرارداد و عوضین عدم تقارن اطلاعاتی وجود ندارد و خریدار در این رابطه اطلاعات کافی را دارند<sup>۵</sup>. دوم، اینکه شرط عدم مذاکره برای تلقی یک شرط قراردادی به‌عنوان تحمیلی بر مبنای نظریه هزینه‌های معامله قابلیت توجیه را دارد درحالی‌که از منظر نظریه سواستفاده از حق (یا قاعده لاضرر در حقوق ایران) چنین امری بی‌معنی یا حداکثر یک عامل غیرمستقیم تلقی می‌شود. سوم، پذیرش این نظریه به ما کمک می‌کند که شروط تحمیلی را محدود به قراردادهای مصرف‌نکرده و آن را قابل تسری به قراردادهای بین صاحبان حرف بدانیم چه از منظر شکست بازار تفاوتی بین این دو وجود ندارد<sup>۶</sup>. اما آیا چنین نظریه‌ای قابلیت آن را دارد که به‌عنوان مبنای مقابله با شروط تحمیلی در قراردادی بین صاحبان حرف در نظام حقوقی ایران معرفی گردد؟ در

1. Akerlof, (1970), P.488

2. Hesselink, (2011), 136

3. Schillig, (2008), 341.

4. Hesselink, (2011), 137; Schillig (2008), 342

۵. در رهنمون ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا ردپایی از این نظریه دیده می‌شود زیرا حمایت از شروط تحمیلی را محدود به شروطی دانسته است که به‌صورت جداگانه مورد مذاکره قرار نگرفته است (ماده (۳)۱).

6. Cseres, (2012), 163

7. Hesselink, (2011), 138; Schillig, (2008), 357

پاسخ می‌توان گفت که به نظر می‌رسد کماکان قاعده لاضرر علی‌رغم ایراداتی که در بالا به آن اشاره شد قابلیت آن را دارد که به‌عنوان مبنای مقابله با شروط تحمیلی معرفی گردد. این که طرفداران نظریه هزینه معامله قاعده لاضرر را در خصوص فقدان جهت در تفکیک بین ارکان اساسی قرارداد و شروط ضمن آن ناکافی می‌دانند نمایانگر تمام واقعیت نیست. واقعیت این است که علت چنین تفکیکی آن است که کنترل شروط تعیین‌کننده عوضین و موضوع اصلی قرارداد ناقض صریح اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده طرفین است<sup>۱</sup> و علاوه بر این در نظام حقوقی ایران برای بررسی وضعیت تعادل عوضین نهاد غبن وجود دارد، از این رو تدوین مقرراتی موازی در این زمینه سبب نوعی تداخل بین این دو گردیده و سبب نادیده گرفتن نهاد غبن می‌گردد. همچنین می‌توان گفت که برخلاف نظریه هزینه معامله که همواره دست به دامان قانون‌گذار (از طریق وضع الزامات در خصوص اطلاع‌رسانی و کنترل شروط تحمیلی) می‌باشد قاعده لاضرر خود به‌صورت مستقیم حکم به لزوم وفای به شرط را مرتفع می‌نماید و از این حیث بر آن برتری دارد<sup>۲</sup>. سرانجام اینکه از منظر قاعده لاضرر نیز تفاوتی بین اینکه طرفین قرارداد چه اشخاصی می‌باشند وجود ندارد و آنچه اهمیت دارد این است که از قرارداد ضرری برنخیزد و زیانی جبران نشده به بار نیاید<sup>۳</sup>.

حال با پذیرش قاعده لاضرر به‌عنوان مبنای مقابله با شروط تحمیلی این پرسش اساسی قابل طرح است که نسبت قاعده لاضرر با سایر قواعد فقهی چگونه است. آیا می‌توان به استناد قاعده اقدام بیان کرد که با توجه به اینکه طرف قرارداد خود اقدام به پذیرش شروط تحمیلی نموده قاعده لاضرر از او حمایت نمی‌نماید؟ آیا قاعده لاضرر بر لزوم وفای به شرط حکومت دارد و آن را در مقام تعارض منتفی می‌سازد یا به گونه‌ای دیگر می‌باشد؟

در تعارض بین قاعده لاضرر وقاعده اقدام بیان گردیده که هرگاه مستند ضمان برای زیان زننده، قاعده لاضرر باشد و شخصی عملی را انجام دهد که موجب ورود زیان توسط دیگران

۱. کرمی، (۱۳۹۴)، ص ۱۱۱

۲. کاتوزیان، ج ۵، (۱۳۹۵)، ص ۶۲؛ کرمی، (۱۳۸۱)، ص ۸۲

۳. شایان توجه است که در لایحه جدید قانون تجارت شرط مذاکره «که مبنای اصلی نظریه هزینه معامله است» در خصوص قراردادهای مصرف و برخی شروط در قراردادهای بین صاحبان حرف مورد توجه قرار نگرفته است. حتی در فرض پذیرش این امر می‌توان آن را عاملی برای تلقی سواستفاده در نظر گرفت و از این جهت مغایرتی با قاعده لاضرر حاصل نمی‌گردد. برخی نویسندگان بیان داشته‌اند که هرگاه قرارداد از حیث نتایج، نامتعارف و گراف باشد فرض بر آن است که از حیث شکلی نیز تحمیلی است و ضرورتی به اثبات مذاکره یا عدم مذاکره وجود ندارد (ساردوئی نسب، ۱۳۹۰، ص ۵۱).

به او گردد جای تردید نیست که قاعده اقدام حاکم است چونکه قاعده لاضرر برای حمایت از متضرری است که خود مقدمات زیان را برای خویش فراهم نساخته باشد<sup>۱</sup> لیکن برای قاعده اقدام شرایطی وجود دارد که در صورت فقدان هریک از آنان این قاعده قابلیت استناد خود را از دست می‌دهد. از مهم‌ترین این شرایط طیب و رضایت نفس است. چنانکه یکی از مهمترین مستندات قاعده فقهی فوق حدیث «لایحل مال امرء الا بطیب نفسه» می‌باشد که خود دلالت بر این موضوع دارد. در موضوع مورد بحث یعنی شروط تحمیلی برتری اقتصادی، اجتماعی و یا فکری طرف قرارداد موجب می‌شود که طرف مقابل چاره‌ای جز قبولی شروط تحمیلی را نداشته باشد. بعلاوه اینکه در بسیاری از موارد، قربانی شروط تحمیلی توجه و آگاهی چندانی به مفاد شروط تحمیلی مندرج در قرارداد ندارد در حالی که شرط اولیه برای اعمال قاعده اقدام، توجه و آگاهی شخص به انجام عملی است که موجب ورود ضرر به وی می‌گردد.<sup>۲</sup> از این رو می‌توان اینگونه نتیجه گرفت که در خصوص شروط تحمیلی قاعده اقدام حاکم بر قاعده لاضرر نمی‌باشد. در رابطه با پرسش دوم نیز می‌توان گفت قاعده لاضرر خود به صورت مستقیم حکم به لزوم وفای به شرط را مرتفع می‌نماید. به دیگر سخن، قاعده لاضرر در مقام بیان حکم تکلیفی نهی مردم از اضرار به یکدیگر نیست بلکه مفید آن است که اولاً احکام الهی اعم از وضعی و تکلیفی بر مبنای نفی ضرر بر مردم وضع گردیده و ثانیاً چنانچه شمول قوانین و مقررات اجتماعی در مورد خاصی موجب زیان بعضی توسط بعضی دیگر گردد (مانند لزوم وفای به شرط تحمیلی)، آن احکام و قوانین مرتفعند. از این رو نمی‌توان با استناد به لزوم وفای به شرط قاعده فوق را نادیده گرفته و زیان وارده در نتیجه شرط تحمیلی را بر قربانی چنین شروطی روا داشت.

## مبحث دوم. پایش قضایی شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف

پس از تجزیه و تحلیل چارچوب مفهومی و مبنایی شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین

۱. محقق داماد، (۱۳۹۰)، ص ۲۲۱

۲. مویذ گزاره فوق ماده ۴۱۸ قانون مدنی می‌باشد که بیان می‌دارد «اگر مغیون در حین معامله عالم به قیمت عادلانه بوده است خیار فسخ نخواهد داشت» مفهوم مخالف ماده اخیر نشان می‌دهد که در صورت عدم وجود علم و آگاهی شخص مغیون وی می‌تواند قرارداد را فسخ نماید و همانطور که می‌دانیم مهم‌ترین دلیلی که برای اثبات خیار غبن مطرح گردیده است قاعده لاضرر می‌باشد.

صاحبان حرف ضروریست که اکنون نگاه دقیق‌تری به این شروط از منظر پایش قضایی داشته باشیم. پایش قضایی این شروط از دو جنبه قابل ارزیابی است. نخست مؤلفه‌های شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف (بند یکم)؛ دوم وضعیت حقوقی چنین شروطی در قراردادهای بین صاحبان حرف (بند دوم) که در ادامه بررسی خواهند گردید.

### بند یکم. مؤلفه‌های شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف

جهت تحمیلی تلقی کردن یک شرط در قراردادهای بین صاحبان حرف ضرورت داشته که قرارداد و شروط ضمن آن از دو جنبه مورد کاوش قرار گیرند. نخست از منظر روند تشکیل قرارداد است. به این معنا که آیا در مرحله انعقاد و فرایند تشکیل قرارداد، مفاد شروط به گونه‌ای بوده است که طرف مقابل به‌طور شفاف آن را درک و امکان انتخاب و اثرگذاری بر آن داشته باشد یا خیر؟ دوم بررسی شروط تحمیلی از منظر نتایج حاصل از آن برای طرفین قرارداد است.

### الف. مؤلفه‌های شکلی شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف

در یک قرارداد اگر برای طرف ضعیف امکان مراجعه به تولیدکننده یا عرضه‌کننده دیگری وجود داشته باشد یا خود عرضه‌کننده گزینه‌های مختلفی را در اختیار وی قرار دهد به‌گونه‌ای که امکان معقول تغییر قرارداد از پیش تعیین شده را داشته باشد، می‌توان گفت که قرارداد و شرط ضمن آن از حیث شکلی غیر تحمیلی می‌باشند.<sup>۱</sup> در پیش‌نویس طرح مشترک مرجع مهم‌ترین شرط شکلی جهت تلقی یک شرط به‌عنوان تحمیلی آن است که شرط به‌صورت استاندارد از جانب یکی از طرفین تهیه و تدارک دیده شده باشد.<sup>۲</sup> در پیش‌نویس قانون مشترک اروپایی در خصوص بیع از لحاظ شکلی شرط باید مذاکره نشده باشد (که اعم از شرط استاندارد و غیر آن است) و درعین حال باید یکی از طرفین قرارداد بنگاه کوچک یا

۱. عادل و شمس‌الهی، (۱۳۹۷)، ص ۲۱۵

۲. چنین شرطی در قانون UCTA انگلستان نیز بیان گردیده است (ماده ۳). باوجود این، صرف تدارک شرط از قبل کفایت نکرده و آنچه ضرورت دارد قابلیت مذاکره شروط و مذاکره واقعی در خصوص آن‌ها می‌باشد (پرونده: African Export - Import Bank v Shebah Exploration and Production Co Ltd [۲۰۱۷] EWCA Civ ۸۴۵، [۲۵])

متوسط باشد.<sup>۱</sup> ضرورت این امر که یکی از طرفین قرارداد بنگاه کوچک یا متوسط باشد الزاماً به این معنا نیست که آن‌ها همواره باید قربانی شروط تحمیلی باشند، ممکن است در قرارداد بین این بنگاه‌ها یا بین آن‌ها با صاحبان حرفه بزرگ‌تر شرط تحمیلی علیه آن‌ها قابل استناد باشد از این رو سخت است که چنین مقرره‌ای را در راستای حمایت از این بنگاه‌های تلقی کرد.<sup>۲</sup> ماده ۶-۱، L۴۴۲، I، ۹۲ قانون تجارت فرانسه هیچ‌گونه شرط شکلی خاصی را در این رابطه بیان نکرده است. از این رو وجود هرگونه وابستگی اقتصادی بین طرفین، استاندارد بودن و یا غیرمذاکره‌ای بودن شروط ضرورت ندارد.<sup>۳</sup> با وجود این، عبارت مبهم (تحمیل یا تلاش برای تحمیل) که در ماده بیان شده است زمینه این تحلیل را فراهم کرده که همواره در تحمیلی تلقی کردن چنین شروطی باید نوعی فشار و تهدید وجود داشته باشد.<sup>۴</sup> اتاق بازرگانی فرانسه نیز چنین تلقی‌ای را به دلیل «عدم وجود قدرت واقعی در مذاکره و عدم توانایی در تغییر مفاد شروط» صائب دانسته و چنین شروطی را تحمیلی تلقی کرده است.<sup>۵</sup> از این رو، «تحمیلی بودن» به تفاوت در قدرت چانه‌زنی دو طرف توجه دارد تا شکل قرارداد به عنوان یک قرارداد استاندارد.

در نظام حقوقی ایران در قراردادهای بین صاحبان حرف شرط زمانی از لحاظ شکلی تحمیلی است که طرف قوی قرارداد در یک وضعیت اقتصادی مسلط بوده یا در خصوص موضوع قرارداد دارای انحصار باشد.<sup>۶</sup> اصولاً وضعیت اقتصادی مسلط امری متفاوت از انحصار است ولی به دلیل مشابهت در عناصر تشکیل دهنده گاه کاربرد جایگزین دارد. در بررسی عناصر تشکیل دهنده وضعیت اقتصادی مسلط مهم‌ترین موضوع بحث سهم بنگاه از بازار است و عوامل دیگری نظیر توانایی رفتار مستقل از رقبا و ایجاد مانع برای ورود آن‌ها به بازار در این رابطه مؤثر می‌باشند.<sup>۷</sup> برخلاف لایحه جدید قانون تجارت که صرفاً انحصار در موضوع قرارداد شرط لازم و کافی برای احراز مؤلفه شکلی تحمیلی بودن شرط است در قانون اجرای سیاست‌های

۱. شایان توجه است که در ماده ۸۲ این سند اروپایی الزام به شفافیت شروط قرارداد صرفاً در قراردادهای مصرف پذیرفته شده و گویی چنین شرطی در قراردادهای بین صاحبان حرفه موضوعیت ندارد! (Lando, ۲۰۱۱, p. ۷۱۷).

2. Mazeaud & Sauphanor-Brouillaud, (2012), p.393

3. Dadoun, (2011), NO. 13

4. Chagny, (2015), P.486

5. Whittaker, (2019), p.13

۶. ماده ۲۲ و ۲۳ لایحه جدید قانون تجارت؛ بند ط ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴.

۷. عبدی پور، (۱۳۸۸)، ص ۱۳۴

کلی اصل ۴۴، سواستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط و اخلال در رقابت نیز مطرح است.<sup>۱</sup> با اینکه در این قانون تعریفی از سواستفاده عرضه نشده است اما در صورتی که بنگاه امتیازی را از طرف مقابل کسب نماید که در شرایط رقابت مؤثر و متعارف قابل حصول نیست می توان آن را سواستفاده استثمارگرانه نماید<sup>۲</sup>.

### ب. مولفه های ماهوی شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف

صرف امور شکلی قرارداد از جمله استاندارد بودن شروط، مذاکره یا غیرمذاکره ای بودن، وضعیت اقتصادی مسلط و انحصار در موضوع، الحاقی بودن شروط، عدم شفافیت و غیره کفایت لازم را برای تلقی شرط قراردادی به عنوان شرط تحمیلی نمی نماید. در صورتی که چنین اوضاع و احوالی سبب گردد که از قرارداد نتایجی حاصل شود که حقوق و تکالیف طرفین به طور قابل توجهی متأثر گردد آن هنگام می باشد که شرط به صورت واقعی تحمیلی تلقی می گردد. مطابق رهنمون ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا در قراردادهای مصرفی یک شرط زمانی تحمیلی است که سبب «عدم تعادل معنادار بین حقوق و تکالیف طرفین» گردد. در پیش نویس طرح مشترک مرجع و قانون مشترک اروپایی در خصوص بیع مؤلفه ماهوی شروط تحمیلی با یک عبارت مشابه «انحراف از رفتار تجاری خوب به صورت فاحش» آمده و این تصور را ایجاد می نماید که در قراردادهای بین صاحبان حرف باید امری فراتر از عدم تعادل معنادار صورت گیرد به گونه ای که به صورت فاحش خلاف یک رفتار تجاری خوب باشد.<sup>۴</sup> در نظام حقوقی

۱. صدر ماده ۴۵ این قانون بیان می دارد: «اعمال ذیل که منجر به اخلال در رقابت شوند...»

۲. عبدی پور، (۱۳۸۸)، ص ۱۳۵

۳. چنین مفهومی در لایحه جدید قانون تجارت نیز مشاهده می گردد، زیرا شرط زمانی تحمیلی تلقی خواهد شد که باعث عدم تعادل نامتعارف بین حقوق و تکالیف طرفین گردد و از این رو مفهوم سواستفاده به صورت ضمنی از این عبارت قابل دریافت است. با وجود این، مطابق لایحه، بررسی اخلال در رقابت ضرورت ندارد. علاوه بر این در صورتی که شروط در قالب قرارداد نمونه! (الحاقی) تنظیم و عرضه شده باشد ممکن است به عنوان یک مبنای شکلی مستقل برای تحمیلی بودن شرط تلقی گردند! بند ۳ ماده ۲۲ لایحه جدید قانون تجارت). در خصوص عبارت قرارداد نمونه در ماده فوق قابل ذکر است که علیرغم اینکه برخی نویسندگان از عبارت قرارداد نمونه استفاده کرده اند (اسکینی، ۱۳۷۰، ص ۷۷؛ تقی زاده و احمدی، ۱۳۹۴، ص ۱۸) اما به نظر می رسد اصطلاح صحیح تر در این زمینه قرارداد الحاقی باشد. چه اینکه قرارداد نمونه برخلاف قرارداد الحاقی می تواند قابل مذاکره بوده و کلاً یا بخشی از آن تغییر پیدا کند و مطابق با قرارداد نمونه، قراردادی جدید نوشته شود.

۴. در پیش نویس چارچوب مشترک مرجع برای قراردادهای مصرفی از عبارت «زیان معنادار» و در پیش نویس قانون مشترک اروپایی در خصوص بیع از عبارت «عدم تعادل معنادار» استفاده شده است. برخی نویسندگان علت چنین تمایزی را



فرانسه از حیث ماهوی تفاوتی بین شروط منعقدہ بین صاحبان حرف و قراردادهای مصرف وجود ندارد. در هر دو معیار «عدم تعادل معنادار» است.<sup>۱</sup> با وجود این، برخی نویسندگان ادعا نموده‌اند که در ارزیابی تحمیلی بودن شروط در قراردادهای بین صاحبان حرف باینکه دادگاه می‌تواند از معیارهای قانون مصرف الهام گیرد اما ضرورت دارد که با احتیاط بیشتری با این شروط در چنین قراردادهایی برخورد نماید.<sup>۲</sup> در نظام حقوقی انگلستان نیز تلقی یک شرط به عنوان تحمیلی منوط به احراز شرایطی است که در ماده ۱۱ (UCTA) بیان شده است از جمله مفهوم شرط، قدرت چانه‌زنی طرفین، آثار ایجاد شده از شروط محدودکننده و غیره. هدف نهایی از این ماده رسیدن به این مهم است که آیا بین حقوق و تکالیف طرفین در لحظه انعقاد عقد نوعی تعادل وجود دارد یا خیر؟<sup>۳</sup> در این رابطه اصل آن است شروط محدودکننده مسئولیت تحمیلی هستند و اثبات معقول و متعارف بودن آن با شخصی است که ادعای متعارف بودن شرط را می‌نماید.<sup>۴</sup>

در نظام حقوق ایران عدم تعادل فاحش بین حقوق و تکالیف طرفین و برهم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد سابقه دیرینه دارد. مطابق نظریه غبن، هرگاه در نتیجه نابرابری فاحش بین آنچه باید پرداخته شود یا انجام شود و ارزشی که در برابر آن دریافت می‌گردد به طرف ناآگاه ضرری وارد شود باید به مقابله با این زیان پرداخت.<sup>۵</sup> پرسش قابل تأمل آن است که آیا نظریه غبن قابلیت اعمال و مقابله در برابر شروط تحمیلی ضمن قرارداد را دارد یا خیر؟ در پاسخ می‌توان گفت که موضوع مقایسه در نظریه غبن، دو عوض اصلی قرارداد است، از این رو صرفاً زمانی می‌توان به آن استناد کرد که عدم تعادل فاحش بین عوضین رخ داده باشد و عدم تعادل بین دو شرط فرعی به تنهایی نمی‌تواند مستند غبن در معامله واقع گردد.<sup>۶</sup> با وجود این، اگر شروط ضمن عقد موجب عدم تعادل بین عوضین گردد نظریه غبن قابل تحقق است چه اینکه مطابق ماده ۴۱۹

مورد نقد قرار داده و آن را نوعی سازش میان تدوین‌کنندگان پیش‌نویس‌های فوق دانسته که برخی از آنها معتقد به محدود بودن شروط تحمیلی به قراردادهای مصرف بوده و برخی دیگر نیز نظر خلاف آن را داشته‌اند (Hesselink ۲۰۱۱، ۱۴۷).  
 ۱. ماده ۱۳۲-۱ قانون مصرف و ماده ۶-۱، ۴۴۲، ۲۰۲ قانون تجارت فرانسه هر دو از عبارت Déséquilibre Significatif استفاده کرده‌اند.

2. Van Loock, (2014), p.134

3. McKendrick, (2012), P.433

۴. ماده ۱۱ (۵) قانون UCTA ۱۹۷۷.

۵. کاتوزیان، (۱۳۹۵)، ج ۵، ص ۱۷۹

۶. کاتوزیان، (۱۳۹۵)، ج ۵، ص ۱۸۵؛ صفایی، (۱۳۹۷)، ص ۲۹۵

قانون مدنی در تعیین مقدار غبن شرایط معامله نیز باید منظور گردد.<sup>۱</sup> با این حال در خصوص مقابله با شروط تحمیلی این نظریه به دلایل چند نمی‌تواند ما را به منزل مقصود برساند. نخست آنکه نابرابری ایجاد شده در نتیجه غبن به علت کوتاهی شخص قربانی نابرابری است، این در حالی است که نابرابری مربوط به شروط تحمیلی ریشه در توانایی و سواستفاده یکی از طرفین از قدرت خود دارد.<sup>۲</sup> دوم عدم آگاهی مغبون، شرط تحقق خیار غبن است در حالی که اصولاً در قراردادهای بین صاحبان حرف عدم شفافیت شروط یا عدم مذاکره در خصوص آن‌ها تنها یک ضابطه کمکی در کنار سایر شرایط بوده و به تنهایی نمی‌تواند ملاک و معیار باشد و حتی در برخی موارد نمی‌توان گفت که طرف قرارداد از وجود چنین شرطی در قرارداد آگاه نبوده است. در نهایت اینکه در دنیای تجارت هر صاحب حرفه می‌کوشد که بیشترین بهره را از آن خود کند. امنیت قراردادی از اهمیت فزاینده‌ای نسبت به سایر قراردادها برخوردار است. از این رو اینکه صرف وجود یک شرط تحمیلی در قرارداد سبب ایجاد حق فسخ گردد با این مهم سازگاری ندارد و چینی شروطی بهتر است که باطل گردند بدون آنکه به اساس قرارداد لطمه وارد آورند مگر آنکه با بطلان آن شرط قرارداد قابلیت ادامه حیات نداشته باشد. بعلاوه اسقاط خیار غبن امری است که مورد توافق حقوقدانان است در حالی که با توجه به ماهیت شروط تحمیلی امکان پیش‌بینی چنین امری برای طرف قوی قرارداد خود به نوعی نقض غرض است. در قوانین موضوعه نیز قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ در خصوص مؤلفه ماهوی شروط تحمیلی فاقد مقرر و بیان خاصی است.<sup>۳</sup> لیکن با امعان نظر در برخی آرای صادره از شورای رقابت به عنوان یک نهاد ناظر بر عملکرد بنگاه‌ها و صاحبان حرف می‌توان مصادیقی از شروط تحمیلی در قراردادهای بین صاحبان حرف را تبیین نمود. به عنوان مثال در پرونده کلاسه ۶۰۴/۹۵/۲۰ با موضوع شکایت شرکت شبکه گستران سبز علیه سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی به

۱. عادل و شمس الهی، (۱۳۹۷)، ص ۲۲۴

۲. کریمی، (۱۳۸۱)، ص ۷۹

۳. لایحه جدید قانون تجارت نیز بدون تفکیک میان قراردادهای مصرف و سایر قراردادها شرط ماهوی لازم برای تحقق شروط تحمیلی را «عدم تعادل نامتعرف بین حقوق و تکالیف طرفین» وضع نموده است و از این حیث نسبت به پیش‌نویس طرح مشترک مرجع و قانون مشترک اروپایی در خصوص بیع متمایز و مشابه با نظام حقوقی فرانسه می‌باشد. قابل ذکر است که داوری عرف در خصوص عدم تعادل بین حقوق و تکالیف طرفین شکننده و انعطاف‌پذیر است و به تناسب سنخ معامله و شرایط آن و نیاز جامعه به مبادله کالا متفاوت است. اثبات و احراز چنین امری برای دادرس دشوار و رسیدن به قطع یا ظن قوی در این خصوص بسیار سخت می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۸۲).

موجب رأی شماره ۹۵/۱۴/۹۵ ه ت مورخ ۹۵/۱۲/۲۳ هیات تجدیدنظر شورای رقابت شروط ذیل غیرمنصفانه (تحمیلی) و مصداق جزء ۲ بند «ط» ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ تشخیص داده شده و سازمان صدا و سیما ملزم به توقف و عدم تکرار آن گردیده است. نخست، تغییر تعرفه به صلاحدید یک طرف قرارداد. دوم، فسخ قرارداد به صورت یکطرفه از سوی سازمان صدا و سیما بدون پرداخت جریمه. سوم، جابجایی زمان پخش پیام‌های بازرگانی با صلاحدید سازمان صدا و سیما و بدون رضایت طرف اول جهت پخش در زمان جدید. در پرونده دیگری با کلاسه ۶۰۸/۹۵/۲۰ هیئت مزبور با استناد به این امر که شرکت مخابرات ایران با التفاف و استناد به مصوبه شماره ۴ جلسه ۱۹۰ کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات موظف و ملزم به اجرای مصوبه فوق بوده و می‌بایست وفق آن با شاکی قرارداد جدید مطابق شرایط مقرر و مصوب توسط کمیسیون مرقوم منعقد نماید ولی بدلائل غیر منطقی و بلا توجیه چند ماه از انعقاد قرارداد با وی طفره رفته است، از این حیث شرکت مخابرات به نحوی از موضع مسلط اقتصادی سواستفاده نموده و در طول ۷ ماه به اضافه برداشتی به میزان ۵ درصد اقدام نموده که این عمل مصداق جزء ۲ بند «ط» ماده ۴۵ تشخیص داده و ملزم به توقف هرگونه رویه ضد رقابتی و یا عدم تکرار آن گردیده است.

با تحلیل آرای فوق الذکر می‌توان اینگونه نتیجه گرفت که در حال حاضر مطابق قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی یک شرط زمانی تحمیلی تلقی می‌گردد که سه شرط اساسی را در خود داشته باشد. نخست، شرط تحمیلی از جانب شخصی عرضه گردیده باشد که دارای وضعیت اقتصادی مسلطی در بازار باشد. مهم‌ترین ابزار برای سنجش وضعیت اقتصادی مسلط، سهم بالای یک شخص حقیقی یا حقوقی در بازاری است که وی در آن به فعالیت می‌پردازد. به عنوان مثال در پرونده شکایت شرکت چیلیوری علیه اسنپ فود شورای رقابت با این استدلال که اسنپ فود در بازار عرضه اینترنتی غذا دارای سهمی بالای ۸۰ درصد می‌باشد آن شرکت را از یک وضعیت اقتصادی مسلط برخوردار دانسته است.<sup>۱</sup> دوم، شخصی که دارای وضعیت اقتصادی مسلطی است از این وضعیت جهت تحمیل شروط مورد نظر خود سواستفاده نماید. سوم؛ تحمیل شروط قراردادی موجب نوعی نابرابری در حقوق و تکالیف طرفین گردد. لیکن در این خصوص که این میزان نابرابری باید به چه میزان باشد اختیار با شورای رقابت است

۱. جلسه سید و نود و پنج شورای رقابت مورخ ۱۳۹۸/۰۷/۱۳.

که با توجه به جمیع اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد یک شرط را تحمیلی تلقی نماید یا خیر و قانونگذار در این رابطه مقرره‌ای وضع ننموده است. به این جهت است که در پرونده‌های فوق شورای رقابت شروط ذکر گردیده را تحمیلی تلقی نموده است لیکن در پرونده شکایت چیلیوری از شرکت اسنپ فود شرط «عدم همکاری از طریق نرم‌افزار مشابه دیگر متعلق به شرکت‌های رقیب با ضمانت اجرای لغو قرارداد یا جریمه قابل توجه» را به اتفاق آراء تحمیلی تلقی ننموده‌اند. نکته قابل ذکر پایانی آن است که در هیچ یک از آرای اصداری فوق به شرط «اخلال در رقابت» توجه و اشاره‌ای نشده است. بنظر می‌رسد عقیده شورای رقابت بر آن است که با احراز ضد رقابتی بودن یک رفتار، اخلال در رقابت مفروض بوده و نیازی به بیان آن نمی‌باشد.

### بند دوم. وضعیت حقوقی شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف

تدوین یک ضمانت اجرای حقوقی مؤثر و کارآمد در مقابله با شروط تحمیلی امری ضروری است. از یک سو اگر در قراردادهای بین صاحبان حرف اعتماد به استواری معاملات و شروط ضمن آن از بین برود، ممکن است اقتصاد یک جامعه آسیب ببیند و از سویی دیگر با توجه به ماهیت شروط تحمیلی و جایگاه برتر یکی از طرفین انتظار تحقق خود به خودی عدالت امری خیال‌گونه است و وجود این دو مصلحت متعارض، سبب دو رویکرد متفاوت از حیث ضمانت اجرای شروط تحمیلی گردیده است که در ذیل بررسی خواهند گردید.

### الف. صحت شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف

در برخی از نظام‌های حقوقی نظیر فرانسه اصولاً هدف از تدوین مقررات شروط تحمیلی در قراردادهای بین صاحبان حرف حمایت از منافع فردی یکی از طرفین قرارداد نیست. آنچه مورد توجه است نظم اقتصادی و رقابت آزاد است<sup>۱</sup>. به همین دلیل است که در ماده ۶-۴۴۲، I، L، ۲۰۲ قانون تجارت فرانسه ضمانت اجرای استفاده از این شروط در قرارداد بین صاحبان حرف جریمه نقدی و جبران خسارت است درحالی‌که مطابق قانون مصرف ضمانت اجرای چنین شروطی بطلان آن می‌باشد<sup>۲</sup>. در نظام حقوقی ایران نیز مطابق قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ با چنین وضعیتی روبرو می‌باشیم. مطابق ماده ۶۱ این قانون، در صورت احراز

1. Flour, E. Savaux, 2012, P. 167

2. Chagny, 2011, P. 392

رویه‌های ضد رقابتی (از جمله استفاده از شروط تحمیلی (غیرمنصفانه) مندرج در ماده ۴۵) شورای رقابت می‌تواند ضمانت اجراهای متنوعی مانند دستور به فسخ، دستور به توقف یا عدم تکرار رویه ضد رقابتی، تعیین جریمه نقدی و غیره را بکار گیرد. در میان ضمانت اجراهای بیان شده هیچ سخنی از بطلان شروط تحمیلی دیده نمی‌شود. دستور به فسخ نیز ناظر به آینده بوده و نمی‌تواند کارایی واقعی و موثری داشته باشد. البته این حکم از طریق ضمانت اجراهای دیگری نظیر پیش‌بینی پرداخت خسارت (که ظرف یک سال از تاریخ قطعیت تصمیم شورای رقابت مبنی بر اعمال رویه ضد رقابتی قابل طرح است) و همچنین استرداد درآمد یا توقیف اموالی که از راه شروط تحمیلی حاصل گردیده تقویت می‌گردد. پرسش قابل طرح آن است که در چنین نظام‌های حقوقی با وجود صحت شروط تحمیلی در مقررات خاص، آیا قواعد عمومی قراردادها می‌تواند حکم به بطلان این شروط بدهد یا خیر؟ در نظام حقوقی فرانسه اصولاً ماده ۱۱۷۱ قانون اصلاحی مورخ ۲۰۱۶ در خصوص تمام قراردادهای الحاقی خصوصی (فارغ از موضوع و شخصیت طرفین قرارداد) اعمال می‌گردد.<sup>۲</sup> با وجود این، مطابق نظر وزارت دادگستری فرانسه غیرممکن است که قواعد خاص حقوق مصرف یا تجارت را به طور هم‌زمان اعمال کرد. صرف سکوت یک مقرره خاص به این معنا نمی‌باشد که می‌توان رژیم عام حقوق مدنی را بر آن اعمال کرد زیرا مقررات عام مدنی نمی‌تواند انسجام مقررات خاص را از شکل خود خارج کرده یا به روح حاکم بر مقررات خاص بی‌توجه باشد.<sup>۳</sup> با این حال به نظر می‌رسد بتوان از مقررات قانون مدنی به‌عنوان یک ابزار تکمیلی در این خصوص استفاده کرد. هرچند که مقررات حقوق مصرف و حقوق تجارت غالب امور را در برمی‌گیرند و محلی برای اعمال قانون مدنی نگذاشته و مقررات بسیار کامل‌تری دارند.<sup>۴</sup> به‌عنوان مثال، در قرارداد بین صاحبان حرف اگر دادگاه شرط «تحمیلی بودن» را احراز نکرد کماکان دادگاه می‌تواند آن شرط ضمن عقد را یک شرط در قرارداد الحاقی دانسته و مقررات ماده ۱۱۷۱ ق.م. را در خصوص آن اعمال نماید. یا بر اساس مبانی دیگر بطلان نظیر نظم عمومی و... آن را باطل اعلام نماید. در نظام حقوقی ایران برخی نویسندگان با این استدلال که

۱. پاسبان و غلامی، (۱۳۹۶)، ص ۴۳؛ حقیقت‌جو، (۱۳۹۴)، ص ۱۱۰

2. Rowan, (2017), p. 11

3. Whittaker, (2019), p.18

4. Lagarde, (2016), P. 2174

شروط تحمیلی مطابق قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ ممنوع است آن را غیرقانونی و نامشروع محسوب کرده و بنابراین تحت شمول حکم کلی قانون مدنی دانسته و چنین شرطی را باطل غیر مبطل دانسته‌اند.<sup>۱</sup> این استدلال صائب بود اگر در قانون اخیر ضمانت اجرایی برای این شروط بیان نمی‌شد.<sup>۲</sup> درحالی‌که مطابق آنچه قبلاً بیان شد ضمانت اجرای این ممنوعیت در ماده ۶۱ طی ۱۲ بند آمده است. از این رو نباید فریب ظاهر واژگان «ممنوع» و «نباید» بکار گرفته در این قانون را خورد.<sup>۳</sup> بنابراین نمی‌توان بر مبنای ممنوعیت ذکر شده در این قانون حکم به بطلان چنین شروطی داد. وانگهی در صورتی‌که چنین شروطی اوصاف لازم را مطابق قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ نداشت نوبت به بررسی آن از منظر قواعد عمومی قراردادها می‌رسد که نه بر مبنای ممنوعیت ذکر شده در قانون بلکه بر اساس قاعده لاضرر و احراز شرایط آن می‌توان به مقابله با آن پرداخت.

### ب. بطلان شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدۀ بین صاحبان حرف

بند یک ماده شش رهنمون ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا در خصوص ضمانت اجرای شروط تحمیلی بیان می‌دارد: «این شروط برای مصرف‌کننده لازم‌الاجرا نیست و قرارداد در صورتی‌که قادر به ادامه حیات بدون شرط تحمیلی باشد، باید به ملزم کردن طرفین ادامه دهد». همین رویکرد در قانون مصرف‌فرانسه نیز اعمال شده است.<sup>۴</sup> مطابق قانون مدنی که ناظر به کلیه قراردادهای خصوصی می‌باشد هر شرطی در قراردادهای الحاقی که سبب نوعی عدم تعادل معنادار بین حقوق و تکالیف طرفین گردد نانوشتۀ تلقی می‌شود.<sup>۵</sup> در نظام حقوقی انگلستان نیز قدرت دادگاه در غیر قابل اجرا معرفی نمودن شروط تحمیلی به صراحت در قانون UCTA ۱۹۷۷ پذیرفته شده است.<sup>۶</sup> در نظام حقوقی ایران بیان شد که قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ فاقد چنین ضمانت اجرایی است.<sup>۷</sup> از منظر قواعد عمومی قراردادها نیز در نظام حقوق

۱. عادل و شمس الهی، (۱۳۹۷)، ص ۲۲۹

۲. کاتوزیان، (۱۳۹۵)، جلد ۱، ص ۲۰۴

۳. جهت نظر موافق رجوع کنید به: (غفاری فارسانی، ۱۳۹۳، ص ۴۴۹).

۴. ماده ۱، ۶، ۸-۱۳۳۲ L

۵. ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی اصلاحی ۲۰۱۶

۶. صفایی و شمالی، (۱۳۹۸)، ص ۵۶

۷. در لایحه جدید قانون تجارت دو ضمانت اجرا تحت عنوان «ابطال شرط» و «کان لم یکن» بیان شده است. ابطال

ایران می‌توان به استناد قاعده لاضرر حکم لزوم وفای به شرط را مرتفع کرد که نتیجه منطقی آن عدم لزوم پابندی به این شرط در قرارداد خواهد بود. درواقع ضمانت اجرای طبیعی در رابطه با درج شروط تحمیلی در قراردادها حذف آن شرط است و این چیزی نیست جز بطلان شرط تحمیلی. بعلاوه باید اضافه کرد که مشروط له، حق فسخ قرارداد را بدلیل بطلان شرط ندارد چه اینکه در خصوص شروط تحمیلی، بطلان آن و در نتیجه عدم تأثیر آن مستند به خود مشروط له می‌باشد مگر آنکه شرط باطل خود سبب جهل به عوضین گردیده یا با توجه به پیوند عمیق شرط با قرارداد بطلان شرط موجب لطمه به باقی قرارداد گردد که در این حالت چون امکان ورود ضرر به مشروط له وجود داشته کل قرارداد نیز باطل می‌گردد.

### نتیجه‌گیری و ملاحظات

۱. باوجود نظریه نوظهور هزینه معامله به‌عنوان مبنای مقابله با شروط تحمیلی که پایگاه استدلال خود را بر عدم تقارن اطلاعاتی بین دو طرف قرارداد بنا نهاده است در نظام حقوقی ایران کماکان می‌توان از قاعده لاضرر به‌عنوان مبنای مقابله با شروط تحمیلی (اعم از قرارداد مصرف یا قرارداد بین صاحبان حرف) دفاع کرد. نقص این قاعده در عدم امکان توجیه علت تفکیک بین شروط تحمیلی ضمن قرارداد و ارکان اساسی قرارداد مانند ثمن که به مراتب ضرر بزرگ‌تری را ایجاد می‌نماید صحیح نیست. احترام به آزادی قراردادی و وجود نهاد غبن در نظام حقوقی ایران جهت بررسی وضعیت تعادل عوضین اصلی قرارداد، ضرورت تدوین مقررات موازی با این نهاد سابقه‌دار فقهی را فاقد توجیه می‌نماید. به‌علاوه برخلاف نظریه هزینه معامله که همواره دست نیاز به سوی قانون‌گذار دارد قاعده لاضرر خود به‌طور مستقیم حکم به لزوم وفای به شرط را مرتفع نموده و از این حیث بر نظریه اخیر برتری دارد.

---

قرارداد یا ابطال شرط ضمن آن در سیستم حقوقی ایران و فقه اسلامی به خلاف حقوق فرانسه و نظام‌های مشابه ممکن نیست و طرفین نمی‌توانند با ابطال قرارداد روابط قراردادی خود را به حالتی برگردانند که گویی اصلاً شرطی وجود نداشته است (شهیدی، اصول قراردادها، ۱۳۹۶، ص ۵۴). ازاین‌رو با توجه به استثنایی بودن ابطال در نظام حقوقی ایران باید چنین ضمانت اجرایی را حمل بر بطلان شرط دانست (حقیقت‌جو، ۱۳۹۴، ص ۱۱۱). ضمانت اجرای کان لم یکن بودن شرط نیز اصطلاح جدیدی است که در لایحه جدید قانون تجارت از طریق ترجمه به نظام حقوقی ما راه پیدا کرده و معادل «réputée non écrite» در حقوق فرانسه است. باوجود این می‌توان معادل آن در نظام حقوقی ایران شرط باطل غیر مبطل دانست مگر آنکه موجب جهل به عوضین شود که باطل و مبطل است (کریمی، ۱۳۹۷، ص ۵۳۹).

۲. در مقایسه با قراردادهای مصرف، در قراردادهای بین صاحبان حرف برخورد با شروط تحمیلی از سخت‌گیری کمتر و ضمانت‌اجرای منعطف‌تری برخوردار می‌باشد. این انعطاف گاهی در شرایط شکلی نظیر (ضرورت انحصار در موضوع، ضرورت الحاقی بودن شرط، ضرورت کوچک یا متوسط بودن یکی از طرفین قرارداد) و گاهی در شرایط ماهوی (مانند ایجاد یک «انحراف فاحش و فراتر از یک عدم تعادل معنادار» از رفتار تجارتهی خوب) نمود پیدا می‌نماید. برخی مواقع نیز به‌مانند قانون تجارت فرانسه و یا قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ایران، انعطاف، در ضمانت اجرای حاکم بر این شروط رخ‌نمایی کرده و به‌جای بطلان ضمانت اجرای جرمه نقدی و جبران خسارت پیش‌بینی شده است.

۳. نظر به کاستی‌هایی که ممکن است قوانین خاص در مقابله با شروط تحمیلی در قراردادهای بین صاحبان حرف داشته باشند نقش قواعد عمومی قراردادها در این رابطه پررنگ‌تر از قراردادهای مصرف جلوه می‌نماید. در نظام حقوقی فرانسه باوجود این دیدگاه که قواعد عام قانون مدنی نمی‌توانند به انسجام مقررات خاص حقوق مصرف یا تجارت و روح حاکم بر آن بی‌توجه باشد، دادگاه‌ها همواره از قانون مدنی به‌عنوان یک ابزار تکمیلی در مقابله با این شروط بهره‌برده‌اند. در نظام حقوقی ایران نیز در صورت نقص مقررات خاص در خصوص شروط تحمیلی در قراردادهای بین صاحبان حرف می‌توان بر اساس قواعد عمومی قراردادها و قاعده لاضرر به مقابله با چنین شروطی پرداخت.

۴. تدوین یک ضمانت اجرای حقوقی مناسب و منطبق با ماهیت شروط تحمیلی امری شایان توجه است. ضمانت‌اجراهایی نظیر دستور فسخ که صرفاً ناظر به آینده است (بند ۱ ماده ۶۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی)، قابل ابطال (ماده ۲۲ لایحه جدید تجارت) و کان لم یکن (ماده ۲۳ لایحه اخیر) که از طریق ترجمه وارد لایحه جدید تجارت گردیده و در فقه اسلامی فاقد سابقه می‌باشند علاوه بر مشکلاتی که در عمل ممکن است برای دادرسان ایجاد نمایند، توانایی لازم برای مقابله با شروط تحمیلی را ندارند. در این رابطه پیشنهاد می‌گردد که احترام به آزادی رقابت و امنیت قراردادی بین صاحبان حرف از طریق شدت عمل در شرایط شکلی و یا ماهوی قرارداد نظیر ضرورت الحاقی بودن قرارداد و مانند آن دنبال گردد و با توجه به اهمیت مقابله



با این شروط در ماده ۲۳۲ مکرر قانون مدنی به صراحت ضمانت اجرای چنین شروطی بطلان اعلام گردیده و قید شود که در صورتی که چنین شروطی موجب جهل به عوضین گردیده یا خلاف مقتضای عقد باشد باطل و مبطل قرارداد تلقی شوند.

## منابع

- اسکینی، ربیعا، (۱۳۷۰). خصائص قراردادهای تجاری، مجله حقوق دادگستری، شماره زمستان، صص ۶۵ تا ۸۳.
- پاسبان، محمدرضا و غلامی ابوالفضل، (۱۶۹۶). ادغام‌های ضدرقابتی و ضمانت اجرای مقرر در حقوق ایران، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۹، صص ۵۵-۳۱.
- تقی زاده، ابراهیم و احمدی، افشین؛ جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال سوم، شماره دهم، بهار، صص ۴۲-۹.
- حقیقت جو، مهدی، (۱۳۹۶). بررسی تطبیقی مقررات کنترلی حقوق رقابت پیرامون ادغام شرکت‌های تجاری، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۰، صص ۹۳ تا ۱۱۸.
- دعاگوی، محمد مصطفی و محمدی، زینب، (۱۳۹۳). شروط تحمیلی در قراردادهای صنعت خودرو، مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره چهاردهم، پاییز و زمستان، صص ۸۹-۶۵.
- ساردوئی نسب، محمد و کاظم پور، سیدجعفر، (۱۳۹۰). مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۵، صص ۷۴-۳۷.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۹۶). اصول قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، جلد دوم، چاپ هفتم.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۹۵). آثار قراردادها و تعهدات، جلد سوم، انتشارات مجد، چاپ هفتم.
- شیروی، عبدالحسین، (۱۳۸۱). نظریه غیر منصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن لو با تأکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا؛ مجله مجمع آموزشی قم، شماره ۱۴، صص ۴۴-۵.
- صفایی، سید حسین و شمالی، نگار، (۱۳۹۸). مطالعه تطبیقی ضمانت اجرای غیرمنصفانگی شروط قراردادی در ایران، ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا، دوره ۲۲، شماره ۸۶، صص ۷۰-۴۳.
- صفایی، سیدحسین، (۱۳۹۷). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، انتشارات میزان، چاپ سی‌ام.
- عادل، مرتضی؛ شمس الهی، محسن؛ (۱۳۹۷). شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده؛ فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۲۵، صص ۲۳۳-۲۰۶.
- عبدی پور، ابراهیم، (۱۳۸۸). سواستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط، مجله حقوق اسلامی، - شماره ۲۱، صص ۱۵۶-۱۲۵.
- غفاری فارسانی، بهنام، (۱۳۹۳). حقوق رقابت و ضمانت اجرای مدنی آن، انتشارات میزان، چاپ نخست.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۵). قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، انتشارات سهامی انتشار، چاپ دهم.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۴). قواعد عمومی قراردادها، جلد نخست، انتشارات سهامی انتشار، چاپ سیزدهم.

کریمی، سکیته؛ نظم عمومی؛ ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و نهم، شماره نود و یکم، صص ۱۳۴-۱۰۸.

کریمی، عباس، شروط تحمیلی (غیر منصفانه) در قراردادهای موضوع ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲، در کتاب: کریمی، عباس، چهل گفتار حقوقی، انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۹۷.

کریمی، عباس، (۱۳۸۱). شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها، مجله پژوهش‌های حقوقی، بهار و شماره ۱ صص ۸۲-۷۵.

کریمی، عباس؛ شعبانی کندسری، هادی؛ (۱۳۹۳). رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غربی سواستفاده از حق، مجله پژوهش حقوق اسلام و غرب، شماره ۲، صص ۱۶۶-۱۳۵.

محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۰). قواعد فقه: بخش مدنی، انتشارات مرکز نشر اسلامی، چاپ بیستم، ویرایش دوم.

- Akerlof, G. , (1970). 'The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanisms', QJE
- Chagny, Muriel, (2015). 'La règle sur le de 'se 'quilibre Significatif Devant la Cour de cassation!' RTDCom .
- Cooter R. , Ulen, T. , (2012). Law & Economics, Boston, Pearson.
- Cseres, K. (2012). 'Consumer Protection in the European Union' in R. Van den Bergh and A. Paces (eds.), Regulation and Economics, Cheltenham, Edward Elgar.
- Dadoun, Armand, (2011). 'Faut-il avoir peur du "de 'se 'quilibre Significatif" dans les Relations Commerciales?'.
- Del Marmol, C. (1966). 'Les Clauses Contractuelles Types, Facteur d'unification du droit Commercial' in Liber Amicorum Baron Louis Fredericq, I, Ghent, Story-Scientia.
- Flour, J. , Savaux, E., Aubert, (2012). J.-L. , Les Obligations. 1. L'acte Juridique, Paris, Dalloz.
- Hesselink, M. (2011). 'Unfair Terms in Contracts Between Businesses' in R. Schulze and J. Stuyck (eds.), Towards a European Contract Law, Munich, Sellier.
- Karimi, Abbas, (1995). I, Application du Droit Commun en Maitre du Cluses Abusives apres la loi, la semaine Juridique, n.13, 27 mars 1996.
- Kessler, F. (1943). 'Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract', Colum. L. Rev.
- Lagarde, Xavier, (2016). 'Questions Autour de l'Article 1171 du code Civil' D.Law Quarterly.

- Lando, O. (2011). 'Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law', ERPL
- Maugeri, M. (2011). 'Is the DCFR Ready to be Adopted as an Optional Instrument?', ERCL.
- Mazeaud D. , Sauphanor-Brouillaud, N. , (2012). 'Article 7. Not Individually Negotiated Terms' in R. Schulze (ed.), Common European Sales Law (CESL) – Commentary, Baden-Baden, Nomos.
- McKendrick, E., (2012). Contract Law: Text, Cases, and Materials, Oxford, Oxford University Press.
- Peel, E. , (2007). The Law of Contract, Sweet & Maxwell, London.
- Rowan, Solene , (2017). The new French law of Contract. International & Comparative.
- Schäfer and Leyens, P. (2010). 'Judicial Control of Standard Terms and European Private Law' in in P. Larouche and F. Chirico (eds.), Economic Analysis of the DCFR, Munich, Sellier.
- Schillig, M. (2008). 'Inequality of Bargaining Power Versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms', ELR.
- Van Loock, Sander, (2014). Unfair Terms in Contracts Between Businesses: a Comparative Overview in Light of the Common European Sales Law, Cambridg.
- Whittaker, Simon, (2019). Unfair Terms in Commercial Contracts and the Two Laws of Competition: French Law and English Law Contrasted, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 0, No. 0.