فصلنامه علمی اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره چهل و نهم، زمستان ۱۴۰۳- صفحات ۳۵۹-۳۳۷

چالش‌های فقهی و اجرایی قرارداد مشارکت مدنی در نظام بانکداری ایران و راهکار اصلاح آن

نوع مقاله: پژوهشی

محمد زارعی محمودآبادی[۱]
مهدی رعایائی[۲]

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۲/۲۱

چکیده

تلاش برای طراحی و اجرای بانکداری بدون ربا در ایران از طریق قانون عملیات بانکداری بدون ربا انجام شد. یکی از راه‌های مقابله با ربا در این قانون طراحی قراردادهای مشارکت بوده که شامل مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مضاربه، مزارعه و مساقات می‌باشد. هر یک از این قراردادها به لحاظ فقهی دارای چالش-های خاصی می‌باشد که لازم است مورد توجه قرار گیرد. هدف اصلی این تحقیق بررسی فقهی قرارداد مشارکت مدنی و تحلیل چالش‌های فقهی آن با روش اجتهادی است. همچنین برخی از مهم‌ترین چالش‌های اجرایی در نظام بانکداری کشور نیز مورد بررسی قرار گرفته است. نتایج تحقیق حاکی از آن است که مهمترین و اساسی‌ترین چالش فقهی این قرارداد تبدیل ماهیت فقهی عقد شرکت از مشارکتی به مبادله‌ای است. در نقد مفاد قرارداد، ۱۳ اشکال فقهی مطرح شده که مهمترین آن‌ها مدیریت تبرعی مشتری بر اموال شرکت، تعهد به جبران خسارت، الزام به خرید شرکت توسط مشتری، مسئولیت جبران ضرر ناشی از اقدام قضائی، ارتهان قبل از ثبوت دین، ضامن کردن امین و تعهد به پرداخت هزینه‌های احتمالی است. مهترین چالش‌های اجرایی هم عبارت‌اند از ریسک انتخاب بد، مشکلات نظارتی، تقویم و ارزش‌گذاری سرمایه‌های غیرنقدی و تغییر شرایط اقتصادی و ریسک بازار. در این راستا برای حل مشکلات مذکور و استفاده بهینه از ظرفیت عقد مشارکت پیشنهاد گردید که ضمن اصلاح مجاری ورود پول به بانک از طریق اصلاح قراردادها و آموزش و توجیه کارکنان و مدیران و مردم، مجاری ورود پول به نظام بانکی نیز تفکیک گردد. این امر باعث افزایش تخصص بانک‌ها در حوزه‌های خاص شده و کیفیت کار آن‌ها را افزایش خواهد داد.

---

۱ طلبه سطح ۴ حوزه علمیه قم و دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه امام صادق ع، تهران
mohammadzarei313@chmail.com
۲ طلبه سطح ۳ حوزه علمیه قم و دانشجوی دکتری علوم اقتصادی، گرایش اقتصاد اسلامی، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم (نویسنده مسئول) roayaei@rihu.ac.ir

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

واژگان کلیدی: عقد شرکت، مشارکت مدنی، بانکداری بدون ربا، چالش‌های فقهی، چالش‌های اجرایی، راهکارها

طبقه بندی JEL: G21, Z12, E43

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

مقدمه

بانک‌ها امروزه به عنوان یکی از مهمترین نهادهای موثر در مسائل اقتصادی در جوامع عمل می‌کنند و کمتر کسی را می‌توان یافت که در امور اقتصادی خود، با این نهاد ارتباط نداشته باشد. اما از آنجا که بانک در فرهنگ غربی شکل گرفت و در آن توسعه‌یافته‌است، بسیاری از قوانین و کارکردهای آن با فرهنگ اسلامی ناسازگار است؛ ازجمله اینکه اساس آن بر مبنای رباست. به صورت کلی دو نوع برخورد در مورد بانک بین صاحب‌نظران وجود دارد: الف) بانک‌ها از زندگی مردم حذف و نظامی متناسب با فرهنگ اسلامی طراحی و جایگزین بانک شود. ب) بانک‌ها و فعالیت‌های آنها به قوانین اسلام عرضه و متناسب با قوانین اسلامی اصلاح شود.

تلاش برای طراحی و اجرای بانکداری بدون ربا در ایران از طریق قانون عملیات بانکداری بدون ربا انجام شد. براساس این قانون، نظام بانکداری ایران از دو بخش بانک مرکزی و بانک‌های تجاری تشکیل شده که در بانک‌های تجاری عملیات بانک‌ها تحت عناوین تجهیز منابع، تخصیص منابع، خدمات بانکی، خریدوفروش اوراق بهادار، خریدوفروش سکه و ارز و سرمایه‌گذاری مستقیم انجام می‌شود. در قسمت تخصیص منابع پولی از چهار روش استفاده می‌شود: قرض‌الحسنه، قراردادهای مبادله‌ای، قراردادهای مشارکتی و سرمایه‌گذاری مستقیم. البته امروزه این ساختار با توسعه صنعت بانکداری و ورود بانک‌های خصوصی، تخصصی و قرض‌الحسنه، موسسات مالی و اعتباری و همچنین ورود بانک‌ها به عرصه تامین مالی خارجی، دستخوش تغییرات و تحولات جدی شده است.

در حیطه عقد مشارکت موجود در این ساختار باید گفت که آنچه در حال حاضر تحت عنوان قرارداد مشارکت در بانک‌های جمهوری اسلامی ایران در حال اجرا می‌باشد، با چالش‌های متعدد فقهی و اجرائی روبرو است. براساس آنچه محققان عرصه بانک مطرح کرده‌اند، بانک‌ها برای مقابله با ریسک‌های مختلفی که با آن مواجه هستند، شرایط و قیودی در ضمن قرارداد شرکت قرار داده‌اند که آنرا با اشکالات جدی فقهی مواجه کرده است.

پژوهش حاضر از حیث هدف، کاربردی و از حیث منبع تحقیق، کتابخانه‌ای و از حیث روش، تحلیلی فقهی می‌باشد. در این روش، با بهره‌گیری از متون فقهی و نظرات فقها، مسائل مورد تحلیل قرار می‌گیرد. در این مقاله ضمن تبیین ساختار فقهی و اجرائی بانکداری در ایران، وضعیت عقد مشارکت در بانکداری ایران مورد بررسی قرار گرفته و بعد به بررسی چالش‌های فقهی و اجرایی قرارداد مشارکت مدنی پرداخته و انتقادات به ساختار کلی و مواد آن تبیین شده است. همچنین در پایان هر اشکال، راهکار اصلاحی به‌صورت مختصر بیان گردیده است. در نهایت ضمن جمع‌بندی، راه‌حل‌هائی برای رهائی از مشکلات فقهی و اجرائی موجود ارائه می‌شود.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

پیشینه تحقیق

دهقان منشادی (۱۴۰۱) به بررسی چالش‌های استفاده از عقود مشارکتی در سیستم بانکی و ارائه راهکارهای مورد نیاز برای اصلاح آنها در ایران، پرداخته است. طبق نتایج این پژوهش مهم‌ترین راهبردهای حل چالش‌های موجود در اجرای عقود مشارکتی عبارت‌اند از: کاهش ریسک پرداخت تسهیلات، توسعه بانکداری سرمایه‌گذاری، استفاده از کارشناسان دادگستری، بروزرسانی قانون عملیات بانکداری بدون ربا، ارتقاء نظام آموزش کارکنان و...

عطار شهرکی و همکاران (۱۴۰۰) به بررسی شروط تحمیلی در قرارداد مشارکت مدنی و ضمن شناسایی مفهوم و مصادیق این شروط در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی، به تحلیل فقهی حقوقی آن‌ها پرداخته‌اند.

حسینی (۱۴۰۰) معتقد است که هرچند عقود مشارکتی در مقام تئوری، چون براساس مبانی فقهی شکل گرفته، کمتر دچار مشکل هستند، اما آن‌چه به‌عنوان یک معضل در سیستم بانکداری ایران می‌توان از آن نام برد، نحوه اجرایی کردن قوانین در بانکداری بدون ربا است. وی مهم‌ترین مشکل را عدم تطابق ماهیت بانک با عقد مشارکت مدنی در سطح خرد و کلان می‌داند.

بابامحمدی (۱۳۹۹) با بیان اینکه عملکرد بانک‌ها منجر به همگرایی و مشابهت نظام بانکداری بدون ربا با بانکداری ربوی گردیده است، به مشکلات نظام بانکی برای استفاده از عقود مشارکتی می‌پردازد که عبارت‌اند از: ریسک بالای فضای کسب‌وکار، فشارهای سهامداران به بانک جهت سودآوری بیشتر، مشکلات نظارتی، سهیم نشدن بانک‌ها در ضررهای احتمالی و...

مصباحی‌مقدم و نعمتی (۱۳۹۷) دو مورد از مواد قرارداد مشارکت مدنی را مورد بررسی قرار داده‌اند. بر این اساس مشخص گردید که شبهه ربوی بودن در مورد شرط تضمین سود صدق می‌کند. ایشان همچنین در مورد شروط تحمیلی مندرج در متن قرارداد معتقدند که می‌توان آن‌ها را به اختیار بانک و مشتری تعدیل کرد.

مکیان و همکاران (۱۳۹۶) به بررسی چالش‌های اجرایی فراروی محاسبه و پرداخت سود قطعی عقد مشارکت پرداخته‌اند و سه عامل تأخیر در وصول مطالبات معوق طرح‌های مشارکتی، عدم پایبندی مشتریان به تعهدات خود در اعلام میزان سود و زیان و دستوری بودن نرخ سود بانک را مهم‌ترین موانع اجرایی محاسبه سود عقد مشارکت می‌دانند.

قلیچ (۱۳۹۵) به بررسی میزان انطباق قرارداد مدنی با موازین شرعی پرداخته است. بنابر یافته‌های تحقیق مفاد آن از حیث انطباق با شریعت با ضعف‌هایی روبرو است. راه‌حل وی برای حل این مشکل اصلاح مفاد قرارداد، اختصاص این عقد به بانک‌های تخصصی و سرمایه‌گذاری، تاسیس نهاد نظارت شرعی برون‌بانکی، تقویت ابعاد نظارت درون‌بانکی و... است.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

نظرپور و ملاکریمی (۱۳۹۲) به بررسی میزان تطابق قرارداد مشارکت مدنی تنظیمی بانک مرکزی با قواعد معاملات پرداخته‌اند. آنها مخالفت با مقتضای عقد، اکل مال به باطل و ربوی بودن شرط تضمین سود را از جمله اشکال‌های قرارداد مشارکت مدنی می‌دانند.

اکبرزاده (۱۳۹۲) با مقایسه عقود مشارکتی و مبادله‌ای مشکلات و انحرافات به‌کارگیری آنها در بانکداری اسلامی ایران را بررسی کرده است.

طالبی و کیائی (۱۳۹۱) این فرضیه را بررسی می‌نمایند که بانک به عنوان یک ظرف توان گنجایش عقود مشارکتی به عنوان مظروف را ندارد و الزام به این امر هم بانک‌ها را در اجرای وظایف ذاتی خود با مشکل مواجه می‌سازد و هم موجبات اجرای ناقص این عقود را فراهم می‌کند.

الماسی و همکاران (۱۳۹۱) پس از تعریف عقد شرکت در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه، به بیان انواع مشارکت‌های مدنی در نظام بانکی ایران و ذکر مؤلفه‌های اصلی اسلامی شدن نظام بانکی پرداخته‌اند.

همانگونه که مشاهده می‌شود هرچند برخی مقالات به بررسی فقهی قرارداد مشارکت مدنی در نظام بانکداری بدون ربای کشور پرداخته‌اند، اما در هیچ یک از آنها، بررسی جامعی نسبت به چالش‌های فقهی و اجرایی صورت نگرفته است. مزیت منحصر بفرد پژوهش حاضر این است که ضمن بررسی کلی قرارداد شرکت، همه مفاد قرارداد مشارکت مدنی را مورد نقد و بررسی فقهی قرار می‌دهد.

وضعیت جاری عقد مشارکت در بانک‌های ایران

در میان قراردادهای مشارکتی در بخش تخصیص منابع، دو عقد مشارکت مدنی و مشارکت حقوقی وجود دارد. آنچه در حال حاضر تحت عنوان قرارداد مشارکت در بانک‌های جمهوری اسلامی ایران در حال اجرا می‌باشد، مشارکت مدنی است. طبق مفاد این قرارداد در قوانین بانکداری، اشخاص حقیقی یا حقوقی که بخواهند برای تأسیس و یا توسعه فعالیت‌های تولیدی، بازرگانی و یا خدماتی خود با بانک مشارکت مدنی کنند، باید علاوه‌بر اطلاعات هویتی اطلاعاتی مانند موضوع مشارکت، میزان سرمایه مورد نیاز، حداکثر مدت مشارکت، سهم سود پیشنهادی متقاضی و... را در اختیار بانک بگذارند. بانک با بررسی اطلاعات مذکور و تعیین میزان کل سرمایه مورد نیاز مشارکت مدنی، سهم بانک و شریک و... با رعایت کلیه ضوابط تعیین‌شده در صورت وجود توجیه کافی اقتصادی اقدام به انعقاد قرارداد می‌نماید و یک حساب مشترک بین بانک و مشتری با عنوان مشارکت مدنی افتتاح می‌شود. مشتری موظف می‌شود بخشی از سرمایه را بسته به نظر بانک‌ها تامین کند و بانک نیز بقیه سرمایه مورد نیاز برای طرح را یکجا یا متناسب با پیشرفت طرح به حساب مشترک واریز

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

می‌کند. بانک‌ها براساس دستورالعمل بانک مرکزی برای ارائه تسهیلات مشارکتی، یک نرخ سود سالانه در نظر می‌گیرند و در پایان کار نیز در ۹۹ درصد موارد تسویه‌حساب با بانک براساس همین نرخ سود سالیانه انجام می‌شود.

اگر مشارکت قرار باشد به همین صورت میان بانک و مشتری واقع شود، بانک با ریسک‌هایی مانند بیشتر شدن هزینه‌های طرح از پیش‌بینی، فسخ قرارداد، تعویق زمان بهره‌برداری، بلایای طبیعی و حوادث قهری و... مواجه می‌شوند که پذیرش آن برای نهاد کم‌ریسک بانک سخت است. از اینرو بانک به منظور پوشش ریسک‌های خود، شروطی را در قرارداد در نظر می‌گیرد که طی آن مشتری متعهد می‌شود:

۱. کلیه هزینه‌های مازاد برمبلغ قرارداد را از اموال خود پرداخت کند و سهم بانک از هزینه‌های احتمالی را در ازای مبلغ کمی به بانک صلح نماید (پوشش ریسک هزینه اضافی).
۲. همه تعهدات قرارداد را بپذیرد و حق فسخ را از خود سلب کند (پوشش ریسک نکول).
۳. در صورتی که تسویه در زمان سررسید به هردلیلی عملی نشد، باید مال‌الاجاره دوران تصرف را به میزان ۳۶ درصد از سهم‌الشرکه بانک برای هر سال به بانک بپردازد (پوشش ریسک تاخیر).
۴. اگر زیانی متوجه سرمایه بانک شود حتی به علت حوادث قهری، زیان وارده به اموال بانک را به میزانی که بانک مشخص می‌کند از اموال خود مجاناً به بانک تملیک کند (پوشش ریسک حوادث).
۵. در صورت تمایل بانک برای فروش سهم‌الشرکه خود در پایان قرارداد، شریک ضمن عقد صلح تعهد می‌کند این سهم را به قیمت تمام شده به اضافه سود متعلقه به مشارکت مدنی که درصد معینی در سال است خریداری کند (پوشش ریسک سودآوری و قفل شدن منابع).
۶. اگر قیمت سهم بانک از قیمت تمام شده کمتر بود، آنرا به مبلغ فوق بخرد و مابه‌التفاوت را از اموال خود مجاناً پرداخت کند (طالبی و کیانی، ۱۳۹۱، صص۳۷ - ۵۵).

چالش‌های فقهی قرارداد مشارکت در بانک‌های ایران

تا قبل از سال ۱۳۹۲ قراردادهائی که توسط بانک‌ها برای پرداخت تسهیلات در قالب عقد مشارکت استفاده می‌شد، یکسان نبود. با توجه به وجود این اختلافات در قراردادهای مشارکت در بانک‌ها و در راستای اجرای تبصره ذیل ماده ۲۳ قانون بهبود محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۶ در

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

مجلس شورای اسلامی، بانک مرکزی اقدام به یکنواخت سازی فرم عقود تسهیلات بانکی نمود و متن یکنواخت شده مصوب در جلسه ۱۳۹۲/۶/۲۶ در شورای پول و اعتبار در تاریخ ۱۳۹۲/۷/۱۱ به تمام بانک‌ها ابلاغ شد و همه بانک‌های دولتی و غیردولتی (به استثنای بانک‌های قرض‌الحسنه رسالت و مهر ایران) مکلف شدند برای ارائه تسهیلات در قالب عقد شرکت از قرارداد ابلاغی استفاده کنند. این قرارداد در ۲۸ ماده تنظیم شده است. نکته قابل توجه اینکه همین متن یکسان شده ابلاغی نیز دارای اشکالات و چالش‌های فقهی زیادی است. جدای از اینکه در اجرای آن نیز بانک‌ها با چالش‌های اجرائی زیادی روبرو هستند که در ادامه در دو سطح، یکی نکات کلی و دیگری مفاد به‌صورت جداگانه مورد بررسی قرار گرفته‌اند.

نکات کلی

اولین و بارزترین نکته آن است که به‌واسطه اندراج شروط متعدد ضمن عقد، قرارداد طوری تنظیم شده که بانک به هیچ عنوان متضرر نشود و بدون اینکه کار مهمی انجام دهد فقط سهم‌الشرکه خود را پرداخت و سود معین خود را دریافت کند. یکی از نکات در شروط ضمن عقد این است که اگر در ضمن عقدی، تک تک شروط مخالفتی با مقتضای عقد نداشته باشند اما مجموعه آن‌ها شرایط را به گونه‌ای رقم بزند که عقد عملا از ماهیت اصلی خود خارج شود آیا اشتراط چنین شروطی در عقد جایز است؟ نظیر این مساله در علم اصول در بحث تخصیص اکثر وجود دارد. در علم اصول مشهور بین فقهاء این است که تخصیص اکثر را مستجهن دانسته و آن‌را مردود و مرغوب‌عنه می‌دانند (ر.ک: بروجردی، ۱۴۱۲، ج۲ ، ص۱۰۴ و ایروانی، ۱۴۲۹، ج۱، ص۵۷۹). در مساله ما نیز شروطی که در ضمن عقد شرکت قرار داده شده چنانچه منفردا لحاظ شوند، ممکن است منافاتی با مقتضای عقد شرکت نداشته باشد (که البته به نظر می‌رسد در برخی از موارد منافات دارد) اما زمانی‌که همه شروط لحاظ می‌شوند، ماهیت عقد را از حالت عقد مشارکتی با سود غیرمعین، به یک عقد با سود معین (که از خصوصیات عقود مبادله‌ای است) تبدیل می‌کنند. این چالش مهمترین و اساسی‌ترین چالش فقهی موجود در عقد مشارکت بانک‌ها است و با نقد مفاد مواد این قرارداد صدق این ادعا اثبات خواهد شد.

نکته دوم این است که یکی از شرایط اساسی در تحقق عقود، قصد جدی طرفین است و براساس قاعده «العقود تابعه للقصود» چنانچه قصد جدی برای واقع ساختن عقد در طرفین وجود نداشته باشد، آن عقد واقع نخواهد شد. با توجه به اشکال قبلی مبنی بر تغییر ماهیت شرکت از مشارکتی به مبادله‌ای می‌توان گفت براساس این قرارداد، قصد واقعی برای تحقق عقد شرکت در بانک وجود ندارد و بالتبع در مشتری نیز این مساله زیر سوال می‌رود. لذا در این حالت از اساس

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

شرعا عقدی با عنوان عقد شرکت شکل نخواهد گرفت و پولی که بانک به مشتری می‌پردازد در حکم اباحه تصرف یا قرض خواهد بود و مشتری فقط ضامن پرداخت همان مقدار دریافتی از بانک است و چنانچه بانک بیش از مقدار پرداخت شده از مشتری دریافت نماید، با شبهه اکل مال بالباطل یا ربا مواجه خواهد بود؛ چون در فرض اول اساسا قصدی برای تحقق مشارکت در سود و زیان حاصل نشده و گرفتن زیادی از مشتری اکل مال بالباطل است یا اگر از همان اول قصد بانک یا مشتری، دادن و گرفتن پول و دادن و گرفتن مبلغ بیشتر بوده، ربا است.

نکته سوم این است که با یک نگاه کلی همه ارکان جامعه اسلامی باید به‌گونه‌ای تنظیم شود که عدالت در همه زمینه‌ها بین افراد جامعه رعایت شود. درحالی‌که در همه مواد و بندهای این قرارداد تنها منافع بانک لحاظ شده و در هیچ موردی به نفع مشتری شریک ماده‌ای وضع نشده است. شاید انگیزه تنظیم‌کنندگان این قرارداد این بوده که قرارداد را به‌گونه‌ای تنظیم کنند که راه گریزی برای سوء استفاده از بانک فراهم نشود اما باید گفت این مساله نباید باعث شود که مفاد قرارداد به گونه‌ای ظالمانه تنظیم شود که در هیچ موردی حق با مشتری نباشد و همه خیارات از مشتری سلب شود که در ادامه ضمن بررسی اشکالات مواد به مصادیق این نکته اشاره خواهد شد.

نقد و بررسی مواد قرارداد

تعیین زمان

در ماده شش طرفین در طول مدت شراکت حق فسخ و رجوع از شرکت را ندارند. چنانچه شرکت ماهیتا از عقود عهدی و لازم باشد[۱] (یزدی، ۱۴۲۸، ج۲، ص۶۲۵)، تعیین زمان و شرط عدم فسخ تا زمان معین در آن جایز است اما اگر شرکت را عقدی جایز بدانیم (نظر مشهور) طرفین هر زمان بخواهند می‌توانند عقد را فسخ کنند، لذا تعیین زمان برای شراکت و الزام طرفین به عدم فسخ شرکت، ممکن نبوده لذا به محض اراده فسخ از جانب یکی از طرفین و اعلام آن، عقد شرکت شرعا منفسخ شده و شرط ضمن آن نیز از بین می‌رود و باید افراز صورت گیرد؛ لذا محاسبه سود و زیان به نحو مشارکتی وجه شرعی ندارد. از لحاظ فقهی چنانچه طرفین بخواهند زمانی برای عقد شرکت تعیین کنند باید از طریق شرط ضمن عقد خارج لازم باشد. برخی از فقهای معاصر (سایت مدرسه فقاهت، درس خارج فقه آیت‌الله موسوی جزایری، ۱۳۹۴/۸/۱۶) و همچنین امام خمینی رحمه الله در تحریر الوسیله این راه را پیشنهاد کرده‌اند (خمینی، بی‌تا، ج۱، ص۶۲۶). در قرارداد ابلاغی بانک

---

۱ نظر آیت الله هاشمی شاهرودی و آیت الله مکارم شیرازی

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

مرکزی نیز در ضمن عقد خارج لازمی مثل صلح شرط می‌شود که طرفین حق فسخ عقد شرکت را تا پایان قرارداد از خود ساقط کنند اما در ماده سوم قرارداد مشارکت بانک ملی و بانک سپه و مسکن، این تعیین زمان در متن خود قرارداد است که این مساله با اشکال مواجه است و لازم است تعیین مدت زمان در قرارداد این بانک‌ها از طریق عقد خارج لازم صورت پذیرد.

تعهد به تسویه‌حساب در سررسید

در زمان سررسید قرارداد مشارکت بانک، تسهیلات‌گیرنده را مجبور به تسویه‌حساب در موعد مقرر می‌کند ولو اینکه هنوز سودی به دست او نرسیده باشد و در صورت عدم تسویه نیز با جریمه تاخیر مواجه خواهد شد. درحالی‌که در برخی موارد پس از اتمام قرارداد امکان محاسبه سود وجود ندارد و علیرغم اینکه شریک عامل اقدام به معامله کرده اما هنوز سودی به دست او نرسیده است. جدای از اینکه معمولا اینگونه معاملات سلف است و سود تاجر در سررسید وام دقیقا معین نیست. حال سوال این است که تسویه‌حساب قبل از حصول سود و تعیین دقیق میزان سود با چه توجیهی انجام می‌شود؟ در اینگونه موارد بانک‌ها عملا با همان نرخ سود معینی که توسط بانک مرکزی برای تسهیلات مشارکتی معین شده با تسهیلات‌گیرنده تسویه‌حساب می‌کنند. در این حالت عملا بانک در قالب عقد مشارکت اما براساس نرخ معینی سود دریافت می‌کند و این شبهه ربوی بودن را به دنبال خواهد داشت.

جهت اصلاح این اشکال بانک‌ها باید در مواردی که هنوز سود مشارکت برای مشتری مشخص نشده است صبر کرده و تسویه‌حساب قطعی نکرده و در صورت تمایل به دریافت سود سهم‌الشرکه خود، سود را علی‌الحساب محاسبه و پس از مشخص شدن سود مشتری اقدام به تسویه‌حساب قطعی با مشتری نمایند.

مدیریت تبرعی مشتری

در ماده هفتم اداره شرکت مدنی با نظارت بانک، به عهده شریک قرارداده شده است. در احکام شرکت آمده چنانچه طرفین توافق کنند می‌توان یکی از شرکاء را مسئول انجام کار در شرکت کرد. اما تبرعی بودن این کار از متون فقهی برداشت نمی‌شود. بلکه برعکس از متون برداشت می‌شود که کار شریک ارزش مالی دارد. امام خمینی رحمه الله در مساله ۱۰ کتاب‌الشرکه می‌گوید: اگر طرفین در عین مساوی بودن مال، تفاوت در سود را شرط کنند یا با وجود تفاوت در مال، شرط تساوی در سود کنند، چنانچه زیاده برای عامل باشد یا برای کسی که عمل او بیشتر است، بلا اشکال شرکت صحیح است، اما اگر برای غیرعامل یا کسی که کار او بیشتر نیست، باشد؛ در صحت شرط و عقد یا

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

بطلان هر دو یا صحت عقد و فساد شرط سه قول است که نظر ایشان بر صحت شرط و عقد است (خمینی، بی‌تا، ج۱، ص۶۲۶). اما در مقابل برخی از فقها شرط را فاسد ولی عقد شرکت را صحیح می‌داند (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ج۲، ص۵۷) و برخی دیگر هم شرط و هم عقد را فاسد می‌دانند و چنین شرطی را خلاف مقتضای عقد می‌داند (اصفهانی، ۱۳۹۳، ج۲، ص۱۴۷). علامه حلی در قواعد می‌فرماید چنانچه مال‌ها مساوی باشد و یکی از شرکاء به دیگری اذن در عمل دهد با این توافق که در سود مساوی باشند، این در واقع مضاربه است (حلی، ۱۴۱۳، ج۲، ص۳۲۹)، یعنی قرارداد مشارکت از حالت شراکت خارج شده و به عقد مضاربه تبدیل می‌شود. با پذیرش فرمایش علامه، در اینجا نیز بین بانک و مشتری، مشتری عامل است و اداره شرکت را به عهده دارد لذا عملا بانک با این کار عقد شرکت را به مضاربه تبدیل کرده است. این نشان از آن دارد که ارزش کار شریک عامل که در این قرارداد تسهیلات‌گیرنده از بانک است، نباید نادیده گرفته شود و اگر در مقابل آن سود بیشتر برای او در نظر گرفته نشده، لااقل باید دستمزدی برای آن لحاظ شود.

براساس تبصره همین ماده چنانچه، شریک در اداره اموال شرکت قصوری کند بانک این حق را برای خود محفوظ می‌داند که شرکت را اداره و هزینه‌های اداره شرکت را بپردازد و در مقابل سهم‌الشرکه خود را اضافه نماید اما این حق را در مورد مشتری نادیده گرفته و نه‌تنها در مقابل اداره شرکت توسط او، سهم‌الشرکه او را افزایش نمی‌دهد بلکه حاضر به پرداخت دستمزد هم بابت این مدیریت نیست. برخی از فقهای معاصر در این مورد می‌گویند: کسی که عملش بیشتر است باید اجرةالمثل عملش را دریافت کند و مابقی را مساوی تقسیم کنند (چون سرمایه‌ها مساوی است) اما اگر اجرةالمثل به او ندهند و در سود نیز تفاوتی نگذارند، این کار ظالمانه و برخلاف اصل عدالت است. زیرا عمل مسلم احترام دارد و باید عمل او را محترم شمرد و هزینه آنرا پرداخت کرد و الا این با قاعده عدل و انصاف سازگار نیست (سایت مدرسه فقاهت، درس خارج فقه آیت‌الله مکارم شیرازی، ۱۳۹۵/۹/۱۵). همچنین برخی دیگر از صاحب‌نظران معاصر نیز این شرط را ظلم و اسقاط اجرت عامل را بدون دلیل می‌دانند (سایت مدرسه فقاهت، درس خارج فقه آیت‌الله موسوی جزایری، ۱۳۹۴/۸/۱۶).

در مجموع به نظر می‌رسد که این بند از قرارداد مصداق ظلم است چراکه بدون هیچ دلیلی اجرت عامل را ساقط کرده‌است. لذا جهت اصلاح این اشکال باید در قرارداد مشارکت در ازای فعالیتی که مشتری به عنوان عامل برای اداره و به ثمر رساندن شرکت انجام می‌دهد، درصدی از سود را به عنوان اجرت عمل در نظر بگیرند.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

تعهد به عدم افزایش سهم‌الشرکه

براساس ماده هشتم شریک حق ایجاد تعهد مالی بیش از سهم‌الشرکه بانک را ندارد و چنانچه تعهد مالی بیش از حد سهم‌الشرکه ایجاد کند، خود مسئول پرداخت آن است. آنچه در احکام شرکت مطرح شده ضمانت خسارت نسبت به تعدی از مورد توافق است. امام خمینی رحمه الله در تحریرالوسیله می‌گوید: چنانچه جهت خاصی برای شرکت معین کنند نباید از آن تعدی شود و چنانچه تعدی کنند ضامن خسارت و تلف هستند (خمینی، بی‌تا، ج۱، صص۶۲۵-۶۲۶). در ادامه این قرارداد، شریک در قالب عقد صلح مطلقا مسئول پرداخت هزینه‌های اضافی از اموال خود شده و تعهد کرده است که افزایش تعهد مالی منجر به تغییر سهم‌الشرکه بانک نگردد. این یعنی با افزایش هزینه و تعهد مالی گیرنده تسهیلات، سهم‌الشرکه بانک کم نشود. حال اگر در موردی بدون خواست شریک عامل هزینه‌ای برای شرکت ایجاد شد، بانک از تحمل این هزینه اضافی و ضرر احتمالی استنکاف کرده است. در این ماده هیچ فرقی بین تعهدات اضافه ناشی از جریان عادی اداره شرکت یا تعهدات غیرعامدانه با تعهدات ناشی از افراط و تفریط قائل نشده است و لذا از طریق صلح تمام هزینه‌های اضافی را به عهده شریک قرارداده‌است. به نظر می‌آید چنین صلحی نیز خالی از اشکال نباشد. چون ضامن کردن گیرنده تسهیلات در حالتی که افراط و تفریط نداشته، ظلم در حق اوست و از طریق عقد صلح نمی‌توان تحلیل حرام کرد. همچنین ایجاد چنین تعهدی برای مشتری حداقل در مواردی که ناشی از عدم افراط و تفریط باشد با اشکال مواجه است چون گیرنده تسهیلات در حکم امین است و بنا بر نظر مشهور، امین در موارد عدم افراط و تفریط ضمان ندارد.

برای اصلاح این اشکال باید بین هزینه‌ها و تعهدات مالی ناشی از اختیار شریک عامل با موارد حاصل از عدم افراط و تفریط تفصیل قائل شد و بانک باید موظف باشد سهم خود از تعهدات و هزینه‌هائی که در اثر عدم افراط و تفریط مشتری عامل به اموال شرکت وارد می‌شود را بپذیرد.

سلب حق افراز

براساس ماده نهم، مشارکت بانک با مشتری در طرح مصوب، مشاعی بوده و احکام مشاع بر اموال شرکت جاری است ولی شریک حق افراز را از خود سلب می‌کند. درخواست افراز مربوط به تقسیم شرکت است و برخی از صاحب‌نظران معاصر قائل هستند افراز در شرکت حق نیست بلکه حکم و تابع جایز بودن شرکت است، لذا قابل اسقاط نیست چون حکم خدا را نمی‌توان عوض کرد. از اینرو چنانچه بخواهند حق افراز را از مشتری سلب کنند، باید در قالب یک عقد لازم شرط کنند که تا زمان انقضای شرکت، شریک از شرکت رجوع نکرده و عقد را فسخ ننماید (سایت مدرسه فقاهت، درس خارج فقه آیت‌الله موسوی جزایری، ۱۳۹۴/۸/۱۶).

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

تعهد به جبران خسارت

ماده ۱۱ این قرارداد در مورد تعهد شریک به مدیریت منابع و مصارف به نحوی است که در پایان دوره مشارکت، سهم‌الشرکه و سود ابرازی اعلامی از طرف شریک به بانک برسد. در این رابطه چنانچه رسیدن چنین سودی به بانک به نحو شرط نتیجه باشد، بنابر نظر مشهور اشتراط شرط به نحو شرط نتیجه که خارج از قدرت مکلف است، صحیح نبوده و شرط باطل است و اگر منظور شرط فعل باشد، نحوه تنظیم متن شرط فعل را نمی‌رساند، چون نگفته شریک سود را به حساب مشترک واریز کند بلکه گفته این سود به بانک برسد. با صرفنظر از این اشکال و حمل ظاهر ماده بر اشتراط به نحو شرط فعل، باز این ماده در قسمت دوم خود که می‌گوید: «در غیر اینصورت شریک متعهد است که سهم‌الشرکه و سود ابرازی و ضرر و زیان وارده به بانک را به بانک صلح نموده و تبرعا از اموال خود پرداخت نماید.» با اشکال مواجه است؛ چون شریک امین است و امین فقط در صورت افراط و تفریط ضامن است. بانک با این شرط عملا هیچ ضرر و زیانی را در شرکت متقبل نمی‌شود و این خلاف مقتضای عقد شرکت است چون ریسک‌پذیری و تحمل ضرر احتمالی و سود غیرمعین جزء ماهیت عقود مشارکتی است. براساس این ماده بانک عملا در ازای اعطای پول خود، هم اصل سرمایه و هم مقداری معین از سود را طلب می‌کند و این همان اکل مال بالباطل است و چنانچه کسی مبنای سریان ربا به همه معاوضات را بپذیرد، عقد شرکت با این نوع تعهد با شبهه ربا مواجه خواهد بود. ممکن است کسی بگوید این جبران سهم‌الشرکه و سود ابرازی در قالب صلح انجام می‌شود و اشکالی ندارد در جواب می‌گوئیم شرط اساسی صلح این است که منجر به تحلیل حرام و تحریم حلال نشود. اینجا عملا با این صلح، اکل مال بالباطل تحلیل می‌شود لذا شرط باطل است و ممکن است موجب بطلان عقد شود و چه بسا بنا برنظریه سریان ربا موجب تحقق ربا که عبارت از زیادت در معامله است، خواهد شد.

از آنجا که راهی برای اصلاح این شرط به نظر نگارندگان نمی‌رسد، جهت جلوگیری از شبهه‌ناک شدن قرارداد پیشنهاد می‌شود این ماده از قرارداد مشارکت مدنی حذف شود.

الزام به خرید شرکت توسط مشتری

در ماده ۱۲ این قرارداد آمده: «در صورت فسخ عقد قبل از انقضای مدت قرارداد، چنانچه سود شرکت قابل محاسبه باشد، محاسبه و تقسیم می‌شود اما چنانچه موضوع مشارکت به فروش نرفته باشد، شریک باید شخصا آنرا به قیمت روز خریداری نماید.» همچنین براساس بند اول ماده ۱۳ در صورت اتمام زمان مشارکت و درخواست بانک، شریک باید سهم قابل فروش بانک را به مبلغ اصل سهم‌الشرکه پرداختی بانک و سود و سایر هزینه‌ها از بانک خریداری کرده یا با هماهنگی بانک به

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

شخص ثالث بفروشد. این شرط عملا یعنی فرار بانک از هر نوع ضرری که در اثر شرکت ممکن است متحمل شود و این خلاف ماهیت شرکت است که در آن تحمل ضرر جزء مقومات می‌باشد. همچنین اجبار مشتری به تحمل همه ضرر به‌صورتی‌که اگر شریک نتواند شخص ثالثی پیدا کند که موضوع شرکت را به قیمتی که بانک می‌گوید خریداری کند، مجبور باشد ولو با تحمل ضرر، خود اقدام به خرید شرکت کند؛ برای شریک در برخی موارد ضرری است. لذا می‌توان از باب لاضرر، قائل به بطلان چنین شرطی شد یا اگر بازگشت ضرر را در اینجا به غرر بدانیم، از باب غرری بودن شرط قائل به بطلان چنین شرطی شد.

جهت اصلاح این ماده به نظر می‌رسد باید چنانچه موضوع مشارکت به فروش نرفت بانک تا زمان به فروش رفتن آن و رسیدن به سود، صبر نماید و یا چنانچه مشتری تمایل به خرید سهم‌الشرکه بانک داشت آنرا بخرد نه اینکه مجبور به خرید آن باشد.

مسئولیت جبران ضرر ناشی از اقدام قضائی

در بند دوم از ماده ۱۳ مقرر داشته اگر به هر دلیلی اقدام قضائی علیه شریک انجام شود و نتواند موضوع مشارکت را انجام دهد شریک مسئول جبران عواقب تاخیر در اجرای مشارکت است. این شرط از اختیار مکلف خارج است چون مربوط به اراده غیر می‌باشد لذا تحمل مسئولیت و ضرر ناشی از آن صحیح نیست. ممکن است کسی بگوید شریک نباید طوری عمل کند که منجر به اقدام قضائی علیه او شود. به عبارتی درست است که اقامه دعوی علیه مشتری توسط شخص ثالث در اختیار شریک نیست، اما مبادی آن در دست اوست و براساس قاعده الامتناع بالاختیار لاینافی الاختیار، اقدام قضائی علیه شریک نیز فعل اختیاری او به حساب می‌آید. در جواب باید گفت گاهی ممکن است به ناحق علیه کسی اقامه دعوی شود و اثبات بی‌گناهی شخص در دادگاه مستلزم وقت و هزینه باشد درحالی‌که اطلاق این ماده ضرر ناشی از اینگونه موارد را نیز شامل می‌شود.

لذا در جهت اصلاح این ماده یا باید به خاطر غیرمقدور بودن، حکم به فساد و بطلان چنین شرطی نمود و آنرا حذف کرد و یا حداقل بین حالات مختلفی که شریک در اقامه دعوی بیگناه و حالتی که مقصر شمرده می‌شود تفکیک قائل شد.

جریمه تخلف

در بند سوم از ماده ۱۳ آمده: اگر شریک در اثنای مدت قرارداد، از قرارداد تخلف کرد، از زمان تخلف به تناسب مدت سپری شده و هزینه‌های انجام شده، باید علاوه بر اصل سهم‌الشرکه، مبلغی

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

به عنوان جریمه بپردازد. براساس بند چهارم نیز در صورت عدم پرداخت وجوه، تاخیر تادیه دین از مشتری گرفته می‌شود.

بحث جریمه تاخیر تادیه دین خارج از مجال این مقاله است اما به نظر می‌آید جهت اصلاح قرارداد اشتراط پرداخت جریمه در صورت تخلف نیز باید در قالب عقد لازمی خارج از شرکت انجام شود.

سلب حق اعتراض و اقامه دعوی در محاکم قضائی

در ماده ۱۶ و ۱۷ قرارداد حق شریک نسبت به اقامه دعوی در محاکم قضائی و اعتراض به تصمیمات بانک از او سلب شده است. در اینکه بانک از شریک و ضامنین اذن، اختیار و وکالت بگیرد که مطالبات خود را از حساب‌های ایشان برداشت نماید نمی‌توان اشکال کرد. اما اینکه شریک و ضامن حق اعتراض در محاکم قضائی نسبت به نوع عملکرد بانک را نداشته باشند و به صرف ادعای بانک بدون اینکه حتی بخواهد آنرا اثبات کند، نظر بانک فصل‌الخطاب باشد، اشکال دارد. چون براساس موازین فقهی اگر اختلافی میان دو نفر صورت گرفت باید نزد حاکمی که مرضی‌الطرفین باشد، فصل خصومت صورت گیرد. لذا برخی از صاحب‌نظران معاصر چنین شرطی را از مصادیق ظلم دانسته‌اند. از نظر ایشان اینکه بانک می‌گوید به تشخیص خودم (یعنی به تشخیص یک کارمند)؛ اگر این کارمند با شریک اختلاف خانوادگی داشته باشد یا مغرض بوده و قصد ضربه زدن به دیگران را داشته باشد و... چه باید کرد؟ بنابراین راهش این است که شخص ثالثی حَکَم باشد (سایت مدرسه فقاهت، درس خارج فقه آیت‌الله موسوی جزائری، ۱۳۹۴/۸/۱۷). همچنین در این مورد بانک طرف قرارداد چون یکی از طرفین دعواست، نمی‌تواند مرجع باشد و حتی می‌توان گفت کارشناسان بانکی در شعب اصلی بانک‌ها نیز نمی‌توانند در این مورد محل رجوع باشند چون اگر بخواهیم بانک یا کارشناس او را به عنوان قاضی تحکیم بدانیم که حکم او در متخاصمین نافذ است، باز هم نمی‌توان گفت که شخصیت حقوقی بانک یا حتی کارمند و کارشناس او شرایط قاضی تحکیم را دارد. چون از نظر برخی از فقها قاضی تحکیم تمام شرایط معتبر در قاضی مگر نصب از طرف حاکم را دارد و به اجماع فقها حداقل باید اهلیت فتوی، بلوغ، عقل، طهارت مولد و غلبه حفظ و عدالت را داشته باشد (ر.ک: عاملی، ۱۴۱۰، ج۳، ص۶۸).

لذا جهت اصلاح این اشکال باید این ماده طوری تنظیم شود که نظر بانک فصل‌الخطاب منازعه نباشد بلکه بانک با مراجعه به محاکم قضائی در مورد خود احقاق حق کند. در صورت اصرار بر فصل‌الخطاب بودن نظر بانک، برای تخلص از این اشکال می‌توان گفت این شرط نیز مانند برخی از

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

شروط دیگر در قالب صلح خارج لازم ضمن قرارداد ذکر شود تا از طریق عقد صلح که یکی از کارکردهای آن رفع و دفع اختلاف و منازعه است، این اشکال برطرف شود.

ارتهان قبل از ثبوت دین

رهن در جائی مشروع است که دینی ثابت شده باشد درحالی‌که هنگام عقد قرارداد و تاسیس شرکت هنوز دینی وجود ندارد لذا قراردادن وثیقه و رهن در قرارداد از این جهت با اشکال مواجه است. امام خمینی رحمه الله در مساله ۱۰ کتاب رهن در تحریرالوسیله می‌گوید: «در آنچه که برایش رهن قرارداده می‌شود، شرط است که دین ثابت در ذمه باشد به اینکه سبب ثبوت دین از قبیل قرض گرفتن یا سلف دادن مال یا خریدن یا اجاره نمودن عینی به مالی در ذمه و غیر اینها، تحقق پیدا کرده باشد چه دین حالّ (رسیده) باشد یا مدت‌دار، پس بر آنچه که بعدا قرض می‌گیرد یا بر ثمن آنچه که می‌خرد، رهن دادن صحیح نیست.» (خمینی، بی‌تا، ج۲، ص۶). نظیر همین مساله در مورد ضمانت ضامنان نیز مطرح است چون در زمان انعقاد قرارداد و تاسیس شرکت، دینی وجود ندارد که ضامن بخواهد آنرا ضمانت کند و این از باب ضمان ما لم یثبت است.

ابهام در رهن

براساس ماده ۲۳ مالکین وثیقه تعهد می‌کنند معاملات ناقلانه در مورد وثیقه و تغییری که موجب کاهش ارزش وثیقه شود انجام ندهند و همچنین مستحدثات، تجهیزات و تاسیسات فعلی و مواردی که به مورد رهن اضافه می‌شود جزء وثیقه باشد. بند اول و دوم این ماده براساس احکام رهن در فقه اشکالی ندارد، اما اینکه مستحدثات و مواردی که به مورد رهن اضافه می‌شود نیز جزء رهن باشد، تابع توافق طرفین نیست. بله در فقه آمده چنانچه مورد رهن نماء متصل داشته باشد، مال مرتهن است اما نماء منفصل مال راهن است.

تاسیسات و موارد مستحدث در مورد رهن، چنانچه نماء محسوب شود، نماء منفصل است و مالک حق تصرف در آنرا دارد مگر اینکه در قرارداد شرط کنند که این نوع نماء نیز تحت تصرف مرتهن باشد. اما به نظر می‌رسد که این موارد از قبیل زیاده است نه نماء چون نماء براساس معنای لغوی خود زیاده‌ای است که از خود شیء بر می‌آید (مصطفوی، ۱۴۰۲، ج۴، ص۱۷۰) و استعمال فقها نیز همان معنای لغوی آن است (عبدالرحمان، بی‌تا، ج۱، ص۳۲۲) و برخی نیز این زیادت را زیادت حسی می‌دانند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج۲، ص۱۱۲). در اینجا تاسیسات و حق آب و گاز و برق و... که به مورد رهن اضافه می‌شود، برخاسته از اصل مال رهن نیست که نماء آن به حساب آید و تابع اصل باشد لذا ذکر این موارد چنانچه به عنوان نماء منفصل رهن باشد صحیح نیست و چنانچه

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

رهن جدائی غیر از عین مال مرهونه باشد، با اشکال ابهام در مال مرهون مواجه است. امام خمینی رحمه الله در این مورد می‌گوید: «بدون اشکال معتبر است که مرهون باید معین باشد» (خمینی، بی‌تا، ج۲، ص۵). در اینجا میزان مستحدثات و تاسیسات فعلی معین است اما مواردی که به عین مرهونه اضافه می‌شود معین نیست و در متن قرارداد نیز مواردی که بعدا اضافه می‌شود معین نشده و لذا مبهم و مایه غرر است. علاوه بر اینکه می‌توان احتمال داد نفس اضافه شدن تاسیسات، مستحدثات و... به مال مرهونه که میزان و ارزش آن‌ها معین نیست، باعث سرایت ابهام به خود مال مرهونه و در نتیجه غرر در مورد رهن نیز بشود.

به نظر می‌آید جهت رفع این اشکال باید قرارداد طوری تنظیم شود که فقط مستحدثات، تجهیزات و تاسیسات فعلی جزء وثیقه باشد و مستحدثات، تجهیزات و مواردی که بعدا به مورد رهن اضافه می‌شود جزء وثیقه قرار نگیرد.

سلب حق عزل بانک از وکالت و حق ضم وکیل و امین

براساس ماده ۲۴ همه وکالت‌های اعطا شده به بانک ضمن عقد خارج است و قابلیت عزل بانک توسط شریک وجود ندارد. وکالت نوعی عقد جایز است و موکل هر زمانی بخواهد می‌تواند وکیل را از وکالت عزل کند. سلب حق عزل از او خلاف ماهیت عقد وکالت است اما براساس ماده ۶۷۹ قانون مدنی[۱] چنانچه وکیل ضمن عقد خارج لازم شرط کند که موکل او را از وکالت عزل نکند چنین شرطی جایز است اما تعیین محدوده وکالت باز هم با موکل است و او می‌تواند محدوده وکالت وکیل را تغییر دهد. ضم امین و وکیل گرفتن نیز از حقوق قانونی هر شخص است و چنانچه بخواهند کسی را از این حق خود محروم نمایند می‌توانند آنرا در ضمن یک عقد شرط کنند.

در قرارداد بانک مرکزی اشاره شده وکالت‌های اعطا شده به بانک همه ضمن عقد خارج لازم است اما چنانچه گفته شد تعیین محدوده وکالت در اختیار موکل (تسهیلات گیرنده) باقی می‌ماند لذا او اگرچه نمی‌تواند بانک را از وکالت عزل کند اما تعیین محدوده وکالت بانک هنوز شرعا تحت اختیار مشتری است و از همین طریق مشتری می‌تواند شرعا اعمال نفوذ کرده و محدوده وکالت بانک را تغییر دهد. لذا قید سلب حق عزل و ضم وکیل و سلب حق اجرای مورد وکالت همه به دست مشتری خواهد بود نه بانک و همین امر ممکن است در اجرا مشکل‌ساز باشد.

---

۱ ماده ۶۷۹ ـ موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه‌وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

چالش‌های اجرائی قرارداد مشارکت در بانک‌های ایران

ریسک انتخاب بد

ممکن است بانک در کارشناسی خود نسبت به پروژه پیشنهادی در عقد مشارکت دچار اشتباه و در پروژه‌ای شریک شود که سودآوری ندارد که البته بازگشت اصل سرمایه‌اش را از طریق شروطی که در بالا توضیح داده شد تضمین می‌کند اما بازگشت سود را نمی‌تواند تضمین کند. در واقع زمانی که متقاضیان زیادی با ارائه طرح فعالیت‌های اقتصادی گوناگون، برای تقاضای تأمین مالی از طریق قرارداد مشارکت به بانک مراجعه کنند و هریک از متقاضیان، مدعی بازدهی فراوان یا معقول نسبت به طرح خود باشند، در این هنگام با توجه به محدودیت منابع، بانک دو راه پیش روی خود دارد: اول ارزیابی همه طرح‌ها و انتخاب طرح‌هایی که احتمال بازدهی بیشتر و ریسک کمتر دارند که این کار زمان و هزینه زیادی خواهد برد. دوم با اعتماد به اظهارنظر متقاضیان و پس از بررسی اجمالی، برخی از طرح‌ها را انتخاب کند که در این حالت، با مسئله «انتخاب معکوس» روبرو خواهد شد. «انتخاب معکوس» زمانی به وجود می‌آید که متقاضیان، توانایی‌ها و سوابق کاری خود را در هنگام ارائه طرح پنهان کنند؛ لذا ممکن است بازدهی طرح ارائه شده قابل توجه باشد ولی متقاضی توانایی انجام آن فعالیت اقتصادی را به طور صحیح نداشته باشد و بانک دچار زیان و سود اندک شود (شعبانی و نصرآبادی، ۱۳۸۷، ص۸۷).

جهت رهایی از این چالش می‌توان علاوه بر تخصصی کردن شعب در بانک‌ها پرداخت تسهیلات را مشروط به ارائه تایید از شرکت‌های مشاوره سرمایه‌گذاری نمود.

ارزش‌گذاری سرمایه‌های غیرنقدی

یکی از اساسی‌ترین مشکلات اجرائی ارزش‌گذاری سرمایه‌های غیرنقدی است. مثلا اگر سرمایه‌داری بخواهد با سرمایه غیرنقدی خود با بانک در یک کار بازرگانی یا تجاری شریک شود، باید اول ارزش اموال یا کارخانه او مشخص شود و بعد اقدام به مشارکت گردد تا بتوان بعدا سود حاصله را حساب کرد؛ یا وقتی دانشگاهی برای احداث خوابگاه دانشجویی به بانک مراجعه می‌کند، برای محاسبه سود بانک از قرارداد مشارکت لازم است در زمان اعطای تسهیلات، قیمت زمین دانشگاه که قرار است با منابع بانک در آن خوابگاه احداث شود برآورد کارشناسی شود تا پس از اتمام دوره مشارکت سود طرفین متناسب با قیمت زمین و میزان تسهیلات تقسیم شود و... در موارد متعدد این ارزش‌گذاری به صورت دقیق انجام نمی‌شود.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

مشکلات نظارتی (خطر اخلاقی و اطلاعات نامتقارن)

مشکلات نظارتی بانک‌ها در قراردادهای مشارکت در چند زمینه است؛ با توجه به اینکه مدیریت شرکت به‌عهده شریک بوده و اطلاعات بانک منوط به مدارکی است که متقاضی تسهیلات ارائه می‌کند، لذا بانک راه دیگری برای دسترسی به اطلاعات شرکت ندارد. همچنین اگر متقاضی شریک برخی از معاملات را ثبت نکند یا مبلغ معامله‌شده را کمتر یا بیشتر از حد واقعی ثبت کند، بانک راهی برای کسب اطلاعات و همچنین راستی‌آزمائی ندارد. برخی از محققان از این مساله با عنوان خطر اخلاقی یاد کرده‌اند (شعبانی و نصرآبادی، ۱۳۸۷، ص۸۷). برخی از محققان از این مشکل با عنوان اطلاعات نامتقارن یاد کرده و وجود اطلاعات نامتقارن را مانع از کاربرد کارآمد ابزارهای مشارکتی می‌دانند، مگر آنکه صاحبان بانک از طریق نظارت بر اجرای قرارداد، مشکل عدم تقارن اطلاعات را حل کنند (صدر، ۱۳۸۴، ص۷۹).

ناتوانی بازار پول متعارف در اجرای کامل عقدهای مشارکت محور

فعالیت بانکداری متعارف بر بازارهای پولی متمرکز است که ساختار تشکیلاتی و عملکرد آن‌ها با ساختاری که بتواند فعالیت‌های مشارکتی را به‌درستی به سرانجام برساند متفاوت است. ساختار بانک متعارف از سپرده‌گذاری از یکسو و وام‌دهی از سوی دیگر تشکیل شده و کارکرد آن تنظیم عرضه و تقاضا در بازار پولی است. عمده ویژگی‌های بازار پول عبارت‌اند از: بالا بودن درجه اطمینان مالی، بالا بودن سرعت انجام معامله‌های مالی، استفاده از ابزارهایی با درجه بالای نقدینگی، اعمال کنترل مقام‌های پولی با استفاده از ابزارهای سیاست پولی و ماهیت کوتاه‌مدت آن.

روابط اقتصادی و حقوقی حاکم بر سپرده‌گذاری و وام‌دهی سنخیت کامل با روابط مشارکتی ندارد. ورود به عملیات اجرایی یا حداقل نظارت بر اجرای پروژه‌های موضوع قراردادهای مشارکتی نیازمند برخورداری از ساختاری است که اولاً، بسیار منعطف باشد، چون سود و زیان عقود مشارکتی تابع فعالیت اقتصادی است؛ ثانیاً، به‌لحاظ حوزه فعالیت، بسیار وسیع باشد. طبق نظریه‌های مالی، مدیریت سرمایه‌گذاری بهینه، حالتی است که سرمایه‌گذاری در حوزه‌های گوناگون اقتصادی صورت گیرد تا ریسک کاهش یابد. ثالثاً، هزینه‌های مترتب بر انجام کنترل‌ها و نظارت‌های مستمر را متقبل شود. در بانکداری مرسوم، نظارت یا سهمی در هزینه تمام‌شده خدمات ندارد یا سهم بسیار ناچیزی دارد. درحالی‌که تمرکز فعالیت‌های بانکداری اسلامی بر عقدهای مشارکتی، سهم هزینه نظارت بر اجرای طرح‌ها و کنترل آنرا به مراتب نسبت به نظام بانکی رایج، افزایش می‌دهد (احمدی حاجی‌آبادی و بهاروندی، ۱۳۸۹، ص۱۲۸).

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

افزایش هزینه‌های بانک جهت نظارت بر فعالیت‌های اقتصادی

هزینه‌بر بودن فرایند نظارت از جهت هزینه‌های کارشناسی، احتمال تبانی بین کارشناس ناظر و مدیر طرح، شفاف نبودن شاخص‌های نظارت و نگرانی شریک درباره افشای اطلاعات به‌علت ترس از امکان بروز سوء استفاده‌های احتمالی در بعضی موارد را می‌توان از مشکلات نظام بانکی در نظارت بر قراردادهای مشارکتی دانست (احمدی حاجی‌آبادی و بهاروندی، ۱۳۸۹، ص۱۲۵). البته همچنانکه هزینه نظارت در عقود مشارکتی، هزینه‌های بانک را افزایش می‌دهد، سود عقود مشارکتی بالاتر از سود عقود مبادله‌ای تحقق می‌یابد. زیرا کسانی در عقود مشارکتی حضور می‌یابند که ریسک‌پذیری بیشتری دارند و معمولاً ریسک بالاتر، منتهی به سود بیشتری می‌شود.

برای حل چالش‌های سه و چهار و پنج باید بانک‌ها در بودجه سالانه خود منابعی جهت کسب اطلاعات و نظارت بر تسهیلات اعطا شده در نظر بگیرند. تحقیقات میدانی که در این زمینه در مورد برخی از بانک‌ها انجام شده نشان می‌دهد وجوهی که بانک صرف نظارت می‌کند اتلاف منابع نخواهد بود بلکه کارائی بانک را در اعطای تسهیلات و تامین مالی تقاضاهای مختلف افزایش داده و توان رقابتی بانک را حفظ می‌کند (صدر، ۱۳۸۴، ص۸۰).

تغییر شرایط اقتصادی و ریسک بازار

گاهی مشتریِ شریک، تعهدات خود را به‌طور شایسته عمل می‌کند، ولی به‌علت تغییر شرایط اقتصادی مانند نوسانات تورم، نوسان قیمت کالای خاص و رکود که عوامل برون‌زا می‌باشند، زیان‌های احتمالی، متوجه بانک می‌شود. دراین‌صورت اگر بانک منابع زیادی را در این نوع فعالیت‌ها بکار گیرد، با احتمال سوخت‌شدن منابع مواجه می‌شود که از آن به «ریسک ورشکستگی» تعبیر می‌شود (شعبانی و نصرآبادی، ۱۳۸۷، ص۸۹).

عدم وجود اطلاعات کافی نسبت به عقود بانکی

درحال‌حاضر عملا بیشتر سپرده‌گذاران و وام‌گیرندگان بدون مطالعه دقیق بندهای قرارداد آنرا امضا می‌کنند و گاهی در بندهای مفاد قرارداد از واژه‌هایی استفاده می‌شود که نه‌تنها برای مردم عادی بلکه برای قشر تحصیل‌کرده نیز قابل فهم نیست و در اکثر موارد سپرده‌گذاران و سرمایه‌گذاران (و حتی اغلب کارمندان و مدیران بانک) درک مشخصی از رابطه حقوقی فرد با بانک در عقود مختلف نداشته و نقل و انتقال وجوه فقط محدود به امضای چند قرارداد شده است. این مسئله به‌شدت سبب تردید در صحت شرعی اجرای قراردادهای بانکی می‌شود (عیوضلو، ۱۳۸۷، ص۴۳؛ قلیچ،

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

۱۳۹۰، ص۷۳) که نشان می‌دهد فرهنگ بانکداری اسلامی آنطور که باید به جامعه منتقل نشده‌است.

برای حل این مشکل پیشنهاد می‌شود برنامه‌های آموزشی جهت فرهنگ‌سازی عمومی توسط بانک مرکزی تدارک دیده شود.

نتیجه‌گیری و ارائه راهکار اصلاحی

در تحلیل و نقد قرارداد مشارکت موجود در بانک‌های ایران، مشخص گردید که اولا قرارداد یکسان‌سازی‌شده ابلاغی از طرف بانک مرکزی در همه بانک‌ها عملا اجرا نمی‌شود و ثانیا همین قرارداد و سایر قراردادهای رایج در بانک‌ها دارای اشکالات متعدد فقهی است. در بخش نکات کلی چالش‌های فقهی این قرارداد، مهمترین و اساسی‌ترین چالش فقهی تبدیل ماهیت فقهی عقد شرکت از مشارکتی به مبادله‌ای است و در ادامه ۱۳ اشکال فقهی در مورد مفاد این قرارداد مطرح شد که مهمترین آن‌ها اشکالاتی نظیر مدیریت تبرعی مشتری بر اموال شرکت، تعهد به جبران خسارت، الزام به خرید شرکت توسط مشتری، مسئولیت جبران ضرر ناشی از اقدام قضائی، ارتهان قبل از ثبوت دین، ضامن کردن امین، تعهد به پرداخت هزینه‌های احتمالی و... می‌باشد. در بخش اشکالات اجرائی بانک‌ها در مورد عقد مشارکت نیز به چالش‌هایی نظیر ریسک انتخاب بد، مشکلات نظارتی، تقویم و ارزشگذاری سرمایه‌های غیرنقدی و ریسک بازار اشاره شد.

علاوه‌بر نکات اصلاحی که در پایان بررسی هر چالش فقهی و اجرایی عقد مشارکت بیان گردید، به نظر می‌رسد که اساسی‌ترین پیشنهاد این است که کارشناسان و متخصصان متناسب با موازین اسلامی و متناسب با فرهنگ ایران اسلامی، نهاد و ساختاری جدید برای بانک‌ها طراحی کنند. اما تا زمان تحقق این آرمان به عنوان راه‌حل‌های میان‌مدت می‌توان پیشنهادهای ذیل را ارائه نمود:

اولا بانک باید به همان کارکرد اولیه خود یعنی حفظ و نگهداری وجوه مازاد مردم و ارائه آن به نیازمندان (واسطه گری) برگردد. این در حالی است که در ساختار فعلی، بانک‌ها واسطه‌گری، تجارت، بنگاه داری و ... می‌کنند و به ارائه خدمات می‌پردازند. لذا برای جلوگیری از تبدیل شدن بانک‌ها به بنگاه‌های تجاری با نرخ سود معین، باید موسسات قرض‌الحسنه رواج پیدا کند و از طرفی چون ساختار فعلی بانک‌ها امکان اجرای عقود مشارکتی را به‌صورت واقعی ندارد، نهادهایی با ماهیت مشارکتی که می‌توانند نیازهای جامعه را برآورده کنند، به عنوان نهادهای معین بانک‌ها طراحی شوند.

ثانیا برای حل مشکلات نظام بانکداری علاوه بر اینکه باید مجاری ورود پول به بانک از طریق اصلاح قراردادها و آموزش کارکنان، مدیران و مردم اصلاح شود، باید مجاری ورود پول به این نظام

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

از هم تفکیک گردد. در حال حاضر در بانک‌های تجاری همه انواع عقود مورد استفاده قرار می‌گیرد درحالی‌که اگر همانگونه که بانک‌های تخصصی از سایر بانک‌ها تفکیک شده، روش‌های تجهیز و تخصیص منابع هم در بانک‌ها تخصصی شود، در بهبود وضعیت بانک‌ها موثر خواهد بود. در نتیجه این پیشنهاد، باعث افزایش تخصص بانک‌ها در حوزه‌های خاص شده و کیفیت کار آن‌ها را افزایش خواهد داد. به عنوان مثال بانک‌هائی که در حیطه بازرگانی و تجاری مشغول فعالیت هستند، بیشتر به سمت اجرای عقود مشارکتی بروند و در همین عقود مشارکتی نیز برخی بانک‌ها فقط به مضاربه بپردازند و برخی فقط به مشارکت و... این کار باعث بهتر شدن نحوه برنامه‌ریزی در اجرا و امکان آموزش و توجیه کارکنان، مدیران و مشتریان خواهد شد.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

منابع

۱. قرآن کریم
۲. نهج‌البلاغه
۳. اصفهانی، سیدابوالحسن (۱۳۹۳). *وسیلةالنجاة*. قم: چاپخانه مهر.
۴. اکبرزاده معین (۱۳۹۲). مقایسه تطبیقی عقود مبادله‌ای و مشارکتی و شناخت مشکلات و فواید کاربرد آنها در نظام بانکداری اسلامی. اقتصاد و بانکداری اسلامی. ۲ (۴و۵)، ۱۶۱-۱۹۸.
۵. ایروانی، باقر (۱۴۲۹ق). *کفایةالأصول فی اسلوبها الثانی*. ج۱، نجف: موسسه احیاء التراث الشیعه.
۶. بحرالعلوم، محمدبن محمدتقی (۱۴۰۳ق). *بلغةالفقیه*. ج۲، تهران: منشورات مکتبة الصادق.
۷. بروجردی، سیدحسین (۱۴۱۲ق). *الحاشیة علی کفایةالأصول*. ج۲، قم: انصاریان.
۸. حلّی، حسن‌بن‌یوسف (۱۴۱۳ق). *قواعدالأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*. ج۲، قم: انتشارات اسلامی.
۹. خمینی، سیدروح‌اللّه (بی‌تا). *تحریرالوسیلة*. ج۱، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۱۰. دهقان منشادی محمد (۱۴۰۱). چالش‌ها و موانع به کارگیری و اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی ایران و راهبردهای اصلاح و رفع آنها. اقتصاد و بانکداری اسلامی. ۱۱ (۴۰)، ۷-۴۲.
۱۱. سایت مدرسه فقاهت: http://www.eshia.ir/Feqh/Archive/Jazayeri/Feqh/94
۱۲. سایت مدرسه فقاهت: http://www.eshia.ir/Feqh/Archive/Makarem/Feqh/95
۱۳. صافی‌گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۱۶ق). *هدایةالعباد*. ج۲، قم: دارالقرآن‌الکریم.
۱۴. صدر، سیدکاظم (۱۳۸۴). *انتخاب کارآمد ابزارهای مالی اسلامی و اطلاعات نامتقارن*. نامه مفید، ۱۲ (۴۸)، ۷۹-۹۸.
۱۵. عاملی، زین‌الدین‌بن‌علی (۱۴۱۰ق). *الروضةالبهیة فی شرح اللمعةالدمشقیة*؛ ج۳و۴، قم: کتابفروشی داوری.
۱۶. عطار شهرکی، سیده مریم، قریشی، سیدمهدی و محمدحسن جوادی (۱۴۰۰). رهیافتی فقهی و حقوقی بر شروط تحمیلی در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی. *اقتصاد اسلامی*، ۲۱ (۸۲)، ۱۸۳-۲۱۱.
۱۷. قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره). مصوب ۱۰ / ۶ / ۱۳۶۲.
۱۸. قلیچ، وهاب (۱۳۹۵). بررسی میزان انطباق قرارداد و عملیات مشارکت مدنی با موازین شریعت در نظام بانکی جمهوری اسلامی ایران. *معرفت اقتصاد اسلامی*، ۸ (۱۵)، ۵-۲۴.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

۱۹. الماسی، نجادعلی، اخوت، امیر و رجالی، محسن (۱۳۹۱). بررسی فقهی حقوقی عقد شرکت در نظام بانکداری بدون ربا. *معرفت*، ۲۱ (۱۸۲)، ۱۳-۲۶.
۲۰. محمود، عبدالرحمان (بی‌تا). *معجم‌المصطلحات و الألفاظ الفقهیهٔ*. ج۲، بی‌جا: بی‌نا.
۲۱. مصباحی‌مقدم، غلامرضا و نعمتی، محمدحسین (۱۳۹۷). تحلیل فقهی حقوقی برخی از مواد قرارداد مشارکت مدنی بانکی، *پژوهشنامه میان‌رشته‌ای فقهی*، ۷ (۱۳)، ۲۵-۴۶.
۲۲. مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ق). *التحقیق فی کلمات القرآن‌الکریم*؛ ج۴، تهران: مرکزالکتاب للترجمهٔ و النشر.
۲۳. مکیان سید نظام‌الدین، دانش سید حسین‌علی، جوکار کمال‌آبادی نرگس (۱۳۹۶). مشکلات اجرایی در محاسبه سود قطعی (مطالعه موردی بانک مسکن شیراز- عقد مشارکت). اقتصاد و بانکداری اسلامی، ۶ (۲۰)، ۱۴۱-۱۴۹.
۲۴. نظرپور، محمدنقی و کشاورزیان پیوستی، اکبر (۱۳۹۲). الزامات احیای عقد مشارکت حقوقی راهبردی برای تحقق بانکداری PLS در نظام بانکداری بدون ربا، *راهبرد اقتصادی*، ۲ (۷)، ۳۹-۷۹.
۲۵. نظرپور، محمدنقی و ملاکریمی، فرشته (۱۳۹۴). بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دید قواعد فقهی، *اقتصاد اسلامی*، ۱۵ (۵۷)، ۱۳۹-۱۶۶.
۲۶. یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۸ق). *العروةالوثقی مع التعلیقات*؛ ج۲، قم: انتشارات مدرسه امام علی(ع).

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-10-31]