

The Concept and Status of Unfair Terms in European Law and the Written Law of Iran: With an Approach to Justice and Fairness in Imamiyah Jurisprudence

Seyyed Abdulmutalib Ahmadzadeh Bazzaz¹

Majid Rezaei Davani²

Seyyed Mohammad Sadegh Ghabooli Dorafshan³

Received: 13/03/2018; Accepted: 11/09/2018

Abstract

The unfair terms are one of the most important issues regarding consumer rights and life today cannot be imagined without using various consuming products. Meeting consumer needs is dependent upon the conclusion of contracts that are often associated with provisos. Additionally, the promptness of the societies' economic move and emergence of class gap has led one party to imposing unequal terms and ultimately more or perhaps the absolute domination of one's will to collapse and undermine justice and fairness. European states have always attempted to control such terms. This query, through examining the concept and status of unfair terms in the European and Iranian laws and some of the examples of unfair terms stipulated in Directive No. 93/13 of the European Economic Community and considering the opinions of the Imamiyah jurists as to justice and fairness, has come to this conclusion that given the dispersion of the opinions of Imamiyah jurists regarding justice and fairness, these concepts are not an appropriate tool for controlling unfair contractual terms. In this regard, other jurisprudential grounds such as system disorder, unlawful ownership and impossibility of the terms could be employed. Paying attention to lack of a general rule in Iranian laws in controlling these terms highlights this significant issue.

Key words: Unfair Terms, Justice and Fairness, European Law, Imamiyah Jurisprudence, Iranian Law.

1 .Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law, Mofid University. (Corresponding Author); Email: a_ahmadzadeh@mofidu.ac.ir

2 .Assistant Professor, Department of Economics, Faculty of Economics, Mofid University.

3.Ph.D. student of jurisprudence and the principles of Islamic law, Faculty of Theology, Mofid University.



مفهوم و جایگاه شروط غیر منضمات در حقوق اروپا و حقوق موضوعه ایران: بازگردی به عدل و انصاف در فقه امامیه

سید عبدالمطلب احمد زاده بزار^۱

مجید رضایی دوانی^۲

تاریخ دریافت ۹۶/۱۲/۲۲ - تاریخ پذیرش ۹۷/۰۶/۲۰

سید محمد صادق قبولی درافشان^۳

چکیده

اصل حاکمیت اراده بنیادی‌ترین قاعده در حقوق خصوصی و دارای آثار مهمی نظیر آزادی قراردادی و امکان خلق الگوهای جدید معاملاتی است. به همین دلیل اصل مزبور از اهمیت و قدمتی طولانی در دو نظام حقوقی غرب و اسلام برخوردار است. اصل حاکمیت اراده، از سویی ریشه در مبانی نظری و مباحث فلسفه حقوق دارد و از سوی دیگر دارای نتایج و کاربردهای فراوان عملی است؛ خصوصاً در زمان ما که گسترش روابط اقتصادی و نیازهای خاص تجاری چاره‌ای جز تحول و نواندیشی در الگوهای قراردادی در سطح ملی و بین‌المللی باقی نگذاشته است. چرایی طرح این اصل در هر نظام حقوقی، و مبانی و آثار گرایش به آن، و نیز نخستین نظریه‌پردازان و پیشینه تاریخی طرح این اصل و تحولات آن سه محور مهمی است که در این مقاله طی دو گفتار جداگانه، ابتدا در نظام حقوقی غرب و سپس در نظام حقوقی اسلام به صورت تطبیقی مورد مطالعه قرار گرفته است. یکی از دستاوردهای این مطالعه، اثبات پیشگامی و تقدم زمانی گرایش به این اصل و پذیرش آثار آن در حقوق اسلام است. ضمناً نادرستی این گفته برخی استادان نیز پدیدار می‌گردد که وضع ماده ۱۰ در قانون مدنی را «به پیروی از نظریه حقوقیین اروپا» نسبت داده‌اند. چندین قرن پیش از آنکه حقوقدانان و فیلسوفان اروپایی به اصل حاکمیت اراده روی آورده باشند، غالب فقهای نامدار امامیه به صراحت چنین نظریه‌ای را ابراز کرده بودند.

واژگان کلیدی: شروط غیر منصفانه، عدل، انصاف، حقوق اروپا، فقه امامی، حقوق ایران.

۱ استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید (نویسنده مسئول): رایانامه: a_ahmadzadeh@mofidu.ac.ir

۲ استادیار گروه اقتصاد، دانشکده اقتصاد، دانشگاه مفید.

۳ دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه مفید.





مقدمه

حقوق مصرف‌کننده یکی از مهم‌ترین موضوعات زیست جمعی بوده و زندگی امروزی بدون استفاده از فرآورده‌های مختلف مصرفی قابل تصور نیست. برآوردن نیازهای مصرفی، منوط به انعقاد قراردادهایی است که غالباً همراه با شروط ضمن عقد است. سرعت حرکت اقتصادی جوامع و ایجاد شکاف طبقاتی نیز سبب گرایش یک‌طرف قرارداد بر تحمیل شروط نابرابر و درنهایت حاکمیت بیشتر و چه بسا مطلق اراده یک‌طرف در جهت سقوط و تزلزل حق و عدالت شده و شاید به جهت احتراز از چنین وضعی، اصل چهلم قانون اساسی مصالح اجتماعی را برتر از اراده طرفین دانسته است. در سال‌های اخیر در نظام‌های حقوقی اروپا، برای کنترل این وضعیت تلاش شده که از آن میان می‌توان به تصویب دستورالعمل ۱۳، ۹۳ شورای جامعه اقتصادی اروپا درباره‌ی شروط غیرمنصفانه در قراردادهای منعقدشده با مصرف‌کننده اشاره نمود که ناظر بر عدم پذیرش شروط قراردادی غیرمنصفانه با رویکرد حمایت از حقوق مصرف‌کننده است. از آنجاکه مسئله شروط غیرمنصفانه در بازار جمهوری اسلامی ایران نیز باعث اجحاف‌هایی بر طرف ضعیف قرارداد و در نتیجه آسیب به نظم اقتصادی شده است، انجام چنین تحقیقاتی که ثمره آن‌ها روشن ساختن موضوعات برای تصمیم‌گیری مناسب فقهی توسط فقیهان و دستیابی به ابزارهای مناسب قانونی برای مبارزه با وضعیت مذکور است، ضروری می‌نماید. چراکه بر اساس اصل چهارم قانون اساسی، موازین اسلامی بر اطلاق یا عموم همه قوانین و مقررات حکومت دارد و تدوین مقررات مناسب در زمینه‌ی حمایت از مصرف‌کنندگان نیز نباید مغایرتی با این موازین داشته باشد. نیز از آنجاکه اصل صد و شصت و هفتم قانون اساسی قاضی را موظف کرده است که در موارد سکوت، نقص، اجمال و تعارض قوانین مدونه به منابع و فتاوی معتبر اسلامی مراجعه نماید، در این پژوهش سعی شده است تا با جستجوی





مفهوم و جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق اروپا و ایران، بهره‌گیری از عدل و انصاف در فقه را به‌عنوان ابزاری الزام‌آور در برخورد با شروط غیرمنصفانه امکان‌سنجی شود. جستار حاضر پس از تبیین مفهوم شروط غیرمنصفانه و بررسی جایگاه این شروط در حقوق اروپایی و حقوق ایران، با ملاحظه آراء فقیهان در زمینه عدل و انصاف و تطبیق فقهی برخی از مصادیق شروط غیرمنصفانه مندرج در ضمیمه دستورالعمل ۱۳، ۹۳ جامعه اقتصادی اروپا به جایگاه این شروط در فقه امامی پرداخته است.

۱. مفهوم شرط

در زبان عربی برخی از لغت‌شناسان با عبارت «الشَّرْطُ معروفٌ» شرط را بی‌نیاز از تعریف دانسته (جوهری، ۱۴۱۰: ۱۱۳۶؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۲۹) و برخی نیز شرط را عبارت از لازم گردانیدن شیء و لازم گرفتن آن در بیع و امثال آن می‌دانند (زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۹۵). در زبان انگلیسی برای بیان معنای شرط از واژه‌ی Term که در لغت به معنای: مدت، دوره، شرایط، جمله، شرط، نیمسال و مهلت به کاررفته (Longman, 448 BLAKS LAW : DICTIONARY:1509) و برخی واژه‌های دیگر همچون clause, condition, stipulation استفاده شده است (رک: Oxford English Dictionaray, 2007, vol1:483&424, vol2:30-31). یکی از فقیهان قبل از ورود به بحث درباره‌ی شرط ضمن عقد به معنای لغوی و اصطلاحی شرط پرداخته و بر این اعتقاد است که شرط از نظر عرفی در دو معنای: ۱. شرط به معنای حدثی و مصدری که در این معنا به‌عنوان مصدر برای فعل «شَرَطَ» به کار می‌رود ۲. شرط به معنای چیزی که نبودن آن موجب نبودن است بدون اینکه توجه‌ای به آن بشود که وجود آن نیز موجب وجود می‌شود یا خیر؟ به کاررفته است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱).

برخی از محققین بر این اعتقادند که علیرغم کاربرد وسیع شرط در روایات و متون دینی، تعریفی از آن توسط شریعت ارائه نشده و برای تصمیم در مورد معنای آن باید قبل از رجوع به معنای لغوی آن به عرف مراجعه کرد با این استدلال که برای فهم واژه‌های به کاررفته در قانون یا متون شرعی نخست باید به دنبال حقیقت شرعی بود و در فرض عدم





آن، باید به عرف عام رجوع کرد و بدون تردید معنای مطلق الزام و التزام است که توسط عرف عام برگزیده شده است. در نهایت چنان که برخی از اندیشمندان (رک: محقق داماد، ۱۳۸۸: ۸۷-۶۳) نیز بیان کرده‌اند، می‌توان گفت که شرط، نوعی عمل حقوقی است که مانند هر عمل حقوقی دیگر صحت و اعتبارش منوط به تحقق شرایطی در موضوع و طرف یا طرفین آن است و آنچه غیرقابل انکار می‌نماید آن است که دست کم بعضی از شرایط صحت قراردادها مانند مشروعیت جهت در صحت شرط نیز معتبر است.

۲. مفهوم غیر منصفانه بودن

در انگلیسی، در ذیل واژه‌ی fair به واژه‌های: impartial به معنای بی طرف، just به معنای عادل، equitable به معنای متساوی و disinterested به معنای بی‌غرضانه، اشاره شده است (A.GARNER, 633: UNFAIR) که ما از آن با تعبیر غیر منصفانه یاد کرده‌ایم با واژه‌های INJUSTICE به معنای ناعادلانه، PARTIALITY به معنای جانب‌دارانه و DESEPTION به معنای فریب و تدلیس مترادف دانسته شده است. (www.merriam-UNFAIR. dictionary, webster.com)

بر اساس ماده (۳) دستورالعمل ۱۳، ۹۳، غیر منصفانه بودن شرط به این معناست که علیرغم اینکه شرط قراردادی به‌طور مشخص مورد مذاکره قرار نمی‌گیرد با حسن نیت نیز مخالف بوده و به عدم تعادل جدی بین حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد منجر شده و به ضرر مصرف‌کننده باشد. شرط غیر مذاکره‌ای شرطی است که از پیش تعیین گردد و مصرف‌کننده توان تأثیرگذاری بر آن را نداشته باشد. ماده (۴) نیز در راستای تبیین مفهوم غیر منصفانه بودن شرط چنین مقرر می‌دارد که غیر منصفانه بودن شرط مفهومی است که باید با توجه به ماهیت کالاها و خدمات، زمان انعقاد قرارداد و همه‌ی رویدادهای منجر به انعقاد آن و نیز سایر شروط یا قراردادهای وابسته ارزیابی گردد که در این ارزیابی توجه به کیفیت زبانی شرط از حیث روشن و قابل فهم بودن حائز اهمیت است و تا آنجا که این شروط با زبان روشن و قابل فهم بیان شده باشند، تعریف موضوع اصلی قرارداد و نسبت قیمت و اجرت‌المثل خدمات یا کالاهای فراهم شده در مبادله نباید مورد توجه قرار گیرد.



(Weatherill, 2005:95; Dean, 1993:41-46)

برخی از نویسندگان هم معتقدند با توجه به این که نظام‌های حقوقی رویکردهای متفاوتی نسبت به مفهوم غیرمنصفانه بودن شرط دارند، این مفهوم به اندازه‌ی کافی روشن نیست و رویکرد مصداقی در برخی از قوانین کشورهای اروپایی و ابهام این مسئله در حقوق ایران را شاهدی بر این امر معرفی کرده‌اند. (ساردوئی نسب و کاظم پور، ۱۳۹۰: ۳۷)

ایشان چنین اظهار داشته‌اند که نظام‌های حقوقی در این زمینه بر معیارهایی نوعی از قبیل ظالمانه بودن و سوءاستفاده و یا یک‌طرفه بودن شرط تأکید کرده و این وضعیت را با وضعیت متعارف و معقول انسان در زمان انعقاد قرارداد مقایسه کرده‌اند که علیرغم اینکه این معیارها به روشن شدن جهت‌گیری دادرسان در تشخیص مصادیق شروط غیرمنصفانه و سامان‌دهی نظام حقوقی حمایت از طرف ضعیف قرارداد کمک می‌کند اما برای احتراز از تشتت و آشفتگی قضایی که ممکن است از برداشت‌های نادرست از این معیارها ناشی شود ارائه مبانی شفاف غیرمنصفانه بودن ضروری است. (ساردوئی نسب و کاظم پور، ۱۳۹۰: ۴۴-۴۵)

۳. جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق اروپا

تا قبل از صدور دستورالعمل ۱۳، ۹۳ در کشورهای اروپایی قوانینی در راستای حمایت از حقوق مصرف‌کننده به تصویب رسیده بود که از آن میان می‌توان به قانون حمایت از مصرف‌کننده مصوب ۸ مارس ۱۹۷۹ در استرالیا؛ قانون در مورد شیوه‌های کسب و کار و اطلاعات و حفاظت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۹۹۱ در بلژیک؛ قانون بازاریابی مصوب ۱۴ ژوئن ۱۹۷۴ در دانمارک؛ قانون حفاظت از مصرف‌کننده مصوب ۱۹۹۱ در یونان؛ قانون فروش محصولات و عرضه خدمات مصوب ۱۹۸۰ در ایرلند؛ قانون حفاظت قانونی مصرف‌کننده مصوب ۲۵ آگوست ۱۹۸۳ در لوکزامبورگ؛ مواد (۶:۲۴۸-۲۳۱) قانون مدنی هلند؛ قانون اصلاح قانون ۴۷ مصوب ۱۹۸۱ در نروژ؛ فرمان ۴۴۶۸۶ صادره در ۲۵





اکتبر ۱۹۸۵ پرتغال؛ ماده (۸) قانون فدرال در برابر رقابت ناعادلانه مصوب ۱۹ دسامبر ۱۹۸۶ سوئیس اشاره نمود. (HONDIUS:241-242) که برای ترسیم دورنمایی روشن‌تر به‌طور خلاصه به تحولات قانونی کشورهای آلمان، فرانسه، انگلستان در این زمینه اشاره خواهد شد.

۳-۱. جایگاه در حقوق آلمان

در آلمان تلاش شد که از طریق تحمیل گارانتی یا ممنوعیت استفاده از شروط معاف‌کننده، مجدداً امکان چانه‌زنی بین فروشنده و خریدار برقرار و حقوق بنیادینی برای مصرف‌کنندگان به رسمیت شناخته شود که در این راستا به‌طور ویژه قانون «AGB-Gesetz» در سال ۱۹۷۶ به تصویب رسید و در سال ۱۹۹۶ دستورالعمل ۱۳، ۹۳ به کار گرفته شد و با نگاه ویژه‌ای به قراردادهای مصرف‌کننده منجر به حمایت از مصرف‌کننده گردید؛ در سال ۲۰۰۲ بر اساس درک لزوم کنترل شروط استاندارد، این مقررات با تغییراتی اندک در مواد (۳۰۵) تا (۳۱۰) قانون BGB درج شد. بر اساس این مواد، طرف ایجاب قرارداد موظف است که در صورت صریح نبودن شروط قراردادی از طریق اعلامیه‌ای این شروط را برای مشتری شرح دهد و تنها در صورت کسب توافق وی این شروط بخشی از قرارداد محسوب خواهد شد. علاوه بر این موجب موظف است که از طریق مناسب و به قصد تأمین تعادل قراردادی و به صورتی قابل تشخیص، مشتری را از مفاد قرارداد آگاه سازد. برای تحلیل مورد به مورد و در راستای قضایای انعطاف‌پذیر توسط قضات، فهرستی از شروط نامعتبر در این مواد پیش‌بینی شده که بر اساس آن شرط سلب کلی یا جزئی مسئولیت فروشنده در قبال عیب کالا یا شرط الزام مشتری به مراجعه به شخص ثالث در مورد این عیب باطل اعلام شده است. علاوه بر این موارد، شروط استاندارد که به زیان نامتعارف طرفین قرارداد و در نتیجه با حسن نیت در تعارض هستند باطل اعلام و قضات موظف گردیدند که برای تشخیص زیان نامتعارف، مصالح دو طرف قرارداد را با در نظر گرفتن کل قرارداد و اهداف آن ارزیابی نمایند؛ و در صورت عدم موفقیت در این موضوع باید اصل را بر وجود چنین زیانی بگذارند. بر اساس مفاد این مواد قانونی شروطی نیز که محدودکننده حقوق ضروری یا تکالیف ناشی از ماهیت قرارداد





شوند، غیرمنصفانه محسوب می‌گردد چراکه چنین شروطی ریسک عدم برآورده شدن هدف قرارداد را به دنبال دارند. به‌عنوان مثال شروط معاف‌کننده در مواردی که به تعهدات اصلی قرارداد آسیب بزنند، غیرمنصفانه تلقی خواهند شد. البته در صورتی که زیان ناشی از چنین شروطی از طریق شروط دیگری که متضمن سود مصرف‌کننده می‌باشند جبران گردد، این شروط دیگر غیرمنصفانه تلقی نخواهد شد
(رک: Zerres : 5-8; Tonner, 1994: 39-50)

۲-۳. جایگاه در حقوق فرانسه

در فرانسه سابقه توجه قانونی به شروط غیرمنصفانه به سال ۱۹۷۸ بازمی‌گردد یعنی زمانی که قانون مشهور «Loi Scrivener» تصویب شد. در بخش چهارم این قانون مقررات راجع به شروط غیرمنصفانه آمده است و در سال ۱۹۹۳ با سایر مقررات در قانون مصرف تلفیق شد که هم‌اکنون مواد L 132.1 تا L 132.5 این قانون به مقررات راجع به شروط غیرمنصفانه اختصاص یافته است. این مقررات تنها در مورد قراردادهای منعقد شده بین حرفه‌ای‌ها و مصرف‌کنندگان یا غیر حرفه‌ای‌ها اعمال می‌گردد. بر اساس این مقررات، شرط در صورتی غیرمنصفانه محسوب می‌شود که با سوءاستفاده از قدرت اقتصادی طرف حرفه‌ای بر طرف غیرحرفه‌ای تحمیل شده و منجر به جلب سود نامتعارف گردد؛ بنابراین کیفیات متنوعی همچون: تحمیل شرط، منتج شدن به سود نامتعارف، سوءاستفاده از قدرت اقتصادی باید وجود داشته باشد. علاوه بر این، کنترل به برخی از انواع شروط همچون شروط مربوط به مبلغ کالاها یا خدمات، شروط مربوط به موضوع اصلی قرارداد، شروط مربوط به قبض و اقباض کالاها، شروط مربوط به انتقال ریسک در قرارداد، شروط مربوط به مسئولیت و گارانتی، شروط مربوط به کیفیت اجرا و نیز شروط مربوط به فسخ قرارداد محدود می‌گردد. (European Communities commission, 1984:9) همه این معیارها به‌استثنای معیار سود نامتعارف که هم‌اکنون معیار بنیادین ارزیابی انصاف تلقی می‌شود، با پذیرش دستورالعمل ۱۳، ۹۳ در سال ۱۹۹۵ از بین رفت و در راستای اجرای صحیح این دستورالعمل، چنین مقرر شد که برای ارزیابی غیرمنصفانه بودن یک شرط، باید اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد و نیز سایر شروط مندرج در قرارداد مورد توجه قرار





گیرد. گفتنی است که کمیسیون شروط غیرمنصفانه، پیشنهادی مشتمل بر فهرستی از شروطی که پتانسیل غیرمنصفانه بودن را دارد ارائه نمود که این لیست الزام‌آور نبود اگرچه قضات معمولاً در موارد اظهارنظر در مورد منصفانه بودن یا نبودن یک شرط به این پیشنهادیه توجه می‌کنند. شایان توجه است که برای احتراز از ریسک حاصل از مداخلات افراطی قضایی معارض با آزادی قراردادی، قضات موظف شدند که بدون ورود به ارزیابی منصفانه بودن شروط، تنها به لیست ارائه‌شده در قانون توجه نمایند که محدودیت ناشی این امر سبب شد که دادگستری فرانسه در سال ۱۹۹۱ اعلام دارد که حتی اگر شرطی بر اساس لیست مذکور ممنوع نباشد، می‌توان آن را بر مبنای قانون «Loi Scrivener» غیرمنصفانه تلقی نمود. این مقررات، در نسخه جدید قانون مصرف‌کننده که در راستای تطبیق با دستورالعمل در سال ۱۹۹۵ به تصویب رسیده است نیز مورد توجه قرار گرفت. (Nebbia, 2007: 27-28) این قانون، حسن نیت را به‌عنوان معیاری برای ارزیابی شروط غیرمنصفانه حذف نمود و در مجموع حمایت وسیع‌تری را نسبت به دستورالعمل فراهم کرد و مجدداً در سال ۲۰۱۰ اصلاح شد و فهرستی سیاه از شروط غیرمنصفانه که به‌صورت خودکار باطل محسوب می‌شوند و همچنین فهرستی خاکستری مشتمل بر شروطی که پتانسیل غیرمنصفانه بودن را دارند به آن اضافه شد و بار اثبات منصفانه بودن بر عهده‌ی طرف قوی قرارداد گذاشته شد. (رک: The law commission; the Scottish law commission, 2012: 1-2)

۳-۳. جایگاه در حقوق انگلیس

مقررات مربوط به شروط غیرمنصفانه در انگلستان در سطوح مختلف منابع قانونی طبقه‌بندی شده است که برخی از آن‌ها در رویه‌های دادگاه‌های کامن لو و برخی دیگر نیز در قانون شروط غیرمنصفانه ۱۹۷۷ مطرح شده است. قواعد کامن لو، مشتمل بر قواعد مربوط به پیوستگی شروط، قواعد تفسیر، قواعد مربوط به نقض اصول مشهور و قواعد مربوط به نقض شروط بنیادین قرارداد است. قانون شروط غیرمنصفانه مصوب ۱۹۷۷ تنها شروط سالبه مسئولیت را به‌عنوان مهم‌ترین محدودیت قانونی در مورد اثربخشی شروط غیرمنصفانه مطرح ساخته است. این قانون انواع خاصی از سلب مسئولیت را بی‌اثر اعلام و





همان رویه قوانین سابق در مورد کالاهای معیوب و خطرناک را پی می‌گیرد؛ و در نهایت در بخش پنجم، شرط سلب یا تحدید مسئولیت ناشی از سهل‌انگاری تولیدکننده و یا توزیع‌کننده کالا را از طریق الزام به ضمانت‌نامه کتبی نفی می‌نماید. این تذکر لازم است که این قانون تنها بر قراردادهای فردی حاکم بوده و اقدامی جامع در مقابله با شروط غیرمنصفانه محسوب نمی‌گردد. (رک: Nebbia, 2007: 25-26؛ Zerres: 28-30؛ Miller, 2007: 88-110) پس از تصویب دستورالعمل ۱۳، ۹۳ باهدف تحدید استفاده از شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده، دولت انگلستان بر آن شد تا با وضع مقررات جداگانه‌ای از این دستورالعمل پیروی کند و از این رو، ابتدا مقررات شروط غیرمنصفانه قرارداد را در سال ۱۹۹۴ وضع نموده و سپس مقررات شروط غیرمنصفانه قرارداد مصوب ۱۹۹۹ را جایگزین آن کرد؛ و سایر مقررات موجود در زمینه کنترل شروط قرارداد را منسوخ و انجمن‌های مصرف‌کنندگان را با ریاست اتاق بازرگانی منصفانه، به رسمیت شناخت و این حق را به آنها داد که اقدامات بازدارنده‌ای را در مقابل تاجرانی که از شروط غیرمنصفانه استفاده می‌کنند، اتخاذ نماید. این نهاد نقش کلیدی‌ای را در اجرای قوانین مربوط به شروط غیرمنصفانه ایفا می‌نماید و از طریق ایجاد واحد مخصوص رسیدگی به شکایات و انتشار اطلاعات مربوط به قوانین، معمولاً با تاجرانی که از طریق مذاکره، ترغیب و توافق عمومی اقدام به استفاده از شروط غیرمنصفانه اقدام می‌نمایند برخورد می‌کند با این توضیح که ابتدا از طریق صدور اخطاریه و اخذ تعهد غیررسمی وارد شده و پس از آن از با تهدید به تعقیب قضایی، در راستای تغییر شروط و توقف استفاده از شروط غیرمنصفانه می‌کوشد. (رک: House of Commons Library, 1996: 7-9)

۴. جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران

در فصل چهارم از باب اول قسمت دوم قانون مدنی تحت عنوان "در بیان شرایطی که در ضمن عقد می‌شود" مواد (۲۳۲) تا (۲۴۶) به شروط ضمن عقد اختصاص داده شده و اقسام شرط و احکام آن در این قسمت مورد اشاره قرار گرفته است لیکن در هیچ ماده‌ای





از این قانون از شروط غیرمنصفانه یا تعابیر مشابه آن یاد نشده و تنها اقسام شرط و تقسیم‌بندی آن بر اساس شروط باطل و شروط باطل و مبطل ارائه شده است. در ماده (۲۳۲) ق.م. در مقام بیان شروط باطل چنین آمده است که "شروط مفصله ذیل باطل است لیکن مفسد عقد نیست: ۱- شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد ۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد ۳- شرطی که نامشروع باشد" و در ماده (۲۳۳) شروط "خلاف مقتضای عقد" و "شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود" به عنوان "شروط باطل و مبطل" معرفی شده‌اند.

به نظر می‌رسد که عدم اشاره به شروط غیرمنصفانه و عناوین مشابه آن از پذیرش "اصل حاکمیت اراده" و برآیند حقوقی آن یعنی "اصل آزادی قراردادی" نشئت می‌گیرد. چراکه از ماده (۱۰) قانون مدنی که مقرر می‌دارد "قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است" چنین برمی‌آید که اراده طرفین قرارداد مبنای منصفانه یا غیرمنصفانه بودن روابط ایشان تلقی می‌شود.

این تذکر لازم است که علیرغم چنین توجهی به اراده طرفین در قانون مدنی نمی‌توان دگرگونی‌های اجتماعی پس از تصویب این قانون و در نتیجه کاسته شدن از اهمیت سابق اراده اشخاص را نادیده گرفت و می‌توان مواردی از دخالت‌های حمایتی قانون‌گذار و وضع مقررات آمره ای همچون قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸/۷/۱۵، مقررات مربوط به حمایت از کارگران در قانون کار و قواعد حمایتی مندرج در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ همچون امکان تعدیل اجاره‌بها را گواهی بر این ادعا دانست. در این سال‌ها، قانون‌گذار ایران با تصویب مواد قانونی‌ای در راستای حمایت از مصرف‌کننده گام برداشته که به تفصیل ذیل به این مواد اشاره خواهد شد.

۴-۱. قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ / ۶ / ۲۹

بر اساس بند ۸ ماده (۵۴) این قانون "قید هرگونه شرط یا توافق در قرارداد باربری به‌منظور سلب مسئولیت متصدی باربری یا کشتی یا محدود کردن مسئولیت مزبور در مورد فقدان بار یا خسارت وارد به آن ناشی از غفلت و تقصیر یا تسامح در انجام وظایف و





تعهدات مصرح در این فصل بلااثر خواهد بود و مزایای بیمه یا شروط مشابه آن که به نفع متصدی باربری نیز منظور گردد نیز تابع حکم فوق خواهد بود."

۴-۲. قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۷/۱۰/۱۳۸۲

این قانون در سال ۱۳۸۲ در راستای حمایت از مصرف‌کننده در مبادلات الکترونیک یعنی مبادله‌ی آسان و ایمن اطلاعات در واسطه‌ی الکترونیکی و با استفاده از دستگاه‌های ارتباطی جدید به شروط غیرمنصفانه - با همین تعبیر - اشاره نمود و پس از تعریف مصرف‌کننده در ماده (۲) به شخصی که به منظوری غیر از تجارت یا شغل حرفه‌ای اقدام می‌کند، در ماده (۴۶) ضمانت اجرای شروط غیرمنصفانه خلاف مقررات قانون تجارت الکترونیکی را که به ضرر مصرف‌کننده است، عدم تأثیر این گونه شروط دانست.

هرچند قانون‌گذار با این مقرر سعی در محدود نمودن اصل آزادی قراردادی نموده است لیکن به روشنی مشخص نکرده است که منظور از ضمانت اجرای "عدم تأثیر" چیست؟ برخی از حقوق‌دانان، منظور از عدم تأثیر را بطلان نسبی دانسته‌اند. بطلان نسبی نیز وضعیتی است که قانون‌گذار برای نقض قواعد مربوط به حمایت از اشخاص معین در نظر گرفته که در صورت تقاضای ذینفع دادگاه قرارداد را از ابتدا باطل و بلااثر اعلام می‌کند. (تقی زاده و احمدی، ۱۳۹۴: ۲۶) که البته به نظر می‌رسد که با توجه به این نکته که در ماده مزبور تنها از عدم امکان استفاده از شروط غیرمنصفانه علیه مصرف‌کننده سخن گفته است، تعبیر بطلان نسبی، تعبیر مناسبی نباشد

۴-۳. قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۲۳/۳/۱۳۸۶

این قانون در راستای حمایت از مصرف‌کننده، حمایت‌هایی را از جمله الزام عرضه‌کننده به رعایت استانداردهای کیفی در ساخت خودرو و تضمین و تعهد به رفع عیوب ناشی از طراحی، مونتاژ، تولید یا حمل که در خودرو وجود داشته یا بر اثر استفاده معمولی و متعارف از خودرو بروز نموده است، در دو دوره‌ی مشخص - یک سال یا سی هزار کیلومتر کارکرد (هر کدام که زودتر به پایان برسد) - و نیز جبران خسارت‌های ناشی از این عیوب مقرر نموده است.





بدیهی است که این قانون درصدد محدود نمودن آزادی عرضه‌کنندگان یا واسطه‌های فروشی است که برای رهایی از قیدوبند الزامات مقرر شده در این قانون به دنبال استفاده از آزادی قراردادی می‌باشند و به همین دلیل در ماده (۷) چنین مقرر داشته است که: «هر توافق مستقیم یا غیرمستقیم بین عرضه‌کننده یا واسطه فروش با مصرف‌کننده که به موجب آن، تمام یا بخشی از تعهداتی که عرضه‌کننده بر طبق این قانون و یا ضمانت‌نامه صادره بر عهده دارد ساقط نماید یا به عهده‌ی واسطه فروش یا هر عنوان دیگری گذارده شود، در برابر مصرف‌کننده باطل و بلااثر است» و بر اساس تبصره همین ماده انعقاد هر نوع قراردادی بر اساس ماده (۱۰) قانون مدنی و مواد مشابه که حقوق و تکالیف طرفین قرارداد و مشمولین این قانون در آن رعایت نشود، از درجه اعتبار ساقط است.

۴-۴. قانون اصلاح موادی از قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهارم قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶ / ۱۱ / ۸

این قانون در راستای سامان‌دهی به بخش‌های فعال در امور اقتصادی، قواعدی را وضع نموده که برخی از این قواعد با مسئله شروط غیرمنصفانه ارتباط زیادی دارد به این بیان که بر اساس ماده (۴۴) این قانون هرگونه تبانی بین اشخاص از طریق قرارداد، توافق یا تفاهم اعم از کتبی، الکترونیکی، شفاهی و یا عملی در راستای مشخص کردن قیمت‌های خرید یا فروش کالا یا خدمات و نحوه تعیین آن در بازار به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم، محدود کردن یا تحت کنترل درآوردن مقدار تولید، خرید یا فروش کالا یا خدمت در بازار، تحمیل شرایط تبعیض‌آمیز در معاملات همسان به طرف‌های تجاری، ملزم کردن طرف معامله به عقد قرارداد با اشخاص ثالث یا تحمیل کردن شروط قرارداد به آن‌ها، موکول کردن انعقاد قرارداد به قبول تعهدات تکمیلی توسط طرف‌های دیگر که بنا بر عرف تجاری ارتباطی با موضوع قرارداد ندارد، تقسیم یا تسهیم بازار کالا یا خدمت بین دو یا چند شخص و محدود کردن دسترسی اشخاص خارج از قرارداد، توافق یا تفاهم به بازار، ممنوع است. علاوه بر این ماده، ماده (۴۵) در بند ۴ خود، تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه را از مصادیق سوءاستفاده از وضعیت ضعیف اقتصادی طرف مقابل و ممنوع اعلام نموده است.



۴-۵. قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸/۲/۱۵

در این قانون از برخی تعاریف مربوط به حوزه حقوق مصرف‌کننده، وظایف عرضه‌کنندگان کالا و خدمات در مواجهه با مصرف‌کنندگان، تشکیل انجمن‌های حمایت از مصرف‌کنندگان و نحوه حمایت و رسیدگی به دعاوی در این زمینه و نیز ضمانت‌اجراهای نقض این مقررات سخن به میان آمده است.

برخی از نویسندگان چنین متذکر شده‌اند که علیرغم به کار رفتن عبارت «شرایط غیرعادلانه» در متن این قانون، ابزارهایی برای کنترل این شرایط در قراردادهای مصرف‌پیش‌بینی‌نشده و با اینکه در بند ۵ ماده (۱) این قانون تبانی تعریف و جرم‌انگاری شده است، سخنی از ممنوعیت شروط غیرعادلانه به میان نیامده که به نظر می‌رسد این امر از بیم قانون‌گذار نسبت به مغایرت با موازین شرعی دال بر لزوم وفای به شرط نشئت می‌گیرد. (امینی، عابدیان و کرمی، بی تا: ۲۰۵)

این تذکر لازم است که در این قانون در راستای حمایت از مصرف‌کننده، به‌طور آمرانه وظایفی برای عرضه‌کننده کالا و خدمات در نظر گرفته شده که توافق برخلاف آن‌ها نادرست بوده و شروط نافی حمایت‌های بر خواسته از این قانون نامشروع و باطل خواهد بود به همین دلیل در ماده (۳) این قانون چنین مقرر شده است که: «عرضه‌کنندگان کالا و خدمات و تولیدکنندگان مکلف‌اند: ۱-۳- ضمانت‌نامه‌ای را که در بردارنده مدت و نوع ضمانت است همراه با صورتحساب فروش که در آن قیمت کالا یا اجرت خدمات و تاریخ عرضه درج شده باشد به مصرف‌کنندگان ارائه نمایند. ۲-۳- اطلاعات لازم شامل؛ نوع، کیفیت، کمیت، آگاهی‌های مقدم بر مصرف، تاریخ تولید و انقضای مصرف را در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهند. ۳-۳- نمونه کالای موجود در انبار را جهت فروش در معرض دید مصرف‌کنندگان قرار دهند و چنانچه امکان نمایش آن‌ها در فروشگاه وجود ندارد باید مشخصات کامل کالا را به اطلاع مصرف‌کنندگان برسانند. تبصره ۱- فروش اجباری یک یا چند نوع کالا یا خدمت به همراه کالا یا خدمت دیگر ممنوع هست. تبصره ۲- داشتن نشان استاندارد در مورد کالا و خدمات مشمول استاندارد اجباری، الزامی است. تبصره ۳- فهرست انواع کالا و خدمات، نوع اطلاعات، نحوه اعلام آن، سقف ارزش کالا و خدماتی





که نیاز به صدور ضمانت‌نامه و صورتحساب دارد، ظرف مدت چهار ماه توسط وزارت بازرگانی و با همکاری وزارتخانه‌ها، دستگاه‌ها و مؤسسات ذی‌ربط تعیین و اعلام می‌شود. تبصره ۴- وزارت بازرگانی موظف است فهرست مربوط به اقلام دارویی و تجهیزات پزشکی واحدهای خدمات پزشکی اعم از تشخیصی و درمانی را با همکاری وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی تهیه و اعلام نماید.»

۴-۶. قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵/۲/۲۰

به نظر می‌رسد که بتوان بطلان و ممنوعیت مصادیق مطرح در ماده (۱۱) این قانون که عبارت‌اند از: درج هرگونه شرط در بیمه‌نامه که مزایایی کمتر از مزایای مندرج در این قانون را برای بیمه‌گذار یا زیان‌دیده مقرر می‌کند یا درج شرط تعلیق تعهدات بیمه‌گر در قرارداد را به‌تنهایی و بدون آسیب به بیمه‌نامه و یا اخذ هرگونه رضایت‌نامه از زیان‌دیده توسط بیمه‌گر و صندوق مبنی بر پرداخت خسارتی کمتر از مزایای مندرج در این قانون را باینکه از اصطلاح شروط غیرمنصفانه سخنی به میان نیامده است را با استناد به ویژگی‌های مشابه متصور برای شروط غیرمنصفانه جزء شروط غیرمنصفانه تلقی نمود.

۵. جایگاه شروط غیرمنصفانه در فقه

هرچند که فقیهان از اصطلاح شروط غیرمنصفانه استفاده نکرده‌اند اما در برخی از ابواب و مباحث فقهی به رعایت عدل و انصاف توجه نشان داده و حتی برخی از ایشان از عدل و انصاف به "قاعده" تعبیر نموده‌اند. (حکیم، ۱۴۱۶: ۴۹۷ و ۵۰۱؛ خوئی، بی‌تا، ج ۴۱: ۶۷). یکی از نویسندگان بر این باور است که سید محمد عاملی صاحب نهایه المرام برای نخستین بار در بحث تعدد زوجات و حق قسم از عبارت "مقتضی العدل و الانصاف" استفاده نموده است. (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵: ۲۰۲)

از میان مباحث فقهی که در آن‌ها به عدل و انصاف اشاره شده می‌توان مواردی را به‌عنوان نمونه مطرح کرد. (برای مطالعه بیشتر رک: آملی، ۱۳۸۰، ج ۹: ۴۸۲ و ج ۱۱: ۷۲ و ج ۱۲: ۶۹ و ۲۴۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۲۳) در بحث تعدد زوجات، تسویه بین ایشان در





مورد انفاق مازاد بر میزان لازم، حسن معاشرت و گشاده‌رویی را با استناد به رعایت عدل و انصاف مستحب دانسته‌اند. (بحرانی، ۱۴۰۵: ۶۱۰) و در مورد اختلاف در مالکیت مال و عدم وجود بینه یا اماره، به تنصیف مال حکم نموده و این حکم را به رعایت عدل و انصاف در راستای خاتمه دادن به دعوا معلل نموده‌اند. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۲۲۵) در مسئله‌ی کشف مال و مردد بودن صاحب آن میان مجموعه‌ای از افراد نیز راه‌هایی برای برون‌رفت از ضمان حاصله محتمل دانسته شده که از آن میان راهکار توزیع مساوی مال بین همه افراد مستند به قاعده عدل و انصاف و موجه فرض شده است. (خوئی، بی‌تا، ج ۲۵: ۱۵۰) در بحث ارث خنثی مشکل نیز اختصاص نیمی از ارث در حالت تأنیث و نیمی از ارث در حالت مذکر بودن به وی، أوفق به عدل و انصاف دانسته شده (سبحانی، ۱۴۱۵: ۳۸۰) و در همین باب ارث در بحث ادای دین قبل از تقسیم ترکه، توزیع دین بر مجموع ترکه اعم از آنچه زوجه از آن ارث می‌برد و غیر آن، مقتضای عدل و انصاف معرفی شده است (عراقی، بی‌تا: ۳۶).

علیرغم اشارات فوق‌الذکر باید توجه داشت که میان فقیهان در مورد حجیت استناد به عدل و انصاف و جایگاه آن، اختلاف نظر وجود دارد (ایروانی، ۱۴۲۷: ۳۶) با این بیان که گروهی این قاعده را معتبر و عقلایی دانسته (منتظری، ۱۴۰۹: ۴۶۳) و در صدد اثبات حجیت آن از طریق توضیح و بررسی مدارک آن پرداخته‌اند. (بهبهانی، ۱۴۰۵: ۵۹-۴۵؛ سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵: ۲۰۲؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۵۹) عده‌ای هم به عدل و انصاف صرفاً به‌عنوان یک امر ترغیبی توجه کرده‌اند. (بحرانی، ۱۴۰۵: ۶۱۰؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۱۸۲) اما گروهی از فقیهان به استناد به عدل و انصاف به‌عنوان قاعده‌ای کلی اشکال کرده (حکیم، ۱۴۱۶: ۴۹۷) و عده‌ای هم علیرغم اینکه معتقدند جمعی از اعیان به اعتبار قاعده عدل و انصاف تصریح کرده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۸۳) اثبات آن به‌صورت قاعده‌ای کلی را نپذیرفته (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۴) و استناد به آن را به مواردی اختصاص داده‌اند که مشهور فقیهان به آن عمل کرده باشند. (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۲) در مقابل برخی از فقیهان، چنین قاعده‌ای را غیر تام پنداشته و بر این باورند که بناء و سیره‌ی عقلا در تأیید این قاعده به اثبات نرسیده چه برسد به اینکه از سوی شارع امضاء شده باشد و چنین ابراز داشته‌اند که این قاعده اساسی نداشته و مطلقاً به اثبات نرسیده است. (خوئی، بی‌تا: ۱۴۷ و ۲۵۵؛ خوئی،





بی‌تا، ج ۴۱: ۶۷) و صراحتاً این قاعده را نامعتبر معرفی کرده‌اند. (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۳: ۱۷۶) تا جائیکه برخی از نویسندگان از این قاعده تحت عنوان "قاعده خیالیه و هی ما یسمونها قاعده العدل و الانصاف" نامبرده‌اند (کریمی، ۱۴۲۰: ۷۷) و سرانجام یکی از فقیهان با اشاره به عدم اساس این قاعده و نقد و بررسی مستندات آن چنین ابراز داشته است که ظاهراً فقیهان اهل سنت این قاعده را در تضعیف قاعده قرعه مطرح کرده‌اند و لذا کمی در فقه شیعه راه پیدا کرده است. (فاضل لنکرانی، محمدجواد، ۱۳۸۹: جلسه ۶۸)

با توجه به تشتت آراء فقیهان در زمینه عدل و انصاف و عدم پشتیبانی مشهور فقیهان از این امر، می‌توان چنین نتیجه گرفت که عدل و انصاف جایگاه مستقلی در استنباط احکام شریعت نداشته و شاید به همین خاطر است که مخالف انصاف بودن در بحث شروط مورد توجه فقیهان قرار نگرفته و به نظر می‌رسد که عدل و انصاف توان لازم برای کنترل شروط غیرمنصفانه قراردادی را ندارد و برای این امر باید، سایر بسترهای فقهی مورد واکاوی قرار گیرد. در راستای تشخیص این بسترها، بررسی مصداقی شروط غیرمنصفانه مندرج در دستورالعمل ضروری به نظر می‌رسد. به همین دلیل در قسمت بعدی ضمن معرفی اجمالی برخی از شروط مذکور، امکان بهره‌مندی از بسترهای فقهی همچون؛ اختلال نظام، اکل مال به باطل، غرر و غیرمقدور بودن شرط مورد سنجش قرار گرفته است.

۵-۱. اختلال نظام

در برخی از روایات، می‌توان مواردی را یافت که در تعلیل حکم، به اهمیت جلوگیری از اختلال نظام توجه داده شده است که از آن میان می‌توان به روایت حفص بن غیاث از امام صادق علیه‌السلام در توجیه قاعده‌ی ید اشاره نمود که در این روایت امام (ع)، در توجیه اماریت ید برای تشخیص مالکیت، به *لَوْ لَمْ يَجْزُ هَذَا لَمْ يَقُمْ لِلْمُسْلِمِينَ سَوْقٌ* استناد نموده که بیانگر توجه به اهمیت حفظ نظام بازار و جلوگیری از به هم خوردن نظم آن است. علاوه بر این در روایتی دیگر از امام صادق (ع)، ایشان توجه و اهمیت رعایت صلاح در زندگی مردم را از اولویت‌های غیرقابل جایگزین معرفی نموده که این امر نشان‌دهنده‌ی





اهتمام ویژه‌ی شارع به اموری است که حفظ نظام حیات انسان منوط به آن است. (رک: کلینی، ۱۴۰۷: ۳۸۷)

این تذکر لازم است که فقیهان به صورت فراگیر و در جای جای فقه به حفظ نظام و اختلال آن توجه نشان داده‌اند (رک: ورعی، ۱۳۹۳: ۵). لیکن به علت وضوح اعتبار آن از نظر عقلی و متسالم بودن آن (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵: ۱۱) به صورت مستقل به این مهم نپرداخته‌اند (باقی زاده، امیدی فرد، ۱۳۹۳: ۱۷۰؛ خورسندیان، شرعی، ۱۳۹۵: ۸۴). از بررسی آثار فقیهان چنین برمی‌آید که حفظ نظام، یک واجب شرعی است که اختلال آن مورد نکوهش است. باید توجه داشت که منظور از نظام، نظام عام اجتماع است که حفظ آن متوقف بر حفظ خرده نظام‌های اجتماعی است که به حکم عقل مبنی بر وجوب مقدمه واجب، حفظ آن‌ها واجب و سامان معاش مردم و امنیت بلاد و سعادت دنیوی و اخروی درگرو آن است؛ و به همین دلیل هر حکمی که منجر به اختلال در هر یک از این خرده نظام‌ها گردد به علت اینکه در ادامه منجر به از بین رفتن نظام عام اجتماع می‌شود، محکوم به بطلان است (ملک افضلی اردکانی، ۱۳۹۶: ۱۳۳ و ۱۴۱ و ۱۴۸-۱۴۹؛ باقی زاده، امیدی فرد، ۱۳۹۳: ۱۷۶). شاید به همین علت بوده است که برخی از فقیهان حرمت اختلال نظام را از احکام اولیه و حفظ آن را از اوجب واجبات دانسته (رک: خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۶۱۹؛ منتظری، ۱۴۰۹، ب، ج ۱: ۱۸۲؛ سبحانی، ۱۴۱۵ الف: ۲۲) و در صورت تراحم حفظ نظام با سایر احکام اولیه و ثانویه حفظ نظام را مقدم دانسته‌اند (ملک افضلی اردکانی، ۱۳۹۶: ۱۴۲-۱۴۱).

برخی از فقیهان حفظ نظام و حرمت اختلال به آن را تحت عنوان یک قاعده فقهی مطرح کرده و معتقدند که بسیاری از احکام مبتنی بر این قاعده است (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵: ۱۱). ایشان در توجیه اعتبار این قاعده به ضرورت عقلی و سیره‌ی عقلایی مورد تأیید شارع استناد کرده (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵: ۱۸۶) و نصوص دال بر اعتبار قاعده را ارشاد به حکم عقل می‌دانند و با استدلال به ملازمه بین حکم عقل و شرع متذکر می‌شوند که ابتدای این قاعده بر حکم عقل منافی شرعی بودن آن نیست (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵: ۱۳-۱۱).





نهی تکلیف تجار به فراگیری اجتهادی احکام تجارت (رک: خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳: ۵۹۰)، ممنوعیت احتکار (تبریزی، ۱۴۲۶: ۱۷)، لزوم جرح شاهد فاسق (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۳۰۸)، لزوم معصومیت امام (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۹: ۳۹۵)، لزوم فصل خصومت طرفین دعوا توسط قضات (رشتی، ۱۴۰۱: ۵۹)، لزوم تقدیم قول وکیل در صورت اختلاف با موکل (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷: ۴۳۴)، حکمت تعیین مهریه (شیرازی، ۱۴۱۹: ۵۳۵)، حرمت شبیه‌سازی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۴۵۵) از نمونه‌های فقهی است که فقیهان در فتوای خود به حرمت اختلال نظام و وجوب حفظ آن توجه نشان داده‌اند.

۵-۲. غرر

در رابطه با لزوم انتفای غرر، روایت معروفی از امام رضا (ع) از پدران ایشان از امام علی (ع) از رسول خدا صلوات‌الله‌علیه وارد شده است که ایشان از معامله غرری، نهی نموده‌اند. (رک: مجلسی، ۱۴۱۰، ج ۱۰۰: ۸۱). باید توجه داشت که علیرغم ضعف سندی این روایت، فقیهان مضمون آن را پذیرفته و به‌عنوان یکی از ادله‌ی قاعده غرر به آن استناد نموده‌اند. بسیاری از فقیهان در برخی از موارد در توجیه بطلان اعمال حقوقی به غرر استناد نموده‌اند؛ که از این موارد می‌توان به استیجار برای حمل توده‌ی مجهول المقدار (رک: محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۷: ۱۰۹)، بیع ما یراد طعمه در فرض عدم آزمایش (سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲۸)، بیع شتر فراری (شهید اول، بی تا: ۶۲)، بیع ملامسه و منابذه (انصاری، ۱۴۲۱: ۶۸) و بیع حلیب مع ما فی الضرع (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۳۲۲) اشاره نمود.

برخی از فقیهان پس از ارائه معانی غرر از دیدگاه واژه شناسان، چنین اظهار می‌دارند که محصل این عبارات را باید در آنچه مستلزم خطر است رهگیری نمود و از این موارد در بحث غرر، سخن گفت. از دیدگاه ایشان خطر عبارت از احتمال ضرری است که خردمندان از آن اجتناب می‌کنند و احتمالات ضعیفی که مردم به آن اعتنایی ندارند تحت این عنوان قرار نمی‌گیرد. به دیگر سخن خطر عبارت است از عدم اطمینان طرفین قرارداد یا یکی از آن‌ها به اینکه آیا آنچه از رهگذر عقد به دست می‌آید، قابلیت معاوضه را داراست یا خیر؟ و در فرض قابلیت یا عدم قابلیت، آیا چنین عوضی محقق الحصول است؟ (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۴؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۹۳). این تذکر لازم است که از دیدگاه این فقیهان،





منشأً خطر بسته به موارد مختلف، متفاوت است و گاهی ناشی از عدم اطمینان به وجود مال و امثال آن و گاهی هم ناشی از عدم وثوق به امکان تسلیم و تسلّم و قبض و اقباض می‌باشد. برخی از اوقات نیز از عدم اطمینان به قابلیت معاوضه به دلیل جهل به مقدار، جنس و وصف عوض نشئت می‌گیرد. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۴؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۹۳-۹۴)

نکته‌ای که از اهمیت بسزایی برخوردار است این است که در صورت صدق غرر، معامله محکوم به بطلان است و اقدام متعاملین تاب تصحیح آن را ندارد؛ چراکه مبنای بطلان غرر، حکم تبعیدی شرع است که بر وجوب انسداد باب نزاع تشریح شده است. مضافاً بر اینکه بعید نیست در فرض رضایت طرفین قرارداد نیز بتوان به عدم تجویز شارع نظر داد؛ چراکه این مورد از موارد اسراف محسوب می‌شود که از سوی شارع به حرمت آن حکم شده و رضایت مالک دخلی در آن ندارد. علاوه بر این نباید از تفاوت آشکار بین ابوابی نظیر هبه و امثال آن با فروض مورد بحث غافل بود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۶؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۹۸-۹۷؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۳۷۹).

این تذکر لازم است که غرر و خطر، امری عرفی است که حسب مورد مصادیق متفاوتی را پوشش می‌دهد (نراقی، ۱۴۱۷: ۹۵). غرر همچون سفه نیست که در صورت احراز غرض مشروع، اثر حقوقی آن تغییر کند، به همین علت در فرض تحقق غرر، انضمام مصلحت به آن توان تصحیحش را ندارد و به همین دلیل در مواردی که یکی از طرفین قرارداد در بیع چیزی که قدرت بر دستیابی به آن میسر نیست، مصلحتی را در نظر دارد، این امر باعث ارتفاع غرر نخواهد بود و به دلیل شمول غرر نسبت به آن محکوم به بطلان است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۲۰)؛ و بالجمله باید چنین معتقد شد که غرر یکی از اسباب بطلان محسوب می‌شود و مگر اینکه دلیل خاصی بر صحت معامله وجود داشته باشد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۳).

۳-۵. اکل مال به باطل

فقیهان امامی در مباحث مختلف فقهی در راستای تعلیل تحریم، بطلان و توجیه برخی از احکام به ممنوعیت اکل مال به باطل استناد نموده‌اند. از این موارد می‌توان به تحریم غضب (رک: طوسی، ۱۳۸۷: ۵۹) و تصرف بدون اذن در مال دیگران (رک: شهید ثانی،





۱۴۱۰، ج ۷: ۳۴۱)، حرمت أخذ اجرت در قبال انجام کارهای بیهوده و فاقد غرض عقلایی (رک: بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۹)، بطلان بیع صلیب و صنم (رک: انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱: ۱۱۲) و مردار (رک: نجفی عراقی، ۱۳۸۰: ۳۰۲)، بطلان شرط تبری از عیوب در فرضی که مبیع به سبب عیب به کلی ارزش خود را ازدست داده است (رک: اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۸۲)، توجیه خیار غبن (رک: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۳۵؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۳۹۰) و حق رجوع مشتری به بایع فضول (رک: شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۲۳۵-۲۳۶) و توجیه ضمان مقبوض به عقد فاسد (رک: علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰: ۲۹۰)، اشاره نمود.

برخی از شارحان آیات الاحکام، در شرح فراز «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»، چنین ابراز داشته‌اند که در این زمینه دو دیدگاه وجود دارد که بر اساس یکی، مراد از آن نهی از اکل اموالی است که از راه ربا، قمار، بخش و ظلم حاصل شده است و بر اساس دیدگاه دیگر، مراد نهی از اکل اموالی است که من غیر حق به دست آمده است (رک: قطب راوندی، ۱۴۰۵: ۴۰). برخی هم چنین معتقد شده‌اند که منظور از آن، اکل اموالی است که از دیدگاه شریعت مباح نیست و در توضیح آن به غضب، سرقت، خیانت، عقود فاسد، قمار، اجرت در برابر زنا و امثال این موارد، اشاره نموده‌اند (رک: سیوری حلی، ۱۴۲۵: ۳۳). برخی نیز مراد از «بالباطل» را «بغیر وجه شرعی» دانسته (رک: مقدس اردبیلی، بی تا: ۴۲۷) و بر این اعتقادند که منظور از باطل عبارت است از چیزی که نسبت به آن استحقاقی وجود ندارد؛ لیکن مصادیق این باطل ناشناخته است؛ چراکه تشخیص سبب موجب استحقاق از سایر اسباب وظیفه‌ی شارع است و پیش از تبیین سبب استحقاق، تمامی مؤاکلات اموال در بین مردم از زمره‌ی موارد واجب الاجتناب خواهد بود. ایشان چنین توجه داده‌اند که سبب استحقاق از دیدگاه شارع تجارت بر خواسته از رضایت می‌باشد که سبب حلیت اکل مال حاصل از آن است (مامقانی، ۱۳۱۶: ۳۶۲-۳۶۱). در مقابل بسیاری از فقیهان نیز مراد از بالباطل را «بکل وجه یسمی باطلاً عرفاً» دانسته‌اند (رک: انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵: ۲۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۷۴؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۱۷۱).



۴-۵. غیرمقدور بودن شرط

یکی از شروطی که در مباحث فقهی مربوط به شرایط عمومی صحت شرط مورد توجه فقیهان قرار گرفته است، مقدور بودن شرط است. ایشان در صورتی که عمل به مفاد شرط در توان مشروط علیه نباشد چنین شرطی را باطل معرفی می‌کنند (رک: علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۵۹؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۴۰۷؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۴: ۴۱۶).

برخی از فقیهان در راستای توضیح این شرط به آنچه یکی از طرفین قرارداد توانایی تسلیم آن به طرف مقابل را ندارد، مثال زده و از این حیث تفاوتی میان شرط صفت؛ همچون باردارشدن حیوان در آینده و شرط فعل؛ همچون شرط تبدیل کردن کشته به خوشه، قائل نشده‌اند و معتقدند که وجه تمثیل در این است که تحقق چنین کارهایی در قدرت طرف قرارداد نیست و نباید این شائبه پیش آید که غرض از این مثال‌ها، احتراز از اشتراط کارهای محال بر مشروط علیه است؛ چراکه خردمندان به صورت عقلی و عادی، الزام و التزام به این امور را مدنظر قرار نخواهند داد و اظهارنظر در مورد صحت یا بطلان چنین اموری در شأن فقیهان نیست (رک: انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۶۵-۱۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۱۰۷؛ نائینی، ۱۳۷۳: ۱۰۲).

در حقیقت منظور از اینکه عمل به شرط باید تحت قدرت مکلف باشد، این است که زمام شرط باید در اختیار مشروط علیه باشد (خویی، بی تا الف، ج ۷: ۳۰۱؛ روحانی، ۱۴۲۹: ۲۳۴). شایان توجه است که برخی از اندیشمندان، شروطی را که تحقق آن در اختیار مشروط علیه نیست، به قمار مانند دانسته و در تحلیل بطلان الزام مشروط علیه به چیزی که خارج از توان او بوده و بر محقق ساختنش قادر نیست، به بیهودگی و بی‌فایده بودن آن اشاره نموده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۹۱ و ۹۷).

۶. تطبیق فقهی

به نظر می‌رسد که بتوان در بطلان برخی از شروط غیرمنصفانه‌ی مندرج در دستورالعمل ۱۳، ۹۳، از بسترهایی همچون اختلال نظام، اکل مال به باطل، غرر و غیرمقدور بودن شرط بهره برد.





این تذکر لازم است که بر اساس بند B ضمیمه دستورالعمل مذکور، شروطی که در صورت عدم اجرای همه یا برخی از تعهدات قراردادی و یا اجرای ناقص آنها توسط فروشنده یا ارائه‌کننده یا شخص ثالث، هر ادعایی از سوی مصرف‌کننده نسبت به مطالبه‌ی حقوق قانونی خود؛ همچون جبران خسارت ناشی از قصور فروشنده یا ارائه‌کننده را از بین برده یا محدود می‌سازد و مطابق با بند C که بر اساس آن علی‌رغم اینکه مصرف‌کننده، ملزم به پای بندی به قرارداد بوده و حقی برای فسخ آن ندارد، فروشنده یا ارائه‌کننده خدمات از رهگذر شرط، حق پیدا می‌کند که تدارک خدمات را منوط به شرایطی نماید که تحقق آنها تنها تابع اراده یک‌جانبه وی باشد و نیز با توجه به بند E که مقرر می‌دارد، در صورتی که فروشنده یا ارائه‌کننده خدمات علیه مصرف‌کننده چنین شرط نماید که وی در فرض نقض تعهدات قراردادی مکلف به پرداخت مبلغ بسیار زیادی باشد، شروط غیرمنصفانه مذکور باطل معرفی شده است که در این قسمت توجیه بطلان شروط غیرمنصفانه مذکور با توجه به بسترهای فقهی پیش‌گفته، امکان‌سنجی خواهد شد. بر اساس بند B، شرط عدم مطالبه‌ی خسارت ناشی از قصور به‌عنوان مصداقی از شروط غیرمنصفانه‌ی قابل انطباق با شروط کلی موردنظر بند مذکور، معرفی شده که به نظر مورد تأمل است. چراکه اگر قرار باشد، مشروطه حتی در صورت ارتکاب تقصیر از مسئولیت معاف باشد، چه بسا دقت لازم در جهت انجام تعهد را به کار نبرده و در اثر بی‌احتیاطی و عدم انجام اقدامات لازم، حقوق مشروط‌علیه را به مخاطره اندازد که چنین وضعیتی موجب گسترش بی‌احتیاطی و درنهایت زیان جامعه و از مصادیق منجر به اختلال نظام خواهد بود و همان‌طور که گذشت برخی از فقیهان حرمت اختلال نظام را از احکام اولیه دانسته و معتقدند که جلوگیری از آن، از اوجب واجبات است و در صورت تراحم با سایر احکام باید مقدم داشته شود. شایان توجه است که اگر بتوان مطالبه خسارات ناشی از قصور خود فروشنده یا ارائه‌کننده خدمات را از زمره‌ی تصرفاتی همچون اکل مال به باطل و اسراف و تبذیر محسوب نمود، می‌توان چنین معتقد شد که بطلان مصداق مطرح شده در بند (B) از زاویه دید فقیهانی که دلالت حدیث الناس مسلطون علی اموالهم را به استقلال مالک در تصرفات مشروع بدون توقف بر اجازه‌ی دیگران محدود ساخته‌اند، توجیه‌پذیر است. با این





توضیح که ایشان معتقدند استثنائات متعددی از سوی خردمندان و شریعت بر تسلط انسان نسبت به اموال وارد شده و نمی‌توان همه انواع تصرفات را مشروع دانست و با استدلال به عموم و اطلاق حدیث در موارد تردید، تصرف را مشروع تلقی نمود. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۶-۳۵) از دیدگاه فقیهانی نیز که سیره‌ی عقلایی ممضای شارع را به‌عنوان تنها مدرک قاعده تسلیط معرفی کرده‌اند و سایر ادله ابرازی از سوی فقیهان را مخدوش می‌دانند، در این موارد باید به‌قدر متیقن اکتفا نمود (ایروانی، ۱۴۲۷: ۱۰۲) که به نظر می‌رسد اسقاط حقوق ناشی از تقصیر من‌علیه‌الحق، در این قدر متیقن جایگاهی نداشته باشد. در نهایت، شاید بتوان با این استدلال که موارد شرط سلب مسئولیت ناشی از تقصیر منجر به عدم اطمینان به حصول نتیجه‌ی موردنظر قرارداد خواهد شد، از نقطه‌نظر فقیهانی که سیاق موارد غرری منهی از سوی شارع را دال بر احتساب خطر به‌عنوان عنصر اصلی غرر دانسته‌اند، بطلان چنین شروطی را نتیجه گرفت.

به نظر می‌رسد که شرط مندرج در بند C نیز از دیدگاه فقهی نیز محکوم به بطلان باشد؛ زیرا در این فرض، مصرف‌کننده به شرایط و اوضاع و احوالی که تابع اراده یک‌جانبه مشروطه است، جاهل است که این امر حقوق وی را به مخاطره خواهد انداخت. به همین جهت می‌توان با تمسک به غرر ناشی از این جهالت به بطلان شرط مذکور نظر داد. مضافاً بر اینکه در واقع مشروطه با درج چنین شرطی درصدد سلب مسئولیت خود در هر شرایطی است و چه‌بسا اصلاً اراده‌ی مشروطه به تحقق شرایط تعلق نگیرد. حال آنکه مصرف‌کننده موظف است به چنین قراردادی پای بند باشد و کاملاً مشخص است که چنین شرطی با خصیصه طرفینی بودن عقد در تعارض بوده و بیشتر به ایقاع شباهت دارد و پذیرش چنین شرطی از سوی مصرف‌کننده، توجیهی جز امید وی به تأمین نیاز مصرفی خویش ندارد.

به نظر می‌رسد که در تطبیق شرط وجه التزام سنگین علیه مصرف‌کننده مندرج در بند E، با شرط مقدور بودن شرط، بتوان چنین معتقد شد که در این فرض مشروطه می‌داند که طرف ضعیف قرارداد یعنی مصرف‌کننده از عهده‌ی پرداخت این مبلغ سنگین بر نخواهد آمد و در چنین وضعیتی متعهد قادر به تسلیم موضوع شرط نیست. از این رو به نظر می‌رسد که شرط وجه التزام سنگین از جهت مفقود بودن این شرط عمومی صحت، محکوم به





بطلان خواهد بود. مضافاً بر اینکه به نظر می‌رسد که بطلان چنین شرطی حتی در فرض قدرت مشروط‌علیه به پرداخت وجه التزام سنگین نیز قابل دفاع باشد؛ چراکه تالی فاسد به رسمیت شناختن آن، ممکن است به آکل مال به باطل و فراهم آوردن موجبات اختلال در نظام اقتصادی جامعه منتج گردد. با این توضیح که در فرض صحت شرط وجه التزام سنگین، طلبکاری که به عدم توانایی بدهکار در پرداخت دین در سررسید، واقف است می‌تواند با شرط وجه التزام سنگین به مقصود ربوی خویش نائل گردد. حال آنکه فقیهان در حرمت ربا (رک: آل عصفور، بی تا: ۳۰؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳: ۴۰۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱: ۱۲)؛ تردیدی ندارند و عدم جلوگیری از چنین وضعیتی، سوءاستفاده طلبکاران از این نهاد در راستای تحقق اهداف ربوی و در نتیجه اختلال نظام اقتصادی خواهد بود.

نتیجه‌گیری

بر اساس ماده (۳) و (۴) دستورالعمل ۱۳، ۹۳، غیرمنصفانه بودن شرط به این معناست که علی‌رغم اینکه شرط قراردادی به‌طور مشخص مورد مذاکره قرار نمی‌گیرد با حسن نیت نیز مخالف بوده و به عدم تعادل جدی بین حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد منجر شده و به ضرر مصرف‌کننده باشد. این تذکر لازم است که در قراردادهای استاندارد اصل بر عدم مذاکره‌ای بودن شرط می‌باشد چراکه بار اثبات ادعای مذاکره‌ای بودن شرط بر عهده‌ی فروشنده یا ارائه‌کننده کالا یا خدمات می‌باشد. گفتنی است که غیرمنصفانه بودن شرط مفهومی است که باید با توجه به ماهیت کالاها و خدمات، زمان قرارداد و همه‌ی رویدادهای منجر به انعقاد آن و نیز سایر شروط یا قراردادهای وابسته ارزیابی گردد که در این ارزیابی توجه به کیفیت زبانی شرط از حیث روشن و قابل فهم بودن حائز اهمیت است. علی‌رغم اینکه مباحث مربوط به شرط از مهم‌ترین مباحث مربوط به فقه مدنی محسوب می‌گردد، در کلام فقیهان و در منابع فقهی سخنی از شروط غیرمنصفانه به میان نیامده است. در حقوق موضوعه ایران نیز این مهم مورد توجه و تقنین قرار نگرفته و تنها برخی از قوانین که در پژوهش حاضر به آن‌ها اشاره شده است در راستای حمایت از مصرف‌کننده وضع گردیده است که در این قوانین نیز هیچ قاعده عامی جهت مبارزه با شروط غیرمنصفانه





پیش‌بینی نشده به نحو شایسته و روشنی از شروط غیرمنصفانه و احکام آن‌ها سخنی به میان نیامده است؛ و با توجه به تشتت آراء فقیهان در زمینه عدل و انصاف و عدم پشتیبانی مشهور فقیهان از این امر، می‌توان چنین نتیجه گرفت که عدل و انصاف جایگاه مستقلی در استنباط احکام شریعت نداشته و شاید به همین خاطر است که مخالف انصاف بودن در بحث شروط مورد توجه فقیهان قرار نگرفته و به نظر می‌رسد که عدل و انصاف توان لازم برای کنترل شروط غیرمنصفانه قراردادی را ندارد و برای این امر باید، سایر بسترهای فقهی همچون؛ اختلال نظام، اکل مال به باطل، غرر و غیرمقدور بودن شرط مورد واکاوی قرار گیرد. علیرغم اینکه در حقوق اروپایی در جهت حمایت از مصرف‌کننده اقدامات معتدبه‌ی صورت گرفته لیکن با توجه به دشواری تشخیص عدم موازنه بین حقوق و تعهدات و نیز احتراز از ابهام ناشی از عدم شفافیت کافی مفهومی و مصداقی غیرمنصفانه بودن که زمینه تشتت آراء قضایی و اعمال سلیقه‌های شخصی در این زمینه را فراهم می‌سازد، برای تسهیل تشخیص شروط غیرمنصفانه و جلوگیری از اختلافات احتمالی در برخی قوانین و دستورالعمل‌ها به صورتی غیر حصری شروطی به عنوان شروط غیرمنصفانه معرفی شده و دستورالعمل ۱۳، ۹۳ جامعه اقتصادی اروپا راجع به شروط غیرمنصفانه در قراردادهای منعقد با مصرف‌کننده دولت‌های عضو را ملزم به پذیرش و اعمال آن در تقنین داخلی خود نموده است؛ که به نمونه‌هایی از این قوانین اشاره شد؛ که بررسی فقهی این شروط به صورت اختصاصی و فارغ از مفاهیمی همچون عدل و انصاف در راستای بهبود بخشیدن به نظم اقتصادی ضروری به نظر می‌رسد.

منابع

- ۱) آخوند خراسانی، محمد کاظم، ۱۴۰۶ق، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، بی‌جا.
- ۲) آملی، میرزا محمد تقی، ۱۳۸۰ش، مصباح الهدی فی شرح العروه الوثقی، بی‌جا، بی‌جا، ج ۹ و ۱۱ و ۱۲.





- (۳) ابن ادريس حلی، محمد بن احمد، ق ۱۴۱۰، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۱، ج ۲ و ۳.
- (۴) ابن فهد حلی، احمد بن محمد، ۱۴۰۷ق، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۱، ج ۲.
- (۵) ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، ۱۴۱۴ق، لسان العرب، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ج ۳، ج ۷ و ۹.
- (۶) ابن بابویه، محمد بن علی، ۱۴۱۳ق، من لا یحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ج ۲.
- (۷) اصفهانی، محمد تقی بن عبدالرحیم، بی تا، الاجتهاد و التقليد (هدایة المسترشدين)، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ج ۱.
- (۸) اصفهانی، محمد حسین، ۱۴۱۸ق، حاشیة کتاب المکاسب، قم، أنوار الهدی، ج ۱، ج ۳.
- (۹) امینی، منصور، عابدیان، میرحسین و کرمی، سکینه، «نحوه مقابله نظام های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از مصرف کنندگان»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱۵، ش ۳.
- (۱۰) انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۴۲۱ق، صیغ العقود و الإیقات، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ج ۱.
- (۱۱) _____، بی تا ب، قاعدة لاضرر و الید و الصحه و القرعة (فرائد الاصول)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ج ۱.
- (۱۲) _____، ۱۴۱۵ق، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ج ۱، ج ۶.
- (۱۳) ایروانی، باقر، ۱۴۲۷ق، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، قم، بی تا، ج ۲، ج ۳.
- (۱۴) باقی زاده، محمد جواد و امیدی فرد، عبدالله، ۱۳۹۳ش، «ضرورت حفظ نظام و اختلال به آن در فقه امامیه»، ادیان، مذاهب و عرفان، شیعه شناسی، ش ۱۲ (۴۷).





- ۱۵) بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، ۱۴۰۳ق، بلغۃ الفقیه، تهران، منشورات مکتبه الصادق، ج ۴، ص ۲.
- ۱۶) بحرانی، یوسف بن احمد، ۱۴۰۵ق، الحدائق الناضره فی الاحکام العتره الطاهره، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ج ۱، ص ۲۴.
- ۱۷) بهبهانی، سید علی، ۱۴۰۵ق، الفوائد العلیه - القواعد الکیلیه، اهواز، دارالعلم، ج ۲، ص ۱.
- ۱۸) بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل، ۱۴۱۷ق، حاشیة مجمع الفائدة و البرهان، قم، مؤسسه العلامة المجدد الوحيد البهبهانی، ج ۱.
- ۱۹) تبریزی، جواد، ۱۴۲۶ق، منهاج الصالحین، قم، مجمع الإمام المهدی (عج)، ج ۱.
- ۲۰) تقی زاده، ابراهیم، احمدی، افشین، ۱۳۹۴ش، «جایگاه شروط غیر منصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۳، ش ۱۰.
- ۲۱) جوهری، اسماعیل بن حماد، ۱۴۱۰ق، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه، بیروت، دارالملايين، ج ۱، ص ۳ و ۴ و ۵.
- ۲۲) روحانی، سید صادق، ۱۴۲۹ق، منهاج الفقاهة، قم، انوار الهدی، ج ۵.
- ۲۳) حسینی مراغی، عبد الفتاح بن علی، ۱۴۱۷ق، العناوین الفقهیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ج ۱.
- ۲۴) حکیم، سید محسن، ۱۴۱۶ق، مستمسک العروه الوثقی، قم، دارالتفسیر، ج ۱، ص ۹.
- ۲۵) خمینی، سید روح الله، ۱۴۲۱ق، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ج ۱، ص ۲ و ۳.
- ۲۶) خورسندیان، محمد علی و شرعی، الهام، ۱۳۹۵ش، «مبانی قاعده نفی اختلال نظام در فقه اسلامی و حقوق موضوعه»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۴۹، ش ۱.
- ۲۷) خوئی، سید ابوالقاسم، (بی تا الف)، مصباح الفقاهة، بی جا، بی تا.
- ۲۸) _____، (بی تا)، موسوعه الامام الخوئی، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ج ۱، ص ۲۵ و ۴۱.





(۲۹) _____ ، (بی تا)، المستند فی شرح العروه الوثقی - کتاب الخمس، بی جا، بی نا.

(۳۰) دهخدا، علی اکبر، ۱۳۴۲ش، بی جا، لغت نامه، تهران، دانشگاه تهران.

(۳۱) راغب اصفهانی، حسین بن محمد، ۱۴۱۲ق، مفردات الفاظ القرآن، شام، دارالعلم - دارالشام، چ ۱.

(۳۲) رشتی، حبیب الله بن محمد علی، ۱۴۰۷ق، فقه الإمامیه، قسم الخیارات، قم، کتابفروشی داوری، چ ۱.

(۳۳) زبیدی واسطی، سید محمد، ۱۴۱۴ق، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چ ۱، ج ۱۰.

(۳۴) ساردویی نسب، محمد و کاظم پور، سید جعفر، ۱۳۹۰ش، «مؤلفه های غیرمنصفانه بودن قرارداد»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، ش ۷۵.

(۳۵) سبحانی، جعفر، ق ۱۴۱۵، الف، الرسائل الأربع، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چ ۱.

(۳۶) _____ ، ۱۴۱۵ق، نظام الارث فی الشریعه الاسلامیه الغراء، قم، موسسه الامام الصادق (ع)، چ ۱.

(۳۷) سبزواری، سید عبدالاعلی، ۱۴۱۳ق، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، مؤسسه المنار، چ ۴، ج ۱۸.

(۳۸) سیفی مازندرانی، علی اکبر، ۱۴۲۵ق، مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقیه الاسلامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چ ۱، ج ۱.

(۳۹) سیوری حلی (فاضل مقداد)، ۱۴۰۴ق، التفتیح الرائع فی مختصر الشرائع، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، چ ۱، ج ۲.

(۴۰) شبیری زنجانی، سید موسی، ۱۴۱۹ق، کتاب نکاح، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، چ ۱.

(۴۱) شهید اول، محمد بن مکی، بی تا، القواعد و الفوائد، قم، کتابفروشی مفید، چ ۱، ج ۲.





(۴۲) شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۰ق، الروضة البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، کتاب فروشی داوری، ج ۱، ج ۶.

(۴۳) _____، ۱۴۱۰ق، الروضة البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، کتاب فروشی داوری، ج ۱.

(۴۴) طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۲۱ق، حاشیة المکاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۲، ج ۱ و ۲.

(۴۵) طباطبایی قمی، سید تقی، ۱۴۱۳ق، عمدة المطالب فی التعليق علی المکاسب، قم، کتاب فروشی محلاتی، ج ۱.

(۴۶) طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۸۷ق، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، ج ۳.

(۴۷) عاملی کرکی، علی بن حسین، ۱۴۱۴ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ج ۲.

(۴۸) عبدالرحمن، محمود، بی تا، معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیة، بی جا: بی نا، بی جا، ج ۱.

(۴۹) عراقی، آقا ضیاء الدین، بی تا، نهاییه الافکار، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ج ۱، ج ۴.

(۵۰) علامه حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۰ق، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ج ۱، ج ۱.

(۵۱) _____، ۱۴۱۴ق، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ج ۱، ج ۹ و ۱۰.

(۵۲) فاضل لنکرانی، محمد، ۱۴۲۳ق، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الخمس و الانفال، قم مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ج ۱.

(۵۳) فاضل لنکرانی، محمد جواد، ۱۳۸۹ش، درس خارج فقه، کتاب البیع بر اساس تحریر الوسیله، قم: fazellankarani.com





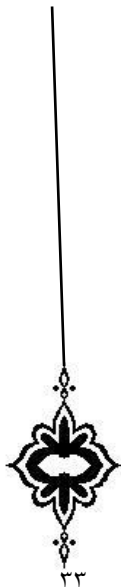
- (۵۴) فیومی، احمد بن محمد، بی تا، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم، منشورات دارالرضی، ج ۱، ج ۲.
- (۵۵) قطب راوندی، سعید بن هبه الله، ۱۴۰۵ق، فقه القرآن، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ج ۲، ج ۲.
- (۵۶) کریمی قمی، حسین، ۱۴۲۰ق، قاعده القرعه، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ج ۱.
- (۵۷) کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ق، الکافی، تهران، دار الکتب الإسلامیة، ج ۴.
- (۵۸) مامقانی، محمدحسن بن عبد الله، ۱۳۱۶ش، غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب، قم، مجمع الذخائر الإسلامیة، ج ۱، ج ۳.
- (۵۹) محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۸ش، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ج ۳.
- (۶۰) مصطفوی، سید محمد کاظم، ۱۴۲۱ق، مائه قاعده فقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ج ۴.
- (۶۱) مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، بی تا، زبده البیان فی أحكام القرآن، تهران، المكتبة الجعفریة لإحياء الآثار الجعفریة، ج ۱.
- (۶۲) مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۵ق، أنوار الفقاهة - کتاب النکاح، قم، انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب (ع)، ج ۱.
- (۶۳) _____، ۱۴۱۱ق، القواعد الفقهیة، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین (ع)، ج ۳.
- (۶۴) ملک افضل اردکانی، محسن، ۱۳۹۶ش، «حفظ نظام مقصد اساسی شریعت در فقه و قانون گذاری در نظام حقوقی اسلام»، مجموعه مقالات کنگره بین المللی علوم انسانی اسلامی، دوره سوم، ش ۶.
- (۶۵) منتظری نجف آبادی، حسین علی، ۱۴۰۹ق، ب، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة، قم، نشر تفکر، ج ۲.
- (۶۶) _____، ۱۴۰۹ق، کتاب الزکاه، قم، مرکز جهانی مطالعات اسلامی، ج ۲، ج ۴.





- ۶۷) نجفی، محمد حسن، ۱۴۰۴ق، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۷، ص ۲۶ و ۳۱.
- ۶۸) نراقی، احمد بن محمد مهدی، ۱۴۱۷ق، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چ ۱.
- ۶۹) ورعی، سید جواد، ۱۳۹۳ش، «قاعده اختلال نظام؛ مفاد و قلمرو آن در فقه»، حکومت اسلامی، سال ۱۹، ش ۱.

- 70) A.GARNER, BRYAN & WEST, THOMSON, BLAKS LAW DICTIONARY, EIGHTH EDITION.
- 71) Cassinis Paolo,(2014) The administrative protection against unfair contract terms in Italy: first-year-enforcement activity, Rivista italiana di antitrust, Italian antitrust review, sectoral columns, N, 1.
- 72) Dean, Meryll,(1993) “Unfair Contract Terms: The European Approach”, The Modern Law Review Limited, Blackwell Publishers, (MLR 56: 4, July).
- 73) Ewoud: HONDIUS, The reception of the directive on unfair terms in consumer contract by member states, moolengraaff instituut voor privatrecht university.
- 74) House of Commons Library,(1996) The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations(research paper 96 ,93), Iorian convay, Business & Transport Section.
- 75) Longman, (1386)handy learner’s dictionary of American English, Farhang-nama & Ketab Arad, 6th Ed.
- 76) Miller, Lucinda, (2007) “After the Unfair Contract Terms Directive; Recent European Directives and English Law, ERCL, vol. 1.
- 77) Nebbia, Paolisa,(2007) Unfair Contract Terms in European Law; A Study in Comparative and EC Law, Oxford & Portland, Hart Publishing.
- 78) Oxford, (2006)advanced learner’s dictionary of current English, Ayande-sazan & Shahre-AB, 7th Ed.
- 79) The law commission; the Scottish law commission, (2012)unfair terms in consumer contracts: a new approach, crown.
- 80) Tremml, Bernd,(1999) “Institution of the European Community”, Key Aspects of German Business Law, eds. Bernd Tremml & Bernard Buecker, Berlin, Springer.



- 81) Twigg, Christian, (1999)“The Unfair Terms in consumer's Contracts Regulations: New Powers for the Regulators and Consumers Association”, Util. Law Rev, (2) Mar- Apr 2000.
- 82) Weatherill, Stephen,(2005) EU consumer's Law and Policy, Cheltenham & Northampton, Eduard Elgar Publishing.
- 83) Zerres, Thomas, principles of the German law on standard terms of contract, university of applied sciences Erfurt.
- 84) Tonner, Klaus,(1994) “The European Influence on German Consumer Law”, Journal of Consumer Policy, Kluwer: Academic Publishers.
- 85) European Communities Commission, “Unfair terms in Contract concluded with consumers”, office for official publications of the European communities, Belgium, 1984.
- 86) Oxford English Dictionary,(2007) Oxford &New York, Oxford University Press, , vol1-2, Sixth edition.

