

## **Examining the inclusion of the unanimous vote No. 794 of the General Board of the Supreme Court regarding "participatory facilities"**

Hossein Abedini\*  
Abolfazl Zakeri\*\*

Received: 2022/02/04  
Accepted: 2023/01/27

### **Abstract**

The General Board of the Supreme Court of the Country invalidated the condition of "excess interest over Central Bank's approvals" in contracts granting banking facilities by issuing unanimous decision No. 794 dated 21/5/2013. Regardless of accepting or not accepting the criticisms of this ruling, this ruling is not controversial about "exchange contracts" whose interest rate is fixed at the time of conclusion, but because of the nature of "Partnership Contracts," it raises an important question. Did it include these contracts or not? In this regard, some experts believe that according to the "jurisprudential foundations" and the "law of interest-free banking operations" the mentioned decision does not include "partnership contracts" because the inclusion of "expected profit" is only to prove the permission of the bank to enter the stage. is the conclusion of these contracts and the rate of "definite profit" in these contracts is determined after the "end of participation and audit"; On the other hand, some others believe that the said decision includes "partnership contracts" as well because what is included under the name of "expected profit" rate in these contracts, in practice, without any change, is the basis for regulating the relations between the bank and the customers. **Keywords:** banking law, unanimous decision No. 794 of the General Board of the Supreme Court of the country, partnership contracts, exchange contracts, interest rate, approvals of the Jurisprudence Council on Money and Credit of the Central Bank.

**Keywords:** Banking Law, Verdict of unity of procedure 794 of the General Assembly of the Supreme Court, Partnership Contracts, Exchange Contracts, Interest Rates, Approvals of the Monetary and Credit Council of the Central Bank.

---

\* Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, University of Meybod, Meybod, Iran (Corresponding Author). [Abedini@Meybod.ac.ir](mailto:Abedini@Meybod.ac.ir)

\*\* Ph.D. Student in Private Law, Department of Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, University of Meybod, Meybod, Iran. [Abzakeri@gmail.com](mailto:Abzakeri@gmail.com)

## بررسی شمولیت رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نسبت به «تسهیلات مشارکتی»

حسین عابدینی\*

ابوالفضل ذاکری\*\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۷

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

هیأت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ مورخ ۱۳۹۹/۵/۲۱، شرط «سود مازاد بر مصوبات بانک مرکزی» در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی را باطل اعلام کرد. فارغ از پذیرش یا عدم پذیرش نقدهای وارد بر این حکم، این رأی در مورد «عقود مبادله‌ای» که نرخ سود آنها در زمان انعقاد، ثابت است، اختلاف برانگیز نیست، اما به دلیل ماهیت «عقود مشارکتی»، این سؤال مهم را ایجاد کرده که آیا شامل این قراردادها نیز می‌شود یا خیر؟ در این باره، برخی صاحب نظران معتقدند با توجه به «مبانی فقهی» و «قانون عملیات بانکی بدون ربا»، رأی یادشده شامل «عقود مشارکتی» نمی‌شود، زیرا درج «سود مورد انتظار» فقط برای اثبات جواز ورود بانک در مرحله انعقاد این قراردادهاست و نرخ «سود قطعی» در این عقود پس از «پایان مشارکت و حسابرسی» معین می‌شود؛ در مقابل، عده‌ای دیگر معتقدند رأی مزبور شامل «قراردادهای مشارکتی» هم می‌شود، زیرا آنچه تحت عنوان نرخ «سود مورد انتظار» در این عقود درج می‌شود، در عمل، بدون هیچ تغییری، مبنای تنظیم روابط بانک و مشتریان قرار می‌گیرد.

پژوهش حاضر با محور قراردادن سؤال یادشده و استواری فرضیه خود بر نظریه گروه دوم، ضمن بازخوانی مقررات بانکی و مصوبات بانک مرکزی، به استناد ادله‌ای نظیر «اطلاق عبارت قرارداد اعطای تسهیلات بانکی در رأی یادشده»، «ورود نظم عمومی اقتصادی بر احکام صحت شروط درباره شرط سود مندرج در عقود بانکی»، «دلالت تنبیهی و فحوای ساختاری و سیاقی رأی»، «قابلیت استناد به اصول لفظیه‌ای چون اصله الإطلاق و به‌ویژه اصله عدم التقدير»، «امکان استناد به قاعده تفسیر به زیان

\* استادیار، گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران (نویسنده مسئول).

Abedini@Meybod.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران.

Abzakeri@gmail.com



تنظیم‌کننده در عقود الحاقی از جمله قراردادهای بانکی» و اینکه «در عمل، به‌موجب قیودی که در عقود مشارکتی درج می‌شود، همین نرخ در پایان قرارداد، مبنای اظهارنظر در روابط میان بانک و دریافت‌کننده تسهیلات قرار می‌گیرد»، اثبات می‌کند که این رأی، با رعایت قیود و شروطی علاوه بر «عقود مبادله‌ای»، «عقود مشارکتی» را نیز دربرمی‌گیرد؛ تحلیلی که علاوه بر رفع اختلاف در بسیاری از دعاوی بانکی و حمایت از مشتریان (طرف ضعیف) در این عقود، نظم عمومی مالی اقتصادی در روابط بانکی را مستحکم‌تر می‌سازد.

**واژگان کلیدی:** حقوق بانکی، رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، عقود مبادله‌ای، عقود مشارکتی، مصوبات شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی، نرخ سود.

#### مقدمه

هیأت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ در تاریخ ۱۳۹۹/۵/۲۱ به استناد مواد ۱۰، ۱۱، ۱۴ و ۳۷ «قانون پولی و بانکی کشور»، ماده ۲۰ «قانون عملیات بانکی بدون ربا»، «ماده واحده قانون اجازه تأسیس بانک‌های غیردولتی» و دیگر مقررات مربوط، بانک مرکزی را تنظیم‌کننده نظام پولی و اعتباری کشور و ناظر بر حسن اجرای آن دانسته، مصوبات آن بانک راجع به حداقل و حداکثر سهم سود بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، اعم از دولتی و غیردولتی را آمره، محسوب و با عنایت به ماده ۶ «قانون آیین دادرسی مدنی»، شرط مندرج در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی نسبت به سود مازاد بر مصوبات بانک مرکزی را باطل اعلام کرد (روزنامه رسمی، ش ۱۳۱۱، ۱۳۹۹/۶/۱۵).

پس از صدور این رأی، اظهارنظرهای مختلفی در باب تحلیل، ایرادها و دایره شمول آن از سوی صاحب‌نظران حوزه حقوق بانکی ارائه شد؛ برخی معتقدند با توجه به تحلیلی که به موجب مبانی فقهی و قانون عملیات بانکی بدون ربا می‌توان از عقود مشارکتی ارائه داد، رأی یادشده شامل این عقود نمی‌شود، زیرا درج «سود مورد انتظار» فقط برای اثبات جواز ورود بانک برای انعقاد این قراردادها است و نرخ سود واقعی در این عقود را باید بعد از پایان مشارکت و حسابرسی معین کرد؛ تصریح بند (۲) مصوبه (۲۹) «شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی» مبنی بر «عدم توصیه به اعمال سقف نرخ سود در عقود مشارکتی از منظر فقهی»<sup>۱</sup> و اطلاق منطوق مصوبات دیگر این شورا مرتبط با «نرخ سود در عقود مشارکتی»، از جمله مصوبه (۱۷)، (۲۳) و (۳۰) مؤید این ادعا است.<sup>۲</sup> در مقابل، عده‌ای دیگر معتقدند رأی مزبور علاوه بر عقود مبادله‌ای شامل عقود مشارکتی هم می‌شود، زیرا آنچه تحت عنوان نرخ «سود مورد انتظار» در این قراردادها درج می‌شود، در عمل، مبنای محاسبه و تنظیم روابط بانک و مشتریان است و آنچه در عمل رخ می‌دهد، شبیه تعیین نرخ سود ثابت در عقود مبادله‌ای است.

در این پژوهش، ضمن مرور کتابخانه‌ای مطالعات انجام‌شده و قوانین و مقررات مرتبط و نتایج بررسی‌های میدانی از وضعیت حال حاضر قراردادهای رایج در حوزه تخصیص منابع بانکی، به دنبال پاسخ‌گویی به این سؤال هستیم که رأی وحدت رویه ۷۹۴

با حکم بطلان شرط مندرج در عقود اعطای تسهیلات بانکی نسبت به سود مازاد بر مصوبات بانک مرکزی راجع به حداقل و حداکثر سهم سود بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، علاوه بر «قراردادهای مبادله‌ای»، شامل «قراردادهای مشارکتی» هم می‌شود یا خیر؟

پیش از این، پژوهش‌هایی با محوریت «رأی وحدت رویه ۷۹۴» انجام گرفته که از آن میان، مقاله «گذار قراردادهای بانکی از اصل حاکمیت اراده به قواعد آمره؛ بررسی موردی رأی وحدت رویه ۷۹۴ دیوان عالی کشور» (مرادی، ۱۴۰۰، صص. ۱۳۷-۱۶۴) و «نقدی بر رأی ۷۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در باب بطلان توافقات مغایر با مصوبات بانک مرکزی پیرامون نرخ سود تسهیلات» (سیاه‌بیدی کرمانشاهی، ۱۳۹۹، صص. ۸۷-۱۰۸) بیشترین ارتباط را با پژوهش حاضر دارند. مقاله نخست، به ویژگی آمره‌بودن رأی وحدت رویه ۷۹۴ پرداخته و درعین حال، گریزی به شمولیت رأی بر عقود مشارکتی اشاره دارد و مقاله دوم، اصل حکم آن رأی، یعنی «بطلان شرط سود مازاد بر نرخ مصوب بانک مرکزی» را مورد نقد قرار داده است، اما وجه تمایز و رجحان این پژوهش که با روش توصیفی - تحلیلی و ضمن بازخوانی کتابخانه‌ای مقررات بانکی، مصوبات بانک مرکزی و واکاوی نظرات مختلف در باب رأی وحدت رویه ۷۹۴ صورت گرفته، به‌طور مشخص پاسخ‌گویی به سؤالی است که در پژوهش نخست، «محور بحث» نبوده و پژوهش دوم نیز کاملاً بی‌ارتباط به آن است؛ اینکه آیا رأی وحدت رویه ۷۹۴ می‌تواند علاوه بر عقود مبادله‌ای، قراردادهای مشارکتی را نیز دربرگیرد؟ برای پاسخ‌گویی کامل و دقیق به این پرسش اساسی که نقشی مهم در مبادلات بانکی و رسیدگی به دعاوی ناشی از اختلافات بانک‌ها و تسهیلات‌گیرندگان ایفا می‌کند، در بخش نخست، مهم‌ترین مفاهیم مرتبط با این موضوع، یعنی «عقود مبادله‌ای»، «عقود مشارکتی» و «سود» را مورد بررسی قرار داده، در بخش دوم، رویکردهای مختلف به شمولیت یا عدم شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر عقود مشارکتی را بازخوانی نموده و در بخش آخر، دلایل تکمیلی پذیرش شمولیت رأی یادشده از منظر فقهی و حقوقی را مورد مطالعه و تبیین قرار می‌دهیم.

## ۱. مفاهیم

یکی از وجوه تفاوت بانکداری اسلامی با بانکداری متعارف، طراحی قالب‌های

قراردادی متنوعی برای ارائه تسهیلات و تخصیص منابع بانکی مبتنی بر اصول و قواعد اسلامی است. در این رویکرد، در برخی تسهیلات اعطایی بانک‌ها، طول مدت و نیز سود، از همان ابتدا و در قالب عقود معین که با نام عقود مبادله‌ای شناخته می‌شوند، مشخص می‌شود؛ بعضی تسهیلات با عنوان «قرض الحسنه»، «بدون سود» و تنها در برابر دریافت کارمزد پرداخت می‌شوند؛ برخی دیگر از انواع تسهیلات، یعنی «قراردادهای مشارکتی» از نظر ماهوی، «وام» محسوب نمی‌شوند، زیرا بانک با دریافت‌کننده تسهیلات در انجام یک فعالیت اقتصادی، «مشارکت» می‌کند و در نوع دیگری از موارد تخصیص منابع، بانک به «سرمایه‌گذاری مستقیم» مبادرت می‌کند (السان، ۱۳۹۴، ص. ۱۱۹). البته قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، عقود «استصناع»، «خرید دین» و «مراجعه» را به این موارد اضافه کرده است.

مواد ۷ تا ۱۷ فصل سوم «قانون عملیات بانکی بدون ربا» و «آیین‌نامه اجرای فصل سوم» این قانون مشتمل بر ۷۶ ماده - که در تاریخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۲ به تصویب هیأت وزیران رسیده - به این تسهیلات بانکی، تشریفات و ویژگی‌های هر یک از آنها اختصاص داده شده است. از میان این عقود، «عقود مبادله‌ای» و «عقود مشارکتی» با این پژوهش مرتبط است که در ادامه، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۱-۱. مفهوم «قراردادهای مبادله‌ای»

عقود مبادله‌ای که ابزاری مالی با درآمد و بازدهی ثابت است (جعفری، ۱۴۰۰، ج ۲، ص. ۲۱۸)، یکی از شیوه‌های اصلی تخصیص منابع و اعطای تسهیلات در بانکداری بدون ربا است که به دلیل ویژگی‌هایی نظیر ریسک پایین، امکان تعیین نرخ سود از ابتدا، کوتاه‌مدت بودن و... بیشترین تناسب را با ماهیت بانک و نظام بانکی دارد (موسویان و میثمی، ۱۳۹۷، ج ۱، ص. ۲۴۶). در این قراردادها، عوضین به ملکیت طرف مقابل درمی‌آید و رابطه بانک با تسهیلات‌گیرنده، رابطه بستانکار و بدهکار است (سلطانی، ۱۳۹۸، ص. ۱۹۱)، یعنی مشتری به کالا یا وجه نقد موردنیاز خود دست می‌یابد و بانک هم به سود موردنظر خویش می‌رسد.

بخش زیادی از تسهیلات بانکی (بیش از ۸۰ درصد) در قالب این عقود، واگذار و نرخ سود بانکی در زمان قرارداد تعیین می‌شود (موسویان، ۱۳۸۷، ص. ۱۵)، لذا بر این

اساس، تحولات آتی اقتصادی و تغییرات احتمالی وضعیت مالی فعالیت مورد نظر جهت سودوزیان، تأثیری در سود و مبادلات بانک نسبت به گیرنده تسهیلات ندارد (هرورانی و دیگران، ۱۳۸۹، ص. ۳۹).

بررسی دقیق قراردادهای مبادله‌ای نشان می‌دهد که این نوع از قراردادهای ماهیتی تجاری دارند و بانک در آنها، نقش واسطه‌ای دارد، یعنی واسطه‌ی خرید و فروش کالاها می‌شود، اسناد تجاری منتشر می‌کند یا سرمایه‌ای را به اجاره می‌دهد (اکبرزاده، ۱۳۹۲، ص. ۱۶۵). قراردادهای «مرابحه»، «اجاره به شرط تملیک»، «فروش اقساطی»، «بیع سلف»، «خرید دین»، «جعاله» و «استصناع» ذیل عنوان «عقود مبادله‌ای» قابل دسته‌بندی است.

در این دسته از عقود، بانک می‌تواند حداقل یا حداکثر نرخ سود را تعیین نماید، زیرا به جهت انتقال مالکیت، رابطه وام‌دهنده با سرمایه قطع می‌گردد؛ درحالی‌که در عقود مشارکتی، عاملین و مشارکین از سرمایه خود رفع ید ننموده و مالکیت آنان استمرار می‌یابد، لذا بانک به عنوان تأمین‌کننده کل یا بخشی از سرمایه، نمی‌تواند خود را از نتیجه فعالیت موضوع مشارکت مجزا نماید (مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۴، ص. ۳۹).

## ۲-۱. مفهوم «قراردادهای مشارکتی»

قراردادهای مشارکتی، قراردادهایی انتفاعی با سود غیرمعین و انتظاری هستند که در آنها، بانک و متقاضی تسهیلات براساس نرخ بازده (سود) معینی (انتظاری)، تصمیم به سرمایه‌گذاری می‌گیرند و قرارداد منعقد می‌کنند و براساس ماهیت این نوع قراردادهای سود واقعی باید در پایان دوره مالی معین شود (قلیچ، ۱۳۹۸، ص. ۱۳۳؛ اسمعیلی‌گیوی، ۱۳۸۹، ص. ۱۹). چنان‌که ممکن است برای قرارداد خاصی، نرخ سود، صفر و حتی منفی باشد؛ در نتیجه، سود بانک از محل قراردادهای مشارکتی، متغیر و در پایان دوره مالی معلوم می‌شود (موسویان، ۱۳۸۴، ص. ۵۱)، زیرا در این نوع از عقود، بانک تمام یا بخشی از سرمایه مورد نیاز یک فعالیت اقتصادی (تولیدی، تجاری یا خدماتی) را تأمین می‌کند و در نهایت، مطابق قراردادی که با صاحب کار اقتصادی منعقد می‌کند، سود آن فعالیت تقسیم می‌شود، لذا علی‌القاعده سهم هیچ‌یک از طرفین، قبل از اتمام فعالیت اقتصادی معلوم نیست (هرورانی و دیگران، ۱۳۸۹، صص. ۳۰-۳۱).

در این قراردادها که میزان ریسک آن‌ها بیشتر از سایر عقود است (موسویان و میثمی، ۱۳۹۷، ج ۱، ص. ۲۵۳)، بانک با گیرنده تسهیلات در یک فعالیت تولیدی، صنعتی یا خدماتی شریک می‌شود و چنانچه این فعالیت سوددهی داشته باشد، سود حاصل بین آنها تقسیم می‌شود؛ علاوه بر این، در این نوع از قراردادها، بانک سود دلخواه خود را با عنوان «سود مورد انتظار» در قرارداد می‌گنجاند و بانک مرکزی نیز حداقل یا حداکثر «سود مورد انتظار» در این قراردادها را اعلام می‌کند. بانک‌ها موظفند «سود مورد انتظار» را در محدوده‌ای که بانک مرکزی، مجاز اعلام کرده است، در قراردادهای مشارکت قید کنند. مواد ۱۸ تا ۲۷، ۳۶ تا ۳۹ و ۷۱ تا ۷۶ «آیین‌نامه اجرایی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا» قراردادهای مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مضاربه، مزارعه و مساقات را به عنوان «قراردادهای مشارکتی» شناسایی کرده است.

### ۳-۱. مفهوم «سود بانکی»

برای شناسایی مفهوم «سود» تعاریف چندانی در کتب و مقالات پژوهش‌گران دیده نمی‌شود و در مقابل، راجع به «ربا» بحث‌های زیادی مطرح شده و سعی گردیده که از دیدگاه فقهی، اقتصادی و حقوقی تشریح شود و در مقابل، ارزش افزوده‌ای را که ربوی نیست، «سود» نامیده شود. بر این اساس، می‌توان گفت که سود در بانکداری اسلامی، «ارزش‌افزودگی حاصل از فعالیت‌های اقتصادی» است که از طریق چرخه اقتصادی و مالی ایجاد می‌شود و به همین دلیل، پذیرش ریسک در این فعالیت برخلاف ربا، در نظام بانکداری اسلامی، قابل قبول است (جعفری، ۱۴۰۰، ج ۱، ص. ۴۳۸). مشروط بر اینکه این ریسک، ریسکی «مفید»، «مولد» و «قابل کنترل» باشد (مصباحی مقدم و صفری، ۱۳۸۸، صص. ۱۲۸-۱۳۲).

با این وصف، باید میان سود و ربا تفاوت قائل شد، زیرا سود نتیجه ریسکی است که در فعالیت‌های اقتصادی وجود دارد و چون این فعالیت‌ها ریسک‌زا است، این ریسک قابل پذیرش و دریافت این سود امکان‌پذیر است، اما در فعالیت‌های ربوی، قرض‌دهنده هیچ‌گونه خطر و ریسکی را که لازمه فعالیت‌های تجاری است، تقبل نمی‌کند و هر ضرری حاصل شود، متوجه قرض‌گیرنده است (جعفری، ۱۴۰۰، ج ۱، ص. ۴۳۸).



در نظام بانکی ایران، «بانک مرکزی» نرخ «سود» را تعیین می‌کند. تا سال ۱۳۸۵ در سیاست‌گذاری‌های مربوط به نرخ سود بانکی، تفکیکی شفاف میان «نرخ سود عقود مبادله‌ای» و «عقود مشارکتی» وجود نداشت و نرخ‌های اعلامی عمدتاً به تفکیک بخش‌های مختلف اقتصادی انجام می‌گرفت (مرادی، حقوق بانکی؛ قابل دسترسی در پایگاه <https://t.me/Bankinglaws>)، اما بعد از تصویب «قانون منطقی کردن نرخ سود تسهیلات بانکی متناسب با نرخ بازدهی در بخش‌های مختلف اقتصادی» مصوب ۱۳۸۵/۲/۲۱ مجلس شورای اسلامی، مطابق مصوبات «شورای فقهی پول و اعتبار» بانک مرکزی، نرخ سود تسهیلات از جهات مختلف، تفکیک و از جمله، درخصوص «تفکیک نرخ سود عقود مبادله‌ای و مشارکتی» به بانک‌ها ابلاغ شد. در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان مصوبات این شورا را در سه قسم تقسیم‌بندی کرد:

در برخی مصوبات شورای یادشده، «حداقل و حداکثر نرخ سود تسهیلات اعطایی» تعیین شد و بانک‌ها مکلف به «درج نرخ سود در دامنه تعیین‌شده» گردیدند که به‌عنوان نمونه، می‌توان به ماده ۶ «سیاست‌های پولی، اعتباری و نظارتی نظام بانکی»<sup>۴</sup> و ماده ۹ «سیاست‌های پولی و اعتباری و نظارتی نظام بانکی کشور»<sup>۵</sup> هر دو مصوب سال ۱۳۹۰ اشاره کرد.

شورای مزبور در برخی از مصوبات خود فقط «حداقل یا حداکثر نرخ سود تسهیلات اعطایی» را معین کرده که ماده ۲ مصوبه آن شورا در تاریخ ۱۳۹۳/۴/۳، بندهای (۲) و (۳) مصوبه این شورا با عنوان «دستورالعمل ناظر بر سیاست‌های پولی و اعتباری کشور» در تاریخ ۱۳۹۴/۲/۸<sup>۶</sup> و نیز بند (۲) «سیاست‌های پولی و اعتباری» سال ۱۳۹۵ از آن جمله‌اند.

اما در برخی از مصوبات شورای فقهی پول و اعتبار، نرخ سود در قالب یک «عدد ثابت» تعیین و اعلام شد و بانک‌ها و مؤسسات اعتباری باید همین نرخ را در قراردادهای خویش درج می‌کردند؛ به‌عنوان نمونه، بند (۲) قسمت «الف» «سیاست‌های پولی و اعتباری» در سال ۱۳۸۷ نرخ سود ۱۲ درصد را برای تسهیلات در قالب عقود مبادله‌ای<sup>۹</sup> و ماده ۵ «ضوابط سیاستی نظارتی شبکه بانکی کشور» در سال ۱۳۸۹ نرخ سود عقود مبادله‌ای تا سررسید ۲ سال و کمتر را ۱۲ درصد و برای بیشتر از ۲ سال را ۱۴ درصد تعیین کرده بود.<sup>۱۰</sup> همچنین ماده ۹ «سیاست‌های پولی، اعتباری و نظارتی

نظام بانکی کشور» در سال ۱۳۹۰ نرخ سود عقود مبادله‌ای تا سررسید ۲ سال را ۱۴ درصد و برای بیشتر از ۲ سال، ۱۵ درصد معین نموده بود.

از مجموع مصوبات شورای فقهی پول و اعتبار و دستورالعمل‌های بانک مرکزی می‌توان استنباط کرد که در عقود مبادله‌ای، نرخ «سود» در زمان تنظیم قرارداد، «قابل تعیین» است؛ گاه این شورا «دامنه نرخ سود» تعیین نموده، در دوره‌ای، «حداکثر یا حداقل نرخ سود» را مشخص کرده و زمانی هم «نرخ سود» را در قالب «یک عدد ثابت» اعلام و ابلاغ نموده است. در همه این موارد، مصوبات به صراحت بانک‌ها را مکلف به درج «نرخ سود» در قالب این مصوبات، در عقود مبادله‌ای کرده است. در عمل نیز بانک‌ها در زمان پرداخت تسهیلات به مشتریان خویش، نرخ سود قطعی این‌گونه عقود را درج می‌کنند.

اما در عقود مشارکتی با توجه به الزامات «قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین‌نامه‌ی آن» و همچنین «دستورالعمل‌های مرتبط با هر یک از مصادیق این عقود» و نیز تصریح «مصوبات شورای فقهی پول و اعتبار»، «نرخ سود» در زمان «تنظیم قرارداد» مشخص نبوده و لازم است که به‌عنوان «سود مورد انتظار»، پس از پایان پروژه، حسابرسی و احراز سودآوری مشارکت و نیز مشخص شدن میزان سود حاصل شده تعیین شود.<sup>۱۱</sup>

## ۲. تبیین رویکردهای مختلف

باید دانست آنچه به صدور رأی وحدت رویه ۷۹۴ منجر گردید، اختلاف آرای محاکم در مواجهه با شرط نرخ سود بالاتر از نرخ مصوب در تسهیلات اعطایی بانک‌ها بود. اختلاف نظر طرفین و اقامه‌ی دعوا در قراردادهایی که با شرط نرخ سود بالاتر از نرخ مصوب در تسهیلات اعطایی بانک‌ها منعقد گردیده بود، سبب دو دستگی محاکم در این باره گردیده بود: گروه نخست، این قرارداد و نرخ سود بالاتر از نرخ مصوب را نافذ و صحیح می‌دانستند و به اصل صحت و آزادی اراده، استدلال و به ماده ۱۰ ق.م. به‌عنوان بیانگر اصل حاکمیت اراده در قوانین موضوعه ایران استناد می‌کردند. گروه دوم، ماده ۲۰ «قانون عملیات بانکداری بدون ربا» را قاعده آمره دانسته و توافق برخلاف آن را نافذ ندانسته، استناد به ماده ۱۰ ق.م. را به دلیل اینکه قرارداد، مخالف

صریح قانون عملیات بانکداری بدون ربا است، نمی‌پذیرفتند (مرادی، ۱۴۰۰، صص. ۱۴۱-۱۴۲).

با توجه به آنچه بیان گردید، هیأت عمومی دیوان عالی کشور با توجه به صدور آرای مختلف از دادگاه‌ها و به دلیل استنباط متفاوت از قوانین، رأی وحدت رویه ۷۹۴ را صادر کرد. به موجب این رأی، «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 مربوط، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تنظیم‌کننده 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 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. براین 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 می‌شود...».

اما سؤال مهمی که پس از صدور و انتشار این رأی، مطرح شد، این بود که آیا این رأی صرفاً شامل قراردادهای مبادله‌ای با سود مازاد بر دستورالعمل‌های بانک مرکزی می‌شود یا عقود مشارکتی دارای همین ویژگی را نیز می‌توان مشمول آن دانست؟ صاحب‌نظران حوزه حقوق بانکی در مواجهه با این موضوع، رویه‌های مختلفی اتخاذ کرده‌اند که در ادامه به تحلیل آنها می‌پردازیم:

## ۲-۱. رویکرد مخالفین شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر قراردادهای مشارکتی

پس از صدور رأی وحدت رویه ۷۹۴، «شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی» نسبت به گزارش بانک مرکزی درخصوص «بررسی مسائل و مشکلات مطروحه توسط بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیربانکی ناشی از رأی صادره با شماره ۷۹۴ مورخ ۱۳۹۹/۵/۲۱ توسط دیوان عالی کشور مبنی بر ابطال شرط مندرج در قرارداد اعطای

تسهیلات بانکی نسبت به سود مازاد بر مصوبات ابلاغی به شبکه بانکی» تشکیل جلسه داد و در تاریخ ۱۳۹۹/۷/۲ در بیست و نهمین مصوبه خود این گونه اظهار نظر نمود:

۱- تخطی از نرخ سود تسهیلات مصوب شورای پول و اعتبار، موجب بطلان قرارداد نمی‌شود و صرفاً ناظر بر تخلف شبکه بانکی کشور بوده و مستوجب اعمال اقدامات انضباطی بانک مرکزی می‌باشد.

۲- اعمال سقف نرخ سود در عقود مشارکتی از منظر فقهی توصیه نمی‌شود (قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی به آدرس: <https://www.cbi.ir/simplelist/21060.aspx>).

بند نخست این مصوبه، حکمی تکمیلی برای «حکم بطلان شروط مازاد بر نرخ سود تسهیلات اعلامی در تسهیلات مبادله‌ای از سوی شورای فقهی پول و اعتبار»، مندرج در رأی وحدت رویه است و برای بانک‌های عامل طرف قرارداد، «مسئولیت انضباطی» پیش‌بینی کرده است، اما در بند دوم که به موضوع این نوشتار ارتباط دارد، تنها به ذکر یک «توصیه» (و نه حکم قطعی) اکتفا کرده، هیچ استدلالی برای این پیشنهاد ارائه نکرده است و مشخص نیست که مبنای شورای فقهی در خصوص این بند از مصوبه بیست و نهم چه بوده است.

در ادامه، دادستان کل کشور در دی‌ماه ۱۳۹۹ نیز در اظهارنظری موجز، اجمالی و بدون ارائه استدلال و تبیین بیشتر مسئله، ضمن تأکید بر این نکته که «قانون، عطف به ماسبق نمی‌شود، مگر در مواردی که رأی قطعی صادر نشده باشد»، گفت: «رأی وحدت رویه ۷۹۴ فقط ناظر به قراردادهای مبادله‌ای است و شامل عقود مشارکتی نمی‌شود» (قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی به آدرس: <https://dadiran.ir/news/98896>).

پس از آن، رئیس قوه قضاییه در جلسه شورای عالی قوه قضاییه در شهریور ۱۴۰۰، ضمن ایراد نقد به تصمیم دیوان عالی کشور درباره «نرخ سود تسهیلات بانکی» متذکر شد: «در صدور رأی وحدت رویه یادشده و بخشنامه صادره در این خصوص، دقت کافی صورت نگرفته» (قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی به آدرس: <https://dadiran.ir/news/98896>). اما ایشان هم بدون ورود مستقیم به بحث موضوع این مقاله، برای نظر خود، دلیل و توضیحی ارائه نکرده است.

در این میان، برخی صاحب‌نظران حوزه حقوق بانکی نیز با این دلیل که «نباید

دستاویزی برای بدهکاران و تسهیلات‌گیرندگان کلان شبکه بانکی باشد تا با تمسک به آن، در عقودی که ماهیت آن متفاوت است، بخواهند از پرداخت بدهیشان شانه خالی کنند؛ چه اگر چنین رویه‌ای جا بیفتد، در نهایت، به ضرر نظام بانکی و سرمایه‌های مردم تمام می‌شود»، بر این اعتقادند که رأی وحدت رویه ۷۹۴، صرفاً ناظر به «عقود مبادله‌ای» است و نسبت به «عقود مشارکتی» تسری پیدا نمی‌کند (حسینی، ۱۳۹۹، ص. ۶)، اما این نظر با نوعی مغلطه همراه است، زیرا اولاً، قطعاً شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر تسهیلات مشارکتی، مطلق نیست و در ادامه خواهیم دید که برای این شمولیت، وجود شرایط و قیودی ضرورت دارد، ثانیاً، بطلان شروط مازاد بر نرخ سود اعلام شده از سوی شورای فقهی پول و اعتبار، به معنی عدم لزوم پرداخت «اصل و همه سود تسهیلات دریافتی» نیست و تنها آن بخش از سود را که مازاد بر مصوبات شورای فقهی پول و اعتبار است را دربرمی‌گیرد و ثالثاً، همان‌گونه که در ادامه نوشتار بدان خواهیم پرداخت، همه انواع قراردادهای بانکی، جزو عقود تحمیلی هستند و تفسیر آنها باید مبتنی بر حمایت از طرف ضعیف قرارداد باشد، نه طرف قوی طراحی‌کننده شروط و الزامات قرارداد.

بعضی دیگر از صاحب‌نظران این حوزه نیز ضمن اشاره به اعلام‌نظر «بانک مرکزی» در زمینه «سود تسهیلات مشارکتی» به بانک‌ها و مؤسسات اعتباری خصوصی، مبنی بر اینکه «اعطای تسهیلات در قالب «عقود مشارکتی»، از لحاظ حقوقی مبتنی بر شراکت و آثار مترتب بر آن می‌باشد؛ از این رو، بانک و مشتری با یکدیگر شریک بوده و آورده هر یک به عنوان سهم‌الشرکه آنها به حساب می‌آید، لذا در زمان ارائه درخواست انجام مشارکت توسط مشتری، چنانچه عواید برآوردی حاصله، در چارچوب «نرخ بازده مورد انتظار» مصوب شورای فقهی پول و اعتبار باشد، بانک می‌تواند در موضع مشارکت، با مشتری شریک شود... بنابراین چنانچه در این عقود، سودی بیشتر از حداکثر سود مورد انتظار مندرج در قرارداد محقق شود، بانک به نسبت تعیین‌شده در قرارداد، مستحق دریافت آن خواهد بود»، معتقدند نتیجه حقوقی اینکه تسهیلات مشارکتی، فاقد بازده و سود قطعی مشخص در زمان عقد تسهیلات بانکی است، این است که بگوییم «عقود مشارکتی» مشمول رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ نیست (نظافتیان، ۱۴۰۰، ص. ۱).

به اعتقاد این گروه، اولاً، تعیین سود قطعی معاملات دارای بازده نامشخص،

برخلاف اصول و مبانی قانون عملیات بانکی بدون رباست و آنچه «شورای فقهی پول و اعتبار» به عنوان «حداکثر سود تسهیلات مشارکتی» اعلام می‌کند، در واقع، حداکثر «تعهدات مالی تسهیلات گیرندگان» در برابر بانک‌ها برای جبران این میزان سود است، اما اگر «نتایج تسهیلات مشارکتی»، «سود بسیار بالاتر» از «سود مورد انتظار» باشد، بانک نیز به عنوان یکی از شرکاء، به نسبت آورده خود در این سود شریک خواهد بود. این امر، نکته‌ای کلیدی در عملیات بانکی مبتنی بر اصول شرعی است که رأی شماره ۷۹۴ نسبت به آن ابهام دارد، ثانیاً، برخلاف آنچه از متن رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ استنباط می‌شود، بانک مرکزی، هیچ‌گاه در تسهیلات بانکی مشارکتی، حداکثر سود تسهیلات را به صورت قطعی تعیین نمی‌کند و سود قطعی احتمالی «بانک‌ها» و «تسهیلات گیرندگان» در انتهای دوره مشخص می‌شود، ثالثاً، عبارت «سود تسهیلات بانکی» که در رأی یادشده به کار رفته، یک «مفهوم کلی» و «دارای ابهام حقوقی» است و مشخص نیست که منظور دیوان عالی از واژه «سود»، «حداقل سود یا بازده مورد انتظار تسهیلات بانکی» است که به هنگام تنظیم قرارداد تسهیلات براساس مصوبات «شورای فقهی پول و اعتبار» بین بانک‌ها و تسهیلات گیرندگان توافق می‌شود یا منظور، «سود قطعی» حاصل از معاملات مشروع بین بانک و تسهیلات گیرنده است و بانک مرکزی یا هیچ مرجع دیگری در تعیین نرخ این سود (سود قطعی تسهیلات مشارکتی) مداخله‌ای ندارد. اگر سود موردنظر، همان نرخ سود موردانتظار است، در این صورت، این همان بانکداری غربی است که از مشخصه‌های آن، توافق وام‌گیرنده و بانک بر نرخ بهره به صورت قطعی است (نظافتیان، ۱۴۰۰، ص. ۱).

درخصوص نظر اخیر نیز باید دانست که اولاً، بخش‌هایی از استدلال ایشان، نظیر بخش نخست و دوم، با این توضیح که اگر بانک تحقق نرخ سود مازاد را اثبات کند، قطعاً ذی‌حق در دریافت آن بوده، از دایره بحث ما خارج است، مورد پذیرش نگارندگان نیز است، ثانیاً، وجود ابهام در عبارت «سود تسهیلات بانکی» در رأی موردنظر اتفاقاً در راستای ادعای ما است و با ادله‌ای که در ادامه بدان‌ها خواهیم پرداخت، این موضوع به خوبی روشن می‌شود.

آخرین نظری که ذیل «رویکرد مخالفین شمولیت» قابل دسته‌بندی است، نظر

شورای هماهنگی بانک‌ها است که این‌گونه بیان داشته است: «براساس تفسیری ناصواب از رأی وحدت رویه مذکور، عقود بانکی اعم از مشارکتی و مبادله‌ای در یک [ردیف] قرار گرفته است و این مطلب علاوه بر ورود میلیاردها ریال خسارت به شبکه بانکی، منجر به طرح دعاوی عمده علیه بانک‌ها شده؛ علاوه بر آن با بروز اثر نامطلوب در اذهان مراجع ثبتي و قضایی، احکام سنگینی علیه بانک‌ها و به نفع ابردهکاران صادر شده است». ایشان در ادامه چهار نکته بیان کرده‌اند که تنها نکات اول و دوم مرتبط با بحث حاضر است: «اول. در عقود مبادله‌ای نرخ سود ابلاغی از ناحیه بانک مرکزی به شبکه بانکی کشور به صورت قطعی بوده و تخلف از [آن، از] مصادیق دریافت سود مازاد خواهد بود و می‌بایست صرفاً با ابطال آن بخش، مبالغ اضافه دریافت شده عیناً به تسهیلات‌گیرنده مسترد شود. دوم. در عقود مشارکتی از آنجایی که مشتری بدهکار بانک نبوده، بلکه شریک بانک می‌باشد و عین مبلغی که از بانک دریافت می‌نماید، در اصل سهم‌الشرکه بانک بوده و متعلق به بانک می‌باشد و ایضاً هر گونه ارزش افزوده و یا تبدیلی هم که بر اصل سهم‌الشرکه بانک ایجاد شود، متعلق [به] بانک خواهد بود؛ همانند مشارکت مدنی و مضاربه، لذا نرخ سود قطعی پس از پایان موضوع مشارکت مشخص خواهد شد. علاوه بر آن، چنانچه نرخ به‌عنوان نرخ سود ابرازشده از طرف تسهیلات‌گیرنده در قرارداد فیما بین بانک و مشتری توافق و درج گردد که با نرخ سود موردانتظار که از ناحیه بانک مرکزی ج.ا.ایران به بانک‌ها ابلاغ شده، بیشتر باشد، مشمول عنوان سود مازاد نبوده و بانک مستحق دریافت آن خواهد بود، بنابراین رسیدگی قضایی و ثبتي نسبت به موضوع قراردادهای مشارکتی، خروج موضوعی داشته و قابل رسیدگی به شرح مذکور نخواهد بود. بر این مبنا، تسهیلات مشارکتی از شمول نرخ سود قطعی معاف بوده و مشمول تضمینی نرخ سود علی‌الحساب در هنگام انعقاد قرارداد می‌باشند، لذا سود قطعی در پایان دوره مشارکت تعیین شده و قطعیت می‌یابد».

نکته اول مندرج در این نظر، در خصوص تسهیلات مبادله‌ای است که محل اختلاف نیست، اما در باب نکته دوم، بخش نخست این نظر مبنی بر «مشارکت بانک با مشتری» در عقود مشارکتی مورد پذیرش ما نیز است، لکن آنچه محل نزاع است، مبتنی بر این است که این تشریفات این عقود در عمل به درستی رعایت نمی‌شود و «ارزش افزوده» واقعی بر اصل سهم‌الشرکه بانک، در حاق واقع، محاسبه نمی‌شود که بخواهد در دایره

سهم بانک قرار گیرد؛ چه آنکه اگر این حسابرسی دقیق و واقعی صورت گیرد، از دایره رأی یادشده خارج است و ما نیز بر آن نظر داریم. از سوی دیگر، این ادعا که «نرخه که به عنوان نرخ سود ابرازشده از طرف تسهیلات گیرنده در قرارداد فیما بین بانک و مشتری توافق و درج گردد که با نرخ سود مورد انتظار که از ناحیه بانک مرکزی ج.ا.ایران به بانکها ابلاغ شده، بیشتر باشد، مشمول عنوان سود مازاد نبوده و بانک مستحق دریافت آن است» اولاً، در اطلاق قراردادهای مشارکتی، همه آن، به عنوان «سود» درج شده و ادعای موردنظر که خلاف این اطلاق است باید از سوی شورای هماهنگی باید به اثبات برسد؛ اساساً إصالة الاطلاق که از جمله اصول مهم لفظیه است، خلاف ادعای موردنظر است و عدم تحقق آن، دست کم نیازمند «قرینه صارفه»<sup>۱۲</sup> است که در قراردادهای مربوط به تسهیلات مشارکتی، چنین قیدی دیده نمی شود.

شایان ذکر است علاوه بر آنچه در تحلیل و نقد نظرات فوق بیان کردیم، در بخش «تبیین نظر مختار»، به تحلیل و فهم بهتر موضوع خواهیم پرداخت و نکات ویژه و استدلال‌های دیگری را نیز بیان خواهیم کرد.

## ۲-۲. رویکرد موافقین شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر قراردادهای مشارکتی

در مقابل گروه نخست، برخی دیگر از متخصصان حوزه بانکداری اعتقاد دارند که رأی وحدت رویه ۷۹۴ شامل «عقود مشارکتی» نیز می شود و برای تأیید نظر خود، به استناد این رأی به ماده ۲۰ «قانون عملیات بانکی بدون ربا»<sup>۱۳</sup> اشاره می کنند که به موجب آن، می توان رأی یادشده را ناظر به هر دو دسته «عقود مبادله‌ای و مشارکتی» دانست؛ علاوه بر اینها باید تأکید کرد از آنجاکه بانکها زیرساخت لازم و امکان محاسبه دقیق سودوزیان واقعی موضوع مشارکت را ندارند و دریافت کنندگان تسهیلات نیز به دلیل عدم آگاهی یا عدم داشتن دغدغه لازم، به محاسبه سودوزیان واقعی تمایلی نشان نمی دهند، بنابراین آنچه در عمل و در حاق واقع رخ می دهد این است که بانکها همان نرخ سود انتظاری را در پایان دوره مشارکت بدون هیچ کم و کاستی، مبنای دریافت سود خود قرار می دهند (مرادی، ۱۴۰۰، ص. ۱۵۴) و بانکها در صورت عدم دریافت آن از طرف مقابل، آن را مبنای خواسته خویش در مراجع قضایی قرار می دهند.

مضافاً آنکه بانک مرکزی و شورای فقهی پول و اعتبار، در بسته‌های سیاستی و



نظارتی خود، علاوه بر مصالح ملی کشور و اجرای سیاست‌های کلی اقتصادی، منافع هر دو طرف قراردادهای بانکی را نیز در نظر می‌گیرند و لذا نقض مصوبات مذکور، به معنای اقدام برخلاف مصالح نظام و سیاست‌های کلی اقتصادی کشور و براین اساس، هر گونه تخلف و تخطی از نظامات بانکی، اقدامی برخلاف نظم عمومی محسوب می‌شود (اخوانی، ۱۴۰۰، ص. ۱).

علاوه‌براین، رأی یادشده به صراحت، «مصوبات بانک مرکزی» و «شورای فقهی پول و اعتبار» راجع به «حداقل و حداکثر سود بانک‌ها و مؤسسات اعتباری» را از جمله «قواعد آمره» اعلام نموده است (مرادی، ۱۴۰۰، ص. ۱۴۲)، لذا می‌توان عمومیت رأی یادشده را بر «عقود مشارکتی» هم پذیرفت، زیرا آمره‌بودن قواعد و مقررات بانکی، وصفی نیست که ویژه «قراردادهای مبادله‌ای» باشد و می‌توان آن را به «عقود مشارکتی» نیز تسری و تعمیم داد.

### ۳. تبیین نظر مختار

پس از طرح نظرات گروه مخالفین و موافقین شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر عقود مشارکتی باید به تبیین نظر مختار و استدلال‌های مرتبط با آن بپردازیم، اما پیش از آن، ذکر نکاتی چند ضروری است:

نخست، درباره مصوبه شماره (۲۹) شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی مبنی بر بررسی مسائل و مشکلات مطروحه توسط بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیربانکی ناشی از رأی وحدت رویه ۷۹۴ باید دانست، اولاً، بند نخست این مصوبه، با تصریح بر اینکه عدم رعایت مصوبات شورای فقهی پول و اعتبار، سبب بطلان قرارداد نمی‌شود و ضمانت اجرایی در قالب «مسئولیت اداری و انضباطی بانک عامل» را در پی دارد، درخصوص اصل حکم اظهار نظر کرده است؛ امری که تخصصاً خروج موضوعی از این نوشتار دارد و بررسی دقیق و مبنایی آن، مجال دیگری می‌طلبد که البته پیش از این، برخی صاحب‌نظران حوزه بانکی (سیاه‌بیدی کرمانشاهی، ۱۳۹۹، صص. ۸۷-۱۰۸)، آن را محور مطالعه خود قرار داده‌اند، ثانیاً، بخش دوم این مصوبه، بدون ارائه هیچ‌گونه استدلالی، صرفاً به این مسئله بسنده کرده است که از نظرگاه فقهی بهتر است که نسبت به «نرخ سود» در عقود مشارکتی، سقفی در نظر گرفته نشود که به نظر می‌رسد مبنای

این نتیجه‌گیری، احترام حکومت اراده‌ها و حاکمیت اصل آزادی قراردادی بر تعیین نرخ سود مورد توافق طرفین است و حال آنکه پذیرش این حکم منوط به این است که علاوه بر لزوم تعیین سقف نرخ سود از سوی بانک مرکزی برای این‌گونه قراردادها، سود قطعی احتمالی با حسابرسی مستقل و دقیق، تعیین شود، نه آنکه همان نرخ سود انتظاری که در قرارداد درج شده به‌عنوان مبنایی جهت تعیین تکلیف روابط بانک و مشتریان لحاظ شود؛ نکاتی که در بندهای سوم و چهارم در همین صفحه مورد تأکید قرار گرفته است.

دوم، درخصوص نقد رئیس قوه قضاییه مبنی بر عدم دقت کافی در صدور رأی وحدت رویه ۷۹۴ باید دانست با وجود آنکه سخنان ایشان در باب لزوم جلوگیری از سوءاستفاده برخی از تسهیلات‌گیرندگان برای ثروت‌اندوزی از مسیرهای غیرقانونی و نامشروع، رأی یادشده تنها در مقام بیان آمره بودن مصوبات «شورای فقهی پول و اعتبار» در تعیین «نرخ سود بانکی» و عدم امکان توافق طرفین برخلاف این مقررات است و اساساً ورودی به موضوع و محل «مصرف تسهیلات» نداشته و شاهد مثال آن، این است که رأی یادشده برای حل تعارض بین دو رأی قطعی صادره از محاکم لرستان و مازنداران است، لذا نمی‌توان از آن چنین برداشت شود که نقد ایشان درخصوص عدم تسری رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر «عقود مشارکتی» است. دادستان کل کشور نیز در نظر خود مبنی بر «عدم شمولیت آن رأی بر قراردادهای مشارکتی» دلیل خاصی بیان نکرده و تنها به ذکر همین نکته اکتفا نموده است.

سوم، همان‌گونه که از متن رأی وحدت رویه مورد بحث به روشنی استفاده می‌شود، قرارداد اعطای تسهیلات فقط نسبت به سود مازاد بر مصوبات بانک مرکزی، قابل اعمال است، بنابراین تردیدی نیست که اصل قرارداد و نیز سود آن، در حدی که مازاد بر مصوبات مذکور نیست، به صحت و اعتبار خود باقی است؛ به‌بیان‌دیگر، شمول این رأی مشروط به وجود مصوبه بانک مرکزی در خصوص حداقل و حداکثر سهم سود در زمان اعطای تسهیلات مربوط است. بنابراین اگر در خصوص برخی از انواع قراردادهای اسلامی تسهیلات بانکی، در زمان اعطای تسهیلات، از سوی بانک مرکزی، سقف سود تعیین نشده باشد، موضوع از شمول رأی وحدت رویه مذکور، خروج

موضوعی دارد (نظریه شورای فقهی - مشورتی دیوان عالی کشور مورخ ۱۴۰۱/۷/۲۵؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <https://divanealee.eadl.ir>).

چهارم، بانک‌ها در «عقود مشارکتی» حق درج نرخ «سود مورد انتظار»، مخالف «دامنه سود» («بیشتر از حداکثر» یا «کمتر از حداقل») مورد نظر «شورای فقهی پول و اعتبار» براساس دامنه سود در سال مربوطه ندارند، اما در صورتی که تسهیلات گیرنده‌ای با ارائه اسناد و مدارک مثبت، عدم تحقق «سود مورد انتظار» مبنای اعطای تسهیلات را اثبات کند، حسب گزارش کارشناسی و تصمیم قضایی، موضوع «عدم تحقق سود مشارکت»، مورد حکم قرار خواهد گرفت. در عین حال، چنانچه بانکی تحقق «سود واقعی» بیشتر از «سود مورد انتظار» موضوع تسهیلات را نزد مرجع قضایی اثبات کند، مستحق دریافت سود مازاد مربوطه خواهد بود (فراهانی، ۱۳۹۹، ص. ۱)، زیرا اولاً، رأی وحدت رویه ۷۹۴ نسبت به آن ساکت است و مقررهای ندارد و ثانیاً، در این دو حالت، بحث از شمولیت یا عدم شمولیت رأی وحدت رویه مذکور بر «عقود مشارکتی»، محملی ندارد؛ چه همان‌گونه که پیش از این بدان پرداختیم، در این موارد، عدم تعیین سود ثابت در زمان انعقاد عقود مشارکتی که از جمله اوصاف اساسی این قراردادها است، به درستی رعایت شده است.

پنجم، در سال‌هایی که شورای فقهی پول و اعتبار نرخ سود مورد انتظار را به صورت حداقلی تعیین نموده است، [قراردادهای منعقدشده در آن زمان]، مشمول رأی وحدت رویه ۷۹۴ نمی‌شود، ولی در سال‌هایی که نرخ مذکور دارای نرخ حداکثری بوده، ولی بانک برخلاف مصوبات شورای پول و اعتبار، نرخ بالاتری از حداکثر تعیین شده را در محاسبات خود اعمال و سود مازاد را مطالبه نموده است، نرخ مذکور باید به نرخ حداکثر مصوب شورای فقهی پول و اعتبار تعدیل گردد (بخشنامه معاونت امور بانکی، بیمه و شرکت‌های دولتی وزارت امور اقتصادی و دارایی، مورخ ۱۴۰۰/۱۰/۱۲؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <https://mefa.ir/fa-IR/mefa/1/page>).<sup>۱۴</sup>

نگارندگان ضمن تأیید دلایل موافقین شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر «عقود مشارکتی»، معتقدند به استناد دلایل زیر نیز می‌توان بر این نظریه، مهر تأیید زد:

### ۱-۳. ورود «نظم عمومی اقتصادی» بر «احکام صحت شروط» در خصوص «شرط سود» مندرج در قراردادهای بانکی

شیوه نگارش، نحوه استدلال و استنادهای هیأت عمومی دیوان عالی کشور در تنظیم رأی وحدت رویه ۷۹۴ دلالت بر این دارد که آن هیأت، مصوبات و دستورالعمل‌های بانک مرکزی را آمره و لازم‌الاجرا دانسته و تخلف بانک‌ها و مؤسسات اعتباری در اجرای این دستورالعمل‌ها را مخل نظم عمومی اقتصادی و تجاری محسوب نموده و بر این اساس، به استناد ماده ۶ «قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی»، ضمانت اجرای عدم تبعیت بانک‌ها و مؤسسات اعتباری از مصوبات مارالذکر را بطلان شرط سود مازاد بر این مصوبات اعلام کرده است.

نکته‌ای که در این مجال باید مورد توجه قرار گیرد، این است که رأی وحدت رویه ۷۹۴ از جهت ایجاد محدودیت در نرخ سود قراردادهای، براساس «مبانی فقهی»، قابل نقد است و حتی در خصوص «عقود مبادله‌ای» هم نباید قابل پذیرش باشد، زیرا اولاً، براساس اصل آزادی اراده‌ها، اراده آزاد طرفین قراردادهای به‌عنوان «قاعده» بر تراضی آنان حکومت دارد (حائری، ۱۳۷۳، ص. ۹) و اصولاً اشخاص می‌توانند به میل خود، شرایط ضمن عقد و محتوای قرارداد را تعیین کنند (صفایی، ۱۳۸۹، ص. ۴۷)؛ نکته‌ای که در رأی وحدت رویه ۸۰۵ در باب «حذف سقف وجه التزام پولی» در عقود بانکی، تا حدود زیادی تبلور یافت و مبنا قرار گرفت، ثانیاً، مطابق این قواعد، صرفاً شرطی باطل<sup>۱۵</sup> است که خلاف شرع بوده، شرعاً مجاز و روا نباشد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ب، ص. ۱۱۶).

اما آنچه سبب دورشدن «قراردادهای مبادله‌ای» از «احکام صحت شروط» گردیده و سبب شده که این رأی را بر اساس قواعد اصولی «وارد» بر آن بدانیم (شب‌خیز و محمدتبار، ۱۳۹۳، ص. ۳۴۰)، «نظم عمومی اقتصادی و تجاری» کشور است. منظور از «نظم عمومی اقتصادی»، قوانینی است که هدف از وضع آن، حفظ منافع عمومی است و تجاوز از آن، نظم را که لازمه حسن جریان امور اقتصادی و تجاری کشور است، برهم می‌زند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص. ۵۸۸). نظم عمومی اقتصادی، خود دارای دو مفهوم سنتی و نوین است؛ آن هم نظم عمومی اقتصادی که در عصر حاضر، جنبه نوین و متفاوتی نسبت به گذشته یافته است، چراکه ورود مفهوم «نظم عمومی اقتصادی» به

ادبیات حقوقی از دستاوردهای حقوق قرن بیستم است و گفته شده است که قبل از آن سابقه‌ای ندارد (الفت، ۱۳۸۴، ص. ۷۳). البته در گذشته هم قوانینی با صبغه نظم عمومی وضع شده است که وجهه اقتصادی داشته‌اند، ولی هدف از وضع آن قواعد حمایت از آزادی معاملات و فعالیت‌های اقتصادی بود (صفایی، ۱۳۸۹، ص. ۵۴)، لیکن مفهوم نظم عمومی اقتصادی نوین که امروزه در قواعد حقوق مدنی قرن بیستم به بعد جای گرفته است، معنایی متفاوت دارد و دارای هدفی دیگر است. در این مفهوم، دولت‌ها با نام «توزیع عادلانه ثروت در اجتماع»، اقتصاد جامعه را در نظارت و رهبری خود می‌گیرند که مبنای این دخالت در امور اقتصادی، نظم عمومی است (الفت، ۱۳۸۴، ص. ۷۴).

این نظم که دارای جنبه حمایتی است و به دلیل افزایش دامنه قلمرو وظایف دولت‌ها در اداره اجتماع و دخالت گسترده دولت در امور اقتصادی، پا به عرصه وجود گذاشته است (صفایی، ۱۳۸۹، ص. ۵۲)، بر این مبنا استوار است که قرارداد همیشه نمی‌تواند عدالت را مستقر کند و جایی که دو طرف قرارداد، در سطح اقتصادی برابر نیستند، برای جلوگیری از تجاوز توانا به ناتوان، قانون‌گذار ناگزیر بایستی از ناتوان حمایت کند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۱۶۷). قوانینی که درباره تعیین ارزش پول، تثبیت نرخ بهره و ورود و خروج ارز وضع شده از قواعد مربوط به این نظم است و هیچ شخصی نمی‌تواند حتی از طریق قرارداد، نظم عمومی و اقتصادی که با توجه به مصالح جامعه معین شده است را برهم زند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۱۷۹).

با این وصف، همه دستورات عمل‌های بانک مرکزی، از جمله مصوبات «شورای فقهی پول و اعتبار» در خصوص «نرخ سود» نیز به‌عنوان بخشی از این نظم عمومی اقتصادی قابل دسته‌بندی است و با وحدت ملاک از همین مبنا می‌توان «عقود مشارکتی» را مشمول رأی وحدت رویه ۷۹۴ دانست.

### ۲-۳. اطلاق عبارات رأی

از وجه دیگر، عبارات «قرارداد تسهیلات» و «سهم سود» در رأی یادشده به‌صورت «مطلق» آمده است. از آنجاکه بنا به نظر مشهور فقهای اصولی، در موارد تردید، باید به استناد قواعدی چون «اصاله الإطلاق» و «اصاله عدم التقدير»، نظر به شمولیت عبارت مطلق بر جمیع مصادیقش داد، باید بپذیریم که «عقود مشارکتی» مشمول رأی وحدت

رویه ۷۹۴ می‌شود، زیرا اولاً، اصل بر این است که اگر در عبارتی لفظ مطلق بدون قید و وصف محدودکننده استعمال شود، به آن به صورت مطلق عمل شود، مگر اینکه گوینده قید و وصفی بیاورد که دایره شمول مطلق را به گونه‌ای محدود و مقید سازد (محقق داماد، ۱۳۹۰. الف، ج ۱، ص. ۶۶؛ سبحانی، ۱۳۹۱، ص. ۵۷)، ثانیاً، بنابر اصل عدم تقدیر، فرض این است که گوینده آنچه را منظور داشته است، بیان و ظاهر نموده، به گونه‌ای که شنونده و خواننده از استماع و قرائت کلام وی، پی به مقصود او ببرد (محقق داماد، ۱۳۹۰. الف، ج ۱، ص. ۶۷؛ سبحانی، ۱۳۹۱، ص. ۵۷)، لذا با یقین بر «عدم وجود قرینه» در عبارت می‌توان ادعا کرد همان معنایی که از اطلاق ظاهر عبارات فهمیده می‌شود (انصاری، ۱۴۴۲ق، ص. ۱۳۵)، مراد هیأت عمومی دیوان عالی کشور بوده است و عملاً «قراردادهای مشارکتی» هم در دایره این معنا جای می‌گیرد.

این اشکال احتمالی که سود درج شده در قراردادهای مشارکتی، «سود انتظاری» است و نه «سود معین»، هم نمی‌تواند مانع از استناد به این اصول باشد، زیرا این شرط، در تعارض با اصول یادشده نیست و در هر حال، سهم سودی که مطابق تشریفات و الزامات قراردادهای مشارکتی بانکی باید در پایان مشارکت و حسابرسی محاسبه شود، نباید خارج از محدوده مصوبات «شورای فقهی پول و اعتبار» باشد والا به دلیل بالا، فاقد اعتبار است.

### ۳-۳. دلالت تنبیهی و فحوای ساختاری و سیاقی رأی

علاوه بر آنچه در قسمت قبل بیان گردید، به «دلالت تنبیهی و فحوای ساختاری» باید نظر به شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر «عقود مشارکتی» داد؛ توضیح آنکه معنا و مدلول عبارات، منحصر به منطوق و مفهوم نیست، بلکه در پاره‌ای موارد، برخی عبارات بر معنای دیگری غیر از منطوق و مفهوم دلالت می‌کند که اصطلاحاً به آن «دلالت سیاقی» می‌گویند. در دلالت سیاقی آنچه از کلام فهمیده می‌شود، لازمه آن کلام است، اما این لزوم به صورت بین و واضح نیست (قافی و شریعتی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۱۷۹)؛ از سوی دیگر، مفهومی که برداشت آن از عبارت، «مسلم» است و مستلزم هیچ‌گونه تقدیری نیست و درمقابل، ساختار عبارت به گونه‌ای است که نظر گوینده، بر لازمه آن است، «مدلول تنبیهی» دانسته می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۵۷).

در اینجا هم آنچه از «فحوای سیاقی» رأی برمی‌آید، این است که به «دلالت تنبیهی» باید آن را شامل «قراردادهای مشارکتی» بدانیم، چراکه لازمه آمره بودن مصوبات شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی در خصوص «حداقل و حداکثر سهم سود بانک‌ها» و در نتیجه آن، «بطلان شرط» مندرج در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی نسبت به «سود مازاد بر مصوبات مذکور» و نیز «عدم وجود مانعی تقدیری» بر اطلاق شمول رأی، این است که توأمان آن را شامل تمام «عقود مبادله‌ای و مشارکتی» بدانیم و این همان نتیجه‌ای است که به دلالت یادشده از سیاق و ساختار عبارت، قابل استنباط است.

#### ۴-۳. قاعده «تفسیر به زیان تنظیم‌کننده» در عقود الحاقی

جایگاه تفسیر قرارداد، هنگامی است که قرارداد، مبهم است یا شروط متعارض در آن پیش‌بینی شده است، لذا هر گاه مفاد قرارداد، فاقد هر گونه ابهامی باشد، دادرس حق تفسیر آن را ندارد (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۵، ص. ۳۱۹). پیش از انعقاد قرارداد مرسوم است که طرفین، آزادانه درباره حقوق و تعهدات خود به گفتگو می‌نشینند و پس از رسیدن به توافق، آن را با ایجاب و قبول منعقد می‌نمایند، اما همیشه این‌گونه نیست و در برخی موارد، قرارداد از سوی یکی از طرفین، تنظیم و توسط طرف دیگر قبول می‌شود؛ این مربوط به جایی است که دو طرف از شرایط یکسان برخوردار نیستند و به همین دلیل، ممکن است یک طرف، شروطی در قرارداد بگنجانند که کاملاً به نفع او است. در این حالت، در صورت ابهام در مفاد شروط مزبور، قرارداد بایستی به نفع طرف دیگر تفسیر گردد (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۵، صص. ۳۳۲-۳۳۳).

در نوع قراردادهای در مقام تفسیر قرارداد، گاه نمی‌توان به قاعده اصیل و اولیه تفسیر که همانا «کشف قصد» است، عمل کرد و برای یافتن حقیقت ناگزیر باید در گردش «ترجیحات به ظاهر بلامرجح»، یکی از تفاسیر را بر دیگری ترجیح داد. منطق و عدالت اقتضا می‌کند، ملاکی برای برخورد یکسان و غیرسلیقه‌ای با مسئله واحد در نظر گرفته شود تا از یکسو، «اصل تساوی» رعایت شود و از سوی دیگر، ترجیح ضابطه‌مندی باشد که به «انصاف» نزدیک‌تر است و به بیان دیگر، «ما لایدرک کله، لایترک کله» (اسلامی و قنواتی، ۱۳۹۸، ص. ۷۰).

یکی از قواعدی که در فرض موردنظر می‌تواند به یاری بیاید، «قاعده تفسیر به زیان

تنظیم‌کننده» است که برای نخستین بار در مقاله‌نامه بیع بین‌المللی وین مورد توجه قرار گرفت (حبیبی، ۱۳۹۶، ص. ۳۰۹) و در حال حاضر، در اسناد بین‌المللی متعددی، از جمله ماده (۵:۱۰۳) «اصول حقوق قرارداد اروپا» (PECL) (حبیبی درگاه، ۱۳۹۵، ص. ۴۵)، بند اول ماده (۸:۱۰۳) کتاب دوم «پیش‌نویس قانون مدنی اتحادیه اروپا» (DCFR)، ماده (۶-۴) «اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی» (UPICC) (اخلاقی و امام، ۱۳۷۹، ص. ۱۳۰) و نظام‌های حقوقی داخلی بسیاری کشورها، از جمله فرانسه (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۸) و مصر (نوری، ۱۳۹۲، ص. ۴۵) نیز پذیرفته شده است. در حقوق ایران، با وجود آنکه این قاعده در هیچ‌یک از قوانین و مقررات پیش‌بینی نشده، اما بر مبنای انصاف، دلیل عقل و بنای عقلا می‌توان بر صحت آن حکم داد.

«قاعده تفسیر به زیان تنظیم‌کننده» در «قراردادهای معمول» که دو طرف از سطح واحد مالی و اقتصادی برخوردارند، به‌عنوان یک «قاعده ثانویه» شناخته می‌شود، اما در قراردادهای الحاقی، اصلی ثانویه نیست و باید به‌عنوان «اصل اولیه»، ملاک تفسیر قرار گیرد، زیرا در این نوع قراردادهای، کشف قصد در عبارات قراردادی موضوعیت ندارد و مشتری فقط کلیت قرارداد را قبول می‌کند و در خصوص جزئیات، توان چانه‌زنی و مذاکره ندارد (پاکباز، ۱۴۰۱، ص. ۲۳۸). با این وصف، بی‌گمان انصاف حکم می‌کند که اگر یکی از دو طرف، امتیاز تنظیم قرارداد و تحمیل شروط آن را به خود اختصاص دهد، زیان‌های ناشی از ابهام قرارداد و وجود شروط متعارض را نیز باید تحمل کند (پاکباز، ۱۴۰۱، ص. ۲۳۷).

از آنجاکه همه «قراردادهای بانکی» با توجه به جایگاه بانک‌ها نسبت به تسهیلات‌گیرندگان و ساختار و تشریفات که این عقود دارند، از جمله عقود الحاقی محسوب می‌شوند و به دلیل آنکه شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر «عقود مشارکتی»، در راستای قاعده یادشده قرار می‌گیرد، لذا این الزام را ایجاد می‌کند که قراردادهای حاوی شروط مازاد نرخ سود بر مصوبات بانک مرکزی به‌گونه‌ای تفسیر شود که دامنه مندرج در دستورالعمل‌های شورای فقهی پول و اعتبار بر عقد مشارکتی حاکم باشد و أخذ سود بیشتر از دامنه مصوب با ممنوعیت مواجه شود و این امر، نتیجه‌ای جز شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر عقود مشارکتی به دنبال نخواهد داشت.



### نتیجه‌گیری

رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴-۱۳۹۹/۵/۲۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، شرط مندرج در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی نسبت به «سود مازاد» بر مصوبات بانک مرکزی را باطل اعلام کرد و اختلاف رویه دادگاه‌ها در این خصوص را پایان داد. صاحب‌نظران و کارشناسان حوزه حقوق بانکی، از جهات مختلف به نقد و بررسی این رأی پرداخته‌اند. برخی، از جهت «شیوه استدلال و نتیجه‌گیری»، آن را مورد نقد و بررسی قرار داده و برخی دیگر، در مورد «دامنه شمول» این رأی به بحث و نظر پرداخته‌اند.

در این میان، برخی معتقدند براساس مبانی فقهی و ماهیت عقود مشارکتی، رأی یادشده شامل این قراردادها نمی‌شود، زیرا درج «سود مورد انتظار» فقط برای اثبات جواز ورود بانک برای انعقاد این قراردادها است و نرخ سود در این عقود باید پس از پایان مشارکت و حسابرسی معین شود؛ در مقابل، عده‌ای دیگر معتقدند رأی مزبور شامل عقود مشارکتی هم می‌شود، زیرا آنچه تحت عنوان نرخ «سود مورد انتظار» در این قراردادها درج می‌شود، در عمل، مبنای محاسبه و تنظیم روابط بانک و مشتریان است.

آنچه علاوه بر تأکید بر این مهم که اگر بانکی تحقق «سود واقعی» بیشتر از «سود مورد انتظار» موضوع تسهیلات در قراردادهای مشارکتی را ثابت کند، مستحق دریافت سود مازاد مورد نظر است، از این پژوهش قابل نتیجه‌گیری است، این است که اولاً، مورد استناد قرار گرفتن ماده ۲۰ «قانون عملیات بانکی بدون ربا» در رأی شماره ۷۹۴ و تأکید آن بر «نقش تنظیم‌کنندگی بانک مرکزی» در نظام پولی و اعتباری کشور و نظارت بر حسن اجرای آن، ثانیاً، «عدم امکان محاسبه دقیق سودوزیان واقعی» موضوع مشارکت در «قراردادهای مشارکتی»، ثالثاً، «آمره بودن مصوبات و دستورالعمل‌های بانک مرکزی» راجع به «نرخ سود» بانک‌ها، از جمله «دامنه سود» در «قراردادهای مشارکتی»، رابعاً، «ورود نظم عمومی اقتصادی» بر «احکام صحت شروط» در خصوص «شرط سود» مندرج در قراردادهای بانکی، خامساً، دلالت تنبیهی و فحوای ساختاری و سیاقی رأی اطلاق عبارات «قرارداد تسهیلات» و «سهم سود» در رأی مزبور و قابلیت استناد به اصول لفظی‌ای، نظیر اصالة الإطلاق و به‌ویژه اصالة عدم التقدير در این فرض، سادساً،

امکان استناد به قاعده «تفسیر به زیان تنظیم‌کننده» در عقود الحاقی (به این دلیل که قراردادهای بانکی، از جمله مصادیق عقود الحاقی هستند)، جملگی تنها رهیافتی که به دنبال دارد، لزوم شمول رأی وحدت رویه ۷۹۴ دیوان عالی کشور بر «عقود مشارکتی» است، لذا به موجب ادله یادشده، پیشنهاد مشخص نگارندگان اصلاح این رویکرد و اصدار رأیی جدید و ناسخ رأی قبلی از سوی هیأت عمومی دیوان عالی کشور در باب پذیرش شمولیت قاعده آمره موردنظر این نهاد بر عقود مشارکتی در کنار عقود مبادله‌ای و منع درج سود مازاد بر نرخ اعلامی از سوی بانک مرکزی برای حفظ منافع عمومی و حمایت از تسهیلات گیرندگان است.

#### یادداشت‌ها

۱. مصوبه شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی، جلسه شماره ۲۹ مورخ ۱۳۹۹/۷/۲: «۱- تخطی از نرخ سود تسهیلات مصوب شورای پول و اعتبار موجب بطلان قرارداد نمی‌شود و صرفاً ناظر بر تخلف شبکه بانکی کشور بوده و مستوجب اعمال اقدامات انضباطی بانک مرکزی می‌باشد. ۲- اعمال سقف نرخ سود در عقود مشارکتی از منظر فقهی توصیه نمی‌شود».
۲. مصوبه شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی، جلسه شماره ۱۷ مورخ ۱۳۹۸/۸/۲۹: «اعطای تسهیلات در قالب عقود مشارکتی فقط به طرح‌هایی که امکان محاسبه سود و زیان آن از طریق انجام حسابرسی مستقل امکان‌پذیر است، محدود شود».
- مصوبه شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی، جلسه شماره ۲۳ مورخ ۱۳۹۹/۳/۷: «محاسبه و شناسایی درآمد تسهیلات اعطایی در قالب عقود مشارکتی طی دوران مشارکت بر مبنای پیشرفت کار و زمان مغایر با موازین شرعی تشخیص داده نشد».
- مصوبه شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی، جلسه شماره ۳۰ مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۶: «اعطای تسهیلات در قالب مشارکت مدنی به خریداران کالا... اگر با تعیین سود قبلی باشد، مجاز نیست...».
۳. لازم به ذکر است که تعیین «نرخ سود» در «بانک‌های خصوصی» تا سال ۱۳۸۴، به عهده خود بانک‌ها گذاشته شده بود، اما پس از آن بانک مرکزی در قالب دستورالعمل‌های آمره به این بانک‌ها ابلاغ می‌کند.

۴. ماده (۶): «نرخ سود عقود مبادله‌ای (عقود غیرمشارکتی) تا سررسید ۲ سال، معادل ۱۱ درصد و برای سررسید بیشتر از ۲ سال، ۱۴ درصد تعیین می‌شود. به استناد بند ۱ و ۲ ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز دامنه نرخ سود مورد انتظار عقود مشارکتی قابل درج در قرارداد بین مؤسسه اعتباری و مشتری بین ۱۴ تا ۱۷ درصد تعیین می‌شود...».
۵. ماده (۹): «نرخ سود عقود غیرمشارکتی تا سررسید ۲ سال، معادل ۱۴ درصد و برای سررسید بیشتر از ۲ سال، معادل ۱۵ درصد تعیین می‌شود. دامنه نرخ سود مورد انتظار عقود مشارکتی قابل درج در قرارداد بین مؤسسه اعتباری و مشتری بین ۱۸ تا ۲۱ درصد تعیین می‌شود. بدیهی است نرخ سود قطعی عقود مشارکتی پس از اتمام طرح و بر مبنای عملکرد واقعی طرح تعیین می‌گردد...».
۶. ماده (۲): «حداکثر نرخ سود تسهیلات عقود غیرمشارکتی بانکها و مؤسسات اعتباری معادل ۲۲ درصد تعیین می‌گردد. حداقل نرخ سود مورد انتظار عقود مشارکتی هنگام عقد قرارداد بین بانکها و مؤسسات اعتباری و مشتری معادل ۲۱ درصد تعیین می‌شود...».
۷. بندهای (۲) و (۳): «حداکثر نرخ سود تسهیلات عقود غیرمشارکتی بانکها و مؤسسات اعتباری معادل ۲۱ درصد تعیین می‌شود. سقف نرخ سود مورد انتظار عقود مشارکتی هنگام عقد قرارداد بین بانکها و مؤسسات اعتباری و مشتری ۲۴ درصد تعیین می‌شود...».
۸. بند (۲): «تعیین نرخ سود تسهیلات عقود غیرمشارکتی بانکها و مؤسسات اعتباری و همچنین نرخ سود مورد انتظار عقود مشارکتی قابل درج در قرارداد میان بانک یا مؤسسات اعتباری و مشتری، حداکثر معادل ۱۸ درصد خواهد بود.».
۹. بند (۲) قسمت «الف»: «نرخ سود عقود مبادله‌ای تا سررسید ۲ سال و کمتر، معادل ۱۲ درصد و برای بیشتر از ۲ سال، معادل ۱۴ درصد تعیین می‌شود. نرخ سود علی‌الحساب عقود مشارکتی در چارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا و به نسبت مشخص شده در قرارداد تعیین می‌گردد. ضمناً نرخ سود فروش اقساطی تسهیلات در بخش مسکن معادل ۱۲ درصد خواهد بود.».
۱۰. بند (۲) قسمت «الف»: «نرخ سود عقود مبادله‌ای تا سررسید ۲ سال و کمتر، معادل ۱۲ درصد و برای بیشتر از ۲ سال، معادل ۱۴ درصد تعیین می‌شود. نرخ سود علی‌الحساب عقود مشارکتی در چارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا و به نسبت مشخص شده در قرارداد تعیین می‌گردد. ضمناً نرخ سود فروش اقساطی تسهیلات در بخش مسکن معادل ۱۲ درصد خواهد بود.».

۱۱. ماده (۱۲): «در پایان مدت قرارداد، پس از وضع تمامی هزینه‌های مشارکت، مانده حساب مشترک مشارکت مدنی پس از برداشت سرمایه هریک از شرکاء، نشان‌دهنده سود مشارکت می‌باشد و سود مذکور به نسبت... درصد سهم بانک/مؤسسه اعتباری و .... درصد سهم شریک بین بانک/مؤسسه اعتباری و شریک تقسیم خواهد شد.»

۱۲. «قرینه صارفه»، مقابل «قرینه معینه» بوده، عبارت است از قرینه‌ای که کلام را از معنای حقیقی خود برگردانده، بر معنای مجازی آن حمل می‌نماید، یعنی بیان‌گر این مطلب است که مراد جدی متکلم، معنای مجازی کلام وی است نه معنای حقیقی آن. این قرینه را از آن‌رو «صارفه» می‌گویند که لفظ را از معنای حقیقی خود به معنای مجازی منصرف می‌کند (دانشنامه اسلامی (برخط)، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی وابسته به دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <http://wiki.isca.ac.ir/wiki/index.php>).

۱۳. ماده ۲۰: «بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در حسن اجرای نظام پولی و اعتباری کشور می‌تواند با استفاده از ابزار ذیل، طبق آیین‌نامه‌ای که به تصویب هیئت وزیران می‌رسد، بر اساس ماده ۱۹، در امور پولی و بانکی دخالت و نظارت کند: ۱- تعیین حداقل و یا حداکثر نسبت سهم سود بانک‌ها در عملیات مشارکت و مضاربه؛ این نسبت‌ها ممکن است در هر یک از رشته‌های مختلف متفاوت باشد...؛ ۳- تعیین حداقل و حداکثر نسبت سود بانک‌ها در معاملات اقساطی و اجاره به شرط تملیک در تناسب با قیمت تمام‌شده مورد معامله...».

۱۴. البته درخصوص این بخشنامه دو نکته را باید مورد توجه قرار داد:

الف) از آنجاکه این بخشنامه از سوی وزارت اقتصاد ابلاغ شده است، صرفاً شامل «بانک‌های دولتی» و «بانک‌های دولتی خصوصی‌شده» است و در خصوص «بانک‌های خصوصی» باید بانک مرکزی اقدام به ابلاغ نماید (مرادی، حقوق بانکی؛ قابل دسترسی در پایگاه: <https://t.me/Bankinglaws>) که تاکنون این ابلاغ انجام نشده است.

ب) به موجب بند سوم این بخشنامه، در صورتی که تسهیلات‌گیرنده دارای بدهی غیرجاری (معوق) بود، می‌بایست نسبت به بازپرداخت بدهی یا امهال براساس ضوابط تعیین‌شده در دستورالعمل امهال مطالبات مؤسسات اعتباری و آیین‌نامه وصول مطالبات [بانک مرکزی] تا پایان خرداد ۱۴۰۱ اقدام می‌کرد؛ و الا نمی‌توانست از امتیازات این بخشنامه برخوردار شود.

۱۵. درخصوص الزامات «شرط صحیح» شیخ انصاری نظر فقهای پیش از خود را در قالب ۹ شرط زیر جمع‌بندی نموده است: «مقدور باشد، جایز باشد، غرض عقلایی داشته باشد،

مخالف کتاب و سنت نباشد، با مقتضای عقد مخالف نباشد، مجهول نباشد، مستلزم محال نباشد، در متن عقد آمده باشد، منجز باشد». البته ایشان این تفصیل را نپسندیده و به آن انتقاد کرده است (انصاری، بی تا، ص. ۲۸۳ به نقل از بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص. ۵۲۰).

#### کتابنامه

- اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد (۱۳۷۹). اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی. تهران: انتشارات شهر دانش.
- اخوانی، حمید (۱۴۰۰). خبرگزاری ایلنا، کد خبر ۱۱۳۰۱۳۷، ۱۴۰۰/۶/۲۲؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <https://www.ilna.ir>
- اسلامی، سیدمحمد هادی و قنوتی، جلیل (۱۳۹۸). ترجیح تفسیر علیه تنظیم‌کننده قرارداد. دوفصلنامه حقوق تطبیقی، (۱۱۱)، صص. ۶۹-۹۴.
- اسمعیلی گیوی، حمیدرضا (۱۳۸۹). تأمین مالی اسلامی، ابزارها، بازار و چالش‌های فقهی (مجموعه مقالات اولین همایش مالی اسلامی). تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (علیه السلام).
- اکبرزاده، معین (۱۳۹۲). مقایسه تطبیقی عقود مبادله‌ای و مشارکتی و شناخت مشکلات و فواید کاربرد آنها در نظام بانکداری اسلامی. فصلنامه اقتصاد و بانکداری اسلامی، (۴ و ۵)، صص. ۱۶۱-۱۹۸.
- السان، مصطفی (۱۳۹۴). حقوق بانکی. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم اسلامی دانشگاه‌ها (سمت).
- الفت، نعمت‌الله (۱۳۸۴). نظم عمومی و الزام به انعقاد قرارداد. نشریه فقه و حقوق سابق (حقوق اسلامی فعلی)، (۷)، صص. ۷۰-۹۱.
- انصاری، مرتضی (۱۴۴۲ق). فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- بخشنامه معاونت امور بانکی، بیمه و شرکت‌های دولتی وزارت امور اقتصادی و دارایی (۱۴۰۰/۱۰/۱۲). قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <https://mefa.ir/fa-IR/mefa/1/page>
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰). حقوق تعهدات و قراردادها با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (علیه السلام).
- پاکباز، سیامک (۱۴۰۱). شرح قانون مدنی فرانسه، اصلاحات ۲۰۱۶ با آخرین تغییرات (منابع، نظام عمومی و اثبات تعهدات). تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- جعفری، امین (۱۴۰۰). حقوق بانکی. تهران: شرکت سهامی انتشار.

حائری، مسعود (۱۳۷۳). مبانی فقهی اصل آزادی قراردادهای و تحلیلی از ماده (۱۰) قانون مدنی. تهران: انتشارات کیهان.

حبیبی، محمود (۱۳۹۶). تفسیر قراردادهای تجاری بین‌المللی. تهران: بنیاد حقوقی میزان.  
حبیبی درگاه، بهنام (۱۳۹۵). اصول حقوق قرارداد اروپا. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.  
حسینی، سید احسان (۱۳۹۹). عدم تسری رأی وحدت رویه ۷۹۴ نسبت به عقود مشارکتی.  
روزنامه مناقصه، ش ۳۱۱۸؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<https://monaghesatiran.ir>

دانشنامه اسلامی (برخط)؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://wiki.isca.ac.ir/wiki/index.php>

روزنامه رسمی، ش ۱۳۱۱، ۱۳۹۹/۶/۱۵؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<https://www.rrk.ir>

سبحانی، جعفر (۱۳۹۱). الموجز فی أصول الفقه. ترجمه محسن غرویان و سید محمدرضا طالبیان، قم: انتشارات دارالفکر.

سلطانی، محمد (۱۳۹۸). حقوق بانکی. تهران: بنیاد حقوقی میزان.

سیاهبیدی کرمانشاهی، سعید (۱۳۹۹). نقدی بر رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در باب بطلان توافقات مغایر با مصوبات بانک مرکزی پیرامون تعیین نرخ سود تسهیلات. فصلنامه رأی، (۳۱)، صص. ۸۷-۱۰۸.

شب‌خیز، محمدرضا و محمدتبار، عباد (۱۳۹۳). اصول فقه دانشگاهی. تهران: انتشارات کتاب آوا.  
شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۹۵). حقوق تعهدات؛ مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی. تهران: انتشارات شهر دانش.  
صفایی، سیدحسین (۱۳۸۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها. تهران: بنیاد حقوقی میزان.

فراهانی، رامین (۱۳۹۹). چند نکته درباره رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور راجع به نرخ سود مازاد بانک‌ها. خبرگزاری تابناک، ش ۱۰۳۴۳۰؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<https://www.tabnak.ir/fa/news>

قافی، حسین و شریعتی، سعید (۱۳۹۲). اصول فقه کاربردی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.  
قلیچ، وهاب (۱۳۹۸). وکالت در بانکداری بدون ربا؛ کاربردها و چالش‌ها. تهران: پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: نشر دادگستر.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰، الف). *مباحثی از: اصول فقه*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.  
محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰، ب). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*.  
تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

مرادی، یاسر (۱۳۹۹). *حقوق بانکی*. قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<https://t.me/Bankinglaws>

مرادی، یاسر (۱۴۰۰). گذار قراردادهای بانکی از اصل حاکمیت اراده به قواعد آمره؛ بررسی  
موردی رأی وحدت رویه ۷۹۴ دیوان عالی کشور. *نشریه مجموعه حقوقی*، (۱)، صص.  
۱۳۷-۱۶۱.

مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (۱۳۹۴). *طرح منطقی‌کردن نرخ سود تسهیلات  
بانکی (مجموعه مقالات)*. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

مصباحی مقدم، غلامرضا و صفری، محمد (۱۳۸۹). بررسی درآمد حاصل از تحمل ریسک از  
دیدگاه آموزه‌های اسلامی. *نشریه اقتصاد اسلامی*، (۳۶)، صص. ۱۱۷-۱۴۸.

موسویان، سیدعباس (۱۳۸۴). ارزیابی قراردادهای و شیوه‌های اعطای تسهیلات در بانکداری  
بدون ربا. *نشریه اقتصاد اسلامی*، سال پنجم، (۱۹)، صص. ۷۰-۴۵.

موسویان، سیدعباس (۱۳۸۷). بررسی فقهی - حقوقی تعیین نرخ سود بانکی. *نشریه فقه و  
حقوق*، سال چهارم، (۱۶)، صص. ۷-۳۴.

موسویان، سیدعباس و میثمی، حسین (۱۳۹۷). *بانکداری اسلامی؛ مبانی نظری - تجارب عملی*.  
تهران: پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.

نظافتیان، علی (۱۴۰۰). *پیرامون رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴؛ فرصت امروز برای کسب و  
کار*. قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <https://www.forsatnet.ir>

نوری، محمدعلی (۱۳۹۰). *قانون مدنی فرانسه*. (ترجمه)، تهران: کتابخانه گنج دانش.

نوری، محمدعلی (۱۳۹۲). *قانون مدنی مصر*. (ترجمه)، تهران: کتابخانه گنج دانش.

هرورانی، حسین؛ زهتابیان، مصطفی و هرورانی، مهدی (۱۳۸۹). *تقدیمی بر بانکداری اسلامی*.  
تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (علیه السلام).

<https://dadiran.ir/news/98896>

<https://divanealee.eadl.ir>

<https://www.cbi.ir/simplelist/21060.aspx>