

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_43760.html

مجله پژوهش‌های حقوقی (علمی - ترویجی)، شماره ۱۴، نیمسال دوم ۱۳۸۷
صفحات ۳۸۱ الی ۴۰۸، تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۹/۲۸، تاریخ پذیرش: ۱۳۸۷/۱۲/۲۲

نقد مقررات ابواب پنجم^۱ و هفتم^۲ لایحه قانون تجارت

علیرضا عالی پناه*

۱- مقدمه

گرچه بیش از هفتاد و هفت سال از تصویب قانون تجارت ایران سپری شده و در این فاصله تحولات مهمی در زمینه روش‌های تجارت و قواعد حاکم بر آن در عرصه بین‌المللی رخ داده است،^۳ اصلاح و تغییر مؤثری، جز اصلاحات انجام‌شده به سال

۱. اسناد تجاری

۲. بازسازی و ورشکستگی

* دانشجوی مقطع دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تهران (پردیس قم)

۳. تحول و توسعه تجارت، خصوصاً در عرصه بین‌المللی، معلول پیشرفت‌های سریع، چشم‌گیر و بی‌سابقه علوم و فنون، فناوری و به‌ویژه ارتباطات بین‌المللی است که ساختار سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و حتی حقوقی بسیاری از کشورها را دستخوش دگرگونی‌های بنیادین کرده است (کلایو ام. اشمیتوف، حقوق تجارت بین‌المللی، ج ۱، ترجمه بهروز اخلاقی، فرهاد امام، سیدمحمد اسبقی نمینی، محمود باقری، امیرحسین طیبی فرد و اسماعیل همت‌دوست، تهران، سمت، چاپ اول، ۱۳۷۸، صفحه بیست و یک). این امر نتیجه دگرگونی‌های سریع عصر ما، یعنی عصر ارتباطات، است. جهان کنونی هیچ‌گاه تا این حد کوچک نبوده است و کشورهای موجود بر سطح کره خاکی ما هیچ‌گاه تا بدین‌درجه با هم در ارتباط نبوده‌اند. تعدد پیمان‌های دوجانبه و چندجانبه بین‌المللی، شکل‌گیری قوانین و مقررات و رویه‌های تجاری بین‌المللی، گسترش بی‌سابقه مبادلات تجاری و داوری‌های تجاری بین‌المللی، افزایش کمی و کیفی سرمایه‌گذاری‌ها و رقابت شرکت‌های معظم و چندملیتی همگی موجب شده‌اند تا از یک سو فکر وحدت تمامی قواعد اصولی حقوق تجارت بین‌المللی، به‌وسیله نظریه‌های حقوقی و رویه‌های تجاری بین‌المللی تأیید شود و برخی از کشورها مجموعه قوانین تجارت بین‌المللی تدوین کنند و مجامع بین‌المللی با توجه به اهم پیمان‌ها یا کنوانسیون‌های بین‌المللی، الگوی انواع قراردادهای تجاری بین‌المللی و قواعد راجع به عمل‌کرد و فعالیت شرکت‌های چندملیتی یا فراملی را به مرحله وضع و اجراء گذارند و از سوی دیگر،

۱۳۴۷ هـ.ش. در خصوص شرکت‌های سهامی، در آن صورت نگرفته است. با عنایت به این نکته، ضرورت تکمیل قانون تجارت و اصلاح آن امری آشکار است و بر آگاهان این حوزه پوشیده نیست. در این میان، تصویب سیاست‌های کلی راجع به اصل چهل و چهارم قانون اساسی و قانون مربوط بدان نیز بر اهمیت این امر دامن زده است. لایحه قانون تجارت که اکنون بررسی آن در دستور کار مجلس شورای اسلامی قرار گرفته است لایحه‌ای است که تهیه آن قبل از تصویب سیاست‌های کلی راجع به اصل چهل و چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و قانون اجراء سیاست‌های مزبور از جانب دولت وقت در دستور کار و در اختیار مجلس هفتم قرار گرفته است. گرچه کار انجام‌شده واجد برخی نکات نوآورانه است، اما کاستی‌ها و نقاط ضعفی نیز دارد که قابل چشم‌پوشی نیست؛ به‌ویژه که این لایحه داعیه جایگزینی قانونی را دارد که قریب هشت‌دهه در این کشور اجراء و نقاط قوت و ضعف آن کاملاً به وسیله جامعه علمی و رویه قضائی رصد و بسیاری از خلأها و نواقص آن در عمل رفع شده است.

بر خلاف ادعای دست‌اندرکاران لایحه،^۴ مشکل اساسی سرمایه‌گذاری و توسعه تجارت در ایران قانون تجارت فعلی نیست و نقایص این قانون در باب شرکت‌ها، اسناد تجاری و حتی قراردادهای تجاری طی سال‌های گذشته عملاً به وسیله رویه‌های قضائی و نظریات حقوقدانان و با توجه به نیازهای جامعه برطرف شده است. به دیگر سخن، از آنجا که مقررات قانون تجارت جنبه آمره ندارند، تاجران و مشاوران حقوقی آنان و سایر افراد مرتبط با مسائل و دعاوی تجاری خلأها و نواقص قانون را با توافق خویش حل کرده و جایی برای دخالت قانون‌گذار باقی نگذارده‌اند. در توضیح این نکته می‌توان گفت ظرف حدود هشتاد سال گذشته اولاً حقوقدانان و دست‌اندرکاران دعاوی تجاری کوشیده‌اند با تنظیم قراردادهای نمونه تجاری و اساسنامه‌های الگو برای شرکت‌ها اشکالات قانون تجارت فعلی در این حوزه‌ها را حل کنند، ثانیاً بانک‌ها با به‌روز کردن سیستم‌های بانکی و ارائه خدمات نوین کوشیده‌اند راه‌حلی برای رفع

برخی حقوقدانان بنام سایر رشته‌ها نیز به تفکر و اندیشه درباره «حقوق تجارت فراملی» راغب شوند (کلایو ام. اشمیتوف، پیشین، ج ۱، صفحات بیست و چهار و بیست و پنج).

۴. محمد شریعتمداری، «سیاست رقابتی رویکرد اصلاح قانون تجارت» در: معرفی لایحه تجارت و نوآوری‌های آن (مقالات همایش همراه با متن لایحه)، تهران، معاونت برنامه‌ریزی و امور اقتصادی وزارت بازرگانی و دفتر مطالعات اقتصادی، ۱۳۸۵، ص ۱۵.

ابهامات قانونی در حوزه اسناد تجاری بیابند و سامانی مناسب برای امور مستحدثی چون اسناد الکترونیک و امثال آن ایجاد کنند. ثالثاً رویه قضائی نیز ایرادات قانون تجارت را تا حد امکان در حوزه‌های مختلف به نحو قابل قبولی فیصله داده است. آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور در زمینه مسائل تجاری به‌ویژه در حوزه اسناد تجاری و ورشکستگی شاهد صدقی بر این ادعا است.^۵

از دیگر دلایل ذکر شده برای لزوم تغییر قانون تجارت و پیشنهاد این لایحه قدمت قوانین تجاری است^۶، حال آنکه قوانین بنیادینی چون «قانون مدنی»، «قانون ثبت»، «قانون تجارت» و «قانون امور حسبی» را نمی‌توان تنها به علت قدمت نسخ کرد؛ همان‌گونه که قانون مدنی فرانسه علی‌رغم گذشت بیش از دو قرن از تصویب آن فقط در موارد ضروری تغییر کرده و رویه قضائی فرانسه به تدریج مواد قانون مدنی را با مقتضیات دوران منطبق کرده است.

ایجاد بستر قانونی برای تجارت الکترونیک از دیگر فواید مترتب بر تصویب لایحه شمرده شده و همواره از جانب نویسندگان مورد تأکید قرار گرفته است.^۷ اما این ادعا نیز به دلایل مختلف موجه نیست. اولاً ایجاد بستر قانونی برای تجارت الکترونیک به معنای امکان و رواج این‌گونه تجارت در کشور نیست و این امر بیش از آنکه بر تصویب قانون متوقف باشد بر ایجاد بسترهای عینی متکی است. ثانیاً این بستر قانونی با تصویب قانون مفصل «تجارت الکترونیکی»^۸ به سال ۱۳۸۲ ه.ش. جامه عمل پوشیده ولی به علت نبود بسترهای عینی مورد اشاره در بسیاری از حوزه‌ها از جانب ارباب فن مورد

۵. استقرء ناقص نگارنده نشان می‌دهد که حدود بیست رأی وحدت رویه مهم از جانب هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورد مسائل راجع به حقوق تجارت صادر گردیده است که در نوع خود آمار بالایی است.

۶. محمدرضا پاسبان، «معرفی بخش شرکت‌های تجاری»، در: معرفی لایحه تجارت و نوآوری‌های آن، صص ۱۲۰-۱۱۹؛ حمیدرضا علومی، «ملاحظات قانون‌نویسی؛ فرایند تدوین لایحه اصلاح قانون تجارت - الگوی مناسب»، در: معرفی لایحه تجارت و نوآوری‌های آن، صص ۲۴۸.

۷. فرهاد دژپسند، «روش‌شناسی و فرایند تدوین لایحه تجارت» در: معرفی لایحه تجارت و نوآوری‌های آن، صص ۳ و ۵؛ محمدرضا خاوری، «نوآوری‌های لایحه تجارت در ارتباط با نظام بانکی» در: معرفی لایحه تجارت و نوآوری‌های آن، صص ۲۵؛ حمیدرضا علومی، پیشین، صص ۲۴۹.

۸. با توجه به اینکه واژه «الکترونیک» به لحاظ لغوی از واژه «الکترون» و «-یک» (پسونند نسبت) تشکیل شده است، علی‌هذا تعبیر «الکترونیکی» - که متأسفانه به کرات مورد استفاده قانون‌گذار و نویسندگان لایحه قرار گرفته است، به لحاظ لغوی واجد اشکال است.

استقبال قرار نگرفته است و ثالثاً بر خلاف ادعای نگارندگان محترم، در این لایحه گام نوینی در جهت تقویت بسترهای قانونی تجارت الکترونیک - بیش از آنچه که در قانون مصوب فوق‌الذکر آمده است - برداشته نشده و عملاً به تأکید زاید بر مقررات «قانون تجارت الکترونیکی» اکتفاء شده است.

از این‌رو، مشکلاتی که دست‌اندرکاران لایحه در اسناد پشتیبان برای توجیه تغییر کلی قانون تجارت مطرح کرده‌اند، در عمل رفع شده و هیچ‌کس به جز نویسندگان لایحه تاکنون از آن به عنوان ضرورت‌های تغییر قانون تجارت یاد نکرده است. این در حالی است که لایحه مزبور برای رفع مشکلات اساسی موجود چاره‌جویی نکرده و به اموری پرداخته است که به وضع قانون نیاز ندارد.

با این وصف، تغییر یکی از پنج قانون مهم کشور که تأثیرات بسیار جدی بر نظم حقوقی کنونی در حوزه تجارت و اقتصاد خواهد نهاد کاری نیست که بتوان بدون ملاحظه تمام جوانب امر انجام داد.^۹ این امر باید پس از آسیب‌شناسی دقیق مقررات فعلی و با عنایت به نقاط قوت و ضعف آن و مطالعه تطبیقی در قوانین مشابه خارجی و مبانی و منابع آن صورت گیرد و نتیجه برآمده در یک نگاه انضمامی با مبانی نظام حقوقی ایران خصوصاً فقه امامیه و همچنین نیازها و مقتضیات تجاری و اقتصادی کنونی تلفیق شود و با استعانت از روش صحیح نگارش قانون صورت عینی به خود گیرد و در یک روند عقلایی نقد و بررسی گردد تا حداقل به صورت اجمالی مورد پذیرش اجراکنندگان و عالمان این رشته قرار گیرد. مع‌الاسف، لایحه تقدیمی به رغم مبالغه تدوین‌کنندگان آن فاقد اوصاف مزبور است و در حوزه علم و عمل آشفتگی به بار خواهد آورد. چه، تغییر کلی قانون تجارت فراگیر نظم فعلی روابط حقوقی تجاری را نیز مختل و سالیان متمادی حقوقدانان، قضات، وکلا و مدیران شرکت‌ها را گرفتار تطبیق وضع مؤسسات تجاری با مقررات قانون جدید خواهد کرد و این امر خود به معضل جدید سرمایه‌گذاری در کشور تبدیل خواهد شد.

نکته دیگری که مورد عنایت نگارندگان لایحه نبوده است لزوم هماهنگی مقررات

۹. نک: صفر بیگزاده، شیوه‌نامه نگارش قانون، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۸۷، صص ۱۱۰-۱۰۷؛ محمد راسخ، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۳.

جدید با مبانی، اصول و کلیت نظام حقوقی فعلی است.^{۱۰} ذکر این نکته لازم است که قانون تجارت فعلی تحت تأثیر نظریات کلاسیک فرانسوی در خصوص تفکیک اعمال تجاری از مدنی تدوین شده است و سنخیتی با نظریات بدیل در نظام‌های حقوقی دیگر به ویژه نظام حقوقی «کامن‌لا» ندارد. بنابراین، درهم آمیختن این دو طرز فکر در مباحث مربوط به وظایف تاجران، شرکت‌های تجاری، صلاحیت قضائی و خصوصاً ورشکستگی باعث خلط می‌گردد و هماهنگی علمی و منطقی نظام حقوقی را بر هم می‌زند؛ در حالی که در اصلاح قانون تجارت ایران توجه به مبانی نظم موجود نیز ضروری به نظر می‌رسد.

ای کاش، نویسندگان لایحه به جای تغییراتی این چنین، روش اصلاح و تکمیل مقررات فعلی را در پیش می‌گرفتند و آرایش و پیرایش درخت تناور حقوق تجارت ایران در پرتو آراء عالمان حقوق و اقتصاد و رویه قضائی را وجهه همت خود می‌ساختند و چنین بی‌باکانه به هدم نظم حقوقی کنونی که نتیجه سال‌ها کوشش علمی عالمان و داوری قضات و اجراء مجریان است، کمر نمی‌بستند.

با این حال، توجه به دو مسأله اصلی در تصویب این لایحه ضروری است. اول ناهماهنگی‌های اساسی مقررات لایحه با سایر قوانین و مقررات بنیادین کشور که تصویب آن باعث ایجاد اختلال در نظام حقوق تجارت ایران خواهد شد و مصادیق آن (در مورد مقررات ابواب پنجم^{۱۱} و هفتم^{۱۲}) در پی خواهد آمد و دوم مشکلات اساسی قوانین تجاری فعلی ایران که لایحه از کنار آنها گذشته است و تحلیل آن مجال دیگری می‌طلبد.

در این نوشتار، نخست به ضعف‌ها و نواقص شکلی و ماهوی لایحه خواهیم پرداخت و سپس دیدگاه‌های اصلاحی و راه‌کارهای محتمل و پیشنهادی در مواجهه با لایحه را از نظر خواهیم گذراند.

۱۰. نک: صفر بیگزاده، پیشین، صص ۱۳۶-۱۳۴؛ محمد راسخ، پیشین، صص ۱۵۴-۱۵۳.

۱۱. اسناد تجاری

۱۲. بازسازی و ورشکستگی

۲- اشکالات لایحه

۲-۱- ایرادات شکلی

۲-۱-۱- عدم دسته‌بندی علمی و منطقی مواد (نقص پلان)

تبویب منطقی از ضرورت‌های قانون‌نویسی است که فهم عموم از قانون و تعلیم و تعلم آن را تسهیل می‌کند و استفاده قضات و وکلا از متون قانونی را سهولت می‌بخشد. در این میان، نگارش پی‌درپی و بدون پلان مطالب شیوه‌ای غیرعلمی تلقی می‌گردد و استفاده مجریان و قضات از قانون را با اختلال مواجه می‌کند؛^{۱۳} روشی که نویسندگان محترم لایحه در پیش گرفته‌اند.

مع‌الاسف، لایحه در ابواب راجع به «اسناد تجاری» و «ورشکستگی و بازسازی» واجد پلان دقیقی نیست و مواد مربوط به این ابواب به ترتیب در چهار و سه فصل کلی بیان گردیده‌اند. فقدان پلان منطقی دو اشکال عمده را سبب شده است:

اول) اغتشاش در تدوین مواد که دو مورد زیر شاهدهی روشن بر این مدعاست:

۱- نگارندگان لایحه در باب راجع به بازسازی و ورشکستگی احصاء دقیقی از تکالیف افراد دخیل در تصفیه امور ورشکسته انجام نداده و مواد مربوط را به صورت پراکنده و در لابه‌لای مواد دیگر آورده‌اند.

۲- نویسندگان لایحه بدون توجه به اصول قانون‌نویسی و بی‌هیچ مقدمه‌ای، به یکباره، سراغ نهاد بازسازی رفته و بسیاری از احکام و قواعد ورشکستگی را بدون اینکه تعریفی از آن به دست داده باشند در فصل مربوط به بازسازی آورده‌اند؛ در حالی که باید قواعد مربوط به ورشکستگی در ابتداء و به صورت عام و شامل بیان و سپس در صورت لزوم مباحث مربوط به «بازسازی» آورده شوند.

دوم) عدم پیش‌بینی مقررات در برخی زمینه‌ها و معضل سکوت

در برخی موارد به علت فقدان پلان منطقی امر بر نگارندگان لایحه نیز مشتبه شده و برخی از مسائل مهم از دید آنان نیز پنهان مانده و از قلم افتاده است. از جمله در باب مربوط به بازسازی و ورشکستگی مسائل راجع به «اقدامات دادگاه پس از صدور حکم»، «تعیین دقیق آثار ورشکستگی نسبت به شخص ورشکسته، اموال وی،

۱۳. نک: صفر بیگزاده، پیشین، صص ۴۰-۳۱.

بستانکاران و عقود مستمری که تاجر پیش از صدور حکم ورشکستگی منعقد کرده است، «طرق زوال ورشکستگی» و «نحوه اعاده اعتبار تاجر ورشکسته» مهمل و مسکوت مانده است.

با این وصف، لایحه تقدیمی به لحاظ پلان و رعایت اصول شکلی تقنین نه تنها نسبت به قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ ه.ش. پیشرفتی نکرده که دچار پسرفت نیز بوده است و از این جهت با قوانین کشورهای دیگر مانند آلمان، فرانسه و مصر قابل قیاس نیست.

۲-۱-۲- تکرار غیر ضروری مواد

«اصل لزوم رعایت اختصار در قانون نویسی» از اصول مسلم این حوزه است^{۱۴} که همواره مورد عنایت قانون گذاران بوده است. قانون مدنی از نمونه های درخشان رعایت ایجاز در قانون نویسی است که دریایی از معانی را در ضمن جملات کوتاه بیان کرده است. متأسفانه، در موارد متعدد شاهد تکرار غیر ضرور مواد در لایحه هستیم که این امر با توجه به اصل فوق و «اصل پرهیز از وضع ماده تکراری و غیر ضرور» محل اشکال است.^{۱۵}

در این خصوص به دو نمونه زیر می توان اشاره کرد:

۱- بیش از هفتاد درصد مواد فصل دوم (سفته) از باب پنجم (اسناد تجاری) و شصت درصد مواد فصل سوم (برات) از آن باب، تکرار مواد فصل اول (چک) همان باب است؛ بدون آنکه نیاز ویژه ای بدان باشد.

۲- با توجه به اختصاص فصل مستقلی به «اسناد تجاری الکترونیکی»! در فصل چهارم باب پنجم، تکرار مطالبی مانند مفاد تبصره ماده ۱۷۶ در خصوص امکان صدور «چک الکترونیکی»! ضروری نیست.

۱۴. همان، صص ۱۲۹-۱۲۸؛ واحدی: همایش یکصدمین سال قانون گذاری، معاونت پژوهشی مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی، تهران: مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۶، ص ۱۲۳.

۱۵. نک: صفر بیگزاده، پیشین، ص ۱۶۲.

۳-۱-۲- استفاده از اصطلاحات نامأنوس و استخدام غیردقیق اصطلاحات رایج

پرهیز از «اصطلاح‌سازی» و «رعایت اصطلاحات» نیز از اصول لازم‌الرعايه در قانون‌نویسی است.^{۱۶} نمونه‌های زیر مصادیق روشنی از عدول از اصول مذکور است:

- ۱- استفاده از اصطلاح نامأنوس «دارنده ناآگاه» به جای اصطلاح «دارنده با حسن نیت» در مواد ۱۸۳، ۲۵۷ و ۳۲۲ لایحه.
- ۲- استفاده از تعبیر «نقل و انتقالات متوالی سند» در مواد ۲۱۲، ۲۸۶ و ۳۵۲ لایحه که تعبیر روشنی نیست و معنای محصلی افاده نمی‌کند.
- ۳- عدول از اصطلاح رایج «واخواست نکول» در ماده ۳۳۷ و استفاده از اصطلاح «واخواست عدم قبول» که به لحاظ معنا اخص از واخواست نکول است.

۲-۲- ایرادات ماهوی

۲-۲-۱- باب اسناد تجاری

مقررات راجع به اسناد تجاری چون مقررات راجع به ورشکستگی از اهم مقررات قانون تجارت است که اصلاح و تغییر آن می‌تواند آثار اقتصادی مهمی در جامعه بر جای نهد و نظم حقوقی کنونی را تحت‌الشعاع قرار دهد. بنابراین، اصلاح و تغییر در این بخش قانون تجارت همانند بخش راجع به ورشکستگی بذل عنایت ویژه‌ای می‌طلبد. مع الوصف، مقررات راجع به اسناد تجاری در لایحه تحول چندانی نسبت به قانون سابق پیدا نکرده‌اند و تنها به اصلاحات جزئی و اضافه‌کردن مفاد برخی تفسیرهای قضائی که در سال‌های گذشته از سوی دادرسان ارائه شده و یا برخی نظریات منعکس شده در مطاوی کتب حقوقدانان اکتفاء شده است و بسیاری از نواقص عمده قانون سابق بدون تغییر و اصلاح باقی مانده‌اند. در حالی که مطلوب بود پس از هشتاد سال انتظار، با عنایت به رویه قضائی و نظرات حقوقدانان و به‌ویژه کنوانسیون‌های بین‌المللی موجود در خصوص اسناد تجاری (کنوانسیون‌های ژنو و آنسیتال)، اصلاحات مؤثری در این مقررات انجام می‌گرفت. ایرادات مهم مقررات این باب به قرار زیر است:

۱۶. نک: همان، صص ۱۴۴-۱۴۳، ۱۵۴-۱۵۳.

۱- لایحه در مواد ۱۷۳، ۲۵۲ و ۳۲۰ شروط شکلی اسناد تجاری را احصاء و در مواد ۱۷۴، ۲۵۳ و ۳۲۱ ضمانت اجراء تخلف از آن شروط را مقرر و نیز در مواد اخیرالذکر برای پیشگیری از بطلان اسناد تجاری امارات خلاف‌ناپذیری در خصوص عدم درج برخی از موارد مقرر پیش‌بینی کرده است. از سوی دیگر، لایحه در مواد ۱۸۳، ۲۵۷ و ۳۲۲ در خصوص صدور سند تجاری «سفید امضاء» به بحث پرداخته است. اما متأسفانه در پیش‌بینی این مقررات اولاً تفاوت‌های بی‌علت و دلیلی میان اسناد تجاری ایجاد شده، ثانیاً برخی از موارد که باید ضرورتاً در عداد شروط شکلی اسناد تجاری می‌آمده است مغفول مانده، ثالثاً ضمانت اجراء درج نام‌ها و مکان‌های دروغین و موهوم در اسناد تجاری پیش‌بینی نشده و رابعاً در برخی موارد میان مقررات لایحه تعارض و تهافت به وجود آمده است که از آن جمله به موارد زیر می‌توان اشاره نمود:

الف) با توجه به اینکه هر سند تجاری می‌تواند وکالتاً یا اصالتاً صادر شود ضروری است درج نام صادرکننده از شرایط شکلی صدور سند شمرده شود؛ زیرا در کشور ما امضاء یا مهر لزوماً بر هویت امضاءکننده یا مهرکننده دلالت نمی‌کند. مع‌الاسف، این امر مورد توجه نویسندگان لایحه نبوده است. (رک. مواد ۱۷۳، ۲۵۲ و ۳۲۰ لایحه) البته در خصوص چک با توجه به اینکه از نظر نویسندگان لایحه صدور چک غیربانکی مشمول قانون تجارت نیست - که خود قابل نقد است - و در بند ۸ ماده ۱۷۳ درج شماره حساب صادرکننده چک از جمله شروط ضروری شکلی برای صدور چک شمرده شده است، درج نام صاحب حساب را تنها باید در صورتی از شروط شکلی صدور سند دانست که چک به وکالت از جانب دارنده صادر می‌شود. در غیر این صورت، درج نام صادرکننده بر روی سند ضرورتی ندارد همان‌گونه که تاکنون نیز ضروری نبوده است و عدم توجه به این امر باعث بطلان بی‌مورد برخی چک‌ها می‌شود.

ب) نویسندگان لایحه در بند ۲ ماده ۱۷۴ و بند ۳ ماده ۲۵۳ عدم درج «محل صدور» از جانب صادرکننده چک و سفته را بر اراده «مکان تأدیه» محمول دانسته‌اند، در حالی که در بند ۳ ماده ۳۲۱ عدم درج «محل صدور» از جانب صادرکننده برات را بر اراده «اقامتگاه صادرکننده» حمل کرده‌اند. فارغ از اینکه این امر تفاوت بی‌علت و دلیلی در مقررات حاکم بر اسناد تجاری مختلف ایجاد می‌کند، در خصوص چک و سفته توجیه منطقی نیز ندارد؛ چه، تعیین محل صدور با استعانت از محل تأدیه بر غلبه یا اراده

مفروض صادرکننده یا مصلحت دیگری مستند نیست و علی‌القاعده عدم درج محل صدور باید در تمام موارد بر اراده «اقامتگاه صادرکننده» حمل شود؛ چنان که در کنوانسیون‌های بین‌المللی و قوانین خارجی نیز چنین است.^{۱۷}

ج) ماده ۱۸۱ لایحه مانند ماده ۲۲۵ قانون تجارت در خصوص موارد وجود اختلاف میان مبالغ نوشته‌شده در چک، در صورتی که مبالغ مندرج متعدد باشند، انشاء حکم نموده است. اما با عنایت به مقرر مندرج در بند ۲ ماده ۱۷۳ که درج «دستور بدون قید و شرط پرداخت مبلغی معین با حروف و عدد» را از شرایط شکلی الزامی برای صدور چک شمرده و ماده ۱۷۴ که عدم رعایت مقررات ماده ۱۷۳ را سبب عدم ترتب آثار چک بر سند صادرشده دانسته است می‌توان گفت نویسندگان محترم در این خصوص به تناقض‌گویی گرفتار آمده‌اند! در مقام جمع این دو مقرر متعارض قاعداً باید گفت آنچه که جزء شرایط الزامی صدور چک است همان دستور بی‌قید و شرط پرداخت مبلغی معین است و به حروف یا به عدد بودن آن از جمله شرایط الزامی شکلی صدور نیست. همین اشکال در خصوص سفته نیز وجود دارد (رک. بند ۳ ماده ۲۵۲ و ماده ۲۵۵ لایحه).

د) معلوم نیست چرا نویسندگان لایحه در خصوص چک درج مبلغ به حروف و عدد را الزامی دانسته‌اند (بند ۲ ماده ۱۷۳) ولی در سفته به حروف تنها اکتفاء نموده‌اند (بند ۳ ماده ۲۵۲) و در برات از لزوم به حروف یا به عدد بودن مبلغ سخنی نگفته‌اند (بند ۵ ماده ۳۲۰ لایحه).

ه) حسب ماده ۱۸۳ لایحه: «اگر چک هنگام صدور فاقد شرایط مذکور در بندهای ۲، ۳، ۴، ۶ و ۷ ماده ۱۷۳ باشد و سپس توسط دارنده تکمیل شود، اعتبار چک را خواهد داشت.» حال پرسش این است که چرا نویسندگان لایحه علی‌رغم تجویز درج نام بانک محال‌علیه از جانب دارنده به نمایندگی از صادرکننده، درج نشانی محل پرداخت و شماره حساب صادرکننده از سوی دارنده را مجاز ندانسته و مآلاً سند‌کذایی را فاقد اعتبار تجاری دانسته‌اند. عین این اشکال به مقررات لایحه در مورد سفته و برات نیز وارد است. (رک. مواد ۲۵۴ و ۳۲۳ لایحه)

۱۷. نک: ربیعا اسکینی، حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، تهران، سمت، چاپ پنجم، ۱۳۷۹، ص ۳۲.

و) با توجه به اینکه طبق بند ۲ ماده ۱۷۴ لایحه «چنانچه محل صدور چک ذکر نشده باشد محل تأدیه، محل صدور محسوب خواهد شد.» حکم به تجویز درج محل صدور از جانب دارنده در ماده ۱۸۳ منطقی نیست. زیرا حکم مندرج در بند ۲ ماده ۱۷۴ بر اراده مفروض صادرکننده مبتنی است و تجویز درج محل صدور از جانب دارنده به منزله تجویز تحمیل تعهد بر صادرکننده است و حقوق او را تحت الشعاع قرار می‌دهد. شبیه همین خبط در مورد سفته و برات نیز رخ داده است؛ چه، نویسندگان لایحه در بندهای ماده ۲۵۳ عدم درج نام گیرنده وجه سفته را به منزله در وجه حامل بودن سفته، عدم درج موعد پرداخت را به منزله عندالمطالبه بودن آن و عدم درج محل صدور را به منزله وقوع صدور در محل تأدیه دانسته و با این همه در ماده ۲۵۷ مقرر کرده‌اند: «اگر سفته هنگام صدور فاقد شرایط مذکور در بندهای ۳، ۴ [گیرنده وجه]، ۵ [تاریخ سررسید]، و ۶ ماده ۲۵۲ باشد و سپس توسط دارنده تکمیل شود، اعتبار سفته را خواهد داشت.» در برات نیز نویسندگان لایحه در ماده ۳۲۱ عدم درج موعد پرداخت را به منزله به‌رؤیت بودن برات، عدم درج مکان پرداخت را به منزله لزوم پرداخت در اقامتگاه برات‌گیر و عدم درج محل صدور را به منزله وقوع صدور در اقامتگاه صادرکننده دانسته و با این همه در ماده ۳۲۲ مقرر کرده‌اند: «اگر برات هنگام صدور فاقد شرایط مذکور در ماده ۳۲۰ باشد و سپس توسط دارنده تکمیل شود، اعتبار برات را خواهد داشت.»

ز) ضمانت اجراء عدم تصریح بر تعدد نسخ برات در سند در ماده ۳۲۱ بطلان سند دانسته شده است، در حالی که بهتر بود مطابق مقررات کنوانسیون‌های بین‌المللی همه نسخ به صورت جداگانه واجد اعتبار تلقی شوند.^{۱۸}

۲- ماده ۱۷۲ لایحه چک را سندی دانسته است «که به موجب آن صادرکننده مبلغی را از محل حساب بانکی خود دریافت یا به دیگری واگذار می‌کند»، در حالی که مطابق ماده ۳۱۰ قانون تجارت «چک نوشت‌های است که به موجب آن صادرکننده وجوهی را که در نزد محال‌علیه دارد کلاً یا بعضاً مسترد یا به دیگری واگذار می‌نماید.» بنابراین، لایحه بی‌هیچ توجیه حقوقی یا اقتصادی چک‌های غیربانکی را از شمول قانون تجارت مستثنا نموده است که نتیجه مهم مترتب بر این تغییر حکومت قواعد مدنی بر چک‌های

صادر شده بر عهده مؤسسات مالی و اعتباری و یا سایر صندوق‌های مشغول به فعالیت‌های مالی است.

۳- حسب ماده ۱۸۰ لایحه «بانک گشاینده حساب جاری... می‌تواند با درج عبارت «واریز به حساب» یا عبارت مشابه در متن چک پرداخت نقدی آن را منع کند، در این صورت وجه چنین چکی فقط قابل واریز به یک حساب بانکی خواهد بود.» این مقرره از آن جهت که تحمیل شرط معینی بر صادرکنندگان و به‌ویژه دارندگان چک به شمار می‌رود قابل نقد است و منطق حقوقی مؤید آن نیست. البته این ماده از آن جهت که چنین اختیاری را برای صادرکننده قائل شده است ابتکار جالبی است و می‌تواند در عمل مفید باشد.

۴- ماده ۱۸۲ لایحه افرادی را که به نمایندگی از صاحب حساب به صدور چک می‌پردازند، جز در دو مورد، متضامناً مسؤول عدم پرداخت وجه چک دانسته است. این حکم که شبیه آن در ماده ۱۹ قانون صدور چک نیز تکرار شده است بر خلاف اصول اولیه فقهی و حقوقی در مورد وکالت و نمایندگی است؛^{۱۹} خصوصاً در مواردی که در متن سند به نمایندگی تصریح شده باشد. از سوی دیگر، استثناء مندرج در بند ۲ این ماده معنای محصلی ندارد.

۵- ماده ۱۹۷ لایحه تعیین مضمون‌عنه را به هنگام ضمانت ضروری و مآلاً ضمانت بدون تعیین مضمون‌عنه را باطل دانسته است. با توجه به اینکه ضمانت بدون تعیین مضمون‌عنه را می‌توان بر ضمانت از جانب صادرکننده محمول دانست، این حکم قابل نقد به نظر می‌رسد؛ خصوصاً که نویسندگان لایحه در مواد ۲۷۴ (در مورد سفته) و ۳۸۴ (در مورد برات) ضمانت بدون تعیین مضمون‌عنه را صحیح و محمول به ضمانت از جانب صادرکننده دانسته‌اند. البته ناگفته نماند که این امر در مورد برات قابل نقد است؛ زیرا ضمانت بدون تعیین مضمون‌عنه در برات بر ضمانت از جانب برات‌گیر محمول است.

۶- حکم مندرج در ماده ۲۰۴ لایحه بیان حالت خاصی از حکم مندرج در ماده ۲۱۷ است و کافی بود که نویسندگان لایحه بر لزوم صدور گواهینامه عدم پرداخت با تصریح بر علت آن تأکید کنند.

۱۹. البته خروج از این اصول در جایی که صادرکننده نماینده شخص حقوقی باشد به مصلحت است و این امر اختصاصی به چک ندارد.

۷- مفاد تبصره ماده ۲۰۷ لایحه که گواهی عدم پرداخت را جانشین واخواست‌نامه دانسته است بر خلاف اصول حقوقی حاکم بر اسناد تجاری است. توجه به این نکته ضروری است که صدور واخواست عملی قضائی به شمار می‌رود و وانهادن آن به بانک امری معقول و موجه نیست. همین امر در خصوص سفته‌ها و برواتی نیز که محل تأدیه آن بانک است، به طور ضمنی مقرر شده است. (ماده ۳۰۴ و تبصره ماده ۴۰۶ لایحه) این امر که مفاد رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور در خصوص چک نیز به شمار می‌رود^{۲۰} همواره مورد نقد جامعه حقوقی و اقتصادی ایران بوده است.^{۲۱}

۸- بند ۱ مواد ۲۱۵، ۲۸۸ و ۳۵۴ لایحه «خسارت تأخیر تأدیه [ی اسناد تجاری را] از تاریخ مطالبه تا روز پرداخت نسبت به مبلغ تأدیه نشده» قابل مطالبه دانسته است و تبصره همان مواد مقرر کرده است: «خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای شاخص قیمت خرده‌فروشی است که هر سال توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام می‌شود و تعیین می‌گردد. به هر حال خسارت تأخیر نباید کمتر از ۶ درصد در سال باشد.» تأمل در مورد حکم مقرر در این ماده مبین این مطلب است که نویسندگان لایحه میان دو مفهوم «خسارت تأخیر در انجام تعهد» - که موضوع مواد ۲۲۶ تا ۲۳۰ قانون مدنی است و مشروعیت آن مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفته است - و «خسارت ناشی از کاهش ارزش پول» - که موضوع ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی و مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام است - خلط کرده‌اند. از سوی دیگر، توجه بدین نکته ضروری است که حکم مندرج در انتهای تبصره‌های موضوع بحث، چه مقصود از آن خسارت تأخیر تأدیه باشد و چه خسارت ناشی از کاهش ارزش پول، خلاف شرع و ربا محسوب است.

۹- حسب مواد ۲۲۸ و ۳۱۴ لایحه، چک و سفته جزء اسناد رسمی لازم‌الاجراء دانسته شده‌اند. معلوم نیست که این امر به چه جهت به این دو سند تجاری اختصاص یافته و در مورد برات پیش‌بینی نشده است.

۱۰- مفاد ماده ۲۴۱ لایحه از آنجا که شخصی را که به نمایندگی از جانب شخص حقیقی به صدور چک پرداخته است در صورت عدم تأدیه وجه آن دارای مسؤولیت

۲۰. رأی شماره ۵۳۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور به تاریخ ۱۳۶۹/۷/۱۰.

۲۱. نک: ربیعا اسکینی، پیشین، صص ۲۳۳-۲۲۹.

کیفری دانسته است - خصوصاً در جایی که صادرکننده به نمایندگی خود در متن سند تصریح نماید - قابل نقد است.

۱۱- حسب ماده ۲۵۶ لایحه: «سفته ممکن است به دستور و حساب شخص دیگری صادر شود، در این صورت اگر امضاکننده سمت خویش را در متن سفته قید نکند با دستوردهنده مسؤولیت تضامنی دارد و اگر فراتر از حدود اختیار یا بدون اختیار عمل کند، شخصاً مسؤول است.» حکم مندرج در این ماده از آن جهت که نماینده صادرکننده را در صورت عدم تصریح به نمایندگی متضامناً با موکل مسؤول می‌داند، خلاف قواعد حاکم بر اسناد تجاری و «اصل ناشی شدن حقوق و تعهدات از ظاهر سند» است. همین اشتباه در ماده ۳۲۵ لایحه در مورد بروات نیز تکرار شده است. این در حالی است که نویسندگان محترم در مورد چک، صادرکننده وکیل را حتی در صورت تصریح به نمایندگی در متن سند متضامناً با موکل مسؤول می‌دانند! بنابراین، لایحه در این مورد نیز تفاوت بی‌دلیلی در میان اسناد تجاری ایجاد کرده است.^{۲۲}

۱۲- نویسندگان لایحه در ماده ۳۳۹ حکم مندرج در ماده ۲۳۷ فعلی را تکرار کرده‌اند. این ماده که به ضمانت اجراء مترتب بر نکول برات‌گیر اختصاص دارد از قابل نقدترین مواد قانون فعلی و واجد ابهامات فراوان عملی است و با مقررات کنوانسیون‌های بین‌المللی در این زمینه تعارض دارد^{۲۳} و انتظار می‌رفت نویسندگان لایحه در این زمینه به چاره‌جویی می‌پرداختند.

۱۳- ماده ۳۴۰ لایحه نیز تکرار حکم مندرج در ماده ۲۳۸ قانون فعلی است و مانند ماده قبل ایرادات منطقی و عملی فراوانی بر آن وارد است^{۲۴} ولی نویسندگان محترم در اصلاح آن کوششی به عمل نیاورده‌اند.

۱۴- تحمیل تکلیف شناسایی و بازداشت اموال ثبت‌شده مسؤولان سند تجاری به اجراء ثبت به صرف درخواست دارنده و بدون نیاز به معرفی مال به وسیله وی در وضع فعلی غیرقابل اجراء است.

۲۲. مقایسه حکم مستفاد از مفهوم مواد ۲۵۶ و ۳۲۵ لایحه با منطوق ماده ۱۸۲ مؤید این مدعاست.

۲۳. نک: ربیعا اسکینی، پیشین، صص ۸۴-۸۲.

۲۴. نک: محمد دمرچیلی، علی حاتمی و محسن قرائی، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، تهران، خلیج فارس، ۱۳۸۱، صص ۵۰۳-۵۰۲.

۲-۲-۲- باب بازسازی و ورشکستگی

عجز از پرداخت دیون یکی از پدیده‌های مهم اجتماعی است که از دیرباز مورد توجه نظام‌های حقوقی بوده است. در زمانی نه چندان دور در یونان و روم باستان بستانکاران حق داشتند بدهکار عاجز از پرداخت را تملک کنند و به بردگی گیرند و یا برای استیفاء طلب خود او را بفروشند، اجاره دهند، حبس کنند یا حتی به قتل برسانند. در مواردی نیز که مدیون عاجز بستانکاران متعددی داشت، آنان حق داشتند وی را بفروشند و ثمنش را میان خود تقسیم کنند.^{۲۵} مدت‌ها گذشت تا این دیدگاه مطرح شود که بستانکاران در ازاء طلب خود هیچ حقی بر جسم و جسد مدیون ندارند^{۲۶} و در صورت عجز مدیون از پرداخت، بستانکاران تنها حق دارند طلب‌های خویش را از محل اموال وی استیفاء کنند؛ خواه اموال وی تکافوی همه دیونش را بکند، خواه نکند. این نظرگاه که از نتایج قبول «نظریه اشتغال ذمه مدیون» در قبال طلب است، تمامیت جسمانی فرد را از تعرض بستانکاران مصون می‌دارد. البته رجوع به اموال مدیون برای استیفاء دیون در صورت عجز یا امتناع وی امکان دارد و از این نظریه ناشی می‌شود که اموال هر شخص وثیقه کلی دیون اوست.

بدین سان نظریه ورشکستگی برای اولین بار در حقوق روم صورت‌بندی شد. طبق این نظریه در صورت عجز مدیون از پرداخت، حقوق بستانکاران به حکم «قاضی» (le préteur) به اموال مدیون - که به مثابه وثیقه‌ای کلی برای دیون اوست - تعلق می‌گیرد تا بستانکاران بتوانند دیون خود را از محل اموال وی استیفاء کنند. در این حالت، قاضی با صدور قراری اموال مدیون را از تصرف وی خارج می‌کند و اداره آن را به نماینده بستانکاران می‌سپرد که «وکیل تسویه» نام داشت. وکیل تسویه وظیفه داشت اموال مزبور را بفروشد و ثمن آن را میان بستانکاران تقسیم کند. در ابتداء این گونه بود که وکیل همه اموال را به صورت یکجا می‌فروخت و ثمن آن را تقسیم می‌کرد. بعدها مقرر شد در

۲۵. الیاس ناصیف، *الکامل فی قانون التجاره*، ج ۴، بیروت، عویدات للطباعه و النشر، ص ۱۱.

۲۶. فضل سبق در طرح این اندیشه از آن سولون یونانی است که حدود هفت الی شش قرن قبل از میلاد استقراض در قبال گرو بدنی، حبس بدهکار در قبال عدم پرداخت و استرقاق مدیون به علت عجز از پرداخت را ممنوع کرده بود (فیلیپ مالوری، *اندیشه‌های حقوقی*، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران، آگه، چاپ اول، ۱۳۸۳، صص ۲۶-۲۵).

صورتی که مدیون در ورشکسته شدن خود سوء نیت نداشته باشد، وکیل اموال را در دفعات مختلف و با رعایت مصالح وی بفروشد و ثمن آن را تقسیم کند، اما در صورت تقلب یا تقصیر ورشکسته، بستانکاران مخیر بودند از وکیل بخواهند اموال را به صورت یکجا بفروشد یا در دفعات مختلف. بدین ترتیب، اصول نظام ورشکستگی در حقوق روم شکل گرفت. البته برخی از مقررات مربوط به ورشکستگی هنوز پذیرفته نشده بود که از آن جمله می‌توان به «قرارداد ارفاقی پیشگیرانه» و بطلان برخی معاملات در دوره مشکوک (فاصله بین توقف و اعلام ورشکستگی) اشاره نمود. این مقررات بعدها در قرون وسطا و در دولت - شهرهای ایتالیا که مناسبات تجاری در آن رواج فراوان داشت به وجود آمد و وارد نظام ورشکستگی شد. نظام ورشکستگی با این شاکله در سال ۱۶۷۳ با فرمان پادشاه وارد حقوق فرانسه شد. در ابتداء این مقررات در خصوص تجار و غیرتجار اجراء می‌شد ولی پس از تصویب قانون تجارت فرانسه در سال ۱۸۰۷ این مقررات به تجار اختصاص یافت. بنابراین نهاد ورشکستگی به لحاظ تاریخی در طول اعصار و قرون تنها روش موجود برای برخورد با پدیده عجز از پرداخت در جوامع متمدن بوده است.^{۲۷} در فقه اسلامی و امامیه نیز با نهاد «تفلیس» مواجهیم که مشابه نهاد ورشکستگی در حقوق موضوعه است و اهداف نهاد ورشکستگی را تعقیب می‌کند و بر خلاف نظر رایج تفاوت‌های آن با ورشکستگی عمیق و اساسی نیست.^{۲۸}

چند ویژگی نهاد ورشکستگی را از سایر نهادهای حقوقی در نظر گرفته شده برای حفاظت از حقوق بستانکاران^{۲۹} ممتاز کرده است:

۲۷. نک: ربیعا اسکینی، حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران، سمت، چاپ چهارم، ۱۳۸۰، ص ۳؛ الیاس ناصیف، پیشین، صص ۱۱-۱۲.

۲۸. نک: علیرضا عالی‌پناه، «ورشکستگی در فقه امامیه، حقوق ایران و مصر»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۴، صص ۳۴-۱۳.

۲۹. مقصود دعوای مستقیم (direct action/action directe)، دعوای غیرمستقیم (indirect action/action indirecte) و دعوای عدم نفوذ تصرفات مدیون یا دعوای پل (action paulienne/action révocatoire) است. دعوای مستقیم دعوایی است که دائن مستقیماً و به نام خود علیه کسانی که با مدیون قرارداد بسته‌اند اقامه می‌نماید تا حق خود را از محل خواسته تأمین کند (عبدالواحد کرم، معجم المصطلحات القانونیه، بیروت، عالم الکتب و مکتبه النهضه العربیه، چاپ اول، ۱۴۰۷ هـ.ق، ص ۲۲۵) و دعوای غیرمستقیم دعوایی است که دائن برای تأمین حق خود به نام مدیون و برای مطالبه حقوق مدیون علیه دیگران اقامه می‌کند مشروط بر اینکه حق مزبور مربوط به شخصیت مدیون یا از مستثنیات دین نباشد (همان، ص ۲۲۴).

اولاً مقررات مربوط به ورشکستگی بر «اصل تساوی بستانکاران» استوار است و بر این مبنا در صورت اعلام ورشکستگی، هیچ‌یک از بستانکاران در استیفاء طلب خود رجحان و تقدمی بر دیگری ندارد مگر به تجویز قانون با توجه به مصالح معین؛ ثانیاً اعلام ورشکستگی باعث ممنوعیت ورشکسته از مداخله در اموال خود است. در مورد مبنای حقوقی منع مداخله فراوان سخن گفته‌اند. عده‌ای آن را ناشی از نوعی حق عینی خاص می‌دانند که به جهت حفظ مصالح بستانکاران مقرر شده است.^{۳۰} برخی آن را از مصادیق دعوی عدم نفوذ تصرفات مدیون دانسته‌اند.^{۳۱} عده‌ای دیگر نیز گفته‌اند منع مداخله نوعی بازداشت جمعی اموال ورشکسته برای حفاظت از حقوق بستانکاران است.^{۳۲} البته برخی دیگر هم آن را نوعی سلب اهلیت برای حفظ مصالح غیر قلمداد کرده‌اند.^{۳۳} از دیدگاه ما مبنای اول با فلسفه ورشکستگی سازگاری بیشتری دارد؛ چه، اعلام ورشکستگی در واقع اعلام تعلق دیون به اموال مدیون به حکم دادرس بر مبنای وثیقه عام بودن اموال نسبت به دیون است.

ثالثاً اعلام ورشکستگی مآلاً منجر به تصفیه جمعی اموال مدیون می‌شود. این امر به وسیله مدیر تصفیه و به نمایندگی از دو طرف (مدیون و بستانکاران) انجام می‌گیرد.^{۳۴} امروزه ممالک مختلف در مواجهه با پدیده عجز از پرداخت، شیوه‌های گوناگونی در پیش گرفته‌اند. در برخی کشورها، مانند فرانسه، مقررات راجع به ورشکستگی تنها به تجار اختصاص دارد و شامل حال غیرتجار نمی‌شود. در تبیین فلسفه این اختصاص به پیچیدگی‌های حوزه تجارت اشاره و گفته شده است حفظ اعتماد در این حوزه که حجم دیون و مبادلات در آن بیش‌تر از حوزه معاملات غیرتجاری است و امور در آن بر اساس اصل سرعت و اطمینان جریان دارد، در گرو اعمال مقررات ورشکستگی است تا بستانکاران از حداقل اطمینان برای رسیدن به مطالبات خود برخوردار باشند؛ امری که اعمال آن در غیر حوزه تجارت - اگر مخل نباشد - ضرورتی ندارد. به‌ویژه که

۳۰. بروسرو و دسرتو، در: الیاس ناصیف، پیشین، ص ۲۲۱.

۳۱. لیونکان و رینو: الیاس ناصیف، پیشین، ص ۲۲۱.

۳۲. محسن شفیق: الیاس ناصیف، پیشین، ص ۲۲۱.

۳۳. امیل تیان: الیاس ناصیف، پیشین، ص ۲۲۱.

۳۴. السنهوری، بی‌تا، ج ۲، ش ۶۸۱.

ورشکستگی - حتی ورشکستگی عادی - جنبه‌های شبه جزائی دارد و باعث از میان رفتن برخی حقوق سیاسی، اجتماعی و اقتصادی ورشکسته می‌شود^{۳۵} و ممکن است به حسن شهرت و آینده تجاری وی ضربه زند. به رغم این توجیها، چنان که گفته آمد، نظام ورشکستگی در بدو امر در مورد همه کسانی که در پرداخت‌های خود با عجز نسبی مواجه شده بودند اجراء می‌شد و بعدها در ایتالیا و فرانسه بود که برای اولین بار این مقررات به تجار اختصاص داده شد که به نظر نگارنده بر شرایط و مصالح ملی و مقطعی استوار بوده است.^{۳۶}

امروزه در خصوص تنظیم مقررات حاکم بر پدیده عجز از پرداخت با سه دسته از کشورها مواجه هستیم:

دسته اول کشورهایی هستند که مقررات واحدی در خصوص عجز از پرداخت دیون دارند و تفاوتی میان تجار و غیرتجار قائل نیستند. همه کشورهای تابع نظام حقوقی کامن‌لا و بسیاری از کشورهای تابع نظام حقوقی رومی - ژرمنی چون آلمان، اسپانیا، دانمارک، سوئد، فنلاند، نروژ و هلند از این جمله‌اند. فقه اسلامی نیز در این دسته قابل طبقه‌بندی است. در این نظام، نهاد ورشکستگی دربرگیرنده «ورشکستگی تجاری» (faillité) و «اعسار مدنی» (déconfiture) است. از این‌رو، به این نظام «ورشکستگی مدنی» (faillité civile) اطلاق می‌شود.

دسته دوم کشورهایی هستند که مسائل مربوط به عجز تجار از پرداخت را در قالب مقررات ورشکستگی تجاری سامان داده‌اند ولی در مورد عجز غیرتجار از پرداخت قواعد ویژه‌ای ندارند و بستانکاران این افراد را به اصول بازداشت عادی اموال حواله کرده‌اند. کشورهای ایران، سوئیس و فرانسه از این جمله‌اند. البته در سوئیس عجز از پرداخت بعضی غیرتجار اجباراً تابع مقررات ورشکستگی قرار گرفته است و برخی دیگر از این افراد نیز اجازه یافته‌اند به انتخاب خود تابع این مقررات باشند. در فرانسه نیز با توجه به اینکه افراد غیرتاجر بسیاری از جمله کشاورزان و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی غیرتاجر در اصلاحات مختلف قانون تجارت تابع مقررات ورشکستگی قرار گرفته‌اند، اختصاص این مقررات به تاجران اهمیت پیشین خود را از دست داده است.

۳۵. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، صص ۹۶-۹۵.

۳۶. نک: همان، صص ۷-۴.

دسته سوم کشورهایایی هستند که برای مواجهه با پدیده عجز از پرداخت دو دسته مقرره مختلف دارند؛ یکی در مورد تجار و دیگری در مورد غیرتجار. جمهوری عربی مصر از جمله این کشورهاست. در این کشور عجز تجار از پرداخت تابع مقررات ورشکستگی و عجز غیرتجار از پرداخت تابع مقررات اعسار است. مقررات اعسار در مصر دو ویژگی اول مورد بحث در مورد ورشکستگی تجاری^{۳۷} را دارد ولی باعث تصفیه جمعی اموال معسر نمی‌شود.^{۳۸} قبل از تغییرات اعمال شده در مقررات راجع به عجز از پرداخت در کشور اسپانیا به سال ۲۰۰۴ م. این کشور نیز در دسته سوم جای می‌گرفت.

در نظریه‌های سنتی به محض ثبوت عجز از پرداخت اموال فرد در معرض تصفیه قرار می‌گرفت. بدین علت در برخی کشورها مانند ایران و فرانسه ترجیح داده‌اند قواعد ورشکستگی را در مورد افراد غیرتاجر اعمال نکنند و یا مانند مصر تصفیه جمعی اموال مدیون غیرتاجر را نپذیرند. با توجه به نتایج سنگینی که تصفیه اموال برای مدیون در پی دارد در حقوق مدرن کوشش شده است تا حد ممکن از تصفیه اموال مدیون جلوگیری کنند و به «تجدید سازمان» (reorganization) عاجز از پرداخت بپردازند. این ایده از توسعه مفهومی «قرارداد ارفاقی پیشگیرانه» به دست آمده است. به لحاظ تاریخی قرارداد ارفاقی پیشگیرانه در قرون وسطا و در دولت - شهرهای ایتالیا برای جلوگیری از اعلام ورشکستگی تجار در نظر گرفته شد^{۳۹} و البته هیچ‌گاه در فضای اقتصادی آن دوران و دوره‌های بعد جایگاه شایسته‌ای نیافت و نقش چندانی ایفاء ننمود. اصولاً این نهاد و نهاد مشابه آن یعنی «قرارداد ارفاقی پس از وقوع ورشکستگی» که مبتنی بر نوعی نگاه مسامحه‌آمیز به عرصه اقتصاد و تجارت است، همواره مورد نقد اقتصاددانان و حقوقدانان بوده است. ظهور و بسط افکار سوسیالیستی در غرب از قرن نوزدهم میلادی و بروز بحران‌های شدید اقتصادی در قرن بیستم میلادی که تجارت بسیاری از تاجران بزرگ را در معرض خطر اضمحلال قرارداد، عده‌ای را بر آن داشت که نهاد قرارداد ارفاقی پیشگیرانه را مورد مذاقه نظری بیش‌تری قرار دهند. این نظریه‌پردازان با ایده

۳۷. ابتناء بر اصل تساوی بستانکاران و حصول منع مداخله

۳۸. السنهوری، پیشین، ش ۶۹۱.

۳۹. ریپر و روبلو: ربیعا اسکینی، حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، ص ۳.

گرفتن از مصلحت نهفته در بطن و متن این نهاد و بسط نظری آن به مفهومی به نام «بازسازی» یا «تجدید سازمان» رسیدند که از یک سو بر حفظ مصالح کارکنان تجارخانه‌ها و شرکت‌های تجاری تأکید داشت و از سوی دیگر به حمایت از تاجران و دست‌اندرکاران امور اقتصادی در قبال تلاطمات بازار می‌اندیشید. بدین سان نهاد بازسازی وارد نظام‌های حقوقی شد.

کشورهای مختلف در مواجهه با این نهاد جهت‌گیری‌های گوناگونی از خود نشان داده‌اند. برخی از کشورها چون فرانسه به ویژه در اصلاحات اخیر مقررات ورشکستگی در سال ۲۰۰۵ تأکید شدیدی بر این نهاد کرده و کوشیده‌اند به هر قیمت تاجر یا شخص مشمول ورشکستگی را از شمول مقررات تصفیه رهانده و در چتر حمایتی نهاد بازسازی قرار دهند. در این کشور «تصفیه اموال» (liquidation) آخرین راهی است که مقنن پیش پای بستانکاران نهاده و این امر تنها در صورتی ممکن است که مراحل سه‌گانه مورد نظر مقنن، یعنی «اقدامات قضائی منجر به صلح» (composition procedure)، «اقدامات پیشگیرانه» (safeguard proceedings) و «تجدید سازمان» (reorganization)، طی شده و به نتیجه نرسیده یا امکان‌پذیر نبوده باشد.^{۴۰} این نحوه تقنین بیش از آنکه به مصالح بستانکاران و لزوم گردش ثروت در بازار بیانید، مروج نوعی نگاه مسامحه‌آمیز به بدهکار و مستخدمان و کارمندان اوست و در عمل ممکن است آثار اقتصادی زیانباری داشته باشد.

در برخی دیگر از کشورها، چون انگلستان، بازسازی به مثابه یک نهاد حقوقی مورد شناسایی قرار نگرفته و هرگونه اقدام در جهت نجات شخص مشمول ورشکستگی در گرو مصالحه بستانکاران با مدیون است. البته در مورد شرکت‌ها برای انعقاد این‌گونه مصالحه‌ها مقررات خاصی به تصویب رسیده است.^{۴۱} در حقوق مصر نیز نهاد بازسازی آن‌چنان که در فرانسه مطرح است، مورد پیش‌بینی قرار نگرفته و تنها از قرارداد ارفاقی پیشگیرانه (الصلح الواقی من الافلاس) و قرارداد ارفاقی پس از وقوع ورشکستگی (الصلح القضائی) سخن رفته است که شرایط قانونی انعقاد هر دو سنگین است و باید

۴۰. نک: باب ششم قانون تجارت فرانسه مواد L610-1 تا L670-6.

۴۱. نک: Insolvency Act 1986 با اصلاحات بعدی

تحت نظارت شدید قضائی منعقد و اجراء شود.^{۴۲} در ایران نیز هیچ نهاد ویژه‌ای در این خصوص مورد پیش‌بینی قرار نگرفته و این امر در گرو مصالحه عادی بستانکاران و تاجر متوقف قبل از صدور حکم ورشکستگی است. البته پس از صدور حکم ورشکستگی می‌توان با انعقاد قرارداد ارفاقی از تصفیه اموال پیشگیری نمود که این نهاد با توجه به سنگین‌بودن تشریفات انعقاد قرارداد ارفاقی در حقوق ایران و امکان دخالت گسترده قضائی در مراحل مختلف در عمل متروک مانده است.

در این میان عده‌ای دیگر از کشورها چون ایالات متحده امریکا، روسیه و کانادا راهی میانه در پیش گرفته‌اند. در ایالات متحده امریکا مقررات بخش ۱۱ از قانون فدرال (Chapter 11) به امر بازسازی اختصاص دارد. مقررات این فصل تمام شرکت‌های ثبت‌شده (corporation)، شرکت‌های مدنی (partnership) و اشخاص حقیقی را که دیون آنها از مقدار معینی بیش‌تر است، شامل می‌شود. بازسازی دیگر اشخاص حقیقی در چارچوب مقررات فصل ۱۳ انجام می‌پذیرد. طبق مقررات فصل ۱۱ اموال شخص تحت تصرف وی باقی می‌ماند و وی زیر نظر دادگاه و هیأت بستانکاران و به عنوان امین (trustee) آنان به فعالیت‌های خود ادامه می‌دهد. مدیونی که توانایی پرداخت بدهی‌های خود را ندارد باید ظرف ۱۲۰ تا ۱۸۰ روز طرح بازسازی را که متضمن شرایطی بهتر از تصفیه (liquidation) یا حداقل مساوی با آن برای بستانکاران است به هیأت بستانکاران ارائه دهد. در صورت موافقت اکثریت بستانکاران و تأیید دادگاه روند بازسازی آغاز می‌شود. مقررات مربوط به بازسازی در امریکا همیشه از سوی طرف‌داران اقتصاد آزاد مورد نقد و در عمل کم‌تر با توفیق همراه بوده است.

نویسندگان لایحه کوشیده‌اند در زمینه مقررات راجع به ورشکستگی، بر خلاف ابواب دیگر، نوآوری‌های ایجاد کنند و طرحی نو دراندازند ولی مع‌الاسف مقررات لایحه در این باب اشکالاتی اساسی و مبنایی دارد که ذیلاً به امهات اشکالات مزبور می‌پردازیم:

۱- چنان که گفته آمد، نهاد «بازسازی» از جمله نهادهای مدرن مرتبط با ورشکستگی است که در کشورهایی چون فرانسه مورد توجه قرار گرفته و حکمت پیش‌بینی آن پیشگیری از اعلام ورشکستگی تاجران است؛ اما به نظر می‌رسد که به

۴۲. نک: قانون التجاره، اسکندریه: دار المطبوعات الجامعیه، ۲۰۰۵ م.، صص ۱۹۹-۱۹۲ و ۲۲۳-۲۱۱.

دلایل آتی پیش‌بینی این نهاد در حقوق ایران نه تنها ضروری نیست که مشکلاتی نیز در پی دارد: اولاً نهاد بازسازی به لحاظ تاریخی ادامه نهاد «قرارداد ارفاقی پیشگیرانه» است که خود زائیده ضرورت‌های تاریخی و نواقص قواعد ورشکستگی در نظام حقوقی غرب بوده است. این در حالی است که قرارداد ارفاقی پیشگیرانه به عنوان مادر نهاد بازسازی در نظام حقوقی ما امری ناشناخته است؛ ثانیاً اعمال قواعد راجع به ورشکستگی در خصوص «تاجر در حال بازسازی» با اصول حقوقی ما و فقه امامیه منافات دارد؛ زیرا در این حالت که ورشکستگی تاجر اعلام نشده است، اعمال قواعد راجع به ورشکستگی باعث نقض حقوق تاجر و یا بستن‌کاران اوست و ثالثاً تأسیس مزبور به کیفیتی که در لایحه پیش‌بینی شده است در بسیاری موارد نه تنها مصالحی در پی ندارد که باعث افزایش دیوان‌سالاری^{۴۳} نیز می‌شود. بنابراین بهتر است برای تاجر یا بستن‌کاران وی این امکان پیش‌بینی شود که بتوانند در صورت ظهور نشانه‌های ورشکستگی با انعقاد قرارداد درباره نحوه ادای دیون به توافق برسند و بدین‌وسیله از اعلام ورشکستگی تاجر جلوگیری کنند. این قرارداد باید قراردادی رضایی باشد و تحت نظارت قضائی اجراء گردد. پذیرش این نهاد نه تنها ما را از نهاد بازسازی بی‌نیاز می‌کند که واجد توجیه فقهی نیز هست.

لازم به ذکر است که بازسازی در نظام حقوقی ما مفهومی بیگانه نیست. ظاهراً اول‌بار نهادی شبیه بازسازی در «قانون حمایت صنعتی و جلوگیری از تعطیل کارخانه‌های کشور» مصوب ۱۳۴۳ ه.ش. مورد پیش‌بینی و در عمل نیز مورد استقبال قرار گرفته است. پس از انقلاب نیز با تصویب سیاست‌های کلی راجع به اصل چهل و چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در مجمع تشخیص مصلحت نظام و تأیید آن از جانب مقام رهبری و قانون اجراء سیاست‌های مذکور دوباره این مفهوم در قانون توجه واقع شده است. در این راستا، بند «ب» ماده ۱۹ «قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجراء سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی» مصوب ۱۳۸۷ ه.ش. مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز از «بازسازی ساختاری» بنگاه‌های دولتی مشمول واگذاری سخن گفته است. اما باید توجه داشت که بازسازی مذکور در لایحه قانون تجارت غیر

از بازسازی ساختاری موضوع این قانون است و خلط این دو مفهوم ممکن است در درازمدت آثار جبران‌ناپذیری بر جای نهد. برای نیل به اهداف قانون مربوط به اجراء سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بهتر است با اصلاح و متمیم «قانون حمایت صنعتی و جلوگیری از تعطیل کارخانه‌های کشور» و تعمیم موضوع آن به تمام بنگاه‌ها و شرکت‌های دولتی مشمول واگذاری در راستای اجراء بند «ب» ماده ۱۹ قانون اجراء سیاست‌های کلی گام برداشته شود. بر این اساس، نسخ «قانون حمایت صنعتی و جلوگیری از تعطیل کارخانه‌های کشور» که در ماده ۱۰۲۸ لایحه مورد تأکید قرار گرفته است منطقی به نظر نمی‌رسد.

۲- با نظر به اینکه اولاً اختصاص قواعد راجع به ورشکستگی به تاجر امری ضروری نیست و بیش از هر چیز ریشه در مسائل تاریخی و اجتماعی و سیاسی فرانسه در قرون هفدهم تا نوزدهم میلادی دارد و یادگار دورانی است که به ورشکستگی به عنوان یک مجازات نگریسته می‌شد^{۴۴} و برای کنترل ثروت‌مندان طبقه اشراف و بورژوا به کار می‌رفت و ثانیاً در بسیاری از ممالک از جمله کشورهای وابسته به نظام حقوقی «کامن‌لا» و بسیاری از کشورهای وابسته به نظام حقوقی «رومی - ژرمنی» من جمله آلمان، هلند، سوئد، نروژ و دانمارک مقررات راجع به ورشکستگی به تاجران اختصاص ندارد، بهتر است قواعد ورشکستگی شامل حال همه افراد حتی غیرتاجران نیز بشود. این امر در خصوص اشخاص حقوقی خصوصی نیز که تاجر نیستند از ضرورت بیش‌تری برخوردار است و حتی در کشورهایی چون فرانسه که مقررات ورشکستگی علی‌الاصول به تاجران اختصاص دارد، این مقررات به کلیه اشخاص حقوقی حقوق خصوصی تعمیم داده شده‌اند؛ مسأله‌ای که متأسفانه مورد توجه نویسندگان لایحه قرار نگرفته و یکی از خلأهای مهم قانون موجود همچنان دست‌نخورده بر جای مانده است.

۳- لایحه نه تنها در جهت حذف مرز میان تاجر و غیرتاجر در مقوله ورشکستگی گامی برنداشته است که مرزهای کم‌رنگ شده به وسیله رویه قضائی در سال‌های اخیر را نیز پررنگ کرده است. از جمله اینکه بر خلاف رویه قضائی موجود^{۴۵} و سایر مقررات

۴۴. ریپر و روبلو، *المطول فی القانون التجاری*، الجزء الثاني (ج ۳)، ویرایش: فیلیپ دلیبیک و میشل جرمان، ترجمه: علی مقلد، بیروت، المؤسسة الجامعیة للدراسات و النشر و التوزیع، چاپ اول، ۲۰۰۸ م، ص ۱۱۶۵.

۴۵. نک: ربیعا اسکینی، *حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته*، ص ۳۷؛ محمد دمرچیلی و دیگران،

موجود در نظام حقوقی ایران،^{۴۶} در شق دوم ماده ۸۳۷ تنها بستانکاران واجد طلب تجاری را مجاز به درخواست اعمال مقررات راجع به بازسازی و ورشکستگی دانسته است. این امر به لحاظ فقهی نیز محل ایراد است؛ چه، به لحاظ فقهی قصور اموال فرد نسبت به مطلق دیون وی موضوع ورشکستگی است،^{۴۷} در حالی که در لایحه تنها ناتوانی از پرداخت دیون ناشی از فعالیت‌های تجاری مجوز صدور حکم ورشکستگی یا شمول بازسازی دانسته شده است.

۴- حسب تبصره ۲ ماده ۸۳۷ لایحه تعیین «معیارهای احراز ناتوانی» به تصویب آیین‌نامه‌ای در این خصوص موکول شده است؛ ولی به نظر می‌رسد احاله تعیین این معیارها - که تأثیر بسزایی در وضع حقوقی تاجران و بستانکاران آنان دارد - به آیین‌نامه مصوب هیأت وزیران منطقی نیست و بهتر است خود قانون معیار متقنی برای احراز ناتوانی در نظر گیرد.

۵- تبصره ۱ ماده ۸۳۷ این لایحه از آن جهت که توقف در تأدیه «مطالبات تأمین اجتماعی» و «طلب‌های مالیاتی ناشی از فعالیت‌های تجاری» را نیز موضوع ورشکستگی می‌داند، قابل نقد است؛ زیرا اولاً اعلام ورشکستگی به علت توقف از تأدیه مطالبات تأمین اجتماعی نه تنها به نفع سازمان تأمین اجتماعی یا افراد تحت تأمین تاجر نیست که حتی ممکن است باعث بیکاری افراد مزبور نیز بشود و تأمین اجتماعی را ناگزیر از پرداخت «بیمه بیکاری» به آنان کند و از سوی دیگر، تأمین اجتماعی علی‌الاصول وظیفه «سازمان تأمین اجتماعی» به عنوان یک نهاد عمومی غیردولتی است و باید از محل درآمدهای آن سازمان انجام شود که تنها بخشی از این درآمدها به وجوه اخذشده از شهروندان اختصاص دارد و ثانیاً اعلام ورشکستگی به علت توقف از تأدیه طلب‌های مالیاتی ناشی از فعالیت‌های تجاری نیز نه تنها به نفع دولت نیست که با سیاست اصولی دولت‌ها در حمایت از تجارت منافات دارد. از این رو، در بسیاری از قوانین من جمله

پیشین، ص ۷۴۰.

۴۶. مانند ماده ۵۱۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی

۴۷. جعفر بن الحسن المحقق الحلّی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۲، بیروت: دار الأضواء، الطبع الثالث، ۱۴۱۸ هـ.ق، ص ۸۱؛ و محمد بن جمال‌الدین مکی العاملی (شهید اول)، اللمعه الدمشقیه، قم: دارالفکر، چاپ پنجم، ۱۳۷۴ هـ.ش، ص ۱۱۵؛ زین‌الدین الجبعی العاملی (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۴، قم، مکتبه الداوری، الطبع الاول، ۱۴۱۰ هـ.ق، ص ۴۱.

قانون تجارت جدید مصر مصوب ۱۹۹۹ توقف از تأدیه این دیون سبب صدور حکم ورشکستگی محسوب نمی‌شود.^{۴۸}

۶- به لحاظ مقررات فقهی تنها بستانکاران حق درخواست اعلام ورشکستگی شخص را دارند. بدین جهت، طبق نظر مشهور در میان فقیهان امامیه شخص خود نمی‌تواند ورشکستگی خویش را تقاضا کند؛^{۴۹} چنان که به اجماع آنان اعلام یا تقاضای ورشکستگی به وسیله قاضی یا دادستان نیز مجاز نیست.^{۵۰} بر این اساس، بندهای ۱ و ۳ ماده ۸۳۷ لایحه باید به نحو مقتضی اصلاح شوند.

۷- از دیگر اشکالات لایحه حاضر این است که در مورد حالت عجز مطلق از پرداخت دیون^{۵۱} تعیین تکلیف نشده است. چه، اعلام ورشکستگی عاجز مطلق اصلاً وجهی ندارد و چنین فردی به لحاظ فقهی معسر و وجوب انظار^{۵۲} وی از مسلمات فقه اسلامی است؛ خواه تاجر باشد یا نباشد.^{۵۳} بنابراین، ماده ۹۶۹ لایحه از این جهت قابل نقد است.

۸- در خصوص آثار ورشکستگی مباحث منقح و مستوفایی در لایحه انجام نشده است و مواد مربوط به صورت پراکنده و ناقص آورده شده‌اند. در این خصوص ماده ۹۴۲ لایحه - که منع مداخله را شامل اموالی نیز می‌داند که در مدت ورشکستگی حاصل می‌شوند - با نظر بسیاری از فقیهان امامیه منافات دارد که ورشکستگی را فقط

۴۸. ماده ۵۵۰ قانون التجاره الجديد، ۲۰۰۵ م، ص ۱۵۳.

۴۹. السيد محمد جواد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامه في شرح قواعد العلامه، ج ۱۲، تحقيق: علي أصغر مرواريد، بيروت، دار التراث، الطبع الاول، ۱۴۱۸ هـ ق (۱۹۹۸ م)، ص ۵۵۱؛ محمدحسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲۵، تحقيق: علي آخوندي، تهران، دار الكتب الإسلامية، الطبع الخامس، ۱۳۷۹ هـ ش، صص ۲۸۱-۲۸۲.

۵۰. السيد محمد جواد الحسيني العاملي، نفس المصدر، ص ۵۵۱؛ محمدحسن النجفي، نفس المصدر، ج ۲۵، ص ۲۸۱.

۵۱. مقصود از عجز مطلق حالتی است که مدیون مالی غیر از مستثنیات دین نداشته باشد.

۵۲. مهلت دادن

۵۳. این حکم از آیه ۲۸۰ سوره مبارک بقره مستفاد است: «إن كان ذو عسره فنظره إلى میسره». (نک: الحسن بن یوسف بن المطهر الحلی (المحقق حلی)، قواعد الأحكام، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، الطبع الاول، ۱۴۱۸ هـ ق، ص ۸۵؛ محمدحسن النجفي، نفس المصدر، ج ۲۵، صص ۳۲۸-۳۲۳.

شامل اموال زمان اعلام ورشکستگی می‌دانند.^{۵۴}

۹- توقف دعاوی علیه ورشکسته و توقف دعاوی ورشکسته علیه دیگران توجیه فقهی ندارد و ضروری است در این باره با رعایت اصول کلی حکم مربوط صادر شود.

۱۰- در خصوص ضمانت اجراء تخلف تاجر از منع مداخله در دوره ورشکستگی هم در فقه و هم در حقوق اختلافات فراوانی به چشم می‌خورد که به نظر می‌رسد ماده ۸۵۸ لایحه به هیچ‌وجه نتوانسته است به جمع‌بندی مطلوبی از این مباحث برسد؛ به‌ویژه در نظر گرفتن ضمانت اجراء «قابلیت ابطال» برای معاملات تاجر ورشکسته با اصول حقوقی ما سازگار نیست. برای نشان‌دادن ابعاد مسأله کافی است به این نکته توجه شود که در فقه و حقوق در خصوص ضمانت اجراء تخطی از منع مداخله در فرضی که موضوع معامله عین مال ورشکسته است، حداقل سه یا چهار نظر وجود دارد^{۵۵} که هیچ‌کدام با «قابلیت ابطال» انطباق ندارند؛ مگر اینکه مقصود از قابلیت ابطال همان «بطلان نسبی» باشد که بعید به نظر می‌رسد.

۱۱- در تدوین مواد راجع به «دعوی استرداد» (موضوع مواد ۸۶۳ الی ۸۷۱ لایحه) متأسفانه نگارندگان لایحه به مباحث مطرح در فقه یا حقوق مدنی در این زمینه توجه کافی مبذول نکرده‌اند. لازم به ذکر است که در فقه در خصوص این مطلب مبحث مفصلی تحت عنوان «حق الاختصاص» منعقد شده است.^{۵۶} یکی از مصادیق حق الاختصاص که به حقوق موضوعه ایران نیز راه پیدا کرده است، «خیار تغلیس» موضوع ماده ۳۸۰ قانون مدنی است. این ماده همواره مورد توجه حقوقدانان بوده و پیرامون آن نظریه‌پردازی‌های جدی به عمل آمده و حتی نسبت آن با مواد ۵۲۸ تا ۵۳۵ قانون تجارت در مورد دعوی استرداد نیز سنجیده شده است. این ماده به اذعان حقوقدانان نه تنها در بیع بلکه در تمام معاملات معاوضی که یکی از دو عوض آن عین

۵۴. نک: محمدحسن النجفی، نفس المصدر، ج ۲۵، صص ۲۸۴-۲۸۳.

۵۵. چهار نظریه مطرح عبارت‌اند از بطلان مطلق، بطلان نسبی، عدم نفوذ و عدم قابلیت استناد. (درباره معانی این اصطلاحات نک: مهدی شهیدی، حقوق مدنی، ج ۲، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، عصر حقوق، چاپ اول، ۱۳۷۹، صص ۸۱-۳۲؛ السید محمد جواد الحسینی العاملی، نفس المصدر، ج ۱۲، صص ۵۵۹-۵۵۷؛ محمدحسن النجفی، نفس المصدر، ج ۲۵، صص ۲۸۷-۲۸۴).

۵۶. نک: المحقق الحلی، نفس المصدر، ج ۲، صص ۸۵-۸۲؛ الحسینی العاملی، نفس المصدر، ج ۱۲، صص ۶۱۴-۵۹۹؛ محمدحسن النجفی، نفس المصدر، ج ۲۵، صص ۳۲۸-۲۹۵.

معین است مجراست.^{۵۷}

۱۲- ایراد مهم دیگر لایحه در خصوص «دیون ممتاز» است که مواد ۹۲۸ و ۹۸۹ متعرض آن شده است. با توجه به اینکه ممتاز بودن هر دینی خلاف اصل است و دلیل می‌طلبد، به نظر می‌رسد که این مواد با مقررات فقهی هماهنگ نیست؛ چه اینکه دیون ممتاز باب تفلیس در فقه مشخص شده‌اند^{۵۸} و برخی از موارد مندرج در دو ماده مذکور در مصادیق منصوص دیون ممتاز در فقه جای نمی‌گیرند.

۱۳- فقدان مقررات در زمینه «ورشکستگی بین‌المللی» (international bankruptcy) از مهمترین خلأهای قانون تجارت فعلی است که متأسفانه مورد عنایت نویسندگان لایحه قرار نگرفته و هیچ مقرره‌ای در این باره در لایحه پیش‌بینی نشده است. یادآوری می‌کند که ورشکستگی بین‌المللی که با گسترش تجارت بین‌المللی نضج گرفته و ادبیات گسترده‌ای در مورد آن به وجود آمده است از ضرورت‌های زیست در فضای تجارت بین‌المللی است و مشکلات حقوقی آن جز با وضع قاعده قابل حل نیست.

۳- نتیجه

با عنایت به مطالب پیش‌گفته باید اذعان کرد متأسفانه سعی نویسندگان لایحه در تدوین مقررات تجاری مقرون به توفیق نبوده است. چه، با توجه به اینکه نگارندگان محترم چارچوب قانون فعلی را مناسب مقتضیات کنونی تجارت و اقتصاد کشور ندانسته و تغییر کلی قانون تجارت را چاره رفع مشکلات حقوقی و اقتصادی دیده‌اند، انتظار می‌رفت که تمام تحولات جدید حقوق تجارت در لایحه تدوین شده لحاظ و از تجارب سایر نظام‌های حقوقی بهره گرفته می‌شد تا ضمن تکمیل قانون تجارت فعلی اولاً در جهت انطباق حداکثری با احکام فقهی گام برداشته شود که پس از پیروزی انقلاب اسلامی از مهمترین دغدغه‌های عالمان فقه و حقوق بوده است و ثانیاً هماهنگی لازم با

۵۷. نک: سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ بیست و یکم، ۱۳۷۹، صص ۵۱۰-۵۰۹؛ ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ دوم، ۱۳۷۶، صص ۳۹۵-۳۹۳؛ ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی: عقود معین، ج ۱: معاملات معوض، عقود تملیکی، بیع، اجاره، قرض، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ هفتم، ۱۳۷۸، صص ۲۲۱-۲۱۷.

۵۸. المحقق الحلّی، نفس المصدر، ج ۲، ص ۱۴۵.

اصول و قواعد حاکم بر تجارت بین‌المللی و نهادهای تجاری بین‌المللی — که ایران خواهان پیوستن بدان‌ها و همکاری با آنهاست — به وجود آید. البته پوشیده نیست که این امر مستلزم آسیب‌شناسی دقیق قانون تجارت از دو منظر فقهی و قواعد حاکم بر تجارت بین‌المللی است که خود صرف زمان زیادی را می‌طلبد.

علی‌هذا، به عقیده نگارنده در مقطع کنونی که با تصویب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و قانون مربوط بدان و نیز حرکت کشور در جهت پیوستن به «سازمان تجارت جهانی» (WTO) نیاز مبرمی به اصلاح و تکمیل قانون تجارت پدید آمده است، اصلاح قانون تجارت فعلی با اصلاح پلان و حفظ ساختار آن می‌تواند روش مناسبی برای حل و رفع مشکلات احتمالی باشد. در این روش ساختار کلی قانون تجارت حفظ می‌گردد و در موارد ضروری از طریق الحاق یا جایگزینی مواد، اصلاحات مورد نظر به عمل می‌آید و ایرادات و ابهامات و خلأها برطرف می‌شود. قطعاً برای اعمال چنین شیوه‌ای نیز ابتداء باید متخصصان امر موارد نیازمند اصلاح را معین و سپس پیش‌نویس مواد لازم را تهیه کنند. این امر می‌تواند با اصلاح پلان قانون موجود و ادغام قوانین تجاری (قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸ و لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷) در همدیگر توأم باشد.

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