

بسم الله الرحمن الرحيم

ماهنامه خبری آموزشی

مادرسه حقیقی

سال شانزدهم، شماره ۱۴۶، فروردین ۱۴۰۰

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسئول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

شورای سردبیری: دکتر مهدی جلیلی، داریوش سپنتا، سید عبدالرضا علوی حجازی، نفیسه مستقل

طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمد حسن عقیلی

ویراستار: رسول فروغی

امور اجرایی: نادر فهامی

دبیر تحریریه این شماره: محمد ابراهیمی

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: محمود بافنده، نسیم پرستگاری، وجیهه جاوید مقدم، فرزاد جوادی نژاد، مهناز

دره شیرینی، آرمان زینلی، مینا سالمی، نغمه فقیهیان، محمد فلاح‌پور، دکتر محسن قجاوند، علی

اکبر محمدی

و با تشکر از: مرتضی جنتیان - محمد حمید سلیمانی

آرای نویسندگان، دیدگاه **مادرسه حقیقی** نیست.

نشریه **مادرسه حقیقی** در وبسایت کانون وکلای دادگستری اصفهان به نشانی زیر در دسترس

است.

www.isfahanbar.org

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: madreseyehoghough@isfahanbar.org



شيوه‌نامه «مارس، حقوق»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه دیگری منتشر نشده باشد.
- مسئولیت اصالتِ عنوان مطالب ارسالی به عهده‌ی ارسال کننده آن است.
- هیأت تحریریه در نشر، تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
- رعایت نکات زیر در مطالب ارسالی:
 - ذکر نام، نام خانوادگی، سمت یا عنوان علمی، نشانی دقیق پستی، تلفن تماس و نشانی الکترونیک نگارنده.
 - حجم مطالب ارسالی بین ۵ تا ۱۵ صفحه (تا هفت هزار کلمه)
 - ارجاع به منابع در مقالات به صورت درون‌متنی و در قالب (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ نشر: شماره صفحه)
 - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیرنویس.
 - ذکر فهرست منابع استفاده‌شده در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به شکل زیر:
 ۱. کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). نام کتاب. در صورت ترجمه نام و نام خانوادگی مترجم. محل انتشار: ناشر.
 - نمونه: جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
 ۲. مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). عنوان مقاله. در صورت ترجمه نام مترجم. نام مجله. شماره مجله. شماره صفحات مقاله در آن مجله.
 - نمونه: هاشمی نژاد، مجید. (۱۳۷۷). نقش سند رسمی در عقد موضوع مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت. مجله کانون. شماره ۷: ص.ص. ۱۴۹-۱۴۵.
 - در صورت استفاده از مطالب سایت‌های خبری یا دارای مطالب موثق، مشخص نمودن قسمت جداگانه، در پایان مقاله و پس از ذکر منابع فارسی و انگلیسی، تحت عنوان سایت‌ها.
 - ارسال مطالب در محیط word ۲۰۱۰ با فونت ۱۳ Mitra ۲ تنظیم و به نشانی الکترونیکی: madreseyehoghough@isfahanbar.org
 - مطالب ارسالی در دو قالب، قابل نشر است:
 - الف) مقالات که دارای ساختار چکیده (شامل حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۱۵۰ کلمه و دارای حداقل ۳ و حداکثر ۵ واژه کلیدی)، مقدمه، متن، نتیجه و منابع است و در بخش نخست منتشر می‌شود.
 - ب) نکات، مطالب، یادداشت‌ها، نظرات و نقدهای حقوقی که لزومی به پیروی از ساختار شکلی مقالات ندارد.
 - مقاله ارسالی، داوری و پس از پذیرش ویرایش خواهد شد.
 - اولویت چاپ با مقالاتی است که موضوعات کاربردی و مفیدی برای حرفه وکالت دارند یا موضوعاتشان جدید است.
 - مفاد و مندرجات مقالات منحصراً مبین نظر شخصی نویسنده است و موضع رسمی کانون وکلا محسوب نمی‌شود.



فهرست مطالب

سر مقاله ؛ حقوق مضاف ۴

مقالات

- شروط تحمیلی قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی و رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴..... ۱۰
- علی کرم جلیل پیران، شادی بهادر، علی محمودیان چالبطان، ابراهیم جلیل پیران**
- اشتباه انسانی یا خطای فنی در پرداخت‌های مبتنی بر کارت بانکی..... ۳۵
- دکتر مریم جلالی**
- نرخ وجه التزام تاخیر تادیه در قراردادهای بانکی..... ۵۰
- حمید اخوانی، امیرحسین عسگریان**
- ماهیت حقوقی سپرده‌های بانکی..... ۶۴
- دکتر محمد رضا محمدی جرقویه ای**
- اهم مشکلات و نارسایی‌های احصاء شده در پرونده شکایت از عملکرد بانک‌ها..... ۷۰
- محمد مهدی گودرز**
- اعمال حق جانشینی، بایدها و نبایدها؛ «چالشی در حقوق بانکی»..... ۸۰
- محمدتقی باغبان آقایی**
- خروج از موضوع فعالیت شرکت در عملیات بانکی(تحلیل حقوقی اصل تخصص در قراردادهای بانکی)..... ۸۸
- علیرضا توفیق**

حقوق مالی سپه

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال
شانزدهم
شماره
۱۴۶



- بررسی حقوقی خسارت تأخیر تأدیه در قراردادهای بانکی..... ۱۲۲
- ابوالفضل افشاری**
- تفاوت ضمان در حقوق مدنی و حقوق تجارت..... ۱۲۶
- صابرعلی انصاری**
- ربا و بانکداری اسلامی..... ۱۳۹
- نسیم پرستگاری**

بایسته‌های حرفه وکالت

- آرای وحدت رویه و نظریه‌های مشورتی قوه قضائیه..... ۱۴۸
- فاطمه شیخ صنعان**
- پند استاد؛ درسی از استاد مرحوم حجت الاسلام و المسلمین دکتر سید عباس موسویان..... ۱۵۶
- فرشته ملاکریمی**
- گزیده مقالات کاربردی..... ۱۶۲
- محمد ابراهیمی**
- معرفی کتاب..... ۱۶۹
- مینا سالمی**

زنگ تفریح

- حقوق قراردادهای بانکی به بیان طنز ۱۷۴
- دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای**



سرمقاله

حقوق مضاف

در قدیم چنین بود یا چنین تصور می شد که امکان تسلط بر انواع علوم وجود دارد و یک شخص می تواند با داشتن استعداد ویژه، پشتکار بسیار، اساتید مجرب و شرایط مناسب، تمام علوم متداول و حتی غیر متداول زمان خویش را فرا گیرد. لفظ «حکیم» که بر فیلسوف، پزشک، عارف و غیره اطلاق می شد، نشان از وقوع چنین تصویری در اذهان است، مقصود از لقب «معلم» که برای «فارابی» و برخی دیگر استعمال شده، آن است که اینان علاوه بر فرا گرفتن همه علوم متداول، سرآمد در علوم نیز بوده اند.

پیشرفت، توسعه و تنوع علوم و دست یابی به امکانات بیشتر و اخیراً تکنولوژی در کشف اسرار جهان و نیز تفکر انسان عصر جدید در بهره مندی از علوم انسانی در شناخت، تجزیه و تحلیل و بهبود زندگی روزمره انسانی، بشر را به این واقعیت سوق داد که هر کس رانمی رسد به همه علوم دستیابی داشته باشد. از شیخ بهائی که خود عجب دوران و نایب دهر بود و در همه علوم و فنون دستی داشته است، نقل شده که با هیچ عالمی که تنها



یک علم را بداند، روبرو نشدم جز آنکه او را از خود اعلم دیدم.

بدین ترتیب شاخه‌های علوم به سرعت روبرو ترزاید گذاشت و عالمان در رشته‌هایی محدود و اخیراً تنها در یک رشته یا حتی تنها در شاخه از یک رشته متخصص شدند.

به تدریج تخصصی شدن علوم و فزاینده شدن تنهایی رشته، راه افراط پیمود و هر متخصص در یک فن یا شاخه از علم، به دلیل عدم اطلاع لازم از علوم دیگر و یاد نظر نداشتن آثار دیگر عوامل در تشخیص خود دچار مشکل شد و این امر موجب عدم توفیق متخصصین تک محصولی گردید.

نهایتاً راه برای رشته‌های بین رشته‌ای باز شد و دو یا چند رشته مرتبط، به عنوان یک رشته در تحصیلات تکمیلی راه یافتند.

این روال در دانش حقوق نیز پس از آنکه این دانش توانست حدود و ثغور خود را از بین دیگر رشته‌های علوم اجتماعی یافته دینی مشخص سازد، به سبکی که با شرایط حقوق سازگاری داشت، اتفاق افتاد. البته این اتفاق پیش از آن برای فلسفه اتفاق افتاده بود و عنوان «فلسفه‌های مضاف» را به خود گرفت و دارای موافقین و مخالفین جدی بوده و هست؛ مخالفین فلسفه‌های مضاف را اعتقاد بر آن است که موضوع فلسفه، بحث از «موجود با هو موجود» است و هرگاه مضاف الیه به آن اضافه شود، از بایست خود خارج می‌شود. همچنانکه «آب مضاف» متعلق به مضاف الیه خود است و «آب هندوانه» به میزانی که به «هندوانه» نزدیک است، به «آب» نزدیک نیست، فلسفه علم، فلسفه دین، فلسفه اخلاق و



غیره، به میزانی که تعلق به علم و دین و اخلاق و غیره دارد، به فلسفه نزدیک نیست. زیرا «فلسفه مضاف»، «دانشی است که با روش عقلانی یا تاریخی به صورت فراگیرانه، به تحلیل یا توصیف مضاف الیه خود می‌پردازد».

این سخن اگر در فلسفه تاحدی قابل قبول باشد، در حقوق جایگاهی ندارد؛ حقوق مستقل تنظیم روابط بین انسانهاست و باید بتواند قواعد و مقررات خود را در رفع و تنظیم نیازهای معقول و متعارف بشری ساری و جاری سازد.

بدین ترتیب با ملاحظه نیازهای امروز، گزیر و گزیری از ورود به عرصه «حقوق مضاف» نیست و این میدان می‌تواند و باید جولانگاه حقوق دانان و به ویژه وکلا به شرحی که در ادامه خواهد آمد، باشد. مناسبت‌های اجتماعی، تکنولوژی، فضای مجازی، روابط متنوع و جدید، خلق نهاد‌های مختلف داخلی، ملی، منطقه‌ای و جهانی و انواع مولفه‌های دیگر، «حقوق» را از چهار دیواری تقسیم سنتی داخلی، بین‌المللی و عمومی و خصوصی که انواع آن تا همین چند دهه پیش به ده عنوان نمی‌رسید، به فضاهای جدید دیگر کشاند و حقوق دانان را خواسته یا ناخواسته به پانگولنی به نیازهای جدید اجتماع سوق داد و ملزم ساخت.

حقوق محیط زیست، حقوق بورس، حقوق پزشکی، حقوق ورزشی، حقوق مالیاتی و حقوق اقتصادی، انواع «حقوق مضاف» اند.

حقوق بانکی نیز از مجموعه این «حقوق مضاف» است؛ ظرافت، چپ‌دگی، تنوع، فراوانی و دهم‌و‌یثگی



دیگر، دست به دست هم داده اند تا لزوم نگاه ویژه و پرداختن انحصاری به «حقوق بانکی» را توجیه کند. ناسامانی های اخیر اقتصادی، تنوع تصمیم گیری در بانکهای اقتصادی و تغییرات به هنگام و نابه هنگام سیاستگذاریها در اداره بانکها، موجب ورود وکلای دادگستری در این عرصه مهم گردیده است. وکلای پس از نقش آفرینی در آغاز هر رابطه حقوقی در قالب خدمت به اشخاص حقیقی و حقوقی دولتی و خصوصی، در مقام طرح دعوی و اثبات تخلفات موکل یا عدم مسوئیت حقوقی یا کیفری او نیز، به ویژه با توجه به مناسبات و ویژگی های اجتماعی، نقش تعیین کننده و منحصری دارند و در این راستا باید به جنبه های کوناگون و تاثیر و تاثرات دیگر عوامل در تحلیل دعوی مطروحه و اثبات میزان تاثیر عوامل دیگر در مسوئیت یا عدم مسوئیت موکل دقت کافی مبذول دارند.

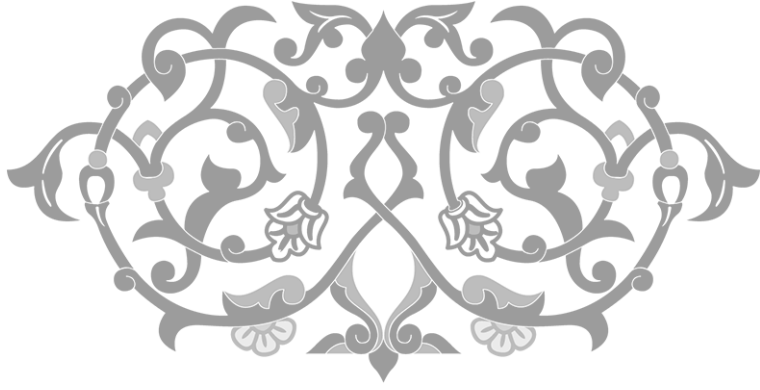
از سوی دیگر وظیفه و هدف اولیه و ذاتی متخصصین هر موضوع و از جمله متصدیان امور بانکی دقت و بررسی راهکارهای حقوقی و منازعات دادگاهی امور نیست. این امر موجب می شود هرچند در هنگام قانونگذاری، بی توجه به مسائل حقوقی و اجرایی و دعاوی احتمالی آن نباشند، اما به میزان لازم، دقت مورد نیاز را برای امور تخصصی خود و از جمله بانکی هنگامی که به صحنه دعوا و دادگاه ورود می یابند، ندارند. به ویژه آنکه تعارضات و تراجمات حقوقی و دعاوی، هنگام اجرا، امکان پیش بینی کامل آن هنگام تدوین مقررات و قانونگذاری و یا سیاستگذاری امور بانکی را غیر ممکن می سازد.

جامعه وکالت نیز اگر مکان دارد که این کمبودها و دغدغه ها از سوی گروه های دیگر شناسانی، جبران و پیش

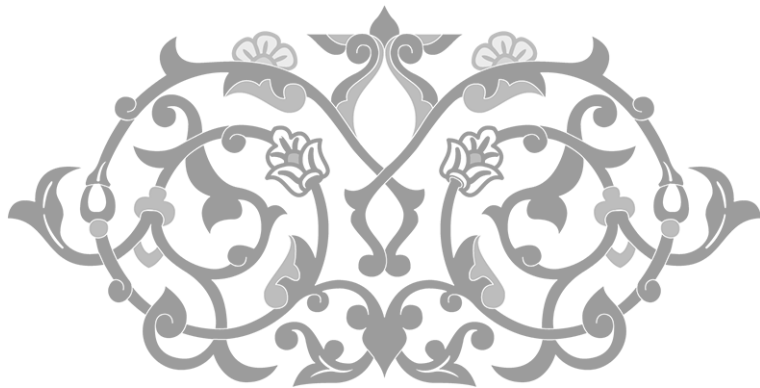


بینی می‌شود، کمانی ناصواب و دور از دسترس دارد. پس چاره آن است که اهلی حقوق و به ویژه وکلا به زوایای مختلف «حقوق مضاف» و از جمله حقوق بانکی وارد شوند و راه را بر قانونگذار، سیاستگذاران، متصدیان و مجریان و نیازمندان به حل مشکلات حقوقی خود در رشته‌های «حقوق مضاف» هموار سازند. ویژه‌نامه حاضر کوششی ناچیز در این راه است که دوستان شتاب و ویژه مدیر این شماره در مدرسه حقوق آن را کرد آورده اند تا از یکسو دست مایه همکاران در مسائل مبتلا به آنان بوده و از سوی دیگر راهی تازه را بکشاید تا در آینده و برنامه‌های دیگر به «حقوق مضاف» روی نماید.

مدیر مسئول



مقالات





شروط تحمیلی قراردادهای

اعطای تسهیلات بانکی

و رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴

علی کرم جلیل پیران^۱، شادی بهادر^۲، علی محمودیان چالبطان^۳، ابراهیم جلیل پیران^۴

چکیده

در این مقاله تلاش‌هایی جهت ساماندهی شروط تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی صورت گرفته است. به واقع در مقام پاسخ به این سوالات که معیارهای تشخیص و شناسایی شروط تحمیلی از سایر شروط مندرج در این قراردادها چیست؟ در صورت درج این شروط می‌توان آنها را مشروع، و قانونی به حساب آورد؟ چه عواملی موجب می‌گردد که بانک‌ها بتوانند کلیه شروط مورد نظر خود را به اشخاص طرف قرارداد خود تحمیل کنند و نهایتاً قرار دادن شروط تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی چه تأثیری بر این قراردادها گذاشته و چه ضمانت اجرایی را می‌توان برای این شروط در نظر گرفت؟ مطالعات صورت گرفته در این مقاله بیانگر این است که معیارهای شناسایی شروط تحمیلی از سایر شروط عبارتست از ۱. نابرابری اقتصادی، ۲. وجود سوءنیت. که وجود این شروط تحمیلی تا زمانیکه تعادل و توازن قدرت در تصمیم‌گیری

۱. وکیل پایه یک دادگستری، کانون وکلای دادگستری اصفهان.

۲. وکیل پایه یک دادگستری، کانون وکلای دادگستری اصفهان.

۳. کارآموز وکالت، کانون وکلای دادگستری اصفهان، مدرس دانشگاه

۴. دانشجوی کارشناسی ارشد علوم قضایی تهران.



متعاقدين را برهم نزنند و یک طرف را نسبت به دیگری غالب نسازد قابل پذیرش و مشروع بحساب می آید و تنها وجود حیل شرعی و قانونی است که باعث شده است بانکها بتوانند به راحتی و بدون وجود هیچ مانع قانونی طرف قراردادی خود را مجبور به قبول این شروط تحمیلی کنند. بهترین ضمانت اجرای درج شروط تحمیلی، پذیرفتن نظریه «بطلان جزئی» می باشد. به عبارتی دیگر شروط تحمیلی مذکور از جمله مصادیق بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی بوده، لذا شروط تحمیلی مندرج باطل و غیرمبطل قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی می باشد.

واژگان کلیدی: تسهیلات بانکی، شروط تحمیلی، بطلان جزئی، حیل شرعی و قانونی، ماده ۱۰ قانون مدنی، رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور (قابل ابطال بودن سود مازاد تسهیلات قراردادهای بانکی).

مقدمه

بسیاری از اندیشمندان مسلمان که دغدغه اجرای احکام اسلامی در اقتصاد و به خصوص بانکداری را داشتند، با تکمیل ابتکارات شخصی سعی در آرزوی خود در اجرایی کردن ایده بانکداری اسلامی نمودند که تا آن سالها از یک مفهوم انتزاعی پا فراتر نرفته بودند. در میان اندیشمندان مسلمان، شهید آیه الله سید محمد باقر صدر (ره) در اوایل دهه ۱۹۶۰ از اولین کسانی بودند که ضمن اذعان به نقش بانکها در تجهیز پس اندازهای راکد و تبدیل آنها به سرمایه های مفید و مولد، با تصریح به این مسئله که روش بانکی متعارف، براساس سپرده گذاری و وام دهی با بهره است که از نظر اسلام ربا و حرام است. به منظور پر کردن خلاء ناشی از کنار گذاشتن سیستم بانکداری سنتی به طراحی الگوی بانکداری بدون ربا پرداخت (موسویان، ۱۳۸۵: ۱۵) در حقیقت، جنبش بانکداری اسلامی در اواسط قرن بیستم پا به عرصه وجود گذاشت (شهنازی و پناهی، ۱۳۹۵: ۱۷۶).

به جرأت می توان این ادعا را مطرح کرد که تمام اشخاص حقیقی و حقوقی جوامع امروزی در روابط اقتصادی خود با بانکها که یکی از بنگاههای بزرگ اقتصادی بحساب می آیند برخورد کرده و وارد تعامل می شوند که عمده علت آن، همکاری متقابل دو طرف با یکدیگر می باشد. یکی از شاخص ترین این همکاری و تعامل، اعطای تسهیلات بانکی (وام) از طرف بانکها به مشتریان خود می باشد. در مقابل از آنجایی که این بنگاههای




اقتصادی از قدرت اقتصادی به مراتب قویتر نسبت به مشتریان خود برخوردار بوده و در غالب موارد از آنجایی که مشتریان زمانیکه در شرایط نابسامان اقتصادی و فورس ماژور قرار می‌گیرند اقدام به مطالبه تسهیلات بانکی (وام) می‌کنند لذا تبادل قدرت به طرف بانک‌ها حرکت و سمت و سو دارد در نتیجه بانک از قدرت مانور بیشتری برخوردار بوده و می‌تواند شروط مورد نظر خود را به راحتی به مشتریان خود تحمیل کند که همین موضوع باعث شده است که بانک‌ها بتوانند به موجب قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی به راحتی اموال و دارایی‌های مشتریان خود را حبس کرده و در مراحل بعدی و عدم وصول بدهی‌های مشتریان خود، آن اموال را ضبط کنند و به مالکیت خود درآورند به عبارت دیگر بانک‌ها می‌توانند از این طریق به راحتی از مشتریان خود سوء استفاده اقتصادی کرده و آنها را به ورطه نابودی بکشانند.

باتوجه به مطالب فوق به منظور تحدید امکان این سوء استفاده اقتصادی و تبیین و ساماندهی شروط تحمیلی موجود در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی این مقاله ابتدا اشاره ای به بانکداری در ایران شده و سپس به احصاء شروط در مظان تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی اقدام نموده و در انتها به ساماندهی شروط تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی اقدام نموده است.

۱- بانکداری در ایران

صنعت بانکداری یکی از مهم‌ترین بخش‌های هر اقتصادی محسوب می‌شود؛ زیرا به عنوان واسطه منابع پولی در کنار بورس و بیمه از ارکان اصلی بازارهای مالی شمرده می‌شوند. بانکداری در اقتصاد ایران از اهمیت بیشتری برخوردار است؛ زیرا به دلیل عدم توسعه لازم بازار سرمایه، در عمل این بانک‌ها هستند که عهده‌دار تأمین مالی بلندمدت نیز می‌باشند (حسینی و سوری، ۱۳۸۶: ۱۲۹). تاریخچه بانک و بانکداری در ایران به کمتر از صد و بیست سال می‌رسد. بانکداری به عملیات بانک‌ها گفته می‌شود که عمدتاً عبارتند از: نقل و انتقال وجوه، نگهداری سرمایه اشخاص و به کارگیری در جهت رشد و توسعه اقتصادی، صدور بروات و حواله‌های تجاری، اعطای اعتبار و وام به اشخاص، تأمین اعتبار در جهت توسعه تجارت، کشاورزی و صنعت، نگهداری اموال و اوراق بهادار اشخاص، خرید و فروش فلزات قیمتی و ارز، انتشار اسکناس و اوراق بهادار (دایرة المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۶۷).



تأسیس اولین بانک در ایران، به سال ۱۳۰۵ هجری قمری، (۱۸۸۸) میلادی باز می‌گردد که موسسه مالی انگلیسی به نام «شرکت بانکداری جدید شرق» تأسیس شد. در واقع می‌توان صنعت بانکداری را یکی از پیشگامان الگوهای وارداتی توسعه به اقتصاد ایران دانست که توسط اتباع اروپایی و به خصوص انگلیسی که خواهان استفاده از بازار بکر و دست نخورده ایران بودند، ایجاد شد زیرا بدون انجام سرمایه‌گذاری مستقیم و کلان و با کمترین ریسک ممکن و با دادن برخی رشوه‌های قابل توجه به شاهان و رجال درجه اول، امکانپذیر بود. بدیهی است که بانک‌هایی که با این شرایط در ایران تأسیس شده بودند، عملیات خود را کاملاً براساس الگوهای بانکداری ربوی که با محوریت بهره‌فعلیت می‌کردند، تنظیم کنند (محقق نیا، ۱۳۹۲: ۱۱۴-۱۱۵).

با پیروزی انقلاب اسلامی، فصل جدیدی در بانکداری اسلامی و بانکداری ایران گشوده شد، چه اینکه انقلاب اسلامی مردم ایران با هدف پیاده کردن احکام ناب دین مبین اسلام، انجام شده بود و بدیهی بود که سیستم بانکی که نقش زیادی در زندگی مردم ایفا می‌کند و تعامل زیادی با باورها و ارزش‌های اسلامی دارد، در همان ابتدای پیروزی انقلاب مورد توجه و در معرض اصلاحات گسترده باشد. در واقع پس از پیروزی انقلاب اسلامی، مسئولین کشور دو گزینه را پیش رو داشتند. یکی اینکه بانک‌ها را تعطیل کنند تا عملیات بانکی براساس قوانین اسلام پی‌ریزی شود و سیستم جدیدی پایه‌گذاری گردد و دیگر اینکه با اصلاح وضع موجود تا حد امکان مرحله به مرحله به هدف مورد نظر نزدیک شوند که به دلیل حساسیت سیستم بانکی و اهمیت فوق‌العاده آن در گردش اقتصادی کشور، بالاچار مسیر دوم انتخاب شد. در واقع هیچ کس قادر نبوده که این رودخانه در حال حرکت را متوقف کند و سعی بر آن بود که مسیر آن به صورت دلخواه پیرایش شود. به عبارت دیگر توقف عملیات بانکی به معنای تعطیلی اقتصاد و جریان عادی کشور بود که به هیچ وجه امکان‌پذیر نبود. لاجرم اصلاحات بانکی در دستور کار قرار گرفت (محقق نیا، ۱۳۹۲: ۱۲۴).

بنابراین مدت کوتاهی پس از پیروزی انقلاب براساس مصوبه شورای انقلاب، تمام بانک‌های خصوصی کشور، ملی اعلام شد. این امر در راستای کنترل مالی و برقراری نظام پولی و اعتباری مستقل صورت گرفت. در کنار این تغییرات شکلی و ظاهری می‌بایست تغییر محتوایی در نحوه اداره بانک‌ها و عملیات بانک‌ها نیز صورت پذیرد. در گام اول، نرخ بهره کاهش پیدا کرد و نام آن به کارمزد تغییر یافت. طبق مصوبه شورای پول و اعتبار



در دی ماه ۱۳۵۸، به سپرده‌های غیر دیداری، بهره‌ای با عنوان حداقل سود تضمینی تعلق می‌گرفت. همچنین از اول سال ۱۳۵۹، احتساب و دریافت بهره از سود تعیین شده‌ای تعیین گردید (شهنازی و پناهی، ۱۳۹۵: ۱۷۶) در مرحله آخر که مهم‌ترین مرحله شکل‌گیری بانکداری بدون ربا در کشور بود که لایحه عملیات بانکی بدون ربا توسط شورای پول و اعتبار تدوین و در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید.

۲- احصاء شروط در مظان تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی

با مطالعه قراردادهای اعطاء تسهیلات بانکی در نظام بانکداری موجود می‌توان به این نتیجه رسید که تقریباً تمامی بانک‌ها در چگونگی و نحوه تنظیم این قراردادها به یک سمت و سو حرکت کرده و تقریباً از یک قالب یکسانی استفاده کرده‌اند (السان، ۱۳۹۹: ۴۵). لذا با مطالعه و تحلیل قرارداد اعطای تسهیلات بانکی یکی از بانک‌های موجود (برای مثال بانک ملی) می‌توان قواعد و احکام بدست آمده را به بانک‌های دیگر نیز تسری داد.

با مطالعه و بررسی شروط درج شده در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی این مهم محرز می‌گردد که:

اولاً نباید کلیه شروط مندرج در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی را تحمیلی دانست چراکه قسمتی از این شروط در مورد شرایط کلی و عمومی قراردادها می‌باشد که تابع قواعد عمومی شروط ضمن عقد هستند مانند مشخصات متعاقدين، مدت اجرای قرارداد و... لذا تنها تعدادی از این شروط هستند که در مظان تحمیلی بودن قرار می‌گیرند.

ثانیاً بانک‌ها برحسب نوع تسهیلاتی که مشتری ممکن است از بانک مطالبه کند این شروط در مظان تحمیلی را تغییر می‌دهند. به عبارتی دیگر شروط مذکور در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی بر حسب نوع و ماهیت تسهیلات ارائه شده تغییر کرده و شکل متفاوتی را به خود می‌گیرد یعنی با تغییر نوع تسهیلات شروط درج شده در آن نیز تغییر می‌کند.

لذا به منظور جمع کلیه شروط در مظان تحمیلی مندرج در انواع متفاوت قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی، ابتدا به احصاء شروط در مظان تحمیلی در قراردادهای مشارکت و در مرحله بعد اقدام به احصاء شروط در مظان تحمیلی در سایر قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی اشاره می‌شود.

۱-۲- احصاء شروط در مظان تحمیلی در قراردادهای مشارکت

باتوجه به استقراء در قراردادهای مشارکت موجود در نظام بانکداری ایران می‌توان شروط در مظان تحمیلی موجود در این نوع از قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی را بشرح زیر تحدید و احصاء نمود:

۱. به موجب ماده ۷ قرارداد مشارکت، بانک حق دارد برای حصول اطمینان از انطباق نحوه استفاده و مصرف و برگشت سرمایه مشارکت با مفاد قرارداد به هر طریقی که مقتضی بداند و هر موقع که بخواهد اقدام به نظارت بر عملیات اجرایی شریک کند. منتها این شریک است که باید متعهد بشود که تسهیلات و وسایل نظارت بانک را فراهم سازد و کلیه هزینه‌های این نظارت را بعهده بگیرد تا بانک بتواند نظارت خود را بطور جامع و دقیق انجام دهد درحالی که با استفاده از مبنای ماده ۱۰۰ قانون مدنی^۵ هزینه انتفاع و اجرای هر حقی بعهده صاحب آن حق می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۸۰) و خود شخص ذیحق باید هزینه اجرای حق خویش را پرداخت نماید اما بانک‌ها باتوجه به قدرت اقتصادی یکجانبه خود این هزینه‌ها را در قالب شروط ضمن عقد به مشتریان خود تحمیل می‌کنند.

۲. به موجب ماده ۹ قرارداد مشارکت، اولاً شریک مکلف است تا کالای مورد معامله را تا زمان فروش به نفع بانک، بیمه کامل کند و در صورت تخلف، کلیه خسارات به عهده مشتری می‌باشد و بانک هیچ‌گونه مسئولیتی را متقبل نمی‌شود. ثانیاً اقدام به بیمه کالای موضوع قرارداد مشارکت در صورت امتناع مشتری، از طرف بانک بصورت اختیاری می‌باشد و بانک هیچ‌گونه مسئولیتی از این لحاظ در مقابل شریک ندارد و در صورت حصول خسارت، مشتری باید کلیه خسارت را از اموال خود به بانک پرداخت نماید. که در

۱. ماده ۱۰۰ قانون مدنی «اگر مجرای آب شخصی در خانه دیگری باشد و در مجرای خرابی به هم رسد به نحوی که عبور آب موجب خسارت خانه شود، مالک خانه حق ندارد صاحب مجرا را به تعمیر مجرا اجبار کند بلکه خود او باید دفع ضرر از خود نماید؛ چنانچه اگر خرابی مجرا مانع عبور آب شود، مالک خانه ملزم نیست که مجرا را تعمیر کند بلکه صاحب حق باید رفع مانع کند، در این صورت برای تعمیر مجرا می‌تواند داخل خانه یا زمین شود ولیکن بدون ضرورت حق ورود ندارد مگر به اذن صاحب ملک.»



مورد این شرط نیز باید اذعان کرد که تماماً برخلاف مقتضای ذات عقد شرکت می‌باشد چراکه باید همانگونه که دو طرف در سود باهم شریک هستند در مورد خسارات و غرامت پیش آمده به میزان مشارکت خود مسئول باشند. (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۲: ۱۸).

۳. به موجب ماده ۱۵ قرارداد مشارکت، شریک ضمن عقد خارج لازم قبول نمود و متعهد گردید که چنانچه به اصل سرمایه بانک خسارت و یا نقصانی وارد شود آنرا به هر میزانی که بانک تعیین کند از اموال خود جبران و مجاناً و بلاعوض پرداخت کند. صرف اظهار بانک در مورد نقصان و یا خسارت وارده به اصل سهم شرکت به بانک معتبر بوده و شریک ضمن عقد خارج لازم حق هرگونه ایراد و اعتراضی را از خود سلب نمود. باید قاطعانه گفت که شرط مذکور یکی از تحمیلی‌ترین و در عین حال ناعادلانه‌ترین شروط مذکور در قرارداد مشارکت است چرا که اولاً خسارت حاصله را بعهده مشتری قرارداده است. امری که برخلاف نص ماده ۵۷۵ قانون مدنی^۶ و مقتضای عقد شرکت است و این خسارات از محل اموال شخصی او تامین می‌گردد. ثانیاً تعیین میزان این خسارت به عهده خود بانک گذاشته شده است بدون اینکه هیچ معیاری از قبل برای تعیین میزان آن مشخص شده باشد که این خود موجب غرری بحساب آمدن قرارداد می‌گردد چرا که این ضمانت اجرا اثری مستقیم بر روی عوضین اصلی قرارداد دارد. ثالثاً بانک برای مطالبه این خسارت هیچ نیازی به اثبات ورود ضرر مورد ادعای خود نداشته و به صرف اذعان او در مورد میزان و مقدار خسارت کفایت می‌کند. رابعاً شخص مشتری هیچگونه حق اعتراض و ایرادی نسبت به این ماده و مفاد آن ندارد. در نتیجه معنای واقعی و دقیق این ماده آن است که بانک بطور واضح و بدون هیچ منطق و توجیه قانونی شرایط خود را به مشتری تحمیل کرده و او را مورد استثمار قرار می‌دهد.

۴. به موجب ماده ۱۷ قرارداد مشارکت هرگاه سود قابل محاسبه نباشد ولی به تشخیص بانک مقداری از کار توسط شریک انجام شده باشد بانک اجرت شریک را به تشخیص خود محاسبه و به مشتری پرداخت می‌کند و شریک از بابت اجرت محاسبه شده توسط بانک حق هیچگونه اعتراض و ادعایی را نخواهد داشت. که در این ماده نیز اولاً

۶. ماده ۵۷۵ قانون مدنی «هر یک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهم می‌باشد، مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد».



تشخیص مقدار اجرت شریک به عهده بانک قرارداد شده است. امری که باید علی الاصول و باتوجه به قواعد عمومی قراردادها با توافق متعاقدین بوده و یا حداقل معیاری را از قبل برای محاسبه آن تعیین شده باشد (سلطانی، ۱۳۹۵: ۱۱۶). ثانیاً شخص مشتری نسبت به این اجرت تعیین شده توسط بانک حق هیچ‌گونه اعتراضی را ندارد. موضوعی که می‌توانیم به وسیله آن به عمق تحمیلی بودن و غیر عادلانه بودن شرایط متعاقدین پی ببریم.

۲-۲- احصاء شروط در مظان تحمیلی در سایر قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی

از آنجایی که قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی موارد و مصادیق بسیار زیاد و متنوعی را شامل می‌شود لذا احصاء شروط در مظان تحمیلی تمامی این قراردادها از حوصله این مقاله خارج است. لذا ترجیح داده شد که قراردادهایی که بیشترین کاربرد را داشته و مورد استفاده بیشتری قرار می‌گیرند مورد توجه و بررسی قرار گیرد. به همین منظور به ترتیب اقدام به احصاء شروط در مظان تحمیلی در قراردادهای الف) مضاربه ب) رهن اموال منقول و غیر منقول ج) قرض الحسنه اعطایی، خواهیم نمود.

الف) قرارداد مضاربه

باتوجه به استقراء در قراردادهای مضاربه موجود در نظام بانکداری بدون ربا می‌توان سه نمونه از شروطی که بیشترین مظان تحمیلی بودن را متوجه خود می‌سازند بشرح زیر ارائه نمود:

۱) به موجب ماده ۱۰ قرارداد مضاربه، عامل قبول و تعهد نمود که در پایان مدت قرارداد و یا در زمان فسخ معامله در صورتی که تمام یا قسمتی از کالای موضوع قرارداد مضاربه بفروش نرسیده باشد موجودی کالای مزبور را با موافقت بانک به قیمت روز و یا قیمت مورد توافق بانک شخصاً خریداری و وجه آنرا بحساب مذکور در قرارداد واریز کند. باید اذعان کرد که اولاً در قرارداد مضاربه از آنجایی که نوعی مشارکت فی مابین مالک و عامل بوجود می‌آید لذا کالای موضوع قرارداد متعلق به هر دو طرف می‌باشد در حالی که بانک به موجب این شرط عامل مضارب را مجبور به خرید سهم خود کرده است ثانیاً اجبار به خرید ممکن است بنا به قیمتی باشد که بانک میزان آنرا تعیین می‌کند که این خود نیز



نمونه‌ای بارز از تحمیلی بودن شرط و عملی خلاف ماهیت شراکت می‌باشد.

۲) به موجب ماده ۱۱ قرارداد مضاربه، عامل ضمن عقد لازم خارج متعهد گردید که چنانچه به اصل سرمایه بانک خسارت یا نقصانی وارد شود آنرا از اموال شخصی خود جبران و مجاناً و بلاعوض پرداخت کند. که این شرط نیز به موجب قسمت اول ماده ۵۵۸ قانون مدنی^۷ شرطی برخلاف مقتضای ذات عقد مضاربه می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۳۱).

لذا بانک به منظور دور زدن قانون اقدام به طرح یک حیل قانونی کرده و با قراردادن این شرط که باید این خسارت از اموال شخصی عامل جبران گردد اثر این ماده قانون مدنی را خنثی نموده و آنرا به عامل تحمیل کرده است.

۳) به موجب ماده ۱۵ قرارداد مضاربه در صورتیکه به علت تخلف عامل از هریک از تعهدات و مندرجات و شرایط این قرارداد بانک اقدام به فسخ قرارداد نمود عامل مکلف است کالای خریداری شده از محل سرمایه مضاربه را به قیمت روز خریداری نموده و وجه آنرا نقداً بحساب بانک واریز نماید و چنانچه حاصل فروش کمتر از سرمایه مضاربه باشد عامل ضمن عقد خارج لازم متعهد می‌شود مابه التفاوت را مجاناً و بلاعوض از مال شخصی خود به بانک بپردازد. که در این شرط نیز اولاً به عامل تحمیل شده است که باید خود شخصاً کالای خریداری شده را خریداری نماید و ثانیاً چون مضاربه بین مالک و عامل ایجاد شراکت می‌کند باید در سود و زیان شریک باشد در حالی که در اینجا بانک از پذیرش زیان و خسارات حاصله امتناع کرده و جبران آنرا از محل دارایی شخصی عامل تأمین می‌کند. امری که برخلاف مقتضای ذات عقد مضاربه و نیز ماهیت یک شراکت بحساب می‌آید.

ب) قرارداد رهن اموال منقول و غیر منقول

با مطالعه دقیق و جامع این قرارداد می‌توان سه نمونه از شروطی که بارزترین مصداق در مظان تحمیلی بودن را دارا می‌باشد بشرح ذیل خلاصه کرد:

۱) به موجب ماده ۲ این قرارداد مشتری و رهن قبول و اقرار نمودند که بانک حق

۷. ماده ۵۸۸ قانون مدنی: «در موارد ذیل شرکاء مأذون در تصرف اموال مشترک نمی‌باشند:

۱. در صورت انتضاء مدت مأذونیت یا رجوع از آن در صورت امکان رجوع؛

۲. در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکاء.»



دارد مطالبات خود را که مربوط به قبل از انعقاد این قرارداد است و دین مسلم و قطعی مشتری به بانک می‌باشد و مطالبات خود از مشتری را اعم از اینکه بابت تعهدات مشتری ناشی از هر نوع تسهیلات اعطایی و خدمات بانکی به وی می‌باشد یا ناشی از تعهدات او بابت هر نوع تضمین و ضمانت مشتری از تعهدات و بدهی اشخاص در قبال بانک باشد به استناد این قرارداد استیفاء کند. در حالی که بصورت قطع می‌دانیم که به موجب اصول کلی موجود در عقد رهن هر وثیقه تنها موضوع دین موضوع قرارداد مربوط به خودش می‌باشد و وثیقه سایر دیونی که موضوع عقد رهن نیست را شامل نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۴: ۵۳۱) به عبارت دیگر عین مرهونه تنها وثیقه دین موضوع قرارداد است و شامل سایر دیون که داخل در قرارداد رهن نیامده است نمی‌شود ولی بانک با قراردادن این شرط از این اصل عدول کرده و شرایط وصول مطالبات خود را به مشتری تحمیل کرده است.

(۲) به موجب ماده ۳ این قرارداد اعلام و اظهار بانک نسبت به سود، کارمزد و خسارات احتمالی معتبر و ملاک می‌باشد و مورد قبول مشتری و راهن بوده و آنها حق هیچگونه اعتراضی را ندارند. این شرط نیز بطور یکجانبه به طرف مقابل تحمیل گردیده است، چراکه هیچگونه ملاک و معیاری را برای محاسبه میزان خسارات، سود و کارمزد تعیین نکرده و تنها صرف اظهار نظر و اعلام بانک را معتبر و لازم الاجرا می‌داند.

(۳) به موجب ماده ۱۵ این قرارداد هرگونه عرصه و اعیانی و تاسیسات و مستحذات و ماشین آلات و امتیازات آب، برق، تلفن و گاز که به موضوع رهن اضافه و الحاق گردد اعم از متصل و منفصل متعلق در رهن بانک بحساب می‌آید. در مورد این شرط تحمیلی نیز باید اذعان کرد که اولاً تنها ثمره می‌تواند بعداً داخل در موضوع عقد رهن گردد لذا شامل تاسیسات، ابنیه، مستحذات و ماشین آلات و امتیازات تلفن، برق و گاز نمی‌شود و ثانیاً این ثمره در صورتیکه بصورت متصل حادث شود داخل در موضوع رهن بوده و به وثیقه اضافه می‌گردد که این خود گواه بر تحمیلی بودن شرط مذکور در قرارداد نامبرده می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۴: ۵۱۲).

ج) قرارداد قرض الحسنه اعطایی

شروطی که در این نوع از قراردادهای بانکی می‌تواند داخل در مظان تحمیلی بودن بحساب آید بشرح زیر می‌باشد:



۱) به موجب ماده ۱ این نوع از قراردادهای بانکی، قرض گیرنده (مقترض) متعهد می‌شود که کلیه مبالغ قرض دریافتی را به مصرف مذکور در این قرارداد برساند در غیر اینصورت موجب حال شدن قرض الحسنه موضوع این قرارداد شده و بانک علاوه بر حق فسخ قرارداد می‌تواند خسارت خود را مطالبه کند که تشخیص و محاسبه میزان آن با خود بانک است. لذا در این شرط هیچ روش و معیاری برای محاسبه میزان خسارت تعیین نشده و حتی از قبول نظریه کارشناسی مرضی الطرفین یا رسمی عدول شده و تنها مبلغ تعیین شده از طرف بانک را لازم الاجرا می‌داند که در تحمیلی بودن این شرط تردیدی وجود ندارد.

۲) به موجب ماده ۶ این قرارداد اظهار و تشخیص بانک نسبت به میزان مطالبات بانکی ناشی از قرض الحسنه اعطایی موضوع این قرارداد و تعهد قرض گیرنده (مقترض) و همچنین نسبت به تخلف وی از مفاد این قرارداد معتبر بوده و مورد قبول قرض گیرنده (مقترض) می‌باشد. که در این شرط نیز بدون اینکه نظر و مدارک شخص قرض گیرنده معتبر باشد و مورد استماع قرار گیرد تنها نظر بانک را حجت دانسته و تنها میزان مطالباتی که بانک اعلام و اظهار می‌کند را لازم الاتباع می‌داند که این موضوع تنها به معنای تحمیلی بودن شرایط این قرارداد به شخص قرض گیرنده (مقترض) می‌باشد.

۳- ساماندهی شروط تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی

در کلیه قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی علاوه بر تعهدات اصلی متعاقدین شروط متعددی نیز ذکر می‌گردد که هریک آثار حقوقی متفاوتی را باخود به‌مراه دارد و ممکن است تعهدات هریک را نسبت به طرف مقابل سنگین تر و دشوارتر سازد. اما هریک از متعاقدین نمی‌توانند صرفاً با این استدلال که از آنجایی که تعهد وی نسبت به دیگری دشوارتر است آن شروط را تحمیلی و غیر عادلانه بدانند. چرا که در هر حال در کلیه قراردادها ممکن است تعادل تعهدات و عوضین تا حدودی که متعارف و معقول باشد یکسان نبوده و تفاوت داشته باشد، لذا به منظور تشخیص و شناسایی شروط تحمیلی از سایر شروط مندرج در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی و به تبع آن حکم جعل این شروط تحمیلی و اثری که این شروط می‌تواند بر روی قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی بگذارد در ابتدا معیارهای عمومی تشخیص شروط تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی را بررسی کرده و در مرحله بعد حکم شروط تحمیلی در قراردادهای

اعطای تسهیلات بانکی مورد بحث قرار گرفته است.

۳-۱- معیارهای عمومی تشخیص شروط تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی

با رجوع به قواعد عمومی قراردادهای و نیز استخراج اصول حاکم بر انعقاد قراردادهای و تعهدات بانکی می‌توان به این مهم رسید که معیارهای عمومی تشخیص شروط تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی محصور به دو مورد می‌باشد ۱- نابرابری اقتصادی ۲- وجود سوء نیت، که به ترتیب و به شرح زیر به آنها می‌پردازیم:

۱) نابرابری اقتصادی

از آنجایی که بانکها بزرگترین بنگاههای اقتصادی هر کشور بحساب می‌آیند در نتیجه از قدرت اقتصادی بسیار قویتر و مستحکمی برخوردار بوده و کمتر شخصی توان رقابت و یا به عبارتی مقاومت در برابر آنها را دارد. از طرفی دیگر علی‌الاصول اشخاص زمانی از بانکها مطالبه تسهیلات می‌کنند که از نظر اقتصادی در وضعیت خوبی قرار نداشته و برای بهبود بخشیدن به وضعیت آشفته اقتصادی خود دست به دامن بانکها می‌شوند که همین موضوع گواهی دهنده عدم تعادل فاحش وضعیت و توازن قدرت اقتصادی طرفین است. حال در این وضعیت شخص مشتری برای اینکه بتواند خود را از منجلاب بد اقتصادی نجات دهد حاضر است هر شرطی را بپذیرد و هر سختی را بر خود هموار سازد. از طرفی دیگر از آنجایی که چاره‌ای جز توسل به بانکها پیش روی اشخاص وجود ندارد و بانکها را نیز که یک بنگاه اقتصادی قوی می‌باشد رقیبی شکست ناپذیر می‌بیند، چاره‌ای جز سر تسلیم فرود آوردن در برابر خواسته‌های بانکها نداشته در نتیجه کلیه شروط تعیین شده از طرف بانکها را بر خود تحمیل می‌کند و بانکها از این آب گل آلود کمال استفاده را کرده و شخص مشتری طرف قرارداد خود را پاییند به شروط ناعادلانه می‌کنند.

۲) وجود سوء نیت

باتوجه به وضعیت و شرایط اقتصادی ناعادلانه‌ای که ذکر شد از آنجایی که بانک از بابت وام و تسهیلاتی که می‌دهد درآمد قابل توجهی را دریافت می‌کند، لذا در حال حاضر



اعطای تسهیلات بانکی برای این بنگاههای اقتصادی تبدیل به یک روش کسب درآمد قابل توجهی شده است. چراکه اولاً به این روش سود قابل توجهی را از مشتریان خود دریافت می‌کند و ثانیاً باتوجه به وجود این شروط تحمیلی مذکور در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی از ضمانت اجرایی بسیار قوی برخوردار می‌باشند که بوسیله آن به راحتی می‌توانند مطالبات خود را وصول کنند. همین واقعیت بانکها را برآن داشته است که به منظور تحصیل درآمد بیشتر اقدام به درج شروط تحمیلی و غیرعادلانه بیشتری کنند و عرصه را هرچه بیشتر برای مشتریان خود تنگ تر کنند که این خود گواه بر وجود سوء نیت بانکها در زمان انعقاد قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی دارد و میل و رغبت آنها را بر توسعه هرچه بیشتر انعقاد این قراردادها می‌افزاید. به عبارت دیگر نتیجه عملکرد بانکها تصدیق کننده این واقعیت است که بانکها در زمان انعقاد قرارداد قصد کمک و مساعدت در جهت حل معضلات اقتصادی مشتری طرف قرارداد خود نداشته و تنها به منظور تحصیل و ازدیاد منافع و کسب درآمد اقتصادی بیشتر خود پا پیش گذاشته و با مشتری مستاصل خود پای میز انعقاد قرارداد می‌نشینند.

حال که توانستیم معیارهای عمومی تشخیص شروط تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی را استخراج و ارائه کنیم بمنظور بررسی و تحلیل جامع این معیارهای معرفی شده و نیز تجمیع کلیه ابعاد آن در گام اول به تبیین معیارهای عمومی تشخیص شروط تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی (الف) اقدام کرده و در گام بعدی به اعمال معیارهای عمومی بر شروط تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی (ب) اقدام خواهیم نمود.

الف) تبیین معیارهای عمومی تشخیص شروط تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی

بدون تردید غالب اشخاصی که با بانکها در تعامل هستند و از قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی استفاده می‌کنند وجود شروط تحمیلی در اینگونه قراردادها را احساس کرده و از آثار منشعب شده آن رنج می‌برند اما واقعیت آن است که در هر حال نمی‌توان برای فرار از بار سنگین تعهدات این نوع قراردادها، وجود بانکها را منکر شد و از هرگونه تعامل با بانکها امتناع نمود چرا که بدون شک این اقدام منجر به انزوای اقتصادی شخص می‌گردد و واقعیت غیر قابل انکار آن است که بانکها شاخص ترین نهادهای



پولی و اقتصادی هر کشور بحساب آمده و جزء لاینفک روابط اقتصادی کلیه اشخاص بحساب می‌آید لذا در مقام اجرای قاعده (الجمع مهما امکن اولی من الطرح) باید اذعان کرد که بدون تردید در کلیه روابط و قراردادهای اقتصادی نمی‌توان تعادل اقتصادی صد در صد برابر را فراهم کرد چرا که در عادلانه ترین قراردادها نیز می‌توان عدم تعادل اقتصادی را مشاهده نمود، هرچند که میزان آن بسیار کم و ناچیز باشد. لذا این عدم تعادل اقتصادی بانک و مشتریان آنها در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی امری کاملاً بدیهی و متعارف است منتها تا میزانی این عدم تعادل مشروع تلقی می‌گردد که باعث نشود یک طرف قرارداد که تماماً ناظر به مشتریان است هیچ راه دیگری جز قبول شروط بانکها نداشته و عملاً در حکم وسیله و آلت دست بانک قرار گیرد. به عبارت دیگر این عدم تعادل اقتصادی نباید منجر گردد که شخص مشتری تنها راه نجات خود را در پذیرش بی چون و چرای شروط درج شده در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی دانسته و تنها راه بقای اقتصادی خود را همسو شدن با خواسته‌ها و شروط ارائه شده از طرف بانک بداند (نجفی، ۱۳۹۲: ۷۴).

لذا این عدم تعادل اقتصادی زمانی مشروع و متعارف به حساب می‌آید که قدرت تفکر و مانور اقتصادی را از شخص مشتری نگرفته و مشارالیه بتواند با بانک وارد مذاکره شده و در تحقق توافق قراردادی نقشی را ایفا کند و در مورد درج یا عدم درج شروط ضمن عقد بتواند ابراز عقیده و حتی مخالفت کند تا به این طریق توافقی سالم و دوجانبه در عالم اعتبار متحقق گردد. اجرایی ساختن این معیار معرفی شده باعث می‌گردد که سوء نیت بانکها نیز بصورت خودکار منتفی و زائل گردد و راه سوء استفاده اقتصادی از مشتریان برای بانکها بسته شود و آنها دیگر نتوانند با استفاده از این حربه، مشتریان خود را مورد استثمار قرار دهند.

ب) اعمال معیارهای عمومی بر شروط تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی


ممکن است این سوال برای هر خواننده مطلع و با ذوقی مطرح گردد که چرا قانونگذار و یا حتی حقوقدانان تاکنون اقدامی در جهت بهبود و تعدیل وضعیت نظام قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی انجام نداده تا موجب گردد سلامت و رونق اقتصادی بیشتری را



برای متعاملین با بانک‌ها فراهم شود و از این سوء استفاده‌ها و کژروی‌های نظام بانکداری جلوگیری گردد. در پاسخ باید گفت که از آنجایی که بانکها کلیه شروط تحمیلی خود را بوسیله حیل شرعی و قانونی موجه ساخته و آنها را مشروع و قانونی جلوه می‌دهند شناسایی و کشف این شروط دشوار بوده که باعث می‌گردد که اشخاص نتوانند در محاکم، تحمیلی بودن آنها را به اثبات برسانند و حتی در صورت امکان، اثبات اقناع وجدان و نیز نظر حقوقی دادرس به سختی صورت می‌گیرد.

برای مثال می‌توان به ماده ۵۵۸ قانون مدنی^۸ اشاره کرد که دست بانک‌ها را برای هرگونه سوء استفاده باز گذاشته و آنها می‌توانند به راحتی و بطور قانونی شرایط خود را به مشتریان تحمیل ساخته و آنها را محبوس شروط مندرج در قراردادهای خود سازند چرا که ذات عقد مضاربه ریشه در عقد شرکت دارد و صاحب سرمایه و عامل مضارب در سود و زیان بصورت مشاعی شریک می‌باشد. منتها به موجب قسمت اخیر ماده مذکور، بانک می‌تواند این شرط را به مشتری خود تحمیل سازد که در صورت حصول هرگونه زیان و خسارت عامل مضارب باید از مال شخصی خود مجاناً به بانک تملیک کند که این امر خود کاملاً برخلاف مقتضی ذات شراکت می‌باشد. نمونه دیگر این حیل قانونی آن است که بانک‌ها بمنظور تضمین حصول مطالبات خود بصورت شرط ضمن قرارداد تصریح به این موضوع می‌کنند که مشتری ضمن عقد خارج لازم به بانک وکالت بلاعزل داده و بعد از حیات مشتری وصی منصوب از جانب وی می‌باشد که از محل دارایی‌های شخصی وی کلیه مطالبات خود را وصول نماید. سوال اصلی آن است که این اعطای وکالت یا وصایت در ضمن کدام عقد لازم خارج صورت می‌گیرد؟ و اینکه این عقد خارج لازم در کجا و در چه سندی به ثبت می‌رسد؟ که با بررسی دقیق، این وضعیت هویدا می‌گردد که چون هیچ عقد خارج لازمی در عالم اعتبار تشکیل نشده است و هیچگونه وجود اعتباری مستقلی و حقیقی ندارد لذا کاملاً جنبه صوری و تشریفاتی داشته در نتیجه هیچگونه اعتبار حقوقی را بهمراه نداشته و کان لم یکن بحساب می‌آید در حالی که اغلب محاکم برای این شرط

۸. ماده ۵۵۸ قانون مدنی: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است، مگر اینکه به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند».



اعتبار قانونی قائل شده و به استناد آن به نفع بانکها رای صادر می‌کنند و مفاد آنرا به اجرا می‌گذارند و با این اقدام خود، عملاً با بانکها همکاری کرده و تیشه به ریشه حیات اقتصادی مشتریان بانکها می‌زنند.

۳-۲- حکم شروط تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی

اشخاص می‌توانند با استفاده از آنچه که تاکنون بیان شد در زمان انعقاد اعطای تسهیلات بانکی دقت نظر بیشتری کرده و تا آنجایی که توانایی آن را دارند قراردادهای مذکور را تعدیل نمایند اما حال اگر با وجود تمامی تلاشی که انجام داده‌اند قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی همراه با شروط تحمیلی مندرج در آن منعقد شد، نوبت به بررسی این موضوع می‌رسد که این شروط تحمیلی چه اثری را بر روی قرارداد اصلی گذاشته و چه ضمانت اجرایی حقوقی را می‌توان برای آنها متصور شد به عبارت دیگر آنچه که ملاک بررسی و تحلیل است، آن است که وجود شروط تحمیلی چه تاثیری را می‌تواند بر روی قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی بگذارد. لذا به منظور رسیدن به پاسخ دقیق در گام اول به بررسی و تحلیل نظریه فسخ (الف) اقدام کرده و در گام بعدی نظریه عدم نفوذ (ب) را مورد بررسی قرار داده و در نهایت نظریه بطلان جزئی (ج) را تشریح خواهیم نمود.

الف) فسخ

شاید این ادعا مطرح شود که چون بانک با درج شروط تحمیلی خود اقدام به نوعی تدلیس مشتریان خود کرده و یا آنها را مغبون ساخته است باید برای آنها حق فسخ قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی قائل شد اما باید در پاسخ اذعان کرد که هیچگونه حق فسخی را نمی‌توان در اینجا متصور بود چرا که نه تنها کلیه شروط مندرج در این نوع از قراردادها روشن و واضح بوده و هیچ یک از شرایط خیار تدلیس را ندارد بلکه ادعای غبن نیز از طرف آنها غیرقابل استماع می‌باشد چراکه در کلیه قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی هیچگونه معامله و داد و ستدی که بتواند موضوع خیار غبن قرار گیرد صورت نمی‌گیرد. لذا امکان تحقق خیار غبن و تدلیس و نیز سایر خیارات در این نوع قراردادهای بانکی وجود ندارد. به عبارتی دیگر با ملحوظ نظر قراردادن ماده ۲۱۹ قانون مدنی اصل بر استقرار امنیت و سلامت در نظام قراردادی است (محمودیان، امانی، مرادی، ۱۳۹۷: ۲۰۳).



ب) عدم نفوذ

از آنجایی که بانکها هیچ موقع مشتریان طرف قرارداد خود را نسبت به پذیرش شروط مندرج در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی تحت اکراه قرار نمی‌دهند و آنها را مختار در انعقاد یا عدم انعقاد این قراردادها می‌گذارد، لذا عدم نفوذ قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی در این حالت مصداق نداشته و قابل پذیرش نمی‌باشد. اما آنچه باعث می‌گردد بتوان به نظریه عدم نفوذ توجه و تامل نمود آن است که، از آنجایی که اغلب اشخاص که به بانکها مراجعه کرده و از آنها مطالبه اعطای تسهیلات بانکی می‌کنند در وضعیت اقتصادی نابسامانی بسر برده و به عبارت دقیق تر در یک وضعیت اضطراری اقتصادی قرار دارند که نتیجه آن این می‌شود که برای رهایی از حالت اضطراری خود حاضر هستند هر شرط و خواسته ای که بانکها مطالبه می‌کنند را بپذیرند لذا بانکها نیز از این وضعیت اضطراری سوء استفاده کرده و کلیه شروط غیر عادلانه خود را در ضمن قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی به مشتریان خود تحمیل می‌کنند که باتوجه به قواعد عمومی قراردادها هرگونه سوء استفاده از وضعیت اضطراری شخص مضطر حکم عدم نفوذ را دارد (صفایی، ۱۳۹۲: ۱۱۱). البته در پاسخ به این نظریه باید گفت از آنجایی که این نظریه از پشتوانه استدلال حقوقی قوی برخوردار است اما در عمل قابلیت پذیرفتن و اجرایی ساختن را ندارد چرا که اولاً اثبات اضطراری بودن وضعیت شخص مشتری کاری بسیار دشوار می‌باشد، ثانیاً باعث می‌گردد که اشخاص با ادعای روغین اضطراری بودن وضعیت اقتصادیشان به راحتی از زیر بار تعهدات قراردادی خود شانه خالی کرده و موجب گردد که ثبات نظام بانکداری کشور متزلزل گردیده و رو به اضمحلال رود، ثانیاً اینکه ما بتوانیم به راحتی با استفاده از این نظریه قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی را متزلزل کنیم خود به همان اندازه می‌تواند برای نظام اقتصادی مخرب باشد که وجود شروط تحمیلی در این نوع از قراردادها مخرب است.

ج) بطلان جزئی

با کمی تامل می‌توان مصادیق شروط تحمیلی که برخلاف مقتضای ذات عقد مورد توافق در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی را شناسایی کرد ولی از آنجاییکه بانکها برای فرار از این موضوع و متعاقباً آثار بعدی آن از حیل شرعی و قانونی استفاده کرده که



مصادیق آن قبلاً ذکر شد، لذا نمی‌توان به استناد شرط خلاف مقتضای ذات قرارداد اعطای تسهیلات بانکی حکم به بطلان این نوع از قراردادهای بانکی صادر نمود.

به عقیده مولف بهترین ضمانت اجرایی که می‌توان پذیرفت، بطلان جزئی قرارداد اعطای تسهیلات بانکی می‌باشد، به عبارت دیگر به موجب بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی^۹ شروطی که بصورت نامشروع واقع شود باطل و غیر مبطل عقد می‌باشد به عبارت دیگر از آنجایی که بانکها با سوء استفاده از موقعیت اقتصادی قدرتمند خود طرف ضعیف قرارداد را مورد استثمار قرارداده و شروط خود را به او تحمیل می‌کنند در واقع باتوجه به اصول کلی حقوق اقدام به جعل یک شرط نامشروع کرده که موضوع ماده مذکور قرار می‌گیرد و باطل و غیر مبطل قرارداد محسوب می‌گردد، موضوعی که در دایرکتیو ۱۳/۹۸ اروپا نیز مورد پذیرش قرار گرفته شده و در آنجا نیز کلیه شروط تحمیلی مندرج در قراردادها را باطل و غیر مبطل عقد محسوب می‌شود لذا با پذیرش این ضمانت اجرا، مشتریان طرف قرارداد بانکها می‌توانند بدون اینکه به اصل قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی لطمه‌ای وارد شود اعلام بطلان شروط تحمیلی مندرج در این نوع از قراردادها را از دادگاه بخواهند. در خصوص تقویت این نظریه رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در ادامه مورد بحث قرار گرفته است.

۴- رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۲۱

مقدمه

جلسه هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورد پرونده وحدت رویه ردیف ۹۹/۲۲ رأس ساعت ۸:۳۰ روز سه شنبه، مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۲۱ به ریاست حجت الاسلام والمسلمین

۹. ماده ۲۳۲ قانون مدنی:

«شروط مفصلة ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست:

۱. شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد؛
۲. شرطی که در آن نفع و فایده نباشد؛
۳. شرطی که نامشروع باشد.»



جناب آقای سید احمد مرتضوی مقدم، رئیس محترم دیوان عالی کشور و با حضور جناب آقای سید محسن موسوی، نماینده محترم دادستان کل کشور و شرکت آقایان رؤسا، مستشاران و اعضای معاون کلیه شعب دیوان عالی کشور، در سالن هیأت عمومی تشکیل شد و پس از تلاوت آیاتی از کلام الله مجید و قرائت گزارش پرونده و طرح و بررسی نظریات مختلف اعضای شرکت کننده در خصوص مورد و استماع نظر نماینده محترم دادستان کل کشور که به ترتیب ذیل منعکس می‌گردد، به صدور رأی وحدت رویه قضایی شماره ۷۹۴ - ۱۳۹۹/۰۵/۲۱ منتهی گردید.

الف: گزارش پرونده

به استحضار می‌رساند، براساس آراء واصله به معاونت هیأت عمومی دیوان عالی کشور، شعب اول دادگاه تجدیدنظر استان لرستان و بیست و نهم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران در خصوص دریافت سود تسهیلات بانکی مازاد بر مصوبات شورای پول و اعتبار بانک مرکزی، آراء مختلف صادر کرده‌اند که جهت طرح موضوع در هیأت عمومی دیوان عالی کشور، گزارش امر به شرح ذیل تقدیم می‌شود:

الف) به حکایت دادنامه شماره ۰۵۸۰ - ۱۳۹۸/۰۱/۰۶ شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان لرستان در خصوص دعوای آقای هادی ... به طرفیت بانک مهر اقتصاد به خواسته مطالبه اضافه دریافتی برخلاف نرخ مصوب شورای پول و اعتبار بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران موضوع دو فقره تسهیلات به شماره‌های ۷۳۲۰ و ۷۳۱۰، شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان خرم آباد به موجب دادنامه شماره ۰۰۹۷ - ۱۳۹۸/۰۲/۱۱ حکم بر محکومیت خوانده (بانک) به پرداخت مبلغ ۳۸۳/۶۵۸/۳۴۰ ریال بابت خواسته مذکور در حق خواهان صادر کرده است، با تجدیدنظر خواهی بانک از این رأی، شعبه اول دادگاه تجدیدنظر مذکور به موجب دادنامه صدرالذکر، چنین رأی داده است:

«... نظر به اینکه وفق مقررات ماده ۲۰ قانون بانکداری (عملیات بانکی) بدون ربا، بانک‌ها و مؤسسات مالی مکلف به تبعیت از نرخ‌های مصوب موضوع تسهیلات بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران می‌باشند و خارج از آنچه مصوبه بانک مرکزی است غیرقانونی تلقی شده و هرگونه قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، چون برخلاف مقررات مذکور غیرقانونی و ... اعتباری نداشته است، فلذا نظر به اینکه ایراد و اعتراض موجه و دلیل مؤثری که موجبات فسخ دادنامه تجدیدنظرخواسته را ایجاد نماید



در این مرحله از دادرسی ابراز و اقامه نگریده و بر رعایت اصول و قواعد دادرسی نیز ظاهراً اشکال عمده‌ای ملاحظه نمی‌شود، اعتراض واصله نیز با هیچ یک از شقوق پنج‌گانه ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ انطباق ندارد. بنابراین با استناد به ماده ۳۵۸ قانون مارالذکر ضمن رد تجدیدنظرخواهی، دادنامه تجدیدنظر خواسته تأیید و استوار می‌شود».

(ب) به حکایت دادنامه شماره ۱۵۷۶/۱۵۱۹۸۰۹۹۹۸۰۹۸ - ۱۳۹۸/۰۹/۱۸ شعبه بیست و نهم دادگاه تجدید نظر استان مازندران در خصوص دعوی شرکت صنایع غذایی ... و آقای حسین ... به طرفیت بانک پارسیان، به خواسته ابطال شرط تعیین سود قرارداد که ۲۷ درصد تعیین شده است (مازاد بر مصوبات شورای پول و اعتبار) و استرداد مبلغ مازاد دریافتی، شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی آمل به موجب دادنامه شماره ۰۸۰۲ - ۱۳۹۸/۰۷/۲۵ حکم به ابطال شرط تعیین سود در قرارداد که ۲۷ درصد تعیین شده (نسبت به شش درصد باطل گردید) و استرداد مبلغ ۱/۱۲۰/۱۹۱/۱۳۱ ریال مازاد مبلغ دریافتی صادر کرده است و با تجدیدنظرخواهی بانک از این رأی، شعبه بیست و نهم دادگاه تجدیدنظر مذکور به موجب دادنامه صدرالذکر، چنین رأی داده است:

«تجدیدنظرخواهی بانک پارسیان ... را وارد دانسته و دادنامه صادره را قابل نقض می‌داند؛ چرا که تجدیدنظرخواندگان اقدام به استفاده از تسهیلات بانکی برابر قرارداد استنادی پیوست پرونده و با شرایط مندرج در آن نموده‌اند که از جمله آن پرداخت سود بر مبنای ۲۷ درصد بوده و قرارداد مذکور بین طرفین برابر ماده ۱۰ قانون مدنی تنظیم و لازم الرعایه بوده و اقدامات و عملیات اجرایی نیز در راستای قرارداد مذکور بوده و اصولاً بانک تجدیدنظرخواه با شرط مندرج در قرارداد به تجدیدنظرخواندگان اجازه استفاده از تسهیلات را داده و الا قرارداد تنظیم نمی‌گردید. با توجه به مراتب ضمن وارد دانستن اعتراض و نقض رأی معترض عنه وفق مواد ۳۵۸ و ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۰ قانون مدنی، حکم به بطلان دعوی اولیه خواهان‌ها بدوی را صادر و اعلام می‌دارد».

چنانکه ملاحظه می‌شود، شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان لرستان دریافت سود تسهیلات بانکی مازاد بر مصوبات شورای پول و اعتبار بانک مرکزی را غیرقانونی دانسته است، در حالی که شعبه بیست و نهم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران با این استدلال که قرارداد اعطای تسهیلات طبق ماده ۱۰ قانون مدنی تنظیم شده است. لذا دریافت سود بانکی براساس شرایط مندرج در قرارداد را قانونی دانسته است.



بنا به مراتب، در موضوع مشابه، اختلاف استنباط محقق شده است. در اجرای ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری به منظور ایجاد وحدت رویه قضایی، طرح قضیه در جلسه هیأت عمومی دیوان عالی کشور جهت اتخاذ تصمیم قانونی درخواست می‌گردد. معاون قضایی دیوان عالی کشور در امور هیأت عمومی - غلامعلی صدقی

ب: نظریه نماینده دادستان کل کشور

احتراماً، در خصوص پرونده وحدت رویه قضایی ردیف ۹۹/۲۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور به نمایندگی از دادستان محترم کل کشور به شرح ذیل اظهار نظر می‌گردد:

در ماده ۲۷ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۰۴/۱۸ با آخرین اصلاحات و ماده ۷ آیین نامه فصل ۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا که بیان می‌دارد بانک‌ها مکلفند دستورها و بخشنامه‌های بانک مرکزی را که به موجب قوانین و آیین نامه‌های متکی به آن صادر می‌گردد به موقع اجرا نمایند و با ملحوظ نظر قراردادادن ماده ۹۷۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد محکمه نمی‌تواند قراردادهای خصوصی را که خلاف اخلاق حسنه بوده یا به علت دیگری مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد و همچنین با توجه به بندهای ۱ و ۴ ماده ۱۴ قانون پولی و بانکی کشور و ماده ۱۵ و بندهای ۱ و ۳ ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا شخصاً ناظر بر قراردادهایی است که مطابق قانون مذکور تنظیم گشته‌اند و اینکه بانک‌ها نمی‌توانند در سایه عملیات بانکی بدون ربا مبادرت به درج شروط تحمیلی در قراردادها نمایند و اینکه بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در حین اجرای نظام پولی و بانکی کشور می‌تواند در امور بانکی و پولی دخالت و نظارت نموده و به تعیین نرخ رسمی بهره وام‌ها مبادرت ورود و با توجه به گستردگی شبکه بانکی در کل کشور و تأثیر مستقیم و آشکار ناشی از قراردادهای بانکی بر نظم عمومی و اقتصادی کشور نمی‌توان تنها به اصل حاکمیت اراده در اینگونه قراردادهای تکیه نمود. بلکه با توجه به تأثیر مستقیم این دسته از قراردادهای بر نظام اقتصادی جامعه مستنداً به مقررات و قوانین مذکور بایستی از اجرائی شدن جزئی و یا کلی قراردادهایی که بر خلاف مقررات حاکم بر نظام بانکی کشور تنظیم شده‌اند جلوگیری به عمل آید تا خدشه‌ای بر نظم عمومی و اقتصادی کشور وارد نگردد و از طرفی هر چند ماده ۱۰ قانون مدنی به اصل آزادی اراده در توافقات حاصله بین اشخاص مختلف اشاره دارد، لیکن نظر به اینکه ماده مذکور شرط نفوذ قراردادهای خصوصی را عدم مخالفت

صریح قانون دانسته بر این اساس رأی صادره از شعبه محترم اول دادگاه تجدیدنظر استان لرستان مطابق با موازین قانونی تشخیص و قابل تأیید است.

ج: رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴-۱۳۹۹/۵/۲۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

مستفاد از مواد ۱۰، ۱۱، ۱۴ و ۳۷ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸ با اصلاحات و الحاقات بعدی و ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۶/۸ با اصلاحات بعدی و ماده واحده قانون تأسیس بانکهای غیردولتی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ و دیگر مقررات مربوطه، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تنظیم کننده نظام پولی و اعتباری کشور و ناظر بر حسن اجرای آن است و مصوبات بانک مذکور راجع به حداقل و حداکثر سهم سود بانکها و مؤسسات اعتباری اعم از دولتی و غیردولتی جنبه امره دارد. بنا به مراتب و با عنایت به ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، شرط مندرج در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی نسبت به سود مازاد بر مصوبات مذکور باطل است. بر این اساس رأی شماره ۰۵۸۰-۱۳۹۸/۱/۶ شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان لرستان که با این نظر مطابقت دارد به اکثریت قریب به اتفاق آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازمالاتباع است.

۵- نظریه مشورتی در خصوص نحوه اعمال رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴

شماره نظریه: ۷/۹۹/۷۶۹

شماره پرونده: ۷۶۹-۱۵۵-۹۹ ح

تاریخ نظریه: ۱۳۹۹/۰۷/۰۱

به استحضار می رساند بر اساس رأی وحدت شماره رویه ۷۹۴ مورخه ۱۳۹۹/۰۵/۲۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور قراردادهای بانکی که بر خلاف سود مازاد بر نرخ مصوب شورای پول و اعتبار بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران منعقد می شود، نسبت به مازاد باطل و غیر نافذ است؛ این رأی از آن جا که تفسیر قانون محسوب می شود بنابراین شامل قراردادهای منعقد شده پیش از تاریخ رأی وحدت رویه مذکور نیز می شود؛ آیا این رأی وحدت



رویه شامل قراردادهایی که تسویه شده است نیز می‌شود؟

پاسخ:

در فرض سؤال چنانچه پرونده‌ای در جریان رسیدگی باشد، صرف نظر از آن که قرارداد متنازع‌فیه مربوط به چه زمانی باشد، دادگاه رسیدگی کننده ملزم است با لحاظ رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۲۱ اتخاذ تصمیم کند و در خصوص قراردادهایی که سابقاً حکمی از دادگاه صادر و قطعی شده باشد به لحاظ وجود قاعده اعتبار امر مختوم، ورود به ماهیت دعوا از سوی دادگاه قانوناً مجاز نیست و اعمال رأی وحدت رویه فوق‌الاشعار موضوعاً منتفی است؛ مگر آن که رأی قطعی سابق صدور با اعمال ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نقض شود که در این صورت در رسیدگی‌های بعدی اتخاذ تصمیم با لحاظ رأی وحدت رویه فرض سؤال صورت خواهد گرفت.

نتیجه‌گیری

۱. قراردادهای بانکی که معمولاً فی‌مابین بانک و اشخاص متقاضی تسهیلات منعقد می‌شود بنا بر نوعی از تقسیم بندی قانون مدنی، جزء عقود ارشادی محسوب شده، به این معنا که قراردادی با شروط پیش فرض و به صورت کاملاً آمرانه تنظیم می‌گردد و متقاضی تسهیلات صرفاً با امضای قرارداد، می‌تواند اراده خود را مبنی بر قبول آن ابراز نماید بدون آنکه حق توافق برخلاف آن را داشته باشد. به عبارتی دیگر بانک‌ها از جمله بزرگترین و قدرتمندترین بنگاههای اقتصادی بحساب می‌آیند در نتیجه در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی که با مشتریان خود منعقد می‌کنند از ضعف اقتصادی آنها سوء استفاده کرده و شروط مورد نظر خود را به آنها تحمیل می‌کنند.

۲. معیار شناسایی و تشخیص شروط تحمیلی از سایر شروط مندرج در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی را می‌توان به دو عامل الف) نابرابری اقتصادی ب) وجود سوء نیت، محصور نمود.

۳. وجود حیل شرعی و قانونی موجود در نظام حقوقی کشور ما باعث شده است که بانک‌ها بتوانند به راحتی و بدون وجود هیچ مانع قانونی شروط تحمیلی خود را به طرف قراردادی خود تحمیل سازند برای مثال می‌توان به ماده ۵۵۸ ق.م.ا اشاره کرد.

۴. وجود شروط تحمیلی در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی زمانی نامشروع و



غیرقابل پذیرش است که تعادل قدرت تصمیم گیری و مانور را از طرف قراردادی مقابل خود گرفته و یک طرف قرارداد را بر دیگری غالب سازد.

۵. از بین نظریات حقوقی موجود به نظر می‌رسد بهترین ضمانت اجرا، پذیرفتن نظریه بطلان جزئی می‌باشد. با این توضیح که شروط تحمیلی از جمله مصادیق شروط موضوع بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م.ب. بوده و باطل و غیرمبطل عقد به حساب می‌آید لذا اشخاص طرف قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی می‌توانند درخواست اعلام بطلان این شروط را بدون اینکه به اصل قرارداد لطمه ای وارد شود از دادگاه بخواهند.

منابع

- حسینی، سیدشمس الدین. سوری، امیررضا. (۱۳۸۶). کارایی بانک‌های ایران و عوامل موثر بر آن، پژوهشنامه اقتصادی، شماره ۲۵، صفحات ۱۲۷ - ۱۵۶.
- دایره المعارف بزرگ اسلامی. (۱۳۷۶). جلد ۱۱، واژه بانکداری اسلامی، موسسه عالی بانکداری: تهران.
- سلطانی، محمد. (۱۳۹۵). حقوق بانکی، میزان: تهران.
- شهنازی، روح الله. پناهی، مجتبی. (۱۳۹۵). سنجش میزان صوری بودن قراردادهای تسهیلات بانکی: مطالعه موردی بانک ملت شیراز، فصلنامه علمی - ترویجی اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره شانزدهم، صفحات ۱۷۵ - ۲۰۲.
- صفایی، حسین. (۱۳۹۲). قواعد عمومی قراردادها، چاپ هفدهم، بنیاد حقوقی میزان: تهران.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ بیست و یکم، نشر میزان: تهران.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۰). قواعد عمومی قرارداد، جلد ۴، چاپ ششم، شرکت سهامی انتشار: تهران.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۵). عقود معین، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار: تهران.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۵). عقود معین، جلد ۲، شرکت سهامی انتشار: تهران.
- کریمی، عباس. (۱۳۹۶). جزوه درس حقوق مدنی تطبیقی، دوره دکتری تخصصی حقوق خصوصی، انتشارات دانشکده حقوق واحد علوم تحقیقات تهران.
- السان، مصطفی. (۱۳۹۹). حقوق بانکی، انتشارات سمت: تهران.
- محقق‌نیا، محمد جواد. (۱۳۹۲). ساختار بانکداری اسلامی و ارائه الگو برای بانکداری



- اسلامی در ایران، نشر دانشگاه علامه طباطبائی: تهران.
موسویان، سید عباس. (۱۳۸۵). الگوی جدید بانکداری بدون ربا، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال ششم، صفحات: ۱۳ - ۵۰.
- محمودیان، علی. امانی، امین. مرادی روح الله. (۱۳۹۷). میزان تأثیر گذاری قاعده لاضرر در تحقق خیار غبن، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و حقوق کیفری، شماره ۳۸، صفحات ۱۹۱ - ۲۰۹.
- نجفی، علی. (۱۳۹۲). حقوق بانکی، انتشارات ققنوس: تهران.



اشتباه انسانی یا خطای فنی

در پرداخت‌های مبتنی بر کارت بانکی

دکتر مریم جلالی^۱

چکیده

ماهیت حقوقی پرداخت‌های مبتنی بر کارت‌های بانکی همواره از مسائل چالش برانگیز در حقوق بانکی به شمار می‌آید. این جستار می‌کوشد با توجه به فراوانی استفاده از کارت بدهی در ایران، اشتباه انسانی و خطای فنی در پرداخت‌های مبتنی بر کارت بدهی را تحلیل نموده و با تبیین وجه تمییز آن‌ها از انتقال غیر مجاز وجه، مسئولیت حقوقی بانک و دارندگان کارت را در فرض صدور اشتباه دستور پرداخت از جانب دارنده و یا اجرای همراه با اشتباه و خطا توسط بانک را در حقوق ایران بررسی کرده و به عنوان برون داد مقاله حاضر، در فرض صدور اشتباه دستور پرداخت، حکم به عدم مسئولیت بانک در برابر دارنده کارت دهد و در مقابل، قائل به مسئولیت قراردادی و نیز مسئولیت مدنی محض بانک در برابر مشتری، در صورت اشتباه و خطا در اجرای دستور پرداخت، شود.

کلمات کلیدی: کارت بدهی، دارنده کارت بدهی، دستور پرداخت، اشتباه انسانی،

خطای فنی

مقدمه

امروزه استفاده گسترده از کارت‌های بانکی نقشی بی بدیل در تسهیل و تسریع مبادلات اقتصادی دارد. کارت‌های بانکی از جهت نحوه تسویه حساب به کارت اعتباری^۲ و

۱. دکترای حقوق خصوصی.



کارت بدهی^۳ تقسیم می‌شود. قسم اول کارتی است که به دارنده آن امکان می‌دهد تا کالا یا خدمتی را فقط به پشتوانه اعتباری که نزد صادرکننده کارت دارد، خریداری کند؛ سپس بهای آن را طی مدت‌زمان مشخصی به صادرکننده بپردازد (oxford law dictionary, credit card, ۲۰۱۶؛ فرهنگ، ۱۳۷۱، ص ۴۴۱). کارت بدهی یا کارت برداشت از موجودی، مختص کسانی است که نزد بانک یا مؤسسه مالی صادرکننده کارت حساب داشته و می‌توانند با استفاده از کارت از موجودی حساب خود برداشت کرده یا بهای کالاها و خدمات خریداری‌شده را در حد موجودی حساب بانکی خود بپردازد (Gkoutzinis, ۲۰۰۶, p.۴۰؛ موسویان، ۱۳۸۳، ص ۵۱).

امروزه با توجه به فراوانی استفاده از کارت بدهی، و تنوع خدمات مبتنی بر آن، بروز اشتباه و خطا امری متداول است که ممکن است پرداخت را غیر ممکن کند، آن را به تاخیر اندازد و یا موجب پرداخت ناروا به شکل پرداخت مجدد یا پرداخت به غیر ذی حق شود (السان، ۱۳۹۰، ص ۵۹). در ایران، دستورالعمل صدور دستور پرداخت و انتقال وجه، مصوب ۱۳۸۵، بانک مرکزی و مقررات حاکم بر مرکز شتاب، مصوب ۱۳۸۱، در این زمینه مقرراتی وضع نموده‌اند. در مقاله حاضر پس از تعریف و بیان تمایز میان مفاهیم اشتباه و خطا، اشتباه انسانی دارنده کارت و اشتباه یا خطای منسوب به بانک بررسی شده و وضعیت حقوقی آنها با توجه به حقوق ایران تشریح می‌شود.

تعریف مفاهیم اشتباه انسانی و خطای فنی و تمیز آن دو از انتقال غیر مجاز وجه

هرچند در زبان رایج و حتی در زبان حقوقی ما، میان اشتباه و خطا تفاوتی نیست اما در حقوق آمریکا، هم در معنای لغوی و هم در معنای اصطلاحی، میان دو این مفهوم تفاوت هست؛ در تعریف لغوی، اشتباه (Mistake)، عملی است ناصحیح که منشأ آن عدم دقت است و خطا (Error)، تفاوت برآورد شده میان مقدار محاسبه شده و مقدار واقعی است (oxford dictionary, ۲۰۱۶, error/mistake). تعریف اصطلاحی این دو مفهوم در میان اندیشمندان حقوق بانکی نیز، از تعریف لغوی آنها به دور نیست؛ اگر صدور و یا



اجرای دستور پرداخت^۴ مبتنی بر کارت بدهی با قصد دارنده کارت منطبق نباشد، این عدم انطباق چنانچه ناشی از اشکال یا نقص در سامانه‌ها، نرم افزارها و دستگاه‌های بانک باشد، «خطا» و چنانچه ناشی از عدم آگاهی فرد و یا نقص در دانش وی باشد «اشتباه» خوانده می‌شود (Laidlaw, ۱۹۹۲, p. ۹۱-۹۲, حسینیان، ۱۳۹۰، ص ۱۱۸). البته یادآور می‌شود که برخی نویسندگان، این دو مفهوم را به جای یکدیگر نیز استعمال کرده‌اند (Algudah, ۱۹۹۳, p. ۲۱۷، رضایی، ۱۳۸۷، ص ۱۹۰؛ السان، ۱۳۹۰، ص ۵۹-۶۱). بنابراین برای تمییز کامل این دو مفهوم می‌توان از اشتباه، به اشتباه انسانی و از خطا، به خطای فنی یاد کرد.

لازم به ذکر است، در پرداخت‌های مبتنی بر کارت بدهی، آن چه از ناحیه دارنده کارت روی می‌دهد صرفاً اشتباه انسانی است؛ چرا که در صدور دستور پرداخت، تنها عملکرد شخص دخیل است نه عملکرد نرم افزارها یا سیستم‌های بانکی. آنچه هم که از طرف بانک روی می‌دهد عموماً خطای نرم افزارها و سامانه‌های بانکی است و به علت عدم دخالت نیروی انسانی بانک در فرآیند پرداخت کارت، رخ دادن اشتباه تقریباً منتفی است؛ مگر در مواردی خاص که مشتری با حضور در شعبه، دستور پرداخت کتبی مبنی بر انتقال یا برداشت وجه از حساب متصل به کارت صادر می‌نماید و کارمند بانک در اثر اشتباه، مبلغ کمتر یا بیشتری نسبت به آنچه که در دستور پرداخت درج شده است برداشت یا منتقل می‌نماید و یا در وارد نمودن شماره حساب مقصد مرتکب اشتباه شده و وجه موضوع دستور پرداخت، به حساب شخصی غیر از آن که منظور دارنده کارت است واریز می‌گردد.

۴. قانون نمونه‌ی آنسیترال در خصوص انتقال‌های بین المللی اعتبار ۴ مصوب ۱۹۹۲ در بند b ماده ۲ دستور پرداخت را چنین تعریف میکند: «دستور بدون قید و شرط صادره توسط ارسال کننده ۴ به بانک دریافت کننده ۴ دایر بر پرداخت مبلغ مشخص یا قابل تعیینی به ذی نفع ۴، مشروط بر اینکه اولاً مقرر باشد تأمین وجه برای بانک دریافت کننده ی دستور، بر اساس بدهکار نمودن حساب ارسال کننده یا دریافت مبلغ از وی صورت گیرد و ثانیاً مفاد دستور مقرر نکرده باشد که پرداخت بنا بر درخواست ذی نفع تحقق یابد».



قانون تجارت الکترونیکی ایران^۵ نیز به موجب بند ط ماده ۲^۶ و ماده ۲۰^۷، میان این دو مفهوم قائل به تفاوت شده و مفهوم اشتباه را در مورد فعل منتسب به شخص و مفهوم خطا را برای عملکرد نرم افزار و سامانه به کار برده است؛ لیکن طبق ماده ۴۹ همان قانون، «حقوق مصرف کننده در زمان استفاده از وسایل پرداخت الکترونیکی به موجب قوانین و مقرراتی است که توسط مراجع قانونی ذی ربط تصویب شده یا خواهد شد». بدین ترتیب برای یافتن حکم وقوع اشتباه انسانی یا خطای فنی در پرداخت‌های مبتنی بر کارت بدهی در حقوق ایران به ناچار می‌بایست به مبانی مسئولیت مدنی و دستورالعمل‌های بانک مرکزی رجوع کرد.

در حقوق ایران، دستور العمل صدور دستور پرداخت و انتقال وجوه، به منظور جلوگیری از انتقال غیر مجاز وجه، درخواست صدور و تأیید دستور پرداخت را منحصرأً توسط صادر کننده امکان پذیر دانسته است^۸ و تکلیف احراز هویت درخواست کننده دستور پرداخت، پیش از پذیرش آن، را بر عهده مؤسسه مالی صادر کننده گذاشته است^۹ و مؤسسه مالی را ملزم نموده چنانچه دستور پرداخت حاوی داده‌های نادرست، مانند محرز نشدن هویت دستور دهنده و یا مسجل نشدن مأذون و مجاز بودن وی در صدور دستور پرداخت از حساب شخص ثالث برای مؤسسه مالی، باشد از پذیرش و اجرای آن دستور پرداخت خودداری نماید.^{۱۰}

۵. مصوب ۱۳۸۲.

۶. «رویه ایمن (Secure Method): «رویه‌ای است برای تطبیق صحت ثبت «داده‌پیام، منشأ و مقصد آن با تعیین تاریخ و برای یافتن هرگونه خطا یا تغییر در مبادله، محتوا و یا ذخیره‌سازی «داده پیام» از یک زمان خاص...»

۷. «این قانون شامل موردی نیست که پیام از اصل ساز صادر نشده باشد و یا به طور اشتباه صادر شده باشد».

۸. ماده ۸ دستور العمل

۹. بند ۱ ماده ۱۲ دستور العمل

۱۰. ماده ۱۳ دستور العمل



اشتباه دارنده کارت در صدور دستور پرداخت

از رایج ترین اشتباهات در پرداخت‌های کارتی، اشتباه دارنده کارت در تعیین مبلغ، شماره حساب مقصد و یا تعیین هویت ذی‌نفع است که «صدور اشتباه دستور پرداخت» نامیده می‌شود (Laidlaw, ۱۹۹۲, p.۹)؛ بدین ترتیب که دارنده، مبلغی بیش از آنچه که قصد دارد، برداشت و یا منتقل و یا شماره حساب مقصد را به اشتباه وارد می‌نماید و در نتیجه پول به حساب شخصی غیر از آن که مورد نظر دارنده است واریز می‌شود.

در حقوق ایران، ماده ۱۳ دستورالعمل صدور دستور پرداخت و انتقال وجوه، مقرر می‌دارد «چنانچه دستور پرداخت ناقص یا حاوی اطلاعات نادرست باشد، مؤسسه مالی می‌باید از پذیرش و اجرای آن خودداری کند». به عبارت دیگر، مؤسسه مالی مکلف است هر دستور پرداخت را، از نظر «کامل بودن» و نیز «صحت» مندرجات، مورد بررسی قرار دهد. الزام مؤسسه مالی به بررسی اطلاعات دستور پرداخت از نظر کامل بودن آن‌ها و همچنین تکلیف به بررسی صحت اطلاعات وارده از حیث صحت شماره حساب، درستی رمز و جعلی نبودن کارت نیز الزامی منطقی و درحیطه امکانات و اختیارات مؤسسه مالی است، لیکن اگر منظور ماده ۱۳ از عبارت «صحت اطلاعات»، انطباق اطلاعات وارد شده با قصد دارنده کارت باشد، امری محال و تکلیفی مالایطاق به نظر می‌رسد، چرا که مبرز خارجی در دستور پرداخت‌های کارتی لفظ نیست؛ بلکه تنها وسیله احراز قصد دارنده کارت، مفاد دستور پرداخت وی است و بدین ترتیب احراز انطباق مفاد آن با محتوای قصد امکان پذیر نیست.

به نظر می‌رسد در حقوق ایران، حکم مورد، تابعی از شروط قراردادی فی مابین است؛ در قراردادهای صدور کارت بدهی که بانک‌های ایرانی با مشتریان خود منعقد می‌نمایند، به صراحت قید شده که در صورت وقوع اشتباه از طرف دارنده کارت، بانک هیچ‌گونه مسئولیتی در این خصوص ندارد. به موجب این بند، که در تمام قراردادهای صدور کارت بدهی، با اندکی تفاوت در عبارت، آمده است، چنانچه دارنده کارت در زمان انتقال وجه از طریق هر یک از درگاه‌ها، در ورود اطلاعات شماره حساب/ شماره کارت مقصد یا مبلغ مورد نظر اشتباهی نماید، بانک مسئولیتی نخواهد داشت و مشتری حق هرگونه اعتراض و ایرادی را در این خصوص از خود سلب می‌نماید. بنابراین، دارنده کارت حق رجوع به بانک را ندارد؛ لیکن چنانچه در واریز وجه به حساب شخص ثالث مبلغی بیش از آن چه که قصد داشته است را واریز نموده باشد، چه مبلغ واریزی بیش از مبلغ تعهد وی باشد، چه پول



به حساب شخصی واریز شده باشد که دارنده کارت درمقابل وی هیچ گونه تعهدی نداشته است، دارنده کارت می‌تواند با استفاده از نهاد دارا شدن بلاجهت (مواد ۳۰۱ و ۳۰۳ ق.م) و نیز با استناد به مفاد ماده ۲۶۵ ق.م و اثبات عدم تعهد، نسبت به استرداد وجوه مزبور اقدام نماید؛ چرا که براساس مبانی ماده اخیر، هر پرداخت، اماره بر وجود دینی بر ذمه پرداخت کننده است و پرداخت کننده باید استحقاق خود را برای استرداد آن اثبات نماید (ابهری؛ رحیمی، ۱۳۹۳، ص ۳۰).

اشتباه و خطای بانک در اجرای دستور پرداخت در حقوق ایران

در ایران، مستنبط از بند ج ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی کشور، که مقرر می‌دارد «هر بانک در مقابل خسارتی که در اثر عملیات آن متوجه مشتریان می‌شود، مسئول و متعهد جبران خواهد بود»، اشتباه کارمندان بانک و خطای نرم افزارها و سامانه‌های بانکی مشمول حکمی واحد است؛ چرا که منظور از مسئولیت هر بانک ناشی از عملیات آن، مسئولیت ناشی از اعمال کارمندان و یا سامانه‌های بانکی است که همگی منتسب به بانک خواهد بود و مقررات موجود در هر دو صورت، حکم به مسئولیت بانک در مقابل مشتری داده‌اند.^{۱۱}

چنانچه مشتری با خطا یا اشتباهی منتسب به بانک مواجه شود، نظیر آن که مبلغ دستور پرداخت دو بار از حساب کسر گردد، یا مبلغ انتقال یافته کمتر یا بیشتر از میزان مندرج در دستور پرداخت باشد، در این صورت چنانچه تراکنش از نوع درون بانکی^{۱۲} باشد، سوئیچ^{۱۳} بانک مربوطه مکلف به یافتن مغایرت، حداکثر ظرف مدت ۴۸ ساعت کاری، به

۱۱. براساس بخشنامه ۵۵۹۰ مورخ ۷۵/۷/۱۹ «...چنانچه خسارت وارده ناشی از قصور هر یک از کارکنان باشد، بانک موظف است بدو نسبت به پرداخت خسارت [به مشتری] اقدام و سپس نسبت به وصول خسارت وارده از کارمند خاطی اقدام نماید.»

۱۲. «دستور پرداختی که مؤسسات مالی صادرکننده و ذی نفع آن یکی باشند» بند ۲۲ ماده ۱ دستورالعمل صدور دستور پرداخت و انتقال وجوه

۱۳. سامانه سرویس دهنده به پایانه‌ها و کانال‌های عامل تراکنش‌های الکترونیکی مبتنی بر کارت است. این سامانه قابلیت پذیرش تراکنش‌های کارت، پردازش آن‌ها و مسپردگی آن‌ها را در



صورت خودکار، با استفاده از نرم افزارهای مغایرت یاب و بدون نیاز به اعلام مشتری به بانک بوده و در اسرع وقت آن را اصلاح خواهد نمود؛ چرا که تراکنش‌های درون بانکی مجاز به عبور از شتاب نیستند^{۱۴} و صرفاً باید توسط سوئیچ هر بانک پردازش و عملیاتی شوند. چنانچه سوئیچ بانک مذکور موفق به یافتن خطا نشود، مشتری می‌بایست به صورت حضوری یا اینترنتی گزارش مغایرت را در بانک خود به ثبت رساند.

همچنین چنانچه تراکنش^{۱۵} از نوع تراکنش بین بانکی یا تراکنش دستگاه‌های نقطه‌ای فروش^{۱۶}، و به طور کلی از نوع تراکنش شتابی باشد^{۱۷}، هر عضو شتاب مکلف است با مقایسه روزانه حجم تراکنش‌های صورت گرفته و مبالغ پرداخت شده توسط پایانه‌های خودپرداز و نیز خطاهای پدید آمده ناشی از اشکال در عملکرد سوئیچ، پایانه‌ها و تجهیزات مربوط به خود، مغایرت‌ها را به همراه کلیه اسناد، مدارک و گزارش‌های مربوطه^{۱۸} در اسرع وقت به بانک مرکزی^{۱۹} اعلام نماید^{۲۰}. در صورتی که مرکز شتاب تشخیص دهد پایانه عضو دچار اشکال است، عضو موظف است نظر مرکز شتاب را پذیرفته^{۲۱} و در اسرع وقت

صورت لزوم دارد (جهان و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۷۶).

۱۴. ماده ۳۰ و نیز بند ۳ ماده ۳۱ مقررات حاکم بر مرکز شتاب

۱۵. یک پیام الکترونیکی که بنا به تقاضای مشتری در یکی از درگاه‌های ارائه خدمات بانکی نظیر خودپرداز و یا پایانه فروش، ایجاد و به شبکه الکترونیکی بانکی ارسال می‌شود. بند دال

ماده یک آیین نامه بانکداری الکترونیکی مصوب ۱۳۸۶/۱۲/۲۲

۱۶. کلیه تراکنش‌های شاپرک از سامانه شتاب عبور کرده و پردازش می‌شوند و در این مورد تفاوتی میان تراکنش‌های درون بانکی که دستگاه پوز و کارت بدهی متعلق به یک بانک باشد و برون بانکی که دستگاه پوز و کارت متعلق به دوبانک مختلف باشد، نیست.

۱۷. / <http://ebinews.com/fa/news/۲۰۶۱۳/>

۱۸. بند ۱۱ ماده ۴ نمونه قرارداد استفاده از خدمات مرکز شتاب

۱۹. از آن جا که شتاب، سوئیچ بانک مرکزی محسوب می‌شود، اعلام مغایرت‌ها از جانب اعضا باید به بانک مرکزی صورت گیرد.

۲۰. بند ۷ و ۶ ماده ۴ نمونه قرارداد استفاده از خدمات مرکز شتاب

۲۱. بند ۱۲ ماده ۴ نمونه قرارداد استفاده از خدمات مرکز شتاب



نسبت به رفع اشکال و اصلاح خطا اقدام نماید.^{۳۲} در این حالت الزامی به اعلام مغایرت و بروز خطا توسط مشتری به بانک نخواهد بود لیکن مشتری می‌تواند از طریق شماره تلفن‌ها و یا درگاه اینترنتی اختصاصی موسوم به «سیستم امداد شتاب بانک مرکزی»، مغایرت‌های شتابی را اعلام و پیگیری نماید.^{۳۳} چنانچه خطای ادعایی در ظرف مهلت مذکور رفع نگردد، مشتری با حضور در یکی از شعب بانک صادرکننده کارت اقدام به پر کردن فرم اعلام مغایرت، شامل شماره کارت‌های مبدا و مقصد، مبلغ و زمان انجام تراکنش می‌نماید. چنانچه مغایرت اعلامی در مرکز شتاب تشخیص داده شود، به وسیله سامانه «سروش»، که سیستم رفع مغایرت شتاب است، نسبت به اصلاح آن و برگشت وجه به حساب مبدا اقدام خواهد شد. همچنین بر اساس دستورالعمل بانک مرکزی، به منظور جبران خسارت مشتریانی که با مغایرت شتابی مواجه می‌شوند، کلیه بانک‌ها موظفند از تاریخ وقوع مغایرت تا زمان رفع آن، معادل ۳۴ درصد سالانه مبلغ مغایرت به علاوه مبلغ ۱۰۰۰۰ ریال به صورت ثابت، محاسبه و از محل صندوق جبران خسارت مشتریان، به همراه اصل مبلغ مغایرت، از طریق سامانه سروش به حساب مشتریان خود (دارندگان کارت) واریز نمایند.^{۳۴} با توجه به این که این نحوه و میزان جبران خسارت صرفاً یک دستورالعمل است و داخل در تراضی طرفین نشده است، مشتری امکان مطالبه جبران خسارتی بیش از این مبلغ، از طریق اقامه دعوا و البته با رعایت قواعد مسئولیت مدنی، را خواهد داشت.

برخی از شروط ضمن قرارداد صدور کارت بدهی نیز در بردارنده حق مراجعه، در صورت بروز اشتباه و خطا در اجرای دستور پرداخت است؛ من جمله:

«مشتری اقرار و اعتراف نمود چنانچه در اجرای تمامی عملیات انجام شده مندرج در مقررات حاضر اشتباهی به وجود آید، بانک حق دارد به صورت یک طرفه نسبت به اصلاح آن اقدام نماید»؛

۲۲. بند ۸ ماده ۴ نمونه قرارداد استفاده از خدمات مرکز شتاب

۲۳. دارندگان دستگاه‌های نقطه فروش نیز به منظور اعلام خطا می‌توانند با «مرکز امداد شاپرک» تماس بگیرند.

۲۴. دستورالعمل شماره ۹۳/۵۲۷۴۳ و نیز ۹۳/۹۷۹۰۷ بانک مرکزی



«چنانچه اشتباه در واریز به حساب شخص ثالث از سوی بانک باشد، بانک راسا اقدام به برداشت از حساب شخص ثالث و واریز به حساب مشتری ذی نفع می‌نماید»؛
«در صورتی که در اثر خرابی دستگاه‌های عابر بانک یا قصور بانک، مبلغی از محل سپرده مشتری کسر و یا برداشت شود، بانک متعهد است معادل مبلغ کسری و یا برداشت شده را جبران نماید و در صورتی که به هر دلیل از جمله خرابی دستگاه عابر بانک، موجباتی فراهم شود که مشتری وجوهی بیش از موجودی حساب خود دریافت نماید، مشتری متعهد شد به محض اعلام بانک ظرف مدت دو روز کاری پس از اعلام بانک، معادل مبلغ مذکور را به بانک مسترد نماید. در صورت امتناع علاوه بر مبلغ مذکور روزانه معادل ۳۰ درصد وجه اضافه دریافتی به عنوان خسارت از تاریخ استفاده وجه تا زمان ایفاء تعهد به عهده مشتری است»؛

واضح است که تکلیف مشتری به بازگرداندن اضافه دریافتی به همراه خسارات مذکور، به مبانی استیفای ناروا و ماده ۳۰۳ قانون مدنی بازگشت دارد.

اما راجع به مبانی حقوقی مسئولیت بانک در ایران در اثر خطا و اشتباه، قوانین و دستورالعمل‌ها ساکت است، نوشته‌های حقوقدانان نیز اندک و رویه قضایی هم به شدت ضعیف است. مهم‌ترین سوالی که باید به آن پاسخ داده شود این است که آیا مسئولیت بانک در این خصوص، قهری است یا قراردادی؟ به نظر می‌رسد که مسئولیت بانک در این مورد هم ریشه در مسئولیت قهری و هم مسئولیت قراردادی دارد؛ چرا که بر اساس ماده ۲۵۲۱^{۲۵} مقررات حاکم بر مرکز شتاب و علی‌الخصوص با عنایت به ماده ۱۴^{۲۶} دستور العمل صدور دستور پرداخت و انتقال وجوه، و صرف نظر از مفاد و شروط قرارداد صدور کارت بدهی، قانون گذار، بانک را مکلف به قبول و اجرای صحیح دستور پرداخت نموده است. بدیهی است نقض حکم قانونگذار منجر به ایجاد مسئولیت قهری برای بانک

۲۵. کارت‌های پرداخت معتبر از دیدگاه مرکز شتاب باید بدون تبعیض و بدون قائل شدن هرگونه امتیاز توسط اعضا پذیرفته شود و همچنین اعضا موظفند شرایطی را فراهم کنند که دارندگان کارت‌های صادره از کلیه پایانه‌های آن‌ها استفاده نمایند.

۲۶. مؤسسه مالی مکلف است کلیه دستور پرداخت‌های کامل و صحیح صادر کنندگان را پذیرفته و در تاریخ موثر اجرا نماید.



می شود (یزدانیان، ۱۳۸۶، ص ۴۹).

علاوه بر این، مسئولیت بانک، چهره قراردادی نیز دارد، چرا که بنا به مقتضای موضوع عقد، لوازم عرفی و شروط ضمنی قرارداد صدور کارت بدهی، تعهد به قبول و اجرای دستور پرداخت مشتری، از جمله تعهدات قراردادی بانک صادرکننده کارت بدهی است و بی گمان این تعهد ناظر به اجرای صحیح و دقیق دستور پرداخت است. توضیح این که زمانی که مشتری از بانک خود تقاضای صدور کارت بدهی را می نماید، موضوع قرارداد او و بانک همان کارت بدهی موصوف در قوانین، با ویژگی ها و شرایط مندرج در آنها است.^{۲۷} به بیان دیگر، حتی اگر در قرارداد منعقد میان بانک و مشتری، ویژگی ها، شرایط و تعهدات حاکم بر کارت بدهی ذکر نشود، قرارداد منصرف به آن است. مشتری با انعقاد چنین قراردادی می خواهد از کارتی با امتیازات معین قانونی استفاده کند و در صد بهره مندی از مزایای قرارداد شتاب و الزامات ناشی از مقررات حاکم بر مرکز شتاب و نیز الزامات ناشی از دستور العمل، بر عهده بانک صادرکننده کارت و به نفع خود است. به بیان دیگر، وجود چنین تعهداتی برای بانک در حوزه تراضی طرفین عقد وارد شده و مقتضای موضوع قرارداد و نیز به مثابه شرط ضمنی و لوازم عرفی قرارداد است که بر اساس مفاد ماده ۲۲۰ قانون مدنی برای طرفین الزام آور است. بنابراین، اشتباه و خطا در اجرای دستور پرداخت، نقض مفاد قرارداد است و مستند به ماده ۲۲۱ قانون مدنی باعث ایجاد مسئولیت قراردادی برای بانک می شود. ماده مذکور، در خصوص شرایط ایجاد مسئولیت قراردادی، مقرر می دارد: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است، «مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد». این ماده از لحاظ آن که دریافت غرامت قراردادی را منوط به اشتراط ضمن عقد و یا دلالت عرفی یا قانونی نموده و فقط در این سه صورت مطالبه خسارت قراردادی را امکان پذیر دانسته است، به زعم برخی حقوقدانان نه تنها در نظام حقوقی فرانسه بلکه در سایر نظام های حقوقی نیز بی نظیر است (کاتوزیان، ۱۳۸۷/۴،

۲۷. دستورالعمل ضوابط صدور کارت بدهی، ماده ۲۷۲۱ مقررات حاکم بر مرکز شتاب، ماده ۴

نمونه قرارداد استفاده از خدمات مرکز شتاب و ماده ۱۴ دستور العمل



ص ۳۰۷). ماده مذکور، گرچه از سوی برخی اساتید در تبیین مباحث مسئولیت مدنی قراردادی نادیده انگاشته شده است (یزدانیان، ۱۳۸۶، ص ۱۳۰)، و بعضی با توجه به گستردگی ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، شروط ذیل ماده ۲۲۱ را بی‌هوده دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۳۰۶)، لیکن در خصوص مبانی این ماده به اختصار باید گفت فقه امامیه اصولاً مسئولیت مدنی را در حد «اتلاف و تسبیب و غصب» که آن هم منحصر به از بین رفتن «مال موجود» است، محدود می‌سازد؛ ولی در خصوص مسئولیت مدنی ناشی از تخلف از اجرای تعهد قراردادی که نوعاً ناشی از عدم النفع است، با توجه به این که قاعده اتلاف و تسبیب نسبت به آن شمول ندارد، می‌توان قلمرو مسئولیت را با استفاده از نهاد شرعی «شرط ضمنی» و با استناد به عموم ادله نفوذ عقد و شرط و یا ضمان ناشی از تخلف از حکم قانونگذار گسترش داد^{۲۸} (محقق داماد و عیسایی تفرشی، ۱۳۸۱، ص ۱۰).

با توجه به آنچه که در خصوص ماده ۲۲۱ قانون مدنی بیان شد، به نظر می‌رسد بانک به صرف خطا یا اشتباه در انتقال وجوه، به استناد شرط ضمن قرارداد صدور کارت بدهی و نیز مفاد دستورالعمل‌های بانک مرکزی، مسئولیت قهری و قراردادی دارد. متذکر می‌شود که مسئولیت قراردادی متمایز از تعهد قراردادی است. مراد از تعهد قراردادی، عمل به مفاد عقد و شروط آن است در حالیکه مراد از مسئولیت قراردادی جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد است. از طرف دیگر، چنانچه با وجود قرارداد، رجوع به مسئولیت قهری جایز دانسته شود، می‌توان گفت در حقوق ایران، مبنای مسئولیت مدنی بانک در این خصوص از مبنای عام مسئولیت مدنی در حقوق ایران و فقه اسلامی که «نظریه استناد عرفی» است (باریکلو، ۲/۱۳۸۷، ص ۵۵) پیروی می‌کند. این نظریه بیان می‌دارد هر شخص مسئول جبران خساراتی است که عرفاً به وی مستند است، خواه مرتکب تقصیر شده باشد یا خیر. این نظریه که «نظریه مسئولیت محض» نیز نامیده می‌شود (بادینی و دیگران،

۲۸. برای مطالعه بیشتر زمینه مبانی مسئولیت مدنی در فقه و حقوق ایران رجوع کنید به محقق داماد، سید مصطفی؛ عیسایی تفرشی، محمد (۱۳۸۱). قلمرو مسئولیت مدنی ناشی از تخلف از اجرای تعهد، مجله نامه مفید، شماره ۳۳ و نیز بیگدلی، سعید (۱۳۹۳). تطبیق دیدگاه «آندره تنک» در خصوص مبنای مسئولیت مدنی و قراردادی با موضع قانون مدنی ایران، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره دوم، صص ۱۳۳-۱۶۰



۱۳۹۱، ص ۲۱)، مبنای منتخب قانونگذار در تبیین مسئولیت بانک در مقابل مشتریان بوده است. بر اساس بند ج ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی کشور، «هر بانک در مقابل خسارتی که در اثر عملیات آن متوجه مشتریان می‌شود، مسئول و متعهد جبران خواهد بود». بنابراین، استناد به نظریه تقصیر قراردادی^{۲۹} در خصوص مسئولیت بانک، در انتقال الکترونیکی وجه که برخی متعرض آن شده‌اند (احمدی راد، ۱۳۹۱، ص ۱۱۶) بلاوجه است. بدین ترتیب، در تراکنش‌های مبتنی بر کارت بدهی، صرف مستند بودن خسارت وارده به کارمندان یا سامانه‌های بانکی، برای الزام بانک به جبران خسارت کفایت می‌کند و اثبات بی تقصیری یا تاثیر عوامل خارجی از جمله نفوذ هکرها موجب برائت بانک از مسئولیت نخواهد شد. ماده ۱۴ مقررات حاکم بر مرکز شتاب تمامی اعضا را مکلف نموده است سوئیچ داخلی خود را به نحوی تنظیم نمایند که از دسترسی افراد غیر مجاز و نفوذ خرابکاران نرم افزاری مصون باشد و اعضا را از انجام هر عملی که باعث کاهش امنیت کل یا بخش از سیستم شود منع کرده است. همچنین بر اساس ماده ۱۶ همان مقررات، اعضا در مقابل کلیه پیام‌های ارسالی و دریافتی خود مسئولیت دارند. بانک مرکزی، در تعیین حدود مسئولیت بانک‌ها در مقابل مشتریان، به این میزان اکتفا نموده و ضمن سلب هرگونه مسئولیت از خود در قبال دارندگان کارت‌های پرداخت و تحمیل مسئولیت بر بانک‌های عضو شتاب در قبال تسویه نهایی با دارندگان و پذیرندگان کارت‌های پرداخت^{۳۰}، در ماده ۲۶ مقررات مذکور آورده است: «قطع احتمالی خدمات شتاب نافه مسئولیت هر یک از اعضا در قبال ارائه خدمات به کارت‌های صادره عهده خود نخواهد بود».

همانگونه که از مفاد مقررات فوق هویداست، مسئولیت بانک به سبب انجام خدمات بانکی در مقابل مشتریان از نوع مسئولیت محض است و تنها چیزی که بانک را معاف

۲۹. برخی حقوقدانان مبنای مسئولیت مدنی قهری و قراردادی در حقوق ایران را نظریه تقصیر دانسته‌اند. ایشان در توجیه این نظریه و شمول آن نسبت به مسئولیت قراردادی معتقدند؛ در مسئولیت قراردادی، صرف نقض عهد اماره بر تقصیر است. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رجوع کنید به کاتوزیان، ۱۳۸۶، صص ۱۳۰ به بعد.

۳۰. ماده ۲۹ مقررات حاکم بر مرکز شتاب



خواهد نمود، اثبات قوه قاهره است. ماده ۱۱ نمونه قرارداد استفاده از خدمات مرکز شتاب، در صورت وقوع حوادث قهریه، مهلت انجام تعهدات قراردادی را تا رفع حوادث مذکور تمدید نموده و امکان پرداخت خسارت به طرف دیگر را در این صورت، نفی نموده است. همچنین در قراردادهای صدور کارت بدهی، در خصوص مسائلی که در حکم قوه قهریه برای بانک محسوب می‌شود، چنین آمده است: «از آن جایی که ارائه خدمات الکترونیکی منوط به برقراری ارتباط مخابراتی است، بنابراین در شرایط عدم برقراری ارتباط از سوی عوامل فوق که تحت اختیار بانک ناست، بانک مسئولیتی در قبال ارائه خدمات الکترونیکی نخواهد داشت».

همزمانی اشتباه دارنده کارت با خطا یا اشتباه بانک

ممکن است اشتباه و خطای صورت گرفته در یک تراکنش مبتنی بر کارت بدهی همزمان منتسب به دارنده کارت و نیز بانک صادرکننده کارت بدهی باشد. به عنوان مثال، دارنده کارت، شماره کارت یا حساب مقصد را به اشتباه وارد کرده و مبلغ دستور پرداخت را یک میلیون تومان تعیین می‌کند. بانک صادرکننده کارت بدهی، در اجرای دستور پرداخت مذکور، مبلغ یک میلیون و پانصد هزار تومان را به حساب مقصد واریز می‌نماید. در تراکنش مذکور، دارنده در مرحله صدور دستورپرداخت مرتکب اشتباه شده و اجرای دستورپرداخت با خطای بانک توأم است. سوالی که باید به آن پاسخ داده شود این است که در آیا چنین فرضی مشارکت دارنده کارت و بانک در مسولیت مطرح است؟

به نظر می‌رسد پاسخ منفی است. اگرچه قوانین و دستورالعمل‌های بانکی در حقوق ایران و آمریکا در این خصوص ساکت است، اما رجوع به مبانی مسؤلیت مدنی نشان می‌دهد که مشارکت در مسؤلیت زمانی مطرح می‌شود که دو یا چند فاعل با ارتکاب فعل زیان بار واحدی سبب ورود یک ضرر شده باشند (یزدانیان، ۱۳۸۶: ۳۵۰)؛ لیکن در فرض مذکور فعل زیانبار واحد نیست. اشتباه دارنده کارت در ورود شماره کارت یا حساب مقصد باعث ورود ضرر به مبلغ یک میلیون تومان به خود شده است و حق مراجعه به بانک را نخواهد داشت. از طرف دیگر خطا یا اشتباه بانک منجر به واریز وجهی اضافه تر از مبلغ دستورپرداخت شده است و منجر به مسؤلیت بانک در مقابل مشتری نسبت به میزان اضافی (پانصد هزار تومان) خواهد شد. به طور خلاصه، می‌توان گفت چنانچه منشأ خطای



بانک، اشتباه مشتری بوده و به اصطلاح بین این دو، رابطه طولی باشد، بانک مسئولیتی نداشته و تمام مسئولیت متوجه مشتری است، اما اگر در کنار اشتباه مشتری، خطا یا اشتباهی از بانک سر زند که مستقل از اشتباه مشتری بوده و مترتب بر آن نباشد و به اصطلاح در طول آن نباشد، بانک و مشتری هر کدام می‌بایست زیان متفرع بر خطا یا اشتباه خود را مستقلاً بر دوش بگیرند و طبیعتاً در اینگونه موارد، نتیجه مسئول شمرده شدن مشتری، عدم امکان مراجعه وی به بانک و تحمیل ضرر بر خود وی از باب اقدام است.

نتیجه

با توجه به فراوانی استفاده از کارت‌های بدهی، وقوع اشتباه در صدور دستور پرداخت از جانب دارنده کارت یا خطای سامانه‌های بانکی و یا اشتباه کارمندان بانک در اجرای دستور پرداخت، شایع است. رجوع به قوانین ایران در این زمینه نشان می‌دهد از آن جا که در فرض وقوع اشتباه از جانب دارنده کارت، قوانین و دستور العمل‌های بانکی ایران، برای بانک هیچ گونه الزام قانونی در خصوص تحقیق پیرامون انطباق مفاد دستور پرداخت با قصد دارنده مقرر نکرده‌اند، لذا چنانچه بانک بر مبنای دستور پرداختی عمل نماید که متضمن اشتباه دارنده کارت در خصوص تعیین مبلغ یا هویت ذی نفع است، هیچ گونه مسئولیتی متوجه بانک نخواهد بود. در صورت اجرای اشتباه یا اجرای همراه با خطای دستور پرداخت توسط بانک، بنابر قوانین و دستورالعمل‌های حاکم بر بانکداری الکترونیکی از جمله مقررات حاکم بر شبکه شتاب در ایران، قواعد عام مسئولیت مدنی و نیز شروط قرارداد صدور کارت بدهی، مسئولیت بانک در مقابل مشتری، قطعی و در نتیجه بانک ملزم به جبران خسارات وارده است. به نظر می‌رسد در این خصوص، مبنای مسئولیت مدنی بانک در مقابل مشتری، در حقوق ایران، یکسان و مبتنی بر مسئولیت قهری بر پایه مسئولیت محض و نیز مسئولیت قراردادی باشد. با توجه به نوپا بودن حقوق بانکداری الکترونیکی در ایران، بررسی‌های تطبیقی از این دست می‌تواند در تدوین قوانینی اختصاصی و جامع برای قانونگذار راهگشا بوده و قضات را در حل عادلانه دعاوی بانکداری الکترونیکی یاری نماید.



منابع فارسی

- احمدی راد، حمید (۱۳۹۱) آثار حقوقی انتقال الکترونیک و جوه در ارتباط با مؤسسات مالی، پایان نامه دکتری حقوق خصوصی، به راهنمایی میرقاسم جعفر زاده، دانشگاه شهید بهشتی.
- ابهری، حمید؛ رحیمی، ساناز (۱۳۹۳) «بررسی حقوقی و فقهی ماده ۲۶۵ قانون مدنی»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال ۱۰، شماره ۳۶، صص ۱۱-۳۲.
- السان، مصطفی (۱۳۹۰) حقوق پرداخت‌های بانکی، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.
- السان، مصطفی (۱۳۹۱) حقوق تجارت الکترونیکی، تهران: انتشارات سمت.
- السان، مصطفی (۱۳۹۲) حقوق بانکداری اینترنتی، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی.
- بادینی، حسن؛ شعبانی کندسری، هادی؛ رادپرور، سجاد (۱۳۹۱) «مسئولیت محض؛ مبانی و مصادیق»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۳، شماره ۱، صص ۱۹-۳۶.



نرخ وجه التزام تاخیر تادیه

در قراردادهای بانکی

حمید اخوانی^۱، امیرحسین عسگریان^۲

با توجه به اهمیت و تاثیر به سزای اشراف بر حقوق بانکی در جهش تولید و رشد اقتصادی کشور، و ارتباط این رشته از حقوق با نظم عمومی اقتصادی کشور، و با هدف بالا بردن سطح آگاهی عمومی و به ویژه دانش آموختگان حقوق و کارشناسان دادگستری اقدام به نگاشتن مقاله حاضر با عنوان «نرخ وجه التزام تاخیر تادیه در قراردادهای بانکی»، در دو بخش، نموده‌ایم.

بخش اول

مقررات ناظر بر تعیین میزان و نرخ وجه التزام تاخیر تادیه دین در قراردادهای

اعطای تسهیلات

تاریخچه و مقررات

پس از تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا، و با توجه به این که در قانون مذکور، مقرراتی در خصوص وجه التزام تاخیر تادیه وضع نگردیده بود، تکلیف بانکها در خصوص مطالبه خسارت در قراردادهای تنظیمی، قبل از تاریخ تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا، و قراردادهای منعقد بر اساس قانون مذکور، نا معلوم بوده و این امر سبب گردیده تا بخشی از مطالبات مورد ادعای بانکها بازپرداخت نگردد.

مجمع تشخیص مصلحت نظام، در تاریخ ۱۳۶۸/۱۰/۵، با تصویب «قانون نحوه وصول مطالبات بانکها»، در خصوص کلیه تسهیلات مالی و وجوهی که بانکها تا قبل از اجرای

۱. وکیل دادگستری و نایب رئیس کمیته حقوق بانکی خانه صنعت، معدن و تجارت ایران

۲. وکیل دادگستری و کارشناس حقوق بانکی

قانون عملیات بانکی بدون ربا، مصوب ۱۳۶۳/۶/۸ مجلس شورای اسلامی به اشخاص حقیقی و حقوقی پرداخت نموده بودند، تعیین تکلیف نموده و مقرر داشت:

« ماده ۱ - کلیه وجوه و تسهیلات مالی که بانکها تا تاریخ اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۳/۶/۸ مجلس شورای اسلامی به اشخاص حقیقی و حقوقی تحت هر عنوان پرداخت نموده‌اند اعم از آن که قراردادی در این خصوص تنظیم شده یا نشده باشد و مقرر بوده است که بدهکار در سررسید معینه تسهیلات مالی و وجوه دریافتی را اعم از اصل و سود و سایر متفرعات مسترد دارد بر اساس مقررات و شرایط زمان اعطای این وجوه و تسهیلات قابل مطالبه و وصول است. کلیه محاکم دادگستری و مراجع قضایی و دوایر اجرای ثبت مکلفند طبق مقررات و شرایط زمان اعطاء وجوه و تسهیلات رسیدگی و نسبت به صدور حکم و وصول مطالبات بانکها اعم از اصل و هزینه‌ها و خسارات و متفرعات متعلقه (خسارت تأخیر تأدیه، جریمه عدم انجام تعهد و غیره) اقدام نمایند.

«ماده ۲ - در خصوص دعاوی که قبلاً راجع به مطالبات بانکها نزد مراجع قضایی مطرح و مندرج به صدور حکم شده است و هزینه‌ها و متفرعات و جریمه تأخیر تأدیه و جزاء تخلف از شرط متعلقه که وصول آن به نفع بانک مورد حقوق حکم واقع نشده است، بانکها می‌توانند تقاضای تصحیح حکم را از مرجع صادرکننده حکم بنمایند و مرجع صادرکننده حکم مکلف است وفق مقررات این قانون رسیدگی و احکام صادره را تصحیح نماید. مقررات این قانون در مورد دعاوی که در حال حاضر در محاکم مطرح رسیدگی است نیز اعمال می‌گردد.

تبصره - دوایر اجرای ثبت اسناد و املاک مکلف هستند بر اساس مفاد اسناد و قراردادهای تنظیمی بین بانکها و مشتریان که منجر به صدور اجراییه شده اعم از آن که عملیات اجرایی خاتمه پیدا کرده یا در جریان اجراء باشد، نسبت به وصول خسارات تأخیر تأدیه و سایر متفرعات و هزینه‌های مربوط طبق مقررات این قانون عمل نمایند».

با این وصف، تکلیف بانکها، در خصوص مطالبه وجه التزام نسبت به قراردادهای منعقد، پس از تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا، تا تصویب ماده واحده «قانون الحاق دو تبصره به ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا»، همچنان در ابهام باقی ماند.

مجلس شورای اسلامی، در تاریخ ۱۳۷۶/۱۱/۲۹، با تصویب «قانون الحاق دو تبصره به ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا» و به موجب تبصره اول ماده واحده



یاد شده که مقرر می‌دارد: «کلیه وجوه و تسهیلات اعطایی که بانک‌ها در اجرای این قانون به اشخاص حقیقی و حقوقی پرداخت نموده یا می‌نمایند و برابر قرارداد تنظیمی مقرر شده باشد که اشخاص مذکور در سررسید معینی وجوه و تسهیلات دریافتی به انضمام سود و خسارت و هزینه‌های ثبتی و اجرایی، دادرسی و حق الوکاله را بپردازند، در صورت عدم پرداخت و اعلام بانک بستانکار، قابل مطالبه و وصول است و کلیه مراجع قضایی و دوائر اجرای ثبت و دفاتر اسناد رسمی مکلفند براساس مفاد اسناد و قراردادهای تنظیمی نسبت به صدور حکم و اجراییه و وصول مطالبات بانک، طبق مقررات این قانون اقدام نمایند»، نه تنها نسبت به قراردادهای تنظیمی پس از تصویب قانون مذکور تعیین تکلیف نموده است، بلکه با قید عبارت «... پرداخت نموده یا می‌نماید...» نسبت به قراردادهای تنظیمی قبل از تاریخ تصویب قانون مذکور نیز تعیین تکلیف نمود است.

البته بانک‌ها تنها در صورتی حق مطالبه و وصول وجه التزام تأخیر تادیه (خسارت تأخیر) را دارند که «برابر قرارداد تنظیمی» چنین حقی را داشته باشند؛ لذا ماهیت خسارت مزبور به عنوان وجه التزام قراردادی است. بنابراین در صورت سکوت قرارداد، بانک حق مطالبه خسارت تأخیر تادیه را ندارد.

بانک مرکزی طی بخشنامه شماره ۱۸۲۹۴۳ / ۸۹ مورخ ۱۳۸۹/۸/۱۹ مقرر داشته:

«... بنابراین با عنایت به مبانی قانونی و شرعی اخذ وجه التزام تأخیر تادیه دین از جمله تبصره ۱ الحاقی به ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا، تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و اظهار نظر فقهای محترم شورای نگهبان طی نامه شماره ۷۷۴۲ مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۱۱، مؤسسات اعتباری زمانی مجاز به اخذ وجه التزام تأخیر تادیه دین از مشتریان می‌باشند که در قرارداد منعقد فی‌مابین مؤسسه اعتباری و مشتری، اخذ وجه التزام تأخیر تادیه دین به صورت شرط ضمن عقد ذکر و نرخ آن به طور صریح و دقیق مشخص و به امضای طرفین رسیده باشد».

شایان ذکر است که قانون الحاق دو تبصره به ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا تنها ناظر بر بانک‌ها بوده و شامل مؤسسات مالی دارای مجوز از بانک مرکزی نمی‌شده است؛ لذا علی‌رغم تصویب قانون فوق، باز هم تکلیف تمامی مؤسسات مالی غیر بانکی مجاز، در خصوص امکان مطالبه و وصول وجه التزام تأخیر تادیه، مشخص نگردیده بود.



امتیازات خاص بانک‌ها به مؤسسات اعتباری غیر بانکی مجاز که مقرر می‌نمود: «به موجب این قانون کلیه حقوق و امتیازات پیش‌بینی شده برای بانک‌ها در ... ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا - مصوب ۱۳۶۵ - در حدود مقررات ناظر بر فعالیت مؤسسات اعتباری غیربانکی مجاز و موضوع فعالیت آنها به این قبیل مؤسسات نیز تسری داده می‌شود»، حقوق بانک‌ها از جمله امکان مطالبه وجه التزام تاخیر تادیه را به مؤسسات مالی و اعتباری غیر بانکی تسری داده است.

با توجه به این که در ماده واحد مذکور فقط سخن از «... کلیه حقوق و امتیازات پیش‌بینی شده برای بانک‌ها در ... ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا ...» به میان آمده و به تبصره‌های ذیل ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و دو تبصره الحاقی به ماده ۱۵ اصلاحی قانون مذکور اشاره نشده بود، این سوال به اذهان متبادر گردید که قانون تسری، تنها حقوق مندرج در صدر ماده ۱۵ قانون اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا را به مؤسسات مالی و اعتباری تسری داده یا خیر؟ در صورت مثبت بودن جواب، و با توجه به این که مطالبه وجه التزام تاخیر تادیه در تبصره اول ماده ۱۵ اصلاحی درج گردیده، مؤسسات مالی و اعتباری حق مطالبه وجه التزام تاخیر تادیه را ندارند؟

علی‌هذا، شورای عالی ثبت، در تاریخ ۱۳۹۳/۲/۲۸، ضمن صدور رای وحدت رویه شماره ۴۸۷۱ به اختلاف فوق پایان داده و اعلام نمود:

«قانون تسری امتیازات خاص بانک‌ها به مؤسسات اعتباری غیربانکی مجاز مصوب سال ۱۳۸۱، مؤسسات مذکور را از کلیه حقوق و امتیازات پیش‌بینی شده برای بانک‌ها در ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۵ بهره مند کرده است هرچند در قانون اخیرالتصویب نامی از تبصره‌های الحاقی به ماده ۱۵ قانون یادشده در سال ۱۳۷۶ برده نشده است، لکن از آنجا که تبصره‌های مواد قانون جزء لاینفک آن بوده و قانونگذار با علم به الحاق آنها، قانون تسری امتیازات خاص بانک‌ها به مؤسسات اعتباری غیربانکی مجاز را تصویب نموده، لذا تمام احکام قانونی مندرج در تبصره‌های یک و دو الحاقی به ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۷۶ شامل مؤسسات مالی و اعتباری غیر بانکی مجاز نسبت به قراردادهایی که مؤخر بر زمان تصویب قانون تسری امتیازات خاص بانک‌ها به مؤسسات اعتباری غیربانکی مجاز منعقد کرده‌اند جاری است. این رأی برای ادارات اجراء و هیأت‌های نظارت ثبت اسناد و املاک کشور لازم‌الاتباع است»



همچنین اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷/۹۳/۱۰۹ - ۱۳۹۳/۱/۲۷ اعلام کرد:

«اولاً؛ با توجه به الزامی بودن رعایت مصوبات پولی و بانکی بانک مرکزی برای کلیه بانک‌ها از جمله در تعیین سود و جریمه در قراردادهای و با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی، قراردادهایی که در آن مازاد بر میزان تعیین شده بانک مرکزی سود و جریمه تعیین شده، نسبت به مازاد بر میزان تعیین شده در مصوبه بانک مرکزی، فاقد اعتبار و غیرقابل مطالبه است. نتیجتاً دعاوی مطالبه آنها نیز محکوم به بطلان است.

«ثانیاً؛ با توجه به ماده واحده قانون تسری امتیازات خاص بانک‌ها به مؤسسات اعتباری غیربانکی مصوب سال ۱۳۸۱، ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و تبصره‌های آن به مؤسسات یاد شده تسری دارد و تبصره‌های آن استثناء نگردیده است.»
لذا مشخص گردید مؤسسات مالی و اعتباری نیز از تاریخ تصویب قانون تسری امتیازات خاص بانک‌ها به مؤسسات اعتباری غیر بانکی مجاز مصوب ۱۳۸۱/۱/۲ حق مطالبه و اخذ وجه التزام را دارند، لیکن این حق نسبت به قراردادهای تنظیمی قبل از تصویب قانون تسری، قابل اعمال نبوده است.

بند دوم - مقررات ناظر بر تعیین میزان و نرخ وجه التزام قراردادی

هرچند تبصره اول قانون الحاق دو تبصره به ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا مقرراتی در خصوص امکان اخذ وجه التزام تاخیر تادیه از مشتریان بانک‌ها را مقرر داشته است؛ لیکن در خصوص نحوه تعیین میزان و نرخ وجه التزام قابل مطالبه، به وضع قانون نپرداخته است. در خصوص میزان وجه التزام قابل مطالبه در نظام بانکی کشور، می‌توان به پنج دوره مشخص ذیل اشاره نمود:

۱ - دوره قبل از تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا

در خلال این مدت، مطابق با مصوبه مورخ ۱۳۶۸/۱۰/۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام در «قانون نحوه وصول مطالبات بانک‌ها»، مطالبه وجه التزام تاخیر تادیه، بر اساس مقررات و شرایط زمان اعطای وجوه و تسهیلات، برای بانک‌ها قابل مطالبه و وصول بوده است.



۲- پس از تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا تا شش ماه پس از ابلاغ

مصوبه شماره ۱۷۵۰۵۱/ت/۴۳۷ هـ مصوب ۱۳۸۶/۱۰/۳۰ هیأت محترم وزیران در این دوره زمانی، به موجب قانون الحاق دو تبصره به ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا و بخشنامه شماره ۱۴۰۰ بانک مرکزی، بانکها حق درج و اخذ نرخ وجه التزام به میزان نرخ سود عقود مبادله‌ای در هر بخش اقتصادی بعلاوه ۶٪ بوده‌اند.

۳ - دوره زمانی شش ماهه پس از ابلاغ مصوبه شماره ۱۷۵۰۵۱/ت/۴۳۷ هـ

مصوب ۱۳۸۶/۱۰/۳۰ هیأت محترم وزیران لغایت ابلاغ مصوبه شماره ۱۵۳۹۶۵/ت/۴۱۴۹۸ هـ مورخ ۱۳۸۸/۸/۳ هیأت وزیران

هیأت وزیران در تاریخ ۱۳۸۶/۱۰/۳۰، بموجب مصوبه ۱۷۵۰۵۱/ت/۴۳۷ هـ، آیین نامه وصول مطالبات سررسید گذشته، معوق و مشکوک الوصول مؤسسات اعتباری (ریالی/ارزی) را به تصویب رساند. ماده سوم آیین نامه مذکور مقرر می‌دارد: «دریافت جریمه دیر کرد توسط مؤسسات اعتباری برای تسهیلاتی که پس از شش ماه از ابلاغ این آیین نامه سررسید می‌شود، ممنوع بوده ...». لذا نظر به اینکه مطابق ماده ۴۴۳ قانون آیین دادرسی مدنی، از حیث احتساب مواعد قانونی، هر ماه معادل با ۳۰ روز کامل است، میزان وجه التزام تاخیر تادیه قابل مطالبه توسط بانکها، نسبت به قراردادهایی که پس از ۱۸۰ روز از تاریخ ابلاغ مصوبه فوق الذکر سررسید می‌شدند، فقط معادل نرخ سود عقود مبادله‌ای و مطالبه و وصول جریمه ۶٪ نسبت به این قراردادها فاقد وجاهت قانونی بوده است. بدیهی است که این مقررات نسبت به کلیه قراردادهای تنظیمی در زمان حکومت مقررات یاد شده لازم الاجرا است.

۴ - دوره زمانی پس از ابلاغ مصوبه شماره ۱۵۳۹۶۵/ت/۴۱۴۹۸ هـ مورخ

۱۳۸۸/۸/۳ هیأت وزیران تا زمان ابلاغ مصوبه یک هزار و دویست و ششمین جلسه مورخ ۱۳۹۴/۶/۱۰ شورای پول و اعتبار

هیأت وزیران، در تاریخ ۱۳۸۸/۸/۳، اقدام به تصویب مصوبه شماره ۱۵۳۹۶۵/ت/۴۱۴۹۸ هـ تحت عنوان آیین نامه وصول مطالبات سررسید گذشته، معوق و مشکوک الوصول مؤسسات اعتباری (ریالی و ارزی) نمود. در ماده ۱۱ آیین نامه مزبور مقرر شده است:



«ماده ۱۱- مؤسسه اعتباری موظف است در مورد مشتریان بدحسابی که مجموع بدهی غیرجاری آنها در کل مؤسسات اعتباری بیش از پانصد میلیون (۵۰۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال باشد، تا تعیین تکلیف بدهی و تعهدات سررسید گذشته موارد زیر را اعمال نماید:

«الف - دریافت وجه التزام (جریمه تأخیر تأدیه)، به موجب قانون الحاق دو تبصره به ماده (۱۵) قانون عملیات بانکی بدون ربا - مصوب ۱۳۷۶- معادل نرخ سود قراردادی به علاوه شش درصد (۶٪)».

ریاست وقت مجلس، به موجب نامه شماره ۸۲۷۶ / ۱۸۱ / ه / پ، مورخ ۱۳۸۹/۲/۱۸، نسبت به تصویب آیین نامه مزبور واکنش نشان داد و پیرو آن بانک مرکزی نیز به موجب بخشنامه شماره ۸۹/۱۶۳۵۷۰، مورخ ۱۳۸۹/۷/۲۷، به کلیه بانکها اعلام داشت که عبارت به علاوه شش درصد (۶٪) مندرج در بخش پایانی بند الف ماده ۱۱، به دلیل مغایرت با مفاد تبصره ۱ الحاقی به ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا، ماده ۱۰ قانون مدنی و مواد ۲۱۹ الی ۲۲۵ قانون اخیر الذکر ملغی می‌گردد.

متعاقباً ماده ۱۱ آیین نامه مذکور، به موجب تصویب نامه شماره ۱۶۹۰۶۱ / ت / ۵۴۹۹۰۹، مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۸ هیأت وزیران، که طی بخشنامه شماره ۹۲/۳۷۳۵۴۰، مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۲ بانک مرکزی، به کلیه بانکها ابلاغ گردید، اصلاح و متن زیر جایگزین آن گردید:

«ماده ۱۱- مؤسسه اعتباری به منظور تسهیل تسویه بدهی‌های غیرجاری مشتریان می‌تواند با رعایت قوانین و مقررات مربوطه برای یک بار با استفاده از یکی از راهکارهای زیر یا ترکیبی از آنها نسبت به تعیین تکلیف بدهی مشتری اقدام نماید:

الف- بخشش وجه التزام تأخیر تأدیه دین حداکثر به میزان مابه التفاوت نرخ وجه التزام تأخیر تأدیه دین با نرخ سود تسهیلات مندرج در قرارداد.

ب- تقسیط مجدد بدهی حداکثر به مدت پنج سال.

پ- امهال بدهی حداکثر به مدت شش ماه.

باید توجه داشت که اصلاحیه ماده مذکور صرفاً ناظر بر تسهیلات پرداختی پس از تاریخ ابلاغ آیین نامه وصول مطالبات ابلاغی در سال ۱۳۸۸ است.»

ماده ۱۲ آیین نامه فوق الذکر اعلام می‌داشت:

ماده ۱۲- مؤسسات اعتباری موظفند از تاریخ ابلاغ این آیین نامه قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی را به گونه‌ای تنظیم نمایند که وجه التزام تأخیر تأدیه برای تمامی



تسهیلات ریالی و ارزی از تاریخ سررسید و نسبت به مانده بدهی علاوه بر نرخ سود بخش اقتصادی مورد نظر به صورت شروط ضمن عقد، به شرح زیر دریافت شود:

الف - تا قبل از آنکه در سرفصل مطالبات سررسید گذشته قرار بگیرند (کمتر از دو ماه) معادل ۶٪

ب - پس از انتقال به مطالبات سررسید گذشته و تا قبل از ورود به سرفصل معوق (بیش از دو ماه و کمتر از شش ماه) معادل ۸٪

پ - پس از انتقال به سرفصل مطالبات معوق و تا سه ماه پس از آن (بیش از شش ماه و کمتر از نه ماه) معادل ۱۰٪

ت - در صورتی که مطالبات بیش از سه ماه در سرفصل مطالبات معوق باقی مانده و هنوز به سرفصل مطالبات مشکوک الوصول انتقال نیافته باشد (بیش از نه ماه و کمتر از هجده ماه) معادل ۱۲٪

ث - در صورتی که مطالبات به سرفصل مطالبات مشکوک الوصول انتقال یابد معادل ۱۴٪.

قابل ذکر است در محاسبه وجه التزام تاخیر تادیه به نحو فوق، که تحت عنوان «خسارت تاخیر تادیه پلکانی» شهرت یافته است، پایه و مبنای اصلی خسارت تاخیر تادیه، نرخ سود اعلامی بانک مرکزی در بخش اقتصادی مورد نظر است و درصدهای ۶ تا ۱۴ در بازه‌های زمانی مذکور در ماده، صرفاً بصورت پلکانی به نرخ سود بخش اقتصادی مورد نظر افزوده می‌شوند، نه بیشتر از آن؛ و رعایت هرپله از محاسبات برای بازه زمانی مربوطه الزامی بود.

۵ - دوره زمانی پس از ابلاغ مصوبه یک هزار و دویست و ششمین جلسه مورخ ۱۳۹۴/۶/۱۰ شورای پول و اعتبار

شورای پول و اعتبار، در تاریخ ۱۳۹۴/۶/۱۰، با تصویب آیین نامه وصول مطالبات غیر جاری مؤسسات اعتباری (ریالی و ارزی)، به موجب بخشنامه شماره ۹۴/۱۸۴۸۴۷، مورخ ۱۳۹۴/۷/۷ بانک مرکزی، به کلیه بانک‌ها ابلاغ نمود تغییرات مهمی را در میزان خسارت تاخیر تادیه قابل مطالبه به وجود آورند که در دو ماده ۱۱ و ۱۷ آیین نامه به شرح زیر تبیین شده‌اند:

ماده ۱۷: «مؤسسه اعتباری موظف است در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی،



دریافت وجه التزام تأخیر تأدیه دین را به صورت شرط ضمن عقد برای تمامی تسهیلات ریالی و ارزی از تاریخ سررسید و نسبت به مانده بدهی، علاوه بر نرخ سود مندرج در قرارداد تسهیلات اعطایی در قالب عقود غیرمشارکتی یا نرخ بازده مورد انتظار تسهیلات اعطایی در قالب عقود مشارکتی معادل شش درصد (۶٪) درج نمایند».

لازم به ذکر است ماده ۱۷ آیین نامه مارالذکر ناظر بر قراردادهایی است که پس از تصویب و ابلاغ آیین نامه مذکور منعقد گردند و میزان وجه التزام تأخیر تأدیه را معادل نرخ سود عقود مبادله‌ای یا نرخ بازده مورد انتظار در عقود مشارکتی، که آن هم معادل با نرخ سود عقود مشارکتی، به علاوه ۶٪ است، تعیین نموده باشند.

اما ماده ۱۱ آیین نامه مذکور به موضوع مهم‌تری پرداخته و در خصوص اخذ وجه التزام نسبت به قراردادهای تنظیمی، قبل از ابلاغ آیین نامه فوق، اقدام به وضع مقررره نموده است که جهت بیان اهمیت آن، ناگزیر بایستی به ذکر دو مقدمه پرداخت.

نخست، نظر به اینکه بانک مرکزی هنگام ابلاغ آیین نامه وصول مطالبات مذکور، طی بخشنامه شماره ۹۴/۱۸۴۸۴۷ مورخ ۱۳۹۴/۷/۷، بر خلاف عادت همیشگی، که تنها با توضیح بسیار مختصر مبادرت به ابلاغ آیین نامه می‌نمود، این بار طی توضیحات مبسوط، مفصل و جامع و مانع به تشریح جهات اهمیت آیین نامه و تاثیر آن بر پیشرفت اقتصاد کشور و کمک به خروج از رکود می‌پردازد. بخش‌هایی از متن سه صفحه‌ای این بخشنامه ذیلاً مورد اشاره قرار می‌گیرد:

«... استحضار دارند مطالبات غیرجاری و نحوه وصول آن در سال‌های اخیر همواره یکی از موضوعات مهم و چالشی در نظام بانکی کشور بوده است. افزایش سطح مطالبات غیرجاری بانکی نه تنها می‌تواند سلامت هر یک از بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیربانکی کشور را با تهدید مواجه نماید بلکه در سطح کلان نیز به کاهش قدرت اعتبار دهی شبکه بانکی و به دنبال آن تنگنای اعتباری بانک‌ها و مالاً با عنایت به بانک محور بودن نظام تأمین مالی در کشورمان، کاهش رشد اقتصادی خواهد انجامید.

«بر این اساس ... با رویکرد تسریع و تسهیل وصول مطالبات غیرجاری بانک‌ها و همچنین کمک و مساعدت به بنگاه‌های اقتصادی که طی سالیان اخیر بنا به دلایل و عللی خارج از اراده شان، موفق به ایفای به موقع تعهدات خود نشده‌اند، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران آیین نامه مذکور را با امعان نظر به شرایط خطیر حال حاضر کشور و هم راستا با تلاش‌ها و اقدامات دولت محترم برای تسهیل فعالیت‌های اقتصادی،



خروج از رکود و ایجاد رونق اقتصادی در کشور از یک سو و اتخاذ تمهیدات لازم به منظور جلوگیری از افزایش حجم مطالبات غیرجاری و وصول هرچه سریع تر مطالبات شبکه بانکی کشور از سوی دیگر ... مورد بازنگری قرار دادو تصویب نموده .

«... حذف نرخ‌های وجه التزام تأخیر تأدیه دین به صورت پلکانی بر اساس طبقه مطالبات (شامل سررسید گذشته، معوق و مشکوک الوصول) در دامنه شش الی چهارده درصد به علاوه نرخ سود تسهیلات (موضوع ماده ۱۲ آیین نامه فعلی) و تعیین نرخ وجه التزام واحد برای تمامی طبقات مطالبات به میزان نرخ سود و نرخ بازده مورد انتظار تسهیلات به ترتیب در تسهیلات اعطایی بر مبنای عقود مشارکتی و عقود غیرمشارکتی به علاوه شش درصد؛ «در خاتمه، ضمن این که انتظار می رود با تدابیر و مشوق‌های کم نظیر مقرر در آیین نامه موصوف، تسهیلات گیرندگان دارای بدهی غیرجاری نیز با استقبال از همراهی و همکاری بی شائبه و دلسوزانه اعضای محترم شورای پول و اعتبار و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و نشان دادن حسن نیت خود، تمامی تلاش‌ها و مساعی ممکن را برای تعیین تکلیف بدهی‌های غیرجاری خود نزد شبکه بانکی کشور معمول دارند، شایسته است شبکه بانکی کشور نیز با تمهید و اتخاذ تدابیر لازم، وضعیت فعلی مطالبات غیرجاری بانک‌ها را که به هیچ وجه در تراز و شأن نظام بانکی جمهوری اسلامی ایران به عنوان طلایه دار و پیشرو انجام عملیات بانکی بر پایه موازین شرع مقدس نیست، بهبود بخشند».

با دقت در موارد فوق ، استنباط می‌گردد که بانک مرکزی و شورای پول و اعتبار، که متشکل از نمایندگان قوای مجریه، قضائیه، بخش خصوصی و بانک مرکزی است، متفقا به این رهیافت مشترک دست یافته‌اند که خروج کشور از رکود اقتصادی، مستلزم کاهش حجم مطالبات غیر جاری بانک‌ها و وصول هرچه سریع تر مطالبات مذکور است و با این هدف، در پاراگراف آخر بخشنامه، به روشنی اعلام شده: «از تاریخ ابلاغ این آیین نامه، تمامی ضوابط و مقررات مغایر قابل استناد نمی باشد».

دوم آن که درک روح و سیاق ماده ۱۱ آیین نامه، مستلزم آشنایی با تعاریف ذیل است که عیناً از متن ماده اول آن نقل می‌گردد:

«۱-۲- مؤسسه اعتباری: بانک یا مؤسسه اعتباری غیربانکی که به موجب قانون یا با مجوز بانک مرکزی تأسیس شده و تحت نظارت بانک مرکزی می باشد.

«۱-۴- مشتریان خوش حساب: مشتریانی که ظرف دو سال گذشته علی رغم



دریافت تسهیلات و یا استفاده از خدمات بانکی در هیچ یک از مؤسسات اعتباری، بدهی غیرجاری (اعم از ارزی و یا ریالی) نداشته باشند.

«۱- ۸ - مطالبات غیرجاری: مطالبات طبقه بندی شده در طبقات سررسید گذشته، معوق و مشکوک الوصول بر اساس «دستورالعمل طبقه بندی دارایی‌های مؤسسات اعتباری» (موضوع بخشنامه شماره مب/ ۲۸۲۳ مورخ ۱۳۸۵/۱۲/۵ بانک مرکزی)».

حال با توجه به ذکر تعاریف کاربردی در آیین نامه موصوف به شرح ماده ۱۱ آن می‌پردازیم:

ماده ۱۱ آیین نامه مقرر می‌دارد: «مؤسسه اعتباری موظف است در مورد مشتریان بدحسابی که مجموع بدهی غیرجاری آن‌ها در تمام مؤسسات اعتباری بیش از پانزده درصد مانده بدهی (شامل اصل و سود تسهیلات) باشد تا تسویه تمام بدهی غیرجاری موارد زیر را اعمال نماید:

۱- ۱- دریافت وجه التزام تأخیر تأدیه دین، به موجب قانون الحاق دو تبصره به ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۷۶ مطابق مفاد ماده ۱۷ آیین نامه.»

در این ماده در خصوص مشتریان بانک‌ها با مشخصات ذیل وضع مقررات جدید گردیده است:

- در مورد «مشتریان بدحساب»: نظر به اینکه وفق تعریف مندرج در بند ۱- ۴ آیین نامه، مشتری خوش حساب به مشتریانی اطلاق می‌گردد که ظرف دو سال گذشته، علی‌رغم دریافت تسهیلات و یا استفاده از خدمات بانکی، در هیچ یک از مؤسسات اعتباری، بدهی غیرجاری (اعم از ارزی و یا ریالی) نداشته باشند. بنابر این، و با توجه به مفهوم مخالف تعریف مزبور، اصطلاح مشتری بدحساب به مشتریانی اطلاق می‌گردد که ظرف دو سال گذشته اقدام به دریافت تسهیلات و یا استفاده از خدمات بانکی در هر یک از مؤسسات اعتباری نموده و دارای بدهی غیرجاری (اعم از ارزی و یا ریالی) باشند.

- نظر به اینکه ماده ۱۱ در ادامه، اصطلاح مشتریان بد حساب را با عبارت «که مجموع بدهی غیرجاری آن‌ها در تمام مؤسسات اعتباری بیش از پانزده درصد مانده بدهی (شامل اصل و سود تسهیلات) باشد» مقید نموده است، حکم ماده مزبور تنها شامل مشتریان بد حسابی می‌گردد که نسبت به بازپرداخت حداقل ۸۵٪ از اصل تسهیلات ماخوذه و سود متعلقه به آن ننموده باشند، نه تمامی مشتریان بد حساب؛ بدیهی است



چنانچه مشتری اقدام به بازپرداخت ۸۵٪ اصل و سود متعلق به تسهیلات نموده باشد، خارج از تعریف مقرر در ماده ۱۱ بوده و حکم ماده مزبور نیز در مورد چنین بدهکاری قابل اعمال نیست.

- فعل «باشد» در انتهای جمله «در مورد مشتریان بدحسابی که مجموع بدهی غیرجاری آنها در تمام مؤسسات اعتباری بیش از پانزده درصد مانده بدهی (شامل اصل و سود تسهیلات) باشد...» مؤید این است که ماده مذکور در خصوص بدهکارانی وضع گردیده که در تاریخ تصویب آیین نامه یاد شده مشتری بدحساب تلقی شده و دارای بدهی غیر جاری اند و تا میزان ۸۵٪ از اصل و سود تسهیلات ماخوذه را نپرداخته اند؛ لذا احکام مقرر در این ماده نیز باید تا تسویه تمام بدهی غیرجاری در مورد این دسته از بدهکاران بانکی اعمال گردد.

به موجب بند اول ماده ۱۱، اولین حکم قابل اعمال نسبت به این بدهکاران بانکی «دریافت وجه التزام تأخیر تأدیه دین ... مطابق مفاد ماده ۱۷ آیین نامه» از ایشان است. ماده ۱۷ آیین نامه نیز مقرر می‌دارد: «مؤسسه اعتباری موظف است در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی، دریافت وجه التزام تأخیر تأدیه دین را به صورت شرط ضمن عقد، برای تمامی تسهیلات ریالی و ارزی از تاریخ سررسید و نسبت به مانده بدهی، علاوه بر نرخ سود مندرج در قرارداد تسهیلات اعطایی در قالب عقود غیرمشارکتی یا نرخ بازده مورد انتظار تسهیلات اعطایی در قالب عقود مشارکتی معادل شش درصد (۶٪) درج نماید».

از جمع مواد ۱۱ و ۱۷ آیین نامه مذکور به این نتیجه می‌رسیم که از مشتریان بد حساب موضوع ماده ۱۱ آیین نامه تنها می‌توان وجه التزام تأخیر تأدیه را در صورت وجود شرط ضمن عقد در قرارداد، به میزان نرخ سود بعلاوه ۶٪ اخذ نمود.

در خصوص ماده ۱۱ و تکلیف مقرر در بند اول آن، سه برداشت مختلف وجود دارد:

برداشت اول - قراردادهای تابع مقررات زمان خود هستند و نسبت به قراردادهای تنظیمی قبل از تصویب آیین نامه مورد بحث، صرفاً باید وجه التزام تأخیر تأدیه پلکانی اخذ گردد.

برداشت دوم - از تاریخ تصویب و ابلاغ آیین نامه فوق الذکر، وجه التزام تأخیر تأدیه حتی نسبت به قراردادهای تنظیمی قبل از تصویب آیین نامه مزبور قابل اعمال است؛ اما نسبت به قبل از تاریخ تصویب آن، بایستی وجه التزام تأخیر تأدیه پلکانی مورد



محاسبه و مطالبه قرار گیرد.

برداشت سوم - آیین نامه عطف به ما سبق می‌گردد و از تاریخ تصویب و ابلاغ آن، وجه التزام تاخیر تادیه حتی نسبت به قراردادهای تنظیمی قبل از تصویب آیین نامه نیز قابل اعمال است؛ به گونه‌ای که مطالبات وجه التزام تاخیر تادیه ناشی از محاسبات پلکانی مربوط به دوره قبل از تصویب آیین نامه باید حذف و مسترد گردد و در مورد بدهکاران موضوع ماده ۱۱ باید مقررات بند اول ماده از ابتدای دوران تاخیر محاسبه و اخذ و مطالبه وجه التزام تاخیر تادیه، بیش از این میزان، غیر موجه است.

قابل ذکر است دیدگاه اول، عمدتاً تأمین کننده منویات بانک‌ها در وصول مطالبات است و از آنجایی که ماده ۱۷ آیین نامه در مورد قراردادهای آتی تعیین تکلیف نموده، پذیرش دیدگاه مزبور به مفهوم حذف کامل ماده ۱۱ و فاقد وجاهت قانونی بودن آن است. در خصوص دیدگاه دوم، نظر به اینکه اولاً، وفق مقدمه آیین نامه موصوف، هدف از تصویب آیین نامه «... کاهش حجم مطالبات غیر جاری و وصول هرچه سریع تر آن‌ها است...» و ثانیاً، به موجب بخشنامه بانک مرکزی، که به بخش‌هایی از آن اشاره گردید، جهت خروج کشور از رکود اقتصادی و ایجاد رونق اقتصادی، می‌بایست حجم مطالبات غیر جاری کاهش یابد. اگر دامنه اعمال ماده ۱۱ را محدود به دوران پس از تصویب آیین نامه مذکور منحصر کنیم، هرچند از افزایش میزان مطالبات بانک‌ها جلوگیری شده، لیکن حجم مطالبات غیرجاری کاهش نیافته و دلیل و سببی که موجب تسریع در وصول مطالبات گردد بوجود نیامده است و عملاً آیین نامه مزبور به اهدافش نرسیده؛ لذا دیدگاه دوم نیز منطبق با اهداف آیین نامه به نظر نمی‌رسد.

اما سومین دیدگاه، که موافق با اعمال ماده ۱۱ از تاریخ وقوع تاخیر تا زمان تسویه کامل است، ولو اینکه آغاز تاخیر به دوران قبل از تصویب آیین نامه باز گردد، با اهداف آیین نامه مزبور منطبق تر است. بدین طریق از حجم مطالبات بانک‌ها کاسته شده، به دلیل کاهش میزان بدهی، بدهکاران بانکی با سهولت بیشتری امکان بازپرداخت دیون خویش را خواهند داشت، تسویه مطالبات غیر جاری بانک‌ها تسریع می‌یابد و کلیه اهداف تصویب آیین نامه مزبور محقق می‌گردد.

بر دیدگاه فوق ایراد می‌شود که مقرر مزبور، که در مورد عطف بماسبق شدن خویش سکوت اختیار نموده، را نمی‌توان بر خلاف ماده ۴ قانون مدنی معطوف به ماسبق کرد. در پاسخ می‌توان گفت:



اولاً، هرچند آیین نامه مزبور در خصوص عطف بماسبق شدن خود ساکت است، لیکن ماده ۱۱ به صراحت و رسماً اقدام به وضع مقرر در خصوص بدهکاران بانکی مذکور در ماده ۱۱ نموده و وضع این مقرر خاص تکلیف را روشن نموده و نیازی به عطف به ماسبق نمودن وجود ندارد؛

ثانیاً، هیأت وزیران در ماده ۱۱ مصوبه ۱۵۳۹۶۵ / ت ۴۱۴۹۸ ه، مورخ ۱۳۸۸/۸/۳، نیز به وضع مقرراتی راجع به وجه التزام تاخیر تادیه مربوط به قراردادهای قبلی پرداخته و این امر دارای سابقه قانونی است؛

ثالثاً، معیار تعیین وجه التزام تاخیر تادیه، تابع مقررات آمره است و میزان آن بستگی به نظر مراجع ذیصلاح دارد؛ لذا در صورت صلاحدید مقنن و کاهش آن، بانکها مکلف به رعایت نرخهای جدید هستند.

نتیجه گیری

در حال حاضر میزان وجه التزام تاخیر تادیه تابع دو مقرر قانونی ذیل است :

اول - نسبت به قراردادهایی که تاریخ تنظیم آنها قبل از تاریخ ابلاغ مصوبه ۱۵۳۹۶۵ / ت ۴۱۴۹۸ ه، مورخ ۱۳۸۸/۸/۳، و تاریخ سررسید آنها ۱۸۰ روز پس از مصوبه شماره ۱۷۵۰۵۱ / ت ۴۳۷ ه، مصوب ۱۳۸۶/۱۰/۳۰ هیأت محترم وزیران باشد، میزان وجه التزام تاخیر تادیه معادل نرخ سود عقود مبادله‌ای است و بانکها حق مطالبه و دریافت جریمه ۶ درصدی خسارت تاخیر تادیه نسبت به این قراردادها را ندارند؛

دوم - نسبت به سایر قراردادها، نرخ وجه التزام تاخیر تادیه معادل است با نرخ سود در عقود مبادله‌ای و یا نرخ سود مورد انتظار در عقود مشارکتی به علاوه ۶٪ و مطالبه هرگونه خسارت تاخیر تادیه خارج از این میزان فاقد وجهت قانونی است.



ماهیت حقوقی سپرده‌های بانکی

دکتر محمدرضا محمدی جرقوبه‌ای^۱

مقدمه

مقاله حاضر بخشی از کتاب در دست تالیف اینجانب با عنوان «حقوق حاکم بر قراردادهای بانکی» است. لازم به ذکر است که عمده فعالیت بانک‌ها در دو حوزه «تجهیز منابع بانکی» و «تخصیص منابع بانکی» جریان می‌یابد. با توجه به این که مشتریان بانک با اهدافی از قبیل داشتن سپرده در حساب جاری و گذران امور بانکی خود، یا قرض الحسنه جهت بردن جایزه یا ثواب و یا سرمایه‌گذاری و کسب سود مبادرت به سپردن وجه به بانک می‌نمایند، اطلاع از ماهیت این گونه سپرده‌ها، به ویژه در مواردی که بین بانک و مشتری اختلاف پیش می‌آید، ضرورت دارد. بر همین اساس در بندهای ذیل ماهیت سپرده مورد بررسی قرار می‌گیرد، و در صورت استقبال، در شماره‌های بعدی به ابعاد دیگری از حقوق و روابط حاکم بر قراردادهای بانکی خواهیم پرداخت.

در قانون عملیات بانکی بدون ربا، علی‌رغم اهمیت سپرده‌ها، به ماهیت سپرده و نوع رابطه سپرده‌گذار و بانک اشاره مفیدی نشده است؛ به جز در تبصره ۳ ماده ۳ قانون مذکور، که اظهار داشته بانک، وکیل در به کارگرفتن سپرده‌ها جهت انجام یکسری از عقود جعاله، سلف، مزارعه، مساقات و... است.

به نظر می‌رسد این رابطه حقوقی پیچیده را نتوان در قالب وکالت گنجانند؛ زیرا هر چند نیابت و اقدام در این رابطه، از عوامل و عناصر رابطه حقوقی است، اما در این جا جنبه فرعی و تبعی دارد و ناظر به اجرای نتایج حاصل از عمل حقوقی است. همچنان که در عقود دیگری همچون قرض، مضاربه، عاریه و ودیعه نیز نیابت فرعی منجر می‌شود ولی ماهیت عقد چیز دیگری است.

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای دادگستری اصفهان



فلذا باید به این پرسش پاسخ داده شود که ماهیت حقوقی قرارداد در سپرده گذاری نزد بانک چیست؟ آیا آن را باید در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی و از جمله عقود بی نام دانست که عرف تجاری باعث تشکیل آن شده است؟ یا تابع یکی از عقود معین است؟

در ماده ۵۵۹ قانون مدنی، در ذیل فصل ششم که راجع به مضاربه است، چنین آمده است: «در حساب جاری یا حساب به مدت ممکن است با رعایت شرط قسمت اخیر ماده قبل امکان مضاربه جاری و حق المضاربه به آن تعلق بگیرد». و در قسمت اخیر ماده ۵۵۸ همان قانون، برخلاف اصل کلی حاکم بر مضاربه، که عامل، ضامن سرمایه نیست، به مضارب اجازه داده که از مال خود، به مقدار خسارت یا تلف، مجانی به مالک تملیک کند. این مواد قانونی نمی تواند راهگشای تبیین ماهیت حقوقی سپرده باشد؛ به ویژه این که در ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا فقط یکی از عقود ذکر شده مضاربه است. لذا رابطه بین سپرده گذار و بانک باید فراتر از عقد مضاربه تبیین و تعریف گردد.

در پاسخ به این سؤال که ماهیت حقوقی سپرده بانکی چیست، عده ای سپرده را نوعی ودیعه دانسته اند؛^۲ زیرا به کار بردن واژه سپرده برای پول هایی که به بانک داده می شود، مفهوم امانت و ودیعه را به ذهن متبادر می کند و بانک ها نیز در تبلیغات خود، خویشتن را امین مردم معرفی می نمایند. ارکان عقد ودیعه را می توان با استنباط از مواد ۶۰۷، ۶۱۲ و ۶۱۹ قانون مدنی چنین بر شمرد:

«نگاهداری از مال مورد ودیعه که در مالکیت مودع باقی است و نیابت و نگهداری آن به مستودع سپرده شده است؛ تعهدات مربوط به رد عین مال به مودع ولو یک عیب و نقص در آن حاصل شده باشد»^۳.

در سپرده های قرض الحسنه و سرمایه گذاری مدت دار، هیچ یک از این دو رکن دیده نمی شود؛ زیرا به ویژه در سپرده های قرض الحسنه، بانک وجوه سپرده شده را تملیک می نماید و می تواند به دلخواه خویشتن و بر اساس سیاست های پولی بانک مرکزی آن را

۲ کاتوزیان، ناصر، ماهیت حقوقی سپرده های بانکی، روزنامه دنیای اقتصاد ۹/۱۰/۸۶ شماره

۱۴۲۲

۳ مدنی، سید جلال الدین حقوق مدنی، عقود معین، جلد پنجم، چاپ دهم، بهار ۱۳۹۰، صفحه

۱۱۸.



تخصیص دهد. از طرفی، در مقام رد به مالک، هیچ گاه بانک عین پول را به مشتری مسترد نمی‌نماید و در واقع ضمانت پرداخت مثل پول را می‌نماید، نه عین پول را؛ لذا نمی‌توان ماهیت حقوقی سپرده‌ها، اعم از قرض الحسنه یا سپرده گذاری مدت دار، را ودیعه دانست. هر چند که در بسیاری از موارد هدف سپرده گذار، مانند ودیعه گذار (مودع)، سپردن پول خود، با این قصد که مطمئن است که از آسیب و تلف دور بماند، است.

۴- با توجه به مفاد ماده ۵۵۹ قانون مدنی ممکن است گفته شود که ماهیت حقوقی سپرده تابع احکام مضاربه است. در واقع سرمایه‌ای به بانک داده می‌شود تا بانک با آن تجارت نموده و دو طرف در سود شریک شوند و بر همین اساس سپرده گذار به بانک، به عنوان مضارب، اجازه داده است تا با انعقاد یکی از عقود مشارکتی یا مبادله ای، سرمایه را به کار اندازد و در نتیجه تصمیم با مضارب (عامل) بوده و مالک نظارتی هم بر کار او نداشته و نمی‌تواند به او دستور خاصی بدهد.

این نظریه نمی‌تواند با قانون مدنی و احکام مضاربه مطابقت داشته باشد؛ زیرا اولاً عقد مضاربه به موجب ماده ۵۵۰ قانون مدنی جایز بوده و به موجب ماده ۵۵۱ قانون مذکور با فوت، جنون یا سفه احد از طرفین فسخ می‌گردد، در حالیکه در سپرده‌های بانکی فوت سپرده گذار موجب انفساخ رابطه قراردادی نمی‌شود؛ و ثانیاً به موجب ماده ۵۴۶ قانون مدنی، مضاربه در امر تجارت است؛ در حالی که در ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا، بسیاری از عقود، که الزاماً ماهیت تجاری ندارد، از قبیل اجاره به شرط تملیک، جعاله، مشارکت در احداث مسکن و اموال غیرمنقول هم پیش بینی شده است.

ثالثاً وفق ماده ۵۴۸ قانون مدنی، حصه هر یک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل، از قبیل ربع یا ثلث و غیره باشد؛ در حالی که در سپرده سرمایه گذاری مدت دار چنین توافقی وجود ندارد و حداقل و حداکثر نسبت به سود بانک‌ها را بانک مرکزی تعیین می‌کند که شخص ثالثی است.

رابعاً در سپرده قرض الحسنه سودی به سپرده گذار تعلق نمی‌گیرد تا بتوان این حساب را داخل در مضاربه دانست.

۵- پیش بینی رابطه بانک و سپرده گذار در قالب عقد وکالت نیز دچار اشکالات عمده‌ای است. اگر بانک واقعاً و فقط وکیل سپرده گذار باشد، اولاً استفاده از مواد ۱۹۶، ۶۷۴ قانون مدنی، اصیل موکل است نه وکیل؛ در حالی که در قراردادهای بانکی برای اعطای تسهیلات، بانک طرف معامله است نه تک تک سپرده گذاران؛ ثانیاً بر اساس



«قاعده فقهی العقود تابعه للقصود»، ماهیت عقد یک امر قصدی است و بدون آن قابل تحقق نیست و به عبارت دیگر قوام عقد وابسته به قصد است؛^۴ علاوه بر آن، تنها اراده انشایی یکی از دو طرف کافی نیست و لازم است اراده هر دو طرف در ایجاد عقد هماهنگی و همکاری داشته باشد. این هماهنگی موقعی مسیر است که آن چه را یک طرف انشای آن قصد را می‌کند، طرف دیگر هم همان را قصد کند و این در حالی است که در عمل و نیازهای واقعی بازار نشان داده است که هیچ سپرده گذاری قصد نمی‌کند که بانک را در سرمایه گذاری سپرده خویش وکیل کند و اساساً چنین چیزی به ذهن سپرده گذار خطور نمی‌کند.^۵

ثالثاً در عرف بانکداری، بانک یک واحد تجاری است و اگر رابطه بین بانک و سپرده گذار را یک رابطه وکالتی تلقی کنیم، وکیل چون به وکالت از موکل خود مبادرت به انعقاد قرارداد می‌نماید، عمل او تجاری نیست و حتی نمی‌توان در این فرض او را تاجر دانست. به تبع آن، این مؤسسه که مبالغی را از اشخاص گرفته و به وکالت از ایشان با دیگران معامله کرده و سود را به صاحبان حساب برمی‌گرداند، نمی‌تواند نام بانک را بر خود بنهد. رابعاً وقتی بانک در خصوص سود سپرده، نسبت به درصد معینی، آن هم تا سقفی که همه ساله از سوی شورای پول و اعتبار تعیین و به بانک‌ها ابلاغ می‌شود، مسئولیت دارد، نمی‌تواند وکیل سپرده گذاران باشد؛ زیرا وکیل می‌بایست تمامی سود حاصله از سرمایه گذاری یا انعقاد قرارداد را به موکل مسترد نموده و تنها حق الوکاله دریافت نماید.

خامساً در فرض وکالت، برای این که در پایان مدت وکالت، وکیل بتواند حساب کار خود را پس بدهد، باید برای هر وجهی و هر دریافت کننده تسهیلاتی قرارداد جداگانه منعقد شود تا معلوم شود سود و زیان ناشی از این سرمایه گذاری چه مقدار بوده است؛ لذا اگر به عنوان مثال، قرارداد مزارعه منعقد شد و دریافت کننده وجه به لحاظ خشکسالی نتوانست سود ببرد، عملاً سودی به موکل تعلق نمی‌گیرد؛ در حالی که در سپرده‌های سرمایه گذاری مدت دار، علی‌رغم این که بسیاری از تسهیلات اعطا شده به مشتریان،

۴. مرادخانی، احمد و شمس امیر، بررسی قاعده فقهی العقود تابعه القصد، فصلنامه تخصصی مطالعات فقهی و فلسفی، دوره ۳ شماره ۹، بهار ۱۳۹۱، ریال ص ۳۴.

۵. السان، مصطفی، حقوق بانک، تهذان، انتشارات سمت، زمستان ۹۵، صفحه ۱۱۶.



بلاوصول باقی می‌ماند، بانک متعهد به پرداخت اصل سرمایه و حتی سود است و حساب‌ها، به آن نحو که در قانون مدنی در رابطه وکیل و موکل پیش بینی شده است، در این رابطه قابل انفکاک و تجزیه و تفکیک نیست.

در هر حال، سپرده گذار بانکی راضی به پذیرش کم‌ترین ریسک و یا حتی احساس خطر نسبت به اصل سپرده خود نیست و اگر بانک را وکیل بدانیم، در حفظ سپرده‌ها امین بوده و در غیر از موارد تعدی و تفریط، ضامن تلف، نقص و از میان رفتن سپرده نخواهد بود؛ در حالی که این وضعیت مورد قصد سپرده گذار نبوده و نیست. در عمل نیز تصرف بانک در وجوه سپرده شده، اعم از قرض الحسنه و سرمایه گذاری مدت دار، تصرف مالکانه است و عملاً بانک با پذیرش سپرده بانکی مالک سپرده و در برابر سپرده گذار بدهکار می‌شود. اگر بخواهیم رابطه بین بانک و سپرده گذار را در بحث سپرده‌های سرمایه گذاری مدت دار، رابطه وکالتی بدانیم، باید قائل به پذیرش آثار ناشی از این رابطه نیز باشیم. به عنوان مثال، اگر سپرده گذاری از بانک، به دلیل عدم پرداخت سود معینی، به فرض ۱۸ درصد، مطالبه و دادخواست تقدیم نمود، بانک می‌تواند با استناد به ترازنامه پایان سال خود، که در بسیاری از موارد سود سالیانه آن یک عدد یک رقمی است، مدعی شود به عنوان وکیل در این قرارداد منعقد با خواهان، سودی به دست نیآورده یا سود به دست آمده کم‌تر از رقم مورد ادعای خواهان است. درحالیکه پذیرش این دعوا، اساس اعتماد بانکی را در کشور به هم می‌ریزد و نمی‌توان بر اساس عقد وکالت رابطه‌ها را توصیف نمود.

در پایان، به اعتقاد نگارنده، باید در خصوص رابطه بین بانک و سپرده گذار در بحث سپرده قرض الحسنه و سپرده سرمایه گذاری مدت دار قائل به تفکیک شد. در بحث سپرده قرض الحسنه عملاً عقد قرض محقق می‌گردد و باید اصل را در این گونه سپرده‌ها، قرض بودن رابطه دانست، ولی قرض دانستن رابطه در سپرده‌های سرمایه گذاری مدت دار از نظر حقوقی دشوار است؛ زیرا اولاً قانونگذار سپرده گذار را به عنوان وکیل می‌شناسد، در حالی که اثر قرض تملیک مال به وام گیرنده است، و در نتیجه مقترض می‌تواند چنان که می‌خواهد به عنوان مالک در آن تصرف کند در حالیکه قانون

وی را وکیل دانسته نه مالک؛ ثانیاً تعهد بانک به پرداخت سپرده نیز حکایت از عدم نیابت و وکالت دارد.

لذا با توجه به این که در عصر حاضر به لحاظ پیشرفت فیزیکی و مادی بشر در شئون مختلف زندگی، هر روز شاهد کشفیات جدید در حوزه‌های مختلف صنعتی، مالی و... هستیم، بدیهی است عقود حاکم بر روابط جدید ممکن است در فقه پیش بینی نشده باشد. از آن جمله می‌توان ارزشهای دیجیتال، بورس و ... و حتی بانکداری مدرن را مثال زد؛ لذا به نظر می‌رسد باید خود را از مقررات دست و پا گیر حاکم بر عقود معین خارج ساخت و با رعایت مقررات و شرایط مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی این رابطه را یک رابطه خاص در قالب یکی از عقود بی‌نام مشمول این ماده دانست و از قواعد عمومی معاملات برای تنظیم روابط دو طرف سود برد و عرف تجاری و فناوری مدرن را منبع اصلی حقوق و تکالیف ناشی از آن دانست.^۷

۷ لازم به ذکر است علاوه بر نظریاتی که در فوق آمده در بین حقوقدانان نظریات مختلفی در این خصوص ارائه شده از قبیل نظریه مرحوم شهید صدر در خصوص توجیه رابطه بانک با سپرده گذار، یا سپرده ناقص دانستن سپرده بانکی در بین حقوقدانان اهل سنت و یا نظریه «ایبداع مالیت عین» توسط آیت اله مکارم شیرازی و یا ودیعه خلاف قاعده در حقوق فرانسه که بنظر اینجانب تلاشی برای گنجاندن روابط مذکور که از مظاهر دوران مدرنیته است در قالب عقود قدیمی، باعث عقیم سازی حقوق شده و همانگونه که بسیاری از احکام و عقود زمان پیامبر امضایی بوده است، باید قائل به این نوزایی و امضاهای مجدد در دوران پس از غیبت نیز جهت غنی تر شدن حقوق و فقه امامیه بوده و با مبنا قرار دادن اصول کلی مورد نظر شارع از قبیل نفی ظلم و ربا، خود را محدود در عقود معین ندانست، علی ای حال برای آشنایی بیشتر به نظریات مذکور رجوع شود به علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل و لطفی، سیده سعیده، بررسی نظریه ودیعه گذاری مالیت در سپرده‌های بانکی، دانش حقوق مدنی، دانشگاه پیام نور، بهار و تابستان سال ۱۳۹۲، سال دوم شماره ۱ و همچنین کاتوزیان، ناصر، ماهیت حقوقی سپرده‌های بانکی، مجموعه مقالات شانزدهمین همایش بانکداری اسلامی، صص ۷۳-۸۴



اهم مشکلات و نارسایی‌های احصاء شده در

پرونده شکایت از عملکرد بانک‌ها

محمد مهدی گودرز^۱

با توجه به اهمیت بانک‌ها در جهت تامین مالی پروژه‌های تولیدی و پشتیبانی مالی از واحدهای صنعتی، و نقش پر رنگ بانک‌ها در شکایات متعدد که از سوی واحدهای تولیدی دریافت گردیده است، اهم مشکلات و نارسایی‌های احصاء شده در پرونده شکایت از عملکرد بانک‌ها، در ادامه شرح می‌گردد:

- صوری شدن معاملات؛
- نوع وثیقه‌ستانی بانکها؛
- اشکال در اخذ وثایق بانکی در قالب عقد رهن (رهن بر دین آینده)؛
- نحوه محاسبه نرخ سود تسهیلات در بانکها؛
- مسدود کردن بخشی از وام پرداختی؛
- شناسائی سودهای موهوم؛
- عدم تناسب برخی از عقود با مقاصد متقاضیان تسهیلات؛
- عدم مسئولیت پذیری بانکها در خصوص جبران خسارات احتمالی مشتریان ناشی از عملیات بانکی؛
- عدم تسهیم به نسبت وجوه دریافتی از مشتریان؛
- استفاده از نرخ سود پیش‌بینی شده غالب در تمدید قراردادهای مشارکت مدنی و عدول از نرخ سود پیش‌بینی شده قراردادهای اولیه
- اخذ وکالت بلاعزل از تسهیلات گیرندگان.

۱. وکیل پایه یک دادگستری



۱. صورتی شدن معاملات

گرچه صورتی شدن معاملات در بانکداری بدون ربا علل و عوامل گوناگونی دارد، لیکن یکی از عوامل مهم آن، که ناشی از عملکرد نامناسب و استفاده نادرست از عقود تصریح شده در تبصره ذیل ماده (۳) قانون عملیات بانکی بدون ربا، مثل عقود مشارکتی و مبادله‌ای است، رد دیون مشتریانی است که دارای تسهیلات معوق هستند. بدین ترتیب، معاملات از ماهیت اصلی خود دور و شکل ربوی به خود می‌گیرند. بخشنامه‌های نظارتی ذیل، نمونه‌ای از تذکرات بانک مرکزی به سیستم بانکی، برای پرهیز از اعطای تسهیلات خارج از «موضوع تسهیلات» در قراردادهای بانکی است:

- بخشنامه شماره ۱۷۵۱ مورخ ۱۳۷۵/۳/۱۳ بانک مرکزی در خصوص عدم پرداخت تسهیلات برای تسویه وام‌های معوق؛
- بخشنامه شماره م/ب/۳۸۷۶ مورخ ۱۳۸۶/۹/۱۱ بانک مرکزی در خصوص عدم اعطای تسهیلات بابت بازپرداخت بدهی‌های گذشته و معوق به متقاضیان و تزامم با رویه‌ها و شئون حاکم بر نظام بانکی و مسئولیت هیات مدیره؛
- بخشنامه شماره ۹۳/۲۸۹۰۲۸ مورخ ۹۳/۱۰/۲۹ بانک مرکزی در خصوص عدم فروش مجدد کالا؛

۲. نوع وثیقه‌ستانی بانک‌ها

یکی از عوامل افزایش معوقات بانکی، دارایی‌هایی است که به دلیل عدم وصول مطالبات از سوی دریافت‌کنندگان تسهیلات به تملک بانک‌ها درآمده‌اند و باید آن‌ها را به فروش برسانند. مساله اساسی این است که در شرایط فعلی، که عمده این دارایی‌ها هم ملکی هستند، به سادگی به فروش نمی‌رسند. اینگونه وثیقه‌ستانی، نه تنها نمی‌تواند ضامن بازپرداخت تسهیلات باشد، بلکه حتی ممکن است به معضلی برای نظام بانکی و باعث افزایش مطالبات معوق (دارایی‌های سمی بانک‌ها) هم تبدیل شود. نظام بانکی باید بتواند جریان نقدی که مشتری می‌خواهد بازپرداخت کند را رصد کند و برای مشتری شرایط درآمد زایی را ایجاد کند؛ نه اینکه به یک وثیقه ملکی که نقدینگی هم ندارد بسنده کرده و از وظیفه نظارتی و حمایتی خود غافل شود.



۳. اشکال در اخذ وثایق بانکی در قالب عقد رهن (رهن بر دین آینده)

اشکالی که در رابطه با اخذ وثایق بانکی در قالب عقد رهن وجود دارد این است که پیش از انعقاد قرارداد رهن، به استناد ماده ۷۷۱ قانون مدنی، باید دینی وجود داشته باشد تا برای تضمین آن مالی به وثیقه داده شود. در واقع وجود دین شرط صحت عقد رهن است؛ زیرا در صورت عدم وجود دین، عقد رهن فاقد مبنا و هدف می‌گردد. حال با این وجود آیا می‌توان در عقود مشارکتی، که رابطه بین متعاملین به صورت بدهکار و طلبکار نیست، رهن دریافت کرد؟ توضیح این که قراردادهای مشارکتی (مضاربه، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مزارعه و مساقات) قراردادهای انتفاعی با سود غیرمعین و انتظاری محسوب می‌شوند؛ به این معنا که بانک و متقاضی تسهیلات، بر اساس نرخ بازدهی (سود) معینی تصمیم به سرمایه‌گذاری می‌گیرند و قرارداد منعقد می‌کنند، اما سود واقعی در پایان دوره مالی معین می‌شود. این نوع قراردادها اذنی (غیرتملیکی) هستند. یعنی با انعقاد قرارداد، منابع بانک، مطابق ضوابط هر یک از قراردادهای مشارکتی، در اختیار متقاضی تسهیلات قرار می‌گیرد و او حق دارد تنها در موضوع قرارداد در آن منابع تصرف کند. در قراردادهای مشارکتی، به تناسب موضوع آن‌ها، رابطه‌ی بانک با متقاضی تسهیلات، رابطه‌ی شریک با شریک یا صاحب سرمایه با عامل است. حال با توجه به این نوع رابطه متقاضی تسهیلات با بانک، آیا می‌توان رهن دریافت نمود؟ به بیان دیگر، اخذ رهن با ماهیت عقود مشارکتی در تضاد است چرا که شریک مدیون بانک نیست. «قانون تسهیل اعطاء تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجراء طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارایی بانک‌ها»، «ماده واحده قانون منطقی کردن نرخ سود تسهیلات بانکی متناسب با نرخ بازدهی وفق قسمت اخیر تبصره (۱)»، «قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها و دستگاه‌ها و سایر مؤسسات و شرکتهای دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه‌گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح‌های تولیدی و صادراتی» و «قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه‌گذاری صنعتی (بند «د» ماده ۱۰)»، جملگی قوانینی هستند که قانون‌گذار بر اساس ذات و نفس مشارکت تدوین و تصویب نموده و به تأیید شورای نگهبان رسیده و جزو قوانین جاری و آمره کشورند، ولی متأسفانه در سیستم بانکی هیچ‌گونه اهمیتی به این قوانین داده نمی‌شود و به راحتی از قراردادهای مشارکتی، از شریک وثیقه اخذ می‌گردد و با اعتنا به این وثیقه و برتری اقتصادی، بانک از وظایف



شراکتی خود عدول کرده و شرایطی را به مشتری تحمیل می‌نماید که باعث شکست طرح می‌گردد که از جمله آن‌ها می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

- اجبار به هزینه کرد بدوی سهم الشرکه مشتری در طرح؛
- تعهد کردن سهم الشرکه بانک؛
- تاخیر و پرداخت قطره چکانی سهم الشرکه بانک؛
- عدم پرداخت کامل سهم الشرکه بانک در طرح و بر هم زدن نسبت مشارکت قراردادی.

۴. نحوه محاسبه نرخ سود تسهیلات در بانکها

یک نکته مهم‌تر در مورد نرخ سود بانکی وجود دارد که محاسبه آن است. فرمول محاسبه نرخ سود یک فرمول ساده ریاضی است. به این معنا که نرخ سود با فرمول اثبات شده ریاضی محاسبه می‌شود و فقط برخی اعداد آن بنا به سالانه، ماهانه یا روزانه بودن تغییر خواهد کرد. در بیشتر موارد، وقتی افراد برای گرفتن تسهیلات به بانک مراجعه می‌کنند، گرفتن پول بسیار با اهمیت تر از بازپرداخت آن به اقساط است. در مورد سود سپرده نیز، در بسیاری از موارد، برای سپرده گذار، به ویژه در شرایط تورمی، محاسبه سود و نحوه پرداخت آن اهمیت دارد. حتی در بیشتر موارد نرخ سود یا بازگشت سرمایه را براساس همین نرخ سود سپرده محاسبه می‌کنند. اما بیش از آن، نرخ سود تسهیلات مهم است چون بخشی از سرمایه در گردش را تأمین کرده و بخشی از سپرده‌ها نیز به صورت تسهیلات در اختیار افراد قرار می‌گیرد.

۵. مسدود کردن بخشی از وام پرداختی

برخی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیربانکی، با هدف جلوگیری از خروج منابع، بالابردن نرخ سود مؤثر تسهیلات یا تأمین وثایق معتبر جهت پوشش ریسک اعتباری، در زمان اعطای تسهیلات، اقدام به مسدود نمودن بخشی از تسهیلات اعطایی به مشتریان در قالب انواع سپرده‌ها، اعم از قرض الحسنه و سرمایه‌گذاری، می‌نمایند. از آنجایی که تسهیلات اعطایی در قالب عقود اسلامی باید در موضوع تسهیلات صرف گردد، این اقدام مغایر با روح قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) بوده و ضمن وارد بودن اشکال شرعی



به این شیوه، موجب بالا رفتن نرخ مؤثر سود تسهیلات و در نتیجه تخطی از نرخ‌های مقرر توسط شورای پول و اعتبار می‌شود. «بخشنامه شماره ۹۱/۶۲۶۶۸ مورخ ۱۳۹۱/۳/۱۰ بانک مرکزی در خصوص ممنوعیت بلوکه کردن بخشی از تسهیلات اعطائی به عنوان سپرده» و «بخشنامه‌های شماره ۱۴۵۵۸۸ مورخ ۱۳۸۸/۰۷/۱۱، شماره ۳۳۶۶۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۲/۱۳، شماره ۶۲۶۶۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۳/۱۰، شماره ۹۳/۲۲۴۳۰۶ مورخ ۱۳۹۳/۰۸/۲۱ و شماره ۹۵/۲۵۷۲۶۶ مورخ ۱۳۹۵/۰۸/۱۵ بانک مرکزی در خصوص عدم الزام متقاضیان دریافت تسهیلات به سپرده گذاری و یا حبس درصدی از تسهیلات دریافتی تحت هر عنوان»، مصدق این مطلب هستند.

ع. شناسایی سودهای موهوم

در مورد شناسایی درآمد عقود اسلامی بر مبنای روش تعهدی موارد ذیل تصویب شده که مراتب طی بخشنامه شماره مب/۷۷۲ مورخ ۱۳۸۴/۴/۲۷ به شبکه بانکی کشور ابلاغ گردید:

«الف - درآمد عقود فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، جعاله، خرید دین و قرض الحسنه در سررسید یا پایان سال، هر کدام که زودتر باشد و همچنین درآمد حاصل از وجه التزام اقساط سررسید گذشته و معوق عقود مذکور در پایان هر دوره مالی براساس قرارداد قابل شناسایی است.

«ب- درآمد عقود مشارکت مدنی، مضاربه، سلف و جعاله و وجه التزام مربوط به تسهیلات سررسید گذشته و معوق فوق براساس قرارداد و برآورد متکی به ضوابط داخلی بانک در پایان هر دوره مالی قابل شناسایی برای انعکاس در حساب‌های بانک خواهد بود.

«ج- طبق استانداردهای حسابداری در روش تعهدی لازم است به موارد زیر توجه

شود:

- جریان منافع اقتصادی مرتبط با قرارداد، به درون بانک محتمل باشد.
- مبلغ درآمد موضوع قرارداد را بتوان به گونه‌ای اتکاپذیر اندازه‌گیری کرد.»

براین اساس، در سررسید قسط/ اقساط، با توجه به قابلیت اندازه‌گیری سود و نیز محتمل بودن ورود وجه نقد به درون مؤسسه اعتباری، باید سود قسط سررسید شده



صرف نظر از وصول یا عدم وصول شناسایی و در دفاتر حسابداری ثبت گردد. از طرف دیگر مؤسسه اعتباری مؤظف است در صورت عدم تحقق معیارهای ذکر شده در بند «ج» بخشنامه شماره م/۷۷۲ مورخ ۱۳۸۴/۴/۲۷، شناسایی درآمد تسهیلات اعم از سود و وجه التزام تأخیر تأدیه دین متعلقه به روش تعهدی را متوقف نموده و در سررسید هر قسط، صرفاً ثبت حسابداری لازم را برای تعدیل حساب سود سال‌های آینده تسهیلات در دفاتر خود اعمال نماید. اقدام برخی مؤسسات اعتباری در ادامه شناسایی درآمد انواع تسهیلات و تعهدات، بدون توجه به معیارهای مندرج در بند «ج» بخشنامه شماره م/۷۷۲ مورخ ۱۳۸۴/۴/۲۷ منتج به شناسایی سودهای موهوم در شبکه بانکی کشور، توزیع آن میان ذی‌نفعان و نهایتاً تحمیل ریسک بی‌مایگی به نظام بانکی کشور گردیده است. به دلیل وجود تردید و ابهام با اهمیت در خصوص وصول مطالباتی که براساس ضوابط مقرر در دستورالعمل طبقه‌بندی دارایی‌های مؤسسات اعتباری به طبقه مشکوک‌الوصول منتقل می‌شوند، شناسایی درآمد این قبیل مطالبات، اعم از سود، وجه‌التزام تأخیر تأدیه دین و کارمزد، متوقف و هرگونه شناسایی مجدد درآمد مزبور به رفع کامل ابهام (وصول وجه نقد) موکول گردد. مؤسسه اعتباری باید صرف‌نظر از طبقه‌ای که مطالبات در آن منعکس شده است، شناسایی درآمد مزبور را تا زمان احراز مجدد معیارهای یاد شده متوقف نماید.

۷. عدم تناسب برخی از عقود با مقاصد متقاضیان تسهیلات

مطالعه قراردادهای مشارکت مدنی و مضاربه بانک‌های تجاری نشان می‌دهد که در غالب این موارد، متقاضیان تسهیلات، درصدد مشارکت یا مضاربه واقعی نیستند. در بیشتر این موارد، به ظاهر قرارداد مشارکت یا مضاربه منعقد می‌شود، اما در عمل هیچ یک از گیرندگان تسهیلات به لوازم آن ملتزم نیستند؛ چنان که بانک‌های تجاری نیز که نیروی انسانی لازم برای کارشناسی پروژه و پذیرش ریسک سرمایه‌گذاری و نظارت و کنترل آن را در اختیار ندارند، اعتقاد و علاقه‌ای برای مشارکت واقعی ندارند. نتیجه این می‌شود که در بانک‌های تجاری، پولی به صورت مشارکت یا مضاربه در اختیار گیرنده تسهیلات گذاشته می‌شود و بعد از مدت معینی، همان پول همراه با سود معینی از وی گرفته می‌شود. روشن است که چنین معامله‌ای صوری بوده و به ربا نزدیک‌تر است تا به مشارکت.



۸. عدم مسئولیت پذیری بانکها در خصوص جبران خسارات احتمالی مشتریان ناشی از عملیات بانکی

یکی از مخاطراتی که تقریباً تمامی فعالیت‌های بانک‌ها و مؤسسات اعتباری در معرض آن قرار دارند، ریسک اعتباری عملیاتی است که می‌تواند ناشی از نامناسب بودن فرآیندها و روش‌ها، افراد و سیستم‌های داخلی، و یا ناشی از وقوع رویدادهای خارج از بانک و یا مؤسسه اعتباری باشد. تخطی از قوانین، نقص مقررات، عدم پایبندی به مفاد اساسنامه مصوب و رعایت نکردن الزامات ناظر بر فعالیت بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، از جمله مهم‌ترین مسائلی است که در بروز ریسک موصوف موثر بوده و می‌تواند زیان‌های عمده‌ای را برای بانک و یا مؤسسه اعتباری در پی داشته باشد و تهدید جدی برای ثبات و سلامت آن به شمار رود. لازم به ذکر است که بر اساس بند (ج) ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی کشور مصوب سال ۱۳۵۱، «هر بانک در مقابل خساراتی که در اثر عملیات آن متوجه مشتریان می‌شود، مسئول و متعهد جبران خواهد بود. مدیر عامل، رئیس هیات مدیره، اعضای هیات عامل و اعضای هیات مدیره هر بانک نیز در مقابل صاحبان سهام و مشتریان مسئول خساراتی می‌باشند که به علت تخلف هر یک از آنها از مقررات و قوانین و آیین نامه‌های مربوط به این قانون یا اساسنامه آن بانک، به صاحبان سهام یا مشتریان وارد می‌شود».

۹ - عدم تسهیم بالنسبت وجوه دریافتی از مشتریان

قاعده کلی جهت محاسبه و دریافت وجه التزام (خسارت تاخیر تادیه دین)، تاخیر در بازپرداخت مطالبات بانک از سوی مشتری است. بنابراین به محض قصور مشتری در بازپرداخت مطالبات، بانک مجاز به محاسبه و اخذ وجه التزام است. مبالغ پرداختی مشتریان به بانک‌ها بعد از سررسید، ابتدا صرف کاهش کل وجه التزام تاخیر تادیه دین شود. در موارد بسیاری مبالغ پرداختی بعد از سررسید مشتریان فقط تکافوی پوشش وجه التزام را می‌کند و موجب کاهش بخشی از اصل و سود تسهیلات نمی‌شود. در چنین حالتی، به علت عدم تسویه کامل بدهی، بانک طبق مقررات تا پرداخت بعدی مشتری، وجه التزام



تاخیر تادیه دین را بر مبنای مانده بدهی مشتری محاسبه می‌کرد که این دور تسلسل موجب ناامیدی مشتریان می‌شد. این رویه یکی از دلایل افزایش حجم مانده مطالبات غیرجاری در نظام بانکی کشور و اجحاف در حق مشتریان و عدم کاهش اصل مانده بدهی تسهیلات گیرندگان، علی‌رغم پرداخت‌های غیر متوالی به بانک، بوده است و با تصویب پیشنهاد بانک مرکزی در جلسه ۱۳۸۸/۳/۹ کمیسیون اقتصاد دولت، با هدف کاهش حجم مطالبات غیرجاری بانک‌ها و افزایش سرعت در گردش منابع در شبکه بانکی کشور، مقرر گردیده بود که مبالغ پرداختی از سوی مشتریان بعد از سررسید تسهیلات اعطایی، بین اجزای اصل تسهیلات، یعنی سود (در عقود مشارکتی، فواید مترتب بر اصل) و وجه التزام تاخیر تادیه دین، تسهیم بالنسبه خواهد شد و مشکل فوق‌الذکر در محاسبه مانده بدهی مشتریان بانک‌ها حل شده و مشتریان به بازپرداخت وام‌های دریافتی ترغیب می‌شوند و در این خصوص نیز بخشنامه شماره ۱۰۵۹۷۲-۸۸ مورخ ۱۳۸۸/۰۵/۱۹ در خصوص تسهیم به نسبت مبالغ دریافتی از مشتریان از سوی بانک مرکزی صادر گردیده است که متأسفانه بانک‌ها در اجرای این بخشنامه هم تعلل می‌نمایند. لازم به توضیح است که به موجب ذیل بخشنامه مزبور، بخشنامه سابق در خصوص نحوه محاسبه وجوه دریافتی بانک‌ها کان لم یکن تلقی گردیده و عملاً موجبات عطف بما سبق شدن این بخشنامه نیز فراهم شده است.

۱۰- استفاده از نرخ سود پیش بینی شده غالب در تمدید قراردادهای مشارکت مدنی و عدول از نرخ سود پیش بینی شده قراردادهای اولیه

چنانچه مدت قرارداد مشارکت مدنی خاتمه یافته و موضوع مشارکت به انجام نرسیده باشد و بانک به درخواست مشتری با رعایت سایر مقررات مربوط با تمدید آن موافقت نماید، نرخ سود مورد انتظار دوره تمدید قرارداد، معادل نرخ سود (مورد انتظار) زمان انعقاد قرارداد اولیه مشارکت است. بدیهی است سود قطعی مشارکت مدنی پس از تسویه و تعیین ارزش موضوع مشارکت طبق مقررات حاصل می‌گردد. «بخشنامه شماره ۹۴۵۱۸ مورخ ۸۷/۱۱/۹ بانک مرکزی در خصوص رعایت نرخ سود مورد انتظار دوره تمدید با نرخ سود مورد انتظار قرارداد اولیه مشارکت» مؤید این مطلب است.



۱۱- اخذ وکالت بلا عزل از تسهیلات گیرندگان

ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک کشور، مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۲۹، از قوانین آمره است و مرتهن برای وصول طلب خود باید بر طبق قانون مذکور تقاضای اجرا نماید و وصول طلب بانک مرتهن به نحوی است که در ماده مذکور مقرر گردیده و اقدام مغایر با آن وجهت قانونی ندارد. بنابر این اخذ وکالت بلاعزل از وام گیرنده به منظور فروش مال مرهونه توسط بانک و برداشت طلب خود از آن به جهت عدم طی مسیر قانونی ماده ۳۴ اصلاحی، و یا تملک آن، ولو اینکه مازاد بر بدهی ارزش داشته باشد، و نیز اسقاط حق اعتراض و ادعای موکل نسبت به تملک ملک بدهکار مازاد بر میزان بدهی یا تصاحب باقیمانده ثمن مازاد بر بدهی، خلاف قواعد آمره یاد شده بوده و صحیح نیست و در قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز چنین اختیاری برای بانک‌ها پیش بینی نشده است. لذا قبل از تصویب بند ۷-۷ ماده واحده قانون بودجه سال ۱۳۹۱ نیز ممنوعیت مزبور به شرح فوق از مقررات یاد شده استنباط می‌شد. «بخشنامه بانک مرکزی به شماره ۳۷۰۹ مورخ ۱۳۸۱/۰۹/۰۴»، «بند ۷-۷ ماده واحده قانون بودجه سال ۱۳۹۱ کل کشور»، «بخشنامه شماره ۹۱۷۲۸/۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۰۴/۱۱» و «بند ب از ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقاء نظام مالی کشور» نیز گویای همین قضیه‌اند.

بخشی از قوانین، مصوبات هیات وزیران و بخشنامه‌های بانک مرکزی

مغفول مانده در سیستم بانکی

- قانون منطقی کردن نرخ تسهیلات بانکی با نرخ بازدهی در بخشهای مختلف اقتصادی (تبصره ۱ ماده واحده) مصوب ۸۵/۲/۳۱؛
- قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارایی بانک‌ها؛
- قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانکها و دستگاهها وسایر مؤسسات و شرکتهای دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرحهای تولیدی و صادراتی؛
- قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه گذاری صنعتی (بند «د» ماده ۱۰)؛
- بند (ن) تبصره (۵) قانون بودجه سال ۱۳۹۳ کل کشور (تامین سرمایه در گردش واحدهای تولیدی از منابع صندوق توسعه ملی)؛
- بند (ج) ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی کشور مصوب سال ۱۳۵۱ (قبول مسولیت بانکها در قبال مشتریان)؛



- بند (الف) و (ب) ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور؛
- آیین نامه نحوه واگذاری دارائی‌های غیر ضرور و اماکن رفاهی بانکها موضوع بخشنامه شماره م/ب/۵۰۷۲ مورخ ۸۶/۱۲/۶؛
- آیین نامه اجرائی بندهای (ج) و (د) تبصره (۱۱) قانون بودجه سال ۱۳۹۴ کل کشور (امهال سه ساله معوقات بخش کشاورزی)؛
- بخشنامه شماره ۹۵۸ مورخ ۸۸/۱/۱۸ (در خصوص نرخ جدید در صورت تغییر شکل قرارداد)؛
- بخشنامه شماره ۸۸/۱۰۵۹۷۲ مورخ ۸۸/۵/۱۹ و بخشنامه شماره ۵۶۹۲۰/۹۰ مورخ ۹۰/۳/۱۱ (در خصوص تسهیم بالنسبه)؛
- بخشنامه شماره ۸۹/۱۷۳۷۷۲ مورخ ۸۹/۸/۱۰ (تبصره ۲ بند ۵-۳ ماده ۳ آیین نامه تسهیلات و تعهدات اشخاص مرتبط) (در خصوص سود سالهای آتی)؛
- بخشنامه شماره ۳۴۳۹۳۴/۹۳ مورخ ۹۳/۱۲/۲۰ (در خصوص اعلام لزوم تسهیل شرایط اعطای تسهیلات به واحدهای تولیدی توسط شبکه بانکی در راستای نیل به اهداف اقتصاد مقاومتی)؛
- بخشنامه شماره ۹۲/۱۴۱۰۱۱ مورخ ۹۲/۵/۱۳ (در خصوص تکالیف بودجه ای بانکها در سال ۱۳۹۲)؛
- بخشنامه شماره ۹۳/۲۲۴۳۰۶ مورخ ۹۳/۸/۲۱ (در خصوص پرداخت سرمایه در گردش به واحدهای تولیدی - ارائه اطلاعات پرونده‌های اعتباری به مشتریان برای شفاف سازی)؛
- بخشنامه شماره ۹۳/۲۸۹۰۲۸ مورخ ۹۳/۱۰/۲۹ (در خصوص عدم فروش مجدد کالا)؛
- بخشنامه شماره ۹۴/۶۰۳۵۱ مورخ ۹۴/۳/۲۰ (در خصوص وظایف نظام بانکی در قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور)؛
- مصوبه شماره ۵۸۹۵۵/ت/۵۲۰۸۰ هـ و شماره ۱۰۳۵۵۱/ت/۵۲۴۳۷ هـ مورخ ۹۴/۸/۶ هیات وزیران (در خصوص آیین نامه اجرائی ماده ۲۰ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور و اصلاحیه بعدی آن)؛
- بخشنامه شماره ۹۴/۱۸۴۸۴۷ مورخ ۹۴/۷/۷ (در خصوص حذف پلکانی سود جرائم تسهیلات معوق)؛
- بخشنامه شماره ۹۱/۶۲۶۶۸ مورخ ۹۱/۳/۱۰ (ممنوعیت بلوکه کردن بخشی از تسهیلات اعطائی به عنوان سپرده)؛
- بخشنامه شماره ۹۴۵۱۸ مورخ ۸۷/۱۱/۹ (در خصوص رعایت نرخ سود مورد انتظار دوره تمدید با نرخ سود مورد انتظار قرارداد اولیه مشارکت)؛
- بخشنامه شماره ۹۴/۳۴۲۴۷۳ مورخ ۹۴/۱۱/۲۴ (در خصوص استرداد وجوه اضافه دریافتی از مشتری).



اعمال حق جانشینی، بایدها و نبایدها؛

«چالشی در حقوق بانکی»

محمدتقی باغبان آقایی^۱

چکیده

نظر به فقدان هرگونه آیین نامه مدون و شیوه نامه مشخص جهت اعمال حق جانشینی، بانکها حسب سلیقه شخصی و بسته به میزان تعاملات خود با دستگاههای اجرایی ذی ربط، نسبت به اعمال آن اقدام می نمایند و طبیعی است در جایی که هیچ مقرره مشخص و معینی وجود نداشته باشد، احتمال سوء استفاده و تفسیر به رأی از مفاد قراردادهای تنظیمی وجود داشته باشد. گاهی بانکها من غیرحق و برخلاف عموماً قانونی نسبت به اعمال حق جانشینی اقدام نموده و در این رهگذر، حقوق تسهیلات گیرندگان به نحو فاحشی در گزند تعدی و تجاوز قرار گرفته است.

در این نوشتار تلاش بر آن است ضمن برشمردن مقررات مربوطه و آسیب شناسی اقدامات بانکها، در مقام استنتاج، نحوه اعمال حق جانشینی بانکها تبیین شود.

کلید واژه ها: قانون عملیات بانکی بدون ربا، تسهیلات بانکی، وثیقه ملکی، شهرکهای صنعتی، اعمال حق جانشینی، آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)، آیین نامه مفاد اجرای اسناد رسمی لازم الاجرا

طرح مسأله

بررسی امکان انطباق نحوه اعمال حق جانشینی با قواعد و قوانین عمومی قراردادها (با

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون مرکز



توجه به عدم تعیین و صراحت شرایط جانشینی مندرج در تبصره ۲ ماده ۶ الحاقی و اصلاحی آیین نامه تسهیلات اعطائی بانکی موضوع تصویب نامه شماره ۸۸۶۲۰ مورخ ۱۳۶۲/۱۲/۲۸ هیأت وزیران)

مقدمه

غالباً بانکها، به منظور اطمینان از حصول بازپرداخت تسهیلات اعطایی به مشتریان خود، وثایق ملکی معتبری مطالبه می‌نمایند. تمایل جدی بانک بر آن است که علی‌رغم اعطای هرگونه تسهیلات، ولو برای اجرای طرح‌های تولیدی، که عمدتاً در شهرک‌های صنعتی اجرا می‌گردند، املاک با کاربری‌های مسکونی و تجاری واقع در شهرها، که سهل‌البيع بوده و دارای اسناد مالکیت رسمی مفروزی هستند، را به عنوان وثیقه دریافت نمایند. با این وجود و حسب ضرورت‌های اجتماعی، به تدریج مقرراتی وضع گردیده است که نه تنها بانکها را از اخذ وثایق خارج طرح ممنوع ساخته است، بلکه آنها را مکلف نموده است قراردادهای تخصیص زمین از سوی شرکت شهرک‌های صنعتی برای احداث واحدهای تولیدی، و یا قراردادهای تخصیص زمین برای اجرای طرح‌های صنایع روستایی و پروژه‌های دامداری و آبیاری و زراعت، و حتی قراردادهایی که صرفاً حق بهره‌برداری از زمین و خدمات زیر بنایی در موارد خاص برای بهره‌برداری پیش‌بینی نموده است، و از آن مهم‌تر اسناد مشاعی مالکین و نسق‌های زراعی زارعین را به نسبت سهم مشاع پذیرفته و از اینگونه قراردادها به عنوان وثایق مطالبات خود استفاده نمایند.

به موازات تکلیف محوله به بانکها، حقی تحت عنوان «جانشینی» برای ایشان در نظر گرفته شده با این توضیح که حسب مورد شرکت شهرک‌های صنعتی و دیگر دستگاه‌های اجرایی موظف شده‌اند در اجرای قراردادهای تسهیلاتی، بنا به درخواست بانک، بانک عامل یا اشخاص ثالث تعرفه شده را به عنوان «جانشین» مجری طرح قرارداد واگذاری شناسایی نموده و بر این مبنا بانک عامل یا شخص ثالث تعرفه شده «جانشین» تسهیلات گیرنده در کلیه حقوق و تعهدات قراردادهای فی‌مابین تسهیلات گیرنده با دستگاه‌های اجرایی خواهند بود.

تضامین مورد قبول بانکها

بانک‌ها همزمان با تنظیم قراردادهای تسهیلاتی با توقیف و ترهین پلاک‌های ثبتی و



دریافت چک و تعهد نامه‌های مختلف، سعی وافر می‌نمایند که خود را در حاشیه امن قرارداده تا در هنگام ناتوانی بدهکار از ایفای تعهدات قراردادی قادر باشند با استفاده از تضامین مربوطه در اسرع وقت نسبت به وصول مطالبات خود و حفظ حقوق سهامداران بانک اقدام نمایند. برابر موازین قانونی بانک‌ها از طریق اداره اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا و یا مراجع قضایی، نسبت به اعمال حقوق خود مبادرت می‌کنند که البته هریک تابع تشریفات خاص خود است.

به موازات مراجع ثبتی و قضایی، قانونگذار به بانک‌ها حق داده است که در موارد خاصی بدون نیاز به توسل به مراجع مذکور و انجام تشریفات اداری مربوطه از قبیل صدور اجرائیه و نشر آگهی و در یک فرایند غیر رقابتی و غیر مزایده‌ای، از طریق جانشینی نسبت به استیفای حقوق خود اقدام نمایند. بنظر وجود این حق برای بانک‌ها مسقط حقوق آن‌ها جهت مراجعه به اداره اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا و استیفای حقوق خود از طریق تشریفات خاص آن مرجع نیست.

تکلیف بانک‌ها به پذیرش طرح و عواید مربوطه به عنوان وثیقه تسهیلات

علیرغم تمایل بانک‌ها در اخذ وثایق ملکی داخل محدوده شهرها، نظر به پاره‌ای محدودیت‌های قانونی از قبیل تبصره یک قانون منطقی کردن نرخ سود تسهیلات بانکی متناسب با نرخ بازدهی در بخشهای مختلف اقتصادی مصوب ۱۳۸۵/۰۲/۳۱ که مقرر داشته است: «... در عقود امور مشارکت برای تولید، مذکور در تبصره بند(ب) ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲، بانک نمی‌تواند از شریک وثیقه خارج از طرح بخواهد» بانک‌ها در برخی موارد از دریافت وثایق دلخواه خویش ممنوع گردیده‌اند. اگر چه رویه عملی بانک‌ها گاه‌گاه نشان از مقاومت آن‌ها در تمکین به این قانون می‌باشد.

برابر تبصره ۲ اصلاحی و الحاقی به ماده ۶ آیین نامه تسهیلات اعطایی بانکی مصوب ۱۳۹۶/۰۷/۳۰ «کلیه بانک‌ها مکلف هستند قراردادهای مربوط به تخصیص زمین توسط سازمان صنایع کوچک و شهرک‌های صنعتی ایران و شرکت‌های تابعه و همچنین قراردادهای مربوط به تخصیص زمین برای اجرای طرح‌های صنایع روستایی و پروژه‌های دامداری و آبیاری و زراعت که حسب مورد موافقت اصولی آن‌ها توسط وزارت جهاد کشاورزی صادر شده است و نیز قراردادهای مربوط به حق بهره‌برداری از زمین و خدمات زیربنایی در شهرک‌های علمی و تحقیقاتی، پارک‌های علم و فناوری، مراکز رشد و



مراکز نوآوری را همردیف اسناد رسمی پذیرفته و تسهیلات اعتباری و حقوقی مربوط به اسناد رسمی را در خصوص قراردادهای مزبور اعمال نمایند.» همین معنی از تبصره ۸ ماده ۱ قانون تسهیل اعطاء تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجراء طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارآیی بانکها مصوب ۱۳۸۶/۰۴/۰۵ نیز قابل استنباط است.

افزون بر آن مطابق ماده ۱۰ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹/۰۴/۲۳ «بانک‌ها مکلفند در اعطاء تسهیلات بانکی به طرح‌های کشاورزی و منابع طبیعی اسناد مشاعی مالکین و نسق‌های زراعی زارعین و اشخاص را به نسبت سهم مشاع از قیمت روز کل مشاع ارزیابی و قراردادهای اجاره و یا بهره‌برداری و یا حق انتفاع از اراضی ملی و دولتی و سند مالکیت اعیانی احداثی را به عنوان وثیقه و تضمین برای اعطاء تسهیلات بپذیرند.»

حق جانشینی

نظر به صعوبت نسبی عملیات اجرایی در خصوص املاک و حقوق یادشده و با عنایت به ضرورت تسریع در جایگزین نمودن شخص ثالث صاحب صلاحیت، جهت جلوگیری از تعطیلی پروژه‌های صدرا اشاره، به موازات تکلیف محوله به بانک‌ها مبنی بر پذیرش اراضی واقع در شهرک‌های صنعتی و طرح‌های صنایع روستایی و ... حقی تحت عنوان «جانشینی» برای بانک‌ها در نظر گرفته شده است؛ ولیکن متاسفانه آنچه مغفول واقع شده، تدوین آیین نامه و یا دستورالعمل برای اعمال حق جانشینی است.

در همین ارتباط، برابر قسمت اخیر تبصره ۲ اصلاحی و الحاقی به ماده ۶ آیین نامه تسهیلات اعطایی بانکی مصوب ۱۳۹۶/۰۷/۳۰، «وزارتخانه‌های راه و شهرسازی و جهاد کشاورزی، سازمان صنایع کوچک و شهرک‌های صنعتی ایران و سایر دستگاه‌های اجرایی به استثنای سازمان اوقاف و امور خیریه موظفند در اجرای قرارداد تسهیلات اعطایی بنا به درخواست بانک و یا مؤسسه مالی و اعتباری ذینفع، آن‌ها و یا اشخاص معرفی شده از طرف آن‌ها را به عنوان جانشین مجری طرح موضوع قرارداد واگذاری زمین، شناخته و بپذیرند و کلیه حقوق و تعهدات ناشی از آن را به بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری ذینفع و یا اشخاص معرفی شده منتقل نمایند...».



شرایط تحقق جانشینی

با توجه به بخش پایانی تبصره ۲ اصلاحی و الحاقی به ماده ۶ آیین نامه تسهیلات اعطایی بانکی، مصوب ۱۳۹۶، که مقرر داشته است: «... همچنین دستگاه‌های مذکور موظفند در صورت تغییر یا تعویض قرارداد بنا به تقاضای بانک برای تفویض اختیار به بانک در اسرع وقت به دفاتر اسناد رسمی معرفی شده مراجعه نمایند» و همچنین با توجه به بند ۶ از تصویب نامه شماره ۲۳۶۷۵ / ت ۴۰۶۵۸ / هـ مورخ ۱۳۹۰/۰۲/۰۵ هیات وزیران، که اعلام می‌نماید: «ادارات ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موظفند ترتیبی اتخاذ کنند، که ترهین نسق زراعی موصوف در سوابق پلاک درج و هرگونه اقدام بعدی منوط به اخذ موافقت بانک یا مؤسسه اعتباری مرتهن باشد»، رویه عملی مسلم، برای ایجاد حق جانشینی، آن است که همزمان و به موازات تنظیم قرارداد تسهیلاتی بین بانک و مشتری، قرارداد رسمی دیگری بصورت سه جانبه بین دستگاه اجرایی، به طور مثال شرکت شهرک‌های صنعتی به عنوان راهن، بانک عامل به عنوان مرتهن و تسهیلات گیرنده به عنوان بدهکار و مدیون اصلی، منعقد گردد.

از مهم‌ترین شروط این سند سه جانبه، که معمولاً تحت عنوان سند رهنی تنظیم می‌گردد، آن است که در صورت تقاضای جانشینی از سوی بانک عامل، دستگاه اجرایی موظف به پذیرش جانشینی خواهد بود.

شرایط و نحوه اعمال جانشینی

متأسفانه در تصویب نامه شماره ۲۳۶۷۵ / ت ۴۰۶۵۸ / هـ مورخ ۱۳۹۰/۰۲/۰۵ هیات وزیران، که به همین منظور تدوین گردیده است، شیوه نامه عملی اعمال حق جانشینی تبیین نگردیده و صرفاً در تبصره ۳ ماده ۲ این آیین نامه آمده است: «بانک عامل یا مؤسسات اعتباری می‌توانند در صورت عدم انجام تعهدات از طرف مستاجر و یا بهره‌بردار از اراضی ملی و دولتی مطالبات خود را تبدیل به حال نموده و طبق قوانین و مقررات مربوط از طریق تملک اعیانی و سایر دارایی‌های متعلق به مستاجر موجود در طرح وصول نمایند».

قید «طبق قوانین و مقررات مربوط»، به هیچ مرجعی اعاده نمی‌گردد و معلوم نیست منظور واضعین آیین نامه، کدام قوانین و مقررات است؛ چه آن که بلافاصله در ماده ۳ این تصویب نامه اعلام داشته‌اند: «وزارت جهاد کشاورزی موظف است در اجرای قرارداد



اعطای تسهیلات بنا به درخواست بانک عامل یا مؤسسات اعتباری ذی نفع آنان و یا اشخاص معرفی شده از طرف آنها را به عنوان جانشین مجری طرح موضوع قرارداد واگذاری زمین شناخته و بپذیرد و کلیه حقوق، تعهدات و تکالیف ناشی از قرارداد را به بانک عامل یا مؤسسه اعتباری ذی نفع یا اشخاص معرفی شده منتقل نماید».

چالش اساسی در اعمال حق جانشینی

نبود هرگونه آیین نامه معلوم و مشخص جهت اعمال حق جانشینی، از جمله نواقص و کاستی در جانشینی بانکها، به خصوص در شهرک‌های صنعتی است. بانک‌ها عمدتاً حسب سلايق شخصی مدیران واحدهای حقوقی خود، و بسته به میزان تعامل ایشان با دستگاه‌های اجرایی مربوط، اقدام به اعمال این حق می‌نمایند. ناگفته پیداست در این آشفته بازار، بانک‌ها با تعابیر و تفاسیر مخصوص به خود و با استفاده و شاید سوء استفاده از حداکثر ظرفیت شرایط قراردادی، به روش‌های مختلف، و عمدتاً بدون رعایت بدیهی ترین حقوق بدهکاران، نسبت به اعمال حق جانشینی اقدام می‌نمایند.

بیشترین انحراف قابل ملاحظه در این بخش از عملکرد بانک‌ها ناظر به آن است که بانک‌ها قبل از تقویم و ارزش‌گذاری ملک موضوع جانشینی، ضمن مکاتبات اداری با دستگاه‌های اجرایی، اقدام به اعمال حق جانشینی نموده و متعاقباً با کارشناسی، قیمت ملک تملک شده را تعیین و در محاسبات خود منظور می‌کنند و همچنین آن که بانک‌ها در یک اقدام تشریفاتی و یک سویه، در فرایند تقویم و ارزش‌گذاری ملک موضوع طرح، از کارمندان و کارشناسان متبوع خود بهره می‌برند که به لحاظ عدم بی طرفی کارشناس، حقوق بدهکاران به نحو فاحشی مورد اجحاف و تضییع قرار خواهد گرفت.

نتیجه گیری

نظر به فقدان هر گونه شیوه نامه مدون در خصوص نحوه و شرایط اعمال حق جانشینی با عنایت به دستور اکید آیه شریفه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» و با توجه به قوانین مدونه موضوعه و عموماً قانونی، حداقل استانداردهای زیرین را می‌بایست به عنوان مبانی و ارکان لازم در ایجاد حق جانشینی و اعمال آن در نظر گرفت و در صورت انحراف بانک‌ها از هر یک از این موارد، با توسل به مراجع قضایی، درخواست ابطال عملیات جانشینی را در دستور کار قرارداد:



۱. قرارداد جانشینی منبث از قرارداد سه جانبه‌ای است که سابقاً بین دستگاه اجرایی و بطور مثال شرکت شهرک‌های صنعتی به عنوان راهن، بانک به عنوان مرتهن و گیرنده تسهیلات به عنوان بدهکار (ذی نفع قرارداد با دستگاه اجرایی) منعقد و برقرار می‌گردد. با این توضیح که شخص ثالث (به طور مثال شرکت شهرک‌های صنعتی) با ترهین عین مرهونه (ملک واقع در شهرک‌های صنعتی) به نفع مرتهن (بانک) آن را وثیقه باز پرداخت بدهی مدیون (تسهیلات گیرنده و طرف قرارداد اولیه با شرکت شهرک‌های صنعتی) قرار داده است. فلذا وجود چنین سند و پیش بینی چنین حقی است که موجب می‌گردد در آتیه بانک بتواند از مزایای حق جانشینی استفاده نماید.
۲. از آنجایی که مرحوم دکتر مهدی شهیدی هر گونه تلاقی اراده دو طرف در ایجاد یک ماهیت حقوقی را عقد می‌نامیدند و با عنایت به این که اعمال حق جانشینی، فی نفسه انجام معامله‌ای است بین راهن و مرتهن، که رضایت مدیون اصلی در آن راه ندارد، فلذا ماهیت جانشینی را عقد معوضی می‌دانیم که عوض آن مالکیت بانک است بر ملک موضوع جانشینی و معوض آن بهای ریالی آن است که همزمان از دیون بدهکار اصلی و مطالبات بانک کسر می‌گردد. بنابراین اعمال حق جانشینی منوط به وجود دیون انباشته مدیون اصلی حداقل به میزان بهای ملک موضوع حق، به عنوان معوض قرارداد جانشینی است.
۳. اعمال جانشینی مجانی و تبرعی نبوده و نیست و قرار نیست که بانک بدون هیچ‌ما به ازایی عین مرهونه را تملک و تصاحب نماید. اعمال جانشینی نفس الامر، تملک عین مرهونه در قبال بخشی از مطالبات داین است، به این نحو که همزمان با جانشینی و قائم مقامی بانک در عین مرهونه، بهای عین مرهونه، به نرخ روز، از مطالبات بانک و دیون مدیون کسر و در محاسبات منظور می‌گردد. نظر به مراتب یادشده، جانشینی از جمله عقود معوضی است که شرطی به نفع بدهکار دارد و در نتیجه به عنوان یک معامله بطور کلی مشمول قواعد عمومی قراردادهاست و همانند تمامی معاملات، افزون بر شرایط اساسی، می‌بایست شرایط خاص قراردادهای معوض را دارا باشد.
۴. از ویژگی‌های خاص عقود معوض که ظهور عینی آن در عقد بیع مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته، و با عنایت به وحدت ملاک از ماده ۳۳۸ قانون مدنی، می‌توان به ضرورت معلوم و معین بودن عوضین در هنگام معامله اشاره نمود. پس ضروری است قبل از اعمال حق مذکور، از طریق کارشناسی، مشخصات کامل ملک یا حق موضوع



جانشینی و از جمله امکانات و امتیازات و انشعابات و اعیانی‌های مستحدثه و نیز خطوط تولید و ماشین آلات و هر آنچه موثر در بهای آن است، به دقت مورد بررسی و ارزیابی و قیمت گذاری قرار گیرد تا دقیقاً عوضین در هنگام جانشینی به نحو واضحی معلوم و معین باشند.

۵. نظر به این که به حکم عقل جایز نبوده و نیست که بستانکار اموال مدیون را به قیمت دلخواه خویش تملک نماید و با توجه به وحدت ملاک ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک، و مبحث نحوه تقویم و ارزیابی و تقویم اموال در قانون اجرای احکام مدنی و آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا، و با عنایت به وحدت ملاک بند ۷-۷ از قانون بودجه سال ۱۳۹۱ کل کشور، مبنی بر ممنوعیت دریافت و کالت بلاعزل از بدهکاران بانکی، که یکی از بازتاب‌های آن سلب اختیار تقویم و ارزیابی املاک بدهکاران از بانک‌ها است، و با عنایت به تبصره ذیل ماده ۱۹ قانون راجع به کارشناسان رسمی دادگستری، جای کمترین تردیدی باقی نمی‌ماند که فرایند ارزش گذاری و تقویم عین مرهونه در پروسه اعمال حق جانشینی، می‌بایست از سوی کارشناس یا کارشناسان صاحب صلاحیت مرضی الطرفین یا منتخب کانون کارشناسان رسمی دادگستری محل وقوع مال انجام شود و حتی در صورت اعتراض هریک از بانک یا مدیون اصلی، باید با جلب نظر هیات کارشناسان، بهای عین مرهونه، به نحو قطعی، تعیین و معلوم گردد.

۶ - لذا تا مادامی که آیین نامه نحوه اعمال حق جانشینی تدوین و ابلاغ نشده، به طور منطقی، جانشینی بانک‌ها در شهرک‌های صنعتی، بایستی تابع قواعد و عمومات قانون مدنی باشد. درک ضرورت تدوین آیین نامه نحوه جانشینی از سوی مراجع ذیصلاح مهم‌ترین دست آورد این نوشتار خواهد بود.



خروج از موضوع فعالیت شرکت در عملیات بانکی

(تحلیل حقوقی اصل تخصص در قراردادهای بانکی)

علیرضا توفیق^۱

مقدمه و تحلیل ماده ۵۸۸ قانون تجارت

موضوع اهلیت (استیفاء و تمتع) از مباحث حقوق مدنی است. اشخاص حقوقی نیز مانند اشخاص حقیقی باید توانایی و شایستگی لازم، برای دارا شدن (تمتع) و اجرای حق (استیفاء)، داشته باشند؛ زیرا بدون آن نمی‌توان طرف حق و تکلیف واقع گردید (اصل برابری شخص طبیعی و حقوقی موضوع ماده ۵۸۸ قانون تجارت^۲ و اصل اهلیت شخص حقوقی بر دارا شدن کلیه حقوق و تکالیف قانونی).^۳ اهلیت اشخاص حقوقی، محدود به اهداف و اغراضی است که به منظور آن ایجاد شده‌اند و به همین دلیل، اشخاص حقوقی، علی‌الاصول، تخصص ویژه‌ای دارند که فقط در محدوده تخصص خود اهلیت دارند^۴ و فقط دولت از این قاعده مستثنی است (قاعده صلاحیت عام دولت).^۵ هر چند برخی دیگر

۱. قاضی سابق دادگستری و مدرس دانشگاه، رئیس مؤسسه مطالعاتی و رئیس دپارتمان تخصصی پولی و بانکی مؤسسه حقوقبان.

۲. حقوق مدنی (اشخاص و محجورین) مؤلفان، صفایی، دکتر سید حسین و قاسم زاده، دکتر سید مرتضی، انتشارات سمت، تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۷، صفحه ۱۴۲.

۳. حقوق شرکت‌های تجاری، پاسبان، دکتر محمد رضا، انتشارات سمت، تهران ۱۳۹۴، چاپ یازدهم، ص ۳۶.

۴. حقوق اداری، طباطبائی مؤتمنی، دکتر منوچهر، جلد دوم، تهران، ۱۳۵۴، ص ۴۸ به بعد.

۵. همان، ص ۴۸.



برای دولت نیز صلاحیت محدود قائل شده‌اند.^۶

اهلیت (صلاحیت) شخص حقوقی محدود به قانون یا قرارداد (اساسنامه، شرکت نامه و وقف نامه) است و لا غیر^۷. در مواردی، اهلیت شخص حقوقی به واسطه ورشکستگی محدود می‌گردد و ورشکستگی، نوعی حجر برای آن است (مواد ۴۱۸ و ۴۲۳ قانون تجارت). برخی نویسندگان حقوق تجارت راجع به اصل اهلیت شخص حقوقی در دارا شدن کلیه حقوق و تکالیف و استثنائات وارد بر آن دو محدودیت را عنوان می‌کنند:

۱- استثنائات ماده ۵۸۸ قانون تجارت جنبه تمثیلی دارد.

نتیجه اینکه چنانچه امری در ماهیت امری انسانی و متناسب با طبیعت شخص حقیقی تشخیص گردد، باید از شمول حقوق و تکالیف شخص حقوقی خارج تلقی شود و قید عبارت «مانند» در ماده مذکور مؤید این تفسیر است.

۲- محدود ساختن قاعده مذکور در ماده ۵۸۸ قانون تجارت با «اصل تخصص» یا «اصل اختصاصیت شخص حقوقی»:

با این توضیح که اشخاص حقوقی، صرفاً در محدوده صلاحیت قانونی خود (اساسنامه، شرکت نامه، وقف نامه) اقدام نمایند^۸ و همچنان که عنوان گردید در این میان فقط دولت از این قاعده استثناء شده است.

گفتار اول: تحلیل اصل تخصص

سؤال

- ۱- آیا پذیرش «اصل تخصص»، به عنوان استثنا، مغایر با روح قاعده و اصل مذکور در ماده ۵۸۸ قانون تجارت (اصل برابری اشخاص حقیقی با اشخاص حقوقی) نیست؟
- ۲- آیا چنانچه شخص حقوقی، خارج از صلاحیت تخصصی خود (موضوع شرکت مذکور در اساسنامه و شرکت‌نامه و وقف‌نامه)، عملی حقوقی (عقد یا ایقاع) انجام دهد، آیا بدون توجه به ماده ۵۸۸ قانون تجارت می‌توان این عمل را، به ویژه در مقابل اشخاص

۶. حقوق اداری، طباطبائی مؤتمنی، دکتر منوچهر، جلد دوم، تهران، ۱۳۵۴، ص ۴۸ به بعد.

۷. حقوق مدنی، عمید، موسی، هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران، ۱۳۴۲، ص ۳۶۸.

۸. حقوق شرکت‌های تجاری، همان، ص ۳۶ و ۳۷.



ثالث، بی اعتبار دانست؟

پاسخ:

در این خصوص دو نظر مطرح گردیده است که با توجه به ارتباط آن با حقوق اشخاص ثالث پاسخ به آن بسیار مهم است.

- نظریه اول که نظریه قریب به اتفاق هم هست این است که اهلیت شخص حقوقی مطلق است و یک استثنای دیگری دارد که آن «اصل تخصص» است؛ امری که در اساسنامه، شرکت نامه و وقف نامه به عنوان «موضوع شرکت» قید گردیده است. بدیهی است تشخیص دقیق قرار گرفتن موضوعی در چارچوب موضوع فعالیت شرکت، به ویژه در مواردی که مستلزم کارشناسی و بررسی تخصصی است، دشوار است؛ مخصوصاً که اصل تخصص از مبنای قانونی روشنی برخوردار نیست تا موضوع تعارض آن با قاعده مقرر در ماده ۵۸۸ قانون تجارت طرح گردد. بنابراین هرگونه تفسیر متضمن تعرض به تمامیت حکم ماده ۵۸۸ قانون تجارت، بر خلاف منظور قانون گذار و خدشه غیر قابل توجیه به کمال شخصیت حقوقی است.

اصل مذکور، بخش غیر قابل انکار و بنیادین هر شخص حقوقی تلقی می‌گردد. مضاف بر این که در مقررات ناظر به شیوه ایجاد شخص حقوقی، موضوع فعالیت به عنوان یکی از بندهای مهم سند مؤسس (اساسنامه، شرکت نامه و وقف نامه ...) قید می‌شود.

درج قید «موضوع شرکت به طور صریح و منجز» آنقدر اهمیت دارد که بدون آن، مرجع ثبت شرکت‌ها از صدور اجازه انتشار اعلامیه، پذیره نویسی و یا ثبت شرکت خودداری می‌نماید. همچنین برابر ماده ۱۱۸ قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، خروج مدیران از حدود موضوع شرکت، علیه اشخاص ثالث با حسن نیت نیز قابل استناد است.^۹

- نظریه دوم: نظریه اقلیت که معتقدند، موضوع شرکت، اهلیت شرکت را محدود نمی‌کند؛ بلکه صرفاً اختیارات مدیران شرکت را محدود می‌کند. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه خود اعلام نموده خروج از موضوع شرکت موجب غیر نافذ شدن قرار داد می‌گردد. این گروه استدلال می‌کنند که:

۹. نقل از کتاب حقوق شرکت‌های تجاری، همان، ص ۳۶ تا ۳۸.



۱- اراده شخص حقوقی، ناشی از خواست مؤسسين است و تشخيص با مؤسسين شخصيت حقوقی است. چنانچه موضوع فعاليت شرکت توليد پوشاک است، به لحاظ احترام به اراده افراد (اصل حاکميت اراده)، اگر در موضوع ساخت و ساز فعاليت و قرارداد تنظيم نمايد، قرارداد صحيح است.

۲- شخصيت حقوقی یک شخصيت مفروض است و نه واقعی، و در جهت تسهيل امور افراد اجتماع و حل مشکلات مردم به وجود آمده است. بنگاه اقتصادی معاملات تجاری را ساماندهی کرده و هدف از ايجاد شخصيت حقوقی تسهيل معاملات تجاری است و شرکت تجاری از نظر شکل تجاری است؛ نه موضوعی.

پیامدها و نتایج دو دیدگاه

الف) پیامد دیدگاه اول (محدود بودن اهلیت شخص حقوقی به موضوع فعاليت شرکت) در این صورت قرارداد باطل است. به عنوان مثال، چنانچه موضوع شرکت در «توليد آهن آلات» باشد و مقدار دو میلیارد ریال پوشاک مورد معامله قرارداد، می توان دادخواست بطلان قرارداد راجع به خرید پوشاک را به لحاظ خروج از موضوع شرکت و «عدم رعایت اصل تخصص» طرح نمود و به لحاظ عدم اهلیت شرکت و محجور بودن آن معامله را باطل نمود.

ب) پیامد دیدگاه دوم (محدود نبودن اهلیت شخص حقوقی به موضوع فعاليت شرکت): در این صورت، قرارداد صحيح و نافذ است؛ چرا که اهلیت، هیچ ارتباطی به موضوع شرکت نداشته و ماده ۵۸۸ قانون تجارت، صرفاً امور انسانی (ابوت، بنوت و...) را استثنا کرده، خروج از موضوع شرکت ارتباطی به خروج از اهلیت شرکت ندارد.

سؤال

چنانچه معامله شرکت در موقع خروج از موضوع شرکت غير نافذ باشد، سؤال این است که چه شخصی باید معامله و قرارداد را تنفيذ کند تا اعتبار قانونی داشته باشد؟

پاسخ:

الف) مدیرانی که از اذن خارج شده اند.

ب) مجمع عمومی عادی

به نظر می رسد که خروج از موضوع شرکت، تعرض به موضوع شرکت، که مستلزم



تعرض به اساسنامه است، باشد و از صلاحیت مجمع عمومی عادی خارج است.

ج) مجمع عمومی فوق العاده

برخی اعلام نموده‌اند که به نظر می‌رسد بهتر است تنفیذ قرارداد خارج از موضوع شرکت با مجمع عمومی فوق العاده باشد؛ زیرا اصل پرهیز و جلوگیری از تزلزل معاملات و اصل استحکام و حفظ امنیت معاملات و لزوم حفظ نظم عمومی (اصل صحت و لزوم قراردادها) و ماده ۵۸۸ قانون تجارت، همگی اقتضا دارد تنفیذ از ناحیه مجمع عمومی فوق العاده باشد.^{۱۰}

در حقوق بانکی نیز مسأله خروج از موضوع شرکت (رعایت اصل تخصص) حائز اهمیت است؛ چنانچه بانک غیر مجاز یا مؤسسه اعتباری غیر بانکی غیر مجاز، مبادرت به انعقاد عقود مشارکتی نماید که در اساسنامه یا شرکت نامه چنین اختیاری را ندارد، آیا عقود مشارکتی مذکور باطل است یا خیر؟ بدیهی است پاسخ همان است که طبق دو نظریه اکثریت و اقلیت مورد بحث قرار گرفت. به نظر می‌رسد با توجه به این که:

اولاً مقررات پولی و بانکی امری است که اقدام بر خلاف آن و یا توافق بر خلاف آن جایز نیست، در صورت توافق فاقد منشأ اثر است (مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی)؛

ثانیاً نهی قانون گذار در قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی، مصوب ۱۳۸۳ مجلس شورای اسلامی، نهی در معاملات (انجام عملیات بانکی)، به لحاظ خدشه به ارکان معامله، مانند اهلیت بر ممنوع بودن ورود اشخاص فاقد مجوزهای قانونی سه گانه (موافقت اصولی، تأسیس، فعالیت) به عرصه پولی و بانکی کشور و کسب سود دلالت دارد، و موجب فساد و بطلان عقد و قرارداد بانکی می‌گردد؛

ثالثاً اهلیت برای انجام معامله برای اشخاص حقیقی و حقوقی لازم است. بدیهی است اهلیت (صلاحیت) راجع به اشخاص حقوقی، علی القاعده، بر اساس عقل و منطق حقوقی و ضوابط قانونی، عقل و بلوغ نیست؛ بلکه به مفهوم «عدم خروج از موضوع فعالیت شرکت» است (اصل تخصص) و اهلیت به مفهوم عدم مانع قانونی اشخاص حقوقی از جهت مجموعه قوانین پولی و بانکی است و منظور از اهلیت، اهلیت تمتع

۱۰. حقوق شرکت‌های تجاری، همان، ص ۳۷.

نیست؛ بلکه اهلیت استیفاء و تصرف و استیلا است، زیرا اهلیت تمتع با ثبت شرکت محقق می‌گردد و چنانچه عباراتی نظیر «ممنوع» است و «مکلف» است، مانند ماده یک قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی، را این گونه تفسیر کنیم که دلالت بر امر ندارد، پس هیچ قانونی را نباید «امری» تلقی کرد و کلیه قوانین تکمیلی است و توافق خلاف آن جایز نخواهد بود و نهادهایی چون شورای پول و اعتبار و بانک مرکزی، آن هم با هزینه‌های فراوان و اختصاص بودجه هنگفت بیت المال، به عنوان نهادهای سیاست گذاری و نظارتی، بر نحوه اجرای مقررات پولی و بانکی در بانک‌های عامل و در کشور، صرفاً به وضع مصوبات و بخشنامه‌های ارشادی اشتغال دارند و تبعیت از آن بر نهادهای پولی و بانکی الزام آور نیست و با سرمایه‌های مردم هر معامله‌ای می‌توانند بکنند و بانک مرکزی فقط می‌تواند از طریق کلانتری مانع آنان گردد. دادرسی در مقام تمییز حق، تابع اقدام یا عدم اقدام بانک مرکزی از طریق کلانتری است و لاغیر. بدین طریق تولید و اشتغال مولد در کشور حاصل می‌گردد و بانک‌ها و مؤسسات اعتباری در خدمت تولید و اشتغال کشور خواهند بود؟! و موجبات شکوفایی اقتصاد کشور را فراهم نمایند؟! مقام قضایی در این بین به عنوان تمییز دهنده حق از باطل صرفاً نظاره‌گر محض اقدامات بر خلاف مقررات آمره آنان بوده و هیچ گونه اختیاری نخواهد داشت که در این صورت امر قانون گذاری در کشور امری عبث و بیهوده خواهد بود؛ حال آن که قانون گذار، عاقل و حکیم و بالغ بوده و تصویب مقررات فراوان در امور پولی و بانکی، در جهت ایجاد تولید منتهی به اشتغال بوده و دادرسی در مقام تمییز حق، مانند چوب خشک نخواهد بود و سره را از ناسره جدا خواهد کرد. مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین مدنی ناظر به همین اختیار دادرسی در مقام تمییز حق است. نتیجه این که کلیه عقود و قراردادهای و عملیات بانکی، بانک‌های غیر مجاز و مؤسسات اعتباری غیر مجاز باطل و فاقد منشأ اثر حقوقی بوده و با نظارت بانک مرکزی و شورای پول و اعتبار باید بساط این گونه بانک‌های غیر مجاز و مؤسسات اعتباری غیر مجاز از کشور رخت بر بندد تا سرمایه‌های سرگردان مردم در خدمت تولید و اشتغال مولد باشد.

رابعاً، ماده ۲۷۰ قانون تجارت مقرر نموده: «هرگاه مقررات قانونی در مورد تشکیل شرکت سهامی یا عملیات آن یا تصمیماتی که توسط هر یک از ارکان شرکت اتخاذ می‌گردد، رعایت نشود، بر حسب مورد بنابه درخواست هر ذی نفع، بطلان شرکت یا عملیات یا تصمیمات مذکور به حکم دادگاه اعلام خواهد شد، لیکن مؤسسين و مدیران



و بازرسان و صاحبان شرکت نمی‌توانند در مقابل اشخاص ثالث به این بطلان استناد نمایند». این ماده حاکی است که هر ذی نفع می‌تواند بطلان عملیات شرکت سهامی را از دادگاه به جهت عدم رعایت مقررات قانونی (خروج از موضوع شرکت و عدم رعایت اصل تخصص) بخواهد و بند ۳ ماده ۷ و بند ۲ ماده ۸ و بند ۲ ماده ۹ و بند ۱ ماده ۱۳ و بند ۲ ماده ۵۸ و ماده ۶۲ و بند ۲ ماده ۱۷۴ و بند ب ماده ۲۹۴ از قانون تجارت راجع به تشکیل شرکت سهامی مواد ۱۱۸ و ۱۴۲ قانون تجارت و ماده ۹۶ قانون برنامه پنجم توسعه و ماده ۱۴ قانون برنامه ششم توسعه و ماده ۳۷ قانون پولی و بانکی کشور مؤید استدلال مذکور است.

گفتار دوم: تحلیل حقوقی عملیات بانکی توسط بانک غیرمجاز

آنچه در خصوص صحت عملیات بانکی صورت گرفته توسط بانک و مؤسسه اعتباری غیر بانکی غیر مجاز مسلم است (به ویژه انعقاد انواع عقود مشارکتی و مبادله‌ای)، اختلاف نظر مبنایی در رویه قضایی دادگاه‌های حقوقی و تجدید نظر و حتی شعب دیوان عالی کشور است که به طور کلی دو نظریه ابراز گردیده است:

– نظریه اول: بطلان قرارداد اعطای تسهیلات بانکی (اعم از عقود مشارکتی و مبادله‌ای)

دلایل دادگاه‌هایی که قائل به بطلان قراردادند عبارت است از:

۱- امری بودن مقررات پولی و بانکی مربوط به آن، راجع به نظم عمومی بوده و در نتیجه فساد و بطلان قرارداد را فراهم می‌آورد (مواد ۱۰ و ۳۴۸ و ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی)؛

۲- نهی و ممنوعیت منعکس در ماده یک قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی، مربوط به رکن معامله (اهلیت) است که در صورت مخدوش شدن اهلیت استیفا، موجب بطلان قرارداد می‌گردد (رعایت اصل تخصص و لزوم عدم خروج از موضوع شرکت)؛

۳- ماده ۲۷۰ قانون تجارت و مواد ۱۱۸ و ۱۴۲ قانون مذکور و ماده ۹۶ قانون برنامه پنجم توسعه و ماده ۱۴ قانون برنامه ششم توسعه و ماده ۳۷ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱، همگی دلالت بر بطلان قرارداد بانکی دارد.

– نظریه دوم: صحیح بودن قرارداد اعطای تسهیلات بانکی (اعم از عقود مشارکتی و مبادله‌ای)



دلایل دادگاهی که قراردادهای بانکی را صحیح و بر آن مبنا حکم راجع به ادعای بانک صادر می‌نمایند عبارت است از:

- ۱- اصل صحت (۲۲۳ قانون مدنی)؛
- ۲- اصل لزوم (ماده ۲۱۹ قانون مدنی)؛
- ۳- اهلیت مندرج در قانون مدنی با اهلیت قانون تجارت متفاوت است و واژه اهلیت یک واژه مورد اتفاق میان حقوق دانان نیست و اساساً برخی برای اشخاص حقوقی، اهلیت قائل نیستند؛
- ۴- ضمانت اجرای عدم اهلیت در قانون تجارت بطلان نیست، بلکه می‌تواند عدم نفوذ باشد؛
- ۵- صرف نهی در معاملات، موجب بطلان قرارداد نمی‌گردد؛
- ۶- ضمانت اجرای نهی در معاملات در امور بانکی^{۱۱}، بطلان قرارداد نیست؛ بلکه تعطیلی شرکت یا مؤسسه آن هم از سوی کلانتری با اعلام بانک مرکزی یا از سوی دادستان است و نمی‌توان دو ضمانت اجرا قائل شد (بطلان قرارداد و تعطیلی مؤسسه)؛
- ۷- اخذ مجوز به عنوان شرط اهلیت برای اشخاص حقوقی ذکر شده است، پس عدم مجوز موجب عدم اهلیت نمی‌گردد؛
- ۸- اصل تخصص، با اهلیت مساوی نیست؛
- ۹- در بطلان قرارداد، دو طرف وجود دارد که یکی از آنها متخلف است (خروج شرکت از موضوع آن، عدم رعایت اصل تخصص) و طرف دیگر مرتکب تخلف نشده؛ چگونه قرارداد را نسبت به طرفی که تخلف نکرده باطل دانست؟

گفتار سوم: بررسی نشست قضایی

سؤال: چنانچه مؤسسه و یا شرکتی، بدون اخذ مجوز لازم از بانک مرکزی، و علی رغم

۱۱. عملیات بانکی عبارت است از افتتاح انواع حساب‌های قرض الحسنه، پس انداز، جاری و سپرده و تجهیز منابع پولی (تحصیل وجه از منابع مختلف) و تخصیص منابع پولی (انعقاد انواع عقود بانکی شامل عقود مشارکتی و مبادله ای و قرض الحسنه) و صدور ضمانت نامه بانکی و گشایش اعتبارات اسنادی (LC).



ممنوعیت اشتغال به عملیات بانکی بدون دریافت مجوز، اقدام به اعطای تسهیلات در قالب یکی از قراردادهای متداول (همانند قرارداد فروش اقساطی) نماید، دادگاه می‌تواند با طرح دعوی بطلان یا ابطال قرارداد مذکور از سوی دریافت کننده تسهیلات، رأی بر بطلان قرارداد صادر نماید یا خیر؟

نظریه اکثریت: اکثریت قضاات دادگاه‌های حقوقی قم، معتقد بودند که در فرض سؤال، قراردادهای مذکور که در قالب آن‌ها، تسهیلات پرداخت شده است؛ باطل نمی‌شود.

- مبانی استدلال نظریه اکثریت:

۱- صرف نهی در معامله (نهی مؤسسات غیر مجاز برای پرداخت تسهیلات توسط قانون گذار)، موجب بطلان آن نمی‌شود. کما این که موارد متعدد دیگری نیز، قانون گذار اشخاص را از انجام معامله نهی نموده است، اما کسی قائل به بطلان آن نیست؛ مثل نهی قانون گذار پیرامون پیش فروش ساختمان با قرارداد عادی که قضاات، قائل به باطل بودن قراردادهای عادی پیش فروش، علی رغم نهی موجود، نیستند؛

۲- قانون گذار، در قوانین و مقررات مربوطه، به هیچ عنوان بطلان قراردادهای مذکور را به عنوان ضمانت اجرای نهی، پیش بینی نکرده است؛ بلکه ضمانت‌های اجرایی دیگر، از جمله جلوگیری از فعالیت مؤسسه، را در نظر گرفته است؛

۳- بر خلاف نظر برخی از همکاران محترم، در هیچ قانونی اخذ مجوز از بانک مرکزی برای فعالیت بانکی مؤسسه، به عنوان شرط اهلیت اشخاص حقوقی برای فعالیت بانکی ذکر نشده است تا بتوان گفت اشخاص حقوقی مذکور در سؤال، اهلیت تمتع و یا اهلیت استیفا در فرض سؤال را ندارند؛

۴- طبق اصول و موازین شرعی و اصول مذکور در قانون مدنی از جمله مواد ۱۰ و ۲۲۳ قانون مدنی، اصل بر صحت قراردادهای منعقد شده بین اشخاص است، مگر این که طبق تصریح قانون، قرارداد باطل و فاسد باشد و در هیچ یک از قوانین و مقررات مربوطه، تصریح بر فساد و بطلان معاملات موضوع سؤال نشده است؛

۵- هر شخص برای تشخیص حق خود، و این که چه رفتاری با وی عادلانه‌تر است از دیگران اولی است؛ لذا وقتی فردی قراردادی را منعقد و تسهیلات اخذ نماید، بیانگر این است که آن را نسبت به خود عادلانه می‌داند. بنابراین قانون گذار، که شخص ثالث



محسوب می‌شود، نمی‌تواند چنین قراردادی را نسبت به شخص وام گیرنده غیر عادلانه محسوب کند، مگر این که قانون گذار، از قبل، تصریح به بطلان قرارداد مذکور نموده باشد؛

۶- اقتضای اصل این است که قانون آمره نبوده و تکمیلی است و از طرفی صرف آمره بودن قانون (بر فرض که مقررات بانکی را آمره بدانیم)، دلیل بر بطلان قرارداد نیست؛

۷- بر فرض قائل شویم که نهی از معامله، موجب بطلان آن است. این امر در صورتی صادق است که اولاً نهی از جانب شارع باشد (چون در این صورت، احکام تابع مصالح و مفاسد هستند)؛ ثانیاً نهی راجع به ذات عقد باشد. بنابراین نهی قانون گذار نمی‌تواند دلیل بر بطلان باشد، مگر این که تصریح بر بطلان شود؛

۸- بطلان قراردادهای مذکور، خلاف حکمت و مصلحت است و زمینه سوء استفاده افراد را فراهم می‌کند. شخص وام اخذ نموده و از آن استفاده کرده و سود برده، حال می‌آید و تقاضای ابطال قرارداد را مطرح می‌کند؛

۹- اصل بر اهلیت است و محصور کردن اهلیت اشخاص حقوقی بر اساسنامه، وقف نامه و شرکت نامه خلاف اصل است؛ خصوصاً که هیچ دلیلی بر بطلان قراردادهای منعقد شده خارج از اساسنامه نداریم؛

۱۰- طبق نظر برخی از حقوقدانان، برای اشخاص حقوقی می‌توان فقط اهلیت تمتع متصور بود و اهلیت استیفا برای اشخاص حقوقی، مطرح نیست و اشخاص حقوقی در تمام موارد، اهلیت استیفا دارند. پس معنا ندارد که بگوییم در فرض سؤال، شخص حقوقی فاقد اهلیت استیفا است؛

۱۱- بر خلاف نظر برخی از همکاران محترم، در فرض بحث، انعقاد قرارداد خلاف نظم عمومی نیست تا بتوان گفت معامله قرارداد باطل است؛ بلکه آنچه خلاف نظم عمومی است، عدم اخذ مجوز از بانک مرکزی توسط مؤسسه است که ضمانت اجرای خود را دارد و خلاف نظم عمومی بودن عدم اخذ مجوز، موجب بطلان قرارداد نیست. همان گونه که عدم ثبت واقعه ازدواج، ممنوع و خلاف نظم است اما موجب بطلان عقد نمی‌شود؛ چون نفس ازدواج، خلاف نظم عمومی نیست؛

۱۲- اساسنامه شرکت، برای تعیین تکلیف مدیران و محدوده اقدامات آنهاست؛ لذا اگر مدیران شرکت خلاف اساسنامه عمل کردند، خود شرکت (شخص حقوقی) می‌تواند تقاضای ابطال آن را بخواهد و یا قرارداد را تنفیذ کند و این امر ارتباطی به طرف قرارداد



ندارد تا بتواند تقاضای ابطال آن را بکند؛
۱۳- اصل انصاف و عدالت اقتضا دارد که شخصی که وام گرفته و استفاده نموده است، باید طبق قرارداد منعقد عمل نماید.
نظریه اقلیت: برخی از محاکم محترم، اعتقاد دارند در فرض سؤال، قرارداد منعقد شده، فاسد و باطل است.

- مبانی نظریه اقلیت:

۱- مقررات بانکی از قواعد آمره و برای انتظام امور است؛ لذا بر خلاف آن، مخالف نظم عمومی خواهد بود و طبق ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۹۷۵ و ۳۴۸ از قانون مدنی، دادگاه نمی‌تواند به چنین قراردادی ترتیب اثر بدهد و معنای آن، بطلان قرارداد است. بر فرض که باطل نباشد، قانون گذار اعلام نموده اثری بر آن مترتب نیست و دادگاه به آن ترتیب اثر نخواهد داد؛

۲- نهی مذکور در قوانین و مقررات بانکی، موجب می‌شود که اشخاص حقوقی فاقد اهلیت برای انعقاد قرارداد باشند و طبق بند ۲ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، یکی از شرایط اساسی صحت معاملات، اهلیت طرفین است و با فقدان اهلیت در فرض سؤال، قرارداد باطل خواهد بود؛

۳- در فرض سؤال، طبق مقررات بانکی، نهی از معامله به خود معامله مربوط است و طبق نظر مشهور فقهای عظام، اگر نهی مربوط به خود معامله باشد. موجب فساد و بطلان آن است؛

۴- نهی در معاملات، چنانچه مربوط به یکی از ارکان اصلی عقد باشد، موجب بطلان و در فرض مسئله نهی راجع به رکن اهلیت است و اهلیت را از بین می‌برد؛ لذا موجب بطلان عقد می‌شود.

نکته ۱- مستفاد از ماده ۵۸۸ قانون تجارت، با ثبت شرکت یا مؤسسه، شخص حقوقی اهلیت تمتع پیدا می‌کند؛ ولی اهلیت استیفای آن برای انعقاد قراردادهای بانکی، منوط به اخذ مجوزات لازم از جمله مجوز از بانک مرکزی است و تا زمانی که شخص حقوقی از بانک مرکزی مجوز نهایی را اخذ نکند، اهلیت استیفا برای انعقاد قرارداد نخواهد داشت.

نکته ۲- اهلیت تمتع اشخاص حقوقی در ماده ۵۸۸ قانون تجارت و اهلیت استیفای



آن‌ها در مواد ۱۱۸ و ۱۴۲ و ۱۹۹ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، مطرح شده است.

نکته ۳- از ماده ۲۷۰ و به بعد لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، ابطال قراردادهای مخالف اساسنامه، قابل برداشت است.

گفتار چهارم: نظریه دیگر و مبانی آن

برخی معتقد بودند در فرض سؤال، اولاً اگر اقدام شرکت بر خلاف اساسنامه باشد، قرارداد منعقد شده، چون در این صورت قرارداد مذکور بر خلاف بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون مدنی خواهد بود، یعنی قصد و رضا وجود ندارد، باطل است؛ چون شرکت، طبق اساسنامه، موارد رضایت خود را برای انعقاد قراردادهای، مشخص می‌نماید و انعقاد قرارداد بر خلاف اساسنامه، توسط مدیران شرکت، بر خلاف قصد و رضای شخص حقیقی خواهد بود؛ ثانیاً اگر اقدام شرکت برای انعقاد قرارداد، طبق اساسنامه ولی بدون مجوز فعالیت بانکی باشد، در این صورت نمی‌توان قرارداد را باطل اعلام کرد؛ چون قرارداد دارای ارکان اساسی صحت معامله بوده و هیچ رکنی از آن، از جمله قصد و رضا و اهلیت، مخدوش نشده است.

- نظریه شماره ۷/۹۷/۱۳۴۶ مورخ ۹۷/۵/۳ اداره حقوقی: برابر بند الف ماده ۳۱

قانون پولی و بانکی کشور، مصوب ۱۳۵۱/۰۴/۱۸، با اصلاحات و الحاقات بعدی، تشکیل بانک فقط در قالب شرکت‌های سهامی عام با سهام با نام ممکن است؛ بنابراین مقررات شرکت‌های سهامی بر آن حاکم است. از طرفی، مقررات مربوط به سیاست‌های پولی و بانکی از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی است؛ بنابراین بانک‌ها با عنایت به ماده یک قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی، مصوب ۱۳۸۳/۱۰/۲۲، به عملیات بانکی اشتغال دارند؛ موضوع آن‌ها، عملیات بانکی است و نمی‌توانند به فعالیت‌های خارج از موضوع خود اقدام نمایند، مگر مواردی که قانون تصریح نموده باشد. همچنین در انجام عملیاتی، که به تصریح قانون منع شده‌اند، نیز ممنوع هستند و فی الواقع، عملیات ممنوعه از موضوع فعالیت و حدود اهلیت آن‌ها خارج است. بنابراین، و با عنایت به ملاک ماده ۱۸ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت، عملیات و تصمیم خارج از موضوع باطل است.



گفتار پنجم: نمونه رأی راجع به بطلان قرارداد بانکی به جهت خروج از موضوع شرکت و عدم رعایت اصل تخصص رأی دادگاه

در خصوص دعوی خواهان سیف اله امیری فرزند محمد جعفر با وکالت آقای غلامرضا اصلانی وکیل دادگستری به خواندگی بانک مهر اقتصاد (سرپرستی شعب استان قم) با وکالت آقای سید حسن صالحی وکیل دادگستری به خواسته ۱- مطالبه وجه به جهت استیفاء ناروا وفق بند ۱۴ ماده ۳ قانون وصول ۱/۵۰۰/۰۰۰ ریال ابطال تمبر شد با جلب نظر کارشناس، ۲- اعلام بطلان شرط تعیین سود در قرارداد تسهیلات مشارکت مدنی تقسیمی به شماره ۶۸۲۴۲۵۱، ۱، ۳۰۷، ۷۵۰۷ (به مبلغ ۴/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال با نرخ ۲۸ درصد و با نرخ جریمه ۴۲ درصد پلکانی پنج ساله به تاریخ سر رسید ۹۴/۵/۱۹ به جهت ماهیت قرض الحسنه بودن صندوق قرض الحسنه مهر بسیجیان و عدم اخذ مجوز فعالیت بانکی در زمان اعطای تسهیلات مقوم به ۲۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال، ۳- مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ دارا شدن بلا جهت ۹۴/۷/۲۸ لغایت اجرای حکم با جلب نظر کارشناس ۴- مطالبه خسارت دادرسی و حق الوکاله وکیل با این توضیح که وکیل خواهان به شرح دادخواست و لایحه تقدیمی اجمالاً عنوان نموده موکل از بانک خوانده اقدام به دریافت یک فقره تسهیلات مشارکت مدنی تقسیمی به مبلغ ۴/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال با نرخ ۲۸ درصد با اقساط ۶۰ ماهه در سال ۱۳۸۹ می نماید در قبال دریافت تسهیلات فوق پلاک ثبتی ۱۹۴۱، ۱۴۸، ۶۱۹ را به مبلغ ۷/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰ و ۷/۵۰۰/۰۰۰/۰۰۰ اخذ گردیده خواننده بعد از صدور اجراییه، طی تشریفات ثبتی و نهایتاً برگزاری مزایده در تاریخ ۹۴/۷/۲۸ به میزان مالی رهنی تملک می نماید و در کمال تعجب بعد از چند ماه نسبت به چک های اخذ شده نیز مبلغ ۸/۸۱۴/۷۸۶/۰۰۰ ریال تحت عنوان مطالبه وجه اقامه دعوی نموده که با معرفی ملک خواهان کلیه مطالبات غیر قانونی و غیر شرعی بانک خواننده به مبلغ ۱۵/۸۱۴/۷۸۶/۰۰۰ ریال وصول گردیده که قرارداد مشارکت مدنی تقسیمی مورد خواسته به استدلال آتی قابل ابطال است: ۱- خواننده در زمان پرداخت تسهیلات بانک نبوده به این دلیل که مجوزهای سه گانه بانک مرکزی را اخذ ننموده و ماهیت آن صندوق قرض الحسنه است و فقط اجازه پرداخت همین نوع وام و دریافت کارمزد تا سقف ۴ درصد را نداشته و به هیچ عنوان مجوز انعقاد تسهیلات از باب عقود اعم از مبادله ای و مشارکتی (تخصیص منابع پولی) را نداشته است، ۲- ربوی بودن قرارداد به جهت



تعیین سود قطعی با این توضیح که مطابق قانون منطقی کردن نرخ سود تسهیلات بانکی، بانک‌ها مکلفند بدون تعیین نرخ سود مورد انتظار، بر اساس مفاد قانون عملیات بانکی بدون ربا در حاصل فعالیت اقتصادی مورد قرارداد شریک شوند که در قرارداد مورد خواسته خلاف قانون تنظیم و نرخ سود مشخص و معین و قطعی لحاظ گردیده نه نرخ سود انتظاری مصوب شورای پول و اعتبار، ۳- کلیه بانک‌ها مطابق ضوابط بسته سیاست‌های پولی و اعتباری مصوب شورای پول و اعتبار در استفاده از عقود مشارکتی تقسیطی منع شده‌اند، به این دلیل که پرداخت تسهیلات در قالب مشارکت مدنی تقسیطی خلاف مقتضای ذات عقد مشارکت مدنی است، ۴- با توجه به این که بانک خوانده بدون افتتاح حساب مخصوص و بدون انجام بازرسی و نظارت بر پروژه موضوع مشارکت مدنی و سپس در پایان قرارداد بدون انجام بررسی در خصوص میزان سود و زیان حاصل از مشارکت، اقدام به وصول و دریافت اصل و سود از پیش تعیین شده تسهیلات نموده، حاکی از این مطلب است که انتخاب عنوان مشارکت مدنی، صرفاً پوششی جهت اعطای تسهیلات با سود قطعی بوده است و این که دریافت سود و جرائم مازاد در شمول احکام غصب و ایفاء نارواست؛ وکیل خوانده در دفاع اعلام نموده: الف) خواهان خواسته خویش را استرداد وجه از باب ایفاء ناروا و اعلان بطلان شرط تعیین سود در قرارداد مشارکت مدنی تقسیطی عنوان نموده، در حالی که قرارداد مذکور منجر به تنظیم یک فقره سند رهنی گردیده و نسبت به سند رهنی اجراییه و نهایتاً سند انتقال اجرایی تنظیم گردیده است، اما خواهان بدون تعرض به این موارد صرفاً بطلان شرط سود و استرداد وجه را خواستار گردیده، لذا دعوای مطروحه به شکل حاضر قابلیت استماع ندارد، ب) مطابق اساسنامه بانک موکل که به تأیید بانک مرکزی نیز رسیده و بر اساس مجوز اعطایی از بانک مرکزی صادر گردیده، بانک مهر اقتصاد به عنوان یک بانک خصوصی، مجاز به اعطای تسهیلات در قالب عقود اسلامی بوده و ماهیت آن از مؤسسه قرض الحسنه مهر بسیجیان به بانک مهر اقتصاد تغییر یافته، لذا استعلام از بانک مرکزی یا هر نهاد دیگری در این خصوص، فاقد توجیه قانونی است، ج) بر فرض صحت ادعای خواهان و کارشناس محترم مبنی بر این که بانک مجوز فعالیت از بانک مرکزی را اخذ ننموده باشد، مجوز صادره از بانک مرکزی تحت عنوان مؤسسه قرض الحسنه مهر بسیجیان کماکان به اعتبار و قوت خود باقی خواهد بود. بر اساس مجوز مذکور که عیناً در اساسنامه این مؤسسه درج گردیده در ماده ۳ مقرر شده که مؤسسه قرض الحسنه مهر بسیجیان



مجاز به اعطای تسهیلات در قالب قرض الحسنه و سایر عقود اسلامی است. بنابراین حتی اگر بانک موکل را کماکان مؤسسه قرض الحسنه تلقی نماییم بر اساس مستندات ارائه شده و مطابق قانون تسری امتیازات خاص بانک‌ها به مؤسسات غیر بانکی، باز هم مجاز به اعطای تسهیلات در قالب عقود اسلامی بوده و صندوق دانستن مؤسسه یا بانک موکل، کاملاً بر خلاف دلایل و اسناد موجود بوده و یک استنباط شخصی و بلا دلیل است. موکل هیچ‌گاه عنوان صندوق نداشته و همان‌گونه که مستحضرید آنچه دایره فعالیت مجاز یک شخصیت حقوقی را هر ترتیبی که با یکدیگر در قرارداد مورد نظر توافق نموده باشند تعیین می‌گردد تعیین نرخ سود از پیش تعیین شده و قطعی در تسهیلات اعطایی در قالب عقود مشارکت مدنی، فاقد موضوعیت و غیر قابل توجیه است سود قطعی مشارکتی پس از اتمام پروژه و بر مبنای عملکرد واقعی پروژه تعیین می‌گردد. ۵- طبق ماده ۵ مصوبات پول و اعتبار سال ۱۳۸۹ نرخ سود عقود مبادله ای تا سر رسید کمتر از ۲ سال معادل ۱۲ درصد و برای بیشتر از ۲ سال معادل ۱۴ درصد تعیین گردیده و این که نرخ سود علی الحساب عقود مشارکتی در چارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا به نسبت مشخص شده در قرارداد تعیین می‌گردد. ۶- طبق بخشنامه ۸۸/۱۰۵۹۷۲ مورخ ۸۸/۵/۱۹ شورای پول و اعتبار بانک مرکزی مقرر گردیده است (کلیه مبالغ پرداختی توسط مشتریان بعد از سر رسید در ارتباط با بدهی آن‌ها باید بین اجزاء بدهی که شامل اصل سود و خسارت تأخیر تأدیه است تسهیم النسبه گردد)، لذا کارشناس مبالغ پرداختی توسط وام گیرنده را طبق بخشنامه فوق به روش تسهیم بالنسبه محاسبه نموده است. ۷- در محاسبه سود و اقساط تسهیلات طبق بخشنامه شماره مب / ۱۵۲۱ مورخ ۸۶/۴/۱۸ از فرمول جهانی (NPV) استفاده گردیده است، ۸- خواهان ۵ مورد پرداختی‌های نقدی جمعاً به مبلغ ۲۵۳/۷۵۷/۳۷۷ ریال داشته است و در خصوص دو مورد پرداختی مربوط به مزایده ملک به پلاک ثبتی ۱۹۴۱/۴۸/۶۱۹ است لازم به توضیح اینکه در هر مرحله قسمتی از ملک منتقل شده است اولین مزایده جهت وصول اقساط تسهیلات در تاریخ ۹۴/۷/۲۸ به مبلغ ۷۵۵/۰۰۱/۶۸۸ ریال به میزان ۵/۱۰۲ سهم از ۲۴۰ سهم صورتجلسه گردیده خواننده در تاریخ ۹۵/۴/۲۷ به ترتیب مبلغ ۳۳۸/۳۰۳/۹۶۰ ریال از بابت بدهی تسهیلاتی و مبلغ ۱/۳۸۴/۷۹۴/۶۶۳ ریال نیز از بابت بدهی ناشی از هزینه پیگیری و وصول مطالبات لحاظ کرده است دومین مزایده جهت وصول چک‌های تضمینی مربوط به تعیین می‌نماید اساسنامه معتبر شخص حقوقی است که بر اساس



مجوزات صادره از مراجع ذی صلاح (بانک مرکزی) در اداره ثبت شرکت‌ها به ثبت رسیده، نه اسم و عنوان آن لذا استناد به عنوان «قرض الحسنه» که به عنوان بخشی از اسم شخصیت حقوق موکل، درج گردیده جهت تعیین دایره فعالیت آن، فاقد مبنای حقوقی و قانونی است (د خواهان محترم قبلاً دعوای متعددی حقوقی و کیفری به طرفیت موکل مطرح نموده که در اکثر دعوای مذکور محکوم گردیده و طرح دعوای حاضر نیز که صرفاً با تغییر عنوان صورت گرفته همان دعوای سابق بوده و از نظر ماهیت دعوی اعتبار امر مختوم را داشته و قابلیت استماع را ندارد) صرف نداشتن مجوز فعالیت از بانک مرکزی نمی‌تواند دلیل بطلان شرط یا معامله تلقی گردد، چرا که در ماده یک قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی و بانکی کشور ضمانت اجرای عدم رعایت مقررات قوانین بانکی، تعطیلی بانک یا مؤسسه غیر مجاز یا مجازات‌های انتظامی مقرر در قانون است، نه بطلان شرط یا عقد لذا صدور حکم بر بی حقی خواهان مورد استدعاست دادگاه در جهت احقاق حق و کشف واقع موضوع را مطابق قرارداد کارشناسی مورخ ۹۶/۹/۱۴ به کارشناس رسمی دادگستری در رشته حسابداری و حسابرسی ارجاع نموده (صفحه ۹ پرونده) که کارشناس پس از بررسی موضوع اجمالاً اعلام نموده: ۱- آقای سیف اله امیری یک فقره تسهیلات به شماره ۱ / ۶۸۲۴۲۵۱ / ۳۰۷ / ۷۵۰۷ در تاریخ ۸۹/۵/۱۹ به مبلغ ۴/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال از خواننده (بانک مهر اقتصاد) دریافت نموده است، ۲- طی بررسی به عمل آمده از صورتحساب وام گیرنده (سیف اله امیری) تسهیلات مورد رسیدگی فاقد مبلغ مسدودی بوده است، ۳- در خصوص درخواست اعلام نظر پیرامون نحوه وملاک محاسبه در تسهیلات مشارکتی، بانک موظف است مواردی از قبیل؛ مدت مشارکت، نسبت سهم الشرکه سود بانک و مشتری و غیره را در قرارداد مشارکت تعیین و درج نماید. نهایتاً در خاتمه مشارکت، از تفاضل ارزش روز طرح و هزینه‌های انجام آن، سود حاصله (ارزش افزوده طرح) محاسبه و سهم طرفین به تناسب سهم الشرکه خود و یا به همین تسهیلات در تاریخ ۹۵/۲/۸ به مبلغ ۷/۶۸۲/۲۵۰/۰۰۰ ریال به میزان ۹۸/۶۴۰ سهم از ۱۲۰ سهم مشاع از ۲۴۰ سهم شش دانگ صورت جلسه گردیده است که خواننده معادل این مبلغ را در تاریخ ۹۵/۴/۵ از بدهی تسهیلاتی ایشان کسر نموده است ۹- با توجه به محاسبات کارشناس بر مبنای نرخ کارمزد ۴ درصد و مطابق دستور العمل اجرایی تأسیس و فعالیت نظارت بر صندوق‌های قرض الحسنه، خواهان مبلغ ۷۰۵ / ۵۱۳ / ۹۶۱ / ۹ ریال مازاد پرداختی داشته است. بنا به مراتب مذکور اولاً در این که خواننده بانک نیست



تردید نیست، ثانیاً در این که خواننده مؤسسه مالی و اعتباری نیست، تردیدی نیست و استدلال و کیل خواننده به ماده واحد تسری امتیازات خاص بانکها به مؤسسات مالی و اعتباری غیر بانکی مجاز مصوب ۱۳۸۱ مجلس شورای اسلامی صحیح نیست، زیرا خواننده مؤسسه مالی و اعتباری محسوب نمی‌شود تا مشمول ماده واحد قانون تسری باشد، ثالثاً با وصف عدم شمول بانک و مؤسسه مالی و اعتباری به خواننده، تعیین نرخ سود مازاد بر نرخ کارمزد ۴ درصد مطابق قواعد ضوابط امری ناست، زیرا بر خلاف قاعده امری نمی‌توان توافق نمود، رابعاً نهی قانون گذار در قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی مصوب ۱۳۸۳ مجلس شورای اسلامی نهی در معاملات بر خلاف نهی در عبادات، ارکان معامله و شرایط اساسی شامل اهلیت شخص حقوقی بر ممنوع بودن ورود اشخاص فاقد مجوزهای قانونی سه گانه فوق به عرصه پولی و بانکی کشور و کسب سود دلالت دارد و موجب بطلان عقد یا قرارداد می‌گردد که شرکت خواننده فاقد اهلیت بوده که از ارکان عقد است که مخدوش می‌سازد و این نهی قانون گذار اهلیت معامله کننده را مورد هدف قرار داده و موجب بطلان معامله می‌گردد و اهلیت راجع به اشخاص حقیقی علی القاعده عقل و بلوغ نیست، بلکه به مفهوم مجاز بودن و اهلیت و عدم مانع قانونی اشخاص حقوقی از حیث مجموعه قوانین مقررات است (اصل تخصص و عدم خروج از موضوع فعالیت شرکت) و چنانچه عباراتی نظیر «ممنوع است» و «مکلف است» منعکس در قانون را این گونه تفسیر کنیم که دلالت بر امر ندارد پس هیچ قانونی را نباید امری تلقی کرد و کلیه قوانین تکمیلی است و نهادهایی چون شورای پول و اعتبار و بانک مرکزی آن هم با هزینه‌های فراوان و اختصاص بودجه هنگفت بیت المال به عنوان نهادهای نظارتی بر مقررات پولی و بانکی صرفاً به وضع مصوبات و بخشنامه‌های ارشادی اشتغال دارند و تبعیت از آن بر نهادهای پولی و بانکی الزام آور نیست و با سرمایه‌های مردم هر گونه معامله نمایند، صرفاً از طریق کلانتری مانع گردند و بدین طریق در کشور تولید و اشتغال حاصل گردد و بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری در خدمت تولید و اشتغال باشند و موجب شکوفایی اقتصاد گردد و مقام قضایی نیز در این بین به عنوان تمیز دهنده حق از باطل نظاره کننده محض اقدامات بر خلاف مقررات آنان باشد و اختیاری نداشته باشد که در این صورت قانون گذاری در امور بانکی کار عبث و بیهوده ای خواهد بود، حال آن که قانون گذار عاقل و حکیم است و تصویب مقررات فراوان در امر پولی و بانکی در جهت ایجاد تولید منتهی به اشتغال بوده، خامساً مقررات پولی و بانکی قاعده امری بودن و توافق بر خلاف آن



جایز نیست، ثالثاً شرکت خواننده فاقد مجوزهای سه گانه از ناحیه بانک مرکزی بوده و غیر از اعطای تسهیلات قرض الحسنه حق اعطای تسهیلات فروش اقساطی را نداشته است، سادساً قانون گذار با توجه به مواد ۱۰ و ۱۹ و ۹۷۵ قانون مدنی و مقررات قانونی بانکداری بودن ربا از قراردادهای اعطایی مطابق ضوابط و مقررات قانونی حمایت می‌نماید و اعطای تسهیلات فروش اقساطی با نرخ ۲۱ درصد با هیچ یک از ضوابط و مصوبات شورای پول و اعتبار بانک مرکزی و مقررات پولی و بانکی هماهنگی ندارد و مطابق ماده یک قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی مصوب ۸۳/۱۰/۲۲ اشتغال به عملیات بانکی توسط اشخاص حقیقی و حقوقی تحت هر عنوان و تأسیس و ثبت هر گونه تشکل برای انجام عملیات بانکی، بدون دریافت مجوز از بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران ممنوع است و از ناحیه شرکت خواننده مدرکی که دال بر مجوز از بانک مرکزی باشد، ارائه و اقامه نگردیده و موضوع اخذ نامه یا موافقت از وزارت کار یا وزارتخانه دیگر و ناهم از بانک مرکزی مجوز فعالیت در جهت اعطای تسهیلات بانکی ناست و این که مقررات پولی و بانکی قاعده امری است، بدین معنا بانک غیر مجاز یا مؤسسه غیر مجاز غیر بانکی نمی‌تواند عملیات بانکی از جمله افتتاح حساب و اعطای تسهیلات بانکی نماید، زیرا موجب دخول در ربای قرضی می‌گردد که حرمت شرعی دارد. سابقاً شرایط قانونی معاملات بانکی از جمله اعطای تسهیلات بانکی برای کلیه مؤسسات پولی و بانکی (بانک، مؤسسه مالی و اعتبار مجاز غیر بانکی و صندوق قرض الحسنه و شرکت تعاونی اعتبار و غیره) اعم از این که مجوز فعالیت داشته یا نداشته باشد، الزامی است و توافق و انعقاد قرارداد (اعطای تسهیلات اعم از عقود مشارکتی و عقود مبادله ای و غیره) بر خلاف آن و به موجب مواد ۱۰ و ۱۹۰ و ۳۴۸ و ۹۷۵ قانونی مدنی باطل و بلا اثر بوده و محکوم به بطلان است. ثامناً بانک مجاز و مؤسسات و مالی اعتبار مجاز غیر بانکی صرفاً حق اعطای تسهیلات ان هم با نرخ مصوب شورای پول و اعتبار بانک مرکزی با نرخ ۱۴ درصد را داشتند، در حالی که شرکت خواننده با ۲۱ درصد تسهیلات اعطا نموده است و ممانعت نکردن و عمل نکردن بانک مرکزی به وظیفه صریح قانونی، مجوز فعالیت خواننده ناست و دادگاه تابع عمل بر خلاف قانون اقدام به مراجعه به آن واحد، انواع خدمات پولی و بانکی دریافت می‌نمایند از حسن نیت مشتریان خود استفاده غیر صحیح و غیر قانونی نمایند و این اقدام بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری غیر مجاز بانکی با حقوق شهروندی مغایرت صحیح دارد و ریاست محترم جمهوری اسلامی و ریاست محترم قوه قضاییه و مجلس شورای اسلامی



و رئیس کل بانک مرکزی و سازمان بازرسی کل کشور و دادستانی کل کشور و دادستانی تهران بایستی در این خصوص به وظیفه قانونی درجهت استیفای حقوقی شهروندی و جلوگیری از تضییع حقوق مراجعه کنندگان به بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری (اعم از مجاز یا غیر مجاز) نظارت کافی نموده و اقدام قانونی معمول دارند و قانون اساسی و قوانین عادی در این راستا ضوابط دقیقی و کاملی ترسیم نموده که هر یک از سازمانها و نهادهای حاکمیتی و قوای سه گانه در راستای استیفای حقوق اشخاص اجتماع در حیطه وظیفه قانونی خود قیام و اقدام نمایند و این که اساسنامه شرکت نیز می تواند مخالف قاعده امری مقرر در قانون باشد و برابر ماده یک قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی مصوب ۸۳/۱۰/۲۲ اشخاص حقوقی نظیر شرکت خوانده ممنوعیت صریح از فعالیت در امور پولی و بانکی دارند و قانون عملیات بانکی بدون ربا، عقود مصرح در آن قانون را فقط برای بانکهای مجاز، تجویز نموده و قراردادهای بدون رعایت موازین، مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی، فاقد اعتبار و اثر قانونی است و برای صدور مجوز از بانک مرکزی برای بانکهای مجاز از بانک مرکزی سه مرحله باید طی گردد مرحله اول اخذ موافقت اصولی از بانک مرکزی مرحله دوم اخذ مجوز تأسیس از بانک مرکزی و مرحله سوم مجوز فعالیت مالی و اعتباری از بانک مرکزی که در حال حاضر به شرکت خوانده صرفاً اجازه داده شده نسبت به پذیره نویسی اقدام نماید و پس از آن، احراز صلاحیت هیئت مدیره شرکت خوانده توسط بانک مرکزی بررسی و صادر می شود، و الا مجوز فعالیت برای شرکت خوانده صادر نخواهد شد و تشکیل هیئت مدیره نیز پس از تشکیل مجمع عمومی مؤسسین است هیئت مدیره را تعیین نموده و شرکت خوانده تا کنون پذیره نویسی را انجام نداده است، بنابراین قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی هم آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است که قانون گذار در ماده ۱۰ قانون مدنی از قراردادهایی حمایت می کند که مخالف قانون نباشد و آنچه مسلم است شرکت خوانده هم فاقد مجوزهای سه گانه (موافقت اصلی، مجوز، تأسیس، مجوز فعالیت) بوده و هم بر خلاف مصوبه شورای پول و اعتبار با نرخ بالاتر از مصوبه آن شورا تسهیلات اعطا نموده است (۲۸ درصد) که با لحاظ جریمه تأخیر ۶ درصد جمعاً ۳۴ درصد می گردد که در اول تاریخ تأسیس شورای پول و اعتبار چنین نرخ سودی معامله نمی گردد. ثامناً مطابق صراحت ماده ۹۷۵ قانون مدنی دادگاه نمی تواند قراردادهای خصوصی که مخالف با نظم عمومی است به موقع اجرا بگذارد که مقررات پولی و بانکی و اعطای تسهیلات با نرخ



سود بالاتر از مصوبه شورای پول و اعتبار و عدم دریافت مجوزهای سه گانه یاد شده از بانک مرکزی و با لحاظ قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی مصوب ۱۳۸۳ مجلس شورای اسلامی که قانون امری است و مربوط به نظم عمومی است و حمایت از سرمایه‌های اشخاص حقوقی و حقیقی در جامعه است، زیرا هدف قانون گذار از قرار دادن نظام پولی و بانکی در زمره قواعد امری و نظم عمومی بر این مبنا بوده که در صورت انحلال ورشکستگی و تحت هر شرایطی بانک مرکزی بتواند با ساز و کارهای قانونی جوابگوی سرمایه مردم باشد که وضعیت برخی مؤسسات مالی و اعتباری غیر مجاز بانکی و همچنین وضعیت نامشخص شرکت خوانده که مشکلات اجتماعی به وجود آورده است. تاسعاً با توجه به قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی مصوب ۱۳۸۳ شرکت خوانده نه بانک مجاز است و نه مؤسسه مالی و اعتبار مجاز غیر بانکی که در تبصره ۲ ماده یک قانون مذکور مهلت ارائه فعالیت بانک‌ها و صندوق‌های فعال قبل از قانون مذکور را یک ماه اعلام نموده، مضاف بر این که در تبصره ماده ۲ آیین نامه اجرایی قانون یاد شده مصوب ۸۶/۴/۲۰ هیئت وزیران قانون حاکم بر ادامه فعالیت مؤسسات اعتباری غیر بانکی را قوانین تأسیس اعلام نموده، لکن تصریح نموده که باید عملیات بانکی خود را با ضوابط مصوب شورای پول و اعتبار تطبیق دهند که ضوابط آن اخذ مجوزهای سه گانه یاد شده در فوق است (موافقت اصولی، مجوز تأسیس و مجوز فعالیت) بدین معنا که الف) موافقت اصولی عبارت است از موافقت نامه ای که پس از دریافت و بررسی درخواست، اساسنامه پیشنهادی، برنامه عملیاتی و سایر مدارک متقاضی و تطبیق با ضوابط صادر می‌نماید. ب) مجوز تأسیس عبارت است از موافقت بانک مرکزی با تأسیس شرکت پس از طی مراحل پیش بینی در دستور العمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر شرکت‌های اعتبار مصوب جلسه ۱۰۹۲ مورخ ۸۶/۶/۳ شورای پول و اعتبار. ج) مجوز فعالیت عبارت است از مجوز صادر شده از سوی بانک مرکزی برای شروع بر فعالیت شرکت که با وصف مذکور قانون گذار صرفاً این بیل شرکت‌ها را راجع به موافقت اصولی (اولین مجوز) معاف نموده و نه مجوز تأسیس و مجوز فعالیت و با چنین نص صریح، هر استدلالی در جهت اعتبار بخشی به قراردادهای شرکت خوانده در راستای اعطای تسهیلات به غیر اعضاء فاقد منطق حقوقی و قضائی است و اسناد مدارک دال بر این که شرکت خوانده دارای مجوزهای سه گانه مذکور باشد از ناحیه وکیل شرکت خوانده ارائه و اقامه نگردیده است و نظر به این که فقهای عظام از مرحوم کلینی تا کنون در حرمت شرعی ربای قرضی تردیدی نداشته و



ندارند. بنابراین دادگاه ادعای خواهان را ثابت دانسته و به استناد مواد مذکور و مواد ۱ و ۲ و ۱۹۸ و ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۱۰ و ۱۹ و ۹۷۵ و ۱۲۵۷ قانون مدنی حکم به ۱- بطلان شرط تعیین سود ۲۸٪ و نرخ جریمه آن مازاد به نرخ ۴٪ کارمزد راجع به قراردادهای مشارکت مدنی شماره مذکور در ستون خواسته ۲- حکم به محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ ۷۰۵/۵۱۳/۹۶۱/۹ ریال بابت اضافه دریافتی (استیفای ناروا) توسط خوانده از خواهان ۳- مبلغ ۲/۳۹۳/۰۰۰ ریال بابت هزینه‌های دادرسی و ۴- مبلغ ۶۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت حق الزحمه کارشناسی و ۵- مبلغ ۸۱۰/۰۰۰ ریال تمبر الصاق گردیده (وفق بند ۱۴ ماده ۳ قانون وصول) خواهان مکلف به پرداخت الباقی تمبر مالیاتی به مبلغ ۵/۸۰۰/۰۰۰ ریال است که پس از آن مبلغ ۹۷۹/۱۵۲/۳۴۵ ریال بابت الباقی هزینه دادرسی و مبلغ ۱۲۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال (وفق بند ۵ ماده ۳ آیین نامه تعرفه حق الوکاله که حداکثر آن است) حق صندوق دولت قبل از صدور اجراییه پرداخت نماید که مبلغ مذکور در زمره محکومیت خوانده است که در حق خواهان باید پرداخت نماید. رأی صادر شده حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل تجدید نظر خواهی در دادگاه تجدید نظر استان قم است. علیرضا توفیق. رئیس شعبه ۲۴ دادگاه حقوقی شهرستان قم.

گفتار ششم: اصل انتظار مشروع و تاثیر عدم مجوزهای سه گانه

در حقوق عمومی و اداری یک اصل مهم وجود دارد و آن «اصل انتظار مشروع» است. این اصل ورود حقوق عمومی در حوزه قراردادهای خصوصی را به وضوح نشان می‌دهد که حاکی از اهمیت حقوق عمومی و مبانی آن و ناشی رعایت اصل «انصاف» و حفظ «اعتماد عمومی» به اداره یا سازمان است تا این اصل به عنوان یک اصل بنیادی اعمال دولت را کنترل نماید^{۱۲}. یکی از این نظارت‌ها، نظارت قضایی، از جمله نظارت دیوان عدالت اداری و سایر نظارت‌های بالا دستی است که در خصوص بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری

۱۲. مقاله «تأملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری»، نویسندگان محمد حسین زارعی و مسیح بهینا، مجله راهبرد، تحقیقات استراتژیک، زمستان ۱۳۹۰ شماره



غیر مجاز، همان نظارت بانک مرکزی و شورای پول و اعتبار است؛ نظارت موردی دیوان عدالت اداری و مراجع قضایی دادگستری (دادگاه حقوقی و تجدید نظر و در مواردی دادگاه‌های کیفری) نیز در صورت تضییع حقوق شهروندان می‌توانند اقدام قانونی در جهت احقاق حق نمایند.

رعایت «انصاف» و حفظ «اعتماد عمومی» به اداره یا سازمان یا نهاد یا مؤسسه و ...، حمایت حقوقی از توقعات و «انتظارات مشروع» شهروندان را ایجاب می‌نماید تا از این طریق، حمایت از شهروند در مواقع نقص رویه‌ها، تقویت منافع و امتیازات و ایراد خسارت، به حمایت از خواسته‌ها و توقعات یاد شده محقق شود و قطعاً ورود دادگاه‌های حقوقی در این راستا تضمینی در جهت حفظ حقوق تضییع شده اشخاص است.

مبحث اول : مفهوم انتظار مشروع^{۱۳}

امروزه ارتباط دولت با شهروند، نسبت به سابق، بسیار توسعه یافته و در هم تنیده شده است؛ به همین جهت در راستای منفعت شهروندان و ارائه خدمات عمومی، به مقام اداری «صلاحیت اختیاری» تفویض می‌شود. این اقدام دولت‌ها در جهت حفظ امنیت و ثبات حقوقی است و یکی از این حمایت‌ها قاعده و اصل «انتظار مشروع» است که خود ابزاری در جهت کنترل و نظارت دولت و حمایت از حقوق شهروند است که در غیر این صورت تضییع حقوق صورت خواهد گرفت و در ماهیت آن جلوگیری از «سوء استفاده مقامات از قدرت» نهفته است. انتظار مشروع ابزار قابل انعطافی است که موجب ورود «انصاف» به رویه قضایی را فراهم می‌نماید.

تعریف «انتظار مشروع»

«انتظار مشروع» به خواسته‌ها و توقعات معقولی گفته می‌شود که در روابط متقابل افراد

۱۳. این مفهوم اولین بار توسط «قاضی دیننگ» در سال ۱۹۶۹ در انگلستان وارد رویه قضایی گردید و آن مربوط به اعتراض یک دانشجوی خارجی مبنی بر عدم تمدید مجوز اقامت موقت وی در آن کشور بود که بر اساس مجوز اقامت در خلال مدت اعتبار برنامه ریزی کرده که رعایت انصاف و حمایت حقوقی از وی ضروری است (نقل از مقاله تاملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع، همان ص ۴ و ۵).



با کارگزاران عمومی، به ویژه مقامات دولتی، در اثر تصمیمات، اعلامات، سیاست‌ها و رویه‌های اداری و اجرایی ایجاد شده؛ به نحوی که انصراف از آن‌ها یا عدم توجه به آن‌ها، موجب ایراد خسارت یا سلب منفعت مخاطبان ذی‌نفع می‌شود و انتظار یاد شده مستلزم نوعی حمایت حقوقی است.

راجع به ماهیت انتظار مشروع و این که حق، منفعت و یا اصل است دیدگاه یکسانی در بین حقوقدانان وجود ندارد؛ زیرا برخی از حقوقدانان آن را رعایت نوعی «حق» می‌دانند؛ حقی که در خلال تصمیمات، اعلامات و رویه‌های اداری و اجرایی تعریف می‌شود.^{۱۴} گروهی ماهیت آن را در زمره «منفعت شخصی» می‌دانند. این منفعت ناشی از توقعاتی است که شهروند مخاطب، بر مبنای اتکا به تصمیم یا اعلام مقام عمومی، برای خود متصور است که این انتظار، موجه و مشروع محسوب می‌شود و رعایت «اعتماد عمومی جامعه» اقتضا دارد شهروند از حمایت حقوقی لازم در این راستا برخوردار گردد؛ مگر در موارد «منفعت عمومی مرجح»، که موجب سلب امتیاز اعطا شده به شهروند یا لغو آن می‌گردد و همین امر باعث شده آن را در زمره «اصول کلی اخلاق» قلمداد نمایند.^{۱۵}

تصور این که اتخاذ هر گونه تصمیم یا ابراز هر گونه اعلام، آزادانه و بدون معیار و ضابطه، آن هم به دلخواه مقام اداری صورت می‌گیرد، صحیح نیست؛ بلکه وجود اصولی مانند «شفافیت» و «مسئولیت» و «پاسخگویی»، مانع از اقدام مقام اداری با ادعای اعمال صلاحیت‌های اختیاری می‌گردد.

با این وصف، «انتظار مشروع» به عنوان یک حق قانونی یا منفعت مستقر و مسلم حقوقی و منحصر به فرد تلقی نمی‌شود؛ بلکه یک توقع عام با اتکای شهروند به عنوان قاعده عقلانی است که موجب ثبات حقوقی تصمیمات و رویه‌های اداری و اجرایی مقامات و مراجع دولتی می‌گردد.^{۱۶}

اصول کلی حقوق اداری هنجارهایی هستند که در رویه قضایی شکل گرفته و بر اداره یا سازمان، در روابط آن‌ها با شهروندان و اشخاص خصوصی، حکومت دارد و متکی به

۱۴. همان، ص ۶

۱۵. همان، ص ۶

۱۶. همان، ص ۷



متون قانونی منضبط نیست؛ لکن برای اداره لازم الاحترام بوده و رعایت آن توسط مقامات در اعمال اداری و اجرایی ضروری است و به لحاظ رعایت آن توسط قضات (ابزار مصنوع قضات در جهت کنترل و اقدامات کارگزاری عمومی)، جنبه فراگیر و عام الشمول دارد که با وصف مذکور، دارای ماهیت «حق» یا «منفعت» نبوده و ماهیت آن «اصل کلی حقوق اداری» است که علاوه بر «عقلانی بودن» آن، به پیش فرض‌های دیگر نیز نیازمند است.^{۱۷}

مبحث دوم: مبانی انتظار مشروع

چنانچه انتظار مشروع مورد شناسایی قرار گیرد و ماهیت آن را به عنوان هنجار عقلی در نظر بگیریم که تبدیل به یک «اصل حقوقی» گردد می‌توان مبانی انتظار مشروع را عنوان نمود:

- ۱- مبناى اول اصل خود مختارى فردى (سامان بخشیدن افراد به زندگى خود به عنوان موجود داراى عقل و آزاد در تصمیم گیرى)
- ۲- مبناى دوم نظریه اتکا (اصل منع صدمه به دیگران)
- ۳- مبناى سوم نظریه حاکمیت قانون (احترام به انتظارات مشروع اشخاص)
- ۴- مبناى چهارم نظریه اداره شایسته (ارتقای سطح کارآمدی اداره)
- ۵- مبناى پنجم نظریه کارآمدی اقتصادى (ارتقای سطح کارآمدی اقتصادى جامعه و امنیت اقتصادى)^{۱۸}

مبحث سوم: نتیجه گیری

توقعات و خواسته‌های معقول افراد اجتماع در راستای اتخاذ تصمیمات مقامات و مراجع اداری و اجرایی در محدوده صلاحیت‌های اختیاری آنان، همان انتظار مشروع است؛ زیرا اصل رعایت انصاف و عدالت اقتضای آن را دارد تا انتظارات اشخاص مورد نظر قانون گذار قرار گرفته و مورد حمایت قرار گیرد. هر چند این اصل با «حق مکتسب» شباهت‌هایی دارد، اما در حق مکتسب عنصر «تکلیف» وجود دارد؛ حال آن که در انتظار مشروع عنصر

۱۷. همان، ص ۸

۱۸. همان، ص ۱۵ تا ص ۱۹



«اختیار» عاملی مهم است و به عبارت دیگر وجه تمایز آن دو محسوب می‌شود.

چهار وضعیت محل اعمال انتظار مشروع عبارتند از:

۱- لغو تصمیمات فردی نهایی؛

۲- عدول از اطلاعات عمومی نهایی؛

۳- انصراف از تصمیمات و اطلاعات عمومی در موارد خاص؛

۴- خودداری از رعایت تصمیمات و اطلاعات عمومی در جهت تغییر سیاست‌ها و خط‌مشی‌های کلان اداره و حکومت^{۱۹}.

نحوه مواجه شدن دولت‌ها و نظام‌های حقوقی مختلف در جهان با انتظار مشروع و طرق حمایت از انتظار مشروع به سه شیوه بوده است:

- شیوه اول: تضمین شکلی در مواقع نقض آیین نامه‌ها و رویه‌های اداری؛

- شیوه دوم: تضمین ماهوی در مواقع تقویت منافع و انتظارات شهروندی؛

- شیوه سوم: تضمین جبرانی در مواقع ایراد خسارت به شهروندان.

درمراجع قضایی ایران، اعم از دیوان عدالت اداری، به عنوان مرجع ناظر به مراجع اداری، و مراجع قضایی، عموماً به جای «اصل انتظار مشروع» به حق مکتسب استناد می‌گردد^{۲۰}؛ حال آن که «اصل انتظار مشروع» ابزاری است در دست مراجع قضایی، و علی‌الخصوص دیوان عدالت اداری، تا در جهت کنترل و نظارت قضایی اعمال دولت و ماموران و سازمان‌ها اعمال نمایند و این اصل در قانون مدیریت خدمات کشوری و دیوان عدالت اداری باید به وضوح تعریف گردد تا با استناد به آن صلاحیت‌های قانونی دیوان عدالت اداری تکمیل شده و نیز در حیثه شمول رسیدگی دیوان عدالت اداری و نظارت بر اعمال اداری کارگزاران عمومی، امکان تعیین میزان غرامت به لحاظ نقض انتظارات مشروع توسط دیوان فراهم گردد^{۲۱} تا «مسئولیت مطلق دولت در برابر شهروند» ارتقا یابد.

۱۹. همان، ص ۳۱

۲۰. همان، ص ۳۲ و ۳۳

۲۱. همان، ص ۳۲ و ۳۳



گفتار هفتم: نمونه رای دادگاه در خصوص اصل انتظار مشروع (رابطه متقابل فرد و مقام و سازمان عمومی) در ارتباط با بانک یا مؤسسه اعتباری غیر مجاز

رای دادگاه ۲۲

در خصوص دعوی خواهان آقای علی چراغی فرزند ابوالفضل با وکالت آقای محمد رضا صالحی و خواننده مؤسسه اعتباری ثامن به شماره ثبت ۱۸۱۴۵۷ با وکالت احمد اکبری به خواسته ۱- مطالبه وجه از باب استیفای ناروا و جلب نظر کارشناس رسمی دادگستری ۲- مطالبه خسارت دادرسی ۳- مطالبه خسارت تاخیر تادیه با این توضیح که خواهان به شرح دادخواست تقدیمی عنوان نموده است موکل اینجانب دو فقره تسهیلات از مؤسسه ثامن دریافت نموده‌اند الف) در تاریخ ۸۹/۳/۳۱ مبلغ ۲.۰۰۰.۰۰۰.۰۰۰ ریال از قالب فروش اقساطی به شماره ۲۴۲۲/۱۵ شعبه زین الدین که در مهلت ۳۶ ماهه اقدام به بازپرداخت اصل مبلغ به انضمام سود مورد درخواست به میزان ۲۵ درصد که کل مبلغ ادعایی به مؤسسه میزان بالغ بر ۳.۱۳۵.۰۰۰.۰۰۰ ریال است ب) در تاریخ ۹۲/۹/۱۲ مبلغ ۳.۵۲۰.۰۰۰.۰۰۰ ریال در قالب فروش اقساطی به شماره ۰۱۱۰۹۲۱۵۰۶۰۱۸ شعبه سعیدی دریافت می‌گردد که در مهلت ۳۶ ماهه اقدام به بازپرداخت اصل مبلغ به انضمام سود مورد درخواست مؤسسه به میزان ۲۷ درصد و کل مبلغ ادعایی به مؤسسه میزان بالغ بر ۷.۰۰۰.۰۰۰.۰۰۰ ریال از موکل دریافت کرده سود مورد مطالبه مؤسسه جهت تسهیلات مذکور به ترتیب با نرخ ۲۵ درصد و ۲۷ درصد مورد احتساب قرار گرفته است براین مبنا اقدام به دریافت سود از موکلین گردیده است در حالی که نرخ سود تسهیلات بانک مرکزی در سال ۱۳۸۹ حتی برای بانک‌ها و مؤسسات مالی مجاز معادل ۱۲ الی ۱۴ درصد در سال ۹۲ معادل ۱۴ الی ۱۵ درصد بوده که در تسهیلات اول ۱۳ درصد فراتر از نرخ مصوب بانک مرکزی و در تسهیلات دوم نیز ۱۳ درصد فراتر از نرخ مصوب بانک مرکزی دریافت کرده است. با توجه به ماهیت و نوع مؤسسه اعتباری خواننده که



در زمان اعطای تسهیلات از نوع شرکت‌های تعاونی اعتبار بوده قطعا امکان پرداخت چنین تسهیلاتی را نداشته تا بتواند از مزایای سود بانکی مصوب بانک مرکزی استفاده نماید در واقع مؤسسه با درج مواد غیر قانونی در نرخ سود تسهیلات به شرح فوق در جهت استیفای ناروا و دارا شدن بلا جهت اقدام نموده که مورد مطالبه خواهان است. خواننده در دفاع اظهار نموده است موضوع فعالیت مؤسسه اعتباری ثامن در قالب تبصره ۲ ماده ۱ قانون تنظیم بازار غیر متشکل مصوب ۱۳۸۳ بوده که به موجب آن اشخاص حقیقی و حقوقی دیگری که بدون دریافت مجوز از بانک مرکزی به عملیات بانکی مبادرت دارند موظفانند ظرف یک ماه از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون برای اخذ به وقت مجوز به بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مراجعه و مدارک مورد نیاز را ارائه دهند که موکل در موعد مقرر تقاضای قانونی را انجام داده و بانک مرکزی به وظیفه قانونی خود عمل نموده است و ایراد اساسی متوجه بانک مرکزی است. همچنین مطابق ماده ۶ همان قانون عمل نموده و استعلام را نسبت به مؤسساتی می‌داند که بعد از تصویب قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی مصوبه ۸۳ ایجاد شده و نسبت به مؤسساتی که قبل از تاریخ ۸۳ تاسیس گردیده حاکمیت ندارد و اینکه استیفای ناروا به دارا شدن بلا جهت می‌بایست بر خلاف قانون و شرع صورت گیرد، که چنین تخلفی صورت نگرفته است و خواهان براساس اراده و اختیار اقدام به دریافت وام نموده و اخذ سود و خسارت تاخیر بر اساس دستور العمل بانک مرکزی دریافت گردیده است. دادگاه با استماع اظهارات طرفین و بررسی لوابیح و مستندات موجود در پرونده و همچنین نظریه کارشناسی به شماره ۹۶/۱۳۵ مورخ ۹۶/۹/۱۹ مستند به بند ۶ اشعار می‌دارد ۱- مبالغ بازپرداختی خواهان به خواننده در ارتباط با قرارداد اول با رعایت قاعده تسهیم به نسبت بابت اصل و سود و خسارت تاخیر به مبلغ ۳/۱۳۵/۷۴۷/۰۲۳ ریال است و نسبت به قرارداد دوم مبلغ فلان ۷/۰۴۴/۰۷۴/۷۹۲ است که مبلغ مازاد پرداختی خواهان به خواننده در ارتباط با قرارداد اول مستند به ماده ۱ قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی دارای مجوز فعالیت از بانک مرکزی اعلام مبلغ ۵۱۱/۵۵۶/۱۴۳ ریال اعلام و نسبت به قرارداد ما دوم مبلغ فلان مبلغ ۱/۸۷۱/۰۱۷/۸۶۰ ریال اعلام می‌گردد. به نظر می‌رسد اولاً: مستند به ماده ۱ از قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی



مصوب ۱۳۸۳ اشتغال به عملیات بانکی توسط اشخاص حقیقی و یا حقوقی تحت هر عنوان و تاسیس و ثبت هر گونه تشکل برای انجام عملیات بانکی «بدون دریافت مجوز از بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران ممنوع است» نهی قانون گذار نهی سببی است با عنایت به اینکه خواننده مدرکی دال بر مجوز ارائه نداده است وقوانین حوزه حقوق عمومی با وصف امری بودن ودلالیت براینکه در قراردادهای خصوصی به استناد ماده ۱۰۹ و ۹۷۵ و ۱۹۰ قانون مدنی نمی‌توان مخالف نظم عموماست. ثانیاً امر عمومی اقتضا می‌کند که غرایز و امیال شخصی یا فردی مجال بروز و ظهور نداشته باشد و برای حفظ آن می‌بایست با اکتفا به اصول حقوق عمومی در جهت تحفظ حقوق مردم تامین و تعمیم گردد. در حوزه حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت است با وصف منظور از آنجایی که شرکت خواننده هیچگونه مجوزی از بانک مرکزی دریافت نکرده هیچگونه اثر حقوقی و قانونی بر اقدامات آن بار نمی‌شود. ثالثاً اینکه مستند به «اصل انتظار مشروع» وقتی افراد با تشکیلات و سازمان‌های متنوع و گوناگون روبه رو می‌شوند آن مرجع را واجد صلاحیت و امتیازات قانونی قلمداد می‌کنند پس نمی‌توان به حاکمیت اراده طرفین در حوزه امر خصوصی مطرح است، استناد کرد «اصل انتظار مشروع» با ترکیبی از ساز و کارهای حمایتی متنوع در مواقع نقض رویه‌ها و امتیازات و حمایت از خواسته‌ها و توقعات معقول و مشروع شهروندان می‌پردازد به طوری که انتظار مشروع خواسته‌ها و توقعات در روابط متقابل فرد و مقام عمومی را بررسی می‌کند و عدم توجه به آن موجب ورود خسارت به شهروندان می‌گردد. به عبارت دیگر این اصل یک طیف عام از حمایت شهروند در جهت حفظ اعتماد عمومی و حفظ کارآمدی اقتصادی در حوزه حقوق بانکی (حقوق عمومی) بوده به صورتی که شهروندان در مواجهه با اقدامات و رویه‌های عمومی به قطعیت و ثبات حقوقی تصمیمات و رویه‌ها و اقدامات در ارتباط با کارگزاران حمایت از آن به شرط عقلانی بودن آن ضروری است. تحقق انتظار معقول لازمه نیل به انتظار مشروع است و معقولیت انتظار مشروع خود مشخصه آن است که تصمیم یا اقدام مطلوب و مورد توجه و اتکا باشد اصول کلی حقوقی هنجارهایی هستند که در رویه قضایی شکل گرفته و بر روابط مقام عمومی و اشخاص خصوصی حکومت دارد. یکی از انواع کنترل‌ها و نظارت‌ها می‌توان به نظارت



قضایی (اعم از دادگاه‌های حقوقی و دیوان عدالت اداری) اشاره نمود که رعایت «انصاف» و حفظ «اعتماد عمومی» به اداره و حمایت حقوقی از توقعات و «انتظار مشروع» شهروندان اقتضا دارد تا در موارد نقض رویه‌ها و تقویت منافع و امتیازات و ایراد خسارت به حمایت از خواسته‌های شهروندان اقدام نماید تا حقوق اشخاص در معرض تصمیم قرار نگیرد. تنها استثنای عدم حمایت حقوقی از شهروند درانتظار مشروع عبارت است از «منفعت عمومی مرجح» که موجب سلب امتیاز یا لغو آن از شهروند می‌گردد و امروزه انتظار مشروع در زمره اصول کلی حقوق تلقی می‌گردد و این قاعده عقلانی است که موجب ثبات حقوقی تصمیمات و رویه‌ها می‌گردد که رعایت اصل مذکور موجب می‌شود: الف) در مواقع نقض آیین نامه و رویه‌های اداری تضمین شکلی حقوق شهروند گردد. ب) در مواقع تقویت منافع و انتظارات شهروندی تضمین ماهوی گردد. ج) در مواقع ایراد خسارت به شهروندان، حقوق آنان جبران گردد و این که اصل انتظار مشروع ابزاری است در دست مراجع قضایی و دیوان عدالت اداری تا در راستای کنترل و نظارت قضایی اعمال دولت و ماموران و سازمان‌ها، اقدام نمایند و این حداقل انتظار از دادرس در مقام تمیز حق است تا بدین طریق مسوولیت مطلق دولت در برابر افراد اجتماع ارتقا یافته و تضمین گردد. نهی قانون گذار در قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی مصوب ۱۳۸۳ مجلس شورای اسلامی نهی در معاملات برخلاف نهی در عبارات، بر ممنوع بودن ورود اشخاص فاقد مجوزهای قانونی سه گانه فوق به عرصه پولی و بانکی کشور و کسب سود دلالت دارد و موجب بطلان عقد یا قرارداد می‌گردد که شرکت خواننده فاقد اهلیت و صلاحیت بوده که از ارکان عقد است که مخدوش می‌سازد و این نهی قانون گذار اهلیت و صلاحیت معامله کننده را مورد هدف قرار داده و موجب بطلان معامله می‌گردد و اهلیت و صلاحیت راجع به اشخاص حقوقی علی القاعده عقل و بلوغ نیست بلکه به مفهوم مجاز بودن و اهلیت وعدم مانع قانونی اشخاص حقوقی از حیث مجموعه قوانین مقررات است و چنانچه عباراتی نظیر «ممنوع است» و «مکلف است» منعکس در قانون را اینگونه تفسیر کنیم که دلالت بر امر ندارد پس هیچ قانونی را نباید امری تلقی کرد و کلیه قوانین تکمیلی است و نهادهایی چون شورای پول و اعتبار و بانک مرکزی آن هم با هزینه‌های فراوان و اختصاص



بودجه هنگفت بین الملل به عنوان نهادهای نظارتی بر مقررات پولی و بانکی صرفاً به وضع مصوبات و بخش نامه‌های ارشادی اشتغال دارند و تبعیت از آن بر نهادهای پولی و بانکی الزام آور نیست و با سرمایه‌های مردم هرگونه معامله نمایند، صرفاً از طریق کلانتری مانع گردند و بدین طریق در کشور تولید و اشتغال حاصل گردد و بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری در خدمت تولید و اشتغال باشند و موجب شکوفایی اقتصاد گردد و مقام قضایی نیز در این بین به عنوان تمییز دهنده حق از باطل نظاره کننده محض اقدامات بر خلاف مقررات آنان باشد و اختیاری نداشته باشد که در این صورت قانون گذاری در امور بانکی کار عبث و بیهوده ای خواهد بود حال آنکه قانون گذار عاقل و حکیم است و تصویب مقررات فراوان در امر پولی و بانکی در جهت ایجاد تولید منتهی به اشتغال بوده ثانیاً مقررات پولی و بانکی قاعده امری بودن و توافق برخلاف آن جایز نیست ثالثاً شرکت خوانده فاقد مجوزهای سه گانه از ناحیه بانک مرکزی بوده و غیر از اعطای تسهیلات قرض الحسنه حق اعطای تسهیلات فروش اقساطی را نداشته است رابعاً قانون گذار با توجه به مواد ۱۰ و ۱۹۰ و ۹۷۵ قانون مدنی و مقررات قانونی بانکداری بدون ربا از قراردادهای اعطایی مطابق ضوابط و مقررات قانونی حمایت می‌نماید و اعطای تسهیلات فروش اقساطی با نرخ ۲۵ و ۲۷ درصد با هیچ یک از ضوابط و مصوبات شورای پول و اعتبار و بانک مرکزی و مقررات پولی و بانکی هماهنگی ندارد و مطابق ماده یک قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی مصوب ۸۳/۱۰/۲۲ اشتغال به عملیات بانکی توسط اشخاص حقیقی و حقوقی تحت هر عنوان و تاسیس و ثبت هرگونه تشکل برای انجام عملیات بانکی، بدون دریافت مجوز از بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران ممنوع است و از ناحیه شرکت خوانده مدرکی که دال بر مجوز از بانک مرکزی باشد، ارائه و اقامه نگردیده است و موضوع اخذ نامه با موافقت از وزارت کار یا وزاتخانه دیگر و نامه از بانک مرکزی مجوز فعالیت در جهت اعطای تسهیلات بانکی ناست و این که مقررات پولی و بانکی قاعده امری است بدین معنا که بانک غیر مجاز یا مؤسسه غیر مجاز غیر بانکی نمی‌تواند عملیات بانکی از جمله افتتاح حساب و اعطای تسهیلات بانکی نماید زیرا موجب دخول در ربای قرضی می‌گردد که حرمت شرعی دارد. خامساً شرایط قانونی معاملات بانکی از جمله



اعطای تسهیلات بانکی برای کلیه مؤسسات پولی و بانکی (بانک، مؤسسه مالی و اعتبار مجاز غیر بانکی و صندوق قرض الحسنه و شرکت تعاونی اعتبار و غیره) اعم از این که مجوز فعالیت داشته یا نداشته باشد، الزامی است و توافق و انعقاد قرارداد (اعطای تسهیلات اعم از عقود مشارکتی و عقود مبادله ای و غیره) برخلاف آن و به موجب مواد ۱۰ و ۱۹۰ و ۹۷۵ قانون مدنی باطل و بلا اثر بوده و محکوم به بطلان است. سادساً بانک مجاز و مؤسسات مالی اعتبار مجاز غیر بانکی صرفاً حق اعطای تسهیلات آن هم با نرخ مصوب شورای پول و اعتبار و بانک مرکزی با نرخ ۱۴ در صد را داشتند در حالی که شرکت خوانده با ۲۵ و ۲۷ درصد تسهیلات اعطاء نموده است و ممانعت نکردن و عمل نکردن بانک مرکزی به وظیفه صریح قانونی، مجوز فعالیت خوانده نیست و دادگاه تابع عمل برخلاف قانون بانک مرکزی نیست و اشخاص حقوقی حق ندارند با نصب تابلو آن هم تابلو بانک و بدون ضابطه که شهروندان در این راستا، اقدام به مراجعه به آن واحد، انواع خدمات پولی و بانکی دریافت می نمایند از حسن نیت مشتریان خود استفاده غیر صحیح و غیر قانونی نمایند و این اقدام بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری غیر مجاز بانکی با حقوق شهروندی مغایرت صریح دارد و ریاست محترم جمهوری اسلامی و ریاست محترم قوه قضاییه و مجلس شورای اسلامی و رئیس کل بانک مرکزی و سازمان بازرسی کل کشور و دادستانی کل کشور و دادستانی تهرانی بایستی در این خصوص به وظیفه قانونی در جهت استیفای حقوقی شهروندی اشخاص و جلوگیری از تضییع حقوق کنندگان به بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری (اعم از مجاز و غیر مجاز) نظارت کافی نموده و اقدام قانونی معمول دارند و قانون اساسی و قوانین عادی در این راستا ضوابط دقیق و کاملی ترسیم نموده که هر از یک سازمانها و نهادهای حاکمیتی و قوای سه گانه در راستای استیفای حقوق اشخاص اجتماع در حیطه وظیفه قانونی خود قیام و اقدام نمایند. سابعاً شرکت خوانده تحت عنوان شرکت تعاونی اعتبار ثامن الائمه (علیه السلام) با شماره ثبت ۱۸۱۴۵۷ به ثبت رسیده و مطابق قوانین جاری، اگر دارای مجوز قانونی از بانک مرکزی بود، با رعایت قوانین و مقررات بخش تعاون و شرکتهای تعاونی، در چارچوب موضوع شرکت، اعلامی در اساس نامه مجاز به فعالیت است حال آن که شرکت خوانده نه مجوز فعالیت



از بانک مرکزی دارد و نه قوانین و مقررات بخش تعاون را به عنوان شرکت تعاونی اعتبار رعایت نموده و نه این که اعطای این گونه تسهیلات (فروش اقساطی) در اساس نامه شرکت تجویز گردیده است و شرکت خوانده اساساً وفق ماده ۸۶ قانون تعاونی سال ۱۳۵۰ اجازه پرداخت اعتبار به غیر عضو را ندارد و صرفاً می‌توانسته مطابق اساس نامه به اعضای خود تسهیلات اعطاء و سپرده اخذ نماید و اساس نامه شرکت نیز نمی‌تواند مخالف قاعده امری مقرر در قانون باشد و برابر ماده یک قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی مصوب ۸۳/۱۰/۲۲ اشخاص حقوقی نظیر شرکت خوانده ممنوعیت صریح از فعالیت در امور بانکی و پولی دارند و قانون عملیات بانکی بدون ربا، عقود مصرح در آن قانون را فقط برای بانک‌های مجاز، تجویز نموده و قراردادهای بدون رعایت موازین، مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی، فاقد اعتبار و اثر قانونی است و برای صدور مجوز از بانک مرکزی برای بانک‌های مجاز از بانک مرکزی سه مرحله باید طی گردد مرحله اول، اخذ موافقت اصولی از بانک مرکزی مرحله دوم، اخذ مجوز تاسیس از بانک مرکزی و مرحله سوم مجوز فعالیت مالی و اعتباری از بانک مرکزی که در حال حاضر به شرکت خوانده صرفاً اجازه داده شده نسبت به پذیره نویسی اقدام نماید و پس از آن، احراز صلاحیت هیئت مدیره شرکت خوانده توسط بانک مرکزی بررسی و صادر شود والا مجوز فعالیت برای شرکت خوانده صادر نخواهد شد و تشکیل هیئت مدیره نیز پس از تشکیل مجمع عمومی مؤسسین است هیئت مدیره را تعیین نموده و شرکت خوانده تاکنون پذیره نویسی را نیز انجام نداده است بنابراین قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشند، نافذ است که قانون گذار در ماده ۱۰ قانون مدنی از قراردادهایی حمایت می‌کند که مخالف قانون نباشند و آنچه مسلم است شرکت خوانده هم فاقد مجوز سه گانه (موافقت اصلی، مجوز تاسیس، مجوز فعالیت) بوده و هم برخلاف مصوبه شورای پول و اعتبار با نرخ بالاتر از مصوبه آن شورا تسهیلات اعطاء نموده است ۲۵ و ۲۷ درصد که با لحاظ جریمه تأخیر ۶ درصد جمعاً ۳۱ و ۳۳ درصد می‌گردد که در طول تاریخ تأسیس شورای پول و اعتبار چنین نرخ سودی، معامله نمی‌گردد. ثامناً مطابق صراحت ماده ۹۷۵ قانون مدنی دادگاه نمی‌تواند قراردادهای خصوصی که مخالف با نظم عمومی است به



موقع اجرا بگذارد که مقررات پولی و بانکی و اعطای تسهیلات به غیر عضو تعاونی و با نرخ سود بالاتر از مصوبه شورای پول و اعتبار و عدم دریافت مجوزهای سه گانه یادشده از بانک مرکزی و با لحاظ قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی مصوب ۱۳۸۳ مجلس شورای اسلامی که قانون امری است و مربوط به نظم عمومی است و حمایت از سرمایه‌های اشخاص حقوقی و حقیقی در جامعه است زیرا هدف قانونگذار از قرار دادن نظام پولی و بانکی در زمره قواعد امری و نظم عمومی بر این مبنا بوده که در صورت انحلال یا ورشکستگی و تحت هر شرایطی بانک مرکزی بتواند با ساز و کارهای قانونی جوابگوی سرمایه مردم باشد که وضعیت برخی مؤسسات مالی و اعتباری غیرمجاز بانکی و همچنین وضعیت نا مشخص شرکت خوانده که مشکلات اجتماعی به وجود آورده است. تاسعاً با توجه به قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی مصوب ۱۳۸۳ شرکت خوانده نه بانک مجاز است و نه مؤسسه مالی و اعتبار مجاز غیر بانکی و نه صندوق قرض الحسنه، بلکه شرکت تعاونی اعتبار است که در تبصره ۲ ماده یک قانون مذکور مهلت ارائه فعالیت بانکها و صندوقهای فعال قبل از قانون مذکور را یک ماه اعلام نموده مضاف بر این که در تبصره ماده ۲ آیین نامه اجرایی قانون یاد شده مصوب ۸۶/۴/۲۰ هیئت وزیران قانون حاکم بر ادامه فعالیت مؤسسات اعتباری غیر بانکی را قوانین تأسیس اعلام نموده لکن تصریح نموده که باید عملیات بانکی خود را با ضوابط مصوب شورای پول و اعتبار تطبیق دهند که ضوابط آن اخذ مجوزهای سه گانه یاد شده در فوق است (موافقت اصولی، مجوز تأسیس و مجوز فعالیت) بدین معنا که الف) موافقت اصولی عبارتست از موافقت نامه ای که وزارت تعاون پس از دریافت و بررسی درخواست، اساس نامه پیشنهادی، برنامه عملیاتی و سایر مدارک متقاضی و تطبیق با ضوابط بخش تعاونی صادر می‌نماید. ب) مجوز تأسیس عبارتست از موافقت بانک مرکزی با تأسیس شرکت تعاونی اعتبار پس از طی مراحل پیش بینی در دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر شرکت‌های اعتبار مصوب جلسه ۱۰۹۲ مورخ ۸۶/۶/۳ شورای پول و اعتبار، ج) مجوز فعالیت عبارتست از مجوز صادر شده از سوی بانک مرکزی برای شروع بر فعالیت شرکت تعاونی اعتبار که با وصف مذکور قانون گذار صرفاً این قبیل شرکت‌ها را راجع به موافقت اصولی (اولین



مجوز) معاف نموده و نه مجوز تأسیس و مجوز فعالیت و با چنین نص صریح، هر استدلالی در جهت اعتباربخشی به قراردادهای شرکت خواننده در راستای اعطای تسهیلات به غیر اعضاء فاقد منطق حقوقی و قضائی است و اسناد و مدارک دال بر این که شرکت خواننده دارای مجوزهای سه گانه مذکور باشد از ناحیه وکیل شرکت خواننده ارائه و اقامه نگردیده است و نظر به این که فقهای عظام از مرحوم کلینی تاکنون در حرمت شرعی ربای قرضی تردیدی نداشته و ندارند. فلذا دادگاه به استناد مواد ۱ و ۲ و ۱۹۸ و ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۱۰ و ۱۹۰ و بند سه ماده ۲۳۲ و ۳۰۱ و ۳۰۲ و ۹۷۵ و ۳۳۶ قانون مدنی حکم به ۱- پرداخت مبلغ ۲/۹۴۲/۴۳۵/۹۸۴ ریال (بابت قرارداد شماره ۱۸۰۹۲۱۵۰۶۰۱۸) مورخ ۹۲/۹/۱۲ و مبلغ ۸۹۸/۱۸۷/۴۱۹ ریال (بابت قرارداد شماره ۱۵/۸۲۴۲۲) مورخ ۸۹/۳/۳۱-۲ پرداخت خسارت تأخیر تأدیه (از تاریخ تقدیم دادخواست (۹۶/۱۱/۱۲) تا اجرای حکم) به مأخذ محکوم به ۳- پرداخت خسارت دادرسی به مبلغ ۱/۹۰۲/۰۰۰ ریال ۴- پرداخت حق الوکاله وکیل ۵- پرداخت مبلغ ۵۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال حق الزحمه کارشناس وکیل خواهان مکلف به پرداخت الباقی تمبر مالیاتی است و خواهان نیز مکلف به پرداخت الباقی هزینه دادرسی در حق صندوق دولت است که مبلغ مذکور نیز جزء محکومیت خواننده بابت هزینه دادرسی است که باید در حق خواهان پرداخت نماید. رأی صادره حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان قم است.

فهرست منابع

- تاملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری، محمد حسین زارعی و مسیح بهینا، مجله راهبرد، تحقیقات استراتژیک، زمستان ۱۳۹۰ شماره ۶۱
- حقوق اداری، طباطبائی مؤتمنی، دکتر منوچهر، جلد دوم، تهران، ۱۳۵۴، ص ۴۸ به بعد.
- حقوق مدنی، عمید، موسی، هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران، ۱۳۴۲، ص ۳۶۸.
- حقوق مدنی (اشخاص و محجورین) مؤلفان، صفایی، دکتر سید حسین و قاسم زاده، دکتر سید مرتضی، انتشارات سمت، تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۷، صفحه ۱۴۲.
- حقوق شرکت‌های تجاری، پاسبان، دکتر محمد رضا، انتشارات سمت، تهران ۱۳۹۴، چاپ یازدهم، ص ۳۶.



بررسی حقوقی خسارت تأخیر تأدیه در

قراردادهای بانکی

ابوالفضل افشاری^۱

در سال‌های اخیر، با بزرگ شدن اقتصاد کشور و گسترش شبکه بانکی، شاهد افزایش تسهیلات پرداختی به مشتریان بانکی با عناوین مختلف بوده‌ایم که البته بسیاری از آن‌ها نیز به دلایل مختلف از رکود گرفته تا تورم‌های لجام گسیخته، منجر به طرح دعاوی مختلف له یا علیه بانک‌ها در سطح محاکم کشور گردیده است. در یک دهه گذشته، که در بسیاری از دعاوی بانکی حضور داشته‌ام، یکی از مواردی که گاهاً محل مناقشه و اختلاف در محاکم و البته بین اصحاب دعوا بوده است، موضوع «وجه التزام قراردادهای بانکی یا خسارت تأخیر تأدیه» بوده است.

اولین ایراد وارده به خسارت تأخیر تأدیه قراردادهای بانکی، مغایرت آن با موازین شرعی و شبهه ربا بودن است؛ تا جایی که برخی از مراجع تقلید نیز صراحتاً حکم به ربا و حرام بودن اخذ خسارت تأخیر تأدیه در قراردادهای بانکی داده و برخی از رسانه‌ها، و بعضاً بدهکاران کلان بانکی، در فضاهای مجازی و با راه اندازی کمپین‌های مانند «حذف ربا» به آن دامن زده‌اند. ناگفته نماند که فقهای شورای نگهبان، در سال ۱۳۶۱، طی نامه شماره ۷۷۴۲، مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۱۱، دریافت وجه التزام را مغایر با موازین شرعی تشخیص نداده‌اند. بر این اساس نیز شورای پول و اعتبار موضوع اخذ وجه التزام تأخیر تأدیه را طی بخشنامه‌ای به شبکه بانکی کشور ابلاغ و بانک‌ها و مؤسسات اعتباری را مجاز به اخذ وجه التزام تأخیر تأدیه دین از مشتریان می‌نماید؛ به شرطی که در قرارداد منعقد بین بانک



و مشتری، به صورت شرط ضمن عقد ذکر و نرخ آن نیز به طور صریح و دقیق مشخص شده و به امضای طرفین نیز رسیده باشد. با این وجود، برخی از محاکم همچنان حکم بر بطلان خسارت‌های تأخیر تأدیه بانکی داده و رسانه‌ها نیز همچنان به تلاش‌های خود ادامه می‌دهند.

آنچه مسلم است این است که شرط و پیش بینی اخذ وجه التزام تأخیر تأدیه در قراردادهای بانکی، به عنوان یک عامل بازدارنده برای جلوگیری از عدم ایفای تعهدات مشتریان و جلوگیری از رشد مطالبات غیر جاری است که البته در بسیاری از موارد نیز وجه التزام‌های پیش بینی شده، نقش سازنده‌ای در بازدارندگی از بدحسابی تسهیلات گیرندگان ندارد؛ فلذا از همین رو بود که هیأت وزیران در جلسه مورخ ۱۳۸۸/۷/۱، بنابر پیشنهاد مشترک بانک مرکزی و وزارت امور اقتصادی و دارایی، در ماده ۱۲ آیین نامه وصول و مطالبات سررسید گذشته، معوق و مشکوک الوصول مؤسسات اعتباری (ریالی و ارزی)، مصوب ۱۳۸۸/۸/۳، بانک‌ها را ملزم به پیش بینی و شرط وجه التزام‌های پلکانی نمود که طبق آن، وجه التزام‌های تأخیر تأدیه از ۶ درصد تا ۱۴ درصد افزایش یافت تا بلکه اهرم فشار و عامل بازدارنده‌ای برای مشتریان بدحساب بانکی و تسریع در وصول مطالبات آنان گردد.

دومین موضوع مناقشه برانگیز، خلط مبحث خسارت تأدیه موضوع ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی و خسارت تأخیر تأدیه قراردادهای بانکی، به عنوان شرط ضمن عقد است.

در برخی از آرای قضایی، قضات محترم (و در یک مورد یکی از شعب دیوان عالی کشور)، در خصوص مطالبه خسارت تأخیر تأدیه مندرج در قراردادهای بانکی، با استناد به ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی نظر بر پرداخت خسارت طبق شاخص تورم بانک مرکزی دارند که این نظرات و آرای صادره، قطعاً مغایر با قوانین خاص بانکی است که در ادامه به برخی از این مستندات قانونی اشاره خواهد شد.

الف- بر اساس تبصره یک قانون الحاق دو تبصره به ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا، مصوب ۱۳۷۶ مجلس شورای اسلامی، که در تاریخ ۱۳۷۶/۱۲/۶ به تایید شورای نگهبان رسیده است، کلیه وجوه و تسهیلات اعطایی، که بانک‌ها در اجرای این قانون به اشخاص حقیقی یا حقوقی پرداخت نموده یا می‌نمایند و برابر قرارداد تنظیمی مقرر شده باشد که اشخاص مذکور در سررسید معینی وجوه و تسهیلات دریافتی به انضمام سود و



«خسارت» و هزینه‌های ثبتی و اجرایی، دادرسی و حق الوکاله را بپردازند، در صورت عدم پرداخت و اعلام بانک بستانکار قابل مطالبه و وصول است و کلیه مراجع قضایی و دوایر اجرای ثبت و دفاتر اسناد رسمی مکلفند بر اساس مفاد اسناد و قراردادهای تنظیمی نسبت به صدور حکم... اقدام نمایند؛

ب- بر اساس بند الف ماده ۱۱ آیین نامه وصول مطالبات سررسید گذشته، معوق و مشکوک الوصول مؤسسات اعتباری مصوب ۱۳۸۸/۸/۳ هیأت محترم وزیران، «دریافت وجه التزام (جریمه تأخیر تأدیه) به موجب قانون الحاق دو تبصره به ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۷۶ - معادل نرخ سود قراردادی به علاوه ۶ درصد» است؛

ج- همچنین بر اساس ماده ۱۲ آن قانون، مؤسسات اعتباری موظفند از تاریخ ابلاغ آیین نامه، قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی را به صورت پلکانی و شروط ضمن عقد تنظیم و دریافت نمایند. این موضوع سال‌ها بعد، و به استناد بخش نامه مورخ ۱۳۹۴/۷/۷ بانک مرکزی مبنی بر حذف نرخ‌های وجه التزام تأخیر تأدیه دین به صورت پلکانی، ملغی گردید؛ لکن علی‌رغم مفاد ماده ۴ قانون مدنی و عطف به ماسبق نشدن قانون و اثر آن نسبت به آتیه، رییس بانک مرکزی در پاسخ به استعلام استاندار قم صراحتاً بیان داشته است: «آیین نامه مذکور از تاریخ ابلاغ آن لازم الاجرا بوده و از این رو شامل قراردادهای تسهیلاتی منعقد شده قبل از آن نمی‌گردد»؛

د- بر اساس آیین نامه وصول مطالبات غیر جاری مؤسسات اعتباری، مصوب ۱۳۹۴/۶/۱۰ شورای پول و اعتبار (بند یک ماده ۱۱)، دریافت وجه التزام تأخیر تأدیه دین، به موجب قانون الحاق دو تبصره به ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا، مصوب ۱۳۷۶، مطابق مفاد ماده ۱۷ آیین نامه، جزو وظایف مؤسسات اعتباری درج گردیده است؛

ه- بانک مرکزی به دنبال جوسازی‌های صورت گرفته در جامعه و با انتقاد از هیاهو و جنجال‌های تبلیغاتی و با دعوت از مردم در یافتن ریشه‌های قانونی اخذ خسارت تأخیر تأدیه، طی بیانیه‌ای در تاریخ ۱۶ اسفند ۱۳۸۳ اعلام می‌دارد: «... دریافت خسارت تأخیر تأدیه، توسط بانک‌ها و مؤسسات اعتباری تحت نظارت بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران بر اساس قوانین و مقررات موضوعه کشور صورت می‌پذیرد. برای این منظور توجه هموطنان گرامی را به مفاد «قانون نحوه وصول مطالبات بانک‌ها» مصوب جلسه‌ی مورخ ۱۳۶۸/۱۰/۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام و «قانون الحاق دو تبصره به ماده ۱۵



اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا» مصوب جلسه‌ی مورخ ۱۳۷۶/۱۱/۲۹ مجلس شورای اسلامی که در تاریخ ۱۳۷۶/۱۲/۶ به تأیید شورای نگهبان رسیده است جلب می‌نماید».

در هر حال، با بررسی تقنینی و جامعه‌شناسی موضوع اخذ خسارت تأخیر تأدیه‌ی تسهیلات پرداختی توسط بانک‌ها، علاوه بر ریشه‌های اجتماعی آن در راستای پیش‌گیری از سوء استفاده مشتریان بدحساب، به مبانی قانونی آن خواهیم رسید که قانون‌گذار، بر اساس قوانین خاص، بانک‌ها را مجاز و بلکه ملزم به اخذ خسارت تأخیر تأدیه نموده است؛ لذا با وجود قوانین خاص و مصوب، استناد به فتاوا یا مفاد ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی در رسیدگی به دعاوی مرتبط با خسارت‌های تأخیر تأدیه مغایر با قوانین موضوعه و تضییع‌کننده حقوق عمومی خواهد بود.



تفاوت ضمان

در حقوق مدنی و حقوق تجارت

صابرعلی انصاری^۱

چکیده

عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی بدین نحو تعریف شده است: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری نمایند و مورد قبول آن‌ها قرار گیرد»؛ گرچه تعهد ممکن است از طریق قرارداد و یا ناشی از الزامات خارج از قرارداد باشد (مواد ۱۸۳ تا ۳۳۷ ق.م). عقد در قانون مدنی منقسم به عقد تملیکی، عقد عهدی و عقد اذنی شده است. همینطور یکی دیگر از تقسیم بندی عقود عقود را تقسیم به عقود معین و غیر معین نموده است. عقود معین به عقدهایی گفته می‌شود که در قانون قید و عنوان شده‌اند و عقود غیر معین عقدهایی هستند که در قانون به آن‌ها تصریح نشده است؛ بلکه باید بنابر ماده ۱۰ قانون مدنی به آن‌ها نگریست. عقد ضمان از عقود معین و از نوع عهدی (عقد عهدی عقدی است که به موجب آن یک طرف متعهد انجام کاری می‌شود) است؛ همچون عقد حواله، کفالت، تبدیل تعهد و نامزدی. عقد ضمان، که در قانون مدنی جزو عقود معین و عهدی ذکر شده، در قانون تجارت نیز بیان شده است؛ اما چنانچه خواهیم دید، آثار عقد ضمان در این دو قانون دارای تفاوت‌هایی است. ما می‌خواهیم این تفاوت‌ها را در این مقاله مطرح نماییم؛ لذا بدواً تعریف، سپس کاربرد، انواع و آثار آن را در قانون مدنی طرح و در ادامه، از منظر قانون تجارت بررسی خواهیم نمود و چگونگی کاربرد و تمسک به این عقد را در هر دو قانون و در محاکم و زمان صدور آراء و در رویه قضائی بیان کرده، در پایان نتیجه لازم را خواهیم گرفت.

واژگان کلیدی: حقوق، قانون مدنی، قانون تجارت، عقد، ضمان

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی و وکیل دادگستری.

مقدمه

در این مقاله ابتدا تعریف ضمان از نظر لغوی و سپس تعریف آن در اصطلاح حقوقی و در ادامه کاربرد ضمان در قانون مدنی و قانون تجارت مورد بررسی قرار خواهد گرفت؛ سپس تفاوت کاربردی این عنوان در دو قانون اخیر بیان شده و در انتها، در جمع بندی نهایی، کاربرد ضمان در رویه قضایی و در محاکم گوشزد خواهد شد.

در این مقاله سعی شده دلیل بودن یا نبودن ضمان، چه با اختیار و ارادی و یا بدون اختیار و غیر ارادی در ایجاد ضمان، توضیح داده شده و انواع ضمان و شرایط ضامن و همینطور الفاظی همچون مضمون له و مضمون عنه و مضمون منه نیز تبیین شوند. ضمان در لغت به معنای التزام، تعهد و کفالت است و در اصطلاح حقوقی ضمان، بودن تعهدی بر عهده شخصی تعریف شده است.

در حقوق، عقد شامل عقود معین و غیر معین است و همینطور از نظر نوع دارای انواعی مثل عقد لازم و جایز، عقد مطلق و منجز و غیره است. همچنین هر عقدی دارای اثری است؛ مثل عقد صحیح و باطل و عقد نافذ و غیر نافذ و امثالهم، که برای فهم بهتر حتی المقدور و در حد لزوم اشاره‌ای به آن خواهد شد.

این مقاله شامل موارد زیر است:

۱- تعریف ضمان؛ ۲- انواع ضمان (شکلی و ماهوی)؛ ۳- تعاریف تشکیل دهنده عقد ضمان و اوصاف آن‌ها؛ ۴- قواعد حاکم بر عقد ضمان در قانون مدنی؛ ۵- قواعد حاکم بر عقد ضمان در قانون تجارت؛ ۶- نتیجه.

۱- تعریف ضمان

ضمان عبارت است از الزام کسی به پرداخت مالی به دیگری اعم از اینکه به اختیار باشد یا به موجب قانون. عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را بر ذمه دیگری به عهده بگیرد. این عقد، عقدی عهدی، رضایی، تبعی، مسامحی و لازم است. پس می‌بینیم به این اعتبار ضمان دارای انواعی است شامل ضمان عقدی و ضمان قهری و ضمان معاوضی؛ که ضمان معاوضی ناشی از همان ضمان عقدی است، لکن برخلاف ضمان عقدی، که اثر مستقیم عقد است، ضمان معاوضی اثر مستقیم عقد نیست که متعاقباً توضیح داده خواهد شد.

توضیح کامل‌تر این که عقد ضمان، دارای ویژگی‌هایی به شرح زیر است:



الف) عقد ضمان، عقدی است که به موجب آن شخصی در برابر طلبکار و با موافقت او دین مدیون را به عهده می‌گیرد؛

ب) عقد ضمان، عقدی است عهدی؛ یعنی رکن اصلی آن تعهد ضامن به پرداخت دین مضمون عنه است؛

پ) عقد ضمان عقدی رضایی است؛ یعنی تشریفات خاص ندارد؛

ت) عقد ضمان عقدی تبعی است؛ یعنی با بودن دین مصداق دارد و اگر دینی وجود نداشته باشد، عقد ضمان و وجود و لزوم ضامن نیز محلی برای اعراب نخواهد داشت؛

ث) عقد ضمان از عقود مسامحه‌ای است و نه معامله‌ای؛

ج) عقد ضمان عقدی لازم است و نه جایز.

۲- انواع ضمان

ضمان در شکل و ماهیت، انواعی دارد:

۱-۲- ضمان از نظر ماهیت به سه نوع ضمان نقل ذمه به ذمه، ضمان تضامنی و ضمان وثیقه‌ای تقسیم می‌شود.

۱-۱-۲- ضمان نقل ذمه به ذمه: دکتر کاتوزیان در اثر عقود معین به آن اشاره و از این نوع ضمان به عنوان قاعده در حقوق مدنی ایران یاد کرده است. این نوع ضمان عبارت است از این که شخصی در برابر طلبکار و با موافقت او دین دیگری (مضمون عنه یا مدیون یا بدهکار) را به عهده گرفته و پرداخت آن را تقبل نماید؛ در نتیجه دین از عهده مدیون خارج و ذمه وی بری شده و به عهده ضامن منتقل می‌گردد؛

۲-۱-۲- ضمان تضامنی: در این نوع ضمان تعهد مدیون و ضامن در عرض هم است به طوری که طلبکار برای وصول طلب خود می‌تواند به دلخواه به مدیون اصلی و یا ضامن مراجعه کند و در صورت عدم وصول خود به مراجعه شده اول (مدیون یا ضامن) به شخص دوم (ضامن یا مدیون) رجوع نماید. این نوع ضمان را ضمان عرضی یا ضم ذمه به ذمه نیز می‌گویند. در این ضمان، مدیون اصلی بری نخواهد شد؛ بلکه مضمون عنه و ضامن هر دو مشترکاً و هر کدام بطور کامل مسئول ادای دین خواهند بود؛

۳-۱-۲- ضمان وثیقه‌ای: به موجب این ضمانت، ذمه ضامن وثیقه ذمه مضمون عنه می‌شود؛ یعنی دائن ابتدا برای وصول طلب خود به مدیون مراجعه می‌کند و اگر طلبش وصول نگشت، متعاقب آن به ضامن مراجعه می‌نماید. پس مضمون له نمی‌تواند نخست



به ضامن رجوع نماید؛ مگر مدیون اصلی از ادای دین سرباز زند. به این نوع ضمان، ضمان طولی نیز گفته می‌شود.

۲-۲-۲- اما ضمان از نظر شکل و ظاهر و چگونگی انعقاد آن دارای انواعی شامل: ضمان عقدی، ضمان قهری و ضمان معاوضی است.

۲-۲-۲-۱- ضمان عقدی: این ضمان عبارت از انتقال ذمه مضمون عنه (مدیون) به ذمه ضامن است و به این جهت به آن ضمان عقدی می‌گویند که انعقاد آن نیاز به ایجاب و قبول دارد و اراده طرفین عقد در آن اثر مستقیم دارد؛ به این صورت که ایجاب از سوی ضامن و قبول از جانب مضمون له خواهد بود و رضای این دونفر شرط است. در این عقد، مضمون عنه نسبت به این عقد بیگانه است؛ به گونه‌ای که حتی رضای او هم شرط نیست. در ضمان عقدی، تعهد به ضمانت اختیاری است و ضامن به اختیار خود عهده‌دار پرداخت می‌شود. این تعهد اثر مستقیم عقد است که یا به موجب عقد ضمان است و یا به موجب عقد حواله؛ با این تفاوت که در عقد ضمان، ذمه ضامن نسبت به مضمون عنه (مدیون) به طور معمول بری است و به او مدیون نیست، اما در عقد حواله ذمه محال علیه نسبت به محیل مشغول است. اگر محال علیه به محیل مدیون نباشد، پس از قبولی وی در حکم ضامن خواهد بود و نمی‌تواند به استناد عدم مدیون بودن به محیل از ادای دین سرباز زند؛ چون با قبولی ضمانت ارادی، خود را مدیون ساخته است؛ گرچه می‌توانست ضمانت را قبول نکند و مدیون هم نگردد؛

۲-۲-۲-۲- ضمان قهری: در ضمان قهری، برخلاف ضمان عقدی، قصد ضامن در ایجاد ضمان مؤثر نبوده و مبنای ضمان حکم قانون است. به عبارت دیگر، در ضمان قهری تعهد به پرداخت مال اختیاری نیست؛ حال چه مبنای ضمان قرارداد باشد و چه واقعه حقوقی. به عنوان نمونه، در عهده‌شکنی، ضمان ناشی از قرارداد است و اگر طرفین عقد در میزان خسارت توافق کرده باشند، مسئولیت متعهد مبنای قرارداد و الزاماً تعهد وی قهری خواهد بود؛ یعنی متعهد، یا همان ضامن، در ایجاد آن اختیار و اراده‌ای ندارد. چنانچه بیان گردید، در عقد ضمان و عقد معوض، ضمان یا اثر مستقیم عقد است و یا اثر غیر مستقیم آن؛ اما در قراردادهایی که در آن مسئولیت متعهد پیش‌بینی شده، خلاف عقد ضمان و عقد معوض، ضمان نه اثر مستقیم عقد است و نه اثر غیرمستقیم آن، بلکه تنها اثر عهده‌شکنی است و تا عهده‌ی شکسته نشده ضمانی نیز به وجود نمی‌آید، ولی به محض تخلف از مفاد قرارداد، ضمان بر عهده‌شکن تحمیل می‌شود و این ضمان غیر ارادی است.



در این گونه قراردادها، اثر عقد انجام مفاد قرارداد است و ضمان پیش‌بینی شده در قرارداد در صورت عدم ایفای تعهد به حکم قانون برعهده متخلف قرار می‌گیرد و از این رو، عهدشکنی را نیز می‌توان در زمره وقایع ضمان آوری به شمار آورد که اثر آن به حکم قانون معین می‌شود.

توافق دو طرف عقد درباره میزان خسارت، که اغلب به صورت شرط ضمنی است، در صورتی قابل اجراست که مورد حمایت قانون گذار باشد. بنابراین نیروی الزام‌آور تعهد ناشی از عهدشکنی را نیز قانون ایجاد می‌کند و نه قرارداد. لذا در این جا می‌توان رد پای ماده ۱۰ قانون مدنی را مشاهده کرد که بصورت نامحسوس ایفای نقش می‌نماید؛

۲-۲-۳- ضمان معاوضی: همان گونه که گفته شد، ضمان عبارت است از التزام به پرداخت اختیاری یا قهری مالی به یک شخص. در عقود معوض، تعهد هریک از طرفین عقد در مقابل عین دریافتی، تعهد به دادن عوض معین است و به این تعهد «ضمان معاوضی» گویند. در ضمان عقدی، اثر عقد، تعهد به پرداخت مال است. منشأ ایجاد ضمان معاوضی نیز عقد است و از این جهت با ضمان عقدی وجه مشترک دارد؛ اما باید توجه داشت که در عقد ضمان، تعهد، اثر مستقیم است؛ در حالی که در عقود معوض تملیکی همچون عقد بیع، تعهد به تسلیم، اثر غیرمستقیم و تبعی عقد به شمار می‌آید.

در عقود معوض تملیکی، انتقال مالکیت، اثر مستقیم عقد است که با وقوع عقد و بدون واسطه تحقق می‌یابد؛ اما تسلیم، تعهدی است که باید ایفا شود. به عنوان مثال، تملیک عین در عقد بیع و تملیک منافع در عقد اجاره، اثر مستقیم عقد است و تعهد به تسلیم مبیع از سوی بایع و نیز تعهد به تسلیم عین مستأجره برای استیفای منفعت از جانب موجر، اثر تبعی و غیرمستقیم آن است.

در مقابل ضمان معاوضی، ضمان واقعی قرار دارد. در این نوع از ضمان، مضمون به خود عین است و نه عوض معین؛ زیرا در صورت موجود بودن عین، خود عین برعهده متعهد است و اگر عین تلف شده باشد، مثل یا قیمت آن عوض معین قرار می‌گیرد. به همین جهت به آن ضمان «مثل و قیمت» نیز گفته‌اند. این نوع ضمان در عقود ودیعه و عاریه مطرح می‌شود. این عقد، عقدی جایز است و در آن، مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نیست مگر در صورت تفریط یا تعدی.

با توضیحات ارائه شده در خصوص ضمان، انواع آن و اثر هر ضمان در قانون در قسمت‌های بعد و در ادامه مقاله اختلاف کاربردی ضمان در قوانین مدنی و تجارت

۳- طرف‌های تشکیل دهنده عقد ضمان شامل

الف) مضمون له (ب) مضمون عنه (ج) مضمون به (د) ضامن
الف) مضمون له: دائی را گویند که از مضمون عنه طلبکار است و به ایشان بستانکار هم گفته می‌شود؛
ب) مضمون عنه: مدیونی را گویند که به مضمون له یا همان دائن و یا همان بستانکار یا طلبکار، بدهکار است؛
پ) مضمون به: همان مالی است که مورد مناقشه بوده و مورد طلب از طرف مضمون له نسبت به بدهکار است؛
ت) ضامن: شخصی است که پرداخت بدهی مدیون را متعهد شده است.

۴- ضمان در قانون مدنی و قواعد حاکم بر آن

در قانون مدنی، که نشأت گرفته از فقه امامیه است، عقد ضمان دارای سه رکن دائن، مدیون و دین است و رابطه‌ای بین دائن و مدیون به وجود می‌آید تا عقد ضمان مطرح گردد و علاوه بر این، باید یک مضمون عنه هم وجود داشته باشد که این مضمون عنه در سایه قرار دارد؛ یعنی در عقد ضمان مستقیماً مطرح نبوده و طرفین عقد با انعقاد امور وی را به سرانجام می‌رسانند؛ بدون آن که او دخالت، رضایت و نظری داشته باشد (ماده ۶۸۵ قانون مدنی). گرچه در فقه عامه و فقه امامیه اختلاف وجود دارد و در فقه عامه مضمون عنه را خارج از عقد ضمان نمی‌دانند، یعنی ضامن و مضمون عنه هر دو مقابل مضمون له مدیون هستند، اما در فقه امامیه، که مبنای قانون مدنی ما است، با عقد ضمان، ذمه مدیون اصلی در مقابل دائن یا مضمون له بری شده و به ذمه ضامن که جایگزین مدیون اصلی خواهد شد، در خواهد آمد. یعنی اگر کسی ضامن دیگری شود، ضمان مذکور نقل ذمه مدیون به ذمه ضامن خواهد شد؛ مگر این که طرفین با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی، ضمان را به صورت تضامنی منعقد نمایند.

لازم به ذکر است طبق ماده ۱۹۰ قانون مدنی، عقد ضمان مثل هر عقد دیگری باید شرایط صحت عقد، که شامل قصد و اهلیت طرفین، معین بودن موضوع و مشروعیت مورد معامله است، را دارا باشد. در عقد ضمان مضمون عنه نقشی ندارد؛ زیرا



این عقد بین ضامن و مضمون له منعقد می‌شود و با استناد به ماده ۶۸۵ قانون مدنی که می‌گوید: «در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست»، عقد منعقد می‌گردد. یا در ماده‌های ۲۶۷ و ۶۸۶ قانون مدنی، که در ایفای دین از جانب غیر مدیون، رضایت شرط نیست؛ مثل ضامن شدن از محجور و میت که در ماده ۶۸۷ قانون مدنی آمده که این چنین عقدی صحیح بوده و این محمول بر آن است که هر کسی می‌تواند با رعایت ماده ۱۹۰ قانون مدنی تبرعاً ضامن هر شخصی گردد، زیرا مدیون دخالتی در عقد ضمان ندارد. بنابر قانون مدنی، از آثار عقد ضمان انتقال دین از مدیون به ضامن و بری شدن مضمون عنه است؛ اگر قصد دائن، بعد از عقد ضمان، بری نمودن مضمون عنه باشد، باید به آن تصریح کند. طبق قانون مدنی، در عقد ضمان، امکان فسخ و یا اقاله وجود ندارد؛ مگر طبق امکان خاص که شامل توافق از قبل عقد فی مابین ضامن و مضمون له باشد. به همین علت عقد ضمان را عقدی لازم دانسته‌اند.

مواردی که در قانون مدنی باعث ایجاد ضمان قهری می‌شوند در ماده ۳۰۷ این قانون ذکر شده که شامل موارد زیر است:

الف) غصب و آنچه در حکم غصب است؛ ب) اتلاف و تسبیب؛ پ) استیفاء. الف) غصب و آنچه در حکم غصب است: طبق قانون، احکام ضمانت از احکام وضعی است و علم و جهل ایادی در این حکم تأثیری ندارد؛ لذا بر این مبنا، قانون‌گذار در قانون مدنی، قید نموده اگر کسی مال مغضوب را از غاصب غصب کند، آن شخص نیز مثل غاصب سابق ضامن است چه به غاصبیت غاصب، عالم و چه جاهل باشد و اگر غاصب خود غصب کننده باشد و یا از غاصب خریداری کرده باشد در هر دو صورت مسئولیت تضامنی دارند؛

ب) اتلاف و تسبیب: قانون مدنی، در ماده ۲۲۸، و با تبعیت از نظر مشهور فقه، اتلاف مال، چه عین و چه منفعت، را گاه به مباشرت و گاه به تسبیب می‌داند و طبق این ماده هر کسی سبب اتلاف مال غیر، چه عمد و چه غیر عمد، شود در هر صورت ضامن خواهد بود. همچنین فرقی نمی‌کند شخص کبیر یا صغیر، محجور یا غیر محجور، عاقل یا مجنون باشد و چه اتلاف به مباشرت باشد، یعنی شخصاً موجب اضرار گردد، و چه به تسبیب باشد، که موجب و سبب خسارت گردد، در هر دو صورت ضامن است؛ مثل کسی که بچه ناممیز و یا حیوانی را تحریک کرده و آن شخص یا حیوان موجب اضرار به دیگری شده، که این جا تحریک کننده مسئول جبران خسارت خواهد بود.



چنانچه صاحب شرایع در کتاب شرایع الاسلام خود می‌گوید: «ما لولا لماحصل التلف لكن علة التلف غير»؛ یعنی آنچه که اگر نمی‌بود تلف حاصل نمی‌شد ولی علت تلف چیزی غیر از آن است.

جهت تکمیل و توضیح بیشتر اشاره‌ای به تعریف تسبیب در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ خواهیم کرد.

ماده ۳۱۷ این قانون می‌گوید: «تسبیب در جنایت آن است که انسان سبب تلف شدن یا جنایت علیه دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود، به طوریکه اگر نمی‌بود جنایت حاصل نمی‌شد؛ مانند چاهی که توسط کسی حفر و روی آن را مسدود نکرده باشد و کسی در آن سقوط کند شخص حفر کننده چاه مسئول خواهد بود».

بنا بر تعاریف فوق از سبب و تسبیب، و طبق قانون مدنی، هر کس سبب تلف شود، ضامن، و همچنین متلف نسبت به منافع مال مغضوب، و هر یک از غاصبین به اندازه منافع زمان تصرف خود و مابعد آن ضامن است، اگر چه استیفای منفعت نکرده باشد؛

پ) استیفاء: از دیگر موارد قابل بحث و قید در ضمان مورد استیفاء است و استیفاء یعنی اینکه به موجب قرارداد یا قانون، از حق کسی یا کار او بهره مند گردیم. مثلاً اگر کارگری را از خیابان به خانه برده و بدون این که قراردادی با وی منعقد نماییم، کاری به او محول کرده و او انجام دهد، مکلف هستیم اجرت المثل او را از بابت ضمان قهری و استیفاء پرداخت نماییم. ولی اگر طرفین با توافق و تعیین اجرت اقدام نمایند یا اجرت عملاً معلوم باشد، موضوع از ضمان قهری خارج است و تابع عقد خواهد بود. از دیگر موارد در این خصوص، استیفای بلاجهت است. استیفای بلاجهت بدین معناست که بر دارایی کسی، بی سبب و بدون هزینه، به زیان دیگری، مالی و یا منفعتی افزوده شود.

قانون مدنی استیفاء را یکی از موجبات ضمان قهری ذکر نموده و در ردیف غصب و اتلاف قرار داده است. استیفاء شامل تعهدات ناشی از قرارداد نیست، ولی استیفای منفعت، بدون وجود قرارداد، به حکم قانون و برای جلوگیری از ضایع شدن حقوق اشخاص، برای استیفاء کننده ضمان ایجاد می‌کند.

از دیگر موارد ضمان که در قانون ذکر شده، ضمان ناشی از ایفای نارواست و الزام جبران منافع مال که بر مبنای ایفای ناروا به وجود آمده است. ایفای ناروا یعنی اگر شخصی، بدون وجود حق و سبب قانونی، مالی را به دیگری بپردازد، این پرداخت ایفای ناروا است و کسی که مال به طرق ایفای ناروا به او رسیده، ملزم به جبران منافع مال



است؛ زیرا در مدت تصرف وی، مالک مال از منافع مال محروم بوده است. در ماده ۳۰۳ قانون مدنی آمده کسی که مالی را من غیر حق دریافت کرده است، ضامن عین و منافع آن است؛ اعم از این که به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل. و این الزام به دلیل تسلط گیرنده مال بر آن است و نه استفاده از مال. حتی اگر بر اساس حوادث غیر مترقبه مال از بین برود، گیرنده مال مسئول جبران خسارات خواهد بود و اگر به عدم استحقاق خود واقف باشد، حق مطالبه مخارج را نخواهد داشت.

در خصوص ضمان منفعت نیز قانون مدنی تعیین تکلیف کرده و در ماده ۳۳۶ می‌گوید هر کس به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش برگرداند و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منفعت خواهد بود.

اما در منافع مستوفات است که اگر کسی مالی را غصب کند و از آن استفاده ببرد ضامن است و باید اجرت المثل آن را بدهد. حتی نسبت به منافع غیر مستوفات هم که غاصب از آن استفاده نکرده ولی مانع منتفع شدن مالک و یا مأذون از مالک شود، غاصب ضامن است.

سؤالی که به ذهن می‌رسد این است که آیا امکان فسخ عقد ضمان، طبق قانون امکان پذیر است؟

فسخ عقد ضمان باید به صورت وجود شرط نتیجه ضمن عقد قید شده باشد. شروطی می‌توانند ضمن عقد ضمان قید گردد که در صورت تخلف، مشروط له حق فسخ عقد را داشته باشد و برای ضامن یا مضمون له یا شخص خارجی، طبق موادی از قانون مدنی اختیار فسخ دیده شده است.

هرگاه مضمون له مدیون را بری ذمه کند، ضامن بری نمی‌شود ولی اگر مضمون له ضامن را بری ذمه نماید، هم ضامن و هم مضمون عنه هر دو بری ذمه می‌شوند؛ زیرا در اثر ابرای ضامن توسط مضمون له، دینی که طبق عقد ضمان از مدیون به ضامن منتقل شده مرتفع گردیده و دیگر دینی وجود ندارد که ضامن به آن متعهد باشد و چون مدیون قبلاً، و هنگام انعقاد عقد، بری ذمه شده در نتیجه مضمون عنه و ضامن هر دو از دین بری خواهند بود (ماده ۷۱۸ قانون مدنی). توضیح بیشتر این که چنانچه در صدر مقاله آمد، انعقاد عقد ضمان بین مضمون له و ضامن برقرار شده و مضمون عنه دخالتی در انعقاد عقد ندارد و با منعقد شدن عقد عملاً دین از مدیون به ضامن منتقل شده و مدیون اصلی بری ذمه شده است و در صورت بری ذمه شدن ضامن از دین، صورت مسئله پاک گردیده و



دینی دیگر وجود نخواهد داشت. همین طور اگر ضمان تضامنی باشد، ابرای احدی از ضامن‌ها موجب ابرای همه ضامن‌ها می‌شود.

عقد ضمان نمی‌تواند مشروط باشد و باید عقد منجز باشد. مثلاً چنانچه ضامن بگوید اگر مدیون دین خود را پرداخت نکرد من ضامنم، این شرط باطل است؛ زیرا ضامن تا زمان عدم اجرای تعهد هیچگونه ضمانتی بر گردن ندارد یعنی عقدی منعقد نشده است که ضامنی وجود داشته باشد، ولی اگر بگوید من ضامنم اگر مدیون به تعهد خود عمل نکرد دین را پرداخت می‌کنم، عقد منعقد شده و کاملاً صحیح است.

۵- ضمان در قانون تجارت و قواعد حاکم بر آن

قانون تجارت، در ماده ۴۱۱، عنوان می‌کند اگر دین اصلی دارای وثیقه، اعم از منقول یا غیر منقول، باشد پس از ادای دین توسط ضامن، این وثائق به او منتقل می‌گردد که به نظر می‌رسد حکم این ماده خلاف احکام ضمان در قانون مدنی است؛ چرا که در قانون تجارت، پرداخت دین از ناحیه ضامن موجب انتقال طلب طلبکار و وثایق آن به ضامن می‌گردد و او به قائم مقامی از مضمون له حق رجوع به مضمون عنه را خواهد داشت و لزوم تحویل اسناد و مدارک موضوع ماده ۴۱۰ قانون تجارت به ضامن مؤید این نظر است. زیرا ماده ۴۱۰ قانون تجارت می‌گوید «استنکاف مضمون له از دریافت طلب یا امتناع از تسلیم وثیقه اگر دین با وثیقه بوده ضامن را فوراً و به خودی خود بری خواهد کرد»، اما طبق قانون مدنی، ضامن برای وصول وثایق خود باید به دادگاه مراجعه نماید.

طبق ماده ۴۰۲ قانون تجارت، زمانی ضامن حق دارد از مضمون له بخواهد جهت وصول طلب خود به مدیون اصلی رجوع کند، و اگر دین وصول نشد سپس به وی مراجعه نماید، که طرفین به این نحو مقرر و توافق کرده باشند. پس مفهوم این ماده این است که در صورت عدم توافق، به محض مطالبه دائن از ضامن و طلب مضمون به، ضامن نمی‌تواند دائن را به مدیون اصلی ارجاع دهد و موظف است مضمون به را پرداخت نماید و متعاقب آن خود به مدیون اصلی مراجعه و مطالبه مبلغ پرداختی را از وی نماید. یا چنانچه به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی منطبق با ماده ۱۰ قانون مدنی ضمانت تضامنی باشد، طلبکار به محض مراجعه به هر کدام از مدیون اصلی (مضمون عنه) یا ضامن(ها)، باید طلب وی توسط طرف رجوع شده پرداخت گردد و اگر توسط رجوع شده پرداخت نگردد، دائن می‌تواند به دیگر ضامنین در صورت تعدد ضامن و یا مدیون اصلی



مراجعه نماید و ایشان موظف به پرداخت دین است. و در ادامه، پرداخت کننده اگر ضامن باشد، می‌تواند به دیگران به قدر سهم آنان رجوع نماید.

یکی از نتایج اصلی در بررسی قوانین مدنی و تجارت، بالاخص با توجه به محتوای ماده ۴۰۲ قانون تجارت و صراحت ماده ۶۹۸ قانون مدنی، آن است که قانون گذار، ضمان نقل ذمه به ذمه را اصل دانسته و تضامنی بودن ضمان را نیاز به قرارداد مخصوص یا تصریح قانون می‌داند.

از دیگر مواردی که قابل ذکر است، و باید مورد تطابق قرار گیرد، استتکاف مضمون له از دریافت طلب خود است. در قانون تجارت، برخلاف مقررات قانون مدنی در باب ضمان، در صورت استتکاف مضمون له از دریافت طلب خود و نیر امتناع وی از ارائه و تحویل و تسلیم وثیقه احتمالی نزد خود، ذمه ضامن بری خواهد شد و این فوری است. ولی در این گونه موارد، طبق قانون مدنی، ضامن برای گرفتن وثیقه خود باید به دادگاه مراجعه نماید و در صورت استتکاف مضمون له از قبول طلب خود، ضامن باید به حاکم رجوع نماید (ماده ۲۷۳ قانون مدنی).

طبق ماده ۴۰۸ قانون تجارت، همین که دین اصلی به نحوی از انحاء ساقط شد، ضامن نیز بری می‌شود. و این به صورت مطلق بیان شده و هیچ گونه شرطی قید نشده. این ماده خلاف ماده ۷۰۷ قانون مدنی است که می‌گوید اگر مضمون له مضمون عنه را بری کند، ضامن بری نمی‌شود مگر اینکه مقصود، ابراء از اصل دین باشد.

ماده ۷۰۸ قانون مدنی می‌گوید کسی که ضامن در مبیع است، در صورت فسخ بیع، به سبب اقاله یا خیار، وی از ضمان بری می‌شود. این ماده غیر از ماده ۷۰۷ قانون مدنی است که در صورت بری شدن مضمون عنه از طرف مضمون له، ضامن را بری نمی‌داند و در ماده ۷۰۸ قانون مدنی بری شدن به سبب آثار فسخ است؛ ولی در ماده ۷۰۷ عقد به قوت خود باقی است (یعنی عقد ضمان باقی است و ضامن همچنان مدیون است). پس گرچه مضمون له، مضمونه عنه را بری کرده، ولی ضامن را بری نکرده و ضامن باید ذمه خود را اداء نماید.

۶- نتیجه: نتیجه حاصل از این مقاله در خصوص تفاوت عقد ضمان در قانون مدنی و قانون تجارت به شرح ذیل قابل بیان است:

اول- اولین تفاوت در خصوص ضمان طبق قانون مدنی و قانون تجارت در ارکان



این عقد در قوانین مربوطه است؛ زیرا طبق قانون مدنی ارکان جاری و ساری عقد شامل مضمون له، مضمون به و ضامن خواهد بود و مضمون عنه محلی برای اعراب ندارد، ولی طبق قانون تجارت، علاوه بر سه رکن فوق، مضمون عنه نیز دخیل و طبق عقد ضمان حضور خواهد داشت؛

دوم- طبق قانون مدنی، و بر خلاف قانون تجارت، از آثار عقد ضمان انتقال دین از مدیون به ضامن و بری شدن مضمون عنه است که به آن نقل ذمه به ذمه گفته می‌شود ولی بر مبنای قانون تجارت، در عقد ضمان ضم ذمه به ذمه و یا به گونه‌ای شبه تضامنی اما به صورت طولی خواهد بود؛

سوم- طبق قانون مدنی اگر قصد دائن، بعد از عقد ضمان، برائت مضمون عنه باشد، باید به آن تصریح کند؛ ولی طبق قانون تجارت، بر خلاف قانون مدنی، ضامن پس از پرداخت دین، قائم مقام طلبکار شده و به قائم مقامی از او حق رجوع به مضمون عنه را دارد و این یکی از تفاوت‌های فاحش ضمان در قانون تجارت با قانون مدنی است. پس طبق این تفاوت و نتیجه گیری، در قانون مدنی، اگر دائن بعد از عقد ضمان قصد برائت نمودن مضمون عنه را داشته باشد، بر خلاف قانون تجارت، باید به آن تصریح کند؛

چهارم- بنابر قانون تجارت؛ همین که دین اصلی به نحوی از انحاء ساقط شد ضامن نیز بدون هیچ شرطی بری می‌شود. این ماده خلاف قانون مدنی است که می‌گوید اگر مضمون له مضمون عنه را بری کند، ضامن بری نمی‌شود مگر اینکه مقصود، ابراء از اصل دین باشد؛

پنجم- طبق قانون مدنی، به دلیل لازم بودن عقد ضمان، این عقد قابل فسخ و اقاله نخواهد بود و اگر قصد بر این کار باشد، فقط با وضع خاص امکان پذیر است. بر همین مبنای ضامن و مضمون له می‌توانند با توافق مضمون عنه عقد را اقاله نمایند و علت شرط موافقت مضمون عنه به دلیل این است که با اقاله، دین مجدداً به او باز می‌گردد و اگر موافقت نکند اقاله امکان ندارد؛

ششم- دیگر تفاوت ضمان در قانون مدنی و قانون تجارت، در استتکاف مضمون له از دریافت طلب خود است که برخلاف مقررات قانون مدنی، و در استتکاف مضمون له از دریافت طلب خود و نیز امتناع وی از ارائه و تحویل و تسلیم وثیقه احتمالی نزد خود، ذمه ضامن بری خواهد شد. ولی بنابر قانون مدنی، در این گونه موارد و استتکاف مضمون له از



قبول طلب خود، ضامن باید برای گرفتن وثیقه خود به دادگاه و حاکم مراجعه نماید؛

هفتم - طبق قانون تجارت، اگر ضامن بخواهد قبل از ادای دین، دائن را به مدیون اصلی ارجاع نماید، در صورت وجود توافق قبلی و منطبق بر ماده ۱۰ قانون مدنی فی مابین ضامن و مضمون عنه امکان پذیر خواهد بود. طبق ماده ۴۰۲ قانون تجارت زمانی ضامن حق دارد از مضمون له بخواهد جهت وصول طلب خود به مدیون اصلی مراجعه نماید و اگر دین وصول نشد سپس به وی مراجعه نماید که طرفین به این نحو مقرر و توافق کرده باشند. ولی طبق قانون مدنی چنین اختیاری ندارد؛ زیرا طبق قانون مدنی، دین طبق عقد ضمان نقل ذمه به ذمه شده و دائن، در قبال دین، دیگر مسئولیتی ندارد. لذا از مفهوم این ماده چنین استنباط می‌گردد که اگر چنین توافقی صورت نگرفته باشد، به محض مراجعه دائن به ضامن، وی متعهد است طلب دائن را پرداخت نماید و اگر توافقی در این خصوص باشد، متعاقباً پرداخت کننده می‌تواند به دیگران به قدر سهم آنان رجوع نماید. از محتوای این ماده از قانون تجارت و از صراحت ماده ۶۹۸ قانون مدنی استنباط می‌گردد قانون گذار ضمان نقل ذمه به ذمه را اصل دانسته و تضامنی بودن ضمان یا همان ضم ذمه به ذمه را نیاز به قرارداد خصوص یا تصریح قانون می‌داند.

فهرست منابع

- دکتر کاتوزیان، عقود معین، ج ۴ ش ۲۰۰، ناشر گنج دانش
- دکتر کاتوزیان نظم نوین کنونی در قانون مدنی، بهار ۱۳۹۴
- جهانگیر منصور ۱۳۹۵ قانون مدنی
- محقق حلی، شرایع الاسلام چاپ ۱۳۹۵ ه ق
- جهانگیر منصور ۱۳۹۵ قانون تجارت ماده ۴۰۳



ربا و بانکداری اسلامی

نسیم پرستگاری^۱

دیدگاه فقها در رابطه با سپرده‌های بانکی

با توجه به این مسأله که قانون عملیات بانکی بدون ربای ایران مبتنی بر مبانی فقهی است، لازم می‌نمود که در این مختصر نظر فقها را نیز مطمح نظر قرار داد؛ مضافاً اینکه تتبع در دیدگاه این بزرگواران شاید تا حدودی معضلات پیش روی نظام بانکی را حل و همچنین سئوالات شرعی بی‌شمار مردم را بی‌پاسخ نخواهد گذاشت؛ منتها پیش از پرداختن به این مسأله، اجمالاً مختصر کلامی را در رابطه با ربا مطرح نمودن خالی از لطف و فایده نیست.

به طور کلی ربایی که در جهان سرمایه‌داری متداول است و در رژیم سوسیالیستی تحریم شده است بای قرضی است و آن هم در قرض پول است ولی در اسلام هم ربای معاملی تحریم شده است و هم در ربای قرضی بین قرض پول و غیرپول تعمیم داده شده است. البته ممکن است تحریم ربای معضلی در اسلام به منظور حریم ربای قرضی باشد؛ یعنی برای اینکه قرض را به صورت بیع درنیاورند چنین پیشگویی شده باشد.^۲ با توجه به توضیحات فوق، ربا در اسلام بر دو قسم است؛ ربای قرضی و ربای معاملی؛ ربای قرضی این است که کسی جنسی یا پولی را قرض بدهد، بعد منفعتی بیش از آنچه که به قرض داده بگیرد. منفعت لازم نیست از جنس همان چیزی باشد که به قرض داده می‌شود. «كُلُّ قَرْضٍ يَجْرُ مِنْفَعَةً، فَهُوَ رِبَا»؛ در ربای معاملی نیز پای قرض در میان نیست بلکه پای معاوضه در کار است. به ربای معاملی می‌گویند ربای جنس به جنس که

۱ وکیل پایه یک مرکز وکلای اصفهان

۲. مطهری، مرتضی، «ربا، بانک، بیمه»، انتشارات صدرا، ۱۳۶۴، ص ۱۵۹.



چیزی را به جنس خودش معاوضه کنند. مثلاً گندم به گندم.^۳ متنها در این رابطه که ربای معاملی مثل ربای قرضی در مطلق اشیاء حرام است یا خیر؟ مشهور فقها آن را در مکمل و موزون حرام دانسته و در غیر اینها ربای معاملی جاری نیست. البته شک نیست که در بعضی چیزها اساساً ربای معاملی معنی ندارد مثل اسب که ارزش یک اسب به کمیت آن نیست و ربا به کمیت برمی‌گردد. بسا هست که ارزش یک اسب معادل است با ۱۰ اسب دیگر.^۴

در رابطه با سپرده‌های بانکی سؤالات متعددی را می‌توان مطرح و به تبع آن «از محضر فقها استفتاء نمود؛ از جمله اینکه ربای قرضی چیست؟ آیا درصدی که سپرده‌گذاران به عنوان سود از بانک دریافت می‌کنند ربا محسوب می‌شود یا خیر؟ آیا صرف امضا کردن یا قبول کلیه شرایط به طور شفاهی از سوی سپرده‌گذاران با آنکه از خصوصیات و عناوین شرعی (مضاربه، مساقات، مشارکت و...)، آگاهی ندارند، سبب تحقق عقود مذکور و مشروعیت آنها می‌شود یا خیر؟ (چرا که عده‌ای از سپرده‌گذاران «مردم عادی» در زمان انعقاد قرارداد سپرده‌گذاری، عموماً شرایط و قیود مندرج در برگه قرارداد را مطالعه ننموده و نوعاً به امضاء کردن اکتفا می‌کنند و بدین وسیله رضایت خود را در پذیرش کلیه شرایط و قیود اعلام می‌دارند). و نظر به اینکه در بانک‌ها هر ماه به سپرده‌های سرمایه‌گذاران مقداری سود و بهره می‌دهند و با توجه به اینکه مقدار سود حتی قبل از به کار انداختن سرمایه‌ها در فعالیت اقتصادی، معین است و صاحب سرمایه در خسارت ناشی از کار شریک نیست، آیا سپرده‌گذاری در این بانک‌ها به قصد دستیابی به آن سود جایز است یا اینکه به علت ربوی بودن چنین معاملاتی حرام است؟

بررسی فتاویٰ دانشمندان

«ربای قرضی آن مقدار اضافه بر مبلغ قرض است که قرض گیرنده به خاطر قرضی که می‌گیرد به قرض دهنده می‌دهد و اما سود حاصل از کارکرد پولی که بعنوان سپرده به بانک داده شده تا به وکالت از طرف صاحبان در یکی از عقود صحیح شرعی به کار گرفته

۳. همان، صص ۴۰ - ۴۱.

۴. همان، ص ۷۸.



شود، ربا نیست و اشکال ندارد،^۵ «در صورتی که سپردن این اموال به بانک به عنوان قرض و به قصد دستیابی به سود آن باشد، واضح است که این همان قرض ربوی است که از نظر حکم تکلیفی حرام می‌باشد و سود مورد نظر هم همان رباست که شرعاً حرام می‌باشد ولی اگر به عنوان قرض نباشد بلکه به قصد به کار انداختن پول توسط بانک در معاملات حلال شرعی باشد، اشکال ندارد و تعیین سود قبل از شروع به کار با آن پول‌ها و همچنین شریک نبودن صاحبان پول در خسارت‌های احتمالی ضرری به صحت قرارداد مذکور نمی‌زند»^۶ اگر آن مبلغ اضافی و سودی که بانک می‌دهد از درآمد حاصل از به کار گیری سپرده به وکالت از سپرده‌گذار در ضمن یکی از عقود شرعی صحیح باشد، ربا نیست، بلکه سود معامله شرعی است و اشکال ندارد.^۷

(پول‌هایی را که مردم به عنوان حساب جاری به بانک می‌سپارند صورت قرض‌الحسنه به بانک دارد که هر وقت بخواهند می‌توانند آن را بگیرند و اگر سودی در مقابل آن قرار دهند حرام است و قرض هم باطل است و بانک نمی‌تواند در آن تصرف کند»^۸. سپرده‌های کوتاه‌مدت و درازمدت نزد بانک‌ها و سودی که بانک به آن می‌دهد، در صورتی حلال است که طبق موازین شرعی و از طریق قراردادهای و عقود اسلامی (از قبیل مضاربه، شرکت و امثال آن) باشد و دهنده پول یقین داشته باشد یا احتمال قابل ملاحظه‌ای دهد که بانک به عنوان وکالت از طرف مشتری این قراردادهای را به صورت شرعی انجام می‌دهد، اما اگر یقین دارد که این امور جنبه ظاهری و صوری دارد و فقط

-
۵. خامنه‌ای، سید علی، اجوبیه الاستفتائات، (احمد رضا حسینی: مترجم)، الّه‌دی، ج ۲، سؤال ۵۳۴، نقل از موسویان، عباس، معاملات بانکی از دیدگاه مراجع تقلید، پژوهشکده پولی و بانکی (بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران)، ۱۳۸۷، ص ۶۲.
۶. همان، سؤال ۸۴۵، نقل از همان، ص ۶۴.
۷. همان، سؤال ۸۴۹، نقل از همان، ص ۶۳.
۸. مکارم شیرازی، ناصر، توضیح المسائل، انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب، ۱۳۷۹، مسأله ۲۴۲۰، نقل از همان، ص ۱۸۸.



روی کاغذ است، آن سود حرام است».^۹

«سپرده‌گذاری در بانک به عنوان قرض‌الحسنه و یا قرض گرفتن از آن به صورت قرض‌الحسنه اشکال ندارد ولی قرض ربوی به طور مطلق از نظر حکم تکلیفی حرام است، هرچند اصل قرض از نظر حکم وضعی صحیح می‌باشد».^{۱۰}

«چنانچه سپرده‌گذار بانک را وکیل کند که با پول او معامله شرعی انجام دهد و اطمینان داشته باشد که به این قرارداد عمل می‌شود، گرفتن زیادی مانعی ندارد و در غیر اینصورت پولی را که به بانک می‌دهد قرض محسوب می‌شود و نباید در آن شرط زیادی کنند و الاً ربوی و حرام خواهد شد».^{۱۱} (اگر سپرده‌گذار شرط سود کند، سود ربا و حرام است ولی در صورتی که اطمینان داشته باشد بانک به وکالت از سپرده‌گذار عقود شرعیه را منعقد می‌سازد و احکام آنها را رعایت می‌نماید، مانعی ندارد که بانک ماهیانه مبلغی به عنوان قرض از مال بانک به سپرده‌گذار بدهد و پس از حصول سود به وکالت از وی مبالغ مذکور را که ماهیانه پرداخت کرده با سهم او از سود مصالحه نماید والله العالم».^{۱۲}

«صرف عدم تحمل خسارت توسط بانک، موجب بطلان مضاربه نمی‌شود و همچنین دلیل بر صوری بودن و شکلی بودن عقد مضاربه هم نیست، زیرا شرعاً اشکال ندارد که مالک یا وکیل او در ضمن عقد مضاربه شرط کند که عامل، ضامن ضرر و زیان‌های صاحب سرمایه باشد، بنابراین تا زمانی که احراز نشود مضاربه‌ای که بانک به عنوان وکیل سپرده‌گذاران ادعای انجام آن را دارد صوری و به سببی باطل است، آن مضاربه محکوم به صحت می‌باشد و سودهای حاصل از آن که به صاحبان اموال می‌دهد، برای آنان حلال

۹. همان، مسأله ۲۴۲۱، نقل از همان، ص ۱۸۹.

۱۰. خامنه‌ای، سید علی، همان، سؤال ۸۴۴، نقل از همان، ص ۶۳.

۱۱. تبریزی، میرزا جواد، استفتائات سرور، ۱۳۷۸، سؤال ۲۱۰۴، نقل از موسویان، سید عباس، همان منبع، ص ۱۰۸.

۱۲. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، مجموعه آرای قضایی در امور حقوقی، ۱۳۸۲، ج ۱،

ص ۲۲۵، (استفتاء از آیت‌الله تبریزی)، نقل از موسویان، سید عباس، همان، ص ۱۰۹.

«اگر سپرده‌گذاری در بانک به این صورت باشد که سپرده‌گذار همهٔ اختیارات را به بانک داده باشد حتی انتخاب نوع فعالیت و... تعیین سهم سپرده‌گذار از سود هم به عنوان وکالت در اختیار بانک باشد، این سپرده‌گذاری و سود حاصل از به کارگیری پول در معامله حلال شرعی، اشکالی ندارد و چهل صاحب مال به سهم خود در زمان سپرده‌گذاری ضرری به صحت آن نمی‌زند»^{۱۴}.

از دیگر مسائلی که می‌توان در محضر فقها عرضه داشت و از اجتهاد ایشان برای تنویر اذهان عموم بهره برد، می‌توان به موارد (مسائل) زیر اشاره نمود:

ماهیت سپرده‌های بانکی از نظر اسلام چیست؟ آیا در بانک‌ها اعتبار و ارزش قراردادی پول به نام اشخاص ثبت و جابه‌جا می‌شود یا به عین اسکناس اجازه تصرف داده می‌شود؟ حکم سودهای علی‌الحساب که در مشارکت‌های بانکی به سپرده‌گذاران پرداخت می‌شود چیست؟ حکم جوایز و هدایایی که بانک‌ها به سپرده‌گذاران پرداخت می‌کنند چیست؟ و اینکه واریز نمودن پول به مقدار معین جهت قرعه‌کشی چه حکمی دارد: اگر شرط نکند که پول را به این جهت واریز می‌کند، بلکه داعی او این امر باشد، تغییری در حکم ایجاد خواهد شد؟ آیا اصولاً بین شرط و داعی فرقی است؟

«ماهیت سپرده‌های حساب جاری ماهیت قرض است و مشروط بر این است که به مجرد مطالبه، ادا شود و ماهیت سپرده‌های دازمدت و کوتاه‌مدت نوعی مضاربه با سایر عقود شرعیه مانند آن است و پرداخت سود علی‌الحساب، نوعی وام است که بعد از ظهور ربع محاسبه می‌شود و در صورت عدم رعایت ضوابط عقود شرعیه مانند مضاربه، سود مذکور اشکالی ندارد»^{۱۵}.

در رابطه با سؤال دوم: «در غیر عقود خاصه اظهر وجود همان اقراض حال یا مؤجل

۱۳. خامنه‌ای، سید علی، همان، سؤال ۸۱۹، نقل از موسویان، سید عباس، همان، ص ۶۳.

۱۴. منبع قبل، سؤال ۸۴۰، نقل از موسویان، سید عباس، همان، ص ۶۶.

۱۵. مکارم شیرازی، ناصر، استفتانات جدید، انتشارات مدرسه الامام علی بن ابیطالب، ج ۱،

سؤال ۱۳۸۶، نقل از موسویان، سید عباس، همان، ص ۱۹۰.



است که مالکیت ذمه است». ^{۱۶} «ظاهراً اجازه تصرف به عین اسکناس داده می شود». ^{۱۷}
«به عنی اسکناس اجازه تصرف داده می شود». ^{۱۸}

«پول گذاشتن در بانک به عنوان قرض الحسنه، اشکالی ندارد و همچنین جایزه ای که بانک در قبال آن به بعضی از مشترکین پرداخت می کند حلال است». ^{۱۹}
در رابطه با سؤال آخر: «اگر شرط کند اشکال دارد؛ ولی اگر جنبه داعی داشته باشد اشکال ندارد و تفاوت از اینجا روشن می شود که شخص سپرده گذار برای خود حق مطالبه از بانک قائل نباشد». ^{۲۰}

«جوایزی که بانکها با قرعه کشی به صاحبان سپرده می دهند تا دیگران نیز تشویق شوند و پول خود را به بانک بسپارند و یا به بانک قرض دهند، حلال و بی اشکال است». ^{۲۱}

نتیجه گیری از بحث فتاوی فقها

با مشاهده فتاوی مراجع بزرگوار در رابطه با سپرده های بانکی این نتیجه بدست خواهد آمد که جمهور فقها قائل به این بوده که در صورت رعایت قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین نامه های مربوطه، جمله معاملات محکوم و سپرده ها محکوم به صحت خواهد بود و

۱۶. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، همان، ج ۲، ص ۲۱۷، (استفتاء از محضر آیت الله بهجت)، نقل از موسویان، سید عباس، همان، ص ۸۸.

۱۷. منبع قبل، ج ۲، ص ۶۱۷ (استفتاء از محضر آیت الله فاضل لنکرانی)، نقل از موسویان، سید عباس، همان ص.

۱۸. نوری همدانی، حسین، هزار و یک مسأله فقهی، ج ۲، سؤال ۴۷۷، نقل از موسویان، سید عباس، همان، ص ۲۳۵.

۱۹. بهجت، محمد تقی، استفتائات، انتشارات شفق، ۱۳۸۶، ج ۳، سؤال ۳۹۸۵، نقل از موسویان، سید عباس، همان، ص ۸۷.

۲۰. مکارم شیرازی، ناصر، همان، ج ۲، سؤال ۱۶۹۹، نقل از موسویان، سید عباس، ص ۱۹۱.

۲۱. خمینی، سید روح الله، ترجمه تحریر الوسیله، ج ۴، مسائل متحدته بانکها، مآله ۷ نقل از موسویان، سید عباس، ص ۳.



شبهه‌ای در رابطه با ربوی بودن سپرده‌های بانکی و به تبع آن تسهیلات اعطایی از سوی بانک‌ها بوجود نخواهد آمد؛ مع‌الوصف با بررسی دقیق‌تر این فتاوی، پی به اختلافات جزئی (البته در امور فرعی) میان نظرات فقها خواهیم بود که البته این مسأله (اختلاف دیدگاه) را باید خصیصه لاینفک اجتهاد برشمرد.

اولین مسأله‌ای که در این رابطه می‌توان بدان اشاره نمود در مورد قرض ربوی صورت گرفته می‌باشد که همه فقها قائل به تحریم این مسأله از منظر حکم تکلیفی شده‌اند؛ منتها در رابطه با حکم وضعی قرض ربوی، عده‌ای از فقها قائل به صحت معامله صورت گرفته بوده و عده‌ای دیگر قائل به بطلان.

در رابطه با دیدگاه اول شاید بتوان علت حکم به صحت را از دیدگاه قائلین به آن، در این دانست که اگرچه شرط اضافه در قرض، شرطی است نامشروع (به دلیل مخالفت با نظم عمومی)؛ با این وجود (شرط نامشروع) از جمله شروط مبطل و مفسد عقد نمی‌باشد (مستنبط از بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م.ا)؛ چرا که بطلان شرط اصلاً خللی به صحت عقد نمی‌رساند و تنها در صورتی که بطلان شرط یکی از ارکان چهارگانه صحت عقد را از بین ببرد، چاره‌ای جز حکم به بطلان عقد نیست.

در رابطه با دیدگاه دوم: علت حکم به بطلان قرض ربوی را باید در این دانست که شرط اضافه در قرض، شرطی است خلاف ذات مقتضای عقد؛ چرا که از جمله مشروطی که موجب بطلان عقد است شرط خلاف مقتضای ذات عقد است (مستنبط از بند ۱ ماده ۲۲۳ ق.م.ا)

در مقام داوری بین دو دیدگاه فوق، به نظر دیدگاه اول نزدیک‌تر به صواب می‌باشد؛ چرا که شرط اضافه در عقد قرض، صرفاً شرطی است نامشروع؛ و از تعریف عقد قرض نیز چنین بر نمی‌آید که این چنین شرطی، مبطل و مفسد عقد قرض دانسته شود؛ به موجب ماده ۴۸ ق.م.ا «قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که طرف دیگر مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعذر رد مثل قیمت یوم‌الرّد را بدهد».

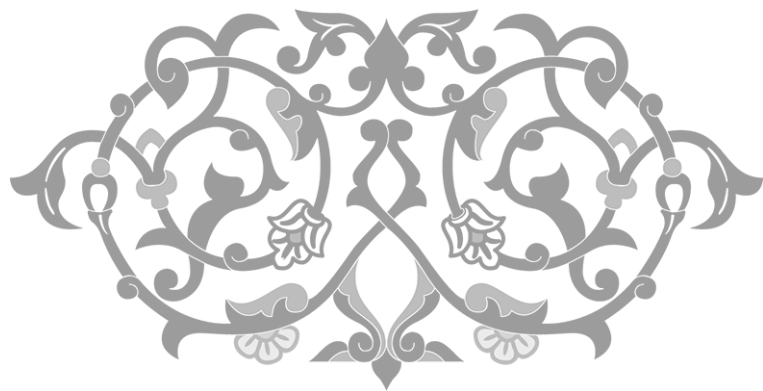
استاد بزرگ حقوق مدنی ایران، جناب دکتر کاتوزیان در رابطه با مقتضای ذات عقد چنین به تعریف پرداخته است که: ویژگی‌ها و خصوصاتی که چنان با ماهیت عقد آمیخته است که بدون آنها عقد ماهیت و طبیعت حقوقی خود را از دست می‌دهد و در نظر عرف و قانون یا هیچ اثر ندارد یا عمل حقوق دیگری با احکام و آثار خود می‌شود را مقتضای



ذات عقد گویند».^{۲۲} حال با توجه به این تعریف گویا و شیوا آیا می‌توان باز هم شرط اضافه در عقد قرض را خلاف مقتضای ذات عقد دانست؟

نکته دیگر در رابطه با یکی از مسائل مطروحه در فتاوی گذشته این که صرف امضا کردن قراردادهای بانکی، سبب تحقق قراردادهای سپرده (جاری، پس انداز و سرمایه‌گذاری مدت‌دار) و همچنین عقود مذکور در قانون عملیات بانکی بدون ربا و مشروعیت آنها نمی‌شود؛ چرا که برای صحت هر عمل حقوقی، طبق بند ۱ و ۳ ماده ۱۹۰ ق.م. قصد و رضای طرفین و معین بودن مورد معامله از جمله شروط لازم و ضروری است و امضای هر عمل حقوقی (از جمله سپرده‌های بانکی و عقود شرعی) فاقد قصد و رضا، حسب مورد منجر به بطلان و عدم نفوذ آن خواهد شد. منتها اگر سپرده‌گذار در سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار در زمان انعقاد قرارداد با قصد و رضا به بانک مربوطه وکالت مطلق دهد، جهل به قیود و شروط مندرج در عقد از سوی سپرده‌گذار خللی به صحت عقد نمی‌رساند.

۲۲. کاتوزیان، دکتر ناصرف اعمال حقوقی، (قرارداد و ابقاع) شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵،



بایسته‌های حرفه وکالت





آراء وحدت رویه

و نظریه‌های مشورتی قوه قضائیه

فاطمه شیخ صنعان^۱

رای وحدت رویه شماره ۷۸۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور

تاریخ: ۱۳۹۹/۳/۲۷

مستفاد از مواد ۴۱۸، ۴۱۹ و ۴۲۱ قانون تجارت و سایر مقررات مربوط، طلبکاران ورشکسته حق مطالبه خسارت تأخیر تأدیه ایام توقف را از ورشکسته ندارند و حکم مقرر در مواد ۵۶۱ و ۵۶۲ قانون مذکور ناظر به زمانی است که تاجر بخواهد اعاده اعتبار (حقی) کند، که در رأی وحدت رویه شماره ۱۵۵ - ۱۴/۱۲/۱۳۴۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز تصریح شده است. با توجه به اینکه مسئولیت ضامن در هر حال نمی‌تواند بیش از میزان مسئولیت مضمون عنه باشد، خسارت تأخیر تأدیه فوق‌الذکر از ضامن تاجر ورشکسته نیز قابل مطالبه نیست. بنا به مراتب، رأی شماره ۱۶۹ - ۹/۲/۱۳۹۸ شعبه هفدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران تا حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.



هیئت عمومی دیوان عالی کشور

رأی وحدت رویه شماره ۷۸۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

تاریخ: ۱۳۹۹/۰۴/۰۳

با توجه به اینکه به لحاظ وضعیت خاص ورشکستگی و احکام راجع به آن و لزوم تسریع در انجام عملیات تصفیه، مقررات خاصی در قانون تجارت وضع شده و از جمله فصل مخصوصی به طرق شکایت از احکام صادره راجع به ورشکستگی تحت همین عنوان اختصاص داده شده و آگهی کردن حکم ورشکستگی الزامی شده و در ماده ۵۳۷ همین قانون مبدأ اعتراض اشخاص ذینفع به نحو مطلق، تاریخ اعلان (آگهی) احکام راجع به ورشکستگی دانسته شده است و قرینه کافی بر نسخ مقررات خاص مذکور به موجب مقررات عام قانون مؤخرالتصویب آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی وجود ندارد و با عنایت به اصل عدم نسخ، اعتراض کلیه اشخاص ذینفع به احکام ورشکستگی، خارج از مهلت‌های مذکور در ماده ۵۳۷ قانون یادشده در دادگاه صادرکننده حکم قابلیت استماع ندارد. بنا به مراتب، رأی شماره ۲۸۴ مورخ ۲۷/۱۲/۱۳۹۷ شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان که با این نظر انطباق دارد به اکثریت قاطع آراء هیأت عمومی صحیح و مطابق قانون تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور

رأی شماره ۷۹۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور

تاریخ: ۱۳۹۹/۰۵/۲۱

مستفاد از مواد ۳۷، ۱۰، ۱۱، ۱۴، ۳۷، ۱۰، ۱۱، ۱۴ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۰۴/۱۸ با اصلاحات و الحاقات بعدی و ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۰۶/۰۸ با اصلاحات بعدی و ماده واحده قانون تاسیس بانک‌های غیردولتی مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱ و دیگر مقررات مربوط، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تنظیم کننده نظام پولی و اعتباری کشور و ناظر بر حسن اجرای آن است و مصوبات بانک مذکور راجع به حداقل و



حداکثر سهم سود بانک‌ها و موسسات اعتباری اعم از دولتی و غیردولتی جنبه آمره دارد. بنا به مراتب و با عنایت به ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، شرط مندرج در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی نسبت به سود مازاد بر مصوبات مذکور باطل است. بر این اساس رای شماره ۰۵۸۰-۰۶/۰۱/۱۳۹۸ شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان لرستان که با این نظر مطابقت دارد به اکثریت قریب به اتفاق آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رای طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

هیئت عمومی دیوان عالی کشور

رأی وحدت رویه شماره ۷۹۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

تاریخ: ۱۳۹۹/۰۷/۱۵

مطابق ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مأمورین به خدمات عمومی همانند کارکنان دولت مشمول حکم مقرر در خصوص تصرف غیرقانونی نسبت به وجوه یا سایر اموال سپرده شده به آنها برحسب وظیفه هستند. کارکنان بانک‌های خصوصی که تحت نظارت بانک مرکزی، به ارائه خدمات گسترده پولی و بانکی به مردم می‌پردازند، از مصادیق مأمورین به خدمات عمومی محسوب می‌شوند و مشمول مجازات مقرر در ماده فوق‌الذکر هستند. بر این اساس، رأی شعبه ۱۴ دادگاه تجدیدنظر استان یزد تا حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء، صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور

رأی وحدت رویه شماره ۸۰۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

تاریخ: ۱۳۹۹/۷/۲۲

«عضوگیری» در بنگاه، مؤسسه، شرکت یا گروه به منظور کسب درآمد ناشی از



افزایش اعضاء موضوع بند «ز» (الحاقی ۱۳۸۴/۱۰/۱۴) ماده ۱ قانون مجازات اخلا لگران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹، رفتاری مستقل از «تأسیس» یا «قبول نمایندگی» مذکور در همان بند است. بنابراین و با عنایت به ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، رسیدگی به اتهام شخص عضوگیر، علی‌الاصول در صلاحیت دادگاهی است که عضوگیری در حوزه آن واقع شده است. بر این اساس، رأی شعبه بیست و نهم دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد به اکثریت آراء، صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

هیئت عمومی دیوان عالی کشور

رأی وحدت رویه شماره ۸۰۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

تاریخ: ۱۳۹۹/۹/۱۸

مستفاد از مواد ۱۹، ۲۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶، در مواردی که دادگاه صادرکننده اجرائیه به منظور اجرای حکم به دادگاه دیگری برای توقیف مال معین واقع در آن حوزه قضایی، نیابت داده و پس از توقیف، شخص ثالث به آن اعتراض کرده است، با توجه به اینکه توقیف مال مذکور بنا به درخواست و نظر دادگاه معطی نیابت انجام شده و دادگاه مجری نیابت صرفاً مفاد نیابت را اجرا کرده است، بنابراین، رسیدگی به این اعتراض در صلاحیت دادگاه معطی نیابت است و رأی شعبه سی و هفتم دیوان عالی کشور که در نتیجه با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

هیئت عمومی دیوان عالی کشور

رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

تاریخ: ۱۳۹۹/۱۰/۱۶

تعیین وجه التزام قراردادی به منظور جبران خسارت تأخیر در ایفای تعهدات پولی،



مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و عبارت قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است و با عنایت به ماده ۶ قانون اخیرالذکر، مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد، حتی اگر بیش از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، در صورتی که مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است. بنا به مراتب، رأی شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران تا حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

هیئت عمومی دیوان عالی کشور

نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه

شماره نظریه : ۷/۹۹/۱۰۶۱

شماره پرونده : ۹۹-۱۵۵-۱۰۶۱

تاریخ نظریه : ۱۳۹۹/۸/۲۷

همانگونه که مستحضرد در پی اختلاف موجود میان حقوقدانان و قضات در خصوص تسری امتیاز در نظر گرفته شده در رای وحدت رویه شماره ۱۵۵ مورخ ۱۳۴۷/۱۲/۱۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر عدم مطالبه خسارت تأخیر تادیه از تاریخ توقف ورشکسته به ضامن بدهکار ورشکسته ، رأی وحدت رویه شماره ۷۸۸ مورخ ۱۳۹۹/۳/۲۷ همان مرجع صادر و به این امر تصریح شد که مسئولیت ضامن در هر حال نمی‌تواند بیش از میزان مسئولیت مضمون عنه باشد و بر این اساس خسارت تأخیر تادیه از ضامن تاجر ورشکسته نیز قابل مطالبه نیست.

در این خصوص این پرسش مطرح می‌شود : از آنجا که رای وحدت رویه اخیر الصدور صرفاً بر تسری امتیاز عدم امکان مطالبه خسارت تأخیر تادیه به ضامن تصریح دارد آیا راهن (رهن مستعار) نیز از این امتیاز برخوردار خواهد شد و خسارت تأخیر تادیه بعد از تاریخ توقف از وی نیز قابل مطالبه نخواهد بود یا باید مورد مذکور در رای وحدت رویه یاد شده را صرفاً به ضامن محدود بدانیم ؟



پاسخ : برابر ماده ۷۸۱ قانون مدنی و ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک راهن مسئولیتی بیش از آنچه که معدیون تعهد کرده است ندارد بنابراین در فرض سوال که شخص راهن مال خود را بابت تسهیلات دریافتی تاجر ورشکسته در رهن بانک قرار داده است با استفاده از ممالک رای وحدت رویه شماره ۷۷۸ مورخ ۱۳۹۹/۳/۲۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور پس از تاریخ توقف خسارت تاخیر تادیه شامل راهن نمی‌شود.

نظریه اداره کل حقوقی قوه قضائیه

شماره نظریه : ۷/۹۹/۱۲۸۴

شماره پرونده : ۱۲۸۴-۱۵۵-۹۹

تاریخ نظریه : ۱۳۹۹/۱۰/۷

استعلام :

با عنایت به اینکه بر اساس مصوبات شورای پول و اعتبار و شورای عالی هماهنگی اقتصادی بانک‌ها و موسسات اعتباری وابسته به نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران در بانک سپه ادغام می‌شوند و تاکنون بانک‌های مهر اقتصاد و حکمت ایرانیان بر اساس صورتجلسه مجمع عمومی فوق العاده در بانک سپه ادغام شده‌اند

۱- الف) چنانچه در خصوص یکی از بانک‌های مهر اقتصاد و یا حکمت ایرانیان که در بانک سپه ادغام شده‌اند طرح دعوا شود اعم از ابطال قرارداد بانکی و دیگر دعاوی ، تکلیف دادگاه در خصوص دادخواست مطروحه چیست ؟

ب) چنانچه دعوا پیش از ادغام به طرفیت بانک‌های مذکور مطرح شده باشند و تاکنون به اتخاذ تصمیم نهایی منجر نشده باشد ، با عنایت به اینکه به طرفیت بانک سپه اقامه دعوا نشده تکلیف دادگاه چیست ؟

ج) در مواردی که پرونده به صدور حکم به محکومیت بانک‌های ادغام شده اخیرالذکر منتهی شده است حکم چگونه اجرا می‌شود ؟

۲- در خصوص بانک‌هایی که تاکنون ادغام نشده‌اند اما اصحاب دعوا بانک سپه را نیز طرف دعوا قرار می‌دهند و نماینده بانک سپه در دعوا حاضر می‌شود و دفاع می‌کند آیا دعوا متوجه بانک سپه است؟



پاسخ :

۱- الف) در فرض سوال که به طرفیت یکی از بانک‌های ادغام شده طرح دعوا شده است ، چنانچه خواهان شرکت (بانک) ادغام شده را طرف دعوا قرار داده باشد ، از آنجا که شرکت (بانک) مذکور ، شخصیت حقوقی خود را از دست داده و سمتی در دعوا ندارد دادگاه برابر مقررات قرار رد دعوا صادر می‌کند و چنانچه خواهان ، شرکت (بانک) پذیرنده ادغام را طرف دعوا قرار داده باشد ، دادگاه با احراز ادغام دادرسی را ادامه می‌دهد.

ب) اگر پیش از ادغام ، دعوا به طرفیت بانک ادغام شونده (مثلاً بانک حکمت ایرانیان) طرح شده باشد و سپس ادغام صورت گیرد با توجه به قوانین و مقررات راجع به ادغام شرکت‌های تجاری از جمله ماده ۱۰۵ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه اقتصادی ، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹ و بند ۱۶ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶ با اصلاحات و الحاقات بعدی ، کلیه حقوق و تعهدات شرکت ادغام شونده به شرکت پذیرنده ادغام منتقل می‌شود در نتیجه شرکت پذیرنده ادغام ، قائم مقام شرکت ادغام شونده می‌شود .

ج) با توجه به پاسخ‌های فوق عملیات اجرایی با رعایت مقررات قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ به طرفیت شرکت پذیرنده ادغام ادامه می‌یابد.

۲- در خصوص دیگر بانکهای نظامی که در بانک سپه ادغام نشده‌اند با توجه به بقا و استقلال شخصیت آنها تا پیش از ادغام دعوای یا عملیات اجرایی به طرفیت آنها ادامه خواهد یافت و دعوا تا قبل از ادغام متوجه بانک سپه نخواهد بود.

شماره نظریه : ۷/۹۹/۱۴۴۶

تاریخ نظریه : ۱۳۹۹/۱۱/۱۴

شماره پرونده : ۱۴۴۶-۱۵۵-۹۹

استعلام :

شخص الف برای دریافت تسهیلات بانکی اشخاص حقیقی و حقوقی ضمانت آنها را برعهده گرفته است با عدم انجام تعهدات توسط وام گیرندگان بانک مربوط مالی را که ارزش چند صد برابر مطالبات است را از بابت برخی از تعهدات قبول و توقیف کرده است اما در بعضی موارد علیرغم کارشناسی صورت گرفته توسط اجرای ثبت اسناد شهرستان



مربوطه برخی املاک آن را به صرف اینکه ملک یاد شده از قبل توسط اشخاص توقیف شده است و بدون توجه به ارزش مالی ملک و مفاد ماده ۵۲ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ مازاد مال مزبور را جهت توقیف نپذیرفته و جلب ضامنین از جمله شخص الف را درخواست کرده است خواهشمند است اعلام فرمایید که آیا در چنین فرضی تقدم با توقیف ملک اخیرالذکر است که دارای ارزشی چندین برابر مطالبات بانکی است و یا آنکه باید دستور جلب ضامنین را صادر کرد؟

پاسخ :

درخواست توقیف مازاد مالی که در وثیقه دین یا توقیف در مقابل طلب دیگری است وفق ماده ۵۴ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ با درخواست اعمال ماده ۵۵ این قانون حق محکوم له است و نه تکلیف وی بنابراین هرگاه جز مالی که در رهن است یا به نفع دیگری در توقیف است مال دیگری از محکوم علیه یافت نشود از آنجا که محکوم به از محل این مال قابل استیفا نیست و به تشخیص اجرای احکام به دلایلی همچون عدم رضایت توقیف کنندگان مقدم امکان استیفاء محکوم آن به از محل این مال وجود نداشته باشد، اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ بلامانع است.

شایسته ذکر است پذیرش درخواست اعمال ماده ۳ یاد شده در فرض سوال فرع بر این است که محکوم له از توقیف مازاد مالی که استیفاء محکوم به از محل آن میسر نشده اعلام انصراف کند و در صورتیکه توقیف مال با معرفی محکوم علیه صورت گرفته باشد، با فرض درخواست اعمال ماده ۳ یاد شده معنی برای رفع توقیف از مال به درخواست مشارالیه وجود ندارد.



پند استاد

یادی از استاد دکتر سید عباس موسویان

فرشته ملاکریمی^۱

با اضافات و ملحقات:

دکتر محمد مهدی الشریف

زندگی نامه استاد

حجت الاسلام و المسلمین دکتر سیدعباس موسویان، استاد تمام گروه اقتصاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی و عضو هیأت امنای این نهاد، در سال ۱۳۳۹ در عجب شیر، از بخش های آذربایجان شرقی متولد شد. تحصیلات خود را در همین شهر پی گرفت و از دوره دبیرستان به شهر تبریز آمد و در هنرستان صنعتی در رشته برق به تحصیل خود ادامه داد.

در سال ۱۳۵۸ شمسی، در رشته برق وارد دانشگاه شد، اما پس از انقلاب فرهنگی و تعطیلی دانشگاه ها، از سال ۱۳۶۰، به حوزه علمیه قم رفت و به تحصیل علوم دینی پرداخت. وی همزمان در رشته اقتصاد نظری در دانشگاه مفید به تحصیل پرداخت و از سال ۱۳۶۸ به مدت ده سال به درس خارج فقه و اصول مشغول شد. در سال ۱۳۷۳، برای اخذ مدرک کارشناسی ارشد در رشته اقتصاد نظری، وارد دانشگاه شهید بهشتی تهران شد و بعد از آن به تحصیل در دوره دکترای تخصصی تفسیر و علوم قرآن در همین دانشگاه مشغول شد. این اندیشمند اسلامی در سال ۱۳۸۲، دکترای تخصصی تفسیر و علوم قرآنی خود را گرفت و موفق شد در سال ۱۳۸۴، مدرک دکترای فقه اقتصادی را نیز دریافت کند.

۱. پژوهشگر گروه بانکداری، پژوهشگر پولی و بانکی.



از ویژگی‌های علمی بارز استاد موسویان می‌توان به احاطه کامل بر دیدگاه فقه‌های گذشته، معاصر و مراجع تقلید، تسلط بر ابعاد فقهی، حقوقی و اقتصادی مسائل پولی و بانکی و توانایی استنباط احکام فقه بانکی اشاره کرد. بسیاری از نظریه‌ها و نظرات کارشناسانه‌ی این استاد که مبتنی بر مبانی فقهی و حقوقی است، گره‌گشای مسائل بانکی و پولی و امور مالیاتی کشور در سیستم بانکی و وزارتخانه‌های اقتصادی و مجلس شورای اسلامی بود.

این فقیه اقتصاددان و استاد مالی برجسته، در طول عمر بابرکت خود، در سمت‌های متعددی به ایفای خدمت پرداختند. وی استاد تمام و عضو پیشکسوت گروه اقتصاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی و همچنین عضو هیات امنای پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی بود. او در نهادهای مختلف دیگری از جمله شورای فقهی بانک مرکزی، کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار، هیأت امنای دانشگاه امام صادق (ع)، انجمن اقتصاد اسلامی و شورای علمی بنیاد نخبگان استان قم نیز عضویت داشت. سردبیری مجله اقتصاد اسلامی و عضویت در انجمن مالی اسلامی از دیگر مسئولیت‌های او بود.

دکتر موسویان، به عنوان استاد دانشگاه امام صادق (ع)، راهنمایی پایان‌نامه‌های دکتری و کارشناسی ارشد زیادی را در این دانشگاه بر عهده داشت. تألیفات و تصنیفات کم نظیر در حوزه بانکداری و مالی اسلامی، در قالب کتب متعدد و ارائه مقالات راهگشا، او را به شخصیتی فرهیخته و مرجع در سطح بین‌المللی تبدیل کرده بود. از مهم‌ترین آثار علمی ایشان می‌توان به کتاب‌هایی همچون «بانکداری اسلامی؛ بانکداری مرکزی و سیاست‌گذاری پولی و ارزی»، «بانکداری اسلامی؛ مبانی نظری و تجارب عملی»، «بازار سرمایه اسلامی»، «معاملات بانکی از منظر مراجع تقلید» و «تجربه بانکداری بدون ربا در ایران» اشاره کرد.

آثار علمی به جا مانده از استاد موسویان، بدون تردید جزو جامع‌ترین و ناب‌ترین متون علمی در حوزه بانکداری و مالی اسلامی است. یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های آثار علمی استاد این است که ضمن موضوع‌شناسی دقیق و تبیین مسائل از حیث اقتصادی و بانکی، به طور ویژه به ابعاد فقهی و حقوقی می‌پردازد. تسلط کم‌نظیر استاد به مباحث حقوق بانکی موجب شد که او به یکی از چهره‌های بارز حقوق بانکی در کشور تبدیل شود و با تکیه بر دانش عمیق خود، به تدریس مستمر دوره‌های حقوق بانکی در دانشگاه‌های طراز اول و شبکه بانکی کشور بپردازد. وی به عنوان متخصص فقه اقتصادی و صاحب‌نظر در



بانکداری بدون ربا و بانکداری اسلامی همواره به بانک‌های متعدد کشور در راستای حل مشکلات و معضلات مختلف اقتصادی و بانکی از طریق ارائه راهکارهای مشروع، قانونی و کارآمد، مشاوره تخصصی می‌داد و همچنین، وقت زیادی را برای تدریس و آموزش به مدیران و کارمندان بانک مرکزی و شبکه بانکی صرف می‌کرد.

استاد به دلیل تلاش‌های علمی فراوان خود موفق به دریافت جوایز متعددی از جمله جایزه بین‌المللی برای طرح بانکداری اسلامی از نخستین کنگره جهانی علوم انسانی اسلامی در سال ۹۲، جایزه اقتصاد اسلامی شهید صدر به عنوان چهره برگزیده اقتصاد اسلامی، نظریه‌پرداز برجسته جشنواره فارابی سال ۸۷ به جهت برگزاری کرسی موفق «نقد ربا در قرض‌های تولیدی و تجاری» شد.

استاد موسویان که از جانبازان جنگ تحمیلی بود، ۱۹ مردادماه ۱۳۹۹ در سن ۶۰ سالگی به دلیل ابتلا به ویروس کرونا، دار فانی را وداع گفت.

او برای خدمت به علم و دین سر از پا نمی‌شناخت؛ عمر پربرکت خویش را طی سه دهه یکسره وقف نظریه‌پردازی و گره‌گشایی معرفتی و کاربردی در عرصه‌ی اقتصاد اسلامی کرد. وی از تلاش‌گری و خستگی‌ناپذیری در زمینه حل مشکلات و معضلات شبکه بانکی کشور برخوردار بود. نمونه بارز یک فقیه تیزبین، روشنفکر، جامع‌نگر و در یک کلام، تجسم عینی فقه پویای شیعه، به ویژه در حوزه اقتصاد و مسائل بانکی بود که با ژرفاندیشی و تسلط به علم روز، برای مسائل و موضوعات جاری در حوزه مالی و اقتصادی، راهکارهایی خلاقانه می‌یافت؛ راهکارهایی عملیاتی، که در عین انطباق کامل با مبانی فقهی، مسیر توسعه نظام مالی را هموار و حرکت در این مسیر را پرشتاب می‌ساخت و قطعاً اغراق نخواهد بود اگر بگوییم نظام مالی کشور، اعم از بازار سرمایه، بازار پول و صنعت بیمه، توسعه امروز و آینده خود را مرهون مجاهدت‌های شبانه‌روزی این عالم فقیه است.

انصاف این است که مرحوم استاد موسویان در ارتقای حقوق بانکی و اقتصاد اسلامی در ایران هم به لحاظ علمی و هم عملی در رتبه نخست قرارداشت و هرکس در عرصه حقوق بانکی و ابزارهای مالی مانند بورس و امثال آن پای نهد بدون تردید مدیون و مرهون تلاش علمی گسترده اوست. نگاهی به فهرست پربرگ آثار علمی وی نشان از نقش بی‌بدیل وی در غنای ادبیات حقوق بانکی و انطباق ابزارهای جدید مالی با احکام اسلامی دارد. مقالات زیر تنها بخشی از کتاب‌ها و مقالات فراوان و ارزشمند مرحوم

موسویان است:

کتاب‌ها:

۱. پس انداز و سرمایه گذاری در اقتصاد اسلامی
۲. بانکداری اسلامی (این کتاب در چندین جشنواره حائز رتبه شده)
۳. بانکداری بدون ربا از نظریه تا عمل
۴. کلیات نظام اقتصادی اسلام
۵. ربا و مسائل عصر حاضر (کار گروهی) حائز رتبه ممتاز در کتب اقتصادی حوزه و کتاب سال جمهوری اسلامی ایران. ۶. پول و نظامهای پولی (کار گروهی)
۷. فلسفه اقتصاد اسلامی (کار گروهی)
۸. بهره یا ربا (کار مشترک با دکتر موسی غنی نژاد)

برخی از مقالات:

- ۱ - اوراق مرابحه کالا؛ ابزار مناسب برای بازار بین بانکی در بانکداری بدون ربا
- ۲- نقد نظریه بانکداری بدون ربا از ایده تا اجرای آن در ایران (با تأکید بر قانون بانکداری بدون ربا)
- ۳- نقد و بررسی دیدگاه‌های جدید پیرامون ربا و بهره بانکی
- ۴- تأمین مالی اسلامی بر اساس اعتبار در حساب جاری بر مبنای عقد وکالت
- ۵- آسیب شناسی و نقد وضعیت بانکداری ایران از منظر عدالت اقتصادی
- ۶- طراحی بازار بین بانکی براساس دیدگاه متخصصان فقهی در نظام پولی و مالی ایران
- ۷- اتحاد مالکیت در چهارچوب اسلامی و دلالت‌های آن در بازارهای مالی (پول و سرمایه)
- ۸- ماهیت حقوقی اوراق بهادار مرابحه
- ۹- طراحی صندوق سرمایه گذاری خرید دین سازگار با فقه امامیه
- ۱۰- شناخت و رتبه بندی ریسک‌های ابزارهای مالی اسلامی (صکوک)
- ۱۱- بررسی ضابطه غرر در معاملات جدید
- ۱۲- تحلیل سهام عادی شرکت‌های پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران در جایگاه مبیع در عقد بیع بر اساس فقه امامیه



۱۳- طراحی اوراق وقف بر مبنای عقد صلح و وقف جهت تامین مالی طرح‌های عام المنفعه

۱۴- بررسی قراردادهای سوآپ کالا از دیدگاه فقه امامیه

۱۵- مدیریت ریسک های اوراق بهادار مضاربه با تاکید بر فقه امامیه

۱۶- حاکمیت شرعی در بانک ها و موسسات مالی- اسلامی انگلستان و مقایسه آن با ایران

۱۷- اوراق بهادار (صکوک) بانکی؛ تبدیل تسهیلات بانکی به اوراق بهادار در بانکداری بدون

۱۸- اوراق بهادار استصناع؛ مکمل بازار سرمایه ایران

۱۹- تحلیل نظری الگوی نظام بانکداری اسلامی اندونزی (راهبردی برای اصلاح قوانین بانکداری ایران

پند استاد

نگاهی به کارنامه درخشان و پربرگ مرحوم استاد موسویان بخوبی نشان می دهد که جهاد علمی خستگی ناپذیر او هدفی جز گشودن گره ای از مشکلات اقتصادی کشور نداشته و تمامی آنها معطوف به نیازهای واقعی عرصه حقوق و اقتصاد کشور بوده است. استاد موسویان از علم و جامعیت فقهی حقوقی اقتصادی خود نه برای فضل فروشی یا ارتقای رتبه های دانشگاهی و شغلی بلکه تنها و تنها برای رفع نیازهای واقعی و خدمتی به جامعه و علم استفاده نمود و کسانی که از نزدیک با فضای برخی مجلات و مقاله تراشی های بی حاصل که هیچ ثمری جز منفعت مادی و شغلی نویسنده ندارد آشنا هستند، ارزش جهاد علمی هدمند مرحوم موسویان را خوب درک می کنند. درس بزرگ دیگری که جامعه علمی کشور و بویژه اصحاب حقوق می توانند از این استاد فقید علم و دین بیاموزند، شیوه معتدل و دور از افراط و تفریط وی در برخورد با نهادهای جدید و انطباق آنها با شریعت است. استاد موسویان در عین تلاش تام برای حفظ احکام شرعی و الهی پا در عرصه های نوین و کمتر شناخته شده حقوق بانکی و اقتصاد نهاد و نه به اسم دین با هر نهاد جدیدی مخالفت ورزید و نه چشم و گوش بسته به تایید غیر عالمانه از دستاوردهای تمدن جدید پرداخت. او با توکل و تلاش فراوان و به پشتوانه سرمایه علمی سنگینی که از تحصیلات حوزوی و دانشگاهی به دست آورده بود با نگاهی نقادانه و



اجتهادی و بدون تعصب به تحلیل ابزارهای اقتصادی و مالی جدید پرداخت و حاصل
کوشش علمی خود را سخاوتمندانه در اختیار همگان گذاشت و به گفتن و نوشتن نیز
اکتفا نکرد و پا در میدان اجرا نهاد و آنچه باور داشت را در عرصه اجرا نیز پیگیری می کرد.
روحش شاد و رضوان الهی جایگاه جاوید او باد.



گزیده مقالات کاربردی

محمد ابراهیمی^۱

در این مقاله اسامی تعدادی از کتب و مقالات مرتبط با موضوع حقوق بانکی و بانکداری، آورده شده که به معرفی آنها می‌پردازیم.

۱ - امکان سنجی توقیف مبلغ تسهیلات بانکی در حقوق ایران

نویسندگان: دکتر مصطفی السان؛ سجاد یآوری

چاپ مجله مطالعات حقوقی دوره یازدهم شماره چهارم زمستان ۱۳۹۸
این مقاله علاوه بر بررسی فرایند توقیف موجودی حساب‌های بانکی در اجرای احکام یا اسناد نزد بانک، به مطالعه ماهیت انواع تسهیلات بانکی و تحلیل مسئله قابلیت بازداشت مبلغ تسهیلات بعد از واریز به حساب تسهیلات گیرنده نیز می‌پردازد.
پرسش مورد نظر آن است که آیا موجودی حسابهای بانکی (حتی موجودی ناشی از واریز تسهیلات) در تمامی موارد به دستور مراجع قانونی قابل بازداشت است؟ که به پاسخ‌های ذیل منتج گردیده است: تسهیلات قرض الحسنه، ماهیت قرض داشته و به دارایی تسهیلات گیرنده می‌پیوندد مبلغ این نوع از تسهیلات با دستور مراجع قضایی قابل بازداشت است.

در تسهیلات مبادله‌ای از نوع فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، جعاله، مرابحه، استصناع، مبلغ تسهیلات به دارایی تسهیلات گیرنده منتقل نشده بابت دیون وی قابل بازداشت نیست.

در تسهیلات مبادله‌ای از نوع خرید دین و سلف، تسهیلات واریزی عوض معامله

۱ وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای دادگستری اصفهان

۱۶۲

مجله
حقوق

شماره ۱۴۶ / فروردین ۱۴۰۰



محسوب شده و به دارایی تسهیلات گیرنده انتقال می‌یابد، مبلغ این نوع از تسهیلات به دستور مراجع قضایی قابل توقیف است.

در تسهیلات مشارکتی از نوع مشارکت مدنی، مزارعه و مساقات، بعد از اعطای تسهیلات، حالت اشاعه در موضوع قرارداد بین بانک و تسهیلات گیرنده محقق شده و مبلغ تسهیلات قابل بازداشت نیست اما طلبکار می‌تواند تقاضای توقیف سهم‌الشرکه بدهکار را کرده و بعد از اتمام دوران عقد، از محل فروش آن مبادرت به وصول محکوم به یا مورد تعهد کند.

در تسهیلات مضاربه، سرمایه نقدی همواره به بانک تعلق داشته و تسهیلات گیرنده تنها از سود عملیات تجاری، سهم مشاعی می‌برد، تسهیلات مضاربه بابت دیون تسهیلات گیرنده قابل بازداشت نیست.

۲- تعهد به رازداری بانکی

نویسندگان: محمدعلی خرسندیان؛ مریم فلاح دخت درب قلعه
مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۸، سال ۱۳۹۶

امروزه امر بانکداری در زندگی ما جایگاه اساسی و غیرقابل انکاری دارد و بانک‌ها برای جلب اعتماد مشتریان خود و متعاقب آن جذب سرمایه می‌بایست در حفظ اسرار مالی و مشخصات فردی افراد به نحو احسن اهتمام ورزند.

به طور کلی اسرار بانکی به دو نوع تقسیم می‌شود:

۱- اسرار بانکی به عنوان اسرار حرفه‌ای که مطابق قانون و عرف اهل حرف ملزم به حفظ آن تا حدودی که قانون مشخص می‌کند می‌باشد

۲- اسرار بانکی در معنای آنچه در قانون سوئیس مطرح می‌باشد و مطابق آن به هیچ وجه اسرار اطلاعاتی مشتریان افشاء نمی‌شود مگر با آرا محاکم که طرفداران نظریه دوم عمدتاً افرادی هستند که یا به دنبال فرار مالیاتی می‌باشند و یا کسانی که این نوع نظریه را باعث جذب سرمایه خارجی می‌داند.

در حال حاضر مبنای رازداری بانکی به طور کلی به دو دسته تقسیم شده است اول مبنای رازداری بانکی نسبی‌گرایی و دوم مبنای رازداری بانکی مطلق‌گرایی.

در نظام نسبی‌گرایی بیان شده است که در صورت افشاء اطلاعات تنها افرادی که



اطلاعات ایشان افشا شده است می‌توانند به طرفیت بانک کارمند و یا مدیران طرح شکایت یا دعوی حقوقی نمایند و در مقابل نظریه مطلق گرایي که در کشور ما پذیرفته شده است معتقد است که در افشا اطلاعات تنها اشخاص متضرر نمی‌شوند و با توجه به اینکه گاهی اطلاعات محرمانه نیز افشا می‌شوند، قانون و حاکمیت نیز ملزم به ورود و طرح شکایت به طرفیت شخص متخلف می‌باشد .

در نظام بانکداری، اطلاعاتی که بانک‌ها خود را ملزم به حفظ آن می‌کنند به دو دسته عمده اطلاعات تجاری اقتصادی و اطلاعات شخصی تقسیم می‌شوند و افرادی که متعهد به رازداری اطلاعات می‌باشند یا شامل مطلعان داخل در دستگاه اداری بانک شامل کارمندان و مدیران است و یا مطلعان خارج از دستگاه اداری بانک که به واسطه قانون و یا قرارداد با بانک در ارتباط هستند مانند بازرسان و حسابداران .

البته حفاظت و سری بودن اطلاعات مشتریان بانک‌ها با استثنائاتی روبرو می‌باشد که بنا به دلایل اصل رازداری اطلاعاتی بانک‌ها را مخدوش می‌نماید که عبارتند از

- ۱- رضایت شخص ذینفع در اجازه دسترسی به اطلاعات مالی و شخصی خود
- ۲- اجرای آرای محاکم قضایی که این مورد حتی در نظام بانکداری سوئیس هم پذیرفته شده است

- ۳- در دعوی میان بانک و مشتریان آن هم تنها در محدوده اختلاف مطروحه و دعوی طرح شده، بانک حق دسترسی به اطلاعات را دارد جهت ارائه مدرک به محاکم
- ۴- الزام به افشاء اطلاعات در خصوص مبارزه با جرائم از جمله جرائم مرتبط با تروریسم و پولشویی

- ۵- الزام به افشاء در خصوص جلوگیری از فرار مالیاتی

به غیر از پنج مورد فوق‌الذکر بانک‌ها در قبال حفظ اطلاعات مشتریان خود متعهد و مسئول می‌باشند و در صورت افشا اطلاعات اشخاص و ورود ضرر به ایشان امکان مطالبه خسارت از کارمند، مدیران، بانک و همچنین طرح شکایت از ایشان پذیرفته می‌باشد .

۳ - خرید دین در نظام بانکداری اسلامی

نویسندگان: سیدمصطفی محقق داماد؛ جمشید شیری؛ فروغ قاسمی
آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۳، بهار _ تابستان ۹۵



خرید دین یکی از عقود اسلامی است که امروز در معاملات زیادی کاربرد دارد و از جمله آنها حقوق بانکی است. بر پایه عقد خرید دین، دین بدهکار به بیشتر یا کمتر از میزان اسمی از طلبکار، توسط مدیون یا ثالث خریداری میشود. نظر مشهور فقهای شیعه، صحت عقد خرید دین در اکثر موارد و اقسام آن است. قراردادهای اعتباری که امروزه یکی از عمده ترین فعالیتهای بانکی محسوب می شود، کارتهای بانکی و همچنین سپردهها و وامهای بانکی با استفاده از عقد خرید دین در بانکداری بدون ربا قابل تحقق است. نهاد حقوقی خرید دین سابقه طولانی در نظام حقوقی اسلامی دارد تا جایی که برخی ادعا نموده اند که یکی از نهادهای امضایی شرع مقدس است. با تدقیق در خرید دین و کاربردهای آن در حوزه بانکداری بدون ربا می توان تدبیری اندیشید که مشکل ربا در عملیات بانکی حل شود. در مقاله ۲ سوال اساسی پاسخ داده شده؛

۱- وضعیت حقوقی خرید دین در فقه امامیه و به تبع آن در حقوق ایران چگونه است؟
۲- چطور می توان عملیات بانکی بدون ربا را بر اساس خرید دین توجیه و استوار کرد؟
در مقاله ابتدا به بررسی خرید دین به لحاظ مفهوم و ماهیت و وضعیت فقهی و حقوقی آن و سپس به کاربرد عقد خرید دین در معاملات بانکی پرداخته شده است.
با بررسی وضعیت حقوقی خرید دین میتوان فقهای شیعه را در بحث خرید دین به پنج گروه تقسیم کرد؛

- ۱- گروهی از فقها خرید دین را به طور مطلق صحیح می دانند.
 - ۲- گروهی معتقدند که دین نباید عوض دین قرار گیرد و گرنه خرید دین به دین شده و باطل است.
 - ۳- گروهی خرید دین توسط مدیون را صحیح ولی خرید دین توسط ثالث را محکوم به بطلان می دانند.
 - ۴- گروهی خرید دین بعد از حلول آن را صحیح ولی خرید دین قبل از آن را باطل و بلا اثر می دانند.
 - ۵- گروهی دیگر خرید دین به میزان کمتر از دین را جایز و یا دست کم واجد اثر حقوقی نمی دانند.
- نهایتاً می توان به عنوان یک نظر مشهور که طبق اصل ۱۶۸ قانون اساسی جز منابع حقوقی به شمار می رود، صحت خرید دین را در فقه امامیه پذیرفت.



وضعیت حقوقی خرید دین در حقوق ایران :

۳ دیدگاه در مورد ماهیت حقوقی خرید دین در حقوق موضوعه ایران قابل طرح است؛

دیدگاه اول خرید دین به عنوان عقد بیع

دیدگاه دوم خرید دین به عنوان قرارداد خصوصی

دیدگاه سوم خرید دین به عنوان عقد معین

قانونگذار خرید دین را به عنوان یک عقد صحیح پذیرفته است (در سال ۱۳۸۹ با مساعدت نمایندگان مجلس شورای اسلامی، عقد خرید دین در ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه گنجانده شد سپس هیئت وزیران به استناد ماده ۹۸ در جلسه مورخ ۱۳۹۰/۵/۲ بخشنامه آن را برای الحاق به قانون عملیات بانکی بدون ربا تصویب نمود و دستورالعمل اجرایی آن نیز در تاریخ ۱۳۹۰/۵/۲۵ به تصویب شورای پول و اعتبار رسید .

کاربرد خرید دین در عملیات بانکی :

معاملات و قراردادهای منعقد شده بین مشتریان و بانک در دو شکل تجهیز و تخصیص منابع شکل می‌گیرد. مقصود از قراردادهای تجهیز منابع پولی آن دسته از قراردادهایی است که بین بانک و مشتریان برای سپرده‌گذاری منعقد می‌شود و لازمه آن افتتاح حساب است. امروزه سپرده‌های بانکی مشتریان در قالب عقود اسلامی مثل مضاربه و قبض توجیه می‌شود اما هر کدام از این عقود مسائل و شبهاتی را درباره سود و بهره برای منتقدان ایجاد کرده اند.

در مقاله به نظر بهترین شیوه برای ترویج این قراردادها عقد خرید دین است. بدین توضیح که سپرده‌گذار مبلغ معینی را بر اساس قرض موضوع ماده ۶۴۸ قانون مدنی به بانک قرض می‌دهد و بانک مدیون سپرده‌گذار می‌شود که وفق مقررات عقد قرض، این دین حال می‌باشد. بانک این دین حال را از سپرده‌گذار به قیمت بیشتر ولی به صورت موجدل یا اقساطی می‌خرد.

کارت‌های بانکی :

بانک صادر کننده کارت اعتباری با مراکز تجاری و خدماتی پذیرنده کارت قرارداد می‌بندد که هرچه دارندگان کارت به صورت نسیه مدت دار (برای مثال ۶ ماه) بخرند،



بانک با نرخ تنزیل معینی (برای مثال ۱۰ درصد) بدهی آنان را به مبلغ کمتر خریداری نمایند و وجه آن را نقد بپردازد. همینطور بانک با دارندگان کارت اعتباری قرارداد می‌بندد که طی آن با قرار گرفتن کارت اعتباری در دستگاه مربوط، بانک بدهی اقساطی دارنده کارت را از فروشنده خریده (تنزیل کرده) و مبلغی کمتر به صورت نقد به حساب فروشگاه واریز می‌کند.

کاربرد خرید دین در قراردادهای تخصیص منابع :

شیوه معمول آن است که مشتری به یکی از شعب بانک مراجعه و بر حسب نیاز فعلی یا آتی خود اقدام به اخذ اعتبار می‌کند که به آن قراردادهای تخصیص منابع گفته می‌شود که شامل (۱- قراردادهای اعتباری نظیر فروش اقساطی و اجاره به شرط تملیک، بیع با شرط حفظ مالکیت ۲- وام‌های بانکی ۳- تنزیل اعتبارات اسنادی ۴- تنزیل اسناد تجاری) می‌شود. به عنوان مثال بهترین راه حل برای ارائه وام‌های بانکی و دوری جستن از شبهات بانکداری بدون ربا عقد خرید دین است بدین توضیح که بانک مبلغ معینی را بر اساس قرض موضوع ماده ۶۴۸ قانون مدنی به شخصی قرض می‌دهد و طبیعتاً آن شخص به واسطه این قرض مدیون بانک می‌شود. حال بانک این دین را به خود مدیون به قیمت بیشتر ولی به صورت مدت‌دار و اقساط می‌فروشد. اعتبارات اسنادی:

اعتبار اسنادی ابزاری است که به وسیله آن یک بانک (بانک گشاینده یا صادر کننده) بر اساس درخواست خریدار (درخواست کننده) ، پرداخت وجه معینی را به فروشنده (ذینفع) در قبال ارائه اسنادی که نشان‌گر اجرای صحیح قرارداد فروش هستند، تعهد می‌کند. این روش معمولاً در جایی استفاده می‌شود که خریدار و فروشنده در دو کشور مختلف اقامت دارند یا فروشنده نمی‌خواهد کالای مورد معامله پیش از پرداخت بها در اختیار خریدار قرار گیرد و خریدار نیز نمی‌خواهد پیش از تحویل کالاها پرداختی انجام دهد. در اعتبارات اسنادی هنگامی که متقاضی گشایش اعتبار می‌کند، بانک را به مبلغ و میزان اعتبار مدیون خویش می‌کند، حال این دین مدت‌دار را داین به مبلغ کمتر به مدیون (بانک) می‌فروشد و این دقیقاً همان تنزیل و خرید دین است. در فقه و حقوق اقتصادی اسلام بیع دین و تنزیل به یک معناست.

در هر حال به نظر می‌رسد که می‌توان با توجه به مشروعیت مطلق خرید دین در نگاه



برخی از فقها عملیات بانکی بدون ربا را بر اساس این عقد اسلامی تنظیم و تمام حالات آن را به صورت شرعی و قانونی در حقوق بانکی اجرا کرد.

۴- استقلال ضمانت نامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین الملل

نویسنده: محمد عیسی تفرشی؛ مرتضی شهبازی نیا

نشریه نامه مفید، مرداد و شهریور ۱۳۸۲، دوره ۹، شماره ۳۷ (حقوق)، صفحه ۵ تا ۲۴

ضمانت نامه مستقل بانکی و اعتبار نامه انتظاری (بعنوان ضمانت نامه در حقوق امریکا) پدیده حقوقی نسبتاً جدیدی است که عمده بمنظور تضمین تعهدات قراردادی بکار می‌رود خصیصه اصلی این قبیل ضمانت نامه‌ها استقلال آنها از قرارداد پایه است باین معنا که اولاً تعهد بانک ضامن به پرداخت وجه ضمانت نامه و حق ذی نفع برای وصول آن صرفاً باید با مراجعه به مفاد و شروط مقرر در خود ضمانت نامه معین شود نه با مراجعه بقرارداد پایه و ثانیاً رابطه بین بانک و ذی نفع از رابطه بین بانک و ضمانت خواه تاثیر نمی‌پذیرد تنها استثنای وارد بر اصل استقلال ضمانت نامه تقلب یا سو استفاده آشکار ذینفع در مقام مطالبه ضمانت نامه است بعنوان یکی از آثار اصل استقلال بانک ضامن نمیتواند در مقابل ذینفع بایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد کند و باید بدون بررسی در موارد تقصیر عدم نقص قرار داد پایه توسط ضمانت خواه و صرفاً در صورت تحقق شروط مقرر در خود ضمانت نامه نباید ماهیت غیر استنادی داشته باشد بدین معنا که شروط پرداخت وجه ضمانت نامه باید صرفاً ارایه اسناد معین باشد و بانک را نمی‌توان مکلف کرد که برای پرداخت وجه سند استحقاق یا عدم استحقاق ذینفع را بررسی کند ذینفع نیز برای مطالبه وجه ضمانت نامه صرفاً باید اسناد مقرر در ضمانت نامه را ب بانک ارایه دهد و ملزم باثبات تخلف بدهکار اصلی از قرارداد پایه بطریق دیگری نیست با توجه باصل استقلال و لزوم اسنادی بودن شروط پرداخت وظیفه بانک در مقام رسیدگی بدرخواست ذینفع صرفاً احراز مطابقت ظاهری اسناد ارایه شده از ناحیه ذینفع با مفاد ضمانت نامه است.



معرفی کتاب

مینا سالمی^۱

مقررات بانکی، مجموعه مقرراتی است که در عالم حقوق محجور واقع شده و وکلای دادگستری ارتباط کمتری با آن برقرار می‌کنند. در حالی که امروزه مراجعات مردم به بانک‌ها افزایش یافته و پس از هر مراجعه افراد ملزم به امضای قراردادهایی می‌شوند که حتی فرصت مطالعه آن را در شلوغی و ازدحام بانک ندارند. از این رو بسیاری از مردم در انعقاد قراردادهای بانکی به ویژه در اخذ اعتبارات اغلب مظلوم واقع شده و به لحاظ عدم تخصص و بررسی قرارداد قبل از امضا، متضرر می‌شوند. در ازای آن، بانکها همواره قدرت بیشتری یافته و با استناد به قراردادهای امضا شده، در محاکم پیروز میدان می‌شوند. آشنایی وکلا و قضات با قوانین بانکی، موجبات افزایش آگاهی جامعه و جلوگیری از تضییع حقوق ملت را فراهم می‌آورد. در این راستا کتاب زیر را به عنوان منبعی جامع، جهت دسترسی به مقررات بانکی معرفی می‌نماییم.

مجموعه‌ای از مقررات کاربردی حاکم بر نظام بانکی کشور

تألیف: حمید اخوانی

انتشارات راستینا

چاپ اول ۱۳۹۸



درباره نویسندگان:

حمید اخوانی، وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای دادگستری مرکز و نایب رئیس کمیته بانکی کمیسیون حقوقی و قضایی خانه صنعت، معدن و تجارت می‌باشد که در حوزه حقوق بانکی فعالیت دارد.

درباره کتاب:

کتاب پیش رو در برگیرنده مهمترین قوانین بانکی است که نویسنده قبل از پرداختن به مقررات، مقدمه‌ای بسیار مفید را در ۴ مبحث به شرح ذیل بیان نموده است:

مبحث اول: ارتباط حقوق بانکی با نظم عمومی اقتصادی کشور، مبحث دوم: رهیافت قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) در جلوگیری از تحقق ربا، مبحث سوم: مبانی قانونی اخذ خسارت تأخیر تأدیه در نظام بانکی کشور و مبحث نهایی: تخلفات رایج در نظام بانکی.

پس از مقدمه، قوانین در فصل اول، آیین نامه و تصویب نامه‌ها در فصل دوم، بخشنامه‌های بانک مرکزی در فصل سوم آورده شده است. شما با در اختیار داشتن این مجموعه می‌توانید مهمترین قوانین بانکی و کلیه آیین نامه‌ها و حتی بخشنامه‌ها را در اختیار داشته و از آن بهره ببرید. قطعاً وجود این کتاب در کتابخانه شخصی وکلا و حقوقدانان مانع از سردرگمی در یافتن قوانین در سایت‌های اینترنتی یا مجموعه قوانین‌های غیر تخصصی می‌شود.

حقوق بانکی کاربردی

(دوره چهارجلدی)

علیرضا توفیق،

دکتر عباس مرادی آملی

انتشارات مشق شب، اشکان

اولین چاپ: ۱۳۹۷

۱۷۰

مجله
حقوق



درباره نویسنده

علیرضا توفیق، مستشار سابق دادگاه های تجدیدنظر استان سمنان که در حال حاضر در حرفه شریف وکالت مشغول فعالیت هستند و حوزه کاری ایشان، غالباً در زمینه حقوق بانکی است. از ایشان کتب و مقالات زیادی منشتر شده که لیست فعالیت های علمی و آموزشی ایشان را میتوانید از طریق وبلاگ شخصی به نشانی: <http://alirezatofigh.ir/> مشاهده بفرمایید.

درباره کتاب

دوره چهار جلدی حقوق بانکی کاربردی، مجموعه ای تخصصی و جامع در رابطه با کلیه مسائل روز بانکی و نحوه طرح دعوی و دفاع در قبال بانکهاست که شرح مختصری از هر جلد در ذیل خواهیم آورد.

جلد اول: عقود بانکی

علیرضا توفیق

انتشارات مشق شب ۱۳۹۷

در دو فصل کلی به نام های کلیات و پیوست ها به رشته تحریر درآمده است. در فصل اول، ابتدا پس از معرفی انواع بانکها و موسسات، به قوانین و منابع بانکی اشاره شده، پس از آن اقسام عقود بانکی مورد بررسی قرار گرفته است. در فصل دوم، سخن از بانک مرکزی، آیین نامه ها، بخشنامه ها و دستورالعمل های بانکی است که در پایان تعدادی دادخواست و نمونه رأی نیز به چشم میخورد.

جلد دوم: دعاوی بانکی

علیرضا توفیق

انتشارات مشق شب ۱۳۹۸

در جلد دوم نیز مطالب در دو فصل با عناوین: کلیات و انواع دعاوی بانکی و بررسی تحلیلی - کاربردی انواع دعاوی بانکی طبقه بندی شده است. نویسنده پس از بررسی انواع دعاوی له و علیه بانک در فصل اول، در فصل دوم به طور عملی دعاوی را بررسی نموده و از نحوه طرح دعوی و تنظیم دادخواست گرفته تا دفاع و در نهایت صدور دادنامه را تحلیل میکند.



جلد سوم: تخلفات بانکی و ضمانت اجرا

علیرضا توفیق، دکتر عباس مرادی آملی

انتشارات اشکان ۱۳۹۹

جلد سوم در شش گفتار به شرح ذیل نگاشته شده:

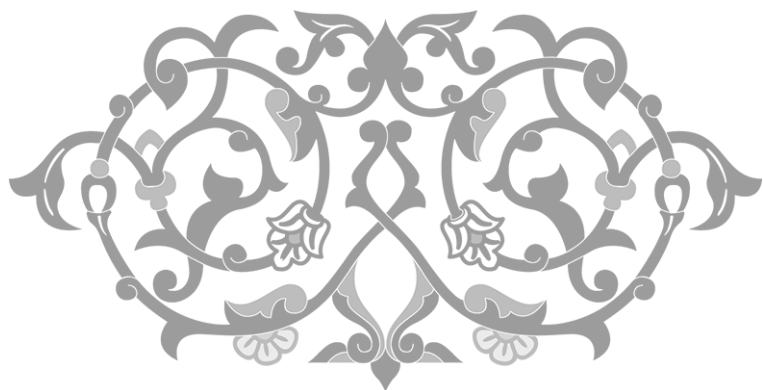
گفتار اول: مفاهیم و کلیات، گفتار دوم: تبیین تخلفات بانکی و ضمانت اجرای آن، گفتار سوم: ضمانت اجرای اداری و انتظامی، گفتار چهارم: ضمانت اجرای مدنی، گفتار پنجم: ضمانت اجرای کیفری و در پایان گفتار ششم: مجموعه قوانین و مقررات مربوط.

جلد چهارم: دادخواست و آراء بانکی

علیرضا توفیق

انتشارات اشکان ۱۳۹۹

سرانجام در جلد پایانی وکلا و حقوقدانان میتوانند نمونه دادخواست ها و آراء بانکی را مشاهده نموده و در جریان دادرسی از آنها بهره ببرند.



زنگ تفريح





حقوق قراردادهای بانکی به بیان طنز

دکتر محمدرضا محمدی جرقویه^۱

اولین نکته در بحث حقوق قراردادهای بانکی در ایران لزوم رفع شبهه از فعالیت‌های بانک و سپس تبیین ماهیت رفتارهای بانک است.

در جهان به یک اعتبار دو گونه بانک داریم؛ بانکداری متعارف و بانکداری بدون ربا که در این مقاله اختصاصاً منظور بانکداری ایران می باشد. در بانکداری متعارف وقتی مسئولین بانک تصمیم می‌گیرند به شما وام بدهند همان روز رک و پوست کنده به شما می‌گویند صد تومان می‌دهیم و در پایان سال و یا بصورت اقساط ماهیانه، در مجموع ۱۲۰ تومان می‌گیریم شما را به خیر و ما را به سلامت. ولی در بانکداری بدون ربا براین مینا حرکت می‌کند که این نحوه گرفتن پول و دادن وام هم حرام است و گیرنده و دهنده وام در قعر آتش است و هم جرم است. با شنیدن این حرف در بانکداری بدون ربا انسان از خوشحالی در پوست خود نمی‌گنجد که بالاخره یک منصفی پیدا شد و به مضرات خانمانسوز ربا پی برد و ضمن اینکه اجازه نمی‌دهد که فعل حرام ربا اتفاق بیفتد، گره کار انسان را در پرداخت وام باز می‌کند.

بعد از فروکش کردن ذوق، وام گیرنده به بانک مراجعه کرده و می‌گوید حالا من براساس اصول بانکداری بدون ربا وام بخواهم چه باید بکنم؟ بانکدار ابتدا به لحاظ لزوم رعایت کرامت انسانی، ایشان را به نحو شدید و غیرقابل انتظاری تکریم می‌نماید و می‌گوید هرچه وام می‌خواهی بگو فقط سخن از ربا نباشد که خون در رگ‌های من از شنیدن این سخن منجمد می‌شود. مشتری قبول می‌کند و می‌گوید لطفا شرایط را بفرمایید: بانکدار می‌گوید شرایط پرداخت وام به دو صورت شکلی و ماهوی است. اما شرایط شکلی:

شناسنامه

کارت ملی

قبض برق، آب، گاز و تلفن مشتری و پسر خواهر نماینده منتخب حوزه انتخابیه مشتری در مجلس شورای اسلامی
پرینت حساب بانکی اعضای شورای شهر یا روستای مجاور مشتری به شرط اینکه دو دوره متوالی انتخاب شده باشد.

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای دادگستری اصفهان

گواهی سوء پیشینه اقبای درجه ۵ از طبقه دوم و سوم که برای مشتریان خوش حساب پس از تایید اداره اعتبارات و موافقت اکثریت شورای تامین شهرستان فقط اقبای طبقه دوم کافی است.

پروانه موافقت اصولی سه کارخانه‌ای که جنس آن را مشتری می‌خواهد بخرد و گواهی میزان درآمد با تایید سازمان حسابرسی و گواهی تسویه حساب مالیاتی سه سال آینده کارخانجات مذکور به نحو پیشاپیش .

و اما شرایط ماهوی:

برای اخذ وام چون ربا حرام است ما باید به گونه ای عمل کنیم که خدای ناکرده در ورطه هولناک ربا نیفتیم . مشتری سوال می‌کند لطفاً این شرایط را نیز بفرمایید. قبل از اینکه پاسخ بانکدار را بگویم ناچارم خاطره‌ای بیان کنم. دانش آموزی در برگه امتحانی روبروی صفحه اول سوالات نوشته بود لطفاً به پشت برگه مراجعه شود و فلش را از صفحه اصلی به پشت صفحه کشیده و از معلم خواسته بود که به آن جا مراجعه کند. در پشت صفحه گفته بود؛ ببخشید خجالت کشیدم آنطرف صفحه حقیقت را بگویم از شما خواستم که تشریف بیاورید این طرف. واقعیت این است که من پاسخ سوالات را نمی‌دانم!!!

بانکدار هم مانند آن دانش آموز می‌گوید برای پرهیز ربا ما باید در قالب یکی از عقود اسلامی با شما باید قرارداد ببندیم و لیست بزرگی از عقود را به مشتری ارائه می‌دهد و از او می‌خواهد که یکی از آن عقود را که شامل؛ فروش اقساطی، مشارکت مدنی، جعاله، مضاربه، مرابحه، استصناع، سلف و... می‌باشد را در کمال آزادی انتخاب کند. بعنوان مثال مشتری که کمی حقوق خوانده با خوشحالی مضاربه را انتخاب می‌کند زیرا می‌داند که در مضاربه عامل و مضارب در سود و زیان شریک هستند و در بدترین حالت مشتری فقط برگشت اصل سرمایه از اموال خود را می‌تواند تضمین کند و لذا اگر ضرر کرد برخلاف بانکداری متعارف، دیگر نیازی به پرداخت سود عمل منجر به زیان را نخواهد داد. وقتی قرارداد را می‌خواهد امضاء کند می‌بینید بازپرداخت سود و زیان را خودش و ضامنین و عاقله‌اش باید تضمین کنند. لذا معترض شده و می‌گوید این که هم سودش بیش از بانکداری متعارف شد و برخلاف مقررات مضاربه است. مشتری پس از تهیه مدارک برای انعقاد قرارداد رسمی و تضمین سند به دفترخانه مراجعه و چند درصد وام را به دفترخانه می‌دهد و سپس مبالغی هم به کارشناس می‌دهد که کارشناس بیاید ببیند کار خدای ناکرده صوری نباشد و نهایتاً در این نوع بانکداری علاوه بر سود بیشتر از بانکداری متعارف، هزینه دفترخانه و کارشناس و هزار دنگ و فنگ دیگر هم می‌پردازد و هر دو خوشحالند که به ورطه ربا نیفتاده و گناه نکرده اند. بعبارت دیگر اگر در بانکداری متعارف به ازاء پرداخت یک تخم مرغ یک تخم مرغ دیگر از شما می‌گیرند، در بانکداری بدون ربا یک تخم مرغ به شما می‌دهند و از شما یک مرغ کامل و سالم گوشتی یا تخم گذار



تحويل می گیرند.

موضوع دیگر در بانکداری بحث تجهیز منابع است. بانک برای اینکه بتواند به مشتریان تسهیلات بدهد باید به طرق مختلف دارندگان پول را فریب بدهد تا ایشان پول خود را در بانک بسپارند. به همین دلیل است که در بعضی آگهی های بانکی می بینیم که از ما می خواهند تا با قصد قربت در بانک سرمایه گذاری کنیم. در قانون عملیات بانکی بدون ربا بانکها متعهد به بازگرداندن اصل سپرده جاری و قرض الحسنه هستند ولی می توانند بازپرداخت سپرده های سرمایه گذاری را تعهد نمایند، می تواند ننماید. البته نگارنده این مقاله بخاطر اطمینان از سلامت بانک ها چندین بار به بانک مراجعه کرده ام و پولم را از بانک گرفته و شمرده ام و دیده ام که درست است و لذا آن را برگردانده ام. در سپرده سرمایه گذاری بانک وکیل ما در خرج کردن وجوه می باشد ولذا بانک وکیل ماست و با این که هر جا سخن از اعتماد است نام بانک ها می درخشد می بینیم که بانک ها آنچنان اعتمادی به مشتری نداشته و صرف نظر از اینکه خودکارها را در بانک به نخی وصل می کنند که مشتری نبرد، بمحض عقب افتادن یک قسط از اقساط روزی صد مرتبه به بدهکار بصورت اتوماتیک زنگ می زند. این شیوه مدرن مراجعه به بدهکار از روی روش سنتی عربده کشی طلبکار اقتباس شده است و پیش بینی می شود در آینده با وقوع انقلاب چهارم صنعتی و آمدن ربات ها، بانکها دیگر به جای ایجاد مزاحمت تلفنی چند ربات یغور و گردن کلفت را در خانه شما می فرستند که همان جا بساط پهن کرده و تا طلبشان را بگیرند از آن جا نروند. بر همین اساس و تا آمدن ربات ها به خوانندگان این مقاله توصیه می شود در هنگام گرفتن وام به ضامنین و وام گیرنده تذکر داده شود که در فرم های هزار گانه اخذ وام شماره تلفن باجناق، رئیس، موکلین و سایر افرادی که کینه های عمیقی از ایشان داریم را به بانک بدهند که بانک فقط به ایشان زنگ برند.

مطلب دیگر در بانکداری الکترونیک هک شدن حساب توسط هکرها می باشد که بانک ها مسئولیتی در این خصوص نمی پذیرند لذا توصیه می شود در این خصوص به شیوه نویسنده این مقاله در بانکداری الکترونیک اقدام شود. نویسنده این مقاله آن چنان حساب های بانکی اش خالی است که با کمال میل شماره کارت، ۲۷۲، تاریخ انقضاء خود را عکس پروفایل خود کرده و اجازه می دهد تا هرکس که خواست از این حساب برداشت و یا پرداخت داشته باشد.

در پایان خاطر نشان می سازد که کل احساس بانک به مشتریان در دستگاه خودپرداز جلوه کرده و مدیران بانک همه احساس خود به مشتریان را به این دستگاه انتقال می دهند. به این نحو که اگر موجودی نداشته باشید جواب شما را نمی دهند و اگر هم موجودی داشته ولی دستگاه حس حل مشکل شما را نداشته باشد بعد از کلی معطلی به شما می گوید این دستگاه موقتاً قادر به انجام خدمت مورد نظر شما نمی باشد. آیا درخواست دیگری دارید؟ که پاسخ عموم شهروندان این است که به عمه سلام برسانید.