

Jurisprudential examination of the relationship between the bank, the client and the National Development Fund in the provision of facilities; Challenges and solutions

Yaser Moradi*

Received: 2022/05/26

Seyyed Amir Hosein Seyyedi**

Accepted: 2023/01/26

Abstract

After realizing the necessity of intergenerational justice, many countries have pursued solutions such as establishing development funds for its realization and the productivity of the next generations from the national wealth. These funds usually pursue long-term goals such as converting national resources into lasting wealth with increasing productivity by granting facilities or directly investing in development projects. The National Development Fund in Iran mainly operates in the form of grant facilities through the conclusion of agency contracts with banks, which has always led to grave challenges, especially regarding the collection of claims for granted resources. Although the agency contract of the National Development Fund with the banks had concluded in the form of additional and inflexible contracts and the fund has tried to reduce the risk of return of its resources to the minimum possible level in the form of the conditions included in a contract, but, it still has problems in collecting claims. It is serious.

This article tried to examine the nature of the relationship between the client, the bank, and the National Development Fund in granting facilities and its effects with a descriptive and analytical approach, while explaining the process of granting facilities and explaining its legal ambiguity, especially in the mentioned tripartite relationship. Prove that the current problems of the National Development Fund are caused by the unfair nature of the mentioned relationship and that current contracts cannot cover the contractual risks of the facility. In the end, specific suggestions such as concluding deposit contracts instead of agency in some cases, using the capital market mechanism, modifying the conditions while concluding the agency contract, replacing exchange contracts, especially Istisnaa instead of partnership contracts, and finally complying with credit risk management requirements to improve the current situation, the current unfavorable situation can be sorted out with their help

Keywords: National Development Fund, Debt collection, Agency contract, Banking contract, Facilities.

* Ph.D. in Private Law, Department of Law, Mofid University, Qom, Iran.

Yaser110us@gmail.com

** Ph.D. Student in Public Law, Department of Public Law, Islamic Studies and Law Faculty, Imam Sadiq University, Tehran, Iran (Corresponding Author).

Sa.seyedi@isu.ac.ir



بررسی فقهی حقوقی رابطه بانک، مشتری و صندوق توسعه ملی در اعطای تسهیلات؛ چالش‌ها و راهکارها

یاسر مرادی*

سید امیر حسین سیدی**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۶

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

کشورهای مختلف، پس از پی بردن به ضرورت عدالت بین‌نسلی، برای تحقق آن و بهره‌وری نسل‌های بعدی از ثروت‌های ملی، راهکارهایی نظیر تأسیس صندوق‌های توسعه‌ای را دنبال کرده‌اند. این صندوق‌ها معمولاً از دو طریق اعطای تسهیلات یا سرمایه‌گذاری مستقیم در طرح‌های توسعه‌ای، اهداف بلندمدتی مثل تبدیل منابع ملی به ثروت‌های ماندگار با بازده فزاینده را دنبال می‌کنند. صندوق توسعه ملی در ایران، عمدتاً در قالب اعطای تسهیلات از طریق انعقاد قرارداد عاملیت با بانک‌ها فعالیت می‌کند که این امر همواره چالش‌های مهمی به‌ویژه در خصوص وصول مطالبات منابع اعطایی را به دنبال داشته است. با اینکه قرارداد عاملیت صندوق توسعه ملی با بانک‌ها، در قالب قراردادهای الحاقی و سخت‌گیرانه منعقد می‌شود و صندوق سعی نموده در قالب شروط ضمن عقد، ریسک بازگشت منابع خود را به حداقل میزان ممکن برساند، لکن کماکان در وصول مطالبات دچار مشکلات جدی است.

نوشتار حاضر سعی دارد از رهیافت بررسی «ماهیت رابطه میان مشتری، بانک و صندوق توسعه ملی در اعطای تسهیلات و آثار آن» با رویکرد توصیفی تحلیلی، ضمن تشریح فرایند اعطای تسهیلات و تبیین ابهام حقوقی آن به‌ویژه در رابطه سه‌جانبه یاد شده، اثبات نماید معضلات فعلی صندوق توسعه ملی، ناشی از ماهیت ناصواب رابطه مذکور بوده و قراردادهای فعلی نمی‌تواند ریسک‌های قراردادی تسهیلات را مورد پوشش قرار دهد. در پایان نیز پیشنهادات مشخصی مثل انعقاد قراردادهای سپرده‌گذاری به‌جای عاملیت در برخی موارد، استفاده از سازوکار بازار سرمایه، اصلاح شروط ضمن عقد قرارداد عاملیت، جایگزینی عقود مبادله‌ای به‌ویژه استصناع به‌جای عقود مشارکتی و نهایتاً رعایت الزامات مدیریت ریسک اعتباری برای بهبود وضعیت کنونی ارائه شده تا با یاری آن‌ها بتوان وضعیت نامناسب فعلی را سامان بخشید.

واژگان کلیدی: تسهیلات، صندوق توسعه ملی، قرارداد بانکی، قرارداد عاملیت، وصول مطالبات.

* دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران. Yaser110us@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام

صادق علیه‌السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول). Sa.seyedi@isu.ac.ir



مقدمه

بیش از ۵۰ سال است که کشورهایی با درآمد مازاد ناشی از منابع طبیعی، به منظور استفاده بهینه از این درآمدها، به تأسیس صندوق‌های ثروت ملی روی آورده‌اند (لاجوردی و دیگران، ۱۳۹۴، ص. ۹۲). امروزه اعتراف به اینکه منابع و ثروت‌های ملی یک کشور، تنها متعلق به نسل‌های فعلی نیست، در میان عموم جوامع، امری پذیرفته شده است. کشورهایی که دارای منابع غنی طبیعی و معدنی هستند، معمولاً به درآمد ناشی از این منابع وابسته می‌شوند. در نتیجه، با افزایش قیمت آنها، هزینه‌ها را چنان تنظیم می‌کنند که در زمان کاهش قیمت آن منبع و مآلاً کاهش درآمدها، ناتوان از مدیریت اوضاع می‌شوند، لذا درآمدهای سرشار نفت و گاز در کشورهای مختلف، نه تنها باعث توسعه نشد، بلکه آن کشورها را استعمارزده و عقب‌مانده باقی گذاشت. برای جلوگیری از این وضعیت، هر کشوری به مقتضای منابع خدادادی خود، سعی می‌کند با روش‌های مختلف، بخشی از عایدی ناشی از این منابع را در قالب سرمایه‌گذاری برای نسل‌های بعدی ذخیره نماید.

به بیان دیگر به‌زعم حکومت‌ها، صندوق‌های ثروت ملی، مانع از وقوع بیماری هلندی^۱ و وابستگی بیش از حد دولت‌ها به منابع طبیعی می‌شوند؛ چراکه با ممانعت از دست‌اندازی حکومت‌ها به این منابع، در واقع مانع اصلی رشد بی‌منطق هزینه‌های دولت هستند. به‌علاوه از وابستگی دولت‌ها به نفت و گاز کاسته و آنها را به سمت تأمین مالی از طریق اخذ مالیات و بودجه‌ریزی بهینه، هدایت می‌کنند (خضری، ۱۳۸۸، صص. ۷۰-۷۳). در راستای ایجاد ثبات در میزان درآمدهای ارزی و ریالی حاصل از صدور نفت خام، طی ماده ۶۰ قانون برنامه سوم توسعه، دولت مکلف به تشکیل حساب ذخیره ارزی شد و تبعاً ایران نیز از سال ۱۳۷۹، با تأسیس حساب ذخیره ارزی، این راهبرد مهم را دنبال می‌کند (خضری، ۱۳۸۸، ۷۸-۷۷). بند «ب» ماده ۶۰ قانون مذکور، اجازه برداشت دولت از این حساب را صادر کرده بود لذا در میان سال‌های ۱۳۷۹ لغایت ۱۳۸۹، این حساب به‌عنوان فلک بی‌نظمی‌های مالی دولت عمل می‌کرد^۲ تا اینکه پس از شوک نفتی دهه ۸۰، طی سیاست‌های کلی برنامه پنجم توسعه، تصمیم جدی برای تغییر نگاه به نفت و گاز از منبع تأمین بودجه عمومی کشور به منابع و سرمایه‌های زاینده

اقتصادی گرفته شد و روش «ارائه تسهیلات از منابع صندوق توسعه ملی به بخش‌های خصوصی، تعاونی و عمومی غیردولتی با هدف تولید و توسعه سرمایه‌گذاری در داخل و خارج کشور با در نظر گرفتن شرایط رقابتی و بازدهی مناسب اقتصادی» به‌عنوان روش تخصیص منابع توصیه شد.

اولین گام در راستای تحقق سیاست‌های مذکور، الزام دولت به واریز حداقل بیست درصد درآمد حاصل از صادرات نفت، گاز و فرآورده‌های نفتی به صندوق توسعه ملی وفق بند ۱۲ قانون بودجه سال ۱۳۸۹ بود. به موجب همان ماده، دولت مکلف به تشکیل صندوق توسعه ملی شد. سپس با تصویب ماده ۸۴ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۹۰، صندوق توسعه ملی جایگاه قانونی محکم‌تری پیدا کرد و با پذیرش خط قرمزهایی در عملکرد، واریز و برداشت، توانست تا حدی به جایگاه واقعی خویش بازگردد. ماده ۸۴ قانون مذکور که در مقام بیان اهداف و نحوه عملکرد صندوق توسعه ملی برآمده بود، در ماده ۱۶ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۶ نیز تکرار و به حکمی دائمی تبدیل شد. مطابق این مواد هدف از تأسیس این صندوق، «تبدیل بخشی از عواید ناشی از فروش نفت و گاز و میعانات گازی و فرآورده‌های نفتی به ثروت‌های ماندگار، مولد و سرمایه‌های زاینده اقتصادی و نیز حفظ سهم نسلی آینده از منابع نفت و گاز و فرآورده‌های نفتی» ذکر شده است.

رهبر انقلاب طی سیاست‌های کلی برنامه ششم توسعه، ضمن تأکید بر استقلال مدیریت حساب‌های صندوق از بانک مرکزی و استقلال مصارف صندوق از تکالیف بودجه‌ای و قوانین عادی، تکلیف دولت را از واریز ۲۰ درصد عایدی به ۳۰ درصد عایدی افزایش داده و تأکید داشتند سالیانه حداقل دو واحد درصد به این رقم افزوده شود. مضافاً به دستور ایشان اساسنامه صندوق دائمی شد تا بتواند استقلال بیشتری در عملکرد از خود نشان دهد.

امروزه کسی با این نگاه که «منابع صندوق توسعه ملی، ثروت‌های ملی است که باید با مترقی‌ترین قوانین از آن حفاظت کرد»، مخالفتی ندارد، اما موانع حقوقی متعددی مثل ابهام در رابطه مالی صندوق و دولت، ابهام در نحوه حسابرسی و شفافیت و... در مسیر حفاظت از این منابع وجود دارد. یکی از این موانع، «ابهام ماهیت حقوقی رابطه این

صندوق با تسهیلات گیرندگان از منابع صندوق» است. صندوق توسعه ملی که راهبرد اعطای تسهیلات را به جهت حفظ ارزش دارایی‌های صندوق پذیرفته است، به دلیل فقدان ماهیت بانکی، امکان اعطای مستقیم تسهیلات را هم ندارد؛ لذا طی قراردادی عاملیت (نماینده‌گی) در اعطای تسهیلات را به بانک‌ها واگذار می‌کند. مضافاً چون صندوق تمایل به پذیرش هیچ‌یک از ریسک‌های قراردادی نیست، متن قرارداد فی‌مابین مشتری و بانک را هم به صورت الحاقی تعیین می‌کند، درحالی‌که قرارداد پیشنهادی اساساً فاقد ظرفیت کارکردی مورد انتظار است. بررسی این ابهام به جهت رابطه مستقیم با وصول مطالبات صندوق توسعه ملی، از اهمیت بسیار ویژه‌ای برخوردار است؛ چراکه عمده موانع وصول مطالبات صندوق از تسهیلات گیرندگان، از این ابهام نشئت می‌گیرد. بنابراین سؤال این مقاله عبارت است از اینکه «ماهیت رابطه میان مشتری، بانک و صندوق توسعه ملی در اعطای تسهیلات چه کیفیتی دارد و راهکارهای اصلاحی آن چیست؟» و اینکه قرارداد عاملیت به چه میزان کارآمد بوده و نقش آن در میزان قابل توجه منابع اعطایی وصول نشده صندوق چیست؟ به جهت پاسخ به این سؤال در ابتدا ماهیت قراردادهای صندوق توسعه ملی و ابهامات حقوقی آن مورد بررسی قرار خواهد گرفت. سپس با بررسی آثار این ابهامات در فرایند وصول مطالبات، راهکارهایی جهت مرتفع کردن ابهامات موصوف، ارائه خواهد شد.

موضوع پژوهش حاضر تاکنون در هیچ کتاب و یا مقاله‌ای بدین شکل مورد واکاوی قرار نگرفته است اما مبانی بحث از جمله ماهیت صندوق توسعه ملی، جزئیات عقود مبادله‌ای و مشارکتی و... در کتب و مقالات متعدد به بحث گذاشته شده است که در این پژوهش نیز از آنها بهره برده‌ایم. در این زمینه صرفاً مقاله «بررسی نقش صندوق توسعه ملی در تحقق عدالت اقتصادی» در دوفصلنامه علمی - پژوهشی اقتصاد اسلامی رویت شد که در مکان مقتضی به تحلیل آن پرداخته‌ایم (لاجوردی و دیگران، ۱۳۹۴، ص. ۱۲۲).

۱. تبیین ماهیت قراردادهای صندوق توسعه ملی

درحال حاضر صندوق توسعه ملی، با استناد به جزء (۳) بند (د) و تبصره (۳) بند (ط) ماده ۸۴ قانون برنامه پنجم توسعه در چارچوب «قرارداد عاملیت پرداخت تسهیلات

ارزی»، نسبت به اعطای عاملیت پرداخت تسهیلات ارزی به بانک‌های عامل اقدام می‌کند. بانک‌های عامل پس از اخذ عاملیت صندوق می‌توانند نسبت به پذیرش، ارزیابی، تصویب و اعطای تسهیلات در قالب عقود اسلامی به متقاضیان اقدام کرده تا ایشان با استفاده از منابع ارزی صندوق توسعه ملی، برای اجرای طرح‌ها و فعالیت‌های دارای توجیه در بخش‌های خصوصی، تعاونی و بنگاه‌های وابسته به مؤسسات عمومی غیردولتی اقدام و با دریافت درخواست‌های مشتریان، اقدامات لازم در راستای اعطای تسهیلات را آغاز کنند. در صورتی که بانک عامل، صحت مدعیات مشتری را تأیید و مدارک او را جهت اخذ تأییدیه، به صندوق توسعه ملی ارسال کند، صندوق مکلف است مدارک ارسالی را بررسی و نتیجه را به بانک عامل اعلام کند. در صورتی که مدارک ارسال شده توسط صندوق تأیید شود، بانک عامل ضمن انعقاد قرارداد با مشتری و اخذ تعهدنامه‌های لازم من جمله تعهدنامه مربوط به نوسانات نرخ ارز، مجدداً مدارک را به صندوق ارسال می‌نماید. پس از پذیرش مجدد اطلاعات توسط صندوق، پرداخت تسهیلات توسط بانک عامل صورت می‌پذیرد.

در پی بیان فرایند اعطای تسهیلات، اولین سؤال این است که «آیا رابطه حقوقی بین صندوق توسعه ملی و بانک عامل و تسهیلات‌گیرنده، رابطه‌ای قراردادی و مستند به قانون عملیات بانکی بدون رباست یا قالب دیگری حکم فرماست؟» به تعبیری، آنچه در این میان مبرهن است، عامل بودن بانک به نیابت از صندوق در انجام عمل اعتباری است لکن نسبت صندوق و مشتری، همچنان مجهول بوده و مشخص نیست که تسهیلات‌دهنده، بانک است یا صندوق و عمل حقوقی در فرض عاملیت بانک نسبت به صندوق، چه ماهیتی خواهد داشت؟ از طرفی با عنایت به تعریف عملیات بانکی در قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی و اطلاق عنوان تسهیلات بر این عمل، می‌توان قاطعانه نظر دوم را مردود اعلام کرده و بر ضرورت انطباق ضوابط تسهیلاتی صندوق با قانون عملیات بانکی بدون تأکید کرد؛ اگر قائل به نظر اول هم باشیم، در واقع اعطای تسهیلات بر مبنای قانون عملیات بانکی بدون ربا صرفاً باید در قالب عقود معین تصریح شده در این قانون صورت گیرد لذا این تسهیلات عاملیتی در قالب عقود مشارکتی یا مبادله‌ای صورت خواهد پذیرفت که این امر مشکلاتی را پدید خواهد آورد

که در ادامه به تبیین آنها خواهیم پرداخت.

۱-۱. تبیین ماهیت قرارداد عاملیت بانک در قالب عقود مشارکتی

وفق ماده ۵۷۱ قانون مدنی، عقد شرکت، عبارت است از «اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه» و طبق ماده ۵۷۵، «هریک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهم می‌باشد مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی، سهم زیادتری منظور شده باشد». لذا مشاهده می‌شود که یکی از مبانی عقود مشارکتی، تقسیم سود و زیان است. در خصوص عقود بانکی نیز این قاعده جاری است، یعنی طرفین عقد تسهیلات مشارکتی، نرخ سود مندرج در قرارداد را به عنوان نرخ سود انتظاری می‌پذیرند و چنانچه یکی از طرفین قرارداد نسبت به سود محقق شده، معترض باشد، می‌تواند با رجوع به محاکم دادگستری، تظلم‌خواهی نماید. حال باید پرسید آیا قراردادهای تسهیلاتی صندوق توسعه ملی در قالب عقود مشارکتی قابل تبیین است یا خیر؟

همان‌گونه که سابقاً گفته شد قانونگذار و صندوق سعی می‌کنند تا حد امکان ریسک‌های قراردادی را کاهش دهند، لذا مشاهده می‌شود که بر اساس بند ۱ ماده ۶ قرارداد عاملیت صندوق با بانک‌ها که عیناً از شق سوم بند «د» ماده ۱۶ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه‌ای کشور اخذ شده، صرف بررسی و تأیید توجیه طرح‌های متقاضیان استفاده از تسهیلات، به مثابه تضمین بانک در بازپرداخت اصل و سود، وجه التزام و کلیه خسارات قانونی تسهیلات به صندوق است؛ در عین حال بند ۲ ماده ۶ تصریح دارد که «بانک عامل کلیه ریسک‌های اعطای تسهیلات را تقبل کرده و بازپرداخت اصل، سود و وجه التزام تسهیلات و کلیه خسارات به صندوق را در سررسید مقرر تضمین می‌نماید». یعنی بانک عامل به غیر از وکالت از صندوق توسعه ملی، ضمانت تسهیلات‌گیرنده را نیز پذیرفته و عملاً صندوق حائز به پذیرش هیچ‌گونه ریسکی نبوده و شرط عدم مسئولیت برای خود در قرارداد درج نموده است که با توجه به نکات ذیل، واجد اشکالات فقهی و حقوقی است:

۱- **عدم انطباق عقد و قصد:** به دلیل ماهیت صندوق، تطابق عقد مشارکت و قصد صندوق و تسهیلات‌گیرنده در قرارداد قابل احراز نیست^۳، چراکه اساساً قصد صندوق توسعه ملی در این فرایند، نمی‌تواند مشارکت باشد. صندوق با توجه به ماهیت

بین‌نسلی و تهدیداتی که از ناحیه کسری بودجه دولت وجود دارد، سعی می‌کند با استفاده از ابزار اعطای تسهیلات، تا حد امکان از ریسک در سرمایه‌گذاری پرهیز نماید؛ درحالی‌که هر مشارکتی ممکن است سود یا زیان فراوانی در پی داشته باشد.

در چنین حالتی، تطابق عقد و قصد به شدت مورد ابهام بوده و قابل احراز نیست، چراکه ریسک‌گریزی صندوق، مانع از ورود واقعی او به مشارکت است. عدم تطابق عقد و قصد در حالی است که قاعده «العقود تابعه للقصد» به‌عنوان اولین قاعده از قواعد کلی قراردادها مورد پذیرش است. حال هر قدر هم صندوق در قراردادهای عاملیت و تسهیلات، شروط یک طرفه وضع نماید، مصلح قصد نیست. مثال واضح دیگری از همین استدلال، قراردادهای بانکی است که «در واقع چون هیچ‌یک از طرفین قصد واقعی عقد شرکت ندارند، با وضع شروط متعدد ضمن عقد سعی در تحمیل شروط مدنظر خود بر طرف مقابل هستند» (کریمی و مرادی، ۱۳۹۴، ص. ۶۷).

۲- عدم مزج آورده طرفین: همان‌گونه که از تعریف عقد شرکت و ماده ۵۷۱ قانون مدنی برمی‌آید، ذات مقتضای عقد شرکت، مزج قهری اموال طرفین است که در مواد مختلفی از قرارداد الحاقی مشارکت مدنی، ابلاغ شده از سوی بانک مرکزی نیز مشاهده می‌شود. این در حالی است که مطالعه موردی ده‌ها قرارداد تسهیلاتی صندوق توسعه ملی و قرارداد عاملیت صندوق و بانک، حاکی از عدم رعایت این شرط است، به نحوی که مبلغ تسهیلات نقداً به حساب تسهیلات‌گیرنده واریز شده و هیچ حساب مشترکی تشکیل نمی‌شود.

۳- نحوه تقسیم سود: در صورتی که ماهیت عقود تسهیلاتی صندوق را مشارکت دانسته و تسهیلات‌گیرنده با سود مواجه شود، باید سود قراردادی را حاصل شده فرض کرد و بانک عامل مکلف است در پایان دوران اعطای تسهیلات، سود متعلقه را، پس از کسر کارمزد به حساب صندوق تودیع کند. این در حالی است که اگر سودی، بیشتر از سود قراردادی حاصل شده باشد، چون اموال صندوق، جزو اموال عمومی (بیت‌المال) است، قابل بخشش نبوده و باید به‌صورت کامل به صندوق تودیع شود. به‌بیان‌دیگر، بخشش سود ناشی از عقد، نوعاً تزییع اموال عمومی محسوب می‌شود. در این خصوص باید توجه داشت که عدم پذیرش ریسک و مقطوع اعلام کردن نرخ سود و

وجه التزام قراردادهای تسهیلاتی، در عقود مبادله‌ای امکان‌پذیر است، اما در تسهیلات مشارکتی که بخش عمده‌ای از تسهیلات صندوق را دربرمی‌گیرد، مطابقت چنین شرطی با ذات عقد شرکت که طبق ماده ۵۷۵ قانون مدنی، یکی از مبانی ماهیتی آن تقسیم سود و زیان بر مبنای سود واقعی است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۲، ص. ۱۸)، آن هم به صورت تحمیلی، کمی دشوار به نظر می‌رسد.

۴- نحوه پذیرش زیان و تضمین اصل سرمایه: قراردادهای عاملیت، بانک عامل را در قالب شرط ضمن عقد مکلف می‌نماید در صورت عدم تحقق سود مورد انتظار یا تلف بخشی از اصل تسهیلات، مبلغ تلف شده یا محقق نشده را از اموال خود به صندوق پرداخت نماید. وقتی سودی کمتر از سود قراردادی عاید تسهیلات‌گیرنده شود، بانک عامل مکلف به جبران خسارت است.

دکتر امامی چنین استناد می‌کند که چون هر یک از شرکا به نسبت سهم‌الشرکه به صورت مشاع در مال شریک است و نمائات تابع اصل مال است، هر چه از منافع یا زیان حاصل شود، همگی شریک هستند (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص. ۲۰۹) و به‌زعم برخی فقها، اگر تضمین اصل و سود به معنای مطلق آن باشد - یعنی چه حاصل بشود و چه حاصل نشود - از حیل ربا و بلکه خود ربا محسوب می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۶، ص. ۱۲). به عبارت دیگر چون در عقد شرکت امتزاج حاصل می‌شود، اصل ضرر و سود - فارغ از میزان آن - منتسب به طرفین است و سلب مسئولیت از کلیت ضرر در قالب عقد شرکت، خلاف ذات مقتضای آن تلقی می‌شود چراکه جزء جزء ضرر، به جزء جزء مال وارد شده و تفکیک آن ممکن نیست. اما راه حل این مشکل که توسط برخی فقها و حقوق دانان پذیرفته شده، استفاده از قالب ضمان مضارب در ماده ۵۵۸ قانون مدنی و انعقاد عقد خارج لازم است (صفار، ۱۳۷۷، ص. ۱۴). در خصوص عقد مضاربه نیز اوضاع مشابه عقد مشارکت است و در صورتی که به‌عنوان شرط ضمن عقد درج شده باشد، از این رو که ید امانی^۵ را به ید ضمانی تبدیل می‌کند، طبق اجماع فقها، شرط باطل و مبطل محسوب می‌شود (علوی رضوی، ۱۳۸۸، صص. ۱۷۰-۱۷۱)، لذا به نظر می‌رسد صندوق نمی‌تواند از شرط ضمن عقد به‌عنوان شرط الزام‌آور جهت پوشش ریسک‌ها استفاده کند و ناگزیر، باید از عقد خارج لازم بهره بگیرد در حالی

قراردادهای فعلی از رعایت این نکته بازمانده‌اند.

۵- ریسک طرح دعوا: می‌توان حدس زد که عقود مشارکتی عمدتاً دچار ریسک عدم تحقق سود و طرح دعوا در محاکم دادگستری هستند. برخی از مشتریانی که با استفاده از این عقود تسهیلات بانکی دریافت می‌کنند، با طرح دعوی ورشکستگی یا دعوای ابطال شرط نرخ سود یا ابطال عقد، شوک زیادی به منابع بانک وارد می‌کنند.

با این تفاسیر، صندوق توسعه ملی نیز، در صورت عدم اصلاح روابط قراردادی، باید انتظار چالش‌های بسیار بزرگی را داشته باشد چراکه ریسک مزبور، منابع صندوق را به لحاظ پرداخت هزینه‌های دادرسی و وصول مطالبات، شدیداً مورد تهدید قرار خواهد داد. به عبارت دیگر با توجه به علی‌الحساب بودن سود مشارکت در عقود مشارکتی، تسهیلات گیرندگان نسبت به بازپرداخت تسهیلات، نکول می‌کنند. از طرفی صندوق توسعه ملی نیز طبق قرارداد عاملیت وظیفه وصول مطالبات را بر عهده خود بانک گذاشته است و امکان وصول از اموال بانک را برای خود تدارک دیده است؛ درحالی‌که صندوق هیچ‌گاه از این ظرفیت قانونی استفاده ننموده است.

۶- ریسک نوسانات نرخ ارز: آخرین نکته در خصوص امکان تبیین قراردادهای تسهیلاتی صندوق توسعه ملی در قالب مشارکت مدنی، بررسی ریسک نوسانات نرخ ارز است. با توجه به اساسنامه صندوق توسعه ملی، تسهیلات صندوق الزاماً باید به صورت ارزی تودیع شود و بانک‌ها در این راستا علاوه بر احراز ارزآور بودن طرح مربوطه، نسبت به اخذ تعهدنامه‌های متعددی چون تعهدنامه پذیرش نوسانات نرخ ارز اقدام می‌کنند چراکه شوک‌های تحریمی در کشور ما، معمولاً منجر به افزایش نرخ ارز شده و معضلات جدی برای صنایع ارزی به وجود می‌آورد. در نتیجه افزایش نرخ ارز، عامل شناسایی مضاعف سود یا زیان موهومی شده و ضربه دیگری بر پیکر بی‌جان مشارکت مدنی بانکی، وارد می‌کند. هر چند باید توجه داشت که چون سهم‌الشرکه طرفین به صورت ارزی تأمین می‌شود، ضرورت تودیع آن به صورت قراردادی و ارزی به لحاظ فقهی و حقوقی، بلامانع است اما عملاً تسهیلات گیرندگان از بازپرداخت ارزی متابع اعطایی بازمانده و اصرار بر بازپرداخت ارزی به‌ویژه در طرح‌های مشارکتی که درآمد ارزی ندارند، باعث نکول شدن تسهیلات می‌شود.

در وضعیتی که عمده قراردادهای صندوق توسعه ملی در قالب مشارکت منعقد می‌شود، در نظر گرفتن ملاحظات فوق، ضرورت بازاندیشی در ماهیت عقود تسهیلاتی صندوق را بر همگان روشن می‌کند و نشان می‌دهد که بانک‌ها و صندوق توسعه ملی اساساً فاقد امکان بهره‌برداری از عقود مشارکتی بوده (طالبی و کیانی، ۱۳۹۱، صص. ۶۱-۶۲) و باید به‌جای وضع شرط عدم مسئولیت که دارای اوصاف غیرمنصفانه نیز هست، یا از ظرفیت قرارداد مشارکت حقوقی توسط مؤسسات فنی و تخصصی جهت مشارکت بهره ببرند و یا از عقود مبادله‌ای استفاده نمایند (کریمی و مرادی، ۱۳۹۶، ص. ۱۵۴).

۲-۱. تبیین ماهیت قرارداد عاملیت بانک در قالب عقود مبادله‌ای

هر چند قانون عملیات بانکی بدون ربا، تقسیم‌بندی خاصی از عقود بانکی ارائه نکرده است، اما عمده پژوهشگران این عقود را به دو دسته مشارکتی و مبادله‌ای (یا به عبارت دقیق‌تر عقود غیرمشارکتی) تقسیم می‌کنند. پژوهشگران، مهم‌ترین وجه تمایز عقود مبادله‌ای نسبت به عقود مشارکتی را ثابت یا متغیر بودن نرخ سود عنوان کرده‌اند (دادگر و توحید فیروزان، ۱۳۹۱، ص. ۸۰). عقود مبادله‌ای با توجه به این مزیت، فاقد برخی اشکالات عقود مشارکتی هستند و فرایند موجود در انعقاد قرارداد عاملیت بین صندوق و بانک عامل و تسهیلات‌گیرنده در قالب قانون عملیات بانکی بدون ربا، با عقود مبادله‌ای سازگارتر است.

در فرض پذیرش عقود مبادله‌ای، صندوق توسعه ملی با اعطای وکالت به بانک عامل و پذیرش ضمانت بانک عامل، به تسهیلات‌گیرنده وکالت می‌دهد تا از طرف او کالا یا خدمتی را نقداً خریداری کرده و به‌صورت قسطی به او واگذار کند. در چنین حالتی، علی‌رغم اینکه مشکلات ذکرشده در خصوص مشارکت مدنی، مرتفع می‌شود، با توجه به محدودیت‌های قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین‌نامه‌های بانکی، چالش‌های جدی در صورت عدم استفاده صحیح از عقود مناسب، همچنان جدی است (روحانی و بنی‌طبا، ۱۳۹۶، صص. ۱۰۰-۱۰۲). لذا باید به این پرسش نیز پاسخ داد که استفاده از کدام عقود با قصد صندوق توسعه ملی نزدیک‌تر و دارای ریسک کمتری است.

۱-۲-۱. ارزیابی استفاده از عقد سلف در تخصیص منابع صندوق

قرارداد بیع سلف، از قراردادهای مهم بانکی در تخصیص منابع تجهیزشده، در راستای تولید است. مطابق ماده ۱۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا موضوع معامله سلف در عملیات بانکی، پیش خرید نقدی محصولات تولیدی (کشاورزی و صنعتی) توسط بانک به قیمت معین می‌باشد. زمانی که تولیدکننده در جریان تولید کالا و یا فرآورده‌ها دچار کمبود منابع مالی در تأمین قسمتی از سرمایه در گردش مورد نیاز خود شود، می‌تواند از طریق پیش فروش قسمتی از تولید، مشکل مالی خود را برطرف نماید.

سلف، نوعی بیع است که در آن ثمن پرداخت می‌شود و قبض مبیع به آینده موکول می‌گردد (شهید ثانی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص. ۴۰۲). بیع سلف علاوه بر ضوابط عمومی حاکم بر عقد بیع، ضوابط دیگری نیز دارد مثلاً به اتفاق نظر فقهای شیعه جایز و مشروع است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۴، ص. ۲۶۸) و پرداخت فی المجلس ثمن، از مقتضیات آن محسوب می‌شود (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۴، صص. ۲۸۹-۲۹۵). نکته آخر درباره ماهیت بیع سلف، این است که فروختن کالا پیش از رسیدن موعد تحویل، از نگاه برخی از فقها، محکوم به عدم صحت است (حلی، ۱۴۱۴ق، ص. ۳۵۹) لکن عده‌ای دیگر، معتقد به صحت آن هستند و دلایل گروه قبل را مردود می‌دانند (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸، صص. ۴۵-۴۶). در مقام بررسی صحت فروش کالای تحویل نشده پس از رسیدن موعد نیز، عده‌ای صحت بیع آن به فروشنده را تأیید و فروش آن به دیگری را غیرجایز شمرده‌اند (تبریزی، ۱۴۲۷ق، ص. ۲۳۴). که در مواد ۴۲ و ۴۳ آیین‌نامه اجرایی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا بر آن تأکید شده است.

با توجه به تعریف و مقتضیات عقد سلف، در خصوص بهره‌برداری از عقد سلف در تخصیص اعتبار، نکات ذیل حائز اهمیت است:

۱- مفهوم ماده ۴۲ آیین‌نامه اجرایی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، حکایت از جواز تحویل کالا به تسهیلات دهنده دارد؛ درحالی‌که هیچ‌یک از بانک عامل و صندوق توسعه ملی امکان دریافت کالا از مشتری را ندارند.

۲- تسهیلات پرداختی از محل صندوق توسعه ملی، باید به ارز تودیع شوند درحالی‌که عقد سلف، ظرفیت اعاده کالا به جای پول را به‌عنوان مقتضای عقد

پذیرفته است.

۳- تسهیلات سلف به صورت حداکثر یک‌ساله پرداخت می‌شود درحالی‌که اجرا و درآمدزایی طرح‌های توسعه‌ای، معمولاً چندین سال به طول می‌انجامد.

۴- نوسانات قیمت کالای موضوع قرارداد سلف به‌ویژه در مواردی که تسهیلات صندوق به صورت ارزی پرداخت می‌شود، باعث می‌شود بدون در نظر گرفتن ظرفیت‌هایی مثل «قراردادهای آپشن»، عملاً چنین قالبی برای قراردادهای صندوق را منتفی نماید.

بنابر نکات فوق‌الذکر، صندوق توسعه ملی امکان پذیرش ریسک‌های این عقد را در تخصیص منابع ندارد.

۲-۱. ارزیابی استفاده از عقد خرید دین در تخصیص منابع صندوق

عقد خرید دین نیز از جمله عقود است که تا صدور بخشنامه شماره ۹۰/۱۴۱۶۹۶ مورخ ۱۳۹۰/۰۶/۲۰، به شکل یک عقد مستقل در قانون عملیات بانکی بدون ربا مطرح نبوده است. براساس عقد خرید دین، بانک یا مؤسسه اعتباری به‌عنوان شخص ثالث، می‌تواند دین مدت‌دار بدهکار را به کمتر از مبلغ اسمی آن به صورت نقدی از دائن خریداری نموده و بدین ترتیب موجبات رفع مشکلات نقدینگی این واحدها را فراهم نماید. اما مهم‌ترین چالش اجرایی عقد خرید دین که در مواد ۳ الی ۵ دستورالعمل اجرایی آن نیز مورد تأکید قرار گرفته است، اطمینان خاطر از صوری نبودن دین است درحالی‌که:

۱- صندوق توسعه ملی فی‌الذمه هیچ دخالتی در اخذ تضامین از فروشنده دین نداشته و از سوی دیگر بانک نیز با توجه به حساسیت و مبلغ بالای تسهیلات صندوق توسعه ملی، سازوکار اطمینان‌بخشی برای اثبات یقینی صوری نبودن سند دین ندارد.

۲- درعین حال ریسک نکول چک که تنها سند تجاری مورد تأیید برای تسهیلات خرید دین است، در محاسبات بانکی بالا در نظر گرفته می‌شود که عملاً ریسک اعتباری بانک را تا حد زیادی افزایش می‌دهد.

۳- همچنین خرید دین طبق ماده ۶ دستورالعمل، قراردادی کمتر از یک‌ساله است درحالی‌که طرح‌های توسعه‌ای معمولاً زمان زیادی برای تأسیس تا سودآوری نیاز دارند. بنابراین اقتضای جمیع جهات، عدم مطلوبیت عقد خرید دین است.

۳-۲-۱. ارزیابی استفاده از عقد جعاله در تخصیص منابع صندوق

بر اساس مواد ۶۶ و ۶۷ آیین‌نامه اجرایی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، جعاله عبارت است از التزام شخص «جاعل» یا «کارفرما» به ادای مبلغ یا اجرت معلوم (جعل) در مقابل انجام عملی معین، طبق قرارداد. طرفی که عمل را انجام می‌دهد، «عامل» یا «پیمان‌کار» نامیده می‌شود و طبق دستورالعمل اجرایی قرارداد جعاله بانکی، بانک می‌تواند عامل یا جاعل باشد. کارکرد عقد جعاله، در دو دسته شمرده شده است:

۱- **اعتبارات اسنادی:** «در قرارداد جعاله اعتبارات اسنادی، مشتری جاعل و بانک عامل محسوب می‌شود. طبق ماده ۱ این قرارداد، جاعل با امضای فرم گشایش اعتبار اسنادی از بانک درخواست می‌کند که با دریافت اسناد حمل مبلغ معینی را در وجه ذی‌نفع اعتبار پرداخت و اسناد حمل دریافتی را تسلیم جاعل نماید» (افشار و موسوی، ۱۳۹۷، صص. ۴۵-۴۶). با توجه به ماده ۶۸ آیین‌نامه اجرایی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، در مواردی که بانک، رأساً عملیات مورد نظر را صورت دهد، مکلف بر نظارت بر نحوه مصرف نیز می‌باشد. با عنایت به اینکه جعاله اعتبارات اسنادی، معمولاً برای ال سی و یا حواله واردکنندگان استفاده می‌شود، تقریباً پرکاربردترین عقد برای واردکنندگان محسوب می‌شود. با توجه به این مقدمه:

■ تسهیلات صندوق توسعه ملی که عمدتاً به صورت ارزی پرداخت می‌شود، برای واردات ماشین‌آلات و دستگاه‌ها و مواد اولیه طرح‌های توسعه محور و تولیدی قابل استفاده است.

■ قرارداد جعاله اعتبارات اسنادی، محدودیت زمانی نداشته و امکان استفاده بلندمدت از آن وجود دارد.

■ نظارت بانک عامل و گمرک، بر واردات ماشین‌آلات و دستگاه‌ها حتمی است.

■ لذا عقد جعاله، برای واردات قطعات و ماشین‌آلات طرح‌های توسعه‌ای با استفاده از تسهیلات صندوق توسعه ملی، به نسبت سایر عقود، عقدی مناسب تلقی می‌شود اما عموماً کاربرد جعاله بیشتر در مواردی است که بانک ارائه‌کننده خدمات است و نه اعطاکننده منابع لذا این محدودیت در این موارد وجود دارد.

۲- **جعاله اجرای طرح:** در این نوع جعاله، فردی که مایل به اجرای یک طرح مثل

تعمیرات ساختمان است، درخواست تسهیلات جعاله به بانک ارائه می‌کند. بانک به‌عنوان عامل اولیه، طی قرارداد وکالت به تسهیلات‌گیرنده اختیار پیدا کردن عامل دیگری را می‌دهد که از آن به‌عنوان جعاله ثانویه یاد می‌کنیم. در واقع بانک با اختیارات حاصل از ماده ۴ دستورالعمل اجرایی جعاله، انجام قسمتی از کار را به کسی دیگری من جمله تسهیلات‌گیرنده واگذار می‌کند. البته که به موجب این ماده، بانک نمی‌تواند انجام تمام کار را به دیگری واگذار نماید چراکه این کار با ماهیت جعاله اولیه منافات دارد. به‌علاوه بستن قرارداد جعاله صوری ممنوع و موجب بطلان جعاله است که در این فرض بانک حق دارد علاوه بر استرداد جعل، اجرت‌المثل کارهای انجام‌شده را دریافت نماید (رضایی و جمشیدی اوانکی، ۱۳۹۵، ص. ۷۶). با توجه به این مقدمه:

- در بسیاری از موارد از این نوع جعاله، عمدتاً توافقی بین اراده طرفین وجود ندارد زیرا عمدتاً هدف فرد به‌دست آوردن نقدینگی و هدف بانک به‌دست آوردن چند درصد سود است (رئیزی، ۱۳۷۳، ص. ۲۴۱). لذا عمدتاً عقد و قصد تطابقی ندارند.
 - نظارت بر نحوه مصرف تسهیلات جعاله، با توجه به دستوری بودن نرخ سود و هزینه تجهیز منابع، برای بانک‌ها نامطلوب است و هزینه‌های بانک را زیاد می‌کند (صدر، ۱۳۵۸، ص. ۷۵). لذا بانک‌ها معمولاً بر نحوه مصرف جعاله نظارتی ننموده و امکان سوءاستفاده را به راحتی فراهم می‌نمایند.
 - در قرارداد جعاله، عامل ثانویه، مالک جعل نگردیده و امکان دخل و تصرف در آن ندارد لذا نمی‌تواند از مبلغ تخصیص داده شده برای نیازهای فعلی خود بهره‌برد و عملاً بهره‌مندی از تسهیلات، به معنی فقدان امکان تصرف مالکانه در آن بوده و معضل تأمین مالی را از بین نمی‌برد.
- بنابراین استفاده از عقد جعاله برای اجرای طرح‌های توسعه‌ای عقدی نامناسب است.

۴-۲-۱. ارزیابی استفاده از عقد اجاره به شرط تملیک در تخصیص منابع صندوق

ماده ۵۷ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، عقد اجاره به شرط تملیک را چنین معرفی می‌کند: «اجاره به شرط تملیک عقد اجاره‌ای است که در آن شرط شود مستأجر در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد، عین مستأجره را مالک گردد». در چنین تسهیلاتی، بانک مال مورد نظر تسهیلات‌گیرنده

را خریداری کرده و به صورت اجاره به شرط تملیک به وی واگذار می‌کند. با توجه به این مقدمه:

- ۱- چون ملکیت وثیقه تسهیلات، در وهله اول به بانک عامل به نمایندگی از صندوق توسعه ملی منتقل می‌شود، ریسک‌های وصول مطالبات تا حد زیادی کاهش پیدا می‌کند.
- ۲- ضرورتی بر نظارت بر نحوه مصرف تسهیلات وجود ندارد و از این حیث، بانک نیز دچار مشکل نمی‌شود.
- ۳- امکان انعقاد بلندمدت عقد اجاره به شرط تملیک وجود دارد لذا برای تأسیس طرح‌های توسعه‌ای مناسب تلقی می‌گردد.

با توجه به موارد گفته شده، اجاره به شرط تملیک، یکی از مناسب‌ترین الگوهای اعطای تسهیلات از محل منابع صندوق توسعه ملی است اما از این ایراد مهم غافل شد که تملک واحدهای ملکی مذکور، بانک‌ها و یا صندوق توسعه ملی را به سوی بنگاه داری و مالکیت واحدهایی سوق می‌دهد و عملاً انجماد دارایی‌ها را به دنبال خواهد داشت.

۵-۲-۱. ارزیابی استفاده از عقد مرابحه در تخصیص منابع صندوق

عقد مرابحه از جمله عقود است که از سال ۱۳۹۰ در شبکه بانکی مورد استفاده قرار گرفته است. به موجب این عقد، بانک یا مؤسسه اعتباری به‌عنوان عرضه‌کننده، بهای تمام شده اموال و خدمات را به اطلاع متقاضی می‌رساند و سپس با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به‌عنوان سود، آن را به صورت نقدی، نسبه دفعی یا اقساطی، به اقساط مساوی و یا غیرمساوی در سررسید یا سررسیدهای معین به متقاضی به فروش می‌رساند. بایع و فروشنده باید رأس‌المال و میزان سود را در زمان عقد بدانند و در صورت ندانستن موجبات بطلان عقد فراهم است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ص. ۳۱۷). همچنین در صورت اعلام ناصحیح قیمت، بانک می‌تواند تسهیلات را رد یا قبول نماید (خمینی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص. ۵۴۸). هر چند این عقد از توانمندی‌های بالایی، به‌خصوص در به‌کارگیری آن به شکل کارت‌های الکترونیکی اعتباری برخوردار است اما مشکل صدور فاکتورهای صوری، معضلاتی مشابه استفاده از عقد خرید دین را برای بانک عامل به وجود خواهد آورد؛ به عبارت دیگر کاربرد مرابحه بیشتر برای تسهیلات خرد بدون نیاز به نظارت به مصرف تسهیلات ارجح می‌باشد که از بحث مانحن فیه خروج موضوعی دارد.

۶-۲-۱. ارزیابی استفاده از عقد استصناع در تخصیص منابع صندوق

عقد استصناع که به موجب تکلیف مقرر در ماده (۹۸) قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران به قانون عملیات بانکی بدون ربا اضافه شد، عمدتاً به منظور ساخت (تولید، تبدیل و تغییر) اموال منقول و غیرمنقول با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین مورد استفاده قرار می‌گیرد. در خصوص ماهیت عقد استصناع هر چند مباحث طولانی مطرح است، اما می‌توان آن را مشمول اطلاق آیه «أوفوا بالعقود» دانست (نظرپور، ۱۳۸۴، ص. ۹۲). ظرفیت‌های عقد استصناع در وثیقه‌پذیری و نظارت و نحوه تخصیص اعتبار، مطلوبیت بسیار بالایی برای این عقد ایجاد می‌کند که عمده ایرادات عقود ذکر شده را ندارند، لکن ماده ۱۸ دستورالعمل اجرایی عقد استصناع حداکثر مهلت ۴ سال را برای این عقد در نظر گرفته که محدودیت زمانی ایجاد می‌کند. هر چند شبکه بانکی مواجهه مناسبی با این عقد نداشته است؛ این عقد با توجه به ماهیت بلندمدت تسهیلات صندوق به‌ویژه در حوزه طرح‌های ملی و همچنین ال‌سی داخلی، یکی از مناسب‌ترین عقود است.

۶-۲-۱. سرمایه‌گذاری از طریق بازار سرمایه با منابع صندوق توسعه ملی

با عنایت به مقدمات گفته‌شده، هر چند عقود مبادله‌ای نسبت به عقود مشارکتی ترجیح دارند، لکن سرمایه‌گذاری از طریق بازار سرمایه، از حیث حقوقی واجد اشکالات کمتری است؛ چراکه صندوق توسعه ملی در این صورت امکان سلب مسئولیت از خود را نداشته و باید با ورود تخصصی و اعتبارسنجی دقیق، رأساً نسبت به تأمین اعتبار اقدام کند. ممکن است چنین اشکال شود که بازار سرمایه ذاتاً بازاری ریسک‌محور با بازدهی بالا است و این امر با ذات صندوق توسعه ملی یعنی ریسک‌گریزی در تعارض است. در پاسخ باید یادآور شد تنوع سرمایه‌گذاری، مدیریت ریسک، تقسیم‌بندی منابع صندوق، ایجاد فرایند شفاف سرمایه‌گذاری و تصمیم‌سازی و... همگی ابزارهای خوبی برای مدیریت سرمایه صندوق توسعه ملی هستند، مشروط بر اینکه استفاده از منابع صندوق به‌عنوان بودجه ثانویه و دخالت مسئولین دولتی در تصمیمات و مصوبات صندوق به حداقل برسد (محمودی و دیگران، ۱۳۹۸، صص. ۹۱-۹۳).

۲. تبعات ماهیت مجهول قرارداد عاملیت صندوق توسعه ملی

وصول مطالبات، حلقه سوم از چرخه عملیات بانکداری و مهم‌ترین ثمره دقت در تخصیص منابع است. بانک‌ها و صندوق‌های اعطاکننده تسهیلات، مکلف هستند پیش از اعطای تسهیلات، به جهت جلوگیری از نکول در بازپرداخت تسهیلات، به‌عنوان اولین گام، طبق بخشنامه شماره ۹۰/۴۰۰۲۴ سال ۱۳۹۰ بانک مرکزی، به‌وسیله اعتبارسنجی و أخذ استعلام از پایگاه‌های اطلاعاتی شرکت رتبه‌بندی اعتباری ایرانیان، مانع از انتقال تسهیلات به طبقه غیرجاری شوند و به جهت حصول اطمینان از وصول طلب، از تسهیلات‌گیرندگان وثایق و تضامین کافی أخذ کنند تا در صورت استتکاف مشتری از بازپرداخت تسهیلات، بتوانند طلب خود را وصول کنند.

در خصوص صندوق توسعه ملی، همان‌طور که گفته شد بر اساس جزء ۳ بند «ی» ماده ۸۴ قانون برنامه پنجم توسعه و بند ۱ ماده ۶ قرارداد عاملیت صندوق با بانک‌ها، صرف بررسی و تأیید توجیه طرح‌های متقاضیان استفاده از تسهیلات، به‌مثابه تضمین بانک در بازپرداخت اصل و سود، وجه‌التزام و کلیه خسارات قانونی تسهیلات به صندوق می‌باشد و عملاً صندوق این اختیار را دارد که از دارایی ضامن (بانک عامل)، به میزان مطالبات خود توقیف کرده و طی عملیات اجرایی، طلب خود را وصول کند که این امر قاعدتاً از ۳ طریق قابلیت انجام دارد:

۱- وصول مطالبات از طریق ادارات اجرای اسناد رسمی و لازم‌الاجرا یا محاکم

قضایی: پیگیری وصول مطالبات صندوق توسعه ملی از این طریق، فارغ از معضلات جدی و خاص خود من جمله مخاطرات ماده ۳۴ قانون ثبت، موانع مالیاتی متعدد و ورشکستگی (مرادی، ۱۳۹۸، صص. ۵۰-۶۰)، زیننده نظام بانکی کشور نیست چراکه باید صندوق به‌صورت علنی علیه بانک‌ها وارد اقدامات شبه قضایی شود؛ حتی در مواردی مانند ضوابط اجرایی بودجه هر ساله کشور و آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی از طریق سازوکارهای داخلی قوه مجریه مصوب ۱۳۸۶/۱۲/۲۶ و بخشنامه‌های مرتبط با آن مثل بخشنامه شماره ۵۹۴۱۱/۱۱۰۹۰۷ مورخ ۱۴۰۰/۹/۲۱ معاون اول رئیس‌جمهور، به‌صراحت دستگاه‌های دولتی از طرح دعوی قضایی علیه یکدیگر منع شده‌اند؛ ضمن آنکه

- طرح موضوعات ماهوی مانند عدم حصول سود در قراردادهای مشارکت، در محاکم قضایی می‌تواند ریسک‌های جدی برای وصول مطالبات صندوق در پی داشته باشد.
- ۲- وصول مطالبات از طریق عقد وکالت: دیگر شیوه وصول مطالبات صندوق، با توجه به تضمین مندرج در ماده ۶ قرارداد عاملیت، به‌ویژه وفق بند ۴ ماده ۶ قرارداد عاملیت، این است که بانک عامل به صندوق وکالت می‌دهد که در صورت عدم بازپرداخت تسهیلات توسط مشتری، رأساً مطالبات خود را از سپرده‌های بانک عامل نزد بانک مرکزی، وصول کند. این شیوه نیز فارغ از اینکه تا چه میزان مستلزم مساعدت بانک مرکزی است، مشکلات جدی به شرح ذیل به دنبال دارد:
- اول آنکه در برخی موارد، قراردادهای عاملیت بسیار هنگفت بوده و بانک به اندازه مبلغ قرارداد عاملیت، نزد بانک مرکزی سپرده ندارد؛ به‌ویژه آنکه در شرایط فعلی بسیاری از بانک‌ها دچار اضافه برداشت از منابع بانک مرکزی نیز هستند و تسهیلات صندوق نیز باید به ارزش تودیع شود.
 - دوم آنکه اخذ مطالبات از محل سپرده‌ها، آن هم در این سطح، نیازمند نظارت بررسی دقیق و ماهیتی توسط مقامات تصمیم‌گیرنده بوده و به سهولت توسط هر مقامی، قابل انجام نیست.
 - سومین دلیل مغایرت استفاده از شیوه وکالت برای وصول مطالبات با قاعده آمره، موضوع ماده ۳۴ قانون ثبت است که در بخشنامه ۹۲/۱۳۰۳۷۵ بانک مرکزی مورد اشاره قرار گرفته است. به عبارتی وصول مطالبات ناشی از اسناد رهنی و شرطی، تنها از طریق مندرج در ماده ۳۴ قانون ثبت به رسمیت شناخته شده و انجام این مهم از طریق وکالت، خلاف قواعد آمره تلقی شده است (مرادی، ۱۳۹۸، صص. ۵۴-۵۳). وحدت ملاک ناشی از بند «ب» ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و بخشنامه‌های ۹۱/۹۱۷۲۸ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۱ و ۹۴/۶۰۳۵۱ مورخ ۱۳۹۴/۳/۱۰ صادره از بانک مرکزی نیز همین تلقی را تأیید می‌نمایند.
- ۳- روش دیگری که برای وصول مطالبات صندوق توسعه ملی در تاریخ ۲۶ دی ماه ۱۴۰۰ به تصویب هیئت امنای صندوق رسید، این است که هیئت عامل صندوق توسعه ملی مجاز است برای تسریع در وصول مطالبات معوق خود بابت تسهیلات

اعطایی از محل منابع صندوق، نسبت به تملک دارایی‌ها و سهام بانک‌ها و تسهیلات‌گیرندگان ذی‌ربط یا مشارکت در طرح‌های پربازده اقدام کند. اگر مقصود از این تملک، پیگیری وصول مطالبات از طریق دوایر اجرای اسناد رسمی و یا محاکم قضایی است که سابقاً اشکالات آن بیان شد، لکن در صورتی که مقصود توقیف و تملک قهری است، اجرای این روش نیز دچار چالش‌های حقوقی بسیار زیادی است چراکه:

اولاً. مصداق بارز جمع کردن مقام واضح، مجری و ناظر در یک شخص و خلاف اصل تفکیک قواست، چراکه اساساً ساختار تفکیک قوا برای ایجاد دو کارکرد عدم تجمع قدرت و نظارت دائمی ایجاد شده (حبیب‌زاده و آجرلو، ۱۳۹۱، صص. ۱۰۲-۱۰۶)، در حالی که تصویب نحوه‌ای خارج از روش‌های مرسوم برای وصول طلب و اقدام به وصول طلب، مصداق بارز تجمع قدرت و تخلف واضح از اصل نظارت دائمی است.

ثانیاً. این نحوه وصول مطالبات چیزی شبیه به تقاص و خلاف نظم عمومی است. توضیح آنکه تقاص به معنای تلافی و پی‌جویی کردن (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۵۵۰) از ادبیات فقهی به ادبیات حقوقی تسری پیدا کرده است. فقها معتقدند در صورتی که بدهکار، اصل طلب را منکر شود یا علی‌رغم توانایی بر پرداخت دیون، آن را ادا نکند و طلب دین باشد، تنها مقاصه جایز خواهد بود (نراقی، بی‌تا، ج ۱۷، صص. ۴۵۶-۴۵۰). در خصوص معنای مقاصه، برخی آن را نوعی تهاثر دانسته‌اند (پارسا، ۱۳۹۵، ص. ۶۸). که از حیث اثر، از علل سقوط تعهدات است (شهیدی، ۱۳۸۵، ص. ۹۶).

با این تفاسیر، اعمال حق تقاص در تسهیلات صندوق توسعه ملی یعنی وقتی تسهیلات‌گیرنده یا بانک عامل (ضامن مشتری) نسبت به بازپرداخت مطالبات صندوق، اقدام نمی‌کند، در فرضی که شرایط تقاص محقق است، صندوق می‌تواند رأساً از اموال مدیون أخذ کند. اما باید توجه داشت که قطعاً تقاص از بانک‌های عامل توسط صندوق توسعه ملی، مقدمه فروپاشی شبکه بانکی در وضعیت نامناسب فعلی بانک‌های کشور، اعتراضات گسترده سپرده‌گذاران، بروز مفاسد جدی و اختلال در نظام اقتصادی خواهد بود.

این امر مهم مورد توجه فقها نیز واقع شده و علاوه بر شروط ذکر شده، شروطی چون طلق بودن و مستحق للغير نبودن را نیز برای تقاص در نظر گرفته‌اند (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، صص. ۴۳۶-۴۳۹). اما مهم‌ترین محل نزاع اعمال حق تقاص، تعارض آن با قاعده منع اخلال در نظام است، چراکه هر آینه ممکن است تقاص، آن هم در ابعاد بزرگ، منجر به اختلال در نظم زندگی مردم شود. در پاسخ، بررسی‌ها نشان می‌دهد که با رعایت ۴ شرط انکار یا تأخیر عالمانه در ادای دین، عدم مرافعه و قسم پیشین، عدم ورود ضرر یا وقوع جرم و فقدان توانایی طرح دعوا، امکان تقاص بدون رجوع به حاکم محقق است (نکونام، ۱۴۰۰، صص. ۵۴-۶۱).

در مقام جمع‌بندی امکان اعمال حق تقاص در تسهیلات موضوع بحث، باید گفت تحقق شروط ذکر شده در شرایط «حکومت اسلامی» که طرح دعوا به لحاظ شرعی با مانع روبه‌رو نیست (حبیب‌زاده، ۱۳۸۹، ص. ۱۶۶) و سهامی عام بودن بانک‌ها و تبعاً طلق نبودن مالکیت آن‌ها، با دشواری مواجه است.

۳. راهکارهای برون رفت از وضعیت فعلی

علی‌رغم همه اشکالات پیش‌گفته، اعطای تسهیلات از طریق صندوق توسعه ملی ممکن بوده و لازم است. اما چه الزاماتی بر این قراردادها حاکم است و چگونه می‌توان از وضعیت فعلی برون رفت؟ موارد ذیل راهکارهایی کوتاه‌مدت و حقوقی جهت پاسخ به این سؤال هستند:

۱- **تبیین ماهیت صندوق توسعه ملی:** اولین و مهم‌ترین مسئله‌ای که صندوق توسعه ملی با آن مواجه است، تبیین ماهیت آن است. صندوق توسعه ملی نه نوعی حساب شبیه به حساب ذخیره ارزی است که مورد تعرض دولت‌ها قرار گیرد (معمودی، ۱۳۸۸، ص. ۲۷) و نه نوعی بانک است که ناگزیر از رعایت الزامات بانک مرکزی باشد؛ بلکه وفق بند الف اساسنامه صندوق توسعه ملی، صندوقی است که با هدف تبدیل منابع ملی به ثروت‌های ماندگار و قطع وابستگی بودجه به منابع ملی ایجاد شده است، لذا طی بندهای «ح» و «خ»، منابع و مصارف صندوق نیز به دقت بیان گردیده است. توضیح این نکته، راهگشایترین ابزار صندوق در مسیر تعالی است، چراکه امروزه مشاهده می‌شود به‌واسطه معین شدن منابع و مصارف به‌وسیله قانون،

دولت‌ها به چشم حسابی دور از دسترس‌تر از حساب ذخیره ارزی، به صندوق توسعه ملی می‌نگرند. البته ناگفته نماند که دولت‌ها، همچنان در لایحه بودجه و در مواقعی مثل سیل و زلزله و تأسیس فاضلاب و... با استجازه از رهبری^۶، از آن منبع ارتزاق می‌کنند.

۲- **تبیین رابطه حقوقی سه‌جانبه:** آغاز هر گونه اصلاحی در فرایند تسهیلاتی گفته‌شده، مستلزم تبیین رابطه حقوقی صندوق، بانک عامل و تسهیلات‌گیرنده به نحوی است که کمترین ریسک ممکن را برای صندوق داشته باشد. همان‌گونه که سابقاً تبیین شد، تعریف رابطه عاملیت و به تبع آن انعقاد قراردادهای مشارکتی از سوی صندوق، واجد اشکالات فقهی و حقوقی متعددی است که نمی‌تواند صندوق را از باب مسئولیت شراکت در زیان در طرح‌های مشارکتی برهاند؛ اگر هم بنا بر تداوم روند فعلی است، باید جبران خسارت احتمالی طی عقد خارج لازم و در قالب صلح تبرعی از اموال بانک خارج از موضوع مشارکت با بانک عامل شرط شود، وگرنه ابهام حقوقی و شرعی ممکن است در بلندمدت، صندوق را دچار مشکلات جدی نماید که حتی در صورت تبیین چنین شرطی، چون بانک، کارگزار و عامل صندوق است، رابطه فعلی کشش شرط عدم مسئولیت در قالب فعلی را نداشته و باید تغییر کند که در همین راستا، ماهیت یکایک عقود مبادله‌ای و تناسب آنها با مقتضیات صندوق بررسی شد.

۳- **تغییر شیوه سرمایه‌گذاری:** میرهن است که صندوق توسعه ملی به دنبال تأمین مالی طرح‌های زیرساختی همچون پتروشیمی و راهسازی است که هم بهره‌وری بین‌نسلی داشته باشند و هم سودده باشند، چراکه اقتضای سرمایه‌گذاری بین‌نسلی، کسب بازدهی پایدار و بلندمدت است (محمودی و دیگران، ۱۳۹۸، ص. ۶۶). با این پیش‌فرض، معمولاً این طرح‌ها بلندمدت بوده و اجرای آنها با منابع صندوق توسعه ملی که از اموال عمومی است، نیازمند نظارت دقیق و استفاده از همه ظرفیت‌هاست که معمولاً در تأمین مالی از طریق شبکه بانکی محقق نمی‌شود. به عبارت دیگر، اقتضای فعالیت صندوق، مشارکت در فعالیتهای بین‌نسلی است و این به معنای فعالیت‌های بلندمدت است، درحالی‌که ذات بانک، تأمین مالی کوتاه‌مدت است و

تأمین مالی بلندمدت باید از طریق بازار سرمایه صورت پذیرد. لذا پیشنهاد می‌گردد صندوق به‌جای استفاده از ساختار نامناسب، غیرشفاف و ناکارآمد تسهیلات‌دهی در سرمایه‌گذاری‌های بلندمدت و بار نمودن تکلیف مالایطاق مسئولیت بازپرداخت تسهیلات به‌عهد بانک عامل، از ظرفیت شفاف، دقیق و کارآمد بازار سرمایه، مانند صندوق طرح^۷، انتشار اوراق یا حتی مشارکت مستقیم صندوق توسعه ملی که می‌تواند نتایج بهتری را به دنبال داشته باشد، در چنین طرح‌هایی استفاده نماید، چراکه ریسک ناشی از برون‌سپاری وصول مطالبات و اعتبارسنجی را کاهش می‌دهد و صندوق را از منافع سپرده‌گذاری بلندمدت و نظارت بر مصرف تسهیلات بهره‌مند می‌کند.

۴- اصلاح قرارداد عاملیت: بانک مرکزی در راستای اجرای تکلیف مقرر در تبصره ذیل ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار، موضوع لزوم یکنواخت سازی فرم عقود تسهیلات بانکی و فرم‌های یکنواخت قراردادهای تسهیلاتی عقود تسهیلات بانکی را پس از تصویب در شورای پول و اعتبار طی بخشنامه شماره ۹۴/۳۴۷۱۷۲ مورخ ۲۷ / ۱۱ / ۹۴ به شبکه بانکی ابلاغ کرد. طی این فرم‌های یکنواخت ابعاد مختلف تخلفات، تناسب فقهی قرارداد تخصیص تسهیلات و منابع پشتوانه و کاهش ریسک نکول از بازپرداخت تسهیلات، همگی تا حدی مورد پوشش قرار گرفتند. با این حال، ماهیت خاص صندوق و نوع تسهیلات آن، طراحی قراردادهای جداگانه برای تسهیلات پرداختی از محل منابع صندوق توسعه ملی را اقتضا می‌کند؛ درحالی‌که این امر حادث نشده و قراردادهای عاملیت نیز چنین سازوکاری را در دل خود جای نداده‌اند.

درعین حال انتخاب فرم یکنواخت مناسب، بستگی به ماهیت سپرده‌های صندوق توسعه ملی نزد بانک دارد؛ چراکه ماهیت سپرده صندوق توسعه ملی و نوع مالیت دارایی‌های صندوق دارای ابهاماتی است. اگر بپذیریم دارایی صندوق، جزو اموال عمومی است، دولت و حاکمیت تنها وکیل مردم در بهره‌برداری از آن است و اعطای تسهیلات از محل آن به‌جهت انتفاع خصوصی، با موانعی مواجه است که همه این شروط باید تحت عنوان شروط ضمن عقد، در قرارداد عاملیت به‌عنوان

تکلیف بانک عامل شناسایی شود. مضافاً شروطی مثل بیمه موضوع تسهیلات و... که در قراردادهای یکنواخت ابلاغی، در نظر گرفته شده است، باید در خصوص قرارداد عاملیت نیز انجام شود تا نرخ ریسک نکول از بازپرداخت اقساط و تسهیلات به صندوق را کاهش دهد.

راهکار دیگری که می‌تواند جایگزین اصلاحات قرارداد عاملیت شود، تغییر قرارداد عاملیت با قرارداد سپرده‌گذاری است طوری که با استفاده از ظرفیت عقد وکالت، بهره‌برداری از منابع سپرده صندوق به خود بانک‌ها و اگذار شده و بانک‌ها بتوانند منابع را به طرح‌هایی که اعتقاد به ارزآوری آنها دارند، تخصیص بدهند؛ به عبارت دیگر صندوق منابع خود را نزد بانک سپرده‌گذاری می‌کند و بانک وکیل صندوق خواهد بود که با رعایت الزامات قانون عملیات بانکی بدون ربا، مستقلاً قرارداد تسهیلاتی را با تسهیلات‌گیرندگان منعقد کرده و عواید حاصله را پس از کسر کارمزد به صندوق اعطا نماید.

۵- رعایت الزامات ریسک اعتباری بانک‌ها: بر اساس بندهای (ج) و (ه) بخش یازدهم نظام‌نامه ضوابط و شرایط اعطای تسهیلات صندوق توسعه ملی که در تاریخ ۱۳۹۳/۰۴/۱۷ به تصویب هیئت امنای صندوق توسعه ملی رسیده است، مسئولیت احراز اهلیت متقاضیان دریافت تسهیلات از منابع صندوق، رتبه‌سنجی اعتباری آن و ارزیابی و تأیید گزارش‌های توجیه فنی، مالی و اقتصادی طرح‌ها با بانک عامل است. مضافاً به موجب بند (ک) بخش مزبور، قبول ریسک بازپرداخت و وصول اقساط از تسهیلات‌گیرنده و بازپرداخت به هنگام سررسید تسهیلات (اعم از اصل و سود) به صندوق توسعه ملی نیز بر عهده بانک عامل می‌باشد. بنابراین به لحاظ پذیرش ریسک (غیر از مقوله نوسانات ارز) تفاوتی میان تسهیلات اعطایی از محل منابع صندوق توسعه ملی و سایر تسهیلات اعطایی وجود ندارد.

یکی از مهم‌ترین ابزارهای کاهش ریسک تسهیلات‌دهی، بیمه تسهیلات است «که طی آن، شرکت‌های بیمه در ازای دریافت مبلغی به‌عنوان حق بیمه از بانک‌ها، تسهیلات اعطایی آن‌ها را بیمه می‌نمایند تا در صورت عدم بازپرداخت تسهیلات توسط مشتری بنا به دلایلی از قبیل ورشکستگی، اعسار، نکول بلاوجه و امثال آن، شرکت بیمه

مبادرت به بازپرداخت تسهیلات مزبور به بانک نموده و سپس به قائم مقامی بانک به مشتری رجوع نماید. در این سازوکار با توجه به اینکه بانک به عنوان ذی نفع و بیمه‌گذار عمل می‌نماید، فلذا رأساً نیز مکلف به پرداخت حق بیمه می‌باشد. این امر مهم در بخشنامه ۹۱/۴۴۳۴۱ مورخ ۱۳۹۱/۲/۲۴ و در خصوص تسهیلات بانکی مورد تأکید قرار گرفته است. پس از آن با شکل‌گیری نوسانات نرخ ارز، تسهیلات گیرندگان صندوق توسعه ملی نیز عمدتاً دچار مشکل شدند چراکه اولاً طبق بخش سوم نظامنامه ضوابط و شرایط اعطای تسهیلات ارزی، مصوب ۱۳۹۳/۰۴/۱۷ هیئت امنا صندوق توسعه ملی، نوع ارز و واحد پولی محاسبات صندوق توسعه ملی دلار آمریکا می‌باشد و بانک عامل مکلف است اقرارنامه‌ای رسمی مبنی بر درک و پذیرش تغییرات نرخ ارز از متقاضی دریافت و در پرونده اعتباری او درج نماید؛ ثانیاً در این رابطه بر طبق اقرارنامه رسمی درک و پذیرش ریسک تغییرات نرخ ارز در بازپرداخت تسهیلات دریافتی از محل منابع صندوق توسعه ملی، مشتری اقرار می‌نماید «... ریسک‌های ناشی از نوسانات و تغییرات نرخ ارز در زمان بازپرداخت اقساط دریافتی را طبق جدول زمان‌بندی بازپرداخت اقساط به ارز مندرج در قرارداد یا معادل آن به یکی از ارزهای دلار آمریکا، یورو، پوند انگلیس، ین ژاپن، درهم امارات، وون کره، فرانک سوئیس (در نرخ برابری اعلام شده توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در زمان بازپرداخت) و با همان ترتیب مشخص شده در قرارداد مذکور به حساب معرفی شده از سوی بانک عامل واریز نماید».

با توجه به مسئله مذکور، افزایش ناگهانی نرخ ارز و ناتوانی بانک مرکزی در تأمین آن، باعث تصویب ماده ۲۰ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر شد و به جهت جلوگیری از وقوع مجدد این اتفاق، وفق تبصره ۳ ماده ۲۰ همان قانون، مقرر شد وزارت اقتصاد و دارایی «ظرف مدت سه ماه پس از تصویب این قانون با همکاری بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، سازمان بورس و اوراق بهادار و بیمه مرکزی جمهوری اسلامی ایران، آیین‌نامه پوشش نوسانات نرخ ارز را تهیه کند و به تصویب هیئت وزیران برساند». البته این امر مهم هیچ‌گاه محقق نشد و مسئله پوشش ریسک ناشی از نوسانات نرخ ارز، با أخذ تعهدنامه از مشتریان، به آنها تحمیل شده و حجم کثیری از دعاوی ارزی را به نظام قضایی کشور تحمیل کرد.

رعایت بهداشت اعتباری، همکاری با یک بانک توسعه‌ای، شفافیت فرایند تصمیم‌گیری و سرمایه‌گذاری و... از دیگر عواملی هستند که رعایت آنها، ریسک اعتباری صندوق را کاهش می‌دهد.

نتیجه‌گیری

صندوق توسعه ملی، از صندوق‌هایی است که برای محافظت از دست‌اندازی دولت‌ها به منابع بین‌نسلی ایجاد می‌شوند. صندوق توسعه ملی ایران نیز با همین هدف تأسیس شده و در راستای کسب منافع بلندمدت و پایدار، سعی دارد از قالب اعطای تسهیلات بهره‌برد، لکن در این مسیر، با ابهامات جدی مواجه است که یکی از این ابهامات، ماهیت قرارداد عاملیت صندوق با بانک‌ها و رابطه سه‌جانبه مشتری، بانک و صندوق است. لذا این نوشتار درصدد پاسخ به این سؤال که «ماهیت قرارداد عاملیت منعقد شده بین بانک و صندوق توسعه ملی چیست و این ماهیت چه آثاری را در پی دارد؟» سعی نمود راهکارهای حقوقی جهت بهبود آن ارائه نماید.

در بخش اول نوشتار تحت عنوان ماهیت قراردادهای تسهیلاتی صندوق توسعه ملی، ابتدا فرایند اعطای تسهیلات صندوق تبیین شد. طی فرایند موصوف صندوق توسعه ملی با انعقاد قرارداد عاملیت و افتتاح حساب نزد بانک عامل، بانک را به‌عنوان کارگزار (نماینده) خود در اعطای تسهیلات و اعتبارسنجی مشتریان معرفی می‌کند مشروط بر اینکه بانک عامل ضمانت تسهیلات‌گیرنده را در هنگام اعطای تسهیلات بپذیرد. در پی بیان فرایند اعطای تسهیلات، اولین سؤال این است که «آیا رابطه حقوقی بین صندوق توسعه ملی و بانک عامل و تسهیلات‌گیرنده، رابطه‌ای قراردادی و مستند به قانون عملیات بانکی بدون رباست یا قالب دیگری در خصوص آن حکم فرماست؟ یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد سازوکار دیگری جز عقود معین مصرح در قانون عملیات بانکی بدون ربا برای تنظیم رابطه سه‌جانبه مذکور وجود ندارد. درعین حال علی‌رغم اینکه عمده عقود تسهیلاتی صندوق، در قالب عقود مشارکتی منعقد می‌شوند، تلاش برای تبیین رابطه مذکور، در قالب عقود مشارکتی به دلیل صعوبت احراز قصد و مسائلی دیگر بسیار مشکل‌ساز است. این اشکال، نگارندگان را به سمت عقود مبادله‌ای سوق داد و گفته شد که علی‌رغم برخی مزایا، بعضی از این عقود نیز با مشکل صوری

بودن مواجه‌اند و برخی از آنها مانند جعاله و استصناع قابل استفاده‌اند.

در بخش دوم به تبعات رابطه سه‌جانبه و مجهول فوق پرداختیم. مهم‌ترین مشکل ایجاد شده ناشی از این ابهام، در وصول مطالبات صندوق خودنمایی کرد. جایی که هیچ روش صحیح و مناسبی برای وصول مطالبات باقی نماند.

در بخش سوم این نوشتار، به پیشنهادهایی پرداخته شد که می‌تواند پرده از رابطه مه‌آلود صندوق و بانک و مشتری برداشته و انباشت مطالبات صندوق را تا حد امکان کاهش دهد. اولین راهکار، تبیین ماهیت صندوق توسعه ملی به‌عنوان صندوق، در کنار نهادهایی چون بانک، حساب و... است. دومین راهکار، تبیین رابطه حقوقی سه‌جانبه در قالب عاملیت و استفاده از عقود متناسب با این رابطه است. عقد استفاده‌شده در قرارداد فی مابین صندوق و بانک و مالاً بانک و مشتری، تعیین‌کننده میزان ریسکی است که صندوق توسعه ملی تمایل به تحمل آن دارد. سومین راهکار، تغییر شیوه سرمایه‌گذاری از اعطای تسهیلات به سرمایه‌گذاری مستقیم یا غیرمستقیم و حتی مشارکت واقعی است. بازدهی پایدار و بلندمدت ناشی از این تغییر، با استفاده از ابزارهای مختلف، قابل تضمین است. چهارمین راهکار، اصلاح قراردادهای عاملیت و در نظر گرفتن ریسک‌های مختلف قراردادی است. پنجمین راهکار نیز، رعایت الزامات حاکم بر ریسک اعتباری بانک‌ها، توسط صندوق است. استفاده از بیمه تسهیلات، اعتبار سنجی مستقل، سنجش احتمال ارزآوری طرح، رعایت بهداشت اعتباری و... از جمله این الزامات هستند. و آخرین راهکار استفاده از سازوکار بازار سرمایه و حتی روآوردن به خرید برخی اوراق است که در متن به‌صورت کامل تشریح شد.

یادداشت‌ها

1. Dutch disease

۲. در ایران همواره بخش زیادی از دلارهای نفتی صرف مخارج دولت شده است. در بودجه سال ۱۳۸۷، حدود ۶۷ درصد درآمدهای عمومی دولت از محل درآمدهای نفتی تأمین شده است. همچنین، پیشبینی‌های مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی حاکی از آن است که عملکرد این شاخص در سال ۱۳۸۸ معادل ۵۸ درصد خواهد بود. هر چند از سال ۱۳۸۳، حساب ذخیره‌های ارزی برای مدیریت درست بخشی از دلارهای نفتی تشکیل شد، اما دولت به شیوه‌های مختلفی (تقدیم متمم بودجه به مجلس و غیره) از این حساب برداشت کرده است. در واقع، این حساب به میزان زیادی از کارویژه‌های اصلی‌اش فاصله دارد و وجوه آن بیشتر صرف کسری‌های بودجه دولت، پرداخت یارانه‌ها و سرمایه‌گذاری‌های دولتی شده و در نهایت، با تزریق نقدینگی به اقتصاد، آن را دچار بی‌ثباتی کرده است (خضری، ۱۳۸۸، ص. ۷۳).

۳. این مشکل مکرراً مورد توجه پژوهشگران قرار گرفته تا جایی که برخی با توجه به همین نکته معتقدند ظرف بانک، تخصص لازم، توان کافی و ریسک‌پذیری جهت اجرای عقد مشارکت مدنی را ندارد (طالبی و کیائی، ۱۳۹۱، صص. ۴۸-۴۹).

۴. هر چند توضیح عمومی بودن اموال صندوق توسعه ملی از حوصله این مقاله خارج است لکن اشاره اجمالی نسبت به آن در روشن شدن مطلب، اثر بسیار زیادی خواهد داشت. در روایات عبارت «ملکيه الامام أو الدوله» از «ملکيه جمیع (أو عموم) المسلمین» تفکیک شده است که اولی به مالکیت دولتی و دومی مالکیت عمومی اشاره دارد (ایروانی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، صص. ۱۸۳-۲۰۳). هر چند در این دیدگاه مالکیت عمومی و مالکیت دولتی از لحاظ اجتماعی نظیر یکدیگرند، اما به لحاظ صوری و قالب حقوقی، میان این دو نوع مالکیت تفاوت وجود دارد و این اختلاف شکلی موجب می‌شود تا در شیوه بهره‌برداری و همچنین نقشی که در بنای جامعه اسلامی دارند، تفاوت‌هایی پدید آید (صدر، ۱۳۴۹، ج ۲، ص. ۸۳). اموال عمومی، اموالی هستند که متعلق به عموم اعضای جامعه بوده و به گونه مستقیم در دسترس مردم قرار دارند، ولی بهره‌برداری مردم از آنها تابع نظامات ویژه قانونی و دولتی می‌باشد. به تعبیر دیگر «اموال عمومی اموالی است که بر خلاف اموال خصوصی متعلق به منفعت عمومی و شخصیت حقوقی عمومی باشد» (عبدالهی، ۱۳۹۸، ص. ۶۵). بنابراین، در خصوص این اموال، دولت نیز به نمایندگی از مردم و در راستای حفظ مصالح عموم، به اداره

و صیانت از این اموال می‌پردازد. همچنین اموال دولتی نیز اموالی هستند که به‌طور مستقیم در دسترس عموم قرار نداشته و دولت خود به‌عنوان یک شخصیت حقوقی، دارای حق مالکیت است؛ البته به معنای مالکیت اداری یا حق تولیت؛ یعنی دولت در اداره این اموال صرفاً با موانع قانونی کمتری مواجه است و در هر صورت، مصالح عموم را باید در رابطه با این اموال در نظر بگیرد (سعدی و منصوریان، ۱۳۹۶، ص. ۱۲۴). با این اوصاف، اموال عمومی از چند ویژگی برخوردارند:

- برخلاف اموال دولتی که طبق ماده ۲ آیین‌نامه اصلاحی اموال دولتی، قابل تصرف مالکانه و واگذاری به اشخاص خصوصی هستند و دولت می‌تواند طبق قوانین آنها را واگذار کند، اموال عمومی به تملک خصوصی در نمی‌آیند و صرفاً بهره‌برداری از آنها - در صورتی که منعی از سوی حکومت وجود نداشته باشد - براساس حیازت و انجام کار، مجاز شمرده می‌شود (صدر، ۱۳۴۹، ج ۲، ص. ۸۹). مضافاً اموال عمومی به سود طلبکاران دولت قابل توقیف نیست، زیرا بازداشت مالی که قابل تملک خصوصی نیست کاری بیهوده و مقدمه‌ای بی‌نتیجه و بی‌هدف است.

- درآمدهای ایجاد شده از مالکیت عمومی باید به‌وسیله دولت یا ولی امر به مصارف جمعی و عمومی برسد و نمی‌توان آن را برای تأمین نیازهای گروه خاصی از اجتماع - به‌صورت کمک نقدی یا دادن سوبسید به کالای مورد استفاده آنان اختصاص داد؛ حال آنکه اموال دولتی، علاوه بر آنکه می‌تواند به مصارف عمومی برسد، برای کمک به گروه‌های اجتماعی و فراهم کردن امکان اشتغال برای بیکاران نیز قابل مصرف است (صدر، ۱۳۴۹، ج ۲، صص. ۸۴-۸۳).

- هر چند دولت اسلامی مالک این ثروت‌ها نیست، اما در همه موارد از حق نظارت برخوردار بوده و با وضع قوانین و مقررات لازم، چگونگی استفاده مردم از این منابع را انتظام می‌بخشد و در صورتی که اصل منبع در خطر نابودی و انقراض قرار گیرد با وضع قوانین، استفاده از آنها را محدود می‌نماید (پورمند و کرمی، ۱۳۹۱، ص. ۶۳).

- هیچ‌کس نمی‌تواند بدون اذن دولت اسلامی در آنچه در مالکیت دولت اسلامی قرار دارد، تصرف نماید و این در حالی است که استفاده مردم از آنچه جزء اموال عمومی قرار دارد، چنانچه دولت بر طبق مصلحتی ممنوعیتی به‌وجود نیاورده باشد، بلامانع می‌باشد (پورمند و کرمی، ۱۳۹۱، ص. ۶۳).

- با در نظر گرفتن این مقدمات و کارکردهای صندوق توسعه ملی، ماهیت عمومی اموال آن نزدیک‌ترین تبادر ذهنی است چراکه این اموال در واقع سهم نسل آینده از منابع خدادادی

یک سرزمین است استفاده از آن برای یک دوره کوتاه مدت، خلاف ذات مقتضای آن تلقی می‌گردد لذا دولت‌ها که ماهیتاً عمری کوتاه دارند حق دست‌اندازی به این منابع را ندارند.

۵. قاعده مزبور تحت عنوان قاعده استیمان (عدم ضمان امین) معروف است که از خبر معروف «لیس علی الامین الا الیمین» و خبر «لیس علی المؤمن ضمان» و «ما علی الامین الا الیمین» گرفته شده است و معنای آن این است که هیچ چیزی جز سوگند بر امین نیست. مفاد قاعده مزبور آن است که اگر مال مورد امانت نزد امین تلف یا ناقص یا معیوب شود، هیچ‌گونه مسئولیت و ضمانی متوجه امین نیست و کافی است که او سوگندی یاد کند تا هر ادعای ضمانی علیه او ساقط شود (صفر، ۱۳۷۷، ص. ۱۴).

۶. برای مثال ر.ک. به: <https://farsi.khamenei.ir/news-content?id=42243>

۷. صندوق‌های طرح، یکی از روش‌های تأمین مالی غیرمستقیم در بازار سرمایه هستند که معمولاً عمده سرمایه جذب شده را صرف پروژه‌های بسیار بزرگ می‌کنند.

کتابنامه

- افشار، بهمن و موسوی، سیدرضا (۱۳۹۷). اعتبارات اسنادی داخلی - ریالی (ساختار، ماهیت و مبنای عقدی). فصلنامه علمی - حقوقی قانون یار، (۵)، صص. ۳۳-۵۹.
- امامی، سیدحسین (۱۳۶۸). حقوق مدنی. تهران: اسلامیه.
- ایروانی، باقر (۱۴۲۷ق). دروس تمهیدی فی الفقه الاستدلالی. (۳ جلد). قم: مؤسسه الفقه للطباعة و النشر.
- پارسا، فرزاد (۱۳۹۵). مقاصد در فقه اسلامی و مقایسه آن با تهاتر در حقوق ایران. دوفصلنامه علمی - پژوهشی فقه مقارن، (۸)، صص. ۶۷-۹۱.
- پورمند، محمد و کرمی، محمدمهدی (۱۳۹۱). مبانی فقهی اقتصاد اسلامی. تهران: سمت.
- تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۷ق). المسائل المنتخبة. قم: دار الصدیقة.
- حبیب‌زاده، توکل و آجرلو، اسماعیل (۱۳۹۱). نقد مبانی انسان‌شناختی اصل تفکیک قوا - با بررسی تطبیقی در انسان‌شناسی اسلامی. پژوهشنامه حقوق اسلامی، (۲)۱۳، صص. ۹۹-۱۲۶.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۸۹). تحلیل جرائم کلاهبرداری و خیانت در امانت. تهران: دادگستر.
- حسینی روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (علیه السلام). قم: دار الکتاب - مدرسه امام.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء، ج ۱۱، قم: مؤسسه نشر آل البيت لاحیاء التراث.
- خضری، محمد (۱۳۸۸). بیماری هلندی و ضرورت استفاده درست از درآمدهای نفتی. فصلنامه

- مطالعات راهبردی، (۴۶)، صص. ۶۷-۸۲.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۷۴). *تحریرالوسیله*. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۰). *تحریرالوسیله*. بی‌جا: دارالکتب العلمیه.
- دادگر، یداله و توحید فیروزان، سرنقی (۱۳۹۱). ارائه چارچوبی برای تعیین نرخ سود در عقود مبادله‌ای. *فصلنامه پژوهش‌های اقتصادی (رشد و توسعه پایدار)*، (۴)، صص. ۷۹-۱۰۲.
- رضایی، محمد و جمشیدی اوانکی، احمدرضا (۱۳۹۵). مشکلات اجرایی جعاله و جعاله ثانویه در بانکداری ایران و تحلیل حقوقی دستورالعمل اجرایی آن با رویکردی بر نظر امام خمینی. *پژوهشنامه متین*، (۷۲)، صص. ۷۵-۹۶.
- روحانی، سیدعلی و بنی‌طبا، سیدمهدی (۱۳۹۶). پیامدهای نبود نظارت شرعی بر نظام بانکی ایران، دلالت‌های سیاستی. *فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی*، (۶۸)، صص. ۸۷-۱۱۷.
- رئیس، مصطفی (۱۳۷۳). *جعاله در اقتصاد اسلامی*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- سعدی، حسینعلی و منصوریان، مصطفی (۱۳۹۶). بازشناسی فقهی حقوقی مالکیت عمومی از مالکیت دولتی با تأکید بر اصل ۴۴ قانون اساسی. *حکومت اسلامی*، (۸۵)، صص. ۱۰۴-۱۲۹.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۳۸۶). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. تدوین توسط سیدمحمد کلانتر. (۱۰ جلد). قم: جامعه النجف الدینیة.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: کتابفروشی داوری.
- شهیدی، سیدمهدی (۱۳۸۵). *سقوط تعهدات*. تهران: مجد.
- صاحب جواهر، محمدحسن (۱۳۶۲). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. (۴۳ جلد)، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- صدر، سیدمحمدباقر (۱۳۴۹). *اقتصاد ما*. ترجمه اسپهبدی، (۲ جلد)، تهران: انتشارات اسلامی.
- صدر، سیدمحمدکاظم (۱۳۵۸). *بنیادهای عمومی بانک در جامعه اسلامی*. تهران: انتشارات روزبه.
- صفار، محمدجواد (۱۳۷۷). نقد و تحلیل حقوقی پیرامون ماده ۵۵۸ قانون مدنی پیرامون شرط ضمان مضارب. *مجله مفید*، (۱۴)، صص. ۱۵-۳۸.
- طالبی، محمد و کیانی، حسن (۱۳۹۱). ریشه‌یابی چالش‌های استفاده از عقود مشارکتی در نظام بانکداری جمهوری اسلامی ایران. *تحقیقات مالی اسلامی (تحقیقات مالی اسلامی)*، (۲)، صص. ۳۷-۵۵.
- عبداللهی، حسین (۱۳۹۸). بازتعریف اموال عمومی و آثار آن در نظام حقوقی ایران. *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، (۶۳)، صص. ۶۵-۹۶.

- علوی رضوی، سیدیحیی (۱۳۸۸). شرط ضمان عامل در قرارداد مضاربه. فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، (۳۳)، صص. ۱۶۱-۱۷۸.
- فیومی، ابوالعباس (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر. (جلد ۲)، بیروت: المکتبه العلمیه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس‌هایی از عقود معین. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- کریمی، عباس و مرادی، یاسر (۱۳۹۴). سوءاستفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایرکتیو اتحادیه اروپا. فصلنامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، (۱)، صص. ۳۹-۷۰.
- کریمی، عباس و مرادی، یاسر (۱۳۹۶). مسئولیت بانک‌ها در عقود مشارکتی (مشارکت مدنی و مضاربه). فصلنامه علمی ترویجی اقتصاد و بانکداری اسلامی، (۲۱)، صص. ۱۳۵-۱۵۶.
- لاجوردی، سیدعدنان؛ توحیدی‌نیا، ابوالقاسم و رضایی صدرآبادی، محسن (۱۳۹۴). بررسی نقش صندوق توسعه ملی در تحقق عدالت اقتصادی. دو فصلنامه علمی - پژوهشی اقتصاد اسلامی، (۱۵)، صص. ۹۱-۱۲۰.
- محمودی، وحید؛ عبده تبریزی، حسین؛ شیرکوند، سعید و قهرمانی، رضا (۱۳۹۸). الگوی حکمرانی و تخصیص منابع در صندوق توسعه ملی ایران. فصلنامه اقتصاد مالی، (۴۹)، صص. ۴۷-۱۰۰.
- مرادی، یاسر (۱۳۹۸). چالش‌های حقوقی وصول مطالبات مؤسسه‌های اعتباری. فصلنامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، (۱۲)، صص. ۴۳-۶۸.
- معمدی، منیره (۱۳۸۸). صندوق توسعه ملی و لایحه برنامه پنجم. تازه‌های اقتصاد، (۱۲۶)، صص. ۲۶-۳۳.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (بی تا). مستند الشیعه. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لإحياء التراث. نظرپور، محمدنقی (۱۳۸۴). اوراق بهادار استصناع (سفارش ساخت)؛ ابزاری برای سیاست پولی. فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، (۲۰)، صص. ۸۱-۱۱۰.
- نکونام، وحید (۱۴۰۰). بررسی نسبت قاعده تقاص با قاعده منع اخلال در نظام. فصلنامه دانش حقوق عمومی، (۴)، صص. ۴۷-۶۸.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۶). بانکداری اسلامی. مجله تحقیقات اسلامی (۱ و ۲)، صص. ۱۱۷-۱۲۲.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی