

پژوهش‌نامه

فقه اجتماعی

Journal of
Social Jurisprudence Research

A General Theory of the Requirement of Reasonableness in Contractual Agreements under Islamic Jurisprudence: A Comparative Perspective on Foreign Legal Mechanisms and Unfair Terms

Mohammad Amin Vahdani Nia* / Mohammad Ali Ansari Pour / Sajjad Nowrouzi
Moqaddam

Stable URL: <https://doi.org/10.30497/sj.2026.248112.1467>

نظریه کلی ضرورت متعارف بودن توافقات قراردادی در فقه اسلامی با نگاهی به ابزارهای حقوق
خارجی و شروط غیرمنصفانه

محمدامین وحدانی‌نیا* / محمدعلی انصاری‌پور / سجاد نوروزی مقدم

پیوند دائمی: <https://doi.org/10.30497/sj.2026.248112.1467>



Copyright 2025 The Author(s)

Published by Imam Sadiq University , Tehran, Iran

This work is fully Open Access under the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license, allowing non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited and not modified. Social Jurisprudence research strictly follows the ethical guidelines of the Committee on Publication Ethics (COPE) which all readers, authors, reviewers, and editors are expected to observe and uphold.



A General Theory of the Requirement of Reasonableness in Contractual Agreements under Islamic Jurisprudence: A Comparative Perspective on Foreign Legal Mechanisms and Unfair Terms

Mohammad Amin Vahdani Nia: Ph.D. in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Humanities, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran; Judge of the Supreme Court of Iran (Corresponding Author).

m.a.vahdani.ir@gmail.com

Mohammad Ali Ansari Pour: Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

maap@ut.ac.ir

Sajjad Nowrouzi Moqaddam: M.A. in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran; Judge of the Judiciary.

s.norouzimoghaddam@mail.sbu.ac.ir

Abstract

1. Introduction and Objective

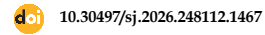
An unconscionable transaction may be defined as an agreement that rational members of society would not ordinarily enter into. The foundations of this category of transactions can be traced in Iranian law, while its most salient instance in Islamic jurisprudence is represented by prodigal or imprudent transactions. In the common law tradition, such agreements are examined under the doctrines of unconscionable bargains and unfair contract terms. This study aims to identify and analyze the foundations, instances, and criteria for recognizing unconscionable transactions in Islamic jurisprudence, Iranian law, and Western legal systems.

2. Methods and Materials

This study employs a descriptive–analytical method and is based on library research. It first explains the concept of unconscionable transactions and distinguishes it from comparable legal institutions. It then examines the historical background of the issue in Islamic jurisprudence and foreign legal systems. Finally, drawing on juristic views, legal scholarship, and judicial decisions, it analyzes the factors that render transactions unconscionable.

3. Research Findings

Unconscionable agreements may occur either in contracts themselves or in their ancillary terms. Imprudence and irrationality are among the most important indicators of such agreements. According to some contemporary jurists, useless, impossible, or indeterminate terms, unconscionable penalty clauses, and excessive dowries are among their instances. A common feature of Islamic jurisprudence, Iranian law, and Western legal systems is their emphasis on gross disparity in value and irrational conduct as assessed by the standard of customary reason.



4. Discussion and Conclusion

Reconsidering Article 230 of the Iranian Civil Code and limiting the principle of freedom of contract are necessary for achieving contractual justice and preserving public order. Fair interpretation of legal rules and realistic judicial analysis can help prevent the expansion of unconscionable agreements in Iranian law.

Keyword: Unconscionable Transaction; Unfair Contract Term Imprudent Transaction; Rational Purpose; Objective Standard; Subjective Standard.

نظریه کلی ضرورت متعارف بودن توافقات قراردادی در فقه اسلامی با نگاهی به ابزارهای حقوق خارجی و شروط غیرمنصفانه

محمدامین وحدانی‌نیا: دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه عدالت، تهران، ایران و قاضی دیوان عالی کشور (نویسنده مسئول).

m.a.vahdani.ir@gmail.com

محمدعلی انصاری‌پور: دانشیار، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی،

دانشگاه تهران، تهران، ایران. maap@ut.ac.ir

سجاد نوروزی مقدم: کارشناس ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده

حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران؛ قاضی دادگستری.

s.norouzimoghaddam@mail.sbu.ac.ir

چکیده

۱. مقدمه و هدف

معامله نامتعارف توافقی است که خردمندان جامعه عادتاً آن را انشاء نمی‌کنند. مبانی چنین معاملاتی در حقوق ایران موجود و مصداق بارز آن در فقه، معاملات سفیهانه است. در خانواده کاملان نیز از این توافقات با عنوان معاملات خلاف وجدان یا غیرعقلانی و شروط غیرمنصفان یاد می‌شود. هدف این پژوهش، شناسایی و تحلیل مبانی، مصادیق و معیارهای تشخیص معاملات نامتعارف در فقه اسلامی، حقوق ایران و نظام‌های حقوقی غرب است.

۲. مواد و روش‌ها

پژوهش حاضر با رویکرد توصیفی - تحلیلی و بر پایه منابع کتابخانه‌ای انجام شده است. ابتدا مفهوم معاملات نامتعارف و تمایز آن از نهادهای مشابه تبیین، سپس پیشینه موضوع در فقه اسلامی و حقوق خارجی بررسی و در ادامه، با استناد به دیدگاه‌های فقهی، حقوقی و آراء قضایی، عوامل مؤثر بر نامتعارف شدن معاملات تحلیل گردیده است.

۳. یافته‌های تحقیق

وقوع توافقات نامتعارف در عقود یا شروط ضمن آن محتمل است. سفیهانه و غیرعقلانی بودن از مهم‌ترین شاخص‌هاست و به نظر برخی فقیهان معاصر، شروط بی‌فایده، غیرمقدور، مجهول، وجه‌التزام نامتعارف و نیز مهریه‌های گزاف، از مصادیق آن به شمار می‌روند. وجه اشتراک فقه اسلامی، حقوق ایران و نظام‌های حقوقی غرب، تأکید بر نابرابری فاحش قیمت و رفتار غیرعقلانی بر مبنای خرد عرفی است.



۴. نتیجه گیری

بازنگری در ماده ۲۳۰ قانون مدنی و تحدید اصل آزادی قراردادی، برای تحقق عدالت قراردادی و حفظ نظم عمومی ضروری است. تفسیر منصفانه مقررات و تحلیل واقع بینانه قضات می تواند مانع گسترش توافقات نامتعارف در حقوق ایران شود.

واژگان کلیدی: معامله نامتعارف؛ شرط غیرمنصفانه؛ معامله سفیهانه؛ غرض عقلانی؛ معیار نوعی؛ معیار شخصی.



مقدمه

قانون‌گذار ایران، اصولی را ترسیم و قواعدی را در حوزه معاملات تبیین و استوار نموده که بی‌توجهی به آنها در هر مورد به نامتعارف شدن معامله می‌انجامد. اصطلاح معامله نامتعارف در حقوق ایران صراحتاً به کار نرفته، ولی احکام و رژیم حقوقی آن در موازین فقهی و مبانی قانون‌گذار با نگاهی مقایسه‌ای، قابل شناسایی و رصد بوده، واکاوی ضابطه‌مند و قاعده‌انگاری آن در جای خود، کاربرد فقهی-حقوقی و قضایی دارد. معامله سفهی که در فقه مورد استناد قرار می‌گیرد، مصداق عینی و نقطه اوج یک توافق نامتعارف در دید فقیهان است و قاعده‌انگاری معاملات سفیهانه نزد فقیهان مدلل می‌باشد. فقیهان، جنبه‌هایی از معاملات نامتعارف را به شکل پراکنده در ابواب متعدد فقهی تحت عنوان سفهی شدن توافق مورد کاوش قرار داده‌اند؛ از قبیل معاملاتی که نفع عقلایی نداشته، معامله مجهول، معامله‌ای که مورد آن فاقد مالیت است، معامله با عدم تعادل فاحش ارزش عوضین، معامله بر مال غیر مقدورالتسلیم، وجه التزام گزاف و مهریه‌های سنگین. به وضوح دیده می‌شود که در رهیافت عالمانی مانند صاحب جواهر و بعضی دیگر از فقهای امامیه، در موارد بسیاری از فروعات فقهی، شاه بیت استدلال و مشکل اساسی بطلان را به سفهی شدن معامله گره زده‌اند. به عبارتی، آنان با تاسیس قاعده‌انگاری معاملات سفیهانه در جهت حل چالش معاملات نامتعارف و غیرعقلایی که برخلاف روش خردمندان بوده، برآمده‌اند.

معاملات نامتعارف یا خلاف وجدان در خانواده کامن‌لا نیز مورد توجه جامعه حقوق‌دانان قرار گرفته است. این تا بدانجا شیوع دارد که حتی مردم عادی در طرح دعاوی خود به عنوان یک تاسیس دفاعی از این موضوع بهره جسته‌اند. مقررات موضوعه در حقوق خارجی، در شکل کلی تدوین شده، لیکن حقوق‌دانان و دادگاه‌های این کشورها خصوصاً دادگاه‌های عالی، احکام اینگونه توافقات را در نظم حقوقی به خوبی ترسیم کرده‌اند. امروزه در سرفصل حقوق قراردادهای کامن‌لا و به ویژه حقوق آمریکا، اصطلاح دکترین معاملات خلاف وجدان (نامتعارف)، نظریه‌ای مشهور و کاربردی در صحنه دادگاه‌ها بوده و شروط غیرمنصفانه نیز مصداقی از این دکترین تلقی می‌گردد. در تعبیر نظام‌های حقوق خارجی، مهمترین شاخصه و معیار شناسایی اینگونه معاملات، نکوهش

وجدان دادرس و یا هر شخص خردمندی است که از کیفیت وقوع معامله یا شرایط ماهوی آن در رنج و نکوهش قرار می‌گیرد. در حقوق قراردادهای مدرن، همه نظام‌های حقوقی از اصل آزادی کامل قراردادی عقب‌نشینی نموده‌اند و خصیصه نظم عمومی با تار و پود زندگی خصوصی و اجتماعی بشر گره خورده است (برنهام و کرایناک، ۱۴۰۲، ص. ۱۹۴).

امروزه، برخی آراء در محاکم حقوقی ایران مبتنی بر برداشت سنتی در موضوع توافقات یا شروط نامتعارف توسط دادرسان صادره شده که در مسیر اجرای عدالت و مقبولیت عرفی قرار نگرفته و در عمل چالشی جدی برای دوایر اجرای احکام می‌باشند. از سوی دیگر، در آراء صادره توسط برخی محاکم^۱، مواردی همچون تعیین پنج هزار سکه مهریه توسط زوج، یک معامله نامتعارف تلقی گردیده است. آیا چنین توافقات نامتعارفی مطابق با اصل موازنه قراردادی در فقه و حقوق است؟ در مواردی نیز فروش ملک محکوم‌علیه در مزایده دوم به هر قیمتی، شرط وجه التزام نامتعارف و موضوعاتی از این قبیل، از جمله معاملات سفیهانه یا نامتعارفی است که نیازمند واکنش جامعه حقوقدانان و قضات نواندیش می‌باشد. مشاهده می‌شود که گاه طرفین قرارداد، ذیل توافق نامتعارفی را امضاء نموده که اجرای آن، محکوم‌علیه را از هستی ساقط می‌کند.

۱. پیشینه پژوهش

تحقیقاتی که در این زمینه نگاشته شده است، عمدتاً در باب مفهوم معاملات سفهی بوده و یا صرفاً جنبه‌هایی از بحث شروط غیرمنصفانه را در بر می‌گیرد^۲؛ بنابراین، نگارندگان در این اثر کوشیده‌اند تا با رهیافت فقه اسلام و حقوق ایران و مدد از حقوق تطبیقی و آرای قضایی داخلی و خارجی، نظریه عمومی تعهدات نامتعارف در فقه و حقوق با ذکر معیارها و شاخص‌های پایه‌ای به درستی ضابطه‌مند گردد و بتوانند دیدگاهی تازه و نظام‌مند در حقوق ایران ارائه نمایند، به نحوی که پاسخگوی برخی چالش‌های روز قضایی در دادگاه‌ها باشد.

۲. شناخت مفاهیم

در این بخش، مفهوم معاملات نامتعارف و شروط غیرمنصفانه در رهیافت فقه‌های اسلامی، حقوق‌دانان داخلی و نیز حقوق خارجی به اختصار مورد بررسی قرار می‌گیرد تا مقدمات بیان ضوابط و معیارهای شناسایی این دسته از توافقات فراهم شود.

۲-۱. معاملات نامتعارف

اصطلاح معامله غیر عقلانی یا معامله نامتعارف را ابتدا فقها از قرن‌های گذشته در ضمن مباحث پراکنده فقهی ارائه کرده‌اند، صاحب عناوین به صراحت در این باره می‌نویسد: معامله غیرعقلانی عبارت از نوعی از توافق است که بیشتر مردم انشاء نمی‌کنند و عادتاً خردمندان جامعه انجام نمی‌دهند. اگر شخصی اقدام به انجام چنین توافقی نموده باشد به عنوان معامله‌ای برخلاف روش عقلاً قلمداد می‌شود (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۶۷). این فقیه اندیشمند، عقدی را که بیشتر مردم انشاء نمی‌کنند، معامله غیر متعارف تعبیر کرده و آن را معامله نامعقول می‌داند. به عبارتی، ملاک اعتبار و صحت در بیشتر معاملات، وقوع آن به روش غالب مردم و عادت بیشتر عقلاء است، از این رو، معامله‌ای که چنین نباشند، در دسته‌بندی عقود قرار دارند که نزد مردمان متعارف و معمول نبوده، طبیعت و ماهیت حقوقی آنها همانند افعال شخص سفیه می‌باشد. این ملاک در هر عقدی از عقود با هر شرطی از شروط و در هر بابی که باشد، سبب سفاهی شدن توافق می‌گردد. تعبیر به نامتعارف دقیقاً قابل دفاع است؛ زیرا عقیده نگارندگان بر این استوار می‌باشد که بر مبنای غزالی و برخی دیگر از فقیهان و حکما (ابن عابدین، بی‌تا، ج ۲، ص. ۱۱۴)، عرف یعنی هر آنچه که مطابق عقل و طبع سلیم انسانی باشد و بر این پایه، توافق نامتعارف یعنی توافقی بر خلاف عقل، بنابراین باید بر این باور بود که اولاً معامله سفاهی مصداقی از بحث قرار می‌گیرد و ثانیاً عقد غیرمعین مقوله‌ای دیگر بوده و اعم است از معامله متعارف و نامتعارف (خلاف عقل و جدان)؛ همانگونه که عقد بیمه می‌تواند هر دو صورت را داشته باشد.

دکتر لنگرودی از حقوق‌دانان معاصر که به تحلیل نهادهای حقوقی براساس موازین فقهی می‌پردازد، چنین دریافتی را ارائه داده و می‌نویسد: «... معامله غیر سفیه (عقل، بالغ و رشید) که با توجه به خصوصیات و طبع آن معامله برای تصرف معامل در مال خود به

آن صورت که معامله کرده، وجهه عقلایی تصور نشود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷، ص. ۶۶۶). وی در تألیفات اخیر خود می‌افزاید: «ضابطه برای سفه‌ی بودن عقود این است که معامله به گونه‌ای واقع شود که مورد اعتنا و توجه متعارف مردم نبوده و غرض صحیحی در بر نداشته باشد. این امر به حسب اوضاع و احوال فرق می‌کند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص. ۴۶۸).

چنین تحلیلی از این دو اندیشور فقهی و حقوقی، به‌واقع می‌تواند از باب نمونه مؤیدی باشد، بر وجود شباهت‌هایی بین معاملات نامتعارف یا توافق‌های غیرعقلانی در حقوق خارجی با معاملات نامعقول و سفه‌ی در فقه و تطبیق برخی معیارها خصوصاً در مقایسه با شروط غیرمنصفانه که مصداقی از بحث قرار می‌گیرد.

این اصطلاح، در نظام‌های حقوق غرب و کشورهای پیرو، واژه‌ای پرکاربرد است و نهاد حقوقی آن موسوم به دکتین معاملات نامتعارف جایگاه برجسته‌ای در حقوق قراردادهای مدرن و آرای محاکم دارد. رویکرد این قضات برگرفته از تفکر حاکم بر عرف اجتماع است. برخی نویسندگان تحت عنوان شروط غیرمنصفانه و یا شروط تحمیلی، مقولاتی را ذکر نموده که در حقیقت این مباحث را مصداقی از بحث کلی معاملات نامتعارف می‌دانیم. این تأسیس حقوقی تا آنجا شهرت یافته که در دادگاه‌ها تحت عنوان دفاعیه قراردادی مطرح می‌شود و معمولاً زمانی به کار اصحاب دعوا می‌آید که ترکیبی از شرایط ناعادلانه و عدم برابری بین طرفین قرارداد در زمان توافق به وجود آید (Svensson, 2010, p. 5). هرگونه شرایط حادث پس از انشای معامله، هیچ تأثیری در نامتعارف شدن قرارداد نخواهد داشت. یکی از نظریه‌پردازان غربی در موضوع معاملات نامتعارف، در جمع‌بندی عوامل نامتعارف شدن عقد، در نهایت تنها عامل یا مصداق نامتعارف شدن ماهوی معامله را (در مقابل نامتعارف شکلی)، مرتبط به عنصر پایه‌ای ثمن می‌داند. از نظر او معیار قیمت، عصاره عدم تعادل همه جانبه است (Arthur Allen, 1967, pp. 537-541). پیش از غربیان، آموزه‌های قرآن کریم این اصل محوری را مورد تأکید قرار داده و در یکی از آیات قرآن، رعایت تعادل عوضین و وجوب ایفای کیل و وزن و حرمت نقص آن را در معاملات، به‌شدت گوشزد می‌کند.^۳ گرایش به عدالت معاوضی ریشه در فقه امامیه دارد و از باب نمونه، شرطی که مسئولیت ناشی از تلف مبیع پیش از تسلیم را به عهده خریدار قرار دهد، برخلاف فلسفه معاوضه تحلیل

می‌گردد (نجفی‌خوانساری، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۹). پرشمار دیده می‌شود که در مباحث حقوق قراردادهای خارجی، اصطلاح مترادف معامله غیرمعقول، گاه به جایگزینی معامله نامتعارف به کار می‌رود. در حقوق قراردادهای کامن‌لا، قرارداد غیرمعقول یا نامتعارف قراردادی است که فردی با قدرت معاملاتی برتر، در نهایت یکطرفه بودن به صورت ناعادلانه منعقد کند، قراردادی که هیچ انسان برخوردار از عقل سلیم وارد آن نمی‌شود و هیچ فرد منصف و صادقی در سوی دیگر قرارداد حاضر به قبول آن نمی‌باشد (Kevin Farrelly, 1979, p. 342).

در دکتترین معاملات نامتعارف، با واگذاری تعیین مصادیق غیرمتعارف به تشخیص دادگاه، مفهوم غیرمتعارف را چنین تعریف نموده‌اند: «فقدان انتخاب ارادی از سوی یکی از طرفین قرارداد به همراه شروط قراردادی که به‌طور غیرمتعارفی به نفع طرف دیگر قرارداد است» (Williams v. Walker-Thomas Furniture Co, 1965). در تعریف یک شرط یا بند نامتعارف نیز گفته‌اند: «فقدان انتخاب ارادی طرفین قرارداد که با شروط و الفاظ قراردادی سخت و بی‌رحمانه‌ای همراه شده که به‌طور غیرمتعارفی به نفع یک طرف قرارداد است» (Pyle v. Wells Fargo Financial, 2004). بنابراین، کاربرد عنوان معامله نامتعارف، معادل با معامله نامعقول در رهیافت ما تعبیری صادق است. در عرف شارع و حقوقدانان، معامله می‌بایست در تراز قواعد اساسی صحت معاملات با شرایط اختصاصی ویژه برخی معاملات انشاء گردد، وگرنه مقولاتی از آن در فقه و حقوق، خرد معاملاتی و برداشت‌های قضایی، تابع احکام معاملات نامتعارف خواهد بود.

۲-۲. شروط غیرمنصفانه

فقیهان در استنباط احکام شریعت به مفهوم انصاف و عدل تمسک جسته‌اند.^۴ عدل و انصاف از اهداف آرمانی حقوق و نظام‌های مدون است. انگاره‌ای که در شریعت یا قانون ذکر شود یا علمای حقوق بر آن صحه گذارند یا از بدیهیات عقلی یا عرفی باشد، یک قاعده حقوقی تلقی شده و قابل تطبیق بر مصادیق متعدد خواهد بود. ارتکاز ذهنی عرف و انتظار اصلی مردم از قضات محاکم با همین تعبیر، صدور رأی قانونی یا منصفانه می‌باشد. به هر حال، اصحاب دعوی امروزه توجیه نیستند که قانون چه می‌گوید. آنان قضاوت دادرس را با وجدان عرفی موجود سنجیده، چون در مقولات عادلانه و یا منصفانه

نمی‌بینند، تا حد نقض رای با راهکار ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری، پیشتازی می‌کنند. اینجاست که نزد عرف، گاه قانون، خشک و بی‌روح جلوه می‌کند. به هر حال، اگرچه اساساً رفتار منصفانه در ترازوی عرف قرار می‌گیرد، اما شرط منصفانه، گزاره‌ای کاملاً حقوقی است و در حوزه تعهدات و نزد دادرسان براساس همین معیارهای موجود، تحلیل و قضاوت خواهد شد. تأثیری که گاه شرط غیرمنصفانه در کل قرارداد می‌گذارد، اساساً انکارناپذیر است. حتی بر مبنای رای فقیهانی که انصاف را به عنوان قاعده عام‌الشمول قبول نداشتند و در نتیجه پشتوانه شروط غیرمنصفانه قرار نمی‌گرفت، باز هم برای تحلیل شروط غیرمنصفانه و نامتعارف می‌توان به مبنای دیگری از فقه استناد کرد؛ مانند اختلال نظام (نظم عمومی)، غیر مقدور بودن شرط، عدم رعایت موازنه قراردادی، غرر و اکل مال به باطل.

نهاد حقوقی شروط غیرمنصفانه، جایگاه برجسته‌ای در حقوق خارجی دارد. مراد از شرط غیرمنصفانه که در خانواده کامن‌لا و سایر نظام‌های حقوقی مورد بحث قرار می‌گیرد، یک رفتار خلاف وجدان می‌باشد. برخی حقوقدانان که در این زمینه مقالاتی نگارش داشته‌اند (تقی‌زاده و احمدی، ۱۳۹۴، صص. ۱۸-۲۱؛ شیروی، ۱۳۸۱، ص. ۶؛ کرمی، ۱۳۹۴، ص. ۱۰۷)، مرادشان از شروط غیرمنصفانه، همان رفتارهای معاملی غیرمتعارف است. حتی آنان به نظر از اهمیت موضوع کاسته و نظریه معاملات نامتعارف که در فقه معاملی اسلام و حقوق خارجی اهمیت برجسته‌ای دارد را فقط در حد شرط غیرمنصفانه و فرع بر توافق اصلی کاهش داده‌اند. این در حالی است که شرط غیرمنصفانه به عنوان تعهدات فرعی، فقط مصداقی از معامله نامتعارف بوده و به سبب تبعیت از قرارداد اصلی، آثار مخصوص به خود را دارد. اگر نامتعارف بودن در ماهیت اساسی قرارداد مثلاً در ثمن معامله یا اجرت عقد باشد، به صراحت مقررات موجود در حقوق خارجی^۵، مشمول بحث شروط منصفانه نبوده و تحت عنوان دکترین معامله نامتعارف تحلیل می‌شود. بر همین اساس، باید گفت شرط غیرمنصفانه فقط مصداقی از دکترین معاملات نامتعارف بوده و البته این شرط ممکن است تحت عنوان قاعده‌انگاری معاملات سفیهانه در فقه حقوقی و برخلاف وجدان انشاء شود.



۳. بازشناسی معامله نامتعارف از برخی نهادهای حقوقی مشابه

معامله نامتعارف در همه انواع عقود ممکن است جریان پیدا کند. تمایزی ندارد که عقد معوض باشد یا غیرمعوض (دربندی، ۱۲۸۴ق، ج ۱، ص. ۱۸۰). از همین رو، به مقایسه معامله نامتعارف با برخی نهادهای حقوقی مشابه به شرح زیر می‌پردازیم.

۳-۱. معامله نامتعارف و معامله سفیه

در تقابل با مفهوم سفیه، مراد از معامله نامتعارف، گونه‌ای از اقدام حقوقی است که وجه عقلانی نداشته، هرچند معامل فردی رشید باشد، تعبیری که در ادبیات برخی فقها هم سابقه دارد (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۶۷)، یعنی عمل حقوقی که عقلاً عادتاً مرتکب نمی‌شوند. از وجوه افتراق این دو مفهوم می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

(۱) حکم وضعی عقد نامتعارف، بطلان عقد است درحالی که حکم وضعی معامله سفیه، عدم نفوذ است.

(۲) معامل در معامله نامتعارف محجور نیست، اما سفیه فردی محجور است.

(۳) معامله سفیهی (نامتعارف) قابلیت تصحیح بعدی را نداشته، اما در معامله سفیه، امکان تصحیح توسط ولی یا قیم وجود دارد.

(۴) سفاهت ملکه‌ای ثابت در شخص است، درحالی که معامله غیرمتعارف، رفتار واحد و مشخص می‌باشد (محقق‌داماد و دیگران، ۱۳۸۹، ج ۲، ص. ۱۸۵). به عبارتی دیگر، سفیهی بودن، وصف فعل طرفین قرارداد است، درحالی که ویژگی سفیه، وصف فاعل یا همان طرف معامله قرار می‌گیرد.

(۵) معامله سفیهی به گونه‌ای منعقد می‌شود که هر چند طرفین سفیه نباشند، از طریقه عقلانی بیرون است (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۶۷). معامل سفیهی اگر عقد غیرعقلانی را چند بار تکرار کند، ممکن است در نگاه عرف، وصف سفیه بر او صدق کند. درحالی که عقد سفیه چون عنوان فاعل است، به تعبیر برخی فقیهان (دربندی، ۱۲۸۴ق، ج ۱، ص. ۱۸۰)، همان دفعه اول به محض صدور، حکم سفیه بر آن مترتب می‌شود.

۳-۲. معامله نامتعارف و معامله غبنی

نابرابری عوضین، وجه شباهت معامله نامتعارف و معامله غبنی است. با توجه به موازین ترسیم شده برای این دو نوع معامله، می‌توان مقایسه زیر را ارائه نمود:

(۱) از منظر نقادانه فقیهان (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۱۵۷) که در متون قانونی و نظریه حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۳، ص. ۵۴۳) هم رسوخ کرده است، حوزه غبن در خصوص عقود معوض است. در قراردادهای مبتنی بر مسامحه و پیمان‌های رایگان مانند صلح و ضمان، نظریه غبن کاربردی ندارد؛ چراکه اثر برهم خوردن شدید تعادل عوضین، عنصری در محدوده قصد و رضای باطنی بوده و چنین حساسیتی برای طرفین معامله در عقود غیرمعوض کمتر به وجود می‌آید، اگرچه در مواردی در همین عقود هم غبن راه دارد، مانند صلح معوض. از میان عقود معوض نیز، قراردادهای احتمالی را که بر مبنای استقبال از خطر و احتمال ضرر فاحش واقع می‌شوند، باید از این قلمرو بیرون کرد. برای مثال؛ در عقد بیمه نمی‌توان از نابرابری شدید دو عوض در نتیجه وقوع خطر شکوه کرد. از طرف دیگر، معاملات نامتعارف فراتر از عقود معوض، در سایر عقود و شروط نیز جاری و ساری است؛ چراکه ملاک در این معاملات، فقدان غرض عقلانی بوده و ممکن است معامله با وصفی که از نوع غیرمعاوضی بوده، در دید عرف نابخردانه و نامعقول جلوه کند.

(۲) در معامله معوض، علم و جهل طرفین قرارداد اساساً موضوعیت دارد و این شرط در تعریف غبن نزد فقیهان نیز به کار گرفته شده است (جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص. ۱۹۴). از این رو، فردی که آگاه به معامله غبنی است، حق استناد به ضمانت اجرای خیار فسخ را ندارد؛ زیرا قاعده فقهی اقدام، حاکم بر قواعد لاضرر و رفع عسر و حرج می‌باشد. از سوی دیگر، علم و اطلاع از شرایط عقد در معامله نامتعارف اصولاً نقشی در صدق عنوان ندارد، بسا که یک قرارداد با وجود عنصر آگاهی طرف معامله از کم و کیف قرارداد، معامله‌ای نامتعارف محسوب شده و در نتیجه آثار اینگونه قراردادها از قبیل بطلان بر آن بار شود. این موضوع، در خانواده‌های حقوقی دارای دکترین معاملات نامتعارف (انگلیس، آمریکا و کشورهای مشابه)، قاعده‌ای مربوط به حوزه نظم عمومی تحلیل می‌شود. در این کشورها، دادگاه حتی با علم و اطلاع طرفین

معامله از نامتعارف بودن آن، بدین توافق اعتبار نبخشیده و نسبت به ابطال قرارداد یا شرط نامتعارف و یا تعدیل آن همت می‌گمارد.

۳-۳. معامله نامتعارف و معاملات مسامحی

عقد مسامحی عقدی است که انگیزه مستقیم یکی از دو طرف آن مادی نباشد، بلکه اغراض معنوی نظیر خیرخواهی، جلب توجه و علاقه به طرف دیگر است. نتیجه شناختن دواعی مذکور در طرفین عقد، به دست آوردن آثار و احکام حقوقی است؛ مثلاً در عقد مسامحی، برای طرفین حق فسخ به هنگام اختلاف فاحش در ارزش عوضین وجود ندارد. همچنین در عقد مسامحی، اشتباه در شخصیت طرف عقد، گاه سبب بطلان عقد نخواهد شد (ماده ۲۰۱ قانون مدنی). در صورتی که در عقد مغایبه، اصولاً وضعیت عقد چنین نیست (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۵۷). در حقیقت فلسفه و «هدف از تاسیس قانونی آن، فراهم ساختن امکان‌پذیری ایجاد روابط حقوقی در مواردی است که اعمال دقت و سختگیری در شرایط تشکیل آن عادتاً جود ندارد و الزامی شدن علم تفصیلی نسبت به آن موارد، مانع ایجاد روابط ضروری و منظم حقوقی به وسیله اشخاص می‌شود» (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۵۷).

باید بررسی نقادانه کرد که بین اصول برخاسته از قواعد فقهی-حقوقی در باب شرایط معاملات، و از سوی دیگر ضرورت نرمش و انعطاف در روابط اجتماعی مستحدثه چگونه آشتی برقرار شود؟ آیا تسامح در عقود تا هر حدی ولو غیرعقلایی مجاز است؟ مرز بین معامله مسامحی و معامله نامتعارف تا کجاست؟ واکاوی برخی عقود مسامحی از دیدگاه فقهی و مواد قانونی در این زمینه، ما را به حدی از پاسخ رهنمون می‌کند.

۳-۴. معامله نامتعارف و معامله غرری

به نظر می‌رسد که غرر و سفه ارتباط نزدیکی با هم دارند. فقیهان در موارد زیادی از استدلال بر بطلان معاملات، تعبیر غرر و سفه فیه یا لا غرر و لا سفه فیه^۶ را به کار برده و در استدلال خود این دو را همراه هم نموده‌اند. این به معنای آنست که آنان مبنای این دو را نزدیک به هم دانسته‌اند. در حقیقت، اگر معنای غرر را به مفهوم خطر بدانیم، معامله غرری معامله‌ای است که احتمال وجود خطر در آن وجود دارد و معامله سفهی که در

اوج نامتعارف بودن قرار دارد، معامله‌ای است که این ملاک خطر در آن حتمی و قطعی شده است.

۳-۵. معامله نامتعارف و عقد صلح

با وجود آن که مشهور فقیهان در عقد صلح مسامحه نموده و با وجود برخی جهالت‌ها، عقد را متعارف و صحیح می‌دانند، اما همین عقد صلح اگر متصف به جهالت مطلق گردد یا برخی قواعد در آن رعایت نشود، از مرز تسامح فراتر رفته و معامله‌ای سفهی است که خردمندان آن را نامتعارف تلقی و در فقه، معامله باطل لقب داده‌اند. بنابراین، رابطه بین عنوان معامله نامتعارف و عقد صلح، عموم و خصوص من وجه است. مصداق مشترک و نقطه تلاقی این دو نوع معامله در مرحله‌ای است که شاهد انشای یک صلح نامتعارف در قالب یک معامله سفیهانه باشیم. مؤید این استدلال آن جاست که یکی از پژوهش‌گران فقه می‌نویسد: «گرچه رفع ابهام آن‌گونه که در بیع و مثل آن لازم است در عقد صلح لازم نیست، ولی چیزی که از هر جهت مجهول بوده و یا در آن ابهام و تردید وجود دارد، نمی‌تواند موضوع عقد صلح قرار گیرد» (وحدتی‌شبیری، ۱۳۷۹، ص. ۱۹۵). این بی‌اعتباری از آنجا ناشی می‌شود که معامله، سفهی (نامتعارف) است.

۴. بررسی سابقه بحث در حقوق داخلی و مهم‌ترین خانواده‌های حقوقی خارجی

فقه‌های اسلامی و نیز حقوق‌دانان داخلی و خارجی پیرامون توافقات نامتعارف و شروط غیرمنصفانه مباحثی را مطرح نموده‌اند که برای شناخت دقیق اینگونه توافقات، بررسی آنها ضروری می‌نماید. در همین راستا، ابتدا سابقه بحث در کلام حقوق‌دانان داخلی و فقه‌های اسلامی را مورد بررسی و مذاقه قرار داده و سپس مقررات و تحلیل‌های موجود در مهم‌ترین خانواده‌های حقوقی خارجی و نیز حقوق برخی از کشورهای عربی را پی می‌گیریم.

۴-۱. نظام حقوق داخلی و فقه اسلامی

هرچند رژیم حقوقی معاملات نامتعارف در سیستم حقوقی ایران ناشناخته است، اما فروعات فقهی با عنوان معاملات سفهی و قواعد اجرای عدالت و تئوری موازنه قراردادی آنگونه که آیت‌الله خویی در مصباح‌الفقاهه تحلیل نموده و استاد لنگرودی بعداً اصطیاد

کرده و بدان اشاره دارد، مبنای خوبی در سیستم حقوقی ایران برای تبیین این بحث است. از قانون مدنی ایران اشاراتی همچون مواد ۲۱۵ و ۲۱۶ به دست می‌آید که ضرورت عقلائی یا متعارف بودن معامله را به ذهن متبادر می‌کند. البته موارد استثنایی که نوعی جهالت در آن وجود دارد و علم اجمالی در آن کافی است را قانون‌گذار معین می‌کند؛ مانند کفایت علم اجمالی به اجرت در جعاله. ممنوعیت بیع چیزی که منفعت عقلائی ندارد یا مقدورالتسلیم نیست نیز از جمله شاخص‌های موجود در حقوق موضوعه در ماده ۳۴۸ قانون مدنی می‌باشد. این نمونه از مقررات در کنار مقولات دیگر، تاکید قانون‌گذار بر عدم انشای معاملات غیرعقلائی و نامتعارف را می‌رساند.

در مواردی از حقوق موضوعه، مفهوم متعارف به معنای رواج و شیوع نزد خردمندان جامعه، مراد قانونگذار می‌باشد. به عنوان نمونه، ماده ۱۰۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: تصرفات صاحب حق در ملک دیگری که به هر دلیلی ایجاد شده چه ناشی از معامله یا غیر آن باید به مقدار متعارف باشد؛ یا مواردی همچون تصرف در حصه اختصاصی خریداران آپارتمان‌ها به صورت متعارف موضوع ماده ۱۲۵ قانون مدنی و قانون تملک آپارتمان‌ها یا عرفی بودن ملاک در مواظبت از زرع در عقد مزارعه موضوع ماده ۵۳۶ قانون مدنی. نگاه تیزبین و معنادار قانون‌گذار در تاکید بر واژه عقلائی و معقول در مقولاتی از قانون مدنی مانند مواد ۲۱۵، ۳۴۸، ۵۷۰، ۶۳۷، ۱۲۰۸ و ۱۲۶۹ بدین دلیل است که، جایی که وجود عرف مبهم بوده یا اصولاً عرفی وجود ندارد، نگاه خردمندان به عنوان نمایندگان خرد اجتماعی از جنبه کشف عرف، ملاک و معیار قرار گیرد.

در بین حقوقدانان، دکتر لنگرودی تصریح می‌کند: «بطلان معامله سفهی (نامتعارف) در فقه مفتی‌به و از ملاک ماده ۲۱۵ او ۲۳۲ قانون مدنی قابل استفاده است» (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۶۷، ص. ۶۶۶). وی در جای دیگر می‌افزاید: «تعریف سفیه در ماده ۱۲۰۸ ق.م دیده می‌شود. بدان معیار اگر کسی سفیه نباشد ولی یک بار در زندگی تصرف غیرعقلائی در مال خود کند و این تصرف به صورت بیع باشد، آن بیع سفهی است. بایع به این مقدار سفیه نمی‌شود؛ مثل اینکه کسی به دیگری وکالت دهد که تمام اموال او را به هر صورتی که بخواهد به خود یا دیگران منتقل کند. این وکالت سفهی است و آن بیع که به استناد این وکالت انجام شود، سفهی خواهد بود» (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۸، ص.

۴۶۸). یکی دیگر از حقوقدانان نیز در بحث مصرف اموال در امور اضرائ‌آمیز یا گناه، به سفهی بودن معامله اشاره می‌کند (امامی، ۱۳۹۰، ج ۵، ص. ۲۶۹).

اشاره حقوقدانان در مباحث پراکنده به موضوع سفهی شدن معامله، به دلیل پذیرش همان مبنای فقیهان و مسلم بودن اصل قاعده‌انگاری معاملات سفیهانه بوده است. اگر هم حقوقدانان به صورت مبسوط شرح و بسطی مستقل ندارند، ناشی از برجسته نبودن عنوان معاملات نامتعارف در مقررات قانونی است. در برخی از دعاوی مطروحه، معامله در بستری انشاء می‌شود که شرایط وقوع توافق، مورد نزاع واقع می‌شود و دادرس بایستی با وجود ابهام قانونی به فقه و فتاوی معتبر مراجعه کند.

در نهایت باید گفت که برخی از معیارهای توافقات غیرعقلانی و شروط غیرمنصفانه ریشه اساسی در فقه اسلامی دارد. اشاره قانون‌گذار به خیار غبن در مواد ۴۱۶ و ۴۱۷ قانون مدنی در موضوع نابرابری فاحش عوضین، نمونه روشنی از توجه قانون‌گذار به دکترین معاملات نامتعارف است، خصوصاً این که شاه بیت اساسی این دکترین همان نابرابری همه‌جانبه در موازنه قراردادی است. قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ نیز در ماده ۱۷۹ به توافق نامتعارف در باب قرارداد نجات و کمک پرداخته و به دادگاه حق بازرسی و تعدیل این معامله نامتعارف را می‌دهد. موارد دیگری همچون قسمت (ط) ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی درباره سوء استفاده از موقعیت برتر به عنوان یک رفتار ضد رقابتی (به مثابه یک شرط غیرمنصفانه)، بند ۵-۱ از قانون حمایت حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸^۷ و نیز موادی از مصوبه جدید قانون تجارت که در انتظار تأیید شورای نگهبان است، درباره تحلیل نامتعارف بودن معامله در حقوق ایران قابل استناد است.

با نگرش در قوانین پیش‌گفته باید گفت، با وجود اشاره قانون‌گذار به نامتعارف بودن برخی قراردادهای، معیارهای چنین معاملاتی به درستی تبیین نشده است و هرچند در حقوق خارجی هم، همه جوانب موضوع در قوانین نیامده، اما در این کشورها اساساً این اجازه به دادگاه داده می‌شود تا درباره تفسیر و توصیف معامله نامتعارف نظریه‌پردازی کند و این حق سبب بروز رویه قضایی در این کشورها شده است، موضوعی که علی‌رغم وجود مبانی فقهی، در رویه قضایی ایران شکل نیافته و نیازمند تمرین و ممارست بیشتری می‌باشد. درحالی که رویه قضایی مشخصی در خصوص توافقات غیرعقلانی و شروط



غیرمنصفانه در دادگاه‌های ایران وجود ندارد، برخی از دادرسان نواندیش در جلوه‌هایی از این بحث، مانند وجه التزام‌های عظیم، ثمن نامتعارف، جهل در شروط معامله و...، آرای در خور تحسین صادر نموده تا دیدگاه سنتی سایر قضات را به چالش کشیده، الزاماتی در مسیر اجرای بهتر عدالت مبتنی بر اصول بیافرینند.^۸ این ضرورت اقتصادی را دادگاه‌های خارجی و برخی نظام‌های حقوقی غرب بیش از ما دریافته‌اند. تعدادی از نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه نیز حکایت از رهیافت توجه به توافقات نامتعارف دارد.^۹ فقیهان امامیه در ابواب گوناگونی از مباحث فقهی، شرایط کلی متعاقدین و عوضین را ترسیم نموده‌اند. آنان اصطلاح معاملات سفهی را به کار برده‌اند و شیوه بازبینی اینگونه معاملات، حکایت از آن داشته که بطلان معامله سفهی نزد آنان موضوعی مفروغ‌عنه بوده و تا بدانجا پیش رفته که می‌توان گفت، در فقه از قاعده‌انگاری بطلان معاملات سفیهانه سخن گفته شده و گروهی از فقیهان در جای‌جای نهادهای فقهی، در مواردی همچون صلح جمیع مایملک به زوجۀ تا حدی که مرد به فقر افتد (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۸، ص. ۸۲۱)، احکام بیع در بحث نقد و نسیه یا زیادی و کمی ثمن (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۵۲۱)، جعاله بر عقدی که اساساً نفعی ندارد (حسینی شیرازی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص. ۱۸۵)، جایی که راهن برای خود حق فسخ رهن بدون ایفای دین قرار دهد (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۰، ص. ۲۴۳) و معامله بر شیء فاقد منفعت (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص. ۳۵)؛ حکم بطلان را مبتنی بر سفهی بودن معامله جاری نموده‌اند.

صاحب جواهر در صورت رعایت نشدن این شرایط، معامله را نامتعارف تلقی و در مباحث متعددی از جواهرالکلام، دلیل بی‌اعتباری معامله را به سفیهانه شدن توافق مرتبط می‌داند. وی در بحث معامله بر شیء فاقد منفعت می‌نویسد: منفعت نادره مجوزی برای معامله نیست؛ زیرا معامله سفهی است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص. ۳۵). یا در موضوع معلوم بودن منفعت اجاره می‌افزاید: اگر منفعت حکیمانه‌ای برای اجاره دادن درهم و دینار متصور باشد، اجاره جایز است. ضابطه در اینجا همان منفعت عقلانی و قابل اعتنای عرف است که معامله را از سفهی بودن خارج کند و همین ضابطه، مشترک در اجاره و بیع می‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص. ۳۰۲).

صاحب عناوین در سرفصل مشخصی، معامله سفیهانه را با ارجاع به معامله غیرعقلانی به بحث گذاشته و مفهوم سفهی و ادله اعتبار یا بطلان آن را تحلیل می‌کند (حسینی‌مراغی،

۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۶۷). کمتر فقهی به صورت مدون چنین نگاهی داشته است. البته از بین فقیهان معاصر، آیت الله خویی با جدا انگاری معاملات سفهی از معامله سفیه، بحث مستقلی را درباره این معامله غیر عقلانی پیگیری نموده است (خویی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، صص. ۴۷۲-۴۶۱). امام خمینی (ره) نیز در موضوع غرض عقلانی در معاملاتی که از دید عرف نوعاً سفهی بوده، مطالبی ارائه کرده است (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۲۴۵). آیت الله مکارم شیرازی در مباحث فقهی از جمله سرفصل معاملات ربوی و نکاح با حساسیت خاصی فتوی داده و می گوید: «ما نباید محکومات را به خاطر متشابهات کنار گذاریم. بلکه متشابهات را به وسیله محکومات تفسیر کنیم و از جمله محکومات این است که معامله سفهی باطل می باشد، خواه بیع باشد خواه نکاح. قاعده سفه منحصر به این مورد نیست بلکه در هبه و ابواب دیگر نیز همین است» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۲۰). برخی فقیهان نیز که به صحت معامله نامتعارف از نوع سفهی اعتقاد داشته اند، در بحث ضرورت غرض مطلوب عقلانی در معامله سفهی، فرض بطلان این معامله را هم نظر داده اند (روحانی، ۱۴۳۵ق، ج ۱۹، ص ۱۷۷). آیت الله خویی همچنین در فروع متعددی از کتاب مصباح الفقاهه، به نظریه معاملات سفیهانه اشاره می نماید و هر چند رهیافت وی بر عدم بطلان معاملات سفهی می باشد، اما در نقل استدلال برخی فقیهان دیگر به این قاعده انگاری اشاره دارد (خویی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۹۰). آیت الله شاهرودی در تحلیل شرط جزایی در عقد نکاح، آن را باطل می داند (به نقل از وحدانی نیا، ۱۳۹۹، ص ۲۳۵). مبنای ایشان این است که این شرط در رهیافت شریعت فاخر، نامتعارف تلقی می شود. یکی از محققین دیگر بر این باور است که شرط جزایی مبتنی بر التزام به مجهول، یا غرری یا غیرمقدور یا تعهدی که غرض عقلانی ندارد، باطل است (تسخیری، ۱۳۸۴، صص. ۷۸-۷۹)؛ معیارهایی که در حقوق خارجی بر این مبانی، معامله را ناعادلانه و غیرمتعارف می داند.

بازبینی سابقه فقهی بحث در همین حد بیانگر آن است که فقیهان امامیه، معاملاتی که برخلاف عرف و روال معمول صورت گرفته است را تحت عنوان معامله غیرعقلانی (سفیهانه) مورد شناسایی قرار داده اند. آنان دامنه صحت و اعتبار این توافقات را مورد کاوش علمی قرار داده و به قاعده انگاری معامله غیرعقلایی پرداخته اند. ضمن آنکه مباحث غرر و جهل در معامله و مباحث مشابه آن را بی ارتباط به رژیم حقوقی حاکم بر

غیرعقلایی شدن معامله ندانسته‌اند، معیارهایی که غربیان در دکترین معاملات خلاف وجدان (نامتعارف) یافته‌اند. در رهیافت حقوق خارجی، وجود یکی از عناصر مانند جهل در معامله و نبود مشاوره، عظیم و گزاف بودن ثمن، قدرت معاملاتی برتر و... معامله را غیرعقلانی و برخلاف می‌نماید.

۲-۴. حقوق خارجی

نظریه معاملات نامتعارف در نظام‌های حقوقی غربی از قرن ۱۷ میلادی جایگاه برجسته‌ای پیدا نمود. دلیل این رویکرد نظری، حمایت از طرف ضعیف قرارداد است. نقش دادگاه‌ها بیشتر از قوانین در این زمینه برجسته بود. در همین راستا و از باب بازبینی شیوه تحلیل علمی و تجربی نظام‌های حقوقی غرب و ضرورت تطبیق آنها با نگاه بنیادین فقه اسلامی، به مطالعه اجمالی مهم‌ترین خانواده‌های حقوقی خارجی می‌پردازیم.

۱-۲-۴. خانواده حقوقی رومی-ژرمنی

به نظر می‌رسد این سیستم حقوقی با اصلاحات اخیر قانون فرانسه در ۱۰ فوریه ۲۰۱۶، ملاک‌های یک معامله متعارف را به حقوق عرفی و دکترین قراردادهای نامتعارف نزدیک‌تر نموده است. قانون فرانسه متکی بر حقوق رم، تشریفات خاصی را الزامی می‌داند. یکی از این تشریفات، رفع ابهام کامل از مورد معامله بود. نویسندگان حقوق تطبیقی تصریح نمودند که ماده ۱۵۹۱ قانون مدنی فرانسه (منسوخ شده) رفع ابهام کامل از ثمن را الزامی می‌دانست، اگرچه رویه قضایی فرانسه، تعیین ثمن توسط کارشناس را پذیرفته بود (وحدتی‌شیری، ۱۳۷۹، ص. ۴۰). چنین رویکردی در رویه قضایی فرانسه که دایره متعارف بودن معامله با وصف جهل اجمالی به ثمن را توسعه داده بود، نهایتاً در آخرین اصلاحات ۱۰ فوریه ۲۰۱۶ در برخی مواد قانونی در قالب اراده قانونگذار بیان شد. ماده ۱۱۶۷ این قانون مقرر می‌دارد: «زمانی که قیمت یا عناصر دیگر قرارداد باید از طریق ارجاع به شاخصی دیگر تعیین شوند که وجود ندارد یا معدوم شده است، مرجع شاخص دیگری که نزدیک به آن قبلی است، جایگزین می‌شود». این ماده نه تنها تعیین ثمن به هنگام انشای قرارداد را به شاخص‌های بعدی قابل تفویض دانسته، بلکه با وصف خلل در شاخص مدنظر، جایگزین‌های دیگری را هم اجازه نموده است. رویکرد

قانون‌گذار فرانسه آن است که معامله حتی با علم اجمالی به ثمن، بر خلاف حقوق ایران همچنان معامله‌ای متعارف می‌باشد.

اصلاحات جدید در قانون اخیر تعهدات فرانسه باعث حمایت چشمگیر از طرف ضعیف قرارداد و افزایش دخالت دادگاه در امور اشخاص می‌شود. نهاد حقوقی شروط ناعادلانه قرارداد و مفهوم عدم تعادل چشمگیر که در این قانون گنجانده شده، از زمره اینگونه حمایت‌هاست (وحدتی‌شیری، ۱۳۷۹، ص. ۴۰). در حقیقت حقوق فرانسه در یکی از ملاک‌های معاملات نامتعارف به حقوق عرفی که ایراد معامله با طرف ضعیف می‌باشد، نزدیک و هماهنگ شده است. در این نظام حقوقی، بر اساس ماده ۱۱۳۰ اصلاحی، اشتباه، تدلیس یا اکراه، بطلان رضا را در پی داشته و سخن آن است که در تشخیص هر کدام از این وضعیت‌ها براساس مقرر فوق، این قید که اگر بدون وجود این عوامل یکی از طرفین چنین قراردادی را منعقد نمی‌کرد، خود حکایت از وجود یک وضعیت نامتعارف در معاملات از نظر تدوین‌کنندگان متن قانون دارد.

افزون بر آن، عدم تعادل فاحش در قرارداد اگر سبب برهم خوردن موازنه در شکلی عظیم شود، دادگاه می‌تواند قرارداد را باطل اعلام کند، عوض ناکافی و غیرواقعی هم در این دسته قرار می‌گیرد. ماده ۱۱۶۹ این قانون مقرر می‌دارد: «قرارداد معوض باطل است چنانچه در زمان انعقاد معامله، عوضی به نفع یک شخص توافق شود که آن عوض غیرواقعی یا ناکافی باشد». بر همین مبنا، مطابق ماده ۱۱۷۱ اصلاحی ۲۰۱۶: «در قراردادهای الحاقی، تمامی شروطی که باعث ایجاد عدم تعادل اساسی در حقوق و تعهدات طرفین می‌شود، کأن لم یکن است». بسا که این موارد منجر به برهم خوردن اصل موازنه قراردادی و در کاوش تحلیلی فقیهان امامیه به سفهی شدن قرارداد می‌انجامد. جالب اینجاست که بر خلاف ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران که همچنان پیر و فرسوده شده و کماکان دادرس را از تغییر در وجه التزام مقرر منع می‌کند، قانون فرانسه در ماده ۱۲۳۱-۵ و در راستای دوری نکردن از اصل تعادل عوضین، رویکرد نوینی را برگزیده است. این ماده تصریح می‌کند: «زمانی که قرارداد مشخص می‌کند شخصی که در انجام تعهداتش قصور دارد باید مبلغی به عنوان غرامت بپردازد چنانچه غرامت آشکارا بیش از اندازه یا بسیار قلیل باشد، دادرس می‌تواند نسبت به تعدیل میزان غرامت اقدام نماید». در واقع، دادرس در نظام رومی-ژرمنی به استناد این ماده از قانون اصلاحی فرانسه، می‌تواند شرط

وجه التزام نامتعارف را نپذیرد. با این وجود، در نظام حقوق فرانسه بر اساس ماده ۱۱۳۶ اصلاحی سال ۲۰۱۶، اشتباه در قیمت معامله بدون اینکه مرتبط به اوصاف جوهری مورد تعهد باشد و معامل تنها به سبب گمانه زنی غلط اقتصادی دچار اشتباه شده باشد، معامله‌ای نامتعارف تلقی نشده و این جهل موجب بطلان نیست، این در حالی است که در ماده ۴۱۶ قانون مدنی ایران، این موضوع اگر در حد غبن فاحش باشد، قرارداد معتبر بوده، اما سبب ایجاد حق فسخ است.

به نظر می‌رسد که این تحول، قانون فرانسه را به حقوق دیگر کشورهای طرفدار دکترین معاملات نامتعارف نزدیک نموده و دلیل کافی و مهم آن می‌تواند آشتی دادن موازین حقوق رومی-ژرمنی با نیازهای تجاری براساس ضرورت باشد. رویه‌های قضایی شکل گرفته در فرانسه هم این هماهنگی قانونی را می‌طلبید. بی‌جهت نیست که معیار عرف -در کنار شاخصه‌های پیش‌گفته- یکی از ملاک‌های تعیین منفعت مورد تعهد در ماده ۱۱۹۴ قانون تعهدات اصلاحی فرانسه قرار گرفته است، یا از باب نمونه مدت معقول در تعهدات مطلق و فرجه عقلانی یا هزینه‌های متعارف در ماده ۱۲۳۱ قانون در موضوع ملاک اجرای تعهدات، از جمله عناصری است که احراز آن در صلاحیت عرف قرار داده شده است. لازم به ذکر است که در حقوق فرانسه، واژه *Clause abusive* به معنای شرط غیرمنصفانه است و *Contract abusive* نیز به مفهوم معامله همراه با سوء استفاده می‌آید.

۲-۲-۴. خانواده حقوقی کامن‌لا

امروزه در این خانواده حقوقی، تئوری معاملات نامتعارف یا خلاف وجدان جایگاه برجسته و محکمی در نظریه حقوق قراردادها دارد و از قرن ۱۷ میلادی در دادگاه‌های انگلستان به شدت رصد می‌شود. مشخصه اصلی قراردادهای نامتعارف در این نظریه آن است که شخصی معامله را تحت فشار ناشی از کمبود اطلاعات، جهل و گمراهی، ضعف و یا عدم تساوی در قدرت معاملاتی انشاء کند، به گونه‌ای که ناعادلانه یا یک‌طرفانه بوده و هیچ عقل سلیمی آن را نپذیرد. درحالی که طرف دیگر عقد از این موقعیت به نفع خود بهره‌برداری کرده است، از این رو فرد بهره‌بردار در قرارداد باید ثابت کند که رابطه حقوقی او عادلانه منعقد شده و فقط انگاره و فرض بر نافذ نبودن معامله است. هرچند این نظریه

در حقوق انگلستان قاعده‌انگاری عام نشده و مبنای عامی برای تحدید معاملات خصوصی نبوده، اما مبرهن است که در پرونده‌های خاصی به نظریه نامتعارف بودن استناد شده است. قاضی قبل از هرگونه قضاوتی، معقولیت یا حس اخلاقی خود را در مورد حقایق اعمال می‌کند. زمانی که دادگاه‌ها از واژه "unconscionable" در توصیف قرارداد استفاده می‌کنند، به این معناست که اولاً معامله مطابق با اصول عقلانی نیست. علاوه بر این، دادگاه به طرفین، اجازه اجرای قرارداد را نمی‌دهد. دادگاه‌ها این دکترین را در قراردادهای مصرف‌کننده به کرات اعمال نموده تا تمهیداتی بر فروش‌های غیرمعقول فروشندگان یا تولیدکنندگان باشد. مبنای این تئوری در نظام کامن‌لا موجود نبوده، بلکه در اصل برگرفته از قواعد انصاف است. در این نظام، حقوق عرفی آنان قرارداد را ابتدا غیرنافذ دانسته و در نهایت دادگاه به واقع می‌تواند آن را بلااثر اعلام کند. رویکردی که با اعلام بطلان معامله سفهی در فقه اسلامی کمی متمایز جلوه می‌کند؛ زیرا براساس یک نگاه فقهی، معاملات سفهی از همان ابتدا بلااثر و باطل است. در کامن‌لا، عوضین لازم نیست، متعادل باشند و غبن آن‌گونه که در فقه مطرح شده وجود ندارد، اما در این سیستم حقوقی، اگر عدم تعادل به صورت فاحش بوده و طرف معامله سوء استفاده کند، طرف دیگر معامله حق استناد به تئوری معامله غیر متعارف را خواهد داشت.

در پرونده‌های زیادی همچون پرونده هنینگسن به طرفیت بلوم فیلد موتورز، ارل آو چستر فیلد علیه جانسن، بانک لویڈز به طرفیت باندی و استیفر علیه مک کول، قضات گاهی به صورت مستقیم و گاهی به صورت غیرمستقیم، به دکترین معامله نامتعارف استناد کرده‌اند.

۳-۲-۴. حقوق اروپایی

حقوق کشورهای اتحادیه اروپا که امروز ترکیبی از حقوق کامن‌لا و رومی-ژرمنی را به همراه دارد، ابتدا بر اساس سنت حقوقی برگرفته از حقوق رم قدیم بنا شد. این سیستم حقوقی، عناصری از حقوق شرعی و کلیسایی را در زمینه عرف تجاری و نظریه حقوق تطبیقی جذب نموده و در جهت تعامل با قوانین محلی و منطقه‌ای برآمد. اصول حقوق قراردادهای اروپا، در سال‌های اخیر ضمن حمل سنت‌های قدیمی حقوق اروپایی، با نیازهای جهان مدرن هماهنگ شده است (قنواتی، ۱۳۸۸، ص. ۴۸). این اصول به وسیله



مرکز مطالعات حقوق اروپا در ۱۷ فصل تدوین شد. مزیت این اصول برای کشورهای عضو اتحادیه این است که به عنوان یک الگو یا پیش‌نویس قابل بهره‌برداری است و تجار به عنوان قاعده فراملی می‌توانند بدان استناد کنند، همچنین یک عرف بین‌المللی بازرگانی به شمار آمده و قواعد منصفانه و عقلانی از آن اصطیاد می‌گردد.

از جمله فاکتورهایی که در زمینه شناسایی معاملات نامتعارف در این متن اروپایی می‌توان احصاء نمود، دو موضوع قیمت نامتعارف یا شرط وجه التزام گزاف می‌باشد. در بند ۱۰۶-۵ این متن آمده است: «در صورتی که قرار است قیمت قراردادی یا هر شرط قراردادی دیگر از سوی یکی از طرفین تعیین شود و قیمت پیشنهادی او به شدت غیرمعقول و نامتعارف باشد، علی‌رغم هر شرط مغایری، قیمت متعارف یا شرط متعارف دیگر جایگزین می‌شود». با توجه به متن فوق و ماده ۱۰۴-۶ برداشت می‌شود که در این مورد بین نظریات فقهی-حقوقی ایران و این متن تفاوت وجود دارد. در این عبارت در صورتی که قیمت قرارداد یا شیوه تعیین آن به هنگام توافق مشخص نشود، چنین فرض‌انگاری می‌شود که طرفین در تعیین قیمت متعارف توافق کرده‌اند؛ بنابراین، اولاً معامله به دلیل ابهام در ثمن، معامله‌ای نامتعارف محسوب نمی‌شود. ثانیاً ملاک‌های تعیین ثمن هم براساس ملاک‌های عقلانی یا عرفی تعریف می‌شود. حتی در مواردی که بر اثر تعیین قیمت توسط شخص ثالث چنین انتخابی به شدت نامعقول باشد، ملاک‌های متعارف دیگری در تعیین قیمت جایگزین می‌شود تا معامله مستند به ماده ۱۰۶-۶ از تفسیر به معامله نامتعارف رهایی یابد. مورد دیگر از این متن که مصداق معامله نامتعارف می‌باشد، شرط وجه التزام است. اگرچه در حقوق سنتی آنان شرط وجه التزام با هر توافقی درباره میزان آن حتی گزاف هم که باشد، مصداق معامله نامتعارف به شمار نیامده و توافقی لازم الاجرا تلقی می‌شود، اما در بند ۵۰۹-۹ اصول حقوق اروپایی، شرط وجه التزام نامتعارف مصداقی از یک معامله نامتعارف محسوب شده و صرف نظر از هرگونه توافق، با توجه به اوضاع و احوال موجود تا حد یک شرط متعارف تقلیل می‌یابد.

برای شناسایی معاملات نامتعارف در اصول حقوق اروپایی مستنداً به مواد این اصول از جمله مقرر ۱۰۹-۴، باید سه گروه شرط احراز گردد: اول: شرایط طرف ضعیف معامله، دوم: شرایط طرف قوی و سوم: شرایط غیرمذاکره‌ای. معیارها برای سنجش طرف ضعیف معامله عبارتند از: (۱) اعتماد شخص ضعیف به طرف معامله و (۲) اضطراب ناشی

از فشارهای اقتصادی یا نیازهای ضروری طرف ضعیف. احراز یکی از این شرایط در طرف ضعیف کافی می‌باشد. همچنین معیارها برای ارزیابی اقدام طرف قوی در قرارداد عبارتند از دو شرط که بایستی توأمان وجود داشته باشند: (۱) بهره‌برداری از ضعف طرف ضعیف به شرط حاصل شدن سود گزاف و (۲) آگاهی از اوضاع و احوال طرف ضعیف یا مفروض بودن آگاهی.

درباره شروط غیر مذاکره‌ای، بر اساس ماده ۱۱۰-۴، معیار برای نامتعارف شدن معامله و در نتیجه حق فسخ طرف ضعیف قرارداد، در صورتی است که اولاً حقوق و تکالیف ناعادلانه علیه مشروط‌علیه تعیین شده باشد و ثانیاً رفتار منصفانه و حسن نیت در توافق وجود نداشته باشد. نکته مهم در احراز این امور این است که باید کل قرارداد و اوضاع و احوال حاکم بر معامله تحلیل شود و به شرط مورد ادعا اکتفا نگردد.

۴-۲-۴. حقوق برخی کشورهای عربی

حقوق‌دانان کشورهای عربی، معاملات نامتعارف را بیشتر در مصداق شرط التعمسفی مورد شناسایی قرار داده‌اند. آنان با وجود تسلط بر زبان عربی، به قاعده‌انگاری معاملات سفیهانه در فقه اسلامی توجه نداشته‌اند. در ضمن مباحث شرط التعمسفی معیارهای نامتعارف شدن معامله را بیان داشته که با مباحث کلی ما در باب نامتعارف شدن معامله هم‌پوشانی دارد.

۴-۲-۴-۱. حقوق کشور عراق

حقوق‌دانان این کشور، شرطی را نامتعارف و غیرمنصفانه دانسته‌اند که به زیان مصرف‌کننده، شرایط افراطی را برقرار کند، به گونه‌ای که با حسن نیت لازم در قراردادها منافات داشته باشد. برخی نیز شرط غیرمنصفانه را شرطی دانسته‌اند که سبب عدم توازن میان حقوق و تعهدات طرفین شده و همیشه به نفع طرفی باشد که از تخصص شغلی یا علمی یا حرفه‌ای یا نفوذ اقتصادی بهره‌مند است. تعریف اخیر شامل هر موردی است که در آن عدم تعادل وجود دارد، صرف نظر از اینکه علت تحمیل شروط، نفوذ اقتصادی باشد یا دلیل دیگری داشته باشد. امکان‌پذیری استفاده از قواعد عیوب اراده، سبب و علت تعهد، ممنوعیت سوء استفاده از حق، قاعده لاضرر، ممنوعیت دارا شدن بلاجهت و نظریه

حسن نیت، در مبانی حقوق عراق و ایران برای مقابله با شروط و تعهدات نامتعارف وجود دارد (عزیز کریم جواد و دیگران، ۱۳۹۹، ص. ۲۲۲).

۴-۲-۲. حقوق کشور مصر

دادگاه پژوهش مصر در پرونده شماره ۱۹۱۲ که درباره یکی از مصادیق شروط نامتعارف است، مقرر می‌دارد: اگر برای دادگاه روشن شود که شرط کیفری گراف و نامتعارف بوده است، دادگاه به‌واقع می‌تواند به آن اعتبار شرط جریمه مالی داده و در نتیجه بدان توجهی ننموده و در راستای تعیین خسارت به قواعد عام رجوع خواهد نمود. در پرونده دیگری دادگاه استدلال نمود: اگر برای محکمه روشن شود که شرط کیفری در حقیقت شرط جریمه مالی است، در چنین حالتی از تایید این خسارت نامتعارف خودداری و بر پایه شرایط و اوضاع و احوال پرونده، تعیین خسارت می‌کند (محقق داماد، ۱۳۹۸، ص. ۱۸۰). در پرونده سال ۱۹۶۷، دادگاه پژوهش مصر مقرر می‌دارد: «قانونگذار مصر بار اثباتی زیان را در زمینه شرط کیفری بر دوش متعهد قرار داده است که این امر متأثر از احکام شریعت فاخر اسلام است که بر پایه بنیان‌های انصاف سفارش شده و به دادرس حق تعدیل برخی از قراردادهای جایز با هدف ایجاد عدالت داده شده است که از جمله این بنیان‌ها می‌توان به قاعده لاضرر، الضرورات تقدر بقدرها و النعمه بقدر النقمه و النقمه بقدر النعمه که در راستای برقراری توازن اقتصادی میان تعهدات دو طرف قرارداد مقرر شده‌اند، اشاره داشت». (دادنامه ۱۴ نوامبر ۱۹۶۷ دادگاه پژوهش مصر، به نقل از محقق داماد، ۱۳۹۸، ص. ۱۸۰). این رویکرد دادگاه‌های مصر بر بنیان‌های دکترین معاملات نامتعارف استوار می‌باشد.

۵. ضوابط شناسایی توافقات نامتعارف و شروط غیرمنصفانه

بیان شاخص‌ها و ضوابط شناسایی توافقات نامتعارف و شروط غیرمنصفانه در فقه اسلامی و حقوق ایران و نیز حقوق خارجی، آخرین بخش از پژوهش پیش‌رو است که در دو گفتار پی در پی به تفکیک بررسی خواهد شد.

۵-۱. فقه اسلامی و حقوق ایران

تنها فرض خروج معامله از سفهی بودن نزد فقها، وجود غرض عقلایی است. اهمیت غرض صحیح عقلایی تا بدانجا است که برخی فقیهان غالباً بر ضرورت وجود یکی از اغراض دنیوی یا اخروی در معامله تمرکز دارند. دسته‌ای از فقیهان امامیه که اعتقاد به صحت معامله نامتعارف دارند، در موردی که هیچ غرض صحیح عقلایی در انجام معامله نتوان تصور نمود، عقد را باطل دانسته‌اند (خویی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص. ۳۱۱). عقد مزارعه بر زمینی که فاقد هرگونه امکان آبیاری در آن باشد از مصادیق فقهی مورد بحث است. وجود غرض نوعی یا غرض شخصی می‌تواند معامله را از نامتعارف بودن خارج نماید. نوعی بودن معیار به مفهوم قضاوت خردمندان درباره نامتعارف شدن یک معامله می‌باشد، درحالی که بیشتر فقیهان معیار نامتعارف شدن معامله را شخصی می‌دانند. در رهیافت آنان، اگر چنین غرضی وجود داشته باشد، معامله از سفهی بودن خارج می‌شود. یکی از اندیشوران فقهی می‌نویسد: جدا از سفهی بودن معامله در دید عموم، ممکن است، غرض نسبت به یک شخص خاص عقلایی باشد؛ مانند آن که شخص به مرضی مبتلاست که هیچ شخص دیگری بدان مبتلا نمی‌گردد و داروی این بیماری ماده‌ای است که احدی به آن رغبت ندارد، در این فرض، خرید این دارو صرفاً برای این شخص عقلایی است (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۲۷۴). درحقیقت، سفهی بودن معامله ابتدا به معیار نوعی سنجیده می‌گردد؛ زیرا بر اساس نگاه خردمندان است که معامله غیرعقلانی جلوه می‌کند، اما گاه غرض شخصی هم می‌تواند به معامله‌ای تعلق گرفته و برای شخص معامل، نفع مادی یا معنوی داشته باشد، اگرچه عموم خردمندان بدان رغبتی نشان ندهند. به عبارت دیگر، در تشخیص اولیه معامله سفهی، ملاک نوعی بوده، اما در تطبیق بر مصداق خاص، ملاک غرض شخصی است، اما همین غرض هم با قضاوت نوع مردم سنجیده می‌شود. بنابراین، غرض عقلایی نسبت به هر فرد می‌تواند متفاوت باشد و امری نسبی است؛ به عنوان نمونه، تعیین مقدار مشخصی از یک نوع حشره خاص به عنوان مهریه، برای زنی داروساز عاقلانه بوده، اما برای عموم زنان، غیرعقلایی و نامتعارف جلوه می‌نماید.

در شاخص‌های مورد نظر فقها در بحث معاملات نامتعارف می‌بایست بین مواردی که به شرایط اساسی معامله لطمه می‌زند و غیر آن تفکیک قائل شد. فقدان ملکیت، مالیت،

منفعت عقلائی، توانایی تسلیم، وجود مورد معامله و معلوم و معین بودن از شاخص‌های تاثیرگذار بر نامتعارف شدن معامله در دید فقیهان می‌باشند که مربوط به شرایط اساسی صحت معامله‌اند، اما آنچه که برای حقوق اهمیت دارد، مواردی است که به شرایط اساسی معامله لطمه نمی‌زند و در ادامه خواهد آمد.

۱-۱-۵. شرط بی‌فایده

شرط باید حداقل در نگاه مشروطه دارای منفعتی عقلائی باشد. پس اگر شرط، هیچ فایده‌ای نداشته یا فایده آن به قدری اندک باشد که مورد توجه عرف و عقلا نیست، چنین شرطی در نگاه خردمندان اعتباری ندارد. مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید: دلیل عدم اعتبار چنین شرطی این است که برای مشروطه ایجاد حق نمی‌کند تا در صورت تعذر شرط، متضرر شده و برای رفع ضرر، اختیار ثابت گردد و نیز چنین شرطی مورد اعتنای شارع نیست تا وفای به آن را واجب نماید و ترک وفای به آن، ظلم به مشروطه باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۲۰).

معیار تمیز در فایده داشتن شرط، بنای خردمندان است، در نهایت، این معیار با توجه به خواست و نیازهای دو طرف عقد در نظر گرفته می‌شود، یعنی باید واکاوی کرد، آیا خردمندان جامعه در آن اوضاع و احوال چنین شرطی را متعارف می‌دانند یا خیر؟ برای مثال: در بحث مهریه نامتعارف و شروط سفهی و بی‌فایده در نکاح که برخی فقیهان معاصر به سفیهانه بودن آن فتوی می‌دهند، اگر فرض کنیم، زوجه بر زوج شرط نماید که چند دور در اطراف شهر به صورت طاقت‌فرسا و نامتعارف بگردد، چنانچه شوهر وی ورزشکار بوده و هدف زوجه ایجاد انگیزه در آمادگی زوج برای مسابقات دو و میدانی کشوری است، چنین شرطی بی‌فایده نمی‌باشد، درحالی که نسبت به عموم همسران جوان چنین شرطی در نکاح عرفاً بی‌فایده و لغو است.

۵-۱-۲. شرط غیرمقدور

هدف نهایی در تمامی التزامات اجرای آن است. تعهدی که نتوان ایفا کرد، در دید عرف امری لغو و بیهوده است و الزام و التزام به مباشرت فعلی که ممتنع عقلی یا عرفی است، امری عقلائی نمی‌باشد. (ایروانی، ۱۳۷۹ق، ج ۲، ص ۶۱). آنچه شرط را از دید قانون‌گذار

نامتعارف می‌کند، ناتوانی در اجرای شرط فعل و بی‌قدرتی در تحویل مورد معامله مطابق شرط صفت می‌باشد. شرط نتیجه، بی‌ارتباط با توانایی متعهد بوده و در صورت احراز شرایط قانونی، معتبر و متعارف تلقی می‌گردد.

ناتوانی مفهومی مطلق است که بطور نوعی ارزیابی می‌شود، یعنی کاری که عرفاً هیچ‌کس نتواند آن را به سرانجام برساند. در نتیجه، هرگاه دیگران توانایی انجام این شرط را داشته باشند، شرط نافذ بوده و ضمانت اجرای ماده ۲۳۸ قانون مدنی را داراست. با این وجود، در مواردی که حتی نوع مردم توانایی اجرای شرط را ندارند، اما شخص مشروط‌علیه چنین قدرتی دارد، توانایی شخص وی کافی بوده و شرط معتبر و متعارف تلقی می‌گردد (کاتوزیان، ۱۴۰۲، ج ۱، ص. ۷۴). معیار دیگر در ناتوانی اجرای شرط، دائمی بودن آن است. زمانی بی‌قدرتی زودگذر در انجام شرط، سبب بی‌اعتباری شرط خواهد بود که موعد وفای به عهد قید تعهد باشد، و گرنه متعهد می‌تواند در زمان مقتضی و متناسب با قرارداد به اجرای شرط بپردازد. «برای احراز توان متعهد کافی است که احتمال معقول انجام دادن کار وجود داشته باشد و در دید عرف ناممکن جلوه نکند... پس نباید ادعا کرد که کار مشروط‌علیه بایستی به یقین ممکن باشد و همگان یا دو طرف به توان متعهد علم داشته باشند» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۳، ص. ۱۵۲). درحقیقت تعهد مشروط‌علیه به آماده‌سازی مقتضی می‌باشد و اراده و مشیت پروردگار در حکم مانع است. فقیهان هم چنین شرطی که به مشیت پروردگار گره خورده را پذیرفته و در دایره شریعت، شرطی متعارف می‌دانند (خویی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص. ۸۵).

۵-۱-۳. شرط مجهول

شرط نباید مجهول بوده و ابهامی داشته باشد. این نکته اتفاقی بین فقیهان که سبب نامتعارف شدن شرط می‌گردد، دو حالت دارد: حالت اول: شرط مجهول بوده و جهالت آن به عقد هم سرایت می‌کند. در این مورد شرط و عقد هر دو باطل است. مثل آنجا که میوه باغی را می‌خرد به شرط آنکه بیست سبد از آن را به فروشنده بدهد، در اینجا هم مقدار میوه مجهول است و هم نوع میوه و این هر دو به گونه‌ای است که عوضین را مجهول می‌کند و موجب بطلان می‌باشد. حالت دوم: شرط مجهول است، اما به عقد

سرایت نمی‌کند. مثل شرط دوختن لباس در ضمن معامله منزل بدون تعیین نوع لباس، در اینجا صرفاً شرط باطل است، اما مشروط‌له حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

۵-۱-۴. شرط وجه التزام نامتعارف

امروزه بیشتر قراردادهایی که در حوزه حقوق خصوصی منعقد می‌شود از قبیل قراردادهای پیمانکاری، انواع عقود بانکی و خرید و فروش املاک، دارای یک بند از توافق با موضوع وجه التزام در اصطلاح نظام حقوقی ایران می‌باشد. در حقوق کامن‌لا و سایر نظام‌های غربی شرط کیفری خوانده می‌شود. در تألیفات حقوقی کشورهای عربی مانند مصر نیز، از آن به بند جزایی یا مجازات قراردادی یا عوض نقض قرارداد یاد می‌کنند. در حقوق فرانسه هم از این شرط یاد شده است. سخن از توافق بر برخی وجه‌التزام‌های نامتعارف است. آرای که در برخی محاکم حقوقی ایران درباره میزان وجه‌التزام اصدار یافته، گاه چندین برابر اصل تعهد بوده و وجدان هر دادرسی را بایستی خدشه‌دار می‌کرد، چنین احساسی در دکتترین معاملات نامتعارف به عنوان یک ملاک و شاخصه مهم در نامتعارف بودن معامله مورد توجه می‌باشد. از باب نمونه، بی‌شمار در محاکم دیده مشاهده می‌شود که برای تأخیر در تنظیم سند یک اتومبیل ده میلیون تومانی یا آپارتمان صد میلیون تومانی، وجه‌التزام‌های چند صد میلیونی به استناد توافق متعاملین در قولنامه و با استناد به نص صریح ماده ۲۳۰ قانون مدنی مورد حکم دادرسان قرار گرفته است.

در راستای نامتعارف بودن برخی مصادیق قراردادی این شرط و بروز آثار ناعادلانه بعدی، بهتر است که ظاهر این ماده مورد استناد دادرسان قرار نگیرد، خصوصاً که این ماده در مرجع اصلی خود (فرانسه) تاکنون اصلاح شده و اکنون در حقوق داخلی ایران در زمره نصوص بحث برانگیزی قرار گرفته که نیازمند اصلاح می‌باشد. تجدید نظر در قواعد نامناسب و برخلاف مصلحت و به تعبیری، تازه‌گردانی قوانین و تنقیح آن و حذف قوانینی که فلسفه وجودی و منطق تصویب خود را از دست داده‌اند، امری ضروری است. دعاوی پرشماری در رابطه با وجه التزام‌های نامتعارف در محاکم قضایی مطرح می‌شود. نگاه بیشتر دادرسان استناد به ظاهر ماده ۲۳۰ قانون مدنی می‌باشد، اما نگاهی نو براساس دکتترین معاملات نامتعارف در راستای صدور آراء منصفانه در محاکم در حال

شکل گیری است.^{۱۰} شروط نامتعارف وجه التزام گاه سبب شده که قضات دیوان عالی کشور در این باره ایراد عدم رعایت موازنه قراردادی را مطرح نمایند.^{۱۱}

۵-۲. شاخص‌های معامله نامتعارف و شروط غیرمنصفانه در حقوق خارجی

دکترین معاملات خلاف وجدان (نامتعارف)، به منظور جلوگیری از تعدی و تعهدات غیرمنتظره و ناروا به وجود آمد. نامتعارف بودن از دسته موضوعاتی است که دادگاه زمانی تشخیص می‌دهد که آن را ارزیابی نماید. نظرات و تفاسیر حقوقدانان راجع به بند ۲-۳۰۲ از قانون متحدالشکل بازرگانی (UCC)، معیارهایی را برای تشخیص نامتعارف شدن به دست می‌دهد.

دادگاه به عنوان یک امر حکمی، اگر تشخیص دهد که قرارداد یا هر یک از شروط آن در زمان انشاء غیرمتعارف بوده، اختیار دارد که قرداد را تنفیذ ننموده یا باقی مانده آن را بدون آن شرط نامتعارف و غیرمنصفانه تنفیذ نماید، یا این که دامنه اعمال هر بخش نامتعارف را جهت پرهیز از هرگونه نتیجه غیرمنصفانه محدود کند. در صورتی که چنین ادعا شود یا دادگاه خود تشخیص دهد که قرارداد یا هر بخش آن ممکن است غیرمنصفانه باشد، به طرفین قرارداد فرصتی متعارف اعطا تا مدارک مربوط به اسناد تجاری، هدف و نیت خود را جهت یاری دادگاه در تصمیم‌گیری ابراز نمایند. دادگاه جهت اخذ تصمیم، عوامل متعددی را در نظر می‌گیرد، از جمله قدرت نسبی مذاکره و چانه‌زنی طرفین، وضوح و شفافیت قرارگیری و وارد کردن شرایط مورد مناقشه در قرارداد، اجحاف‌آمیز و غیرعقلانی بودن شرط، اگرچه صرف برابر نبودن قدرت چانه‌زنی و مذاکره کافی نیست و باید مدارکی دال بر اعمال قهرآمیز این قدرت موجود باشد. ناهمسانی قدرت مذاکره طرفین باید به قدری زیاد باشد که اراده یکی از طرفین را معدوم کند (Meadows Robyn, 2005, pp. 742-744).

حقوقدانان غربی دو معیار شکلی و ماهوی را در تفسیر متن مذکور ارائه می‌دهند:

اول: نامتعارف تشریفاتی یا فرایندی، در بیشتر موارد، نامتعارف بودن شکلی یا غیرعقلانی فرایندی، به نقض‌های موجود در مسیر و نحوه انعقاد قرارداد به ویژه عدم توافق در مورد شرایط و فریب طرف دیگر، ظواهر گول‌زننده توافق، زبان نامفهوم قرارداد یا قدرت معاملاتی نابرابر مربوط می‌شود. دوم: نامتعارف ماهوی یا برآیندی، نامتعارف بودن ماهوی

به شرایط درونی یا به عبارتی شرایط موجود در متن قرارداد مانند شروط تحمیل شده و بندهای غیرعقلانی ضمن معامله مرتبط است. قرارداد از نظر محتوایی واکاوی می‌شود و نقش شروط غیرمنصفانه و گزاف بر معامله ارزیابی می‌گردد. قرارداد حتی در جایی که شرط تساوی قدرت معاملاتی بین طرفین موجود باشد، ممکن است یک معامله نامتعارف ماهوی از جنبه شرایط و بندهای قرارداد تلقی گردد (Svensson, 2010, pp. 12-14). قضات محاکم کامن‌لا و کشورهای پیرو، براساس دکترین معاملات نامتعارف، موضوع ثمن معامله را در همین قسم از نامتعارف بودن ماهوی مورد بحث قرار داده و عقیده دارند که دادگاه‌ها معمولاً تمایلی به مداخله در مقوله قیمت‌گذاری معامله نداشته، با این وجود، اگر ارزش‌گذاری کالا و خدمات خیلی دور از واقعیت باشد، می‌تواند به عنوان یک معامله نامعقول تحت رسیدگی قرار گیرد.^{۱۲}

در سنجش شروط قراردادی، دادگاه‌ها این موضوع را ارزیابی می‌کنند که آیا شرط متنازع‌فیه در ضمن قرارداد به طور اساسی و عمده متعارف و معقول بوده است یا خیر؟ به‌طور کلی، دکترین معاملات نامتعارف در حقوق قراردادهای مدرن چه در کامن‌لا و چه کشورهای اروپایی و ایالات متحده، وجود عناصری همچون سوء استفاده از وضعیت طرف معامله، معامله با افراد فقیر یا ناآشنا به شرایط محیط، معامله در موضوع حق‌الارث احتمالی، عدم تساوی قدرت معاملات، قراردادهای تعهد به عدم فروش خدمات در جای دیگر، غافلگیری ناعادلانه، شرط نامتعارف تحدیدکننده مسئولیت، نفوذ ناروا، اکراه، تمایز فاحش عوضین و قرارداد با سالمندان را در غیرمتعارف یا نامعقول شدن معامله موثر می‌داند.

نتیجه‌گیری

برخی از فقهای اسلامی، مفهوم نامتعارف را به معنای غیرعقلانی دانسته و معیار همان بنای عقلا یا خردمندان می‌باشد. در این پژوهش، با نگاهی به قاعده‌انگاری معاملات سفیهانه نزد فقیهان و تطبیق دکترین معاملات نامتعارف و شروط غیرمنصفانه، نظریه عمومی تعهدات نامتعارف ارائه گردید. امروزه نظریه معاملات نامتعارف در حقوق قراردادهای مدرن در غرب به مثابه یک دفاعیه قراردادی مطرح بوده و عقود نامتعارف و

شروط غیرمنصفانه، جایگاه برجسته‌ای در رویه قضایی همه نظام‌های حقوقی دارا می‌باشد.

چالش موجود در حقوق داخلی، وجود برخی توافقات نامتعارف و حمایت سنتی و نارسای رویه قضایی از آنها است، درحالی که وجدان جامعه و عقل سلیم، چنین تعهداتی را در صحنه دادگاه‌ها برنمی‌تابد. این چالش، در آرای مربوط به شرط جزایی وجه التزام گزاف، مهریه‌های سنگین و فروش مال مورد مزایده به قیمت بسیار کمتر از قیمت کارشناسی قابل بررسی می‌باشد. تحلیل سنتی برخی دادرسان، در تغایر با اصل انصاف به دارا شدن ناعادلانه و عدم موازنه قراردادی می‌انجامد.

شرط بی‌فایده، شرط غیرمقدور، شرط مجهول و شرط وجه التزام یا عدم التزام در حقوق ایران می‌تواند معامله را نامتعارف جلوه دهد. ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران از حقوق فرانسه اقتباس شده و در این کشور، این ماده در راستای تئوری معاملات نامتعارف، بازبینی و متحول شده است، قانون‌گذار ایران نیز می‌بایست در اولین مجال نسبت به اصلاح این ماده که دست‌آویز صدور آرای غیرمنصفانه‌ای توسط قضات شده اقدام کند. تا این مهم، این دادرسان هستند که می‌بایست با تحلیل واقع‌بینانه مقرر مزبور، بازنگری در تفسیرهای نارسای سنتی از آن و تدبیری دوباره در مبانی فقهی و حقوق ایران، مسیر استدلال‌های نو و مطابق با موازین شریعت را بگشایند.

در بیشتر نظام‌های حقوقی دنیا، دکترین آزادی قراردادی تفسیر مضیق می‌شود. به نظر می‌رسد که در حقوق ایران هم نمی‌توان معاملات نامتعارف را مستند به چنین اصل کهنه و قدیمی علی‌الاطلاق صحیح و معتبر دانست. مصلحت نیست که با هر توافق غیرعقلانی، نظم حقوقی مورد انتظار در معاملات را فرو ریخت و حقوقدانان و دادرسان نیز نمی‌توانند در پیچ و خم توافقات آزاد طرفین قرارداد، قرار گیرند. بنابراین، متعاملین ملزم هستند تا معامله‌ای متعارف و خردمندانه داشته باشند؛ چراکه قراردادها از حیث آثاری که در جامعه به جای می‌گذارند، دارای خصیصه نظم عمومی هستند. از سوی دیگر، برخی از توافقات همچون دریافت سودهای نامتعارف وام توسط بانک‌ها منجر به افزایش افسارگسیخته تورم و خلق پول کلان گردیده، با نظم عمومی اقتصادی منافات دارد و این ضرورتی است که نظام‌های حقوق غربی و دادگاه‌های خارجی آن را دریافته و از اجرای سودهای نامتعارف وام، براساس دکترین معاملات نامتعارف اجتناب نموده‌اند. دیدگاهی نقادانه که

شریعت فاخر اسلامی درباره ممنوعیت ربا خصوصا در تعهدات با موضوع وجه نقد با حساسیت قاعده‌انگاری نموده است.

گاه غرض نوعی یا غرض شخصی می‌تواند معامله را از نامتعارف بودن خارج نماید. غرض شخصی، وجه صحیح و پذیرفتنی نزد خردمندان به شمار می‌آید. معیاری که به دادرسان کمک می‌کند تا براساس انصاف به مثابه عدالت و متکی بر اصول شریعت، هماهنگ با مقتضیات روز جامعه به اجرای عدالت بپردازند. هرچند مبنای معاملات نامتعارف در قالب نظریه معاملات سفهی قاعده‌انگاری فقهی شده است، اما قوانین موضوعه ایران در شناسایی رژیم حقوقی اینگونه معاملات به صورت مدون و روشن نیاز به بازنگری جدی داشته تا چالش دادگاه‌ها و تهافت آراء انتظام یابد، ضرورتی که در خانواده‌های حقوقی غرب مورد توجه قرار گرفته و در پی آن دکترین معاملات نامتعارف به‌خوبی در قالب مقالات تحلیلی، نظریه‌پردازی و مستندسازی می‌شود. وضع چنین مقرراتی می‌تواند به پیریزی رویه قضایی نظام‌مند در حقوق داخلی ایران مدد رساند و افزون بر آن، بی‌نظمی و لجام گسیختگی در زمینه توافقات حقوقی آزاد و خصوصا چالش برانگیز در حوزه انشای معاملات نامتعارف و شروط غیرمنصفانه و نیز تحلیل سستی برخی دادرسان را با چشم‌اندازی روشن مهار نماید.

یادداشت‌ها

۱. به عنوان نمونه: دادنامه شماره ۹۴/۸۰۱۸۲۸ مورخ ۹۴/۰۹/۳۰ در پرونده کلاسه ۹۴۱۰۹۱، شعبه ۲۷۵ حقوقی، مجتمع قضایی شهید مفتاح تهران. برای مشاهده متن کامل دادنامه نک: ایزدخواه و وحدانی‌نیا، ۱۴۰۲، صص. ۲۳۱-۲۳۲.
۲. به عنوان نمونه نک: حکمت‌نیا و زمانی، ۱۳۹۲، صص. ۷-۳۶؛ تقی‌زاده و احمدی، ۱۳۹۴، صص. ۱۸-۲۱؛ شیروی، ۱۳۸۱، ص. ۶؛ کرمی، ۱۳۹۴، ص. ۱۰۷.
۳. قرآن کریم، سوره مبارکه شعراء، آیات ۱۸۱-۱۸۳: «اوفوا الکیل ولا تکنوا من المخرسین و زنوا بالقسطاس المستقیم و لا تبخسوا الناس الشیائهم ولا تعتوا فی الارض مفسدین».

۴. به عنوان نمونه: صاحب جواهر، در موضوع ارش و در حالتی که اهل خبره در قیمت‌گذاری اختلاف دارند، به استناد عدالت و انصاف که جمع‌کننده بین حق مشتری و

بایع است، رای فقیهان را بر جمع قیمت‌ها و نسبت‌گیری می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص. ۲۹۴). برای مطالعه بیشتر در این خصوص، نک: احمدزاده بزاز و دیگران، ۱۳۹۷، ص. ۱۷.

۵. بند ۲ ماده ۴ دستورالعمل ۹۳، ۱۳ شورای جامعه اقتصادی اروپا؛ راجع به شروط غیرمنصفانه در قراردادهای منعقد شده با مصرف‌کننده.

۶. محمد جواد مغنیه در رابطه با صحت بیع در جایی که بایع قدرت بر تسلیم نداشته اما خریدار قدرت بر تسلیم دارد، می‌نویسد: «و استدلال علیه بآنکه لا غرر فیه و لا سفه» (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۱۲۵).

۷. بند ۵-۱ از ماده یک مقرر می‌دارد: «هرگونه سازش و مواضعه بین عرضه‌کنندگان کالا و خدمات به منظور افزایش قیمت یا کاهش کیفیت یا محدود نمودن تولید یا عرضه کالا و خدمات یا تحمیل شرایط غیرعادلانه براساس عرف در معاملات».

۸. به عنوان نمونه: دادنامه با شماره بایگانی ۹۷۰۰۴۷ مورخ مهر ۱۳۹۷ صادره از شعبه ۲ دادگاه حقوقی کامیارن. برای مشاهده متن کامل دادنامه، نک: وحدانی‌نیا، ۱۳۹۹، ص. ۲۹۱.

۹. به عنوان نمونه: نک: نظریات شماره ۷/۹۷/۳۰۹۰ مورخ ۹۸/۶/۱۱ و ۷/۹۸/۷۷۱ مورخ ۹۸/۶/۲۶ اداره حقوقی قوه قضائیه.

۱۰. در این خصوص: ر.ک: وحدانی‌نیا، ۱۳۹۹، صص. ۲۹۰-۲۹۸.

۱۱. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۳۸۵ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۷ صادره از شعبه سوم دیوان عالی کشور.

۱۲. برای مطالعه بیشتر در این خصوص، نک: برنهام و کرایناک، ۱۴۰۲، صص. ۱۲۵-۱۲۹.

کتابنامه:

- (۱) قرآن کریم.
- (۲) قانون مدنی ایران.
- (۳) قانون مدنی فرانسه با اصلاحات سال ۲۰۱۶ میلادی.
- (۴) اصول حقوق قراردادهای اروپایی.

- (۵) ابن عابدین (بی‌تا). مجموعه رسائل. بی‌جا، بی‌نا.
- (۶) احمدزاده بزاز، سید عبدالمطلب، مجید رضایی دوانی و سید محمدصادق ذقبولی درافشان، مفهوم و جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق اروپا و حقوق موضوعه ایران: با رویکردی به عدل و انصاف در فقه امامیه، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۵(۳)، ۱-۳۴.
- (۷) امامی، سیدحسن (۱۳۹۰). حقوق مدنی. تهران: اسلامی.
- (۸) انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). مکاسب. قم: المؤتمر العالمی بمناسبه الذکری المئویہ الثانیہ لمیلاد الشیخ الأعظم الأنصاری.
- (۹) ایروانی، علی (۱۳۷۹ق). حاشیه/المکاسب. قم: کتبی نجفی.
- (۱۰) ایزدخواه، محمدابراهیم و محمدامین وحدانی‌نیا (۱۴۰۲). دعاوی حاکم بر خانواده. تهران: نشر دادگستر.
- (۱۱) بحرانی، شیخ یوسف (۱۳۶۳). الحقائق الناصره فی أحكام العترة الطاهرة. قم: المؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة بقم.
- (۱۲) برنهام، اسکات جی و جو کرایناک (۱۴۰۲). حقوق قراردادها. ترجمه، مهدی سعادت‌فرد. تهران: آوند دانش.
- (۱۳) تسخیری، محمدعلی (۱۳۸۴). شرط جزایی در عقود، مجله فقه اهل بیت علیهم‌السلام، - (۴۴)، ۷۱-۸۹.
- (۱۴) تقی‌زاده، ابراهیم، افشین احمدی (۱۳۹۴). جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی. فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۳(۹)، ۴۲-۹.
- (۱۵) جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۷). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- (۱۶) جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت. تهران: گنج دانش.
- (۱۷) جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی‌شاهرودی، سیدمحمود (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام. قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام.

- ۱۸) حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۲۶ق). *الوصول الى كفايه الاصول*. قم: دار الحکمه.
- ۱۹) حسینی مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوين الفقهيه*. قم: المؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين فی الحوزة العلمیه بقم.
- ۲۰) حکمت‌نیا، محمود و زمانی، جعفر (۱۳۹۲)، وضعیت حقوقی معاملات سفهی در فقه امامیه و حقوق ایران، *مجله حقوق اسلامی*، ۱۰ (۳۶)، ۷-۳۶.
- ۲۱) خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲ق). *مصباح الفقاهه (المکاسب)*. بیروت: دار الهادی.
- ۲۲) خویی، سید محمد تقی (۱۴۱۴ق). *الشروط أو التزامات التبعية فی العقود*. بیروت: دار المؤرخ العربی.
- ۲۳) دربندی، ابن عابد (۱۲۸۴ق). *خزائن الاحکام*. قم: مؤلف.
- ۲۴) روحانی، محمد صادق (۱۴۳۵ق). *فقه الصادق*. قم: آیین دانش.
- ۲۵) شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*. قم: مکتبه الدواری.
- ۲۶) شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). *حقوق مدنی: آثار قراردادها و تعهدات*. تهران: نشر حقوقدان.
- ۲۷) شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۱)، نظریه غیرمنصفانه بودن و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن‌لو با تاکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، ۱۴ (۱)، ۴۴-۵.
- ۲۸) عزیز کریم جواد، حوراء، سید محمد مهدی قبولی درافشان و اعظم انصاری (۱۳۹۹). مطالعه تطبیقی مقابله با شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران و عراق. *فصلنامه مجلس و راهبرد*، ۲۷ (۱۰۳)، ۲۴۶-۲۱۹.
- ۲۹) قنوتی، جلیل (۱۳۸۸). اصول حقوق قراردادهای اروپایی: حامل سنت‌ها، پاسخگوی نیازها. *نشریه نامه مفید*، ۱۷ (۱)، ۴۵-۶۸.
- ۳۰) کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۸۸). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: سهامی انتشار.
- ۳۱) کاتوزیان، امیر ناصر (۱۴۰۲). *دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس‌هایی از عقود معین*. تهران: گنج دانش.
- ۳۲) کرمی، سکیه (۱۳۹۴). *نظم قضایی ابزاری برای کنترل شروط ناعادلانه*. *مجله حقوقی دادگستری*، ۷۹ (۹۱)، ۱۰۷-۱۳۴.

- (۳۳) محقق داماد، سیدمصطفی، جلیل قنواتی، سیدحسن وحدتی‌شبیری و ابراهیم عبدی‌پور (۱۳۸۹). حقوق قراردادها در فقه امامیه. تهران: سمت.
- (۳۴) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۸). نظریه عمومی نفی دشواری در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر اسلامی با همکاری انتشارات سخن.
- (۳۵) مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق). فقه الإمام الجعفر الصادق. قم: مؤسسه انصاریان للطباعة والنشر.
- (۳۶) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- (۳۷) موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۲). مکاسب محرمه. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- (۳۸) نجفی خوانساری، شیخ موسی (۱۳۷۳ق). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب (تقریرات درس میرزای نایینی). تهران: المکتب المحمدیه.
- (۳۹) نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- (۴۰) وحدانی‌نیا، محمدامین (۱۳۹۹). شرط جزایی در قراردادها. تهران: دادگستر.
- (۴۱) وحدتی‌شبیری، سیدحسن (۱۳۷۹). مجهول بودن مورد معامله. قم: بوستان کتاب.

References:

- 1) *The Holy Qur'an* [In Arabic].
- 2) *Iranian Civil Code* [In Persian].
- 3) *French Civil Code, as amended in 2016* [In Persian].
- 4) *Principles of European Contract Law (PECL)* [In Persian].
- 5) Ahmadzade Bazzaz, S. A., Rezaee, M., & Ghabooli Dorrafshan, S. M. S. (2018). The concept and status of unfair terms in European law and the written law of Iran: With an approach to justice and fairness in Imamiah jurisprudence. *Comparative Studies on Islamic and Western Law*, 5(3), 1–34 [In Persian].
- 6) Ansari, M. (1994). *Makaseb* (Vol. 5). International Congress on Sheikh Ansari [In Arabic].
- 7) Azeez Kareem Jawad, H., Qaboli Dorafshan, S. M. M., & Ansari, A. (2020). A comparative study of dealing with unfair (contract) terms in the Iranian & Iraqi laws. *Majlis & Rahbord*, 27(103), 219–246 [In Persian].
- 8) Bahrani, Y. (1984). *Al Hadaeq Al Nadira Fi Ahkam Al Etrat Al Tahera* (Vol. 20). Islamic Publishing Institute Affiliated with the Society of Teachers of the Qom Seminary [In Arabic].

- 9) Burnham, S. J., & Kraynak, J. (2023). *Contract law* (M. Saadatfard, Trans.; 2nd ed.). Avand Danesh Publication [In Persian].
- 10) Darbandi, I. A. (1867). *Khazaen Al Ahkam* (Vol. 1, 1st ed.). Author [In Arabic].
- 11) Emami, S. H. (2011). *Civil law* (Vols. 1 & 5, 17th ed.). Eslamieh Publication [In Persian].
- 12) Farrelly, K. J. (1979). Leasehold unconscionability: Caveat lessor. *Fordham Urban Law Journal*, 7(2), 337–364.
- 13) Ghanavati, J. (2009). Principles of European contract law: Bearer of traditions and response to modern needs. *Nameh Mofid*, 17, 45–68 [In Persian].
- 14) Hekmatnia, M., & Zamani, J. (2013). Legal status of unreasonable (safahi) transactions in Imami jurisprudence and Iranian law. *Islamic Law*, 10(36), 7–36 [In Persian].
- 15) Hosseini Maraghi, M. A. (1996). *Al Anawin Al Feghiyya* (Vol. 2). Islamic Publishing Institute Affiliated with the Society of Teachers of the Qom Seminary [In Arabic].
- 16) Hosseini Shirazi, S. M. (2005). *Al Wusul Ila Kifayat Al Usul* (Vol. 2, 3rd ed.). Dar al-Hekmat [In Arabic].
- 17) Ibn Abidin. (n.d.). *Majmu'at Rasa'il* (Vol. 2) [In Arabic].
- 18) Irvani, A. (1959). *Hashiyat Al Makaseb* (Vol. 2, 2nd ed.). Najafi Library [In Arabic].
- 19) Izad Khah, M. E., & Vahdani Nia, M. A. (2023). *Ruling claims of family law* (2nd ed.). Dadgostar Publication [In Persian].
- 20) Jaafari Langaroudi, M. J. (1988). *Legal terminology* (2nd ed.). Ganj-e Danesh Publication [In Persian].
- 21) Jaafari Langaroudi, M. J. (2009). *Encyclopedia of civil and commercial law* (1st ed.). Ganj-e Danesh Publication [In Persian].
- 22) Karami, S. (2015). Public order as a tool to control unfair contractual terms. *The Judiciary's Law Journal*, 79(91), 107–134. [In Persian].
- 23) Katouzian, A. N. (2009). *General rules on contracts* (Vols. 2 & 3, 1st ed.). Sahami Enteshar Publication [In Persian].
- 24) Katouzian, A. N. (2023). *Overview of civil law: Lessons from special contracts* (Vol. 1, 32nd ed.). Ganj-e Danesh Publication [In Persian].
- 25) Khomeini, R. (2013). *Makaseb Moharrama* (Vol. 1). Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Persian].
- 26) Khoyi, S. A. (1992). *Misbah Al Fiqahah* (Vol. 1). Dar al-Hadi [In Arabic].
- 27) Khoyi, S. M. T. (1994). *Al Shorut Aw Al Eltazamat Al Tabe'iyah Fi Al Oqood* (Vol. 1). Dar al-Movarrek al-Arabi [In Arabic].
- 28) Leff, A. A. (1967). Unconscionability and the Code—The Emperor's new clause. *University of Pennsylvania Law Review*, 115(4), 485–559.
- 29) Mak M. J. (2009). *Encyclopedia of civil and commercial law* (1st ed.). Ganj-e Danesh Publication [In Persian].
- 30) Karami, S. (2015). Public order as a tool to control unfair contractual terms. *The Judiciary's Law Journal*, 79(91), 107–134 [In Persian].

- 31) Katouzian, A. N. (2009). *General rules on contracts* (Vols. 2 & 3, 1st ed.). Sahami Enteshar Publication [In Persian].
- 32) Katouzian, A. N. (2023). *Overview of civil law: Lessons from special contracts* (Vol. 1, 32nd ed.). Ganj-e Danesh Publication [In Persian].
- 33) Khomeini, R. (2013). *Makaseb Moharrama* (Vol. 1). Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Persian].
- 34) Khoyi, S. A. (1992). *Misbah Al Fiqahah* (Vol. 1). Dar al-Hadi [In Arabic].
- 35) Khoyi, S. M. T. (1994). *Al Shorut Aw Al El tazamat Al Tabe'iyah Fi Al Oqood* (Vol. 1). Dar al-Movarrek al-Arabi [In Arabic].
- 36) Leff, A. A. (1967). Unconscionability and the Code—The Emperor's new clause. *University of Pennsylvania Law Review*, 115(4), 485–559.
- 37) Makarem Shirazi, N. (2023). *Kitab Al Nikah* (Vol. 1). Imam Ali School [In Arabic].
- 38) Meadows, R. L. (2005). Unconscionability as a contract policing device for the elder client: How useful is it?. *Akron Law Review*, 38(4), 741–775.
- 39) Mohaghegh Damad, S. M. (2019). *General theory of hardship removal in Islamic law* (1st ed.). Sokhan Publishing [In Persian].
- 40) Mohaghegh Damad, S. M., Ghanavati, J., Vahdati Sh S. M. (Ed.). (2003). *Dictionary of Jurisprudence According to the Religion of Ahl al-Bayt* (Vol. 2, 1st ed.). Institute of Encyclopedia of Islamic Jurisprudence on the Religion of Ahl al-Bayt [In Persian].
- 41) Shiravi, A. H. (2002). The theory of unfairness and unconscionability of contractual terms in common law with emphasis on English, American and Australian law. *Qom Higher Education Complex Journal*, 14, 5–44 [In Persian].
- 42) Svensson, O. (2010). *The unconscionability doctrine in U.S. contract law* [Master's thesis, Lund University].
- 43) Taghizade, E., & Ahmadi, A. (2015). Unfair terms in Iranian law in view of Article 46 of Iranian Electronic Commerce Act. *Private Law Research*, 3(9), 9–42 [In Persian].
- 44) Taskhiri, M. A. (2006). Penalty clause in contracts. *The Journal of Ahl al-Bayt (AS) Jurisprudence*, 44, 71–89 [In Persian].
- 45) Vahdani Nia, M. A. (2020). *Analysis of contractual penalty clause* (1st ed.). Dadgostar Publication [In Persian].
- 46) Vahdati Shobeyri, S. H. (2000). *The unknownness of the object of transaction* (1st ed.). Boostan Ketab Publication [In Persian].
- 47) Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).