

# پژوهش‌های حقوقی

شماره ۱۴

هزار و سیصد و هشتاد و هفت - نیمسال دوم

## مقالات

- دیوان کیفری بین‌المللی و صدور قرار جلب «عمر البشیر»
  - قتل و صدمه بدنی در منازعه
  - تحقیق و توسعه فناوری نانو از نگاه حق بر سلامتی
  - چالش‌های مفهوم رزمنده در حقوق بشردوستانه بین‌المللی
  - ادغام شرکت‌های تجاری از منظر قوانین ایران
  - تحریم هوایی ایران با رویکردی به کنوانسیون شیکاگو
- موضوع ویژه: چالش‌های معاملات املاک در نظام حقوقی ایران
- نقش سند رسمی در بیع املاک
  - جایگاه دفاتر اسناد رسمی در تنظیم معاملات املاک و خلأهای حقوقی آن
  - چالش‌ها و نارسایی‌های موجود ناشی از درج قیمت منطقه‌ای به جای قیمت واقعی
  - ماهیت حقوقی پیش‌فروش آپارتمان و راهکارهای ثبت رسمی آن
  - تحلیل حقوقی دعوای اثبات مالکیت
- نقد: لایحه قانون تجارت
- نقد شیوه قانون‌نویسی در لایحه قانون تجارت
  - تأملاتی در خصوص لایحه قانون تجارت مصوب تیرماه ۱۳۸۴ هیأت وزیران
  - بررسی انتقادی ابواب یکم تا ششم لایحه قانون تجارت
  - نقد مقررات ابواب پنجم و هفتم لایحه قانون تجارت
  - نگاهی به مقررات لایحه قانون تجارت در باب ضمانت مستقل
  - نقد و بررسی ادغام شرکت‌های تجاری در لایحه قانون تجارت





[http://jlr.sdil.ac.ir/article\\_43756.html](http://jlr.sdil.ac.ir/article_43756.html)

مجله پژوهش‌های حقوقی (علمی - ترویجی)، شماره ۱۴، نیمسال دوم ۱۳۸۷  
صفحات ۳۶۵ الی ۳۷۹، تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۹/۲۸، تاریخ پذیرش: ۱۳۸۷/۱۲/۲۲

## بررسی انتقادی ابواب یکم تا ششم لایحه قانون تجارت

دکتر سید الهام‌الدین شریفی\*

### مقدمه

با توجه به تحولات فراوان به وجود آمده در عرصه‌های اقتصادی و بازرگانی از زمان تصویب قانون تجارت (سال ۱۳۱۱)، علی‌الخصوص ظهور و توسعه تجارت الکترونیکی در دهه اخیر، اعمال اصلاحات اساسی در قانون تجارت و به روز کردن آن در جهت برداشتن موانع حقوقی توسعه تجاری و اقتصادی، ضروری می‌نمود. بدین لحاظ دولت وقت، وزارت بازرگانی را مأمور تهیه پیش‌نویس لایحه قانون تجارت نمود و وزارت مذکور نیز با استفاده از اساتید حقوق و اقتصاد و صرف ۱۷ هزار نفر ساعت کار کارشناسی این امر را محقق نمودند.<sup>۱</sup>

قطعاً لایحه ارائه شده دارای نوآوری‌ها و نکات مثبتی نیز می‌باشد. اما بر خلاف آنچه که ادعا شده است؛<sup>۲</sup> اصلاحات اساسی نسبت به قانون تجارت ایجاد نموده و ضعف‌ها و خلأهای فراوانی دارد. البته در صورتی که هدف دست‌اندرکاران لایحه، اصلاح قانون تجارت ایران با حفظ ساختار آن بود؛ برخی از ایرادات و خلأهای مزبور قابل اغماض تلقی می‌شدند. اما با توجه به اینکه عنوان لایحه «لایحه قانون تجارت»

---

\* استادیار دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره) و وکیل پایه یک دادگستری  
۱. به نقل از فرهاد دژپسند، «روش‌شناسی و فرآیند تدوین لایحه تجارت»، در معرفی لایحه تجارت و نوآوری‌های آن، تهران، دفتر مطالعات اقتصادی وزارت بازرگانی، چاپ اول، ۱۳۸۵، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ص ۸  
۲. همان، صص ۹-۵. سیدعلینقی خاموشی، «تحولات اقتصاد جهانی و الزامات اصلاح قانون تجارت»، معرفی لایحه تجارت و نوآوری‌های آن، ص ۱۰.

بوده و تدوین‌کنندگان لایحه در صدد ارائه قانون جدیدی جهت جایگزینی قانون تجارت بوده‌اند، لذا باید در زمان ارائه لایحه، دیگر ایرادی باقی نمانده و یک قانون جامع و مانع به جامعه ارائه می‌شد. در حالی که از همان مواد اولیه لایحه در بخش کلیات، ضعف‌ها و خلأها باقی بوده و هیچ‌گونه هماهنگی لایحه با واقعیت‌های اجتماعی موجود صورت نگرفته و بعضاً نیر بر ابهامات و مشکلات افزوده شده است. در بخش قراردادهای تجاری نیز اصلاح یا تحول چندانی صورت نگرفته و قراردادهای تجاری مطروحه بر قراردادهای تجاری سنتی مطروحه در قانون و احکام مندرج در آن استوار است. تنها نهاد جدید مطروحه در این بخش نیز (گروه‌های اقتصادی با منافع مشترک)، صرف‌نظر از اشکالات فراوان در معرفی و ماهیت و آثار، بیشتر جنبه سازمانی داشته و باید در مبحث شرکت‌ها و اشخاص حقوقی مطرح می‌گردید. در بخش اسناد، تحول و اصلاح اساسی ملاحظه نمی‌گردد و صرفاً افزایش مواد به لحاظ تکرار احکام مشترک برات، سفته و چک (عدم رعایت اصل موجزنویسی قوانین) و داخل کردن مقررات قانون صدور چک بلا محل در لایحه قانون تجارت، عمده مطلب قابل ذکر در این بخش است.

در بخش شرکت‌ها، صرف‌نظر از ایرادات شکلی فراوان به لحاظ عدم رعایت اصول تبویب و تقسیم‌بندی مطالب، تحول چندانی نسبت به قانون تجارت ۱۳۱۱ و لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷ مشاهده نمی‌گردد. حذف برخی شرکت‌ها از قانون تجارت نیز از ایرادات اساسی لایحه به شمار می‌رود؛ اگر چه طرح مباحث ادغام و شرکت‌های یک‌نفره را می‌توان از نوآوری‌های لایحه تلقی نمود.

## ۱- کلیات

مقررات لایحه در این بحث نه تنها اصلاح تلقی نمی‌شود که بر مشکلات و ابهامات می‌افزاید. زیرا:

**لایحه** در ماده ۱ در تعریف تاجر با طرح ضابطه شخصی «به منظور کسب منفعت مادی» و توجه به قصد درونی و ضرورت احراز قصد درونی در صورت بروز اختلاف، بر مشکلات و اختلافات خواهد افزود. در حالی که اعمال تجاری مطروحه در ماده ۲ نوعاً به منظور کسب منفعت مادی صورت می‌گیرد؛ لذا صرف انجام اعمال تجاری

مذکور، باید موجب تاجر تلقی شدن شخص گردد (ضابطه نوعی). مضاف برآنکه افزودن واژه مادی به منفعت، خود مشکلات بیشتری به دنبال خواهد داشت. **لایحه** با کنار گذاشتن شیوه احصائی اعمال تجاری در قانون تجارت و طرح شیوه تمثیلی در معرفی اعمال تجاری، آنهم با یک بیان کلی مانند هرگونه فعالیت توزیعی یا خدماتی، هرگونه فعالیت تولیدی یا صنعتی یا مالی، عملاً تمام فعالیت‌های ریز و درشت اقتصادی در جامعه را تجاری تلقی کرده و مشمول قانون تجارت قرار داده است. قطعاً پذیرش چنین ضابطه‌ای مستلزم قبول نظریه اتحاد اعمال مدنی و تجاری در معاملات می‌باشد.

**لایحه** خلأهای کاملاً شناخته شده قانون تجارت در این بخش را مورد توجه قرار نداده است. از جمله می‌توان به موارد زیر اشاره نمود:

- وضعیت نمایندگان قانونی که با اموال محجوران به تجارت می‌پردازند؛ از حیث شمول قانون تجارت بر آنها.

- عدم تعیین سن برای اشتغال به تجارت و ثبت نام در دفتر ثبت تجاری

- عدم شناسایی ضابطه شکلی در شناسایی تاجر برای اشخاص حقوقی در کنار ضابطه موضوعی مندرج در ماده ۱.

- تکلیف کسبه جزء در لایحه مشخص نشده است. لایحه علاوه بر اینکه هیچ ضابطه‌ای برای شناسایی کسبه جزء ارائه ننموده است؛ صرفاً در برخی موارد (مانند مواد ۴ و ۵ لایحه) پس از عبارت تاجر با عبارت «به استثناء کسبه جزء» آنها را از شمول برخی احکام مستثنا کرده است. در حالی که با توجه به تعریف گسترده اعمال تجاری، قطعاً کسبه جزء نیز داخل در تعریف تاجر در ماده ۱ قرار می‌گیرند و صرف خروج از برخی تکالیف کفایت ننموده و باید در یک حکم کلی، کسبه جزء تعریف و از شمول تکالیف عمده تاجر و برخی احکام مانند ورشکستگی خارج گردند.

انتخاب عنوان معاملات تجاری برای معرفی اعمال یا فعالیت‌های تجاری موضوع ماده ۲ لایحه مناسب نیست. زیرا بسیاری از این اعمال مانند تصدی به عملیات تولید، معامله در معنای عام یا خاص نمی‌باشند. لذا بهتر است از عنوان اعمال تجاری به جای معاملات تجاری استفاده گردد.

## ۲- باب حقوق و تکالیف تاجر

۱-۲. فصول مطروحه در این باب فاقد هرگونه اصلاح یا نوآوری بوده و جز برخی اصلاحات عبارتی یا اصلاحات جزئی مانند تغییر عنوان، نسبت به قانون تجارت تغییری نداشته است.

۲-۲. در فصل دفاتر تجاری، بهتر بود که حداقل، اصلاحات به عمل آمده در قانون تجارت فرانسه مورد توجه قرار می‌گرفت و خلأهای قانونی مربوط به نحوه انعکاس اموال در دفاتر، نحوه ارزیابی اموال و تجدید ارزیابی دوره‌ای اموال بر طرف می‌گردید.

۳-۲. طرح و تعریف مجدد دفتر دارایی در لایحه، بسیار عجیب و حاکی از عدم اطلاع تهیه‌کنندگان لایحه از نبود و عدم شناسایی چنین دفتری در نظام حسابداری ایران است. حتی قانون مالیات‌های مستقیم نیز با قبول استانداردهای رایج در نظام مالی و حسابداری ایران، لزوم دفتر دارایی برای بررسی وضعیت سالانه شرکت‌ها و تجار حقیقی را کنار گذاشته و با تکیه بر استانداردهای رایج، ترازنامه را جایگزین و ضروری برای بررسی سال مالی تجار معرفی کرده است.

### ۴-۲. در فصل دفتر ثبت تجاری

- عنوان انتخابی برای این فصل مناسب نیست. زیرا عنوان باب دوم لایحه «حقوق و تکالیف تاجر» است و عنوان فصل دوم این باب «دفتر ثبت تجاری» قرار داده شده است. در حالی که دفتر ثبت تجاری جزء تکالیف تجار نبوده و عنوان این فصل باید ثبت تجاری باشد.

- باید ضرورت ثبت شرکت‌های تجاری در دفتر ثبت تجاری حذف شود. زیرا با توجه به ضرورت ثبت اولیه جهت تشکیل شرکت‌ها، ثبت نام مجدد آنها در دفتر ثبت تجاری منطقی نیست و این ضرورت صرفاً باید ناظر بر اشخاص حقیقی تاجر باشد.

- در لایحه به عمومی بودن اطلاعات مندرج در دفتر ثبت تجاری تصریح نشده است و راه‌های عمومی شدن اطلاعات مانند قابل دسترس بودن از طریق اینترنت مطرح نگردیده است. در حالی که عمومی تلقی شدن اطلاعات، فلسفه وجودی دفتر ثبت تجاری بوده و برای ایجاد نظم، حمایت از عموم مردم و جلوگیری از سوء استفاده از عنوان تاجر بسیار مفید می‌باشد.

- در لایحه ضرورت همکاری نهادهای عمومی مانند دادگاه‌ها، برای ارائه اطلاعات

مؤثر بر حقوق اشخاص ثالث در معاملات با تاجر مانند ورشکستگی یا ممنوعیت انجام معامله، جهت ثبت در دفتر ثبت تجاری پیش‌بینی نشده است.

- در لایحه کامل و واقعی بودن اطلاعات ارائه شده به وسیله تاجر مورد تصریح و تأکید قرار نگرفته و برای تخلف از ارائه اطلاعات واقعی و کامل، ضمانت اجراء پیش‌بینی نشده است. در حالی که صرف پیش‌بینی ثبت در دفتر ثبت تجاری، بدون پیش‌بینی ارائه اطلاعات واقعی و کامل و عدم وضع ضمانت اجراء برای تخلف از آن، نتیجه مورد نظر از ثبت تجاری را حاصل نخواهد نمود و در تنظیم بهتر روابط تجار و شفافیت وضعیت آنها مؤثر نخواهد بود.

#### ۲-۵. در بحث نام تجاری

- تعریف ارائه شده بیش از اینکه معرف نام تجاری باشد، معرف نام اصلی تاجر است.

- اصل مذکور (اصل ممنوعیت) در ماده ۱۶ فاقد مبنا است. اصولاً عدم ثبت نام تجاری، نباید موجب ممنوعیت استفاده تلقی گردد. بلکه ثبت یک نام تجاری حق تقدم در استفاده از آن و منع دیگران از استعمال نام ثبت شده را باید به دنبال داشته باشد. بنابراین اگر شخصی یک نام تجاری داشته باشد که نه خود و نه دیگری آن را به ثبت نرسانده است، استفاده از آن نباید ممنوع تلقی گردد.

- در لایحه خلط مبحث به وجود آمده و احکام نام تجاری به علائم تجاری تسری داده شده است (ماده ۱۸ لایحه). در حالی که علائم تجاری مسأله مستقلی بوده و مقررات مفصل و نسبتاً جامعی برای آن وضع شده است. البته شاید گنجاندن مقررات مربوط به علائم تجاری و نام تجاری تحت عنوان یک قانون واحد (خواه مستقل و خواه در قانون تجارت) بهتر و مناسب‌تر بود.

- مایه تجاری در ماده ۱۹ لایحه مبهم و فاقد معنای مشخصی است.

- در لایحه ضمانت اجراء سوء استفاده از نام تجاری دیگران مشخص نشده است.

- در لایحه باید مجاز یا غیر مجاز بودن واگذاری حق استفاده از نام تجاری و آثار

آن پیش‌بینی گردد.

- در لایحه مدت اعتبار نام تجاری، در صورت عدم استفاده باید پیش‌بینی شود.

### ۳- باب قراردادهای تجاری

۳-۱. لایحه در بحث قراردادهای تجاری، به جز فصل گروه‌های اقتصادی با منافع مشترک، بر محور قراردادهای سنتی مذکور در قانون تجارت استوار گردیده است.

۳-۲. در لایحه، قراردادهای تجاری تقریباً محدود به قراردادهای تجاری سنتی قانون تجارت شده و از اکثر قراردادهای تجاری جدید مانند بیع تجاری، اجاره تجاری، رهن تجاری، قرارداد توزیع، قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، قراردادهای انتقال تکنولوژی و قراردادهای واگذاری امتیاز و لیسانس بحثی به میان نیامده است.

۳-۳. در اکثر نظام‌های حقوقی قراردادهای تجاری از قواعد کلی و عمومی ویژه‌ای تبعیت می‌کنند که متفاوت از قواعد عمومی قراردادهای مدنی است؛ در حالی که چنین قواعدی اصلاً مورد توجه نویسندگان لایحه قرار نگرفته است. ناگزیر به لحاظ فقدان قواعد عمومی خاصی برای قراردادهای تجاری، قواعد عمومی قراردادهای مدنی بر قراردادهای تجاری نیز حکومت خواهد کرد که قواعد مزبور اساساً با مقتضیات قراردادهای تجاری سازگاری ندارد. مثلاً در نمایندگی (وکالت) مدنی اصل بر عدم اختیار نماینده است و نماینده اختیاری ندارد مگر در مواردی که قرارداد به آن تصریح نموده یا عرف مقتضی آن باشد. در حالی که در نمایندگی تجاری اصل بر اختیار کامل نماینده در خصوص موضوع نمایندگی است، مگر در مواردی که اصیل صریحاً اختیاری را استثناء نموده باشد. حتی در حقوق تجارت در مواردی، عمل نماینده بر خلاف دستور اصیل نیز تجویز می‌گردد؛ مشروط بر آنکه در جهت منافع اصیل بوده باشد.

#### ۳-۴. فصل اول: دلالی

در فصل مربوط به دلالی تحول چندانی در لایحه نسبت به قانون ملاحظه نمی‌شود و صرفاً اصلاحات جنبه عبارتی داشته است.

از نظر شکلی تغییرات ایجاد شده در لایحه، نسبت به قانون تجارت نه تنها اصلاح تلقی نمی‌گردد که موجب غیر علمی شدن نحوه تنظیم مقررات در این فصل شده است. زیرا لایحه تقسیمات به عمل آمده در قانون تجارت (باب دلالی به سه فصل: کلیات، اجرت دلال و مخارج و دفتر تقسیم شده است)، را کنار گذاشته و در یک فصل تمام احکام دلالی را بیان نموده است.

ماده ۲۱ لایحه در تعریف دلال آمده است، در حالی که با توجه به عنوان فصل که

دلالی به عنوان یکی از قراردادهای تجاری باب سوم است؛ تعریف باید ناظر به قرارداد دلالی باشد.

ماده ۲۳ لایحه، ظاهراً در صدد بیان احکام معامله با خود است؛ در حالی که ماده و تبصره آن متضمن منع ورود دلال در معاملاتی است که در آن معاملات اقدام به دلالی می‌کند. در این ماده باید ورود دلال در معاملاتی که وساطت آن را عهده‌دار است منع گردد.

تعیین ضمانت اجراء مستقیم بطلان، برای معاملاتی که دلال وساطت آن را عهده‌دار است، غیر منطقی و سنگین است و حداکثر باید قابل ابطال بودن معامله به وسیله آمر پیش‌بینی گردد.

ارجاع ماده ۲۹ به ماده ۲۳ نامناسب و بی‌ربط است. زیرا ماده ۲۳ در خصوص افشاء اطلاعات نیست.

در ماده ۲۹ علاوه بر منع افشاء اسرا و اطلاعات، باید بر ممنوعیت استفاده از اطلاعات به وسیله دلال نیز تصریح شود.

واژه آمر در ماده ۳۶ لایحه قطعاً نادرست است. زیرا در صورت شراکت دلال در معامله، وی باید با شریک خود در مقابل آمر مسئولیت تضامنی داشته باشد، نه اینکه آمر با دلال در مقابل شریک دلال مسئولیت تضامنی داشته باشد (شاید این امر از لطایف ترجمه باشد).

تبصره ماده ۳۸ نشانه عدم تسلط به مبانی حقوق ایران است. در حالی که قانون تجارت در صدد بیان استحقاق دلال بر اجرت، پس از حصول معلق علیه در معاملات معلق در ماده ۳۵۰ بوده است؛ نویسندگان لایحه آن را به معاملات مشروط اختصاص داده‌اند. گرچه عبارات نویسندگان قانون تجارت نیز کاملاً دقیق نمی‌باشد.

قطعاً موکول کردن استحقاق دلال بر اجرت، پس از حصول معلق علیه در معاملات معلق، مبتنی بر منطق صحیحی می‌باشد، زیرا در معاملات معلق قبل از حصول معلق علیه، علت تامه برای تحقق و اثر بخشی عقد وجود ندارد، چه بسا هرگز محقق نشده و عقد مؤثر به وجود نیاید. در حالی که در معاملات مشروط چنین نیست و معامله مشروط به محض انعقاد مؤثر و اثر بخش است و ممکنست در یک معامله ده‌ها شرط نیز گنجانیده شود. لذا مشروط بودن معامله نباید مانع استحقاق دلال بر اجرت گردد.



## ۳-۵. فصل دوم: حق‌العمل کاری

در فصل مربوط به حق‌العمل کاری تحول چندانی در لایحه نسبت به قانون ملاحظه نمی‌شود و صرفاً تغییرات جنبه عبارتی داشته است.

در برخی موارد مانند ماده ۶۱ لایحه که در صدد اصلاح ماده ۳۷۶ قانون تجارت بوده است؛ نه تنها ایراد عبارتی قانون برطرف نشده است که ایراد ماهوی نیز به وجود آمده است و یک حکم فاقد مبنا و بر خلاف منطق عمومی و نظم اجتماعی پیش‌بینی شده است. در قانون تجارت، پیش‌بینی شده است که پس از ارسال خبر عزل (رجوع از امر)، قبل از ارسال خبر معامله دلال با آمر، دیگر ادعای انجام معامله پذیرفته نمی‌شود. در حالی که لایحه این امر را به خبر مطلق معاملات اختصاص داده است و بیان نموده که قبل از ارسال خبر معامله، اگر آمر رجوع نماید؛ دیگر حق‌العمل کار نمی‌تواند معامله‌ای انجام دهد.

در ماده ۶۱ لایحه بین حکم معاملات قبلاً واقع شده با معاملات انجام نشده قبل از خبر عزل خلط شده است. اصولاً خبر عزل یا رجوع آمر نباید به معاملات انجام شده حق‌العمل کار با اشخاص ثالث لطمه‌ای وارد نماید

ماده ۴۳ لایحه حق‌العمل کار را تعریف کرده است. در حالی که با توجه به عنوان فصل که حق‌العمل کاری به عنوان یکی از قراردادهای تجاری باب سوم است؛ تعریف باید ناظر به قرارداد حق‌العمل کاری باشد.

## ۳-۶. فصل سوم: حمل و نقل

در حالی که عمده خلأ مقررات حمل و نقل در قانون تجارت مربوط به حمل و نقل مسافر می‌باشد، این امر در لایحه آنچنان که باید مورد توجه قرار نگرفته و احکام و قواعد لازم و کافی در خصوص آن پیش‌بینی نشده است.

در این فصل نیز تحول چندانی در لایحه نسبت به قانون ملاحظه نمی‌شود و غالباً تغییرات جنبه عبارتی داشته است.

لایحه در اندک اصلاحات به عمل آمده نیز به‌خوبی عمل نکرده است. به عنوان نمونه لایحه علی‌رغم وارد کردن مفهوم بارنامه و توجه به آن، آثار بارنامه را مورد توجه و تصریح قرار نداده است.

فروش اموال متعلق به دیگران به شیوه مندرج در ماده ۶۹ لایحه به مصلحت نبوده و

اصولاً باید با نظارت دادستان و از طریق مزایده صورت گیرد، مگر اینکه کالا سریع‌الفساد باشد.

#### ۷-۳. قائم‌مقامی و نمایندگی تجاری

- قائم‌مقامی در قانون تجارت و لایحه بر نظریه وکالت و نمایندگی واقعی استوار گردیده است؛ در حالی که نظم اجتماعی، حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت و مصلحت تاجر اقتضاء دارد که این نهاد بر نظریه وکالت و اختیار ظاهری استوار گردد. بدین لحاظ مواد لایحه در این خصوص بر مبنای محکمی استوار نبوده و موجب بهبودی مقررات و تنظیم بهتر روابط اجتماعی نخواهد گردید. به عبارت دیگر مواد لایحه در خصوص قائم‌مقام اصلاح تلقی نمی‌گردد.

- در بحث نمایندگی تجاری موارد مهمی مانند نمایندگی انفرادی و انحصاری، لزوم یا عدم لزوم نمایندگی، رابطه نماینده با اشخاص ثالث و اشخاص ثالث با اصیل، آثار اختیار ظاهری و سفارشات مکرر مورد توجه قرار نگرفته است.

#### ۴- باب ضمانت

۴-۱. ضمانت نیز از نظر منطقی باید در ذیل باب قراردادهای تجاری مطرح می‌شد، زیرا ضمانت یک قرارداد بوده و نمی‌تواند بخش مستقلی نسبت به قراردادهای تجاری تلقی گردد.

۴-۲. داخل کردن امور اختیاری در تعریف ماهیت ضمانت مستقل، مانند لازم یا غیرقابل برگشت بودن ضمانت منطقی نیست. زیرا اگر یک امر اختیاری داخل ماهیت باشد، با عدم قبول آن امر به وسیله طرفین عقد، باید آن ماهیت قابل تحقق نباشد.

۴-۳. توسعه قواعد تعهدات مدنی به تعهدات تجاری مانند قاعده ایفاء تعهد بدون اذن متعهد، منطقی نیست (ماده ۱۳۳ لایحه). زیرا در حقوق تجارت هدف اینست که به عمر تعهدات به هر وسیله‌ای سریع‌تر پایان داده شده و نهایتاً نیز مسئولیت بر عهده متعهد اصلی قرار گیرد. لذا ایفاء تعهد یا ضمانت از دیگران بدون اذن مدیون باید پذیرفته شده و امکان مراجعه به به مدیون اصلی نیز باید محفوظ باشد.

۴-۴. علی‌رغم تنظیم لایحه در این باب در حدود ۵۰ ماده، احکام ضمانت در حدود ۲۰ ماده قابلیت تنظیم را داشته و طرح مطالب و احکام غیر مرتبط یا بدیهی مانند موارد مطروحه در مواد ۱۵۳، ۱۵۴، ۱۵۵، ۱۵۷، ۱۵۸ و ۱۷۰ ضرورتی نداشته است.

## ۵- باب اسناد تجاری

- ۵-۱. در ماده ۱۷۳ لایحه، صدور چک با امضاء یا مهر تجویز شده است. در حالی که بهتر است با توجه به ضمانت اجراء کیفری برای صدور چک بلامحل، تنها اشخاص باسواد و صاحب امضاء بتوانند چک صادر نمایند و مهر حذف گردد.
- ۵-۲. تکرار مطالبی مانند مفاد تبصره ماده ۱۷۶ در خصوص امکان صدور چک الکترونیکی، با توجه به اختصاص بخش مستقلی به اسناد تجاری الکترونیکی در فصل چهارم این باب غیر ضروری است.
- ۵-۳. مواد ۱۸۵ و ۱۹۰ لایحه که بر خلاف توافق طرفین و با وجود تصریح به غیرقابل انتقال بودن سند، انتقال آن را تجویز می‌کند، فاقد مبنای منطقی بوده و دلیلی برای عدم توجه به توافق طرفین و آمره نمودن امر انتقال اسناد تجاری وجود ندارد.
- ۵-۴. در ماده ۲۰۲ لایحه بر خلاف قانون تجارت فعلی و اصل سرعت در امور تجاری، طرح دعوا علیه ظهرنویسان منوط به مطالبه ظرف دو ماه از تاریخ صدور قرار داده شده است. در حالی که این مهلت طولانی در حقوق تجارت قابل پذیرش نمی‌باشد.
- ۵-۵. قسمت اخیر ماده ۲۰۲ لایحه دائر بر اینکه ارائه چک به وکیل دارنده (بانک دارنده) به منزله مطالبه است، با هیچ منطق حقوقی سازگاری ندارد.
- ۵-۶. ماده ۲۱۲ لایحه که در صدد شناسایی و طرح «قاعده غیر قابل استناد بودن ایرادات در مقابل شخص ثالث با حسن نیت» می‌باشد؛ متأسفانه به لحاظ اجمال و نقص ماده مزبور، کارایی لازم را در این راستا نخواهد داشت.
- ۵-۷. اکثر مقررات مندرج در فصل دوم ناظر بر سفته، تکرار مقررات چک می‌باشد. در حالی که به جای انشاء عین مواد قبلی از طریق ارجاع کلی یا قراردادن مقررات مشترک در مبحث مستقلی، می‌توان از تکرار مطالب و مواد خودداری نمود. به عبارت دیگر این شیوه صرفاً سبب افزایش مواد گردیده، بدون اینکه اثر حقوقی یا عملی خاصی داشته باشد.
- ۵-۸. بسیاری از ایرادات وارده بر مقررات چک بر مقررات ناظر بر سفته و برات نیز وارد می‌باشد.
- ۵-۹. طرح واژه‌های مبهم و نامعلوم مانند «دارنده ناآگاه» برای طرح نهادهای

شناخته شده‌ای مانند دارنده با حسن نیت، مناسب نبوده و منشأ اثر نخواهد بود. به عبارت دیگر بهتر بود که از مفاهیم شناخته شده برای جامعه حقوقی مانند دارنده با حسن نیت که مفهوم و حدود و ثغور آن با مراجعه به کتب و نظریات حقوقی قابل تعیین باشد، استفاده می‌گردید.

۱۰-۵. تحمیل تکلیف شناسایی و بازداشت اموال ثبت شده مسئولان سند تجاری، به اجراء ثبت به صرف درخواست دارنده و بدون نیاز به معرفی مال به وسیله وی، بسیار عجیب و در عین حال در وضعیت فعلی غیر قابل اجراء می‌باشد.

## ۶- شرکت‌ها

۱-۶. لایحه تنها به بیان احکام سه شرکت سهامی، با مسئولیت محدود و تضامنی پرداخته و سه شرکت نسبی، مختلط سهامی و مختلط غیرسهامی را حذف نموده است. شرکت تعاونی نیز علی‌رغم بر شمرده شدن به عنوان یک شرکت تجاری مورد حکم قرار نگرفته است.

۲-۶. حذف سه شرکت مذکور که ظاهراً به لحاظ عدم استقبال گسترده از این شرکت‌ها بوده است، منطقی به نظر نمی‌رسد. زیرا: هر یک از این شرکت‌ها در جای خاص خود مفید بوده و برای رسیدن به مقصود خاص تنها راه حل بحساب می‌آیند. مثلاً در مواردی که تاجری بخواهد با اشخاص غیر حرفه‌ای یا محجور مشارکت نماید، به نحوی که آنان در اداره شرکت مداخله نداشته و بیش از سرمایه خود نیز مسئولیت نداشته باشند اما اداره شرکت عملاً با تاجر بوده و مسئولیت اصلی نیز متوجه تاجر باشد؛ بهترین قالب مشارکت در این وضعیت تشکیل شرکت مختلط سهامی یا غیرسهامی است.

همچنین شرکت نسبی شرکتی است که با تلقی عموم مردم از مفهوم شرکت و مسئولیت‌های ناشی از آن انطباق بیشتری داشته و با مبانی حقوق سنتی ایران کاملاً سازگار بوده و یک شرکت تجاری کاملاً خاص حقوق ایران می‌باشد. لذا حذف یک شرکت تجاری کاملاً ایرانی منطقی نیست.

۳-۶. شرکت تعاونی علی‌رغم ذکر در بین شرکت‌های تجاری، فاقد احکام و قواعدی در لایحه می‌باشند. به نظر می‌رسد که بتوان از شرکت تعاونی به عنوان شرکت

مستقل تجاری صرف‌نظر نمود، زیرا تعاونی شرکتی است که با هدف و موضوع تعاون در زمینه‌ای خاص و در قالب شرکت سهامی قابل تشکیل است. بنابراین بدون نیاز به ذکر آن در ردیف شرکت‌های تجاری در قانون تجارت، کافی است که با توجه به قانون تعاون جمهوری اسلامی ایران سال ۱۳۷۰، تشکیل شرکت‌های با موضوع تعاون در یک زمینه، صرفاً در قالب شرکت سهامی تجویز گردد.

۶-۴. بخش کلیات جامع و مانع نیست. از یکطرف موادی در این بخش وارد شده است که صرفاً به شرکت‌های سهامی مربوط می‌شود. مواد ۴۴۱، ۴۴۷، ۴۴۸ و ۴۵۰ از جمله این موارد می‌باشند. از طرف دیگر احکام و قواعدی وجود دارند که به عنوان قواعد مشترک همه شرکت‌ها باید در مبحث کلیات گنجانده شوند، در حالی که مورد توجه قرار نگرفته‌اند یا به عنوان قاعده خاص در احکام خاص شرکت‌ها تکرار شده‌اند. قواعد مربوط به حدود اختیارات مدیران شرکت‌های تجاری، وظایف مدیران، حساب‌های مالی شرکت و سود قابل تقسیم، تبدیل شرکت و احکام و آثار آن، شخصیت حقوقی شرکت، اقامتگاه و تابعیت شرکت‌ها، ادغام، تجزیه، انحلال و تصفیه شرکت‌ها از جمله این موارد می‌باشند.

۶-۵. تأسیس شرکت با شریک واحد در لایحه پیش‌بینی شده است، بدون اینکه قالب تشکیل شرکت مذکور، نحوه اداره و مسئولیت‌های شخص مذکور مورد توجه قرار گیرد. به عبارت دیگر صرف پیش‌بینی یک نهاد در قانون نمی‌تواند منشأ اثر گردد و چه بسا که ابهامات و خلأها، بر مشکلات حقوقی و اقتصادی جامعه اضافه نماید.

۶-۶. وظایف مدیران به طور خاص مورد توجه قرار نگرفته و به جز وظایف مصرحه در قوانین، وظیفه مشخص دیگری بر عهده مدیران قرار نگرفته است. از جمله این موارد به وظایف مربوط به حدود مهارتی که مدیران باید داشته باشند یا حدود مراقبتی که مدیران غیرموظف باید انجام دهند یا وظایف امانی مدیران در برابر شرکت مانند عمل در جهت بهترین منافع شرکت، عدم رقابت، می‌توان اشاره نمود.

۶-۷. عدم پیش‌بینی الزام شرکت‌ها به ذکر سرمایه ثبت شده در اسناد، مکاتبات و تابلوها از خلأهای عمده لایحه است. مسأله مذکور در جلوگیری از تشکیل شرکت‌های صوری و کلاهبرداری از طریق تأسیس شرکت بسیار مؤثر است. به عبارت دیگر با توجه با محدودیت مسئولیت اکثر شرکت‌ها به سرمایه و عدم مسئولیت شرکا، ذکر

سرمایه در اسناد و تابلوها باعث می‌گردد که از شرکت‌های با سرمایه اندک استقبالی صورت نگرفته و عملاً معاملات با شرکت‌ها تا حدود سرمایه آنها انجام شود. بدین ترتیب در یک دوره نه چندان طولانی اکثر شرکت‌های صوری حذف و شرکت‌های با سرمایه واقعی بیشتری تأسیس خواهند شد.

۶-۸. تحمیل محدودیت‌ها و مسؤولیت‌های مدیران شرکت‌های سهامی عام به سایر شرکت‌ها، بسیار غیرمنطقی است. زیرا در شرکت‌های سهامی عام به لحاظ اینکه به دلایل مختلف (فقدان انگیزه در سهام داران کوچک، فقدان تخصص سهامداران و گسترده بودن فعالیت این‌گونه شرکت‌ها و تخصصی شدن امر مدیریت)، سهامداران نظارت مؤثری بر عملکرد مدیران و فعالیت شرکت ندارند، قانون‌گذاران سخت‌گیری بیشتری به عمل آورده و به آنان محدودیت‌های بیشتری را تحمیل می‌کنند، که این امر در شرکت‌های غیر عمومی (شخص) که شرکا معمولاً به صورت مؤثری حضور و مداخله داشته و مدیران آن باید آزادی عمل بیشتری داشته باشند؛ ضرورت ندارد.

۶-۹. عدم پیش‌بینی نهادهای عمومی نظارتی جهت نظارت بر فعالیت و مدیران شرکت‌های سهامی عام، از ایرادات عمده لایحه محسوب می‌شود. امروزه به دلایل مختلف (علمی بودن نحوه اداره شرکت، فقدان انگیزه لازم در بین سهامداران کوچک در صرف وقت و نظارت بر امور شرکت، عدم امکان نظارت مؤثر به وسیله عموم مردم) در اکثر کشورها نهادهای عمومی عهده‌دار امر نظارت بر فعالیت مدیران شرکت‌های سهامی عام در جهت حمایت از سهامداران و ایجاد اطمینان در بازارهای سرمایه گردیده‌اند.

۶-۱۰. اعمال برخی سخت‌گیری‌ها در شرکت‌های غیرسهامی مانند الزام به انتشار انتقال سهم‌الشرکه در روزنامه در شرکت تضامنی (ماده ۷۸۰) یا افزایش نصاب رأی‌گیری در ماده ۷۹۸ فاقد منطق مشخص و اثر عملی در تنظیم روابط شرکا و اشخاص ثالث می‌باشد.

۶-۱۱. مبتنی کردن حدود اختیارات مدیر عامل بر نظریه وکالت واقعی، با نظم اجتماعی و حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت سازگاری ندارد.

۶-۱۲. عدم توجه و پیش‌بینی مقرراتی در خصوص مدیران پشت‌صحنه (مدیران سایه) که تحت لوای نام دیگران شرکت تأسیس و آن را اداره می‌نمایند؛ از نواقص عمده لایحه در بخش شرکت‌ها است.

۱۳-۶. ماده ۴۵۹ لایحه (سلب صلاحیت از تمام رؤسا و مدیران عالی و میانی دولت برای تصدی به سمت مدیریت شرکت‌ها) بدون هیچ وجه منطقی تمام مدیران عالی و میانی دولت را عملاً از تأسیس و اداره شرکت حتی شرکت‌های خصوصی منع کرده است. در حالی که این گونه سلب حقوق اجتماعی از اشخاص مذکور در ماده مثلاً مدیران بانک‌ها، مدیران شرکت‌های دولتی، اعضاء شوراها یا مشاورین تمامی اشخاص مهم دولتی، نه منطقی است و نه در هیچ جای دنیا رایج است. اگر این ممنوعیت به لحاظ جلوگیری از سوء استفاده اشخاص مذکور است؛ این امر با توجه به قوانین مختلف از جمله قانون منع مداخله وزرا و کارکنان دولت در معاملات دولت حاصل می‌باشد و نیازی به سلب حقوق اجتماعی از آنان نیست.

۱۴-۶. تبدیل شرکت به عنوان قاعده خاص شرکت سهامی معرفی شده است. در حالی که تبدیل شرکت‌ها باید به عنوان یک قاعده عام و قابل اعمال نسبت به تمامی شرکت‌ها در یک مبحث مستقل مانند ادغام و تجزیه مطرح و نحوه اعمال و آثار تبدیل بر حسب ماهیت هر شرکت تعیین می‌شد.

۱۵-۶. در مبحث تقسیم سود، همان مقررات بسیار قدیمی که مبتنی بر نظریه تعیین سود به استناد اسناد حسابداری صرف است، تکرار شده است. بدین لحاظ زمینه سوء استفاده و تقسیم اموال شرکت با تمسک به اسناد حسابداری صرف فراهم می‌باشد. در حالی که امروزه در اکثر نظام‌های حقوقی سود قابل تقسیم بر مبنای نظریه سود نقد شده تعیین می‌گردد و صرف فروش یا طلب منجر به سود قابل تقسیم نمی‌گردد.

۱۶-۶. در مباحث جدیدالطرح مانند مبحث ادغام و تجزیه، احکام پیش‌بینی شده جامع نبوده و خلأهای بسیاری به جا مانده است. مثلاً در مبحث ادغام وضعیت و حقوق طلبکاران شرکت‌های ادغام شده (منحل شده) یا مسئولیت شرکت جدید در برابر آنان یا حقوق اقلیت مخالف ادغام مورد توجه قرار نگرفته است.

### نتیجه

با توجه به هدف و نحوه عمل دست‌اندرکاران لایحه که در صدد تدوین مقررات و ایجاد ساختار جدیدی در زمینه تجارت بوده‌اند، لذا اصلاح قانون تجارت فعلی یا حفظ ساختار آن را مبنای کار خویش قرار نداده و لایحه جدید تجارت را تهیه نموده‌اند.

قطعاً انتظار می‌رود که تمام تحولات نوین اقتصادی، بازرگانی و حقوقی در این لایحه لحاظ شده و از تجارب دیگر نظام‌های حقوقی که در این زمینه در جهت وحدت و هماهنگی در سطح بین‌المللی حرکت می‌کنند، بهره گرفته شده باشد؛ تا ضمن برداشتن موانع و محدودیت‌های حقوقی توسعه اقتصادی و بازرگانی در جامعه ملی، هماهنگی لازم نیز با اصول و قواعد تجارت و نهادهای تجاری در سطح بین‌المللی، صورت گیرد. لایحه قانون تجارت آنچنان که شایسته و ضروری است، تحول و اصلاح اساسی نسبت به قانون تجارت ایجاد نکرده است و در صورت تصویب در مجلس شورای اسلامی، قطعاً قانون پیشرفته و کاملی که بی‌نیاز از اصلاح بوده و مرتفع‌کننده نیازهای جامعه ملی و همکاری‌های بین‌المللی باشد، آنگونه که ادعا شده است، نخواهد بود. ایراد مذکور ناشی از ضعف معلومات یا کوتاهی تهیه‌کنندگان لایحه نبوده، بلکه به نظر می‌رسد که از تعجیل در تهیه و ارائه لایحه نشأت گرفته است. برای رسیدن به یک قانون تجارت مطلوب (پیشرفته، مدرن و کامل) باید تعجیل را کنار گذاشته و اصلاح یکباره قانون تجارت را از ذهن خارج نمود؛ بلکه اصلاح بخش به بخش (باب به باب) را مبنای کار قرار داده و در اصلاح هر بخش نیز از نظریات متخصصان برجسته دانشگاهی و اجرائی (در تمامی رشته‌های مرتبط) اعم از دولتی و غیردولتی بهره گرفت. در راستای مطالب مذکور، اولویت بخش‌های قانون تجارت جهت اصلاح به ترتیب زیر پیشنهاد می‌شود:

**بخش‌های کلیات و شرکت‌های تجاری؛**

**بخش قراردادهای تجاری (مشمول بر ضمانت)؛**

**بخش اسناد تجاری؛ و**

**بخش ورشکستگی.**



# JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

**VOL. VII, No. 2**

## **Articles**

- The ICC and Issue of Arrest Warrant for *Al Bashir*
- Homicide or Injury in Battle
- Research & Development in Nanotechnology and Right to Health
- Challenges of the Concept of “Combatant” in International Humanitarian Law
- Merging Commercial Companies in the Iranian Laws
- Sanction against Iranian Aviation: An Approach to the Chicago Convention

## **Special Issue: Challenges of Real Estate Transactions in the Iranian Legal System**

- The Role of Official Documents in Real Estate Transactions
- Role of Notaries Public in Regulating Real Estate Transactions and its Legal Vacuums
- Deficiencies Caused by the Insertion of Regional rather than Actual Prices
- Advance Selling of Flats: Legal Nature and Working Procedures for Official Registrations
- Proving the Claim of Ownership: A Legal Analysis

## **Critique: The Draft of Iranian Commercial Code**

- The Method of the Drafting the Commercial Code
- The 2005 Cabinet Draft to Modify the Commercial Code
- The 1-6 Chapters of the Commercial Draft
- The 5 & 7 Chapters of the Commercial Draft
- Independent Guarantees in the Provisions of the Commercial Draft
- Merging Companies in the Commercial Draft

ISSN: 1682-9220



**S. D. I. L.**

**The S.D. Institute of Law**

Research & Study