



مجموعه مقالاتے درباره

پیش نویس قانون بانکداری

دکتر محمود بهمنی

دکتر اکبر کمیجانی

دکتر محمدرضا شجاع الدینی

دکتر سیدحسین میر جلیلی

اسدالله امیر اصلانی

حسن معتمدی

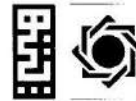
حمیدرضا غنی آبادی

دکتر یدالله اثنی عشری

غلامحسین عربیہ

حمید قنبری

محمدہادی مہدیویان



ناشر

نشر هیح

با همکاری

روابط عمومی بانک مرکزی

نشانی

تهران

خیابان استاد نجات‌اللهی

کوچه سلمان پاک

شماره ۱۸ / طبقه دوم

تلفکس

۸۸۹۴۱۴۹۹

تمامی حقوق این اثر محفوظ

و متعلق به ناشر است.

www.hichpublishing.com

hichpub@yahoo.com

مجموعه مقالاتی درباره

«پیش‌نویس قانون بانکداری»

نویسندگان

دکتر محمود بهمنی

دکتر اکبر کمیحانی

دکتر محمدرضا شجاع‌الدینی

دکتر سیدحسین میرچلبلی

اسدالله امیر اصلانی

حسن معتمدی

حمیدرضا غنی‌آبادی

دکتر بدانه اثنی‌عشری

غلامحسین عربیده

حمید قسری

محمدهادی مهدویان

تولید هنری و فنی

کارگاه گرافیک هیح

حسن کریم‌زاده

انوشه صادقی‌آزاد

ویراستار

مریم آقایی

لینوگرافی

نقره‌آبی

چاپ و صحافی

شادرنگ

شابک

۹۷۸-۶۰۰-۹۰۴۲۷-۸-۴

چاپ اول، پاییز ۱۳۸۹

{ ۳۰۰۰ نسخه }

فهرست

مقدمه.....7

بازنگری قوانین پولی و بانکی: ضرورت ها و دستاوردها.....دکتر محمود بهمنی.....9

نگاهی گذرا بر دلایل بازنگری و فرایند مطالعاتی-اجرایی در قوانین پولی و بانکی
کشور.....دکتر اکبر کمیجانی.....19

بازنگری در قوانین پولی و بانکداری.....دکتر محمدرضا شجاع الدینی.....35

روش شناسی تدوین قانون بانکداری.....دکتر سیدحسین میرجلیلی.....42

جذب سپرده ها و اعطای تسهیلات در قانون بانکداری.....اسدالله امیراصلائی..... 69

نظارت بانکی در قانون بانکداری.....حسن معتمدی و حمیدرضا غنی آبادی.....77

تحلیلی از مقررات انتظامی و توقف، بازسازی، انحلال و ورشکستگی در قانون
بانکداری.....دکتر یدالله اثنی عشری.....87

ابعاد حقوقی پیش نویس قانون بانکداری.....غلامحسین عربیه و حمید قنبری.....99

مبانی نظری و تجربی صندوق ضمانت سپرده ها.....محمدهادی مهدویان.....111



روش‌شناسی تدوین قانون بانکداری

دکتر سیدحسین میرجلیلی
دانشیار و رییس پژوهشکده اقتصاد پژوهشگاه علوم انسانی

مقدمه

زمینه تهیه پیش‌نویس قانون بانکداری، بررسی‌های مربوط به مشکلات قانون پولی و بانکی کشور (۱۳۵۱) و قانون عملیات بانکی بدون ربا (۱۳۶۲) بود و با توجه به تجربه سه و نیم دهه اجرای قوانین مربوط به بانکداری، تحول بانکداری در جهان و مطالعه تطبیقی قوانین بانکداری کشورها و با عنایت به شرایط بومی، اقدام به تهیه پیش‌نویس قانون بانکداری شد. فرایند کار بدین ترتیب بود که ابتدا متن پیشنهادی در کارگروه (کمیته فرعی) تهیه شده و برای بحث به شورای عالی بازرنگری قوانین پولی و بانکی ارایه می‌شد. پس از بحث‌های نسبتاً طولانی، در صورت تصویب، به عنوان متن پیش‌نویس درمی‌آمد و در صورتی که نیاز به مطالعه بیشتر داشت، به کارگروه، بازمی‌گشت و فرایند یاد شده تکرار می‌شد. سپس گزارش توجیهی و مستندات پیش‌نویس بر اساس مطالعات کارگروه و مصوبات شورا، تهیه می‌شد.

۱- پیش‌نویس قانون بانکداری، نتیجه بازرنگری قسمت سوم قانون پولی و بانکی کشور^۱ (مصوب تیرماه ۱۳۵۱)، فصول دوم و سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا^۲ (مصوب شهریور ماه ۱۳۶۲) و قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی^۳ (مصوب دی‌ماه ۱۳۸۳)، لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها و افزودن دو فصل مربوط به نظارت و صندوق ضمانت سپرده‌ها است. نتیجه بازرنگری قسمت اول و دوم قانون پولی و بانکی کشور (مصوب تیرماه ۱۳۵۱) و فصول اول، چهارم و پنجم قانون عملیات بانکی بدون ربا در پیش‌نویس قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران متبلور شده است.

۲- مواد مربوط به بانکداری در قانون پولی و بانکی کشور از زمان تصویب آن در تیرماه ۱۳۵۱ به کرات توسط قوانین دیگر اصلاح شد. مهمترین قوانین اصلاحی عبارتند از:

قانون اصلاح بندهای (ج) و (د) ماده ۳۱ قانون پولی و بانکی مشتمل بر یک ماده (مصوب تیرماه ۱۳۵۴)، لایحه قانونی اداره امور بانکها (مصوب مهرماه ۱۳۵۸)، قانون ملی شدن بانکها (مصوب خرداد ۱۳۵۸) و قانون عملیات بانکی بدون ربا (مصوب شهریور ۱۳۶۲). علاوه بر آن طی ۳۷ سالی که از تصویب قانون پولی و بانکی کشور می‌گذرد، تحولات زیادی در مباحث نظری و حرفه‌ای بانکداری پدید آمده است. از جمله این تحولات می‌توان به تقویت نظارت بانکی، توسعه طرح‌های (صندوق یا شرکت) ضمانت (بیمه) سپرده‌ها و بازنگری در مقررات مربوط به ورشکستگی بانکها اشاره کرد.

در تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۲۸ نیز مجلس شورای اسلامی طی مصوبه‌ای ماده ۱۵ و دو تبصره آن در قانون عملیات بانکی بدون ربا را اصلاح کرد و سپس در تاریخ ۱۳۷۶/۱۱/۲۹ با افزودن دو تبصره دیگر و اصلاح متن ماده، مجدداً آن را اصلاح کرد.^۴ اما قانون عملیات بانکی بدون ربا تنها به بخشی از عملیات بانکی پرداخته و سایر امور مربوط به بانکداری را مورد توجه قرار نداده است. علاوه بر آن طی دو دهه اخیر، تحولات زیادی در مباحث نظری و عملی بانکداری اسلامی پدید آمده است. از جمله این تحولات می‌توان به توسعه کاربرد قرارداد استصناع در بانکداری اسلامی، اتخاذ تدابیری برای کاهش عدم تقارن اطلاعات^۵ و بهبود راهبری شرکتی^۶ در بانکداری اسلامی اشاره کرد.

۳- در عنوان قانون، تنها از واژه بانکداری استفاده شده است، زیرا طبق اصل چهارم قانون اساسی تمام قوانین و مقررات مالی و اقتصادی و غیر آن باید بر اساس موازین اسلامی باشد.^۷ از سوی دیگر عنوان بانکداری اسلامی در کشورهایی به کار می‌رود که نظام بانکی دوگانه (اسلامی - متعارف) وجود دارد، اما در جمهوری اسلامی ایران که کل نظام بانکی طبق دستورات اسلام است، می‌توان از عنوان "قانون بانکداری" بدین منظور استفاده کرد.

۴- فصول قانون بانکداری منطبق با سیکل عمر بانکها و سایر مؤسسات اعتباری است و از شرایط تأسیس مؤسسه اعتباری آغاز شده و سپس ساختار،

شرایط و نحوه فعالیت، نظارت، مقررات انتظامی، صندوق ضمانت سپرده‌ها و سرانجام، توقف، بازسازی، ورشکستگی، انحلال و تصفیه را شامل می‌شود.

۵- فصل اول پیش‌نویس قانون بانکداری، به تعاریف و گستره شمول قانون اختصاص دارد. معیار اصلی برای شناسایی فعالیت‌های تحت شمول این قانون، انجام "عملیات بانکی" است و مقصود از عملیات بانکی، دریافت "هرگونه سپرده" از "عموم" و به کارگیری آن در قالب "اعطای اعتبار و تسهیلات" و "ارایه انواع ابزارهای پرداخت"، به مشتریان است.

در تدوین قانون بانکداری سعی شده است قانونی جامع و مانع برای تمام مؤسسات اعتباری تهیه شود.

اول: شامل مؤسسات اعتباری دولتی و غیردولتی می‌شود. در متن پیش‌نویس، اشاره‌ای به دولتی یا خصوصی بودن بانک نشده است تا هر دو، خود را در محیط یکسانی برای رقابت بدانند و هیچ‌یک مزیتی بر دیگری نداشته باشند. در واقع میدان رقابت، هم سطح در نظر گرفته شده است. قانون بانک‌ها نیز احیا شده است.

دوم: شامل قلمرو ملی و منطقه‌ای می‌شود. در متن پیش‌نویس، اشاره‌ای به حوزه جغرافیایی فعالیت بانک نشده است، تا در صورت تاسیس بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری منطقه‌ای، آن‌ها نیز بتوانند در چارچوب این قانون فعالیت کنند. ایجاد بانک‌های منطقه‌ای در توسعه اقتصادی متوازن و تمرکززدایی در کشور، نقش بسزایی دارد. در شرایطی که بانک‌ها حوزه فعالیت خود را کل کشور قرار می‌دهند، به دلیل تفاوت درجه توسعه تهران و مرکز استان‌ها با سایر مناطق، شبکه بانکی می‌تواند با جذب منابع از سراسر کشور، بخش زیادی از آن را به تهران و مراکز استان‌ها تخصیص دهد که زیرساخت‌ها و امکان سرمایه‌گذاری سودآورتری وجود دارد و همین امر توازن منطقه‌ای را به زیان مناطق محروم، تشدید می‌کند. ایجاد بانک‌های منطقه‌ای می‌تواند توسعه متوازن‌تری به ارمغان بیاورد و این امکان در قانون بانکداری وجود دارد.

سوم: شامل سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در بانکداری می‌شود. در متن پیش‌نویس اشاره‌ای به ممنوعیت سرمایه‌گذاری خارجی در بانکداری نشده است. از آنجایی که طبق ماده ۳ قانون ثبت شرکتها^۸، هر شرکتی در ایران به

ثبت برسد، آن شرکت، ایرانی خواهد بود، از این رو به محض آن‌که خارجی‌ان بخواهند بانکی را در ایران به ثبت برسانند، به عنوان بانک ایرانی ثبت شده و مشمول مقررات این قانون خواهد بود.

چهارم: شامل بانک مرکزی نمی‌شود و بنابراین مانع است. در ماده ۱۰ قانون پولی و بانکی کشور (۱۳۵۱) گفته شده که بانک مرکزی ایران مشمول مقررات قسمت بانکداری این قانون نمی‌باشد.^۹ در متن پیش‌نویس قانون بانکداری، این موضوع تصریح نشده است. زیرا هر چند بانک مرکزی نیز نوعی مؤسسه اعتباری است که از بانک‌ها سیرده می‌پذیرد و به بانک‌ها، اعتبارات و تسهیلات می‌دهد ولی مبادرت به اخذ سیرده از «عموم» نمی‌کند و به همین دلیل مشمول مقررات قانون بانکداری نیست و مطابق مقررات خاص خود فعالیت می‌کند که به عنوان قانون بانک مرکزی شناخته شده است.

پنجم: برای شمول قانون بر بانک و غیربانک، از اصطلاح «مؤسسه اعتباری» استفاده شده است. در واقع بانک نوعی مؤسسه اعتباری است. محور اصلی فعالیت مؤسسه اعتباری، انجام عملیات بانکی است و عملیات بانکی به صورت کارکردی^{۱۰} تعریف شده و دارای سه رکن است. اول: دریافت سیرده از عموم (که در پیش‌نویس قانون بانکداری، احصاء شده است)، دوم: استفاده از سیرده برای اعطای اعتبار و تسهیلات و سوم: فراهم کردن انواع ابزارهای پرداخت مانند چک، کارت اعتباری، حواله، اعتبار اسنادی و ابزارهای الکترونیک پرداخت. بر اساس سه رکن یاد شده، انجام عملیات بانکی منحصر به بانک‌ها نیست و سایر مؤسسات اعتباری که این سه رکن را انجام می‌دهند مشمول مقررات این قانون هستند. از نظر مرجع نظارتی، مهمترین رکن، سیرده‌گیری از عموم است. بنابراین اگر شخص حقیقی یا حقوقی با سرمایه خود یا اعضای تعاونی خود و یا با وجوه اداره شده، تسهیلات و اعتبار، اعطا کند، فاقد رکن اول عملیات بانکی (سیرده‌گیری از عموم) است یا اگر شخص حقیقی یا حقوقی برای پیش‌فروش محصول خود، وجوه مردم را جمع‌آوری کند (و حتی سود علی‌الحساب بپردازد)، فاقد رکن دوم عملیات بانکی (اعطای اعتبار و تسهیلات با استفاده از سیرده عموم) است.

باید توجه داشت که عملیات بانکی، فعالیت اصلی^{۱۱} مؤسسه اعتباری است

و مؤسسات اعتباری فعالیت‌های دیگری نیز دارند. در تعریف مؤسسه اعتباری، به فعالیت اصلی آن بسنده شده است.

در تعریف مؤسسه اعتباری و ماده (۲)، عبارت «به تشخیص بانک مرکزی» به کار رفته است تا در مواردی که اختلاف نظر در مورد ماهیت فعالیت اشخاص وجود دارد که آیا عملیات بانکی انجام می‌دهد یا نه، مرجع صلاحیت‌دار، مشخص شده باشد. بانک مرکزی صلاحیت تشخیصی دارد نه وابسته^{۱۲} (مانند اقدامات نظارتی).

اصطلاح عام «مؤسسه اعتباری»، در مواردی تعمداً به صورت «بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری» به کار رفته است که مهمترین مصادیق مؤسسات اعتباری هستند. زیرا:

اولاً: اغلب اشخاص مشمول این قانون، بانک‌ها هستند و سایر مؤسسات اعتباری تنها چند درصد موارد مشمول است.

ثانیاً: عنوان قانون، بانکداری است. از این رو، بانک‌ها به طور ویژه مخاطب قرار گرفته‌اند.

ششم: علاوه بر آن عبارت «به تشخیص بانک مرکزی» در ماده (۲) شامل با مجوز و بدون مجوز می‌شود. از این رو اشخاصی که بدون مجوز بانک مرکزی اقدام به انجام عملیات بانکی می‌کنند، مشمول مقررات این قانون هستند و طبق این ماده با آنان برخورد خواهد شد. از این رو گستره شمول قانون، تمام اشخاص حقیقی - حقوقی و با مجوز - بدون مجوز است. همچنین در اولین ماده فصل نظارت از عبارت «اشخاص مشمول مقررات این قانون» استفاده شده تا شامل مؤسسات اعتباری مجوزدار و بدون مجوز شود.

۶ - پیوند میان قانون بانکداری و قانون بانک مرکزی از طریق هیئت نظارت مؤسسات اعتباری است که در مواد مختلف قانون بانکداری ذکر شده است. (جدول شماره ۱)

در پیش‌نویس لایحه قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، شورای

جدول شماره (۱): وظایف هیئت نظارت مؤسسات اعتباری در پیش‌نویس قانون بانکداری

ردیف	ماده	شرح
۱	تبصره ۳ ماده ۳	تصویب دستورالعمل ناظر بر تاسیس و نحوه فعالیت شعبه بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری خارجی
۲	ماده ۶	تصویب ضوابط ناظر بر ایجاد یا تعطیلی شعبه، باجه یا دفتر نمایندگی مؤسسه اعتباری در داخل و یا خارج کشور
۳	تبصره ذیل ماده ۸	تعیین شکل حقوقی سایر مؤسسات اعتباری
۴	تبصره ۴ ماده ۹	تعیین سقف مجاز تملک سهام سایر مؤسسات اعتباری
۵	بند ب ماده ۱۱	تعیین میزان سرمایه لازم برای تودیع نزد بانک مرکزی قبل از صدور مجوز مؤسسه اعتباری
۶	بند ب ماده ۱۱	تعیین میزان حداقل سرمایه و مهلت پرداخت سرمایه تعهد شده برای تاسیس مؤسسات اعتباری
۷	ماده ۲۱	تصویب مقررات ناظر بر ساختار سایر مؤسسات اعتباری
۸	بند ۱۳ ماده ۲۲	تعیین سایر عملیات مجاز مؤسسات اعتباری
۹	تبصره ۱ ماده ۲۳	تصویب دستورالعمل اجرایی ناظر بر انواع سپرده‌ها
۱۰	تبصره ۲ ماده ۳۴	تصویب دستورالعمل ناظر بر قرارداد استصناع
۱۱	تبصره ذیل ماده ۳۶	تصویب دستورالعمل ناظر بر نحوه محاسبه و اعلام سود علی‌الحساب انواع سپرده‌های سرمایه‌گذاری و چگونگی پرداخت سود قطعی به سپرده‌گذاران
۱۲	بند الف ماده ۳۷	تصویب دستورالعمل ناظر بر میزان و نحوه ایجاد اندوخته قانونی بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری
۱۳	بند ب ماده ۳۷	تصویب دستورالعمل ناظر بر میزان حداقل نسبت کفایت سرمایه بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری
۱۴	بند ب ماده ۳۷	تصویب دستورالعمل ناظر بر نحوه و اصول حسابداری و دفتری و تهیه و تنظیم صورت‌های مالی بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری
۱۵	بند ت ماده ۳۷	تعیین میزان استهلاک دارایی‌های منقول و غیرمنقول قابل استهلاک و هزینه‌های تاسیس و توسعه و همچنین میزان اندوخته‌های احتیاطی بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری
۱۶	بند ج ماده ۳۷	تصویب دستورالعمل ناظر بر مدت و طرز نگاهداری اوراق بازرگانی و اسناد و دفاتر بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری به صورت عین، و همچنین طرز تبدیل آنها به عکس، فیلم، اسناد الکترونیکی و یا نظایر آن
۱۷	بند ت ماده ۳۸	تصویب دستورالعمل ناظر بر تسهیلات و تعهدات کلان

ردیف	ماده	شرح
۱۸	بند ث ماده ۳۸	تصویب دستورالعمل ناظر بر اشخاص مرتبط
۱۹	بند ج ماده ۳۸	تصویب دستورالعمل ناظر بر اعطای تسهیلات و اعتبار به اعضای ارکان، مدیران و بازرسان بانک مرکزی
۲۰	تبصره ذیل ماده ۴۰	تصویب اساسنامه کانون بانگ‌ها
۲۱	تبصره ۱ ماده ۵۰	دستورالعمل ناظر بر حیطه اختیارات و مسئولیت‌های ناظر مقیم
۲۲	بند ج ماده ۵۴	تعیین یک نفر متخصص در امور بانکی برای عضویت در هیئت بدوی رسیدگی به تخلفات انتظامی مؤسسات اعتباری
۲۳	تبصره ۱ ماده ۵۹	تجدیدنظر در سقف جریمه‌های نقدی مؤسسات اعتباری
۲۴	تبصره ۲ ماده ۶۲	معرفی جایگزینی برای مدیرعامل کانون بانگ‌ها در هیئت تجدیدنظر رسیدگی به تخلفات انتظامی مؤسسات اعتباری در مواقعی که کانون فاقد مدیرعامل است.
۲۵	ماده ۶۷	تصویب آیین دادرسی هیئت‌های بدوی و تجدیدنظر
۲۶	تبصره ذیل ماده ۷۰	تجدیدنظر در سقف سپرده‌های ضمانت شده توسط صندوق ضمانت سپرده‌ها
۲۷	بند ذ ماده ۷۱	تعیین سایر مواردی که در شمول ضمانت صندوق ضمانت سپرده‌ها قرار نمی‌گیرند.
۲۸	ماده ۸۷	تصویب دستورالعمل ناظر بر جزییات طرح بازسازی مؤسسات اعتباری و اجرای آن
۲۹	ماده ۹۰	معرفی عضو ناظر موضوع فصل ورشکستگی قانون تجارت به دادگاه

پول و اعتبار به دو هیئت تقسیم شده است: هیئت سیاست‌گذاری پولی و بانکی و هیئت نظارت مؤسسات اعتباری.

هدف از تشکیل هیئت نظارت مؤسسات اعتباری، حفظ ثبات و سلامت نظام پولی و بانکی و همچنین صیانت از منافع سپرده‌گذاران است. وظایف این هیئت عبارتند از^{۱۳}:

« تعیین ضوابط و دستورالعمل‌های ناظر بر تاسیس، فعالیت و انحلال مؤسسات اعتباری و صرافیه‌ها؛

« تعیین نسبت‌های مالی احتیاطی برای مؤسسات اعتباری؛

« تعیین ضوابط و دستورالعمل‌های ناظر بر حاکمیت سهامی در مؤسسات اعتباری؛

- « تعیین ضوابط و دستورالعمل‌های ناظر بر عملیات تجهیز منابع توسط مؤسسات اعتباری؛
 - « تعیین ضوابط و دستورالعمل‌های ناظر بر عملیات اعتباری مؤسسات اعتباری؛
 - « تعیین ضوابط و دستورالعمل‌های ناظر بر مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم؛
 - « تعیین ضوابط و دستورالعمل‌های ثبت و نگاهداری حسابها و نحوه تهیه و تنظیم ترازنامه و سایر صورت‌های مالی مؤسسات اعتباری؛
 - « تعیین ضوابط نگاهداری یا امحای اوراق، اسناد، مدارک و دفاتر و همچنین نحوه تبدیل آنها به عکس، فیلم، سوابق الکترونیکی مطمئن یا نظایر آن توسط مؤسسات اعتباری؛
 - « و تصویب آیین‌نامه‌های قانون بانک مرکزی در موارد مرتبط.
 - « اعضای هیئت نظارت مؤسسات اعتباری عبارتند از:»
 - « رئیس کل بانک مرکزی به عنوان رئیس هیئت؛
 - « معاون ناظر بر امور نظارتی بانک مرکزی؛
 - « مدیرعامل کانون بانک‌ها؛
 - « یک نفر نماینده از کمیسیون‌های "اقتصادی" و "برنامه و بودجه و محاسبات" مجلس شورای اسلامی به عنوان ناظر با انتخاب مجلس؛
 - « یک نفر کارشناس و متخصص پولی و بانکی به پیشنهاد رئیس کل بانک مرکزی و تأیید رئیس جمهور؛
 - « دادستان کل کشور یا معاون وی.
- ۷- فصل سوم پیش‌نویس قانون بانکداری به تبیین ساختار بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری اختصاص یافته است. در حال حاضر در زمینه ساختار بانک‌ها، «لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها» مصوب ۱۳۵۸/۷/۳ شورای انقلاب حاکم است. در این لایحه پنج رکن برای بانک‌ها برشمرده شده است: مجمع عمومی بانک‌ها، شورای عالی بانک‌ها، هیئت مدیره بانک، مدیرعامل هر بانک و بازرسان قانونی هر بانک.
- به موجب ماده (۶) قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی

و کارایی بانک‌ها مصوب ۱۳۸۶/۴/۵ مجلس شورای اسلامی، شورای عالی بانک‌ها، منحل و وظایف آن به هیئت‌مدیره بانک‌ها محول شد.

از سوی دیگر در حالی که علی‌القاعده هیئت‌مدیره باید بر عملکرد مدیرعامل نظارت کند، اما در عمل، مدیرعامل، هیئت‌مدیره را زیر نظر دارد و اعضای هیئت‌مدیره نقش معاونان مدیرعامل را ایفا می‌کنند.

با توجه به مشکلات اجرایی لایحه یاد شده و این‌که بانک یک شرکت سهامی عام است که با سایر شرکت‌های سهامی عام تفاوت دارد، مقررات خاصی برای ساختار خود می‌طلبد. در قوانین بانکداری کشورهای مختلف، فصلی بدین منظور اختصاص یافته است.

سه اصل در تدوین مقررات فصل ساختار بانک‌ها در پیش‌نویس قانون بانکداری مدنظر بوده است.

❖ اول: مالکیت از مدیریت جدا باشد. (تفکیک مجمع عمومی از هیئت‌مدیره)

❖ دوم: نظارت از اجرا جدا باشد. (تفکیک هیئت‌مدیره از هیئت‌عامل)

❖ سوم: هر رکنی بازوی نظارتی داشته باشد. (بازرس و کمیته حسابرسی)

بر این اساس مجمع عمومی بانک که از اجتماع صاحبان سهام (مالکان) تشکیل می‌شود و عالی‌ترین رکن تصمیم‌گیری در بانک است، هیئت‌مدیره را تعیین می‌کند که مسئولیت سیاست‌گذاری، نظارت و اداره تمام امور بانک را بر عهده دارد. هنگامی که مالکیت، مدیریت و اجرا از یکدیگر جدا می‌شود، باید ارگان نظارتی وجود داشته باشد. ارگان نظارتی مجمع عمومی، بازرس قانونی است و ارگان نظارتی هیئت‌مدیره، کمیته حسابرسی^{۱۵} می‌باشد. برای تفکیک نظارت از اجرا، هیئت‌مدیره از مدیران غیرموظف انتخاب شده‌اند. اما مدیرعامل و سایر اعضای هیئت‌عامل بانک که مقامات اجرایی بانک هستند، مدیران موظف می‌باشند. کمیته حسابرسی، کمیته‌ای است تخصصی که از سوی هیئت‌مدیره بانک و به منظور یاری رساندن به هیئت‌مدیره در امر نظارت بر مسئولیت‌هایشان در حیطه گزارش‌گری مالی، نظام کنترل داخلی، فرایند حسابرسی و فرایند تطبیق با قوانین و مقررات و ضوابط اخلاقی تشکیل شده و در چارچوب اختیارات، مقررات، خط‌مشی‌ها و حدود وظایف تعیین شده از سوی هیئت‌مدیره انجام وظیفه می‌کند. در واقع هدف از ایجاد کمیته حسابرسی،

یاری رساندن به هیئت مدیره بانک در نظارت بر موارد زیر است:

- ◀ اثربخشی نظام کنترل داخلی
 - ◀ کیفیت و صحت صورتهای مالی، فرایندهای گزارشگری مالی، نظام‌های حسابداری و کنترل‌های مالی
 - ◀ رعایت قوانین و مقررات مرتبط، الزامات نظارتی و سیاست‌های مؤسسه اعتباری
 - ◀ استقرار، حفظ و حمایت از واحد حسابرسی داخلی
 - ◀ استقلال، صلاحیت حرفه‌ای و عملکرد حسابرسان داخلی و مستقل
- توجه به این نکته ضروری است که انجام حسابرسی بر عهده کمیته حسابرسی نمی‌باشد؛ بلکه بر عهده حسابرسان است. کمیته حسابرسی در زمینه بررسی مستندات و گزارش‌های مرتبط با حسابرسی داخلی و حسابرسان مستقل، مدیریت ارشد بانک، فرایندهای کمیته حسابرسی، مدیریت ریسک و ارزیابی عملکرد، وظایفی بر عهده دارد.

۸- فصل چهارم مربوط به شرایط و نحوه فعالیت مؤسسات اعتباری است. در این فصل، تجهیز و تخصیص منابع مطرح شده است. در بخش تخصیص منابع، "قرارداد استصناع"، اضافه شده است. استصناع از ریشه صنع و از باب استفعال به معنای طلب و سفارش ساخت است. استصناع قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین قرارداد، در مقابل مبلغی معین، ساخت و تحویل چیز مشخصی را در زمان معین و با اوصاف معین نسبت به طرف دیگر بر عهده می‌گیرد. سفارش‌دهنده، مستصنع و سازنده، صانع است. یکی از تفاوت‌های فروش اقساطی و استصناع این است که فروش اقساطی در مورد کالای موجود است ولی در قرارداد استصناع، موضوع استصناع (کالای موردنظر) موجود نیست و سازنده در آینده آن را ساخته و تحویل می‌دهد.

نظر فقها درباره استصناع به دو دسته تقسیم می‌شود. اول: استصناع به عقود معین بازمی‌گردد. دوم: استصناع قراردادی مستقل است. افزودن قرارداد استصناع به روش‌های اعطای تسهیلات به معنای آن است که مستقل بودن آن را برگزیده‌ایم.

برخی فقها استصناع را نوعی بیع سلف می‌دانند. سفارش‌دهنده، کالای کلی را با اوصاف معینی از سازنده خریداری می‌کند و سازنده متعهد می‌شود تا

در سررسید معین، کالا را ساخته و تحویل دهد. تفاوت میان سلف و استصناع این است که در سلف، کل قیمت کالا در ابتدا پرداخت می‌شود و کالا در آینده دریافت می‌شود ولی در اغلب قراردادهای استصناع، مبلغی در ابتدا پرداخت نمی‌شود یا اندکی پرداخت می‌شود. علاوه بر آن، جز در موردی که سفارش تولید تعدادی از کالای تولیدی سازنده داده می‌شود، سایر موارد استصناع از مصادیق سلف نیست.

برخی حقوقدانان معاصر، قرارداد استصناع را از مصادیق قرارداد اجاره یا جعاله می‌دانند. از این دیدگاه، مستصنع، سازنده را برای ساختن کالایی که بر آن توافق کرده‌اند، اجیر می‌کند یا مالک حاصل کار جعاله می‌شود. تفاوت جعاله و اجاره با استصناع این است که در قرارداد اجاره و جعاله، منافع تملیک می‌شود، در حالی که استصناع مربوط به کالا است و لذا اگر استصناع بر اساس اجاره یا جعاله تبیین شود، نمی‌توان دلیل کافی برای تملیک کالای ساخته شده داشت.

در صورتی که استصناع به عنوان قراردادی مستقل در نظر گرفته شود، طرفین قرارداد محدود به ضوابط خاص بیع سلف، اجاره و جعاله نیستند و لذا می‌توانند نسبت به مشخصات کالا، کیفیت ساخت و تحویل و نحوه پرداخت بها و شرایط دیگر تفاهم کنند.^{۱۶} در واقع استصناع، تعهد به ساخت در مقابل تعهد به خرید به قیمت معین است و لذا معامله کالی به کالی نخواهد بود و همچنین با ذکر مشخصات کالای سفارش داده شده، معامله منضبط شده و غرری نخواهد بود.

مکانیسم استصناع بدین ترتیب است که متقاضی از بانک می‌خواهد که بانک تهیه کالای مورد نظر او را به سازنده، سفارش دهد. بانک نیز با اخذ تعهد از مشتری و تأمین لازم، نسبت به انعقاد قرارداد با سازنده اقدام می‌کند و پس از آنکه کالا ساخته شد، بانک آن را از طریق فروش اقساطی به متقاضی واگذار می‌کند و از مابه‌التفاوت قیمت تمام شده استصناع و فروش اقساطی کالا، نفع می‌برد. در این قرارداد، بانک دو نقش ایفا می‌کند. نقش اول، انتقال سفارش ساخت و نقش دوم اعطای تسهیلات به مشتری است. قرارداد استصناع در واقع یکی از عقود مبادله‌ای است که سه طرف دارد.

فقدان قرارداد استصناع در بانکداری ایران مشکلاتی را به وجود آورده است. از جمله متقاضیان برای ایجاد کارخانه، با انعقاد قرارداد مشارکت با

بانک، سرمایه لازم برای ساخت کارخانه را فراهم می‌کنند و سپس با انعقاد قرارداد فروش اقساطی، ماشین‌آلات و تجهیزات لازم را خریداری می‌کنند. اما اگر ماشین‌آلات موردنظر مشتری، موجود نباشد، نیاز به سفارش ساخت است. از آنجا که قرارداد استصناع از جمله روشهای موجود اعطای تسهیلات نیست، بانک‌ها اغلب اقدام به برداشت پیش‌پرداخت و کل قیمت کالا از حساب اموال می‌کنند و پس از ساخته شدن کالا یا ماشین‌آلات، اقدام به فروش اقساطی آن به متقاضی می‌کنند. در این موارد، از آنجا که قیمت کالا یا ماشین‌آلات از حساب اموال برداشت شده است، بانک باید در هنگام فروش اقساطی، سود دوران ساخت را نیز محاسبه کند و از مشتری دریافت می‌کند. اما از آنجا که این سود در قالب قراردادهای کنونی تسهیلات بانک‌ها، قابل دریافت نیست و قراردادی در رابطه با شیوه دریافت آن وجود ندارد، نوعی ربا محسوب می‌شود. یک راه اجتناب از چنین مشکلی در بانکداری کشور، معرفی و به‌کارگیری قرارداد استصناع برای اعطای تسهیلات است.^{۱۸}

در بانک توسعه اسلامی^{۱۸}، استصناع شیوه تأمین مالی میان‌مدت برای تأمین نیازهای مالی صنعت، تدارکات کالا، فروش کالاهای تعریف شده مانند: تجهیزات ساختمانی، صنعتی، ماشین‌آلات، کشتی‌های باری، تانکرهای نفت، قایق‌های ماهیگیری و لایروبی، لوکوموتیو، تجهیزات حمل‌ونقل، خطوط لوله انتقال آب و توزیع نفت، گاز و برق و خطوط توزیع و انتقال آن‌ها، ژنراتورها و ترانسفورماتورهای برق، تجهیزات ارتباطات دور، دکل‌های نفتی و تجهیزات بیمارستانی می‌باشد. با شیوه استصناع تولید دارایی‌های غیرملموس مانند: گاز، برق و غیره تأمین مالی می‌شود. صنعت‌گر یا مقاطعه‌کار باید از کشورهای عضو انتخاب شود. تقاضای تأمین مالی از راه استصناع باید همراه با مطالعه امکان‌پذیری فنی و مالی پروژه باشد. از مزایای استصناع این است که مشوق استفاده از توانایی فنی کشورهای عضو بانک در زمینه تولید کالاهای سرمایه‌ای است. این شیوه باعث افزایش تجارت درونی^{۱۹} در کالاها و انتقال فن‌آوری میان کشورهای عضو بانک می‌شود و فقدان منابع مالی نمی‌تواند عامل بازدارنده تولید کالاهای سرمایه‌ای باشد.^{۲۰}

در روش‌های اعطای تسهیلات، در پیش‌نویس قانون بانکداری، قرارداد مزارعه، مساقات و سرمایه‌گذاری مستقیم حذف شده است. زیرا اولاً: از شروع اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۳ تاکنون، قرارداد مزارعه و مساقات، که در ماده ۱۷ قانون عملیات بانکداری بدون ربا ذکر شده است، عملکردی نداشته است.^{۲۱} ثانیاً: عمل به قرارداد مزارعه و مساقات، مستلزم در اختیار داشتن زمین‌های زراعی و باغات توسط بانک است که مستلزم عاملیت بانک است و بانک را از ماهیت خود، دور می‌کند. ثالثاً: طبق ماده ۸ قانون عملیات بانکی بدون ربا، سرمایه‌گذاری مستقیم بانک‌ها در ضمن لایحه بودجه سالانه کل کشور به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد^{۲۲} و به صورت تسهیلات تکلیفی به بانک‌ها ابلاغ می‌شود. عملکرد تسهیلات تکلیفی، پیامدهایی را به دنبال داشت که تغییر رویه را می‌طلبید. رابعاً: در مواردی که بانک‌ها تصمیم به انجام سرمایه‌گذاری مستقیم می‌گرفتند، نیاز به تاسیس شرکت سهامی داشتند و به همین دلیل عملاً از قرارداد مشارکت استفاده می‌کردند که نود و چند درصد آن متعلق به بانک و بقیه متعلق به اشخاص حقیقی بود. بنابراین در اجرای سرمایه‌گذاری مستقیم عملاً از قرارداد دیگری (یعنی مشارکت) استفاده شده است.

در روش‌های تجهیز منابع، مؤسسات اعتباری مجاز به پذیرش چهار نوع سپرده هستند. سپرده جاری، سپرده قرض‌الحسنه، سپرده پس‌انداز و سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار. سپرده‌های سرمایه‌گذاری به صورت جمع به کار رفته است تا انواع آن: سه‌ماهه، چهارماهه، شش‌ماهه، نه‌ماهه، یک‌ساله، دو ساله، سه‌ساله، چهارساله، پنج ساله، گواهی سپرده و سپرده‌های سرمایه‌گذاری خاص را شامل شود.

سپرده پس‌انداز به روش‌های تجهیز منابع اضافه شده است. دریافت حق‌الزحمه اشخاص و نگهداری وجوه مازاد اشخاصی که قصد سرمایه‌گذاری یا قرض دادن وجوه خود را ندارند، از مصادیق این سپرده است. دستورالعمل اجرایی مربوط به ماهیت حقوقی و ویژگی‌های انواع سپرده‌ها به تصویب هیئت نظارت مؤسسات اعتباری می‌رسد.

۹- یکی از پرسش‌هایی که همواره درباره قانون عملیات بانکی بدون ربا مطرح بوده است، تعریف و مصادیق عملیات بانکی است. در پیش‌نویس قانون

بانکداری، مصادیق عملیات و فعالیت‌های بانکی، احصاء شده است. مروری بر مصادیق عملیات و فعالیت‌های بانکی نشان می‌دهد که نوع بانکداری مورد نظر در این قانون، بانکداری یونیورسال است که علاوه بر واسطه‌گری و جوه، خدمات مربوط به مدیریت سبد دارایی مشتریان، خدمات مشاوره سرمایه‌گذاری، ارائه خدمات پذیره‌نویسی و عرضه عمومی اوراق بهادار، انجام معاملات مربوط به ابزارهای مشتقه و انواع ابزارهای بازار پول و سرمایه را انجام می‌دهد.^{۲۳}

۱۰- فصل پنجم مربوط به نظارت بانک مرکزی بر بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری است. در بند "ب" ماده (۱۱) قانون پولی و بانکی کشور، وظیفه نظارت بر بانک‌ها و مؤسسات اعتباری به بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران واگذار شده است.^{۲۴} همچنین در ماده (۱۴) قانون پولی و بانکی کشور، از اختیارات بانک مرکزی، دخالت و نظارت در امور پولی و بانکی ذکر شده است.^{۲۵} همچنین در ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا به بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اختیار نظارت می‌دهد.^{۲۶}

طی سه دهه گذشته، مفاهیم، ابزارها و روش‌های نظارت بانکی، توسعه یافته است که بازنگری مقررات نظارت بانکی را می‌طلبد. اکنون که بحران اعتبارات آمریکا، چنین بحران عظیم مالی ایجاد کرده است، ضرورت نظارت بانکی مؤثر بیش از پیش احساس می‌شود.

در الگوی نظارتی قانون بانکداری، نظارت، جزئی از بانک مرکزی است. در این فصل، مؤسسات اعتباری موظف شده‌اند علاوه بر ارائه اطلاعات به بانک مرکزی، نظام مناسب و کارآمد کنترل‌های داخلی، راهبری شرکتی و نظام مدیریت ریسک را مستقر کنند. در یکی از مواد این فصل، مصادیق تخلفات نظارتی، احصاء شده و در ماده دیگر، اقدامات نظارتی بانک مرکزی در برخورد با تخلفات بر شمرده شده است. در بانکداری اسلامی، نظارت و پایش مؤسسات اعتباری ضرورت دوچندان خواهد داشت تا اطمینان ایجاد شود که انتخاب بد^{۲۷} و مخاطره اخلاقی^{۲۸} اتفاق نمی‌افتد. یکی از اسناد منتشره از سوی کمیته نظارت بانکی بال^{۲۹}، اصول اساسی برای نظارت بانکی مؤثر است که ۲۵ اصل را برای نظارت بانکی مطرح کرده است.^{۳۰} از این سند در تهیه مواد فصل نظارت قانون بانکداری استفاده شده است.

۱۱- فصل ششم قانون بانکداری به مقررات ناظر بر تخلفات انتظامی بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری پرداخته است. فصل چهارم قانون پویی و بانکی کشور (۱۳۵۱) به مقررات کیفری و انتظامی اختصاص یافته است. مهم‌ترین مشکلات مقررات این فصل که بازنگری آن را ضروری ساخته است، عبارتند از:

الف) مشخص نکردن این‌که کدام تخلف در حوزه صلاحیت بخش نظارت و کدامیک در حوزه صلاحیت هیئت انتظامی است.

ب) رسیدگی به تخلفات انتظامی، یک مرحله‌ای است و نظرخواهی به شورای پول و اعتبار واگذار شده که فاقد مکانیزم‌های لازم برای تجدیدنظر است. از سوی دیگر آیین رسیدگی به تخلفات انتظامی مشخص نشده است.

ج) محدود شدن اقدامات انتظامی به تنها سه مورد.

د) مشخص نبودن نحوه تشدید مجازات‌ها در صورت تکرار و یا تعدد تخلفات.

با توجه به مشکلات یاد شده، بازنگری مقررات مربوط به رسیدگی به تخلفات انتظامی بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری در فصل ششم قانون بانکداری انجام شده است.

تخلفات انتظامی از تخلفات نظارتی شدیدتر می‌باشد. بدین منظور تشکیل هیئت‌های (بدوی و تجدید نظر) برای رسیدگی به تخلفات انتظامی در بانک مرکزی پیش‌بینی شده است. تخلفات انتظامی طی یک ماده و مجازات‌های انتظامی در ماده دیگر ذیل آن بر شمرده شده است.

مقررات انتظامی، ضمانت اجرای تعهداتی است که بر عهده بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری گذاشته است. بدین ترتیب که در صورت تخلف از تعهدات، اقدامات نظارتی و انتظامی در مورد متخلف انجام خواهد شد. اقدامات نظارتی در فصل پنجم و اقدامات انتظامی در فصل ششم قانون ذکر شده است. اقدامات نظارتی دارای ویژگی‌های زیر است:

الف) اقدامات روزمره‌ای است که بخش نظارتی بانک مرکزی (طبق این قانون) انجام می‌دهد.

ب) نیازی به رعایت استانداردهای دادرسی ندارد.
 ج) متضمن مداخله در حقوق مالکانه افراد و یا انتقال اموال نیست.
 د) سرعت در تشخیص تخلف و جلوگیری از ادامه آن، اهمیت دارد.
 اقدامات انتظامی، اقداماتی هستند که مرجع انتظامی بانک مرکزی نسبت به آن اقدام می‌کند. اقدامات انتظامی دارای ویژگی‌های زیر است:
 الف) روزمره و مستمر نیست و تنها در مواردی صورت می‌گیرد که تخلفی انجام شده و پرونده‌ای در مرجع انتظامی مطرح شده باشد.
 ب) به دلیل ویژگی شبه قضایی، باید استانداردهای دادرسی رعایت شود.
 ج) مجازات‌های انتظامی، حد وسط میان اقدامات نظارتی و مجازات‌های کیفری است.

د) هیئت انتظامی، مجازات را متناسب با تخلف، تعیین می‌کند.
 در زمینه اقدامات کیفری، نقش بانک مرکزی اعلام جرم به مقامات صالح قضایی است. بنابراین تنها اقدامات نظارتی و انتظامی در قانون بانکداری ذکر شده است.

۱۲- فصل هفتم مربوط به صندوق ضمانت سپرده‌ها است. در ماده (۴) قانون عملیات بانکی بدون ربا، بیمه سپرده‌های سرمایه‌گذاری مطرح شده است.^{۳۲} اما پرسش مهمی که درباره ماده (۴) قانون عملیات بانکی بدون ربا مطرح می‌شود این است که چگونه بانکی که دچار توقف از پرداخت دیون شده و یا ورشکسته شده است می‌تواند بازپرداخت اصل سپرده‌ها را تعهد کند. بدین منظور باید نزد مؤسسه مالی دیگری آنرا بیمه یا تضمین کند که این اقدام تاکنون انجام نشده است.

اما با توجه به این‌که در ماده (۴) قانون عملیات بانکی بدون ربا به موضوع بیمه سپرده‌ها و عناصر اصلی آن همچون تاریخ شروع، حدود پوشش، نحوه تأمین مالی آن و... اشاره نشده است، در این صورت، ضمانت (بیمه) سپرده‌ها به صورت ضمنی^{۳۳} است. بدین ترتیب که در مواردی که بانک‌ها با مشکل در پرداخت دیون خود مواجه می‌شوند، از بودجه دولت یا با اضافه برداشت از منابع بانک مرکزی، به تأمین آن می‌پردازند. اما با ایجاد صندوق ضمانت سپرده‌ها در قانون بانکداری و مشخص شدن عناصر اصلی آن، ضمانت سپرده‌ها

به صورت صریح^{۳۴} انجام می‌شود.

به موجب قانون بانکداری، این صندوق از استقلال مالی و سازمانی برخوردار است و با هدف صیانت از منافع سپرده‌گذاران، تاسیس می‌شود. عضویت بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری در صندوق الزامی است.^{۳۵} کارکرد صندوق این است که پس از اعلام بانک مرکزی مبنی بر عدم توانایی مؤسسات اعتباری در ایفای تعهدات^{۳۶} خود، ظرف مدت محدودی (۴۵ روز)، بازپرداخت مجموع اصل سپرده‌های هر شخص در هر مؤسسه اعتباری را تا سقف معینی (۱۰ میلیون تومان) ضمانت می‌کند.

مهمترین اهداف برقراری ضمانت (بیمه) سپرده‌ها عبارتند از:

الف) حمایت از منافع سپرده‌گذاران به‌ویژه سپرده‌گذاران خرد در بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری.

ب) حفظ ثبات و افزایش اعتماد عمومی به نظام بانکی.

ج) افزایش پس‌اندازها.

د) توانمندسازی بانک‌های کوچک برای رقابت با بانک‌های بزرگ و یا دولتی.

ه) الزام بانک‌ها به کمک برای رفع مشکلات سایر مؤسسات اعتباری.

با توجه به اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و خصوصی‌سازی بانک‌ها، نیاز به صندوق برای ایجاد موجودی ضربه‌گیر^{۳۷} است تا در صورت توقف از پرداخت دیون یا ورشکستگی، از سپرده‌گذاران حمایت شود. با ایجاد این صندوق، نوعی نظام ضمانت سپرده‌ها قبل از وقوع ورشکستگی، ایجاد می‌شود.^{۳۸} این‌گونه نظام‌ها مبتنی بر تأمین ادواری منابع از سوی مؤسسات عضو است که به عنوان منبع اصلی در پرداخت به سپرده‌گذاران در صورت توقف یا ورشکستگی، مورد استفاده قرار می‌گیرد. اغلب کشورهای جهان از این نوع سیستم برای ضمانت سپرده‌ها استفاده می‌کنند و تنها ۱۴ کشور (شامل کشورهای اروپایی) از ۸۸ کشور مورد بررسی، پس از وقوع توقف یا ورشکستگی، آن را تأمین مالی می‌کنند.^{۳۹}

مزیت نظام ضمانت سپرده‌ها قبل از وقوع توقف یا ورشکستگی یک بانک این است که از اثر دومینو^{۴۰} اجتناب می‌شود. در پیش‌نویس قانون بانکداری از نظام ضمانت سپرده‌ها قبل از وقوع توقف یا ورشکستگی استفاده شده است.

از سوی دیگر در پیش‌نویس، میزان ضمانت سپرده‌ها سقف معینی دارد تا از مخاطره اخلاقی^{۴۱} بانک‌ها در ریسک‌پذیری اجتناب شود. اما از آنجا که بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری ضعیف‌تر، برای عضویت در نظام ضمانت سپرده‌ها از انگیزه بیشتری نسبت به بانک‌های قوی‌تر برخوردارند، برای اجتناب از انتخاب بد^{۴۲}، عضویت در صندوق، الزامی شده است تا تمام مؤسسات اعتباری در آن سهمیم شوند.

۱۳- فصل هشتم قانون بانکداری مربوط به توقف، بازسازی، ورشکستگی، انحلال و تصفیه است. فصل سوم از قسمت سوم قانون پولی و بانکی کشور به انحلال و ورشکستگی بانک‌ها اختصاص دارد و شامل سه ماده (۳۹ تا ۴۱) است که مورد بازنگری قرار گرفته و تکمیل شده است. اما پرسشی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که چرا باید ورشکستگی بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری، مقرراتی جدا از مقررات ورشکستگی شرکت‌ها داشته باشد؟ مهمترین دلایل آن عبارتند از:

اول: ورشکستگی یک مؤسسه اعتباری می‌تواند اثر منفی بر سایر مؤسسات اعتباری داشته باشد. بدین ترتیب که ورشکستگی یک بانک موجب سلب اعتماد سپرده‌گذاران به نظام بانکی شده و با هجوم به سایر بانک‌ها، اثر منفی بر سایر مؤسسات اعتباری می‌گذارد. به همین دلیل گفته شده که بانکداران تنها تاجرانی هستند که مایل نیستند رقبای آنان ورشکسته شوند. این اثر خاص ورشکستگی بانک‌ها را اثر دومینوی ورشکستگی بانک‌ها می‌نامند. بنابراین مهمترین دلیلی که ایجاد یک رژیم خاص برای پرداختن به ورشکستگی بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری را ایجاب می‌کند، اهمیت اقتصادی ورشکستگی بانک‌ها و آثار جدی است که بر کل اقتصاد برجای می‌گذارد. این رژیم خاص، مقرراتی است که نسبت به مقررات عادی مربوط به ورشکستگی شرکت‌های تجاری، سخت‌گیرانه‌تر و توأم با اقدامات احتیاطی بیشتری است.

دوم: بانک‌ها بنا به ماهیت فعالیت خود، عمدتاً با دیون و مطالبات سر و کار دارند و همین امر احتمال ورشکستگی آن‌ها را افزایش می‌دهد. ساده‌ترین تعریف ورشکستگی آن است که بدهی‌ها بیشتر از دارایی‌ها باشد، اما در مورد بانک‌ها که به فعالیت اعتباری می‌پردازند، زیادت دیون بر دارایی‌ها، امری

معمول است و لذا با توجه به ماهیت فعالیت بانک‌ها، بسیاری از مقررات مربوط به ورشکستگی شرکت‌ها در مورد بانک‌ها قابل اجرا نخواهد بود و مقررات ویژه‌ای می‌طلبید. از طرف دیگر وام گرفتن و قرض دادن در مورد تاجران امری فرعی و در شرایط خاص است، ولی ماهیت بانک‌ها، اشتغال به این امر است. سوم: بانک‌ها و مؤسسات اعتباری با طیف وسیعی از طلبکاران مواجه هستند. وسعت طلبکاران بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری با وسعت هیچ گروه دیگری از شرکت‌های تجاری قابل مقایسه نیست. علت این است که بانک‌ها از عموم مردم سپرده‌گیری می‌کنند لذا پرداختن به ورشکستگی و تصفیه بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری و تعیین رابطه سپرده‌گذاران با سایر طلبکاران آن‌ها نیازمند مقررات ویژه‌ای است.

چهارم: بازسازی در نظام حقوقی ورشکستگی در ایران، بعد از وقوع ورشکستگی شرکت‌ها و در قالب قرارداد ارفاقی است، در حالی که در مورد بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری لازم است بازسازی پیش از ورشکستگی، انجام شود و چارچوب قرارداد ارفاقی در این زمینه مناسب نیست و بنابراین مقررات ویژه‌ای برای ورشکستگی بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری لازم است.

پنجم: مقررات مربوط به ورشکستگی در ایران براساس قوانینی است که ۷۰ سال پیش به تصویب رسیده‌اند و لذا تحولات جدید و به ویژه تجربه ورشکستگی‌های ناشی از بحران مالی جهانی اخیر را شامل نمی‌شود. ششم: رعایت استانداردهای بین‌المللی ایجاب می‌کند که ترتیبات خاصی برای ورشکستگی بانک‌ها در نظر گرفته شود.

سوال دیگری که مطرح می‌شود این است که آیا چارچوب‌های حقوقی کنونی در خصوص ورشکستگی بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری، کفایت لازم برای پرداختن به ورشکستگی بانک‌ها را ندارند؟

در پاسخ باید گفت که در این زمینه سه آیین وجود دارد:

اول: شیوه قضایی حل اختلاف شرکت متوقف از پرداخت دین با بستانکاران است و توسط دادگاه اعمال می‌شود و به تصفیه اجباری^{۴۲} می‌انجامد. این شیوه در قانون تجارت و قانون پولی و بانکی کشور (۱۳۵۱) ذکر شده است.

دوم: کسب اجازه از بستانکاران یا قرارداد ارفاقی پیشگیرانه با هدف اجتناب از تصفیه اموال و ساماندهی بدهی‌های شرکت از طریق تدوین و پیشنهاد طرحی به بستانکاران است که به موجب آن (در صورت تصویب طلبکاران و تأیید دادگاه)، شرکت اجازه فعالیت خواهد داشت.

سوم: شیوه بازسازی که در این روش، شرکت، تجدید ساختار و اصلاح می‌شود (مانند کوچک شدن شرکت یا واگذاری آن و ...) تا عدم تطابق^{۴۳} دارایی و بدهی آن برطرف شود. در این شیوه، فعالیت شرکت ادامه پیدا می‌کند. قرارداد ارفاقی در اغلب موارد نتوانسته است از تصفیه اموال و انحلال فعالیت تجاری جلوگیری کند و در قوانین بانکی مورد توجه نبوده است. به همین دلیل، در پیش‌نویس قانون بانکداری، انعقاد قرارداد ارفاقی توسط مؤسسه اعتباری ورشکسته و ادامه کار آن توسط طلبکاران، به دلیل ماهیت فعالیت بانک، مجاز نیست.

شیوه بازسازی در حقوق ورشکستگی اغلب کشورها مورد استقبال قرار گرفته است و حتی در لایحه جدید قانون تجارت که به مجلس شورای اسلامی ارایه شده است، آیین بازسازی، فصل جامعی را به خود اختصاص داده است. از این رو برای رسیدگی به موضوع توقف بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری از پرداخت دیون، از آیین بازسازی در پیش‌نویس قانون بانکداری استفاده شده است.

طبق پیش‌نویس قانون بانکداری، ورشکستگی بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری، به دو شرط تحقق می‌یابد:

اول: توقف از تأدیه دیونی که بر عهده آن‌ها است.

دوم: عدم امکان بازسازی به تشخیص بانک مرکزی.

رسیدگی به تقاضای ورشکستگی بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری تنها با تقاضای بانک مرکزی یا مدعی‌العموم امکان‌پذیر است و مشتریان بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری، موضوع توقف مؤسسه اعتباری را به بانک مرکزی منعکس خواهند کرد. در صورت اعلام توقف مؤسسه اعتباری، در صورتی که از نظر بانک مرکزی، بازسازی امکان‌پذیر باشد، دادگاه نسبت به صدور رأی بازسازی اقدام می‌کند که حداکثر ۳ سال به طول می‌انجامد. در صورت عدم

امکان بازسازی، دادگاه حکم ورشکستگی را صادر می‌کند. در این صورت، مدیر تصفیه با نظر بانک مرکزی توسط دادگاه منصوب خواهد شد.

۱۴- نکته پایانی: در صورت تصویب قانون بانکداری و قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در مجلس شورای اسلامی، قانون پولی و بانکی کشور (۱۳۵۱) و قانون عملیات بانکی بدون ربا (۱۳۶۲) و لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها و سایر مقررات مغایر با این قانون، ملغی می‌شود. پس از تصویب قانون بانکداری، تمام آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مربوط، متناسب با مفاد قانون بانکداری، توسط بانک مرکزی بازنگری یا تدوین می‌شود.

منابع:

- ۱- قانون پولی و بانکی کشور، تیرماه ۱۳۵۱
- ۲- قانون عملیات بانکی بدون ربا، شهریور ماه ۱۳۶۲
- ۳- لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها مصوب مهرماه ۱۳۵۸ شورای انقلاب
- ۴- بانک مرکزی ج.ا.ایران، شورای بازنگری قوانین پولی و بانکی، "پیش‌نویس قانون بانکداری"، شهریور ۱۳۸۸
- ۵- قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی، دی ماه ۱۳۸۳
- ۶- اصلاحیه قانون عملیات بانکی بدون ربا، ۱۳۶۵ و ۱۳۷۶
- ۷- ماده واحده قانون تأسیس بانک‌های غیردولتی مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱
- 8- Basle Committee on Banking supervision, "Core principles for effective Banking Supervision", 1997, Rev 2006.
- ۹- بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، "رهنمودهایی برای نظام مؤثر کنترل داخلی در مؤسسات اعتباری"، مدیریت کل نظارت بر بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، بی‌تا، بیوست شماره (۱)
- ۱۰- موسویان، سیدعباس، "ابزارهای مالی اسلامی"، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۶
- ۱۱- پژوهشکده پولی و بانکی، "عقد استصناع"، ۱۳۸۴
- ۱۲- میرجلیلی، سیدحسین، "گروه بانک توسعه اسلامی"، انتشارات پژوهشگاه علوم انسانی، تهران، ۱۳۸۴

پی‌نوشت‌ها:

- ۱- قانون پولی و بانکی کشور (مصوب تیرماه ۱۳۵۱) شامل سه قسمت است. قسمت اول مربوط به پول رایج کشور، قسمت دوم، مربوط به بانک مرکزی (شامل وظایف و اختیارات و ارکان بانک مرکزی) و قسمت سوم مربوط به بانکداری و مشتمل بر چهار فصل است. در فصل اول، شرایط تأسیس بانک، فصل دوم شرایط و نحوه فعالیت بانک‌ها، فصل سوم، ترتیب انحلال و ورشکستگی بانک‌ها و فصل چهارم، مقررات کیفری و انتظامی بانک‌هاست.
- ۲- قانون عملیات بانکی بدون ربا شامل پنج فصل است. فصل اول اهداف و وظایف نظام بانکی، فصل دوم، تجهیز منابع پولی، فصل سوم تسهیلات اعطایی بانکی، فصل چهارم، بانک مرکزی ایران و سیاست پولی و فصل پنجم،

متفرقه است.

۳- نتیجه بازنگری قانون تنظیم بازار غیر متشکل بولی عمدتاً در فصول دوم (شرایط تأسیس مؤسسه اعتباری) و چهارم (نظارت) پیش‌نویس قانون بانکداری، ذکر شده است.

۴- بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، مجموعه قوانین بولی و بانکی و سایر قوانین مربوط از سال ۱۳۸۵ تا ۱۳۷۰، جلد سوم، انتشارات پژوهشکده بولی و بانکی، ۱۳۷۲، صص ۱۰۵۰-۱۰۵۱ و مجموعه قوانین بانکی و بخشنامه‌های مدیریت نظارت و امور بانک‌ها، ۱۳۸۱، انتشارات پژوهشکده بولی و بانکی صص ۸-۷.

5. Asymmetric Information

6. Corporate Governance

۷- اصل (۴) قانون اساسی: "کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده شورای نگهبان است.

۸- ماده ۳ قانون ثبت شرکتها

۹- بند "ذ" ماده ۱۰ قانون بولی و بانکی کشور (۱۳۵۱): "بانک مرکزی ایران جز در مواردی که قانون صریحاً مقرر داشته باشد مشمول قوانین و مقررات عمومی مربوط به وزارتخانه‌ها و شرکتهای دولتی و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت و همچنین مشمول مقررات قسمت بانکداری این قانون نمی‌باشد."

10. Functional

11. Core

۱۲- در صلاحیت وابسته مقام تصمیم‌گیرنده حق اعمال نظر ندارد و طبق قانون عمل می‌کند ولی صلاحیت تشخیصی حق انتخاب دارد.

۱۳- بند الف ماده ۲۲ پیش‌نویس لایحه قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران:

۱۴- بند ب ماده ۲۲ پیش‌نویس لایحه قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.

15. Audit committee

۱۶- سیدعباس موسویان، ابزارهای مالی اسلامی، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۶، صص ۳۹۲-۴۰۰.

۱۷- پژوهشکده بولی و بانکی، "عقد استصناع"، پاییز ۱۳۸۴، صص ۳۲-۳۳.

18. Islamic Development Bank

19. Intra-trade

۲۰- سید حسین میرجلیلی، "گروه بانک توسعه اسلامی"، انتشارات پژوهشگاه علوم انسانی، تهران، ۱۳۸۴، صص ۲۲-۲۳.

۲۱- ماده (۱۷) قانون عملیات بانکی بدون ربا: "بانکها می‌توانند اراضی مزروعی و یا باغات را که در اختیار و تصرف خود دارند به مزارعه و یا مساقات بدهند."

۲۲- ماده (۸) قانون عملیات بانکی بدون ربا: "بانکها می‌توانند در امور و یا طرح‌های تولیدی و عمرانی مستقیماً به سرمایه‌گذاری میادرت نمایند. برنامه این گونه سرمایه‌گذاری‌ها باید در ضمن لایحه بودجه سالانه کل کشور به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد و نتیجه ارزیابی طرح حاکی از عدم زیان دهی باشد.

۲۳- بانکداری یونیورسسال سیستمی از بانکداری است که بانک‌ها مجاز به ارائه انواع خدمات به مشتریان هستند. در بانکداری یونیورسسال، بانک‌ها تنها به اعطای وام، اعطای چک و حسابهای پس‌انداز و سایر فعالیت‌های مشابه محدود نیستند، بلکه مجاز به ارائه خدمات سرمایه‌گذاری هستند. بنابراین ترکیبی از بانکداری تجاری و بانکداری سرمایه‌گذاری است. از میان دو نوع سیستم بانکداری (یونیورسسال و تجاری)، بانکداری یونیورسسال به بانکداری اسلامی نزدیک‌تر است.

۲۴- ماده (۱۱) قانون بولی و بانکی کشور (مصوب ۱۳۵۱): "بانک مرکزی ایران به عنوان تنظیم‌کننده نظام بولی و اعتباری کشور موظف به انجام وظایف زیر می‌باشد:

ب- نظارت بر بانک‌ها و مؤسسات اعتباری طبق مقررات این قانون.

۲۵- ماده (۱۴) قانون بولی و بانکی کشور (مصوب ۱۳۵۱): "بانک مرکزی ایران در حسن اجرای نظام بولی کشور می‌تواند به شرح زیر در امور بولی و بانکی، دخالت و نظارت کند."

۲۶- ماده (۲۰) قانون عملیات بانکی بدون ربا: "بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در حسن اجرای نظام بولی و اعتباری کشور می‌تواند با استفاده از ابزار ذیل، طبق آیین‌نامه‌ای که به تصویب هیئت وزیران می‌رسد بر اساس ماده (۱۹) در امور بولی و بانکی دخالت و نظارت کند."

27- Adverse Selection

28- Moral Hazard

۲۹- دبیرخانه کمیته نظارت بانکی در بانک تسویه‌های بین‌المللی در شهر بال سوئیس قرار دارد.

30- Basle committee on Banking supervision, "Core principles for effective Banking supervision", 1997, Rev. 2006.

۳۱- فصل چهارم قانون پولی و بانکی کشور (۱۳۵۱) شامل سه ماده است. در ماده اول به بیان دو جرم و بیان مجازات آن‌ها پرداخته شده است که اولی عبارت است از خرید و فروش ارز و هرگونه عملیات بانکی که موجب انتقال ارز و یا تعهد ارزی گردد بدون رعایت ضوابطی که بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌نماید و دومی عبارتست از مبادرت به انجام عملیات بانکی بدون اخذ مجوز. در ماده دوم به بیان مجازات انتظامی بانک‌هایی پرداخته است که برخی از ضوابط مقرر شده توسط بانک مرکزی را رعایت ننمایند و در ماده سوم به نحو بسیار مختصر به بیان نحوه برخورد با تخلفات بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری از ضوابط معین شده توسط بانک مرکزی از طریق هیئت انتظامی بانک‌ها پرداخته است.

۳۲- ماده (۴) قانون عملیات بانکی بدون ربا: "بانک‌ها مکلف به بازپرداخت اصل سپرده‌های قرض الحسنه (پس‌انداز و جاری، می‌باشند و می‌توانند اصل سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت دار را تعهد و یا بیمه نمایند.

33- Implicit Deposit Insurance.

34- Explicit Deposit Insurance.

۳۵- تنها در ۱۰ درصد کشورهایی که نوعی نظام ضمانت سپرده‌ها دارند، عضویت در آن اختیاری است و در ۹۰ درصد کشورها، عضویت اجباری است.

36- Solvency

37- Buffer Stock.

38- Funded System of Deposit Insurance.

39- Unfunded System

40- Domino effect

41- Moral Hazard

42- Adverse Selection

43- Winding-up

44- Mismatch