

اعتبارسنجی شروط تحمیلی و حمایت از طرف ضعیف در عقود تحمیلی در فقه اسلامی، حقوق ایران و مصر*

- سیدابوالقاسم نقیبی^۱
- ابراهیم تقی‌زاده^۲
- عدنان حسینی^۳

چکیده

اعتبارسنجی شروط تحمیلی، بررسی شکل جدیدی از قراردادهاست که در آن‌ها یک طرف قرارداد دارای قدرت برتر یا انحصاری است که مفاد و شرایط قرارداد را تنظیم می‌کند و طرف دیگر بدون داشتن حق مذاکره، مجبور به پذیرش آن است. پژوهش حاضر به روش تطبیقی - تحلیلی، به بررسی ماهیت، مبنا و اعتبار شروط تحمیلی در این نوع قراردادها می‌پردازد. یافته‌ها نشان می‌دهد که برخی از شروط تحمیلی، فاقد وصف غیر منصفانه هستند؛ لذا معتبرند. قانون‌گذار مصر در ماده ۱۴۹ قانون مدنی در بحث شروط و قراردادهای تحمیلی غیر منصفانه مقرر می‌دارد: «... قاضی می‌تواند قراردادهای متضمن شروط تحمیلی را تعدیل یا

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۸/۵.

۱. دانشیار دانشگاه شهید مطهری (da.naghbi@yahoo.com).

۲. استاد دانشگاه پیام نور (taghizaadeh@gmail.com).

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور (نویسنده مسئول) (adnaneazam@yahoo.com).

طرف ضعیف را از اجرای آنها معاف کند...». برخی از قواعد فقهی در فقه اسلامی و اصول حقوقی در حقوق ایران از چنان ظرفیتی برخوردارند که می‌توان آنها را از ادله حمایت از طرف ضعیف قرارداد در این نوع قراردادها به شمار آورد. افزون بر این، قانون‌گذار ایران با تصویب برخی مواد قانونی، تمایل خود را به حمایت از طرف ضعیف نشان داده است. قضات نیز می‌توانند با بهره‌گیری از قواعد فقهی و اصول حقوقی پذیرفته‌شده، چنانچه شروط تحمیلی غیر منصفانه باشند، به تعدیل آنها مبادرت ورزند. از این رو برای جلوگیری از صدور آرای متفاوت در این زمینه، پیش‌بینی ماده قانونی در قانون مدنی ایران اجتناب‌ناپذیر است.

واژگان کلیدی: تعدیل قرارداد، حقوق ایران، حقوق مصر، شروط تحمیلی، شروط غیر منصفانه، فقه اسلامی.

بیان مسئله

اصل پذیرفته‌شده در عقود و قراردادها آن است که مفاد و شرایط آنها مورد توافق طرفین بوده و غالباً با هماهنگی یکدیگر تنظیم شوند. اما با ظهور شرکت‌ها و بنگاه‌های بزرگ اقتصادی مشاهده می‌شود که مفاد و شروط قراردادها میان این شرکت‌ها و طرف معامله آنها، توسط شرکت‌ها تنظیم و به صورتی غیر منصفانه به طرف مقابل تحمیل می‌گردد؛ به نحوی که طرف مقابل یا مجبور است کل قرارداد را بپذیرد و یا از انعقاد آن منصرف شود. به دلیل انحصاری بودن کالا و یا خدمات ارائه‌شده، بحث از انصراف قرارداد تنها از جنبه نظری است؛ زیرا طرف مقابل در عمل، مجبور به پذیرش قرارداد است. این نوع قراردادها به قراردادهای تحمیلی شهرت یافته‌اند.

در این نوع قراردادها، طرف قدرتمند با تکیه‌گاه استواری به نام قرارداد و اصل آزادی قراردادها وارد عمل می‌شود و از نظر او، چنین قراردادهایی خالی از اشکال است. در واقع با نوعی از قراردادها مواجهیم که در ظاهر صحیح به نظر می‌آیند، در حالی که ممکن است طرف قدرتمند از موقعیت خویش سوءاستفاده کرده و شروطی را ظالمانه و غیر منصفانه در قرارداد درج کند. بنابراین عدالت اقتضا می‌کند که فقه اسلامی و نظام‌های حقوقی در مواجهه با چنین وضعیتی، طرف ضعیف قرارداد را به حال خود رها نکنند و ضمن نگه داشتن حرمت اصل آزادی قراردادی، راه چاره‌ای بیندیشند و با

بی‌عدالتی موجود مقابله نمایند. از این رو پژوهش در این زمینه، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است.

شرط تحمیلی و عقد تحمیلی از نظر ماهیت، دارای ویژگی و مؤلفه‌های مشترکی هستند. شرط تحمیلی بعضاً به معنای تعهد تحمیلی است، اعم از اینکه مستقل یا ضمن عقد یا به عنوان تعهدات اصلی یک عقد باشد؛ به این صورت که طرف قدرتمند قرارداد می‌تواند اهداف و مقاصد خود را هم در قالب شرط و هم در قالب عقد تحمیلی اعمال کند. همچنین شرط مورد بحث به معنای مطلق الزام و التزام است که هم با معنای شرط سازگاری دارد و هم با تعهداتی که بر حسب ذات عقد به وجود می‌آیند، و این پیوستگی میان عقد و شرط در زمینه تحمیل و همچنین با توجه به اینکه حقوق مصر یکی از کشورهای مورد مطالعه در این پژوهش است، در نتیجه برای رسیدن به ملاک شرط تحمیلی در حقوق این کشور، به ناچار عقد تحمیلی در حقوق مصر را مورد مطالعه قرار داده‌ایم.

در این پژوهش به سؤالات اصلی ذیل پاسخ داده می‌شود: ۱- نسبت شروط تحمیلی با شروط غیر منصفانه چگونه است؟ ۲- چگونه می‌توان قراردادهای تحمیلی را که غیر منصفانه نیستند، صحیح و معتبر تلقی کرد؟ ۳- مواجهه فقیهان مذاهب اسلامی و نظام حقوقی حاکم بر ایران و مصر با عقد تحمیلی چگونه است؟ آیا قاضی می‌تواند قراردادهای تحمیلی را جهت حمایت از طرف ضعیف قرارداد تعدیل، یا طرف ضعیف را از اجرای شرط تحمیلی معاف کند و یا در تفسیر قرارداد، مصلحت طرف ضعیف را در نظر بگیرد؟

پاسخ به سؤالات مذکور، نیازمند جمع‌آوری اطلاعات و پردازش توصیفی و تحلیلی است. مقایسه و تطبیق آرای فقیهان اسلامی و حقوق کشورهای ایران و مصر، از جمله رهیافت‌های مهم در مطالعات تطبیقی حقوق ایران با حقوق یکی از کشورهای اسلامی است.

مطالعه ادبیات پژوهش در این زمینه نشان می‌دهد که مقاله «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها» (کریمی، ۱۳۸۱) و پایان‌نامه اعمال قواعد عمومی قراردادها در شروط تحمیلی (ابراهیمی، ۱۳۸۰)، شروط تحمیلی را تنها از منظر قواعد عمومی قراردادها

بررسی کرده‌اند. همچنین مقاله «حمایت از طرف ضعیف قرارداد از طریق حقوق اساسی» (اسدی، پارساپور و بادینی، ۱۳۹۷)، حمایت از طرف ضعیف قرارداد را به صورت عام و تنها از منظر قانون اساسی بررسی کرده است و بایسته است آرای فقیهان مذاهب اسلامی و حقوق ایران با برخی کشورهای خارجی به صورت تطبیقی در پاسخ به سؤالات مطرح شده، مورد مطالعه و پژوهش قرار گیرد.

پژوهش تطبیقی مذکور، علاوه بر تحکیم مبانی نظری بحث در فقه اسلامی و حقوق داخلی، به قانون‌گذار این امکان را می‌بخشد تا از اقوال فقیهان و نظریات حقوق دانان و تجارب تقنینی دیگر کشورها بهره جوید و به قضات نیز این ظرفیت را اعطا می‌کند تا در تحلیل قضایی خویش از تجارب قضایی دیگر کشورها استفاده کنند.

۱. تعریف شرط تحمیلی

شرط در لغت و اصطلاح به مطلق الزام و التزام اطلاق می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۳۶)؛ اعم از اینکه در ضمن عقد یا مقدم بر آن یا ملحق به آن باشد. بنابراین شرط نوعی عمل حقوقی است که مانند هر عمل حقوقی دیگر، صحت و اعتبار آن منوط به تحقق شرایطی در موضوع یا طرفین آن است.

منظور از شروط تحمیلی در قراردادها، شروطی است که یکی از متعاقدين با سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعی و یا تخصص خویش، به طرف دیگر تحمیل می‌کند. این شروط متضمن یک نوع نابرابری خاص هستند که سابقاً در حقوق قراردادها، یا وجود نداشته‌اند و یا وجودشان قابل توجه نبوده است (کریمی، ۱۳۸۱: ۷۹).

شرط تحمیلی از مسائل جدید است که تحت تأثیر حقوق مصرف در حقوق قراردادها مطرح شده است (ساعی و عطاردی، ۱۳۹۴: ۵۵۵/۶). این شرط که در فرانسه «clause abusive» نامیده می‌شود، نخستین بار در ماده ۳۵ قانون ۱۹۸۷ فرانسه جهت حمایت از مصرف‌کنندگان به تصویب رسید. بر این اساس، «یک شرط وقتی تحمیلی محسوب می‌شود که با سوءاستفاده از قدرت اقتصادی یک طرف قرارداد به طرف دیگر تحمیل می‌شود و به صورت افراطی به نفع طرف سوءاستفاده‌کننده از این قدرت بود» (کریمی، ۱۳۸۱: ۷۹).

«سالی» حقوق‌دان فرانسوی که به اجماع حقوق‌دانان، اولین کسی بود که عقد تحمیلی را مطرح کرد، آن را چنین تعریف کرده است:

«صرف غالب کردن اراده واحدی است که به صورت انحصاری و انفرادی، شرایط و مفاد عقد را از پیش تعیین می‌کند، و مخاطب آن مجموعه‌ای نامحدودند که حق تغییر و تعدیل شرایط را نداشته و فقط می‌توانند عقد را همان گونه که هست، قبول کنند» (لعشب محفوظ بن حامد، ۱۹۹۰: ۲۳).

از این تعریف روشن می‌شود که «سالی» به ذکر اراده منفرد - که در انحصار موجب است و شروط از پیش تعیین شده عقد را تعیین می‌کند - و پیوستن طرف دیگر عقد به آن اراده بدون داشتن حق گفت‌وگو و مذاکره، اکتفا کرده است.

در زبان عربی به عقد تحمیلی، عقد «اذعان» گفته می‌شود. «سنهوری» اولین شخصی است که واژه «اذعان» را برای این نوع عقد به کار می‌برد. وی در زمینه کاربرد عقد اذعان (تحمیلی) برای این دسته از عقود و شروط معتقد است:

«بعضی اوقات قبول در عقد، صرف تسلیم شدن به آنچه است که موجب آن را بدون مذاکره و گفت‌وگوی پیشین املا کرده و قابل، ناچار به پیوستن به آن قرارداد و شرایط مربوط به آن است؛ یعنی او آن قرارداد را می‌پذیرد و بدان اذعان می‌نماید» (سنهوری، ۱۹۹۸: ۱۴۴).

«اذعان» در لغت، مشتق از ماده «ذعن» و به معنای تسلیم و فرمانبرداری است (ابن فارس، ۱۹۷۹: ۳۵۵). خداوند در آیه ۴۹ سوره نور می‌فرماید: «وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ»؛ و اگر دعوی خود را برحق بدانند، با کمال انقیاد به سوی رسول می‌آیند. در این آیه، «مذعنین» به معنای سرعت در اطاعت آمده است (زمخشری، ۱۹۹۸: ۳۱۴). ابن اعرابی نیز گفته است: «مذعنین، مقَرِّین خاصین» (ابن اعرابی، ۱۹۹۵: ۳۵۳/۵).

در حقوق ایران، کاتوزیان با انتخاب عنوان «تجاوز به اصل آزادی قراردادها» اعلام می‌دارد که منظور از عقد تحمیلی، عقدی است که در آن، قانون رابطه حقوقی را تحمیل می‌کند و نتیجه آن شبیه قرارداد است و به همین مناسبت، آن را عقد تحمیلی و اجباری و یا فرضی نامیده و آن را در مقابل عقد آزاد قرار داده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۱۱/۱). شهیدی نیز با قرار دادن عقد تحمیلی در برابر عقود آزاد، آن را چنین تعریف کرده است:

«در عقد تحمیلی، یکی از دو طرف به علت برخورداری از شرایط و ابزار نیرومندتر، خواسته خود را نسبت به شرایط و خصوصیات عقد به طرف دیگر تحمیل می‌کند. در این عقود، شرایط و خصوصیات عقد از پیش به وسیله طرف نیرومندتر تعیین می‌گردد و هر شخصی که بخواهد به تشکیل قرارداد با او مبادرت کند، نمی‌تواند او را وادار به تغییر شرایط سازد و چاره‌ای جز تسلیم در برابر خواسته‌های اقتصادی او ندارد؛ مانند قراردادهای مربوط به بیمه و قرارداد حمل و نقل» (شهیدی، ۱۳۹۶: ۸۸/۱).

۲. نسبت شرط تحمیلی و شرط غیر منصفانه

در یک نگرش غالب، «clauses abusives» را به شروط تحمیلی ترجمه کرده‌اند. اما این ترجمه، مورد انتقاد حقوق دانان صاحب نظر قرار گرفته است. در فرهنگ لغات انگلیسی به فرانسه، «clauses abusives» معادل «unfair term» قرار داده شده است. با وجود این، شرط تحمیلی می‌تواند متفاوت از شرط غیر منصفانه باشد؛ به این صورت که بعضی اوقات، شروط تحمیلی بخشی از شروط غیر منصفانه را تشکیل می‌دهد و آن زمانی است که شروط تحمیلی، شروطی باشند که با اعمال فشار غیر منصفانه یک طرف قرارداد ایجاد شوند و تعادل قراردادی را بر هم زنند. در این صورت، دایره شمول شروط غیر منصفانه فراتر از شروط تحمیلی است. همچنین بعضی اوقات، شروط غیر منصفانه مصداقی برای شروط تحمیلی نیستند؛ چون فرد بر اساس ضرورت‌های اجتماعی، اقدام به پذیرش آن‌ها ننموده است (شرافت و اسدپور طهرانی، ۱۳۹۷: ۳).

در حقوق موضوعه ایران، در قوانین خاص از شروط تحمیلی ناعادلانه و غیر منصفانه تحت عنوانی بحث شده است که نشان می‌دهد شروط تحمیلی اعم از شروط غیر منصفانه و ناعادلانه هستند و بعضی اوقات، شروط تحمیلی می‌توانند فاقد وصف ناعادلانه و غیر منصفانه باشند.

قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸/۰۷/۱۵ در بند ۵ ماده ۱، شروط تحمیلی غیر عادلانه بر اساس عرف و عادت معاملات را از عناصر تبانی دانسته است. هرچند که این قانون، حکم شروط غیر عادلانه تحمیلی را بیان ننموده و فقط به اینکه آن‌ها از شروط تبانی هستند، بسنده کرده است، ولی می‌تواند این نتیجه را به دست بدهد که شروط تحمیلی، چیزی جدا از شروط ناعادلانه هستند و شروط تحمیلی موجود

در قراردادها ممکن است وصف ناعادلانه نداشته باشند، با اینکه می‌توانند تحمیلی باشند. این ماده، شروط تحمیلی فاقد وصف غیر عادلانه را از مصادیق تبانی ندانسته و ذکر آن‌ها را در قرارداد، خالی از اشکال می‌داند. قانون‌گذار در ماده ۸ همین قانون، شروط تبانی و تحمیلی را که باعث افزایش قیمت و پایین آمدن عرضه و کیفیت شوند، به این صورت جرم‌انگاری کرده است:

«هر گونه تبانی و تحمیل شرایط از سوی عرضه‌کنندگان کالا و خدمات، که موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت یا افزایش قیمت شود، جرم محسوب می‌شود».

البته با در نظر گرفتن بند ۵ ماده ۱، منظور از شروط تحمیلی در این ماده، شروط تحمیلی ناعادلانه هستند.

همچنین در صدر ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷ آمده است:

«اعمال ذیل که منجر به اخلال در رقابت می‌شود، ممنوع است».

در بند ۲ قسمت ط همین ماده در بحث از شروط تحمیلی، تنها شروط تحمیلی را ممنوع اعلام کرده است که غیر منصفانه باشند. مفهوم مخالف این بند، گویای تفاوت بین شروط تحمیلی و شروط غیر منصفانه است. درست است که این قانون ناظر به رقابت تجاری در ساحت عرضه‌کنندگان کالا و خدمات است و شامل مصرف‌کنندگان جزء نمی‌شود، ولی نشان می‌دهد که شروط تحمیلی نباید غیر منصفانه باشند.

با توجه به متفاوت بودن معنای «إذعان» و «تعسّف»^۱ در ماده ۱۴۹ قانون مدنی مصر که مقرر داشته است: «إِذَا تَمَّ الْعَقْدُ بِطَرَقِ الْإِذْعَانِ وَقَدْ تَضَمَّنَ شُرُوطَ التَّعْسُفِ...»، قانون‌گذار مصر نیز شروط تحمیلی و شروط غیر منصفانه را به یک معنا ندانسته است.

۳. ماهیت فقهی و حقوقی عقد تحمیلی

۳-۱. ماهیت فقهی عقد تحمیلی

از نظر فقها عقد تحمیلی، عقدی حقیقی است؛ زیرا با اراده بایع و مشتری که

۱. غیر منصفانه (مکی، ۲۰۱۱: ۳۵).

ایجاب و قبول از جانب آن‌ها صادر می‌شود، منعقد می‌گردد؛ به طوری که ایجاب نزد جمهور علما از جانب طرف قدرتمند با ارائه خدمت یا کالا صادر می‌گردد، سپس با صدور رضایت کامل به تمام شرایط عقد از جانب طرف ضعیف، قبول صورت می‌گیرد (غزالی، ۱۹۹۸: ۲۸۹). فقهای معاصر معتقدند که عقد تحمیلی با پیوند و ارتباط ایجاب و قبول قطعی می‌شود و ایجاب و قبول همان چیزی است که عرفاً بر رضایت دو طرف و موافقت اراده آن‌ها بر ایجاد عقد با توجه به شروطی که موجب آن‌ها را مقرر کرده، دلالت دارد (مجله مجمع الفقه الاسلامی، ۲۰۰۴: ۵۲۴). عقد تحمیلی در فقه اسلامی، عقدی حقیقی به شمار می‌آید که با نظر و دیدگاه اکثر علمای حقوق مطابقت دارد؛ زیرا که اساس و مبنای عقد تحمیلی تراضی است.

غالب فقها جهت یافتن ماهیت عقد تحمیلی، آن را با عقود مشابه مقایسه کرده‌اند و آن را با بیع مضطر پیوند داده‌اند؛ از این نظر که در هر دو عقد، نیاز به کالا وجود دارد و قیمت کالا در هر دو بیع مشخص و معین است و بر طرف ضعیف لازم است که تسلیم و فرمانبردار طرف قدرتمند باشد و چاره‌ای جز قبول ندارد (عبدالدايم، ۲۰۰۸: ۴۵). اما احتمال وقوع غبن فاحش در عقد تحمیلی، به این دلیل که عقود تحمیلی از نظارت و کنترل کشورها و یا نظام حقوقی برخوردارند، کمتر است. همچنین عقد تحمیلی مربوط به کالاها و خدمات ضروری مردم است و معمولاً طرف آن‌ها، شرکت‌ها و دولت‌ها هستند، حال آنکه در عقد اضطرار این گونه نیست و ممکن است در هر کالایی و توسط هر شخص حقوقی یا حقیقی منعقد گردد.

تفاوت بارز دیگری که عقد تحمیلی با عقد مضطر دارد این است که اگر در عقد مضطر، اضطرار برداشته شود، عقد دیگر اضطراری محسوب نمی‌شود، یعنی طرف مضطر، دیگر نیازی به انعقاد عقد ندارد؛ در حالی که در عقد تحمیلی با توجه به اینکه کالا یا خدمت مورد نظر، لازم و از ضروریات زندگی است، نباید جهت برداشتن شرایط غیر منصفانه آن، عقد هم از بین برود، کما اینکه در عقد تحمیلی به همین صورت است و آنچه مدنظر قانون‌گذار در حمایت از طرف ضعیف قرارداد مطرح می‌شود، حفظ اصل عقد با برداشتن شرایط غیر منصفانه و ظالمانه آن است و به این صورت است که حمایت از طرف ضعیف محقق می‌شود.

به علاوه در معامله اضطراری، طرف معامله یا از اضطرار معامل خویش ناآگاه است و یا بر فرض آگاهی، عملی در جهت تشدید اضطرار یا سوءاستفاده از اضطرار او انجام نمی‌دهد. اما در بحث شروط تحمیلی، علاوه بر اینکه طرف ضعیف به انعقاد معامله نیازمند و از این حیث واجد شرایط اضطراری است، طرف مقابل او نیز از این اضطرار آگاه است؛ به این دلیل که خود او زمینه این اضطرار را ایجاد کرده است و یا شرایط اضطراری و فشار آن را تشدید می‌کند. در این حالت، طرف قدرتمند با تکیه بر موقعیت برتر اقتصادی، اجتماعی و یا حتی تخصصی خود، آنچه را که می‌خواهد، بر طرف مقابل تحمیل می‌کند (ابراهیمی، ۱۳۸۰: ۲۵).

بعضی نیز معتقدند که بین احتکار و عقود تحمیلی، پیوند و ارتباط وجود دارد؛ به این صورت که عقود تحمیلی قائم به احتکار هستند، چرا که موجب ذاعن، مورد عقد را حبس و احتکار می‌کند، به طوری که رقابت در عقد را از بین برده و آن را به صورت جدی محدود می‌کند و موجب (مذعن) خود را محکوم به قبول عقد بدون هیچ گونه رقابت و چانه‌زنی، همان طوری که ذاعن از او می‌خواهد و برای او شرط گذاشته است، می‌داند، به طوری که اگر دارای چنین ویژگی نباشد، نمی‌توان چنین عقدی را تحمیلی نامید (جوهری، ۲۰۰۴: ۴۷۳).

با وجود این، احتکار به معنای حبس کالا است تا زمانی که قیمت آن افزایش یابد و مردم از این افزایش قیمت متضرر شوند؛ اما عقد تحمیلی متفاوت از آن است، به این دلیل که در عقد تحمیلی، حبس کردن کالا وجود ندارد و چه بسا در این عقد، هدف به دست آوردن کالا و دست یافتن به آن است (حماد، ۲۰۰۴: ۵۰۸).

علاوه بر این در تمامی حالات عقد تحمیلی، حبس کردن کالا وجود ندارد؛ بلکه صرف محدود کردن عمل و یا انجام خدمت از جانب ذاعن و به دست آوردن آن از جانب مذعن است. همچنین عقد تحمیلی و احتکار در محل عقد نیز با هم متفاوت‌اند، به طوری که مورد عقد احتکار وسیع‌تر از عقود تحمیلی است؛ به این خاطر که احتکار ممکن است در ضروریات، اجناس و تزیینات باشد و این بر خلاف چیزی است که در عقود تحمیلی وجود دارد؛ زیرا مورد در عقد تحمیلی، بیشتر در کالاهای ضروری و مورد نیاز مردم است (عبدالایم، ۲۰۰۸: ۱۴۹).

در نهایت باید گفت به صرف وجود شباهت‌هایی بین عقد تحمیلی و بعضی از عقود، نمی‌توان آن را یکی از این عقود دانست و باید پذیرفت که عقد تحمیلی، عقد جدید و دارای احکام و شرایط خاص خود است.

۲-۳. ماهیت حقوقی عقد تحمیلی

بعضی از حقوق‌دانان، عقد تحمیلی را یک عقد حقیقی می‌دانند و آن را از سایر عقود متمایز نمی‌کنند؛ اما بعضی دیگر، صفت قراردادی برای عقد تحمیلی قائل نیستند و از نظر آن‌ها، عقد تحمیلی یک مرکز حقوقی سازمان‌یافته است.

طرفداران وصف قراردادی غالباً حقوق‌دانان حقوق خصوصی هستند که معتقدند عقد تحمیلی، یک عقد حقیقی است؛ زیرا با توافق دو اراده تمام می‌شود و مانند سایر عقود، از قواعد عمومی قراردادها پیروی می‌کند (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ۲۴۷)؛ به این دلیل که هر عمل حقوقی که با دو اراده محقق می‌شود، عقد است، اگرچه دو طرف از لحاظ اقتصادی مساوی نباشند و حتی با وجود فشاری که طرف قدرتمند بر طرف ضعیف وارد می‌کند؛ زیرا این تفاوت اقتصادی و فشار به مرحله‌ای از اکراه نرسیده است که رضا را معیوب کند و قبول، قبول معتبری است (بودالی، ۲۰۰۷: ۱۶).

بعضی از حقوق‌دانان حقوق عمومی،^۱ وصف عقد را برای عقد تحمیلی انکار می‌کنند و به آن فقط به دید یک مرکز حقوقی سازمان‌یافته که اراده منفرد از جانب موجب صادر می‌شود، نگاه می‌کنند و آن را به مانند لایحه‌ای می‌دانند که ویژگی‌های عقد را ندارد. از نظر این گروه برای انعقاد عقد، طرفین باید در حالت مساوی باشند (همان: ۱۵) و قبول در عقد تحمیلی را صرف تسلیم شدن می‌دانند، به این دلیل که برای طرف ضعیف، مذاکره و تعدیل عقد امکان‌پذیر نیست (عنتر و ذنوت، ۲۰۰۲: ۴۲) و آن را شبیه به یک قانون می‌دانند تا یک عقد (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ۲۴۸)؛ در حالی که رکن اصلی عقد، توافق دو اراده و انشا و تراضی نسبت به یک امر معین است که موجب ایجاد تعهد یا تملیک می‌گردد. پس در هر عقدی که طرفین، اراده خود را آزادانه بیان کنند و آنچه را که مدنظرشان است، انشا نمایند و این دو انشا با هم بر روی یک امر مشترک

۱. اغلب حقوق‌دانان حقوق عمومی، در رأس آن‌ها سالی و دیجیه، هوریو.

توافق داشته باشند، عقد صحیح است.

در نتیجه باید گفت که اگرچه در قراردادهای تحمیلی، یک طرف مجبور به پذیرش تمام شرایط و پیشنهادات طرف مقابل است، ولی رضایت معاملی وجود دارد و آنچه چهره خاصی به این عقود می‌بخشد، شکل ایجاب و عدم امکان گفت‌وگو درباره شرایط و مفاد عقد است و این ویژگی باعث نمی‌شود که خاصیت قراردادی بودن این اعمال حقوقی از بین برود. به علاوه، در هیچ یک از متون قانونی، لزوم تساوی قدرت و برابری اقتصادی طرفین عقد، شرط دانسته نشده است. به همین دلیل نباید یکسانی وضعیت اقتصادی طرفین قرارداد را از شرایط صحت قرارداد دانست؛ چون در این صورت، صحت بیشتر معاملاتی که در زندگی روزمره مردم منعقد می‌شود، با مشکل مواجه می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳۴/۱).

۴. اعتبارسنجی عقد تحمیلی در حقوق مصر، ایران و فقه اسلامی

۴-۱. اعتبارسنجی عقد تحمیلی در حقوق مصر

حقوق مصر بدون تعریف عقد تحمیلی در قانون مدنی در سه مبحث (شرایط تشکیل عقد، قبولی و تفسیر عقد)، از عقد تحمیلی به عنوان یک عقد صحیح و معتبر بحث کرده و در قسمت شرایط قبولی، ماده‌ای جداگانه را به قبولی در عقد تحمیلی اختصاص داده است. این ماده مقرر می‌دارد:

«قبول در عقود تحمیلی، محدود به تسلیم به شرایط مقرر است که ایجاب کننده ارائه کرده است و مشمول مذاکره نیستند»^۱.

آمدن این ماده در بخش قراردادها و بعد از شرایط تشکیل عقد، بیانگر این است که قانون‌گذار مصر، عقد تحمیلی را پذیرفته است.

همچنین ماده ۱۴۹ همان قانون مقرر می‌دارد:

«هر گاه عقدی به صورت تحمیلی منعقد شد و متضمن شروط ظالمانه‌ای بود، قاضی

۱. «القبول فی عقود الإذعان يقتصر علی مجرد التسليم بشروط المقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها».

می‌تواند این شروط را تعدیل و یا طرف ضعیف را از اجرای آن‌ها معاف کند و هر توافقی بر خلاف آن صورت بگیرد، باطل است»^۱.

بند ۲ ماده ۱۵۱ نیز مقرر می‌دارد:

«با وجود این، عبارات مبهم در عقود تحمیلی نباید به زیان طرف ضعیف تفسیر شوند»^۲.

ذکر این مواد در بخش آثار عقد و دادن مجوز به قاضی برای حذف و تعدیل و نحوه تفسیر که از آثار عقد صحیح هستند، بیانگر این است که عقد تحمیلی در حقوق مصر، یک عقد معتبر است.

۲-۴. اعتبارسنجی عقد تحمیلی در حقوق ایران

در قوانین موضوعه ایران، از عقد تحمیلی بحث نشده است و برای اعتبارسنجی آن لازم است شرایط عقد تحمیلی را با قواعد عمومی قراردادها در حقوق ایران بررسی کنیم.

۲-۴-۱. قبول در عقد تحمیلی

یکی از ویژگی‌های عقد تحمیلی که در قانون مدنی مصر به صراحت پیش‌بینی شده بود، نوع قبولی در این عقد است و از مخاطب ایجاب، حق مذاکره و گفت‌وگو گرفته شده است و او باید مفاد ایجاب را همان گونه که هست، بپذیرد. در حقوق ایران بر طبق قواعد عمومی قراردادها، قبول، رضای بدون قید و شرط به مفاد ایجاب است؛ یعنی قبول‌کننده باید قبول خود را مطلق و بدون قید و شرط اعلام کند. حال سؤال این است که آیا ایجاب‌دهنده می‌تواند در ایجاب مقرر کند که ایجاب قابل مذاکره نیست و طرف مقابل اگر می‌خواهد به عقد ملحق شود، باید آنچه را که در ایجاب است، همان گونه قبول کند؟ اگر جواب سؤال منفی باشد، یعنی به این فرض قائل باشیم که

۱. «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المدعن منها، وذلك لما وفقا لما تقضى به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

۲. «ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن».

ایجاب‌دهنده نمی‌تواند مذاکره و گفت‌وگوی طرف مقابل را محدود کند، نتیجه‌اش این است که مخاطب ایجاب، مفاد ایجاب را تا حدودی به نفع خود تغییر دهد، که بر اساس آنچه در مورد قبولی در حقوق ایران پذیرفته شده است، این عمل مخاطب ایجاب، ایجاب‌جدیدی است که از طرف ایجاب‌دهنده باید مورد قبول قرار گیرد؛ یعنی ایجاب‌دهنده‌ای که شرایط ایجاب او تغییر پیدا کرده است، در نهایت برای انعقاد عقد، ابتکار عمل در دست خود اوست و می‌تواند ایجاب تغییر یافته خود از جانب مخاطب ایجاب را به عنوان قبول‌کننده بپذیرد و عقد منعقد نشود. در نتیجه جواب مثبت می‌تواند در حقوق ایران قابلیت دفاع را داشته باشد؛ به این صورت که ایجاب‌دهنده، ایجاب خود را قطعی و بدون تغییر اعلام کند و اگر مخاطب ایجاب خواست به عقد ملحق شود، ایجاب را همان گونه که هست، بپذیرد.

۲-۲-۴. ایجاب در عقد تحمیلی

ایجاب به عنوان پیشنهادی صادر می‌شود که قطعی است و دارای کلیه شرایط اساسی و تفصیلی قرارداد است (صده، ۱۹۷۴: ۱۳۷). در حقوق ایران هم ایجاب باید قطعی باشد؛ یعنی اعلام اراده باید به منظور انعقاد قرارداد و ایجاد تعهد بر اجرای مفاد آن باشد، به گونه‌ای که با قبول آن از جانب طرف دیگر، قرارداد منعقد شود و دیگر اختیاری برای گوینده ایجاب باقی نماند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۸۴/۱).

ایجاب در عقد تحمیلی معمولاً همراه با شرایط یا پیش‌شرط‌هایی است که به واسطه ماهیت خود قرارداد ایجاد شده‌اند، که در صورت تخلف، ایجابی به وجود نیامده است؛ برای مثال، ایجاب در عقد بیمه عمر لزوماً معلق به این پیش‌شرط است که فرد در حین حیات و عاری از هر گونه بیماری‌ای باشد که زندگی او را تهدید کند. در این صورت، ایجاب علاوه بر این پیش‌شرط‌های ضمنی، دربرگیرنده تمام شرایط قراردادی است (عبدالدام، ۲۰۰۸: ۵۳). این شرط هم با قوانین موضوعه ایران مخالف نیست. با عنایت به ماده ۱۸ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶، اگر مشخص شود که مال موضوع بیمه قبل از قرارداد وجود نداشته و یا خطری که قرارداد بیمه برای آن منعقد شده است، قبل از انعقاد قرارداد اتفاق افتاده است، قرارداد بیمه باطل خواهد بود.

شرط دیگر ایجاب، عمومی بودن آن است؛ یعنی ایجاب متوجه عموم مردم یا گروهی خاص از مردم که دارای ویژگی‌های خاصی هستند، می‌شود (رسلان، ۱۹۹۶: ۶۴). در حقوق موضوعه ایران به ایجاب عام تصریح نشده است. با وجود این در عقد جعاله که از عقود معین است، ایجاب ممکن است خطاب به گروهی خاص یا نسبت به عموم باشد؛ برای مثال، وقتی پدری برای فرزند گم‌شده خود اعلان می‌کند که هر کس او را بیابد، مبلغ معینی پاداش می‌گیرد، و یا تاجری که کالای خود را با تعیین قیمت و شرایط فروش در معرض دید رهگذران قرار می‌دهد، در واقع ایجاب را به عموم می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۸۲/۱).

شرط دیگر ایجاب، دائمی بودن آن است؛ به این معنا که ایجاب به نحو مستمر و برای مدتی طولانی بیش از آنچه در عقود عادی است، لازم‌الاجراست (صده، ۱۹۷۴: ۱۳۷). در حقوق ایران، ایجاب را اراده ایجاب‌کننده به وجود می‌آورد و دوران اعتبار و بقای آن نیز تابع همین اراده است. به بیان دیگر، ایجاب‌دهنده است که با ایجاب خود، قدرت قبول را به مخاطب ایجاب می‌دهد. در نتیجه، او می‌تواند شکل قبول و مدت زمان اعتبار و اختیار طرف مقابل را معین کند و قبول باید در زمانی به ایجاب ملحق شود که او تعیین کرده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۸۲/۱).

ایجاب در عقد تحمیلی باید منتشر شود تا تمام مردم از آن مطلع شوند (صده، ۱۹۷۴: ۱۳۷). قوانین ایران ایجاب عمومی را پذیرفته‌اند. به علاوه، لازمه ایجاب عمومی آن است که به روشی منتشر شود تا عموم از آن مطلع شوند، که این انتشار می‌تواند از طریق روزنامه یا وبگاه‌های اینترنتی باشد؛ برای مثال، کارگزاران بورس ایجاب خود را در سندی قابل دستیابی در وبگاه مخصوص به خود، جهت انعقاد قرارداد با افرادی که می‌خواهند وارد بورس شوند، بارگزاری می‌کنند که از این طریق در اختیار تمام مردم قرار بگیرد.

شرط دیگر ایجاب، قطعی، لازم و غیر قابل رجوع بودن است؛ یعنی ایجاب‌دهنده در طول مدتی که این کالا و خدمات در انحصار اوست، باید آن‌ها را عرضه کند (همان: ۱۳۸). سؤال این است که آیا در حقوق ایران شخص می‌تواند خود را برای مدت نامحدودی ملتزم به ایجاب کند؟ بررسی‌ها نشان می‌دهد که هر گاه ایجاب همراه با تعهد نگه‌داری به آن باشد، این تعهد حق رجوع از ایجاب را ساقط می‌کند؛ زیرا هیچ

مانعی وجود ندارد که ایقاع بتواند حقی را از بین ببرد و التزامی به وجود آورد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳۱۶/۱).

۴-۲-۳. سایر شرایط عقد تحمیلی

ویژگی‌های دیگری که برای این عقد برشمرده‌اند، قدرت اقتصادی یکی از طرفین (بوکماش، ۲۰۱۲: ۱۵۱)، اساسی و ضروری بودن کالا و خدمات ارائه‌شده (سنه‌پوری، ۱۹۹۸: ۲۴۵) و شکل قرارداد است که باید به صورت نمونه و شکل چاپی باشند (سعدی، ۲۰۰۹: ۱۲۳)، که هیچ کدام آن‌ها با قوانین موضوعه ایران منافات ندارد؛ به این دلیل که در قراردادهایی که روزانه منعقد می‌شوند، این احتمال وجود دارد که یکی از طرفین قرارداد در وضعیت اقتصادی بهتری نسبت به طرف مقابل قرار داشته باشد و در این قراردادها، کالاهای اساسی و خدمات مورد نیاز مردم به صورت قراردادهای نمونه ارائه شوند؛ مانند قراردادهای مربوط به برق، گاز، تلفن و... که از طرف دولت به عنوان طرف قدرتمند قرارداد و به عنوان کالاهای اساسی که از ضروریات مردم هستند، به صورت قراردادهای از پیش تهیه‌شده و نمونه عرضه می‌شوند.

۴-۳. اعتبارسنجی عقد تحمیلی در فقه اسلامی

فقهای معاصر در مورد حکم عقد تحمیلی، نظرات مختلفی داده‌اند. (محمد عبدالطیف) (فرفور، ۲۰۰۴: ۲۳۹-۲۴۰) چهار قول را در مورد عقد تحمیلی برمی‌شمارد: گروهی مطلقاً آن را منع کرده‌اند و اساس عقد را مبتنی بر اراده باطنی و عقد تحمیلی را فاقد این اراده دانسته‌اند.

گروه دوم عقد تحمیلی را مطلقاً درست انگاشته‌اند. این گروه اساس عقد را اراده ظاهری دانسته و عقد تحمیلی را ملحق به عقد معاطات کرده و به اراده ظاهری اکتفا نموده‌اند.

گروه سوم آن را مکروه شمرده‌اند.

گروه چهارم قائل به تفکیک شده‌اند. به این صورت که اگر عقد تحمیلی شامل احتکار یا یک نوع اکراه ظالمانه بود، آن را مکروه دانسته‌اند، چون باعث ضرر رساندن به عموم مردم است و ضرر باید از بین برود؛ اما اگر عقد از عنصر اکراه و احتکار خالی

بود، آن را در دو حالت بررسی کرده‌اند:

حالت اول، حالتی است که مردم نیازمند به آن عقد و مجبور به انعقاد آن باشند و در غیر این صورت، موجب عسر و حرج آن‌ها شود؛ مانند اجاره و وسایل نقلیه، خرید امتیاز برق، گاز و... و اگر فقها انجام این معاملات را منع کنند، مردم به حرج می‌افتند و نمی‌توانند بسیاری از امور مورد نیاز خود را تأمین کنند. در اینجا، نیاز مردم در حکم ضروریات قرار می‌گیرد و باعث مباح شدن آنچه منع شده است، می‌شود. در این مورد، عقود تحمیلی را صحیح می‌دانند.

حالت دوم، حالتی است که مردم بی‌نیاز از انجام عقود تحمیلی هستند؛ مانند بسیاری از عقود که در طول زمان انجام شده‌اند و اگر انجام نمی‌شدند، می‌توان گفت که عقدی وجود نداشته است که در این صورت، نیازی به وجود عقد تحمیلی نیست.

«قطب سانو» نیز حکم عقد تحمیلی را در دو حالت بررسی کرده است: حالت اول به اعتبار عقود مستحدثه و اصل جواز در معاملات، آن را جایز می‌داند. در حالت دوم با توجه به قیود و شروط موجود، آن‌ها را صحیح یا باطل می‌داند؛ به این صورت که اگر شروط از شروطی باشند که باعث بطلان و فساد عقد شوند، عقد باطل است و اگر شرط قابلیت تصحیح را داشت، عقد صحیح، و اگر نداشت، باطل است (سانو، ۲۰۰۴: ۳۳۷).

«ندوی» در این باره می‌گوید:

«عقد تحمیلی حتی اگر حمایت کافی از طرف دولت نداشته باشد، عقد درست و صحیحی است؛ به این دلیل که در آن، اصل رضایت وجود دارد» (ندوی، ۲۰۰۴: ۴۱۸).

«نزیه کمال حماد» هم می‌نویسد:

«هر گاه قیمت در عقد تحمیلی، عادلانه و فاقد شروط ظالمانه و اجحافی به ضرر طرف ضعیف باشد، عقد صحیحی است و محتکر کالا و منفعت، کالا و خدمات خود را به طرف مقابل با قیمتی که لازم است و یا با غبن کم که قابل مسامحه است، عرضه می‌کند و این همان عوض المثل است که از او منع نشده است؛ زیرا معمولاً در معاملات، یک طرف معامله سود و طرف دیگر ضرر می‌کند و مردم در این موارد چشم‌پوشی می‌کنند و احتکار کالا به این صورت شرعاً جایز است، چون در این حالت بالا بردن قیمت توسط عرضه‌کننده و متضرر شدن طرف ضعیف از طریق غبن فاحش و شروط ظالمانه، منتفی است» (حماد، ۲۰۰۴: ۳۸۱).

در نهایت می‌توان گفت که ضرورت انجام معامله بین مردم به این صورت که طرفین به آن رضایت دهند، بر مبنای عدالت و انصاف است و هیچ ضرری برای مردم ندارد و این چیزی است که مجمع فقه اسلامی^۱ به صورت زیر آن را بیان کرده است:

«اگر قیمت در عقد تحمیلی، عادلانه و فاقد شروط ظالمانه برای طرف ضعیف قرارداد بود، شرعاً صحیح است و متعاقدين ملزم به آن هستند» (مجله مجمع الفقه الاسلامی، ۲۰۰۴: ۵۳۴).

با بررسی ویژگی‌های عقد تحمیلی در حقوق مصر و تطبیق آن‌ها با قواعد موجود در حقوق ایران و فقه اسلامی، معلوم شد که عقد تحمیلی در نظام حقوقی مصر، ایران و فقه اسلامی، عقد معتبر و صحیحی است؛ با این تفاوت که قانون‌گذار مصر به صراحت این مهم را ذکر کرده است، اما در حقوق ایران و فقه اسلامی به صراحت نیامده است و با بررسی شرایط عقد تحمیلی و عدم مخالفت آن‌ها با قواعد عمومی قراردادها و قواعد فقهی است که می‌توان گفت عقد تحمیلی، عقدی صحیح و معتبر است.

۵. حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی در حقوق مصر، ایران و فقه اسلامی

منظور از طرف ضعیف، شخصی است که به علت توان کم اقتصادی و احتیاجش به تهیه کالا و خدمات مورد نیاز، قدرت چانه‌زنی و مذاکره در برابر طرف قدرتمند را ندارد و مجبور به پذیرش تمام شرایط و مفاد قراردادی است که طرف قدرتمند قرارداد، آن را تهیه کرده است. ممکن است در یک قرارداد، شخص به دلایل دیگری مورد حمایت قانون‌گذار قرار گرفته باشد. آنچه در این مقاله بررسی می‌شود، حمایت از طرف ضعیف قرارداد به دلیل تفاوت قدرت اقتصادی دو طرف معامله است و نه چیز دیگر.

۱. یکی از مسائل مهمی که در سال ۲۰۰۴ میلادی در این شورا به عنوان یک مبحث جدید مورد بررسی قرار گرفت، عقد اذعان بود که در طی آن، هشت استاد بزرگ در مورد عقد اذعان مقالاتی را ارائه نمودند و در نهایت پس از داوری این هشت مقاله، عقد اذعان را به عنوان یک عقد جدید پذیرفتند و همچنین تحت شرایطی به قاضی اجازه دخالت در این نوع عقد را دادند تا در صورت ظالمانه بودن، آن را به حالت توازن قراردادی برگرداند (برای مطالعه بیشتر در این باره، ر.ک: *مجله الفقه الاسلامیه*، ۲۰۰۴: ش ۱۴/۱۵۶-۱۸۵).

۱-۵. حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی در حقوق مصر

۱-۱-۵. تعدیل یا حذف شروط غیر منصفانه

ماده ۱۴۹ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد:

«إذا تمّ العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها...».

قانون‌گذار مصر در این ماده، اختیار حذف یا تعدیل شروط غیر منصفانه در عقد تحمیلی را به مقام قضایی داده است. در واقع، قانون‌گذار ضروری دیده است که از قواعد عمومی قراردادها عدول نماید و اجازه تعدیل یا حذف شروط غیر منصفانه در عقد تحمیلی را به قاضی بدهد (بودالی، ۲۰۰۷: ۷۵).

۲-۱-۵. تفسیر قرارداد

تفسیر قرارداد، راهکاری قضایی برای مشخص کردن اراده طرفین است. با عنایت به ماده ۱۵۰ و بند ۱ ماده ۱۵۱ در قواعد عام تفسیر، و بند ۲ ماده اخیر در مورد قاعده خاص تفسیر در عقد تحمیلی، لازم قواعد تفسیر در دو بخش عام و خاص بررسی شوند.

۱-۲-۱-۵. قاعده عام تفسیر

«قاعده تفسیر شک به نفع متعهد»، به عنوان قاعده‌ای عام در تفسیر قراردادها پذیرفته شده است. این قاعده در حقوق کشورهای عربی به عنوان «تفسیر الالتزام عند الشك لمصلحة الملتزم» آمده است و قانون‌گذار مصر در بند ۱ ماده ۱۵۱ قانون مدنی، آن را به این صورت آورده است: «يفسّر الشك في مصلحة المدين».

۲-۲-۱-۵. قاعده خاص تفسیر

قانون‌گذار مصر در ماده ۱۵۱ قانون مدنی، قاعده خاصی را در مورد تفسیر در عقد تحمیلی وضع کرده است. در بند ۲ این ماده آمده است: «ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن».

قاعده تفسیر به نفع متعهد مصرح در بند ۱ ماده ۱۵۱، در بند ۲ این ماده جهت حمایت از طرف ضعیف قرارداد تغییر کرده است؛ به این صورت که اگر در عقود تحمیلی، طرف ضعیف قرارداد متعهد و مدیون نبود، باز هم عبارات مبهم باید به نفع او تفسیر شوند. در این قسمت ماده، قاعده اصلی در مورد عقود تحمیلی زمانی که طرف ضعیف مدیون نباشد، وارونه شده است؛ با این توضیح که هر گاه قاضی بخواهد قراردادی را تفسیر کند، باید عبارات مبهم و مشکوک را به نفع مدیون تفسیر کند، در حالی که بر اساس قواعد عام تفسیر، تفاوتی نداشت که مدیون در چه وضعیتی از لحاظ اقتصادی قرار دارد و در این صورت باید قرارداد به نفع او تفسیر شود و این قاعده‌ای کلی است که برای تفسیر قرارداد وجود دارد، اما این قاعده در مورد عقود تحمیلی به منظور حمایت از طرف ضعیف قرارداد دچار تغییر شده است و قانون‌گذار در بند ۲ ماده ۱۵۱ مقرر می‌دارد که عبارات مبهم نباید به ضرر طرف ضعیف قرارداد تفسیر گردند. از مفهوم مخالف این بند چنین برداشت می‌شود که عبارات مبهم باید به نفع طرف ضعیف قرارداد تفسیر گردند، حتی اگر در قرارداد پیش روی دائن باشد.

۲-۵. حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی در حقوق ایران

۱-۲-۵. تعدیل یا حذف شروط غیر منصفانه

در حقوق موضوعه ایران، حکمی که به قاضی اجازه تعدیل^۱ یا الغای شروط قراردادی را داده باشد، وجود ندارد. اما برخی نویسندگان با بررسی موضوع سعی کرده‌اند راه حل اختیار قاضی برای حذف شروط غیر منصفانه را به استناد ماده ۹۷۵ قانون مدنی و اصل ۱۴۰ قانون اساسی در نظم عمومی بیانند و آن‌ها را مهم‌ترین مبنا جهت کنترل قضایی شروط غیر منصفانه در حقوق ایران دانسته‌اند و شروط غیر منصفانه را مخالف نظم عمومی اقتصادی می‌دانند و معتقدند که بر این اساس

۱. این تعدیل با تعدیلی که بعضاً بر اثر غبن حادث در رویه قضایی ایران وجود دارد، متفاوت است؛ زیرا در عقد تحمیلی، شرایط قراردادی نابرابر از همان ابتدا موجود بوده و طرف ضعیف با آگاهی که از آن‌ها داشته است، عقد را پذیرفته است و حتی با وجود آگاهی کامل طرف ضعیف، قانون‌گذار مصرح به قاضی اجازه تعدیل قرارداد را داده است، اما تعدیلی که در رویه قضایی ایران پذیرفته شده است، به دلیل به هم خوردن شرایط قراردادی در طول قرارداد است.

و به استناد مواد دیگری^۱ قضات می‌توانند شروطی را که به شدت غیر منصفانه هستند، باطل دانسته و آن‌ها را در دادگاه قابل اجرا ندانند (کرمی، ۱۳۹۴: ۱۲۷-۱۳۱).

فارغ از مسئله نظم عمومی، قانون‌گذار ایران در تصویب قوانین جدید از جمله ماده ۱۷۹ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ در مورد امکان تعدیل یا بطلان قراردادهای کمک و نجات در مواقع غیر منصفانه بودن شروط، قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ در مورد عدم تأثیر شروط غیر منصفانه، قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ در مورد شفافیت در شرط‌گذاری و ممنوعیت درج شروط ناعادلانه، ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷ در مورد ممنوعیت شروط تحمیلی ناعادلانه، بند ۵ ماده ۱ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ که شروط تحمیلی غیر عادلانه بر اساس عرف و عادت معاملات را از عناصر تبانی دانسته است، تمایل خود را به حمایت از طرف ضعیف قرارداد نشان داده است و رد پای امکان تعدیل شروط غیر منصفانه در آرای دادگاه‌های ایران به این دلیل که به طرف مقابل به شیوه غیر منصفانه تحمیل شده است، دیده می‌شود. در پرونده کلاسه ۹۷۰۹۹۸۲۱۶۴۲۰۰۶۰۵ شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، در تصمیم نهایی شماره ۹۹۰۹۹۷۰۲۷۱۰۱۷۴۹، قاضی دادگاه وجه التزام تعیین شده توسط طرفین را تعدیل کرد، اما دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ در تاریخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶ وجه التزام تعیین شده توسط طرفین را هر مقدار که باشد، معتبر دانست و دادگاه‌ها را مکلف کرد که بر اساس توافق انجام شده رأی صادر کنند و این امر باعث شد که بیش از هر زمان دیگری، خلأ وجود قانونی مصرح در این زمینه آشکار شود.

۲-۲-۵. تفسیر قرارداد

۱-۲-۲-۵. قاعده عام تفسیر

در قوانین موضوعه ایران، قاعده‌ای با این عنوان وجود ندارد؛ ولی اصل برائت که

۱. ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴ مقرر می‌دارد: «سردفتران و دفتریاران موظف‌اند نسبت به تنظیم و ثبت اسناد مراجعین اقدام نمایند، مگر آنکه مفاد و مدلول سند، مخالف با قوانین و مقررات موضوعه و نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد، که در این صورت باید علت امتناع را کتباً به تقاضاکننده اعلام نمایند».

مبنای این قاعده است، در ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی و ۱۶۸ آیین دادرسی مدنی به صراحت آمده است.

۲-۲-۲-۵. قاعده خاص تفسیر

قوانین موضوعه ایران، قاعده خاصی را در این زمینه پیش‌بینی نکرده‌اند. این گونه قراردادهای انحصاری، تفسیر خاصی را ایجاب می‌کند. در اینجا دیگر صحبت از احراز مقصد مشترک طرفین نیست، بلکه سخن از اجرای عدالت در این رابطه است؛ یعنی در این گونه قراردادهای، سلسله قواعدی وجود دارد که دنیا به آن اتکا می‌کند و شما ناچارید که در تفسیر، رعایت آن قواعد را بکنید؛ از جمله اینکه هر شرط مبهم به سود کسانی تعبیر می‌شود که به آن قرارداد ملحق شده‌اند. فرض این است که یک طرف با تأمل، قرارداد را تنظیم کرده و طرف دیگر، هیچ دخالتی در این کار نکرده است. بنابراین اگر خطایی رخ دهد و شرطی مبهم بماند، باید دامنگیر کسی بشود که آن را تهیه کرده است؛ چون فرض این است که قرارداد را به سود خود تهیه کرده است. یکی از مصداق‌های مهم اجرای چنین قاعده‌ای، قراردادهای بیمه است. در این زمینه با توجه به اینکه این مضمون به صورت قاعده درآمده است که «در قراردادهای بیمه هر شرط مبهمی به سود بیمه‌گذار تعبیر می‌شود»، چون بیمه‌گر این شرایط را تعیین می‌کند و در اختیار بیمه‌گذار می‌گذارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۸۶).

۳-۵. حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی در فقه اسلامی

۱-۳-۵. تعدیل یا حذف شروط غیر منصفانه

در فقه اسلامی، حمایت از طرف ضعیف قرارداد همواره و همه جا مورد توجه فقیهان اسلامی و حتی یکی از اهداف مهم فقه بوده است. مهم‌ترین مبانی موجود در فقه اسلامی را در مورد حذف یا تعدیل قرارداد در راستای دستیابی به این هدف مهم بررسی می‌کنیم:

۱-۱-۳-۵. قاعده لاضرر

این قاعده از مهم‌ترین و شایع‌ترین قواعد فقهی است که مفاد آن مورد قبول تمامی

فقهای امامیه و اهل سنت است و در ابواب مختلف فقهی و مسائل مختلف به آن استناد شده است.

فقها در باب دلالت حدیث «لاضرر» بر موضوعات فقهی و اینکه به استناد این حدیث می‌توان متعهدی را از اجرای تعهد معاف کرد یا تعهدی را به حالت تعدیل درآورد، چهار نظریه را به صورت زیر مطرح کرده‌اند:

با بررسی نظریات مختلف (انصاری، ۱۴۲۰: ۳۹/۱؛ آخوند خراسانی، ۱۳۶۶: ۷۰؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۹۴/۲؛ محقق داماد، ۱۳۷۰: ۲۵) در مورد قاعده لاضرر، قدر متیقن قاعده لاضرر این است که شارع فعل ضرری را نفی کرده است. قاعده لاضرر با شروط تحمیلی غیر منصفانه از آن جهت قابل بررسی است که طرف ضعیف قرارداد هنگام پذیرش قرارداد، در یکی از حالات علم یا جهل نسبت به شرط غیر منصفانه قرار داشته است. در فرض جهل با «خیار غبن» مواجهیم که قاعده «لاضرر» یکی از مستندات «خیار غبن» است (کریمی، ۱۳۸۱: ۸۲)؛ اما در فرضی که طرف ضعیف با آگاهی علیه خود اقدام می‌کند، بحث تعارض «قاعده لاضرر» و «قاعده اقدام» پیش می‌آید که قاعده اقدام مانع از اعمال قاعده لاضرر می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۴/۲). البته «اقدام» در مواردی مؤثر است که شخص با علم به نتیجه و ضرری که به او می‌رسد، اقدام به فعل نماید. علاوه بر این، شیخ انصاری با این تعبیر که «اقدام خود مطلبی است نیازمند دلیل که ما آن را نیافته‌ایم»، حجیت قاعده اقدام را تضعیف می‌کند (انصاری، ۱۴۲۲: ۲۳۶/۳).

همچنین گفته شده که مفاد حدیث امتنانی است و شامل جایی نمی‌شود که بر ضرر اقدام شده باشد و فرقی بین علم و جهل طرف ضعیف نیست (مصطفوی، ۱۴۰۹: ۱۲۵). وجود برخی شواهد تاریخی منقول در کتب روایی و فقهی نیز می‌تواند مؤیدی بر قابلیت تأثیر قاعده لاضرر در تعدیل قرارداد باشد. در ماجرای که در کتاب *وسائل الشیعه* از قضاوت امام صادق علیه السلام ذکر شده است، چنین نتیجه‌ای قابل استنباط است. از امام علیه السلام در مورد شتر مریمی که شخصی آن را ۱۰ درهم خرید تا نحر کند، بعد از خریدن و قبل از نحر، شخصی دیگر پوست و سر شتر را به ۲ درهم خرید، اما شتر سلامت شد و قیمت آن بالا رفت و شخص ثالث پوست و سر شتر را مطالبه کرد، سؤال شد. امام فرمود:

«مقدار ترقی قیمت پوست و سر شتر را به مبلغ ۲ درهم اضافه کرده و به او پس بدهند، ولی او حق ندارد نحر شتر را بخواد؛ زیرا درخواست او موجب اضرار صاحب شتر است» (حزّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۷۷/۱۷).

۲-۱-۳-۵. عسر و حرج

از جمله نظریات مهمی که می‌تواند مبنای رویه قضایی در پذیرش تجدیدنظر و منع اجرای تعهد اولیه یا تعدیل آن باشد، نظریه مستند بر قاعده فقهی نفی عسر و حرج است. بر اساس این قاعده، هر گاه نتیجه اجرای حکمی، ایجاد مشقت و سختی نامتعارف بر مکلف (متعهد) باشد، بنا به حکم ثانوی ساقط و فرد از اجرای تکلیف (تعهد) معاف می‌شود. فقها عسر و حرج را در احادیث و اخبار به یک معنا گرفته‌اند و برخی حرج را مرحله‌ای شدیدتر از عسر معنا کرده و گفته‌اند اگر تکلیف سخت‌تر از عسر باشد و انسان را دچار مشقت شدید و ضیق کند، بی‌آنکه انجام تکلیف را غیر ممکن سازد، حرجی خواهد بود (نراقی، ۱۴۰۸: ۶۱). قاعده نفی عسر و حرج، مستنداتی از قرآن و احادیث دارد؛ از جمله آیات ۷۸ سوره حج و ۱۸۵ سوره بقره که علت برداشته شدن حکم روزه برای مسافر و مریض را دشوار شدن آن بر مکلف می‌داند و غیر از قرآن که منبع اصلی و اولیه قاعده است، احادیث فراوانی نیز در تأکید نفی حکم ضرری وجود دارند؛ برای نمونه از قول امام صادق علیه السلام به عدم جعل حکم حرجی در دین اشاره شده است (حزّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۵۹/۲۳).

۳-۱-۳-۵. قاعده اضطرار

با وجود اضطرار، تکلیف از عهده مکلف برداشته می‌شود؛ بدین معنا که مکلف را از موضوع حکم شرعی خارج می‌کند. بنابراین اضطرار جواز ارتکاب حرام یا ترک واجب است؛ مانند خوردن مردار یا ترک نماز که در شرایط عادی حرام و در حال اضطرار حلال است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶: ۵۴۴/۱).

بعضی از فقها به رغم قائل بودن به صحت معامله مضطر، از جهت اخلاقی و انسانی بر طرف قدرتمند قرارداد واجب دانسته‌اند که از شرایط به وجود آمده برای شخص مضطر سوءاستفاده نکند (موسوی خمینی، ۱۴۲۴: ۲۵۱/۵) و اگر زمینه قرارداد به گونه‌ای

باشد که یک طرف قرارداد از روی اضطرار، هرچند بدون اکراه به آن تن دهد، آن قرارداد منصفانه نیست (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۰۹: ۴۰۸/۳).

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

۴-۱-۳-۵. تسعیر (قیمت‌گذاری)

«تسعیر» از ریشه «سَعَر»، به معنای بالا رفتن شعله آتش آمده است. وقتی گفته می‌شود: «سُعِرَتِ الشَّيْءُ تَسْعِيرًا»، به معنای تعیین نرخ و توافق کردن بر یک قیمت است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۹۹). در زبان فارسی نیز «تسعیر» به معنای نرخ‌بندی کالا است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱۹۸).

معنای اصطلاحی آن از معنای لغوی دور نیفتاده است. در این معنا، «تسعیر» عبارت است از اینکه حاکم یا نایب یا کسی که تولیت امور مسلمانان را در دست دارد، به اهل بازار دستور دهد که کالاهایشان را به مبلغ معینی بفروشند (شوکانی، ۲۰۰۵: ۲۲۰). همچنین از دیدگاه فقهای امامیه، «تسعیر» قیمت‌گذاری حاکم یا نایب او و اجبار بر معامله بر اساس آن قیمت است (مغنیه، ۱۳۸۶: ۱۴۶).

غالب فقیهان مذاهب اسلامی، حکم اولیه تسعیر را حرمت دانسته‌اند (نووی، ۱۴۱۵: ۱۳۱/۳؛ ابن قدامه مقدسی، ۱۴۱۴: ۱۵۶/۴؛ زحیلی، ۱۴۱۸: ۲۶۹۶/۴؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۹۵/۲؛ محقق داماد، ۱۳۶۲: ۸۱). با وجود این، در فقه شافعی مفهومی تحت عنوان سیاست شرعی وجود دارد که به معنای اقداماتی است که بیشتر به اصلاح نزدیک است و جامعه را از تباهی و فساد دور می‌کند، هرچند که در شرع نیامده باشد (ابن قیّم جوزیه، ۲۰۰۰: ۱۴). در فقه امامیه، معادل آن اختیارات حاکم اسلامی و احکام حکومتی وجود دارد که حاکم جامعه اسلامی در قالب یک نظارت مطلقه بر تمام ارکان جامعه اشراف و زعامت دارد و با وضع احکام حکومتی از بروز هر گونه ناهماهنگی و نابسامانی جلوگیری می‌نماید.

مطهری معتقد است که حکومت اسلامی حق دارد در یک سلسله معاملاتی که از نظر فردی مجاز است از روی مصالحی که تشخیص می‌دهد، جلوی آزادی اولی را که خود شارع داده است، بگیرد (مطهری، ۱۳۷۱: ۱۱۳). توفیق حاکم اسلامی در اداره جامعه، مستلزم داشتن حق نظارت بر تمام ارکان جامعه است؛ لذا می‌تواند با تأسیس نهادهای نظارتی بر اقتصاد نظارت کند و از لجام گسیختگی آن ممانعت به عمل آورد. همچنین بر اساس مبانی فقهی برخی از فقها، دولت اسلامی موظف است اقتصاد اسلامی را در راستای محقق ساختن اصل کفالت و توازن به سمتی سوق دهد که مصالح عامه تأمین گردد. در این نگرش، مالکیت خصوصی و قراردادهای ناشی از آن به وسیله توزیع عادلانه ثروت و سازوکار قیمت‌گذاری در شرایط خاص بر محور مصلحت‌اندیشی حکومت اسلامی تحدید می‌شود (صدر، ۱۳۵۰: ۱۸۲).

در متون فقهی غالباً در باب احتکار از تسعیر سخن به میان آمده است. با وجود این، در جایی که قیمت کالا موجب ضرر شود، تسعیر وجود دارد و با تنقیح مناط می‌توان ادلهٔ مربوط به تسعیر را به تمامی موارد ضرر و اجحاف سرایت داد. جواز اجبار محتکر بر فروش اجناس احتکاری، مورد اتفاق فقهای شیعه و اکثر فقهای اهل سنت است (انصاری، ۱۳۷۸: ۳۷۳/۴؛ زحیلی، ۱۴۱۸: ۲۶۹۶/۴). با اینکه بسیاری از فقها با تعیین نرخ قیمت اجناس احتکاری مخالفت کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۰۹: ۲۱/۲؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲۳۹/۲)، اما شیخ مفید و برخی از فقهای اهل سنت قائل به جواز قیمت‌گذاری شده‌اند (زحیلی، ۱۴۱۸: ۲۶۹۵/۴؛ مغنیه، ۱۴۱۷: ۶۱۶).

همچنین در کنفرانسی که کشورهای اسلامی جهت بررسی عقد تحمیلی در سال ۲۰۰۴ در دوحه تشکیل دادند، در مورد امکان حذف یا تعدیل شروط غیر منصفانه در عقد تحمیلی به صورت زیر نظر دادند:

«هر گاه عقد تحمیلی، متضمن شروط ظالمانه و یا غیر منصفانه علیه طرف ضعیف قرارداد باشد، مقام قضایی باید به منظور حمایت از طرف ضعیف قرارداد در آن دخالت کند و با تعدیل یا لغو شرط ظالمانه، ظلم و ضرر را از اشخاص نیازمند به کالا دفع کند» (مجله مجمع الفقه الاسلامی، ۲۰۰۴: ۵۳۴).

۵-۳-۲. تفسیر عقد تحمیلی

۵-۳-۱. قاعده عام تفسیر

در فقه اسلامی نیز قاعده‌ای با این عنوان وجود ندارد، ولی مفاد آن در کتب اصولی و قواعدی که در باب قضا به آن‌ها استناد می‌شود، دیده می‌شود؛ برای مثال، مطابق با اصل برائت، تعهدات مشکوک بر عهده مدیون قرار نمی‌گیرند و اثبات آن نیاز به دلیل قطعی از جانب دائن دارد (موسوی خویی، ۱۳۷۴: ۱۹۴).

«ابن نجیم» از فقهای حنفی، مبنای این قاعده را در سه قاعده زیر می‌داند:

۱- «إِنَّ الْيَقِينَ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ»؛

۲- «إِنَّ الْأَصْلَ بقاء ما كان على ما كان»؛

۳- «إِنَّ الْأَصْلَ براءة الذمّة».

در نتیجه هر گاه در مدیون بودن مدیون شک کردیم، با توجه به قواعد فوق استصحاب می‌کنیم که او بری‌الذمه است و تفسیر را در راستای مصلحت او انجام می‌دهیم (سنهوری، ۱۹۵۴: ۴۴۳).

با بررسی‌های صورت گرفته در باب تفسیر عقد در فقه اسلامی به این نتیجه می‌رسیم که قاعده تفسیر شک به نفع متعهد یا ملتزم در فقه اسلامی پذیرفته شده است و عقد تحمیلی مانند سایر عقود داخل در احکام این تفسیر می‌شود.

مقایسه قوانین مصر، ایران و فقه اسلامی نشان می‌دهد که در تفسیر به نفع متعهد مشابه‌اند، با این تفاوت که در قانون مصر این مهم صراحتاً آمده است.

۵-۳-۲. قاعده خاص تفسیر

در فقه اسلامی، این امر با قواعد شریعت و مقاصد آن موافق است که از قاعده «جلب المصالح ودرء المفاسد» و حدیث «لا ضرر ولا ضرار» مستفاد می‌شود؛ به این صورت که با عنایت به قاعده مذکور باید مانع ورود ضرر شد و اگر ضرر واقع شد، باید دفع شود و حدیث مذکور جمیع انواع ضررها را به هر صورتی که باشند، منع می‌کند.

در اینجا قاضی در مقام تفسیر باید به قواعد عام عدالت عمل کند و عقد را به نفع

طرف ضعیف قرارداد تفسیر کند و سعی کند شروط غیر منصفانه و شروطی را که منجر به تحمیلی شدن عقد می‌شوند، پیدا کند تا بتواند وصف تحمیلی را بر عقد مذکور بدهد و از این طریق از طرف ضعیف حمایت کند. دخالت قاضی با اقتضای ولایت عام او به جهت تعدیل قرارداد تحمیلی، موافق اراده و مقتضای عقد است، اما مخالف اصول عامه در شریعت اسلامی است (معوض، ۲۰۰۴: ۱۹۴).

در ماده ۱۴۹ قانون مدنی مصر، طرف ضعیف قرارداد در عقد تحمیلی مورد حمایت قانون گذار است.

در مصر، طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی مورد حمایت قانونی است. این حمایت در ماده ۱۴۹ قانون مدنی از طریق حذف یا تعدیل شروط غیر منصفانه و در ماده ۱۵۱ همین قانون از طریق تفسیر قرارداد، با وضع دو قاعده عام و خاص تفسیر پیش‌بینی شده است.

در ایران، حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی به صورت حذف یا تعدیل شروط غیر منصفانه قانون‌گذاری نشده است؛ اما با مبانی و اصول حقوقی موجود می‌توان از طریق حمایت قضایی، عقد تحمیلی را کنترل و شروط غیر منصفانه آن را تعدیل یا حذف کرد.

قاعده عام تفسیر هم در قوانین موضوعه ایران تصریح نشده است؛ اما مبنای آن که اصل برائت است، در قوانین موضوعه ایران به صراحت پیش‌بینی شده است که می‌توان با توجه به این اصل در زمانی که طرف ضعیف قرارداد مدیون است، از او حمایت کرد، اما در مورد قاعده خاص تفسیر، یعنی زمانی که طرف ضعیف دائن باشد، قاعده خاصی را وضع نکرده است و از این لحاظ، قانون مصر برتری دارد.

در فقه اسلامی نیز حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقد تحمیلی، چه از طریق حذف یا تعدیل شروط غیر منصفانه و چه قواعد عام و خاص تفسیر پیش‌بینی نشده است، اما با وجود ظرفیت‌ها و قواعد فقهی می‌توان شروط غیر منصفانه را از قرارداد حذف یا تعدیل کرد و یا قرارداد را جهت حمایت از طرف ضعیف، چه دائن باشد و چه مدیون، تفسیر کرد؛ به این دلیل که حمایت از طرف ضعیف قرارداد در تمامی حالات با قواعد و مقاصد شریعت موافق است.

نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه گفته شد، می‌توان به نتایج زیر دست یافت:

۱- شرط تحمیلی غیر از شرط غیر منصفانه است و یک شرط ممکن است تحمیلی باشد، اما غیر منصفانه نباشد و لزوم مقابله با شروط تحمیلی زمانی است که این شروط غیر منصفانه باشند.

۲- عقد تحمیلی در حقوق مصر به عنوان یک عقد معتبر و صحیح پذیرفته شده است و برخی از فقهای اسلامی کوشیده‌اند عقد تحمیلی را در قالب عقود مشهور از جمله بیع مضطر و احتکار توجیه کنند. با وجود این، عقد تحمیلی در قالب هیچ یک از عقود قابل توجیه نیست و یک عقد جدید مستقل با احکام خاص خود است و با نگاهی تطبیقی به عقود تحمیلی در حقوق مصر معلوم می‌شود که اعمال مناسب عقد تحمیلی نه تنها با قواعد فقهی و حقوق ایران مغایرت ندارد، بلکه اقتضای نظم عمومی و روابط تجاری امروزی است و ظرفیت پذیرش آن در فقه اسلامی و حقوق ایران وجود دارد.

۳- عقد تحمیلی ممکن است مورد سوءاستفاده طرف قدرتمند قرار گیرد و شروط تحمیلی آن به صورت غیر منصفانه تنظیم شوند. لذا عدالت اقتضا می‌کند که طرف ضعیف قرارداد مورد حمایت قرار گیرد. حمایتی که حقوق طرف ضعیف را در عقد تحمیلی تأمین می‌کند، تعدیل شروط یا معاف کردن طرف ضعیف از اجرای آن‌ها با حفظ اصل عقد است و ضمانت اجرای بطلان، فسخ و عدم نفوذ نمی‌تواند حقوق و منافع طرف ضعیف را که نیازمند به انعقاد عقد است، تأمین کند.

۴- در کشور مصر، قانون‌گذار به قاضی اجازه داده است که اگر عقد به صورت تحمیلی منعقد شد و متضمن شروط غیر منصفانه بود، قاضی آن شروط را تعدیل یا طرف ضعیف را از اجرای آن‌ها معاف کند و در مقام تفسیر، قرارداد را به نفع طرف ضعیف تفسیر کند، حتی اگر دائن باشد.

۵- در فقه اسلامی به استناد قواعدی چون «لاضرر»، «اضطرار»، «منع عسر و حرج» و قواعد مشابه دیگری می‌توان از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی حمایت

کرد و مذاهب اسلامی در این زمینه اتفاق نظر دارند. در قوانین موضوعه ایران، قانون‌گذار در تصویب قوانین خاص، تمایل خود را به حمایت از طرف ضعیف در عقود تحمیلی نشان داده است. با وجود این، جهت جلوگیری از صدور آرای متفاوت، وضع ماده‌ای جامع و مشتمل بر وضعیت عقد تحمیلی اجتناب‌ناپذیر است.

۶- پیشنهاد می‌شود در قانون مدنی ایران، موادی به شرح ذیل پیش‌بینی شود:

«الف- عقد تحمیلی عقدی است که در آن، طرف قدرتمند شرایط و مفاد عقد را تنظیم می‌کند و طرف ضعیف بدون داشتن حق مذاکره و گفت‌گو، یا باید تمام شرایط عقد را بپذیرد یا از انعقاد آن منصرف شود.

ب- هر گاه عقدی به صورت تحمیلی منعقد شود و متضمن شروط ناعادلانه یا غیر منصفانه و یا ظالمانه باشد، قاضی باید به مقتضای انصاف و عدالت، آن شروط را تعدیل و یا طرف ضعیف را از اجرای آن‌ها معاف کند و در مقام تفسیر قرارداد، مصلحت طرف ضعیف را در نظر بگیرد».

کتاب‌شناسی

۱. قرآن کریم.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۶ ش.
۳. ابراهیمی، گیتی، *اعمال قواعد عمومی قراردادها در شروط تحمیلی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، ۱۳۸۰ ش.
۴. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۵. ابن اعرابی، ابوسعید احمد بن محمد بن زیاد، *طبقات النساک*، بیروت، ۱۹۹۵ م.
۶. ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم مقاییس اللغة*، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، لبنان، دار الفکر، ۱۹۷۹ م.
۷. ابن قدامة مقدسی، موفق‌الدین عبدالله بن احمد بن محمد، *المغنی علی مختصر الخرقی*، تصحیح عبدالسلام محمدعلی شاهین، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۴ ق.
۸. ابن قیم جوزیه، شمس‌الدین ابوعبدالله محمد بن ابی‌بکر بن ایوب، *جامع الفقه*، مصر، دار الوفاء - دار الوراق، ۲۰۰۰ م.
۹. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان‌العرب*، بیروت، دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۱۰. اسدی، عباس، محمدباقر پارساپور، و حسن بادینی، «حمایت از طرف ضعیف قرارداد از طریق حقوق اساسی»، *فصلنامه پژوهشی حقوق خصوصی*، سال ششم، شماره ۲۳، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۱. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب‌المکاسب*، ج ۱، قم، مجمع‌الفکر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق.
۱۲. همو، *کتاب‌المکاسب*، ج ۳، قم، مجمع‌الفکر الاسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۱۳. بودالی، محمد، *الشروط التعسفية فی العقود فی القانون الجزائری؛ دراسة مقارنة مع قوانین فرنسا و آلمانیة و مصر، الجزائر*، دار هومه، ۲۰۰۷ م.
۱۴. بوکماش، محمد، *سلطة القاضی فی تعديل العقد فی القانون المدنی الجزائری و الفقه الاسلامی*، رساله دکتری دانشگاه حاج‌الخضر، ۲۰۱۲ م.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۱۶. همو، *وسیط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش.
۱۷. جمعی از پژوهشگران، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)*، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)، ۱۴۲۶ ق.
۱۸. جواهری، حسن، «عقود الأذعان»، *مجلة مجمع الفقه الاسلامی*، عربستان سعودی، جده، دوره چهاردهم، شماره ۱۴، ۲۰۰۴ م.
۱۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل‌الشیعة الی تحصیل مسائل‌الشریعة*، قم، مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۰. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۱. حماد، نزه کمال، «عقود الأذعان»، *مجلة مجمع الفقه الاسلامی*، عربستان سعودی، جده، دوره چهاردهم، شماره ۱۴، ۲۰۰۴ م.
۲۲. رسلان، انور، *الموجز فی مصادر الالتزام*، مصر، اسکندریه، منشأة المعارف، ۱۹۹۶ م.
۲۳. زحیلی، وهبة بن مصطفى، *الفقه الاسلامی وادلته*، دمشق، دار الفکر، ۱۴۱۸ ق.

۲۴. زمخشری، جاراالله ابوالقاسم محمود بن عمر خوارزمی، *الكشاف عن حقائق غوامض التنزیل و عیون الاقاویل فی وجوه التأویل*، ریاض، مكتبة العیكان، ۱۹۹۸ م.
۲۵. ساعی، سیدمحمدهادی، و فتح‌الله عطاردی، «شروط تحمیلی در قرارداد مصرف در حقوق ایران و مصر»، *مجموعه مقالات سومین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی*، کمیسیون تخصصی فقه و حقوق اسلامی، دوره سوم، جلد ۶، ۱۰/۸/۱۳۹۴ ش.
۲۶. سانو، قطب مصطفی، «عقود الاذعان»، *مجلة مجمع الفقه الاسلامی*، عربستان سعودی، جده، دوره چهاردهم، شماره ۱۴، ۲۰۰۴ م.
۲۷. سعدی، محمد صبری، *الواضح فی شرح القانون المدنی؛ النظرية العامة للالتزامات - مصادر التزام؛ العقد والارادة المنفردة*، الجزائر، دار الهدی، ۲۰۰۹ م.
۲۸. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید؛ نظرية الالتزام بوجه عام*، بیروت، دار الفکر، ۱۹۹۸ م.
۲۹. شرافت، محمدظاهر، و علیرضا اسدپور طهرانی، «قابلیت تسری ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک (شروط غیر منصفانه) به سایر عقود»، کنفرانس ملی اندیشه‌های نوین و خلاق در مدیریت، حسابداری، مطالعات حقوقی و اجتماعی، دوره یکم، ۱۳۹۷ ش.
۳۰. شوکانی، محمد بن علی بن محمد، *نیل الاوطار شرح منتهی الاخبار*، ریاض، بیت الافکار الدولیه، ۲۰۰۵ م.
۳۱. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی - جلد اول؛ تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ سیزدهم، تهران، مجد، ۱۳۹۶ ش.
۳۲. صدر، سیدمحمدباقر، *اقتصاد ما*، ترجمه محمدکاظم موسوی، تهران، برهان، ۱۳۵۰ ش.
۳۳. صده، عبدالمنعم فرج، *نظرية العقد فی قوانین البلاد العربیه*، بیروت، دار النهضة العربیه، ۱۹۷۴ م.
۳۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۳۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۳۶. عبدالدام، حسنی محمود، *العقود الاحتکارية بین الفقه الاسلامی و القانون المدنی؛ دراسة مقارنة*، مصر، اسکندریه، دار الفکر الجامعی، ۲۰۰۸ م.
۳۷. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البیته، ۱۴۰۹ ق.
۳۸. عنتر، ابراهیم، و ذنوت یوسف صالح، «التنظیم التشريعی لعقود الاذعان فی القانون المدنی العراقی»، *مجلة جامعة تکريت للعلوم القانونية و السیاسیه*، شماره ۵، ۲۰۰۲ م.
۳۹. غزالی، حسن بن احمد بن محمد، *انشاء الالتزام فی حقوق العباد*، ریاض، دار عالم الکتب، ۱۹۹۸ م.
۴۰. فرفور، محمد عبداللطیف صالح، «عقود الاذعان»، *مجلة مجمع الفقه الاسلامی*، عربستان سعودی، جده، دوره چهاردهم، شماره ۱۴، ۲۰۰۴ م.
۴۱. کاتوزیان، ناصر، «تفسیر قرارداد»، *مجلة دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران، شماره ۷۰، زمستان ۱۳۸۴ ش.
۴۲. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱ ش.
۴۳. کرمی، سکینه، «نظم عمومی؛ ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه»، *مجلة حقوقی دادگستری*، سال هفتاد و نهم، دوره ۷۹، شماره ۹۱، پاییز ۱۳۹۴ ش.

۴۴. کریمی، عباس، «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها»، مجله پژوهش‌های حقوقی، سال اول، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۸۱ ش.
۴۵. لعشبن محفوظ بن حامد، عقد الاذعان فی قانون المدنی الجزائری و المقارن، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، ۱۹۹۰ م.
۴۶. محقق داماد، سیدمصطفی، تحلیل و بررسی احتکار از نظرگاه فقه اسلام، قم، اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، ۱۳۶۲ ش.
۴۷. همو، قواعد فقه؛ بخش مدنی ۲، چاپ چهارم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۰ ش.
۴۸. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، القواعد؛ مائة قاعدة فقهية معنی و مدرک و موردک، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۴۹. مطهری، مرتضی، بررسی اجمالی مبانی اقتصاد اسلامی، تهران، صدرا، ۱۳۷۳ ش.
۵۰. معوض، فؤاد محمود، دور القاضی فی تعديل العقد، مصر، دار الجامعة الجديدة، ۲۰۰۴ م.
۵۱. مغنیه، محمدجواد، الفقه على المذاهب الاربعة و الامام جعفر الصادق عليه السلام، قم، دار المنشورات الاسلامی، ۱۳۸۶ ش.
۵۲. همو، فقه الامام جعفر الصادق عليه السلام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۵۳. مکی، ریما فرح، تصحيح العقد؛ دراسة مقارنة، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، ۲۰۱۱ م.
۵۴. منتظری نجف آبادی، حسین علی، رساله استفتائات، قم، ارغوان دانش، ۱۴۰۹ ق.
۵۵. موسوی خمینی، سیدروح الله، کتاب البيع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۴ ق.
۵۶. ندوی، علی احمد، «عقود الاذعان»، مجلة مجمع الفقه الاسلامی، عربستان سعودی، جده، دوره چهاردهم، شماره ۱۴، ۲۰۰۴ م.
۵۷. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.
۵۸. نووی، محی الدین ابوزکریا یحیی بن شرف، روضة الطالبین و عمدة المقنتین، بیروت، المکتب الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.