

تحلیل حقوقی-اقتصادی دکترین نامعقول در عقود مشارکتی بانکی

نوع مقاله: پژوهشی

علیرضا ملازاده^۱

محمد صادقی^۲

علیرضا رجب‌زاده اصطهباناتی^۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۳/۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱/۲۷

چکیده

در بسیاری از موارد شروط ضمن قرارداد در قراردادهای بانکی صرفاً با هدف تضمین منفعت بانک صورت می‌پذیرد و این شروط به صورت غیرمنصفانه حق هرگونه چانه‌زنی از مشتری را سلب نموده و مشتری را در شرایطی قرار می‌دهد که برای او در مسیر دریافت تسهیلات، اضطرار به پذیرش مقادیر ایجاد گردد. با توجه به پژوهش، از جمله این شروط «شرط الزام به خرید حصه بانک» بود. مطابق این شرط، بانک شریک را ملزم می‌کرد که صرف‌نظر از محصل مشارکت، حصه بانک را به قیمت اصل سهم الشرکه و سود آن خریداری نماید. شرط دیگر، «شرط تضمین سرمایه» بود. براساس این شرط بانک فارغ از نتیجه‌ی مشارکت واقعی، شریک را ملزم به صلح سرمایه اولیه بانک به علاوه سود ابراز می‌نمود. شرط سوم، «شرط تضمین سود» بود که چنین شرطی در قرارداد مشارکت در مخالفت با اثر اصلی عقد بود و بانک را در یک مشارکت با سود ثابت وارد می‌کرد. در حالی که اشعاع طرفین در سود و زیان ناشی از مشارکت اثر اصلی مشارکت است و قرارداد تاب مقاومت در برابر چنین شرطی ندارد. برای مقابله با این شروط غیرمنصفانه باید از تدبیر منبعث از دکترین نامعقول بهره گرفت. چراکه این دکترین در برای هر شکل سوءاستفاده از قدرت نابرابر معاملاتی، اعم از ماهوی و شکلی، از فرد حمایت می‌کرد و هدف آن جلوگیری از «ستم» و «غافل‌گیری ظالمانه» بود. با توجه به اینکه در حقوق ایران توجه چندانی به حقوق مشتریان در مقابل شروط غیرمنصفانه و نامعقول نشده بود لزوم پژوهشی در این زمینه حائز اهمیت بود. بدین منظور در این پژوهش به روش توصیفی- تحلیلی سعی در تحلیل حقوقی- اقتصادی دکترین نامعقول در عقود مشارکتی بانکی شد.

۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد قشم، قشم، ایران

alirezamolazadeh12@gmail.com

۲ دانشیار حقوق اقتصادی، گروه حقوق، دانشگاه هرمزگان (نویسنده مسئول)

Mosadeghi@hormozghan.ac.ir

a.rajabzade@raja.ac.ir

۳ استادیار گروه حقوق، دانشگاه غیرانتفاعی رجا، قزوین، ایران

کلمات کلیدی: شروط غیرمنصفانه، انصاف، دکترین نامعقول، عقود مشارکتی بانکی، چانه‌زنی
طبقه‌بندی JEL: K00,E58,G21

مقدمه

یکی از مسائل موردنویجه بانک‌ها در کنار ایفای نقش اصلی خود یعنی واسطه‌گری وجود، حفظ منافع سپرده‌گذاران و حفظ اعتماد و اطمینان به بانک‌ها است. برقراری تعادل بین این دو مسئله یعنی واسطه‌گری مالی و حفظ منافع ذینفعان باوجود پیچیدگی روزافزون عملیات بانک‌ها با دشواری‌هایی مواجه است. ارتقای حاکمیت شرکتی در بانک‌ها می‌تواند به ایجاد و برقراری این تعادل کمک نماید. پاسخ‌گویی، شفافیت، عدالت و رعایت حقوق ذینفعان در شرکت‌های تجاری مهم‌ترین اهدافی است که راهبری شرکتی دنبال می‌کند و فلسفه وجودی تأسیس شرکت اجتماع مبتنی بر اصل تعادل عاملان اقتصادی متعدد، که منافع متضاد با یکدیگر دارند می‌باشد تا با تعیین حدود مسئولیت، نحوه شراکت، نحوه مذاکره، و ادامه حیات و اصلاح و رابطه آنان با مالکیت، مانند یک تیم همراه، به‌سمت یک هدف حرکت کنند (صادقی محمد و همکاران، ۱۳۹۹: ۴۷۸).

باید اشاره کرد، کسب و حفظ اعتبار در یک شرکت تجاری از طریق حفظ منافع سهامداران و سایر ذینفعان میسر است. راهبری شرکتی حمایت از حقوق ذینفعان داخلی و خارجی، اطمینان از اداره صحیح شرکت، رعایت اصل انصاف و جلوگیری از تبعیض را از طریق همکاری فعالانه میان شرکت‌ها و اشخاص ذینفع ایجاد می‌نماید. برقراری عدالت در حاکمیت شرکتی مستلزم این است که شرکت در انعقاد معاملات و تنظیم قراردادهای خود جانب انصاف و عدالت را بین مدیران عامل، اعضای هیأت مدیره و سهامداران از یکسو و سایر ذینفعان از سوی دیگر رعایت کند، بهنحوی که در مناسبات مالی خود به حفظ و رعایت حقوق ذینفعان که غالباً در مرتبه ضعیفتری نسبت به سایرین قرار دارند، نیز اهتمام ورزد.

در نظام ارزش‌های اسلامی نیز تأمین و حمایت عادلانه از منافع همه گروه‌های ذینفع اهمیت زیادی دارد و همین مسئله ضرورت توجه به حاکمیت شرکتی را گوش‌زد می‌نماید. بر این اساس در یک بانک اسلامی ضمن حفظ منافع سهامداران می‌باشد از حقوق مشتریان اعم از سپرده‌گذاران و دریافت‌کنندگان تسهیلات نیز حمایت شود. یکی از پررنگ‌ترین جلوه‌های رعایت حقوق مشتریان نظام بانکی در انعقاد قراردادهای بانکی است. آنچه که از رفتار بانک در تنظیم و انعقاد قراردادهای بانکی استنباط می‌شود بیانگر آن است که بانک فقط به‌دبیل تأمین حداکثری منافع خود می‌باشد. درواقع در بسیاری از موارد شروط ضمن قرارداد در قراردادهای بانکی صرفاً باهدف تضمین منفعت بانک صورت می‌پذیرد. در مقابل، این شروط حق هرگونه چانه‌زنی از مشتری را سلب نموده و مشتری را در شرایطی قرار می‌دهد که برای او در مسیر دریافت تسهیلات، اضطرار به پذیرش مفاد قرارداد ایجاد گردد. درحالی که بار سنگین مسئولیت‌ها و خسارات احتمالی نیز بر عهده وی قرار دارد. در این شرایط اگرچه بانک هیچ‌گونه اصراری برای انجام‌دادن معامله به‌طور مستقیم و غیرمستقیم به خرج

نمی‌دهد، اما از وضعیت اضطرار شخص به هر دلیلی آگاهی دارد و از وضعیت اضطراری او سوءاستفاده می‌کند. این‌گونه قراردادها که در آنها یک طرف از شرایط و اوضاع اضطراری طرف دیگر به نفع خود سوءاستفاده می‌کند و شروطی یک‌طرفه وضع می‌کند یا قیمتی پایین پیشنهاد می‌دهد، اصطلاحاً «سوءاستفاده از اضطرار» نامیده شده است. بر این اساس، می‌توان سوءاستفاده از اضطرار را تحمیل قراردادی ناعادلانه به فردی نامید که در شرایط اضطراری قرار دارد؛ به‌گونه‌ای که درنتیجه شرایط اضطراری موجود، برخلاف علاقه خود به آن تن می‌دهد.

بديهی است که انعقاد اين چنین قراردادهای بانکي، حقوق طيف قابل توجهی از ذينفعان بانک را که قوام بانک و فعالیتهای آن منوط به وجود آنهاست، تضييع می‌نماید. حال آنکه، بانکها و مؤسسات مالي باید در راهبردهای سازمانی خود رویکرد ويزهای به رعایت حقوق مشتریان خود داشته باشنند. می‌توان گفت يكى از اين راهكارها تدبیر منبعث از دکترین نامعقول است. دکترین نامعقول بودن را باید يكى از مبتكرانه‌ترین و كار آمدترین تدبیر حقوقی در حمایت از طرف ضعیف قرارداد بهشمار آورد. چارچوب اين دکترین از عرف حقوقی آمريكا نشئت می‌گيرد. اين دکترین بعدها در ماده ۳۰۲-۲ قانون متحده‌الشكل تجاری آمريكا آورده شد و به قاعده‌اي بنیادين در قانون گذاري، حمایت از توافقات قراردادی و شروط تبدیل شد. ماده ۳۰۲ در نخستین عبارت بيان می‌دارد: «اگر دادگاه طبق قانون دريابد که قرارداد يا هر شرطی از آن در زمان انعقاد نامعقول بوده است، می‌تواند از اجرای قرارداد يا باقيمانده آن استنكاف يا اعمال شروط غير معقول را براي جلوگيری از نتایج غير معقول محدود کند». گسترش روز افزون استفاده از قراردادهای متحده‌الشكل در برابر قراردادهای مذاكره‌اي در دهه‌ی اخير، کاربردهای احتمالي اين دکترین را افزایش داده است. با توجه به اينکه در حقوق ايران توجه چندانی به حقوق مشتریان در مقابل شروط غيرمنصفانه و نامعقول نشده است لزوم پژوهشی در اين زمينه حائز اهميت است چرا که قراردادهای بانکي بخشی از ارتباط خصوصی خود را وانهاده و داراي جنبه‌های حقوق عمومي و مترب ب حقوق اجتماعي مردم و نظم عمومي شده است. هدف از اين تحقيق در بدء امر مطالعه و تحليل روابط قراردادي ميان بانکها و مشتریان و شروط پذيرفته شده در اين قراردادها است تا از اين راه مسائل مرتبط با فعالitehای بانکي از يك سوء و حقوق مشتریان از سوي ديگر مطالعه شود. در اين راه سعي شد تا شروط غير عادلانه که موضوع مذاكره طرفين نبوده و بر خلاف اصل حسن نيت، موجب نابرابري فاحش در حقوق و تعهدات طرفين و به ضرر طرف دیگر قرارداد می‌باشد احرار گردد. در اين راستا با استناد به رویه قضائی روند عملی اين موضوع به بحث گذاشته و از حيث حقوق موضوعه و احکام شرعی نيز با توجه به قواعد موجود

۱ قانون متحده‌الشكل (U. C. C) ويرايش (۲۰۰۰)

این مسأله بررسی شد. با توجه به اهمیت موارد ذکر شده، در این پژوهش به روش توصیفی- تحلیلی سعی در تحلیل حقوقی- اقتصادی دکترین نامعقول در عقود مشارکتی بانکی شد.

۱- پیشینه تحقیق

نبی زاده کبریا (۱۳۹۹)، در پژوهش خود تحت عنوان «مداخله دولت در شروط غیر منصفانه با تکیه بر تحلیل اقتصادی قراردادها»، بیان نموده؛ «چارچوب حقوق سنتی معاملات؛ بر مبنای اصل آزادی قراردادها، باعث می‌شد که غالب معاملات و یا شروط قراردادی به طور نظاممندی به تضرر طرف ضعیف و تخصیص ناکارآمد منابع بی انجامد. این کاستی‌ها در سطح جهان و در موارد محدودی در ایران، دولت‌ها را بر آن داشت تا در قالب شناسایی شروط ناعادلانه با وضع مقررات جدید، در قراردادهای مزبور مداخله نموده و از این راه در صدد رفع آن کاستی‌ها برآیند». در واقع می‌توان بیان داشت، کاستی‌های مزبور، در واقع همان ناتوانی نظام سنتی حقوق قراردادها در نیل به اهداف نظام‌های سیاسی و حقوقی است که ریشه در ارزش‌های بنیادین و سنت‌های فکری حاکم بر جوامع مربوطه داردند. با مطالعه‌ی این پژوهش، ملاحظه شد که دخالت دولت در قراردادهای حاوی شروط ناعادلانه بر مبانی متعددی مبتنی است که از آن جمله می‌توان به کارایی اقتصادی (تخصیص کارآمد منابع) اشاره داشت.

فلاح خاریکی(۱۳۹۹)، در پژوهش خود تحت عنوان «شروط غیر منصفانه در قراردادهای تجاری الکترونیکی در حقوق ایران و اروپا»، بیان نموده؛ شرط غیر منصفانه که در نظام حقوقی ایران در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ ه. ش. حکم به عدم اثرگذاری آن شده است، نه تنها در این قانون بلکه در سایر قوانین و مقررات نظام حقوقی ما تعریف نشده و ملاکی برای شناخت آن ارائه نشده است اما، با توجه به مقررات و اصول بین‌المللی، شرط غیر منصفانه شرطی است که باید از یک سوء، موجب نابرابری عده و فاحشی گردد و از سوی دیگر، مورد مذاکره‌ی مستقل و جداگانه قرار نگرفته باشد. در واقع می‌توان بیان داشت، قراردادهای الکترونیکی با توجه به ویژگی‌های خاص خود، نیازمند پیش‌بینی اصولی است که عدالت قراردادی، آن‌گونه که در اصول و قواعد عمومی قراردادها وجود دارد، در آن رعایت شود. به همین دلیل، عدم نفوذ شروط غیر منصفانه در نظام حقوقی ایران، اختصاص به قراردادهای الکترونیکی دارد. وانگهی با توجه به مبنای فرض عدم آگاهی طرف ضعیف قرارداد، نمی‌توان در کلیه‌ی قراردادهای منعقده میان افراد، حکم به عدم نفوذ شرط غیر منصفانه داد. این پژوهش در زمینه‌ی جایگاه شروط غیر منصفانه در حقوق ایران می‌تواند راهگشایی ما باشد با این حال عده تأکید پروره بر تجارت الکترونیکی استوار است و در مورد شروط غیر منصفانه بانکی مطلبی بیان نشده و از این منظر با پژوهش حال حاضر متفاوت است.

امانی و حسنی (۱۳۹۶)، در پژوهشی تحت عنوان «مبانی اخلاقی، حقوقی و فقهی شرط غیر منصفانه»، بیان نموده؛ «شرط غیر منصفانه» شرطی است که یکی از طرفین معامله، با اتکاء بر برتری خود به طرف دیگر قرارداد تحمیل می‌کند و او ناچار به قبول آن می‌باشد. هرچند که طرفین قرارداد طبق اصل حاکمیت اراده اقدام به انعقاد قرارداد می‌نمایند اما پذیرش این اصل بهطور مطلق با برخی واقعیت‌های جهان کنونی سازگار نیست. از این رو، نظام‌های تقنین در راستای حمایت از اقتشار آسیب‌پذیر جامعه و جلوگیری از سوء استفاده قدرت‌های بزرگ اقتصادی و در نتیجه برقراری عدالت در جامعه، به مقابله با چنین شروطی می‌پردازند.

۲- مبانی نظری تحقیق

۱- ۲. ویژگی‌های شروط غیر منصفانه در عقود بانکی

شروط تحملی یا غیر منصفانه، نوعاً دارای چهار ویژگی هستند که بررسی آن‌ها می‌تواند در شناخت آن‌ها مؤثر باشد. وجود فشار و درونی بودن آن (اضطرار): فشار موجود، درونی و ناشی از نیاز به انعقاد قرارداد مشتری با بانک است، افرون بر فشار غیر مستقیم بیرونی که ناشی از انحصاری بودن موقعیت طرف قوی‌تر است. اضطرار در لغت به معنی ناچار و درمانده شدن می‌باشد (عمید حسن، ۱۳۵۷، ۱۳۳)، و معامله‌ی اضطراری در اصطلاح حقوقی ناظر به موردی است که شخص به‌واسطه فشاری که از درون، در اثر وضع اقتصادی یا اجتماعی یا به هر علت دیگری به وی وارد می‌شود، اقدام به انعقاد قرارداد می‌نماید (بهرامی احمدی حمید، ۱۳۸۶ ص ۶۷)، چنین معامله‌ای، اگر چه مقرون به رضایت قلبی و باطنی فروشنده نیست؛ ولی به حکم ماده‌ی ۲۰۶ قانون مدنی، صحیح و معتبر است و موجب انتقال مالکیت مورد معامله، از فروشنده به خریدار می‌شود.^۱

آگاهی بانک از اضطرار مشتری: قانون مدنی حالت اضطرار را تعریف نکرده و فقط در ماده ۲۰۶ ضمن اعلام اعتبار معامله اضطراری تصریح می‌نماید که اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام به معامله کند مکره محسوب نمی‌شود. در اکثر کتب حقوقی نیز بدون اینکه تعریف جامعی از این اصطلاح ارائه شود حالت اضطرار به اختصار با اکراه مورد مقایسه قرار گرفته و به تأثیر اضطرار بر اراده مضطرب و اثر حقوقی معامله اضطراری اشاره کوتاهی شده است در حالی که اثر حقوقی اضطرار در مستولیت ناشی از جرم و شبه جرم اغلب به سکوت برگزار شده است (صفایی، ۱۳۹۹، پیشین، ص ۱۲۸).

^۱ ماده‌ی ۲۰۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام به معامله کند مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود.»

وجود نابرابری: شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی متناسبن نوعی نابرابری خاص است که در حقوق قراردادها سابقه نداشته و با وجود آن قابل توجه نبوده است. یکی از اصول حقوقی که امروزه به عنوان یک قاعده کلی و مسلم در قراردادهای مستمر و مدتدار پذیرفته شده و همواره مورد توجه طرفین این گونه قراردادهای است، اصل حفظ تعادل یا توازن اقتصادی قرارداد تا اختتام مدت مقرر و اجرای کامل تعهد است (احمدی و استانی، عبدالغئی، ۱۳۶۳)، اصلی که بهموجب آن، تعادل مطلوب بین دو عوض باید تا پایان اجرای قرارداد باقی بماند و از بین نرود.

قدرت برتر یکطرف: در شروط تحمیلی معمولاً یکطرف قرارداد، دارای قدرت انحصاری و اجتماعی و یا از همه مهمتر، دانش فنی و تخصصی بالاتر است و طرف دیگر، مصرف‌کننده و شهروندی قادر تخصص است که فقط صورتی ظاهری از قرارداد و شروط آن را می‌بیند، بدون آنکه معنای فنی و تخصصی آن را درک کند.

با توجه به مجموع آنچه که در تعریف غیرمنصفانه بودن قرارداد یا شروط آن گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت که معیار کلی تشخیص غیر منصفانه بودن «وجود نابرابری‌های زننده بین حقوق و تعهدات طرفین است، به‌گونه‌ای که هیچ فردی در حالت عادی تن به چنین سودجویی از سوی طرف دیگر قرارداد ندارد» (کریمی، ۱۳۸۱، پیشین، ص ۷۶).

به این نابرابری زمانی ابجاد مشکل می‌کند که تعادل قراردادی را بر هم زند. در تعادل قراردادی هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند مدعی شود که به هدف خود از قرارداد دست نیافته است زیرا یکی از مفاهیم تعادل، تأمین خواسته‌های طرفین قرارداد می‌باشد (سارادوی نسب، کاظم پور، ۱۳۹۲، پیشین، ص ۴۴).

۲-۲- مصادیق شروط غیرمنصفانه در عقود مشارکتی بانکی

در این بخش به بررسی مواردی چون؛ شرط الزام به خرید حصه بانک، شرط تضمین سرمایه و شرط تضمین سود پرداخته می‌شود.

۲-۲-۱- شرط الزام به خرید حصه بانک

در ماده ۱۳ فرم یکتواخت قرارداد مشارکت مدنی بانکی، شرط خرید حصه بانک توسط شریک پیش بینی شده است که در واقع شکل جدیدی از رویه معمول بانک‌ها جهت تضمین سرمایه و سود می‌باشد. در بند اول این ماده این‌گونه آمده است که: «شریک در پایان مدت مشارکت و در صورت درخواست بانک / مؤسسه اعتباری، بلاfacسله حصه قابل فروش بانک / مؤسسه اعتباری را حداقل به مبلغ اصل سهم الشرکه پرداختی بانک / مؤسسه اعتباری، سود و سایر هزینه‌های انجام شده طبق قرارداد حاضر،

خریداری و یا با هماهنگی و نظارت بانک / مؤسسه اعتباری، آن را به شخص ثالث به فروش رساند و طبق جدول محاسباتی که از سوی بانک / مؤسسه اعتباری به رؤیت شریک می‌رسد با بانک / مؤسسه اعتباری تسویه حساب نماید». مطابق این ماده، شریک متعهد می‌شود حصه بانک از مشارکت را صرف نظر از کیفیت و کمیت آن به قیمتی معادل سهم الشرکه یا همان تسهیلات پرداختی بانک و سود آن است خریداری نماید. بنابراین می‌توان گفت که شرط خرید حصه به مثابه «ام الشروط» قرارداد مشارکت مدنی - که خود نیز به «ام العقود» قراردادهای بانکی مشهور است - می‌باشد. در این شرط علاوه بر ابهام ثمن که از لفظ «حداقل» ناشی می‌شود، مبیغ نیز از نظر اوصاف کمی و کیفی دارای ابهام است. همچنانی مبنای محاسبه، نه قیمت واقعی مال موضوع مشارکت بلکه میزان سود مورد انتظار است. بنابراین چنین شرطی بانک را وارد مشارکتی می‌سازد که در آن حصول سود و اصل سرمایه، از طریق فروش ماحصل مشارکت به شریک، قطعی است.

۲-۲-۲- شرط تضمین سرمایه

شرط تضمین سرمایه در مشارکت مدنی در ماده ۱۱ این قرارداد آمده است که بیان می‌دارد: «شریک با امضای این قرارداد متعهد گردید مدیریت منابع و مصارف موضوع مشارکت را بهنحوی به انجام رساند که در پایان دوره مشارکت سهم الشرکه متعلقه بانک / مؤسسه اعتباری بهعلاوه سود ابراز موضوع مشارکت، اعلامی از سوی شریک، مندرج در برگ درخواست تسهیلات مورخ.... بهحساب بانک / مؤسسه اعتباری منظور گردد. در غیر این صورت شریک متعهد و ملتزم گردید؛ سهم الشرکه متعلقه بانک / مؤسسه اعتباری بهعلاوه سود ابراز مشارکت و ضرر و زیان وارد به بانک / مؤسسه اعتباری را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت نماید». شرط تضمینی سرمایه در مشارکت مدنی یکی از مواردی است که نزدیکی فراوانی به شروط تحملی دارد.

۲-۲-۳- شرط تضمین سود

مراد شرط تضمین سود، ضمان عقدی نیست همچنین مراد از شرط مزبور مفهوم ضمان ناشی از قاعده علی الید نیز نمی‌باشد. بنابراین مفهوم شرط تضمین سود، عبارت از شرط فعلی است که مشروط عليه ملتزم به اکتساب سود به مقدار معین شده در قرارداد برای مشروط له می‌شود. در واقع بهموجب این شرط، شخص تعهد می‌نماید که قرارداد مفید سود بوده و ارزیابی‌های لازم جهت امکان تحقق سود، صورت گرفته است. به نظر برخی از حقوق‌دانان چنین شرطی لازم و صحیح می‌باشد و دلیلی بر عدم مشروعیت و من نوعیت آن وجود ندارد زیرا مشروط علیه ملتزم به امر مباح، که آن عبارت از

اکتساب سود است، شده و چنین شرطی به استناد قاعده شروط نافذ است اما اگر چه شرط تضمین سود به معنای تعهد بر سودآور بودن یک فعالیت اقتصادی، فی‌نفسه، مباح و صحیح است.

۳-۲- عوامل پدیدآور شروط غیرمنصفانه در عقود مشارکتی بانکی

در این بخش در راستای شناسایی عوامل پدیدآور شروط غیرمعقول در عقود مشارکتی بانکی سعی در بررسی مواردی چون؛ نابرابری قدرت چانه زنی بین بانک و مصرف‌کننده و نابرابری اطلاعاتی بین بانک و مصرف‌کننده خواهیم داشت.

۱-۲-۳- نابرابری قدرت چانه زنی بین بانک و مصرف‌کننده

نابرابری قدرت چانه زنی چالش مهمی در تطابق آثار اجتماعی اجرای اصل آزادی قراردادی و ضرورت حمایت از مصرف‌کننده اعتباری به وجود می‌آورد و تقریباً همه عقود بانکی را شامل می‌شود. حتی اگر مطابق نظریه آزادی قراردادی بتوان گفت برابری کامل میان طرفین قرارداد ممکن نیست، موضوع اصلی تدارک اصول حقوقی باقی می‌ماند؛ اصولی که بتواند گسترش صحیح توقعات قراردادی را کنترل و بدون وقفه در جریان پویای اقتصاد بازار از طرف ضعیفتر حمایت کند. نابرابری قدرت اقتصادی مصرف‌کننده و بانک کلید عدم کفایت بازار تنظیم شده مدرن به عنوان مدافعان منافع مصرف‌کننده در نظام بانکی است. شناخت نابرابری مزبور نقطه شروع بحث است. این نابرابری جزء جدایی ناپذیر اجتماع مدرن است و قابل حذف نیست. برقراری سیاست حمایتی مصرف‌کننده اعتباری نیز به نتایج مشخصی وابسته است که از این نابرابری نشئت می‌گیرد.

۲-۲-۳- نابرابری اطلاعاتی بین بانک و مصرف‌کننده

در خصوص مبانی حمایت مصرف‌کننده، مصرف‌کنندگان فقط زمانی می‌توانند به درستی نقش به حداقل رساندن منافع خود را به نحو عقلایی ایفا کنند که اطلاعاتی دریافت کنند که بر اساس آن بتوانند تصمیمات آگاهانه بگیرند. اما در عمل، طرفین قراردادهای اعتبار مصرفی تا حد زیادی از نابرابری اطلاعاتی رنج می‌برند و این امر تصمیم گیری را برای هر دو طرف مشکل می‌سازد. نابرابری اطلاعات هم می‌تواند به ضرر مصرف‌کننده باشد و هم به ضرر بانک. اما به نظر برخی، از آنجا که مصرف‌کننده اطلاعات بیشتری نسبت به وضعیت، اهداف و برنامه‌های خود دارد و از سوی دیگر بانک اطلاعات کافی، به موقع، مناسب، و به اندازه در مورد توانایی و اشتیاق مصرف‌کننده برای انجام تعهدات خود ندارد، موجب می‌شود تصمیم بانک‌ها برای ارائه خدماتی همچون اعطای وام با پیچیدگی روبرو شود (ساردویی نسب؛ کاظم پور، ۱۳۹۰، پیشین، ص ۲۷).

۴-۲- لزوم اعمال دکترین نامعقول و سایر تدابیر حقوقی منبعث از آن در راستای حمایت از مشتری در عقود مشارکتی بانکی

به موجب ماده ۷ قانون عملیات بانکی بدون ربا بانک‌ها مجازند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش‌های مختلف تولیدی و خدماتی بخشی از سرمایه و منابع مورد نیاز را در قالب مشارکت تأمین کنند. عقود مشارکتی نیز به پنج نوع تقسیم می‌شوند که شامل مضاربه، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مزارعه و مساقات است که در سالیان اخیر مشارکت مدنی به دلیل نرخ بالای سود آن، بیشترین سهم را در میان تسهیلات اعطایی به خود اختصاص داده است چراکه بانک مرکزی برای عقود مشارکتی سقف سود بیشتری در نظر گرفته و از همین رو بانک‌ها تمایل بیشتری به انعقاد این عقد با مشتریان خود دارند. در راستای حمایت از مشتری باید دکترین نامعقول و سایر دکترین عرفی در راستای حمایت از مشتریان به کار گرفته شود که در این بخش مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۴-۲- دکترین نامعقول و روش‌های منبعث از آن در راستای حمایت از طرف ضیف‌تر قرارداد

در کامن لا برای شناخت مفهوم دقیق ضعف در روابط قراردادی نظریه‌ی غیر معقول بودن مطرح شده است (سید جعفر کاظم پور، ۱۳۸۹، ص ۱۴۳). این دیدگاه که در ابتداء در رویه قضائی انگلستان مطرح شد، در ماده‌ی ۲-۳۰۲ قانون متحده الشکل تجاري آمریکا به رشد و تکامل رسید. به رغم انتقاداتی که از همان ابتداء به این نظریه وارد شده است، تاکنون جایگاه خود را در نظامهای حقوقی حفظ کرده و در قانون‌گذاری مدرن نیز گاه به نام و گاه به مبنای آن استناد شده است.

این نظریه با این عنوان در نظام حقوقی ایران چندان مورد اقبال قرار نگرفته است. اما سال ۱۳۴۳ که قانون دریایی ایران به تصویب کمیسیون مشترک مجلسین وقت رسید را می‌توان نقطه‌ی آغازی برای شناسایی این نظریه در حقوق ایران دانست، به‌گونه‌ای که در ماده‌ی ۱۷۹ این قانون، تعبیر غیر معقول بودن و یا غیر منصفانه بودن شروط قراردادی مطرح و به تصویب رسید. در حال حاضر این نظریه تقریباً در کل کشورهای دنیا با اسمی مختلف و معمولاً با نام «مقابله با شروط غیر منصفانه در جهت حمایت از طرف ضعیف قرارداد» رایج شده است، تبیین این موضوع در حقوق ایران گرچه کاری مشکل به نظر می‌رسد اما بی‌تأثیر نیست و می‌تواند پیش زمینه‌ای برای تعديل قراردادهای غیر معقول و غیر عادلانه باشد.

۱ دکترین نامعقول بیشتر در حقوق آمریکا به کار گرفته شده است و در حقوق سایر کشورها از آن با عنوان مقابله با شروط غیرمنصفانه و حمایت از مصرف کننده و طرف ضعیف‌تر قرارداد یاد می‌شود.

۲-۴-۲- لزوم به کارگیری تدابیر منبعث از دکترین نامعقول در عقود مشارکتی بانکی

امروزه با توجه به تحولات اقتصادی میزان استفاده از قراردادهای الحقیقی یا از پیش تعیین شده در مناسبات مالی مختلف افزایش یافته است. این نوع قراردادها طرفین را از مواجهه و مذاکره مستقیم بینیاز می‌کند، اما ممکن است یکطرف قرارداد بهجهت برتری اقتصادی و برخورداری از تجربه بالا و فرصت کافی در تنظیم قرارداد و امکان استفاده از مشاوران حقوقی خبره، شروط موردنظر خود را بهطرف ضعیف‌تر تحمیل کند و قرارداد را در راستای تأمین حداکثری منافع خود تنظیم نماید. ممکن است تنظیم این چنینی قراردادها با اصل آزادی قراردادی حاکمیت اراده توجیه گردد، اما به نظر می‌رسد با توجه به تحولات اقتصادی جدید که موجب نابرابری توان اقتصادی و معاملاتی طرفین قرارداد شده است، لازم است در تنظیم قراردادهای الحقیقی رویکردی جدید اتخاذ کرد. رویکردی که براساس آن طرف قویتر نتواند قرارداد را در شرایط نابرابر و بهشکل غیرمنصفانه به نفع خود تنظیم نماید. این مسأله در قراردادهای بانکی نیز خود را نشان می‌دهد. در اکثر موارد بانک‌ها با مشتریانی مواجه هستند که به لحاظ دانش و قدرت اقتصادی و دسترسی اطلاعاتی در سطحی به مراتب پایین‌تر از بانک و به عبارت دیگر در موضع ضعف قرار دارند با توجه به افزایش نقش بانک‌ها در تأمین مالی و نیاز هرچه بیشتر مردم به تسهیلات بانکی، توجه به تنظیم منصفانه قراردادها از اهمیت و ضرورت بسیاری برخوردار است. ضمن اینکه براساس تئوری ذینفعان در بحث حاکمیت شرکتی نیز رعایت حقوق مشتریانی که نقش حیاتی در ایجاد کیفیت و افزایش بهره‌وری بانک ایفا می‌کند، ضروری است (ملاکریمی خوزانی، فرشته و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۴۹).

۲-۴-۳- افشاء اطلاعات و شفافیت در عقود بانکی

در حال حاضر، در برخی بانک‌های کشور، دفترچه‌ها و برگه‌های راهنمایی برای استفاده مصرف کننده قرار داده شده است که فقط کلیات نظام مالی و تعاریف عقود اسلامی و برخی قوانین مربوط به بانکداری و چک و مطالبی از این دست در آنها درج شده است که هرچند اقدام مفیدی است، ارائه اطلاعات تخصصی کلی با حجم بالا و مطالعه آنها سودی به حال مصرف کننده اعتباری و برای انعقاد قراردادی مشخص در پی نخواهد داشت. در واقع، اطلاعاتی که معمولاً به مصرف کننده عرضه می‌شود غیر جامع، پیچیده، و ناکافی است و در فرم‌های مختلفی به وی ارائه می‌شود که باعث می‌شود انجام مقایسه بین گزینه‌های مختلف موجود برای وی دشوارتر شود. بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت مصرف کنندگان باید اطلاعات را در فرم‌های متعدد شکل و به صورت واضح و مختصر دریافت کنند که با زبانی ساده نگاشته شده و از اصطلاحات تخصصی و فنی کمی در آن استفاده شده باشد. افشاء این

اطلاعات باید به گونه‌ای باشد که به مصرف‌کنندگان امکان مقایسه محصولات سایر بنگاه‌های مالی را نیز بدهد و به آنها در فهم محصولات پیچیده کمک کند.

۴-۴-۲- تفسیر به نفع طرف ضعیف‌تر

یکی از این راه‌حل‌ها تفسیر به نفع طرف ضعیف‌تر قرارداد است. در این روش، دیگر قرارداد را قانون طرفین نمی‌دانند؛ از آن چهارچوب خشک و شکلی حقوق قراردادی سنتی فاصله گرفته‌اند و سایر مسائل اخلاقی و اجتماعی از جمله عدالت و انصاف را در تفسیر قرارداد مورد استفاده قرار می‌دهند. لذا بر این اساس، می‌توان برخی شروطی که بسیار غیرمنصفانه‌اند از جمله شروط گزارف تعديل کرد بدون اینکه به تغییر قانونی یا وضع مقررات خاصی نیاز باشد. در فرانسه، از این روش استفاده می‌شود (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴: ۱۰).

۴-۴-۳- برقراری عدالت از طریق جبران خسارت و حل اختلاف با مشتری

به نظر طرفداران نظریه بانکداری آزاد، یکی از موارد دخالت دولت در بازار باید تدارک سازوکارهای رسیدگی حل اختلاف باشد. حقوق قراردادی سنتی نیز استقلال فردی و عدالت اصلاحی را برای برقراری عدالت معاوضی در روابط قراردادی بانک و مصرف‌کننده کافی می‌داند. عدالت اصلاحی زمانی است که یک تخلف قراردادی رخ دهد و طرف زیان دیده برای جبران خسارت خود و برای دستیابی به آن اقدام می‌کند. سازوکاری که برای برقراری عدالت اصلاحی در نظام بانکی کشور مورد استفاده قرار می‌گیرد در واقع همان نظام قضائی کشور است (باقری، رحمانی، ۱۳۹۶، ص ۱۱۸). در ادامه به سازوکارهایی که مصرف‌کنندگان برای طرح شکایت و جبران خسارت از بانک در اختیار دارند، پرداخته می‌شود:

۴-۴-۵-1- وظیفه مقام ناظری

در بسیاری کشورها، مقام ناظری به شکایات مصرف‌کنندگان بانکی رسیدگی می‌کند، اما اینکه آیا این نهاد باید به شکایات رسیدگی کند یا خیر به زمینه‌های اقتصادی - حقوقی کشور موردنبحث بستگی دارد؛ به عنوان مثال در برزیل، بانک مرکزی این کشور بیش از ۱۰۰ تحلیلگر دارد (که مشخصات یکسانی به عنوان بازپرسان بانکی دارند که به شکایات و اعتراضات مصرف‌کنندگان رسیدگی می‌کنند). سازمان حمایت از مصرف‌کننده نیز به شکایات مالی مصرف‌کنندگان رسیدگی می‌کند و این دو برای تبادل اطلاعات با همدیگر به همکاری می‌پردازنند. بعلاوه، تیمی متشکل از هفت بازرس برای ناظرت بر حمایت مصرف‌کننده منصوب شده است که به ارزیابی مؤثر بودن رویه داخلی شکایات

بانکی می‌پردازد. در ایران، حل و فصل اختلافات میان بانک‌ها در مواردی بر عهده بانک مرکزی به عنوان ناظر اصلی نظام بانکی قرار دارد؛ از جمله مطابق مواد ۵۲ تا ۵۴ فصل پنجم مقررات حاکم بر مرکز شتاب ۱۳۸۱، یا مواد ۴۲ تا ۴۸ موافقت نامه عضویت در سامانه توسيه ناچالص آنی. اما، در خصوص رسیدگی به دعاوی «صرف‌کننده» توسط بانک مرکزی مقررati وجود ندارد. با این حال، مطابق دستورالعمل نحوه رسیدگی به شکایات مشتریان مؤسسات اعتباری مصوب ۱۳۹۳، مقررati در باب رسیدگی به شکایات همه «مشتریان»، بدون تبعیض میان صرف‌کننده و سایر مشتریان وضع شده است.

۲-۴-۵-۲- رویه داخلی بانک‌ها برای رسیدگی به شکایات صرف‌کنندگان

صرف‌کنندگان باید به سازوکارهای حل اختلاف و رسیدگی به شکایات مؤثر دسترسی داشته باشند. بانک‌ها باید رویه‌های داخلی رسیدگی به شکایات کارآمدی با توجه به زمان و هزینه، برای صرف‌کنندگان قرار دهند و صرف‌کنندگان نیز در مواردی که احساس می‌کنند از سوی بانک با آنها منصفانه رفتار نمی‌شود، به وسیله مستقل دیگری دسترسی داشته باشند. بانک‌ها باید اطلاعات مربوط به رویه رسیدگی به شکایات و مراجعه مستقل حل اختلاف صرف‌کننده را به آسانی در اختیار صرف‌کننده قرار دهند، و در صورتی که صرف‌کننده با پاسخی که از سوی بانک ارائه می‌شود قانع نشود، باید به سازوکارهای مناسب، ارزان، و ثالث برای حل اختلاف دسترسی داشته باشد. اما، نگرانی نهایی مربوط به دخالت اشخاص ثالث است. در واقع، ذهنیت برخی از صرف‌کنندگان این است که بنگاه‌ها فقط زمانی شکایات را به طرز رضایت‌بخشی حل می‌کنند که اشخاص ثالث مداخله کنند، یا مقامات قانونی آنها را مکلف کنند. به هر حال، هرچند میزان رضایت و آگاهی مردم نسبت به این رویه‌ها مشخص نیست، به نظر نمی‌رسد مردم از این طریق بتوانند به شیوه مؤثری به حل اختلافات و ارائه شکایات خود بپردازنند. هرچند برخی از صرف‌کنندگان از وجود مراجعه رسیدگی اطلاع داشته باشند، تعداد کمی از آنان درمورد فرایند مراجعه به این مراجعه می‌دانند (همان، ص ۱۲۰).

۲-۴-۵-۳- روش‌های حل اختلاف جایگزین

اگر بانک‌ها و کارمندان آنها بدانند برای مثال اگر با یک مشتری غیرمنصفانه برخورد شود امکان طرح شکایت از سوی او وجود دارد و نه تنها مدیریت ارشد بانک بلکه مقام نظارتی شکایت وی را بررسی می‌کند، آن بانک و کارمندان مجبور میزان بالایی از احتیاط را در برخورد منصفانه با صرف‌کننده به کار خواهند گرفت. همچنین، در صورتی که این شکایات متراکم تحلیل شود و به اطلاع عموم برسد، مشکلات سیستمی درون بانک‌ها و همین طور کل صنعت بانکداری به نفع بازیگران، از جمله صرف

کنندگان، قابل شناسایی و تعیین خواهد بود. در کشور، شاید بتوان هیئت رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت را نهادی برای شکایات مشتریان بانک عنوان کرد، اما این نهاد قادر نیست دائماً تخصصی، و گسترده بر رویه‌های بازاری بانک‌ها نظارت داشته باشد و به شکایات فردی مصرف کنندگان رسیدگی کند، زیرا ظرفیت و منابع لازم را در اختیار ندارد و مرجعی تخصصی برای رسیدگی به شکایات مصرف کنندگان نیز محسوب نمی‌شود؛ بهخصوص اینکه فقط صلاحیت رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولتی را دارد و ضمانت اجراهای درنظر گرفته شده فقط جهت تنبیه عمل سوء کارمند متخلف قرار داده شده است و نه جبران خسارت مصرف کننده، و به عبارتی صلاحیت حل اختلافات را راجع به روابط قراردادی بانک و مصرف کننده ندارد.

۴-۵-۲-۴- دعوی قضائی

به طور کلی، حقوق خصوصی محدودیت‌های بسیاری در مورد حقوق مصرف کننده دارد و نمی‌تواند مبنای کافی برای حمایت مصرف کنندگان محسوب شود (کارتر رایت، ۲۰۰۴: ۱۶۰). در واقع، رویکردی که حقوق خصوصی به معاملات دارد به طرفيین قرارداد اعتبار امکان می‌دهد در صورت بروز اختلاف، دعاوی خود را از طریق دادگاه پیگیری کنند. چنان که آمد، روابط قراردادی بانک و مصرف کننده در بستر حقوق قراردادهای سنتی مبتنی بر آزادی قراردادی است؛ بدین معنی که مصرف کننده و بانک‌اند که در اینجا تعیین کننده‌اند (و نه اشخاص ثالث همچون دولت یا مقام ناظری)، و طرفيین حق دارند در صورت بروز تخلف قراردادی اقامه دعوی کنند و از طریق عدالت اصلاحی خسارتی که در نتیجه تخلف به آنها تحمیل شده است، جبران کنند.

۳- نتیجه‌گیری

دخالت دولت در تنظیم بیع و تجارت پا به پای مداخله او در اقتصاد فزونی یافته و مفهوم نظم عمومی چنان گسترش یافته است که از حاکمیت اراده و آزادی قراردادی تنها به عنوان «اصل» می‌توان نام برد؛ اصلی اجتماعی که استثناهای فراوان یافته و از نفوذ پیشین آن کاسته شده است. امروزه، حمایت از مصرف کننده جای احترام به قرارداد را گرفته است و اعتقاد عمومی بر این است که قرارداد از طرف قوی‌تر حمایت می‌کند و برای حفظ تعادل باید به یاری مصرف کننده عادی شافت. با توجه به نتایج پژوهش باید گفت شروط غیر منصفانه‌ای که در عقود مشارکتی بانکی بیان شده عبارتند از:

^۱ Cartwright, op. cit

الف- مشارکت مدنی

در تبصره ماده (۵) قرارداد، تشخیص بانک در مورد مصرف شدن سهم الشرکه شریک در جهت اجرای طرح موضوع مشارکت یا واریز آن به حساب مشترک، به صورت یک طرفه به شریک تحمیل می‌شود. در این ماده، تقویم و تشخیص بانک به صورت یک طرفه با منطق عدل و انصاف منافات دارد. برخی از مواد و تبصره‌های قرارداد، تحکم بر مشتری است. بدین معنا که تشخیص و ادعای بانک برای شریک معتبر و لازم‌الاجرا دانسته شده است، مانند تبصره (۵) یا ماده (۱۲) که در ادامه می‌آید. این مسئله برخلاف اصل آزادی اراده در قراردادها و همچنین اصل عدل و انصاف است.

در سطر آخر ماده (۸) آمده است: «افزایش هزینه‌ها تأثیری در میزان سهم الشرکه مندرج در این قرارداد نداشته باشد». واضح است چنین شرطی نوعی تحمیل بر شریک است. نفی این نوع تحمیل را در قراردادهای بانکی می‌توان ذیل قاعده‌ای جدید به عنوان قاعده اضطرار سازماندهی کرد. مطابق این قاعده، شرایط قرارداد نباید به گونه‌ای باشد که بیشتر مشتریان را به عنوان یکی از متعاملین در حالت اضطرار قرار دهد. برای رفع این اضطرار، می‌بایست ماده مزبور این گونه تنظیم می‌شد که اگر شریک بدون موافقت و رضایت بانک کاری کند، بانک درباره آن مسؤولیتی ندارد. اما اگر هزینه‌های موضوع مشارکت بدون قصور شریک افزایش یابد، نمی‌توان آن را به شریک تحمیل کرد.

در ماده (۱۲)، «قیمت مورد موافقت بانک» باید به عبارت «موردتافق طرفین» تبدیل شود، زیرا اگر فقط بانک قیمت را تعیین کند، نوعی تحمیل بر مشتری است و بر مبنای قاعده تحمیل دارای اشکال است.

در تبصره (۱) از ماده (۱۳) در صورت درخواست بانک برای واگذاری حصه قابل فروش خود، شریک ملزم به خرید سهم الشرکه بانک یا فروش آن به شخص ثالث البته با هماهنگی و نظارت بانک شده است. همچنین شریک ملزم شده است طبق جدول محاسباتی که از سوی بانک به رؤیت شریک می‌رسد، با بانک تسویه حساب کند. واضح است متعهد کردن شریک به چنین شرطی قطعاً تحمیل بر مشتری است.

در ماده (۱۳)، احراز تخلف و قصور مشتری به تشخیص بانک منوط شده است. این مسئله نوعی تحمیل بر مشتری است، زیرا نخست باید شرایط و دلایل مشتری برای تخلف بررسی شود تا ناشی از مشکلات مالی و تغییر شرایط اقتصادی نباشد. همچنین، مبلغ جریمه نیز بر مشتری تحمیل شده است. ایجاد نهاد مستقل و تخصصی قیمت‌گذاری در جهت جلوگیری از تحمیل بر مشتری ضروری است. این نهاد همچنین در موارد اختلافی نیز به تشخیص و تقویم قیمت می‌پردازد.

در ماده (۱۷)، تصریح شده است: «دفاتر و صورت حساب‌های بانک در هر مورد معتبر و غیرقابل اعتراض است و تشخیص تخلف از مقررات یا هریک از شرایط و تعهدات این قرارداد با بانک بوده و تعبیر و

تفسیر بانک مورقبول شریک است». همچنین، آمده است: «شریک حق هرگونه ایراد و اعتراض را نسبت به مندرجات آن و محاسبات و اقدامات اجرایی بانک و اجرای ثبت را تا استیفای کامل حقوق بانک و ایفای تعهدات و دیون موضوع قرارداد از خود سلب و اسقاط نمود». این ماده کاملاً تحمیل بر مشتری است و به نظر می‌رسد این تحمیل بر عموم گیرندگان تسهیلات منصفانه و عادلانه نباشد. در ماده (۲۱)، شرط شده‌است شریک هزینه بیمه اموال مورد وثیقه و همچنین اموال موضوع عملیات ناشی از این قرارداد را پرداخت کند. این شرط نسبت به وثیقه که از وظایف گیرنده‌تسهیلات است، طبیعی و بدون اشکال می‌باشد، اما در مورد موضوع مشارکت حاکی از عدم‌قصد بانک برای مشارکت است. افزون بر این، نوعی تحمیل بر مشتری است، زیرا هزینه بیمه یکی از اقلام مشارکت است و طبیعی است که این هزینه باید بین شرکاء تقسیم شود.

در تبصره (۴) از ماده (۲۳) مقتضای وثیقه این است که اگر مورد وثیقه به فروش برسد، اول حق ذیحق ادا شود، اما در این ماده شرط شده‌است اگر مورد وثیقه به فروش رسید، مشتری باید بدھی خود را ادا کند. به نظر می‌رسد این مسأله خلاف عدل و انصاف و تحمیل بر مشتری است، زیرا مشتری باید بین تأديه بدھی و جایگزین کردن وثیقه جدید مخیر باشد.

ب- قرارداد مضاربه

در ماده (۲۰) قرارداد، اینکه هزینه بیمه اموال موضوع عملیات ناشی از قرارداد مضاربه در برابر خطرهایی همچون آتش‌سوزی، انفجار، زلزله، ... بر عهده عامل قرارداده شده است، منصفانه نیست. زیرا یدعامل یدامانی است و مطابق قاعده استیمان در برابر بروز خسارات قهری ضامن نیست. در این قرارداد، اگرچه عامل مستقیماً در برابر این خسارات ضامن واقع نشده است، تحمیل هزینه بیمه بر او با توجه به نگاه شرع به عامل که وی را امین محسوب کرده و او را از پرداخت هرگونه خسارات ناشی از حوادث قهری بربالذمه کرده است، در تنافی است. افزون بر این، با توجه به اینکه مضاربه در زمرة عقود مشارکتی قرار دارد، عدم مشارکت بانک در چنین هزینه‌هایی عادلانه نیست.

در تبصره (۴) از ماده (۲۲) قرارداد، مقرر شده است بانک می‌تواند در صورت قرارگرفتن تمام یا قسمتی از موارد وثیقه در معرض اجرای طرح‌های مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری و امثال آن، وجودی که از سوی مؤسسه ذیربیط در قبال تملک تمام یا قسمتی از موارد وثیقه پرداخت خواهد شد، به صورت نقدي یا قسطی دریافت کند و پس از کسر و احتساب هزینه‌های متعلقه، مطالبات خود را از محل باقیمانده‌ی وجه وصول کند. همچنین، مقرر شده است در صورتی که وجوده وصول شده یا موارد وثیقه موضوع این بند تكافوی مطالبات بانک را نکند، عامل متعدد است کلیه بدھی‌های خود را بنا به تشخیص بانک فوراً بپردازد. این ماده در فرضی که عامل مطالبات خود را به موقع پرداخت کرده و هیچ‌گونه تأخیری در بازپرداخت بدھی خود مرتکب نشده است، غیرمنصفانه است. عامل باید

از این حق برخوردار باشد که عین وثیقه دیگری را جایگزین وثیقه‌ی قبلی کند. بانک نیز باید فقط در فرض معوق شدن مطالبات حق قبض وجهی را که در قبال تملک تمام یا قسمتی از موارد وثیقه پرداخت خواهد شد، داشته باشد.

در ماده (۲۳) قرارداد، سلب حق عزل و ضم وکیل و امین و غیره و سلب حق اجرای مورد وکالت توسط موکل خلاف عدل و انصاف است. در ماده (۲۸) قرارداد نیز حق هرگونه ایراد و اعتراضی نسبت به مفاد قرارداد و نیز نسبت به اقدامات اجرایی بانک برای وصول مطالبات خود و ایفای تعهدات عامل در هر مرحله از عملیات اجرایی از عامل، ضامن، و وثیقه‌گذاران سلب شده است. اسقاط چنین حقی نه تنها ناعادلانه است، بلکه تحمیل بر مشتری نیز تلقی می‌شود.

ج- سایر قراردادهای ابلاغی بانک مرکزی

در ذیل ماده (۷) قراردادهای سلف، استصناع، مزارعه و مساقات و همچنین ذیل ماده (۳) در قرارداد خرید دین مشتری کلیه خیارات خصوصاً «خیارغبن» را از خود سلب و اسقاط نمود. همچنین مطابق ماده (۵) قرارداد اجاره بهشرط‌تملیک نیز مستأجر کلیه خیارات خصوصاً «خیار عیب و غبن» را از خود سلب و اسقاط نموده است.

به نظر می‌رسد اسقاط کافه خیارات شامل خیار غبن فاحش نمی‌شود. بنابراین در صورت وجود غبن فاحش در معامله، همچنان حق اعمال این خیار برای متقارضی تسهیلات محفوظ می‌باشد. مطابق ماده (۲۰) قراردادهای مزارعه و مساقات، ماده (۱۷) قرارداد خرید دین، ماده (۲۲) قرارداد اجاره بهشرط‌تملیک و ماده (۱۹) قرارداد سلف و استصناع، حق عزل و ضم وکیل و امین و غیره و حق اجرای مورد وکالت از مشتری سلب شده است.

موارد یادشده در قراردادهای بانکی و ملاحظه ویژگی‌های شروط غیرمنصفانه نشان می‌دهد عنوان شروط غیرمنصفانه بر بسیاری از شروط بانکی صادق است، زیرا توازن میان دو طرف قرارداد وجود ندارد. بانک موضع بالاتری نسبت به گیرندگان تسهیلات دارد. همچنین مفاد قرارداد به‌گونه‌ای طراحی شده است که منافع بانک را به عنوان یکطرف قرارداد تأمین می‌کند. سوم اینکه گیرندگان تسهیلات نیز قدرت چانه‌زنی ندارد. لذا یا باید این قرارداد را با شرایطش بپذیرد یا رد کند. پیچیدگی‌های قرارداد، عدم قابلیت مذاکره پیرامون شروط قراردادی مندرج و نداشتن دانش مالی مشتری برای فهم این شروط، گیرندگان تسهیلات که خود را از مراجعته به بانک ناگزیر می‌بینند، در موقعیتی قرار می‌دهد که علی‌رغم رضایت درونی به امضای قرارداد مبادرت نمایند. بر این اساس، شرایط تحقق شروط تحمیلی در قراردادهای بانکی یادشده صدق می‌کند. البته معظل شروط غیرمنصفانه و تحمیلی و یکطرفه بودن قرارداد در قراردادهای متحداً‌الشکل بانکی که در قالب فرم‌های استاندارد از سوی بانک مرکزی تدوین شده است، پرنگ‌تر است. زیرا هیچ فضایی برای مذاکره وجود

ندارد. ضمن اینکه نابرابری اطلاعاتی بین بانک و مشتری نیز وجود دارد. درواقع بازار اطلاعات موردنیاز مصرف کنندگان برای اتخاذ تصمیمات آگاهانه را در اختیار آنان قرار نمی‌دهد. توضیح اینکه بانک فقط اطلاعاتی را عرضه می‌نماید که سودآورتر تلقی کند. یعنی اطلاعاتی که مثلاً برای برخی از مشتریان مشتریان آسیب‌پذیر مفید است، ارائه نخواهد شد. از جمله اطلاعات مربوط به خیارات، وکالت در برداشت حساب، بیمه وثیقه مربوط به قرارداد و هزینه‌های تأخیر در پرداخت دین که می‌توان گفت در تمام عقود مشترک است. با در نظر گرفتن اینکه بیشتر مشتریان متعارف که سود حقوقی و مالی لازم را جهت فهم اصطلاحات و جملات به کاربرده در قرارداد ندارند، ارائه اطلاعات و توضیحات کافی از سوی بانک بهویژه در رابطه با مسائلهای همچون وجهالتزام که تأثیر بسیاری در محاسبات مالی دارد، یکی از حقوق مهم مشتریان محسوب می‌شود. البته بانک نیز در رابطه با مشتریان دچار یک عدم تقارن اطلاعاتی است و از امکانات لازم جهت انتخاب مشتریانی را که صلاحیت مالی برای دریافت و بازپرداخت به موقع تسهیلات دارند، برخوردار نیست. همین مسئله موجب شده است که بانک با رویکرد سخت‌گیرانه برای اطمینان از بازگشت تسهیلات و جلوگیری از خسارت‌های احتمالی شروط یک طرفه‌ای را در راستای تضمین منافع خود به مشتریان تحمیل نماید. البته اگرچه این شروط تحمیلی باهدف غبطه منافع بانک و به‌تبع سپرده‌گذاران بانکی صورت می‌گیرد، اما این باعث نمی‌شود که اجحاف در حق مشتریان جایز شمرده شود. در حقیقت شروط تحمیلی مانند هر شرط دیگری باهدف غبطه و تضمین منافع یکی از طرفین در قرارداد گنجانده می‌شود، اما این مسئله آن را از عنوان غیرمنصفانه بودن خارج نمی‌سازد و مجوزی برای نادیده‌گرفتن حقوق طرف دیگر نمی‌باشد. وجود شروط غیرمنصفانه نه تنها با مبانی فقهی و حقوقی اسلام که مهم‌ترین آن اصل عدل و انصاف است، ناسازگار است. با اهداف موردنظر راهبری شرکتی از جمله رعایت حقوق ذینفعان تنافی دارد. بنابراین می‌توان یکی از آسیب‌های جدی در حوزه حقوق قراردادهای در جریان شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی معرفی کرد. رفتار بانک با مشتریان به‌گونه‌ای است که ضمن سلب هرگونه قدرت چانهزنی، بار تحمل همه رسیک‌ها، هزینه‌ها و خسارات احتمالی را بر دوش مشتری می‌گذارد و حتی برای تضمین منافع خود، حق هرگونه اعتراض را در صورت بروز دعوا نیز از آنها سلب می‌کند. به نظر می‌رسد با توجه به جدی بودن چنین آسیبی در قراردادهای بانکی و عقب‌ماندگی نظام بانکی کشور در زمینه رعایت حقوق مشتریان در قیاس با نظامهای بانکی کشورهای اسلامی و حتی غیر اسلامی، توجه به این مسئله هم در عرصه تدوین قراردادهای بانکی و هم در عرصه سیاست‌گذاری‌های بانک برطبق الگوی حاکمیت شرکتی ضروری باشد. این مسئله ضمن نزدیک شدن رفتار بانک به مقاصد شریعت که رعایت انصاف و حفظ منافع عموم مردم به عنوان مشتریان نظام بانکی یکی از آنهاست، موجب پیاده‌سازی هرچه بهتر اصول حاکمیت شرکتی نیز می‌باشد.

همچنین با توجه به نتایج می‌توان گفت مداخله در قراردادهای اعتبار مصرفی از جمله به کارگیری دکترین نامعقول و روش‌های منبعث از آن در راستای حمایت از طرف ضیف‌تر قرارداد، افسای اطلاعات و شفافیت در عقود بانکی، تفسیر به نفع طرف ضعیفتر و برقراری عدالت از طریق جبران خسارت و حل اختلاف مصرف‌کننده از جمله روش‌های حمایت از مشتری در عقود مشارکتی بانکی می‌باشد.

با توجه به نتایج، اعمال پیشنهادهای زیر می‌تواند راهگشا باشد:

- ۱- با توجه به اینکه این قرارداد در قالب فرم استاندارد ارائه می‌شود، ضرورت دارد بانک نسبت به اصلاح شروط مندرج در این قرارداد مطابق احکام و آثار شرعی آن اقدام نماید. بنابراین لازم است در شرط خرید حصه که در ماده ۱۳ آمده است، قیمت گذاری حصه بانک بر اساس قیمت واقعی صورت پذیرد. که این امر اگرچه غرض اصلی بانک‌ها را تأمین نمی‌کند؛ اما قدرت نقدشوندگی سرمایه بانک را بالا خواهد برد. از طرف دیگر شریک نیز در هنگام قبول شرط، از قدرت سنجش ارزیابی بهتری برخوردار خواهد بود.
- ۲- دوم آنکه شرط تضمین سرمایه مندرج در ماده ۱۱ حذف و به جای آن شریک مکلف به بیمه نمودن اموال مشارکت مدنی گردد. این شرط با احکام و مقررات حاکم بر بیمه نیز منطبق خواهد بود. به علاوه آنکه شرط تضمین سود در ماده فوق نیز برداشته شود.
- ۳- نظر به اینکه در فعالیت‌های اقتصادی ریسک و زیان سرمایه و عدم سود وجود دارد، ضرورت دارد بانک‌ها قبل از انعقاد قرارداد، طرح اقتصادی و تخصص شریک را به‌طور واقعی و فنی ارزیابی کنند تا بتوان به‌نحو مطلوبی ریسک ناشی از قرارداد مدیریت گردد. که در این راستا ایجاد زیر ساخت‌های لازم به‌منظور تخصصی شدن بانک‌ها، نیز مورد پیشنهاد است.

منابع

۱. باقری محمود، رحمانی سعید(۱۳۹۶). حمایت از حقوق مصرف‌کننده در نظام بانکی، پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران
۲. بهرامی احمدی، حمید(۱۳۸۶). کلیات عقود و قراردادها، تهران: میزان
۳. صفائی، سید حسن(۱۳۹۹). دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی، تهران: میزان
۴. کاتوزیان، ناصر(۱۳۹۴). عقود و قراردادها، تهران: انتشارات گنج دانش
۵. احمدی و استانی، عبدالغفاری(۱۳۶۳). شرح بیانیه‌های الجزایر راجع به حل و فصل دعاوی ایران و آمریکا، مجله‌ی حقوقی، ۱(۱۶۲-۹).
۶. امانی، مسعود، حسنی، محمد مهدی(۱۳۹۶). مبانی اخلاقی، حقوقی و فقهی شرط غیر منصفانه، مجله قضاوت، شماره ۹۱
۷. ساردویی نسب، محمد؛ کاظمپور، جعفر(۱۳۹۰)، مؤلفه‌های غیر منصفانه بودن قرارداد، فصلنامه حقوقی دادگستری، دوره‌ی ۷۵، ش. ۷۵
۸. خوانین زاده، اعظم(۱۳۹۵). چالشهای قرارداد مشارکت مدنی در نظام بانکی ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تفت
۹. دهقان منشادی، محمد(۱۴۰۱). چالش‌ها و موانع به کارگیری و اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی ایران و راهبردهای اصلاح و رفع آنها، نشریه اقتصاد و بانکداری اسلامی، ۱۱(۴۰)، ۷-۴۲.
۱۰. صادقی، محمد؛ موسوی، سید علیرضا؛ رجبزاده اصطهباناتی، علیرضا(۱۳۹۹). تأملی بر جایگاه اصل تعادل در شرکت سهامی: از قابلیت‌ها تا کاستی‌ها، فصلنامه حقوق خصوصی، ۱۷(۲)، ۴۹۹-۴۹۹.
۱۱. کاتوزیان، ناصر(۱۳۸۴). تفسیر قرارداد، مجله‌ی دانشکده، حقوق و علوم سیاسی، ۷۰(۲۸۴)، ۲۷۷-۳۰۸
۱۲. کاظم پور، سید جعفر(۱۳۸۹). «بررسی تطبیقی حمایت از طرف ضعیف قرارداد در ایتالیا و دکترین نامعقول بودن در ایالات متحده آمریکا»، مجله حقوقی دادگستری، ۷۱(۷۴)، ۱۸۰-۱۳۹.
۱۳. کریمی، عباس(۱۳۸۱). شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها، فصلنامه پژوهش‌های حقوقی(۱)، ۸۲-۷۵.
۱۴. مسعودی نیا، محمد(۱۴۰۰). تفسیر حقوق قراردادها با تکیه بر حقوق عمومی اقتصادی ایران، نشریه اقتصاد و بانکداری اسلامی، ۱۰(۳۷)، ۴۴۴-۴۲۷

۱۵. ملاکریمی خوزانی، فرشته، نوذری فردوسیه، محمد(۱۳۹۸). لزوم رعایت اصل انصاف در انعقاد قراردادهای بانکی بر اساس تئوری ذی نفعان در حاکمیت شرکتی، دو فصلنامه علمی تحقیقات مالی اسلامی، ۳۷-۶۸، (۱).

16. Beatson.J(2010), Anson's Law of Contract, 29th Coalition, Oxford University Press, Cambridge
17. Cartwright, Peter(2004), banks, consumer and regulation, Hart Publishing
18. Nebbia, Paolisa, (2007), Unfair Contract Terms in European Law. A Study in Comparative and Ec Law.OxfordHart Publishing
19. Ramsay I(1995), 'Consumer Credit Law, Distributive Justice and the Welfare State' 15 Oxford Journal of Legal Studies 177
20. Wilhelmsson, Thomas(2004), Varieties of Welfarism in European Contract Law, European Law Journal, Vol. 10, No. 6

