مجله علمی پژوهش در حقوق، فقه، فلسفه و الهیات (سال دوم)
شماره۵/ پاییز ۱۳۹۵ / ص۱۲-۱

مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی قرارداد ارفاقی پیشگیرانه در حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا

مریم دانشی کهنی[۱]، سید عطا الله صالحی[۲]، علی رفیعی مقدم[۳]

[۱] کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید باهنر کرمان

[۲] عضو هیئت علمی دانشکده حقوق و الهیات دانشگاه شهید باهر کرمان

[۳] عضو هیئت علمی دانشکده حقوق و الهیات دانشگاه شهید باهر کرمان

نام و نشانی ایمیل نویسنده مسئول:

مریم دانشی کهنی

چکیده

قرارداد ارفاقی پیشگیرانه قراردادی است که متعاقب قرار گرفتن تجار در وضعیت توقف و پس از تقاضا انعقاد آن میان تاجر متوقف و تمام یا اکثریت طلبکاران وی برای سر و سامان دادن به مطالبات طلبکاران منعقد گردیده و در صورت تصدیق توسط دادگاه الزامی می‌شود و ازاین طریق از ورشکستگی تاجر جلوگیری می نماید. این قرارداد که در حقوق کشور ما تنها راه بازسازی وضعیت مالی تاجرمتوقف و رهایی وی از ورشکستگی و آثار سو آن است در حقوق آمریکا به عنوان یکی از چندین روش بازسازی مورد استفاده اشخاص بدهکار قرار می گیرد.مطالعه ی تطبیقی مقررات این قرارداد در لایحه‌ی قانون تجارت باقانون کشور پیشرو در طرح آن یعنی آمریکا بیانگرآن است که این نهاددرهردوکشور دارای ماهیت قراردادی با مشخصه های یکسان است بدین نحو که قرارداد ارفاقی پیش گیرانه در عین تفاوت در شرایط انعقاد و انحلال و همین طور آثار ناشی از آن ها در حقوق ایران و و ایالات متحده آمریکا ، برطبق قواعد عمومی قراردادهای دو کشور در زمره عقود فردی ، تشریفاتی ، لازم و عهدی قرار می گیرد.

واژگان کلیدی: قرارداد ارفاقی پیش‌گیرانه، طرح بازسازی، جلوگیری از ورشکستگی، لایحه جدید قانون تجارت، حقوق ایالات متحده آمریکا

مقدمه

قانون تجارت کنونی ایران با بیش از هفتاد سال سابقه، مقتبس از قانون قدیم فرانسه مصوب ۱۸۰۷ میلادی می باشد .در این قانون نظام ورشکستگی قانون تجارت فعلی با محوریت وفای به عهد بر پرداخت دیون استوار است ومانند قانون قدیم فرانسه حمایت از طلبکاران را در اولویت قرار داده است. درحالی که با دگرگون شدن وضعیت اقتصادی ایران و جهان ضرورت پیش بینی قواعدی پویا و کارآمد و متناسب با اقتصاد کنونی احساس می شود; قانون منسجم و منظمی که بتواندبا تضمین امنیت شغلی تاجر و کارگران به پویایی و سرعت اقتصاد ملی کمک کند.

همین نیاز منجر به تدوین لایحه جدید قانون تجارت گردید که در مقایسه با قانون تجارت و بالاخص در باب ورشکستگی دارای نقاط قوتی از قبیل: طبقه‌بندی فعالیت‌های تجارتی بر مبنای اقتصاد نوین، سازگاری با کنوانسیون‌های بین‌المللی،ابهام‌زدایی از تعاریف و مفاهیم به کار رفته در قانون، توسعه اقتصاد رسمی و پیشگیری از اقتصاد غیررسمی، شفاف‌سازی فضای تجارتی، تحول در مقررات جزائی، برطرف کردن خلاء های قانونی، تقویت ضمانت اجراها، پیش بینی نهادهای جدید، امکان به روز نمودن ارقام ریالی و از همه برجسته تر تغیر ساختار ورشکستگی و ایجاد نهاد قرارداد ارفاقی پیشگیرانه با الهام از حقوق کشورهای پیشرفته درجهت جلوگیری از ورشکسته اعلام شدن تاجرمتوقف و اثرات سو آن بر فعالیت های تجاری و تجار می بشد.این نهاد که مواد تمام فصول باب هفتم لایحه را(مواد ۸۳۵ تا ۹۳۷) به خوداختصاص داده است عبارت است از قراردادی که به موجب آن بدهکار پیش از صدور حکم ورشکستگی با جلب نظر مساعد بستانکاران با هدف ادامه فعالیت تجاری و پرداخت طلب بستانکاران با رعایت تشریفات خاص قانونی منعقد می نماید.

در قانون تجارت قرارداد ارفاقی با فقدان وصف پیشگیرانه پس از اعلام توقف وورشکستگی تاجر و ممنوعیت وی از مداخله در اداره اموالش درراستا رفع این ممنوعیت و ایجاد امکان ادامه فعالیت های تجاری توسط تاجر و پرداخت بدهکاری های وی تجویز شده است در درحالی که قرارداد ارفاقی پیشگیرانه پیش از صدور حکم ورشکستگی تاجر و تبعات منفی ای که برای وی به همراه دارد چنین امکانی را برا تجار فراهم کرده و موجب می گردد که طلبکاران نیز در زمانی کوتاه تر نسبت به سابق طلب خود را وصول کنند ضمن آنکه تفاوت های این دو قرارداد تنها محدود به زمان انعقاد آن ها نبوده و قواعد مربوط به قراردادارفاقی پیش گیرانه تفاوت های عمده ایی با قراردادارفاقی معمول دارد که آن را به نهادی کاملا مستقل با ویژگی ها و امتیازات خاص خود تبدیل می کند.

قانون‌گذار در این لایحه تلاش نموده است که راهی را که ورشکستگی سنتی و تصفیه اموال بدهکار آغاز کرد امروزبا الگو برداری از قوانین کشور های پیشرفته در عرصه حقوق ورشکستگی، متحول گرداند تا از این طریق به احیا شرکت‌های تجاری دچار بحران کمک کند. بنابر آنکه مقررات قرارداد ارفاقی پیش گیرانه برای اولین بار درسال ۱۹۷۷ در حقوق ایالات متحده آمریکا مطرح گردیده است و از آنجا به حقوق ورشکستگی سایر کشور ها راه یافت است و با توجه به اینکه قانون ورشکستگی ایالات متحده در زمره پیشرفته ترین قوانین ورشکستگی دنیا و یا حتی پیشرفته ترین آن ها می باشد ،مطالعه ی تطبیقی مقررات آن در باب این نهاد نو تاسیس در کشور ما با مقررات لایحه قانون تجارت ،موجب تبیین بهتر و کامل تر این قرارداد می گردد فلذا در این مقاله پیش از بررسی سایر امور مطالعه ی تطبیقی ماهیت این قرارداد را در حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا در دستور کار قرارداده ایم.

۱- مفهوم و مبانی قرارداد ارفاقی پیش‌گیرانه

در حالی که در قانون تجارت ما قراردادارفاقی به عنوان قراردادی که پس از اعلام ور شکستگی [۱]تاجر[۲] برای اعاده وضعیت حقوقی او به پیش از ورشکستگی مطرح گردیده بود . "قرارداد ارفاقی پیش گیرانه" عنوان جدید است که برای نخستین بار درماده ۸۸۳ لایحه قانون تجارت به کاررفته است[۳] ، ضمن اینکه عنوان باب چهارم از کتاب ورشکستگی به این قرارداد اختصاص داده شده است ، اما همان طور که قانون گذار سال ۱۳۱۱ از ارائه ی تعریف قرارداد ارفاقی سرباز زده بود ،قانون گذار جدید نیز صرفا به شرایط انعقاد و انحلال و آثار حقوقی

---

[۱] - حالت یک تاجر یا شرکتی تجاری است که از پرداخت بدهی‌های خود ناتوان شده و نمی‌تواند تعهدات خودرا عملی کند .رشکستگی باید به موجب حکم دادگاه اعلام شود و تا زمانی که دادگاه حکم ورشکستگی را صادر نکرده، ورشکستگی تاجر ثابت نمی‌شود .تاجر از زمان صدور حکم ورشکستگی، دیگر حق دخالت در امور مالیش را ندارد و به جای او مدیر تصفیه یا اداره تصفیه امور ورشکستگی به این امور می‌پردازد. اثر دیگر صدور حکم ورشکستگی این است که اگر تاجر، معاملاتی انجام داده باشد، از زمان توقف حسب مورد می‌توان این معاملات را باطل یا به عبارتی بطلان این معاملات را از دادگاه درخواست کرد.

[۲]- تاجر کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجارتی قرار بدهد.در ماده ۲ قانون تجارت معاملات تجاری نام برده شده اند .

[۳] - ماده ۸۸۳ - ((حکم ورشکستگی تاجر در صورت توقف وی از تأدیه وجوه ی که برعهده اوست صادر می شود، مگر اینکه مطابق این قانون کفایت اموال وی نسبت به دیون او احراز شود یا علی رغم عدم احراز کفایت اموال نسبت به دیون تاجر، قرارداد ارفاقی پیشگیرانه منعقد گردد و پس از انعقاد، این قرارداد فسخ یا ابطال نشده باشد.))

این قرارداد پرداخته است. فلذا توضیح و تبیین مفهوم و مبانی این اصطلاح جدید حقوقی ضرورتی است که در این مبحث به آن همت گمارده ایم.

۱-۱- مفهوم

در فصل ۱۱ از قانون ورشکستگی ایالات متحده آمریکا تحت عنوان بازسازی [۱] از عنوانی به نام طرح [۲] نام برده می شود.طرح که برخلاف سایرمفاهیم موجود در این قانون ، توسط قانون گذار تعریف نشده است عبارت است از: برنامه ایی که از طریق آن تجارمتوقف [۳] با جلب رضایت طلبکاران در جهت ادامه فعالیت شغلی خود و پرداخت مطالبات طلبکاران در آینده اقدام می نمایند .

برطبق کد ورشکستگی آمریکا طرح باز سازی[۴] قراردادی است که متعاقب قرارگرفتن تاجر یا شرکت تجاری در وضعیت توقف و پس از تقاضا انعقاد آن ،میان تاجر متوقف و تمام و یااکثریت طلبکاران وی برای تعیین تکلیف نحوه پرداخت مطالبات آن ها منعقدمی گردد. و در نهایت باید مورد تصدیق دادگاه قرارگیرد.

طبق لایحه جدید قانون در صورتی که با درخواست ورشکستگی ، حکم بر توقف تاجر صادر گردد دادگاه اقدام به مهرو موم اموال وی و تعیین امین و مدیر تصفیه به جهت اداره اموال وی و همین طور تشخیص مطالبات و تشکیل جلسه طلبکاران می زند تا در این جلسه طلبکاران در خصوص ورشکستگی تاجر تصمیم بگیرند حال اگر تاجر درضمن درخواست ورشکستگی یا حداکثر تا بیست روز پس از آن ،انعقاد قرارداد ارفاقی پیشگیرانه را به طور کتبی به همراه پیش نویس و یا طرح آن و سایر مدارک لازم قانونی از دادگاه درخواست نماید این درخواست در جلسه عمومی بستانکاران مطرح شده و در صورت عدم وجود موانع قانونی[۵] و موافقت تمام یااکثریت عددی طلبکاران که بیش از دو سوم کل طلب رااز ورشکسته داراهستند [۶] و درنهایت تصویب قرارداد توسط دادگاه ، تاجر متوقف را از صدور حکم ورشکستگی وآثار[۷]و اقدامات[۸] قانونی متعاقب آن مصون می گرداند .[۹] آن دسته از طلبکارانی نیزکه قرارداد را امضاء نکرده اند می توانند سهم خود را از دارایی موجود تاجربه میزان آنچه که در صورت صدور حکم ورشکستگی و تصفیه اموال از دارایی تاجر به آنها می رسد، دریافت کنند.ولی نسبت به دارایی های آینده تاجر، طلبکاران امضا کننده در وصول طلب خود نسبت به آن ها اولویت دارند.

امروزه در رویه قضایی ایالات متحده آمریکا براساس زمانی که طرح بازسازی مورد تصویب مجمع بستانکاران قرار می گیرد و لزوم و یا عدم لزوم تصدیق آن توسط دادگاه صالح ، شیوه های مختلف بازسازی وضعیت ورشکسته از یکدیگر تفکیک می گردند که متاسفانه تنها یکی از این روش ها که به پرونده های ورشکستگی" از پیش مذاکره شده" یا " pre negotiated bankruptcy" معروف است تحت عنوان "قراردادارفاقی پیش گیرانه" وارد لایحه قانون تجارت ما گردیده است.

تشابه سازوکارهای این مفهوم جدید با مفهوم قرارداد ارفاقی[۱۰] علت این نامگذاری است .به نحوی که از آنجایی که این قرارداد برای ایجادامکان تصرف تاجرمتوقف در اموال خود وهمینطورمهلت دادن به او برای پرداخت بدهی ها بین او وطلبکارانش منعقد می گردد ارفاقی نامیده شده است.[۱۱] (سکینی،ربیعا،جزوه حقوق تجارت ۴،ص۳۵) اما عنوان "پیش گیرانه" آن ناشی ازتاثیر این قرارداد در پیش گیری از

---

[1]- Reorganization

[2] -Plan

[۳] - توقف عبارت است از ناتوانی تاجر در پرداخت بدهی های خود از محل دارایی های سهل الوصول او

[4] Plan of reorganization

[۵] - ۱-عدم تقدیم ضمائم موضوع ماده ۱۰۳۲ ۲-محکومیت قطعی تاجر به تقلب ۳-محکومیت قطعی تاجر به جعل، خیانت در امانت و صدور چک پرداخت نشدنی در دو سال آخر منتهی به تقدیم دادخواست یا درخواست ۴-گذشت بیش از یک سال از کناره گیری تاجر از تجارت تا روز تشکیل جلسه مجمع عمومی بستانکاران .برای مطالعه بیشتر رک به فصل دوم شرایط انعقاد

[۶] - ماده ۱۰۲۹ لایحه قانون تجارت

[۷] - ۱. منع مداخله تاجر در اموال خود.۲. ممنوعیت از مداخله در دعاوی مالی .۳. تعلیق دعاوی مالی فردی علیه وی ۴. بطلان معاملات.۵. حال شدن دیون مؤجّل.۶. سلب اعتبار.۷. محرومیت از برخی حقوق سیاسی اجتماعی.۸. مجازات ورشکسته در صورتصدور حکم ورشکستگی به تقصیر و تقلب.

[۸] - ۱- تعیین عضو ناضر۲- اقدامات تامینی ۳- صدور قرار توقیف تاجر ۴- تعیین مدیر تصفیه

[۹] برای مطالعه بیشر رک به اسکینی ، ربیعا ، حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته) ، نشر سمت ، تهران ، ۱۳۸۴ ، فصل سوم و چهارم

[۱۰] پس از صدور حکم ورشکستگی تاجر از سوی دادگاه بین تاجر و طلبکاران او به منظور ارفاق و مدارا و کمک و همراهی بین تاجر و طلبکاران او تحت شرایط قانونی قرار داد ارفاقی تنظیم می گردد که به موجب آن طلبکاران از در یافت قسمتی از طلب خود از تاجر ورشکسته صرف نظر کرده و بقیه را با ترتیب معینی وصول می نمایند و به تاجر موصوف مهلت می دهند که بنگاه تجارتی خود را بازسازی نماید و تاجر ورشکسته نیز به نوبه خود مراتب فوق را متعهد می گردد.

[۱۱] اسکینی، ربیعا، جزوه حقوق تجارت ۴، ص۳۵

ورشکسته اعلام شدن تاجر و تبعات منفی ناشی از آن می باشد. به عبارت دقیق تر اگر قرارداد ارفاقی ((قراردادی است که بعد از صدور حکم ورشکستگی و پس از رسیدگی به مطالبات و قبل از فروش یا تقسیم دارایی تاجر، بین تاجر ورشکسته و تمام طلبکاران یا اکثریت نصف به علاوه یک، که سه چهارم کل طلب را از ورشکسته دارا است، طی شرایط معین و با تعیین ضوابط و مقرراتی منعقد می‌شود ... تا تاجر به ادامه امور تجاری پرداخته و طلب طلبکاران را به صورت جزیی یا کلی در مدت زمانی که مورد توافق طرفین قرارداد قرار گرفته است، پرداخت کند.)) قرارداد ارفاقی پیش گیرانه ، قراردادی است که قبل از صدور حکم ورشکستگی با تمام یااکثریت طلبکاران که بیش از دو سوم کل طلب رااز ورشکسته داراست[1] ، طی شرایط معین با تعیین ضوابط و مقرراتی منعقد می‌شود تا تاجر به ادامه امور تجاری پرداخته و طلب طلبکاران را به صورت جزیی یا کلی در مدت زمانی که مورد توافق طرفین قرارداد قرار گرفته است، پرداخت کند.

البته باید توجه داشت که به غیر از این تفاوت اصلی قرارداد ارفاقی پیش گیرانه در شرایط انعقاد و تصویب نیز تفاوت های دیگری با قرارداد ارفاقی دارد که در توصیف آن بی اهمیت نیست اما همانطور که گفته شدمهم ترین تفاوت این دو نهاد در آثار این دو می باشد که ناشی از پیشرفت و بلوغ حقوق ورشکستگی و نظریاتی است که نفع اجتماعی را بر نفع فردی (منفعت طلبکاران) مقدم می دارد .

۲-۱- مفاهیم مشابه

همان طور که گفته شد پیشرفت اقتصادی و گسترش فعالیت های تجاری و بازرگانی در کشور ها با اهمیت بخشیدن به اقتضائات و مسائل موجود در این زمینه باعث تحول نظریات اقتصادی گردیده که منجر به پیدایش قراردادها و ساختار های حقوقی تازه با هدف مشترک جلوگیری از ورشکسته اعلام شدن تجار و شرکت های تجاری ،شده است . با مطالعه کتب و مقالات مربوط به حقوق ورشکستگی در ایالات متحده آمریکابا اصطلاحات حقوقی ای برمی خوریم که در ادبیات حقوقی جدید بوده و حتی در قانون ورشکستگی آمریکا نیز به آن ها اشاره ای نشده است . برخی از این عناوین و اصطلاحات مربوط به ساختار های حقوقی متفاوتی است که در ضمن تشابهات فراوان، تفاوت هایی ولو اندک بایکدیگردارند و برخی دیگر تعابیر متفاوت از مفاهیم واحدند.این امر خواننده را در مراجعه به منابع انگلیسی دچار ابهام و سرگردانی کرده و گاها موجب پیدایش ترجمه ها و حتی تحلیل های حقوقی اشتباه گردیده است . فلذا آشنایی با این مفاهیم ضرورتی است که از یک سومنجر به درک بهتر مفهوم قراردادارفاقی پیش گیرانه شده و از سوی دیگر ، بازشناسی آن از مفاهیم مشابه را موجب می گردد.

۱-۲-۱- بازسازی[2]

با تصویب قانون ورشکستگی آمریکا در سال ۱۹۷۸اصطلاح بازسازی وارد ادبیات حقوقی آمریکا و پس از آن جهان گردید .در آن سال ها بازسازی تنها از طریق طرح بازسازی یا قراردادارفاقی پیش گیرانه ، با شریط پیش گفته ممکن بود،امری که موجب می گردید بازسازی به مجموعه اقداماتی اطلاق گردد که توسط بدهکار، با جلب رضایت طلبکاران،به جهت ادامه فعالیت شغلی و پرداخت مطالبات طلبکاران از طریق طرح تصدیق شده ی بازسازی انجام می پذیرد.

با افزایش پرونده های بازسازی و آشنایی با معایب ناشی از اجرای آن شیوه های دیگر برای بازسازی دردادگاه های آمریکا رایج گردید که به تجار اجازه می داد که قبل از اعلام توقف به دادگاه و همین طور درخواست انعقاد قرارداد ارفاقی پیش گیرانه ، خود، راسا با طلبکار یا طلبکاران عمده و مهم وارد مذاکره شده وقراردادی را برای پرداخت ، کاهش ویا تبدیل بدهی باابشان منعقد کنند و در آخرنیز آن را به تصویب دادگاه برسانند .و یا حتی بدون اعلام توقف به دادگاه و قضایی کردن امر، با طلبکاران عمده خود وارد مذاکره شده و ازاین طریق خود را از وضعیت توقف برهانند.[3]

با تصویب" قانون مالیات"[4] در سال۱۹۸۶ برای بازسازی ۷ روش قانونی دیگر پیش بینی شد: ۱- ادغام سرمایه [5] ۲- ادغام سهام [6] ۳- ادغام سهامداران[7]۴- تفکیک [8]۵- سرمایه گذاری مجدد [9]۶ – تغییر ساختار یا ماهیت[10]۷ –کاهش سرمایه [11] .در نتیجه بازسازی به

---

[1] ماده ۱۰۲۹ لایحه قانون تجارت

[2] Reorganization
[3] Out of court restructuring
[4] The Internal Revenue Code (IRC)
[5] Mergers and Consolidations
[6] Acquisition Subsidiary
[7] Acquisition Liquidation
[8] Transfer
[9] : Recapitalization
[10] Identity Change
[11] Transfer

مفهوم عامی تبدیل شده است که به کارگیری آن برای بازسازی از طریق "قرارداد ارفاقی پیش گیرانه "یا" طرح بازسازی" به شیوه ی سنتی دیگر خالی از توجیه منطقی است .[۱]امروزه بازسازی عبارت است احیای مجدد واحد تجاری دچار مشکل مالی به جهت جلوگیری از ورشکستگی و پرداخن مطالبات طلبکاران از طریق روش ها و طرح های متنوع که قرارداد ارفاقی پیش گیرانه یکی از این روش ها می باشد.

۲-۲-۱- قرارداد ارفاقی از پیش تصویب شده (Prepackaged insolvency) یا (prepackaged bankruptcy)

قرارداد ارفاقی از پیش تصویب شده شیوه‌ی دیگری از بازسازی است که بیشترین شباهت را به بازسازی از طریق قراردادارفاقی پیش گیرانه دارد بااین تفاوت که در آن قراردادارفاقی ،پیش از درخواست ورشکستگی و تقاضا انعقاد قراردادارفاقی به دادگاه ، به امضا تاجر و طلبکاران او رسیده و باتصدیق آن توسط دادگاه، نه تنها از صدور حکم ورشکستگی جلوگیری می شود بلکه از اعلام توقف تاجر در پرداخت دیون و آثار قانونی آن مانند مهرو موم اموال ، تعیین امین یا مدیر تصفیه تشخیص مطالبات نیز جلوگیری می کند. به عبارت دقیق تر در پری پک ،تاجرمتوقف قبل از در خواست ورشکستگی و انعقادقراردادارفاقی پیش گیرانی، به مذاکره و انعقادقراردادی ارفاقی با گروهی از طلبکاران خود که لزوما حداقل دارای دو سوم از طلب های تاجر بوده و بیش از نصف طلبکاران را تشکیل دهد ، اقدام کرده و سپس در ضمن درخواست ورشکستگی از دادگاه این قرارداد را نیز ارائه می دهد. ارائه قرارداد پری پک موجب می گردد که دادگاه مستقیما وارد رسیدگی نسبت به تصدیق و یا عدم تصدیق قرارداد بگردد. [۲] پری پک برای تاجر نسبت به طرح بازسازی یا قراردادارفاقی پیش گیرانه سریع تر و کم هزینه تر است. در مقابل ارائه ی طرح بازسازی پس از درخواست ورشکستگی و جلسه رسمی تاجر با طلبکاران از سواستفاده های احتمالی تاجر بهتر جلوگیری می نماید.[۳]

۳-۲-۱- قراردادهای خارج از دادگاه[۴]

در برخی موارد ، اعتبار بالا تاجر در میان طلبکاران موجب می گردد که طلبکاران بااعتمادی که به تاجر دارند بدون دخالت و نظارت دادگاه ، حاضر به انعقاد قراردادهایی به جهت کاهش ، تبدیل ، تقسیط و تاخیر زمان سررسید طلب های خود بشوند. به این قراردادها که ورشکسته بدون پر کردن فرم ورشکستگی و اعلام توقف به دادگاه با طلبکاران خود به جهت برون رفت از وضعیت توقف به صورت خصوصی منعقد می کند، قرارداد های خارج از قرارداد می گویند .

این قراردادها که قطعا در داخل کشور مانیز بنابر تجویز ماده ۱۰ قانون مدنی رواج دارند ، توسط حقوق دانان آمریکایی مورد تفکیک و تحلیل واقع گردیده اند که درادامه به بیان ۴ نوع عمده آن ها می پردازیم:

الف) برنامه مدیریت دین(DMP[۵]): این برنامه که توسط اتاق بازرگانی فدرال آمریکا [۶]پیشنهاد شده است از انواع قراردادهای خارج از دادگاه [۷] که است که عبارت است از: توافق میان بدهکار و طلبکار برای مدیریت دیون پرداخت نشده بدهکار. تاجری که بدهی سنگینی به یک یا چند تن از طبلکاران خودداشته باشد و از پرداخت به موقع و یا یکجا آن ناتوان باشد وارد مذاکره با طلبکاران شده تا به راه حل مناسبی جهت پرداخت بدهی نایل گردد. این برنامه که صرفا تجار بااعتبار بالا و خوش سابقه ممکن است بتوانند از آن استفاده کنند عموما با وسطه آژانس های مشاوره ی اعتبار [۸] صورت می گیرد. این برنامه شامل توافق بر سر کسر کردن از بدهی ، سود تعلق گرفته و یا تقسیط آن است.

---

[۱] متاسفانه در برخی از آثار و نوشته ها پیرامون حقوق ورشکستگی و قراردادارفاقی پیشگیرانه شاهد این اشتباه هستیم.

[۲] - برای مطالعه بیشتر رک به A Practitioner's Guide to Prepackaged Bankruptcy: A Primer Kindle Edition, by Paul Basta Lisa G. Beckerman& 8 more , American Bankruptcy Institute (July 20, 2011)

[۳] - مهرآوران ، غزاله ، مقایسه نهاد بازسازی با قرارداد ارفاقی در ایران با تاکید بر اصول راهنمای بانک جهانی (پایان نامه کارشناسی ارشد) دانشگاه علم و فرهنگ ،تهران ، ۱۳۹۲

[4] Out of court settlement

[5] debt management program

[6] Federal Trade Commission (FTC)

[7] Out of court settlement:

قراردادهای خصوصی میان اشخاص که دادگاه هیچ حقی در تشکیل و یا تصویب آن ها ندارند.

[8] Credit counseling agency

شرکت هایی که توسط اتاق بازرگانی فدرال آمریکا باهدف کمک و مشاوره به افراد و تجاردارای بحران مالی تشکیل شده و در قبال دریافت پول به ارائه ی خدماتی چون تعیین علت توقف و کاهش سود ، ارائه ی روش هایی افزایش درآمد ، مقابله با شرایط بحران و همین طور مذاکره با طلبکاران و انعقادقراردادهای مدیریت دین می پردازد

ب) توافق دین (debt settlement) : این توافق نیز از انواع عقود خصوصی خارج از دادگاه است .در این روش تاجر با طلبکاران به منظور کاهش یا تبدیل دین رایزنی میکند. توافق مزبور که می تواند روشی کارآمد جهت جلوگیری از ورشکستگی باشد بیشتر در زمانی استفاده می شود که پرداخت حداقل بدهی نیز تاجر را ازورشکستگی نجات نمی دهد و وی در پی آن است که بااستفاده از اعتبار خود دیون خود را تقلیل داده و یا تبدیل کند . در کنار تمام مزایایی که این روش دارد ، یکی از مهم ترین معایب آن تعلق گرفتن مالیات به مقدار طلب تبدیل شده یا کاهش یافته است ؛به عبارت دیگر در صورتی که طلبی باارزش ۱ میلیون دلار با طلبی به ارزش ۵۰۰ هزاردلار تبدیل بگردد این کاهش ۵۰۰ هزاردلاری در ایالات متحده آمریکا به عنوان نوعی در آمد محسوب می گردد و بر آن مالیات وضع می گردد.[1]مضاف براینکه خیلی از طلبکاران حاضر به ورود به چنین توافقی نیستند.

ج) برنامه تثبیت دین (debt consolidation) : به موجب آن یک شخص حقوقی یا حقیقی ثالث که از آن با عنوان قرض دهنده[2] یاد می شود، می پذیرد در قبال اعتبار و یا دریافت نوعی تضمین ، دین ورشکسته را به طلبکاران پرداخته و خود طرف حساب بدهکارقرارگیرد.بدهکار نیز در مقابل متعهد می گردد که تا دیون خود را از طریق اسناد ماهانه یا دفترچه اقساط به صورت مدت دار ، به وی پرداخت کند.

میزان بهره ی تعلق گرفته به بدهی در این روش به مراتب کمتر از بهره ی ناشی از تقسیط بدهی در رابطه مستقیم خود بدهکار و طلبکاران اوست ضمن اینکه تقاضا تقسیط بدهی از تجار بدهکار به واسطه خدشه دار نمودن اعتبارایشان کم تر مورد توجه است . البته باید توجه داشت که در صورت عدم بازپرداخت به موقع بدهی به شخص ثالث احتمال از دست رفتن تضمین اعم از خانه ، ماشین، اموال شرکت و ...در این روش وجود دارد. موسسات اعطای وام [3]در آمریکا انجام این امور رابرعهده دارند .

د) مذاکرات داوطلبانه برای بازسازی (Voluntary restructuring negotiations) : قراردادی خصوصی است که ورشکسته با آن دسته از طلبکاران که بیشترین طلب را دارند برای به تأخیر انداختن زمان سررسید دین، منعقد می کند[4]

۲- ماهیت قراردادارفاقی پیش گیرانه در حقوق ایران و ایالات متحده

در یک پژوهش حقوقی پس از تبیین مفهوم و مبنای پدیده ها دومین مرحله تعیین قالب و ماهیت حقوقی آن ها می باشد. ماهیت حقوقی که البته تعیین آن در گرو شناخت مفهوم می باشد،کلید درک اوصاف و آثار حقوقی آن مفهوم می باشد ،ضرورتی که در این فصل به آن همت گمارده ایم.

۲-۱- قرارداد ارفاقی پیش گیرانه در کدام قالب حقوقی جای می گیرد؟

از آنجایی که در خصوص ماهیت حقوقی این نهاد به ویژه به علت تعدد تعابیر ، قالب های حقوقی مختلفی متصور است ، پاسخگویی به این سوال در گرو استدلال محکمی است که ناقض سایر نظریات باشد. فلذا در این گفتار باطرح قالب های مختلف در این باب و تحلیل حقوقی آن ها ، نظریه مقبول که همنا ماهیت قراردادی است را استحکام بخشیده و درگفتار بعد به تبیین اوصاف آن می پردازیم.ضمن اینکه باتوجه به مشترک بودن پاسخ در نظام حقوقی هردو کشور مورد بحث ، از تفکیک نظام ها خودداری نموده ایم.

۲-۱-۱- نظریه تصمیم قضایی

براساس این نظریه ، قرارداد ارفاقی پیش گیرانه یا طرح بازسازی در زمره اعمال و تصمیمات قضایی است. ((تصمیم قضایی تصمیمی است که دادگاه درراه تمیز حق می گیرد و باآن دعوا را فصل می کند [5])). در این نظریه که مورد تایید برخی از نظریه پردازان خارجی است [6] اینگونه استدلال می گردد که این قراردادباید به تصدیق دادگاه برسد و تصویب و تصدیق داگاه است که این قرارداد را نسبت به اشخاص شریک در آن و حتی اشخاص خارج از آن لازم الاجرا می کند فلذا استفاده از عنوان قرارداد اشتباه بوده و بایدآن را از انواع تصمیم های قضایی دانسته که توافق میان طرفین شرط اصدار آن می باشد ، نه اینکه ماهیت آن توافق و قرارداد باشد.به عبارت دیگر بعد ازاینکه تاجر درخواست ورشکستگی خود را به دادگاه ارائه داد ، دادگاه برای حفظ حقوق وی ، طلبکاران و جامعه دستور به انعقاد قراردادارفاقی پیش

---

[1] Steven C. Krause, A Practitioner's Guide to Pre-packaged Bankruptcy, American Bankruptcy Institute ,Central States Bankruptcy Workshop, United states , 2015,p403

[2] lender

[3] Lending institute

[4]- کاویانی، کورش ،حقوق ورشکستگی، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۱، ص ۲۰

[5] - کاتوزیان ، ناصر ، اعتبار امرقضاوت شده در دعوی مدنی ، چاپ هشتم ، تهران ، انتشارات میزان ، زمستان ۱۳۸۹ ص ۱۰۵

[6] Jurinsky,James,Bankruptcy step by step ,second ed , united state of Amerika , Barron's,2033,p41

گیرانه داده و باتصویب آن ، به آن اعتبار می بخشد. طرفداران این نظریه با تاکید بر اهمیت مفاد این توافق و آثار حقوقی و اقتصادی ناشی از آن ، ماهیت قرارداد ارفاقی پیش گیرانه را متفاوت از عقودی می دانند که اشخاص درتنظیم آن ها آزاد هستند.

این در حالی است که هم در کد ورشکستگی ایالات متحده و هم در لایحه قانون تجارت برای دادگاه نقشی بیش از کنترل ضوابط محدود شکلی و ماهوی این قرارداد برای تصدیق، تعریف نشده وابتکار تنظیم و انعقاد آن نیز در اختیار دادگاه نیست تا آن را منتسب به دادگاه بدانیم مضاف براینکه ضوابطی که در تنظیم این قرارداد ضروری بوده و دادگاه آن ها را کنترل می کند عموما همان شرایط مورد نیاز برای صحت قراردادها می باشد [۱] فلذا اختیار دادگاه محدود به نظارت استصوابی است.

۲-۱-۲- ابرا[۲]

ابراء در لغت عرب،مصدر باب افعال، از برء به معنی خلاص شدن آمده است که در باب افعال به معنی خلاص کردن و آزاد کردن می باشد. قانون مدنی، در ماده ۲۸۹ ابراء را چنین تعریف کرده است : «ابراء عبارت از این است که داین از حق خود به اختیار صرفنظر نماید.» به نظر می رسد برای شناساندن حقیقت ابراء در این ماده عبارات دقیق حقوقی به کار نرفته است و حق این بود که ابراء چنین تعریف می شد : «ابراء عبارت است اسقاط دین به وسیله داین ».[۳]

بنابراینکه ممکن است در قراردادارفاقی پیشگیرانه نیز طلبکاران از بخشی از دین خود بگذرند ممکن است این توهم حاصل گردد که ماهیت عمل حقوقی در این قرارداد ابرا است این درحالی است که ابرا تفاوت های عمده و بارزی با قرارداد ارفاقی دارد :

۱. ابراء یک عمل حقوقی یکجانبه (ایقاع) است. یعنی با اراده یک نفر تحقق می پذیرد در حالیکه قرارداد ارفاقی پیشگیرانه عمل حقوقی دوجانبه (عقد) است.
۲. قصد تبرع در ابراء با صرفنظر کردن قسمتی از طلب از سوی طلبکاران نیز تفاوت دارد.زیرا دائنین هنگام بری الذمه کردن مدیون نسبت به جزئی از دیون قصد تبرع ندارند بلکه در ورای این ابراء می خواهند بیشترین حصه ممکنه از حقوقشان را وصول کنند، ولذا راههای وصول به این امر را برای مدیون تسهیل می کنند .
۳. درقراردادارفاقی عادی وپیشگیرنه ضروری نیست که کلیه دائنین آن را را قبول کنند، بلکه قبول اکثریت معینی از آنها کافی است و در این صورت قرارداد بر وضعیت حقوقی سایرین نیز تاثیر می گذارداما در ابراء رضایت اختیاری دائن ضروری است.
۴. درقراردادهای ارفاقی ، طلبکاران صرفاً جزئی از دین را به جهت باقی آن ابراء می کنند، اما در ابراء غالباً دائن از کل حق خود صرفنظر می کند، اگرچه مانعی برای ابراء جزئی از دین نیست.[۴]

۳-۱-۲- قرارداد

در قانون مدنی قرارداد به این شکل تعریف شده است : ((قراردادعبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری نمایند و مورد قبول آن‌ها قرار گیرد .))[۵] تعریفی که به دلیل ناقص بودن در دکترین حقوقی به این شکل اصلاح شده است : ((عقد عبارت است از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی))[۶]

در حقوق ایالات متحده با توجه به سیستم حقوقی حاکم[۷] براین کشور مانند بسیاری از مفاهیم دیگر تعاریف متعددی از عقدیا قرارداد وجود دارد . آنسن[۸] حقوقدان بزرگ آمریکایی در تعریف عقد یا قراداد می گوید : ((قرارداد عبارت است از توافقی که بین دو یا چند نفر منعقد گردیده و به موجب آن یک یا چند نفر واجد حقوقی نسبت به انجام یا خودداری از انجام عملی در مقابل یک یا چند نفر دیگر شده اند)) [۹]

---

[۱] - لزوم معقول بودن هزینه ها ، تطابق نرخ بهره با حکم قانون ، سود آوری بیشتر نسبت به عملیات تصفیه و عدم وجود رفتار تبعیض آمیز ، تنها شروط اضافی لازم المرعی در این قرارداد است برای اطلاعات بیشتر رک به فصل دوم

[2] Debt remit

[۳] شهیدی،مهدی،سقوط تعهدات،انتشارات مجد،تهران،۱۳۸۶،ش۷۴

[۴] - احمد سنهوری، عبدالرزاق،انتقال و سقوط تعهدات، مترجمین،علیرضا امینی،محمدحسین دانش کیا،منصورامینی، مرکز ترجمه ونشر کتاب بی تا، تهران، ص۴۸۰

[۵] -ماده ۱۸۳ قانون مدنی

[۶] -ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ، تهران، ۱۳۷۹، ش ۱۶، ص ۱۸

[۷]- کامن لو (common law)

[8] Sir William Anson(1843-1914)

[۹]-ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ، تهران، ۱۳۷۹، ش ۱۶، ص ۱۸

توجه به تمام تعاریف فوق ما را متقاعد می سازد که مفهوم و عناصر قرارداد در هر دو سیستم حقوقی مشابه می باشد . فلذا "قرارداد ارفاقی پیش گیرانه" به تعبیر قانون گذار ایرانی یا" طرح بازسازی "به تعبیر قانون گذار آمریکایی ، باتوجه به مفهومی که پیش از این از آن ارائه کردیم ،در هردو سیستم حقوقی ماهیتی یکسان داشته و تشریفات انعقاد و خصوصیات و آثار ویژه آن ، آن رااز قالب قرارداد خارج نمی سازد چه اینکه مهم ترین ارکان عقد که عبارت است از تقابل و توافق دو یا چند اراده در آن به خوبی مشهود است ؛ بنابراین قراردادارفاقی پیش گیرانه عبارت است از: قراردادی است که بدهکار پیش از صدور حکم ورشکستگی با طلبکاران خود با هدف ادامه فعالیت تجاری و پرداخت طلب آن ها وبا رعایت تشریفات خاص قانونی منعقد می نماید.

۲-۲- مشخصه های قرارداد ارفاقی پیشگیرانه

پس از تبیین قالب حقوقی یک نهاد برای تبیین کامل تر و جامع تر آن باید خصوصیات و مشخصه های حقوقی آن را تبیین نمود . اینک که قرادادی بودن ماهیت طرح بازسازی را اثبات نمودیم لازم است که مشخ نماییم که باتوجه به تقسیم بندی های متفاوت ارائه شده از قرارداد ها ، این قرارداد از هر نظر در کدام دسته قرار می گیرد.

۱-۲-۲- معین یا نامعین

گروهی از قراردادها هستند که در قانون مدنی نام خاص دارند.مثل: بیع، اجاره، رهن، قرض، صلح.این قراردادها که پیش از قانون مدنی توسط فقهای اسلامی مورد تبیین و تشریح قرارگرفته اند به اعتبارشرایط انعقاد و آثار ناشی از هر قرارداد از یکدیگر تفکیک شده و قانون گذار به تبع فقها شرایط و آثار ، نحوه تشکیل، انحلال و فسخ ارادی و انحلال قهری آن ها را معین کرده است.ایناهاهمان قراردادهای معین هستند.

درمقابل به قراردادهایی که در قانون عنوان و صورت خاصی ندارد و شرایط و آثار آن بر طبق قواعد عمومی قراردادها و اصول حاکمیت اراده تعیین می شود عقود یا قراردادهای نامعین گفته می شود.

درحقوق ما در مواجه با هر قرارداد تازه بنیاد ابتدا معین یا غیر معین بودن آن قرارداد مورد بررسی قرار می گیرد. در صورتی که ماهیت آن قرارداد قابل تطبیق بریکی از عقود معین باشد درزمره عقود معین قرارگرفته ودر غیر این صورت تحت حکم ماده ۱۰ قانون مدنی[۱] به عنوان عقد نامعین شناخته می شود. کما اینکه در وهله نخست بعضی از حقوقدانان قرارداد ارفاقی را از نظر ماهیت نوعی صلح دانسته اند که بین طلبکارها و تاجر در باب تصفیه دیون بسته می شود.[۲] امری که در صورت تایید قابل سرایت به نوع پیشگیرانه این قرارداد نیز می باشد. اما خود این حقوقدان بااستناد به احکام و شرایط خاص حاکم براین قرارداد ، آن را پیمانی مستقل در حقوق تجارت محسوب می نماید.

به نظر می رسد که باوجود تمام شباهت هایی که ممکن است میان قرارداد ارفاقی پیشگیرانه و برخی از عقود معین باشد، شرایط خاصی که از پیش از انعقاد تا زمان تصدیق و اجرای آن ،بنابر مصالح تجاری و اقتصادی و نفع جامعه ،براین قراردادحاکم است ، موجب گردیده قراردادهای ارفاقی دارای ماهیت خاصی باشندکه برهیچ یک از عقود معین قابل تطبیق نیست.

لازم به تذکر است که بنابراینکه در حقوق ایلات متحده عقود به اعتبار موضوعات و مقسم های مختلف مورد تفکیک قرارداده شده است و امری به معنای معین یا غیر معین بودن عقد در حقوق این کشور وجود ندارد بررسی این موضوع در خصوص قراردادارفاقی پیش گیرانه محدود به حقوق داخلی می باشد.

۲-۲-۲- فردی یا جمعی

برای تعریف قرارداد فردی بهتر است ابتدا قراداد جمعی را تعریف کنیم. بنابر تعریفی که استاد بزرگ مرحوم دکتر کاتوزیان از عقد جمعی نموده اند عقود جمعی عبارتند از : «عقودی است که دسته ای از اشخاص را، بدون اینکه رضایتشان لازم باشد، پایبند و ملتزم می کند.» [۳]

بنابراین قرارداد فردی ، قراردادی است که براساس اصل نسبی بودن قرارداد ها [۱] صرفا درارتباط میان طرفین قرارداد موثر بوده و اشخاص خارج از قراداد را به آن متعهد نمی سازد.

---

[۱]-((قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آ ن را منعقد نموده اند ، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.))

[۲]- کاتوزیان،ناصر،قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی،نشر میزان،تهران،۱۳۸۶،ص ۴۷۰

[۳] - کاتوزیان ،ناصر ،قواعد عمومی قراردادها ، جلد ۱ ، نشر شرکت سهامی انتشار ، تهران ، ۱۳۹۳ ، ص ۱۴۱

مرحوم دکتر کاتوزیان قرارداد ارفاقی مذکور در قانون تجارت را از انواع قرارداد جمعی دانسته اند .ایشان در اثبات ادعا خود به دو دلیل استناد می کنند: ۱- قراردادارفاقی که با توافق اکثریت عددی و سرمایه ایی طلبکاران منعقد شده ،موجب پایان یافتن جریان توقف تاجر ورشکسته می شود در حالی که اقلیت به آن راضی نیست۲- پس از انعقاد قرارداد ارفاقی ، اقلیتی که در انعقاد آن نقش نداشته اند حق وصول آن قسمت از طلب خود را که با تصفیه اموال تاجر به آن دست نیافته اند ندارند مگر پس از تادیه طلب تمام اشخاص شرکت کننده در قراردادارفاقی .[۲] همین استدلال موجب گردیده است که بسیاری دیگر از حقوقدانان و دانشجویان حقوق به تبعیت از ایشان قرارداد ارفاقی و به تبع آن قرارداد ارفاقی پیشگیرانه را نوعی از قرارداد های جمعی و ناقض اصل نسبی بودن قرارداد ها بدانند.

با صرف توجه به معنا قرارداد جمعی ضعف این استدلال مشخص می گردد چه اینکه بنابر تعریف خود استاد کاتوزیان، در قراردادهای جمعی دسته ای از اشخاص بدون اینکه رضایت آن ها لازم باشد به قرارداد پایبند و ملتزم می شوند و پایبند بودن و التزام به یک قرارداد معنایی به جز تعهد به اجرای آن ندارد. به عبارت دیگر درقراردادهای جمعی علی رغم مخالفت عده ایی اراده ی اکثریت بر اقلیت حاکم شده و اقلیت نیز مانند طرفین قرارداد ملزم به آن هستند؛ این در حالی است که در قرارداد ارفاقی و همین طور قراردادارفاقی پیش گیرانه ، طلبکاران مخالف ، ملزم به قرارداد نبوده و مفاد قرارداد در ارتباط میان تاجر و طلبکاران او در خصوص نحوه ی پرداخت بدهی ها لازم الرعایه می باشد و طلبکاران مخالف می توانند از همان طریقی که تصفیه اموال برای ایشان فراهم می آورد طلب خود را وصول نمایند. ضمن اینکه اثر اصلی هرقرارداد که محور اصل نسبی بودن قراردادهامی باشد ، الزام به تهعدات ناشی ازآن می باشد و پایان یافتن دوره توقف تاجر و محدودیت طلبکاران مخالف در وصول باقی مانده طلب خود از اموال آینده تاجر، آثار ثانویه و فرعی انعقاد قراردادهای ارفاقی است . کمااینکه عقد هبه _ که در فردی بودن آن شکی نیست _ نیز موجب کاهش دارایی های واهب و محدودیت طلبکاران وی در وصول طلب خود و وراث وی در دریافت سهمشان می گردد.لازم به تذکر است که این امر مورد تایید اساتید بزرگ حقوق تجارت ، جناب آقای دکتر اسکینی و دکتر ستوده تهرانی بوده و ایشان در آثار خود قراردادارفاقی رااز انواع قراردادهای جمعی ندانسته اند.

کد ورشکستگی آمریکا نیز همراه با کتاب ها و متون منتشر شده در خصوص قرارداد ارفاقی پیشگیرانه – تاجایی که مولف باتوجه به فرصت و میزان دسترسی خود مطالعه نموده است- همگی علی رغم تاکیید بر لازم الاجرا بودن قرارداد ارفاقی پیش گیرانه نسبت به بدهکار و طلبکاران، اشاره ایی به جمعی بودن ماهیت این قرارداد ندارند ضمن اینکه این قرارداد در زمره استثنائات اصل نسبی بودن قرارداد ها در آمریکا[۳] نیز نمی باشد.[۴]

۳-۲-۲- رضایی یا تشریفاتی

عقد رضایی قراردادی است که به صرف توافق اراده طرفین،به شرط اینکه به نحوی از انحاء بیان و ابراز شده باشد، واقع می شود و تحقق آن نیاز به تشریفات خاصی مانند به کار بردن الفاظ معین یا تنظیم سند ندارد.[۵] بر اساس اصل حاکمیت اراده اصل بر این است که عقود تشریفاتی نباشند یعنی جز شرایط اساسی صحت معامله که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی آمده برای انعقاد آنها تشریفات صوری دیگری لازم نباشد.[۶]

عقد تشریفاتی پیمانی است که تراضی آن باید همراه با تشریفات یا واژه های خاص باشد، وگرنه نفوذ حقوقی ندارد و التزامی به بار نمی آورد. نمونه بارز این گونه قراردادها خرید و فروش املاک ثبت شده است که، بر طبق ماده ۲۲ قانون ثبت دولت فقط کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک ثبت گردیده مالک خواهد شناخت.[۷]

چه در قانون ورشکستگی ایالات متحده و چه در لایحه قانون تجارت انعقاد قرارداد ارفاقی نیازمند تصدیق و تصویب دادگاه بوده و برخلاف عقود رضایی تازمانی که این قرارداد مورد تایید دادگاه واقع نشود اعتبار نمی یابد [۸] :

---

[۱]- اصل نسبی بودند قرارداد بدان معناست که قرار صرفاً در مورد طرفین آن مؤثر است. یعنی کسانی که اراده آنها یا نمایندگان آنها عقد را به وجود آورده است؛ یا اینکه عقد، به موجب حکم قانون، برای آن شخص محسوب می‌شود. با توجه به اصل مذکور عقد نمی‌تواند آثاری برای اشخاص ثالث داشته باشد چه اینکه به نفع آنها تعهداتی را ایجاد کند و یا اینکه علیه آنها تعهداتی را به وجود آورد .

[۲]- برای مطالعه بیشتر رک ب کاتوزیان ، ناصر ، همان ، ص ۳۸۰

[3] res inter acta alteri nocere non debet

[4] Pool, Jill. Casebook on Contract Law,11 Ed, oxford , United kingdom, 2012,p 476

[۵] - صفایی،سیدحسین،همان،ص۴۱

[۶] - بهرامی احمدی،حمید،کلیات عقود و قراردادها،نشر میزان،تهران،۱۳۸۱،ص۳۵

[۷] - کاتوزیان،ناصر،اعمال حقوقی،شرکت سهامی انتشار،تهران،۱۳۸۷،ش۴۲

[۸]برای مطالعه بیشتر رک فصل دوم ، شرایط انعقاد

صدر ماده ۱۰۴۱ لایحه جدید :« قرارداد ارفاقی پیشگیرانه باید به تصدیق دادگاه برسد و هریک از اطراف قرارداد می توانند تأیید آن را تقاضا نمایند».

ماده ۲۹ فصل۱۱ کدورشکستگی : ((به محض اینکه طرح قرارداد به تصویب طرفین رسید لازم است که دادگاه برای تصدیق آن تشکیل جلسه بدهد.))

ماده ۴۱ فصل ۱۱ کدورشکستگی : ((تصدیق طرح، مسئولیت پرداخت تمامی دیونی که قبل از تصدیق بر بدهکار بار شده بودرا ازدوش او برداشته می دارد.))

۴-۲-۲- لازم [1] یا جایز [2]

لازم بودن قرارداد به این معناست که هیچیک از دو طرف معامله حق فسخ آن را نداشته باشد، مگر در موارد معین.[3] این اصل از اصول اساسی حاکم بر قرارداد هاست به این معناست که که اگر عقدی بین طرفین منعقد شد، اصل این است که این عقد لازم است نه جایز مگر آن که قانون به جواز آن تصریح کرده باشد.[4] در قانون تجارت واحد ایالات متحده آمریکا [5] این اصل [6]از اصول مهم قراردادها دانسته شده که جز در موارد محدود قانونی قابل نقض نیست.

در مقابل عقد جایز [7]آن است که هریک از طرفین بتواند، هروقت که بخواهد، آن را فسخ کند.[8] برای برهم زدن عقد جایز هیچ سبب خاصی لازم نیست و طرف حق دارد، همیشه و بدون هیچ تشریفاتی آن را منحل سازد.[9]بنابراین درهر دو سیستم حقوقی در صورتی که لازم یا جایزبودن قراردادی توسط قانون گذار مسکوت گذارده شود، با رجوع به اصل باید آن را در زمره عقود لازم دانست.ضمن اینکه در قانون هردوکشور مورد پژوهش ، برلازم بودن قراردادارفاقی پیشگیرانه تاکیید شده است.

صدر ماده ۴۸۹ قانون تجارت در خصوص قراردادارفاقی می گوید : «همین که قرارداد ارفاقی تصدیق شد نسبت به طلبکارهایی که در اکثریت بوده اند یا در ظرف ده روز از تاریخ تصدیق، آن را امضاء نموده اند قطعی خواهد بود....» صدر ماده ۱۰۴۵ لایحه جدیدنیز بیان کننده آن است که: « قرارداد ارفاقی پیشگیرانه نسبت به بستانکارانی که در اکثریت می باشند و یا کسانی که ظرف ۱۰ روز از تاریخ تصدیق آن را امضا نموده اند لازم است ». واین دقیقا همان حکمی است که ماده ۴۹ فصل ۱۱ قانون ورشکستگی برآن اشعار دارد.[10]

۵-۲-۲ تملیکی یا عهدی[11]

عقد تملیکی قراردادی است که به موجب آن مالی از ملکیت شخص خارج و به ملکیت دیگری وارد می شود. در عقد تملیکی به مجرد عقد، مورد معامله از شخصی به شخص دیگر منتقل می شود، مانند بیع عین معین که سبب انتقال مال از فروشنده به خریدار است.[12]اما عقد عهدی در مقابل عبارت است ازعقدی که تعهدی را بر گردن یک طرف قرارداد و حقی دینی برای طرف دیگر به وجود می آورد.[13]

از تعریف قرارداد ارفاقی پیشگیرانه به خوبی می توان استنباط کرد که تاجر تعهد می کند که دیون خود را طبق برنامه ی مشخص شده در قرارداد به طلبکاران خود پرداخت نماید تااو بتواندازآثار انعقاداین قرارداد بهره مند شود. فلذا باوجود اینکه این قرارداد شامل برنامه هایی برای تملیک ، تبدیل و یا ابرا طلب می باشد به دلیل اینکه اثر مستقیم این قرارداد متعهد کردن تاجر به اجرای این برنامه ها می باشد بی شک این قرارداد از انواع عقود عهدی است.

---

[1] irrevocable
[2] voidable

[3]- ماده ۱۸۵ قانون مدنی

[4]- بهرامی احمدی،حمید،همان ،ص۱۱۷

[5] Art. 2-205 of U.C.C
[6] principle/doctrine of unilateral irrevocability
[7] voidable

[8] - ماده ۱۸۶ قانون مدنی

[9] - کاتوزیان،ناصر،اعمال حقوقی،شرکت سهامی انتشار،تهران،۱۳۸۷،ش۲۱

[10] ((the debtor, creditors, equity security holders, any entity issuing a security under the plan, any entity acquiring property under the plan and any general partner in the debtor will be bound by the terms of the plan as of the effective date of the plan.))
[11] promissory agreement or contract

[12] صفایی،سیدحسین،قواعد عمومی قراردادها،نشر میزان،تهران،۱۳۹۰،ص۴۰

[13] همان

۳- نتیجه‌گیری

۱-قرارداد ارفاقی پیش گیرانه ، قراردادی است که قبل از صدور حکم ورشکستگی با تمام یااکثریت طلبکاران که بیش از دو سوم کل طلب رااز ورشکسته داراست، طی شرایط معین با تعیین ضوابط و مقرراتی منعقد می‌شود تا تاجر به ادامه امور تجاری پرداخته و طلب طلبکاران را به صورت جزیی یا کلی در مدت زمانی که مورد توافق طرفین قرارداد قرار گرفته است، پرداخت کند.

۲- تشابه سازوکارهای این مفهوم جدید با مفهوم قرارداد ارفاقی علت نام گذاری این قرارداد است .به نحوی که از آنجایی که این قرارداد برای ایجادامکان تصرف تاجرمتوقف در اموال خود وهمینطورمهلت دادن به او برای پرداخت بدهی ها بین او و طلبکارانش منعقد می گردد ارفاقی نامیده شده است اما عنوان "پیش گیرانه" آن ناشی ازتاثیر این قرارداد در پیش گیری از ورشکسته اعلام شدن تاجر و تبعات منفی ناشی از آن می باشد.

بارجوع به منابع خارجی متوجه گشتیم که به علت توجه گسترده قانون گذار آمریکایی به مسئله بازسازیی و ادامه فعالیت تجار، در حقوق این کشور مفاهیم مشابه فراوانی با مفهوم قرارداد ارفاقی پیش گیرانه وجود دارد. بازسازی ، پری پک ، برنامه های مدیریت ،توافق و تثبیت دین و همچنین مذاکرات داوطلبانه برای بازسازی از جمله این مفاهیم مشابه هستند که در عین تشابه در برخی ارکان با آن تفاوت های عمده ایی دارند، فلذا با ارائه ی معادل انگلیسی این مفاهیم و تبیین مفهوم آن ها سعی شده است که در ضمن راهنمایی پژوهشگران در مراجعه به منابع انگلیسی ، مفهوم خود قرارداد ارفاقی پیش گیرانه بهتر تبیین شود.

۳-"قرارداد ارفاقی پیش گیرانه" به تعبیر قانون گذار ایرانی، یابازسازی از طریق" طرح بازسازی "به تعبیر قانون گذار آمریکایی ، باتوجه به مفهومی که پیش از این از آن ارائه کردیم ،در هردو سیستم حقوقی ماهیتی یکسان داشته و تشریفات انعقاد و خصوصیات و آثار ویژه آن ، آن رااز قالب قرارداد خارج نمی سازد چه اینکه مهم ترین ارکان عقد که عبارت است از تقابل و توافق دو یا چند اراده در آن به خوبی مشهود است.

۴-قرارداد ارفاقی پیش گیرانه از انواع عقود معین ، فردی ، تشریفاتی ، لازم و عهدی در حقوق هر دو کشور است .ضمن اینکه معادل انگلیسی هریک از این مفاهیم به همراه تعریف آن‌ها در حقوق ایلات متحده آمریکا ارائه گردیده است.

منابع و مراجع

[۱] اسکینی،ربیعا،جزوه حقوق تجارت ۴

[۲] مهرآوران ، غزاله ، مقایسه نهاد بازسازی با قرارداد ارفاقی در ایران با تاکید بر اصول راهنمای بانک جهانی (پایان نامه کارشناسی ارشد) دانشگاه علم و فرهنگ ،تهران ، ۱۳۹۲

[۳] کاویانی، کورش ،حقوق ورشکستگی، انتشارات میزان ، تهران ، ۱۳۹۱

[۴] شهیدی،مهدی،سقوط تعهدات،انتشارات مجد،تهران،۱۳۸۶

[۵] احمد سنهوری، عبدالرزاق،انتقال و سقوط تعهدات، مترجمین،علیرضا امینی،محمدحسین دانش کیا،منصورامینی، مرکز ترجمه ونشر کتاب بی تا، تهران

[۶] ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ، تهران، ۱۳۷۹، ش ۱۶

[۷] کاتوزیان،ناصر،قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی،نشر میزان،تهران،۱۳۸۶

[۸] کاتوزیان ،ناصر ،قواعد عمومی قراردادها ، جلد ۱ ، نشر شرکت سهامی انتشار ، تهران ، ۱۳۹۳

[۹] بهرامی احمدی،حمید،کلیات عقود و قراردادها،نشر میزان،تهران،۱۳۸۱

[۱۰] کاتوزیان،ناصر،اعمال حقوقی،شرکت سهامی انتشار،تهران،۱۳۸۷

[۱۱] صفایی،سیدحسین،قواعد عمومی قراردادها،نشر میزان،تهران،۱۳۹۰

[12] Steven C. Krause, A Practitioner’s Guide to Pre-packaged Bankruptcy, American Bankruptcy Institute ,Central States Bankruptcy Workshop, United states of America , 2015

[13] Jurinsky,James,Bankruptcy step by step ,second ed , united state of Amerika , Barron’s,2033

[14] Beatson.Jack, Burrows. Andrew, Cartwright. john , Anson's Law of Contract ,29 Ed, United state of Amerika, oxford university, 2010

[15] Pool, Jill. Casebook on Contract Law,11 Ed, oxford , United kingdom, 2012