

## راهبرد بازسازی بانک‌ها و موسسات مالی و اعتباری ورشکسته و تأثیر آن بر حقوق سهامداران و طلبکاران

مرضیه موسوی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۸/۱۰

غلامرضا عبدلی<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۲۵

محمد غلامعلی زاده<sup>۳</sup>

### چکیده

اتخاذ و اجرای راهبرد «بازسازی بانک‌ها و موسسات مالی و اعتباری ورشکسته یا در معرض آن» می‌تواند واجد اثراتی بر حقوق سهامداران و طلبکاران آنان باشد. سهامداران بانک‌ها و موسسات مذکور در شرایط بحران ورشکستگی ممکن است با اثراتی بر حقوق مالکیتی خویش از جمله تضييع میزان حقوق مالی و مدیریتی مواجه شوند. منطبق بودن راهبرد مذکور با نظم عمومی (مالی و اقتصادی کشور) موجب شده است که رعایت حقوق و منافع عامه بر حقوق و منافع فردی مجمع سهامداران اولویت یافته و به تعبیری دیگر، با غلبه «قاعده لاضرر» و «قاعده مصلحت» بر «قاعده تسلیط» مواجه شویم و شاهد اثرگذاری راهبرد بازسازی بر حقوق مالکیتی و مشارکتی سهامداران بانک‌ها و موسسات مذکور قرار گیریم. اجرای راهبرد بازسازی توسط مراجع ذی‌صلاح می‌تواند به‌نحو موقتی، تمام یا برخی از حقوق سهام‌داران و طلبکاران بانک‌ها و موسسات مذکور را تعلیق و یا برای همیشه پایان بخشد. در این مقاله درصدد بررسی آثار احتمالی مترتب بر حقوق سهام‌داران و طلبکاران بانک‌ها و موسسات مالی و اعتباری مذکور در پی اتخاذ و اجرای راهبرد بازسازی از سوی مراجع ذی‌صلاح بوده و مشروعیت قانونی تحمیل چنین پیامدهایی بر آنان ارزیابی شده و معایب و مزایای احتمالی فراروی این راهبرد در حقوق بانکی کشور و نیز میزان محدوده مجاز تغییر در مطالبات طلبکاران توسط مراجع ذی‌صلاح به‌اجراگذاری این راهبرد مورد تبیین قرار می‌گیرد.

**واژگان کلیدی:** راهبرد بازسازی، بانک و موسسه مالی و اعتباری، ورشکستگی، سهامداران بانکی، حقوق طلبکاران بانکی.

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد گرگان، دانشگاه آزاد اسلامی، گرگان، ایران

musavimarziye@gmail.com

<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق، واحد شاهرود، دانشگاه آزاد اسلامی، شاهرود، ایران (نویسنده مسئول)

Gh\_abdoli@yahoo.com

<sup>۳</sup> استاد یار گروه حقوق، واحد گرگان، دانشگاه آزاد اسلامی، گرگان، ایران. استادیار و عضو هیئت علمی گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران،

ایران mailto:m\_gholamalizadeh@pnu.ac.ir

امروزه تردیدی در تخصیص «راهبرد بازسازی ورشکستگی بانک‌ها و موسسات مالی و اعتباری» از قواعد عمومی ورشکستگی شرکت‌ها وجود ندارد و این امر در وضعیت خاص آنها، اعم از بحران ورشکستگی یا در معرض آن قرار داشتن، ریشه می‌دواند. این راهبرد می‌تواند بر حقوق اشخاص ذی‌نفع در بانک‌ها و موسسات مذکور، اعم از سهامداران و طلبکاران، واجد اثراتی باشد. اهمیت و ضرورت بررسی مستقل «اثرات اجرای راهبرد بازسازی بر حقوق سهامداران و طلبکاران»، به موازات بررسی چستی و چگونگی این راهبرد، ریشه در این امر می‌دواند که اشخاص ذی‌نفع (سهامداران و طلبکاران بانک‌ها و موسسات مذکور)، قاعدتاً فاقد مداخله در تشخیص و پیگیری راهبرد بازسازی می‌باشند. به عبارتی دیگر، با لحاظ ماهیت بانک‌ها و موسسات مالی و اعتباری که همان «شرکت سهامی» می‌باشد، سهامداران آنها از یک سو و طلبکاران آنها در شرایط ورشکستگی از سویی دیگر، وفق قواعد عمومی ورشکستگی شرکت‌های سهامی، واجد حقوق متعددی می‌باشند که تمام یا برخی از این حقوق می‌تواند در مسیر اجرای راهبرد بازسازی، با لحاظ قاعده مصلحت و برتری‌بخشی حقوق و منافع عمومی بر حقوق و منافع طلبکاران و سهامداران، با محدودیت‌هایی مواجه شوند که چه بسا متضمن ورود زیان باشد. (بنگرید به: سیمایی صراف و امینی، ۱۳۹۹: ۲۷۱) بنابراین، این سوال قابل طرح است که آیا تعارضی میان حق مالکیت سهامداران و بازسازی بانک‌ها و موسسات مالی و اعتباری وجود دارد؟ در صورت وجود این تعارض چگونه قابل رفع است؟ بازسازی بانک‌ها و موسسات مالی و اعتباری واجد چه اثراتی بر حقوق طلبکاران است؟ با فقدان بستر قانونی در این زمینه در حقوق بانکی ایران، اجرای راهبرد بازسازی توسط مقامات ذی‌صلاح می‌تواند پرسش‌ها و ابهامات عدیده‌ای را مطرح نماید. برای مثال، اجرای راهبرد بازسازی بر قراردادهای سابق و آتی بانک یا موسسه مالی و اعتباری در حال بازسازی با طلبکاران و مشتریان بانکی واجد چه اثراتی خواهد بود؟ در این مقاله بعد از تبیین مختصر مفهوم «راهبرد بازسازی بانک و موسسه مالی و اعتباری ورشکسته یا در معرض آن»، به بررسی آثار احتمالی اتخاذ و اجرای این راهبرد بر حقوق «سهامداران» و «طلبکاران» و نیز نحوه تخصیص ضرر به آنان پرداخته شده و در پایان، پیشنهاداتی برای نظام حقوقی ایران ارائه گردیده است.

## ۱. مفهوم راهبرد بازسازی

راهبرد بازسازی، واجد منشأ در حقوق خارجی می‌باشد. در لایحه اصلاحی قانون تجارت نیز هرچند این راهبرد ابتدائاً مطرح شده بود؛ ولی در بررسی‌های بعدی، احتمالاً به دلیل هزینه‌های مالی فراروی اتخاذ و اجرای آن و برخی پیامدهای دیگر، حذف گردید. به نظر می‌رسد عدم پذیرش «راهبرد بازسازی بانک‌ها و موسسات مالی و اعتباری ورشکسته» در بستر اصلاحات تقنینی آتی می‌تواند واجد آثار مخرب و افزایش هزینه‌های هنگفت بر سلامت اقتصاد کشور بوده و اختلال شدید در نظام پولی و بانکی در کشور را به دنبال داشته باشد. راهبرد بازسازی، یکی از شیوه‌های اجرایی «اعطای حیات مجدد» به بانک‌ها و موسسات مالی و اعتباری ورشکسته یا دچار بحران مالی و در معرض ورشکستگی تلقی می‌گردد. (بنگرید به: کیانی و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۰۶) به عبارتی دیگر، راهبرد بازسازی می‌تواند در برابر بانک‌ها و موسسات مالی و اعتباری «ورشکسته» و یا «در شرف» یا در معرض ورشکستگی» اتخاذ و اجراء گردد و بنابراین، به‌کارگیری اصطلاح «اعطای حیات مجدد» دقیق و جامع نمی‌باشد؛ بلکه راهبرد بازسازی گاه با هدف «پیشگیری از وقوع ورشکستگی و تثبیت وضعیت مالی در شرایط عادی» و گاه با هدف «اعطای حیات مجدد به بانک یا موسسه مالی و اعتباری ورشکسته» اتخاذ و اجراء می‌شود. بنابراین، برخلاف نظر برخی نویسندگان که قائل به تفکیک دو عنوان «بازسازی (اقدام پسینی در برابر بانک یا موسسه مالی و اعتباری ورشکسته)» و «گزیر (اقدام پیشینی در برابر بانک یا موسسه مالی و اعتباری در معرض خطر ورشکستگی)» از یکدیگر می‌باشند؛ (بنگرید به: شریف‌زاده، ۱۳۹۶: ۱۴۴) به نظر می‌رسد که راهبرد بازسازی به‌نحو توأمان می‌تواند هر دو مفهوم «پیشگیری» و «درمان» را در خود بگنجانند و اثر منطقی و کارآمد چندانی نمی‌توان بر تفکیک آن دو از یکدیگر قائل گردید. نویسندگان متعددی نیز بر این نظر تأکید داشته و قائل به وحدت این دو در نزد بسیاری از حقوقدانان شده‌اند. (Ambrases, ۲۰۱۵, p ۱۷۳) معیار دقیقی نیز برای تفکیک آنها از یکدیگر وجود ندارد و به‌ویژه آنکه هدف فراروی هر دوی آنها، نجات بانک یا موسسه مالی و اعتباری ورشکستگی از بحران مالی است؛ حال، این نجات می‌تواند «نجاتی کُنشی و پیشگیرانه و به‌هنگام بالقوه‌گی ورشکستگی» و یا «نجاتی واکنشی و پسینی و بعد از بالفعل شدن ورشکستگی» باشد. آنچه حائز اهمیت است اینکه «بازسازی پیشگیرانه» و «بازسازی پسینی و درمانی» هر دو واجد ابزارهای اجرایی یکسان می‌باشند و اصولاً از آیین اجرایی واحدی تبعیت می‌کنند. اجرای راهبرد بازسازی بایستی وفق مقررات قانونی بر عهده مراجع ذی‌صلاح قرار گیرد و مراجع ذی‌صلاح مزبور نیز وفق مقررات قانونی تعیین شوند.

پیرامون این مسأله که آیا «ادغام بانک یا موسسه مالی و اعتباری ورشکسته»، راهبردی مستقل از «راهبرد بازسازی» تلقی می‌گردد یا اینکه یکی از شیوه‌های به‌اجراگذاری راهبرد بازسازی است،

دیدگاه‌های مختلفی ارائه شده است؛ به نظر می‌رسد مناسب‌تر آن است که «ادغام» را یکی از شیوه‌های به‌اجرآگذاری راهبرد بازسازی تلقی نماییم. بنابراین، راهبرد بازسازی می‌تواند گاه منتهی به تغییر ساختار مدیریتی و عملیاتی یک بانک یا موسسه مالی و اعتباری ورشکسته یا در معرض ورشکستگی شود و گاه ممکن است همراه با انحلال آنها و ادغام در دیگر بانک‌ها یا موسسات مالی و اعتباری موجود و یا حتی ادغام در بانک یا موسسه مالی و اعتباری جدید باشد. اهداف فراروی راهبرد بازسازی پیشگیرانه زمانی قابل دستیابی است که مقررات قانونی مرتبط با نظام پولی و بانکی کشور اجازه مداخله پیشگیرانه در امور مدیریتی بانک‌ها و موسسه‌های مالی و اعتباری در معرض ریسک و بحران مالی را به مراجع ذی‌صلاح بدهد تا با توسل به تدابیری زودهنگام، سریع و گسترده، از بالفعل شدن ورشکستگی آنها جلوگیری به عمل آورد.

اهداف اصلی فراروی اتخاذ و اجرای «راهبرد بازسازی بانک‌ها و موسسات مالی و اعتباری ورشکسته یا در معرض ورشکستگی»، به حداقل رساندن هزینه‌های جامعه و مودیان مالیاتی، حفظ ثبات نظام پولی و بانکی و عملکردهای حیاتی بانکی در کشور است. کارآمدی و موفقیت راهبرد بازسازی در وادی عمل، در گرو وضع مقررات قانونی صریح، شفاف و کارآمد می‌باشد تا علاوه بر آیین اجرایی این راهبرد، نحوه تأمین و تضمین حقوق سهام‌داران و طلبکاران و قلمرو تحدید حقوق آنها نیز به روشنی مورد تبیین قانونی قرار گیرد. در این راستا، با توجه به مقررات موجود ابتدا به اثر راهبرد بازسازی بر حقوق سهام‌داران و سپس به اثر آن بر حقوق طلبکاران پرداخته شده است.

## ۲. اثر راهبرد بازسازی بر حقوق سهام‌داران

در مقام شناسایی اثر راهبرد بازسازی بر حقوق سهام‌داران، در ادامه به بررسی «تعارض راهبرد بازسازی با حقوق سهام‌داران» و «سپس اصول ایجاد تعادل میان منافع عمومی جامعه با منافع خصوصی طلبکاران» پرداخته می‌شود.

### ۲-۱. چگونگی تعارض راهبرد بازسازی با حقوق سهام‌داران

ماده ۱ پروتکل شماره ۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر از سهام‌داران در برابر سلب مستقیم حقوق مالکیت و اشکال غیرمستقیم مداخله مقامات دولتی محافظت می‌کند.<sup>۱</sup> به عنوان مثال، دادگاه اروپایی حقوق بشر به تبعیت کنوانسیون مزبور از حقوق سهام‌داران در برابر تأثیر حاکمیت شرکتی خود محافظت می‌کند.<sup>۲</sup> چارچوب نظارتی اتحادیه اروپا همچنین حاوی حداقل استانداردهای نسبتاً بالایی در زمینه حمایت از حقوق سهام‌داران است (Ambrasas, ۲۰۱۵, p ۲۷۵). لذا این سوال مطرح می‌شود که آیا سلب حقوق مالکیت سهام‌داران، به ویژه رد بدهی سهام‌داران یا کاهش حقوق یا سهام مربوط به سهام‌داران در هنگام تبدیل بدهی به سرمایه یا افزایش سرمایه بانک به عنوان مثال، با توجه به مفاد دستورالعمل EU/۳۰/۲۰۱۲ می‌تواند منجر به تضاد منافع عمومی و خصوصی شود. این

<sup>۱</sup>. [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_۱\\_Protocol\\_۱\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_۱_Protocol_۱_ENG.pdf)

<sup>۲</sup>. ECoHR. Sovatransavto Holding v Ukraine, Judgement. Case No. ۴۸۵۵۳/۹۹, ۲۵ July ۲۰۰۲. ۹۱ para.

دستورالعمل از جمله مقرر می‌دارد که مجمع صاحبان سهام باید هرگونه تغییر، افزایش یا کاهش سرمایه شرکت را تصویب کند. همانطور که می‌دانیم در ایران نیز تشکیل بانک تنها در قالب شرکت سهامی عام امکانپذیر است و مواد ۸۳ و ۱۶۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت (۱۳۴۷) مقرر می‌دارد که مجمع صاحبان سهام باید هرگونه تغییر، افزایش یا کاهش سرمایه شرکت را تصویب کند. همچنین در مواردی که سرمایه به صورت نقدی افزایش می‌یابد، سهام تازه منتشر شده باید به صورت حق تقدم به سهامداران به نسبت سهامی که دارند به آنها عرضه شود. رژیم بازسازی بانک باید تضمین کند که آثار حقوقی ناشی از بازسازی بانک و یا انحلال بعدی با میزان حمایت از حقوق اشخاص ذینفع در حین بازسازی، یعنی سطح حمایتی که ممکن است تحت مقررات قانونی قابل اجرا انتظار رود، مطابقت داشته باشد. برای حل مشکلات پیش روی یک بانک ورشکسته به سرعت و به طور موثر و به منظور دستیابی به ابزارهای نسبتاً ریشه‌ای بازسازی بانک (با استفاده از آنها به صورت جداگانه یا ترکیبی)، مقامات مربوطه باید طیف گسترده‌ای از ابزارهای قانونی و قدرت مداخله، داشته باشند. این اقدامات اغلب شامل افزایش سرمایه سهامداران یا طلبکاران و تغییر هیئت‌های مدیره، فروش تمام یا بخشی از عملیات تجاری به بانک یا مؤسسه مالی دیگر، ایجاد یک بانک پل<sup>۳</sup> که به طور موقت ادامه ارائه خدمات ضروری بانکی و یا ایجاد یک شرکت مدیریت دارایی جداگانه با کمک ابزار تفکیک دارایی که به موجب آن دارایی‌های بد بانک به شرکت مدیریت دارایی منتقل می‌شود (انصاری و عسکری، ۱۳۹۸، ص ۱۱۰). به منظور اجرای موفقیت آمیز ابزارهای بازسازی، مقامات دولتی این اختیار را پیدا کرده‌اند که مدیریت بانک را تحت کنترل درآورند، در صورت عدم وجود حقوق و تعهدات قراردادی موجود و مطالبات بستانکار بانک، در صورت نیاز به پوشش بانک، سرمایه بانک را تبدیل یا حذف کنند. زیان ورشکستگی یا انتقال دارایی‌ها، بدهی‌های بانک (از جمله بدهی‌های سپرده‌گذاران) و از این طریق به اشتراک گذاشتن مالکیت و تعداد سهام با سایر مؤسسات مالی معتبر یا یک بانک پل، علی‌رغم نظر مخالف یا عدم رضایت سهامداران بانک انجام خواهد شد. چرا که نفع عمومی در اینجا به عنوان قلمرو مشروعیت حق‌های فردی، جلوه‌ای دیگر از حضور اندیشه منفعت عمومی را در قانونگذاری شکل می‌دهد (منصوریان و شبیانی، ۱۳۹۵، ص ۱۳۴).

مداخلات در بانک مشکلات حقوقی بالقوه‌ای را در خصوص حمایت از حقوق سهامداران و طلبکاران ایجاد می‌کند، به ویژه در زمانی که به نظر می‌رسد بانک همچنان در وضعیت فعلی مثبت است و عملاً ورشکسته نیست. معمولاً مداخله زودهنگام شامل انتصاب مدیر موقت بانک است که به

<sup>۳</sup>. The Bridge Bank

طور موقت حوزه‌ها و فعالیت‌های تجاری بانک را در اختیار می‌گیرد، با تلاش برای ایجاد مصالحه در مورد حقوق سهامداران، شرکت را کنترل و مذاکره می‌کند. تصمیمات مربوط به جذب سرمایه خارجی، انتقال بخشی یا کل فعالیت بانک به مؤسسه مالی دیگر، ادغام با مؤسسه مالی دیگر یا تصمیم به شروع فرآیند انحلال در همه موارد، حقوق و منافع مالی سهامداران بانک از جمله آنها را تحت تأثیر قرار می‌دهد. دادگاه اروپایی حقوق بشر حقوق مربوط به سهامداران را اینگونه تعریف می‌کند: «سهم در دارایی‌های شرکت در صورت منحل شدن آن و سایر حقوق بدون قید و شرط، به ویژه حق رأی و حق تأثیرگذاری بر رفتار شرکت»<sup>۴</sup>. دادگاه بین‌المللی حقوق جبران خسارت، یعنی حق دریافت بقیه دارایی‌های شرکت در زمان منحل شدن، و حقوق مدیریتی، مانند حق توسعه استراتژی تجاری شرکت، تمایز قائل می‌شود. مراجع بازسازی باید مقامات اداری عمومی باشند تا از تضاد منافع و اطمینان از استقلال شرکت کنندگان در فروش اطمینان حاصل شود. آنها باید به تخصص، منابع و ظرفیت عملیاتی لازم مجهز باشند. بر اساس مقررات قانونی فعلی ورشکستگی بانک اتحادیه اروپا، اگر بانکی در حال ورشکستگی یا احتمال ورشکستگی باشد، مقامات بازسازی این اختیار را دارند که ابزارهای بازسازی بانک را مطابق با اهداف و اصول بازسازی تحمیل کنند (Schillig, ۲۰۱۳, p ۱۴). به‌طور اجتناب‌ناپذیر، ابزارهای خاصی می‌توانند بر حقوق مالکیت بانک تأثیر بگذارند، از جمله حقوقی که طلبکاران و سهامداران بانک دارند. این در حالی است که در ایران از جمله بموجب تبصره ۳ ماده ۱ قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی تنها از مسئولیت سهامداران و نه حقوق آنها یاد می‌شود.

### ۲.۳. اصول کلیدی تعادل بین منافع خصوصی و عمومی

همانطور که بیان گردید اجرای راهبرد بازسازی در تعارض یا حقوق سهامداران است و لذا برای ایجاد تعادل میان منافع عمومی و خصوصی در فرض تعارض بازسازی با حقوق سهامداران اصولی وجود دارد که طی سه بند تبیین گردیده است.

#### ۱.۲.۳. نظریه انتظارات مشروع (اصل قانونی بودن)

نظریه انتظارات مشروع که می‌توان از آن با عنوان اصل نیز یاد کرد و دارای مبانی مبتنی بر انصاف است، یکی از ابزارهای نظارت قضایی بر اعمال صلاحیت اختیاری می‌باشد (رستمی و دیگران، ۱۴۰۰، ص ۲۳۳). اصل انتظارات مشروع یا اصل پیش‌بینی‌پذیری یک اصل کلی حقوقی است که مستلزم آن است که هرگونه نقض حقوق مالکیت باید مبنای قانونی داشته و اساساً مبتنی بر قوانین

<sup>۴</sup>. ECoHR. Olczak v. Poland, Case No. ۳۰۴۱۷/۹۶, ۷ November ۲۰۰۲.

ملی باشد. یعنی مبنای قانونی که: الف- در دسترس و قابل پیش بینی باشد ب- به اندازه کافی دقیق بوده و ج- پیشبینی شده باشد (زارعی و بهنیا، ۱۳۹۰، ص ۱۶۰). لذا این اصل را باید ناشی از حاکمیت قانون دانست. تحدید مالکیت خصوصی افراد توسط دولت به شیوه های مختلفی انجام می شود. با این توضیح که مقصود از تحدید مالکیت در فرض سلب مالکیت اشخاص نه کاهش اختیارات مالکانه، انتقال مالکیت اشخاص به نحو قهری است و نه زوال مالکیت آنان (رهپیک و رستمی، ۱۳۹۷، ص ۱۲۸)، همچنین گاهی ممکن است این تملک قهری حقوق توسط دولت و همراه با جبران عادلانه و یا انتقال به اشخاص خصوصی توسط دولت صورت گیرد که در این مورد نیز غرامت پرداخت می شود (رهپیک و رستمی، ۱۳۹۷، ص ۱۲۹). برای جلوگیری از استفاده خودسرانه از اختیارات، مقررات قانونی باید به گونه ای تنظیم شود که به اندازه کافی شفاف و دقیق باشد. در رابطه با تصمیم مقام ناظر بر بازسازی بانک ها یعنی بانک مرکزی در ایران نیز می توان گفت که این امر با مقررات قانونی واضح و دقیق، مشخص می شود که باید هماهنگ و اجرا شود. این در حالی است که تنها از برخی مقررات قانونی تنها می توان نظارت بانک مرکزی را در صدور مجوز برداشت نمود (بند الف تبصره ۲ ماده ۲ قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی). علاوه بر این، لازم به ذکر است که وقتی مقامات ذیصلاح از اختیارات گسترده خود و مقررات قانونی مربوط به بازسازی استفاده می کنند، بعید است که به دلیل نقض این اصل و مفاد مربوطه کنوانسیون های حقوق بشر از جمله کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، مشکلاتی ایجاد شود. کنوانسیون به دنبال حمایت در برابر استفاده از اختیارات مقامات ملی بدون مبنای قانونی کافی است. در حالی که حقوق و اختیارات مقامات بازسازی به صراحت توسط مقررات مربوط به بازسازی بانک تنظیم می شود.

### ۲.۲.۳. منافع عمومی مشروع

طبق جمله دوم ماده ۱ پروتکل الحاقی شماره ۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، دولت می تواند استفاده از حقوق مالکیت شخصی را مطابق با منافع عمومی یا به منظور تضمین پرداخت مالیات یا سایر مشارکت ها یا مجازات، کنترل و محدود کند. البته برخی در وجود نفع عمومی در بحث بازسازی تردید ایجاد کرده اند به شکلی که این امر را ناظر به نفع خصوصی مردم ندانسته و معتقدند تنها یک مزیت (در سطح جامعه یا در کل اقتصاد) وجود دارد که می توان از نجات موسسات مالی که برای شکست بسیار بزرگ تلقی می شوند، به دست آورد و آنهم اجتناب از سقوط سیستمیک است (moosa, ۲۰۱۰, p ۱۹۵). کنوانسیون اروپایی حقوق بشر این مقررات را همراه با اصل دیگری تفسیر می کند که مداخله در حقوق مالکیت باید در خدمت انتظارات مشروع باشد.

کشورهای عضو اتحادیه اروپا در تعیین یک هدف مشروع در چارچوب منافع عمومی اختیارات گسترده ای دارند. کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اعلام کرده است که به همه تصمیمات، به ویژه تصمیماتی که در چارچوب سیاست های کلان اقتصادی اتخاذ می شود، احترام می گذارد، مگر اینکه ثابت شود که چنین تصمیماتی به شیوه ای آشکارا اشتباه و بدون مبنای قانونی موجه اتخاذ شده اند.<sup>۵</sup> همانطور که در بالا مورد بحث قرار گرفت، یکی از اهداف اولیه مقررات بازسازی حفظ ثبات مالی و به حداقل رساندن زیان های وارده به مردم و به ویژه مالیات دهندگان است، همچنین با اطمینان از نتایج قابل مقایسه ای که در روند فرایند های ورشکستگی معمولی، با توجه به دنباله‌ی تخصیص زیان به سهامداران و طلبکاران وجود دارد هدف مقررات بازسازی به صراحت پرداختن به این چالش ها است، بنابراین، کاربرد عملی آن نباید در این زمینه مشکل ساز باشد.

### ۳.۲.۳. تناسب میان منافع عمومی و حمایت از حقوق مالکیت

مقررات بازسازی در صدد است که میان حفاظت از منافع عمومی و احترام به حقوق بشر تعادل برقرار کند. از آنجایی که ابزارهای بازسازی بانک به طور اجتناب ناپذیری بر حقوق سهامداران و طلبکاران تأثیر می گذارد، باید در چارچوب منافع عمومی موجه و مشروع باشد (مواد ۲، ۱۵ و ۱۷ کنوانسیون اروپایی). همانطور که در رویه قضایی به وضوح مقرر شده است، هر گونه مداخله در حقوق مالکیت باید متناسب بوده و تعادل بین منافع عمومی و خصوصی را تضمین کند (ویژه و امجدیان، ۱۳۹۴، ص ۳۳). این بدان معنی است که کشورها باید تعادل حقوقی متناسبی را بین ابزارهای اعمال شده و هدف نهایی ایجاد کنند. در صورتی که دخالت در حقوق مالکیت مسئولیت فردی و بیش از حد ایجاد کند، تعادل حقوقی نقض می شود. در نهایت، برای حفظ تعادل عادلانه شرایط هر مورد بصورت مستقل تعیین می شود. همچنین توجه به اقداماتی که باید توسط مرجع بازسازی انجام شود، مهم است. شرایط پرونده باید هم با محتوای تصمیمی که مبنای اقدام مرجع بازسازی و هم ابزار مناسب بانک را تشکیل می دهد، مطابقت داشته باشد.

علیرغم شرایط واقعی پیرامون رسیدگی به ورشکستگی بانک ها، پس از تعیین نتایج احتمالی ناشی از اصل تناسب، همچنان می توان به برخی از مشاهدات و قضاوت علمی اثبات شده دست یافت. در وهله اول، یکی از معیارهای اصلی برای تعیین اینکه آیا اصل تناسب رعایت شده است یا خیر، مربوط به میزان غرامت پرداختی به صاحبان حق مالکیت و افراد برای اموال سلب شده است. طبق رویه

<sup>۵</sup>. ECoHR. Grainger v. The United Kingdom Case No. ۳۴۹۴۰/۱۰, ۱۰ July ۲۰۱۲, para ۳۹.



قضایی ثابت شده دادگاه اروپایی حقوق بشر، میزان غرامت عموماً بر اساس «سلب مالکیت» است یا اینکه آیا ابزار اساساً در محدوده منافع عمومی قرار می‌گیرد (Ambrasas, ۲۰۱۵, p ۲۷۹). به عنوان یک قاعده کلی، سلب مالکیت بدون پرداخت قیمت معقول برای اموال موضوع بازسازی که مستقیماً به ارزش دارایی بانک مربوط می‌شود، معمولاً منجر به دخالت نامتناسب در حقوق شخصی می‌شود که قابل توجیه نیست. در واقع این نوع نفع عمومی از جمله موارد اعمال حاکمیت که موجب عدم پرداخت غرامت توسط دولت می‌باشد، محسوب نمی‌گردد (منصوریان و شبیانی، ۱۳۹۵، ص ۱۳۵). مداخله و اقدامات مراجع عمومی باید با توجه به هرگونه ضرر و زیان احتمالی تحمیل شده بر سهامداران یا اشخاص ثالث از طریق اجرای اختیارات بازسازی مورد توجه قرار گیرد چرا که علاوه بر ضمانت اجرای تجاوز به حقوق سهامداران در صورت تجاوز به حقوق سهامداران مقنن باید جبران خسارت را برای موارد قانونی و غیر قانونی پیش بینی نماید (سهرابی و فلاح تفتی، ۱۳۹۳، ص ۳۶). شرایط غرامت عنصر مهمی در تعیین موجه بودن مداخله عمومی است و منجر به محدودیت نامتناسب حقوق و منافع عمومی مشروع نمی‌شود.

#### ۴. اثر فرایند بازسازی بانک بر طلبکاران

یکی از اساسی‌ترین مشکلات ناشی از ورشکستگی بانک‌ها ریسک سیستمیک است. مشکل ریسک سیستمیک را می‌توان از طریق افزایش سنوات اجرایی قراردادهای منعقد شده با طلبکاران بانکی حل کرد. اجرای قراردادهای بانکی و ممنوعیت انعقاد قراردادهای جدید در بازسازی بانک، سازوکارهای قانونی هستند که به طور غیرمستقیم امکان برآورده شدن مطالبات بستانکاران بانکی خاص را افزایش داده و تأثیر منفی ناشی از ورشکستگی بانک خاص را کاهش می‌دهند. تهاتر در فرایند های بازسازی بانک یک عنصر مهم است زیرا بانک‌ها نه تنها به وام‌گیرندگان وام می‌دهند، بلکه اغلب سپرده‌های مشتریان را می‌پذیرند. بنابراین، به دلیل وجود چنین وام‌گیرندگانی، وضعیت خالص دارایی بانک به طور قابل توجهی ضعیف‌تر از کل موقعیت دارایی بانک است (سیمایی صراف و امینی، ۱۳۹۹، ص ۲۶۶). منظور از تهاتر نقطه‌ای است که در آن بدهکار به تعهدات خود عمل نمی‌کند یا ورشکسته می‌شود، یعنی زمانی که بانک ممکن است کل دارایی ترازنامه بدهکار ورشکسته را با بدهی وام‌گیرنده تهاتر کند. این رویکرد به عنوان وثیقه معینی برای تعهدات بدهکار در نظر گرفته می‌شود که در صورت عمل نمودن وام‌گیرنده به تعهدات خود، بانک ممکن است از آن استفاده کند. بنابراین، تهاتر می‌تواند به طور قابل توجهی به کاهش خطرات ورشکستگی بانک کمک کند. در قانون ورشکستگی عمومی، مخاطب ممنوعیت ایفای هر گونه تعهد مالی، خود واحد ورشکسته است،

در حالی که تهاتر که جنبه قهری دارد معمولاً توسط اشخاص دیگری انجام می‌شود که در روابط حقوقی با اعلام یکطرفه تهاتر اقدام می‌کنند. طلبکار که تهاتر را انجام می‌دهد، به جای مشارکت با سایر طلبکاران در استیفای طلب خود، با اجتناب از انجام تعهدات خود در قبال بدهکار، چنین مطلوبیتی را کسب می‌کند. حمایت از قراردادهای مالی اساساً به این معنی است که طبق تصمیم بانک، اولویت مطالبات بستانکار ممکن است با خروج از مقررات عمومی ورشکستگی اصلاح شود. چنین اصلاحی در دکتین به عنوان تلاشی برای خارج شدن از چارچوب قانون ورشکستگی عمومی و اعطای موقعیت بالاتر ویژه برای مشاغل خاص، کاهش ریسک سیستمیک، پیامدهای اجتماعی منفی و تأثیر منفی بر اقتصاد محسوب می‌شود (Hüpkes, ۲۰۰۳, p۳). حمایت قانونی از قراردادهای مالی منعقد شده توسط بانک با طلبکاران، موقعیت بهتری را به بانک می‌دهد.

در نهایت، ذکر این نکته ضروری است که به منظور جلوگیری از بحران سیستماتیک بانکی، تعلیق خودکار تعهدات بانکی که با شرایط بازسازی مطابقت دارد را نمی‌توان در همه موارد، برای مثال، برای سپرده‌گذاران بیمه‌شده، بر همه طلبکاران اعمال کرد. این گونه سپرده‌گذاران توسط صندوق بیمه سپرده غرامت می‌گیرند یا به یک بانک سالم منتقل می‌شوند (سیمایی صراف و امینی، ۱۳۹۹، ص ۲۹۱). تعلیق بدهی‌های سپرده بدون وثیقه می‌تواند مشکلات قابل توجهی ایجاد کند، زیرا می‌تواند منجر به کمبود نقدینگی در سایر مؤسسات مالی سالم شود.

#### ۱.۱.۴. فسخ فوری قرارداد و تعلیق برخی تعهدات بانکی

بازسازی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری دارای آثاری بر طلبکاران می‌باشد که در این بند فسخ فوری قرارداد و تعلیق برخی تعهدات بانکی تبیین گردیده است.

#### ۱.۱.۴.۱. فسخ فوری قرارداد

در اتحادیه اروپا فرایندهای بازسازی بانک و مؤسسات اعتباری در محدوده ماده ۱ پروتکل الحاقی به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر قرار می‌گیرد و هر گونه ادعای مالی مبتنی بر قانون یک طلبکار به مدیریت حق مالکیت مطابق با ماده یاد شده مربوط می‌شود. با این حال، مقررات مربوطه دستورالعمل یا معیارهای دقیقی را در مورد برخی از حقوق که طلبکاران باید در چارچوب حقوقی بازسازی بانک اعمال کنند، ارائه نمی‌کند. نه تنها حاکمیت ملی ذاتی رژیم‌های داخلی و فقدان همکاری بین‌المللی در رابطه با ورشکستگی بین‌المللی می‌تواند منجر به نقض حقوق طلبکاران

خاص شود (Teo, ۲۰۱۳, p ۸) اگر مقررات قانونی داخلی همانند حقوق ایران نیز ابزار قانونی کافی برای حفظ مطالبات ارائه نکند، در موارد خاص، این امر می تواند منجر به نقض حقوق طلبکار شود. لازم به ذکر است که حقوق شکلی برای دادرسی عادلانه در ماده ۶ کنوانسیون یاد شده مقرر شده است که در مورد تمام فرایندها، از جمله تعیین حقوق مدنی اعمال می شود. دخالت های احتمالی ممکن است زمانی رخ دهد که فرایندهای بازسازی بانک منجر به نقض حقوق طلبکاران شود، به عنوان مثال، این امر می تواند با اصلاح شرایط و ضوابط قراردادهای مالی یا تمدید مهلت اجرای قرارداد، تبدیل مطالبات مالی طلبکاران به حقوق صاحبان سهام، یا انتقال مطالبات مالی به شخص ثالث صورت گیرد.

به منظور اثربخشی به کارگیری ابزارهای بازسازی بانک، مقامات مربوطه باید این اختیار را داشته باشند که حقوق طلبکاران و طرفین متقابل را برای اجرای فعالیت های مربوطه به حالت تعلیق درآورند و قراردادها را با بانک ورشکسته خاتمه داده، تسریع نموده یا به نحو دیگری فسخ کنند. در حقوق اتحادیه اروپا، حق فسخ اعمال شده در حین بازسازی بانک عموماً نه تنها به عنوان حق فسخ قرارداد، بلکه به عنوان «حق تسریع در اجرا، پایان دادن، تهاوت یا خالص کردن تعهدات یا هر عبارت که موجب تعلیق یا تغییر تعهد یکی از طرفین قرارداد می شود یا مقرراتی که مانع از ایجاد تعهد تحت قرارداد می شود که در غیر این صورت بوجود می آمد، تلقی می گردد» (بند ۸۲ ماده ۲ دستورالعمل بازسازی پارلمان و شورای اروپا ۲۰۱۴).

صرف نظر از دیدگاهی که قرارداد خرید و پذیرش را به دلیل عدم دخالت طلبکار در قراردادهای مزبور خلاف اصل نسبی بودن قراردادها می داند (کیانی و دیگران، ۱۳۹۹، ص ۱۱۵) فراتر از آن نیز اقداماتی از جانب مقام بازسازی راجع به قراردادهای طلبکاران قابل اعمال است. در درجه اول، اصل اساسی محدودیت در حق فسخ پس از شروع مراحل بازسازی بانک باید مورد توجه قرار گیرد. مقامات بازسازی اتحادیه اروپا این اختیار را دارند که حق فسخ هر طرف قرارداد با یک بانک تحت بازسازی را معلق کنند (بند ۱ ماده ۷۱ دستورالعمل بازسازی اتحادیه اروپا). چنین مقررات قانونی به مقامات عمومی زمان می دهد تا آن قراردادها را شناسایی و ارزیابی کنند تا به یک شخص ثالث منتقل کنند، بدون اینکه خطر تغییر ارزش و میزان قراردادهای مالی با اعمال حق فسخ قرارداد توسط طرف های متقابل وجود داشته باشد. طرفینی که نزد بانک ورشکسته می مانند، حق دارند در پایان دوره تعلیق، قرارداد را فسخ کنند. جنبه کلیدی محدودیتی که برای فسخ قرارداد در سیستم حقوقی اتحادیه اروپا اعمال می شود این است که انتقال دارایی های بانک ورشکسته به یک شخص ثالث نباید

به عنوان یک پیش فرض تلقی شود، که امکان استفاده از حق فسخ قرارداد را فراهم می‌کند. هرگونه تعلیق تعهدات در مورد سپرده گذاران واجد شرایط اعمال نمی‌شود که البته این خود می‌تواند با پدیده هجوم بانکی موجبات ورشکستگی بانک را فراهم آورد (Hüpkes, ۲۰۰۳, p ۴). علاوه بر این، مراجع بازسازی در هنگام تعلیق تعهدات، باید تأثیری که اعمال آن اختیار می‌تواند بر عملکرد منظم بازارهای مالی داشته باشد را در نظر بگیرند (بند ۵ ماده ۶۹ دستورالعمل اتحادیه اروپا).

#### ۲.۱.۴. تعلیق برخی از تعهدات بانکی

اول از همه، مقامات بازسازی بانک دارای اختیارات اضافی هستند که انتقال کارآمد سهام بانک یا اسناد بدهی و دارایی‌ها، یا حقوق و تعهدات به شخص ثالث را تضمین می‌کند. این اختیارات شامل قدرت سلب حقوق اشخاص ثالث نسبت به اموال یا وسایل انتقال یافته و قدرت اجرای قراردادها و تضمین تداوم توافقات با گیرنده دارایی‌ها و سهام منتقل شده است (Hüpkes, ۲۰۰۳, p ۱۲). با این حال، این اختیارات بر حقوق کارکنان برای فسخ قرارداد کار تأثیری نخواهد داشت. همچنین استثنایی در نظر گرفته شده است که اختیارات اعطا شده بر حق طرف مقابل برای فسخ قرارداد با بانک تحت بازسازی یا واحد گروه بانکی به دلایلی غیر از جایگزینی بانک مورد بازسازی با بانک دیگری تأثیری نمی‌گذارد (ماده ۸۷ دستورالعمل بازسازی اتحادیه اروپا). دوم، به منظور اطمینان از اینکه مقامات بازسازی، در هنگام انتقال دارایی‌ها و بدهی‌ها به خریدار بخش خصوصی یا مؤسسه پل، زمان کافی برای شناسایی قراردادهای مالی که نیاز به انتقال، خاتمه دادن یا فسخ دارند، ممکن است مناسب باشد تا قبل از انتقال، محدودیت‌های مناسبی بر حقوق طرف‌های مقابل برای بستن، تسریع یا فسخ قراردادهای مالی منعقد شده اعمال شود. چنین محدودیتی لازم است تا به مقامات دولتی اجازه دهد تا بدون تغییر در ارزش و دامنه حقوق مالی که اعمال گسترده حق فسخ منجر به آن می‌شود تصویری واقعی از ترازنامه بانک ورشکسته به دست آورند. به منظور حداقل دخالت در حقوق قراردادی طرفین و به مقدار ضرورت (ادیب و دیگران، ۱۳۹۹، ص ۱۲)، محدودیت در حق فسخ باید فقط در رابطه با اقدامات پیشگیری از بحران یا اقدامات مدیریت بحران اعمال شود، از جمله وقوع هر رویدادی که مستقیماً با اعمال چنین معیاری مرتبط باشد و حق فسخ قرارداد ناشی از هر گونه تصور دیگر، از جمله عدم پرداخت یا لزوم پرداخت تضمینی، باید باقی بماند. سوم، مقامات بازسازی هنگام اعمال اختیارات بازسازی خود، این اختیار را دارند که شرایط قراردادی را که بانک مورد بازسازی طرف آن است لغو نموده یا تغییر دهند یا گیرنده را به عنوان طرف جایگزین کنند. ابزارهای بازسازی بانک به خودی خود نباید به عنوان یک رویداد اجرایی یا ورشکستگی تحت یک

قرارداد از جمله تعهدات پرداخت و تحویل و همچنین ارائه وثیقه تلقی شود. این الزام عمدتاً به این دلیل اعمال می‌شود که در صورت بازسازی بانک، تعهدات اساسی مندرج در قرارداد، از جمله تعهدات پرداخت و تحویل، و ارائه وثیقه، همچنان انجام می‌شود.

#### ۲.۴. راهکارهای حمایتی

جهت حمایت و حفاظت از حقوق طلبکاران برخی راهکارهای حمایتی قابل ارائه است که در ذیل به دو مورد از مهمترین آنها یعنی ارزیابی دارایی (۱.۲.۴) و سپس ارزیابی حقوق سهامداران و بستانکاران با انتقال جزئی دارایی، تبیین گردیده است (۲.۲.۴).

#### ۱.۲.۴. ارزیابی دارایی

ارزیابی دارایی بدین جهت مقرر شده است تا اطمینان حاصل شود که پس از عملیات یا اقدامات بازسازی بانک، یک ارزش‌گذار مستقل اموال باید در اسرع وقت ارزیابی دارایی‌های بانک مستقل را انجام دهد. این ارزیابی از جمله برای اهداف بازسازی پیش بینی شده است. هدف اصلی چنین ارزیابی این است که اگر بانک تحت بازسازی وارد مراحل عادی ورشکستگی می‌شود، سهامداران و طلبکاران با رفتار بهتری مواجه می‌شوند یا خیر؟ بنابراین، ارزیابی دارایی‌ها باید تعیین کند: (۱) رفتاری که سهامداران و بستانکاران یا طرح‌های تضمین سپرده مربوطه با آن مواجه می‌شدند، در صورتی که مؤسسه تحت بازسازی که اقدام یا اقدامات بازسازی نسبت به آن انجام شده، در زمان تصمیم موضوع ماده ۸۲ وارد روند عادی ورشکستگی شده بود. (۲) ارزیابی واقعی که سهامداران و طلبکاران در زمان بازسازی دریافت کرده اند. (۳) اگر تفاوتی بین رفتار مذکور در بند (الف) و رفتار مذکور در بند (ب) وجود داشته باشد (بند ۲ ماده ۷۴ دستورالعمل بازسازی اروپا).

توجه به این نکته ضروری است که قبل از اتخاذ تصمیمات بانکی، ارزیابی بی طرفانه، محتاطانه و واقع بینانه دارایی‌ها و بدهی‌های بانک باید انجام شود. ارزیابی دارایی‌ها برای اهداف بازسازی بانک، بخشی جدایی ناپذیر از تصمیم برای استفاده از ابزارهای بازسازی، اعمال اختیارات بازسازی یا اعمال قدرت کاهش یا تبدیل سرمایه است (سیمای صراف و امینی، ۱۳۹۹، ص ۲۸۸). ارزشیابی دارایی خود قابل اعتراض نیست، اما می‌تواند به همراه تصمیمات بازسازی قابل اعتراض باشد. علاوه بر این، پس از اعمال ابزار بازسازی، باید به سهامداران و بستانکاران بانک مقایسه‌ای از شرایط اعمال شده و شرایطی که در فرآیندهای عادی ورشکستگی مشمول آن‌ها می‌شدند، ارائه شود. اگر

مشخص شود که سهامداران و بستانکاران مبلغ کمتری نسبت به مبلغی که پس از گشایش رسیدگی عادی ورشکستگی به دست می‌آوردند، دریافت می‌کنند، مستحق جبران خسارت مابه‌التفاوت خواهند بود و در صورت وجود، باید از صندوق واحد بازسازی پرداخت شود.

#### ۲.۲.۴. ارزیابی حقوق سهامداران و بستانکاران با انتقال جزئی دارایی

چارچوب حقوقی اتحادیه اروپا تعهدی را با این مضمون که پس از توسل به یک یا چند ابزار بازسازی بانک و با هدف حمایت از سهامداران و طلبکاران به این صورت تضمین می‌کند: (الف) به استثنای مواردی که تحت پوشش نجات از درون قرار می‌گیرد جایی که در آن مقام بازسازی، تنها بخشی از حقوق، دارایی‌ها و بدهی‌ها را منتقل می‌کنند، سهامداران و طلبکارانی که مطالباتشان منتقل شده است، در صورت انحلال بانک، حداقل به مقداری که در صورت انحلال بانک از طریق تشریفات ورشکستگی عادی در زمان تصویب مرجع بازسازی دریافت می‌کردند، از آنها جبران خسارت می‌شود. (ب) هنگامی که مقامات بازسازی ابزار نجات از درون را اعمال می‌کنند، سهامداران و طلبکارانی که مطالبات آنها باطل یا تبدیل به اوراق بهادار سهامی نمی‌شود، در معرض زیان بیشتری نسبت به زیان‌هایی که در صورت انحلال بانک از طریق رسیدگی ورشکستگی عمومی در زمان تصویب مرجع بازسازی متحمل می‌شدند، نمی‌باشند. اگر نتیجه ارزیابی دارایی‌های مورد بحث نشان دهد که هر یک از سهامداران یا طلبکاران متحمل زیان بیشتری نسبت به انحلال بانک تحت فرآیندهای عادی ورشکستگی شده است، آنها مستحق دریافت غرامت هستند، یعنی پرداخت مابه‌التفاوت از ترتیبات تامین مالی بازسازی می‌باشند (ماده ۷۵ دستورالعمل بازسازی و بازسازی بانک اتحادیه اروپا). به نظر می‌رسد که این امر منطقی است چرا که در حقوق ایران نیز قرارداد ارفاقی که موجبات احیای ورشکسته را فراهم می‌کند و با رضایت طلبکاران در درون واحد ورشکسته انجام می‌گیرد نمی‌تواند موجب استحقاق طلبکاران در جبران خسارت باشد (قنوتی و کهنمویی، ۱۳۸۹، ص ۱۳۷). لذا در برخی موارد ابزارهای بازسازی ممکن است وضعیت نامطلوبی ایجاد نماید و بر وضعیت طلبکاران و حقوق آنها تأثیرات ملموسی داشته باشد. برای مثال، در حقوق ایران ادغام بانک‌ها طی چند مرحله صورت گرفته است که در سال ۱۳۹۱ موسسه اعتباری نور از تجمیع تعاونی‌های اعتبار «کارسازان آینده» و «پیشگامان همیار یزد» و صندوق‌های قرض‌الحسنه ریحانه‌گستر و مشیز تشکیل شد و مسئولیت پاسخگویی به مشتریان این نهادهای پولی را به عهده گرفت. در سال ۱۳۹۷ نیز ادغام بانک‌های مهر اقتصاد، قوامین، انصار، حکمت ایرانیان و موسسه کوثر در بانک سپه اعلام

گردید اما بنابر آمار منتشر شده از ابتدا بانک مهر اقتصاد، حکمت ایرانیان و انصار در معرض خطر کسری نقدینگی قرار داشتند و از این حیث می‌توان پی برد که پدیده ادغام به دلیل ایجاد انبساط شایان توجه در حجم تسهیلات و سپرده‌های بانک، به یک مدیریت نقدینگی فعال نیاز دارد تا از بروز نوسان و شوک‌های نقدینگی بر بانک حاصل از ادغام جلوگیری نماید (پیراحمدی، ۱۳۹۹، ص ۶۰).

##### ۵. تخصیص ضرر

به منظور اجرای راهبردهای احتمالی بازسازی بانک، تعیین طلبکاران با فرض زیان ناشی از ورشکستگی بانک و میزان چنین زیان‌هایی و مصون ماندن طلبکاران از تصمیمات بازسازی بانک مهم است. تمام مدل‌های نظارتی فرایندهای ورشکستگی بانک‌ها که با بانک‌های آسیب دیده سروکار دارند، با مکانیسم توزیع زیان ناشی از ورشکستگی بانک همراه هستند. این امر که طرفینی که اولین زیان در صورت بازسازی بانکی را متحمل می‌شوند و اینکه آیا این زیان‌ها به طور کامل به طرفین بانکی تعلق می‌گیرد و آیا سهم معینی از بار مالی و زیان بر عهده مالیات دهندگان است یا خیر، مهم است. مهمترین جنبه توزیع زیان در حقوق ورشکستگی عمومی این است که مطالبات مالی بستانکاران در ابتدا پرداخت می‌گردد، در حالی که سایر مطالبات تنها در صورتی پرداخت می‌شوند که جوهی در واحد تجاری ورشکسته باقی بماند. زیان‌ها بر اساس سلسله مراتب مطالبات طلبکاران به نسبت تخصیص می‌یابد. یکی دیگر از اصول مهم مقررات ورشکستگی عمومی این است که با طلبکاران هم طبقه به صورت یکسان رفتار می‌شود. این اصل که رفتار مساوی با طلبکاران (par conditio creditorum) را یادآوری می‌کند بر این اساس استوار است که در فرایندهای ورشکستگی دسته جمعی، بستانکاران هم رتبه باید نسبتی از مطالبات خود را در شرایطی برابر با سایر طلبکاران هم طبقه دریافت کنند. طبقه بندی بستانکاران بر اساس طبقات، به عوامل زیر بستگی دارد (۱) اولویت‌های اجتماعی یک کشور خاص و اعطای اولویت به یک طبقه اجتماعی خاص (عالی پناه، ۱۳۹۸، ص ۲۱۸) (۲) قصد قانونگذار. توجه به این نکته مهم است که هرگونه تغییر در ترتیب طلبکاران یا اعطای حقوق جدید به طلبکاران خاص بر منافع مالی سایر طلبکاران و توزیع نهایی پول از کل دارایی‌های واحد ورشکسته تأثیر می‌گذارد.

اولویت مطالبات بستانکاران در مورد ورشکستگی بانک‌ها طبیعتاً بر رفتار طلبکاران چه قبل و چه در زمان بحران بانکی تأثیر می‌گذارد. به عنوان مثال، اعطای درجه بالایی از اولویت برای طبقه

خاصی از طلبکاران که وجوهی را برای تأمین مالی عملیات نجات بانک ایجاد می‌کند، بر احتمال مواجه شدن بانک با مشکلات مالی برای تأمین مالی در بازار، به ویژه در مواقع بحران مالی تأثیر می‌گذارد. همچنین بر طلبکارانی که مطالبات آنها در رتبه پایین تری قرار دارد نیز تأثیر می‌گذارد. به منظور متمرکز نگه داشتن بحث، یادآوری این نکته مفید خواهد بود که مقررات ورشکستگی باید اهداف خاصی را ترویج دهد، به ویژه نیاز به پیش بینی پذیری در توزیع دارایی، و بالاتر از همه، نیاز به کارایی. این به نفع طلبکاران است که انحلال به جای شیوه‌ای تصادفی، نامنظم یا مقطعی به شیوه‌ای منصفانه، منظم و سیستماتیک انجام شود (Garrido, ۲۰۱۱, p ۴۶۶). علاوه بر این، اولویت مطالبات سپرده‌گذاران که نرخ بازده نقدی را برای سایر طلبکاران عمومی کاهش می‌دهد، نظارت قوی‌تر، مشاهده و ارزیابی دقیق‌تر ریسک‌های احتمالی برای سایر طرف‌های بانکی را تشویق می‌کند. اگر مکانیسم تخصیص زیان و رتبه‌بندی طلبکاران مشخص و قابل پیش‌بینی باشد، مقامات ذی‌صلاح مکانیسم‌های تخصیص زیان بستانکاران را بررسی کرده و هر زمان که بانکی با مشکل پرداخت بدهی مواجه شود، مقبولیت اجتماعی آنها را شناسایی می‌کنند. به عنوان مثال، به دلیل اولویت مطالبات بستانکار، این احتمال وجود دارد که زیان باعث ایجاد اثر سرایت سیستمیک شود و منجر به زیان بیشتر برای کل سیستم مالی شود. در این مورد، این احتمال وجود دارد که مقامات دولتی بیشتر مستعد استفاده از کمک‌های مالی عمومی به منظور محافظت از طلبکاران خاص از ضررهایی باشند که در صورت فرایند‌های عادی ورشکستگی یا بازسازی بانک متحمل خواهند شد. از این رو، نتیجه نهایی بازسازی بانکی ارتباط نزدیکی با برآوردن انتظارات طلبکاران دارد.

اولین اصل که مدتها در این دکترین مورد تأکید قرار گرفت، این است که سهامداران بانک اولین کسانی هستند که زیان را متحمل می‌شوند. این جهت قانونی مبتنی بر این واقعیت است که سهامداران، سرمایه خود را سرمایه‌گذاری کرده و به طور خودکار پس از ورشکستگی بانک ریسک سرمایه سهام را تعیین می‌کنند (صلحی و سلطانی، ۱۴۰۰، ص ۲۹۶). بنابراین، تخصیص اولیه زیان به سهامداران منطقی است، زیرا آنها تمام یا بیشتر سود بانک را در طول عمر موفق بانک دریافت می‌کنند، به این معنی که سهامداران باید در زمانی که فعالیت‌های بانک ناموفق بوده و بانک متحمل زیان شود، سرمایه خود را از دست بدهند. به همین ترتیب، سهامداران باید آخرین افرادی باشند که در صورت وجود، پس از بازسازی و یا انحلال بانک و تحقق سایر مطالبات بستانکار، وجه نقد را دریافت می‌کنند. ثانیاً، بستانکاران بعدی سایر زیان‌های ورشکستگی بانک را متقبل می‌شوند. نتیجه این است که بستانکاران زیر مجموعه داوطلبانه موافقت کرده‌اند که در صورت بروز مشکلات مالی،



در رابطه با سایر بستانکاران عمومی به همین شکل عمل کنند. ثالثاً، بستانکاران عمومی بقیه ضررها را متحمل می شوند. این گروه از طلبکاران عموماً شامل سپرده گذاران بدون وثیقه، وام دهندگان قراردادی، دارندگان اوراق قرضه می شود.

در پایان، باید گفت که قانون مدرن بازسازی بانک به مقامات عمومی اختیارات بیشتری برای تعلیق قراردادهای منعقد شده با بانک تحت بازسازی (در تمام حوزه های قضایی مربوطه) و ادامه پرداخت ها و تعهدات قراردادی در حین بازسازی می دهد. تعهدات قراردادی ممکن است به طور موقت تا زمانی که اقدامات بازسازی بانک در حال بررسی باشد به حالت تعلیق درآید. هر چند ماده ۸۱۵ لایحه اصلاحی تجارت چنین امری را مطلقاً قابل اعتراض دانسته است (کیائی و دیگران، ۱۳۹۹، ص) اما تصمیم مزبور تنها با اثبات اینکه موجب تضييع حقوق طلبکاران شده است قابل اعتراض است و چنین اختیاراتی به تضمین انتقال مؤثر سهام بانک یا اسناد بدهی و دارایی ها، حقوق و تعهدات به شخص ثالث کمک می کند. مقامات بازسازی همچنین دارای حق محدود کردن توانایی طلبکاران وثیقه دار بانک تحت بازسازی برای اعمال حقوق خود در مورد وثیقه مرتبط با دارایی های بانک تحت بازسازی هستند. مرجع بازسازی باید خیلی سریع اقدامات خود را انجام دهد. علی رغم ضرورت رفتار منصفانه با طبقات طلبکاران (Omar, ۲۰۰۵, P۲)، گروه های طلبکار خاص را می توان با انصراف از اصل رفتار برابر با طلبکاران متمایز کرد. در ایالات متحده، چنین وضعیتی مجاز است زیرا رفتار انحصاری به افزایش ارزش دارایی بانک، کاهش زیان طلبکار کمک می کند یا برای تأمین منافع عمومی ضروری است و این توسط مقامات اداری تصمیم گیری می شود.

بازسازی بانک‌ها به قدری واجد اهمیت است که مقررات ورشکستگی بانک‌ها و موسسات اعتباری را از شمول مقررات عام ورشکستگی خارج نموده و می‌توان از آن با عنوان ورشکستگی ویژه بانک‌ها یاد نمود. فرایند بازسازی دارای آثار متعددی می‌باشد که می‌تواند حقوق سهامداران و طلبکاران را نیز تحت تأثیر قرار دهد. در بحث تعارض با حقوق سهامداران مسئله تقابل منافع عمومی و خصوصی مطرح می‌شود که در چنین مواردی نظام‌های حقوقی از جمله ایران منافع عمومی را بر منافع خصوصی ترجیح داده و قائل به امکان اعمال فرایندهای بازسازی می‌شوند و تنها برای حفظ تعادل این دو نفع حکم به جبران غرامت به سهامداران داده می‌شود. در اتحادیه اروپا، از ابتدای فرایند بازسازی بانک، حق طرفین مشمول محدودیت‌های فسخ قرارداد و موارد خاصی از تعلیق تعهدات بانکی است. چنین محدودیت‌هایی برای مقامات دولتی لازم است تا تصویر دقیقی از ترازنامه بانک ورشکسته به دست آورند. سلسله مراتب رضایت از مطالبات بستانکار به طور قابل توجهی با سلسله مراتب طبق قانون عمومی ورشکستگی متفاوت است. علاوه بر این، ممکن است طبقات خاصی از طلبکاران را با انصراف از اصل تساوی طلبکاران، در صورتی که به افزایش ارزش دارایی‌های بانک و کاهش زیان طلبکار کمک کند، متمایز نمود.

در بازسازی بانک‌ها، هدف از تدابیر قانونی و معیارهای ایجاد توازن بین منافع خصوصی و عمومی با استفاده از ابزارهای ویژه بازسازی بانک، حداکثر کردن اطمینان حقوقی و پیش‌بینی پذیرگی پیامدهای حقوقی ناشی از بازسازی بانک است. قابل پیش‌بینی بودن فرایند بازسازی بانک نیز رفتار سهامداران بانک را از قبل هدایت می‌کند. بنابراین قوانین و اصول روشن و قابل پیش‌بینی موجب تقویت انضباط بازار می‌شود. اگر مشخص باشد که در زمان‌های بد ورشکستگی بانک، زیان‌های ورشکستگی بانک‌ها بر افراد خصوصی، سهامداران و طلبکاران تحمیل می‌شود، این امر سهامداران و طلبکاران را تشویق می‌کند تا به ابتکار خود کنترل بیشتری بر شرکت اعمال کنند و اقدامات اولیه را برای افزایش سرمایه بانک انجام دهند. یک فرایند بازسازی بانکی قابل پیش‌بینی قبلی، امکان تخصیص مجدد عادی و کارآمد منابع اقتصادی را به گونه‌ای فراهم می‌کند که باعث رشد و افزایش رفاه کلی شود.

بر اساس ملاحظات فوق، پیشنهادات زیر برای تنظیم دقیق مقررات بازسازی که با قواعد فقهی لاضرر و مصلحت هماهنگی دارد، در حقوق ایران توصیه می‌گردد:

۱. بعنوان یک راهبرد: در قانون باید شیوه های اجرایی راهبرد بازسازی بانک ها و موسسات اعتباری تبیین گردد. ۲. موارد بازسازی تصریح و در خصوص اینکه آیا ادغام نیز بازسازی محسوب می شود یا خیر تعیین تکلیف گردد. ۳. آیین به اجرا گذاری راهبرد بازسازی به نحو صحیح و شفاف در قانون بیان شود. ۴. حدود مداخله مراجع ذیصلاح در حقوق طلبکاران و سهامداران به روشنی تعیین شود.

## الف - فارسی

- ادیب، حسین، رسول مظاهری کوهانستانی، محمد مهدی الشریف و محمود جلالی. (۱۳۹۹). تحدید مالکیت خصوصی در اجرای طرحهای عمومی و جبران خسارات ناشی از آن در نظام حقوقی ایران و انگلستان، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره سی و دوم.
- انصاری، علی و جواد عسکری. (۱۳۹۸). مطالعه تطبیقی ابزارهای حقوقی جایگزین ورشکستگی بانک ها، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره بیست و هفتم.
- پیراحمدی، مرضیه. (۱۳۹۹). بررسی آثار کلان ادغام بانک ها در نظام بانکی ایران، دو فصلنامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، دوره ۶، شماره ۱۴.
- رستمی، ولی، سید محمد مهدی غمامی و حمیدرضا سلیمی. (۱۴۰۰). انتظار مشروع در نظام حقوق اداری، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۱، شماره ۵.
- رهپیک، حسن و حمیدرضا رستمی. (۱۳۹۷). تحدید مالکیت خصوصی توسط دولت در راستای استفاده‌ی خصوصی، تعالی حقوق، شماره ۱.
- زارعی، محمدحسین و مسیح بهنیا. (۱۳۹۰). تأملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری، راهبرد، شماره ۶۱، سال بیستم.
- سهرابی، لیلا و زینب فلاح تفتی. (۱۳۹۳). بررسی اصول حاکمیت شرکتی در نظام حقوقی ایران، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۲۵، سال هفتم.
- سیمایی صراف، حسین و وحید امینی. (۱۳۹۹). نظام حقوقی خاص ورشکستگی بانک ها؛ چرایی و چارچوب حقوقی، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۹۴.
- شریف زاده، محمد جواد. (۱۳۹۶). نقد نظام توقف و ورشکستگی بانکی در ایران و ضرورت سنجی جایگزینی آن با نظام گزیر (Resolution) برای مقاوم سازی بخش مالی در کشور، پژوهشنامه انتقادی متون و برنامه های علوم انسانی، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی ماهنامه علمی - پژوهشی، سال هفدهم، شماره نهم.

- صلحی، احسان و محمد سلطانی. (۱۴۰۰). تحلیل سرمایه قانونی و کارکرد آن در حمایت از حقوق طلبکاران، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۱، شماره ۲.
- عالی پناه، علیرضا. (۱۳۹۸). اصل تساوی بستانکاران در تصفیه شرکت های تجاری، در حقوق ایران و انگلستان، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، دوره ۲۴، شماره ۸۶.
- قنوتی، جلیل و اسماعیل کهنمویی. (۱۳۸۹). بررسی نهاد بازسازی در قانون ایالات متحده و مقایسه آن با قرارداد ارفاقی، پژوهشهای حقوق تطبیقی، شماره ۴.
- کیائی، فاطمه، سیامک رهپیک و محمود باقری. (۱۳۹۹). نهاد بازسازی؛ ماهیت و مدل ها در نظام بانکی ایران، دو فصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، دوره جدید، سال بیست و هفتم، شماره ۱۸.
- منصوریان، ناصرعلی و عادل شیبانی. (۱۳۹۶). مفهوم منفعت عمومی و جایگاه آن در قانونگذاری ایران، دو فصلنامه‌ی دیدگاه های حقوق قضایی، شماره‌ی ۷۵ و ۷۶.
- ویژه، محمدرضا و حسن امجدیان. (۱۳۹۴). رویکرد فقهای شورای نگهبان در زمینه‌ی رویارویی مالکیت خصوصی و منفعت عمومی؛ مطالعه‌ی رویه‌ای، دو فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال چهارم، شماره ۱۲.

#### ب- خارجی

- Garrido, JOSÉ M. (۲۰۱۱). No Two Snowflakes the Same: The Distributional Question in International Bankruptcies, Texas International Law Journal, Vol. ۴۶.
- Hüpkes, Eva. (۲۰۰۳). Insolvency – why a special regime for banks?, Forthcoming in Current Developments In Monetary And Financial Law, Vol. ۳.
- Teo, Chindar. (۲۰۱۳). The Cross-Border Insolvency Of International Banks, Submitted in fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Business Administration, Victoria University School of Law.
- Moosa, Imad A. (۲۰۱۰). The Myth of Too Big to Fail, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, Palgrave Macmillan, London.

Schillig, M.(۲۰۱۳). Bank Resolution Regimes in Europe: Recovery and Resolution Planning, Early Intervention, Resolution Tools and Powers', EUROPEAN BUSINESS LAW REVIEW, vol. ۲۴, no. ۶, N/A, pp. ۷۵۱-۷۷۹.

Omar, PAUL J.(۲۰۰۵). The Internationalisation of Insolvency Law: An Anglo-French Comparison, THE INTERNATIONALISATION OF INSOLVENCY LAW, VOL. ۳۹, NO. ۱.