

شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی و تعارض آن با اهداف نظام بانکداری بدون ربا

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۲۳

۱۲۷ حسن حجار کارگر*
علیرضا حسینی**
امیر خواجهزاده***

فصلنامه علمی اقتصاد اسلامی / مقاله علمی پژوهشی / سال بیست و دوم / شماره ۸۷ / پاییز ۱۴۰۱

چکیده

شروط غیرمنصفانه یکی از مسائل قابل بحث در زمینه شروط ضمن عقد است که تعادل قراردادی را برهم می‌زند. در دنیای امروز نیز گسترش قراردادهایی که در آنها یکی از طرفین به دلیل برخورداری از موضع برتری، شروطی را در قرارداد بگنجانند که نسبت به طرف مقابل قرارداد، غیرمنصفانه است، روزافزون می‌باشد. در این میان، بانک‌ها با توجه به منابع مالی که در اختیار دارند، عمدتاً شروطی را در قراردادها و در مقابل مشتریان می‌گنجانند که در ظاهر از اصل صحت تبعیت کرده و بر اساس اصول قراردادی صحیح منعقد شده‌اند، اما در باطن به نوعی شروط تحمیلی قلمداد شده و مشتری بر اساس نیاز اقتصادی که دارد، از روی ناچاری به این شروط غیرمنصفانه تن می‌دهد. این در حالی است که مسئله یادشده با اهداف نظام بانکداری بدون ربا که مبتنی بر استقرار نظام پولی - اعتباری بر اساس حق و عدل و در راستای تنظیم گردش صحیح پول و اعتبار و در جهت سلامت و رشد اقتصاد کشور است، منافات دارد. نتیجه نهایی قبول این شروط از سوی طرفین قراردادها، خدشه‌دار شدن اصل عدالت و ایجاد بی‌اعتمادی میان بانک و مشتریان و فعالان اقتصادی و در نهایت، فساد در عرصه نظام پولی و بانکی خواهد بود. با توجه به اهمیت این مسئله، در مقاله حاضر، ضمن بررسی مفهوم و مبانی شروط غیرمنصفانه به بررسی

*. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد دامغان، دانشگاه آزاد اسلامی، دامغان، ایران.

Email: hasan.hajjar@gmail.com

** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد دامغان، دانشگاه آزاد اسلامی، دامغان، ایران

Email: alirezahasani332@gmail.com.

(نویسنده مسئول).

*** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد دامغان، دامغان، ایران.

Email: a.khajezadeh@damghan.ac.ir

مصادیق این شروط در قراردادهای بانکی پرداخته و راهکارهایی جهت اصلاح و برون رفت از وضعیت حاضر قراردادهای بانکی ارائه می شود.

واژگان کلیدی: انصاف، قرارداد، شروط غیرمنصفانه، نظام بانکی، بانکداری بدون ربا. طبقه بندی JEL: E58، K12، E43.

مقدمه

بخش شروط ضمن عقد از امور بسیار متداول در قراردادهاست که مباحث پیچیده‌ای را در حقوق قراردادها به خود اختصاص داده است. در این میان یکی از مسائل قابل بحث در زمینه شروط ضمن عقد، مسئله شروط برهم‌زننده تعادل قراردادی و به تعبیری شروط غیرعادلانه و غیرمنصفانه است. امروزه در بسیاری از قراردادها، طرفی که به دلایل مختلفی چون برتری اقتصادی، از قدرت معاملی بالاتری برخوردار است، به درج شروطی در قرارداد اقدام می‌کند که غیرمنصفانه به نظر می‌رسد. طبیعی است که این‌گونه شروط توازن میان حقوق و تعهدات طرفین را بر هم می‌زند. امروزه مسئله شروط غیرمنصفانه به‌ویژه در قراردادهایی که میان بانک‌ها از یک‌سو و مشتریان و تسهیلات‌گیرندگان بانکی از سوی دیگر منعقد می‌شود، از مسائل مهم و مبتلا به به شمار می‌آید. طبیعتاً در این جستار هر شرط برهم‌زننده تعادل قراردادی مدنظر نیست، بلکه مواردی مورد نظر است که به قرارداد حالت ناعادلانه و غیرمنصفانه می‌دهد. این مسئله هنگامی رخ می‌دهد که مزایای بیش‌ازحد افراطی برای طرف قوی قرارداد (بانک)، به زیان طرف ضعیف (مشتری) ایجاد شود و بانک از وضعیت برتر خویش بهره گرفته یا به تعبیری سوءاستفاده کرده باشد. این دسته شروط که به‌گونه‌ای متضمن سوءاستفاده یکی از طرفین است امروزه در قراردادهای الحاقی بانک‌ها عمدتاً زیاد به چشم می‌خورد. با وجود این، شروط یادشده منحصر به شروط مندرج در قراردادهای الحاقی نیست.

قانون‌گذار در قانون عملیات بانکی بدون ربا (۱۳۶۲) بانک‌ها را ملزم نمود از قراردادهای مشخصی برای فعالیت خود استفاده کنند که می‌توان آن را اصل توقیفی بودن قراردادهای بانکی نامید. در عمل، تضمینی برای عدم تحمیل اراده بانک وجود نداشت. به همین خاطر، ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار مصوب ۱۳۹۰ همه دستگاه‌های اجرائی را مکلف نمود قراردادهای خود را عادلانه کنند و تبصره این ماده، بانک مرکزی را

مشمول این حکم قرارداد و مقرر شد بانک مرکزی، برای عادلانه‌شدن قراردادهای بانکی، مبادرت به تهیه قراردادهای الحاقی و نمونه نماید. چنین تکلیفی، بیانگر این است که باید بانک را به عنوان نهادی عمومی تلقی کرد که موقعیت بالاتری نسبت به طرف مقابل دارد؛ زیرا قرارداد الحاقی زمانی منعقد می‌شود که یک طرف به پشتوانه جایگاه قدرتمند خود بر طرف مقابل برتری داشته باشد و شرایط قرارداد را مطابق منافع خود تنظیم نماید.

با توجه به ضرورت‌ها و اهمیت بیان‌شده و با عنایت به مسئله اصلی تحقیق، در این پژوهش درصددیم با شناخت دقیق از مفهوم و ابعاد شروط غیرمنصفانه، به برخی از مصادیق بارز شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی در ایران اشاره کرده و دلیل مغایرت آن را با فلسفه و اهداف بانکداری بدون ربا تبیین نماییم.

مفهوم شروط غیرمنصفانه

شروط غیرمنصفانه شرطی است که یکی از طرفین معامله با تکیه بر توفیق و غالباً قدرت اقتصادی خود، آن را در قرارداد می‌گنجانند و طرف مقابل هم ناگزیر موافقت خود را اعلام می‌دارد. شرط غیرمنصفانه برگردان (Unfair term) است و برخی از آن به شرط ناعادلانه تعبیر می‌نمایند که خالی از تسامح نیست و با توجه به ریشه واژه (Fair) که با مفاهیمی همچون صداقت، روراستی و وجدان هم‌معناست، تعبیر غیرمنصفانه، معادل مناسب‌تری برای (Unfair) می‌باشد. واژه (Unconscionability) نیز در مفهوم شرط غیرمنصفانه به کار رفته است. در ارتباط با دو مفهوم (Unfair) و (Unconscionability)، آنچه از بررسی فرهنگ‌های حقوقی به دست می‌آید آن است که این دو واژه مترادف‌اند و هر دو به معنای شرط غیرمنصفانه می‌باشند (امانی و حسنی، ۱۳۹۶، ص ۶۲).

در پذیرش انصاف بین عالمان اسلام هیچ‌گونه اختلافی وجود ندارد. در فقه اسلام موارد عده‌ای دیده می‌شود که نسبت به تعهدهای ناشی از عقدها، انصاف رعایت شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۴، ص ۹۹). در آثار بسیاری از فقیهان مانند شیخ انصاری، تمسک به این قاعده به اندازه‌ای پررنگ است که گویی منبع پنجم استنباط احکام است (اسکینی، ۱۳۶۵، ص ۱۰).

بی‌گمان، اصل مترقی انصاف از حیاتی‌ترین اصول و قواعد اسلامی و بشری است؛ زیرا افزون بر آیات و روایات فراوان، عقل مستقل بر ضرورت و اهمیت آن تأکید دارد و از

سوی دیگر بر تمام معارف دینی اعم از اصول اعتقادی و احکام تشریحی و مقولات اخلاقی سایه افکنده است. روابط و مناسبات انسان‌ها نیز که مهم‌ترین بخش تشریح است، از اصل انصاف تأثیر می‌پذیرد؛ از این رو، قوانین، حقوق و تکالیف انسان‌ها در برابر یکدیگر با ملاحظه این اصل وضع شده است. در برخی از ابواب فقهی نیز فقیهان با تمسک به این قاعده، احکامی داده‌اند (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۷، ص ۲۰۷).

اقتضای این قاعده این است که طرفین قراردادهای اسلامی مکلف‌اند در پدیدساختن و اجرای قرارداد بر اساس انصاف رفتار کنند تا وسیله اتلاف و تضییع حقوق دیگران فراهم نشود. بر همین اساس نقض انصاف و درج شروط غیرمنصفانه در قرارداد نیز از مصداق‌های ضرررساندن به افراد شمرده می‌شود. بر مبنای آنچه بیان شد، شرط‌های غیرمنصفانه یا تحمیلی به شرط‌هایی گفته می‌شود که یکی از دو طرف با سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعی یا تخصص خویش به طرف دیگر تحمیل کند. این شرط‌ها کم‌وبیش به‌طور غیرمنطقی به نفع یک از طرفین قرارداد است (کریمی، ۱۳۸۱، ص ۷۰).

هرچند منصفانه‌بودن قرارداد در حقوق روم دارای سابقه است، اما غیرمنصفانه‌بودن شروط و قراردادهای، به عنوان یک نظریه حقوقی برای نخستین بار در قرن هفدهم میلادی مورد توجه دادگاه‌های انگلستان قرار گرفت که پس از آن در نظام‌های حقوقی دیگر نیز مورد توجه واقع شد و حمایت‌های تقنینی را نیز به دنبال داشت تا آنجا که اتحادیه اروپا با تصویب دستورالعملی در خصوص مبارزه با شروط غیرمنصفانه، کشورهای عضو اتحادیه را مکلف به حمایت از طرف ضعیف قرارداد نمود.

در حقوق ایران و حتی «نظام حقوقی نوشته» می‌توان در مباحث راجع به شرط رفع و یا کاهش مسئولیت و همچنین قواعد عمومی قراردادهای در مباحثی همچون «رضا» و «جهت معامله»، به مبانی مقابله با شرط غیرمنصفانه دست یافت. همچنین، رویه قضایی نیز می‌تواند با الغای خصوصیت از قوانین خاصی که به نحوی به شرط غیرمنصفانه اشاره نموده‌اند و تعمیم آن به سایر موضوعات مطروحه، بستر حمایت از طرف ضعیف قرارداد را فراهم نماید. علی‌رغم مستحده‌بودن این شرط می‌توان مبانی آن را نیز در فقه بررسی کرد و در خلال مباحث فقهی از جمله معامله در حالت اضطرار، حیل ربا، رضای معاملی، معاملات سفهی،

مبانی عسر و حرج و همچنین آنچه برخی فقها تحت عنوان قسط معاملی از آن تعبیر نموده‌اند، مبانی فقهی شرط غیرمنصفانه را اصطیاد نمود (امانی و حسنی، ۱۳۹۶، ص ۶۱).

در این رابطه قانون مدنی، به صورت صریح به بحث شروط تحمیلی نپرداخته است. البته در موادی که مرتبط با قصد و رضای معاملی یا بحث خیار غبن است، به نوعی به صورت ضمنی به این مسئله توجه داشته است. مطابق این مواد، اگر یکی از متعاملین شرایط معامله را به گونه‌ای فراهم آورد که دیگری با رضایت کامل معامله را امضا نکند، یا اینکه وی مغبون واقع شود، این معامله صحیح نیست. در قانون مدنی، مواد ۱۹۰ تا ۱۹۵ در مورد قصد طرفین و رضای آنهاست. درباره خیار غبن نیز در ماده ۴۱۶ این گونه آمده است: «هریک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند». البته به‌طور کلی در ایران، قوانین حامی طرف ضعیف قرارداد اعم از مصرف‌کننده با افراد طرف قرارداد با مؤسسه‌های انحصاری یا شبه‌انحصاری تدوین نشده و شروط غیرمنصفانه نیز بررسی نشده است؛ اما با وجود این، در برخی مواد قانونی، آثار توجه به این موضوع مشاهده می‌شود؛ چنان‌که در ماده ۴۵ قانون برنامه پنج‌ساله چهارم و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی چنین بیان شده است که «اعمال ذیل که منجر به اخلال در رقابت می‌شود»، ممنوع است:

۱. سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط؛

۲. تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه (الهیان و الهیان، ۱۳۹۲، ص ۵).

جایگاه انصاف و تمیز آن از شروط غیرمنصفانه

۱. انصاف به منزله قاعده حقوقی

قاعده حقوقی دارای اوصافی است که هر بیان کلی و قابل انطباق بر موارد عدیده را از شمول خود خارج می‌کند. مهم‌ترین اوصاف قاعده حقوقی عبارت‌اند از:

۱. کلی و عام‌الشمول است و ناظر بر یک مورد خام نیست؛

۲. الزام‌آور است؛

۳. دارای ضمانت اجرای کافی و مؤثر است؛

۴. ناظر به نظام اجتماعی است.

انصاف برای رفع اختلاف توسط قاضی یا داور، گاه به عنوان یک اصل کلی حقوقی (اصل انصاف) و گاه به عنوان اصول عالی اخلاقی که می‌تواند قواعد حقوقی را کنار بزند (اصول عدل و انصاف)، مورد استفاده قرار می‌گیرد. فارغ از ترتب ثمره عملی بر تمایز بین این دو مفهوم، آنچه مسلم است اینکه آنها از جهات مختلف با هم متفاوت‌اند. خاستگاه اصل انصاف در مفهوم امروزی، در حقوق داخلی به نظام رومی ژرمنی از ۱۶۲۵م، برگرفته از دیدگاه ارسطو در این باره و در حقوق بین‌الملل به ۱۹۲۰م بر می‌گردد. حل منصفانه بر مبنای اصول عدل و انصاف در حقوق داخلی، متأثر از قواعد داوری آنسیترال، به ۱۹۶۷م و در حقوق بین‌الملل، به ۱۹۲۰م مربوط می‌شود. اصل انصاف معمولاً یک هنجار قانونی است که در مقام تصمیم به عنوان بخشی از قانون مدنظر قرار می‌گیرد، اما ماهیت اصول عدل و انصاف یک نوع آزادی عمل در قضاوت است که قاضی، خارج از قلمرو قواعد حقوقی، تصمیم‌گیری می‌نماید. درحالی‌که توسط به اصل انصاف، اغلب نیاز به رضایت طرفین اختلاف ندارد، استفاده از اصول عدل و انصاف در هر حال نیازمند چنین رضایتی است. انصاف در حقوق ایران، جز در بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، به عنوان یک اصل کلی حقوقی، آن هم غالباً به‌طور ضمنی، کم‌وبیش در قوانین و یا رویه قضایی مورد توجه قرار گرفته است (مطیعی و البرزی ورکی، ۱۳۹۷، ص ۱۳۷).

در بحث حاضر، به‌طور مسلم عدم وجود ضمانت اجرا، مشکل‌ساز می‌باشد. اگر بگوییم حقوق چیزی جز ضمانت اجرا نیست، سخن گزافی نگفته‌ایم. قاعده‌ای که اجرای آن از طرف دولت تضمین شده است را نباید در زمره قواعد حقوقی آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۵۵). البته می‌توان پذیرفت که ضمانت اجرای قاعده‌ای در خود آن پیش‌بینی نشده باشد؛ ولی متعاقباً حکومت آن را تضمین کند، اما وجود قاعده‌ای بدون هیچ‌گونه ضمانت اجرا پذیرفتنی نیست و باید گفت در غیر این صورت، قاعده حقوقی در حکم «پند و اندرز و موعظه» خواهد بود (واحدی، ۱۳۸۶، ص ۳۴). پس در این مجال، همین بس که نمی‌توان انصاف را به عنوان قاعده‌ای حقوقی به معنای خاص آن در نظر گرفت.

۲. انصاف به منزله قاعده فقهی

انصاف در مفهومی که در حقوق اروپا می‌شناسند، سابقه‌ای در فقه امامیه و حقوق ایران ندارد. در ادبیات فقهی، انصاف در دو معنا استعمال می‌گردد: گاهی انصاف در معنای نیمه، میانه و منصفه به کار می‌رود و بیشتر ناظر بر برابری است؛ چه برابری در مقدار و یا غیر آن. انصاف در این مفهوم در حقوق ماهوی و شکلی به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۶۸۸).

مفهوم انصاف در قاعده فقهی «عدل و انصاف» نیز ناظر بر معنای فوق است؛ زیرا این قاعده، حکم به تقسیم بالمناصفه مال در فرض مشتبه‌شدن مال بین دو نفر می‌نماید. معنای دیگر انصاف، تصمیم‌گیری بر اساس وجدان و حق است؛ مانند انصاف در تعیین نرخ عادلانه و تعدیل اجاره‌بها (امانی و حسینی، ۱۳۹۶، ص ۶۹).

بیشتر فقها، انصاف را مترادف عدالت دانسته و آن را مانند عدالت، حد وسط در همه باورها، کردارها و گفتارها تعریف نموده‌اند (اردبیلی، [بی‌تا]، ص ۳۲۲). البته در دوران معاصر، برخی انصاف را به‌طور خاص مورد بحث قرار داده‌اند و از آن به عدالت عملی تعبیر کرده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱، ص ۲۲۴) که این نظر به معنای انصاف در دیدگاه ارسطو متمایل است. همچنین فقها، به حکم عقل سلیم، انصاف را در تمام امور و در جمیع شئون پسندیده و این حکم را مستند به عقل عملی نموده‌اند؛ از این رو بیشتر فقها، انصاف را مترادف عدالت دانسته و آن را مانند عدالت، حد وسط در همه باورها، کردارها و گفتارها تعریف نموده‌اند (اردبیلی، [بی‌تا]، ص ۳۲۲).

رویکرد قوانین ایران در قبال شروط غیرمنصفانه

با بررسی و ملاحظه متون قانونی در نظام حقوقی ایران می‌توان بیان داشت تدابیر و اقدامات مقنن ایرانی در زمینه مقابله با شروط غیرمنصفانه در موادی کوتاه و مختصر در چند قانون خاص، خلاصه می‌شود. قانون تجارت الکترونیک مشتمل بر ۸۱ ماده و ۷ تبصره، مصوب ۱۳۸۲ مجلس شورای اسلامی است که دربرگیرنده قواعدی در رابطه با مبادلات آسان و ایمنی اطلاعات در فضای اینترنت می‌باشد. این قانون در مواد مختلفی به حمایت از مصرف‌کنندگان به عنوان طرف ضعیف مفروض قرارداد اشاره نموده است. بر

اساس ماده ۳۳ این قانون فروشندگان کالا و ارائه‌دهندگان خدمات بایستی اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری مصرف‌کنندگان جهت خرید و یا قبول شرایط را از زمان مناسبی قبل از عقد در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهند. با لحاظ مواد ۴۱۶ و ۴۱۷ و نیز ماده ۶۱۸ قانون مدنی این مسئله نمایان می‌شود مقنن ایرانی، از یک‌سو با اثرپذیری و الهام از آموزه‌هایی نظیر شخصی‌بودن (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۰۷)، به برابری و متعادل‌شدن عوضین به هنگام تفاوت فاحش نظر داشته و از سوی دیگر با استناد به قاعده اقدام، اسقاط حق خیار فسخ در صورت علم و اطلاع مغبون از قیمت عادلانه را مورد اشاره قرار داده است (ساردویی نسب و کاظم‌پور، ۱۳۹۰، ص ۳۰-۳۱). همچنین مستنبط از رویه فقها، نابرابری فاحش عوضین در خیار غبن، باید در زمان انعقاد قرارداد ارزیابی شود (انصاری، ۱۳۸۸، ص ۷۵).

در نظام قراردادهای و در سیستم اسلامی، علی‌رغم پذیرش اصل حاکمیت اراده، اگر توافقات به صورت ناآگاهانه، فردی را در معرض ضرر قرار دهد و منجر به نتایج غیرمنصفانه گردد، از پشتوانه و نفوذ حقوقی برخوردار نیست (راعی و مولاییان، ۱۳۹۳). در حقوق اسلام، اگرچه بر اساس اصل آزادی قراردادی، طرفین می‌توانند هر شرطی را که مطلوبشان باشد در قرارداد درج کنند (الهیان و الهیان، ۱۳۹۲، ص ۱۰)، اما این آزادی با محدودیت‌هایی در راستای عدالت معاوض مواجه است. در زمینه امکان تفسیر قرارداد الحاقی، ماده ۱۷ آیین‌نامه شماره ۸۱ شورای عالی بیمه، رویکردی مشابه قاعده تفسیر علیه انشاءکننده در نظام کامن‌لا را پذیرفته است. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «مسئولیت درج صحیح اطلاعات در بیمه‌نامه بر عهده بیمه‌گر است و موارد اجمال، ابهام یا اختلاف در مندرجات بیمه‌نامه با سایر مستندات به نفع بیمه‌گذار یا ذی‌نفع تفسیر می‌شود».

ملاک‌های تشخیص قراردادهای متضمن شروط غیرمنصفانه

۱. ضروری بودن متعلق قرارداد

بدیهی است ملاک تشخیص ضروری از غیرضروری، نظر عرف است و حتی ممکن است در زمان‌ها و مکان‌های مختلف، متفاوت باشد. این ویژگی سبب گردیده که قراردادهای الحاقی حاوی شروط غیرمنصفانه از مصادیق معاملات اضطراری به حساب آید. بسیاری از حقوقدانان این نظر را پذیرفته و ضروریات زندگی روزمره بشری را نیز از موارد اضطرار

در معاملات دانسته‌اند و در فقه و روایات هم می‌توان نشانه‌های این نظریه را پیدا کرد (قافی، ۱۳۸۳، ص ۶۷). کاتوزیان در این زمینه می‌گوید: «در این گونه اعمال، پیشنهادکننده توانایی تحمیل همه شرایط دلخواه را دارد و دیگری از روی اضطرار باید آن را بپذیرد ... همه در جامعه کم‌وبیش دچار ضرورت‌های زندگی هستند و به اضطرار به معاملاتی که نمی‌خواهند، تن در می‌دهند ... چندان که می‌توان گفت تمام قراردادها کم‌وبیش در اثر اضطرار واقع می‌شود. قانون‌گذار نیز با توجه به این حقیقت، عیب رضا را در این گونه موارد نادیده می‌گیرد و معامله ناشی از اضطرار را نافذ می‌داند» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، صص ۲۵، ۲۶، ۳۴ و ۱۰۷).

۲. موضع برتر طرف پیشنهادکننده

ویژگی عمده طرف پیشنهادکننده قراردادهای حاوی شروط غیرمنصفانه، دارا بودن از قدرت کاملاً برتر اقتصادی و نیز داشتن حق امتیاز انحصاری یا شبه انحصاری کالا و خدمات و تسهیلات ضروری است. البته با تعبیر دیگری می‌توان انحصاری بودن کالا و خدمات و تسهیلات را از ویژگی‌های متعلق قرارداد، تلقی نمود. برخی از حقوقدانان، این ممیزه را اصلی‌ترین خصلت ویژگی قراردادهای حاوی شروط غیرمنصفانه می‌دانند؛ به گونه‌ای که اگر در قراردادی این ویژگی وجود نداشته باشد، به هیچ‌وجه عنوان قرارداد غیرمنصفانه بر آن صدق نمی‌کند و برعکس اگر این ویژگی وجود داشته باشد، ولی برخی دیگر از ویژگی‌ها وجود نداشته باشد، باز قرارداد غیرمنصفانه تلقی می‌گردد (الصدّه، ۱۹۴۶م، ص ۶۵).

۳. ویژگی مفاد قرارداد

قراردادهای غیرمنصفانه معمولاً حاوی شروط تفصیلی زیادی هستند که اکثر آنها به نفع طرف پیشنهادکننده و بعضی نیز اجحافی و ظالمانه است و در آن جای هیچ مذاکره و مناقشه‌ای درباره این شروط و قیمت کالا و خدمات وجود ندارد. این شروط ممکن است مسئولیت طرف پیشنهادکننده را تخفیف دهد یا اصولاً شرط عدم مسئولیت قراردادی باشد؛ یعنی او را کاملاً از مسئولیت معاف گرداند و یا اینکه مسئولیت طرف مقابل را افزایش دهد؛ مثلاً برای تقصیرهای احتمالی او مجازات معین کند. همچنین مفاد و شروط قرارداد، دارای پیچیدگی خاصی است که فهمیدن آن برای مردم عادی دشوار است (سنه‌وری، ۱۹۹۸م، ص ۲۳/الصدّه،

۱۹۷۴م، ص ۱۳۶) و آنها عمدتاً با فرم آماده‌شده‌ای روبه‌رو هستند که فقط آن را امضا می‌کنند، بدون اینکه مفاد آن را مطالعه کنند یا به تعهدات داخل آن توجهی داشته باشند.

۴. ویژگی شکل قرارداد

در قراردادهای حاوی شروط غیرمنصفانه، ایجاب به صورت یک فرم چاپی و نمونه عرضه می‌شود که در آن تمام شروط و مفاد قرارداد وجود دارد و در تنظیم آن دقت زیادی صورت گرفته و درعین حال، از پیچیدگی زیادی نیز برخوردار است که فهم آن برای اشخاص عادی مشکل است و یا اینکه به قدری ریز نوشته شده که معمولاً افراد رغبت به خواندن آن نمی‌کنند؛ ولی مجبور به پذیرش آن هستند. ضمن اینکه این پیشنهاد، برای همه مردم به یک شکل و با شروط یکسان ارائه می‌شود. خصوصیت دیگر آن، طول مدت و دوام و استمرار آن است؛ یعنی محدود به زمان کوتاهی نیست؛ بلکه این پیشنهاد برای عموم افراد، به صورت یکسان و مستمر عرضه می‌گردد و این طول مدت و شکل ایجاب، به واسطه طبیعت قرارداد الحاقی است؛ چون پیشنهاد توسط کسی ارائه می‌شود که دارای قدرت انحصاری است (قافی، ۱۳۸۳، ص ۶۷-۶۸)؛ ازاین‌رو طبیعی است که عرضه‌کننده کالا یا خدمات، می‌تواند با توجه به شرایط اقتصادی و اجتماعی، شروط و تعرفه‌های خاصی را معین کند که معمولاً بادوام و پایدار بوده و تا مدت طولانی نیازی به تغییر و تعدیل آن نیست.

۵. نظریه سوءاستفاده از حق

نظریه سوءاستفاده از حق به عنوان مبنای مقابله با شروط تحمیلی در قراردادهای منعقد می‌باشد. دیدگاه سنتی در خصوص توجیه مقابله با شروط غیرمنصفانه، حمایت از طرف ضعیف قرارداد است. این امر درواقع موقعیت نابرابر طرف ضعیف را جبران می‌نماید. برتری اقتصادی، اجتماعی و یا فکری طرف قرارداد موجب می‌گردد که طرف مقابل یا قرارداد را با شروط تحمیلی ضمن آن بپذیرد یا آن را رها نماید. در واقع آزادی قراردادی می‌تواند به عنوان ابزاری مؤثر در دست صاحبان قدرت اقتصادی، صنعتی و پولی تبدیل گردیده که به آنها این امکان را بدهد که یک نظام فئودالی جدیدی را به نفع خود ایجاد نمایند. چنین دیدگاهی در بند نهم رهنمون ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا نیز بیان گردیده و اشعار داشته که خریداران کالا و خدمات باید در مقابل سوءاستفاده از قدرت توسط فروشندگان و

تأمین‌کنندگان حمایت گردند. دیوان دادگستری اروپا نیز در پرونده‌های متعددی منطق وضع رهنمون ۹۳/۱۳ را قدرت چانه‌زنی ضعیف مصرف‌کننده دانسته است. در پرونده Océano Grupo مطرح گردید که نظام حمایتی مطرح شده در رهنمون ۹۳/۱۳ بر این پایگاه استوار است که مصرف‌کننده از موقعیت ضعیف‌تری هم از حیث چانه‌زنی و هم از نظر دانش برخوردار است.* چنین منطقی در قراردادهای بین بانک و مشتری‌ها نیز وجود دارد؛ به‌گونه‌ای که یکی از اهداف حقوق رقابت بین بنگاه‌های اقتصادی جلوگیری از سوءاستفاده از قدرت بازاری در کنار توزیع منصفانه قدرت اقتصادی و حمایت از بنگاه‌های کوچک است (غفاری فارسانی، ۱۳۹۳، ص ۱۳۱).

با وجود این، تردیدهایی در خصوص این نظریه به عنوان مبنای تشخیص و مقابله با شروط غیر منصفانه بانکی وجود دارد. نخست، چنانچه مسئله سوءاستفاده از حق و قدرت برتر یکی از طرفین علیه دیگری مطرح است چرا نرخ خدمات بانکی و سایر شروط اساسی قرارداد باید از این بررسی خارج گردند! بدیهی است طرف قوی در وهله نخست از قدرت اقتصادی خود برای افزایش قیمت خدمات استفاده می‌نماید و بی‌توجهی به آن بر اساس نظریه سوءاستفاده از حق چندان قانع‌کننده نیست؛ دوم، بر اساس تحلیل‌های اقتصادی، حتی در فرضی که بانک به عنوان یکی از طرفین قرارداد، دارای انحصار در موضوع قرارداد است، برای وی به‌صرفه نیست که کلیه ریسک قرارداد را به طرف مقابل منتقل نماید؛ چون این امر سبب کاهش تقاضا و در نتیجه کاهش حجم بازار انحصاری وی می‌گردد.

در نظام حقوق ایران نزدیک‌ترین نظریه به تئوری سوءاستفاده از حق، هم از حیث مفهوم و هم از حیث معیار، قاعده لاضرر است. از حیث مفهوم هر دو به نفی حکم (جواز اضرار به غیر) و از جنبه معیار هر دو متکی به «ضرر غیرمتعارف» می‌باشند. البته این گزاره به معنای شباهت تام و کامل این دو نظریه نیست. تفاوت‌هایی نیز وجود دارد. قاعده لاضرر اختصاص به نفی حکم ضرری در مقام اعمال حق ندارد و در حوزه‌های دیگر حقوق نیز به کار می‌آید (کریمی و کوشکی، ۱۴۰۰، ص ۲۳۷).

*.ECJ C-240/98 to C-244/98, Océano Grupo Editorial SA v Roció Murciano Quintero (C-240/98).

درحالی که سوءاستفاده از حق صرفاً در حالتی قابل تصور است که شخص در مقام اعمال حق است (کریمی و شعبانی، ۱۳۹۳، ص ۱۴۸)، با وجود این، چنین تفاوتی در رابطه با شروط تحمیلی مؤثر نیست. کسی که در حین انعقاد قرارداد شروطی را به طرف مقابل تحمیل می نماید از حق انعقاد خویش سوءاستفاده کرده و آن را خارج از هدف خود استعمال کرده است.

۶. نظریه هزینه های معامله

نظر به ایراداتی که در خصوص سوءاستفاده از حق مطرح گردیده و تردیدهایی که حقوقدانان نسبت به این نظریه به عنوان مبنای تشخیص و مقابله با شروط غیرمنصفانه در قراردادها دارند، برخی درصدد توجیه مقابله با شروط تحمیلی از طریق نظریه هزینه های معامله برآمده اند. این نظریه، پایگاه استدلال خود را بر عدم تقارن اطلاعاتی (Information Asymmetries) بین طرفین بنا نهاده است.

برای بیان اثر اطلاعات نامتقارن در معاملات و قراردادهای بانکی و تأثیر آن در شکست اهداف نظام بانکداری سالم، مثال معروف جرج آ. کرلوف می تواند مفید باشد. مطابق این مثال، ما با فروشندگانی روبه رو هستیم که در زمینه فروش خودروهای دست دوم فعالیت می نمایند. فروشندگان برخلاف خریداران از کیفیت خودروهای دست دوم (باکیفیت یا بی کیفیت) اطلاع دارند؛ از این رو از یک مزیت نسبی برخوردارند. اگر خریدار نیز از این امر مطلع می شد خرید و فروش خودروهای دست دوم (اعم از باکیفیت یا بی کیفیت) رونق می گرفت؛ اما به دلیل عدم وجود چنین اطلاعاتی آنها در قراردادهای خود صرفاً حاضر به پرداخت قیمت خودرو دست دوم بی کیفیت هستند و فروشندگان نیز رغبتی به ارائه خودرو دست دوم باکیفیت ندارند؛ چون خریدار متوجه این امر نیست و بابت آن پولی پرداخت نمی کند. چنین امری سبب می شود که فقط خودروهای دست دوم و بی کیفیت به فروش رفته و سایر خودروهای دست دوم باکیفیت فروشی نداشته باشند. امری که سرانجام منجر به شکست بازار می گردد (Akerlof, 1970, p.488).

چنین نتیجه ای ممکن است در قراردادهای بانکی و قسمت شروط مذاکره نشده قراردادها - که عمدتاً مجرای اصلی شروط غیرمنصفانه نیز می باشند - نیز رخ دهد (Hesselink, 2011, p.136). طرفی که شروط استاندارد را عرضه می دارد نسبت به طرف

مقابل از مفاد آن آگاهی و اطلاعات بیشتری دارد. برای طرف مقابل کسب اطلاعات در این خصوص هزینه‌بر و وقت‌گیر است. به عبارت رساتر، هزینه معامله برای طرف بسیار زیاد است؛ از این رو برای وی به صرفه نیست که برای درک شروط استاندارد اقدامی نماید؛ مگر در جایی که هزینه این امر نسبت به منفعت آن کمتر باشد (Schillig, 2008, p.341). مطابق این نظریه برای حل این مشکل نیازمند یک سازوکار کنترلی می‌باشیم (کریمی و کوشکی، ۱۴۰۰، ص ۲۳۹-۲۳۸). نخست آنکه بانک به عنوان استفاده‌کننده از شروط استاندارد، ملزم گردد شروط خود را به‌طور شفاف، واضح و به بیانی روشن به طرف مقابل عرضه دارد. در وهله دوم از آنجاکه صرف الزام اطلاع‌رسانی اجباری کفایت نمی‌نماید، لازم است این شروط تحت کنترل خاصی نظیر کنترل قضایی نیز قرار گیرند. طرفداران نظریه هزینه معامله به عنوان مبنای مقابله با شروط غیرمنصفانه استدلال‌هایی مطرح می‌نمایند. نخست بر اساس نظریه هزینه‌های معامله، علت تفکیک و تمایز بین شروط ضمن عقد و شرایط اساسی قرارداد قابل توجیه است؛ چه اینکه در خصوص شرایط اساسی قرارداد و عوضین عدم تقارن اطلاعاتی وجود ندارد و خریدار در این رابطه اطلاعات کافی را دارند (Cseres, 2012, p.163)؛ دوم، اینکه شرط عدم مذاکره برای تلقی یک شرط قراردادی به عنوان غیرمنصفانه، بر مبنای نظریه هزینه‌های معامله قابلیت توجیه را دارد؛ درحالی‌که از منظر نظریه سوءاستفاده از حق (قاعده لاضرر در حقوق ایران) چنین امری بی‌معنی یا حداکثر یک عامل غیرمستقیم تلقی می‌شود. سوم، پذیرش این نظریه به ما کمک می‌کند که مبنای تشخیص مصادیق شروط غیرمنصفانه را محدود به قراردادهای بانکی نکرده و آن را قابل تسری به قراردادهای بین صاحبان حرف بدانیم. چه از منظر شکست بازار تفاوتی بین این دو وجود ندارد (Hesselink, 2011, p.138).

۷. قاعده لاضرر

«ضرر» در اصطلاح فقهی در مقابل نفع و به معنای وارد شدن نقصان در مال، جان و آبرو است (مصطفوی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۱۴). بنا به نظر آخوند خراسانی، «ضرار» در روایت «لاضرر و لاضرار فی الاسلام»، به همان معنای ضرر و به عنوان تأکید برای «لاضرر» آمده است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۹۴).

آیت‌الله سیستانی «ضرار» را به معنای تداوم و استمرار در ضرر رساندن دانسته است (سیستانی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۳۱-۱۳۳) و برخی دیگر آن را به معنای ضرر وارد کردن متقابل دو شخص به یکدیگر معنا کرده‌اند (مصطفوی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۱۴). بنا به نظر فقها ملاک تشخیص ضرر عرف است.

فقها چهار احتمال برای معنای قاعده یا جمله «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» در نظر گرفته‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۱۵) که عبارت است از:

۱. نهی از ایجاد هرگونه ضرر به خویش و دیگری و حرمت آن: شیخ الشریعه اصفهانی این احتمال را پذیرفته است (شیخ الشریعه اصفهانی، [بی تا]، ص ۲۴-۲۵). بنا به نظر آیت‌الله مکارم شیرازی، حدیث مزبور در صورت پذیرفتن این احتمال، صرفاً حکم تکلیفی خواهد بود و حرمت ضرر زدن به خود یا دیگری را بیان می‌کند و نمی‌تواند به عنوان قاعده‌ای عام در ابواب مختلف فقه به کار رود (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۵۹).

۲. ضرر جبران‌نشده در اسلام وجود ندارد: یعنی هر کس موجب وارد شدن ضرر و زیانی به دیگری باشد باید تاوان آن را پرداخته و ضرر وارد شده را جبران کند. فاضل تونی در کتاب الوافیة فی اصول الفقه این دیدگاه را برگزیده است (فاضل تونی، ۱۴۱۲ق، ص ۱۹۴).

۳. نفی احکام ضرری در اسلام: هر حکمی اعم از تکلیفی یا وضعی که مستلزم ضرر برای خود مکلف یا دیگری باشد، از ناحیه شارع تشریح نشده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۴۶۰)؛ برای مثال اگر آب برای کسی ضرر دارد، وجوب وضو به مقتضای این قاعده از او برداشته می‌شود. شیخ انصاری در فرائد الاصول و در رساله فی قاعدة لا ضرر این احتمال را برگزیده است (همان).

۴. نفی حکم از طریق نفی موضوع: آخوند خراسانی قائل به این نظر است؛ برای نمونه وقتی گفته می‌شود «لا صلوة الا بفاتحة الكتاب» بدین معنا است که نماز بدون فاتحة الكتاب (سوره حمد) اصلاً نماز نیست و اساساً موضوع نماز بودن متفی است. پس احکام مربوط به آن نیز وجود ندارد. در این مورد، منظور نفی حکم ثابت برای موضوع ضرری است (حکیم، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۴۰۱)؛ به عبارت دیگر، موضوعاتی که عناوین اولیه آنها موجب ضرر می‌شوند، حکم آنها برداشته می‌شود؛ مثلاً موضوع وضو دارای حکم اولیه وجوب است، اما اگر ضرری برای مکلف داشته باشد، حکم وجوب برداشته می‌شود.

در فرق بین معنای سوم و چهارم گفته‌اند که در معنای چهارم (نظر *آخوند خراسانی*) متعلق حکم یا خود موضوع (وضوی ضرری) برداشته می‌شود و بنابراین حکم (وجوب) برداشته می‌شود، اما در معنای سوم (نظر *شیخ انصاری*) حکم به‌طور مستقیم برداشته می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۱۷). ثمره بحث در جایی آشکار می‌شود که موضوعی ضرری نباشد ولی حکم ضرری داشته باشد که در این حالت بنا بر احتمال چهارم (نظر *آخوند خراسانی*) مشمول قاعده لاضرر نمی‌شود. بنا بر هر دو احتمال، جمله «لاضرر و لاضرار» دلالت بر قاعده عامی می‌کند که در ابواب مختلف فقه کاربرد دارد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۵۹).

در رابطه با اثبات ضمان از قاعده لاضرر در میان فقهای شیعه، تشتت آراء وجود دارد در این مسئله که آیا می‌توان از این قاعده به منظور اثبات ضمان استفاده کرد یا خیر، مستلزم بررسی ادله و مدارک آن خواهد بود که در ادامه به‌طور موجز به آن پرداخته می‌شود.

الف) قرآن

به‌طور عموم باید اشاره داشت، آیاتی مانند آیات ۱۷۳، ۱۹۴، ۱۹۶، ۲۳۱، ۲۳۳ و ۲۸۲ از سوره مبارکه بقره، آیه ۴۰ از سوره شوری، آیه ۱۲۶ از سوره نحل و آیه ۱۲ و ۹۲ از سوره نساء، - هرچند با اختلاف نظر - آیاتی می‌باشند که فقها به منظور استنباط این قاعده از آن آیات استفاده جسته‌اند و با اینکه هر کدام از این آیات شأن نزول خاص خود را دارد و قاعده خاصی از آن قابل استنباط نیست، با وجود این، نمی‌توان مختص قلمداد کردند و با تأکید بر آنکه هیچ‌کدام خصوصیت خاصی نداشته، می‌توان علت معمم را به دیگر مسائل شبیه به آن تسری بخشید (بهرامی احمدی، ۱۳۷۷، ص ۶۷).

ب) روایات

داستان ثمره *الجندب* مشهورترین زمینه روایی در این مسئله می‌باشد که در غالب عبارات ذکر شده، عبارت لاضرر و لاضرار به صورت مشترک تلقی می‌گردد (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۱۲۵)؛ هرچند شاهد احادیث مختلف دیگری نیز در این زمینه می‌باشیم (بهرامی احمدی، ۱۳۷۷، ص ۷۱).

باید گفت عده‌ای از فقهایان به منظور تعیین قلمرو قاعده لاضرر بر اساس عبارت «لاضرر و لاضرار» آن را در مقام نفی حکم بیان داشته و کلمه حکم را به صورت تقدیر

تلقی کرده و عبارت لاضرر و لاضرار را با مفهوم لاحکم ضرری قلمداد می‌کنند (بجنوردی، ۱۳۷۱، ص ۲۱۸). برخی نیز نظر بر آن دارند که در حقیقت شارع در عبارت مذکور در صد ذکر مسبب بوده؛ درحالی‌که هدف وی سبب بوده است (محمدی، ۱۳۸۳، ص ۱۸۰). بر این اساس، در این نظر معتقد بر مجاز بوده؛ درحالی‌که اصل بر عدم تقدیر می‌باشد.

بعضی دیگر از فقها نیز معتقدند لاضرر و لاضرار در راستای نفی حقیقت می‌باشد و عبارت مذکور را نفی حکم به لسان نفی موضوع تلقی کرده و نه نفی موضوع و نه نفی حکم، بلکه نفی آثار حکم را از آن مستخرج می‌دانند (خراسانی، ۱۴۰۹، ج ۵، ص ۳۶۱). نظریه‌های دیگری نیز در این خصوص به چشم می‌خورد که «لا» را به معنای نفی ضرر تلقی نموده که به هر یک از این نظریه‌ها انتقاداتی وارد می‌باشد (اصفهانی، [بی‌تا]، ص ۶۲). سؤالی که مطرح می‌شود این است آیا نظریه‌هایی مثل هزینه‌های معامله قابلیت آن را دارد که در راستای قاعده لاضرر، به عنوان مبنای شناسایی و مقابله با شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی در نظام حقوقی ایران معرفی گردد؟

در پاسخ می‌توان گفت که به نظر می‌رسد کماکان «قاعده لاضرر» علی‌رغم ایراداتی که در بالا به آن اشاره شد، قابلیت آن را دارد که به عنوان مبنای مقابله با شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی معرفی گردد؛ توضیح اینکه اگرچه طرفداران نظریه هزینه معامله، قاعده لاضرر را در خصوص فقدان جهت در تفکیک بین ارکان اساسی قرارداد و شروط ضمن آن ناکافی می‌دانند، این مسئله نمایانگر تمام واقعیت نیست. واقعیت این است که علت چنین تفکیکی آن است که کنترل شروط تعیین‌کننده عوضین و موضوع اصلی قرارداد ناقض صریح اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده طرفین است (کریمی، ۱۳۹۴، ص ۱۱۱) و علاوه بر این در نظام حقوقی ایران برای بررسی وضعیت تعادل عوضین نهاد غبن وجود دارد؛ از این رو تدوین مقرراتی موازی در این زمینه سبب نوعی تداخل بین این دو گردیده و سبب نادیده گرفتن نهاد غبن می‌گردد. همچنین می‌توان گفت که برخلاف نظریه هزینه معامله که همواره دست به دامان قانونگذار (از طریق وضع الزامات در خصوص اطلاع‌رسانی و کنترل شروط غیرمنصفانه یا تحمیلی) می‌باشد، قاعده لاضرر، خود به صورت مستقیم حکم به لزوم وفای به شرط را مرتفع می‌نماید و از این حیث بر آن برتری دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۹۲/ کریمی، ۱۳۸۱، ص ۸۲). سرانجام اینکه از منظر قاعده لاضرر نیز تفاوتی بین اینکه طرفین

قرارداد چه اشخاصی می‌باشند وجود ندارد و آنچه اهمیت دارد این است که از قرارداد ضرری برنخیزد و زبانی جبران‌نشده به بار نیاید (کریمی و کوشکی، ۱۴۰۰، ص ۲۳۹-۲۴۰)؛ از این رو در این پژوهش نیز مبنا و معیار تشخیص مصادیق شروط غیرمنصفانه بانکی علاوه بر تمامی معیارهای یادشده، به‌طور ویژه، «قاعده لاضرر» می‌باشد.

مصادیق شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی

۱۴۴

۱. شروط مخالف ماهیت و مقتضای قراردادهای مشارکتی

ماهیت قراردادهای مشارکتی همانند قراردادهای مبادله‌ای انتفاعی است؛ با این تفاوت که در قراردادهای مبادله‌ای تحقق انتفاع حتمی است؛ اما در قراردادهای مشارکتی انتظاری است. طرفین قرارداد (بانک و متقاضی تسهیلات) انتظار دارند طبق پیش‌بینی خود سودی داشته باشند؛ اما در عمل ممکن است اتفاق نیفتد. تعریفی که ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی، در خصوص قراردادهای مشارکت مدنی ارائه داده است تعریفی جامع و روشن می‌باشد. این ماده، مشارکت مدنی را این‌گونه تعریف کرده است: «قرارداد مشارکت مدنی عبارت است از درآمیختن سهم‌الشرکه نقدی و یا غیرنقدی به اشخاص حقیقی و یا حقوقی متعدد به نحو مشاع به منظور انتفاع، طبق قرارداد».

مطابق فصل سوم قانون عملیات بانکداری بدون ربا، بانک‌ها می‌توانند از طریق قراردادهای مشارکتی ذیل، کل یا بخشی از سرمایه مورد نیاز بنگاه‌های اقتصادی را تأمین مالی کنند (هدایتی و همکاران، ۱۳۸۱، ص ۳۳۳):

الف) مشارکت مدنی: در این روش، بر اساس عقد شرکت، بانک‌ها بخشی از سرمایه مورد نیاز بنگاه اقتصادی را تأمین کرده، در مالکیت بنگاه و به دنبال آن در سود بنگاه شریک می‌شوند.
ب) مشارکت حقوقی: در این روش، بانک‌ها با تخصیص بخشی از منابع، به خرید بخشی از سهام شرکت‌های پذیرفته در بورس اقدام کرده، همانند سایر سهامداران در سود شرکت شریک می‌شوند.

ج) مضاربه: در این روش، بانک‌ها بر اساس قرارداد مضاربه، سرمایه مورد نیاز تاجر و بنگاه تجاری را تأمین کرده، طبق توافق در سود فعالیت بازرگانی شریک می‌شوند.

د) مزارعه: در این روش، بانک بر اساس قرارداد مزارعه، زمین مورد نیاز زارع برای کشاورزی و زراعت را فراهم کرده، در اختیار او می‌گذارد و طبق توافق، محصول زراعی را بین خود تقسیم می‌کنند.

ه) مساقات: در این روش، بانک بر اساس قرارداد مساقات، باغ مورد نیاز باغبان را فراهم کرده، در اختیار او می‌گذارد و طبق توافق، محصول باغ را بین خود تقسیم می‌کنند.

در قراردادهای مشارکتی ممکن است ابتدای قرارداد، سهم سود بانک و نرخ سود انتظاری را برآورد کرد؛ اما سود واقعی در پایان قرارداد معلوم می‌شود و به صورت طبیعی از موردی به مورد دیگر متفاوت خواهد بود؛ چنان‌که ممکن است برای قرارداد خاصی، نرخ سود صفر و حتی منفی باشد؛ حال پرسش این است که بانک چگونه می‌تواند این سود را با سپرده‌گذار تقسیم نماید؟ زیرا فرض بر این است که در قراردادهای مشارکتی، سرمایه‌ای که از طرف بانک در اختیار متقاضی تسهیلات قرار داده می‌شود، به ملکیت او در نمی‌آید. بانک فقط به او اذن تصرف می‌دهد. متقاضی تسهیلات می‌تواند در دایره اذن صاحب سرمایه (بانک) از آن در فعالیت اقتصادی بنگاه استفاده کند و رابطه مالی بانک با مشتری، رابطه صاحب سرمایه با عامل یا رابطه دو شریک خواهد بود. آیا بانک از محل اموال خود این سود را می‌پردازد و یا از سپرده‌های دیگر تأمین می‌کند؟ ابهام‌های یادشده و انگیزه بانک برای عدم ضرر و تأمین سود، سبب می‌شود بانک‌ها در قراردادهای خود به سمت و سویی رهنمون شوند که نتیجه آن انحراف از ماهیت و مقتضای قرارداد باشد. به‌طور مشخص، این انحراف در (ماده ۱۱) قرارداد الحاقی مشارکت مدنی که توسط بانک مرکزی منتشر شده قابل مشاهده است. این ماده این‌گونه بیان می‌دارد: «شریک با امضای این قرارداد متعهد گردید مدیریت منابع و مصارف موضوع مشارکت را به نحوی به انجام رساند که در پایان دوره مشارکت، سهم‌الشرکه متعلقه بانک/ مؤسسه اعتباری به‌علاوه سود ابرازی موضوع مشارکت، اعلامی از سوی شریک، مندرج در برگ درخواست تسهیلات به حساب بانک/ مؤسسه اعتباری منظور گردد. در غیر این صورت شریک ملتزم و متعهد گردید سهم‌الشرکه متعلقه بانک/ مؤسسه اعتباری به‌علاوه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک/ مؤسسه اعتباری را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت نماید».

آن چیز که از مفهوم این شرط استنباط می‌شود در واقع همان عدم مشارکت بانک در زیان احتمالی است و پرواضح است که این شرط، با ماهیت قرارداد مشارکت در تعارض است؛ چراکه مبرهن است یکی از اهداف اصلی مشارکت، تسهیم طرفین در سود و زیان می‌باشد و اساساً قرارداد مشارکت به این منظور منعقد می‌گردد. صلح ضرر و زیان ناشی از مشارکت چیزی جز یک پوشش صوری جهت عدم التزام به ماهیت مشارکت مدنی نیست و ماهیت قرارداد، با چنین صورت‌گرایی‌هایی تغییر پیدا نمی‌کند.

همین روش در ماده ۸ قرارداد الحاقی مضاربه به این شرح تکرار شده است: «در صورتی که نتیجه عملیات مضاربه منجر به زیان شود، عامل با امضای این قرارداد و ضمن عقد خارج لازم دیگری متعهد گردید اصل سرمایه متعلقه را به حساب بانک/ مؤسسه اعتباری منظور نماید». باید توجه داشت مضاربه مشارکتی است که با هدف سرمایه‌گذاری در امور تجاری و بازرگانی صورت می‌گیرد. در ماده ۹ قانون عملیات بانکی بدون ربا نام این قرارداد ذکر شده است. ماده ۳۶ آیین‌نامه اجرایی آن را این‌گونه تعریف کرده است: «مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه (نقدی) می‌گردد با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند».

توضیح اینکه از نظر شرعی، فقها بر این باورند که در عقد مضاربه، عامل امین است و اگر بدون افراط و تفریط او، سرمایه تلف یا معیوب شود یا هر نوع خسارت دیگری رخ دهد، همه به عهده مالک یعنی بانک است و عامل، ضامن نیست. اگر مالک شرط کند که تمام یا قسمتی از زیان معامله بر عهده عامل باشد، این شرط باطل است؛ ولی برخی فقها اصل مضاربه را صحیح می‌دانند (نجفی، ۱۳۹۱، ج ۲۳، ص ۳۷۸ / امام خمینی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۳۱)؛ اما اگر این شرط در ضمن عقد خارج لازم مقرر شده باشد، صحیح است؛ یعنی اگر مالک (بانک) شرط کند که در صورت وقوع خسارت، عامل، کل یا بخشی از آن را از مال خودش جبران کند چنین شرطی صحیح است. ماده ۵۵۸ قانون مدنی نیز این شرط را خلاف مقتضای مضاربه دانسته و چنین حکم کرده است: «اگر شرط شود که مضارب، ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت، متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است؛ مگر اینکه به‌طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار

خسارت یا تلف، مجاناً به مالک تملیک کند». بند انتهایی این ماده چیزی جز یک پوشش صوری برای فرار از بطلان قرارداد نیست؛ ولی در ماده هشت قرارداد الحاقی، همین شرط هم رعایت نشده و از التزام مضارب به پرداخت اصل سرمایه سخن به میان آمده است (حمیدی و سلطانی، ۱۳۹۹، ص ۲۱۱). چنین شرطی غیرمنصفانه و بیانگر عدم قصد واقعی بانک بوده و مصداق عدم رعایت عدالت قراردادی است.

نکته‌ای که در خصوص تقسیم سود و زیان مضاربه باید گفت این است که به‌طور معمول مالک و عامل برای انعقاد قرارداد مضاربه، بر اساس واقعیات بازار سودی را پیش‌بینی می‌کنند که به آن سود انتظاری گفته می‌شود. هر چند میزان سود انتظاری باید بر اساس واقعیات بازار و شرایط اقتصادی باشد؛ با این حال، این سود فقط برای تصمیم‌گیری جهت ورود یا عدم ورود به انعقاد قرارداد است؛ بنابراین آنچه که ملاک تقسیم سود در پایان مدت قرارداد است، سود واقعی و محقق‌شده است نه سود انتظاری که میزان این سود واقعی ممکن است بیشتر از سود انتظاری یا کمتر یا مساوی آن باشد (مرادی و کریمی، ۱۳۹۶، ص ۱۳۹).

باید گفت شرط عدم مسئولیت توسط بانک‌ها واقعی بروز پیدا می‌کند که بانک‌ها با مشتریان خود شرط می‌کنند که در صورت وارد شدن هرگونه خسارت احتمالی به اصل سرمایه و یا حتی سود پیش‌بینی‌شده، مسئولیتی نخواهند داشت و تسهیلات‌گیرنده باید این خسارت را تقبل نماید.

همچنین باید گفت ماده ۱۱ مشارکت مدنی خلاف ماهیت مشارکت دانسته شده؛ درحالی‌که امام علیه السلام تقبل کل ضرر را توسط یکی از شرکا جایز می‌دانند. بر این اساس ادعای خلاف شرع بودن مواد ۸ و ۱۱ فرم قرارداد مشارکت مدنی موضوع صورتجلسه مورخ ۱۳۹۲/۰۶/۲۶ شورای پول و اعتبار و بخشنامه شماره ۲۰۶۵۴۶/۹۲ - ۱۳۹۲/۰۷/۱۱ بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، از سوی دیوان عدالت اداری از شورای نگهبان مورد سؤال قرار گرفت. نظر شورای نگهبان بر این بود چون امور مذکور در ماده ۸ و ۱۱ در واقع شرط ضمن‌العقدی است که شریک بدان ملزم می‌شود و مفاد آن خلاف کتاب و سنت نیست، شرطی است جائز و لازم‌الوفا و مفاد آن و التزام به انجامش خلاف شرع و قانون اساسی نیست.

۲. شرط نیابت در تصرف و اداره شرکت (مادی)

یکی دیگر از مصادیق شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی را می‌توان شرط نیابت در تصرف و اداره شرکت ذکر کرد. در توضیح این مسئله باید گفت شئون بانکداری بانک‌های اعطاکننده تسهیلات اقتضا نمی‌کند که بتوانند در قراردادهای مشارکت مدنی، اجرای طرح یا حتی نظارت کامل و دقیق بر آن را بر عهده بگیرند؛ چراکه بانکداری جدای از بنگاه‌داری و ورود تخصصی به حوزه‌های عملیاتی مشارکت بوده و این امر انحراف در مسیر بانکداری محسوب می‌شود؛ از این رو بانک‌ها با اخذ تضامین مناسب و وضع شروط اطمینان‌آور ناعادلانه، اداره طرح مورد مشارکت را به شریک (تسهیلات‌گیرنده) واگذار و خود تنها به نظارت حداقلی برای هزینه‌کرد سهم خود بسنده می‌کنند. بی‌گمان نباید این بایسته حقوقی فراموش شود که بر اساس قواعد حاکم بر اشاعه، هیچ‌یک از شرکا نمی‌تواند بدون اذن دیگری در مال مشاع تصرف کند؛ زیرا انتشار حق مالکیت مشاع سبب می‌شود در تصرف، تجاوز به حقوق دیگران باشد (مواد ۵۸۱ و ۵۸۲ ق.م.) (کریمی و مرادی، ۱۳۹۴، ص ۵۳).

در واقع ماده ۵۸۱ قانون مدنی، تصرف شریک که بدون اذن در مال مشاع تصرف می‌کند را فضولی و غیرنافذ می‌داند. به علاوه آنکه شریک غیرمأذون در مقابل اشخاصی که با آنها معامله کرده مسئول بوده و طلبکاران حق رجوع به او را دارند. به همین دلیل است که در تبصره ذیل ماده ۵ قراردادهای مشارکت مدنی بانک‌ها تصریح شده که «مصرف شدن وجوه برداشت‌شده قبلی در محل طرح، در هر مرحله موکول به تأیید کتبی بانک است».

یعنی بانک، مصرف وجوه را موکول به اذن خود کرده و هرگونه دخل و تصرف بدون اذن خود را غیرنافذ تلقی کرده است. در همان حال بانک در بند دیگری از قرارداد منعقد شده با شریک، هرگونه تعهدات مالی فراتر از حد تعیین‌شده برای شریک مأذون را فضولی و غیرنافذ بیان داشته و در ماده ۸ تأکید می‌کند: «شریک متعهد شد که به هیچ‌وجه بیش از سهم‌الشرکه واریز به حساب و یا تحویل‌شده به مدیر یا مدیران شرکت، مجاز به انجام معامله و قبول تعهدات مالی نیست. شریک قبول و تعهد کرد تمام هزینه‌های اضافه بر هزینه اجرای طرح موضوع این قرارداد را از اموال و منابع خود تأمین و پرداخت کند. شریک جمع هزینه‌های مزبور را به بانک صلح کرد و ضمن عقد صلح مزبور قبول کرد که سهم‌الشرکه بانک تغییری نیابد و افزایش هزینه‌ها تأثیری در میزان سهم‌الشرکه مندرج در

این قرارداد نداشته باشد». بانک همچنین در تبصره ذیل ماده ۹ قرارداد فوق‌الذکر، انعقاد قرارداد شریک با پیمانکاران را منوط به اطلاع و نظارت بانک بلاشکال دانسته است. همان‌طور که از مفاد شروط فوق‌الذکر برمی‌آید، بانک نیابت در تصرف و اداره شرکت را در قالبی کاملاً محدود به شریک خود تفویض کرده است. از سویی دیگر، بانک صراحتاً در ماده ۷ قرارداد فی‌مابین، اداره امور شرکت مدنی را نوعاً به عهده شریک واگذار کرده و شریک را متعهد می‌کند که اجرای طرح را از هر حیث و هر جهت رأساً و با نظارت بانک انجام دهد و از این جهت هیچ‌گونه مسئولیتی متوجه بانک نیست (همان، ص ۵۴-۵۵).

در واقع با این شرط غیرمنصفانه، بانک هم از مزایای اداره تبرعی شرکت توسط شریک بهره می‌برد و هم هرگونه مسئولیتی که ممکن است ناشی از عوامل کارگاهی و کارگری متوجه خود شود را سلب می‌کند که به نظر می‌رسد شرط فوق‌الذکر هم کاملاً یک‌طرفه و تحمیلی و غیرمنصفانه است؛ چراکه می‌توانست حداقل برای حق مدیریت و اداره شرکت، توسط شریک مبلغی را در نظر بگیرد یا سود بیشتری را در پایان قرارداد برای وی تعریف کند.

۳. یک‌جانبه‌گرایی در تشخیص موارد و تفسیر مندرجات قرارداد

برخی از مواد قراردادهای بانکی، به‌گونه‌ای تنظیم شده است که در آنها تشخیص و ادعای بانک برای شریک، به صورت یک‌جانبه، معتبر و لازم‌الاتباع دانسته شده است (عطار شهرکی، قریشی و جوادی، ۱۴۰۰، ص ۲۰۲). موارد این تحکم و یک‌جانبه‌گرایی را می‌توان در نمونه‌های زیر ملاحظه نمود:

الف) ملاک بودن تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری در مورد مطالبه گزارش مربوط به نحوه فعالیت شریک (ماده ۱۰).

ب) هماهنگی و نظارت بانک درباره خریداری حصة قابل فروش بانک حداقل به مبلغ اصل سهم‌الشرکه پرداختی بانک، سود و سایر هزینه‌های انجام‌شده طبق قرارداد یا فروش آن به شخص ثالث (ماده ۱-۱۳).

ج) تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری در مورد تخلف شریک (ماده ۳-۱۳).

د) تشخیص بانک/ مؤسسه اعتباری در مورد تخلف از مقررات و یا هریک از شرایط و تعهدات این قرارداد و معتبر و غیر قابل اعتراض بودن تعبیر و تفسیر بانک/ مؤسسه اعتباری در مورد آنها (ماده ۱۷).

ه) تشخیص بانک/ مؤسسه اعتباری درباره تخلف شریک و یا وثیقه‌گذار/ وثیقه‌گذاران و یا ضامن/ ضامنین از مفاد قرارداد (ماده ۲۲).

معیار قراردادن تشخیص بانک، در کلیه موارد مربوط به اجرای طرح و تخلفات شریک و الزام وی به قبول آنها و نیز الزام وی به پذیرش تفسیر بانک درباره مفاد قرارداد و مندرجات آن، همچنین لزوم خریداری سهم‌الشرکه بانک پس از پایان مدت مشارکت به قیمت اعلامی بانک و موارد مشابه دیگر، اگر موجب خلل در سلامت اراده و ارکان اساسی مشارکت نباشد، به دلیل عدم دخالت اراده آزاد شریک در تعیین آنها و سوءاستفاده بانک از موقعیت برتر خود در تحمیل نظرات خویش، به جای ارجاع موارد مزبور به نهادی بی طرف، شروطی غیرعادلانه و یک‌جانبه است که بر شریک تحمیل شده است (عسگری و منجزی، ۱۳۹۹، ص ۲-۳/ مصباحی‌مقدم و نعمتی، ۱۳۹۷، ص ۴۲).

۴. شروط حاوی اسقاط اختیارات به نفع بانک در عقود مبادله‌ای

اسقاط اختیار، یک عمل حقوقی یک‌جانبه است و نیازی به رضایت طرف دیگر ندارد (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۶/ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۹۱۲-۹۳۶). حقوقدانان ذیل بحث اثر اسقاط اختیارات، آن را به اقاله تشبیه کرده‌اند (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۱۰)؛ بنابراین تمام آثاری که بر اقاله جاری است، بر اسقاط نیز جاری می‌گردد؛ از جمله اینکه اثر اسقاط اختیار از تاریخ تحقق اسقاط است.

در قراردادهای الحاقی بانکی که ماهیت مبادله‌ای دارند از اسقاط اختیارات علی‌الخصوص اختیار غبن سخن به میان آمده و این شرط در قراردادهای مرابحه، فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، سلف، خرید دین و جعاله وجود دارد. اگرچه به ظاهر چنین شرطی قانونی تلقی می‌شود، ولی باید از ظاهر به باطن رجوع کرد و حکم قضیه را با توجه به موقعیت برتر بانک مورد بازبینی قرار داد. عادلانه بودن قراردادهای الحاقی بانکی جزو احکام تکلیفی بوده و نباید به گونه‌ای عمل شود که این موازنه دچار خلل شود. قراردادهای بانکی، ابزار

گردش پول بوده و این گردش باید طوری انجام گیرد که هر دو طرف به منافع پیش‌بینی شده و متعارف خود دست پیدا کنند. موقعیت ضعیف متقاضی تسهیلات، با شرط اسقاط خيارات ضعیف‌تر شده و توانی برای مقابله با قرارداد یک‌طرفه بانک نخواهد داشت (حمدی و سلطانی، ۱۳۹۹، ص ۲۱۲).

مسئله وقتی حادث می‌شود که بانک به درج شروط حاوی اسقاط خيارات به نفع خود در عقود مبادله‌ای پردازد. در توضیح مورد یادشده باید گفت، شکی نیست که در حقوق ایران، خيارات از حقوق مالی هستند (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۴-۳۰۵ / کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵۴-۱۱۸ / امامی، ۱۳۵۵، ج ۱، ص ۵۴۰). از نظر قانونی نیز ماده ۴۴۸ ق.م.دالالت تمام بر حق بودن خيارات دارد. با توجه به صراحت مقنن در قابلیت اسقاط و ارث واقع شدن خيارات، حقوق‌دانان استدلال نموده‌اند که خيارات از قبیل حق‌اند، نه حکم و سپس در موارد مشکوک احکام حق را بر خيارات جاری ساخته‌اند؛ به عبارتی به نظر می‌رسد، در گام ابتدائی استدلال به «حق» بودن خيار از آثار نتیجه شده و در یک استقرا به قاعده‌ای کلی منتج شده است و سپس در استدلالی بالا به پائین در موارد شک قاعده اعمال شده است. این روش در حقوق مرسوم است.

در فقه نیز شکی نیست که خيارات از جمله حقوق است. شیخ انصاری به این مطلب مکرر اشاره دارند؛ از جمله «ان الخيار من الحقوق لا من الاحکام» (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۱۱) و «ان الخيار حق مالی قابل لاسقاط» (همان، ۲۲۹) و آن‌گاه نتیجه می‌گیرند که طبق قاعده مسلمة «ان لكل ذی حق اسقاط حقه»، صاحب خيار می‌تواند آن را اسقاط نماید (همان، ص ۲۳۲). این قول تا آنجا که جست‌وجو شد، مخالفی ندارد. شیخ انصاری در کتاب مکاسب در ابتدای احکام کلی خيارات این بحث را با تفصیل بیشتری پی گرفته است، ایشان معتقدند برای اثبات این امر فقها به سه دلیل استناد کرده‌اند: ۱. روایت باب خيار حیوان که دلالت بر این امر داشت که تصرف کاشف از رضا مسقط خيار حیوان است؛ ۲. اجماع علما بر امکان اسقاط خيارات؛ ۳. اجماع علما بر حق بودن خيارات.

شیخ هیچ‌یک از دو استدلال اول را نمی‌پذیرند و سرانجام اجماع را کافی در اثبات مطلب می‌دانند (همان، ج ۳، ص ۴۹).

به هر حال علی‌رغم اینکه حق بودن خیارات در فقه بلامخالف است، ولی دلیلی قابل اعتنا جز اجماع ندارد. با توجه به نظر حقوقدانان و اجماع فقها به نظر می‌رسد، اگر در ضمن عقد قرارداد میان بانک و مشتری شرط شود که خیار ساقط باشد، بلاشکال و مانع است؛ اما مسئله زمانی به چالش تبدیل می‌شود که بانک بخواهد با شرط یادشده، کلیه موانع برای تحمیل اراده خود بر متقاضیان تسهیلات را برداشته و به نوعی رو به تعدی به حقوق افراد جامعه و حتی حرکت به سوی رباخواری آورد. علاوه بر مورد یادشده، در قراردادهای الحاقی بانکی، شرط دیگری وجود دارد که می‌توان آن را از آثار و پیامدهای شرط اسقاط خیارات محسوب کرد. این شرط این‌چنین است: «دفاتر و صورتحساب‌های بانک / مؤسسه اعتباری در هر مورد معتبر است. دفاتر و صورتحساب‌های بانک / مؤسسه اعتباری از نظر اعلام به مراجع قضایی و یا دفاتر اسناد رسمی و ادارات و دوائر اجرای ثبت جهت محاسبات بعدی در جریان عملیات اجرایی در هر مورد ملاک عمل می‌باشد». درج این شروط نه تنها موجب اسقاط خیارات به نفع بانک شده است، بلکه سبب شده تمامی دفاتر و صورتحساب‌های بانک به صورت ناعادلانه و کاملاً تحمیلی، مورد قبول متقاضی تسهیلات قرار گیرد. همچنین سبب می‌گردد مقتضای از همان ابتدا به مدیونی بدل گردد که میزان دین و زمان پرداخت آن مشخص نیست و به گونه‌ای ابتکار عمل در دست بانک خواهد بود. بر این اساس، احتمال ضرر وی به عنوان طرفی که حداقل سهم را در درج شروط داشته است، بسیار زیاد بوده و از طرفی خیاراتی که می‌توانست جلوی ضرر وی را بگیرد نیز ساقط شده است.

۵. شروط حاوی حق تفسیر و تعبیر قراردادها به نفع بانک

برخی از مواد قرارداد مشارکت مدنی بانکی به گونه‌ای تنظیم شده‌اند که در آنها تشخیص و ادعای بانک برای شریک، به صورت یک‌جانبه، معتبر و لازم‌الاتباع دانسته شده است. موارد این تحکم و یک‌جانبه‌گرایی را می‌توان در نمونه‌های زیر ملاحظه نمود:

الف) تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری در مورد مصرف‌شدن سهم‌الشرکه شریک در جهت اجرای طرح موضوع مشارکت و یا واریز آن به حساب مشترک مشارکت (تبصره ماده ۵).

ب) نظارت بانک / مؤسسه اعتباری بر اداره امور شرکت مدنی (ماده ۷).

ج) ملاک بودن تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری در مورد مطالبه گزارش مربوط به نحوه فعالیت شریک (ماده ۱۰).

د) هماهنگی و نظارت بانک درباره خریداری حصة قابل فروش بانک حداقل به مبلغ اصل سهم الشرکه پرداختی بانک، سود و سایر هزینه‌های انجام شده طبق قرارداد یا فروش آن به شخص ثالث (ماده ۱-۱۳).

ه) تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری در مورد تخلف شریک (ماده ۳-۱۳).

و) تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری در مورد تخلف از مقررات و یا هر یک از شرایط و تعهدات این قرارداد و معتبر و غیر قابل اعتراض بودن تعبیر و تفسیر بانک / مؤسسه اعتباری در مورد آنها (ماده ۱۷).

ز) تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری درباره تخلف شریک و یا وثیقه‌گذار / وثیقه‌گذاران و یا ضامن / ضامنین از مفاد قرارداد (ماده ۲۲).

معیار قراردادن تشخیص بانک در کلیه موارد مربوط به اجرای طرح و تخلفات شریک و الزام وی به قبول آنها و نیز الزام وی به پذیرش تفسیر بانک درباره مفاد قرارداد و مندرجات آن، همچنین لزوم خریداری سهم الشرکه بانک پس از پایان مدت مشارکت به قیمت اعلامی بانک و موارد مشابه دیگر، اگر موجب خلل در سلامت اراده و ارکان اساسی مشارکت نباشد، به دلیل عدم دخالت اراده آزاد شریک در تعیین آنها و سوءاستفاده بانک از موقعیت برتر خود در تحمیل نظرات خویش، به جای ارجاع موارد مزبور به نهادی بی طرف، شروطی غیرعادلانه و یک‌جانبه است (مصباحی‌مقدم و نعمتی، ۱۳۹۷، ص ۴) که بر شریک تحمیل شده است.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی شروطی است که در ظاهر از اصل صحت تبعیت کرده و بر اساس اصول قراردادی صحیح منعقد می‌شوند؛ اما در باطن به نوعی شروط تحمیلی بوده که بانک یک‌جانبه آن را بر مشتری تحمیل کرده و مشتری چاره‌ای جز قبول آن ندارد. با وجود نظریه نوظهور هزینه معامله به عنوان مبنای مقابله با شروط غیرمنصفانه که پایگاه استدلال خود را بر عدم تقارن اطلاعاتی بین دو طرف قرارداد بنا نهاده است در

نظام حقوقی ایران کماکان می‌توان از قاعده لاضرر به عنوان مبنای مقابله با شروط غیرمنصفانه دفاع کرد. نقص این قاعده در عدم امکان توجیه علت تفکیک بین شروط تحمیلی ضمن قرارداد و ارکان اساسی قرارداد مانند تعیین میزان قیمت که به مراتب ضرر بزرگ‌تری را ایجاد می‌نماید صحیح نیست. احترام به آزادی قراردادی و وجود نهاد غبن در نظام حقوقی ایران جهت بررسی وضعیت تعادل عوضین اصلی قرارداد، ضرورت تدوین مقررات موازی با این نهاد سابقه‌دار فقهی را فاقد توجیه می‌نماید. به علاوه برخلاف نظریه هزینه معامله که همواره دست نیاز به سوی قانونگذار دارد، قاعده لاضرر خود به‌طور مستقیم حکم به لزوم وفای به شرط را مرتفع نموده و از این حیث بر نظریه اخیر برتری دارد. به علاوه نظر به اصول مهمی نظیر آزادی رقابت و امنیت قراردادی، در قراردادهای بین صاحبان حرف برخورد با چنین شروطی از سختگیری کمتر و ضمانت اجرای منعطف‌تری برخوردار می‌باشد که از این حیث قابل نقد بوده و قانونگذار می‌باید ضمن بیان مؤلفه‌های دقیقی برای احراز چنین شروطی، ضمانت اجرای قوی‌تری نظیر بطلان شروط تحمیلی را وضع نماید.

داده‌های این پژوهش بیانگر آن است مصادیق شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی متعدد می‌باشد؛ باین‌حال می‌توان به تضمین اصل سود و سرمایه در مضاربه بانکی، سلب حق شکایت از مشتری، عدم تشریک بانک در زیان و بازپرداخت سودهای مقرر در قراردادهای بانکی را اشاره کرد. شروط غیرمنصفانه به‌رغم اینکه با بعضی از مبانی فقهی و حقوقی از جمله قاعده عسر و حرج و قاعده لاضرر مابینت دارند، ولی به حیات خود ادامه می‌دهند و هر روز شاهد بیشتر شدن این شروط هستیم. از آنجایی که بانک به عنوان بازیگر اصلی اقتصاد ایفای وظیفه می‌کند به نظر می‌رسد این شروط راهکارهای موجود برای پیشرفت را با مانع مواجه کرده و از سوی دیگر جهت افزایش اعتماد فعالان اقتصادی نظام بانکی نیاز به اصلاح جدی شروط قراردادی دارد. در واقع این کمبود ناشی از نقد مقنن به چهارچوب‌های سنتی و البته فقهی در باب معاملات و عقود معین است. این نقصان در معیت ضرورت‌های اجتماعی، اولاً لزوم وضع قوانین روزآمد را به ما متذکر می‌شود و ثانیاً ذهن حقوقدانان را جهت رفع خلأ قانونی و حرکت در مسیر عدالت به چالش می‌کشد. از آنجایی که بانک به دلیل توان مالی بالایی که دارد موقعیت برتری در قرارداد پیدا می‌کند؛ بنابراین تبصره ماده ۲۳ قانون بهبود

مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰ بانک مرکزی را مکلف نمود قراردادهای الحاقی نمونه و یکنواختی برای حفظ عدالت قراردادی در قراردادهای بانکی تنظیم نماید که این تکلیف توسط بانک مرکزی ایفا شد. در این قراردادها شروط ضمن عقدی وجود دارد که برخی از آنها مخالف ماهیت و مقتضای ذات قراردادهای مشارکتی می باشد؛ زیرا بانک را در سود و زیان شریک ندانسته و حتی در صورت حصول زیان بانک را مستحق مطالبه سرمایه اعطایی قلمداد کرده است. برخی دیگر از این شروط اگرچه مخالف ماهیت قرارداد نیستند، ولی به روشنی موجب عدم توازن در موقعیت قراردادی طرفین شده و به صورت ناعادلانه‌ای برتری بانک بر طرف قرارداد را تضمین می کنند. شروطی که موجب اسقاط اختیارات در قراردادهای مبادله‌ای هستند را باید در این دسته قرار داد. علاوه بر این آنچه در قراردادهای مشارکت مدنی بانک به عنوان شرط ضمن عقد آمده، نه برای تکمیل و توضیح قرارداد، بلکه برای هدف سودآوری است که از اول در نظام بانکداری به آن توجه شده ولی به علت محدودیت‌های شرعی از جمله ممنوع بودن اخذ ربا، نظام بانکداری را ناگزیر ساخته تا با استفاده از این شرایط هدف مورد نظر بانکداری را که در همه نظام‌های بانکداری دنیا بر آن مبنا بانکداری شکل گرفته، تأمین شود.

در میان شروط ضمن عقد مشارکت مدنی، شروط مغایر با مالکیت و اشاعه در مالکیت مشاهده نشد؛ لیکن شرط عدم پذیرش زیان و تضمین سرمایه که توسط بانک‌ها صورت می گیرد، بر اساس یافته‌های این تحقیق، مغایر با ماهیت عقد مشارکت تشخیص داده شد؛ چراکه اشاعه در مالکیت، تضمین سرمایه و عدم پذیرش زیان را غیرممکن می سازد، ضمن آنکه پرداخت زیان از اموال شریک نیز به دلیل نامشخص بودن زیان احتمالی، سبب جهل به مورد شرط بوده و امکان پذیر نیست.

در پایان باید گفت مواردی چون «محاسبه سود در انتهای فعالیت اقتصادی مشترک، واگذاری شرکت به گیرنده تسهیلات و بازگشت سرمایه بانک به صورت تدریجی، به کارگیری امتیازات قراردادی به نفع شریک، تداوم فعالیت شرکت با وجود کناره‌گیری برخی از شرکا و استفاده از ظرفیت نهادهای نظارتی»، از جمله راهکارهای عملی و مفیدی هستند که می توان در جهت رفع نگرانی‌های بانک و تعدیل شروط تحمیلی و غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی مورد توجه قرار داد.

منابع و مأخذ

* قرآن کریم.

۱. اردبیلی، احمد بن محمد؛ زبدة البیان فی احکام القرآن، المكتبة المرتضوية لأحياء الآثار الجعفرية؛ تهران، [بی تا].
۲. اسکینی، ربیعاً؛ «منابع حقوقی بیع تجاری بین المللی»؛ مجله حقوقی بین المللی، ش ۷، ۱۳۶۵.
۳. امامی، حسن؛ حقوق مدنی؛ تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۵۵.
۴. امانی، مسعود و محمد مهدی حسینی؛ «مبانی اخلاقی، حقوقی و فقهی شرط غیر منصفانه»؛ قضاوت، دوره ۱۷، ش ۹۱، ۱۳۹۶.
۵. انصاری، علی؛ تئوری حسن نیت در قراردادها؛ تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
۶. بجنوردی، محمد حسن؛ القواعد الفقهیه؛ قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۱.
۷. بهرامی احمدی، حمید؛ سوء استفاده از حق؛ تهران: اطلاعات، ۱۳۷۷.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات؛ تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۵۴.
۹. حکیم، عبدالصاحب؛ منتقى الاصول؛ قم: دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی، ۱۴۱۳ق.
۱۰. حمدی، حسین و میلاد سلطانی؛ «سنجش قراردادهای الحاقی عملیات بانکی با قاعده عدالت و ممنوعیت ربا»؛ اقتصاد و بانکداری اسلامی، دوره ۹، ش ۳۰، ۱۳۹۹.
۱۱. خراسانی، محمد کاظم؛ کفایت الاصول؛ قم: مؤسسه آل البيت لإحیاء التراث، ۱۴۰۹ق.
۱۲. خمینی، روح الله الموسوی؛ تحریر الوسیله؛ قم: مطبوعات دارالعلم، ۱۴۱۳ق.
۱۳. راعی، مسعود و محمد مولاییان؛ «رویکرد فقه امامیه به عدالت معاوضی و تأثیر آن بر عقود الحاقی»؛ حقوق اسلامی، دوره ۱۱، ش ۴۰، ۱۳۹۳.
۱۴. ساردویی نسب، محمد و جعفر کاظم پور؛ «مؤلفه های غیر منصفانه بودن قرارداد»؛ دادگستری، دوره ۷۵، ش ۷۵، ۱۳۹۰.
۱۵. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ الوسیط فی شرح قانون مدنی الجدید؛ بیروت: انتشارات حلبی، ۱۹۹۸م.
۱۶. سیستانی، سید علی؛ قاعده لاضرر و لاضرار؛ قم: مکتب آیت الله العظمی سیستانی، ۱۴۱۴ق.
۱۷. شریعت اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد؛ قاعده لاضرر؛ قم: مؤسسه النشر الاسلامی، [بی تا].
۱۸. شیخ انصاری، مرتضی؛ فرائد الاصول؛ قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
۱۹. صده، عبدالمنعم فرج؛ عقود الاذعان فی القانون المصری؛ قاهره: جامعه فؤاد الاول، ۱۹۴۶م.

۲۰. صفایی، سیدحسین؛ دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۳.
۲۱. عسگری، صادق و سعید منجزی؛ «بررسی شروط تحمیلی در قراردادهای بانکی»؛ دومین کنفرانس ملی حقوق، علوم اجتماعی و انسانی، روانشناسی و مشاوره، ۱۳۹۹.
۲۲. عطار شهرکی، سیده مریم، قریشی، سیدمه‌دی و محمدحسن جوادی؛ «رهیافتی فقهی و حقوقی بر شروط تحمیلی در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی»؛ اقتصاد اسلامی، س ۲۱، ش ۸۲، ۱۴۰۰.
۲۳. غفاری فارسانی، بهنام؛ حقوق رقابت و ضمانت اجراهای مدنی آن؛ تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۳.
۲۴. فاضل تونی، عبدالله بن محمد؛ الوافیه فی اصول الفقه؛ قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۲ق.
۲۵. قافی، حسین؛ «ماهیت و میزان اعتبار قرارداد الحاقی»؛ فقه و حقوق، ش ۱، ۱۳۸۳.
۲۶. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۳ و ۵، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۸۵ و ۱۳۹۵.
۲۷. _____؛ مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران؛ تهران: سهامی انتشار، ۱۳۸۶.
۲۸. کریمی، سکینه؛ «نظم عمومی، ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه»؛ دادگستری، ش ۹۱، ۱۳۹۴.
۲۹. کریمی، عباس و هادی شعبانی کندسری؛ «رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غربی سوءاستفاده از حق»؛ مجله پژوهش حقوق اسلام و غرب، ش ۲، ۱۳۹۳.
۳۰. کریمی، عباس و مصطفی کوشکی؛ «شروط تحمیلی در قراردادهای منعقد بین صاحبان حرف»؛ پژوهشنامه بازرگانی، ش ۱۰۰، ۱۴۰۰.
۳۱. کریمی، عباس و یاسر مرادی؛ «سوءاستفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایرکتیو اتحادیه اروپا»؛ مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، س ۱، ش ۱، ۱۳۹۴.
۳۲. کریمی، عباس؛ «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها»؛ پژوهش‌های حقوقی، دوره ۱، ش ۱، ۱۳۸۱.
۳۳. محمدی، ابوالحسن؛ قواعد فقه؛ تهران: نشر یلدا، ۱۳۸۳.
۳۴. مرادی، یاسر و عباس کریمی؛ «مسئولیت بانکها در عقود مشارکتی (مشارکت مدنی و مضاربه)»؛ نشریه اقتصاد و بانکداری اسلامی، دوره ۶، ش ۲۱، ۱۳۹۶.

۳۵. مصباحی مقدم، غلامرضا و محمدحسین نعمتی؛ «تحلیل فقهی حقوقی برخی از مواد قرارداد مشارکت مدنی بانکی»؛ پژوهشنامه میان رشته‌ای فقهی، دوره ۷، ش ۱۳، ۱۳۹۷.
۳۶. مطیعی، انسبه و مسعود البرزی ورکی؛ «بررسی تطبیقی اصل انصاف و اصول عدل و انصاف»؛ پژوهش‌های حقوق تطبیقی، س ۲۳، ش ۳، ۱۳۹۷.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر؛ القواعد الفقهية؛ ج ۳، قم: مدرسه علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۷۰.
۳۸. موسوی بجنوردی، سیدحسن؛ القواعد الفقهية؛ قم: نشر الهادی، ۱۳۷۷.
۳۹. موسوی بجنوردی، سیدمحمد؛ «الأنصاف»؛ پژوهشنامه متین، ش ۱۵ و ۱۶، ۱۳۸۱.
۴۰. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۹۱.
۴۱. نظرپور، محمدنقی و فرشته ملاکریمی؛ کاربرد قواعد فقهی در نمونه‌ای از قراردادهای بانکی؛ تهران: پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۷.
۴۲. الهیان، مجتبی و محمدابراهیم الهیان؛ «شروط غیر منصفانه در قراردادهای بیمه و آثار آن از منظر فقه و حقوق ایران»؛ دوفصلنامه پژوهش‌های فقهی، دوره ۹، ش ۱، ۱۳۹۲.
۴۳. واحدی، قدرت الله؛ مقدمه علم حقوق؛ تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۶.
44. Akerlof, G.; **The Market for “Lemons” Quality Uncertainty and the Market Mechanisms**; 1970.
45. Cseres, K.; **Consumer Protection in the European Union**; in R. Van den Bergh and A. Paces (eds.); Regulation and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2012.
46. Hesselink, M.; **Unfair Terms in Contracts Between Businesses**; in R. Schulze and J. Stuyck (eds.); Towards a European Contract Law, Munich, Sellier, 2011.
47. Schillig, M.; **Inequality of Bargaining Power Versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms**; ELR, 2008.