

## تحلیل اقتصادی معاملات مؤسسات مالی غیرمجاز

جواد یدائی امناب\*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۰/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۶/۲۳

### چکیده

یکی از مهمترین عوامل رسیدن به این اهداف در تمامی کشورها، عملکرد صحیح و منطبق با مقررات و سیاست‌های تعیینی نهادهای حاکمیتی و مالی از جمله تخصیص اعتبارهای خود به نهادهای تولیدی توسط مؤسسات مالی و بانک‌ها می‌باشد تا فعالان اقتصادی در بخش تولیدی نیاز خود به منابع مالی را از طریق دسترسی سریع و مکفی به تسهیلات اعطایی برطرف نمایند که یکی از اثرات مهم آن در اقتصاد، رشد اقتصادی و به تبع آن افزایش اشتغال است. لکن از طرف دیگر چنانچه مؤسسات مالی، تحت نظارت نهادهای حاکمیتی نباشند در برخی موارد به جهت تعارض این سیاست‌ها با منافع مالی خود، از رعایت این الزامات قانونی از جمله میزان سود پرداختی به سپرده‌گذاران، نوع قراردادهای تسهیلات اعطایی به متقاضیان و میزان سود متعلق به آنها، استنکاف می‌ورزند و حتی در برخی از موارد به جهت کسب سود بیشتر، منابع خود را به سمت بخش‌های غیرمولد و حتی مضر اقتصادی هدایت می‌کنند. همچنین به سبب عدم مدیریت صحیح، حتی توانایی استرداد پول‌های سپرده‌گذاران خود را نداشته و امروزه شاهد چنین حوادثی نیز هستیم که منجر به ایجاد بحران در نظام مالی می‌شود. قراردادهای بانکی در وهله اول به عنوان یک قرارداد، تابع قواعد عمومی قراردادها بوده و دارای شرایط قانونی و اصول حاکم مختص به خود هستند که حتی قانونگذار در مواردی امتیازات خاصی برای آنها قائل شده است. با توجه به فقدان مجوز قانونی به لحاظ عدم رعایت شرایط صحت معاملات می‌توان قائل به این نظر بود که چنین مؤسساتی صلاحیت و اهلیت لازم برای انعقاد قراردادهای بانکی را ندارند، لکن از منظر حقوق اقتصادی و نیاز به ایجاد بازار رقابتی و آثار زیان‌بار ابطال چنین معاملاتی، حکم قراردادهای تسهیلاتی، صحت می‌باشد.

واژگان کلیدی: مؤسسات مالی و اعتباری، سرمایه، تخصیص منابع، تحلیل اقتصادی، سیاست پولی.

---

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران.

j.yadaei@gmail.com

## مقدمه

سرمایه، به‌عنوان یکی از عوامل تولید در جوامع مطرح است که امروزه کمبود آن به‌خصوص در کشورهای در حال توسعه عمده‌ترین مشکل در بخش‌های گوناگون اقتصادی به‌شمار می‌رود. مؤسسات مالی و بانک‌ها به‌عنوان واسطه‌های مالی، از ارکان مهم ساختار اقتصادی هر کشور محسوب می‌شوند که وظیفه تجهیز و تخصیص بهینه منابع مالی را برعهده دارند. بنابراین از ابزارهای لازم و مؤثر برای توسعه تولید، اشتغال و اقتصاد هر کشور وجود یک سیستم مالی کارآمد و رقابتی می‌باشد و در راستای تحقق این هدف بایستی تعداد مؤسسات تخصصی مالی افزایش و میزان جمع‌آوری سرمایه و گردش‌های مالی آنها گسترش یابد تا هزینه گردش پول و دسترسی متقاضیان سرمایه به منابع مالی کاهش یابد. با تخصیص بهینه منابع و رشد سرمایه‌گذاری‌های تجاری، رشد اقتصادی سریع‌تر شده و در نتیجه رفاه اجتماعی در سطح جامعه فراهم خواهد شد؛ هرچند که این واقعیت وجود دارد که این مؤسسات مانند سایر بنگاه‌های اقتصادی به‌دنبال حداکثرسازی منافع مالی خود در بازار می‌باشند. بنابراین نظارت نداشتن نهادهای ذی‌ربط و به‌تبع آن عدم رعایت مقررات نظارتی توسط این واسطه‌های مالی می‌تواند آثار زیان‌باری بر اقتصاد کلان جامعه داشته باشد.

### ۱. تعریف و کارکرد مؤسسات مالی و اعتباری

بانک در لغت به‌معنای میز می‌باشد که روی آن چیزهایی می‌فروشند و سازمان و دستگاهی که محل ذخیره پول مردم است و بدان داد و ستد می‌کنند (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۸، ص ۴۳۰۹). کلمه «بانک» از کلمه ایتالیایی «بانکو»<sup>۱</sup> یا «بنچ»<sup>۲</sup> به‌معنای صندلی گرفته شده است. اما در مجموع می‌توان این تعریف را از بانک ارائه کرد که: «بانک، مؤسسه‌ای تجاری است که به جمع‌آوری و تجهیز وجوه مازاد اشخاص و تخصیص و مصرف بهینه آن در جهت سیاست‌های کلی اعتباری و اقتصادی کلان کشور اقدام و همچنین موجبات تسهیل در پرداخت‌ها و انجام سایر خدمات بانکی را در چارچوب قوانین و مقررات فراهم می‌سازد». البته تعریف فوق شامل بانک مرکزی نمی‌شود؛ زیرا

1. Banco.

2. Banch.

بانک مذکور علاوه بر نشر اسکناس و ضرب سکه، وظیفه نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های پولی و بانکی را برعهده دارد (خاوری، ۱۳۷۵، ص ۱۳۷).

سال‌ها قبل از میلاد مسیح هنگامی که خرید، فروش و مبادله کالا میان مردم شروع شد مردم کشورهایی مانند یونان، روم، بابل و چین، لزوم وجود سیستم بانکداری را احساس کردند و به این ترتیب بانک‌های اولیه تشکیل و سیستم ابتدایی بانکداری راه‌اندازی شد. بانکداری به عملیات بانکی شامل افتتاح انواع حساب، پرداخت سود به سپرده‌های بلندمدت و کوتاه‌مدت، صدور دسته‌چک، دادن وام با بهره‌های متفاوت به مشتریان، صدور اعتبارنامه‌های تجاری و غیره اطلاق می‌گردد. اصولاً بانکداری در محلی به نام بانک صورت می‌گیرد؛ چراکه به واسطه وجود اسم بانک در یک محل تحت عنوان مؤسسه‌ای مالی موجب اعتماد مشتریان می‌گردد (ریاضی، ۱۳۸۵، ص ۲۷).

عوامل متعددی بر توسعه بازارهای مالی مؤثر هستند که آنها را می‌توان به دو دسته عمده عوامل اقتصادی (مانند رشد اقتصادی، بیمه اعتبارات، درجه باز بودن اقتصاد، آزادسازی حساب سرمایه و ...) و عوامل غیراقتصادی (مانند عوامل نهادی از جمله وضعیت سرمایه اجتماعی، حقوق مالکیت، وضعیت نظام حقوقی، فشارهای سیاسی و ...) تقسیم‌بندی کرد (صمدی، ۱۳۹۲، ص ۱۲۲). نظام مالی از طریق فراهم آوردن امکان نیل به برنامه «پس‌انداز - سرمایه‌گذاری» بهینه به وسیله کاهش هزینه‌های معاملاتی، می‌تواند تحقق این امر را مساعدت نماید (فقهی کاشانی، ۱۳۸۶، ص ۴). سیستم مالی متشکل از سیاست‌گذاران، سیستم پولی، مؤسسات و نهادهای مالی و بازارهای مالی می‌باشد که به همراه زیرساخت‌های قانونی، مقرراتی و حقوقی خود، تصویر کاملی از ساختار مالی را تشکیل می‌دهند. وظیفه اصلی این سیستم، ساماندهی و جمع‌آوری وجوه و منابع مالی در اختیار عرضه‌کنندگان وجوه به نحوی کارآمد و انتقال کارای آن به متقاضیان وجوه است که از پروژه‌های سودمند و پر بازده برخوردار هستند. حال اگر انتقال این وجوه به صورت کارا در سیستم مالی انجام نشود، فرآیند تأمین مالی و سرمایه‌گذاری و بنابراین رشد اقتصادی با اختلال مواجه خواهد شد (فقهی کاشانی، ۱۳۸۶، ص ۲۷).

واقعیت است که بین نظام‌های مالی و رشد و توسعه اقتصادی رابطه مستقیم و تنگاتنگی وجود دارد. در نظام اقتصادی ایران با توجه به اینکه بازار سرمایه نتوانسته انتظارات فعالان اقتصادی در جذب منابع لازم را برآورده سازد، بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری به عنوان بازیگران اصلی بازار پول، نقش اساسی در تأمین مالی متقاضیان را

دارا می‌باشند و بدین جهت فعالیت‌های مالی آنها تأثیر مستقیمی بر چرخش صحیح چرخ اقتصادی جامعه دارد. از طرفی مهم‌ترین عامل شکل‌گیری و توسعه واسطه‌های مالی، وجود اعتماد عمومی به این نهادهاست که باعث مشارکت مؤثر و قابل توجه مردم در فرآیندهای خدمات مالی آنها شده است. در واقع به واسطه وجود این اعتماد بوده است که واسطه‌های مالی، در طول تاریخ، از صراف‌های قرون وسطا تا بانک‌های فعلی توانسته‌اند وجوه مالی را از پس‌اندازکنندگان خود جمع‌آوری کرده و با اخذ سود بیشتر در اختیار متقاضیان وام قرار دهند. بنابراین چنانچه این مؤسسات وارد فعالیت‌های نامناسب و خارج از چهارچوب قانونی گردند طبیعی است که آثار زیان‌بار این نوع فعالیت‌ها نه تنها دامن‌گیر خود مرتکب خواهد شد، بلکه اعتماد به نهادهای پولی این بازیگران اصلی اقتصاد ایران را نیز مخدوش می‌نماید. امروزه با توجه به فعالیت گسترده مؤسسات مالی غیرمجاز که بعضاً تحت عناوین مختلف دیگری ثبت ولی در عمل مبادرت به فعالیت بانکداری می‌نماید، این خطر بیشتر احساس می‌شود و کمتر روزی است که مردم سپرده‌گذار یا مسئولین اجرایی، قضایی و قانونگذاری، نسبت به عملکرد آنها اعتراضی نداشته باشند. این موضوع زمانی حساسیت بیشتری پیدا می‌کند که حسب اعلام معاون محترم نظارت بانک مرکزی در نخستین سال ساماندهی این مؤسسات در سال ۱۳۹۰، ۲۵ درصد نقدینگی کشور در این مؤسسات غیرمجاز بوده، هرچند این رقم هم‌اکنون به ۱۰ درصد کاهش یافته است، لکن به‌نوبه خود رقم قابل توجهی می‌باشد. از طرف دیگر مهم‌ترین درآمد این مؤسسات مانند سایر فعالان بازار پولی، انعقاد قرارداد تسهیلاتی با متقاضیان می‌باشد و مطابق الزامات مندرج در قوانین پولی و بانکی، طرفین این‌گونه قراردادها بایستی الزامات قانونی در نحوه انعقاد و شرایط شکلی لازم از جمله نوع قرارداد، رعایت اولویت در اعطای تسهیلات و سود متعلقه را رعایت نمایند. بدیهی است تخلف از این ضروریات قانونی توسط مؤسسات غیرمجازی که در غالب موارد صرفاً در سودای کسب منفعت اقتصادی هستند، غیرقابل اجتناب است. در این وضعیت نابه‌هنجار، علم حقوق به‌عنوان مسئول تنظیم‌کننده روابط حقوقی فی‌مابین نهادهای اقتصادی با فعالان اقتصادی، ضمن بررسی همه‌جانبه و در نظر گرفتن الزامات قانونی و اصول حاکم بر قواعد عمومی قراردادها و اقتصادی جامعه، باید نسبت به اعتبار این قرارداد تسهیلاتی اعلام نظر نماید.

## ۲. شرایط صحت معاملات از منظر حقوق قراردادهای

امروزه حسب نیازهای افراد جامعه قراردادهای متنوعی منعقد می‌گردد. تخصیص اعتبارات بانکی به متقاضیان اصولاً از طریق عقود مبادله‌ای شامل عقد جعاله، مرابحه، سلف، خرید دین، فروش اقساطی، استصناع، اجاره به شرط تملیک و عقود مشارکتی شامل قراردادهای مشارکت مدنی، مضاربه، مزارعه، مشارکت حقوقی و مساقات صورت می‌گیرد. البته قانونگذار سه قرارداد مرابحه، استصناع و خرید دین را در برنامه پنجم توسعه به عقود مبادله‌ای و مشارکتی مندرج در قانون عملیات بانکداری بدون ربا اضافه نمود. عقد خرید دین اگرچه قبل از برنامه پنجم در قانون نیامده بود اما در عملیات بانکی از آن استفاده می‌شد آن هم براساس یک آیین‌نامه موقتی که شورای پول و اعتبار تصویب و شورای نگهبان آن را تأیید کرده بود و قانون برنامه پنجم توسعه، این عقد را به‌طور رسمی وارد قانون بانکداری بدون ربا کرد. قراردادهای بانکی دارای ویژگی‌های خاص خود است و در انعقاد آنها علاوه بر الزامات مندرج در قواعد عمومی قراردادها بایستی شرایط قانونی و الزام‌آور دیگری که در قوانین خاص ذکر شده نیز رعایت شود. قانونگذار برای حفظ امنیت سپرده‌های مردم و گردش سریع و آسان سرمایه، امتیازاتی را برای این قراردادها قائل شده است که اهم آن در مورد شرایط شکلی تنظیم، نحوه تعیین و میزان وجه التزام عدم ایفای تعهدات قراردادی مدیون و اعتبار این قراردادها می‌باشد. مطابق ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا، «کلیه قراردادهایی که در اجرای این قانون مبادله می‌شوند، به‌موجب قراردادی که بین طرفین منعقد می‌شود، در حکم اسناد رسمی بوده و در صورتی که طرفین در مفاد آن اختلافی نداشته باشند، لازم الاجرا بوده و تابع مفاد آیین نامه اجرایی اسناد رسمی است». وفق ماده ۷ قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی، «کلیه قراردادهایی که بین بانک و مشتری در اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا منعقد می‌شود، در حکم اسناد رسمی بوده و از کلیه مزایای اسناد تجاری از جمله عدم نیاز به تودیع خسارت احتمالی بابت اخذ قرار تأمین خواسته برخوردار هستند». بنابراین قانونگذار این قراردادها را در حکم اسناد لازم‌الاجرا و اسناد تجاری محسوب نموده است. همچنین یک قرارداد بانکی ممکن است ترتیب خاصی برای مطالبه خسارت داشته باشد که در این صورت، خسارت به‌همان ترتیب قابل مطالبه خواهد بود. تبصره های ۱ و ۲ الحاقی به ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۷۶، خسارت قابل پرداخت از سوی متخلف از قرارداد اعطای تسهیلات را علاوه بر

اصل تسهیلات، شامل سود، خسارت و هزینه‌های ثبتي و اجرایی، دادرسی و حق الوکاله می‌داند. در قانون نحوه وصول مطالبات بانک‌ها نیز آمده است، «کلیه محاکم دادگستری و مراجع قضایی و دوائر اجرای ثبت مکلفند طبق مقررات و شرایط زمان اعطای وجوه و تسهیلات رسیدگی و نسبت به صدور حکم و وصول مطالبات بانک‌ها اعم از اصل و هزینه‌ها و خسارات و متفرعات متعلقه (خسارت تأخیر تأدیه، جریمه عدم انجام تعهد و غیره) اقدام نمایند». با توجه به اینکه مؤسسات مالی و اعتباری غیرمجاز شرایط لازم برای تأسیس را نداشته و از مزایای قراردادهای بانکی برخوردار نمی‌باشند، لکن نحوه فعالیت‌های آنها و شکل قراردادهای منعقد شده توسط آنها همانند بانک‌ها و مؤسسات مالی مجاز بوده و اشخاص نیز به اعتبار مجاز بودن و اعتماد به نظام بانکی با آنها وارد معامله می‌شوند بایستی این موضوع بررسی گردد که با توجه به عدم اخذ مجوزهای لازم برای تأسیس و ارائه خدمات بانکی، آیا نوع قراردادهای منعقد شده توسط این گونه مؤسسات که آیا بانکی است یا خیر و اینکه خود عقود یا شرایط مندرج در آن از جمله وجه التزام مقرر، با در نظر گرفتن وجود اهلیت لازم و قصد و رضای طرفین از منظر حقوق قراردادهای اعتبار دارد یا خیر. صرف نظر از تنوع فراوان معاملات یکی از وجوه اشتراک همگی، شرایط صحت آنها بوده که قانونگذار در ماده ۱۹۰ قانون مدنی، چهار شرط ۱- قصد طرفین و رضای آنها ۲- اهلیت طرفین ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد، را بیان داشته است. همچنین در ماده ۱۰ همان قانون نیز تراضی حاصل از آزادی قراردادی را تا جایی نافذ و محترم می‌شمارد که مخالف قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد و در ماده ۹۷۵ آن قانون، محاکم را موظف دانسته است تا از اجرای قراردادهای مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه جلوگیری نماید و ضمانت اجرای فقدان این شرایط حسب مورد عدم نفوذ و یا بطلان می‌باشد.

حکم بطلان در لغت به معنای ضایع شدن، از کار افتادن، فاسد شدن (معین، ۱۳۵۳، ص ۵۴۸)، بیهوده گشتن، تباهی (انصاف‌پور، ۱۳۷۳، ص ۱۲۷) و در اصطلاح حقوقی بطلان در مقابل صحت و به معنای بلا اثر بودن عمل حقوقی به کار می‌رود.

برخی بطلان را وضعیت قراردادی می‌دانند که در عالم خارج وجود و اثری ندارد (شهیدی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۲۳) و برخی دیگر معتقدند بطلان حالتی است که در آن عقد وجود حقوقی پیدا نمی‌کند خواه در نتیجه واقع نشدن تراضی یا بدون موضوع بودن آن و خواه به دلیل منع قانون از نفوذ تراضی نامشروع، که در واقع این حالت ضمانت

اجرای قواعدی است که در قوانین برای انعقاد و اعتبار عقد مقرر شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۳۲۳). برخی حقوقدانان، بطلان را وصف عمل خلاف قانون می‌دانند که هیچ‌گاه اثری بر آن مترتب نمی‌باشد و فرق نمی‌کند که از اصل قانون آن عمل را به رسمیت نشناسد یا اصل عمل باطل نباشد لکن عارضه‌ای پیدا کند که به جهت آن عارضه و صفتی که پیدا کرده است باطل باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۴۵۴). بنابراین بطلان، وضعیت حقوقی قراردادی می‌باشد که فاقد یک یا چند عناصری است که قانون وجود آن عناصر را جهت اعتبار عقد لازم دانسته است، خواه هدف از وضع این قواعد حمایت از حقوق عمومی و یا مقصود حمایت از منافع شخص یا گروهی خاص باشد و نقض قواعد مرتبط در قرارداد منجر به بطلان آن می‌گردد.

باید در نظر داشت که مهم‌ترین عامل شکل‌گیری و توسعه واسطه‌های مالی، مسئله اعتماد عمومی به این نهادهاست که باعث مشارکت مردم در فرآیندهای خدمات مالی آنها شده است. در واقع به واسطه وجود این اعتماد بوده است که واسطه‌های مالی، در طول تاریخ، از صراف‌های قرون وسطا تا بانک‌های فعلی توانسته‌اند وجوه مالی را از پس‌اندازکنندگان خود جمع‌آوری کرده و با اخذ سود بیشتر در اختیار متقاضیان وام قرار دهند. در صورتی که اعتبار قراردادهای منعقد شده توسط مؤسسات مالی، چه دارای مجوز یا غیرمجاز، زیر سؤال رود در این صورت شاهد اثرات مخربی بر نظام مالی کشور خواهیم بود. نخست اینکه این شبهه را ایجاد می‌کند که نمی‌توان به مؤسسات مالی و بانک‌ها اعتماد نمود و از سپردن پول‌های خود به این نهادها خودداری خواهند کرد. دوم اینکه اشخاص طرف قرارداد که این منابع را دریافت داشته‌اند با توسل به این حمایت قانونی، از ایفای تعهدات خود ممانعت به عمل آورده و با توجه به اینکه منبع اصلی پرداخت این تسهیلات همان سپرده‌های مردم بوده است این مؤسسات مالی هم در انجام تعهدات خود در مقابل مردم ناتوان شده و در نتیجه متضرر اصلی، نظام اقتصادی و مردم خواهند بود.

## ۲-۱. اهلیت

قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ صراحتاً در مواد مختلف از جمله بند ب ماده ۱۱ و بندهای الف تا د ماده ۳۰ اعلام می‌دارد که فعالیت‌های بانکی باید تنها از سوی بانک‌های مجاز صورت گیرد و بانک مرکزی در این زمینه نظارت‌های لازم را اعمال خواهد نمود. همچنین مطابق ماده ۱ قانون تنظیم بازار غیرمتمشکل پولی: «اشتغال به

عملیات بانکی توسط اشخاص حقیقی و یا حقوقی تحت هر عنوان و تأسیس و ثبت هرگونه تشکل برای انجام عملیات بانکی، بدون دریافت مجوز از بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران ممنوع است. عملیات بانکی در این قانون به امر واسطه‌گری بین عرضه‌کنندگان و متقاضیان وجوه و اعتبار به صورت دریافت انواع وجوه، سپرده، ودیعه و موارد مشابه تحت هر عنوان و اعطای وام، اعتبار و سایر تسهیلات و صدور کارت‌های الکترونیکی پرداخت و کارت‌های اعتباری اطلاق می‌شود». بنابراین قانونگذار به صراحت وجود یک مؤسسه مالی اعتباری مجاز به عنوان طرف قرارداد بانکی را الزامی دانسته و سایر نهادهای مشابه را صالح و دارای اهلیت در تنظیم چنین قراردادی ندانسته است.

«اهلیت واژه‌ای عربی است و ترکیبی از واژه اهل و یت می‌باشد. اهل در لغت به معنای شایسته، درخور، یار، زن، آشنا، خانواده و خویش نزدیک و ساکن یک جا آمده است. اهلیت را لغت‌شناسان به معنای شایستگی و درخور بودن آورده‌اند» (ساکت، ۱۳۸۶، ص ۶۸).

حقوقدانان اهلیت را به دو گونه تقسیم نموده‌اند: اهلیت تمتع و اهلیت استیفا. اهلیت تمتع، اهلیت دارا شدن حق است. در مواد ۹۵۷، ۹۵۸ و ۹۶۱ قانون مدنی ایران از اهلیت دارا شدن حق به اهلیت تمتع تعبیر شده است (ساکت، ۱۳۸۶، ص ۶۹). اهلیت تنها برای دارا شدن حق به کار نمی‌رود. صلاحیت داشتن تکلیف و توانایی «متعهد شدن» نیز در آن مطرح است و کلمه «تمتع» با تعهد و التزام به کلی بیگانه است در حالی که «تملک» اگر به معنای دارا شدن به کار رود می‌تواند درباره تعهد و تکلیف نیز مورد استفاده قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۲). استیفا در لغت عبارت است از تمام باز ستدن، تمام چیزی را خواستن (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۴۲). استیفا، استفاده کردن از کار یا مال دیگری با رضای او می‌باشد که در قانون مدنی به عنوان یکی از اسباب ضمان قهری آمده است. در تعریف اصطلاحی اهلیت استیفا یا اهلیت بهره‌وری از حق در برابر اهلیت تمتع یا اهلیت دارا شدن حق آمده و به معنای اعمال حقوقی است که یک شخص دارا است (ساکت، ۱۳۸۶، ص ۶۹). باید گفت هر جا که قانون از اهلیت به طور مطلق نام برده منظور اهلیت استیفا است مگر اینکه قرینه‌ای برخلاف آن وجود داشته باشد. طبق ماده ۲۱۰ قانون مدنی، برای اینکه معامله معتبر باشد طرفین آن باید دارای اهلیت باشند که منظور از آن اهلیت استیفا است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۳۵۸).

در تعریف شخصیت نیز گفته شده است: «شخصیت عبارت از قابلیت است در انسان که بتواند در جامعه دارای تکلیف و حق گردد و آن را به واسطه یا بدون واسطه اجرا



نماید» (امامی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۱۵۰). در این تعریف از کلمه «انسان» استفاده شده و شخصیت را قابلیت دارا شدن حق و تکلیف در انسان می‌داند، در حالی که اشخاص حقوقی نیز می‌توانند طرف حق و تکلیف قرار گیرند. در تعریفی دیگر «شخصیت را وصف و شایستگی شخص برای اینکه طرف و صاحب حق و تکلیف باشد می‌دانند» (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۰، ص ۱۰).

یکی از مفاهیمی که باید از اهلیت تفکیک شود اختیار یا سمت است که در مورد اشخاصی مانند ولی یا وکیل مطرح می‌شود و نباید این دو مفهوم را یکی دانست. برای اهلیت استیفا، داشتن تمیز و اراده شرط است اما هر کسی که دارای اراده باشد لزوماً اهلیت استیفا را نخواهد داشت. شخص هنگامی اهلیت استیفا را دارد که اهلیت تمتع نیز داشته باشد. «ضمانت اجرای عدم اختیار در همه موارد، عدم نفوذ معامله است در حالی که نتیجه عدم اهلیت احتمال دارد بطلان یا عدم نفوذ معامله باشد. اهلیت همیشه موافق اصول است ولی اختیار یا ولایت بر مال دیگری خلاف قاعده است و فقط در جایی پذیرفته می‌شود که قانون یا قرارداد خصوصی آن را مقرر کرده باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۶). عدم اهلیت، امری استثنایی است و بایستی ثابت شود. بنابراین هر کجا شک کردیم که آیا اهلیت وجود دارد یا خیر باید معتقد به وجود آن باشیم. در مورد اهلیت استیفا با توجه به مفهوم ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، اصل عدم اهلیت است و به دلیل نیاز دارد، اما همین که اهلیت ثابت و محرز شد می‌توان حکم به استمرار و بقای آن نمود مگر خلاف آن ثابت شود.

در فصل سوم (مواد ۷ تا ۱۷) قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ در مقام تبیین نوع و شرایط تسهیلات اعطایی بانکی به صراحت از کلمه «بانک» استفاده شده است، ولی در قانون تسری امتیازات خاص بانک‌ها به مؤسسات اعتباری غیربانکی مجاز و در قانون الحاق یک تبصره به ماده ۴۱ قانون پولی و بانکی کشور، برخی از مواد قانونی را شامل تمامی مؤسسات اعتباری غیربانکی که با تشخیص بانک مرکزی به عملیات بانکی مبادرت می‌ورزند دانسته است و در بند ب ماده ۱۱ قانون پولی و بانکی کشور نام مؤسسات اعتباری در کنار بانک‌ها قرار گرفته است. در تمامی موارد ذکر شده به‌انضمام ماده ۱ قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی، قانونگذار بیان داشته که مؤسسه مالی مربوطه بایستی از بانک مرکزی به‌عنوان نهاد متولی بازار پولی کشور مجوز لازم را اخذ نموده باشد. بنابراین مؤسسات مالی غیرمجاز نمی‌توانند مبادرت به فعالیت‌های بانکی و

اعطای تسهیلات بانکی نموده و از این امتیازات قانونی بهره ببرند و فعالیت آنها از این قوانین خروج موضوعی دارند، که با توجه به استفاده قانونگذار از عبارت «ممنوع است» دلالت بر عدم اعتبار چنین قراردادهایی می‌باشد و این اشخاص اهلیت لازم در این خصوص را ندارند.

## ۲-۲. نظم عمومی و اقتصادی

حقوق بانکی در زمره حقوق عمومی به حساب می‌آید. با توجه به محدودیت منابع مالی در کشور، سیاست‌های پولی کشور در راستای تخصیص بهینه منابع، افزایش سرعت گردش پول و کاهش هزینه دسترسی به منابع مالی می‌باشد. یکی از مهمترین عوامل رسیدن به این اهداف در تمامی کشورها عملکرد صحیح و منطبق با مقررات و سیاست‌های تعیینی توسط نهادهای حاکمیتی و مالی توسط مؤسسات مالی و بانها می‌باشد تا از این طریق موجبات اعتماد سرمایه‌گذاران برای سپردن سرمایه‌های خود و اعتماد متقاضیان منابع مالی به جهت امکان دسترسی سریع به تسهیلات به میزان کافی ایجاد شود. این اعتماد، سرمایه اصلی و اجتماعی بازار پول بوده و خدشه بر آن گاهی ضررهایی به شاکله نظام اقتصادی کشورها وارد می‌کند که اثر آن بر اقتصاد، از آثار جنگ‌های طویل‌المدت مخرب‌تر است. حتی به جهت حمایت از سرمایه‌سپرده‌گذاران و جلوگیری از ایجاد اختلال در نظم عمومی اقتصادی، نهادهای قانونی ابزارهای حمایتی لازم از جمله نهاد کفالت را در صورت عدم توانایی مؤسسات مالی در ادای تعهدات پیش‌بینی نموده است.

بنابراین مهمترین اهداف سیاست‌های کلان اقتصادی به طور اعم شامل سیاست‌های پولی، ثبات قیمت‌ها، رشد اقتصادی و سطح مطلوب اشتغال است. از آنجایی که دستیابی به اهداف نهایی به طور مستقیم برای سیاست‌گذاران قابل حصول نیست لذا معرفی اهداف میانی و ابزارهای متناسب ضرورت دارد. همچنین فساد اقتصادی<sup>۱</sup> در یک موقعیت بازارگونه اتفاق می‌افتد و به مبادله نقد و کالای مادی مربوط می‌شود که عنصر اصلی فساد مالی است. فساد مالی در مفهومی گسترده‌تر به دیگر شکل‌های تبعیض، گونه‌های مختلفی از فساد مالی از نظر اجتماعی را نیز شامل می‌شود. به‌طور مثال در

1. Economic corruption.

رانت‌جویی<sup>۱</sup> - که یکی از مصادیق فساد مالی می‌باشد و اکثر مردم آن را به‌نوعی سودهای انحصاری می‌دانند - مؤسسات مالی غیرمجاز می‌توانند با بهره‌گیری از وجود انحصاری بانک‌های و مؤسسات مالی مجاز در سطح کشور که تحت نظر بانک مرکزی و قیود و شرایط قانونی در حال فعالیت می‌باشند می‌توانند بدون در نظر گرفتن الزامات و محدودیت‌های قانونی، از این فضای انحصاری در راستای اخذ سود بیشتر بدون تحمل هزینه‌ها و محدودیت‌های قانونی، سودهای کلانی را به‌دست آورند.

نظم عمومی در یک تقسیم‌بندی، به نظم عمومی سیاسی و اقتصادی تقسیم می‌گردد. نظم عمومی سیاسی مانع از تجاوز به نهادهای اساسی موجود در جامعه می‌شود و لذا فقط جنبه‌ی بازدارنده دارد. بنابراین محدوده‌ی آزادی اراده را نهادهای اساسی که برای زندگی اجتماعی ضروری هستند، و ضرورت‌های مربوط به دفاع از خانواده و دفاع از فرد و اخلاق تشکیل می‌دهند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، صص ۱۶۶-۱۶۵). نظم عمومی اقتصادی به‌مفهوم امروزی به این معنا است که دولت با نظارت بر قراردادهای خصوصی به‌عنوان عامل توزیع ثروت سعی در رهبری اقتصادی می‌نماید و لذا آثار عقود را بر آنها تحمیل و حتی گاه آزادی انعقاد و عدم انعقاد عقود را از آنها می‌گیرد. خود نظم عمومی اقتصادی را می‌توان به دو قسم تقسیم کرد:

الف) نظم عمومی حمایت‌کننده که به‌دلیل برتری یکی از طرفین قرارداد، از طرف ضعیف‌تر حمایت به‌عمل می‌آید.

ب) نظم عمومی هدایت‌کننده که در آن دولت ارشاد اقتصادی را با هدایت قراردادها همراه می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، صص ۱۶۸-۱۶۷).

برخی دیگر از حقوقدانان اعتقاد دارند که نظم عمومی مختص به رشته‌ی خاصی نیست بلکه در تمامی رشته‌های حقوقی وجود دارد (احمدی و استانی، ۱۳۴۱، صص ۷۹-۷۸) و اینکه، نظم عمومی حقوق عمومی اصیل و مثبت است اما نظم عمومی حقوق خصوصی استثنا و منفی است به این معنا که در حقوق عمومی نظم عمومی به‌عنوان قاعده، مقتضی موافق بودن اعمال اشخاص با مقررات آن می‌باشد درحالی‌که در حقوق خصوصی در صورتی که اعمال اشخاص مخالف نظم عمومی نباشد قرارداد صحیح خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۷۹).

1. Rent-seeking.

قانون به معنای تجلی گاه اقتدار و عزم جامعه، اساس و زیربنای نظم عمومی را تشکیل می‌دهد (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۵۸) و این قانون است که به اعمال حقوقی اعتبار می‌دهد و همین قانون، برای اعمال حقوقی محدودیت‌هایی ایجاد کرده است که در ماده ۱۰ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».

از طرفی وجود تعداد بیشتری از واسطه‌های مالی باعث ایجاد فضای رقابتی‌تر بین فعالان بازارهای پولی برای ارائه خدمات بهتر و جذب بیشتر سپرده‌های مردم خواهد شد. لکن با توجه به موارد ذکر شده، در صورت عدم وجود نظارت کافی، نبود توانایی و تخصص لازم در ارائه خدمات مالی، عدم پشتوانه مالی لازم، عملکرد سودجویانه و خلاف سیاست‌های پولی کشور توسط این مؤسسات مالی، با توجه به حجم بالای سرمایه در گردش و تعداد افراد مرتبط با فعالیت‌های مالی آنها نظم عمومی اقتصادی و سیاسی کشور را دچار مخاطره خواهد نمود، که حتی امکان انطباق آن با جرایم فساد مالی و اختلال در نظام اقتصادی وجود دارد. نمونه بارز آن فعالیت واسطه‌های مالی در قالب شرکت‌های مضاربه‌ای در سال‌های نه‌چندان دور است که حتی سپرده‌گذارانی به امید کسب سود، تمامی دارایی خویش از جمله پول حاصل از فروش خود را در اختیار این شرکت‌ها قرار داده‌اند ولی نتیجه حاصله جز تحمیل میلیاردها تومان خسارت به بیت‌المال و سپرده‌گذاران نبوده است. پس چنانچه مؤسسات مالی در اثر عملکرد ناصحیح در پرداخت دیون خود و استرداد به موقع سپرده‌های مردم دچار مشکل شوند، عملاً علاوه بر اینکه یک ریسک سیستماتیک را به بازار پول وارد کرده و اعتماد جامعه به نظام بانکی را خدشه‌دار می‌کنند، برای جلوگیری از ورود خسارت بیشتر بانک مرکزی وارد عمل شده و از امکانات جامعه نسبت مدیریت این نابه‌هنجاری و جبران آثار سوداگری این مؤسسات اقدام می‌کند که ضرری مضاعف را به جامعه تحمیل می‌کند.

از طرف دیگر با اعلام بطلان معاملات یا شرایط مندرج در آنها، راه سوءاستفاده برخی از تسهیلات‌گیرندگان و استنکاف از ایفای تعهدات قراردادی خویش باز می‌شود و به خطر افتادن منافع سپرده‌گذاران و منابع مالی جامعه را در پی خواهد داشت. بنابراین ضروری است که حقوق اقتصادی در راستای وظایف ذاتی خود وارد عمل شده و راه‌حل‌های جلوگیری از بحران و احکام معاملات منعقد شده را تبیین نماید. با توجه به موارد ذکر شده، به این قاعده عقلی می‌رسیم که پیشگیری بهتر از درمان است و بهترین

اقدام به جهت جلوگیری از فعالیتهای زیانبار مؤسسات مالی غیرمجاز و آثار مخرب آن بر نظام اقتصادی کشور می‌تواند جلوگیری از تشکیل چنین مؤسساتی و ممانعت از ادامه فعالیت آنها در بدو امر باشد تا از تشکیل پرونده‌های قضایی متعدد و خدشه به بازار پولی کشور جلوگیری شود و مجوز قانونی آن نیز در قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی صادر شده و به نیروی انتظامی تکلیف شده است که در صورت درخواست بانک مرکزی بایستی از ادامه فعالیت آنها جلوگیری نماید.

### ۳. تحلیل اقتصادی معاملات مؤسسات مالی و اعتباری غیرمجاز

حقوق، با وضع قوانین و مقررات، اهداف خاصی را دنبال می‌کند. بدون شک یکی از اهداف اصلی نظام‌های حقوقی، اصلاح رفتار افراد است تا حداقل بعضی از افراد را وادار کند آن‌گونه که خود انتخاب نکرده‌اند به‌واسطه مشوق‌ها و موانع قانونی، بدان ترغیب شده و رفتار نمایند. علم اقتصاد که همان مطالعه انگیزه‌هاست، برای پیش‌بینی تأثیر این قوانین و مقررات بر رفتار افراد می‌تواند به حقوق کمک کند (Goetz, 1984-2006, p. 1). تعامل دوجانبه حقوق و اقتصاد دارای پیشینه‌ای دیرینه است. ریشه‌های تحلیل اقتصادی حقوق در سده هجدهم و در آثار *آدام اسمیت*<sup>۱</sup>، *سزار بکاریا*<sup>۲</sup>، *کندروست*<sup>۳</sup> و *جرمی بنتام*<sup>۴</sup> یافت می‌شود. در سده بیستم این گرایش با مقاله معروف «مسئله هزینه اجتماعی» *رونالد کوز* مطرح شد. همچنین نگرش اقتصادی به حقوق در نوشته‌های *گری بکر*<sup>۵</sup> در زمینه اقتصاد تبعیض و آثار *کالابرسی*<sup>۶</sup> در زمینه مسئولیت مدنی نیز به چشم می‌خورد. ضعف تحلیل‌های تک‌بعدی و عواملی نظیر شکست بازار زمینه لازم برای گسترش حوزه‌های میان‌رشته‌ای را فراهم نمود (یثربی، ۱۳۹۳، صص ۲۲۶-۱۹۷). همچنین در عرصه حقوق نیز آنچه که زمینه لازم برای مطالعات میان‌رشته‌ای حقوق و خصوصاً حقوق و اقتصاد را فراهم نمود گذر از شکل‌گرایی<sup>۷</sup> و غلبه رویکرد واقع‌گرایی<sup>۸</sup> بر حقوق بوده است.

1. Smith, Adam.
2. Bekaria, Cesare.
3. Condorelli, Marquis De.
4. Bentham, Jeremy.
5. Becker, Gary.
6. Calabresi, Guido.
7. Legal Formalism.
8. Legal Realism.

براساس مکتب واقع‌گرایی، حقوق، رشته‌ای خودکفا و بی‌نیاز از دیگر علوم نیست و بنابراین بایستی از یافته‌های دیگر علوم در حقوق استفاده نمود (بابایی، ۱۳۸۶، ص ۱۸).

### ۳-۱. رابطه بین کارایی مؤسسات مالی اعتباری و افزایش تولید

اقتصاددانان در مورد اهمیت سیستم مالی در توسعه اقتصادی و مالی، نظرات متفاوتی دارند. هیکس<sup>۱</sup> (۱۹۶۹) معتقد است که سیستم مالی از طریق تجهیز سرمایه برای طرح‌های بزرگ در آغاز انقلاب صنعتی نقش حیاتی داشته است. بانک‌های خوب با شناسایی و تأمین مالی کارفرمایانی که بیشترین شانس را برای تولید محصولات جدید و یا اجرای طرح‌های ابتکاری دارند، موجب تقویت نوآوری‌های تکنیکی می‌شوند. در مقابل، رابینسون<sup>۲</sup> (۱۹۵۲) بر این باور است که سیستم مالی پیرو بخش واقعی اقتصاد است. هرگاه بخش واقعی اقتصاد توسعه یابد بخش مالی نیز به دنبال آن توسعه خواهد یافت. گروهی دیگر از اقتصاددانان اعتقادی به اهمیت توسعه مالی و نقش آن در توسعه اقتصادی ندارند. لوکاس<sup>۳</sup> بیان می‌دارد که اقتصاددانان بیش از اندازه بر نقش عناصر مالی در رشد و توسعه اقتصادی تأکید دارند. در حالی که اقتصاددانان توسعه در این خصوص تردید دارند و هر از گاهی بخش مالی را در تحلیل‌های خود نادیده می‌گیرند (طیبه و همکاران، ۱۳۹۰، ص ۲).

مهمترین نقش سیستم مالی در اقتصاد را می‌توان تجمیع و تخصیص بهینه منابع دانست که مهمترین این خدمات عبارتند از:

الف) افزایش پس‌اندازها: وجود مؤسسات پولی و بانکی، با افتتاح گونه‌های مختلف حساب‌های سپرده با مدت‌های متفاوت و اعطای سود با عنوان درآمدهای حاصل از این سپرده‌ها به صاحبان آن، موجب می‌گردد که میل به پس‌انداز سرمایه‌ها اعم از کوچک و بزرگ افزایش یابد و نهایتاً از رشد نقدینگی در جامعه جلوگیری شود.

ب) کاهش هزینه‌ها: با وجود واسطه‌های پولی، دیگر لازم نیست که صاحبان پس‌اندازها و متقاضیان وام، در جستجوی هم باشند و در این راستا متحمل هزینه‌های مربوطه گردند؛ زیرا مؤسسات مالی با حمایت‌های قانونی و داشتن افراد متخصص، منابع

1. Hicks, J.  
2. Robinson, j.  
3. Lucas, R.

را در مقابل اخذ وثیقه‌های متعدد و مناسب در اختیار فعالان اقتصادی قرار می‌دهند که با توجه به سرعت عمل بالاتر و کاهش هزینه‌های انجام این اعمال، در نهایت منجر به کاهش هزینه‌های تخصیص منابع می‌گردد.

ج) بلندمدت شدن اعتبار: با توجه به افزایش جریان سپرده‌گذاری و اخذ وجوه از سپرده‌گذاران و همچنین توانمندی بالای مؤسسات مالی، مبلغ قابل توجهی از منابع مالی در اختیار این واسطه‌های مالی قرار دارد. این ویژگی این امکان را برای آنها فراهم آورده که اقدام به اعطای وام‌های بلندمدت نمایند و از این طریق موجب رشد پروژه‌های سرمایه‌گذاری بلندمدت در کشور گردند. در حالی که علی‌القاعده افراد یا مؤسسات عادی با توجه به محدود بودن منابع خویش امکان اعطای چنین وام‌هایی را ندارند.

د) افزایش میزان اعتبارها: با توجه به نیاز کشور به سرمایه‌گذاری‌هایی عظیم در زیرساخت‌ها و واحدهای تولیدی به‌طور معمول اعتبارات مورد نیاز اجرای آنها توسط سرمایه‌گذاران حقیقی یا مؤسسات غیرمالی امکان‌پذیر نمی‌باشد و این مؤسسات مالی و اعتباری می‌باشند که با استفاده از شعبات متعدد خود پس‌اندازها و سرمایه‌های پراکنده اشخاص و خانواده‌ها را جمع‌آوری و تبدیل به یک سرمایه بزرگ نموده و به‌عنوان یک واسطه مالی در اختیار صاحبان سرمایه و مؤسسات تولیدی و تجاری قرار می‌دهند که از این طریق زمینه را برای رشد و شکوفایی و اشتغال در مقیاس بالا فراهم می‌آورند (موسویان، ۱۳۸۶، ص ۱۱۸).

به‌طور کلی بحث نظری آثار توسعه مالی بر رشد اقتصادی بر این پایه استوار است که چنانچه سیستم مالی بتواند به وظایف اصلی خود در مورد کاهش هزینه اطلاع‌رسانی، تسهیل مبادلات و بررسی دقیق‌تر هزینه‌ها عمل نماید منجر به افزایش رشد اقتصادی خواهد شد. تجهیز منابع جهت برآوردن نیازهای مالی طرح‌های نوآورانه، مدیریت ریسک و نقش واسطه‌های مالی در تنوع بخشیدن دارایی‌ها، کاهش ریسک و بالأخره پیش‌بینی سود انتظاری که صنعت در اثر بهره‌گیری از تکنولوژی جدید حاصل از فعالیت‌های نوآورانه به دست می‌آورد. تمامی این عوامل می‌تواند زمینه‌های مناسب جهت افزایش رشد اقتصادی را فراهم آورد (نظیفی، ۱۳۸۳، ص ۱۰۳).

نکته اساسی حقوق و اقتصاد جدید در ورود عامل بهره‌وری و کارایی اقتصادی، در شکل دادن به قواعد حقوقی است. در واقع برخلاف حقوق سنتی که قواعد حقوقی را در چارچوب و برای تأمین «عدالت و انصاف» می‌دید، حقوق و اقتصاد، کارایی اقتصادی را

به‌عنوان هدف و پارامتر اصلی قواعد حقوقی در نظر می‌گیرد و تحلیل‌های خود را از قواعد حقوقی براساس میزان کارایی ترسیم می‌کند و پیشنهاد ایجاد یا اصلاح قواعد حقوقی را برای نیل به کارایی بیشتر ارائه می‌دهد. از جمله معیارهایی که برای سنجش کارایی مطرح شده است، معیار کارایی «پارتو» است. در این معیار، دو مفهوم «برتر پارتو» و «بهینه پارتو» مواجه هستیم. موقعیت برتر پارتو زمانی محقق می‌شود که در آن دست‌کم وضع یک نفر بهتر شده و وضع کسی نیز بدتر نشود. همچنین وضعیت بهینه پارتو به موقعیتی اشاره دارد که در آن، وضعیت برتر پارتو متصور نباشد؛ یعنی هرگونه تغییر در موقعیت دست‌کم، وضعیت یک نفر را بدتر می‌کند. در تحلیل اقتصادی حقوق بر کارایی قواعد حقوقی تأکید شده و این امر به‌عنوان سنگ محک اندیشمندان این حوزه جهت ارزیابی قواعد حقوقی به‌کار گرفته می‌شود.

در بیانات واقع‌گرایان، به نقش متقابل علم اقتصاد و حقوق اشارات بسیاری شده است. از جمله ملاحظات واقع‌گرایان در این ارتباط آن است که تحولات حقوقی معمولاً تابعی از تحول در عقاید و شرایط اقتصادی بوده که تقاضای تحول حقوقی را ایجاد کرده است و همچنین تحولات اقتصادی به‌وسیلهٔ تحولات حقوقی مدیریت شده است (Simon & Schuster, 1973, p. 535).

از نظر پوزنر آنچه که کارا محسوب می‌شود و حقوق باید آن را برآورده سازد «به‌حداکثر رسانیدن ثروت»<sup>۱</sup> است و ثروت نیز در صورتی به‌حداکثر می‌رسد که ارزش جمعی تمام کالاها و خدمات افزایش یابد. ارزش نیز به‌وسیله آنچه که مالک کالا یا خدمتی حاضر است در مقابل مبلغی پول آن را از دست دهد یا دیگران (غیر از مالک) حاضرند برای به‌دست آوردنش پرداخت کنند، مشخص می‌شود (بادینی، ۱۳۹۲، صص ۳۹۹-۳۹۸).

در ادبیات اقتصادی، برای بهره‌وری توسط اقتصاددانان، مؤسسات و سازمان‌های بین‌المللی مفاهیم متعددی ارائه شده است، به‌طوری‌که واژه بهره‌وری برای اولین بار در سال ۱۷۷۶ توسط کنه به‌کار رفته است (خاکی، ۱۳۷۶، ص ۲۱).

---

1. Wealth Maximization.



### ۳-۲. نقش مؤسسات مالی و اعتباری غیرمجاز در ایجاد بازار رقابتی و افزایش تولید و اشتغال

«رقابت» در لغت به معنای انتظار کردن، چشم داشتن و نگهبانی است (دهخدا، ۱۳۷۷، ص ۱۲۱۸۹). در محیط بازاری هر کنشگری مراقب رقیب تجاری خود است و فعالیت‌های او را به دقت در نظر دارد تا مبادا مغلوب او شده و با از دست دادن کسب و کار خویش مجبور به ترک بازار شود. آن دسته از جوامعی که انتخاب آزادانه افراد را محدود می‌کنند به لحاظ اقتصادی عقب مانده‌تر و ناکارآمدتر خواهند بود (Block, 1991, p. 31). چنانچه شرایط بازار رقابتی فراهم و رقبا از مزایا یا محدودیت‌های قانونی یکسانی برخوردار باشند رقابت، کارایی اقتصادی بازار را به‌رمغان می‌آورد. در تئوری اقتصاد خرد نئوکلاسیک، رقابت بهترین شیوه ایجاد کارایی اقتصادی است و تضمین خواهد نمود که تولیدات به‌قیمت تعادلی به مصرف‌کنندگان ارائه شود؛ زیرا برای پیروزی در این رقابت و حفظ بقای خود در بازار، سعی در ارائه تولیدات و خدمات نوین و با کیفیت بهتر با هزینه‌های کمتری به مشتریان بازار نمایند که نتیجه آن کاهش هزینه‌های تولید و خدمات و افزایش مطلوبیت مشتریان خواهد بود. وجود رقابت سالم در یک بازار متعادل ابزاری ضروری برای اقتصاد مبتنی بر بازار است. مزیت رقابت، تولید محصول با حداقل هزینه است و بنابراین اگر رقابت از بین برود، در نهایت مصرف‌کنندگان جامعه زیان می‌بینند (calvani e j Siegfried, 1979, p. 4).

امروزه آمارها همگی بیانگر آن است که با افزایش تعداد مؤسسات مالی مجاز غیردولتی، کارایی و کیفیت خدمات بانکی نیز افزایش یافته است و بنابراین، بانک‌های دولتی خصوصاً بانک‌هایی که کارایی فنی پایین‌تری را تجربه می‌کنند می‌توانند با استفاده از تجربه بانک‌های خصوصی از جمله استفاده از پرسنل تحصیل کرده، متعهد و مؤدب، آموزش بهتر پرسنل، استفاده مناسب از شیوه‌های نوین مدیریتی، مشتری‌مداری و احترام واقعی به ارباب‌رجوع، تنوع‌بخشی به خدمات بانکی و استفاده روزآمد از فناوری اطلاعات و تکنولوژی‌های مرتبط با صنعت بانکداری، خود را به‌مرز کارایی فنی نزدیک سازند. تعداد مؤسسات مالی و اعتباری با هزینه‌های دسترسی به منابع مالی نیز رابطه معکوس دارد و هرچه در بازارهای پولی، واسطه‌های مالی کمتری برای ارائه خدمات وجود داشته باشد طبیعتاً هزینه‌هایی که متقاضی تسهیلات بایستی پرداخت نماید از جمله نرخ سود و یا کارمزد ارائه خدمات و

همچنین مدت زمان انتظار برای اخذ تسهیلات که در برخی موارد هزینه تحمیلی اش از نرخ سود بالاتر است، بیشتر خواهد بود. لکن در جایی که نهادهای نظارتی و حاکمیتی مانند مجلس شورای اسلامی، شورای پول و اعتبار و بانک مرکزی الزامات قانونی محدودکننده‌ای از جمله تعیین سقف نرخ سود بانکی و سود متعلقه به قراردادهای تسهیلاتی، تعیین بخش‌های اقتصادی دارای اولویت برای اخذ تسهیلات و رعایت تشریفات و آیین شکلی تنظیم قرارداد را بر مؤسسات مالی مجاز و بانک‌ها تحمیل می‌نماید، هم باعث تحمیل هزینه بیشتر و کاهش درآمدهای حاصل از فعالیت این فعالان اقتصادی مجاز شده و هم با توجه به فراغت مؤسسات مالی غیرمجاز در رعایت این مقررات محدودکننده، با وعده سودهای بالا به سپرده‌گذاران و بدون لحاظ بخش اقتصادی که متقاضی تسهیلات در آن فعالیت دارد با اعطای تسهیلات با سود بالاتر از نرخ قانونی به درآمدهای بالایی دست می‌یابند و این امتیازات ناخواسته و نانوشته اعطایی نهادهای حاکمیتی به مؤسسات مالی غیرمجاز، از چند جهت نظام اقتصادی کشور را با مشکل مواجه می‌سازند که قابل تأمل و تدقیق می‌باشد. نخست اینکه رقابت سالم بین بانکی و عادلانه در بازار مهم اقتصادی را دچار مشکل نموده و به‌عنوان یک عامل خارجی زیان‌بار، بازار پولی کشور را دچار کاستی و حتی شکست می‌نمایند. همچنین با توجه به عدم امکان پرداخت چنین سودهایی از سوی بخش تولیدی، این اعتبارات بیشتر به بخش‌های غیرمولد اقتصاد هدایت می‌شوند و نتیجه‌ای جز ایجاد اختلال در سیاست‌ها و برنامه‌های اقتصادی کشور نخواهد داشت. از سوی دیگر واسطه‌های مالی غیرمجاز اصولاً بدون رعایت تشریفات قانونی و سپرده‌گذاری سرمایه کافی اولیه توسط خود تشکیل شده و منبع اصلی تأمین وام‌های اعطایی‌شان سپرده‌های مردم عادی است که به‌علت پرداخت سودی بیشتر از بانک‌ها و مؤسسات مجاز سرمایه‌های زندگی خویش را به مؤسسات غیرمجاز سپرده‌اند. در موارد فراوانی دریافت‌کنندگان تسهیلات به‌علت بالا بودن نرخ سود آن توانایی لازم در بازپرداخت بدهی خود در موعد مقرر را نداشته و معوقات بالای این مؤسسات باعث می‌گردد تا نتوانند تعهدات خود را در برابر سپرده‌گذاران ایفا نمایند و امروزه شاهد نتایج زیان‌بار چنین اعمالی هستیم که حتی بازتاب سیاسی و اجتماعی آن از جنبه اقتصادی بیشتر است. وقتی که سازوکار خودگردان و مستقل بازار در تخصیص منابع نمی‌تواند مطابق اهداف و الگوهایی باشد که توسط اقتصاد هنجاری تعیین شده است، ما با نوعی از

نارسایی بازار مواجه هستیم. بنابراین، شکست بازار به معنای انحراف از اصول اقتصاد هنجاری است که باید آن را با استفاده از اقداماتی خارج از سازوکار بازار اصلاح کنیم و این اقدامات نیز توسط اقتصاد هنجاری تجویز شده است. بنابراین، هم عملکرد آزاد بازار و هم اقدامات خارجی که جهت کاستی‌های بازار انجام می‌شود، منوط به دستورالعمل‌های اقتصاد هنجاری است.

با در نظر گرفتن موقعیت خاص و حساسیت موجود نسبت به فعالان بازار پولی و عملکرد آنها در نظام اقتصادی کشورمان، به خصوص اثرات گسترده و زیان‌بار معاملات مؤسسات غیرمجاز، این اقتضا وجود دارد که به جهت حفظ منافع سپرده‌گذاران بازار پول و جلوگیری از بروز ریسک سیستماتیک، با رعایت اصول حاکم بر اقتصاد مبتنی بر بازار، دولت برای جبران این کاستی، با دخالت در بازار ابتدا از به وجود آمدن این اخلاص‌گران اقتصادی جلوگیری نموده و در غیر این صورت، با شناسایی مؤسسان، مدیران و دارایی‌شان آنها را از بازار خارج نماید لکن معاملات آنها بایستی صحیح دانسته شود تا زمینه سوءاستفاده و اتلاف سرمایه‌های مردم عادی فراهم نگردد و در راستای وصول معوقات از بدهکاران اقدامات شایسته‌ای نیز به عمل آید. هرچند که ممکن است هزینه‌های اجتماعی چنین اعمالی بر جامعه تحمیل گردد، لکن ضمن تلاش در داخلی کردن هزینه‌ها و تحمیل آن بر مستبان ایجاد این عامل خارجی بازار، با ارزیابی نهایی و بررسی هزینه و فایده چنین اقداماتی، کارایی آنها اثبات می‌گردد.

## نتیجه

نهادهای حاکمیتی در راستای حفظ مصالح سیاسی و اقتصادی کشور، درخصوص نحوه فعالیت مؤسسات مالی از جمله نحوه تخصیص منابع خود و اعطای تسهیلات، قواعد الزام‌آوری را وضع نموده و بر اجرای صحیح آن نظارت دارند. علی‌رغم وجود چنین محدودیت‌های قانونی، امروزه شاهد تأسیس مؤسسات مالی غیرمجازی هستیم که تحت عنوان‌های مختلف به بانکداری اشتغال دارند و فارغ از رعایت چنین الزاماتی، با آسودگی خاطر و بعضاً تبلیغات گسترده و دادن وعده سودهای بالا، بدون اینکه سرمایه لازم برای تشکیل را داشته باشند، مبادرت به جذب سپرده‌های مردم نموده و بدون در نظر گرفتن ملاحظات مربوط به نوع فعالیت و توانمندی در بازپرداخت بدهی متقاضیان، این منابع مالی را در قالب عقود مختلف، به‌عنوان وام و تسهیلات به ایشان پرداخت می‌نمایند که با توجه به سود بالای آن که اغلب بخش‌های تولیدی قادر به پرداخت چنین سودی نمی‌باشند، این منابع جامعه به بخش‌های غیرمولد هدایت می‌شوند. در بادی امر این‌گونه به نظر می‌رسد که با رشد چنین مؤسساتی، رقابت بین بانکی افزایش یافته و تعدادی از متقاضیان اشتغال در این بخش مشغول کار شده و فعالیتشان کارا می‌باشد. لکن لازمه یک بازار رقابتی شرایط تحمیلی یکسان بر تمامی فعالان بازار می‌باشد و از طرفی این اشتغال محدود در برابر زیان‌هایی که این مؤسسات با پرداخت منابع محدود جامعه به بخش‌های غیرمولد دارند، قابل قیاس نبوده و این رشد بخش تولید داخلی است که موجب افزایش ثروت و اشتغال پایدار خواهد بود. با توجه به تبعات زیان‌بار بطلان معاملات مؤسسات مالی غیرمجاز، بهترین روش مقابله، جلوگیری از تأسیس آنها و در صورت تشکیل، به‌دست‌گیری مدیریت (کفالت) تا اتمام تصفیه دیون و مطالباتشان می‌باشد، هرچند همین روش‌ها نیز هزینه‌های اجتماعی قابل توجهی را بر پیکر اقتصادی جامعه تحمیل می‌نماید.

## فهرست منابع

## الف. کتاب‌ها

۱. احمدی و استانی، عبدالغنی؛ *نظم عمومی در حقوق خصوصی*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۱.
۲. امامی، حسن؛ *حقوق مدنی*، جلد ۴، کتابفروشی اسلامیة، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷.
۳. انصاف‌پور، غلامرضا؛ *فرهنگ فارسی کامل*، انتشارات زوار، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۳.
۴. بادینی، حسن؛ *فلسفه مسئولیت مدنی*، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۲.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *ترمینولوژی حقوق*، گنج دانش، چاپ هفتم، تهران، ۱۳۷۲.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت*، جلد اول، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، جلد اول، گنج دانش، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۸۸.
۸. خاکی، غلامرضا؛ *ارزش افزوده (راهی برای اندازه‌گیری بهره‌وری)*، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، ۱۳۷۶.
۹. خاوری، محمودرضا؛ *حقوق بانکی*، نشر مؤسسه عالی بانکداری ایران، چاپ سوم، تهران، ۱۳۷۵.
۱۰. دهخدا، علی‌اکبر؛ *لغتنامه*، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۷.
۱۱. ساکت، محمد؛ *شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی*، انتشارات جاودانه- جنگل، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۶.
۱۲. شهیدی، مهدی؛ *تشکیل قراردادها و تعهدات*، جلد ۱، نشر حقوقدان، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷.
۱۳. شهیدی، مهدی؛ *حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات*، جلد دوم، انتشارات مجد، چاپ دهم، تهران، ۱۳۹۳.
۱۴. صفایی، حسین و قاسم‌زاده، مرتضی؛ *حقوق مدنی: اشخاص و محجورین*، انتشارات سمت، چاپ هفدهم، تهران، ۱۳۹۰.
۱۵. کاتوزیان، امیرناصر؛ *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ ششم، ۱۳۸۳.

۱۶. کاتوزیان، امیرناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۸۳.
۱۷. فقهی کاشانی، محمد؛ تکمیل نهادهای مالی کشور، انتشارات پژوهشکده پولی و بانکی، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۶.
۱۸. معین، محمد؛ فرهنگ فارسی معین، جلد ۳، امیرکبیر، چاپ دوم، تهران، ۱۳۵۳.

#### ب. مقاله‌ها

۱۹. بابایی، ایرج؛ مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، پژوهش حقوق و سیاست، دوره ۹، شماره ۲۳، ۱۳۸۶.
۲۰. ریاضی، حامد؛ نگاهی به تاریخچه بانک و بانکداری در ایران، مجله بانک و اقتصاد، شماره ۳۸، ۱۳۸۵.
۲۱. صمدی، علی حسین؛ عوامل مؤثر بر توسعه مالی در نظام بانکی ایران با تأکید بر تورم، بیست و چهارمین همایش بانکداری اسلامی، تهران، ۱۳۹۲.
۲۲. طیبی، سیدکامیل و همکاران؛ اثرات آزادسازی و توسعه مالی بر رشد اقتصادی کشور، فصلنامه اقتصادی مقداری (بررسی‌های اقتصادی سابق)، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۰.
۲۳. موسویان، سیدعباس؛ نقد و بررسی قانون عملیات بانکی بدون ربا و پیشنهاد قانون جایگزین، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، ۱۳۸۶.
۲۴. نظیفی، فاطمه؛ توسعه مالی و رشد اقتصادی، مجله پژوهشنامه اقتصادی، دوره ۴، شماره ۳، ۱۳۸۳.
۲۵. یثربی، سیدعلی محمد؛ قرائت فقهی حقوق اقتصادی، مجله حقوق خصوصی، شماره ۲۴، بهار و تابستان ۱۳۹۳.

#### ج. منابع خارجی

26. Block, Reconciling, Freedom and Equality, in the Gp pendse (ed), perspective on Economic Future: Forms and Evaluation, NewYork, 1991.
27. Goetz, Charles J., 1984-2006, Law and Economics: Cases and Materials, university of Virginia, (at: <http://www.Law.Virginia.edu>).
28. Simon and Schuster, law. NewYork (1973) -Lawrence M. Friedman, A history of American4.
29. T calvani e j Siegfried, Economic Analysis and Antitrust law, Boston, 1979.

## Economic Analysis of Transactions of Unauthorized Financial Institutions

Javad Yadaei Amnab\*

Received: 14/09/2018

Accepted: 04/01/2019

### **Abstract**

*One of the most important factors in attaining economic growth and prosperity in all countries is the proper functioning of sovereign and financial institutions in accordance with the policies and regulations set forth, including the allocation of credit facilities to the manufacturing sector by banks and financial institutions, thus enabling the economic players to access adequate financial resources quickly and efficiently and obviate their financial resource requirements, most importantly leading to economic growth and consequently increased employment. On the other hand, however, if financial institutions are not supervised by sovereign institutions, in some cases, due to a conflict of their own financial interests with said policies, they may refuse to abide by these legal requirements, including interest rates paid to depositors, type of contracts for awarding facilities to applicants and the interest rates thereof, and may, on occasion, drive most of their resources to nonproductive, or even disruptive, economic sectors in pursuit of greater interests. Furthermore, poor management makes said institutions incapable of even reimbursing depositors, bringing about disasters in the financial system, the likes of which can be observed in today's Iran. Bank contracts, first and foremost, follow general rules of contract law and have further legal conditions and principles of their own, and even legislators have allowed them certain privileges. Considering the lack of a legal authorization due to nonobservance of genuine transaction conditions, one can safely assume that these institutions lack the required qualification and competence for entering into bank contracts, however, as viewed by economic law, the need for creating a competitive market, and the detrimental impacts of nullifying such contracts, facility contracts must be judged as genuine, nonetheless.*

**Keywords:** *Financial A\and Credit Institutions, Capital, Allocation of Resources, Economic Analysis, Monetary Policy.*

---

\* Ph.D Student of Private Law at Science and Research Branch of Islamic Azad University.  
j.yadaei@gmail.com