

Legal Description and Scope of Temporary Administration of Banks or Credit Institutions

*Mohsen Sadeghi¹, Sajjad Yavari^{*2}*

1. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: Sadeghilaw@ut.ac.ir

2. Ph.D. Student in Private law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: Sajjad.yavari@ut.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:

Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:

Original Research

DOI:

10.48300/JLR.2022.329414.1962

Received:

2 December 2021

Accepted:

10 March 2022

Published:

10 June 2023



A B S T R A C T

Banks and other credit institutions can face crises during their operations. The institution of temporary administration or conservatorship is one of the methods of restructuring banks and other credit institutions in times of crisis. The purpose of this study is to identify, legal description and explain the territory of temporary administration. Finally, while defining, legalizing and explaining the scope of this institution, we reached the following conclusions: First, in the event of several circumstances, such as the suspension of a bank or credit institution, the regulator, such as the central bank, either directly takes over the management of the bank or the credit institution or delegates it to another person. Secondly, temporary administration is basically a kind of imposed and compulsory agreement arising from the law and public order. Thirdly, not

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



only with banks, it is possible to implement the conservatorship for other credit institutions, such as credit cooperatives, leasing companies, exchange offices, Gharz al-Hasna funds and even insurance companies, Rather, the scope of the temporary administration is not limited to the management of deposits by the guarantor bank or credit institution, and for various reasons, has a wider scope, and the comprehensive administration covers all property and all matters. This analytical view of the issue can provide approaches to the legislature and the courts in the discussion of the temporary administration of a credit institution by another credit institution and fill its gaps in the Iranian banking legal system.

Keywords: Conservatorship, Temporary Administration, Bank, Insolvency, Credit Institution.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "The nature and legal effects of the entry of banks in the asset management of financial institutions in operation (bank guarantee)", University of Tehran / Tehran Faculty of Law and Political Sciences.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mohsen Sadeghi: Conceptualization, Validation, Investigation, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Supervision, Project administration

Sajjad Yavari: Methodology, Software, Formal analysis, Investigation, Resources, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Sadeghi, Mohsen & Sajjad Yavari. "Legal Description and Scope of Temporary Administration of Banks or Credit Institutions" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 115-144.

Extended Abstract

The institution of temporary administration or conservatorship is one of the methods of restructuring banks and other credit institutions in times of crisis. The purpose of this study is to identify, legal description and explain the territory of temporary administration.

Banks and other credit institutions can face crises during their operations. With the cessation of the affairs of a bank or credit institution, bankruptcy processes in the general sense of the word are initiated by the regulatory bodies and actions are taken regarding the crisis-stricken bank or credit institution, which can remove managers and take control, as the case may be Directly cover the affairs of the bank by the supervisor or another person, etc. One of these processes is called temporary administration, in which either the supervisor directly accepts the control and management of another bank or credit institution, or entrusts the management of its affairs and property to another bank or credit institution, which in terms of Banking custom is also referred to as "conservatorship " or "bank administration". The primary purpose of the Conservator is to maintain the secured assets and to try to return them to a healthy and capable condition.

We believe that the legislature, relying on the legal establishment of Conservatorship, entrusts the management of the affairs of one bank or credit institution to another bank or credit institution, or allows the central bank to intervene directly (complete and comprehensive management) in its affairs; Without intending to Liquidate or revoke the license. On the one hand, the bank or credit institution is powerless or in crisis, it is not dissolved and its legal personality remains, and on the other hand, its managers are dismissed or removed as the case may be and the bank or credit institution is prohibited from all seizures and rights. It has no action other than cooperating with the manager's bank or credit institution.

After defining and recognizing the institution of Conservatorship, we dealt with the legal description of this establishment. Naturally, the legal description of this establishment is also effective in analyzing other issues and identifying the governing criteria.

It is common following the formalities of proposing and approving the transfer of management of the affairs of a crisis-stricken credit institution, the central bank transfers responsibility for managing the affairs of a Insolvent bank or credit institution to another bank or credit institution. Relying on the well-known definition of a contract or agreement, an agreement on the management of a bank or credit institution by another bank or credit institution can be considered as an agreement of three wills to create legal effects and this compromise can be considered as a contract; Regardless of the degree of

sovereignty around this agreement and their bargaining power in the process. In particular, when a credit institution is temporarily run by a bank or other institution (which is often the case and the central bank is reluctant to run it directly), pre-arranged agreements with a framework between the central bank, the conservator and the under conservatorship bank are concluded; In other words, the realization of the temporary administration is primarily obligatory and coercive in the pre-marriage stage, and takes on the color and smell of agreement in the cohabitation stage.

The agreement on the transfer of conservatorship is concluded by law and in order to establish public order and strengthen public trust, and the government enters into it according to the collective interests; In such a way that there is a color and smell of coercion and violence in it and it is not left to the free will of a under conservatorship bank or credit institution; To the extent that if the bank or credit institution and its managers do not participate in this process and cause disruption, public officials, especially the central bank, with other means, prohibit them from interfering in the management of affairs and relying on coercive forces, Manages the affairs of the bank or credit institution. Therefore, although the conservatorship agreement has a voluntary appearance and is labeled as an agreement, but based on the previous levels, it is imposed on a bank or credit institution that is authorized by law and expediency. Accordingly, we have described it as a kind of "imposed and enforced agreement arising from law and public interest."

Finally, not only with banks, it is possible to implement the conservatorship for other credit institutions, such as credit cooperatives, leasing companies, exchange offices, Gharz ol-Hasna funds and even insurance companies, Rather, the scope of the temporary administration is not limited to the management of deposits by the Conservator, and for various reasons, has a wider scope, and the comprehensive administration covers all property and all matters. This analytical view of the issue can provide approaches to the legislature and the courts in the discussion of the temporary administration of a credit institution by another credit institution and fill its gaps in the Iranian banking legal system.

توصیف حقوقی و قلمرو نهاد کفالت بانکی در مورد بانک‌ها و مؤسسات اعتباری

محسن صادقی^۱، سجاد یآوری^{۲*}

۱. دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: Sadeghilaw@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: Sajjad.yavari@ut.ac.ir: *نویسنده مسئول

چکیده:

بانک‌ها و دیگر مؤسسات اعتباری در خلال فعالیت خود می‌توانند با بحران‌هایی مواجه شوند. نهاد اداره موقت یا کفالت بانکی از جمله روش‌های بازسازی بانک‌ها و دیگر مؤسسات اعتباری در زمان بروز بحران می‌باشد. هدف از این پژوهش، شناسایی، توصیف حقوقی و تبیین قلمرو نهاد کفالت بانکی می‌باشد. از این‌رو ضمن تعریف، توصیف حقوقی و تبیین قلمرو این نهاد، به این نتایج دست یافتیم که اولاً در صورت حدوث شرایطی متعدد از جمله توقف یک بانک یا مؤسسه اعتباری، نهاد ناظر همچون بانک مرکزی، یا خود مستقیماً اداره امور بانک یا مؤسسه اعتباری متوقف را به دست گرفته یا آن را به شخصی دیگر محول می‌نماید؛ ثانیاً کفالت بانکی اصولاً نوعی توافق تحمیلی و اجباری ناشی از قانون و نظم عمومی می‌باشد؛ ثالثاً نه‌تنها در کنار بانک‌ها، امکان پیاده‌سازی نهاد اداره موقت در خصوص دیگر مؤسسات اعتباری همچون شرکت‌های تعاونی اعتبار، لیزینگ‌ها، صرافی‌ها، صندوق‌های قرض‌الحسنه و حتی شرکت‌های بیمه

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution-Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.329414.1962

تاریخ دریافت:

۱۱ آذر ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۱۹ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲



وجود دارد بلکه قلمرو نهاد اداره موقت، محدود به مدیریت سپرده‌ها توسط بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل نبوده و به دلایل مختلف، گستره‌ای وسیع‌تر داشته و اداره همه‌جانبه تمام اموال و تمام امور را در برمی‌گیرد. این نگاه تحلیلی به موضوع، می‌تواند در بحث اداره موقت یک مؤسسه اعتباری توسط مؤسسه اعتباری دیگر، رهیافت‌هایی به قانونگذار و دادگاه‌ها ارائه کرده و خلأهای آن را در نظام حقوق بانکی ایران رفع نماید.

کلیدواژه‌ها:

کفالت، اداره موقت، بانک، توقف، مؤسسه اعتباری.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «ماهیت و آثار حقوقی ورود بانک‌ها در اداره دارایی مؤسسات مالی متوقف (کفالت بانکی)»،

دانشگاه تهران / دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

محسن صادقی: مفهوم‌سازی، اعتبارسنجی، تحقیق و بررسی، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت، مدیریت پروژه.

سجاد یآوری: روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

صادقی، محسن و سجاد یآوری «توصیف حقوقی و قلمرو نهاد کفالت بانکی در مورد بانک‌ها و مؤسسات اعتباری».

مجله پژوهش‌های حقوقی، ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۱۱۵-۱۴۴.

مقدمه

بانک‌ها و مؤسسات اعتباری در خلال فعالیت خود می‌توانند به اسباب متعدد، با توقف و بحران مواجه شوند.^۱ نظر به نقش مهم بانک‌ها و دیگر مؤسسات اعتباری در حیات اقتصادی، اصل نظارت بر آنها از اهمیت و جایگاهی ویژه برخوردار است. بدین منظور در هر کشوری، نهاد ناظری تأسیس شده که با هدف حفاظت از ثبات نظام بانکی، بر فعالیت‌ها نظارت نموده، از وقوع یا تشدید بحران‌های بانکی جلوگیری کرده و درصدد جلب اعتماد ازدست‌رفته مردم به سیستم مالی و بانکی برمی‌آید.

با وقوع توقف در روند امور یک بانک یا مؤسسه اعتباری، فرآیندهای ورشکستگی به مفهوم عام کلمه از سوی نهادهای نظارتی آغاز شده و اقداماتی در خصوص بانک یا مؤسسه اعتباری بحران‌زده، معمول می‌گردد که حسب مورد می‌تواند عزل مدیران، در اختیار گرفتن کنترل مستقیم امور بانک توسط مقام ناظر یا شخص دیگر و ... را دربرگیرد.^۲ یکی از این فرآیندها، اداره موقت نامیده می‌شود که در آن، یا مقام ناظر راساً کنترل و اداره یک بانک یا مؤسسه اعتباری دیگر را می‌پذیرد یا اداره امور و اموال آن را به بانک یا مؤسسه اعتباری دیگر محول می‌نماید که در اصطلاح و عرف بانکی، بدین تأسیس، «کفالت بانکی» یا «سرپرستی» یا «اداره امور بانک» نیز اطلاق می‌شود.

با عنایت به ابعاد حقوقی گسترده این نهاد، با چالش‌ها و مسائل عمده‌ای روبه‌رو هستیم؛ از جمله آنکه: آیا اساساً نهاد کفالت بانکی در حقوق ایران، به رسمیت شناخته شده و مقرراتی در این باب وجود دارد؟ تعریف و وصف حقوقی نهاد اداره موقت چیست؟ قلمرو نهاد کفالت بانکی از حیث شخصی و موضوعی تا کجاست؟ شرایط تحقق کفالت بانکی و آثار این فرآیند کفالت بانکی کدام‌اند؟ در بُعد آیینی، دعاوی مطروحه علیه بانک یا مؤسسه اعتباری تحت کفالت، قبل و بعد از واگذاری امور چگونه تعیین تکلیف خواهد شد؟ رویه قضایی در مواجهه با دعاوی ناشی از کفالت بانکی، چه موضعی دارد؟ و ... که به دلیل گستردگی مباحث، در این مقاله به صورت خاص صرفاً به توصیف حقوقی نهاد کفالت بانکی و تبیین قلمرو آن پرداخته و دیگر موضوعات از جمله شرایط و آثار این نهاد را به مقاله‌های دیگر می‌سپاریم. از یک طرف، در ادبیات حقوقی ما، نهاد کفالت بانکی، به عنوان تأسیسی نامأنوس در نظام حقوقی

۱. امیر جعفری صامت، «ادغام؛ راهکاری موثر جهت جلوگیری از ورشکستگی بانک‌ها»، نشریه پژوهش‌های پولی و بانکی ۳۷ (۱۳۹۷)، ۴۳۸.

۲. مجتبی یوسفی دیندارلو، «آسیب‌شناسی بانکی؛ توقف و ورشکستگی بانکی (تبیین چستی موضوع)»، دفتر مطالعات اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس (۱۳۹۴)، ۹.

ایران، همچنان مهجور و ناشناخته مانده است؛ حال آنکه در سال‌های اخیر به ویژه با ظهور مؤسسات اعتباری غیرمجاز و توقف آنها، چالش پیش روی به مساله‌ای بغرنج تبدیل شده و به دلیل تحت‌الشعاع قرار دادن حقوق اشخاص (اعم از سپرده‌گذاران و سهام‌داران و ...) و اختلال در نظم اجتماعی و اقتصادی، شایستگی مطالعه خاص و مفصل از منظر حقوقی را دارد. از طرف دیگر، اجمال و سکوت قوانین و مقررات در خصوص این تأسیس، به ابهامات و اختلافاتی وسیع پیرامون وصف حقوقی و قلمرو این نهاد و ... دامن زده است. آنچه گفتیم، بخش قابل توجهی از مسائل پیش روی جامعه حقوقی ماست که ضرورت پرداختن به موضوع پژوهش را بیش از پیش نمایان می‌سازد.

رفع این ابهام‌ها و اختلاف‌ها در نظام حقوق بانکی ما، تعریف و توصیف نهاد اداره موقت و تبیین قلمرو آن را ایجاب می‌نماید. نظر بدان که سابقاً در مقاله‌ای دیگر، مفصلاً به تعریف و ماهیت نهاد کفالت بانکی پرداخته‌ایم، در این جستار، ضمن تعریف و بازشناسی این تأسیس به صورتی مفید و مختصر (**مبحث نخست**)، از منظر حقوقی، آن را توصیف کرده (**مبحث دوم**) و در نهایت قلمرو آن را از منظر موضوعی و شخصی تحلیل و بررسی می‌نماییم (**مبحث سوم**) که آثاری عمده از این رهگذر حاصل می‌گردد.

۱- تعریف و بازشناسی نهاد کفالت بانکی

در سازکار حل و فصل بانکی و در اجرای فرآیندهای ورشکستگی به مفهوم اعم کلمه، سرپرستی یا اداره موقت، مرحله‌ای قبل‌تر از مرحله تقسیم اموال می‌باشد^۳ که اداره امور و اموال بانک یا مؤسسه اعتباری به بانک مرکزی یا کفیل منصوب از جانب آن، واگذار می‌شود^۴؛ به دیگر سخن، هنگامی که قدرت پرداخت به خطر افتاده یا از مرز سلامت بانکی عبور شود، می‌باید آستانه ورشکستگی را تغییر داد تا مقام ناظر بتواند پیش از توقف، برخی اقدامات ضروری را انجام داده و عملیات گزیر را آغاز نماید.^۵ هدف اولیه کفیل،

3. Claire L. McGuire, *Simple tools to Assist in the resolution of troubled banks*, (Washington D.C: The World Bank, 2018), 8.

۴. امین، جعفری، حقوق بانکی (مدیریت بانکی)، (تهران: نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰)، ۳۵۴.

۵. احمد بیگی حبیب‌آبادی و حسین پاشایی، «حل و فصل بانک‌ها و موسسات اعتباری متوقف با نگاهی به طرح جامع بانکداری»، آموزه‌های فقه مدنی ۲۴ (۱۴۰۰)، ۲.

حفظ و نگهداری دارایی‌های مکفول^۶ و تلاش برای بازگرداندن آن به وضعیتی سالم و توانمند می‌باشد.^۷ در همین راستا، مواد ۳۹ و ۴۰ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸، قواعدی را در این زمینه مقرر نموده و از واگذاری «اداره امور بانک» به بانک مرکزی یا شخصی دیگر یاد می‌کند. ماده ۳۹ از قانون پیش گفته، چنین مقرر می‌دارد:

«در موارد زیر ممکن است بنا به پیشنهاد رئیس کل بانک مرکزی ایران و تأیید شورای پول و اعتبار و تصویب هیأتی مرکب از نخست‌وزیر و وزیر دارایی و وزیر اقتصاد و وزیر دادگستری، اداره امور بانک به عهده بانک مرکزی ایران واگذار شود یا ترتیب دیگری برای اداره بانک داده شود ...:

الف- در صورتی که مقامات صلاحیت‌دار بانک تقاضا نمایند؛

ب- در صورتی که بانک در مدت یک سال از تاریخ ابلاغ اجازه تأسیس، عملیات خود را شروع نکند؛

ج- در صورتی که بانکی بدون عذر موجه، فعالیت خود را برای مدتی متجاوز از یک هفته، قطع کند؛

د- در صورتی که بانکی برخلاف این قانون و آیین‌نامه‌های متکی بر آن و دستورات بانک مرکزی ایران که به موجب این قانون یا آیین‌نامه‌های متکی بر آن صادر می‌شود و یا برخلاف اساسنامه مصوب خود عمل نماید؛

ه- در صورتی که قدرت پرداخت بانکی، به خطر افتد یا سلب شود.

در ادامه مقنن در ماده ۴۰، طرز اداره بانک در موارد مذکور در ماده ۳۹ و نحوه الغای اجازه تأسیس را به آیین‌نامه‌ای محول کرده است. در همین راستا، مقررهای تحت عنوان «**آیین‌نامه طرز اداره بانک و نحوه الغای اجازه تأسیس بانک در موارد مذکور در ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور**» تصویب گردیده که بر واگذاری اداره امور یک بانک یا مؤسسه اعتباری به بانک مرکزی یا بانک یا مؤسسه اعتباری دیگر به صورتی کلی دلالت دارد. در ماده ۱۴۲ طرح بانکداری تیرماه ۱۳۹۹ (ماده ۷۱ بخش بانک مرکزی)، نیز ضمن شناسایی نهاد اداره موقت، نصب مدیر گزیر را به مثابه نوعی راهکار فوری برای مؤسسه بحرانی لازم می‌داند.

بر بنیاد این منابع قانونی، معتقدیم که مقنن با تکیه بر تأسیس حقوقی کفالت بانکی، اداره امور یک

۶. علی انصاری و جواد عسکری، «مطالعه تطبیقی ابزارهای حقوقی جایگزین ورشکستگی بانک‌ها»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی ۲۷ (۱۳۹۸)، ۱۰۵.

7. Burke Michael, «Improving china's bank regulation to avoid the asian bank contagion», *UCLA Pacific Basin Law Journal* 17 (1999), 45.

بانک یا مؤسسه اعتباری را به بانک یا مؤسسه اعتباری دیگر واگذار می‌کند^۸ یا بانک مرکزی را مجاز به دخالت مستقیم (مدیریت کامل و فراگیر) در امور آن می‌داند؛ بدون اینکه درصدد لغو مجوز یا انحلال آن باشد.

از یک سو، بانک یا مؤسسه اعتباری ناتوان یا بحران‌زده، منحل نشده^۹ و شخصیت حقوقی آن باقی می‌ماند^{۱۰} و از دیگر سو، مدیران آن حسب مورد عزل شده یا کنار رفته و بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول نیز از تمام تصرفات منع شده^{۱۱} و حق هیچ اقدامی جز همکاری با بانک یا مؤسسه اعتباری مدیر (اصطلاحاً بانک یا مؤسسه کفیل) را ندارد.^{۱۲}

در نظام حقوقی ایران، این نهاد به عناوین یا اصطلاحات دیگری نیز نامیده می‌شود. برخی اصطلاح «کفالت بانکی» را به کار برده‌اند.^{۱۳} برخی دیگر از عباراتی چون «اداره اموال در گزیر» یا «سرپرستی» استفاده نموده‌اند^{۱۴} و برخی دیگر، این نهاد را همان بحث مدیریت دارایی در ورشکستگی دانسته و به اصطلاح کفالت بانکی انتقاد نموده‌اند.^{۱۵}

از نگاه برخی از حقوق‌دانان، «اداره موقت، یکی از آیین‌های ورشکستگی است که در صورت توقف یا در شرف توقف بودن بدهکار، به منظور افزایش ارزش دارایی اموال موضوع ورشکستگی در مقایسه با تصفیه سنتی، در راستای منافع طلبکاران یا به منظور حفظ تجارت یا حفظ کارکنان تجارت یا به منظور تحقق یکی دیگر از اهداف بازسازی، تحت مدیریت شخص ثالثی غیر از بدهکار و قبل از تحقق تصفیه نهایی هدایت می‌شود و ممکن است تحت نظارت دادگاه یا مقامات اجرایی یا طلبکاران یا ترکیبی از آنها

۸. دانیال نصیری، «شناسایی کفالت بانکی و آثار آن در نظام حقوق بانکی ایران» (مقاله ارائه شده در کنفرانس بین‌المللی فقه و حقوق، وکالت و علوم اجتماعی، تهران، ۱۳۹۷/۱۱/۱) ۱۶.

۹. عبدالله خدابخشی، حقوق دعاوی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷)، ۱۸۴.

10. Carnell Richard Scott, « Handling the Failure of a Government-Sponsored Enterprise », *Washington Law Review* 80(2005), 603.

11. Hill Julie Andersen, « Shifting Losses: The Impact of Fannie's and Freddie's Conservatorships on Commercial Banks », *Hamline Law Review* 35 (2012), 362.

12. David Parke, *Closing a Failed Bank Resolution Practices and Procedure* (Washington D.C.: International Monetary Fund, 2011), 13.

۱۳. خدابخشی، پیشین، ۱۷۸.

۱۴. جعفری، پیشین، ۳۵۴.

۱۵. امید گنجی، «جنبه‌های حقوقی ادغام بانک‌ها و موسسات مالی و اعتباری» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۹۵)، ۹۵.

در حقوق آمریکا^{۱۷} و پاره‌ای از کشورها چون مالزی^{۱۸}، فیلیپین^{۱۹}، چین^{۲۰} و ... در متون قانونی برای نهاد کفالت، عبارت سرپرستی^{۲۱} مورد استعمال قرار گرفته است. در حقوق دیگر کشورها از جمله کشورهای اروپایی چون آلمان^{۲۲}، فرانسه^{۲۳} و ... نیز این نهاد به رسمیت شناخته شده و اصطلاحاتی چون «اداره موقت»^{۲۴} یا «اداره زمان‌دار»^{۲۵} برای این نهاد به کار رفته است.

نظام حقوقی و بانکی ما، در مواردی کفالت بانکی را تجربه نموده است. برای نمونه، بعد از وقوع بحران در مورد مؤسسه ثامن الحجج، با توافقاتی بین بانک مرکزی، بانک پارسیان و این مؤسسه، مقرر گردید تا اداره امور و کفالت آن، به بانک پارسیان واگذار شود.

۲- توصیف حقوقی نهاد کفالت بانکی

پس از تعریف و بازشناسی نهاد اداره موقت، در این گفتار برآنیم که به توصیف حقوقی این تأسیس پردازیم. طبعاً توصیف حقوقی این تأسیس، در تحلیل دیگر موضوعات و شناسایی ضوابط حاکم نیز تأثیرگذار می‌باشد. بر همین مبنا، در ابتدا به وصف حقوقی این نهاد به عنوان عقد می‌پردازیم (**بند اول**)، سپس ایقاع بودن آن را بررسی نموده (**بند دوم**) و در نهایت، با تکیه بر برخی خصایص در توافق‌نامه کفالت، بدین نهاد به مثابه نوعی توافق اجباری ناشی از قانون می‌نگریم (**بند سوم**):

۲-۱- کفالت بانکی ماهیتاً عقد می‌باشد

عقد در لغت به مفهوم بستن و گره زدن آمده و در حقوق امروز، مترادف با قرارداد است که یک عمل حقوقی دو یا چندجانبه بوده و با توافق اراده طرفین یا اطراف آن تحقق می‌یابد. در واقع، عقد «توافق دو

۱۶. محمد عیسائی تفرشی، مرتضی شهبازی نیا و محمد ورمزیار، «اداره موقت واحدهای تجاری ورشکسته در حقوق انگلیس و ایران»، مجله مدرس علوم انسانی ۴ (۱۳۸۸)، ۱۸۵.

17. Bank conservatorship Act of USA.

18. Malaysia Deposit Insurance Corporation Act 2005.

19. The new central bank act of Republic of the Philippines.

20. Regulation Governing Conservatorship of Banking Institutions of China/ 2010.

21. Conservatorship

22. Banking Act of Germany/ July 2014

23. Code monétaire et financier de la France/ Dernière modification le 01 janvier 2019.

24. Temporary Administration.

25. Provisional Administration.

یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود.^{۲۶} با تعریفی که از عقد یا قرارداد شد، حال باید پرسید که آیا می‌توان توافقی که پیرامون اداره موقت یک بانک یا مؤسسه اعتباری بحران‌زده بین بانک مرکزی، مؤسسه اعتباری کفیل و مؤسسه اعتباری مکفول منعقد می‌شود را عقد تلقی نمود؟ آیا قواعد عمومی قراردادها در این توافق نیز قابلیت جریان دارند یا خاص بودن این نهاد، سبب تمایز احکام آن می‌شود؟

معمول و مرسوم است که بعد از طی تشریفات پیشنهاد، تأیید و تصویب و اگذاری اداره امور مؤسسه اعتباری بحران‌زده، بانک مرکزی مسؤولیت اداره امور بانک یا مؤسسه اعتباری متوقف را به بانک یا مؤسسه اعتباری دیگری می‌سپارد و این موضوع در قالب توافق نامه‌ای سه‌جانبه بین بانک مرکزی، بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل و بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول تجلی می‌یابد.^{۲۷}

با تکیه بر تعریف مشهور عقد یا قرارداد، می‌توان توافق پیرامون سرپرستی یک بانک یا مؤسسه اعتباری توسط بانک یا مؤسسه اعتباری دیگر را نیز توافق سه اراده به منظور ایجاد آثار حقوقی دانسته و این تراضی را مصداقاً عقد تلقی نمود؛ فارغ از اینکه درجه حاکمیت اراده اطراف این توافق و قدرت چانه‌زنی آنها در این فرآیند به چه میزان باشد.

افزون بر آن، معتقدیم که قواعد عمومی قراردادها (تا حدی که با ذات و چهارچوب نهاد سرپرستی سازگاری و تطابق دارد) در توافق نامه کفالت به عنوان نوعی عقد یا قرارداد نیز جریان می‌یابند اما با عنایت به کارکرد این نهاد و وابستگی شدید آن به مقوله منافع و مصالح جمعی، دایره نظم عمومی در این باب (در قیاس با سایر قراردادها) بسیار گسترده‌تر می‌باشد. وانگهی با توجه به ویژگی‌های این تأسیس، اصولاً قوانین و مقررات وضع شده در این خصوص، امره بوده و توافق برخلاف آنها بلااعتبار می‌باشد مگر قواعدی که در تکمیلی بودن آنها تردیدی نباشد.

۲-۲- اداره موقت ماهیتاً ایقاع است

ایقاع عمل ارادی یک‌جانبه می‌باشد که آن را چنین تعریف نموده‌اند: «انشای اثر حقوقی است که با یک اراده انجام می‌شود.»^{۲۸} در اثر ایقاع، حقی ایجاد یا اسقاط می‌شود. ایقاع انواع و مصادیقی دارد که

۲۶. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱ (تهران: نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲)، ۲۱.

۲۷. در این توافق نامه، موضوعات مهم و متعددی پیش‌بینی می‌گردد؛ از جمله مدت اداره موقت، تکالیف و اختیارات کفیل، تکالیف بانک یا مؤسسه اعتباری تحت کفالت، نحوه تسلیم اموال و اسناد و مدارک به کفیل و ...

۲۸. ناصر کاتوزیان، اعمال حقوقی (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰)، ۱۹.

در شرع، عرف و قانون مذکور افتاده‌اند.^{۲۹} عقد و ایقاع هر دو عمل حقوقی هستند و اراده در هر دو، از شرایط اساسی به شمار می‌آید و اصولاً قواعد و احکام قصد و رضا و اهلیت که در باب عقود، ذکر می‌شود در مورد ایقاعات نیز جاری است؛^{۳۰} اما ایقاع در قیاس با عقد، یک عمل حقوقی یک‌جانبه است و برای وقوع آن، قصد و رضای یک طرف کافی است.^{۳۱}

با تکیه بر تعریف ایقاع و تطابق آن با نهاد اداره موقت، به نظر می‌رسد که هیچ تناسبی بین دو تأسیس وجود نداشته و زمینه‌های ماهوی مقایسه مفقود می‌باشد؛ چراکه اولاً ایقاع عملی است ارادی؛ حال آنکه اداره موقت، به صورت تحمیلی و گاهی قهری بر بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول تحمیل می‌شود؛ ثانیاً ایقاع یک‌جانبه می‌باشد؛ در حالی که در اداره موقت، حداقل اراده دو یا سه شخص (مؤسسه کفیل، مؤسسه مکفول و بانک مرکزی) دخالت داشته و اراده بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل یا مکفول یا بانک مرکزی، به تنهایی در رخداد این قضیه نقشی ندارد؛ ثالثاً گرچه برخی عقیده به اصل آزادی ایقاعات دارند^{۳۲} لیکن نظر اقوی آن است که ایقاعات استثنایی بوده و منحصر به مصادیق مصرح توسط قانونگذار می‌باشد و نهاد اداره موقت در عداد ایقاعات مورد تصریح نمی‌باشد؛ رابعاً هدف و کارایی نهاد سرپرستی نیز با قالب ایقاع سازگاری و تناسب ندارد.

۲-۳- اداره موقت ماهیتاً نوعی توافق تحمیلی ناشی از قانون و مصالح عمومی می‌باشد

گفته شد که در اثر بروز بحران و تحقق اوضاعی چون توقف، بانک مرکزی دست به کار شده و می‌تواند شخصاً اداره امور یک بانک یا مؤسسه اعتباری را بر عهده گرفته یا آن را به بانک یا مؤسسه‌ای دیگر واگذار نماید.^{۳۳} هنگامی که به ویژه، مؤسسه اعتباری بحران‌زده توسط بانک یا مؤسسه‌ای دیگر موقتاً اداره می‌شود (که اغلب چنین است و بانک مرکزی نیز تمایلی به اداره مستقیم ندارد)، توافقاتی به صورت مقدم و دارای چهارچوب بین بانک مرکزی، مکفول و کفیل منعقد می‌شود؛ به دیگر سخن، تحقق اداره موقت در درجه اول و در مرحله پیش‌عقد، اجباری و قهری بوده و در مرحله انعقاد، رنگ و بوی توافق به

۲۹. علی رضا انتظاری نجف آبادی و روح‌الله مرتضایی، «بررسی اعتبار اصل صحت در ایقاعات»، مجله پژوهش‌های فقهی ۲ (۱۳۹۷)، ۵۲۹.

۳۰. سید حسین صفایی، قواعد عمومی قراردادها (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷)، ۲۰.

۳۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (تهران: نشر گنج دانش، ۱۳۹۳)، ۱۰۰.

۳۲. محمدحسن صادقی مقدم، هادی شعبانی و یاسر سهرابی، «بررسی اصل آزادی ایقاعات در فقه امامیه و حقوق ایران»، مجله آموزه‌های فقه مدنی ۱۱ (۱۳۹۴)، ۵۰.

33. Richard Scott, op.cit., 602.

خود می‌گیرد.

این توافق با تکیه بر این خصوصیات، بی‌شبهت به عقد تحمیلی نمی‌باشد. گرچه مطابق اصل حاکمیت اراده، اشخاص می‌توانند به هر صورت که می‌خواهند با هم معامله نموده و آزادانه، حقوق و تعهدات ناشی از عقد را معین سازند اما نظر به لزوم نظارت دولت بر اقتصاد و دیگر ضروریات، گاهی «قانون، در این گونه موارد، رابطه حقوقی را تحمیل می‌کند که نتایج آن شبیه به قرارداد است و به همین مناسبت، آن را عقد تحمیلی و اجباری یا عقد فرضی گفته‌اند.»^{۳۴}

این دسته از عقود، به صورت قالب حقوقی ویژه‌ای درآمده که دو طرف فقط حق دارند خود را در آن قالب قرار دهند؛ یعنی رضای آنان فقط شرط قرار گرفتن در آن وضع خاص است و نمی‌توانند تغییری در قواعد آن بدهند. پس در چنین مواردی، رابطه حقوقی فقط صورت عقد را دارد و توافق طرفین (که اساس تمام قراردادهاست)، در آن نقشی بازی نمی‌کند؛ به دیگر سخن، همین که شخصی میل انعقاد قرارداد کند، قانون روابط طرفین قرارداد را اداره کرده و زین پس حاکمیت اراده، محتوا و مفهوم واقعی خود را از دست داده و عنوان قرارداد یا توافق، برچسب زیبایی است که برای تحمیل قانون به کار می‌رود.^{۳۵}

با تکیه بر تعریف و تحلیل پیش گفته از عقد تحمیلی، توافق نامه ناظر بر واگذاری کفالت، به حکم قانون و به دلیل تثبیت نظم عمومی و تقویت اعتماد همگانی منعقد شده و حاکمیت بنا بر مصالح جمعی در آن ورود می‌کند؛ به نحوی که رنگ و بویی از اجبار و قهر در آن وجود داشته و اصولاً به اراده آزاد بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول واگذار نمی‌شود؛ تا جایی که اگر بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول و مدیران آن در این فرآیند شرکت نکرده و اخلاقی ایجاد نمایند، مقامات عمومی به ویژه بانک مرکزی با ابزارهای دیگر، آنها را از تصرف و دخالت در اداره امور منع نموده و با اتکا بر قوای قهریه، اداره امور آن بانک یا مؤسسه اعتباری متوقف را به دست می‌گیرد. از همین رو، گرچه توافق نامه کفالت، ظاهری ارادی داشته و برچسب توافق بر آن زده می‌شود لیکن با تکیه بر مراتب قبلی، بر بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول به حکم قانون و مصلحت تحمیل می‌گردد. بر این اساس، در این بند، آن را نوعی «توافق تحمیلی و اجباری ناشی از قانون و مصالح عمومی» توصیف نموده‌ایم. در رویه قضایی نیز نشانه‌هایی از این دیدگاه دیده می‌شود. برای نمونه در رأی شعبه ۳۴ دادگاه عمومی حقوقی مشهد به شماره ۹۱۰۹۹۷۵۱۱۲۹۰۸۰۹ مورخ ۱۳۹۱/۶/۹، چنین آمده است: «... توافق یا عدم توافق اعضای هیأت مدیره تعاونی (مکفول)،

۳۴. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها جلد ۱، پیشین، ۱۱۲-۱۱۱.

۳۵. ناصر کاتوزیان، عقود معین، جلد اول (تهران: نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴)، ۲۶۵.

اساساً نقشی در تصمیمات بانک مرکزی نداشته و صرفاً در اجرای تصمیم صادره (مبنی بر واگذاری کفالت به بانک قوامین) بوده است...» که بر تحمیلی بودن نهاد اداره موقت دلالت دارد. به نظر می‌رسد در قیاس با دو وصف حقوقی به شرح بندهای پیشین، این تحلیل با ماهیت و اوصاف این نهاد سازگاری و انطباق دقیق‌تر و بیشتری دارد. پس شایسته است در دیگر مباحث و تحلیل‌ها، بدین موضوع توجه شده و احکام نیز بر این مبنا وضع و تعریف شود.

۴- قلمرو (اعمال) نهاد کفالت بانکی

یکی از سؤالات مهم آن است که قلمرو اعمال نهاد اداره موقت تا کجا می‌باشد؟؛ به دیگر سخن، آیا این نهاد صرفاً در خصوص بانک‌ها قابلیت اجرا دارد یا آنکه در فرض وقوع بحران یا توقف یک مؤسسه اعتباری غیربانکی نیز می‌توان از مکانیسم سرپرستی بهره جست؟ آیا نهاد اداره امور بانک صرفاً در خصوص مدیریت سپرده‌های مؤسسه مکفول، کارایی دارد یا آنکه فرآیند اداره موقت، جامع و فراگیر بوده و شامل تمام مطالبات، دیون، سپرده‌ها و ... می‌شود؟

جهت پاسخ بدین پرسش‌ها، در این گفتار، در گام نخست، به بررسی قلمرو شخصی نهاد سرپرستی می‌پردازیم (**بند اول**) و سپس در گام دوم، قلمرو موضوعی این نهاد را مورد بررسی قرار می‌دهیم (**بند دوم**):

۴-۱- قلمرو شخصی

بانک‌ها تنها مصداق مؤسسات اعتباری نبوده بلکه اشخاص حقوقی و بنگاه‌های دیگری نیز در عداد مؤسسات اعتباری قرار می‌گیرند.

بند ۳ ماده ۱ آیین‌نامه نحوه تأسیس و اداره مؤسسات اعتباری غیردولتی مصوب ۱۳۹۳/۱۰/۲۸، مؤسسه اعتباری را چنین تعریف نموده است:

«بانک، مؤسسه اعتباری غیربانکی و سایر بنگاه‌های واسطه پولی که به موجب قانون و یا با اجازه‌نامه بانک مرکزی تأسیس شده و به عملیات بانکی اشتغال دارد و بیش از پنجاه درصد سهام آن به اشخاص غیردولتی تعلق داشته و تحت نظارت بانک مرکزی می‌باشد.»

البته این تعریف به دلیل وفاداری به عنوان آیین‌نامه، تنها به مؤسسات اعتباری غیردولتی معطوف شده لیکن می‌توان بانک‌های دولتی را نیز در عداد مؤسسات اعتباری قرار داد؛ وانگهی به نظر می‌رسد که تعلق بیش از پنجاه درصد سهام به اشخاص غیردولتی، مداخلیتی در تعریف مؤسسه اعتباری ندارد.

از همین رو می‌توان گفت که بانک‌های دولتی نیز حسب مورد می‌توانند مصداقی از مؤسسه اعتباری باشند؛ با این تفاوت که تنها بیش از پنجاه درصد سهام آن به دولت تعلق دارد. با توجه به رابطه منطقی میان بانک و مؤسسه اعتباری (عموم و خصوص مطلق)، در این بند، در گام اول به قلمرو اختصاصی نهاد اداره موقت پیرامون بانک‌ها می‌پردازیم (بند الف) و سپس در گام دوم، امکان پیاده‌سازی فرآیند کفالت در خصوص دیگر مؤسسات اعتباری را بررسی می‌کنیم (بند ب):

۴-۱-۱- قلمرو اختصاصی اعمال نهاد اداره موقت

بنا به قاعده غلبه، آنچه در این مقال بیشتر مورد توجه می‌باشد، اداره امور یک بانک توسط بانک دیگر است. پس در گام اول، به تعریف بانک و انواع آن می‌پردازیم تا از این دریچه، قلمرو اختصاصی تأسیس اداره امور بانک تبیین و روشن شود. بانک‌ها در یک تقسیم‌بندی کلی به بانک‌های دولتی و بانک‌های خصوصی تقسیم می‌شوند:

۴-۱-۱-۱- بانک‌های دولتی

در تاریخ دوم مهر ۱۳۵۸، شورای انقلاب در اجرای قانون ملی شدن بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها را تصویب نمود و از آن تاریخ، کلیه بانک‌های کشور اعم از بانک‌های تخصصی و تجاری و بانک‌های دولتی سابق، ملی گردیدند.^{۳۶}

بر همین بنیاد، نظر بدان که فرآیند سرپرستی و اداره موقت یک بانک از مسائل مهم، حیاتی و فوق‌العاده نظیر انحلال و ادغام می‌باشد، به نظر می‌رسد که در فرض تحقق شرایط مربوطه، بدو می‌باید موضوع کفالت و اداره موقت یک بانک دولتی در مجمع عمومی بانک‌های دولتی مطرح شده و تصویب گردد و سپس جهت طی سایر تشریفات به بانک مرکزی ارسال شود.

۴-۱-۱-۲- بانک‌های خصوصی

علی‌رغم آنکه وفق اصل ۴۴ قانون اساسی، بانکداری نظیر بسیاری دیگر از فعالیت‌های مهم اقتصادی، جزئی از بخش دولتی دانسته شد لیکن با توسعه فعالیت‌های اقتصادی، به تدریج زمینه فعالیت بخش

۳۶. در زمان حاضر، بانک‌های دولتی عبارتند از: بانک ملی ایران، بانک کشاورزی، پست بانک ایران، بانک سپه، بانک صنعت و معدن، بانک توسعه تعاون و بانک توسعه صادرات ایران که به ترتیب بر اساس قوانین خاص مصوب، اساس‌نامه‌ای مستقل داشته و به فعالیت می‌پردازند.

خصوصی در فعالیت‌های مختلف از جمله بانکداری حاصل شد.^{۳۷} در همین راستا، متعاقب ماده ۹۸ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور مصوب سال ۱۳۷۹، ماده واحده قانون اجازه تأسیس بانک‌های غیردولتی در تاریخ ۱۳۷۹/۱/۲۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که بر همین اساس، از سال ۱۳۷۹ به بعد، بسیاری از بانک‌های خصوصی تأسیس شده و شروع به فعالیت نمودند.

بانک‌های خصوصی نیز در فرض تحقق شرایط از جمله توقف و سایر شرایط موضوع ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور، می‌توانند وضعیتی بحرانی یافته و تحت اداره موقت قرار گیرند؛ به نحوی که حسب مورد، اداره امور یک بانک خصوصی به بانک مرکزی، بانک دولتی یا بانک خصوصی دیگر واگذار شود. البته با مرور تاریخ چنین برمی‌آید که در نظام حقوق بانکی ایران، واگذاری اداره امور یک بانک دولتی یا خصوصی توسط بانکی دیگر تا زمان حاضر، به وقوع نپیوسته و بعید است که در آتی نیز به وقوع بپیوندد؛ چراکه به دلیل پشتیبانی و حمایت همه‌جانبه دولت و دیگر نهادهای بزرگ از بانک‌های دولتی و خصوصی، حدوث توقف اعم از توقف ترازنامه‌ای و نقدینگی و آستانه‌ای در مورد آنها بعید به نظر رسیده و زمینه‌های شروع کفالت، محقق نمی‌شود؛ وانگهی، بنا بر مصالح عالی، همواره تلاش شده که بانک‌ها اقتدار خویش را حفظ کرده و اعتماد عموم مردم به گروه بانک‌ها، تثبیت و تقویت شود.

۴-۱-۲- امکان‌سنجی پیاده‌سازی نهاد اداره موقت در خصوص سایر مؤسسات اعتباری غیر بانکی

فارغ از آنکه نهاد سرپرستی می‌تواند در مورد بانک‌ها اعمال شود (که شرح آن گذشت)، این پرسش مطرح می‌شود که آیا قلمرو این نهاد محدود به بانک‌ها می‌باشد یا در خصوص دیگر مؤسسات اعتباری غیر بانکی، در فرض وقوع بحران، قابلیت پیاده‌سازی دارد؟ البته از منظر قانونی، وفق تبصره الحاقی به ماده ۴۱ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۹۴/۷/۷، می‌توان دریافت که فرآیند اداره موقت، اصولاً در مورد تمام مؤسسات اعتباری غیر بانکی (که با تشخیص بانک مرکزی به عملیات بانکی مبادرت می‌ورزند) قابلیت اجرا دارد. در این قسمت به ترتیب به امکان پیاده‌سازی این نهاد در خصوص شرکت‌های تعاونی اعتبار، شرکت‌های لیزینگ، صرافی‌ها، صندوق‌های قرض‌الحسنه و شرکت‌های بیمه می‌پردازیم:

۳۷. محمد سلطانی، حقوق بانکی (تهران: میزان، ۱۳۹۳)، ۷۴.

۴-۱-۲-۱- شرکت‌های تعاونی اعتبار

متعاقب تصویب قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی مصوب ۱۳۸۳/۱۰/۲۲، با توجه به اینکه فعالیت شرکت‌های تعاونی اعتبار، از مصادیق اشتغال به عملیات بانکی می‌باشد، بدو «دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر شرکت‌های تعاونی اعتبار» در تاریخ ۱۳۸۶/۶/۳ به تصویب شورای پول و اعتبار رسید. گرچه از یک سو، وفق ماده ۱۴ دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر شرکت‌های تعاونی اعتبار، این شرکت‌ها، افتتاح سپرده منحصرأً برای اعضای شرکت صورت می‌پذیرد و از دیگر سو، مطابق با ماده ۱۷ از همان دستورالعمل، «شرکت می‌تواند در چهارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا، نسبت به اعطای تسهیلات صرفاً به اعضای خود اقدام نماید»؛ اما در عمل، شاهد آن بوده‌ایم که شرکت‌های تعاونی اعتبار، نه تنها با تبلیغات گسترده برای جذب سپرده‌های مردمی، برای اشخاص غیر عضو نیز سپرده‌های متفاوتی افتتاح نموده‌اند بلکه تسهیلات متعدد و متنوعی نیز به غیر اعضا و آحاد جامعه اعطا و پرداخت کرده‌اند؛ به نحوی که در اثر تخطی از ضوابط و مقررات و پرداخت سودی بیشتر برای سپرده‌های سرمایه‌گذاری (در قیاس با بانک‌ها و مؤسسات اعتباری دیگر)، چه بسا اشخاص زیادی بدین شرکت‌ها روی آورده‌اند. این قضایا در کنار دیگر عوامل، سبب بروز بحران در مورد بسیاری از شرکت‌های تعاونی اعتبار در نظام حقوق بانکی ایران شده است.

معتقدیم که در فرض تحقق شرایط از جمله توقف و سایر شرایط موضوع ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور، وضعیت شرکت‌های تعاونی اعتبار نیز می‌تواند اداره موقت قرار گیرند. در اجرای این فرآیند، بعد از تصویب آن و انعقاد توافق‌نامه کفالت و دیگر مقدمات و تشریفات، اداره امور یک شرکت تعاونی اعتبار به بانک مرکزی، بانک دولتی یا بانک خصوصی یا شرکت تعاونی اعتبار دیگر محول و سپرده می‌شود.^{۳۸}

۴-۲-۲-۱- شرکت‌های لیزینگ

پس از تصویب قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی و با توجه به اینکه فعالیت شرکت‌های لیزینگ از مصادیق فعالیت در این بازار می‌باشد، «دستورالعمل اجرایی تأسیس، نحوه فعالیت و نظارت بر شرکت‌های لیزینگ» توسط شورای پول و اعتبار به تصویب رسیده و چندین بار با اصلاحاتی نیز مواجه گردید. مقصود از عملیات لیزینگ، وفق ماده ۵-۱ دستورالعمل مذکور، «تأمین مالی مشتری از طریق

۳۸. این قضیه در عمل نیز در نظام حقوق بانکی ایران محقق شده است. برای مثال، بعد از توقف شرکت‌های تعاونی اعتبار میزان، ثامن الحجج و اعتماد ایرانیان و ... بانک مرکزی مداخله نموده و ضمن تصویب موضوع واگذاری اداره امور، کفالت و سرپرستی آنها به بانک صادرات، بانک پارسیان و بانک قوامین محول شد.

تهیه کالا اعم از اموال منقول و غیرمنقول توسط شرکت لیزینگ (واسپاری) و انتقال و واگذاری آنها به مشتری در قالب یکی از قراردادهای اجاره به شرط تملیک یا فروش قسطی» می‌باشد.

با این وصف، روشن است که شرکت‌های لیزینگ نیز مصداقی از مؤسسات اعتباری غیربانکی می‌باشند که مقررات و ضوابط خاصی برای فعالیت آنها تعریف شده و تحت نظارت بانک مرکزی به فعالیت می‌پردازند. از همین رو می‌توان احکام ناظر بر بانک‌ها را (نیز تا حدی که با فلسفه تأسیس و ماهیت فعالیت آنها انطباق دارد) بر لیزینگ‌ها نیز اعمال نمود؛ از جمله در فرضی که یک شرکت لیزینگ بنا به دلایلی، متوقف شده یا سایر شرایط اداره موقت، در خصوص آن حادث و محقق گردد، بانک مرکزی می‌تواند به عنوان نهاد ناظر و بر بنیاد مبانی موجود از جمله ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور وارد عمل شده و حسب مورد، یا خود رأساً اداره امور شرکت لیزینگ را بر عهده گیرد یا آن را به شرکت لیزینگ دیگر واگذار نماید. البته در اجرای فرآیند سرپرستی در خصوص شرکت‌های لیزینگ، برخی از موضوعات زمینه طرح ندارند. برای نمونه، از آنجاکه لیزینگ‌ها برخلاف بانک‌ها و برخی دیگر از مؤسسات اعتباری، مبادرت به جذب سپرده نکرده و اساساً در این زمینه، اهلیت و صلاحیت قانونی ندارند، موضوعاتی چون هجوم سپرده‌گذاران برای دریافت سپرده‌های خود، اولویت آنها و ... در مورد آنها موضوعیت ندارد.

۴-۱-۲-۳- شرکت‌های صرافی

نخستین بار شورای پول و اعتبار در تاریخ ۱۳۸۵/۱۰/۹، با تکیه بر ماده ۱۱ قانون پولی و بانکی کشور، «دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها» را به تصویب رساند که اخیراً در تاریخ ۱۴۰۰/۲/۲۸ اصلاح شده و ابلاغ گردید.

مطابق با ماده ۱-۴ دستورالعمل اخیر، مقصود از عملیات صرافی، «انجام هر یک از فعالیت‌های خرید و فروش ارز، عملیات مربوط به حواله‌های ارزی از طریق مؤسسات اعتباری و ارائه خدمات برون مرزی از طریق کارگزاران در چهارچوب قوانین و مقررات ارزی» می‌باشد.

صرافی‌ها به جهت ماهیت و وظایف خاصی که به عهده دارند، مجاز به انجام عملیات بانکی مربوط به اعطای تسهیلات اعتباری و یا دریافت و نگهداری سپرده از مشتریان نمی‌باشند. بنابراین صرافی‌ها نیز مصداقی از مؤسسات اعتباری غیربانکی می‌باشند که تحت حاکمیت مقررات و ضوابط خاصی از حیث تأسیس و فعالیت بوده و بانک مرکزی به عنوان نهاد ناظر، همواره بر فعالیت آنها نظارت دارد.

بر همین بنیاد معتقدیم که احکام و قواعد ناظر بر بانک‌ها را نیز تا درجه‌ای که با ماهیت فعالیت شرکت‌های صرافی انطباق دارد، می‌توان بر این شرکت‌ها نیز اعمال نمود؛ از جمله در صورتی که یک

شرکت صرافی (خصوصاً صرافی‌های بزرگ نظیر صرافی‌های پایتخت) بنا به دلایلی، متوقف گردیده یا سایر شرایط اداره موقت، در خصوص آن تحقق یافته و وضعیت آن بحرانی تشخیص داده شود، بانک مرکزی می‌باید به عنوان نهاد ناظر و بر اساس مبانی قانونی از جمله ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور، حسب مورد، یا خود رأساً اداره امور شرکت صرافی را بر عهده گیرد یا آن را به شرکت صرافی دیگر واگذار نماید.^{۳۹}

۴-۱-۲-۴- صندوق‌های قرض الحسنه

صندوق‌های قرض الحسنه، مؤسساتی هستند که هم در تجهیز و هم در تخصیص منابع صرفاً از قالب قرارداد قرض الحسنه استفاده می‌کنند. این صندوق‌ها بر اساس مواد ۵۸۴ و ۵۸۵ قانون تجارت و بند الف ماده ۲ آیین‌نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیرتجاری تشکیل شده و مقصود از تشکیل آنها، جلب منافع و تقسیم سود بین اعضا نمی‌باشد.

هم‌اکنون مقررات متعددی بر فعالیت صندوق‌های قرض الحسنه حاکم می‌باشد؛ از جمله آنکه شورای پول و اعتبار، در تاریخ ۱۳۸۸/۵/۲۰، دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صندوق‌های قرض الحسنه را به تصویب رساند که در آن ضوابط و احکامی پیش‌بینی شده است.^{۴۰}

همچون شرکت‌های لیزینگ و صرافی‌ها، صندوق‌های قرض الحسنه نیز در عداد مؤسسات اعتباری غیر بانکی قرار می‌گیرند که بنا به مقررات و ضوابط خاصی، تأسیس گردیده و فعالیت می‌نمایند و بانک مرکزی به اشکال مختلف بر آنها نظارت می‌کند. از همین رو، به نظر می‌رسد که امکان پیاده‌سازی نهاد اداره موقت در خصوص صندوق‌های قرض الحسنه نیز تا حد زیادی وجود داشته و احکام و قواعد

۳۹. موضوع اداره موقت در خصوص صرافی‌ها، اخیراً تجلی بیشتری پیدا کرده است؛ چراکه با ترویج بازار رمزرها و دخالت گسترده صرافی‌ها در این حوزه، بسیاری از شرکت‌های صرافی فعال در این زمینه، به دلایلی متعدد و خاص متوقف شده یا مدیران آنها دست به اقدامات مجرمانه زده‌اند. از همین رو، به منظور احقاق حقوق مشتریان و همچنین در راستای مصالح عامه، زمینه‌هایی برای آغاز فرآیند اداره موقت در خصوص صرافی‌های بحران‌زده و مشکل‌دار وجود دارد تا بدین وسیله بتوان کفالت آنها را به صرافی‌های دیگر واگذار کرده و آنها را از بحران خارج نمود.

۴۰. از یک طرف، وفق ماده ۱۹ دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صندوق‌های قرض الحسنه، «صندوق صرفاً می‌تواند نسبت به گشایش حساب قرض الحسنه پس‌انداز اقدام نماید.» و از طرف دیگر، بنا بر ماده ۲۲ از دستورالعمل پیش‌گفته، «صندوق صرفاً در قالب قرض الحسنه به انجام عملیات مبادرت می‌ورزد و منابع صندوق تنها به اعطای وام قرض الحسنه تخصیص داده می‌شود؛ نک: علی اصغر، هادی نیا، «اوراق قرض الحسنه»، مجله اقتصاد اسلامی ۴ (۱۳۷۸)، ۱۹.

ناظر بر بانک‌ها را نیز تا درجه‌ای که با ماهیت فعالیت صندوق‌های قرض الحسنه تطابق دارد، می‌توان بر این صندوق‌ها جاری ساخت؛ از جمله در صورتی که یک صندوق قرض الحسنه (خصوصاً صندوق‌های قرض الحسنه بزرگ) بنا به دلایلی، دچار توقف گردیده یا سایر شرایط اداره موقت، در خصوص آن تحقق یابد، بانک مرکزی به عنوان نهاد ناظر و بر اساس مبانی قانونی موجود، مداخله نموده و حسب مورد، یا خود رأساً اداره امور صندوق را بر عهده گرفته یا آن را به بانک یا صندوقی دیگر واگذار می‌نماید.

۴-۱-۲-۵- شرکت‌های بیمه

شرکت‌های بیمه در نظام حقوقی ما تابع قوانینی چون قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶، قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری مصوب ۱۳۵۰، قانون اداره امور شرکت‌های بیمه مصوب ۱۳۶۷، قانون تأسیس مؤسسات بیمه غیردولتی مصوب ۱۳۸۰ و ... می‌باشند.

گرچه شرکت‌های بیمه از حیث ساختار قانونی و کارکرد^{۴۱} نمی‌توانند در زمره مؤسسات اعتباری موضوع حقوق بانکی قرار گیرند و عملیات بیمه‌ای موضوعاً و حکماً با عملیات بانکی متفاوت می‌باشد اما اداره موقت یا سرپرستی در خصوص شرکت‌های بیمه نیز می‌تواند مطرح گردیده و امکان‌سنجی و ارزیابی شود.

شرکت‌های بیمه نیز به عنوان یکی از مصادیق اشخاص حقوقی تاجر وفق ماده ۲ قانون تجارت، ممکن است حسب مورد متوقف شده یا از رعایت قوانین و مقررات تخطی کنند یا مدیران آن سلب صلاحیت شوند و ...؛ به نحوی که با تکیه بر رویکردی مشابه، در این حال بتوان یک شرکت بیمه را متوقف یا بحران‌زده توصیف نموده و در راستای مصالح جمعی، سرپرستی و واگذاری کفالت آن به شرکت بیمه دیگر را پیشنهاد نمود.

بر همین بنیاد به نظر می‌رسد تا حدی که عملیات بیمه‌ای از منظر ماهیت با عملیات بانکی تشابه داشته و تا حدی که نهاد اداره موقت با ساختار، کارایی، عملکرد و اهداف شرکت‌های بیمه سازگاری داشته باشد، بتوان بدین تأسیس تمسک نموده و در مواقع بروز بحران در خصوص یک شرکت بیمه، مبادرت به سرپرستی و واگذاری اداره امور آن به شرکت بیمه دیگر نمود. در نهایت، فارغ از آنکه عملیات بیمه‌ای و اداره امور شرکت‌های بیمه در فرض وقوع بحران، موضوع این پژوهش نمی‌باشد، معتقدیم

۴۱. وفق ماده ۱ قانون بیمه، عملیات بیمه‌ای عبارت است از: «عملیاتی که به موجب آن، یک طرف تعهد می‌کند در ازای پرداخت وجه یا وجوهی از طرف دیگر، در صورت وقوع یا بروز حادثه، خسارت وارده بر او را جبران نموده یا وجه معینی بپردازد.»

که نهاد اداره موقت و کفالت در مورد شرکت‌های بیمه نیز قابلیت پیاده‌سازی دارد که ما آن را اصطلاحاً «کفالت بیمه‌ای» می‌نامیم.

۴-۲- قلمرو موضوعی

در کنار قلمرو شخصی نهاد اداره موقت، قلمرو موضوعی آن نیز محل بحث بوده و واجد آثار نظری و عملی می‌باشد.

بر همین اساس، در این بند بدواً به قلمرو اختصاصی اعمال نهاد اداره موقت پرداخته (قسمت الف) و سپس امکان پیاده‌سازی این نهاد را در خصوص دیگر زمینه‌ها، ارزیابی و بررسی می‌نماییم (قسمت ب):

۴-۲-۱- قلمرو اختصاصی اعمال نهاد اداره امور بانک

دیدگاه اول در خصوص نهاد اداره موقت آن است که این نهاد، قلمرو محدودی داشته و اثر آن صرفاً در حد مدیریت سپرده‌ها می‌باشد. با این وصف، با تحقق عناصر لازم از جمله توقف و عوامل مشابه و بعد از آغاز فرآیند کفالت، بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل، صرفاً به منظور حمایت از سپرده‌گذاران و تثبیت اعتماد عمومی، تنها به مدیریت سپرده‌ها می‌پردازد و سایر موضوعات چون مدیریت دیگر بدهی‌های مکفول، وصول مطالبات، انعقاد قراردادهای و انجام معاملات، فروش اموال منقول و غیر منقول مؤسسه مکفول و ... از این قلمرو خارج می‌باشد. با این وصف، نه تنها بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل، صلاحیتی در دیگر زمینه‌ها نداشته بلکه کماکان خود بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول و مدیران آن بدان‌ها می‌پردازند.

به نظر ما، تعیین قلمرو اختصاصی برای نهاد اداره موقت و تمرکز صرف بر مدیریت سپرده‌ها، مطلوب نبوده و از جهاتی محل ایراد است؛ چراکه اولاً توقف در اغلب موارد، از عناصر و شرایط تحقق کفالت بانکی بوده لیکن همیشه از شرایط و عناصر آغاز فرآیند سرپرستی محسوب نمی‌شود؛ حال آنکه رویکرد محض مدیریت سپرده‌ها صرفاً به وقوع توقف و پدیده هجوم بانکی^{۴۲} و یورش سپرده‌گذاران نظر دارد. وفق ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی ایران، آغاز فرآیند اداره موقت به چند عامل یا مورد مشروط و منوط شده

۴۲. پدیده هجوم بانکی (Bank run)، بیانگر این است که اگر سپرده‌گذاران احساس کنند که مشکلات بانک یا مؤسسه اعتباری ضعیف، سپرده‌های ایشان را تهدید می‌کند، این مشکل به طور زنجیره‌ای به تمام بانک‌ها سرایت می‌کند و حتی ممکن است سبب شود کل نظام بانکی در معرض سقوط قرار بگیرد؛ نک:

Diamond Douglas & Philip Dybvig, «Bank Runs, Deposit Insurance & Liquidity», *The Journal of Political Economy* 91(1983), 435.

است. با اندک تأملی در این ماده، چنین برمی‌آید که صرفاً **توقف (بند هـ)** به عنوان شرط آغاز فرآیند اداره موقت تلقی نشده بلکه حسب مورد، شرایط منعکس در چهار بند دیگر نیز می‌توانند گاهی آغازگر سرپرستی و اداره موقت یک بانک یا مؤسسه اعتباری باشند؛ ثانیاً از جمله آثار اداره موقت، منع مدیران بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول از دخالت در امور آن می‌باشد؛ در حالی که اگر قلمرو کفالت بانکی را مضیق تفسیر کرده و محدود به مدیریت سپرده‌ها بدانیم، در عمل، در اداره مؤسسه اعتباری تحت کفالت با دوگانگی و ناهماهنگی مواجهیم؛ به نحوی که بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل صرفاً در خصوص مدیریت سپرده‌های مردمی دخالت دارد و سایر موضوعات به دلیل عدم تصدی مدیران سابق مؤسسه اعتباری مکفول و منع ایشان از دخالت در امور، با تکلیف مانده و مهمل گذاشته می‌شود؛ ثالثاً بر بنیاد مراتب پیش‌گفته، برخی از مؤسسات اعتباری چون شرکت‌های لیزینگ و صرافی‌ها اساساً به عملیات جذب سپرده و تجهیز منابع از این طریق نپرداخته و در این حوزه، صلاحیت و اهلیت قانونی ندارند؛ حال آنکه اگر قلمرو تأسیس سرپرستی را محدود به اداره سپرده‌ها بدانیم، پیاده‌سازی و اجرای فرآیند کفالت در مورد این دسته از مؤسسات اعتباری، سالبه به انتفای موضوع است.

۴-۲-۲- امکان‌سنجی پیاده‌سازی نهاد اداره موقت در خصوص سایر موضوعات

در عرض رویکرد اولیه مبنی بر انحصار موضوعی اداره موقت به مدیریت سپرده‌ها، رویکرد دوم بر این بنیاد استوار است که پس از تصویب فرآیند کفالت و کنار رفتن مدیران مکفول، بانک یا مؤسسه اعتباری سرپرست، به عنوان نماینده، جانشین مدیران سابق بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول شده، اداره تمام اموال را به دست گرفته و به مدیریت همه امور می‌پردازد. این دیدگاه، قلمرو اداره موقت را بسیار گسترده‌تر توصیف نموده و منحصر به مدیریت سپرده‌ها نمی‌داند. با این ترتیب، علاوه بر مدیریت سپرده‌ها، نهاد اداره موقت در دیگر زمینه‌ها نیز پیاده شده و اجرا می‌گردد؛ به نحوی که سایر موضوعات چون مدیریت دیگر دیون بانک یا مؤسسه اعتباری تحت کفالت، وصول مطالبات آن، انعقاد قراردادهای و انجام معاملات، فروش اموال منقول و غیرمنقول مؤسسه مکفول، پرداخت هزینه‌های جاری و ... نیز در صلاحیت بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل می‌باشد. با این وصف، بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول، صلاحیتی در دیگر زمینه‌ها نداشته بلکه کفیل به جای مدیران سابق، بدان‌ها خواهد پرداخت.

به نظر می‌رسد که رویکرد دوم مبنی بر صلاحیت اداره کلیه امور و مدیریت تمام دارایی‌ها توسط بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل، اقوی و مقرون به واقع بوده و به اهداف نهاد اداره موقت، بهتر جامه

عمل می‌پوشاند. با تکیه بر این دیدگاه، از یک سو، نه تنها سپرده‌های مشتریان مدیریت شده و در اولویت پرداخت قرار می‌گیرد بلکه سایر طلبکاران بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول نیز مورد حمایت قرار گرفته و طلب ایشان پرداخت می‌شود.^{۴۳} از دیگر سو، بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل، اختیارات وسیعی داشته و در پی تأمین نقدینگی می‌باشد و در همین راستا، اموال و املاک مازاد مؤسسه اعتباری تحت کفالت را می‌فروشد و از مراجع مختلف چون بانک مرکزی، تقاضای وام می‌نماید، مطالبات مؤسسه تحت اداره را وصول کرده و به ویژه، به وصول مطالبات از تسهیلات‌گیرندگان و گیرندگان خدمات بانکی می‌پردازد. افزون بر آن، در راستای حسن اداره امور و مدیریت دارایی، از خدمات کارشناسان و متخصصان چون مشاوران حقوقی، وکلا، حسابداران و ... استفاده می‌نماید.

به علاوه، چون مدیران سابق بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول، از هر گونه تصرف در اموال و امور آن منع می‌شوند، بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل، جای ایشان را پر کرده و به اداره آن می‌پردازد که مانع از تعطیلی امور بانک، تضييع حقوق سپرده‌گذاران و ... می‌شود.

منطوق و مفاد ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور نیز به اداره مطلق امور اشاره داشته و اداره موقت را مقید به مدیریت سپرده‌ها نمی‌داند؛ چراکه اولاً وفق ماده ۳۹ از قانون پیش گفته، در این حالت، «اداره امور بانک به عهده بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران واگذار شده و یا ترتیب دیگری برای اداره امور بانک داده می‌شود ...» که لفظ «اداره امور بانک» اطلاق و عموم داشته و منحصر به مدیریت سپرده‌های مشتریان نمی‌باشد، ثانیاً قانونگذار در مقام بیان بوده و آگاهانه، عبارت «اداره امور بانک» را استعمال کرده تا مبادا، امور بانک یا مؤسسه اعتباری تحت کفالت معطل ماند.^{۴۴}

43. John C. Jr Murphy et al., «Treasury Proposes Legislation to Resolve Systemically Significant Financial Companies», *Banking Law Journal* 126 (2009), 488.

۴۴. همچنین آیین‌نامه طرز اداره بانک و نحوه الغای اجازه تأسیس بانک مصوب ۱۳۵۱/۱۱/۱ موضوع ماده ۴۰ قانون پولی و بانکی کشور، صرفاً به مدیریت سپرده‌ها توسط مدیر موقت نظر نداشته بلکه دامنه و قلمرو اداره امور را گسترده‌تر توصیف کرده است. برای نمونه، وفق ماده ۱ این آیین‌نامه، «هر گاه اداره امور بانک در مورد ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور به عهده بانک مرکزی ایران واگذار شود، این بانک می‌تواند امور بانک را رأساً اداره نماید و یا با تجویز هیأت مذکور در ماده ۳۹، آن را به شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی دیگر محول نماید.» در این ماده عبارت «امور بانک» صادق بر افراد عدیده بوده و تنها مدیریت سپرده‌ها را شامل نمی‌گردد.

همچنین، مطابق ماده ۲ این آیین‌نامه، «بانک مرکزی ایران یا شخص و اشخاصی که اداره بانک به آنها محول می‌شود، دارای تمام اختیاراتی می‌باشند که به موجب اساس‌نامه بانک، به هیأت مدیره و مدیرعامل داده شده و از تاریخ واگذاری اداره بانک، هیأت مدیره و مدیرعامل بانک، اختیاری در اداره بانک نخواهند داشت ...» افزون بر آن، مطابق با ماده ۳ از همان آیین‌نامه: «هر گاه اختیاراتی که به موجب اساس‌نامه به مدیران داده شده است، به تشخیص بانک مرکزی ایران، کافی

با تکیه بر موازین قانونی موجود چنین برمی آید که اولاً مدیر موقت دارای تمام اختیارات هیأت مدیره و مدیرعامل سابق بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول می‌باشد؛ حال آنکه اختیارات هیأت مدیره و مدیرعامل بنا بر منطوق و مفاد اساسنامه بسیار وسیع بوده و شامل تمام مصادیق و افراد اداره می‌شود و منحصر به اداره سپرده‌ها نیست. ثانیاً چون هیأت مدیره و مدیرعامل بانک یا مؤسسه اعتباری تحت سرپرستی، از تاریخ شروع فرآیند کفالت، اختیاری در اداره امور آن ندارند و مدیر موقت جایگزین آنها می‌شود، پس همچون ایشان، اختیارات متعدد و گسترده‌ای دارد. ثالثاً اطلاق اداره امور نیز همین نتیجه را اقتضا می‌نماید؛ چراکه اصل تساوی طلبکاران و مدیریت اموال به سود همه، مانع از تخصیص اموال به برخی از آنها می‌شود.^{۴۵}

در رویه قضایی هم این بحث اختلافی می‌باشد اما بیشتر دیدگاه دوم، مورد قبول واقع شده است. برای نمونه، شعبه ۳۴ دادگاه عمومی حقوقی مشهد در دادنامه به شماره ۹۱۰۸۲۴ مورخ ۱۳۹۱/۶/۱۲ چنین اشعار می‌دارد: «تجدیدنظرخواهی تعاونی اعتبار فرشتگان نسبت به دادنامه به شماره ۵۳۲ مورخ ۱۳۹۱/۵/۱۶ صادره از شعبه ۵۳ شورای حل اختلاف مشهد که به طرفیت آقای ... طرح شده، وارد بوده و رأی اصداری درخور نقض می‌باشد؛ زیرا هرچند دفاع تعاونی اعتبار فرشتگان در مورد تفکیک سپرده‌گذاران و سایر طلبکاران تعاونی کفالت امید صحیح نیست و بر اساس مفهوم کفالت که در عرف بانک مرکزی به معنای واگذاری حقوق مالی و تعهدات بوده و متفاوت با انحلال می‌باشد، تعاونی مذکور عهده‌دار کلیه تعهدات در مقابل کلیه حقوق (الغرم بالغرم) می‌باشد...». این رأی به موجب دادنامه به شماره ۹۱۰۹۹۷۵۱۳۲۴۰۱۵۳۶ مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۸ صادره از سوی شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی، عیناً تأیید شده است.

همچنین در رأی صادره از شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد به شماره ۹۱۰۰۹۹۷۵۱۳۲۴۰۰۱۲۱۵ مورخ ۱۳۹۲/۹/۱۴، دادگاه محترم چنین عقیده داشته است: «... حسب صورت جلسه ارائه شده توسط خوانده دوم، کفالت خوانده اول بر عهده

برای اداره بانک نباشد، اختیارات لازم با تصویب شورای پول و اعتبار و تأیید هیأت مذکور در ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور، اعطا خواهد شد.» که با تکیه بر این مقرر، می‌توان گفت که اداره موقت، همه امور و مصادیقی که برای اداره بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول لازم است را در بر می‌گیرد؛ حتی اگر اختیارات منعکس در اساس نامه برای اداره آن کافی نباشد.

۴۵. خدابخشی، پیشین، ۱۸۶.

خواننده دوم قرار داده شده است و عمل مذکور در راستای نظارت بر مؤسسات مالی و اعتباری بوده است که توسط بانک مرکزی صورت گرفته و بانک مرکزی با اختیار حاصل از تبصره ۲ ماده ۲ قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی، تکفل و سرپرستی خواننده ردیف اول را در اختیار خواننده ردیف دوم قرار داده که در این صورت، خواننده ردیف دوم هم اختیار اموال خواننده ردیف اول را داراست و هم باید در قبال بدهی و دیون خواننده، پاسخگو باشد و استناد خواننده دوم به اینکه صرفاً مسؤلیت مدیریت در پرداخت سپرده‌های مردمی را داراست، با توجه به مراتب پیش گفته مؤثر نیست؛ لذا حکم بر محکومیت خواننده ردیف دوم صادر می‌شود...». در نقطه مقابل، شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی، با نقض رأی دادگاه نخستین، چنین مقرر می‌دارد: «نظر به اینکه رابطه قراردادی منتهی به طلب خواهان از شرکت ...، ربطی به شرکت تجدیدنظر خواننده ندارد؛ از سویی آنچه حسب توافق‌نامه‌های انجام‌شده به عهده مؤسسه ... به عنوان کفیل قرار گرفته، صرفاً پرداخت سپرده‌های مردم نزد شرکت تعاونی امید بوده است ... و تعهد شرکت مذکور از سایر دیون و تعهدات شرکت امید، غیر از سپرده‌های مردم بوده است، از این رو این دادگاه با نقض رأی تجدیدنظر خواسته، حکم به رد دعوی خواهان صادر می‌کند.»

نتیجه و پیشنهادها

یکی از روش‌های بازسازی بانک‌ها و دیگر مؤسسات اعتباری در زمان بروز بحران، اداره موقت می‌باشد که با وقوع توقف در روند امور آنها آغاز می‌شود. در این حال، مقام ناظر شخصاً اداره یک بانک یا مؤسسه اعتباری را به دست گرفته یا اداره امور و اموال آن را به بانک یا مؤسسه اعتباری دیگر واگذار می‌نماید که در حقوق بانکی، اصطلاحاً بدین تأسیس، «کفالت بانکی» یا «سرپرستی» یا «اداره امور بانک» یا «اداره موقت» گفته می‌شود.

در سال‌های اخیر به ویژه با بروز بحران در خصوص مؤسسات اعتباری غیرمجاز و توقف آنها، حقوق بسیاری از اشخاص (اعم از سپرده‌گذاران و سهام‌داران و ...) و نظم اجتماعی و اقتصادی جامعه بارها تحت الشعاع قرار گرفت که ضرورت پرداختن به موضوع پژوهش را بیش از پیش نمایان می‌سازد. بر بنیاد قواعد منعکس در قوانین و مقررات فعلی از جمله مواد ۳۹ و ۴۰ قانون پولی و بانکی کشور

و همچنین آیین‌نامه طرز اداره بانک، از یک‌سو، در اثر فرایند اداره موقت، بانک یا مؤسسه اعتباری بحران‌زده، منحل نشده و شخصیت حقوقی آن باقی می‌ماند و از دیگر سو، مدیران آن عزل شده و حسب مورد بانک مرکزی یا کفیل منتخب، زمام امور را به دست می‌گیرند.

با توجه به ویژگی‌های خاص و منحصر به فرد نهاد اداره موقت به ویژه حدوث در زمان بحران یا شرایط فوق‌العاده (خصیصه زمانی) و دخالت مقامات عمومی، آن را به عنوان تأسیسی مستقل با چهارچوب‌های خاص خود در حقوق بانکی به رسمیت می‌شناسیم.

در حین وقوع بحران، توافقاتی به صورت مقدم و دارای چهارچوب بین بانک مرکزی، مؤسسه مکفول و مؤسسه کفیل منعقد می‌شود؛ به نحوی که تحقق اداره موقت در درجه اول و در مرحله پیش عقد، اجباری و قهری بوده و در مرحله انعقاد، رنگ و بوی توافق به خود می‌گیرد و به عقد تحمیلی می‌ماند. وانگهی توافق‌نامه ناظر بر واگذاری کفالت، به حکم قانون و به دلیل تثبیت نظم عمومی و تقویت اعتماد همگانی تنظیم می‌شود. از همین رو، آن را نوعی «توافق تحمیلی و اجباری ناشی از قانون و مصالح عمومی» توصیف نمودیم.

همچنین در فرجام جستار و در مقام تبیین قلمرو شخصی و موضوعی این نهاد، دریافتیم که از یک طرف، فرایند اداره موقت علاوه بر جریان در خصوص بانک‌ها، می‌تواند در مواقع بروز بحران در مورد دیگر مؤسسات اعتباری چون شرکت‌های تعاونی اعتبار، لیزینگ‌ها، صرافی‌ها، صندوق قرض الحسنه و حتی شرکت‌های بیمه نیز پیاده‌سازی شود و از دیگر سو، بر بنیاد دلایلی متعدد، این فرایند نه‌تنها منحصر به مدیریت سپرده‌های مؤسسه مکفول نمی‌باشد بلکه فرآیندی جامع و فراگیر بوده و شامل اداره امور و مدیریت تمام اموال آن چون مطالبات، دیون، معاملات و ... می‌شود.

مهم‌جور ماندن نهاد اداره موقت و همچنین اجمال و سکوت قوانین در خصوص وصف حقوقی و قلمرو آن در نظام حقوقی ما، منشأ بروز ابهامات و اختلافاتی در عالم نظر و میدان عمل شده است. در راستای رفع این ابهامات و اختلافات، نظر بدان که یکی از ویژگی‌های اساسی یک قانون جامع، صراحت و شفافیت آن است، تصویب مواد ذیل و الحاق آن به قانون پولی و بانکی فعلی کشور یا پیش‌بینی آن در طرح جامع بانکداری، شایسته و ضروری به نظر می‌رسد:

در هنگام بروز بحران یا تحقق دیگر شرایط، بانک مرکزی می‌تواند بعد از تصویب هیأت مذکور در ماده ...، جهت ترمیم یا بازسازی یک بانک یا دیگر مؤسسات اعتباری، به صورت موقت، رأساً امور آن را اداره نموده یا اداره امور و اموال آن را به بانک یا مؤسسه اعتباری دیگر واگذار نماید.

فرآیند اداره موقت به حکم قانون بر بانک یا مؤسسه اعتباری تحت اداره، تحمیل می‌شود و به محض آغاز فعالیت بانک مرکزی یا نصب کفیل، مدیران بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول، از اداره امور منع می‌شوند.

قواعد اداره موقت علاوه بر بانک‌ها، در مورد دیگر مؤسسات اعتباری چون شرکت‌های تعاونی اعتبار، شرکت‌های لیزینگ، صرافی‌ها و ... نیز اعمال می‌گردد. کفیل بعد از نصب، به مدیریت تمام اموال و اداره تمام امور می‌پردازد و مأموریت آن محدود به مدیریت سپرده‌ها نیست.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

- جعفری، امین، حقوق بانکی (مدیریت بانکی). تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰.
 - صفایی، سید حسین. قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان، ۱۳۸۷.
 - السنهوری، عبدالرزاق. نظریه العقد (الجزء الاول). بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸.
 - خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷.
 - کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع). تهران: میزان، ۱۳۹۰.
 - کاتوزیان، ناصر، عقود معین. جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
 - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها. جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
 - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش، ۱۳۹۲.
 - سلطانی، محمد، حقوق بانکی. تهران: میزان، ۱۳۹۳.
- #### مقالات
- بیگی، حبیب آبادی، احمد و حسین پاشایی. «حل و فصل بانک‌ها و مؤسسات اعتباری متوقف با نگاهی به طرح جامع بانکداری»، آموزه‌های فقه مدنی ۲۴ (۱۴۰۰): ۸۰-۵۱.
 - جعفری صامت، امیر. «ادغام؛ راهکاری موثر جهت جلوگیری از ورشکستگی بانک‌ها»، نشریه پژوهش‌های پولی و بانکی ۳۷ (۱۳۹۷): ۴۶۶-۴۳۷.
 - قنبری، حمید. «مروری بر ادبیات نظری ورشکستگی بانک‌ها»، فصلنامه تازه‌های اقتصاد ۱۴۰ (۱۳۹۲): ۴۴-۴۱.
 - نصیری، دانیال. «شناسایی کفالت بانکی و آثار آن در نظام حقوق بانکی ایران»، مقاله ارائه شده در سومین همایش بین‌المللی فقه و حقوق، وکالت و علوم اجتماعی، تهران، ۱۳۹۷/۱۱/۱.
 - نصیری، دانیال و عزت‌الله نصیری. «ورشکستگی بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری با نگاهی به کفالت بانکی»، مجله پژوهش‌های حقوقی ۴۶ (۱۴۰۰): ۱۶۸-۱۴۱.
 - هادوی نیا، علی اصغر. «اوراق قرض الحسنه»، مجله اقتصاد اسلامی ۴ (۱۳۷۸): ۱۰۴-۸۳.
 - انصاری، علی و جواد عسکری. «مطالعه تطبیقی ابزارهای حقوقی جایگزین ورشکستگی بانک‌ها»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی ۲۷ (۱۳۹۸): ۹۱-۱۱۳.
 - انتظاری نجف آبادی، علی رضا و روح‌الله مرتضایی. «بررسی اعتبار اصل صحت در ایقاعات»، مجله پژوهش‌های فقهی ۲ (۱۳۹۷): ۵۲۵-۵۵۴.
 - یوسفی دیندارلو، مجتبی. «آسیب شناسی بانکی؛ توقف و ورشکستگی بانکی (تبیین چستی موضوع)»، دفتر مطالعات اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس (۱۳۹۴): ۵۸-۱.
 - صادقی مقدم، محمدحسن، هادی شعبانی و یاسر سهرابی. «بررسی اصل آزادی ایقاعات در فقه امامیه و حقوق ایران»، مجله آموزه‌های فقه مدنی ۱۱ (۱۳۹۴): ۷۲-۴۹.
 - عیسائی تفرشی، محمد، مرتضی شهبازی نیا و محمد ورمزیار. «اداره موقت واحدهای تجاری ورشکسته در حقوق انگلیس و ایران»، مجله مدرس علوم انسانی ۴ (۱۳۸۸): ۲۰۱-۱۷۷.
- #### ج- پایان‌نامه‌ها:
- گنجی، امید. «جنبه‌های حقوقی ادغام بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۵.

(ب) منابع خارجی

- Richard Scott, Carnell. » Handling the Failure of a Government-Sponsored Enterprise «*Washington Law Review* 80 (2005): 64-89.
- McGuire, Claire L. *Simple tools to Assist in the resolution of troubled banks*, Washington D.C: The World Bank, 2018.
- Parke, David C. *Closing a Failed Bank Resolution Practices and Procedure*, Washington D.C: International Monetary Fund, 2011.
- Diamond, Douglas & Philip Dybvig. »Bank Runs, Deposit Insurance & Liquidity «, *The Journal of Political Economy* 91 (1983): 38-64.
- Julie Andersen, Hill. »Shifting Losses: The Impact of Fannie’s and Freddie’s Conservatorships on Commercial Banks«, *Hamline Law Review* 35 (2012): 89-126.
- Burke, Michael E. »Improving china’s bank regulation to avoid the asian bank contagion «, *UCLA Pacific Basin Law Journal* 17 (1999): 21-53.
- Murphy, John, Sinema Delaney, Heck Beatty and Vargas. »Treasury Proposes Legislation to Resolve Systemically Significant Financial Companies «, *Banking Law Journal* 126 (2009): 76-104.