

بررسی فرآیند حل و فصل (گزیر) در برخورد با بانک متوقف در حقوق آمریکا و امکان‌سنجی آن در حقوق ایران

محمد عیسائی تفرشی^۱، خدیجه شیروانی^{۲*}

۱. استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

۲. دکتری تخصصی فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۲۲

دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۲۲

چکیده

در بیش‌تر نظام‌های حقوقی دنیا سعی شده است با توجه به نقش بانکها در اقتصاد کشور و تفاوت‌هایی که با سایر شرکت‌های تجاری دارند، مقررات خاصی برای ورشکستگی آنها در نظر بگیرند. در ایالات متحده آمریکا، نظام حقوقی حاکم بر ورشکستگی بانکها به «*Resolution Regime*» معروف است که در ایران «حل و فصل یا گزیر» ترجمه شده است. مهم‌ترین اهداف این نظام عبارتند از پیشگیری از اختلال‌های زنجیره‌ای در نظام مالی کشور، ادامه یافتن خدمات کلیدی بانکها و عدم تحمیل عواقب ورشکستگی این پنگاه‌ها بر دولت و مؤدیان مالیاتی.

در حقوق ایران نظام ورشکستگی بانکها به طور کامل از نظام ورشکستگی شرکتها جدا نیست و در صورتی که بانکی ورشکست شود، مقررات پولی و بانکی خاص محسوب می‌شوند و مقررات قانون تجارت در زمینه ورشکستگی مقررات عام محسوب می‌شوند. مسلم است که با توجه به اهمیت بانکها در کشور، این مقررات برای ورشکستگی بانکها به هیچ عنوان کافی نیست و باید همسو با سایر کشورهای پیشرفته، نظامی خاص برای حل و

فصل ورشکستگی بانک‌ها ارائه شود؛ نظامی که ضمن هماهنگی با موازین فقه امامیه، در آن تصفیه تنها راه حل رویارویی با بانک‌های ورشکسته نباشد که امری بسیار پر هزینه و زمان-بر است و تهدیدی برای ثبات نظام مالی محسوب می‌شود.

واژگان کلیدی: نظام حل و فصل (گزیر)، مقام حل و فصل، بانک، ورشکستگی.

۱. مقدمه

از دیدگاه قانونی، فرآیند ورشکستگی بانک‌ها امری بسیار پیچیده است. در بیش‌تر موارد، بازسازی مجدد یا تصفیه امور یک بانک بسیار پیچیده‌تر از تصفیه یا بازسازی یک شرکت است. به ویژه زمانی که بانک‌ها تعداد زیادی سپرده‌گذاران خرد دارد، حقوق عمومی ورشکستگی کفایت نمی‌کند. بنابراین، بسیاری از کشورها از جمله ایالات متحده آمریکا قوانین خاصی برای ورشکستگی بانک‌ها ایجاد می‌کنند که از سایر شرکت‌ها متفاوت است و منجر به ایجاد نظامی مجزا از نظام عمومی ورشکستگی شده است. (Zhang, 2016, p. 304)

نظام حل و فصل (گزیر) که هم اکنون در ایالات متحده آمریکا مورد استفاده قرار می‌گیرد را می‌توان به لحاظ قانونگذاری و مؤسسه‌های تحت شمول به دو دسته تقسیم کرد: دسته یکم) نظام حل و فصل برای بانک‌های بیمه شده: بر اساس این نظام، تصمیم‌گیری در خصوص بانک تجاری ورشکسته به موجب قانون بیمه سپرده فدرال^۱ است و بر خلاف شرکت‌ها که دادگاه در فرآیند ورشکستگی‌شان نقش دارد، در خصوص بانک ورشکسته دادگاه نقشی ندارد و رسیدگی به ورشکستگی با شرکت بیمه سپرده فدرال است. علت این امر این است که بانک‌ها، در میان سایر شرکت‌های تجاری خدمات حیاتی ارائه می‌دهند؛ از جمله این که نقدینگی مورد نیاز کشور را فراهم می‌کنند، پول و پرداخت‌های مورد نیاز جامعه را انجام می‌دهند، برای اشخاص اعتبار فراهم می‌کنند و موارد دیگر. به نظر می‌رسد هر گونه وقفه در این فعالیت‌ها به

۱. Federal Deposit Insurance Act.



دلیل ناتوانی بانک تأثیرات بسیار بدی بر اقتصاد آن منطقه دارد که بیش‌تر از تأثیرات منفی ورشکستگی شرکت‌ها است. به منظور کاهش این آثار منفی در نتیجه ورشکستگی بانک‌ها در آمریکا، قانون خاص برای ورشکستگی بانک‌ها که در قانون بیمه سپرده فدرال موجود است، تفاوت اساسی با قانون ورشکستگی شرکت‌ها دارد. (Bliss, Kaufman, 2006, p. 44)

دسته دوم) نظام حل و فصل (گزیر) برای بانک‌ها و مؤسسه‌های دارای اهمیت زنجیره‌ای^۱: نظریه «بزرگ‌تر از آن است که ورشکست گردد» این مفهوم را شرح می‌دهد که یک بنگاه تجاری به اندازه‌ای بزرگ است که در صورت ورشکستگی این بنگاه، به دلیل نقش کلیدی آن و آسیب‌های ناشی از ورشکستگی‌اش دولت به آن کمک مالی می‌کند تا از ورشکستگی نجات یابد. (Kaufman, 2013, p. 3-4) مطابق نظریه مذکور، شرکت بیمه سپرده فدرال می‌تواند به منظور جلوگیری از خطر زنجیره‌ای نظام مالی از مقرره حداقل هزینه‌های گزیر صرف‌نظر کند، به شرطی که وزیر خزانه‌داری با مشورت رئیس جمهور و با پیشنهاد شرکت بیمه سپرده فدرال و بانک فدرال رزرو به این نتیجه برسند که پیگیری راهبردی با حداقل هزینه اثرات نامطلوبی بر شرایط اقتصادی یا ثبات مالی دارد. (Barth, 2012, p.5) با این حال قانون داد - فرانک^۲ اعطای هر گونه طرح نجات از بیرون^۳ توسط دولت برای ادامه حیات شرکت را در آینده ممنوع اعلام کرده است و قانونگذار آمریکادر این زمینه، مصالحی از جمله بزرگ بودن شرکت مالی یا تأثیر ورشکستگی آن بر اقتصاد و منافع جامعه را نادیده گرفته است و هدف وی تنها تصفیه این شرکت‌ها است نه نجاتشان. (Ibid, p.5) در مقدمه قانون مذکور آمده است، هدف تصویب این قانون افزایش ثبات مالی ایالات

۱. بر اساس قانون داد- فرانک، وال استریت، مصوب ۲۰۱۰، مؤسسه‌های دارای اهمیت زنجیره‌ای مؤسسه‌هایی هستند که دارایی آن‌ها بیش از ۵۰ میلیارد دلار است.

۲. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act 2010.

۳. Bail out.

متحده آمریکا به وسیله افزایش شفافیت و پاسخ‌گویی بخش مالی، پایان دادن به نظریه بزرگ‌تر از آن است که ورشکست گردد، و حمایت از مؤدیان مالیاتی ایالات متحده آمریکا به وسیله پایان دادن به طرح‌های نجات مالی بیان شده است.

در حقوق ایران، بانک‌ها باید در قالب شرکت سهامی تشکیل شوند و از مرحله تشکیل تا مرحله انحلال تحت شمول مقررات لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) باشند. اما، با توجه به موضوع فعالیت و خدماتی که ارائه می‌دهند، به لحاظ انحلال و ورشکستگی به طور کامل تابع قانون تجارت نیستند و اگر بانکی ورشکست گردد، در مواردی که قوانین پولی و بانکی ساکت است، باب یازدهم قانون تجارت (۱۳۱۱) و قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی (۱۳۱۸) حاکم است که در حقیقت با توجه به این که مواد ۳۹ و ۴۱ قانون پولی و بانکی کشور (۱۳۵۱) و نیز آیین‌نامه طرز اداره بانک و نحوه الغاء اجازه تأسیس بانک در موارد مذکور در ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور به طور مختصر به انحلال و ورشکستگی بانک‌ها اشاره دارند، همچنان غلبه با قانون تجارت است و بنابراین، ایران در زمره کشورهای محسوب می‌شود که تا کنون نظام خاصی برای حل و فصل ورشکستگی بانک‌ها پیش‌بینی نکرده است.^۱ لازم به ذکر است که در ایران بانک‌ها به دو دسته دولتی و غیردولتی تقسیم می‌شوند و آن‌طور که گفته شده است (عیسائی تفرشی، ۱۳۹۶، ص ۲۲۱-۲۲۰) شرکت‌های دولتی از جمله بانک‌های دولتی از ورشکستگی مصون نیستند و بنابراین، هدف از انجام این پژوهش این است که تا حد ممکن نظام گزیر در حقوق آمریکا مطالعه گردد و پیشنهاد تدوین آن را در حقوق ایران برای بانک‌های دولتی و خصوصی ارائه شود.

۱. برای ملاحظه دلایل ناکارآمدی نظام کنونی حاکم بر ورشکستگی بانک‌ها، رجوع کنید به: عیسائی تفرشی، محمد، مرتضی شهبازی نیا، خدیجه شیروانی، تمایزهای بانک‌ها از شرکت‌های تجاری و تأثیر این تمایزها بر ورشکستگی بانک‌ها (مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا و ایران)، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۳، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۸.



۲. تعریف فرآیند گزیر

۱-۲. حقوق آمریکا

نظام گزیر روشی است که در آن ورشکستگی نهادهای بانکه‌هایی که دارای اهمیت زیادی در نظام مالی هستند، از قوانین عادی ورشکستگی جدا شده‌اند و به منظور حفظ ثبات مالی و تأمین منافع عمومی اختیاراتی بسیار فراوان‌تر از اختیارات مرسوم به مقامات دولتی اعطا شده است. مهم‌ترین هدف نظام گزیر این است که مشکلات مؤسسه‌های مالی از جمله بانک‌ها را بدون این که آسیب جدی زنجیره‌ای به اقتصاد وارد شود و به مالیات دهندگان زیان تحمیل شود، حل کند. (Ambrasas, 2015, p. 10)

۲-۲. حقوق ایران

در تعریف گزیر می‌توان گفت: «گزیر روشی قانونی با ابزارهای خاص و ویژه برای حل مشکلات بانک یا مؤسسه مالی در معرض ورشکستگی با هدف ایراد کم‌ترین آسیب به نظام بانکی و اقتصادی کشور است که زیر نظر مقام گزیر انجام می‌شود».

۳. مقام حل و فصل (گزیر) بانک^۱

در تعریف مقام گزیر می‌توان گفت مقام گزیر نهادی دولتی یا غیر دولتی است که مسئولیت مدیریت فرآیند گزیر را بر عهده دارد. در ادامه این مقام در دو نظام مورد مطالعه بررسی می‌شود.

۱-۳. حقوق آمریکا

۱. Bank resolution authority.

در حقوق آمریکا شرکت بیمه سپرده فدرال^۱ مقام گزیر بانک محسوب می‌شود و مسؤولیت مدیریت فرآیند گزیر را بر عهده دارد. ماده ۱۸۱۳^۲ قانون بانک‌ها و بانکداری آمریکا بیان می‌کند که شرکت بیمه سپرده فدرال، تنظیم‌گر اصلی نهادهای زیر است:

الف) هر بانک بیمه شده ایالتی که عضو نظام فدرال رزو نیست؛

ب) هر بانک خارجی که شعبه بیمه شده دارد؛

ج) هر مؤسسه پس‌انداز ایالتی.

در ماه اوت ۲۰۱۰ هیأت مدیره شرکت بیمه سپرده فدرال در شرکت مذکور، «مجمع اداره مؤسسه‌های مالی»^۳ را تأسیس کرد که به عنوان یک مقام گزیر عمل می‌کند. هدف اصلی این مجمع این است که با استفاده از سطوح کافی مهارت و همچنین پشتیبانی از نقش‌های شرکت بیمه سپرده فدرال، روش‌های ورشکستگی بانک را با سایر اداره‌ها و دفترهای شرکت مذکور هماهنگ کند. این نقش‌های شرکت بیمه سپرده فدرال عبارتند از: نظارت (نظارت نظام‌مند و نظارت بر مدیریت خطر پیچیده بانکی)، بازسازی و اجرای نقشه آن (مسئول بررسی برنامه‌های پیش از بازسازی) و هماهنگ کردن اقدام‌های بین‌المللی (به عنوان هماهنگ‌کننده بین مقامات صالح قضایی خارجی در مورد نظام حل و فصل ورشکستگی‌های بانک‌های بین‌المللی). Office of (Inspector General, 2013, p. 1, 9)

۲-۳. حقوق ایران

در کشورهایی که نظام گزیر پذیرفته شده است، از جمله ایالات متحده آمریکا، مقام گزیر نهادی است که مجوز تأسیس بانک را صادر کرده است و تنظیم‌گر نظام بانکی محسوب می‌گردد. به همین دلیل، به نظر می‌رسد قانونگذار ایران برای ایجاد مقام

۱. Federal deposit insurance corporation.

۲. 12 USC, Sec 1813, (q)(2).

۳. Complex Financial Institutions Bureau.



گزیر می‌تواند قدرت گزیر را به بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعطا کند؛ چرا که تنها نهادی است که مجوز فعالیت بانکها را به موجب قانون صادر می‌کند و یک نظارت عامی بر بانکها دارد.

به هر حال، آنچه مسلم است این است که مقام گزیر- ایجاد نهادی تخصصی را پیش‌بینی کند که دارای اطلاعات و مهارت کافی در زمینه ورشکستگی بانکها و اعمال مقدمات و ابزارهای گزیر باشد تا بتواند در ایفای هر چه بهتر وظایف گزیر به بانک مرکزی یا صندوق ضمانت سپرده‌ها - به عنوان مقام گزیر- کمک کند.

۴. ارائه طرح گزیر

۴-۱. حقوق آمریکا

قانون داد - فرانک، مؤسسه‌های مالی دارای اهمیت زنجیره‌ای را ملزم به ارائه سالانه طرح گزیر کرده است، هر چند شرکت بیمه سپرده فدرال هنگام ناتوان شدن مؤسسه - های مذکور الزامی به تبعیت از طرح گزیر ارائه شده توسط مؤسسه مورد نظر ندارد و بنابراین، این مؤسسه‌ها باید در شرایط سلامت طرح گزیر خود را ارائه دهند،^۱ بر خلاف بانک‌های بیمه‌شده که چنین الزامی ندارند. (Ragalevsky, Ricardi, 2009, p. 870).

۴-۲. حقوق ایران

لازم است قانونگذار مقرر کند تمام بانکها اعم از دولتی و خصوصی و مؤسسه‌های اعتباری هر سال در موعد تعیین شده، برنامه‌ای را به بانک مرکزی ارائه دهند که متضمن چگونگی اجرای قوانین و کیفیت آن، حجم دارایی‌ها و بدهی‌ها و وضعیت ترازنامه و ... باشد و علاوه بر این، تعیین کنند که اگر در وضعیت بحرانی قرار گرفتند

۱. <https://www.fdic.gov/regulations/reform/resplans/>.

<http://www.federalreserve.gov/bankinforeg/resolution-plans.htm>, Last seen: 5/1/2019 .

چگونه خود را از بحران نجات می‌دهند و در نهایت اگر توان مقابله با ورشکستگی را نداشته باشد، چه راهکاری برای کاهش خسارات ناشی از ورشکستگی دارند. کارشناسان بانک مرکزی باید پس از دریافت این برنامه وضعیت بانک‌ها را مشخص کنند و به بانک‌های ضعیف اخطار رفع نقص و سایر موارد لازم را بدهند.

۵. ورود بانک به مرحله گزیر

در این مرحله فرآیند گزیر شامل دو مرحله است؛ مقدمات گزیر و ابزارهای گزیر. در ادامه هر یک از این موارد ابتدا در حقوق آمریکابرسی می‌شود و مشابه همین فرآیند برای حقوق ایران پیشنهاد می‌گردد.

۵-۱. مقدمات گزیر

۵-۱-۱. حقوق آمریکا

۵-۱-۱-۱. تعیین راهبرد گزیر^۱

پس از نخستین تماس تلفنی شرکت بیمه سپرده فدرال با بانک متوقف، «بخش حل و فصل و تصفیه» شرکت مذکور یک یا چند نماینده را به منظور گردآوری اطلاعات لازم به بانک اعزام می‌کند. مجموعه این اطلاعات، «اتاق مجازی اطلاعات»^۲ نام دارد که شامل جزئیات اطلاعاتی از بانک در معرض ورشکستگی برای اشخاصی است که تمایل به خرید امتیاز بانک دارند. اطلاعات مؤسسه مورد نظر به منظور تعیین روش و ابزار مناسب گزیر استفاده می‌شود. (Federal Deposit Insurance corporation, 2016, p. 9)

۱. Determining the Resolution Strategy.

۲. Virtual Data Room (VDR).



۵-۱-۱-۲. ارزیابی اموال بانک ورشکسته توسط شرکت بیمه سپرده فدرال^۱
شرکت بیمه سپرده فدرال پیش از این که به طور رسمی به عنوان مدیر تصفیه بانک ورشکسته منصوب شود، یک ارزیابی برای تعیین ارزش اموال و دیون بانک انجام می‌دهد. تمام فرآیند ارزیابی اموال بانک توسط شرکت بیمه سپرده فدرال تا شصت روز ادامه دارد. (Ragalevsky, Ricardi, 2009, p. 872)

علاوه بر این، شرکت بیمه سپرده فدرال میزان سپرده‌های بیمه شده را هم تعیین می‌کند؛ چرا که این میزان، مبلغی است که شرکت مذکور متعهد به پرداخت آن است. (Benston, Kaufman, 1997, p. 65)

علت این ارزیابی آن است که دستیابی به تخمین مذکور برای یافتن ارزش نقدینگی بانک و ارزیابی و مقایسه ابزار مهم طرح‌گزیر برای تعیین و گزینش روش معامله با کم‌ترین هزینه، مورد استفاده قرار می‌گیرد. (Ragalevsky, Ricardi, 2009, p. 872)

۵-۱-۱-۳. تحلیل کم‌ترین هزینه^۲ و استثنای آن

۵-۱-۱-۳-۱. تبیین اصل تحلیل کم‌ترین هزینه

قانون اصلاح شرکت بیمه سپرده فدرال مصوب ۱۹۹۱، شرکت بیمه سپرده فدرال را در اجرای فرآیند‌گزیر ملزم به انتخاب گزینه‌ای کرده است که برای صندوق بیمه سپرده فدرال، کم‌ترین هزینه را در پی داشته باشد. تا پیش از تصویب این قانون در شرایطی که گزینه «پیشنهاد خرید» کم‌هزینه‌تر از گزینه «تصفیه» مؤسسه متوقف تشخیص داده می‌شد، شرکت بیمه سپرده فدرال می‌توانست عوامل دیگری نظیر «در دسترس بودن خدمات بانکی در منطقه» و «ثبات بانکداری» را در انتخاب نهایی خود لحاظ کند. اما پس از تصویب قانون مذکور، شرکت بیمه سپرده فدرال نمی‌توانست

۱. FDIC Evaluation of Failing Bank Assets.

۲. Least Cost Analysis.

پیش از اثبات چند گزینه، از گزیر برای حل و فصل امور بانک ورشکسته استفاده کند. این موارد عبارتند از: (۱) گزیر برای حمایت از سپرده‌های بیمه شده ضروری است. (۲) روشی که برای گزیر استفاده شده است، نسبت به سایر روش‌ها برای شرکت بیمه سپرده فدرال کم هزینه‌تر است. (Ibid, p. 882)

۱-۱-۳-۲. استثنای وارد بر اصل تحلیل کم‌ترین هزینه

تا پیش از سال ۲۰۱۰ و تصویب قانون داد - فرانک، نظریه «بزرگ‌تر از آن است که ورشکست گردد»^۱ مهم‌ترین استثنا بر اصل تحلیل کم‌ترین هزینه محسوب می‌شد که قانون داد - فرانک به این موضوع پایان داد. (Kaufman, 2013, p. 47)

۱-۱-۴. تأیید رسمی هیأت مدیره شرکت بیمه سپرده فدرال^۲

پیش از این که بانک متوقف بسته شود، هیأت مدیره شرکت بیمه سپرده فدرال وضعیت توقف بانک را تأیید می‌کند. مصوبه هیأت مدیره به نحوی تنظیم می‌شود که شامل گزینه‌های گزیر شود، اما این گزینه‌ها محدود به مصوبه مذکور نمی‌شود؛ به این معنی که به کارکنان شرکت این امکان را می‌دهد که شیوه توأم با کم‌ترین هزینه را تعیین نموده و رئیس «بخش گزیر و تصفیه» یا فرد منصوب شده دیگر شرکت این اختیار را از سوی هیأت مدیره خواهد داشت که شرکت بیمه سپرده فدرال را به عنوان مدیر تصفیه بانک متوقف منصوب کند. (Federal Deposit Insurance Corporation, 2016, p. 14)

۱-۲. حقوق ایران

مقدمات گزیر عبارت است از مجموعه اقداماتی که لازم است مقام گزیر برای ورود بانک به مرحله گزیر اتخاذ نماید. در مرحله نخست لازم است مقام گزیر از ارزش دارایی‌های بانک ورشکسته اطلاع داشته باشد و قیمت و ارزش تخمینی اموال مذکور

۱. Too big to fail (TBTF).

۲. FDIC Board of Directors Approval.



را داشته باشد. در این زمینه مقام مذکور می‌تواند به کمک کارشناسان رسمی دادگستری به ارزش تخمینی دارایی‌های بانک دست پیدا کند.

هدف ارزیابی اموال این است که مقام گزیر با ارزش تخمینی که از اموال دارد، بتواند ابزارهای گزیر را بهتر اجرا کند. برای مثال، مقام گزیر در معاملات خرید و پذیرش تعهد برای این که قادر باشد، بانک خریدار برای بانک ورشکسته پیدا کند، باید قیمت تخمینی اموال و دارایی‌های بانک را به بانک‌هایی که برای خرید بانک ورشکسته صلاحیت دارند، اعلام کند. همچنین، در ادغام لازم است به بانک طرف ادغام اعلام کند که ارزش اموال بانک ورشکسته چه میزان است.

لازم به ذکر است که ارزیابی اموال باید در کم‌ترین زمان ممکن انجام شود و به نظر می‌رسد بهتر است قانونگذار یک بازه زمانی را عرفاً در آن زمان مقام گزیر می‌تواند مقدمات فرآیند گزیر را انجام دهد، تعیین کند.

۶. ابزارهای گزیر

نظام گزیر در ایالات متحده آمریکا ابزارهای متعددی را در اختیار شرکت بیمه سپرده فدرال قرار می‌دهد که برخی از آن‌ها در ادامه بررسی می‌شوند. در این جا لازم است یادآور شویم که در حال حاضر در حقوق آمریکامعاملات خرید و پذیرش تعهد رایج-ترین روشی است که شرکت بیمه سپرده فدرال از آن استفاده می‌کند و سایر روش‌ها به خصوص کمک‌های باز بانکی به ندرت استفاده می‌شوند.

۶-۱. معاملات خرید و پذیرش تعهد

۶-۱-۱. حقوق آمریکا

معاملات خرید و پذیرش تعهد روش مورد استفاده غالب برای حل و فصل امور بانک ورشکسته است. ساختار پایه‌ای این روش کاملاً ساده است. شرکت بیمه سپرده فدرال تمهیداتی را برای فروش تمام یا قسمتی از اموال بانک ورشکسته به یک بانک

سالم ترتیب می‌دهد و بانک خریدار بازپرداخت تمام یا بخشی از سپرده‌های (و غالباً دیگر دیون) بانک ورشکسته را بر عهده می‌گیرد. دارایی‌ها و بدهی‌هایی که در فرآیند خرید و پذیرش تعهد فروخته نمی‌شوند به طور امانت در بانک ورشکسته توسط شرکت بیمه سپرده فدرال نگهداری می‌شوند و به طور جداگانه در مورد آن‌ها تصمیم‌گیری می‌شود. به لحاظ تاریخی، شرکت بیمه سپرده فدرال به معاملات خرید و پذیرش تعهد نسبت به تصفیه امور بانک ورشکسته تمایل بیش‌تری نشان داده است و علت این امر را می‌توان به این نحو بیان کرد:

الف) ارزش مستمر سپرده‌های بانک ورشکسته حفظ می‌شوند.

ب) اختلال‌هایی که در اثر ورشکستگی بانک برای سپرده‌ها و نیز اقتصاد منطقه ایجاد می‌شود کاهش می‌یابد.

ج) هزینه‌های نقدی، هزینه‌های اداره بانک توسط شرکت بیمه سپرده فدرال و هزینه‌های ناشی از تصفیه بانک کاهش می‌یابد.

معاملات خرید و پذیرش تعهد را به روش‌های مختلفی می‌توان تنظیم کرد که با در نظر داشتن این که چه اموالی فروخته شده‌اند، چه مسؤولیت‌ها و دیونی مورد پذیرش واقع شده‌اند و انگیزه‌های دیگر، متفاوت هستند. ممکن است شرکت بیمه سپرده فدرال گزینه‌هایی را برای تشویق خریدار به معامله پیشنهاد داده باشد. این تشویق‌ها ممکن است شامل ارائه گزینه‌هایی به خریدار، بازگرداندن اموال کسب شده توسط خریدار، موافقت برای مشارکت در ضرر و زیان‌های آینده باشد. همان‌طور که پیش‌تر نیز متذکر شدیم، معاملات خرید و پذیرش تعهد رایج‌ترین روش مورد استفاده در گزیر است. از سال ۲۰۰۰ تا ۱ اوت ۲۰۰۸، معاملات خرید و پذیرش تعهد، سی و چهار مورد از چهل مورد ابزار گزیری بود که توسط شرکت بیمه سپرده فدرال مورد استفاده قرار گرفت. (Carpenter, Murphy, 2008, p. 5-6)

همچنان که از سال ۲۰۰۸ تا سپتامبر ۲۰۱۳ شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان مدیر تصفیه بانک ورشکسته از این روش برای حل و فصل امور ۴۵۲ بانک از ۵۰۲ بانک ورشکسته استفاده کرده است (Ambrasas, 2015, p. 209).



چند شیوه متداول در این زمینه توسط شرکت بیمه سپرده فدرال استفاده می‌شود که در ادامه هر یک توضیح داده می‌شوند.

۶-۱-۱-۱. معامله خرید و پذیرش مبنا^۱

در این روش، دارایی‌های منتقل شده به بانک متعهد محدود به وجه نقد، دارایی‌های با ویژگی نقدشوندگی بالا و اوراق بهادار قابل عرضه در بازار هستند. اموال منقول بانک از جمله مبلمان، اثاثیه و سایر تجهیزات به صورت اختیاری به بانک متعهد منتقل می‌شوند. تعهدات پذیرفته شده توسط بانک متعهد شامل تمام سپرده‌های بیمه شده توسط شرکت بیمه سپرده فدرال و در صورتی که بانک متعهد پیشنهاد مبتنی بر کم-ترین هزینه را به شرکت بیمه سپرده فدرال ارائه نموده باشد، ممکن است شامل تمام سپرده‌های بانک متوقف باشد. ملاحظه‌هایی که در این روش مورد توجه قرار می‌گیرد، عبارتند از:

- الف) مشتریان برخوردار از بیمه سپرده به دلیل خدمات بانکی متضرر نمی‌شوند؛
- ب) مشتریان برخوردار از بیمه سپرده، حساب‌های جدید در مؤسسه‌های جدید خواهند داشت، اما آن‌ها همچنان می‌توانند از چک‌های سابق خود استفاده کنند؛
- ج) مشتریان دارای بیمه سپرده زیانی را به دلیل عدم پرداخت بهره متعلق به سپرده‌ها تا سقف ۲۵۰ هزار دلار متحمل نمی‌شوند؛
- د) شرکت متعهد، مشتریان جدیدی دارد که این امر فرصتی مناسب برای آن شرکت محسوب می‌شود؛
- ه) شرکت بیمه سپرده فدرال از این روش هنگامی استفاده می‌کند که فرصت کافی برای انجام «رسیدگی ویژه» ندارد؛

۱. Basic P&As.

و) هزینه‌های شرکت بیمه سپرده فدرال در مقایسه با شیوه پرداخت خسارت بسیار کمتر است. (Federal Deposit Insurance corporation, 2016, p. 14)

۶-۱-۱-۲. معامله خرید و پذیرش تعهد کامل بانک^۱

در روش خرید و پذیرش تعهد کامل بانک، تمام تلاش برای قانع کردن بانک خریدار به منظور بیش‌ترین خرید از تمام دارایی‌های بانک ورشکسته صورت می‌گیرد. در این روش، از متقاضیان خرید تقاضا می‌شود پیشنهاد خود را بر اساس تخفیف و بدون در نظر گرفتن خدمات ضمانت برای دارایی‌ها ارائه دهند.

این نوع خرید برای شرکت بیمه سپرده فدرال سودمند است و دلایل آن عبارتند از:

۱) وام‌گیرندگان محلی توسط بانک متعهد خدمات خود را دریافت می‌کنند.

۲) این نوع خرید، پرداخت نقدی یک دفعه شرکت بیمه سپرده فدرال را به کم‌ترین مقدار ممکن می‌رساند؛ چرا که تمام دارایی‌های بانک ورشکسته توسط شرکت متعهد خریداری می‌شود و در مقابل تعهدی برای شرکت بیمه سپرده فدرال نسبت به بانک ورشکسته باقی نمی‌ماند.

۳) مبادله کل بانک موجب می‌شود مقدار دارایی‌هایی که باید توسط شرکت بیمه سپرده فدرال فروخته شود، کاهش یابد.

در سال ۲۰۰۸ بانک ماچوال واشنگتن^۲ به موجب توافق خرید و پذیرش تعهد کامل بانک تحت گزیر قرار گرفت که به موجب آن بانک جی پی مورگان چیس^۳ بیش‌تر

۱. Whole Bank P&As.

۲. Washington Mutual Bank (WaMu).

۳. JPMorgan Chase Bank.

محمد عیسائی تفرشی و همکار ————— بررسی فرآیند حل و فصل (گزیر)...



اموال بانک ماچوال واشنگتن را از شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان مدیر تصفیه آن بانک خریداری کرد و قسمت زیادی از مسؤولیت‌های آن را عهده‌دار شد.^۱ در این روش، خریدار تمام مسؤولیت سپرده‌ها را بر عهده می‌گیرد و مسؤولیت وی محدود به سپرده‌های بیمه شده نیست. این امر موجب حمایت صد در صدی از سپرده‌های بیمه نشده است. به همین دلیل است که گفته می‌شود این روش در مقایسه با سایر روش‌های گزیر اغلب کم هزینه نیست. (Ragalevsky, Ricardi, 2009, p. 877)

۶-۱-۱-۳. بانک اصلاح یا تصفیه شده^۲

در این روش از معامله خرید و پذیرش تعهد، به طور معمول بانک تحصیل کننده توافق می‌کند که تنها مسؤولیت سپرده‌های اصلی بیمه شده^۲ بانک ورشکسته را بر عهده بگیرد و شرکت بیمه سپرده فدرال حق بیمه‌ای برای فرانشیز یا ارزش مستمر مرتبط با این سپرده‌ها بپردازد. (Loc.cit)

علاوه بر این، بانک خریدار توافق می‌کند که قسمتی از اموال «خوب» بانک ورشکسته را از شرکت بیمه سپرده فدرال خریداری کند. این اموال که از آن‌ها به اموال «خوب» یاد می‌شود، می‌تواند اوراق بهادار بانک ورشکسته، پول نقد یا بخشی از وام‌ها باشد که این امر بستگی به معامله دارد. بنابراین، میزان وام‌های خریداری شده به وسیله بانک خریدار می‌تواند بر اساس معیارهایی محدود شود؛ از جمله بر اساس نوع وام، میزان بازدهی وام، موقعیت اجرایی و بازپرداخت وام و عوامل دیگر.

۱. Purchase and Assumption Agreement by and among WaMu, JP Morgan Chase Bank, National Association and FDIC (September 25, 2008) available at www.fdic.gov.

۲. Modified or Clean Bank.

۳. core deposits.

در این روش سپرده‌های بیمه نشده (مانند سپرده‌های بالغ بر ۱۰۰ میلیون دلار) و سپرده‌های غیر اصلی^۱ (مانند سپرده‌های واسطه‌ای)^۲ توسط بانک خریدار، خریداری نمی‌شوند. سپرده‌گذارانی که سپرده اضافی که مشمول بیمه سپرده نمی‌شود در بانک ورشکسته دارند، به میزان اضافه از شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان مدیر تصفیه بانک ورشکسته رسیدی دریافت می‌کنند و پس از آن که اموال بانک ورشکسته به فروش رسید آن مبلغ را دریافت می‌کنند (Ragalevsky, Ricardi, 2009, p. 878).

۶-۱-۴. خرید و پذیرش مسؤلیت با مشارکت اختیاری در زیان^۳

در این روش، شرکت بیمه سپرده فدرال با بانک متعهد در خصوص دارایی‌های مشخصی به توافق می‌رسد. تفاوتی که این روش با خرید و پذیرش کامل بانک دارد، مشارکت در زیان دارایی‌های خریداری شده است. در بحران‌های مالی اخیر، شرکت بیمه سپرده فدرال پیشنهاد مشارکتی را ارائه داده است که بر مبنای آن بانک متعهد، بر اساس پیشنهاد خرید خود برای بانک ورشکسته، زیان ۲۰ درصدی یا بیش‌تر را متعهد می‌شود. دارایی‌هایی که در مورد آن‌ها مشارکت در زیان صورت می‌گیرد، دارایی‌هایی هستند که بدون ایجاد انگیزش و حمایت خاص متقاضی بالقوه‌ای در مورد آن‌ها وجود ندارد. در این روش، شرکت بیمه سپرده فدرال زیان تعریف شده و هزینه‌های مرتبط با دارایی‌های خاص را با مؤسسه خریدار تقسیم می‌کند. دارایی‌هایی که زیان آن‌ها تقسیم شده است، غالباً شامل انواع خاصی از وام‌های اعطایی است. علاوه بر این، روش مذکور نیازهای نقدی شرکت بیمه سپرده فدرال را کاهش می‌دهد و به لحاظ عملی ساده‌تر است و همچنین، دارایی‌ها را خیلی سریع به بخش خصوصی منتقل می‌کند. این روش علاوه بر مزیت‌هایی که روش خرید و تقبل مسؤلیت مبنا دارد، مزیت‌های ذیل را دارد:

۱. Non core deposits.

۲. Brokered and CDARS deposits.

۳. P &As with Optional Shared Loss.



الف) خطرهایی که به بانک متعهد مربوط می‌شود را کاهش می‌دهد و علاوه بر این، هزینه‌های شرکت بیمه سپرده فدرال را کاهش می‌دهد؛
ب) نیازهای فوری نقدینگی شرکت بیمه سپرده فدرال را کاهش می‌دهد؛
ج) دارایی‌ها در بخش خصوصی باقی می‌مانند.
در مقابل، در این روش شرکت بیمه سپرده فدرال وظایف اداری بیشتری نسبت به روش‌های دیگر دارد. علاوه بر این، توافق‌نامه‌های بین بانک متعهد و شرکت بیمه سپرده فدرال طولانی مدت است و ممکن است حدوداً بین ۸ تا ۱۰ سال طول بکشد.

۵-۱-۱-۶. خرید و پذیرش مسؤولیت در قالب بانک موقت^۱

در این روش، شرکت بیمه سپرده فدرال در جایگاه «مؤسسسه خریدار» قرار می‌گیرد. یک بانک ملی موقت با مجوز اداره حسابرسی ارز، توسط شرکت بیمه سپرده فدرال تشکیل و مدیریت می‌شود. این بانک نقش بانک موقت را از هنگام پایان فعالیت بانک متوقف عهده‌دار می‌شود. پس از انجام ارزیابی‌های مورد نظر شرکت بیمه سپرده فدرال و انتقال آن به شخص ثالث این نقش به پایان می‌رسد. بانک انتقالی می‌تواند برای مدت ۲ سال فعالیت کند که البته این مدت زمان با توجه به شرایط و اوضاع و احوال تا یک سال دیگر هم قابل تمدید است. تا پایان این مدت بانک در معرض ورشکستگی باید فروخته شده و یا تصفیه گردد. با تشخیص شرکت بیمه سپرده فدرال و ایجاد بانک موقت، شرکت فرصت دارد که اقدامات لازم برای مبادله همیشگی بانک ورشکسته را فراهم کند. علاوه بر این، روش مذکور زمان کافی در اختیار خریداران آتی قرار می‌دهد که پیشنهادهای خرید خود را مبتنی بر ارزیابی از شرایط بانک ارائه دهند. پیش از این که بانک موقت تأسیس شود، تحلیل هزینه‌ها باید گویای

۱. Bridge Bank P&As.

این باشد که ارزش فرانسیز^۱ بانک از هزینه‌های نهایی اداره بانک انتقالی بیش‌تر است و بنابراین، اصولاً نسبت به پرداخت جبران خسارت کم هزینه‌تر است. همچنین، جدول زمانی برای طرح‌گزییر تکمیل می‌شود. تعیین روش‌گزییر برای بانک موقت به این امر بستگی دارد که آیا فعالیت بانک انتقالی برای دوره کوتاه مدت (کم‌تر از ۹ ماه) یا بلند مدت (بیش‌تر از ۹ ماه) است. بانک موقت ممکن است طی یک فرآیند‌گزییر از طریق یک مبادله خرید و پذیرش مسؤلیت، ادغام، فروش سهام و یا پرداخت جبرانی تصفیه شود. منافع این روش عبارتند از:

(الف) زمان لازم را در اختیار شرکت بیمه سپرده فدرال قرار می‌دهد که یک مبادله دائمی را برای بانک فراهم کند؛

(ب) به خریداران بالقوه امکان می‌دهد که شرایط بانک را ارزیابی کنند و یک پیشنهاد معقول ارائه دهند؛

(ج) ارزش فرانسیز بانک را حفظ می‌کند؛

(د) خدمات‌رسانی به مشتریان ادامه پیدا می‌کند. (Ragalevsky, Ricardi, 2009, p. 878)

۶-۱-۲. حقوق ایران

در روش خرید و پذیرش مسؤلیت در قالب بانک موقت، مقام مسؤول‌گزییر اقدام به واگذاری و انتقال تمام دارایی‌ها و بدهی‌های بانک متوقف به یک بانک سالم می‌کند و در این صورت نیازی به رضایت سهامداران یا طلبکاران بانک در معرض فروش وجود ندارد؛ برای صحت این ادعا در مقام مقایسه می‌توان به ماده ۱۰۵ قانون برنامه پنجم توسعه که در خصوص ادغام شرکت‌ها مقرر می‌داشت: «..... کلیه حقوق و تعهدات، دارایی، دیون و مطالبات شرکت یا شرکت‌های موضوع ادغام، به شرکت

۱. Franchise

عبارت است از حق امتیازی که به یک شخص اعطا می‌شود تا محصولات و یا خدمات یک شرکت موفق در صحنه تجارت را به فروش برساند.

محمد عیسائی تفرشی و همکار ————— بررسی فرآیند حل و فصل (گزیر)...



پذیرنده ادغام یا شرکت جدید منتقل می‌شود...»، استناد کرد. همچنین، بند «و» ماده ۱۱۱ (مصوب ۲۷/ ۱۱/ ۱۳۸۰) قانون مالیات‌های مستقیم (مصوب ۳/ ۱۲/ ۱۳۶۶) مقرر می‌دارد: «کلیه تعهدات و تکالیف مالیاتی شرکت‌های ادغام یا ترکیب شده به عهده شرکت جدید یا موجود، حسب مورد، می‌باشد».

قانونگذار باید برای خریدار در این معامله شرایطی را قرار دهد که نشان‌دهنده شایستگی بانک برای خرید بانک متوقف باشد. قانون در ابتدا باید معین کند آیا صرفاً بانک‌ها می‌توانند داوطلب خرید بانک متوقف شوند یا مؤسسه‌های اعتباری غیر بانکی هم این امکان را دارند. همچنین، باید مشخص کند که بانک داوطلب باید بانک دولتی باشد یا بانک‌های خصوصی هم می‌توانند داوطلب خرید بانک متوقف شوند.

در همین راستا بانک مرکزی باید به عنوان مقام گزیر، اداره بازرسی بانک‌ها را موظف کند فهرست بانک‌های سالم را به عنوان داوطلبان بالقوه تهیه کند. یکی از معیارهایی که اداره نظارت بانک مرکزی می‌تواند برای سلامت بانک و شایستگی بانک داوطلب تعیین کند، نرخ کفایت سرمایه است. به بیان دیگر نرخ کفایت سرمایه بانک داوطلب باید بالاتر از ۸ درصد باشد.

باید توجه داشت که آیا با در نظر گرفتن ویژگی اسلامی بانک‌های ایران این روش با مشکلی مواجه می‌شود یا خیر؟ با توجه به مقررات قانون عملیات بانکی بدون ربا (مصوب ۱۳۶۲/۶/۸) انواع سپرده‌ها را می‌توان به دو گروه تقسیم کرد:

الف) سپرده‌های قرض‌الحسنه

در خصوص ماهیت سپرده‌های قرض‌الحسنه تردیدی وجود ندارد و با توجه به ماده ۶۴۸ قانون مدنی سپرده مذکور عقد قرض محسوب می‌شوند. بنابراین، این سپرده‌ها به مالکیت بانک در می‌آیند و بانک می‌تواند هر گونه تصرفی در سپرده‌ها انجام دهد و حتی اگر عین سپرده‌ها باقی باشد برگرداندن آن ضرورتی ندارد، بلکه می‌تواند مثل آن را بپردازد. با این دیدگاه اگر بانکی ورشکست گردد و مقام گزیر

بخواهد بانک را بفروشد برای فروش این سپرده‌ها مشکلی ندارد، چون سپرده‌های مذکور ملک بانک محسوب می‌شوند.

(ب) سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار

تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا مقرر می‌دارد: «سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار که بانک در به کار گرفتن آن‌ها وکیل می‌باشد، در امور مشارکت، مضاربه، اجاره به شرط تملیک، معاملات اقساطی، مزارعه، مساقات، سرمایه‌گذاری مستقیم، معاملات سلف و جعاله مورد استفاده قرار می‌گیرد». مفاد تبصره بیان‌کننده این امر است که سپرده‌های مدت‌دار به مالکیت بانک در نمی‌آیند و این وجوه نزد بانک امانت هستند.

بنابراین، زمانی که بانک امین مشتریان باشد، مقام‌گزی‌ر بدون رضایت مشتریان نمی‌تواند سپرده‌های سپرده‌گذاران بانک ورشکسته را به بانک دیگر منتقل کند. زیرا بانک امانت‌دار سپرده‌های مذکور است و اگر مقام‌گزی‌ر بخواهد این سپرده‌ها را به بانک دیگر بفروشد باید از صاحبان آن‌ها اجازه بگیرد که با توجه به تعداد زیاد سپرده‌گذاران یک بانک و نیز لزوم سرعت در حل و فصل امور بانک ورشکسته این امر امکان‌پذیر نیست.^۱

به هر حال، با توجه به تصریح قانونگذار مبنی بر وکالت بودن رابطه مذکور، معامله خرید و پذیرش تعهد نیازمند اجازه صریح قانونگذار به مقام‌گزی‌ر برای انجام چنین معامله‌ای در صورت وجود مصلحت اقتصادی کشور است.

چنانکه در حقوق ایران بند (و) ماده ۱۱۱ (مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷) قانون مالیات‌های مستقیم (مصوب ۱۳۶۶/۱۲/۳) در مورد انتقال حقوق و تعهدات شرکت ادغام‌شونده

۱. در خصوص رابطه بانک و سپرده‌گذاران بلند مدت بین حقوق‌دانان اختلاف نظر است که از حوصله بحث حاضر خارج است؛ اما با توجه به تصریح قانونگذار در تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده ۹ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا که تصریح می‌کند این سپرده‌ها منابع سپرده‌گذار هستند، می‌توان گفت بانک امین سپرده‌گذاران است.



مقرر می‌دارد: «کلیه تعهدات و تکالیف مالیاتی شرکت‌های ادغام یا ترکیب شده به عهده شرکت جدید یا موجود حسب مورد است».

۶-۲. کمک‌های باز بانکی^۱

۶-۲-۱. حقوق آمریکا

کمک‌های باز بانکی یکی از روش‌های گزیر است که در آن یک بانک بیمه شده که در معرض ورشکستگی قرار دارد کمک‌هایی به صورت وام مستقیم، ادغام کمکی یا خرید دارایی دریافت می‌کند. شرکت بیمه سپرده فدرال ممکن است برای ادامه فعالیت بانکی که ورشکسته است، اما فعالیت هم می‌کند کمک‌های مالی پیشنهاد دهد. این روش که به کمک‌های باز بانکی معروف است، به صورت پرداخت یک وام، بر عهده گرفتن تمام یا بخشی از دیون آن و یا تزریق مستقیم پول است. هدف از کمک‌های باز بانکی بازگرداندن بانک به وضعیت عادی و جلوگیری از ورشکستگی آن است. کمک‌های باز بانکی معمولاً شامل تغییر در مدیریت بانک است و نیازمند رضایت سهامداران است. در این روش شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان مدیر تصفیه تعیین نمی‌شود. امروزه کمک‌های بانکی باز به ندرت مورد استفاده قرار می‌گیرد و این امر دلایلی دارد که عبارتند از: الف) در میان بانک‌های کوچک‌تر این احساس وجود دارد که این روش ناعادلانه است؛ زیرا تنها برای کمک به بانک‌های بزرگ پدید آمده است. ب) کمک‌های باز بانکی برای شرکت بیمه سپرده فدرال راه حلی کم هزینه محسوب نمی‌شوند و بنابراین، تنها در جایی از سوی این شرکت مورد استفاده قرار می‌گیرد که شرکت به این نتیجه برسد که استفاده از این روش برای کاهش خطرات زنجیره‌ای اقتصادی ناشی از ورشکستگی بانک در منطقه، ضروری است. ج) شرکت بیمه سپرده فدرال در استفاده از صندوق بیمه سپرده خود به شیوه‌ای که به نفع سهامداران بانک

۱. Open bank assistance (OBA).

ورشکسته یا مشکل دار باشد محدودیت دارد. (Ragalevsky, Ricardi, 2009, p. 882)

اما این روش انتقادات جدی را برانگیخت که مهم‌ترین آن پرهزینه بودن اقدام مزبور بود. در حقیقت، همان‌طور که در قانون بیمه سپرده فدرال آمده است شرکت بیمه سپرده فدرال تنها در صورتی می‌تواند کمک باز بانکی ارائه دهد که ادامه فعالیت بانک ضروری باشد. با تصویب قانون مؤسسه‌های اعتباری *Garn-St Germain* در سال ۱۹۸۲، مؤسسه مالی در صورتی می‌تواند کمک دریافت کند که این کمک‌ها نسبت به هزینه انحلال آن کم‌تر باشند. هنگامی که قانون اصلاح شرکت بیمه سپرده فدرال در سال ۱۹۹۱ به تصویب رسید، کمک باز بانکی باید برای صندوق بیمه، نسبت به سایر روش‌های ممکن گزیر کم هزینه‌تر تلقی شود- (Wall, Peterson, 1990, p. 77) (99) و به دلیل این که روشی کم هزینه تلقی نمی‌شد، از سال ۱۹۹۲ دیگر در هیچ موردی استفاده نشد تا سال ۲۰۰۸ که در موج بحرانی که در این سال گریبان بانک‌های آمریکارا گرفت، از این روش برای نجات بانک سیتی گروپ و بانک آمریکا استفاده شد. (Federal deposit insurance corporation, 2016., p. 20) با تصویب قانون داد - فرانک در سال ۲۰۱۰ به این روش برای همیشه پایان داده شد.

۶-۲-۲. حقوق ایران

«نجات از بیرون» روشی است که به موجب آن بانک مرکزی هنگامی که وضعیت یک بانک را بحرانی تشخیص دهد و شرایط هم به گونه‌ای نباشد که بتوان بانک را تصفیه کرد، وجوهی را به عنوان وام به بانک پرداخت می‌کند و در واقع به بانک نقدینگی تزریق می‌کند تا از وضعیت بحرانی رها شود. در حقوق ایران از عبارت «نجات از بیرون» استفاده نشده است، اما این روش با شرایطی در مقررات پیش‌بینی شده است که در این قسمت به آن اشاره می‌شود. ماده ۹ آیین‌نامه طرز اداره بانک و نحوه الغاء تأسیس بانک در موارد مذکور در ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور (۱۳۵۱/۱۱/۱)^۱

۱. این آیین‌نامه به استناد ماده ۴۰ قانون پولی و بانکی کشور (مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸) به تصویب رسیده است.



مقرر می‌دارد: «در مواردی که به رعایت مصالح بانکی و اقتصادی کشور، اعطای اعتباراتی بیش از میزان معمول و متعارف بانک مرکزی ایران برای اداره بانک مشمول این آئین‌نامه لازم باشد، بانک مرکزی ایران می‌تواند با تأیید شورای پول و اعتبار و تصویب هیأت مذکور در ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور و طبق شرایطی که این هیأت تعیین خواهد کرد، مبالغ لازم را در اختیار اداره کنندگان بانک بگذارد». مفهوم این ماده بیانگر این است که بانک مرکزی در مواقعی به بانک‌ها کمک معمول و متعارف می‌کند که به نظر می‌رسد این کمک‌ها زمانی است که بانک با مشکل کمبود موقت نقدینگی مواجه شده باشد که بانک مرکزی به طور متعارف به بانک دچار مشکل در قالب وام اعتباراتی اعطا می‌کند. اما این آیین‌نامه با استناد به ماده ۴۰ قانون پولی و بانکی کشور در اجرای ماده ۳۹ قانون مذکور در خصوص مواردی که موجب انتقال اداره بانک به بانک مرکزی است، به تصویب رسیده که بند (ه) ماده ۳۹ یکی از این موارد را موردی می‌داند که «قدرت پرداخت بانکی به خطر افتد یا سلب شود». همان‌طور که گفته شد (شیروانی، ۱۳۹۸، ص ۷۰) این بند مطابق مقررات قانون تجارت همان ورشکستگی بانک بر اساس معیار نقدینگی است و نمی‌توان گفت که بانکی با این شرایط دچار کمبود موقت نقدینگی شده است. به هر حال، به نظر می‌رسد قانونگذار به لحاظ رعایت مصالح اقتصادی کشور، به جای این که بانکی که قدرت پرداختش سلب شده است یا به خطر افتاده است را وارد فرآیند تصفیه کند، اداره آن را به بانک مرکزی واگذار می‌کند و بانک مذکور ممکن است در شرایطی به موجب آیین‌نامه، اعتباراتی بیش‌تر از حد معمول به بانک اختصاص دهد. باید در نظر داشت این کمک‌ها نباید با ماده ۵۲ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی (مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۸ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۸۷/۳/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام)^۱ باشد و باید در راستای تأمین منافع ملی و سلامت نظام اقتصادی انجام شود.

۱. این ماده مقرر می‌دارد: «هر گونه کمک و اعطای امتیازات دولتی (ریالی، ارزی، اعتباری، معافیت، تخفیف،

۳-۶. نجات از درون^۱

۱-۳-۶. حقوق آمریکا

نجات از درون روشی است که نقطه مقابل کمک‌های باز بانکی یا نجات از بیرون محسوب می‌شود. در این روش به جای این که ضررهای بانک متوقف از طریق وام گرفتن از دولت بر مؤدیان مالیاتی تحمیل شود، بر مالکان و سهامداران بانک ورشکسته بار می‌شود. در این روش مقام‌گزیر تلاش می‌کند با تجدید ساختار سمت چپ ترازنامه و تبدیل بخشی از بدهی‌های ضمانت نشده بانک به سهام، بانک را از بحران ورشکستگی نجات دهد. بنابراین، در این روش اولویت با منابع داخلی و به طور کلی تمرکز بر تجدید ساختار اجباری بدهی‌ها به روش تبدیل بدهی‌های بانک به سهام است. پس از این بانک تحت نظارت شدید مقام تنظیم‌گر قرار می‌گیرد. (Ambrasas, 2015, p. 6)

واژه *Bail in* یا همان روش نجات از درون از نوآوری‌های دستورالعمل حل و فصل (گزیر) و احیای بانک^۲ (مصوب ۲۰۱۴ کمیسیون اروپایی)^۳ است و در کشورهای دیگری که قبل از سال ۲۰۱۴ نظام گزیر را پذیرفته بودند، از جمله ایالات متحده آمریکا و بریتانیا^۴ نامی از آن برده نشده بود.

با این حال، از سال ۲۰۱۰ به بعد با تصویب قانون داد - فرانک، نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا در ورشکستگی بانک‌ها بر این مبنا پیش می‌رود که اگر بانکی دچار ورشکستگی شد، سهامداران و طلبکاران تضمین نشده زیان‌های ناشی از آن را تحمل کنند و تا حد امکان سپرده‌گذاران آسیبی نبینند. با توجه به تصویب قانون داد -

ترجیح، اطلاعات یا مشابه آن، به صورت تبعیض آمیز به یک یا چند بنگاه یا شرکت که موجب تسلط در بازار یا اخلاص در رقابت شود ممنوع است».

۱. Bail in.

۲. Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD) 2014.

۳. European Commission.

۴. Cf: Banking act 2009, Sec 11, 12, 13.

محمد عیسائی تفرشی و همکار ————— بررسی فرآیند حل و فصل (گزیر)...



فرانک در سال ۲۰۱۰، نجات از درون باید با توجه به اهداف قانون مذکور تفسیر گردد، چنان‌که یکی از اهدافی که در مقدمه قانون داد - فرانک بیان شده است، عبارت است از «حمایت از مؤدیان مالیاتی آمریکایی با پایان دادن به طرح‌های نجات از بیرون». (Ibid, p. 220)

با تصویب قانون داد - فرانک (مصوب ۲۰۱۰) و پیش‌بینی مقام تصفیه موقت به طرح‌های نجات از بیرون یا کمک‌های باز بانکی خاتمه داده شد. هنگامی که مقام تصفیه موقت آغاز به کار می‌کند، شرکت بیمه سپرده فدرال به طور موقت مدیریت شرکت بانکی مادر را بر عهده می‌گیرد و در همین زمان شرکت‌ها و بانک‌های تابع آن در سطح اقتصادی به فعالیت خود ادامه می‌دهند. در این جا یک نجات از درون وجود دارد که طی آن حقوق سهامداران از بین می‌رود و سهامداران و احتمالاً دیگر طلبکاران بدون وثیقه بخشی از طلب‌های خود را به سهام تبدیل می‌کنند به نحوی که سرمایه شرکت مذکور مجدداً تجدید شود. در این حالت شرکت بانکی مادر با مدیریتی جدید به بخش خصوص منتقل می‌شود.^۱

۶-۳-۲. حقوق ایران

نجات از درون عبارت است از اقداماتی که به موجب آن مقام گزیر با تجدید ساختار چپ ترازنامه و تبدیل بخشی از بدهی‌های ضمانت‌نشده بانک به سهام، بانک را از ناتوانی نجات دهد.

بند ۲ ماده ۲۰۷ طرح بانکداری بدون این که نامی از «نجات از درون» ببرد، بیان می‌کند: «تبدیل بخشی از بدهی‌های ضمانت‌نشده بانک متوقف به سهام پس از طی مراحل قانونی».

۱. (Sec. 210(a)(1)(D)-(M) Dodd-Frank; Sec. 5390(a)(1)(D)-(M) Title 12 USC).

نجات از درون ابزاری در مقابل ابزار نجات از بیرون محسوب می‌شود؛ به این بیان که بانک با تکیه بر امکانات خود، خود را از ورشکستگی نجات دهد. اما نجات از بیرون روشی است که به موجب آن دولت طی وام‌هایی که به بانک دچار بحران پرداخت می‌کند، سعی می‌کند بانک را از ورشکستگی نجات دهد که این امر موجب می‌شود به اقتصاد کشور فشار زیادی وارد شود. به همین جهت همان‌طور که پیش‌تر هم گفته شد، اخیراً در حقوق آمریکا و همچنین، در کشورهای عضو اتحادیه اروپایی سعی شده است از ابزار نجات از درون استفاده و فشار ورشکستگی بانک‌ها از دوش دولت و مؤدیان مالیاتی برداشته شود. نتیجه مهمی که استفاده از این ابزار در پی دارد، این است که کژمنشی مدیران و مسئولان بانک‌ها به شدت کاسته می‌شود؛ چرا که اگر گزینه نجات از بیرون برای بانک موجود باشد، مدیران انگیزه‌ای برای پیشگیری از ورود بانک به مرحله ورشکستگی ندارند و می‌دانند دولت همیشه از آن‌ها حمایت می‌کند. اما به نظر می‌رسد، در روش نجات از درون، به دلیل این که بانک نجات‌دهنده خود محسوب می‌شود، کژمنشی‌های مدیران به میزان قابل ملاحظه‌ای کاهش می‌یابد.

حال تردید این است که آیا ماهیت ابزار نجات از درون با بانک‌های اسلامی سازگار است و آیا با اصول شرع موافق است یا مخالف؟

در پاسخ ابتدا باید ماهیت ابزار نجات از درون تبیین گردد. همان‌طور که از تعریف نجات از درون برمی‌آید، یکی از مفاهیمی که در این روش وجود دارد، تبدیل الزامی بدهی است. به بیان دیگر در روش مذکور، بدهی‌های ضمانت نشده بانک که به نظر می‌رسد، بخش عمده آن بدهی‌های بانک به سهامداران است، بدون رضایت صاحبان آن‌ها (طلبکاران) به سهام تبدیل می‌شود. بنابراین، ابزار نجات از درون گونه‌ای تبدیل تعهد از نوع تبدیل دین است که بدون رضایت طلبکار انجام می‌شود.



همان‌طور که گفته شده است، تبدیل تعهد بدون رضایت جنبه طلبکار قانونی ندارد. در حقیقت، تبدیل تعهد تنها به تراضی و با قصد نتیجه (تبدیل) تحقق می‌پذیرد (صفایی، ۱۳۸۶، ص ۲۵۶).^۱

با توجه به مزیت‌های نجات از درون برای نظام بانکی، پیشنهاد می‌شود که سهامدار هنگام فروش طی قرارداد خرید سهام یا قراردادی مستقل به بانک وکالت دهد که اگر شرایط بانک به سمت توقف و ورشکستگی پیش برود، طلبی که از بانک دارد به سهام تبدیل شود.

بنابراین، شخصی که خریدار سهام بانک است، با علم و اراده در ازای خرید سهم این را هم می‌پذیرد که اگر بانک در آستانه ورشکستگی قرار گرفت، بانک می‌تواند مطالباتش را به سهام تبدیل کند.

۷. نتیجه‌گیری

ایالات متحده آمریکا از جمله کشورهای است که نظام حاکم بر ورشکستگی بانک‌ها را به طور کامل از قواعد حاکم بر ورشکستگی شرکت‌ها جدا کرده است و برای رسیدگی به ورشکستگی بانک‌ها از رویکرد «اداری یا فرا قضایی» با محوریت نهادهای تنظیم‌گر از جمله شرکت بیمه سپرده فدرال استفاده می‌کند. به نظر می‌رسد در حقوق ایران قواعد خاص موجود پاسخ‌گوی ورشکستگی بانک‌ها نیست؛ زیرا در بسیاری از موارد، قوانین پولی و بانکی سکوت کرده‌اند و بنابراین، باید به مقررات ورشکستگی مذکور در قانون تجارت رجوع کرد و اعمال این مقررات در بسیاری از موارد برای بانک‌ها غیر ممکن است. به همین جهت توجه به پدیده ورشکستگی بانک‌ها

۱. ماده ۲۹۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می‌شود:

۱- وقتی متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می‌شود به سببی از اسباب تراضی نمایند؛ در این صورت، متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می‌شود.

۲- وقتی که شخص ثالثی با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید.

۳- وقتی متعهدله مافی‌الذمه متعهد را به کس دیگری منتقل کند».

و پیش‌بینی نظامی خاص در این زمینه الزامی است؛ نظامی که در آن با نظارت قوی مقام‌های ناظر ابتدا از ورود بانک‌ها به مرحله‌ای که ورشکست گردند جلوگیری شود و در صورتی که نتوان با اقدامات پیشگیرانه نظارتی از ورشکستگی بانکی جلوگیری کرد، تا حد امکان با روش‌هایی از قبیل خرید و پذیرش تعهد، ادغام، نجات از درون و ... از تصفیه بانک که روشی پر هزینه است جلوگیری شود و در آخر اگر چاره‌ای جز تصفیه باقی نماند، مقام ناظر بدون دخالت نهادهای قضایی که باعث طولانی شدن فرآیند ورشکستگی بانک می‌شود، بانک را تصفیه کند. به همین دلیل در ادامه با اقتباس از حقوق آمریکایی‌پیشنهادهایی برای طراحی چنین نظامی ارائه می‌شود. برای طراحی نظامی مجزا از نظام عادی ورشکستگی، شایسته است قانونگذار ایران برای بانک‌ها موارد زیر را مد نظر قرار دهد:

۱) پیش‌بینی بانک مرکزی به عنوان مقام حل و فصل (گزییر) جهت حل و فصل امور بانک ورشکسته؛ به نظر می‌رسد، به منظور اجرای هر چه بهتر نظام گزییر در کشورمان، لازم است قانونگذار اختیارات قانونی خاصی را به مقام گزییر اعطا کند، از جمله:

الف) قانونگذار باید به مقام گزییر این اختیار را اعطا کند که پیش از این که بانک به مرحله توقف از تأدیه دیون برسد، بر اساس سایر معیارها از جمله نرخ کفایت سرمایه و ... بانک را متوقف اعلام کند و با توجه به شرایط بانک در خصوص آن تصمیم بگیرد.

ب) لازم است قانونگذار پیش‌بینی کند در صورتی که ضعف مدیریت بانک منجر به اوضاع نا به سامان آن شده است، مقام گزییر قادر به تعویض مدیران و ادامه فعالیت بانک با مدیریت جدید تحت نظارت مقام گزییر و تنظیم‌گران باشد.

۲) الزام تمام بانک‌ها اعم از دولتی و خصوصی و مؤسسه‌های اعتباری به ارائه طرح حل و فصل (گزییر)؛



۳) حذف دادگاه از رسیدگی به امور بانک ورشکسته: ماهیت زمان بر مرحله دادرسی و تصفیه که در نظام عادی ورشکستگی حاکم است، در مورد فرآیند ورشکستگی بانکها می‌تواند منجر به اختلالات اقتصادی فراوانی شود و از این رو لازم است قانونگذار در این زمینه راهکاری بیندیشد. همچنین، به نظر می‌رسد فرآیند ورشکستگی بانک، از لحاظ مرجع تشخیص توقف آنچه در قانون تجارت پیش بینی شده است، متفاوت باشد؛ زیرا مرجعی که ورشکستگی بانک را اعلام می‌کند، باید دارای صلاحیت‌های علمی در حوزه تخصصی بانکی باشد و این وظیفه تخصصی و فنی باید به مقامی مانند بانک مرکزی اعطا شود.

۴) تصفیه امور بانک ورشکسته نباید تنها راه حل برخورد با بانک ورشکسته باشد؛ بلکه قانونگذار با الگو گرفتن از حقوق آمریکایی‌تواند از ابزارهای خرید و پذیرش تعهد و نجات از درون از تصفیه بانک ورشکسته جلوگیری کند.

۸. فهرست منابع

۸-۱. فارسی

۱. شیروانی، خدیجه، بررسی نظام حقوقی حاکم بر ورشکستگی بانکها (مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا و ایران با تأکید بر موازین فقه امامیه)، رساله دوره دکتری، دانشگاه شهید مطهری، ۱۳۹۸.
۲. صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چ ۵، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۶.

۳. عیسائی تفرشی، محمد، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری، ج ۱، چ ۳، تهران، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۶.
۴. عیسائی تفرشی، محمد، مرتضی شهبازی نیا، خدیجه شیروانی، تمایزهای بانک‌ها از شرکت‌های تجاری و تأثیر این تمایزها بر ورشکستگی بانک‌ها (مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا و ایران)، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۳، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۸.

۲-۸. انگلیسی

5. Ambrasas, Tomas, *Bank Resolution Regime. Balancing Private and public Interests, A Comparative Analysis*, Doctoral Dissertation, Vilnius, Basel, 2015.
6. Barth, James R, Apanard Prabha, and Phillip Swagel, Just How Big is the Too Big to Fail Problem? *Milken Institute*, March 2012.
7. Benston, George J, George G. Kaufman, "FDICIA after Five Years: A Review and Evaluation, Working Papers Series, *Issues in Financial Regulation*, WP-97-1. Federal Reserve Bank of Chicago. Chicago, IL. (July 1997). Accessible in: <https://econpapers.repec.org/paper/fipfedhfi/wp-97-01.htm>, Last seen: 2019-3-8.
8. Bliss, Robert R., Georg G. Kaufman, (2006), 'A comparison of U.S. corporate and bank insolvency resolution, Economic Perspectives', *Federal Reserve bank of Chicago*. Chicago.
9. Carpenter, David H. and M. Maureen Murphy, *Congressional Research Service Report for Congress Financial Institution Insolvency: Federal Authority over Fannie Mae, Freddie Mac, and Depository Institutions*, 5-6, n.19 (September 10, 2008).
10. Federal deposit insurance corporation, *Financial Institution Employee's Guide to Deposit Insurance*, Updated in 2016.
11. Kaufman, George G, Too Big Too Fail in Banking: What Does It Mean? *LSE FINANCIAL MARKETS GROUP SPECIAL PAPER SERIES, SPECIAL PAPER 222*, June 2013.



12. Office of Inspector General, *The FDIC's Progress in Implementing Systemic Resolution Authorities under the Dodd-Frank Act*, Office of Audits and Evaluations. Report No. AUD-1400, 2013.
13. Ragalevsky, Stanly V, Sarah J. Ricardi, Anatomy of a Bank Failure, *Banking Law Journal*, December 2009.
14. Wall, Larry D, David R. Peterson, The effect of Continental Illinois' failure on the financial performance of other banks, *Journal of Monetary Economics*, 26 (1), 1990.
15. Zhang, Jihong, A COMPARATIVE ANALYSIS OF APPLICATION OF BANK INSOLVENCY, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 33, No. 1, 2016.
16. <https://www.fdic.gov/regulations/reform/resplans/>.
17. <http://www.federalreserve.gov/bankinforeg/resolutionplans.htm>, Last seen 5/1/2019.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی