

حل و فصل مالی

بانک‌ها و مؤسسات اعتباری متوقف

«بانگاهی به طرح جامع بانکداری»*

- احمد بیگی حبیب‌آبادی^۱
- حسین پاشایی^۲

چکیده

علت عمده بحران‌های مالی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، توقف از ایفای تعهداتی است که بر عهده آن‌هاست. راهکار نظام سنتی برای برون‌رفت از این بحران، اعمال فرایند ورشکستگی است. امروز اندیشه‌های حقوقی به این سو گرایش دارند که برای جلوگیری از تشدید بحران‌های مالی، باید نظام عادی ورشکستگی را رها ساخته و در اندیشه ضرورت‌های اجتماعی، اقتصادی و... بود تا با صرف کمترین هزینه، بیشترین کارایی را به ارمغان آورد. نظام حل و فصل مالی، ابزارهای متنوعی را برای حفظ ثبات مالی بانک‌ها طراحی نموده و به مقامات ناظر، اجازه مداخله زودهنگام را داده است. همچنین در صورت عدم توفیق در بازسازی نیز تضمین سپرده‌ها می‌تواند اطمینان خاطر سپرده‌گذاران را فراهم نماید. از سوی دیگر، باید حرمت سایر قواعد حقوقی از جمله «عدل و انصاف

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. استادیار پژوهشگاه قوه قضائیه (beygiah@yahoo.com).

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسئول) (pashae.lawyer@gmail.com).

در ورشکستگی» و «ولکر» نگاه داشته شود.

از این رو، در تحقیق حاضر به دنبال آن هستیم تا نظام مذکور را معرفی کنیم و نقاط قوت و ضعف آن را به تصویر کشیده و تا حد امکان با «طرح جامع بانکداری جمهوری اسلامی ایران» منطبق نماییم.

واژگان کلیدی: ابزار گزیر، راهبرد تقنینی، نجات از درون، نجات از بیرون، ورشکستگی.

مقدمه

«فلس» در لغت به معنای بی چیز شدن و «إفلاس» نیز باب افعال است. «أفلس الرجل» شخصی است که اموال باارزش خود را از دست داده و تنها پول سیاه برای وی باقی مانده است. «مفلس» نیز کسی است که ورشکسته شده و دارایی ممتاز خود را از دست داده است. لکن «مفلس» در شرع کسی است که بدهی بر وی مسلط شود و دارایی وی تکافوی دیونش را ندهد. در فقه و بر خلاف ماده ۱۲۷۰ قانون مدنی، ورشکستگی از اسباب حجر است؛ همان طور که گفته شده است:

«أسبابه سئة الصغر والفلس... والمرض المتصل بالموت» (امینی و آیتی، ۱۳۹۰: ۲۱/۲؛ طوسی، الخلاف، به نقل از: رحیمی، ۱۳۷۷: ۵ به بعد).

با این همه، بانک‌ها^۱ به جهت ویژگی خاص خود، همواره مورد توجه قانون‌گذاران بوده‌اند و مقررات خاصی، جدای از احکام فقهی و مقررات عام حاکم بر شرکت‌های تجاری برای آن‌ها وضع شده است. بدین جهت برخی نظام‌های حقوقی، ابزارهای استاندارد برای حل و فصل نهادهای مالی مطرح کرده‌اند؛ با این هدف که نهادهای مهم مالی در معرض توقف قرار نگیرند یا در صورت توقف احتمالی، ابزارهایی برای آن‌ها تعبیه گردد که توقف آن‌ها بدون اثرات مخرب سیستمی شدید و بدون استفاده از منابع مالیات‌دهندگان صورت پذیرد (خراطها، ۱۳۹۷: ۱). این ابزارها که از آن‌ها به عنوان «عملیات گزیر»^۲ تعبیر می‌شود، اقدامات مؤثری^۳ برای حل و فصل مشکلات مالی

۱. از این پس، هر کجا اصطلاح بانک به کار برده شود، به معنای بانک و مؤسسه اعتباری است.

2. Resolution.

3. Decisive action.

بانک است. بر اساس دستورالعمل احیا و گزیر بانک در اتحادیه اروپا،^۱ ابزارهای حل و فصل مالی بانک‌ها عبارت‌اند از:

- ۱- فروش دارایی‌های بانک یا بخشی از آن به یک خریدار بخش خصوصی؛
- ۲- تشکیل بانک واسطه یا موقت:^۲ در این ابزار بعضی از حقوق و تعهدات به یک بانک واسط منتقل می‌شود؛ بدین منظور که عملیات بحرانی بانک در آن بانک انجام تا اینکه راه حل مناسبی برای بانک متوقف پیدا شود.
- ۳- تفکیک دارایی:^۳ در این ابزار، دارایی‌ها از بانک متوقف به یک شرکت مدیریت دارایی^۴ انتقال می‌یابد. شرکت مذکور شرکتی است که کل یا قسمتی از سهام آن متعلق به نهادهای عمومی^۵ است.
- ۴- نجات از درون:^۶ هدف از این ابزار، تحمیل مسئولیت بر سهامداران و طلبکاران است. در این روش، سهام جدید صادر یا بدهی‌های شرکت تبدیل به سهام می‌شود. البته بعضی ادغام بانک در بانک دیگر را نیز به عنوان یک ابزار پیشنهاد کرده‌اند (Parker, 2011: 2). هدف از به کارگیری این ابزارها، نجات بانک از انحلال و تصفیه و ثبات نظام مالی کشور و تداوم خدمات بانکی و حمایت از سپرده‌گذاران است (Castañeda & Mayes & Wood, 2016: 80). در واقع، مداخله به موقع ناظران بانکی، مانع ورشکستگی بانک شده و زیان‌های احتمالی را به جای بستن‌کاران، متوجه سهامداران می‌نماید. در رهنمودهای کمیته بال،^۷ فعالیت‌های پیشگیرانه، شناسایی زود هنگام و برخی اقدامات اصلاحی، از شیوه‌های حل و فصل بانک‌های مشکل‌دار معرفی شده است (نوری یوشانلویی و باقری، ۱۳۹۷: ۳۳). در همین راستا، مشهور است که «فرایند گزیر» بدون رسیدگی قضایی آغاز می‌شود (شریف‌زاده، ۱۳۹۶: ۱۵۵). در جهت شناسایی این نظام، تا کنون

-
1. EU Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD).
 2. Bridge Institution.
 3. Asset separation.
 4. Asset management vehicle.
 5. Publicly owned.
 6. Bail in.
 7. The Basle Committee on Banking Supervision.

تلاش‌هایی به صورت پراکنده صورت گرفته است.^۱ لکن علی‌رغم اهمیت موضوع و به دلیل فقدان مقررات قانونی، پژوهش خاصی از منظر قضایی انجام نشده است. برخی معتقدند که ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی ۱۳۵۱ و آیین‌نامه‌های آن، با «نظام‌گزیر» قرابت دارد. لکن باید دانست که این مواد، مبهم و ناکارآمد بوده و مسئله «حل و فصل مالی» به صورت یک قاعده مستقل و فراگیر، مدنظر قانون‌گذار قرار نگرفته است. در واقع، نظام قانونی ما از وجود قانونی جامع برای «حل و فصل مالی بانک‌ها» بی‌بهره است. در این زمینه، «طرح جامع بانکداری جمهوری اسلامی ایران ۱۳۹۷»^۲ در مجلس تحت بررسی قرار دارد. این طرح با الهام از سایر نظام‌های حقوقی، در ۱۹۹ ماده تهیه شده و موادی را برای جلوگیری از آسیب نظام بانکی پیشنهاد داده است. در این طرح تلاش شده است تا انحلال و ورشکستگی بانک‌ها از شمول قانون تجارت خارج گردیده و به صورت قانونی مستقل تلقی گردد. با وجود این، بخش‌هایی از این طرح مبهم بوده و نیازمند بازنگری اساسی است؛ مثلاً احکام گزیر و بازسازی در مواد ۱۴۶ و ۱۵۰ خلط شده است. چه اینکه برخی از این بندها از جنس گزیر است که در مبحث بازسازی مورد حکم واقع شده است. این پژوهش بر آن است تا «حل و فصل مالی بانک‌های متوقف» را از منظر قضایی بررسی کرده و پیشنهادهای به قانون‌گذار ارائه نماید.^۳

۱. برای نمونه، شریف‌زاده در مقاله خود نظام‌گزیر را به اجمال مورد بررسی قرار داده است. همچنین خراطها در پایان‌نامه کارشناسی ارشد خود در این خصوص سخن رانده است.
۲. ویرایش نهایی پیش‌نویس گزارش کمیسیون اقتصادی پیرامون قانون جامع بانکداری جمهوری اسلامی ایران - که در این مقاله به اختصار طرح جامع نامیده می‌شود، مشتمل است بر: طرح بانکداری جمهوری اسلامی ایران، طرح بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، طرح تأسیس بانک توسعه جمهوری اسلامی ایران، لایحه اصلاح قانون پولی و بانکی مصوب ۱۳۵۱.
۳. در این خصوص، نگارندگان به همراه کوروش کاویانی، شاهنوش، نعمت‌الله حاجعلی، مصطفی‌السان، اصائلو، مجتبی قاسمی، افشین حیدرپور، مظلومی، احمدی، خراطها، نوابی، نماینده محترم بانک مرکزی، نویسندگان محترم طرح جامع بانکداری و کارشناسان مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی و حضور موردی حسین‌زاده بحرینی نماینده محترم مجلس و عضو کمیته پولی و بانکی و... از شهریور لغایت اسفند ۹۷، فصل هفدهم طرح جامع بانکداری را به درخواست حسین‌زاده بحرینی از منظر قضایی در گروه تجارت پژوهشگاه قوه قضاییه بررسی و در پایان، گزارش اصلاحی به همراه مواد جایگزین تقدیم قانون‌گذار نمودند که پیشنهادات اصلاحی نیز در کمیسیون اقتصادی مورد مقبول واقع شده است. در تحقیق حاضر از نظر اساتید و پیشنهادات مذکور استفاده شایانی شده است.

۱. تبیین مفاهیم کلی

۱-۱. نقطه آغاز حل و فصل یا گزیر

حجر به معنای منع از تصرفات مالی، و محجور کسی است که از تصرف در اموالش ممنوع شده باشد. در فقه، ورشکسته جزء محجوران محسوب شده و برای صدور حکم حجر، علاوه بر حال بودن دیون، غرق دارایی در دیون، درخواست دیان نیز شرط است (محقق حلی، ۱۳۹۲: ۸۹ به بعد؛ شیروانی و عباسی، ۱۳۹۰: ۱۲۸). با وجود این، در نظام حقوقی کنونی و برای حمایت از طلبکاران، احکام متفاوتی در نظر گرفته شده است که به موجب آن، دادستان نیز در صورت لزوم می‌تواند درخواست صدور حکم ورشکستگی نماید. با این همه، به نظر می‌رسد همچنان اشکالاتی نیز به نظام کنونی از جمله احراز توقف وارد است. در واقع، عملیات بانکی به استناد ماده ۲ قانون تجارت، عمل تجارته بوده و بانک‌ها نیز اصولاً در قالب شرکت‌های سهامی عام تشکیل می‌شوند. در نتیجه، هر گاه در پرداخت دیون بانک، وقفه ایجاد گردد، ممکن است منجر به ورشکستگی آن شود (بند ۴۱ ماده ۴۱ قانون پولی و بانکی). لکن هنگامی که قدرت پرداخت بانکی به خطر افتاده یا از مرز سلامت بانکی عبور می‌کند، باید برای جلوگیری از ورشکستگی و تصفیه دارایی‌های بانک، آستانه ورشکستگی را تغییر داد تا مقام ناظر بانکی بتواند قبل از توقف واقعی یا ظاهری یا استمرار یافته، برخی اقدامات ضروری را انجام دهد؛ زیرا ممکن است یک بانک مشکلات نقدینگی موقتی داشته باشد، بدون اینکه اساساً ورشکسته باشد و یا اینکه ورشکسته شده باشد، بدون آنکه لزوماً مشکلات نقدینگی داشته باشد. بدین جهت بند «ه» ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی مقرر می‌دارد:

«... در صورتی که قدرت پرداخت بانکی به خطر افتد یا سلب شود، به بانک مرکزی این امکان را می‌دهد تا مدیریت بانک را رأساً عهده‌دار شود» (طباطبایی‌نژاد، ۱۳۹۴: ۱۲۲).

در واقع، قانون‌گذار به جای اعلان ورشکستگی بانک، می‌تواند عملیات گزیر را آغاز کند. امری که در این خصوص در طرح جامع مبهم می‌باشد، آن است که ملاک مشخصی ارائه نشده که در چه زمانی باید بانک ورشکسته اعلام شود و در چه زمانی عملیات گزیر (مدیریت بانک) آغاز شود. به نظر می‌رسد قانون‌گذار می‌تواند ترتیبی

اتخاذ نماید تا فرایند ورشکستگی در زمانی آغاز شود که «مقام ناظر بانکی» هشدار می‌دهد بانک از آستانه‌های سلامت بانکی عبور کرده و ممکن است نظام اقتصادی با مخاطره جدی مواجه شود. در «طرح جامع»، «آغاز فرایند گزیر» به کمیته مقررات گذاری سپرده شده است، لکن این موضوع به اجمال بیان شده و مبهم است. از یک سو در بند ۱ ماده ۱۴۵ و ماده ۱۴۸^۱ نقطه آغاز عملیات گزیر را زمانی اعلام می‌کند که بانک در معرض خطر باشد و از سوی دیگر در ادامه ماده ۱۴۵^۲ از اصطلاح توقف استفاده می‌کند که بین حقوق دانان و قضات به مفهوم ورشکستگی است. در نتیجه مشخص نیست «مقام گزیر» بر چه مبنای و طبق چه استانداردهایی باید عملیات گزیر را آغاز کند. در ادامه نیز بیان می‌کند در صورت عدم توفیق در عملیات گزیر، عملیات انحلال و تصفیه شروع می‌شود. این در حالی است که چنانچه عملیات گزیر ناموفق باشد، باید ورشکستگی بانک اعلام شود. در مقررات بین‌المللی سازوکارهای مناسبی وجود دارد؛ مثلاً بر اساس ماده ۳۲ دستورالعمل پارلمان و شورای اروپا مصوب ۲۰۱۴^۳ زمانی عملیات گزیر شروع می‌شود که مؤسسه اعتباری، توان پرداخت دیون خود را نداشته باشد یا شواهدی عینی بر عدم توانایی در آینده نزدیک احراز شود. این دستورالعمل چارچوبی را برای دولت‌های عضو مقرر می‌دارد که به مقامات گزیر این اختیار را بدهد تا از عدم توانایی بانک جلوگیری کرده یا آن را مدیریت کنند (Haentjens & Wessels, 2015: 359).

۱. «در صورتی که بانکی توسط کمیته مقررات گذاری و نظارت بانکی، در «معرض خطر» تشخیص داده شود و هیئت عالی ظرف ۲۴ ساعت کاری، با تشخیص کمیته مزبور مخالفت نکند، سازمان موظف است بلافاصله... عملیات گزیر بانک را آغاز کند».

۲. بند ۱ ماده ۱۴۵: «در صورتی که مؤسسه اعتباری «در معرض خطر» تشخیص داده شود، سازمان موظف است ظرف ۴۸ ساعت با استفاده از اختیارات پیش‌بینی شده در این قانون و تحت نظارت کمیته مقررات گذاری و نظارت بانکی، «عملیات گزیر» مؤسسه مزبور را آغاز کند. عملیات «گزیر»، با عزل هیئت مدیره و هیئت عامل مؤسسه متوقف، سلب صلاحیت از مجمع عمومی مؤسسه و نصب مدیر موقت به وسیله سازمان آغاز می‌شود. هدف اولیه از عملیات گزیر مؤسسه اعتباری «در معرض خطر»، بهبود بخشیدن به وضعیت آن است؛ لکن در صورتی که در هر مرحله از عملیات گزیر، معلوم شود که راهی جز انحلال مؤسسه اعتباری در حال گزیر وجود ندارد، باید عملیات انحلال و تصفیه آن بلادرنگ آغاز شود...».

3. Resolution Directive 2014/59/EU.

۲-۱. ضابطه تعیین تاریخ توقف

در قانون تجارت، ضابطه مشخص و ملموسی برای تعیین تاریخ توقف مقرر نشده و تعیین آن به دادگاه محول شده است. دادگاه می‌تواند تاریخ توقف را ماه‌ها و حتی سال‌ها قبل از حکم معین کند. قانون تجارت در این خصوص کارایی لازم را نداشته و همواره مورد انتقاد بوده است. در طرح جامع، برای رفع این نقیصه تدبیری اندیشیده شده است و آن اینکه بر اساس ماده ۱۵۷:

«در مواردی که دادگاه حکم به ورشکستگی بانک در حال‌گزر می‌دهد، تاریخ توقف بانک ورشکسته، تاریخ آغاز عملیات‌گزر است...».

این ماده قابل انتقاد است؛ زیرا تاریخ آغاز عملیات‌گزر خود مبهم بوده و به‌وضوح مشخص نشده است. این امر می‌تواند موجبات اختلاف‌نظر را فراهم نماید. همان‌طور که گفته شده است، در «فرایند‌گزر» برای احراز حالت «در معرض خطر»، باید میزان زیان‌های احتمالی برآورد گردد؛ چه اینکه اگر این امر به درستی تبیین نشود، این ابزار کارایی لازم را نخواهد داشت. در واقع، مجری فرایند‌گزر باید ابتدا بانک‌های مشکل‌دار را شناسایی کرده و سپس به بررسی مشکلات و دارایی‌های آن‌ها پرداخته تا بتواند صورت دقیقی تهیه نماید.

۳-۱. اختیارات و مسئولیت‌های مجری فرایند‌گزر؛ قاعده استیمنان

«فرایند‌گزر»، توسط اشخاصی به نام «مقام‌گزر» صورت می‌گیرد که ما آن را «مجری فرایند‌گزر» نامیده‌ایم. در این فرایند باید وظایف بانک، استقلال مجری، رابطه آن با دستگاه قضا و... به صورت شفاف تعیین گردد. این امر وقتی حاصل می‌شود که حقوق و تکالیف همه اشخاص و سازمان‌های مربوط تبیین شود. به‌طور کلی برای اجرای «فرایند‌گزر»، یک یا دو مجری تعیین می‌شود. این افراد از کلیه اختیارات لازم جهت اعمال برخی اقدامات که اساساً جنبه قضایی دارند، برخوردار هستند. «مجری فرایند‌گزر» می‌تواند برای مثال، نماینده‌ای از بانک مرکزی باشد. همچنین در مواردی که چند مجری مبادرت به اجرای فرایند‌گزر می‌نمایند، باید حیطه کاری هر کدام روشن شده و مقام ارشد نیز تعیین شود. «مجری فرایند‌گزر» در خصوص ورود زیان‌های احتمالی که بر

مبنای حسن نیت واقع می‌شود، مسئولیتی ندارد. در این خصوص می‌توان به «قاعده استیمان» و نسبت آن با «نظام حل و فصل مالی بانک‌ها» اشاره نمود (خراطها، ۱۳۹۷: ۱۹۶). طبق این قاعده، اگر شخصی بر مال دیگری استیلا یابد، مادامی که تعدی و تفریط نکند، ضامن نیست^۱ (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۴۸۳/۲ به بعد). در واقع، از آنجایی که اداره اموال و دارایی‌ها بانک در حال گزیر با «مجری فرایند گزیر» است، می‌توان ید وی را نسبت به اموال و دارایی‌های بانک در حال گزیر یا بازسازی، امانی یا در حکم امانی دانست. اگر مجری، اموال و دارایی‌ها بانک را اداره نموده و اتفاقاً با کاهش قیمت آن‌ها مواجه و النهایه موجب تضرر طلبکاران و سهامداران گردد، چنانچه در حدود اختیارات قانونی عمل نموده و تعدی و تفریط نکرده باشد، ضامن نیست (ماده ۱۶۷ طرح جامع).^۲ اما تعدی و تفریط مجری فرایند گزیر، دیگر مجالی را برای تمسک به قاعده استیمان در راستای معافیت از جبران خسارت برای وی باقی نمی‌گذارد. لذا از باب قاعده اتلاف و یا تسبیب، مسئول خواهد بود (عاملی جبعی، ۱۴۳۰: ۱۰۰). به عبارت دیگر، سهامداران عمده و به تبع آن، مدیران و مجری فرایند گزیر به عنوان متصدیان اصلی بانک، موظف به رعایت کلیه اصول، ضوابط و مقررات چگونگی اداره بانک‌ها بوده و تخطی از آن‌ها، تعدی و تفریط محسوب می‌شود. در خصوص فلسفه پیش‌بینی چنین حکمی نیز باید گفت از آنجایی که وظیفه مجری فرایند گزیر، بسیار خطیر و پرهزینه است، در صورتی که بانک مرکزی حداقل در مورد خسارات غیر عمدی، حمایت‌های لازم را از وی به عمل نیاورد، دیگر هیچ کس عهده‌دار چنین مسئولیتی نخواهد بود یا در فرض پذیرش مسئولیت نیز توان جبران خسارات وارده را نخواهد داشت. همچنین:

«در صورتی که اثبات شود که مدیر موقت بانک در حال بازسازی یا مدیر تصفیه

۱. «إِنَّ الْأَسْتِيْمَانَ عِبَارَةٌ عَنْ إِذْنِ الْمَالِكِ أَوْ الشَّارِعِ فِي قَبْضِ الْمَالِ أَوْ التَّصَرُّفِ فِيهِ لِمَصْلَحَةِ الْمَالِكِ لَا لِمَصْلَحَةِ الْقَابِضِ نَفْسِهِ وَلَا لِلْمُرَكَّبِ مِنْهُمَا...».

۲. در صورتی که اعمال خارج از حدود اختیارات مدیر موقت یا مدیر تصفیه، منجر به ورود زیان به اشخاص شده باشد، زیان وارده توسط بانک مرکزی جبران می‌شود. تبصره ۱- در صورتی که در فرایند رسیدگی به موضوع این ماده، مرجع قضایی احراز کند که خسارات وارده، ناشی از ارتکاب جرم یا تقصیر عمدی از سوی مدیران منصوب سازمان بوده است، بانک مرکزی پس از پرداخت خسارت، برای دریافت خسارت پرداختی به مدیر مربوطه رجوع می‌نماید. چنانچه خسارت وارده، ناشی از اقدامات سهوی مدیران منصوب باشد، بانک مرکزی حق رجوع به مدیر مربوط برای دریافت خسارت را ندارد.

بانک در حال گزیر، با اشخاص ذی نفع بانک مزبور یا اشخاص دیگر تباری نموده یا قراردادی به نفع خود و به ضرر طلبکارها یا بعضی از آنها منعقد نموده یا اموالی را حیف و میل کرده باشد، به مجازات خیانت در امانت محکوم خواهد شد» (ماده ۱۶۸).

از سوی دیگر، «مجری فرایند گزیر» باید دسترسی آزاد به اطلاعات مورد نیاز را داشته باشد و نباید با مانع تراشی سایر دستگاه‌ها روبه‌رو گردد.^۱ این قبیل اختیارات، «مجری فرایند گزیر» را در حالتی قرار می‌دهد که از آن به موقعیت «تعارض منافع»^۲ تعبیر می‌شود که در ایالات متحده مبتنی بر «قاعده ولکر»^۳ است. این قاعده با هدف تقلیل ریسک سیستماتیک در نظام بانکی وضع شده و بر اساس آن نباید منافع بانک، فدای منافع مدیران آن شود و سپرده‌های مردم در جهت نفع شخصی مدیران قرار گیرد (Avci, 2018: 343). نویسندگان طرح جامع نیز بر این موضوع واقف بوده، لکن آن را منحصر به بانک مرکزی کرده‌اند.^۴ بی‌توجهی به موقعیت تعارض منافع حاصله موجب می‌شود که «مجری فرایند» پاسخ‌گو نباشد. این گفته در جایی شدت می‌گیرد که مجری فرایند گزیر، از حق تصاحب و کنترل^۵

۱. تبصره ۲ ماده ۱۴۸ طرح جامع: «سهامداران، اعضای هیئت مدیره و هیئت عامل و کلیه کارکنان بانک در حال گزیر، ملزم به همکاری با سازمان و مدیر موقت هستند. هر گونه خودداری از تحویل اسناد، مدارک و دارایی‌ها یا اطلاعات مربوط به بانک در حال گزیر به مدیر موقت، موجب محکومیت به حبس از شش ماه تا دو سال و جبران خسارات وارده خواهد بود».

2. Conflict of interest.

3. Volcker Rule.

۴. «ماده ۶۶- بانک مرکزی مجاز به انجام امور ذیل نمی‌باشد: ... ت. مشارکت با سایر اشخاص به نحوی که منجر به تعارض منافع شود؛ تبصره ۱: تشخیص تعارض منافع با هیئت عالی است».

۵. «مجری فرایند گزیر» باید از حق تصاحب کنترل و مدیریت بانک برخوردار باشد تا بتواند کارکردهای حیاتی آن از جمله کارکردهای مربوط به نظام پرداخت را حفظ نماید. همچنین انتقال سریع و بی‌درنگ ارکان مدیریت و نظارت به مجری حائز اهمیت است تا مبادا بانک مزبور خالی از بدنه مدیریتی بماند. رابطه این امر با کاهش ارزش دارایی‌های بانک هم بستگی مثبت است (خراطها، ۱۳۹۷: ۳۵). بند ۱ ماده ۱۴۶ طرح جامع مشخص نمی‌کند که آیا از مجمع عمومی بانک به عنوان رکن اصلی در انتخاب و عزل مدیران، سلب اختیار شده است یا خیر؟ به نظر می‌رسد تعارض آشکاری بین ماده ۱۴۵ و ۱۴۶ طرح وجود دارد؛ زیرا بند ۱ و ۲ ماده ۱۴۶ با سلب صلاحیت از مجمع عمومی ملازمه دارد. با وجود این، در صورت عدم تمکین بانک به عزل مدیران (به معنای دقیق مجمع عمومی) ضمانت اجرایی پیش‌بینی نشده است. در این خصوص پیشنهاد می‌شود بند ۱ مذکور به شرح ذیل اصلاح گردد: «عزل تمام یا بخشی از اعضای هیئت مدیره و هیئت عامل و الزام مجمع عمومی به انتخاب اعضای جدید».

برخوردار بوده، لکن دستگاه قضایی به عنوان مرجع تظلم خواهی، در رسیدگی و نظارت بر افعال مجری با محدودیت‌های جدی مواجه است.^۱ هدف از طراحی فرایند گزیر و دخالت مجری آن در بانک‌هایی که با مشکلات مالی مواجه هستند، حمایت هر چه بیشتر از منافع عمومی و حفظ ثبات مالی کشور است (Ambrasas, 2015: 10). به همین جهت، تبصره ۱ ماده ۱۴۸ طرح جامع اشعار می‌دارد:

«مدیر موقت دارای کلیه اختیارات هیئت مدیره و هیئت عامل مطابق اساسنامه خواهد بود. اختیارات مجمع عمومی صاحبان سهام تا پایان عملیات گزیر و انحلال مؤسسه اعتباری در حال گزیر به کمیته مقررات‌گذاری و نظارت بانکی تفویض می‌شود».

بنابراین در بانک‌ها برای رعایت نظم عمومی اقتصادی، دخالت مقامات عمومی اجتناب‌ناپذیر است. با وجود این باید به دو نکته توجه نمود: اولاً، حدود این حکم استثنایی به وضوح روشن گردد تا به عنوان ابزار استفاده سوء مجری فرایند قرار نگیرد. ثانیاً، اراده بستانکاران به صورت قراردادی یا قانونی محترم شمرده شود.

۴-۱. سیاست تقنینی درباره بانک‌های در معرض خطر

همواره نظام‌های حقوقی تلاش می‌کنند تا بانک‌ها به مرحله توقف نرسند یا در صورت توقف احتمالی، به سرعت و بدون آسیب نظام اقتصادی، مراجعه ناگهانی سپرده‌گذاران برای برداشت سپرده‌های خود و... از آن عبور کنند. در تقویت گفته اخیر مشهور است «که بانک‌هایی نظیر سیتی‌بانک یا بانک آمریکا، بسیار بزرگ‌تر از آن هستند که (بتوان اجازه داد) متوقف شوند» (شریف‌زاده، ۱۳۹۶: ۱۴۷). در این خصوص، دو دیدگاه کلی وجود دارد؛ در «نجات از درون»، بانک ساختارهای درونی خود را ترمیم کرده و در صورت نیاز در بدنه مدیریتی خود تغییراتی اعمال می‌نماید. در واقع در این روش «حل و فصل بانک‌ها» بدون استفاده از منابع مالیات‌دهندگان صورت می‌گیرد. به نظر می‌رسد «نجات از درون» بیشتر جنبه اصل یا سیاست تقنینی

۱. «ماده ۱۶۹- توقف عملیات بازسازی و گزیر، فقط با درخواست رئیس سازمان و تصویب کمیته مقررات‌گذاری و نظارت بانکی امکان‌پذیر است. طرح هر گونه دعوی از جمله دعوای سهامداران یا سایر ذی‌نفعان مؤسسه اعتباری در حال بازسازی یا گزیر در مراجع قضایی، منجر به توقف یا برگشت فرایند بازسازی یا گزیر نخواهد شد».

است. در مقابل، «نجات از بیرون» قرار دارد که با تکیه بر منابع عمومی به دنبال «حل و فصل بانک‌ها» است، که در بخش بعد به تفکیک در این باب سخن می‌رانیم.

۲. ابزارهای حل و فصل یا گزیر

گفته شده است که ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی ۱۳۵۱^۱ و آیین‌نامه آن، به سازوکاری فراتر از انحلال و ورشکستگی که موضوع فصل سوم قانون مذکور می‌باشد، پرداخته است که قرابت زیادی با «نظام گزیر» دارد، هرچند مقررات آن نسبت به طرح جامع بسیار مجمل می‌باشد. بر اساس مقررات فوق، در صورتی که قدرت پرداخت بانکی به خطر افتد یا سلب شود، هیئت مذکور در ماده ۳۹ قانون پیش گفته می‌تواند اداره امور بانک را به بانک مرکزی ایران واگذار کند یا ترتیب دیگری برای اداره بانک بدهد یا اجازه تأسیس بانک را لغو کند. بنابراین «ناظران بانکی» نه تنها هنگامی که قدرت پرداخت بانک سلب شود، بلکه حتی هنگامی که قدرت پرداخت بانک به خطر افتد نیز می‌توانند از اختیارات مذکور در ماده ۳۹ استفاده کنند و بانک را مشمول لغو مجوز و تصفیه قرار دهند. به نظر می‌رسد اطلاق شق اخیر ماده ۳۹ قانون مذکور، راه را برای توسعه سایر مداخله‌های زود هنگام ناظران بانکی گشوده است. در تأیید ادعای اخیر می‌توان به ماده ۶ آیین‌نامه طرز اداره بانک و نحوه الغاء اجازه تأسیس بانک در موارد مذکور در ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور اشاره نمود که مقرر می‌دارد:

«در صورتی که حسن اداره بانک، مستلزم افزایش سرمایه تشخیص گردد، افزایش سرمایه و انتشار و فروش سهام جدید... مجاز خواهد بود» (همان: ۱۵۵ به بعد).

همچنین در صورت لزوم، «مقام ناظر بانکی» می‌تواند مدیریت بانک را خود عهده‌دار شده و از کلیه اختیاراتی که اساسنامه بانک به هیئت مدیره و مدیر عامل بانک

۱. «ماده ۳۹- در موارد زیر ممکن است به پیشنهاد رئیس کل بانک مرکزی ایران و تأیید شورای پول و اعتبار و تصویب هیئتی مرکب از نخست‌وزیر (رئیس‌جمهور) و وزیر دارایی و وزیر اقتصاد و وزیر دادگستری (رئیس قوه قضاییه) اداره امور بانک به عهده بانک مرکزی ایران واگذار شود یا ترتیب دیگری برای اداره بانک داده شود یا اجازه تأسیس بانک لغو شود: الف- در صورتی که مقامات صلاحیت‌دار بانک تقاضا نمایند... ه- در صورتی که قدرت پرداخت بانکی به خطر افتد یا سلب شود. تبصره- بانکی که اجازه تأسیس آن لغو می‌شود، از تاریخ الغاء اجازه تأسیس، طبق دستور بانک مرکزی ایران عمل خواهد کرد».

داده است، برخوردار گردد. به نظر می‌رسد قانون‌گذار در این ماده، اصل نیاز به «نظام گزیر» را پذیرفته است. با این همه، ماده ۴۱ قانون مذکور روش «عادی ورشکستگی» را نیز به طور کلی نفی نمی‌کند. قانون‌گذار در فصل سوم قانون فوق، مداخله زود هنگام بانک مرکزی در قالب فرایند گزیر و فرایند ورشکستگی عادی را به تناسب وضع در مورد بانک‌های ضعیف پیش‌بینی کرده است (همان). با این همه، اگر بپذیریم که قانون‌گذار کلیت گزیر را به صورت ضمنی پذیرفته است، این پرسش هنوز بی‌پاسخ مانده است که دلیل ناکارآمدی قانون پولی و بانکی در مبحث ورشکستگی چیست؟ به اجمال می‌توان گفت به کارگیری برخی از ابزارهای گزیر که در ذیل مورد بحث قرار می‌گیرد، مانند تأسیس بانک انتقالی، نیازمند مجوز قانون‌گذار است؛ زیرا مجری فرایند در صورت لزوم باید سرمایه بانک انتقالی را خود فراهم کرده و برای مدت قابل توجهی به عنوان سهامدار و مدیر بانک انجام وظیفه نماید که این امر تنها از عهده برخی اشخاص حقوقی مانند شرکت بیمه که از توان مالی و تخصص بالایی برخوردارند، برمی‌آید.

۱-۲. نجات از درون

۱-۱-۲. بررسی فقهی نجات از درون

در فقه، «کاهش ارزش قهری دین» شناسایی نشده و دین تنها با رضایت طلبکار ابراء می‌شود (علامه حلی، ۱۴۳۰: ۱۰۶، به نقل از: خراطها). در نتیجه، مادامی که دین توسط بدهکار یا شخص ثالث پرداخت نشده باشد، دین مزبور ایفاننده محسوب می‌شود. با وجود این، مفهوم کاهش ارزش دین بر اساس «نجات از درون»، حاکی از ابراء قهری بخشی از آن دین است. البته چنین ابراء مردودی تنها نسبت به کسانی مطرح است که در مقام خریدار قرار داشته و شخصیتی خارجی نسبت به بانک دارند. لذا این مهم نسبت به سهامداران که مالکیت بانک را در اختیار دارند، موضوعیت نداشته و فقط در دایره ورود ضرر به مال خود تعریف می‌شود که از پیش، گویی پذیرفته شده است. لذا یکی از نقاط مبهم «نجات از درون»، کاهش ارزش دیون است که آیا مطابق با قواعد فقهی می‌باشد یا خیر؟ این پرسش در خصوص «تبدیل دیون بانک متوقف به سهام جدید» نیز مطرح است. در واقع اگر تبدیل دین به سهام جدید، مطابق با ارزش اصلی

دین باشد، مشکلی پیش نمی‌آید، لکن دشواری در جایی است که تبدیل دین به سهام با کاهش ارزش دیون همراه باشد. آنچه از ماده ۲۷۵ ق.م. قابل برداشت و تسری به مفهوم نجات از درون نیز هست، موضوع «تبدیل تعهد» می‌باشد که حقوق‌دانان در خصوص امکان‌پذیر بودن این موضوع اتفاق نظر ندارند (خراطها، ۱۳۹۷: ۱۷۲). حال باید دید که سایر نظام‌های حقوقی و همچنین طرح جامع بانکداری، چه تدابیری برای حل این مسئله اندیشیده‌اند؟^۱

۲-۱-۲. نجات از درون در نظام کنونی

در این روش به جای توسل به منابع و بودجه عمومی، بدهی‌ها و مشکلات بانک بر سهامداران و طلبکاران تحمیل می‌شود (Dato, 2019). امروز اندیشه‌های حقوقی به این سو گرایش یافته‌اند که در «حل و فصل مالی بانک‌ها» نباید بر منابع عمومی تکیه زد. در این ابزار، دو روش اصلی «جذب خسارت» وجود دارد که عبارت‌اند از: «کاهش ارزش بخشی از دیون موجود» و «تبدیل بخشی از دیون به اوراق سهام جدید». در این روش، بانک از طریق تبدیل دیون خود به سهام، سرمایه جدید به دست می‌آورد. با اعمال این روش، ممکن است سهامداران اولیه کنار گذاشته شده و دولت در راستای حفظ ثبات مالی، وارد کارزار شود. لکن این امر بدان معنا نیست که «مجری فرایند گزیر»، سلسله مراتب بستانکاران را بر هم بزند. همچنین ضرورتی ندارد که سهامداران موجود از بانک خارج شوند؛ چه اینکه ممکن است زیان‌ها به صورت کامل، سهام واقعی را از بین نبرند (خراطها، ۱۳۹۷: ۱۰۹). در واقع در این روش با سلب حق سهامداران جهت تصمیم‌گیری، به مجری فرایند گزیر اجازه داده می‌شود که نسبت به تبدیل دیون شرکت به سهام و تحمیل آن بر طلبکاران تصمیم بگیرد (OECD, 2012: 69). از سوی دیگر، بعضی دیون مانند سپرده‌های تضمین‌شده اشخاص نزد بانک‌ها و دیون موثق، از اعمال این ابزار مستثنا می‌گردند. در این خصوص در ماده ۲ دستورالعمل احیا و گزیر بانک‌ها مصوب ۲۰۱۴ می‌خوانیم: «ابزار نجات از درون»، سازوکاری است به منظور اعطاء

۱. در این خصوص می‌توان رضایت سهامداران را در قالب درج شرط ضمن عقد نسبت به قراردادهای جدید و الحاق شروط نسبت به قراردادهای متعقده مبنی بر اینکه در صورت بروز مشکل، دیون بانک کاهش ارزش داشته یا متناسب با ارزش دین تبدیل به سهام گردد، تحصیل کرد.

اختیار به مجری فرایند گزیر مبنی بر حق کاهش ارزش یا تبدیل بدهی‌های بانک تحت گزیر به سهام. در واقع، «فرایند گزیر» باید موجب کاهش هزینه‌های تحمیلی ناشی از «فرایند گزیر بانک‌ها» بر منابع مالیات‌دهندگان باشد. زمانی که ابزار «نجات از درون» اعمال می‌گردد، «فرایند گزیر» از طریق این ابزار، همراه با تغییر در بدنه مدیریتی بانک می‌باشد، هرچند مطابق با دستورالعمل اتحادیه اروپا، بنا بر تشخیص مجری فرایند گزیر می‌توان از به کارگیری تغییرات در بدنه مدیریتی بانک در موارد ضروری و مقتضی چشم‌پوشی نمود (خراطها، ۱۳۹۷: ۱۰۹). در بند ۹ ماده ۱۴۶ و بند ۳ ماده ۱۵۰ طرح جامع نیز به نجات از درون اشاره شده است. لکن صرفاً بدهی‌های سپرده‌ای استشنا شده است. به نظر می‌رسد بند فوق از حیث عدم توجه به واحدهای تولیدی و پیمانکاری نیز قابل انتقاد باشد؛ زیرا تبدیل بدهی غیر سپرده‌ای به سهام و در نتیجه توزیع ریسک ورشکستگی به طرف قراردادهای غیر سپرده‌ای به طور مطلق صحیح نیست. فرض کنیم پس از انعقاد قرارداد بانک با پیمانکار یا کارگاه تولیدی، بانک با مشکل مالی مواجه شود. در این صورت اگر به جای طلب پیمانکار یا کارگاه تولیدی، سهام بانک بحرانی به وی تحمیل شود، این امر نه تنها ممکن است موجبات اعسار و ورشکستگی آن‌ها را فراهم کند. بلکه با عدالت معاوضی نیز ناسازگار است. این در حالی است که بند ۲ ماده ۴۴ دستورالعمل به طور تفصیلی، کلیه دیون از جمله سپرده‌های تضمین شده، بدهی‌های موثق، بدهی‌های مربوط به نگهداری و حفظ پول مشتریان، بدهی‌های مربوط به روابط امانی بانک و سایر اشخاص و... را از شمول به کارگیری ابزار «نجات از درون» استثناء کرده است. همچنین باید دانست که زیرساخت‌های «نجات از درون»، تنها بدهی‌های سپرده‌نشده و تبدیل دیون به سهام نیست؛ زیرا بانک‌ها در نظام بین‌المللی، برخی اوراق را صادر می‌نمایند که این اوراق برای جذب زیان طراحی شده‌اند. این اوراق، «اوراق تبعی» نامیده می‌شوند. شخصی که این اوراق را خریداری می‌کند، طی

۱. بند ۹ چنین بیان می‌کند: «تبدیل تمام یا بخشی از بدهی‌های غیر سپرده‌ای به سهام، مطابق مصوبه کمیته مقررات‌گذاری و نظارت بانکی یا طبق قرارداد مربوط».

۲. بند ۳ ماده ۱۵۰ چنین بیان می‌کند: «تبدیل بخشی از بدهی‌های ضمانت‌نشده بانک در حال گزیر به سهام پس از طی مراحل قانونی».

قراردادی این ریسک را نیز می‌پذیرد که با وجود دریافت سود بالاتر، اگر بانک به مرحله توقف برسد، وی اولین شخصی باشد که زیان بانک را جذب می‌کند.

۲-۲. خرید دارایی و پذیرش

یکی دیگر از ابزارهای گزیر، فروش کل یا بخشی از دارایی‌های بانک به بانک دیگر یا شرکت‌های مدیریت دارایی یا اشخاص دیگر است. در این روش، بانک سالم بخشی از دارایی‌های بانک را تملک کرده و بخشی از تعهدات آن را نیز می‌پذیرد. بدیهی است که مؤسسات فوق باید از سلامت مالی کافی بهره‌مند باشند. اما باید توجه نمود که اگر تمام دارایی‌ها و تعهدات بانک منتقل شود، این ابزار شبیه ادغام خواهد بود که ممکن است در آن، تملک شخصیت حقوقی نیز صورت گیرد. لکن در این ابزار و بر خلاف ادغام، خریدار عملیات بانک را می‌خرد و شخصیت حقوقی با مجوز آن برای بانک مشکل دار باقی می‌ماند (نوری یوشانلوئی و باقری، ۱۳۹۷: ۳۵). در همین راستا، در بند ۱ ماده ۱۵۰ طرح جامع، به مدیر موقت اجازه داده شده است که پیشنهاد فروش تمام یا بخشی از دارایی‌های «بانک در حال گزیر» را به کمیته مقررات‌گذاری و نظارت بانکی ارائه کند. مؤسسات فوق باید از سلامت مالی کافی بهره‌مند باشند. در عوض، بخشی از بدهی‌های بانک به «بانک داوطلب» منتقل می‌شود. «بانک داوطلب» که برای «پذیرش دارایی‌ها» و «تعهدات بانک» در حال گزیر اعلام آمادگی کرده است، می‌تواند هر یک از بانک‌های مجاز کشور باشد. انجام واگذاری مذکور، نقطه پایان حیات بانک تحت گزیر بوده و مجری فرایند گزیر، اقدام به اداره دارایی‌ها و بدهی‌ها می‌نماید. مجری می‌تواند بخشی از دارایی‌های «بانک در حال گزیر» را که امکان واگذاری آن به «بانک داوطلب» وجود ندارد، به «شرکت مدیریت دارایی» که تحت نظارت مجری است، منتقل کرده یا خود، مدیریت آن دارایی‌ها را تا زمانی که امکان واگذاری فراهم شود، بر عهده گیرد. این دارایی‌ها باید در اولین فرصت به بخش غیردولتی واگذار شوند. در واقع، فلسفه «بانک انتقالی» که سرمایه آن از منابع عمومی

۱. بند ۱ ماده ۱۵۰ چنین بیان می‌کند: «فروش یا واگذاری تمام یا بخشی از دارایی‌ها و بدهی‌های بانک در حال گزیر به بانک دیگر، شرکت‌های مدیریت دارایی و یا اشخاص دیگر».

تأمین می‌شود، به معنای خروج مسئله از دایره حقوق خصوصی و نگاه به موضوع از منظر منافع عمومی و ثبات مالی است (شریف‌زاده، ۱۳۹۶: ۱۵۱-۱۵۲). در این خصوص، پرسشی که در طرح جامع بی‌پاسخ مانده است، آن است که ابتدا باید کدام اموال بانک مشکل‌دار فروخته شود؟ در فقه نیز گفتگوهایی در این باره صورت گرفته است. برای نمونه، مستحب است ابتدا اموالی از محجور فروخته شوند که در معرض تلف می‌باشند؛ یعنی اموالی از بانک که در معرض تلف واقعی یا حکمی قرار داشته یا در صورت تأخیر در فروش آن‌ها ممکن است تنزل قیمت یابند، ابتدا باید فروخته شوند و سپس نوبت به اموال مرهونه و غیره برسد (قواعد الاحکام، به نقل از: رحیمی، ۱۳۷۷: ۲۶).

از سوی دیگر، شرکت‌های مدیریت دارایی که در عمل، اقدام به وصول مطالبات می‌نمایند در نظام قضایی ما سابقه نداشته و برای نخستین بار در طرح جامع پیش‌بینی شده‌اند. این اقدام را باید به فال نیک گرفت که می‌تواند آثاری از جمله کاهش ورودی پرونده‌های قضایی داشته باشد. با وجود این، احکام آن مشخص نشده است که می‌تواند موجبات اختلاف نظر قضایی را فراهم نماید.

لازم به ذکر است که در فقه، صرف انتقال بدون فروش دیون پذیرفتنی است که این مسئله تحت عقد حواله قابل بحث می‌باشد. در واقع، حواله عقدی است که باعث انتقال دیون از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه می‌شود. همان‌طور که از عبارت فقها مشخص است، این عقد برای انتقال دیون تشریح شده است نه انتقال طلب و سایر دارایی‌ها. لذا عقد حواله نمی‌تواند سایر دارایی‌های بانک را به دیگری منتقل نماید. از طرفی، هرچند از دید فقها و قانون مدنی لزومی ندارد که محال‌علیه به محیل بدهکار باشد. با وجود این و بر اساس دیدگاه مشهور فقها، برای صحت حواله لازم است که طرف‌های عقد یعنی محیل، محتال و محال‌علیه، نسبت به مضمون عقد راضی باشند:

«وهی التعهد بالمال من المشغول بمنله ویشرط فیها رضی الثلاثة» (عاملی جبعی، ۱۴۳۰: ۲۳۰ به بعد؛ رضوی و همکاران، ۱۳۹۸: ۲۴).

در نتیجه، اعمال و به کارگیری ابزار فروش کسب و کار و همچنین ابزار بانک انتقالی در قالب انتقال طلب، انتقال دین، تبدیل تعهد یا حواله گنجانده نمی‌شود؛ زیرا تعهد بانک متوقف ساقط نمی‌شود، بلکه با همه تضمینات به بانک خریدار یا

تحصیل کننده منتقل می شود (خراطها، ۱۳۹۷: ۱۹۷).

۳-۲. تفکیک دارایی های خوب از بد

در برخی موارد، مجری فرایند گزیر می تواند دارایی های با کیفیت خوب را از دارایی های با کیفیت بد جدا کرده و اجازه دهد که فعالیت بانک ادامه یابد. در واقع، دارایی های آسیب دیده به یک شعبه خاص یا شرکت مدیریت دارایی منتقل می شود. در نتیجه با انتقال به شرکت مدیریت دارایی، مدیریت آن دارایی ها به نحو کارآمدتری صورت می گیرد. البته مجری می تواند در خصوص نحوه انتقال دارایی ها نیز تصمیم بگیرد که این انتقال با حق رجوع باشد یا بدون آن. در حالت نخست، مجری ضمن انتقال دارایی ها می تواند ترتیبی اتخاذ نماید تا این دارایی ها به صورت جزئی یا کلی قابل استرداد باشد. اما در حالت دوم، مطالبات و دارایی های معوق و مشکل دار منتقل شده و پس از وصول نیز قابل برگشت نیست (نوری یوشانلویی و باقری، ۱۳۹۷: ۳۶).

۴-۲. انتقال دارایی به بانک واسط یا موقت

در فقه همانند حقوق تجارت، حمایت هایی از دیان ورشکسته صورت گرفته است که به نظر می رسد بتوان از احکام آن در حل و فصل مالی بانک ها نیز استفاده نمود؛ مثلاً به اعتقاد علامه حلی، مستحب است حاکم سریعاً اقدام به فروش دارایی ورشکسته نماید تا وی و طلبکارانش متضرر نگردند. صاحب جواهر نیز در این خصوص، حکم به وجوب داده است (رحیمی، ۱۳۷۷: ۲۶). در واقع، هر چه در فروش اموال ورشکسته تأخیر شود، ممکن است قیمت اموال به شدت کاهش یابد. افزون بر اینکه این اعتقاد وجود دارد که هر چقدر طلب کار زودتر به طلبش برسد، می تواند استفاده شایانی از آن ببرد؛ مثلاً می تواند از آن در گردش تجاری خود بهره مند شود. لکن در صورتی که دارایی های بانک، خریدار مناسبی نداشته باشد، «مدیر موقت» برابر بند ۲ ماده ۱۵۰ طرح جامع می تواند پیشنهادهایی در خصوص انتقال باقی مانده داری ها و بدهی های بانک در حال گزیر به یک بانک موقت بدهد. هدف از این کار آن است که بانک موقت، پاسخ گوی مراجعات سپرده گذاران، تسهیلات گیرندگان و سایر ذی نفعان بانک در حال گزیر باشد تا اینکه راه حل مناسبی برای بانک در معرض خطر پیدا شود

(García-Olalla & Clifton, 2018: 37). «بانک جدید» از محل انتقال تمام یا بخشی از دارایی‌ها و بدهی‌های «بانک تحت‌گزر» تشکیل می‌شود و به محض «تأسیس بانک انتقالی»، حیات «بانک تحت‌گزر» خاتمه می‌پذیرد. در واقع، فلسفه «بانک انتقالی» که سرمایه آن از منابع عمومی تأمین می‌شود، به معنای خروج مسئله از دایره حقوق خصوصی و نگاه به موضوع از منظر منافع عمومی و ثبات مالی است (شریف‌زاده، ۱۳۹۶: ۱۵۱-۱۵۲). مسئله مهم در این خصوص آن است که کدام دسته از اموال باید منتقل شود؟ باید دانست که تمام یا بخشی از مطالبات مالی غیر معوق و همچنین تمام یا بخشی از سپرده‌ها و سایر تعهدات به بانک جدید منتقل می‌شود. اما مطالبات و دارایی‌های مشکل‌دار و دارایی‌های معوق منتقل نشده و نزد بانک باقی می‌ماند و نهایتاً آن بانک مشکل‌دار نیز مورد تصفیه قرار می‌گیرد (نوری یوشانلوئی و باقری، ۱۳۹۷: ۳۶). واضح است که اگر مطالبات مالی معوق و یا مشکل‌دار نیز منتقل گردد، بانک انتقالی نیز با مشکل مواجه شده و فلسفه تأسیس آن از بین می‌رود. در سایر نظام‌های حقوقی، «بانک انتقالی» بانک عمومی بوده و سهامدار اصلی آن یک نهاد عمومی مانند شرکت فدرال بیمه سپرده است. از سوی دیگر، «بانک انتقالی» باید در بازه زمانی معین و کوتاهی به بخش غیر دولتی واگذار شده یا منحل گردد.

۵-۲. پرداخت سپرده‌های ضمانت‌شده و انحلال

گفته شده است با پیش‌بینی سازوکار نظام حمایت از سپرده‌گذاران تحت عناوینی مانند بیمه یا تضمین سپرده‌ها، می‌توان از ورشکستگی بانک‌ها پیشگیری نمود؛ زیرا با ایجاد اطمینان خاطر در سپرده‌گذاران مبنی بر اینکه سپرده‌های آنان محفوظ است، می‌توان از مراجعه ناگهانی سپرده‌گذاران برای برداشت سپرده‌های خود جلوگیری نمود (همان: ۳۷). «به منظور تضمین سپرده‌های اشخاص در بانک‌ها، به صندوق ضمانت سپرده‌ها موضوع ماده ۹۵ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم... اجازه داده می‌شود با رعایت شرایط مقرر در این قانون به فعالیت خود ادامه دهد» (ماده ۱۸۲ طرح جامع). صندوق موظف است بلافاصله و حداکثر تا سی روز، نسبت به تأدیه مانده سپرده‌های سپرده‌گذاران بانک در حال‌گزر تا سقف تضمین‌شده، به صورت پرداخت نقدی و یا ایجاد سپرده‌هایی

به همان میزان و شرایط در بانک دیگر اقدام نماید و در صورتی که منابع صندوق از کفایت لازم جهت ایفای تعهداتِ حال شده سپرده گذاران برخوردار نباشد، بانک‌ها مکلف‌اند سهم مشخصی را که توسط صندوق تعیین و ابلاغ می‌شود و متجاوز از دو برابر مبلغ آخرین حق عضویت سالانه نمی‌باشد، به صورت پیش‌پرداخت حق عضویت‌های آتی در اختیار صندوق قرار دهند (ماده ۱۸۷ و ۱۹۲ همان طرح). در نتیجه، «مجری فرایند گزیر» می‌تواند ضمن پرداخت سپرده‌های ضمانت‌شده، بانک را نیز منحل نماید. در این ابزار نیز تصفیه بانک توسط «مجری فرایند گزیر» صورت می‌گیرد. در برخی نظام‌های حقوقی از جمله ایالات متحده آمریکا، «انحلال» نیز از «ابزارهای گزیر» محسوب می‌شود (FDIC, 2014). لکن در برخی نظام‌های دیگر، «انحلال» از ابزارهای گزیر محسوب نشده و تنها در صورتی که شروط گزیر برقرار نباشد، موضوع جهت صدور حکم ورشکستگی به دادگاه ارجاع می‌شود (EU, 2014).

۲-۶. ادغام

ادغام مصدر باب افعال و در لغت به معنای داخل کردن چیزی در چیز دیگر است. «أدغم اللجام فی فم الفرس» به معنای داخل کردن لجام در دهن اسب است. در زبان فارسی نیز به معنای فرا گرفتن چیزی توسط چیز دیگر یا در هم فشردن و فرو بردن دو چیز مانند دو حرف همجنس یا قریب‌المخرج در یکدیگر است (رضوی و همکاران، ۱۳۹۸: ۷ به بعد). در خصوص ماهیت فقهی ادغام، گفتگوها و تردیدها بسیار است؛ مثلاً برخی آن را عقد دانسته و با قاعده «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یا «المؤمنون عند شروطهم» توجیه کرده‌اند. برخی نیز علی‌رغم پذیرش ماهیت قراردادی آن، در تطبیق آن با عقود معین تردید کرده‌اند (در این خصوص ر.ک: رضوی و همکاران، ۱۳۹۸). به اجمال می‌توان گفت که ادغام یک‌جانبه از طریق جذب یک یا چند بانک با محو شخصیت حقوقی (به عنوان بانک یا بانک‌های ادغام‌شونده) در بانک موجود با حفظ شخصیت حقوقی (با عنوان بانک پذیرنده ادغام) انجام می‌پذیرد و ادغام دو (یا چند) جانبه از طریق ادغام دو یا چند بانک ادغام‌شونده با محو شخصیت حقوقی آن‌ها و ایجاد بانک جدید صورت می‌پذیرد (ماده ۲ پیشنهادی نگارندگان). در واقع، ادغام یکی از ابزارهای «بازسازی» بانک‌های متوقف

یا در شُرُف توقف است. بی‌تردید بانک‌ها نقش به‌سزایی در تأمین منابع و ارائه خدمات مالی کشور دارند. کاهش هزینه‌های بانک، ارائه خدمات گسترده، رقابت با بانک‌های بین‌المللی و...، همواره محفل گفتگوها قرار می‌گیرد. باید دانست که «ادغام» به تنهایی موجب کارایی بانک‌ها نمی‌شود، مگر آنکه بانک کارا تر بتواند بانکی را که کارایی کمتری دارد، تصاحب نماید (شهرستانی و قبادی، ۱۳۸۷: ۱۱۵). با انجام ادغام انتظار می‌رود که «بانک ادغام‌کننده» بتواند هزینه‌ها را از طریق کارایی مدیریتی کاهش دهد. در قانون تجارت، به موضوع «ادغام» شرکت‌ها اشاره نشده است. برای مطالعه پیشینه ادغام در حقوق ایران باید به قانون شرکت‌های تعاونی ۱۳۵۰ و سایر قوانین مراجعه نمود که خود می‌تواند موضوع پژوهشی دیگر باشد. لکن به اجمال می‌توان گفت که «ادغام بانک‌ها» از اسباب انحلال بانک محسوب شده و در اثر «ادغام»، شخصیت حقوقی بانکی که در بانک دیگر ادغام می‌شود، زائل می‌گردد. در نتیجه، اموال، حقوق، تعهدات و شرکای آن‌ها، تحت شرایطی به بانک بازمانده منتقل می‌شوند و به دلیل انتقال اموال و تعهدات، بعد از انحلال ناشی از ادغام، «عملیات تصفیه» اجرا نمی‌شود. معمولاً ادغام هنگامی انجام می‌شود که بانک در تأمین هزینه‌های خود با مشکل مواجه شود و یا اینکه در مقیاسی عمل می‌کند که از صرفه‌های مقیاس برخوردار نیست و یا از توانایی‌های مدیریتی کمتری بهره‌مند است (عیسی‌زاده و مظهری آوا، ۱۳۹۶: ۱۷۶). طرح جامع به «ابزار ادغام» بانک‌ها پرداخته است.^۱ این اقدام را باید به فال نیک گرفت. لکن از دو جهت دارای ابهام و اشکال است: اولاً احکام آن به صورت مبهم معین شده و آثار، اوصاف و ضمانت اجرای آن به وضوح معین نشده است.^۲ ثانیاً ادغام

۱. «در صورتی که کمیته مقررات‌گذاری و نظارت بانکی با پیشنهاد مدیر موقت مبنی بر ادغام بانک در حال‌گزیر در یک بانک دیگر موافقت کند، مدیر موقت باید بلافاصله فرایند ادغام را آغاز نموده و کلیه دارایی‌ها و بدهی‌های بانک در حال‌گزیر را به آن بانک منتقل نماید. پس از پایان عملیات ادغام و اعلام رسمی آن توسط سازمان، موجودیت بانک در حال‌گزیر برای همیشه پایان‌یافته تلقی شده و کلیه تعهدات آن از جمله بازپرداخت سپرده‌ها، به بانک پذیرنده ادغام منتقل می‌شود. تبصره: مدیر موقت موظف است نسخه الکترونیکی کلیه دفاتر و سایر اسناد و مدارک بانک ادغام‌شده را به سازمان تحویل دهد. بانک پذیرنده ادغام موظف است دفاتر و سایر اسناد و مدارک بانک ادغام‌شده را به مدت ده سال نگهداری نماید».

۲. در خصوص ادغام بانک‌ها و اصلاح ماده ۱۵۱، پیشنهاداتی در شماره ۶ مقاله ارائه شده است.

در فصل هفدهم و ذیل عنوان ورشکستگی مطرح شده است. این امر حاکی از آن است که ادغام پس از ورشکستگی انجام می‌شود که به نظر می‌رسد صحیح نبوده و بهتر است این ابزار قبل از صدور حکم ورشکستگی و خدشه‌دار شدن نام بانک، مورد استفاده قرار گیرد. از طرفی، از آنجا که ادغام مستلزم تصویب مجمع عمومی فوق‌العاده است، این پرسش مطرح می‌گردد که آیا مدیر موقت به عنوان مجمع عمومی فوق‌العاده، اتخاذ تصمیم می‌نماید؟ ماده ۱۵۱ طرح در این خصوص ساکت است. ظاهراً مجمع فوق در این خصوص اختیاری ندارد.

۳. نجات از بیرون؛^۱ احکام زکات

در صورتی که ابزارهای مذکور کارایی لازم را نداشته باشد، آخرین مرحله جهت جلوگیری از ورشکستگی بانک، ابزار «نجات از بیرون» است که در مقابل «نجات از درون»، قرار دارد. در این ابزار، روی کمک مالی دولت یا مؤدیان مالیاتی حساب می‌شود (García-Olalla & Clifton, 2018: 39). به عبارت دیگر، نجات از بیرون زمانی به وقوع می‌پیوندد که مقامات بانکی به مسئولان دولتی متذکر شوند که باید تصمیم‌آنی بر استفاده از این ابزار اتخاذ شود. در واقع، مهم‌ترین عاملی که دولت‌ها را به سمت استفاده از این ابزار سوق می‌دهد، ترس از مراجعه سپرده‌گذاران برای برداشت سپرده‌های خود یا توسل آنان به دستگاه قضایی است. در بند ۱۰ ماده ۱۴۶ طرح جامع می‌خوانیم: «تأمین مالی مشروط توسط بانک مرکزی در صورت حصول اطمینان از امکان بازپرداخت به موقع آن».

با مذاقه در بند مذکور، اشکالاتی در آن مشاهده می‌شود؛ اولاً هیچ سازوکاری برای حصول اطمینان از امکان بازپرداخت وجود نداشته و شاخص اطمینانی نیز تعیین نشده است. بر خلاف ماده ۶۶ طرح جامع که بانک مرکزی مجاز به اعطای هر گونه تسهیلات بدون اخذ وثیقه نیست، لکن در بند ۱۰ ماده ۱۴۶ هیچ اشاره‌ای به وثیقه نشده و این امر مبهم مانده است. پیشنهاد می‌شود جهت تعیین شاخص اطمینانی، این امر به

1. Bail out.

آیین‌نامه اجرایی محول شود. ثانیاً با توجه به اطلاق بند فوق، بذل و بخشش شامل مؤسسات غیر مجاز نیز می‌شود که از این حیث قابل انتقاد است. ثالثاً هرچند به نظر می‌رسد تدوین کنندگان طرح جامع تمایل بیشتری به نجات از درون دارند، مع ذلک احکام «نجات از درون» و «نجات از بیرون» خلط شده است که این امر موجب درهم ریختن اصول و قواعد و سرگردانی قضات خواهد شد؛ زیرا بندهای ۹ و ۱۰ ماده ۱۴۶ طرح جامع، سنخیتی با یکدیگر ندارند، چه اینکه بند ۱۰ حاکی از ابزار نجات از بیرون است، حال آنکه بندهای ۶ و ۹ در مقام بیان نجات از درون هستند. به عبارت دیگر، زمانی نجات از بیرون مطرح می‌شود که امکان اعمال نجات از درون ممکن نباشد و نباید تمام ابزارها در یک سطح مطرح شود.^۱

همان‌طور که گذشت، در فقه از طلبکاران ورشکسته و همچنین از شخص ورشکسته حمایت‌هایی صورت گرفته است تا شخص پس از ورشکستگی بتواند مجدداً تجارت خود را شروع نماید؛ برای نمونه «ورشکسته» از «اصناف زکات» محسوب می‌شود (ر.ک: توبه/ ۶۰): «والغارمون، وهم المدینون فی غیر معصیه» (عاملی جبعی، ۱۳۳۶: ۲۲۲). به نظر می‌رسد اولاً احکام زکات در خصوص حل و فصل مالی بانک‌ها نیز کارایی لازم را داشته باشد. ثانیاً این امر می‌تواند تا حدودی مشکلات «نجات از بیرون» را نیز مرتفع نماید؛ زیرا اشکال اصلی نجات از بیرون آن است که بر منابع مالیات‌دهندگان تکیه می‌کند. این امر (استفاده از منابع عمومی) هرچند ممکن است در خصوص بانک‌های دولتی توجیه اندکی داشته باشد، ولی در خصوص بانک‌های خصوصی و همچنین مؤسسات غیر مجاز پذیرفتنی نیست.^۲ با وجود این، ممکن است اشکالاتی هم مطرح

۱. ماده ۱۴۶- اختیارات سازمان برای بازسازی مؤسسات اعتباری در حال توقف به شرح زیر است: ...
۹- تبدیل تمام یا بخشی از بدهی‌های غیر سپرده‌ای به سهام مطابق مصوبه کمیته مقررات‌گذاری و نظارت بانکی یا طبق قرارداد مربوط؛ ۱۰- تأمین مالی مشروط توسط بانک مرکزی در صورت حصول اطمینان از امکان بازپرداخت به موقع آن.

۲. شایان ذکر است که نهاد وقف نیز سازوکاری است که با سوق دادن مسیر آن در جامعه به سمت حمایت مفید و سازنده از بدهکاران می‌توان در عین حمایت از تجار و فعالیت اقتصادی برای کمک به جامعه، امنیت اقتصادی جامعه را تضمین نمود و از طرفی با این حمایت، سلامت و امنیت اقتصادی جامعه را حفظ نمود؛ چه اینکه یکی از مصارف وقف در کمک به بدهکاران است که در فقه امامیه مورد پذیرش قرار گرفته است (روشن و امیرحسینی، ۱۳۹۶: ۹۳-۹۶).

شود که باید به هریک پاسخ دهیم؛ اولاً ممکن است توهم شود که گفته اخیر با فلسفه گزیر مبنایت دارد.^۱ در پاسخ باید گفت که زکات جزء بیت‌المال محسوب نمی‌شود. ثانیاً علی‌رغم تصریح ماده ۵۸۴ ق.ت.، ممکن است اشکال شود که پرداخت زکات به دلیل «خصیصه عبادی» آن، از اموری است که بالطبع مختص اشخاص حقیقی است. رفع این تردید نیز دشوار نیست؛ زیرا همان طور که گفته شده است، زکات در قانون مالیات‌های مستقیم و غیر مستقیم، از هزینه‌های مقبوله است و فرد می‌تواند با ارائه رسید پرداخت آن، از مالیات‌های خود بکاهد. لذا جنبه آن به امور عبادی محدود نمی‌شود (روشن و امیرحسینی، ۱۳۹۶: ۹۵). ثالثاً همان طور که در عبارت فقها، پرداخت زکات به غارمین به صورت مطلق نیامده است، می‌توان بانک‌هایی را که ملتزم به عقود شرعی نبوده یا مقررات قانونی را رعایت نکرده‌اند یا به صورت غیر مجاز تأسیس شده و النهایه در آستانه ورشکستگی قرار گرفته‌اند، از شمول آن خارج نمود. به عبارت دیگر، بانک‌ها باید مقررات قانونی را رعایت کرده و غیر معصیه باشند. همان طور که گفته شده است، حتی می‌توان این امر را به صورت اصلاح در قانون زکات ۱۳۹۰ لحاظ نمود؛ بدین معنا که نهادهایی که متولی دریافت زکات هستند، موظف باشند سالانه یک‌هشتم مبالغ دریافتی را به پیشگیری از ورشکستگی بانک‌ها اختصاص دهند (همان).

۴. ورشکستگی

به لحاظ سنتی، «ورشکستگی عادی بانک‌ها» نیز به عنوان یکی از ابزارهای «حل و فصل» تلقی می‌شود. لکن در رویکردهای بعدی، این اعتقاد به وجود آمده است که ورشکستگی نباید به عنوان یک ابزار مطرح شود، بلکه در حل و فصل مالی بانک‌ها باید از ورشکستگی به عنوان آخرین حربه استفاده شود (Ognjenovic, 2017: 248). به عبارت دیگر، ورشکستگی بانک با توجه به آثار مخربی که دارد، باید هنگامی اجرا شود که با هیچ یک از ابزارها، امکان ترمیم بانک و بازگشت به حالت عادی وجود نداشته نباشد.

۱. در نظام گزیر همواره تلاش می‌شود تا بر منابع عمومی (بیت‌المال) تکیه زده نشود.

باید دانست که اعمال «نظام حل و فصل مالی»، ممکن است طلبکاران را در موقعیت بدتری قرار دهد؛ یعنی اگر نظام عادی ورشکستگی در مورد مطالبات آنان اعمال می‌شد، ممکن بود ضرر کمتری را متحمل گردند. این در حالی است که «عدل و انصاف در نظام ورشکستگی» همواره مورد توجه قانون‌گذاران و دادرسان بوده است. ماده ۵۷۱ ق.ت. مقرر داشته است:

«... محکمه اوضاع و احوال را سنجیده، به طوری که مقتضی عدل و انصاف بداند، حکم می‌دهد...».

در سایر نظام‌های حقوقی از جمله ماده ۶۰ بانکداری ۲۰۰۹ انگلیس نیز همین شرط تحت عنوان قاعده «عدم تضرر بیش از اعمال نظام عادی ورشکستگی» محترم شمرده شده است. در واقع، باید به این پرسش پاسخ داده شود که اگر طلبکاران بدون کمک‌های دولتی، وارد «فرایند عادی ورشکستگی» می‌شدند، آیا ضرر کمتری متحمل می‌شدند یا خیر؟ در این باره، طرح جامع ساکت است. این سکوت با وعده‌ای که نویسندگان آن در ماده ۲، یعنی «استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل و منطبق با ضوابط اسلامی» داده‌اند، مابینت دارد. در این باره پیشنهاد می‌شود ماده‌ای به طرح جامع بدین مضمون افزوده شود: «در صورت اعمال فرایند گزیر یا هر اقدام احتیاطی دیگر، نباید به سپرده‌گذاران و بستانکاران ضرری وارد گردد که ممکن بود در صورت اعمال مقررات عادی ورشکستگی، ضرری کمتر از آن وارد می‌شد».

۴-۱. تصفیه بانک ورشکسته

یکی از مسائل مهم در ارتباط با ورشکستگی بانک‌ها، تصفیه آن‌هاست؛ زیرا باید برخی اقدامات قانونی صورت گیرد، مثلاً باید دیون هم‌سطح شوند. بدین معنا که خسارات تأخیر تأدیه حذف شده و برای دیون مؤجل نیز کسر مبلغ صورت گیرد (میرشکاری و صمدی، ۱۳۹۶: ۷۰۳). در نظام حقوقی کنونی، طبقه‌بندی بستانکاران بانک ورشکسته، برابر ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی ۱۳۱۸ ناظر به بند ب ماده ۴۱ قانون پولی و بانکی^۱ انجام می‌شود.

۱. «ب- تصفیه امور بانک ورشکسته با اداره تصفیه امور ورشکستگی می‌باشد».

با وجود این، در ماده ۱۵۸ طرح جامع^۱ احکام متفاوتی پیش‌بینی شده است که از جهات مختلف دارای اشکال بوده و قابل انتقاد است؛ زیرا اولاً طبقه‌بندی بستانکاران مختص بانک ورشکسته است، در حالی که ماده مرقوم، طبقه‌بندی را به بانک‌های منحل نیز تسری داده است. بدیهی است که وضعیت بانک منحل از دو فرض خارج نیست؛ یا دیون بانک، کفاف بدهی‌ها را می‌دهد که در این صورت، نوبت به اعمال مقررات ورشکستگی و رعایت طبقه‌بندی نمی‌رسد، یا دارایی کفاف دیون را نمی‌دهد که باید احکام ورشکستگی اجرا گردد. ثانیاً بند ۲ ماده مذکور، برای مطلق حقوق و مزایای کارکنان بانک قائل به اولویت شده است، در حالی که به نظر می‌رسد اگر تنها حقوق یک سال قبل از تاریخ توقف به کارکنان پرداخت گردد، مناسب به حال بانک ورشکسته است. البته این نکته شایان ذکر است که مراد از حقوق و مزایای مذکور، حقوق، سنوات یا مطالبات معوق آن‌هاست، نه حقوقی که در دوران تصفیه به آن‌ها تعلق می‌گیرد؛ زیرا حقوق و مزایای کارکنان بانک در دوران تصفیه نیز شامل طبقه اول (هزینه تصفیه) است. ثالثاً با توجه به فلسفه وجودی صندوق ضمانت سپرده و جلوگیری از ورشکستگی احتمالی آن، به نظر می‌رسد مطالبات وی باید در صدر طبقات قرار گیرد نه در طبقه سوم. رابعاً باید دانست که طبقه‌بندی بستانکاران در قانون تجارت ناقص بوده و قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مکمل آن می‌باشد. در بند ۷ ماده مقرر گردیده است: «سایر بدهی‌ها و حقوق ممتازه وفق قانون!» اصطلاح وفق قانون مبهم بوده و برای رفع ابهام آن باید به ماده ۱۶۵ طرح^۲ متمسک شویم. در نتیجه، در صورت سکوت طرح جامع باید تنها به قانون تجارت رجوع کنیم که خود وابسته به

۱. «ماده ۱۵۸- در تصفیه بدهی‌ها و تعهدات بانک در حال گزیر، منحل شده یا ورشکسته، اولویت پرداخت به ترتیب طبقات زیر می‌باشد: ۱- هزینه‌های توانمندسازی یا تصفیه؛ ۲- حقوق و مزایای کارکنان بانک به استثنای اعضای هیئت مدیره و هیئت عامل بانک بابت حقوق و مزایا؛ ۳- مطالبات صندوق ضمانت سپرده‌ها بابت پرداخت سپرده‌های ضمانت شده؛ ۴- مطالبات بانک مرکزی؛ ۵- اصل سپرده‌ها به جز سپرده‌های سرمایه‌گذاری؛ ۶- اصل سپرده‌های سرمایه‌گذاری؛ ۷- سایر بدهی‌ها و حقوق ممتازه وفق قانون».
۲. ماده ۱۶۵ نیز در ادامه می‌افزاید: «امور مربوط به ورشکستگی، انحلال و تصفیه بانک‌ها، تابع احکام مقرر در این قانون بوده و از شمول قانون تجارت و اصلاحیه‌های بعدی آن، قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی و سایر قوانین مغایر مستثنا می‌باشد. احکام ورشکستگی بانک‌ها در مواردی که در این قانون معین نشده است، تابع قانون تجارت است.»

قانون دیگری است. پیشنهاد می‌شود ماده ۱۵۸ طرح به نحوی تنظیم شود که طبقه‌بندی بر اساس قانون تصفیه امور ورشکستگی باشد.

نتیجه‌گیری

علی‌رغم اینکه در کشور ما، حل و فصل مالی بانک‌ها معطوف به نجات از بیرون است، یافته‌ها نشان می‌دهد که برای جلوگیری از آسیب نظام بانکی نباید بر منابع عمومی تکیه بزنیم، و دیدیم که چگونه می‌توان از برخی نهادهای اسلامی مانند زکات استفاده کرد و منابع عمومی را حفظ نمود. همچنین قانون‌گذار می‌تواند با تغییر ملاک در تعیین تاریخ توقف بانک‌ها و ارائه برخی ابزارها، شرایطی فراهم نماید تا بانک‌ها بتوانند قبل از رسیدن به مرحله توقف، مشکلات مالی خود را مرتفع نموده و از ورشکستگی آن‌ها پیشگیری شود. پس از توقف احتمالی نیز می‌توان آن‌ها را بازسازی نمود. لکن بازسازی بانک‌ها باید قبل از اعلام ورشکستگی و خدشه‌دار شدن اعتبار بانک و اثرات مخرب آن صورت گیرد نه پس از آن. مطالعات صورت گرفته ضرورت نیاز به نظام حل و فصل مالی را نشان می‌دهد تا با اعمال ابزارهای متنوعی از جمله نجات از درون و تأسیس بانک واسط، نظام بانکی سقوط نکند. قانون‌گذار ما نیز به این احساس پاسخ داده و «طرح جامع بانکداری جمهوری اسلامی ایران» را تدوین نموده است. همچنین پس از ورشکستگی نیز تصفیه بانک‌ها و طبقه‌بندی بستانکاران آن‌ها حائز اهمیت است. لکن این امر، مختص بانک‌های ورشکسته می‌باشد، نه بانک‌های در حال بازسازی یا گزیر؛ زیرا در موارد اخیر، فرض بر این است که دیون بانک از دارایی وی بیشتر نبوده و منطقاً نیز نوبت به اعمال مقررات ورشکستگی نمی‌رسد. از سوی دیگر، اگر ادغام بانک‌ها را نیز از ابزارهای حل و فصل بدانیم، باید چالش‌های پیش روی آن، از جمله حقوق قانونی طلبکاران و سهامداران و نحوه برخورد با مخالفت احتمالی آنان را به صورت شفاف مرتفع نماییم. در این زمینه سعی نمودیم پیشنهاداتی را ارائه نماییم که می‌تواند ابهامات طرح جامع را مرتفع ساخته و در اصلاحات قانون تجارت نیز مورد استفاده قرار گیرد. همچنین انحلال بانک‌ها و نحوه انتقال دارایی‌ها و تعهدات آن‌ها به بانک انتقالی یا شرکت‌های مدیریت دارایی باید مورد توجه قرار گرفته

و در خصوص انتقال با حق بازگشت یا بدون آن، تعیین تکلیف شود. در طرح جامع، انحلال بانک‌ها از شمول قانون تجارت خارج شده است. ولی حکم خاصی در این باب تبیین نشده و در صورت لزوم، دادرس باید به قانون مدنی رجوع نماید. برای رفع این نقیصه باید احکام خاص انحلال بانک‌ها در طرح جامع پیش‌بینی شود. نهایتاً در صورت استفاده از ابزارهای حل و فصل یا اقدام احتیاطی دیگر نیز همواره باید به این نکته توجه نمود که نباید به سپرده‌گذاران و بستانکاران ضرری وارد گردد که ممکن بود در صورت اعمال مقررات عادی ورشکستگی، ضرری کمتر از آن وارد می‌شد.

پیشنهاد ادغام بانک‌ها

ماده ۱- ادغام بانک‌ها به دو صورت یک‌جانبه و دو یا چندجانبه بدون نیاز به تصفیه و با رعایت شرایط و تشریفات مقرر در این قانون مجاز می‌باشد.

ماده ۲- ادغام یک‌جانبه از طریق جذب یک یا چند بانک با محو شخصیت حقوقی (به عنوان بانک یا بانک‌های ادغام‌شونده)، در بانک موجود با حفظ شخصیت حقوقی (با عنوان بانک پذیرنده ادغام) انجام شده، و ادغام دو (یا چند) جانبه از طریق ادغام دو یا چند بانک ادغام‌شونده با محو شخصیت حقوقی آن‌ها و ایجاد بانک جدید صورت می‌پذیرد.

ماده ۳- سهامداران بانک‌های موضوع ادغام، به ازاء سهام خود که مشمول ادغام می‌باشند، سهام بانک پذیرنده ادغام یا بانک جدید را دریافت می‌دارند.

ماده ۴- برای تحقق ادغام، هیئت مدیره بانک‌های طرف ادغام، طرح مشترک ادغام را تهیه و تصویب می‌کنند. اساسنامه بانک می‌تواند تصویب طرح مشترک ادغام را منوط به موافقت کلی مجمع عمومی فوق‌العاده کند. در صورت تصویب، هیئت مدیره بانک پیشنهاددهنده، طرح مشترک ادغام را به همراه گزارش توجیهی و آخرین ترازنامه و صورت‌بدهی‌ها و مطالبات و گزارش حسابرسی برای کمیته مقررات‌گذاری و نظارت بانکی ارسال می‌کند.

ماده ۵- ادغام بانک‌ها باید با رعایت شرایط زیر باشد: ۱. وضعیت بانک‌های طرف ادغام مناسب یا قابل قبول باشد؛ ۲. ادغام موجب ایجاد تمرکز و بروز قدرت انحصاری نشود؛ ۳. مقررات قانونی در طرح مشترک ادغام رعایت شده باشد.

ماده ۶- کمیته مقررات گذاری و نظارت بانکی ظرف یک ماه، نظر خود دال بر تأیید یا رد طرح مشترک ادغام را اعلام می‌کند. در صورت تأیید طرح مشترک ادغام توسط کمیته فوق، طرح مذکور به همراه گزارش بازرس و گزارش توجیهی مالی و اقتصادی به وسیله هیئت مدیره به مجمع عمومی فوق‌العاده مشترک بانک‌ها جهت تصویب ارائه می‌گردد.

ماده ۷- پس از تصویب ادغام در مجمع عمومی فوق‌العاده مشترک و ثبت ادغام در مرجع ثبت بانک‌ها، بانک‌های ادغام‌شونده منحل، و تمامی دارایی‌ها، حقوق، تعهدات، دیون و مطالبات بانک‌های موضوع ادغام، به بانک پذیرنده و یا بانک جدید منتقل خواهد شد و شرکت ادغام‌پذیر یا جدید از هر حیث قائم‌مقام شرکت‌های ادغام‌شونده می‌گردد.

تبصره: با ارائه گواهی ثبت ادغام، مراجع ذی‌ربط از جمله سازمان ثبت اسناد و املاک کشور موظف‌اند نسبت به اصلاح اسناد و مدارک مربوط به نام بانک پذیرنده ادغام یا بانک جدید اقدام کنند.

ماده ۸- ادغام بانک در حال بحران یا دارای حکم ورشکستگی، مجاز نیست.

ماده ۹- در خصوص بانکی که در وضعیت نامناسب یا در معرض خطر باشد، چنانچه به تشخیص کمیته مقررات گذاری و نظارت، ادغام بانک مذکور در بانک دیگر که در وضعیت مناسب است، ضروری بوده و به نفع نظام بانکداری یا منفعت سپرده‌گذاران باشد، کمیته فوق می‌تواند با تهیه طرح مشترک ادغام، نسبت به ادغام بانک مذکور در یک بانک داوطلب اقدام کند. در صورت عدم وجود بانک داوطلب، کمیته فوق می‌تواند ضمن تهیه طرح مشترک ادغام، پیشنهاد ادغام بانک مذکور را در یک بانک دولتی به سازمان ارائه دهد. در صورت تصویب طرح مشترک توسط سازمان، ادغام بر اساس آن محقق می‌شود و شرکت‌های طرف ادغام ملزم به آن خواهند بود.

ماده ۱۰- مؤسسات اعتباری با رعایت مقررات این قانون می‌توانند در هم ادغام شوند.

ماده ۱۱- سایر ضوابط و تشریفات ادغام بانک‌ها و مؤسسات اعتباری از قبیل مندرجات طرح مشترک ادغام، نحوه انتقال و ثبت دارایی، رسیدگی به اعتراض سهامداران، سپرده‌گذاران و سایر طلبکاران، ضوابط جلوگیری از تمرکز و قدرت انحصاری آن‌ها و وضعیت کارکنان، به موجب آیین‌نامه اجرایی است که توسط کمیته مقررات گذاری و نظارت بانکی تهیه و پس از تأیید سازمان به تصویب هیئت وزیران می‌رسد.

کتاب‌شناسی

۱. امینی، علیرضا، و سیدمحمدرضا آیتی، *تحریر الروضه فی شرح اللمعه*، مقدمه ابوالقاسم گرجی، تهران، سمت و کتاب طه، ۱۳۹۰ ش.
۲. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳. خراطها، محمدطه، *بایسته‌های حقوقی حل و فصل مالی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری در حقوق ایران و کامن‌لا*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۷ ش.
۴. رحیمی، نسرین، *بررسی فقهی ورشکستگی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم، ۱۳۷۷ ش.
۵. رضوی، سیدعلی، سیدمحمد رضوی، و محمدرضا پاسبان، «ماهیت حقوقی ادغام شرکت‌های تجاری؛ مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و مصر»، *آموزه‌های فقه مدنی*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره یازدهم، شماره ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۹۸ ش.
۶. روشن، محمد و امین امیرحسینی، «پیشگیری از وقوع ورشکستگی در نظام حقوقی ایران و جایگاه آن در فقه امامیه با نگاهی به حقوق فرانسه»، *فقه و مبانی حقوق اسلامی (مقالات و بررسی‌ها)*، دوره پنجاهم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۷. شریف‌زاده، محمدجواد، «نقد نظام توقف و ورشکستگی بانکی در ایران و ضرورت سنجی جایگزینی آن با نظام گزیر (Resolution) برای مقاوم‌سازی بخش مالی در کشور»، *پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی*، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، سال هفدهم، شماره ۹ (پیاپی ۵۲)، اسفند ۱۳۹۶ ش.
۸. شهرستانی، حمید، و صغری قبادی، «تأثیر ادغام بر کارایی بانک‌ها در ایران»، *نشریه اقتصاد مالی (اقتصاد مالی و توسعه)*، دوره دوم، شماره ۵، زمستان ۱۳۸۷ ش.
۹. شیروانی، علی، و محمدمسعود عباسی، *ترجمه و تبیین شرح اللمعه*، قم، دار العلم، ۱۳۹۱ ش.
۱۰. طباطبایی‌نژاد، سیدمحمد، «کاستی‌های نظام ورشکستگی بانک‌ها در ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره چهل و پنجم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۴ ش.
۱۱. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی بن احمد، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، شارع العلم، ۱۴۳۰ ق.
۱۲. عیسی‌زاده، سعید، و مریم مظهري آوا، «اثر کارایی مدیریتی در کاهش هزینه‌ها بعد از ادغام بانک‌ها در ایران»، *مطالعات اقتصادی کاربردی ایران*، دوره ششم، شماره ۲۱، بهار ۱۳۹۶ ش.
۱۳. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، کتاب التجاره، بیروت، دار الاضواء، ۱۳۹۲ ق.
۱۴. میرشکاری، عباس، و افروز صمدی، «تصفیه ویژه»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (حقوق سابق)*، سال چهل و هفتم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۶ ش.
۱۵. نوری یوشانلوئی، جعفر، و سعیده‌سادات باقری، «تأثیر پیشگیری از ورشکستگی بانک‌ها بر تصفیه آن‌ها»، *فصلنامه تصفیه*، شماره‌های ۴-۳، تابستان و پاییز ۱۳۹۷ ش.
16. Ambrasas, Tomas, *Bank Resolution Regime: Balancing Private and Public Interests*, Doctoral Dissertation, Vilnius, Basel, 2015.
17. Avci, S. Burcu & Cindy A. Schipani & H. Nejat Seyhun, "Eliminating Conflicts of

- Interests in Banks: The Significance of the Volcker Rule”, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 35(2), 2018.
18. Castañeda, Juan E. & David G. Mayes & Geoffrey Wood (Eds.), *European Banking Union: Prospects and Challenges*, Abingdon, Routledge, 2016.
 19. Dato, Akber, *Legal Data for Banking: Business Optimisation and Regulatory Compliance*, John Wiley & Sons, 2019.
 20. EU, Directive 2014/59/EU of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms, 2014.
 21. FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation), *Resolutions Handbook*, 2014.
 22. García-Olalla, Myriam & Judith Clifton (Eds.), *Contemporary Issues in Banking: Regulation, Governance and Performance*, Springer, 2018.
 23. Haentjens, Matthias, & Bob Wessels (Eds.), *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, Edward Elgar Publishing, 2015.
 24. OECD, *OECD Economic Surveys*, OECD Publishing, Spain, 2012.
 25. Ognjenovic, Djurdjica, *Deposit Insurance Schemes: Funding, Policy and Operational Challenges*, Springer, 2017.
 26. Parker, David C., *Closing a Failed Bank: Resolution Practices and Procedures*, International Monetary Fund, 2011.

