

پیشگیری از ورشکستگی شرکت‌ها در حقوق تجارت بین‌الملل

جعفر نوری یوشانلوئی*

عرفان خسروانی**

پذیرش: ۹۳/۲/۳۰

دریافت: ۹۲/۷/۲۷

پیشگیری / ورشکستگی / شرکت / حقوق تجارت بین‌الملل / راهنمای قانون‌گذاری ورشکستگی

آنسیترال

حکیده

ورشکستگی^۱ از جمله مشکلاتی است که امروزه به‌ویژه در کشورهای مبتنی بر اقتصاد آزاد رو به افزایش است و به‌طور طبیعی مقابله با آن به‌ویژه در ورشکستگی‌های گسترده شرکت‌های تجاری ضروری به‌نظر می‌رسد. یکی از راه‌حل‌های مقابله با آثار منفی ورشکستگی، جلوگیری از وقوع آن بوده و امروزه با عنوان «پیشگیری^۲ از ورشکستگی» مورد توجه کشورها و سازمان‌های بین‌المللی قرار گرفته است. در این راستا می‌توان به اقدامات کمیسیون تجارت بین‌الملل سازمان ملل معروف به آنسیترال (کمیسیون اروپا)، و تغییر و تحولات قانون ورشکستگی ایالت متحده آمریکا اشاره کرد. براساس اسناد یادشده، می‌توان به روش‌های گوناگون نظیر وضع مجازات یا مسئولیت مدنی، خودانتظامی دیون و دارایی، کمک به ورشکستگان، قرارداد جمعی یا فردی، یکسان‌سازی مقررات ناظر بر حقوق تجارت

*. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

E-mail : jafamor@ut. ac. ir

** . دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق حمل‌ونقل تجاری دانشگاه علوم قضایی تهران.

Khosravani. erfana@gmail. com

■ جعفر نوری یوشانلوئی، مسئول مکاتبات.

1. Bankruptcy
2. Prevention

بین الملل^۱، وضع قوانینی جهت توسعه ثبات و رشد اقتصادی، ایجاد قانون شفاف و کارآمد در بحث ورشکستگی و اعمال کنترل، از بروز ورشکستگی پیشگیری کرد. به منظور مطالعه هدفمند، ابتدا علل ورشکستگی بررسی شده و سپس متناسب با هر علت راهکارهای پیشگیرانه ارائه می‌شود. بنابراین، در بخش نخست به فقدان تناسب بین دیون و دارایی به عنوان مهم ترین علت ورشکستگی و راهکارهای پیشگیرانه متناسب پرداخته، و در بخش دوم سایر علل و راهکارهای پیشگیری از آن بررسی می‌شود.

طبقه بندی JEL: K25, K39

مقدمه

ناتوانی از پرداخت دین، شاید در آغاز پیدایش آن چندان مشکل‌ساز به نظر نمی‌رسید، اما رفته‌رفته این آثار منفی چشمگیرتر شده و نیاز به وضع یک قانون ورشکستگی مدوّن احساس شد. این قوانین در ابتدا نسبت به ورشکسته بسیار سخت‌گیرانه بودند. برای مثال در قواعد سنتی رم، مدیونی که از ادای دین خود ناتوان بود تا زمان پرداخت دین جزء اموال داین محسوب می‌شد.^۱ به این ترتیب، مدت‌ها با این تصور که آثار منفی ناشی از ناتوانی از پرداخت دین تنها متوجه طلبکاران است، با بدهکاران سخت‌گیرانه رفتار می‌شد. با گذشت زمان و اصلاح این تصور نادرست، قوانین مربوط به ورشکستگی نسبت به بدهکار منعطف‌تر شده و حتی در سال‌های اخیر با توجه به گسترش تبعات منفی ورشکستگی، بحث پیشگیری از آن نیز مطرح شده است.^۲

در این راستا، اقداماتی از جانب کشورهای مختلف و سازمان‌های فعال در عرصه تجارت بین‌الملل - به‌ویژه آنسیترال - انجام شده که از آن جمله می‌توان به تدابیر ذکر شده در کد ورشکستگی امریکا، و توجه ویژه آنسیترال^۳ به این بحث در قالب راهنمای قانون‌گذاری (قسمت ۲۱) (۲۰۰۵)، راهنمای قانون‌گذاری (قسمت ۳) (۲۰۱۲) و قانون نمونه ورشکستگی فرامرزی^۴ ۱۹۹۷ اشاره کرد. همچنین، کمیسیون اروپا نیز در این زمینه مقرراتی وضع کرده که آخرین آن‌ها مربوط به سال ۲۰۱۱ است.^۵

با توجه به مطالب فوق به‌سادگی می‌توان گفت مقابله با تبعات منفی بی‌شمار ورشکستگی در چارچوب پیشگیری از آن یک ضرورت حیاتی است. از آنجا که آثار منفی مذکور، در سطح کلان بسیار بیش‌تر است، بنابراین، پیشگیری از ورشکستگی شرکت‌ها به‌ویژه در سطح

۱. قائم مقام فراهانی (۱۳۸۹)؛ ص ۱۳۱.

۲. در مورد هر ورشکستگی و به‌صورت موردی، اشخاص متعددی (طلبکاران، بدهکار، کارکنان شرکت و...) آسیب می‌بینند. همچنین ورشکستگی حائز آثار منفی در سطح کلان است که جامعه را تحت تأثیر قرار می‌دهد: در صورت وقوع ورشکستگی، اعتماد به سرمایه‌گذاری در جامعه به‌شدت تحت تأثیر قرار می‌گیرد. یکی از مهم‌ترین ابزارها برای جذب سرمایه‌گذاری‌های خارجی ایجاد ثبات در بخش اقتصاد است؛ وقوع ورشکستگی این ثبات را شدیداً تحت تأثیر قرار می‌دهد.

3. *Legislative Guide on Insolvency Law*.

۴. در بند «۵» از قسمت مقدمه این قانون: «تسهیل نجات بنگاه‌های تجاری دچار مشکل مالی» از جمله اهداف قانون مزبور شمرده شده است.

۵. در گزارش مزبور اقدامات گذشته کمیسیون اروپا در این رابطه ذکر شده است:

- The final report of expert group about a second chance for entrepreneurs (January 2011); pp. 4-5.

مزبور، یکی از مباحث بسیار مهمی است که متأسفانه در عرصه داخلی به گونه‌ای شایسته به آن پرداخته نشده و در کم‌تر کتاب یا مقاله معتبری به آن اشاره شده است. در حالی که ابعاد نوآورانه‌ای در باب ورشکستگی از سوی سازمان‌های بین‌المللی و کشورهای مختلف پیش‌بینی شده است که بومی‌سازی این روش و نیز ارائه شیوه‌های نوین دیگر، شایسته توجه است.

گفتنی است قدر متیقن از تعریف ورشکستگی در این مقاله عبارت است از وقوع «ناتوانی»؛^۱ پیشگیری^۲ نیز شامل «مجموعه عملیاتی است که یا از وقوع ورشکستگی جلوگیری می‌کند و یا در صورت وقوع ورشکستگی، از آثار منفی آن می‌کاهد».^۳

همچنین، در این مقاله فقط به علل حقوقی ورشکستگی و راهکارهای حقوقی پیشگیری از آن پرداخته می‌شود؛ بی‌آن‌که از این امر غافل باشیم که برای پیشگیری از ورشکستگی باید از حوزه‌های مختلف دیگر (اقتصادی، اجتماعی و...) نیز به این امر نگریده شود.

برای مطالعه بهتر راهکارهای پیشگیرانه، چهار علت عمده ورشکستگی در دو بخش جداگانه مطالعه شده و متناسب با هر علت، راهکارهای پیشگیرانه آن نیز ارائه خواهد شد. البته، علل ورشکستگی منحصر به موارد مذکور نیست و ما تنها به علل عمده ورشکستگی در عرصه حقوق تجارت بین‌الملل می‌پردازیم. از سوی دیگر، این تفکیک برای مطالعه بهتر راهکارهای پیشگیرانه انجام شده است، و گرنه هر کدام از این علل می‌توانند به گونه‌ای در ضمن علت دیگر قرار بگیرند؛ برای مثال می‌توان عدم کنترل را در ضمن فقدان تناسب بین دیون و دارایی قرار داد زیرا عدم کنترل نیز به گونه‌ای باعث عدم تناسب می‌شود.

۱. ورشکستگی در قانون تجارت و لایحه جدید تجارت ایران تعریف نشده و صرفاً به شرط لازم برای حصول ورشکستگی اشاره شده است. در راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال (قسمت ۱ و ۲) ۲۰۰۵ ورشکستگی به این نحو تعریف شده است: «زمانی که یک بدهکار به صورت کلی ناتوان از پرداخت دیونی شود که قابل مطالبه‌اند (زمان سررسید آن‌ها رسیده است)؛ یا زمانی که دیون و تعهدات مالی مدیون از ارزش اموال و دارایی‌اش تجاوز کند». همچنین، به نقل از سایت رسمی دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا ورشکستگی به این صورت تعریف شده است: «یک روش قانونی برای بررسی مشکلات مالی انفرادی و اشتراکی، به‌ویژه پرونده‌ای که تحت یکی از فصول عنوان ۱۱ کد ایالات متحده آمریکا (کد ورشکستگی) قرار می‌گیرد». بنابراین، راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال ۲۰۰۵، صرف ناتوانی از پرداخت دیونی که قابل مطالبه‌اند و یا صرف تجاوز دیون از ارزش اموال و دارایی را ورشکستگی دانسته است.

۲. در رابطه با مفهوم پیشگیری از ورشکستگی در قانون تجارت و لایحه جدید قانون تجارت تعریفی ارائه نشده است. همچنین، این واژه در راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال در سال‌های ۲۰۰۵ و ۲۰۱۲ نیز تعریف نشده است.

۳. کاویانی (۱۳۹۰)؛ ص ۱۲.

۱. فقدان تناسب بین دیون و دارایی و راهکارهای پیشگیرانه متناسب

شاید در اولین نظر علت ذکر شده مساوی با مفهوم ورشکستگی و به گونه‌ای مصادره به مطلوب تلقی شود؛ ولی باید توجه داشت هر فقدان تناسبی مساوی با ورشکستگی نیست. اما بی‌شک از بدیهی‌ترین علل ورشکستگی فقدان تناسب بین دیون و دارایی است. برای مقابله با این علت می‌توان به دو راهکار متفاوت متوسل شد: یکی پیش‌بینی راهکارهایی برای پیشگیری از بروز عدم تناسب، و دیگری پیش‌بینی راهکارهایی برای رفع عدم تناسب حادث شده.

۱-۱. راهکارهای متصور برای دفع عدم تناسب

برای حفظ تناسب بین دیون و دارایی شرکت تجاری می‌توان از راهکارهای مختلفی استفاده کرد. با اعمال این راهکارها سعی می‌شود از بروز عدم تناسب جلوگیری شود. البته این امر به آن معنا نیست که حتماً مقصود قانونگذار به‌طور کامل برآورده خواهد شد. یقیناً هیچ‌کدام از این راهکارها به تنهایی نمی‌تواند به‌طور صددرصد از بروز ورشکستگی جلوگیری کند. برای این منظور می‌توان سه راهکار مشترک پیشنهاد کرد: وضع مجازات، وضع مسئولیت مدنی، خودانتظامی دیون و دارایی در قالب طرحی موسوم به «Do it yourself plan»^۱.

۱-۱-۱. وضع مجازات

اولین راهکار دفع عدم تناسب این است که برای خود شرکت ورشکسته یا مدیران آن مجازات تعیین و اعمال کرد: در رابطه با وضع مجازات بر شخص حقوقی، لایحه جدید قانون تجارت ایران در مواد ۱۲۷۵، ۶۴۵ و ۶۴۶ پرداخت جزای نقدی را پیش‌بینی کرده است. همچنین، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مواد ۱۴۲، ۲۰، ۲۱ و ۲۲ به بحث «مسئولیت کیفری شخص حقوقی» پرداخته و همچنین، در حقوق ایران مواد ۶۷۰ و ۶۷۱ ق.م. ۱ مصوب ۱۳۷۵ به ترتیب مجازات حبس را برای ورشکستگی به تقلب و تقصیر، در نظر گرفته است. لایحه جدید قانون تجارت نیز در مواد ۱۲۰۲ و ۱۲۰۸، به ترتیب مجازات

۱. برای مطالعه بیشتر تر.ک:

“Avoid bankruptcy – 6 reasons and 5 ways to avoid filing bankruptcy” by Good Nelly from www.debt-consolidationcare.com/avoid-bankruptcy.htm.

حبس را برای ورشکستگی به تقصیر و تقلب، پیش‌بینی کرده است.

نکته قابل تأمل این است که علاوه بر این که اصطلاح «کس» به شخص حقیقی اطلاق می‌شود، ماهیتاً مجازات حبس قابل اعمال بر شخص حقوقی نیست^۱. با این حال، مجازات‌های ذکر شده در این مواد، با تمهید اختیار شده در مواد ۶۴۵ و ۶۴۶ لایحه مزبور که مجازات حبس در نظر گرفته شده برای اشخاص حقیقی را در رابطه با اشخاص حقوقی قابل تبدیل به جزای نقدی می‌داند، قابل اعمال بر اشخاص حقوقی نیز می‌باشد^۲. امکان اعمال مجازات بر شخص حقوقی را می‌توان تغییر مثبتی در قیاس با قانون تجارت فعلی قلمداد کرد. اما این نکته را نباید از نظر دور نگه داشت که مجازات جزای نقدی در بسیاری از موارد از بازدارندگی لازم برخوردار نیست، و شایسته بود دیگر مجازات‌های مندرج در ماده ۲۰ قانون مجازات جدید نیز قابل اعمال بر این اشخاص می‌شد.

در رابطه با وضع مجازات بر مدیران شرکت‌های تجاری ورشکسته نیز باید گفت که شاید این تدبیر بتواند ابزار سودمندی برای پیشگیری از بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی آنان، و بالتجیه ورشکستگی شرکت باشد.

مندرجات ماده ۱۱۵ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، مواد ۲۵۰، ۲۵۸، ۲۵۹، ۲۶۰، ۲۶۱، ۲۶۵ و بندهای «۱» و «۲» ماده ۲۴۶ لایحه اصلاحی مصوب ۱۳۴۷، و مواد ۶۵۹، ۶۶۰، ۶۶۱، ۶۶۲، ۶۶۶، ۶۶۷، بندهای «۱» و «۲» ماده ۶۵۲، بند «۱» ماده ۶۵۳ و بندهای چهارگانه ماده ۶۵۸ لایحه جدید قانون تجارت، در این باره قابل توجه است^۳. با عنایت به مواد مندرج در لایحه اصلاحی می‌توان ادعا کرد این احکام نسبت به قانون فعلی مفصل‌تر، منسجم‌تر، و مجموعاً پیشگیرانه‌تر است. اما آیا مواد مزبور نسبت به مواد متناظر خود در قانون فعلی کارآمدتر است یا خیر؟ پاسخ به این سؤال نیاز به بررسی تفصیلی دارد که ضمن این که در

۱. با این وجود مجازات‌های تبعی در نظر گرفته شده برای ورشکستگان به تقلب و تقصیر، می‌تواند بر اشخاص حقوقی هم اعمال شود؛ از جمله محدودیت‌های موجود در مواد ۴۸۳ و ۴۸۴ ق. ت ۱۳۱۱ در باب انعقاد قرارداد ارفاقی.

۲. همچنین، لایحه مزبور مجازات‌های تکمیلی نیز برای ورشکستگی به تقلب و تقصیر در نظر گرفته است که بر شخص حقوقی نیز قابل اعمال است؛ ماده ۱۰۳۵ لایحه جدید که مشابه احکام مندرج در مواد ۴۸۳ و ۴۸۴ ق. ت ۱۳۱۱ را پیش‌بینی کرده است؛ ماده ۱۰۷۵، مواد ۱۱۴۰ و ۱۱۴۱ در باب اعاده اعتبار، و همچنین ماده ۹۸۴.

۳. همچنین گاهی قانونگذار مجازات‌هایی برای بازرسان در نظر گرفته که در پیشگیری از ورشکستگی مؤثرند؛ نظیر ماده ۲۶۷ قانون تجارت ۱۳۱۱، و مواد ۶۷۲ و ۶۷۳ لایحه جدید قانون تجارت. همچنین در لایحه جدید قانون تجارت مجازات‌هایی برای اشخاص (صرف نظر از سمت آن‌ها در شرکت)، در نظر گرفته شده است که این امر می‌تواند در پیشگیری از ورشکستگی مؤثر باشد؛ بندهای «۱»، «۲»، «۳» و «۵» ماده ۶۴۷ و بندهای سه‌گانه ماده ۶۴۸ از آن جمله است.

این مختصر نمی‌گنجد، از موضوع بحث حاضر نیز خارج است.

به‌طور کلی می‌توان گفت وضع مجازات در مقایسه با سایر راه‌های پیشگیرانه هزینه تشخیص کم‌تری دارد. زیرا اعمال مجازات بر مدیران شرکت باعث می‌شود آن‌ها بسیار محتاط شوند. اما، پرسش مهم این است که آیا اعمال مجازات از وقوع ورشکستگی پیشگیری می‌کند؟ در پاسخ می‌توان گفت مجازات می‌تواند با اعمال مدیریت صحیح، بازدارنده باشد. و سؤال دیگر این است که آیا محسنات اعمال مجازات تا حدی هست که از معایب آن چشم‌پوشیم؟ بدون تردید شناسایی مجرم و اعمال مجازات هزینه‌هایی بر شرکت تحمیل می‌کند؛ همچنین اعمال مجازات می‌تواند باعث کاهش میل به تجارت شود. اعمال مجازات بر مدیران شرکت نیز باعث می‌شود کم‌تر کسی برای انتصاب به این مقام اعلام آمادگی کند. به این ترتیب، به نظر می‌رسد پاسخ سؤال اخیر منفی باشد.

۲-۱-۱. وضع مسئولیت مدنی

مقصود از وضع مسئولیت مدنی این است که اگر تاجر و یا مدیران شرکت مسبب ورشکستگی شناخته شوند، به جبران ضرر و زیان وارده محکوم خواهند شد.^۱ هر چند ممکن است در نگاه نخست وضع مسئولیت مدنی که در واقع دینی بر ذمه ورشکسته است بر چنین تاجری غیرمنطقی به نظر آید. اما اگر شخص ثالثی با ورشکسته تباری کرده و به قصد اضرار به طلبکاران اقدام نماید، و یا حتی اگر هیچ قصدی مبنی بر تباری و اضرار نداشته باشد ولی با اقدام خود حیات مصنوعی به تاجر بدهد، در مقابل طلبکاران مسئول خواهد بود. مثال

۱. متن ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری جدید مقرر می‌دارد: «شاکمی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند. تبصره ۱- زیان معنوی عبارت از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی است. دادگاه می‌تواند علاوه بر صدور حکم به جبران خسارت مالی، به رفع زیان از طرق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن حکم نماید.

تبصره ۲- منافع ممکن‌الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید. همچنین مقررات مرتبط به منافع ممکن‌الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرائم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود».

یکی از آثار مثبت این ماده تأیید اصل جبران کامل خسارت است که وقتی در کنار اصل مقرر در ماده ۴۹۲ قانون مجازات اسلامی قرار گیرد، دو مبنای اساسی در حقوق مسئولیت مدنی ایران (جبران کامل و انتساب خسارت) را تشکیل می‌دهند. به موجب این اصل: «باید تا جایی که دقیقاً امکان‌پذیر است، تعادل از بین رفته به وسیله زیان، مجدداً برقرار شود و زیان‌دیده در وضعی قرار گیرد که اگر عمل زیانبار تحقق نمی‌یافت، در آن وضعیت قرار می‌گرفت».

از این اصل، نتایج متعددی استنباط می‌شود؛ یکی از مهم‌ترین آثار این اصل، تطابق راه‌حل‌های جبران خسارت با وضعیت زیان‌دیده است. یکی دیگر از آثار مطلوب این ماده تأیید جبران‌پذیری خسارت معنوی است. قانون مزبور به صراحت از قابلیت جبران خسارت معنوی یاد نموده و حداقل دو طریق کلی برای جبران آن پیش‌بینی کرده است.

بارز این امر در باب اعطای تسهیلات از جانب بانک‌ها به تاجری که امکان ترمیم وضعیت وی وجود ندارد، مشاهده می‌شود.^۱

علاوه بر این، برخی نویسندگان حقوقی معتقدند براساس قواعد عام مسئولیت مدنی و با احراز تقصیر، وقوع ضرر و رابطه سببیت بین عمل انجام‌شده و زیان وارده می‌توان دولت را نیز در رابطه با ورشکستگی مسئول دانست^۲ و^۳. ظاهراً مبانی فقهی معتبر نیز این نظر را تأیید می‌کند؛ توضیح آن که یکی از موارد متعدد مصرف خمس و زکات «ادای دین بدهکاران یا غرما» تلقی شده^۴ و تاجر «ورشکسته» در زمره «غرما»، و در نتیجه مستحق دریافت زکات و خمس است.^۵

از لحاظ قانونی، در رابطه با مسئولیت مدنی ورشکسته، حکم خاصی در مقررات داخلی وجود ندارد ولی در رابطه با مدیران، می‌توان به مواد ۱۰۱ و ۱۴۶ و ۱۵۴ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، مواد ۱۴۳ و ۱۳۳ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، و ماده ۶۵۹ لایحه جدید تجارت اشاره کرد. بدیهی است مفاد ماده مزبور نسبت به قوانین فعلی نوآورانه محسوب می‌شود. غیر از این، عبارت کلی مندرج در این قانون نسبت به ماده متناظر در قانون فعلی (ماده ۱۴۲ لایحه اصلاحی)، اعم می‌باشد؛ توضیح آن که ماده ۱۴۲ فقط به مدیران و مدیرعامل شرکت اشاره کرده، اما ماده ۶۵۹ به کل مبحث اشاره دارد، که به این ترتیب علاوه بر آنان، شامل مؤسسان، بازرس، مدیر تصفیه و... نیز می‌شود. همچنین، قسمت دوم ماده حائز حکم قابل تأمل و مثبتی است، اما ایراد بزرگی نیز بر آن وارد است؛ و آن این است که چنین ماده‌ای که به کل مبحث نظر دارد باید در انتهای مبحث و تحت بندی کلی قرار گیرد، نه این که در اواسط مبحث و ذیل بندی جزئی پیش‌بینی شود.

علاوه بر مقررات یادشده، ماده ۱۹ قانون صدور چک نیز حاوی حکمی است که

۱. ایزانلو (۱۳۹۰)؛ ص ۱۷.

۲. چرا که «از وظایف ذاتی دولت، ایجاد امنیت اقتصادی و اجتماعی است» بنابراین، اگر دولت نتواند این امنیت را برقرار کند در مقابل اشخاص ذینفع مسئول خواهد بود. همچنین، در صورتی که دولت با اقدامات نسنجیده و غیرکارشناسانه خود، زمینه ناامنی را فراهم آورد به طریق اولی باید دولت را مسئول دانست.

۳. روشن (۱۳۸۶)؛ ص ۳۸.

۴. غارم از جانب فقهای متعددی تعریف شده است؛ برای نمونه امام خمینی (ره) غارم را این‌گونه تعریف می‌کنند: «کسانی هستند که بدون اصراف و معصیت بدهکار شده‌اند و توان پرداخت آن را ندارند اگرچه مخارج سال‌شان را داشته باشند...».

۵. همان منبع؛ ص ۴۶.

می‌تواند در این زمینه تفسیر شود؛ همچنین است بند «۲» ماده ۵۵۴ قانون مصوب ۱۳۱۱ در باب مسئولیت شخص ثالث. اما، در رابطه با مسئولیت دولت حکم خاصی وجود نداشته و شاید بتوان آن را تابع قواعد عام مسئولیت مدنی دانست.^۱

در حقوق فرانسه به‌عنوان یک مجازات تکمیلی، این اجازه به دادگاه داده شده که مدیران مسبب ورشکستگی شرکت را - هرچند تاجر نباشند - ورشکسته اعلام کند. در ایران نیز پاره‌ای از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که بنا بر ماده ۳ ق. م. می‌توان چنین اختیاری را لااقل در فرض تاجر بودن مدیران، برای دادگاه قائل شد.^۲ البته، پذیرش این نظر با عنایت به استقلال شخصیت حقوقی شرکت و مدیران و نیز با توجه به ماده ۴۳۹ ق. ت نیاز به تعمق بیش‌تری دارد.

در عرصه حقوق تجارت بین‌الملل، در راهنمای قانون‌گذاری آنستیرال ۲۰۰۵ و ۲۰۱۲، گزارش موسوم به «شانس مجدد» ۲۰۱۱ ناظر بر نشست کمیسیون اروپا و کد ورشکستگی امریکا حکم خاصی وجود ندارد و این امر تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی خواهد بود. در ارزیابی این دو راهکار به‌نظر می‌رسد وضع مسئولیت مدنی در مقایسه با وضع مجازات مزایایی دارد: برخی هزینه‌ها که در اعمال مجازات (برای مثال در رابطه با حبس) صرف می‌گردد در وضع مسئولیت مدنی وجود ندارد. همچنین، دید ناخوشایندی که در مقابل اعمال مجازات وجود دارد، در رابطه با وضع مسئولیت مدنی وجود ندارد. علاوه بر این، تعیین مجازات برای ورشکستگی باعث کاهش میل به تجارت و یا قبول سمت مدیریت شرکت می‌شود ولی این اثر در رابطه با وضع مسئولیت مدنی کم‌رنگ‌تر است. وضع مسئولیت مدنی به‌هر حال باعث می‌شود تاجر و یا مدیران شرکت محتاط‌تر عمل کنند. با این حال نمی‌توان عیوب وضع مسئولیت مدنی را نیز نادیده گرفت. علاوه بر کاهش میل به تجارت و مدیریت، در رابطه با تاجر و مدیران (هرچند کم‌رنگ‌تر از وضع مجازات) می‌توان به نکات ذیل اشاره کرد:

- وضع مسئولیت مدنی حداقل در برخی موارد در رابطه با خود تاجر ورشکسته چندان مؤثر نیست زیرا ورشکسته به‌خودی‌خود بدهکار است و بنابه اصطلاح «غرقه در نیل،

۱. ماده ۱۵۴ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ و ماده ۲۶۵ لایحه جدید قانون تجارت نیز برای بازرسان مسئولیت مدنی وضع کرده است که می‌تواند در پیشگیری از ورشکستگی مؤثر باشد.

۲. ایزانلو (۱۳۹۰)؛ ص ۱۷.

چه اندیشه کند باران را»، این که به تاجر بگوییم در صورت ورشکستگی به پرداخت مبلغ معینی محکوم می‌شوی، چندان منطقی و به‌ویژه پیشگیرانه نخواهد بود.^۱

- وضع مسئولیت مدنی در رابطه با مدیران شرکت نیز پیشگیرانه نیست زیرا در اثر وضع مسئولیت مدنی، تعداد افراد متقاضی برای مدیریت شرکت کاهش یافته و از طرف دیگر افراد متقاضی که متحمل ریسک بیش‌تری می‌شوند، در ازای این ریسک حقوق و مزایای بیش‌تری مطالبه می‌کنند. بدیهی است چنین مدیری با حقوق دریافتی بالا چندان هم محتاط نخواهد بود.^۲

۳-۱-۱. خودانتظامی دیون و دارایی^۳

این روش، تلاشی برای پیشگیری از بروز عدم تناسب میان دیون و دارایی و در نتیجه پیشگیری از بروز ناتوانی، بدون ورود به خدمات مربوط به ورشکستگی است. در این روش که در واقع یک روش شخص محور است، خود تاجر به آنالیز دیون و دارایی خود می‌پردازد تا از این طریق از ورود به مرحله ناتوانی پیشگیری کند. بر همین اساس، روش مزبور بسیار منعطف‌تر از برنامه بازپرداخت ذکر شده در فصل ۱۳ کد ورشکستگی امریکا است.^۴

ماده ۶ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، و ماده ۹۱ لایحه جدید قانون تجارت در این راستا قابل تفسیر است؛ زیرا لزوم داشتن دفتر در نهایت به آنالیز دیون و دارایی تاجر توسط خود او منجر می‌شود و به این واسطه احتمال وقوع ناتوانی کاهش می‌یابد. مقایسه احکام مندرج در لایحه جدید و قانون فعلی درباره دفاتر تجاری را می‌توان به نحو ذیل طبقه‌بندی کرد:

- تبصره ۲ ماده ۱۰۲ لایحه جدید از لزوم الکترونیکی بودن دفاتر شرکت‌های تجاری سخن می‌گوید. این امر حرکتی رو به جلو محسوب می‌شود؛ اما چرا این امر تنها به شرکت‌ها (به جز شرکت‌های سهامی غیر تعاونی روستایی) منحصر شده است؟ ناگفته پیداست که این امر در صورت گسترده‌گی دامنه شمول، مطلوب‌تر و کاراتر خواهد بود. به نظر می‌رسد این ماده با توجه به شرایط موجود در زمان تدوین وضع

۱. کاویانی (۱۳۹۰)؛ ص ۱۶.

۲. همان منبع، ص ۱۶.

3. Do It Yourself Plan

4. www.debtconsolidationcare.com/avoid-bankruptcy.htm

- شده، و بالطبع می‌توانست متناسب با شرایط فعلی تغییر کند.
- قسمت نخست ماده ۱۰۱ لایحه جدید، با افزودن مفاد مواد ۹۶ و ۹۸، از حیث دامنه شمول اعم از ماده ۱۵ قانون تجارت فعلی است. همچنین، مجازات به‌طور خاصی طبقه‌بندی شده و محکومیت به هر کدام از این درجه‌ها متناسب با میزان گردش مالی تعیین خواهد شد.
 - قسمت دوم ماده ۱۰۱ نیز خلاء مربوط به عدم ثبت معاملات در دفاتر مربوطه را با تعیین جزای نقدی متناسب با قیمت معامله‌ای که باید در دفتر ثبت می‌شد، رفع کرده است. این اقدام قانونی نکته مثبتی قلمداد می‌شود.
- در ارزیابی این روش می‌توان گفت طرح مزبور بر اعتماد به اشخاص مبتنی است. بنابراین، اگر غرض فرد، ورشکستگی به تقلب باشد، به‌هیچ‌وجه این طریق راهگشا نخواهد بود. شاید مهم‌ترین ایراد این روش نیز همین باشد؛ به‌ویژه این که هیچ کنترلی بر تاجر در جهت اجرای آنالیز دیون و دارایی خود وجود ندارد. با این همه این روش بسیار کم‌هزینه‌تر از روش‌های دیگر بوده و هزینه تشخیص بسیار پایینی دارد؛ زیرا تاجر بهتر از هر شخص دیگری از وضع خودش آگاه است.

۴-۱-۱. روش‌های قابل‌تصور دیگر برای دفع عدم تناسب

- راهکارهای حفظ تناسب میان دیون و دارایی شرکت تجاری به موارد مرقوم محدود نیست. هر نظام حقوقی روش‌های دیگری نیز دارد که در حقوق ایران می‌توان به‌عنوان مثال به موارد ذیل نیز اشاره کرد:
- حکم مندرج در مواد ۹۶، ۱۰۰ و ۱۱۸ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ یکی از این راهکارها است؛ مفاد این ماده براساس ماده ۱۸۵ همان قانون به شرکت‌های نسبی نیز تسری یافته است.
 - حکم مندرج در مواد ۱۳۲ و ۱۵۴ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ راهکار دیگری است که در این مورد کاربرد دارد؛ مفاد ماده ۱۳۲ به‌واسطه ماده ۱۸۹ در شرکت‌های نسبی نیز مجرا است.
 - تبصره ماده ۵۲ لایحه جدید آیین دادرسی تجاری مقرر می‌دارد: «مهر و موم، توقیف

ابنیه، ماشین‌آلات، وسایل و ابزار کار مورد استفاده در بنگاه اقتصادی نباید به نحوی باشد که موجب توقف یا اختلال در روند فعالیت تجاری آن باشد». بنابراین، از این راه نیز می‌توان برای دفع عدم تناسب بین دیون و دارایی تاجر همت گماشت.

۱-۲. راهکارهای متصور برای رفع عدم تناسب

این راهکارها از «ورشکستگی» به معنای دقیق کلمه پیشگیری نمی‌کند، ولی لاقلاً از «صدور حکم ورشکستگی» که آثار منفی بسیاری دارد جلوگیری می‌کند. راهکارهای عدیده‌ای برای تحقق چنین هدفی وجود دارد که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از: کمک به ورشکسته، قرارداد فردی و قرارداد جمعی.

۱-۲-۱. کمک به ورشکسته

این کمک می‌تواند از طریق بیمه، صندوق‌های صنفی، دولت و در نهایت طلبکاران صورت گیرد.

الف) کمک به ورشکسته از طریق بیمه

در این باره می‌توان نوعی بیمه با عنوان بیمه ورشکستگی پیش‌بینی کرد که در صورت عدم تقلب یا تقصیر بیمه‌گذار (تاجر)، بیمه‌گر مسئول جبران خسارت وارده به وی باشد.^۱ بیمه مسئولیت کارکنان که اخیراً از سوی برخی شرکت‌ها مطرح شده است نیز می‌تواند راهگشا باشد.

با این حال، تاکنون بیمه کردن تجار از سوی قانونگذاران مورد توجه قرار نگرفته است. در واقع زمانی می‌توان این روش را قانونی کرد که زیرساخت‌های لازم برای آن فراهم شده باشد و فراهم ساختن این زیرساخت‌ها نیز نیازمند مساعدت شرکت‌های بیمه است.

آرامش خاطر تجار و نیز اشخاص معامله‌کننده با آن‌ها، افزایش اعتبار تجار و... از محسنات این روش محسوب می‌شود. عیب‌های این روش را نیز می‌توان به این نحو بر شمرد:

- با توجه به ریسک بالا کم‌تر بیمه‌گری حاضر می‌شود تاجری را بیمه ورشکستگی

۱. می‌توان با «اجباری کردن» بیمه، تجار را مجبور کرد خود را در برابر ورشکستگی احتمالی بیمه کنند.

- کند و یا در صورت انعقاد عقد بیمه، بالطبع حق بیمه زیادی مطالبه خواهد کرد.
- در مقابل، تجار نیز کم‌تر حاضرند این مبلغ هنگفت را به بیمه‌گر پردازند و اگر بیمه اجباری شود در نهایت به کاهش میل به تجارت منتهی خواهد شد.
 - «در دل هر کمکی، تن‌پروری وجود دارد»^۱، و تجاری که حق بیمه هنگفتی می‌پردازند، کم‌تر به وضع خود اعتنا می‌کنند.

ب) کمک به ورشکسته از طریق صندوق‌های صنفی

منظور این است که یک صندوق صنفی برای هر صنف از تجار ایجاد شود که هر تاجر عضو، مبلغی به این صندوق پرداخته و در صورت بروز ناتوانی در پرداخت دیون تجاری، از آن صندوق کمک دریافت نماید. طبیعی است برای کمک جهت رفع ناتوانی - به‌ویژه در مورد شرکت‌های تجاری - این صندوق‌ها باید مبلغ هنگفتی از هر تاجر به‌عنوان حق عضویت دریافت کنند.

این روش نیز یک پیشنهاد است و صنف‌های مختلف می‌توانند از آن بهره ببرند. اما قانونگذار باید چارچوب درخوری در این باره فراهم آورد.

اطمینان خاطر تجار و نیز اشخاص معامله‌کننده با آن‌ها، و افزایش اعتبار تجار و... از جمله محسنات این روش است. اما علاوه بر این که اداره این صندوق‌ها متضمن صرف هزینه‌های سنگین است، عیوب بندهای «۱-۲» و «۱-۳» در رابطه با بیمه نیز در این جا وجود دارد.

پ) کمک به ورشکسته از طریق دولت

در این باره سه حالت مختلف وجود دارد: پرداخت وجه نقد به ورشکسته، در نظر گرفتن تسهیلات، اخذ مالیات بیش‌تر و کمک در قالب وام و نظائر آن. در هر صورت «مداخله دولت اساسی است و کمک مؤثر باید در موقع مشکلات مالی به تاجر بذل گردد»^۲.

- پرداخت وجه نقد به ورشکسته: این روش مغایر اصل رقابت همگانی^۳ است و به

۱. کاویانی (۱۳۹۰)؛ ص ۲۲.

2. *The Final Report of Expert Group* (2011), page 6.

۳. نوری یوشانلوئی، جعفر، «جزوه حقوق اقتصادی»، دوره کارشناسی ارشد حقوق تجاری - اقتصادی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ترم دوم سال تحصیلی ۹۱-۱۳۹۱ «اندیشه مهار کردن اعمال (ادامه در صفحه بعد)

همین خاطر قانونگذاران به آن اشاره نکرده‌اند.

- در نظر گرفتن تسهیلات: این تسهیلات عبارتند از «تعویق در پرداخت مالیات، مرحله‌ای کردن پرداخت‌های چندگانه، کاهش تضمینات لازم برای پرداخت‌های معوق، مذاکره مجدد درباره پرداخت مالیات‌های معوق برای ایجاد چارچوب زمانی طولانی‌تر برای پرداخت آن»^۱. باید توجه داشت که در نظر گرفتن تسهیلات نباید باعث تحریف بازار و از بین رفتن رقابت همگانی شود^{۲ و ۳}.
- اخذ مالیات بیش‌تر و کمک در قالب وام و امثال آن: منظور این است که دولت از تجار علاوه بر مالیاتی که باید بپردازند مبلغی مازاد اخذ کرده و در صورت بروز ناتوانی در پرداخت دیون به تجار کمک کند. این کمک می‌تواند متفاوت باشد مانند پرداخت وجه نقد یا پرداخت وام با در نظر گرفتن تسهیلات از محل مزبور و... که در این زمینه تاکنون اقدام قانونی خاصی صورت نگرفته است.

حسن کلی این روش، رفع عدم تناسب است. در مقابل نباید از عیوب این روش غافل شد. دو روش اول ایرادهایی دارند که در زیر آورده شده است:

- چرا پولی که از محل مالیات‌های مردم جمع شده را صرف گروه کوچکی کنیم؟
- پیش‌تر گفتیم که در دل هر کمکی تن‌پروری وجود دارد؛ کمک دولتی از این قبیل است.

(ادامه از صفحه قبل) ضدرقابتی و کاهش انحصارها اگرچه دارای سابقه‌ای قدیمی است اما فکر حفظ رقابت در بازار و حمایت از آن به‌صورت نهادینه نتایج رویکرد جدیدی است. در حقوق کنونی ایران موضوع رقابتی شدن فعالیت‌های اقتصادی برای اولین بار در قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۳۷۹ مجلس مطرح شد و پس از اتمام مهلت اجرای قانون مزبور، قانون برنامه پنج ساله چهارم در سال ۸۳ به تصویب رسید. فصل سوم این قانون نیز تحت عنوان رقابت‌پذیری اقتصاد، طی شش ماده به موضوع لغو انحصارات و رقابتی کردن اقتصاد ملی پرداخت. درنهایت، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در سال ۱۳۸۶ از تصویب مجلس گذشت و از این طریق رشته حقوقی دیگری به نام حقوق رقابت در نظام حقوقی ایران پایه‌گذاری شد. حقوق رقابت براساس پذیرش ضرورت دخالت دولت در بازار به جهت جلوگیری از شکست بازار به‌دلیل اعمال ضدرقابتی و همچنین برای افزایش توان تولید و بالابردن سطح کیفیت محصولات در برابر سایر رقبا و در نتیجه کارایی اقتصادی بیش‌تر شکل گرفته است.

1. *The Final Report of Export Group* (2011); p. 6.

2. *Ibid*, p. 7.

۳. به‌غیراز موارد فوق می‌توان روش‌های دیگری نظیر کاهش تضمینات لازم برای اخذ وام و یا اعطای مهلت برای بازپرداخت اقساط وام و... را نیز در نظر گرفت. البته اگر بانک‌ها دولتی باشند.

- نظارت و سازمان‌دهی نامناسب می‌تواند باعث تحریف بازار واز بین رفتن رقابت همگانی شود.

در رابطه با روش سوم نیز علاوه بر ایراد تن‌پروری، این ایراد وجود دارد که معمولاً تجار علاقه‌ای به پرداخت مبلغی بیش از آنچه مالیات می‌دهند نداشته و از سوی دیگر خود را به نوعی تحت کنترل دولت احساس می‌کنند.

ت) کمک به ورشکسته از طریق طلبکاران

با این روش به دو شیوه می‌توان به ورشکسته کمک کرد: کمک نقدی و یا ارائه تسهیلات.

- پرداخت وجه نقد به ورشکسته: یعنی کمک نقدی طلبکاران به ورشکسته پس از وقوع ناتوانی. در رابطه با اجرای این روش تاکنون صحبتی به میان نیامده است.
- در نظر گرفتن تسهیلات: طلبکاران نیز می‌توانند با در نظر گرفتن تسهیلاتی ورشکسته را به حالت تعادل برگردانند. راه‌حلی‌هایی که در حقوق امریکا پیشنهاد شده اما در نظام حقوقی ما اجرایی نشده‌اند عبارتند از:

- طرح موسوم به «توافق دین»: در این روش ورشکسته با طلبکار (ان) به منظور کاهش یا تبدیل دین رایزنی می‌کند. توافق مزبور (که می‌تواند روشی کارآمد جهت حفظ مدیون باشد) به‌ویژه زمانی استفاده می‌شود که بدهکار با پرداخت حداقل بدهی‌های خود نیز نمی‌تواند خود را ننگه دارد.

- «برنامه تثبیت دین»: این روش که برای تثبیت نرخ بهره طراحی شده است، زمانی وجود خارجی می‌یابد که ورشکسته دیون خود را از طریق اسناد ماهانه یا دفترچه اقساط و به‌صورت مدت‌دار پرداخت کند. پیش‌بینی پرداخت از طریق اقساط یکی از راه‌حل‌های منطقی برای تأدیه دیون از سوی ورشکسته است. این راه‌حل زمانی اجرا می‌شود که ورشکسته هنوز اعتباری خوب و درآمدی قابل وثوق طلبکاران دارد.

- برنامه «مدیریت دین»^۱: «مدیریت یعنی همکاری با افراد و به وسیله افراد و گروه‌ها و بهره‌برداری از امکانات موجود برای تحقق اهداف مورد نظر»^۲. مدیریت دین نیز یعنی تعیین تکلیف نهایی نسبت به دین؛ و این تعیین تکلیف می‌تواند به صورت کاهش دین، تبدیل دین و یا تثبیت دین باشد. بدیهی است مطلوب غایی از «مدیریت دین» این است که دین در نهایت کامل‌تر و البته با تحمل ضرر کم‌تر پرداخت شود. در واقع، فرآیند مدیریت دین کلی‌تر از دو روش ابتدایی است و روش‌های مزبور در راستای مدیریت دین انجام می‌شوند.^۳ روش‌های گفته شده «عدم تناسب» را «رفع» می‌کنند. حسن این روش نسبت به کمک دولتی این است که این کمک جنبه خصوصی داشته و محدود است به روابط طلبکار(ان) و بدهکار. در مقابل نباید از عیوب روش مزبور غافل شد: این روش معمولاً جنبه اجرایی پیدا نمی‌کند؛ زیرا در بیش‌تر اوقات طلبکاران حاضر نیستند چنین کاری انجام دهند؛ به‌ویژه از این حیث که اعتمادشان به ورشکسته خدشه‌دار شده است. همچنین با این که این کمک منوط به حصول توافق بین ورشکسته و طلبکار(ان) است، اما این کمک به تن‌پروری و سوءاستفاده تجار منجر می‌شود. به جز این، در «توافق دین» طلبکاران معمولاً به دنبال تبدیل تعهد هستند تا کاهش دین، و تبدیل تعهد نیز نه تنها به رفع عدم تناسب کمک نمی‌کند بلکه می‌تواند به میزان آن نیز بیفزاید. «برنامه تثبیت دین» نیز در فرضی کاربرد دارد که ورشکسته هنوز اعتبار خوبی دارد، حال آن‌که در بیش‌تر اوقات چنین فرضی برقرار نیست.

۲-۱-۲. قرارداد فردی

قرارداد فردی قراردادی است که ورشکسته با آن دسته از طلبکاران که بیش‌ترین طلب را دارند برای به تأخیر انداختن زمان سررسید دین، منعقد می‌کند.^۴ «قرارداد فردی» یا همان «مذاکرات داوطلبانه برای بازسازی» (که روشی عاری از تشریفات بازسازی رسمی است)، از سوی بانک‌ها و سرمایه‌گذاران فعال بین‌المللی طراحی شده است. علیرغم استفاده اندک از این روش در برخی حوزه‌های قضایی، در بسیاری دیگر از

1. Debt Management

۲. ۱-عباس زادگان (۱۳۷۹)؛ ص ۲۴۱.

3. www.debtconsolidationcare.com/avoid-bankruptcy.htm.

۴. کاویانی (۱۳۹۱)؛ ص ۲۰.

حوزه‌های قضایی روش مزبور به‌عنوان بخش عمده‌ای از مذاکرات داوطلبانه مورد توجه قرار گرفته است. نتایج به‌دست آمده نشانگر دلیل یادکردن از این روش با عنوان «فرهنگ رهایی»^۱ است.

در هر صورت، برخی کشورها از قرارداد فردی برای رسیدن به یک قانون ورشکستگی کارآمد استقبال می‌کنند و حتی در کشورهایی که در این باره محدودیت اعمال می‌شود، بدهکار به روش‌های دیگری برای رسیدن به مقصود خود از این روش بهره می‌برد.^۲ از نظر قانونی در راهنمای قانون‌گذاری آنسیترا^۳ ۲۰۰۵ روشی پیش‌بینی شده که به موجب آن یک شخص حقوقی یا حقیقی ثالث که از آن با عنوان قرض‌دهنده^۴ یاد می‌شود، می‌پذیرد در ازای دریافت کارمزد، دین ورشکسته را به طلبکاران پرداخته و خود طرف حساب ورشکسته قرار گیرد. بدیهی است شخص ثالث می‌تواند به گونه‌ای غیر از پرداخت نقدی دین، موفق به جلب رضایت طلبکاران شود. در حقوق ایران نیز ترتیب گفته‌شده قابل اتخاذ است. بزرگ‌ترین حسن قرارداد فردی عاری بودن از تشریفات قانونی است که باعث سرعت رسیدگی می‌شود. این قرارداد در مقایسه با قرارداد جمعی بسیار کم‌هزینه‌تر است.^۵ با این حال، عیوبی نیز دارد از جمله آن که «استفاده از این مذاکرات به‌طور کلی به مواردی محدود شده است که ورشکستگی به میزان قابل توجهی ناشی از بدهی تاجر به بانک یا سرمایه‌گذاران است»^۶. بنابراین، عملاً در بقیه موارد این روش کاربردی ندارد. در روش ارائه‌شده از سوی راهنمای قانون‌گذاری نیز کم‌تر شخص ثالثی حاضر است به چنین ریسکی تن در دهد.

۳-۲-۱. قرارداد جمعی

قراردادهای جمعی^۷ «دسته‌ای از اشخاص را بدون این که رضایت‌شان لازم باشد، پایبند

1. Rescue Culture

2. *Legislative Guide on Insolvency Law (Part 1 and 2)* (2005); p. 21.

3. Loaner

۴. کاویانی (۱۳۹۱)؛ ص ۲۱.

5. *Legislative Guide on Insolvency Law (part 1 and 2)* (2005), page 21.

۶. نوری یوشانلوئی، جعفر، «جزوه حقوق مسئولیت مدنی تجارت»، دوره کارشناسی ارشد حقوق تجاری - اقتصادی پردیس البرز، ترم دوم سال تحصیلی ۹۲-۱۳۹۱.

و ملتزم می‌کند»^۱. منظور از این روش، رایزنی و انعقاد قرارداد فی‌مابین بدهکار با همه یا اکثریت معین طلبکاران است که براساس آن فرصتی دوباره به بدهکار داده می‌شود؛ یعنی اراده اکثریت طلبکاران بر اقلیت آن‌ها حاکم خواهد بود. البته «باید توجه داشت تحمیل نتیجه قرارداد جمعی به اقلیت نیازمند وجود قانون است»^۲.

در واقع، این «قرارداد جمعی» همان «قرارداد ارفاقی» پیش‌بینی شده در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ است. در لایحه جدید قانون تجارت نیز نهادی با عنوان «قرارداد ارفاقی پیشگیرانه» پیش‌بینی شده که هدف این نهاد اعطای فرصت دوباره به ورشکسته است^۳. همچنین، در نشست کمیسیون اروپا ۲۰۱۱ نیز نهادی با عنوان «قرارداد خارج از دادگاه»^۴ پیش‌بینی شده است. این نهاد زمانی موضوعیت می‌یابد که «مشکلات مالی»^۵ ایجاد شده باشند. از حیث هدف و موضوع، این نهاد مسامحتاً مشابه نهاد «قرارداد ارفاقی» و «قرارداد ارفاقی پیشگیرانه» است. این روش که معمولاً عملی‌تر از روش‌های دیگر است، می‌تواند شانس دوباره‌ای به ورشکسته برای نزدیک شدن به حالت تناسب بدهد. همچنین، احتمال سوءاستفاده ورشکسته در این روش بسیار کم‌تر بوده و اگر هم رخ دهد از آن‌جا که خود طلبکاران به انعقاد چنین عقدی تن داده‌اند آثار منفی آن را نیز متحمل خواهند شد. عیوب این روش به این شرح است: این روش نه از بروز ناتوانی بلکه صرفاً از صدور حکم ورشکستگی پیشگیری می‌کند. همچنین، به واسطه خدشه‌دار شدن اعتماد طلبکاران نسبت به بدهکار، معمولاً حصول توافقی مبتنی بر اعتماد دوباره در قالب قرارداد جمعی دشوار است. به علاوه، هزینه

۱. کاتوزیان (۱۳۸۸)؛ ص ۱۰۳.

۲. کاویانی (۱۳۹۱)؛ ص ۲۱.

۳. تفاوت این دو نهاد به این شرح است: قرارداد ارفاقی پیشگیرانه قبل از صدور حکم ورشکستگی طرح می‌شود و طلبکاران قبل از صدور حکم تصمیم می‌گیرند که آیا شانس مجددی به مدیون بدهند یا نه؟ حال آن‌که قرارداد ارفاقی قانون تجارت سال ۱۳۱۱ پس از صدور حکم ورشکستگی و قبل از تصمیم‌گیری در رابطه با فروش و تقسیم اموال یا ادامه فعالیت تاجر مطرح می‌شود. این امر از مواد ۱۰۰۷، ۱۰۱۶، ۱۰۲۱، ۱۰۲۳، ۱۰۲۹ و ۱۰۶۱ لایحه جدید و مواد ۴۷۶ به بعد قانون تجارت ۱۳۱۱ بر می‌آید. به این ترتیب، نهاد پیش‌بینی شده در قانون فعلی صرفاً از صدور حکم ورشکستگی جلوگیری می‌کند؛ حال آن‌که نهاد پیشنهادی لایحه جدید از بروز ناتوانی پیشگیری می‌کند. از این حیث لایحه جدید مزیتی بزرگ نسبت به قانون فعلی دارد.

4. Out of Court Settlement

5. Financial Problem

۶. به گونه‌ای که در نشست کمیسیون اروپا ۲۰۱۱ از این روش با عنوان روش پیشگیرانه یاد نشده است؛ توضیح آن‌که در گزارش این نشست دو عامل «سیستم هشدار اولیه» (Early Warning Systems) و «مکانیسم‌های حمایت از تاجر» (Support mechanisms)، به عنوان راه‌حل‌های پیشگیری از ورشکستگی اعلام شده‌اند (The final report of ex-pertgroup. 2011. Page 7)؛ حال آن‌که «توافق خارج از دادگاه» بعد از بروز «مشکلات مالی» پیش‌بینی شده است.

این روش در مقایسه با مثلاً «قرارداد فردی» بسیار بیش‌تر است. از جمله این هزینه‌ها می‌توان به «هزینه‌های نظارت بر انعقاد چنین قراردادی»^۱ اشاره کرد.

۴-۲-۱. طرق دیگر قابل تصور برای رفع عدم تناسب

در بادی امر به نظر می‌رسد این روش پیشگیری از ورشکستگی شرکت‌ها دشوارتر از اقدام به دفع عدم تناسب باشد. اما، خوشبختانه راهکارهای بی‌شماری در این زمینه وجود دارد که اهم آن‌ها به شرح ذیل است:

- حکم ماده ۱۱۲۷ لایحه جدید قانون تجارت در باب «تعویق در رسیدگی»: این ماده در ذیل باب ششم از کتاب چهارم قرار دارد و عنوان آن «مقررات خاص شرکت‌های تجاری» است. این روش یکی از گام‌های مؤثر برای پیشگیری از «صدور حکم ورشکستگی» است. امری که در قانون فعلی به چشم نمی‌خورد.
- حل و فصل دوستانه: براساس این طرح که در قانون سال ۱۹۸۵ فرانسه پیش‌بینی شده است «شرکتی که به دلایل قانونی، اقتصادی یا مالی مشکلاتی دارد ولی می‌تواند ظرف مدت کوتاهی بدهی‌های خود را بپردازد، از راه تجدید سازمان اختیاری که همان حل و فصل دوستانه است، اقدام می‌کند»^{۴۳}.
- میانجی‌گری ویژه: براساس این روش که آیینی برون‌دادگاهی در حقوق فرانسه محسوب می‌شود «نماینده قانونی شرکت می‌تواند، از دادگاه تجارتی درخواست کند که یک میانجی مخصوص انتخاب کرده که به اوضاع مالی و اقتصادی بنگاه رسیدگی کند، عموماً این درخواست به‌عنوان شروع حل و فصل دوستانه تلقی می‌شود».
- هدایت مدیریت شرکت: «این آیین برای حفظ بنگاه شرکتی در نظر گرفته شده است. به موجب آن، تعقیبات بستانکاران برای حداکثر دو سال معلق می‌شود. همچنین، نماینده‌ای تعیین می‌شود تا زیر نظر یک قاضی ناظر بر عملیات مدیران

۱. کاویانی (۱۳۹۱)؛ ص ۲۰.

2. Reglement Amiable

۳. صقری (۱۳۸۵)؛ ص ۱۶۹.

۴. روش «تعویق در رسیدگی» به‌گونه‌ای برگرفته از طرح حل و فصل دوستانه است؛ البته طرح مزبور یک آیین برون‌دادگاهی است حال آن‌که «تعویق در رسیدگی» یک روش درون‌دادگاهی محسوب می‌شود.

نظارت و یا در صورت بروز تخلفات، در عملیات آن‌ها شرکت کند. در این روش، اختیار بدهکار از اموال و مدیریت شرکت سلب نمی‌شود.^۱ این روش در قانون سال ۱۹۹۹ ایتالیا پیش‌بینی شده است.

- طرح ادامه مدیریت:^۲ «در این روش که از مقررات بخش ۱۱ قانون متحدالشکل تجارتي امریکا گرفته شده، تصرفات بدهکار بر اموال خود ادامه می‌یابد. در طریق یاد شده، پرداخت اقساط مطالبات و ادامه فعالیت بنگاه با مدیریت موجود را در نظر گرفته‌اند».^۳ این روش در قانون ورشکستگی ۲۰۰۲ آلمان نیز پیش‌بینی شده است.
- طرح راجع به ورشکستگی:^۴ این طرح در قانون ۲۰۰۲ آلمان مطرح شده است. «این آیین بستانکاران را در مدیریت شرکت دخالت داده و به تجدید سازمان فعالیت و یا انتقال بنگاه و یا هر طرح بینابین دیگری که قابل اجرا و اصلاح باشد - مانند کوچک کردن بنگاه از طریق واگذاری بخشی از فعالیت یا اموال غیرمولد و امثال ذلک - توجه دارد».^۵
- اداره فعالیت:^۶ براساس این طرح «شرکت ممکن است از اعلام ورشکستگی نجات یابد، یعنی فعالیت مزبور تجدید سازمان شده و اموال آن تحت حمایت هیأت قانونی اداره شود. این روش از طریق قانون راجع به ورشکستگی سال ۱۹۸۶ وارد حقوق کشور (انگلستان) شده است. در این آیین، تقریباً مقررات فصل ۱۱ قانون یکنواخت تجارتي امریکا الگو قرار گرفته و به موجب آن، برای مدت اداره فعالیت شرکت، یک اداره‌کننده رسمی، اموال شرکت، مدیریت آن و اندازه‌ها و کیفیت فعالیت مورد نظر را سازمان‌دهی می‌کند».^۷
- غیراز موارد گفته شده، مواد ۸۸۸، ۸۹۵، ۹۸۲، ۹۹۱ و ۹۹۳ لایحه جدید قانون تجارت می‌تواند به رفع عدم تناسب منجر شود.

۱. همان منبع؛ ص ۱۶۶.

2. Self Management

۳. همان منبع؛ ص ۱۶۷.

4. Insolvency Plan

۵. همان منبع؛ ص ۱۶۷.

6. Administration

۷. همان منبع؛ ص ۱۷۲.

۲. سایر علل ورشکستگی و راهکارهای پیشگیرانه متناسب

علاوه بر عدم تناسب میان دیون و دارایی، می‌توان دلایل دیگری برای ورشکستگی برشمرد از جمله عدم ثبات در بخش اقتصاد، عدم شفافیت و ناکارآمدی قوانین ورشکستگی و عدم کنترل و نظارت لازم. البته براساس هر کدام از این دلایل، راهکارهای پیشگیرانه مختلفی وجود دارد.

۲-۱. عدم ثبات در بخش اقتصاد

تغییرات ناگهانی در بخش اقتصاد می‌تواند به ورشکستگی ختم شود.^۱ این تغییرات ممکن است نمودهای متفاوتی داشته باشد که جز کاهش یا افزایش قیمت می‌توان به قاچاق اعلام شدن کالا، تغییر حقوق گمرکی و... اشاره کرد.^۲ برای مقابله با این علت، می‌توان راهکارهای خاصی نظیر یکسان‌سازی مقررات ناظر بر حقوق تجارت بین‌الملل، وضع قوانینی به منظور توسعه ثبات و رشد اقتصادی را ارائه داد.

۲-۱-۱. یکسان‌سازی مقررات ناظر بر حقوق تجارت بین‌الملل

پیچیدگی روابط تجاری در دنیای امروز از یک سو و نیاز متقابل کشورها نسبت به ورود به عرصه معاملات بین‌المللی از سوی دیگر، به احساس نیاز نسبت به ایجاد قواعد و مقررات یکسان در عرصه بین‌المللی منجر شده است. به عبارت دیگر، «نیازهای اقتصادی و تجاری موجب شده است کشورها به سوی وحدت حقوقی و هماهنگی حرکت کنند».^۳ بیش‌تر پیچیدگی‌هایی که گاهی در معاملات بین‌المللی ایجاد می‌شود معمولاً به این علت‌اند که مقررات ناظر بر حقوق تجارت بین‌الملل مختلف است. حال آن‌که اگر مقررات مزبور یکنواخت شوند تاجران فعال در عرصه تجارت بین‌الملل می‌توانند با درک درست‌تر و برنامه‌ریزی بهتر به معامله در عرصه بین‌المللی بپردازند.

۱. به‌عنوان نمونه فرض کنید کالای X در تاریخ خرید از سوی خریدار داخلی، قیمت معینی دارد. بدیهی است خریدار بر این اساس در باب فروش آن یا حقوق گمرکی و بازاریابی و... برنامه‌ریزی کرده است. با این وجود در حین ورود کالا به گمرک ارزش کالا به‌شدت کاهش می‌یابد، باطبع در اثر این تغییر واردکننده متحمل زیان‌هایی می‌شود که حتی می‌تواند وی را به ورطه ورشکستگی بکشاند.

۲. پیش‌تر گفتیم می‌توان دولت را به دلیل عدم موفقیت در ایجاد ایمنی اقتصادی یا زمینه‌سازی برای از بین بردن آن مسئول شناخت.

۳. شیروی (۱۳۹۰)؛ ص ۶۰.

یکسان‌سازی مقررات مزبور به سه روش روی می‌دهد: «یکسان‌سازی مقررات حقوقی در سطح ملی»، «یکسان‌سازی مقررات حقوقی در سطح منطقه‌ای» و «پذیرش داوطلبانه مقررات» که در این مختصر نمی‌توان به تحلیل روش‌های مزبور پرداخت.^۱

این سازوکار می‌تواند نقش قابل توجهی در کاهش سردرگمی‌ها، اختلافات و ناتوانی‌ها داشته باشد. با این وجود، این روش فقط یکی از راهکارهای ایجاد ثبات در بخش اقتصادی است و به‌تنهایی برای رسیدن به مقصود کافی نخواهد بود. حتی اگر مقصود (ثبات اقتصادی) حاصل شود باز هم این امر یعنی ثبات فقط یکی از راهکارهای پیشگیری از ورشکستگی بوده و نمی‌توان انتظار داشت به صرف ایجاد ثبات، ناتوانی رخ ندهد. علاوه بر این، نمی‌توان نظام‌های حقوقی مختلف با قواعد و پیشرفت‌های مختلف را به‌سادگی هماهنگ کرد و شاید در بسیاری از جنبه‌ها این امر ممکن نباشد.

۲-۱-۲. وضع قوانین جهت توسعه ثبات و رشد اقتصادی

بازار نمود عینی تعارض در منافع اقتصادی محسوب می‌شود و طبیعتاً هر کدام از طرفین به دنبال به حداکثر رساندن سود خود هستند و در این راستا ممکن است به راه‌هایی متوسل شوند که آثار سوئی بر اقتصاد کلان جامعه داشته باشد. تراست^۲ و دامپینگ^۳ از جمله این مواردند.^۴

علاوه بر قوانین ضد تراست و ضد دامپینگ، راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال ۲۰۰۵ مقرر می‌دارد: «قوانین و بنیادهای حقوقی ورشکستگی باید زیرساخت‌های داخلی هر کشور را با تجارت مبتنی بر رشد و توسعه هماهنگ سازند. همچنین، قوانین و بنیادهای مزبور باید قوانین مالی را در رابطه با تشکیل و بازسازی تجارت‌ها تسهیل کرده و جز این باید نسبت به ارزیابی ریسک اعتباری، هم در امور داخلی و هم در امور بین‌المللی توانا باشند. اهداف

۱. برای مطالعه بیشتر تر. ک به: همان منبع؛ صص ۶۱ تا ۶۷.

2. Trust

3. dumping

۴. به‌واسطه تراست، رقابت در کشورهای سرمایه‌داری تبدیل به انحصار شد؛ در نتیجه برای مقابله با تراست باید قوانینی ضد انحصار به‌وجود می‌آمد که یکی از معروف‌ترین آن‌ها قانون ضد تراست «شرمن» است که در سال ۱۸۹۰ در امریکا به تصویب رسید. دامپینگ عبارت است از ارائه محصول از سوی تولیدکننده با قیمت کم‌تر از قیمت واقعی در داخل کشور (دامپینگ مستمر یا دائمی) یا در خارج از کشور (دامپینگ مخرب یا غارتگر) به منظور جلب بازار فروش و سپس افزایش قیمت‌ها که اثر مخرب در اقتصاد داشته و به همین دلیل است قوانینی برای مقابله با آن وضع شده است.

کلیدی مزبور برای یک حقوق ورشکستگی باید با این دیدگاه اعمال شود که اطمینان را در بازار افزایش داده و به از این راه باعث توسعه رشد و ثبات اقتصادی گردد^۱. بی‌تردید این امر در پیشگیری از ورشکستگی مؤثر است. با این وجود، وضع مقررات هزینه‌های گزافی دارد. هزینه تدوین قانون و نظارت مؤثر بر اجرای کارآمد آن از این قبیل است. ضمن این که تجربیات مبتنی بر وضع چنین مقرراتی نشان می‌دهد به‌طور معمول عوامل برهم‌زننده ثبات در بازار مقدم بر تصویب قانون مربوط رخ می‌دهد.

۲-۲. عدم شفافیت و ناکارآمدی قوانین ورشکستگی

به‌واسطه این امر، تاجر دقیقاً نمی‌داند تحت چه شرایطی ناتوان خواهد شد^۲. بنابراین، ایجاد یک قانون شفاف و کارآمد مربوط به ورشکستگی و نیز اجرای کارآمد و مؤثر قانون مزبور که بر منع قطع ناروای فعالیت‌های تجارتهی مبتنی باشد می‌تواند در کنار قابلیت پیش‌بینی ورشکستگی براساس جمع‌آوری اطلاعات صحیح، از جمله راهکارهای پیشگیری محسوب شود.

۲-۲-۱. ایجاد قانون شفاف و کارآمد

برای احتراز از وقوع ناتوانی به‌واسطه عدم شفافیت و ناکارآمدی قانون، در قدم اول باید یک قانون شفاف و کارآمد در زمینه ورشکستگی ایجاد شود. این امر به حدی مهم است که عنوان قسمت اول راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال ۲۰۰۵ به این نحوه نام‌گذاری شده: «طراحی اهداف کلیدی و ساختار یک حقوق ورشکستگی مؤثر و کارآمد»^۳. علاوه بر این، عنوان یکی دیگر از قسمت‌های راهنمای قانون‌گذاری «مقرراتی برای پاسخ کارا، مؤثر و به‌موقع به ورشکستگی»^۴ است^۵.

در هر صورت، «یک حقوق ورشکستگی می‌تواند با منعکس کردن شروط صریح و هدفمند، راه ساده‌ای برای پروسه ورشکستگی فراهم آورد و بدین طریق پاسخ سریع

1. *Legislative Guide on Insolvency Law* (part 1 and 2) (2005); p. 10.

۲. عدم آگاهی از موقعیت در کنار ناکارآمدی قانون نیز ممکن است به بی‌مبالاتی و بی‌احتیاطی تاجر در انجام معاملات تجاری و در نتیجه ورشکستگی وی منجر شود. به‌ویژه این که تشتت آرا بر شدت این امر دامن می‌زند.

3. "Designing the Key Objectives and Structure of an Effective and Efficient Insolvency Law".

4. "Provision for Timely, Efficient and Impartial Resolution of Insolvency".

5. *Legislative Guide on Insolvency Law* (part 1 and 2) (2005); p. 12.

و منظم به مشکلات مالی بدهکار را میسر سازد. همچنین، می‌تواند وسیله مناسبی برای شناسایی، جمع‌آوری، حفظ و بازبایی دارایی و حقوق بدهکار که باید در قبال بدهی‌ها و مسئولیت‌های وی پرداخت گردد، فراهم آورد و از این راه مشارکت بدهکار و طلبکارانش را در باب پرداخت هزینه‌های موجود تسهیل بخشیده و ساختار مناسبی برای نظارت و اداره پروسه مزبور ایجاد کند.^۱ علاوه بر آن، «یک حقوق ورشکستگی باید قابل پیش‌بینی و شفاف باشد. این امر باعث می‌شود طلبکاران و قرض‌دهندگان از چگونگی انجام پروسه ورشکستگی آگاه شده و ریسکی که بنا به موقعیت‌شان متحمل می‌شوند را ارزیابی کنند. این امر به توسعه ثبات در روابط تجاری و البته به سرمایه‌گذاری با ریسک کم‌تر نیز کمک می‌کند»^۲.

این روش هزینه‌هایی دارد که می‌تواند گزاف باشد. همچنین بحث نظارت در این روش ضروری به نظر می‌رسد. به جز این، باید توجه داشت شفافیت قانون ورشکستگی زمانی مؤثر است که قوانین تجارتی شفاف بوده و تاجر بداند حکم و قلمرو قانون در باب یک معامله تجاری خاص چیست.

۲-۲-۲. اداره کارآمد و مؤثر قانون ورشکستگی

یک قانون شفاف و کارآمد ورشکستگی تنها زمانی می‌تواند مفید فایده واقع شود که به صورت مؤثر و کارآمد اداره شود. باید توجه داشت که هدف از اعمال قوانین ورشکستگی در دنیای امروز حتی الامکان حفظ ورشکسته است. با این دیدگاه باید تا آنجا که ممکن است فعالیت‌های تجارتی تاجر ادامه یابد. تشخیص بین «ادامه فعالیت» و «قطع فعالیت» بسیار دشوار است و حسب مورد می‌تواند متفاوت باشد. ولی این نکته را می‌توان مسلم دانست که فعالیت‌های تاجر تا زمانی که زبانی وارد نمی‌آورد باید ادامه پیدا کند. لذا «ادامه فعالیت منوط به «سود آور بودن» آن نیست و صرف «زیان آور نبودن» آن کفایت می‌کند»^۳.

راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال مقرر می‌دارد: «ورشکستگی باید تحت یک روش منظم، سریع و کارآمد و با یک دیدگاه مبتنی بر منع قطع ناروای فعالیت‌های تجاری بدهکار و

1. Id. at12.

2. Id. at12.

۳. کاویانی (۱۳۹۰)؛ ص ۳۹.

به حداقل رساندن هزینه پروسه معرفی و حل شود. دستیابی به مدیریت کارا و به موقع، از هدف به حداکثر رساندن ارزش دارایی حمایت خواهد کرد^۱.
در این باره باید دقت داشت که اجرای قانون شفاف به صورت کارآمد و مؤثر بسیار دشوار است. علاوه بر این، ایجاد زیرساخت‌هایی لازم به این منظور، هزینه‌هایی گزاف دربرمی‌دارد.

۲-۳. عدم کنترل و نظارت لازم

در صورت وجود یک عامل کنترل بر فعالیت‌های تاجر که هنگام نزدیک شدن به منطقه خطر (ناتوانی) به وی برای ادامه فعالیت هشدار دهد، طبیعتاً احتمال بروز ناتوانی کاهش می‌یابد. البته نفس «کنترل» می‌تواند در فعالیت‌های تاجر تأثیر منفی داشته و تمایل آن‌ها به تجارت را کاهش دهد^۲.

کنترل به معنای «قابلیت محاسبه دقیق کارکرد و خط‌مشی مالی یک تاجر، به صورت مستقیم یا غیرمستقیم» است^۳. کنترل به اعتبار طریقه انجام آن به دو نوع الکترونیکی و غیرالکترونیکی؛ و به اعتبار ارگان کنترل‌کننده، به کنترل ساده و سیستماتیک تقسیم می‌شود. بدیهی است برای اعمال کنترل الکترونیکی باید زیرساخت‌های لازم ایجاد شود. همان‌گونه که گفته شد، تاجر نسبت به اعمال کنترل، روی خوش نشان نخواهند داد. همچنین، بررسی موردی قراردادها و وضعیت مالی تاجر می‌تواند اسرار تجاری وی را به خطر اندازد. ضمن این که برای اعمال کنترل هزینه گزافی نیز لازم است.

۲-۳-۱. اعمال کنترل ساده

در این روش، ارگان کنترل‌کننده یک شخص حقیقی یا حقوقی است که بر اعمال تاجر نظارت کرده ولی اعمال کنترلی بر خود این ارگان از سوی شخص دیگری وجود ندارد و به همین اعتبار است که به این کنترل، کنترل ساده اطلاق می‌شود. ارگان کنترل‌کننده بسته

1. *Legislative Guide on Insolvency Law* (part 1 and 2) (2005); p. 12.

۲. در گزارش نشست کمیسیون اروپا آمده است که «تاجر تمایل چندانی به این روش نخواهند داشت زیرا این خطر را احساس می‌کنند که مبدا کنترل کم‌تری بر امور مالی خود داشته باشند، و همچنین، در صورت شکست، ضربه روحی شدیدی احساس خواهند کرد».

3. *Legislative Guide on Insolvency Law* (part 3) (2012), page 2.

به مورد می‌تواند سهامدار شرکت تجاری^۱، طلبکار(ان) شرکت^۲، مشتری شرکت^۳، کارمند شرکت، بیمه‌گر^۴، صندوق‌های صنفی^۵ و دولت^۶ باشد.

در رابطه با بازرس به‌عنوان نوعی ارگان کنترل‌کننده در قانون تجارت ۱۳۱۱، لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ و لایحه جدید قانون تجارت احکامی یافت می‌شود. قانون تجارت ضمن عدم تعریف، نهادی با عنوان «هیأت نظار» ایجاد کرده است. با توجه به مواد ۱۰۹، ۱۶۵، ۱۶۶، ۱۶۷، ۱۶۸ و ۱۶۹ همان قانون، می‌توان این نهاد را مشابه نهاد «بازرس» دانست. همچنین، لایحه اصلاحی در مواد ۱۴۴ تا ۱۵۶ به تحلیل بازرس پرداخته است. تعیین بازرس برای شرکت‌های سهامی الزامی بوده و برای شرکت‌های غیرسهامی اختیاری است. لایحه جدید قانون تجارت نیز ضمن به رسمیت شناختن نهاد «بازرس»، در مواد ۲۴۸ تا ۲۷۱ به بررسی نهاد مزبور پرداخته است.

در کنترل ساده چون کنترلی بر ارگان کنترل‌کننده وجود ندارد، این ارگان ممکن است از حق خود سوءاستفاده کرده یا بدون سوءنیت در اعمال کنترل مرتکب زیاده‌روی زیان‌باری شود. البته ایرادهای ذکرشده در قسمت ارزیابی کلی در این جا نیز صادق است.

۲-۳-۲. کنترل بر کنترل (سیستم کنترل)

در این روش، این سیستم است که کنترل را اعمال می‌کند و طبیعتاً در یک سیستم، کنترل به‌صورت همگانی و هدفمند انجام می‌شود. در گزارش سال ۲۰۱۱ کمیسیون اروپا سیستمی با عنوان «سیستم هشدار اولیه»^۷ تعریف شده که در واقع یک «سیستم کنترل» است؛ توضیح آن که هشدار منوط به کسب اطلاع از نزدیک شدن به منطقه خطر و کسب اطلاع

۱. سهامدار که در واقع سرمایه‌گذار شرکت محسوب می‌شود در ورشکسته نشدن شرکت ذی‌نفع است و می‌توان تصور کرد که انگیزه‌های قوی برای اعمال کنترل بر شرکت داشته باشد. ایجاد نهاد «بازرس» در شرکت‌های سهامی را می‌توان نمودی از این نوع کنترل دانست.

۲. آن‌ها نیز نفع قابل درکی در ورشکسته نشدن شرکت دارند ولی اعمال کنترل از سوی طلبکاران به‌حدی آثار سوء بر اعمال تاجر دارد که معمولاً از به‌کار بستن آن صرف‌نظر می‌شود.

۳. مشتری نیز به‌هیچ‌وجه دوست ندارد اموالی که خریده یا قرار است بخرد به‌واسطه ورشکستگی فروشنده به‌دستش نرسد. همچنین، منفعت فروشنده نیز در عدم ورشکستگی شرکتی است که کالایش را خریده یا قرار است بخرد. پس فروشنده یا عرضه‌کننده نیز می‌تواند ارگان کنترل‌کننده باشد.

۴. بیمه‌گر که متحمل ریسک بزرگی شده به‌هیچ‌وجه دوست ندارد که بیمه‌گذار (تاجر) ورشکسته شود.

۵. صندوق‌های صنفی مزبور نیز در عدم ورشکستگی شرکت مربوط به صنف خود ذی‌نفع‌اند.

۶. دولت به‌عنوان نماینده جامعه که از وقوع ورشکستگی متحمل زیان می‌شود نیز می‌تواند ارگان کنترل‌کننده باشد.

7. *The Final Report of Expertgroup* (2011).

مزبور منوط به اعمال کنترل است. به هر حال «سیستم هشدار اولیه» در سالیان اخیر مورد توجه جدی قرار گرفته و برای آن چارچوب مشخصی تعریف شده است که ما از شرح دادن آن در این مختصر صرف نظر می‌کنیم.^۱ در حقوق ایران نیز با تکیه بر ماده ۲۵۳ لایحه جدید قانون تجارت^۲ می‌توان ادعا کرد سیستم کنترل بر کنترل مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است. این تغییر لااقل از حیث رفع ابهام، مطلوب است. البته نمی‌توان این ایراد را انکار کرد که تدوین کنندگان این لایحه می‌توانستند به وضوح سیستم کنترل بر کنترل را پیش‌بینی کنند.

رویکرد «کنترل بر کنترل» می‌تواند کامل‌ترین نوع «کنترل» محسوب شود که در آن هر عضو بر دیگری و در قالب «سیستم کنترل» نظارت می‌کند. از این حیث، در صورتی که راه‌حل نهایی را کنترل بدانیم، این راه‌حل می‌تواند راه‌حل معقولی باشد. با این حال، اعمال راه‌حل فوق از طریق ایجاد زیرساخت‌های لازم هزینه‌هایی دربردارد. علاوه بر آن، آثار سوء کنترل که در ابتدای بحث به آن پرداخته شد در این جا نیز وجود دارد.

جمع‌بندی و ملاحظات

آثار سوء ورشکستگی ایجاب می‌کند تدبیری برای احتراز از این گونه پیامدهای ناگوار اندیشیده شود. تدبیر مزبور در قالب راهکارهای حقوقی پیشگیری از ورشکستگی در این مقاله بررسی شد. حال آن‌که برای دادن پاسخ کارا و مؤثر به ورشکستگی لازم است اندیشمندان حوزه‌های مختلف علوم انسانی (حقوقدانان و اقتصاددانان، مدیران صنعتی و بازرگانی و دولتی) و متخصصان علوم ریاضی و مهندسی (حسابداران و مهندسين الکترونیک و نرم‌افزار)، الگوهای مختلفی طراحی کنند.

در حوزه حقوق، قانونگذاران کشورهای مختلف به این امر توجه کرده و حسب مورد قواعدی وضع کرده‌اند که به گونه‌ای در پیشگیری از ورشکستگی مؤثر است. قانونگذار ایرانی

۱. برای مطالعه بیشتر تر. ک:

“Summery Report of the Best Projection Restructuring, Bankruptcy and Afresh Start” (September 2003); *European commission*, p.3 and “Final Report Business Dynamic (Start – Ups, Business Transfers and Bankruptcy), (January 2011); *European Commission*, pp. 120–123.

۲. ماده ۲۵۳ لایحه جدید قانون تجارت: «اشخاص حقوقی را می‌توان به‌عنوان بازرس شرکت انتخاب کرد. در این صورت شخص حقوقی به‌صورت مستقل کلیه مسئولیت‌های شخص حقیقی بازرس را دارد...».

نیز در لایحه جدید قانون تجارت به این امر توجه داشته است: مثلاً پیش‌بینی نهاد « قرارداد ارفاقی پیشگیرانه» که نسبت به نهاد «قرارداد ارفاقی» فعلی پیشگیرانه‌تر و سازمان‌یافته‌تر است؛ توضیح آن که زمان اعمال نهاد «قرارداد ارفاقی پیشگیرانه» قبل از صدور حکم ورشکستگی و البته بعد از وقوع ناتوانی است، درحالی که قرارداد ارفاقی بعد از صدور حکم ورشکستگی و قبل از تصمیم‌گیری نهایی در باب فروش و تقسیم اموال و یا ادامه فعالیت تاجر مطرح می‌شود. همچنین، گرایش قانونگذار به «ورشکستگی واقعی» به جای «ورشکستگی ظاهری» از دیگر نوآوری‌های لایحه جدید قانون تجارت محسوب می‌شود؛ با این توضیح که ماده ۸۸۳ لایحه جدید قانون تجارت^۱ حائز حکمی متفاوت نسبت به ماده ۴۱۲ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱^۲ است. در هر حال، این تغییرات قدمی رو به جلو و امیدوارانه محسوب می‌شود. امید است در آینده این تغییرات در زمینه پیشگیری پررنگ‌تر و به‌روزتر باشد.

نکات ذیل برای پیشگیری از ورشکستگی پیشنهاد می‌شوند:

- نخست باید اذعان کرد لازمه تبیین راهکارهای پیشگیرانه مؤثر و کارآمد، پرداختن به موارد زیربنایی نظیر ایجاد ثبات اقتصادی، و تصویب قانون شفاف و کارآمد در بخش ورشکستگی، و اجرای آن به‌صورت کارآمد، و یکسان‌سازی مقررات ناظر بر حقوق تجارت بین‌المللی است. پیش‌تر به تفصیل درباره مفهوم و ضرورت مطالب مزبور بحث شد. در این جا به این مختصر اکتفا می‌کنیم که ایجاد ثبات در اقتصاد، به عوامل گوناگون اقتصادی، اجتماعی، مدیریتی و حقوقی وابسته است و برای نیل به آن باید میان ارگان‌های ذیربط هماهنگی ایجاد، و مهم‌تر از آن مدیریت شود. خوشبختانه در باب تصویب قانون شفاف و کارآمد می‌توان احکام لایحه جدید را به فال نیک گرفت. اما به درازا کشیدن روند تصویب این لایحه، آن را از قوانین روز دور نگه داشته است. شاهد این مدعا، فقدان بسیاری از نهادهای پیشگیرانه گفته شده

۱. ماده ۸۸۳ لایحه جدید قانون تجارت: «حکم ورشکستگی تاجر در صورت توقف وی از تأدیه وجوهی که برعهده اوست صادر می‌شود، مگر این که مطابق این قانون کفایت اموال وی نسبت به دیون او احراز شود یا علی‌رغم عدم احراز کفایت اموال نسبت به دیون تاجر، قرارداد ارفاقی پیشگیرانه منعقد گردد و پس از انعقاد، این قرارداد فسخ یا ابطال نشده باشد».

۲. ماده ۴۱۲ قانون تجارت ۱۳۱۱: «ورشکستگی تاجر یا شرکت تجارتي در نتیجه توقف از تأدیه وجوهی که بر عهده اوست حاصل می‌شود. حکم ورشکستگی تاجری را که حین الفوت در حال توقف بوده تا یک سال بعد از مرگ او نیز می‌توان صادر نمود».

در لایحه است.

- به‌عنوان اقدام بعدی، می‌توان به شیوه‌هایی توسل جست که باعث دفع عدم تناسب می‌شود. این شیوه‌ها آن‌گونه که پیش‌تر گفته شد عبارتند از وضع مجازات یا مسئولیت مدنی، آنالیز دیون و دارایی خود. البته براساس ارزیابی‌های انجام‌شده احراز گردید که روش‌های مزبور خالی از ایراد نبوده و باید به‌خوبی مدیریت شوند. در این باب تقویب نظریه مسئولیت مدنی دولت در جریان ورشکستگی می‌تواند راهگشا باشد.

- و درنهایت، راهکارهای رفع عدم تناسب نظیر کمک به ورشکسته، قرارداد جمعی یا فردی، و اعمال کنترل پیشنهادهای مطلوبی به‌نظر می‌رسند. در این باب می‌توان از راه‌حل مترقیانه «سیستم هشدار اولیه» که در نشست اتحادیه اروپا مطرح شد و یا کمک از طریق بیمه‌ها یا صندوق‌های صنفی که نیازمند امعان‌نظر از سوی بیمه‌گران و صنف‌های مربوطه‌اند و همچنین، نهاد کنترل بر کنترل (سیستم کنترل) بهره‌برد.

در پایان، می‌توان گفت هیچ‌یک از روش‌های ارائه‌شده در این مقاله، خالی از ایراد نبوده و بنابراین، باید از روش‌هایی بهره‌بریم که کم‌ترین هزینه و بیش‌ترین فایده را داشته باشند. استفاده تلفیقی از چند روش به‌طور هم‌زمان براساس رویکرد ساختاری و سیستمی مدل جدیدی است که در مقاله‌های بعدی به تفصیل به آن پرداخته خواهد شد.

منابع

- اعتمادی، حسین و فرج‌زاده دهکردی، حسن (۱۳۸۷)؛ «مروری بر مدل‌های پیش‌بینی ورشکستگی»، مجله حسابدار، ش ۲۰۰، صص ۳۹-۵۶.
- ایزانلو، محسن و جباری‌زاده، روزبه (۱۳۹۰)؛ «مسئولیت مدنی و ورشکستگی»، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۲، ش ۱، صص ۲۵-۱.
- دالزر، رودلف و شروتر، کریستف (۱۳۹۰)؛ اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، ترجمه قاسم زمانی و به آذین حسینی، تهران، انتشارات شهر دانش.
- روشن، محمد (۱۳۸۶)؛ مسئولیت شرکت در ورشکستگی بدون تقصیر تجار، تهران، انتشارات فردوسی.
- شاملو، باقر (نیم‌سال دوم سال تحصیلی ۹۲-۱۳۹۱)؛ «جزوه درسی حقوق کیفری حمل‌ونقل»، دوره کارشناسی ارشد حقوق حمل‌ونقل تجاری، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
- شیری، عبدالحسین (۱۳۹۰)؛ حقوق تجارت بین‌الملل، تهران، انتشارات سمت.
- صقری، محمد (۱۳۸۸)؛ حقوق بازرگانی ورشکستگی، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- صقری، محمد (۱۳۸۵)؛ «سیاست و راهکارهای لایحه راجع به بازسازی و ورشکستگی»، معرفی لایحه تجارت و نوآوری‌های آن (مقالات همایش همراه با متن لایحه)؛ صص ۱۶۳-۲۱۱.
- طجرجلو، رضا (۱۳۸۹)؛ «بررسی مبانی نظری حقوق ورشکستگی در سیستم حقوقی امریکا و انگلیس»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۲، صص ۲۳۹-۲۵۷.
- عباس‌زادگان، محمد (۱۳۷۹)؛ مبانی اساسی در سازمان‌دهی و رهبری، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- عرفانی، محمود (۱۳۸۸)؛ حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه اموال)، تهران، انتشارات جنگل.
- عرفانی، محمود (۱۳۶۴)؛ «ورشکستگی در حقوق تجارت بین‌الملل»، مجله مطالعات حقوقی و قضایی، ش ۲، صص ۹۲-۱۰۴.
- فیروزیان، محمود و جاوید، داریوش و نجم‌الدینی، نرگس (۱۳۹۰)؛ «کاربرد الگوریتم ژنتیک در پیشگیری از ورشکستگی...»، بررسی‌های حسابداری و حسابرسی، ش ۶۵، صص ۹۹-۱۱۴.
- قائم‌مقام فراهانی، محمدحسین (۱۳۷۵)؛ ورشکستگی و تصفیه، تهران، انتشارات دادگستر.

قائم‌مقام فراهانی، محمدحسین (۱۳۸۹)؛ ورشکستگی و تصفیه، تهران، انتشارات میزان.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)؛ حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.

کاویانی، کورش، «جزوه درسی حقوق تجارت ۴ (ورشکستگی)»، دوره کارشناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی، نیم‌سال دوم سال تحصیلی ۹۰-۱۳۸۹.

کاویانی، کورش (۱۳۸۹)؛ حقوق شرکت‌های تجاری، تهران، انتشارات میزان.

کاویانی، کورش (۱۳۹۱)؛ حقوق ورشکستگی، تهران، انتشارات میزان.

مرادی، فهیمه (۱۳۸۹)؛ «قانون نمونه کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد راجع به ورشکستگی فرامرزی»، مجله حقوق بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، ش ۴۲، صص ۲۵۷-۲۷۵.

نوری یوشانلوئی، جعفر (نیم‌سال اول سال تحصیلی ۹۲-۱۳۹۱)؛ «جزوه درسی حقوق تجارت بین‌الملل پیشرفته»، دوره کارشناسی ارشد حقوق حمل‌ونقل تجاری، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.

نوری یوشانلوئی، جعفر (نیم‌سال دوم سال تحصیلی ۹۱-۱۳۹۰)؛ «جزوه درسی حقوق اقتصادی»، دوره کارشناسی ارشد حقوق تجاری - اقتصادی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

نوری یوشانلوئی، جعفر (نیم‌سال دوم سال تحصیلی ۹۲-۱۳۹۱)؛ «جزوه درسی حقوق مسئولیت مدنی تجارت»، دوره کارشناسی ارشد حقوق تجاری - اقتصادی، پردیس البرز دانشگاه تهران.

هرت، الیور (۱۳۸۶-۱۳۸۵)؛ «رویکردهای مختلف به ورشکستگی»، ترجمه کورش کاویانی و شاهین شامی‌اقدم، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، ش ۴۰-۴۱، صص ۷۳-۹۰.

American Bankruptcy Code 1978 (Title 11 of the United States code).

Boddy, Robin, *How to Prevent Bankruptcy*, from: [www.ezinearticles.com/c5/credit debt/a/ bankruptcy. htm](http://www.ezinearticles.com/c5/credit%20debt/a/bankruptcy.htm).

Final Report of Business Dynamic (Start – Ups, Business Transfers and bankruptcy) January 2011, European Commission.

Final Report of Expert Group about a Second Chance for Entrepreneurs (January 2011), European Commission.

Fowles, Deborah, *Preventing Bankruptcies*, from: [www. financialplan. about. com/c5/credit debt/a/bankruptcy. htm](http://www.financialplan.about.com/c5/credit_debt/a/bankruptcy.htm)

Legislative Guide on Insolvency Law (2005); Part 1 and 2.

Legislative guide on insolvency law (2012); Part 3.

Nelly, Good, *Avoid Bankruptcy – 6 Reasons and 5 Ways to Avoid Filing Bankruptcy*, from: [www. debtconsolidatincare. com/avoid- bankruptcy. htm](http://www.debtconsolidatincare.com/avoid-bankruptcy.htm)

Smith, Lisa, *Prevent Bankruptcy with These Tips*, from: [www. investopedia. com/articles/pf/08/avoid- bankruptcy. asp#aZZ2Dayyjuom](http://www.investopedia.com/articles/pf/08/avoid-bankruptcy.asp#aZZ2Dayyjuom).

Summery Report about Best Projection Restructuring, Bankruptcy and Afresh Start (September 2003, European commission) and *Final Report Business Dynamic* (Start – Ups, Business Transfers and Bankruptcy), (January 2011, European Commission).

Uncitral Model Law on Cross – Border Insolvency Law (1997).

[www. uscourts. gov](http://www.uscourts.gov)

[www. fa. wikipedia. org](http://www.fa.wikipedia.org)

Zumwalt Law Group, 5 Steps to Preventing Bankruptcy (2011) from: [www. jdsupra. com/legal news/5-staps-to-preventing- bankruptcy-85364](http://www.jdsupra.com/legal news/5-staps-to-preventing-bankruptcy-85364).