

تحلیل تطبیقی ساختار و ماهیت حقوقی قرارداد تسهیلات مشارکتی در حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق ایران

دکتر علیرضا آرش پور* دکتر محمود جلالی** محسن قجاوند***

چکیده

قرارداد نوین تسهیلات مشارکتی به‌عنوان سازوکاری جمعی در تأمین مالی فعالیت‌های تجاری کلان شناخته می‌شود که در آن تمامی شرکا، طرف قرارداد وام نیستند بلکه بانک یا موسسه اعتباری اصلی، قرارداد وام را به صورت دوجانبه با وام‌گیرنده به‌تنهایی منعقد کرده و خود متعهد به تأمین کل مبلغ مورد نیاز وام‌گیرنده می‌شود. قرارداد مذکور، ترکیبی از قراردادهای مختلف اعم از وام (رابطه میان بانک اصلی و وام‌گیرنده) و واگذاری حق مطالبه بازپرداخت وام به بانک‌های شریک (رابطه بانک اصلی و بانک‌های شریک) بوده و هر بخش از آن واجد ماهیت ویژه‌ای است. در نوشتار حاضر بر آنیم که با استفاده از روش تحلیلی-توصیفی، ضمن تحلیل ساختار حقوقی این نوع از قرارداد تأمین مالی، ماهیت و تعهدات ناشی از آن را با رویکردی تطبیقی میان سازوکار رایج در تجارت بین‌الملل و اندک مقررات موجود در حقوق ایران بررسی و پیشنهادهای لازم را بیان کنیم. بر اساس نتیجه حاصل از پژوهش حاضر، با توجه به عدم وجود کنوانسیون یا قانون نمونه در سطح بین‌المللی و عدم تدوین قانونی مستقل در حقوق ایران از یک سو و عدم منافات احکام قرارداد تسهیلات مشارکتی با اصول و قواعد حاکم بر نظام حقوقی کشورمان از سوی دیگر، تدوین قوانین و مقررات مربوطه از سوی نهاد قانون‌گذاری یا دست‌کم بانک مرکزی با همکاری تمامی ارکان نظام بانکی ضروری می‌نماید.

واژگان کلیدی: بانک عامل، حقوق ایران، عرف‌های بین‌المللی، قرارداد تسهیلات مشارکتی، قراردادهای نمونه.

* دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول) E-mail: a.arashpour@ase.ui.ac.ir

** دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران E-mail: m.jalali@ase.ui.ac.ir

*** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان. E-mail: mohsenhojavand@yahoo.com

سرآغاز

تأمین مالی از دیرباز به عنوان ضرورتی حیاتی در دنیای تجارت محسوب شده و امروزه نیز با توجه به گسترش بی سابقه تجارت، بر اهمیت آن به شکل قابل ملاحظه‌ای افزوده شده است. بررسی روش‌های تأمین مالی تجاری موجود نشان می‌دهد که بیشتر آن‌ها تنها در تأمین مالی اعتبارات مورد نیاز در فعالیت‌های کوچک و متوسط کاربرد داشته و تأمین‌کنندگان به دلایل گوناگونی همچون عدم وجود توان مالی یا خطرپذیری بالا، حاضر به ورود در عرصه تأمین مالی قراردادهای و فعالیت‌های کلان تجاری نیستند. برای مثال، تأمین مالی قراردادهای ساخت و بهره‌برداری پروژه‌های بزرگ نیازمند تأمین اعتبارات کلانی است که در بسیاری موارد از توان نهادهای تخصصی تأمین مالی خارج بوده و یا اینکه به دلیل در خطر قرار گرفتن تمام یا بخش عمده‌ای از سرمایه این نهادها، ورود به این عرصه‌ها به ندرت انجام می‌یابد. از سوی دیگر، دولت‌ها نیز به دلایلی همچون ضرورت احتیاط در حفظ منابع عمومی حاضر به پذیرش چنین خطراتی نبوده و تنها در صورتی حاضر به همکاری می‌شوند که تأمین مالی مورد نیاز با مشارکت نهادها و اشخاص حقوقی دیگر صورت پذیرد. از این رو از سال‌های نه چندان دور، برای پوشش خطرات مورد اشاره، متقاضیان اعتبار و تأمین‌کنندگان به روش‌های نوینی روی آورده‌اند که ضمن تقسیم ریسک برای تأمین‌کنندگان مالی از طریق همکاری نهادهای مالی متعدد، اعتبار بیشتری را در اختیار متقاضیان قرار می‌دهند. این روش‌ها که می‌توان از آن‌ها به «تسهیلات مالی گروهی»^۱ یاد کرد، مشتمل بر قراردادهای متنوع و گاه پیچیده‌ای است که موضوعات حقوقی گوناگونی را پدید می‌آورد، به گونه‌ای که آن‌ها را شایسته بررسی ویژه می‌کند. قراردادهای تسهیلات گروهی دارای اقسام گوناگونی بوده که هر یک واجد ماهیت، ساختار و آثار حقوقی ویژه خود هستند. یکی از اقسام برجسته این گونه قراردادهای را می‌توان در کنار «قرارداد تسهیلات سندیکایی»^۲،

1. Group Financial Agreements
1. Syndicated Loan Agreement

عبارت از «قرارداد تسهیلات مشارکتی»^۱ دانست که همان‌گونه که از عنوان آن پیداست از مشارکت نهادهای مالی متعددی تشکیل شده و با اهداف گوناگونی همچون تأمین اعتبار بیشتر، تقسیم ریسک عدم پرداخت تسهیلات از سوی متقاضی میان تمامی اعتباردهندگان و کسب سود بیشتر برای آنان به مرحله اجرا در می‌آید. قرارداد تسهیلات مشارکتی به‌عنوان قالب قراردادی رایج و مهم از تأمین مالی با مشارکت نهادهای مالی متعدد عبارت از سازوکاری است که در آن تمامی شرکا به‌عنوان طرف قرارداد تسهیلات محسوب نشده، بلکه یک نهاد مالی مانند بانک به عنوان بانک اصلی، قرارداد تسهیلات را به صورت دوجانبه با وام‌گیرنده (متقاضی) به تنهایی منعقد کرده و خود متعهد به تأمین کل مبلغ مورد نیاز وام‌گیرنده می‌شود. پس از انعقاد قرارداد وام با متقاضی، بانک اصلی طرف قرارداد به موجب قراردادهای مشارکت جداگانه‌ای، سایر بانک‌ها و مؤسسات مالی را به نحوی غیرقابل رجوع، متعهد به تأمین درصدهایی از مبلغ وام (سهم مشارکت) کرده و در مقابل، حق مطالبه بازپرداخت وام را به آن‌ها انتقال می‌دهد. انعقاد قراردادهای مشارکت معمولاً اما نه لزوماً پس از انعقاد قرارداد وام با متقاضی تسهیلات صورت می‌گیرد.

در این سازوکار که از آن با عنوان «قرارداد تسهیلات مشارکتی» یاد می‌کنند، فقط یک بانک یعنی بانک اصلی، قرارداد وام را با متقاضی منعقد می‌کند. وام‌گیرنده و بانک اصلی طرفین قرارداد وام و تضامین مربوط به آن بوده و وام‌گیرنده می‌تواند اجرای تعهدات را فقط از وام‌دهنده اصلی یا همان بانک اصلی درخواست کند. درنهایت، مخاطرات مربوط به تأمین وام با مبلغ کلان بین بانک اصلی و بانک یا بانک‌های شریک به نسبت توافق شده توزیع می‌شود (بناء نیاسری، ۱۳۸۹: ۴۲۷). نکته حائز اهمیت آن است که هرچند وام مشارکتی مانند تسهیلات سندیکایی به‌عنوان روشی جهت مشارکت سایر بانک‌ها و توزیع ریسک و خطرات ناشی از وام‌های کلان میان آن‌ها تلقی می‌شود، ولی این دو روش از نظر ساختار کاملاً از یکدیگر متمایز هستند. با این وجود، گاه تمایز بین این دو روش در

برخی متون فارسی نادیده گرفته شده و این دو قرارداد با یکدیگر خلط شده‌اند (گودرزی، ۱۳۹۰: ۲۶۷؛ برهانی، ۱۳۹۷: ۱۴۶). تفاوت اصلی این دو قرارداد مربوط به رابطه بانک اصلی با وام‌گیرنده است. توضیح آنکه، در وام مشارکتی یک رابطه مستقیم بستانکار - بدهکار تنها بین وام‌گیرنده و بانک اصلی حاکم بوده و علیرغم انتقال حق مطالبه مبلغ وام به سایر بانک‌های شریک، همچنان بانک اصلی به‌عنوان طرف واحد قرارداد وام با وام‌گیرنده خواهد بود. در مقابل، در وام سندیکایی هریک از بانک‌های عضو سندیکا مستقیماً طرف قرارداد با وام‌گیرنده بوده و قرارداد وام با طرفیت تمامی طرف‌های دخیل منعقد می‌شود؛ به این صورت که در یک‌طرف، وام‌گیرنده و در طرف دیگر نیز کلیه اعضای سندیکا قرار دارند. هر یک از وام‌دهندگان مبلغی را که معادل درصد مشارکت وی در کل وام است به وام‌گیرنده به صورت مستقل وام می‌دهد و در صورت عدم پرداخت مبلغ توسط او، سایر وام‌دهندگان تعهدی در این خصوص نخواهند داشت. البته به منظور سهولت در اداره وام، یک یا چند بانک به عنوان بانک عامل (به مانند بانک اصلی در وام مشارکتی) وظایفی از جمله دریافت وجوه وام از بانک‌های عضو و اعطای آن به وام‌گیرنده و نیز وصول قسط‌های وام از وام‌گیرنده به حساب بانک‌های عضو (انجام پرداخت بین بانک‌ها و وام‌گیرنده) را بر عهده دارند. از این رو، نباید این گونه تلقی شود که در وام سندیکایی تنها بانک عامل طرف قرارداد با وام‌گیرنده است (Reeves, 2002: 175). از آنجا که موضوع نوشتار حاضر عبارت از تسهیلات مشارکتی است، تحلیل قرارداد تسهیلات سندیکایی تنها از جهت شناسایی تسهیلات مشارکتی و مقایسه آن دو بیان شده و از ورود به جزئیات آن خودداری می‌شود.

با وجود استقبال بانک‌ها و توسعه روزافزون کاربرد این نوع سازوکار در بانکداری بین‌المللی به‌ویژه در کشورهای غربی، اسناد پایه و کنوانسیون‌های مستقل بین‌المللی و چندجانبه به منظور تنظیم قواعد و استانداردهای لازم در این عرصه تدوین نشده و موجود نیست. با این وجود، در این زمینه تنها می‌توان به عرف و رویه‌های موجود بین‌بانکی و شروط نمونه قراردادی به‌عنوان اسناد حقوقی نرم اشاره کرد. به‌عنوان مثال،

«اتحادیه بازار تسهیلات»^۱ که در دسامبر ۱۹۹۶ به منظور تنظیم بازار تسهیلات و تدوین مقررات و قراردادهای نمونه مرتبط در سطح اروپا در لندن بنا شد، تعداد شش قرارداد نمونه وام مشارکتی را بر اساس حقوق انگلیس تدوین و تنظیم نموده که به عنوان کارآمدترین رویه‌های بازار در این حوزه شناخته می‌شوند (Fight, 2004: 21). البته در وام‌های مشارکتی، زمانی که بانک اصلی مطالبات ناشی از قرارداد وام را به شریک جدیدی منتقل می‌کند، بحث فاکتورینگ و فروش طلب مطرح می‌شود.^۲ در زمینه واگذاری و فروش مطالبات بین‌المللی، دو کنوانسیون بین‌المللی توسط مؤسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق خصوصی تحت عنوان «کنوانسیون یونیدروا در ارتباط با فاکتورینگ (فروش طلب) بین‌المللی»^۳ (UNIDROIT, 2016: 2) و دیگری توسط سازمان ملل متحد با عنوان «کنوانسیون واگذاری مطالبات در تجارت بین‌المللی»^۴ تدوین شده است. ماده ۲ کنوانسیون اخیرالذکر در تبیین سازوکار فروش و واگذاری بخش مشاعی از وام توسط بانک اصلی به بانک‌های شریک در وام‌های مشارکتی و روابط بین آن‌ها می‌تواند راهگشا بوده و مورد استفاده قرار گیرد؛ توضیح آنکه، مستند مذکور در بیان شرایط طلب قابل انتقال از سوی طلبکار به شخص ثالث مقرر می‌دارد که طلب مورد انتقال می‌تواند به نحو مشاعی بوده و مالکیت آن متعلق به بیش از یک شخص باشد؛ بنابراین، کنوانسیون مورد اشاره می‌تواند در خصوص انتقال طلب حاصل از اعطای تسهیلات مشارکتی نیز تا حدودی قابل اعمال باشد (United Nations, 2001: 2). با این حال، احکام و مقررات مختص قراردادهای تسهیلات مشارکتی در یک کنوانسیون بین‌المللی به صورت مستقل تدوین نشده است.

در حقوق ایران، بررسی قوانین و مقررات موجود در این حوزه به این نتیجه رهنمون می‌شود که جز احکام و قواعد عمومی موجود در قانون مدنی از جمله ماده ۱۰ این قانون

1. Loan Market Association (L.M.A)

۲. جهت شناخت مفهوم و ساختار این روش از تأمین مالی رجوع شود به: (فیضی چکاب و درزی، ۱۳۹۳: ۱۱۰).

3. The UNIDROIT Convention on International Factoring.

4. The United Nation Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, 2001.

و اصل آزادی قراردادی و نیز قواعد عمومی باب وکالت و ودیعه، نظام حقوقی کشورمان فاقد هرگونه قانون مستقل در این عرصه است. دستورالعمل‌های ابلاغی از سوی بانک مرکزی نیز بیشتر معطوف به تسهیلات سندیکایی بوده و جز در مواردی خاص در خصوص تسهیلات مشارکتی قابلیت اعمال ندارند. مع‌الوصف در نوشتار حاضر، ابتدا ساختار قرارداد تسهیلات مشارکتی را تحلیل نموده (بخش نخست) و سپس، ماهیت حقوقی (بخش دوم) و تعهدات ناشی از قرارداد مذکور را (بخش سوم) مورد بررسی قرار داده و در پایان، نتیجه‌گیری و پیشنهادهای مقتضی را بیان می‌کنیم.^۱

۱. ساختار قرارداد تسهیلات مشارکتی

در تأمین مالی به روش مشارکتی، بانک‌های متعددی ممکن است درگیر و دخیل باشند، لیکن تنها یک بانک پس از مذاکره راجع به شروط اعتبار پیشنهادی با متقاضی وام، قرارداد وام را با مشتری امضا کرده و کل وجه وام را از محل منابع و ذخایر خودش تأمین می‌کند. از سوی دیگر، بانک اصلی از طریق انعقاد قرارداد مشارکت با سایر بانک‌ها به صورت جداگانه، اتحادیه‌ای را تشکیل خواهد داد که امضای این قرارداد و جلب مشارکت در وام معمولاً اما نه لزوماً پس از انعقاد قرارداد وام اصلی صورت می‌گیرد. حضور بانک‌های دیگر اصولاً لازم نیست به وام‌گیرنده اعلام و افشا شود. این امر به بانک اصلی این امکان را می‌دهد که به رابطه تجاری خاصی که با وام‌گیرنده دارد، لطمه‌ای وارد نشود. اطلاق عنوان تسهیلات مشارکتی بر این نوع قرارداد از آن جهت است که علی‌رغم حضور متقاضی تسهیلات و بانکی اصلی به عنوان طرفین قرارداد اعطای تسهیلات،

۱. در خصوص پیشینه موضوع خاطر نشان می‌سازیم که با توجه به ویژگی بدیع و نوین بودن این روش از تأمین مالی تاکنون تحقیق مستقل و اختصاصی در این خصوص صورت نگرفته است. عمده تحقیقات موجود با عنوان عقود مشارکتی بانکی انجام گرفته‌اند که موضوع آن‌ها عبارت از عقود بانکی اسلامی شناخته شده در قانون عملیات بانکی بدون ربا است و ارتباطی با موضوع تسهیلات مشارکتی در مفهوم بین‌المللی و عرفی موضوع نوشتار ندارند. برای نمونه می‌توان به مقالات ذیل اشاره کرد: نظریور و لطفی‌نیا، ۱۳۹۳:۱۰۷؛ موسویان، ۱۳۸۵: ۶۵.

فراهم‌سازی منابع مالی لازم جهت انجام تعهد بانک اصلی در برابر متقاضی با مشارکت بانک‌های متعدد صورت می‌گیرد. بر اساس قرارداد مشارکت، بانک اصلی سهم مشاعی از وام را درازای وجوهی که بانک‌های مشارکت‌کننده در اختیار وی قرار خواهند داد، به آن‌ها منتقل می‌کند. به‌طور معمول، این وجوه نیز توسط بانک اصلی برای تأمین سهمی از وام که توسط شرکا خریداری شده مورد استفاده قرار می‌گیرد. بانک اصلی در برابر هریک از بانک‌های شریک طبق قرارداد مشارکت متعهد می‌شود مبالغی را که از وام‌گیرنده وصول می‌کند به آن‌ها بپردازد (Tompsett, 2013:33). بر اساس نحوه بازپرداخت مبالغ به بانک‌های شریک، وام‌های مشارکتی را می‌توان به انواع مختلفی تقسیم کرد البته این تقسیم‌بندی بر مبنای حصر منطقی نیست؛ لذا ممکن است وام مشارکتی واحدی ویژگی دو یا چند نوع از وام‌های زیر را دارا باشد (Rice, 2014:24).

روش نخست، «مشارکت نسبی»^۱ است. در این روش، هریک از بانک‌های شریک سهم مشخصی از وام را فراهم می‌کند و سپس به نسبت مشارکت خود در تأمین مبلغ وام، از اصل و سود وام، وثایق، کارمزد و سایر حقوق بهره‌مند شده و به همین نسبت در ریسک عدم بازپرداخت از سوی وام‌گیرنده نیز سهیم و شریک خواهد بود. روش دوم عبارت از مشارکتی است که در آن هر بانک مشارکت‌کننده‌ای که دیرتر وارد سازوکار وام مشارکتی شده، زودتر از سایرین طلب خود را وصول کند.^۲ در این روش، بانک شریک با دو شرط به این مشارکت می‌پیوندد. نخست اینکه اقساط پایانی تسهیلات را در صورت نیاز تأمین خواهد کرد و دوم اینکه تحت هر شرایطی طلب وی می‌بایست پیش از بانک اصلی بازپرداخت شود. به‌عنوان مثال، هنگامی که بانک اصلی قرار است برای تأمین مالی یک طرح اقتصادی مبلغ ۱۵۰ میلیارد دلار وام پرداخت کند، یکی از بانک‌های مشارکت‌کننده متعهد می‌شود که بعد از اینکه ۱۰۰ میلیارد از مبلغ وام توسط بانک اصلی و سایر بانک‌های شریک تأمین شد، حاضر است در صورت نیاز،

1. Pro Rata Participations
2. Last In, First Out Participations

بقیه مبلغ را تأمین کند؛ بنابراین، در صورت مشارکت این بانک در بخش پایانی تأمین مالی اعتبار، این بانک اولین شریکی خواهد بود که طلبش را وصول می‌کند. دلیل اتخاذ چنین رویکرد تبعیض‌آمیزی را باید در شروط قراردادی منعقدۀ میان بانک مورد اشاره و بانک اصلی جستجو کرد. توضیح آنکه، در بیشتر موارد، بانک مشروط له از قدرت تجاری و اقتصادی بالایی برخوردار بوده و مشارکت وی در قرارداد برای سایر بانک‌ها از اهمیت زیادی برخوردار است. از این‌رو، با گنجاندن شرط ممتازکننده مذکور، موجبات مشارکت آن بانک را در تأمین مبلغ تسهیلات فراهم می‌کنند. روش سوم عبارت از «مشارکت با پرداخت بهره متغیر»^۱ است. در این نوع مشارکت، بانک شریک نسبت به سهم خویش از وام، سود یا بهره‌ای متفاوت و معمولاً پایین‌تر از نرخ بهره متعلق به سهم بانک اصلی دریافت می‌کند. روش چهارم عبارت از «مشارکت با ضمانت بانک اصلی از وام‌گیرنده»^۲ است. در این روش، بانک اصلی بازپرداخت سهم بانک شریک از مبلغ وام را در صورت قصور وام‌گیرنده تضمین می‌کند. درست است که بانک‌های شریک بخشی یا احتمالاً کل مبلغ وام را تأمین می‌کنند، لیکن بانک‌های شریک بر اساس قرارداد وام به عنوان وام‌دهنده، طرف قرارداد با وام‌گیرنده شمرده نمی‌شوند، زیرا کلیه اسناد وام از جمله سفته صادره از سوی وام‌گیرنده توسط بانک اصلی نگه‌داری می‌شود. بانک‌های شریک تنها یک گواهی مشارکت از بانک اصلی در اختیاردارند که نشانگر میزان سهمی است که در اعطای وام و سود حاصل از آن به عهده دارند (Semkow, 2017: 873).

رایج‌ترین روش‌های مشارکت در اعطای وام طبق نظام حقوقی کامن لا به‌عنوان نظام حقوقی الهام‌بخش در تجارت بین‌الملل عبارت است از «واگذاری»^۳، «وام‌های فرعی»^۴ و «نماینده‌گی افشانشده»^۵ (Thredy, 2015: 658). روش نخست عبارت

1. Variable Payment Participations

2. Recourse Participations

3. Assignment

1. Sub – Loans

2. Undisclosed Agency

از روش واگذاری است که به دو شیوه می‌تواند انجام گیرد: نخست اینکه، مالکیت طلب از همان آغاز از طریق انتقال طلب بانک اصلی از وام‌گیرنده به بانک یا بانک‌های شریک منتقل شود. در نتیجه، خطر عدم بازپرداخت نیز به تبع انتقال اصل طلب به بانک‌های شریک انتقال می‌یابد. بر اساس روش دوم، واگذاری طلب به آن مشروط می‌شود که تنها نسبت به وجوهی که وام‌گیرنده پرداخت می‌کند، انتقال قطعی طلب محقق شده و در نتیجه ریسک آن بخش از وام که هنوز بازپرداخت نشده بر عهده بانک‌های شریک قرار نگیرد. به دیگر سخن، طرف‌های قرارداد ضمن پذیرش مشارکت و انتقال طلب، با درج شرط خلاف، بخشی از اثر انتقالی ریسک ناشی از عدم بازپرداخت احتمالی تسهیلات را محدود کرده و از انتقال تمامی ریسک‌های مربوط به عدم بازپرداخت جلوگیری به عمل می‌آید. در این روش، مبلغ یا قیمتی که بانک اصلی در ازای واگذاری از بانک‌های شریک دریافت می‌کند، از سوی بانک اصلی برای تأمین نقدینگی لازم برای وام اصلی مورد استفاده قرار می‌گیرد.

روش دوم را می‌توان عبارت از روش اعطای وام فرعی دانست. بر اساس این روش، بانک شریک به‌طور مستقیم سهم خود از اعطای تسهیلات را به بانک اصلی پرداخت می‌کند. با این وجود، به موجب قرارداد منعقد شده میان شرکا و بانک اصلی شرط می‌شود که بانک اصلی هر میزان از مبالغ بازپرداخت وام را که از وام‌گیرنده دریافت داشته به‌عنوان تضمین در اختیار شریک یا شرکای طرف قرارداد قرار دهد تا از این رهگذر، شریک طرف قرارداد از بازگشت اصل مبلغ اعطایی و سود متعلق به آن اطمینان حاصل کند. بنابراین، آن مبالغی که از محل بازپرداخت وام اصلی عاید بانک اصلی می‌شود در وثیقه بانک شریک قرار می‌گیرد. دلیل درج چنین شرطی از سوی شرکای تسهیلات مشارکتی آن است که مبالغ وصول شده از وام‌گیرنده به نحو مشخصی تأمین شده و بانک اصلی نتواند پس از وصول آن‌ها، وجوه دریافتی را به مصرف دیگری رسانیده و در نتیجه، وصول طلب شرکا را با دشواری ناشی از خرج شدن مبالغ دریافتی روبه‌رو سازد.

در نهایت، روش سوم عبارت از سازوکار نمایندگی افشا نشده است. سازوکار مذکور، به‌عنوان رایج‌ترین روش از قراردادهای تسهیلات مشارکتی، به این ترتیب است که بانک اصلی پیش از آنکه قرارداد اعطای تسهیلات را با شخص متقاضی منعقد کند، سندیکایی را متشکل از کلیه بانک‌های متقاضی مشارکت در اعطای تسهیلات تشکیل داده و خود به‌عنوان نماینده از جانب اعضای سندیکا عمل می‌کند. با این وجود، رابطه نمایندگی میان بانک اصلی و سایر شرکا برای متقاضی وام افشا نمی‌شود؛ بنابراین، با توجه به اینکه در قرارداد منعقد شده میان بانک اصلی و متقاضی تسهیلات، قیدی مبنی بر نمایندگی بانک اصلی از جانب شرکا وجود ندارد، کلیه تعهدات متوجه بانک اصلی بوده و متقاضی تسهیلات، وی را به‌عنوان اصیل محسوب داشته و از این‌رو، اجرای تعهدات قراردادی را تنها از وی مطالبه خواهد کرد. از سوی دیگر، بانک اصلی نیز نمی‌تواند مدعی شود که صرفاً یک نماینده بوده و از اجرای تعهدات خود در برابر متقاضی تسهیلات شانه خالی کند. این روش از مشارکت موجب می‌شود که تنها هیچ‌گاه رابطه حقوقی میان متقاضی تسهیلات و بانک‌های شریک ایجاد نشده بلکه متقاضی تسهیلات از وجود بانک‌های شریک مطلع نشود. سازوکار مذکور تعهدات سنگینی را بر دوش بانک اصلی قرار می‌دهد، زیرا از طرفی در برابر متقاضی، مکلف به تأمین و پرداخت مبلغ تسهیلات بوده و عدم انجام تعهدات بانک‌های مشارکت‌کننده نمی‌تواند در برابر وی مطرح شود. از سوی دیگر، بانک اصلی مکلف است در برابر بانک‌های شریک، مبالغ بازپرداخت تسهیلات را از متقاضی وصول کرده و به شرکای خود پرداخت کند. بدیهی است که در صورت قصور متقاضی از بازپرداخت تسهیلات، بانک اصلی همچنان در برابر بانک‌های شریک متعهد بوده و مکلف به پاسخگویی است (Rice, 2014:30).

در حقوق ایران نیز می‌توان رویکرد فوق را جاری دانست. قسمت نخست ماده ۱۹۶ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «کسی که معامله می‌کند، آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد، خلاف آن را تصریح کند یا بعد، خلاف آن ثابت شود»؛ بنابراین، متقاضی وام با تکیه بر قاعده مورد اشاره باید طرف

قرارداد خود را اصیل پنداشته و اجرای تعهدات را از وی بخواهد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۹۸). با وجود شباهت مذکور، تفاوت ظریفی نیز میان موضع حقوق ایران و رویکرد اتخاذی در قراردادهای تسهیلات مشارکتی وجود دارد. تفاوت مورد اشاره عبارت از آن است که در حقوق ایران همان‌گونه که از ماده ۱۹۶ قانون مدنی برمی‌آید هرگاه نماینده بتواند اثبات کند که در حقیقت نماینده شخص دیگر بوده و تنها ظاهری از اصیل را داشته، می‌تواند از اجرای تعهدات قراردادی خودداری کرده و طرف مقابل را به اصیل واقعی ارجاع دهد (صفایی، ۱۳۹۷: ۹۱). با این حال، رویکرد مقبول در حقوق ایران را در قراردادهای تجاری و از جمله تسهیلات مشارکتی نمی‌توان به سادگی اعمال کرد، زیرا اتخاذ رویکرد مذکور در قراردادهای تجاری برخلاف اصل حسن نیت بوده و متقاضی تسهیلات و بانک‌های مشارکت‌کننده را با مشکلات عدیده‌ای همچون عدم استحکام تعهدات و تأخیر در اجرای آن‌ها مواجه می‌کند، امری که با اصول اعتبار و سرعت در روابط تجاری به شدت ناسازگار است (اخلاقی و امام، ۱۳۹۶: ۱۰۵).

۲. ماهیت حقوقی تسهیلات مشارکتی

در تسهیلات مشارکتی، بانک اصلی پس از انعقاد قرارداد وام با متقاضی و تأمین کل وجه وام از محل منابع و ذخایر خود، از طریق انعقاد قرارداد مشارکت با سایر بانک‌ها، سهم مشاعی از وام را در ازای وجوهی که آن بانک‌ها در اختیار بانک اصلی قرار خواهند داد، به بانک‌های شریک واگذار می‌کند. بانک اصلی در برابر هریک از بانک‌های شریک طبق قرارداد مشارکت متعهد می‌شود تا مبالغی را که از وام‌گیرنده وصول می‌کند به بانک‌های شریک بپردازد. باید این نکته را خاطر نشان کرد که درست است که بانک‌های شریک بخش‌هایی از وام یا احتمالاً تمام وجه وام را تأمین می‌کنند، اما بانک‌های شریک بر اساس قرارداد وام به عنوان وام‌دهنده، طرف قرارداد با وام‌گیرنده به حساب نمی‌آیند (Romero, 2014: 875).

چنانکه از ساختار تسهیلات مشارکتی برمی آید، باید آن را واجد ماهیتی مرکب دانست. توضیح آنکه، فرایند اعطای تسهیلات در این رابطه به موجب دو قرارداد مجزا و در عین حال مرتبط انجام می‌گیرد. به موجب قرارداد نخست، بانک اصلی در برابر متقاضی تسهیلات متعهد می‌شود که در برابر اخذ تضامین مناسب نسبت به اعطای مبلغ معینی وام به وی اقدام کرده و در برابر، اصل و سود تسهیلات اعطایی را از وی دریافت کند. بدیهی است که در قرارداد مورد اشاره آنچه واقع می‌شود عبارت از عقد قرض (وام) بوده و لذا تردید چندانی در خصوص ماهیت آن وجود ندارد. پرسش اصلی مربوط به ماهیت اعطای تسهیلات مشارکتی در قرارداد دوم است که با پیچیدگی و ابهام بیشتری مواجه می‌شود. چنانکه پیش از این گذشت، بانک اصلی پس از انعقاد قرارداد نخست (اعطای وام به متقاضی)، از طریق انعقاد قرارداد مشارکت با سایر بانک‌ها، سهم مشاعی از مبلغ طلب حاصل از وام اعطایی به متقاضی و سود متعلقه به آن را در ازای وجوهی که آن بانک‌ها در اختیار بانک اصلی قرار خواهند داد، به بانک‌های شریک واگذار می‌کند. قرارداد دوم که از آن به تسهیلات مشارکتی یاد می‌شود، واجد دو اثر مهم است: اثر نخست عبارت از التزام بانک‌های مشارکت‌کننده به تأمین مبلغ وام لازم التادیه به متقاضی در برابر ایجاد مالکیت مشاع آنان نسبت به مبلغ بازپرداخت شده و سود متعلقه به اصل وام است. اثر دوم قرارداد تسهیلات مشارکتی را باید عبارت از اعطای اختیار از سوی بانک‌های مشارکت‌کننده به بانک اصلی مبنی بر مدیریت قرارداد اعطای تسهیلات و نظارت بر وصول اصل وام و سود آن از متقاضی و توزیع آن میان بانک‌های مشارکت‌کننده دانست. وجود دو اثر متفاوت فوق در قرارداد تسهیلات مشارکتی ایجاب می‌کند که تبیین ماهیت حقوقی آن نیز با توجه به آثار دوگانه آن به نحوی مجزا انجام گیرد. از این‌رو، در رابطه با اثر نخست (ایجاد مالکیت مشاعی شرکا بر اصل مبلغ وام و سود متعلقه)، ماهیت حقوقی وام‌های مشارکتی بر اساس دو نظریه قرض^۱ (رابطه بین بستانکار و بدهکار) و واگذاری یا فروش^۱ (رابطه

بین فروشنده و خریدار) تبیین شده (Mugasha,2008:328) و در رابطه با اثر دوم (اعطای اختیار مدیریت وام به بانک اصلی) نظریات اعطای وکالت و نمایندگی، مشارکت مدنی و تراست مورد تحلیل و ارزیابی قرار می‌گیرند (Ziegel,2015:337).

۲-۱. تحلیل ماهیت بر مبنای اثر مالکیت مشاع بر مبلغ وام و سود متعلقه

بر مبنای اثر ایجاد مالکیت مشاع برای بانک‌های مشارکت‌کننده در قرارداد تسهیلات نسبت به مبلغ وام اعطایی و سود متعلق به آن، دو دیدگاه مهم در خصوص ماهیت قرارداد مطرح شده‌اند که در ادامه به تبیین آن‌ها می‌پردازیم.

۲-۱-۱. رابطه بدهکار بستانکار (قرض)^۲

تسهیلات مشارکت را می‌توان به‌عنوان قرارداد قرضی توصیف کرد که در آن بانک‌های شریک مبلغی را به‌عنوان وام به بانک اصلی پرداخته و در مقابل، بانک اصلی پس از وصول اقساطی که وام‌گیرنده بابت اصل وام پرداخت کرده است، مبالغ وصول‌شده را به بانک‌های شریک می‌پردازد. برای نمونه، قرارداد تسهیلات مشارکتی در پرونده «شرکت تجاری ری آلدا»^۳ به‌عنوان وام یا قرض از سوی بانک شریک توصیف شده است (Re Alda Commercial, 2013:338). بر این اساس، ویژگی‌ها و عناصر موجود در عقد قرض عبارت است از موارد سه‌گانه تعهد بانک اصلی به دریافت اصل و سود وام از متقاضی و پرداخت آن به بانک‌های شریک؛ تفاوت ترتیبات پرداخت بین وام‌گیرنده و بانک اصلی از یک طرف و بین بانک اصلی و شریک از طرف دیگر و مشارکتی که برای دوره‌ای طولانی‌تر و یا کوتاه‌تر از تعهد وام‌گیرنده به بانک اصلی اجرا می‌شود که تمامی این موارد در پرونده مورد اشاره نیز مورد توجه قرار گرفته‌اند (Ziegel,2015:338).

با این وجود، اگرچه ممکن است برخی از معیارهای سه‌گانه فوق بتوانند در تبیین ماهیت و ساختار قرارداد تسهیلات منعقدہ بین بانک‌های شریک و بانک اصلی کارساز

2. The Assignment Or Sale Theory

3. Debtor- Creditor (Loan) Relationship

3. Re Alda Commercial Corporation I

باشند، اما وجود برخی شرایط دیگر در قرارداد مذکور همچون شرط واگذاری حصه مشاع از وام موجب می‌شود که نتوان به سادگی ماهیت قرارداد مورد اشاره را منطبق با عقد قرض دانست. از این رو، در پرونده موسوم به «بانک تجاری کانادا»^۱، دادگاه این مطلب را که «مشارکت تی آر اف»^۲ منجر به رابطه بدهکار - بستانکار شده است رد کرد، زیرا صرف وجود دو عنصر از عناصر سه‌گانه یاد شده (در این پرونده دو عنصر تعهد بانک اصلی و تفاوت در نرخ بهره) برای اثبات ماهیت قرض در خصوص قرارداد تسهیلات مشارکتی و عدم پذیرش ماهیت فروش یا واگذاری کافی دانسته نشد. استدلال بستانکاران بدون وثیقه مبتنی بر این مسئله بود که «بانک سی سی بی»^۳ پرداخت مبالغ از پیش پرداخت شده توسط شریک را تضمین کرده بود و نکته دیگر اینکه بهره قابل پرداخت در قرارداد مشارکت، یک‌چهارم درصد کمتر از بهره قابل پرداخت در قرارداد وام اصلی بود. در حقیقت، استدلال دادگاه در عدم پذیرش ماهیت قرض مبتنی بر این مسئله بود که مدت زمان زیادی است که در تأمین مالی به روش فاکتورینگ و فروش طلب معمول بوده است که بستانکاران، دارایی (مطالبات) خود را همراه با تضمین بازپرداخت یا بدون تضمین آن، به فروش برسانند، بدون اینکه خدشه‌ای به ماهیت فروش وارد شود. این در حالی است که در بحث فروش طلب نیز ممکن است فروشنده بازپرداخت آن را تضمین کند و این تضمین بازپرداخت تنها مختص قراردادی با ماهیت وام نیست. از این رو، معمول است که طلبی با قیمتی پایین‌تر از قیمت اولیه به فروش برسد تا از این طریق، خریدار بتواند با خرید طلب مورد نظر و وصول آن به قیمت اسمی آن سود مدنظر خود را از مابه‌التفاوت قیمت مطالبات به دست آورد (عبدی پور و افشار قوچانی، ۱۳۹۸: ۳۲).

بنابراین، چنانکه خواهیم دید به نظر می‌رسد که در موارد سکوت و یا ابهام در اسناد قرارداد، بتوان ماهیت واگذاری یا فروش را برای قرارداد وام مشارکتی در نظر گرفت،

1. Canadian Deposit Insurance
 2. T.R.F. Participation
 3. C.C.B Bank

زیرا قائل شدن ماهیت وام برای این دسته از قراردادها ممکن است با اهداف طرف‌های قرارداد از انعقاد آن منطبق نباشد. توضیح آنکه، هدف بانک اصلی از انعقاد قرارداد مشارکت در وام، بهبود ترازنامه و نیز افزایش نقدینگی است که با در نظر گرفتن ماهیت وام و قرض، این هدف محقق نشده و بانک‌های شریک نیز به دلیل اینکه ممکن است مطالباتشان به وضعیت طلب بدون وثیقه تقلیل یابد، به مقصود خود نخواهند رسید (برهانی، ۱۳۹۷: ۶۵).

۲-۱-۲. واگذاری حق بر مطالبه^۱

بر اساس این رویکرد، بانک اصلی طی قرارداد وام مشارکتی بخشی از طلب حاصل از وام را به بانک یا بانک‌های شریک واگذار می‌کند. به این ترتیب، به محض اینکه بانک اصلی مبلغ بازپرداخت شده از سوی وام‌گیرنده را وصول کرد این وجوه وصول شده به نسبت میزان مشارکت هریک از بانک‌های وام‌دهنده متعلق به آن‌ها خواهد بود. شایان ذکر است که طبق این رویکرد، تنها حق مالی بر طلب حاصل از وام به بانک‌های شریک واگذار می‌شود و این‌گونه نیست که کل قرارداد وام با جمیع آثارش به این بانک‌ها منتقل شود. به همین دلیل است که بانک‌های شریک به صرف این واگذاری، طرف قرارداد با وام‌گیرنده قرار نمی‌گیرند و همچنان رابطه قراردادی بین وام‌گیرنده و بانک اصلی برقرار و اطلاع یا عدم اطلاع وام‌گیرنده در این زمینه نیز بلااثر خواهد بود. به نظر می‌رسد که این دیدگاه در تبیین ماهیت قرارداد مشارکت در وام، منطقی، قابل قبول‌تر و با احکام فقه اسلامی نیز سازگارتر است. در صورتی که این طلب به قیمتی نه کمتر و نه بیشتر از ارزش واقعی آن به بانک‌های شریک واگذار شود، این بانک‌ها تنها در بحث مالکیت طلب (و نه سایر مسائل و آثار قرارداد) با یکدیگر شریک و چنانچه وجهی از مبلغ وام و سود آن وصول شود، به عنوان مال مشاع شمرده شده و متعلق به جملگی این بانک‌ها خواهد بود و یک «مالکیت مشاعی»^۲ بر وجوه حاصل از

1. Assignment of Right To Proceed
1. Tenancy in Common

تسهیلات اعطایی خواهند داشت. توضیح آنکه، به محض وصول هر میزان از اصل وام و سود متعلق به آن توسط واگذارکننده (بانک اصلی)، مبالغ وصولی باید به بانک‌های شریک پرداخت شود، زیرا حق مطالبه بازپرداخت مبالغ وام و سود متعلقه، پیش از وصول آن‌ها از وام‌گیرنده و هم‌زمان با انعقاد قرارداد مشارکت میان بانک اصلی و بانک‌های شریک، به هریک از بانک‌های شریک منتقل شده و هریک از آن‌ها بر مبالغ وصول شده مالکیت مشاعی حاصل کرده‌اند.

نکته شایان ذکر آن است که وجود مالکیت مشاعی بانک‌های شریک نسبت به مبالغ وصول شده موجب می‌شود که ریسک ناشی از تخلف و قصور وام‌گیرنده از بازپرداخت نیز میان آن‌ها به‌عنوان مالک توزیع شود (توزیع ریسک ناشی از وام)^۱ (Threedy, 2015: 650).

اثر دیگر تحلیل فوق عبارت از آن است که بانک اصلی این امکان را می‌یابد که ترازنامه خود را بهبود بخشیده و میزان نقدینگی خود را افزایش دهد، مضاف به اینکه هیچ‌گونه تعهدی را مبنی بر جبران خسارت در فرض تخلف وام‌گیرنده از بازپرداخت وجوه وام، متقبل نمی‌شود، مگر اینکه این تعهد را در قرارداد خود شرط کرده باشد. پذیرش این رویکرد برای بانک‌های شریک نیز بسیار سودمند است، زیرا حتی پیش از وصول وجوه از وام‌گیرنده، مالک آن‌ها شده و پس از تحویل آن‌ها از سوی بانک اصلی می‌توانند ید مالکانه خود را نسبت به سهم خود از مبالغ وام (اصل و سود آن) اعمال کنند. مهم‌ترین اثر تحلیل مذکور، در بحث ورشکستگی بانک اصلی نمایان می‌شود. به این ترتیب، اگر ماهیت قرارداد را واگذاری حق مطالبه تلقی کنیم، این مسئله لطمه‌ای به حقوق مالکان طلب حاصل از وام وارد نخواهد کرد و برای دسترسی به مایملک خود، وارد غرمای بانک اصلی ورشکسته نمی‌شوند و مدیر تصفیه نمی‌تواند هیچ‌گونه ادعایی نسبت به این وجوه که به تملیک بانک‌های شریک درآمده، داشته باشد. ولی در فرض پذیرش نظریه وام، بانک‌های شریک از چنین امتیازی برخوردار نبوده و برای دریافت

مطالبات خود چاره‌ای جز قرار گرفتن در صف غرما ندارند، زیرا تنها طلبکار بانک اصلی و نه مالک طلب مشاع محسوب می‌شوند (Lott, 2015: 737).

بررسی قراردادهای نمونه در زمینه وام‌های مشارکتی، این نکته را مطرح می‌سازد که نحوه نگارش قرارداد و شروط و قیود موجود در آن اصولاً بر ماهیت واگذاری مطالبات بانک اصلی از وام‌گیرنده به بانک‌های شریک یا به تعبیر دیگر فروش آن‌ها صحه می‌گذارد. برای مثال، بخش مقدماتی این نوع قراردادها بیان می‌دارد که: «نظر به اینکه بانک اصلی، انتقال بخش‌هایی از حق مطالبه وام را که به وام‌گیرنده اعطا کرده یا قرار است اعطا کند و طرف دیگر قرارداد موافقت خود را با این انتقال اعلام می‌دارد...»^۱.

همچنین در بند مربوط به تعریف وام مشارکتی این‌گونه مقرر می‌شود که: «مشارکت به معنی انتقال حق مطالبه وام یا قسمتی از آن توسط بانک است...»^۲. بند دیگری مقرر می‌دارد: خریدار با پرداخت قیمت خرید، مالک و صاحب منفعت مشاع در وام و نیز در اسناد وام می‌شود (Menges, 2013a:345).

۲-۲. تحلیل ماهیت بر مبنای اثر اعطای اختیار مدیریت وام به بانک اصلی

بر اساس اثر اعطای اختیار به بانک اصلی از سوی بانک‌های مشارکت‌کننده مبنی بر مدیریت وام و نظارت بر وصول مبلغ اعطایی به متقاضی و سود متعلقه، سه دیدگاه متفاوت پیرامون ماهیت حقوقی قرارداد تسهیلات مشارکتی ابراز شده‌اند که در ادامه به آن‌ها می‌پردازیم.

۲-۲-۱. وکالت و نمایندگی^۳

برخی از نویسندگان امکان تلقی قرارداد مشارکتی به‌عنوان ترتیبات نمایندگی را مورد پذیرش قرار داده‌اند (Hutchins, 2013:471). با بررسی دقیق‌تر آرای دادگاه‌ها در این

1." Whereas Bank Wishes To Sell And Purchaser Wishes To Purchase Participations In Certain Loans Which Have Been Or Are To Be Made".

2." 'Participation' Means Sale By Bank Of A Loan or A Portion Thereof ...".

1. Agency Agreement

زمینه می‌توان به این نکته پی برد که آن‌ها در ارتباط با تعیین ماهیت این قراردادهای وام، تنها به جنبه‌های خاصی از قرارداد مانند نقش بانک اصلی در اداره وام و نیز رسیدگی به امور اجرایی و الزام وام‌گیرنده به ایفای تعهدات خود توجه کرده‌اند. حتی در این زمینه نیز این توصیف بسیار بحث‌برانگیز است، زیرا رابطه نمایندگی مستلزم وجود شخص اصلی است که قدرت کنترل نماینده و ارائه دستورالعمل‌ها را داشته باشد. این در حالی است که در قراردادهای مشارکتی، معمولاً بر استقلال بانک اصلی در زمینه انجام وظایف خود مبنی بر وصول مبالغ و امور اجرایی تأکید می‌شود. علاوه بر این، اگر قرارداد وام اصلی بین بانک اصلی و وام‌گیرنده در مواردی قبل از ورود بانک شریک به صحنه منعقد شده باشد، روشن است که بانک اصلی را نمی‌توان به‌عنوان نماینده‌ای افشا نشده برای بانک‌های شریک تلقی کرد (Ryan, 2009:341).

در نهایت می‌توان این‌گونه عنوان کرد که اصول حاکم بر قرارداد نمایندگی نمی‌تواند تحلیل دقیق و مناسبی برای توصیف ماهیت قرارداد وام مشارکتی تلقی شود. با این وجود، در برخی موارد و جنبه‌های جزئی قرارداد از جمله در زمینه تعهدات بانک اصلی مبنی بر اداره و رسیدگی به امور اجرایی وام، وصول مبالغ و نظارت و کنترل بر وثایق وام، می‌توان ماهیت نمایندگی را قائل شد و آن را مکمل ماهیت فروش یا واگذاری در نظر گرفت. در واقع، پس از اینکه بانک اصلی بخشی از سهم مشاع در وام را به بانک‌های شریک واگذار کرد، این بانک به‌عنوان بانک عامل از طرف سایر بانک‌های شریک در زمینه وصول مبالغ و وجوه و مدیریت وام دارای نمایندگی خواهد بود (Mugasha, 2008:335).

۲-۲-۲. جوینت ونچر یا مشارکت مدنی^۱

مشارکت مدنی در مفهوم حقوق عرفی عبارت از رابطه موجود بین اشخاصی است که فعالیتی را به صورت مشترک و به منظور کسب منفعت انجام می‌دهند. شراکت در اینجا

1. Joint Venture.

نقطه مقابل نمایندگی است، زیرا در این قرارداد کلیه شرکا در برابر تمام بدهی‌ها و تعهدات شرکت دارای مسئولیت تضامنی هستند. همچنین شراکت رابطه‌ای امانی میان شرکا ایجاد می‌کند و هریک متعهد به رعایت حسن نیت و مصلحت و غبطه سایر شرکا و نیز شرکت هستند. نکته دیگر اینکه، هریک از شرکا از یک قدرت نیابت ضمنی نیز برخوردارند. پاسخ به این پرسش که چگونه می‌توان هریک از این عناصر را با قرارداد وام مشارکتی رایج تطبیق داد، دشوار است، حتی در فرضی که شریک قبل از انعقاد قرارداد وام اصلی و اولیه از سوی بانک اصلی وارد صحنه شده باشد. گذشته از اینکه از نحوه نگارش و زبان قرارداد، ماهیت عقد مشارکت مدنی دریافت نمی‌شود، دو مانع دیگر نیز برای در نظر گرفتن این توصیف وجود دارد: نخست اینکه، خود قرارداد اغلب رابطه شراکتی را نفی می‌کند و به صراحت شرط می‌شود که بانک اصلی موظف به رعایت هیچ تعهد امانی نیست؛ دوم اینکه، توصیف قرارداد وام مشارکتی به عنوان شراکت مدنی به نفع هیچ یک از طرفین نیست، زیرا این امر می‌تواند پیامدهای نامطلوبی را همچون ایجاد تعهد تضامنی در برابر متقاضی تسهیلات برای هر یک از آن‌ها به همراه داشته باشد (Ziegel, 2015: 342). توصیف سرمایه‌گذاری مشترک که شکل کوچکی از شراکت است توسط دادگاه در پرونده «بانک تجاری کانادا»، البته برای هدفی بسیار جزئی و محدود، در تفسیر بند ۱۵ «قرارداد مشارکتی کادیلاک»^۱ پذیرفته شد (بیشاپ، ۱۳۸۸: ۹۵). این بند این‌گونه مقرر کرده بود که «طرفین با یکدیگر مشورت خواهند کرد و در صورت وقوع هرگونه تغییر اساسی و مهم در روند قرارداد، با موافقت یکدیگر، در خصوص تداوم رابطه خود تصمیم خواهند گرفت». به عقیده قاضی پرونده، در این قرارداد تداوم لازم برای توصیف شرکت مدنی که شراکت را از سرمایه‌گذاری مشترک متمایز می‌کند وجود ندارد. مشارکت مدنی با انجام این فعالیت و کسب‌وکار سروکار دارد، در حالی که جوینت ونچر معمولاً محدود به یک طرح خاصی است و دوره عمر آن نیز هم‌زمان با اتمام قرارداد یا اتمام محصول پایان می‌یابد. به نظر

2. Cadillac Participation Agreement.

می‌رسد، با توجه به این واقعیت که این رابطه صرفاً به منظور ارائه وام به وام‌گیرنده تشکیل شده، این رابطه به صورت مناسب‌تر، منعکس‌کننده جوینت ونچر و رابطه‌ای است که متمایز از شراکت است. نکته حائز اهمیت این است که این توصیف که صرفاً جهت تفسیر بند ۱۵ قرارداد کادیلاک و نه کل آن ارائه شده است، ماهیت واگذاری و فروش را که بر سایر بخش‌های قرارداد حاکم است، نفی نمی‌کند؛ به عبارت دیگر، کاربرد اصطلاح جوینت ونچر توسط دادگاه نه برای توصیف ماهیت کل قرارداد بلکه به منظور ایجاد تفکیک بین این سازوکار و مشارکت مدنی مورد استفاده قرار گرفته است.

۲-۲-۳. تراست^۱

بر اساس نظام کامن لا، ممکن است وام مشارکتی را بتوان به عنوان تراست توصیف کرد. در واقع توصیف این نهاد در قالب عقد تراست، ویژه نظام کامن لاست. این توصیف از دیدگاه بانک شریک، بدون شک بسیار مطلوب خواهد بود. یکی از تکالیفی که بنا به این توصیف بر عهده تراست‌گیرنده یا بانک اصلی قرار می‌گیرد، تعهد به مراقبت و رعایت حسن نیت در ارتباط با اداره مال موضوع تراست است. توصیف قرارداد مشارکت به عنوان تراست با بسیاری از ویژگی‌های این قرارداد نیز سازگار است (Clarke, 2012: 33). تراست یک عمل حقوقی رضایی است و هیچ شکل خاصی از کلمات و یا نوع خاصی از قرارداد برای تشکیل این قرارداد لازم نیست و آنچه موضوعیت دارد لفظ نیست بلکه قصد و اراده واقعی طرفین قرارداد است. علی‌الاصول، بعید به نظر می‌رسد که بانک اصلی که یک نهاد مالی شناخته شده است و از قدرت چانه‌زنی بالایی در انعقاد معامله برخوردار است، نقش تراست‌گیرنده را در خصوص کل قرارداد مشارکت بپذیرد. به علاوه، مسئله پذیرش نقش تراست‌گیرنده از سوی بانک‌ها در قوانین برخی کشورهای نظام کامن لا از جمله قانون بانکداری کانادا با ممنوعیت مواجه است. بانک اصلی معمولاً از پذیرش این تعهد نسبت به وجوه

بازپرداخت شده از سوی وام‌گیرنده اجتناب می‌کند و این مسئله دلالت بر این دارد که این توصیف ارائه شده با آنچه در عمل میان نهادهای مالی بزرگ رایج است، مغایرت دارد. در پرونده «شرکت تأمین مالی استریت فورد»^۱، دادگاه با استناد به متن قراردادی که طی آن بانک اصلی مقرر داشته بود که «ما باید در جهت حفظ منافع متقابل، تمام اسناد و مدارک مربوط به این معامله را «بر اساس تراست» نگهداری کنیم»^۲، رابطه حقوقی بین طرفین را تراست توصیف کرد. در عین حال، برای توصیف نتیجه و اثر قرارداد، از ماهیت فروش و واگذاری بهره جست. در واقع، دادگاه قالب تراست را به‌عنوان یک سازوکار فرعی و ثانوی که تنها نسبت به بخش‌های محدودی از قرارداد و نه کل آن قابل اعمال است، در کنار ماهیت واگذاری طلب حاصل از وام در نظر گرفت (یک قرارداد واگذاری به همراه تراست).^۳ به این ترتیب، بانک اصلی سهم مشاع از طلب حاصل از وام را به سایر بانک‌های شریک واگذار می‌کند و در راستای اجرای این قرارداد واگذاری، در امور مربوط به ساماندهی وام و وصول وجوه، به‌عنوان تراست گیرنده، عهده‌دار برخی وظایف و تعهدات ناشی از قرارداد تراست خواهد بود (Hutchins, 2013:447). در هر حال، توصیف قرارداد وام مشارکتی در هر یک از دو قالب واگذاری یا تراست در جهت حفظ منافع بانک شریک به یک اندازه مناسب است، زیرا در صورت ورشکستگی بانک اصلی، به دلیل مالکیت این بانک‌ها بر وجوه وصول شده نزد بانک اصلی، داخل در غرماء بانک ورشکسته نمی‌شوند. در واقع، بانک شریک دارای حق تقدم در مطالبه سهم خود از مدیر تصفیه خواهد بود و وی (مدیر تصفیه) نمی‌تواند هیچ ادعای مالکیتی نسبت به آن بخش از مبالغی که به‌عنوان امانت نزد شخص ورشکسته سپرده شده، داشته باشد (سلطانی، ۱۳۹۱: ۵۷).

-
1. Stratford Financial Corporation
 2. " We Shall Hold All Notes Pertaining To This Transaction 'In Trust' For Our Mutual Benefit"
 3. Assignment –Plus – Trust

در نهایت، هرچند توصیف واگذاری منافع مشاع در وام به بانک‌های شریک و نیز در نظر گرفتن ماهیت تراست در مورد وجوه وصول شده (اعم از اصل و سود وام) برای بانک‌های مشارکت‌کننده، هر دو به نتایج مشابهی ختم می‌شود، اما یک تفاوت اساسی وجود دارد و آن اینکه شخص تراست‌گیرنده قطعاً امین است و ید او امانی است، در حالی که واگذارکننده سهم مشاع از وام، امین تلقی نمی‌شود مگر این‌که با پذیرش این تعهد امانی موافقت کند.

به‌عنوان جمع‌بندی مطالب این مبحث، می‌توان این‌گونه بیان کرد که در تشخیص ماهیت قراردادهای وام مشارکتی باید به دو معیار شخصی و عینی توجه نمود. در درجه اول باید هر قرارداد را در پرتوی شرایط خاص آن قرارداد و نحوه نگارش بندهای قراردادی مورد مذاقه قرار داد و ماهیت آن را در قالب خود آن قرارداد توصیف کرد. مطلب دوم اینکه به صورت کلی می‌توان یک ماهیت ترکیبی و قالبی متشکل از چند سازوکار را برای این دسته از قراردادها در نظر گرفت. ماهیت واگذاری حق مطالبه بازپرداخت وام به بانک‌های شریک و ایجاد یک مالکیت مشاع بر طلب حاصل از وام، توأم با اعطای نمایندگی به بانک اصلی جهت اداره وام، از جمله وصول وجوهی که به صورت امانت به بانک اصلی سپرده شده است و باید این مبالغ را بین شرکا به نسبت سهم‌الشرکه هریک از آن‌ها توزیع کند.

۳. تعهدات قراردادی تسهیلات مشارکتی

سازوکار مرکب تسهیلات مشارکتی و روابط بین اطراف قرارداد موجب ایجاد تعهدات متعددی برای تمامی طرف‌ها می‌شود که شایسته بررسی است. برای بررسی تعهدات مورد اشاره باید بین دو مرحله قراردادی قائل به تفکیک شد. مرحله نخست، عبارت است از انعقاد قرارداد دوجانبه پرداخت وام و ایجاد یک رابطه حقوقی بین متقاضی و

بانک اصلی وام‌دهنده است که بدون تردید دارای ماهیت وام به معنای دقیق آن است. مرحله دوم، عبارت از انعقاد قرارداد جلب مشارکت میان بانک‌های شریک و بانک اصلی است که به موجب آن، بانک‌های شریک در برابر بانک اصلی متعهد می‌شوند که در ازای واگذاری حق مطالبه بازپرداخت مبلغ وام و سود متعلقه به آن‌ها در تأمین مبلغ وام لازم‌التادیه به متقاضی مشارکت کنند. در این صورت، تعهد بانک‌های شریک به مشارکت در تأمین مبلغ وام به‌عنوان عوض واگذاری حق مطالبه بازپرداخت وام و سود متعلقه به آن‌ها محسوب می‌شود. به این ترتیب، یک رابطه قراردادی بین بانک اصلی و هر یک از بانک‌های مشارکت‌کننده شکل می‌گیرد. علاوه بر این، هر یک از بانک‌های شریک به صورت جداگانه و مستقل از دیگری، طرف قرارداد با بانک اصلی بوده و بین آن‌ها قرارداد مشترک و واحدی وجود ندارد بلکه، هر یک از آن‌ها به صورت مجزا از دیگری، تنها طرف قرارداد با بانک اصلی قرار گرفته و روابط قراردادی بین خود بانک‌های شریک ایجاد نمی‌شود. حتی در برخی موارد نادر، ممکن است بانک یا بانک‌های شریک از حضور و مشارکت سایر بانک‌های طرف قرارداد با بانک اصلی مطلع نباشند. با این وجود، چنانکه خواهیم دید، در بیشتر موارد به منظور مدیریت بهتر قراردادهای منعقد شده میان بانک اصلی و بانک‌های مشارکت‌کننده، بانک اصلی با تشکیل سندیکایی متشکل از بانک‌های شریک نسبت به مدیریت قراردادهای و نظارت بر نحوه پرداخت وام به وام‌گیرنده، بازپرداخت آن از سوی وی و نیز تقسیم مبالغ وصول شده میان بانک‌های شریک بر اساس سهم هر یک اقدام می‌کند. توضیح آنکه، تشکیل سندیکا در این مورد متفاوت از ساختار وام سندیکایی است، زیرا برخلاف وام سندیکایی که در آن تمامی بانک‌ها به طور مستقیم طرف قرارداد با وام‌گیرنده هستند، در تسهیلات مشارکتی ایجاد سندیکا میان بانک‌های شریک توسط بانک اصلی صرفاً به دلیل تسهیل مدیریت امور مربوط به وام بوده و هیچ‌گونه رابطه قراردادی میان بانک‌های شریک و وام‌گیرنده ایجاد نمی‌شود؛ بنابراین، تشکیل سندیکا در تسهیلات مشارکتی به معنای یکسان بودن ماهیت و ساختار آن با وام سندیکایی نیست. پس از انعقاد قرارداد

مشارکت در تأمین مبلغ وام میان بانک اصلی و بانک‌های شریک، نوبت به اجرای تعهدات قراردادی می‌رسد که در این مرحله در بیشتر موارد بانک اصلی وظایف جدیدی را تحت عنوان بانک عامل بر عهده می‌گیرد. از این رو، شایسته است که تعهدات متقابل بانک عامل به نمایندگی از بانک‌های مشارکت‌کننده و تسهیلات‌گیرنده به صورت مجزا مورد بررسی قرار گیرد.

۳-۱. تعهدات بانک عامل

مسئولیت و وظیفه بانک عامل (نام دیگر بانک اصلی) در برابر دیگر بانک‌ها معمولاً با امضای قرارداد وام پایان نمی‌گیرد. بانک اصلی می‌تواند با یک سمت دیگری تحت عنوان بانک عامل، مسئولیت‌ها و وظایف بیشتری در برابر بانک‌های مشارکت‌کننده بر عهده بگیرد. بانک عامل بر اساس مفاد قرارداد اعتبار یا قرارداد مشارکت، تعهداتی را بر عهده می‌گیرد. البته بانک عامل در حد امکان تلاش می‌کند که قلمروی این تعهدات را بر اساس شروط قراردادی محدود و مضیق کند. بانک عامل تعهدات مختلفی بر عهده می‌گیرد که یا در خود قرارداد جلب مشارکت بانک‌های شریک و بانک اصلی یا به موجب قرارداد عاملیت جداگانه‌ای ایجاد می‌شوند. بخش عمده‌ای از این تعهدات، «تعهدات تشریفاتی و عملیاتی»^۱ هستند که نیازمند استقلال عمل و اختیار چندانی برای بانک عامل نبوده و روند ساده و مشخصی دارند. از این رو، اختیار بانک عامل در این گونه تعهدات، محدود به امور مدیریت پرداخت‌ها و اسناد، اجرای سایر امور تشریفاتی و آیینی و در صورت قصور وام‌گیرنده از بازپرداخت و فعال‌سازی شروط قرارداد وام به منظور استیفای حقوق بانک‌های مشارکت‌کننده است.

محدودیت اختیار و قدرت عمل بانک عامل سبب می‌شود که این بانک صرفاً به عنوان وسیله‌ای برای تسهیل انجام وظایف اداری و اجرایی وام‌تلقی شود. در واقع در فرایند وام‌مشارکتی، بانک اصلی یعنی اولین بانکی که بنیان مشارکت در وام را گذاشته،

غالباً مایل است اختیار گسترده‌تری را برای مدیریت و جرح و تعدیل و تغییر مفاد قرارداد اعطای وام در اختیار داشته باشد، بدون آنکه نیاز به اخذ موافقت بانک‌های مشارکت‌کننده داشته باشد. گذشته از این، در یک وام مشارکتی نیز غالباً به صرفه و صلاح بانک عامل و نیز سایر بانک‌های مشارکت‌کننده است که بانک عامل به نیابت از بانک‌های شریک واجد اختیارات بیشتری همچون اختیار طرح دعوی علیه وام‌گیرنده باشد. این اختیارات معمولاً به موجب شروط قراردادی مندرج در قرارداد جلب مشارکت به بانک عامل واگذار می‌شود. برای واگذاری این اختیارات و تکالیف به بانک عامل، از عبارات کلی استفاده شده و کلیه اختیارات لازم و منطقی جهت مدیریت وام و نظارت بر بازپرداخت آن به وی اعطاء می‌شود؛ بنابراین اختیارات تشریفاتی بانک عامل به صورت جزئی در قرارداد ذکر نمی‌شود مگر اینکه بانک عامل بخواهد مخارج و زیان‌هایی را که در راستای اجرای آن اختیارات متحمل شده است مطالبه کند که در این صورت، اختیارات تشریفاتی به نحوی جزئی در قرارداد قید می‌شوند. علاوه بر این، قصد بانک عامل و احتمالاً بانک‌های مشارکت‌کننده این است که اختیارات اعطایی به بانک عامل با تکالیف و تعهدات امانی بانک عامل همپوشانی نداشته باشند. در ادامه از میان تعهدات تشریفاتی بانک عامل به بررسی سه مورد از مهم‌ترین آن‌ها می‌پردازیم.

نخستین تعهد رساندن وجوه دریافتی از بانک‌های مشارکت‌کننده به وام‌گیرنده و وجوه بازپرداخت شده از وام‌گیرنده به بانک‌های شریک به میزان سهم هر یک است. بانک‌های مشارکت‌کننده تمامی وجوهی را که قرار است به وام‌گیرنده پرداخت شود به حساب بانک عامل واریز کرده و سپس بانک عامل در تاریخ پرداخت هر یک از اقساط وام، وجوه لازم‌التادیه را به حساب معرفی شده از سوی وام‌گیرنده انتقال می‌دهد. در مقابل، تمامی مبالغ بازپرداخت شده از سوی وام‌گیرنده اعم از اصل یا سود وام به حساب متعلق به بانک عامل واریز شده و پس از آن، بانک عامل مکلف است در زمان تعیین شده، مبالغ دریافتی را به نسبت مشارکت هریک از بانک‌های شریک میان آن‌ها

تقسیم کند. همچنین، بانک عامل عهده‌دار محاسبه نرخ بهره‌ای است که بر وجوه واریزی تعلق خواهد گرفت. «بهای پول (نرخ بهره)» به موجب قرارداد وام از سوی بانک اصلی و متقاضی مقرر و تعیین خواهد شد. معمولاً نرخ بهره بر اساس معیاری که بانک‌های مرجع تعیین شده در قرارداد وام عمل می‌کنند، تعیین و محاسبه خواهد بود (Semkow, 2017:889). موضوع قابل توجه در این رابطه عبارت از خودداری احتمالی بانک‌های مشارکت‌کننده از انجام تعهدات خود مبنی بر پرداخت سهم تعیین‌شده به بانک اصلی جهت پرداخت وام به وام‌گیرنده است. توضیح آنکه، ممکن است تمام یا برخی از بانک‌های مشارکت‌کننده برخلاف تعهدات خود مبنی بر تأمین مبلغ وام لازم‌التادیه به وام‌گیرنده، از پرداخت سهم تعیین شده امتناع کنند. به نظر می‌رسد در این صورت، بانک عامل با توجه به تعهد خود در برابر وام‌گیرنده مکلف به تأمین مبلغ وام بوده و نمی‌تواند در برابر وی با استناد به عدم انجام تعهدات بانک‌های شریک از انجام تعهد پرداخت وام خودداری کند. دلیل این امر را باید در ساختار تسهیلات مشارکتی جستجو کرد، زیرا چنانکه گذشت، هیچ‌گونه رابطه قراردادی میان وام‌گیرنده و بانک‌های شریک وجود نداشته و چه بسا وام‌گیرنده از وجود بانک‌های شریک و رابطه قراردادی آن‌ها با بانک اصلی (بانک عامل) آگاه نباشد؛ بنابراین، بانک اصلی مکلف است در هر صورت به تعهد خود در برابر وام‌گیرنده عمل کرده و به نحوی جداگانه الزام بانک‌های شریک را به انجام تعهدات خود از طرق قانونی بخواهد. این فرایند به قرینه مقابله برخلاف فرایند موجود در وام‌سندیکایی است که در آن، بانک عامل هیچ‌گونه تعهد مستقیمی در برابر وام‌گیرنده نداشته و این اعضای سندیکا هستند که با توجه به وجود قرارداد مستقیم با وام‌گیرنده، متعهد به پرداخت مبلغ وام شده‌اند؛ بنابراین، برخلاف وام‌سندیکایی که در آن بانک عامل تنها یک واسطه محض در جمع‌آوری مبالغ وام از بانک‌های عضو سندیکا و پرداخت آن به وام‌گیرنده است، در تسهیلات مشارکتی، بانک

عامل خود متعهد به پرداخت مبالغ وام به وام‌گیرنده بوده و یک واسطه محض نیست (فیروز زارع و برجی، ۱۳۹۶: ۶۰).

موضوع مهمی که ممکن است مطرح شود، مسئله ورشکستگی بانک عامل پس از دریافت مبالغ وام از بانک‌های مشارکت‌کننده جهت پرداخت به وام‌گیرنده است. توضیح آنکه، اگر بانک‌های مشارکت‌کننده مبلغ موضوع تعهد خود را به بانک عامل پرداخت کرده و بانک عامل به دلیل ورشکستگی نتواند آن را به وام‌گیرنده پرداخت کند، در این صورت تعهد بانک عامل مبنی بر پرداخت مبلغ مزبور به وام‌گیرنده همچون دیون عادی بوده و وام‌گیرنده را باید وارد در صف غرماء دانست. دلیل این امر را باید عبارت از وجود تعهد بانک عامل در برابر وام‌گیرنده دانست که همچون سایر تعهدات تاجر ورشکسته محسوب شده و وام‌گیرنده می‌تواند اجرای تعهد را در فرایند تصفیه و در چهارچوب مقررات ناظر بر آن مطالبه کند. از سوی دیگر، بانک‌های شریک نیز بابت مبالغی که به بانک عامل پرداخته‌اند، از وی طلبکار شده و در صف غرماء قرار خواهند گرفت. نکته واجد اهمیت در این باره آن است که هیچ‌یک از اشخاص طرف قرارداد با بانک عامل اعم از بانک‌های شریک از یکسو و وام‌گیرنده از سوی دیگر، حق مراجعه به یکدیگر را نداشته و رابطه حقوقی خاصی میان آن‌ها شکل نمی‌گیرد، زیرا هیچ‌گونه قراردادی میان آن‌ها موجود نبوده و از سوی دیگر، هیچ‌گونه وجهی از سوی بانک عامل به وام‌گیرنده نیز پرداخت نشده است تا بانک‌های شریک بتوانند با استناد به واگذاری حق مطالبه بازپرداخت وام درصدد دریافت مبالغ بازپرداخت شده برآیند (Soufi, 2007: 3).

تعهد دوم بانک عامل، عبارت از احراز و تأیید «شروط پیشینی و مقدماتی»^۱ است. پرداخت اولین قسط وام و نیز سایر اقساط به وام‌گیرنده از سوی بانک عامل مشروط بر احراز تحقق شروطی است که به‌عنوان شروط پیشینی در قرارداد اعطای وام توسط بانک عامل و وام‌گیرنده مقرر شده است؛ به عبارت دیگر، در صورتی بانک عامل مجاز است که وجوه دریافتی از بانک‌های شریک را در اختیار وام‌گیرنده قرار دهد که

پیش شرط‌های تعهدات وام‌گیرنده همچون توثیق وثیقه‌ها و تضامین مناسب از سوی وی محقق شده باشد. از این‌رو، بانک عامل باید کلیه اسناد مربوط به اجرای صحیح قرارداد وام از جمله ضمانت‌نامه‌ها، وثایق و نظرات حقوقی را دریافت و تحقق شروط مقدماتی را احراز کند. همچنین، بانک عامل مکلف است که اسناد مربوط به وضعیت و اهلیت مالی وام‌گیرنده و در صورتی که وام‌گیرنده از اشخاص حقوقی همچون شرکت‌های تجاری باشد، کلیه مصوبات داخلی شرکت مبنی بر تجویز اخذ وام از سوی ارکان شرکت را نیز بررسی و از موارد مذکور اطمینان حاصل کند. بانک عامل تصمیم‌گیری در این خصوص را بر اساس نظریات تخصصی و علمی و حقوقی انجام می‌دهد. از سوی دیگر، وظیفه تهیه مدارک مورد نیاز و ارائه آن به بانک عامل جهت بررسی‌های لازم به‌عنوان یک شرط مقدماتی به عهده وام‌گیرنده قرار داده می‌شود. اهمیت انجام تکلیف فوق از سوی بانک عامل از آنجا ناشی می‌شود که هرگاه بانک عامل بدون احراز شروط مربوط به تعیین وضعیت مالی و اهلیت وام‌گیرنده و نیز عدم وجود وثایق مناسب مبادرت به پرداخت مبالغ وام به وام‌گیرنده کرده و سپس در فرایند بازپرداخت وام از سوی وام‌گیرنده اخلال یا نقض عهدهی صورت پذیرد، با توجه به اینکه بانک‌های شریک وجوه لازم التادیه را به بانک عامل پرداخت کرده و در نتیجه حق مطالبه بازپرداخت آن را از بانک عامل به انتقال گرفته‌اند، بانک عامل را به دلیل قصور انجام شده متعهد به جبران زیان خواهند دانست (Romero, 2014: 86).

تعهد سوم عبارت از اطلاع‌رسانی قصور احتمالی وام‌گیرنده از بازپرداخت تسهیلات دریافتی است. توضیح آنکه، بانک عامل مکلف است هرگونه قصور وام‌گیرنده از پرداخت اقساط وام دریافتی را به اطلاع بانک‌های شریک برساند. دلیل وجود تعهد فوق را باید در مالکیت ایجاد شده برای بانک‌های شریک نسبت به مبالغ بازپرداخت شده از سوی وام‌گیرنده دانست. از آنجا که بانک‌های شریک به موجب قرارداد منعقد با بانک اصلی (بانک عامل) حق مطالبه بازپرداخت مبالغ وام را بدون ایجاد رابطه قراردادی با وام‌گیرنده از بانک عامل به انتقال می‌گیرند، نسبت به سرنوشت مبالغ بازپرداخت شده

بیگانه نبوده و قصور وام‌گیرنده از پرداخت اقساط وام می‌تواند نسبت به حقوق آنان تأثیر مستقیم داشته باشد. از این‌رو، بانک عامل به موجب قرارداد منعقد شده با بانک‌های شریک مکلف می‌شود که هرگونه قصور وام‌گیرنده در بازپرداخت مبالغ وام را به بانک‌های شریک اطلاع‌رسانی کرده و آنان را از وضعیت مطالبات آگاه سازد. با این وجود، با توجه به فقدان رابطه قراردادی میان وام‌گیرنده و بانک‌های شریک، نامبردگان در صورت قصور وام‌گیرنده از پرداخت اقساط وام قادر به مراجعه به وی نبوده و تنها می‌توانند بانک اصلی را از پرداخت مابقی مبالغ وام به وام‌گیرنده متخلف منع کنند. شایان ذکر است که اعمال محدودیت برای بانک عامل در پرداخت مابقی مبلغ وام مشروط به آن است که در وهله اول پرداخت وام به وام‌گیرنده به صورت یکجا صورت نگرفته باشد. در وهله دوم، منع کردن بانک عامل از پرداخت مابقی مبلغ وام در صورتی قابل اجراست که در قرارداد وام منعقد شده میان وام‌گیرنده و بانک عامل، خودداری از پرداخت مابقی اقساط وام مشروط به عنوان ضمانت اجرای تخلف وام‌گیرنده از پرداخت اقساط پیش‌بینی شده باشد؛ بنابراین، هرگاه شرایط دوگانه فوق موجود نباشد، به دلیل فقدان رابطه قراردادی میان وام‌گیرنده و بانک‌های شریک، نامبردگان ابزاری جهت حفظ حقوق خود نداشته و امکان نظارت مستقیم بر وام‌گیرنده را نخواهند داشت. در چنین فرضی به نظر می‌رسد یکی از راه‌حل‌های قابل‌اعمال جهت حفظ حقوق بانک‌های شریک، مراجعه به بانک عامل از باب نقض تعهدات خود در ایجاد استحکام لازم در قرارداد وام است. راه‌حل دیگر را می‌توان به اجرا گذاردن تضامین و وثیقه‌های وام‌گیرنده از سوی بانک عامل و پرداخت عواید حاصل از آنها به بانک‌های شریک دانست (Menges, 2013b:45).

۲-۳. تعهدات بانک‌های مشارکت‌کننده

مهم‌ترین تعهد بانک‌های مشارکت‌کننده در قبال بانک اصلی (بانک عامل) در وام مشارکتی، پرداخت سهم هریک از آنها از کل مبلغ وام است؛ در واقع هر بانک به

صورت مستقل و جداگانه متعهد است درصدی از مبلغ کل وام را در طی مدت زمان مقرر و با اقساط مورد توافق تأمین کرده و به حساب عامل انتقال دهند تا وی نیز آن را مطابق شرایط قرارداد به وام‌گیرنده پرداخت کند. از این‌رو، بانک‌های مشارکت‌کننده، هیچ‌گونه پرداخت مستقیمی به وام‌گیرنده صورت نمی‌دهند و هرگونه پرداخت و نیز بازپرداخت از طریق بانک عامل انجام می‌پذیرد. استقلال تعهد هر یک از بانک‌های مشارکت‌کننده به این معنی است که هیچ‌یک از آن‌ها تعهد دیگری را مبنی بر پرداخت سهم‌الشرکه خود تضمین نمی‌کنند. در تسهیلات مشارکتی، متعهد اصلی پرداخت وجه وام، بانک اصلی است که پس از انعقاد قرارداد وام مشارکتی با بانک‌های شریک، در نقش عامل نیز قرار می‌گیرد. با وجود این، از آنجایی که وام‌گیرنده طرف قرارداد با بانک‌های شریک محسوب نشده و حتی غالباً از حضور وی در این سازوکار مطلع نیست، در صورت وقوع تخلف از سوی این بانک، تنها بانک اصلی مسئول جبران خسارت است (M.A.L., 2016:899). سهم هر یک از بانک‌های شریک از اقساط بهره یا بازپرداخت وام نیز، محدود به میزان مشارکت بوده و نمی‌توانند در هیچ شرایطی بیش از آن را دریافت دارند؛ بنابراین چنانچه یک بانک به هر نحو، مبلغی را از وام‌گیرنده و یا بانک عامل دریافت کند که بیش از سهم وی باشد، موظف است فوراً مازاد آن را به دلیل ایفای ناروا جهت توزیع بین سایر بانک‌ها، در اختیار بانک عامل قرار دهد.

فرجام سخن

یکی از روش‌های قراردادی رایج در تأمین مالی گروهی که در نوشتار حاضر مورد بررسی قرار گرفت عبارت از قرارداد تسهیلات مشارکتی است. این روش تأمین مالی سازوکاری است که در آن تمامی شرکا طرف قرارداد وام نیستند بلکه بانک اصلی، قرارداد وام را به صورت دوجانبه با وام‌گیرنده به تنهایی منعقد می‌کند و خود متعهد به تأمین کل مبلغ مورد نیاز وام‌گیرنده می‌شود. در عین حال، بانک اصلی بر اساس قراردادهای جداگانه‌ای، حق مطالبه بازپرداخت مبلغ وام اعطایی به وام‌گیرنده را به

انضمام سود متعلق به آن بانک‌های شریک با رعایت درصد مشارکت هریک از آنان انتقال می‌دهد؛ به عبارت دیگر، در تسهیلات مشارکتی یک رابطه مستقیم بستانکار - بدهکار تنها بین وام‌گیرنده و بانک اصلی حاکم است و علیرغم واگذاری درصدی از حق مطالبه بازپرداخت مبلغ وام به بانک‌های شریک، بانک اصلی همچنان به‌عنوان طرف واحد قرارداد با وام‌گیرنده خواهد بود. از این‌رو، وام‌گیرنده می‌تواند اجرای تعهدات موضوع قرارداد وام را تنها از بانک اصلی درخواست کرده و در مقابل نیز بانک اصلی تنها شخصی است که می‌تواند اجرای تعهدات وام‌گیرنده را از وی مطالبه کند؛ بنابراین چنانچه وثیقه‌ای از وام‌گیرنده اخذ شود، تنها در اختیار بانک اصلی قرار خواهد داشت. در تسهیلات مشارکتی، چنانچه یکی از بانک‌های مشارکت‌کننده سهم خود از وام را پرداخت نکند، این مشکل فقط مربوط به بانک اصلی بوده و وام‌گیرنده نه تنها حق مراجعه به آن‌ها را نخواهد داشت بلکه در بسیاری موارد از وجود بانک‌های شریک و نقش آن‌ها در تأمین مبلغ وام نیز بی‌اطلاع است.

احکام و آثار مورد اشاره برآمده از ماهیت حقوقی ویژه و مرکب قرارداد تسهیلات مشارکتی است. موضوع ماهیت حقوقی قرارداد تسهیلات مشارکتی با توجه به عدم وجود کنوانسیون بین‌المللی و نیز عدم وجود قوانین مستقل در حقوق ایران با ابهامات و اختلاف نظرات زیادی مواجه است. تحلیل محتوای این قرارداد نشان از ماهیت مرکب آن دارد، به‌گونه‌ای که تحلیل ماهیت حقوقی آن جز با تجزیه روابط قراردادی موجود در آن میسر نخواهد بود. ساختار قرارداد تسهیلات مشارکتی متشکل از دو قرارداد مستقل و در عین حال، مرتبط با یکدیگر است. قرارداد نخست، قرارداد منعقد شده میان وام‌گیرنده و بانک اصلی است که به موجب آن بانک اصلی در برابر اخذ تضامین و وثیقه‌های متناسب، متعهد می‌شود که مبلغ معینی تسهیلات مالی را در اختیار وام‌گیرنده قرار داده و اصل وام و سود متعلق به آن را در چهارچوب تعیین شده دریافت کند. بدون تردید، ماهیت قرارداد مذکور یک قرارداد وام معمولی است که متضمن تضامین و رهن مورد نیاز است. قرارداد دوم، قرارداد جلب مشارکت بانک‌های شریک

در تأمین مبلغ وام لازم‌التادیه به وام‌گیرنده است که میان بانک اصلی و بانک‌های مشارکت‌کننده منعقد می‌شود. قرارداد مورد اشاره خود موجد دو رابطه (اثر) اصلی می‌شود که هر یک دارای ماهیت حقوقی مجزا و ویژه است. اثر نخست در قرارداد دوم، آن است که بانک اصلی طی قرارداد جلب مشارکت، تمام یا بخشی از حق مطالبه وام را به بانک‌های شریک واگذار می‌کند. به این ترتیب، به محض اینکه بانک اصلی مبالغ بازپرداخت شده از سوی وام‌گیرنده را وصول کرد، این وجوه وصول شده به نسبت میزان مشارکت هریک از بانک‌های شریک، متعلق به آن‌ها خواهد بود. شایان ذکر است که طبق این رویکرد، تنها حق مطالبه وام به بانک‌های شریک واگذار می‌شود و این‌گونه نیست که کل قرارداد وام با جمیع آثارش به این بانک‌ها منتقل شود. به همین دلیل است که بانک‌های شریک به صرف این واگذاری، طرف قرارداد با وام‌گیرنده قرار نمی‌گیرند. بنابراین، به نظر می‌رسد از میان دو نظریه طرح شده در این خصوص (نظریات قرض و واگذاری حق مطالبه)، نظریه اخیر از وجاهت حقوقی بیشتری جهت شناخت ماهیت این قسمت از قرارداد برخوردار است. اثر دوم قرارداد جلب مشارکت در اعطای تسهیلات، اعطای اختیار به بانک اصلی در جهت مدیریت اعطای وام به وام‌گیرنده از طریق وصول سهم هریک از بانک‌های شریک و پرداخت آن به وام‌گیرنده و پرداخت مبالغ بازپرداخت شده از سوی وام‌گیرنده به بانک‌های شریک است. بانک اصلی پس از اخذ اختیار فوق از بانک‌های شریک، وظایف بانک عامل را عهده‌دار شده و مدیریت اعطای وام و بازپرداخت آن را به همراه نظارت بر تضامین و وثیقه‌های وام را انجام می‌دهد. علی‌رغم وجود نظریات متعددی در خصوص توجیه ماهیت حقوقی این بخش از قرارداد جلب مشارکت همچون مشارکت مدنی، تراست و نمایندگی و وکالت، به نظر می‌رسد اعطای اختیار به بانک اصلی (بانک عامل) با نظریه نمایندگی و اعطای وکالت قرابت بیشتری دارد؛ بنابراین، ماهیت قرارداد تسهیلات مشارکتی را باید نوعی قرارداد مرکب به شمار آورد که هر قسمت و اثر آن واجد ماهیتی مخصوص به خود بوده و بر روی هم رفته، ساختار پیچیده آن را تشکیل داده‌اند.

علی‌رغم استقبال گسترده بانک‌ها از تسهیلات مشارکتی در تأمین مالی طرح‌های کلان و بزرگ و توسعه روزافزون کاربرد این روش به‌ویژه در کشورهای غربی، تاکنون منابع حقوقی مشخص و اسناد پایه و همچنین مقررات مربوط به قرارداد فوق در یک کنوانسیون بین‌المللی به صورت جامع و مستقل تدوین نشده است. از این‌رو، در وضعیت موجود، قواعد حقوق نرم همچون رویه‌های تجاری، عرف‌های بانکداری و شروط نمونه قراردادی از جایگاه تعیین‌کننده‌ای جهت تنظیم روابط تمامی طرفه‌ای قرارداد برخوردار است. با این وجود، به دلیل وجود برخی اختلافات در میان منابع یادشده، تدوین یک کنوانسیون بین‌المللی یا قانون نمونه در این زمینه ضروری به نظر می‌رسد تا از این رهگذر، اختلافات موجود پیرامون ماهیت حقوقی قرارداد مورد اشاره و تحلیل و تنظیم روابط حقوقی میان طرف‌های آن مرتفع شده و رویه‌ها و عرف‌های بانکداری موجود در این زمینه به شکل یکسان و مدون تنظیم گردد. در حوزه حقوق داخلی نیز پیشنهاد می‌شود که با توجه به عدم منافات احکام قرارداد فوق با موازین و اصول حقوقی ایران، منابع بین‌المللی موجود مورد توجه قرار گرفته و در اقدامی بایسته، مقررات مربوط به آن توسط نهادهای ذی‌ربط همچون نهاد قانون‌گذار یا دستکم بانک مرکزی و با مشارکت بانک‌ها و نهادهای مالی ذی‌ربط تدوین و اجرایی شود.

منابع

الف. فارسی

اخلاقی، بهروز، امام، فرهاد (۱۳۹۶)، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، چاپ ششم، تهران: مطالعات حقوقی شهر دانش.

برهانی، حمید (۱۳۹۷)، بانکداری و تأمین مالی بین‌المللی، چاپ سوم، تهران: انتشارات سمت.

بناء نیاسری، ماشاءالله (۱۳۸۹)، جنبه‌های حقوقی اعتبارات اسنادی بین‌المللی، رساله دکتری دانشگاه شهید بهشتی.

بیشاپ، اریک (۱۳۸۸)، روش‌های تأمین مالی و پرداخت در تجارت بین‌الملل، ترجمه محمدرضا فارسیانی، چاپ اول، مشهد: انتشارات پاز.

سلطانی، محمد (۱۳۹۱)، حقوق بانکی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

صفایی، سید حسین (۱۳۹۷)، قواعد عمومی قراردادها، چاپ بیست و نهم، تهران: نشر میزان.

عبدی پور، ابراهیم، افشار قوچانی، زهره (۱۳۹۸)، فورفیتینگ، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.

فیروز زارع، علی، برجی، معصومه (۱۳۹۶)، تأمین مالی (مفاهیم، ابزارها، تجارب)، چاپ دوم، تهران: موسسه علمی فرهنگی نص.

فیضی چکاب، غلام نبی و درزی، علی (۱۳۹۳)، «بررسی حقوقی روابط اطراف قرارداد تأمین مالی فاکتورینگ»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۲، شماره ۳، صص ۱۳۶-۱۰۹.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ بیست و پنجم، تهران: نشر میزان.

گودرزی، حسین (۱۳۹۰)، «وام‌های سندیکایی، راهکاری برای حل مشکل تأمین مالی پروژه‌های شهری در ایران»، مجموعه مقالات چهارمین همایش مالیه شهرداری،

مشکلات و راهکارها، تهران: مرکز مطالعات تکنولوژی دانشگاه صنعتی شریف.

موسویان، عباس (۱۳۸۵)، «بررسی فقهی و حقوقی عقود مشارکتی بانکی»، مجله اقتصاد اسلامی، شماره ۴، صص ۹۷-۶۵.

نظریور، محمدتقی و لطفی نیا، یحیی (۱۳۹۳)، «اجرای صحیح تسهیلات مشارکتی در بانکداری

اسلامی به کمک صندوق‌های پروژه محور»، دوفصلنامه تحقیقات مالی اسلامی، شماره ۴، صص ۱۳۴-۱۰۷.

ب. انگلیسی

Clarke, Keith (2002) "Condition Precedent and Covenants in Eurocurrency Loan Agreements", **International Financial Law Review**, Vol.13, pp.24-45.

Clarke, Keith (2012) "Events of Default in Eurocurrency Loan Agreements", **International Financial Law Review**, Vol.17, pp.630-645.

- Ferreira, Miguel (2012) "Universal Banks and Corporate Control", **The Review of Financial Studies**, Vol.23. pp.45-67.
- Fight, Andrew (2004) **Syndicated Lending, Essential Capital Markets**", London, Kindle Edition, First Published.
- Hutchins, Jeffery (2013) "What Exactly Is a Loan Participation", **Rutgers-cam Law Journal**, Vol. 9, pp.70-111
- Lott, Crews (2017) "Structuring Multiple Lender Transactions", **Banking Law Journal**, Vol. 112, pp.546-579.
- M.A.L (2016) "International Loan Syndication", **Virginia Law Review**, Vol.64, pp.32-67.
- Menges, Charles (2013a) "An Agent Liability to Co-Lenders in Participation Loan Transactions", **Rutgers-cam Law Journal**, Vol. 11, pp.75-101
- Menges, Charles (2013b) "Minimizing the Lenders Liability in Participated Loans", **The Practical Real Estate Lawyer**, Vol. 19, pp.67-102.
- Mugasha, Agasha (2005) "A Conceptual Functional Approach to Multi-bank Financing", **Journal of Banking and Finance Law and Practice**, Vol.6, pp.30-56.
- Mugasha, Agasha (2008) **The Law of Multi-bank Financing**, London, Oxford University Press, First Published.
- Revees, Frank (2002) "Bank Law Participation", **Banking Law Journal**, Vol. 174, pp.420-456.
- Rice, Thomas (2014) "The Problems of Loan Participations", **Ali-Aba Course Materials Journal**, Vol.19, pp.514-542.
- Romero, Alfredo (2014) "The Letter of Intent in International Participated Financing", **NAFTA Law and Business Review of Americas**, Vol.18, pp.432-501.
- Ryan, Reade, H. (2009) "The Role of Lead Counsel in Participation Lending Transactions", **The Business Lawyer**, Vol. 64, pp.234-278.
- Semkow, Brian (2017) "Participation International Financial Transactions", **The International Lawyer**, Vol. 18, pp.25-60.
- Soufi, Amir (2007) "Information Asymmetry and Financing Arrangement: Evidence from Syndicated Loan", **Journal of Finance**, Vol.6, pp.117-153.
- Threedy, Debora (2015) "Loan Participations-Sales or Loans, Is That the Question", **Oregon Law Review**, Vol.68, pp.456-500.
- Tompsett, William (2013) "Inter-bank Relations In Loan Participation Agreements", **Banking Law Journal**, Vol.24, pp.321-352.
- Ziegel, Jacob (2015) "Characterization of Loan Participation Agreement", **Canadian Business Law Journal**, Vol. 14, pp.42-78.

UNIDROIT (2016) **Principles of International Commercial Contracts**, Roma. (Last visited on 5 April 2020) in:

<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016-e.pdf>.

UNIDROIT (1988) **Convention on International Factoring**, Ottawa. (Last visited on 5 April 2020) in: <https://www.unidroit.org/leasing-ol/leasing-english-e.pdf>.

United Nations (2001) **Convention on the Assignment of Receivables in International Trade**, New York. (Last visited on 5 April 2020) in <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/receivables/ctc-assignment-convention-e.pdf>.