

ارزیابی شروط ناعادلانه در حقوق داخلی بر اساس تحلیل اجتماعی و اقتصادی قراردادها

مهراب داراب پور^۱

قاسم نبی زاده کبریا^۲

درج شده در مجله کانون وکلا- تابستان ۱۳۹۴

چکیده

در اوایل سده ی حاضر در ایران و نیز بعد از انقلاب صنعتی در کشورهای پیشرفته ی صنعتی، تحولات عمده ای در موقعیت اجتماعی و قدرت اقتصادی طرفین قراردادهای مصرف به وجود آمد. تنوع قراردادهای پیچیدگی بازارها، تخصصی شدن دانش تولید، عرضه و استفاده از کالاها در ظاهر دلالت بر نبود اطلاعات کامل و انتخاب معقول از طرف ضعیف قراردادهای (عموماً مصرف کننده)، دارد. در این صورت، طرف های ضعیف معاملات تحت حاکمیت حقوق سنتی قراردادهای، قادر به تامین متعادل منافع و تعهدات خود در قرارداد و تخصیص کارآمد منابع نبوده اند. در واقع در چارچوب حقوق سنتی معاملات و بر مبنای اصل آزادی قراردادهای، غالب معاملات و یا شروط قراردادی به طور نظام مندی باعث ورود ضرر به طرف ضعیف شده و به تخصیص ناکارآمد منابع می انجامید. این کاستی ها در سطح جهان و در موارد محدودی در ایران، دولت ها را بر آن داشت تا در قالب شناسایی شروط ناعادلانه با وضع مقررات جدید، در قراردادهای مزبور مداخله نموده و از این راه در صدد رفع آن کاستی ها بر آیند. کاستی های مزبور، در واقع همان ناتوانی نظام سنتی حقوق قراردادهای در نیل به اهداف نظام های سیاسی و حقوقی است که ریشه در ارزش های بنیادین و سنت های فکری حاکم بر جوامع مربوطه دارند. با توجه به تعدد کاستی ها، دخالت دولت در قراردادهای حاوی شروط ناعادلانه بر مبنای متعددی مبتنی است که از آن جمله می توان به نیازهای اجتماعی و کارایی اقتصادی اشاره داشت. از این رو در این نوشتار با توجه به ضرورت های اجتماعی و کارآمدی اقتصادی قراردادهای، علل شناسایی دسته ای از تعهدات به عنوان «شروط ناعادلانه»، در قراردادهای مصرف و انکار و عدم شناسایی آن ها در سایر قراردادهای مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

واژگان کلیدی: شروط ناعادلانه، کارایی اقتصادی، رفاه اجتماعی، آرامش جامعه، حقوق مصرف کننده.

۱. استاد حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

۲. دکترای حقوق خصوصی و استادیار حقوق.

مقدمه

برای آرامش در جامعه و رفاه اجتماعی و جلوگیری از آسیب رسانی به مصرف کنندگان حتی در بازار رقابتی (قاسمی حامد، ۱۳۹۱، شماره ۵۷، ص ۹۷) ضرورت دارد که در قراردادهای مصرف، ممنوعیت شروط ناعادلانه اعمال شود و برای کارآمدی اقتصادی، آزادی قراردادی، با توجه به قدرت معاملاتی متعاقدین، ملحوظ نظر قرار گیرد. در این رابطه ذکر نکاتی چند ضروری است.

الف- با توجه به تخصصی شدن امور و تقسیم کار صورت گرفته در یک جامعه، افراد در رفع نیازهای خود ناگزیر به برقراری ارتباط با یکدیگر می باشند. با عنایت به این تغییرات اجتماعی گسترده و اجتناب ناپذیر، اصل آزادی قراردادی که مبتنی بر فروزی چون استقلال افراد در رابطه‌ی با یکدیگر و برابری ایشان در قراردادهای بوده، در قراردادهای مصرف با چالش‌های جدی مواجه شده است. تکلیف دولت‌ها در اجرای اصل مزبور آن بوده که ضمن اعمال مداخله‌ی حداقلی، زمینه را برای شکوفایی هرچه بیشتر خلاقیت و استعداد افراد فراهم سازند، تا از این راه ارتقاء رفاه اشخاص و به تبع آن جامعه، حاصل آید. امروزه در قراردادهای مصرف مشخص شده است که فرض برابری و استقلال اشخاص در مراجعه به یکدیگر و انعقاد قرارداد، بیشتر به توهم نزدیک است تا به واقعیت (Aghion, ۱۹۹۰, PP.۳۸۱-۳۸۵ & Kauffman and Macdonald, ۲۰۰۴, P.۴). این تغییرات موجب شده تا در حقوق امروز، اصل آزادی قراردادی در حقوق مصرف اعتبار و قداست سابق خود را از دست داده و با تخصیص‌ها و تحدیدهای جدی مواجه شود. هدف اصلی از وضع این محدودیت‌ها نیز بازگرداندن تعادل به روابط قراردادی و ایجاد نظم عادلانه اجتماعی است. (قاسمی حامد، ۱۳۸۸، ص ۱۸۷).

ب- از مصادیق محدودیت‌های مزبور، تاسیس «شروط ناعادلانه» است. در این تاسیس، چنان چه تعهدی مطابق با ضوابط قانونی اعلام شده، ناعادلانه انگاشته شود اثر تحمیلی آن بر طرف مقابل (عموماً ضعیف‌تر) قرارداد مرتفع خواهد شد. در واقع، گرچه بنابر اصل آزادی قراردادی متعهد چنین قراردادی ملتزم به آن می باشد، ولی در اجرا و بنا به حکم قانون‌گذار الزام ناشی از «شروط ناعادلانه» از مشروطاً علیه آن برداشته خواهد شد.

پ- مداخله یا عدم مداخله‌ی دولت در قالب ممنوعیت درج «شروط ناعادلانه» در قراردادهای مبتنی بر مبنای متعددی است که از آن جمله می توان به «کارآمدی اقتصادی قراردادهای» اشاره داشت. چنان چه تحلیل قرارداد از منظر اقتصاد رفتاری به گونه‌ای باشد که نسبت به هریک از طرفین آن و پس از صرف حداقل منابع، به تخصیص حداکثری منابع یا منافع منجر گردد، چنین توافق کارآمدی موضوع مداخله‌ی قانون‌گذار نخواهد بود. تجربه تلخ سوسیالیسم و دخالت دولت و هزینه‌های گزاف دخالت دولت در امور شخصی مردم، باعث شده است

که متعاقبین همیشه از دخالت دولت ناراضی و نگران باشند. این نگرانی در مورد حقوق مصرف کنندگان بالعکس است (ژان کله الو، ۱۳۷۷، ص ۲۳۹). یعنی ممکن است عدم دخالت دولت موجب ضرر به مردم و باعث عدم آرامش در جامعه شود. هدف از نگارش این نوشتار تعدیل قراردادهای مصرف نیز نیست، بلکه تأکید بر این مطلب است که وضع قواعد آمره‌ی کارآمد و کلی تری برای حمایت از تمامی مصرف کنندگان ضرورت دارد. تأسیس «شروط ناعادلانه» و اعمال آن، علی رغم جایگاه و اهمیت بسیار زیادش در حقوق مصرف کنندگان در ایران، تاکنون آن طور که شایسته است مورد توجه و تقنین قرار نگرفته است. لذا در این مقاله سعی شده است در دو قسمت، قاعده کارآیی اقتصادی قراردادها تبیین و سپس شروط ناعادلانه در قوانین داخلی با توجه به نیازهای اجتماعی، مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرد.

مداخله دولت بر مبنای رفاه اجتماعی و تحلیل اقتصادی قراردادها

زمانی که یک نظم اقتصادی خاص بر اساس ایده‌ی اجتماعی و اقتصاد مبتنی بر بازار آزاد شکل بگیرد، نظام حقوقی متناسب با این نظم اقتصادی همان حقوق خصوصی قراردادها خواهد بود که تنها ناظر بر فرایند شکل گیری قراردادها است. در حقیقت تفکری که تخصیص کارآمد منابع جامعه در بازار را تنها از طریق توافق ها و قراردادهای خصوصی دانسته، حقوق قراردادها را فاقد هدفی خارجی می داند (Posner, ۱۹۹۸, P.۳۸). ساختار داخلی و قواعد موجود در چنین نظام حقوقی، توسط خود آن نظام تعیین می شود و به عبارت دیگر، این نظام حقوقی، یک نظام حقوقی برون گرا است.

در علم اقتصاد که تخصیص بهینه‌ی منابع کمیاب به عنوان مهم‌ترین هدف آن یاد می‌شود، کارایی اقتصادی به عنوان کلیدی ترین مفهوم در تحقق رسالت این علم است که امروزه در خصوص تمام رفتارهای اقتصادی و غیر اقتصادی مراعات می شود. (انصاری، ۱۳۹۰، ص ۸۷)

رفتاری به لحاظ اقتصادی توجیه پذیر و کارآمد محسوب می شود که با صرف کمترین منبع، تحصیل حداکثری منابع عامل آن را به همراه داشته باشد. مواردی که مراعات آن در تحقق کارایی اقتصادی رفتارهای قراردادی طرفین ضروری به نظر می رسد شامل اطلاعات کامل طرفین از موضوع و اطراف قرارداد؛ انتخاب های عقلایی آن ها و نیز تحمل تعهدات و هزینه های معاملاتی پایین است (لطفی، ۱۳۹۱، صص ۱۶۴-۱۶۶). به طور عموم در قراردادها - به ویژه در قراردادهای مصرف- حداقل یکی از طرفین فاقد اطلاعات لازم و کافی بوده و از منظر اقتصاد رفتاری، قادر به انتخاب عقلانی نیست. (Beals & Crawell & Slope, ۱۹۸۱, ۳/۵۲۷) فقدان این مفروضات باعث می شود که طرفین نتوانند به نحو کارآمدی در قراردادهای منابع خود را تخصیص داده و به اضافه رفاه خود نائل آیند. حقوق سنتی قراردادها نیز به لحاظ عمده توجهی که به صورت قراردادهای داشته و به جهت فقدان نقش تنظیمی در روابط طرفین، قادر به رفع این کاستی از طریق حل مشکل اطلاعات و کمک به انتخاب

عقلانی نیست و بدین وسیله نقص بازار و قراردادهای با نقص حقوق سنتی قرارداد در نیل به کارآیی اقتصادی تکمیل می‌گردد.

باید توجه داشت با وجود این که خواستگاه کارایی اقتصادی، علم اقتصاد است، و حتی می‌توان آن را به عنوان یکی از عناصر متمایز کننده ی اقتصاد از سایر علوم قلمداد نمود، اما این مفهوم کاربردهای فراگیرتری دارد. امروزه در سایر علوم اجتماعی نیز از کارآیی اقتصادی با عنوان تحلیل اقتصادی آن علوم استفاده می‌شود (دادگر، ۱۳۸۶، ص ۱۰۴). بر این اساس، کارآیی اقتصادی نه تنها در قلمرو اقتصاد خرد مبنای توصیف یا قضاوت ارزشی در خصوص نهادهای بازار از جمله قراردادهای و رفتار افرادی چون کارگران، تولید کنندگان و مصرف کنندگان در قراردادهای قرار می‌گیرد (دادگر و رحمانی، ۱۳۸۶، فصل اول). حتی اقتصاددانان و اندیشمندان سایر علوم، کاربرد این پدیده را در قالب تحلیل اقتصادی اثباتی (هست و نیست بهیچیک تخصیص منابع) و یا هنجاری (بایدها و نبایدها در رفتار بازیگران حوزه ی اقتصاد خرد) اصول و قواعد آن علوم فراتر از حوزه ی اقتصاد برده‌اند. به این ترتیب، امروزه نه تنها رفتارهای اقتصادی و بازاری، بلکه حتی رفتارهای غیربازاری نیز بر مبنای مفهوم کارآیی اقتصادی با رویکردی اثباتی و هنجاری به تحلیل اقتصادی حقوق و قراردادهای می‌پردازد.^۱

زمانی که معامله ای شکل می‌گیرد و قراردادی به مانند قرارداد مصرف با اراده ی سالم طرفین منعقد می‌شود، هرکدام از طرفین، کالا یا خدمات خود را که برای معامله آورده‌اند کمتر و عوض دریافتی خود را بیشتر از طرف مقابل خود ارزیابی می‌کنند. نتیجه ی چنین قراردادی برای طرفین، به دست آوردن کالا، خدمات یا هر مطلوبی است که ارزش آن‌ها برای او بیشتر از طرف مقابل است. به عبارت دیگر، معمولاً طرفین مالی بیشتر یا مفیدتر از آن چه که قبلاً داشته‌اند، به دست آورده‌اند و با تخصیص منابع خود از طریق منابع مزبور، ثروت خود را به حداکثر رسانده‌اند. این امر همان ترجمان مفهوم کارآیی اقتصادی قراردادهای است (posner, ۱۹۹۸, pp۳۳-۳۸).

در اسلام نیز کارآیی اقتصادی مورد توجه واقع شده است. در ادبیات اسلامی این مفهوم با عباراتی چون «رشد و نمو» بیان گردیده و به این وسیله بر رشد و بهره‌وری با حفظ اصول ارزشی دیگری چون عدالت تاکید شده است که البته به عنوان ابزار تحقق زمینه ی زندگی سالم مادی، وسیله ای برای حصول به تعالی معنوی نیز تلقی می‌شود. (دادگر، ۱۳۷۸، صص ۵۳-۵۱) در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز، اقتصاد وسیله ای برای تامین

۱. برای اطلاع بیشتر از پیشینه ی تحلیل اقتصادی حقوق و مکاتب حقوق و اقتصاد ر.ک: متوسلی، محمود، مقدمه ای بر حقوق و اقتصاد، انتشارات دانشکده امام صادق، تهران، ۱۳۸۹، فصول سوم و پنجم همچنین ر.ک: دادگر، یدالله، مولفه‌ها، ابعاد/اساسی حقوق و اقتصاد، انتشارات نور علم، تهران، ۱۳۸۹، فصول دوم، سوم و ششم.

اهدافی چون نیازهای ضروری افراد جهت استمرار حرکت تکاملی انسان تلقی شده است^۱ که با وجود کارآیی بهتر ممکن خواهد بود. همچنین قانون گذار اساسی شرط حمایت از نهاد مالکیت در بخش های خصوصی، دولتی و تعاونی را حصول رشد و توسعه ی اقتصادی کشور قرار داده است^۲ که در سایه ی کارآیی اقتصادی قابل تحقق است. بنابراین کارآیی اقتصادی در اسلام و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به عنوان مبنایی در خدمت ارزش های مهم تر و متعالی دیگر مورد توجه قرار گرفته است.

در نظام اقتصاد اسلامی، امکان برقراری تعادل اقتصادی از طریق ساز و کار خودکار و خود انتظام بازار (در سایه ی پیش فرض های اقتصاد کلاسیک)، پذیرفته نشده و برای ایجاد این تعادل اختیارات گسترده ای به دولت اسلامی اعطاء شده است که می تواند برای نیل به آن و در راستای کارآمدسازی بازار به وضع مقررات بپردازد (نمازی، ۱۳۸۶، صص ۳۳۰-۳۳۳). به همین جهت است که دولت موظف است برای فراهم ساختن موجبات رشد، سیاست های اقتصادی متناسب با رشد را تنظیم نماید (صدر، ۱۳۸۹، ص ۶۲).

با گذشت زمان مشخص گردید، پیش شرط هایی که در مکاتبی چون اقتصاد کلاسیک وجود آن ها در بازار مفروض گرفته شده و بر مبنای آن مفروضات، کارآمدی تخصیص منابع از طریق قراردادها را تحت حاکمیت حقوق خصوصی پیش بینی می نمود، در عمل وجود خارجی نداشته و در نتیجه، بازار در نیل به کارآیی اقتصادی خودکار با کاستی هایی روبرو است که از طریق ابزارهای حقوق خصوصی نیز قابل رفع نیستند (باقری، ۱۳۸۵، ص ۵۱).

دولت به عنوان نهادی مکمل بازار می تواند با مداخله در این دسته از قراردادها در جهت رفع کاستی ها اقدام کند. عموماً در قراردادهای مصرف مداخله ی دولت بر مبنای رفاه اجتماعی و کارآیی اقتصادی با رعایت اصول حاکم بر قراردادها انجام می پذیرد. مداخلات دولت، با توجه به ارزیابی تخصیص منابع توسط طرفین در قرارداد، بدون توجه به وضعیت اقتصادی و اجتماعی طرفین معامله و ضعف و قدرت آن ها، توجیه می پذیرد. در واقع حقوق حاکم بر این دست از قراردادها به عنوان ابزاری بوده در جهت نیل به هدفی خارجی که همان رفاه اجتماعی بیشتر و کارآیی اقتصادی است. این ابزارگرایی نه از نوع ابزارگرایی اخلاقی محض، بلکه اجتماعی و اقتصادی است.

البته همواره مداخله های کارآیی محور دولت در شکل و محتوای قراردادهای ناعادلانه منجر به تصمیم عقلانی توسط طرفین یا انتخاب شروط عقلایی توسط دولت نمی شود زیرا هیچ دلیل قاطعی بر کم اشتباهی دولت در انتخاب به جای طرفین قرارداد وجود ندارد، و بر عکس می توان استدلال نمود که چون دولت می تواند نتیجه ی

۱. دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۲. اصل چهل و چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

این اشتباهات را به بیرون تحمیل نماید، احتمال اشتباه او نیز حتی بیشتر از اشتباهات خود طرفین قرارداد است (کارنیک، ۱۳۷۹، ص ۱۱۹). در نتیجه باید در تعیین میزان بهینه ی دخالت دولت در قراردادها، شرط بهتر عمل نمودن دولت نسبت به بازار و طرفین قرارداد در شرایط واحد و خاص، حدود اثربخشی آن ها را بر عقلانی سازی انتخاب طرفین و شروط قرارداد را مورد توجه قرار داده و از دخالت های اضافی بی اثر در این خصوص اجتناب نمود (لطفی، ۱۳۹۱، ص ۱۹۴). لذا در اینجا ضمن اشاره به ایرادات احتمالی مداخله ی دولت بر مبنای کارآیی اقتصادی در قراردادها (به ویژه شروط ناعادلانه)، روشی مناسب از مداخله ی دولت برای رفع تنش های اجتماعی، در تخصیص بهینه ی منابع و کاهش هزینه ها ارائه می شود.

یکم: تاثیر ناقص افشای اجباری اطلاعات در قرارداد

همان گونه که پیشتر اشاره شد از مواردی که در تحقق کارآیی اقتصادی قراردادها ضروری است، اطلاعات کامل طرفین در خصوص قیمت، کیفیت، ماهیت کالاها و خدمات و شروط قراردادی است. نقص موجود در بازار و قراردادها و همچنین عدم تامین این اطلاعات به موجب حقوق خصوصی، ضرورت مداخله ی دولت در روابط قراردادی و الزام به انتقال اطلاعات ضروری را آشکارتر می سازد. واقعیت چنین رویکرد مثبتی این است که حتی این اجبار نیز در عمل منجر به انتقال اطلاعات کامل و متعادل نمی شود. به عنوان نمونه برخی از مصرف کنندگان در قراردادهای مصرف، قادر به فهم ماهیت اطلاعات پیچیده ی افشا شده، پردازش و در نهایت عمل بر اساس آن ها نیستند و یا این که با توجه به عدم قابلیت تعیین برخی ویژگی های بعضی کالاها مثل بیمه ی عمر یا در خصوص کالاهای تجربی که تنها بعد از مصرف ویژگی آن ها مشخص می شود (سالواتوره، ۱۳۸۹، ص ۵۰۷)، اطلاعات عملاً از طریق مقررات گذاری نیز قابل تهیه و ارائه نیست.

همچنین در روابط قراردادی کارگران و کارفرمایان نیز به دلیل برخی ویژگی های خاص و منحصر به فرد بازار کار مانند تعدد بازارهای کار، کارگران استاندارد نشده، پایین رتبه ی کارگران در قدرت چانه زنی، ارائه ی اطلاعات کامل از دستمزدهای موجود بازار، شرایط کار و توانایی های کارگران یا ممکن نبوده و یا کارگر با فرض اطلاع، قادر به استفاده نیست. در نتیجه این دخالت های دولت تنها رافع بخشی از نارسایی های توافق های خصوص طرفین است لذا ضروری به نظر می رسد که در عین تلاش برای هرچه اثربخش تر کردن این مداخله ها از هرگونه دخالت اضافی و بی ثمر پرهیز شود تا از این راه تاثیر منفی آن نیز به حداقل گراید.

دوم: هزینه بر بودن مداخله ی دولت

از یک سو مداخله های مبتنی بر کارآیی اقتصادی دولت با هدف کاهش هزینه های معاملات و قراردادها صورت می پذیرد. از طرف دیگر از آن جایی که این مداخله ها نیاز به تدارک مقررات، نظارت بر اجرای آن ها از طریق تاسیس نهادهای ناظر، حل و فصل اختلافات ناشی از آن ها از طریق نهادهای خاص و غیره داشته، بسیار هزینه

ساز است. عموماً این هزینه‌ها در قالب هزینه‌های عمومی دولت در نهایت از طرقی من جمله اخذ مالیات از شهروندان تامین می‌شود (لطفی، پیشین، ص ۱۹۶). حتی می‌توان این هزینه‌ها را به طور غیرمستقیم نوعی هزینه‌ی داخلی معامله در فرضی که طرفین مالیات می‌پردازند، و در غیر این صورت نوعی اثر خارجی معامله دانست در نتیجه دولت‌ها به جهت دوری از این نقض غرض احتمالی، می‌بایست در ضمن مداخله‌ی کارآیی محور، در کاهش هزینه‌های بالای این مداخله‌ها مراقبت نمایند.^۱

سوم: تزامم رفاه اجتماعی با اصل آزادی قراردادی و کارآمدی اقتصادی

به موجب اصل آزادی قراردادهای، طرفین در انتخاب طرف معامله، موضوع قرارداد، محتوای آن و شروط قراردادی، آزاد هستند. از نگاه اقتصاد نئوکلاسیک، قرارداد منعقد می‌شود بر این اصل سنتی حقوق قراردادهای که لحاظ اقتصادی کارآمد محسوب می‌شود. با توجه به کاستی‌های پیش‌گفته در قراردادهای و حقوق خصوصی در نیل به کارآیی، اصل راهبردی دیگری به نام کارآیی اقتصادی پدیدار شده است. در نتیجه مداخله‌های مبتنی بر کارآیی اقتصادی دولت، محدودیتی در قلمرو اجرای اصل مزبور خواهد بود. در واقع دولت‌ها با تنظیم مقررات حاکم، نه تنها در شکل قراردادهای، بلکه در محتوای آن‌ها با پیش‌بینی شروط قانونی اجباری و منع برخی شروط طرفین قرارداد و تعیین حقوق و تعهدات متعاملین از این طریق، دخالت می‌نمایند.

به خلاف آن‌چه که در ظاهر به نظر می‌رسد، مداخله‌های کارآیی محور را نمی‌توان نافی اصل آزادی طرفین در قراردادهای دانست. به نظر می‌رسد امروزه هر دو اصل فوق‌الذکر از اصولی می‌باشند که در کنار هم باید اجرا شوند. با این تذکر که مداخله‌های کارآیی محور از آن‌جایی که در مقام رفع نارسایی‌ها صورت می‌پذیرند، باید ضمن مراعات میزان تاثیرگذاری آن‌ها، به حداقل ممکن محدود شوند. به عنوان مثال مادامی که با کنترل شکلی دولت در قراردادهای هدف کارآیی حاصل می‌آید، دیگر از مداخله‌ی در محتوا بر مبنای کارآیی اقتصادی اجتناب شود تا از این راه ضمن حصول به کارآیی و حد بالای اثربخشی، حداکثر قلمرو ممکن از اصل آزادی قراردادی نیز فراهم آید.

به عنوان ارائه راهکاری به مقنن در خصوص مداخله‌ی دولت در قراردادهای به ویژه در بحث شروط ناعادلانه، با تکیه بر مبنای «رفاه اجتماعی» و «کارآیی اقتصادی» می‌توان گفت که، انتخاب زمینه‌ای در وضع قواعد حاکم بر قراردادهای که در ضمن اعمال آن قاعده، مبنای دیگری که دولت را ناگزیر به ورود در قراردادهای نموده است، نیز

^۱ - برای مطالعه بیشتر د.ش:

Chang, H.R, "A Liberal Theory of social Welfare: Fairness, Utility and the Pareto Principles", The Yale Law Journal, vol. ۱۱۰, ۲۰۰۰, pp. ۱۷۳-۲۳۵, and Kapolo, Louis & Shavell, Steven, "Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preference, and Distributive Justice", The Journal of Legal Studies, Vol. ۳۲, No. ۱, ۲۰۰۳, pp. ۳۳۱-۳۶۲.

نقض نگردد، در نهایت قانون گذار را به هر دو مقصود نائل می سازد. مانند حالتی که ضمن انتقال اطلاعات از یک طرف قرارداد به طرف دیگر، وضعیت طرف اول تغییری نمی کند بلکه، در عین توزیع اطلاعات به صورت عادلانه، کارایی اقتصادی قراردادها نیز تامین می شود.

به عنوان نتیجه بحث باید اشاره داشت که بر شمردن ایرادات فوق هرگز به معنای رد و نفی کارایی اقتصادی نبوده است. بلکه به جهت تبیین ضرورت ساماندهی مداخله های دولت در قراردادها، افزایش اثربخشی مداخله های کارایی محور و به حداقل رسانیدن ایرادها؛ به آن کاستی ها اشاره شده است. نکاتی که در فرض چشمپوشی قانون گذار از آن ها، نه تنها سبب کاهش اثر بخشی مداخله های موثر دولت و عدم دستیابی به کارایی اقتصادی و رفع نارسایی های بازار و قراردادها می گردد، بلکه مانع حصول سایر اهداف مقنن و نظام حقوقی نیز خواهد شد.^۱

ارزیابی شروط ناعادلانه در قوانین با تکیه بر تئوری های رفاه اجتماعی و کارآمدی اقتصادی قراردادها

در حقوق ایران، قانون خاصی در مورد شروط ناعادلانه وجود ندارد. شروط مرتبط با خیار غبن در بیع هم که در گذشته با معیارهای مفید همراه بود با تغییرات بعدی قانون گذار که به عنوان اصلاحات صورت گرفت بی معیار و بی سر و سامان گردید. به هر حال مقابله با شروط ناعادلانه قراردادی در برخی قوانین مرتبط با طرف ضعیف به صورت پراکنده ظهور پیدا کرده است که اشاره به مهم ترین آن ها، جهت گیری قانون گذار را روشن می کند.

یکم: در قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳/۶/۲۹ و اصلاحات بعدی آن مصوب ۱۳۹۱/۸/۱۶

شاید بتوان قانون دریایی را شاخص ترین مورد در حقوق ایران دانست که قانون گذار در آن به طور صریح و مشخص شرطی را ناعادلانه تعریف نموده است. در این قانون نحوه برخورد با شروط ناعادلانه نیز ذکر شده است. البته ضمانت اجرای به کار گرفته شده توسط قانون گذار در این قانون نیز واحد نبوده و در جایی به بطلان و بلا اثر بودن چنین شروطی حکم نموده و در موردی دیگر امکان تعدیل قضایی آن را در کنار ضمانت اجرای بطلان مورد پذیرش قرار داده است.

ابتدا در بند هشتم از ماده ۵۴ این قانون که راجع به وظایف متصدی باربری است، آمده است: «هرگونه شرط یا توافق در قرارداد باربری به منظور سلب مسئولیت متصدی باربری یا کشتی یا محدود کردن مسئولیت

۱- البته باید توجه داشت که در کشور ما تجویز مداخله ی دولت به طور عامدانه در قراردادها، عمدتاً بر مبانی عدالت توزیعی پدرمآبی یا سایر تفکرات صورت گرفته است که می تواند در تغایر با کارایی اقتصادی باشد. از این رو این تفکر نیز وجود دارد که هر چه مداخله دولت کمتر شود به همان اندازه کارایی بیشتر حاصل می شود بازار کار به لحاظ اقتصادی کارآمد و بهره ور تر می گردد. برای مطالعه ی بیشتر د.ش: لطفی، حسن، همان، صص ۲۰۰-۲۰۲.

مزبور در مورد فقدان بار یا خسارت وارده به آن ناشی از غفلت یا تقصیر و یا تسامح در انجام وظایف و تعهدات مصرحه در این فصل باطل و بلا اثر خواهد بود. مزایای بیمه با شروط مشابه آن که به نفع متصدی باربری منظور گردد نیز تابع حکم فوق خواهد بود». ملاحظه می شود به مثابه قانون شروط ناعادلانه (UCTA) (۱۹۷۷ انگلستان (Suff, ۲۰۰۰, p۴۹)، در این جا نیز اشاره قانون گذار به شروط معاف کننده یا تحدید کننده ی مسئولیت متصدی باربری حتی در قرارداد بیمه وی می باشد به نحوی که اگر شروطی در قرارداد دریایی در خصوص کسر یا معاف نمودن مسئولیت ناشی از خسارت به اموال باشد، هیچ گونه اثر قانونی بر آن مترتب نخواهد بود.

مورد دوم، در ماده ی ۱۱۸ و در باب حمل مسافر (فصل هشتم) آورده شده است. مقنن در بحث حدود مسئولیت متصدی حمل و آثار ناشی از شرایط خاص مقرر می دارد: «در صورتی که قبل از وقوع حادثه منتهی خسارت در قرارداد، شروطی به منظور بری ساختن متصدی حمل در مقابل مسافر (نماینده او و وارث و یا اشخاصی که تحت تکفل او هستند) شده باشد و یا در مورد تحدید مسئولیت مبلغی کمتر از آن چه در این فصل ذکر گردید تعیین شود یا در موردی که اثبات امر به عهده ی متصدی حمل باشد تغییری داده شود و یا آن که شرط شود اختلافات به داوری یا دادگاه مخصوص ارجاع گردد شرایط مذکور باطل است ...». در واقع این دوماده موید موضع مشابه مقنن در خصوص شروط تحدید یا محدود کننده مسئولیت متصدی حمل (بار یا مسافر) است.^۱ قانون گذار ایرانی درصدد حمایت از مسافر یا مالک کالایی است که از یک سو به جهت نوع خدمات ارائه شده و عمومیت آن از جانب متصدی، ناگزیر به توافق با وی می باشد و از سویی دیگر با توجه به عدم وجود موضع برابر طرفین قرارداد و محدود بودن اشخاص - حقیقی یا حقوقی - در ارائه چنین خدماتی، امکان چانه زنی در قرارداد و تغییر یا تعدیل مفاد آن از جانب مسافر یا مالک (مشتری) وجود ندارد.

۸. در مقایسه مقرر مزبور با قانون شروط ناعادلانه (UCTA) ۱۹۹۷ انگلستان می توان اظهار داشت چنان چه شرط سلب یا کسر مسئولیت، ناشی از خسارت های بدنی یا فوت باشد به طور کلی باطل دانسته شده اند و اگر راجع به مسئولیت خسارت بر اموال باشد در فرضی نامعتبرند که نامعقول یا ناعادلانه باشند؛ ولی در این قانون کلیه ی شروط تحدید یا معاف کننده مسئولیت متصدیان باربری یا حمل مسافر صرف نظر از آن که موجب خسارات بدنی یا فوت شود و یا آن که تضررات مالی در پی داشته باشد باطل و بلا اثر دانسته شده است. برای مطالعه بیشتر ر.ک:

Oughton, David & Davis, Martin, source book on contract law, Covandish, London, Second Edition, ۲۰۰۰, p. ۱۵۹; and “*Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues paper*”, Law Commission, Reform the law, [۲۵ July ۲۰۱۲], available at: <http://www.Law Commission. Justice. Gov. UK/ Consultation/ unfair-consumer-contracts-htm.p.۹>, & “OFT & CAA Guidance on the requirements of consumer law applicable to the sale and advertising of flight and holidays”, [November ۲۰۱۲], available at: http://www.oft.gov.uk/shared_of/consultations/CAA-OFT/OFT-CAA-full.pdf, pp. ۱۲, ۲۰.

به عنوان سومین مورد از اشاره قانون‌گذار به شروط ناعادلانه، به ماده ۱۷۹ این قانون در خصوص قرارداد کمک و نجات در دریا (ذیل فصل یازدهم) اشاره خواهد شد. در ماده مزبور که راجع است به امکان تغییر یا فسخ قرارداد کمک و نجات آمده است: «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تاثیر 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 هر حال، 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 شده فوق العاده زیاد و یا کم است دادگاه می تواند به تقاضای یکی از طرفین قرارداد را تغییر داده و یا بطلان آن را اعلام نماید». در خصوص این ماده ذکر نکات زیر به نظر خالی از وجه نمی باشد: اولاً- قانون‌گذار جهت احراز ناعادلانه بودن شروط قرارداد کمک و نجات در حین خطر ضابطه ای را ارائه ننموده است و تمیز ناعادلانه بودن شروط را به تشخیص دادگاه واگذار کرده است. اگرچه این تفویض اختیار به محاکم با توجه به مصادیق احصایی و انحصاری شروط ناعادلانه می تواند به فراخور ایام و قراردادهای زمینه ساز حمایت گسترده تری از طرف ضعیف تر قراردادی باشد؛ ولی در مقابل به جهت امکان حدوث اختلاف نظر در برداشت محاکم بدوی و پژوهشی امکان ایجاد رویه های متهافت یا متناقضی نیز وجود دارد. ثانیاً- اظهار نظر دادگاه در خصوص ناعادلانه بودن یا نبودن شروط موضوع قرارداد کمک و نجات تنها در فرضی است که مسبوق به تقاضای طرفین یا یکی از ایشان باشد. در واقع اظهار نظر در این خصوص منوط به ایراد از جانب طرفین یا یکی از ایشان است و دادگاه خود راساً نمی تواند در این گونه قراردادهای مداخله نماید. اگرچه قانون‌گذار تعیین مصادیق ناعادلانه بودن شروط را به محاکم واگذار کرده در مقابل دادگاه ها در رسیدگی به موضوع، با ایجاد نقش انفعالی در صدد ایجاد توازن و پیش‌گیری از بسط بلاوجه اختیارات خود بوده است. ثالثاً- ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران را می توان اولین مصداق قانونی پذیرش امکان مداخله محاکم قضایی جهت تعدیل قراردادهای، به ویژه با مدنظر داشتن فروضی چون مواد ۱۰ و ۲۳۰ قانون مدنی، دانست. از طرف دیگر در این ماده قانون‌گذار با موضعی متفاوت با آن چه در مواد ۵۴ و ۱۱۸ این قانون برگزیده، بدو حکم بر بطلان چنین شروطی ننموده بلکه از ضمانت اجرای دوگانه ای در این خصوص بهره جسته است. مضافاً آن که عدم تغییر مقررات مواد ۵۴ و ۱۱۸ و ۱۷۹ قانون دریایی ۱۳۴۹ به موجب اصلاحیه ۱۳۹۱/۸/۱۶ این قانون، مهر تایید دیگری بر بقای ضمانت اجرای قانونی تعریفی سابق و قابل استناد بودن آن نسبت به مسایل مبتلا به امروزی است.

ملاحظه می شود در هر سه مورد اشاره شده، صرف نظر از عالمانه بودن اقدامات یا ضرورت قانون‌گذاری، آن چه در تعلیل این قواعد قابل ذکر است، تلاش مقنن در ایجاد تعادل بین حقوق و تکالیف طرفین قرارداد

است. پر واضح است که، چنان چه در قراردادهای حمل و نقل دریایی، حقوق حداکثری هر یک از طرفین با صرف کمترین منبع و هزینه تامین می گردید(تحقق مواردی به خلاف فروض مطروحه)، مقنن ورود در قرارداد خصوصی اشخاص را مجاز ندانسته و ماحصل اراده ی ایشان را معتبر می دانست.

دوم: در قانون کار مصوب ۱۳۶۹/۸/۲۹

وجود اختلاف در مواضع چانه زنی و اقتصادی طرفین قرارداد کار، افزایش تعداد نیروی کار و کاهش مجاری پذیرنده، تخصصی شدن قراردادها به ویژه قراردادهای مختص به تکنولوژی و صنعت مدرن، ظهور نیروهای کار ارزان قیمت، کودکان کار به همراه سایر اقتضات دیگر، قانون گذار را بر آن داشته تا باری دیگر در معاملات خصوصی اشخاص وارد شده و قواعد آمره ای را با توجیه ایجاد تعادل در قرارداد کار و حمایت از قشر غالباً ضعیف تر(کارگر) وضع نماید. بدیهی است مقننی که با هدف حفظ ایجاد تعادل معاملاتی و توازن در قدرت معاملی طرفین حکمی را انشا می کند به طور طبیعی در مقابل تعهدات یا قراردادهای مخالف این قواعد آمره، نه تنها بر ناعادلانه بودن آن ها نظر خواهد داشت بلکه در بقا یا زوال حیات این عقود یا شروط موجود در آن نیز موضع گیری خواهد کرد. تشریفاتی نمودن قرارداد کار و استاندارد سازی آن از جمله مداخله های شکلی دولت در قرارداد کار است که با تکیه بر این قاعده توجیه پذیر است.

پس از تصویب قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه گذاری صنعتی(۱۳۸۷) مجمع تشخیص مصلح نظام و اقدام این قانون در الحاق تبصره ۳ به ماده ۷ قانون کار، قراردادهای کار بیش از سی روز را می بایست در زمره ی عقود تشریفاتی دانست. تشریفاتی نمودن قرارداد کار دارای مزایایی چون اعلام صریح شرایط قراردادی و انتخاب عالمانه و عقلایی طرفین قرارداد، عدم تحمیل هزینه به هنگام حصول اختلاف و اثبات صحت ادعا به ویژه بر کارگر و جدیت بیشتر طرفین در نگارش و امضای قرارداد است(عراقی، ۱۳۸۵، صص ۱۹۸-۱۹۷).

اگر استاندارد سازی قراردادهای کار توسط کارفرما(قرارداد های الحاقی) صورت نپذیرد بلکه دولت ها خود به این امر اقدام نمایند(استاندارد سازی قانونی)، دیگر طرفین قرارداد کار نمی توانند به مزایایی کمتر از آن چه در تعهدات قانونی آمده است، توافق کنند، هرچند توافق به مزایایی بیشتر از میزان پیش بینی شده در قانون به جهت حمایتی بودن این مقرر، معتبر نیز خواهد بود.(عراقی، ۱۳۸۵، ص ۳۷) در این صورت، نه تنها قرارداد برای یک طرف(کارفرما) کارآمد نخواهد بود بلکه مداخله ی مقنن در جهت تامین متعادل منافع

۱. در حوزه ی روابط کار و قراردادهای کار، رویکرد جدید در کشورهای خارجی بر استفاده از قوانین موجود به عنوان وسیله ای جهت تنظیم بازار و قراردادهای کار است. ۲۰۰۹، Melbourne University Press

متعاملین موجب خواهد شد تا قرارداد، نسبت به وضعیت سابق خود (قرارداد الحاقی) کارآمدتر گردد. مضافاً آن که به جهت اطلاع محدود کارفرما، امکان تامین منابع حداکثری برای وی نیز، همواره فراهم نمی باشد.^۱ برای نمونه از مداخله ی مقنن در ماهیت قرارداد کار نیز می توان به ماده هشت این قانون اشاره داشت که مقرر می دارد: «شروط مذکور در قرارداد کار یا تغییرات بعدی آن در صورتی نافذ خواهد بود که برای کارگر مزایایی کمتر از امتیازات مقرر در این قانون منظور ننماید». ملاحظه می شود که : الف- موضع حمایتی قانونگذار در این ماده تنها از یک طرف قرارداد کار (کارگر) آن هم به جهت تامین متعادل منافع طرفین و تخصیص متناسب منابع ایشان می باشد. ب- شرط اعتبار قراردادهای خصوصی را تعیین امتیازاتی بیشتر از آن چه در این قانون برای کارگر مقرر شده است اعلام داشته (کارآیی اقتصادی قرارداد) و؛ ج- ضمانت اجرای خروج از مقررات آمره ی قانون کار را عدم نفوذ قراردادهای خصوصی دانسته است. لازم به یادآوری است که مراد از عدم نفوذ قراردادهای خصوصی با مزایای کمتر برای کارگران همان نهاد غیر نافذ مقرر در قانون مدنی نبوده بلکه با ملاحظه ی نحوه ی قانون گذاری مقنن در قانون کار در می یابیم که منظور از عدم نفوذ، مفهومی در مقابل صحت قرارداد است^۲ و در واقع موضعی مشابه با موضع قانون گذار دریایی در مواد ۵۴ و ۱۱۸ آن اتخاذ نموده است.

سوم: در قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷

این قانون در بردارنده قواعدی است که برای مبادله آسان و ایمن اطلاعات در واسط های الکترونیکی و با استفاده از سیستم ارتباطی جدید به کار می رود. از طرفی با توجه به محدود نبودن موضوعات این قانون به داخل کشور، قانون گذار سعی داشته در چگونگی تفسیر این قواعد به دو خصیصه ی بین المللی و ضرورت توسعه ی هماهنگ بین کشورها و حسن نیت اشاره نماید.^۳ بدیهی است که در فرض وجود عامل خارجی در قرارداد و ضرورت مراعات غبطه ملی و حقوق داخلی در تعامل با جهان خارج، مقررات ناظر بر آن از حالت تکمیلی یا تفسیری خارج می شود و جنبه ی آمرانه و الزام آوری به خود می گیرد. با این وجود مقنن سعی

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص ناکارآمدی قراردادهای الحاقینسبت به کارفرما و ضرورت استاندارد سازی ر.ک: Davies, Anne C.L, Perspectives on Labor Law, Cambridge: Cambridge University Press, ۲۰۰۴, P.۲۴, and Rubin, Edward, "Type of Contracts, Intervention of Law", Wayn Law Review, Vol.۴۵, ۲۰۰۰, p.۱۹۰۳.

۲. ر.ک به مواد ۱۳ و ۲۰ و ۱۷۱-۱۸۶ قانون کار ۱۳۶۹/۸/۲۹.

۳. ماده ۳. ق.ت.ا: « در تفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیت بین المللی، ضرورت توسعه هماهنگ بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن نیت توجه کرد».

داشته که قراردادهای خصوصی منعقد در این فضا را نیز معتبر بشناسد از این رو در ماده ۵ از فصل چهارم که با عنوان اعتبار قراردادهای خصوصی است اشعار می دارد: «هرگونه تغییر در تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش داده پیام با توافق و قرارداد خاص طرفین معتبر دانسته است». با وجود این مقرر، قانون گذار نتوانسته است موضع حمایتی خود از مصرف کننده را پنهان نماید و به همین جهت در ماده ۴۶ این قانون نمونه ای از مقرر ی امری خود در حمایت از چهره ی ضعیف تر قرارداد تجارت الکترونیک مقرر می دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل (باب سوم- در قواعد مختلف) و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف کننده، موثر نیست». برای نخستین بار ملاحظه می شود که مقنن در خصوص شروط ناعادلانه یا غیر منصفانه از ضمانت اجرای بطلان نسبی که همان عدم تاثیر شرط به ضرر یک طرف معامله است، استفاده کرده که این خود نه تنها مؤید حداکثر مراعات قانونی در صحیح و معتبر دانستن مراودات خصوصی است بلکه مانع تحمیل توابع ناروا و به دور از عدالت به طرف مصرف کننده می گردد. به طور کلی، احکام مواد ۵ و ۴۶ این قانون به ویژه با مد نظر داشتن اطلاق بیان مقنن در قسمت پایانی ماده اخیر الذکر، می توان عنوان نمود که استفاده از شروط غیرمنصفانه با هر موضوعی و در محدوده ی حاکمیت قانون تجارت الکترونیک نمی تواند تحمیلی بر مصرف کننده باشد. استثنای این قاعده در فرضی است که متعاملین به ویژه مصرف کننده، با اطلاع از شرایط ناعادلانه مورد توافق طرفین و تنها در محدوده ی موضوعی ماده پنج این قانون (قراردادهای مرتبط با تغییر در تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش داده پیام)، رضایت خویش (انتخاب عقلایی) را بر اندراج و التزام به این گونه شروط ناعادلانه اعلام نمایند. در این صورت که ظاهر بر کارآمدی قرارداد است، هر دو طرف معامله مأخوذ به چنین تعهدی خواهند بود. از طرف دیگر، التزام صریح طرفین خارج از موارد مقرر در ماده ۵ این قانون نیز نسبت به مصرف کننده نامعتبر می باشد. البته این قاعده آمره است. این موضع قانون گذار (بطلان نسبی) معتدل تر از بطلان مطلق می باشد که در گذشته مطرح می شده است.

چهارم: در قانون حمایت از مصرف کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶/۴/۳

اشاره شد که اقدام مقنن بر ضرورت مداخله در قراردادهای خصوصی در فرضی است که عدم تعادل اقتصادی همسان در طرفین معاملی، عدم توازن در تعهدات و تکالیف متعاملین در قبال حقوق و منافی که عایدشان می گردد، ورود اختلال در نظام عمومی اقتصادی جامعه، در قراردادها مفروض باشد. از آن جا که نیاز به خودرو به عنوان یکی از نیازهای عمومی جامعه قلمداد می شود و در کشور ما ارائه خدمات تولید و عرضه آن کماکان بصورت انحصاری و محدود در اختیار اشخاص خاص قرار دارد، طبیعی است که مصرف کننده یا حتی واسطه های فروش قابلیت کافی جهت چانه زنی در قراردادهای غالباً از پیش تهیه شده و تغییر یا

تعدیل در مفاد آن را نداشته باشند. لذا مقنن سعی نموده با مداخله در این حوزه و به موجب وضع قانون خاص و تا حد بسیار محدود عدالت را به قراردادهای خرید و فروش مستقیم یا غیر مستقیم خودرو بازگرداند (قاسمی حامد، ۱۳۹۱، ص ۱۶۹). افزایش تعهدات و تضمینات فروشندگان یا عرضه کنندگان خودرو از یک طرف و از طرف دیگر تسهیل شرایط دریافت خودرو و رفع عیوب احتمالی آن و تعریف دوره های گارانتی و غیره، اقداماتی با همین منظور بوده است.^۱ در ماده ۷ و تبصره ذیل آن مقرر شده است: «هر نوع توافق مستقیم یا غیر مستقیم بین عرضه کننده، واسطه فروش با مصرف کننده که به موجب آن تمام یا بخشی از تعهداتی که عرضه کننده بر طبق این قانون و یا ضمانت نامه صادره بر عهده دارد ساقط نماید یا به عهده واسطه فروش یا هر عنوان دیگری گذارده شود، در برابر مصرف کننده باطل و بلا اثر می باشد». در تبصره این ماده آمده است: «انعقاد هر نوع قراردادی که حقوق و تکالیف طرفین قرارداد و مشمولین این قانون در آن رعایت نشود به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی و مورد مشابه، غیر قانونی و از درجه اعتبار ساقط است». ^۲ در توضیح این مقرر می توان گفت: اولاً- ادات عموم (هر) بکار برده شده در صدر ماده دلالت بر تاکید مقنن به در بر گرفتن تمامی قراردادهایی است که درصدد خروج کلی یا جزیی از قلمرو این قانون می باشد؛ ثانیاً- ضمانت اجرای شروط سالب مسئولیت یا انتقال دهنده مسئولیت در این قانون به مانند قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲ بطلان نسبی در برابر مصرف کننده می باشد. همان گونه که در قسمت قبل نیز آورده شده پذیرش دیدگاه جدید مقنن ایران در خصوص بطلان نسبی شروط ناعادلانه در مقابل بطلان مطلق آنان (موضع ماخوذه در قوانین دریایی و کار) نه تنها نافی اقتضای اصل صحت عقود نبوده بلکه سوداگران اقتصادی را نیز ملتزم و متعهد به قراردادها و تعهدات خویش می گرداند، بدون آن که آثار تحمیلی بر مصرف کننده بار شود. در واقع با پذیرش چنین ضمانت اجرایی هم هدف مقنن که همانا حمایت از طرف ضعیف تر قراردادی است فراهم می گردد و هم آن که بستر مناسب جهت اجرای کاربردی این قانون و پیشگیری از تراضی فزاینده ناعادلانه در قراردادها را مهیا می سازد؛ ثالثاً- به خلاف ابهام در بیان تاثیر شرط ناعادلانه و قراردادهای تحمیلی بر مصرف کننده در قانون تجارت الکترونیک، اینک مقنن به صراحت از عبارت باطل و بلا اثر بودن قرارداد در قبال مصرف کننده سخن به میان آورده است و طبیعتاً مجرای طرح این پرسش که آیا امکان تنفیذ بعدی مصرف کننده وجود داشته و نافذ خواهد بود یا خیر، نیز مطرح نخواهد شد؛ رابعاً- منصرف از قالب های قراردادی که ممکن است طرفین در قرارداد برگزینند، هر نحو خروج از مقررات این

۱. ر.ک به: مواد ۳، ۴ و تبصره های ذیل آن و مواد ۵، ۶ و ۸ از قانون حمایت از مصرف کنندگان خودرو ۱۳۸۶.

۲. به نظر می رسد که به کارگیری عبارت «غیرقانونی» به عنوان ضمانت اجرای قراردادهای خصوصی، واژه ای بدیع و نامانوس بوده که شایسته بود در انشای قاعده از عباراتی چون نامعتبر یا باطل استفاده می شد.

قانون نه تنها در خصوص تکالیف بلکه نسبت به حقوق ایشان و به هر توجیه ممکنه چون استناد به اصل آزادی اراده ها، قاعده اقدام و یا با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی نیز سایر مصادیق دیگر به موجب تبصره این ماده باطل (از درجه اعتبار ساقط) اعلام شده است. ملاحظه می شود که جد و جهد قانون گذار در حفظ تعادل اقتصادی در معاملات و حمایت از طرف ضعیف تر تا حدی است که حتی انجام قراردادهای خصوصی دیگری که مفاد یا شروط آن در تضاد با حقوق و تکالیف مقرر در این قانون باشد، آن قرارداد را تنها به اعتبار وجود چنین شروط خلاف قواعد آمره غیر قانونی و باطل اعلام می کند. در واقع از جمع مدلول ماده ۷ این قانون و تبصره ذیل آن چنین برداشت می شود که قصد مقنن بر این بوده که نه تنها شروط معهود و مرضی الطرفینی که به خلاف مفاد این قانون است نسبت به مصرف کننده باطل و بلا اثرند بلکه - منصرف از ماهیت و قلب قرارداد- مبطل قرارداد دربر دارنده شرط مذکور نیز می باشند. وضع قاعده جدیدی که با آن چه در قواعد عمومی قراردادها به ویژه در بحث شرط و تاثیر آن بر عقد مطالعه شده است، تفاوت قابل توجهی دارد. شرط به عنوان تعهد تبعی که در سایه عقد چهره ی فرعی یافته شناخته می شود از این رو تاثیر شرط تنها بر عقدی است که یا به عنوان بخشی از مفاد قرارداد در آمده و راجع است به اوصاف مورد معامله و یا شرایط اجرای تعهد؛ یا آن که خود عقد مستقلی است که بنا به تراضی طرفین به عقد اصلی ملحق گردیده و تابع آن در آمده است. از سویی دیگر به موجب مقررات ماده ۲۳۳ قانون مدنی شروط مبطل عقد تنها دو دسته می باشند و اعلام بطلان عقد در فرض وجود تعهدی که به خلاف مقررات قانون حمایت از مصرف کنندگان خودرو است، در واقع الحاق قید سوم به موارد مصرح در ماده ۲۳۳ قانون مدنی به نظر می رسد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳/صص ۱۶۸-۱۶۵ و ۱۸۶-۱۷۴).

برآیندها

اگرچه، هم چنان اصولی چون آزادی قراردادی و صحت معاملات از اصول بنیادین در نظام های حقوقی مختلف دنیا است ولی امروزه از گستردگی قلمروی سابق خود برخوردار نمی باشد. آنچه در نتیجه تخصصی شدن علوم و خدمات، تغییرات گسترده اجتماعی و نابرابری های اقتصادی و معاملاتی حاصل شده است، هدایت نظام های حقوقی به سمت تحدید قلمرو و تخصیص متعدد اصول فوق الذکر است. شروط ناعادلانه که در مجرای اصل آزادی قراردادها تأسیسی نامأنوس می نماید، از مهم ترین استثنائات وارد بر این اصل در حقوق مصرف کننده است. در حقوق تجارت بین المللی و بازرگانی جهانی هنوز اصل آزادی قراردادی و فرض برابری طرفین خودنمایی می کند؛ و در حوزه ی حقوق داخلی سایر کشورها نیز صرف هزینه های کلان برای امور جزئی غیر اقتصادی را جایز نمی دانند.

مطابق اصل آزادی قراردادهای اشخاص در انعقاد، تعیین مفاد قرارداد و طرف قراردادی مخیرند و چنین اختیاری جز در موارد محدود مصرف کننده و محدودیت های مرتبط با قراردادهای جانبی سرمایه گذاری، نه هر طرف ضعیفی از قرارداد، مورد تایید قانون گذار است. ممنوعیت درج شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف بر خلاف اقتضای اصول اشاره شده، دلالت بر بی اعتباری آن دسته از شروط یا توافقاتی دارد که در حقوق مصرف کننده به حکم قانون تحمیلی و گزاف دانسته می شود.

شناسایی و تعیین ضمانت اجرا بر این گونه از شروط تحمیلی، زاییده ی نیازهای اجتماعی و اقتصادی و ضرورت مداخله ی دولت در برخی از قراردادی خصوصی اشخاص است. حقوق سنتی (صورت گرا) که تنها به جنبه بیرونی قراردادها می پردازد، نمی تواند نقص موجود در بازار را که منجر به انتخاب های غیرعقلایی یا ناعادلانه می گردد، مرتفع سازد. از این رو، اقدام قانون گذار در وضع قوانین مربوط به مصرف کننده می بایست به گونه ای باشد که ضمن رعایت ضرورت های اجتماعی، منابع طرفین قرارداد را متناسب با تعهدات پذیرفته شده آن ها توزیع نماید. این رویکرد ابزارگرایانه به حقوق حاکم بر قراردادهای، می تواند برطرف کننده ی تعهدات ناعادلانه و یا غیرعقلایی طرف ضعیف باشد. فلسفه ی مداخله یا عدم مداخله دولت در روابط معاملاتی خصوصی اشخاص، علاوه بر ضرورت های اجتماعی و تأمین عدالت حداکثری، دست یابی به توافقاتی کارآمد از منظر تحلیل اقتصادی قراردادهای است، که ضرورت های اجتماعی را ملحوظ نظر قرار دهد.

با مطالعه ی موارد محدود بحث شروط ناعادلانه در قوانین داخلی در حمایت از مصرف کننده کالا و خدمات چنین برداشت می شود که اگر قراردادی با صرف حداقل هزینه منجر به تخصیص حداکثری منابع آن برای هر یک از متعاملین گردد، چنین توافق کارآمدی، به ویژه در امور تجاری و بازرگانی بین المللی و ساخت و سازها و سرمایه گذاری ها، موضوع مداخله ی قانون گذار نخواهد بود. با این حال، به نظر می رسد که دولت ها و قوای عمومی در گسترش قلمروی بی اثر بودن شروط ناعادلانه قراردادی و به تبع آن، تحدید اصول صحت مطلق و آزادی قراردادهای باید دخالت خود را به حد نیاز(ضرورت های اجتماعی حقوق مصرف کننده و کارآمد سازی قراردادهای) محدود سازند تا زمینه های بروز خلاقیت ها و استعدادها و ظرفیت های اشخاص در بازار آزاد از بین نرود و به حکومت اجباری و تحمیلی دیدگاههای ناکارآمد اشخاصی غیر از متعاقدین بر قرارداد منجر نشود.

منابع و مأخذ

۱. انصاری، مهدی، (۱۳۹۰)، «تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها»، تهران: انتشارات جنگل.
۲. باقری، محمود، (پاییز و زمستان ۱۳۸۵)، «اقتصاد مبتنی بر بازار و کاستی های حقوق خصوصی»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال هشتم، شماره ۴۴، صص ۸۸-۴۱.

۳. دادگر، یدالله، (۱۳۸۶)، «مروری بر تحولات مقوله‌ی کارآیی در ادبیات اقتصادی»، مجله‌ی پژوهش حقوق و سیاست، سال نهم، شماره ۲۳، صص ۱۴۲-۱۰۳.
۴. دادگر، یدالله و رحمانی، تیمور، (۱۳۸۶)، «مبانی و اصول علم اقتصاد»، چاپ هفتم، قم: موسسه یبوستان کتاب.
۵. دادگر، یدالله، (۱۳۸۹)، «مؤلفه‌ها، ابعاد اساسی حقوق و اقتصاد»، تهران: انتشارات نور علم.
۶. دادگر، یدالله، (۱۳۷۸)، «کارآیی، رفاه و عدالت در اسلام و اقتصاد متعارف»، نامه مفید، شماره ۱۷، صص ۴۱-۷۵.
۷. ژان کله الواء، (مترجم قاسمی حامد، عباس)؛ «معرفی حقوق مصرف‌با مقدمه‌ای از مترجم»، نشریه حقوقی بین‌المللی، پاییز و زمستان ۱۳۷۷، شماره ۲۳، صص ۲۳۹-۲۵۸.
۸. قاسمی حامد، عباس؛ سلیمی، فزه؛ آقابابایی، فهیمه، «آسیب‌رسانی به مصرف‌کننده در بازار رقابتی»، نشریه تحقیقات حقوقی، بهار ۱۳۹۱، شماره ۵۷، صص ۱۲۴.
۹. قاسمی حامد، عباس؛ خالدی دو برجی، پری، «مسئولیت خسارت وارده به مصرف‌کننده کالای معیوب یا خطرناک در قوانین و مقررات جاری»، نشریه پژوهش‌های رشد و توسعه پایدار، تابستان ۹۱، سال دوازدهم، شماره دوم (علمی-پژوهشی) صص ۱۶۹-۱۸۶.
۱۰. قاسمی حامد، عباس؛ «متخصص، متعهد ارائه اطلاعات به مصرف‌کننده در حقوق فرانسه»، نشریه تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۸۸، شماره ۴۹، صص ۱۸۷-۲۱۰.
۱۱. صدر، محمد باقر، (آذر و دی ۱۳۸۹)، «ساختار بانک در جامعه اسلامی»، ترجمه سیدیحیی علوی، مجله اقتصادی، ماهنامه بررسی مسایل و سیاست‌های اقتصادی، شماره‌های ۹ و ۱۰، صص ۷۰-۵۵.
۱۲. عراقی، عزت‌الله، (۱۳۸۵)، «حقوق کار»، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.
۱۳. سالواتوره، دومینیک، (۱۳۸۹)، «ثئوری و مسایل اقتصاد خرد»، ترجمه حسن سبحانی، چاپ نهم، تهران: نشر نی.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، «قواعد عمومی قراردادها»، جلد سوم، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۵. کارنیک، اجیت، (۱۳۷۹)، «نظریه‌های دخالت دولت»، ترجمه محمدزمان رستمی، نشریه حوزه و دانشگاه، شماره ۲۳، صص ۱۴۰-۱۱۹.
۱۶. لطفی، حسن، (۱۳۹۱)، «مبانی نظری مداخله دولت در قراردادهای کار و مصرف»، رساله دکتری، دانشگاه تهران.
۱۷. متوسلی، محمود، (۱۳۸۹)، «مقدمه‌ای بر حقوق و اقتصاد»، تهران: انتشارات دانشکده امام صادق (ع).
۱۸. نمازی، حسین، (۱۳۸۶)، «نظام‌های اقتصادی»، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

١٩. Aghion, Philips,(١٩٩٠),“ *Legal Restrictions on Private Contract Can Enhance Efficiency?*” ,Journal of Law, Economics and Organization, vol.٢,pp.٣٨١-٤٠٩.
٢٠. Beals, Howard & Crawell, Richard & Slope, Steven C,(١٩٨١),“*Efficient Regulation of Consumer Information*”, Journal of Law and Economics, vol.٢٤, No.٣,PP.٤٩١-٥٩٣.
٢١. Chang, H.R,(٢٠٠٠)“ *A Liberal Theory of social Welfare: Fairness, Utility and the Pareto Principles*”, The Yale Law Journal, vol.١١٠, PP.١٧٣-٢٣٥.
٢٢. Kapolo, Louis & Shavell, Steven,(٢٠٠٣),“ *Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preference, and Distributive Justice*”, The Journal of Legal Studies, Vol.٣٢, No.١, PP.٣٣١-٣٤٢.
٢٣. Posner, Richard A,(١٩٩٨),“*Economic Analysis of Laws*”,٥th Edition, New Yourk, Aspen publisher.
٢٤. Rubin, Edward,(٢٠٠٠),“*Type of Contracts, Intervention of Law*”, Wayn Law Review, Vol.٤٥.
٢٥. Vranken, Martin,(٢٠٠٩),“*Death of Labour Law? Comparative Perspective*”, Melbourne University Press.
٢٦. Suff, Marnah,(٢٠٠٠),“*Essential Contract Law*”, Cavendish, London, Second Publication.
٢٧. L. Kauffman and E. Macdonald,(٢٠٠٤),“*The Law of Contract*”, ٥th edition, New Yourk, Oxford University Press.
٢٨. Oughton,David & Davis,Martin,(٢٠٠٠), “*source book on contract law*”, second edition, London, Covandish.
٢٩. Davies, Anne C.L,(٢٠٠٤),”*Perspectives on Labour Law*” ,Cambridge: Cambridge University Press.
٣٠. “*Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues paper*”, Law Commission, Reform the law, [٢٥ July ٢٠١٢], available at: <http://www.Law Commission. Justice. Gov. UK/ Consultation/ unfair-consumer-contracts-htm>.
٣١. “*OFT & CAA Guidance on the requirements of consumer law applicable to the sale and advertising of flight and holidays*”, [November ٢٠١٢], available at: http://www.ofst.gov.uk/shared_ofst/consultations/CAA-OFT/OFT-CAA-full.pdf.

١٥٨٩٨-٤/م