

سوءاستفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی
و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایرکتیو اتحادیه اروپا
دکتر عباس کریمی^۱، یاسر مرادی^۲

چکیده

امروزه بانک‌ها برای اعطای تسهیلات به مشتریان خود از قالب‌های مختلفی استفاده می‌کنند که استفاده از عقد مشارکت مدنی در میان سایر عقود در سالیان اخیر به دلایل متعدد، رشد بسیار چشمگیری داشته است. مشارکت یکی از روش‌های تأمین مالی فعالیت‌های اقتصادی مورد تأیید بانکداری اسلامی است که براساس مبنای فقهی آن، از درهم آمیختن سرمایه شرکا شکل می‌گیرد و همه شرکا حق دخالت و نظارت بر فعالیت اقتصادی و مدیریت آن را دارند؛ از جمله اساسی‌ترین مفاهیم قرارداد مشارکت، تقسیم سود و زیان در انتهای فعالیت اقتصادی یا قرارداد، به نسبت سرمایه هر کدام از شرکا است. این در حالی است که این سوال مطرح می‌شود که آیا بانک‌ها در قراردادهای منعقد با مشتریان خود، در قالب شروط ضمن عقد از موقعیت برتر خود و موضع ضعیف مشتریان سوءاستفاده کرده و شروطی را برخلاف اصول بانکداری اسلامی به مشتریان تحمیل می‌کنند؟ ما در این تحقیق به دنبال پاسخ به این سوال به بررسی تمامی شروط ضمن عقد مشارکت مدنی در بانک‌ها و مقایسه آن با قوانین مربوطه در اتحادیه اروپا پرداختیم که نتایج به دست آمده نشان می‌دهد که در زمینه تقسیم سود و زیان، لازم بودن عقد در عین جواز آن برای بانک و الزام مشتری به خرید سهم‌الشرکه بانک شروط تحمیلی در قرارداد فی ما بین درج شده است و اتحادیه اروپا نیز وضع چنین شروطی علیه مشتریان را تجویز نمی‌کند.

واژگان کلیدی: مشارکت مدنی، شروط تحمیلی، سوءاستفاده قراردادی، دایرکتیو اتحادیه اروپا

طبقه بندی JEL: K00, J00

^۱ استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، abbkarimi@yahoo.com

^۲ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید، yaser110us@gmail.com

مقدمه

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 موردنیاز 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. مشارکت مدنی نوع خاصی از مشارکت است که در برخلاف مشارکت‌های تجاری، شرکت شخصیت حقوقی جدید پیدا نمی‌کند و تابع مقررات حقوق مدنی است.

نکته درخور توجه اینکه معمولاً چون بانک‌ها قصد مشارکت واقعی با مشتری نداشته و تنها به چشم اعطای تسهیلات به آن نگاه می‌کنند، از این‌رو با استفاده از موقعیت برتر اقتصادی خود و نیاز مشتریان به اخذ این تسهیلات شروطی را در ضمن عقد مشارکت می‌گنجانند که برخی بر این باورند که این شروط در زمره شروط غیرمنصفانه است. بی‌گمان شروط غیرمنصفانه نهادی است که در حقوق ما به صورت بنیادین مورد تصریح قانونگذار قرار نگرفته است و حتی تعریف مشخصی از آن وجود ندارد لیکن در همان حال مبانی مشترک و فراوانی با قاعده لاضرر دارد که سال‌هاست در فقه و حقوق ما ریشه دوانده است.

هرچند که نمی‌توان در شرایط فعلی به استناد غیرمنصفانه بودن شروط، درخواست ابطال آن شروط را در حقوق ما مطرح کرد لیکن ضرورت بررسی مجزای یکایک شروط موجود در عقد فی مابین بانک و مشتری به عنوان دو شریک از باب تطبیق شرط خلاف مقتضای عقد اجتناب‌ناپذیر و ضروری به نظر می‌رسد چراکه در واقع تسهیلات گیرنده می‌تواند با استناد به شروط غیرمنصفانه‌ای که باعث خدشه به ماهیت قرارداد شده است، خواستار ابطال این شروط یا حتی بطلان کل عقد شود؛ یعنی تئوری پردازان حقوقی باید

با تبیین مبانی سوءاستفاده از شروط ضمن قرارداد، در این زمینه به کمک رویه قضایی نوینی که به تازگی برای ابطال چنین شروطی آغاز شده، بیایند.

هرچند عبارت "شروط تحمیلی" که برخی از آن با عنوان "شروط غیرمنصفانه" هم یاد کرده اند در قوانین ما به طور شفاف تعریف نشده است لیکن می توان شرایط تحقق چنین شروطی را از متن دایرکتیو ۱۳/۹۳ مصوب ۵ آوریل ۱۹۹۳ شورای اتحادیه اروپا درباره شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدده مصرف به دست آورد. ماده ۳ قانون یادشده که هم اکنون در سراسر اتحادیه اروپا فراگیر و لازم الاجراست تصریح دارد که "یک شرط قراردادی که به طور مجزا مورد مذاکره قرار نگرفته باشد، تحمیلی محسوب می شود زمانی که به رغم لزوم حسن نیت به ضرر مصرف کننده یک نابرابری معنادار بین حقوق و تکالیف طرفین که از قرارداد ناشی می شود، ایجاد کند."

با توجه به نکاتی که در بالا به آن اشاره شد، در تحقیق پیش رو تلاش شده تا در مبحث اول بررسی مفهوم مقتضای عقد، به تبیین ماهیت عقد مشارکت مدنی بپردازیم تا از این رهیافت مصادیق شروط مغایر با ماهیت این عقد مشخص شود. آنگاه پس از بررسی شروط مغایر با ماهیت، در مبحث دوم می توان به بررسی شروط مغایر با آثار لازم مشارکت پرداخت تا مشخص شود که در نحوه تصرف و همچنین نحوه ختم این عقد، آیا سوءاستفاده از شروط مغایر با ماهیت عقد مشارکت صورت گرفته است یا خیر؟ در این مبحث با توجه به اینکه شروط تحمیلی معمولاً شروط مغایر با آثار عقد هستند، به تبیین مفهوم این شروط بر اساس تعریف دایرکتیو می پردازیم.

درباره عقد مشارکت مدنی تاکنون مطالعات و پژوهش های نسبتاً درخور توجهی صورت گرفته است که بیشتر آنان این مسئله را از نگاه اقتصادی و بانکی نگریسته و مورد واکاوی قرار داده اند لیکن تاکنون کمتر به ابعاد حقوقی این عقد پرداخته شده است و درباره سوءاستفاده از شروط مندرج در قراردادهای مشارکت مدنی در بانکها، نگارنده به هیچ مورد مطالعاتی و پژوهشی دست نیافت.

مبحث نخست: سوءاستفاده از شروط مغایر با ماهیت عقد مشارکت مدنی

اینکه آیا شرایط اساسی صحت معاملات شامل اعتبار شرط ضمن عقد است یا نه؟ نظرات مختلفی ارائه شده است. برخی از حقوقدانان شرایط اساسی صحت معامله مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی را مربوط به عقود یعنی اعمال حقوقی دو طرفه‌ای دانسته‌اند که مستقلاً انشا می‌شود و در تحقق خود به عمل حقوقی دیگری وابسته نیست. از این رو از ماده ۱۹۰ قانون مدنی نمی‌توان لزوم اجتماع شرایط مذکور را در ایقاع و شرط ضمن عقد پذیرفت زیرا منظور از اصطلاح «معامله» مذکور در ماده ۱۹۰ با توجه به اطلاق این عنوان و جایگاه بیان آن در فصل دوم باب اول قسمت دوم قانون مدنی مربوط به عقود و معاملات و همان عقود است (شهیدی، ۱۳۹۰، ص ۸۹).

دکتر امامی نیز با استناد به ماده ۲۳۲ ق.م.فقط سه امر را برای صحت شرط ضمن لازم می‌داند و آن سه شرط عبارت است از: قدرت بر تسلیم مورد شرط، داشتن نفع و فایده و مشروع بودن آنکه هرگاه یکی از آن شرایط رعایت نشود شرط باطل است و درباره بقیه شرایطی که رعایت آنها در صحت عقد لازم است قانون سکوت اختیار کرده است که آنها عبارت‌اند از مالیت داشتن، معین بودن، مبهم نبودن و همچنین مشروعیت جهت. بنابراین از نظر قضایی نمی‌توان شرط ضمن عقد که مالیت ندارد و یا معین نیست و یا مبهم است و یا جهت آن نامشروع است را باطل دانست. چه ماده‌ای که بتوان به استناد آن حکم به بطلان چنین شرطی کرد، موجود نیست. علاوه بر آنکه ماده ۲۳۲ ق.م. که در مقام بیان شرایط باطل است، نامی از آنها نمی‌برد و سکوت در مقام بیان، قرینه مسلمی به صحت اینگونه شروط است. از طرف دیگر به دستور ماده ۱۰ قانون مدنی که قراردادهای خصوصی را نسبت به طرفین نافذ می‌داند، اینگونه شروط و همچنین معامله‌ای که شرط ضمن آن شده است صحیح است (امامی، ۱۳۷۹، ص ۲۷۲).

در مورد شروط اختصاصی در میان فقها نظرات مختلفی ابراز شده که متقدمین از فقها بیشتر عدم مخالف با کتاب و سنت را به عنوان شرط اختصاصی ذکر کرده‌اند. (شهید ثانی، ۱۹۹۲م، ص ۱۹۹) و برخی مقدور بودن و مجهول بودن که منجر به جهل به عوضین بشود و عدم منافات با مقتضای عقد را به عنوان شرایط اختصاصی ذکر کرده‌اند (نجفی، ۱۳۹۱، ج ۳، ص ۱۹۹).

حال می‌بایست شروط ضمن عقد مشارکت مدنی بانکی را بررسی کنیم. آیا این شروط از شروط صحیح است یا باطل و اگر باطل است مشمول کدامیک از مصادیق ذکر شده است؟ آن چه بیشتر در مورد شروط مذکور مورد بحث است این است که آیا این شروط از مصادیق شروط خلاف مقتضای عقد مشارکت است یا خیر؟ آیا این شروط تحت عنوان شروط تحمیلی در حقوق جدید قابل بحث است و اگر هست جایگاه این شروط در حقوق ما چیست؟

بند نخست: تبیین ماهیت مشارکت مدنی و شروط خلاف آن

شروط خلاف مقتضای ذات عقد در حقوق ایران از ابتدا باطل و یا مبطل عقد اعلام شده است؛ بر اساس ماده ۲۳۳ قانون مدنی، "شروط خلاف مقتضای عقد" در کنار "شروط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود" شروطی هستند که نه تنها باطلند که موجب بطلان عقد می‌شوند.

در میان فقها نیز مکرراً به این موضوع پرداخته شده است؛ مرحوم علامه حلی (ره) در کتاب ارزشمند قواعد الاحکام خود، شروط ضمن عقد بیع را به چند دسته تقسیم می‌کنند: دسته اول شروطی که خود عقد آن را اقتضا می‌کند همانند لزوم تسلیم مبیع و خیار مجلس و تقابض عوضین و وجود خیار حیوان در بیع حیوان که این شروط وجودشان مانند عدمشان است و فایده‌ای برای آن نمی‌بینند. دسته دوم شروط، شروطی هستند که به مصلحت متعاقدين تعلق می‌گیرند همانند زمان دار کردن پرداخت، خیار فسخ، لزوم دادن رهن و ضامن یا شهادت یا شرط کردن صفت خاصی در مبیع و این شروط را به اجماع صحیح می‌دانند. دسته سوم، شروطی هستند که منافاتی با مقتضای عقد ندارند همانند شرط دوختن لباس یا شکل دادن به نقره موضوع عقد و یا شرط کردن عقد دیگری در عقد همانند اینکه در بیع شرط کنند که بایع مبیع را از مشتری باز خرد یا از او چیز دیگر بخرد یا با او ازدواج کند یا از او قرض بگیرد یا به وی قرض دهد یا از او چیزی به اجاره بگیرد یا اجاره بدهد. همه این موارد صحیح است چون که ارتباط مستقیم با مقتضای عقد ندارد. نوع چهارم شروط، شروطی هستند که گرچه با مقتضای عقد ارتباط تنگاتنگی دارند، لیکن به علت اینکه مبتنی بر نوعی

جوانمردی (سرایه) و یا مصلحت اجتماعی (تغلیب) است، پذیرفته می‌شوند همانند شرط آزادی برده موضوع عقد. نوع آخر شروط ضمن عقد که توسط مرحوم علامه تبیین می‌شود شروط منافی با مقتضای عقد است که بدون تعریف، مصادیقی از آن توسط ایشان به دست داده می‌شود همانند شرط عدم فروش یا عدم هبه مبیع یا شرط امکان رجوع مشتری به ثمن در صورتی که مبیع توسط دیگری غصب شود. به نظر ایشان همه این شروط باطلند و اقوی نیز بطلان بیعی است که متضمن این شروط است (کریمی، ۱۳۸۸، ص ۳۷۸).

از سوی دیگر، نظریه مبتنی بر تفکیک بین مقتضای ذات از مقتضای اطلاق عقد، هم‌اکنون قرائت رایج از نظریه‌هایی است که از حیث دایره شمول خاص قلمداد می‌شوند و در عمل نیز بسیار فراگیر شده و مورد پذیرش قاطبه حقوقدانان قرار گرفته است. در بین حقوقدانان نیز تلاش‌های ارزشمندی در راستای تبیین این نظریه صورت گرفته است. با این همه، نظریه از وضوح کافی برخوردار نیست و دچار ابهام است و معلوم نیست که دو اصطلاح "اطلاق" و "ذات" دقیقاً چه مفهومی دارند. باید دید که در نظر متعاقدين، شرط از چه مقدار اهمیت برخوردار است. اگر آن قدر این شرط به نظر آنان مهم است که هم تراز با عقد قرار می‌گیرد و آنان شرط را همسنگ عقد می‌دانند، به نحوی که اگر شرط صحیح نباشد، عقد را نیز نمی‌خواهند، در این صورت جنبه خلاف مقتضا بودن عقد بر جنبه غیر مشروع بودن آن رجحان دارد و عقد نیز باطل می‌شود؛ در حالی که اگر متعاقدين برای شرط اهمیت زیادی قائل نباشند، به صورتی که حتی عقد بدون آن شرط نیز برای آنان مطلوب باشد، این شرط توانایی مقاومت در مقابل ذات عقد را نخواهد داشت و ویژگی غیرمشروع بودن عقد غلبه خواهد یافت و شرط به عنوان فرع در مقابل عقد به عنوان اصل ظاهر می‌شود و پیش از آنکه قاعده "اذا تعارضتا تساقطا" جاری شود، به علت رجحان اصل بر فرع، عقد را صحیح قلمداد می‌کنیم و شرط را باطل به حساب می‌آوریم.

شروط خلاف آثار ذاتی هر عقد که توسط شرع، قانون و عرف تعیین می‌شوند، هم می‌توانند وصف خلاف مقتضا را به خود بگیرند و هم متصف به وصف غیرمشروع شوند. چنانچه در نظر متعاقدين، شرط همسنگ عقد قرار گیرد به نحوی که عقد را بدون شرط نخواهند، وصف خلاف مقتضاء غالب می‌گیرد و عقد و شرط هر دو باطل می‌شوند و در

صورتی که وصف غیرمشروع شرط بر صفت خلاف مقتضای آن غلبه کند، در این صورت فقط شرط باطل می‌شود، بدون اینکه عقد باطل شود (همان، ص ۳۸۸).

مشارکت مدنی در عملیات بانکی در ماده ۱۸ آئین‌نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا به شرح ذیل تعریف شده است: «در آمیختن سهم‌الشرکه نقدی یا غیر نقدی متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی متعدد به نحو مشاع به منظور انتفاع طبق قرارداد»

۱- مقصود از مشارکت و ایجاد شرکت مدنی انتفاع و بهره‌وری مشروع از سرمایه و سهم‌الشرکه‌ها است. در مشارکت مدنی می‌تواند انگیزه‌های متفاوتی وجود داشته باشد لیکن آنچه که در مشارکت مدنی بانکی به صراحت در قانون آمده، قصد بهره‌وری و سودجویی و انتفاع است.

۲- در آمیختن سهم‌الشرکه‌ها: شریک بانک و بانک می‌بایست سهم‌الشرکه‌های خود را به هم درآمیزند به نحوی که با هم یک مال مشاع را تشکیل دهند که قابل تفکیک و جدایی نباشد.

این سهم‌الشرکه می‌تواند نقدی و یا غیرنقدی باشد. به هر حال در آمیختن سهم‌الشرکه‌ها بهم یک مال مشاعی را تشکیل می‌دهد، که از مقررات حاکم بر مال مشاع پیروی می‌کند.

در تعاریف موجود از عقد مشارکت در قانون مدنی و فقه، فقط به جنبه اشاعه آن توجه کرده‌اند و اثر آن را مدنظر قرار داده‌اند لیکن به ماهیت عقد و هدف و انگیزه عقد مشارکت توجهی نشده است.

در تعریف قانون مدنی آمده: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه» این تعریف که تحت تاثیر تعریف فقها تدوین شده بیانگر تمام ویژگی‌های عقد شرکت و از جمله ارکان و شرایط اساسی آن نیست.

در تعریف فقها آمده: «عقد ثمرته جواز تصرف الملاک للشی واحد علی سبیل الشیاع و هذا هو الذی به یتدرج اشراکه فی جمله العقود» (طباطبایی، ج ۹، ص ۵۳)

برخی از حقوقدانان به معامله کردن به مالی که بین شرکا مشترک است تاکید کرده و اظهار داشته‌اند «شرکت عقدی عبارت است از شرکت بین دو یا چند نفر بر معامله کردن به مالی که بین آنان مشترک است و آن را شرکت مدنی گویند. اثر عقد مذکور آن است که هر

یک از شرکا به نمایندگی از طرف دیگران می‌تواند به وسیله کسب و معامله در مال‌الشركه تصرف کند. هر یک از شرکا مانند وکیل و عامل از طرف دیگران در امور شرکت عمل می‌کند، مگر آنکه شرکا قرارداد مخصوصی معلوم می‌شود که شرکا اذن تصرف به عنوان نمایندگی را از دیگران سلب کرده‌اند.» (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۲۱۴)

برخی از حقوقدانان به هدف عقد شرکت توجه کرده و تصریح کرده‌اند، هدف شرکت این است که اموال به شیوه خاص و به وسیله اشخاص معین اداره شود و سود و زیان ناشی از آن بین شرکا تقسیم شود و بنا به این هدف عقد شرکت نیز باید در تعریف آن جای شایسته داشته باشد و همین نکته است که به عقد معنا می‌دهد و آن را از اشاعه ساده جدا می‌سازد. (کاتوزیان، ۱۳۸۲ ج ۲، صص ۱۶ و ۱۷) با این تعریف گرچه به هدف عقد شرکت توجه شده لیکن تنها هدف مادی و تجاری در نظر نبوده و در شرکت می‌تواند اهداف دیگری نیز مدنظر شرکا باشد. به همین جهت در تعریف عقد شرکت آمده «عقدی است که به موجب آن دو یا چند شخص به منظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان و گاه مقصد دیگر حقوق خود را در میان می‌نهد تا به جای آن مالک سهم مشاع از مجموعه شوند.»

براساس این تعریف:

- ۱- هر یک از شریکان باید مالی را به عنوان آورده خود در این اجتماع بگذارد. این مال ممکن است مبلغی پول یا خدمت باشد لیکن در فقه امامیه موضوع شرکت باید حق مالکیت باشد. (این امر اثر تملیکی در پی دارد)
- ۲- اموال شرکت باید به طور مشاع به مالکیت همه شریکان درآید.
- ۳- سود و زیان به تناسب سهم شریکان مشاع تقسیم می‌شود. (همان، ص ۱۸)

بند دوم: احصاء شروط مغایر با ماهیت عقد مشارکت مدنی

شروط مغایر با ماهیت عقد مشارکت مدنی را در سه بخش شروط مغایر با اشاعه در مالکیت، شروط مغایر با تملیکی بودن و سرانجام شروط مغایر با پذیرش زیان و تضمین سرمایه احصاء کرد که به تفصیل به تشریح آنان می‌پردازیم.

الف: سوءاستفاده از شروط مغایر با تملیکی بودن عقد مشارکت مدنی

در واقع جز در مورد مزاج اختیاری اموالی که تمییز آنها ممکن نیست، فقیهان ایجاد شرکت را منوط بر این ساخته‌اند که به وسیله عقد تملیکی (مانند بیع و هبه و صلح) هر شریک سهم مشاع از ملک خود را به دیگران تملیک کند. پس اگر عقد شرکت بتواند چنین اثری از خود بگذارد، باید آن را تملیکی نامید. البته همانطور که گفته شد به نظر می‌رسد که قانون مدنی نظری برخلاف نظر فوق‌الذکر را پذیرفته و تملیک سهم مشاع اموال به وسیله عقود دیگر را لازم نمی‌داند. (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۳۰۲) در قراردادهای مشارکت مدنی هم‌اکنون بدین نحو عمل می‌شود که شریک بانک یا همان تسهیلات گیرنده، محل اجرای طرح خود را در رهن بانک گذاشته و این آورده وی بدون آنکه به بانک تملیک شود، به عنوان وثیقه صرفاً در رهن بانک قرار گرفته و به عنوان بخش کوچکی از آورده وی محاسبه می‌شود و سایر آورده‌های نقدی وی به حساب مشترک مشارکت واریز خواهد شد. ماده ۳ دستورالعمل اجرایی مشارکت مدنی مصوب ۶۳/۱/۱۹ شورای پول و اعتبار تصریح می‌کند: «شرکت مدنی در صورتی تشکیل و تحقق خواهد یافت که شرکا طبق قرارداد سهم‌الشرکه نقدی خود را به حساب مخصوص که در بانک برای شرکت افتتاح می‌شود، واریز کنند و در صورتی که تمام یا قسمتی از سهم‌الشرکه غیر نقدی باشد، طبق مقررات مشارکت مدنی، این سهم‌الشرکه به مدیر یا مدیران شرکت تحویل شود.»

از این‌رو درست است که آورده‌های نقدی هر یک از شرکا به تملیک سایر شرکا درمی‌آید لیکن آورده‌های غیرنقدی به عنوان سهم‌الشرکه به مدیر یا مدیران تحویل می‌شود و ملک به صورت خاص مورد تملک مشاع سایر مالکین قرار نمی‌گیرد. در عین حال ترهین مالی که باید به صورت مشاع به تملک همه شرکا درآید (به عنوان وثیقه)، شبیه دیگری است که صحت عقد مشارکت را با تردید روبه‌رو می‌کند و اینکه آیا اساساً می‌توان در عقد مشارکت وثیقه اخذ کرد یا خیر؟ در واقع زمانی که طرفین با هم شریک در سود و زیان هستند، دیگر چه لزومی به اخذ وثیقه است؟ یعنی در واقع بانک قصد مشارکت واقعی را نداشته و به دنبال اخذ تضمین برای جبران خسارات احتمالی خود است.

پاسخ ارائه شده از سوی موافقین اخذ وثیقه‌ای قراردادهای مشارکت مدنی این است که اخذ وثیقه در جایی خالی از وجه است که اداره شرکت توسط هر دو شریک مشترکاً صورت گیرد و زمانی که بانک اختیار کامل سهم‌الشرکه خود را به دست شریک با همان تسهیلات گیرنده می‌دهد، بابت سوءمدیریت و خسارات احتمالی، اقدام به اخذ وثیقه می‌کند. بی‌گمان در مورد شروط مغایر با پذیرش زیان و تضمین سرمایه جای بحث است که در بخش‌های بعدی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

ب- سوءاستفاده از شروط مغایر با اشاعه در مالکیت

در قرارداد مشارکت، اموال شرکت باید به طور مشاع به مالکیت همه شریکان درآید؛ برای مثال اگر شریکی ماشین‌های صنعتی و دیگری زمین و دیگری مقداری پول در میان گذارد، باید تراضی بر این مبنا باشد که هر شریک سهم مشاعی از ماشین‌ها و زمین و پول را دارا شود وگرنه شرکت محقق نمی‌شود (ماده ۵۷۱ ق.م) در اینکه چنانچه شرطی در قرارداد شرکت گنجانده شود که شیاع و امتزاج نشود، این شرط خلاف مقتضای عقد شرکت مدنی است و عملاً ماهیت و جوهر عقد شرکت را بی‌خاصیت و بی‌هویت می‌کند، هیچ تردیدی نیست. با هر یک از معیارهای پیش گفته که آن را بررسی کنیم و بسنجیم اعم از این که معیار عرفی یا قانونی و یا قصد و رضای طرفین را در نظر بگیریم، عدم مالکیت مشاع شرکا در مال مورد مشارکت موجب عدم تحقق شرکت می‌شود.

شیاع مال مورد مشارکت به درجه‌ای اهمیت دارد که صاحب جامع‌الشتات می‌گوید: «در عقد شرکت ممزوج شدن که کدام از کدام است و هر گاه ممزوج شدن (کردن) ممکن نباشد. مثل آنکه یکی جنس دارد و یکی نقد و یکی طلا دارد و دیگری نقره حيله بکنند تا مزج حاصل شود (مثل این که هر یک نصف مال مشاع خود را به نصف مشاع شریک خود بفروشد). بعد از آن معامله کنند و هرگاه مال‌ها مساوی باشند، ربح مناصفه است مگر این که شرط تفاوت بکنند که در آنجا اظهار جواز به مقتضای شرط است. اگر سرمایه را ممزوج نکرده‌اند پس حاصل عقد شرکت منعقد نشده چون شرط است در آن ممزوج کردن به نحوی که تمیزی نباشد.» (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۲۳۲)

بی‌گمان باید توجه داشت شرکتی که بر مبنای مالکیت‌های مشاع تشکیل می‌شود، شخصیت حقوقی ندارد زیرا فرض بر این است که اموال شریکان به خود آنها تعلق دارد و سود و زیان ناشی از اداره مال مشاع به ایشان می‌رسد. این قاعده در مورد شرکت‌هایی که به کار تجارت نمی‌پردازند، به طور کامل اجرا می‌شود و بر همین مبنا این نوع از شرکت را «شرکت مدنی» می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۳۰۰).

بی‌گمان این شرکت‌ها مشمول حکم ماده ۲۲۰ قانون تجارت که شرکت‌های بدون ذکر نام را تضامنی می‌داند، نمی‌شوند چراکه در شرکت‌های تجاری، شرکت شخصیت حقوقی پیدا کرده و اشاعه‌ای در ملکیت از بین می‌رود و همه آورده‌ها در حکم اموال شرکت است. در هر حال نظر مشهور در بین محققانی که عقد شرکت را در زمره اسباب ایجاد آن آورده‌اند این است که استخراج اموال موضوع شرکت به گونه‌ای غیرقابل تمییز برای ایجاد اشاعه ضرورت دارد (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۲۸۲).

از نظر قانون مدنی باید نظری را پذیرفت که استخراج یا تملک سهم مشاع را به وسیله عقود دیگر لازم نمی‌داند زیرا این شرطی است که جنبه استثنایی دارد و باید مورد تشریح قرار بگیرد و در صورت سکوت قانونگذار، اصل بر این است که اثر هر عقد با تراضی به وجود می‌آید. حال باید دید آیا اشاعه واقعی در قراردادهای مشارکت مدنی بانک رخ می‌دهد یا خیر؟ قراردادهای مشارکت مدنی بانک‌ها هم‌اکنون در چند بند به موضوع اشاعه تأکید داشته و شرطی خلاف این موضوع ماهیتی در قرارداد مذکور دیده نمی‌شود. ماده ۹ این قرارداد تصریح دارد که "مشارکت بانک در موضوع مشارکت به صورت مشاع بوده و تمام احکام اموال مشاعی نسبت به آن جاری است. همچنین شریک حق تقاضای افزای مال مشترک و هرگونه معامله اعم از عین و منفعت را نسبت به اموال موضوع مشارکت از خود سلب و ساقط کرد." ماده ۴ قرارداد فوق‌الذکر نیز تصریح دارد که "طرفین توافق کردند که بانک سهم‌الشرکه خود را به حساب مشترک واریز کند."

از نظر فقهی یا حقوقی، اقدام طرفین به تشکیل شرکت مدنی تسهیلات بانکی را شرکت عنان یا همان شرکت در اموال می‌نامند یعنی شرکتی که دو یا چند نفر در اموال دارند و به موجب پیمانی طرز اداره و تجارت با آن را معین می‌کنند، خواه مال مشترک پول باشد یا کالا مشروط بر اینکه در اثر امتزاج یا قرارداد مالکیت هر کدام مشاع در

سرمایه‌ها باشد. در میان شروط ضمن عقد مشارکت مدنی بانک‌ها، شرطی که برخلاف این اشاعه باشد، مشاهده نشد و تنها شروطی که درباره شرکت نکردن بانک‌ها در زیان احتمالی قید شده است، این شبهه را ایجاد می‌کند که در این عقود اشاعه در اموال کاملاً رعایت نشده است که این امر در ادامه به تفصیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

ج- سوءاستفاده از شروط مغایر با پذیرش زیان و تضمین سرمایه

در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی شرط شده که سهم‌الشرکه بانک تضمین شده و چنانچه ضرر و زیانی به آن وارد آید، شریک متعهد به جبران خسارت است؛ حال باید دید آیا این شرط با ماهیت عقد مشارکت مدنی مخالف است یا خیر؟ بر اساس بررسی‌های فوق‌الذکر ماهیت عقد مشارکت مدنی در قراردادهای بانکی و دستورالعمل قانون عملیات بانکی بدون ربا، مشارکت به قصد انتفاع است یعنی قصد انتفاع و سودجویی انگیزه اصلی در انعقاد عقد مشارکت مدنی است و هرگونه شرط مغایر با آن می‌تواند به ارکان این عقد و قرارداد خلل وارد آورد. منافات شرط با غرض و انگیزه اصلی چیزی است که مورد توجه فقها نیز به عنوان شرط مغایر مقتضا قرار گرفته است (شیخ انصاری، ۱۳۷۸، ج ۸، ص ۷۲).

قبلاً در مورد مغایرهای تعیین شروط خلاف مقتضای ذات عقد از معیار عرف و تراضی و انگیزه طرفین نام بردیم و به عنوان یک معیار مهم از نظر حقوقدانان و فقها مورد ارزیابی قرار گرفت. با این معیار یکی از شروط خلاف مقتضای عقد شرط پذیرش ضرر و زیان یک طرف عقد است که این امر برخلاف شیاع در عقد شرکت است؛ البته در مورد اصل این موضوع در عقد شرکت اختلاف است. برخی از فقهاء مثل شهید اول حکم به جواز این شرط نظر داده‌اند لیکن برخی از فقها مثل ابن ادریس شرط را به علت اینکه منافای با مقتضای عقد شرکت بوده (مقتضای عقد شرکت طرفین در سود و زیان است) باطل دانسته‌اند. (هادوی تهرانی ۱۳۸۷، ص ۴۵) نظرات حقوقدانان نیز در این باره متفاوت است. برخی از حقوقدانان با استناد به مفاد ماده ۵۷۵ ق.م. گفته‌اند که «همچنین اگر شرط شود که زیان‌های احتمالی متوجه یکی از شرکا نشود، این شرط بی‌اعتبار است.» (کاشانی، ۱۳۵۶، ص ۳۵)

دکتر امامی نیز معتقد است: «هر یک از شرکا در مال مشترک به نسبت سهم خود مشاعاً شریک است و در نمائات حاصله و همچنین در نقصان به همان نسبت شریک هستند زیرا نمائات تابع ملک است. نقص هم بر ملک تحمیل می‌شود. هر یک از شرکا به نسبت ثمن فروش مال مشترک و اجرت المسمی یا اجرت‌المثل و خسارات مذکور به نسبت سهم خود مشاعاً شریک است زیرا عوض در حکم معوض است. از این‌رو در صورت فروش مال مشترک هر جزء از ثمن در مقابل هر جزء از مبیع و در اجاره مال مشترک هر جزء از مال‌الاجاره در مقابل هر جزء از منافع مشترک قرار می‌گیرد و در آن چه سوخت می‌شود نیز همگی شریکند.» (امامی ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۰۹)

اگر در پی عقد مشارکت زبانی بر مال مشترک وارد شود، این زیان به نسبت سهم هر یک از شرکا به آن‌ها تعلق می‌گیرد؛ پس سود یا اصل سرمایه زمانی بازپرداخت خواهد شد که واقعاً اصل سرمایه و سودی تحقق داشته باشد. به بیان دیگر، اگر تضمین سود و اصل سرمایه به معنای تضمین آن در هر صورت باشد، چه طرح واقعاً سودی در پی داشته باشد و چه چنین نباشد، این امر با مقتضای مشارکت منافات دارد و در واقع از حیل ربا یا خود «ربا» خواهد بود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۶، ص ۱۲).

«از این‌رو با توجه به حرمت ربا در حقوق اسلام قابل بررسی است که آیا شرط پیش تعیین سود معین برای یک طرف که همان سرمایه‌گذار است شرطی صحیح و نافذ است یا به دلیل مشروعیت نداشتن آن باطل است. در مراجعه با آراء صاحب‌نظران حقوق اسلامی در باب مضاربه که نوعی سرمایه‌گذاری غیرمستقیم امروزی است و باب شرکت که یک نوع سرمایه‌گذاری مستقیم اشتراکی معاصر است، مشهور فقهاء شرط پیش تعیین سود قبل از انجام سرمایه‌گذاری را ممنوع و آن را باطل محسوب کرده‌اند.» (همان، ص ۱۴)

این شرط که فرد متعهد شود تا خسارت وارده به سرمایه را از اموال خودش جبران کند نیز مورد انتقاد قرار گرفته است. «ماده ۵۵۸ قانون مدنی قسمت دوم ماده آشکارا در تضاد با بخش اول ماده است. این راه‌حل از نظر حقوقی و فقهی نیز مورد انتقاد است زیرا میزان خسارت در هنگام عقد مجهول است و این جهالت به همه تعهدات طرفین گسترش یافته و به آنها آسیب می‌رساند.» (کاشانی ۱۳۸۱، ص ۴۷) این در حالی است که این شرط عیناً در عقود مشارکت مدنی بانک‌ها آمده است از این‌رو با توجه به نکات

فوق‌الذکر، اصرار بانک‌ها بر عدم حذف این بند در قراردادهای مشارکت مدنی، باعث خلل جدی به صحت قرارداد خواهد شد چراکه این امر قطعاً سوءاستفاده از موقعیت برتر اقتصادی بانک‌ها بوده و از مصادیق شروط تحمیلی است.

مبحث دوم: سوءاستفاده از شروط مغایر با آثار لازم مشارکت مدنی

اگر اشاعه در مالکیت و تملیکی بودن را جزء لاینفک ماهیت عقد مشارکت بدانیم؛ نحوه تصرف و نحوه ختم مشارکت مدنی از جمله مهم‌ترین آثار لازم عقد مشارکت است که در نوع خود نیز تقسیم‌بندی‌های متعددی دارند که به شرح آنها خواهیم پرداخت. در ادامه این مبحث با توجه به اینکه شروط غیرمنصفانه معمولاً شروط مغایر با آثار عقد هستند، مفهوم این شروط بر اساس تعریف دایرکتیو تبیین خواهد شد.

بند نخست: سوءاستفاده از شروط مغایر با نحوه تصرف در مشارکت مدنی

از مهم‌ترین مباحثی که در ذیل نحوه تصرف در مشارکت مدنی مطرح می‌شود، نحوه تصرف مادی یعنی نیابت در تصرف و اداره شرکت و همچنین تصرفات حقوقی یعنی فروش و اجاره مورد مشارکت است.

الف: نیابت در تصرف و اداره شرکت (مادی)

در واقع 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 چرا که بانکداری جدای از بنگاهداری و ورود تخصصی به حوزه‌های عملیاتی مشارکت بوده و این امر انحراف در مسیر بانکداری محسوب می‌شود از این‌رو بانک‌ها با اخذ تضامین مناسب و وضع شروط اطمینان‌آور، اداره طرح مورد مشارکت را به شریک (تسهیلات‌گیرنده) واگذار می‌کنند و خود تنها به نظارت حداقلی برای هزینه‌کرد سهم خود بسنده می‌کنند. بی‌گمان نباید این بایسته حقوقی فراموش شود که براساس قواعد حاکم بر اشاعه، هیچ یک 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).

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 غیر مأذون در مقابل اشخاصی که با آنها معامله کرده مسئول بوده و طلبکاران حق رجوع به او را دارند.

به همین دلیل است که 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 شده با شریک هرگونه تعهدات مالی فراتر از حد تعیین شده برای شریک مأذون را فضولی و غیر نافذ 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 سهم‌الشرکه بانک تغییری نیابد و افزایش هزینه‌ها تأثیری در میزان سهم‌الشرکه مندرج در این قرارداد نداشته باشد.»

بانک همچنین در تبصره ذیل ماده ۹ قرارداد فوق‌الذکر انعقاد قرارداد شریک با پیمانکاران را منوط به اطلاع و نظارت بانک بلاشکال دانسته است.

همانطور که از مفاد شروط فوق‌الذکر برمی‌آید بانک نیابت در تصرف و اداره شرکت را در قالبی کاملاً محدود به شریک خود تفویض کرده است. قانون مدنی، تشکیلات خاصی برای اداره شرکت در نظر نگرفته است لیکن قرارداد خصوصی می‌تواند جایگزین قانون شود و این نقص را جبران کند چراکه ماده ۵۷۶ ق.م تصریح دارد که «طرز اداره اموال مشترک تابع شرایط مقرر بین شرکا خواهد بود.»

در واقع شریک مأذون از نظر سمتی که در اداره مال مشترک می‌یابد، در حکم وکیل سایرین است از این رو باید حدود اذن را رعایت کند و در اجرای نیابت خود غبطه شریکان دیگر را در نظر داشته باشد و تجاوز از حدود اذن، عمل حقوقی مدیر را تابع

احکام فضولی می‌کند و او را در برابر طرف قرارداد مسئول می‌کند. (ماده ۵۸۵ ق.م.) از جهت سلطه‌ای که چنین شریکی بر مال مشترک پیدا می‌کند، وضع او مانند امین است و احکام مستودع درباره او اجرا می‌شود یعنی بر اساس ماده ۵۸۴ ق.م، او ضامن تلف و نقص نمی‌شود مگر در صورت تعدی و تفریط.

در واقع در این بخش، شروط مغایر با نحوه تصرف و مدیریت قانونی در مشارکت مدنی به صورت ملموس مشاهده نمی‌شود و بانک صرفاً با توجه به عدم حضور مستقیم خود در پروژه، سعی کرده نظارت پررنگی را در اجرا و هزینه‌کرد مصارف به کار گیرد. در همان حال شرطی که از آن به عنوان شرط تحمیلی می‌توان یاد کرد، تبصره ذیل ماده ۵ قرارداد مشارکت مدنی است که تصریح دارد: «تشخیص بانک در مورد مصرف شدن سهم‌الشرکه شریک در اجرای طرح موضوع مشارکت یا واریز آن به حساب مشترک مشارکت برای شریک معتبر و لازم‌الاجراست.» یعنی بانک از موقعیت برتر اقتصادی خود سوءاستفاده کرده و محاسبات خود را به طرف دیگر قرارداد تحمیل می‌کند.

از سوی دیگر، بانک صراحتاً در ماده ۷ قرارداد فی مابین، 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 هیچ گونه مسئولیتی متوجه بانک نیست.

در واقع با این شرط 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 یک طرفه و تحمیلی 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. در همان حال ماده ۶ دستورالعمل اجرایی مشارکت مدنی، بانک‌ها را مکلف کرده تا در قراردادهای مشارکت تصریح کنند که: «مدیر شرکت مدنی بیش از مال‌الشرکه واریز شده به حساب و یا تحویل شده به مدیر، مجاز به انجام معامله و قبول تعهدات مالی نیست.» بانک‌ها هم با این شرط، هرگونه اتخاذ تصمیم خارج از حدود فوق‌الذکر را فضولی و غیر نافذ اعلام کرده‌اند.

بانک‌ها بدین منظور به شروط فوق‌الذکر کفایت نکرده و بابت حسن انجام اجرای قرارداد و تعهدات مدیران شرکت، تضامین کافی را نیز اخذ می‌کنند. چنانچه ماده ۱۴ دستورالعمل فوق‌الذکر بیان می‌دارد: «بانک‌ها می‌توانند جهت حصول اطمینان از حسن اجرای قرارداد مشارکت مدنی خود از طرف مقابل در قرارداد تأمین کافی اخذ کنند.» در مجموع چنین به نظر می‌رسد که بانک به عنوان شریک غیر حاضر در پروژه تلاش دارد که ریسک خود را به حداقل رسانده و حضور نداشتن مستقیم خود در مشارکت را با وضع شروط نظارتی سنگین در بخش اداره پروژه، جبران کند از این‌رو دست به وضع شروطی در این بخش زده که با توجه به رضایت نداشتن احتمالی اکثر تسهیلات‌گیرندگان، این شروط با مرزهای شروط غیرمنصفانه فاصله چندانی ندارد.

ب - فروش و اجاره (حقوقی)

همانطور که در بخش‌های گذشته مطرح شد بر اثر عقد شرکت اشاعه در ملکیت ایجاد می‌شود لیکن این اشاعه مانع از تصرف هر شریک در مال خود نمی‌شود مگر اینکه تصرف او ملازمه با دخالت در حق دیگران داشته باشد از این‌رو تصرف شریک در حصه خود را نباید فضولی پنداشت چراکه بر اساس ماده ۵۸۳ قانون مدنی «هر یک از شرکا می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر، سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند.» در واقع این انتقال مالکیت مستلزم تصرف در حقوق دیگران نیست؛ حتی اگر سایر شریکان به تسلیم مبيع راضی نشوند، نمی‌توان ببع را به بهانه نداشتن قدرت بر تسلیم باطل پنداشت چراکه ناتوانی در تسلیم موقت بوده و باعث بطلان نمی‌شود (کاتوزیان ۱۳۸۲، ص ۳۲۲).

از سوی دیگر، براساس قانون مدنی، اجاره مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستاجر موقوف به اذن شریک است و در صورت عدم اذن شریک، اجاره نسبت به مدتی که منفعت تسلیم نشده، باطل است و در مورد بقیه مدت نیز مستأجر حق فسخ دارد.

لیکن در قرارداد مشارکت مدنی، بانک‌ها در قسمت اخیر ماده ۹ قرارداد فی‌مابین حق تقاضای افزای مال مشترک و هرگونه معامله اعم از عین و منفعت را نسبت به اموال موضوع مشارکت از شریک سلب می‌کنند و در واقع مانع از هرگونه دخل و تصرف وی

در مورد مال مشاع می‌شوند که این امر برخلاف عمومات فوق‌الذکر است. یعنی بانک، حق اجاره و فروش اموال مشاع شرکت که مورد قبول قانون مدنی واقع شده را از شریک سلب می‌کند و در واقع این امر را خدشه‌ای اساسی به ماهیت عقد مشارکت تلقی و سعی کرده این حق مشتری را ساقط کند.

توجیه دیگری که بانک‌ها در این زمینه دارند این است که آثار عقد مشارکت در اعطای تسهیلات بانکی به صورت کامل جاری نمی‌شود و چون بانک‌ها امتیازی را در اختیار مشتریان ویژه خود قرار می‌دهند که این امتیاز در اختیار تمامی اقشار جامعه قرار نمی‌گیرد، می‌توانند با وضع شروطی، برخی از آثار لازم عقد مشارکت را ساقط کنند چراکه در صورتی که مورد مشارکت به دیگری در قالب اجاره واگذار شود، ادامه مورد مشارکت با مشکل روبه‌رو شده و بانک در بازگشت سرمایه‌اش دچار مشکل خواهد شد؛ به بیان دیگر، شخصیت و اعتبار شریک باعث آغاز مشارکت شده و این امر درخور تفکیک از اصل عقد نیست از این رو انتقال آن به دیگری در عقد مشارکت با فلسفه مشارکت همخوانی ندارد؛ چنین به نظر می‌رسد که شرط یادشده توسط بانک‌ها خلاف ماهیت عقد نبوده و بلاشکال است.

بند دوم - سوءاستفاده از شروط مغایر با نحوه ختم مشارکت مدنی

قطعاً شرکت، الزامی بر نگهداری اشاعه ایجاد نمی‌کند و این مطلب به صراحت در ماده ۵۸۹ ق.م.مورد تصریح قرار گرفته است که اعلام می‌دارد: «هر شریک المال می‌تواند هر وقت بخواهد، تقاضای تقسیم مال مشترک را کند...» حال اگر پایان و خاتمه قرارداد مشارکت را اجتناب‌ناپذیر بدانیم، مسائل مختلفی از جمله بحث جواز عقد مشارکت با توجه به ماهیت مستمر بودن این عقد، نحوه تقسیم مال مشاع و قالب‌های مطروحه و همچنین چگونگی نحوه تقسیم سود و زیان از جمله تقسیم مال مشاع و قالب‌های مطروحه و همچنین چگونگی نحوه تقسیم سود و زیان از جمله مهم‌ترین مباحثی است که بدین منظور مطرح می‌شود که به تفکیک به توضیح آنان خواهیم پرداخت.

الف - شرط جواز

عقد شرکت اختلاطی از یک مبادله است که سبب اشاعه در ملکیت می‌شود و اعطای نیابت در تصرف که چهره دوم بی‌گمان جایز است زیرا وکالت را می‌توان فسخ کرد و از اذن در تصرف رجوع کرد. فوت و حجر یکی از شریکان نیز عقد را منحل می‌کند لیکن چهره نخست به طور قاطع حقوق جدیدی به وجود می‌آورد که به اقتضای ماهیت خویش با اراده یکی از اطراف عقد از بین نمی‌رود پس برخلاف کسانی که عقد شرکت را به طور مطلق جایز شمرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۲۸۲)، باید آن را در زمینه ایجاد اشاعه لازم شمرد.

معنی لزوم این است که شریک در مال نمی‌تواند اشاعه را برهم بزند و آورده نخستین خود را مطالبه کند. این امر منافاتی با ماده ۵۸۹ ق.م. ندارد چراکه از آثار وضع جدیدی است که مالکان به وجود آورده‌اند و در واقع امکان درخواست تقسیم مال مشاع در شرایط استثنایی منافاتی با لزوم عقد ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۳۰۱).

در واقع قانونگذار استثنائاتی را بر اصل تقسیم زده و در مواردی که تقسیم مال موجب ضرر غیر قابل مسامحه‌ای شود (ماده ۵۹۵ ق.م) و یا در مواردی که ضمن عقد لازم برای شرکت مدت تعیین شده یا اختیار در تقسیم توسط طرفین قرارداد محدود شده است را از اصل کلی فوق‌الذکر در ماده ۵۹۸ استثنا کرده است.

بی‌گمان نباید این مهم فراموش شود که درست است که اشاعه یکباره واقع می‌شود لیکن حقوق و تعهدات شریکان در برابر یکدیگر در تمام مدت عقد ادامه می‌یابد و تا زمان انحلال شرکت باقی می‌ماند.

با توجه به نکات فوق‌الذکر، طراحان قرارداد مشارکت مدنی در بانک‌ها برای از بین بردن تفاسیر مختلف سعی کرده‌اند که هرگونه جواز در عقد مشارکت را از بین ببرند؛ از همین رو در ماده ۶ قرارداد فی‌مابین با مشتری، تصریح کرده‌اند که «شریک ضمن عقد خارج لازم حق رجوع و فسخ قرارداد را از خود سلب و ساقط کرد.»

در همان حال برای مدت مشارکت هم مدت زمان مشخصی تعیین کرده‌اند از این‌رو هرگونه جواز در اصل عقد مشارکت، در قراردادهای منعقد در بانک‌ها جایی ندارد.

در مقابل بانکها در مقوله نیابت در تصرف، با وضع شروطی دست خود را کاملاً باز نگاه داشته و این نیابت را عقدی جایز بر شمرده‌اند چراکه در تبصره ذیل ماده ۷ قرارداد مشارکت مدنی آمده است: «بانک حق دارد پس از احراز قصور شریک در مدیریت شرکت مدنی، از اذن خود در مدیریت شریک رجوع کرده و با استفاده از وجوه موجود در حساب مشترک نسبت به تکمیل موضوع مشارکت اقدام کند.»

به نظر می‌رسد ملاک دوگانه بانکها برای لازم دانستن عقد مشارکت برای شریک از یک طرف و جواز نیابت خودشان در تصرف از طرف دیگر هر چند که با توجه به شروط مقرر در متن قرارداد ظاهر حقوقی صحیح و بدون اشکالی دارد لیکن درحقیقت می‌توان این دوگانگی را جزو شروط تحمیلی قرارداد محسوب کرد. باید طرفین قرارداد دارای موقعیت و اختیارات برابری بوده و با وضع شروط غیرمنصفانه، باعث تحمیل نابرابری به هم نشوند.

ب - شروط تقسیم مال مشاع

پس از پایان مدت عقد شرکت که در قرارداد مشارکت مدنی مشخصاً قید شده است، موضوع فعالیت شرکت به پایان رسیده و تقسیم اجتناب ناپذیر است ماده ۷ دستورالعمل اجرایی مشارکت مدنی تصریح دارد که بانکها باید نحوه تصفیه را در قرارداد قید کنند. در واقع تقسیم بدین منظور انجام می‌شود که به جای سهم مشاع منتشر در مجموع، بخش معینی از مال به هر شریک داده شود تا در آن مالکیت مستقل پیدا کند. همین مبادله سهم مشاع با بخش معین از آن باعث شده تا برخی نویسندگان، این تقسیم را نوعی بیع بشمارند که در آن دو مال با هم مبادله می‌شود؛ این پندار در مورد تقسیم به رد، یعنی در جایی که سهام تعدیل نمی‌شود و مقداری سرانه به یکی از صاحبان می‌پردازد، تقویت شده است زیرا در برابر تمام یا بخشی از سهم مشاع به او، مال دیگری که به طور معمول پول است، پرداخته می‌شود و از نظر ماهیت به بیع شباهت دارد. البته فقهای امامیه از جمله شهید ثانی و علامه حلی و میرزای قمی و کاشف الغطاء این تحلیل را به طور قاطع رد کرده‌اند (میرزای قمی، ۱۳۷۱، جامع الشفقات، ص ۱۸۵ و شیخ محمدحسین کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۳، ص ۲۲۲).

به نظر این علمای تقسیم، تمییز حق است و نباید آن را با معاملات بیع و صلح یا هبه معوض اشتباه کرد. در واقع با این افراز، چهره‌ای از حق منتشر در مجموع به حقی مستقل در بخشی از آن که موضوع حق نخستین بوده است، تبدیل می‌شود و شریکان جز تمییز حق، عمل دیگری را اراده نکرده‌اند.

ثمره عملی بحث فوق این است که اگر تقسیم، بیع به شمار نیاید، حق شفعه در آن جاری نمی‌شود و خیار مجلس در آن راه نداشته و در همان حال بر مبنای ماده ۴۶ تا ۴۸ قانون ضرورتی به تنظیم سند رسمی برای انتقال آن وجود ندارد.

درباره تقسیم، ماده ۵۹۸ ق.م.تکلیف را مشخص کرده و تصریح دارد که «ترتیب تقسیم آن است که اگر مال مشترک مثلی باشد به نسبت سهام شرکا افراز می‌شود و اگر قیمی باشد، بر حسب قیمت تعدیل می‌شود و بعد از افراز یا تبدیل، در صورت عدم تراضی بین شرکا، حصص آنها به قرعه معین می‌شود.»

ماده ۴ دستورالعمل اجرایی مشارکت مدنی بیان می‌دارد که «مشارکت پس از اتمام موضوع شرکت، تصفیه و مرتفع می‌شود.» در قراردادهای مشارکت مدنی در بانک‌ها، ماده ۱۲ قرارداد فی‌مابین تکلیف سود و ماده ۱۳ تکلیف مورد مشارکت را مشخص کرده است. ماده ۱۳ تصریح دارد که «در پایان مدت مشارکت و در صورت درخواست بانک، شریک بلافاصله حصه قابل فروش بانک را حداقل به مبلغ اصل سهم‌الشرکه پرداختی بانک، سود و سایر هزینه‌های انجام شده طبق قرارداد حاضر خریداری یا با هماهنگی و نظارت بانک، آن را به شخص ثالث به فروش رسانده و طبق جدول محاسباتی که از سوی بانک به رویت شریک می‌رسد با بانک تسویه حساب کند.»

در ماده ۱۲ قرارداد فوق‌الذکر هم تصریح شده که «در صورتی که موضوع مشارکت به فروش نرفته باشد، شریک به قیمت روز یا قیمت مورد موافقت بانک شخصاً خریداری و وجه آن را به حساب مشترک مشارکت مدنی واریز می‌کند.»

پس همانطور که از مفاد فوق‌الذکر استنباط می‌شود بانک پس از اتمام موضوع مشارکت، سهم‌الشرکه خود را به مشتری می‌فروشد که معمولاً این امر در قالب عقد فروش اقساطی صورت می‌گیرد و شریک برای خرید سهم بانک به نوعی الزام و اجبار دارد که این امر با توجه به اینکه پیشنهاد موضوع مشارکت از سوی مشتری صورت می‌گیرد، توجیه عقلایی و منطقی داشته و چندان غیرمنصفانه به نظر نمی‌رسد.

ج: سوءاستفاده از شروط مغایر با تقسیم سود

یکی از اصول اساسی در عقد شرکت تقسیم سود و زیان به نسبت سهم‌الشرکه است. اگر سهم‌الشرکه مساوی باشد، سود نیز باید به طور مساوی تقسیم شود و اگر شرط سود حاصله از شرکت متعلق به یکی از شرکا باشد یا آنکه سود بیشتری با وجود تساوی سهم برای یکی از شرکا در نظر گرفته شود، این نوع شرکت باطل است. همچنین است اگر سود مساوی با وجود اختلاف میزان سهم شرکا در نظر گرفته شود. منظور از بطلان شرکت در این مورد این است که شرط باطل است و اگر این شرط علت عمده عقد باشد، عقد نیز باطل است (کاشانی ۱۳۵۶، ص ۱۱).

در ماده ۱۱ قراردادهای بانک با مشتریان، تناسب میان سود و سرمایه به هم خورده و با شرایطی که در قرارداد آمده، شریک موظف شده سود معینی را که توسط شورای پول و اعتبار معین شده به عنوان سود ابرازی بپردازد و حتی در صورت زیان شرکت، از اموال خود متبرعاً به بانک صلح کند.

یکی از اهداف و شاید یکی از ارکان اصلی عقد مشارکت مدنی تبعیت سود و زیان از سرمایه‌هاست. این موضوع در ماده ۵۷۵ ق.م نیز آمده است «که هر یک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم هستند.» شراکت طرفین در سود به نسبت سهم‌الشرکه از ارکان عقد شرکت است. این ویژگی عقد شرکت به لحاظ این که از اصول اساسی این عقد است مورد بحث حقوقدانان قرار گرفته که آیا این از مقتضیات عقد شرکت است و یا از آثار عقد است و آیا شرط خلاف آن، خلاف ذات یا همان ماهیت عقد یا خیر؟ و اثر این شرط بر عقد چیست؟

البته اگر شرط سود بیشتر در مقابل عملی خاص باشد، اختلافی بین فقها و حقوقدانان وجود ندارد. آنچه محل بحث است، شرط تخصیص سود بیشتر به یکی از شرکا در حالتی است که عملی زیادتر توسط شریک انجام نشده باشد. (مدنی بجستانی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۲)

در قراردادهای مشارکت مدنی بانک سود معینی برای بانک تعیین می‌شود که چه بسا در مواردی از سود واقعی بیشتر و در مواردی از سود واقعی کمتر باشد. به همین جهت بررسی این شرط و مغایرت آن با مقتضای ذات عقد شرکت یا عدم مخالفت آن حائز اهمیت است.

نظرات مختلفی در این خصوص ابراز شده است:

۱- برخی از فقها این شرط را به علت این که سببی برای تملیک سود بیشتر به کسی که سرمایه بیشتر دارد و کار زیادتیر هم نمی‌کند وجود ندارد، نه خود معاوضه است، نه در عقد معاوضی ضمیمه یکی از دو عوض شده است، و نه مقصود هبه بخش زاید است، باطل می‌دانند. این گروه بطلان شرط را باعث بطلان تراضی در اداره مال مشترک (عقد شرکت) می‌دانند و اعتقاد دارند که ربح تابع مال است و هرکدام کاری انجام داده باشد اجرت آن را می‌گیرد.

«این نظر که ابن ادریس آن را نسبت به اکثر داده و از طرف ابن زهره نقل دعوی اجماع به آن شده و دلیل اینان آن است که آن زیادتی ربحتی که برای آن یکی شرط شده در مقابل آن عوضی نیست، پس از باب این است که شرط کند که شخصی مالک مال غیر شود بدون سببی.» (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۱۴)

شیخ طوسی نیز از معتقدان به بطلان شرط و بطلان عقد به تبع شرط است که اظهار داشته چنانچه با تساوی در مال شرط تفاضل سود کنند و یا با تفاضل مال شرط تساوی در سود کنند، شرکت باطل است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۳۳۳).

شهید ثانی نیز به علت این که سود در مقابل عوضی قرار نگرفته است و سایر اسباب تملک نیز موجب تملک نشده است، شرط و عقد را باطل می‌داند (شهید ثانی، ۱۹۹۲، ج ۴، ص ۲۰۰).

بر این مبنا بطلان این است که تعهد یکی از دو طرف برای تملیک سود بیشتر به طرف دیگر بدون علت است و عوضی هم در مقابل آن قرار دارند. این نظر توسط برخی از حقوقدانان نیز تأیید شده با این استدلال که هر یک از شرکا در مال مشترک شریک است، در نمائات حاصله و همچنین نقص به همان نسبت شریک خواهد بود زیرا نمائات تابع ملک است و برای شریک هرگاه بدون کار و عمل نفع بیشتری در نظر بگیرند، باطل است زیرا آن زیاده در مقابل چیزی قرار نگرفته تا معاوضه‌ای باشد و تعهد بدون علت است و اگر در شرط ضمن عقد باشد به علت مخالفت با اقتضاء عقد شرکت، شرط باطل و عقد هم باطل می‌شود زیرا اقتضاء عقد شرکت این است که نمائات به نسبت مال الشرکه تسهیم شود، چون نمائات تابع اصل ملک است (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۲۰۹).

برخی دیگر نیز شرط را باطل و اگر علت عمده عقد باشد آن را مبطل عقد دانسته‌اند.

دکتر عباس کریمی در مقاله‌ای که در زمینه مقتضای عقد نگاشته‌اند و در ابتدای بحث به آن اشاره شد، با تمسک به نظریه علامه حلی در این باب، بدین نظر تمسک جسته‌اند. این نظریه قائلین دیگری نیز دارد که چنین گفته‌اند: «اگر سهم‌الشرکه مساوی باشد سود نیز باید به طور مساوی تقسیم شود و اگر سهم شرکا مختلف باشد، سود به نسبت سهم تقسیم می‌شود. بنابراین چنین شرطی باطل و اگر علت عمده عقد باشد، عقد نیز باطل است.» (کاشانی، ۱۳۵۶، ص ۱۳)

مبنای استدلال مذکور این است که به هر نحوی که دو یا چند نفر در یک مالی شریک شدند یعنی حقوق آنها در مال مزبور به هر نحو اشاعه مجتمع شد، شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر آن مال سهیم هستند مگر این که مطابق ماده ۵۷۵ برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد (عدل، ۱۳۸۵، ص ۳۴۵). ظاهر ماده ۵۷۵ ق.م.تنها در مواردی که عمل زیادتری صورت گیرد، شرط سود بیشتر را مجاز دانسته و این امر منطبق با نظر اول و تأیید بطلان این شرط است. در موردی که سود بیشتر در برابر عمل منظور می‌شود، عنوان استثناء بر قاعده کلی دارد که باید تفسیر محدود شود و نفوذ تراضی منوط به وجود عوض شریکی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۴۷) گرچه در ادامه دکتر کاتوزیان به علت تعارض این نظر با اصول مورد قبول قانون مدنی، این نظر را رد می‌کنند لیکن به نظر می‌رسد که ظاهر قانون صریح است.

۲- گروهی از فقها شرط را باطل ولی عقد را صحیح می‌دانند و شرط زیادی ربح برای یکی از طرفین را مفید اباحه می‌دانند. براساس این نظر، طرف دیگر مادامی که عین این زیادت باقی است، حق رجوع به مشروط له را دارد. (عابدیان، ۱۳۸۷، ص ۱۶۹)

۳- برخی از فقیهان نیز از جمله سید مرتضی به نقل از صاحب جامع‌الشتات بااستناد به "اوفو بالعقود" و "تجاره عن تراض" و تأکید بر تراضی طرفین، این شرط را نافذ می‌دانند و صاحب جامع‌الشتات نیز این نظر را تأیید می‌کند: این قول به سبب همان عموماً اقوی است و مراد از امر به وفای به عقود و شروط عمل به مقتضای آن عمل است (مدنی بجستانی، ۱۳۸۹، ص ۱۲۳).

برخی تناسب سود به نسبت را از آثار عقد دانسته و همگام با برخی از فقها بر مبنای اصل آزادی قراردادهای شرط مخالف آن را معتبر دانسته‌اند. «بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی

ترازی طرفین قرارداد می‌تواند برای آنان ایجاد حق و تکلیف کند مگر اینکه با قانون مخالفت صریح داشته باشد. پس برای اختصاص دادن سود بیشتر به یکی از شریکان نیاز به سبب معین و پیش‌ساخته قانونی نیست و عقد مشترک آنان خواه به صورت شرط یا قرارداد مستقل می‌تواند این وضع حقوقی را به‌وجود آورد. اصل آزادی قراردادهای بر سراسر معاملات حکومت دارد و مفهوم مواد قانون باید بر مبنای این اصل معین شود. پس در تعارض مفهوم مخالف ماده ۵۷۵ با اصل آزادی قراردادهای، باید از این ظهور چشم پوشید و چنین تعبیر کرد که قانونگذار خواسته است شایع‌ترین فرضی را که به موجب شرط برای شریکی سهم زیادتری از سود معین می‌شود یادآوری کند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۴۸).

همانطور که قبلاً بیان شد، در ماده ۵ دستورالعمل اجرایی مشارکت مدنی بانک‌ها مکلف شده‌اند، قبل از مبادرت به انعقاد قرارداد مشارکت مدنی و سود انتظار ناشی از مشارکت مدنی در طول مدت قرارداد قابل برگشت و مشارکت قابل تسویه باشد.

گرچه در قانون عملیات بانکی بدون ربا آمده که سود انتظاری در صورت تحقق به بانک پرداخت خواهد شد ولی در دستورالعمل اجرایی عبارت «در صورت تحقق» حذف شده و همین عامل باعث شده تا بانک‌ها بین نرخ سود مورد انتظار و نرخ سود، هیچ‌گونه تفاوتی قائل نشوند.

در مواد ۸ و ۹ این دستورالعمل که در متن قراردادهای تنظیمی بانک‌ها نیز آمده تأکید شده که حداقل سود مورد انتظار در مورد معامله‌های موضوع مشارکت‌های مدنی و حداقل یا حداکثر نسبت سهم سود بانک‌ها توسط شورای پول و اعتبار تعیین خواهد شد.

گرچه در تعریف مشارکت مدنی و ضوابط اجرایی آن تنظیم‌کنندگان آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و قراردادهای مشارکت مدنی از تعریف قانونی عقد شرکت دور نیفتاده‌اند، به اولین شرط اساسی مشارکت که امتزاج اموال شرکا است توجه داشته و آن را الزامی و راهکار چگونگی امتزاج آن را مشخص و تعریف کرده‌اند لیکن زمانی که به حداقل سود اشاره کرده، به این معنی است به‌رغم محقق نشدن سود مورد انتظار، شریک بانک موظف است، حداقل سود مورد مطالبه بانک را بپردازد و بنا به نظر شهیدثانی و شیخ طوسی اصل تبعیت سود از سرمایه که یکی دیگر از ارکان عقد شرکت و جزء ماهیت عقد شرکت است، رعایت نشده و شرطی برخلاف این اصل پیش‌بینی شده که خلاف

مقتضای عقد مشارکت است و حتی تراضی در آن به علت مغایرت با قانون فاقد اعتبار است از این رو این شرط در قراردادهای بانکی جزو شروط غیرمنصفانه و از مصادیق سوءاستفاده از شروط ضمن قرارداد محسوب می‌شود.

بند سوم: سوءاستفاده در قراردادهای مشارکت مدنی از طریق آموزه‌های دایرکتیو ۱۳/۹۳ اتحادیه اروپا

دستورالعمل شورای اتحادیه اروپا به نام دایرکتیو ۱۳/۹۳ مصوب ۵ آوریل ۱۹۹۳ در لوکزامبورگ است که یک مقدمه طولانی، ۱۱ ماده و ضمیمه‌ای نسبتاً طولانی دارد. برآیند کلی این دستورالعمل که ناظر بر شروط غیرمنصفانه با رویکرد حمایت از حقوق مصرف‌کننده است را در دو بخش مفهوم و مصادیق مورد بررسی قرار می‌دهیم.

الف: مفهوم شروط تحمیلی در قرارداد مشارکت مدنی

در حقوق انگلیس قرارداد تحمیلی را چنین تعریف کرده‌اند که "قراردادی که یک شخص عاقل در حالت عادی منعقد نمی‌کند و یک فرد درستکار، صادق و منصف نیز آن را نمی‌پذیرد".

براساس معیارهای حقوق ما، "منظور از شروط تحمیلی شروطی هستند که یکی از دو طرف با سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعی، یا تخصص خویش به طرف دیگر تحمیل می‌کند." (کریمی، ۱۳۶۲: ۷۰)

در تعاریفی که ارائه شد غالباً بر معیارهای نوعی از جمله ویژگی ظالمانه بودن و سوءاستفاده و حتی یک طرفه بودن تأکید شده و با رفتار انسانی معقول و متعارف در زمان عقد مقایسه شده است. سرانجام می‌توان گفت که تحمیلی بودن قرارداد حالتی از قرارداد است که براساس برداشت قضایی دادرس موجب سوءاستفاده طرف دارای موقعیت برتر می‌شود که این امر خود در دو قالب شکلی و ماهوی رخ می‌دهد.

بر اساس ماده ۳ دستورالعمل یاد شده، شرطی غیرعادلانه تلقی می‌شود که موضوع مذاکره طرفین نباشد، مشروط بر اینکه خلاف حسن نیت و موجب نابرابری فاحش در

حقوق و تعهدات طرفین و به ضرر مصرف‌کننده باشد. در بند دوم ماده ۳ این دستورالعمل، تمام قراردادهای و شروطی که به صورت پیش‌نویس تهیه و مصرف‌کننده توان اثرگذاری بر مضمون آنها را نداشته باشد، از مصادیق قراردادهایی تلقی شده که مورد مذاکره قرار نگرفته‌اند. بدین منظور صرف مورد مذاکره نبودن قرارداد به تنهایی برای ابطال آن کافی نیست بلکه باید هر دو ویژگی اساسی دیگر در آن احراز شود تا بتوان آن را غیرعادلانه دانست. در واقع این شرط باید موضوع مذاکره نبوده و خلاف حسن نیت باشد و در عین حال موجب نابرابری فاحش بین عوضین شود.

تهیه‌کنندگان دایرکتیو به خوبی می‌دانستند که دو معیار عدم حسن نیت و ایجاد عدم تعادل در عوضین نمی‌تواند پاسخگوی اشکالات احتمالی در این قانون باشد از این‌رو در قالب یک الحاقیه فهرستی از شروط را پیش‌بینی کردند که البته شروط یاد شده جنبه تمثیلی دارد و نه حصری و می‌تواند ملاک خوبی برای تعیین این شروط باشد. حال باید دید مفاهیم فوق‌الذکر در کدام بندهای قرارداد مشارکت مدنی جاری هستند.

ب: مصادیق شروط تحمیلی در قرارداد مشارکت مدنی

در قراردادهای مشارکت مدنی بانک‌های کشورمان مصادیق زیادی از شروط تحمیلی بر اساس تعریفی که دایرکتیو از شروط تحمیلی ارائه داده است مشاهده می‌شود چراکه در واقع بر اساس ملاک‌های ارائه شده در ماده ۲ این دستورالعمل، قراردادهای موجود بانکی قرارداد مصرف است و تسهیلات‌گیرندگان برای اموری خارج از حوزه تخصصی‌شان به بانک‌ها مراجعه می‌کنند.

از سوی دیگر، شروط ضمن عقد مشارکت به ویژه شروط بحث‌برانگیز آن در قراردادهای بانکی به صورت مجزا مورد مذاکره قرار نمی‌گیرند و در برخی موارد مانند عدم مسئولیت بانک در زیان احتمالی یا تضمین اصل سهم‌الشرکه بانک، نابرابری معنادار بین حقوق و تکالیف طرفین نیز قابل اثبات است از این‌رو براساس ملاک‌های ارائه شده در ماده ۳ دایرکتیو، این شروط را می‌توان شروط غیرمنصفانه برشمرد.

در همان حال بند دوم ماده ۳ شرایط را برای تحقق شروط تحمیلی در قراردادهای

الحاقی و تیپ فراهم‌تر دانسته و از این باب احتمال تحمیلی بودن قراردادهای بانکی را تقویت کرده است. این بخش بیان می‌دارد: "هرگاه یک شرط از قبل نوشته شده باشد و مصرف‌کننده به همین جهت نتواند تاثیری بر محتوای آن داشته باشد، چنین شرط می‌شود که این شرط موضوع یک مذاکره مجزا قرار نگرفته است؛ به ویژه اگر چنین شرطی در یک قرارداد الحاقی درج شده باشد."

با توجه به ملاک‌های ارائه شده فوق، دو بخش از شروط ضمن عقد مشارکت قطعا بر اساس تعریف شورای اتحادیه اروپا مشمول شروط غیرمنصفانه می‌شوند.

اول آنجا که در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی شرط شده که سهم‌الشرکه بانک تضمین شده و چنانچه ضرر و زیانی به آن وارد آید، شریک متعهد به جبران خسارت است؛ این شرط قطعا تعادل قراردادی را به هم می‌زند.

دوم در مواد ۸ و ۹ دستورالعمل اجرایی قانون عملیات بانکی بدون ربا که در متن قراردادهای تنظیمی بانک‌ها نیز آمده، تأکید شده که حداقل سود مورد انتظار در مورد معامله‌های موضوع مشارکت‌های مدنی و حداقل یا حداکثر نسبت سهم سود بانک‌ها توسط شورای پول و اعتبار تعیین خواهد شد.

گرچه در قانون عملیات بانکی بدون ربا آمده که سود انتظاری در صورت تحقق به بانک پرداخت خواهد شد لیکن در دستورالعمل اجرایی عبارت «در صورت تحقق» حذف شده و همین عامل باعث شده تا بانک‌ها بین نرخ سود مورد انتظار و نرخ سود، هیچ‌گونه تفاوتی قائل نشوند. این امر هم قطعا جزو تعاریف شروط غیرمنصفانه دستورالعمل شورای اتحادیه اروپاست؛ به ویژه آنکه قراردادهای موجود همگی قالبی الحاقی دارند و تسهیلات گیرندگان در آن سهمی در تنظیم آن نخواهند داشت.

نتیجه‌گیری و جمع‌بندی

امروزه اخذ تسهیلات از بانک‌ها به یکی از امور رایج و شایع در میان مردم به‌ویژه تولیدکننده‌ها تبدیل شده است؛ در این میان بانک‌ها با توجه به نرخ سود بالاتر و شرایط سختگیرانه‌تر عقود مشارکتی، به این نوع از قراردادها به‌ویژه قراردادهای مشارکت مدنی بیشتر تمایل دارند لیکن متاسفانه به جای تلاش برای اجرای صحیح این عقد،

تلاش‌ها به استفاده از قالب ظاهری این عقد معطوف شده است تا جایی که در قرارداد تیپ مشارکت مدنی، به جای واژه "شریک" از واژه "تسهیلات گیرنده" استفاده شده است؛ در واقع بانک‌ها و حتی مشتریان بدون آنکه قصد مشارکت واقعی داشته باشند، در عقدی وارد می‌شوند که از نظر حقوقی آثار و تبعات بسیار زیادی برای طرفین در پی خواهد داشت.

در واقع چون هیچ یک از طرفین قصد واقعی عقد شرکت ندارند، با وضع شروط متعدد ضمن عقد سعی در تحمیل شروط مدنظر خود بر طرف مقابل هستند؛ شروطی که بنابر یافته‌های این تحقیق در برخی موارد ماهیت عقد را دچار تغییر کرده و پایه‌های آن را متزلزل می‌کنند. 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 موردنظر بانکداری را که در همه نظام‌های بانکداری دنیا بر آن مبنا بانکداری شکل گرفته تأمین شود. در مجموع در پاسخ به سوال اصلی این تحقیق یعنی امکان سوءاستفاده از شروط مندرج در قراردادهای مشارکت مدنی، باید گفت این امر قطعاً در بخش‌هایی قراردادهای فی ما بین بانک و مشتریان که قراردادهای تیپ است، رخ داده است که برخی از آنها جزو شروط مغایر با ماهیت و برخی دیگر جزو شروط مغایر با آثار لازم این عقد هستند. 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، براساس 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.

لیکن در مورد شروط مغایر با آثار لازم مشارکت، شروط موجود در بخش نحوه تصرف در مورد مشارکت اعم از تصرفات حقوقی و مادی، با توجه به اقتضاء عقد مشارکت از مصادیق شروط تحمیلی و سوءاستفاده قراردادی تشخیص داده نشده و مطابق با موازین حقوقی هستند.

در میان شروط مغایر با نحوه ختم مشارکت مدنی، شرط جواز عقد هرچند از نظر مبانی حقوقی بلامانع است لیکن تبعیض در اعمال آن نسبت به یکی از طرفین قرارداد یعنی مشتری درخور تأمل است. مهم‌ترین مشکل فعلی قراردادهای مشارکت مدنی فعلی، شروط موجود درباره نحوه تقسیم سود و زیان است که برخی فقها از جمله شیخ طوسی و شهید اول، شروط مبتنی بر تقسیم سود و زیان برخلاف سهم‌الشرکه را باعث بطلان عقد شرکت می‌دانند.

با توجه به ویژگی‌های ذکرشده درباره قرارداد مشارکت، بانک‌ها باید دو مؤلفه مهم برای اجرای قرارداد را مدنظر داشته باشند که این دو مؤلفه عبارت‌اند از: الف- لزوم نظارت و حضور در فعالیت موردنظر در قرارداد مشارکت تا انتها. ب- تقسیم سود و زیان در انتهای قرارداد مشارکت. به بیان دیگر، اگر بانک قصد تأمین مالی از طریق قرارداد شرکت را دارد، باید در فعالیت اقتصادی موردنظر حضور داشته و متناسب با سهم خود از سرمایه شرکت در مدیریت یا نظارت آن دخالت داشته باشد و متعاقباً با افزایش کمیت تأمین مالی از طریق این قرارداد، نظارت و حضور بانک نیز افزایش می‌یابد؛ زیرا برای هر قرارداد مشارکت، بنا به مقتضای آن، حضور بانک الزامی است.

مؤلفه دوم در مورد تعیین سود در پایان قرارداد است؛ یعنی پس از به نتیجه رسیدن فعالیت شرکت، سود یا زیان هر یک از شرکا نسبت به سرمایه و آورده آنان تعیین می‌شود و تا پایان فعالیت اقتصادی و مشخص شدن میزان سود واقعی، نمی‌توان از شرکا مقداری سود گرفت زیرا اگر سود واقعی بیشتر از آن میزان باشد و بانک به همان مقدار اکتفا کند، در نتیجه به وظیفه وکالت خود از جانب سپرده‌گذاران به نحو صحیح عمل نکرده است؛ و اگر سود واقعی کمتر از آن مقدار باشد، در این حالت نیز قسمتی از سهم شرکای دیگر را به صورت ناعادلانه گرفته و به سپرده‌گذاران انتقال داده است. از سوی دیگر، گرچه در قانون عملیات بانکی بدون ربا آمده که سود انتظاری در صورت تحقق به بانک پرداخت خواهد شد لیکن در دستورالعمل اجرایی عبارت «در صورت تحقق» حذف شده و همین عامل باعث شده تا بانک‌ها بین نرخ سود مورد انتظار و نرخ سود، هیچ‌گونه تفاوتی قائل نشوند. این امر هم قطعاً جزو تعاریف شروط غیرمنصفانه دستورالعمل شورای اتحادیه اروپاست؛ به ویژه آنکه قراردادهای موجود همگی قالبی الحاقی دارند و تسهیلات گیرندگان در آن سهمی در تنظیم آن نخواهند داشت.

منابع و مأخذ

العاملی، زین الدین (شهید ثانی) (۱۹۹۲م)؛ الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، دارالاحیاء التراث العربی، چاپ دوم، بیروت، ج ۱۰

امامی، سیدحسن، (۱۳۶۸)؛ حقوق مدنی، ج ۲، تهران، اسلامیه، چاپ دوم

بهمنی، محمد و بهروز اخلاقی؛ (۱۳۷۴)؛ عقد مشارکت مدنی و چگونگی اعمال آن در نظام بانکداری بدون ربا؛ پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران

رئسی، مصطفی؛ (۱۳۷۸)؛ بانکداری اسلامی و چالش‌های فراروی؛ تهران: گام چهارم،

شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)؛ حقوق مدنی (شروط ضمن عقد)، ج ۴، تهران، انتشارات مجد

شیخ طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۷ ه.ق)؛ الخلاف، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی

عابدیان، میرحسین، (۱۳۸۷)؛ شروط باطل و تاثیر آن در عقد، تهران، انتشارات جاودانه جنگل

عدل، مصطفی، (۱۳۸۵)؛ حقوق مدنی، قزوین، انتشارات طه، چاپ دوم،

فخارطوسی، جواد، (۱۳۷۸)؛ تلخیص مکاسب شیخ انصاری (مکاسب محرمة)، قم، عالمه،

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ و ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ ۵

کاشانی، محمود، (۱۳۸۱)؛ مبانی حقوقی و مقررات بهره و زیان دیر کرد، مجله کانون وکلاء، شماره ۱۷۶

کاشانی، محمود، (۱۳۵۶)؛ شرکت مدنی، نشریه حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال دوم

کاشف الغطاء، محمدحسین، (۱۳۵۹)؛ تحریر المجله، تهران، مکتبه مرتضویه

کریمی، عباس، (۱۳۸۸)؛ نگاهی نو به مفهوم شرط خلاف مقتضای عقد، برمنهج عدل (مقالات اهدا شده به استاد ناصر کاتوزیان)، انتشارات دانشگاه تهران، ص ۳۴۳

لطفی، اسدالله (۱۳۸۱)؛ ترجمه مباحث حقوقی شرح لمعه، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول

مدنی بجستانی، سید مجتبی (۱۳۸۹)؛ شروط ضمن عقد مشارکت مدنی؛ پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران، شهید بهشتی

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، (۱۳۷۱)؛ جامع الشتات فی اجوبه السوالات، ج ۳، تهران، کیهان

نجفی، محمدحسن، (۱۳۹۱)؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۳، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول

هادوی تهرانی، مهدی، (۱۳۸۷)؛ مبانی فقهی اوراق مشارکت، مجموعه مقالات دهمین سمینار بانکداری اسلامی

هاشمی، سید محمود، (۱۳۷۶)؛ بانکداری اسلامی، مجله تحقیقات اسلامی، شماره‌های ۱ و ۲، سال دوازدهم