



## A comparative study of the crime of bankruptcy due to fault in the laws of Afghanistan and Iran

Mahmoud Hossein Qadri

### Abstract

One of the institutions that oversees investors' trust in businessmen is bankruptcy, which is divided into ordinary bankruptcy, fraud, and fault from the point of view of rights. Normal bankruptcy has a civil aspect and is out of the scope of this research, bankruptcy due to fraud is also out of the scope of this research due to its volume. But bankruptcy due to fault, has been given special attention in the law of Afghanistan and Iran, so there is a question in which cases the bankrupt businessman is considered to be at fault. In this article, with descriptive and analytical research, the punishment of bankruptcy due to fault is investigated and the findings of the research show that the guilty businessman is divided into small and big. Each of those material and spiritual elements is unique to itself. If the elements are proven and the conditions are fulfilled, the businessman will be found guilty and will be punished according to the punishment prescribed in the criminal laws.

**Keywords:** bankruptcy, fault, elements of fault, law of Afghanistan, law of Iran.



## بررسی تطبیقی جرم ورشکستگی به تقصیر در حقوق افغانستان و ایران

محمود حسین قادری\*

تاریخ دریافت ۱۴۰۳/۲/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۳/۲۰

### چکیده

یکی از نهادهای ناظر بر اعتماد سرمایه گذاران به تاجران ورشکستگی است که از منظر حقوق به ورشکستگی عادی، به تقلب و به تقصیر تقسیم شده است. ورشکستگی عادی جنبه مدنی دارد و از محور این تحقیق خارج است، ورشکستگی به تقلب نیز با توجه به حجم آن از بحث این تحقیق خارج است. اما ورشکستگی به تقصیر که در قانون افغانستان و ایران نسبت به آن توجه خاص شده است لذا جای سؤال است که در چه موارد تاجر ورشکسته به تقصیر شناخته می شود؟ در این مقاله با تحقیق توصیفی و تحلیلی به بررسی مجازات ورشکستگی به تقصیر پرداخته شده و یافته های تحقیق نشان می دهد که تاجر مقصر به کوچک و بزرگ تقسیم شده است. هرکدام از آن عناصر مادی و معنوی منحصر به خود را دارد در صورت اثبات عناصر و اكمال شرایط تاجر مقصر شناخته شده و به مجازات مقرر در قوانین کیفری مجازات خواهد شد.

**کلیدواژه:** ورشکستگی، تقصیر، عناصر تقصیر، قانون افغانستان، قانون ایران.

\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه اهل بیت (ع)، Mahmmodqaderi111@gmail.com

پیشرفت‌های اقتصادی در قرون اخیر، در روابط بین افراد تأثیر داشته و پیش‌بینی امور اقتصادی را مشکل نموده است. معاملات تجار امروزه معمولاً بر اساس اعتبار است، در نتیجه عدم دقت و ممارست یا حوادث و اتفاقات و یا سودجویی و یا زیاده‌روی ممکن است تاجری با وضعی مواجه شود که نتواند تعهدات مالی خود را به موقع انجام دهد، در این صورت کسانی که به تاجر اعتماد کرده‌اند به نوبه‌ی خود ممکن است دچار عسرت شده و انجام تعهدات آن‌ها مشکل گردد. ورشکستگی یک تاجر مهم ممکن است باعث ورشکستگی عده دیگری گردد که این موضوع در مواقع بحران‌های اقتصادی می‌تواند مشکلات فراوانی را ایجاد کند. قوانین مربوط به تجارت سعی می‌کنند تا آنجا که ممکن است راه حل مناسبی برای حل این مشکلات پیدا کنند.

اگر ورشکستگی در نتیجه حوادث و اتفاقاتی باشد که مربوط به شخص تاجر نباشد، اغلب قوانین با چنین تاجری مدارا می‌کنند، تا از این موقعیت دشوار نجات یابد. اگر ورشکستگی تاجر مبنی بر سوءاستفاده و بر اساس تخلف و تزویر باشد، سخت‌گیری شدیدی نسبت به تاجر اعمال می‌گردد. زیرا وضع تاجر با افراد عادی تفاوت بسیاری دارد. عدم توانایی پرداخت دین در مورد اشخاص عادی نتایج و عواقب اقتصادی زیادی ندارد، در صورتی که عدم توانایی تاجر ممکن است باعث اختلال امور عده‌ی زیادی از تجار دیگر گردد و روند چرخش اقتصادی را مشکل سازد و به این جهت سخت‌گیری که نسبت به تاجر اعمال می‌شود، در مورد افراد عادی قابل اعمال نیست.

ورشکستگی ممکن است دارای دو جنبه حقوقی و جزایی باشد. ورشکستگی از جنبه حقوقی توسط حقوق دانان به صورت مفصل بحث شده و کتب متعددی در این خصوص به چاپ رسیده است، اما تحقیق حاضر به دنبال طرح جنبه جزایی این موضوع در حقوق افغانستان و ایران است. با توجه به قوانین این دو کشور ورشکستگی به سه نوع عادی، به تقلب و به تقصیر تقسیم شده است. با صرف نظر از دو صورت اولی در این تحقیق جای سؤال است که بر اساس قوانین کیفری افغانستان و ایران تاجر در چه صورت ورشکسته به تقصیر شناخته می‌شود؟ با توجه به این سؤال تحقیق حاضر به دنبال اهداف چون، بررسی مفهوم ورشکستگی، بررسی عناصر تشکیل دهنده ورشکستگی به تقصیر و بیان شرایط ورشکستگی به تقصیر خواهد بود. در وهله اول به نظر می‌رسد که قوانین کیفری افغانستان و ایران، مصارف



بیش از عایدات، تجارت به چیز موهوم، معاملات و گرفتن قرض، ترجیح دادن یکی از طلبکاران و مصالحه با داینان را از موجبات ورشکستگی به تقصیر بیان نموده است. در این تحقیق ذیل سه گفتار به بررسی جرم ورشکستگی به تقصیر پرداخته می‌شود که گفتار اول مفاهیم ورشکستگی و پیشینه ورشکستگی بیان خواهد شد، گفتار دوم عناصر جرم ورشکستگی به تقصیر و در گفتار سوم به بیان مجازات این جرم پرداخته خواهد شد.

## الف) مفهوم و پیشینه ورشکستگی

برای بررسی یک موضوع در تحقیقات علمی لازم است در قدم نخست موضوع مورد بحث معنای لغوی و اصطلاحی آن بیان شود تا کمک در تفهیم خواننده شود و علاوه بر آن بهتر به نظر می‌رسد که سیر تاریخی و تقنین گذاری در مسائل جزایی نیز بیان شود. لذا بدین منظور ذیلاً به بیان مفهوم ورشکستگی و پیشینه تقنینی آن پرداخته خواهد شد.

### ۱. مفهوم ورشکستگی

برای مفهوم ورشکستگی از نگاه واژه‌شناسان و حقوق‌دانان تعریف خاص بیان شده است که برخی گفته‌اند: ورشکستگی حالت تاجری است که در تجارت متضرر شده است و بدهی او بیش از دارایی باشد، حالت درماندگی در کسب و تجارت رخ داده باشد (عمید، ۱۳۸۹، ص ۱۰۵۰). به تعبیر دیگر ورشکستگی اسم مصدر برای ورشکست شدن است و ورشکسته به کسی گفته می‌شود که دارائی‌اش را ازدست داده است (دهخدا، ۱۳۸۵، ص ۳۱۲).

قبل از تعریف باید بیان داشت رژیم ورشکستگی مختص به اشخاص تاجر دارد که به صورت مستقیم مبادرت به تجارت نموده باشد یا اینکه با تأسیس شرکت تجاری به طور غیر مستقیم اقدام به فعالیت‌های تجاری نموده و به عنوان تاجر معرفی شده است.

اما در اصطلاح حقوقی، ورشکستگی حالت تاجری است که دارای دو شرط بوده باشد یک، توان پرداخت دیون خود را ندارد، یعنی توان انجام تعهدات تجاری خود را ندارد، قدر متیقن این تعهدات پرداخت دیون معین حال است. دوم، از طرف دادگاه باصلاحیت این عدم توان اعلان شده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۲، ص ۷۴۱). در قوانین کیفری ایران ورشکستگی تعریف نشده است و قانون‌گذار این کشور صرفاً به بیان مصداق اکتفا نموده چنانچه در ماده ۴۱۲ قانون تجارت ایران آمده است «ورشکستگی تاجر یا شرکت تجارتی در

نتیجه توقف از تأدیه وجوهی که بر عهده او است حاصل می‌شود». اما در قوانین کیفری افغانستان قانون‌گذار بجای ورشکستگی از معادل آن که افلاس است استفاده نموده است که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲. پیشنهاد ورشکستگی

در افغانستان هم‌زمان با روی کار آمدن محکمه تجارتی برای اولین بار اصول نامه تجارت افغانستان ۱۳۲۰ تصویب شد و ورشکستگی را جرم انگاری نموده است. طولی از آن نگذشته بود که در کنار اصول نامه تجارت قانون دیگری در سال ۱۳۲۱ وضع شده و از طرف مقامات ذیصلاح نیز توشیح شده است که این قانون تحت عنوان «اصول نامه افلاس و ورشکستگی» می‌باشد. به تعقیب آن موادی در ارتباط به جنبه‌های جزایی ورشکستگی در قانون جزای افغانستان نیز پیش‌بینی می‌گردد که درخور اهمیت خاص حقوقی و تاریخی می‌باشد. با توجه به اهمیت تجارت و حقوق داینین قانون جزای افغانستان مصوب سال ۱۳۵۴ نیز در ذیل سه ماده این مبحث را جرم انگاری نموده است

علاوه بر اصول نامه افلاس و ورشکستگی، قانون جزا و با پیشرفت تجارت در افغانستان و کاستی‌های که اصول نامه تجارت داشت قانون دیگر تحت عنوان قانون افلاس باهدف ایجاد زمینه برای پرداخت دیون تاجر مفلس، تأمین شفافیت در تجارت دیون تاجر مفلس و گزارش دهی به داینین، افزایش اموال تاجر مفلس و در اخیر توزیع مساوی یا نه اموال تاجر مفلس. بر اساس مصوبه شماره ۲۰ سال ۱۳۹۶ در ۸ فصل و ۵۵ ماده تصویب گردید و تا سقوط دولت جمهوری افغانستان نیز نافذ بود.

با آنکه قوانین فوق به‌خوبی جرایم ورشکستگی را بیان نموده بود؛ اما موارد که جرم‌انگاری نشده بود و یا پیشرفت تجارتی سبب عدم جرم‌انگاری برخی جرایم ورشکستگی شده بود؛ لذا در سال ۱۳۹۱ با تصویب کود جزای افغانستان تمام موارد جرایم مربوط به ورشکستگی جرم‌انگاری شد.

باتوجه به کتب حقوقی و قوانین ایران دانسته می‌شود که ورشکستگی بر اساس تصویب قانون تجارت در سال ۱۳۰۳ جرم‌انگاری شده است و بعدها قانون سال ۱۳۱۱ در زمینه



ورشکستگی جایگزین مقررات قبلی شد. قبل از آن تمام موارد ورشکستگی بر اساس فقه که در ذیل افلاس بحث شده است مورد ارزیابی قرار می‌گرفت.

در سال ۱۳۲۹ قانونی در ایران تصویب شد تحت عنوان قانون افلاس و بر اساس کسانی که تاجر بودن ورشکستگی آن بر اساس قانون تجارت اعمال می‌شد و اشخاص غیر تاجر در صورت ورشکست تحت قانون افلاس بودند، بر علاوه این دو قانون، قانون دیگری تحت قانون اعسار و افلاس در سال ۱۳۱۰ تصویب شده بود که اشخاص غیر تاجر را نیز شامل می‌شود. و علاوه بر این‌ها ۱۳۱۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی تصویب شد که در کنار قانون تجارت نافذ است و به امور مربوط به ورشکستگی بر اساس آن رسیدگی می‌شود.

### ب) عناصر جرم مربوط به ورشکستگی به تقصیر

قبل از اینکه عناصر جرم مربوط به ورشکست مقصر مورد بحث قرار گیرد لازم است یک نکته مورد توجه قرار گیرد و آن اینکه ورشکستگی به تقصیر بر اساس قوانین افغانستان به دودسته تقسیم می‌شود که عبارت از ورشکستگی به تقصیر بزرگ و ورشکستگی به تقصیر کوچک، لذا برای بیان عناصر این جرم لازم است ابتدا عناصر ورشکستگی به تقصیر کوچک مورد بررسی قرار گیرد.

#### ۱- عناصر جرم ورشکستگی به تقصیر بزرگ

جرم ورشکستگی به تقصیر بزرگ از جمله جرایم مربوط به ورشکستگی می‌باشد که در ماده ۷۷۰ کود جزای افغانستان و ماده ۵۴۱ قانون تجارت ایران پیش‌بینی شده است؛ لذا در این قسمت از پژوهش عناصر جرم ورشکستگی به تقصیر بزرگ بررسی خواهد شد.

##### ۱-۱. عنصر مادی

قانون‌گذار افغانستان و ایران برخی رفتارها را بیان کرده است که در صورت وجود آن‌ها عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر کامل می‌شود که اجزای عنصر مادی قرار ذیل است:

##### ۱-۱-۱- رفتار مجرمانه

در قوانین کیفری افغانستان برخی از رفتارها بیان شده است که به عنوان عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر محسوب می‌شود. که ذیلاً بیان می‌شود. در کود جزا آمده است: «(۱)

تاجری که به افلاس او حکم قطعی صادر گردیده و به سبب تقصیر بزرگ باعث خساره داینین خود گردد، مفلس مقصر شناخته می‌شود. (۲) تاجر مفلس در یکی از حالات آتی مقصر بزرگ شناخته می‌شود: ۱- در حالتی که مصرف شخصی یا فامیلی او نسبت به عایدات وی زیاد باشد. ۲- در حالتی که مبالغ هنگفت را در قماربازی، تکت‌های بخت‌آزمایی یا شرط‌بندی صرف نماید. ۳- در حالتی که متاعی را بخرد و به قیمت نازل‌تر بفروشد یا مبالغ زیاد را قرض بگیرد یا اوراق بهادار را صادر یا وسایل دیگری را استعمال نماید، به نحوی که به سبب آن خساره ای بزرگ به او عاید گردد به منظور اینکه مال را به دست آرد و از این طریق افلاس خود را به تأخیر اندازد. ۴- در حالتی که بعد از متوقف ساختن تأدیه دین به منظور رساندن ضرر به سایر داینین یا به قصد رسیدن به مصالحه، دین یکی از داینین را تأدیه نماید. ۵- در حالتی که به وسیله تقلب با داینین به مصالحه برسد» (م ۷۷۰، کود جزا). در قانون تجارت ایران چنانچه بیان داشته است.<sup>۱</sup> مخارج شخصی یا مخارج خانه تاجر که نسبت به عاید وی فوق‌العاده بوده باشد، مبالغ زیادی را صرف معاملات موهوم کرده باشد، به قصد تأخیر انداختن ورشکستگی خود خرید بالا و فروش نازل‌تر داشته باشد و یا اینکه یکی از طلبکاران نسبت به دیگر ترجیح دهد ورشکسته به تقصیر معرفی خواهد شد. در این قسمت به توضیح هریک از رفتارهای فوق پرداخته می‌شود.

#### ۱-۱-۱. مصارف بیش از عایدات

از آنجایی که انصاف و عدالت در مصرف برای عموم بشریت درخور ستایش است؛ اما برای تاجران بیشتر تأکید شده است، (شهابی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۵). که باید در مصارف خود دقت داشته باشند و مصرف بیش از درآمدها نداشته باشند. مصرف بیش از عاید به عنوان عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر محسوب می‌شود؛ لذا قانون‌گذار افغانستان در کود جزا مقرر

۱- «تاجر در موارد ذیل ورشکسته به تقصیر اعلان می‌شود: ۱- در صورتی که محقق شود مخارج شخصی یا مخارج خانه مشار الیه در ایام عادی بالنسبه به عایدی او فوق العاده بوده است. ۲- در صورتی که محقق شود که تاجر نسبت به سرمایه خود مبالغ عمده صرف معاملاتی کرده که در عرف تجارت موهوم یا نفع آن منوط به اتفاق محض است. ۳- اگر به قصد تأخیر انداختن ورشکستگی خود خریدی بالاتر یا فروشی نازل‌تر از مظنه روز کرده باشد یا اگر به همان قصد وسائلی که دور از صرفه است به کار برده تا تحصیل وجهی نماید اعم از این که از راه استقراض یا صدور برات یا به طریق دیگر باشد. ۴- اگر یکی از طلبکارها را پس از تاریخ توقف بر سایرین ترجیح داده و طلب او را پرداخته باشد». ماده ۵۴۱ قانون تجارت ایران.



کرده است «مصرف شخصی و یا فامیلی تاجر بیش از عایدات او باشد» (ج ۱، ف ۲، م ۷۷۰). مشابه این رفتار را قانون‌گذار ایران نیز پیش‌بینی کرده است: «در صورتی که محقق شود مخارج شخصی یا مخارج خانه مشارالیه در ایام عادی بالنسبه به عایدی او فوق‌العاده بوده است.» (م ۵۴۱، قانون تجارت ایران). یعنی به‌عنوان مثال درآمد او از ناحیه تجارت، ماهانه هزار افغانی بوده؛ ولی مصارف شخصی و فامیلی وی به بیش از دو هزار افغانی برسد. عدم توازن بین درآمد و مخارج، یک نوع تقصیر، سهل‌انگاری و بی‌دقتی تاجر را نشان می‌دهد و این خلاف رویه منطقی حاکم میان عقلاً است؛ لذا تاجر با ارتکاب چنین عملی اگر ورشکسته شود قابل تعقیب است درحالی که اشخاص غیر تاجر به خاطر مصارف زیاد قابل تعقیب دانسته نمی‌شود.

در کود جزا به مصرف شخصی و فامیل اشاره شده است که در قوانین تجاری ایران نیز مطابق آن مصرف شخصی و مصرف خانه ذکر شده است. واضح است که قوانین ایران و افغانستان به‌طور مفصل بین مصرف شخصی و مصرف خانه تمایز قائل هستند. هزینه‌های شخصی را می‌توان به‌گونه‌ای نسبت داد که تاجر به‌تنهایی و بدون خانواده زندگی کند و یا اگر فرزند و خانواده داشته باشد، شامل هزینه‌هایی است که تاجر فقط برای خود خرج می‌کند و هزینه‌های خانه نیز مربوط به هزینه‌هایی است که تاجر برای خانواده‌اش خرج می‌کند.

تناسب هزینه‌های شخصی یا غیرعادی آن‌ها باید مطابق با درآمد او ارزیابی شود؛ بنابراین، هزینه‌های شخصی تاجر ممکن است در رابطه با درآمد او عادی تلقی شود، درحالی که هزینه‌های شخصی تاجر دیگر ممکن است غیرمعمول باشد؛ بنابراین، مهم نیست که تاجر چقدر هزینه می‌کند. مهم است که تاجر چقدر مطابق با درآمد خود هزینه کند. به عبارت دیگر، استاندارد فوق‌العاده نه تنها میزان هزینه، بلکه میزان درآمد است. براین اساس یک تاجر می‌تواند سفرهای هوایی خود را انجام دهد و هزینه‌های شخصی او به دلیل درآمد بالای تاجر عادی دانسته شود. اما اگر تاجر دیگری به دلیل درآمد پایین تاجر سفرهای هوایی خود را انجام دهد، این از جمله مصارف غیرعادی محسوب شود. (رحمدل، ۱۳۸۶، ص ۱۱۷).

قید مصارف شخصی را نباید شامل مصارفی دانست که تاجر برای اموری تجاری خود مصرف کرده باشد. به‌عنوان مثال، اگر تاجر در ارتباط با امور تجاری خود با هواپیما سفر کند که گران‌تر از سایر وسایل حمل و نقل است، نمی‌توان این را مصارف شخصی دانست؛

بنابراین، عبارت «مصارف شخصی» که در قانون ذکر شده است ناظر به موارد فرض نمود که تاجر صرفاً برای شخص خود خرج نموده باشد.

در این قسمت سؤالی مطرح می‌شود به اینکه آیا در قانون برای مصارف بیش از عایدات کدام معیاری را در نظر گرفته است و یا خیر؟ در جواب باید گفت که برخی از حقوق‌دانان بیان نموده است که تشخیص زیاده بودن مصارف تاجر نسبت به درآمد آن به عهده دادگاه است به هر دلیلی که احراز شود دادگاه مکلف است که حکم ورشکستگی به تقصیر را صادر نماید (اسکینی، ۱۳۸۷، ص ۸۳). برخی دیگر نیز گفته‌اند: «بدیهی است که مرجع تشخیص عادی یا غیرعادی بودن مخارج نیز عرف است. عرف در اینجا هم معیار شخصی را در نظر می‌گیرد و هم معیار نوعی را. بدین توضیح که ممکن است که با توجه به شخصیت اجتماعی تاجر متخلف میزان هزینه‌های متعارف برای برگزاری مراسم فوت متفاوت باشد و اگر در مورد تاجری میزان مخارج کمتر، متناسب تلقی شود در مورد تاجری دیگر ممکن است میزان هزینه‌های بیشتر، عادی جلوه نماید» (رحمدل، ۱۳۸۶، ص ۱۲۳).

بنابراین، قانون‌گذار معیار مشخصی را در نظر نگرفته است و از صلاحیت دادگاه است که بر اساس چه معیاری مصارف بیش از عایدات را تعیین می‌کند. ممکن است دادگاه مصارف بیش از عایدات در اعضای خانواده تاجر را مثل مصرف عروسی بالا، سیر و سیاحت خارج از وسع و توان را مناسب برای تاجر و خانواده وی را به عنوان مصارف بیش از عایدات تلقی نماید. برخی از حقوق‌دانان گفته‌اند منظور از مصارف در ماده فوق مصارف عادی تاجر است، بنابراین اگر حالت فوق‌العاده‌ای برای تاجر پیش آید که به سبب آن مخارج او به صورت غیر مترقبه افزایش یابد در این صورت نمی‌توان تاجر را ورشکسته به تقصیر دانست؛ مثلاً اینکه تصادف ناگهانی و یا بیماری برای یکی از اعضای خانواده تاجر اتفاق افتاده باشد که بر اثر آن مصارف تاجر افزایش پیدا کند، این مورد مشمول ورشکستگی به تقصیر نیست (اسکینی، ۱۳۸۷، ص ۸۳). نکته دیگری که باید بیان نمود این است مصارف بیش از عایدات تاجر به صورت عادی جرم تلقی نمی‌شود و تاجر قابل تعقیب نیست. در صورتی می‌توان این مصارف را جرم دانست که منتهی به ورشکستگی شود. به عبارت دیگر این رفتار مجرمانه از جمله جرایم مقید به نتیجه است؛ یعنی اگر منتهی به ورشکستگی شود جرم است و اگر نه جرم دانسته نمی‌شود.

در فقره دوم ماده فوق قانون گذار افغانستان برخی از رفتارها را بیان نموده است که نشانگر عمل مادی جرم ورشکستگی به تقصیر است «در حالتی که مبالغ هنگفت را در قماربازی، تکت-های بخت آزمایی یا شرط بندی صرف نماید» (ج ۳، ف ۲، م ۷۷۰ کود جزا). این رفتارها معاملاتی است که در عرف تجار نفع آن منوط به اتفاق محض است و خلاف عقل و منطق محسوب می شود، چنانچه در قانون تجارت ایران نیز این مورد پیش بینی شده است. «در صورتی که محقق شود که تاجر نسبت به سرمایه خود مبالغ عمده صرف معاملاتی کرده که در عرف تجارت موهوم یا نفع آن منوط به اتفاق محض است» (م ۵۴۱، قانون تجارت ایران). برای تحقق این رفتار باید چندین معیار در نظر گرفته شود:

الف) معیار مربوط به دارایی تاجر: بسته به اینکه سرمایه تاجر چقدر بزرگ است، حجم معاملات و کوچک بودن و اندازه آنها نیز باید متفاوت باشد، تاجر با سرمایه کمتر نمی تواند معامله بزرگی انجام دهد، به این امید که از معاملات فوق سود زیادی دریافت کند؛ بنابراین، به نظر می رسد که همه معیارها باید در تشخیص قضیه دخیل باشند.

ب) معیار مربوط به عرف تجارت: قانون گذار به عرف تجارت به عنوان یکی از معیارها اشاره کرده است. منظور از عرف تجارت عرف رایج در میان تاجران است. براین اساس، معامله ای که در عرف غیرتجاری غیرمتعارف تلقی می شود، نمی تواند در عرف تجار غیرمتعارف تلقی شود. به عنوان مثال، اگر بر اساس عرف تجارت انجام معاملات نسیه ای متعارف باشد و تاجر به اعتبار آنکه در طول زمان با کسب و کار بیشتر سودی را از قبیل معامله مزبور تحصیل خواهد کرد؛ ولی برخلاف حدس و گمان های وی نه تنها سودی عاید وی نشود؛ بلکه معامله مزبور زیان دیده باشد نمی توان وی را مقصر تلقی کرد به شرط آنکه معامله موهوم با سود پیش بینی شده وی اتفاق محض تلقی نشود.

ج) موهوم بودن یا اتفاق محض تلقی شدن معاملات: منظور از موهوم بودن معامله، معامله ای است که صرفاً بر اساس یک توهم استوار است و برای آن پیدا کردن یک مبنای معقول غیرممکن است، به عنوان مثال، خرید ملک با این ایده که اگر در آینده یک بزرگراه در کنار آن ساخته شود، سودهای عظیمی به همراه خواهد داشت این یک معامله موهوم تلقی می شود. از



این منظر می‌توان گفت که برخی از معاملات که می‌تواند برای افرادی انجام شود که هزینه‌های روزانه خود را بیش از حد دارند می‌تواند در بخش املاک و مستغلات سرمایه‌گذاری شود، اما در مورد یک تاجر که انتظار می‌رود سرمایه خود را هدایت کند و سود ببرد تا این منافع و حقوق طلبکاران را از قبل تضمین کند چنین معامله‌ای می‌تواند توهم آمیز تلقی شود.

منظور از معامله‌ای که نفع آن منوط به اتفاق محض است این است که در اصل تصور هر منفعت قابل پیش‌بینی برای این معامله غیرممکن است. براین اساس، اگر تاجر گندم را به مقدار زیاد معامله نماید، درحالی‌که در حالت معمول هیچ‌کس نمی‌خواهد گندم بخرد، و این ضروری نیست و هیچ توجیه اقتصادی برای این امر نمی‌تواند در نظر گرفته شود به این امید که اگر جنگی شروع شود و قحطی گندم رخ دهد، گندم افزایش قیمت پیدا می‌کند و سود هنگفتی به دست می‌آید. درآمد او را می‌توان گفت که چنین معامله‌ای ازجمله معاملاتی است که سود آن به وقوع اتفاق محض بستگی دارد.

برخی بورس‌بازی و خرید بلیط بخت‌آزمایی را از مثال‌های بارز معاملات موهوم با معاملاتی که نفع آن منوط به اتفاق محض است تلقی کرده‌اند (دمرجیلی، ۱۴۰۱، ص ۸۲). برخی دیگر نیز رایج‌ترین فرض برای معاملات موهوم را بورس‌بازی سهام دانسته‌اند (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۷، ج ۴، ص ۲۰۸). ولی به اعتقاد برخی دیگر از حقوق‌دانان به نظر می‌رسد که بازار سهام را نمی‌توان با اطمینان به عنوان منبع قابل توجهی از معاملات توهم آمیز در نظر گرفت، زیرا یک تاجر می‌تواند منافع خرید سهام در بازار سهام را با کمک محاسبات دقیق که انجام می‌دهد، مطالعه کند؛ بنابراین، هر بازی بورس را نمی‌توان معاملات موهوم دانست؛ بنابراین ارتکاب این مورد فرق نمی‌کند که تاجر آن را به منظور سود و منفعت خود انجام داده باشد و یا به منظور ضرر وارد کردن به طلبکاران، تاجر اگر رفتارهای مذکور را انجام بدهد به امید اینکه در یک شب ثروتمند شود و مبالغ هنگفتی را صرف رفتارهای فوق نماید، مرتکب جرم ورشکستگی به تقصیر شده است ولو اینکه تاجر از نظر وضعیت مالی مطلوب بوده باشد اگر این عمل را انجام داده باشد قابل تعقیب است. البته مشروط به اینکه منتهی به ورشکستگی تاجر بشود.



### ۱-۱-۳. معاملات ضرری و گرفتن قرض

مطابق کود جزا یکی از رفتارهایی که قانون‌گذار آن را به عنوان عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر محسوب نموده آن است که «در حالتی که متاعی را بخرد و به قیمت نازل تر بفروشد یا مبالغ زیاد را قرض بگیرد یا اوراق بهادار را صادر یا وسایل دیگری را استعمال نماید، به نحوی که به سبب آن خساره‌ای بزرگ به او عاید گردد به منظور اینکه مال را به دست آورد و از این طریق افلاس خود را به تأخیر اندازد.» (ج ۳، ف ۲، م ۷۷۰ کود جزا). مطابق همین رفتارها در قانون تجارت ایران نیز بیان شده است که «اگر به قصد تأخیر انداختن ورشکستگی خود خریدی بالاتر یا فروشی نازل تر از مطنه روز کرده باشد یا اگر به همان قصد وسایلی که دور از صرفه است به کار برده تا تحصیل وجهی نماید اعم از این که از راه استقراض یا صدور برات یا به طریق دیگر باشد» (م ۵۴۱، قانون تجارت ایران). به گفته برخی از اندیشمندان صرف خرید بالاتر و فروش پایین تر از روال هر روز برای تحقق جرم ورشکستگی به تقصیر کافی نیست (اسکینی، ۱۳۸۷، ص ۸۳). بلکه به قصد تأخیر انداختن ورشکستگی این عمل رفتار را انجام بدهد. مثال واضح در این مورد این است که تاجر برای اینکه دیون خود را پرداخت نماید اقدام به خرید کالا به صورت نسیه می کند تا به قیمت اندک بفروشد و پول نقد به دست آورد و بدهی های حال خود را پرداخت نماید. مسلم است که این تاجر برای اینکه پول نسیه کالای خرید شده را بپردازد باید دوباره اقدام به همچون معامله ای نماید. باتوجه به این معاملات وضع تاجر بدتر خواهد شد و این به ضرر طلبکاران است، لذا قانون‌گذار چنین رفتاری را جرم‌انگاری نموده است. برای توضیح بیشتر رفتارها فوق به صورت مجزا بیان می شود:

۱. فروختن متاع به قیمت نازل تر از خرید؛ مانند آنکه جنسی را به قیمت صد هزار افغانی خریده است، ولی آن را به پنجاه هزار افغانی بفروشد، مشروط بر این که فروش جنس به قیمت نازل تر یک امر غیر منطقی و عقلانی باشد. تقصیر و سهل انگاری تاجر با این رفتار بسیار واضح است و خلاف منطق و عقل است.

۲. قرض گرفتن مبالغ بسیار زیاد از دیگران؛ مانند آنکه مبالغ بسیاری را از تاجران و مردم در قبال پرداخت سود بسیار، قرض گرفته تا با آن تجارت کند، ولی در فعالیت های تجاری خود متضرر شده توان پرداخت قرض و سود آن را نداشته باشد و در نتیجه آن ورشکسته می شود. تقصیر تاجر از این جهت است که این رفتار تاجر خلاف احتیاط و دوراندیشی است.



۳. صادر کردن اوراق بهادار<sup>۱</sup>؛ مقصود آن است که اوراق بهاداری را به منظور تأمین سرمایه منتشر کند و در بازار بورس بفروشد تا از این طریق سرمایه بیشتر برای فعالیت‌ها تجاری تأمین نماید، ولی حقوق مالی و سود زیاد این اوراق موجب ورشکستگی او شود. این عمل تاجر بی احتیاطی و دوراندیشی محض است و مستحق مجازات خواهد بود.

۴. استعمال وسایل ریسک آور؛ وسایل دیگری استعمال کند که ریسک و خطر مالی بیشتری دارد. مانند آنکه پول را به عنوان مضاربه به شرط پرداخت اصل سرمایه از دیگران اخذ کند و در عوض به کار انداختن، این مبالغ در فعالیت‌های تجاری، آن را به جای دیون خویش پرداخت کند یا صد میلیون افغانی را از کسانی که خانه برای خود اجاره کرده‌اند، اخذ کند با این تعهد که آنان پول خود را در اختیار تاجر قرار دهند و در عوض دیون خویش را پرداخت کند. از آنجایی که تاجر با انجام دادن این اعمال ریسک و خطر بزرگی را متقبل می‌شود، عمل خلاف احتیاط و دوراندیشی را انجام داده است و مقصر است.

در موارد فوق الذکر در صورتی تاجر مرتکب تقصیر می‌شود که اولاً این اعمال سبب وارد شدن خسارت بزرگ به تاجر شود. منظور از خسارت بزرگ در اینجا خسارتی است که موجب ورشکستگی می‌شود نه هر خسارت دیگر. ثانیاً به منظور به دست آوردن مال اقدام به این رفتار نماید. ثالثاً از این طریق ورشکستگی خویش را به تأخیر اندازد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۷، ج ۴، ص ۲۱۰). باتوجه به این شروط رفتارهای فوق اگر منجر به ورشکستگی شود جرم تلقی شده و مرتکب قابل تعقیب خواهد بود.

۱-۱-۴. ترجیح دادن دین یکی از طلبکاران

رفتار مجرمانه این جزء پرداخت دین به یکی از داینان بعد از متوقف شدن از تأدیه دین است، قانون‌گذار افغانستان با اقتباس از قانون سابق فرانسه این رفتار را مصداق عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر محسوب نموده است. «در حالتی که بعد از متوقف ساختن تأدیه دین

۱ - اوراق بهادار؛ به هر نوع ورقه یا مستندی گفته می‌شود که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک عین و یا منفعت آن است و تاجر آن را برای تأمین سرمایه مالی و فعالیت‌های تجاری خود منتشر می‌کند بر اساس این تعریف اوراق بهادار باید دو ویژگی داشته باشد اول: متضمن حقوق مالی باشد، دوم: قابل معامله و نقل و انتقال باشد. (عبدی پور، ابراهیم، مباحث تحلیلی از حقوق تجارت، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ ۲، ۱۳۹۲، ص ۹۲)



به منظور رساندن ضرر به سایر داینین یا به قصد رسیدن به مصالحه، دین یکی از داینین را تأدیه نماید» (ج ۳، ف ۲، م ۷۷۰ کود جزا). از آنجایی که تمام دارایی ورشکسته وثیقه طلب طلبکاران است، نباید به ضرر یکی از طلبکاران طلب مابقی را پرداخت نماید، بلکه باید تمام پرداخت را از تاریخ ورشکستگی متوقف نموده تا طلبکاران بعد از تصفیه بر اساس سهم خود مقداری از طلب خود را دریافت نمایند. در ضمن باید گفت صرف پرداخت کردن به یکی از طلبکاران موجب تحقق این جرم می شود و نیاز به سوءنیت و متضرر کردن سایر داینان نیست (جمععی از نویسندگان، ۱۳۹۷، ج ۴، ص ۲۱۱). مانند آنکه ده میلیون افغانی به برادر خود مدیون است. بعد از آن که پرداخت دیون طلبکاران را متوقف ساخته است، قرض او را به قصد ایراد خسارت به سایر داینان، تأدیه کند و یا اینکه به قصد مصالحه قرض او را پرداخت کند. مثلاً به جای ده میلیون، هشت میلیون آن را بدهد به قصد اینکه دائن دو میلیون دیگر را از او اخذ نکند. علاوه بر این ها اگر تاجر به قصد ضرر سایر داینان نصف دین یکی از طلبکاران را پرداخت نماید نوع مصالحه است و شامل جزء از رفتار خواهد شد؛ بنابراین تاجر با انجام این عمل از این جهت مرتکب تقصیر شده است که اصل تساوی داینان را رعایت نکرده است. چنانچه در قانون تجارت ایران نیز ترجیح دادن یکی از داینین جرم شمرده است. «اگر یکی از طلبکارها را پس از تاریخ توقف بر سایرین ترجیح داده و طلب او را پرداخته باشد.» (م ۵۴۱ قانون تجارت ایران). بنابراین همه طلبکاران تاجر به نسبت مجموع دیون او به سرمایه، به نسبت طلب در مال او حق دارند. از باب مثال اگر مجموع سرمایه کشف شده تاجر به اندازه نصف دیون او باشد، هر دائن به اندازه نصف دین خویش در مال موجود او حق دارد. تاجر با پرداخت دین یکی از داینان این اصل تساوی را نقض می نماید.

مطلبی که در اینجا قابل یادآوری است اینکه رفتار فوق به خلاف سه رفتار قبلی ناظر به زمان بعد از توقف تاجر ورشکسته می باشد. مقنن افغانستان و ایران زمان بعد از تحقق وقفه تاجر ورشکسته در مورد معاملات وی برخی محدودیت ها را وضع نموده است، یکی از آن موارد عدم ترجیح دادن طلبکاران نسبت به دین است. چنانچه برخی در این مورد بیان داشته است: «به عبارت دیگر، ایجاد حق تقدم برای یکی از طلبکاران نسبت به طلبکاران دیگر اگر قبل از توقف باشد با ضمانت اجرای مدنی همراه است؛ ولی اگر بعد از تاریخ توقف باشد، هم با ضمانت اجرای مدنی همراه است و هم با ضمانت اجرای کیفری» (رحمدل، ۱۳۸۶،

ص ۱۲۶). بنابراین هیچ‌یکی از طلبکاران در اخذ دیون خویش برتری بر دیگری ندارند، از منظر حقوقی نمی‌توان حق تقدم برای کی از آنان در اخذ طلب از تاجر ورشکسته در نظر گرفت. زیرا دارای تاجر ورشکسته وثیقه برای طلب همه طلبکاران است نه برخی از آنان که ارتباط قومی و دوستی با تاجر دارند؛ لذا تاجر مکلف است بعد از تاریخ توقف هر نوع پرداختی را متوقف نماید تا هریک از طلبکاران وی پس از تصفیه‌ی اموال، مقدار طلب خود را برحسب نسبت سهم از کلیه دارایی باقی‌مانده تاجر ورشکسته اخذ نماید. باید توجه داشت که پرداخت سهم یکی از طلبکاران موجب ضایع شدن حقوق سایر طلبکاران می‌شود.

با استفاده از بند فوق ماده‌قانونی ملاحظه می‌شود که مقنن افغانستان و ایران قائل شدن حق تقدم از طرف تاجر به نفع یک یا چند نفر از طلبکاران نوعی مواضعه و تبانی برای تضییع حقوق سایر طلبکاران می‌باشد. زیرا اگر تاجر در این امر محدود نباشد ممکن است برای خود طلبکاران صوری ایجاد نماید تا از این برخی از اموال خود را اختصاص به طلبکاران صوری نماید، هم‌چنین ممکن است با طلب کاری که ارتباط خویشاوندی دارد مقدم بدارد. بنابراین رفتار فوق مخالف با عدالت است و مستحق مجازات می‌باشد (آقابائی طاقانکی، ۱۳۹۹، ص ۴۵).

#### ۱-۱-۵. مصالحه با داینان

رفتار دیگر که به‌عنوان جزء عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر محسوب می‌شود مصالحه با داینان به‌وسیله تقلب است؛ مقصود از این رفتار آن است که تاجر از پرداخت دیون خویش خودداری نماید و ادعا کند که دچار ورشکستگی شده است و توانایی پرداخت دیون آنان را ندارد، ولی درواقع ورشکسته نشده باشد و از این طریق آنان را وادار کنند که با تاجر مصالحه و تنها به دریافت بخشی از دین خود راضی شوند. این رفتار در قانون جرم محسوب می‌شود چنانچه در کود جزا افغانستان پیش‌بینی شده است «در حالتی که به‌وسیله تقلب با داینان به مصالحه برسد.» مثلاً خود را ورشکسته جلوه داده تا طلبکاران ادعای حق خود را نه نمایند؛ اما قانون تجارت ایران مورد فوق را جرم‌انگاری نکرده است. به نظر برخی از دکتربین حقوقی ممکن است در کود جزا نیز اشتباه شده باشد؛ چون اولاً این مورد ازجمله جرایم تقصیری نیست؛ بلکه تقلبی می‌باشد علاوه بر این عنصر معنوی سایر فقره‌های این ماده از نوع غیرعمدی است؛ ولی از این فقره عمدی به نظر می‌رسد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۷، ج ۴، ص ۲۱۱). پس ممکن است در این مورد اشتباهی رخ داده باشد.

قانون‌گذار در هنگام وضع قوانین یک سلسله شرایط، اوضاع و احوال را برای جرم در نظر گرفته و این شرایط شرط تحقق جرم است و با نبودن آن‌ها اساساً جرم محقق نمی‌شود؛ لذا شرایط که در این قسمت در نظر گرفته شده است بیان می‌شود. در قدم نخست باید گفت که جرم ورشکستگی همان‌طوری که قبلاً بیان شد اغلب مربوط به تاجر است، لذا باید دانسته شود که تاجری که موضوع جرم ورشکستگی قرار گرفته است چه کسی است؟

شخصی که شغل آن تجارت است و آن را به عنوان یک حرفه معمولی برای خود پذیرفته از نظر قانون‌گذار تاجر محسوب می‌شود. قانون برای احراز حالت تاجر برحسب موضوع تجارت حکم می‌کند، بنابراین تاجر شخصی است که پیشه او انجام تجارت باشد. چنانچه در قانون ذکر شده است: «هر شخص اعم از افراد و شرکت‌ها که حائز اهلیت تجارتی بوده بنام خود به یک یا چند معامله تجارتی اشتغال ورزیده و این شغل را پیشه معتاد قرار بدهد تاجر شمرده می‌شود.» (م ۸، قانون تجارت افغانستان). در قانون تجارت ایران برای تعریف تاجر آمده است: «تاجر کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجارتی قرار بدهد.» (م ۱، قانون تجارت ایران). باتوجه به این تعریف پس قانون‌گذار برای احراز حیثیت تاجر فعالیت‌های او را در نظر گرفته است؛ یعنی تاجر باید این کار را پیشه و معتاد خود قرار بدهد. برای کسب جایگاه تاجر سه شرط باید رعایت شود: انجام فعالیت‌های تجاری، حرفه‌ای بودن آن‌ها و صلاحیت فرد برای انجام این فعالیت‌ها.

اول - انجام فعالیت‌های تجاری: فعالیت‌های تجاری مشاغلی هستند که تاجر برای احراز حیثیت تجاری خود ملزم به انجام آن فعالیت‌های هستند؛ مانند خرید اموال منقول تا آن‌ها را با سود بفروشند. در قانونی یا غیرقانونی بودن این تجارت هیچ تفاوتی وجود ندارد، کسی که به صورت حرفه‌ای مواد مخدر را به قصد فروش و سود بخرد، دلال محسوب می‌شود حال آنکه غیرقانونی بوده و دلال نیز تاجر محسوب می‌شود. با این حال، اشتغال به فعالیت‌های تجاری برای اعطای وضعیت تاجر به مسئول آن کافی نیست، بلکه تاجر فعالیت‌های تجارتی را مستقلاً به نام خود و حساب خود انجام دهد. به قسمی که سود و زیان حاصل از این فعالیت‌ها متوجه خود تاجر باشد (العوضی، ۲۰۰۷، ص ۳۳). بنابراین تاجر به کسی گفته می‌شود که فعالیت‌های تجارتی را انجام دهد و قانون‌گذار آن‌ها را تاجر بداند. بر علاوه این



گاهی ممکن است اتفاق بیفتد که شخصی درحالی که عقب شخص دیگری به تجارت می‌پردازد، مثلاً پزشک، قاضی و کارمند دولتی بر اساس قانون حق اشتغال به تجارت را ندارند؛ ولی شخص دیگری را وکیل کرده‌اند تا مسائل تجاری را پیش ببرد در حال که وکیل به حساب خود تجارت نمی‌کند در این صورت هم شخصیت تجاری به شخص ظاهر (وکیل) و هم به شخص پنهان (قاضی یا پزشک) اعطا می‌شود. شخص ظاهری، حتی اگر برای خودکار نکند، اما درواقع ظاهری را ایجاد می‌کند که دلالت به آن اعتماد دارند و به آن تکیه می‌کنند، گویی برای خود پذیرفته است که برای کسب کیفیت در مقابل دیگران متعهد باشد. (وجیه کمال، ۲۰۰۹، ص ۱۹)

دوم - حرفه‌ای کردن کسب و کار: حرفه‌ای بودن به این معناست که معمولاً فعالیت یک فرد به سمت یک کار خاص سوق داده می‌شود تا زمانی که این کار تبدیل به حرفه‌ای برای کسب درآمد برای او شود. اولین عنصر حرفه‌ای بودن، تکرار انجام یک کار خاص به صورت مداوم و منظم است. اساساً هر کس به‌طور معمول تجارت انجام دهد تاجر محسوب نمی‌شود. الزامی نیست که کار تجاری تمام فعالیت‌های شخص را در برگیرد یا به غیراز تجارت، فعالیت دیگری انجام ندهد. ممکن است شخصی یک حرفه تجاری داشته باشد و یک حرفه دیگر مانند طبابت که مشغول به کار است؛ اما قانون برای حمایت از دیگران، کسی را تاجر تلقی می‌کند که در روزنامه، جزوه یا هر وسیله دیگری از مغازه‌ای که برای انجام معاملات بازرگانی تأسیس و افتتاح کرده است، اعلان کند، هرچند که تجارت را پیشه نکرده باشد (همان، ص ۲۲). برای اعلان‌شده آن نیاز است تا اسم مشخص و غیرتکراری را برای خود اختصاص داده باشد تا بر اساس جریده و یا روزنامه اعلان شود و از تکرار آن اسم جلوگیری به عمل آید. چنانچه در ماده ۲۲ قانون تجارت افغانستان و ماده ۱۸ قانون تجارت ایران به این نکته اشاره شده است.

ثالثاً - صلاحیت تجاری: شخصی در صورت رسیدن به سن بلوغ که در قوانین افغانستان هیجده سال شمسی و ایران پانزده سال قمری کامل است، اعم از داخلی یا خارجی، واجد شرایط تجارت تلقی می‌شود، لذا ماده ۲۹ قانون تجارت افغانستان مقرر داشته «سن رشد هیجده سال مکمل شمسی می‌باشد. شخص رشید در حالت صحت عقل در اجرای معاملات، دارای اهلیت حقوقی کامل شناخته می‌شود» و نیز مطابق ماده ۲۱۰، ۲۱۱ و ۲۱۲



قانون مدنی ایران، متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند و اهلیت داشتن به معنای بالغ و عاقل و رشید بودن است. لذا معامله با اشخاصی که اهلیت ندارند باطل است. ۱ نکته دیگر که در این مورد قابل ذکر است اینکه در حقوق مدنی افغانستان برای برخی از ناقص اهلیت جواز تجارت داده می شود اما اینکه روند آن چگونه باشد قانون پیش بینی نکرده است. چنانچه ماده ۲۵ این قانون مقرر می دارد «اقامتگاه ناقص اهلیت، محجور، مفقود و غایب عبارت از اقامتگاه قایم مقام قانونی شان می باشد. اشخاص ناقص اهلیت که مأذون به تجارت باشند، می توانند در مورد اجرای معاملات و تصرفات مجوزه، صاحب اقامتگاه خاص شناخته شوند.» از واژه مأذون دانسته می شود که طی پروسه ای به برخی اشخاص فاقد اهلیت اجازه تجارت داده می شود.

### ۱-۱-۳- نتیجه مجرمانه

همان طوری که قبلاً مطرح گردید یکی از اجزای عنصر مادی نتیجه مجرمانه است. با توجه به مقید بودن و یا عدم مقید بودن تحقق جرم به نتیجه مجرمانه، جرایم به دودسته تقسیم می شود که عبارت از مطلق و مقید می باشد. جرم مقید به نتیجه جرمی است که بر اساس تعریف قانونی و یا صدق عرفی آن زمان محقق می شود علاوه بر رفتاری فیزیکی نتیجه که از منظور شده است محقق گردد. جرم مطلق جرمی است که محقق شدن آن منوط به نتیجه خارجی نمی باشد.

با نگاه سطحی و ظاهری اولیه نسبت به رفتارهای جرایم ورشکستگی به تقصیر چنین برداشت می شود که این جرایم مقید به تحقق ورشکستگی هستند. یعنی تا نتیجه حاصل نشده است، جرم واقع نمی شود، بنابراین اگر مصارف بیش از عایدات که در ماده ۷۷۰ کود جزای افغانستان و ۵۴۱ قانون تجارت ایران پیش بینی شده است سبب ورشکستگی شود، این رفتار به عنوان جرم پنداشته می شود. هم چنین تجارت به چیزی موهوم در صورتی جرم محسوب

۱- اما اگر صبی اقدام فعالیت تجاری کند نیاز به اجازه ولی است « اگر تجارت خانه بیک صغیر انتقال یابد در صورتیکه محکمه مربوطه تجارتی در ادامه تجارت از طرف ولی و یا وصی او فایده تصور کند میتواند ولی و یا وصی را به ادامه آن اجازه بدهد اگر ولی و یا وصی دارای اهلیت قانونی برای اجرای تجارت نباشد و یا از اجرای تجارت منع شده باشد به او اجازه داده نمیشود تا این که وصی یا ولی دیگری که برای تجارت صالح باشد تعیین شود.» م ۵، قانون تجارت افغانستان.

می‌شود که سبب ورشکستگی شود، انجام معاملات و گرفتن قرض رفتاری است که در نفس خودش نه قبح عقلی دارد و نه منع قانونی اما وقتی این رفتار منجر به ورشکستگی شود جرم دانسته شده و برای آن مجازات در نظر گرفته شده است. ترجیح دادن دین یکی از طلبکاران اگرچند از نظر عقلی و عرفی قبیح به نظر می‌رسد اما این ترجیح دادن که منجر به ورشکستگی نگردد رفتار ممنوعه نیست. در نتیجه می‌توان گفت که اگر از رفتارهای فوق منتهی به ورشکستگی نشود آن رفتار جرم نیست، پس جرم ورشکستگی به تقصیر از جمله جرایم مقید به نتیجه بوده تا نتیجه که عبارت از توقف دین و صدور حکم ورشکستگی از طرف محکمه می‌باشد حاصل نشود این رفتار نیز جرم محسوب نمی‌شود.

و لکن مقید دانستن این جرایم به ورشکستگی و توقف را علی‌الاصول نباید مقید به نتیجه دانست. بلکه ممکن است ورشکستگی از جمله شرایط تحقق جرم ورشکستگی به تقصیر است و شرط تحقق جرم با نتیجه مجرمانه نباید اشتباه شود. بهتر به نظر می‌رسد که در مورد مقید و عدم مقید بودن نتیجه مجرمانه اضرار به طلبکاران نیز مورد بررسی قرارداد که آیا اضرار به طلبکاران نتیجه مجرمانه ورشکستگی به تقصیر و یا به تقلب می‌شود و یا خیر؟ برخی در این مورد گفته‌اند که ممکن است ضرر به طلبکاران نتیجه مجرمانه ورشکستگی محسوب شود (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۷، ص ۱۶۰). لذا در نتیجه رفتارهای فوق ضرر به طلبکاران وارد نشود جرم موضوع ماده ۷۷۰ کود جزا و ۵۴۱ قانون تجارت نیز محقق نمی‌شود. از طرف دیگر بر اساس مواد فوق صرف نمودن مبالغ زیاد نسبت به سرمایه که در عرف تجارت موهوم که منافع در آن منوط به اتفاق محض است از طرف تاجر موجب ورشکستگی به تقصیر می‌شود، هرچند در نگاه اولیه رفتار که در این بند جرم‌انگاری شده است مقید به نتیجه خاص نباشد. اما باتوجه به اصل تفسیر مضیق و تفسیر به نفع متهم باید این جرم را نیز مقید به نتیجه دانست. یعنی اگر این رفتار موجب ورشکستگی و صدور حکم ورشکستگی بی‌انجامد می‌توان تاجر ورشکسته به تقصیر معرفی نمود؛ اما برخی دیگر نیز این مورد نتیجه جرم ندانسته بلکه گفته‌اند در این قسمت نیز نتیجه مجرمانه رود زیان و خسارت به غیر می‌باشد (محمدزاد وادقانی، ۱۳۹۶، ص ۹).



شاید بهتر باشد در این قسمت از رفتار مجرمانه که عبارت معاملات موهوم باشد قائل به تفکیک شد؛ زیرا معاملات موهوم چه قبل از ورشکستگی باشد و چه بعد از ورشکستگی منجر به حکم ورشکستگی به تقصیر می‌شود؛ اما در مورد نتیجه باید دو گزینه مجزا از هم فرض نمود.

۱. اگر تاجر معامله موهوم را قبل از ورشکستگی مرتکب شده باشد نتیجه مجرمانه آن ورشکستگی فرض شود و این ورشکستگی نیز موجب اضرار به طلبکاران می‌شود.

۲. اگر تاجر معامله موهوم را بعد از ورشکستگی مرتکب شده باشد نتیجه مجرمانه که ضرر به طلبکاران باشد محقق شده است.

با این حساب هر یک از دیدگاه در نظر گرفته شود نتیجه مجرمانه این رفتار اضرار به طلبکاران است که اگر رفتار تاجر منجر به ضرر طلبکاران شود جرم موضوع ماده فوق محقق شده است.

#### ۱-۲- عنصر معنوی

بر اساس رفتارهای فوق‌الذکر باید گفت که در رفتار اول تا سوم عنصر معنوی جرم ورشکستگی به تقصیر وجود دارد و از نوع جرم غیر عمدی است. در همه این جرایم مرتکب دچار خطای جزایی می‌شود و خطای جزایی او از این امر ناشی می‌شود که به اندازه یک انسان معمول و متعارف درباره عواقب و نتایج کارهای خطرناک خویش توجه، دقت و تفکر نمی‌کند و این عدم اندیشیدن و دقت موجب بی‌احتیاطی شدید در مقام عمل می‌شود که خود اماره و نشانه بر این تقصیر ذهنی است. اگر تاجر قبل از قماربازی، شرط‌بندی، خریدن تکت‌های بخت‌آزمایی توجه و دقت می‌کرد، در صدد ثروتمند شدن یک‌شب نمی‌بود و پول هنگفتی را صرف آن‌ها نمی‌کرد. اگر به عواقب خطرناک پرمصرفی بیش از عایدات خود و فروش مال به کمتر از قیمت خرید و انتشار اوراق بهادار با سود بالا و گرفتن قرض به سود بسیار و... توجه و دقت می‌کرد، هیچ‌کدام از این اعمال را انجام نمی‌داد و در نتیجه دچار ورشکستگی نمی‌شود.

اما رفتارهای چهارم و پنجم از نوع عمدی است. در رفتار چهارم قانون‌گذار به صراحت به عمدی بودن جرم اشاره کرده است که «تاجر به منظور رساندن ضرر به سایر داینین با قصد رسیدن به مصالحه دین یکی از داینان را تأدیه کند» (ج ۴، ف ۲، م ۷۷۰ کد جزا) و یا «اگر به قصد تأخیر انداختن ورشکستگی...» (ج ۳، م ۵۴۱ قانون تجارت ایران). این جرم بیان شده

از نوع عمدی است؛ چون ماهیت، فریب کاری، حيله و نیرنگ، امر عمدی است، ثقلب بدون عمد و قصد امکان ندارد؛ یعنی شخص هم بخواهد ثقلب کند و هم در ثقلب تعدد و قصد نداشته باشد امکان ندارد.

## ۲. عناصر جرم ورشکستگی به تقصیر کوچک

در قانون کیفری افغانستان ورشکستگی به تقصیر به دودسته تقسیم شده است: ورشکستگی به تقصیر بزرگ و کوچک، اما در قوانین ایران این تقسیم بندی تحت ورشکستگی اختیاری و اجباری بحث شده است. عناصر ورشکستگی به تقصیر بزرگ و یا اجباری بررسی شد. در این قسمت از پژوهش به بررسی عناصر جرم ورشکستگی به تقصیر کوچک و یا اختیاری پرداخته می شود. عنصر قانونی این جرم در ماده ۷۷۱ کود جزای افغانستان<sup>۱</sup> و ۵۴۲ قانون تجارت ایران<sup>۲</sup> بیان شده است. در این قسمت به بررسی عنصر ماده و روانی آن پرداخته می شود.

### ۱-۲. عنصر مادی

باتوجه به قوانین کیفری افغانستان و ایران ملاحظه می شود که عناصر تشکیل دهند جرم ورشکستگی به تقصیر کوچک یا اختیار پیش بینی شده که ذیلاً به بررسی آن پرداخته می شود.

### ۱-۱-۲. رفتار مجرمانه

داشتن دفتر تجارتی منظم، تنظیم کردن ورقه بیلانس، تقدیم نمودن اظهارات صحیح در صورت درخواست محکمه از تاجر و حاضر شدن در محکمه در صورت جلب او از جمله

۱ - «تاجری که به افلاس وی حکم قطعی صادر گردیده در یکی از حالات آتی مفلس مقصر شناخته می شود: ۱- در حالی که قوانین تجارتی داشتن دفاتر تجارتی را لازم شمرده باشد و وی دفاتر مذکور را نداشته باشد یا دفاتر طوری نامکمل و نامنظم باشد که از آن حقیقت دارایی و قرض های وی معلوم نه گردد. ۲- در حالی که ورقه بیلانس خود را در میعاد قانونی تقدیم نه نماید. ۳- در حالی که بعد از متوقف ساختن تأدیات، اظهارات صحیح را که قانوناً به آن مکلف است تقدیم نه نماید. ۴- در حالی که بدون عذر معقول در صورت طلب، شخصاً به مرجعی که حکم افلاس وی را صادر نموده حاضر نه گردد یا اظهاراتی را که مرجع مذکور از وی مطالبه نماید، تقدیم نکند یا عدم صحت این اظهارات ظاهر گردد.»

۲ - «در موارد ذیل هر تاجر ورشکسته ممکن است ورشکسته به تقصیر اعلان شود: ۱- اگر به حساب دیگری و بدون آن که در مقابل عوضی دریافت نماید تعهداتی کرده باشد که نظر به وضعیت مالی او در حین انجام آنها، آن تعهدات فوق العاده باشد. ۲- اگر عملیات تجارتی او متوقف شده و مطابق ماده ۴۱۳ این قانون رفتار نکرده باشد. ۳- اگر از تاریخ اجراء قانون تجارت مصوب ۲۵ دلو ۱۳۰۳ و ۱۲ فروردین و ۱۲ خرداد ۱۳۰۴ دفتر نداشته یا دفاتر او ناقص یا بی ترتیب بوده یا در صورت دارایی وضعیت حقیقی خود را اعم از قروض و مطالبات به طور صحیح معین نکرده باشد (مشروط بر این که در این موارد مرتکب تقلبی نشده باشد).



الزامات است که قانون برای یک تاجر تعیین نموده است. در صورت عدم انجام تکلیف قانون‌گذار تاجر مجرم دانسته و برای وی مجازات در نظر گرفته است. ذیلاً هر یک از این رفتارها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۱-۱-۱-۱-۲. نداشتن و تنظیم نکردن دفتر

این جرم مشتمل بر دو رفتار است و برای هر کدام قانون‌گذار عنصر مادی مستقل پیش‌بینی کرده است.

الف) نداشتن دفتر: اولین رفتار مجرمانه که قانون پیش‌بینی کرده است نداشتن دفاتر تجارته است چنانچه در قانون آمده است: «نداشتن دفاتر تجارته در صورتی که قوانین تجارتی داشتن دفاتر تجارته را لازم شمرده باشد» (م ۷۷۱، کود جزا). این مورد نیز در قانون تجارت ایران نیز بیان شده است؛ اما باید توجه داشت که این مورد در قوانین کیفری ایران از موارد اختیاری است به این معنی که در قانون تجارت ایران ماده ۵۴۲ آمده است «در موارد ذیل هر تاجر ورشکسته ممکن است ورشکسته به تقصیر اعلان شود...» در اینجا واژه ممکن است به کار رفته و از آن استنباط می‌شود که قانون برای قاضی در تعیین مجازات اختیار داده است لذا مقرر داشته: «اگر از تاریخ اجرا قانون تجارت مصوب ۲۵ دلو ۱۳۰۳ و ۱۲ فروردین و ۱۲ خرداد ۱۳۰۴ دفتر نداشته...» (م ۵۴۲، قانون تجارت ایران).

این جرم از نوع ترک فعل است که قانون‌گذار عدم انجام این وظیفه الزامی را که عبارت از سه نوع دفتر تجارته به حکم ماده ۶۵ اصول نامه تجارت افغانستان است، جرم‌انگاری کرده است. در این ماده آمده است «هر تاجر مجبور است سه دفتر یعنی دفتر دارایی، دفتر کل و دفتر یومیه داشته باشد. علاوه بر این مجبور است مینوت تمام مکاتبات و تلگرامات صادره و اصل تمام تلگرامات و مکاتب وارده را با اوراق تأدیات به صورت منظم حفظ نماید.» از عبارت «داشتن دفاتر تجارته را لازم شمرده باشد» در این جزء استفاده می‌شود اگر تاجر این سه دفتر نوع الزامی را که در ماده ۶۵ اصول نامه ذکر شده است، نداشته باشد، مرتکب جرم موضوع این ماده می‌شود؛ بنابراین در صورتی که تاجر دفاتر غیر الزامی را که در ماده ۶۶ اصول نامه بیان شده است، تهیه نکند، مشمول این ماده نمی‌شود و مقصر به حساب نمی‌آید. دفاتر تاجر، منبع خوبی برای دستیابی به اطلاعات درباره میزان دارایی، سرمایه، دیون تاجر بر ذمه دیگران

و دیون دیگران بر عهده تاجر است. به همین دلیل قانون‌گذار نداشتن این دفاتر را یک نوع تقصیر به شمار آورده است. البته در صورتی دفاتر تاجر منبع خوب اطلاعاتی است که بر اساس قانون، به صورت کامل و صحیح تنظیم شده باشد. از این رو تاجر ملزم است که دفاتر خود را به صورت صحیح و کامل تنظیم کند. در صورتی که از انجام این عمل خودداری کند، به حکم جزء ۱ ماده ۷۷۱ مرتکب جرم شده است.

ب) تنظیم نکردن دفتر مطابق مقررات: رفتار دوم که قانون‌گذار به عنوان عنصر مادی پیش‌بینی کرده است تنظیم نکردن دفتر تجاری است؛ یعنی ممکن است دفتر داشته باشد؛ ولی مطابق به مقررات تنظیم نشده است. چنانچه در کود جزا بیان شده است: «تنظیم نکردن دفاتر به صورت کامل و منظم» و در قانون تجارت ایران بیان شده است: «... یا دفاتر او ناقص یا بی ترتیب بوده یا در صورت دارایی وضعیت حقیقی خود را اعم از قروض و مطالبات به طور صحیح معین نکرده باشد مشروط بر این که در این موارد مرتکب تقلبی نشده باشد» (م ۵۴۲، قانون تجارت ایران). بنابراین اگر دفاتر تجاری تاجر به گونه‌ای باشد که نتوان از این دفاتر حقیقت دارایی و قرض‌های تاجر را معلوم کرد؛ مانند آنکه تاجر بعضی از معاملات یا سرمایه‌ها یا برخی از قروض خود را در دفتر ننویسد مشمول این جرم خواهد بود. موضوع این دو جرم، دفاتر تجاری تاجر است که ترک فعل (نداشتن دفاتر تجاری یا تنظیم نکردن دفاتر تجاری) به صورت کامل به آن تعلق می‌گیرد.

#### ۲-۱-۱-۲. تقدیم نکردن ورقه بیلانس

رفتار دومی که به عنوان عنصر مادی این جرم در قانون افغانستان پیش‌بینی شده و در قانون ایران جرم‌انگاری نشده است تقدیم نکردن ورقه بیلانس در وقت آن می‌باشد. چنانچه در کود جزا آمده است: «تقدیم نکردن ورقه بیلانس در میعاد قانونی است» (م ۷۷۱ کود جزا). مقصود از ورقه بیلانس، گزارش مالی است که وضعیت دارایی، دیون و سرمایه یک تاجر را نشان می‌دهد. تاجر هر ساله این گزارش مالی را تهیه می‌کند تا وضعیت دارایی و دیون، ورشکستگی و عدم آن مشخص گردد. در فقره ۳ ماده ۶۹ اصول نامه تجارت درباره تکلیف تاجر در ترتیب بیلانس تجاری و تعریف آن آمده است: «تاجر مجبور است در آخر هر سال حسابی یک بیلانس را که حاوی مقدار دیون و دارایی مخصوص تجارت او باشد ترتیب و در این دفتر درج نماید. بیلانس دست‌کم در سال یک‌بار باید ترتیب شود.» به حکم این ماده تاجر در هر سال



در پایان دوره مالی و حسابی خود ملزم به تهیه بیلانس تجارتي است. بیلانس که درواقع خلاصه دفتر دارایی کل تاجر است، باید حاوی دو امر باشد، اول دیون دیگران که بر ذمه تاجر است و دوم اینکه دارایی تاجر اعم از اموالی که فعلاً در اختیار دارد یا دیونی که بر عهده دیگران است. بنابراین اگر ورقه بیلانس را تقدیم نکند و ورشکستگی تاجر اعلان شود تاجر قابل تعقیب خواهد بود.

## ۲-۱-۱-۳. تقدیم نکردن اظهارات صحیح

رفتار سوم که به عنوان عنصر مادی این جرم در قانون افغانستان پیش بینی کرده است تقدیم نکردن اظهارات صحیح است چنانچه در کود جزا بیان شده: «تقدیم نکردن اظهارات صحیح بعد از متوقف کردن تأدیه دیون» (م ۷۷۱، کود جزا). طبیعی است هنگامی که تاجر پرداخت دیون خود را متوقف کرد، داینین تاجر از او به محکمه شکایت خواهند کرد و محکمه از او سؤال خواهد نمود که علت پرداخت توقف در دیون شما چه است؟ تاجر ملزم است که باین حقیقت علت توقف پرداخت را توضیح دهد، در صورتی که موصوف در این موارد برخلاف حقیقت، اظهارات کتبی یا شفاهی ارائه دهد، مجرم شناخته خواهد شد؛ مانند آن که درواقع معامله ای انجام نداده ولی به خاطر فرار از پرداخت دیون برای خود معامله صوری تنظیم نموده تا دیون را به تأخیر اندازد یا ادعا کند که قربانی جرم فریبکاری شده و سرمایه خویش را ازدست داده است، ولی واقعیت برخلاف آن باشد. در قانون تجارت ایران به صورت صریح که تقدیم نکردن اظهارات صحیح را جرم انگاری کرده باشد مطلبی ملاحظه نمی شود ولی از فحوای ماده ۵۴۲ دانسته می شود که اظهارات تاجر در دادگاه باید مطابق به واقع بوده باشد چنانچه مقرر شده است: «اگر عملیات تجارتي او متوقف شده و مطابق ماده ۴۱۳،<sup>۱</sup> این قانون رفتار نکرده باشد.» بنابراین اگر در محکمه اظهارات درست و مطابق به واقع را بیان نکند ممکن است رفتار تاجر جرم تلقی شود.

<sup>۱</sup> - «تاجر باید در ظرف سه روز از تاریخ وقفه ای که در تأدیه قروض یا سایر تعهدات نقدی او حاصل شده است توقف خود را به دفتر محکمه بدایت محل اقامت خود اظهار نموده صورت حساب دارایی و کلیه دفاتر تجارتي خود را به دفتر محکمه مزبوره تسلیم نماید».

رفتار چهارم که به عنوان عنصر مادی در قانون افغانستان پیش‌بینی شده است. شامل دو ترک فعل و یک فعل می‌باشد، ترک فعل اول چنانچه در قانون مقرر شده است.<sup>۱</sup> عدم حضور در مرجعی است که حکم ورشکستگی وی را صادر نموده، البته این عدم حضور در صورت جرم تلقی می‌شود که برای آن عذر معقول و موجه نداشته باشد. و ترک فعل دومی که در قانون مقرر شده است<sup>۲</sup> عدم تقدیم اظهاراتی است که مرجع صدور حکم ورشکستگی از وی خواسته باشد. سرانجام بعد از دو ترک فعل یک رفتار انجام فعل برای تاجر پیش‌بینی شده است<sup>۳</sup> که اگر تاجر در مقام ارائه اظهارات خلاف واقع را بیان نماید، طوری بیان نماید که خلاف واقع بودن آن آشکار باشد. این جرایم هنگامی ارتکاب می‌یابد که تاجر پرداخت دیون خویش را متوقف و اعلام ورشکستگی کند و سپس شخص او یا بعضی از داینین از محکمه تجارتی درخواست صدور حکم ورشکستگی او را نماید و حکم ورشکستگی او نیز از محکمه مذکور صادر شود. در این صورت اگر محکمه تجارتی برای روشن شدن حقیقت و چگونگی پرداخت دیون و یا انجام سایر امور از سوی تاجر، احتیاج به توضیح داشته و از او درخواست کند که در محکمه حاضر شود و تاجر به تکلیف و وظیفه الزامی خود عمل نکند یا در محکمه حاضر شده اما از اظهارات خودداری کند، بر اساس این جزء مرتکب جرم شده است، مشروط بر این که عدم انجام این دو تکلیف قانونی ناشی از عذر معقول نباشد. در غیر این صورت مسئولیت جزایی ندارد؛ مانند آن که تاجر به دلیل بیماری، مسافرت، اختطاف یا مشکلات مشابه دیگر نتواند به محکمه حضور یابد و اظهارات خود را تقدیم کرده نتواند.

رفتار مجرمانه سوم زمانی ارتکاب می‌یابد که تاجر اظهارات شفاهی یا کتبی خود را ارائه دهد، ولی این اظهارات مخالف با واقع باشد به گونه‌ای که خلاف آن برای محکمه اثبات شود؛ مانند آن که در محکمه اظهار بدارد بر اثر مصارف فوق‌العاده اتفاقی (مانند تصادف و یا بیماری یکی از اقارب تاجر) پرداخت دیون متوقف شده است در حالی که همچنین اتفاقی رخ نداده،

<sup>۱</sup> - «در حالتی که بدون عذر معقول در صورت طلب، شخصاً به مرجعی که حکم افلاس وی را صادر نموده حاضر نه گردد یا اظهاراتی را که مرجع مذکور از وی مطالبه نماید، تقدیم نکند یا عدم صحت این اظهارات ظاهر گردد.» ماده ۷۷۱ کود جزا.

<sup>۲</sup> - «تقدیم نکردن اظهارات کتبی است که مرجع مذکور از وی برای ادای توضیحات مطالبه کرده است» همان.

<sup>۳</sup> - «اظهارات خلاف واقع است به گونه‌ای که عدم صحت این اظهارات آشکار گردد». همان.



یا ادعا کند که سرمایه او به سرقت رفته است درحالی که خلاف واقعیت را بیان داشته باشد. در همه این سه مورد تاجر بر اساس این جزء مرتکب جرم شده است. با توجه به قوانین کیفری ایران ملاحظه می شود که این مورد را جرم انگاری نکرده است.

## ۲-۱-۱-۵. قرارداد بزرگ به نفع شخص دیگر

رفتار دیگری که در قانون پیش بینی شده و در کود جزا آمده است: «عقد کردن قرارداد بزرگ به نفع شخص دیگر بدون دریافت عوض است که برخلاف وضعیت مالی تاجر می باشد» (م ۷۷۱ کود جزا). مانند آن که تاجر بر اساس قرارداد، دین کسی را تضمین کند که مبلغ هنگفت و کلانی را به شخص دیگری مدیون است. سند زمین یا خانه یا مال بسیاری را غرض تضمین، به دائن بسپارد. ممکن است مدیون دین خود را نپردازد و دائن دین خویش را از طریق فروش خانه، زمین یا اموال تاجر اخذ کند؛ لذا انجام این گونه اعمال ممکن است به ضرر داینین تاجر تمام شود و سهم آنان را از دارایی تاجر مفلس کاهش دهد؛ به همین دلیل قانون گذار این گونه اقدامات خطرناک و مضر تاجر را جرم انگاری کرده است. بر اساس قوانین کیفری ایران نیز این مورد از موارد اختیاری است؛ یعنی اگر به حساب دیگری بدون عوض تعهداتی انجام داده باشد که نسبت به وضعیت مالی تاجر فوق العاده باشد<sup>۱</sup> ممکن است ورشکستگی به تقصیر معرفی شود. برای مثال در موردی که یک تاجر برات و سفته شخص سوم را ضمانت کرده باشد از آنجایی که چنین اقدامی برای یک تاجر نشانه بی احتیاطی و دوراندیشی وی است قانون گذار این مورد را نیز جرم انگاری نموده است مشروط به اینکه سوءنیت تاجر نسبت به داینان و عدم تناسب بین وضع مالی و تعهد پذیرفته شده از طرف تاجر محرز شود. اما در کود جزا این رفتار با سه شرط جرم دانسته شده است:

۱. قرارداد بدون عوض
۲. مبلغی که بر اساس قرارداد تاجر متعهد به آن شده است، بزرگ باشد؛ تشخیص میزان بزرگی قرارداد بر عهده قاضی محکمه است که بر اساس وضعیت مالی تاجر میزان آن را سنجش می کند. به این بیان وضعیت مالی تاجر در حالت عادی توان قرارداد

۱ - «اگر به حساب دیگری و بدون آنکه در مقابل عوضی دریافت نماید تعهداتی کرده باشد که نظر به وضعیت مالی او در حین انجام آن ها آن تعهدات فوق العاده باشد.»

یک میلیون افغانی را داشته است؛ اما با ملاحظه ورشکستگی قرارداد دومیلیونی را با شخص ثالث تعهد می‌کند تا نسبت به مدیون پرداخت اندک داشته باشد. این نوع قرارداد در قانون جرم شمرده شده است و معیار قرارداد نیز تشخیص قاضی می‌باشد.

۳. عقد چنین قراردادی برخلاف وضعیت مالی تاجر باشد.<sup>۱</sup> اگر تاجر متعهد به قرار داد شود که وضعیت مالی وی توان مصارف قرارداد را نداشته باشد مثل اینکه سقف مالی قرارداد تاجر تا صد میلیون افغانی است؛ اما تاجر در این مرحله متعهد به قرار داد دو صد میلیون شده است. در این صورت مبرهن است که این قرارداد سبب توقف دیون و ورشکستگی تاجر خواهد شد.

۲-۱-۱-۶. عدم اعلام توقف ادای دیون

یکی دیگر از رفتاری که ممکن از جمله جزء عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر محسوب شود توقف ادای دیون است چنانچه در قانون تجارت ایران ذکر شده است «اگر عملیات تجارتي او متوقف شده و مطابق ماده ۴۱۳ این قانون رفتار نکرده باشد ...» چند نکته در این مورد قابل ذکر است

اول: این مورد تنها در حقوق کیفری ایران جرم انگاری شده و در حقوق افغانستان اشاره‌ای بدان نشده است.

دوم: در حقوق ایران از موارد اختیاری محسوب می‌شود؛ یعنی قاضی در نحوه تعیین و یا عدم تعیین مجازات اختیار دارد.

سوم: در برخی از موارد ممکن است تاجر توان پرداخت دیون را ندارد و پرداخت را متوقف نموده، اما در برخی موارد تاجر با آنکه فعالیت تجاری انجام نمی‌دهد؛ ولی توان پرداخت دیون خود را دارد و پرداخت نمی‌کند؛ لذا در این مرحله که دیون خود را پرداخت نمی‌کند قابل تعقیب است.

چهارم: اگر به هر دلیل تاجر عذر موجه برای اعلام ورشکستگی داشته باشد و در مدت سه روز اعلام نکند قابل مجازات نیست.

<sup>۱</sup> - «در حالی که برای منفعت غیر بدون عوض قرارداد بزرگی را عقد نماید که هنگام عقد، وضع مالی او اجازه ندهد.» ماده



پنجم: تاجر به خاطر صورت حساب دارایی و کلیه دفاتر تجاری خود در کمتر از سه روز نمی تواند ورشکستگی خود را اعلام نماید؛ بنابراین معقول این است که تا مدت سه روز مجازات نداشته باشد و قاضی باید جستجو نماید که مهلت اضافی منطقی بوده و یا با سوءنیت به داینان، در اعلام ورشکستگی تأخیر داشته است (اسکینی، ۱۳۸۶، ص ۵۰). باتوجه به این شرایط اگر تاجر در پرداخت دیون خود توقف ایجاد نموده است از طرف محکمه حکم ورشکستگی وی صادر می شود و باتوجه به تقصیر و به تقلب بودن ورشکستگی قابل تعقیب و مجازات است.

## ۲-۱-۱-۲. شرایط، اوضاع و احوال

باتوجه به اینکه جرایم ورشکستگی اغلباً اختصاص به تاجر دارد؛ بنابراین شرایط خاصه که در رابطه با تاجر شرط است. در این مورد نیز شرط می باشد که هر یک از آن شروط عبارت است از ۱- اهلیت تجاری: یعنی شخصی که تاجر محسوب می شود باید اهلیت تجاری که عبارت از سن قانونی باشد داشته باشد. ۲- حرفه ای نمودن کسب کار: شخص در صورتی تاجر محسوب می شود که در کسب و کار تجاری خود حرفه ای باشد. ۳- انجام فعالیت های تجاری: یعنی شخص در صورتی که فعالیت های تجاری را انجام بدهد تاجر محسوب می شود، لذا داشتن دفاتر تجاری برای وی لازم است و اگر نداشته باشد و یا اینکه دفاتر تجاری دارد و نامنظم است در این صورت تاجر قابل تعقیب خواهد بود.

## ۲-۱-۳. نتیجه مجرمانه

به موجب ماده ۷۷۱ کد جزا و ۵۴۳ قانون تجارت ایران نداشتن دفاتر تجاری و یا نامنظم بودن عدم ترتیب آن از جمله جرایم ورشکستگی به تقصیر کوچک و یا اختیاری فرض شده است. در این که آیا نتیجه این جرم می تواند ورشکستگی به تقصیر باشد یا اینکه توأم با ورشکستگی این رفتار انجام شده است؟ در این خصوص برخی دو دیدگاه مطرح نموده اند. اول: اینکه در مورد قانون کاملاً ساکت است و نتیجه مجرمانه مشخص نمی شود که آیا ورشکستگی است یا خیر. دوم: برخی با توجه به اصل تفسیر مضیق و تفسیر به نفع متهم قائل بر این شده اند رفتار فوق بدون ضمیمه به ورشکستگی موجب صدور حکم ورشکستگی قرار نمی گیرد (آقابانی طاقانکی، ۱۳۹۹، ص ۸۱). پس به نظر می رسد که تحقق توقف و ورشکستگی

نتیجه نداشتن دفاتر تجاری و یا عدم منظم بودن آن نیست. بلکه شرط تحقق جرم ورشکستگی به تقصیر کوچک می‌باشد.

حاضر نشدن در مراجع رسمی که از وی خواسته شده است برای تاجر جرم محسوب شده است. این نکته نیز قابل یادآوری است که این رفتار مجرمانه بعد از ورشکستگی و صدور حکم ورشکستگی قابلیت ارتکاب را دارد؛ لذا از جمله جرایم مطلق است؛ زیرا نه اضرار به غیر مطرح بوده و نه ورشکستگی تا نتیجه مجرمانه فرض شود. اما در راستای قرارداد بزرگ که در ماده فوق اشاره شده است باید گفت این رفتار از جمله جرایم مطلق است؛ یعنی اگر این رفتار منجر به توقف دین و یا ورشکستگی نگردد نمی‌توان تاجر را ورشکسته به تقصیر معرفی نمود.

یکی از مصادیق ورشکستگی به تقصیر تاجر آن است که به نام یا در راستای منافع خود در ظرف سه روز از تاریخ وقفه که در تأدیه دیون یا سایر تعهدات نقدی او حاصل شده است، توقف خود را به محکمه تجاری محل صدور حکم ورشکستگی اظهار ننماید و صورت حساب دارائی و کلیه دفاتر تجاری خود را به دفتر محکمه مزبور تسلیم ننماید. این بند نیز مربوط به زمان بعد از توقف می‌باشد. به نظر می‌رسد در تنظیم این بند تحقق نتیجه خاصی مدنظر مقنن نبوده است و صرف ترک تکلیف که در ماده ۴۱۳ قانون تجارت ایران بیان شده است می‌تواند موجبات ورشکستگی به تقصیر شرکت را فراهم سازد.

باتوجه به قوانین کیفری افغانستان و ایران ملاحظه می‌شود که نداشتن دفاتر تجاری و یا نامنظم بودن آن، تقدیم نکردن ورقه بیلانسی، تقدیم نکردن اظهارات صحیح در محکمه، حاضر نشدن در مرجع صدور حکم، قرارداد بزرگ به نفع شخص دیگر و توقف ادای دیون در صورتی جرم پنداشته می‌شود که نتیجه مجرمانه را به دنبال داشته باشد؛ یعنی اگر این رفتار منجر به ورشکستگی نشود دادگاه حکم به ورشکستگی نخواهد داد.

## ۲-۲. عنصر معنوی

قانون‌گذار برای جرم ورشکستگی کوچک عنصر معنوی آن را نیز پیش‌بینی کرده است در این قسمت به عناصر معنوی آن پرداخته می‌شود. همان‌طوری که قبلاً مشخص شد پنج رفتار از عناصر خاص جرم ورشکستگی به تقصیر کوچک محسوب می‌شود؛ لذا برای هر کدام رفتار عنصر خاص معنوی نیز موجود است که ذیلاً بیان می‌شود.



قبلاً بیان شد که نداشتن دفتر تجاری و عدم تنظیم کامل دفتر تجاری رفتاری است از قبیل ترک فعل و عنصر مادی جرم مربوط به ورشکستگی به تقصیر کوچک را تشکیل می‌دهد این رفتار از نوع عمدی است اگر تاجر به قصد جرمی به این وظیفه الزامی خود عمل نکند و دفاتر تجاری را تهیه نکند و همچنین حقیقت دارایی و قرض‌های وی معلوم نگردد، دفاتر تجاری را به صورت کامل و منظم تهیه نکند، مرتکب این جرم شده است. در قسمت دوم رفتار نیز اگر دفاتر به صورت منظم نباشد و عدم نظم آن با نیت ورشکستگی صورت گرفته باشد نیز مجرم پنداشته می‌شود.

یکی از رفتارهای مشخص شده به عنوان جزء عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر کوچک تقدیم نکردن ورقه بیلاس بود که برای آن نیز عنصر معنوی خاص وجود دارد؛ چون جرم این رفتار نیز از نوع عمدی است، در صورتی که تاجر به قصد جرمی از انجام دادن این وظیفه الزامی خودداری نماید و ورقه بیلاس تجاری خود تهیه و ارائه نکند، مرتکب این جرم شده است.

رفتار سوم که به عنوان جزء عنصر مادی مشخص شده بود عبارت از اظهار نکردن صحیح بود این مورد نیز دارای عنصر معنوی خاص است عنصر معنوی این رفتار از نوع عمدی است، اجزاء آن را قصد عام و علم تشکیل می‌دهد؛ اظهارات خلاف واقع را با قصد و اراده خود مطرح نماید و علم و به دروغ بودن اظهارات خود داشته باشد.

یکی دیگر از جزء عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر کوچک حاضر نشدن در مرجع صدور حکم ورشکستگی بود در این نیز عنصر معنوی آن پیش‌بینی شده است که از نوع عمدی است. اجزای آن را قصد و علم تشکیل می‌دهد. با این توضیح که تاجر به عمد و بدون عذر معقول از دستور محکمه تجاری مبنی بر حضور در آن محکمه به منظور ادای توضیحات، سرباز زند یا از روی عمد از تقدیم اظهاراتی که از وی مطالبه شده به محکمه تجاری تقدیم نکند یا عمداً اظهارات خلاف واقع را به محکمه تجاری ارائه دهد به گونه‌ای که عدم صحت این اظهارات برای محکمه اثبات شود و تاجر در هنگام ارائه بداند که اظهارات او خلاف واقع است.

قرارداد بستن بزرگ که یکی از رفتارهای عنصر مادی جرم ورشکستگی بود عنصر معنوی آن نیز از نوع عمدی است. اجزاء تشکیل دهنده آن قصد عام و علم است. تاجر عمداً این عمل

را انجام دهد و بداند ضمانت او از شخصی که اگر دین خود را نپردازد، موجب وارد شدن ضرر به داینین خود تاجر خواهد شد.

### ج) مجازات جرم مربوط به ورشکستگی به تقصیر

همان‌طوری که قبلاً بیان گردید در حقوق افغانستان ورشکستگی به تقصیر به دودسته تقسیم می‌شود که ورشکستگی به تقصیر کوچک و بزرگ است و در حقوق ایران این تقسیم‌بندی تحت ورشکستگی اجباری و اختیاری نیز مطرح شده است. در این قسمت به بیان مجازات هر دو قسم پرداخته می‌شود.

در قوانین کیفری افغانستان و ایران برای تاجر مقصر مجازاتی را در نظر گرفته است چنانچه در کود جزای افغانستان بعد از بررسی رفتارهایی که منجر به ورشکستگی به تقصیر بزرگ می‌شود مجازات آن را بیان نموده است «مفلس مقصر بزرگ به حبس متوسط بیش از سه سال، محکوم می‌گردد.» (م ۷۷۲، کود جزا). در قانون مجازات اسلامی نیز مجازات این جرم بیان شده است «مجازات این جرم از شش ماه تا دو سال حبس است» (م ۱۷۱، قانون مجازات اسلامی).

با آنکه قوانین افغانستان تاجر مقصر را به دودسته تقسیم کرده است؛ اما در رابطه با مجازات آن باید گفت در کود جزا و قانون جزای سال ۱۳۵۵، برای رفتارهای تاجر در صورت تقصیر کوچک، مجازاتی پیش‌بینی نشده و این دو قانون تنها به احصا و شمارش این اعمال تقصیری تاجر اکتفا کرده است و در قانون افلاس نیز برای این اعمال مجازاتی در نظر گرفته نشده است. ممکن است هدف از عدم تعیین مجازات اختیار دادن به قاضی باشد که قاضی با توجه به شرایط، اوضاع و احوال اگر ورشکستگی بداند مجازات آن از نوع به تقصیر بزرگ باشد.

اما در حقوق ایران برخی از مصادیق ورشکستگی به تقصیر کوچک ذیل موارد امکان بیان شده است به این معنی که در صورت ارتکاب رفتار ذکر شده در این مورد قاضی نسبت به شرایط، اوضاع و احوال ممکن است حکم به ورشکستگی بدهد و یا اینکه حکم به ورشکستگی ندهد در صورت حکم به ورشکستگی مجازات آن نیز از نوع به تقصیر بزرگ باشد. مثلاً یکی از رفتارهای که از موارد ورشکستگی به تقصیر کوچک و یا اختیاری قرارداد بزرگ به نفع شخص دیگر است؛ لذا اگر تاجر این رفتار را انجام دهد و منجر به ورشکستگی شود وظیفه داده‌گاه است تا مجازات آن را تعیین کند.

## نتیجه‌گیری

قانون‌گذار افغانستان و ایران بین درجات و کیفیات مختلف رفتاری که از تاجر بروز می‌کند قائل به تفصیل شده است گاهی رفتار تاجر را بدون سرزنش کیفری دانسته است چون تخلف از وی سر نزده ولی دیون خود را پرداخت نمی‌تواند این نوع را به عنوان ورشکستگی عادی تلقی نموده است. اما گاهی قانون‌گذار نسبت به تاجر از خود شدت عمل نشان می‌دهد و این شدت عمل نیز با توجه به عنصر معنوی جرم متفاوت است در صورت که تاجر متقلب باشد واکنش قوانین کیفری شدیدتر است که نیاز به بحث دارد. و اگر تاجر مقصر باشد واکنش قوانین کیفری افغانستان و ایران کمتر از تاجر متقلب است. با صرف نظر از تاجر متقلب محور این تحقیق جرم ورشکستگی به تقصیر بود که با توجه به مطالب فوق نتایج حاصل می‌گردد:

ورشکستگی به تقصیر: نوع دوم ورشکستگی، ورشکستگی به تقصیر است؛ یعنی در اثر اشتباه محاسباتی یا عملکرد، تاجر یا شرکت تجاری ورشکسته می‌شود که بر اساس حقوق کیفری افغانستان و ایران تاجر در موارد ذیل ورشکسته به تقصیر شناخته می‌شود. ۱- در صورتی که محقق شود مخارج شخصی یا مخارج خانه تاجر در ایام عادی بالنسبه به عایدی او فوق العاده بوده است. ۲- در صورتی که محقق شود که تاجر نسبت به سرمایه خود مبالغ عمده صرف معاملاتی کرده که در عرف تجارت موهوم یا نفع آن منوط به اتفاق محض است. ۳- اگر به قصد تأخیر انداختن ورشکستگی خود خریدی بالاتر یا فروشی نازل تر از مظنه روز کرده باشد یا اگر به همان قصد وسایلی که دور از صرفه است به کار برده تا تحصیل وجهی نماید اعم از اینکه از راه استقراض یا صدور برات یا به طریق دیگر باشد. ۴- اگر یکی از طلبکارها را پس از تاریخ توقف بر سایرین ترجیح داده طلب او را پرداخته باشد. و سایر مواردی که در فصل دوم مطرح شد. در این موارد دادگاه ملزم به صدور حکم ورشکستگی به تقصیر است.

باتوجه به قوانین کیفری افغانستان ملاحظه می‌شود که ورشکستگی به تقصیر را به دو گونه تقسیم نموده است و رفتارهای فوق را موجب ورشکستگی بزرگ دانسته است. اما در قوانین کیفری ایران این تقسیم‌بندی وجود ندارد؛ ولی رفتارهای را به عنوان امکان اعلان ورشکستگی بیان شده که متناسب به برخی رفتارهای است که در قوانین افغانستان ذیل ورشکستگی مقصر کوچک بیان شده است و آن رفتارها قرار ذیل است: ۱- اگر به حساب دیگری و بدون اینکه



عوضی دریافت نماید تعهدی کرده باشد که نظر به وضعیت مالی او در حین انجام آن‌ها آن تعهدات فوق‌العاده باشد. ۲- اگر از تاریخ اجرای قانون تجارت دفتر نداشته یا دفاتر او ناقص یا بی ترتیب بوده یا در صورت دارایی وضعیت حقوقی خود را اعم از قرض و مطالبات به طور صحیح معین نکرده باشد. ۳- حاضر نشدن در مراجع صدور حکم ورشکستگی. ۴- قرارداد بزرگ به نفع تاجر. ۵- عدم اعلام توقف ادای دین. در این موارد دادگاه می‌تواند بنا بر تشخیص خود تاجر را ورشکسته به تقصیر اعلام کند. بنابراین هرگاه تاجر مرتکب یکی از اعمالی که در این دو ماده آمده، شود ورشکسته به تقصیر محسوب می‌شود. ورشکستگی به تقصیر یک جرم محسوب می‌شود و مجازات آن شش ماه تا سه سال حبس است در حقوق افغانستان و شش ماه تا دو سال حبس در حقوق ایران است.



## فهرست منابع

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۷)، حقوق تجارت «ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته» تهران، سمت.
۲. اسکینی، ربیعا (۱۴۰۱)، «حقوق تجارت»، تهران: انتشارات سمت.
۳. آقابائی طاقانکی، عظیم (۱۳۹۹)، «مسئولیت کیفری ناشی از ورشکستگی به تقصیر و تقلب در شرکت‌های تجاری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهرکرد.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۴۰۲)، «ترمینولوژی حقوق»، تهران، انتشارات گنج دانش.
۵. جمعی از نویسندگان (۱۳۹۸)، «شرح کود جزا، کابل»، بنیاد آسیا.
۶. دمرچلی، محمد و دیگران (۱۴۰۱)، «قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی»، تهران، انتشارات خلیج فارس.
۷. دهخدا، علی اکبر (۱۳۸۵)، «لغت‌نامه دهخدا»، چ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه.
۸. رحمدل، منصور (۱۳۸۶)، «ورشکستگی به تقصیر»، شماره ۷۶، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۹. شهابی، سید میثم (بی‌تا)، «ورشکستگی و شرایط آن در قانون تجارت»، چ اول، تهران، انتشارات مهام.
۱۰. صالح، احمد (۱۳۵۲)، «اعمال البنوك والافلاس»، چ سوم، مصر، دارالنهضة العربیه.
۱۱. عبد الاول عابدین محمد بیسویی (۲۰۰۸)، «آثار افلاس بر وصول حقوق طلبکاران از ورشکسته، الاسکندریه»، چ دوم، دار الفكر العربی.
۱۲. عبدی پور، ابراهیم (۱۳۹۲)، «مباحث تحلیلی از حقوق تجارت»، چ دوم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۳. عزت، عبدالقادر (۱۹۹۷)، «الافلاس والصلح الواقی فی التفلیس»، چ اول، دار الکتب القانونیه.
۱۴. عمید، حسن (۱۳۸۹)، «فرهنگ عمید»، چ اول، تهران، راه رشد.
۱۵. العوضی العوضی عثمان (۲۰۰۷)، «القانون التجاری، الجامعة العمالیة»، چ اول، اکادیمه الدراسات المتخصصه.
۱۶. کمال طه، مصطفی (۲۰۱۶)، «اصول افلاس»، چ دوم، مصر، مکتب الوفا.
۱۷. الکیلی، عزیز (۲۰۱۱)، «القانون التجاری»، چ دوم، مصر، دارالنهضة.
۱۸. محمدزاد وادقانی، علی رضا و امیر مجاهدی (۱۳۹۶)، «محمد معین، تأملی بر بزه ورشکستگی به تقصیر»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، شماره ۲۰.



۱۹. معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۷)، «سیاست جنایی - تقنینی ایران در جرایم اقتصادی»، چ اول، تهران، انتشارات جاودانه.
۲۰. وجیه کمال اباطة (۲۰۰۹)، «التاجر والاعمال التجارية والشركات، القاهرة، الدار الجامعية»، چ سوم.
۲۱. قانون افلاس افغانستان، مصوب ۱۳۶۱.
۲۲. قانون تجارت افغانستان، مصوب ۱۳۸۸.
۲۳. قانون تجارت ایران، مصوب ۱۳۱۱.
۲۴. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲.
۲۵. کود جزا، مصوب ۱۳۹۷.

