



# راهبردهای ترمیمی در قبال اعمال مخلّ اخذ اعتبارات بانکی با تمرکز بر سیاست جنایی ایران و اتحادیه اروپا

امید ابراهیمی<sup>۱</sup>  
حسن پوربافرانی<sup>۲</sup>\*  
محسن شکرچی زاده<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۸/۱۷ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۲/۱۱/۲۴

## چکیده

نقش اعتبارات بانکی در تزریق نقدینگی به اقتصاد، ضرورت حمایت حقوقی از اخذ اعتبار و اتخاذ راهبردهای ترمیمی در قبال اخلال در آن را ضروری میسازد. مطالعه تحلیلی و مقایسه‌ای «داوری در دعاوی بانکی»، «مسئولیت مدنی بانک» و «ساز و کارهای مرتبط با ورشکستگی اعتبارگیرنده» به عنوان مهمترین راهبردهای ترمیمی اتخاذی در سیاست جنایی ایران و اتحادیه اروپا، حاکی است که درمقایسه با تصریح به داوری در منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپایی، اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران، ارجاع دعاوی مرتبط با اخذ اعتبارات از بانکهای دولتی به داوری را با چالش مواجه نموده است. درخصوص مسئولیت مدنی بانک، هردو نظام حقوقی، به نظریه «مسئولیت بدون تقصیر» متمایل گردیده اند. درخصوص ورشکستگی اعتبارگیرنده، قابلیت اجرایی گسترده مقررات اتحادیه اروپا در زمینه ورشکستگی و مقررات ویژه ی مؤسسات اعتباری و قائل شدن امتیاز برای طلبکاران با وثیقه در نظام حقوقی ایران حاکی از اهمیت حقوق اعتباردهندگان در هردو نظام حقوقی است.

**واژگان کلیدی:** اعمال مخلّ اخذ اعتبار، راهبردهای ترمیمی، داوری، سیاست جنایی، مسئولیت مدنی، ورشکستگی.

## ۱. مقدمه

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران  
omidebrahimi1364@gmail.com

<sup>۲</sup> دانشیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق، دانشگاه اصفهان، ایران (نویسنده مسئول)، hpoorbafrani@ase.ui.ac.ir

<sup>۳</sup> استادیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.  
mohsen.shekarchi@gmail.com

به طور کلی، رشد و توسعه اقتصادی، بدون افزایش کمی عامل «سرمایه» - به عنوان یکی از عوامل تولید - ممکن نیست؛ از طرف دیگر، برای تمامی اشخاص حقیقی یا حقوقی، به دلایل مختلف، مقدور نیست که در کلیه موارد و مراحل فعالیت خود، بتوانند از امکانات و منابع پولی شخصی جهت تأمین نیازهای موجود استفاده نمایند؛ علاوه بر این، دریافت‌ها و پرداخت‌های واحدهای اقتصادی نیز به ندرت با هم انطباق می‌یابند؛ لذا آنها ناگزیر برای اخذ اعتبارات و منابع لازم، به مؤسسات مالی و اعتباری - که مهمترین آنها بانکها می‌باشند - روی می‌آورند (چاوشی‌راد و همکاران، ۱۳۹۳: ۴). بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، از وضعیت موجود به عنوان فرصتی جهت «خلق پول» بهره می‌برند؛ بدین صورت که هر سپرده‌ای را که دریافت می‌دارند، پس از کسر بخشی از آن به عنوان ذخیره قانونی و احتیاطی، بقیه را تسهیلات می‌دهند. این تسهیلات، مجدداً در شبکه بانکی رسوب کرده و مبنایی برای تسهیلات دیگر می‌گردد (میثمی و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۵۹)؛ به بیان دیگر، بانک‌ها از تخصیص اعتبار برای ایجاد درآمد استفاده کرده و درآمد اصلی آنها از شکاف میان نرخ سپرده و تسهیلات اعطا شده به دست می‌آید (زمانی و همکاران، ۱۳۹۷: ۸۶). با توجه به آنچه گفته شد، شاخص اخذ اعتبار به عنوان یکی از زیرشاخص‌های فضای کسب و کار، مسئله سهولت قوانین در دسترسی به اعتبار برای کسب و کارها را مورد ارزیابی قرار می‌دهد؛ بر همین مبنای، می‌توان اعمال مخلّ اخذ اعتبار را مجموعه تخلفات و جرائمی قلمداد نمود که دسترسی آسان و منصفانه سایرین به اعتبارات بانکی را غیرممکن یا حداقل دشوار می‌سازند. به بیان دیگر، همین میزان که عملی موجبات عدم امکان یا دشواری سایرین در دسترسی به اعتبارات بانکی را فراهم سازد، کافی برای صدق عنوان مزبور بر آن خواهد بود؛ بنابراین طیف وسیعی از تخلفات و جرائم را می‌توان ذیل عنوان اعمال مخلّ اخذ اعتبارات بانکی آورد. خصوصیت مشترک اعمال مزبور، این است که علاوه بر اخلال در دسترسی سایرین و رقبا به اعتبارات بانکی، با دور زدن ساز و کارهای قانونی، منجر به تحصیل غیرمنصفانه اعتبارات توسط عده قلیلی از اشخاص می‌شوند که عموماً به واسطه بهره‌مندی از منابع قدرت، ارتباطات ویژه، تباری و طرق غیرقانونی دیگر، آن را دریافت نموده‌اند. با تلقی نمودن اخلال در فرآیند اخذ اعتبارات بانکی به مثابه پدیده مجرمانه‌ی خاص و همچنین توجه به شمولیت سیاست جنایی به مجموعه راهبردهای پیشگیرانه، سرکوبگر و ترمیمی اتخاذ شده از جانب هیأت اجتماع (دولت و جامعه مدنی) در قبال پدیده مجرمانه، راهبردهای ترمیمی در قبال اعمال مخلّ اخذ اعتبار، یکی از ضروری‌ترین مؤلفه‌های مورد مطالعه خواهد بود که تاکنون کمتر پژوهشی به صورت اختصاصی و تطبیقی به آن پرداخته است. بر همین مبنای، سؤال اصلی مقاله پیش روی، از این قرار است که مهمترین راهبردهای ترمیمی اتخاذی در سیاست

جنایی ایران و اتحادیه اروپا در قبال اعمال مخلّ اخذ اعتبارات بانکی چیست؟ سؤال فرعی نیز بدین صورت قابل طرح است که آیا راهبردهای مزبور در انجام رسالت جبرانی خود، واجد کارآیی هستند یا خیر؟ نظر به لزوم آگاهی از تجارب کشورهای پیشگام در شاخص اخذ اعتبار، هدف اصلی این پژوهش، استفاده از تجارب حقوقی عمدتاً موفق اتحادیه اروپا در زمینه ارتقای شاخص اخذ اعتبارات و به تبع آن، تلاش در راستای تبیین کاستی‌های قوانین داخلی ناظر بر موضوع خواهد بود. علاوه بر این، ماهیت اقتصادی پدیده مجرمانه‌ی اخلاخل در اخذ اعتبارات بانکی، عدم امکان بهره‌گیری حداکثری از پاسخ‌های کیفری و ضرورت تمسک به راهبردهای ترمیمی در قبال آن نیز از دیگر دلایلی است که اهمیت و ضرورت انجام این پژوهش را توجیه می‌نمایند. روش مورد استفاده در این پژوهش، متد توصیفی - تحلیلی است؛ بدین معنا که ابتدا به توصیف و تبیین جایگاه متغیر اصلی (راهبردهای ترمیمی در قبال اخلاخل در اخذ اعتبارات بانکی) در سیاست جنایی ایران و اتحادیه اروپا می‌پردازد و سپس راهبردهای مورد اشاره را از حیث کارآیی، مورد تحلیل مقایسه‌ای قرار می‌دهد.

## ۲. یافته‌های پژوهش

اگرچه هنوز مجازات به عنوان یک محور مهم در نظام‌های سیاست جنایی باقی مانده است، لیکن در مورد بازدهی و کارآیی اعمال آن، داده‌های متقن و اطلاعات قابل اعتمادی وجود ندارد؛ به همین دلیل است که مهمترین دغدغه‌ی خاطر بزه‌دیدگان جرائم، پیش از آنکه اجرای مجازات بزهکار باشد، جبران خساراتی است که از رهگذر وقوع جرم متحمل شده‌اند؛ این امر، نقش بسیار مهمی را در سیاست جنایی داراست و متولیان و مقامات مسئول همواره می‌کوشند برای تحقق آن، از سایر ابزارهای سیاست جنایی، استفاده بهینه‌ای بکنند (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۵: ۹۵)؛ بنابراین نه تنها ورود عنصر جدیدی که همان «بزه‌دیده» و «زیان‌دیده از پدیده مجرمانه» باشد، مطلقاً توجیه‌پذیر است، بلکه اهمیت عنصر مذکور که تاچندی پیش در تحلیل‌های حقوقی مورد غفلت قرار گرفته بود، بیش از پیش عیان گشته و پایه‌گذار رویکردی نوین در نظام‌های سیاست جنایی گشته است. رویکرد نوین که از آن تحت عنوان «عدالت ترمیمی»<sup>۱</sup> یاد شده است، با درک جدیدی از عدالت در امور کیفری، در جستجوی آن است که ضمن ارائه تبیینی دیگر از نقش و جایگاه سهامداران عدالت کیفری، به احیای حقوق از دست‌رفته بزه‌دیده و ایجاد ساختاری مشارکت‌پذیر و دارای ظرفیت گفت

<sup>۱</sup> Restorative Justice.

وگو، برای شناخت عدالت و اجرای آن اقدام نماید (غلامی، ۱۳۹۷: ۳). عدالت ترمیمی، برنامه‌های گوناگونی را شامل می‌شود که نقطه اشتراک همه آنها، توجه به نقش‌آفرینی جامعه، بزه‌دیده و بزه‌کار در مقابله با بزه و اثرات آن با تکیه بر نیازها و قابلیت‌های جامعه، بزه‌دیده و بزه‌کار است (عباسی، ۱۳۸۲: ۵۷). لازم به یادآوری است که درخصوص جایگاه عدالت ترمیمی در نظام سیاست جنایی، اتفاق نظری وجود ندارد؛ برخی از اندیشمندان، عدالت ترمیمی را به عنوان ساختار جایگزین عدالت کیفری سنتی می‌دانند که شیوه جدیدی از اندیشیدن و تفکر درخصوص جرم را عرضه می‌دارد (زهر، ۱۳۸۳: ۱۹)؛ در مقابل، عده‌ای بر این باورند که لازم است بزه‌دیده، در فرآیند تعیین کیفر و نحوه اجرای آن، مشارکت داده شود تا اطمینان به اجرای عدالت پیدا کند و از عدم بزه دیدگی دوباره مطمئن شود؛ چرا که کماکان نیاز اصلی وی، کیفر بزه‌کار و حتی اعطای اختیار درباره نحوه اجرای آن است (شیری، ۱۳۹۷: ۷۸-۷۷). درخصوص عملیات بانکی به طور عام، از آنجا که ماهیت عملیات مزبور، دسترسی به تخلّفِ صفر در مؤسسات بانکی را غیرممکن نموده و تضمینی به منظور ریشه‌کنی آن ارائه نمی‌دهد، لذا در مقابله با جرائم و تخلّفات بانکی (بخصوص در زمینه اعطاء و اخذ اعتبارات)، توسل به سرکوبگری کیفری، منتهی به کسب نتایج مورد انتظار نخواهد گردید و بایستی ضمن کیفرزدایی از اعمال مزبور، شیوه‌های دیگری از پاسخ جامعه، بخصوص راهبردهای جبران‌کننده و ترمیمی را در قبال متخلّفان به کار برد. با مطالعه تطبیقی قوانین مرتبط با نظام بانکی به طور عام و اخذ اعتبارات به طور خاص در نظام‌های سیاست جنایی ایران و اتحادیه اروپا، می‌توان دآوری در دعاوی بانکی، مسئولیت بانک و مدیران آن، جبران خسارت از اعمال و رویه‌های بانکی و همچنین ساز و کارهای مرتبط با اعتبارگیرنده‌ی ورشکسته را به عنوان مهم‌ترین راهبردهای ترمیمی در قبال اخلاص در اخذ اعتبارات بانکی در سیاست جنایی ایران و اتحادیه اروپا بازشناخت و به تحلیل مقایسه‌ای آنها پرداخت.

## ۱- دآوری<sup>۱</sup> در دعاوی بانکی

دآوری به عنوان یک اصطلاح رایج در مدیریت تعارض<sup>۲</sup> و به عنوان روشی برای حل اختلاف به کار می‌رود که ممکن است توسط یک فرد، گروه یا نهاد، به صورت رسمی یا غیررسمی و با هدف عدم طرح درگیری، تعارض و اختلاف نظر در مقامات بالاتر سازمان، محکمه و مراجع قضایی،

<sup>۱</sup> Arbitration.

<sup>۲</sup> Conflict Management

انجام شود. تفاوت میان داوری و میانجی‌گری<sup>۲۰۱</sup> در این است که در داوری، فرد، گروه یا سازمانی که داور است، حکم نهایی را صادر نموده و طرفین به هنگام مراجعه به وی، پیشاپیش پذیرفته‌اند که حکم او را بپذیرند؛ لیکن در میانجی‌گری، در نهایت، تعارض و اختلاف نظر توسط طرفین درگیر حل شده و فرد، گروه یا سازمان میانجی، صرفاً می‌کوشد این فرآیند را تسهیل نماید. درخصوص ماهیت حقوقی قرارداد داوری، اختلاف نظر وجود دارد. برخی (395) (Ditche, 1981) قرارداد مزبور را نوعی اعطای نمایندگی قلمداد نموده و بر این باورند که طرفین درخصوص مسائلی چون تعیین سرداور، قانون حاکم و مقر داوری، به شخص داور یا نهاد داوری، نمایندگی اعطا مینمایند. در مقابل برخی دیگر (Robine, 1989: 323) قرارداد داوری را از نوع ارائه خدمات تلقی نموده که به موجب آن شخص داور یا نهاد داوری، متعهد به فراهم آوردن خدمات مشخص برای طرفین در ازای دریافت حق‌الزحمه می‌باشد که دیدگاه اخیر، از اکثریت بیشتری میان صاحب‌نظران برخوردار است. به طور کلی، سرعت در رسیدگی‌های مبتنی بر داوری را می‌توان یکی از مزایای آن در مقابل رسیدگی‌های قضایی عنوان نمود؛ بخشی از این سرعت به علت یک مرحله‌ای بودن نظام رسیدگی در آن می‌باشد، درحالی که نظام رسیدگی قضایی معمولاً، حداقل دو مرحله‌ای است (جعفری ندوشن، ۱۳۹۲: ۴۹). قابلیت اجرای گسترده رأی صادره از نهاد داوری در مقایسه با رسیدگی قضایی نیز دیگر مزیت رسیدگی‌های مبتنی بر داوری نسبت به رسیدگی‌های قضایی است (Salomon, 2013: 3). از آنجا که عدم بازپرداخت اقساط اعتبار (تسهیلات) یا دیرکرد در آن، به نوبه خود، منجر به اخلال در فرآیند تخصیص آن به سایرین گردیده و همواره به عنوان یکی از اختلافات رایج میان بانکها (به عنوان اعطاکندگان اعتبار) و مشتریان (به عنوان گیرندگان اعتبار)، مطرح بوده است؛ بنابراین ارجاع حل و فصل آن به داوری را می‌توان به عنوان یک راهبرد ترمیمی در قبال آن تلقی نمود. به طور کلی، بانکها از بیم تصمیمات و احکام غیرعادی یا تفکیک اختلافات تحت رسیدگی در داوری‌ها، همواره در مقابل داوری، مقاومت کرده (پارک، ۱۳۸۲: ۴۶) و در راستای وصول مطالبات خود از طریق مراجع قضایی اقدام می‌نمایند (کشاورز معتمدی، ۱۳۹۷: ۷؛ ساری و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۲۵). بایستی توجه داشت که معمولاً در مواردی که دارای‌های اعتبارگیرنده‌ی بدهکار، موضوع وثیقه قابل اجرا است (مانند سند رهنی یا وثیقه) یا در مواردی که با رسیدگی اختصاری می‌توان تعهدات ناشی از اوراق تجاری را به اجرا گذاشت، بانکها به اقدام قضایی روی می‌آورند؛ برعکس، در دعاوی مطروحه در محاکم دادگستری، این احتمال که ممکن است هیأت

<sup>۱</sup> Mediation

<sup>۲</sup> برخی صاحب‌نظران بر این اعتقادند که داوری را میتوان مشمول عنوان میانجیگری به معنای وسیع کلمه دانست (لازرز، ۱۳۹۴: ۸۶).

منصفه، براساس «قاعده مسئولیت وام‌دهنده» (بانک) به خسارت تنبیهی علیه بانک رأی دهد، داوری را به راه‌حل عاقلانه‌تر مبدل می‌سازد (پارک، منبع پیشین، ۴۶-۴۷). در سطح اتحادیه اروپا، بسیاری از قدیمی‌ترین و شناخته شده‌ترین سازمان‌های داوری جهان در کشورهای عضو این اتحادیه مستقر هستند و از همین رو، هر ساله بخش قابل توجهی از اختلافات تجاری و بانکی در جهان، برای حل و فصل نهایی روانه این سازمان‌ها می‌گردد (رضوانیان، ۱۳۹۷: ۳۹). به موجب ماده ۴۳ منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپایی (مصوب ۲۰۰۰): «هریک از شهروندان اتحادیه، هر شخص حقیقی یا حقوقی مقیم یکی از کشورهای عضو و هر شخص حقوقی که دارای دفتر ثبت شده در یکی از کشورهای عضو است، حق دارد در زمان سوءمدیریت در انجام اعمال نهادها یا ارکان جامعه اروپایی - به استثنای دیوان دادگستری و دادگاه بدوی به هنگامی که در مقام قضایی عمل می‌کنند - به داور یا میانجی‌گر شکایت کنند». پیش از تصویب مقرر مزبور نیز می‌توان به کنوانسیون اروپایی در مورد داوری تجاری بین‌المللی یا کنوانسیون ژنو (۱۹۶۱) و کنوانسیون داوری اتحادیه اروپا (۱۹۹۰) به عنوان مهم‌ترین تلاش‌های صورت گرفته در سطح اتحادیه به منظور تشویق یا الزام ارجاع به داوری در دعاوی مختلف اشاره نمود که کنوانسیون نخست، درخصوص دعاوی تجاری در سطح بین‌الملل و کنوانسیون دوم در ارتباط با دعاوی مالیاتی در سطح اتحادیه می‌باشند. همانگونه که ملاحظه می‌شود، مقرر یا کنوانسیون‌هایی که به طور خاص، تشویق یا الزام ارجاع به داوری در دعاوی بانکی در سطح اتحادیه نموده باشد، تاکنون به تصویب نرسیده است؛ لیکن مقرره‌ی مندرج در ماده ۴۳ منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپایی، دارای عمومیت بوده و قابلیت تسری به دعاوی بانکی به طور عام و دعاوی مرتبط با اخذ اعتبارات به طور خاص را دارا می‌باشد؛ چرا که از عبارت «... نهادها یا ارکان جامعه اروپایی...» اینگونه برداشت می‌شود که بانک مرکزی اروپا نیز جزئی از ارکان جامعه اروپایی و یکی از نهادهای اتحادیه اروپاست؛ علاوه بر اینها، چنانچه بانکداری را عملی تجاری قلمداد نماییم، می‌توان دعاوی بانکی مرتبط با اعطاء و اخذ اعتبارات در محیط بین‌الملل را نیز مشمول کنوانسیون اروپایی در مورد داوری تجاری بین‌المللی دانست. در نظام حقوقی ایران، مواد ۴۵۴ به بعد قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب ۱۳۷۹) و همچنین مفاد قانون داوری تجاری بین‌المللی (مصوب ۱۳۷۶)، عام‌ترین مستندات قانونی موجود در زمینه ارجاع به داوری می‌باشند. درخصوص داوری در دعاوی بانکی، اصل ۱۳۹ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز

برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». اداره حقوقی قوه قضاییه نیز به موجب نظریه مشورتی شماره ۳۱۶۷/۷ به تاریخ ۱۳۸۹/۰۵/۳۰، براین اعتقاد است که: «...نسبت به بانک‌های دولتی، با توجه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ ق.آ.د.م.<sup>۱</sup> ۱۳۷۹، اساساً شرط داوری حتی اگر مورد توافق طرفین قرارداد باشد، بدون رعایت تشریفات مذکور در اصل مذکور اعتبار ندارد». علاوه بر شائبه ناسازگاری اصل مزبور با قالب‌های تجارت بین‌الملل همچون سازمان تجارت جهانی، معاهده منشور انرژی و مقررات بانک جهانی برای حل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی و نهادهای حقوق بین‌الملل مانند مقررات آنسیترال (علیدوستی، ۱۳۸۷: ۹۵) و همچنین مغایرت آن با اصل حسن نیت (یاوری و باقری، ۱۳۹۸: ۲۷۲)، در عرصه دعاوی بانکی نیز اجرای اصل مزبور - به خصوص در دعاوی مرتبط با اخذ اعتبار و تسهیلات از بانک‌های دولتی - منجر به نقض توافق طرفین در ارجاع به داوری و تزییع احتمالی حقوق اعتباردهنده و اعتبارگیرنده خواهد گردید. با توجه به آنچه گفته شد و با وجود اینکه قوه قضائیه به موجب بند (ج) ماده ۹۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (مصوب ۱۳۸۷) موظف گردیده است با تشویق ارجاع پرونده‌های اقتصادی به داوری، از ظرفیت‌های کارشناسی بخش غیردولتی، نهایت استفاده را به عمل آورد و دعاوی مرتبط با اخذ اعتبار بانکی - به خصوص در سطح کلان - را می‌توان نوعی پرونده اقتصادی قلمداد نمود؛ لیکن با توجه به برتری قانون اساسی بر قانون عادی و لزوم تفسیر قوانین عادی در چهارچوب موازین قانون اساسی، بایستی پرونده‌های اقتصادی مرتبط با اخذ اعتبارات و تسهیلات از بانک‌های دولتی را از عداد ماده مزبور، خارج نمود. نکته پایانی در این قسمت اینکه علاوه بر مفاد اصل ۱۳۹ ق.ا و ماده ۴۵۷ ق.آ.د.م در خصوص بانک‌های دولتی که شرح آن گفته شد، به نظر می‌رسد که مفاد تبصره ۱ ماده ۱۵ «قانون عملیات بانکی بدون ربا» (مصوب ۱۳۶۵ با اصلاحات ۱۳۷۶) و همچنین ماده ۷ «قانون تسهیل اعطاء تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجراء طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارآیی بانک‌ها» (مصوب ۱۳۸۶) نیز در کاهش تمایل سایر بانکها نسبت به ارجاع دعاوی مرتبط با اعتبارات و تسهیلات اعطایی خویش به داوری تأثیرگذار بوده است؛ توضیح مطلب اینکه چون به موجب مادتين فوق‌الاشاره، قرارداد اعطای تسهیلات بانکی از اعتبار سند رسمی برخوردار است و می‌توان با استناد به آنها، مطالبات بانکها را از طریق صدور اجرائیه در مراجع ثبتی وصول نمود؛ بنابراین درج شرط داوری در

<sup>۱</sup> ماده ۴۵۷: «ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری پس از تصویب هیات وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. در مواردی که طرف دعوا خارجی و یا موضوع دعوا از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است».

قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی، این ریسک را برای بانک‌ها و مؤسسات اعطاکننده اعتبار به همراه دارد که مراجع ثبتی به بهانه پذیرش داوری توسط آنها، از صدور اجرائیه و تعقیب عملیات اجرایی خودداری کنند و ضمانت اجراهای قانونی مزبور بی‌اثر گردد.

## ۲- مسئولیت مدنی بانک

به نظر بسیاری از جرم‌شناسان، از آنجا که حاکمیت، ناتوان از مقابله و پیشگیری از بروز پدیده مجرمانه می‌باشد، لذا بایستی به حمایت از بزه‌دیده یا متضرر از پدیده مجرمانه پرداخت؛ به عبارت دیگر، خاستگاه حمایت از بزه‌دیده و متضرر از پدیده مجرمانه را بایستی در ناتوانی حکومت‌ها در پیشگیری از پدیده مجرمانه جستجو نمود. در همین راستا، ریمون گسن نیز معتقد است که: «جنبش حمایت از بزه‌دیده بر اثر ناتوانی جوامع غربی در پیشگیری از رشد صعودی و مداوم بزهکاری در ۲۰-۳۰ سال اخیر به وجود آمده است؛ به گونه‌ای که بر اثر فقدان قدرت عمل در مورد جرم، تنها چاره ممکن، حمایت از بزه‌دیدگان و تخفیف اثرات پدیده مجرمانه است» (گسن، ۱۳۷۰: ۱۹۸)؛ متأثر از چنین دیدگاهی، نظریه خسارت‌زدایی دولتی و نهادی، به ایجاد گونه‌ای از مسئولیت دولت و سایر نهادها در قبال متضررین از پدیده مجرمانه گرایش دارد. مبنای اصلی نظریه مزبور - که تجویزکننده نظام مسئولیت مدنی و جبران خسارت با کمک بودجه عمومی می‌باشد - این است که تحقق واقعی خسارت‌زدایی از متضررین پدیده مجرمانه، وظیفه‌ای مربوط به نظم عمومی است که مبتنی بر اصول آمره‌ی همبستگی اجتماعی است؛ به ویژه در مواردی که قصور دولت، علت اصلی بروز پدیده مجرمانه و وارد آوردن خسارت به دیگری باشد. در جریان فعالیت‌های بانکی نیز هموار برخی مشتریان به دلایل متعدد متضرر می‌گردند و این پرسش مطرح می‌شود که چه کسی و به چه علت و تا چه اندازه باید هزینه‌های این خسارت و تضرر وارده را بپردازد. امروزه رفع و جبران ضرر و زیان وارده به افراد، قواعد و مبانی متعددی دارد که در باب مسئولیت مدنی باید برای آنها پاسخ مقتضی را جستجو نمود (محقق داماد و مرادی، ۱۳۹۷: ۹۶). می‌توان مدعی شد که بانک در مقابل مشتری، هم دارای مسئولیت قراردادی است و هم مسئولیت مدنی؛ اگرچه که نوع مسئولیت در اینجا، به مسئولیت مدنی نزدیکتر است؛ زیرا آزادی اراده طرفین در این رابطه قراردادی، بسیار ضعیف است. آنچه اراده مشتری را محدود میکند، الحاقی بودن قرارداد است که وی را ناچار از پذیرش شروط پیشنهادی از جانب بانک می‌کند و آنچه که اراده بانک را محدود می‌کند، وجود مقررات آمره‌ای است که ملزم به رعایت آنهاست (عبداللهی، ۱۳۹۶: ۴۸). چنانچه اهمال و تقصیر بانک و مدیران آن، موجبات تضییع حقوق اشخاص در دسترسی به اعتبار را فراهم



آورده و به اخلال در صحت و شفافیت فرآیند اخذ اعتبار منجر گردد، پیش‌بینی مسئولیت مدنی برای بانک و مدیران آن را می‌توان راهبردی ترمیمی و جبرانی در قبال اخلال در اخذ اعتبار و تسهیلات تلقی نمود. در سطح بین‌المللی، به موجب ماده ۳۵ کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد (مریدا، ۲۰۰۳): «هر کشور عضو، اقدامات ضروری را طبق اصول قانون داخلی خود اتخاذ خواهد نمود تا تضمین کند افراد یا واحدهایی که در اثر فساد متحمل زیان شده‌اند، حق دارند تا علیه اشخاصی که مسئول آن زیان هستند، به منظور دریافت خسارت، اقامه دعوی نمایند». همانگونه که پیشتر نیز گفته شد، خصوصیت مشترک اعمال مخلّ اخذ اعتبار، این است که علاوه بر اخلال در دسترسی سایرین و رقبا به اعتبارات بانکی، با دور زدن ساز و کارهای قانونی، منجر به تحصیل غیرمنصفانه اعتبارات توسط عده قلیلی از اشخاص می‌شوند که عموماً به واسطه بهره‌مندی از منابع قدرت، ارتباطات ویژه، تبانی و طرق غیرقانونی دیگر آن را دریافت نموده‌اند؛ بنابراین اخلال در اخذ اعتبارات بانکی را می‌توان مصداق بارز فساد تلقی و مفاد ماده ۳۵ کنوانسیون مریدا را به مثابه راهبردی ترمیمی در قبال آن، اجرایی نمود. در سطح اتحادیه اروپا، علاوه بر مسئولیت کلیّ دول عضو در قبال معاهدات اتحادیه به موجب ماده ۲۱۸ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا و نیز بند ۷ ماده ۳۰۰ معاهده جامعه اروپا (Mola, 2008) بند ۳ ماده ۴۱ منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپایی (مصوب ۷ دسامبر ۲۰۰۰) نیز مقرر می‌دارد: «هرکس حق دارد که کلیه خسارات وارده به وی توسط نهادهای اتحادیه یا توسط کارمندان آنان به سبب انجام وظایف قانونی‌شان، طبق اصول عمومی مشترک نظام‌های حقوقی کشورهای عضو جبران شود». در این راستا، نهادهای ذیربط اتحادیه موظّفند مطابق با قسمت ذیل ماده ۴۷ منشور فوق، معاضدت قضایی را تا حدی که برای تضمین عدالت لازم است، برای افراد فاقد منابع مالی فراهم آورند. افزون بر مقررات فوق‌الاشاره، به موجب بند ۲ ماده ۳۴۰ (۲۸۸ سابق) معاهده عملکرد اتحادیه اروپا در مورد مسئولیت قهری و غیرقراردادی، اتحادیه طبق اصول کلیّ مشترک در قوانین کشورهای عضو، موظّف است هرگونه خسارت وارده از سوی مؤسسات زیرمجموعه (مثل بانک مرکزی اروپا، بانک سرمایه‌گذاری اروپا و...) یا کارکنان خویش را که در راستای ایفای وظایف قانونی آنها به وجود آمده است، جبران نماید. در سطح امور بانکی، مطابق با بند ۲ ماده ۳۴۰ فوق‌الاشاره و نیز ماده ۱ اصول کلیّ مشترک در قوانین کشورهای عضو، بانک مرکزی اروپا (ECB) هرگونه خسارت ناشی از اعمال کارکنان و عوامل خویش - که در راستای انجام وظایف قانونی آنان به وجود آمده است - را جبران خواهد

<sup>۱</sup> The General Principles Common To The laws Of The Member States.

نمود. بدیهی است که مسئولیت شخصی کارکنان در قبال اتحادیه، امری مجزا بوده و طبق قوانین و مقررات مربوطه، تعیین خواهد گردید. مطابق ماده ۲۶۸ (۲۳۵ سابق) معاهده عملکرد اتحادیه اروپا، دیوان عدالت اتحادیه اروپا<sup>۱</sup> صلاحیت رسیدگی به اختلافات مربوط به جبران خسارت مذکور در بندهای ۲ و ۳ ماده ۳۴۰ را دارد. تدقیق در مادّین فوق الذکر، به خوبی نشان دهنده عبور نظام حقوقی حاکم بر اتحادیه اروپا، از «نظریه تقصیر» به عنوان مبنای مسئولیت مدنی و پذیرش «مسئولیت بدون تقصیر»<sup>۲</sup> و نیز «مسئولیت مطلق»<sup>۳</sup> می باشد. در نظام حقوقی ایران، به موجب بند (ج) ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی کشور (مصوب ۱۳۵۱ با اصلاحات ۱۳۹۲): «هر بانک، در مقابل خساراتی که در اثر عملیات آن متوجه مشتریان می شود، مسئول و متعهد جبران خواهد بود. مدیر عامل، رئیس هیأت مدیره، اعضای هیأت عامل و اعضای هیأت مدیره هر بانک نیز در مقابل صاحبان سهام و مشتریان، مسئول خساراتی می باشند که به علت تخلف هر یک از آنها از مقررات و قوانین و آیین نامه های مربوط به این قانون یا اساسنامه آن بانک، به صاحبان سهام یا مشتریان وارد می شود». به نظر می رسد مسئولیت مدنی بانکها (اعم از خصوصی و دولتی) در این ماده، از قواعد آمره بوده و هر تراضی برخلاف آن، باطل و بی اثر خواهد بود؛ در عمل نیز بانکها به موجب نمونه اساسنامه تهیه شده توسط شورای پول و اعتبار مصوب ۱۳۷۹/۰۹/۲۰ ملزم به رعایت قانون پیش گفته می شوند (میرشکاری، ۱۳۹۲: ۶۷). نکته قابل ذکر درخصوص بند (ج) ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی کشور، این است که بانکها را بدون هیچ گونه قید و شرطی، مسئول و متعهد به جبران خسارت مشتریان می داند و تنها شرط این تعهد و مسئولیت را این می داند که خسارت وارده به مشتری و یا متقاضی اعتبار، در اثر عملیات بانک باشد؛ یعنی برخلاف قواعد عمومی مسئولیت مدنی، هیچ سخنی از سهل انگاری و بی احتیاطی و عمد به میان نیاورده و در واقع مبنای یک مسئولیت بدون تقصیر یا همان مسئولیت محض را برای بانکها پایه ریزی کرده است (محقق داماد و مرادی، ۱۳۹۷: ۱۱۱). در مجموع می توان مدعی شد که با توجه به اینکه در حوزه مسئولیت مدنی بانک، قانون پولی و بانکی کشور به عنوان قانون خاص وجود دارد، استناد به مواد ۱۱ و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی نارواست؛ بنابراین، تنها براساس ماده ۳۵ قانون پیش گفته می توان درباره ی مسئولیت مدنی بانکها تصمیم گرفت (میرشکاری، منبع پیشین: ۶۷). علاوه بر بند (ج) ماده ۳۵ فوق الذکر به عنوان مقررره عام، ماده ۶۶ قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی

<sup>۱</sup> The Court of Justice Of The European Union.

<sup>۲</sup> Responsibility Without Fault.

<sup>۳</sup> Absolute Responsibility.

(مصوب ۱۳۸۷) جبران خسارت افراد و مشتریان بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری - که از اعمال ضدرقابته و رویه‌های انحصاری آنها، متضرر گشته‌اند - را پذیرفته است؛ به موجب ماده مزبور: «اشخاص حقیقی و حقوقی خسارت‌دیده از رویه‌های ضدرقابته، می‌توانند حداکثر ظرف یک سال از زمان قطعیت تصمیمات شورای رقابت یا هیأت تجدیدنظر مبنی بر اعمال رویه‌های ضدرقابته، به منظور جبران خسارت، به دادگاه صلاحیت‌دار دادخواست بدهند». طبیعی است چنانچه رویه عملی یک بانک یا مؤسسه اعتباری در ارائه انحصاری تسهیلات به اشخاص محدود بوده و در دسترسی سایرین به اعتبارات ایجاد اخلال نماید، متقاضیان متضرر به استناد این ماده، می‌توانند دعوی جبران خسارت را مطرح نمایند.

### ۳- راهبردهای مرتبط با ورشکستگی اعتبار گیرنده

احتمال نکول اعتبارات پرداختی از جانب مشتریان و دریافت‌کنندگان اعتبارات، یکی از چالش‌های مهم در ارائه اعتبارات بانکی است. ناکامی در پرداخت فوری اصل یا سود سرمایه در زمان مقرر، نکول یا ورشکستگی گفته شده و زمانی اتفاق می‌افتد که اعتبارگیرنده، قادر به برآورده کردن تعهد قانونی خویش مبنی بر بازپرداخت اعتبار دریافتی نباشد؛ به همین دلیل یکی از مهمترین مؤلفه‌هایی که در شاخص اخذ اعتبارات، نیازمند توجه، دقت و حتی بازتعریف مجدد می‌باشد، مفاهیم «توقف» و «ورشکستگی» است؛ فارغ از تفاوت‌های میان این دو نهاد، بایستی گفت که اولاً: آشنایی گنشگران تجاری با مفهوم، مصادیق، شرایط و آثار ورشکستگی، مساعدت فراوانی را هم از بُعد پیشگیری و هم اتخاذ راهبردهای واکنشی متناسب در قبال آن خواهد نمود. ثانیاً: زیرساخت‌های حقوقی مناسب ورشکستگی<sup>۱</sup>، کاهش‌دهنده موارد سوءاستفاده از آن و نیز هزینه‌های مستقیم و غیرمستقیم ناشی از آن خواهد بود. ثالثاً: نظر به تأثیر تسلسلی ورشکستگی یک شخص بر اشخاص دیگر در فرآیند اقتصادی (تفرشی، ۱۳۷۶: ۵۸) حمایت اصولی از اعتباردهنده در مقابل اعتبارگیرنده ورشکسته در قوانین ورشکستگی، امتیازی مثبت در زیرشاخص اخذ اعتبار بوده و به مثابه راهبردی جبرانی و ترمیمی عمل خواهد نمود؛ چرا که اگر از اعتباردهندگان حمایتی به عمل نیاید، آنها تمایل چندانی به دادن اعتبار نخواهند داشت؛ نتیجه چنین امری، کاهش اعتبار اعطایی به بنگاه‌ها و ایجاد

<sup>۱</sup> به طور کلی حقوق ورشکستگی، به عنوان هسته مرکزی راهبردهای قانونی مرتبط با آن، به دنبال این است که با فراهم کردن ساز و کارهایی به منظور تأمین بیشترین بازدهی برای طلبکاران و عدم رجحان یکی بر دیگری، به ساماندهی وضعیت ورشکسته نیز بپردازد. به همین جهت ضمن رسیدگی همزمان به ادعای همه طلبکاران، اجازه اقامه دعوی انفرادی و گرفتن حق خویش، بیش از سایرین را به آنان نمی‌دهد. (Ge, 2012: 9)

مشکل در تأمین مالی پروژه‌های آنهاست (طیب‌نیا و قربانی، ۱۳۹۱: ۱۲). پیش از ورود به بحث اصلی، ذکر چند نکته ضروری به نظر می‌رسد؛ نخست اینکه آنچه در اینجا مورد نظر است، ورشکستگی اعتبارگیرنده است؛ نه ورشکستگی بانک و مؤسسه اعتباری که مبحثی علیحده بوده و تفصیلی جداگانه را می‌طلبد. نکته دیگر اینکه در نظام حقوقی رومی-ژرمنی و کشورهای متأثر از آن از جمله نظام حقوقی ایران، جهت حدوث ورشکستگی، دو شرط اشتغال به تجارت و توقف از پرداخت دیون، مطرح شده است، در حالی که در نظام حقوقی کامن‌لا از جمله نظام‌های حقوقی آمریکا و انگلستان، در خصوص حدوث ورشکستگی، شرط اشتغال به تجارت مطرح نیست. البته در نظام حقوقی فرانسه، به عنوان عضوی از نظام رومی-ژرمنی، همانند آمریکا و انگلستان، همه اشخاص حقیقی و حقوقی، اعم از تاجر و غیرتاجر، به استثنای ادارات و مؤسسات دولتی و شبه دولتی، مشمول مقررات ورشکستگی می‌باشند (دفتر تحقیقات و سیاستهای پولی و بازرگانی، ۱۳۹۳: ۵)؛ اگرچه براساس اینکه ورشکسته، فعالیت تجاری داشته یا شهروند عادی باشد، محاکم رسیدگی‌کننده به آن متفاوت خواهد بود (همان: ۶). نکته بعدی اینکه چون حقوق، اجتماعی است که میان منافع و گرایش‌های مختلف، تعادل برقرار ساخته و در پی حداکثر نمودن بهره‌وری جامعه است (بابایی، ۱۳۸۶: ۲۴-۲۳)، در نظام مالی و اعتباری نیز هدف اصلی طراحی قانون ورشکستگی، شکل‌دهی یک محیط مناسب به منظور فعالیت مؤسسات مالی و اعتباری و حفظ حقوق تمامی گروه‌های ذینفع است. طبیعی است که عدم ارائه تضمین حقوقی مناسب در جهت حفظ حقوق طلبکاران (از جمله بانک‌ها و مؤسسات اعتباری در صورت ورشکستگی اعتبارگیرنده)، منجر به افزایش ریسک تأمین مالی و هزینه سرمایه برای بخش حقیقی اقتصاد و اخلال در دسترسی آنان به اعتبارات میگردد. نکته پایانی اینکه هر رژیم ورشکستگی (به معنای مجموعه راهبردهای قانونی مرتبط با ورشکستگی) بایستی تعیین کند که فرآیند تجدید سازمان یک بنگاه ورشکسته چگونه انجام شود؟ توضیح مطلب اینکه پس از صدور حکم ورشکستگی توسط دادگاه، ممکن است تحت شرایط قانونی مشخص، به صاحبان بنگاه اجازه داده شود، بنگاه را بازسازی یا اداره موقت<sup>۱</sup> کرده و تضمین شده<sup>۲</sup> (یا برخوردار از وثیقه) نسبت به بقیه اعتباردهندگان، اداره‌های مالیاتی و یا کارکنان

<sup>۱</sup> نظام اداره موقت از جمله ابزارهای جایگزین ورشکستگی است و براساس آن، هنگامی که بنگاه، با توقّف زودگذر ناشی از مشکلات درونی و مدیریتی همراه است، این امکان داده میشود تا به جای انجام فرآیند تصفیه، مدیری خارج از آن و به طور موقت، منصوب شود تا مشکل مرتفع شده و بنگاه به وضعیت عادی خود بازگردد. در حقوق انگلستان، مدیر موقت، از جانب محکمه منصوب شده و تحت نظارت و دستورات آن، به اِعمال وظیفه و انجام وظایف قانونی خود مبادرت می‌جوید (Roy Goode, 1997: 269).

<sup>۲</sup> Secured Creditor

بنگاه، برای تسویه مطالبات خود از محل وجوه به دست آمده از انحلال و فروش دارایی بنگاه، اولویت دارند یا خیر؟ حمایت از اعتباردهندگان در هریک از موارد فوق، می‌تواند تأثیر بسیاری بر میزان اعتباردهی آنها داشته باشد (طیب‌نیا و قربانی، منبع پیشین: ۱۰) با توجه به مجموع آنچه گفته شد، می‌توان مدعی گشت که چون ورشکستگی اعتبارگیرنده به نوبه خود، دسترسی سایر متقاضیان به اعتبارات بانکی را دچار وقفه و اختلال کرده و از حیث اثر، مانند پدیده مجرمانه عمل می‌نماید، بنابراین راهبردهای مرتبط با ورشکستگی تاجر اعتبارگیرنده - که پس از بروز آن اتخاذ می‌شود - را می‌توان از سنخ راهبردهای ترمیمی قلمداد نمود؛ چرا که در پی رفع آثار یا تعدیل تبعات ورشکستگی از طریق پیش‌بینی مکانیسم‌های جبرانی و تشویقی می‌باشد. در سطح اتحادیه اروپا، با وجود امضای سند «کنوانسیون اتحادیه اروپا در زمینه دعوی ورشکستگی» در سال ۱۹۹۵، به دلیل مخالفت و عدم امضای انگلستان، نهایی شدن آن با شکست مواجه گردید و در حال حاضر «مقررات اتحادیه اروپا در زمینه ورشکستگی» (مصوب ۲۰۰۰) در این زمینه اجرا می‌شود. مقررات فوق به طور کامل برای دول عضو، الزام‌آور بوده و برخلاف سایر کنوانسیون‌های منطقه‌ای در سطح اتحادیه، مستقیماً و بدون نیاز به تصویب اولیه، توسط قانونگذار داخلی قابل اجراست. این مقررات، مشتمل بر مقدمه و ۴۷ ماده بوده و هدف آن، نه هماهنگ نمودن قوانین ماهوی متفاوت ورشکستگی در دول عضو که فراهم نمودن چارچوبی فرامرزی و منطقه‌ای است که در آن، دولت‌های عضو توانایی تأثیرگذاری متقابل را داشته باشند (Howell, 2008: 133). از مهمترین موضوعات پرداخته شده در مقررات سال ۲۰۰۰ می‌توان به مباحثی همچون حل تعارض راجع به مقررات تشخیص دادگاه صالح، مقررات حاکم بر بازیابی و قواعد راجع به حق ورود طلبکاران خارجی اشاره نمود (صقری، ۱۳۸۸: ۶۸۶). بند ۱ ماده ۱ مقررات مزبور، دامنه شمول آن را مشخص نموده و مقرر داشته است که: «این مقررات، بر دعاوی ورشکستگی که موجب ممنوع التصرف شدن کلی یا نسبی بدهکار متوقف و انتصاب یک مدیر تصفیه است، اعمال خواهد شد». درخصوص دعاوی ورشکستگی در سطح اتحادیه اروپا، بایستی گفت که دعاوی مزبور به دو دسته تقسیم می‌شوند: الف) دعاوی ورشکستگی اصلی: به دعاوی ورشکستگی ای گفته می‌شود که در دولت عضوی که مرکز منافع اصلی بدهکار است، اقامه گردد؛ این دعاوی، دارای قلمرو جهانی بوده و کلیه اموال بدهکار را شامل می‌شود و به موجب بند ۱ ماده ۳ مقررات اتحادیه اروپا در زمینه ورشکستگی، در دادگاه مرکز منافع اصلی ورشکسته اقامه می‌شود. ب) دعاوی ورشکستگی ثانوی (سرزمینی): عبارت از دعاوی است که در کشوری که بدهکار، شعبه دارد، اقامه گردد. آثار این نوع از دعاوی، محدود به اموال واقع در آن کشور بوده و به موجب بند ۲ ماده ۳ مقررات فوق الاشاره، در دادگاه

محل شعبه تاجر متوقف شروع می‌شود (سربازیان و صادقی، ۱۳۹۳: ۱۴۱). با وجود مستثنی شدن امور مربوط به شرکتهای بیمه و مؤسسات اعتباری از شمول این مقررات به موجب بند ۲ ماده ۱ آن، دستورالعمل‌های شماره ۱۷ (۲۰۰۱) و ۲۴ (۲۰۰۱) اتحادیه، درخصوص نظام ورشکستگی در اینگونه مؤسسات (اعم از ورشکستگی مؤسسه و مشتریان آن) تصویب و برای کلیه دول عضو، لازم الاجراء گردید (Wessels & Fletcher, 2010: 68). در میان کشورهای عضو اتحادیه و به طور مشخص در نظام حقوقی آلمان، از آنجا که شبکه بانکی - علاوه بر تمامی عملیاتی که بانکهای تجاری و سرمایه گذاری انجام میدهند - سهام بنگاههای اقتصادی را نگهداری نموده، در هیئت عامل آنها حضور یافته و از حق رأی در نشست مالکان بنگاه برخوردار است (مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۵: ۸-۷) بسیاری بر این اعتقادند سیستم بانکداری این کشور، بر سایر سیستمها ترجیح دارد؛ چرا که اگر از منظر اعتباردهندگان به موضوع نگاه کنیم، تصمیم به اعطاء یا عدم اعطای اعتبارات توسط بانک، زمانی میسرتر است که بانک در هیئت مدیره شرکت حضور داشته باشد که این مسئله موجب دسترسی بانک به اطلاعات داخلی بنگاه می‌شود؛ حال چنانچه بانک، این اطلاعات را با اطلاعات خود ترکیب نماید، تصمیم‌گیری در خصوص اعطای اعتبارات آسان‌تر شده (همان: ۱۵) و اجرای راهبردهای جبرانی و ترمیمی را در صورت ورشکستگی احتمالی اعتبارگیرنده، تسهیل و تسریع خواهد نمود. در نظام حقوقی ایران، به موجب ماده ۴۲۱ قانون تجارت (مصوب ۱۳۱۱): «همین که حکم ورشکستگی صادر شد، قروض مؤجل با رعایت تخفیفات مقتضیه<sup>۱</sup> نسبت به مدت، به قروض حال مبدل می‌شود»؛ پس در صورتی که تاجر ورشکسته، پیش از تاریخ توقف، مبادرت به اخذ اعتبار و تسهیلات از سیستم بانکی نموده باشد نیز بایستی با رعایت تخفیفات مقتضیه، بدهی تسهیلاتی وی، حال گردد. در این حالت، ضامن یا ضامنین وی، به موجب رأی وحدت رویه شماره ۱۵۵ مورخ ۱۳۴۷/۱۲/۱۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، مسئول بازپرداخت اعتبار دریافتی وی در بانکها میباشند و این مسئولیت، فقط ناظر بر بازپرداخت اصل اعتبار دریافتی است و شامل دیرکرد و خسارت تأخیر تأدیه نمی‌شود؛ چرا که تعهد ضامن، تابع تعهد مدیون اصلی است؛ بنابراین وقتی که مدیون اصلی (تاجر ورشکسته) نباید خسارت تأخیر بپردازد<sup>۲</sup>، ضامن هم از آن معاف می‌باشد؛<sup>۳</sup> لیکن چنانچه ضامن اعتبار گیرنده، تعهد نموده باشد که در هر

<sup>۱</sup> منظور از تخفیفات مقتضیه، بهره ای است که به مأخذ ۱۲ درصد در سال احتساب و کسر میشود. (قائم مقام فراهانی، ۱۳۹۱: ۵۸)  
<sup>۲</sup> به موجب بخشی از رأی وحدت رویه مزبور، طلبکاران تاجر ورشکسته، اعم از با وثیقه و غیر آن، حق مطالبه خسارت تأخیر تأدیه را بعد از تاریخ توقف ندارند.  
<sup>۳</sup> رأی وحدت رویه شماره ۷۸۸ مورخ ۱۳۹۹/۰۳/۲۷ هیأت عمومی دیوانعالی صراحتاً مقرر می‌دارد که: «...با توجه به اینکه مسئولیت ضامن در هر حال نمی‌تواند بیش از میزان مسئولیت مضمون عنه باشد، خسارت تأخیر تأدیه از ضامن تاجر ورشکسته نیز قابل مطالبه نیست...».

حال، ولو در صورت ورشکستگی مضمون عنه، مطالبات بانک طلبکار - اعم از اصل و فرع - را بپردازد، با توجه به مدلول مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی، ورشکستگی بدهکار اصلی، مانع رجوع بانک طلبکار به ضامن و وثیقه‌گذار برای وصول اصل بدهی و متفرعات آن در حدود تعهد انجام یافته نیست. نکته دیگر اینکه پس از صدور حکم ورشکستگی و مترتب شدن آثار حقوقی آن از جمله تعیین مدیر تصفیه و عضو ناظر، حال شدن دیون مؤجل تاجر ورشکسته و تعیین میزان بدهی، نوبت به طبقه‌بندی طلبکاران می‌رسد که به موجب صدر ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی (مصوب ۱۳۱۸): «بستانکارانی که دارای وثیقه‌اند، نسبت به حاصل فروش مال مورد وثیقه در برگ تقسیم حاصل فروش، مقدم بر سایر بستانکاران قرار داده می‌شوند...» در این حالت، بعد از فروش وثیقه و از محل فروش آن، ابتدا طلب طلبکار با حق وثیقه پرداخت شده و سپس مقدار باقی‌مانده بین طلبکاران دیگر تقسیم خواهد شد. اگر قیمت وثیقه کمتر از طلب شخص باشد، تمام آن به طلبکار با حق وثیقه پرداخت می‌شود و برای بقیه طلب خود، داخل در طلبکاران عادی می‌شود. علاوه بر مقرر فوق، می‌توان به ماده ۷۸۰ قانون مدنی نیز اشاره نمود که: «برای استیفای طلب خود از قیمت رهن، مرتهن بر هر طلبکار دیگری رجحان خواهد داشت». با توجه به مقررات فوق‌الاشاره، پاسخ به این سؤال که آیا در حقوق ایران، مطالبات طلبکاران با وثیقه، زمانی که شخص تاجر در پروسه ورشکستگی و شرکت تجاری در فرآیند انحلال است، پیش از بقیه طلبکاران، پرداخت می‌شود؟ مثبت می‌باشد. این پاسخ را می‌توان در مواردی که شخص اعتبارگیرنده از بانک، تاجر نبوده یا در فرآیندی خارج از جریان ورشکستگی، ناتوان از بازپرداخت تعهدات اعتباری خود باشد نیز ساری و جاری دانست؛ چرا که در اینجا نیز وفق بند ۱ ماده ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی و نیز ماده ۱۰۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب ۱۳۷۹)، طلبکار با وثیقه نسبت به سایر طلبکاران در اولویت است.

### نتیجه‌گیری

مطالعه تطبیقی راهبردهای ترمیمی و معطوف به جبران خسارت در قبال اعمال مخلّ اخذ اعتبارات بانکی (به عنوان پدیده مجرمانه مورد نظر در این پژوهش) در سیاست جنایی ایران و اتحادیه اروپا، نشان داد که برخلاف قانونگذار اروپایی که عمده راهبردهای فوق را در سطح عالی و در منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپایی منعکس نموده است، قانونگذار ایرانی در سطح قانون اساسی، اشاره درخوری به راهبردهای مزبور ولو به صورت کلی نداشته است. رویکرد قوانین اتحادیه اروپا در قبال داوری در دعاوی بانکی به‌طور عام و داوری در دعاوی مرتبط با اخذ اعتبارات بانکی به‌طور خاص،

رویکردی حمایتی بوده و با پیش‌بینی نهاد داوری به طور عام در ماده ۴۳ منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپایی و استفاده از عبارت «... نهادها یا ارکان جامعه اروپایی...» امکان ارجاع به داوری در دعوی مزبور را نیز فراهم آورده است؛ چرا که بانک مرکزی اروپا و زیرمجموعه‌های آن نیز جزئی از ارکان جامعه اروپایی می‌باشند. در نظام حقوقی ایران، مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی، ارجاع آسان و بدون تشریفات دعوی مرتبط با اخذ اعتبارات از بانک‌های دولتی به داوری را با چالش مواجه نموده است؛ علاوه بر این، لازم‌الاجراء تلقی نمودن اسناد بانکی نیز بر عدم تمایل بانک‌ها و مؤسسات اعتباری در ارجاع دعوی مرتبط با اعتبارات به داوری، بی‌تأثیر نبوده است. در خصوص مسئولیت مدنی بانک، علاوه بر تصریح به آن در منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپایی، نظام حقوقی حاکم بر اتحادیه اروپا، بیش از پیش به به نظریه «مسئولیت بدون تقصیر» و «مسئولیت مطلق» متمایل گردیده است. در نظام حقوقی ایران، اگرچه در قانون اساسی در خصوص مسئولیت مدنی بدون تقصیر دولت تصریحی وجود ندارد، لیکن پذیرش مسئولیت مدنی بانک، فراتر از نظریه تقصیر، در برخی قوانین عادی از جمله ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی کشور قابل مشاهده است. و در نهایت در خصوص ورشکستگی اعتبارگیرنده، قابلیت اجرایی گسترده مقررات اتحادیه اروپا در زمینه ورشکستگی در کنار مقررات ابلاغی ویژه در خصوص مؤسسات اعتباری، حکایت از اهمیت حفظ حقوق اعتباردهندگان در سطح اتحادیه دارد. در نظام حقوقی ایران نیز قائل شدن امتیاز برای طلبکاران با وثیقه را می‌توان مهمترین مؤلفه در راستای پاسداری از حقوق مؤسسات اعتباردهنده در صورت ورشکستگی اعتبارگیرنده قلمداد نمود. به منظور برطرف نمودن برخی کاستی‌های موجود در نظام حقوقی و مجموعه سیاست جنایی کشور به منظور جبران خسارت از اعمال و رویه‌های مخلّ اخذ اعتبارات بانکی و تطبیق هرچه بیشتر راهبردهای اتّخاذی با استانداردهای روز اتحادیه اروپا، پیشنهادات ذیل ارائه می‌گردند :

- ارائه تفسیری جدید از اصل ۱۳۹ قانون اساسی در راستای تسهیل در ارجاع دعوی مرتبط با اخذ اعتبارات از بانک‌های دولتی به داوری.
- تصویب ضوابط اختصاصی و شفاف قانونی در خصوص ارجاع دعوی بانکی به داوری.
- حمایت مؤثر از آرای صادره از جانب داور یا نهاد داوری در دعوی مرتبط با اعتبارات بانکی از طریق پیش‌بینی ضمانت اجراهای اداری و در صورت لزوم، کیفری.
- تصویب ضوابط و مقررات قانونی در راستای تحکیم و گسترش مسئولیت بدون تقصیر بانک در موارد اخلال عمدی در اعطای اعتبارات و تسهیلات بانکی.



- تصویب قواعد و ضوابط اختصاصی در خصوص ورشکستگی در بانک‌ها و مؤسسات اعتباری به طور عام و ورشکستگی گیرندگان تسهیلات به طور خاص.

## منابع

### الف) منابع فارسی

۱. بابایی، ایرج، «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق»، دو فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، سال ۹، شماره ۲۳، ۱۳۸۶.
۲. پارک، ویلیام، «داوری در قراردادهای بانکی، ترجمه محسن محبی»، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۸، ۱۳۸۲.
۳. تفرشی، محمد عیسی، «اثر حکم ورشکستگی نسبت به معاملات تاجر ورشکسته با توجه به اصول و مبانی قانون مدنی»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۲، شماره ۵، ۱۳۷۶.
۴. چاوشی راد، رسول و دهقان نیستانی، مهدی و اسماعیل زاده، علی، «عوامل داخلی مؤثر بر سودآوری شعب در بانک مطالعه موردی: شعب بانک پارسیان استان تهران»، کنفرانس ملی رویکردهای نوین در مدیریت کسب و کار، ۱۳۹۳، موجود در پایگاه اینترنتی سیویلیکا: ([https://www.civilica.com/Paper-NDMCONF01-NDMCONF01\\_255.html](https://www.civilica.com/Paper-NDMCONF01-NDMCONF01_255.html))
۵. حاجی ده‌آبادی، احمد، «از جبران خسارت بزه‌دیده توسط بزهکار تا جبران خسارت توسط دولت»، فصلنامه فقه و حقوق، سال ۳، شماره ۹، ۱۳۸۵.
۶. دفتر تحقیقات و سیاست‌های پولی و بازرگانی وزارت امور اقتصادی و دارایی، «مقایسه تطبیقی قوانین ورشکستگی ایران، آمریکا، فرانسه و چین و درس آموخته‌ها برای ایران»، کد گزارش: ۹۳۱۵۱۶۱۱۱۴، ۱۳۹۳، پایگاه اینترنتی وزارت امور اقتصادی و دارایی: (<http://pooli.mefa.ir/Portal/file/?286803/pdf>)
۷. رضوانیان، اویس، «مسئولیت حقوقی سازمان‌های داوری ناشی از استنفکاف از رسیدگی به اختلافات ارجاعی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ۷، شماره ۲۴، ۱۳۹۷.
۸. زمانی، زهرا و جنتی، ابوالفضل و قربانی، مریم، «تأثیر نوسان‌های نرخ ارز بر عملکرد نظام بانکی ایران»، فصلنامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، دوره ۴، شماره ۸، ۱۳۹۷.
۹. زهر، هوارد، کتاب کوچک عدالت ترمیمی، ترجمه حسین غلامی، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۳.

۱۰. ساری، افسانه و باقری، محمود و رجب زاده اصطهباناتی، علیرضا، «بررسی و کاربرد مسایل داوری در حل اختلافات بانکی بین‌المللی (با تأکید بر مراکز داوری تجاری بین‌المللی)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال ۱۲، شماره ۴۴، ۱۳۹۸.
۱۱. سربازیان، مجید و صادقی، عبدالرضا، «تحلیل سیاست تقنینی آنسیترال، اتحادیه اروپا و حقوق ایران در زمینه شناسایی و اجرای حکم ورشکستگی خارجی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۱، ۱۳۹۳.
۱۲. شیرینی، عباس، «حق بزه دیده در تعیین کیفر و نحوه اجرای آن»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۸۱، ۱۳۹۷.
۱۳. صقری، محمد، حقوق بازرگانی ورشکستگی، شرکت سهامی انتشار. چاپ دوم، ۱۳۸۸.
۱۴. طیب‌نیا، علی و قربانی، پوریا، «تحلیل و آزمون نقش قانون و تشریح اطلاعات اعتباری در توسعه مالی»، فصلنامه پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، سال ۲۰، شماره ۶۲، ۱۳۹۱.
۱۵. عباسی، مصطفی، «افق‌های نوین عدالت ترمیمی در میانجی‌گری کیفری»، انتشارات دانشور، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۱۶. علیدوستی، ناصر، «ظرفیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال ۱۱، شماره ۱ (مسلسل ۳۹)، ۱۳۸۷.
۱۷. غلامی، حسین، «عدالت ترمیمی»، انتشارات سمت. چاپ هفتم، ۱۳۹۷.
۱۸. قائم مقام فراهانی، محمد حسین، «ورشکستگی و تصفیه»، انتشارات میزان، چاپ هفتم، ۱۳۹۱.
۱۹. کشاورز معتمدی، سکینه، «اهمیت داوری در قراردادهای بانکی و اداری (مقایسه قوانین ایران، آمریکا و انگلیس در ضرورت داوری)»، انتشارات گپ، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۲۰. لازرژ، کریستین، «درآمدی به سیاست جنایی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات میزان، چاپ پنجم، ۱۳۹۴.
۲۱. محقق داماد، سید مصطفی و مرادی، یاسر، «تحلیل مسئولیت بانک‌ها در قبال مشتریان؛ موانع و راهکارها»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، سال ۱۸، شماره ۲، ۱۳۹۷.
۲۲. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «آسیب‌شناسی نظام بانکی ۱۲. الگوها و مانی نظری رابطه بانک و بنگاه و تحلیل آن در نظام بانکی ایران»، کد موضوعی ۲۲۰، شماره مسلسل ۴۸۶۶، ۱۳۹۵، پایگاه اینترنتی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی: (<http://rc.majlis.ir/fa/report/show/968349>)

۲۳. میثمی، حسین و ندری، کامران و ملاکریمی، فرشته، «آثار پذیرش شخصیت حقوقی در تحلیل وجود ربا در روابط مالی مردم، دولت، بانک‌های تجاری و بانک مرکزی»، دوفصلنامه مطالعات اقتصاد اسلامی، سال نهم، شماره ۲ (پیاپی ۱۸)، ۱۳۹۶.
۲۴. میرشکاری، عباس، «مسئولیت مدنی بانک‌ها»، فصلنامه رأی، دوره ۲، شماره ۲، ۱۳۹۲.
۲۵. یآوری، اسدالله و باقری، یوسف، «زمان اخذ مجوز ارجاع به داوری موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی در پرتو آرای قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۶، ۱۳۹۸.

### ب) منابع انگلیسی

26. Ditcher, A., "The arbitration contract, Essay on an arbitration contract", Rev. arb, 1981.
27. Ge, y., "Insolvency Proceedings and Their Effect on International Commercial Arbitration", LLM Thesis, University of Ghent, 2012.
28. Howell, Jonathan L., "International Insolvency Law", International Lawyer, vol. 42, No. 1, 2008.
29. Mola, L., "Which Role For The Eu In The Development Of International Investment Law?", Working Paper No. 26/08, Inaugural Conference, Geneva, July 15-17, 2008, Available at: (<http://ssrn.com/abstract=1154583>)
30. Robine, E., "The Liability of Arbitrators and Arbitral Institutions in International Arbitrations under French Law", Arbitration International, Volume 5, Issue 4, 1989.
31. Roy Goode, Roy, "Principles of Corporate Insolvency Law", Sweet & Maxwell Publishing, London, 1997.
32. Salomon, Claudia T., "Litigation or Arbitration How Best to Resolve Cross-Border Disputes in the Financial Sector?", Latham & Watkins Client Alert Commentary, No 1548, 2013, (<https://www.lw.com/thoughtLeadership/LW-arbitration-primer-financial-sector>), accessed 20 August 2018.
33. Wessels, Bob. & Fletcher, Ian., "The ALI/III Principles of Cooperation in Transnational Cases (Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases)", International Insolvency Institute, Tenth Annual International Insolvency Conference, Rome, Italy, 2010, Available at: (<http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/36/5897.html>)