

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

m.danesh.k@gmail.com

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 از این طریق از ورشکستگی تاجر جلوگیری می‌نماید. این قرارداد که در حقوق کشور ما تنها راه بازسازی وضعیت مالی تاجر متوقف 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 می‌گیرد. مطالعه ی تطبیقی مقررات این قرارداد در لایحه ی قانون تجارت باقانون کشور پیشرو در طرح آن یعنی آمریکا بیانگر آن است که این نهاد در هر دو کشور 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 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 و مانند قانون قدیم فرانسه حمایت از طلبکاران را در اولویت قرار داده است. در حالی 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 بتواند با 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 بالخصوص در باب ورشکستگی دارای نقاط قوتی از قبیل: طبقه بندی فعالیت های تجاری بر مبنای اقتصاد نوین، سازگاری با کنوانسیون های بین المللی، ابهام زدایی از تعاریف و مفاهیم به کار رفته در قانون، توسعه اقتصاد رسمی و پیشگیری از اقتصاد غیررسمی، شفاف سازی فضای تجاری، 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 تغییر ساختار ورشکستگی و ایجاد نهاد قراردادی پیشگیرانه با الهام از حقوق کشورهای پیشرفته در جهت جلوگیری از ورشکسته اعلام شدن تاجر متوقف و اثرات سو آن بر فعالیت های تجاری و تجار می باشد. این نهاد که مواد تمام فصول باب هفتم لایحه را (مواد ۸۳۵ تا ۹۳۷) به خود اختصاص داده است عبارت از قراردادی است 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 قراردادی با فقدان وصف پیشگیرانه پس از اعلام توقف ورشکستگی تاجر و ممنوعیت وی از مداخله در اداره امولش در راستای رفع این ممنوعیت و ایجاد امکان ادامه فعالیت های تجاری توسط تاجر و پرداخت بدهکاری های وی تجویز شده است در حالی که قرارداد ارفاقی پیشگیرانه پیش از صدور حکم ورشکستگی تاجر و تبعات منفی ای که برای وی به همراه دارد چنین امکانی را بر تاجر 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 قرارداد ارفاقی پیش گیرانه تفاوت های عمده ای با قرارداد ارفاقی معمول دارد که آن را به نهادی کاملاً مستقل با ویژگی ها و امتیازات خاص خود تبدیل می کند.

قانون گذار در این لایحه تلاش نموده است که راهی را که ورشکستگی سنتی و تصفیه اموال بدهکار آغاز کرد امروز با الگو برداری از قوانین کشور های پیشرفته در عرصه حقوق ورشکستگی، متحول گرداند تا از این طریق به احیا شرکت های تجاری دچار بحران کمک کند. بنابر آنکه مقررات قراردادی ارفاقی پیش گیرانه برای اولین بار در سال 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 پیش گیرانه

در حالی که در قانون تجارت ما قراردادی ارفاقی به عنوان قراردادی که پس از اعلام ورشکستگی^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 در ماده ۸۸۳ لایحه قانون تجارت به کار رفته 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 صرفاً به شرایط انعقاد و انحلال و آثار حقوقی

۱ - حالت یک تاجر یا شرکتی تجاری است که از پرداخت بدهی های خود ناتوان شده و نمی تواند تعهدات خود را عملی کند. ورشکستگی باید به موجب حکم دادگاه اعلام شود و تا زمانی که دادگاه حکم ورشکستگی را صادر نکرده، ورشکستگی تاجر ثابت نمی شود. 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 می پردازد. اثر دیگر صدور حکم ورشکستگی این است که اگر تاجر، معاملاتی انجام داده باشد، از زمان توقف حسب مورد می توان 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 تجاری 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 سایر مفاهیم موجود در این قانون، توسط قانون گذار تعریف نشده است عبارت است از: برنامه ای که از طریق آن تجار متوقف^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 یا اکثریت طلبکاران وی برای تعیین تکلیف نحوه پرداخت مطالبات آن ها منعقد می 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 مهر و 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 در ضمن 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 یا اکثریت عددی طلبکاران که بیش از دو سوم کل طلب را از ورشکسته داراهستند^۶ و در نهایت تصویب قرارداد توسط دادگاه، تاجر متوقف را از صدور حکم ورشکستگی و آثار^۷ و اقدامات^۸ قانونی متعاقب آن مصون می گرداند.^۹ آن دسته از طلبکارانی نیز که قرارداد را امضاء نکرده اند می توانند سهم خود را از دارایی موجود تاجر به 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 متأسفانه تنها یکی از این روش ها که به پرونده های ورشکستگی^{۱۰} از پیش مذاکره شده^{۱۱} یا "pre negotiated bankruptcy" معروف است تحت عنوان "قرارداد ارفاقی پیش گیرانه" وارد لایحه قانون تجارت ما گردیده است.

تشابه سازوکارهای این مفهوم جدید با مفهوم قرارداد ارفاقی^{۱۲} علت این نامگذاری است. به نحوی که از آنجایی که این قرارداد برای ایجاد امکان تصرف تاجر متوقف در اموال خود و همینطور مهلت دادن به او برای پرداخت بدهی ها بین او و طلبکارانش منعقد می گردد ارفاقی نامیده شده است.^{۱۱} (سکینی، ربیعا، جزوه حقوق تجارت ۴، ص ۳۵) اما عنوان "پیش گیرانه" آن ناشی از تاثیر این قرارداد در پیش گیری از

¹- Reorganization

²-Plan

⁴ Plan of reorganization

^۵ - ۱- عدم تقدیم ضمیمه 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. بطان معاملات. ۵. حال شدن دیون مؤجل. ۶. سلب اعتبار. ۷. محرومیت از برخی حقوق سیاسی اجتماعی. ۸. مجازات ورشکسته در صورت صدور حکم ورشکستگی به تقصیر و تقلب.

^۸ - ۱- تعیین عضو ناضر ۲- اقدامات تأمینی ۳- صدور قرار توقیف تاجر ۴- تعیین مدیر تصفیه

^۹ برای مطالعه بیشتر 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 دریافت 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 تجاری خود را بازسازی نماید و تاجر ورشکسته نیز به نوبه خود مراتب فوق را متعهد می گردد.

^{۱۱} اسکینی، ربیعا، جزوه حقوق تجارت ۴، ص ۳۵

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 می شود ... 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 یا اکثریت طلبکاران که بیش از دو سوم کل طلب را از ورشکسته داراست^۱، طی شرایط معین با تعیین ضوابط و مقرراتی منعقد می شود 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 شد مهم 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 قراردادهای و ساختار های حقوقی تازه با هدف مشترک جلوگیری از ورشکسته اعلام شدن تاجر و شرکت های تجاری، شده است. با مطالعه کتب و مقالات مربوط به حقوق ورشکستگی در ایالات متحده آمریکا با 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 بایکدیگر دارند و برخی دیگر تعابیر متفاوت از مفاهیم واحدند. این امر خواننده را در مراجعه به منابع انگلیسی دچار ابهام و سرگردانی کرده و گاهی 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 قرارداد ارفاقی پیش گیرانه شده و از سوی دیگر، با شناسایی آن از مفاهیم مشابه را موجب می گردد.

۱-۲-۱- بازسازی^۲

با تصویب قانون ورشکستگی آمریکا در سال ۱۹۷۸ اصطلاح بازسازی وارد ادبیات حقوقی آمریکا و پس از آن جهان گردید. در آن سال ها بازسازی تنها از طریق طرح بازسازی یا قرارداد ارفاقی پیش گیرانه، با شرایط 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 در دادگاه های آمریکا رایج گردید که به تاجر 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 و قراردادی را برای پرداخت، کاهش و یا تبدیل بدهی با ایشان منعقد کنند و در آخرین 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 از این طریق خود را از وضعیت توقف برهانند.^۳

با تصویب "قانون مالیات"^۴ در سال ۱۹۸۶ برای بازسازی ۷ روش قانونی دیگر پیش بینی شد: ۱- ادغام سرمایه^۵ ۲- ادغام سهام^۶ ۳- ادغام سهامداران^۷ ۴- تفکیک^۸ ۵- سرمایه گذاری مجدد^۹ ۶- تغییر ساختار یا ماهیت^{۱۰} ۷- کاهش سرمایه^{۱۱} در نتیجه بازسازی به

^۱ ماده ۱۰۲۹ لایحه قانون تجارت

^۲ Reorganization

^۳ Out of court restructuring

^۴ The Internal Revenue Code (IRC)

^۵ Mergers and Consolidations

^۶ Acquisition Subsidiary

^۷ Acquisition Liquidation

^۸ Transfer

^۹ Recapitalization

^{۱۰} Identity Change

^{۱۱} Transfer

مفهوم عامی تبدیل شده است که به کارگیری آن برای بازسازی از طریق "قرارداد ارفاقی پیش گیرانه" یا "طرح بازسازی" به شیوه 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 پرداختن مطالبات طلبکاران از طریق روش ها و طرح های متنوع که قرارداد ارفاقی پیش گیرانه یکی از این روش ها می باشد.

۱-۲-۲- 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 قرارداد ارفاقی پیش گیرانه دارد باین تفاوت که در آن قرارداد ارفاقی، پیش از درخواست ورشکستگی و تقاضا انعقاد قرارداد ارفاقی 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، تاجر متوقف قبل از درخواست ورشکستگی و انعقاد قرارداد ارفاقی پیش گیرانه، به مذاکره و انعقاد قراردادی 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 قرارداد ارفاقی 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

۱-۲-۳- قراردادهای خارج از دادگاه^۴

در برخی موارد، اعتبار بالا تاجر در میان طلبکاران موجب می گردد که طلبکاران با اعتمادی 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 در ادامه به بیان ۴ نوع عمده آن ها می پردازیم:

الف) برنامه مدیریت دین (DMP): این برنامه که توسط اتاق بازرگانی فدرال آمریکا^۵ پیشنهاد شده است از انواع قراردادهای خارج از دادگاه^۶ 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 طلبکاران خود داشته 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 با اعتبار بالا و خوش سابقه ممکن است بتوانند از آن استفاده کنند عموما با وسطه آژانس های مشاوره ای اعتبار^۷ 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 قرارداد ارفاقی 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

^۴ Out of court settlement

^۵ debt management program

^۶ Federal Trade Commission (FTC)

^۷ Out of court settlement:

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

^۸ Credit counseling agency

شرکت هایی که توسط اتاق بازرگانی فدرال آمریکا باهدف کمک و مشاوره به افراد و تجار دارای 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 انعقاد قراردادهای 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 از ورشکستگی نجات نمی دهد و وی در پی آن است که با استفاده 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 با ارزش ۱ میلیون دلار با طلبی به ارزش ۵۰۰ هزار دلار 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.^۱ 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^۲ یاد می شود، می پذیرد در قبال اعتبار و یا دریافت نوعی تضمین، دین ورشکسته را به طلبکاران پرداخته و خود طرف حساب بدهکار قرارگیرد. 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 تاجر 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^۳ در آمریکا انجام این امور را برعهده 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^۴

۲- ماهیت قراردادهای ارفاقی 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- قراردادهای 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 با طرح 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 در راه تمیز حق می گیرد و با آن دعوا را فصل می کند^۵). در این نظریه که مورد تایید برخی از نظریه پردازان خارجی است^۶ اینگونه استدلال می گردد که این قرارداد باید به تصدیق دادگاه برسد و تصویب و تصدیق دادگاه 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 باید آن 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 از اینکه تاجر درخواست ورشکستگی خود را به دادگاه ارائه داد، دادگاه برای حفظ حقوق وی، طلبکاران و جامعه دستور به انعقاد قراردادهای ارفاقی 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

^۴ - کاویانی، کورش، حقوق ورشکستگی، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۱، ص ۲۰

^۵ - کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت 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 America, 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 عقود می دانند که اشخاص در تنظیم 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 و ابتکار تنظیم و انعقاد آن نیز در اختیار دادگاه نیست تا آن را منتسب به دادگاه بدانیم مضاف بر اینکه ضوابطی که در تنظیم این قرارداد ضروری بوده و دادگاه آن ها را کنترل می کند عموماً همان شرایط مورد نیاز برای صحت قراردادها می باشد^۱ فلذا اختیار دادگاه محدود به نظارت استصوابی است.

۲-۱-۲- ابراء^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 قرارداد ارفاقی پیشگیرانه نیز طلبکاران از بخشی از دین خود بگذرند ممکن است این توهّم حاصل گردد که ماهیت عمل حقوقی در این قرارداد ابراء است این در حالی است که ابراء 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 داین 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. در قرارداد ارفاقی عادی و پیشگیرانه ضروری نیست که کلیه داین آن را قبول کنند، بلکه قبول اکثریت معینی از آنها کافی است و در این صورت قرارداد بر وضعیت حقوقی سایرین نیز تاثیر می گذارد اما در ابراء رضایت اختیاری داین ضروری است.

۴. در قراردادهای ارفاقی، طلبکاران صرفاً جزئی از دین را به جهت باقی آن ابراء می کنند، اما در ابراء غالباً داین 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: «(قرارداد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری نمایند و مورد قبول آن ها قرار گیرد.)»^۵ تعریفی که به دلیل ناقص بودن در دکتترین 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 بر این کشور مانند بسیاری از مفاهیم دیگر تعاریف متعددی از عقداً قرارداد وجود دارد. آسن^۸ حقوقدان بزرگ آمریکایی در تعریف عقد یا قرارداد 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

^۲ Debt remit

^۳ شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۶، ش ۷۴

^۴ - احمد سنهوری، عبدالرزاق، انتقال و سقوط تعهدات، مترجمین، علیرضا امینی، محمدحسین دانش کیا، منصور امینی، مرکز ترجمه و نشر کتاب بی تا، تهران، ص ۴۸۰

^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)

^۸ 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، با توجه به مفهومی که پیش از این از آن ارائه کردیم، در هر دو سیستم حقوقی ماهیتی یکسان داشته و تشریفات انعقاد و خصوصیات و آثار ویژه آن، آن را از 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 قرارداد ارفاقی 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 و با رعایت تشریفات خاص قانونی منعقد می نماید.

۲-۲-۲- 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 قراردادی بودن ماهیت طرح بازسازی را اثبات نمودیم لازم است که مشخص نماییم که با توجه به تقسیم بندی های متفاوت ارائه شده از قراردادها، این قرارداد از هر نظر در کدام دسته قرار می گیرد.

۲-۲-۱- 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 قرار گرفته اند به اعتبار شرایط 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. اینها همان قراردادهای معین هستند.

در مقابل 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.

در حقوق ما در مواجهه 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 بر یکی از عقود معین باشد در زمره عقود معین قرار گرفته و در 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 حقوقدانان با استناد به احکام و شرایط خاص حاکم بر این قرارداد، آن را پیمانی مستقل در حقوق تجارت محسوب می نمایند.

به نظر می رسد که با وجود 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، بر این قرارداد حاکم است، موجب گردیده قراردادهای ارفاقی دارای ماهیت خاصی باشند که بر هیچ یک از عقود معین قابل تطبیق نیست.

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

۲-۲-۲- فردی یا جمعی

برای تعریف قرارداد فردی بهتر است ابتدا قرارداد 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 بر اساس اصل نسبی بودن قراردادها^۱ صرفاً در ارتباط میان طرفین قرارداد موثر بوده و اشخاص خارج از قرارداد را به آن متعهد نمی سازد.

^۱ - (قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن 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- قرارداد ارفاقی که با توافق اکثریت عددی و سرمایه ای طلبکاران منعقد شده، موجب پایان یافتن جریان توقف تاجر ورشکسته می شود در حالی که اقلیت به آن راضی نیست ۲- 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 قرارداد ارفاقی. ۳- 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 ناقص 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 در قراردادهای جمعی علی رغم مخالفت عده ای 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 قرارداد ارفاقی 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 هر قرارداد که محور اصل نسبی بودن قراردادهای جمعی باشد، الزام به تعهدات ناشی از آن 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. کما اینکه عقد هبه - که در فردی بودن آن شکی نیست - نیز موجب کاهش دارایی های واهب و محدودیت طلبکاران وی در وصول طلب خود و وراثت وی در دریافت سهمشان می گردد. لازم به تذکر است که این امر مورد تأیید اساتید بزرگ حقوق تجارت، جناب آقای دکتر اسکینی و دکتر ستوده تهرانی بوده و ایشان در آثار خود قرارداد ارفاقی را از 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 با توجه به فرصت و میزان دسترسی خود مطالعه نموده است - همگی علی رغم تأکید بر لزوم الاجرا بودن قرارداد ارفاقی پیش گیرانه نسبت به بدهکار و طلبکاران، اشاره ای به جمعی بودن ماهیت این قرارداد ندارند ضمن اینکه این قرارداد در زمره استثنائات اصل نسبی بودن قرارداد ها در آمریکا^۲ 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 تأیید 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 می شود. با توجه به اصل مذکور عقد نمی تواند 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

^۳ res inter acta alteri nocere non debet

^۴ Pool, Jill. Casebook on Contract Law, 11 Ed, oxford, United kingdom, 2012, p 476

^۵ - صفایی، سیدحسین، همان، ص ۴۱

^۶ - بهرامی احمدی، حمید، کلیات عقود و قراردادها، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۱، ص ۳۵

^۷ - کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۷، ص ۴۲

^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 فصل ۱۱ 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 بود را از دوش او برداشته می دارد.))

۴-۲-۲-۴- لازم^۱ یا جایز^۲

لازم بودن قرارداد به این معناست که هیچیک از دو طرف معامله حق فسخ آن را نداشته باشد، مگر در موارد معین.^۳ این اصل از اصول اساسی حاکم بر قرارداد هاست به این معناست 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.^۴ در قانون تجارت واحد ایالات متحده آمریکا^۵ این اصل^۶ از اصول مهم قراردادها دانسته شده که جز در موارد محدود قانونی قابل نقض نیست.

در مقابل عقد جایز آن است که هریک از طرفین بتواند، هر وقت که بخواهد، آن را فسخ کند.^۸ برای برهم زدن عقد جایز هیچ سبب خاصی لازم نیست و طرف حق دارد، همیشه و بدون هیچ تشریفات آن را منحل سازد.^۹ بنابراین در هر دو سیستم حقوقی در صورتی که لازم یا جایز بودن قراردادی توسط قانون گذار مسکوت گذارده شود، با رجوع به اصل باید آن را در زمره عقود لازم دانست. ضمن اینکه در قانون هردو کشور مورد پژوهش، بر لازم بودن قرارداد ارفاقی پیشگیرانه تأکید شده است.

صدر ماده ۴۸۹ قانون تجارت در خصوص قرارداد ارفاقی 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 جدید نیز 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». و این دقیقاً همان حکمی است که ماده ۴۹ فصل ۱۱ قانون ورشکستگی بر آن اشعار دارد.^{۱۰}

۵-۲-۲-۵- تملیکی یا عهدی^{۱۱}

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.^{۱۲} اما عقد عهدی در مقابل عبارت است از عقدی که تعهدی را بر گردن یک طرف قرارداد و حقی دینی برای طرف دیگر به وجود می آورد.^{۱۳}

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 تا او بتواند از آثار انعقاد این قرارداد بهره مند شود. فلذا با وجود 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

^۳ - ماده ۱۸۵ قانون مدنی

^۴ - بهرامی احمدی، حمید، همان، ص ۱۱۷

⁵ Art. 2-205 of U.C.C

⁶ principle/doctrine of unilateral irrevocability

⁷ voidable

^۸ - ماده ۱۸۶ قانون مدنی

^۹ - کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۷، ش ۲۱

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

^{۱۲} صفایی، سیدحسین، قواعد عمومی قراردادها، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۰، ص ۴۰

^{۱۳} همان

۳- نتیجه‌گیری

۱- قرارداد ارفاقی پیش‌گیرانه، قراردادی است که قبل از صدور حکم ورشکستگی با تمام یا اکثریت طلبکاران که بیش از دو سوم کل طلب را از 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 جزئی 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 نام‌گذاری این قرارداد است. به نحوی که از آنجایی که این قرارداد برای ایجاد امکان تصرف تاجر متوقف در اموال خود و همین‌طور مهلت دادن به او برای پرداخت بدهی‌ها بین او و طلبکارانش منعقد می‌گردد ارفاقی نامیده شده است اما عنوان "پیش‌گیرانه" آن ناشی از تاثیر این قرارداد در پیش‌گیری از ورشکسته اعلام شدن تاجر و تبعات منفی ناشی از آن می‌باشد.

بارجوع به منابع خارجی متوجه گشتیم که به علت توجه گسترده قانون‌گذار آمریکایی به مسئله بازسازی و ادامه فعالیت تاجر، در حقوق این کشور مفاهیم مشابه فراوانی با مفهوم قرارداد ارفاقی پیش‌گیرانه وجود دارد. بازسازی، پری‌پک، برنامه‌های مدیریت، توافق و تشبیت دین و همچنین مذاکرات داوطلبانه برای بازسازی از جمله این مفاهیم مشابه هستند که در عین تشابه در برخی ارکان با آن تفاوت‌های عمده‌ایی دارند، فلذا با ارائه‌ی معادل انگلیسی این مفاهیم و تبیین مفهوم آن‌ها سعی شده است که در ضمن راهنمایی پژوهشگران در مراجعه به منابع انگلیسی، مفهوم خود قرارداد ارفاقی پیش‌گیرانه بهتر تبیین شود.

۳- "قرارداد ارفاقی پیش‌گیرانه" به تعبیر قانون‌گذار ایرانی، یابازسازی از طریق " طرح بازسازی " به تعبیر قانون‌گذار آمریکایی، باتوجه به مفهومی که پیش از این از آن ارائه کردیم، در هر دو سیستم حقوقی ماهیتی یکسان داشته و تشریفات انعقاد و خصوصیات و آثار ویژه آن، آن را از قالب قرارداد خارج نمی‌سازد چه اینکه مهم‌ترین ارکان عقد که عبارت است از تقابل و توافق دو یا چند اراده در آن به خوبی مشهود است.

۴- قرارداد ارفاقی پیش‌گیرانه 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 ایالات 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 و نشر 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