

**Implementation of civil partnership agreements in the Iranian banking system**

naser gharebi<sup>1</sup>

Received Date: 2Jan2022

ali reza sharifi<sup>2</sup>

Reception Date: 24May2022

arkan Sharifi <sup>3</sup>

farzad parsas <sup>4</sup>

***Abstract***

One of the banking bonds of Iran is the "partnership" contract. This contract is of great importance regarding the conflict of interests of the public and the government system, which is dependent on the government and sometimes independent. The purpose of the partnership in the Iranian banking system is to facilitate production, trade and service activities, which according to the definition of civil partnership means to combine the share of cash or non-cash company owned by individuals in a common way, for profit. . The present dissertation deals with one of the important methods of granting Islamic banking facilities, namely civil partnership agreements, and how to implement it in the Islamic banking system of Iran, through a descriptive-analytical method. The research findings indicate that in order to implement a civil partnership contract, its implementation criteria must be carefully considered. Thus, the most important criteria for the financial and moral competencies of the partner are the technical and financial capability of having a plan for obtaining collateral and registering a partnership contract, which must be specified during the execution of the contract, and in the absence of any of these criteria. Obligated to terminate the contract.

Keywords: Islamic banking, banking operations, civil partnership, financial facilities, usury

---

<sup>1</sup>PhD Student in Law, Islamic Azad University, Sanandaj Branch, Sanandaj, Iran.

<sup>2</sup>Assistant Professor, Law, Payame Noor University, Tehran Branch, Tehran, Iran  
(Corresponding Author) alirezasharifi@yahoo.com

<sup>3</sup>Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Sanandaj Branch, Iran.

<sup>4</sup>Associate Professor: Department of Jurisprudence and Law, university of kurdistan, Kurdistan, Iran

<https://dx.doi.org/10.30510/PSI.2022.322769.2903>

## اجرای قراردادهای مشارکت مدنی در نظام بانکی ایران

ناصر غربی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۱۲

علیرضا شریفی (نویسنده مسئول)<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۰۳

ارکان شریفی<sup>۳</sup>

فرزاد پارسا<sup>۴</sup>

### چکیده

یکی از عقود بانکی ایران عقد «مشارکت» است. این عقد از اهمیت بالایی در خصوص تعارض منافع عموم جامعه و نظام بانکی وابسته به دولت و بعضاً مستقل برخوردار. هدف از عقد مشارکت در نظام بانکی ایران به نوعی تسهیل نمودن فعالیت‌ای تولیدی، بازرگانی و خدماتی است که بر اساس تعریف مشارکت مدنی به معنی در هم آمیختن سهم‌الشرکه نقدی و یا غیرنقدی متعلق به اشخاص به نحو مشاع، به منظور انتفاع است. پژوهش حاضر با روشی تفسیری-کیفی به یکی از شیوه‌های مهم اعطای تسهیلات بانکداری اسلامی یعنی قراردادهای مشارکت مدنی و نحوه اجرای آن در نظام بانکی اسلامی ایران می‌پردازد. یافته‌های تحقیق حاکی از آن است که جهت اجرای قرارداد مشارکت مدنی می‌بایست ضوابط اجرایی آن به طور دقیق در نظر گرفته شود. بدین ترتیب که مهمترین ضوابط وجود صلاحیت‌های مالی و اخلاقی شریک، قابلیت فنی و مالی داشتن طرح و اخذ وثیقه و ثبت قرارداد مشارکت هستند که باید در هنگام اجرای قرارداد به طور دقیق مشخص و معین گردند و در صورت نبود هر کدام از این ضوابط بانک مؤظف به فسخ قرارداد است.

**کلیدواژگان:** بانکداری اسلامی، عملیات بانکی، مشارکت مدنی، تسهیلات مالی، ربا

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد سنندج، سنندج، ایران.

<sup>۲</sup> استادیار، حقوق، دانشگاه پیام نور، واحد تهران، تهران، ایران. [alirezasharifi@yahoo.com](mailto:alirezasharifi@yahoo.com)

<sup>۳</sup> استادیار: دانشگاه آزاد اسلامی، واحد سنندج، سنندج، ایران.

<sup>۴</sup> دانشیار: گروه فقه و حقوق، دانشگاه کردستان، کردستان، ایران.

## ماهیت حقوقی قرارداد مشارکت مدنی

در مورد ماهیت حقوقی این عقد مهم در بین فقها و حقوقدانان اختلاف نظر است. بدین گونه که اگر بدون آنکه مال مشاع وجود داشته باشد و هرکدام از شرکا فقط مال خود را در میان بگذارند و بخواهند به نسبت آورده، مالک سهم مشاع از مجموع آورده‌ها شوند. آیا چنین قراردادی نافذ است یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا به صرف تراضی طرفین آورده‌های آنها به مال مشاع تبدیل می‌شود؟ در مورد ماهیت حقوقی شرکت و مقتضای ذات آن اقوال مختلفی وجود دارد ولی می‌توان این نظرات را در سه دسته تقسیم‌بندی کرد:

۱- گروهی بر این عقیده‌اند که شرکت نتیجه امتزاج و اشاعه در مالکیت است و این امتزاج می‌تواند در اثر یکی از عقود معین یا بطور قهری بدست آید و برای اینکه مالکان مال مشاع بتوانند در مال مشاع تصرف کنند اذن هریک از آنها کفایت می‌کند و نیازی به عقد مشارکت نیست و عقدی به نام عقد مشارکت وجود ندارد زیرا آنچه جوهر شرکت را تشکیل می‌دهد وجود امتزاج در مال و اشاعه در حقوق مالکین است. (شهید ثانی، ۱۴۰۸/۴: ۲۱۸)

۲- اکثریت فقها عقد مشارکت را به عنوان عقدی از عقود معین پذیرفته‌اند که اثر آن جواز تصرف مالکین مشاع در مال مشترک است. به عبارت دیگر شرکت، عقدی است که اثر آن اذن در تصرف است. ولی برای تحقق شرکت باید اموال ممزوج بشود یا اینکه قبلاً به عللی به حال اشاعه تبدیل شده باشند.

۳- سومین گروه از فقها عقد مشارکت را از عقود معین می‌دانند و بر این عقیده‌اند که اثر این عقد ایجاد اشاعه در اموال و جواز تصرف در مال مشاع است. (نجفی، ۱۴۹۴/۲۶: ۱۴۵)

ولی از نظر حقوقی، مبنای استدلال کاتوزیان بر این اساس است که از آنجا که به «وسیله یکی از عقود تملیکی، مانند بیع و هبه و صلح، میتوان مالکیت چند نفر را که مایل به شرکت با یکدیگرند تبدیل به مالکیت مشاع در مجموع اموال کرد، بدون اینکه نیاز به امتزاج آنها باشند... پس تراضی آنان برای تبدیل مالکیت فردی و مستقل هرکدام به ماملکیت مشاع در مجموع اموال شرکت کافی است. از سوی دیگر، بر مبنای ماده ۱۰ق.م تراضی اشخاص ناشی از اراده هاست نه قالب‌ها، یعنی آنچه را که اطراف عقد بخواهند، اگر مخالف صریح قانون نباشد، به وقوع می‌پیوندد.» (کاتوزیان، ۲۳۸۲/۲: ۱۵۰۱۶)

مبحث اول: ضوابط اجرایی قراردادهای مشارکت

در این قراردادها ابتدا بررسی صلاحیت اخلاقی و مالی شریک، علاوه بر قابلیت مالی و فنی داشتن طرح باید مورد توجه قرار گیرد و از سوی دیگر ضمانت‌هایی برای بازگشت اصل و سود طرح اخذ شود.

### گفتار اول: قابلیت و صلاحیت اخلاقی و مالی شریک

برای تشکیل و اجرای قرارداد مشارکت نیاز است که هر یک از طرفین دارای صلاحیت اخلاقی و مالی لازم باشند. زیرا در هنگام تشکیل قرارداد باید هر یک از طرفین به تعهدات خود مبنی بر آوردن سهم شرکت پای بند بوده و از سوی دیگر در هنگام اجرای قرارداد نیز با توجه به اینکه ممکن است پرداخت سهم شرکت به دفعات صورت بگیرد و یا برای اداره شرکت نیاز به اجازه شریک باشد داشتن قدرت مالی و همچنین صفات اخلاقی از جمله وفا به عهد لازم است. بنابراین احراز وجود صلاحیت‌های اخلاقی و مالی در هنگام تشکیل و اجرای عقد لازم است فلذا در این گفتار به بررسی این موضوعات می‌پردازیم.

#### الف: صلاحیت اخلاقی شریک

امین و متعهد بودن متقاضی یکی از شرایط اساسی و اولیه جهت تخصیص و برقراری تسهیلات است. بانک به منظور اطمینان حاصل کردن از بازگشت تسهیلاتی که اعطا نموده است، سعی می‌کند که افرادی را که با آنها مبادرت به انعقاد قرارداد می‌نماید بطور کامل بشناسد. « در این ارتباط، بانک علاقه مند به آگاهی از وضعیت روابط تجاری متقاضی در گذشته و طرز رفتار و تمایلات و روابط اجتماعی او در گذشته و حال است. بانک مایل است بدانند عادات و فعالیت‌های خصوصی و روابط اجتماعی متقاضی چگونه است. همکاران او چه کسانی هستند و روش زندگی او از چه قرار است. به طور خلاصه، کلیه خصایص فردی و شرایطی که ممکن است بر تمایل وی در باز پرداخت و ایفاء تعهدات تاثیر داشته باشد در این مرحله مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد. (ماده ۷ قانون عملیات بانکی)

#### ب: قابلیت و ظرفیت مالی شریک

میزان مشارکت شریک در قرارداد مشارکت مدنی نیز در هنگامی که بانک مبادرت به بررسی قابلیت و ظرفیت مالی شریک می‌کند باید مورد توجه قرار گیرد. زیرا مشارکت هر چه بیشتر متقاضی در طرح، عامل و انگیزه‌ای برای توفیق طرح خواهد بود و بالعکس، هر چقدر که میزان مشارکت شریک در طرح کاهش پیدا کند، بدلیل پرداخت سهم شرکت کمتر و دریافت میزان کمتری از سود احساس مسئولیت شریک کاهش پیدا می‌کند. به همین دلیل است که در قانون

عملیات بانکی بدون ربا، آیین نامه‌ها و مصوبات دیگر صحبت از تامین قسمتی از سرمایه مشارکت و تعیین سقف برای مشارکت بانک در قراردادهای مشارکت مدنی شده است. (صدقی، ۱۳۴۹: ۵۱)

بنابراین باید بانک‌ها هنگام انعقاد قرارداد مشارکت توجه کافی داشته باشند که شریک قرارداد توانایی‌هایی لازم برای انجام تعهدات خود و همچنین مقابله با شرایط غیر قابل پیش بینی اقتصادی و تجاری را داشته باشد. زیرا متاسفانه در بسیاری از موارد، ملاحظه می‌شود که قسمت اعظم منابع مالی موسسات را منابع خارجی تشکیل می‌دهند و طبیعتاً اعطای تسهیلات بانکی به این گونه موسسات خالی از اشکال نخواهد بود. برخی اشخاص سعی دارند واحد اقتصادی خود را با هر مقدار قرض که ممکن است راه بیاندازند. این حالت به خصوص برای صنایع بی ثبات بویژه در اقتصادهای مواجه با کساد و رکود بسیار خطرناک است.

### گفتار دوم: قابلیت و صلاحیت فنی و مالی طرح

علاوه بر اینکه باید طرحی که برای آن قرارداد مشارکت منعقد می‌گردد با توجه به ماده 2 دستور العمل در امور تولیدی، بازرگانی و خدماتی باشد، این طرح باید علاوه بر سود آور بودن از لحاظ فنی قابلیت اجرا را نیز داشته باشد از آنجایی که بانک نماینده مشتریان و یک بنگاه انتفاعی و سود محور است، لذا موظف است قبل از مبادرت به انعقاد قرارداد مشارکت مدنی عملیات موضوع مشارکت را بررسی و اطمینان حاصل نماید که اصل مال شرکت و سود مورد انتظار ناشی از مشارکت مدنی در طول مدت قرارداد قابل برگشت است.

### الف: قابلیت و صلاحیت فنی طرح

بانک نماینده مشتریان خود می‌باشد و در مقابل آنها مسئول است فلذا مجوز برای سرمایه گذاری در هر طرح و عملیاتی را ندارد و باید قبل از آنکه مبادرت به انعقاد قرارداد بنماید اطمینان حاصل کند که اولاً طرح موضوع مشارکت مدنی قابلیت اجرا شدن را دارد و ثانیاً این طرح سود آور باشد و ثالثاً سود آوری طرح به میزانی باشد که بانک بتواند جوابگوی سرمایه گذاران اصلی طرح که همان سپرده گذاران هستند بشود در صورتی که در هنگام اجرای عقد بانک اطمینان حاصل کند که مشارکت مدنی سود آور نخواهد بود باید مبادرت به فسخ قرارداد مشارکت نماید.

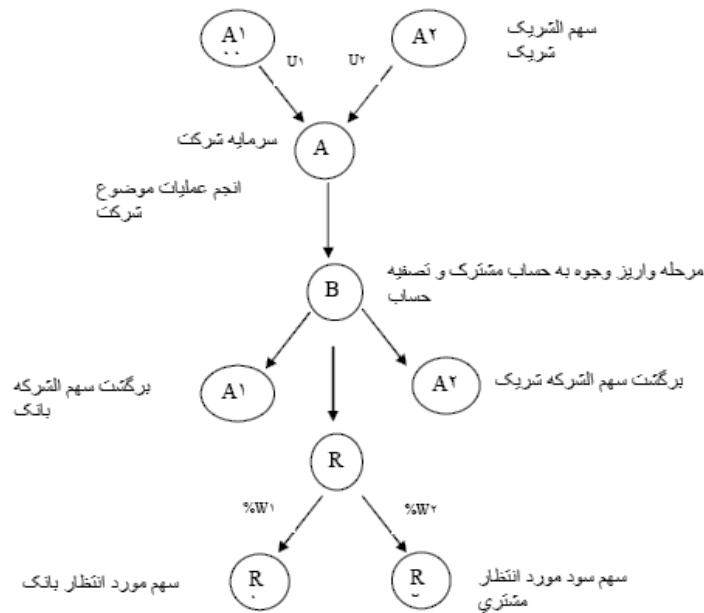
این بررسی‌ها عموماً مربوط است به تعیین مشخصات طرح، وسایل و لوازم اجرای طرح و دانش فنی لازم برای اجرای طرح که باید توسط کارشناسان بانک صورت بگیرد و در صورتی که تمام شرایط فنی طرح مورد تصویب کارشناسان قرار گرفت بانک میتواند مبادرت به سرمایه گذاری

کند. اصول مربوط به بررسی‌های فنی تحت عنوان (مبانی ارزیابی طرح) می‌باشد که به دلیل تخصصی و خارج از بحث بودن از ذکر کردن خودداری می‌کنیم. (جزوه آموزش بانک ملت، ش ۱۳)

### ب: قابلیت و ظرفیت مالی طرح

در قرارداد مشارکت مدنی چون هدف بدست آوردن سود و تقسیم آن بین شرکاست باید طرح موضوع مشارکت سود آور باشد. یعنی برنامه کاری مشتری (طرح موضوع مشارکت) منجر به سود دهی شود و این سو، انتظار هر یک از بانک و شریک را از انجام مشارکت تامین کند.

در قرارداد های مشارکت مدنی چون مقتضای عقد تقسیم سود و زیان به نسبت سرمایه و آورده شرکا است باید برای بدست آوردن نسبت‌های تقسیم سود و زیان، آورده بانک بر کل سرمایه تقسیم شود تا نسبت تقسیم سود مشخص شود. اما در عمل نسبت‌های تقسیم سود از تقسیم سود مورد انتظار بانک بر سود مورد انتظار کل بدست می‌آید.



اگر چه این شیوه محاسبه نسبت‌های تقسیم سود مسلماً بهتر از شیوه برخی از بانک‌ها در تعیین نرخ سود ثابت برای قرارداد مشارکت می‌باشد. اما این شیوه هم دارای نواقصی است یا به عبارت دیگر فاکتورهایی در آن بکار برده شده است که دست بانک را برای تعیین نسبت‌های تعیین سود باز می‌گذارد، بدون آنکه مشتریان متوجه این امر شوند. در این شیوه برخلاف مقررات قانون مدنی که شرکا را به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم شناخته و معیار تعیین نسبت تقسیم سود را فقط براساس میزان سهم شرکت دانسته است، دو معیار دیگر یعنی نرخ سود تسهیلات و سود مورد انتظار در پایان کار نیز جزء مولفه‌های تاثیر گذار در تعیین نسبت تقسیم سود محسوب شده است. بطوری که هر چه نرخ سود تسهیلات کمتر باشد و یا هر چه میزان سود مورد انتظار از سوی کارشناسان بانک بیشتر تعیین شود نسبت تقسیم سود کمتر می‌شود.

### گفتار سوم: وثیقه و ثبت قرارداد مشارکت مدنی

دو ضابطه دیگر برای اجرای قرارداد مشارکت مدنی اخذ وثیقه یا تامین اعتبار و ثبت قرارداد مشارکت مدنی در دفاتر اسناد رسمی است. که هر یک از این ضوابط دارای شرایط و مقررات خاص خود است. در این گفتار طی دو قسمت به بررسی این موضوعات می‌پردازیم.

#### الف: وثیقه در قرارداد مشارکت مدنی

طبق ماده 14 دستور العمل اجرایی مشارکت مدنی بانکها می‌توانند جهت حصول اطمینان از حسن اجرای قرارداد مشارکت مدنی خود از طرف مقابل در قرارداد تامین کافی اخذ نمایند. در عرف بانکداری وثیقه به معنی سپرده یا ترهین یک دارایی قابل قبول به منظور گروگان وام و اعتبار بوده است. با تغییر و تحولات اقتصادی و اجتماعی و عنایت به روح قانون عملیات بانکی بدون ربا، نظام ارزشی حاکم بر اعطای تسهیلات متحول گردیده و امروز وثیقه به مفهوم حصول اطمینان و تامین برای استحکام معامله و حسن ایفای تعهدات و کاهش ریسک ناشی از عدم وصول تسهیلات اعطایی تعبیر می‌شود به همین جهت در مقررات بانکی عمدتاً به جای وثیقه از عبارت تامین کافی نام برده شده است.

اخذ وثیقه به تنهایی نباید، در ایجاد قرارداد مشارکت کافی باشد، زیرا اولاً هدف بانک در قرارداد مشارکت کمک به بنگاه‌های اقتصادی که دارای بنیه مالی قوی نمی‌باشند جهت حمایت از طرح‌های عمرانی، تولیدی و خدماتی است، نه بدست آوردن اصل و سود سرمایه به وسیله تصرف در وثیقه. ثانیاً در بسیاری از موارد اخذ وثیقه نیاز به طی مراحل مختلف قانونی دارد که وقت و هزینه زیادی از بانک را صرف می‌کند و ثالثاً باعث افراطیگری در اخذ وثیقه شده که این امر موجب می‌شود که صاحبان بنگاه‌های کوچک و افرادی که قدرت اقتصادی بالا ندارند نتوانند از این

تسهیلات استفاده نمایند. به همین منظور در قرارداد مشارکت مدنی، سعی می شود اموال موضوع مشارکت به تنهایی و یا در کنار اموال دیگری از شریک به عنوان وثیقه اخذ شود. در قسمت ذیل بند ج ماده 14 قرارداد مشارکت بانک صادرات بیان شده: بانک شش دانگ ملک محل اجرای طرح را عرصتاً و اعیاناً و یا سایر اموال شریک اعم از منقول و غیر منقول را در ازاء مطالبات خود بابت فروش سهم الشرکه به شریک برای هر مدتی که خود مقتضی بداند در رهن خود قرار داده به وکالت از طرف شریک اموال مورد رهن را قبض داده، اقباض نماید. و در ماده 15 بیان شده است که: ضمن عقد خارج لازم بمنظور تضمین حسن انجام تعهدات شریک طبق این قرارداد شش دانگ به اضافه سهم شریک از اعیانی و مستحدثات طرح موضوع مشارکت تحت شرایط زیر در وثیقه بانک قرار گرفت.

#### ب: ثبت قرارداد مشارکت مدنی

بند 2 ماده 47 قانون ثبت، ثبت اسناد صلح نامه، هبه نامه و شرکت نامه را اجباری دانسته است و ماده 48 همین قانون این اسناد را در صورتی که به ثبت نرسیده باشند قابل پذیرش در هیچ یک از ادارات و محاکم ندانسته است. به همین دلیل ماده 15 قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب 1363 معاملات مضاربه، فروش اقساطی اموال منقول و مواد اولیه، سلف، اجاره به شرط تملیک و قرض الحسنه را در حکم اسناد لازم الاجرا دانسته بود. اما بعضی از معاملات دیگر مانند مشارکت مدنی، مزارعه دارای این مزیت نبودند. در سال 1365 و متعاقب آن در سال 1376 ماده 15، اصلاح و 4 تبصره به آن اضافه شد.

بر اساس ماده 15 اصلاحی: کلیه قراردادهایی که در اجرای این قانون مبادله می گردد به موجب قراردادی که بین طرفین منعقد می شود در حکم اسناد رسمی بوده و در صورتی که در مفاد آن طرفین اختلافی نداشته باشند لازم الجرا بوده و تابع مفاد آیین نامه اجرایی اسناد رسمی می باشد. آن دسته از معاملات مربوط به اموال غیر منقول و اموال منقول که طبق قوانین و مقررات موضوعه باید در دفاتر اسناد رسمی انجام شود طبق تشریفات مربوط انجام خواهد شد. با اصلاح این ماده بین حقوقدانان و کارشناسان بانکی و بالتبع بین بانکها اختلاف نظر ایجاد شد. عده ای مستند به صدر ماده و همچنین فلسفه اصلاح ماده که جلوگیری از تحمل هزینه ثبت بر بانکها و تشویق بانکها به انعقاد قرارداد مشارکت بود بیان داشتند که قرارداد مشارکت مدنی خواه در اموال منقول یا غیر منقول در حکم اسناد رسمی بوده و لازم الاجرا می باشد. (ماده ۲۲ قرارداد مشارکت مدنی در امور واردات بانک ملت ایران) عده ای دیگر بیان داشته اند که بر اساس ذیل ماده 15 اصلاحی قانونگذار آن دسته از معاملات مربوط به اموال غیر منقول و منقول که طبق قوانین و مقررات موضوعه باید در دفاتر اسناد رسمی انجام شوند، کماکان تابع تشریفات مربوط دانسته است و



چون به موجب بند 2 ماده 47 قانون ثبت شرکت نامه باید در دفاتر اسناد رسمی ثبت شود، در نتیجه قرارداد مشارکت مدنی باید در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسد. (خاوری، ۱۳۶۹: ۱۴۵؛ درویش، ۱۳۷۳: ۸۱) عده ای نیز بیان داشته‌اند که چون معاملات مشارکت مدنی حوزه وسیعی از فعالیت‌های اقتصادی، عمرانی و انتفاعی را در بر می‌گیرد و می‌توان کلیه نیازهای مشتریان به تسهیلات اعطایی بانک‌ها را با این معاملات مرتفع نمود. لذا بانک‌ها می‌توانند آن معامله را در اموال منقول به صورت قرارداد عادی و در مورد اموال غیر منقول و اموال منقولی که نقل و انتقال آن اموال تابع شرایط خاص ثبتی است در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسانند. (هدایتی، ۱۳۷۱: ۲۳)

در صورتی که قرارداد مشارکت به ثبت نرسیده باشد و ما طبق نظر دوم و سوم ثبت آن را لازم بدانیم در مورد آثار آن اختلاف نظر است. عده‌ای بیان می‌کنند عقد مشارکت با ایجاب و قبول واقع می‌شود و تعهد به تنظیم سند رسمی برای کمال عقد و نفوذ آن در برابر دیگران است و چهره فرعی دارد و عده دیگر که اکثریت را نیز تشکیل می‌دهند بیان می‌دارند که به صراحت ماده 15 اصلاحی مذکور، عقد مشارکت در حکم اسناد رسمی لازم‌الاجرا نیست و در صورتی که در دفاتر اسناد رسمی به ثبت نرسند. اگر اختلافی به وجود آید در هیچ یک از محاکم ادارات پذیرفته نیستند. زیرا وقوع عقد مشارکت، در صورتی که خواست طرفین هم باشد با مانع قانونی روبرو است و نفوذ حقوقی ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۰/۱: ۵۳ به بعد)

### مبحث دوم: اداره قراردادهای مشارکت مدنی

در قرارداد مشارکت چون حق مالکیت شرکا در مال مشاع منتشر شده است هر تصرفی بدون اذن همه شرکا دیگر تجاوز به حقوق دیگران محسوب می‌شود و باعث ضامن شناخته شدن متصرف می‌شود. ماده 581 ق.م.ب بیان می‌دارد که: شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است. از سوی دیگر در ماده 576 ق.م.ب طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرر بین شرکا دانسته شده است. یعنی قانون مدنی با توجه به اینکه شرکت مدنی دارای شخصیت حقوقی نیست اداره اموال مشترک را تابع اراده جمع دانسته است.

### گفتار اول: نحوه اداره

اداره قرارداد مشارکت مدنی تابع توافق طرفین است و ماده 576 ق.م.ب نیز به این امر صحنه می‌گذارد. در قراردادهای مشارکت مدنی براساس ماده 11 دستور العمل اجرایی، اداره امور شرکت مدنی بر عهده بانک و یا شرکا دیگر است و در همین راستا بانک در ضمن انعقاد قرارداد مشارکت مدنی با شریک، مدیریت اجرایی موضوع مشارکت را از هر حیث و هر جهت به شریک واگذار می‌کند (ماده ۷ قرارداد مشارکت مدنی بانک صادرات ایران) و بانک‌ها حسب وظیفه

قانونی خود که در ماده 4 آیین نامه فصل سوم قانون و ماده 12 دستور العمل اجرایی به آن تاکید شده است بر اداره و اجرای قرارداد مشارکت نظارت می‌کنند. اما نکته‌ای که باید مورد بررسی قرار گیرد، درج شرطی در قرارداد مشارکت است که بانک را ذی حق می‌شناسد تا در هر صورت از اذن خود در مدیریت شریک رجوع نماید و خود با داشتن اذن از طرف شریک موضوع قرارداد را انجام دهد. در این مورد به نظر می‌رسد اگر چه سلب حق رای و حق دخالت شریک به طور مطلق مستند به ماده 959 قانون مدنی ممنوع می‌باشد.<sup>۱</sup> ولی چون این سلب حق به صورت محدود و در موارد مشخصی است درج این شرط در قرارداد اشکالی ندارد.

لذا در این اینجا دو حالت مختلف را که مدیر برای اداره شرکت انتخاب نشده باشد یا وضعیتی که مدیر یا مدیرانی از سوی شرکا معرفی شده باشند را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

#### الف: بدون انتخاب مدیر

در قرارداد مشارکت مدنی که بانک‌ها منعقد می‌کنند معمولاً در مورد نحوه اداره شرکت در متن قرارداد شروط لازم را درج می‌کنند. اما گاهی ملاحظه می‌شود به دلیل پایین بودن مبلغ قرارداد و یا به علل دیگری در مورد چگونگی اداره شرکت در شرکت نامه مقرراتی قید نشده است. اگر چه رویه غالب در عقود مشارکت مدنی بر مدیر قراردادن شریک است براساس ماده 576 ق.م. طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرر بین شرکا خواهد بود. به همین دلیل در این موارد که در مورد نحوه اداره کردن شرکت در قرارداد شروطی ذکر نشده است باید طرفین قرارداد با موافقت و اخذ رضایت از تمام شرکا نسبت به اداره کردن شرکت اقدام کنند.

از سوی دیگر با توجه به ماده 11 دستور العمل اجرایی، اداره امور شرکت میتواند برعهده بانک یا شرکای دیگر باشد و حتی در بعضی موارد چند بانک در قرارداد مشارکت با یک یا چند شریک دیگر مبادرت به انعقاد قرارداد می‌نمایند. در این مورد هم اگر در مورد اداره شرکت بین طرفین توافقی حاصل نشده باشد این سوال مطرح می‌شود که آیا با توجه به اینکه اثر قرارداد شرکت مدنی جواز تصرف هر یک از شرکا در مال مشترک است، با انعقاد قرارداد هر یک از طرفین می‌توانند برای اداره شرکت اقدام کنند یا خیر؟

در این مورد بین فقها و حقوقدانان دو نظر غالب وجود دارد. عده‌ای بیان می‌دارند اگر چه اثر عقد اذن در تصرف است، اما اگر در قرارداد در مورد اداره اموال شرطی نشده باشد شرکا حق خرید و فروش و تصرف در مال مشاع را ندارند، یعنی علاوه بر اذن عام که بوسیله عقد مشارکت حاصل

<sup>۱</sup> - ماده ۹۵۹ ق.م. هیچ کس نمی‌تواند به طول کلی حق تمتع و یا حق اجرا تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.

شده است باید اذن خاص نیز از هر یک از شرکا وجود داشته باشد، زیرا منشاء عقد مشارکت تعهد و التزام به لوازم مشارکت مدنی از جمله معامله کردن در زمان و مکان معین با شرایط معین است و اگر در قرارداد مدیر مشخص نشود برای انجام معامله و اداره کردن شرکت نیاز به اذن جدیدی است. حضرت امام در تحریر الوسیله بیان می‌دارند که: «لایقتضی عقد الشرکه و لا اطلاقه جواز تصرف کل من الشریکین فی مال الاخر الا اذا دلت قرینه حالیه او مقالیه علیه ... و مع عدم الدلاله لابد من اذن صاحب المال و یتبع فی الاطلاق و التقیید.» (امام خمینی، ۱/۱۳۶۸: ۵۸۶؛ خوانساری، ۳/۱۴۰۵: ۴۵۷؛ نجفی، ۲۹/۱۳۹۴: ۴۰۴؛ امامی، ۲/۱۳۷۹: ۱۳۷)

عده دیگر از فقها و حقوقدانان بیان نموده‌اند که اطلاق عقد دلالت بر جواز تصرف همه شرکا دارد و اذن خاصی در اینجا لازم نیست و با انعقاد عقد هر یک از شرکا ماذون در اداره مال مشترک می‌باشند و به نمایندگی از طرف دیگران می‌توانند به وسیله کسب معامله در مال الشرکه تصرف نمایند. (نجفی، ۲۹/۱۳۹۴: ۴۰۵؛ امامی، ۲/۱۳۷۹: ۱۳۷؛ شهیدی، ۱۳۸۵: ۹۵؛ صفایی، ۱/۱۳۷۵: ۹۶)

#### ب: با انتخاب مدیر

در قراردادهای مشارکت مدنی اجرای قرارداد و اداره آن ممکن است بر عهده یکی از شرکا یا شخص ثالثی باشد شخص که به عنوان مدیر انتخاب می‌شود از لحاظ سمتی که در اداره مال مشترک می‌یابد در حکم وکیل سایر شرکا است. در قرارداد های مشارکت مدنی با توجه به ماده 11 دستور العمل اجرایی شخص ثالث نمی‌تواند از سوی طرفین به عنوان مدیر انتخاب شود و رویه بر این است که شریک با اختیارات کامل در محدوده‌ای که در قرارداد مشخص شده است به عنوان مدیریت اجرایی قرار داد مشخص شود، زیرا بانک فرصت کافی و نیروی لازم را برای اداره قرارداد های مشارکت مدنی ندارد.

مطلب بسیار مهمی که از دید بسیاری از کارشناسان امور بانکی و حتی حقوقدانان پنهان مانده است در مورد رجوع از اذن است. همانطور که بیان کردیم در بین فقها و حقوقدانان عده‌ای قائل به این نظرند که اثر عقد جواز تصرف هر یک از شرکا در اموال موضوع مشارکت است و در نتیجه پس از انعقاد قرارداد نیازی به اذن جدید برای مدیریت شرکت نیست و هر یک از شرکا می‌توانند در مال الشرکه تصرف نمایند. اگر قائل به این نظر باشیم. در صورتی که شرکا برای اداره شرکت مدیرانی را انتخاب نموده باشند این بدان معناست که از حق خود به طور موقت صرف نظر نموده‌اند، ولی اگر این مدیران را عزل نمایند و مدیران از شریکان قرارداد مشارکت باشند عزل تأثیری نخواهد داشت زیرا با عزل آنها تمام شریکان از جمله مدیران اذن اولی که در اثر عقد

ایجاد شده است را دارند و همه شرکا میتوانند در مال الشرکه تصرف کنند و هیچ یک از شرکا نمی‌توانند این حق را از دیگران بگیرد چون اثر عقد اذن در تصرف بوده است مگر آنکه شرکا عقد مشارکت مدنی را فسخ کنند. در نتیجه ملاحظه می‌شود اگر در قرارداد مشارکت این نظر پذیرفته شود بانک و شریک می‌توانند تا زمانی که قرارداد پا برجاست به تصرفات خود ادامه دهند و هیچ یک نمی‌تواند مانع دیگری شود.

اما اگر نظر دوم که قانون مدنی نیز آن را پذیرفته است بپذیریم تا زمانی که در ضمن عقد اذن در اداره شرکت داده نشده است، شرکا نمی‌توانند در شرکت تصرف کنند ولی می‌توانند از اذن خود رجوع کنند (م 578 ق.م.) به همین دلیل معمولاً بانک ضمن عقد لازم اذن در اداره شرکت را به شریک نمی‌دهد، زیرا اگر شریک در امر اداره اموال مرتکب تخلفی شد و یا از حدود و شرایط قرارداد مشارکت عدول نمود. بانک از اذن خود رجوع نماید و خود اداره شرکت را بر عهده بگیرد و این خود نوعی ضمانت اجرای نظارت بانک محسوب می‌شود، لیکن در صورتی که شرکا متعدد باشند، سایر شرکا غیر از بانک ضمن عقد لازم اذن اداره را به یکی از شرکا می‌دهند. (خاوری، ۱۳۶۹: ۱۵۳)

#### گفتار دوم: مسئولیت مدیر

مدیر شرکت طبق ماده 577 قانون مدنی هر عملی را که لازمه اداره کردن شرکت است می‌تواند انجام دهد و مسئول خساراتی که از اعمال وی حاصل خواهد شد نخواهد بود، مگر آنکه تعدی یا تفریط نموده باشد. اگر مدیر شرکت در اموری که داخل در اذن وی نیست در مال الشرکه تصرف نماید ضامن است. ماده 582 قانون مدنی می‌گوید: شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است. بنابراین پس از تعیین حدود اجازه و اختیارات شریک در قرارداد مشارکت اگر شریک خارج از حدود اذن اقداماتی را انجام دهد ضامن هر گونه خسارت یا زیانی که از ناحیه عمل وی حاصل شده است خواهد بود و در مقابل اشخاصی که با آنها خارج از اختیارات خود معامله نموده است مسئول بوده و طلبکاران حاصل از این اقدامات فقط حق رجوع به وی را دارند... (م 580 قانون مدنی)

در قرارداد مشارکت مدنی اصل بر عدم تعدی یا تفریط مدیر است و بانک برای مطالبه خسارت باید تعدی و یا تفریط شریک را ثابت کند، اما در عمل بانک‌ها با درج شروطی در قرارداد، شریک را متعهد دانسته تا در نگهداری و حفاظت اموال مشارکت اقدامات و احتیاطات لازم را به عمل آورده و چنانچه به علت عدم ایفای تعهدات شریک و یا به هر دلیل دیگر خسارتی متوجه سرمایه و یا اموال مشارکت گردد، شریک مسئول و مکلف به جبران خسارت باشد. تشخیص بانک نسبت

به قصور، تقصیر، تعدی و تفریط شریک در ایفای تعهدات فوق و نسبت به میزان خسارت وارده قطعی است.

«همچنین شریک ماذون در اداره اموال شرکت، در قراردادهای مشارکت مدنی با بانک‌ها، متعهد میگردد که چنانچه در سهم الشرکه بانک نقصانی حاصل شود آن را از اموال خود بلا عوض جبران نماید.» (هدایتی، ۱۳۷۱: ۲۱) یعنی بانک‌ها زیان بر اصل سرمایه و همچنین حداقل سودی را که از سوی بانک مرکزی مشخص می‌شود را نمی‌پذیرند و بر اساس قرارداد، شریک مجبور است که متعهد شود سهم زیان متعلق به بانک را از اموال خود مجاناً جبران کند. البته درج چنین شروطی تمسک به حیل شرعی است که همانطور که قبلاً بیان نمودیم خالی از وجه و فاقد مبنای حقوقی است و با مقتضای عقد مشارکت مخالف می‌باشد که همین امر باعث باطل بودن قرارداد مشارکت می‌شود.

#### مبحث سوم: نظارت بر قرارداد های مشارکت

امروزه دو نوع نظارت مورد توجه قرار گرفته است. نظارت گذشته نگر و نظارت آینده نگر، در نظارت گذشته نگر پس از وقوع حادثه یا عملکرد، مدیر در جریان عملیات قرار می‌گیرد و در نظارت آینده نگر موانع و مشکلات قبل از وقوع پیش بینی شده و انجام اصلاحات ممکن خواهد بود. یعنی همزمان با اجرای عملیات، پیش بینی عملیات و هدف ملحوظ نظر مدیر است. بر خلاف نظارت گذشته نگر که صرفاً پس از اتمام عملیات، عملکرد مورد نظارت قرار می‌گیرد. (مداح، ۱۳۸۶: ۲۴)

در نظام بانکی کشورمان نیز با توجه به خطیر بودن فعالیت های بانکی نظارت بر این فعالیت ها بسیار مهم و حساس بوده و در قوانین متعدد بانکی ما شاهد اعمال نظارت های گذشته نگر و آینده نگر در سطوح مختلفی هستیم.

#### گفتار اول: نظارت بر مصرف سرمایه

امروزه نظام بانکی نقش مهمی را در کنترل فعالیت های اقتصادی و حرکت کشور ها به سوی پیشرفت اقتصادی و اجتماعی ایفاء می‌کند، بانک‌ها به منظور تنظیم صحیح گردش پول و ایجاد یک نظم پولی صحیح، با توجه به برنامه های دولت، مبادرت به اعطای تسهیلات به اشخاص و موسسات می‌نمایند. در اعطای تسهیلات به صورت مشارکت نیز بانک‌ها به این نکات توجه دارند و سعی می‌کنند علاوه بر اینکه اعطای تسهیلات در قالب یکی از بخش های تعیین شده

برای مشارکت باشد به سیاست‌های اقتصادی کشور نیز توجه لازم را بنمایند. به همین دلیل مهمترین بخش از نظارت‌های بانک، نظارت بر مصرف سرمایه می‌باشد و برای رسیدن به همین هدف بانک از نظارت‌های گذشته نگر و آینده نگر در این مورد استفاده می‌کند. برای مثال در تبصره ماده 13 دستور العمل اجرایی آمده: عملیات بانکی ناشی از معاملات موضوع مشارکت مدنی باید در بانک طرف قرارداد متمرکز شود یا در قرارداد مشارکت، بانک شریک را متعهد می‌کند که تمام سرمایه مشارکت را منحصراً در امر موضوع قرارداد مورد استفاده قرار دهد. همچنین ممکن است طرفین قرارداد یک یا چند نفر بازرس یا حسابرس را مشخص کنند که در حین فعالیت شرکت به امور شرکت رسیدگی کنند.

علاوه بر شیوه‌های نظارت آینده نگر ذکر شده، برای نظارت بر نحوه مصرف سرمایه از نظارت گذشته نگر نیز استفاده می‌شود. مثلاً در قرارداد شرط می‌شود که شریک موظف است دفاتر و اسناد و اوراق مشارکت را در اختیار بانک قرار دهد و هر گونه تسهیلات لازم را برای اعمال نظارت بانک را به وجود آورد یا ضمن قرارداد شریک متعهد شود تا در پایان عملیات یا دوره زمانی مشخص صورت وضعیت شرکت و عملیات‌های انجام شده را به همراه فاکتور ها و سایر اسناد به بانک تحویل دهد.

### گفتار دوم: نظارت بر برگشت سرمایه

در قراردادهای مشارکت مدنی، مدیریت شرکت بر عهده شریک گذاشته می‌شود و بانک بیشتر به نظارت بر شرکت می‌پردازد و با توجه به اینکه بانک خود را نماینده سپرده‌گذاران در اعطای تسهیلات به فعالان اقتصادی و کسب سود از این طریق می‌داند، نظارت بر بازگشت سرمایه بسیار مهم و حیاتی است و باید به چگونگی انجام تعهدات از سوی شریک و برگشت به موقع منابع اعطایی توجه لازم مبذول شود و در صورت مشاهده هرگونه انحراف و یا ایجاد وقفه در روند انجام عملیات مشارکت، نسبت به اصلاح و رفع انحراف و موانع ایجاد شده اقدام نمود.

بانک برای نظارت بر بازگشت سرمایه خود که در طرح موضوع مشارکت سرمایه گذاری نموده است از شیوه‌های مختلفی استفاده می‌نماید که بعضی از مهمترین و کارآمدترین شیوه‌ها در آیین نامه و دستور العمل قانون عملیات بانکی بدن ربا به آنها اشاره شده است که مهمترین این شیوه‌ها اخذ وثیقه از شریک و تعهد شریک به بیمه نمودن اموال مشارکت است. بر اساس ماده 6 آیین نامه فصل سوم قانون و همچنین ماده 14 دستور العمل اجرایی، بانک‌ها جهت اعطای تسهیلات و به منظور اطمینان از اجرای قرارداد مشارکت مدنی از شریک می‌توانند تامین کافی اخذ نمایند. معمولاً شریک در ضمن قرارداد مشارکت متعهد می‌شود به منظور حسن اجرای قرارداد و دادن

اطمینان به بانک در مورد بازگشت سرمایه اموال غیر منقول یا منقولی را به عنوان وثیقه طرح موضوع مشارکت در وثیقه بانک قرار دهد و در صورتی که مال مورد وثیقه مال غیر منقول باشد شریک متعهد می‌شود که تا پایان مشارکت حق انتقال یا واگذاری را نداشته و از اقداماتی که باعث کاهش ارزش مورد وثیقه است جلوگیری به عمل آورد. (ماده ۱۵ قرارداد مشارکت مدنی بانک صادرات) همچنین بر اساس ماده ۷ آیین نامه فصل سوم قانون و ماده ۱۵ دستور العمل اجرایی بانک ها عند الزوم ترتیبی اتخاذ خواهند نمود تا اموال مشارکت مدنی در طول مدت قرارداد بیمه شود که عملاً بانک در قرارداد مشارکت این وظیفه را بر عهده مشتری می‌گذارد و مشتری مکلف می‌شود طرح مورد مشارکت را به هزینه خود در مقابل خطراتی که از طرف بانک تعیین می‌شود نزد بیمه گر مورد قبول بانک به نام و به نفع بانک برای مدت و مبلغی که بانک تعیین میکند بیمه نماید و بیمه نامه را به بانک تسلیم نماید. در صورت انقضای مدت بیمه چنانچه دیون و تعهدات موضوع قرارداد باقی باشد شریک متعهد است نسبت به تجدید بیمه و تسلیم مدارک مربوط به بانک اقدام نماید. (ماده ۱۵ قرارداد مشارکت مدنی بانک صادرات)

## نتیجه‌گیری

مشارکت مدنی عبارت از در آمیختن سهم الشرکه نقدی یا غیر نقدی متعلق به اشخاص حقیقی و یا حقوقی به نحو مشاع به منظور انتفاع بر اساس میزان سهم الشرکه هر یک از شرکا می‌باشد. در قانون مدنی نیز تعریفی از شرکت بیان شده است که تعریف شرکت مدنی نیست بلکه تعریف ارائه شده تعریف شرکت به معنی اعم آن می‌باشد. همچنین در مورد ماهیت حقوقی مشارکت مدنی بین فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد ولی طبق نظر اکثریت عقد مشارکت مدنی از عقود معین است که اثر آن اذن در تصرف است.

برای اجرای قرارداد وجود ضوابط اجرایی در هنگام تشکیل و اجرای قرارداد لازم است. مهم‌ترین این ضوابط وجود صلاحیت‌های مالی و اخلاقی شریک، قابلیت فنی و مالی داشتن طرح و اخذ وثیقه و ثبت قرارداد مشارکت است. اهمیت وجود این ضوابط به حدی است که در صورتی که در زمان اجرای قرارداد هم یکی از این ضوابط از بین برود و یا محرز گردد که از ابتدا وجود نداشته است، بانک در صورتی که احتمال دهد ادامه مشارکت برای وی زیان‌بار است می‌تواند قرارداد را فسخ نماید. امروزه به منظور کمک به بنگاه‌های کوچک اقتصادی بانک‌ها سعی می‌کنند که طرح موضوع مشارکت را به عنوان وثیقه طرح قبول کنند و قرارداد مشارکت را در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسانند؛ زیرا هنوز هم بسیاری قائل به این نظرنند که قراردادهای مشارکت بانکی، در حکم اسناد لازم‌الاجرا محسوب نمی‌شوند.

نحوه اداره کردن قرارداد مشارکت طبق قانون مدنی بر عهده شرکا است و در عمل بانک این وظیفه را بر عهده مشتری می‌گذارد و خود نقش ناظر را بازی می‌کند. اداره شرکت یا با انتخاب مدیر یا بدون انتخاب مدیر و به صورت گروهی انجام می‌گیرد. در قراردادهای بانکی نظارت در سه سطح صورت می‌گیرد که یکی از این سطوح، نظارت عملیاتی است که از سوی بانک صورت می‌گیرد و هدف از این نظارت، مصرف صحیح و بازگشت به موقع سرمایه است که این نظارت به دو شیوه گذشته‌نگر و آینده‌نگر است.

## منابع

امام خمینی، (۱۳۶۸) تحریر الوسیله، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱.

امامی، حسن، (۱۳۷۹) حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، ج ۱، چ بیست و یکم

بانک ملت، (۱۳۶۳) مشارکت حقوقی و سرمایه‌گذاری مستقیم، جزوه آموزش قراردادهای مشارکت مدنی، بانک ملت



- خاوری، محمد رضا، (۱۳۶۹) حقوق بانکی، انتشارات مرکز آموزش بانکی، پ اول
- خوانساری، محمد، (۱۴۰۵) جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، انتشارات اسماعیلیان، ج ۳،  
چ دوم
- درویش، ابراهیم، (۱۳۷۳) جایگاه عقد مشارکت مدنی در میان سایر عقود اسلامی، فصلنامه بانک،  
شماره ۱۳ و ۱۴
- شهید اول، (۱۳۸۴) لمعه الدمشقیه، انتشارات دار الفکر، ج ۱، چ بیست و پنجم
- شهید ثانی، (۱۴۱۰) روضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیة، انتشارات داوری، چ اول
- صدقی، (۱۳۴۹) عباس، اصول بانکداری، انتشارات دانشگاه تهران، چ اول
- صفایی، سید حسین، (۱۳۷۵) مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، انتشارات میزان، چ  
اول،
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰) عقود معین، انتشارات بهمن برنا، ج ۱، چ هشتم
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲) عقود معین، انتشارات گنج دانش، ج ۲، چ ششم
- مداح، محمد، (۱۳۸۶) مبانی مدیریت قضایی پرونده‌های کیفری، جزوه درسی، انتشارات آموزش  
و خدمت قضات
- نجفی، محمد حسن، (۱۳۹۴) جواهر الکلام، انتشارات دار الکتاب الاسلامیه، ج ۲۹، چ ششم
- هدایتی، رضا، (۱۳۷۲). مروری بر اجرای بانکداری اسلامی ۲، نشریه داخلی بانک ملی ایران،  
شماره ۲۶
- هدایتی، رضا، (۱۳۷۱) مروری بر اجرای بانکداری اسلامی ۱، نشریه داخلی بانک ملی ایران،  
شماره ۲۵
- هدایتی، رضا، (۱۳۷۹). تبیین معاملات مبتنی بر قانون عملیات بانکی بدون ربا از دیدگاه حقوقی،  
نشریه بانک ملی، شماره ۵۸