

Legal Analysis of Prudential Regulation in Iranian Banking System

Amin Jafari¹

Sobhan Abbaspoor²

Inefficiency of banks' checklist supervision, in face of global financial crisis especially in EU, raised prudential regulation as a new supervision tool in financial markets' supervision, particularly banks. Because of the obligatory and legal features of these kinds of regulation, these regulations have a legal importance and functions more than economic or financial management aspects. Iranian bank system, following this global movement, has passed prudential regulation in its bank regulatory system and has developed the Iranian bank law. However, the structural and functional challenges in Iranian bank prudential regulation, has caused the efficient risk management to fail, that the root of these failures and insufficiency should be sought in the legal aspects of Iranian bank prudential regulatory system.

In order to perform a critical study on operational and functional structure of prudential regulation in Iran, in an analytic and descriptive method, the directions, regulations and laws related to prudential supervision in Iranian banking law, in light of Basel Committee Standards and Islamic principles has been studied.

To play the effective role of legal function of prudential regulation in Iranian banking system concluded that it is necessary to redefine the legal competence of prudential law makers, executors and supervisors in order to eliminate the conflict of law in three mentioned part of prudential regulatory system. Also, it is suggested to determine specifically the civil and disciplinary responsibilities of the prudential law-breakers and to define the sufficient punishment and controlling legal options like the revocation of bank license or to deprivation of professional competence of bank managers.

Keywords: prudential regulation, bank supervision, risk management, Iranian banking system, central bank.

¹ Assistant Professor, Faculty of Law, Allameh Tabatabai University

² Master of Private Law (Corresponding Author)

Abbaspour.law@gmail.com

نقد و تحلیل راهکارهای حقوقی ارتقاء رتبه کفایت سرمایه در نظام بانکی ایران

امین جعفری*
سبحان عباس‌پور**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۳/۲۲
تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۰۶

چکیده

رتبه کفایت سرمایه از جمله مهم‌ترین شاخص‌های مقررات احتیاطی در زمینه تشخیص درجه آسیب‌پذیری بانک یا مؤسسه اعتباری در خصوص اعتبارات و سرمایه بانکی محسوب می‌گردد. افزایش رتبه کفایت سرمایه و در نتیجه تثبیت بیشتر امنیت اعتباری یک بانک تا حد زیادی معلول تعاریف و مصادیق ارائه شده از مفهوم سرمایه‌ی بانکی است. در نظام بانکداری اسلامی ایران، عناصر تشکیل دهنده سرمایه با آنچه در بانکداری متعارف تحت عنوان سرمایه شده است، به ویژه در خصوص عقود مشارکتی متفاوت بوده و همین عامل سبب می‌گردد تا راهکارهای جبران ریسک کاهش رتبه کفایت سرمایه در نظام بانکی ایران حائز اهمیت تلقی گردد.

مطالعه‌ی علل و عوامل ناکامی بانک‌های دنیا به ویژه نظام‌های بانکی کشورهای اسلامی، به خوبی نشان می‌دهد کارآمدسازی نظام حقوق بانکی این کشورها از جمله بومی‌سازی الزامات مدیریت ریسک با ابزارهای حقوقی متناسب، تا حد زیادی به رفع آسیب‌های نظام بانکی می‌انجامد. باتوجه به اینکه ریسک اعتباری جزء مهم‌ترین ریسک‌های بانکی تلقی می‌شود، در این مقاله با شناسایی و تعریف مفهوم سرمایه و ریسک اعتباری در چارچوب نظام بانکداری اسلامی ایران، راهکارهای حقوقی که منجر به افزایش رتبه کفایت سرمایه بانکی و کاهش ریسک اعتباری بانک‌های ایران می‌شود در سه عنوان کلی اشتراط تملیک معادل خسارت به بانک، عقود تبعی و راهکارهای نوین حقوقی (اوراق و اسناد جدید) مورد تحلیل قرار گرفته است.

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی^۱

پژوهش حاضر اثبات می‌نماید عقود تبعی و اشتراط تملیک معادل خسارت به بانک به دلیل ضعف در نقدشوندگی قابل پیشنهاد نمی‌باشد و در مقابل، استفاده از راهکارهای نوین حقوقی به ویژه اوراق بهادارسازی دارایی‌های رهنی و ضمانت‌نامه‌های بانکی به خاطر تفکیک مالکیت و تعدد ذی‌نفعان از جمله راهکارهای مهم افزایش رتبه کفایت سرمایه در نظام بانکی ایران محسوب می‌شود که البته در صورت رعایت برابری در شرایط ریسک مشتری و بانک و نیز مقررگذاری منسجم بازار پول و سرمایه منجر به کاهش ریسک اعتباری خواهد شد...

واژگان کلیدی

رتبه کفایت سرمایه، ریسک اعتباری، نظام بانکی ایران، ضمانت‌نامه، اسناد تجارتي، اوراق رهنی.

مقدمه

صنعتی شدن جوامع غربی در قرون اخیر سبب شد تا بانک‌ها نهاد مهمی در جذب، تأمین، نگهداری، انتقال سرمایه جوامع صنعتی محسوب شده و در نتیجه به موازات گسترش روزافزون صنایع در غرب، نظام بانکی نیز اهمیت فراوانی یابد. گسترش کمی و کیفی عملیات بانکی سبب گردید تا روابط میان بانک‌ها با یکدیگر و با مشتریان با چالش‌های جدیدی همراه شود. (محمدی، ۱۳۸۹، ۱۷) به فراخور این گسترش کمی و پیچیدگی کیفی، آسیب‌پذیری بانک‌ها نیز تشدید شده و همین موضوع سبب گردید تا مفاهیمی چون نظارت بانکی و مدیریت ریسک بانکی اهمیت فراوانی یافته و تحقیقات فراوانی در این حوزه انجام گردد و دولت‌ها به ویژه بانک‌های مرکزی روش‌های گوناگونی را جهت نظارت و مدیریت مطلوب‌تر ریسک‌ها اتخاذ نمایند. (Mitchener, ۲۰۰۴, p ۱)

تجارب تلخ کشورهای اروپایی در ورشکستگی‌های متعدد بانک‌ها که ناشی از عدم کنترل سرمایه و اعتبارات آن‌ها بوده است، در چند مقطع به ویژه در دوران رکود بزرگ (۱) و بحران‌های مالی اتحادیه اروپا در سال ۲۰۰۷ سبب گردید این کشورها در نشست‌هایی موسوم به کمته بازل، مقرراتی را تدوین نمایند تا بانک‌ها با رعایت این مقررات، از آسیب‌های محتمل و بالقوه فاصله گرفته و پیش از وقوع در ریسک و جبران خسارت‌های وارده، از ابتدا از ورود آن جلوگیری نمایند. (سرشار، ۱۳۹۲، ۷۱-۷۰) به عبارت دیگر هدف اصلی این مقررات که به مقررات احتیاطی (۲) معروف گردیده است، حفظ ثبات، ایمنی و سلامت نظام بانکی در پرتو پیش‌بینی ریسک‌های بانکی است. (Tarullo, ۲۰۱۴, p ۲; Prates, ۲۰۱۳, p ۳; White, ۲۰۱۳, p ۱; Arner and others, ۲۰۱۶, p ۳۶, حسن‌زاده و اسدی‌پور، ۱۳۸۹، ص ۱۳۷)

یکی از اقسام مقررات احتیاطی که در نشست‌های متعدد کمیته بازل مورد مطالعه قرار گرفته و در نظام بانکی ایران نیز بر اساس مصوبات شورای پول و اعتبار بانک مرکزی در قالب مقرره الزام‌آور به شبکه بانکی کشور ابلاغ گردیده است، رتبه کفایت سرمایه است. با این حال در عمل شاهد آن هستیم که کفایت سرمایه در بانک‌های ایرانی از مطلوبیت مناسبی برخوردار نبوده است که براساس یافته‌های این پژوهش، یکی از مهم‌ترین علل و عوامل آن ناکارآمدی ابزارهای حقوقی در این حوزه است. در

حقیقت این مقاله در صدد پاسخ به این سؤال می‌باشد که چه راهکارها و ابزارهای حقوقی برای بالا نگه‌داشتن رتبه کفایت سرمایه بانک‌ها در ایران قابل پیشنهاد است؟ برای پاسخ به این پرسش در مبحث نخست ابتدا مفاهیم اصلی پژوهش تشریح گردیده است و در مبحث دوم علت تمرکز مفهوم سرمایه در بانکداری اسلامی و ارتباط آن با ابزارهای حقوقی توصیف گردیده است و نهایتاً در مبحث سوم، راهکارهای حقوقی موجود تحلیل شده و به بیان نقاط ضعف و قوت آن پرداخته شده است.

۱- مفهوم‌شناسی

۱-۱- مقررات احتیاطی

مقررات احتیاطی، یکی از اصطلاحات جدید به کار رفته در حوزه ادبیات اقتصادی و نظام بانکی است. از نظر حقوقی و اصطلاحی، روش یا روش‌هایی که به وسیله آن‌ها دولت با ابزارهای اداری یا قانون‌گذاری (و به ویژه با وضع مقررات اداری، آیین‌نامه‌ها و استانداردها از سوی سازمان اداری و مؤسسات عمومی) در اقتصاد مداخله می‌کند تا رفتار بازیگران بازار را کنترل و تنظیم کند، مقررات‌گذاری نامیده شده است. (هداوند، ۱۳۸۶، ص ۴۹) برخی دیگر از نویسندگان نیز حکمرانی دولت در جامعه، هدایت اقتصاد کشور و به طور کلی کنترل جامعه را از جمله مصادیق مقررات‌گذاری برشمرده‌اند. (زارعی و شمس، ۱۳۸۷، صص ۱۷۱-۱۷۰)

البته احتیاطی بودن، از یک منظر جزء لاینفک همه قوانین و مقررات است؛ زیرا وضع قوانین و مقررات، اصولاً به منظور پیشگیری از یک ناهنجاری اجتماعی صورت می‌گیرد چه در غیراین صورت احتیاجی به ایجاد یک الزام و چارچوب که محدودکننده آزادی اشخاص باشد، نبوده است. با این حال، عنصر پیشگیرانه در برخی از قوانین و مقررات مشهودتر است و به همین دلیل نیز اصطلاح مقررات احتیاطی در خصوص الزامات بانکی به کار می‌رود که به منظور پیشگیری از ریسک وضع می‌گردد. به طور خلاصه، مقررات احتیاطی دسته‌ای از مقررات بانکی معرفی شده است که با رویکرد

پیشگیرانه و به منظور پیشگیری از به مخاطره افتادن منافع سپرده‌گذاران و ورشکستگی بانک‌ها وضع می‌شود. (امین آزاد، ۱۳۹۰، ص ۱۵۰)

۱-۲- مدیریت ریسک اعتباری و نسبت کفایت سرمایه

کارویژه‌ی مقررات احتیاطی، استقرار یک نظام نظارتی مطلوب جهت مدیریت ریسک‌های بانکی، پیش از وقوع ریسک است. در حقیقت الزامات مذکور در مطلب گذشته ناظر به محدودسازی بانک‌ها جهت مصون ماندن از ریسک‌های بانکی است. ریسک در معنای اولیه خود ممکن است نتیجه‌ای مثبت یا منفی داشته باشد و در این نگاه ریسک لزوماً موضوعی منفی تلقی نمی‌شود و ممکن است ریسک در حوزه‌ای خاص مانند سرمایه‌گذاری متضمن سود یا زیان به صورت توأمان باشد؛ لذا برخی از نویسندگان ریسک را «عدم قطعیت‌هایی که اگر اتفاق بیفتند، تاثیری مثبت یا منفی بر یک یا چند هدف از اهداف پروژه دارند» تعریف کرده‌اند (خلیل ارجمندی و سیاح، ۱۳۹۲، ص ۱۹). با این حال در اصطلاحات بانکی، مقصود از ریسک زیان بالقوه‌ای است که یا به طور مستقیم از زیان‌های درآمد و سرمایه حاصل می‌شود و یا به‌طور غیرمستقیم از محدودیت‌هایی به وجود می‌آید که توانایی بانک را برای دستیابی به اهداف تجاری و مالی خود کاهش می‌دهد. (مهدویان، ۱۳۸۳، ص ۴۲) با تعریف ارائه شده از ریسک باید گفت مدیریت ریسک، دربرگیرنده کلیه فعالیت‌هایی است که به حداقل شدن آثار نامطلوب پذیرش ریسک توسط بانک مربوط می‌شود. شامل شناسایی، اندازه‌گیری، تحلیل، بهبود و نظارت و بازنگری در ریسک می‌شود. (اسدی پور، ۱۳۸۸، ص ۴۸)

مدیریت ریسک انواع گوناگونی دارد که یکی از انواع آن مدیریت ریسک اعتباری است. وفق بند ۱۸ ماده ۱ دستورالعمل سرمایه نظارتی و کفایت سرمایه مؤسسات اعتباری مصوب ۱۳۸۲ شورای پول و اعتبار، ریسک اعتباری عبارت است از «احتمال وقوع زیان ناشی از عدم توانایی یا عدم تمایل در پرداخت مطالبات». یکی از مهم‌ترین ابزارهای مدیریت ریسک‌های اعتباری بانک‌ها، الزام بانک‌ها به رعایت نسبت (رتبه) کفایت سرمایه است. نسبت کفایت سرمایه، یکی از شاخص‌های توانگری اعتباری و نقدینگی مؤسسه اعتباری و راه‌حلی برای برون‌رفت از بحران‌های مالی محسوب

می‌شود. در سازوکار کفایت سرمایه، بانک‌ها ملزم می‌شوند، حداقلی از سرمایه خود را (بر اساس فرمول‌های اعلامی بانک مرکزی (۳)) نگاه داشته و از صرف و هزینه کرد و کاربست آن خودداری نمایند.

۱-۳- سرمایه در بانکداری اسلامی

واژه‌شناسان، سرمایه را پول یا کالایی که اساس کسب و تجارت قرار بدهند و نیز دارایی و سود تعریف نموده‌اند. (عمید، ۱۳۶۹، ص ۷۸۵) حسابداران سرمایه را ارزش خالص بنگاه اقتصادی تلقی می‌کنند و از نظر اقتصاددانان سرمایه، علاوه بر دارایی‌های مولد موجود در بنگاه اقتصادی برای تولید کالا و خدمات، شامل دیون، تعهدات، سهام و سایر اوراق بهادار منتشر شده توسط واحد تجاری نیز می‌باشد. برخی نیز فرمول «دارایی منهای بدهی» را معادل سرمایه دانسته‌اند. (مهدی‌فرد، ۱۳۸۶، ص ۱۰)

طبق تعریف حقوقی، سرمایه بر اساس تعریف پاراگراف ششم از ماده ۱ منشور بین‌المللی انرژی عبارت است از «هر نوع دارایی که مستقیم یا غیرمستقیم توسط سرمایه‌گذار تملک یا کنترل می‌شود». بر اساس این منشور هرگونه «حق مالکانه، ادعا در خصوص پول، ادعا در خصوص اجرای قرارداد» نیز به گونه‌ای سرمایه تلقی می‌گردد. (تقدیر، ۱۳۹۰، ۲۹۴) در اصطلاح، سرمایه بانک (۴) به تفاوت در ارزش سرمایه و بدهی بانک گویند. سرمایه بانک بیانگر ارزش خالص بانک یا ارزش آن برای صاحبان سهام بانک است. به تعبیر دانشنامه سرمایه‌گذاری، سرمایه بانک قدرت یک بانک در هضم بدهی‌های اوست. (۵) فهرست واژگان مالی «مارکت بی‌زینس» سرمایه بانکی را «اندوخته‌ی دارایی‌های امن بانک که مانند سپر در برابر بدهی‌ها مقاومت می‌کند» تعریف نموده و آن را به کیسه هوای خودرو تشبیه نموده است. (۶) بر اساس تعاریف مذکور، سرمایه یک بانک به طور کلی عبارت است از میزان دارایی بانک به همراه اعتباراتی که به وسیله سپرده‌گذاری در اختیار مؤسسه اعتباری قرار می‌گیرد.

آنچه در بحث رعایت کفایت سرمایه در بانکداری اسلامی اهمیت فراوانی می‌یابد، کیفیت محاسبه سرمایه در بانک به عنوان عامل مؤلّد ریسک است. لذا در مبحث دوم، ارتباط مفهوم سرمایه در نظام بانکداری اسلامی ایران با علل عدم توفیق نظام حقوقی ایران در کنترل رتبه کفایت سرمایه بانک‌ها روشن می‌گردد.

۲- عقود مشارکتی؛ محل نزاع نسبت کفایت سرمایه در بانکداری اسلامی

گردش سرمایه در بانکها، در قالب دو عملیات عمده تخصیص و تجهیز منابع قابل تصور می‌باشد. مقصود از قراردادهای تجهیز منابع پولی آن دسته از قراردادهایی است که برای جذب منابع مشتریان میان بانک و مشتریان برای سپرده گذاری منعقد می‌شود که مطابق ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا(بهره) از دو طریق سپرده های قرض الحسنه و سپرده های سرمایه گذاری مدت دار صورت می پذیرد.» (عرفانی و جعفری، ۱۳۹۵، ص ۲۰) از سوی دیگر «یکی از کارکردهای اصلی بانک، گردش پول با هدف تحصیل سود است. بانک برای این امر، قراردادهای مختلفی را متناسب با تقاضاهای مشتریان از قبل به صورت فرم آماده می کند و آنها را در اختیار مشتریان واجد شرایط قرار می دهد. در صورت تکمیل قرارداد توسط مشتری و ارائه مدارک مورد نیاز، بخشی از منابع بانک به شخص مورد نظر تخصیص می یابد.» (السان، ۱۳۸۹، ص ۱۱۶)

در عملیات تجهیز منابع، ابتکار عمل با مؤسسه اعتباری است و این مؤسسه اعتباری است که باید تصمیم بگیرد چگونه وجوه سپرده شده را محافظت نماید و ریسک بانک در عملیات تجهیز منابع، مستقیماً به مؤسسه اعتباری بازمی‌گردد. لذا ریسک از بین رفتن سرمایه در نفس قراردادهای مبتنی بر تجهیز منابع نبوده بلکه ریسک‌های ایجاد شده در حوزه تجهیز منابع، ناشی از سوء مدیریت در کاربست وجوه در شبکه بانکی است. اما در خصوص عملیات تخصیص منابع، موضوع کاملاً متفاوت است؛ زیرا در دسته اخیر، وجوهی از سبد دارایی (۷) بانک خارج شده و در اختیار مشتری قرار می‌گیرد. لذا نسبت کفایت سرمایه، در خصوص عملیات تخصیص منابع از اهمیت فراوانی برخوردار است.

عملیات تخصیص منابع در حقوق بانکی ایران، بر اساس قانون عملیات بانکی بدون ربا ۱۳۶۲ و آیین‌نامه اجرایی فصل سوم این قانون، به طور کلی در سه گروه قراردادهای قرض الحسنه، مشارکتی و مبادله‌ای تقسیم شده است. در عقود مبادله‌ای، شرایط داد و ستد سود دقیقاً مشابه با بانکداری متعارف است و ریسک‌های قابل ایجاد برای سرمایه‌های تخصیص یافته، کاملاً قابل پیش‌بینی است؛ زیرا در عقود مبادله‌ای، نرخ سود

ثابت بوده، لذا بانک تکلیف خود را در محاسبه ریسک دقیقاً می‌داند و در حفظ و رعایت کفایت سرمایه با مشکل خاصی مواجه نیست. (موسویان، ۱۳۸۹، ص ۷۱) اما در عقود مشارکتی و قرض‌الحسنه، بانک اسلامی از دو مشکل اساسی رنج می‌برد. در بحث قرض‌الحسنه، از آنجا که بخش قابل توجهی از متقاضیان این نوع قرارداد را اشخاص غیرمتمول جامعه تشکیل می‌دهند، توانگری پایین ایشان در بازپرداخت، می‌تواند یکی از عوامل تهدیدکننده کفایت سرمایه تلقی شود؛ با این حال، رعایت اعتبارسنجی، مراجعه به سامانه جامع اطلاعات مشتریان، اخذ وثایق کافی و ... تا حد زیادی این ریسک را پوشش می‌دهد.

اما مسأله اصلی در رعایت کفایت سرمایه توسط بانک‌های ایران، تکنیک‌های فائق آمدن بر ریسک‌های ناشی از عقود مشارکتی است. در واقع عقود مشارکتی، نرخ سود متغیر و غیرقابل پیش‌بینی دارند و هرچقدر سود و زیان یک قرارداد متغیرتر باشد، بانک‌ها قدرت کمتری در محاسبه باقی‌مانده سرمایه خود خواهند داشت. (عقبلی کرمانی، ۱۳۸۲، ص ۸۷) از طرفی در نظام بانکی ایران، عقود مشارکتی به خاطر واقعی بودن سود، در مقابل عقود مبادله‌ای با سود قطعی پیشنهاد گردیده و کاربردهای فراوانی دارد؛ هرچند بر اساس نظر فقها و حقوقدانان، در عقود مبادله‌ای از حیث قطعیت سود، شبهه ربوی راه ندارد، اما از آنجا که عقود مشارکتی، ویژه بانکداری اسلامی می‌باشد در ایران، مورد اقبال گسترده‌ای واقع شده و از این حیث، ریسک تخطی از کفایت سرمایه نیز به موازات این اقبال در بانکداری ایران گسترش یافته است. (سلطانی، ۱۳۹۳، صص ۳۲-۳۴ و ۱۶۸ و عرفانی و جعفری، ۱۳۹۵، صص ۳۷-۳۳)

عقود مشارکتی در نظام بانکی ایران، عبارتند از مضاربه، مزارعه و مساقات، مشارکت حقوقی و مشارکت مدنی. ویژگی مشترک تمامی این عقود، شراکت بانک در ریسک می‌باشد. به طور مثال در عقد مضاربه، چون مالک، بانک محسوب شده و متقاضی تسهیلات عامل محسوب می‌شود، چنانچه تجارت عامل، منتج به سود نشده و یا حتی زیان‌ده باشد، بانک در سود یا زیان شریک خواهد بود و لذا در این عقود هیچ‌گونه ضمانتی برای بازگشت سریع پول به بانک وجود ندارد؛ زیرا تحصیل ربح امری تدریجی و ضمناً محتمل است و البته ممکن است حتی در صورت حصول ربح نیز مشتری، به موقع وجوه را به بانک مسترد ننماید که این مشکل از عدم تقارن اطلاعاتی

بانک با مشتری ناشی می‌شود. لذا ممکن است مؤسسه اعتباری سالها منتظر بماند تا اصل مبلغ تخصیص یافته به او بازگردد که موجب ریسک اعتباری در بانک اسلامی است. (ابوالحسنی و حسنی مقدم، ۱۳۸۷، ص ۱۶۴؛ باقری و بستانی، ۱۳۹۳، ص ۱۲۲؛ محرابی، بی تا، ص ۷۶)

۳- معرفی و تحلیل راهکارها و ابزارهای حقوقی

با درک اهمیت مفهوم سرمایه در بانکداری اسلامی و جایگاه عقود مشارکتی در نظام بانکی ایران باید گفت، علیرغم مزایای عقود مشارکتی، متأسفانه این عقود نسبت کفایه سرمایه بانکها را کاهش داده و این موضوع مدیریت ریسک اعتباری در بانکها را با چالش جدی مواجه می‌سازد زیرا عقود مشارکتی جزء عقود محتمل و غیرقابل پیش‌بینی محسوب می‌شوند که البته این موارد نقطه ضعفی بر این عقود نبوده بلکه چالش‌های اعتباری در نظام بانکی معلول عدم مدیریت حقوقی صحیح این دسته از قراردادهاست. به منظور جبران خلأهای مذکور سه راهکار کلی پیشنهاد می‌گردد که عبارتند از اشتراط تملیک خسارت، انعقاد قراردادهای جانبی و استفاده از ابزارهای نوین حقوقی که ذیلاً به برخی از مصادیق این سه دسته اشاره خواهد شد.

۳-۱- اشتراط وجه التزام معادل خسارت بانک

یکی از ابزارهای حقوقی قابل استفاده در بسیاری از قراردادها به ویژه قراردادهای تجاری و بانکی، اشتراط وجه التزام در صورت نقض تعهد طرفین یا یکی از آنها می‌باشد. (ماده ۲۳۰ قانون مدنی) همچنین، پرداخت مبلغی پول یا انجام عملی معین، ممکن است به طور کلی، در صورت وقوع یا ایجاد یک رخداد به عنوان شرط قرارداد تعیین گردیده باشد که این امر نیز ممکن است یا مستقلاً جزء تعهدات یکی از طرفین قرار گیرد و مابازای انجام عملی باشد و یا ممکن است در قالب شروط تعلیقی حادث شود. (صفایی، ۱۳۹۰، صص ۲۷ و ۱۹۱)

به طور مثال بر اساس ماده ۵۲۰ قانون مدنی «درمزارعه جائزاست شرط شود که یکی از دو طرف علاوه بر حصه از حاصل مال دیگری نیزبطرف مقابل بدهد» بر اساس این

ماده بی آن که نقض تعهدی رخ داده باشد، شرطی در قالب شرط فعل حقوقی مثبت گنجانده شده است، که یکی از طرفین قرارداد مزارعه، علاوه بر سهم به دست آمده در نتیجه عمل مزارعه، مال دیگری را نیز به دیگری تملیک نماید. لذا تملیک یک مال در ضمن یکی از عقود معین وفق تصریح ماده مذکور پیش‌بینی گردیده است.

یکی از مهم‌ترین عقود مشارکتی در نظام بانکی، مضاربه است. بر اساس ماده ۵۴۶ قانون مدنی، مضاربه عقدی است که بموجب آن احد متعاملین سرمایه می دهد باقید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. (۸) عقد مضاربه در بانکداری اسلامی در صورتی که منجر به ضرر پروژه گردد، بانک و سرمایه‌گذار هر دو خسارت را برعهده خواهند داشت در حالیکه در بانکداری متعارف در هر صورت بانک جبران خسارتش را از سرمایه‌گذار مطالبه خواهد نمود. با این وصف معلوم می‌گردد چنانچه تجارتهی منتهی به شکست گردد و در حقیقت سودی حاصل نشود، بانک سرمایه‌اش را از دست خواهد داد و لذا در نتیجه با کاهش رتبه کفایت سرمایه مواجه خواهد شد.

یکی از راهکارهای حقوقی قابل بحث در این باره، اشتراط تملیک مابایزای خسارت از طرف مشتری به بانک است. ماده ۵۵۸ قانون مدنی در این باره تصریح دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.» واقعیت موجود آن است که به چند دلیل این راهکار حقوقی، در عین صحت، راهکار جامعی برای پرکردن خلأ از بین رفتن سرمایه ناشی از شکست مضاربه محسوب نمی‌شود؛

اولاً- ویژگی عقود مشارکتی نامعین بودن میزان سود و ضرر هریک از طرفین بانک (به عنوان مالک) و مشتری به عنوان مضارب یا عامل است. لذا تعیین مبلغی به صورت روزانه در تسهیلات مضاربه که در بانک‌ها رایج است به گونه‌ای تعیین تکلیف قطعی برای امری است که محتمل است و سود معین بر اساس قوانین پولی و بانکی، منحصر در عقود مبادله‌ای است که نرخ‌ها معین و ثابت محسوب می‌شوند. (موسویان، ۱۳۸۹،

ثانیا- اشتراط تملیک معادل خسارت توسط مضارب به بانک انگیزه‌های تاجر و بانک را برای فعالیت بیشتر محدود می‌سازد. زیرا علیرغم آنکه این شرط نوعی مشوق برای تاجر به منظور کسب سود از تجارت و عدم بی‌احتیاطی در خصوص کاربست و هزینه‌کرد تسهیلات دریافتی است، قدرت ریسک‌پذیری تاجر را نیز توأما می‌کاهد و ابتکار عمل تاجر را از بین می‌برد. از طرفی این شرط، انگیزه بانک برای جست و جوی مشتریان کارآمدتر را از بین خواهد بود؛ زیرا بانک در هر صورت مطمئن خواهد بود که سرمایه تخصیص یافته به عامل، در صورت شکست به او بازخواهد گشت؛ اعم از اینکه متقاضی تسهیلات تاجری موفق، سالم و دارای شفافیت مالی شایسته‌ای باشد و یا خیر. بنابراین، این راهکار جهت جبران ریسک کاهش رتبه کفایت سرمایه قابل پیشنهاد نمی‌باشد اگر چه در قراردادهای مضاربه سنتی طبق قانون مدنی می‌توان در مواقعی کارآمد تلقی گردد.

ثالثا؛ در اشتراط تملیک مابازای خسارت به بانک، محل پرداخت توسط مشتری روشن نمی‌گردد و یک تعهد مالی و مدنی بدون پشتوانه محسوب می‌شود که ریسک فراوانی برای بانک دارد؛ زیرا بانک هیچگاه نمی‌تواند اطمینان کسب کند که اعتبار خارج شده از کدام محل بازخواهد گشت.

۲-۳- انعقاد قراردادهای جانبی

یکی از راهکارهایی که برای جبران ریسک‌های اعتباری عقود مشارکتی پیشنهاد می‌گردد انعقاد قراردادهای جانبی در کنار عقد اصلی مشارکتی است. در این خصوص سه عقد ضمان، رهن و صلح قابل پیشنهاد است.

بر اساس ماده ۶۸۴ قانون مدنی «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بعهده بگیرد.» البته ضمان در حقوق ایران، اقسام گوناگونی دارد و دو صورت نقل ذمه به ذمه و ضم ذمه به ذمه قابل تصور است. همچنین ضم ذمه به ذمه خود به دو حالت طولی و عرضی تقسیم می‌شود. ضم ذمه به ذمه حالتی است که در آن، مضمون عنه با انعقاد عقد ضمان بری‌الذمه نمی‌شود بلکه در عین بقای تعهد او به متعهد له، آن تعهد برای شخص ضامن نیز ایجاد می‌شود. در تفاوت ضم به ذمه

طولی و عرضی باید گفت، مقصود از ضم عرضی ذمه، همان ضمان تضامنی است بدین معنا که ضمون له حق مراجعه به هریک از ضامن و مضمون عنه را برای استیفاء حقوق خود دارد اما در ضم طولی، باید ابتدا به مضمون عنه مراجعه و در صورت عدم تمکن از ایفاء تعهدات به ضامن مراجعه نماید. (شیرازی، ۱۳۹۶، صص ۴۸-۴۵) در هر صورت چون تعهد ضامن پشتوانه تعهد مضمون عنه است، موجب ایجاد پشتوانه مناسبی برای انجام تعهدات خواهد بود.

ماده ۷۷۱ قانون مدنی تصریح دارد: «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد. رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند.» همان‌گونه که ماده نیز تصریح نموده است هدف از انعقاد عقد رهن، استیثاق و حصول اطمینان مرتهن از اجرای تعهدات رهن است. لذا چون در عقود مشارکتی وقوع خطر و ریسک محتمل است و ممکن است بانک با عدم کفایت سرمایه مواجه شود، عقد رهن، برای جبران ریسک‌های ناشی از مشارکت قابل پیشنهاد است.

ماده ۷۵۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود.» همان‌طور که ماده صراحت دارد، صلح ممکن است رفع تنازع نماید و یا آنکه پیش از وقوع اختلاف و یا طرح دعوا در محاکم میان طرفین منعقد گردد. در خصوص عقود مشارکتی، صلح به این صورت است که طرفین در هنگام انعقاد قرارداد مشارکتی، توافق می‌کنند که چنانچه بانک با زیانی مواجه شد و سرمایه خود را از دست داد، در قالب شرط فعل یا نتیجه، این خسارت از طریق صلح اموال مشتری به بانک جبران گردد.

کارکرد عقود مذکور در قراردادهای بانکی بدین نحو است که در ضمن عقود مشارکتی اصلی، یکی از عقود صلح، رهن یا ضمان منعقد می‌شود تا در صورتی که عقد اصلی مانند مشارکت مدنی یا مضاربه، با ضرر همراه گردد، بانک با از دست رفتن سرمایه مواجه نشود. در نگاه اول به نظر می‌رسد باتوجه به ریسکی بودن ماهیت عقود مشارکتی، چنانچه عقود فوق به صورت مطلق و بدون قید و شرطی در همه عقود و با همه اشخاص به صورت یکسان منعقد گردد، انگیزه بسیاری از افراد برای مشارکت با بانک کاهش خواهد یافت. اما حقیقت آن است که درج عقود فوق باید در تمامی قراردادهای مشارکتی پیش‌بینی شود، اما آنچه باید مورد مذاقه قرار گیرد آن است که

شرایط تحقق مسئولیت مدنی مشتری به صورت منطقی در نظر گرفته شود و این طور نباشد که به محض ورود خسارت طبیعی به بانک، بانک حق اجرای عقود فوق را داشته باشد. به طور مثال، بانک زمانی حق اجرای مورد رهنی را داشته باشد که خسارت ناشی از مساقات، مستقیماً به تقصیر عامل بازگردد. در غیراین صورت این قراردادها الگوی مناسبی برای عملیات بانکی نخواهد بود.

۳-۳- تشریح راهکارهای نوین حقوقی

مقصود از ابزارها و راهکارهای نوین حقوقی، ابزارهایی است که در قالب عقود متداول و معین نبوده بلکه بیشتر در قالب اوراق و اسناد قابل بیان است. برای جبران ریسک‌های اعتباری، ضمانت‌نامه‌های بانکی، صدور اسناد تجاری و اوراق بهادارسازی دارای‌های رهنی قابل پیشنهاد است. (نیکخواه بهرامی، ۱۳۹۶، صص ۹۶-۱۲۰)

۳-۳-۱- ضمانت‌نامه‌های بانکی

یکی از سازوکارهای حفظ و تأمین سرمایه بانک‌ها، صدور ضمانت‌نامه‌های بانکی است. ضمانت‌نامه بانکی، اصطلاحی برگرفته از عقد ضمان در حقوق مدنی اعم از مفهوم مدنی به معنی الخاص و مفهوم تجاری آن است. با این حال مفهوم ضمان در ضمانت‌نامه‌های بانکی با ضمان مدنی و تجاری سنتی تفاوت‌هایی دارد. ضمانت‌نامه بانکی برخلاف ضمان تبعی از ویژگی مهم «استقلال» و در نتیجه «عدم قابلیت استناد به ایرادات» توسط ضامن یا ضمانت خواه در مقابل ذینفع برخوردار است. با توجه به اصل استقلال، بانک ضامن به رابطه پایه طرفین - ضمانت‌خواه و ذی‌نفع - ورود نمی‌کند و فقط همچون اعتبارات اسنادی به رعایت شرایط شکلی مطالبه و نیز مطابقت اسناد - در صورت وجود اکتفا میکند. (سلطانی، ۱۳۹۲، ص ۱۲۴)

در مانحن فیه که بانک برای جبران اعتبار از دست رفته ناشی از نکول اعتباری و از دست رفتن سرمایه، می‌خواهد از ضمانت‌نامه بانکی استفاده نماید سؤال قابل طرح آن است که آیا بانک ضمانت‌نامه را شخصاً صادر می‌کند یا باید عهده بانک دیگری باشد؟

در فرض نخست، بانک صادرکننده ضمانت‌نامه (ضامن) خود متعهدله این سند قرار گرفته و در واقع ضامن و مضمون له شخصی واحد محسوب می‌شود؛ به نحوی که وام‌گیرنده، ضمانت‌خواه سند محسوب شده و بانک همزمان صادرکننده (ضامن) و ذی‌نفع سند ضمانت‌نامه (مضمون له). در اینکه آیا تجمع ضامن و مضمون له در شخص واحد صحیح است یا خیر دو فرض قابل تصور است:

فرض نخست، صحت صدور ضمانت‌نامه بانکی توسط بانک ارائه‌دهنده تسهیلات است؛ که این صحت از چند جهت قابل توجیه است؛ نخست آنکه این موضوع از جنبه نظری در قوانین منع نگردیده و از حیث نظری ایرادی بر آن وارد نیست؛ زیرا ضامن در بحث بانک، در حقیقت یک واسطه جهت انجام عملیات بانکی است و از آنجا که بر اساس مقررات بانک مرکزی، نهاد بانک یا مؤسسه اعتباری تنها مرجع صالح جهت صدور ضمانت‌نامه می‌باشد، این مرجع ممکن است اتفاقاً ذی‌نفع هم واقع شود و صدور ضمانت‌نامه مستلزم ذی‌نفع نبودن آن نیست؛ ثانیاً از نظر عملی هم بر ذی‌نفع بودن بانک ایرادی وارد نیست؛ زیرا در صورت نقض تعهد وام‌گیرنده یا متعامل (مضمون عنه) اعم از عدم پرداخت اقساط، تأخیر در پرداخت اقساط یا هر گونه نقض تعهدات پیش‌بینی شده در هریک از عقود مشارکتی یا تسهیلات گوناگون، ذی‌نفع (بانک) می‌تواند مانند هر ذی‌نفع دیگری از محل وثایق سپرده شده جهت صدور ضمانت‌نامه با طی تشریفات قانونی برداشت نموده و مطالبات خود را وصول نماید؛ بی‌آنکه ضرورتی در استقلال ضامن و مضمون له وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، در حالت کلی ذی‌نفع جهت اجرای ضمانت‌نامه به بانک مراجعه نموده و اراده‌ی «مطالبه وجه ضمانت‌نامه» را انشاء می‌نماید؛ در فرض مذکور، بانک این اراده را کتبا لکن رأساً ابراز نموده و از آنجا که وثایق سپرده شده منشأ ضمانت‌نامه نزد او می‌باشد، می‌تواند نسبت به وصول آن اقدام نماید.

یکی دیگر از ادله توجیه‌کننده صحت ذی‌نفع واقع شدن بانک صادرکننده ضمانت‌نامه، مشابه این عمل در حوزه حقوق اسناد تجاری است. در میان اسناد تجاری تصریح در قانون تجارت، یکی از اوصاف برات، امکان صدور در وضعیتی است که صادرکننده (برات‌کش یا برات‌دهنده)، خود ذی‌نفع (محال له) واقع شود. حقوق‌دانان معتقدند در این فرض شخص می‌تواند به نفع خود برات صادر نماید و فایده آن اخذ

قبولی براتگیر و سپس انتقال آن به شخص ثالث است. (توکلی، ۱۳۹۴، ص ۳۱۴) لذا فارغ از ویژگی‌های اوصاف سند تجارتي برات و قواعد حاکم بر برات، به طور کلی می‌توان مواردی را در حقوق خصوصی یافت که در آن صادرکننده و ذی‌نفع در شخص واحدی قابل جمع می‌باشد.

با استدلالات فوق در خصوص امکان جمع عنوان «ذی‌نفع» و «صادرکننده» بانک واحد، به طریق اولی می‌توان گفت امکان ذی‌نفع واقع شدن یک بانک، زمانی که صادرکننده بانکی دیگری است نیز وجود دارد. به طور مثال بانک الف، براساس قرارداد مضاربه مقرر گردیده است یک میلیارد ریال به متقاضی مضاربه پرداخت نماید مشروط به اخذ ضمانت‌نامه بانکی از بانک ب؛ در این وضعیت متقاضی بایستی وثایقی را نزد بانک ب بسپارد تا بانک ب ضمانت‌نامه‌ای با ذی‌نفعی بانک الف صادر نماید.

در فرض دوم (بطلان) به نظر می‌رسد تنها چالش قابل طرح از باب بطلان تجمع عناوین مذکور، به خطر افتادن نظم عمومی و عدالت است که یکی از اهداف اصلی حقوق است. در واقع تعیین یک بانک، به عنوان مرجعی که هم بتواند صادرکننده و هم ذی‌نفع باشد، از این جهت قابل خدشه است که این موضوع عاملی برای سوءاستفاده بانک بوده و هر زمان بانک با تشخیص خود بتواند اموال متقاضی تسهیلات (طرف قراردادی خود) را بدون دلایل کافی تملک نماید، زیرا هیچ واسطه و مرجع کنترل‌کننده‌ای فی‌مابین صادرکننده و ذی‌نفع وجود ندارد و اقدام علی‌الرأس بانک، مغایر با عدالت تلقی می‌شود.

در پاسخ به این اشکال باید گفت اگر جمع عنوان صادرکننده و ذی‌نفع در شخص واحد به تأیید طرف قرارداد برسد ایرادی ندارد و این موضوع دقیقاً مانند زمانی است که راهن به مرتهن وکالت می‌دهد تا در صورت نقض تعهد، رأساً به فروش مال مرهونه اقدام نماید. (۹) در حقیقت نظم عمومی و عدالت زمانی خدشه‌دار می‌شود که اراده و رضایت طرف قراردادی حاصل نشده باشد و خیانت در امانت تلقی گردد؛ اما زمانی که طرف قراردادی، خود به ذی‌نفعی بانک صادرکننده ضمانت‌نامه گردن می‌نهد و قرارداد را امضاء می‌نماید، دیگر خدشه‌پذیری نظم عمومی و عدالت را نمی‌توان پذیرفت.

نمونه دیگر این حالت، زمانی است که یکی از طرفین قرارداد، احد طرفین را به عنوان داور مرضی‌الطرفین انتخاب نمایند. با مطالعه مواد فصل هفتم قانون آیین دادرسی

مدنی (در بحث داوری) معلوم می‌گردد، این قانون جهت انتخاب یکی از طرفین به عنوان داور استثنائی قائل نشده که این نکته از اطلاق ماده ۴۵۵ نیز به طور خاص قابل استناد است و عملاً در بسیاری از قراردادها به ویژه قراردادهای دولتی نیز در حال حاضر، شخص دولتی غالباً به عنوان داور مرضی‌الطرفین انتخاب می‌گردد.

ریسک خدشه‌پذیری نظم عمومی از باب تجمع عناوین از باب دیگری نیز قابل رفع می‌باشد و آن به صرفه نبودن مطالبه وجه ضمانت‌نامه در صورت عدم استحقاق بانک است. در حقیقت اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی حکم می‌کند که بانک بدون توجه به علت مطالبه وجه، وجه را به ذی‌نفع (در اینجا به حساب خود) پرداخت نماید. با این حال، یکی از کارکردهای ضمانت‌نامه آن است که ضمانت‌خواه در صورتی که ذی‌نفع بدون استحقاق وجه سند را مطالبه کرده باشد، می‌تواند به دلیل ایفاء ناروا به ذی‌نفع رجوع کند و طبیعی است این رجوع به ضرر بانک بوده زیرا خسارتهای دادرسی را نیز باید جبران نماید. (سلطانی، ۱۳۹۷، ص ۲۵۰)

۳-۲-۳- صدور اسناد تجاری

یکی از راهکارهای جبران ریسک اعتباری ناشی از عقود مشارکتی، صدور اسناد تجاری توسط متقاضی تسهیلات است. در حقیقت، متقاضی تسهیلات با صدور اسنادی نظیر چک و سفته حسن اجرای تعهدات اعتباری خود را تضمین می‌نماید. صدور چک یا سفته بابت تضمین که از رویه‌های مرسوم تضمین بازپرداخت قراردادهای متعارف محسوب می‌شود در نظام بانکی اهمیت ویژه‌ای می‌یابد. زیرا برخلاف ضمانت‌نامه بانکی که پشتوانه بخش اعظم آن وجوه نقدی ضمانت‌خواه موجود در بانک بوده و به راحتی در صورت نکول قابل وصول است، در اسناد تجاری اصولاً نقدشوندگی موضوعی مهم است؛ زیرا بر فرض نقض تعهدات وام‌گیرنده، بانک جهت استیفاء طلب خود اولاً باید مدت مدیدی را صرف طی شدن رویه قضایی یا ثبتی نماید و ثانیاً اجرای اسناد مذکور، مستلزم صرف هزینه بوده و ثالثاً، یکی از مهم‌ترین کارهای بانک به عنوان بستانکار معرفی اموال صادرکننده اسناد تجاری به مراجع ذی‌صلاح قضایی یا ثبتی جهت توقیف و مزایده و فروش است که شناسایی اموال

مشتری بانک خود از ریسک بالایی برخوردار است. زیرا در مدیریت ریسک اعتباری از طریق اسناد رهنی، مرجع مجری حکم با توجه به حق وثیقه‌ای و عینی بستانکار همان مال را که از حقوق ممتازه بستانکار بوده و دارای حق تقدم می‌باشد را توقیف می‌نماید اما چک و سفته از این مزیت مستثنا هستند، زیرا صرفاً دلالت بر مدیونیت صادرکننده در صورت تحقق شرط تضمینی نموده و واجد حق عینی برای بستانکار نمی‌باشد. افزون بر موارد فوق، سند تجارتي سفته (فته طلب) که برای جبران کسری وثایق اصلی متقاضیان تسهیلات توسط بانک‌ها پیشنهاد می‌گردد، در مراجع شبه قضایی ثبتي قابلیت اجرا ندارند، زیرا چک بنا به مصالحی و به صورت خاص در حکم سند رسمي فرض شده است (۱۰) و این قید قانونی خلاف اصل بوده و لذا قابل تسری به سفته نمی‌باشد. من حیث المجموع به نظر می‌رسد صدور اسناد تجاری، توفیق چندانی در جبران ریسک اعتباری عقود مشارکتی و تسهیلات را کسب نمی‌نماید.

۳-۳-۳- اوراق بهادار سازی دارایی‌های رهنی

اوراق بهادار سازی دارایی‌ها، روند مربوط به تبدیل بخشی از دارایی‌ها به شکل اوراق بهادار است که برای سرمایه‌گذاران در بازار ثانویه قابل قبول باشند. بنابراین، اوراق بهادار سازی زمانی رخ می‌دهد که نهاد مالی یا هر بنگاه دارنده دارایی، دارایی‌هایی را که قابلیت ایجاد جریان نقدی را دارند، طی فرآیندی به یک طرف سوم منتقل می‌کند و به پشتوانه این دارایی‌ها در قالب ساختاری جدید اوراق بهادار منتشر می‌شود. (امیرحسینی و قبادی، ۱۳۹۴، ص ۴)

یکی از مهم‌ترین مصادیق دارایی‌های بانک‌ها که قابلیت تبدیل به اوراق بهادار را دارد، دارایی‌های رهنی است. مقصود از دارایی‌های رهنی بانک‌ها، مطالبات بانک‌ها ناشی از اعطاء وام‌های بانکی است که پشتوانه آن‌ها رهن است. در این سیستم اوراق بهادار سازی دارایی‌های رهنی، بانک پس از اعطای وام با اشخاص دیگر وارد قرارداد شده و دارایی‌های رهنی (به طور مثال مطالبات ناشی از وام) را به آن اشخاص منتقل می‌کند. براساس سیستم وام‌دهی سنتی در بانک‌ها، کلیه وظایف مربوطه به بانک وام‌دهنده باز می‌گشت؛ از ایجاد و اعطاء وام، سازمان‌دهی شرایط، جذب ریسک

اعتباری، تأمین وجه دارایی‌ها و ارائه خدمات جهت وصول اصل و فرع وام‌ها. در نظام‌های جدید بانکی چندین مؤسسه با قابلیت‌ها و کارکردهای گوناگون ممکن است دارایی بانک‌ها را به گردش دریاورند و نقدینگی از مسیر چندین شرکت، مؤسسه و بانک جریان یافته و قراردادهای گوناگونی منعقد شود؛ به طور مثال ممکن است مؤسسه اول وام را ایجاد کند، مؤسسه دوم در داد و ستد وام فعالیت کند، مؤسسه سوم ریسک اعتباری را تضمین کند، مؤسسه چهارم، اوراق بهادار را به یک سرمایه‌گذار واگذار کند و امثال آن. (۵۳، ۱۹۹۲p، chew,)

در واقع فرآیند انتقال ریسک‌های مالی از طریق ایجاد یک نهاد به اصطلاح واسط (SPE) حاصل می‌گردد. بانک‌ها یا سایر منتشرکنندگان وام‌ها یا به عبارتی مالکان اصلی دارایی (بانیان) دارایی‌ها را جمع‌آوری کرده و به نهاد واسط به شکل طبقه بندی اوراق ارائه می‌کند. این نهاد واسط بطور قانونی جدا از نهاد بانی است. این، یک ویژگی مثبت است: در صورت ورشکستگی بانی، وضعیت اعتبار مشتریان به خطر نخواهد افتاد. این نهادها از طریق فک رهن یا بازپرداخت که معمولاً مطالبات بلند مدت یا مطالبات غیرنقدی بانک‌ها را مورد توجه قرار می‌دهد، دست به انتشار اوراق بهادار کوتاه مدت می‌زنند (که به پشتوانه وام‌های رهنی یا سایر دارایی‌هاست) و سپس آنها را به شکل اوراق بهادار به پشتوانه وام رهنی/دارایی به سرمایه‌گذاران علاقمند می‌فروشند. (امیرحسینی و قبادی، ۱۳۹۴، ص ۵)

از منظر حقوقی، اوراق بهادارسازی از دارایی‌های رهنی همانند زمانی است که یک مرتهن حق عینی خود نسبت به مال مرهونه را به دیگری منتقل می‌سازد و در واقع منتقل‌الیه قائم مقام مرتهن می‌شود. در این حالت، انتقال مورد رهنی (مال مرهونه) با یکی از اسباب تملک مندرج در ماده ۱۴۰ قانون مدنی (از جمله قرارداد) قابل انتقال است. به طور ساده، در فرضی که شخص الف بابت پرداخت بازپرداخت قرض به شخص ب، مال خود را در رهن شخص ب قرار می‌دهد و شخص ب بابت خرید یک دستگاه خودرو معادل مال مرهونه اخذ شده از الف را به شخص ج، بدهکار می‌شود، یکی از طرق براثت ذمه ب در برابر ج، انتقال حق وثیقه ب در خصوص مورد رهنی متعلق به الف است. در چنین حالتی اگر متعهدله قرارداد دوم (شخص ج) به تبدیل تعهد (موضوع بند ۱ ماده ۱۹۲ قانون مدنی) تراضی نماید، می‌توان حق مرتهن (ب)

نسبت به مورد رهنی را بپذیرد و در این صورت قائم مقام شخص (ب) شده و مالک حق وثیقه محسوب می‌شود. مثال مذکور، با اسباب گوناگون تملک و در حالتی که مرتهن به شخص ثالث بدهکار نباشد هم صادق است.

در بحث حاضر، بانک به عنوان مرتهن (مالک حق وثیقه و بستانکار متقاضی تسهیلات بانکی)، در ازای دریافت وجه نقد، حق رهنی و وثیقه خود را به فروش می‌رساند که ممکن است در این فرآیند فروش یک یا چند زنجیره وجود داشته باشد. به طور مثال ممکن است حق رهنی را بانک مستقیماً به یک شخص بفروشد و یا جهت فروش به یک یا چند دلال، بازاریاب، حق‌العمل کار و کارگزاری بورس واگذار کند. آنچه در این فرآیند از نظر حقوقی اهمیت می‌یابد آن است که بانک در ازای انتقال حق رهنی خود، وجه نقد را دریافت می‌کند و آنچه برای طرف دیگر قرارداد انگیزه ایجاد می‌کند، ضمانت‌اجراه‌های سنگین تخلف متعهد اصلی (متقاضی تسهیلات) از نقض تعهدات از جمله نکول بازپرداخت اقساط یا سایر تعهدات قراردادهای مشارکتی است. در حقیقت، اتفاقی که در اوراق بهادارسازی حقوق رهنی بانک رخ می‌دهد آن است که بانک به عنوان یک مرتهن، حق رهنی خود را به چند هزار حق خرد و کوچک تفکیک و تقسیم نموده و هر سهم رهنی را به یک متقاضی واگذار می‌کند که ممکن است رأساً اقدام به فروش نموده و یا این واگذاری از سوی شخص یا اشخاص واسطی نظیر کارگزاری صورت پذیرد.

در نتیجه هدف از اوراق بهادارسازی دارایی‌های رهنی، تفکیک مالکیت دارنده حق رهنی از بانک به سایر اشخاص به منظور تأمین نقدینگی برای بانک است که این روش ریسک از دست رفتن سرمایه بانک را به شدت کاهش می‌دهد و در حقیقت آنچه جایگزین وام‌های اعطایی بانک (به عنوان عنصر کاهنده رتبه کفایت سرمایه می‌باشد)، نقدینگی ناشی از فروش اوراق بهادار با پشتوانه دارایی‌های رهنی بانکی است. به نظر می‌رسد این تفکیک مالکیت، انگیزه‌های گوناگونی را در میان تجار و حتی اشخاص با سرمایه اندک ایجاد می‌نماید و لایه لایه شدن تعهدات در چندین شخص گوناگون به صورت عرضی نیز به استحکام بیشتر و تخصصی‌تر شدن این ابزار خواهد انجامید و در نتیجه بانک در هر صورت به نقدینگی مورد نظر خود دست خواهد یافت.

نتیجه‌گیری

با مذاقه در مفهوم سرمایه در نظام بانکی ایران روشن می‌گردد، ریسک از بین رفتن سرمایه در نظام بانکی ایران به علت استفاده از عقود مشارکتی و ماهیت غیرربوی تسهیلات بسیار بیشتر از نظام بانکداری متعارف و غربی می‌باشد. از همین رو برای ارتقاء رتبه کفایت سرمایه بانک‌ها در ایران، باید به سازوکارهای حقوقی متنوعی مراجعه نمود تا بانک قدرت بازگشت سرمایه در صورت نقض تعهدات مشتری را پیدا نماید.

از بررسی پیشنهادهای سه‌گانه مطرح شده در مبحث سوم این مقاله، باید گفت اشتراط تملیک معادل خسارت، به جهت کاستن از انگیزه بانک در انتخاب مشتریان برتر و انگیزه مشتریان در انعقاد قرارداد اصولاً توصیه نمی‌گردد؛ اگر چه این راهکار از جهت قانونی با مانعی همراه نبوده و منطبق با قانون مدنی است و از این موارد مهم‌تر آن که اشتراط تملیک معادل خسارت فاقد یک محل معتبر در نزد بانک است و در حقیقت در این مورد مالی در زمان انعقاد قرارداد مشارکتی در اختیار بانک قرار نمی‌گیرد بلکه صرفاً یک تعهد بدون پشتوانه تلقی می‌گردد و بنابراین قابل توصیه نمی‌باشد. اما در خصوص عقود تبعی ضمان، صلح و رهن باید گفت در عقد رهن به علت ایجاد حق عینی که موجب حق تقدم و تعقیب برای مرتهن است بسیار مناسب و قابل توصیه است اما عقود صلح و ضمان در صورتی قابل توصیه می‌باشند که مال‌الصلح و مال پرداختی از سوی ضامن قابلیت پیش‌بینی و دارای ارزش و نقدشوندگی مناسبی باشد، در غیراینصورت همانند پیشنهاد نخست، تعهد بدون پشتوانه محسوب می‌گردد.

به نظر می‌رسد مناسب‌ترین راهکار جهت جبران کاهش رتبه کفایت سرمایه بانک‌ها در ایران، ابزارهای مطروحه در پیشنهاد سوم یعنی استفاده از اسناد و اوراق جدید است. این اسناد و اوراق در خصوص دارایی‌های رهنی بسیار قابل توصیه و مناسب است زیرا اولاً تفکیک مالکیت دارایی‌های رهنی موجب افزایش قدرت خرید سرمایه‌گذاران خرد شده و نیز بانک با فروش این اوراق، وجه نقد دریافت می‌کند و در صورت نکول مشتری می‌تواند از محل آن به راحتی استفاده نماید، بی‌آنکه محتاج طی تشریفات خاصی باشد و از سوی دیگر این تکنیک، برای متقاضی نیز بازدارندگی بیشتری ایجاد

خواهد کرد زیرا خواهد دانست عین مرهونه‌ی او از چندین منظر قابلیت تعقیب حقوقی را پیدا می‌کند. ضمانت‌نامه نیز همین وصف را دارد زیرا به سهولت قابلیت نقدشوندگی را دارد و ریسک اعتبارات از دست رفته را به سرعت جبران می‌نماید اما در خصوص صدور اسناد تجاری چک و سفته به نظر می‌رسد راهکاری کاملاً مناسب نبوده و بسته به نوع و مبلغ و شخص صادرکننده ممکن است مناسب یا نامناسب تلقی گردد و قطعاً مزایای ضمانت‌نامه و اوراق بهادارسازی دارای‌های رهنی برخوردار نمی‌باشد.

به طور کلی به نظر می‌رسد آنچه پیش و بیش از ارائه و اجرای راهکارهای اخیر جهت جبران ریسک اعتباری و رتبه کفایت سرمایه اهمیت دارد، متون قراردادی و ظرفیت‌های قانونی پیرامون ابزارهای نوین حقوقی است. به طور مثال اگر در بحث ضمانت‌نامه بانکی، مطالبه بدون استحقاق بانک در مقام ذی‌نفع فاقد ضمانت‌اجرایی کافی باشد و شورای پول و اعتبار ضمانت‌اجراهای انضباطی را در این خصوص اعمال نگرداند باب بی‌عدالتی و خدشه به اعتبار تجار باز خواهد شد. یکی دیگر از مسائل حائز اهمیت نقش بازار سرمایه در خصوص اوراق بهادارسازی دارای‌های رهنی است زیرا در این ابزار چندین بانی و نهاد بازار بورس درگیر موضوع می‌شوند و لذا مقررات ناظر بر این ابزار ضروری است با هماهنگی ناظران بازار پول و سرمایه و منطبق با چارچوب حقوقی بازارهای مالی ایران تدوین و طراحی گردد. همچنین قراردادهای مشارکتی و تسهیلاتی نیز باید به نحوی منعقد گردد، که به بهانه جلوگیری از ورود آسیب به بانک، تمامی ریسک‌های قرارداد بر دوش مشتری قرار نگیرد زیرا در این صورت اولاً دایره مشتریان بانکی کاهش می‌یابد و ثانیاً روی‌آوری به معاملات صورتی، دور زدن قانون و سایر ریسک‌های حقوقی دامنگیر بانک‌ها خواهد شد و برخلاف فلسفه مقررات احتیاطی که کاهش ریسک‌های بانکی است کاهش ریسک اعتباری به هر قیمت - ولو با فشار مضاعف بر مشتری - موجب تشدید سایر ریسک‌ها از جمله ریسک قانونی خواهد شد؛ این در حالی است که مقررات‌گذاری احتیاطی متناسب و بومی با رعایت اصول و قواعد فقه اسلامی در نظام بانکی ایران و نیز درج شروط و استفاده از ابزارهای متناسب حقوقی می‌تواند گامی مؤثر جهت جبران کاهش رتبه کفایت سرمایه و حتی ارتقاء آن در نظام بانکی ایران گردد.

یادداشت‌ها

(۱) Great Depression

(۲) Prudential Regulation

(۳) ماده ۶ دستورالعمل سرمایه نظارتی و کفایت سرمایه ۱۳۹۷ بانک مرکزی در تعریف کفایت سرمایه تصریح می‌نماید: «نسبت کفایت سرمایه مؤسسه اعتباری که عبارت است از نسبت سرمایه نظارتی به دارایی‌های موزون به ریسک که، باید حداقل معادل ۸ درصد باشد.» سرمایه نظارتی، طبق آیین‌نامه عبارت است از مجموع سرمایه‌های لایه (۱) و (۲) بانک که به طور خلاصه عبارتند از «سرمایه پرداخت شده، صرف سهام، سود (زیان) انباشته، اندوخته قانونی، اندوخته احتیاطی و سایر اندوخته‌ها و بدهی‌های ایجاد شده ناشی از انتشار اوراق بدهی، ذخیره مطالبات مشکوک الوصول، حداقل ۴۵ درصد مبلغ حاصل از تجدید ارزیابی‌ها» مقصود از دارایی‌های موزون به ریسک (اعم از اعتباری، عملیات و بازار) عبارتند از حاصل ضرب وزن‌های ریسکی در اقلام بالای خط ترازنامه و اقلام زیر خط ترازنامه.

(۴) Bank Capital

(۵) www.investopedia.com/terms/b/bank-capital.asp

(۶) www.marketbusinessnews.com/financial-glossary/bank-capital/

(۷) Portefeuille

(۸) ماده ۹ قانون عملیات بانکی بدون ربا تصریح دارد: «بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی در چهارچوب سیاست‌های بازرگانی دولت، منابع مالی لازم را بر اساس قرارداد مضاربه در اختیار مشتریان با اولویت دادن به تعاونی‌های قانونی قرار دهند.»

(۹) ماده ۷۷۷ قانون مدنی: در ضمن عقد رهن یا موجب عقد علی‌حده ممکن است راهن مرتهن را وکیل کند که اگر در موعد مقرر راهن قرض خود را اداء ننموده مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن طلب خود را استیفاء کند و نیز ممکن است قرارداد همدوکالت مزبور بعد از فوت مرتهن با ورثه او باشد و بالاخره ممکن است که وکالت به شخص ثالث داده شود.

(۱۰) بند الف ماده ۱ آئین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرائی: سند لازم‌الاجراء: سند رسمی یا عادی که بدون صدور حکم از دادگاه قابل صدور اجرائیه برای اجراء مدلول سند باشد مانند سند رسمی طلب و چک.

کتاب‌نامه

فارسی:

کتاب:

- اسدی‌پور، نوشین (۱۳۸۸)، نظارت بر بانک‌ها و شیوه‌های اجراء، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.
- توکلی، محمد مهدی (۱۳۹۴)، مختصر حقوق تجارت، تهران: طرح نوین اندیشه.
- خلیل ارجمندی، غلامرضا و سیاح، سجاد (۱۳۹۲)، مدیریت ریسک در نظام بانکداری مفاهیم اصول و رویکردها، تهران: دستان.
- السان، مصطفی (۱۳۸۹)، حقوق بانکی، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، چاپ دوم.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۰)، حقوق بانکی، تهران: میزان.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۰)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ دوازدهم، تهران: میزان.
- عرفانی محمود و جعفری امین (۱۳۹۵)، حقوق بانکی تطبیقی، تهران، جنگل، چاپ اول.
- عمید، حسن (۱۳۶۹)، فرهنگ عمید، تهران: امیرکبیر.
- محمدی، شهریار (۱۳۸۹)، بانکداری الکترونیکی، تهران: دانشگاه صنعتی خواجه نصیرالدین طوسی.
- موسویان، سید عباس (۱۳۸۹)، اصلاح قانون و الگوی عملیاتی بانکداری بدون ربا، تهران، موسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی، چاپ اول.

مقالات:

- ابوالحسنی، اصغر و حسنی مقدم، رفیع (۱۳۸۷)، «بررسی انواع ریسک و روش های مدیریت آن در نظام بانکداری بدون ربای ایران»، اقتصاد اسلامی، دوره ۸، شماره ۳۰.
- امیرحسینی، زهرا و قبادی، معصومه (۱۳۹۵)، «اوراق بهادارسازی در بازارهای اسلامی در مقایسه با اوراق بهادارسازی در بازارهای عمده دنیا»، دانش سرمایه‌گذاری، سال ۵، شماره ۱۸.
- امین آزاد، امیرحسین (۱۳۹۰)، «چارچوب مقررات بانکی»، تازه های اقتصاد، سال نهم، شماره ۱۳۲.
- باقری، محمود و بستانی، مصطفی (۱۳۹۳)، تحلیل اقتصادی عقود مضاربه و مشارکت در چارچوب بانکداری اسلامی نابرابری اطلاعاتی و کاهش کارایی، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۷.
- تقدیر، محمدکاظم (۱۳۹۰)، «تعریف سرمایه و سرمایه گذار در معاهده منشور انرژی و اثر آن بر صلاحیت مراجع رسیدگی»، تحقیقات حقوقی، شماره ۵۳.
- حسن‌زاده، علی و اسدی‌پور، نوشین (۱۳۸۹)، «تعامل نظام نظارت بانکی با نهادهای ناظر ملی مرتبط»، تازه‌های اقتصاد، شماره ۱۲۹.
- زارعی، محمدحسین و شمس، عرفان (۱۳۸۷)، «درآمدی بر مفاهیم و نظریه‌های مقررات‌گذاری اقتصادی»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۲.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۲)، «مطالبه وجه ضمانت نامه های بانکی»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۵.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۷)، «رجوع ضمانتخواه به ذینفع و ضامن پس از پرداخت ضمانتنامه بانکی با تأکید بر حقوق فرانسه»، مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل و هشتم، شماره ۲.
- عقیلی کرمانی، پرویز (۱۳۸۲)، «کفایت سرمایه، تحلیل دارایی‌ها و بدهی‌ها در سیستم بانکداری بدون ربا»، مجموعه مقالات چهاردهمین همایش بانکداری اسلامی، تهران: موسسه عالی آموزش بانکداری ایران، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.

محرابی، لیلا (بی تا)، عملکرد ابزارهای تأمین مالی در نظام بانکداری بدون ربا در ایران، تازه‌های اقتصاد، سال نهم، شماره ۱۳۲.

مهدویان، محمدهادی (۱۳۸۳)، «مدیریت ریسک بانک‌ها»، حسابدار، شماره ۱۵۸.

مهدی‌فرد، محمدرضا (۱۳۸۶)، «رویکردهای حاکم بر سود و اندازه‌گیری در حسابداری»، حسابدار، شماره ۱۹۱.

هداوند، مهدی (۱۳۸۶)، «درآمدی بر مقررات‌گذاری اقتصادی»، مجلس و راهبرد، شماره ۵۶.

پایان‌نامه:

سرشار، مهدی‌یار (۱۳۹۲)، الگوی ارزیابی کفایت سرمایه در بانکداری اسلامی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته معارف اسلامی و مدیریت، دانشگاه امام صادق علیه السلام.

شیرازی، محمدجواد (۱۳۹۶)، «ماهیت، مبانی و آثار ذمه در حقوق ایران و فقه امامیه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.

نیکخواه بهرامی، امین (۱۳۹۶)، تکنیک‌های فقهی و حقوقی مدیریت ریسک اعتباری ناشی از تخصیص منابع بانکی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی.

لاتین:

Chew, D. (1995). *New Development in Commercial Banking*. New York: Blackwell Finance

Mitchener, Kris James, "Bank Supervision, Regulation, and Instability During the Great Depression", Cambridge: NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH, 2004.

Arner, Douglas W. and Barberis, Janos Nathan and Buckley, Ross P., *FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation* (October 1, 2016). *Northwestern Journal of International Law & Business*, Forthcoming; University of Hong Kong Faculty of

Law Research Paper No. 035/2016. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2847806>.

Prates, Marcelo Madureira, “Why Prudential Regulation Will Fail to Prevent Financial Crises. A Legal Approach”, banco central do brasil, November, 2013.

Tarullo, Daniel K, “Rethinking the Aims of Prudential Regulation”, Chicago: Federal Reserve Bank of Chicago, Bank Structure Conference, 2004.

White, William R. “THE PRUDENTIAL REGULATION OFFINANCIAL INSTITUTIONS: WHYREGULATORY RESPONSES TO THECRISIS MIGHT NOT PROVE SUFFICIENT”, The school of public policy, Calgray university, SPP research papers, Volume ۶, Issue 33, October 2013.