

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

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۴/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۰۹

۱۳۳ حسن حجار کارگر*
علیرضا حسنی**
امیر خواجه زاده***

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 برخوردار بودن از موضع برتری، شروطی را در قرارداد بگنجانند که نسبت به طرف مقابل قرارداد، غیرمنصفانه است، روز افزون 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 براساس اصول قراردادی صحیح منعقد شده‌اند، اما در باطن به نوعی شروط تحمیلی قلمداد شده و مشتری بر اساس نیاز اقتصادی که دارد، ناچاراً به این شروط غیرمنصفانه تن می‌دهد. این در حالی است که مساله یاد شده 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 مساله، در مقاله حاضر، ضمن بررسی مفهوم و مبنای شروط غیرمنصفانه، به بررسی مصادیق این

*. 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 (نویسنده مسئول).

Email: alirezahasani332@gmail.com.

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

Email: a.khajezadeh@damghan.ac.ir.

شروط در قراردادهای بانکی پرداخته و راهکارهایی را جهت اصلاح و برون رفت از وضعیت حاضر قراردادهای بانکی ارائه خواهیم داد.

واژگان کلیدی: انصاف، قرارداد، شروط غیرمنصفانه، نظام بانکی، بانکداری بدون ربا.

طبقه‌بندی JEL: E43, K12, E58

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، مساله شروط برهم زننده 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 برهم می‌زند. امروزه مسئله شروط غیرمنصفانه به‌ویژه در قراردادهایی که میان بانک‌ها از یک سو و مشتریان و تسهیلات گیرندگان 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 بیش از حد افراطی برای طرف قوی قرارداد (بانک)، به زیان طرف ضعیف (مشتری) ایجاد شود و بانک از وضعیت برتر خویش بهره گرفته یا به تعبیری سوء استفاده کرده باشد. این دسته شروط که به گونه‌ای متضمن سوء استفاده یکی از طرفین است امروزه در قراردادهای الحاقی بانک‌ها عمدتاً زیاد به چشم می‌خورد، با این وجود، شروط یادشده منحصر به شروط مندرج در قراردادهای الحاقی نیست.

قانون‌گذار در قانون عملیات بانکی بدون ربا ۱۳۶۲، بانک‌ها را ملزم نمود تا 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 کسب و کار مصوب ۱۳۹۰ همه دستگاه‌های اجرایی را مکلف نمود تا قراردادهای خود را عادلانه کنند و تبصره این ماده، بانک مرکزی را مشمول این حکم قرارداد و مقرر شد تا بانک مرکزی، برای عادلانه شدن قراردادهای بانکی، مبادرت به تهیه قراردادهای الحاقی و نمونه نماید. چنین تکلیفی، بیانگر این است که باید بانک را به‌عنوان 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 درصدد هستیم تا 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.

۱. 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، رو راستی و وجدان هم‌معنا است، 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 هردو به معنای شرط غیرمنصفانه می‌باشند (امانی و حسینی، ۱۳۹۶، ص ۶۲).

در پذیرش انصاف بین عالمان اسلام هیچ‌گونه اختلافی وجود ندارد. در فقه اسلام موارد عدیده‌ای دیده می‌شود که نسبت به تعهدهای ناشی از عقود، 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 متری 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 مکلف هستند در پدید ساختن و اجرای قرارداد بر اساس انصاف رفتار کنند و قراردادها را منصفانه منعقد کنند تا وسیله اتلاف و تضییع حقوق دیگران فراهم نشود. بر همین اساس نقض انصاف و درج شروط غیرمنصفانه در قرارداد نیز از مصداق‌های ضرر رساندن به افراد شمرده می‌شود. بر مبنای آنچه بیان شد، شرط‌های غیرمنصفانه یا تحمیلی به شرط‌هایی گفته می‌شود که یکی از دو طرف با سوی استفاده 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 منصفانه بودن قرارداد در حقوق روم دارای سابقه است؛ اما غیرمنصفانه بودن شروط و قراردادها، به‌عنوان 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 مسؤلیت و همچنین قواعد عمومی قراردادها در مباحثی همچون «رضا» و «جهت معامله»، به مبنای مقابله با شرط غیرمنصفانه دست یافت. همچنین، رویه قضایی نیز می‌تواند

با الغاء 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 مستحذته بودن این شرط می‌توان مبانی آن را در فقه نیز مورد کنکاش قرار داد 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، به‌صورت صریح به بحث شروط تحمیلی نپرداخته است. البته، در موادی که مرتبط با قصد و رضای معاملی یا بحث خیار غبن است، به‌نوعی به‌صورت ضمنی به این مسأله توجه داشته است. مطابق این مواد، اگر یکی از متعاملین شرایط معامله را به‌گونه‌ای 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 این‌گونه آمده است: «هریک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند». البته به‌طورکلی 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).

۲. جایگاه انصاف و تمیز آن از شروط غیرمنصفانه

۲-۱. 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 به‌عنوان یک اصل کلی حقوقی (اصل انصاف) و گاه به‌عنوان 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 متفاوتند. خاستگاه اصل انصاف در مفهوم امروزی، در حقوق داخلی به نظام رومی ژرمنی از ۱۶۲۵ میلادی، برگرفته از دیدگاه ارسطو در این باره، و در حقوق بین‌الملل به ۱۹۲۰ بر می‌گردد. حل منصفانه بر مبنای اصول عدل و انصاف در حقوق داخلی، متأثر از قواعد داوری آنسیترال، به ۱۹۶۷ و در حقوق بین‌الملل، به ۱۹۲۰ مربوط می‌شود. اصل انصاف معمولاً یک هنجار قانونی است که در مقام تصمیم به‌عنوان 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. در حالیکه توسل 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، به‌عنوان یک اصل کلی حقوقی، آن هم غالباً به طور ضمنی، کم و بیش در قوانین و یا رویه قضایی مورد توجه قرار گرفته است (مطیعی و البرزی ورکی، ۱۳۹۷، ص ۱۳۷).

در ما نحن فیه، 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 زمره‌ی قواعد حقوقی آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۵۵). البته می‌توان پذیرفت که ضمانت اجرای قاعده‌ای در خود آن پیش‌بینی نشده باشد؛ ولی متعاقبه‌ی 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 به‌عنوان قاعده‌ای حقوقی به معنای خاص آن در نظر گرفت.

۲-۲. انصاف به‌منزله 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 مناصفه 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 مشتبه شدن مال بین دو نفر می‌نماید. معنای دیگر انصاف، تصمیم‌گیری بر اساس وجدان و حق است؛ مانند انصاف در تعیین نرخ عادلانه و تعدیل اجاره بها (امانی و حسنی، 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 به طور 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 شوون 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).

۳. 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 به‌عنوان 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 م ۶۱۸ قانون مدنی این مساله نمایان می‌شود مقنن ایرانی، از یک‌سو با اثرپذیری و الهام از آموزه‌های نظیر شخصی بودن (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۰۷)، به برابری و متعادل شدن 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 کاظم پور، ۱۳۹۰، ص ۳۱-۳۰). همچنین مستنبط از رویه فقها، نابرابری فاحش عوضین در خیار غبن، باید در زمان انعقاد قرارداد ارزیابی شود (انصاری، ۱۳۸۸، ص ۷۵).

در نظام قراردادها و در سیستم اسلامی، علیرغم پذیرش اصل حاکمیت اراده، اگر توافقات به‌صورت 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.»

۴- ملاک‌های تشخیص قراردادهای متضمن شروط غیرمنصفانه

۴-۱. ضروری بودن متعلق قرارداد

۱۴۱ بدیهی است ملاک تشخیص ضروری از غیر ضروری، نظر عرف است و حتی ممکن است در زمان‌ها و مکان‌های مختلف، متفاوت باشد. این ویژگی باعث 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، پیشنهاد کننده توانایی تحمیل همه‌ی شرایط دلخواه را دارد و دیگری از روی اضطرار باید آن را بپذیرد... همه در جامعه کم و بیش دچار ضرورت‌های زندگی هستند و به اضطرار به معاملاتی که نمی‌خواهند، تن در می‌دهند... چندان که می‌توان گفت تمام قراردادها کم و بیش 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، ص ۲۵، ۲۶، ۳۴، ۱۰۷).

فصلنامه علمی اقتصاد اسلامی / مقاله علمی پژوهشی / شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی ...

۴-۲. موضع برتر طرف پیشنهاد کننده

ویژگی عمده‌ی طرف پیشنهاد کننده 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 حقوق‌دان‌ها، این ممیزه را اصلی‌ترین خصلت ویژگی قراردادهای حاوی شروط غیرمنصفانه می‌دانند؛ به گونه‌ای که اگر در قراردادی این ویژگی وجود نداشته باشد، به هیچ وجه 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، ۱۹۴۶، ص ۶۵).

۴-۳. ویژگی مفاد قرارداد

قراردادهای غیرمنصفانه معمولاً حاوی شروط تفصیلی زیادی هستند که اکثر آنها به نفع طرف پیشنهاد کننده و بعضی نیز اجحافی و ظالمانه است و در آن جای هیچ مذاکره و مناقشه‌ای درباره‌ی این شروط و قیمت کالا و خدمات وجود ندارد. این شروط ممکن است مسئولیت طرف پیشنهاد کننده را تخفیف دهد، یا اصولاً شرط عدم مسئولیت قراردادی باشد؛ یعنی او را کاملاً از مسئولیت معاف گرداند، و یا این که 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، ۱۹۹۸، ص ۲۳؛ الصدّه، ۱۹۷۴، ص ۱۳۶) و آنها عمدتاً با فرم آماده شده‌ای روبه‌رو هستند که فقط آن را امضا می‌کنند، بدون این که مفاد آن را مطالعه کنند یا به تعهدات داخل آن توجهی داشته باشند.

۴-۴. 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 در عین حال، از پیچیدگی زیادی نیز برخوردار است که فهم آن برای اشخاص عادی مشکل است و یا این که به قدری ریز نوشته شده که معمولاً افراد رغبت به خواندن آن نمی‌کنند؛ ولی مجبور به پذیرش آن هستند. ضمن این که 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). از این رو طبیعی است که عرضه‌کننده‌ی کالا یا خدمات، می‌تواند با توجه به شرایط اقتصادی و اجتماعی، شروط و تعرفه‌های

خاصی را معین کند که معمولاً با دوام و پایدار بوده و تا مدت طولانی نیازی به تغییر و تعدیل آن نیست.

۴-۵. نظریه سوء استفاده از حق

نظریه سوء استفاده از حق به عنوان مبنای مقابله با شروط تحمیلی در قراردادهای منعقد می باشد. دیدگاه سنتی در خصوص توجیه مقابله با شروط غیرمنصفانه، حمایت از طرف ضعیف قرارداد است. این امر در واقع موقعیت نابرابر طرف ضعیف را جبران می نماید. برتری اقتصادی، اجتماعی و یا فکری طرف قرارداد موجب می گردد که طرف مقابل یا قرارداد را با شروط تحمیلی ضمن آن بپذیرد یا آن را رها نماید. در واقع آزادی قراردادی می تواند 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 سواستفاده از قدرت توسط فروشندگان و تأمین کنندگان حمایت گردند. دیوان دادگستری اروپا نیز در پرونده های متعددی منطق وضع رهنمون ۹۳/۱۳ را قدرت چانه زنی ضعیف مصرف کننده دانسته است. در پرونده Océano Grupo مطرح گردید که نظام حمایتی مطرح شده در رهنمون ۹۳/۱۳ بر این پایگاه استوار است که مصرف کننده از موقعیت ضعیف تری هم از حیث چانه زنی و هم از نظر دانش برخوردار است^۱. چنین منطقی در قراردادهای بین بانک و مشتری ها نیز وجود دارد. به گونه ای که یکی از اهداف حقوق رقابت بین بنگاه های اقتصادی جلوگیری از سواستفاده از قدرت بازاری در کنار توزیع منصفانه قدرت اقتصادی و حمایت از بنگاه های کوچک است (غفاری فارسانی، ۱۳۹۳، ص ۱۳۱).

با وجود این، تردیدهایی در خصوص این نظریه به عنوان مبنای تشخیص و مقابله با شروط غیرمنصفانه بانکی وجود دارد. نخست، چنانچه مسئله سواستفاده از حق و قدرت برتر یکی از طرفین علیه دیگری مطرح است چنانچه خدمات بانکی و سایر شروط اساسی قرارداد باید از این بررسی خارج گردند! بدیهی است طرف قوی در وهله نخست از قدرت

^۱. ECJ C-240/98 to C-244/98, Océano Grupo Editorial SA v Roció Murciano Quintero (C-240/98).

اقتصادی خود برای افزایش قیمت‌خدمات استفاده مینماید و بی‌توجهی به آن بر اساس نظریه سواستفاده از حق چندان قانع‌کننده نیست.

دوم بر اساس تحلیل‌های اقتصادی، حتی در فرضی که بانک به‌عنوان یکی از طرفین قرارداد، دارای انحصار در موضوع قرارداد است؛ برای وی به صرفه نیست که کلیه ریسک قرارداد را به طرف مقابل منتقل نماید؛ چه این امر سبب کاهش تقاضا و در نتیجه کاهش حجم بازار انحصاری وی میگردد.

در نظام حقوق ایران نزدیک‌ترین نظریه به تئوری سواستفاده 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 غیرمعارف» 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، ۱۳۹۹، ص ۲۳۷).

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

۴-۶. نظریه هزینه‌های معامله

نظر به ایراداتی که در خصوص سواستفاده از حق مطرح گردیده و تردیدهایی که حقوقدانان نسبت به این نظریه به‌عنوان مبنای تشخیص و مقابله با شروط غیرمنصفانه در قراردادها دارند، برخی درصدد توجیه مقابله با شروط تحمیلی از طریق نظریه هزینه‌های معامله برآمده‌اند. این نظریه، پایگاه استدلال خود را بر عدم تقارن اطلاعاتی^۱ بین طرفین بنا نهاده است.

^۱. Information Asymmetries.

برای بیان اثر اطلاعات نامتقارن در معاملات و قراردادهای بانکی و تأثیر آن در شکست اهداف نظام بانکداری سالم، مثال معروف جرج. آ. کرلوف می‌تواند مفید باشد. مطابق این مثال، ما با فروشندگانی روبرو هستیم که در زمینه‌ی فروش خودروهای دست دوم فعالیت می‌نمایند. 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 می‌شد خرید و فروش خودروهای دست دوم (اعم از باکیفیت یا بی کیفیت) رونق می‌گرفت؛ 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 با کیفیت ندارند؛ چون خریدار متوجه این امر نیست و بابت آن پولی پرداخت نمی‌کند. چنین امری سبب می‌شود که فقط خودروهای دست دوم و بی کیفیت به فروش رفته و سایر خودروهای دست دوم با کیفیت فروشی نداشته باشند. امری که سرانجام منجر به شکست بازار می‌گردد (Akerlof, 1970, p.488).

چنین نتیجه‌ای ممکن است در قراردادهای بانکی و قسمت شروط مذاکره نشده قراردادها - که عمدتاً مجرای اصلی شروط غیر منصفانه نیز می‌باشند - نیز رخ دهد (Hesselink, 2011, p.136) طرفی که شروط استاندارد را عرضه می‌دارد نسبت به طرف مقابل از مفاد آن آگاهی و اطلاعات بیشتری دارد. برای طرف مقابل کسب اطلاعات در این خصوص هزینه بر و وقت گیر 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 درجایی 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، ۱۳۹۹، ص ۲۳۹-۲۳۸). نخست آنکه بانک به‌عنوان استفاده‌کننده از شروط استاندارد، ملزم گردد شروط خود را به طور شفاف، واضح و به بیانی روشن به طرف مقابل عرضه دارد. در وهله دوم از آنجا که صرف الزام اطلاع‌رسانی اجباری، کفایت نمی‌نماید، لازم است این شروط تحت کنترل خاصی نظیر کنترل قضایی نیز قرار گیرند. طرفداران نظریه هزینه معامله به‌عنوان مبنای مقابله با شروط غیر منصفانه 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 سواستفاده از حق (یا 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).

۴-۷. قاعده لاضرر

«ضرر» در اصطلاح فقهی در مقابل نفع و به معنای وارد شدن نقصان در مال، جان و آبرو است (مصطفوی، ۱۳۷۷ش، ج ۱، ص ۲۱۴) بنا به نظر آخوند خراسانی، «ضرار» در روایت «لاضرر و لاضرار فی الاسلام»، به همان معنای ضرر و به‌عنوان تأکید برای «لاضرر» آمده است (آخوند خراسانی، ۱۴۳۷ق، ج ۲، ص ۱۹۴).

سید علی 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، ۱۳۷۷ش، 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، ۱۳۷۷ش، ج ۱، ص ۲۱۵) که عبارت است از:

نهی از ایجاد هر گونه ضرر به خویش و دیگری و حرمت آن: شیخ الشریعه اصفهانی این احتمال را پذیرفته است (شیخ الشریعه اصفهانی، بی‌تا، ص ۲۴-۲۵) بنا به نظر ناصر 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 به‌عنوان قاعده‌ای عام در ابواب مختلف فقه به کار رود (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰ش، ج ۱، ص ۵۹).

ضرر جبران نشده 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). 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 «رسالة فی قاعدة لا ضرر» این احتمال را برگزیده است (همان، ج ۲، ص ۴۶۰).

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 منتفی 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، ۱۳۷۷ش، 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 لا ضرر نمی‌شود. بنا بر هر دو احتمال، جمله «لا ضرر و لا ضرار» دلالت بر قاعده عامی می‌کند که در ابواب مختلف فقه کاربرد دارد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰ش، ج ۱، ص ۵۹).

در رابطه با اثبات ضمان از قاعده لا ضرر در میان فقهای شیعه، تشتت آراء وجود دارد در این مسأله 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 به طور موجز به آن می‌پردازیم:

الف- قرآن

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

ب- روایات

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

باید گفت عده‌ای از فقیهان 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 صدد ذکر مسبب بوده، در حالی که هدف وی سبب بوده می‌باشد (محمدی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۰). بر این اساس، در این نظر معتقد بر مجاز بوده در حالی که اصل بر عدم تقدیر می‌باشد.

بعضی دیگر از فقها نیز، معتقدند لاضرر و لاضرار در راستای نفی حقیقت به صورت 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 متسخرج می‌دانند (خراسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۳۶۱) نظریه‌های دیگری نیز در این خصوص به چشم می‌خورد، که «لا» را به معنای نهی 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، به‌عنوان 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 به‌عنوان 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 مساله 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 (کرمی، 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 اطلاع رسانی 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 و 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 زیانی جبران نشده به بار نیاید (کریمی و کوشکی، ۱۳۹۹، ص ۲۳۹-۲۴۰). از این رو در این پژوهش نیز مبنا و معیار تشخیص مصادیق شروط غیرمنصفانه بانکی علاوه بر تمامی معیارهای یادشده، به طور ویژه، «قاعده‌ی لاضرر» می‌باشد.

۵. مصادیق شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی

۵-۱. 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):

ا. مشارکت مدنی: در این روش، براساس 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 براساس 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 براساس 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 براساس 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 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 دایره‌ی اذن صاحب سرمایه (بانک) از آن در فعالیت اقتصادی بنگاه استفاده کند و رابطه‌ی مالی بانک با مشتری، رابطه‌ی صاحب سرمایه با عامل یا رابطه‌ی دو شریک خواهد بود. آیا بانک از محل اموال خود این سود را می‌پردازد و یا از سپرده‌های دیگر، تأمین می‌کند؟ ابهام‌های یاد شده و انگیزه بانک برای عدم ضرر و تأمین سود، سبب می‌شود بانکها در قراردادهای خود به سمت و سوی رهنمون شوند که نتیجه آن انحراف از ماهیت و مقتضای قرارداد باشد. به طور مشخص، این انحراف در (ماده ۱۱) قرارداد الحاقی مشارکت مدنی که توسط بانک مرکزی منتشر شده است 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 به علاوه 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 به علاوه 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 پر واضح است که این شرط، با ماهیت قرارداد مشارکت در تعارض است؛ چرا که 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؛ به طور 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 براساس واقعیات بازار و شرایط اقتصادی باشد؛ اما با این حال، این سود فقط برای تصمیم‌گیرترین جهت ورود یا عدم ورود به انعقاد قرارداد است؛ بنابراین آنچه که ملاک تقسیم سود در پایان مدت قرارداد است، سود واقعی و محقق شده 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 موقعی 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 تسهیلات گیرنده باید این خسارت را تقبل نماید.

همچنین باید گفت ماده ۱۱ مشارکت مدنی خلاف ماهیت مشارکت دانسته شده، درحالی که امام (ره) 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 ۲۶/۶/۱۳۹۲ شورای پول و اعتبار و بخشنامه شماره ۲۰۶۵۴۶/۹۲ - ۱۱/۷/۱۳۹۲ بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، از سوی دیوان عدالت اداری از شورای نگهبان مورد سوال 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 لازم الوفا و مفاد آن و التزام به انجامش خلاف شرع و قانون اساسی نیست.

۲-۵. 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 مساله 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 (تسهیلات گیرنده) واگذار می‌کنند و خود تنها به نظارت حداقلی برای هزینه کرد 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 باعث می‌شود تا 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 برداشت شده 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 با شریک، هرگونه تعهدات مالی فراتر از حد تعیین شده برای شریک مأذون را فضولی و غیرنافذ بیان داشته و در ماده ۸ تأکید می‌کند: «شریک متعهد شد که به هیچ وجه بیش از سهم‌الشرکه واریز به حساب و یا تحویل شده 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

سهام‌الشرکه 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، صص ۵۵-۵۴). 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.

۳-۵. 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، به‌صورت 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 حصه 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 ۳۰-۱۳)

د- تشخیص (بانک / مؤسسه اعتباری) در مورد تخلف از مقررات و یا هریک از شرایط و تعهدات این قرارداد و معتبر و غیرقابل 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 قرار دادن 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 ۳-۲؛ مصباحی مقدم، و نعمتی، ۱۳۹۷، ص ۴۲).

۴-۵. شروط حاوی اسقاط اختیارات به نفع بانک در عقود مبادله‌ای

اسقاط اختیار، یک عمل حقوقی یک جانبه است و نیازی به رضایت طرف دیگر ندارد (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۹۱۲-۹۳۶). حقوق دانان 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 این که 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 خیار ضعیف‌تر شده و توانی برای مقابله با قرارداد یک‌طرفه بانک نخواهد داشت (حمیدی و سلطانی، ۱۳۹۹، ص ۲۱۲).

مسئله وقتی حادث می‌شود که بانک به درج شروط حاوی اسقاط خیار به نفع خود در عقود مبادله‌ای پردازد. در توضیح مورد یاد شده باید گفت، شکی نیست که در حقوق ایران، خیار از حقوق مالی هستند (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۴-۳۰۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵۴-۱۱۸؛ امامی، ۱۳۵۵، ج اول، ص ۵۴۰). از نظر قانونی نیز م ۴۴۸ ق.م.د. دلالت تمام بر حق بودن خیار دارد. با توجه به صراحت مقنن در قابلیت اسقاط و ارث واقع شدن خیار، حقوق‌دانان استدلال نموده‌اند، که خیار از قبیل حق‌اند، نه حکم و سپس در موارد مشکوک احکام حق را بر خیار جاری ساخته‌اند، به عبارتی به نظر می‌رسد، در گام ابتدائی استدلال به «حق» بودن خیار از آثار نتیجه شده و در یک استقراء 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 خیار از جمله‌ی حقوق است. شیخ انصاری به این مطلب مکرر اشاره دارند، از جمله: «ان الخیار من الحقوق لا من الاحکام» (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۱۱) و: «ان الخیار حق مالی قابل لاسقاط» (همان، ۲۲۹). و آن‌گاه نتیجه می‌گیرند که طبق قاعده مسلمة «ان لكل ذي حق اسقاط حقه»؛ صاحب خیار می‌توان آن را اسقاط نماید (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۲۳۲). این قول تا آن‌جا که جست‌وجو شد، مخالفی ندارد. شیخ انصاری در کتاب مکاسب در ابتدای احکام کلی خیار این بحث را با تفصیل بیشتری پی گرفته است، ایشان معتقدند برای اثبات این امر فقها به سه دلیل استناد کرده‌اند: روایت باب خیار حیوان که دلالت بر این امر داشت، که تصرف کاشف از رضا مسقط خیار حیوان است.

اجماع علما بر امکان اسقاط خیار است. اجماع علما بر حق بودن خیار است. شیخ هیچ‌یک از دو استدلال اول را نمی‌پذیرند و سرانجام اجماع را کافی در اثبات مطلب می‌دانند (انصاری، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۴۹).

به هر حال علی‌رغم این‌که حق بودن خيارات در فقه بلا مخالف 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 مساله زمانی به چالش تبدیل می‌شود که بانک بخواهد با شرط یاد شده، 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 یاد شده، در قراردادهای الحاقی بانکی، شرط دیگری وجود دارد که می‌تواند آن را از آثار و پیامدهای شرط اسقاط خيارات 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 خيارات به نفع بانک شده است، بلکه سبب شده است تمامی دفاتر و صورتحساب‌های بانک به صورت ناعادلانه و کاملاً تحمیلی، مورد قبول متقاضی تسهیلات قرار گیرد. همچنین سبب می‌گردد متقاضی 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 به‌عنوان طرفی که حداقل سهم را در درج شروط داشته است، بسیار زیاد بوده و از طرفی اختیاراتی که می‌توانست جلوی ضرر وی را بگیرد نیز ساقط شده است.

۵-۵. 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 حصه 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 هریک از شرایط و تعهدات این قرارداد و معتبر و غیرقابل اعتراض بودن تعبیر و تفسیر بانک / مؤسسه اعتباری در مورد آنها (ماده ۱۷)؛

ز- تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری درباره تخلف شریک و یا وثیقه گذار / 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 (عسکری، مصباحی مقدم 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 براساس اصول قراردادی صحیح منعقد می‌شوند اما در باطن به نوعی شروط تحمیلی بوده که بانک یک جانبه آن را بر مشتری تحمیل کرده و مشتری چاره‌ای جز قبول آن ندارد. باوجود نظریه نوظهور هزینه معامله به‌عنوان 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 کما کان می‌توان از قاعده لاضرر به‌عنوان 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 به طور 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 مولفه‌های 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 با این حال 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 به رغم این که 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 آن جایی که بانک به‌عنوان بازیگر اصلی اقتصاد ایفای وظیفه می‌کند به نظر می‌رسد این شروط راه‌کارهای موجود برای پیشرفت را با مانع مواجه کرده و از سوی دیگر اعتماد فعالان اقتصادی نظام بانکی در خور نیاز به اصلاح جدی شروط قراردادی دارد. درواقع 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 کسب‌وکار مصوب ۱۳۹۰ بانک مرکزی را

مکلف نمود تا 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 می‌باشد؛ 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 می‌کنند. 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 است 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 می‌گیرد، 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 می‌سازد، ضمن آنکه پرداخت زیان از اموال شریک نیز به دلیل نامشخص بودن زیان احتمالی، باعث جهل به مورد شرط بوده و امکان‌پذیر 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 می‌توان در جهت رفع نگرانی‌های بانک و تعدیل شروط تحمیلی و غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی مورد توجه قرار داد.

منابع و مأخذ

۱. قرآن کریم.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد؛ زبده البيان في احكام القرآن، المكتبة المرتضوية لأحياء الآثار الجعفرية، تهران، بی تا.
۳. اسکینی، ربیعا؛ «منابع حقوقی بیع تجاری بین المللی»؛ مجله حقوقی بین المللی، ش ۷، ۱۳۶۵.
۴. اصفهانی، شریعت؛ قاعده لاضرر، قم: نشر اسلامی، بی تا.
۵. امامی، حسن؛ حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۵۵.
۶. امامی، مسعود و حسینی، محمدمهدی؛ «مبانی اخلاقی، حقوقی و فقهی شرط غیر منصفانه»؛ قضاوت، دوره ۱۷، ش ۹۱، ۱۳۹۶.
۷. انصاری، علی؛ تئوری حسن نیت در قراردادها، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
۸. بجنوردی، محمد حسن؛ القواعد الفقهیه، قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۱.
۹. بهرامی احمدی، حمید؛ سوء استفاده از حق، تهران: اطلاعات، ۱۳۷۷ ش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۵۴.
۱۲. حکیم، عبدالصاحب؛ منتقى الاصول، قم، دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی، ۱۴۱۳ ق.
۱۳. حمدی، حسین و سلطانی، میلاد؛ «سنجش قراردادهای الحاقی عملیات بانکی با قاعده عدالت و ممنوعیت ربا»؛ اقتصاد و بانکداری اسلامی، دوره ۹، ش ۳۰، ۱۳۹۹.
۱۴. خراسانی، محمد کاظم؛ کفایت الاصول، قم: مؤسسه آل بیت لاحیا تراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۵. خمینی، روح اله الموسوی؛ تحریر الوسیله، مطبوعات دارالعلم، قم، ۱۴۱۳ ه. ق.
۱۶. دادخواه، علی؛ «بررسی فقهی، حقوقی قاعده عدل و انصاف»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده الهیات و معارف اسلامی تهران، ۱۳۸۹.

۱۷. راعی، مسعود و مولایان، محمد؛ «رویکرد فقه امامیه به عدالت معاوضی و تأثیر آن بر عقود الحاقی»؛ حقوق اسلامی، دوره ۱۱، ش ۴۰، ۱۳۹۳.
۱۸. ساردویی نسب، محمد و کاظم پور، جعفر؛ «مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد»؛ دادگستری، دوره ۷۵، ش ۷۵، ۱۳۹۰.
۱۹. سبحانی، جعفر؛ الايضاحات السنیه لقواعد الفقهیه، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ۱۳۹۴ ش.
۲۰. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ الوسيط فی شرح قانون مدنی الجدید، بیروت، انتشارات حلبی، ۱۹۹۸.
۲۱. سیستانی، سیدعلی؛ قاعده لاضرر و لاضرار، قم، مکتب آیت الله العظمی سیستانی، ۱۴۱۴ق.
۲۲. شریعت اصفهانی، فتح الله بن محمدجواد؛ قاعده لاضرر، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
۲۳. شیخ انصاری، مرتضی؛ رسائل فقهیه، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۴ق.
۲۴. شیخ انصاری، مرتضی؛ فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
۲۵. صده، عبدالمنعم فرج؛ عقود الاذعان فی القانون المصری، جامعه فؤاد الاول، ۱۹۴۶.
۲۶. صده، عبدالمنعم فرج؛ نظریة العقد، بیروت، دارالنهضة العربیة، ۱۹۷۴.
۲۷. صفایی، سیدحسین؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۳.
۲۸. عابدینی مطلق، کاظم؛ مجموعه کبیر، قم: توسعه قلم، بی تا.
۲۹. عسگری، صادق و منجزی، سعید؛ «بررسی شروط تحمیلی در قراردادهای بانکی»، دومین کنفرانس ملی حقوق، علوم اجتماعی و انسانی، روانشناسی و مشاوره، ۱۳۹۹.
۳۰. عطار شهرکی، سیده مریم، قریشی، سید مهدی، و جوادی، محمدحسن؛ «رهیافتی فقهی و حقوقی بر شروط تحمیلی در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی»؛ اقتصاد اسلامی، دوره ۲۱، ش ۸۲، ۱۴۰۰.

۳۱. غفاری فارسانی، بهنام؛ حقوق رقابت و ضمانت اجراهای مدنی آن، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۳.
۳۲. فاضل تونی، عبد الله بن محمد؛ الوافیه فی اصول الفقه، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
۳۳. فیومی، احمد بن محمد مقرئ؛ المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، چاپ اول، قم: انتشارات منشورات دارالرضی، بی تا.
۳۴. قافی، حسین؛ «ماهیت و میزان اعتبار قرارداد الحاقی»؛ فقه و حقوق، ش ۱، ۱۳۸۳.
۳۵. قنواتی، جلیل؛ «اصل آزادی قراردادی، قراردادها و شروط غیرعادلانه»؛ فقه و اصول (مطالعات اسلامی)، دوره ۴۲، ش ۲، ۱۳۸۹.
۳۶. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قرارداد، جلد سوم، تهران: انتشارات شرکت، ۱۳۸۵.
۳۷. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، انتشارات سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
۳۸. کاتوزیان، ناصر؛ مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: انتشارات سهامی انتشار، ۱۳۸۶.
۳۹. کریمی، سکینه؛ «نظم عمومی، ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه»؛ دادگستری، ش ۹۱، ۱۳۹۴.
۴۰. کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی؛ «رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غربی سو استفاده از حق»؛ مجله پژوهش حقوق اسلام و غرب، ش ۲، ۱۳۹۳.
۴۱. کریمی، عباس و کوشکی؛ «مصطفی، شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف»؛ پژوهشنامه بازرگانی، ش ۱۰۰، ۱۴۰۰.
۴۲. کریمی، عباس و مرادی، یاسر؛ «سو استفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایرکتیو اتحادیه اروپا»؛ مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، سال ۱، ش ۱، ۱۳۹۴.
۴۳. کریمی، عباس؛ «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها»؛ پژوهش‌های حقوقی، دوره ۱، ش ۱، ۱۳۸۱.

۴۴. محامد، علی؛ «بررسی قاعده عدل و انصاف و آثار آن»؛ فصلنامه دانشگاه قم، سال ۸، ش ۲، ۱۳۸۵.

۴۵. محدث نوری، میرزا حسین؛ مستدرک الوسائل، بیروت: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۸ه.ق.

۴۶. محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه، بخش مدنی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷.

۴۷. محمدی یزدانی، علی؛ «جایگاه انصاف در حقوق ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.

۴۸. محمدی، ابوالحسن؛ قواعد فقه، تهران: نشر یلدا، ۱۳۸۳ ش.

۴۹. مرادی، یاسر و کریمی، عباس؛ «مسئولیت بانکها در عقود مشارکتی (مشارکت مدنی و مضاربه)»؛ نشریه اقتصاد و بانکداری اسلامی، دوره ۶، ش ۲۱، ۱۳۹۶.

۵۰. مروج جزایری، سید محمدجعفر؛ منتهی الدرایه فی توضیح الکفایه، قم، مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۳ق.

۵۱. مصباحی مقدم، غلامرضا و نعمتی، محمدحسین؛ «تحلیل فقهی حقوقی برخی از مواد قرارداد مشارکت مدنی بانکی»؛ پژوهشنامه میان رشته‌ای فقهی، دوره ۷، ش ۱۳، ۱۳۹۷.

۵۲. مطیعی، انسیه و البرزی ورکی، مسعود؛ «بررسی تطبیقی اصل انصاف و اصول عدل و انصاف»؛ پژوهش‌های حقوق تطبیقی، سال ۲۳، ش ۳، ۱۳۹۷.

۵۳. مظاهری، معصومه و آل اسحاق خوئینی، زهرا؛ «قاعده فقهی - حقوقی انصاف»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی (فقه و مبانی حقوق اسلامی)، دوره ۸، ش ۲۷، ۱۳۹۱.

۵۴. مظلوم، علیرضا و دیگران؛ «تبیین قاعده لاضرر در مباحث فقهی»؛ پژوهش ملل، ش ۲۳، ۱۳۹۶.

۵۵. مکارم شیرازی، ناصر؛ القواعد الفقهیه، قم، مدرسه علی بن ابی طالب (ع)، چاپ سوم، ۱۳۷۰ ش.

۵۶. موسوی بجنوردی، سید حسن؛ القواعد الفقهية، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۳۷۷ ش.
۵۷. موسوی بجنوردی، سید محمد؛ «الأنصاف»، پژوهشنامه متین، ش ۱۵ و ۱۶، ۱۳۸۱.
۵۸. نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۹۱.
۵۹. نراقی، احمد بن محمد مهدی؛ مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۵ ق.
۶۰. نظریور، محمدنقی و ملاکریمی، فرشته؛ کاربرد قواعد فقهی در نمونه‌ای از قراردادهای بانکی، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۷.
۶۱. نوری کرمانی، محمد امیر؛ موضوع شناسی ربا، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۱.
۶۲. هاشمی شاهرودی، سید محمود؛ منهاج الصالحین، الطبعة السابعة، قم: مؤسسه الفقه و معارف اهل البيت، ۱۴۳۴ ق.
۶۳. هاشمی، سید محمود؛ «بانکداری اسلامی»؛ مجله تحقیقات اسلامی، سال ۱۲، ش ۱ و ۲، ۱۳۷۶.
۶۴. الهیان، مجتبی و الهیان، محمد ابراهیم؛ «شروط غیر منصفانه در قراردادهای بیمه و آثار آن از منظر فقه و حقوق ایران»؛ دوفصلنامه پژوهش‌های فقهی، دوره ۹، ش ۱، ۱۳۹۲.
۶۵. واحدی، قدرت ا...، مقدمه علم حقوق، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۶.
۶۶. ولایی، عیسی؛ فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، تهران، نشر نی، چاپ ششم، ۱۳۸۷ ش.

48- Akerlof, G. **The Market for "Lemons" Quality Uncertainty and the Market Mechanisms**, 1970.

49- Cseres, K. **Consumer Protection in the European Union**, in R. Van den Bergh and A. Paccès (eds.), **Regulation and Economics**, Cheltenham, Edward Elgar, 2012.

- 50- Hesselink, M. **Unfair Terms in Contracts Between Businesses**, in R. Schulze and J. Stuyck (eds.), *Towards a European Contract Law*, Munich, Sellier, 2011.
- 51- 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.

