

فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod: 2020S4D15SH1M32 ISSN-P: 2538-3701

شروط تحمیلی در قراردادهای بانکی (مطالعه تطبیقی ایران-فرانسه)

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۳/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۹/۰۹/۱۲)

حسین ولی زاده^۱

دوره دکتری تخصصی حقوق خصوصی

دوره کارشناسی ارشد حقوق اقتصادی دانشگاه شهید بهشتی

چکیده

روند جاری در بانکداری جهانی که بر شفافیت هر چه بیشتر بر عملکردها تاکید می کند تا افراد ذینفع از اقدامات مدیران آگاهی یابند، در کشور ما گونه‌ای پنهان کاری بر نظام بانکی حاکم شده که کل سیستم را در نور دیده است. از جمله این عدم شفافیت‌ها آن است که در بانکداری مدرن آگاهی بخشی از مفاد قرارداد یکی از تکالیف بانکداران است تا آنان به تمام جوانب قراردادها خواه ریسک‌ها و خواه تعهدات و شروط آگاهی یابند. در ایران اکثر بانک‌ها نه تنها مخاطرات و تعهدات را به آگاهی مشتریان نمی رسانند بلکه وضعیت را با توجه به اضطرار مشتری آن گونه طراحی می کنند تا او امکان مطالعه و اظهار نظر درباره‌ی قرارداد را نیابد. راه حل مقابله با شروط تحمیلی بانکی نظری است برگرفته از حقوق اروپایی که می توان با کمک گرفتن از نقاط ضعف و نقاط قوت آن به حقوق ایران نیز وارد گردد برای نمونه با توجه به پژوهش در حقوق فرانسه؛ ترتیب دادن لیست تمثیلی از شروط ظالمانه باعث سهولت کار گردیده است. این امر باعث گردیده که قراردادی که برای دادخواهی به محکمه ارجاع داده می شود اگر شروط مندرج در آن مشمول این لیست و یا لااقل مشابه آن شروط در این لیست باشد کار محاکم برای قضاوت آسان تر شود. اما عیب بزرگ این سیستم نیز مجددا نبود مولفه های غیر مشخص برای تشخیص شروط تحمیلی بوده است. اقدام دیگر حقوق فرانسه در

۴۴



¹ hosseinvalizadeh80@gmail.com

این میان تشکیل کمیسیونی خاص برای شناسایی شروط تحمیلی بوده است. همچنین برای مقابله موثرتر در عرصه اتحادیه اروپا دستور العمل E.E.C13/93 تصویب گردیده که فرانسه نیز از این دستورالعمل تبعیت می‌کند. به صورت کلی به نظر می‌رسد مناسب است جهت مقابله با شروط تحمیلی در حقوق دو کشور بایستی تا آنجا که می‌توان از نظریه‌ی تعدیل قرارداد استفاده نمود چرا که هم اصل لزوم و استواری معاملات حفظ شده و لطمه‌ی کمتری به آن وارد می‌شود و هم منافع هر دو طرف قرارداد حفظ می‌گردد. در این پژوهش به روش توصیفی- تحلیلی سعی در بررسی شروط تحمیلی در قراردادهای بانکی با مطالعه‌ی تطبیقی در کشور فرانسه با نگاهی به قانون پولی بانکی فرانسه و ایران شده است.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



مقدمه

بر طبق اصل حاکمیت اراده، قصد و اراده منبع هر حق و تکلیف می باشد. در زمینه های اقتصادی و حقوقی نیز، بشر هنگامی می تواند ابتکار، خلاقیت و شایستگی خود را در فعالیت- های اقتصادی نشان دهد که آزادانه قرارداد ببندد و فعالیت های خویش را به دلخواه تنظیم کند. در زمینه حقوقی بالاخص قراردادها و تعهدات، اصل حاکمیت اراده مبنای نظریه تعهدات محسوب می شود. میل به آزاد زیستن و کشش به سوی برابری و استقلال، انسان را به ایستادگی در مقابل الزام های خارجی وا می دارد. مقاومت طبیعی انسان در برابر الزامات خارجی در حقوق خصوصی «قراردادها و شروط آنها» را نهادی محترم می کند و اصل آزادی را بر پا می دارد تا مردم به شیوه دلخواه زندگی کنند و عدالتی را که خود می پسندند حاکم بر روابط اجتماعی و حقوقی خود بسازند. اصل آزادی قراردادها به عنوان یک وسیله مفید اجتماعی، قالب های سنتی و محدود را شکسته و بر توافق طرفین قطع نظر از صورت آن حاکمیت بخشید. از طرفی هدف و بنای عقلا و قانون گذار از انعقاد قرارداد، حفظ و پابندی به شرایط، مفاد و آثار آن است. لازمه شئون تجاری و مبادلات اقتصادی، پابندی و احترام به عهد و پیمان می باشد. اصل لزوم در برقراری ثبات و امنیت و حفظ نظم در روابط حقوقی طرفین نقش مؤثر و غیر قابل اجتنابی دارد. هیچ فرد و مقامی حتی قانون گذار منکر اصل لزوم و احترام و پابندی به روابط قراردادی و خصوصی و یا قادر به دخالت و تغییر آن نیست و برای احترام به آزادی اراده افراد در قراردادها رعایت آن الزامی می باشد. از سوی دیگر انصاف و عدالت در معاملات و قراردادها حکم می نماید که طرفین از حقوق و تکالیف مساوی و برابر برخوردار باشند و تعادل بین ارزش کالاها و خدمات ارائه شده حفظ شود. واقع بینی ایجاب می نماید که نقش انصاف و عدالت را به عنوان آرمانی الهام بخش قلمداد نمایم (کرد، ۱۳۸۹: ۴). در حال حاضر عملیات بانکی یکی از پررمانه ترین فعالیت های اقتصادی و تجاری در سراسر جهان است و این وضعیت در ایران با توجه به روند خصوصی سازی و امکان ایجاد بانک های خصوصی به شدت گسترش یافته است. به دلیل نیازهای فعلی جامعه صنعتی و تولیدی به استفاده از خدمات متنوع بانکی و قدرت اقتصادی بانک ها، اعم از



پرداخت تسهیلات و غیره گونه‌ای فرادستی در روابط میان مشتری و بانک ایجاد شده است که به ویژه در قراردادهای تنظیمی میان آنان نمود پیدا می‌کند. این مطلب از آن حیث قابل تامل می‌شود که معمولاً مشتریان نیازمند بهره‌گیری از خدمات بانکی هستند و بانکها این امکان را دارند که با وضع گونه‌ای انحصار شروط خویش را بر مشتریان تحمیل نمایند. ریسک ذاتی الحاق به این قراردادها در شروطی ظاهری می‌شود که حقوق و تعهدات طرفین را نامتعادل می‌سازند. در واقع، صاحبان حرف که به صورت یک جانبه قراردادهای مورد بحث را تحریر می‌نمایند، با استفاده از برتری اقتصادی خود، در وضعیتی قرار دارند که شرایطی را به طرف غیرحرفه‌ای خود تحمیل نمایند که برآورنده صرف منافع آنها است. این صاحبان حرف، به عنوان مثال، برای خود حق تغییر یک جانبه قرارداد را قائل می‌شوند و می‌توانند محتوای قرارداد را آن چنان که برآورنده انتظارات و منافع ایشان می‌باشد تغییر دهند (مداحی، ۱۳۹۴: ۷۲). از طرفی، برخی دیگر نیز با استفاده از این وضعیت نامتعادل خود را به طور کامل از مسئولیت قراردادی، در فرض عدم انجام یکی از تعهدات معاف می‌نمایند. در واقع وضعیت به گونه‌ای است که قراردادهای بانکی (که تمایل گسترده‌ای به تحمیل شروط مندرج در آن که اغلب جنبه برتری بر اصل قرارداد دارد و به صورت تحمیلی و نابرابر بر طرف دیگر قرارداد دارد) چهره غالب قراردادهای عمومی و مصرفی گردیده و در چنین قراردادهایی نابرابری در حقوق و تکالیف طرفین گاه چنان گزاف است که غباری از غیرمنصفانه بودن را بر آن کشانده و چهره عدالت را در آن ناپیدا می‌نماید و قدرت چانه زنی و قدرت معاملی طرف قرارداد سلب که عدالت را مخدوش مینماید به نحوی که انحراف از آن شروط دلیل گسستن قراردادها و مالا محق بودن بانک تلقی می‌گردد. در این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی سعی در بررسی شروط تحمیلی در قراردادهای بانکی با مطالعه‌ی تطبیقی در کشور فرانسه با نگاهی به قانون پولی بانکی فرانسه و ایران خواهد شد.



بخش اول: مصادیق شروط تحمیلی در قراردادهای بانکی در حقوق ایران و آثار آن

در این قسمت به بررسی شروط تحمیلی در قراردادهای بانکی پرداخته می شود در ادامه آثار این شروط مورد بررسی قرار می گیرد.

بند اول: سلب شدن حق طرح دعوا از طرف قرارداد

برخی از قراردادهای مشارکت مدنی حق طرح دعوا را از مشتری سلب می کند به این صورت که یکی از بندهای قراردادهای بانکی سلب این اختیار از مشتری است. این در حالی است که سلب حق اعتراض و شکایت از جمله حقوق مدنی هر شخصی است که نمی توان آن را سلب نمود با این حال در این قسمت به بررسی قابلیت این سلب اختیار پرداخته می شود.

۱. سلب شدن کلی حق (تمتع و استیفاء)

قوانین مربوط به اهلیت و حجر از قواعد مربوط به نظم عمومی است و قرارداد نمی تواند مانع اجرای آنها شود. به هیچ محجوری با تراضی نمی توان اعطای اهلیت نمود. هیچ کس نیز حق ندارد ضمن قرارداد با دیگران خود را از اهلیتی که دارد محروم سازد. ماده ۹۵۹ قانون مدنی در این باره به طور قاطع بیان می دارد: «هیچ کس نمی تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.» ممکن است ادعا شود که در ماده ۹۵۹ اسقاط حقوق مدنی به طور کلی منع شده است. پس، شخص می تواند، در مورد خاص یا زمان محدود، خود را از حق تملک یا تصرف در حقوق مدنی محروم سازد. بدین ترتیب، اگر مالکی حق فروش ملک خود را به شخص معین پایه مدتی به تمام اشخاص ساقط نماید، آیا نباید گفت که اهلیت خود را در این باره از دست داده است؟ همچنین، در مورد مخترعی که ضمن قرار داد واگذار کردن امتیاز، حق اجیر شدن یا فروش محصول ناشی از آن اختراع را از خود سلب می کند، آیا در این زمینه در شمار محجوران در آمده است؟ در بسیاری از وصایا و بخشش هایی که پدر خانواده به فرزندان می کند، موصی له یا متهب را تا مدتی از انتقال موضوع عقد محروم می سازد. این گونه شرطها بی گمان نافذ است و از فرزند سلب حق می





کند، پس چگونه می‌توان گفت که قرارداد در قواعد اهلیت اثر ندارد؟ آیا این محرومیت را نباید نوعی حجر خاص نامید؟ در پاسخ این ادعا بایستی گفت که اهلیت و حجر در اختیار قانون‌گذار است و تنها قانون استعدادهای شخص در تملک و اجرای حق را معین می‌کند. در این گونه موارد، اختیار مالک در نتیجه تراضی محدود می‌شود و نفوذ این تعهد عینی که بر مال معین تحمیل می‌شود به معنی ایجاد حجر برای مالک نیست. به بیان دیگر، عدم قابلیت انتقال مالی که موضوع تعهد (شرط) قرار می‌گیرد، نتیجه تغییر قراردادی نظام مالکیت است و ارتباطی به لیاقت و شخصیت مالک ندارد؛ مبنای حفظ مال برای دیگران است، مانند محدودیتی که تاجر ورشکسته پیدا می‌کند. با این حال، بعضی از مولفان خواسته‌اند قراردادی را که برخلاف شرط بسته می‌شود بین طرفین نافذ شمارند: یعنی، مشروط له تنها حق فسخ میان خود و انتقال دهنده و مطالبه خسارت دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۵/۲). عدم اهلیت امری استثنایی است: یکی از اصول مسلم حقوق کنونی «تساوی مردم در برابر قوانین» است. نتیجه مهمی که از تساوی گرفته می‌شود این است که همه از حقوق مدنی برخوردار باشند و بتوانند، بدون دخالت دیگران، آن حقوق را اعمال کنند. بنابراین، عدم اهلیت امری است استثنایی که باید به حکم قانون مقرر شود؛ چنانکه ماده ۹۵۶ قانون مدنی همین قاعده را در مورد تملک حق بدین گونه تصریح نموده است که اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می‌شود. «ولایت بر دیگران نیز بی‌گمان امری خلاف اصل است. بدین ترتیب، تنها کسانی را که می‌توان محجور دانست که قانون مقرر کرده باشد و در میان اعمال حقوقی محجوران، گروهی ممنوع است که به نادرستی آنها تصریح شده باشد. قانون نیز در این باره باید تفسیر محدود شود و دادرس به وسیله قیاس یا استناد به مفهوم مورد تردید به گسترش قلمرو آن نپردازد. منتها، جایی که قانونگذار عدم اهلیت تصرف شخصی را که به طور عام مقرر می‌دارد، اصل ثانوی دیگری به وجود می‌آید که موافق آن تمام قراردادهای محجور نادرست است، جز آنچه را قانون به صراحت مجاز می‌شناسد. با حکمی که ماده ۵۸۸ قانون تجارت در مورد اشخاص حقوقی مقرر داشته است، اصل استثنایی بودن عدم اهلیت را در مورد این اشخاص نیز باید پذیرفت. موافق این ماده «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه

حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است، مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد، مانند حقوق و وظایف ابوت، بنوت و امثال ذلک. « با این وجود، چون شخص حقوقی برای رسیدن به هدف خاص و بر مبنای اساسنامه خود جواز ورود به جهان حقوق را می یابد، تخصص آن وجود را برای تعیین اهلیت شخص حقوقی و اختیار مدیران باید در نظر گرفت (همان: ۱۷).

۲. سلب شدن حق دعوا در قراردادهای مشارکت

در برخی از عقود بانکی با شروطی مواجه می شویم که حق اقامه دعوا را از کسانی که بانک قرارداد می بندند سلب می کند باید گفت که این عمل سلب حق می باشد زیرا براساس اصول مسلم دادرسی از جمله اصل ۳۸ قانون اساسی: «دادخواهی حق مسلم هر فرد می باشد.» بنابراین باید از نظر حقوقی این مسئله بررسی شود که آیا می توان حق دادخواهی را سلب نمود یا نه؟ باید گفت سلب حق از موضوعات مهمی است که در مباحث فقهی و حقوقی و موضوعات گوناگون مورد توجه قرار گرفته است. اگرچه در مباحث فقهی و حقوقی همانند بسیاری از مباحث دیگر مثل بیع، خیارات و... فصل مستقلی را از سلب حق وجود ندارد اما این بحث در بسیاری از مباحث دیده می شود و این امر نه تنها به واسطه ضرورت نظری و علمی است. اسقاط حق می تواند به صورت صریح باشد یا به صورت ضمنی. اسقاط صریح این است که صاحب حق با بیان صریح، جمله ای را بیان کند که به طور صریح دلالت بر اغماض و صرف نظر کردن وی از حقش داشته باشد مثلاً ضمن عقد بیان کند که حق خیار خود را ساقط کردم و به عبارت دیگر، اسقاط حق به صورت صریح یعنی بیان جمله ای که به دلالت مطابقی دلالت بر اغماض صاحب حق، از حقش نماید. اسقاط ضمنی این است که صاحب حق عملی انجام دهد که دلالت بر انصراف و چشم پوشی وی از حقش داشته باشد. مثلاً در معامله ی مال غیرمنقول قابل تقسیمی که بین دو نفر مشترک است وفق ماده ۸۰۸ ق.م. برای شریک دیگر حق شفعه ایجاد شده و شریک اخیر به رغم اطلاع از حقی که برایش ایجاد شده، اقدام به انتقال سهم خود پیش از اخذ به شفعه مینماید که این امر دلالت بر اسقاط حق وی به صورت ضمنی





دارد. به عبارت دیگر، اسقاط حق به صورت ضمنی تصرف در حق است توسط صاحب حق که به دلالت التزامی بر اسقاط حق از ناحیه‌ی او دلالت می‌کند. مواد ۲۴۵، ۴۰۳ و ۸۰۲ ق.م. از جمله مواد قانونی است که در موضوع اقسام اسقاط حق می‌توان به آنها استناد کرد (شعبانی، ۱۳۸۹: ۸۳). مهم‌ترین ماده قانون مدنی که در بحث اسقاط حق می‌توان به آن استناد کرد ماده ۹۵۹ است که بیان می‌کند: «هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.» این ماده قانونی به دو حق اشاره می‌نماید (حق تمتع و حق استیفا) و آن هم با قید «به طور کلی». پس قادریم هر کدام از حقوق تمتع و استیفا را در دو حالت کلی و جزئی در این ماده، مورد بحث قرار دهیم. این ماده به صراحت سلب هر یک از حقوق تمتع و استیفا را در حالت کلی منع نموده است و برای این گونه سلبها اعتباری قائل نشده است. در نظرات حقوقی نیز حقوق دانان از جمله مهم‌ترین مشخصه حق را قابلیت اسقاط قلمداد؛ یکی از مؤلفین و استادان بر این باور است که حق، دارای مشخصه‌هایی است مانند قابلیت انتقال، توارث و اسقاط. البته بعضی از حقوق، به دلیلی، برخی مشخصات را ندارند، منتها حق اسقاط اهمیت بیشتری دارد و مطمئن‌ترین وسیله برای شناخت حق، قابلیت اسقاط است، هر چند به تنهایی برای شناخت آن کافی نیست (صرامی، ۱۳۸۵: ۱۵۱). ولی مؤلفی دیگر در این زمینه بیان می‌دارد، چون اراده خلاق است و هم می‌تواند به نفع دیگری حق به وجود آورد و هم می‌تواند حقی را که خود دارد معدوم نماید؛ بنابراین، صاحب اراده می‌تواند حق خود را ساقط نماید مگر این که در مورد معین، قانون مانع اسقاط حق شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۸۵). حقوق دان دیگری ضمن تقسیم حق به حقوق قابل اسقاط و غیرقابل اسقاط و حقوقی که در قابلیت اسقاط آن شک و تردید هست در ادامه مقتضای طبیعت حق را قابل اسقاط و نقل می‌دانند (بروجردی، ۱۳۸۷: ۱۱۵). از مجموعه نظرات فقهی و حقوقی چنین به نتیجه می‌شود که غالب فقها و حقوق دانان قابلیت اسقاط را از آثار حق می‌دانند و حتی از آثار مهم آن. و اگر چه نظرات مخالفی نیز در این زمینه مشاهده میشود که قابلیت اسقاط را الزاما از آثار و نشانه‌های حق نمیدانند اما وقتی به مصادیق مطرح شده توسط آنها توجه کنیم، در واقع به همان مواردی اشاره می‌کنند که از نظر قائلین به قابلیت

اسقاط حق، اساسا در زمره‌ی حقوق نیستند بلکه باید آنها را از مصادیق احکام بدانیم. برای نمونه می‌توان از این موارد در صلح ضمن عقود مشارکتی نام برد که بر اساس آن در عقود مشارکت مدنی شرکا می‌بایستی در سود و زیان و همچنین هزینه‌های مترتب سهیم باشند لیکن با شرط صلح، در مقابل دریافت ۱۰۰۰ ریال از بانک به بانک صلح نموده و بدین ترتیب کلیه هزینه‌هایی از قبیل (انبارداری، تبلیغات، فروش و ...) همچنین زیان وارده به مشتری همگی صلح شده و بر عهده مشتری گذارده می‌شود. که این ماهیت عقد مشارکت را دگرگون ساخته و متأسفانه این نوع شرطها غالباً به سود موسسات مالی و یکطرفه است و این در حالی است که با احکام دینی و روح شریعت مخالف می‌باشد. و یا این که در شرط دیگری بانک‌ها به منظور پوشش ریسک نرخ سود برای خود، اقدام به اخذ امضا از مشتری بابت متمم قرارداد سپرده‌های تضمین می‌نمایند بدین نحو که در متمم قرارداد مربوط به سپرده‌هایی که ضمانت می‌گیرند و بابت آن تسهیلات پرداخت می‌کنند (که معمولاً با حاشیه سود ۴ درصد می‌باشد) مشتری را مجبور می‌کنند که متعهد شود که اگر در آینده نرخ سپرده کاهش یافت نرخ تسهیلات اخذ شده بابت آن کاهش نیابد؛ لیکن اگر نرخ سپرده افزایش یافت به سپرده تضمینی مشتری سود بالاتر تعلق نگیرد در این متمم به شکل اقرارنامه از مشتری امضا گرفته می‌شود که تحمیلی است. البته نزدیکترین مفهوم به سلب حق دعوا، سلب حق فسخ می‌باشد در قرارداد مشارکت مدنی بانکها شرطی وجود دارد که طی آن شریک حق رجوع و فسخ قرارداد را از خود سلب می‌کند این موضوع با توجه به اینکه قرارداد مذکور شراکتی مبتنی بر وکالت است و همچنین با توجه به اینکه عقد شرکت عقدی جایز می‌باشد آیا می‌توان با شرط ضمن عقد جایز آن را الزام آور و غیر قابل فسخ آن هم فقط برای یک طرف قرارداد؟ برخی از کارشناسان اتقاد دارند ماهیتی که در ذات خود جایز است را نمی‌توان به غیر قابل فسخ تبدیل کرد زیرا جایز بودن این نوع عقود از جمله قواعد امری است و نمی‌توان آنها در ضمن عقد جایز دیگری لازم کرد. بر همین اساس می‌توان گفت که در رابطه با چنین شرطی باید قائل به اختیار مشتری نیز در فسخ و از بین بردن عقد جایز دانست که در عمل چنین نیست (مداحی، ۱۳۹۴: ۷۸).



بند دوم: شریک نشدن بانک در زیان

در برخی از قراردادهای بانکی، بانک اعلام می‌نماید که در زیان وارده از مشارکت سهامی نبوده بلکه کاملاً برعکس عمل نموده و خسارت تاخیر تادیه را نیز اخذ می‌کند این در حالی است که ذات عقد مشارکت و شرکت مدنی سهامی شدن همه شرکا در سود و زیان می‌باشد ولی بر این اساس بانک رفتاری بر خلاف مقتضای ذات عقد مشارکت انجام می‌دهد در ماده‌ی ۲۶ قانون پولی و بانکی کشور نیز این مسأله قابل توجه است و حقوق مشتری در این بند نادیده گرفته شده است.^۱ در این قسمت به بررسی برخی از این احکام پرداخته می‌شود.

۱. تقسیم سود و زیان در شرکت مدنی

طبق ماده ۲۰ قانون مدنی هر مالکی حق همه گونه دخل و تصرف در مالکیت خویش را دارد این اصل که از نتایج مالکیت است در مورد مال مشاع قابل اجرا نیست. در مال مشاع هر ذره ای از ذرات مال متعلق به کلیه شرکا است بنابراین تصرف مادی هر یک از شرکا در هر جزئی از مال مشاع موجب تصرف در مال غیر است و تصرف در مال غیر بدون اذن مالک جایز نمی‌باشد. در نتیجه؛ هرگونه تصرفی در مال مشاع باید با موافقت کلیه شرکا باشد ماده ۵۸۲ قانون مدنی در تائید همین واقعیت بیان می‌دارد: «شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است». منظور از تصرف در این ماده تصرفات مادی است مثل اینکه یکی از دو برادر که مالک مشاع خانه ای هستند بدون اذن، تمام خانه را به مدت یک سال در تصرف خود داشته باشد این تصرف موجب مسئولیت به پرداخت اجرت المثل نسبت به سهم شریک می‌باشد سایر تصرفات مادی مثل تعمیر و تخریب مال مشاع نیز مشمول



^۱ ماده ۲۶- الف - دولت موظف است در مقابل زیانهای احتمالی حاصل از تغییر برابریهای قانونی نسبت به طلا و پول‌های خارجی و اتفاقات ناشی از قوه قهریه اسناد خزانه بی‌نام با سررسید معین صادر و به بانک مرکزی ایران تسلیم نماید.
ب - سود احتمالی حاصل از تغییر برابریهای قانونی نسبت به طلا و پولهای خارجی و اتفاقات ناشی از قوه قهریه به مصرف استهلاك اصل و بهره‌بدهی‌های دولت به بانک مرکزی ایران خواهد رسید و مازاد آن به خزانه دولت تحویل خواهد شد.
ج - سود و زیان ناشی از اجرای موافقتنامه‌های پرداخت موضوع بنده ماده ۱۲ این قانون به حساب دولت منظور خواهد شد.

همین حکم کلی است و علی‌الأصول باید توأم با اذن کلیه شرکا باشد (اتوزیان، ۱۳۹۸: ۱۵۱). یکی از اصول اساسی در عقد شرکت تقسیم سود و زیان به نسبت سهم الشرکه است اگر سهم الشرکه مساوی باشد سود نیز باید به طور مساوی تقسیم شود و اگر سهم شرکا مختلف باشد سود به نسبت سهم تقسیم می‌شود بنابراین اگر شرط شود سود حاصله از شرکت متعلق به یکی از شرکا باشد و یا آنکه سود بیشتری به وجود تساوی سهم برای یکی از شرکا در نظر گرفته شود این نوع شرکت باطل است؛ همچنین است اگر سود مساوی با وجود اختلاف میزان سهم شرکا در نظر گرفته شود منظور از بطلان شرکت در این مورد این است که شرط باطل است و اگر این شرط علت عمده عقد باشد عقد نیز باطل خواهد بود؛ بنابراین هر یک بهره سهم خود و اجرت المثل عملی را که در مال متعلق به دیگری انجام داده است خواهد گرفت. همچنین اگر شرط شود که زیان‌های احتمالی متوجه یکی از شرکا نشود این شرط بی اعتبار است زیرا معنی این شرط آن است که سود احتمالی به او برسد ولی از زیان احتمالی مصون باشد ماده ۵۷۵ قانون مدنی این قاعده کلی را چنین بیان می‌کند:

«هریک از شرکا نسبت به سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشند مگر اینکه برای یکی یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد.»

۴۵۱



بنابراین اگر در ازای انجام عملی سهم بیشتری از سود در نظر گرفته شود در این صورت یک علت قانونی برای این سهم اضافی وجود دارد و چنین تعهدی بدون علت نیست. در واقع این مورد شبیه مضاربه است از جهت اینکه در ازای عمل سهمی از سود قرار گرفته است. در فقه امامیه نیز از همین نظر پیروی شده است و تقسیم سود باید بر پایه سرمایه هر شریک باشد به ویژه هنگامی که همه شریکان در انجام امور مربوط به اداره شرکت همکاری می‌کنند. ولی در موردی که سرمایه‌ها مساوی است و یکی از شریکان اعمال مربوط به اداره شرکت را انجام می‌دهد شرط سود بیشتر برای او درست دانسته شده است (کاشانی، ۱۳۸۸: ۱۴). آشکار است چنین حالتی در دیگر مذاهب فقهی نیز قابل پذیرش است و در واقع از مصادیق مضاربه است

که یک طرف سرمایه می دهد و طرف دیگر عمل خود را به شرکت می آورد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۱۴).

۲. سفید امضا بودن قرارداد اعطای سود

بسیاری از قراردادهای اعطای تسهیلات و یا شروط مقرر برای اعطای سود و مشخص شدن میزان آن در قراردادهای بانکی به صورت سفید امضاء توسط مشتری به بانک تسلیم شده و یا این که بانک قراردادهای از پیش تعیین شده را در برابر مشتری قرار می دهد و مشتری بر اساس آن فقط امضای خود را پای قرارداد برجای گذاشته و به مفاد قرارداد، خود را متعهد می کند. این در حالی است که قراردادهای تحمیلی در نظام بانکی این امکان را فراهم می کند که بانکها به وکالت از طرف مشتریها اقدام به تعیین سود و زیان کرده و میزان سود درخواستی را از مشتریان اخذ می کنند حتی در برخی از آرای قضایی این امر نیز مشاهده شده است که دادگاه به وکالت بانک نسبت به مشتری صحه گذاشته است که به نظر می رسد در این رابطه نیز برخی از مصادیق وکالت با این شرایط مابینت دارد.

الف - اراده طرفین

اصل این است که معامله برای شخصی که آن را انشا می کند، منعقد می شود و آثار آن نسبت به خود او جریان پیدا می کند، مگر این که معامله کننده، عقد را به نیت شخص دیگر منعقد سازد (ماده ۱۹۶ قانون مدنی)، یا این معامله نسبت به مال متعلق به دیگری تشکیل شود (ماده ۱۹۷ قانون مدنی). بنابراین قصد انشای نماینده اصیل، مانند قصد انشای شخص اصیل، می تواند بوجود آورنده عقد باشد. نماینده با ثالثی که عقد یا توافقی را ایجاد می کند باید از لحاظ شکلی و ماهوی آثار و شرایط عقد صحیح را دارا باشد به نوعی وکیل در نقش اصیل می باشد. اهلیت، قصد و رضای اصیل را وکیل انشاء می کند به طوری که اگر اصیل نیز در همان مجلس بود عقد این آثار را به بار می آورد. اگر وکیل از جانب موکل اذن نداشته باشد احکام معاملات فضولی شامل آن می شود که باید هنگام عقد تصریح کند که به نمایندگی از جانب اصیل اقدام به انجام این معامله کرده است. قراردادهایی که در این زمینه منعقد می گردند باید

همگی کتبی باشند زیرا قانون به قراردادهای شفاهی آن اهمیتی را که به قراردادهای کتبی می‌دهد را نمی‌دهد. در بحث اسناد از مشخص شد که این اسناد به خاطر نوشته بودنشان و تحت نظر یک مقام مسئول قرار گرفتنشان موجب سندیت آنها میشود پس قراردادها در این زمینه باید کتبی باشد.

ب- رعایت نمودن مصلحت و کیل نسبت به موکل

منع اعطای نیابت حدود نمایندگی و اختیارات نماینده را در اجرای موضوع نمایندگی مشخص می‌کند چنانکه در نمایندگی های قانونی و قضایی قانون و مقام منصوب کننده و در وصایت موصی و در وکالت موکل و در تولیت وقف واقف و در اشخاص حقوقی اساسنامه مجمع موسسین و یا تصمیمات مجامع عمومی در حدود اساسنامه اختیارات نماینده را مشخص می‌کنند. نماینده متعهد و ملزم می‌باشد که فقط در حدود اختیار خود نسبت به انجام موضوع نیابت اقدام کند و در تصرفات و اقدامات خود مصلحت اصیل را مراعات نماید. قانون مدنی در باب وکالت در این خصوص به موجب مواد ۶۶۳ و ۶۶۸ قانون مدنی بیان داشته است که: وکیل نمی‌تواند عملی را که از حدود وکالت او خارج است انجام دهد. وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات کند و از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار اوست تجاوز نکند نسبت به سایر اقسام نمایندگی نیز همین مقررات حاکم است چنانکه طبق ماده ۸۵۹ قانون مدنی وصی هم باید بر طبق وصایای موصی رفتار کند و الا ضامن و منعزل است. قیم و امین هم به موجب ماده ۷۹ ق. ا. ج. مکلف هستند که در حدود اختیار خود عمل کرده و در امور مولی علیه غبطه و مصلحت او را رعایت کنند ولی نیز اگر چه دامنه اختیارات او نسبت به اداره اموال و امور مالی مولی علیهم وسیع تر از سایر نمایندگان می‌باشد ولی مع الوصف باید در اقدامات خود رعایت مصلحت مولی علیه یا حداقل عدم مفسده را بنماید.^۱ در فقه نیز هرگاه نماینده از حدود اذن و اختیار تجاوز کند و با

^۱ در مورد اینکه آیا کارهای ولی در اداره امور مولی علیه مقید به مصلحت است یا خیر در قانون مدنی حکمی بیان نشده است و در فقه نیز اختلاف نظر وجود دارد. مشهور به استناد آیهی شریفه «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» و بعضی از روایات معتقد به لزوم رعایت مصلحت در اقدامات پدر و جد پدری هم هستند و بعضی دیگر به استناد روایتی که





رعایت غبطه اصیل را نکرده باشد همین ضمانت اجرای عدم نفوذ اعمال حقوقی انجام شده توسط نماینده را لحاظ کرده‌اند چنانکه صاحب جواهر در این خصوص به صورت یک قاعده کلی بیان داشته است که هر تصرف و عمل حقوقی که از ناحیه وکیل مغایر با مصلحت موکل انجام شود از قبیل آنکه به کمتر از ثمن المثل بفروشد یا در صورت وجود بها بیشتر حتی به ثمن المثل به فروش رساند یا کالای معیوبی را بخرد تماما فضولی و متوقف بر تنفیذ مالک خواهد بود (یزدی، ۱۴۱۴: ۸). البته باید گفت؛ این حکم در جایی جریان دارد که نماینده به مقتضای امانت عمل ننموده و در اجرای موضوع نمایندگی غبطه و مصلحت اصیل را ملحوظ نداشته و به اصطلاح بیشتر در اندیشه منافع خود بوده است تا به مصالح اصیل یا در رعایت مصلحت اصیل مسامحه و کوتاهی کرده است ولی هرگاه که نماینده با وصف اینکه به مصلحت و غبطه اصیل هم می‌اندیشیده و در حدود متعارف هم در این راستا عمل می‌نموده ولی با این وجود اگر نتیجه عمل حقوقی او با مصلحت اصیل منطبق نباشد؛ عمل مذکور محکوم به چه حکمی خواهد بود؟ آیا باز هم می‌توان بیان داشت به لحاظ مغایرت با مصلحت اصیل غیرنافذ و نیازمند تنفیذ اوست یا چون معمولاً نماینده در اجرای موضوع نمایندگی تعهدی جز به مواظبت و اقدام در حدود متعارف ندارد چه به نتیجه مطلوب برسد یا آن هدف حاصل نشود باید نظر به صحت و نفوذ معامله او داده شود؟ قانونی مدنی در این خصوص ساکت است ولی در فقه بعضی مانند مرحوم سید کاظم طباطبایی صاحب عروه الوثقی عقیده به نفوذ معامله دارند ولی اصیل را ذیحق می‌دانند که در صورت امکان با استفاده از خیار غبن و یا عیب و امثال اینها نسبت به رفع ضرر وارده بر خود اقدام کند (مداحی، ۱۳۹۴: ۸۰).

بند سوم: شرط سود مقطوع

آنچه که در قراردادهای بانکی به مشتری تحمیل می‌گردد پرداخت سود مقطوع در بازدهی زمانی مشخصی می‌باشد به عبارت دیگر اگر طرفین در عقد مضاربه شرط سود معین و مقطوع

فرزند و اموال او را مال پدر توصیف کرده است و روایات دیگری در این خصوص رعایت مصلحت از جانب وی را لازم ندانسته و اعتقاد دارند که عدم مفسده کفایت می‌کند (خمینی، ۱۳۸۸: ۴۵۳/۲).

کنند، مثلاً شرط شود که تاجر ماهی پنج هزار تومان از سود حاصله را به مالک بپردازد و باقی مانده آن به تاجر تعلق گیرد، آیا چنین شرطی صحیح است؟ به نظر عده‌ای چنین شرطی، باطل و موجب بطلان عقد مضاربه است (همان)؛ زیرا مشاعی بودن سهم مالکیت هر کدام از سود، اثر ذاتی مضاربه می‌باشد. بنابراین شرط سود معین مقطوع شرط خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه است و طبق بند ۱ ماده ۲۳۳ ق.م. موجب بطلان عقد می‌شود. حتی در عقد مضاربه نمی‌توان تمام سود را اختصاص به مالک داد، چنانکه کسی سرمایه‌ای برای تجارت به دیگری بدهد و قرار گذارد تمام منافع مال مالک باشد، در این صورت طبق ماده ۵۷۷ قانون مدنی معامله، مضاربه محسوب نمی‌شود و باطل خواهد بود، زیرا در عقد در مقابل عمل مضارب عوض قرار داده نشده است و مضاربه از عقود معوض می‌باشد و در صورتی که در اثر این امر عملیات تجاری انجام گیرد عامل مستحق اجرت المثل عمل خود می‌باشد، مگر این که معلوم شود آن را تبرعاً انجام داده است (امامی، ۱۳۹۳: ۱۷۷/۱). یکی از شارحان قانون مدنی در این زمینه بیان می‌دارد: «بطلان معامله در مورد اختصاص ربح به احد طرفین وقتی است که مقصود متعاملین عنوان مضاربه باشد اما اگر مقصود از اختصاص ربح به عامل قرض و از اختصاص آن به مالک توکیل در تجارت که آن را در اصطلاح بضاعت گویند باشد معامله در تحت یکی از این دو عنوان صحیح خواهد بود زیرا هر عقدی تابع قصد متعاقدين بوده و در صحت آن الفاظ مخصوصی شرط نیست بلکه به هر لفظ یا فعلی که کاشف از قصد متعاقدين باشد معامله مقصوده واقع می‌شود» (بروجردی، ۱۳۸۰: ۲۴۶). به اعتقاد برخی دیگر «موضوع بحث این نیست که آیا مالکیت مشاعی سود مقتضای عقد مضاربه است، بلکه این است که آیا شرطی که به موجب آن سهم یک طرف از سود به نحو مقطوع معلوم شود، مخالف با قانون و نظم عمومی است یا طبق ماده ۱۰ ق.م. نافذ است؟ با توجه به این که در نظام حقوقی معاصر لازم نیست قرارداد طرفین تحت عنوان خاصی از عقود معین واقع و منعقد شود، و همین قدر که مانعی در قوانین برای نفوذ آن موجود نباشد، کافی است ولو این که ماهیت انشایی با عقدی از عقود معین تطابق نداشته باشد. در نتیجه، باید دید آیا مقصود ماده ۵۴۸ ق.م. منع اجرای احکام مضاربه بر ماهیت انشایی است یا اعلام بطلان اصل توافق می‌باشد؟ با توجه به ماده ۵۱۹ ق.م.





مراد عدم جریان حکم مضاربه بر ماهیت انشایی است، زیرا بین مضاربه و مزارعه شباهتهای زیادی وجود دارد. همانگونه که در مزارعه، شرط تعیین محصول به نحو مقطوع مزارعه محسوب نشده ولی قرارداد انشایی نیز باطل اعلام نشده است، می توان با تنقیح مناط این دو مورد، در مضاربه نیز نتیجه گرفت که هدف ماده ۵۴۸ ق.م. عدم اجرای احکام مضاربه است ولی ماهیت انشایی باطل نیست. از ظاهر ماده ۵۵۷، که عامل را مستحق اجرت المثل دانسته و مفاد پیمان را در نظر نگرفته است، چنین بر می آید که قانون گذار قرارداد را باطل انگاشته است و عامل را طبق قاعده استیفا سزاوار دستمزد اعلام کرده است، ولی در واقع ماده ۵۵۷ آنچه را که طرفین خواسته اند محترم شمرده است. زیرا وقتی عامل و مالک قرار می گذارند که با سرمایه تجارت شود و عامل سهمی از سود را نبرد، طبیعی است که او در سود معامله شریک نخواهد شد. ولی، درباره دستمزد عامل، اگر در قرارداد شرط نشده باشد که کار عامل مجانی است و از سایر قرائن نیز تبرعی بودن این کار استنباط نشود، عامل استحقاق اجرت را دارد و این حکم با نفوذ توافق طرفین منافات ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۱۱۸). مسلماً مالکیت کسر مشاع از سود نمی تواند اقتضای ذات مضاربه باشد زیرا اثر ذاتی هر عقدی عبارت از چیزی است که از آن قابل سلب و تفکیک، ولو یک لحظه، نیست و طبق بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م. به مجرد وقوع عقد اثر ذاتی آن مترتب می گردد، در حالی که در عقد مضاربه به صرف انعقاد قرارداد، سودی حاصل نمی شود، بلکه تاجر به انجام تجارت جهت کسب سود متعهد می شود و حصول سود احتمالی است. بنابراین، با توجه به عدم حصول سود به صرف انعقاد مضاربه، نحوه مالکیت آن نیز نمی تواند اثر ذاتی عقد باشد تا شرط خلاف آن، شرط خلاف مقتضای ذات عقد محسوب شود. بلکه اثر ذاتی عقد مضاربه عبارت از حق انجام عملیات تجاری توسط تاجر با سرمایه مالک است، زیرا قاعده این است که هیچ کس حق تصرف در مال دیگری را ندارد مگر این که نماینده مالک باشد. به همین جهت در ماده ۲۴۷ ق.م. مقرر شده است: «معامله به مال غیر، جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود، در این صورت معامله صحیح و نافذ می شود.» با توجه به تصرف مضارب در سرمایه در حالی که

وکیل مالک نیست، چون وکیل دستمزد می گیرد و سرپرست او نیز نیست، اثر ذاتی عقد مضاربه عبارت از حق تجارت مضارب با سرمایه می باشد. پس، مالکیت مشاعی سود اقتضای ذات عقد مضاربه نیست (باریکلو، ۱۳۹۴: ۵۴). علاوه بر این، حکم ماده ۵۱۹ ق.م. را هم نمی توان با الغای خصوصیت در موضوع مضاربه جاری کرد، زیرا الغای خصوصیت و تسری حکم موضوعی به موضوع دیگر منوط به این است که مضاف بر وجود اشتراک و شباهت در دو موضوع، هیچ کدام از آن دو موضوع خصوصیت نداشته باشد در حالی که در موضوع مورد بحث چون در مضاربه، شرط تعیین سهم به نحو مقطوع، شبهه را دارد ولی در مضارعه چنین شبهه ای وجود ندارد. پس نمی توان حکم سهم مقطوع در مزارعه را به مضاربه تسری داد. داد. بنابراین، لازم است برای بررسی وضعیت شرط تعیین سود به نحو مقطوع، به مبنای مالکیت سود در مضاربه توجه شود. به عبارت دیگر، چه عاملی موجب مالکیت مشاعی سود حاصله از تجارت توسط مالک و تاجر می شود؟ روشن شد که مالکیت مشاعی سود، ناشی از اثر اقتضای ذات عقد مضاربه نیست زیرا اثر ذاتی به محض وقوع عقد محقق می شود و قابل تفکیک از عقد، ولو برای لحظه ای نیست، در حالی که در مضاربه به صرف انعقاد قرارداد، سودی حاصل نمی شود تا مالکیت مشاعی سود اثر ذاتی عقد محسوب شود. با توجه به عدم اقتضای اثر ذاتی و اطلاقی مضاربه نسبت به مالکیت سود، همان گونه که بسیاری از صاحب نظران نیز تصریح کرده اند (نجفی، ۱۳۹۴: ۱۶۷/۲۶)، آنچه با قواعد حقوقی مطابق تر است، این است که مبنای مالکیت سود برای طرفین عقد، قاعده تابعیت منافع از عین و ماده ۳۲ ق.م. است، چون در مضاربه، سود ناشی از نیروی کار تجاری در حصول سود، به استناد قاعده تابعیت، مالکیت سود تابع مالکیت سرمایه و نیروی کار محسوب شده است که توافق بر خلاف قاعده تابعیت نافذ است.

بند چهارم: اثر حقوقی شروط تحمیلی بر قرارداد بانکی در حقوق ایران

هرچند در نظام بانکی و حقوقی ایران بسیاری از ضمانت اجرهای پذیرفته شده در رابطه با قراردادهای تحمیلی بانک با مشتری وجهی ندارد و به عبارت دیگر بسیاری از سیستم های



بانکی در این رابطه هیچ انفعالی از خود نشان نداده و همچنین قضات دادگستری نیز با توجه به شرایط قراردادی امکان استناد به شروط تحمیلی را در اکثر موارد نمی بینند با این حال به نظر باید دو نوع ضمانت اجرا در این رابطه پیش بینی شود که می توان در این رابطه به تعدیل قرارداد که شامل تعدیل قضایی و تعدیل قراردادی می باشد اشاره کرد و همچنین اگر شروط تحمیلی تا حدی که با مبانی حقوق بشر به اصل انصاف در قراردادها مبادت داشت اقدام به بطلان قرارداد شود. با آنکه اصل آزادی قراردادها این امکان را فراهم ساخته است تا طرفین با اراده و اختیار کامل در رسیدن به توافق گام بردارند، تجربه نشان داده است که با گذشت زمان و پیشرفت های علمی و صنعتی، توازن میان طرفین قرارداد به هم خورده است تا جایی که امروزه در بسیاری از قراردادها سخن از طرف ضعیف و طرف قوی به میان می آید و کار قانون گذاران و حقوقدانان را در ایجاد تعادل میان طرفین با مشکل مواجه می سازد. از دیرباز به دلایل گوناگون بخشی از حقوق خصوصی از دامن آن رهایی یافته است تا با دخالت دولت، از طرف ضعیف عقد حمایت شود و نمونه بارز آن، حمایت از طرف ضعیف قرارداد کار (کارگر) است. اما ظاهراً این راه، نقطه پایانی ندارد و قواعد حقوق بشر در صدد کنترل بیشتر بر قواعد حقوق خصوصی است. حقوق بشر که تاکنون در قلمرو حقوق اساسی و کیفری نفوذ خود را نشان داده بود، می خواهد با توسعه قواعد بنیادین خود، قلمرو حقوق خصوصی از جمله حقوق قراردادها را درنوردد و با پیامی روشن نشان دهد که تنها نظاره گر توافق میان طرفین قرارداد نیست و هر جا که قواعد بنیادین حقوق بر در خطر افتد، از آن دفاع خواهد کرد (مولایی؛ شعاریان، ۱۳۹۳: ۱۷۹). باید گفت؛ قضات دادگاه ها باید هنگام برخورد با شروط تحمیلی بعضاً قائل به بطلان قرارداد شوند. البته این در جایگاهی مطرح می شود که شروط تحمیلی به حدی در شرایط قرارداد تأثیر گذاشته باشد که آن را از حالت تعادل خارج نموده و بر خلاف مبانی حقوق بشری و اصل انصاف باشد. زیرا هر عمل حقوقی که مخالف مقررات قانونی بوده و قانون آن را فاقد هرگونه اثر حقوقی شناخته باشد را باطل می گویند و صفت این عمل حقوقی را بطلان گویند که در مقابل صحت استعمال می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴: ۸۰۲/۲) در بعضی مکاتب فقه عامه باطل و فاسد را به جای یکدیگر به کار می برند و باطل به



آن می گویند که همه اقسام آن تباه باشد مثل قمار، بیع چون صحیح و غیر صحیح واقع می شود غیر صحیح آن را فاسد می گویند نه باطل، ولی در فقه شیعه در باب حجج به جای باطل فاسد را به کار می برند و در ابواب معاملات باطل را استعمال می کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۹۷/۲). بطلان حالتی است که در آن عقد وجود حقوقی پیدا نمی کند خواه در نتیجه واقع نشدن تراضی یا بدون موضوع بودن آن، و خواه به دلیل منع قانون از نفوذ تراضی نامشروع (همان: ۳۰۲). بطور خلاصه اوصاف بطلان عقد عبارتند:

۱. عقد باطل در دید حقوق و به اعتبار اثری که در روابط اجتماعی به جا می گذارد در حکم هیچ است و پدیده‌ای است که بظاهر صورت عقد را دارد اما در واقع هیچ تغییری در حقوق و تکالیف دو طرف بوجود نمی آورد.
۲. بطلان نتیجه فساد در ارکان اصلی عقد و برخورد مفاد آن با مصالح اجتماعی می باشد.
۳. تراضی دو طرف باعث اصلاح بطلان نخواهد شد زیرا فساد در ارکان عقد موجب بطلان شده است.
۴. بطلان نیاز به حکم دادگاه ندارد زیرا نتیجه قهری تجاوز از قوانین است. اما چون صورتی از عقد فراهم آمده است و برای اثبات خلاف این ظاهر است که بطلان عنوان می شود و ناچار دادگاه بایستی بطلان عقد را اعلام کند و به اختلاف پایان دهد.

در حقوق فرانسه بطلان ضمانت اجرای تجاوز به شرایط قانونی عقد است و به مطلق و نسبی تقسیم می گردد. بطلان مطلق بی اثر بودن عقد یا ایقاع به علت فقدان شرط یا شروطی است که بدون آنها قانونا نمی تواند اثر داشته باشد و رضایت ذینفع هم نمی تواند آن را مؤثر نماید و ضمانت اجرای تخلف از قواعد مربوط به نظم عمومی است. بطلان نسبی (همان: ۳۱۲) صفتی است در یک عمل حقوقی که در آن رعایت کامل شرایط قانونی نشده ولی عمل مزبور به علت نقص مذکور به نفع ذینفع در حالت تزلزل بین صحت و فساد اعلام شده و فقط ذینفع





قادر است از طریق اعلام اراده خود آن را ملحق به عمل کاملاً صحیح یا کاملاً فاسد و باطل گرداند و در حقیقت چنین عملی باطل نیست بلکه موقوف است و باید بوسیله دادگاه و به درخواست شخصی که حمایت از او مورد نظر است باطل گردد و مورد آن معلول شدن اراده به علت اشتباه یا اکراه یا محجور بودن عاقد است (همان: ۳۸۲). در این نوع بطلان تخلف از قواعدی صورت می‌گیرد که نفع خصوصی شخص معین را حمایت می‌کند. در بطلان مطلق هر ذینفع قادر است ابطال عقد را از دادگاه بخواهد و دادگاه خود نیز می‌تواند از اجرای آن خودداری نموده و آن را باطل اعلام نماید ولی در بطلان نسبی تنها شخصی حق درخواست ابطال را دارد که هدف از بطلان حمایت از منافع او می‌باشد و در حقیقت چنین عقدی را باید قابل ابطال دانست نه باطل. به همین دلیل است که در بطلان نسبی، چون هدف قانون‌گذار حمایت از نفع خصوصی شخص معین است اگر او از این نفع بگذرد و قرارداد را تنفیذ نماید دیگر مانعی برای نفوذ عقد باقی نمی‌ماند.

بخش دوم: شروط تحمیلی در قراردادهای بانکی فرانسه و آثار آن

با تشکیل اتحادیه اروپا و شکل‌گیری بانک مرکزی اروپا، بانک مرکزی فرانسه، مانند دیگر بانک‌های مرکزی این اتحادیه، باید با هماهنگی بانک مزبور اقدام به اجرای سیاست‌های پولی یا تصمیم به تصویب قانون یا مقرراتی جدید کند. بدین منظور و با توجه به بند دوم ماده ۳ آموزه‌های دایرکتیو ۱۳/۹۳ اتحادیه اروپا که در مورد کشور فرانسه نیز صادق است مقرر شده: «هرگاه یک شرط از قبل نوشته شده باشد و مصرف‌کننده به همین جهت نتواند تأثیری بر محتوای آن داشته باشد، چنین شرط می‌شود که این شرط موضوع یک مذاکره مجزا قرار نگرفته است؛ به ویژه اگر چنین شرطی در یک قرارداد الحاقی درج شده باشد» (کریمی؛ مرادی، ۱۳۹۴: ۶۴). در بند دوم ماده ۳ این دستورالعمل، تمام قراردادها و شروطی که به صورت پیش‌نویس تهیه و مصرف‌کننده توان اثرگذاری بر مضمون آنها را نداشته باشد، از مصادیق قراردادهایی تلقی شده که مورد مذاکره قرار نگرفته‌اند. بدین منظور صرف مورد مذاکره نبودن قرارداد به تنهایی برای تحمیلی دانستن آن کافی نیست بلکه باید هر دو ویژگی

اساسی دیگر در آن احراز شود تا بتوان آن را غیرعادلانه دانست. در واقع این شرط باید موضوع مذاکره نبوده و خلاف حسن نیت باشد و در عین حال موجب نابرابری فاحش بین عوضین شود. باید گفت؛ با بروز نابرابری‌های غیر قابل اغماض در روابط قراردادی از جمله قراردادهای بانکی و پیدایش قراردادهای الحاقی و از پیش نوشته شده، قانون‌گذار فرانسوی همچون سایر قانونگذاران کشورهای توسعه یافته به اقدامات متعددی در جهت ایجاد تعادل نسبی در قرارداد دست زده است. مقابله با شروطی که یکی از طرفین قرارداد با سوء استفاده از وضع برتر خود اقدام به درج آن در قرارداد می نماید از جمله اقدامات مزبور است. این روش که با عنوان «*clauses abusives*» در نظام حقوقی فرانسه شناسایی شده‌اند در واقع یکی از روش‌های ایجاد تعادل قراردادی است. این راه حل حقوقی به همراه سایر روش‌های جدید ایجاد تعادل قراردادی در گرایشی جدید با عنوان «حقوق مصرف^۱» که یکی از رشته‌های مهم حقوقی در کشور های توسعه یافته به شمار می آید نهاده گرده است. در زبان حقوقی، معادل فارسی و روانی که هم ترجمه‌ی صحیح اصطلاح «*clauses abusives*» بوده و هم حاوی ایده‌های اساسی شناسایی این نوع شروط باشد تاکنون رایج نشده است. با این وجود اصطلاح «شروط تحمیلی» معادلی مناسب و روان که قابلیت انتقال مفهوم «*clauses abusives*» را دارا باشد نیز می باشد. اما بدان جهت که در تعریف این اصطلاح در حقوق فرانسه به مسأله «سوء استفاده» طرف قوی تر از موضع برتر خود در قرارداد اشاره شده است آنجا که سخن از آن دسته از شروط که بدین شکل در قرارداد درج گردیده‌اند؛ به میان می آید، در واقع بیانی تفصیلی از شروط تحمیلی خواهد بود. ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه به شکلی آمرانه اصل مشهور مندرج در بند ۱ خود را بدین شکل مطرح می نمود: «معاهداتی که به شکل قانونی منعقد شده‌اند نسبت به طرفین آن لازم الاجرا خواهند بود». با این حساب به نظر می رسد هر چه لازم بوده گفته شده است. اما چشم انداز تغییر یافته است. امری که در طی نسل‌های پیاپی مورد تردید نبود مورد موشکافی قرار گرفت و بطلان، ضمانت اجرایی که



¹ Droit de la consommation



مقبولیت چندانی نداشت، جای خود را باز نمود. همچنین در مورد برخورد تقنینی با شروط تحمیلی باید بیان داشت؛ قانون‌گذار فرانسوی از دو روش استفاده نموده است:

۱. منع مستقیم شروط تحمیلی توسط قانون در این روش شناسایی سریع شروط تحمیلی را ممکن می‌ساخت.

۲. شکل‌گیری کمیونی برای شناسایی مصادیق شروط تحمیلی؛ این روش با کمی تأخیر و پس از تشکیل کمیسیون شناسایی شروط تحمیلی و چاپ کارهای اولیه آن آثار اولیه خود را بر جای می‌گذارد.

تنظیم‌کنندگان لایحه مربوط به قانون ۱۰ ژانویه ۱۹۷۸ در مورد «حمایت و دادن اطلاعات به مصرف‌کنندگان» با انگیزه‌های قوی شروع به کار کردند. ماده ۳۵ قانون مزبور مسأله را به طور اساسی مورد توجه قرار داده و سه ماده دیگر مربوط است به کمیسیون شناسایی شروط تحمیلی. مقررات حاضر در مجموعه‌ای با عنوان «قانون مصرف» جمع‌آوری شده است (تقی-زادگان، ۱۳۹۱: ۴۶). تنظیم‌کنندگان لایحه مزبور در ابتدا صلاحیت تعیین و حذف شروطی را که موجب سوء استفاده می‌گردند را به قضات اعطا نموده تا با ملاحظه ملاک‌های مطروحه توسط قانون به شناسایی آنها اقدام نمایند. اما در طی مباحثات متعدد نتیجه تغییر کرد به گونه‌ای که اعلام قابل سوء استفاده بودن شرطی بر مبنای ملاک مذکور در قانون به مرجع آیین‌نامه‌ای واگذار شد. ماده‌ی ۳۵ قانون ۱۰ ژانویه ۱۹۷۸ مقرر می‌دارد که: «در قرارداد های منعقد شده بین متخصصین و غیر متخصصین یا مصرف‌کنندگان شروط مشروحه ذیل را که با سوء استفاده از قدرت اقتصادی طرف مقابل به غیر متخصصین یا مصرف‌کنندگان تحمیل شده و در نتیجه به سوء استفاده‌کننده منافع بیش از حد اعطا می‌نماید، می‌توان توسط دستور العمل اجرایی شورای دولتی (که مبتنی بر نظر کمیسیون تأسیس شده بر طبق ماده‌ی ۳۶) است، ممنوع، محدود و یا تحت نظم خاصی در آورد. شروط مزبور عبارتند از:

۱. شروط راجع به خصوصیت معین قیمت و یا قابلیت تعیین و پرداخت آن

۲. شروط مربوط به موضوع عقد و تحویل آن

۳. شروط مربوط به مسئولیت خطرات
۴. شروط مربوط به مسئولیت و ضمانت
۵. شروط مربوط به شرایط اجرای عقد
۶. شرط راجع به فسخ، فسخ قهقراپی و یا تمدید معاهدات

متن فوق که امروزه با عنوان ماده 1-132L در مجموعه قانون مصرف مطرح شده برای ایجاد هماهنگی ما بین حقوق فرانسه و دستور العمل ۵ آوریل ۱۹۹۳ اتحادیه ی اروپا و بدون تغییر خطوط اصلی آن توسط قانون اول فوریه ۱۹۹۵ تغییر یافته و ملاک سوء استفاده به گونه ای دیگر مطرح شده است. «در قرارداد های منعقدہ ما بین متخصصین و غیر متخصصین و یا مصرف کنندگان شروط ذیل تحمیلی و (قابل سوء استفاده) محسوب می شوند:

شروطی که به منظور ایجاد عدم تعادل قابل توجه ما بین حقوق و تعهدات طرفین قرارداد تنظیم شده و به ضرر غیر متخصص و یا مصرف کننده درج گردیده است. دستور العمل های اجرایی شورای دولتی (که مبتنی بر نظر کمیسیون تأسیس شده بر طبق مادهی 1-132L می-تواند انواع شروطی را که به عنوان شروط تحمیلی (در معنای بند ۱) محسوب می شوند احصا نمایند.) (سیملر، ۱۳۷۷: ۲۴۸) دستور العمل اجرایی ۲۴ مارس ۱۹۷۸ صرفاً لیست مختصری از شروط تحمیلی در قرارداد ها را منتشر نمود. شروط مزبور به سه دسته تقسیم شده و نوع چهارم آن ماهیتاً با بقیه متفاوت است:

۱- در تمامی قرارداد های منعقدہ ما بین متخصصین و غیر متخصصین و یا مصرف کنندگان، شروط الحاقی به مندرجات قراردادی که توسط گروه اخیر امضاء نشده جزء شروط اسناد ناشناخته و یا حداقل اسنادی که توسط طرفین امضاء نشده محسوب می گردند.

۲- در عقد بیع، شروط سلب کننده و یا کاهش دهنده حق جبران خسارت غیر متخصص یا مصرف کننده در مقابل نقض تعهد متخصص نسبت به یکی از تعهدات خود؛ مانند شروط رافع و یا محدود کننده مسئولیت و یا ضمانت، از جمله این شروط است.





۳- در تمامی قرارداد ها، شروطی که به طور یک جانبه به یکی از طرفین حق تغییر در خصوصیات محصولی که می بایست تحویل شود و یا خدماتی که می بایست انجام شوند را اعطا می نمایند از جمله این شروطند، معهدا برای تغییرات غیر واقعی ناشی از تحولات تکنیکی، قاعده فوق جاری نخواهد بود.

ملاک چهارم که در واقع شروط تحمیلی را مورد نظر قرار نداده، متخصصین را ملزم می نماید تا در ضمن شروط ضمانت قراردادی خود (نسبت به چیزی که می بایست تحویل دهند و یا خدماتی که می بایست انجام دهند) به طور واضح بیان نمایند که ضمانت مزبور موجب حذف ضمانت قانونی در مقابل آثار ناشی از نقصان و یا عیوب مخفی نخواهد بود. تخلف از این امر دارای ضمانت اجرایی در شکل جزای نقدی است. اولین ملاک از ملاک های چهار گانه فوق الذکر بلافاصله توسط شورای دولتی حذف گردید، بدین علت که شروط راجع به اسناد غیر مذکور در قرارداد، مشمول ماده ۳۵ نمی شود. با این توجه تنها دو نوع از شروط جزء شروط تحمیلی محسوب می شدند. به عنوان کاری صرفاً تقنینی تنها می توان به این مسأله اشاره نمود که به مناسبت تحولات انجام شده توسط قانون اول فوریه ۱۹۹۵ سابق الذکر، با این که قضات قبلاً وارد عمل شده بودند، قانون گذار معتقد بود که تهیه لیست شروطی که می توانند تحمیلی به حساب آیند مفید خواهد بود. چرا که سومین بند ماده 1-132 قانون مصرف مقرر می دارد که: «ضمیمه الحاق شده به مجموعه قانونی حاضر متضمن لیستی است تمثیلی و نه حصری از شروطی که می توان به عنوان شروط تحمیلی به حساب آورد، مشروط بر آن که شروط مزبور مطابق شرایط مقرر در بند ۱ باشند. در فرض اختلاف در مورد قراردادی که حاوی چنین شرطی باشد، مدعی، معاف از اقامه دلیل نسبت به تحمیلی بودن این شرط نخواهد بود». برای شروط تحمیلی دو نوع «لیست خاکستری» و «لیست سیاه» به قانون گذار پیشنهاد شد اما قانون گذار تمایلی به پذیرش آنها نشان نداد بلکه صرفاً با طرح لیستی که با عنوان «لیست سفید» از آن یاد شده راضی بود. لیست مزبور باز نویسی امانت دارانه‌ای از ضمیمه‌ای که حاوی ۱۷ نوع از شروطی که توسط قاضی قابل ابطال می باشند بود، مشروط بر آن که شروط مزبور موجب «عدم تعادل معتنی به» مذکور در بند ۱ ماده سابق الذکر باشد. ماده ی 1-132 با ارائه

فرمول جدیدی برای تعیین ملاک «سوء استفاده» (که مبنای تحمیلی بودن شروط را بیان می‌کند) مقرر می‌دارد: «عدم تعادل قابل توجه بین حقوق و مقررات طرفین قرارداد». همچنین ماده مذکور به صلاحیت اعطا شده به دولت در جهت ممنوع نمودن شروط تحمیلی تصریح می‌نماید. در بند ۵ ماده مزبور، آمده است که برای ارزیابی خصوصیت «تحمیلی بودن» شرطی، مجموعه اوضاع و احوالی که قرارداد در آن منعقد گردیده می‌بایست ملاحظه شود. هم چنین ملاحظه محتوی سایر شروط و یا شروط سایر قراردادها در فرضی که ما بین چندین قرارداد ارتباط وجود داشته باشد، برای ارزیابی خصوصیت مزبور لازم است. چرا که در اوضاع و احوال خاص، ممکن است شرطی «تحمیلی» باشد ولی همان شرط در اوضاع و احوالی دیگر چنین وضعی را دارا نباشد. قانون ۱۹۸۷، علاوه بر آنچه که گذشت، به مسئله تشکیل کمیسیون شروط تحمیلی می‌پردازد. هم چنین عنایت این قانون به شروع و روند در حال توسعه شروط مزبور قابل توجه است. با تغییر مفاد قانون در سال ۱۹۹۵ میلادی، قانون گذار همگام با تحول ناگهانی در رویه قضایی وارد فضای جدیدی شد. در واقع ابتکار عمل در دست قانونگذار بود و رویه قضایی به دنبال آن مقررات جدید را اعمال نمود. مسأله مهم تر این که منع موردی شروط تحمیلی به کمک قانون و یا مقررات اجرائی، بدون شک موجب تحقق یک مرجع تحلیل و اختبار یعنی: کمیسیون شروط تحمیلی گردید. کمیسیون شروط تحمیلی متشکل از: قضات، نمایندگان، متخصصین، انجمن های مصرف کنندگان و سایر شخصیت های معتبر (از جمله یک استاد از دانشکده های حقوق). مسئولیت کمیسیون مزبور عبارت است از:

- تحلیل قرارداد های نمونه ای که معمولاً از طرف متخصصین به مصرف کنندگان پیشنهاد می شوند و شناسایی شروطی که ممکن است در قالب شروط تحمیلی ظاهر گردند.
- ارائه پیشنهادات حذف یا تغییر شروطی که تحمیلی شناخته شده اند.
- تنظیم گزارش فعالیت های سالانه و پیشنهاد تغییرات قانونی و یا آئین نامه ای.
- احتمالاً دادن مشاوره به مراجع قضایی بر حسب درخواست آنها در مورد جنبه های مختلف موضوع.



این کمیسیون حدود ۵۰ لیست جالب از شروط تحمیلی تهیه کرده است. شروطی که در قرارداد های کاملاً متفاوت ظاهر می شوند، از اجاره مسکن گرفته تا قرارداد های بانک و ساخت منزل های شخصی، بیمه، اسکان افراد مسن و یا قرارداد های منعقد با آژانس های همسر یابی.

علی رغم تنوع این شروط، ابطال اندکی از این شروط غیر قابل احصاء، به عهده محاکم واگذار شده، اما این بدان معنی نیست که اقدامات مزبور بی فایده بوده است. اقدامات این کمیسیون غالباً بدون سر و صدا در ضمن موافقت های حاصله ما بین نهادهای صنفی متخصصین و انجمن های مصرف کنندگان اعمال گردیده. از جمله این موافقت ها ارائه مدل قرارداد های عادلانه تر است که به منظور پیش گیری از نابرابری های قراردادی تهیه شده اند. تغییرات شکلی در قرارداد های مزبور گاهی به شکل یک جانبه، توسط متخصصین و یا نهاد هایی که صادقانه عمل می نمایند صورت گرفته و در بعضی موارد حتی قبل از به کار گیری قرارداد های نمونه، پیشنهاد کنندگان پروژه های خود را به کمیسیون شروط تحمیلی ارائه نموده اند. فعالیتهای فوق الذکر گویای این معنی است که متخصصین از این واهمه دارند که مبدا اعمال آنها در معرض چشم های تیز بین کمیسیون شروط تحمیلی قرار گرفته و نهایتاً هدف حملات انجمن های مصرف کنندگان، روزنامه ها و مجله های آنها قرار گیرند. تمامی این اقدامات مفید به نظر می رسند، اما اشکال موجود این است که کمیسیون مزبور از صلاحیت وضع قاعده برخوردار نیست. مع هذا لیست های مزبور، شروط مورد سؤال را در مظان تحمیلی بودن قرار داده و در موارد اختلاف، پایه استدلال محکمی را برای مصرف کنندگان و به طور کلی طرف ضعیف شاکی می ریزند. هم چنین مراجع مشابه دیگری از این دست تشکیل شدند که از لحاظ رتبه در درجه پائین تر از نهاد های قضایی می باشند اما بدان جهت که در هیچ یک از مراتب سازمانی جای نگرفته اند، از استقلال برخوردار بوده و پس از تشکیل، مأموریت خود را بدون هیچ قید و شرطی به انجام می رسانند. این مراجع صالح مستقل



اداری (AAI)^۱ به طور غیر مستقیم در وضع قواعد مداخله می نمایند. با کمی تعدیل می توان گفت که مراجع مزبور ابزار مفیدی برای ایجاد نظم در اقتصاد بازار هستند (تقی زادگان، ۱۳۹۱: ۵۰).

نتیجه گیری

۱. شروط تحمیلی در نظام های قراردادی به آن شروطی اطلاق می شود که از طریق آنها اراده یک طرف قرارداد بر دیگری تحمیل می شود. البته نظام های مختلف حقوقی بر اساس جهان بینی و مکتب فکری خود تعاریف گوناگونی از شرط غیر منصفانه ارائه کرده اند اما به صورت کلی در جایی که به موجب برخی شروط قرار دادی، اراده آزاد یک طرف قرارداد در برابر دیگری محدود و یا از میان برود این شروط تحمیلی و غیر منصفانه قلمداد می شود به این ترتیب شروط غیر منصفانه از جمله قراردادهای الحاقی یا تحمیلی است که یک طرف حق اظهار اراده خود یا تغییر آن شروط را ندارد و تنها می باید با امضای قرارداد به آنها تن در دهد. مسلوب الاراده ساختن افراد هزینه های گزافی را به آنان تحمیل می کند.

۲. روند جاری در بانکداری جهانی که بر شفافیت هر چه بیشتر بر عملکردها تاکید می کند تا افراد ذینفع از اقدامات مدیران آگاهی یابند، در کشور ما گونه ای پنهان کاری بر نظام بانکی حاکم شده که کل سیستم را در نور دیده است. از جمله این عدم شفافیت ها آن است که در بانکداری مدرن آگاهی بخشی از مفاد قرارداد یکی از تکالیف بانکداران است تا آنان به تمام جوانب قراردادها خواه ریسک ها و خواه تعهدات و شروط آگاهی یابند. در ایران ما اکثر بانک ها نه تنها مخاطرات و تعهدات را به آگاهی مشتریان نمی رسانند بلکه وضعیت را با توجه به اضطراب مشتری آن گونه طراحی می کنند تا او امکان مطالعه و اظهار نظر درباره ی قرارداد را نیابد. این رویکردها تأثیری دو گانه داشته است. از یک سو مشتریان بانک ها برغم نیاز

¹ Autorite's administratives inde'pendantes



مبرم به خدمات بانکی از اعتماد ورزی به آنها اجتناب می‌نمایند و برای فرار از پرداخت دیون راهکارهایی را می‌جویند و از سوی دیگر مراجع حل اختلاف از جمله قضائی با توجه به پیش زمینه تحمیلی قراردادها در موارد بسیار به درخواست بانک‌ها بی‌اعتنا می‌مانند که لاجرم منجر به اعراض از قانون و در نتیجه زیان تمام اطراف قراردادها خواهد شد.

۳. به پیروی از تحولاتی که در کشورهای توسعه یافته در حمایت از حقوق مصرف‌کننده رخ داده بود این حمایت به عرصه قراردادها نیز راه یافت از این رو نظام‌های حقوقی گوناگون هر یک به شیوه‌ای به مقابله با این شروط پرداختند. توجه به چنین شرطی به عنوان جزئی از قرارداد به کشورهای اروپایی راه یافت و مقررات پراکنده‌ای در سیستم‌های حقوقی اروپایی در این باره تصویب گشت که در راستای هماهنگ‌سازی این مقررات و برای مقابله موثرتر در عرصه اتحادیه اروپا دستور العمل E.E.C ۱۳/۹۳ تصویب شده است. در حقوق کشور ما متأسفانه تاکنون قانون خاصی که صراحتاً متکفل مبارزه با نمودهای این نابرابری (منجمله شروط تحمیلی) باشد تصویب نگشته است مقابله با این شروط تنها از طریق قواعد عمومی قراردادها میسر است.

۴. راه حل مقابله با شروط تحمیلی بانکی نظری است برگرفته از حقوق اروپایی که می‌توان با کمک گرفتن از نقاط ضعف و نقاط قوت آن به حقوق ایران نیز وارد گردد چرا که قانون مدنی ایران در قسمت مربوط به شروط در مقایسه با قوانین اروپایی دارای خلاءهای فراوانی است. برای مثال ماده ۳ دستور العمل شورای اتحادیه اروپا، «شرطی را غیر عادلانه» می‌داند که موضوع مذاکره‌ی طرفین نبوده باشد، مشروط بر این که خلاف حسن نیت و موجب نابرابری فاحش در حقوق و تعهدات طرفین و به ضرر مصرف‌کننده باشد. در بند دوم ماده ۳ این دستور العمل، کلیه قراردادها و شروطی که به صورت پیش‌نویس تهیه شده و مصرف‌کننده توان

اثرگذاری بر مضمون آن‌ها را نداشته باشد، از مصادیق قراردادهایی تلقی شده که مورد مذاکره قرار نگرفته‌اند. در این راستا صرف مورد مذاکره بودن یک شرط خاص، کافی نیست تا تمام قرارداد صحیح تلقی شود، بلکه روند کلی قرارداد در جریان مذاکره مورد توجه است. با این وجود، مورد مذاکره نبودن قرارداد به تنهایی برای ابطال آن کافی نیست، بلکه باید هر دو ویژگی اساسی یعنی مورد مذاکره نبودن شرط و هم چنین مخالفت آن با حسن نیت و نقض اصول انصاف که منجر به نابرابری فاحش بین عوضین قرارداد می‌شود همراه باشند. مثال دیگر حقوق فرانسه است که با ترتیب دادن لیست تمثیلی از شروط ظالمانه باعث سهولت کار گردید. این امر باعث گردید که قراردادی که برای دادخواهی به محکمه ارجاع داده می‌شود اگر شروط مندرج در آن مشمول این لیست و یا لااقل مشابه آن شروط در این لیست یافت می‌شد کار محاکم برای قضاوت آسان‌تر می‌بود. اما عیب بزرگ این سیستم نیز مجدداً نبود مولفه‌های غیر مشخص برای تشخیص شروط ناعادلانه بود. اقدام دیگر حقوق فرانسه تشکیل کمیسیونی خاص برای شناسایی شروط تحمیلی بود. این کمیسیون که متشکل از تعدادی حقوقدانان، علاوه بر متخصصین هر صنف، انجمن حمایت از مصرف‌کنندگان و هم چنین حضور خود طرفین قراردادی می‌شد وظیفه‌اش تشخیص شروط تحمیلی براساس لیست ترتیب داده شده بود. حال حقوق ایران نیز با توجه به مشروح فوق و خلاءهای موجود در قانون باید به این گونه عمل کند که:

- ۱- قانونگذار در قدم اول مؤلفه‌های تحمیلی بودن شروط را مشخص کند. ۲- دستور تشکیل کمیسیونی همانند فرانسه را برای تشخیص این که براساس مولفه‌های موجود آیا شروط قراردادی پیش روی آنها غیر عادلانه است یا خیر؟ و در نهایت همانند ارجاع امر به کارشناسی که هم‌اکنون در حقوق ایران وجود دارد، پیش از قضاوت راجع به شروط قراردادی ابتدا به این کمیسیون ارجاع شود تا با دیدی تخصصی و حقوقی به تحلیل شروط پرداخته و در آخر ضمانت اجرای مناسبی بر آنها بار شود. یکی از مزایای این کمیسیون این است که هم از طرف ضعیف قراردادی و از جمله



قراردادهای بانکی حمایت می شود و هم با وجود متخصصین هر صنف از منافع طرف برتر قرارداد به شکلی عادلانه حمایت می شود.

۵. جهت مقابله با شروط تحمیلی در حقوق دو کشور بایستی تا آنجا که می توان از نظریه تعدیل قرارداد استفاده نمود چرا که هم اصل لزوم و استواری معاملات حفظ شده و لطمه‌ی کمتری به آن وارد می شود و هم منافع هر دو طرف قرارداد حفظ می گردد.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع و مأخذ

۱. امامی، حسن (۱۳۹۳)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی، ج ۱
۲. باریکلو، علیرضا (۱۳۹۴)، عقود معین (۲) (عقود مشارکتی، توثیقی و غیرلازم)، تهران: انتشارات مجد
۳. بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات گنج دانش
۴. بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات مجد
۵. تقی‌زادگان، راضیه (۱۳۹۱)، تأثیر قدرت معاملاتی طرفین بر وضعیت حقوقی قرارداد، طرح پژوهشی دانشگاه شیراز
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: انتشارات گنج دانش
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۴)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۲
۸. خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۸)، البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، ج ۲
۹. سیملر، فیلیپ (۱۳۷۷)، راه‌حل‌های فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی در قراردادها، ترجمه‌ی فارسی حامد، عباس، مجله‌ی تحقیقات حقوقی، ش. ۲۴-۲۱
۱۰. شعبانی، رضا (۱۳۸۹)، سلب حق در فقه و حقوق، مجله کانون و کلا، ش. ۱۰۳
۱۱. صرامی، سیف‌الله (۱۳۸۵)، حق، حکم و تکلیف، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشارات گنج دانش، ج ۲



۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸)، اموال و مالکیت، تهران: نشر میزان
۱۴. کاشانی، محمود (۱۳۸۸)، حقوق مدنی قراردادهای ویژه اشاعه شرکت مدنی تقسیم مال مشترک و دیعه و کالت ضمان، تهران: نشر میزان
۱۵. کرد، سامان (۱۳۸۹)، بررسی تطبیقی شروط غیرمنصفانه در نظام حقوقی ایران، انگلیس و حقوق اروپایی، طرح پژوهشی دانشگاه قم
۱۶. کریمی، عباس؛ مرادی، یاسر (۱۳۹۴)، سوء استفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایرکتیو اتحادیه اروپا، فصلنامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، سال اول، شماره یک
۱۷. محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرایع الاسلام، قم: انتشارات اسماعیلیان
۱۸. مداحی، نوید (۱۳۹۴)، وضعیت حقوقی شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی، طرح پژوهشی دانشگاه تربیت مدرس
۱۹. مولایی، یوسف؛ شعاریان، ابراهیم (۱۳۹۳)، نفوذ حقوق بشر در قراردادها در پرتو رویه‌ی قضایی اروپا، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، ش. ۴۲
۲۰. نجفی، محمدحسین (۱۳۹۴)، جواهرالکلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ج ۲۶
۲۱. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (۱۴۱۴)، تکمله العروه الوثقی، قم: مکتبه الداوری

