

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۷، شماره ۲

پاییز و زمستان ۱۳۹۵

صفحات ۶۹۳ تا ۷۲۳

نابرابری قدرت چانه‌زنی به‌عنوان مبنایی برای کنترل قرارداد

سکینه کرمی*

استادیار دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی - واحد تهران غرب

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۸/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۵/۲۵)

چکیده

تحولات گسترده اقتصادی و اجتماعی جوامع بشری در دو سده پیشین، در حوزه قراردادهای خصوصی نیز تأثیر گذاشته و به تدریج وضعیت از قرارداد بین برابرها، به رویارویی طرف‌های قوی و ضعیف در قراردادها تغییر یافته است. امروزه در بسیاری از قراردادها، به دلیل وجود نابرابری شدید در قدرت چانه‌زنی طرفین و سوءاستفاده طرف قوی از این قدرت، اصل آزادی قراردادها و قواعد سنتی حقوق قرارداد برای تأمین عدالت قراردادی کافی نیست و از این‌رو، اصلاح ابزار قرارداد برای اینکه دوباره بتواند به هدف عدالت خدمت نماید، ضروری است. در بسیاری از کشورها به‌ویژه کشورهای اروپایی سوءاستفاده از قدرت چانه‌زنی نابرابر، نخست با واکنش دادگاه‌ها روبرو شده است و آن‌ها با به‌کارگیری تکنیک‌های تفسیری و ابزارهای حداقلی موجود در قواعد عمومی قراردادها، به مقابله با تحمیل قراردادها و شروط ناعادلانه به طرف ضعیف پرداخته‌اند. سپس قانون‌گذاران برای حمایت از طرف ضعیف، آزادی قراردادی را در حوزه بسیاری از قراردادها به نفع عدالت قراردادی محدود ساخته‌اند. یکی از مهم‌ترین این مقررات که در نیم قرن اخیر وضع شده، مقررات حمایت از مصرف‌کننده است. در حقوق ایران با وجود پتانسیل نسبی در قواعد عمومی قراردادها، سابقه‌ای از کنترل قضایی قراردادهای منعقدشده در اثر سوءاستفاده از قدرت چانه‌زنی نابرابر یا شروط ناعادلانه در دست نیست و کنترل‌های تقنینی انجام‌شده نیز اغلب ناقص و ناکافی بوده است.

واژگان کلیدی

آزادی قراردادی، عدالت قراردادی، کنترل تقنینی، کنترل قضایی، نابرابری قدرت چانه‌زنی.

مقدمه

پیش‌فرض حقوق قراردادهای سنتی که علامت مشخصه آن شکوه و اقتدار اصل آزادی قراردادی است، برابری یا دست‌کم برابری نسبی طرفین قرارداد است. قواعد حاکم بر قراردادها در سده پیشین از جمله بر این پایه استوار بود که افراد ضمن اینکه در انتخاب طرف قرارداد آزاد بودند، این توانایی را داشتند که با توافق و تراضی محتوای قراردادهای خود را تعیین نمایند. از دیدگاه لیبرالیسم اقتصادی که سال‌ها بر عرصه قراردادهای خصوصی سایه افکنده بود، «در قرارداد، مشکل منطقی به نام عدالت ماهوی وجود ندارد، چراکه اصول آزادی قراردادی و موقعیت برابر طرف‌های مذاکره‌کننده به‌طور اتوماتیک تداعی‌گر یک قرارداد به لحاظ ماهوی منصفانه و برابر است» (Trager, 2008, p.2). در قرن هجدهم تحت سیطره مطلق مکاتب حاکمیت فرد، تلقی این‌گونه بود که در عرصه رقابت و مسابقه طرف‌ها برای دستیابی به نفع بیشتر که در زمان انعقاد قرارداد در جریان است، حقوق قرارداد صرفاً زمین‌بازی را فراهم و سعی می‌نماید قواعد بازی را به‌گونه‌ای منصفانه تعیین و تنظیم کند، اما در مسابقه قرارداد به‌منزله داوری بی‌طرف است. افراد که بنابه فرض از قابلیت و صلاحیت لازم برای حمایت از منافع خود برخوردارند، آزاد هستند تا با رعایت مرزهای ترسیم‌شده حقوق قرارداد، مفاد التزامات خود را تعیین کنند. بنابراین در صورتی که در فرایند انعقاد قرارداد، قواعد بازی شامل عدم اجبار و اکراه و حيله و تقلب و... رعایت شده باشد، نامتعادل یا غیرعادلانه بودن قرارداد منعقدشده، مبنای موجهی برای بی‌اعتباری یا کنار گذاردن قرارداد، نخواهد بود و قاضی موظف است آن را به‌نحوی که منعقد شده است، اجرا نماید.

اما تحولات اقتصادی و اجتماعی گوناگون از قبیل جنگ‌های جهانی، صنعتی شدن، توسعه روزافزون اقتصادی و ... به‌ویژه از نیمه قرن نوزدهم به‌تدریج واقعیت‌های عرصه قراردادها را تغییر داد؛ از جمله اینکه در بسیاری از حوزه‌ها دیگر خبری از طرف‌های برابر نبود، بلکه آنچه واقعیت داشت طرف‌های قوی و ضعیف بودند که در قرارداد رودرروی یکدیگر قرار می‌گرفتند. کارگران در مقابل کارفرمایان، مستأجران در برابر مالکان، وام‌گیرندگان در برابر بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، مصرف‌کنندگان نیازمند به کالاها و خدمات در برابر بنگاه‌های قدرتمند اقتصادی تولیدکننده یا فروشنده و... آزادی قراردادی که زمانی تصور می‌شد بهترین ابزار برای دستیابی به عدالت قراردادی است، به دلیل از بین رفتن مهم‌ترین پیش‌فرض آن، یعنی انتخاب آزاد و حاکمیت اراده طرف‌های برابر، به‌تدریج از عدالت فاصله گرفت. قراردادها بیشتر از آنچه انعکاس‌دهنده توافق و اعمال اراده آزاد طرفین باشند، نمایشگر اراده طرف قوی بودند که توانسته بود با بهره‌گیری از قدرت چانه‌زنی برتر خود، کفه ترازوی قرارداد را به سمت خود سنگین نماید.

در حقوق بیشتر کشورهای اروپایی این وضعیت ابتدا دادگاه‌ها را به واکنش واداشت و آن‌ها سعی کردند در آغاز با روش‌های پوشیده و پنهان و سپس آشکار و علنی، با انگیزه کمک به تأمین عدالت و انصاف، با قراردادهای نابرابری که نزد آن‌ها مطرح می‌شد، به مقابله برخیزند. اما سوءاستفاده از نابرابری سیستماتیک (در برابر موردی و اتفاقی) طرفین قرارداد، نیازمند کنترل عمومی گسترده و پیشگیرانه بود و امری نبود که از عهده دادگاه‌ها برآید. به همین دلیل، آن‌ها قانون‌گذاران را به مداخله طلبیدند و به تدریج در حوزه قراردادهایی که محل مواجهه ضعیف و قوی بود، مقررات لازم برای حمایت از طرف ضعیف تصویب گردید. کشور ما نیز هرچند از این قافله عقب نمانده و در حقوق موضوعه ما نیز قوانین و مقرراتی که حمایت از طرف ضعیف تنها انگیزه یا دست‌کم یکی از مهم‌ترین انگیزه‌های وضع آن‌ها بوده است، مصادیق فراوانی دارد (که از جمله مهم‌ترین آن‌ها قانون حمایت از مصرف‌کننده و قانون تسهیل رقابت و منع انحصار است)، در بسیاری از حوزه‌های موردنیاز که سوءاستفاده از قدرت چانه‌زنی نابرابر در آن‌ها شیوع فراوان دارد (مثل قراردادهای بیمه، بانکی و کنترل شروط ناعادلانه)، مقررات کنترل‌کننده و حمایتی لازم وضع نشده است. در خصوص کنترل قضایی نیز می‌توان گفت مدرک و سابقه‌ای از واکنش دادگاه‌ها به قراردادهای نامتعادل یا شروط ناعادلانه در دست نیست و این درحالی است که در کشور ما نیز به‌ویژه در قراردادهایی که بر اساس شروط استاندارد مؤسسه یا بنگاه اقتصادی منعقد می‌شوند، ضرورت مقابله با سوءاستفاده از قدرت چانه‌زنی نابرابر که اغلب به شکل درج شروط ناعادلانه اتفاق می‌افتد، کاملاً احساس می‌شود.

ما در این مقاله در صدد هستیم به تشریح حقوقی مفهوم نابرابری قدرت چانه‌زنی که موضوعی کمتر پرداخته شده در حقوق ایران است و تأثیر سوءاستفاده از این قدرت در ضرورت مداخله در قراردادهای خصوصی بپردازیم و ضمن بیان مختصر تجربه حقوق خارجی در این خصوص و شرح اجمالی وضعیت فعلی حقوق ایران، کاستی‌های حقوق داخلی را در این باره تبیین نماییم.

نابرابری قدرت چانه‌زنی

۱. مفهوم نابرابری قدرت چانه‌زنی

عموماً قدرت به این معناست که شخص توانایی این را داشته باشد که دیگری را وادار کند به نحوی عمل نماید که برآیند آن برای شخص نخست، مطلوب و مرجح باشد (Barnhizer, 2005, p.10). فردی که به لحاظ فیزیکی قوی است، به راحتی از شخصی که قدرت بدنی کمی دارد، آنچه را که می‌خواهد می‌گیرد. در کشمکش که میان ضعیف و قوی برای دستیابی به نفعی

بیشتر در می‌گیرد، بی‌گمان این قوی است که پیروز خواهد بود. این معادله در عرصه قرارداد نیز صادق است. طرف قوی قرارداد، اغلب این توانایی را دارد که قرارداد را به نفع خود شکل دهد و شرایط موردنظر خود را به طرف ضعیف تحمیل نماید. او با بهره‌گیری از قدرت چانه‌زنی برتر خود می‌تواند سهم بزرگتری از سود یا ارزش افزوده ناشی از قرارداد را به خود اختصاص دهد.

در خصوص اینکه عناصر تشکیل‌دهنده قدرت چانه‌زنی برتر چیست، دیدگاه‌های متفاوتی ارائه شده است. به اعتقاد برخی، قدرت نسبی طرفین قرارداد نسبت به یکدیگر با توجه به عواملی مانند عرضه و تقاضا، تمرکز بازار، اطلاعات شخصی، احتیاط و خودداری از ریسک و مهارت‌ها و استراتژی‌های مذاکره سنجیده می‌شود (Chio and Triantis, 2012, p.9). اما اغلب صاحب‌نظران موارد زیر را به‌عنوان معیارهای وجود یا نبود قدرت چانه‌زنی در نظر گرفته‌اند:

- ویژگی‌های طرفین قرارداد؛ مثل ثروت، اندازه (بزرگ بودن مؤسسه یا بنگاه اقتصادی)، برخورداری از زرنگی، اطلاعات و تحصیلات از یک سو، و وجود فقر، تحصیلات پایین، نبود اطلاعات و بی‌تجربگی از سوی دیگر.
- رفتار معامله‌گر؛ برای مثال استفاده از فرم‌های استاندارد
- نوع معامله؛ مثل وقتی که کالا از ضروریات زندگی است یا معامله کارگر و کارفرما که کارفرما به‌نوعی انتخاب‌های زیادی دارد، اما کارگر ندارد (Barnhizer, 2004, p.33).

۲. انواع نابرابری قدرت چانه‌زنی

در برخی موارد، نابرابری قدرت چانه‌زنی طرفین نشئت گرفته از این واقعیت است که یکی از طرفین معامله از وضعیت اقتصادی غالب یا مسلط برخوردار است؛ اما در موارد دیگر، نابرابری ناشی از قدرت فائق یک طرف، بلکه ناشی از ضعف طرف دیگر است.

۲.۱. نابرابری قدرت محور

در برخی موارد، نابرابری قدرت چانه‌زنی ناشی از قدرت برتر اقتصادی یکی از طرفین قرارداد است. «وضعیت اقتصادی مسلط وضعیتی در بازار است که در آن توانایی تعیین قیمت، مقدار عرضه یا تقاضای کالا یا خدمت یا شرایط قرارداد در اختیار یک یا چند شخص حقیقی و یا حقوقی قرار گیرد»^۱. بنگاه‌های اقتصادی زمانی در موقعیت غالب‌اند که قدرت و توانایی رفتار

۱. ماده ۱۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی.

مستقل را داشته باشند و این قدرت آن‌ها را در موقعیت عمل و اقدام بدون به‌حساب آوردن دیگر رقیبان، خریداران یا عرضه‌کنندگان قرار می‌دهد. این موقعیت زمانی فراهم می‌شود که بنگاه‌ها به دلیل داشتن سهم قابل توجهی از بازار یا سهم بازار همراه با دسترسی به دانش فنی مواد خام یا سرمایه، قدرت تعیین قیمت‌ها یا کنترل تولید و یا توزیع بخش مهمی از کالای موردنظر را دارند (عبدی‌پور، ۱۳۸۸، ص ۱۳۲).

انحصار که اقتصاددانان از آن به‌عنوان یکی از نقایص بازار یاد می‌کنند، مصداق بارز وضعیت اقتصادی مسلط است. بازارهای انحصاری شعاع تصمیم‌گیری فرد را محدود می‌کنند. در شرایطی که در مقابل متقاضیان متعدد محصول فقط یک تولیدکننده یا عرضه‌کننده در بازار وجود دارد، مصرف‌کننده حق انتخاب ندارد. او ناچار است محصول عرضه‌شده از سوی انحصارگر را که جز بر اساس قراردادی که به نفع خود تنظیم کرده است، حاضر به عرضه آن نیست، به قیمت و با شرایطی که وی تعیین می‌کند خریداری نماید.

فرایند ادغام شرکت‌ها یکی از عوامل مؤثر در شکل‌گیری انحصار است. بنگاه‌های اقتصادی اغلب با یکدیگر ادغام شده، تبدیل به شرکت‌های چندملیتی عظیم می‌شوند. این فعالان بزرگ بازار طی یک تبانی غیرآشکار اغلب شروط قراردادی مشابهی را ارائه می‌کنند. این وضعیت در ترکیب با اکراه اقتصادی و ضرورت دریافت کالاها و خدمات، عدم دسترسی یک طرف به بازار آزاد و رقابتی و وابستگی اقتصادی به انحصارگر، سبب می‌شود انحصارگر با بهره‌گیری از وضعیت اقتصادی مسلط خود نسبت به تحمیل قراردادهای نابرابر به طرف ضعیف قرارداد اقدام نماید. انحصار در آغاز فقط موجب افزایش قیمت می‌شود، اما اگر مصرف‌کنندگان بدانند قیمت به دلیل انحصاری بودن قیمت‌های انحصارگر بالاست، او ممکن است انگیزه داشته باشد به‌جای قیمت بالا، شروط قراردادی ناعادلانه را بر مصرف‌کننده تحمیل کند و به‌جای قیمت انحصاری، قیمت سرجمع و کلی معامله را بالا ببرد. به این ترتیب، انحصارگر می‌تواند به‌راحتی و بدون تقبل هیچ هزینه‌ای، هم از طریق قیمت بالا و هم شروط قراردادی که به نفع خود در قرارداد گنجانده است، مصرف‌کنندگان را استثمار کند (Craswell, 1994, p.5-8). نظام‌های حقوقی از دیرباز به تأثیر انحصار در برهم خوردن تعادل قرارداد توجه داشته‌اند. شاید بتوان یکی از نمونه‌های بارز نخستین تلاش‌های سیستم حقوقی برای مقابله با انحصار موقعیتی را قواعد مربوط به منع ربا^۱ دانست؛ جایی که یک طرف از اضطرار طرف دیگر برای کسب منافع سوءاستفاده می‌کند که در صورت نبود شرایط انحصار قادر به تحصیل آن نمی‌شد. در دو سده

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص قواعد منع ربا، ر.ک. از جمله موسوی بجنوردی، سید محمد، مبحث ربا، فصلنامه متین، شماره ۸ و باقری محمود و ابراهیمی، مریم، مطالعه تطبیقی منع ربا در حقوق کشورهای اسلامی و کشورهای اروپایی، دوفصلنامه علمی- پژوهشی دانش حقوق مدنی، دوره ۱، شماره ۲، ص ۳۹۱.

اخیر، یکی از موارد بارز مداخله حقوقی دولت‌ها از طریق وضع قواعد آمره، انحصارها بوده‌اند.

۲.۲. نابرابری ضعف‌محور

در برخی موارد، نابرابری قدرت چانه‌زنی بیشتر از اینکه ناشی از قدرت فائق یک طرف باشد، ناشی از ضعف مفرط طرف دیگر است. برای مثال، کارگر در صورت عدم اشتغال به کار قادر به تأمین مخارج زندگی خود نیست و ناگزیر از پذیرش شرایط کارفرمایی است که نه برای به‌دست آوردن امکانات اولیه زندگی، بلکه برای تحصیل سود بیشتر اقدام به تأسیس کارخانه یا راه‌اندازی کسب و کار نموده است. همچنین او در هر زمان می‌تواند شمار زیادی از افرادی را که داوطلب کار در کارخانه هستند داشته باشد؛ در صورتی که برای کارگران فرصت‌های متعدد اشتغال معمولاً در دسترس نیست. به این ترتیب، ضعف ناشی از ضرورت داشتن شغل، قدرت چانه‌زنی کارگر را در قرارداد کار کاهش می‌دهد.

همچنین قدرت چانه‌زنی مصرف‌کننده‌ای که برای تأمین کالاها و خدمات ضروری، مثل آب، برق، گاز و تلفن قرارداد می‌بندد، با ارائه‌کننده این خدمات قابل مقایسه نیست؛ چراکه شخص اخیر می‌تواند به راحتی از عقد قرارداد انصراف دهد، اما مصرف‌کننده نمی‌تواند از تأمین کالاهایی که برای زندگی او ضرورت دارد، صرف نظر کند؛ بنابراین باید در نهایت شرایطی را که شرکت‌های عرضه‌کننده کالاها و خدمات ضروری برای قرارداد فروش پیشنهاد می‌کنند، بپذیرد. معیار وجود یا نبود قدرت چانه‌زنی در موارد ضرورت، وجود معامله جایگزین است و انصراف از قرارداد، اگرچه جایگزینی برای عقد قرارداد نامتعادل است، اما چون جایگزین معاملی نیست، از این لحاظ بی‌ارزش است. مثالی که در حقوق قراردادهای سنتی از نبود قدرت چانه‌زنی ناشی از ضرورت زده می‌شود، قراردادهای مربوط به نجات کشتی است. در زمانی که کشتی در حال غرق شدن به خدمات نجات نیازمند است، مالک یا ناخدای کشتی یا باید بهای مطالبه‌شده برای نجات کشتی را بپذیرد و یا اجازه دهد که کشتی غرق شود. در اینجا ضعف چانه‌زنی ناشی از این است که معامله جایگزین دیگری غیر از معامله پیشنهادی برای او متصور نیست و باید بین حالت انصراف از کالا یا خدمت ضروری یا معامله پیشنهادی، یکی را انتخاب کند.

نوع دیگری از ضعف که قدرت چانه‌زنی فرد را کاهش می‌دهد، نبود اطلاعات است. در این موارد آنچه طرف قرارداد را در موضع ضعف قرار می‌دهد، این است که در خصوص کالا یا خدمت، کیفیت، قیمت، شرایط معامله و طبیعت تعهد هیچ‌گونه اطلاعاتی ندارد. معمولاً علم و آگاهی خریدار یا مصرف‌کننده در خصوص کالا یا خدمت مورد معامله با فروشنده یا تأمین‌کننده کالا و خدمت قابل مقایسه نیست؛ مصرف‌کننده نوعاً کمتر از فروشنده و

تولیدکننده در خصوص محصول و ریسک‌های معامله می‌داند و این نبود اطلاعات چه‌بسا سبب شود که قرارداد به ضرر منافع واقعی طرف محروم از اطلاعات منعقد شود. همچنین خریدار در حوزه قرارداد نیز اطلاعات کافی ندارد؛ برخلاف فروشنده که فروش، حرفه یا کار همیشگی اوست و تجربه، اطلاعات و دانش کافی را در خصوص شروط قرارداد -که معمولاً به ابتکار خود او و با استفاده از خدمات تخصصی وکلای مجرب در قرارداد درج شده است- دارد، خریدار به‌طور معمول از دلالت‌ها و مفهوم شروط قرارداد نیز آگاه نیست. تحقیقات در خصوص رفتار اقتصادی نشان می‌دهد که مصرف‌کنندگان اطلاعات لازم را برای درک و پردازش شروط قراردادهای استاندارد ندارند و نوعاً شمار محدودی از ویژگی‌های قرارداد را قیمت‌گذاری می‌کنند و اکثریت آن‌ها روی ویژگی‌های واحدی تمرکز دارند؛ امری که به استفاده‌کننده شروط استاندارد مجال می‌دهد که به نحو فرصت‌طلبانه‌ای، شروط یک‌جانبه را در ویژگی‌های کمتر برجسته قرارداد وارد کند (Schafer, 2009, p.10). درحالی که «اگر فرد قادر به ارزیابی آثار حقوقی برخی شروط قراردادی نباشد، نه‌تنها قرارداد درواقع علیه اراده واقعی او منعقد شده است، بلکه برای استثمار به‌وسیله طرف دیگر آسیب‌پذیرتر شده است» (Zhou, 2010, p.31). شرایط بازار به نحوی است که کسب اطلاعات برای طرف محروم از اطلاعات به سهولت امکان‌پذیر نیست و چه‌بسا که هزینه آن مساوی یا بیشتر از منفعی باشد که در صورت داشتن اطلاعات عاید او می‌شد. بنابراین از آنجا که کسب اطلاعات مناسب هزینه‌بر و گاهی غیرممکن است، موقعیت‌هایی که در آن‌ها معاملات بر مبنای اطلاعات بسیار ناقص انجام می‌شود، زیاد است.

ضرورت کنترل قرارداد (محدود نمودن آزادی قراردادی) بر مبنای

نابرابری قدرت چانه‌زنی

اصل آزادی قراردادی بر این پیش‌فرض استوار است که طرفین قرارداد از لحاظ قدرت اقتصادی، تجربه و مهارت، آگاهی و تحصیلات و ... در وضعیت نسبتاً برابری قرار دارند و این تعادل موقعیت‌های واقعی یا قدرت چانه‌زنی برابر طرف‌های رقیب، می‌تواند تعادل موقعیت حقوقی آنان را تضمین نماید؛ چراکه بنابه فرض هر طرف در معامله توانایی حمایت از منافع خود را دارد.

حقوق قراردادی که در سده‌های هفدهم، هجدهم و نوزدهم توسعه یافت، واکنشی بود به فضای اقتصادی که در آن تجار کوچک و پیشه‌وران برای جلب مشتریان رقابت می‌کردند و محتوای قراردادها به‌طور دوستانه بین طرفین با قدرت چانه‌زنی عمدتاً برابر مذاکره می‌شد. در

این فضا هر طرف توانایی مذاکره در خصوص شروط و حمایت از منافع خودش در داد و ستد را در اختیار داشت و قرارداد نهایی مذاکره شده به این شیوه می توانست تلاقی واقعی اراده‌ها را نشان دهد. ولی امروزه دیگر طرف‌های برابر وجود ندارند و این فرض حقوق، که قرارداد از چانه‌زنی واقعی طرفینی که آزادی انتخاب و توانایی مذاکره متمر ثمر را دارند، ناشی شده است و دیگر واقع‌گرایانه نیست (Dimatteo, 1998-1999, p.287).

تحولات اجتماعی و اقتصادی گوناگونی که به تدریج در جوامع روی داد، بازارها را دگرگون کرد؛ صنعتی شدن جوامع، از یک سو به شکل‌گیری قطب‌های عظیم اقتصادی، تولیدکنندگان و کارخانه‌داران بزرگ، عرضه‌کنندگان انحصاری، شرکت‌ها، مراکز و مؤسسات بزرگ تجاری و بنگاه‌های حمل و نقل با تشکیلات و فعالیتی فراگیر و ثروت و قدرت فراوان، و از سوی دیگر تشکیل طبقاتی مانند کارگران، مستأجران، وام‌گیرندگان، مصرف‌کنندگان و دیگر اقشار ضعیف و آسیب‌پذیر انجامید. این عدم تعادل و نابرابری در موقعیت اقتصادی و اجتماعی، بی‌تردید در محتوای قراردادهای منعقد شده میان این گروه‌ها تأثیرگذار بوده است. در جوامع فعلی بدون برابری اقتصادی واقعی، آزادی قراردادی فقط می‌تواند به استثمار و بی‌عدالتی منجر شود و «اینکه اقویا و ضعفا به‌طور منصفانه بر سر عدالت به توافق می‌رسند، خیال بسیار خوشبینانه‌ای است» (توسلی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۲). تئوری مدرن اقتصادی نیز دریافته که ایدئال دادوستد آزاد، با دشواری‌های اخلاقی درهم پیچیده شده است؛ به این دلیل که افراد با بهره‌مندی متفاوت از امکانات مادی و فرصت‌ها وارد قرارداد می‌شوند و اصل آزادی قراردادی اجرای هر قراردادی را تضمین می‌کند؛ هرچند که وضعیت اولیه طرفین معامله و در پی آن، برابری معامله نابرابر باشد (Nathanthal, 1988, p.22). بنابراین «نادیده گرفتن مفهوم قدرت چانه‌زنی، مخرب مشروعیت قرارداد به‌عنوان مکانیسمی برای تنظیم ترتیبات خصوصی است» (Barnhizer, 2005, p.2).

تأکید بر نابرابری قدرت چانه‌زنی در حقوق قراردادهای مدرن به این معنا نیست که در اعصار گذشته قرارداد بین طرفین با قدرت چانه‌زنی نابرابر مصداق نداشته است؛ قرارداد بین نابرابرها همواره وجود داشته است، لیکن آنچه امروزه این واقعیت را به‌عنوان سست‌کننده پایه‌های آزادی قراردادی مطرح می‌کند، نابرابری سیستماتیک (در برابر موردی و اتفاقی) و همیشگی طرفین قراردادها است که حقوق قراردادهای سنتی برای مبارزه با آن ابزاری ندارد. برای مثال، گروه مصرف‌کنندگان نوعاً و همواره در قرارداد با بنگاه اقتصادی تولیدکننده یا عرضه‌کننده در موقعیت ضعف قرار دارند.

حقوق قراردادهای سنتی با تأکید مفرطش بر بی‌طرفی در اصل در صدد بوده است، به عدالت خدمت کند و بی‌طرف ماندن حقوق در صحنه مسابقه قرارداد انعکاس‌دهنده اجرای عادلانه‌ترین روشی بوده است که یک داور می‌تواند پیش‌گیرد. اما در شرایط موجود و در

جوامع فعلی، بی‌طرفانه عمل کردن منصفانه‌ترین روش برای اقدام نیست. یکی از حقوق‌دانان برای ملموس‌تر نمودن اینکه بی‌طرفی همواره نمی‌تواند عادلانه باشد، نزاع بین دو کودک را مثال می‌زند که چگونه بی‌طرفی پدر، به بچه‌ای که از لحاظ فیزیکی قوی‌تر است، اجازه غالب شدن می‌دهد (Kimel, 2001, p.473-4). در قرارداد میان نابرابرها، عدالت ایجاب می‌کند حقوق برای جلوگیری از وقوع ظلم و استثمار در عرصه بازی قرارداد، بی‌طرفی و دگم بودن در اجرای بی‌چون‌وچرای قرارداد را رها کند و به نفع ایجاد عدالت و برابری وارد عمل شود. به این ترتیب، اعمال محدودیت‌های جدید بر آزادی قراردادی که در واقع آزادی طرف قوی است، توجیه می‌شود.

علمای حقوق با مقدمه قراردادن اینکه آزادی قراردادی و اصول بازار از انعکاس نیازها و منافع واقعی اجتماعی قاصرند و تفاوت‌های سیستماتیک قدرت معاملی را به حساب نمی‌آورند، استدلال نموده‌اند، از آنجا که حقوق مخالف این است که یک طرف قرارداد به‌واسطه قدرت معاملی برتر خود یا ضعف طرف دیگر، از او مزایای غیرمنصفانه اخذ کند (Koffman and Macdonald, 2004, p.454)، دادگاه‌ها و قانون‌گذاران باید درجایی که نابرابری‌ها قدرت چانه‌زنی شروط قراردادی را ایجاد می‌کند که به لحاظ اجتماعی غیرقابل قبول هستند، به نفع طرف ضعیف در قرارداد مداخله نمایند (Reiter, 1981, p.366-367).

همچنین نباید از نظر دور بماند که قرارداد اعتبار ذاتی ندارد، بلکه صرفاً وسیله و ابزاری در راه رسیدن به هدف دادوستد عادلانه است. پس اگر زمانی وسیله از دستیابی به هدف قاصر شود، اصلاح آن به نحوی که بار دیگر بتواند دستیابی به هدف عدالت را تسهیل نماید، ضرورت دارد. بنابراین در واکنش به قراردادهایی که به جای اینکه تضمینی برای آزادی باشند، ابزاری برای نوعی ظلم هستند، محدود نمودن آزادی قراردادی و وضع مقررات لازم برای حمایت از طرف ضعیف، جلوگیری از سوءاستفاده از نابرابری قدرت چانه‌زنی و برقراری مجدد تعادل و برابری در قراردادها ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است.

صف مقدم این واکنش و اقدام علی‌القاعده، دادگاه‌ها هستند که با موارد واقعی و عملی سوءاستفاده از نابرابری قدرت چانه‌زنی در قراردادها مواجه می‌شوند. بررسی سابقه اعمال محدودیت‌های جدید بر آزادی قراردادی نیز نشان می‌دهد که دادگاه‌ها پیش‌گام مقابله با قراردادهای نابرابر بوده‌اند و مداخله و واکنش آن‌ها به تدریج زمینه‌ساز مداخله قانون‌گذاران و کنترل تقنینی گردیده است. البته بدیهی است که مبنای حقوقی که مداخله دادگاهی بر اساس آن توجیه می‌شود و نیز حدود مداخله در حقوق کشورهای مختلف متفاوت خواهد بود و قضات هر کشور باید با توجه به اصول، قواعد و ویژگی‌های حقوق آن کشور، شیوه حقوقی قابل قبولی برای حمایت لازم و کافی از طرف ضعیف بیابند.

در این بخش در تبیین تجربه حقوق خارجی در خصوص محدود نمودن آزادی قراردادی بر مبنای نابرابری قدرت چانه‌زنی، به حقوق کشورهای انگلیس، فرانسه و آلمان خواهیم پرداخت و به‌طور اجمالی رویکرد دادگاه‌ها در این سه کشور در خصوص موضوع را بررسی خواهیم نمود. در پایان نیز در مقام مقایسه، نگاهی اجمالی به وضعیت کنترل قضایی بر مبنای نابرابری قدرت چانه‌زنی در حقوق ایران خواهیم داشت.

۱. کنترل قضایی

مطالعه رویه قضایی کشورهای انگلستان، فرانسه و آلمان پیش از آغاز دوره وضع مقررات قانونی، نشان می‌دهد که دادگاه‌ها با کنترل پنهان و سپس آشکار قراردادهای یا شروطی که آن‌ها را شدیداً ناعادلانه می‌یافتند، پیش‌گام و راهنمای قانون‌گذاران خود بوده‌اند. کنترل قضایی ابتدا پوشیده و پنهانی بود، اما به تدریج زمانی فرا رسید که دادگاه‌ها از استناد آشکار به ناعادلانه بودن به‌عنوان مبنایی برای بی‌اعتباری قرارداد ابایی نداشتند.

۱.۱. کنترل پنهان

دادگاه‌ها در ابتدای امر در واکنش به سوءاستفاده از قدرت چانه‌زنی نابرابر در قراردادهای سعی می‌کردند با به‌کارگیری تکنیک‌های تفسیری و بدون نادیده گرفتن آشکار اصل آزادی قراردادی، طرف ضعیف را از قید تعهد یا قرارداد زیان‌بار برهانند. مداخله دادگاهی ضمن آنکه مواظب بود به اصلاح یا تغییر موضوعات و تعهدات اصلی قرارداد، قیمت، اجرت و... نینجامد - چراکه این به‌منزله نوشتن قرارداد برای طرفین و ناقض صریح اصل یادشده است - در صدد بود از قواعد عمومی قراردادهای و دفاع‌ها و دکتترین‌هایی مثل اکراه، اعمال نفوذ ناروا، درج، غبن، حيله و تقلب، تدلیس و عوض برای مقابله با قراردادهای نامتعادل بهره‌گیرد.

استفاده از قواعد یادشده که به‌عنوان ابزار پوشاننده نیت واقعی دادگاه‌ها (در کنترل ماهیت) به کار گرفته شده بود، به مدد جادویی به نام تفسیر میسر شده است؛ هنری که امکان داده است، انگیزه واقعی مداخله در قرارداد مستور بماند (Trebilcock, 1993, p.241-3). در حقوق انگلستان حتی یک تحلیل سطحی دکتترین‌هایی نظیر عوض، درج شروط، اعمال نفوذ ناروا و اشتباه نشان می‌دهد که پشت نمای ظاهری «دست زدن به قرارداد، موقوف» که دادگاه‌ها مدعی‌اند قضاوتشان را بر پایه آن بنا نهاده‌اند، اکراه آشکار دادگاه‌ها به تجویز استعمار دیگران به‌وسیله قرارداد نهفته است (Atiyah, 1995, p.282-296).

در کامن‌لا «یکی از مکانیسم‌های اصلی که برای همه انواع قرارداد و نسبت به همه شروط

قراردادی قابل اعمال بوده و پیش از آغاز دوره کنترل‌های تقنینی، برای اعمال مقداری کنترل روی شروط غیرمنصفانه به‌کار گرفته شده است، توسعه و تفسیر اصل رضایت در قراردادها بوده است» (Twig & Flessner, 2006-2007, p.2). برای مثال، از دیرباز بسیاری از قضات انگلیسی تلاش کرده‌اند با استفاده از دکترین اکراه، با شکل‌های اولیه انحصار مبارزه نمایند (Trebilcock, 1996, p.355). اکراه اقتصادی که دادگاه‌های کامن‌لا مفهوم آن را بر پایه فشار غیرقانونی اقتصادی که دربردارنده اعمال زور است، تثبیت کرده‌اند، نشان‌دهنده توسعه دکترین اکراه برای پوشاندن موقعیت‌هایی است که در آن‌ها فشار اقتصادی شدید بر یکی از طرف‌ها تحمیل شده است و جایی روی می‌دهد که قرارداد در پی تهدید حیات اقتصادی یا مالی یکی از طرف‌ها، به نحو غیرمنصفانه شکل گرفته یا تغییر یافته باشد (Mulcahy, 2008, p.144).

همچنین در حقوق انگلیس قاعده درج شروط در قرارداد (incorporation) برای مقابله با شروط سلب‌کننده یا محدودکننده مسئولیت به‌کار گرفته شده و در هر مورد از غفلت واقعی ذهنی به محتویات اسناد قراردادی، بر اساس تکنیک فقدان رضایت واقعی به شرط، اعطای جبران را امکان‌پذیر ساخته است (Waddams, 1976, p.182-3).

در فرانسه ضمن اینکه کاربرد وسیع و موردی نظریه عیوب رضا امکان نسبی برای جبران موارد سوءاستفاده را اعطا کرد (سیملر، ۱۳۷۷، ۲۴۳)، مقررات قانون مدنی به‌ویژه در خصوص فریب و حيله برای کنترل پنهان ماهیت به‌کار گرفته شد. «دادگاه‌ها در عمل به شخصی که از قرارداد زیان دیده، اجازه می‌دادند که قرارداد را تحت عنوان فریب یا حيله رد کند. طرف قرارداد در صورتی فریبکار قلمداد می‌شود که از پیری بیش‌ازحد، بیماری، بی‌تجربگی، جوانی یا آسیب‌پذیری طرف دیگر سوءاستفاده کرده باشد، بدون اینکه به او زمانی برای ملاحظه و بررسی بدهد یا به او پیشنهاد کند که با خانواده‌اش یا یک حقوق‌دان مشورت کند. [همچنین در صورتی فریبکار قلمداد می‌شود که] دامنه قرارداد را محدود جلوه دهد یا مخفی کند» (Kotz, 1992, p.132).

همچنین دادگاه‌های فرانسوی در تلاش برای گستراندن سطح حمایت از برخی طرف‌های ضعیف، صداقت را به‌عنوان ابزاری برای تحمیل ارائه اطلاعات پیش‌قراردادی از سوی طرف مطلع و به‌عنوان وسیله‌ای برای بازتثبیت مقداری تعادل بین طرفین به‌کار برده‌اند؛ تعهدی که اگر انجام نشود، با ضمانت اجرای موجود برای «حيله» مواجه می‌گردد (Kenny, Devenney and Fox, 2010, p.77). رویه قضایی فرانسه با اتکا به تعهد پیش‌قراردادی افشا، به این پرسش که آیا صرف سکوت می‌تواند نیرنگ نامیده شود، پاسخ مثبت داده که بی‌شک اصلی‌ترین منشأ اعلام وجود چنین تعهدی نابرابری طرفین بوده است (Harris and Talon, 1989, p.153). همچنین رویه قضایی در خصوص تئوری علت و اصل تناسب، نشان‌دهنده این است که کنترل

به ظاهر شکلی از طریق تئوری علت برای تحمیل حداقلی از تقابل در قراردادهای دوطرفه به کار رفته است (Bell and Boyron, 2007, p.319).

یکی دیگر از تکنیک‌ها و قواعد تفسیری که در بیشتر کشورهای اروپایی برای کنترل ماهوی شروط ناعادلانه قراردادی به کار گرفته شده، قاعده تفسیر علیه نویسنده (contra proferentem) است. هم دادگاه‌های کامن‌لا و هم دادگاه‌های فرانسوی و آلمانی شروط غیرقابل فهم یا ناخوانا را - اعم از اینکه در اسناد امضاشده یا امضانشده آمده باشند - به ضرر پیشنهاددهنده یا نویسنده شروط تفسیر نموده‌اند؛ با این توجیه که طرف قرارداد از آن آگاه نبوده که به آن رضایت داده است و به این ترتیب به دلیل تحقق نیافتن تراضی واقعی در خصوص شرط، آن را غیرقابل اجرا اعلام کرده‌اند.

۲.۱. کنترل آشکار

تاریخ تحول رویه قضایی کشورهای اروپایی در خصوص واکنش در برابر ناعادلانه بودن قراردادها، نشان می‌دهد که به تدریج دوره‌ای فرا رسید که در آن دادگاه‌ها لازم نمی‌دیدند مداخله برای کاستن از بی‌عدالتی در قراردادها را پشت تفسیرها و قواعد و دکترین‌های موجود پنهان کنند، بلکه در بسیاری از موارد به ناعادلانه بودن شرط یا قرارداد به‌عنوان مبنایی برای مقابله با آن به صراحت اشاره نموده‌اند. در اینجا شیوه کنترل آشکار در رویه قضایی کشورهای انگلیس، فرانسه و آلمان به اجمال بررسی می‌شود:

الف) حقوق انگلیس. در حقوق انگلیس به‌کارگیری دکترین برخلاف وجدان بودن (unconscionability) و خلق دکترین نابرابری قدرت چانه‌زنی (inequality of bargaining power)، مصادیق بارز کنترل آشکار قراردادها در موارد سوءاستفاده از قدرت چانه‌زنی برتر می‌باشد.

۱. برخلاف وجدان بودن. ظالمانه و برخلاف وجدان بودن که ریشه در رویه دادگاه‌های انصاف دارد، ورود آشکار یک مفهوم اخلاقی مبتنی بر دلالت‌های عدالت و التزامات وجدان را به دنیای حقوق نشان می‌دهد؛ مفهومی که دادگاه را قادر می‌سازد اجرای قراردادی را که به‌طور جدی یک طرفه، فراتر از حد، استثمار و یا به نحوی آشکارا غیرمنصفانه است، نپذیرد (Shifrin, 2000, p.205). این دکترین در حقوق امریکا موارد استناد فراوان داشته است و سرانجام در قانون متحدالشکل تجاری امریکا درج گردید.^۱ اما دادگاه‌های انگلیسی به دلیل این

۱. برابر ماده 2-302 این قانون «اگر دادگاه به‌عنوان امر حکمی قرارداد یا هر شرطی از آن را در زمان ایجاد، برخلاف وجدان تشخیص دهد، می‌تواند از اجرای قرارداد امتناع کند یا باقی‌مانده قرارداد را بدون شرط

نگرانی که مبادا با اعمال چنین دکترینی از اعتماد و اطمینان در فضای حقوق قرارداد کاسته شود، در استناد به این مفهوم نتوانسته‌اند به اندازه دادگاه‌های امریکایی پیشروی کنند (Treitel, 1978, p.320). اما باین حال در سده‌های پیشین و قبل از آغاز دوره مداخلات تقنینی، در موارد خاص، دکترین یادشده برای مقابله با آثار قدرت چانه‌زنی نابرابر در قراردادها به‌کار گرفته شده است.

یکی از ارکان لازم برای اثبات اینکه قرارداد یا شرط آن ظالمانه و برخلاف وجدان است، نابرابری قدرت چانه‌زنی است. تئوری‌هایی که هدف حقوق قرارداد را توسعه و نگه‌داشتن توزیع‌های تساوی‌گرایانه می‌دانند، برخلاف وجدان بودن را به‌عنوان اثر قدرت چانه‌زنی نابرابر می‌شناسند و روی برجسته کردن ساختار اجتماعی که چنین نابرابری‌هایی را ایجاد می‌کند، تمرکز نموده، اصولی حقوقی را که آثار آن‌ها را تعدیل نماید، طراحی می‌کنند. بر اساس این تئوری‌ها، در موارد جلوگیری از اجرای قرارداد بر مبنای برخلاف وجدان بودن، موضوع بررسی دادگاه این است که آیا ضعف در فرایند چانه‌زنی به قرارداد ماهیتاً غیرمنصفانه‌ای منتج شده است یا نه (Waddams, 2010, p82-83). پرونده‌هایی همچون فروش دارایی از سوی وارث متوقع، جریمه‌ها (توان دادن زمین در قراردادهای رهن)^۱، شرط‌های کیفری (penalty clauses) و در موارد جدیدتر شروط محدودکننده تجارت^۲، نمونه‌هایی از کنترل قضایی

ظالمانه اجرا کند یا اعمال شرط برخلاف وجدان را آنچنان محدود کند که از هر نتیجه ظالمانه‌ای اجتناب گردد»

۱. پرونده *Vernon v. Bethell* یکی از نمونه‌های کنترل قرارداد رهن به استناد ظالمانه بودن آن است. در این پرونده قاضی گفت: «دادگاه به‌عنوان یک دادگاه وجدان نسبت به اشخاصی که برای یک قرض تضمین‌های متعدد می‌گیرند و آن را تبدیل به قرارداد خرید می‌کنند، احساس انزجار می‌کند و بنابراین من آن را به‌عنوان یک قاعده تثبیت‌شده تلقی می‌کنم که یک مرتهن هرگز نمی‌تواند در زمان ایجاد قرض، رویداد یا شرطی را پیش‌بینی کند که بر اساس آن حق بازخرید از بین برود و انتقال مطلق گردد. در این قاعده برای افراد مضطرب که اگر دقیق صحبت کنیم افراد آزاد نیستند، اما در واکنش به تنگنای موجود به هر شرطی که فرد زرنگ بر آن‌ها تحمیل می‌کند، تسلیم می‌شوند، منطق و عدالت بزرگی وجود دارد» (Waddams, S.M., 1976, volume 39, no.4, The Modern Law Review, p.370).

۲. پرونده «Schroder» علیه شرکت موسیقی «macaulay» به‌عنوان مصدافی از کنترل شروط محدودکننده تجارت به استناد برخلاف وجدان بودن قابل ذکر است. در این پرونده یک نویسنده جوان و گمنام آهنگ، قراردادی با یک شرکت نشر موزیک منعقد کرده بود که به‌موجب یکی از شروط آن، وی حقوق معنوی مربوط به همه آهنگ‌هایی را که نوشته بود برای ۵ سال در برابر مبلغ معینی به‌عنوان حق لیسانس یا روبالتی روی هریک از آهنگ‌های او که پخش شود، به شرکت ناشر منتقل کرده بود. اگر میزان حق لیسانس دریافتی از ۵۰۰ دلار می‌گذشت، شرط به‌طور اتوماتیک قابل تمدید بود. نویسنده آهنگ برخلاف شرکت موزیک حق

قراردادها به استناد قاعدهٔ برخلاف وجدان بودن است که نابرابری قدرت چانه‌زنی وجه مشترک آن‌هاست.

۲. نابرابری قدرت چانه‌زنی. دکترین نابرابری قدرت چانه‌زنی را نخستین بار قاضی لرد دنینگ (Denning) در پروندهٔ بانک لیویدس (Lloyds) علیه باندی (Bundy) به‌عنوان یک قاعدهٔ عمومی برای قراردادها مطرح کرد (Nathan Thal, Ibid, p. 17). لرد دنینگ در این پرونده در تلاش برای پل زدن میان خلأ ماهوی بین حقوق و انصاف با ارائهٔ قاعده‌ای کلی، گفت: «با جمع کردن همهٔ راه‌های متفاوتی که به‌واسطهٔ آن حقوق انگلیس از طرف ضعیف‌تر در مقابل معاملهٔ زیان‌بار حمایت کرده است، روی هم‌رفته به نظر من در سراسر این مثال‌ها رفتاری واحد جریان دارد. آن‌ها [قضات] به نابرابری قدرت چانه‌زنی تکیه می‌کنند که به‌واسطهٔ آن حقوق انگلستان به کسی جبران اعطا می‌کند که بدون دریافت مشورت مستقل به قراردادی با شرایط بسیار ناعادلانه وارد شده است، یا اموال را در برابر عوضی که شدیداً ناکافی است انتقال داده، زمانی که قدرت چانه‌زنی او به علت نیازها یا امیالش یا به دلیل غفلت یا ضعف او- که با اعمال فشار ناروا یا با اجباری که به‌وسیلهٔ طرف دیگر یا به نفع طرف دیگر وارد آمده است همراه شده- به شدت آسیب دیده است» (Koffman and Macdonald, 2004, P.454).

دنینگ دکترینی را استنتاج کرد که معتقد بود همهٔ قراردادها با آن می‌توانند قضاوت شوند؛ به‌جای نیاز به مستند کردن بی‌عدالتی یا غیرمنصفانه بودن به شکل یکی از لنگرگاه‌ها و پناهگاه‌های انصافی امن، دادگاه به هر شخصی که به قرارداد غیرمنصفانه‌ای داخل شود که در آن یک نابرابری قدرت چانه‌زنی مهم وجود داشته باشد، جبران اعطا خواهد کرد. حقوق قرارداد بدین‌سان نقش یک «برابرکنندهٔ بزرگ» را ایفا می‌نماید (Dimmateo, Ibid, p.340). بر مبنای دکترین نابرابری قدرت چانه‌زنی، قرارداد در مواردی می‌تواند کنار گذاشته شود که ۱. به شدت نامتعادل یا شروط آن آشکارا غیرمنصفانه باشد. ۲. قدرت چانه‌زنی به شدت نابرابر باشد. ۳. طرف قوی از ضعف چانه‌زنی طرف ضعیف برای تحمیل قرارداد یا شرط غیرمنصفانه بهره‌گیری نموده یا از نفوذ و تأثیری که بر او دارد استفادهٔ ناروا کرده باشد.

دستهٔ نخست از قراردادهایی که با استناد به دکترین یادشده کنترل شده‌اند، مواردی است که یکی از طرفین در شرایط غفلت از ارزش واقعی مال یا ماهیت تعهد مد نظر بوده است. برای مثال در پروندهٔ مشهور فرای (Fry) علیه لن (Lane) که معامله تحت تأثیر غفلت و ناآگاهی

خاتمه دادن به قرارداد را نیز نداشت، او علیه شرکت ناشر به این عنوان که قراردادش با وی ظالمانه است، شکایت کرد. قاضی لرد دیپلاک گفت آنچه باید بررسی شود قدرت چانه‌زنی نسبی طرفین است و تصمیم‌گیری در خصوص اینکه آیا ناشر قدرت چانه‌زنی برتر خود را برای به‌دست آوردن تعهداتی که به‌نحو غیرمنصفانه‌ای برای خواننده سنگین و گزاف بوده، به‌کار برده است.

فروشنده، شدیداً به ضرر او منعقد شده بود، تأکید شد که «در شرایطی که نابرابری فاحش قدرت چانه‌زنی وجود دارد، بار اثبات اینکه خرید، منصفانه و درست و معقول باشد، برعهده خریدار است» (Kenny, Devenney and Fox, Ibid, p.33). در این قسم پرونده‌ها، جبران بر این فرض پایه‌گذاری شده است که طرف‌های معامله‌کننده در شرایط برابری قرار ندارند^۱.

دسته دوم از موارد استناد دکتربین، به‌وضوح در پرونده‌های دریانوردی و سایر موارد ضرورت (necessity) دیده می‌شود. تعداد زیادی از پرونده‌های دریانوردی که در آن‌ها قراردادهای بر اساس تقاضاهای غیرمعمول مطرح شده است، برای نجات منعقد شده‌اند و بر اساس دکتربین نابرابری قدرت چانه‌زنی مورد قضاوت قرار گرفت و قراردادهای این‌چنینی کنار گذاشته شد یا از اجرای آن جلوگیری به‌عمل آمد (Beale, 2013, no.7-48).

دسته سوم از مواردی که از سوی دکتربین حمایت شده، مواردی است که بین طرفین قرارداد نوعی رابطه اعتماد برقرار است و طرف قوی از این اعتماد سوءاستفاده می‌کند. پرونده بانک لیویدس علیه بانندی مصداق بارز چنین مواردی است^۲.

۱. نمونه جدیدتر چنین پرونده‌هایی پرونده خانم کرسول (cresswell) علیه آقای پوتر (potter) است که خواهان کارمند اداره پست بود و از آقای پوتر جدا شده بود. طی قراردادی با آقای پوتر، خانم کرسول در برابر او متعهد شده بود که سهام خود در خانه مربوط به عروسی را در برابر رهایی از مسئولیت ناشی از رهن به او انتقال دهد. اما دیون خانه در مقابل ارزش سهم او از خانه بسیار کم بود و بنابراین، معامله فریبکارانه به‌نظر می‌رسید. دو سال بعد آقای پوتر دارایی را به ۳۳۵۰ دلار فروخت و ۱۴۰۰ دلار سود برد. خانم کرسول ادعا کرد نصف این سود باید به او داده شود، چراکه آقای پوتر از ضعف او آن‌چنان بهره برده که رضایت او را به قرارداد باطل می‌کند و او از این نظر آسیب‌پذیر بوده است؛ زیرا او معادل جدید شخص «فقیر و ناآگاه» است که در پرونده «fry v lane» به‌کار رفته است. قاضی meggary گفت: فرض اول از الزامات غیرحصری پرونده یادشده، بیچاره و آسیب‌پذیر بودن است؛ دومی این است که فروش به‌نحو قابل‌توجهی زیر قیمت انجام شده است؛ و سومی اینکه آیا مشورت مستقلی در کار بوده است؟ چون خانم کرسول یک تلفنچی اداره پست بوده و به اقشار کم‌درآمد جامعه تعلق داشته و از طرفی نوع شغل او به شکلی نیست که بتوان توقع داشت به امور مربوط به معاملات املاک آگاه باشد؛ پس شرط اول در خصوص او مهیاست و شرط دوم نیز وجود دارد. در بررسی شرط سوم قاضی گفت که این شرط نیز حاضر است، چراکه در یک سوی آقای پوتر، مشاور حقوقی‌اش و مأمور کارشناسی ایستاده است و در سوی دیگر خانم کرسول به‌تنهایی؛ بنابراین به او حق ابطال قرارداد داده شد (Hugh Collins, the law of Contract, Cambridge University Press, Jul 2003, p.147):

۲. در این پرونده، پیرمرد کشاورزی به نام بانندی که خود و پسرش سال‌ها مشتری بانک لیویدس بوده‌اند، بدهی شرکت پسرش از بانک یادشده را با تنها داراییش که مزرعه وی بود، تضمین کرد. مدیر بانک وقتی که برای مذاکره با بانندی در خصوص اخذ تضمین به ملاقات وی رفته بود، برای بانندی توضیح نداد که شرکت در دردسر مالی جدی قرار دارد. زمانی که شرکت پول را پرداخت نکرد، بانک مزرعه را توقیف کرد. لرد دنینگ گفت که این قرارداد قابل ابطال است؛ به دلیل وضعیت معاملی نابرابری که بانندی در آن قرار داشت و به علت اینکه ارتباط میان بانندی و بانک بر اساس نوعی اعتماد برقرار شده بود و بانک با اینکه می‌دانست بانندی از

هرچند لرد دیننگ در تلاش برای تثبیت دکترین نابرابری قدرت چانه‌زنی به‌عنوان دکترین عمومی و قابل اعمال در تمام قراردادهای موفق نبود (Guest, 1984, p.249)، دکترین یادشده با مورد استناد قرار گرفتن در موارد خاص، نقش مهمی در توسعه رویه قضایی انگلستان در حوزه کنترل قراردادهای ناعادلانه داشته است.

ب) حقوق آلمان. در حقوق آلمان مفهوم نظم عمومی (به‌ویژه بند ۲ ماده ۱۳۸ قانون مدنی) و اصل حسن‌نیت برای کنترل آشکار ماهیت به‌کار رفته است.

۱. نظم عمومی. دادگاه‌های آلمانی در واکنش به شرایط جدید ایجادشده در اثر تحولات اقتصادی و اجتماعی ناشی از جنگ‌های جهانی، با به‌کارگیری بند ۲ ماده ۱۳۸ قانون مدنی به‌عنوان ابزاری برای سوءاستفاده از قدرت چانه‌زنی، خلاقیت قابل توجهی را به‌نمایش گذارده‌اند. به‌موجب این مقرر: «به‌ویژه معامله‌ای باطل است که به‌وسیله آن شخص با بهره‌گیری از ضعف، بی‌تجربگی، فقدان قضاوت صحیح یا ضعف قابل ملاحظه اراده شخص دیگر که از سوی خود او یا شخص ثالثی ایجاد شده است، در مبادله یک اجرا، متعهدله واقع شده یا مزایای نقدی به‌دست آورده که به نحو آشکار با اجرا نامتناسب باشد»^۱. این مقرر در موارد متعددی برای حمایت از طرف ضعیف و کنترل قراردادهای نابرابر به‌کار رفته است. بر اساس رویه دادگاه عالی فدرال در امور مدنی (دیوان کشور سابق)، بهره‌گیری از انحصار بازار به‌موجب مقرر یادشده موجب بطلان شرط استاندارد است (Schafer, and Leyens, 2009, p.22). در برخی قراردادهای شرط محدودکننده مسئولیت متصدی حمل با این عنوان که متصدی حمل از امتیاز انحصاری خود سوءاستفاده کرده و به استانداردهای اخلاقی مردمی که فکر آن‌ها عادلانه و منصفانه است، تعدی نموده، با استناد به این بند باطل اعلام شده است. به اعتقاد دادگاه چنین شرطی که مسئولیت ناشی از قصور متصدی حمل را استثنا می‌کند، صرفاً در صورتی که از یک توافق آزادانه مذاکره‌شده، منتج شده باشد، نافذ است (March, 1993, p.301).

اهمیت موضوع بهره‌گیری از انحصار در اعلام بی‌اعتباری شروط قراردادهای استاندارد مورد استفاده تجار و بنگاه‌های اقتصادی از سوی دادگاه عالی فدرال، به حدی است که تفاوت میان

پیشنهاد او تأثیر می‌گیرد، بدون اینکه باندی را به أخذ مشاوره مستقل دلالت نماید، از اعتماد وی برای متقاعد کردن به ضمانتی که صددرصد به ضرر او و به نفع بانک بود، بهره‌برداری کرده است (Slayton, Philip, the Unequal Bargain Doctrine: Lord Denning in *Liyoyds bank v. Bandy*, McGill Law Journal: 1976, pp:94-101).

1. "(2) In particular, a legal transaction is void by which a person, by exploiting the predicament, Inexperience, lack of sound judgment or considerable weakness of will of another, causes himself or a third party, in exchange for an act of performance, to be promised or granted pecuniary advantages which are clearly disproportionate to the performance."

قراردادهای مصرف و تجاری در حقوق آلمان تا حد زیادی ریشه در رویهٔ این دادگاه در خصوص موضوع بهره‌گیری از انحصار در استثمار طرف ضعیف دارد (Schafer, and Leyens, Ibid, p.22). بند ۲ مادهٔ ۱۳۸ همچنین برای کنترل شروط استثنائکنندهٔ مسئولیت، کمک به حل مشکلات ناشی از روابط کارگر و کارفرما و نیز مقابله با شروط ناعادلانه در قراردادهای بین مؤلف و ناشر که حاوی شروطی به نفع ناشر و به ضرر مؤلف بوده، به‌کار رفته است (Angelo & Pellingner, 1992, p.484-493). در بسیاری از مواردی که طرف قوی قرارداد از بی‌تجربگی طرف ضعیف برای تحمیل قراردادی ناعادلانه سوءاستفاده کرده بود، دادگاه‌های آلمانی با تمسک به بند ۲ مادهٔ ۱۳۸، جبرانی مانند آنچه به استناد برخلاف وجدان بودن در حقوق انگلیس در دسترس است، اعطا نموده‌اند (March, Ibid, p.291).

۲. **حسن‌نیت.** ابزار دیگری که دادگاه‌های آلمانی برای مقابلهٔ آشکار با سوءاستفاده از قدرت چانه‌زنی در قراردادها به‌کار گرفته‌اند، اصل حسن‌نیت است. مادهٔ ۲۴۲ قانون مدنی آلمان که بیانگر ضرورت اجرای توأم با حسن‌نیت قراردادها است، برای مداخله در روابط قراردادی به‌منظور مانع شدن از بی‌عدالتی شدید به‌کار رفته و به‌ویژه یکی از مستمسک‌های قانونی برای اعمال کنترل ماهوی آشکار، شروط ناعادلانه از جمله شروط استاندارد تجارت بوده است (عابدیان، ۱۳۸۶-۱۳۸۷، ص ۸). از نیمه‌های قرن بیستم دادگاه‌های آلمانی بر اساس مادهٔ ۲۴۲، قابلیت اجرای شروط استاندارد را با ارجاع به محتوای آن‌ها کنترل نمودند (Angelo & Pellingner, ibid, p.394). دادگاه‌ها هم‌سو با نویسندگان دانشگاهی بر این عقیده بودند، در یک قرارداد استاندارد که از سوی یک طرف بر طرف دیگر تحمیل می‌شود، آزادی قراردادی واقعی وجود ندارد. شروط قراردادی تأثیر خود را از اختیار خصوصی طرفین می‌گیرند، نه فقط از پیشنهاد آن از جانب یک طرف، بنابراین شرایط قرارداد استاندارد فرم اگر مخالف اصل حسن‌نیت باشد، باید بی‌اثر اعلام شود (March, ibid, p.302). دیوان عالی کشور نیز کنترل شروط را به تجاوز به اصل حسن‌نیت توسعه داده و بر مشروعیت ضعیف شروط استاندارد یک‌طرفه از منظر استقلال فردی تأکید کرده است (Schafer, and Leyens, Ibid, p.22). مورد دیگر از استناد دادگاه‌ها به اصل حسن‌نیت برای منع اجرای شروط استاندارد ناعادلانه، مربوط به شرایط و مقررات عمومی بانک‌های آلمانی است که مسئولیت را برای ارجاع‌های بانکی غیردقیق و اطلاعات غیردقیق در خصوص سرمایه‌گذاری، سلب می‌نمود. در این خصوص رأی داده شد که اگر بانک یک ارجاع غیردقیق داشته باشد یا مشاورهٔ نادرست دهد که از آن مزیت مستقیم یا غیرمستقیمی عایدش گردد، از آنجا که شرط استثنا منع می‌شود (Angelo & Pellingner, ibid, p.844). رویهٔ قضایی افزون بر به‌کارگیری اصل حسن‌نیت در موارد پیش‌گفته، اجرای نادرست حقوق و سوءاستفاده از آن‌ها را نیز به استناد مادهٔ ۲۴۲، منع و ساختارهای

یک طرفه‌ای را که سبب عدم تعادل مهم در حقوق طرفین می‌شود، به‌عنوان سوءاستفاده از حقوق و بنابراین، مغایر با حسن‌نیت و نیز غیرمجاز توصیف کرده است (Trager, Ibid, p.9).

ج) حقوق فرانسه. در فرانسه سال ۱۹۰۹م، سالی (Salailles)، حقوق‌دان مدنی فرانسوی، تئوری قراردادهای الحاقی را توسعه داد و چهار ویژگی برای این قراردادها برشمرد:

- نابرابری عمیق اقتصادی بین طرفین؛
- ایجاب به‌طور عمومی داده شده و نه برای یک فرد؛
- قرارداد از سوی طرفی که قدرت اقتصادی دارد به شکلی استاندارد فراهم شده است و در همه موارد مربوط بدون مذاکره به‌کار می‌رود؛
- قرارداد به‌شدت به شکل تکنیکی بیان شده، به‌نحوی که برای فرد غیرحرفه‌ای فهمیدن معنای آن دشوار است و شرایط قرارداد چنان است که صرفاً به نفع تشکیلاتی است که قرارداد را فراهم آورده است.

سالی گفت، قرارداد الحاقی یک قرارداد واقعی نیست؛ چراکه یک توافق درست را بین اراده‌های طرفین قرارداد نشان نمی‌دهد، بلکه نتیجه اراده یک‌جانبه طرفی که آن را ایجاد کرده و الحاق طرف دیگر به آن است. بنابراین، چنین قراردادی «قانون طرفین» مندرج در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی نیست و «قصد مشترک طرفین» که برابر ماده ۱۱۵۶ در زمان تفسیر قرارداد جستجو می‌شود، وجود ندارد. فقط قانون و قصد طرفی که قرارداد را فراهم کرده است موجود است. با وجود چنین تحلیل‌هایی، کنترل آشکار ماهیت قرارداد از سوی دادگاه‌های فرانسوی صرفاً در مواردی اندکی روی داده است و در اغلب موارد دیوان کشور دادگاه‌ها را ملزم کرد که همان قواعدی را که برای قراردادهای ناشی از مذاکره آزاد استفاده می‌کنند، برای قراردادهای الحاقی هم به‌کار برند (March, Ibid, P.298).

از جمله مواردی که به‌عنوان مصادیق کنترل آشکار ماهیت از سوی دادگاه‌های فرانسوی قابل شمارش است، کنترل شروط استثنانکننده یا محدودکننده مسئولیت است (Trager, Ibid, p.5). مبنایی که دادگاه‌ها برای اعمال کنترل بر این دسته شروط استفاده کردند، مفهوم نظم عمومی است. قضات فرانسوی از دیرباز بدون وجود مقررۀ خاص قانونی در این خصوص شروط استثنانکننده و محدودکننده مسئولیت در موارد مسئولیت ناشی از ایراد آسیب‌های جسمانی، و موارد عمد و تقصیر سنگین را به دلیل مخالفت با نظم عمومی باطل می‌دانستند (ایزانلو، ۱۳۹۰، ص ۱۶-۱۷). این قاعده که شرط عدم مسئولیت در موارد تقصیر سنگین قابل استناد نیست، در قراردادهای فروش فراوان به‌کار رفته است. قضات به‌عنوان یک امر حکمی، فروشندگان حرفه‌ای را به عیوب کالایی که می‌فروشند، آگاه فرض می‌کنند. بنابراین، شرطی که فروشنده را از مسئولیت ناشی از عیوب مخفی معاف می‌کند، اگرچه در اصل معتبر است، چنانچه قاضی امر

موضوعی قصور فروشنده در عدم آگاهی از عیب کالا را «تقصیر سنگین» توصیف نماید، غیرمعتبر تلقی می‌شود (March, Ibid, P.298). یک فروشنده حرفه‌ای صرفاً در زمانی که در حال معامله با یک حرفه‌ای از نوع خاص خود است، می‌تواند مسئولیت خود را برای عیوب مخفی محدود کند. به این ترتیب، «فرض قانونی غیرقابل انکار شناخت عیوب مخفی به‌وسیله متخصصان مانع از اعتبار شروط رافع مسئولیت گردید» (سیملر، همان، ص 243).

در برخی موارد خاص، استناد و تمسک به اصل حسن‌نیت نیز برای مقابله با شروط سلب یا محدودکننده مسئولیت مصداق داشته است. برای مثال در خصوص بی‌اعتباری شروطی که متعهد را از مسئولیت در موارد تدلیس تبرئه می‌کند، به موضوع لزوم اجرای باحسن‌نیت قراردادهای نیز استناد شده است. رویه قضایی، زمانی که انجام نشدن تعهد نتیجه تدلیس بوده است، اعمال شروطی را که مدیون را از مسئولیت محدود یا معاف می‌کند نپذیرفته است. همچنین دادگاه‌ها در پاره‌ای از موارد بر این اساس که قراردادهای باید با حسن‌نیت اجرا شوند، سلب مسئولیت برای انجام نشدن تعهدات قراردادی اساسی را مردود اعلام کرده (March, Ibid, p.294-298) و تأکید نموده‌اند که «تعهدات قراردادی اساسی را نمی‌توان به‌وسیله مقررات قراردادی استثنا نمود» (Trager, Ibid, p.5).

۲. کنترل قضایی در ایران

در قانون مدنی ایران برخی از قواعد عمومی قراردادهای، از جمله مقررات مربوط به اهمیت عنصر رضایت در قراردادهای و نیز موانع نفوذ تراضی و عیوب اراده بالقوه، قابلیت این را دارند که برای کنترل قراردادهایی که انعکاس‌دهنده سوءاستفاده از قدرت چانه‌زنی برتر است، به‌کار گرفته شوند. از مواردی که در نظریات حقوق‌دانان به‌عنوان مبنای حقوقی در این خصوص مطرح شده است، موضوع سوءاستفاده از اضطرار است. هرچند به حکم ماده ۲۰۶ قانون مدنی، معامله اضطراری صحیح است، اما بسیاری از حقوق‌دانان حکم سوءاستفاده از اضطرار طرف معامله را به ماده یادشده ملحق ندانسته، برآن‌اند که قاعده عدل و انصاف - که در حقوق ما به‌عنوان یک منبع مستقل برای احکام حقوقی مطرح نشده، ولی بسیاری از قوانین، مبتنی بر آن بوده و روح کلی این قاعده در سرتاسر مسائل حقوقی حکم‌فرما است - اقتضا می‌کند در موارد سوءاستفاده از اضطرار، مضطر باید حق مراجعه به دادگاه برای رفع این بی‌عدالتی را داشته باشد. به بیان یکی از حقوق‌دانان: «نباید گفت که این معامله اضطراری نافذ است و کسی که این همه خسارت دیده است، باید برخلاف موازین عدل و انصاف، آن را تحمل کند. کسانی که برای تحمل این بی‌عدالتی دست به آیه «اوفوا بالعقود» می‌زنند و طرفین عقد را مکلف به وفای به قرارداد می‌دانند، از آیه دیگر غفلت کرده‌اند که گفته است: «ان الله یأمر بالعدل و الاحسان». خداوند

همچنان که امر می‌کند طرفین یک قرارداد پای‌بند عقد باشند، نیز امر می‌کند که در همان قرارداد پای‌بند عدل و احسان باشند نه این‌که عقود ولو ظالمانه هم باشد، پای‌بند آن باشند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳، ص ۷۹). در حوزه اقتصاد اسلامی حتی برخی از علما معامله‌ای را که طی آن طرف قرارداد از شرایط اضطراری طرف دیگر سوءاستفاده کرده و قرارداد غیرعادلانه‌ای بر وی تحمیل نموده است، نسبت به طرف سوءاستفاده کننده، نامشروع ناعادلانه و حرام می‌دانند.^۱

علمای حقوق در این راستا همچنین استدلال نموده‌اند که مبنای اصلی اعتبار و نفوذ معاملات اضطراری که تعداد آن‌ها در زندگی روزمره افراد بسیار زیاد است، اصل ثبات و پایداری قراردادها و مصالح عمومی جامعه است. اما درجایی که متعامل با سوءنیت می‌خواهد از شرایط اضطراری پیش‌آمده یا خود پیش‌آورده بهره‌برداری ناروا کند، مصلحت حفظ نظام قراردادی و ثبات معاملات با مصلحت مهم‌تری - یعنی مصلحت حفظ عدالت و جلوگیری از تجاوز اشخاص به یکدیگر - تعارض پیدا می‌کند و در مقابله دو مصلحت، مصلحت دوم چون به نظم عمومی مربوط می‌شود، مقدم است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۵۱۵). حتی برخی از حقوق‌دانان سوءاستفاده از اضطرار را به موارد اکراه ملحق و اعمال قواعد عیوب اراده را پیشنهاد نموده‌اند: «در تحقق اکراه هیچ تفاوتی نمی‌کند که وسیله تهدید را اکراه‌کننده به وجود آورد یا اوضاع و احوال خارجی و رویدادهای اجتماعی و طبیعی. آن چه اهمیت دارد جلوگیری از آثار تهدید است نه زمینه‌ساز آن. پس، اگر شخص از وضع موجود نیز حربه‌ای برای تهدید بسازد، عنصر مادی اکراه را ایجاد می‌کند، هر چند در تحقق وضع اضطراری دخالت نداشته باشد» (همان، ص ۵۱۱). اما با وجود چنین تحلیل‌هایی در سطح دکترین، در عمل یافتن مصادیقی خاص از موارد استناد دادگاه‌ها به سوءاستفاده از اضطرار برای مقابله با قراردادها یا شروط ناعادلانه دشوار است. مبنای حقوقی دیگری که پتانسیل لازم برای مورد استناد واقع شدن از سوی دادگاه‌ها در موارد سوءاستفاده از قدرت معاملی برتر و تحمیل قراردادها و شروط ظالمانه را دارد، مفهوم نظم عمومی است. در حقوق ما نظم عمومی منبع مستقلی برای محدود نمودن آزادی قراردادی است و ضرورتی ندارد که تمام قواعد و الزامات آن به شکل قانون آمره درآمده باشد. ماده ۹۷۵ تصریح می‌نماید که قضاات نمی‌توانند قراردادهای خلاف نظم عمومی را به اجرا گذارند. از آنجا که

۱. به بیان ایشان: «یک وقت هست که دیگری از اضطرار سوءاستفاده می‌کند. هر چند از نظر فروشنده عمل جایزی صورت گرفته اما از نظر خریدار عمل نامشروع و حرامی صورت گرفته است و چاره اجتماعی آن این نیست که عمل راسا حرام باشد حتی برای فروشنده بلکه باید گفت اجتماع مکلف است خانه را به قیمت عادلانه بخرد و یا اینکه معامله دارای دو جنبه است از یک جنبه صحیح و از جنبه دیگر باطل و حرام و نامشروع است» (مطهری، مرتضی، نظری به نظام اقتصادی اسلام، چاپ اول، انتشارات صدرا، ۱۳۶۸، ص ۲۱۸).

یکی از شاخه‌ها و ابعاد نظم عمومی، نظم عمومی اقتصادی است، هنر رویه قضایی می‌توانست این باشد که سوءاستفاده از موقعیت اقتصادی برتر و تحمیل شروط ناعادلانه و گزاف بر طرف ضعیف قرارداد را برخلاف نظم عمومی اقتصادی تلقی نماید. اما متأسفانه با وجود مقررۀ یادشده در قانون مدنی ما و رویه دادگاه‌های کشورهایی مثل فرانسه در این خصوص (که از مفهوم نظم عمومی برای مبارزه علیه قراردادهایی که طرف قوی با سوءاستفاده از موقعیت خود بر طرف ضعیف تحمیل می‌کند، استفاده نموده‌اند)، اندیشه پیش‌گفته نزد دادگاه‌های ایرانی طرف‌دار ندارد و بررسی مجموعه‌های آرای منتشرشده نشان می‌دهد که در عمل یافتن موردی که قضات به استناد برخلاف نظم عمومی بودن شرط ناعادلانه‌ای را از اجرا محروم کرده باشند، دشوار است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۲۳)؛ هرچند که در سطح علمای حقوق و حقوق‌دانان مواردی از استناد به نظم عمومی برای بطلان شروط ناعادلانه قابل شمارش است:

برخی از استادان حقوق، به تأسی از حقوق فرانسه شرط عدم مسئولیت در خصوص ارتکاب تقصیر سنگین و همچنین شرط عدم مسئولیت درباره آسیب‌ها و لطمات وارد به انسان را به استناد نظم عمومی باطل دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۷۲۳). برخی دیگر از پژوهشگران، برای مقابله با شرط کاهش مسئولیت به نظم عمومی حمایتی متوسل شده‌اند (ایزابلو، همان، ص ۷۵).

همچنین به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان، در صورتی که وجه التزام مقرر از مصادیق ماده ۹۷۵ قانون مدنی باشد، دادگاه می‌تواند به استناد مخالفت شرط با نظم عمومی و اخلاق حسنه مبلغ وجه التزام را تعدیل کند (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ص ۱۹۱) یا در خصوص شرط عدم تجارت گفته شده است، اصل بر بطلان این شرط است؛ از جمله به این دلیل که خلاف منافع و مصلحت جامعه و یا نظم عمومی است (شهیدی و باریکلو، ۱۳۸۱، ص ۲۰).

مبنای دیگری که برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه قراردادی که از مهم‌ترین مصادیق سوءاستفاده از قدرت چانه‌زنی نابرابر است، پیشنهاد شده است، قاعده لاضرر است. برخی از حقوق‌دانان ابراز عقیده نموده‌اند که در خصوص شروطی که طرفین قوی قراردادها به طرفین ضعیف با سوءاستفاده از وضعیت برتر و توان تخصصی و اقتصادی خود تحمیل می‌کنند، می‌توان با استناد به قاعده «لاضرر» حکم به لزوم وفای به شرط را منتفی دانست (کریمی، ۱۳۸۱، ص ۸۲)، که این تحلیل نیز در عدم اعمال و اجرا از سوی دادگاه‌ها از موارد پیش‌گفته مستثنا نیست.

افزون بر مبانی حقوقی یادشده، ابزار دیگری که دادگاه‌ها بالقوه برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد در اختیار دارند، شیوه‌ها و تکنیک‌های تفسیری است. تکنیک‌های تفسیری مثل تفسیر

مضیق شروط استثنا، تفسیر به نفع متعهد، تفسیر به ضرر نویسنده یا پیشنهاددهنده قرارداد^۱ می‌تواند به‌ویژه در مواجهه با قراردادهای استانداردها و الحاقی ابزاری مفید برای حمایت از طرف ضعیف ارائه دهد. همچنین با توجه به اهمیت عنصر رضایت در قراردادها و تأکید مقررات قانون مدنی و نیز منابع فقهی بر تأثیر فقدان آن در قراردادها، دادگاه‌ها می‌توانند در مواردی که به هر دلیل، طرف ضعیف نسبت به وجود یا ماهیت شروط مندرج در قرارداد استاندارد آگاهی لازم را ندارد، وجود رضایت به شرط را منتفی دانسته، در نتیجه طرف ضعیف را به شرط یادشده ملزم ندانند.

هرچند که تمسک به هریک از راه‌حل‌های یادشده نمی‌تواند مصون از نقد و اشکال باشد، نباید از نظر دور بماند که گام برداشتن در حوزه کنترل آزادی قراردادی همواره نیازمند انعطاف و اندکی جسارت است. دادگاه‌های ما باید به جای انفعال و تمسک سرسختانه به متون قانونی و بعضاً قدیمی و دورمانده از نیازها و واقعیت‌های جدید، در صدد یافتن راه‌حلی برای مشکل سوءاستفاده از قدرت چانه‌زنی برتر در عرصه قراردادها باشند.

اگر در جستجوی علت انفعال دادگاه‌ها در کنترل قضایی قراردادهای نابرابر یا شروط ناعادلانه بر آییم، در می‌یابیم که یکی از علل آن این است که نظریات و تئوری‌هایی که حامی تقدس قرارداد و اعتبار مطلق اصل آزادی قراردادی هستند و به‌ویژه با استناد به ظواهر نصوص اسلامی، با اساس ایده محدود نمودن این آزادی به دلایل جدید غیرمذکور در نص، مخالف‌اند، در ذهن قضات ما بر تفکرهای مصلحت‌جویانه و عدالت‌طلبانه برتری دارند. عامل دیگری که می‌توان برای انجام نشدن کنترل قضایی قراردادهای منعقدشده در اثر سوءاستفاده از قدرت معاملی برتر و به‌ویژه مهم‌ترین مصداق آن، یعنی درج شروط غیرعادلانه، برشمرد، غلبه صورت‌گرایی و تقید به قانون در اندیشه قضات است. دادگاه‌های ایران عمدتاً مجری و تابع قانون بوده‌اند و خود را فارغ از قضاوت در خصوص قانون و رأی دادن بر اساس ملاحظات دیگر، از جمله نتایج عادلانه، دانسته‌اند. به قول زنده‌یاد دکتر کاتوزیان، قضات ما شرم دارند به عدالت استناد کنند. درحالی که به اعتقاد ایشان که پرچم‌دار گذار از صورت‌گرایی در استدلال قضایی و لزوم در نظر داشتن مقتضیات عدالت و انصاف از سوی دادگاه‌ها در مقام صدور رأی بوده‌اند^۲،

۱. البته در خصوص پذیرش تکنیک تفسیری تفسیر به زیان تنظیم‌کننده، موضع حقوق ایران چندان روشن نیست. برای مطالعه در خصوص دیدگاه حقوق ایران ر.ک. از جمله شریفی، سید الهام‌الدین و حاتمی، حسن، قاعده تقدم تفسیر به زیان متعهدله و یا تنظیم‌کننده، مجله نامه مفید، شماره ۷۰، ۱۳۸۷.

۲. این ایده هم در قضاوت‌های ایشان در دوره‌ای که قاضی بودند و هم بعدها در آثار و سخنرانی‌های ایشان انعکاس یافته است؛ از جمله در کتاب‌های فلسفه حقوق به‌ویژه جلد سوم، گویاتر از گفتارها، گامی به سوی عدالت و مقالات تفسیر قرارداد و نقد قانون‌گرایی افراطی منتشره در شماره‌های ۷ و ۴۹ مجله دانشکده حقوق و علوم

«قاضی فقط مأمور اجرای قانون نیست، مأمور ایستادگی در مقابل ظلم و تجاوز به عدالت هم هست» (کاتوزیان، ۱۳۸۷ الف، ص ۱۷). ایشان با تأکید بر اینکه شیوه تفسیری که قاضی در خصوص قراردادها اتخاذ می‌کند، نباید فقط در جستجوی احراز قصد مشترک طرفین باشد، بلکه باید درعین حال عوامل دیگر و دستیابی به نتیجه عادلانه را نیز مد نظر داشته باشد، قراردادهای الحاقی را مثال می‌زنند که تفسیر خاصی را ایجاب می‌کند؛ از جمله اعمال این اصل پذیرفته شده در دنیا را که شروط مبهم در این قراردادها باید علیه طرفی که قرارداد را نوشته و ارائه نموده است، تفسیر شود و اشاره می‌کنند که قضات ما نیز ناچارند چنین روشی را به کار برند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۸۶). برخی پژوهشگران وضعیت موجود در نظام حقوقی ایران را کشمکش میان اندیشه صورت‌گرا و مقید به قانون از یک سو و اندیشه مدافع منطق خطایی و نتیجه‌محور که منطق و استدلال را در پای نتیجه مطلوب و عادلانه قربانی می‌کند از سوی دیگر، تلقی کرده‌اند (الشریف، ۱۳۸۶، ص ۳۲). هرچند به دلیل برخی تلاش‌ها در سطح دکترین و بروز مخالفت‌ها با صورت‌گرایی و تأکید بر گذار از ستایش قرارداد به سوی اداره آن، هر روز کفه ترازو به سمت جبهه مخالفان صورت‌گرایی تمایل بیشتری می‌یابد. درنهایت باید امیدوار بود که شیوه‌های به کار برده شده در حقوق خارجی و نیز راه‌حل‌های مطرح‌شده از سوی حقوق‌دانان در رویه قضایی رسوخ نموده، عملیاتی شود.

کنترل تقنینی

قانون‌گذاری هم مثل تصمیمات قضایی انعکاس‌دهنده نیازهای جامعه است. زوال تدریجی ایدئال آزادی قراردادی که تحولات اقتصادی، سیاسی و اجتماعی مختلف زمینه‌ساز آن بود و تغییرات اساسی در شکل و شیوه انعقاد قرارداد که ویژگی اساسی آن قرار گرفتن طرف ضعیف در برابر طرف قوی بود، فرایندی است که پایه‌های تفکر لزوم دخالت دولت‌ها در قراردادهای خصوصی و وارد نمودن محدودیت‌های جدید بر آزادی قراردادی طی آن شکل گرفت و پس از نزدیک به صد سال به محدود شدن رسمی و آشکار این آزادی در بسیاری از مسائل و جایگزینی مقررات دولتی به جای قرارداد آزاد انجامید (kimel, 2001, p.474).

از آنجا که مداخله دادگاهی برای مقابله با نابرابری و عدم تعادل سیستماتیک در عرصه قراردادها کافی نبود، دادگاه‌ها قانون‌گذاران را به واکنش فرا خواندند. دولت به تدریج به نام حفظ حقوق عمومی، حمایت از طرف‌های ضعیف در قراردادها و برآوردن اهداف جامعه، اصل آزادی اراده را در قراردادها محدود نمود (طجرلو، ۱۳۸۷، ص ۱۹۳).

در اغلب کشورهای غربی از آغاز قرن بیستم رفته‌رفته دوره وضع مقررات تنظیم‌کننده در حوزه قراردادهایی که سوءاستفاده از قدرت چانه‌زنی نابرابر در آنها بیشتر اتفاق می‌افتد، آغاز گردید و قواعد آمره متعددی در حوزه قرارداد کار، اجاره، وام، حمل و نقل، بیمه و .. تصویب شد. در دهه ۱۹۷۰ میلادی، با اوج‌گیری حمایت همه‌جانبه از حقوق مصرف‌کنندگان در سطح اتحادیه اروپا، در اغلب کشورهای غربی قوانینی برای حمایت از مصرف‌کننده تصویب گردید. انگلستان در سال ۱۹۷۷م قانون شروط غیرمنصفانه قراردادی^۱ را تصویب نمود که رسالت و موضوع اصلی آن کنترل شروط استثنایکننده یا سلب‌کننده مسئولیت بود. در فرانسه در سال ۱۹۷۸م قانون مصرف تصویب شد و قانون‌گذار آلمانی در سال ۱۹۷۶م قانون شروط استاندارد تجارت (AGBG) standard contract terms act وضع نمود. قوانین حمایت از مصرف‌کننده یکی از مهم‌ترین مصادیق کنترل تقنینی قراردادهای بر مبنای قدرت چانه‌زنی نابرابر (به‌ویژه با مد نظر قراردادن گستره این قراردادها) می‌باشد؛ چراکه مصادیق واژه مصرف‌کننده تقریباً با واژه شهروند برابر است. این قوانین حمایتی که اغلب قانون‌گذاران توسعه دسترسی به عدالت را به‌عنوان برجسته‌ترین هدف آنها به‌شمار آورده‌اند (Rickett and Tefler, 2001, p.1)، در کنار سایر حمایت‌ها از مصرف‌کننده، نظیر تضمین‌ها و تکلیف فروشنده به ارائه اطلاعات، حاوی محدودیت ماهوی در خصوص ماهیت شروط توافق‌شده در قراردادهای مصرف‌کننده؛ به این نحو که درج برخی شروط را که نسبت به مصرف‌کننده غیرمنصفانه تلقی می‌شوند، منع کرده‌اند.

اتحادیه اروپا نیز که در تلاش خود برای ایجاد و تثبیت بازار داخلی یکپارچه، حمایت همه‌جانبه از مصرف‌کنندگان موجود در این بازار از جمله حمایت آنان در برابر شروط ناعادلانه را ضروری دیده بود، بعد از حدود دو دهه تلاش برای وضع قانون در این زمینه، در نهایت در ۵ آوریل ۱۹۹۳ دستورالعمل ۹۳/۱۳ را در خصوص «شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده»^۲ تصویب کرد. این دستورالعمل دولت‌های عضو را مکلف ساخت که مقرراتی در زمینه کنترل شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف‌کننده وضع کنند. درحالی که اجرای الزامات دستورالعمل در انگلستان جز از طریق تصویب مقرراتی جدید^۳ میسر نبود، فرانسه با اصلاح مقررات موجود و الحاق برخی مقررات جدید به قانون مصرف، و آلمان با انجام تغییرات جزئی در قانون ۱۹۷۶م توانست دستورالعمل را در حقوق داخلی خود اجرا نماید.

1. Unfair contract terms act

2. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts.

۳. مقررات شروط غیرمنصفانه قراردادی (Unfair contract terms Regulations) 1994.

کنترل تقنینی محتوای قراردادها بر مبنای نابرابری قدرت چانه‌زنی در

حقوق ایران

اندیشه‌های مربوط به حمایت از طرف ضعیف در قراردادها برای برقراری عدالت قراردادی، به حقوق کشور ما نیز رسوخ کرده و مداخله قانونی را برای اعمال کنترل تقنینی بر قراردادهایی که سوءاستفاده از قدرت چانه‌زنی در آنها بیشتر احتمال وقوع دارد، سبب شده است. در سال‌های ۱۳۶۲ و ۱۳۶۵ ش قانون‌گذار ایرانی در حوزه قراردادهای اجاره به وضع قوانین آمره‌ای که در بسیاری موارد آزادی قراردادی طرفین به‌ویژه موجر را محدود می‌کرد، مبادرت نمود. در سال ۱۳۶۸ ش قانون کار تصویب شد که قراردادهای کار را به نفع کارگران نظم داد و در بسیاری از موارد آزادی کارفرما را در تنظیم قرارداد کار محدود نمود.

قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۶۷ ش مجمع تشخیص مصلحت که در صدد کنترل و منع گران‌فروشی، کم‌فروشی، تقلب در معامله، احتکار و خودداری از عرضه کالا، به قید جرمه و مجازات‌های اداری بود، نیز مصداق بارزی از مقرراتی است که دست‌کم یکی از مهم‌ترین اهداف آن، حمایت از طرف ضعیف قرارداد است. در قانون تجارت الکترونیک هم برخی حمایت‌ها از طرف ضعیف (عمدتاً در باب سوم قانون) ملاحظه می‌شود.

قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو که -البته به لطف نقص سیستماتیک برخی از خودروهای ساخت داخل که به آسیب‌های شدید و یا فوت مصرف‌کنندگان منجر می‌شد- در سال ۱۳۸۶ ش تصویب گردید نیز از جمله کنترل‌های تقنینی برای حمایت از طرف ضعیف و ایجاد تعادل قراردادی می‌باشد. همچنین است قانون تجارت الکترونیک مصوب همین سال که در قراردادهای الکترونیکی از مصرف‌کننده به‌گونه‌ای حمایت کرده است.

از دیگر متون قانونی تنظیم‌کننده قراردادهای خصوصی، قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷ ش می‌باشد که با عنوان قانون تسهیل رقابت و منع انحصار (عنوان فصل نهم از آن) معروف شده است. این قانون با ممنوع کردن برخی اعمال و رویه‌های ضدرقابتی و به این ترتیب، وضع برخی محدودیت‌ها بر آزادی طرفین در حوزه انعقاد قراردادها، سعی داشته است با ترویج رقابت در بازارها و جلوگیری از برخی سوءاستفاده‌ها، کارکرد سالم بازار و نظم اقتصادی را تضمین نماید. رویه‌ها و اعمالی نظیر احتکار و استنکاف از معامله، قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز، تبعیض در شرایط معامله، اظهارات گمراه‌کننده و سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط، در این قانون منع شده است.^۱

۱. قانون منع انحصار از جمله روش‌های سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط به موارد زیر اشاره کرده است: ۱-

همچنین نهضت تصویب قوانین حمایت از مصرف‌کنندگان که بیش از چهل سال پیش در اروپا و آمریکا شکل گرفته و به تدریج به کشورهای دیگر سرایت کرده است، سرانجام در ایران نیز به تصویب قانون حمایت از مصرف‌کنندگان انجامید و این قانون با طی روند تصویب بسیار طولانی، در نهایت در مهر سال ۱۳۸۸ به تصویب رسید. قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ش نیز حاوی مقررات حمایتی متعددی به نفع طرف ضعیف قرارداد (پیش‌خریدار) است. وضع این قوانین نشان می‌دهد که مداخله تقنینی و کنترل قراردادهای خصوصی، اساساً با اصول و مبانی حقوق ما مغایرت ندارد، بلکه مشکل اراده قانون‌گذاری است. با توجه به انفعال دادگاه‌های ما در خصوص قراردادهای نابرابر، وظیفه با تأمین عدالت قراردادی بیشتر بر دوش قانون‌گذار سنگینی می‌کند و لذا این قانون‌گذار است که ناگزیر باید در حوزه قراردادهایی که سوءاستفاده از قدرت چانه‌زنی نابرابر بیشتر رخ می‌دهد، پیش‌قدم گردد.

در این زمینه شایان ذکر است، با وجود آنچه در قوانین مصرف‌کننده‌های دیگر انجام شده و برخی از شروط زیان‌بار برای مصرف‌کننده، غیرمنصفانه توصیف و بی‌اثر اعلام شده است، قانون حمایت از مصرف‌کننده ما فاقد مقررات لازم برای کنترل شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف می‌باشد که به نظر نگارنده برای قانونی با رسالت حمایت از مصرف‌کنندگان، نقصی غیرقابل اغماض است و قانون‌گذار باید ضمن مداخله در عرصه‌های موردنیاز، نقص یادشده را نیز برطرف نماید.

نتیجه

از آنجا که قواعد حقوق قرارداد کلاسیک با لحاظ واقعیت‌های زمان‌گیری خود تنظیم و تصویب شده‌اند، تغییر واقعیت‌های بازار و عرصه انعقاد قرارداد منطقاً باید به تغییر قوانین بینجامد. نابرابری‌های مفرط اقتصادی و سوءاستفاده طرف‌های قوی قراردادهای از ضعف قدرت چانه‌زنی طرف ضعیف، حقوق مدرن را واداشته است که به جای تقدیس قرارداد به کنترل و منظم نمودن آن دست زند و با مقررات محدودکننده آزادی قراردادی از طرف ضعیف حمایت نماید. نتیجه بررسی تطبیقی که در حقوق خارجی در خصوص کنترل قضایی و تقنینی

تعیین، حفظ و یا تغییر قیمت یک کالا یا خدمت به صورتی غیرمتعارف، ۲- تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه، ۳- تحدید مقدار عرضه و یا تقاضا به منظور افزایش و یا کاهش قیمت بازار، ۴- ایجاد مانع به منظور مشکل کردن ورود رقبای جدید یا حذف بنگاه‌ها یا شرکت‌های رقیب در یک فعالیت خاص، ۵- مشروط کردن قراردادها به پذیرش شرایطی که از نظر ماهیتی یا عرف تجاری با موضوع چنین قراردادهایی ارتباطی نداشته باشد، ۶- تملک سرمایه و سهام شرکت‌ها به صورتی که به اختلال در رقابت منجر شود.

قراردادها بر مبنای نابرابری قدرت چانه‌زنی انجام گردید و مقایسه آن با وضعیت گذشته و فعلی حقوق ایران در این خصوص، گواه دو نکته است: یکی ناکافی بودن حمایت حقوقی (چه از جانب دادگاه‌ها و چه قانون‌گذار) از طرف‌های ضعیف قراردادها و دیگر وجود مبنای حقوقی کافی و امکان بالقوه، به‌ویژه برای کنترل قضایی است؛ به عبارت دیگر، مبنای حقوقی مشابهی با آنچه در حقوق خارجی برای این منظور به کار گرفته شده است، در حقوق ایران نیز وجود دارد. مهم‌ترین مصداق از مبنای و مفاهیم حقوقی مشترک با حقوق خارجی که قابلیت به‌کارگیری برای مقابله با بهره‌گیری غیرمنصفانه از قدرت چانه‌زنی برتر را دارد، مفهوم نظم عمومی است. دادگاه‌های ما می‌توانند و نیز ضروری است فعالانه‌تر اقدام نمایند و با استفاده از تکنیک‌های تفسیری و ابزارهای حداقلی موجود در نظام حقوقی به سهم خود و البته ناگزیر به شکل موردی، با قراردادهای نامتعادل و شروط ناعادلانه، به‌ویژه در قراردادهای استاندارد، مقابله نمایند. بنابراین، برای مثال اگر در قرارداد استاندارد منعقد از سوی یک شرکت بزرگ بهره‌مند از شرایط انحصار با مشتریان شرطی یک‌طرفه، گزاف و زیان‌بار برای مشتریان درج شده باشد، هرچند قاعده حقوقی نخستین این است که شخص قرارداد را امضا نموده و پایبند به آن است، قاضی در صورتی که اجرای شرط را ناعادلانه بداند، می‌تواند حسب مورد و با توجه به شرایط و وضعیت انعقاد قرارداد با تمسک به مبنای حقوقی که بیشترین انطباق را با پرونده دارد (اعم از نارضایتی، منافات با نظم عمومی اقتصادی، سوءاستفاده از حق لاضرر، سوءاستفاده از اضطرار، تفسیر هرگونه ابهام در شرط به زیان تهیه‌کننده قرارداد، تفسیر مضیق و.....)، شرط زیان‌بار را به ضرر طرف ضعیف مؤثر نداند یا قرارداد را به نحوی تفسیر نماید که از زیان آن برای مشتری یا مصرف‌کننده بکاهد. اگر تعدیل قضایی قرارداد به‌رغم نبود مقرره‌ای خاص در قانون مدنی که به‌روشنی آن را تجویز نماید، از سوی دادگاه‌ها امکان پذیرش یافته است، در خصوص سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط نیز دادگاه‌ها نباید منتظر قانون باشند و با توجه به ایجاب روزافزون ضرورت مداخله و نیز رسالت خود مبنی بر خدمت به عدالت، باید خود پیش‌قدم شوند. وقتی ماده ۲۷۷ قانون مدنی بیان نموده است که قاضی می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد، این ماده در واقع توجه قاضی به وضعیت طرف قرارداد و تأثیر دادن این وضعیت در رأی صادره را تجویز نموده است و از روح این مقرره چنین بر می‌آید که در راه تضمین عدالت، عدول از قواعد اولیه‌ای همچون آزادی قراردادها و محدود نمودن دامنه آن، قصور و تخلف تلقی نخواهد شد.

نکته دیگر که نباید از نظر دور بماند، لزوم وضع مقررات قانونی حمایت‌کننده است. به‌ویژه حمایت به‌عمل آمده از مصرف‌کنندگان در قانون حمایت از مصرف‌کننده از نظر پیش‌بینی مقررات لازم برای مقابله با شروط ناعادلانه در این قراردادها، نیازمند تکمیل است و قانون‌گذار

ایرانی نیز باید ضمن غیرمنصفانه اعلام نمودن برخی از شروط یک طرفه در قراردادهای مصرف، بی اعتباری این شروط به ضرر مصرف کننده را اعلام نماید. همچنین کنترل تقنینی قراردادهایی مثل بیمه و قراردادهای أخذ وام که نوعاً از جمله به دلیل وجود طرف های نابرابر، عرصه ای مستعد برای سوءاستفاده از قدرت چانه زنی نابرابر هستند، ضروری به نظر می رسد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. الشریف، محمد مهدی (۱۳۸۶)، «صورتگرایی در استدلال قضایی (پژوهشی در نسبت بین قیاس قضایی و قیاس صوری)»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال سی و هفتم، شماره ۲، ص ۳۹-۱.
۲. امیری قائم مقامی عبدالحمید (۱۳۷۸)، حقوق تعهدات، جلد اول، نشر میزان.
۳. ایزانلو، محسن (۱۳۹۰)، شروط محدودکننده و ساقط کننده مسئولیت در قراردادها، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۳)، ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم، انتشارات گنج دانش.
۵. توسلی، حسین (۱۳۷۶)، «مبنای عدالت در نظریه جان رالز»، مجله نقد و نظر، شماره ۱۰ و ۱۱، ص ۱۴۹-۱۲۲.
۶. طجرلو، رضا (۱۳۸۷)، «برداشت تئوریک بر دخالت دولت در محدود کردن آزادی قراردادها (با رجوع به سیستم حقوقی انگلیس)»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۳، ص ۲۰۹-۱۹۱.
۷. عابدیان، میرحسین (۱۳۸۶)، جزوه درسی حقوق مدنی تطبیقی «شروط غیر عادلانه قراردادی»، دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید.
۸. عبدی پور، ابراهیم (۱۳۸۸)، «سوء استفاده از وضعیت اقتصادی مسلط»، مجله حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۲۱، ص ۱۵۵-۱۲۵.
۹. سیملر، فیلیپ (۱۳۷۷)، «راه حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی (سخنرانی)، ترجمه عباس قاسمی حامد، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۳-۲۴، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ص ۲۶۴-۲۳۹.
۱۰. شهیدی، مهدی و باریکلو، علیرضا (۱۳۸۱)، «قرارداد عدم تجارت»، نامه مفید، شماره ۲۹، ص ۲۲-۴.

۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)، انتشارات دانشگاه تهران .
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ الف)، سخنرانی در مورد «تفسیر قرارداد» در دوره‌های آموزش ضمن خدمت قضات، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران، شماره ۹۰، ص ۳۰-۱۱.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، «تفسیر قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۰، ص ۳۰۸-۲۷۷.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ هفتم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ ب)، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۳، ص ۳۴۲-۳۲۷.
۱۶. کریمی، عباس (۱۳۸۱)، «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱، ص ۸۳-۷۵.

ب) انگلیسی

17. Andrew A. ,Burrows S., McKendrick Ewan, Edelman James (2007) Cases and Materials on the Law of Restitution,Oxford University Press..
18. Angelo A.H., Pellingner E.(1992) "Unconscionable Contracts :A Comparative Study of The Approaches in England France , Germany and the United States" ,Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 7-1,PP.455-506.
19. Atiyah, P. h.(1995) An Introduction to The Law of Contract ,Oxford, Clarendon Press.
20. Barnhizer, Daniel D.,(2004)"Inequality of Bargaining Power",MSU Legal Studies Research Paper Series,no:02-01,PP.1-105.
21. Barnhizer, Daniel D.,(2005) "Bargaining Power in Contract Theory" Michigan State University College of Law,MSU Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No 03-04.PP.1-62.
22. Hugh,Belae,(2012) Chitty on Contracts, 31st edition, volumes 1 & 2,sweet &maxwell,no:7-048.
23. Chio albert and Triantis George(2012)"bargaining power and contract design",Columbia law school,PP.1-57
24. Collins ,hugh(2003)the law of Contract ,Cambridge University Press.
25. Craswell , Richard, (1994)"Freedom of Contract" ,Chicago Working Paper in Law and economics,PP.1-23.
26. Dimmateo,Larry. A.(1999) "Equity's Modification of Contract:an Analysis of the Twentieth Century's Equitable Reformation of Contract Law", 33 New Eng.

- L. Rev.,PP.265-375.
27. Guest ,A.G (1984) Anson,s Law of Contract ٢٦, th ed.,Clarendom Press ,Oxford.
 28. Harris Donald, Talon ,Denis (1989)Contract Law Today: Anglo-French Comparisons,Clarendom Press.
 29. Kenny, Mel- Devenney ,James- Fox, Lorna O'Mahony(2010)Unconscionability in European Private Financial Transactions: Protecting the Vulnerable, Cambridge University press.
 30. Kimel,Dori(2001)"Neutrality,Autonomy and Freedom of Contract",Oxford Journal of Legal studies,vol.21, PP. 473-494.
 31. Koffman, Laurene and Macdonald, Elizabeth(2004) Law Of contract, fifth edition .
 32. Kotz ,Hein and Flessner ,Ayel (1992),European Contract Law,Vo.1 ,TR. by Tony Weir,clarendon press, oxford .
 33. March , P.D.V (1993)Comparative Contract Law, England ,France ,Germany: Gover Pub.Co.
 34. Mulcahy ,Linda (2008)Contract Law in Perspective ,Fifth Edition, Birkbeck CollegeUniversity of London, Routledge-Cavendish.
 35. Nathan Thal ,Spencer (1998),"Inequality of Bargaining Power Doctrine: The Problem of Defining Contractual Fairness", Oxford Journal of Legal Studies, Vol.8-No.1, PP.17-33.
 36. Reiter ,Barry J.,(1981)"The control of the contract power",Oxford Journal of Legal Studies,vol.1,Issue3, PP.347-374.
 37. Rikett, Charles E.F. and Telfer ,ThomasW.(2003),International Perspectives on Consumer,s Access to Justice, Cambridge University Press.
 38. Schäfer ,Hans-Bernd and Leyens ,Patrick C.(2009) ,"Judicial Control of Standard Terms and European Private Law & Economics Perspective on The Draft Common Frame" ,University of Hamburg - Institute of Law and Economics, Faculty of Law; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law,PP 1-28..
 39. Shifrin, ,Seana Valentine(2000)"Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation", Philosophy & Public Affairs Journal ,Volume 29, Issue 3, PP.205-250.
 40. Slayton,Philip(1976)"The Unequal Bargain Doctrine:Lord Denning in Lloyds bank v.Bandy",Mcgill Law Journal.PP.49-109.
 41. Trager, Marion (2008)"Party Autonomy and Social Justice in Member States and EC Regulation,a Survey of Theory and Practice",in:Standard contract terms in Europe: a basis for and a challenge to European contract law / ed. by Hugh Collins.
 42. Trebilcock,M.J (1993),The Limits of Freedom of Contract ,Harvard University press.
 43. Trebilcock ,Michael J.,(1996)"Critiques of the Limits of Freedom of Contract a Rejoinder",Osgoode Hall Law Journal,vol.33.no.2,PP.353-377.

-
-
44. Treitel, G.H(1978)The Law of Contract^v,th ed. ,steven & sons, London.
 45. Twigg-Flesner(2006-2007) Christian,"The Implementation of The Unfair Contract Terms Directive in the United Kingdom",University of Hull, Contemporary Issues in Law,PP.1-20.
 46. Waddams, Stephen (2010)"Protection of weaker parties in English law" ,in Kenny, Mel, Devenney ,James, Fox, Lorna O'Mahony, Unconscionability in European Private Financial Transactions: Protecting the Vulnerable, Cambridge University press.
 47. Waddams ,S.M.(1976)" Unconscionability in Contracts",The Modern Law Review,volume 39,no.4.PP.369-393.
 48. Zhou ,QI (2010),,An Economic Perspective on Legal Remedies for UnconscionableContracts" , European Review of Contract Law, 6.1 ,PP.25-38.