

# تحولات و ملاحظات حقوق ورشکستگی و بایسته‌های فقهی آن

ابراهیم عبدی پور\*

چکیده

از زمانی که در جوامع انسانی معاملات نسبی‌ای و اعتباری و قرض گرفتن و وام دادن رواج یافت، «نا توانی بدهکار در پرداختی نیز پدیدار گشت. مطالعه تاریخی نحوه برخورد جوامع با این پدیده نشانگر تغییرات بسیار در مقررات راجع به ورشکستگی از آغاز تا کنون است. در جوامع باستانی، اقدام علیه شخص ورشکسته به جای اقدام علیه اموال او گزینه اول بستانکاران بوده است و صرف نا توانی در پرداخت گناه نا بخشودنی محسوب و مجازات و سلب آزادی بدهکار را مجازی ساخت. قواعد ابتدایی حقوق ورشکستگی با حداقل استانداردهای ممکن در اواخر حقوق روم باستان ظاهر گشت و پس از دوره طولانی ایستایی در قرون وسطا و حتی پس از آن، در قرون جدید روند تکاملی خود را آغاز نمود و در دهه‌های اخیر توسعه چشمگیری داشته است. در این پژوهش، تحولات و ملاحظات حقوق ورشکستگی مورد بررسی قرار گرفته است. نتایج این مطالعات نشان می‌دهد قواعد شریعت اسلامی در باب «نا توانی در

پرداخت دین که در مباحث راجع به اعسار و افلاس در منابع فقهی انعکاس یافته است، با پیشرفته‌ترین راه حل‌های بشری و آخرین تحولات حقوق ورشکستگی همخوانی دارد و قواعد و راه‌حل‌هایی را که جوامع بشری در یک پروسه طولانی به روش آزمون و خطا بدان دست یافته‌اند، از دیرباز در حقوق اسلامی ارائه شده و مورد عمل بوده است.

کلیدواژه‌ها: حقوق ورشکستگی، بایسته‌های فقهی، اعتبار

## مقدمه

نا توانی در پرداخت دین پدیده جدیدی نیست. از زمانی که در جوامع انسانی معاملات نسبی‌ای و اعتباری و قرض گرفتن و وام دادن رواج یافت، «نا توانی بدهکار در پرداخت» نیز پدیدار گشت. پدیده‌ای که برای بستان کاران ناخوشایند و برای بدهکاران پیام آور بد اقبالی و فرجای نامعلوم بود و حیات اقتصادی، اجتماعی بخشی از افراد جامعه را متلاطم و دگرگون ساخت.

واکنش‌های فردی و اجتماعی به این پدیده در میان جوامع مختلف متفاوت و ضمانت اجراها و راه‌حل‌ها از آغاز تا کنون بسیار متنوع بوده و در مسیر توسعه حقوق ورشکستگی قرار داشته است. جهت‌گیری نظام‌های حقوقی نوعاً در راستای دستیابی به قواعدی بوده است که شیوه برخورد با این معضل را انسانی‌تر نماید و ضمن احیای نجات بدهکار، حقوق بستان کاران و منافع و مصالح جامعه را به بهترین وجه تأمین کند.

مطالعه تطبیقی سیر تحولات حقوق ورشکستگی و شناخت روند تکامل قواعد آن می‌تواند هم در تقنین و قانون‌گذاری و هم در اجرا و سیاست‌گذاری، الهام‌بخش قانون‌گذاران و مجریان باشد تا با اجتناب از تجربیات ناموفق سایر نظام‌های حقوقی، بهترین راه‌حل‌ها و کارآمدترین قواعد و روش‌ها را برگزینند. نتایج این مطالعات نشان می‌دهد قواعد شریعت اسلامی در باب «نا توانی در پرداخت دین» که در مباحث راجع به اعسار و افلاس در منابع فقهی انعکاس یافته است، بایشرفته‌ترین راه‌حل‌های بشری و آخرین تحولات حقوق ورشکستگی همخوانی دارد و قواعد و راه‌حل‌هایی را که جوامع بشری در یک پروسه طولانی به روش آزمون و خطاب‌دان دست یافته‌اند، از دیرباز در حقوق اسلامی ارائه شده و مورد عمل بوده است. بی‌تردید متریقی بودن این قواعد ناشی از بهره‌گیری فقیهان و حقوق‌دانان اسلامی از «منابع و حیانی» بوده است.

این پژوهش بر سه محور استوار است: الف) سیر تحولات حقوق ورشکستگی و جایگاه قوانین اسلامی در این مسیر؛ ب) ملاحظات نظام‌های حقوقی در تقنین و توسعه حقوق ورشکستگی و میزان موفقیت آنها؛ ج) مقررات شریعت اسلامی تا چه حد می‌تواند در توسعه حقوق ورشکستگی و وضع مقررات جدید ورشکستگی به قانون‌گذار ایران کمک نماید و از سوی دیگر، بایسته‌های فقهی در حوزه تقنین و قانون‌گذاری راجع به ورشکستگی چیست؟

### الف) تحولات حقوق ورشکستگی

با مطالعه تاریخی «نا توانی در پرداخت» می‌توانیم نحوه برخورد (Treatment) جوامع با این مسئله را به طور کلی به دو دوره تقسیم کنیم:

۱- فقدان حقوق ورشکستگی، بودن شخص بدهکار در گرو بدهی خویش

در اغلب جوامع باستانی (پیش از میلاد) حقوق ورشکستگی به مفهوم کنونی آن وجود نداشته است. در مقررات راجع به ناتوانی در پرداخت و برخورد با بدهکار، عناصر حقوق ورشکستگی وجود داشت؛ عناصری همانند تعلیق دعاوی فردی علیه بدهکار متوقف و برقراری سیستم تعقیب جمعی، توقیف اموال بدهکار و تقسیم آن میان بستان کاران، پیش بینی مقررات خاص به منظور جلوگیری از تقلب و سوء استفاده توسط بستان کاران با شخص ورشکسته.

در دوره باستان، نه تنها اموال بدهکار بلکه خود وی (اعم از بدن، جان، آزادی و شخصیت حقوقی او) در گرو بدهی او و وثیقه عام طلب طلبکاران محسوب می گردید و بدهکار ناتوان در پرداخت دیون خود با برخورد های شدید بستانکاران روبه روی گردید. در بسیاری از جوامع این دوره نه تنها مفهوم «بخشش دین» ناشناخته بود، بلکه صرف عدم پرداخت دین «جرم» محسوب می گردید و در ردیف جرایم بزرگ طبقه بندی می گردید و ضمانت اجراهای کیفری نسبت به ورشکسته، صرف نظر از بی گناهی یا تقصیر او، اعمال می گردید.<sup>۱</sup>

با این همه، مطالعات تاریخی در این جوامع نشانگر تنوع در نحوه برخورد با ناتوانی بدهکار در پرداخت دین است. در مصر باستان این رسم فراگیر وجود داشت که بدهکار بدن بستانگان نزدیک خود را به ویژه بستانگان پدری را گرد و دارد و در صورت قصور در پرداخت، بستانکار حق داشت مومیایی جسد را بردارد و گورستان را در برابر هر گونه خاکسپاری اموات بدهکار ببندد. ظاهراً اثر چنین گرد و گذاری الزام اخلاقی و معنوی شخص بدهکار به واسطه تحریک احساسات جامعه بود. در هند باستان، بستانکار

می توانست شخص بدهکار خود را توقیف کند و او را به کار کردن برایش اجبار نماید. بستان کاری می توانست به خشونت واقعی ترموسل شود. او می توانست بدهکار را بکشد یا او را مورد ضرب و جرح قرار داده و ناقص کند، همسر او یا پسران یا گله احشام او را توقیف و محبوس کند یا بدهکار را در خانه خود محاصره نماید.<sup>۲</sup> در مواد ۱۱۵ و ۱۱۶ قانون حمورابی آمده است که بدهکار و رشکسته فروخته شده و به بردگی گرفته شود این قاعده همچنین نسبت به خویشاوندان ذکور و قابل اعمال بود تا تعهدات بدهکار کاملاً ایفا شود. بدیهی است تا زمانی که تئوری مسئولیت شرکت میان اعضای خانواده یا گروه اجتماعی خاصی وجود داشت، مقررات خاص ورشکستگی ضرورت نداشت.

به گفته برخی از نویسندگان حقوقی پس از ورود بنی اسرائیل به مصر، حق تسلط بستانکار بر بدهکار به دولت منتقل شد. دولت بر حسب نیازی که به خدمات بدهکار داشت با وی برخورد می نمود و می توانست در زمان صلح، به عنوان یک مأمور یا کارگر و در زمان جنگ به عنوان یک سرباز او را به خدمت گیرد. به اعتقاد این نویسندگان، در یونان سُلن (Solon) تحت تأثیر حقوق مصر، رویه سنتی آتنی ها را مبنی بر به بردگی گرفتن آزاده ای که قادر به پرداخت دیون خود نبود، ملغی نمود.<sup>۳</sup>

در حقوق روم (سال ۴۵۰ قبل از میلاد) وام گیرنده وثیقه باز پرداخت وام خود محسوب می گردید. اگر وام گیرنده در ایفای تعهد خود قصوری می ورزید، بستانکاری می توانست او را توقیف و در اختیار گیرد. آن گاه در انظار عمومی درخواست می کرد تا کسی برای پرداخت بدهی وی گام پیش نهد. در صورتی که هیچ کس خواسته او را اجابت نمی کرد، بستانکاری می توانست پس از شش روز بدهکار را به عنوان برده خود تلقی نماید و حتی می توانست او را بکشد یا به یک کشور خارجی بفروشد در حقوق روم این ضرب المثل که هر کس نتواند بدهی اش را از کیف خود پردازد باید با پوست خود پردازد، اعمال می گردید. در این دوره، نه

تنها آزادی و شرافت بدهکار بلکه حیات او در اختیار بستانکار بود. یکی از نویسندگان به طعنه بیان می‌دارد: اولین مقررہ راجع به حق تعقیب در قوانین روم باستان یافت می‌شود که مقرر می‌داشت اگر چند بستانکار نسبت به بدهکار واحدی طلبکار بودند، می‌توانستند بدن او را به قطعات تقسیم نمایند؛<sup>۵</sup> در یونان باستان نیز بدهکار ورشکسته به عنوان برده فروخته می‌شد یا زندانی می‌گردید و به گفته یکی از نویسندگان این شیوة جبران اگر چه بیرحمانه بود، به هر حال بهتر از شیوه‌های جایگزین همانند قطع عضو یا مرگ، در برخی جوامع دیگر بود.<sup>۶</sup>

بدین ترتیب، مادامی که به جای اموال بدهکار، شخص وی مورد تعقیب قرار می‌گرفت و ضمانت اجراهای این چنینی علیه بدهکار اعمال می‌گردید، نیاز چندانی به معرفی ورشکستگی به عنوان یک سیستم حقوقی متمایز احساس نمی‌گردید.

## ۲. تحوّل و گذار از «اقدام علیه شخص بدهکار» تا اقدام علیه اموال او

در روند زمان، اقدام برای وصول طلب، به جای شخص مدیون به سوی اموال او جهت‌گیری یافت. تحوّل از یک شکل اقدام به شکل دیگر، همان‌گونه که کند و تدریجی بود، نمونه تحوّل کلی روند حقوقی به لحاظ نظری بود یعنی گذار از مرحله‌ای که تلافی و انتقام شخصی و اکنش اصلی زیان‌دیدن بود به مرحله‌ای که غرامت و جبران خسارت مطلوب اصلی است.

در حقوق روم مابه‌روشنی تحوّل به سمت اقدام علیه اموال را بصورت گام به گام مشاهده کنیم، اما می‌توانیم دریابیم که تحت این تحوّل یک مفهوم انتزاعی و مبهم از «اقدام» آن‌گونه به وسیله حقوق دانان رومی درک می‌شد، قرار داشت. آنها شخص بدهکار را صرفاً به عنوان وثیقه پرداخت بدهی تلقی نمی‌کردند، بلکه

می گفتند این شخص بدهکار است که متعهد است و همین شخص است که بستانکار برای پرداخت به او نظر دارد. هیچ اقدام اجرایی به جز اقدام شخصی وجود ندارد و این بدهکار است که باید خود را با قربانی کردن اموالش نجات دهد.

از دیدگاه آنان، توقیف بدن بدهکار که در وهله اول مسئول دین است، توقیف تمام شخصیت حقوقی است. با این همه، حقوق روم سیستم انسانی تری را ارائه داد که Cessiobonorum خوانده می شد. متعاقب قانونی که احتمالاً تا قبل از ایام امپراطور آگوستوس (Augustus) اعلام نگردیده است، بدهکاری که ورشکستگی اش ناشی از تقصیر او نبود مجاز بود یک Cessiobonorum منعقد کند که ماهیتاً شبیه یک قرارداد ارفاقی با بستانکاران بود.

با پذیرش این روش بدهکار از مسئولیت کیفری و بازداشت و زندان رهای گشت. در حالی که دیگر ورشکستگان در صورتی که فرآیند توقیف و تقسیم اموال آنها (Missio in Bona) منجر به نتیجه نمی شد، متحمل حبس و زندان می شدند. تفاوت دیگر این بود: بدهکاری تقصیر که قرارداد ارفاقی منعقد کرده بود، در سختی و تنگنا قرار داده نمی شد و مجاز بود بعد از تحصیل اموال به اندازه ای که برای معیشت وی ضرورت داشت، برای خود نگهدارد. ۷.

از سوی دیگر، در حقوق روم در مقابل روش هایی که بدهکار ورشکسته را به طور مستقیم یا غیر مستقیم به صداقت و صحت عمل تشویق می کرد، با تقلب به شدت برخورد نموده و ورشکسته متقلب را مجازات می کرد و مقررات مفصلی را برای بلا اثر نمودن انتقالات متقلبانه اموال متعلق به بدهکار ورشکسته در نظر گرفته بود. گفتنی است، به رغم پیشرفت های نسبی حقوق روم در این باره، مجدداً در قرون وسطی اقدام علیه شخص ورشکسته و زندانی نمودن او رواج یافت.

### ۳- شکل‌گیری ابتدایی و توسعه‌نیافته مقررات ورشکستگی

شکل‌گیری حقوق ورشکستگی با تحقق اهداف آن نمود پیدای کند: گام اول، حمایت از ورشکسته بی‌تقصیر در برابر اقدام طلبکاران است که این امر خود به دوشیوه دنبال می‌شود. اولاً، بستانکاران حق برخورد و اقدام علیه شخص ورشکسته و وابستگان او را نداشته باشند و از تلافی و انتقام منع شوند. ثانیاً، با اجرای مقررات تصفیه امور ورشکسته مطالبات فردی هر بستانکار ايفاء شدن تلقی و تعهدات ورشکسته از محل دارایی وی ايفاء شود. گام دوم، تحقق تدریجی اهدافی است که در حمایت از حقوق طلبکاران در نظر گرفته می‌شود. در این راستا، دست‌کم دو هدف کلی تعریف شده است: اول، تضمین تقسیم عادلانه اموال بدهکار ورشکسته میان طلبکاران. دوم، جلوگیری از هرگونه رفتار و اقدام بدهکار ورشکسته که به ضرر منافع بستانکاران باشند. به عبارت دیگر، حقوق ورشکستگی در صدد حمایت از بستانکاران است. نخست حمایت از بستانکاران در برابر همدیگر، دوم، حمایت از بستانکاران در برابر بدهکار.

همان‌گونه که گفته شد تحول نظام‌های حقوقی و تغییر جهت‌گیری آنها از اقدام علیه شخص بدهکار به اقدام علیه اموال به تدریج و بسیار کند صورت گرفت. اقدام نسبت به اموال بدهکار ورشکسته خود به دوشیوه، یعنی سیستم اقدام انفرادی بستانکار و سیستم اقدام جمعی بستانکاران، قابل اعمال بود. در سیستم اقدام انفرادی به دلیل ناکافی بودن دارایی ورشکسته معمولاً بستانکاری که زودتر اقدام می‌نمود، به طلب خود به صورت بخشی-یا کامل می‌رسید و معمولاً بسیاری از بستانکاران از وصول طلب خود و لویه صورت جزئی محروم می‌ماندند. حتی در فرضی که میزان دارایی ورشکسته بیش از طلب یکی از طلبکاران بود، در فرض اقدام انفرادی بستانکاران قاعده تقدم و ترجیح بستانکاران به جای قاعده تقسیم عادلانه

دارایی میان کل، اعمال می گردید. به عبارت دیگر، تقدم زبانی اقدام طلبکار موجب تقدم در حق وصول می گردید.

تفاوت دیگر این دو سیستم در مدیریت دارایی بدهکار است. اینکه تصرف و اداره اموال ورشکسته و در نهایت فروش و تقسیم حاصل فروش در اختیار طلبکار یا طلبکاران یا نماینده آنها باشد یا در اختیار مقامات عمومی، از مسائل مهمی است که در روند تحول مقررات ورشکستگی به تدریج بروز خارجی یافته است. در حقوق روم قرار توقیف و واگذاری اموال (Praetorianmissio in Bona) به بستانکارانی اعطای شد که آن را به عنوان حق خصوصی فروش اموال بدهکار بدست آورده بودند و مدیر (Magister) یکی از بستانکارانی بود که بستانکاران دیگر هم وی را برای اجرای این حق از طرف خود به عنوان رئیس انتخاب کرده بودند. اگر پس از انتخاب این مدیر و البته قبل از اینکه فروش اموال واقعاً انجام گیرد، بستانکار دیگری نیز بیک Mission Bona به دست آورده باشد، این بستانکار که در روند انتخاب مدیر نقشی نداشته بود، مستقلاً و در کنار مدیر حرکت و اقدام می نمود و همان حقوق را داشت. مدیر مزبور (Magister) صرفاً نماینده بستانکاران خاصی بود که او را انتخاب کرده بودند و مفهوماً به منزله مقام ناظر عمومی (Curator) که توسط حاکم رومی (Praetor) در مورد امور ورشکسته منصوب شده باشد، تلقی نمی شد.

بر اساس Distractio bonorum قضیه تفاوت می کرد. در اینجا، قاضی مدیریت دارایی بدهکار را به یک Curator محول می کرد که وظیفه او تعیین تکلیف این دارایی و تقسیم حاصل فروش میان بستانکاران به نسبت سهم (Pro rate) بود. ورشکسته از تصرف در تمام دارایی خود محروم بود. طلب بستانکاران از محل اموال بدهکار و البته به واسطه Curator پرداخت می شد. بدین ترتیب، مدیر یا Magister کسی جز یکی از

طلبکاران نبود که در جهت منافع خویش و انتخاب کنندگانش عمل می کرد در حالی که Curator توسط حاکم رومی منصوب می شد و تا اندازه ای بیانگر اصل منفعت عمومی و مستلزم آن بود که فرآیند تصفیه امور ورشکسته بر اساس یک طرح متحدالشکل انجام گیرد و تمام بستانکاران به طور عادلانه بخشی از ادعا و طلب خود را دریافت نمایند. با این همه، همان گونه که دکن کلب (Degenkolb) خاطر نشان ساخته است، Curator هرگز جایگاه و موقعیت مقام رسمی که انجام اقدامات تصفیه را بر اساس رویه قاعده مند حکومتی در امور ورشکستگی بر عهده داشته باشد، نداشت. ۸.

۴. عقب گرد در قرون وسطی و برگشت به رویکرد اقدام علیه شخص ورشکسته در اروپا در خلال قرون وسطی مقررات مربوط به روابط مدیون و بستانکار بطرز عجیبی با مقررات دوره باستان شباهت یافت و تحولات حقوق رومی نادیده گرفته شد. مجدداً اقدام مستقیم علیه شخص بدهکار رایج شد و ضمانت اجراهای کیفری قدرت و نیروی تازه ای یافتند.

۵. احیاء حقوق ورشکستگی و آغاز روند تکامل قواعد ورشکستگی بواسطه وضعیت اجتماعی سیاسی قرون وسطی و تأثیر سیطره اقوام بربر در بسیاری از کشورهای اروپایی، روند تکامل قواعد ورشکستگی متوقف شد و در واقع، تا چند قرن اخیر حقوق ورشکستگی در مفهوم واقعی خود اعمال نمی شد. در حقوق آلمان، به جای قاعده تساوی طلبکاران، قاعده تقدم (Principle priority) از دیرباز قویاً تثبیت شده بود و اجرا می شد. در برخی نواحی آلمان تا قرن هفدهم این قاعده اجرا می شد که بستانکاری که اموال بدهکار فراری را توقیف می کرد، می توانست ادعا و طلب خود را صرف نظر از دعاوی سایر بستانکاران، استیفای نماید.

اولین نشانه از تضعیف قاعده حق تقدم، در برخی شهرهای آلمان همانند هامبورگ و برمن ملاحظه گردید و همان گونه که کهلر (Kohler) خاطر نشان ساخته است، معرفی و ورود قاعده تساوی میان بستانکاران به حقوق آلمان نتیجه نفوذ حقوق ایتالیایی بوده و این واقعیت در بسیاری از ویژگی های مشترک دو سیستم نمایان است.<sup>۹</sup>

در حقوق فرانسه، ابتدائاً قاعده ژرمنی تقدم رائج بود. در نیمه اول قرن سیزدهم دریکی از منابع حقوقی فرانسوی این قاعده ارائه شد بود که بستانکاران بر اساس تاریخ ایجاد دین طبقه بندی و طلب آنها پرداخت می شود. با این همه، این نظریه ژرمنی که «اولین طلبکاری که اقدام نموده است بر تمام طلبکاران که مؤخرأ اقدام نموده اند، مقدم است»، در حقوق فرانسه جای گرفته بود. در لیون مهم ترین مرکز تجاری فرانسه که در قرن شانزدهم تأثیر بسیاری از حقوق ایتالیایی پذیرفته بود، اردینانس یا فرمان فرانسیس اول در ۱۰ اکتبر ۱۹۳۶ صادر شد که اهمیت ویژه ای داشت و بر اساس آن حقوق ورشکستگی لیون همانند حقوق ایتالیایی شد که در ادامه مورد بحث قرار خواهیم داد که از مهم ترین تحولات آن انتخاب مدیر تصفیه و امکان انعقاد قرارداد ارفاقی بستانکاران با ورشکسته بدون تقصیر بود.

در ایتالیا برخلاف سایر کشورهای اروپایی، تأسیس هایی که ریشه در حقوق رومی داشتند از جمله مقررات حاکم بر ورشکستگی، هرگز به صورت کامل نادیده گرفته نشد. همان گونه که ساوینی در کتاب تاریخ حقوق رومی در قرون وسطی متذکر شده اند: ایتالیایی ها حتی در زمان سیطره قواعد بربر، پیشینه حقوقی خود را از یاد نبردند و حقوق رومی هرگز از میان نرفت و با استقرار مجدد جمهوری ایتالیا، تأسیس های حقوقی رومی احیا گردید. بدین ترتیب، در شهرهای ایتالیا به واسطه بُعد تجاری شان زمینه بروز حقوق

ورشکستگی در مفهوم واقعی آن فراهم گردید و لذا برخی از نویسندگان، حقوق ایتالیایی را خاستگاه حقوق ورشکستگی می دانند.

اصطلاح Bankruptcy که در ادبیات حقوقی انگلیسی معادل ورشکستگی به کار می رود، در واقع برگرفته از عبارت ایتالیایی Bancahotta به معنای «نیمکت شکسته شده» است. در قرن چهاردهم تجارت و فعالان تجاری فعالیت تجاری خود را بروی نیمکت هایی در بازارهای مرکز شهر ارائه می دادند. زمانی که تاجری قادر به پرداخت دیون خود نبود، این رویه عمومی در میان بستانکاران او وجود داشت که نیمکت او را به عنوان نماد ناتوانی مالی او، بشکنند.<sup>۱۰</sup>

قواعد رومی به تدریج توسط ایتالیایی ها با نیازهای روز و اقتضات تجارت منطبق گردید و نوآوری هایی در این راستا ارائه گردید. از مهم ترین آنها این قاعده بود که «صرف توقف در پرداخت» موجب تحقق ورشکستگی است و این نظریه که معلق شدن پرداخت ها توسط بدهکار او را تابع فرآیند ورشکستگی می سازد، در تمام شهرهای اروپایی پذیرفته شد و بر تمامی نظام های حقوقی جدید اروپا (در قرون هجدهم و نوزدهم) حاکم گردید.<sup>۱۱</sup>

دیگر نوآوری مهم نظام ایتالیایی، این قاعده بود که برخی آثار ورشکستگی به مدت زمان معینی قبل از اعلام آن برگشت دارد و تمام اعمال و تصرفات حقوقی که توسط بدهکار در دوره زمانی مشرف به ورشکستگی (یعنی دوره مشکوک) انجام گرفته، باطل یا قابل ابطال است. قاعده فعلی تعیین تاریخ توقف تا چهار ماه قبل از ورشکستگی در برخی نظام ها، زاده این قاعده ایتالیایی است.

در مورد مدیریت و نظارت بردارایی ورشکسته، تقریباً در بیش تر شهرهای ایتالیایی، بستانکاران خودشان یک رئیس Magistratus انتخاب می کردند که او Curator را منصوب می کرد. فرد اخیر مدیریت

اموال ورشکسته را در اختیار گرفته و به نمایندگی یا قائم مقامی ورشکسته اقدام می کرد. علاوه بر آن کمیته های سه یا چهار گانه بستانکاران با اختیارات کامل غیر معمول نبود و با توجه به احاطه بستانکاران بر شخص ورشکسته و دارایی او، تصفیه امور ورشکسته در واقع خصوصی و نه عمومی بود. ۱۲

در این دوره، نه تنها بستانکاران متمایز از دولت، کنترل دارایی ورشکسته را در اختیار داشتند، بلکه اکثریت بستانکاران می توانستند بر اقلیت تسلط داشته باشد. در بسیاری مقررات، تصمیم اکثریت عددی یا اکثریت مطالبات می توانست نافذ باشد. (Concordat) یا قرارداد ارفاقی که به موجب آن رأی اکثریت بر اقلیت بستانکاران حاکم می شود، به طور ویژه یک تأسیس ایتالیایی بود. اکثریت لازم در ورشکستگی به درخواست بدهکار، ۳/۵ بستانکاران و در ورشکستگی به درخواست بستانکاران، ۷/۸ آنها بود. قرارداد ارفاقی می بایست به طور عمومی ثبت شود به منظور اینکه منافع تمام بستانکاران حفظ شود. به جز تقسیم اموال، هر گونه مشوق هایی می توانست به بدهکار یا بستانکاران داده شود تا در مورد قرارداد ارفاقی توافق کنند.

مقررات شهرهای مختلف در لزوم تاجر بودن ورشکسته توافق نداشتند همچنین مقررات مختلفی نسبت به تعداد بستانکارانی که برای شروع رسیدگی به ورشکستگی بدهکار متوقف لازم بود و نیز نسبت به شیوه اثبات وجود دیون و واقعه عدم پرداخت، وجود داشت. قوانین برخی از شهرها ورشکستگی را تنها در صورتی که میزان دیون بالغ بر مبلغ خاصی باشد، تجویز می کردند. ۱۳ با این همه، مقررات ورشکستگی شهرهای ایتالیایی تا حدودی سخت گیرانه بود. گاهی اوقات با ورشکسته ای که فرار کرده بود، برخورد اطمینان بخشی می شد و به آنها امان داده می شد، اما غالب اوقات، بدهکار ورشکسته شکنجه می شد تا او را وادار به تسلیم و تحویل اموال خود نمایند. این مقررات ماهیتاً جزایی نبود و صرفاً جنبه تحقیق و بازجویی

داشت. بستانکاری که ادعای نادرستی مطرح کرده بود، شدیداً عقاب می‌گردید و کسی که بیش از استحقاق خود ادعای طلب می‌کرد، جریمه‌اش از دست دادن کل طلب بود و اشخاصی که ورشکسته را در پنهان کردن اموال خود کمک می‌کردند، غالباً مجبور می‌شدند دیون ورشکسته را به طور کامل بپردازند.

در حقوق انگلیس که خاستگاه سایر نظام‌های حقوقی کامن لایی است قواعد ورشکستگی ابتدائاً در جهت جبران ضرر بستانکاران و کاملاً تنبیهی بود. از قرن سیزدهم تا قبل از شروع قرن هیجدهم، قصور در پرداخت بدهی به عنوان یک عمل غیر اخلاقی تلقی می‌شد و بدهکاران غالباً بازندان روبروی گشتند زیرا اغلب محکوم به اقامت در نواخانه یا زندان بدهکاران می‌شدند یا حتی به بردگی محکوم می‌شدند؛ البته شرایط زندان در زندان‌های بدهکاران در لندن به نحو قابل ملاحظه‌ای از سایر زندانیان متفاوت بود. بدهکاران در زندان‌ها همراه با خانواده خود زندگی می‌کردند و اجبار به کار نمی‌شدند. در سال ۱۸۲۹ تقریباً ۷۰۰۰ بدهکار در لندن زندانی بودند که در ۱۹۲۱ تعداد آنها به ۴۰۰ بدهکار تقلیل یافت.

بسیاری از نواحی استرالیا و مستعمرات اولیه آمریکا بوسیله بدهکارانی که از انگلستان رانده شده و تبعید شده بودند، آباد گشت. این سیستم بیرحمانه ورشکستگی، احیا و تجدید قوای بدهکار را به سختی تجویز می‌نمود و عملاً مانع از پرداخت مطالبات بستانکاران می‌شد. ۱۴

در حقوق انگلیس مفهوم برائت از دین ابتدا در سال ۱۷۰۵ م در مقررات ورشکستگی، که تنها برای بدهکار تجاری فراهم بود، پدیدار گشت. در این زمان، بدهکاران نمی‌توانستند ابتدا به ساکن برای برائت از دین اقامه دعوی کنند. دعوی توسط بستانکاران برای وصول طلب اقامه می‌شد و بدهکاران با درخواست برائت از بدهی به آن پاسخ می‌دادند. برای بدهکاران تجاری مستثنیاتی از قبیل البسه و اثاثیه مورد نیاز خانواده تجویز می‌شد. در سال ۱۸۴۹ قانون ورشکستگی در انگلستان تصویب شد و گواهی‌های برائت

ورشکستگان بر مبنای تقصیر قرار گرفت و سه نوع گواهی برائت تعریف گردید. نوع اول، برای بدهکار بدون تقصیر صادر می شد. نوع دوم، برای بدهکاری که تقصیراتی همانند بی احتیاطی داشته اما سوء نیت نداشت و نوع سوم، برای بدهکاری که تقصیر او ناشی از سوء نیت بود. ۱۵

در ایالات متحد آمریکا، تا قبل از پذیرش قانون اساسی، چندین ایالت دارای حقوق ورشکستگی بودند مشابه آنچه در انگلیس و فرانسه بود که در آن تنبیه و مجازات به جای تجدید قوا و اعاده حیثیت بدهکار، هدف بود. نخستین مقررات ورشکستگی آمریکا بر اساس اختیار اعطایی قانون اساسی در ۱۸۰۰ میلادی توسط کنگره تصویب شد. قانون یاد شده موقت بود و بوسیله قانون ۱۸۰۳ جایگزین شد. این قانون تقریباً خاص تجار و بانکدارانی بود که بوسیله بستانکارانشان و ادار به اعلام ورشکستگی می شدند. هدف اصلی آن حمایت از بستانکاران بود نه این که نوعی راه نجات برای بدهکاران فراهم نماید. در این قانون مقامی به نام کمیسیونر پیش بینی شده بود که نسبت به دارایی ورشکسته اعمال اختیار و تصرف می کرد. این عنوان شکل قبلی امین ورشکستگی و قاضی ورشکسته در حال حاضر است. قانون ورشکستگی ۱۸۴۱ دومین قانون ورشکستگی فدرال است که در ۱۸۴۲ لازم الاجرا شد. از ابداعات این قانون اعمال تشریفات ورشکستگی برای بدهکار غیر تاجر بود که کل بدهی آن کمتر از ۲۰۰۰ دلار باشد. مستثنیات دین در این قانون برای بدهکار حمایتی تر بود. به عنوان مثال، البسه، اثاثیه و دیگر ضروریاتی که ارزش آن بیش از ۳۰۰ دلار نباشد، به عنوان مستثنیات دین تجویز شد.

قانون بعدی ورشکستگی آمریکا مصوب ۱۸۶۷ است که متعاقب بحران اقتصادی، درخواست ورشکستگی را از جانب بستانکاران و همچنین بدهکاران اعم از تاجر و غیر تاجر و شرکت های متوقف تجویز نمود و مستثنیات دین در آن تا ۵۰۰ دلار گسترش یافت. قانون ۱۸۹۸ ورشکستگی آمریکا، امکان

رهایی بدهکار را با حذف رضایت بستانکاران برای برائت او در موارد تصفیه ورشکستگی، افزایش داد و اصطلاح امین (Trustee) را برای توصیف نماینده منتخب بستانکاران به کار برد. این قانون با وجود اصلاحات مختلف به مدت ۸۱ سال و تا زمان تصویب قانون فعلی آمریکا در ۱۹۷۸ دوام یافت. ۱۶

## ۶- تدوین حقوق مدرن ورشکستگی

در بسیاری از نظام‌های ملی، در قرن نوزدهم قوانین ورشکستگی به صورت کدهای جداگانه یا در ضمن کد تجاری تدوین گردید که نوعاً در بردارنده اصول و قواعد ذیل بود:

اول- صرف ناتوانی در پرداخت و ورشکستگی عادی ناشی از ریسک‌های تجاری، بخودی خود جرم نیست و مستوجب کیفر یا عقوبتی نمی باشد و ضمانت اجراهای کیفری صرفاً در موارد تقصیر یا تقلب در امر ورشکستگی قابل اعمال است. بعبارت دیگر، به جای اقدام علیه شخص بدهکار، کلیه اقدامات قانونی باید نسبت به اموال ورشکسته صورت گیرد.

دوم- در صورت توقف و ناتوانی تاجر یا شرکت تجاری در پرداخت دیون خود کلیه دعاوی فردی و اقدامات انفرادی بستانکاران علیه وی باید متوقف شود و به حالت تعلیق درآید و به جای تعقیب انفرادی فرآیند تعقیب جمعی ورشکسته جایگزین شود.

سوم- لغو قاعده حق تقدم و اجرای اصل تساوی بستانکاران که بر مبنای آن، دارایی ورشکسته باید میان همه بستانکاران به صورت عادلانه تقسیم گردد و ترجیح برخی بستانکاران بر بستانکاران دیگر (جز در مواردی که قانون بنابر مصلحت خاصی استثنائاً بیان داشته است) مجاز نیست.

چهارم- قاعده محرومیت ورشکسته از تصرف در اموال و دارایی خود در طول مدت ورشکستگی که بر حسب سیستم های حقوقی مختلف از زمان صدور ورشکستگی تا پایان تصفیه امور ورشکسته یا اعاده اعتبار تاجر ورشکسته ادامه دارد.

این رشته قانون گذاری ها سر آغاز تحقق حقوق ورشکستگی مدرن بود و نظام های حقوقی ملی با اعمال اصلاحات لازم در قوانین ورشکستگی که هر از چندگاه به اقتضای مصالح اقتصادی اجتماعی جامعه صورت می گرفت، به رشد و توسعه آن کمک کردند. در دهه های اخیر شاهد تحولات زیر در نظام های حقوقی ملی راجع به ورشکستگی هستیم: ۱۷

۱- توسعه قلمرو حقوق ورشکستگی به گونه ای که علاوه بر تجارت و شرکت های تجاری، اشخاص حقیقی غیر تاجر و اشخاص حقوقی غیر تجاری نیز مشمول مقررات ورشکستگی شوند. این رویکرد که ابتداء در کشورهای کامن لایی همانند انگلیس و آمریکا اتخاذ گردید به نظام های رومی ژرمنی نیز سرایت نموده است به گونه ای که در قانون جدید تجارت فرانسه، اعمال مقررات بازسازی یا تصفیه نسبت به غیر تجاران نیز پذیرفته شده است. ۱۸

۲- تجدید نظر در شرایط ورشکستگی از دیگر اصلاحات مهم قوانین مدرن ورشکستگی است. در بسیاری از نظام های رومی ژرمنی پیش تر معیار توقف برای تحقق ورشکستگی تاجر یا شرکت اعمال می گردید و به جای «عجز واقعی»، «نا توانی فعلی» در پرداخت را برای صدور حکم ورشکستگی کافی و احراز عدم کفایت دارایی تاجر یا شرکت تجاری را غیر ضروری می دانستند. تعدیلی که ابتداء در این رویکرد به عمل آمد این بود که صرف توقف و وقفه در پرداخت یک یا چند دین دلیل بر ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری نیست و دادگاه باید با در نظر گرفتن میزان نقدینگی و دارایی در گردش تاجر نا توانی او را در

پرداخت دیون احراز نماید. امروزه گرایش نظام‌های حقوقی به اعمال ضابطه احراز عدم کفایت دارایی است.

۳. حمایت از بستانکاران که سابقاً محور و هدف اصلی حقوق ورشکستگی بود، امروزه تنها یکی از اهداف قوانین ورشکستگی به شماری رود و در برخی نظام‌های حقوقی همانند آمریکا نجات بدهکار ورشکسته و احیاء و تجدید قوای اقتصادی او و بازگشت وی به روند عادی زندگی و اعاده توان معیشتی او نیز از اهداف حقوق ورشکستگی است و در قوانین ورشکستگی تمهیداتی بدین منظور پیش‌بینی شده است. حتی در فرض تصفیه و تقسیم دارایی ورشکسته میان بستانکاران، براساس بسیاری قوانین بخشی از دارایی ورشکسته قابل تقسیم نیست و به عنوان مستثنیات دین برای امرار معاش ورشکسته و خانواده وی نگه داشته می‌شود.

۴. تأمین منافع بستانکاران و بدهکار ورشکسته و نیز منافع کلی جامعه در گروه حفظ تجارت ورشکسته و بنگاه اقتصادی آسیب‌دیده است و لذا رویکرد غالب نظام‌های حقوقی در دهه‌های اخیر بر حفظ و بازسازی بنگاه‌های تجاری است.

سابقاً در برخی قوانین ورشکستگی امکان انعقاد قرارداد ارفاقی تاجر ورشکسته با طلبکاران پیش‌بینی شده بود اما این ترتیبات معمولاً بعد از صدور حکم ورشکستگی و در پروسه اجرای ترتیبات تصفیه امور ورشکسته صورت می‌گرفت اما امروزه در بسیاری نظام‌ها قرارداد ارفاقی پیشگیرانه در نظر گرفته شده است و در برخی نظام‌ها با تعریف نهاد بازسازی تمهیدات گسترده‌ای برای حفظ و بازسازی بنگاه‌های تجاری در نظر گرفته شده است و ساز و کارهای قانونی لازم برای بازسازی تجارت مختل شده فراهم شده است.

در حقوق آمریکا ورشکستگی اشخاص حقیقی یا حقوقی در عمل ممکن است منجر به بازسازی (Reorganization) یا تصفیه و تقسیم اموال (liquidation) شود. ۱۹.

### ب) ملاحظات حقوق ورشکستگی

اعتبار یا Credit از عناصر اساسی معاملات و روابط تجاری و لازمه حیاتی اقتصاد و تجارت مدرن است؛ به گونه ای که بدون آن بخش عمده ای از معادلات تجاری امکان پذیر نخواهد بود و مبادلات هم زمان و معاملات نقدی بخش کمتری از مبادلات تجاری را تشکیل می دهد. از دیدگاه کلان اقتصادی سیستم اقتصادی که صرفاً مبتنی بر معاملات نقدی باشد، بر فرض امکان، از رشد و توسعه و کار آفرینی مطلوب برخوردار نخواهد بود. پس اعتبار لازمه اقتصاد پویاست و سیستم های اقتصادی مبتنی بر اعتبار باید مکانیزمی برای تقویت یک شیوه کارآمد و قابل پیش بینی برای جریان اعتبار داشته باشند. ۲۰.

در این راستا، یکی از اهداف مهم حقوق تجارت تقویت اعتماد در روابط تجاری است. زیرا بدون تردید هیچ تاجر یا شرکت تجاری با هر مقدار سرمایه و هر میزان نقدینگی نمی تواند تمامی معاملات خود را به صورت نقدی انجام دهد و همواره بخش مهمی از خریدها و فروش های او به صورت نسیه و اعتباری خواهد بود. این امر موجب می شود مطالبات، دیون و تعهدات همواره بخش مهمی از دارایی مثبت و منفی تاجر را تشکیل دهند و هر تاجر یا شرکت تجاری در بیش تر اوقات در حالت مدیونیت قرار داشته باشد.

از سوی دیگر، تجارت همواره دارای ریسک بوده و به عبارت دیگر، ریسک و خطر عدم موفقیت و ضرر، ذاتی تجارت بوده و هست و مزید بر آن، رکود و کساد بازار و عدم وصول به موقع مطالبات، تاجر یا شرکت تجاری را در معرض ناتوانی در پرداخت قرار خواهد داد. ناتوانی تاجر یا شرکت تجاری در پرداخت

دیون خود طبیعتاً موجب تضرر بستان کاران اوست، به ویژه آن که علاوه بر تأخیر در پرداخت با عدم کفایت دارایی او به واسطه زیان های انباشته همراه شود.

پدید قصور یا ناتوانی در پرداخت، تبعات اقتصادی و اجتماعی نامطلوبی را به دنبال دارد. این پدیده اگر گسترش یافته یا عمومیت پیدا کند طبیعتاً منجر به تضعیف اعتماد یا حتی سلب نسبی اعتماد در روابط تجاری می شود، علاوه بر آن، ناتوانی در پرداخت و توقف یک تاجر یا شرکت تجاری ممکن است به نوبه خود، موجب تضعیف قدرت پرداخت و گاه ناتوانی بستان کاران نیز بشود و از آنجا که توقف یا ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری موجب زنجیره ای از اضطرابات و بی ثباتی در پرداخت های تجاری می شود، ثبات و اطمینان در معاملات تجاری را تضعیف می کند و گاه موجب وقوع دومینو و تسلسل ورشکستگی در میان بنگاه های تجاری می شود.

بدون تردید، حمایت از حقوق و منافع بستان کاران تاجر یا شرکت ورشکسته و حفظ و تقویت اعتماد در روابط تجاری از اصول و اهداف مهم حقوق ورشکستگی است. قواعد ورشکستگی مؤثر و مطلوب که بتواند منافع بستان کاران را به بهترین وجه ممکن تأمین نموده و موجبات پرداخت تمام یا بخش قابل ملاحظه ای از مطالبات آنها را به طور عادلانه فراهم نماید، می تواند موجب اطمینان خاطر بستان کاران بر پایه این باور باشد که در صورت ناتوانی بدهکار یا حتی نامساعد شدن وضعیت مالی او، مراجع ذی صلاح قانونی به موقع و به نحو مؤثر از حقوق آنها حمایت خواهد کرد و طبیعتاً این امر اعتماد را در روابط تجاری استمرار می بخشد.

از طرف دیگر، بدهکار نیز شخص حقوقی یا حقوقی است که در فعالیت تجاری یا حرفه ای خود دچار شکست شده و به سبب عواملی که در بسیاری موارد خارج از اراده او است، بخش مهمی از سرمایه و دارایی خود را از دست داده است. عواملی که در بسیاری از موارد بحران های اقتصادی یا شرایطی است که

ورشکسته‌نقشی- در تحقق آن نداشته‌است و بعضاً ناشی از سیاست‌های اقتصادی نادرست دولت‌ها یا ناکارآمدی ساختار اقتصادی جامعه‌است. از این رو، حقوق مدرن ورشکستگی اکنون دارای رویکرد ترحم‌آمیز نسبت به بدهکاران نگون‌بختی است که سرمایه و حاصل يك عمر تلاش و زحمت آنها در معرض نابودی قرار گرفته‌است، حقوق ورشکستگی به جای مجازات و تنبیه ورشکسته باید نسبت به نجات او و بازگشت وی به زندگی عادی تلاش نماید. از این رو باید حداقل امکانات مادی که برای ادامه زندگی معمولی او و خانواده‌اش لازم است، در اختیار و تصرف آنها باقی بماند و بخشی- از اموال وی به عنوان مستثنیات دین، قابل توقیف نباشد و میان بستانکاران تقسیم نشود.

قواعد وضع شده در نظام‌های ملی در دهه‌های اخیر حاکی از توسعه قلمرو مستثنیات دین است و علاوه بر اسباب واثاثیه و البسه و حوائج ضروری، سایر کسب و کار و نیز محل سکونت و اتومبیل مورد نیاز ورشکسته خانواده وی را در بر می‌گیرد.<sup>۲۱</sup>

حمایت نسبی از ورشکسته محدود به مستثنیات دین نیست و رویکرد قواعد ورشکستگی در بسیاری از نظام‌های حقوقی بر احیا و نجات ورشکسته و بازسازی فعالیت اقتصادی او است تا هم موجبات برگشت وی و خانواده‌اش به زندگی عادی فراهم شود و هم منافع و مصالح جامعه حفظ و تأمین گردد.<sup>۲۲</sup>

علاوه بر بعد اقتصادی، ورشکستگی تجار و شرکت‌های تجاری بزرگ به ویژه در فرضی که موجب انحلال يك بنگاه اقتصادی شود، دارای بعد اجتماعی نیز می‌باشد. زیرا انحلال یا تجزیه بنگاه‌های اقتصادی می‌تواند موجب بیکاری کارکنان آن و از دست رفتن بخشی- از فرصت‌های شغلی جامعه شود و این امر نیز به نوبه خود ممکن است تبعات منفی و آسیب‌های اجتماعی دیگری نیز در پی داشته باشد، علاوه بر بیکاری کارکنان، انحلال و ورشکستگی يك شرکت تجاری موجب تضرر سهام‌داران آن می‌شود،

زیرا باعث کاهش ارزش یا از بین رفتن مالیت سهام شرکت خواهد شد. در نتیجه افزایش تعداد ورشکستگی شرکت‌ها موجب کاهش اقبال صاحبان پس انداز به سرمایه‌گذاری در شرکت‌ها و مآلاً سبب تضعیف بازار سرمایه و کاهش میزان سرمایه‌گذاری در جامعه و کاهش رشد اقتصادی یا منفی شدن آن و نیز عدم ایجاد فرصت‌های شغلی جدید و حتی از بین رفتن بخشی از فرصت‌های شغلی موجود است.

از این رو اکثر نظام‌های حقوقی اعم از کامن لایی و روی-ژرمنی با توسعه حقوق ورشکستگی، ترتیبات قانونی و اجرایی متنوعی را برای بازسازی و نو سازی بنگاه‌های اقتصادی پیش‌بینی نموده‌اند. این رویکرد محدود به تجار و شرکت‌های تجاری نمی‌شود و اشخاص حقیقی دارای فعالیت حرفه‌ای از جمله کشاورزان را که در کسب و کار خود دچار «وضعیت مالی نامطلوب» شده‌اند، در بر می‌گیرد. بدیهی است در بسیاری موارد تداوم یک فعالیت اقتصادی بهتر از توقف آن است و شرکت تجاری که تجارت آن تداوم دارد با ارزش تراز شرکتی است که در حال تصفیه است. ۲۳

حقوق مدرن ورشکستگی گزینه‌های مختلفی در برخورد با وضعیت توقف یا ناتوانی در پرداخت پیش‌بینی نموده است لیکن اولین ترجیح و انتخاب آن بازسازی بنگاه اقتصادی یا احیاء فعالیت حرفه‌ای مورد نظر است. با اجتناب از تصفیه، بنگاه‌های تجاری می‌توانند نقدینگی و دارایی در جریان خود را برای تداوم فعالیت‌های خود حفظ کنند و این امری تواند ارزش اقتصادی بیش‌تری برای بستانکاران فاقد وثیقه فراهم نماید. این سرمایه جریان همچنین می‌تواند به بنگاه‌های تجاری اجازه دهد تا کارکنان خود را برای تداوم فعالیت تولیدی و عرضه خدمات حفظ نمایند. علاوه بر آن، نتیجه مطلوب بازسازی بیشینه‌سازی دارایی و اموالی است که در دسترس بستانکاران است و بواسطه آن زیان جامعه به حداقل خود می‌رسد. ۲۴

تمهیدات و ترتیبات بازسازی که مستلزم تشریک مساعی بدهکار، بستان کاران، مراجع قضایی و نهادهای اداری مسئول است، در نظام های حقوقی مختلف متنوع قابل توجهی به خود گرفته است و در بسیاری از موارد شامل بنگاه های اقتصادی که علائم وضعیت مالی نامساعد در آنها هویدا شده نیز می شود تا نسبت به نجات و رفع مشکلات مالی آن ها قبل از ورود در ورطه ورشکستگی اقدام و مساعدت های لازم از ناحیه دولت و دستگاه های مسئول و بستان کاران صورت گیرد و قاعد پیشگیری بهتر از درمان است، نسبت به آنها اعمال شود.

با این همه، ترتیبات بازسازی ممکن است همیشه مؤثر واقع نشود و دستیابی به اهداف بازسازی، مستلزم مطالعه و بررسی دقیق و همه جانبه شرایط بنگاه اقتصادی دارای وضعیت مالی نامساعد است و برحسب اینکه درخواست بازسازی از ناحیه چه کسی ارائه شود، بدهکار یا بستان کاران او باید طرح جامعی را برای فرآیند بازسازی ارائه کنند.

واقعیت آن است که حقوق ورشکستگی در عمل نمی تواند از شکست های تجاری ممانعت و جلوگیری نماید و ترتیبات بازسازی که در قوانین و ورشکستگی کشورها پیش بینی شده است برای بازسازی و ساماندهی مجدد شرکت ها و بنگاه هایی طراحی شده است که واقعاً قابل نجات باشند. در برخی موارد ممکن است دارایی و اموالی بی جهت برای استمرار فعالیت تجاری ناکارآمد حفظ و نگهداری شود بدون اینکه نتیجه مطلوبی جز تحمیل برخی هزینه ها بر بستان کاران، داشته باشد. ۲۵ بنابراین برخلاف آنچه تصور می شود، ترتیبات بازسازی به جای آنکه همانند یک سپر عمل نماید، همانند یک شمشیر دولبه است.

### ج) بایسته‌های فقهی حقوق ورشکستگی

مطالعه مقررات حقوق اسلامی در باب مسئله، ناتوانی اشخاص در پرداخت دین، و مقایسه آنها به روشنی نشان سرآمدی حقوق اسلامی و پیشگامی آن در اتخاذ رویکرد مناسب و منطقی است که علاوه بر ملاحظات انسانی و اخلاقی، حقوق اطراف قضیه و مصلحت جامعه را به خوبی مورد لحاظ قرار داده است.

در بررسی تحولات حقوق ورشکستگی در نظام‌های حقوقی عرفی دیدیم که تقریباً در دوره باستان و قرون وسطی شخص بدهکار و وثیقه عام دیون و تعهدات خود بود و در صورت ناتوانی در پرداخت، بستان کاران می‌توانستند علاوه بر اقدام نسبت به اموال و توقیف دارایی او، علیه شخص وی نیز اقدام نمایند. صرف ناتوانی از عدم پرداخت گناه نابخشودنی محسوب می‌شد و صرف نظر از تقصیر یا بی‌تقصیری مدیون، ضمانت اجراهای کیفری نسبت به او اعمال می‌گردید تا جائی که در برخی جوامع بستانکار یا بستانکاران می‌توانستند بدهکار را بردگی گرفته یا به قتل برسانند. چنین رویکرد غیر انسانی نظام‌های عرفی که در برخی کشورهای اروپایی تا قرون ۱۴ و ۱۵ میلادی نیز تداوم داشت، هیچگاه مورد تأیید شریعت متعالی اسلام نبوده است و مطابق مقررات اسلامی که از همان آغاز یعنی از قرن هفتم میلادی در جوامع اسلامی حاکم بوده است نه تنها صرف ناتوانی در پرداخت جرم یا گناه محسوب نمی‌شد است، بلکه بدهکاری که قادر به پرداخت دیون خود نبود، مشمول رأفت اسلامی و مورد حمایت مقررات شریعت قرار می‌رفت.

بر اساس شریعت اسلامی، شخص بدهکاری که به جز مستثنیات دین اموال دیگری برای پرداخت دیون خود نداشته باشد، معسر شناخته می‌شود و با احراز اعسارش مشمول آیه شریفه «و ان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة»<sup>۲۶</sup> قرار می‌گرفت. یعنی تا زمان ملائت و بدست آوردن توانایی در پرداخت باید به او مهلت داده شود و بستان کاران حق هیچ گونه تعرضی نسبت به وی را ندارند.<sup>۲۷</sup> در حقوق اسلامی، ضرب المثل حقوقی

المفلس فی امان الله رایج است که نسبت به شخص معسر یا مفلسی که توانایی پرداخت نداشته یا دارایی او میان بستان کاران تقسیم شده اما کفایت ننموده است، اعمال می شود.

تنها برخورد قهری که صرفاً از سوی حاکم و نه بستانکاران مجاز است، حبس مدیونی است که به ظاهر ملائت دارد اما از پرداخت دیون خویش خودداری و استنکاف می کند. چنین حبسی، کیفر ندارد و صرفاً برای وادار کردن مدیون به معرفی اموال و پرداخت مطالبات بستانکاران است. البته اگر بدهکار اموالی به جز مستثنیات دین نداشته باشد به راحتی می تواند با اثبات اعسار خود، از حبس رها شود.

در حالی که دو قاعده اصلی ورشکستگی یعنی تعلیق دعاوی فردی بستانکاران و تعقیب جمعی بدهکار ورشکسته و نیز اصل تساوی بستانکاران بدون وثیقه و تقسیم عادلانه دارایی ورشکسته میان بستانکاران به نسبت طلب آنها، تنها در چند قرن اخیر مورد شناسایی اکثر نظام های حقوقی رومی ژرمنی و کامن لایی قرار گرفته است.

از ۱۴ قرن پیش یعنی از زمان پیدایش شریعت اسلامی، قواعد یاد شده در حقوق اسلامی نسبت به بدهکار ناتوان در پرداخت دیون خویش که اموالی اضافه بر مستثنیات دین داشته باشد، اعمال می شود. ۲۸ تنها تفاوت شریعت اسلامی با نظام های حقوقی عرفی در این مسئله موضوع حال نشدن دیون مؤجل مُفلس یا ورشکسته به صرف صدور حکم تفلیس است که البته برخی از فقیهان امامیه این راه حل را هم در مورد دیون مؤجل ارائه داده اند که باتوافق مدیون مفلس و طلبکاری که طلبش مؤجل است و اسقاط أجل در برابر کم کردن درصدی از طلب، طلب مزبور هم حال می شود و حصه می برد. ۲۹

از دیگر جنبه های مثبت حقوق اسلامی، قاعده مستثنیات دین است که مطابق با آن بخشی از اموال بدهکار که مورد نیاز وی و عائله او برای امرار معاش و ادامه زندگی شرافتمندانه است، قابل توقیف نبوده و

میان بستانکاران و رشکسته تقسیم نمی شود. ۳۰ این قاعده که در حقوق اسلامی براساس ملاحظات انسانی، اجتماعی وضع شده است در نظام های حقوقی عرفی در چند قرن اخیر به صورت بسیار محدود اعمال می شده است و به تدریج در دهه های اخیر قلمرو آن توسعه یافته به گونه ای که در نظام های کامن لایی همانند انگلیس و آمریکا مستثنیات دین علاوه بر اسباب و اثاثیه و مایحتاج ضروری شامل وسایل کسب و کار و مسکن و اتومبیل مورد نیاز و رشکسته شده است. در نتیجه، نظام های عرفی پس از فراز و نشیب طولانی، در دهه های اخیر به همان ضوابط و معیارهایی رهنمون شده اند که از دیرباز در حقوق اسلامی اعمال می گردید. شریعت اسلامی در اعمال مقررات افلاس تفاوتی میان تاجر و غیر تاجر قائل نشده و کلیه بدهکارانی را که «قادر به پرداخت دیون خود» نباشند، در برمی گیرد. نظام های حقوقی ملی نیز اکنون به این نتیجه رسیده اند که قلمرو اعمال مقررات و رشکستگی به ویژه در فصول بازسازی و تصفیه را گسترش دهند و علاوه بر تجار و شرکت های تجاری، کشاورزان و صاحبان حرف و همچنین مؤسسات غیر تجاری را مشمول این مقررات نمایند. در خصوص معیار و رشکستگی بسیاری از سیستم های حقوقی امروزه به همان معیاری رهنمون شده اند که از دیرباز در شریعت اسلامی اعمال می شود. اکنون به جای معیار «توقف در پرداخت»، معیار «عدم کفایت دارایی» را براساس تراز دارایی مثبت و منفی مدیون اعمال می کنند. البته در شریعت اسلامی در احراز عدم کفایت و قصور دارایی مدیون، تنها دیون حال شده او ملاک محاسبه قرار می گیرد اما در نظام های عرفی دیون و تعهدات مؤجل مدیون نیز مورد لحاظ قرار می گیرد.

از پیشرفت های حقوق و رشکستگی پیش بینی فرآیند بازسازی برای حفظ و تداوم فعالیت بنگاه اقتصادی دارای وضع مالی نامساعد است. در شریعت اسلامی اگر چه مقررات ویژه ای تحت این عنوان پیش بینی نشده است لیکن ظرفیت این امر در این نظام آرمان گرا به خوبی وجود دارد و براساس اصول و

قواعد باب اعسار و افلاس و مبانی آنها، وضع مقرراتی برای بازسازی بنگاه‌های اقتصادی دارای مشکل مالی و حفظ مشاغل و حرف هیچ گونه مشکل یا مانع فقهی ندارد. زیرا یکی از اهداف کلی شریعت، حفظ نظام اقتصادی و معیشتی جامعه اسلامی است و لذا ترتیبات و طرح‌های بازسازی به ویژه در فرضی که مورد موافقت و رضایت بستان کاران باشد، مورد تأیید قانون گذار اسلامی نیز خواهد بود.

از امتیازات حقوق اسلامی پیش بینی ترتیباتی برای کمک به بدهکارانی است که توانایی پرداخت دیون خود را ندارند. بر اساس برخی روایات، دولت و حاکم اسلامی می تواند و بلکه وظیفه دارد از محل بیت المال به این دسته از بدهکاران کمک و مساعدت مالی نماید و بر اساس موازین فقهی، مبتنی بر آیه ۶۰ از سوره توبه و روایات باب زکات، یکی از مصارف زکات کمک به بدهکاران (الغارمین) و پرداخت دیون آنهاست.<sup>۳۱</sup> این امر به خوبی بیانگر آن است که دولت اسلامی وظیفه دارد تمهیدات و ترتیبات لازم را برای بهبود وضعیت این اشخاص و بازسازی فعالیت های اقتصادی سودمند، در نظر بگیرد.

پی نوشت

\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم

آدرس اینترنتی نویسنده drabdipour@yahoo.com

۱. Levinthal Louis Edward, The Early History of Bankruptcy Law, p. ۲۲۸-۲۳۱

۲. Herman Post, Grundriss der Ethnologischen Jurisprudenz Vol. ۲, p. ۵۷۷ cited by Levinthal

Ibid, p. ۲۲۵

٣. Levinthal. Ibid. p. ٢٣١
٤. Brissaud. Jean. A History of French Private Law. p. ٥٦٤
٥. Levinthal. Ibid. p. ٢٣١
٦. Webster. Pamela. et al. Practical Bankruptcy Law for the Paralegal. p. ٢
٧. Webster. Pamela. et al. Ibid. p. ٢ Levinthal. Ibid. p. ٢٣٩
٨. Degenkolb “magister and curator in Altromischen concurs (١٨٩٧)” cited by ledlie. The Institutes of Roman Law. P ٣٠٤.
٩. Koler. Lehrbuch des Konkursrechts. p. ٢٢٣ cited by Levinthal. Ibid. p. ٢٤٤
١٠. Webster. Pamela. et al. Ibid. p. ٢
١١. levinthal. Ibid. p. ٢٤٣
١٢. Ibid.
١٣. Webster. Pamela. et al. Ibid. p. ٣
١٤. Webster et al. Ibid. p. ٣
١٥. Frey. Martin. et al. Introduction to Bankruptcy law. p. ٢
١٦. Klee. Kenneth. Legislative History of the New Bankruptcy Law. p. ٩٤١ frey. Martin. et al. Ibid. p. ٤.
١٧. Judge. Stephen. Business law. p. ٥٨١-٥٣٨ Hautcoeur. Pierre- Cyrille & Levratto. Nadine. Bankruptcy Law and Practice in ١٩th Century France. p. ٤-٣

١٨. French Commercial Code Article L.٢-٦٤٠
١٩. Webster Pamela et al. Ibid. p.١
٢٠. Rhim Alexandra. Reorganization Schemes under Insolvency Act of ١٩٨٦ p.٩٨٩
٢١. Judge Stephen. Ibid. p.٥٤٢ Webster Pamela et al. Ibid. p.٢
٢٢. Rhim Alexandra. Ibid. p.٩٩٠
٢٣. Davies Paul L. Gower & Davies Principles of Modern Company Law p.٨٠٢
٢٤. Frey Martin et al. Introduction to Bankruptcy Law p.١١-١٠ Rhim Alexandra. Ibid. p.٩٨٩
- ٩٩٢.
٢٥. Rhim Alexandra. Ibid. p.٩٩٣

٢٦. بقره: ٢٨٠.

٢٧. شيخ طوسي، المبسوط في فقه الإماميه، ج ٢، ص ٢٧٨؛ علامه حلي، تذكرة الفقهاء، موسسه آل البيت، ج ١٣، ص ١٧؛ كاشف الغطاء، محمد حسين، تحرير المجله، المكتبة المرتضويه، ١٣٥٩ ش، ج ٢ قسم ١، ص ١٧١.

٢٨. محمد حسن نجفي، جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام، ج ٢٥ ص ٢٨٨؛ شيخ طوسي، همان، ج ٢، ص ٢٥٠؛ امام خميني، تحرير الوسيله، ج ٢، ص ١٨؛ شهيد ثاني، المسالك الافهام، ج ٤، ص ٨٥.

٢٩. محمد حسن نجفي، همان، ج ٢٥، ص ٢٥٠.

٣٠. شهيد ثاني، همان، ج ٤ ص ١٢٢.

٣١. مؤلف جواهر الكلام در جلد ٢٥، ص ٣٥٧ كتاب خود می نویسد: «والغارمین قوم قد وقعت عليهم ديون أنفقوها في طاعة الله من غير إسراف، فيجب على الامام (عليه السلام) أن يقضي عنهم ويفكهم من مال الصدقات» ایشان سپس به روایات زیر استناد می کند: خبر الحسین ابن علوان المروي عن قرب الاسناد عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) «أن عليا عليه السلام كان يقول: يعطى المستدينون من الصدقة والزكاة دينهم كله إذا استدانوا في غير سرف» وخبر محمد بن سليمان المروي في الكافي في باب الديون «عن رجل من أهل الجزيره يكنى أبانجار قال: سأل الرضا (عليه السلام) رجلا وأنا أسمع فقال له: جعلت فداك إن الله عز وجل يقول «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ» أخبرني عن هذه النظرة التي ذكرها الله تعالى في كتابه لها حد يعرف إذا صار هذا المعسر إليه لا بد من أن ينظروا قد أخذ مال هذا الرجل وأنفقه على عياله وليس له غلة ينتظر إدراكها، ولا دين ينتظر محله، ولا مال غائب ينتظر قدومه، قال: نعم ينتظر بقدر ما ينتهي خبره إلى الامام (عليه السلام) فيقضي عنه ما عليه من الدين من سهم الغارمين إذا كان أنفقه في طاعة الله، فان كان أنفقه في معصية الله فلا شيء على الامام (عليه السلام) له قلت: فما هذا الرجل الذي ائتمنه وهو لا يعلم فيما أنفقه في طاعة الله عز وجل أم في معصيته؟ قال: يسعى له في ماله ويرده عليه وهو صاغر، وخبر صباح بن سياه عن الصادق (عليه السلام) المروي فيه أيضا قال: «قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): أيما مؤمن أو مسلم مات وترك ديناً لم يكن في فساد ولا إسراف فعلى الامام أن يقضيه، فان لم يقضه فعليه إثم ذلك» وخبر موسى بن بكر المروي في الكافي، قال: «قال لي أبو الحسن (عليه السلام): من طلب هذا الرزق من حله ليعود به على نفسه وعياله كان كالمجاهد في سبيل الله، فان غلب عليه فليستدن على الله وعلى رسوله ما يقوت به عياله، فان مات ولم يقضه كان على الإمام قضاؤه، فان لم يقضه كان عليه وزره، إن الله عز وجل يقول: «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ-

إلى قوله- وَالْغَارِمِينَ، وهو فقير مسكين مغرم. علاوه بركتاب فروع الكافي، ج ١، ص ١٥٨، ر.ك:  
الحرا العاملی، وسائل الشيعة، ج ٤، ص ٢٠٥-٢٠٤.

الف) منابع عربی

۱. الکاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، تهران: المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۹ ش.
۲. امام خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۳.
۳. المحرر العاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، تهران: المكتبة الاسلامیه، ۱۴۰۳ ق.
۴. جبل عاملی (شهید ثانی)، زین الدین، المسالك الافهام، قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۵. شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ش.
۶. علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، قم: موسسه آل البيت، ۱۴۲۳ ق.
۷. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸.

ب) منابع انگلیسی

- ۲ (۱۹۱۲). Brissaud Jean Howell Rapelje) Translator. (A History of French Private Law. V. ۸. Kessinger Publishing. ۲۰۰۸.
۹. Davies. Paull. Gower & Davise Principles of Modern Company Law. London : Sweet & Maxwell. ۲۰۰۳.
۱۰. Frey. Martin. et al. Introduction to Bankruptcy Law. ed. New York : Thomson & Delmar Learning. ۲۰۰۷.
۱۱. French Commercial Code.

12. Hautcoeur, Pierre-Cyrille & Levratto, Nadine. Bankruptcy Law and Practice in 19th Century France. WORKING PAPER No. 29-2007 available at : <http://hashs.archive-ouverte.fr/docs/28/28/08/00/PDF/wp.200729.pdf>.
13. Judge, Stephen. Business law. London : Macmillan Press LTD. 1999.
14. Klee, Kenneth. Legislative History of the New Bankruptcy Law. Depaul Law Review. Vol. 28. pp. 96, 1979-981.
15. Levinthal, Louis Edward. The Early History of Bankruptcy Law. University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. Vol. 76. No) 7/5. Apr. (1918. pp- 223. 250.
16. Rhim, Alexandra. Reorganization Schemes under Insolvency Act of 1986 Chapter 11 as a Springboard for Discussion 16. Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review. (1998) 980
17. Sohm, Rudolph. The Institutes of Roman Law. Translated by Ledlie, James C. New Jersey : Gorgias Press L.L.C. 2002.
18. U.K Insolvency Act. 1986, 1998
19. U.S Code. Title 11 Bankruptcy.
20. Webster, Pamela. et al. Practical Bankruptcy Law for the Paralegal 3rd ed. New York : West legal Studies. 2003.