

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

١٤٩٣٥٢



دانشگاه شهید بهشتی
دانشکده حقوق

پایان نامه جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته
حقوق اقتصادی

عنوان:

حقوق مصرف کننده و شروط تحمیلی

دانشجو:

سعیده امیرتیموری

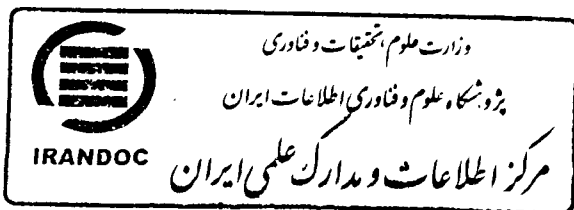
استاد راهنما:

جناب آقای دکتر عباس قاسمی حامد

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر منصور امینی

شهریور ۱۳۸۹



۱۴۹۳۵۲

۱۳۸۹/۱۰/۲۰

تقدیم به

مادرم

که قلبش عرش خداست

سپاس خدای رؤوف را که بنام مقدسش این پژوهش آغازو به انجام رسید

بیگمان شکر خالق جز از طریق سپاسگذاری از مخلوق میسر نخواهد بود که "من لم یشکر المخلوق، لم یشکر الخالق"

با سپاس و تقدیر فراوان

همسرم که حمایت هایش همدم لحظه لحظه های زندگیم بوده است.

جناب آقای دکتر عباس قاسمی حامد که در طول نگارش این پایان نامه از راهنمایی های ارزنده و صبورانه شان بهره ها بردم.

جناب آقای دکتر منصور امینی که زحمت مشاوره این پایان نامه را متقبل شدند.

جناب آقای دکتر قدک که زحمت مطالعه و داوری این اثر را پذیرفتند.

کلیه اساتید دانشکده حقوق که در طول دوره کارشناسی ارشد افتخار تلمذ و شاگردی شان را داشتم .

دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

نام خانوادگی: امیر تیموری	نام: سعیده
سال ورود: ۱۳۸۶	رشته تحصیلی: حقوق اقتصادی
استاد راهنما: دکتر قاسمی حامد	تاریخ فراغت از تحصیل: ۱۳۸۹
استاد مشاور: دکتر امینی	
عنوان پایان نامه: حقوق مصرف کننده و شروط تحمیلی	

چکیده

امروزه می توان حمایت از حقوق مصرف کننده را از جمله مهمترین حقوق شهروندی دانست. شروط تحمیلی از مسایل جدیدی است که تحت تأثیر حقوق مصرف در حقوق قراردادها مطرح شده است. این شروط از نظر ماهوی جزء شروط ضمن عقد هستند و ریشه در نابرابری موقعیت اقتصادی طرفین قرارداد دارند. این شروط از سوی تولید کننده یا عرضه کننده کالا و خدمات با سوء استفاده از موقعیت برتر اقتصادی به ضرر مصرف کننده انشاء و در قرارداد درج می گردند و متضمن یک نابرابری معنادار بین حقوق و تکالیف طرفین به زیان مصرف کننده اند و چنان در قراردادهای میان این دو صنف شایع و رایج اند که حقوق مصرف کننده را به عنوان طرف ضعیف قرارداد به شدت تحت تأثیر خود قرار می دهند.

از آنجا که مبارزه با چنین شروطی لازمه ی حمایت کامل و همه جانبه از حقوق مصرف کننده است، این مسأله را موضوع پژوهش حاضر قراردادیم و در طی دو بخش به شناسایی این شروط و سابقه ی آنها و نحوه مبارزه با آنها می پردازیم و این مبارزه را با استفاده از ظرفیت های حقوق داخلی به نحوی سازماندهی می کنیم که حقوق مصرف کننده را به بهترین و کارآمدترین شکل ممکن تأمین نماید.

کلید واژه: حقوق مصرف ، مصرف کننده، حقوق قراردادها ، شرط ضمن عقد ، شروط تحمیلی ، سوء استفاده از حق،

بطلان شرط تحمیلی

مقدمه ۱

بخش اول: شناسایی شروط تحمیلی و اصل آزادی

قراردادی ۸

فصل اول: شناسایی شروط تحمیلی ۹

قسمت اول: مفهوم شرط تحمیلی و مصادیق آن ۹

مبحث اول: مفهوم ۹

گفتار اول: مفهوم شرط و جایگاه آن در عقد ۱۰

گفتار دوم: مفهوم شرط تحمیلی ۱۳

مبحث دوم: مصادیق شروط تحمیلی ۲۴

گفتار اول: شروط تحمیلی ناظر به انعقاد قرارداد ۲۵

گفتار دوم: شروط تحمیلی ناظر به آثار قرارداد ۲۶

قسمت دوم: سابقه شروط تحمیلی ۳۲

مبحث اول: پیدایش مفهوم شرط تحمیلی ۳۲

گفتار اول: مرحله ی حاکمیت مطلق اصل آزادی قراردادی بر قلمرو قراردادهای ۳۲

گفتار دوم: پیدایش مفهوم شرط تحمیلی در راستای برقراری مجدد تعادل قراردادی ۳۴

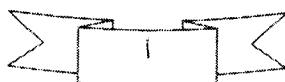
مبحث دوم: سابقه شروط تحمیلی در سیستم های حقوقی معاصر ۳۶

گفتار اول: سابقه در سیستم کامن ۳۶

گفتار دوم: سیستم حقوق موضوعه (فرانسه) ۴۲

فصل دوم: شروط تحمیلی و آزادی قراردادهای ۴۷

قسمت اول: آزادی قراردادهای ۴۷



- ۴۷.....مبحث اول: مفهوم آزادی قراردادها.
- ۵۱.....مبحث دوم: محدودیت های آزادی قراردادها.
- ۵۱.....گفتار اول: انواع محدودیت ها بر اساس حقوق مصرف کننده.
- ۵۴.....گفتار دوم: مبانی محدودیت ها.
- ۵۹.....قسمت دوم: انواع قراردادها بر حسب میزان آزادی اراده.
- ۵۹.....مبحث اول: عقود کنترل شده.
- ۶۰.....گفتار اول: عقود تحمیلی یا فرضی.
- ۶۱.....گفتار دوم: عقود ارشادی.
- ۶۱.....مبحث دوم عقود آزاد.
- ۶۲.....گفتار اول: عقود با گفتگوی آزاد.
- ۶۲.....گفتار دوم: عقود آزاد الحاقی.
- ۶۶.....بخش دوم: مبارزه با شروط تحمیلی.
- ۶۹.....قسمت اول: قواعد عمومی ناظر به انعقاد معامله.
- ۶۹.....مبحث اول: قصد و رضای معاملی.
- ۷۰.....گفتار اول: فقد رضا.
- ۷۳.....گفتار دوم: عیوب رضا.
- ۷۴.....بند اول: اکراه.
- ۷۸.....بند دوم: اشتباه.
- ۸۱.....مبحث دوم: جهت معامله.

- گفتار اول: مفهوم جهت..... ۸۱
- گفتار دوم: ایراد توسل به مفهوم جهت در مبارزه با شروط تحمیلی..... ۸۲
- قسمت دوم: قواعد عمومی ناظر به نفوذ معاملات..... ۸۴
- مبحث اول: نظم عمومی و تقابل شرط تحمیلی با آن..... ۸۴
- گفتار اول: مفهوم نظم عمومی..... ۸۴
- گفتار دوم: تقابل شرط تحمیلی با نظم عمومی..... ۸۵
- مبحث دوم: شرط تحمیلی و تحقق غبن..... ۸۹
- گفتار اول: مفهوم غبن..... ۸۹
- گفتار دوم: شرط تحمیلی و تحقق غبن..... ۹۳
- فصل دوم: مبارزه با شروط تحمیلی در پرتو مفاهیم «سوء استفاده از حق» و «لاضرر»..... ۹۶
- قسمت اول: مبارزه با شروط تحمیلی در پرتو «سوء استفاده از حق»..... ۹۶
- مبحث اول: مفهوم «سوء استفاده از حق» در نظام های حقوقی..... ۹۷
- گفتار اول: مفهوم در حقوق تطبیقی..... ۹۸
- بند اول: مفهوم در کامن لا..... ۹۸
- بند دوم: مفهوم در سیستم حقوقی فرانسه..... ۹۹
- گفتار دوم: مفهوم در نظام حقوقی ایران..... ۱۰۴
- بند اول: مفهوم در فقه..... ۱۰۴
- بند دوم: مفهوم در حقوق موضوعه..... ۱۰۷

- ۱۱۰.....مبحث دوم : شروط تحمیلی و سوء استفاده از حق
- ۱۱۰.....گفتار اول: شرط تحمیلی مصادقی از سوء استفاده از حق
- ۱۱۲.....گفتار دوم:شبهات اعمال قاعده
- ۱۱۳.....قسمت دوم مبارزه با شروط تحمیلی با توسل به قاعده لاضرر
- ۱۱۳.....مبحث اول : کلیات
- ۱۱۳.....گفتار اول: مدارک و مستندات قاعده و قلمرو آن
- ۱۱۳.....بند اول: مدارک و مستندات قاعده
- ۱۱۶.....بند دوم: قلمرو قاعده
- ۱۱۷.....گفتار دوم :مفهوم ضرر و مصادیق آن
- ۱۱۹.....مبحث دوم : اعمال قاعده لاضرر در بحث شروط تحمیلی
- ۱۱۹.....گفتار اول:ضرورت توسل به قاعده لاضرر در مبارزه با شروط تحمیلی
- ۱۲۳.....گفتار دوم:شبهات اعمال قاعده
- ۱۲۳.....بند اول:ضرر های ناشی از زندگی اجتماعی
- ۱۲۴.....بند دوم :اقدام مصرف کننده
- ۱۲۷.....نتیجه گیری
- ۱۳۰.....فهرست منابع

فهرست علائم اختصاری

منبع پیشین	پیشین
جلد	ج
صفحه	ص
صفحات	صص
هجری قمری	ه.ق
Art	Article
Ed	edition
p.	page

مقدمه

۱- طرح بحث : با وقوع تحولات اقتصادی و بکارگیری تکنولوژی در امر تولید، تولید کنندگان و عرضه کنندگان کالاها و خدمات، در موقعیت اقتصادی برتری قرار گرفتند . تجمع امکانات فنی و تخصصی و علمی در دست آنها، ایشان را به غول های اقتصادی تبدیل کرد که در رقابت با یکدیگر که از موقعیت اقتصادی برابری هم برخوردار هستند، حتی به یکدیگر نیز رحم نکرده و در جریان رقابت در راستای جلب سود و منفعت بیشتر و تحمل ضرر کمتر، یکدیگر را تضعیف و حتی گاهاً حذف می نمایند. بدین لحاظ برای تنظیم روابط فیما بین این قدرت های اقتصادی، حقوق رقابت پا به میدان نهاد تا در جریان این رویه های ضد رقابتی نظام اقتصادی جامعه مختل نگردد.

حقوق مصرف کننده و لزوم حمایت از آنها، برای اولین بار توسط فلاسفه ی آمریکایی پیش بینی شد به دنبال آن در سال ۱۹۶۲ میلادی، رییس جمهور وقت آمریکا، جان اف کندی، ضرورت تدوین قوانین مربوط به حمایت از مصرف کنندگان را در مقابل خطرات تهدید کننده جامعه ی مصرفی مطرح نمود



کم کم حقوق مصرف کننده به عنوان یکی از مباحث کلیدی حقوق و اقتصاد مورد توجه حقوقدانان و علمای علم اقتصاد قرار گرفت. امروزه با پیشرفت فن آوری و گسترش چشمگیر فرآیند تولید حمایت از مصرف کننده در مقابل خطرات جامعه ی مصرفی اهمیت روز افزون یافته است.^۱ این اهمیت در ابعاد مختلف حقوقی و اقتصادی قانونگذاران کشورهای مختلف را برآن داشته است تا با تدوین قوانین متعدد و زمینه سازی برای تاسیس سازمان های حمایت از حقوق مصرف کننده، تلاش های زیادی را در خصوص این حمایت معمول دارند.

به موازات قدرت روز افزون تولید کنندگان و عرضه کنندگان، مصرف کنندگان روز به روز موضع شان ضعیف تر شد. فنی و تخصصی شدن کار تولید و تقسیم کارها و نیاز روز افزون مصرف کنندگان به این کالاها و خدمات، وضعیتی را پدید آورد که در روابط فیما بین این دو دسته سوء استفاده های چشمگیری از این موقعیت ضعیف و به شدت نابرابر به وقوع پیوست و چنان شایع و رایج گشت که تعادل اقتصادی قرارداد را به شدت مختل نمود. در نتیجه قراردادی که ابزار توزیع عادلانه ی ثروت بود، به ابزاری در دست اغنیا تبدیل گشت که تامین کننده مطامع و سود جویی های روز افزون آنها بود.

در پاسخ به ضرورت اجتماعی مقابله با این سوء استفاده های اقتصادی و در جهت برقراری مجدد تعادل اقتصادی قرارداد، حقوق مصرف به عنوان متولی حمایت از حقوق مصرف کنندگان، وارد عمل شد و حمایت هایی را از مصرف کنندگان به عمل آورد. این حمایت ها در عرصه های گوناگون وارد عرصه ی تقنینی کشورها شدند و حسب مورد جنبه ی پیشگیرانه یا جنبه ی ترمیمی داشتند.

این حمایت ها در عرصه ی روابط قراردادی و در جهت ایجاد تعادل اقتصادی قرارداد، عمدتاً در چند حوزه متمرکز گشتند:

^۱ (سیملر فیلیپ، «راه حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی در قراردادها»، مترجم دکتر عباس قاسمی حامد، مجله ی تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۳ و ۲۴، صفحه ۲۴۰)

الف) حمایت از مصرف کننده در مرحله ی قبل از انعقاد قرارداد، از جمله ی این حمایت ها می توان به شناسایی تعهد به دادن اطلاعات اشاره کرد.

ب) حمایت از مصرف کننده در مرحله ی انعقاد و شکل گیری قرارداد ، از جمله این حمایت ها می توان به ممنوعیت سوء استفاده از موقعیت برتر و تحمیل شرایط یاد کرد

ج) حمایت از مصرف کننده در مرحله ی اجرای قرارداد ، به عنوان نمونه ی اینگونه تدابیر حمایتی ، می توان به تفسیر قرارداد به نفع مصرف کننده در موارد اجمال یا ابهام قرارداد، یاد کرد.

۲- ضرورت و اهمیت بحث: در نظام اقتصادی مصرف کننده در طرف تقاضا قرارداد دارد . بدیهی است که

مصرف کننده با انتخاب و مصرف کالاها و خدمات تولید و عرضه شده ، به ادامه ی تولید کمک می کند، چرا که مصرف شرط استمرار تولید و بقای نظام اقتصادی است . از این روست که در علم اقتصاد از مصرف به عنوان هدف نهایی از تولید یاد می شود. علاوه بر این توجیه اقتصادی ، حمایت از مصرف کننده توجیه اخلاقی نیز دارد. از الزامات اخلاق در هر جامعه ای مخصوصا جامعه ی اسلامی ما که داعیه ی برقراری یک سیستم اقتصادی اسلامی و عادلانه را دارد، حمایت از اقشار ضعیف در مقابل اغنیا و ثروتمندان است به نحوی که ثروت های جامعه در دست یک گروه جمع نگشته و به طور عادلانه ای در جامعه تقسیم گردد. به هر حال انگیزه وضع قواعد حمایتی از مصرف کننده حاصلی است از جمع انگیزه های اخلاقی، زمینه سازی برای توسعه ی اقتصادی ، مقابله با تورم و سایر پیامد های منفی توسعه ..

با توجه به این نابرابری غیر قابل اغمازی که در این رابطه حادث گشته است امروزه با قراردادهای بیشماری مواجهیم که مشتمل بر شروطی هستند که به نحو افراط گونه ای به ضرر مصرف کننده بوده به طوریکه عملا قرارداد منعکس کننده و تامین کننده ی منافع تولید کنندگان و عرضه کنندگان شده و اجحافی آشکار به حقوق مصرف کننده می باشد. به عنوان نمونه شروطی که مسئولیت تولید کننده را در مقابل

صدمات کالا محدود یا زایل می سازد یا شرطی که تعهدی گزاف بر مصرف کننده تحمیل می نماید تعهد گزافی که توجیهی جز نیاز و اضطرار مصرف کننده ندارد و هزاران شرط دیگر از این قبیل .

با توجه با وضعیت ضعیف و نابرابر مصرف کننده و اضطرار او به تامین مایحتاج خود که عملاً چاره ای جز پذیرش بی قید و شرط چنین شروطی ندارد حمایت از او در مقابل چنین پدیده ای را می توان از جمله ی حقوق شهروندی و حقوق بشری او دانست.

۳- هدف تحقیق : نگارنده مدتهاست که شاهد نقض حقوق مسلم مصرف کننده از سوی برخی تولید کنندگان و عرضه کنندگان کالاهای مصرفی است که با برخورداری از برخی موقعیت ها و یا انحصار بازار، قیمت و شرایط دلخواه خود را ، که به نحو بارزی به ضرر مصرف کنندگان هستند، را بر مشتریان (مصرف کنندگان) نیازمند، که امکان انتخاب گزینه ی دیگری را ندارند ، تحمیل می کنند و همین وضعیت انگیزه این تحقیق و پژوهش شد.

با توجه به آنچه که گفته شد، یکی از مهمترین ابعاد حمایت از حقوق مصرف کننده ، حمایت از او در مقابل همین شروط ناعادلانه و نابرابر است . در حقوق مصرف، حمایتی از مصرف کننده مدنظر است که واجد عنصر کارآمدی بوده و عملاً توان اثر گذاری داشته باشد. در این پژوهش قصد آن داریم که با جست و جو در متون قوانین امکان این حمایت را از طریق یک ضمانت اجرای کارآمد بررسی نماییم

۴- واژه شناسی : از آنجا که در باب حقوق مصرف و حمایت از حقوق مصرف کنندگان ، در حقوق داخلی مطالعات و پژوهشهای قابل توجهی صورت گرفته است، به نظر می رسد که اختصاص فصل یا مبحثی از عناوین کار به این مسأله، عملاً سبب اطاله کلام و چه بسا خروج از مسیر اصلی کار گردد، از این رو در چارچوب اصلی کار مبحثی به این مسائل اختصاص ندادیم. اما از آنجا که موضوع این پایان نامه "حقوق مصرف کننده و شروط تحمیلی" است و بحث از شروط تحمیلی در راستای حمایت از حقوق مصرف کننده و به هدف حمایت از حقوق آنهاست ، لازم است به نحوی بسیار اجمالی به تعریف مصرف کننده به عنوان موضوع و مدار بحث حقوق مصرف بپردازیم.

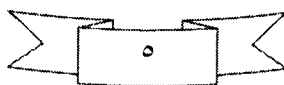
«تعاریفی که اقتصاد دان ها از مصرف کننده دارند، با تعریفی که در متون حقوقی ارائه می شود، متفاوت است و دارای موضع یکسانی نیست»^۲. در حقوق کشور های اروپایی، مصرف کننده دارای مفهوم مشترکی است. در حقوق اتحادیه ی اروپا مطابق بند ۱ ماده ی ۲ دستور العمل راجع به اعتبارات مصرف کننده، مصرف کننده عبارت است از یک شخص طبیعی (حقیقی) که در معاملات دخالت می کند و هدف از دخالت او در این معاملات، تجارت نیست و یا هدف او از شرکت در معاملات بخاطر حرفه و شغل تجاری نیست. البته دادگاه جامعه ی اروپایی با تفسیر دستور العمل مزبور، معنای محدود تری از مصرف کننده را در نظر گرفته است.^۳

آنچه که روشن است، این است که در حقوق اتحادیه ی اروپا مصرف کننده یک شخص حقیقی است نه حقوقی و در تمامی تعاریفی که از مصرف کننده ارائه می شود، این مسأله به طور صریح یا ضمنی مورد اشاره قرار گرفته است. که البته دلایلی دارد به این شرح که :

الف- در حقوق مصرف، حمایت از مصرف کننده به عنوان یک شخص حقیقی مد نظر است چرا که حمایت از شخص حقوقی آنهم همپای شخص حقیقی ضرورت ندارد چون شخص حقوقی برای فعالیت های تجاری خود یا برای اعمال شرکت و کلأدر جهت منافع تجاری خودش اقدام می نماید و اگر کالایی می خرد یا خدماتی را مورد استفاده قرار می دهد، برای منافع شغلی خودش یا منافع موسسه یا منافع اعضای خودش این فعالیت ها را می نماید.

ب- شخص حقوقی یک شخص حقیقی نیست که آنچه را که می خرد شخصاً به مصرف برساند، بلکه صرف اداره یا سازمان خودمی نماید.^۴

^۲ فندک، عبد الرسول، تعریف مصرف کننده، «مجله تحقیقات حقوقی» بار و تابستان ۱۳۷۹، شماره ۲۹ و ۳۰، ص ۳۱۲
^۳ بوستانی، داریوش، «حمایت از مصرف مننده در تجارت الکترونیک» پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه قم، ۱۳۸۲، صص ۴۹ و ۵۰
^۴ کرمانی، حجت، بررسی شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف کننده در حقوق ایران و انگلیس، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه بینالمللی امام خمینی قزوین، ص ۴۵



در حقوق ما نیز مصرف کننده به همان مفهومی است که در حقوق خارجی مطرح شده است. در حقوق ما با توجه به قانون حمایت از مصرف کننده، مصرف کننده هر شخص حقیقی یا حقوقی است که کالایی را برای رفع نیاز خود یا اشخاص تحت تکفل و یا تحت اداره خود می خرد یا از آن استفاده می کند.

حقوق مصرف کننده نیز یکی از مهمترین حقوق عمومی و جزئی از حقوق بشر است و مشتمل بر حقوق، امتیازات و اختیاراتی است مصرف کننده می تواند از لحظه ای که قصد خرید کالا یا خدمتی را دارد تا لحظه ای که خود یا دیگری آن کالا یا خدمت را مورد استفاده قرار می دهد از آنها بهره مند گردد و آنها را حربه ای برای دفاع و حمایت از خود قرار دهد. البته منشأ اعطای این امتیازات می تواند قانون، عرف یا رویه قضایی باشد.

۵- سوالات تحقیق: سوالاتی که در این پایان نامه در صدد یافتن پاسخ آنها هستیم، عبارتند از:

- شروط تحمیلی چه نوع شروطی هستند و وجه ممیزه آنها از سایر شروط قراردادی کدام خصوصیت است؟
- چه مصادیقی از شروط تحمیلی در دست است؟
- آیا مقابله با این شروط در تعارض با اصل آزادی قراردادها نیست؟
- آیا برای مقابله با این شروط راه حلی در سیستم حقوقی ما وجود دارد؟ آیا قواعد حقوق کلاسیک مدنی و تئوری های مربوطه قادر اند آن حمایت کامل و کارآمد را از مصرف کننده به عمل آورند؟
- حمایت کامل و کارآمد از حقوق مصرف کننده در مقابل این شروط اقتضای چگونه ضمانت اجرایی را دارد؟ آیا چنین حمایت و ضمانت اجرایی در سیستم حقوقی ما با توجه به منابع موجود امکانپذیر می باشد؟

۵- پیشینه ی تحقیق: از آنجا که موضوع انتخابی از جمله موضوعات جدید در حقوق قراردادهاست ، طبق بررسی به عمل آمده، در حقوق داخلی ما کار جدی و مهمی روی آن صورت نگرفته است. علاوه بر یکی دو مقاله از اساتید محترم دکتر عباس قاسمی حامد و دکتر عباس کریمی ، که در این کار از آنها بسیار استفاده شده و مشخصات آنها در فهرست منابع استنادی، موجود می باشد، تنها در یکی دو پایان نامه در باب قواعد عمومی قابل اعمال در مورد چنین شروطی بحث شده است ، اما بحث جامعی که حداقل عنصر کارآمدی ضمانت اجرا را در پژوهش خود لحاظ کرده باشد، صورت نگرفته است.

۶- روش تحقیق و منابع مورد مطالعه : این اثر بر مبنای تحقیق مقایسه ای و تطبیقی میان حقوق ایران از یک سو و حقوق اتحادیه اروپایی ، حقوق فرانسه و حقوق انگلیس تهیه شده است و برای بیان مطالب آن، در خصوص مصوبات حقوق اروپایی که سابقه ای در حقوق ایران ندارد، از روش بیان توصیفی و در مقام بررسی و ذکر قواعد و مقررات حقوق مدنی از روش بیان تحلیلی استفاده شده است .

برای نگارش این اثر از روش مطالعه ی کتابخانه ای استفاده شده است، تألیفات حقوقی فارسی در این زمینه بسیار اندک است .البته باید خاطر نشان کرد که عمده ترین مشکلی که نه تنها فراروی نگارنده در خصوص این پایان نامه ، بلکه فراروی تمام دانشجویانی که در رشته های جدید و میان رشته ای تحصیل و تحقیق می نمایند ، کمبود منابع فارسی و عدم دسترسی به منابع منسجم و جامع می باشد، امری که عملاً سبب طولانی شدن نگارش پایان نامه گشت .

۷- توجیه پلان و تقسیم بندی مطالب با توجه به طرح کلی پلان : در این کار مطالب در قالب دو بخش کلی تنظیم شده اند، از آنجا که بحث اولیه از هر موضوعی، از تعریف و شناسایی آن موضوع آغاز می گردد، در بخش اول به شناسایی و تعریف موضوع پرداخته ایم . این بخش در دو فصل شناسایی شروط و آزادی قراردادی خلاصه شده است . در قسمت اول فصل اول به مفهوم شرط

تحمیلی و ماهیت آن پرداخته ایم و مصادیقی از اینگونه شروط به دست داده ایم. از آنجا که لازمه شناسایی دقیق هر موضوع، علی‌الخصوص موضوعات جدید، بررسی سابقه‌ی آن موضوع است، قسمت دوم این فصل را به سابقه‌ی شروط تحمیلی اختصاص داده ایم. از آنجا که بحث شروط تحمیلی در کشور ما از جمله مباحث جدید در حقوق قراردادهاست سابقه‌ی چندانی از این شروط در حقوق داخلی سراغ نداریم. اما از این جهت که خاستگاه بحث شروط تحمیلی، حقوق غرب بوده و در حقوق اتحادیه اروپایی به خصوص فرانسه بالندگی و پختگی کافی را یافته است، به بررسی سابقه این شروط در حقوق تطبیقی پرداخته ایم.

در فصل دوم بخش اول به لحاظ تعارضی که بین مبارزه با این شروط با آزادی قراردادی به نظر می‌رسد، به این موضوع پرداخته شده است. در قسمت اول این فصل به بیان مفهوم آزادی قراردادها و محدودیت‌های وارد بر آن سخن گفته ایم. با توجه به قلمرو این اصل و محدودیت‌های آن در قسمت دوم، به تقسیم‌بندی و توصیف عقود بر مبنای میزان آزادی اراده در قراردادها پرداخته ایم.

برای سهولت در ذکر مطالب و آسانی دستیابی به آنها و در عین حال زیبایی طرح و پلان بخش دوم پایان‌نامه نیز در قالب دو فصل و هر فصل در قالب دو قسمت و هر قسمت در قالب دو مبحث و هر مبحث در قالب دو گفتار، به نحوی که متوازن و هماهنگ با بخش اول باشد، ارائه شده است.

این بخش به بررسی نحوه مقابله با چنین شروطی در حقوق داخلی می‌پردازد. در فصل اول امکان این مبارزه در قالب قواعد عمومی قراردادها، طی دو قسمت قواعد عمومی ناظر به انعقاد معامله و قواعد عمومی ناظر به نفوذ معامله، بررسی می‌شود. از آنجا که تمرکز این پایان‌نامه معطوف به کارآمدی ضمانت اجرای چنین شروطی در قراردادهاست، در فصل دوم از این بخش این مبارزه در دو قسمت و در پرتو دو قاعده کلی و عمومی، یعنی قاعده لاضرر و قاعده منع سوء استفاده از حق سازماندهی شده است. در قسمت اول این فصل به قاعده منع سوء استفاده از حق پرداخته شده است. از آنجا که این قاعده در حقوق بسیاری از کشورها راه حل مقابله با شروط تحمیلی دانسته

شده و از سوی دیگر علی رغم داشتن سابقه روشن فقهی، در رویه قضایی و ذهن دکترین مفهوم مأنوسی ندارد، بدو مفهوم قاعده در حقوق تطبیقی، آنهم در دو سیستم کامن لا و سیستم حقوقی فرانسه بررسی شده است. در ادامه نیز به بررسی مفهوم قاعده در فقه و حقوق موضوعه خودمان پرداخته ایم. در مبحث دوم نیز به تحلیل شرط تحمیلی به عنوان مصداقی از سوء استفاده از حق پرداخته ایم.

از آنجا که قاعده منع سوء استفاده از حق در سیستم حقوقی ما، ندرتاً در استدلالها مستمسک قرار می گیرد از سوی دیگر نیز خود ریشه در قاعده مأنوس و جافتاده لاضرر دارد، در قسمت دوم از این فصل، مبارزه و مقابله با این شروط را در پرتو قاعده لاضرر ادامه می دهیم. از آنجاکه در این مبارزه به قاعده ای عام نیاز داریم که کلیه مصادیق شروط تحمیلی را پوشش دهد به بررسی مستندات و قلمرو قاعده در جهت اثبات این جامعیت و عمومیت می پردازیم و پس از آن شروط تحمیلی را در پرتو این قاعده مورد تحلیل قراردادها و شبهات احتمالی را بررسی خواهیم کرد.

بخش اول

شناسایی شروط تحمیلی و آزادی قراردادی