

## آثار حقوقی عدم مصرف تسهیلات بانکی در موضوع عقد

### نوع مقاله: پژوهشی

احمد صابری مجد<sup>۱</sup>

محمدامین صفرزاده<sup>۲</sup>

معظمه صفرزاده<sup>۳</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۳/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۱۰

### چکیده

استفاده از عقود شرعی مصرح در قانون عملیات بانکی بدون ربا راهبرد کلان نظام فقهی و حقوقی ایران در راستای ربازدایی از شبکه بانکی بوده است، با این حال وجود پاره‌ای از مشکلات، منجر به چالش جدی در حوزه «انحراف تسهیلات» برای شبکه بانکی کشور شده است. انحراف تسهیلات بانکی که در ادبیات اقتصادی مرتبط با موضوع این مقاله از مصادیق «کژ منشی» به شمار می‌رود، مصرف تسهیلات بانکی خارج از موضوع عقد است. انحراف تسهیلات حالات متعددی اعم از صوری شدن عقود به واسطه نبود قصد جدی یا انحراف پس از انعقاد عقد و تخلف از شروط قراردادی را در برمی‌گیرد. مقاله حاضر با روش توصیفی تحلیلی، ضمن مرور ادبیات مشابه اقتصادی به دسته‌بندی عقود از حیث نحوه انحراف تسهیلات در آن‌ها پرداخته و دنبال پاسخ به این پرسش است که «آثار حقوقی بار شده بر عقد به سبب انحراف تسهیلات از حیث صحت یا بطلان عقد چیست؟» نگارندگان بر این باورند که وضعیت اعتبار عقد می‌تواند بنا به وضعیت قصد طرفین، بطلان یا صحت عقد باشد که در فرض صحت عقد، آثار دیگری به جهت تخلف از شرط ایجاد می‌شود که در جای خود بررسی می‌گردد. نوشتار حاضر به دنبال بررسی فروض مختلف انحراف تسهیلات و وضعیت حقوقی ناشی از آن‌هاست تا نتیجتاً مشخص شود «تکلیف اصل، سود و سایر منافع ناشی از پول در فرض بطلان یا صحت به چه نحوی خواهد بود؟». از مهم‌ترین نکات حائز اهمیت در این خصوص، مطالبه سود بانکی در فرض بطلان است؛ چراکه مطالبه سود در فرض مذکور منوط بر ماهیت سود بانکی است؛ چراکه چنین سودی در برخی نظرات، ربوی و در برخی دیگر جایگزین کاهش ارزش پول یا جبران منافع مسلم تقویت شده است. ضرورت این پژوهش در شناسایی دقیق قراردادهای بانکی و تحلیل حقوقی تخلفات ناشی از انحراف تسهیلات

۱ دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)  
ahmad.saberimajd@ut.ac.ir

۲ دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.  
ma.safarzadeh@isu.ac.ir

۳ گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.  
moazemeh.safarzadeh@gmail.com

نهفته است، زیرا عدم شناخت صحیح ماهیت قراردادها به نادرستی، منجر به بطلان عقود و اختلال در نظم تجاری شود.

**واژگان کلیدی:** بانکداری اسلامی، انحراف تسهیلات، حقوق بانکی، حقوق تعهدات.

طبقه‌بندی **JEL**: K20, K12, K15, E5, H81

## مقدمه

علی‌رغم تلاش‌های صورت‌گرفته جهت حذف ربا از شبکه بانکی و گذشت بیش از ۴ دهه از تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا، چالش‌های اجرایی سبب شده نظام بانکی در بسیاری موارد تنها ظاهری شرعی داشته باشد. انحراف تسهیلات و صورتی‌سازی معاملات، تحقق اهداف این قانون را دشوار کرده و اعتماد عمومی به حذف ربا را کاهش داده است (سالاری و همکاران، ۱۴۰۰) تا آنجا که ایده بانکداری اسلامی به‌عنوان گام بعدی در نظام اقتصاد اسلامی را دور از ذهن جلوه داده است. تسهیلات بانکی، به‌عنوان ابزاری کلیدی برای توسعه اقتصادی، باید در مسیرهای مولد به کار گرفته شوند، اما مصرف‌غیرهدفمند آن‌ها مشکلات جدی ایجاد کرده و کارایی نظام بانکی را کاهش می‌دهد (مهرآرا و بهلولوند، ۱۳۹۵، ص. ۳۰).

بخش قابل‌توجهی از مطالبات غیرجاری بانک‌ها ناشی از تسهیلات کلانی است که برای توسعه بخش‌های اقتصادی اعطا شده‌اند، اما به‌جای آن در فعالیتهای سوداگرانه و غیرمولد مصرف شده‌اند. این انحراف نه‌تنها مانع تحقق اهداف توسعه‌ای می‌شود، بلکه با افزایش ریسک‌های مالی، پایداری نظام بانکی را تهدید کرده و کفه رقابت را به نفع بانکداری سایه که خارج از نظارت‌های قانونی عمل می‌کند، سنگین‌تر می‌کند (صادقی و باقری، ۱۴۰۰). ناآگاهی مشتریان از شرایط قراردادهای، ناتوانی بانک‌ها در پاسخ به نیازهای متنوع، سوءاستفاده‌های عمدی و نبود نظارت مؤثر از عوامل اصلی این انحراف هستند (فتحی، عزیزی و محمودزاده، ۱۳۹۹، ص. ۷۹).

استفاده از تسهیلات در محلی غیر از موضوع عقد، مانند خرید مسکن یا سرمایه‌گذاری، نقض قرارداد است و می‌تواند جریمه‌های بانکی، بطلان تسهیلات یا پیگرد قانونی را به دنبال داشته باشد. تسهیلات تکلیفی که برای حمایت از بخش‌های خاص اقتصادی اعطا می‌شوند، در صورت استفاده صحیح می‌توانند ارزش افزوده ایجاد کنند، اما انحراف آن‌ها به توقف تولید و زیان اقتصادی منجر می‌شود (فتحی، عزیزی، محمودزاده، ۱۳۹۹، ص. ۷۹).

انحراف تسهیلات پیامدهای منفی متعددی به دنبال دارد؛ الف- کاهش کارایی نظام بانکی: مصرف تسهیلات در محلی غیر از هدف تعیین‌شده، تخصیص بهینه منابع بانکی را مختل کرده و کارایی نظام بانکی را کاهش می‌دهد. این امر می‌تواند پروژه‌ها و فعالیتهای اقتصادی کلیدی را به دلیل کمبود منابع مالی با مشکل مواجه کند و در نتیجه، ارتباط نادرست بین نظام مالی و بخش تولیدی به مانعی برای توسعه اقتصادی تبدیل شود (مهرآرا و بهلولوند، ۱۳۹۵، ص. ۳۰). ب- ریسک‌های حقوقی: استفاده از تسهیلات در محلی غیر از موضوع قرارداد، نقض صریح تعهدات قراردادی است و می‌تواند پیگرد قانونی برای وام‌گیرنده و حتی چالش‌های حقوقی برای بانک‌ها به دلیل نظارت ناکافی به همراه داشته باشد. پ- ریسک‌های مالی: مصرف تسهیلات در فعالیتهای

غیرهدف، احتمال بازپرداخت را کاهش داده و با افزایش مطالبات غیرجاری، سلامت مالی بانک‌ها را تهدید می‌کند. ت- تأثیرات کلان اقتصادی: هدایت منابع مالی به فعالیت‌های غیرمولد یا سوداگرانه، رشد اقتصادی را کند کرده و منابع را از بخش‌های مولد به سمت فعالیت‌های غیرضروری سوق می‌دهد (مرادی، ۱۴۰۲، ص. ۴۷). برای کاهش این پیامدها، تقویت نظارت بانکی، افزایش شفافیت، اعمال جریمه‌های سنگین، و آموزش و فرهنگ‌سازی می‌تواند مؤثر باشد. همچنین، باید بین گیرندگان تسهیلاتی که به صورت عمدی و برای سوداگری مطالبات غیرجاری ایجاد می‌کنند و بخش‌های تولیدی که به دلایل موجه در این وضعیت قرار می‌گیرند، تفاوت قائل شد (فاخر، ۱۳۸۹، ص. ۵).

### ۱- پیشینه پژوهش

انحراف تسهیلات اشکال مختلفی دارد که یکی از آن‌ها عدم قصد جدی برای انعقاد عقد است. اصل فقهی و حقوقی «تبعیت عقد از قصد» بیان می‌کند که آثار قانونی و قراردادی یک عقد، وابسته به قصد واقعی طرفین است و نام‌گذاری صرف قرارداد کفایت نمی‌کند. در این زمینه پژوهش‌هایی انجام شده است:

۱. ملاکریمی (۱۳۹۱) در جلسات «کاربرد قواعد فقهی در بانکداری و مالی اسلامی»، قاعده «العقود تابعه للقصد» را در صحت یا بطلان عقود و آثار آن بر کارمزد و سود بررسی کرده است. جمع‌بندی نشان می‌دهد مشروعیت احکام معامله به قصد طرفین وابسته است.
۲. ملاکریمی (۱۳۹۳) در پژوهش «شاخص مشروعیت؛ بانکداری اسلامی و نظارت بر قراردادهای بانکی»، به انحراف تسهیلات و لزوم نظارت بانک بر مصرف منابع بر اساس وکالت بانک نسبت به سپرده‌گذاران پرداخته است.
۳. نظریور (۱۳۹۱) در «دلایل صوری بودن عقود بانکی»، علل اصلی صوری شدن عقود را عدم آگاهی مردم از بانکداری اسلامی، ضعف در اجرای عقود، و عدم پاسخگویی بانک‌ها به نیازهای مشتریان عنوان کرده است.
۴. بلبلی رمی (۱۳۹۴) در پایان‌نامه «کژمنشی در الگوهای جدید بانکداری اسلامی»، مدل‌های مختلف بانکداری با عقود مشارکتی، مبادله‌ای و ترکیبی را بررسی کرده است. وی تأکید دارد که انحراف تسهیلات جزء ذاتی بانکداری اسلامی نیست و با طراحی مدل‌های مناسب می‌توان آن را رفع کرد.
۵. سیدنورانی، تازی و آقاجانی (۱۳۹۶) در مقاله «عوامل مؤثر بر انحراف تسهیلات اعطایی در ایران» به صورت کیفی انحراف تسهیلات در یکی از بانک‌های کشور را بررسی کرده‌اند.

باین حال نگارندگان به حالات مختلف انحراف تسهیلات توجه نداشته‌اند و تنها انحراف تسهیلات را در عقد فروش اقساطی که از جمله عقود مبادله‌ای است بررسی کرده‌اند.

۶. مختاری اردکان و توتونچی (۱۳۹۸) در مقاله‌ای با عنوان «آثار عدم اجرای تعهدات طرفین در عقود مشارکت بانکی در فقه امامیه و حقوق ایران» بیش از آنکه به بررسی آثار عدم اجرای تعهدات پرداخته باشند به بررسی وضعیت عقد مشارکت مدنی بانکی و مطابقت آن با قواعد عقد مشارکت مدنی در قانون مدنی پرداخته‌اند و شروط ضمن عقد مشارکت بانکی را باطل دانسته‌اند.

پژوهش‌های پیشین عمدتاً به جنبه‌های فقهی و اقتصادی انحراف تسهیلات پرداخته‌اند و کمتر به آثار حقوقی آن، به‌ویژه در زمینه صحت یا بطلان عقود و تکلیف سود و خسارات، توجه کرده‌اند. مقاله حاضر ضمن تحلیل جامعی از تفاوت آثار حقوقی با ارائه تفکیک میان عقود تملیکی و غیرتملیکی، با تمرکز بر آثار حقوقی انحراف تسهیلات، به بررسی صحت یا بطلان عقود و تکلیف اصل، سود و خسارات ناشی از انحراف می‌پردازد. این پژوهش با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، شکاف‌های موجود در پژوهش‌های قبلی را پر کرده و به تحلیل حقوقی حالات مختلف انحراف تسهیلات، از جمله صوری‌سازی و تخلف از شروط، می‌پردازد. همچنین انحراف تسهیلات به دفعات موضوع پرسش استفتائات شرعی از مراجع تقلید بوده است، باین حال غالب پاسخ‌ها به بیان حکم تکلیفی مسئله پرداخته‌اند و حکم وضعی مسئله کمتر مورد توجه بوده‌است. پژوهش حاضر ضمن اشاره به نظرات مراجع عظام تقلید، حکم وضعی مسئله را با عنایت به تفکیک پیشنهادی میان عقود مورد استفاده در تخصیص منابع بیان کرده است.

برای پاسخ به پرسش اصلی جستار حاضر، لازم است بدواً ضمن مرور جایگاه عقود اسلامی در بانکداری بدون ربا، اشکال مختلف انحراف تسهیلات بررسی شود تا آثار حقوقی مترتب بر هر دسته از عقود مشخص گردد. همچنین، وضعیت سود تسهیلات، وجه التزام قراردادی و خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد باید تعیین شود.

### ۱-۱. عقود مورد استفاده در قانون بانکداری بدون ربا

بانک به‌عنوان نهادی کلیدی در اقتصاد، موضوع پژوهش‌های گسترده‌ای بوده و تفاوت‌های بانکداری متعارف و اسلامی اهمیت آن را در ایران برجسته کرده است. از منظر حقوقی، بانکداری متعارف به دلیل استفاده از عقد قرض به‌عنوان پایه قراردادهای و ربوی بودن معاملات مورد انتقاد است. پس از انقلاب اسلامی، نخبگان ایران به دنبال ربازدایی و تحقق بانکداری اسلامی مبتنی بر توزیع عادلانه منابع بوده‌اند. عقد قرض، که محور روابط بانک با سپرده‌گذاران و تسهیلات‌گیرندگان در بانکداری

متعارف است، در صورت همراهی با زیاده مشروط، ربوی و حرام محسوب می‌شود (کاشانی، ۱۳۸۴). با وجود توجیهات برای بهره ربوی در بانکداری متعارف، حتی در برخی کشورهای اسلامی، فقیهان شیعه ربا را به شدت حرام دانسته و برخی مانند محقق اردبیلی، وحید بهبهانی و امام خمینی<sup>۱</sup> حیل شرعی آن را نیز جایز نمی‌دانند.

پس از انقلاب اسلامی، ایده بانکداری اسلامی در ایران مطرح شد. ماده ۱ «لایحه قانونی ملی شدن بانکها» با ملی کردن بانکها و تأکید بر اسلامی‌سازی فعالیت‌ها تصویب شد. اصلاحات محتوایی شامل جایگزینی بهره با کارمزد، تعیین حداقل سود تضمینی برای سپرده‌های غیردیداری و حذف بهره از تسهیلات بود (توتونچیان، ۱۳۸۵، صص ۷۰۰ و ۷۰۱). تبصره ۵۴ قانون بودجه ۱۳۶۰ دولت را موظف به حذف ربا و اصلاح نظام بانکی کرد. این هدف با تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۲ محقق شد (السان، ۱۴۰۱، ص. ۸۲). بانکداری اسلامی الگویی از بانکداری است که روابط آن بر اساس شریعت اسلامی و اهداف عدالت و اخلاق تنظیم می‌شود (موسویان و میثمی، ۱۳۹۷، ص. ۳۰). تمایز اصلی آن با بانکداری متعارف، مشارکت مشتری در سود و زیان به‌جای سود قطعی است (السان، ۱۴۰۱، ص. ۸۳؛ سلطانی، ۱۴۰۱، ص. ۸۳). قانون عملیات بانکی بدون ربا با تحریم ربا، عقود شرعی را جایگزین عقود ربوی کرده که به «عقود بانکداری اسلامی» معروف‌اند. بانک در بانکداری اسلامی، بر خلاف بانکداری متعارف که از عقد قرض در قرارداد وام استفاده می‌کند، طبق قانون عملیات بانکی بدون ربا، تسهیلات را از طریق عقود شرعی تخصیص می‌دهد. مواد ۷ تا ۱۴ این قانون، عقود را در چهار دسته سرمایه‌گذاری مستقیم، قرض‌الحسنه، مشارکت، و مبادله‌ای تقسیم‌بندی کرده است (السان، ۱۴۰۱، ص. ۱۱۹). آیت‌الله خامنه‌ای تأکید دارند که تنها راه اجتناب از ربا، استفاده از عقود شرعی با رعایت کامل شرایط آن‌هاست (خامنه‌ای، ۱۳۸۸، ص. ۵۷۳).

## ۱-۲. انحراف تسهیلات

انحراف تسهیلات بانکی، یعنی عدم مصرف تسهیلات در موضوع قرارداد، در عقود قرض‌الحسنه، مشارکتی و مبادله‌ای ممکن است آثار حقوقی خاصی داشته باشد. برای تحقق بانکداری اسلامی،

۱ تحریرالوسیله ج ۱ ص ۵۷۲-مسأله ۷: ذَكَرُوا لِلتَّخْلِصِ مِنَ الرَّبَا وَجُوهًا مَذْكُورَةً فِي الْكُتُبِ وَ قَدْ جَدَّدْتُ النَّظَرَ فِي الْمَسْأَلَةِ فَوَجَدْتُ أَنَّ التَّخْلَصَ فِي الرَّبَا غَيْرُ جَائِزٍ بِوَجْهِ مِنَ الْوُجُوهِ وَ الْجَائِزُ هُوَ التَّخْلَصُ مِنَ الْمُمَائِلَةِ مَعَ التَّفَاضُلِ كَبَيْعِ مَنْ مِنَ الْحِنِطَةِ الْمُسَاوِي فِي الْقِيَمَةِ لِمَتَّيْنٍ مِنَ الشَّعْبِ أَوْ الْحِنِطَةِ الرَّدِّيَّةِ فَلَوْ أُرِيدَ التَّخْلَصُ مِنْ مُبَايَعَةِ الْمُمَائِلِينَ يُضْمُّ إِلَى النَّاقِصِ شَيْئاً فَرَاراً مِنَ الْحَرَامِ إِلَى الْحَلَالِ وَ لَيْسَ هَذَا تَخْلِصاً مِنَ الرَّبَا حَقِيقَةً وَ أَمَّا التَّخْلَصُ مِنْهُ فَغَيْرُ جَائِزٍ مِنَ وَجْهِ الْحَيْلِ.

رعایت ماهیت عقود شرعی ضروری است، زیرا عدم پایبندی به آن، معاملات را صوری کرده و شبهه را ایجاد می‌کند. انحراف تسهیلات می‌تواند به بطلان عقد یا ربوی شدن معامله منجر شود؛ در عقود صوری، انتقال مالکیت رخ نداده و تصرف غیرمجاز و پرداخت اضافه بر اصل اتفاق می‌افتد. هر تسهیلاتی که هدف عقد را محقق نکند، خلاف بانکداری اسلامی بوده و ممکن است معامله را باطل کند.

### ۱-۲-۱- علل انحراف تسهیلات بانکی

بانکداری اسلامی تنها با استفاده از عقود اسلامی محقق می‌شود، اما نبود فرهنگ‌سازی در ایران، درک تفاوت‌های بانکداری اسلامی و متعارف را محدود کرده و جایگزینی عقود اسلامی به‌جای قرض ربوی را مختل کرده است (نظریور، ۱۳۹۱). عدم نظارت کافی بر اجرای عقود و مصرف تسهیلات، بی‌توجهی به ماهیت عقود در قراردادهای و ناتوانی بانک‌ها در پاسخ به نیازهای متنوع مشتریان، به صوری شدن عقود و گرایش به تسهیلات ربوی منجر شده است (امیراصلانی، ۱۳۷۱). همچنین، نبود ابزارهای مناسب برای تأمین مالی پروژه‌های پرریسک و کارگزاری‌های بورس، پاسخگویی بانک‌ها را محدود کرده است (موسویان و میثمی، ۱۳۹۷، ص. ۶۰۴). استفاده از عقد مباحه، طبق نظر فقها و ماده ۹۸ قانون پنجم توسعه، می‌تواند نیازهای خدماتی تسهیلات‌گیرندگان را بهتر برآورده کند.

### ۱-۲-۲- صوری‌سازی عقود بانکی

صوری‌سازی معاملات، چالشی جدی در بانکداری بدون ربا در ایران است، به‌طوری‌که بانک و مشتری بدون نیت واقعی، اسناد غیرواقعی مبادله می‌کنند و هدف قرارداد محقق نمی‌شود؛ مثلاً تسهیلات مضاربه برای مصارفی غیرمرتبط استفاده می‌شود. این مسئله، که برخی پژوهشگران و مراجع تقلید آن را تأیید کرده‌اند، اعتماد مردم و علما به اسلامی بودن بانک‌ها را کاهش داده است. صوری‌سازی معاملات بانکی در فقه به‌قاعده «العقود تابعه للقصود» مرتبط است که بر اساس آن، انعقاد عقد به قصد و هدف طرفین بستگی دارد. در واقع، هر عقد، اعم از مالی یا غیرمالی، زمانی معتبر است که طرفین قصد انجام آن را داشته باشند. در صورتی‌که طرفین هیچ نیتی برای انجام معامله نداشته باشند، عقد محقق نمی‌شود و تنها دریافت و بازپرداخت پول با مبلغ بیشتر که در حقیقت ربا است، مورد توجه قرار می‌گیرد (موسویان و میثمی، ۱۳۹۷، ص. ۵۹۵).

به‌عنوان نمونه‌ای از چالش صوری‌سازی در وضع موجود عملیات بانکی در کشور می‌توان به عقد جعله اشاره کرد در حال حاضر اجرای عقد جعله در برخی موارد بدین صورت است که فرد متقاضی تسهیلات به بانک مراجعه و تقاضای خرید خدمتی را می‌کند. بانک با این فرد عقد

جعاله‌ای اقساطی می‌بندد و به‌عنوان عامل از طرف فرد (جاعل) انجام عمل خاصی را بر عهده می‌گیرد. علاوه بر این و در عقد وکالت دیگری فرد را مأمور خرید نقدی خدمت مذکور برای خودش می‌کند. در این حالت و در عقد دوم، فرد وجه موردنیاز جهت انجام خرید را نقداً از بانک دریافت می‌کند و معمولاً خرید خدمتی انجام نمی‌دهد. نتیجه آنکه فرد پول نقدی را دریافت کرده و متعهد است آن را با مبلغی مازاد بازگرداند؛ معامله‌ای که صوری است و همان ربای قرضی به حساب می‌آید. (اکبریان و رفیعی، ۱۳۸۶).

در مجموع، صوری‌سازی عقود در نظام بانکداری بدون ربا باعث می‌شود که بانکداری اسلامی به پوسته‌ای توخالی تبدیل شود، چرا که به‌جای رعایت اصول شرعی و اجرای واقعی عقود، تنها به‌صورت ظاهری و صوری به معاملات پرداخته می‌شود. این امر نه‌تنها منجر به بی‌اعتمادی در بین مردم می‌شود، بلکه کارایی و اعتبار بانکداری اسلامی را نیز تحت‌تأثیر قرار می‌دهد.

برخی از نویسندگان (الهام و امساک، ۱۳۹۸) معتقدند که عدم آگاهی مشتری از مفاد کامل عقد نمی‌تواند باعث عدم صحت عقد شود. آن‌ها بر این نظر تأکید دارند که صرف وجود قصد استعمالی بدون قرینه‌ای دیگر حاکی از قصد جدی بر انعقاد عقد میان مشتری و بانک است، بنابراین عقود بانکی در چنین فرضی صوری نخواهد بود. با این حال، در صورت پذیرش این نظر، فرض صوری بودن عقود باقی است در شرایطی که مشتری تنها با هدف دریافت منابع به بانک مراجعه کرده و قصد جدی برای انعقاد عقد نداشته باشد. در این فرض، بر اساس دیدگاه نویسندگان مذکور، اصل بر ظاهر و اراده استعمالی گذاشته شده؛ زیرا علم و یقین به نبود اراده جدی وجود ندارد. اما در حالت اخیر، نسبت به عدم قصد جدی در عقد، یقین حاصل شده است. در ادامه، حالات مختلف ناظر به انحراف تسهیلات به صورت مجزا بررسی و تحلیل حقوقی شده است.

### ۱-۳. آثار انحراف تسهیلات؛ بطلان یا بقای عقد

پس از توضیح جایگاه عقود بانکداری اسلامی و اهمیت قصد جدی در معاملات، باید به این پرسش پاسخ داد که انحراف تسهیلات و در صورت صوری بودن عقود در معنای اعم، چه آثار حقوقی بر عقد خواهد داشت؟ انحراف تسهیلات ممکن است در یکی از حالات مختلف تحقق یابد که بسته به نوع عقد بین بانک و مشتری، حکم صحت یا ابطال بر آن مترتب خواهد شد. در صورتی که عقد باطل شود، فروض مختلفی در مورد سود تسهیلات و سایر جزئیات وجود دارد که به تفکیک در هر حالت مورد بررسی قرار گرفته است.

## ۳-۱ بطلان عقد

بطلان به وضعیت قراردادی اطلاق می‌شود که از نظر حقوقی هیچ اثری ندارد. طبق ماده ۱۹۰ قانون مدنی، عقد تنها زمانی باطل است که یکی از شرایط اساسی آن، به جز رضای معتبر، وجود نداشته باشد. بنابراین، اگر مشتری قصد جدی برای انجام موضوع معامله نداشته باشد، طبق آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) مصوب ۱۳۶۲، که مشخص بودن موضوع معامله را از شروط قراردادهای مشارکت بانکی معرفی می‌کند، چنین قراردادی به دلیل عدم داشتن یکی از شرایط اساسی، یعنی قصد جدی طرفین، باطل است. علاوه بر این، اگر یکی از شروط خاص صحت عقد، مانند ارائه اسناد معتبر، رعایت نشود و مشتری اسناد جعلی به بانک ارائه کند، حتی در صورت عدم آگاهی بانک، عقد باطل می‌شود. دلیل این بطلان، تأثیر اشتباه در قصد طرفین و مخدوش شدن قصد بانک است که منجر به بطلان عقد می‌شود. ۲ در این موارد، همان‌طور که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی آمده است، عقد باطل اثری حقوقی ندارد، اما اگر مالی بین طرفین رد و بدل شده باشد یا عملی انجام داده باشند، حقوق و تعهداتی بر اساس این عمل ایجاد خواهد شد (شهیدی، ۱۴۰۰، صص ۲۳-۲۵).

هرچند تئوری بطلان بسیار محتمل است، اثبات عدم قصد جدی برای انعقاد عقد در محاکم دشوار است. از این رو، برای حفظ نظم معاملات و بر اساس قاعده صحت، اراده استعمالی برای انعقاد

۱ ماده ۱۹: مشارکت مدنی توسط بانک‌ها به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای فعالیت‌های تولیدی، بازرگانی و خدماتی صورت خواهد گرفت و موضوع مشارکت باید مشخص باشد.

ماده ۳۷: بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی به عنوان مالک، سرمایه نقدی (منابع) لازم را در اختیار عامل اعم از شخص حقیقی یا حقوقی قرار دهند...

۲ آیت‌الله خامنه‌ای، اجوبه الاستفتائات، سؤال ۱۹۲۵ - شخصی با اسناد جعلی مبلغی را از بانک به عنوان مضاربه دریافت کرده به این شرط که بعد از مدتی اصل پول و بهره آن را به بانک بپردازد؛

الف- آیا در صورت عدم اطلاع بانک از جعلی بودن اسناد، این مبلغ قرض محسوب می‌شود و بهره‌ای هم که وام‌گیرنده به بانک می‌دهد در حکم ریاست؟

ب- در صورتی که بانک با علم به جعلی بودن اسناد، آن مبلغ را به او بپردازد، چه حکمی دارد؟

جواب:

الف- اگر انجام عقد مضاربه توسط بانک مشروط به صحت اسنادی باشد که عقد بر اساس آن‌ها منعقد شده، عقد مذکور با فرض جعلی بودن اسناد، باطل است؛ و در نتیجه مبلغ دریافت شده از بانک قرض نیست، همان‌طور که مضاربه هم نیست. بلکه از جهت ضمان، حکم مقبوض به عقد فاسد را دارد و همه سود تجارت با آن متعلق به بانک است. این حکم در صورتی است که بانک جهل به وضعیت داشته باشد.

ب- ولی اگر بانک از جعلی بودن اسناد آگاه باشد، پولی که گرفته شده در حکم غصب است.

عقد کافی تلقی می‌شود. اراده استعمالی به معنای اراده گوینده برای به‌کارگیری لفظی است که مفهوم خاصی را در ذهن مخاطب ایجاد کند (سبحانی، ۱۴۲۰ هـ.ق، صص ۱۸۸-۱۹۱). در موارد شک، اصل بر تطابق اراده استعمالی و اراده جدی است، و تنها زمانی می‌توان از نظریه اراده استعمالی عدول کرد که با دلایل مشخص، عدم وجود اراده جدی اثبات شود.

عقد باطل هیچ اثر حقوقی در تملیک یا ایجاد تعهد ندارد (ماده ۳۶۵ ق.م). بنابراین، اگر مالی در این راستا تسلیم شده باشد، باید به مالک اصلی آن بازگردانده شود. در صورتی که مال مورد معامله در دست گیرنده تلف، معیوب یا ناقص شود، آثار آن بسته به نوع عقد متفاوت خواهد بود. در عقود ضمانی، گیرنده مسئول بازگرداندن مثل یا قیمت و جبران خسارت ناشی از عیب و نقص است، در حالی که در عقود امانی، مسئولیت جبران خسارت تنها در صورت اثبات تعدی یا تفریط بر عهده متصرف خواهد بود (شهیدی، ۱۴۰۰، صص ۲۶-۲۷). فقها در این زمینه به احکام مقبوض به عقد فاسد و قاعده "مایضمن" و عکس آن استناد می‌کنند.

نکته مهم در مورد عقود باطل این است که تبدیل آن‌ها به عقدی دیگر، مانند عقد قرض، امکان‌پذیر نیست. زیرا همان‌طور که عقد اولیه نیاز به تراضی طرفین دارد، عقد جدید نیز باید از شرایط عمومی صحت عقود پیروی کند و تراضی طرفین را ثابت کند؛ بنابراین، این تغییر نیازمند اثبات تراضی طرفین است.

### ۳-۱-۱- قاعده مایضمن

مناطق قاعده مایضمن بر اصل «مایضمن بصحیحه، یضمن بفاسده» استوار است و به این معناست که هر عقدی که صحیح آن گیرنده را ملزم به رد عوض به‌طرف مقابل کند، چنانچه به‌صورت فاسد واقع شود، گیرنده شیء، ضامن مقبوض است به این صورت که در فرض وجود، عین را رد و در فرض تلف، مثل یا قیمت آن را تسلیم می‌کند. این قاعده در واقع مشتمل بر دو قاعده است؛ یکی اصل قاعده که بیان شد و دیگر عکس قاعده که عبارت است از «ما لایضمن بصحیحه، لایضمن بفاسده». عکس قاعده بیان می‌کند که هر عقدی که صحیح آن موجب ضمان نباشد، فاسد آن نیز ضمان آور نیست (انصاری، ۱۳۷۹، ص. ۲۴۹).

در عقود بانکی، مسئولیت گیرنده تسهیلات نسبت به عین تسهیلات (وجه نقد) در صورت بطلان عقد بسته به نوع عقد متفاوت است. در عقود ضمانی، گیرنده مسئول است و باید پول را بازگرداند؛ زیرا مالیت پول مثلی است و همچنان در مالکیت بانک قرار دارد. اما در عقود امانی، گیرنده تنها در صورتی مسئول است که تعدی یا تفریط وی اثبات شود. در این حالت، بار اثبات بر عهده بانک است و اگر بانک بخواهد وجه را پس از بطلان عقد مطالبه کند، باید ثابت کند که

مشتری تعدی یا تفریط کرده است. در حال حاضر، قراردادهای بانکی به گونه‌ای تنظیم می‌شوند که بانک در هر صورت اصل پول را از مشتری دریافت می‌کند.

در مورد منافع حاصل از مال نیز باید بین منافع قطعی و منافع احتمالی تفکیک قائل شد. منافع احتمالی (عدم‌المنفع) در حقوق ایران قابل مطالبه نیستند. در صورت بطلان عقد، بانک نمی‌تواند به استناد عقد باطل سود مطالبه کند. در این شرایط، مطالبه سود بستگی به ماهیت آن دارد و تنها در صورت وجود توافقات خاص در قرارداد می‌توان آن را مطالبه کرد.

### ۳-۱-۲ تعیین تکلیف سود در فرض ابطال عقد

سود بانکی در عقود مبادله‌ای می‌تواند ماهیت‌های مختلفی از جمله عدم‌المنفع، ارزش اعتباری پول، یا خسارت تأخیر تأدیه (ارزش زمانی پول) داشته باشد (السان، ۱۴۰۱، صص. ۹۳-۹۹). در صورتی که ماهیت سود بانکی به عنوان عدم‌المنفع در نظر گرفته شود، بانک به عنوان صاحب سرمایه بخشی از آن را به وکالت در اختیار تسهیلات‌گیرنده قرار می‌دهد. در این حالت، بانک فرصت بهره‌برداری از سرمایه خود را از دست می‌دهد و مستحق جبران خسارت است. بانک می‌تواند بر اساس قاعده مایضمن و سود بانکی مصوب هیئت عالی بانک مرکزی، سود مورد انتظار را مطالبه کند. اگر ماهیت سود بانکی به ارزش اعتباری پول مرتبط باشد، بانک برای مطالبه سود باید بر اساس نرخ تورم اعلامی بانک مرکزی اقدام کند (ایزدی فرد، ۱۳۸۷).

در صورتی که عقد مبادله‌ای باطل شود، برخی معتقدند که رابطه بانک و مشتری باید به‌عنوان عقد قرض تحلیل شود که می‌تواند شبیه ربا ایجاد کند (اکبریان و رفیعی، ۱۳۸۶). اما باتوجه به تحلیل سود بانکی به‌عنوان تفویض منفعت یا ارزش اعتباری پول، می‌توان به این ادعا پاسخ داد. حتی اگر سود بانکی به‌عنوان تفویض منفعت در نظر گرفته نشود، می‌توان بر اساس تأثیر تورم بر ارزش پول و کاهش قدرت خرید، وجوهی را به‌عنوان خسارت خارج از قرارداد مطالبه کرد. با این حال، نظرات مخالفی در مورد ماهیت پول و خسارت ناشی از کاهش ارزش آن وجود دارد.

سود بانکی در عقود مشارکتی در صورتی محقق می‌شود که طرح مورد مشارکت انجام شده باشد و مشتری ضمن راه‌اندازی طرح، سود مورد انتظار را از طرح برده باشد (حسینی صدرآبادی، ۱۴۰۰، ص. ۱۴۳). در فرضی که اساساً موضوع عقد و طرح توجیهی محقق نشده است، دریافت سود خلاف مقتضای عقد است چراکه بنابر عکس قاعده مایضمن دریافت سود در عقد صحیح تنها در صورت تحقق طرح است پس در عقد باطل نیز نمی‌توان سود را در غیر آن از مشتری مطالبه نمود و اشکال ربوی بودن سود و داراشدن بلاجهت در فرض بطلان وجود دارد. برخلاف این نظر، قرارداد تیپ عقد مشارکت مدنی مصوب شورای پول و اعتبار بانک مرکزی، نسبت به عدم اجرای تعهدات

قراردادی از سوی مشتری و فرض عدم مصرف تسهیلات در موضوع عقد، بدو در بند ۱۳-۳ مشتری را ملزم به پرداخت اصل سهم‌الشرکه پرداختی بانک به همراه جریمه‌های معادل نرخ سود مورد انتظار درصد سهم‌الشرکه مذکور کرده است و سپس در بند ۱۳-۴ بانک را مستحق مطالبه مبلغی تحت عنوان "وجه التزام تأخیر تأدیه دین" دانسته که وجه التزام مذکور ماهیت ضمانت اجرای قراردادی داشته و با رأی وحدت رویه ۸۰۵ هیئت عمومی دیوان عالی نسبت به تعیین وجه التزام قراردادی بیش از نرخ تورم قابل توجیه است. در واقع شرط موصوف در بند ۱۳-۴ از جمله شروط ابتدایی است که تعهد فرعی مستقلی را بر مشتری بار کرده و حتی در فرض عدم تحقق موضوع مشارکت و بطلان عقد نیز به قوت خود باقی خواهد ماند. ۱. شروط مذکور در بندهای مذکور در قرارداد مشارکت بانکی در سایر عقود بانکی نیز تحت عنوان وجه التزام تأخیر تأدیه دین وجود دارد.

۱ ماده ۱۳ قرارداد تیپ مشارکت مدنی بانکی - شریک به موجب این قرارداد تعهد نمود: ...  
 ۳-۱۳- در مواردی که شریک در اثنای مدت این قرارداد به تشخیص بانک/مؤسسه اعتباری، از مفاد این قرارداد تخلف نماید، از تاریخ تخلف و به محض اعلام بانک/مؤسسه اعتباری میبایست اصل سهم‌الشرکه پرداختی بانک/مؤسسه اعتباری به همراه جریمه‌های معادل ..... (نرخ سود مورد انتظار) درصد سهم‌الشرکه پرداختی بانک/مؤسسه اعتباری، به تناسب مدت سپری شده و سایر هزینه‌های انجام شده طبق قرارداد حاضر را به بانک/مؤسسه اعتباری پرداخت نماید.

۴-۱۳- در صورت عدم پرداخت وجوه در سررسید مقرر، از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل با بانک/مؤسسه اعتباری و همچنین در مواردی که شریک در اثنای مدت این قرارداد به تشخیص بانک/مؤسسه اعتباری از مفاد این قرارداد تخلف نماید، از تاریخ اعلام تخلف اخیر توسط بانک/مؤسسه اعتباری، مبلغی علاوه بر وجوه تأدیه نشده خود، به عنوان وجه التزام تأخیر تأدیه دین، که بر اساس مفاد «آیین‌نامه مطالبات سررسید گذشته، معوق و مشکوک الوصول مؤسسات اعتباری» موضوع تصویب‌نامه شماره ۱۵۳۹۶۵/ت/۴۱۴۹۸ هـ مورخ ۱۳۸۸/۸/۳ هیأت وزیران و طبق فرمول زیر توسط بانک/مؤسسه اعتباری محاسبه و اعلام می‌گردد، پرداخت نماید:

$$\text{تعداد روز} \times (\text{سود متعلقه} + \text{نرخ وجه التزام تأخیر تأدیه دین}) \times \text{مانده مطالبات}$$

$$\text{تعداد روزهای واقعی سال} \times 100$$

تبصره ۱- مانده مطالبات مندرج در فرمول این ماده شامل مانده از اصل سهم‌الشرکه پرداختی بانک/مؤسسه اعتباری به علاوه سود مورد انتظار می‌باشد که شریک ضمن عقد خارج لازم تقبل و ملزم به پرداخت آن گردید.  
 تبصره ۲- مبنای محاسبه وجه التزام تأخیر تأدیه دین در خصوص مواردی که تخلف شریک ناشی از ارایه اصلاحات نادرست مؤثر در انعقاد و اجرای این قرارداد و یا مصرف تسهیلات در محلی خارج از موضوع قرارداد باشد، تاریخ انعقاد قرار حاضر می‌باشد.

**۳-۲ بقای عقد**

همان‌طور که بیان گردید عدم مصرف تسهیلات در محل عقد که ناشی از نبود قصد جدی نسبت به معامله یا نبود سایر شروط اساسی عقد باشد، منجر به بطلان عقد می‌شود؛ اما حالات دیگری از عدم مصرف تسهیلات در موضوع عقد وجود دارد که لطمه‌ای به ایجاد ماهیت عقد وارد نشده و عقد صحیح است. تنها در برخی موارد دیگر تأثیری جزئی بر روابط طرفین معامله (بانک و مشتری) دارد به نحوی که بانک بدو الزام متعهد به اجرای موضوع تعهد و نیز مجاز به استفاده از سایر ضمانت‌آجراهای قراردادی و فسخ قرارداد است.

**۳-۲-۱ صحت عقد در عقود تملیکی**

عقود تملیکی به جهت اینکه مشتری را مالک تسهیلات می‌کند به او حق هر گونه تصرفی در مال خودش را می‌دهد؛ فلذا در عقود اعم از خرید دین، سلف، اجاره به شرط تملیک و قرض الحسنه، در واقع بانک تسهیلات را به مالکیت مشتری می‌دهد و مشتری اجازه دارد منابع دریافتی را در هر محلی که بخواهد مصرف کند. بنا بر قانون عملیات بانکی بدون ربا، تسهیلات قرض الحسنه در قالب عقد قرض و بدون سود اعطا می‌شوند (کریمی، عرفی و منصور، ۱۴۰۳). عقد قرض عقدی تملیکی است که بعد از اعطای تسهیلات، تسهیلات‌گیرنده مالک پول می‌شود و به‌عنوان مالک حق هرگونه تصرف مالکانه را دارد؛ بنابراین در تسهیلات قرض الحسنه، مصرف تسهیلات کاملاً بنا بر صلاحدید و خواست مشتری است. همچنین در عقد خرید دین از مشتری به قیمت کمتر و عقد پیش‌خرید محصولات (سلف) و عقد اجاره به شرط تملیک، تسهیلات در مالکیت مشتری قرار گرفته و تصرفات وی در آن، تصرف مالکانه است. در این حالات نحوه مصرف منابع هیچ اثری بر صحت عقد ندارد حتی اگر ضمن عقد شرط شده باشد که تسهیلات در محل خاصی مصرف شود نیز عقد باطل نیست؛ بلکه در این صورت برای بانک خیار تخلف از شرط ایجاد شده که ذیل مورد بعد جای گرفته و بانک می‌تواند بسته به شرایط از خیار مذکور استفاده نماید. در فرض اخیر فتوای مراجع عظام تقلید نیز بر همین نظر اشاره دارد؛ چنان‌که آیت‌الله خامنه‌ای بیان داشته: «اگر آنچه بانک به اشخاص می‌دهد واقعاً قرض باشد و شرط کند که حتماً باید در مورد خاصی مصرف شود، تخلف از این شرط جایز نیست.» همچنین آیت‌الله صافی گلپایگانی استفاده از قرضی که بانک برای استفاده مشخص به مشتری می‌دهد در امر دیگر را جایز ندانسته که این عدم جواز در واقع به جهت تخلف از شرط و قبیح بودن خلف وعده است و الا در صورتی که محل مشخصی شرط نشده باشد به واسطه تملیک مال، مصرف تسهیلات مقید به امر خاصی نیست.

### ۳-۲-۲ منوط شدن بقای عقد به اجازه‌ی بانک و ضمانت اجرای قراردادی

در فرض موردنظر، قصد جدی و سایر شرایط اساسی صحت برای انعقاد عقد وجود دارد؛ ولی مشتری پس از دریافت تسهیلات به دلایلی مانند اضطرار، تسهیلاتی (وجوه) که همچنان در مالکیت بانک باقی است را در محل دیگر مصرف و یا آنکه در عقود تملیکی خلاف شروط ضمن عقد رفتار می‌کند که با این کار در واقع خلاف تعهدات قراردادی خود عمل کرده است که آثار خاص خود را به دنبال خواهد داشت. نظریه مشورتی شماره ۳۳۴۳ / ۷/۹ اداره حقوق قوه قضائیه مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۰ به فرض اخیر اشاره دارد بدین نحو که تخلف از مصرف تسهیلات منجر به بطلان عقد نشده؛ بلکه بانک می‌تواند ضمانت اجراهای قراردادی مانند؛ الزام به انجام تعهد، فسخ، پرداخت خسارت و امثال آن را برای عدم اجرای موضوع قرارداد درخواست کند. ید مشتری در عقود مشارکتی به واسطه ذات عقد شرکت مدنی<sup>۱</sup> و در وکالت پسینی که بانک برای انجام موضوع قرارداد در عقود مبادله‌ای به مشتری می‌دهد<sup>۲</sup>، امانی است. مصرف تسهیلات در غیر از محل عقد در واقع خروج مشتری از حدود تعیین شده در قرارداد است؛ چراکه در عقود مشارکتی، مشتری سهام‌الشرکه بانک که در دست او امانت بوده را بدون کسب اجازه و رضایت بانک در محل دیگری مصرف کرده است. همچنین در وکالت پسینی عقود مبادله‌ای نیز خروج از حدود اذن موکل خویش کرده و ضمن نقض روح قرارداد اولیه، موجب تبدیل ید امانی وکیل به ید ضمانتی شده است.<sup>۳</sup> در این وضعیت تنها در مواردی که موضوع عقد به نحوی محقق شده اما محل مصرف آن با محل قرارداد منطبق نباشد؛ مانند آنکه تسهیلات خرید اقساطی خانه صرف خرید خانه شده باشد، بانک می‌تواند با اجازه ثانویه، معاملات فضولی را تنفیذ نماید و سود را دریافت کند؛ اما در مواردی که اصولاً موضوع عقد محقق نشده باشد، اجازه بانک تأثیری نداشته و وضعیت عقد بسته به ضمانت اجرایی است که بانک استفاده می‌کند.

اگر در قرارداد نسبت به خروج وکیل از حدود اذن، ضمانت اجرای معینی قرار داده نشده باشد بدو باید الزام به اجرای تعهد و نهایتاً فسخ قرارداد همراه با مطالبه وجه التزام عدم اجرای تعهد را

۱ ماده ۵۷۷ قانون مدنی: شریکی که در ضمن عقد به اداره کردن اموال مشترک مأذون شده است میتواند هر عملی را که لازمه‌ی اداره کردن است انجام دهد و به هیچ وجه مسدول خسارات حاصله از اعمال خود نخواهد بود مگر در صورت تفریط یا تعدی.

۲ ماده ۶۶۶ قانون مدنی: هرگاه از تقصیر وکیل خسارتی به موکل متوجه شود که عرفاً مسبب آن محسوب می‌گردد مسئول خواهد بود.

۳ ماده ۶۶۷ قانون مدنی: وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار اوست، تجاوز نکند.

مطالبه کرد. در فرض فسخ قرارداد بین بانک و مشتری؛ بنا بر قسمت اخیر ماده ۳۰۸ قانون مدنی که بیان داشته: «اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است» و آنچه در ارتباط با تبدیل ید امانی به ید ضمانی به علت خروج از حدود اجازه مالک و خروج از چارچوب قرارداد بیان شد، مشتری در صورت مصرف تسهیلات در محلی غیر از موضوع عقد، طبق ماده ۳۱۱ قانون مدنی<sup>۱</sup> ضامن اصل وجه است و باید آن را به مالک (بانک) برگرداند هرچند تلف منتسب به عمل او نبوده باشد؛ بلکه به استناد ماده ۳۱۵ قانون مدنی<sup>۲</sup> مسئول تمامی عیوب و نواقص وارد شده بر مال نیز هست. در عقود بانکی نقص پول شامل ازبین رفتن تمام یا قسمتی از پول و یا کاهش ارزش پول و قدرت خرید آن است که به علت در حکم غصب بودن عمل مشتری هرچند این کاهش مستند به فعل او نبوده و ناشی از وضعیت تورمی است که علل متعددی در ایجاد آن دخیل است باین حال همچنان باید توسط وی جبران گردد. در رابطه با سود مورد انتظار مندرج در قرارداد نیز به واسطه اینکه ید مشتری ضمانی و در حکم غصب بوده، بانک می‌تواند بنا بر آنچه سابقاً در ارتباط با ماهیت سود بانکی به عنوان منفعت ازدست‌رفته بیان شد، همان سودی را که در قرارداد قید شده (سود تعیین شده توسط هیئت عالی بانک مرکزی) از مشتری مطالبه نماید؛ چراکه مشتری منفعت مسلم (سود بانک) را از بین برده و از باب تفویض منفعت قابل مطالبه است.

البته مطالبه هم‌زمان منافع ازدست‌رفته و خسارت ناشی از کاهش ارزش پول بنا بر نظر جمعی از فقها و حقوق‌دانان دارای اشکال است؛ باین‌وجود شاید بتوان با توجه به ماهیت متفاوت سود که امری قراردادی و از منافع عرفی عمل تجاری بانک است با ماهیت خسارت کاهش ارزش پول که ناشی از امور خارج از قرارداد، تورم و نقص مال است، جمع کرد؛ ولی همچنان برخی بر این نظرند که بانک در حین انعقاد قرارداد، کاهش ارزش پول را داخل در سود دریافتی لحاظ کرده است که این نظر با توجه به نرخ دستوری اعطای تسهیلات چندان قابل دفاع نیست.

یکی دیگر از مسائل چالشی در خصوص انحراف تسهیلات وضعیتی است که مصرف تسهیلات خارج از موضوع عقد، سود هنگفتی را عاید مشتری کرده که در مالکیت این عواید چندین جنبه قابل طرح است. در چنین وضعیتی با استناد به ماده ۳۱۴ قانون مدنی، عین زائد (اعم از اموال منقول و غیرمنقول) که حاصل عمل غاصب است، متعلق به خود اوست. با این بیان به نظر می‌رسد در صورتی که قرارداد صحیح منعقد شده باشد بانک قادر نخواهد بود عواید و املاک حاصل شده از

۱ ماده ۳۱۱ قانون مدنی: غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد، باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد.

۲ ماده ۳۱۵ قانون مدنی: غاصب مسئول هر نقص و عیبی است که در زمان تصرف او به مال وارد شده باشد هر چند مستند به فعل او نباشد.

سرمایه‌گذاری جایگزین را مورد خواسته خود در دعاوی مطروحه علیه مشتری قرار دهد چراکه طبق ماده مذکور عواید موصوف حاصل عمل مشتری و متعلق به خود اوست. همچنین نظر برخی فقها تقویت کننده موضع قانون‌گذار است به این صورت که معاملاتی که مشتری به ذمه انجام داده است را صحیح می‌دانند (صافی گلپایگانی، ۱۳۸۵، ص. ۳۰۸). اما نظر برخی دیگر از مراجع عظام بر این است که علاوه بر اینکه استفاده از تسهیلات خارج از موضوع عقد دارای اشکال است بلکه منافع مادی حاصله از معاملات بعدی نیز اشکال دارد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۴، ص. ۵۸۸).

با این وجود می‌توان با استفاده از ظرفیت ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری<sup>۱</sup> در خصوص مطالبه منافع ممکن‌الحصول در بروز جرم اقدام کرد. تسهیلات‌گیرنده در واقع بواسطه عقد بانکی به‌عنوان امین بانک در نظر گرفته شده و پول در اختیار وی گذاشته شده است تا آن را به مصرف مشخص برساند؛ اما مشتری پس از دریافت وجوه آن را در محلی غیر از موضوع عقد و بدون اجازه بانک به مصرف رسانده است که در واقع شرایط تحقق جرم خیانت در امانت<sup>۲</sup> ایجاد می‌گردد. با این توضیح که تسهیلات‌گیرنده در مالی که طبق قرارداد در دست وی به عنوان امانت گذاشته شده، عمداً تصرفات دیگری در راستای منافع شخصی‌اش کرده است و با احراز عناصر مادی و معنوی جرم خیانت در امانت و با استناد به ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، بانک می‌تواند تمام منافع ممکن‌الحصول را به شرط صدق شرایط مذکور در تبصره ۱ و ۲ ماده مذکور از مشتری مطالبه نماید.

### نتایج و پیشنهادها

با بیان جایگاه عقود اسلامی در تحقق بانکداری بدون ربا و اهمیت پرداختن به موضوع انحراف تسهیلات به‌عنوان اصلی‌ترین چالش عدم تحقق بانکداری بدون ربا به نحو واقعی با توضیحاتی که ضمن دسته‌بندی مباحث داده شد، در پاسخ به پرسش اصلی مقاله ناظر بر آثار حقوقی انحراف

۱ شاکمی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند. تبصره ۱- زیان معنوی عبارت از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی است. دادگاه می‌تواند علاوه بر صدور حکم به جبران خسارت مالی، به رفع زیان از طرق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن حکم نماید.

تبصره ۲- منافع ممکن‌الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید. همچنین مقررات مرتبط به منافع ممکن‌الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرائم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود. ۲ هرگاه اموال منقول یا غیرمنقول یا نوشته‌هایی از قبیل سفته و چک و قبض و نظایر آن به‌عنوان اجاره یا امانت یا رهن یا برای وکالت یا هر کار با اجرت یا بی‌اجرت به کسی داده شده و بنابراین بوده است که اشیای مذکور مسترد شود یا به مصرف معینی برسد و شخصی که آن اشیای نزد او بوده آن‌ها را به ضرر مالکین یا متصرفین آن‌ها استعمال یا تصاحب یا تلف یا مفقود نماید به حبس از سه ماه تا یک سال و شش ماه محکوم خواهد شد.

تسهیلات بر صحت یا بطلان عقد، مشخص گردید که انحراف تسهیلات اعم از صوری شدن عقود بر اثر نبود قصد جدی است؛ فلذا در برخی موارد عقود بر صحت خود باقی بوده و در سایر موارد که مشمول نبود قصد جدی هستند به فرض اثبات، عقود باطل‌اند. اولین دسته‌ای که صحت عقد به قوت خود باقی می‌ماند، عقود تملیکی است؛ چراکه در این عقود تملیک صورت می‌گیرد و مشتری اجازه هر نوع تصرف مالکانه را دارد. دسته دیگر عقود است که شرایط صحت عقد اعم از قصد را داشته؛ اما بعد از انعقاد و در مرحله اجرا دچار انحراف شده‌اند که در این دسته بانک می‌تواند ضمن استفاده از ابزار نظارت، تسهیلات‌گیرندگان را ملزم به اجرای تعهداتشان نماید. در این خصوص بانک بدو می‌تواند از ضمانت اجراهای قراردادی استفاده نماید و در صورت عدم پیش‌بینی وضعیت موصوف، می‌تواند با استناد به اصول کلی حقوقی در خصوص تبدیل ید امانی امین به ید ضمانی، اصل پول و سود مصوب هیئت عالی بانک مرکزی را به‌عنوان تقویت منفعت مسلم مطالبه نماید. در واقع انحراف تسهیلات الزاماً منجر به بطلان عقد نیست و مطالبه وجه التزام تأخیر تأدیه رافع مسئولیت متعهد نسبت به اجرای اصل تعهد نیست؛ چراکه طبق ماده ۲۶۴ قانون مدنی، تخلف متعهد از موارد انحلال عقد و سقوط تعهدات نیست.

باتوجه به موارد مطرح شده در خصوص علل انحراف تسهیلات لازم است بانک‌ها در رویه اجرایی اعطای تسهیلات خود بازنگری کرده و ضمن اجرای حکم قانونی نظارت بر مصرف تسهیلات مانع از استفاده سودجویان از تسهیلات بانکی شوند. همچنین لازم است در جهت رفع تنوع نیازهای متقاضیان تسهیلات، علاوه بر ساده‌سازی عقود در جهت ایجاد عقود جدید از طریق هیئت عالی بانک مرکزی اقدام گردد. باتوجه به تعدد عقود بانکی و شرایط خاص و بعضاً پیچیدگی‌های موجود در این عقود بهتر است بانک‌ها و یا حداقل شعب آنها به‌صورت تخصصی اقدام به اعطای نوع خاصی از تسهیلات کرده و سایر تسهیلات را بر عهده بانک‌ها یا شعب تخصصی دیگر واگذار نمایند. ضمناً باتوجه به پیچیدگی‌های عقود بانکی در راستای کاهش آن و مطلع شدن بیش‌ازپیش مشتری نسبت به مفاد عقد از طرفی همچون الکترونیکی شدن قراردادها و قراردادن نسخه‌ای از قرارداد در اختیار مشتری، ذکر مهم‌ترین موارد مندرج در قرارداد برای مشتری، اختیار مشتری برای دریافت قرارداد پیش از امضا اقدام شود؛ چنانچه این امر همواره مورد توجه وزارت امور اقتصادی و دارایی و بخش‌نامه‌های بانک مرکزی در سال‌های اخیر بوده است. ۱

۱ موضوع بخشنامه‌های شماره ۹۵،۳۱۳۲۳۸ مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۰۵، شماره ۹۶،۲۹۰۰۰۳ مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۱۳ و شماره ۹۹،۲۹۸۳۲۶ مورخ ۱۳۹۹/۰۹/۱۹ و نامه ۱۱۹۷۳۹ مورخ ۱۴۰۰/۰۸/۰۵ وزیر امور اقتصادی و دارایی به رئیس بانک مرکزی

ضروری است در قراردادهای تیپ بانکی میان وجه التزام تأخیر تأدیه و وجه التزام عدم اجرای تعهد تفکیک قائل شود تا در صورت عدم اجرای کلی تعهد و فسخ قرارداد، خسارات اعم از منابع نفویت شده و هزینه‌های بارشده بر بانک مطالبه شود؛ چراکه وجه التزام تأخیر تأدیه رافع مسئولیت متعهد در اجرای تعهد نیست و امکان مطالبه آن همراه با الزام متعهد به اجرای تعهد وجود دارد در حالی که در فرض وحدت مطلوب و عدم اجرای تعهد، وجه التزام عدم اجرای تعهد قابل مطالبه است. همچنین به نظر می‌رسد جبران کاهش ارزش پول و محاسبه دین به نرخ روز، منافاتی با وجه التزام تأخیر تأدیه دین نداشته باشد که این موارد می‌تواند موضوع پژوهش‌های آتی قرار گیرند.

در پایان لازم به ذکر است که انحراف تسهیلات در موارد عمده به واسطه سودجویی افرادی است که به دنبال کسب منابع مالی برای سرمایه‌گذاری در بخش غیرواقعی اقتصاد هستند. با توجه به وضعیت ایجاد شده، تسهیلات‌گیرنده باید با قید فوریت وجوه را به بانک رد کند با این حال این وجوه صرف درآمدزایی و دلالی شده و پس از گذشت چندین سال با بانک تصفیه می‌شود. لازم است علاوه بر سازوکار قانونی مناسب جهت جلوگیری از چنین رفتاری، وضعیت مطالبه سود و خسارت کاهش ارزش پول به صورت توأمان در قراردادهای بانکی پیش‌بینی شود که این امر به دلیل الحاقی بودن این دسته از قراردادها نیازمند اصلاح تیپ قرارداد توسط بانک مرکزی است.

## منابع

۱. السان، مصطفی (۱۴۰۱). حقوق بانکی. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب دانشگاهی در علوم اسلامی و انسانی (سمت).
۲. الهام، صادق و امساک، نوید (۱۳۹۸). بررسی تابعیت عقد از قصد در معاملات بانکی. فصلنامه علمی تحقیقات مالی اسلامی، ۸(۲): ۲۵۵-۲۷۶.
۳. امیراصلانی، اسدالله (۱۳۷۱). تحلیل عملکرد نظام بانکداری بدون ربا. مجموعه مقالات سومین سمینار بانکداری اسلامی. تهران: مؤسسه عالی بانکداری ایران.
۴. انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۳۷۹). المکاسب. قم: احسن الحدیث.
۵. ایزدی فرد، علی‌اکبر (۱۳۸۷). بررسی فقهی قرض اسکناس و تأثیر تورم بر آن. فصلنامه مطالعات اسلامی دانکشدۀ الهیات مشهد، ۴۰(۳): ۲۵-۲۴.
۶. بلبلی رمی، حسین (۱۳۹۴). کژمنشی در الگوهای جدید بانکداری اسلامی. دکتر فرهاد نیلی، دانشکده علوم اقتصادی، دانشگاه صنعتی شریف.
۷. توتونچیان، ایرج (۱۳۸۵). پول و بانکداری اسلامی و مقایسه آن با نظام سرمایه‌داری. تهران: توانگران.
۸. حسینی صدرآبادی، ایرج (۱۴۰۰). حقوق مصرف‌کننده در نظام بانکی. تهران: نشر میزان.
۹. خامنه‌ای، سید علی، رهبر جمهوری اسلامی ایران (۱۳۸۸). آجوبه الاستفتائات. تهران: شرکت چاپ و نشر بین‌الملل.
۱۰. خمینی، روح‌الله، رهبر انقلاب و بنیان‌گذار جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۲). تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره).
۱۱. سالاری، یاسر، پورغلامرضائی، محمد، سلاجقه، سنجر و مهدیزاده فرسنگی، سمانه (۱۴۰۰). میزان شناخت از عقود بانکداری اسلامی (مورد مطالعه: یک بانک خصوصی). فصلنامه علمی اقتصاد و بانکداری اسلامی، ۱۰(۳۷): ۲۰۳-۲۲۵.
۱۲. سبحانی، جعفر، آیت‌الله‌العظمی شیخ جعفر سبحانی (۱۴۲۰ هـ. ق). الموجز فی أصول الفقه. قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام.
۱۳. سلطانی، محمد (۱۴۰۱). حقوق بانکی. تهران: نشر میزان.
۱۴. سیدنورانی، سیدمحمد رضا، تاری، فتح‌اله و آقاجانی، کریم (۱۳۹۶). عوامل مؤثر بر انحراف تسهیلات اعطایی در ایران. نشریه پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی. ۲۵(۸۱): ۱۸۷-۲۲۸.
۱۵. شهیدی، مهدی (۱۴۰۰). اصول قراردادهای و تعهدات. تهران: انتشارات مجد.

۱۶. صادقی، محمد و باقری، محمود (۱۴۰۰). مسائل و تبعات حقوقی بانکداری سایه. فصلنامه علمی دیدگاه‌های حقوق قضائی. ۲۶(۹۶): ۱-۲۲.
۱۷. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، آیت‌الله‌العظمی صافی (۱۳۸۵). جامع الاحکام. جلد دوم. قم: دفتر نشر آثار آیت الله العظمی صافی گلپایگانی (دام ظلّه)
۱۸. کاشانی، سید محمود (۱۳۸۴). نارسایی‌های حقوقی بانکداری در ایران. فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۸(۴۲): ۹-۶۸.
۱۹. کریمی، عباس، عرفی، مهدی، منصور، سعید (۱۴۰۳). داوری‌پذیری دعاوی مطالباتی بانک‌های خصوصی. فصلنامه علمی اقتصاد و بانکداری اسلامی، ۱۳(۴۸): ۸۵-۱۰۹.
۲۰. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۰). قاعده تبعیت عقد از قصد و قاعده انحلال. تحقیقات اسلامی، ۶(۱ و ۲): ۵۲-۶۷.
۲۱. فاخر، هوشنگ. (۱۳۸۹). بدهی‌های معوق بانکی. نشریه نامه اتاق بازرگانی. ۱۲(۸-۹): ۴-۵.
۲۲. فتحی آقابابا، محسن، عزیزی، خسرو، و محمودزاده، محمود. (۱۳۹۹). آثار تسهیلات بانکی در بخش‌های مختلف اقتصادی بر رشد ارزش افزوده صنعت، خدمات، کشاورزی و ساختمان و مسکن. مدلسازی اقتصادی، ۱۴(۲): ۷۷-۱۰۲.
۲۳. مرادی، یاسر. (۱۴۰۲). لزوم جایگزینی نظارت عملیاتی با نظارت بخشنامه‌ای در نظام بانکی. نشریه تازه‌های اقتصاد. شماره ۱۶۹: ۷۵-۷۶.
۲۴. مختاری اردکان، امیرمحسن و توتونچی، جلیل (۱۳۹۸). آثار عدم اجرای تعهدات طرفین در عقود مشارکت بانکی در فقه امامیه و حقوق ایران. چهارمین همایش بین‌المللی فقه و حقوق، وکالت و علوم اجتماعی. همدان.
۲۵. مکارم شیرازی، ناصر، آیت‌الله‌العظمی مکارم شیرازی (۱۳۸۴). استفتانات جدید. قم: مدرسه امام علی بن ابی‌طالب (ع)
۲۶. ملاکریمی، فرشته (۱۳۹۱). قاعده تبعیت عقد از قصد. نشریه تازه‌های اقتصاد، ۲۲(۱۳۶): ۱۴۱-۱۴۲.
۲۷. ملاکریمی، فرشته (۱۳۹۳). شاخص مشروعیت؛ بانکداری اسلامی و نظارت بر قراردادهای بانکی. نشریه کلید سرمایه، ۴(۱۰): ۶۲-۶۶.
۲۸. مهرآرا، محسن و بهلولوند، الهه. (۱۳۹۴). عوامل مؤثر بر ریسک اعتباری بانک‌ها در ایران. دوفصلنامه علمی مطالعات و سیاست‌های اقتصادی. ۲(۲): ۲۷-۵۶.
۲۹. موسویان، سید عباس و میثمی، حسین (۱۳۹۷). بانکداری اسلامی (۱): مبانی نظری - تجارب عملی. تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.

---

۳۰. نظریور، محمدتقی (۱۳۹۱). دلایل صوری بودن عقود بانکی. نشریه تازه‌های اقتصاد، ۲۲(۱۳۶): ۱۳۹-۱۴۱.

