

بررسی تطبیقی شرط نامشروع در حقوق ایران و انگلستان و مقایسه آن با شرط غیر منصفانه در سایر کشورهای اروپایی

ابوالفضل معینی زاده *

ابراهیم تقی زاده **

DOI: 10.22096/law.2021.134758.1745

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۷/۱۷]

چکیده

آزادی قراردادی شرایطی دارد که رعایت نکردن آن‌ها، اجرای آن را محدود می‌سازد. قوانین موضوعه و نظم عمومی و اخلاق حسنه از قواعد محدودکننده آزادی اراده‌اند که در کلیه نظام‌های حقوقی، از جایگاهی ویژه و قابل تأمل برخوردارند. این قواعد که در نوشته‌های حقوقی راجع به قراردادها، تحت عنوان نامشروع شدن قرارداد مورد مطالعه قرار می‌گیرند، در حقوق کشورهای ایران و انگلستان به لحاظ آثار و اوصاف از وضعیت کاملاً مشابهی برخوردار نیستند. در هر دو نظام حقوقی مورد مطالعه، ضمانت اجرای قراردادها مغایر نظم عمومی و اخلاق حسنه بطلان مطلق اعلام شده و البته شرط نامشروع در حقوق ایران خود باطل است؛ ولی مبطل عقد نیست. در حقوق ایران، اجرای شرط نامشروع و در حقوق انگلستان، اجرای قرارداد نامشروع ممکن نیست. شرط دیگری که در قرارداد برخلاف اخلاق حسنه و مصالح و منافع عمومی است و به نابرابری‌های غیرقابل اغماض در روابط قراردادی منجر گردیده و به تبع آن، صدور قوانین و دستورالعمل‌هایی را از سوی کشورهای اروپایی در پی داشته است، شرط غیرمنصفانه است که البته کشورهای عضو در عمل به این قوانین و نیز ضمانت اجرای آن با مشکلاتی روبرو هستند که در این نوشتار با مطالعه دقیق پیرامون قوانین و دستورالعمل‌های مربوط به آن، به بررسی دلایل قابل ملاحظه‌ای که باعث اختلاف تفاسیر و اختلاف در نحوه عمل به این قوانین گردیده است، می‌پردازیم.

واژگان کلیدی: شرط نامشروع؛ شرط غیرمنصفانه؛ اخلاق حسنه؛ نظم عمومی.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. «نویسنده مسئول» Email: a.moeinizadeh99@sndmails.com

** استاد تمام، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. Email: e.taghizadeh99@sndmails.com



مقدمه

در ایران، به موجب ماده ۱۰ ق.م.اراده طرفین را بایستی به عنوان اصل اساسی دانست و همواره در تفسیر قراردادها نیز بدان رجوع کرد و همچنان باید پذیرفت که فقهای امامیه در مبحث شرط از همین اصل پیروی کرده‌اند: «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً حراماً او حرم حلالاً» تا جایی که بیشتر فقها، وفای به تمام عقود را که برخلاف اخلاق و عقل و شرع نباشد، واجب دانسته‌اند. در این میان، شریعت اسلامی راه خود را همواره با ظرافت و دقت پیموده و کمتر تحت تأثیر قوانین دیگر کشورها قرار گرفته است. گفتنی است که درج شرط در عقد اصلی سبب می‌شود که شرط از نظر صحت و نفوذ تابع قرارداد اصلی باشد؛ همچون هر فرعی که از اصل خود تبعیت می‌کند. در صورتی که عقد اصلی باطل باشد، تعهد فرعی ناشی از شرایط نیز باطل خواهد بود و هرگاه عقد اصلی صحیح باشد، شرط مندرج در آن نیز چنانچه با مقررات مربوط به خود منطبق باشد، صحیح است.^۱ همچنین، برای تحقق مفهوم شرط باید ارتباطی بین مفاد آن و عقد اصلی موجود باشد؛ خواه این ارتباط نتیجه طبیعت شرط یا تراضی باشد. هدف اساسی از تعیین شرط در قراردادها، وابستگی به تعهد اصلی است تا به این وسیله دو طرف بتوانند حدود و قلمرو الزام خود را به شیوه دلخواه معین کنند و تغییرات لازم را در آثار عقد بدهند. از مقتضیات تبعیت شرط از عقد اصلی، این است که بطلان شرط در قرارداد سرائت نکند؛ زیرا عقد اصلی تابع شرط نیست، بلکه شرط است که از عقد اصل تبعیت می‌کند. از دیگر جهات وابستگی شرط به عقد اصلی این است که لزوم عقد اصلی از حیث لازم و جایز بودن به شرط نیز سرائت می‌کند. در نتیجه، هرگاه شرط مندرج ضمن عقد لازم خود مفاد یک عقد جایز باشد، از حیث غیرقابل انحلال بودن آن به وسیله مشروط علیه از قرارداد اصلی کسب لزوم می‌کند و غیرقابل انحلال می‌گردد.^۲ در حقوق انگلستان، همانند بیشتر کشورهای اروپایی، نظر به اینکه قراردادهای فی مابین افراد تحت تأثیر اصل آزادی اراده قرار دارد، هر عقدی که واقع شود، چنانچه دارای شرایط اساسی صحت معامله باشد، در اجرای آن تردیدی وجود ندارد؛ لذا حقوقدانان آن کشور نیز بیشتر به مباحث مربوط به اجرای مفاد قرارداد می‌پردازند و در این رهگذر می‌توان با مراجعه به منابع اصلی حقوق انگلستان که شامل رویه‌های قضات و سوابق موجود قضایی، کتب قدیمی معین قانون‌گذاری و البته آداب و رسوم محلی است، می‌توان معادل واژه شرط را در حقوق انگلستان چنین تعریف کرد: «تمایلات و اظهارات و تعهدات دو طرف در اثنای مذاکراتی که به انعقاد عقد منتهی گردد و به عنوان بخشی از قرارداد باشد». در این نوشتار، نخست حقوق ایران و انگلستان در باب شروط نامشروع بررسی گردیده، سپس به

۱. سیدحسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲)، ۵۵ / ۲.

۲. کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲ / ۲۹۸.

بررسی تطبیقی شرط نامشروع در حقوق ایران و انگلستان ... / معینی‌زاده و تقی‌زاده ۱۰۷

دلیل ارتباط موضوعی، به مقایسه و بررسی حقوقی و موضع‌گیری دادگاه‌های کشورهای عضو اتحادیه اروپا در خصوص شرط غیرمنصفانه و مشکلات اجرایی آن می‌پردازیم. گفتنی است که با توجه به تأثیر بسزایی که فقه اسلامی در قوانین موضوعه کشور ما دارد، نخست دیدگاه فقهی در خصوص شرط نامشروع را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

گفتار یکم: شرط نامشروع

بند یکم: معیار احراز شرط نامشروع در فقه اسلامی

برای بررسی معیار احراز شرط نامشروع در فقه، زمانی که نظرات فقهای، همچون محقق حلی در شرایع الاحکام، شهید ثانی در شرح لمعه، محقق ثانی در جامع المقاصد و مؤمن سبزواری در کفایة الاحکام را بررسی می‌نماییم، مشاهده می‌کنیم که اصلی‌ترین معیار این احراز را مخالف نبودن شرط با کتاب و سنت بیان کرده، شرطی را که خلاف کتاب الله و سنت باشد باطل می‌دانند و لذا شرطی که حلالی را حرام و حرامی را حلال بداند نامشروع و باطل است.^۳

البته فقهای امامیه دست‌کم در مبحث شرط از اصل آزادی قراردادی پیروی کرده‌اند^۴ تا جایی که بعضی از فقیهان، نظیر ملا احمد نراقی و سیدکاظم طباطبایی یزدی و سیدابوالقاسم خوئی وفای به تمام عقود را که برخلاف اخلاق و عقل و شرع نباشد واجب دانسته‌اند. فقها در کتب خویش بر طریق متعارف‌گونه‌ای در خصوص اثبات ادله یک مطلب گام برداشته، از کتاب الله و احادیث و روایات مواردی را ذکر کرده و در نهایت از اجماع و بناء عقلا صحبت به میان می‌آورند که از این سبک ارزیابی، برخی نویسندگان معاصر نیز، همچون استاد محقق داماد در کتب قواعد فقه پیروی کرده است.^۵ در خصوص بحث، افزون بر آیات، احادیث و روایات فراوانی به‌ویژه در مکاسب شیخ انصاری وجود دارد و شاید به همین دلیل باشد که از سوی شیخ اعظم درباره آن‌ها ادعای تواتر شده و نیز به آن‌ها عمل شده است.^۶

می‌توان گفت که در شرع مقدس اسلام، اگرچه اصولی منجز و قواعدی مسلم مبتنی بر ضرورت پایداری مؤمنین بر تعهدات و وفاداری آنان به شروط خویش جعل شده است، لکن لازمه وفاداری

۳. نجم‌الدین محقق حلی، المختصر النافع فی فقه الامامیه (قم: مؤسسة المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ ق)، ۷۵.

۴. المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احل الحراما ...

۵. سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه بخش مدنی (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰)، ۶۱-۶۲.

۶. احمد بن محمد نراقی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام (قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق)، ۲۶۱.

به عهود و شروط، مشروع بودن آنهاست. از این رو، چنانچه در عقد شرطی گذاشته شود که با شرع مخالف باشد، آن شرط فاسد است؛^۷ به این معنا که اگر شرط، انجام فعلی نامشروع (مثل شرب خمر و نکاح دائم همسر پنجم) و یا ترک عملی واجب (مثل ترک نماز یا ترک روزه‌داری در ماه رمضان) باشد، چنین شرطی به واسطه مخالفت با شرع فاسد است.^۸ چنانچه شرط از اموری باشد که شارع از آن نهی نکرده و در مورد آن امری نیز نداشته باشد، اشتراط فعل یا ترک آن عقلاً جایز است؛ زیرا چنین اموری داخل در مخالفت با کتاب و سنت نبوده و اشتراط آن بلا مانع است.^۹

بند دوم: معیار و آثار شرط نامشروع در حقوق ایران

به موجب ماده ۱۰ ق.م.اصل آزادی قراردادهای در حقوق ایران پذیرفته شده است. به موجب این اصل، جز در مواردی که قانون مانعی بر سر راه افراد ایجاد کرده باشد، اراده افراد را باید به عنوان یک اصل پذیرفت و آن را حاکم بر سرنوشت پیمان‌های منعقد شده میان افراد بشر دانست. اگرچه نمی‌توان تأثیر ماده ۱۳۴ قانون مدنی فرانسه را در اندیشه نویسندگان قانون مدنی ایران انکار کرد، ولی همچنان این نکته را هم باید پذیرفت که مفاد ماده ۱۰ ق.م.ریشه‌های بسیار محکمی در فقه امامیه هم دارد و جای هیچ شکی نیست که فقهای امامیه دست کم در مبحث شرط از همین اصل پیروی کرده‌اند تا جایی که حتی برخی از فقیهان و مفسران، مانند ملا احمد نراقی و آیت‌الله خوئی وفای به همه عقود را که برخلاف اخلاق و عقل و شرع نباشد، واجب دانسته‌اند.^{۱۰}

گفتنی است که تفریط در پذیرش این اصل ما را به نتایج نامطلوبی هدایت خواهد کرد و به ناچار در هر جایی که امکان استفاده مطلوب از این ابزار مبتنی بر مصلحت وجود نداشته باشد، باید آن را محدود کرد. افزون بر این، ماده ۹۷۵ ق.م.هم به صراحت بطلان و بی اعتباری قراردادهای خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه را اعلام کرده است. بنابراین، در باب شروط ضمن عقد نیز محدودیت‌های یادشده را باید در نظر داشته باشیم. در قانون مدنی و در بند سه ماده ۲۳۲ این قانون «نامشروع بودن شرط» سبب بطلان و بی اعتباری آن اعلام شده است. با تحلیلی حقوقی می‌توان گفت که به کار رفتن واژه «نامشروع» در این ماده نشان می‌دهد که قانون‌گذار کشور ایران تنها به مخالفت شرط با قانون نظر نداشته است، بلکه می‌خواهد از نفوذ شرط خلاف اخلاق و مصالح عمومی نیز جلوگیری کند.^{۱۱}

۷. محقق حلی، المختصر النافع، ۱۹۰.

۸. روح‌الله الموسوی خمینی، تحریر الوسیلة (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۰۹ ق)، ۸۳.

۹. الحسینی المراغی، ۱۴۱۸ ق: ۳۶۳.

۱۰. سیدمحمدتقی موسوی خوئی، الشروط أو التزامات التبعية فی العقود (بیروت: ناشر دارالمورخ العربی، ۱۴۱۴ ق)، ۱۲۸.

۱۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، اعمال حقوقی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵)، ۱۸۳.

بررسی تطبیقی شرط نامشروع در حقوق ایران و انگلستان ... / معینی‌زاده و تقی‌زاده ۱۰۹

دستاورد مطالب گفته‌شده این خواهد بود که شرط نامشروعی که اشراط آن بطلان این قرارداد تبعی را در پی خواهد داشت، یا به واسطه این است که شرط برخلاف شرع است یا برخلاف قانون است و یا شرط با نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرت دارد. البته این سه عامل محدودکننده آزادی شروط را نباید به کلی از هم مستقل بدانیم.

با توجه به اینکه شرط نامشروع در حقوق موضوعه شرطی باطل است،^{۱۲} می‌توان به معیارهای ذیل در خصوص تشخیص نامشروع بودن شرط پرداخت.

۱. شرط مخالف کتاب و سنت

با توجه به اصل آزادی قراردادها، متعاقدين در روابط میان خود انواع قراردادها را می‌توانند اعمال کنند و هرگونه تعهدی را که به نفع و یا به ضرر خود باشد، می‌توانند درج کنند.

لازم است گفته شود که این نوع تعهدات باید مشروع باشد؛ زیرا بطلان تعهد نامشروع امری مسلم و محرز است. شرط نیز گفتیم که تابع عقد است و ماهیت مستقل ندارد، بلکه وابسته به عقد است و اگر مخالف شرع باشد حکم به بطلان آن می‌شود. برخی از فقهای امامیه، مانند محقق نراقی عدم مخالفت شرط با کتاب سنت و عدم تحلیل حرام و تحریم حلال به وسیله شرط را از شرایط صحت شرط عنوان کرده، چنانچه شرط با این دو مورد مخالفت کند باطل بوده است و در زمره شروط باطل ذکر می‌شود که به آن اشاره گردید.^{۱۳}

شرط نامشروع باطل است؛ چون خود شرط مخالف قانون و شرع واقع می‌شود و به این دلیل حکم به بطلان آن می‌شود؛ درحالی که شرطی که جهت آن نامشروع است، شرطی صحیح است؛ چراکه فقط هدف و انگیزه انجام شرط نامشروع بوده است و این ربطی به شرط و شرایط صحت عقد ندارد؛ چون دلیلی برای بطلان نیست، حتی ممکن است موضوع شرط امری جایز باشد.^{۱۴} نکته قابل توجه این است که وقتی طرفین به نامشروع بودن شرطی آگاه باشند، شرط باطل است و برای مشروط له حقی وجود ندارد؛ چون آگاه به بطلان شرط بوده است؛ ولی چنانچه هنگام درج شرط نامشروع در ضمن عقد جاهل به نامشروع بودن شرط باشد، در این صورت حق خیار فسخ برای مشروط له ثابت می‌شود و حق خیار فسخ، به عنوان جبران خسارت ناشی از بطلان شرط به مشروط له واگذار می‌شود.^{۱۵}

۱۲. بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م.

۱۳. نراقی، عوائد الايام، ۴۶.

۱۴. سیدحسن بن آقابزرگ موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، محقق / مصحح: مهدی مهریزی و محمدحسن درایتی (قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق)، ۸۶.

۱۵. کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۷۸/۳؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۱ ه.ق: ۲۸۹؛ سیدحسن امامی، حقوق مدنی (تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۷)، ۲۷۵.

۲. شرط خلاف قانون

مهم‌ترین مصداق شرط نامشروع مقرر در بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م. شرط خلاف قانون است. همچنین، ماده ۱۰ ق.م. به صراحت قانون را برتر از تراضی افراد می‌پندارد. بنابراین، به‌عنوان یک قاعده می‌توان گفت که تعهدی اثر حقوقی دارد که با قانون مخالفتی نداشته باشد. از سوی دیگر، نیروی الزام‌آور قوانین در همه‌جا یکسان نیست و گاهی قانون‌گذار هدف ارشادی دارد و می‌خواهد آنچه را که عادلانه و مفید است جانشین سکوت طرفین عقد سازد. بنابراین، همان‌طور که در باب تشخیص، مخالفت شرط با شرع تفکیک بین احکام قابل تغییر و غیر آن به واسطه شرط، ضروری بود در ما نحن فیہ نیز باید احکام قانونی قابل تغییر را از غیر آن تفکیک کنیم. بنابراین، متعاقبین حق درج هرگونه شرطی را در عقد دارند، به شرط آنکه مخالف قانون نباشد. همچنین، صرف مخالفت شرط با یکی از مواد قانونی موجود در نظام حقوقی موجب بطلان آن نمی‌شود؛ زیرا قانون‌گذار با توجه به عرف و منافع افراد مقرراتی را در حین انعقاد عقد وضع می‌کند؛ به طوری که ممکن است این مقررات وضع شده از سوی قانون‌گذار برخلاف مفاد قانون باشد، ولی قابل احترام و لازم الوفاست.^{۱۶}

۳. شرط خلاف نظم عمومی

با توجه به ماده ۹۷۵ ق.م. و ماده ۶ ق.آ.د.م. واژه نامشروع دامنه‌ای گسترده دارد که شامل شروط برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز خواهد شد و شرط نامشروع اعم است از اینکه مخالف قانون یا مخالف اخلاق و نظم عمومی باشد. بنابراین، وقتی گفته می‌شود که ارتکاب فلان عمل با نظم عمومی مغایرت دارد، به این معناست که منافع عموم را به خطر می‌اندازد و به زیان جامعه است. در واقع، نظم عمومی در مقابل نظم فردی یا شخصی قرار دارد.

در حقوق داخلی، نظم عمومی یک مکانیسم حقوقی است که دولت به وسیله آن قراردادهای خصوصی معارض با منافع عمومی را مردود اعلام می‌دارد. به تعبیر دیگر، قانون‌نویس‌های است که قوام هر قوم به آن بستگی دارد و قانون‌گذار به منظور ایجاد نظم و عدالت همواره آن را مدنظر داشته و لازم‌الرعایه می‌داند.^{۱۷}

از نظر دکتر کاتوزیان، حقوق به جای وضع قاعده در هر رابطه، تراضی اشخاص را باهم، دارای اثر حقوقی می‌داند. براین اساس اصل آزادی قراردادی، ابزاری در خدمت مصالح و منافع اجتماعی

۱۶. مهدی شهیدی، حقوق مدنی - تعهدات (تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۲)، ۱۷۲.

۱۷. صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ۷۳.

بررسی تطبیقی شرط نامشروع در حقوق ایران و انگلستان ... / معینی‌زاده و تقی‌زاده ۱۱۱

است؛ به این معنا که اراده فردی در خدمت شکل‌گیری حقوق جمعی است نه اینکه حقوق کارگزار اراده فردی باشد.^{۱۸} از این رو، در بیشتر سیستم‌های حقوقی شاهدیم که به استناد مخالفت با قوانین آمره یا نظم عمومی، از اجرا یا انعقاد قرارداد ممانعت می‌شود.

۴. شرط خلاف اخلاق حسنه

در حقوق اسلامی، در لزوم رعایت اخلاق حسنه و ضرورت عدم مخالفت شروط و التزامات قراردادی با نظام اخلاقی جامعه، تردیدی نیست؛ زیرا در جامعه اسلامی مقررات اخلاقی، ناشی از دین اسلام و بخشی از احکام و مقررات آن به شمار می‌روند و همان‌طور که گفته شد، نفوذ التزامات و شروط قراردادی منوط به رعایت احکام و مقررات شرع است. پس طرفین نمی‌توانند در قرارداد خود شروطی را بگنجانند یا ملتزم به عملی شوند که با مقررات اخلاقی اسلام و به‌طور کلی با نظام اخلاقی و ارزشی جامعه اسلامی منافات و مغایرت دارد.^{۱۹} پس شروطی که با اخلاق حسنه منافات داشته باشد نیز باطل است؛ چون باعث بی‌نظمی جامعه‌ای می‌شوند که طرفین عقد در همان جامعه زندگی می‌کنند.

از نظر دکتر صفایی، حقوق‌دان برجسته کشور، نقش مهم اخلاق را در حقوق نمی‌توان انکار کرد. بیشتر قوانین از اخلاق سرچشمه می‌گیرند که در حکومت مذهبی بیشتر اخلاق مذهبی است.

بند سوم: معیار و آثار نامشروع بودن قرارداد در حقوق انگلستان

در بحث قراردادهای نامشروع در حقوق انگلستان، بایستی به قوانین، رویه‌های قضایی و تفسیر قرارداد در حقوق کامن‌لا اشراف کامل داشت تا معیارهایی برای عدم مشروعیت قرارداد استحصال کرد. قاعده «انجام دادن عمل معهود به صورتی که دقیقاً با شرایط مقرر در قرارداد منطبق باشد» قاعده‌ای بنیادین در مبحث اجرای تعهد قراردادی در حقوق انگلیس دانسته شده است. ممکن است تخلف از مفاد قرارداد صور مختلفی داشته باشد، ولی آثار شرط نامشروع در قراردادها با توجه به نوع شرط متفاوت است. اگر شرط یادشده از جمله شروط غیر مهم باشد، از قرارداد حذف می‌گردد، بی‌آنکه لطمه‌ای به قرارداد وارد سازد و اگر از جمله شروط مهم باشد، باعث بطلان و بی‌اعتباری قرارداد خواهد شد.

در حقوق کشور انگلستان، با توجه به پذیرش اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها، به‌عنوان یکی از اصول مسلم حقوقی، کمتر به بحث «شروط ضمن قرارداد» پرداخته شده است. در حقوق این کشور، هر عقدی اعم از معین و غیر معین می‌تواند بدو منعقد شود و در الزام‌آور بودن چنین

۱۸. کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱: ۱۴۵-۱۴۶.

۱۹. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قرارداد، ایقاع) (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۰)، ۵۳.

قراردادی اگر دارای شرایط صحت معامله باشد، تردیدی نیست که این شرایط اساسی عبارت است از: ایجاب و قبول، قصد ایجاد روابط قانونی، اهلیت، مشروعیت موضوع و امکان اجرا، عوض و رضایت حقیقی. در قرارداد، همه شرایط یادشده باید وجود داشته باشد؛ بنابراین اگر یک یا چند شرط وجود نداشته باشد، قرارداد باطل، قابل ابطال یا غیر قابل اجرا خواهد بود که از جمله قراردادهای باطل در حقوق این کشور قراردادهای غیرقانونی (نامشروع) است. در ذیل به معیارهای نامشروع شدن قرارداد در این نظم حقوقی می‌پردازیم.^{۲۰}

الف. حکم قانون

قراردادهایی که از سوی قانون موضوعه ممنوع اعلام شده‌اند، غیرقانونی محسوب می‌شوند. قانون موضوعه عبارت است از وضع صریح و رسمی قاعده یا قواعد رفتاری، به منظور متابعت آتی به وسیله اشخاصی که قانون درباره آن‌ها به‌طور صریح یا ضمنی قابل اجرا شده است. در واقع، اگر قراردادی که به وسیله طرفین منعقد گردیده است به موجب قانون موضوعه صریحاً ممنوع باشد، غیرقانونی بودن آن مسلم است که این امر به هیچ وجه نامتعارف نیست؛ مثلاً قانون قماربازی (اصلاح شده) مصوب ۱۸۴۵، قراردادهای قماربازی و شرط بندی خاصی را از این نوع اعلام می‌کند. تمایزی که اثری قابل توجه بر برآوردهای غیرقانونی بودن دارد این است که عدم رعایت یک منع قانونی می‌تواند قرارداد را در شکل یا اجرا غیرقانونی سازد. بنابراین، شکل یک قرارداد غیرقانونی است اگر ایجاد آن ممنوع باشد.^{۲۱}

ب. رویه قضایی

سیستم حقوقی انگلستان بیش از آنکه متشکل از قوانین مدون باشد، بر رویه قضایی مبتنی است. بنابراین، آرای صادره از دادگاه‌های عالی و تجدیدنظر به بخشی از قواعد و مقررات حقوقی این کشور بدل می‌شود. انگلستان، یکی از دول عضو اتحادیه اروپاست (البته تا زمانی که برگزیت به‌طور قطع اجرایی نشود) و این بدان معناست که قوانین این اتحادیه بر مقررات داخلی انگلستان اولویت دارند. بریتانیا، به‌عنوان یکی از اعضای شورای اروپا، کنوانسیون‌های متعددی را نیز امضاء کرده است و همه دادگاه‌های بریتانیا را قادر به رعایت حقوق شناخته‌شده در این کنوانسیون‌ها کرده است. یکی از موضوعاتی که در این خصوص باید به آن اشاره کرد این مطلب است که اگر نتوان در قراردادی بخش نامشروع را از بخش صحیح و مشروع جدا کرد، تمام قرارداد و تعهدات باطل است؛ ولی هرگاه بتوان این دو را از هم جدا ساخت، باید بخش نامشروع را به دور

۲۰. رابرت داکسبری، مروری بر حقوق قراردادها در انگلستان، ترجمه سیدحسین میرمحمد صادقی (تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷)، ۱۲۵-۱۳۱.

۲۱. احمد ترابی، ترجمه تفصیلی و شرح حقوق قراردادهای انگلستان (تهران: نشر دنیای سبز، ۱۳۸۷)، ۱۲۵.

بررسی تطبیقی شرط نامشروع در حقوق ایران و انگلستان ... / معینی‌زاده و تقی‌زاده ۱۱۳

انداخت و بخش صحیح را نگاه داشت؛ خواه مبنای نامشروع بودن بخش باطل، قانون مصوب باشد یا قواعد پذیرفته شده کامن‌لا.^{۲۲}

تجزیه قرارداد و جدا کردن بخش نامشروع آن در صورتی امکان دارد که با نظم عمومی برخورد نداشته باشد و مخالف نظم عمومی نباشد. در اینکه چه اموری نظم عمومی است و یا به‌عنوان یک مجموعه و کل لازمه بقای قرارداد است، وابسته به تعبیر و تفسیر دادگاه از قرارداد است.

ج. تفسیر قضایی قرارداد

در بحث قراردادهای نامشروع در حقوق انگلستان، بایستی به تفسیر قرارداد در حقوق کامن‌لا اشراف کامل داشت و مشخص کرد که دادرس در حقوق کامن‌لا از چه قواعدی برای تفسیر قرارداد و احراز قصد طرفین استفاده می‌نماید تا بتوان با ادراک و اطلاع از این مباحث در خصوص قراردادهای نامشروع و نحوه احراز آن ضابطه مشخصی را معین کرد.

در نظام حقوقی کامن‌لا، واژه تفسیر مورد تعریف واقع شده است. در این نظام، تفسیر عبارت است از «هنر یا فرایند کشف و تشخیص معنی بک قانون، وصیت‌نامه، قرارداد یا هر مدرک کتبی دیگر. به عبارت دیگر، کشف و نمایش معنی صحیح هر نکته و علامتی که ماحصل مضامین و ایده‌هایی باشد». در تبیین مفهوم تفسیر، حقوق‌دانان بیان می‌دارند که تفسیر قراردادها شامل دو حوزه است. یکم، در یافتن معنی کلمات دخالت دارد و دوم، در تأثیر حقوقی این کلمات و برای پیدا کردن معنی دقیق آن‌ها بایستی به قصد طرفین، عرف و عادت توجه داشت.^{۲۳}

د. استنباط قضایی

استنباط قضایی به معنی فهم مقامات قضایی از قرارداد است؛ بدین معنی که اشخاص غیر از طرفین قرارداد چه فهمی از قرارداد دارند. در این عنصر، اندیشه اشخاص ثالث از قرارداد برای احراز قصد مشترک طرفین مدنظر قرار می‌گیرد. به عبارتی، استنباط محدود‌های فراتر از فهم لفظی دارد؛ چراکه به توضیح آثار و نتایج حقوقی قرارداد نیز می‌پردازد؛ اگرچه مؤخر از مرحله فهم لفظی باشد. به این ترتیب، فهم لفظی ناظر بر روشن ساختن قصد نویسنده سند است؛ ولی استنباط ناظر بر اثر حقوقی قصد طرفین، همچنین در تفاوت بین فهم لفظی و استنباط قضایی گفته شده است که فهم لفظی ناظر بر مواردی است که در متن قرارداد اختلافی موجود باشد؛ ولی استنباط

۲۲. مهرزاد ابدالی، «نظریه نظم عمومی و اخلاق حسنه در حقوق مدنی همراه با مطالعه تطبیقی حقوق کشورهای فرانسه، انگلستان و ایران» (رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۰)، ۵۶-۶۸.

۲۳. مهدی صبوچی، «قراردادهای غیرمنصفانه در حقوق موضوعه ایران و کامن‌لا» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات دامغان، ۱۳۹۴)، ۵۳.

مربوط به اختلاف در معنی نیست، بلکه این است که هر شخصی از متن چه درمی‌یابد. بنابراین، با پیوند فهم لفظی با استنباط قضایی، درک معنا و مفهوم متن قرارداد و الفاظ به‌کاررفته از سوی طرفین برای یکدیگر روشن شده، با احراز قصد مشترك طرفین برای اشخاص ثالث (مقامات قضایی) اثر حقوقی دارد و نتایج قرارداد نیز بر طرفین بار می‌شود.

هـ. نظم عمومی

با مطالعه در کتب مربوط به قراردادها در نظام حقوقی کامن‌لا، می‌توان به این نکته پی برد که در کنار اهمیت دادن به اراده و قصد طرفین در انعقاد قرارداد و تأمین اهداف آن‌ها، رعایت مصالح و منافع عمومی نیز مهم و اساسی است. این نگرش در کلیت قرارداد و نحوه انعقاد آن، در تفسیر قرارداد هم مؤثر بوده است و هم تفسیری را برمی‌گزیند که افزون بر تأمین منافع فردی، مضر به حال اجتماع نیز نباشد. به این ترتیب، دادرس در نظام حقوقی کامن‌لا در برخورد با یک قرارداد، تفسیری نماید که برخاسته از قصد مشترك طرفین بوده است و در راستای تأمین منافع و انتظارات فردی آنان از نتیجه قرارداد باشد و طرفین قرارداد را به عنوان جزئی از اجزای جامعه پنداشته، به آنان هرگز اجازه ندهد که در راستای تأمین منافع فردی، هنجارهای اجتماعی و نظم عمومی را نادیده بگیرند. در واقع، در تفسیر قرارداد، عدم مخالفت با الزامات و هنجارهای اجتماعی را مدنظر قرار دهد و تفسیری را برگزیند که افزون بر تأمین منافع فردی، در راستای تأمین منافع اجتماعی و موافق با نظم عمومی باشد. مانع نظم عمومی در قراردادها باعث می‌گردد در مواردی که اجرای بخش درست قرارداد، مخالف نظم عمومی است، دادگاه از حذف بخش فاسد و تجزیه قرارداد خودداری کند و رأی به ابطال کل قرارداد دهد.^{۲۴}

گفتار دوم: شروط غیرمنصفانه در قرارداد و مواضع کشورهای عضو اتحادیه اروپا در خصوص آن

رواج برخی شروط قراردادی به‌رغم غیرمنصفانه بودن و دشوار شدن وجود اراده آزاد، موجب گردیده است نظریه شروط غیرمنصفانه در سده‌های اخیر در نظام‌های حقوقی رایج شود. جلوگیری از ایجاد شکاف بیشتر بین طرف قوی که برخوردار از وضعیت مسلط است و طرف ضعیف کم‌برخوردار، به‌عنوان آرمان عدالت‌خواهان، درنهایت به تصویب دستورالعمل ۹۳/۱۳

۲۴. سیدمحمدتقی علوی و بابک بابازاده، «تفسیر قرارداد در نظام حقوق کامن‌لا»، دوفصلنامه علمی - تخصصی علامه، سال دهم (پاییز و زمستان ۱۳۸۹): ۴-۱۳.

بررسی تطبیقی شرط نامشروع در حقوق ایران و انگلستان ... / معینی‌زاده و تقی‌زاده ۱۱۵

اتحادیه اروپا انجامیده، دولت‌های عضو هر يك مفهومى از بطلان مطلق، بطلان نسبی یا حمایتی را به‌عنوان ضمانت اجرای غیرمنصفانه‌گی شروط قراردادی به رسمیت شناخته‌اند.^{۲۵}

بند یکم: مصادیق مبتنی بر معیار غیرمنصفانه‌گی شکلی و ماهوی

غیرمنصفانه بودن شکلی به وضعیتی گفته می‌شود که در مرحله انعقاد قرارداد، نوعی نابرابری در وضعیت دو طرف وجود دارد. امری که به اجحافی شدن قرارداد یا بخشی از آن به زیان یک طرف منجر می‌شود، بی‌آنکه به محتوای قرارداد اعتنایی شود. غیرمنصفانه بودن ماهوی ناظر بر نتایج حاصل از قرارداد برای طرفین است و برای تشخیص آن، قرارداد از حیث محتوا بررسی می‌شود؛ از جمله سلب ضوابط راجع به گارانتی کالا را موجب تحقق غیرمنصفانه‌گی ماهوی دانسته‌اند؛ چراکه برای خریدار ظالمانه و اجحاف‌آمیز است.^{۲۶}

بند دوم: مصادیق مبتنی بر معیار توجه به قصد

شروط غیرمنصفانه به‌ندرت نتیجه مذاکرات طرفین هستند. آن‌ها معمولاً یک‌طرفه تنظیم شده‌اند و بدون مذاکره‌ای در قرارداد گنجانده می‌شوند؛ به‌گونه‌ای که اساساً فرض وجود قصد بر ایجاد و ملتزم شدن در برابر چنین شروطی را زیر سؤال می‌برند. نمونه عینی این قراردادهای، قراردادهای بیمه است که مواردی از این دست در آن‌ها، از مصادیق شروط غیرمنصفانه تلقی می‌شوند:

الف. شروطی که بیمه‌گذار را گمراه می‌کند؛ مانند آنجا که اوراق بیمه بسیارند و بیمه‌گذار فرصت معقول برای مطالعه ندارد.

ب. شروطی که به‌طور یک‌جانبه حقوق قانونی بیمه‌شده را محدود می‌کنند.

ج. شروطی که به بیمه‌گر اجازه می‌دهد مبلغ پرداختی به‌وسیله بیمه‌گذار را برای خدماتی که هنوز ارائه نشده است، در صورت انحلال قرارداد نزد خود نگاه دارد.^{۲۷}

بند سوم: مصادیق مبتنی بر معیار توجه به حسن نیت

از مبانی تعهد به درستکاری در مرحله انعقاد قرارداد و تعهد به همکاری در مرحله اجرا، توجه به اصل حسن نیت است. بر همین مبنا، استفاده از شروط قراردادی استاندارد، مداخله در

۲۵. علی‌اکبر گروسی و محمدرضا پیرهادی، «تضمینات شرط غیرمنصفانه در قراردادهای الحاقی با مطالعه در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۴ (زمستان ۱۳۸۹): ۱۳۵-۱۴۹.

۲۶. قاسم نبی‌زاده کبری، «شروط ناعادلانه و مطالعه تطبیقی در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان» (رساله دکتری، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران، ۱۳۹۳)، ۷۶.

۲۷. محمد ساردویی نسب، «مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۵ (۱۳۹۰): ۴۵-۴۹.

غیرمنصفانه‌گی شروط را به دلیل تجاوز به این اصل توجیه می‌کند. جایی که يك شرط استاندارد همچون شروط مندرج در قراردادهای بانکی، حمایت قانونی را که جبران‌کننده اجرای معیوب یا يك تعهد اساسی را که جزء لاینفک قرارداد است، نفی کرده است و همچنین شرطی که سوءاستفاده از حقوق را از سوی بانک اعطاکننده تسهیلات مجاز می‌داند و ساختارهای يك طرفه‌ای را که سبب عدم تعادل مهم در حقوق طرفین می‌گردد بنا نهاده، مغایر با حسن نیت توصیف می‌شود.^{۲۸}

بند چهارم: مصادیق مبتنی بر معیار توجه به نتیجه

از جمله ضوابط دقیق در تشخیص غیرمنصفانه‌گی شرط، توجه به نتیجه آن است؛ یعنی احراز غیرمنصفانه‌گی در صورت ایجاد عدم تعادل معنادار و عمده به ضرر طرف ضعیف قرارداد. شروط سلب یا محدودکننده حقوق قانونی طرف ضعیف یا افزایشنده مسئولیت وی از جمله این شروط هستند که عمده‌ترین مصادیق آن در قراردادهای مصرف، ارائه خدمات و نیز قراردادهای بانکی و به‌طور کلی در هر قراردادی که در آن طرفین در نابرابری قدرت معاملی به سر می‌برند، ملاحظه می‌شود.^{۲۹}

مصادیق مبتنی بر معیارهای سه‌گانه شامل یک‌طرفه بودن، ظالمانه بودن و غافلگیر شدن ناعادلانه است که به آن می‌پردازیم:

الف. یک‌طرفه بودن؛ بدین معنا که قرارداد به شکلی فاحش به نفع یکی از طرفین و به ضرر طرف دیگر است؛ به‌نحوی که وی از امتیازات منطقی خود محروم شده است. برای مثال، زمانی که مسئولیت بسیار سنگینی برای عدم اجرای کامل قرارداد بر دیگری تحمیل شود یا اجازه دادن به یک طرف قرارداد که بتواند به صلاح‌دید خود به شیوه‌ای سوءاستفاده‌گرایانه عمل نماید.

ب: ظالمانه بودن؛ یعنی قرارداد در صدد برقراری شروطی است که به‌روشنی نشان‌دهنده سوءاستفاده یکی و تحمیل مستبدانه تعهدات سنگین به دیگری است؛ به‌عنوان مثال زمانی که جای قیمت در قرارداد خالی گذاشته می‌شود و فروشنده هر رقمی را که بخواهد، بتواند قید نماید.

۲۸. ادريس بحري، «بررسی مکانیزم‌های کنترل شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده» سومین کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق (آذر ۱۳۹۹): ۱۴-۱۸.

۲۹. جواد عزیزکریم و دیگران، «مطالعه تطبیقی مقابله با شرط غیرمنصفانه در حقوق ایران و عراق»، فصلنامه مجلس و راهبرد، شماره ۱۰۳ (۱۳۹۹): ۲۱۹-۲۴۶.

بررسی تطبیقی شرط نامشروع در حقوق ایران و انگلستان ... / معینی‌زاده و تقی‌زاده ۱۱۷

شروط تبعیض‌آمیز همچون:

- شرطی که يك طرف را محق به نفعی می‌کند که با موضوع توافق ارتباط منطقی ندارد.
 - شرطی که انجام امری غیرممکن را به شخص تحمیل می‌کند.
 - شرطی که به موجب آن، یکی از طرفین به‌طور نامحدود قدرت یک‌جانبه و مستبدانه می‌یابد.
- ج. غافلگیر شدن ناعادلانه؛ یعنی عمداً در قرارداد شرطی گنجانده شود که معنای واقعی آن برای طرف دیگر معلوم نباشد و پس از انعقاد قرارداد برای او، مشخص می‌شود که به‌طور جدی باعث تحیر وی می‌گردد؛ مثل اینکه شخص به زبان قرارداد مسلط نبوده است و دارای تخصص کافی نیست که بتواند مفاد و تأثیر آن را تشخیص دهد.^{۳۰}

موضع کشور آلمان

پیش از انجام کنترل تقنینی شروط غیرمنصفانه، دادگاه‌های آلمانی پرچم‌دار مبارزه با شروط مزبور بودند و در این راستا، ماده ۱۳۸ و بعدها ماده ۲۴۲ قانون مدنی این کشور نیز باری‌دهنده قضات بود.

به نظر نگارنده، دیدگاه اصلی قانون مدنی آلمان در باره محدود کردن آزادی قراردادی برای برقراری تعادل قراردادی به این شکل می‌توانست خلاصه گردد که «محتوای قرارداد به‌خودی‌خود غیر از موارد تعدی به مقررات قانونی یا اخلاق حسنه، به‌عنوان مبنای کافی برای توجیه مداخله دادگاه تلقی نخواهد گردید و اگر الزامات عدالت شکلی تأمین گردد، عدالت ماهوی زیر سؤال نخواهد رفت. طرفین بهترین تضمین‌کننده‌های حقوق متقابل خود هستند»، اما به نظر می‌رسد که دادگاه‌های آلمانی با استفاده از روش تفسیر و حداکثر بهره‌گیری از تأسیسات و نهادهای موجود در قانون مدنی در برابر شروط غیرمنصفانه قراردادی واکنش نشان داده‌اند. شاهد این مدعا یکی از مبانی قانونی مورد استناد دادگاه‌ها برای کنترل محتوای قراردادها بند ۱ ماده ۱۳۸ قانون مدنی است که بر اساس آن، اگر قرارداد برخلاف نظم عمومی باشد، باطل است.

به‌رغم بهترین تلاش‌های دادگاه‌های آلمان تا سال ۱۹۷۰ میلادی، ضرورت قانون‌گذاری برای مبارزه با این نوع شروط احساس شد. نخست، لایحه حمایت از حقوق مصرف‌کننده تصویب شد که شرایط استاندارد در قراردادهای مصرف (طرف غیر تاجر) را کنترل می‌کرد. متعاقب طرح، انتقاداتی به لایحه فوق و اعمال تغییراتی در آن، قانون کنترل حقوق راجع به شرایط عمومی تجارت

۳۰. منصور امینی، میرحسین عابدینی و سکینه کرمی، «نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده در ایران»، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۵۰ (۱۳۹۱): ۱۸۶-۲۰۲.

تصویب گردید و بالاخره قانون مربوط به شرایط قراردادی نمونه (استاندارد) از یکم آوریل ۱۹۷۷ لازم‌الاجرا شد که هم درباره مصرف‌کنندگان و هم قراردادهای تجاری، شغلی و... قابل اجرا بود و حمایت‌های آن محدود به مصرف‌کنندگان نبود. لیکن نقطه ضعف و انتقاد وارده بر این قانون از نظر نگارنده، از آن جهت است که مقررات، صرفاً شروط قراردادی را که برای استفاده در تعداد زیادی از قراردادها فراهم شده و به وسیله شخصی به شخص دیگر پیشنهاد می‌شوند (شرایط استاندارد) کنترل می‌کرد و نظیر قانون مصرف فرانسه، حاکم بر همه شرایط قراردادی نبود. قانون مذکور طی اصلاحاتی که در سال ۲۰۰۲ در قانون مدنی آلمان صورت گرفت و با الحاق بخشی تحت عنوان بخش دوم و مواد ۳۰۵ به بعد به این قانون، نسخ گردید و هم اکنون، این بخش قانون مدنی با عنوان «شکل دادن تعهدات قراردادی به وسیله شرایط استاندارد تجارت» در مورد شروط استاندارد حکومت کرده و اجراکننده الزامات دستورالعمل ۹۳/۱۳ شورای اتحادیه اروپا درباره شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده است. بند ۱ ماده ۳۰۷ در فرضی که شرط برخلاف مقتضیات حسن نیت، برای طرف دیگر به نحو غیرمعقولی زیان‌بار باشد، ضمانت اجرای بطلان را پیش‌بینی کرده است. در فرضی نیز که بقای قرارداد متضمن دشواری غیر متعارفی برای احد طرفین است، بطلان کل قرارداد پیش‌بینی شده است (بند ۳ ماده ۳۰۶). از دیگر اوصاف این دسته از مقررات قانون مدنی آلمان این است که حمایت این قانون محدود به مصرف‌کنندگان نیست و بنابراین، فرض عمومی «طرف ضعیف» وجود ندارد، اما شروطی که مورد مذاکره قرار گرفته باشد از دایره شمول آن خارج است. با بررسی اجمالی قوانین فوق‌الذکر و بازخورد آن در افراد جامعه، به راحتی می‌توان به این موضوع پی برد که موضع حقوق کشورهای انگلستان، فرانسه و آلمان درباره نحوه مبارزه با شروط غیرمنصفانه بیانگر این مطلب است که با وجود اختلاف در شیوه‌ها و تکنیک‌ها، حرکت‌ها در نهایت همگرا بوده و این کشورها پیش از انجام کنترل تقنینی، از ابزارها و روش‌هایی که در حقوق داخلی در دسترس بوده است، برای مقابله با این شروط بهره گرفته‌اند.

موضع کشور فرانسه

در پایان دهه ۷۰ به دلیل استفاده روزافزون از قراردادهای استاندارد فرم و فقدان کنترل قضایی بر تمام شروط غیرمنصفانه- زیرا دیوان عالی کشور تنها شروط استثناکننده تضمین انطباق کالاها و شروط محدودکننده مسئولیت را کنترل می‌کرد- پارلمان به منظور ایجاد تعادل بین طرفین قرارداد مداخله کرد و در سال ۱۹۷۸ قانونی به نام «قانون اطلاعات و حمایت از مصرف‌کننده کالاها و خدمات» تصویب گردید. شروط سوءاستفاده‌کننده که دربردارنده ایده سوءاستفاده از قدرت اقتصادی است، با این قانون به ادبیات قانون‌گذاری فرانسه وارد گردید. طبق ماده ۳۵ این قانون، یک شرط وقتی

تحمیلی محسوب می‌شود که با سوءاستفاده از قدرت اقتصادی یک طرف قرارداد به طرف دیگر تحمیل شود که به صورت افراطی به نفع سوءاستفاده‌کننده از این قدرت است. این قانون کمیسیون را تحت عنوان کمیسیون شروط تحمیلی پیش‌بینی کرد که وظیفه آن بررسی شروط قراردادی بود که عادتاً به وسیله حرفه‌ای‌ها بر غیر حرفه‌ای‌ها و مصرف‌کننده‌ها تحمیل می‌شوند. شورای دولتی مسئول بود پس از مشورت با کمیسیون شروط تحمیلی نسبت به صدور مصوباتی که مشتمل بر لیست‌هایی از شروط ممنوع هستند، اقدام نماید؛ هرچند کمیسیون توصیه‌نامه‌هایی که بیانگر شروط سوءاستفاده‌گرانه بالقوه بودند صادر می‌کرد، اما این توصیه‌نامه‌ها تا زمانی که به شکل قانون درنیامده بودند برای دادگاه‌ها الزام‌آور نبودند؛ اگرچه مقررات قانون مصرف تا حدود زیادی محدود بود (محدود به مصرف‌کننده یا غیر حرفه‌ای)، اما دادگاه‌ها در عمل، تفسیری گستره از مقررات مصوبه اتخاذ می‌کردند. از جمله تفسیری که از کلمه «غیر حرفه‌ای» مندرج در مصوبه به عمل آورده‌اند یا تفسیر آن‌ها از «قرارداد برای فروش». همچنین، حمایت قانون‌گذار محدود به شرایط از پیش تهیه‌شده نبود و کنترل می‌توانست روی همه شرایط اعمال شود. سال ۱۹۸۸ قانونی تصویب شد که با اجازه دادن به مصرف‌کنندگان به طرح دعوا علیه حرفه‌ای‌ها، به منظور حذف شروط غیرمنصفانه در قراردادهای استاندارد فرم، قانون ۱۹۷۸ را تحکیم کرد. در سال ۱۹۹۵ قانون مصرف جدید تصویب و جایگزین قانون ۱۹۷۸ گردید و بدین سان، قانون‌گذار فرانسوی دستورالعمل ۱۹۹۳ اتحادیه اروپا را در خصوص شروط غیرمنصفانه در قانون مصرف فرانسه وارد کرد.^{۳۱}

از نظر نگارنده، قانون مصرف فعلی سه مزیت عمده نسبت به دستورالعمل دارد: نخست اینکه، برخلاف دستورالعمل که حمایت آن محدود به اشخاص طبیعی است، اشخاص حقوقی و حرفه‌ای‌هایی را که خارج از تجارت خود قرارداد می‌بندند، در برمی‌گیرد. دوم اینکه، قلمرو آن گسترده‌تر بوده است و در خصوص شروط مذاکره‌شده و مذاکره‌نشده و همچنین مقررات قراردادی تصویب‌شده به وسیله دستگاه دولتی به کار می‌رود. سوم اینکه، قانون ۱۹۹۵ مفهوم حسن نیت را به عنوان معیاری برای ارزیابی شروط غیرمنصفانه حذف کرد. در مجموع، این قانون در مقایسه با استاندارد حداقلی دستورالعمل، حمایت گسترده‌تری را در برابر شروط غیرمنصفانه فراهم می‌نماید.

بند پنجم: راهکار دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا

ماده ۳ دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا در خصوص شروط غیرمنصفانه، شرطی را غیرمنصفانه می‌داند که یکم، خلاف لزوم حسن نیت باشد و دوم، سبب ایجاد عدم تعادل قابل توجه در حقوق و تعهدات قراردادی طرفین، به ضرر مصرف‌کننده شود. مطابق این دستورالعمل، نخستین عنصر

غیرمنصفانه بودن یک شرط، خلاف اقتضای حسن نیت بودن آن است. به طور کلی، حسن نیت بر اساس معیار تمیز آن، به حسن نیت شخصی و حسن نیت عینی تقسیم شده است. منظور از حسن نیت شخصی صداقت واقعی است، اما حسن نیت عینی، استانداردهای رفتاری است که قانوناً بر طرفین تحمیل شده است و با ادراکات ذهنی طرفین به دست نمی‌آید.^{۳۲} به عبارت دیگر، معیار شخصی مربوط به دانستن یا ندانستن وقایع و حقایق است، اما حسن نیت عینی مربوط به استانداردها و ارزش‌های بیرونی و اجتماعی تحمیل شده به طرفین است؛ مثلاً در صورتی که معیار حسن نیت، شخصی باشد، در تمیز اینکه آیا فروشنده در ارائه قرارداد به صورت شفاف با حسن نیت عمل کرده است، به این توجه می‌شود که آیا به اعتقاد وی شرط شفاف بوده است یا خیر؟ اما اگر حسن نیت در مفهوم عینی آن پذیرفته شود، مهم این است که آیا واقعاً شرطی که در قرارداد آمده شفاف است یا خیر. نه اینکه آیا فروشنده اعتقاد به شفافیت آن داشته است یا خیر؟

تأمین حمایت بالا برای مصرف‌کننده ایجاب می‌کند که در مقررات راجع به شروط غیرمنصفانه، برای تمیز حسن نیت، معیار عینی پذیرفته شود؛ زیرا استفاده از معیار شخصی و توجه در این دستوالعمل دول عضو اتحادیه اروپا موظف به تصویب قوانینی در زمینه حمایت از مصرف‌کننده در برابر شروط غیرمنصفانه شدند.^{۳۳}

بی‌بردن به نیت فروشنده در تمیز حسن نیت، با توجه به دشواری اطلاع از قصد و نیت واقعی انسان‌ها و اثبات آن، سبب ایجاد مشکلات فراوان شده، موانعی را در راه اجرای این قوانین حمایتی ایجاد می‌کند.

حسن نیت، همانند انصاف، به حسن نیت شکلی و ماهوی تقسیم شده است. حسن نیت شکلی، یعنی آیا مصرف‌کننده فرصت اثرگذاری بر مفاد قرارداد را داشته است یا خیر؟ در مقابل، حسن نیت ماهوی به ارزیابی کلی منافع طرفین در قرارداد مربوط می‌شود. بنابراین، شروطی خلاف حسن نیت ماهوی تلقی می‌شوند که سبب عدم تعادل قابل توجه میان حقوق و تعهدات طرفین شوند.^{۳۴}

عنصر دوم غیرمنصفانه بودن که در ماده (۱) ۳ دستورالعمل ۹۳/۸۳ آمده این است که شرط باید سبب ایجاد عدم تعادل قابل توجه میان حقوق و تعهدات قراردادی طرفین به ضرر مصرف‌کننده شود. از آنجایی که وجود مقداری عدم تعادل در حقوق و تعهدات طرفین در عقود

۳۲. سعیده امیر تیموری، «حقوق مصرف و شروط تحمیلی» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹)، ۸۳.

۳۳. بحری، «بررسی مکانیزم‌های کنترل شروط غیرمنصفانه»، ۱۳.

۳۴. بهنام حبیبی درگاه، اصول حقوق قرارداد اروپا (تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۹)، ۵۸.

بررسی تطبیقی شرط نامشروع در حقوق ایران و انگلستان ... / معینی‌زاده و تقی‌زاده ۱۲۱

معوض امری طبیعی است، در این ماده قید «قابل توجه» آورده شده است. بنابراین، صرف اینکه شرطی سبب عدم تعادل شود کفایت نمی‌کند، بلکه لازم است تا عدم تعادل قابل توجه باشد. همچنین، این عدم تعادل باید به ضرر مصرف‌کننده نیز باشد. بسیاری از دول عضو اتحادیه اروپا دستورالعمل فوق را بدون معیار حسن نیت، در قوانین داخلی خود وارد کرده، فقط ۱۳ کشور از ۲۵ کشور عضو اتحادیه معیار حسن نیت را پذیرفتند؛ ولی تقریباً همه دول عضو به معیار ایجاد عدم تعادل قابل توجه اشاره کرده‌اند.^{۳۵}

بند ۱ ماده ۶ دستورالعمل مقرر می‌دارد: «کشورهای عضو باید مقرر نمایند که شروط غیرمنصفانه مطروح در قرارداد منعقد با يك مصرف‌کننده به‌وسیله فروشنده یا عرضه‌کننده، مشروط بر اینکه تحت قانون ملی‌شان باشند، برای مصرف‌کننده لازم‌الاجرا نیستند و قرارداد در صورتی که قادر به ادامه موجودیت بدون شروط غیرمنصفانه باشد، باید به ملزم کردن طرفین ادامه دهد.»

این عبارت به معنای ادامه حیات حقوقی قرارداد منهای شرط غیرمنصفانه است؛ در صورتی که آن قرارداد قابلیت بقا را بدون شرط داشته باشد، لیکن بیان موسع دستورالعمل توضیح نمی‌دهد که چگونه دولت‌های عضو باید شکلی از ماهیت غیر الزام‌آور را برقرار سازند.^{۳۶}

در این راستا چند احتمال قابل طرح است:

- قانون‌گذاران ملی می‌توانند بی‌تأثیری یا بطلان مطلق یک شرط غیرمنصفانه را مقرر نمایند که در این فرض، مثل این است که شرط اساساً مورد نگارش و توافق طرفین واقع نشده است و در نتیجه، آثار حقوقی را به دنبال نخواهد داشت.

- در برخی کشورها، مفهوم قابل انعطافی از بطلان نسبی وجود دارد که طبق آن شرط غیرمنصفانه در آغاز لازم‌الاجرا باقی می‌ماند و این تا زمانی است که این راهکار برای شریک قراردادی کاربر شرط مناسب باشد.

- گروهی دیگر از کشورهای عضو، مفاهیم متفاوتی را از بطلان با طرح این موضوع که بطلان يك شرط می‌تواند «منحصرأ» به نفع مصرف‌کننده رخ دهد، دنبال می‌کنند که به‌موجب آن، دادگاه صلاحیت اعلان بی‌اعتباری آن شرط را بر اساس تصمیم خودش دارد که بی‌اعتباری حمایتی خوانده می‌شود.

۳۵. مرتضی عادل و محسن شمس الهی، «شرط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۷، شماره ۲۵ (۱۳۹۷): ۲۰۶-۲۲۳.

۳۶. ساردویی نسب، «مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد»، ۳۷-۷۳.

۱. نحوه اتخاذ ضمانت اجرا در دولت‌های عضو

بیان موسع بند ۱ ماده ۶ دستورالعمل زمینه را برای ارائه تفاسیر مختلف از سوی دولت‌های عضو، به‌عنوان راهکار قابل قبول، در مقابله با غیرمنصفانه‌گی فراهم ساخت:

۱-۱. پذیرش بطلان مطلق

هنگام اتخاذ بند ۱ ماده ۶ دستورالعمل، بیشتر کشورهای عضو تصمیم به اتخاذ یا حفظ مفهوم بطلان مطلق در برابر غیرمنصفانه‌گی شروط گرفتند. در بلغارستان، استونی، آلمان، ایرلند، پرتغال، رومانی، اسلواکی، اسلونی و اسپانیا، یک شرط در صورتی که غیرمنصفانه تشخیص داده شود، به‌صورت خودکار باطل فرض می‌شود.

در مالتا، فرانسه و لوکزامبورگ، شروط غیرمنصفانه، غیر موجود در نظر گرفته می‌شوند؛ یعنی مثل این است که چنین شرطی از اساس وجود نداشته است. در این میان، مؤلفان معتقدند که صرف نظر از عبارت و ایجاد فرضیه حقوقی، هیچ تفاوت عملی بین «بطلان» و «عدم وجود» نمی‌تواند شناسایی گردد.

۲-۱. پذیرش بطلان نسبی

مفهوم بطلان نسبی در جمهوری چک، لاتویا و هلند با مشخصه‌های مختلف یافت می‌شود؛ از آن جمله طبق ماده ۵۵ قانون حمایت جمهوری چک، یک شرط غیرمنصفانه منحصراً به‌صورت نسبی بی‌اثر می‌گردد و از سوی دیگر، این شرط فقط در صورتی بی‌اثر خواهد بود که غیرمنصفانه‌گی و ضرورت بطلان آن از سوی مصرف‌کننده -طرف ضعیف قرارداد- اثبات گردد. همچنین به‌موجب بخش ۸ ماده ۶ قانون حمایت لاتویا، شروط ناعادلانه گنجانده‌شده در قرارداد منعقد شده بین فروشنده ارائه‌دهنده خدمات و مصرف‌کننده باید بنا به درخواست مصرف‌کننده باطل اعلام شوند. چنانکه ملاحظه می‌شود، در عمل، مصرف‌کننده کسی است که نخستین گام را برمی‌دارد تا پروسه‌ای به راه افتد، به‌منظور اینکه حقوقش تضمین گردد یا در نهایت، دادگاه آن شرط مورد نظر را غیرمنصفانه اعلان نماید.^{۳۷}

۳-۱. موقعیت قانونی نامعلوم

در گروهی از دولت‌های عضو، این امر همچنان بحث‌برانگیز باقی مانده است که اساساً راهکار قابل قبول در کنترل غیرمنصفانه‌گی شروط قراردادی چیست؟ برای نمونه، در قبرس شاهد اتخاذ عینی پنج راهکار هستیم که به‌موجب آن، مقرر یک شرط غیرمنصفانه نباید مصرف‌کننده را متعهد سازد.

۳۷. سیدعبدالمطلب احمدزاده بزار، مجید رضایی دوانی و سیدمحمدصادق قبولی درافشان، «مفهوم و جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق اروپا و حقوق موضوعه ایران، با رویکردی به عدل و انصاف در فقه امامیه»، مجله پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره ۱۷ (پاییز ۱۳۹۷): ۳-۳۴.

بررسی تطبیقی شرط نامشروع در حقوق ایران و انگلستان ... / معینی‌زاده و تقی‌زاده ۱۲۳

همچنان که پیش‌تر اشاره شد، صرف اظهار «الزام‌آور نبودن شرط از سوی یکی از طرفین» از صراحت لازم و کافی برخوردار نیست.

در لهستان، بند ۱ ماده ۳۵۰۱ قانون مدنی تصریح می‌دارد که «شرط قراردادی منع شده» مصرف‌کننده را متعهد نمی‌سازد، لیکن هیچ بطلان مطلقاً نیز به صراحت مقرر نشده است. از این رو، در هر دو کشور اخیر، این امر که آیا قوانین ملی می‌توانند به گونه‌ای تفسیر شوند که بطلان نسبی را ملاک عمل قرار دهند، بحث‌برانگیز باقی مانده است.

به موجب ماده ۸ قانون حمایت از مصرف‌کننده یونان، عرضه‌کننده در صورتی که يك يا چند شرط قرارداد غیرمنصفانه باشد، نمی‌تواند ادعای بطلان کل قرارداد را نماید.

در مجارستان، قانون‌گذار نتایج غیرمنصفانه‌گی را در سال ۲۰۰۶ تغییر داد؛ بی‌توضیح اینکه آیا مصرف‌کننده می‌تواند اعتبار شرط مورد نظر را تحت تأثیر قرار دهد یا خیر. این در حالی است که در نظام حقوقی این کشور، توجه به تنظیم مواد مختلف قانون مدنی، وضعیت مبهم ضمانت اجرای غیرمنصفانه‌گی را بیش‌ازپیش تشدید می‌نماید؛ چه آنکه در ماده ۲۰۹ قانون مدنی آمده است که شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌باطل‌اند. از سوی دیگر، در جمله بعدی همان ماده می‌خوانیم: غیرمنصفانه‌گی يك شرط، صرفاً می‌تواند به نفع مصرف‌کننده اظهار شود و همچنان که می‌دانیم، وضعیت حقوقی بطلان با موردی که نهادی، قابلیت ابطال را داشته باشد، دو مقوله متفاوت با آثار حقوقی متعدّدند.

در ایتالیا، قانون جدید مصرف، پیامدهای حقوقی استفاده از شروط غیرمنصفانه را با ایجاد مفهومی از بطلان حمایتی در ماده ۳ تغییر داد. این مقرر اظهار می‌نماید که بطلان يك شرط می‌تواند منحصرأً به نفع مصرف‌کننده رخ دهد؛ درحالی‌که دادگاه صلاحیت احراز بطلان شرط را بر اساس ابتکار خودش دارد.

برخلاف این پس‌زمینه، مشخص نیست که در ایتالیا و مجارستان، طبق جدیدترین قوانین، آیا دادگاه همچنان می‌تواند در صورتی که مصرف‌کننده صراحتاً تمایلی به ملزم شدن به شروط نداشته باشد، بطلان آن شرط را اعلان نماید یا خیر؟ بدین ترتیب، در این دو کشور نیز راهکار قابل قبول در مقابله با غیرمنصفانه‌گی آشکار نمی‌شود.^{۳۸}

۳۸. سیدحسین صفایی و نگار شمالی، «مطالعه تطبیقی ضمانت اجرای غیرمنصفانه‌گی شروط قراردادی در ایران - ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۶ (۱۳۹۸): ۴۵-۵۱.

نتیجه‌گیری

از یک سو، اصل آزادی قراردادهای و حاکمیت اراده در مباحث حقوق قراردادهای و تعهدات، اصلی پذیرفته شده است و از سوی دیگر، با حضور پدیده قانون‌گذاری و تعیین قواعد و ضوابط الزام‌آور در جوامع، مقوله‌ای تحت عنوان مشروعیت ایجاد شده است که چون جنبه عمومی قدرتمندی دارد، در مقابل اصل فوق عرض اندام کرده است و آن را محدود می‌کند. در حقوق کشور ایران نیز اصل آزادی قراردادهای به استناد مواد ۱۰ و ۹۷۵ ق.م و ماده ۶ ق.آ.د.م.، به عدم مغایرت با قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه محدود شده است. از سوی دیگر، در بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م از عبارت شرط نامشروع استفاده شده است که در تفسیر آن باید پذیرفت که شرط نیز چهره‌ای از قرارداد است و بنابراین، محدودیت‌هایی که بر اصل آزادی قراردادهای اعمال می‌شود، در خصوص شروط ضمن عقد نیز ساری و جاری است و عنوان مشروعیت یا عدم آن در اجزای اصلی و فرعی قرارداد، یعنی موضوع، جهت و شرط، قابل طرح است. پرواضح است که روشن‌ترین نتیجه مشروعیت یک تعهد به معنای عام، مجاز بودن آن است.

در حقوق کشور انگلستان، هر عقدی را اعم از معین و غیر معین، بدو می‌توان منعقد کرد و در الزام‌آور بودن آن، اگر دارای شرایط اساس صحت معامله باشد، تردیدی وجود ندارد. همین امر باعث شده است که در تألیفات حقوقدانان این کشور در مقایسه با حقوقدانان و فقهای اسلامی، مطالب مربوط به شرط ضمن عقد و آثار آن کمتر مورد بحث قرار گیرد؛ برای مثال بحث «مشروعیت و عدم مشروعیت» در حقوق این کشور در قالب مباحث مربوط به قراردادهای غیرقانونی مورد بحث قرار گرفته و این در حالی است که حقوقدانان ایرانی و قانون‌گذاران قانون مدنی ایران به تقلید از فقهای امامیه، این بحث را در ضمن مباحث مربوط به شرط ضمن عقد و شرایط صحت آن بررسی کرده‌اند. با این اوصاف می‌توان ادعا کرد که تمهید نظریه‌ای خاص برای شرط و ارتباط آن با عقد یکی از ویژگی‌های جالب و ممتاز حقوق مدنی ایران است.

در خصوص اینکه قراردادهای مخالف قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه بی‌اعتبار خواهند بود، نظام حقوقی هر دو کشور تفاوت چندانی باهم ندارد و اختلاف آن‌ها تنها در مصادیق این دو مفهوم است که این امر نیز طبیعی و ناشی از وضعیت فرهنگی، سیاسی و اجتماعی هر دو کشور انگلستان و ایران است. نکته دیگر اینکه در حقوق انگلستان، رویه قضایی یکی از ارکان اصلی حقوق به شمار می‌رود.

از سویی، در شروط غیرمنصفانه بروز نابرابری‌های غیرقابل‌اغماض در روابط قراردادی و درج شروط غیرمنصفانه ارائه راهکاری عملی را که قادر به اعطای حمایت حداکثری از زیان‌دیدگان غیرمنصفانه‌گی باشد، به اولویتی انکارناپذیر بدل کرده است؛ لیکن ضمانت‌اجرای درج‌چنین شروطی در قراردادها از معضلی جدی رنج می‌برد و آن عبارت است از فقد تدبیری گویا و شایسته که قادر به تأمین انتظارات پیش‌گفته از تشخیص غیرمنصفانه‌گی باشد که این خود، معلول فقر مشهود منابع موجود از حیث تشریح راهکار قابل‌اعمال است. بند ۱ ماده ۶ دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا به ادامه حیات حقوقی قرارداد منهای شرط غیرمنصفانه در صورتی که آن قرارداد قابلیت بقا را بدون شرط داشته باشد، توجه دارد؛ لیکن بیان موسع دستورالعمل آشکارا توضیح نمی‌دهد که چگونه دولت‌های عضو باید شکلی از ماهیت غیر الزام‌آور را برقرار سازند؛ درحالی که گروهی آن را به بطلان مطلق حمل کرده، اظهار داشته‌اند در چنین موردی، مثل این است که شرط اساساً مورد نگارش و توافق طرفین واقع نشده است. در نتیجه، آثار حقوقی را به دنبال نخواهد داشت. برخی دیگر، مفهوم قابل‌انعطافی از بطلان نسبی را پذیرفته‌اند که طبق آن، شرط غیرمنصفانه در آغاز لازم‌الاجرا باقی می‌ماند تا زمانی که این راهکار برای شریک قراردادی کاربر شرط - معمولاً طرف ضعیف قرارداد - مناسب باشد. در نهایت، گروهی دیگر از کشورها، مفهوم متفاوتی از بطلان را با طرح این موضوع که بطلان یک شرط می‌تواند «منحصرأ» به نفع طرف ضعیف رخ دهد، دنبال می‌کنند که به موجب آن، دادگاه صلاحیت اعلام بی‌اعتباری آن شرط را بر اساس تصمیم خودش دارد که این مفهوم، بی‌اعتباری حمایتی خوانده می‌شود.

کتابنامه

الف. کتب و مقالات

الف-۱. فارسی

- ابدالی، مهرزاد. «نظریه نظم عمومی و اخلاق حسنه در حقوق مدنی همراه با مطالعه تطبیقی حقوق کشورهای فرانسه، انگلستان و ایران» رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۰.
- احمدزاده بزار، سیدعبدالمطلب، مجید رضایی دوانی، و سیدمحمدصادق قبولی درافشان. «مفهوم و جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق اروپا و حقوق موضوعه ایران، با رویکردی به عدل و انصاف در فقه امامیه»، مجله پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره ۱۷ (پاییز ۱۳۹۷): ۳-۳۴.
- افراسیابی، مهدی. «شروط ناعادلانه قراردادها در حقوق ایران» پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه جامع امام حسین (ع)، ۱۳۹۴.
- امامی، سیدحسن. حقوق مدنی. تهران: انتشارات کتاب‌فروشی اسلامی، ۱۳۷۷.
- امیر تیموری، سعیده. «حقوق مصرف و شروط تحمیلی» پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.
- امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید. حقوق تعهدات. تهران: نشر میزان، ۱۳۷۸.
- امینی، منصور، میرحسین عابدینی، و سکینه کرمی. «نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده در ایران»، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۵۰ (۱۳۹۱): ۲۰۲-۱۸۶.
- بحری، ادريس. «بررسی مکانیزم‌های کنترل شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده»، سومین کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق (آذر ۱۳۹۹): ۱۴-۱۸.
- ترابی، احمد. ترجمه تفصیلی و شرح حقوق قراردادهای انگلستان. تهران: نشر دنیای سبز.
- جان. ان. آدامز و راجز براونزورد. تحلیل و نقدی بر حقوق قراردادهای انگلستان. ترجمه سیدمهدی موسوی، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام. تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰.
- حبیبی درگاه، بهنام. اصول حقوق قرارداد اروپا. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۹.
- خوئینی، غفور. حقوق تعهدات (تحلیل فقهی-حقوقی). تهران: نشر زهد، ۱۳۷۹.
- داکسبری، رابرت. مروری بر حقوق قراردادهای انگلستان. ترجمه سیدحسین میرمحمد صادقی. تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.

بررسی تطبیقی شرط نامشروع در حقوق ایران و انگلستان ... / معینی‌زاده و تقی‌زاده ۱۲۷

ساردویی نسب، محمد. «مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۵ (۱۳۹۰): ۴۹-۴۵.

شریف، احمد. شرط در آیین فقه و حقوق. تهران: انتشارات کمال‌الملک، ۱۳۸۷.

شهیدی، سیدمهدی. تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.

شهیدی، مهدی. حقوق مدنی - تعهدات. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۲.

شیروی، عبدالحسین. «غیرمنصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن‌لا با تأکید بر حقوق انگلستان-آمریکا و استرالیا»، مجتمع آموزشی عالی قم، شماره ۱۴، سال چهارم (۱۳۸۱): ۲۷-۲۰.

صباحی، مهدی. «قراردادهای غیرمنصفانه در حقوق موضوعه ایران و کامن‌لا» پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات دامغان، ۱۳۹۴.

صفایی، سیدحسین. دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها. جلد دوم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲.

صفایی، سیدحسین، و نگار شمالی. «مطالعه تطبیقی ضمانت اجرای غیرمنصفانگی شروط قراردادی در ایران - ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۶ (۱۳۹۸): ۴۵-۵۱.

عادل، مرتضی، و محسن شمس‌الهی. «شرط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۲۵ (۱۳۹۷): ۲۰۶-۲۲۳.

عزیزکریم، جواد، حوراء انصاری، اعظم قبولی، و سیدمحمد مهدی درافشان. «مطالعه تطبیقی مقابله با شرط غیرمنصفانه در حقوق ایران و عراق»، فصلنامه مجلس و راهبرد، شماره ۱۰۳ (۱۳۹۹): ۲۴۶-۲۱۹.

علوی، سیدمحمدتقی، و بابک بابازاده. «تفسیر قرارداد در نظام حقوق کامن‌لا»، دوفصلنامه علمی-تخصصی علامه، سال دهم (پاییز و زمستان ۱۳۸۹): ۴-۱۳.

قاسمی، محمدعلی. «بررسی مبانی فقهی نفی عسر و حرج»، مجله الهیات و حقوق، شماره ۲۴: ۴۶-۵۷ کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادها. جلد سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.

کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی، اعمال حقوقی. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.

کاتوزیان، ناصر. دوره مقدماتی حقوق مدنی (قرارداد، ایقاع). تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۰.

گروسی، علی‌اکبر، و محمدرضا پیرهادی. «تضمینات شرط غیرمنصفانه در قراردادهای الحاقی با مطالعه در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۴ (زمستان ۱۳۹۸): ۱۴۹-۱۳۵.

۱۲۸ حقوق تطبیقی / سال ۹ / شماره ۲ / پیاپی ۱۸ / صص ۱۰۵-۱۲۸

محقق داماد، سیدمصطفی. قواعد فقه بخش مدنی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
نبی‌زاده کبریا، قاسم. «شروط ناعادلانه و مطالعه تطبیقی در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان» رساله
دکتری، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران، ۱۳۹۳.
الهیان، مجتبی. «شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بیمه و آثار آن از منظر فقه و حقوق ایران»،
پژوهش‌های فقهی، شماره ۸ (۱۳۹۲): ۶-۱۴.

الف-۲. عربی

انصاری، شیخ مرتضی. المكاسب. جلد ۶، قم: مؤسسه باقری، ۱۴۱۱ ق.
جنوردی موسوی، سیدحسن بن آقابزرگ. القواعد الفقهیه. محقق / مصحح: مهدی مهریزی و
محمدحسن درایتی، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
حلی، علامه، حسن بن یوسف. قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام. محقق / مصحح: گروه
پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه
قم، ۱۴۱۳ ق.
حلی، محقق، نجم‌الدین. المختصر النافع فی فقه الامامیه. قم: مؤسسه المطبوعات الدینی، ۱۴۱۸ ق.
حسینی المراغی، میرعبدالفتاح. العناوین الفقهیه. جلد ۱ و ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
خمینی، روح‌الله الموسوی. تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۰۹ ق.
خوبی، سیدمحمدتقی موسوی. الشروط أو التزامات التبعية فی العقود. بیروت: ناشر دارالمورخ العربی،
۱۴۱۴ ق.
نراقی، احمد بن محمد. عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام. قم:
انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق.