

عدم بازاریابی اصل جبران خسارت در قراردادهای مصرف (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)

مهرزاد ابدالی*

دانشیار حقوق خصوصی دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران

پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۲۵

دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۲۹

چکیده

بیشتر رژیم‌های حقوق مدنی و مسئولیت مدنی بر اصل تعادل بین زیان و جبران خسارت زیان‌دیده تأکید می‌کنند. اصل جبران خسارت در حقوق فرانسه، بدون استثناء بوده و در حوزه قراردادهای و مسئولیت مدنی کاربرد مشابهی دارد. در حقوق ایران، چنانکه خواهیم دید، این اصل مورد تردید است و بهتر است آن را اصل تعادل بین ضرر و جبران خسارت بنامیم.

به نظر می‌رسد این اصل، به‌طور ویژه در خصوص شروط غیر منصفانه در قراردادهای مصرف، فاقد کارایی لازم است. در حقوق فرانسه، این شروط در قراردادهای مصرف، که یک طرف آنها حرفه‌ای و طرف دیگر مصرف‌کننده است ممنوع است شرط ممنوع از قرارداد حذف می‌شود و مابقی قرارداد معتبر باقی می‌ماند و مصرف‌کننده می‌تواند خسارت را مطابق با اصل تعادل بین زیان و جبران خسارت، دریافت کند. در حقوق ایران، ادعای بطلان مستند به هیچ قانونی نیست و ضمانت اجرای موجود نیز بازاریابی لازم را برای پیشگیری از ورود زیان ندارند. این مطالعه نشان می‌دهد که در هر دو نظام حقوقی، قانون حمایت از مصرف‌کنندگان به‌طور مؤثر از شروط ناعادلانه قراردادی، پیشگیری نمی‌کنند؛ زیرا اصل تعادل کامل بین زیان و جبران آن، سبب ایجاد انگیزه‌های کافی و مؤثر برای طرفین نمی‌شود. بنابراین ضرورت دارد خسارات تنبیهی در هر دو نظام حقوقی مورد مطالعه به

E-mail: abdali@soc.ikiu.ac.ir

* نویسنده مسئول مقاله:



عنوان یک وسیله انگیزشی کارآمد، برای جلوگیری از خطاهای سودآور مورد توجه قرار گیرد.

واژگان کلیدی: خسارات تنبیهی، خطاهای سودآور، شروط ناعادلانه، قراردادهای مصرف.

۱. مقدمه

در قانون مدنی ایران و نیز قانون مدنی فرانسه نظریه آزادی قراردادهای مورد توجه قرار گرفته است^۱ و قرارداد نتیجه مذاکرات و چانه‌زنی‌های آزاد دو طرف مستقل و آگاه است. اگرچه بعضی معتقدند «از آنجایی که قرارداد نتیجه مذاکرات آزاد طرفینی است که با یکدیگر در یک وضعیت تقریباً برابر اقتصادی قرار دارند، هیچ خطری وجود ندارد که آزادی قراردادهای کلیت نظم اجتماعی را تهدید کند» (Kessler, 1943, p. 629)، اما بدون تردید، بیشتر قراردادهایی که امروزه به امضاء می‌رسند از این مطلوبیت نظری دورند. طرفین یا نمایندگان آنها زمان و دانش کافی ندارند تا به مطالعه همه شروط بنشینند و در مورد آنها مذاکره کنند؛ در نتیجه آزادی طرفین حداکثر به پذیرش یا رد کردن قراردادهای استاندارد که طرف دیگر پیشنهاد داده کاهش یافته است. در حالی که «اصل آزادی قراردادی درجایی قابل احترام است که طرفین در سطح اقتصادی برابر قرار گیرند و ضعیف از فرط اضطراب ناچار به پذیرفتن تمام شرایط قوی نباشد و گرنه دولت‌ها ناگزیرند که با وضع مقررات خاص از ناتوان در برابر توانا حمایت کنند و با این تمهید تساوی بین طرفین عقد را تامین کنند» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۸۹). پدیده‌ی قراردادهای الحاقی، به طور خاص در زمینه روابط مصرف‌کننده، از نمونه‌های بارز این وضعیت است و دخالت مؤثر دولت‌ها را از طریق اتخاذ سیاست‌های تقنینی و قضایی در حمایت از مصرف‌کنندگان می‌طلبد.

۱. ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی فرانسه:

Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public

ماده ۱۰ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: "قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است"



منظور از قراردادهای مصرف، قراردادهایی است که یک طرف آن شخصی است حرفه‌ای و طرف دیگر آن مصرف‌کننده‌ای که هدف او خرید کالایی برای مصرف شخصی است نه استفاده از آن در امور صنعتی، تجاری، کشاورزی و امثال آن. با این وصف، حدود آزادی اراده قراردادی مصرف‌کننده، کم یا بیش، پذیرفتن شروطی است که طرف حرفه‌ای در قرارداد گنجانده است (Kessler, 1943, p.632). چنین قراردادهایی راه را برای ناعادلانه بودن قرارداد و سوء استفاده یک طرف هموار می‌کند؛ مادام که در باره مفاد قرارداد مذاکره صورت نمی‌گیرد، ارائه دهنده قرارداد می‌تواند شروط ناعادلانه را وارد کند و انتظار می‌رود که مصرف‌کننده بدون اطلاع و یا درک لازم از مفاد قرارداد و شروط درج شده، آن را امضاء کند. برای جلوگیری از چنین پیامدی، حقوق فرانسه و ایران نظارت بر قراردادهای مصرف‌کنندگان و وضع مقرراتی را مورد توجه قرار داده‌اند. برای مثال، قانونگذار فرانسوی، افشای اطلاعات را بر شخص حرفه‌ای تحمیل کرده است. در میان اولین مواد قانون مصرف‌کنندگان فرانسه، مواد L.111-1 تا L.111-8 مقرر می‌دارند که طرف حرفه‌ای، تعهدی کلی بر افشای اطلاعات دارد. افشای اطلاعات سبب حساس شدن مصرف‌کننده شده و احتیاط او را افزایش می‌دهد. (Ben-Shahar et Schneider, 2014, p. 97 and Goyder et Brooker, 2007, p.93). در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان ایران هم قانونگذار در بند ۲ ماده ۳ توزیع کنندگان کالا و خدمات را مکلف کرده است اطلاعات لازم شامل؛ نوع، کیفیت، کمیت، آگاهی-های مقدم بر مصرف، تاریخ تولید و انقضای مصرف را در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهند.

در این زمینه، یکی از روش‌های کارآمد سنتی در تنظیم قراردادهای مصرف‌کننده، این است که درج بعضی از شروط را ممنوع اعلام کنند. ماده L.212-1 از قانون مصرف‌کننده فرانسه، شروط قراردادی را که سبب سوءاستفاده می‌شوند منع می‌کند و آنها را شروطی می‌داند که منجر به «عدم تعادل قابل توجه» بین حقوق و تعهدات طرفین می‌شوند. ماده R.212-1 نیز فهرستی از شروط را مقرر می‌کند که در همه انواع قراردادها ممنوع است؛ برای مثال، شروطی که هدف یا اثر آنها این است که در صورت عدم اجرای تعهدات، حق جبران خسارات مصرف‌کننده کاهش یابد یا منتفی شود ممنوع هستند. همچنین شروطی که هدف یا اثر آنها دادن این حق به فروشنده است که بتواند به طور یک جانبه، ویژگی‌های

کالاها یا خدمات را تغییر دهد، ممنوع است. مطابق قانون حمایت از مصرف‌کنندگان فرانسه، ثمن و موضوع قرارداد را نمی‌توان غیر منصفانه توضیف کرد. شروط غیرمنصفانه به طور کلی ناظر بر جنبه‌های فرعی قرارداد و آثار نقض آن است. برای مثال، در مواردی که طرفین می‌توانند قرارداد را پیش از موعد خاتمه دهند، طرف حرفه‌ای اجازه دارد تا مدت قرارداد را اصلاح کند. این امر در مواردی ممکن است غیر منصفانه تلقی شود. (Calais-Auloy, Steinmentz, 2003, p.185)

در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان ایران، شرط غیر منصفانه تعریف نشده و معیاری هم برای تشخیص آنها ارائه نشده است. بند ۵ ماده ۱ این قانون، در تعریف تبانی 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». بنابراین تحمیل شرایط ناعادلانه از مصادیق تبانی اعلام شده است. ماده ۸ این قانون هم مقرر می‌دارد «هرگونه 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». ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی هم به همین مقدار بسنده کرده است که «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». بالاخره بند ۲ قسمت ط ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، تحمیل شرایط غیر منصفانه را از مصادیق سوء استفاده از وضعیت اقتصادی مسلط معرفی کرده و ممنوع دانسته است.

۲. ناکارآمد بودن ممنوعیت شرط غیرمنصفانه

ممنوعیت درج شرط غیر منصفانه در قراردادهای مصرف، مقدمه لازم برای حمایت از مصرف‌کنندگان است اما با وجود ضمانت اجرای فعلی، این ممنوعیت کافی نیست؛ زیرا هدف از ممنوعیت، در فرض گنجاندن آنها در قرارداد، امکان جبران خسارت است نه پیشگیری. ممکن است گفته شود که مصلحت و انگیزه بنگاه‌ها، در یک چارجوب رقابتی، اقتضاء می‌کند که شروط قراردادی کارآمد و مؤثری را پیشنهاد دهند و در نتیجه از درج شروط غیر منصفانه، با توجه به ممنوعیت قانونی آنها، اجتناب کنند. اما باید توجه داشت این فرض، با



قطع نظر از این که فقط ناظر بر مواردی است که فضای حاکم بر حوزه تولید کالاها رقابتی باشد نه انحصاری، با توجه به این که مصرف کنندگان معمولاً تمام قرارداد را نمی‌خوانند، رقابت بنگاه‌ها فقط منعطف بر ویژگی‌هایی (شروط برجسته) خواهد شد که مصرف کنندگان در مقام تصمیم‌گیری برای خرید لحاظ می‌کنند. بر عکس، شروط غیر برجسته، در تقابل با رقابت بین شرکت‌ها نیستند. در واقع «با این که فروشندگان این انگیزه اقتصادی را دارند که سطحی کارآمد از کیفیت را برای خریداران لحاظ کنند (ویژگی‌های برجسته) این انگیزه را هم دارند که ویژگی‌های غیر برجسته‌ای را که مطلوب فروشندگان است به گونه‌ای در قرارداد خود بگنجانند که انگیزه خریداران را تحت تأثیر منفی قرار ندهد. با این فرض، معمولاً همه مواردی که دارای بیشترین ارتباط با هزینه‌های خریداران است و سبب انگیزه آنها می‌شود در قراردادهای مصرف برجسته می‌شود؛ زیرا تجربه نشان می‌دهد مصرف کنندگان عمدتاً بر روی قیمت تمرکز می‌کنند و از سایر موارد کمتر برجسته غفلت می‌کنند». (Korobkin, 2003, p.1203) این رفتار راه را برای سوءاستفاده از شروط در رابطه با دیگر جنبه‌های قرارداد هموار می‌کند.

از نگاه تحلیل اقتصادی حقوق، طرف حرفه‌ای در مرحله تهیه پیش‌نویس قرارداد، کنشگری است که در مقام حداکثری کردن معقول سود خویش است و با دو گزینه مواجه است: از طرفی می‌تواند از قانون تبعیت کند و از طرفی دیگر می‌تواند شروط سوءاستفاده آمیز را وارد قرارداد کند. او با مقایسه کردن هزینه‌ها و منافع که از تهیه پیش‌نویس یک قرارداد قانونی در مقایسه با قرارداد غیر قانونی ناشی می‌شود تصمیم بر درج یا عدم درج شروط سوء استفاده آمیز می‌گیرد. علاوه بر این تهیه‌کننده پیش‌نویس، فرض می‌کند که مصرف‌کننده قدرت چانه‌زنی ندارد و قرارداد را بدون مطالعه همه شروط یا فهمیدن بار حقوقی آنها امضاء می‌کند. این رفتار مصرف‌کنندگان، با فرض عدم اختصاص وقت خود به مطالعه و مقایسه قراردادهای، با توجه به مقادیر پایین هزینه‌های قرارداد، شاید امری معقول تلقی شود. به عبارت دیگر، مصرف‌کنندگان با فرض پایین بودن قیمت کالا، بدون توجه به این که قرارداد متضمن شرطی سوء استفاده آمیز است یا نه، وارد قرارداد خواهند شد. با این نگاه که چنانچه بعد از امضای قرارداد معلوم شد که قرارداد حاوی یک یا چند شرط غیر منصفانه است، مصرف‌کننده امکان طرح دعوا را خواهد داشت و فرض این است که دادگاه هم در مقام

رسیدگی مرتکب خطا نخواهد شد. آیا با وجود این فروض، ممنوع بودن شروط غیر منصفانه قدرت پیشگیری دارد؟

از نظر استارک، تا آنجا که سود حاصل از خطا - قراردادی و یا غیر قراردادی - از میزان خسارتی که نقض کننده قانون، احتمال پرداخت آن را پیش‌بینی می‌کند، بیشتر باشد، قوانین حمایت از مصرف کننده نمی‌توانند یک کنشگر معقول را از ارتکاب «خطاهای سودآور» باز دارند. یکی از ابزارهای کارآمد برای جلوگیری از چنین رفتارهایی استفاده از حقوق مسئولیت مدنی به عنوان وسیله‌ای بازدارنده و کیفردهنده است نه صرف جبران خسارت (Stark, 1947, p.501). در شرایط عملی، باید از خسارات تنبیهی که می‌تواند وسیله‌ای انگیزشی و کارآمد در حقوق مصرف‌کننده و سایر حوزه‌ها باشد استفاده کرد؛ مانند آنچه امروزه در حقوق امریکا مشاهده می‌شود. در حقوق ایالات متحده، خسارات تنبیهی عمدتاً در مواردی که خواننده دعوای مسئولیت، سوء نیت داشته یا خسارت را عمدی وارد کرده است، مجاز است (Christle, 1991, p.349).

۳. ضرورت بازدارنده بودن سیاست حمایت از مصرف کننده

اگرچه نظریه بازدارندگی که در ابتدا توسط بکر توسعه داده شد (Becker, 1968, p.169) جایگاه و طرح اولیه‌اش در حقوق جزا بود اما می‌توان آن را با نگاه تحلیل اقتصادی حقوق، به حوزه حقوق مصرف کننده هم تعمیم داد. با این بیان که برای جلوگیری از نقض قرارداد، باید از ضمانت اجرایی با کارایی مطلوب استفاده کرد تا هزینه‌های نقض قرارداد را به اندازه‌ای بالا ببرد که انگیزه مبادرت به آن و در نتیجه وقوع آن را کاهش دهد؛ زیرا کارایی یک ضمانت اجرا به میزان آن و احتمال وقوع آن بستگی دارد (Polinsky and Shavell, 2007, p.166). هر چقدر احتمال فرار یک طرف از مسئولیت بیشتر باشد، خسارات قابل مطالبه از او، در صورت مسؤل شناخته شدن باید بیشتر باشد. این احتمال ممکن است به این دلیل بوجود آید که شناسایی فاعلان زیان به عنوان منابع زیان دشوار است و یا به این دلیل باشد که زیاندیدگان طرح دعوا را انتخاب نکنند و هزینه‌های دادرسی آنان را از اقامه دعوا مایوس کند. (Polinsky and Shavell, 2007, p. 166).

گفته شد که یکی از ویژگی‌های برجسته قراردادهای مصرف، این است که طرف حرفه‌ای آنها را تهیه می‌کند، در حالی که طرف دیگر - مصرف‌کننده - قدرت چانه‌زنی ندارد.



مصرف‌کننده تنها می‌تواند قرارداد را بپذیرد یا رد کند. در این موارد، آزادی قراردادهای تنها یک تله است و قواعد حقوق مدنی هم بر این فرض اساسی استوار است که هر یک از طرفین، پیش از ورود به قرارداد، از آزادی کامل برخوردار است (Kesler, 1943, p.632). علاوه بر این، در حوزه معاملات، طرف حرفه‌ای در واقع یک بازیگر همیشگی در بازار است و از قدرت و توان خاصی در زمین بازی معامله برخوردار است (Korobkin, 2003, p.1295). حقوق مسؤلیت مدنی، در روند تاریخی خود، وسیله جبران خسارت است. یکی از نویسندگان، مسؤلیت مدنی را «تعهد به جبران زیان وارد به شخص ثالث، به علت یک فعل خلاف نظم قانونی» تعریف می‌کند (Le Tourneau, 2011, p.105). با این نگاه «در سیستمی که از قانون مدنی نشأت می‌گیرد مسؤلیت و جبران خسارت کاملاً بر یکدیگر منطبق هستند» (Cadiet, 2000, p. 495). این دیدگاه سنتی که مسؤلیت مدنی را محدود به جبران خسارت می‌کند امروزه مورد انتقاد است و نقش بازاریابنده و هنجاری مسؤلیت اهمیت ویژه‌ای یافته است (Sintes, 2014, p.299). تنک معتقد است «مسؤلیت مدنی عبارت است از جلوگیری از رفتار ضد اجتماعی، با بکار گرفتن یک عامل ارعابی، یا همان طور که امروز می‌گوییم یک عامل بازاریابنده (Tunc, 1975, p.407). با این توضیح بهتر می‌توان نقش خسارات تنبیهی را تبیین کرد. از نظرگاه تحلیل اقتصادی حقوق، حکم به پرداخت خسارت تنبیهی می‌تواند نظامی را ایجاد کند که در آن نقش پیشگیری از ورود خسارت، بر صرف جبران خسارت تقدم پیدا کند (Polinsky and Che 1991, p.562). بر طبق این نظر، برای این که عاملان احتمالی زیان، سطح مراقبت خود را افزایش دهند و احتمال تحمیل هزینه‌های دادرسی به زیاندیدگان کاهش یابد، میزان جبران خسارات باید تا حد مطلوب بالا باشد. آنچه اهمیت دارد تأثیر مسؤلیت مدنی بر انگیزه خواننده برای احترام به قانون است، نه انگیزه خواهان برای تصمیم‌گیری و درگیر شدن با هزینه‌های پایین (Malaurie, 2004, p.669).

۴. رژیم حقوقی شروط غیر منصفانه قراردادی

برای تبیین بهتر این رژیم حقوقی، تفکیک نظام حقوقی ایران از فرانسه، ضرورت دارد.

۴-۱. حقوق فرانسه

اولین مداخله قانونگذار فرانسه در مورد شروط غیر منصفانه قراردادهای مصرف به سال ۱۹۷۸ برمی‌گردد. در نسخه اولیه این قانون که به قانون "Loi Scrivener" مشهور است مقرر شد که هر شرط قراردادی که منجر به «امتیاز بیش از حد» برای طرف حرفه‌ای شود باید سوء استفاده آمیز تلقی شده و بنابراین ممنوع خواهد بود. بنابراین معیار «سوء استفاده» به وجود یک «امتیاز بیش از حد» متکی بود. با این حال، تحت تأثیر حقوق اروپا، این معیار تحت تغییرات بنیادی قرار گرفت. دستورالعمل ۵ آوریل ۱۹۹۳ در مورد شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف مقرر می‌دارد که «هر یک از شروط قراردادی که مورد مذاکره قرار نگرفته است، اگر برخلاف شرایط حسن‌نیت، موجب عدم تعادل قابل‌توجهی در حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد طرفین گردد و به ضرر مصرف‌کننده باشد غیر منصفانه تلقی می‌گردد.^۱ معیار «عدم تعادل قابل توجه» اکنون در قانون حمایت از مصرف‌کننده فرانسه در ماده L.212-1 منعکس شده است

قانون حمایت از مصرف‌کننده فرانسه، ضمانت اجرای درج شرط غیر منصفانه را در قراردادهای مصرف، لغو انگاشتن آنها اعلام کرده است؛ گویی هیچیک از شروط سوء غیر منصفانه هرگز نوشته نشده‌اند؛ قاضی باید به گونه‌ای عمل کند گویا این شرط غیر منصفانه اصلاً وجود ندارد. اگر قرارداد با وجود منتفی کردن شرط غیر منصفانه، معتبر باقی بماند، باید اجرا شود. در عمل، اغلب اتفاق می‌افتد که مصرف‌کننده گاهی این دعوا را در دادگاه طرح می‌کند که شرط مورد اختلاف پیش از این، سبب ایجاد خسارت برای او شده است (Bienenstock et Charreire, 2020, p.526). در چنین وضعیتی صرف این‌که گویی این بند هرگز نوشته نشده است، به خودی خود خسارت وارد شده به مصرف‌کننده را جبران نمی‌کند. در این صورت ضرورت دارد که خسارت معادل زیانی باشد که از شرط غیر قانونی وارد شده است. به عنوان مثال فرض کنید شرط شده که طرف حرفه‌ای اجازه دارد یک‌طرفه تعیین کند که کالای تسلیم شده مطابق با شرایط قراردادی است (این شرط طبق ماده R.211-1 قانون مصرف‌کنندگان فرانسه غیر منصفانه است). در این فرض، زیان مصرف‌کننده ناشی از دریافت کالایی است که با آنچه مورد توافق بوده تفاوت دارد و حکم به

۱. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts



بطلان شرط، اجرای قرارداد را غیر ممکن می‌کند، زیرا زیان مذکور تحقق یافته و باید جبران شود. در شرایطی که قرارداد بدون شرط به اجرا در آید، زیان وارد شده همچنان مستلزم جبران خسارت است. به عنوان مثال در مورد شرطی که به طرف حرفه‌ای اجازه می‌دهد تا قرارداد را قبل از موعد پایان دهد، بدون این که همان حق برای مصرف‌کننده پیش بینی شده باشد (مثلا قراردادهای بلند مدت حق اشتراک). اگر طرف حرفه‌ای قرارداد را قبل از موعد پایان دهد، مصرف‌کننده به علت این که یا باید به دنبال یک ارائه کننده جدید باشد یا اینکه دیگر از این خدمات چشم پوشی کند، زیان می‌بیند (Faber-Magnan, 2007, p.286). بنابراین صرف اعلام بطلان شرط، برای جبران خسارت مصرف‌کننده کافی نخواهد بود. این مثال‌ها نشان می‌دهند که اجرای قرارداد، بدون لحاظ کردن شروط مورد اختلاف، همیشه امکان پذیر نیست؛ حتی هنگامی که قرارداد قابل اجرا باقی می‌ماند، این شروط ممکن است سبب زیان دیدن مصرف‌کننده شوند. بنابراین صرف باطل اعلام کردن این نوع شروط برای جبران خسارت مطلوب نیست بلکه از حیث قضایی ضرورت دارد بدون باطل دانستن شرط، از اجرای آن جلوگیری شود یا این که امکان مطالبه خسارت فراهم شود. به عبارت دیگر، هر مصرف‌کننده‌ای که با شرطی غیر منصفانه مواجه می‌گردد مجبور خواهد شد علیه طرف دیگر اقدام به طرح دعوی خسارت کند. در نتیجه، پذیرش چنین فرایندی مستلزم طرح دعاوی متعدد، هزینه‌های دادرسی و بالا رفتن هزینه‌های اجتماعی خواهد شد در حالی که باید و می‌توان با رویه‌های کارآمدتری از آنها اجتناب کرد. علاوه بر این، طبق ماده 2-241.L قانون حمایت از مصرف‌کننده فرانسه، می‌توان حکم به پرداخت جریمه مدنی در حق دولت کرد که اگرچه در نهایت به میزان مبلغی که خواننده دعوا می‌پردازد اضافه می‌شود اما در عمل، چنین جریمه مدنی بسیار نادر هستند. به علاوه، میزان جریمه مدنی در مورد اشخاص حقیقی به ۳۰۰۰ یورو و برای اشخاص حقوقی به ۱۵۰۰۰ یورو محدود می‌شود. روشن است که این محدودیت می‌تواند اثر بازدارنده قاعده قانونی مذکور را کاهش دهد (Molfessis, 1997, p.337)

۲-۴. حقوق ایران

قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان ایران، شروط غیر منصفانه را صریحا باطل اعلام نکرده است، اما در بند ۵ ماده ۱ آنها را از مصادیق تبانی اعلام کرده و در ماده ۸ نیز تبانی را

جرم دانسته است. این ماده مقرر می‌دارد «هرگونه تبانی و تحمیل شرایط از سوی عرضه کنندگان کالا و خدمات، که موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت، یا افزایش قیمت شود، جرم محسوب می‌شود». برخی معتقدند «با توجه به جرم شناختن تحمیل شروط غیرعادلانه، شروط مزبور شرط نامشروع محسوب و چون عدم مشروعیت شروط یکی از مصادیق بطلان شرط در قانون مدنی است، شروط مزبور باطل محسوب می‌شوند، اما بطلان آنها تاثیری در قرارداد ندارند. بر این اساس شروط ناعادلانه که به مصرف کننده تحمیل شده است، در صورتیکه موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت، یا افزایش قیمت شود؛ جزو شروط باطل محسوب می‌شود» (عادل و شمس الهی، ۱۳۹۷، صص ۲۲۸-۲۲۷).

این نظر را به دلایل زیر نمی‌توان پذیرفت:

اولا - صرف جرم‌انگاری تبانی، ملازمه‌ای منطقی با بطلان شرط ندارد. ماده ۱۹ قانون مزبور مقرر می‌دارد: «عرضه کنندگان کالا و خدمات و تولیدکنندگانی که مبادرت به تخلفات موضوع مواد (۳ الی ۸) این قانون نمایند در صورت ورود خسارات ناشی از مصرف همان کالا و خدمات به مصرف کنندگان علاوه بر جبران خسارت وارده به جزای نقدی حداکثر معادل دو برابر خسارت وارده محکوم خواهند شد». این ماده محکومیت به جزای نقدی را منوط به «ورود خسارت به مصرف کنندگان» دانسته است. بنابراین، اثر تبانی در مرحله ورود خسارت لحاظ می‌شود و این امر با بطلان شرط غیر منصفانه تفاوت دارد.

ثانیا - ماده ۸ قانون مزبور، تبانی بین عرضه کنندگان کالا و خدمات را جرم اعلام کرده است و منصرف از توافق آنها با مصرف کنندگان است. در تأیید این نظر گفته شده «آنچه که به عنوان یکی از مصادیق تبانی ممنوع گردیده سازش و مواضعه بین عرضه کنندگان به منظور تحمیل شرایط غیر عادلانه است. بنابراین اگر عرضه کننده‌ای در قراردادهای با مصرف کننده شرایط ناعادلانه را تحمیل نماید عمل او خلاف قانون نیست» (امینی و عابدین و کرمی، بی تا، ۲۰۵).

بعضی معتقدند ماده ۱۷۹ قانون دریایی که مقرر می‌دارد: «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرائط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل و یا تغییر داده شود. در کلیه موارد چنانچه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله یا خدعه یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد ذکر شده به نسبت خدمت انجام یافته فوق العاده زیاد



و یا کم است دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین قرارداد را تغییر داده و یا بطلان آن را اعلام نماید» قابل تسری در شرایط تحمیلی در قراردادهای مصرف است (گروسی، پیرهادی، ۱۳۹۸، ص ۱۴۶). این نظر نیز پذیرفته نیست:

اولا - قانون دریایی، یک قانون خاص است و تسری آن به سایر موارد، خلاف اصل است. ثانيا - حکم مندرج در آن ناظر بر موارد اضطراری موضوع قراردادهای کمک و نجات است.

نظریات پیش‌گفته حکایت از دغدغه‌ی حقوقدانان برای حمایت از مصرف‌کنندگان دارد اما راهگشا نیست. آنچه در این مقام، مغفول مانده است استناد به نظم عمومی و اخلاق حسنه است که متأسفانه در رویه قضایی نیز منعکس نشده است. سیاست‌های حمایتی قانونگذار را باید در قلمرو مفاد نظم عمومی و اخلاق حسنه جستجو و تحلیل کرد. به این معنا که نظم عمومی و اخلاق حسنه، دیگر استثنایی بر اصل آزادی اراده نیست بلکه قاعده است؛ «اگر قرارداد با نظم عمومی و اخلاق حسنه مطابق نباشد، از اصل درست نیست ... قرارداد در صورتی نافذ است که موافق مصالح عمومی باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۳۸). بنابراین نقص قانون را می‌توان با رویه قضایی تکمیل کرد و حکم به غیر قابل اجرا بودن شروط غیرمنصفانه به علت مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه داد. از ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی نیز می‌توان این نظر را استنباط کرد. ماده ۴۶ مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». منظور از مؤثر نبودن، بر خلاف آنچه گفته (تقی زاده و احمدی، ۱۳۹۴، ۲۶؛ نبی زاده کبریا، ۱۳۹۹، ۲۸۹) شده «بطلان نسبی» نیست؛ بلکه با توجه به ماده ۹۷۵ قانون مدنی، عدم قابلیت اجرایی آن است. در تایید این نظر، بعضی معتقدند قضات می‌توانند چنین شروطی را با استناد به ماده ۹۷۵ قانون مدنی باطل اعلام کنند (کریمی، ۱۳۹۴، ۱۲۹).

۵. مرجع تشخیص غیر منصفانه بودن شرط

در حقوق ایران، چنانکه گفته شد، مفهوم و مصادیق شروط غیر منصفانه تعریف و تعیین نشده است. انجمن موضوع ماده ۹ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان نیز ناظر بر تکالیف مقرر در ماده ۳ همان قانون است که هدف آن نظارت و پیگیری بر تخلفات توزیع-

کنندگان در موارد مندرج در ماده ۳ قانون است و ارتباطی با مرجع تعیین شروط غیر منصفانه ندارد. بنابراین چنین دعوایی اصولاً باید در دادگاه‌های دادگستری صورت گیرد. در حقوق فرانسه، قانون ۱۹۸۷ فرانسه مقرر می‌کند که تنها دولت می‌تواند در مورد ماهیت سوء استفاده آمیز یک شرط قراردادی تصمیم‌گیری کند. به طور دقیق‌تر، برای تعیین شروط غیر منصفانه، حکم شورای دولتی لازم بود. بنابراین دادگاه مجبور بود از این حکم پیروی کند و در مقام بررسی ماهیت شرط مزبور، آزادی عمل نداشت. تنها یک حکم در سال ۱۹۷۸ در زمینه قانون مذکور تصویب شد و دیری نگذشت که معلوم شد این حکم، در مورد شروط غیر منصفانه در قراردادهای مصرف، چنان که باید پاسخگو نیست (Innes, 1999, p.181)

در سال ۱۹۷۸ کمیسیونی تشکیل شد که کمیسیون شروط ناعادلانه قرارداد نام گرفت. این کمیسیون که زیر نظر وزارت حمایت از مصرف‌کنندگان^۱ قرار دارد متعهد به تهیه پیش‌نویس پیشنهادهایی غیر قضایی و غیر الزامی در مورد شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف شد. ماده L.822-4 قانون مصرف‌کنندگان بیان می‌کند که کمیسیون مسئول مطالعه قراردادهای استاندارد ارائه شده به مصرف‌کنندگان است تا مشخص کند آیا برخی شروط ممکن است ناعادلانه تلقی شوند یا خیر. پیشنهادهای کمیسیون الزامی نیستند و برای دادگاه‌ها الزامی را ایجاد نمی‌کنند. با این حال تاثیر آن‌ها بر محتوای قراردادهای مصرف‌کننده در مقام رسیدگی قضایی غیر قابل انکار است. اگرچه آن‌ها «منبع رسمی حقوق» نیستند اما قطعاً «منبع واقعی حقوق» هستند (Leveneur 2009, p.195). حداقل دو دلیل برای اهمیت این پیشنهادهای کمیسیون وجود دارد: نه تنها یک راهنمای مفید برای دادگاه‌ها در صورت مواجه شدن با شروط ناعادلانه هستند، بلکه به طرفین (عمدتاً طرف تهیه‌کننده پیش‌نویس) اجازه می‌دهند تا انتظارات قانونی را شکل دهند.

در واکنش به این وضعیت، دیوان عالی فرانسه در ۱۴ مه ۱۹۹۱ رای داد که تعیین ماهیت شرط از حیث غیر منصفانه بودن در صلاحیت دادگاه است. این روند یک عیب اساسی داشت: عدم قطعیت قانونی که بر شروط قرارداد سایه می‌انداخت. در واقع، ارائه‌دهنده قرارداد هیچ

۱. Ministère de la Protection des consommateurs



وسیله‌ای نداشت که از پیش مشخص کند کدام شروط ممکن است غیرمنصفانه اعلام شوند. برای غلبه بر مشکل، قانون‌گذار در قانون مصرف‌کننده دو لیست از شروط غیر منصفانه را ارائه داد که بر اساس قانون نوسازی اقتصاد^۱ یک لیست سیاه و یک لیست خاکستری بود. اولی شامل شروطی است که در تمام شرایط ناعادلانه تلقی می‌شوند. دومی شامل شروطی است که تنها فرض می‌شود ناعادلانه هستند. در مورد اخیر، طرف حرفه‌ای می‌تواند عادلانه بودن آنها را اثبات کند (Maurie, 2004, p. 669).

در واقع، لیست خاکستری متضمن انتقال بار اثبات است. به این معنا که در قانون مدنی، بار اثبات اصولاً بر عهده خواهان است. این قاعده اغلب از طریق اصل «*actori incumbit probatio*» نشان داده شده است و اکنون در ماده ۱۳۵۳ قانون مدنی فرانسه ذکر شده است. از این رو، با توجه به این که خواننده دعوا باید ثابت کند که شرط موضوع اختلاف غیر منصفانه نیست، قانون مصرف‌کننده با مفروض گرفتن غیر منصفانه بودن شروط مزبور، بار اثبات را منتقل کرده است. در عمل، خواننده باید ثابت کند که شرط مورد اختلاف، سبب عدم تعادل قابل توجهی بین حقوق و تعهدات طرفین نمی‌شود. اولین نتیجه این فرض، این است که هزینه‌هایی که مصرف‌کننده متحمل می‌شود نسبت به هزینه‌های که در صورت اثبات دعوا باید متحمل می‌شد کم‌تر است. علاوه بر این، کارایی بیشتری دارد زیرا بار اثبات بر عهده طرفی است که اطلاعات بیشتری را در اختیار دارد. (Fluet and Demougin, 2008, p. 299). نتیجه دوم این فرض این است که طرف حرفه‌ای، با توجه به هزینه‌های مفروض نقض قانون، انگیزه پیشینی بیشتری برای رعایت قانون خواهد داشت. (Bernardo et al., 2000, p. 411).

این سیستم تقنینی اگرچه در وهله اول به نظر کاملاً رضایت‌بخش می‌آید، با این حال، یک عیب اصلی دارد: دو دسته شروط فهرست شده در قانون مصرف‌کننده فقط شامل بخش کوچکی از شروط ناعادلانه‌ای است که اغلب در قراردادهای مصرف، مشتری با آنها مواجه می‌شود در حالی که انواع دیگر شروط مورد اختلاف باقی می‌مانند که در مود آنها قاضی باید تصمیم بگیرد و نسبت آنها را با معیار معرفی شده در L.212-1 قانون مصرف‌کنندگان فرانسه مشخص کند.

۱. Loi de Modernisation de l'Économie

۶. مبنای اصل جبران کامل خسارت

از مطالب پیش‌گفته مفهوم اصل جبران خسارت روشن گردید. حال باید به این مسأله پرداخت که مبنای این اصل چیست؟

۶-۱. حقوق فرانسه

اصل رایج در حقوق فرانسه در مورد تخصیص خسارات، قاعده جبران کامل خسارت است^۱ این قاعده هم در حقوق قراردادهای اعمال می‌شود و هم در حقوق مسئولیت مدنی. حقوق‌دانان فرانسه آن را یک اصل نامشهود در زمینه مسئولیت مدنی می‌دانند. (Brun, 2005, p. 383). البته ویژگی حقوق مدنی فرانسه در اصل جبران خسارت نیست بلکه در سختگیری آن در مقام اعمال این اصل است و تنها استثنا در مورد این اصل، امکان استفاده از «جریمه مدنی» است که با توجه به این که دادگاهها اغلب آن را هم اعمال نمی‌کنند، نتوانسته است در اجرای اصل مذکور خدشه‌ای وارد کند. بعضی از نویسندگان، عنوان «اصل جبران کامل» را فریبنده می‌دانند و استفاده از عنوان «تعادل بین زیان و خسارت» را ترجیح می‌دهند (Viney et al., 2001, p. 2001). زیرا بر اساس این قاعده مبلغ اختصاص‌داده شده به زیاننده باید معادل مبلغ خسارت وارده باشد. مبنای این تعادل را جلوگیری از دارا شدن زیاننده در فرایند دادرسی قضایی دانسته‌اند، به این معنا که زیان باید جبران شود؛ نه کمتر و نه بیشتر (Bienstock et Charreire, 2020, p. 517). این قاعده اساساً مبتنی بر رویه قضایی است و دیوان عالی فرانسه، به طور منظم آن را در قالب این عبارت تکرار کرده است که: «مشخصه مسئولیت مدنی بازگرداندن دقیق و ممکن تعادل بین زیان و خسارت وارد شده است به گونه‌ای که زیاننده در همان وضعیتی قرار گیرد که اگر زیان وارد نمی‌شد». ^۲ این قاعده توسط دادگاه عالی فرانسه در طی شصت سال گذشته تکرار شده است. ^۳ دادگاه عالی

۱. principe de réparation intégrale du préjudice

۲. “le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu.” Cass. Civ. 2e, 23 novembre 1966

۳. 25 January 2017, n 15-16060



فرانسه همچنین به طور منظم اعلام کرده است «خسارت اختصاص یافته به زیاننده باید زیان وارده را جبران کند، بدون اینکه منجر به ضرر یا سود شود»^۱. حکم دادگاه عالی فرانسه نشان می‌دهد که مسئولیت مدنی صرفاً وسیله‌ای برای جبران خسارت است نه ابزاری برای مجازات یا انگیزه‌ای بازدارنده (Sintez, 2014, p.499) از این رو، مسئولیت مدنی را «الزام به ترمیم یک زیان» تعریف می‌کنند (Le Tourneau, 2011, p.211) طبق این دیدگاه، هیچ جایی برای اثر بازدارندگی مسئولیت مدنی باقی نمی‌ماند و منحصر در جبران خسارت می‌شود. به بیان دیگر، دو عنوان «مسئولیت مدنی» و «جبران خسارت» کاملاً بر یکدیگر منطبق می‌شوند (Cadiet, 2000, p. 510). این نوع تحلیل با هیچ مبنای متنی در قانون مدنی فرانسه منطبق نیست. در حقوق قراردادهای، قاعده جبران کامل خسارت، به طور ضمنی از ماده ۳-۱۲۳۱ قانون مدنی فرانسه نشأت می‌گیرد. با توجه به این ماده، هر گونه زیانی که طرف قرارداد بر زیاننده تحمیل می‌کند در چارچوب خسارات قابل پیش‌بینی ارزیابی می‌گردد که هدف آن قرار دادن زیاننده در موقعیتی است که در صورت اجرای قرارداد، خواهد داشت. به طور دقیق‌تر، ۳-۱۲۳۱ قانون مدنی فرانسه نشان می‌دهد که بدهکار (متعهد) تنها باید تاوان خساراتی را بپردازد که طرفین آنها را انتظار داشته‌اند یا باید انتظار می‌رفت.

قضات معمولاً احکام را بر مبنای ماده ۱۲۴۰ قانون مدنی فرانسه (ماده ۱۳۸۲ قبلی) صادر می‌کنند که مقرر می‌دارد: «هر عمل انسان که به دیگری زیان برساند کسی را که بر اثر تقصیر او زیان به بار آمده است ملزم می‌کند آن زیان را جبران کند». دقت در این ماده نشان می‌دهد که مفاد آن متضمن «لزوم تعادل دقیق و صرف، بین زیان و جبران» نیست. بلکه می‌توان آن را چنین تفسیر کرد که جبران خسارت، حداقل باید با زیان وارده برابر باشد) اما به معنای عدم امکان استفاده از راهکارهای دیگر نیست (Behr, 2005, p.78).

1. "les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni prof. (cour de cassation, Deuxième chambre civile, 23 janvier 2003)

۶-۲. حقوق ایران

اصل جبران کامل خسارت که در آن به اعاده وضعیت پیشین زیان‌دیده، تعبیر می‌شود، در حقوق ایران نیز، مبنای متنی ندارد و بشدت مورد تردید است (بابایی، ۱۳۸۴، ص ۵۴؛ قسمتی تبریزی، ۱۳۹۴، ۱۶۹). ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی ایران، اگرچه بر جبران زیان تأکید دارد اما دقت در مفاد ماده ۴ این قانون که امکان اعمال تخفیف را در مواردی پیش‌بینی کرده است و ماده ۷ همان قانون که تصریح کرده جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران‌کننده زیان نشود روشن می‌شود که در کنار حقوق زیان‌دیده، وضعیت عامل فعل زیان‌بار در زمان ورود خسارت و بعد از آن نیز، ملاک ارزیابی خسارت و روند جبران است. اتلاف را نیز نمی‌توان مبنای استخراج اصل جبران کامل خسارات تلقی کرد؛ زیرا اولاً، حوزه محدودی دارد که همان صدق اتلاف است (ماده ۳۲۸ قانون مدنی و ملاک تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی). ثانیاً، بر جبران ضرر ناشی از سلب نفع متوقع ناظر نیست (ملاک ماده ۲۲۱ قانون مدنی). غصب نیز که مقررات آن ناظر بر ورود زیان به زیان‌دیده، بدون لحاظ کردن رابطه سببیت یا وضعیت غاصب است، با اصل جبران خسارت تفاوت دارد؛ زیرا علاوه بر این که در غصب استیلا بر مال دیگری مناط تحقق ضمان است و در سایر موارد مسئولیت مدنی قابل اعمال نیست، در خصوص زیان ارزیابی مال تلف شده، نظر مشهور در فقه، غاصب را ضامن یوم التلف میداند که از آنجا که تصریحی در قانون مدنی به آن نشده است، چه بسا رویه قضایی بتواند سکوت قانون را به گونه‌ای مطلوب و در جهت تأدیه قیمت هنگام صدور حکم یا تأدیه تفسیر کند. اما حتی در این صورت نیز، تصریح ذیل ماده ۳۱۲ قانون مدنی (از مالیت افتادن مال مغضوب) و حکم به پرداخت آخرین قیمت، کژتابی آشکار از اصل جبران کامل است (قسمتی تبریزی، ۱۳۹۴، ص ۱۶۵). ممکن است ادعا شود در این فرض می‌توان غاصب را از حیث تسبیب محکوم به پرداخت مابه‌التفاوت قیمت مال از زمان غصب تا زمان از مالیت افتادن آن کرد اما باید توجه داشت این امر در صورتی ممکن است که غاصب مرتکب تقصیر شده باشد اما در صورت مراجعه به کسانی که در حکم غاصب هستند (جاهل به غصبی بودن مال بوده‌اند) امکان پذیر نیست.



۷. امکان پذیرش خسارت تنبیهی

در مقابل خسارت تنبیهی دو ایراد ممکن است مطرح شود:

اولین ایراد مطرح شده، تعارض آن با اخلاق است. به این معنا که جبران خسارت نباید موجب دارا شده زیاننده از محل زیان وارده گردد (Viney and Jourdain, 2006, p.339) در حالی که خسارت تنبیهی موجب سود بردن زیاننده از محل زیان می‌شود. این تصور را باید از ذهن زدود. با وجود قراردادهای استانداردی که طرف حرفه‌ای همه منافع خود را عمداً به ضرر مصرف‌کننده لحاظ می‌کند، اخلاق حساسیت بیشتری برای جلوگیری از ورود زیان به دیگری و سود بردن عامل زیان از محل خطای عمدی خویش دارد (MESA, 2006, p.219).

ایراد دوم این است که خسارات تنبیهی به عدم قطعیت حقوقی منجر می‌شوند. بر مبنای این استدلال، قاعده جبران کامل خسارات واجد درجه بالایی از قطعیت حقوقی است و پیش‌بینی خسارت کاملاً امکان‌پذیر است، در حالی که خسارت تنبیهی در اختیار دادگاه و غیر قابل پیش‌بینی است. این دلیل نیز مجاب‌کننده نیست؛ زیرا تهیه‌کننده قرارداد باید خطر چنین عدم قطعیت حقوقی را تحمل کند. او باید هنگام تنظیم قرارداد، به گونه‌ای عمل کند که یقین پیدا کند با چنین ضمانت اجرایی مواجه نمی‌شود. علاوه بر این، عدم قطعیت حقوقی میزان خسارات تنبیهی، می‌تواند با راهکارهایی مناسب محدود شود و دادگاهها ملزم شوند مثلاً با توجه به درجه ناهنجاری رفتار خواننده، میزان زیان وارد شده و مقایسه خسارت تنبیهی با مجازات مدنی یا کیفری، آن را تعیین و اعمال کنند (Bienenstock et Charreire, 2020, p.521). بنابراین، همان‌گونه که حکم به جزای نقدی (با تعیین سقف آن)، علیرغم عدم قطعیت میزان آن، قابل دفاع است، میزان خسارت تنبیهی نیز توجیه حقوقی کافی خواهد داشت. با این توضیح، امکان حکم به خسارت تنبیهی در دو نظام حقوقی مورد مطالعه، بررسی می‌شود.

۱-۷. حقوق فرانسه

ماده 2-241.L قانون مصرف‌کننده فرانسه مقرر می‌دارد که قاضی می‌تواند علاوه بر حکم به جبران خسارت، ضمانت اجرای «جریمه مدنی» را هم لحاظ کند. شاید این مکانیزم به لحاظ نظری، شبیه «عنوان «خسارت تنبیهی» در کامن‌لا باشد، اما با قطع نظر از این که سقف میزان

جریمه مدنی، به ترتیب، ۳,۰۰۰ یورو و ۱۵,۰۰۰ یورو برای اشخاص حقیقی و حقوقی است و این میزان با توجه به سود احتمالی ناشی از خطای سودآور خوانده، بسیار اندک است، قضات به ندرت از این ماده استفاده می‌کنند (Laithier, 2008, p.219). بنابراین امکان پیش-بینی خسارت تنبیهی در حقوق این کشور، حداقل در حوزه قراردادهای مصرف، ضرورت دارد.

از جمله اولین حقوقدانانی که بر تأثیر بازدارندگی مسئولیت تأکید می‌کنند استارک است که بر نقش دوگانه مسئولیت مدنی تأکید می‌کند. استارک استدلال می‌کند که مسئولیت مدنی به دو هدف کمک می‌کند، جبران خسارت و بازدارندگی. او برای دفاع از این نظر، از مفهوم «خطاهای سودآور» استفاده می‌کند. (Starck et al., p.1996) کسی که می‌داند حتی در فرض جبران خسارات زیان‌دیده، از خطای خویش سود خواهد برد هیچ دلیلی ندارد که مرتکب خطا نشود. مفهوم خطای سودآور تقریباً با آنچه که اقتصاددانان فرصت‌طلبی می‌نامند منطبق می‌شود. به نظر می‌رسد که حقوق مصرف‌کنندگان، به دلیل عدم تعادل قابل‌توجه بین سود مورد انتظار و خطر، یک زمینه ممتاز برای خطای سودآور است. اخیراً نیز باید از مسأله یاد کرد که معتقد است قانون مدنی فرانسه چنان که باید در مقام جبران خسارت، به رفتار قابل سرزنش توجه نکرده است و باید از خسارت تنبیهی به عنوان بدیلی بازدارنده و کارآمد توجه کند. (Mesa, 2006) در همان خط فکری بعضی اظهار تأسف می‌کنند که اصلاح قانون مدنی در سال ۲۰۱۷ از دخالت دادن معیار خطای سودآور در مقام جلوگیری از ورود خسارت خودداری کرده است (Vingiano, 2017, p.25)

بعضی از حقوقدانان معتقدند که میزان خسارات با قانون اساسی نیز ارتباطی ندارد، بنابراین خسارات تنبیهی خلاف قانون اساسی نیستند. به عبارت دیگر، هیچ قانون یا اصل فرا-قانونی وجود ندارد که مانع درج خسارات تنبیهی در قانون مدنی فرانسه شود (Viney ۲۰۱۰, et Jourdain, 2001, p.391; Brun, 2018, p.285). دیوان عالی فرانسه نیز در سال ۲۰۱۰ حکم داد که خسارت تنبیهی به خودی خود بر خلاف نظم عمومی نیست. این تصمیم بسیار قابل‌توجه است زیرا اولین بار است که دیوان عالی فرانسه صریحاً بیان می‌کند که خسارات تنبیهی ذاتاً مخالف هیچ قاعده قانونی یا نظم عمومی نیستند (Vingiano, 2017, p.37, Gaudemet-Tallon, 2011, p.93)



۷-۲. حقوق ایران

قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان، در کنار حکم به پرداخت خسارت، جریمه مدنی را مقرر نکرده اما در دو صورت، جزای نقدی را پیش‌بینی کرده است. اول در جایی که کالا معیوب باشد، اعلام داشته «متخلف علاوه بر جبران خسارات به پرداخت جزای نقدی حداکثر تا معادل چهار برابر خسارت محکوم خواهد شد» (ماده ۱۸). دوم در مواردی که «عرضه کنندگان کالا و خدمات و تولیدکنندگانی که مبادرت به تخلفات موضوع مواد (۳) الی (۸) این قانون نمایند در صورت ورود خسارات ناشی از مصرف همان کالا و خدمات به مصرف‌کنندگان علاوه بر جبران خسارت وارده به جزای نقدی حداکثر معادل دو برابر خسارت وارده محکوم خواهند شد». ولی این جزای نقدی، صرف‌نظر از این که ناظر بر مواردی است که کالا معیوب باشد و ارتباطی با شروط ناعادلانه ندارند، ماهیت جبران خسارت ندارند؛ زیرا به دولت پرداخت می‌شوند.

۸. نتیجه‌گیری

در این مقاله، اثر بازدارنده‌ی ممنوعیت شروط غیر منصفانه در قراردادهای مصرف مورد مطالعه قرار گرفت. بررسی نشان می‌دهد، ضمانت اجرای پیش‌بینی شده در قوانین حمایت از مصرف کنندگان، در فرانسه و ایران، چنان که باید بازدارنده نیستند؛ زیرا ارزش و منافع مورد انتظاری که از ناحیه درج شروط غیر عادلانه در قراردادهای مصرف ایجاد می‌شود بیش از میزان خسارتی است که وارد کننده زیان، ممکن است به پرداخت آن محکوم گردد. به عبارت دیگر، قرار دادن یک شرط ناعادلانه در قرارداد، خطایی سودآور است که انگیزه لازم را برای درج این قبیل شروط فراهم می‌کند. احتمال محکومیت به پرداخت خسارت، مانع از پیش‌بینی آنها در قرارداد نیست. بنابراین تکیه کردن به اصل جبران خسارت، در مقام حمایت از مصرف کنندگان خطا است و قدرت بازدارندگی ندارد. علاوه بر این، مطالعه نشان می‌دهد این اصل، بر خلاف آنچه تصور می‌شود، مبنای متنی قانونی ندارد.

آنچه ضرورت دارد این است که اولاً: درج شروط غیر عادلانه در قراردادهای مصرف به روشنی ممنوع اعلام شود. ثانیاً: معیاری برای تشخیص این نوع شروط، تعیین و تعریف

گردد. ثالثاً: خسارت تنبیهی به عنوان ابزاری بازدارنده، در کنار ضمانت اجرای جبران خسارت، در قانون حمایت از مصرف‌کنندگان پیش‌بینی شود.

۹. منابع

۹-۱. منابع فارسی

۱. امینی، منصور، عابدیان، میر حسین، کرمی، سکینه، «نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در ایران»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۵، شماره ۵۹، ۱۳۹۱.
۲. بابایی، ایرج، «نقد اصل جبران کلیه خسارات در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۷، شماره ۱۶، ۱۳۸۴.
۳. داراب پور، مهرباب، سلطانی احمدآباد، سعید، «فلسفه حقوقی و ماهیت خسارت تنبیهی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۵۲، ۱۳۹۴.
۴. ظاهری، علیرضا، «تحولات قانونی مصونیت دولت: تأثیر قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران و قانون مبارزه با تروریسم ایالات متحده امریکا»، *مجله حقوقی*، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۰، ۱۳۸۳.
۵. عادل، مرتضی، شمس‌الهی، محسن، «شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، سال هفتم، شماره ۵۲، ۱۳۹۷.
۶. قاسمی حامد، عباس، خسروی فارسانی، علی، آقا بابایی، فهیمه، «خسارت تنبیهی در حقوق ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۸۱، ۱۳۹۲.
۷. قسمتی تبریزی، علی، «اصل جبران کامل زیان»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی* سال ۷، شماره ۱۳، ۱۳۹۴.
۸. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
۹. کاتوزیان، ناصر، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، *مطالعات حقوق خصوصی*، شماره ۳، ۱۳۸۷.
۱۰. کرمی، سکینه، «نظم عمومی؛ ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۹۱، ۱۳۹۴.



۱۱. گروسی، علی اکبر، پیرهادی، محمدرضا، «تضمینات شروط غیر منصفانه در قراردادهای الحاقی؛ با مطالعه در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، *فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال ۱۲، شماره ۴، ۱۳۹۸.

۲-۹. منابع خارجی

12. Becker, Gary, «Crime and punishment: An economic approach», *Journal of Political Economy*, Volume 76, No 2, 1968.
13. BEHR, Volker, «Punitive damages in america and german law – tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts», *Chicago Kent Law Review*, Volume 78, Rev. 105, 2005.
14. Ben-Shahar, Omin, Schneider, Carl E., «*More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*», Princeton University Press, 2014.
15. Bernardo, Antonio E., TALLY, Eric, Welch Ivo, «A theory of legal presumptions», *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol 16, No. 1, 2000
16. Bienenstock, Sophie, Charreire, Maxime, «Clauses abusives et règles de répartition des frais de justice», *Revue économique*, vol. 71, n° 3, 2020,
17. Brun, Pilippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4 edn, Litec., LexisNexis, 2018.
18. Cadiet, Loic, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation, in "Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz, 2000.
19. Calais-Auloy, Jean, Steinmetz, Frank, *Droit de la consommation*, 3 edn, Dalloz.2003.
20. Christie, George, «Current trends in the American law of punitive damages», *AngloAmerican Law Review*, 1991.
21. Fabre-Magnan, Muriel, *Droit des obligations, Tome 2: Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF. *Presses Universitaires de France*, 2007.
22. Fluet, Claude, Demougin, Dominique «Rules of proof, courts and incentives», *The RAND Journal of Economics*, Vol 39, No 1, 2008.

23. Gaudemet-Tallon, Hélène, «De la conformité des dommages et intérêts punitifs à l'ordre public», *Revue critique de droit international privé*, 2011, [Https://www.carin.info](https://www.carin.info)
24. Goyder, Martha, Brooker, Steve, «Warning: Too Much Information Can Harm», Final report, Better Regulation Executive and National Consumer Council.2007, <http://bre.gov.uk>
25. Innes, Robert, Optimal liability with stochastic harms, judgement-proof injurers, and asymmetric information, *International Review of Law and Economics*, Vol 19, 1999, <https://www.semanticscholar.org>
26. Kessler, Friedrich, «Contracts of adhesion, some thoughts about freedom of contract», *Columbia Law Review*, Vol 43, No 5, 1943.
27. Korbkin, Russell, «Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability», *The University of Chicago Law Review*, Vol 70, No 4, 2003.
28. Laithier, Yves-Marie, «Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs», in Christophe, Jamin, ed, *Droit et Économie des Contrats*, L.G.D.J.2008, [Https://www.canlii.org](https://www.canlii.org)
29. Le Tourneau, Philippe, «Droit de la responsabilité et des contrats», *Dalloz Action*, Dalloz.2012, [Https://www.librairiedalloz.fr](https://www.librairiedalloz.fr)
30. Leveneur, Laurent, «Études offertes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit, Litec, chapter Les recommandations de la Commission des clauses abusive, 2009, [Https://www.clauses-abusives.fr](https://www.clauses-abusives.fr)
31. Malaurie, Philippe, «L'effet prophylactique du droit civil», in “Études du droit de la consommation: liber amicorum Jean Calais-Auloy de droit de la consommation, Liber amicorum”, *Dalloz*, 2004.
32. Mesa, Rodolphe, «Les fautes lucratives en droit privé», PhD thesis, Université du Littoral.2006, [Https://www.theses.fr](https://www.theses.fr)
33. Molfessis, Nicolas, Le Conseil constitutionnel et le droit privé, - sur la librairie Bibliothèque de *droit privé*; *Parution*, L.G.D.J, 1997, [Https://lgdj.fr](https://lgdj.fr)
34. Polinsky, Mitchell, Che, Yeon-Koo, «Decoupling liability: optimal incentives for care and litigation», *RAND Journal of Economics*, Vol 22, No 4, 1991.



35. Polinsky, A. Mitchell, Shavell, Steven, *Handbook of Law and Economics*, Vol 1, Elsevier, 2007.
36. Sintez, Cyril, «La sanction préventive en droit de la responsabilité civile», *Dalloz*. 2014, <https://www.collectionscanada.gc.ca>
37. Starck, Boris, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, PhD thesis, Paris II, 1947, <https://www.worldcat.org>
38. Starck, Boris, Boyer, Laurent, Roland Henry, *Les Obligations*, Tome 1, Responsabilité délictuelle, 5 edn, Litec, 1996
39. Tunc, André, «Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux», in «Aspects nouveaux de la pensée juridique: recueil en hommage à Marc Ancel», vol I, Pédone, 1975.
40. Viney, Geneviève, Jourdain, Patrice, *Traité de droit civil* ; Les effets de la responsabilité, 2 edn, L.G.D.J. 2001.
41. Viney, Geneviève, Jourdain, Patrice, *Traité de droit civil* ; Les conditions de la responsabilité, 3 edn, L.G.D.J. 2006.
42. Vingiano-Viricel, Iolande, « La faute lucrative: une notion en construction en droit français», *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, No 1, 2017.

Non-Deterrence of the Principle of Compensation in Consumption Contracts (A Comparative Study in Iranian and French Law)

Mehrzad Abdali*

Associate Professor of Private Law in Faculty of Social Sciences, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran

Receive: 19/05/2021

Accept: 16/11/2021

Abstract

Most civil law and civil liability regimes emphasize the principle of balance between loss and the amount of damages awarded to the injured party. The principle of compensation in French law is without exception and has a similar application in the field of contracts and civil liability. In Iranian law, as we will see, this principle is questionable and it is better to call it the principle of balance between loss and compensation. This principle seems to be ineffective, especially with regard to unfair terms in consumer contracts. Under French law, these terms are prohibited in consumer contracts, where one party is a professional and the other party is a consumer. The forbidden term is removed from the contract, the rest of which remains valid. In Iranian law, the claim of invalidity is not documented in any laws and the existing enforcement sanctions does not have the necessary deterrent to prevent the losses. This study shows that in both legal systems, consumer protection laws do not effectively prevent contractual unfair terms, because the principle of full balance between loss and compensation does not create sufficient and effective incentives for the parties. Therefore, it is necessary to consider punitive damages in both legal systems as an effective incentive to avoid Lucrative faults. Consumer contracts - Punitive damages – Lucrative faults - Unfair terms.

Keywords: Consumer contracts, Punitive damages, Lucrative faults, Unfair terms.

* Corresponding author's E-mail: abdali@soc.ikiu.ac.ir