

الزامات حقوقی اصلاح قراردادهای بانکی در راستای تحقق عدالت

حجت مبین^۱

چکیده

نظام بانکی یکی از ارکان مهم اقتصاد هر کشور به شمار می‌رود که اگر وظایف خود را به خوبی ایفا نماید، می‌تواند نقش چشمگیری در توزیع عدالت در جامعه داشته باشد. بند ۲۳ سند تدابیر الگوی اسلامی ایرانی پیشرفت، بر «تحقق عدالت در ساختار قانونی نظام بانکی» تأکید نموده و برای دستیابی به این مهم، راهکارهایی چون ایجاد انضباط پولی، رهایی از ربای قرضی، تولید عادلانه خلق پول بانکی و بهره‌مندسازی عادلانه آحاد مردم جامعه از خدمات پولی را پیشنهاد می‌نماید. از آنجا که بر اساس قانون عملیات بانکی بدون ربا، بخش عمده فعالیت‌های شبکه بانکی در کشور در ارتباط با مردم، در بخش تجهیز و تخصیص منابع پولی، در قالب قراردادهای بانکی صورت می‌پذیرد، نقش این قراردادها در تحقق عدالت در نظام بانکی بسیار مهم و اساسی است. نتایج بررسی‌های مقاله حاضر نشان می‌دهد که وجود شروط یکجانبه و غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی، از قبیل عدم مشارکت بانک در زیان حاصل از قرارداد، تملیک مجانی سود مورد انتظار از سوی تسهیلات‌گیرندگان به بانک، تضمین یکجانبه سود به نفع بانک و ... از جمله مهم‌ترین چالش‌هایی است که عدالت معاوضی (قراردادی) را در قراردادهای بانکی مخدوش نموده و شبهه «اکل مال بباطل» را نیز در این قراردادها تقویت می‌نماید. امری که با بسیاری از اصول حقوقی و موازین شرعی در تضاد آشکار است. از این رو ضروری است که با اصلاح مقررات بانکی، وجود چنین شروطی در قراردادها محدود شده و بانک مرکزی با اعمال نظارت جدی در تنظیم قراردادها، مانع درج چنین شروطی در قراردادهای بانکی شود.

واژه‌های کلیدی: قراردادهای بانکی، بانکداری اسلامی، عدالت معاوضی، شروط غیرمنصفانه

۱. مقدمه

در سال‌های اخیر، به دنبال تشدید تحریم‌های اقتصادی و محدودیت‌های کسب و کار داخلی و بین‌المللی برای تاجران و تولیدکنندگان ایرانی، مشکلات اقتصادی به عنوان یکی از معضلات مهم جامعه، خودنمایی نموده و توجه بسیاری از سیاستمداران و سیاست‌گذاران کشور را به خود جلب نموده است. این مشکلات سبب شده تا راهبردهای مهم اقتصادی همانند «اقتصاد مقاومتی»، «حمایت از تولید ملی»، «توسعه اشتغال» و ... به عنوان راهبردها و سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران، در اسناد مختلف بالادستی مورد توجه قرار گیرد که از آن جمله می‌توان به سند چشم‌انداز بیست ساله جمهوری اسلامی ایران، سیاست‌های کلی نظام به ویژه سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی، قوانین برنامه توسعه و ... اشاره نمود.

با توجه به همین اهمیت و ضرورت، بخش‌های مختلفی از اسناد الگوی اسلامی ایرانی پیشرفت نیز به موضوعات اقتصادی اختصاص یافته است؛ بر اساس افق الگوی اسلامی ایرانی پیشرفت، ایران تا سال ۱۴۴۴ بایستی به یکی از ده اقتصاد بزرگ دنیا تبدیل شود. در مبانی جهان‌شناختی سند الگوی پیشرفت بر این نکته تأکید شده است که «خدوند جهان مادی در خدمت انسان که امانتدار و آبادکننده آن است، قرار داده که در صورت بهره‌برداری کارآمد و عادلانه، تأمین‌کننده نیازهای او است.» لذا اجرای عدالت یکی از اصول اساسی در مباحث اقتصادی است که به عنوان یکی از ارزش‌های تشکیل‌دهنده حیات طیبه، در آرمان‌های الگوی پیشرفت نیز مورد توجه و تأکید قرار گرفته

^۱. استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز

است. در بسیاری از بندهای سند تدابیر الگوی اسلامی ایرانی پیشرفت نیز موضوعات اقتصادی به صورت مستقیم و یا غیرمستقیم مورد توجه قرار گرفته که از آن جمله می‌توان به بندهای ذیل اشاره نمود:

۲۰) التزام به رعایت اصول و قواعد اسلامی در غایت و ساختار تصمیمات، سیاست‌گذاری‌ها و نهادسازی‌های اقتصادی و مالی.

۲۲) تسهیل ورود کارآفرینان به عرصه‌های اقتصادی به ویژه اقتصاد دانش بنیان و کاهش هزینه‌های کسب و کار با تأکید بر اصلاح قوانین، مقررات و رویه‌های اجرایی کشور.

۲۳) تحقق عدالت در ساختار قانونی نظام بانکی با ایجاد انضباط پولی، رهایی از ربای قرضی، توزیع عادلانه خلق پول بانکی و بهره‌مندسازی عادلانه آحاد مردم جامعه از خدمات پولی.

۲۶) مصون‌سازی و تقویت فرآیندها، سیاست‌ها، تصمیمات و نهادهای اقتصادی در مقابل تکانه‌های سیاسی - اقتصادی هدفمند و غیرهدفمند برون‌زا. و ...

آنچه از این تدابیر استنباط می‌شود، لزوم توجه جدی به اصلاح قوانین و مقررات در حوزه‌های اقتصادی و به ویژه نظام بانکی، در راستای تسهیل فضای کسب و کار، تقویت اقتصاد دانش بنیان، تحقق عدالت، انضباط پولی، رعایت موازین شرعی و اسلامی و به ویژه مقاوم سازی اقتصاد است. نظام بانکی یکی از مهم‌ترین عرصه‌های اقتصادی در هر کشور محسوب می‌شود، به گونه‌ای که اگر این نظام بتواند نقش خود را به نحو مطلوبی در نظام اقتصادی ایفا نماید، تأثیرات مثبت آن در جهت حمایت از تولید ملی، ایجاد اشتغال و تحقق اقتصاد مقاومتی، محسوس و ملموس خواهد بود. از این رو در بند (۲۳) سند تدابیر الگوی اسلامی ایرانی پیشرفت، «تحقق عدالت در ساختار قانونی نظام بانکی»، به عنوان یکی از تدابیر مهم اقتصادی، مورد توجه قرار گرفته است؛ هر چند که در این بند برای دستیابی به این مهم، راهکارهایی نظیر انضباط پولی، رهایی از ربای قرضی، توزیع عادلانه خلق پول بانکی و بهره‌مندسازی عادلانه آحاد مردم جامعه از خدمات پولی، مورد توجه قرار گرفته، لیکن یکی از موضوعات قابل توجه در این راستا، رعایت عدالت در تنظیم قراردادهای بانکی است؛ قراردادهای بانکی، ابزار ارتباطی نظام بانکی با اشخاص (صاحبان سرمایه و دریافت کنندگان تسهیلات) است، لذا موضوع عادلانه بودن این قراردادها، از اهمیت بسزایی برخوردار است.

بر اساس قانون عملیات بانکی بدون ربا، قالب قراردادهای بانکی بر اساس عقود اسلامی، به گونه‌ای طراحی شده که اگر این قراردادها در عمل به درستی مورد استفاده قرار گیرد، دچار شبهه ربوی بودن نمی‌باشد؛ لیکن باید توجه داشت که تنها اصلی که در تنظیم قراردادهای بانکی بایستی مورد توجه قرار گیرد، اصل «ربوی نبودن» این قراردادها نیست. در حال حاضر شروط مختلفی در قراردادهای بانکی وجود دارد که هر چند این قراردادها را به قراردادهای ربوی تبدیل نمی‌کند، ولی بعضاً شبهات و مشکلاتی را در نظام بانکی و روابط اقتصادی بانک با اشخاص ایجاد می‌نماید که یکی از این شبهات موضوع ناعادلانه و غیرمنصفانه بودن قراردادهای بانکی است که در تعبیر فقهی از آن به «اکل مال بباطل» یاد می‌شود.

در این مقاله برآنیم تا با روش توصیفی و تحلیلی، به این پرسش‌ها پاسخ دهیم که آیا شروط مندرج در قراردادهای بانکی عادلانه و منصفانه است؟ اگر منصفانه نیست، چه ضمانت اجرایی در نظام حقوقی ایران و سایر نظام‌های حقوقی، برای مقابله با آن پیش بینی شده است؟ و نهایتاً اینکه چه راهکارها و پیشنهادات اجرایی برای مقابله با شروط ناعادلانه در ساختار قراردادهای بانکی می‌توان ارائه نمود؟

۲. چارچوب نظری

به منظور بررسی چارچوب نظری موضوع، در نخستین گام بایستی مفهوم عدالت و جایگاه آن در انعقاد قراردادها را مورد بررسی قرار داد. از آنجا که در نظام‌های حقوقی، اصل آزادی قراردادی پذیرفته شده است، تقابل این اصل با اصل عدالت و ممنوعیت درج شروط غیرمنصفانه، از جمله مواردی است که بایستی به عنوان مبانی نظری بحث، مورد توجه قرار گیرد.

۱-۲. جایگاه عدالت در حقوق قراردادها

عدالت مفهومی است که بشر از آغاز تمدن خود، آن را می‌شناخته و برای تحقق آن تلاش نموده است. عدالت رابطه تنگاتنگی با حقوق دارد، به گونه‌ای که به اعتقاد برخی مکاتب حقوقی، مبانی اصلی حقوق عدالت است. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۹) فیلسوفان بسیاری از جمله ارسطو و افلاطون به تبیین مفهوم عدالت پرداخته‌اند. از نظر افلاطون اگر هر چیزی در جای شایسته خود قرار گیرد، عدالت محقق می‌گردد. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۵) به اعتقاد ارسطو، عدالت در معنی عام به معنی اعتدال در کارها و شامل تمام فضائل (میان‌روی) است. و عدالت به معنی خاص، برابر داشتن و فضیلتی است که به موجب آن، باید به هر کس آنچه را که حق اوست، داد. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۵)

ارسطو عدالت را به عدالت اصلاحی و توزیعی تقسیم می‌نماید. عدالت اصلاحی در مسئولیت مدنی، خسارت زیان‌دیده را به رفتار زیان‌بار وارد کننده زیان وابسته می‌کند و درصدد برقراری عدالت صوری و برابری قبلی بین طرفین است. (بادینی، ۱۳۸۴: ۸۳) در حقوق قراردادها، عدالت اصلاحی خود را در قالب عدالت معاوضی نشان می‌دهد. در عدالت معاوضی تأکید بر تعادل عوضین در معامله است؛ به عبارت دیگر، عدالت معاوضی می‌کوشد تا نتیجه معامله بین دو طرف عادلانه باشد و هر شخصی معادل آنچه که می‌دهد، چیزی به دست بیاورد؛ بر اساس این دیدگاه، هر آنچه این عدالت معاوضی را مخدوش نماید، قابل پذیرش نیست. گروسایوس معتقد است در خود معاوضه و موضوع اصلی قرارداد باید تعادل وجود داشته باشد؛ اگرچه خود او معتقد بود، پذیرش دعوی مبتنی بر عدم تعادل پس از قرارداد، منجر به منازعات بی‌شماری می‌شود که در تصمیم‌گیری در مورد آنها مشکل است. (قنواتی، ۱۳۸۹: ۱۳۶)

در مقابل عدالت معاوضی، عدالت توزیعی قرار دارد. به نظر ارسطو مهمترین کارکرد دولت، داشتن قدرت تصمیم‌گیری در این زمینه است که مشخص نماید، چه چیزی به نفع عموم است (عدالت توزیعی) و در روابط افراد با یکدیگر چه چیزی عادلانه است. (عدالت اصلاحی). (ارسطو، ۱۳۸۱: ۳۹۵-۳۹۳) عدالت معاوضی در عقیده ارسطو عدالتی است که در معاملات وجود دارد و عدالت توزیعی در تقسیم مشاغل و مزایا بین افراد لحاظ می‌گردد. (خندانی و خاکباز، ۱۳۹۲: ۷۰) از نظر آکویناس که یکی از پیروان مکتب ارسطو تلقی می‌شود، عدالت توزیعی در ارتباط با چیزی است که انسان به عنوان جزئی از کل (جامعه سیاسی) مستحق آن است، در حالی که عدالت اصلاحی حاکم بر رابطه جزئی (فردی) با جزئی دیگر (فردی دیگر) است. (بادینی، ۱۳۸۴: ۸۹) عدالت توزیعی وظیفه دولت در تقسیم ثروت میان افراد جامعه را بر عهده دارد و معیار آن تناسب است نه تساوی؛ زیرا در هر جامعه، مقام و موقعیت و جایگاه افراد یکسان نبوده و توزیع منابع بایستی متناسب با این عوامل صورت پذیرد. (صانعی دره بیدی، ۱۳۸۱: ۹۶-۹۷) این نکته نیز لازم به ذکر است که هر چند در قراردادها برابری شکلی حقوق طرفین، برای دستیابی به عدالت ضرورت دارد، لیکن نتیجه و ماحصل قرارداد نیز اهمیت دارد و بایستی از دیدگاه عدالت ماهوی، نتیجه قرارداد مطابق با عدالت و انصاف باشد. (شیخ موحد، ۱۳۸۵: ۴۲).

بنابراین در تدوین قراردادهای به عنوان یکی از ابزارهای مهم حقوقی، بایستی هم عدالت معاوضی و هم عدالت توزیعی مورد توجه قرار گیرد. یعنی قواعد حاکم بر قراردادهای باید به گونه‌ای تنظیم شود که از یک سو عدالت معاوضی در روابط طرفین قرارداد، برقرار گردد و برای هر آنچه که این عدالت را بر هم می‌زند، ضمانت اجرای مناسبی پیش بینی شود؛ و از سوی دیگر، بر اساس نظریه عدالت توزیعی در سه مرحله توزیع برابر امکانات اولیه، توزیع متناسب با استحقاق افراد در درآمد بوجود آمده و بازتوزیع دارایی‌ها به منظور ایجاد توازن اجتماعی (قلیچ، ۱۳۸۹: ۱۶۱)، قراردادهای باید بتوانند، عدالت را در جامعه برقرار نمایند. لذا می‌توان گفت که توجه به مفهوم عدالت در تنظیم قواعد حاکم بر قراردادهای از اهمیت بالایی برخوردار است. این اهمیت در خصوص قراردادهایی همچون قراردادهای بانکی، به دلیل حجم گسترده استفاده از آنها و همچنین اثرگذاری در فعالیت‌های مختلف اقتصادی، اهمیتی دوچندان می‌یابد.

۲-۲. تقابل اصل آزادی قراردادی و لزوم رعایت عدالت در قراردادهای

یکی از اصول اساسی حاکم بر انعقاد قراردادهای، اصل آزادی قراردادی است که از نتایج اصل حاکمیت اراده می‌باشد. (راعی و مولاییان، ۱۳۹۳: ۱۴۰) بر اساس این اصل، چون اراده اشخاص به خودی خود، محترم و دارای اثر حقوقی است، لذا نفوذ عقد نیز نیازی به تصریح قانونگذار ندارد و اشخاص آزادند تا چنانکه می‌خواهند، هم پیمان شوند. (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۴۵) علی‌رغم وجود این آزادی قراردادی، باید توجه داشت که طرفین قرارداد نمی‌توانند هر چیزی را که خواستند در قرارداد پیش بینی نمایند. به عبارت دیگر در قوانین و مقررات مختلف، محدودیت‌هایی برای اصل حاکمیت اراده پیش بینی شده است. به اعتقاد حقوقدانان، بر پایه رعایت اخلاق حسنه و رفتار منصفانه و نظم عمومی و دیگر مصالح جامعه، قراردادهای ناشی از اکراه، تدلیس، تقلب، غبن، ربا و مانند آن الزام آور تلقی نشده است. (قنوتی، ۱۳۸۹: ۱۳۶) لذا معمولاً حقوقدانان، محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی را در قالب سه عنوان قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه طبقه بندی می‌نمایند. (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۴۸)

یکی از محدودیت‌های حاکم بر اصل آزادی قراردادی، بر هم خوردن عدالت قراردادی (عدالت معاوضی) است که می‌تواند در قالب محدودیت‌های ناشی از قانون، نظم عمومی و یا حتی اخلاق حسنه تحلیل شود؛ از یک سو می‌توان گفت که بر هم خوردن عدالت قراردادی خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است و از سوی دیگر، قانونگذار در بسیاری از موارد، برای برقراری و حفظ عدالت قراردادی، مقررات مختلفی را پیش بینی نموده است. پیش بینی قواعدی همچون لزوم برابری و تقابل عوضین در عقود معاوضی، خیاراتی نظیر خیار غبن، عیب و تدلیس، مقابله با شروط غیرمنصفانه، قاعده تلف مبیع قبل از قبض (خندان و خاکباز، ۱۳۹۲: ۷۱) و ... از جمله همین مقررات است. بنابراین هر چند که اشخاص در انعقاد قرارداد آزادند، لیکن این آزادی قراردادی، بدون ضابطه و حدو حصر هم نیست و نمی‌توان به استناد آزادی قراردادی و حاکمیت اراده، هر نوع توافقی را معتبر و واجد آثار حقوقی دانست.

البته باید توجه داشت که مفهوم عدالت قراردادی در قالب‌های مختلف قراردادی متفاوت است. به عنوان مثال در عقد بیع، برابری ارزش عوضین شرط است و در صورتی که بین عوضین اختلاف ارزش وجود داشته باشد، قانونگذار برای طرف مقابل حق فسخ (خیار غبن) قائل شده است؛ حتی در صورتی که یکی از عوضین بسیار اندک و یا در حد صفر باشد، ضمانت اجرای قرارداد بطلان خواهد بود؛ لذا فقها بیع بلائمن را باطل می‌دانند. ولی در عقد صلح یا هبه حتی اگر معوض باشند، برابری و تقابل عوضین شرط نیست و اگر عوضی هم پیش بینی شده باشد، می‌تواند بسیار اندک و در حد صفر باشد. (صلح محاباتی) بر همین اساس آکویناس در بحث از عدالت در قراردادهای، اقدام به طبقه بندی و

قراردادها نموده و اعمال عدالت معاوضی در هر یک از این دسته‌ها را تابع ضوابط خاصی می‌داند. (قنوتی، ۱۳۸۹: ۱۳۷)

بنابراین در تحلیل جایگاه عدالت در قراردادها، پیش از هر چیز بایستی به ماهیت قرارداد و هدف طرفین از انعقاد قرارداد نیز توجه نمود. با توجه به موضوع این مقاله، بحث قراردادهای بانکی و انواع آن در بند بعد، مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد.

۳. مفهوم و انواع قراردادهای بانکی

نقش بانک در اقتصاد، یک نقش واسطه‌گری در تأمین سرمایه است و ابزار بانک برای انجام این کار، انعقاد قراردادهای بانکی می‌باشد. در حقیقت قراردادهای بانکی قالب حقوقی ارتباط بانک با مشتریان را تعریف نموده و حقوق و تکالیف ایشان را معین می‌نماید. به طور کلی می‌توان قراردادهای بانکی را چنین تعریف نمود: قراردادهایی هستند که بین بانک و یا مؤسسات مالی و اعتباری از یک سو و اشخاص حقیقی و یا حقوقی (مشتریان بانک) از سوی دیگر، به منظور تجهیز و یا تخصیص منابع پولی بانک و در چارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا، منعقد می‌گردد.

به طور کلی قراردادهایی که در نظام بانکی مورد استفاده قرار می‌گیرند، در دو دسته قابل تقسیم‌بندی هستند. بانک به عنوان یک نهاد واسطه در اقتصاد، سعی دارد تا منابع پولی را از صاحبان سرمایه در اختیار گرفته (تجهیز منابع پولی) و آن را در اختیار متقاضیان سرمایه قرار دهد. (تخصیص منابع پولی)

۳-۱. قراردادهای تجهیز منابع پولی

قراردادهای تجهیز منابع، قراردادهایی هستند که بانک‌ها برای سپرده‌گذاری و جذب سپرده با مشتریان خود منعقد می‌نمایند. (السان، ۱۳۹۱: ۱۰۸) در نظام‌های بانکی ربوی و متعارف در دنیا، عموماً در تجهیز منابع از عقد قرض استفاده می‌شود. در حقیقت، مشتری وجوه مورد نظر خود را به بانک قرض می‌دهند و بانک نیز با توجه به مدتی که این وجوه نزد بانک می‌ماند و سایر شرایط، مبلغی را به عنوان بهره در سررسیدهای معین به مشتری پرداخت می‌کند. (سلطانی، ۱۳۹۰: ۱۰۵) از دیدگاه فقه اسلامی، مبلغ اضافه‌ای که بر این اساس به سپرده‌گذار پرداخت می‌گردد، مسلماً ربا محسوب شده و حرام است. بنابراین در نظام بانکداری اسلامی، نمی‌توان برای جذب سپرده‌هایی که سود به آن تعلق می‌گیرد، از قالب عقد قرض استفاده نمود.

بر اساس ماده (۳) قانون عملیات بانکی بدون ربا که در ذیل فصل دوم این قانون با عنوان تجهیز منابع پولی قرار گرفته است، بانک‌ها می‌توانند تحت عناوین سپرده قرض الحسنه جاری^۲ و پس‌انداز و سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار از مشتریان خود سپرده اخذ نمایند. (سلطانی، ۱۳۹۰: ۱۰۶) بر اساس موازین شرعی در قراردادهای قرض الحسنه، امکان پرداخت زیاده وجود ندارد و هر نوع زیاده‌ای که از سوی بانک به سپرده‌گذار پرداخت گردد، ربا محسوب می‌شود. (السان، ۱۳۹۱: ۱۰۹) لذا در سپرده‌های قرض الحسنه جاری و پس‌انداز، امکان پرداخت سود به سپرده

^۲ برخی حقوقدانان معتقدند که ماهیت حساب قرض الحسنه جاری را نمی‌توان عقد قرض الحسنه دانست؛ بلکه این نوع سپرده را باید به عنوان عقدی خاص در نظر گرفت که معادلی برای آن در قانون مدنی پیش بینی نشده است. (السان، ۱۳۹۱: ۱۱۰) برخی دیگر نیز معتقدند سپرده قرض الحسنه جاری، هم تابع عقد قرض است و هم تابع ماده (۱۰) قانون مدنی است؛ یعنی نمی‌توان در تعیین ماهیت آن فقط به عقد قرض اکتفا کرد (سلطانی، ۱۳۹۰: ۱۲۶).

گذاران وجود ندارد. به همین سبب است که بر خلاف بانکداری ربوی، در بانکداری اسلامی برای جذب سرمایه، لازم است که از قراردادهای دیگری نیز استفاده شود.

به موجب تبصره همین ماده، بانک در به کار گیری سپرده‌های سرمایه گذاری مدت‌دار وکیل مشتریان می‌باشد و می‌تواند آنها را در امور مشارکت، مضاربه، اجاره به شرط تملیک، معاملات اقساطی و ... به کار گیرد. در حقیقت در این نوع سپرده‌ها بانک به عنوان وکیل سپرده‌گذاران، وجوه سپرده را مورد استفاده قرار داده و سود حاصله که به تناسب مدت و مبالغ سپرده سرمایه گذاری محاسبه می‌گردد و پس از کسر سهم بانک به عنوان حق الوکاله، به سپرده گذار پرداخت می‌گردد. البته استفاده از عقد وکالت برای تبیین ماهیت حقوقی این دسته از سپرده‌های بانکی، مورد انتقاد حقوقدانان واقع شده است. (سلطانی، ۱۳۹۰: ۱۵۰-۱۴۹؛ السان، ۱۳۹۱: ۱۱۵-۱۱۴)

البته بانک‌ها علاوه بر استفاده از قالب وکالت، از عقد مضاربه نیز در تجهیز منابع پولی، استفاده می‌نمایند و برخی حقوقدانان معتقدند، عقد مضاربه ماهیت سپرده‌های سرمایه گذاری مدت‌دار را به نحو بهتری تبیین می‌نماید. (سلطانی، ۱۳۹۰: ۱۵۴) عقد مضاربه معمولاً در قراردادهای سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار (سه ماهه، شش ماهه، یک ساله) مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ در این حالت صاحب سرمایه نقش مالک و بانک نقش عامل را دارد. سود حاصل از مضاربه نیز بر اساس توافق فی‌مابین بین مالک و عامل به درصد معین تقسیم می‌شود. در حقیقت نظام بانکداری اسلامی، پرداخت سود (بهره) به قراردادهای قرض الحسنه به دلیل ربوی بودن آن امکان ندارد، ولی بانک می‌تواند با استفاده از قراردادهای دیگری چون وکالت و مضاربه، به صاحب سپرده سود پرداخت نماید.

۳-۲. قراردادهای تخصیص منابع پولی

بانک به عنوان واسطه تأمین سرمایه بین صاحبان سپرده و متقاضیان تسهیلات عمل می‌کند؛ در نتیجه پس از تجهیز منابع پولی، این منابع را بایستی در اختیار متقاضیان تسهیلات قرار دهد. در نظام بانکداری متعارف (ربوی) در بخش تخصیص منابع نیز عمدتاً بانک‌ها از قرارداد قرض با بهره استفاده می‌نمایند. (السان، ۱۳۹۱: ۱۱۶) در حقیقت در این نظام بانکداری، بانک‌ها ضرورتی نمی‌بینند که وارد قراردادهای دارای مخاطره و ریسک مشارکت شوند، بلکه ترجیح می‌دهند، مبلغ معینی را به متقاضی پرداخت نمایند و در سررسید معین و یا به اقساط، اصل مبلغ وام به همراه بهره آن را از وی دریافت نمایند.

چنانکه بیان شد، در نظام بانکداری اسلامی، این امر به دلیل ربوی بودن امکان پذیر نیست. لذا در این بخش نیز بانک‌ها از قراردادهای مختلفی استفاده می‌نمایند. (سلطانی، ۱۳۹۰: ۱۶۷) بر اساس فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا و آئین نامه اجرایی آن، به طور کلی، قراردادهایی که بانک‌ها در مقام تخصیص منابع برای اعطای تسهیلات از آنها استفاده می‌کنند در قالب سه دسته قابل تقسیم بندی هستند: (السان، ۱۳۹۱: ۱۱۷؛ سلطانی، ۱۳۹۰: ۱۶۷)

۱- **قرارداد قرض الحسنه:** قرارداد قرض الحسنه تنها قراردادی است که صرفاً به منظور وام دادن در نظام بانکداری اسلامی مورد استفاده قرار می‌گیرد. در این نوع قرارداد، بانک حق دریافت سود یا بهره را ندارد و هر نوع زیاده که بیش از اصل دین دریافت شود، حکم ربا را خواهد داشت؛ بانک بنا بر فتاوی فقها تنها می‌تواند، درصد کمی را به عنوان کارمزد، در حدی که هزینه‌های بانک را تأمین نماید، از متقاضی دریافت نماید.

۲- **عقود مشارکتی:** در این عقود، بانک با متقاضی تسهیلات مشارکت می‌نماید و در نهایت در سود حاصله نیز به درصد معین با وی شریک می‌شود. به موجب ماده (۷) قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک‌ها می‌توانند به منظور

ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت‌های بخش‌های مختلف بازرگانی و خدماتی، قسمتی از سرمایه و یا منابع مورد نیاز این بخش‌ها را به صورت مشارکت تأمین نمایند. در قراردادهای مشارکتی، تنها نسبت سود بانک و متقاضی تسهیلات، در قرارداد مشخص می‌شود و میزان سود بستگی به نتیجه‌ای دارد که در قرارداد مشارکت حاصل می‌شود. قراردادهایی مانند مضاربه، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مزارعه و مساقات از جمله قراردادهای مشارکتی هستند که در نظام بانکداری بدون ربا مورد استفاده قرار می‌گیرند.

۳- عقود مبادله‌ای: این عقود بر خلاف عقود مشارکتی، مبتنی بر مشارکت در سود و زیان نمی‌باشند، بلکه بانک از طریق این عقود که عمدتاً مبتنی بر نظام فروش کالا یا خدمات و یا خرید دین می‌باشد، با متقاضی وارد معامله می‌شود. بر اساس آئین نامه اجرایی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (اعطای تسهیلات)، قراردادهایی چون فروش اقساطی (نسبه) جهت تأمین سرمایه در گردش واحدهای تولیدی، فروش اقساطی وسایل تولید، ماشین آلات، وسایل حمل و نقل، کالاهای مصرفی بادوام ساخت داخل و تأسیسات، فروش اقساطی مسکن، سلف، خرید دین، جعاله، اجاره به شرط تملیک، مرابحه و استصناع از جمله قراردادهای مبادله‌ای هستند که در نظام بانکداری بدون ربا مورد استفاده قرار می‌گیرند.

۴. مفهوم شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی و وضعیت حقوقی آن

به منظور بررسی شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی، ضروری است، در ابتدا مفهوم و معیار شناسایی این شروط بررسی شود. همچنین لازم است، به اختصار بر خورد نظام‌های حقوقی، با شروط غیرمنصفانه نیز مورد بررسی قرار گیرد تا در نهایت بتوان برای مقابله با شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی، راهکارهایی را پیشنهاد داد.

۴-۱. مفهوم شروط غیرمنصفانه در قراردادها و معیارهای آن

از شرط غیرمنصفانه در قراردادها، تعاریف مختلفی ارائه شده است. (ضیغم زاده و بیاتی، ۱۳۹۶: ۷۸-۷۷) رویه قضایی دادگاه‌های کامن لا، معمولاً شرط غیرمنصفانه را بر اساس معیار نوعی چنین تعریف می‌کند: شرطی که شخص عادی عاقل آن را نمی‌پذیرد و یا اینکه متضمن چنان بی‌عدالتی بزرگی است که اشخص با انصاف آن را نمی‌پذیرند. (قنواتی، ۱۳۸۹: ۱۴۲-۱۴۱) همچنین گفته شده است که شرط غیرمنصفانه شرطی است که مسئولیت‌های طرفین قرارداد را تا محدوده نقض تعادل شروط قرارداد پیش می‌برد. (Fayyad, 2012: 203) سند «دستورالعمل شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف»، به عنوان یک سند راهبردی در اتحادیه اروپا، شروط غیرمنصفانه را چنین تعریف کرده است: شرط قراردادی که به طور خاص مورد مذاکره قرار نگرفته است و موجب عدم تعادل فاحش میان حقوق و تعهدات طرفین به ضرر مصرف‌کننده گردد و برخلاف حسن نیت باشد، غیرمنصفانه تلقی می‌گردد. (افتتاحی، ۱۳۹۶: ۲۴)

با عنایت به تعاریف مختلفی که از شروط غیرمنصفانه در قراردادها، ارائه شده است، برای تشخیص این دسته از شروط بایستی به معیارهایی توجه نمود که در ادامه به مهم‌ترین معیارهایی که برای تشخیص شروط غیرمنصفانه ارائه شده است، اشاره خواهیم نمود:

بر اساس فلسفه ارسطو و آکویناس، ماهیت یک عمل با توجه به هدفش تعریف می‌شود. به همین جهت انواع مختلف قراردادها نیز با توجه به هدفشان تعریف می‌شوند. در هر قراردادی برای رسیدن به هدف قرارداد، برخی شروط مناسب و برخی نامناسبند. به عقیده آکویناس، تنها پس از تعریف هدف قرارداد است که می‌توان تصمیم گرفت، شرطی عادلانه و یا ناعادلانه است. (قنواتی، ۱۳۸۹: ۱۳۸-۱۳۷) همین دیدگاه از سوی برخی حقوقدانان چنین بیان

شده است که شروط قرارداد بایستی به شکل منصفانه و شفاف ارائه شوند و به گونه‌ای نباشند که انتظارات معقول مصرف‌کننده را با شکست مواجه کنند. (Zimmermann & Whittaker, 2000: 207) بر اساس این معیار، در قراردادهای بانکی برای تبیین شروط ناعادلانه بایستی به هدف قراردادهای نگریند. چنانکه بیان شد، بر اساس مقرراتی که در قانون عملیات بانکی بدون ربا پیش بینی شده، ماهیت قراردادهای بانکی بر اساس عقود اسلامی، چون جعاله، فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، مشارکت مدنی، مضاربه و ... تبیین شده است. از سوی دیگر هدف بسیاری از دریافت کنندگان تسهیلات، صرفاً دریافت مبلغی از بانک، به عنوان وام و یا تأمین مالی فعالیت‌های اقتصادی ایشان است. سپرده‌گذاران نیز صرفاً برای دریافت سود، اقدام به افتتاح انواع حساب‌های سپرده در بانک‌ها می‌نمایند. اینک سؤال این است که هدف قراردادهای بانکی چگونه تعیین می‌شود؟ و برای تعیین هدف این نوع قراردادهای کدامیک را باید ملاک نظر قرار داد؟

از لحاظ شرعی و قانونی برای اینکه قراردادهای بانکی را صحیح بدانیم، بایستی این دو هدف را با هم جمع نمود. یعنی روابط دریافت کننده تسهیلات یا سپرده‌گذار با بانک، بایستی بر اساس قالب‌های عقود اسلامی تعریف شود؛ در حقیقت تأمین مالی برای متقاضیان تسهیلات و دریافت سود برای سپرده‌گذاران، در صورتی که در چارچوب و با رعایت شرایط عقود منعقد با بانک محقق گردد صحیح است و الا با اشکال قانونی و شرعی مواجه خواهد بود. بر اساس این تحلیل، قرارداد مشارکت مدنی که در سیستم بانکی مورد استفاده قرار می‌گیرد، از یک سو با توجه به قصد مشترک طرفین به صورت کامل منطبق با قرارداد مشارکت در حقوق مدنی نیست و از سوی دیگر با توجه به قالب قرارداد، نمی‌توان آن را به عنوان اعطای وام تلقی و شرایط قرارداد مشارکت را در آن نادیده گرفت. این قرارداد، مشارکت مدنی است که برای تأمین مالی یک فعالیت اقتصادی، منعقد شده است. این تحلیل می‌تواند ما را در تشخیص شروط ناعادلانه و غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی یاری دهد. نتیجه اینکه در هر یک از انواع قراردادهای بانکی، شروطی که بر خلاف ماهیت عقد باشند را بایستی شروط غیرمنصفانه دانست. مثلاً در عقود مشارکتی، شروطی که بر خلاف مقتضای مشارکت محسوب شوند، به نوعی غیرمنصفانه هستند؛ و یا در عقود مبادله‌ای شروطی که تعادل و توازن قراردادی را بر هم بزنند، غیرمنصفانه شناخته می‌شوند.

از جمله دیگر معیارهای مهمی که در تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط مورد استفاده قرار می‌گیرد، «مورد مذاکره قرار نگرفتن شرط» است. هر گاه در یک قرارداد، شرط یا شروطی از سوی طرفین مورد مذاکره قرار نگیرد، می‌تواند اماره‌ای بر غیرمنصفانه بودن این شروط تلقی شود. (افتتاحی، ۱۳۹۶: ۶۱-۶۰) شروط مندرج در قراردادهای بانکی، عمدتاً در زمره شروطی قرار می‌گیرند که هرگز از سوی طرفین مورد مذاکره قرار نمی‌گیرد. هیچ‌گاه بین مشتری بانک و کارمندان یا رئیس شعبه در خصوص شرایط مندرج در قرارداد تبادل نظر نمی‌شود و چه بسیار افرادی که حتی یک بار هم این شروط را نمی‌خوانند و بدون مطالعه آن را امضاء می‌نمایند. اگر قرارداد و شروط آن در معرض مذاکره قرار نگیرند، امکان بیشتری وجود دارد که شروطی در قرارداد درج شود که شدیداً تعادل قرارداد را بر هم بزند. زیرا در بسیاری از موارد، مشتری بانک دارای موقعیت ضعیفی است و اگر شروط به وی ارائه نشوند قادر به تأثیرگذاری و آگاهی از آن‌ها نخواهد بود (افتتاحی، ۱۳۹۶: ۶۲).

یکی دیگر از معیارهای تشخیص شروط غیرمنصفانه در نظام حقوقی کامن‌لا، عدم توازن و تعادل بین عوضین در کنار عدم آگاهی یکی از طرفین قرارداد و خبره بودن طرف دیگر است. (قنواتی، ۱۳۸۹: ۱۴۰) بر همین اساس می‌توان گفت که شروطی که سبب عدم تعادل فاحش، در حقوق و تعهدات طرفین می‌شود، در زمره شروط غیرمنصفانه قرار می‌گیرد. (افتتاحی، ۱۳۹۶: ۷۳) این معیار مبتنی بر اعمال عدالت معاوضی در قراردادهاست؛ چه اینکه بر اساس

نظریه عدالت معاوضی، رعایت برابری در حقوق قراردادی طرفین عقد معاوضی، اقتضای این دارد که حقوق طرفین قرارداد مانند دو کفه ترازو با هم برابری نماید و هر گاه این تعادل مخدوش گردد، نظریه عدالت معاوضی اقتضا دارد که به وسیله اصول معتبر حقوقی همانند ایجاد خیار غین یا گرفتن تفاوت قیمت (ارش) جبران گردد. (خندانی و خاکباز، ۱۳۹۲: ۷۱) در انعقاد قراردادهای بانکی، از آنجا که بسیاری از مشتریان بانک اطلاعات حقوقی چندانی ندارند و در مقابل، بانک با استفاده از مشاوره بهترین وکلا و مشاوران حقوقی خود، متن قرارداد را تنظیم نموده است، تا حدود زیادی زمینه برای درج شروط غیرمنصفانه از سوی بانک فراهم است. (راعی و مولاییان، ۱۳۹۳: ۱۵۹) چه اینکه شروط مندرج در قراردادهای بانکی، چنانکه خواهیم دید، عمدتاً به صورت یک طرفه و به نفع بانک در قرارداد درج می‌گردد.

از دیگر معیارهای احراز غیرمنصفانه بودن شروط، قدرت معاملاتی نابرابر در زمان انعقاد قرارداد است؛ چه اینکه در چنین شرایطی، طرفی که از موقعیت برتری برخوردار است، قادر خواهد بود تا شروط غیرمنصفانه‌ای را که شدیداً به نفع وی و ضرر طرف مقابل باشد، در قرارداد بگنجاند. (افتتاحی، ۱۳۹۶: ۶۵) دارا بودن منابع و تشکیلات گسترده (ساردویی نسب و کاظم‌پور، ۱۳۹۰: ۴۶) که در خصوص بانک‌ها وجود دارد، از جمله مواردی است که سبب ایجاد قدرت معاملاتی نابرابر بین طرفین می‌شود و بانک را در موقعیت برتری قرار می‌دهد.

در کنار همه معیارهای فوق، فقدان آزادی انتخاب (افتتاحی، ۱۳۹۶: ۷۷) برای یک طرف قرارداد سبب می‌شود که طرف دیگر بتواند شروط غیرمنصفانه را در قرارداد بگنجاند. در نظام بانکی نیز با عنایت به رفتار مشابه همه بانک‌ها و اینکه شروط قراردادی پیش بینی شده از سوی همه بانک‌ها، تقریباً مشابه یکدیگر می‌باشد، عملاً امکان انتخابی برای مشتریان و متقاضیان تسهیلات وجود ندارد و این اشخاص، به نوعی مجبورند که به شروط تعیین شده از سوی بانک-ها تن در دهند.

۴-۲. وضعیت حقوقی شروط غیرمنصفانه در قراردادها

در برخی نظام‌های حقوقی، ناعادلانه بودن و یک طرفه بودن قرارداد یا شرط یا شروطی از آن در زمان انعقاد، به دادگاه اختیار می‌دهد که از تنفیذ قرارداد خودداری نموده و یا با تنفیذ آن، شرط یا شروط ناعادلانه را بلااثر کند. (قنواتی، ۱۳۸۹: ۱۳۶) البته در این خصوص بایستی به شروط قائل به تفکیک شد: در برخی موارد، بلااثر نمودن شرط غیرمنصفانه سبب بازگشت تعادل به قرارداد می‌شود؛ در این صورت، شرط غیرمنصفانه از قرارداد حذف شده و سایر مفاد قرارداد، معتبر باقی می‌ماند؛ ولی در برخی موارد، غیرمنصفانه بودن شرط به کل قرارداد تسری می‌یابد که در این صورت، حذف شرط مذکور نیز تعادل را به قرارداد باز نمی‌گرداند. در این فرض، چاره‌ای جز بطلان و غیرقابل اجرا شدن کل قرارداد، وجود ندارد. (افتتاحی، ۱۳۹۶: ۱۲۶-۱۲۵)

در نظام حقوقی آمریکا بر اساس تفسیری که از بند ۱ ماده ۲-۳۰۲ قانون متحدالشکل تجاری این کشور، ارائه شده است، الزام خواننده به اجرای قرارداد، در شرایطی که عدم توازن معاملاتی شدید وجود داشته باشد، تحمیل غیرمعارف و افراطی محسوب شده و دادگاه می‌تواند از اجرای آن جلوگیری نماید. (قنواتی، ۱۳۸۹: ۱۴۱)

راهکارهای یاد شده در حقوق ایران، قابل پذیرش نیست. در نظام حقوقی ایران، دادگاه نمی‌تواند به صرف غیرمنصفانه بودن شرطی، آن را بلااثر نماید، مگر اینکه بتوان غیرمنصفانه بودن شرط را سبب نامشروع شدن آن دانست که دست در همه موارد مصداق ندارد و یا اینکه شرط به گونه‌ای باشد که خلاف مقتضای ذات عقد تلقی شود که در این

صورت، عقد را نیز باطل می‌کند. لذا به نظر می‌رسد که در حقوق ایران و به ویژه در جهت مقابله با شروط غیرمنصفانه مندرج در قراردادهای بانکی، بایستی راهکارهای دیگری اندیشید.

۵. تحلیل شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی

قانون عملیات بانکی بدون ربا به گونه‌ای تدوین شده است که اگر بانک‌ها مقررات این قانون را به درستی اجرا نمایند، واقعاً شبهه ربوی بودن در عملکرد بانک‌ها وجود نخواهد داشت. لیکن از بدو تصویب این قانون، بانک‌ها برای حفظ منافع خود، به تدریج شروطی را در قراردادهای بانکی پیش بینی نمودند که بتوانند به کمک آنها، بیش از پیش منافع و سود خود را تضمین نمایند. شروطی که شاید در نگاه اولیه مغایرتی با موازین شرعی و قانونی نداشته باشد، لیکن در یک نگاه کلی، قراردادهای بانکی را از هدف و مبنای اولیه خود دور ساخته است. بررسی نمونه قراردادهای بانکی، حکایت از این دارد که برخی از این شروط، به شدت عدالت قراردادی را مخدوش می‌نماید که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۵-۱. عدم مشارکت در زیان

یکی از مهم‌ترین شروطی که با ادبیات کم و بیش مشابه در تمام قراردادهای مشارکتی منعقد فیما بین بانک‌ها با متقاضیان تسهیلات وجود دارد، شرط عدم مشارکت بانک در زیان است. همان‌گونه که از عنوان مشارکت پیداست، عقل و منطق و همچنین اصول کلی حاکم بر قراردادهای مشارکتی، ایجاب می‌کند که طرفین مشارکت یعنی بانک و مشتری در سود و زیان با یکدیگر شریک باشند. ولی در قراردادهای مشارکتی در سیستم بانکی، آنچه مورد عمل قرار می‌گیرد، این است که بانک‌ها با درج شروط قراردادی، عملاً حاضر به مشارکت در زیان نیستند. به عنوان نمونه در ماده ۲۱ قرارداد مشارکت مدنی یکی از بانک‌ها چنین مقرر شده است:

«چنانچه بر اثر اقدامات شریک (اعم از اینکه مرتکب تعدی و تفریط شده باشد یا نشده باشد) تمام یا قسمتی از مال الشرکه که تلف و یا ناقص شود یا به هر دلیلی خسارتی متوجه اصل سرمایه شود، شریک نسبت به آن مسئول بوده و بایستی معادل آن را به بانک پرداخت نماید؛ تشخیص تخلف شریک در این مورد با بانک بوده و شریک به نحو غیر قابل رجوع به بانک اختیار داد، زیان‌های موضوع این ماده را راساً از هر گونه اموال وی و یا وجوه موجود در حساب مشترک و سایر حساب‌های وی برداشت نماید و حق هر گونه ایراد و اعتراضی را از خود سلب نمود. صرف اظهار بانک در مورد میزان نقصان و یا خسارت وارده بر اصل سرمایه معتبر بوده و شریک حق هر گونه ایراد و اعتراض را از خود سلب و ساقط نمود.»

بر اساس این شرط، مسئولیت بسیار سنگینی برای طرف قرارداد پیش بینی شده است و آن اینکه در خصوص مال الشرکه، دریافت‌کننده تسهیلات، به صورت مطلق ضامن تلقی شده است؛ چه اینکه به موجب این شرط، حتی اگر مال به واسطه قوه قاهره نیز تلف شود، دریافت‌کننده تسهیلات در مقابل بانک ضامن می‌باشد. چنین شرطی که مشتری را نسبت به مال الشرکه، در حکم غاصب قرار می‌دهد، می‌تواند از مصادیق شروط غیرمنصفانه به شمار آید. چه اینکه به اعتقاد حقوقدانان شرطی که حقوق زیادی را از مشتری سلب نموده و یا حقوق او را شدیداً محدود نماید بدون آن که چنین محدودیت یا معافیتی برای طرف مقابل وجود داشته باشد، می‌تواند غیرعادلانه شناخته شود.

بر اساس معیارهای تشخیص شروط منصفانه نیز باید توجه داشت که از یک سو این شرط، هیچ گونه ما بازائی برای دریافت کننده تسهیلات نداشته و تعادل قراردادی را بر هم می‌زند. از سوی دیگر این شرط هیچ گاه از سوی مشتری مورد مذاکره قرار نگرفته و مشتری ملزم به پذیرش آن است و عملاً حق انتخاب دیگری هم ندارد، مگر اینکه از دریافت تسهیلات به صورت کامل منصرف شود. علاوه بر این، باید توجه داشت که چنین شرطی با هدف طرفین از قرارداد و ماهیت قرارداد مشارکت ناسازگار است. چه اینکه در قرارداد مشارکت، بانک مال شرکت را جهت انجام فعالیت موضوع قرارداد در اختیار مشتری قرار می‌دهد که طبق اصول حقوقی و شرعی، مشتری امین محسوب می‌شود و تحمیل چنین مسئولیت سنگینی بر وی، خلاف انصاف و عدالت است. در حقیقت در چنین موردی، بانک از موقعیت برتر قراردادی خود، برای تحمیل شرط به مشتری استفاده نموده است.

۵-۲. تملیک مجانی سود مورد انتظار

با توجه به مفاد ایشرف عدم مشارکت بانک در زیان که در بند قبل مورد بررسی قرار گرفت، چنین استنباط می‌شود که بانکها با استفاده از شروط مندرج در قراردادهای، عملاً از زیر بار مشارکت واقعی با مشتری شانه خالی نموده و نه تنها در زیان خود را شریک نمی‌دانند، بلکه حتی سودی تضمین شده در قرارداد برای خود در نظر می‌گیرند. لذا حتی اگر مشارکت صورت گرفته با بانک، با زیان هم همراه باشد، مشتری باید از اموال خود، سود مورد انتظار را به بانک تملیک نماید. آنچه موجب می‌شود تا ایراد بیشتری بر عملکرد بانکها در عدم مشارکت در زیان وارد آید، تضمین اصل و سود سرمایه از سوی بانکها در قبال سپرده‌گذاران است؛ بانک زمانی که برای مشتریان خود تسهیلات مالی فراهم می‌آورد، اگرچه طبق قرارداد می‌باید در سود و زیان آن شریک باشد، ولی عملاً تنها به دریافت سود مشخصی بسنده می‌کند و دیگر در زیان آن دخالتی ندارد. توجیه بانک نیز بر این اساس استوار است که سهم سود بانک نزد مشتری بیمه می‌شود تا به این ترتیب زیانی متوجه بانک نشود.

هر چند که از نظر حقوقی و شرعی، ظاهراً به این شرط ایرادی وارد نیست و با توجه به اصل حاکمیت اراده و توافق بین اشخاص، باید این شروط را معتبر شناخت، لیکن از یک سو این شروط با توجه به معیارهای ارائه شده به عنوان شروط غیرمنصفانه شناخته می‌شوند و از سوی دیگر وجود آنها در قراردادهای مشارکت، قرارداد را از مفهوم مشارکت تهی ساخته و آن را به عنوان بی مسمی تبدیل می‌سازد. در نتیجه بعید نیست که از حیث حقوقی بتوان گفت که این شروط، شرطی نامشروع و باطل و یا حتی خلاف مقتضای عقد شرکت محسوب می‌شود؛ که در فرض اخیر بر اساس ماده ۲۳۳ قانون مدنی، نتیجه چنین استدلالی بطلان شرط و عقد می‌باشد. (مبین، ۱۳۹۷: ۸)

۵-۳. وجه التزامهای سنگین

پیش بینی وجه التزامهای سنگین و یک طرفه از دیگر شروطی محسوب می‌شود که در قراردادهای بانکی وجود دارد و می‌توان آن را در زمره شروط غیرمنصفانه قرار داد. به عنوان ماده ۷ قرارداد مشارکت در ساخت مسکن یکی از بانکها مقرر می‌دارد،

«شریک قبول و تعهد نمود چنانچه به دلائل مذکور در ماده ۶ و یا به هر دلیل دیگر، بانک قرارداد مشارکت را فسخ نماید، علاوه بر استرداد سهم شرکت که معادل ۳۰ درصد سهم شرکت و مطالبات بانک نیز وجه التزام به منظور جبران خسارت بانک بر ذمه شریک تعلق خواهد گرفت که باید به بانک بپردازد.»

همچنین تعیین وجه التزام‌های سنگین در پرداخت خسارت تأخیر تأدیه نیز از مصادیق شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی به شمار می‌آید. لذا برخی نویسندگان وجه التزام سنگین را به عنوان مصداقی از شروط غیرمنصفانه به ویژه در قراردادهای بانکی دانسته‌اند. (Almasi, 2016: 2028)

۶. نتیجه‌گیری و پیشنهادات

از آنچه بیان شد، می‌توان دریافت که قراردادها به عنوان یکی از مرسوم‌ترین ابزارهای حقوقی موجود در جامعه، نقش بسیار مهمی در تأمین عدالت دارند. تحقق عدالت در روابط قراردادی مستلزم توجه به دو مفهوم عدالت معاوضی (در روابط طرفین) و عدالت توزیعی (در سطح کل جامعه) است. به عبارتی قراردادی عادلانه محسوب می‌شود که عدالت را در هر دو معنا به نحو مطلوبی محقق سازد.

در نظام بانکی با توجه به موقعیت برتر بانک در انعقاد قرارداد، مورد مذاکره قرار نگرفتن شروط مندرج در قرارداد، درج شروطی که صرفاً منافع بانک را تأمین نموده و برای طرف قرارداد هیچ گونه ما بازائی ندارد و به ویژه با عنایت به اینکه مشتریان بانک‌ها نیز چاره‌ای جز پذیرش این شروط ندارند، می‌توان نتیجه‌گیری نمود که بسیاری از شروط مندرج در قراردادهای بانکی از جمله شرط عدم مشارکت در زیان، تملیک مجانی و یا تضمین سود بانک و همچنین وجه التزام‌های سنگین که بعضاً با اهداف این قراردادها نیز مطابقتی ندارد، در زمره شروط غیرمنصفانه به شمار می‌آیند. در حقیقت این شروط عدالت قراردادی را مخدوش می‌نمایند و آثار منفی نیز بر نظام اقتصادی کشور دارند.

با توجه به اینکه در نظام حقوقی ما ضمانت اجرای مشخصی برای مقابله با شروط غیرمنصفانه پیش بینی نشده است، تنها راه چاره برای مقابله با این شروط، جلوگیری از تنظیم و درج چنین شروطی در قراردادهای بانکی است. از این رو به صورت مشخص می‌توان پیشنهادات ذیل را در راستای تحقق عدالت در قراردادهای بانکی ارائه نمود:

۱) بانک مرکزی در راستای انجام وظیفه نظارتی خود بر بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری، با تأسیس کمیته و مرجعی متشکل از حقوقدانان، فقها و اقتصاددانان، وظیفه بررسی قراردادهای نمونه تخصیص و تجهیز منابع را بر عهده گیرد. به گونه‌ای که کلیه بانک‌ها مکلف باشند، صرفاً پس از تأیید مرجع مزبور، قراردادهای نمونه خود را مورد استفاده قرار دهند.

۲) در بررسی و نظارت بر قراردادهای بانکی اصول حقوقی همچون «منع اکل مال بباطل»، «عادلانه بودن شروط قراردادی»، «مقابله با شروط تحمیلی و یک طرفه» و ... به دقت مورد توجه قرار گیرد.

۳) ضمانت اجرای درج شروط ناعادلانه در سیستم بانکی در قوانین بانکی و یا به صورت عام، مشخص شود تا محاکم بتوانند به استناد این مقررات، به شروط غیرمنصفانه ترتیب اثر ندهند.

فهرست منابع

- ۱) ارسطو (۱۳۸۱) سیاست، ترجمه حمید عنایت، چاپ چهارم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
- ۲) افتتاحی، محدثه (۱۳۹۶) مطالعه تطبیقی شروط غیرمنصفانه در فقه، حقوق ایران و سند حقوق مشترک اروپایی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز.
- ۳) بادینی، حسن (۱۳۸۴) فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۴) خندانی، سید پدram و خاکباز، محمد (۱۳۹۲) «تفسیر نظریه عدالت معاوضی در قلمرو قراردادها»، مطالعات فقه و حقوق و اسلامی، سال ۵، شماره ۸، صص ۶۹-۸۴.

- ۵) راعی، مسعود و مولاییان، محمد (۱۳۹۳) «رویکرد فقه امامیه به عدالت معاوضی و تأثیر آن بر عقود الحاقی»، حقوق اسلامی، سال ۱۱، شماره ۴۰، ۱۶۵-۱۳۵.
- ۶) ساردویی نسب، محمد و کاظم پور، جعفر (۱۳۹۰) «مولفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۵، ۷۳-۳۷.
- ۷) السان، مصطفی (۱۳۹۱) حقوق بانکی، چاپ دوم، تهران: انتشارات سمت.
- ۸) سلطانی، محمد (۱۳۹۰) حقوق بانکی، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
- ۹) شیخ موحد، محمد (۱۳۸۵) «مفهوم عدالت در حقوق»، مجله دانش پژوهان، سال ۵، شماره ۸.
- ۱۰) صانعی دره بیدی، منوچهر (۱۳۸۲) «برابری (تساوی) در حقوق بشر و پیشینه آن»، پژوهشنامه علوم انسانی، شماره ۳۹-۴۰.
- ۱۱) ضیغم زاده، مسعود و بیاتی، محمد حسین (۱۳۹۶) «بررسی مصادیق شروط ناعادلانه قرارداد» پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، سال ۴، شماره ۷، صص ۹۳-۷۵.
- ۱۲) قلیچ، وهاب (۱۳۸۹) «معیارهای عدالت توزیعی، مقایسه تطبیقی دیدگاه‌های جان راولز و شهید مطهری»، مطالعات اقتصاد اسلامی، سال ۳، شماره ۱، صص ۱۶۳-۱۴۵.
- ۱۳) قنواتی، جلیل (۱۳۸۹) «اصل آزادی قراردادی: قراردادها و شروط غیرعادلانه»، مطالعات اسلامی فقه و اصول، سال ۴۲، شماره ۸۵/۱، صص ۱۵۷-۱۳۵.
- ۱۴) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰) قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۱۵) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲) مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ ۸۸، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۱۶) مبین، حجت (۱۳۹۷) «رویکردی جدید به نقش بانک در نظام بانکداری اسلامی»، چهارمین کنگره بین‌المللی فرهنگ و اندیشه دینی.

17) Fayyad, M. (2012). A Glance at Unfair Terms in Consumer Transactions in Arab Legal Systems and Islamic Law: What Arab Lawyers Can Learn from The European Experience? *International Journal of Private Law*, 5(2), 200-227.

18) Almasi, S. (2016). Unfair Terms in Bank Contracts from Perspective of Fqih and Iranian Law, *The Social Science*, 11 (9), 2028-2034.

19) Zimmermann, R. & Whittaker, S. (Eds.). (2000) *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press.