

## مبانی اخلاقی، حقوقی و فقهی شرط غیرمنصفانه

مسعود امانی\*

محمد مهدی حسنی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۹/۱۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۶/۲۵

### چکیده

«شرط غیرمنصفانه» شرطی است که یکی از طرفین معامله، با اتکاء بر برتری خود به طرف دیگر قرارداد تحمیل می‌کند و او ناچار به قبول آن می‌باشد. هرچند که طرفین قرارداد طبق اصل حاکمیت اراده اقدام به انعقاد قرارداد می‌نمایند اما پذیرش این اصل به‌طور مطلق با برخی واقعیت‌های جهان کنونی سازگار نیست. از این رو، نظام‌های تقنینی در راستای حمایت از اقشار آسیب‌پذیر جامعه و جلوگیری از سوء استفاده قدرت‌های بزرگ اقتصادی و در نتیجه برقراری عدالت در جامعه، به مقابله با چنین شروطی می‌پردازند. علی‌رغم احساس ضرورت و اهمیت، در حقوق ایران قوانین خاصی برای مقابله با شروط غیرمنصفانه وضع نگردیده است ولی می‌توان مواجهه قانون‌گذار ایرانی با این شروط را در قوانین مختلف مورد بررسی قرار داد. در حقوق ایران و حتی «نظام حقوقی نوشته» می‌توان در مباحث راجع به شرط رفع و یا کاهش مسؤلیت و همچنین قواعد عمومی قراردادها در مباحثی همچون «رضا» و «جهت معامله»، به مبانی مقابله با شرط غیرمنصفانه دست یافت. همچنین، رویه قضایی نیز می‌تواند با الغاء خصوصیت از قوانین خاصی که به نحوی به شرط غیرمنصفانه اشاره نموده‌اند و تعمیم آن به سایر موضوعات مطروحه، بستر حمایت از طرف ضعیف قرارداد را فراهم نماید. علی‌رغم مستحذنه بودن این شرط می‌توان مبانی آن را در فقه نیز مورد کنکاش قرار داد و در خلال مباحث فقهی از جمله معامله در حالت اضطرار، حیل ربا، رضای معامله، معاملات سفهی، مبانی عسر و حرج و همچنین آنچه برخی فقها تحت عنوان قسط معاملی از آن تعبیر نموده‌اند، مبانی فقهی شرط غیرمنصفانه را اصطیاد نمود.

**واژگان کلیدی:** شرط غیرمنصفانه، اصل حاکمیت اراده، آزادی قراردادی، انصاف، عدالت شکلی، عدالت ماهوی، فقه امامیه.

\* دکتری حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق(ع).

amani.masoud@gmail.com

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسؤول).

M\_Hassani@sbu.ac.ir

## مقدمه

شرط غیرمنصفانه شرطی است که یکی از طرفین معامله با تکیه بر تفوق و غالباً قدرت اقتصادی خود در قرارداد می‌گنجانند و طرف مقابل هم ناگزیر موافقت خود را اعلام می‌دارد. هرچند منصفانه بودن قرارداد در حقوق روم دارای سابقه است اما غیرمنصفانه بودن شروط و قراردادها به عنوان یک نظریه حقوقی برای نخستین بار در قرن هفدهم میلادی مورد توجه دادگاه‌های انگلستان قرار گرفت که پس از آن در نظام‌های حقوقی دیگر هم مورد توجه واقع شد و حمایت‌های تقنینی نیز به دنبال داشت تا آنجا که اتحادیه اروپا با تصویب دستورالعملی در خصوص مبارزه با شروط غیرمنصفانه، کشورهای عضو اتحادیه را مکلف به حمایت از طرف ضعیف قرارداد نمود.

شرط غیرمنصفانه برگردان «Unfair Term» است و برخی از آن به شرط ناعادلانه تعبیر می‌نمایند که خالی از تسامح نیست و با توجه به ریشه واژه «Fair» که با مفاهیمی همچون صداقت، رو راستی و وجدان هم‌معنا است، تعبیر غیرمنصفانه معادل مناسب‌تری برای «Unfair» می‌باشد. واژه «Unconscionability» نیز در مفهوم شرط غیرمنصفانه بکار رفته است. در ارتباط با تفاوت دو مفهوم «Unfair» و «Unconscionability» آنچه از بررسی فرهنگ‌های حقوقی به دست می‌آید این دو واژه مترادف‌اند و هر دو به معنای شرط غیرمنصفانه می‌باشند.

در حقوق انگلستان به عنوان خاستگاه مبارزه با شروط غیرمنصفانه، برای نخستین بار در سال ۱۷۵۰ میلادی در دعوی Earl of chesterfield v. Janssen، شروط یا قراردادهای غیرمنصفانه این‌گونه تعریف شد: «قراردادی که شخص عاقل و در حالت عادی منعقد نمی‌کند و فرد درستکار صادق با انصاف آن را نمی‌پذیرد». البته دادگاه استیناف ایالت ایندیانا ایالات متحده آمریکا پیش از آن در سال ۱۹۳۱ میلادی در دعوی Stiefler v. Mccullou، به «خلاف وجدان بودن»<sup>۱</sup> قرارداد اشاره نموده و آن را قراردادی معرفی کرده بود که چنان بی‌عدالتی بزرگ و آشکاری در آن باشد که هر فرد معقول و متعارفی را به شگفتی وا دارد. در سال ۱۹۴۲ میلادی، قاضی دعوی ایالات متحده علیه شرکت فولاد بتل هام، این قراردادها را این‌گونه تعریف نمود: «سوء استفاده از حالت

1. Unconscionability.

اضطرار طرف دیگر به انجام معامله» (قنوتی، ۱۳۸۹، صص ۱۴۲-۱۴۱).

در حقوق انگلستان در قانون شروط ناعادلانه قراردادی مصوب ۱۹۷۷<sup>۱</sup> و مقررات شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف‌کننده اصلاحی ۱۹۹۹<sup>۲</sup>، شروط غیرمنصفانه مورد تعریف قرار گرفته که در واقع تعریف به اوصاف و ملاک‌ها است. شرط غیرمنصفانه شرطی است که مغایر با لزوم حسن نیت باشد، به نحوی که سبب یک عدم تعادل مهم در حقوق طرفین شده و به دنبال آن ضرر و زیانی چند بر طبق قرارداد بر مصرف‌کننده تحمیل شود. حسن نیت از الزامات مربوط به انجام معامله‌ای آزاد و منصفانه است و آزادی هم مستلزم این است که معامل حرفه‌ای نباید عمداً یا سهواً به دلیل احتیاج، ناآگاهی، کم‌تجربه بودن، ناآشنایی با موضوع قرارداد، موضع چانه‌زنی ضعیف یا هر دلیل مشابه دیگر از مصرف‌کننده امتیاز بگیرد. حسن نیت یک استاندارد اخلاقی و عملی تجاری به نظر می‌رسد. طبق دیگر تعریف ارائه شده می‌توان شرط غیرمنصفانه را یک عدم تعادل جدی در حقوق و تکالیف طرفین قرارداد به ویژه برای مصرف‌کننده دانست (خندانی، ۱۳۸۲، ص ۷۹).

برای بحث از اعتبار شرط غیرمنصفانه ناگزیر از بررسی مبانی اخلاقی، حقوقی و فقهی آن هستیم؛ چراکه جامعه به عنوان یک کل تجزیه‌ناپذیر، در تأسیس نهادها و یا از بین رفتن آنها متأثر از بسترها و مبانی مختلفی است. لذا اتخاذ مبنا در هر موضوعی مرحله پیشینی تقنین است و برای حصول یک قانون جامع و مانع می‌بایست در مبانی موضوع تدقیق و تأمل نمود. این که نهادی مورد حمایت قانونگذار قرار گیرد علاوه بر زمینه‌های قضایی و حقوقی از بسترهای اخلاقی هم تأثیر می‌پذیرد. در نظام‌های مبتنی بر حقوق دینی - از جمله کشورمان - قواعد شرعی نیز مؤثر بر ایجاد یا زوال نهادهای اجتماعی است. بنابراین، واکاوی مبانی شرط غیرمنصفانه در سه حوزه اخلاق، حقوق و فقه پیش شرط دستیابی به یک نظام تقنینی و رویه قضایی مناسب در خصوص موضوع مذکور می‌باشد.

البته، باید توجه داشت که زمینه‌های سه‌گانه اخلاقی، حقوقی و فقهی به عنوان سه بستر جداگانه قابل طرح نیست و تأثیر و تأثر متقابل دارند. در واقع، رفتار اجتماعی به وسیله نظامی پیچیده از قواعد متعدد تنظیم شده است که در عین تعدد و گوناگونی دارای

1. Unfair Contract Terms Act 1977.

2. Unfair Terms In Consumer Contracts Regulation 1999.

وحدت اساسی است و با وجود تنوع، با یکدیگر ارتباط کامل دارند (دل و کیو، ۱۳۸۶، ص ۳۳). لذا تقسیم‌بندی این مقاله به سه بخش اخلاقی، حقوقی و فقهی به معنای انفکاک و جدایی آنها از یکدیگر نیست، بلکه بیشتر با لحاظ خاستگاه آن مبنا است. به عنوان مثال، خاستگاه عدالت، اخلاق است هرچند حقوق و فقه نیز به آن توجه داشته‌اند و یا قاعده لاضرر به عنوان یک قاعده برخاسته از فقه مورد تأیید و پذیرش اخلاق و حقوق است.

### ۱. مبانی اخلاقی شرط غیرمنصفانه

اخلاق اجتماعی و یا آن دسته از قواعد اخلاقی که پا به عرصه اجتماع نهاده‌اند، به‌طور صریح یا ضمنی مورد حمایت دولت هستند، لذا قاعده اخلاقی محض به شمار نمی‌روند بلکه قاعده اخلاقی به مثابه قاعده حقوقی می‌باشند. «اخلاق‌گرایی قانونی» دیدگاهی است که رفتارهای مخالف با اخلاق اجتماعی را دارای منع قانونی می‌داند و معتقد است حاکمیت می‌تواند برای اعمال اخلاق جمعی از نیروی الزام‌آور خود استفاده نماید. در ادامه عدالت و انصاف را به عنوان مهم‌ترین مبانی اخلاقی شرط غیرمنصفانه بررسی می‌نماییم.

#### ۱-۱. عدالت

مفهوم «عدالت» صرف‌نظر از بحث‌های فلسفی ناظر بر آن، موضوع همیشگی عموم در حوزه زندگی اجتماعی است. هرچند سیر شکل‌گیری این مفهوم تابع تجربیات تاریخی اقوام مختلف بوده است، به‌گونه‌ای که در درک جوامع مختلف نسبت به عدالت به سختی می‌توان قدر مشترکی یافت (عالی‌پناه، ۱۳۸۶، ص ۳۴)، اما شاید نتوان کسی را یافت که از مفهوم عدالت درکی نداشته باشد، هرچند در مقام تشخیص مصداق عدالت به خطا رود.

عدالت را از مهم‌ترین اهداف یا مبانی حقوق دانسته‌اند که تا قبل از ظهور پوزیتیویسم مورد تأکید همه نظام‌های حقوقی بوده است (پژوهشکده حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۱، ص ۱۹۲).

حقوق و عدالت دو همزاد تاریخی‌اند. قاعده حقوقی که منطبق بر عدالت نباشد از سوی مردم با اکراه اجرا می‌شود و برای فرار از آن متوسل به انواع حیل‌ها می‌گردند.

یکی از تقسیم‌بندی‌های عدالت که از سوی ارسطو صورت گرفته است تقسیم آن به «عدالت توزیعی»<sup>۱</sup> و «عدالت معاوضی»<sup>۲</sup> می‌باشد. بر پایه نظریه «عدالت معاوضی»، رعایت

1. Distributive Justice.  
2. Commutative Justice.

برابری در حقوق قراردادی طرفین عقد معاوضی اقتضای این را دارد که حقوق طرفین قرارداد مانند دو کفه ترازو با هم برابری نماید که این برابری را عدالت معاوضی می‌نامند. هرگاه تعادل حقوق قراردادی مخدوش گردد نظریه عدالت معاوضی حکم به جبران و تعدیل قرارداد توسط قواعد حقوقی می‌نماید (خندانی و خاکباز، ۱۳۹۲، ص ۷۱).

گرایش به عدالت معاوضی در ادبیات حقوقی و فقهی مشهود است. به عنوان مثال، تعادل ثمن و مبیع لازمه رعایت موازنه عرفی حقوقی طرفین عقد بیع است. بنابراین، هرگاه ثمن به‌طور فاحش از ارزش مبیع کمتر باشد قاعده موازنه بر هم می‌خورد و با حکم به فسخ یا تراضی به اخذ مابه‌التفاوت و جبران ضرر فروشنده، موازنه برقرار می‌گردد. برخی فقها از بیم جمع شدن دو عوض در ملک یکی از طرفین قرارداد، شرطی که تلف مبیع پیش از تسلیم به خریدار را بر عهده او قرار دهد خلاف مقتضای معاوضه دانسته‌اند (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۹۰).

در حقوق ایران، نظریه عدالت معاوضی با دلایلی نظیر قاعده تلف مبیع پیش از قبض و اختیارات قانونی توجیه می‌شود و نتایجی همچون منع سوء استفاده از حق در مطالبه اجرای تعهدات یا منع سوء استفاده از جهل و اضطراب بر طرف معامله را به دنبال دارد. از آثار مهم این نظریه که مرتبط با موضوع پژوهش پیش رو می‌باشد، منع سوء استفاده از حق توسط متعهدله و تفسیر قرارداد به نفع طرف ضعیف است (خندانی و خاکباز، ۱۳۹۲، صص ۸۲-۸۱).

در نتیجه، اجرای ظاهر قانون نباید وسیله‌ای برای سوء استفاده از حق شود و همچنین، بایستی مفاد قراردادهای الحاقی و به‌طور کلی تمام قراردادهایی که یک طرف ضعیف دارد، به نفع طرف ضعیف تفسیر گردد؛ زیرا در غیر این صورت، تعادل حقوق طرفین از بین می‌رود. همچنین، شرط عدم مسؤولیت و به‌طور کلی هر شرط غیرمنصفانه‌ای، به جهت رعایت عدالت معاوضی، در قرارداد نافذ نمی‌باشد.

ثمره نظریه عدالت معاوضی در بحث شروط غیرمنصفانه این است که اولاً، نباید با تمسک به ظاهر قانون از بروز بی‌عدالتی در قرارداد چشم‌پوشی کرد و عدالت و انصاف بر ظهور عبارات قانونگذار ترجیح دارد. به عبارت دیگر، اجرای عدالت و رعایت انصاف، حاکم بر نصوص قانونی و حتی اراده طرفین است. ثانیاً، اقتضای عدالت معاوضی، تفسیر قرارداد به نفع طرف ضعیف و حمایت از وی در مقابل طرف قدرتمند است که حاصل این مطلب، الزام‌آور نبودن شرط غیرمنصفانه بر اساس دیدگاه عدالت معاوضی است.

از دیگر تقسیمات عدالت می‌توان به تقسیم آن به «عدالت شکلی یا صوری»<sup>۱</sup> و «عدالت محتوایی یا ماهوی»<sup>۲</sup> اشاره کرد. بر مبنای «عدالت صوری» اگر قاعده‌ای بر همه اشخاص و موقعیت‌های موضوع خود به‌طور یکسان جریان داشته و تبعیض روا نداشته باشد قاعده‌ای عادلانه محسوب می‌شود، خواه مفاد آن قاعده درست باشد یا خیر. در مقابل آن، «عدالت محتوایی» ماهیت و مضمون قاعده را مد نظر قرار می‌دهد و قاعده عادلانه را قاعده‌ای می‌داند که محتوای آن عادلانه باشد.

آنچه در نظریه عدالت شکلی اهمیت دارد اعمال قواعد حقوقی بر طرفین قرارداد به‌طور مساوی است و نتیجه آن اعم از عادلانه یا غیرعادلانه اهمیتی ندارد. بنابراین، قواعد حقوقی طرفین را به آنچه رضایت داده‌اند ملزم می‌کند و اجرای نص قانونی به معنای عدالت است. نظریه عدالت ماهوی معطوف به آثار و نتایج حاصل از قرارداد است و انطباق نتیجه قرارداد با عدالت را به عنوان مفهوم قرارداد منصفانه می‌داند.

با توجه به عدم امکان نفی کامل نظریه عدالت شکلی، باید عدالت شکلی و ماهوی توأم با هم اجرا شوند، با این توضیح که در مرحله تقنین و تطبیق، عدالت شکلی مد نظر قرار گیرد اما چنانچه نتیجه غیرمنصفانه پدید آمد با تمسک به عدالت ماهوی آن را از بین برد. بنابراین، در بحث شرط غیرمنصفانه اگر نتیجه آن ایراد ضرر بر طرف ضعیف باشد دادرس با استعانت از نظریه عدالت ماهوی آن را غیر الزام‌آور اعلام می‌نماید. در اینجا مفهوم انصاف معنا می‌یابد که در مبحث بعدی به تفصیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در رابطه با جایگاه عدالت در فقه اسلامی لازم به ذکر است که واژه «عدالت» در عبارات فقها بیشتر در دو حوزه کاربرد دارد؛ یکی در موضوع «عدالت شخصی» که ناظر به شرایط مجتهد، قاضی و امام جماعت است (موسوی الخمینی، ۱۴۲۳ق، ص ۱۸) و دیگر در «قاعده عدل و انصاف» که ناظر به تقسیم بالمناصفه مال بین دو نفر در فرض مشتبه شدن مالکیت است (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۵۹).

این که در آثار فقهی، عدالت صراحتاً به عنوان یک قاعده فقهی مطرح نشده است به معنای بی‌اهمیتی عدالت در فقه نیست، بلکه طبق نظر اندیشمندان مسلمان، اصل عدالت از مقیاس‌های اسلام است که باید دید چه چیزی بر آن منطبق می‌شود. عدالت در سلسله

1. Formal Justice.  
2. Material Justice.

علل احکام است نه در سلسله معلولات. به عبارت دیگر، نه این است که آنچه دین گفته است عدل است، بلکه آنچه عدل است دین می‌گوید (مطهری، ۱۴۰۹ق، ص ۱۴). به بیان دیگر، عدل، حاکم بر احکام است نه تابع احکام. عدل، اسلامی نیست بلکه اسلام عادلانه است (سروش، ۱۳۶۷، ص ۴۷).

اگرچه عدالت تحت عنوان قاعده فقهی مستقلی مطرح نشده است اما فقیهان در موارد متعدد و در بیان احکام مختلف، به عدالت و یا نقیض آن یعنی «ظلم» استناد نموده‌اند. به عنوان مثال، در رابطه با مسئله ضمان مثلی، از میان مکان غصب، مکان تلف و نیز مکانی که مالک مطالبه می‌کند، سومی را معیار مطالبه مثل معرفی کرده و گفته‌اند که «عدل اسلام» به عنوان دلیل، ملاک در مطالبه مثل را «مکان مطالبه» دانسته است (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۹۱) و علت آن نیز این است که در غیر آن اگر طرف مقابل راضی نباشد، حش ضایع می‌شود.

همچنین صاحب جوهر، رأی فقیهان مبنی بر جمع قیمت‌ها و نسبت‌گیری میان آنها در مسئله ارش و در فرض اختلاف اهل خبره در قیمت‌گذاری را تأیید نموده و در بیان استدلال بر این حکم، به مقتضای عدلی که جمع‌کننده بین حق مشتری و بایع است استناد می‌کند (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۳، ص ۲۹۴).

شیخ انصاری نیز منع کردن مالک از رسیدن به حق خود هنگام تعدّر مثل را ظلم دانسته و حکم به وجوب پرداخت قیمت در این فرض نموده است. طبق نظر ایشان، اگر در هنگام پرداخت، تهیه کالای مثلی متعدّر شود، مقتضای قاعده آن است که در صورت مطالبه مالک، پرداخت قیمت واجب است؛ زیرا اگر چیزی به مالک پرداخت نشود به او ظلم شده است (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۴۰۸). در واقع، از یک سو منع مالک از حش ظلم به شمار می‌رود و از سوی دیگر ملزم کردن ضامن به ادای مثل، به دلیل میسر نبودن ناروا است. بنابراین، جمع بین دو حق آن است که باید قیمت پرداخت گردد.

میرزای نائینی، حکم حرمت تصرف مال غیر را مستند به قبیح و ظلم بودن آن نموده است (آملی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۱۱).

مرحوم خوئی، در حرمت سب مؤمن، به ظلم و ایذاء بودن آن و در جواز اخذ جایزه به نیت رد به صاحبش، به عدل و احسان بودن آن استناد کرده است (توحیدی تبریزی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۷۷).

مرحوم امام خمینی (ره)، حرمت ربا را از آن رو می‌دانند که گرفتن زیادی ظلم است و

حیله‌هایی که به کار گرفته می‌شود ظلم بودن ربا را از میان بر نمی‌دارد. از این رو، ایشان حیله شرعی را نپذیرفته‌اند و به دلیل وجود ظلم در حیله‌های ربا، احادیثی را که حکم به جواز آنها داده‌اند جعلی و برای مشوش کردن چهره معصومین علیهم‌السلام دانسته‌اند (موسوی الخمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۵۳۱).

برخی از محققان بر این باورند که مراد از عدل و ظلم در ادله احکام، عدالت واقعی است و نظر عرف هرگاه با اطمینان و یقین بتواند آن عدالت واقعی را کشف کند حجت است. همچنین، فتاوی فقهای معظم در طول تاریخ فقه هنگام استناد به عناوین عدل و ظلم، تنها با این مبنا سازگاری دارد (پور مولا، ۱۳۸۸، صص ۱۹۸-۱۹۷).

بنابراین، مذاق شریعت با حمایت از طرف ضعیف قرارداد در راستای اجرای عدالت کاملاً سازگار است و واکاوی اندیشه‌های فقهی در موضوعات مختلف ما را به این نتیجه می‌رساند که «عدالت» نه به عنوان یک قاعده فقهی بلکه به مثابه یک مبنا مورد استناد فقیهان بوده است.

## ۱-۲. انصاف

«انصاف» به عنوان مفهومی متمایز از «عدالت» برای نخستین بار توسط ارسطو مطرح شد. از نظر او انصاف عبارت است از کیفیتی که از جهت بنیان و ماهیت، با عدالت مشترک است اما در عین امتیاز از عدالت، دقیق‌تر از آن هم می‌باشد. طبق دیدگاه ارسطو، اگرچه عدالت صوری را باید به صورت قاعده به کار بست اما اگر اعمال این قاعده در مواردی منجر به بروز تعارض اخلاقی گردد انصاف می‌تواند مانع اعمال قاعده شود (ارسطو، ۱۳۷۸، صص ۱۷۰-۱۶۳).

در واقع، ارسطو انصاف را اصلاح‌کننده نواقص عدالت صوری و یا قانون می‌داند. بر اساس این دیدگاه، قاعده و قانون به‌طور کلی به وسیله انصاف از بین نمی‌روند، بلکه در موردی خاص از اجرای آنها جلوگیری می‌نماید. از این رو، نقش انصاف بیشتر در دادرسی نمایان می‌شود که دادرس بدون جزم‌اندیشی قانونی و با تمسک به انصاف، از بروز نتیجه خلاف اخلاق و وجدان جلوگیری می‌کند.

نظریه انصاف ارسطو، بر نظام‌های حقوقی کشورهای اروپایی تأثیر گذاشت. البته، برخی مدعی شده‌اند که انصاف اولیه با استفاده از قواعد کلیسایی و در دادگاه‌های کلیسا مطرح شد (McGhee, 2005, p.7). بر اثر این دیدگاه، دادرس، نه بر اساس قانون و رویه

قضایی، بلکه طبق آنچه وجدان وی آن را حق و یا باطل تشخیص می‌داد رأی خود مبنی بر الزام به انجام امری و یا خودداری از آن را صادر می‌نمود (Martin & Maudsley, 1993, p.7). بر این اساس انصاف، برخاسته از قصد و منظور نهفته در قانون است نه واژگان آن (کاظم‌پور، ۱۳۹۲، ص ۱۷۴).

این دیدگاه بعد از دوره رنسانس و به علت سخت‌گیری قواعد دادگاه‌های کامن‌لا موجب پیدایش یک حقوق موازی در سده پانزدهم میلادی شد که آن را «قواعد انصاف»<sup>۱</sup> نامیدند. قاعده سیزدهم از قواعد انصاف بیان می‌داشت: «انصاف، قرارداد غیرمنصفانه را تنفیذ نمی‌کند»<sup>۲</sup> (عدل، ۱۳۸۹، صص ۱۸۴-۱۸۳). لذا غیرالزام‌آور نبودن قرارداد غیرمنصفانه یکی از قواعد انصاف به شمار می‌رفت که البته امروزه به دلیل وجود قوانین خاص چندان متداول نیست.

«انصاف» در مفهومی که حقوق اروپا می‌شناسد سابقه‌ای در فقه امامیه و حقوق ایران ندارد. در ادبیات فقهی و حقوقی ما انصاف در دو معنا استعمال می‌گردد. گاهی انصاف در معنای نیمه، میانه و منصفه به کار می‌رود و بیشتر ناظر بر برابری است، چه برابری در مقدار و یا غیر آن. انصاف در این مفهوم در حقوق ماهوی و شکلی به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۶۸۸).

مفهوم انصاف در قاعده فقهی «عدل و انصاف» نیز ناظر بر معنای فوق است؛ زیرا این قاعده، حکم به تقسیم بالمناصفه مال در فرض مشتبه شدن مال بین دو نفر می‌نماید. معنای دیگر انصاف، تصمیم‌گیری بر اساس وجدان و حق است؛ مانند انصاف در تعیین نرخ عادلانه و تعدیل اجاره‌بها.

بیشتر فقها انصاف را مترادف عدالت دانسته و آن را مانند عدالت، حد وسط در همه باورها، کردارها و گفتارها تعریف نموده‌اند (اردبیلی، بی‌تا، ص ۳۲۲).

البته، در دوران معاصر برخی انصاف را به‌طور خاص مورد بحث قرار داده‌اند و از آن به عدالت عملی تعبیر کرده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱، ص ۲۲۴)، که این نظر به معنای انصاف در دیدگاه ارسطو متمایل است. همچنین، فقها به حکم عقل سلیم، انصاف در تمام امور و در جمیع شؤون را پسندیده دانسته‌اند و این حکم را مستند به عقل عملی نموده‌اند. از این

1. Maxims of Equity.

2. Equity will not enforce an unconscionable contract.

رو، انصاف در تمامی عرصه‌ها امری مقبول است و جایگاه مستحکمی در حقوق اسلامی دارد (اردبیلی، بی‌تا، صص ۲۲۸-۲۲۷). در واقع، اعتبار و حُسن انصاف، از مستقالات عقلیه است، هرچند که مؤیدات شرعی متعددی هم دارد.

تأثیر انصاف را می‌توان در برخی قوانین از جمله در ماده ۷۶۹ «قوانین موقتی اصول محاکمات حقوقی»، ماده ۵۷۱ «قانون تجارت» ناظر بر ماده ۵۶۸ همان قانون، ماده ۶۷۶ «قانون آیین دادرسی مدنی» مصوب ۱۳۱۸، بند ۳ ماده ۲۷ «قانون داوری تجاری بین‌المللی» و به‌طور ویژه در ماده ۱۷۹ «قانون دریایی» مشاهده نمود که ماده اخیرالذکر اجازه تغییر و یا فسخ و در واقع تعدیل قرارداد غیرمنصفانه را داده است.

## ۲. مبانی حقوقی شرط غیرمنصفانه

در این مبحث طی دو گفتار «مفهوم حسن نیت» و «محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی» را به عنوان مبانی حقوقی مبارزه با شروط غیرمنصفانه مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

### ۲-۱. حسن نیت

«حسن نیت» یک مفهوم سهل و ممتنع است که در نگاه نخست معنای روشنی دارد ولی در مقام توصیف و تطبیق دشوار می‌نماید (جعفرزاده و سیمایی صراف، ۱۳۸۴، صص ۱۳۸). اصل حسن نیت ریشه در حقوق روم دارد و اکنون در بیشتر کشورهای غربی اعم از نظام‌های رومی-ژرمنی و کامن‌لا و همچنین مقررات بین‌المللی به‌طور کلی مورد پذیرش قرار گرفته است (علیزاده، ۱۳۸۴، صص ۱۰۴-۱۰۳).

در حقوق ایران نیز به تبع فقه اسلامی، حسن نیت به عنوان یک اصل مورد پذیرش در قراردادها، به‌طور صریح شناخته نشده است. برخی حقوق‌دانان معتقدند که با مطالعه موارد لزوم رعایت اصل حسن نیت در حقوق خارجی، می‌توان عرف و عادت را که ضابطه‌ای برای تعیین روابط قراردادی طرفین در حقوق ایران است، جز در موارد استثنایی وارد در برخی از آرای قضایی، جانشین حسن نیت دانست (شهیدی، ۱۳۸۹، ج ۳، ص ۱۱۳ و حاجی‌پور، ۱۳۹۰، ص ۹۷).

مفهوم «حسن نیت» پیوند عمیقی با مفهوم «انصاف» دارد. در بسیاری از اسناد و

کنوانسیون‌های بین‌المللی از جمله در کنوانسیون «اصول حقوق قراردادهای اروپایی»،<sup>۱</sup> در ماده ۱-۲۰۱ این کنوانسیون دو مفهوم «حسن نیت» و «معامله منصفانه» در کنار یکدیگر ذکر شده‌اند که بیانگر ارتباط مفهومی آنها می‌باشد. حسن نیت به عنوان یک اصل مورد پذیرش اخلاق و مورد حمایت قانون ایجاب می‌نماید تا در رفتارهای اجتماعی و اعمال حقوقی بر اساس انصاف رفتار شود. این پیوند به اندازه‌ای عمیق و ناگسستنی است که برخی اصل حسن نیت و رفتار منصفانه را به عنوان یکی از اصول مهم و لازم‌الرعایه در قراردادها دانسته‌اند (علیزاده، ۱۳۸۴، صص ۹۸-۹۷).

ارتباط حسن نیت با شرط غیرمنصفانه هم کاملاً روشن است. اصل لزوم رعایت حسن نیت در قرارداد ایجاب می‌نماید تا طرفین با رفتار صادقانه به انعقاد و اجرای قرارداد بپردازند؛ حال آن که در قراردادهای متضمن شرط غیرمنصفانه، طرف قوی با علم به ضعف طرف مقابل و سوء استفاده از وضعیت ضعیف قراردادی وی، بر خلاف رفتار صادقانه و حسن نیت اقدام می‌کند. بنابراین، اقدام طرف قوی قرارداد در تحمیل شرط غیرمنصفانه بر طرف ضعیف، ناقض حسن نیت شمرده می‌شود.

برخی نیز با تخریح مناط از اصل حسن نیت به این نتیجه رسیده‌اند که قوانین و مقررات مرتبط با حسن نیت، در وجدانی و اخلاقی بودن اقدامات طرفین قرارداد مشترک هستند و موضوعات مطروحه در آنها فاقد خصوصیت است. در نتیجه، می‌توان این شاخص را به سایر موارد نیز تسری بخشید و در مورد شرط غیرمنصفانه این‌گونه از این ملاک استفاده کرد که با توجه به ضرورت اخلاقی بودن روابط حقوقی و جلوگیری از بروز ظلم و ستم از یک سو و غیر اخلاقی و ظالمانه بودن شرط غیرمنصفانه از سوی دیگر، در غیر اخلاقی بودن و نامنصفانه بودن شرطی که یک طرف قرارداد با سوء استفاده از قدرت برتر خود در شرایط اضطراری بر طرف ضعیف تحمیل نموده است، تردیدی باقی نمی‌ماند (کاظم‌پور، ۱۳۹۲، صص ۲۱۰-۲۰۹).

## ۲-۲. محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی

کانت، حاکمیت اراده را یکی از نتایج حاکمیت عقل بر حقوق و اخلاق می‌داند و به همین اعتبار، تردید در نفوذ آن را روا نمی‌بیند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۷۹).

1. Principles of European Contract Law (PECL).

اما آیا مصلحت جامعه و عدالت اجتماعی نمی‌تواند توجیهی قوی برای محدود کردن این اصل اساسی باشد؟ نظریه‌های اجتماعی قرارداد، نوعی تئوری موجه جهت اداره قرارداد است (پیرعطایی، ۱۳۵۱، ص ۱۷).

در این که آیا شخص می‌تواند در راستای استفاده از حق آزادی قراردادی، خود را به بردگی دیگری درآورد، جان استوارت میل معتقد است که «چنین شخصی اصلی را که توجیه‌کننده حق آزادی وی تا آخرین لحظه آزادی‌اش بوده است، عملاً نقض کرده است» و اظهار می‌کند که «اصل آزادی نمی‌تواند بشر را به آن درجه آزاد بگذارد که از آزادی خود دست بردارد» (استوارت میل، ۱۳۴۰، صص ۲۵۹ و ۲۶۰).

در بیان رابطه اصل آزادی قراردادی و برقراری محدودیت‌های این اصل بیان شده است که اصل آزادی قراردادی به مثابه پاندولی است که هرچه به انتهای خود نزدیک می‌گردد به سمت محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی گرایش پیدا می‌کند تا آن که محدودیت‌ها به اوج خود می‌رسد و سپس مجدداً به سمت آزادی قراردادی متمایل می‌شود (Atiyah, 1976, p.37).

در این میان، توجه به عدالت چشمگیر است، به گونه‌ای که ویلی استاد فرانسوی، هدف قواعد حقوق را در سه امر خلاصه می‌نماید: (۱) امنیت حقوقی (۲) عدالت (۳) ترقی اجتماع و مدنیت (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۵۰۵).

با نفوذ واقع‌گرایی حقوقی، نظرها بدین سمت سوق داده می‌شود که از هرگونه دارا شدن غیرعادلانه‌ای باید جلوگیری کرد و در عین حال به خوبی می‌توان با پشتوانه‌هایی چون منع دارا شدن غیرعادلانه و نظریه اعتماد، مفاهیم قرارداد را با مسؤولیت مدنی در هم آمیخت و یک نظریه واحد تعهدات مدنی ایجاد نمود (Gilmor, 1974. p.90).

## ۲-۱-۲. مفهوم محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی

در تعریف محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی آمده است: «وجود منع یا مانع در انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد، نوع، محتوا، آثار و طرف یا طرفین قرارداد نسبت به هر یک از متعاقبین را که قانون برای نقض آن اثر حقوقی تعیین کرده باشد، محدودیت اصل آزادی قراردادی می‌نامند» (کابانی، ۱۳۹۱، ص ۵۴).

لازم به توضیح است که مقصود از تقسیم قوانین به «امری» و «تکمیلی» این نیست که اشخاص در اجرای قوانین دسته دوم آزادند. مبنای این تقسیم را می‌بایستی در درجه

اجبار ناشی از قانون جستجو کرد. به این ترتیب، تفاوت قوانین امری و قوانین تکمیلی در این است که قوانین دسته نخست به طور مطلق ایجاد الزام می‌کند ولی اجبار ناشی از دسته دوم مشروط بر این است که از پیش بر خلاف آن تراضی نشده است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، صص ۱۵۸ و ۱۵۹).

محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی در هنگام انعقاد عقد عبارتند از حدود و موانعی که برای آزادی اراده و انعقاد قرارداد معین شده است که گاه در «انعقاد قرارداد» و گاه در «خودداری از انعقاد قرارداد» جلوه‌گر می‌شوند و قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه از آنها حمایت به عمل می‌آورند و حتی قانون برای نقض آنها اثر حقوقی تعیین کرده است. از مثال‌های رایج محدودیت در انعقاد قرارداد می‌توان ممنوعیت فروش سلاح و مواد مخدر و ممنوعیت نکاح با اقارب را نام برد و از نمونه‌های محدودیت در خودداری از انعقاد عقد می‌توان به تکلیف موجر به انعقاد قرارداد با مستأجر پیشین و اجبار محکوم به عرضه و فروش کالای احتکار شده اشاره کرد.

## ۲-۲-۲. عوامل تحدید اصل آزادی قراردادی

امروزه دیگر آزادی قراردادی نامحدود نیست و اشخاص نمی‌توانند در پوشش قراردادهای تعهدات غیر قانونی یا غیر اخلاقی یا زیان‌بار به حال جامعه و دیگران منعقد نمایند. قانونگذار ایران نیز این محدودیت‌ها را در مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی پیش‌بینی کرده است.

فلاسفه سده هجدهم میلادی اراده را منشأ تمام حقوق می‌دانستند و برای اراده ارزش معنوی خاصی قائل بودند و اعتقاد داشتند که افراد انسانی مساوی و آزادند و قراردادهایی را که آزادانه مورد مذاکره قرار می‌دهند لزوماً منصفانه می‌باشد. امروزه نیز در قلمرو قراردادها و روابط ناشی از آنها اراده افراد جایگاه مهمی دارد و جمع بین مصالح فردی و اجتماعی ایجاب می‌کند که توافق اراده‌ها کماکان علت اصلی قرارداد تلقی شود و افراد در انعقاد قرارداد و تعیین آثار آن آزاد باشند. اصل آزادی قراردادهای جزء لاینفک هر نوع رژیم است که معتقد به مالکیت خصوصی و آزادی‌های اساسی و اقتصادی باشد. افکار افراطی و گاه سودجویانه، لطمه‌های شدید و غیر قابل جبرانی به آزادی طرفین در تشکیل عقد وارد می‌آورد. اصل آزادی قراردادهای که خود بر پایه ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی شکل گرفته بود، اکنون به ضرر همان اهداف اساسی عمل می‌کند و نقض غرضی را به وجود

آورده که نیازمند تعیین حدود گشته است. از آنجا که حکومت، به منظور رشد و بالندگی خود اجرای تعهد و تراضی را تضمین می‌کند و در این راستا اهداف و منافع جامعه را در نظر می‌گیرد، لذا زمانی که وسیله‌ای همچون آزادی قراردادی، هدف‌های عالی پیش‌گفته را به خطر بیندازد، خود نیز به طرق مختلف وظیفه و تکلیف تحدید آن وسیله را خواهد داشت. ماده المواد تراضی در حقوق معاملات که متضمن مساوات و معادله است، کم‌کم توازن خود را از دست داده و طرف برتر قرارداد، با تشبیت به حیل قانونی، کفه این موازنه را به سمت خویش سنگین نموده است؛ لذا عواملی می‌بایست تعادل و توازن قراردادی را در همه ابواب آن فراهم آورد که این عوامل عبارتند از قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه.

#### ۲-۲-۱. قانون

«قانون» قبول حاکمیت اراده جمعی نسبت به اراده فردی است که از گونه‌ای قرارداد اجتماعی ناشی می‌شود (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۵۸). همین اراده جمعی، تراضی اشخاص بر خلاف مقررات خود به دست قانونگذار را نپذیرفته و تحقق موجودی اعتباری به نام قرارداد را مشروط به عدم مخالفت صریح با قانون نموده است که این شرط یکی از «شرایط بیرونی» قرارداد است. اگرچه در تحقق موجود اعتباری، «شرایط درونی» (یعنی شرایط تکوین قرارداد مصرح در ماده ۱۹۰ قانون مدنی) و لزوم موافقت قرارداد با قانون در موضوع این شروط مؤثر است لکن شرط بیرونی قرارداد، طرفین را به رعایت موارد موردنظر مقنن ملزم می‌نماید.

قانونگذار ایرانی تاکنون اقدام به تصویب قانون جمعی در خصوص شرط غیرمنصفانه ننموده است. البته، در برخی قوانین اشاره گذرایی به آن شده است. برای مثال، ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ بیان می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». یا ماده ۴۵ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، اعمالی را که منجر به اخلال در رقابت می‌شود ممنوع اعلام نموده و موارد ممنوع را بیان کرده است. تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه به عنوان یکی از روش‌های سوء استفاده از وضعیت اقتصادی برتر مورد ممنوعیت مصرح در ماده مذکور قرار گرفته است. از قوانین پیش از انقلاب اسلامی نیز می‌توان به قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ اشاره

کرد که در ماده ۱۷۹ تصریح می‌نماید: «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل و یا تغییر داده شود. در کلیه موارد چنانچه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله یا خدعه یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد ذکر شده به نسبت خدمت انجام یافته فوق‌العاده زیاد و یا کم است دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین قرارداد را تغییر داده و یا بطلان آن را اعلام نماید».

البته، در ماده فوق‌الذکر ضابطه مشخصی ارائه نشده است که در چه مواردی دادرسی همه قرارداد را ابطال نموده و در چه مواردی در آن تغییراتی ایجاد می‌کند؛ اما می‌توان در این خصوص ملاک را به رابطه شرط و عقد و نقشی که شرط موصوف در کل قرارداد دارد بازگرداند و اختیار ابطال کل قرارداد را به موردی دانست که ابطال جزئی قرارداد، کل قرارداد را بی‌اثر می‌کند و گرنه ابطال کل قرارداد توجیهی ندارد.

#### ۲-۲-۲-۲. نظم عمومی

«نظم عمومی» با تعریف‌هایی که از آن ارائه گردیده است و اوصاف و قلمروی که دارد، زمانی می‌تواند به عنوان قاعده حقوقی منشأ اثر شود و تمام‌قد و با قدرت به عنوان عامل محدودیت، هم در زمان انعقاد عقد و هم در مفاد و آثار عقد تأثیرگذار باشد که اولاً، حاوی خطر واقعی و جدی باشد؛ چراکه هرگونه بر هم خوردن تعادل قراردادی، اقتصادی و اجتماعی را نمی‌توان ملاک قرار داد. ثانیاً، هدف قاعده نظم عمومی باید حمایت از منافع اساسی جامعه و حمایت از اساسی‌ترین ارزش‌هایی باشد که نقطه ثقل آن جامعه است.

به روشنی پیدا است که اعمال قدرت از سوی طرف قوی قرارداد، با نظم عمومی در تعارض می‌باشد؛ چراکه به لحاظ جمعیتی، غالب افراد جامعه را طبقه متوسط و پس از آن اقشار ضعیف تشکیل می‌دهند و چنانچه اقلیت متمکن و قدرتمند با اتکاء بر تفوق خود شروطی را بر اکثریت جامعه تحمیل نمایند، نابسامانی اجتماعی و اقتصادی به صورت فراگیر شیوع می‌یابد و در نتیجه، نظم عمومی بر هم می‌ریزد.

#### ۲-۲-۲-۳. اخلاق حسنه

یکی از عوامل تحدید اصل آزادی قراردادی در حقوق ایران «اخلاق حسنه» می‌باشد. از

لحن ماده ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ به خوبی آشکار است که رجوع به قواعد اخلاقی برای تکمیل امری است که با نظم عمومی ارتباط دارند. افزون بر آن، اگر پذیرفته شود که نظم عمومی می‌تواند خارج از قانون نیز مورد استناد قرار گیرد به طریق اولی، اخلاق حسنه را نیز نباید ناشی از قانون پنداشت. در نظام مبتنی بر عدالت، «قاضی» نگهبان اخلاق است و باید مانع از تجاوز مردم به این اصول مقدس شود، نه این که در تجاوز نیز پیرو آنان باشد. پس نباید نقش او را به کشف عقیده اکثر مردم محدود نمود.

بنابراین، اگرچه الزام اشخاص به عمل اخلاقی فاقد ارزش می‌باشد اما هدف از الزام در روابط قراردادی، ارزشی بودن عمل نیست بلکه نیل به عدالت قراردادی و برقراری نظم حقوقی است که در این راستا اخلاق حسنه نقشی اساسی دارد. در این فرض، اخلاق فردی ملاک نمی‌باشد بلکه آنچه اهمیت دارد اخلاق اجتماعی است.

همچنین، الزام ناشی از اخلاق حسنه همیشه برای حفظ منافع فرد نمی‌باشد، بلکه اصولاً این الزام به منظور حفظ منافع جامعه است و اصل چهلم قانون اساسی نیز با بیان این که «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد»، بر آن تأکید دارد. لذا ارزش‌ها و اخلاق‌های برتری وجود دارند که به جهت والا بودن آنها می‌بایست از طرف حاکمیت به معنای عام مورد حمایت قرار گیرند. با توجه به موارد ظهور اخلاق حسنه در قانون و استقلال عنوان آن در قوانین، به نظر می‌رسد که آنچه در نظر مقنن به عنوان اخلاق حسنه اهمیت داشته که صالح تحدید آزادی باشد اخلاق حسنه فردی نبوده است بلکه کارکرد اجتماعی اخلاق حسنه در نظر قانونگذار دارای اهمیت است. «هدف قانونگذار حفظ و تأمین منافع و مصالح اجتماعی و اجتناب از مضرات نقض قواعد اخلاقی اجتماع می‌باشد» (کاویانی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۹).

چنانچه مطالب فوق‌الاشعار را در کنار مباحث مطروحه در بخش آغازین (ذیل عنوان مبانی اخلاقی) قرار دهیم به این نتیجه خواهیم رسید که تحمیل هرگونه شرط بر خلاف انصاف و عدالت، به لحاظ اخلاقی مذموم است که این مذمت اخلاقی نیز ناظر بر اخلاق اجتماعی و در تعارض با اخلاق حسنه به مفهوم مطروح در ادبیات حقوقی می‌باشد. لذا اخلاق حسنه می‌تواند به عنوان یکی از مبانی جواز تحدید اصل آزادی قراردادی در تحمیل شرط غیرمنصفانه مورد استفاده قرار گیرد.

هرچند در رویه قضایی ایران در رابطه با موضوع پژوهش حاضر سابقه چندانی وجود ندارد لکن اخیراً تلاش‌هایی از سوی قضات محترم دادگاه‌ها برای التفات به این موضوع ملاحظه می‌شود. در یکی از آرای صادره از محاکم ایران که در بخشی از آن به اخلاق حسنه و نظم عمومی نیز استناد شده است، از پذیرش شرط التزامی که غیرمنصفانه تشخیص داده شده، خودداری گردیده است.

برای نمونه، شعبه هفدهم دادگاه عمومی حقوقی شیراز به موجب دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۰۷۰۲۹۰۰۹۷۵ حکم به محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ پانصد هزار ریال روزانه از تاریخ ۱۳۹۵/۵/۱ تا زمان اجرای حکم بابت خسارت وجه التزام در انتقال سند به علاوه سایر خسارات قانونی در حق خواهان صادر و اعلام نموده بود اما پس از تجدیدنظرخواهی، شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان فارس به تصدی آقایان عباس زمانی (رئیس شعبه) و اسدالله کشاورز (مستشار شعبه) طی دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۷۱۲۲۴۰۱۴۵۱ مورخ ۹۶/۱۱/۵ با تأکید بر این که نیروی الزام‌آور عقد، مقید به مرزهای اخلاق حسنه و نظم عمومی و اعتبار شرعی است و با اشاره به این که رعایت عدالت معاوضی در قرارداد، امری است که با توافق هم قابل حذف نیست، ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته، قرار عدم استماع دعوی خواهان نخستین را صادر و اعلام نموده‌اند. به موجب این دادنامه آمده است: «در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای ع، نسبت به دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۰۷۰۲۹۰۰۹۷۵ صادره از شعبه هفدهم دادگاه عمومی حقوقی شیراز که به موجب آن حکم به محکومیت نامبرده به پرداخت مبلغ پانصد هزار ریال روزانه از تاریخ ۱۳۹۵/۵/۱ تا زمان اجرای حکم بابت خسارت وجه التزام در انتقال سند به علاوه سایر خسارات قانونی در حق تجدیدنظرخوانده خانم ز، صادر و اعلام گردیده است با بررسی اوراق پرونده، هرچند که تجدیدنظرخواه مطابق بند ۱-۴ قرارداد، متعهد شده که جهت انتقال سند رسمی ملک مورد معامله در تاریخ ۹۵/۵/۱ در دفترخانه شماره ۲۲۵ شیراز حضور یابد و وجه التزام قراردادی مطابق بند ۷-۶ قرارداد، از قرار روزی پانصد هزار ریال تعیین شده است و اگرچه برابر ماده ۲۳۰ قانون مدنی، طرفین می‌توانند مبلغی را به عنوان مقطوع برای خسارت ناشی از نقض قرارداد، قید نمایند و متعهد و ملتزم به آن هستند، اما این توافق بدون رعایت دیگر قواعد امری و قواعدی که حاکم به ماهیت قرارداد است و بدون تحلیل‌های منصفانه و عادلانه قضایی، اعمال نمی‌شود و نظر به

اینکه توافقاتی مانند این، در قالب شرط جزایی در نظام‌های مختلف و نیز روایات و نظرات فقهی منعکس شده و نظام‌های معاصر حقوقی به دادگاه اجازه تعدیل می‌دهند تا رقم به صورت سنگین و نامتعارف باقی نماند و برخی نظام‌های حقوقی نیز آن را اساساً بی‌اعتبار می‌دانند و با توجه به اینکه ماده ۲۳۰ از قانون مدنی فرانسه (در عین پابندی به فقه اسلامی و روایات معتبر به عنوان جوهره نظام حقوقی ایران) اقتباس شده و در ادامه تحولات حقوقی در این کشور نیز وجه التزام قابل تعدیل شناخته شده و رویه قضایی، ارقام سنگین یا ارقامی که هیچ فرجام معینی ندارند را اجازه نمی‌دهد، زیرا وقتی اجرای تعهدی عرفاً یا عقلاً منتفی گردد، اعمال وجه التزام تا آینده‌ای نامعلوم، بر خلاف اصول حقوقی است و نظر به اینکه اعمال وجه التزام، با وصف مذکور نمی‌تواند در حقوق ایران نیز به صورت مطلق باشد و مقید به مرزهایی است و این پرسش اساسی مطرح می‌شود که اعتبار حقوقی چنین شروطی چگونه است؟ و بایسته است گفته شود که هر چند اصل حاکمیت اراده به عنوان یکی از مبانی ماده ۲۳۰ محسوب می‌شود و توافقاتها، اصولاً معتبر هستند ولی اولاً نیروی الزام‌آور عقد، مقید به مرزهای اخلاق حسنه و نظم عمومی و اعتبار شرعی است (ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ۹۷۵ قانون مدنی) و در مورد وجه التزام نیز این محدودیت‌ها وجود دارد؛ ثانیاً توافقی که معلوم نیست تا چه زمان باید اجرا شود و به ازای هر لحظه زمان (روز یا ماه)، سبب تحمیل مبلغی بر متعهد می‌شود که اجرای اصل تعهد آن، نامعلوم است، هم‌گرری و هم‌مجهول است و حتی اگر گفته نشود که جهل آن به عوضین سرایت می‌کند (زیرا معلوم نیست چه رقمی را باید تحمیل کرد و چه بخشی از ثمن یا عوض دیگر است و به‌طور کلی معلوم نیست متعهد در ازای ایفای تعهد، چه به دست می‌آورد؟!؛ باز هم به‌طور مطلق قابل اجرا نیست و باید با دیگر قواعد حقوقی نیز تحلیل و تفسیر شود که قدر متیقن، اعمال فی‌الجمله شرایط عمومی قراردادها، با توجه به ذات شرط که نوعی الزام و التزام است (از جمله منتفی شدن جهل)، از آن موارد است و ثالثاً ماده ۲۳۰ نمی‌تواند بر خلاف اصل معاوضی بودن عقود، سبب از بین رفتن یکی از تعهدات متقابل شود و دکترین حقوقی و نیز روایات صحیح و موثق (کافی، جلد ۵، ص ۲۹۰؛ من لایحضره الفقیه، جلد ۳، ص ۳۵)، این نتیجه را منع می‌کند و نشان می‌دهد رعایت عدالت معاوضی در قرارداد، امری است که با توافق هم قابل حذف نیست، زیرا در روایات مذکور آمده است که وجه التزام نباید

محیط بر یکی از عوض قراردادی شود (ما لم یحط)؛ رابعاً ماده ۲۳۰ بر وجه التزامی که برای «خسارت» پیش‌بینی شده است، دلالت دارد، زیرا عبارت «به عنوان خسارت» و نیز عنوان قانون مدنی که این ماده ذیل آن ذکر شده، نشان می‌دهد نباید وجه التزامی را که هیچ ارتباطی با خسارت ندارد، مورد حکم قرار داد و در واقع، باید اثبات شود که خسارت وارد آمده و وجه التزام مذکور به منظور جبران آن است و اگر محرز شود که اساساً خسارتی وارد نشده یا نمی‌توانسته معادل آن رقم، وارد شود، توجیهی برای اعمال ماده ۲۳۰ نیست؛ خامساً ماده ۲۳۰ مانع از اثبات خلاف وقوع خسارت نمی‌شود، زیرا در مقام وضع قاعده ثبوتی است نه اثباتی و هرچند حکمت آن، معاف شدن متعهد له از اثبات خسارت می‌باشد اما این وضعیت در جایی است که نوعاً خلاف آن با توجه به رقم و زمان نامعلوم وجه التزام، محرز نباشد که در این صورت، متعهد له باید نشان دهد این خسارات، به واقع وارد شده است تا استحقاق دریافت داشته باشد و لذا با عنایت به مقدمات مذکور، صرف نظر از اینکه صحت شرط و استناد مطلق به رقم تعیین شده، خالی از تردید نیست و مشروط له نیز عوض قراردادی (مبیع) را دریافت کرده، اساساً به این جهت که به منظور ارزیابی خسارت وارد شده، متعهد له باید در مقام اثبات خسارت برآید و در طول رسیدگی نخستین و این مرحله، در این مقام نبوده بلکه صرفاً و صرف نظر از جنبه اثباتی، تنها به ماده ۲۳۰ و اصل رقم تعیین شده اکتفا و استناد کرده است و اقتضای عدالت این است که دادگاه فرصت اثبات خسارت را به او بدهد تا در صورت داشتن حق بر جبران خسارت، با شرایط مذکور، حقوق ایشان نیز در معرض خطر قرار نگیرد، بنابراین دادگاه در موقعیت فعلی دعوا را قبال استماع نمی‌داند و مستنداً به مواد ۲ و ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی، ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته، قرار عدم استماع خواهان نخستین را صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره قطعی است».

### ۳. مبانی فقهی شرط غیرمنصفانه

علی‌رغم مستحدثه بودن مبارزه با اعمال شروط غیرمنصفانه و عدم توجه فقیهان متقدم به این عنوان، می‌توان مبانی آن را در فقه نیز مورد کنکاش قرار داد و در خلال مباحث فقهی از جمله قاعده لاضرر، معامله در حالت اضطرار، حیل ربا، رضای معاملی، معاملات سفهی، مبانی عسر و حرج و همچنین آنچه برخی فقها تحت عنوان قسط معاملی از آن تعبیر نموده‌اند، مبانی فقهی شرط غیرمنصفانه را اصطیاد کرد که در ادامه به جهت رعایت

اختصار، دو مبنای مهم را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

### ۳-۱. قاعده لاضرر

این قاعده از مهم‌ترین و شایع‌ترین قواعد فقهی است که کلیات آن مورد قبول تمامی فقهای امامیه و عامه است و مستند مسائل گوناگون در ابواب مختلف فقهی واقع شده است و فقیهان علاوه بر بحث ضمان، از این قاعده در زمینه‌های دیگری از جمله عبادات نیز بهره گرفته‌اند و مبنای بسیاری از خيارات نظیر خيار غبن و عیب و همچنین برخی حقوق مانند حق شفعه را قاعده لاضرر دانسته‌اند.

این قاعده جزء مستقلات عقلیه است و مهم‌ترین منبع و دلیل بر حجیت آن، عقل است (محقق داماد، ۱۳۷۳، ص ۱۳۴).

البته، آیاتی از قرآن کریم و روایاتی از ائمه معصومین (ع) در تأیید این قاعده موجود است و معروف‌ترین حدیث در اثبات قاعده لاضرر مربوط به داستان سمره بن جندب می‌باشد. اهمیت این قاعده به حدی است که حتی از کلام برخی فقها همچون شیخ طوسی و علامه حلی بر می‌آید که قائل به اجماع در مورد حجیت قاعده لاضرر بوده‌اند. البته، ادعای تواتر معنوی در خصوص آن نیز ادعای بعیدی نیست (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴ق، ص ۷۴).

قدر متیقن قاعده لاضرر آن است که شارع از ارتکاب فعل ضرری نهی کرده است. قاعده لاضرر، با شروط غیرمنصفانه از آن جهت قابل بررسی است که طرف ضعیف قرارداد هنگام پذیرش قرارداد در یکی از حالات علم یا جهل نسبت شرط غیرمنصفانه قرار داشته است. در فرض جهل، مسئله به خيار غبن بر می‌گردد که مشهور فقهای امامیه آن را یکی از مستندات قاعده لاضرر می‌دانند؛ اما در فرض عالم بودن طرف ضعیف، بحث تعارض «قاعده لاضرر» و «قاعده اقدام» پیش می‌آید که با وجود اقدام بر ضرر، جای تمسک به قاعده لاضرر نیست (یزدی طباطبایی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۷۶۴).

البته، ممکن است همان‌گونه که برخی فقها در مورد جهل نسبت به مقدار و مدت ضمان مطرح نموده‌اند (ر.ک: موسوی الخوئی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۲۵)، در جواب آن گفته شود که مفاد حدیث، امتنانی است و شامل جایی نمی‌شود که بر ضرر اقدام شده باشد و بنابراین، فرقی بین علم و جهل طرف ضعیف نیست.

## ۳-۲. قاعده اضطرار

گاهی شخصی به دلیل شدت تشنگی و گرسنگی و بیماری و ... مجبور به تصرف در مال غیر می‌شود. جایگاه اصلی بحث «اضطرار» در مکتوبات فقهی، باب اطعمه و اشربه است، هرچند به مناسبت در دیگر ابواب مانند جهاد، تجارت، اجاره و حدود نیز مورد توجه قرار گرفته است. اضطرار، از عناوین ثانوی است که با پیدایش آن، تکلیف مربوط از عهده مکلف برداشته می‌شود، بدین معنا که مکلف را از موضوع حکم شرعی خارج می‌کند که نتیجه آن، جواز ارتکاب حرام یا ترک واجب در حال اضطرار است، مانند خوردن مردار یا ترک نماز که در شرایط عادی، حرام و در حال اضطرار، حلال است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۵۴۴). همچنین، فقهای امامیه، اضطرار را مانع مسؤولیت مدنی نمی‌دانند (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۴۳، صص ۱۵۱-۱۵۰).

به استناد حدیث رفع، احکام تکلیفی و وضعی مرتفع می‌شود اما در هر مورد که رفع حکم موجب تضییق و مشقت مسلمانان شود، به واسطه امتنانی بودن حدیث رفع، آن حکم مرتفع نخواهد شد؛ از جمله در اضطرار، چون رفع حکم وضعی موجب مشقت و سختی بر امت می‌شود، حکم مرتفع نمی‌شود (محقق داماد، ۱۳۶۵، ج ۴، ص ۱۳۹).

حرمت تکلیفی و وضعی ربا روشن است، اما پرسشی که وجود دارد این است که حکم معامله ربوی در صورت اضطرار چیست؟ صاحب جواهر، از دروس شهید اول نقل کرده است که، «اگر پرداخت کننده ربا مضطر باشد و چاره‌ای هم نداشته باشد، اقرب این است که حکم تحریم در حق او برداشته می‌شود». وی پس از نقل سخن شهید اول گفته است: «این سخن درباره برخی مصادیق اضطرار سخن خوبی است» (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۳، ص ۳۳۳).

اگرچه سخن فوق ناظر به رفع حکم تکلیفی حرمت ربا می‌باشد اما با امعان نظر به ارتباط پیچیده احکام وضعی و تکلیفی، می‌توان نتیجه گرفت که با جعل حکم تکلیفی حرمت برای معامله متضمن شرط غیرمنصفانه، حکم وضعی صحت آن را هم می‌توان نفی نمود. البته، باید توجه داشت که با توجه به بحث اصولی نهی از معاملات، بایستی لسان نهی از معامله غیرمنصفانه، نهی از نتیجه، اثر و یا موانع صحت معامله باشد نه خود معامله، تا نهی از معامله موجب بطلان آن نیز باشد.

برخی از اندیشمندان معاصر، در رابطه مسئله اضطرار و ضرورت جلوگیری از سوء استفاده از آن بیان داشته‌اند: «راجع به اضطرار، فقها می‌گویند اگر کسی مضطر شد خانه

خود را بفروشد برای مصرفی که برایش پیش آمده است، هرچند باطناً و قلباً مایل نیست که از آن خانه منتقل شود، معامله صحیح است و البته تا این اندازه مطلب درست است. راه چاره منحصر است. در اینجا جامعه مجبور نیست که میل قلبی او را از این جهت تأمین کند. این گونه امور را اسلام با احسان و عواطف، بهتر ترمیم کرده است و به نظر می‌رسد جای اجحاف و اعمال زور نیست. ولی یک وقت هست که اضطراراً به قیمت نازل‌تر می‌فروشد، یعنی دیگری از اضطرار او سوء استفاده می‌کند. اینجا است که باید گفت دیگری حق ندارد سوء استفاده کند، یعنی هرچند از نظر فروشنده عمل جایزی صورت گرفته است اما از نظر خریدار عمل نامشروع و حرامی صورت گرفته است. چاره اجتماعی آن این نیست که عمل رأساً حرام باشد حتی برای فروشنده، بلکه یا باید گفت اجتماع مکلف است که در این گونه موارد خانه او را به قیمت عادلانه بخرد و یا باید گفت معامله دارای دو جنبه است: از یک جنبه صحیح و مشروع است و از جنبه دیگر باطل و حرام و نامشروع. (ممکن است گفته شود اگر از این نظر جلوی خریدار گرفته شود راه زندگی فروشنده به کلی مسدود می‌شود پس منفعت فروشنده ایجاب می‌کند که اباحه اقتضائی نسبت به خریدار هم باشد.) ولی در فقه ما این مطلب به این صورت عنوان نشده است» (مطهری، بی تا، ج ۲۰، صص ۵۶۰-۵۵۹).

برخی فقها علی‌رغم قائل بودن به صحّت معامله مضطر و این که اضطرار از نظر فقهی ضروری به صحت و نفوذ معامله اعم از خرید و فروش و غیر آنها که همراه با رضایت و طیب خاطر باشد، نمی‌زند، به جهت اخلاقی و انسانی، بر طرف قوی قرارداد واجب دانسته‌اند که از شرایط به وجود آمده برای شخص مضطر سوء استفاده نکند (موسوی الخمینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۲۵۱) و اگر زمینه قرارداد به گونه‌ای باشد که یک طرف قرارداد، از روی اضطرار (هرچند بدون اکراه) به آن تن دهد، آن قرارداد منصفانه نیست (منتظری نجف‌آبادی، بی تا، ج ۳، ص ۴۰۸).

بنابراین، رعایت انصاف و عدالت در معامله مضطر ضروری است و حتی می‌توان قائل به حرمت سوء استفاده شدید از حالت اضطرار گردید و این حکم تکلیفی را نسبت به حکم وضعی معامله نیز تسری داد و معامله طرف ضعیف قرارداد را در فرضی که حالت اضطرار وی از سوی طرف قوی مورد سوء استفاده قرار گرفته است، صحیح ندانست.

## نتیجه

آنچه که از مباحث مطروحه در این پژوهش به دست می‌آید آن است که اولاً، مبانی اخلاقی مورد پذیرش جامعه ایرانی و امت اسلامی برای پذیرش بی‌اعتباری شروط غیرمنصفانه، از زمینه و پیشینه مناسبی برخوردار است؛ چراکه با توجه به اهمیت عدالت و انصاف و تأکیدات پیشوایان دینی، اندیشمندان، حکیمان و حتی شاعران بر این مقوله، نشان‌دهنده پشتوانه اخلاقی حمایت از طرف ضعیف قرارداد در جامعه ما است.

همچنین، از مبانی حقوقی مبارزه با شروط غیرمنصفانه سنتی به دو اصل «لزوم رعایت حسن نیت» و «محدودیت‌های آزادی قراردادی» اشاره گردید. در واقع، مهم‌ترین چالش بی‌اعتباری این شروط غیرمنصفانه، اصل آزادی قراردادی به عنوان یکی از ثمرات اصل حاکمیت اراده است که همان‌گونه که ملاحظه گردید دیدگاه‌های افراطی نسبت به حاکمیت مطلق العنان اراده تعدیل یافته و به تدریج محدودیت‌هایی برای آن لحاظ شده است که التفات به آنها منغذی برای تشکیل مبانی حقوقی حمایت از طرف ضعیف قراردادی در خصوص شروط غیرمنصفانه خواهد بود.

عوامل تحدید آزادی قراردادی عبارتند از «قانون»، «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه». از آنجایی که در وضعیت کنونی عامل «قانون» در کشور ما به علت ضعف در تقنین قابل استفاده نیست و فارغ از این که صرفاً چند ماده و مواد دیگری که در قوانین خاص و به‌طور گذرا شرط غیرمنصفانه را مورد اشاره قرار داده‌اند و ملاک و معیاری برای تشخیص آن به دست نمی‌دهند، هیچ قانون جامعی در این خصوص موجود نیست؛ لذا ضرورت تقنین در این خصوص کاملاً مشهود است. البته رویه قضایی می‌تواند با تکیه بر دو عامل دیگر، زمینه مناسبی برای وضع قانون جامع و کامل ایجاد نماید که در سال‌های گذشته تلاش‌هایی از سوی قضات دادگاه‌ها صورت گرفته است.

این مسئله از آن جهت اهمیت دارد که در انگلستان نیز ابتدا قضات دادگاه‌ها به تعدیل و ابطال شرایط و شروط خلاف انصاف پرداختند که منجر به تصویب قوانین خاص از جمله «قانون شروط غیرمنصفانه قراردادی» مصوب ۱۹۷۷ گردید.

فقه امامیه نیز به عنوان یک نظام حقوقی اخلاق محور، از چنین شروطی حمایت می‌نماید که می‌توان با تمسک به قواعد فقهی، به قاعده‌ای اصطیادی در خصوص بی‌اعتباری شروط غیرمنصفانه دست یافت. البته در مسیر استنباط فقهی می‌بایست در عین

تکیه بر اصول و قواعد مسلم، از دگماتیسم فقهی و تمسک غیرمنعطف به قواعد سنتی پرهیز نمود تا با درک مقتضیات زمان نتیجه مطلوب حاصل شود. لذا از آنجایی که مبانی اخلاقی، فقهی و حقوقی ما اقتضای مبارزه با قراردادهای متضمن شروط غیرمنصفانه را دارد، پیشنهاد می‌گردد که قانون جامعی در راستای حمایت از طرف ضعیف قرارداد و مبارزه با «شرط غیرمنصفانه» تدوین و تصویب گردد. البته راهکار مناسب و شیوه ابطال، تعدیل و یا تنفیذ شرط غیرمنصفانه خود موضوع مستقلاً می‌باشد که مستلزم پژوهشی مجزا است.

## فهرست منابع

## الف. منابع فارسی

۱. ارسطو(ارسطاطالیس)؛/اخلاق نیکوماخوس، ترجمه محمدحسن لطفی، انتشارات طرح نو، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۸.
۲. استوارت میل، جان؛ دربارہ آزادی، ترجمه محمود صناعی، کتاب‌های جیبی، تهران، ۱۳۴۰.
۳. پژوهشکده حوزه و دانشگاه؛ درآمدی بر حقوق اسلامی، سمت، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۱.
۴. پور مولا، محمدهاشم؛ جایگاه عدالت در استنباط احکام معاملات، رساله دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، با راهنمایی آیت‌الله سیدحسین مصطفوی، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ۱۳۸۸.
۵. پیرعطایی، علی؛ بررسی تحلیلی نظریه اداره قرارداد در تئوری حقوق قراردادهای؛ طرح یک تئوری استدلال در حقوق قراردادهای ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، با راهنمایی دکتر میرحسین عابدیان، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۵۱.
۶. جعفرزاده، میرقاسم و سیمایی صراف، حسین؛ حسن نیت در قراردادهای بین‌المللی: قاعده‌ای فراگیر یا حکمی استثنایی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۱، بهار ۱۳۸۴، صص ۲۳۸-۱۲۵.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۸.
۸. جمعی از پژوهشگران؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، زیر نظر آیت‌الله سیدمحمود هاشمی شاهرودی، جلد اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول، قم، ۱۴۲۶ق.
۹. حاجی‌پور، مرتضی؛ نقش حسن نیت در قرارداد، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، شماره ۴، ۱۳۹۰.
۱۰. خندانی، سید پدram و خاکباز، محمد؛ تفسیر نظریه عدالت معاوضی در قلمرو قراردادهای، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۹۲، صص ۸۴-۶۹.

۱۱. خندانی، سید پدram و خاکباز، محمد؛ تفسیر نظریه عدالت معاوضی در قلمرو قراردادهای، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۹۲، صص ۸۴-۹.
۱۲. دل و کیو، ژرژ؛ فلسفه حقوق، ترجمه جواد واحدی، نشر میزان، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۶.
۱۳. سروش، عبدالکریم؛ روشنفکری و دینداری، نشر پویه، چاپ اول، تهران، ۱۳۶۷.
۱۴. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی: آثار قراردادهای و تعهدات، جلد سوم، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۸۹.
۱۵. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی: تشکیل قراردادهای و تعهدات، جلد اول، نشر حقوقدان، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷.
۱۶. عادل، مرتضی؛ قواعد انصاف در نظام کامن لا، فصلنامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره ۴۰، شماره ۱، ۱۳۸۹، صص ۱۹۲-۱۷۹.
۱۷. عالی پناه، علیرضا؛ تبارشناسی عدالت حقوقی، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۶، صص ۴۴-۵.
۱۸. علیزاده، مهدی؛ مبانی اصل حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادهای، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۱۵ و ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۸۴، صص ۱۲۶-۹۵.
۱۹. قنوتی، جلیل؛ اصل آزادی قراردادی، قراردادهای و شروط غیرعادلانه، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، شماره ۸۵/۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، صص ۱۵۷-۱۳۵.
۲۰. کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق، جلد اول و دوم، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷.
۲۱. کاتوزیان، ناصر؛ مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سی و هشتم، تهران، ۱۳۸۳.
۲۲. کاظم پور، سیدجعفر؛ راهکارهای حمایت از طرف ضعیف قرارداد، انتشارات فکرسازان، تهران، ۱۳۹۲.
۲۳. کاویانی، امیر؛ محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی در حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، با راهنمایی دکتر میرحسین عابدیان، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۹۱.

۲۴. محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه: بخش مدنی (۱)، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۷۳.
۲۵. محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه، جلد چهارم، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، تهران، ۱۳۶۵.
۲۶. مطهری، مرتضی؛ مجموعه آثار (فقه و حقوق)، جلد بیستم و بیست و یکم، بی‌نا، چاپ اول، قم، بی‌تا.
۲۷. مطهری، مرتضی؛ مبانی اقتصاد اسلامی، انتشارات حکمت، چاپ اول، تهران، ۱۴۰۹ق.
۲۸. منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی؛ رساله استفتائات، جلد سوم، بی‌نا، چاپ اول، قم، بی‌تا.
۲۹. موسوی بجنوردی، سیدمحمد؛ الإنصاف، پژوهشنامه متین، شماره ۱۵ و ۱۶، تابستان و پاییز ۱۳۸۱، صص ۲۲۸-۲۲۳.
۳۰. موسوی الخمینی، سیدروح‌الله؛ ولایت فقیه، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ دوازدهم، تهران، ۱۴۲۳ق.
۳۱. موسوی الخمینی، سیدروح‌الله؛ توضیح المسائل (محشی)، جلد دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ هشتم، قم، ۱۴۲۴ق.

#### ب. منابع عربی

۳۲. آملی، میرزا محمدتقی؛ المكاسب و البیع: تقریرات درس میرزا محمدحسین نائینی، المجلد الثانی، مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين، الطبعة الأولى، قم، ۱۴۱۳ق.
۳۳. اردبیلی (محقق)، احمد بن محمد؛ زبدة البیان فی احکام القرآن، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية، تهران، بی‌تا.
۳۴. انصاری، شیخ مرتضی؛ کتاب المكاسب، المجلدات الأولى و الثانی و الثالث، منشورات دار الذخائر، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۱۱ق.
۳۵. توحیدی تبریزی، میرزا محمدعلی؛ مصباح الفقاهة، تقریرات درس آیت‌الله سید ابوالقاسم خوئی، المجلد الاولی، مؤسسه انصاریان، قم، بی‌تا.

۳۶. حسینی سیستانی، سیدعلی؛ *قاعدة لاضرر و لاضرار*، مكتبة آيت الله العظمي السيد سيستاني، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۱۴ق.
۳۷. حلی، ابن إدريس؛ *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى*، المجلد الثاني، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، الطبعة الثانية، قم، ۱۴۱۰ق.
۳۸. مصطفوی، سيدمحمد كاظم؛ *القواعد: مائة قاعدة فقهية*، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، الطبعة الرابعة، قم، ۱۴۲۱ق.
۳۹. موسوی الخمينی، سيدروح الله؛ *كتاب البيع*، المجلد الخامس، مؤسسة تنظيم و نشر تراث الإمام الخمينی(ره)، الطبعة الأولى، تهران، ۱۴۲۱ق.
۴۰. موسوی الخوئی، سيد ابوالقاسم؛ *مبانی العروة الوثقى*، المجلد الثاني، منشورات مدرسة دار العلم و لطفی، الطبعة الأولى، قم، ۱۴۰۹ق.
۴۱. نجفی خوانساری، شيخ موسى؛ *منية الطالب في حاشية المكاسب (تقريرات درس ميرزا محمد حسين نائینی)*، المجلد الثاني، المكتبة المحمدية، الطبعة الأولى، تهران، ۱۳۷۳ق.
۴۲. نجفی، شيخ محمدحسن؛ *جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام*، المجلدات الثالث و العشرون و الثلاثة و الأربعون، دارالكتب الاسلامية، الطبعة الثالثة، تهران، ۱۳۶۷.
۴۳. يزدي طباطبائي، سيدمحمد كاظم؛ *العروة الوثقى*، المجلد الثاني، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، الطبعة الثانية، بيروت، ۱۴۰۹ق.

### ج. منابع انگلیسی

44. Atiyah, P.S.; *The Rise and Fall of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1976.
45. Gilmor, Grant; *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Columbus, 1974.
46. Martin, Jill E. & Maudsley, Ronald Harling; *Hanbury and Maudsley: Modern Equity*, 14th Edition, Sweet & Maxwell, London, 1993.
47. McGhee, John; *Snell's Equity*, Sweet & Maxwell, London, 2005.

## Unfair Term in Morality, Law and Islamic Jurisprudence

Masoud Amani \*

Mohammad Mahdi Hassani.\*\*

Received: 16/09/2017

Accepted: 09/12/2017

### **Abstract:**

*Any condition being forced by stronger party of a contract to weak one which inevitably accepted relying on the authority of such stronger party, may be called an "Unfair Term". Although, typically, parties conclude a contract based on "the principle of autonomy of volition (will authority)" but absolute acceptance of such principle is not compatible with some objectivities nowadays. Thus, as a way of supporting vulnerable sectors of society, legal systems prevent abuse of great economy powers, and establish justice in society by intercepting such kind of conditions. Despite the necessity and importance of legislation, in Iran legal system, a general principle for treating unfair terms has not been formed yet but encountering of Iranian legislator with such terms in miscellaneous rules is worthy to be analysed and evaluated. Like, perhaps, any other civil law system, under Iran legal system, the bases for attacking unfair terms may be found within the context of limitation or exclusion of liability clauses and also general principles of contracts under the subjects of "consent" as well as the "purpose of transactions". Furthermore, judicial precedent may be able to support weak parties of contracts by generalization of what have been regulated for specific subjects regarding unfair terms to contracts in general. Despite all new conceptualization of this term, some clues of acceptance of it may be found in writings of Islamic Jurisprudents. Topics like "urgency to deal, forgiveness of lucre, satisfaction of transitions, counterparty deals, hardship in contracts" and what is known by jurisprudents as "equality in contract" may be helpful to achieve the jurisprudential basis for unfair term..*

**Key words:** *Unfair Term, Will Authority Principle, Freedom of Contracts Principle, Fairness, Form of Justice, Righteous Justice, Islamic Jurisprudence.*

---

\*Ph.D in Private Law of Imam Sadiq University.

amani.masoud@gmail.com

\*\*Ph.D Student of Private Law at Shahid Beheshti University.

M\_Hassani@sbu.ac.ir