

مبانی قانونی و قراردادی اصل منع بنگاهداری بانکها در نظام حقوق بانکی ایران
زهرا فریور (نویسنده مسئول)
دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
zahra.farivar4319@gmail.com

حسین سیمایی صراف
دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
h_simaei@sbu.ac.ir

چکیده

بنگاهداری بانکها به عنوان یک آسیب جدی نظام بانکی ایران از اوایل دهه ۱۳۸۰ در مقررات متعدد بانک مرکزی مورد شناسایی قرار گرفت و تلاش شد با وضع مقررات محدودکننده میزان تملک سهام شرکتهایی که موضوع فعالیت آنها ارتباطی با فعالیت‌های بانکی ندارد، توسط بانکها به حداقل رسانده شود. قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ با تجویز استفاده از قرارداد مشارکت برای اعطای تسهیلات بانکی و آیین‌نامه این قانون با تاسیس قالب قراردادی مشارکت حقوقی در ترویج هرچه بیشتر بنگاهداری بانکها نقشی به سزا داشت. به همین دلیل مقررات متعددی برای محدود کردن استفاده از این نوع تسهیلات وضع گردید. لیکن ناکارآمدی این مقررات در اجرا، موجب گردید نهایتاً قانون‌گذار در سال ۱۳۹۴ در ماده ۱۶ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور، احکامی را جهت ممنوعیت بنگاهداری بانکها وضع نماید. ابهام در برخی تعاریف این قانون و عدم پیش‌بینی یک روش اجرایی و نظارتی برای بانک مرکزی، و عدم پیش‌بینی ضمانت‌اجراهای موثر موجب گردید مجدداً قانون‌گذار در قانون بانک مرکزی مصوب ۱۴۰۲ و ماده ۸ قانون برنامه هفتم پیشرفت مصوب ۱۴۰۳ به تفصیل فرایند اجرایی کاهش بنگاهداری بانکها و ضمانت‌اجراهای آن را طرح‌ریزی نماید. در این مقاله ضمن بررسی این تجربه تقنینی و دلایل و مبانی منع بنگاهداری بانکها، مبانی قراردادی که در ایجاد و توسعه بنگاهداری بانکها موثر بوده‌اند مورد آسیب‌شناسی واقع می‌گردد.

کلیدواژگان

اصل منع بنگاهداری بانکها، قرارداد مشارکت حقوقی، قانون برنامه هفتم توسعه، قانون رفع موانع تولید، بانکداری سرمایه‌گذاری.

مقدمه

قریب به دو دهه است که در نظام اقتصادی ایران این گزاره بسیار شنیده می‌شود که بنگاهداری بانک‌ها یک چالش و آسیب است که نه تنها موجب ناکارآمدی در نظام بانکی شده است بلکه آسیب‌های جدی به نظام اقتصادی کشور نیز وارد کرده‌است. یکی از این آسیب‌ها تمایل بانک‌ها به اعطای وام‌های کلان به شرکت‌های زیرمجموعه خود و عدم اعطای وام‌های خرد و کلان به خارج از زیرمجموعه‌های خود است. در راستای منع بنگاهداری بانک‌ها ابتدا مقرراتی تصویب شد و سپس قانون‌گذار ورود نمود، آخرین ورود قانون در قانون برنامه پنج‌ساله هفتم پیشرفت مصوب ۱۴۰۳/۴/۱۸ می‌باشد.

در این مقاله قصد داریم به این سوال پاسخ دهیم که آیا قوانین وضع شده در نظام حقوق بانکی ایران در هماهنگی با یگدیگر در موضوع مورد بحث می‌باشند، به بیان دقیق‌تر آیا حقوق خصوصی بانکی در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ طرح‌ریزی شده است با مقررات و قوانین حوزه حقوق عمومی بانکی مانند قانون پولی و بانکی ۱۳۵۱ و قانون بانک مرکزی ۱۴۰۲ و قانون برنامه توسعه و قانون رفع موانع تولید، در موضوع منع بنگاهداری بانک‌ها در هماهنگی است؟ و چنانچه پاسخ منفی است راه‌کار ایجاد این هماهنگی چیست؟ لذا با توجه به محدودیت‌های کمی مقالات علمی و پژوهشی، اصل ضرورت محدودسازی بنگاهداری که در قوانین مذکور تصریح شده است مفروض این مقاله می‌باشد و چرایی و مبانی اقتصادی و حقوقی آن مورد بازبینی واقع نمی‌گردد و برای فهم دقیق‌تر این سیاست تقنینی می‌توان به مقالات متعددی که سابقاً در این موضوع تالیف شده است رجوع نمود.

در تقسیم‌بندی ارائه مطالب، نخست از منظر حقوق خصوصی اقتصادی، زیرساخت‌های قراردادی که منجر به بنگاهداری بانک‌ها می‌شود، بررسی می‌گردد و سپس از منظر حقوق عمومی اقتصادی، وضع مقرراتی که درصدد کنترل و مهار این پدیده در نظام اقتصادی کشور است، بررسی خواهد شد.

۱- بنگاهداری بانک‌ها مبتنی بر چارچوب‌های قراردادی

در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ یکی از عقود که به عنوان قرارداد قابل استفاده در نظام بانکی معرفی شده‌است عقد مشارکت است، و در آیین‌نامه این قانون، قرارداد مشارکت به دو قرارداد مشارکت مدنی و مشارکت حقوقی تقسیم شده‌است. این دو اصطلاح نخستین‌بار در نظام حقوق قراردادهای ایران به موجب آیین‌نامه فصل سوم قانون فوق‌الذکر، مطرح شدند و تا پیش از آن در نظام حقوقی ایران قرارداد شرکت مندرج در قانون مدنی در مقابل شرکت تجاری مطرح بود. لذا سوال نخستی که به ذهن متبادر می‌گردد این است که اساساً تفاوت عقد شرکت در نظام بانکی با شرکت مدنی و شرکت تجاری که پیش از این در نظام حقوقی ایران مطرح بود، چیست و سوال دیگری که در خصوص عقد شرکت در نظام بانکی ایران مطرح می‌شود این است که مشارکت حقوقی چیست و تفاوت آن با مشارکت مدنی در مقتضای ذات چگونه است که آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، عنوان متفاوت و مستقلی را برای آن اتخاذ نموده‌است؟

ماده ۲۳ آیین‌نامه مذکور مشارکت حقوقی را این‌گونه تعریف می‌نماید: «منظور از مشارکت حقوقی عبارت است از تأمین قسمتی از سرمایه شرکت‌های سهامی جدید و یا خرید قسمتی از سهام شرکت‌های سهامی موجود». به نظر می‌رسد که در حال حاضر و با توجه به مقررات حاکم بر بازار بورس اوراق بهادار این ماهیت همان بیع سهام است. الیکن چنانچه مشارکت حقوقی را منطبق با مقتضای ذات عقد شرکت بدانیم باید احکام عقد شرکت و نه عقد بیع بر آن اعمال شود.

^۱ مریم ابراهیمی، حقوق نقل و انتقال سهام در بورس، (تهران: انتشارات شهردانش ۱۳۹۵)، ۸۸-۱۰۱

از طرفی در فرض شرکت تلقی کردن این ماهیت، تمایز این قرارداد با تعریف شرکت در قانون مدنی که مشابه تعریف مشارکت مدنی در آیین نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا است، صرفاً در طرف قرارداد و مال موضوع شرکت خواهد بود، لیکن مقتضای ذات آن با مشارکت مدنی یکی است. لذا اطلاق دو عنوان بر یک مقتضای ذات به لحاظ حقوقی صحیح به نظر نمی‌رسد. در این دیدگاه دوم، در واقع مشارکت حقوقی همان عقد مشارکت مدنی است و مشارکت مدنی همان عقد شرکت مندرج در قانون مدنی است که تدوین کنندگان آیین نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا، به غلط سه عنوان برای استفاده نموده‌اند، که ممکن است مردم و متخصصان غیرحقوقی را به خطا هدایت نماید و توهّم وجود ماهیت‌های حقوقی متفاوت در نظر آن‌ها پدید آید و انتظار آثار اقتصادی متفاوتی نیز از آن‌ها داشته باشند. تنها تفاوت مشارکت حقوقی با عناوین دیگر مذکور، این است که موضوع عقد شرکت، «سرمایه و سهام یک شرکت سهامی» است و طرف قرارداد نیز سهامدار یک شرکت سهامی.

تحقیقی در خصوص استفاده از چارچوب قرارداد مشارکت حقوقی برای اعطای وام در بانک سپه نشان می‌دهد که تا سال ۱۳۸۱، ۴۹ قرارداد مشارکت حقوقی توسط بانک سپه منعقد شده است و این بانک یک شرکت را تاسیس نموده تا مدیریت سهام شرکت‌های خریداری شده را به صورت امین انجام دهد و حاصل آن مشارکت واقعی در سود و زیان شرکت‌های موضوع قرارداد باشد.^۲ همین عبارت اخیر نشان می‌دهد از آنجا که دغدغه صاحب نظران اقتصادی در نظام بانکی ایران، گریز از ربا و تحقق سود واقعی در قالب‌های قراردادی بوده است، حاصل و نتیجه قرارداد را با آنچه مقتضای ذات و کارکرد آن عقد در انتقال مالکیت سهام در شرکت است خلط نموده‌اند و قراردادی را که به واقع بیع است، شرکت تصور نموده‌اند، در حالی که حاصل این خرید سهام توسط بانک، مشارکت در سود و زیان سهام شرکت خریداری شده است، اما کارکرد خود عقد، انتقال مالکیت سهام است.

لذا از بررسی نکات فوق روشن می‌گردد که چهارچوب قراردادی مشارکت حقوقی مندرج در آیین نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا، که همان بیع سهام است منجر به بنگاهداری بانک‌ها می‌گردد. در واقع بانک‌ها به عنوان یک نهاد واسط که سپرده‌های مردم را گردآوری می‌نمایند تا جهت تامین مالی پروژه‌های تولیدی و تجاری، وام اعطا نمایند، بخشی از این وجوه گردآوری شده‌ی سپرده‌ها را، به خرید سهام شرکت‌های دیگر (غالباً موسسات غیرمالی و غیراعتباری) اختصاص می‌دهند، فلذا به عنوان سهامدار و مالک این سهام خریداری شده در عملیات اداره بنگاه‌ها ورود می‌نمایند، به ویژه در فرضی که سهام مدیریتی یا کنترلی یک بنگاه اقتصادی را خریداری می‌نمایند، بنگاهداری بانک‌ها به نحو واضح‌تری نمایان می‌گردد. به عنوان نمونه سهامدار عمده بانک پارسیان مدت مدیدی شرکت ایران خودرو و برخی شرکتهای قطعه‌ساز زیرمجموعه آن بود.

فرایند اجرای قرارداد مشارکت حقوقی در نظام بانکی ایران، شامل سه مرحله اساسی است: ۱- بررسی طرح (بنگاه اقتصادی): که خود شامل بررسی اقتصادی، بررسی مالی و بررسی فنی است. ۲- برنامه زمان‌بندی اجرای طرح و نظارت بر اجرای آن توسط موسسات امین بانک. ۳- تاسیس شرکت سهامی و یا انتقال مالکیت شرکت سهامی. مدافعان کارآمدی عقد مشارکت حقوقی در نظام بانکی ایران در مقایسه این قرارداد با قرارداد مشارکت مدنی چنین تحلیل می‌نمایند که این فرایند موجب مالکیت بانک بر سهام موضوع مشارکت شده و یک مشارکت واقعی در سود و زیان صورت می‌گیرد، برخلاف مشارکت مدنی که می‌تواند مشارکت جنبه صوری یابد و صرفاً مشارکت در سود مورد انتظار باشد و نه مشارکت در سود واقعی یا زیان احتمالی.^۳

در واقع مشارکت حقوقی برای تامین تسهیلات بلندمدت مورد نیاز واحدهای تولیدی، بازرگانی و خدماتی مورد استفاده

^۲ محمدنقی نظرپور، اکبر کشاورزبان پیوستی، «الزامات احیای عقد مشارکت حقوقی راهبردی برای تحقق بانکداری PLS در نظام بانکداری بدون ربا»، راهبرد اقتصادی شماره ۷ (۱۳۹۲): ۶۱.

^۳ پیشین

قرار می‌گیرد. لذا آنچه در عمل واقع می‌شود این است که یک شرکت تجاری برای دریافت وام از بانک‌ها در این روش، باید بخشی از سهام خود را به بانک منتقل نماید، با توجه به آنکه پس از بازپرداخت وام سهام مجدداً به شرکت وام‌گیرنده مسترد می‌شود و یا در صورت عدم پرداخت اقساط تسهیلات، مالکیت بانک بر آن مقدار سهام مستقر می‌گردد، این ماهیت در واقع مشابه معاملات با حق استرداد است که قانون‌گذار آن را به عنوان یکی از حیل ربا شناسایی نمود و به نوعی به بطلان این قبیل بیع‌های شرطی حکم داد. ۴ از طرفی با این عمل حقوقی بانک با ورود سرمایه جدید به شرکت، شریک سایر شرکاء یا سهامداران شده و در سود و زیان شرکت مشارکت می‌نمایند، در حالی که چنانچه هدف صرفاً تأمین مالی برای شرکت بود این عمل می‌توانست از طریق اوراق قرضه و یا اوراق مشارکت صورت گیرد بی‌آنکه وام‌دهنده، مالکیت سهام شرکت و در مواردی حتی کنترل و مدیریت شرکت را نیز در دست گیرد و در واقع موسسه مالی و اعتباری (بانک) درگیر اداره یک بنگاه اقتصادی (وام‌گیرنده) شود که به کلی از حیثه وظایف و تخصص واسطه‌گری مالی او خارج است.

۲- بنگاهداری بانک‌ها از منظر حقوق عمومی اقتصادی:

۲-۱- مبانی

در این قسمت دلایلی که برای منع بنگاهداری بانک‌ها مطرح شده‌اند مختصراً شرح داده خواهد شد.

۱-۱-۲- واسطه‌گری پول، وظیفه اصلی بانک‌ها: در قانون تجارت ایران در ماده ۲، بانکداری یکی از اعمال تجاری عنوان شده است، لذا در پاسخ به این سوال که آیا بانک تاجر است یا خیر؟ باید بیان نمود بانک تاجر است لیکن فعالیت تجاری آن بر اساس قوانین خاص مشخص شده و تجارتی جز «واسطه‌گری» نباید انجام دهد و ورود آن به بنگاهداری و تاسیس شرکت یا تملک سهام شرکت‌ها، یا ورود آن به فعالیت‌های بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت، یعنی خرید و فروش کالا، بر اساس ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی ۱۳۵۱ ممنوع است.

۲-۱-۲- اصل عدم ورود بانک‌ها به بازار سرمایه و بخش واقعی اقتصاد: قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱، در ماده ۳۴ برای حفظ وظایف تخصصی بانک‌ها، انجام معاملات غیربانکی را برای بانک‌ها ممنوع ساخته است. ۶ ملاحظه می‌گردد که بند ۳ ماده ۳۴ این قانون، در بیان معاملات ممنوعه در بازار بانکی به منع بانک‌ها از خرید و فروش اوراق بهادار که همان بنگاهداری است، تصریح شده است. فلسفه وضع این ماده آن است که بانک‌ها نباید وارد معاملاتی شوند که احتمال زیان و خسارت در آن‌ها وجود دارد و از سوی دیگر، قدرت عظیم مالی بانک‌ها نباید به هیچ وجه در بازارهای سهام، کالاها و املاک به کار گرفته شود و همچنین ورود بانک‌ها به تملک سایر شرکت‌ها باعث می‌شود تمام اقتصاد کشور، بازار پول محور گردد، در حالی که در مدیریت کلان ساختارهای اقتصادی یک کشور،

^۴ ناصر کاتوزیان، عقود معین-عقود اذنی-وثیقه های دین، (تهران: شرکت سهامی انتشار جلد چهارم چاپ هشتم ۱۳۹۴)، ۵۲۷-۵۲۹
^۵ به موجب این ماده: «انجام عملیات زیر برای بانک‌ها ممنوع است:

۱- خرید و فروش کالا به منظور تجارت.

۲- معاملات غیرمنقول جز برای بانک‌هایی که هدف آن‌ها انجام معاملات غیرمنقول است.

۳- خرید سهام و مشارکت در سرمایه یک یا چند شرکت و یا خرید اوراق بهادار داخلی یا خارجی به حساب خود به میزانی بیش از آنچه بانک مرکزی ایران به موجب دستورها یا آیین‌نامه‌های خاص تعیین خواهد کرد.

۴- اعطای اعتبار به اعضای ارکان خود و مؤسساتی که اعضای مزبور در آن ذینفع‌اند و سایر اشخاص حقیقی یا حقوقی بیش از آنچه بانک مرکزی ایران به موجب دستورها یا آیین‌نامه‌های خاص تعیین خواهد کرد

۵- اعطای اعتبار به اعضای ارکان یا رؤسای ادارات و بازرسان بانک مرکزی ایران مگر با رعایت آیین‌نامه‌ای که در این مورد به تصویب شورای پول و اعتبار خواهد رسید

۶- انتشار اوراق دیداری در وجه حامل.»

^۶ به موجب ماده ۶۷ قانون بانک مرکزی مصوب ۱۴۰۲ ماده ۳۴ همچنان به اعتبار خود باقی است.

باید توازنی میان بازار پول و سرمایه برقرار گردد در غیر این صورت این امر باعث اختلال بازار ۷ و سوء استفاده از این قدرت مالی و زبان‌های دیگر برای جامعه است.

در واقع به اعتقاد برخی صاحب‌نظران، قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲، رسالت و تخصص اصلی بانکداری را فراموش کرده و با حذف اعتبار و وام، بانک‌ها را درگیر با انواع قراردادهایی کرده است که علی‌الاصول بانک‌ها از ورود در آن‌ها ممنوع دانسته شده‌اند.^۸

۲-۱-۳- افول تئوری بانکداری جامع: در سیر تحول و تکامل صنعت بانکداری در اغلب کشورها آزادی قراردادی بانک‌ها از طریق نظم عمومی اقتصادی از جمله مسئله منع بنگاهداری بانک‌ها محدود می‌گردد. به عنوان مثال در سوئد قانونگذار در برهه‌ای اجازه تملک سهام شرکت‌ها را به بانک‌ها داد لیکن این روند منجر به بروز بحران مالی شد همچنین بانکداری یونیورسال یا جامع و فراگیر، در بسیاری از کشورها این آزادی قراردادی خرید و فروش سهام را به بانک‌ها می‌داد، لیکن به مرور و همپای تکامل صنعت بانکداری مدرن و با تجربه بحران‌های مالی متعدد، اغلب نظام‌های حقوقی به منع کامل یا محدودیت و ضابطه‌مند کردن این موضوع همت گماشتند.^۹

۴-۱-۲- تفکیک مفهوم بانکداری سرمایه‌گذاری از بانکداری تجاری: در نیمه نخست قرن ۲۰ و بعد از رکود بزرگ، بسیاری از کشورها، مقررات جدیدی را برای بازارهای مالی وضع نمودند، مقررات جدید بانک‌ها را از بنگاهداری منع نمود و اجازه نداد سهام شرکت‌های تجاری و صنعتی را در اختیار داشته باشند. در آمریکا، شرکت سپرده بیمه فدرال ۱۰ ایجاد شد تا شرکت‌های بیمه را نظام‌مند کند و کمیسیون بورس و اوراق بهادار ۱۱ برای نظارت بر بازار سرمایه ایجاد شد. سایر کشورها از جمله فرانسه، کانادا و ایتالیا نیز «بانکداری تجاری» را از «بانکداری سرمایه‌گذاری»^{۱۲}، تفکیک کردند و کنترل‌هایی بر سپرده‌ها و وام‌های بانک‌های تجاری وضع نمودند. در مقابل آلمان و ژاپن همچنان تا قبل از جنگ جهانی دوم بانکداری فراگیر یا جامع را ممنوع نکردند، هرچند آلمان نیز کنترل‌هایی بر مبادلات بانکی وضع نمود، لیکن به دلیل ضعف شرکت‌های تولیدی و صنعتی آسیب‌دیده از جنگ جهانی، ورود بانک‌ها به عنوان سهامدار این شرکت‌ها و تامین مالی و تزریق نقدینگی به آن‌ها از این طریق را در کوتاه مدت برای سرپا کردن مجدد این شرکت‌ها ضروری انگاشت^{۱۳} لیکن بحران‌های مالی اغلب کشورها را به لزوم مهار بنگاهداری بانکها و مرزبندی بین بازار پول و بازار سرمایه سوق داد.^{۱۴}

۵-۱-۲- ضرورت وجود مرزبندی میان بازار پول و سرمایه: یکی دیگر از ایراداتی که برخی نویسندگان حقوقی بر قرارداد مشارکت حقوقی از منظر حقوق عمومی اقتصادی وارد نموده‌اند تداخل فعالیت بانک از طریق این قرارداد در کارکردهای بازار سرمایه است: «عقد مشارکت بدین شکل نمی‌تواند اعطای تسهیلات به مفهوم اولیه خود محسوب شود و باید آن را در زمره سرمایه‌گذاری‌های بانک به شمار آورد. اینکه مشارکت حقوقی به معنای اعطای تسهیلات

⁷Market failure

⁸ سیدمحمود کاشانی، «بررسی حقوقی قراردادهای مربوط به تسهیلات اعطایی بانکی قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب شهریور ۱۳۶۲»، مجموعه مقالات نهمین همایش بانکداری اسلامی، پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی (۱۳۷۷):

⁹ Anders Ögren, "The Causes and Consequences of Banking Regulation: The Case of Sweden, Past, Present and Policy", 4th International Conference The Sub-prime Crisis and how it Changed the Past (2016): 8-13

¹⁰ Federal Deposit Insurance Corporation

¹¹ Securities and Exchange Commis

¹² Investment banking

¹⁴ Jacint Jordana, David Levi-Faur, reviewed by S. Sundar, "The Politics of Regulation: Institution and Regulatory Reforms for the Age of Governance", book review, International Journal of Regulation and Governance, Vol. 4(2) (2004): 187

محسوب گردد به نوعی تداخل بازار پول و بازار سرمایه را نشان می دهد. در بازار سرمایه است که سهامداران شرکت، سرمایه خود را از طریق عرضه سهام به عموم و پذیره نویسی جذب می نمایند و بانک هم می تواند یکی از پذیره نویسان باشد. اما در بازار پول این بانک است که با اعطای مقداری وجه نقد به شرکت کمک می نماید تا فعالیت خود را گسترش و سامان بخشد. در این حالت بانک شریک سایر سهامداران شرکت نمی شود و فقط اقدام به اعطای تسهیلات کرده است، اما در حالت مشارکت حقوقی به مفهوم پیش بینی شده در آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک سهامدار محسوب و در کنار سایر سهامداران شریک در سود و زیان است. « ۱۵

۲-۲- سیر تقنین

در نظام حقوقی ایران نیز مبتنی بر مبانی فوق، قوانین و مقررات متعددی برای منع بنگاهداری بانکها تدوین گردید. ۲-۲-۱- در راستای ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ و بالاخص موضوع بند ۳ این ماده که با مشارکت حقوقی و خرید سهام شرکتها توسط بانکها ارتباط دارد در تاریخ ۱۳۵۲/۴/۶ «آیین نامه خرید اوراق بهادار و سهام و مشارکت بانکها» به تصویب رسید.

۲-۲-۲- در تاریخ ۱۳۶۱/۱۲/۲۱ بخشنامه شماره ۳۶۶۲ شورای عالی بانکها در رابطه با دستوالعمل موقت حسابداری مشارکت حقوقی به تصویب رسید و پس از تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۲ در مجلس شورای اسلامی، ابتدا دستورالعمل اجرایی مشارکت حقوقی در تاریخ ۱۳۶۳/۱/۱۹ به تصویب رسید و سپس مصوبه پانصد و سی امین جلسه شورای پول و اعتبار در تاریخ ۱۳۶۳/۳/۳۰ در خصوص حدود قانونی اعطای تسهیلات در رابطه با عقد مشارکت حقوقی و سرمایه گذاری مستقیم به تصویب رسید و حداکثر تا ۲ درصد کل سپرده های بخش خصوصی در پایان سال قبل، ملاک عمل واقع شد.

۲-۲-۳- همچنین در ماده ۶ مقررات «تاسیس و نحوه فعالیت موسسات اعتباری غیربانکی» مصوب ۱۳۷۱/۴/۱۳ و بند ۴ الحاقیه به نکات لازم الرعایه در اساسنامه بانکهای غیردولتی مصوب ۱۳۸۰/۲/۳۰ سقفهایی برای تملک سهام برخی شرکت های سهامی توسط بانکها مصوب گردید.

۲-۲-۴- در سال ۱۳۸۱ به موجب صورت جلسه مجمع عمومی بانکها به عنوان یکی از ارکان تصمیم گیرنده برای نظام بانکی (پیش از خصوصی سازی) استفاده از قرارداد مشارکت حقوقی ممنوع و منوط به مجوز خاص بانک مرکزی گردد. ۱۶ می توان به این موارد اشاره نمود: ۱- بانک سهام شرکتها را خریداری می نمود و در آنها مالک می گردید در حالی که این امر مغایر با یکی از اصول اولیه بانکداری مستند به ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۳ است ۲- بانک به جای واسطه گری مالی در مدیریت شرکت تسهیلات گیرنده وارد می شود که این امر نیز خارج از موضوع فعالیت تجاری بانکهاست ۳- در صورتی که بانک دولتی تسهیلات مشارکت حقوقی را اعطا کند و سهام شرکتی خصوصی را خریداری نماید این امر موجب دولتی شدن آن شرکت خصوصی می تواند شود و این امر با اهداف اقتصادی کوچک سازی دولت و خصوصی سازی (که در قوانین برنامه توسعه شروع به مطرح شدن کرده بود) مغایر است. ۴- بسیاری از بنگاه های کوچک اقتصادی متقاضی وام، در قالب شرکت سهامی نیستند فلذا امکان استفاده از تسهیلات بانکی برای بسیاری از متقاضیان نیازمند تسهیلات در چارچوب مشارکت حقوقی نیست.

۲-۲-۵- در تاریخ ۱۳۸۲/۱۰/۱۸ بخشنامه شماره ۱۷۹۹ در پیوست ۳ خود به قرارداد مشارکت حقوقی پرداخت و همچنین در مصوبه ۱۰۱۳ شورای پول و اعتبار مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۲۷ در بند ۴-۲ تصریح شد که سرمایه گذاری در سایر بانکها و موسسات اعتباری با صلاح دید بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران امکان پذیر است و در واقع عملا

^{۱۵} محمد سلطانی، حقوق بانکی، (تهران: نشر میزان، چاپ دوم ۱۳۹۳): ۱۸۱

^{۱۶} صورت جلسه مجمع عمومی بانکها مصوب ۱۳۸۱/۶/۱۲

استفاده از عقد مشارکت حقوقی جز در مواردی که بانک مرکزی تجویز نماید، دیگر امکان پذیر نبود.

۲-۲-۶- تا اینکه در تاریخ ۱۳۸۶/۱/۱۸ دستورالعمل سرمایه گذاری موسسات اعتباری در جلسه ۱۰۸۱ شورای پول و اعتبار به تصویب رسید و به موجب آن کلیه مقررات قبلی صراحتاً منسوخ اعلام شد. لذا مبنای عمل به بند ۳ ماده ۳۴ قانون پولی بانکی و سقف مجاز در اجرای عقد مشارکت حقوقی، دستورالعمل سال ۱۳۸۶ گردید.

۲-۲-۷- در سال ۱۳۹۴ «قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور» به تصویب رسید و در ماده ۱۶ این قانون ۱۷ مقرر گردید که کلیه بانک‌ها و موسسات اعتباری بایستی ظرف مدت سه سال سهام تحت تملک خود و شرکت‌های تابعه خود را در بنگاه‌هایی که فعالیت‌های غیر بانکی انجام می‌دهند واگذار نمایند و تشخیص فعالیت غیر بانکی بر عهده بانک مرکزی گذاشته شد.

۲-۲-۸- در تاریخ ۱۳۹۶/۲/۱۲ نیز شورای پول و اعتبار «دستورالعمل سرمایه گذاری در اوراق بهادار» را جایگزین مقرر سال ۱۳۸۶ نمود. در مقدمه ابلاغیه این دستورالعمل اذعان به منع بنگاهداری بانک‌ها صریح‌تر از همیشه توسط بانک مرکزی بیان می‌گردد:

«همانطور که مستحضرید کنترل گستره سرمایه‌گذاری موسسات اعتباری در شرکت‌ها و تمرکز فعالیت آن‌ها بر واسطه‌گری وجوه به عنوان شالوده و اساس عملیات بانکی، از اهمیت بسیاری برخوردار است. ... لزوم محدود شدن ریسک ناشی از سرمایه‌گذاری موسسات اعتباری و همچنین پیشگیری از ورود موسسات یادشده به عرصه بنگاهداری و ایضا ضابطه‌مند نمودن سرمایه‌گذاری موسسات اعتباری...»

در دستورالعمل سال ۱۳۹۶ تصریح می‌شود که این دستورالعمل در راستای اعمال بند ۳ ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی کشور است و همچنین تصریح می‌شود که در راستای مواد ۲۳ تا ۲۷ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا که مربوط به قرارداد مشارکت حقوقی است، این دستورالعمل وضع شده است و تصریح می‌شود که «به منظور کنترل گستره بنگاهداری موسسات اعتباری و هدایت آن‌ها به ایفای نقش واسطه‌گری وجوه به عنوان کارکرد اصلی آن موسسات» این دستورالعمل وضع شده است.

لذا ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار در دهه ۱۳۹۰ از مواضع دهه ۱۳۶۰ خود تا اندازه‌ای عدول کرده و به رویکردهای قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ بازگشت نموده است و هرچه بیشتر تلاش نموده است برای برقراری نظم

۱۷ ماده ۱۶- کلیه بانک‌ها و مؤسسات اعتباری موظفند از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون تا مدت سه سال:

الف - سالانه حداقل سی و سه درصد (۳۳٪) اموال خود اعم از منقول، غیرمنقول و سرقفلی را که به تملک آنها و شرکت‌های تابعه آنها درآمده است و به تشخیص شورای پول و اعتبار و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مازاد می‌باشد، واگذار کنند. منظور از شرکت‌های تابعه مذکور، شرکت‌هایی هستند که بانک‌ها و مؤسسات اعتباری به صورت مستقیم یا غیرمستقیم مالک بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) سهام آن باشند یا اکثریت اعضای هیأت مدیره آن را تعیین کنند.

ب - سهام تحت تملک خود و شرکت‌های تابعه خود را در بنگاه‌هایی که فعالیت‌های غیربانکی انجام می‌دهند، به استثنای طرح‌های نیمه تمام شرکت‌های تابعه واگذار کنند. تشخیص «غیربانکی» بودن فعالیت بنگاه‌هایی که بانک‌ها، مؤسسات اعتباری و شرکت‌های تابعه، سهامدار آنها هستند، برعهده بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران است.

تبصره ۱ - معادل صد درصد (۱۰۰٪) مابه‌التفاوت حاصل از فروش اموال و دارایی‌های مازاد بانک‌های دولتی نسبت به مبلغ قیمت دفتری و هزینه‌های فروش پس از کسر سهم سود قطعی سپرده‌گذاران، به خزانه داری کل کشور واریز و جهت افزایش سرمایه همان بانک تخصیص داده می‌شود. وجوه حاصل از این تبصره از پرداخت مالیات و سود سهم دولت معاف است.

تبصره ۲ - با رعایت سیاست‌های کلی و قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷/۳/۲۵ و اصلاحات بعدی آن، وجوه حاصل از واگذاری باقیمانده سهام دولت در بانک‌ها و بیمه‌های مشمول واگذاری مطابق با دستورالعملی که به تصویب وزارت امور اقتصادی و دارایی، سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران می‌رسد، در قالب بودجه‌های سنواتی به افزایش سرمایه بانک‌های دولتی اختصاص می‌یابد.

تبصره ۳ - در اجرای این ماده وزارت امور اقتصادی و دارایی موظف است ظرف مدت سه سال مطابق دستورالعملی که به تصویب مجمع عمومی بانک‌ها می‌رسد، نسبت به بازسازی ساختار مالی و استقرار حاکمیت شرکت در بانک‌های دولتی اقدام کند.

بازار، کارکرد عقد مشارکت حقوقی توسط بانک‌ها را محدود نماید. در ماده ۲ این دستورالعمل بیان می‌گردد: «مؤسسه اعتباری و شرکت‌های تابعه آن در چارچوب مفاد این دستورالعمل، مجاز به مشارکت حقوقی در تأسیس شرکت‌های جدید و خرید سهام شرکت‌های موجود هستند که صرفاً فعالیت بانکی انجام می‌دهند.» بنابراین اساساً امکان استفاده از مشارکت حقوقی برای مشتریان عادی بانک که فعالیت غیربانکی می‌کنند منتفی شده و گستره شمول عقد مشارکت حقوقی بسیار مضیق شده است

۲-۲-۹- به نحوی که در ماده ۳ نیز بر تکلیف مندرج در ماده ۱۶ قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقا نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴ تأکید می‌شود و بانک‌ها مکلف به واگذاری سهام شرکت‌های غیربانکی می‌گردند. در ماده ۴ نیز مجدداً تأکید می‌نماید: «مؤسسه اعتباری صرفاً مجاز به مشارکت حقوقی در شرکت‌های سهامی موضوع ماده ۲ می‌باشد.» و حتی در مواد ۷ و ۸ و ۹ دستورالعمل مشارکت حقوقی در شرکت‌هایی که فعالیت بانکی می‌نمایند نیز محدود به سقف‌هایی می‌گردد: «ماده ۷- مجموع سرمایه‌گذاری‌های مؤسسه اعتباری نباید از ۲۰ درصد سرمایه پایه مؤسسه اعتباری تجاوز نماید. ماده ۸- سرمایه‌گذاری مؤسسه اعتباری در هر شخص حقوقی حداکثر ۵ درصد سرمایه پایه مؤسسه اعتباری می‌باشد. ماده ۹- مؤسسه اعتباری مجاز نیست در هیچ زمان بیش از یک درصد سهام مؤسسه اعتباری دیگر را به طور مستقیم و یا غیرمستقیم تا دو سطح دارا باشد.»

۲-۲-۱۰- قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴۰۲: در فصل چهارم این قانون تحت عنوان «گسترش اشراف اطلاعاتی و توسعه وظایف و اختیارات نظارتی» در ماده ۲۰ احکامی مشابه ماده ۳۴ قانون پولی بانکی ۱۳۵۱ در خصوص بنگاهداری بانک‌ها ملاحظه می‌شود، ۱۸ یعنی در قسمت الف ماده ۲۰ بند شماره ۱۸ بانک‌ها

۱۸ ماده ۲۰-

الف - کلیه مؤسسات اعتباری موظفند سامانه‌های عملیاتی خود را مطابق الگوی ابلاغی بانک مرکزی به گونه‌ای تنظیم کنند که هرگونه تغییر در موارد زیر بلافاصله و به صورت برخط برای بانک مرکزی و کلیه اعضای هیأت‌مدیره، هیأت‌عامل و مدیران ذی‌ربط مؤسسه اعتباری قابل مشاهده باشد:

۱- مانده سپرده ها، به تفکیک انواع سپرده

۲- مانده تسهیلات اعطائی، به تفکیک انواع تسهیلات

۳- مانده کل تعهدات پذیرفته‌شده به نفع اشخاص به تفکیک نوع تعهدات

۴- مانده تسهیلات و تعهدات کلان، به تفکیک جاری، سررسیدگذشته، معوق، مشکوک-الوصول و امهال شده

۵ - مانده تسهیلات اعطائی و تعهدات پذیرفته‌شده به نفع «اشخاص مرتبط» به تفکیک جاری، سررسیدگذشته، معوق، مشکوک-الوصول و امهال شده

۶ - صورت تفصیلی تسهیلات و تعهدات مربوط به مصادیق اشخاص مذکور در اجزای (۴) و (۵) این بند به همراه نرخ سود و وثایق دریافتی در هر مورد، به تفکیک جاری، سررسیدگذشته، معوق، مشکوک الوصول و امهال شده

۷- مانده تسهیلات اعطائی به دولت، شرکتهای دولتی و سایر دستگاههای اجرائی موضوع ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری به تفکیک جاری، سررسیدگذشته، معوق، مشکوک-الوصول و امهال شده

۸ - جمع مطالبات غیرجاری به تفکیک سررسیدگذشته، معوق، مشکوک الوصول و نسبت مطالبات غیرجاری به کل مطالبات مؤسسه اعتباری

۹- میزان تسهیلات غیرجاری امهال شده

۱۰- مانده بدهی به بانک مرکزی به تفکیک سرفصل-های مربوط

۱۱- مانده مطالبات از بانک مرکزی به تفکیک سرفصل-های مربوط

۱۲- مانده بدهی به سایر مؤسسات اعتباری، به صورت سرجمع و تفکیک شده

۱۳- مانده مطالبات از سایر مؤسسات اعتباری، به صورت سرجمع و تفکیک شده

۱۴- میانگین و بالاترین نرخ سود پرداخت شده به سپرده گذاران در یک سال گذشته

۱۵- میانگین و بالاترین نرخ سود تسهیلات اعطا-شده در یک سال گذشته

۱۶- نسبت کفایت سرمایه مؤسسه اعتباری

۱۷- نسبت‌های نقدینگی مؤسسه اعتباری به تفکیک انواع

۱۸- میزان سهام مؤسسه اعتباری در بنگاه‌های اقتصادی به تفکیک

۱۹- ذخائر عمومی و اختصاصی مطالبات مشکوک الوصول به-تفکیک انواع و تغییرات آنها

۲۰- دارایی، بدهی و تعهدات ارزی مؤسسه اعتباری و تغییرات آن

۲۱- فهرست دارایی-های مؤسسه اعتباری (غیر از تسهیلات)

۲۲- مانده اوراق مالی اسلامی به تفکیک دولتی و غیر-دولتی

تبصره - دستورالعمل سایر شاخصهای احتیاطی و نظارتی توسط بانک مرکزی تهیه و به-تصویب هیأت-عالی می-رسد.

ب - نحوه محاسبه و حدود مجاز هر یک از موارد فوق توسط هیأت-عالی تعیین می-شود. بانک مرکزی موظف است ظرف شش-ماه، دستورالعمل نحوه محاسبه و حدود مجاز شورای موضوع این ماده را که به-تصویب هیأت-عالی رسیده است، به مؤسسات اعتباری ابلاغ کند.

پ - مؤسسات اعتباری موظفند با اعمال قواعد و فرایندهای موردنظر بانک مرکزی در سامانه-های داخلی خود و با استفاده از سامانه-های حاکمیتی بانک مرکزی، از عدم انجام موارد زیر اطمینان حاصل کنند:

۱- پرداخت تسهیلات کلان یا پذیرش تعهدات کلان بدون رعایت حدود و دستورالعمل-های مربوط

۲- پرداخت تسهیلات یا پذیرش تعهدات به نفع «اشخاص مرتبط» با مؤسسه اعتباری، بدون رعایت حدود و دستورالعمل-های مربوط

۳- پرداخت تسهیلات یا پذیرش تعهدات به اتکای منابع غیرواقعی و ناپایدار به تشخیص بانک مرکزی که موجب کمبود نقدینگی و نیاز مؤسسه اعتباری به استفاده از منابع بانک مرکزی، خارج از حدود مجاز مذکور در ماده (۴۵) این قانون شود.

۴- تملک انواع دارایی حقیقی شامل املاک و مستغلات و دارایی مالی شامل سهام و سایر اوراق بهادار فراتر از حدود مصوب هیأت-عالی
ت - اعضای هیأت-مدیره، هیأت-عامل، مدیران، کارکنان و سهامداران مؤثر مؤسسه اعتباری و سایر اشخاص حقیقی یا حقوقی که در کتمان، بیش از حد اظهار یا کم اظهار ارقام اطلاعاتی موضوع این ماده دخیل بوده اند، به تمام یا برخی از مجازات های درجه چهار موضوع ماده (۱۹) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱/۲/۱۳۹۲ محکوم می شوند.

ث - در صورت مطالبه بانک مرکزی، مؤسسات اعتباری موظفند ریز-داده-های لازم برای محاسبه نسبت‌های موضوع این ماده را در چهارچوبی که بانک مرکزی تعیین می-کند، در اختیار آن بانک قرار-دهند.

ج - شرکتهای ارائه-دهنده خدمات فناوری-اطلاعات و مدیران سامانه-های عملیاتی مؤسسات اعتباری موظفند قواعد محاسبه شاخصهای احتیاطی موضوع این ماده و سایر موارد اعلامی بانک مرکزی را در سامانه-های عملیاتی مؤسسات اعتباری اعمال کنند. مدیران شرکتهای

مکلف می‌شوند «میزان سهام موسسه اعتباری در بنگاه‌های اقتصادی به تفکیک» به بانک مرکزی گزارش دهند. همچنین در قسمت ب ماده ۲۰ این قانون مقرر شده است که حدود مجاز تملک بانک‌ها به موجب دستورالعملی ظرف ۶ ماه به تصویب هیئت‌عالی خواهد رسید. در بند ۴ قسمت پ ماده ۲۰ این قانون، یکی از مواردی که موسسه اعتباری از عدم انجام آن باید اطمینان حاصل نماید «تملك انواع دارایی حقیقی شامل املاک و مستغلات و دارایی مالی شامل سهام و سایر اوراق بهادار فراتر از حدود مصوب هیأت‌عالی» است. لذا ملاحظه می‌شود که رویکرد قانون بانک مرکزی مشابه رویکرد قانون پولی و بانکی است. از طرفی همان‌طور که اشاره شد با توجه به ماده ۶۷ قانون مذکور ماده ۳۴ قانون پولی بانکی همچنان معتبر و غیرمنسوخ به نظر می‌رسد.

۲-۲-۱۱- قانون برنامه هفتم پیشرفت مصوب ۱۴۰۳: ماده ۸ این قانون آخرین ظهور آراده قانون گذار برای تحدید بنگاهداری بانک هاست که در ادامه به تفصیل به آن خواهیم پرداخت.

از جمع بندی مقررات و قوانین فوق می‌توان به این نتیجه رسید که از آغاز پیروزی انقلاب اسلامی تا سال ۱۳۹۴ رفته رفته قانون گذار به تعریف مضیق تری از امکان بنگاهداری بانک‌ها و خرید سهام شرکت‌ها توسط بانک‌ها رسید. اگرچه پیش از انقلاب در ماده ۳۴ قانون پولی بانکی تملک سهام توسط بانک‌ها مطلقاً ممنوع نشده بود لیکن برای حفظ ذات فعالیت بانکی در بازار کالا و املاک منع بنگاهداری شرط شده و برای تملک سهام به بانک مرکزی اجازه داده شده بود که سقف‌هایی را تعیین نماید که مصوبه ۱۳۵۲ نیز این سقف‌ها را مقرر نموده بود.

پس از انقلاب اسلامی و تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا و ایجاد عقد مشارکت حقوقی که البته نه در متن قانون بلکه در آیین‌نامه آن ظهور نمود به نظر رسید که قانون گذار در قانون عملیات بانکی بدون ربا گستره فعالیت بانک‌ها را به تمام اقتصاد کشور و تمام بازار مالی ولو بازار سرمایه گسترش داده است و چندان تمایزی بین بازار واقعی کالاها و سایر بخش‌های بازار مالی با بازار پول قائل نیست، و در اندیشه بانکداری اسلامی تفکیک بازار پول و سرمایه نه تنها مورد تأکید نبود که اساساً این دو بازار در عقود قانون عملیات بانکی بدون ربا درهم خلط شدند. لیکن به مرور و با اجرای عقد مشارکت حقوقی مشکلات آن نمایان شد و در مقررات دهه ۸۰، بانک مرکزی به سمت محدود نمودن کارکرد عقد مشارکت حقوقی روی آورد. این روند ادامه داشت تا جایی که اقتصاددانان کشور به فلسفه وضعی ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی مجدداً رجعت نمودند و به دنبال احیای اصل منع بنگاهداری بانک‌ها برآمدند و در سال ۱۳۹۴ در قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور بانک‌ها را مکلف نمودند تا سهام شرکت‌هایی که فعالیت غیربانکی می‌نمایند، واگذار نمایند و از دخالت در سایر بازارهای کشور از جمله «بازار واقعی» و «بازار سرمایه» خودداری نمایند، چراکه به دنبال فرابند خصوصی‌سازی و ایجاد بانک‌ها و موسسات اعتباری خصوصی متعدد در کشور عملاً تمام اقتصاد ایران تحت تأثیر بانک‌ها قرار گرفته بود.

۳- چارچوب قانون برنامه هفتم پیشرفت در حوزه منع بنگاهداری بانک‌ها

علی‌رغم وجود تمامی قوانین و مقررات پیش گفته به جهت منافع کلانی که بنگاهداری بانک‌ها برای موسسات اعتباری دارد، در اجرا چندان توفیقی حاصل نشد به همین جهت برای رفع مشکلات اجرایی این هدف، مجدداً در بند

ارائه‌دهنده خدمات فناوری- اطلاعات به مؤسسات اعتباری و مدیران سامانه‌های عملیاتی آنها که از اجرای حکم موضوع این بند و سایر الزامات نظارتی بانک مرکزی تخلف کنند، به مجازات‌های درجه چهار موضوع ماده (۱۹) قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شوند.

چ - بانک مرکزی موظف است با استفاده از اطلاعاتی که به‌موجب این ماده دریافت می‌کند و سایر اطلاعات دریافتی از مؤسسات اعتباری، مانده تسهیلات و تعهدات کلان هر «ذی‌نفع واحد» و مانده تسهیلات و تعهدات «اشخاص مرتبط» با هریک از مؤسسات اعتباری را به تفکیک اشخاص، به همراه نرخ سود، مدت بازپرداخت، دوره تنفس، وضعیت بازپرداخت (جاری، سررسید گذشته، معوق یا مشکوک‌الوصول) و نوع و میزان وثیقه دریافت‌شده، از طریق پایگاه اطلاع‌رسانی خود در دسترس عموم قرار داده و به روزرسانی نماید. تعریف و شرایط ذی‌نفع واحد همان است که در تبصره (۱) ماده (۵) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی برای مالک واحد عنوان شده‌است

ب ماده ۸ «قانون برنامه هفتم پیشرفت» مصوب ۱۴۰۳/۴/۱۸ مجلس شورای اسلامی، احکام متعددی در خصوص روش اجرایی مقابله با بنگاه‌داری بانک‌ها پیش‌بینی شده است، در این مقرر آمده است: «ب - به-منظور شفافیت فعالیت مؤسسات اعتباری، اصلاح ترازنامه آنها و گسترش اشراف اطلاعاتی بانک مرکزی بر شبکه بانکی کشور:

۱- بانک مرکزی مکلف است ظرف یک-ماه از لازم-الاجرا شدن این قانون، «سامانه املاک و مستغلات شبکه بانکی» و «سامانه سهامداری شبکه بانکی» را راه-اندازی نموده، دستورالعمل اجرایی مربوط را به تصویب هیأت عالی بانک مرکزی برساند و دسترسی به سامانه-های مزبور را برای کلیه مؤسسات اعتباری فراهم کند. مؤسسات اعتباری مکلفند اطلاعات مرتبط با املاک و مستغلات تحت تملک خود یا املاک و مستغلاتی که مدعی مالکیت بر آنها هستند را به-ترتیبی که بانک مرکزی اعلام می-کند، در «سامانه- املاک و مستغلات شبکه بانکی» درج کنند. همچنین مؤسسات اعتباری مکلفند اطلاعات مرتبط با سهام یا سهم-الشرکه خود در شرکتها اعم از شرکتهای بورسی و غیربورسی و اطلاعات مرتبط با سایر سهامداران، املاک، مستغلات، سهام و سایر دارایی-های متعلق به شرکتهای مزبور را به-ترتیبی که بانک مرکزی اعلام می-کند در «سامانه- سهامداری شبکه بانکی» درج کنند. بانک مرکزی مکلف است سامانه-های مذکور را به-ترتیبی آماده کند که کلیه اطلاعات مورد نیاز در رابطه با املاک، مستغلات و سهام متعلق به مؤسسات اعتباری دولتی و غیردولتی اعم از اینکه مستقیماً در مالکیت مؤسسه اعتباری بوده یا با واسطه شرکتهایی که مؤسسه اعتباری، مالک تمام یا بخشی از سهام آنهاست، به-صورت کلی یا جزئی متعلق به مؤسسه اعتباری باشد، در سامانه-های مزبور ثبت شود. مسؤلیت درج دقیق اطلاعات خواسته-شده و به-روزرسانی آن برعهده هیأت عامل مؤسسه اعتباری است. هیأت مدیره مؤسسه اعتباری در مورد درج صحیح و دقیق اطلاعات خواسته-شده با هیأت عامل مسؤلیت تضامنی دارد. کتمان عامدانه دارایی-هایی که بی-واسطه یا با-واسطه متعلق به بانک یا مؤسسه اعتباری غیربانکی است یا ثبت اطلاعات غلط به قصد پنهان کردن ویژگی های دارایی های مزبور، تخلف محسوب شده، مؤسسه اعتباری متخلف مشمول مجازات های جزء (۲) به بعد بند «ب» ماده (۲۳) قانون بانک مرکزی بوده و مدیران یا کارکنان متخلف توسط هیأت انتظامی بانک مرکزی به انفصال تا سه سال از خدمت در دولت و شبکه بانکی محکوم می شوند. مهلت ثبت اطلاعات مربوط به املاک، مستغلات و سهام مؤسسات اعتباری در سامانه-های موضوع این جزء، شش-ماه پس از ابلاغ دستورالعمل بانک مرکزی در این زمینه است. پس از انقضای مهلت فوق چنانچه دارایی ای متعلق به مؤسسات اعتباری کشف شود که در سامانه های موضوع این جزء ثبت نشده باشد، به-موجب این قانون به شرکت مدیریت دارایی-های شبکه بانکی موضوع بند «پ» این ماده منتقل می شود و هرگونه نقل و انتقال یا توثیق آنها توسط مؤسسات اعتباری فاقد اعتبار و بلااثر است. املاک، مستغلات و سهامی که پس از انقضای مهلت یادشده به تملک مؤسسات اعتباری در -می-آید، از حیث-الزام به ثبت و آثار حقوقی ناشی از عدم ثبت آنها در سامانه های فوق، مشمول حکم این جزء خواهد بود.

۲- احکام زیر در رابطه با املاک، مستغلات و سهام در اختیار مؤسسات اعتباری لازم-الرعایه است: ۱- ۲- مؤسسات اعتباری مکلفند آن بخش از املاک، مستغلات و سهام در اختیار خود را که نگهداری آنها لازمه انجام حرفه بانکداری بوده و منع قانونی ندارد با ذکر دلیل در سامانه-های موضوع جزء (۱) این بند مشخص نمایند. دستورالعمل نحوه تعیین املاک، مستغلات و سهام مشمول این جزء، در چهارچوب قوانین به تصویب هیأت عالی بانک مرکزی می رسد. ۲-۲- سایر دارایی-های ثبت-شده در «سامانه املاک و مستغلات شبکه بانکی» و «سامانه سهامداری شبکه بانکی» غیر از دارایی-های موضوع جزء (۱- ۲)، دارایی مازاد محسوب می شود. مؤسسات اعتباری مکلف به واگذاری دارایی-های مازاد خود حداکثر تا پایان سال دوم برنامه می-باشند. این مهلت، برای مؤسسات اعتباری که نسبت کفایت سرمایه آنها مساوی یا بزرگ تر از حد مذکور در جدول ماده (۷) این قانون است، سه سال می باشد. ۳- ۲- مسؤلیت تشخیص املاک، مستغلات و سهام غیرمازاد مؤسسات اعتباری و تأیید مازاد نبودن آنها در سامانه-های

ماه از تصویب این قانون، سامانه‌ای تحت عنوان، «سامانه سهامداری شبکه بانکی» ایجاد نماید تا کلیه بانک‌ها و موسسات اعتباری، اطلاعات مربوط به سهام تحت تملک خود را در آن بارگزاری نمایند و در واقع یک بانک اطلاعاتی جامع و شفاف ایجاد گردد تا امکان رصد و نظارت بانک مرکزی بر مقوله بنگاه داری بانک‌ها فراهم گردد

۳-۲- وضع مهلت: در این قانون بانک‌ها مکلف شده‌اند تا ظرف ۶ ماه از تاریخ ایجاد سامانه مذکور اطلاعات کلیه سهام تحت تملک خود یا شرکت‌های زیرمجموعه خود را بارگزاری نمایند.

۳-۳- ضرورت گزارش‌دهی بنگاه‌داری غیرمستقیم: در بند ب ماده ۸ قانون برنامه هفتم تأکید می‌گردد که این تملک سهام توسط بانک‌ها و موسسات اعتباری ممکن است به صورت مستقیم یا غیر مستقیم باشد و می‌تواند به صورت جزئی یا قهری تملک صورت پذیرد و لذا تمامی این شقوق مشمول الزام به گزارش‌دهی به بانک مرکزی می‌باشند و چنانچه بانکی از طریق شرکت‌های زیرمجموعه خود اقدام به تملک سهام سایر شرکت‌ها نموده است این موارد نیز مشمول قاعده منع بنگاه‌داری و الزام به گزارش‌دهی و درج اطلاعات آن در سامانه هستند

۳-۴- وضع ضمانت اجرا: همچنین در این ماده برای ترک فعل بانک‌ها از تکلیف فوق ضمانت‌اجراهای متعدد پیش‌بینی شده است: اولاً با ارجاع به ماده ۲۲ قانون بانک مرکزی مصوب ۱۴۰۲ انفصال از خدمت تا ۳ سال پیش‌بینی شده است. ثانیاً حکم بر بی اعتباری و نوعی بطلان توثیق و انتقالات این سهام در نظر گرفته شده است. ثالثاً شمولیت مالیات مندرج در بند ب و پ و ماده ۱۷ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴ نیز پیش‌بینی شده است. رابعاً امکان انتقال مالکیت این سهام به «شرکت مدیریت دارایی‌های شبکه بانکی» تحت مدیریت و تملک صندوق ضمانت سپرده‌های بانک مرکزی پیش‌بینی شده است.

۳-۵- امکان تملک سهام شرکت‌های موضوع بنگاه‌داری توسط بانک مرکزی: در واقع قانون برنامه هفتم در کنار ایجاد یک سامانه و وضع تکلیف گزارش‌دهی بانک‌ها و برقراری ضمانت اجرای عدم گزارش‌دهی مذکور، یک نهاد جدید ایجاد نموده است و آن «شرکت مدیریت دارایی‌های شبکه بانکی» است. البته در این ماده مشخص نشده است تملکی که در اثر استنکاف بانک‌ها از گزارش‌دهی صورت پذیرفته است تملک بلاعوض است و در واقع نوعی مجازات است با تملک معوض است و حکم قانون صرفاً جایگزین‌آراده انتقال‌دهنده سهام شده است.

۳-۶- وضع تکلیف اولیه: تکلیف اولاً و بالذات این قانون برای بانک‌ها این است که علاوه بر گزارش‌دهی به بانک مرکزی از طریق سامانه مذکور سهام بنگاه‌های که فعالیت آن‌ها ملازمه‌ای با حرفه بانکداری ندارد را ظرف مهلت مقرر یعنی تا پایان سال دوم قانون برنامه هفتم واگذار نمایند.

۳-۷- وضع تکلیف ثانوی نسبت «دارایی‌های مازاد»: در واقع سهام تحت تملک بانک‌ها و موسسات اعتباری به صورت مستقیم یا غیرمستقیم به دو دسته کلی تقسیم می‌شود: سهام شرکت‌هایی که موضوع فعالیت آن‌ها ملازمه با حرفه بانکداری دارد و سهام شرکت‌هایی که فعالیت آن‌ها ملازمه‌ای با حرفه بانکداری ندارد که این دسته دوم «دارایی‌های مازاد» نام گرفته است و مشمول قاعده منع بنگاه‌داری و تکلیف به فروش آن تا پایان سال دوم قانون برنامه شده‌اند.

۳-۸- وضع مشوق‌ها و طریق شکایت: البته در کنار این تکالیف و مجازات‌ها یک مشوق مالیاتی ۱۹ و یک طریق شکایت ۲۰ نیز برای بانک‌ها پیش‌بینی شده است.

^{۱۹} در صورتی که مؤسسه اعتباری؛ املاک، مستغلات و سهام موضوع جزء (۲-۲) این بند را تا پایان سال سوم برنامه به شرکت مدیریت دارایی‌های شبکه بانکی یا هر شخص دیگر غیر از مؤسسات اعتباری و شرکت‌های تابعه و وابسته به آنها به صورت قطعی واگذار کند، سازمان امور مالیاتی کشور مکلف است اخذ مالیات موضوع بندهای «ب» و «پ» ماده (۱۷) قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور را تعلیق نماید. در صورتی که به هر دلیل، دارایی‌های مزبور مجدداً به مؤسسه اعتباری مورد نظر مسترد شود، سازمان امور مالیاتی کشور مکلف به اخذ مالیات مذکور است

^{۲۰} شرکت مدیریت دارایی‌های شبکه بانکی «ذیل صندوق ضمانت سپرده‌ها و با سرمایه آن صندوق با هدف مولدسازی، بازاریابی و فروش دارایی‌های مازاد بانک‌های ناتراز ناسالم (غیرقابل احیاء) به تشخیص بانک مرکزی حداکثر ظرف شش ماه از لازم‌الاجرا شدن این

۳-۹- مقررات پیش‌نیاز اجرا: برای عملیاتی شدن احکام مندرج در ماده ۸ قانون برنامه هفتم دو مقرر بایستی تدوین گردد یک مقرر توسط هیئت عالی بانک مرکزی در خصوص شیوه اجرایی و نحوه تمیز فعالیت‌هایی که لازمه حرفه بانکی است از غیر آن، دوم هیئت‌وزیران بایستی اساسنامه شرکت مدیریت دارایی‌های بانک مرکزی را که توسط بانک مرکزی و وزارت اقتصاد تهیه شده است به تصویب رساند.

۳-۱۰- وضع قاعده مضاعف در جهت ضرورت تفکیک بازار پول و بازار سرمایه: علاوه بر احکام مندرج در ماده ۸ قانون مذکور برای اجرایی نمودن هرچه بهتر منع بنگاهداری بانک‌ها، در ماده ۹ این قانون نیز برای تفکیک بین بازار پول و بازار سرمایه چنین مقرر شده است: «پ - مشارکت مؤسسات اعتباری و شرکتهای تابعه آنها در تأسیس نهادهای مالی موضوع قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱/۹/۱۳۸۴ بدون اخذ مجوز از بانک مرکزی ممنوع است. مرتکب توسط هیأت انتظامی بانک مرکزی به یکی از مجازات‌های اجزای (۲) به بعد بند «ب» ماده (۲۳) قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران محکوم می‌شود. ت - شرکتهای، مؤسسات و نهادهای مالی تابعه و وابسته به مؤسسات اعتباری به استثنای صندوق‌های سرمایه‌گذاری اختصاصی بازارگردانی، مجاز به خرید یا نگهداری سهام مؤسسه اعتباری متبوع به صورت مستقیم یا غیرمستقیم نمی‌باشند. مدیران شرکتهای، مؤسسات و نهادهای مالی یادشده حسب مورد در صورتی که مشمول مجازات شدیدتری نباشند به یک یا چند مورد از مجازات‌های تعزیری درجه هفت موضوع ماده (۱۹) قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شوند»

لذا ملاحظه می‌شود مقنن و نهاد ناظر و مقررگذار بازار پولی و بانکی کشور بیش از دو دهه است که به طرق مختلف سعی در مهار بنگاهداری بانک‌ها دارد. هرچند در اجرا هنوز چندان موفق نبوده است. قانون برنامه هفتم تلاش نموده است این‌بار با وضع ضمانت‌اجراهای متعدد و سازوکار اجرایی مشخص و مهلت‌های مشخص، شیوه‌های اجرایی اثربخش‌تری را نسبت به قوانین و مقررات سابق وضع نماید تا این ناهنجاری اقتصادی را مرتفع سازد. لیکن به نظر می‌رسد عدم تدوین دستورالعمل اجرایی مربوطه و عدم تأسیس شرکت مدیریت دارایی در مهلت‌های قانونی توسط بانک مرکزی، و عدم تأسیس سامانه سهامداری شبکه بانکی در مهلت مقرر قانونی، همگی می‌تواند معاذیری برای ترک فعل بانک‌ها در مهلت‌های مقرر قانون تلقی گردد. همزمانی تدوین مقررات قانون برنامه هفتم با مقررات متعددی که به موجب قانون بانک مرکزی بر عهده این بانک قرار گرفته است نیز می‌تواند یکی از دلایل تاخیر در اجرای این قانون باشد.

نتیجه‌گیری

ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ بانک‌ها را از ورود به سایر بازارها منع می‌نماید تا بانک به عنوان یک واسطه مالی در بازار پول متمرکز بماند و در سایر بخش‌های اقتصاد از جمله بازار واقعی و بازار سرمایه مداخله نماید. اگرچه این ممنوعیت در تملک سهام شرکت‌هایی که موضوع فعالیت آن‌ها مرتبط با بازار پول و اعتبار نیست، مطلق نمی‌باشد و بانک مرکزی این اختیار را دارد که با ملاحظه وضعیت اقتصاد کشور در هر دوره میزان و سقف تملک سهام این قبیل شرکت‌های غیربانکی را تعیین نماید.

با این همه قرارداد مشارکت حقوقی به موجب آیین‌نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ وارد نظام حقوق

قانون، تأسیس می‌شود.

اساسنامه و ضوابط ناظر بر تأسیس، فعالیت و انحلال شرکت مدیریت دارایی‌های شبکه بانکی، نحوه قیمت‌گذاری و واگذاری دارایی‌ها و چگونگی تسویه حساب شرکت مزبور با مؤسسات اعتباری، توسط بانک مرکزی با همکاری وزارت امور اقتصادی و دارایی تهیه می‌شود و پس از تأیید هیأت عالی بانک مرکزی به تصویب هیأت وزیران می‌رسد. هرگونه شناسایی درآمد، تجدید ارزیابی و نقل و انتقال دارایی‌های مؤسسه اعتباری به شرکت مدیریت دارایی‌های شبکه بانکی، برای یک بار در طول اجرای برنامه مشمول مالیات با نرخ صفر است.

قراردادهای ایران شد و در نظام بانکی مورد استفاده قرار گرفت، پس از گذشت چند دهه از اجرایی شدن آن روشن گردید که این نهاد حقوقی موجب گسترش بنگاهداری بانکها می‌گردد، و در واقع این قرارداد به پدیده «بازار پول محور شدن اقتصاد کشور» یا ب«انک محور شدن اقتصاد» دامن می‌زند و عملاً تمام نظام تولید و صنعت کشور نیز متأثر از وضعیت بانکها می‌شود. این پدیده به صورت‌های دیگر نیز در سایر کشورها تجربه شده و در نهایت حقوقدانان و اقتصاددانان اغلب کشورها به این نتیجه رسیدند که بنگاهداری بانکها آثار مخربی برای اقتصاد کشورها می‌تواند به همراه داشته باشد لذا هر ابزار و نهاد حقوقی که منجر به تشدید و توسعه این پدیده گردد، باید از طریق قوانین و مقررات کنترل شود. در همین راستا در سال ۱۳۹۴ قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقاء نظام مالی کشور، در ماده ۱۶، و مقررات متعدد بانک مرکزی در دو دهه و سرانجام ماده ۲۰ قانون بانک مرکزی به محدود نمودن این قالب قراردادی و هر ابزار حقوقی دیگری که منجر به بنگاهداری بانکها می‌شود، پرداخت. به دلیل دشواری‌های اجرایی این کنترل، قانون برنامه هفتم توسعه در سال ۱۴۰۳ مکانیزم اجرایی مفصلی را برای کنترل بنگاهداری بانکها توسط بانک مرکزی طراحی نموده است.

در این مقاله تلاش شد ضمن تبیین ماهیت و کارکرد قرارداد مشارکت حقوقی، ارتباط آن این قالب قراردادی با مفهوم بنگاهداری بررسی شده و از منظر حقوق قراردادها، و حقوق عمومی اقتصادی، بنگاهداری بانکها مورد تحلیل قرار گیرد، ابزارهای حقوقی که به کنترل بنگاهداری بانکها کمک می‌کنند را مورد بررسی قرار گرفته و با توجه به آنکه تجربه برخی دیگر از کشورها در ایجاد مرزبندی میان بانکداری تجاری و بانکداری سرمایه‌گذاری و همچنین مرزبندی میان بازار پول و بازار سرمایه از طریق مقررات و نهادهای ناظر در مقالات دیگری به تفصیل مورد اشاره قرار گرفته است در این مقاله با مفروض گرفتن ضرورت محدود سازی بنگاهداری بانکها و با تکیه بر پژوهش‌های سابق در خصوص ریشه‌یابی و دلایل و مبانی بنگاهداری بانکها، تلاش شد مغایرت قانون عملیات بانکی بدون ربا ۱۳۶۲ با قوانین و مقررات حقوق عمومی بانکی مانند قانون بانک مرکزی و قانون رفع موانع تولید و قانون برنامه هفتم توسعه، در حوزه منع بنگاهداری بانکها بیشتر مورد تحلیل واقع شود.

اگرچه شرکت‌های تامین سرمایه در بازار سرمایه ایران به نوعی همان بانک سرمایه‌گذاری در کشورهای دیگر تلقی می‌شوند، لیکن به نظر می‌رسد قانون برنامه هفتم پیشرفت به جای تمرکز بر تقویت بانک سرمایه‌گذاری و سوق دادن بنگاهداری بانکها به این شیوه از بانکداری تلاش نموده است به طور کلی تملک شرکتها را از بانکها خارج نماید و تمرکز خود را بر تدوین روش‌های اجرایی نمودن این سیاست گذاشته است. سیاستی که دو دهه قانونگذاری و مقررگذاری موفق به اجرای آن نشده است و باید دید تا پایان قانون برنامه هفتم این هدف اجرایی می‌گردد؟ به نظر می‌رسد برای تحقق این هدف هنجاری اصلاح قانون عملیات بانکی بدون ربا و حذف کامل قرارداد مشارکت حقوقی از نظام قراردادهای تسهیلات بانکی نیز یکی از ابزارهای ضروری است.

منابع

۱. ابراهیمی، مریم، حقوق نقل و انتقال سهام در بورس، چاپ اول. تهران: انتشارات شهردانش، ۱۳۹۵
۲. باقری محمود، گرجی، فاطمه، «حد بهینه ممنوعیت قانونی سرمایه گذاری و بنگاه داری با رویکرد تطبیقی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، بهار و تابستان ۱۴۰۳، دوره ۱۵، شماره ۱. <https://doi.org/10.22059/jcl.2023.352635.634453>
۳. سلطانی، محمد، حقوق بانکی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳
۴. سویلم، سامی ابراهیم، توکلی، محمدجواد، «واسطه گری مالی در اقتصاد اسلامی»، مجله معرفت، شماره ۴۱، (۱۳۸۰)
۵. کاتوزیان، ناصر، عقود معین-عقود اذنی-وثیقه های دین، جلد چهارم چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار جلد ۱۳۹۴
۶. کاشانی، سیدمحمود، «بررسی حقوقی قراردادهای مربوط به تسهیلات اعطایی بانکی قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب شهریور ۱۳۶۲»، مجموعه مقالات نهمین همایش بانکداری اسلامی، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۷۷)
۷. نظریور، محمدنقی، کشاورزبان پیوستی، اکبر، «الزامات احیای عقد مشارکت حقوقی راهبردی برای تحقق بانکداری PLS در نظام بانکداری بدون ربا»، تهران: راهبرد اقتصادی، شماره ۷(۱۳۹۲)
8. Jordana Jacint, Levi-Faur David, reviewed by S. Sundar, "The Politics of Regulation: Institution and Regulatory Reforms for the Age of Governance, book review, International Journal of Regulation and Governance", Vol. 4(2) (2004)
9. Ögren Anders, "The Causes and Consequences of Banking Regulation: The Case of Sweden, Past, Present and Policy", 4th International Conference, The Sub-prime Crisis and how it Changed the Past(2016)
10. World Bank, "The Evolution of Financial Systems", World Bank Group (US), ۱۹۸۹, available at: <https://openknowledge.worldbank.org>

Legal analysis on contractual and legislative approach of prohibition of investment and entrepreneurship of banks in Iran

Abstract

Directive of Anti-Usury Code of Bank Activities of Iran (approved 1362), produce new contract which lead to investment and entrepreneurship of banks in corporations that have non-banking activities. This contract is criticized not only in view of private law, but also in view of public economic law, as it is in contradiction with prohibition of investment and entrepreneurship of banks in commercial banking system. In this article, inefficiency of this contract in private economic law will be analyzed, and then normative purposes of banning investment banking in commercial banks will be examined. This article will review developments in the field of regulation and legislation on prohibition of investment and entrepreneurship of banks, like article 16 Code on Removing Barriers to Competitive Production and Improving the Country's Financial System (approved 1394) and Seventh Development Program Act (approved at 1403) which have several executive solution in isolating this contract, and output of all solutions of Iran's legal system in this regards will be explained.

Keywords

Investment and entrepreneurship, investment banking, commercial banking system, prohibition, banking contracts