

Comparative study of Oblique action in Iranian, French, and Egyptian law, focusing on Iranian law

Behzad Jeihouni*
Seyyed Mohammad Taghi Alavi**

Received: 2020/12/08
Accepted: 2022/01/13

Abstract

Oblique action is an exception to the principle of the relative effect of the contract, which permits unsecured creditors or collateralized creditors whose collateral is not worth as much as their claim, under certain conditions, to interfere with the legal affairs of the principal debtor. This action is due to the entry of the result of the lawsuit in the assets of the principal debtor. It also benefits other creditors who have not participated in the action. The comparative study of this institution in the law of Iran, France, and Egypt highlights its abandonment and eventually abrogation of it (article 36 of the Insolvency Code) in Iranian law, which seems critical considering the interests of creditors and the effects of this institution in practice. But French and Egyptian law have been analyzed by jurists, and the French judgmental procedure has been very active in this regard. The purpose of studying the law of these two countries with Iranian law is to identify the conditions, nature, scope, and effects in practice. Additionally, it aims to highlight the weaknesses and strengths of this obsolete institution in Iranian law. This research presents a pathway for the Iranian legislature to revive this institution and predict the related laws in Iranian law. Also, in this research, the difference between oblique action and similar institutions is explained in order to avoid confusion and to avoid the identification of Pauline action and derivative action institutions and in article 418 of the commercial code as examples of oblique action.

Keywords: Oblique action, The principle of relativity of the effect of contracts, Article 36 of the Insolvency Code, Derivative action, Pauline action.

* MA. in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

Jeihouni98@ms.tabrizu.ac.ir

** Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran (Corresponding Author).

alavi@tabrizu.ac.ir



بررسی تطبیقی دعوای غیرمستقیم در حقوق ایران، فرانسه و مصر با محوریت حقوق ایران

بهزاد جیهونی*

سید محمد تقی علوی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۹/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۲۳

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

دعوای غیرمستقیم به عنوان استثنائی بر اصل نسبی بودن اثر قراردادهای به طلبکاران بدون وثیقه و طلبکاران دارای وثیقه‌ای که ارزش وثیقه آنان به اندازه طلبشان نیست، تحت شرایطی اجازه دخالت در امور حقوقی بدهکار اصلی را می‌دهد. این اقدام به دلیل وارد شدن حاصل دعوا در دارایی بدهکار اصلی، به نفع سایر طلبکاران که در این دعوا شرکت نداشته‌اند نیز می‌باشد. با مطالعه تطبیقی این نهاد در حقوق ایران، فرانسه و مصر متوجه متروک بودن و در نهایت نسخ این نهاد (ماده ۳۶ قانون اعسار) در حقوق ایران می‌شویم که این امر با توجه به مصالح طلبکاران و آثار این نهاد در عرصه عمل قابل انتقاد به نظر می‌رسد. اما در حقوق فرانسه و مصر این نهاد مورد تجزیه و تحلیل حقوق دانان قرار گرفته و رویه قضائی فرانسه نیز در این خصوص بسیار فعال بوده است. هدف از مطالعه حقوق دو کشور مذکور با حقوق ایران، شناسایی شرایط اقامه این دعوا، ماهیت، قلمرو و آثار آن در عرصه عمل می‌باشد تا از این طریق خلأها و نقاط قوت این نهاد هر چند منسوخ در حقوق ایران روشن شود. پژوهش حاضر می‌تواند راهگشای قانون‌گذار در جهت احیاء مجدد این نهاد و پیش‌بینی قوانین مرتبط با آن در حقوق ایران باشد. همچنین در این پژوهش تفاوت دعوای غیرمستقیم با نهادهای مشابه نیز بیان شده تا از خلط موضوع جلوگیری کرده و از شناسایی نهادهایی مانند دعوای معامله به قصد فرار از دین، دعوای مشتق و ماده ۴۱۸ قانون تجارت به عنوان مصادیقی از دعوای غیرمستقیم جلوگیری شود.

واژگان کلیدی: دعوای غیرمستقیم، اصل نسبی بودن اثر قراردادهای، ماده ۳۶ قانون اعسار، دعوای مشتق، دعوای معامله به قصد فرار از دین.

* دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

Jeihooni98@ms.tabrizu.ac.ir

** استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول).

alavi@tabrizu.ac.ir



مقدمه

طلبکاران بدون وثیقه همواره در معرض سوءنیت بدهکار خود قرار دارند و نگرانند که آیا در سررسید طلبشان پرداخت خواهد شد؟ یا با بدهکاری روبه‌رو می‌شوند که دارای او کفاف پرداخت دیون وی را نمی‌کند؟ قانون‌گذار همواره بر این موضوع واقف بوده و اقدامات قابل دسترسی را برای طلبکاران بدون وثیقه و یا طلبکاران دارای وثیقه‌ای که ارزش وثیقه آنها کمتر از میزان طلب آنان است پیش‌بینی کرده است. هر یک از این اقدامات دارای مکانیسم مختص به خود می‌باشند؛ تا از کاهش حق طلبکار جلوگیری کنند. یکی از این اقدامات قابل دسترسی، دعوای غیرمستقیم^۱ می‌باشد که منشأ این دعوا به حقوق روم بازمی‌گردد (Weill & Terré, 1980, p. 938)، که در حقوق فرانسه و مصر، بالاخص فرانسه به‌طور مفصل بحث شده و رویه قضائی نیز خلأهای قانونی را پر کرده است. با توجه به همین رویه قضائی، در اصلاح بخش حقوق تعهدات قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۰ فوریه سال ۲۰۱۶ تعریف دقیق‌تری از دعوای غیرمستقیم ارائه شده است. در مواردی هم که قانون جدید نسبت به آن ساکت است به رویه قضائی مراجعه می‌شود. همچنین در حقوق مصر نیز در گذر زمان تعریف ارائه شده دقیق‌تر شده است. اما در حقوق ایران برخلاف حقوق دو کشور مذکور نه تنها تعریف دقیق‌تری از دعوای غیرمستقیم در قانون‌گذاری‌های اخیر ارائه نشده بلکه به کلی از چرخه قواعد حقوقی قابل اعمال خارج شده است. ظاهراً دلیل این امر متروک ماندن نهاد دعوای غیرمستقیم و عدم توجه به آثاری بود که می‌توانست در عرصه عمل ایجاد کند.

دعوای غیرمستقیم علاوه بر حقوق کشورهای فرانسه و مصر در حقوق کشورهای دیگری مثل سوریه، عراق و لبنان نیز پیش‌بینی شده است (فرج‌الصد، ۱۹۷۴م، ص. ۵۴۲). هدف از مطالعه تطبیقی این موضوع در حقوق ایران با حقوق کشورهای فرانسه و مصر به دلیل غنی‌تر بودن حقوق آنان نسبت به سایر کشورها می‌باشد. ضرورت بحث نیز با نسخ این نهاد در حقوق ایران افزایش می‌یابد که چرا قانون‌گذار باید نهادی را که بعضاً در شرایطی آخرین راه چاره طلبکاران می‌باشد را از بین ببرد؟ درحالی‌که این نهاد حقوقی به دلیل مصلحت طلبکاران فوق‌الذکر پیش‌بینی شده بود، اما با نسخ آن، جای خالی آن در قوانین بیشتر احساس می‌شود. عدم بررسی شرایط و آثار این نهاد نیز باعث شده است که برخی دعوای معامله به قصد فرار از دین، مشتق و ماده ۴۱۸ قانون

تجارت را نوعی دعوای غیرمستقیم تعبیر کنند که با توجه به مباحث آتی مشاهده خواهیم کرد که این سه نهاد (دعای معامله به قصد فرار از دین، مشتق و ماده ۴۱۸ قانون تجارت) جدای از دعوای غیرمستقیم می‌باشند.

۱. مفهوم دعوای غیرمستقیم

در حقوق فرانسه دعوای غیرمستقیم به دعوایی اطلاق می‌شود که توسط طلبکار، به نام و به حساب بدهکار خود (بدهکار اصلی) بر بدهکار بدهکار (بدهکار فرعی)^۲ اقامه می‌شود (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, p. 1629). اجازه طرح چنین دعوایی توسط ماده ۱۱۶۶ قانون مدنی سابق فرانسه صادر شده بود (Henry & Venandet; Wiederkehr; Jacob & Tisserand-Martin, 2005, p. 1070) که بیان می‌داشت: «طلبکاران می‌توانند همه حقوق بدهکارشان را اجرا و دعوی او را اقامه نمایند، مگر آن حقوق و دعوی که منحصر به شخص بدهکار باشد» (قانون مدنی فرانسه، ۱۳۸۰، ص. ۲۹). دعوای غیرمستقیم با اصلاح بخش حقوق تعهدات قانون مدنی فرانسه در ۱۰ فوریه سال ۲۰۱۶ میلادی در ماده ۱-۱۳۴۱ همچنان به قوت خود باقی است و به این صورت بیان شده است: «هر گاه اهمال بدهکار در اعمال حقوق و دعوی که جنبه مالی دارند حقوق طلبکار وی را به خطر بیندازد، وی می‌تواند آنها را از طرف بدهکار خود اعمال کند، به استثنای مواردی که منحصرأً قائم به شخص وی است» (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, p. 1629).

در حقوق مصر نیز دعوای غیرمستقیم با دقت بیشتری نسبت به قانون مدنی سابق در بند یک ماده ۲۳۵ قانون مدنی فعلی (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، ص. ۹۴۴) به این صورت پیش‌بینی شده است: «هر بستانکاری ولو مؤعد طلب او نرسیده باشد می‌تواند به نام مدیون خود کلیه حقوق این مدیون را اعمال کند مگر آن حقوقی که متصل به شخص یا غیرقابل توقیف‌اند» (قانون مدنی مصر، ۱۳۸۸، ص. ۷۵).

در حقوق ایران دعوای غیرمستقیم به دعوایی اطلاق می‌شود که طلبکار آن را اقامه می‌کند تا حقی را که مدیون بر دیگری دارد اجراء کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۵۳). در قانون مدنی ایران برخلاف فرانسه و مصر چنین نهادی پیش‌بینی نشده است. اما مستند این دعوا در حقوق ایران ماده ۳۶ قانون اعسار بود که مقرر می‌داشت: «در کلیه

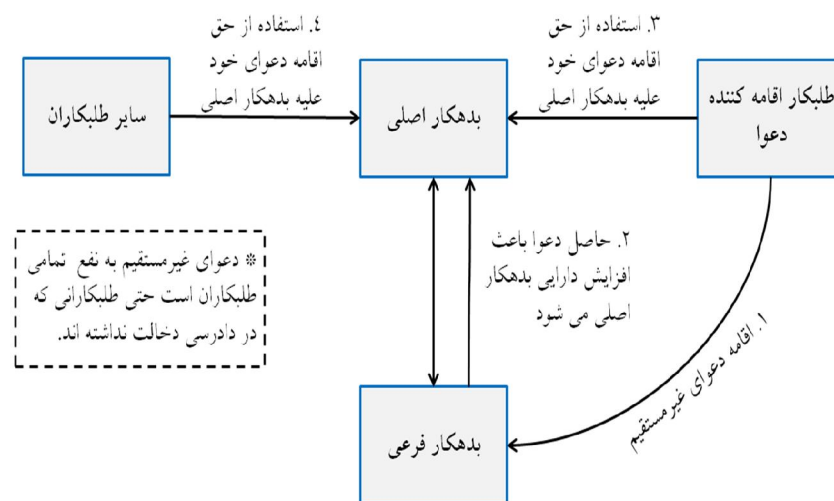
اختیارات و حقوق مالی مدعی اعسار که استفاده از آن مؤثر در تأدیه دیون او باشد، طلبکاران او قائم مقام مدعی اعسار بوده و حق دارند به جای او از اختیارات و حقوق مزبوره استفاده کنند». برای مثال اگر شخص «الف» دو میلیون تومان به شخص «ب» بدهکار باشد و شخص «ج» نیز همین مقدار را به شخص «الف» بدهکار باشد در این صورت شخص «ب» می‌تواند با اقامه دعوای غیرمستقیم علیه شخص «ج» پرداخت این مبلغ را به نفع شخص «الف» مطالبه کند. شاید ایراد شود که مستند موجود در حقوق ایران با مستندات اشاره شده در حقوق فرانسه و مصر متفاوت است و در حقوق کشورهای مذکور به اعسار یا ادعای اعسار بدهکار اشاره نشده، یا در حقوق ایران بحثی از حقوق متصل به شخص و یا اهمال بدهکار اصلی به میان نیامده است. در این خصوص باید گفت در حقوق فرانسه شرایط طرح این دعوا توسط رویه قضائی (Flour & Aubert & Savaux, 2015, p. 82) و در حقوق مصر در بند دو ماده ۲۳۵ قانون مدنی بیان شده است که در مباحث آتی به شرایط اقامه این دعوا در حقوق سه کشور خواهیم پرداخت. شایان ذکر است که برای اقامه دعوای غیرمستقیم لزومی به برابر بودن مقدار دو طلب نیست و فرقی نمی‌کند که مقدار طلب بدهکار اصلی از بدهکار فرعی از میزان طلب طلبکار از بدهکار اصلی کمتر باشد یا بیشتر، چون با اقامه دعوای غیرمستقیم می‌توان تمام آن را مطالبه کرد و خواننده (بدهکار فرعی) نمی‌تواند با این ادعا که طلب خواهان (طلبکار) کمتر از بدهی وی است از پرداختن تمام آن خودداری کند، زیرا دعوای غیرمستقیم وسیله بازگرداندن حق بدهکار اصلی به دارایی او است و خواننده به ایراداتی در مقابل طلبکار می‌تواند استناد کند که در برابر طلبکار وی (بدهکار اصلی) قابل استناد باشد، به عبارت دیگر طلبکاری که به نام بدهکار اصلی طرح دعوا می‌کند حق بیش از بدهکار خود ندارد (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 88).

دلیل غیرمستقیم خواندن این دعوا این است که طلبکار آن را به نام و حساب بدهکار اصلی اقامه می‌کند و حاصل دعوا نهایتاً وارد دارایی بدهکار اصلی می‌شود که این امر هیچ حق تقدمی را برای طلبکار اقامه‌کننده دعوا نسبت سایر طلبکاران ایجاد نمی‌کند (Starck; Roland & Boyer, 1989, pp. 224-233). موفقیت‌آمیز بودن دعوای غیرمستقیم به نفع همه طلبکاران می‌باشد حتی طلبکارانی که در دادرسی شرکت نداشته‌اند. در حقوق مصر نیز در ماده ۲۳۶ قانون مدنی (۱۳۸۸، ص. ۷۵) این امر بیان

شده است. البته باید به این امر نیز توجه شود که دعوای غیرمستقیم توسط طلبکارِ بدهکار اصلی اقامه می‌شود نه شخص دیگر.

با توجه به موارد فوق به نظر می‌رسد که می‌توان چنین تعریفی از دعوای غیرمستقیم ارائه کرد که جامع افراد و مانع اغیار باشد: دعوای غیرمستقیم به دعوایی اطلاق می‌شود که طلبکار به نام و حساب بدهکار اصلی بر بدهکار فرعی اقامه می‌کند، تا حقوق و دعوای وی را که جنبه مالی و غیرشخصی داشته و در پیگیری آن‌ها قصور یا اهمال کرده را اعمال کند، در نتیجه حاصل دعوا بدون ایجاد حق تقدمی برای طلبکار اقامه‌کننده دعوا نسبت به سایر طلبکاران، وارد دارایی بدهکار اصلی می‌شود تا از اعسار وی جلوگیری کرده و یا مانع افزایش اعسار او شود.

مکانیسم دعوای غیرمستقیم در شکل (۱) قابل مشاهده است (Buffelan-Lanore & Larribau-Terneyre, 2010, p. 125).



شکل شماره ۱. مکانیسم دعوای غیرمستقیم

۲. دعوای غیرمستقیم استثنائی بر اصل نسبی بودن اثر قراردادها

اصل نسبی بودن اثر قراردادها بیان می‌دارد که اساساً آثار قرارداد بین طرفین و به تبع

ایشان بین قائم مقام آنها جریان می‌یابد (شهیدی، ۱۳۹۸، ص. ۱۰۹). ماده ۲۳۱ قانون مدنی ایران در خصوص اصل نسبی بودن قراردادها بیان می‌کند: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است مگر در مورد ماده ۱۹۶». از این ماده استنباط می‌شود که این اصل استثنای پذیر است (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، صص. ۲۴۲-۲۴۳). بدیهی است که بستانکاران جزو اشخاص ثالث هستند (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۵، ص. ۴۲۴) که در برخی از آثار فقهی نیز به این امر اشاره شده است (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۲، ص. ۹۸). پس در دعوی غیرمستقیم نیز که طلبکار اجازه دخالت در رابطه قراردادی بدهکار اصلی و فرعی را پیدا می‌کند این دعوا استثنائی بر اصل نسبی بودن اثر قراردادها می‌باشد. در حقوق فرانسه دعوی غیرمستقیم در بخش اثر عقد نسبت اشخاص ثالث مطرح شده است (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, p. 1629)، حتی در طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه موسوم به طرح کاتالان^۳ دعوی غیرمستقیم در بخش آثار قرارداد نسبت به شخص ثالث و ذیل عنوان اقدامات قابل دسترس برای طلبکاران مطرح شده است (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۵، ص. ۴۲۵). در حقوق مصر نیز مانند حقوق فرانسه، قانون مدنی دعوی غیرمستقیم را به‌عنوان استثنائی بر اصل نسبی بودن اثر قراردادها بیان کرده اما برخی از حقوقدانان مصری معتقدند: قاعده کلی بر این است که طلبکار ثالث محسوب نمی‌شود در نتیجه طلبکار نیز متأثر از قراردادهای منعقد شده توسط بدهکار اصلی خواهد بود اما در مواردی مثل دعوی معامله به قصد فرار از دین طلبکار را ثالث فرض کرده‌اند (السنهوری، ۱۳۹۱، ج ۲، صص. ۷۵۰-۷۵۱).

۳. شرایط اقامه دعوی غیرمستقیم

دعوی غیرمستقیم چون امری استثنائی است و به دلیل پاره‌ای از مصالح اجازه طرح چنین دعوی به طلبکار داده شده است که در روابط قراردادی بدهکار اصلی و فرعی دخالت کند، پس باید دارای شرایطی باشد. این شرایط در حقوق سه کشور به‌صورت تقریباً یکسان بیان شده ولی در برخی از موارد تفاوت‌هایی را با هم دارند که به تفکیک این شرایط را بیان می‌کنیم:

۳-۱. در حقوق فرانسه

قانون مدنی فرانسه قبل از اصلاحات سال ۲۰۱۶ در مورد شرایط اقامه دعوای غیرمستقیم به صورت کامل تعیین تکلیف نکرده بود و این رویه قضائی بود که این شرایط را مشخص می‌کرد، ماده ۱-۱۳۴۱ قانون مدنی فرانسه نیز پس از اصلاح چند مورد از این شرایط را تأیید کرده است که برخی از این شرایط مربوط به طلبکار اقامه‌کننده دعوای غیرمستقیم به بدهکار اصلی می‌باشند (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, p. 1636).

۳-۱-۱. شرایط مربوط به طلبکار اقامه‌کننده دعوای غیرمستقیم

اولاً. در حقوق فرانسه هر طلبکاری می‌تواند دعوای غیرمستقیم را علیه بدهکار فرعی اقامه کند و تفاوتی میان طلبکار دارای وثیقه و بدون وثیقه وجود ندارد به شرطی که نفع در اقامه این دعوای طلبکار وجود داشته باشد با این توضیح که: اگر طلبکار این دعوای غیرمستقیم را تا حقوق یا دعوای بدهکار اصلی را اعمال کند بدهکار اصلی یا دچار اعسار می‌شود (در معرض اعسار بودن بدهکار) و یا اعسار وی افزایش پیدا می‌کند (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, pp. 1636-1637) و این توجیه امری منطقی است چراکه برای طلبکاران بدون وثیقه و یا طلبکارانی که وثیقه طلب آنان به اندازه خود طلب نیست دارایی بدهکار تنها راه وصول طلب آنان می‌باشد که وثیقه عمومی طلبکاران خوانده می‌شود و دعوای غیرمستقیم راهی برای جلوگیری از کاهش این وثیقه عمومی می‌باشد (Terré; Simler & Lequette, 2005, p. 1091).

ثانیاً. نیازی نیست که طلب طلبکار اقامه‌کننده دعوای غیرمستقیم به سند لازم‌الاجرا باشد چراکه در حقوق فرانسه دعوای غیرمستقیم عمل اجرائی محسوب نمی‌شود (Starck; Roland & Boyer, 1989, p. 228).

ثالثاً. طلب طلبکار باید قطعی باشد به عبارت دیگر متنازع‌فیه نباشد (Weill & Terré, 1980, p. 942).

رابعاً. طلب طلبکار نباید مدت‌دار باشد چراکه مشخص نیست آیا در سررسید طلب، بدهکار توان پرداخت آن را دارد یا ندارد (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 85).

خامساً. فرقی نمی‌کند که زمان ایجاد طلب برای طلبکار مقدم یا متأخر بر زمان ایجاد حقی باشد که وی از طرف بدهکار اصلی اعمال می‌کند (Buffelan-Lanore & Larribau-Terneyre, 2010, p. 104).

سادساً. نیاز نیست که طلبکار قبل از اقامه دعوا، بدهکار اصلی را از اقدام خود مطلع کند و همچنین نیازی نیست که وی را نیز به دادرسی جلب کند (Starck, 1972, p. 776).

۳-۲. شرایط مربوط به بدهکار اصلی

اولاً. بدهکار باید در اعمال حقوق و دعاوی خود سهل‌انگاری و اهمال کند خواه این سهل‌انگاری و اهمال ناشی از تقصیر باشد یا عدم امکان برای اقدام در راستای پیگیری حقوق خود (Cabrillac, 2016, p. 403). اگر بدهکار از حقوق خود استفاده کند، طلبکاران دیگر نفعی برای اقامه دعوی غیرمستقیم ندارند. به عبارت دیگر نفع داشتن اولین شرط هر عملی است و همچنین نیازی به در نظر گرفتن نحوه عملکرد بدهکار نیست حتی اگر این کار را به طور نامطلوب انجام دهد طلبکاران وی مجاز نیستند که از طرف وی اقدامی را انجام دهند (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 83). اهمال بدهکار زمانی مشخص می‌شود که وی هیچ‌گونه اهتمام در استفاده از حقوق خود را توجیه نکند، به این معنا که بار اثبات این امر به عهده طلبکار نیست (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 83).

ثانیاً. بدهکار باید معسر باشد، یعنی بدهکار در شرایطی باشد که توان پرداخت دیون طلبکاران خود را نداشته باشد، در غیر این صورت عدم اقدام وی برای پیگیری حقوق خود برای طلبکاران ضرری نخواهد داشت چراکه پرداخت بدهی آنها به خطر نمی‌افتاد به عبارت دیگر عدم اقدام بدهکار باید همیشه حق طلبکار وی را به خطر بیندازد (Flour; Aubert & Savaux, 2015, pp. 83-84). اما همان‌طور که قبلاً اشاره شد اگر بدهکار در معرض اعسار باشد و حقوق و دعاوی خود را پیگیری نکند چون باعث به خطر افتادن حق طلبکاران می‌شود می‌توان دعوی غیرمستقیم را اعمال کرد (Weill & Terré, 1980, p. 942).

۲-۳. در حقوق مصر

۲-۳-۱. شرایط مربوط به طلبکار اقامه کننده دعوا

شرایط مربوط به طلبکار در حقوق مصر با حقوق فرانسه تقریباً یکسان است و از جهت دارای وثیقه بودن یا نبودن طلبکار اقامه کننده دعوا، متنازع‌فیه نبودن طلب وی، وجود نفع در اقامه دعوا، زمان تحقق طلب برای طلبکار اقامه کننده دعوا و مستند نبودن طلب طلبکار به سند لازم‌الاجرا با حقوق فرانسه تفاوتی ندارد (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، صص. ۹۴۵-۹۴۶-۹۴۸-۹۴۹) چون‌که دعوای غیرمستقیم روش اجرایی محسوب نمی‌شود، حتی اگر مکانیسم دعوای غیرمستقیم راه را برای انجام عمل اجرایی بر روی مال بدهکار اصلی هموار کند باز هم بالذاته عمل اجرایی محسوب نمی‌شود (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۶۸). اما در حقوق مصر شرط نیست که حق طلبکار قابل پرداخت باشد، یعنی اگر حق طلبکار مؤجل و یا معلق نیز باشد باز هم حق وی موجود فرض می‌شود و قانونگذار حق طلبکار را در دوره تعلیق و همچنین در دوره‌ای که اجل فرا نرسیده به رسمیت شناخته است (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۶۷).

در خصوص حضور بدهکار اصلی در دعوای غیرمستقیم اقامه شده توسط طلبکار باید گفت طبق قسمت دوم بند دو ماده ۲۳۵ قانون مدنی مصر (۱۳۸۸، ص. ۷۵) که بیان می‌دارد: «نیازی نیست بستانکار به مدیون اخطار کند تا حقوقش را اعمال کند و لیکن باید در دادرسی‌ها مداخله کند» استنباط می‌شود که برخلاف حقوق فرانسه بدهکار باید در دادرسی شرکت کند. با حضور بدهکار اصلی در دعوای غیرمستقیم دو حالت ممکن است رخ دهد: یا بدهکار اصلی نسبت به دعوا موضع منفی می‌گیرد که در این صورت طلبکار مجبور می‌شود خود ادامه دعوا را پیگیری کند و یا بدهکار اصلی نسبت به دعوا موضع مثبت نشان می‌دهد که در این صورت بدهکار اصلی خود باید ادامه دعوا را پیگیری کند و نقش طلبکار به نظارت بر دفاعیات بدهکار اصلی محدود می‌شود (سعد، ۱۹۹۸م، ج ۲، ص. ۱۳۲).^۴

۲-۳-۲. شرایط مربوط به بدهکار اصلی

شرایط مربوط به بدهکار اصلی در حقوق مصر تفاوتی با حقوق فرانسه ندارد. چراکه اولاً. بدهکار اصلی باید در استفاده از حقوق خود سهل‌انگاری یا تقصیری داشته باشد

(ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۷۰)؛ ثانیاً. قصور در اعمال حقوق خود باعث اعسار و یا افزایش اعسار وی شود (سعد، ۱۹۹۸م، ج ۲، ص. ۱۳۱)؛ اما در حقوق مصر برخلاف حقوق فرانسه بار اثبات عدم اعمال حقوق بدهکار به عهده طلبکار است، در این زمینه کافی است که طلبکار اثبات کند بدهکار اصلی از حق خود استفاده نکرده است و اگر حق خود را اعمال می‌کرد دچار اعسار یا افزایش اعسار نمی‌شد (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۷۰).

۳-۳. در حقوق ایران

در حقوق ایران برخلاف حقوق فرانسه و مصر، نه ماده ۳۶ قانون اعسار و نه رویه قضائی در زمان لازم‌الاجرا بودن این قانون آن‌طور که باید به شرایط اقامه دعوی غیرمستقیم اشاره‌ای نکرده‌اند. و به صورت جزئی می‌توان به این شرایط اشاره نمود: اولاً. از آنجا که ما دعوی غیرمستقیم را دعوا به مفهوم اخص آن یعنی حق مراجعه به مراجع صالح برای احقاق حق می‌دانیم پس باید دارای شرایط عمومی اقامه دعوا مانند سایر دعاوی می‌بود. این شرایط عبارتند از: نفع، سمت در صورت اقامه دعوا به نمایندگی از طرف اصیل و داشتن اهلیت (شمس، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۲۸۲). البته صلاحیت دادگاه صالح هم حسب مورد باید مدنظر قرار می‌گرفت. ثانیاً. طلب طلبکار باید مستند به سند لازم‌الاجرا می‌بود تا می‌توانست اختیارات و حقوق بدهکار خود را اعمال کند که این شرط از موارد ۲۰ و ۲۱ و از لحن سایر مواد قانون اعسار استنباط می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۶۱).

ثالثاً. بدهکار باید در برابر اجرای حکم یا سند مدعی اعسار می‌شد و نیازی به اثبات ادعای اعسار خود در دادگاه نداشت همین که طلبکار مالی از وی جهت وصول طلب خود پیدا نمی‌کرد و یا خود بدهکار ظرف مدت معین مالی به مأمور اجراء معرفی نمی‌کرد در حکم مدعی اعسار بود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۶۲). در خصوص اهمال و سهل‌انگاری بدهکار اصلی در قانون و رویه قضائی تعیین تکلیفی نشده بود. اما در خصوص اینکه آیا طلبکاران دارای وثیقه هم می‌توانستند این دعوا را اقامه کنند یا نه به نظر می‌رسد در محدوده داشتن نفع برای طلبکار می‌توان به این سؤال به این صورت پاسخ داد که: اگر ارزش وثیقه طلبکار دارای وثیقه به مقدار طلب

خود نبود وی در اقامه دعوا دارای نفع بوده است چراکه برای افزایش دارایی بدهکار اصلی و در نتیجه برای وصول بقیه طلب خود این دعوا را اقامه می‌کرد، اما در خصوص طلبکار دارای وثیقه‌ای که ارزش وثیقه‌ی وی به مقدار طلب او بوده، نفعی برای وی در اقامه دعوی غیرمستقیم وجود نداشت.

۴. قلمرو دعوای غیرمستقیم

برای تعیین قلمرو دعوای غیرمستقیم باید به موادی که اجازه طرح چنین دعوایی را می‌دهند از جهت عبارات به کار رفته در آنها توجه کرد.

۴-۱. در حقوق فرانسه

در ماده ۱۱۶۶ قبل از اصلاح قانون مدنی فرانسه با توجه به کار بردن عبارت «حقوق و دعوای^۱» و عبارت «مگر آن حقوق و دعوای که قائم به شخص بدهکار باشد^۲» قلمرو این دعوا مشخص شده بود (-Henry; Venandet; Wiederkehr; Jacob & Tisserand; Martin, 2005, p. 1070). اما در بخش اصلاح شده حقوق تعهدات قانون مدنی فرانسه در ماده ۱-۱۳۴۱ به جای استفاده از عبارت «حقوق و دعوای» از عبارت «حقوق و دعوای که جنبه مالی دارند^۳» استفاده شده است چراکه قبل از اصلاح قانون در رویه قضائی، حقوق و دعوای بدهکار محدود به حقوق و دعوای شده بود که جنبه مالی داشتند که در نهایت در اصلاح قانون نیز در ماده مربوطه پیش‌بینی شد، اما عبارت دوم همچنان در قانون جدید نیز به قوت خود باقی است (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, p. 1629). در خصوص حقوق و دعوای که جنبه مالی داشته و قائم به شخص نباشند باید گفت اصولاً هر طلبکاری در صورتی که شرایط اقامه دعوای غیرمستقیم را داشته باشد، می‌تواند این حقوق و دعوای را اعمال کند و دارای بدهکار را افزایش دهد، لازم به ذکر است که هدف از دعوای غیرمستقیم افزایش دارایی بدهکار است که وثیقه عمومی طلبکاران محسوب می‌شود (Terré; Simler & Lequette, 2005, p. 1091). برای مثال در خصوص حقوق بدهکار اصلی، اگر بدهکار اصلی دارای حق رهنی باشد و در اعمال حق خود اهمال ورزد که باعث به خطر افتادن حقوق طلبکار خود شود، طلبکار در صورت لزوم حق دارد از این حق بدهکار استفاده

کند (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 86). اقامه دعوی تأمین خواسته در قالب مکانیسم دعوی غیرمستقیم نیز مثالی برای دعوی است که قائم به شخص بدهکار اصلی نیست (Starck, 1972, p. 778). اما منظور از حقوق و دعوی قائم به شخص آنهایی هستند که فقط بدهکار اصلی می‌تواند از آنها استفاده کند (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 87) و دو حالت برای این حقوق و دعوی قابل تصور است: اولاً. حقوق و دعوی که نه تنها دارای جنبه مالی نیستند بلکه صرفاً قائم به شخص محسوب می‌شوند مثل حقوق مربوط به خانواده و دعوی طلاق که نمی‌تواند داخل در قلمرو این دعوا شود چراکه اقامه دعوی طلاق به وسیله طلبکار از طرف بدهکار اصلی نه تنها باعث افزایش دارایی وی نمی‌شود بلکه اقامه این دعوا قائم به شخص بدهکار اصلی است؛

ثانیاً. حقوق و دعوی که دارای جنبه مالی هستند و اعمال آن باعث افزایش دارایی بدهکار می‌شود اما منحصراً قائم به شخص هستند باز هم قابل اعمال توسط دعوی غیرمستقیم نیستند، مثلاً زوجه که بدهکار اصلی است و نفقه وی پرداخت نشده است طلبکار وی نمی‌تواند دعوی غیرمستقیم برای مطالبه نفقه را مطرح کند و یا طلبکار نمی‌تواند درخواست تفکیک اموال بین همسران را داشته باشد چراکه روابط بین زوج و زوجه را مختل می‌کند و همچنین است ادعای جبران خسارت ناشی از توهین یا افترا (Weill & Terré, 1980, pp. 940-941).

التهایه باید گفت قلمرو دعوی غیرمستقیمی که قانون به طلبکار اعطاء کرده نمی‌تواند تا آنجا پیش رود که مدیریت دارایی بدهکار اصلی را به طلبکار وی بسپارد (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 86).

۴-۲. در حقوق مصر

با توجه به بند اول ماده ۲۳۵ قانون مدنی مصر (۱۳۸۸، ص. ۷۵) که بیان می‌دارد: «طلبکار می‌تواند کلیه حقوق مدیون خود را اعمال کند مگر آن حقوقی که متصل به شخص یا غیرقابل توقیف‌اند» چند نکته قابل توجه است:

اولاً. با اینکه در ماده مزبور به حقوق مالی اشاره نشده است ولی چون دعوی غیرمستقیم راهی برای افزایش دارایی بدهکار اصلی است پس منظور از حقوق در

این ماده همان حقوق مالی است و در حقوق مصر نیز بستانکار حق دخالت گسترده در امور بدهکار اصلی را ندارد، برای مثال او نمی‌تواند معامله‌ای را از جانب خود قبول کند حتی اگر این معامله سودآور باشد و دارایی طلبکار را افزایش دهد (السنهوری ۲۰۰۰م، ج ۲، صص. ۹۶۲-۹۶۵).

ثانیاً حقوق غیرمالی قائم به شخص می‌باشند و جزء دارایی بدهکار اصلی محسوب نمی‌شود و به همین دلیل است که استفاده از حق طلاق بدهکار اصلی و یا اقامه دعوای نسب ممکن نیست، زیرا مرتبط با احوال شخصیه است، حتی اگر حق اثر مالی بر دارایی بدهکار اصلی داشته باشد ولی مربوط به حقوق خانواده باشد باز هم نمی‌توان این حق را اعمال کرد مثل اقامه دعوای مطالبه نفقه (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، ص. ۹۶۵). لازم به ذکر است که معیار تمیز حقوقی که قائم به شخص است با حقوقی که قائم به شخص نیست ملاحظات اخلاقی می‌باشد مثل حق آسیب دیدگان در جبران خسارت معنوی که متحمل شده‌اند (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، ص. ۹۶۶). در این خصوص باید گفت اگر بدهکار اصلی در اثر تصادم دو خودرو همسر خود را از دست داده و دچار آسیب روحی و روانی شود طلبکار نمی‌تواند برای دریافت خسارت معنوی بدهکار اصلی به علت از دست دادن همسر وی علیه مقصر حادثه اقامه دعوای غیرمستقیم کند و همچنین است در دریافت خسارت معنوی ناشی از توهین و افترا، اما لازم به ذکر است که اگر در خصوص میزان خسارت وارده به بدهکار اصلی، میان بدهکار اصلی و فرعی اختلافی وجود داشته باشد، طلبکار می‌تواند از طریق دعوای غیرمستقیم برای تعیین تکلیف میزان خسارت وارده علیه بدهکار فرعی اقدام کند چون در این صورت حق جنبه مالی یافته (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۶۳) و از دایره قائم به شخص بودن بدهکار اصلی خارج می‌شود (سعد، ۱۹۹۸م، ج ۲، ص. ۱۲۸).

۴-۳. در حقوق ایران

با توجه به ماده ۳۶ قانون اعسار باید گفت طلبکار بر دارایی بدهکار حق پیدا می‌کند نه بر شخص او پس حقوق غیرمالی و آنچه که مربوط به شخصیت و احوال شخصی بدهکار بود توسط طلبکار قابل اعمال نبود مثلاً طلبکار نمی‌توانست زن بدهکار را

طلاق دهد یا در برابر ادعای همسر او در مورد مهریه یا نفقه از بدهکار اصلی دفاع کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۶۳). در حقوق ایران نیز قلمرو دعوای غیرمستقیم آن‌چنان گسترده نبود که طلبکار بر امور مالی بدهکار سلطه داشته باشد و در زندگی اقتصادی وی دخالت کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۶۸). به عبارت دیگر مانند حقوق فرانسه مدیریت دارایی بدهکار اصلی به طلبکار سپرده نمی‌شد که این امر در نتیجه اصل عدم ولایت بود چراکه هیچ‌کس بر دیگری ولایت ندارد مگر در حدودی که قانون معین می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ص. ۵۲). قانون در خصوص اجازه طلبکار نسبت به اعمال حقوق قائم به شخص و غیرمالی بدهکار اصلی مجوزی صادر نکرده بود و اگر این ماده به صورت موسع تفسیر می‌شد امکان اداره دارایی بدهکار اصلی توسط طلبکار وجود داشت که برخلاف نهاد ورشکستگی هیچ نظارتی هم بر آن اعمال نمی‌شد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۵۹).

در حقوق ایران تا قبل از نسخ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ قلمرو دعوای غیرمستقیم تقریباً به وسعت قلمرو حقوق فرانسه و مصر بود. اما متأسفانه با توجه به نسخ این قانون توسط ماده ۲۹ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، دعوای غیرمستقیمی که در زمان حیات بدهکار اصلی اقامه می‌شود اصلاً وجود ندارد که بخواهد دارای قلمرو باشد. نسخ ماده ۳۶ قانون اعسار به تبع نسخ قانون مربوطه اقدامی عجیب و قابل انتقاد به نظر می‌رسد چراکه ماده‌ای مشابه ماده ۳۶ قانون اعسار در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ پیش‌بینی نشده است. در حالی که یکی از اهداف نسخ قوانین قبلی پیش‌بینی قواعدی نو در قانون متأخر است (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج. ص. ۱۶۷) که در مورد فوق نه تنها قاعده جدیدی در خصوص دعوای غیرمستقیم پیش‌بینی نشده بلکه به کلی از چرخه قواعد حقوقی قابل اعمال خارج شده است. این امر برخلاف آن چیزی است که در حقوق فرانسه و مصر اتفاق افتاده است. چراکه در حقوق فرانسه هم قبل از اصلاح قانون مدنی این نهاد پیش‌بینی شده بود و هم در قانون اصلاح شده فعلی این نهاد با دقت بیشتری نگاشته شده است (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, p. 1629)، که این امر در حقوق مصر نیز با توجه به قانون مدنی سابق و قانون مدنی فعلی آنها صادق است (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، ص. ۹۴۴). به نظر می‌رسد دلیل اهمیت موضوع این امر باشد که دعوای غیرمستقیم

شاید تنها راه افزایش دارایی بدهکار اصلی توسط طلبکاران او در برخی موارد باشد و حذف چنین نهادی از دایره قواعد حقوقی قابل اعمال به مصلحت طلبکاران بدون وثیقه و یا طلبکارانی که وثیقه کافی ندارند نیست. البته لازم به ذکر است که به اعتقاد برخی دعوای غیرمستقیم حتی در زمانی که نسخ نشده بود نیز در عمل متروک مانده بود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۵۸) اما متروک ماندن یک نهاد حقوقی مجوزی برای نسخ آن نیست و حتی اگر به این دلیل نسخ شده باشد با توجه به مصالح آن به نفع برخی از طلبکاران که ذکر شد باید در قانون جدید دوباره پیش‌بینی می‌شد تا از متروک ماندن آن جلوگیری شود.

۵. ماهیت حقوقی دعوای غیرمستقیم

در تحلیل ماهیت حقوقی دعوای غیرمستقیم باید دو نظریه قائم‌مقامی و نمایندگی را بررسی کنیم. قائم‌مقامی یعنی کسی که به‌طور مستقیم و یا به‌وسیله نماینده خود در تراضی شرکت نداشته ولی در نتیجه انتقال تمام یا بخشی از دارایی یکی از دو طرف به وی جانشین طرف قرارداد و عهده‌دار و بهره‌مند از اجرای آن شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص. ۲۴۶). نمایندگی یعنی شخصی تحت عنوان نماینده در انجام یک عمل حقوقی به نام و به حساب شخص دیگر اقدام کند به طوری که آثار آن عمل حقوقی به‌صورت مستقیم متوجه آن فرد باشد نه نماینده (بیات و بیات، ۱۳۹۶، ص. ۱۲۸).

۵-۱. در حقوق مصر

در حقوق مصر در ماده ۲۳۶ قانون مدنی (۱۳۸۸، ص. ۷۵) به صراحت به نمایندگی طلبکار اذعان شده است. اما حقوق‌دانان مصری معتقدند که این نمایندگی، نوع خاصی از نمایندگی می‌باشد که برخی از مقررات آن برخلاف قواعد عام نمایندگی است با این توضیح که:

اولاً. در دعوای غیرمستقیم مصلحت‌نائب (طلبکار) مورد نظر قانون‌گذار بوده است نه اصیل (بدهکار اصلی) این در حالی است که در نمایندگی عادی مصلحت منوب‌عنه ملاک است (ابواسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۷۳).

ثانیاً. در دعوای غیرمستقیم با اینکه طلبکار به نمایندگی از بدهکار اصلی عمل می‌کند

اما قانون‌گذار حضور اصیل (بدهکار اصلی) را نیز لازم می‌داند تا حکم صادره در مورد وی نیز معتبر باشد (سعد، ۱۹۹۸م، ج ۲، ص. ۱۲۸) درحالی‌که طبق قواعد عام نمایندگی حضور اصیل در دعوا ضرورتی ندارد (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۷۳). ثالثاً طبق قواعد عام نمایندگی اگر اصیل محجور باشد نایب باید مراحل و تشریفات مقرر قانونی را در مورد وی رعایت کند، مثلاً شخص محجور نمی‌تواند برای خود نایب بگیرد و ولی یا قیم وی باید برای او شخصی را به‌عنوان نایب انتخاب کند درحالی‌که در دعوی غیرمستقیم اگر بدهکار اصلی صغیر باشد طلبکار وی می‌تواند بدون رعایت مراحل قانونی در این خصوص به نمایندگی از وی عمل کند (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۷۳). به‌عبارت‌دیگر نمایندگی طلبکار در این خصوص از نوع نمایندگی قانونی می‌باشد (سعد، ۱۹۹۸م، ج ۲، ص. ۱۲۵).

۲-۵. در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه با اینکه در قانون مدنی به این موضوع اشاره‌ای نشده اما برخی از حقوق‌دانان فرانسوی معتقدند که ماهیت دعوی غیرمستقیم همان نمایندگی قانونی است (Starck; Roland & Boyer, 1989, p. 224). برخی از حقوق‌دانان فرانسوی اخیراً معتقدند که: هر چند طبق رویه قضائی سابق نمایندگی قانونی به‌عنوان ماهیت دعوی غیرمستقیم شناخته شده بود اما نمایندگی قانونی به‌عنوان ماهیت حقوقی این دعوی تطبیق کامل با مکانیسم دعوی غیرمستقیم ندارد و طلبکار اقامه‌کننده دعوا منافع شخصی خود را نیز در این دعوا دنبال می‌کند که برخلاف قواعد عام نمایندگی است (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, p. 1630).

۳-۵. در حقوق ایران

در حقوق ایران نیز با اینکه در ماده ۳۶ قانون اعسار به قائم‌مقامی طلبکاران اشاره شده بود، اما برخی از حقوق‌دانان معتقدند که در حقوق ایران مقنن در استعمال دو اصطلاح نماینده و قائم‌مقام دقت کافی نداشته است و ماهیت این دعوا را نمایندگی قانونی و ولایت به‌معنای عام می‌داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، صص. ۷۵۶-۵۰۹). همچنین نیز برخی معتقدند که ماهیت این دعوا موقعیتی است بین قائم‌مقامی و نمایندگی، چراکه

وقتی طلبکار دعوا را به نام و حساب بدهکار اصلی مطرح می‌کند شبیه نماینده است ولی چون با اقامه دعوا و پیروزی در آن خود نیز از آن منتفع می‌شود شبیه قائم مقام است و معتقد هستند که اختیار طلبکار در دعوی غیرمستقیم به ولایت شبیه‌تر است تا وکالت به معنای خاص ولی چون ولایت در نظریه عام نمایندگی می‌گنجد می‌توان به طلبکار نماینده اطلاق نمود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۵۴).

۶. آثار دعوی غیرمستقیم

اثر این دعوا نسبت به سه شخص باید مورد بررسی قرار گیرد.

۶-۱. اثر دعوا نسبت به بدهکار فرعی

۶-۱-۱. در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه بدهکار فرعی می‌تواند کلیه طرق دفاعی اعم از ایرادات دعوی را که در صورت اقامه دعوا توسط بدهکار اصلی قابل استناد بود، در دعوی غیرمستقیم نیز مطرح سازد (Weill & Terré, 1980, p. 945). این امری منطقی است چراکه طلبکار به نام و حساب بدهکار اصلی اقامه دعوا می‌نماید که در این صورت بدهکار فرعی در همان موقعیتی قرار می‌گیرد که اگر بدهکار اصلی اقامه دعوا می‌نمود قرار می‌گرفت (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 88).

۶-۱-۲. در حقوق مصر

در حقوق مصر نیز مانند حقوق فرانسه بدهکار فرعی می‌تواند تمامی دفاعیاتی را که در صورت اقامه دعوا توسط بدهکار اصلی قابل استناد بود در دعوی غیرمستقیم مطرح سازد، مثلاً ادعای ایفای دین نماید و علت این امر اعمال مقررات مربوط به نمایندگی در اقامه دعوی غیرمستقیم می‌باشد (السنهوری، ۱۳۹۱، ج ۲، ص. ۷۷۲).

۶-۱-۳. در حقوق ایران

در حقوق ایران نیز مانند حقوق فرانسه و مصر، بدهکار فرعی می‌توانست تمام ایرادها و دفاعیاتی را که در برابر بدهکار اصلی قابل استناد بود در مقابل طلبکار اقامه‌کننده دعوا مطرح سازد هر چند که منشأ این ایرادها بعد از تاریخ تقدیم دادخواست دعوی

غیرمستقیم بوده باشد و حتی می‌توانست به تهاثر طلب خود از بدهکار اصلی استناد کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۷۰). ولی نمی‌توانست ایراد کند که چون طلب خواهان کمتر از بدهی اوست حق مطالبه تمام بدهی را ندارد چراکه دعوی غیرمستقیم وسیله بازگرداندن حق بدهکار اصلی به دارایی اوست، اما می‌توانست با پرداخت طلب خواهان نفع او در تعقیب دعوا را از بین ببرد و گریبان خود را در آن دادرسی نسبت به مبلغ اضافی رها کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۷۱).

۶-۲. اثر دعوا نسبت به بدهکار اصلی

۶-۲-۱. در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه با اقامه دعوی غیرمستقیم توسط طلبکار رابطه حقوقی بین بدهکار اصلی و فرعی تغییری نمی‌کند و بدهکار اصلی ممنوع از تصرف در دارایی خود نیست و می‌تواند خود علیه بدهکار فرعی اقامه دعوا نماید و در این صورت دعوایی که طلبکار اقامه نموده باید رد شود (Starck; Roland & Boyer, 1989, pp. 232-233). حتی بدهکار اصلی حق مصالحه با بدهکار فرعی را دارد و این امر نیز در مقابل طلبکار اقامه‌کننده دعوا قابل استناد است به شرطی که تقلبی در این امر نباشد (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, p. 1642). در حقوق فرانسه برخی معتقدند که اگر بدهکار اصلی در دعوی غیرمستقیمی که توسط طلبکار طرح شده دخالتی نداشته باشد رأی صادره در این دعوا در برابر وی قابل استناد نیست چون نسبت به این دعوا شخص ثالث محسوب می‌شود و می‌تواند به‌عنوان ثالث به این رأی اعتراض کند و برای جلوگیری از این اثر طلبکار باید بدهکار اصلی را نیز به دادرسی جلب کند (Starck, 1972, p. 780). اما اخیراً برخی از حقوق‌دانان فرانسوی نظر مخالفی مطرح کرده‌اند و معتقدند رأیی که در دعوی اقامه شده توسط طلبکار صادر شده در مقابل بدهکار اصلی نیز قابل اجراء است زیرا طلبکار از طرف بدهکار اصلی عمل می‌کند انگار که نماینده وی می‌باشد (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 89).

۶-۲-۲. در حقوق مصر

در حقوق مصر نیز با اقامه دعوی غیرمستقیم توسط طلبکار بدهکار اصلی حق اقامه

دعوا علیه بدهکار فرعی را حفظ می‌کند چون طلبکار فقط نایب است و قاعده این است که اصیل در تصرف بر حق خویش آزاد است (السنهوری، ۱۳۹۱، ج ۲، ص. ۷۶۹). حتی بدهکار اصلی می‌تواند با بدهکار فرعی مصالحه کند، اما در حقوق مصر برخلاف حقوق فرانسه همان‌طور که قبلاً ذکر شد بدهکار اصلی باید در دعوا حضور داشته باشد و این برخلاف نظریه نمایندگی می‌باشد چراکه طبق این نظریه حضور اصیل در دعوا ضروری نیست اما دلیل این استثناء، این امر می‌باشد که در این دعوا موضوع فقط به حفظ منافع بدهکار اصلی محدود نمی‌شود بلکه طلبکار اقامه‌کننده دعوا نیز دارای نفع می‌باشد و لازم است بدهکار اصلی در دعوا حضور داشته باشد تا بتواند بر روند دادرسی نظارت کرده و در صورت لزوم از حق خود دفاع کند و در غیر این صورت دعوا قابل پذیرش نیست و بدهکار فرعی می‌تواند به این مورد نیز ایراد وارد کند (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، صص. ۹۷۰-۹۷۱-۹۷۲).

۶-۲-۳. در حقوق ایران

در حقوق ایران نیز نتیجه بحث همانند حقوق فرانسه و مصر بود و اختیار طلبکار در اعمال حقوق بدهکار اصلی مانع از تصرف وی در دارایی یا حقوق خود نمی‌شد و همین امر باعث کاهش ابتکار عمل طلبکار می‌شد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۶۸). در خصوص اثر حکم صادر شده در دعوای غیرمستقیم نسبت به بدهکار اصلی برخی معتقد بودند که حکم در برابر وی قابل استناد بود (طبق اثر نمایندگی)، ولی اعتبار امر مختوم نداشت و بدهکار می‌توانست به‌عنوان ثالث بر آن اعتراض کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۷۰). اما به‌نظر می‌رسد حکم صادر شده در دعوای غیرمستقیم نسبت به بدهکار اصلی نیز دارای اعتبار امر مختوم بوده. چراکه وقتی معتقد بودند حکم صادره طبق اثر نمایندگی در برابر بدهکار اصلی قابل استناد است یعنی طلبکار به نمایندگی از بدهکار خود این دعوا را اقامه کرده است و بدهکار اصلی در دعوای غیرمستقیم اصیل محسوب می‌شود و حکم صادر شده در برابر اصیل دارای اعتبار است. به‌عبارت‌دیگر چون اتحاد اصحاب دعوا وجود داشت بدهکار اصلی نمی‌توانست به‌عنوان ثالث به حکم صادره اعتراض کند (کاتوزیان، ۱۳۹۶. الف، ص. ۱۶۸؛ شمس، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۴۴۸).

۳-۶. اثر دعوا نسبت به طلبکار اقامه‌کننده دعوی غیرمستقیم و سایر طلبکاران

۱-۳-۶. در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه اگر دعوی غیرمستقیم موفقیت‌آمیز باشد اثر آن نسبت به طلبکار اقامه‌کننده دعوا و سایر طلبکاران به گونه‌ای خواهد بود که انگار بدهکار اصلی خود اقامه دعوا کرده است و حاصل این دعوا نیز وارد دارایی بدهکار اصلی می‌شود، که در نتیجه باعث افزایش دارایی بدهکار اصلی که وثیقه عمومی طلبکاران است می‌شود بدون اینکه برای طلبکار اقامه‌کننده دعوی غیرمستقیم کوچک‌ترین حق تقدیمی را ایجاد کند (Buffélan-Lanore & Larribau-Terneyre, 2010, p. 106). به عبارت دیگر زمانی طلبکار اقامه‌کننده دعوا به آسانی به حق خود می‌رسد که تنها وی طلبکار بدهکار اصلی باشد، اگر بدهکار اصلی طلبکاران متعدد داشته باشد و یا طلبکاری نیز داشته باشد که دارای طلب ممتاز است، طلبکار اقامه‌کننده دعوی غیرمستقیم با خطر روبه‌رو می‌شود (Starck; Roland & Boyer, 1989, p. 233).

۲-۳-۶. در حقوق مصر

در حقوق مصر طلبکار در صورت موفقیت در دعوی غیرمستقیم به تنهایی از نتیجه آن متأثر نمی‌شود چراکه رأی به نفع بدهکار اصلی صادر می‌شود نه به نفع طلبکار و فقط بدهکار اصلی مستقیماً از آن او سود می‌برد (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، ص. ۹۷۶). دلیل این امر نیز روشن است چراکه طلبکار با اقامه دعوا به نمایندگی از بدهکار اصلی درخواست صدور رأی به نفع وی را می‌کند (السنهوری، ۱۳۹۱، ج ۲، ص. ۷۷۵). طبق ماده ۲۳۶ قانون مدنی مصر (۱۳۸۸، ص. ۷۵) حاصل دعوا وارد دارایی بدهکار اصلی می‌شود و وثیقه طلب تمامی طلبکاران خواهد بود. در صورتی که در بین طلبکاران، طلبکاری وجود داشته باشد که دارای طلب ممتاز است در این صورت قبل از بقیه حق خود را می‌گیرد (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، ص. ۹۷۷).

۳-۳-۶. در حقوق ایران

در حقوق ایران نیز مانند حقوق دو کشور مذکور طلبکار اقامه‌کننده دعوا در صورت موفقیت در دادرسی هیچ برتری نسبت به سایر طلبکاران پیدا نمی‌کند و حاصل دعوا

وارد دارایی بدهکار اصلی می‌شد و راه چاره در این بود که طلبکار بر بدهکار اصلی نیز اقامه دعوا می‌کرد و ضمن آن تأمین طلب خود را از محل طلبی که بدهکار اصلی از خواننده دارد خواستار می‌شد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۷۱). اما در فرضی که موضوع دعوای غیر مستقیم پول نبود و تسلیم عین معین یا انجام فعل بود اثر صدور حکم دادگاه می‌توانست مستقیماً به سود طلبکار اقامه‌کننده دعوا باشد، برای مثال اگر مستأجری برای تعمیر مورد اجاره به مؤجر رجوع می‌کرد و با اعسار وی مواجه می‌شد ولی به قصور معمار یا مقاطعه کار ساختمان پی می‌برد می‌توانست الزام وی را به تعمیر مورد اجاره بخواهد و در نتیجه موفقیت در دعوا و اجرای حکم، دعوا به سود وی تمام می‌شد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، صص. ۳۷۱-۳۷۲).

۷. ماده ۲۳۵ قانون امور حسبی مصداق دعوای غیر مستقیم در حقوق ایران

این ماده مقرر می‌دارد: «بستانکار از متوفی نیز در صورتی که ترکه به مقدر کافی برای اداء دین در ید ورثه نباشد، می‌تواند بر کسی که او را مدیون متوفی می‌داند یا مدعی است که مالی از ترکه متوفی در ید اوست اقامه دعوا کند». در نگاه اول به نظر می‌رسد که این ماده از مصادیق دعوای مستقیم است چون ظاهراً باید طبق این ماده طلبکار دعوا را به نام و حساب خود اقامه کند ولی هدف این ماده برگرداندن حق متوفی (بدهکار اصلی) به ترکه وی است نه افزودن آن به دارایی طلبکار اقامه‌کننده دعوا که در دعوای مستقیم مرسوم است (کاتوزیان، ۱۳۹۸، صص. ۳۵۳-۳۷۳). دارایی مورث به‌عنوان واحد حقوقی تجزیه‌ناپذیر دارای شخصیت حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۹۶، ب، ص. ۱۴۰) و متوفی دارای حقوق و دیون ویژه‌ای است که باید با رعایت حق تقدم و تأخر قانونی و به نسبت میزان طلب طلبکاران به تساوی بین آنان تقسیم شود که به‌وسیله مدیر ترکه انجام خواهد گرفت و طلبکار نمی‌تواند با اقامه دعوا بر بدهکار فرعی حاصل دعوا را وارد دارایی خود کند زیرا نظم عادلانه ترکه میان طلبکاران را بهم می‌زند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۵۳). با در نظر گرفتن ماده ۳۶ قانون اعسار و ماده ۲۳۵ قانون امور حسبی می‌توان نتیجه گرفت که حکم واحد قانون‌گذار در دو مصداق گوناگون در زمان حیات و مرگ بدهکار بیان شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۵۶).

۸. نهادهای مشابه دعوای غیرمستقیم در حقوق ایران

۸-۱. دعوای معامله به قصد فرار از دین^{۱۰۹}

دعوای معامله به قصد فرار از دین نیز مانند دعوای غیرمستقیم یکی از اقدامات قابل دسترس برای طلبکاران می‌باشد که در متون فرانسوی نیز ذیل همین عنوان مورد بررسی قرار می‌گیرد. بررسی و بیان تفاوت این دو نهاد در حقوق ایران نیز مفید است. معامله به قصد فرار از دین عبارت از معامله‌ای است که مدیون اختیار و قصد انجام آن را دارد ولی هدف او این است که از این طریق از پرداخت دیون خود شانه خالی کند (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ب، ج ۲، ص. ۲۷۳). ماده ۲۱۸ قانون مدنی بیان می‌کند: «هر گاه معلوم شود معامله با قصد فرار از دین به‌طور صوری انجام شده آن معامله باطل است» در ماده ۲۱۸ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ قید «صوری بودن معامله» وجود نداشت و این معامله غیرنافذ تلقی می‌شد ولی با افزودن قید فوق در اصلاح قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ حکم معامله به قصد فرار از دینی که به‌طور صوری انجام نشده بود نامشخص ماند (بیات و بیات، ۱۳۹۶، ص. ۱۴۷). اما به اعتقاد برخی این معامله در برابر طلبکاری که با اقامه دعوا، به قصد فرار از دین بودن این معامله را ثابت کرده غیرقابل استناد است و این اثر تنها برای محکوم‌له پیش‌بینی شده و سایر طلبکاران برای استفاده از این اثر باید به‌عنوان ثالث وارد دعوا شوند (کاتوزیان، ۱۳۹۴، الف، صص. ۱۵۶-۱۵۷).

با توضیحات فوق می‌توان نتیجه گرفت: اولاً، طلبکار دعوای غیرمستقیم را به نام و حساب بدهکار اصلی اقامه می‌کند درحالی‌که در دعوای معامله به قصد فرار از دین طلبکار به نام و حساب خود این دعوا را قومه می‌کند. ثانیاً، در دعوای غیرمستقیم حاصل دعوا وارد دارایی بدهکار اصلی می‌شود درحالی‌که در دعوای معامله به قصد فرار از دین وقتی این معامله در برابر طلبکار قابل استناد نیست یعنی برای محکوم‌له چنین فرض می‌شود که اموال انتقال یافته همچنان به شخص مدیون (بدهکار اصلی) تعلق دارند و از دارایی وی خارج نشده‌اند که با حکم به قصد فرار از دین بودن معامله دوباره وارد دارایی وی شود. ثالثاً، طلبکار با پیروزی در دعوای غیرمستقیم باعث افزایش اموال بدهکار اصلی شده و سایر طلبکاران نیز از این اقدام سود می‌برند درحالی‌که با پیروزی طلبکار در دعوای معامله به قصد فرار از دین، تنها در مقابل وی

(محکوم‌له) این معامله قابلیت استناد ندارد و سایر طلبکاران نفعی در این خصوص ندارند. لازم به ذکر است که علاوه بر تفاوت‌های فوق‌الذکر، در حقوق فرانسه (Cabrillac, 2016, p. 407) و مصر (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۹۰) دعوای معامله به قصد فرار از دین جدای از بحث دعوای غیرمستقیم مطرح شده و آن را نوعی از دعوای غیرمستقیم محسوب نکرده‌اند. برخی از حقوق‌دانان نیز معتقدند ابطال اقدامات متقابلانه و به قصد فرار از دین بدهکار با اینکه کاملاً با دعوای غیرمستقیم منطبق نیست ولی به مشابه بودن این نهاد با دعوای غیرمستقیم تصریح کرده‌اند (کیا، ۱۳۹۸، ص. ۳۳). اما برخی از حقوق‌دانان دعوای معامله به قصد فرار از دین را نوع دیگری از دعوای غیرمستقیم می‌دانند (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۵، ص. ۴۳۳).

۸-۲. دعوای مشتق^{۱۱}

دعوای مشتق در حقوق ایران یک نهاد حقوقی نوپا به‌شمار می‌رود و برای اولین بار در لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت در سال ۱۳۴۷ و به‌صورتی ناقص در حقوق ایران به رسمیت شناخته شد، دعوای مشتق عبارت است از دعوایی که از طرف سهامداران به نام و برای شرکت و به دلیل نقض وظایف مدیریتی مدیران اقامه می‌شود، همان‌طور که مشخص است برای اقامه این دعوا سه شرط لازم است که عبارتند از: سهامدار بودن اقامه‌کنندگان دعوا، تخلف مدیران در انجام وظایف خود در قبال شرکت و متعلق بودن غرامات حاصله به شرکت نه سهامداری که اقامه دعوا می‌کند (پاسبان و جهانیان، ۱۳۹۲، صص. ۱۰۰-۱۰۱).

ماده ۲۷۶ لایحه اصلاحی قانون تجارت بیان می‌دارد: «شخص یا اشخاصی که مجموع سهام آنها حداقل یک‌پنجم مجموع سهام شرکت باشد می‌توانند در صورت تخلف یا تقصیر رئیس و اعضاء هیئت مدیره و یا مدیر عامل به نام و از طرف شرکت و به هزینه خود علیه رئیس یا تمام یا بعضی از اعضاء هیئت مدیره و مدیر عامل اقامه دعوی نمایند و جبران کلیه خسارات وارده به شرکت را از آنها مطالبه کنند...» این ماده دعوای مشتق را که در حقوق کامن‌لا مشهور است پذیرفته (دمرچیلی، حاتمی و قرانی، ۱۳۹۵، ص. ۲۸۰) و سه شرط مذکور در تعریف دعوای مشتق نیز در این ماده وجود دارد و مصداق دعوای مشتق در حقوق ایران می‌باشد (پاسبان و جهانیان، ۱۳۹۲، ص. ۱۰۱).

اما برخی از حقوق‌دانان ماده ۲۷۶ لایحه اصلاحی قانون تجارت را از مصادیق دعوی غیرمستقیم دانسته‌اند (اسکینی، ۱۳۹۴، ج ۲، صص. ۲۱۴-۲۱۵؛ کیا، ۱۳۹۸، ص. ۱۲۶) و آن را زمانی قابل اجراء می‌دانند که مدیران و مدیرعامل خسارت وارده بر شرکت را به دلیل تخلف مدیران مطالبه نکرده باشند (اسکینی، ۱۳۹۴، ج ۲، صص. ۲۱۴-۲۱۵). به نظر می‌رسد این ماده از مصادیق دعوی مشتق است نه دعوی غیرمستقیم و لازم است تفاوت دعوی غیرمستقیم با مشتق ذکر شود. درست است که با اقامه دعوی مشتق و پیروزی سهامداران در این دعوا حاصل دعوا نیز مسلماً وارد دارایی شرکت می‌شود اما تفاوت‌هایی با دعوی غیرمستقیم دارد:

اولاً. در دعوی غیرمستقیم هم در حقوق ایران و هم در حقوق فرانسه و مصر صریحاً به اعسار بدهکار اصلی^{۱۲} اشاره شده که از شرایط لازم برای اقامه دعوی غیرمستقیم است. اما در ماده ۲۷۶ چنین تصریحی وجود ندارد و در خصوص تجار اعسار اصلاً قابلیت طرح ندارد بلکه ورشکستگی قابل طرح است که با توجه به شرایط دعوی غیرمستقیم ورشکستگی جز این شروط نیست.

ثانیاً سهامدارانی که دعوی مشتق را اقامه می‌کنند ذی‌نفع در طرح دعوا محسوب نمی‌شوند چراکه دعوا به نام شرکت طرح شده و جبران خسارت نیز برای شرکت خواهد بود (پاسبان و جهانیان، ۱۳۹۲، ص. ۱۰۱) درحالی‌که ذی‌نفع بودن برای اقامه دعوی غیرمستقیم امری ضروری است.

سؤالی که در این خصوص می‌توان طرح کرد این است که چرا در دعوی غیرمستقیم طلبکاران در اقامه دعوا ذی‌نفع هستند اما در دعوی مشتق سهامدارانی که دعوی مشتق را طرح می‌کنند خودشان ذی‌نفع محسوب نمی‌شوند؟ پاسخ روشن است چون همان‌طور که پیش‌تر ذکر شد در دعوی غیرمستقیم طلبکار اقامه‌کننده دعوا با اعسار یا افزایش اعسار بدهکار اصلی روبه‌رو می‌شود و اگر در دعوی غیرمستقیم پیروز شود بسته به شرایط موجود یا طلب خود را کامل وصول می‌کند یا مقداری از آن را وصول خواهد کرد که ذی‌نفع بودن طلبکار در دعوی غیرمستقیم هویدا است. اما در دعوی مشتق، شرکت سهامی ورشکسته نشده است که سهامداران با خطر عدم وصول سهام خود روبه‌رو شوند تا با اقامه دعوی مشتق برای وصول جبران خسارات وارده ذی‌نفع محسوب شوند. حتی اگر شرکت ورشکست نیز می‌شد سهامداران حق اقامه

چنین دعوایی را نداشتند بلکه مدیر تصفیه یا اداره تصفیه می‌تواند در صورت ورشکستگی به مدیران متخلف رجوع کند اما نه از باب ماده ۲۷۶ لایحه اصلاحی قانون تجارت. به عبارت دیگر همان‌طور که در بحث از ماهیت دعوی غیرمستقیم مطرح شد، ماهیت دعوی غیرمستقیم نوع خاصی از نمایندگی است که خود طلبکار نیز در این دعوا ذی‌نفع محسوب می‌شود اما در دعوی مشتق تنها شرکت دارای نفع است. در واقع سهامدارانی که دعوی مشتق را اقامه می‌نمایند طلبکار شرکت نیستند، این در حالی است که در دعوی غیرمستقیم اقامه‌کننده دعوا باید طلبکار بدهکار اصلی باشد (Starck; Roland & Boyer, 1989, p. 224).

۳-۸. ماده ۴۱۸ قانون تجارت

با توجه به ماده ۴۱۸ قانون تجارت که مقرر می‌دارد: «تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام اموال خود حتی آنچه که ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او گردد ممنوع است. در کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته که استفاده از آن مؤثر در تأدیه دیون او باشد مدیر تصفیه قائم مقام قانونی ورشکسته بوده و حق دارد به جای او از اختیارات و حقوق مزبوره استفاده کند». قائم مقامی مدیر تصفیه در اختیارات و حقوق مالی ورشکسته شامل مواردی می‌شود که دارای جنبه غیرشخصی بوده و مؤثر در تأدیه دیون ورشکسته باشد (اسکینی، ۱۳۹۵، صص. ۶۷-۷۱). همچنین برخی از اقدامات مدیر تصفیه برای جلوگیری از حیف و میل شدن اموال تاجر در جهت حفظ حقوق طلبکاران انجام می‌شود مانند مهر و موم اموال و اقدامات تأمینی و برخی نیز در جهت حفظ حقوق تاجر ورشکسته و طلبکاران با هم مانند اجرای قراردادهای جاری تاجر ورشکسته (اسکینی، ۱۳۹۵، صص. ۱۴۲) که در این راستا همانند امین و وکیل در حفظ منافع ورشکسته و طلبکاران اقدام می‌نماید و پس از جمع‌آوری اموال تاجر و وصول مطالبات، دیون ورشکسته را به نسبت میان طلبکاران پرداخت می‌نماید (ستوده تهرانی، ۱۳۹۱، ج ۴، ص. ۱۴۱).

با توجه به موارد فوق، با اینکه برخی از اقدامات مدیر تصفیه در راستای حمایت از حقوق طلبکاران و وارد شدن اموالی به دارایی تاجر ورشکسته صورت می‌گیرد و این اقدام وی به نیابت از جانب طلبکاران است. اما به نظر می‌رسد ماده ۴۱۸ قانون تجارت نمی‌تواند

از مصادیق دعوی غیرمستقیم باشد. چراکه با توجه به شرایط اقامه دعوی غیرمستقیم در حقوق ایران و حتی حقوق فرانسه و مصر، چنین تصریحی وجود ندارد که اقدام مدیر تصفیه حتی برای حفظ حقوق طلبکاران، دعوی غیرمستقیم محسوب شود. به عبارت دیگر ورشکستگی اصلاً از شرایط اقامه دعوی غیرمستقیم نیست بلکه اعسار از شروط اساسی آن می‌باشد. که در متون فرانسوی نیز در این بحث از واژه «la insolvabilité» به معنی اعسار استفاده شده نه واژه «la faillite» به معنی ورشکستگی (Porchy-Simon, 2006, p. 191; Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 83). در حقوق مصر نیز به اعسار بدهکار اصلی اشاره شده است نه افلاس وی (السنهوری، ۲۰۰۰، ج ۲، ص. ۹۵۳؛ ابوالسعود، ۱۹۹۴، ص. ۱۷۱). همچنین در دعوی غیرمستقیم همان‌طور که در آثار این دعوا نسبت به بدهکار اصلی ذکر شد، بدهکار اصلی از تصرف و دخالت در دارایی خود ممنوع نمی‌باشد درحالی‌که ورشکسته ممنوع از دخالت در دارایی خود می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۵۴). اما برخی از حقوق‌دانان عقیده به غیرمستقیم بودن دعوی طرح شده توسط مدیر تصفیه دارند (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۵، ص. ۴۳۳).

۹. ضعف دعوی غیرمستقیم نسبت به دعوی مستقیم^{۱۲}

دعوی مستقیم نیز مانند دعوی غیرمستقیم دعوایی است که شخص طلبکار بر بدهکار مدیون (بدهکار فرعی) خود اقامه می‌نماید (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷، ص. ۱۶۰). اما این دعوا به نام و به حساب شخص طلبکار بر بدهکار فرعی اقامه می‌شود و حاصل دعوا نیز بدون اینکه وارد دارایی بدهکار اصلی شود به صورت مستقیم از دارایی بدهکار فرعی وارد دارایی طلبکار می‌شود و همچنین دعوی مستقیم استثنایی بر اصل نسبی بودن اثر قراردادهای اصل تساوی میان طلبکار عادی می‌باشد (جیهونی و علوی، ۱۴۰۰، صص. ۲۴-۲۵-۲۶). قید «مستقیم» در این دعوا هم بیانگر ورود مستقیم حاصل دعوا به دارایی طلبکار است (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۷۳). ضعف دعوی غیرمستقیم نسبت به دعوی مستقیم همین ورود مستقیم حاصل دعوا به دارایی طلبکار است، در نتیجه دعوی غیرمستقیم همانند دعوی مستقیم طلبکار را در رسیدن به هدف خود، که به دست آوردن طلب است یاری نمی‌کند (السنهوری، ۱۳۹۱، ج ۲، ص. ۱۷۵). اما لازم به ذکر است که قلمرو دعوی مستقیم نسبت به دعوی غیرمستقیم محدودتر

است زیرا اقامه این دعوا منوط به وجود نص صریح قانونی در هر مورد می‌باشد (جیهونی و علوی، ۱۴۰۰، ص. ۳۱). اما دعوای غیرمستقیم شامل حقوق و دعوای می‌شود که دارای جنبه مالی و غیرشخصی هستند که این حقوق و دعوای با اوصاف مذکور می‌توانند دارای مصادیق متعدد باشند که در حقوق فرانسه نیز این امر صادق است (Cabrilac, 2016, p. 405). اما در حقوق ایران با نسخ ماده ۳۶ قانون اعسار دعوای غیرمستقیم در زمان حیات بدهکار اصلی اصلاً وجود ندارد که دارای قلمرو باشد. پس قلمرو دعوای مستقیم در حقوق ایران از دعوای غیرمستقیم وسیع‌تر است حتی اگر مصادیق آن محدود به نصوص صریح قانونی باشد. مثل تبصره دو ماده ۶۶ قانون تأمین اجتماعی یا ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷، صص. ۱۸۲-۱۸۷).

نتیجه‌گیری

دعوای غیرمستقیم استثنائی بر اصل نسبی بودن اثر قراردادهای می‌باشد و در حقوق فرانسه و مصر در مقایسه با قانون‌گذاری‌های قبلی با دقت بیشتری در قانون مدنی فعلی دو کشور پیش‌بینی شده است. البته نقش رویه قضائی در حقوق فرانسه در اصلاح بخش حقوق تعهدات قانون مدنی پررنگ بوده و کماکان بعضی از شرایط اقامه این دعوا و آثار آن از جمله اعسار بدهکار اصلی و یا وارد شدن دعوا در دارایی وی توسط رویه قضائی تکمیل شده است. که با توجه به موارد تصریح شده در حقوق سه کشور تعریف جامعی از دعوای غیرمستقیم ارائه شد.

در حقوق فرانسه و مصر شرایط اقامه این دعوا یکسان است و فقط در دو مورد تفاوت وجود دارد که عبارتند از: اینکه در حقوق فرانسه طلب نباید مؤجل باشد و همچنین اطلاع بدهکار اصلی از اقامه دعوای غیرمستقیم و یا حضور وی در دادرسی ضروری نیست. درحالی‌که در حقوق مصر عکس موارد گفته شده حاکم است. اما در مقایسه حقوق ایران با حقوق فرانسه و مصر سه تفاوت به چشم می‌خورد:

اولاً. طلب باید مستند به سند لازم‌الاجرا می‌بود.

ثانیاً به‌جای بحث از اعسار یا در شرف اعسار بودن بدهکار اصلی از ادعای اعسار وی بحث شده بود.

ثالثاً. در خصوص اهمال و یا سهل‌انگاری بدهکار اصلی نیز قانون و رویه قضائی سکوت کرده بودند که در پیش‌بینی مجدد این نهاد در حقوق ایران باید به این موارد و آثار آن توجه شود.

تا قبل از نسخ ماده ۳۶ قانون اعسار در حقوق ایران قلمرو این دعوا در حقوق سه کشور یکسان بود و محدود به حقوق و دعاوی می‌شد که جنبه مالی داشته و قائم به شخص نبودند. همچنین اجازه تفسیر قلمرو این دعوا وجود نداشت تا مدیریت دارایی بدهکار اصلی به طلبکار سپرد شود. اما با نسخ ماده فوق، دعوای غیرمستقیم در زمان حیات بدهکار اصلی در حقوق ایران از چرخه قواعد حقوق قابل اعمال خارج شد. در نتیجه دعوای غیرمستقیمی در زمان حیات بدهکار اصلی وجود ندارد که دارای قلمرو باشد. این اقدام قانون‌گذار با توجه به مواردی که در بحث از قلمرو این دعوا مطرح شد قابل انتقاد به نظر می‌رسد، زیرا بر خلاف مصلحت طلبکاران بدون وثیقه و یا طلبکاران دارای وثیقه‌ای می‌باشد که ارزش وثیقه آنها به میزان طلبشان نیست.

اثر دعوای غیرمستقیم در حقوق سه کشور تقریباً یکسان بوده و تفاوتی از این جهت وجود ندارد، اما باید به مباحثی همچون قابل استناد بودن رأی صادره در دعوای غیرمستقیم در مقابل بدهکار اصلی توجه شود. در خصوص ماهیت حقوقی نیز در حقوق هر سه کشور به نوعی به نظریه نمایندگی اشاره شده است.

دعوای معامله به قصد فرار از دین، دعوای مشتق و دعوای اقامه شده توسط مدیر تصفیه حتی به جهت حفظ حقوق طلبکاران تاجر ورشکسته، دعوای غیرمستقیم محسوب نمی‌شوند. بنابراین ضرورت بیان تفاوت این موارد با دعوای غیرمستقیم احساس می‌شود. چراکه برخی از حقوق‌دانان موارد فوق را از مصادیق دعوای غیرمستقیم می‌دانند در حالی که این موارد با توجه به شرایط و آثار بیان شده برای دعوای غیرمستقیم، اصلاً نمی‌توانند مصداقی از این دعوا باشند. اما هدف از بیان دعوای مستقیم، نشان دادن ضعف دعوای غیرمستقیم نسبت به آن است. چراکه وقتی طلبکار با وجود شرایط لازم برای اقامه دعوای مستقیم که مهم‌ترین آن نص صریح قانون در موارد لزوم هست، می‌تواند حاصل دعوا را مستقیماً وارد دارایی خود کند؛ چرا باید به سمت دعوای غیرمستقیم برود؟ در حقوق فرانسه با این ضرب‌المثل ضعف دعوای غیرمستقیم را بیان می‌کنند که چرا طلبکار باید شاه‌بلوط‌ها را از آتش بیرون بکشد تا با

بقیه طلبکاران در آن سهیم شود؟ (Cabrilac, 2016, p. 405). اما ضعف دعوای غیرمستقیم نسبت به دعوای مستقیم مجوز حذف این نهاد از قوانین نیست. چراکه ممکن است در مواقعی تنها راه طلبکار برای رسیدن به طلب خود باشد. همچنین قلمرو دعوای غیرمستقیم در حقوق فرانسه و مصر از دعوای مستقیم گسترده‌تر است اما در حقوق ایران به دلیل نسخ ماده ۳۶ قانون اعسار عکس این قضیه حاکم است. هدف از نگارش مقاله حاضر برداشتن گامی در جهت احیای دعوای غیرمستقیم در حقوق ایران می‌باشد که امید است در این امر مفید واقع شود.

یادداشت‌ها

1. Action oblique.

۲. در مقاله حاضر شخصی که به طلبکار (اقامه‌کننده دعوای غیرمستقیم) بدهکار است را بدهکار اصلی و شخصی را که به بدهکار اصلی مدیون است و یا رابطه قراردادی یا غیرقراردادی با وی دارد که به تبع وجود این رابطه حقی برای وی (بدهکار اصلی) ایجاد شده و طلبکار خواهان اعمال آن می‌باشد را بدهکار فرعی می‌نامیم.

3. Catala project.

۴. سؤالی که می‌تواند در اینجا مطرح شود این است که طبق ماده ۲۳۶ قانون مدنی مصر طلبکار در اعمال حقوق بدهکار اصلی نماینده وی محسوب می‌شود (۱۳۸۸، ص. ۷۵) پس چرا قانون‌گذار مصر حضور بدهکار اصلی را نیز در دعوای غیرمستقیم ضروری می‌داند تا حکم صادره علیه وی نیز معتبر باشد؟

یکی از حقوق‌دانان مصری به این سؤال این‌گونه پاسخ می‌دهد که: دلیل وجود الزام برای وارد کردن بدهکار اصلی به دعوای غیرمستقیم این است که نمایندگی طلبکار از طرف بدهکار اصلی نوع خاصی از نمایندگی می‌باشد چراکه طبق قواعد عام نمایندگی وقتی نماینده در دعوایی با حکمی مواجه می‌شود این حکم در مقابل اصیل معتبر است چون حکمی که صادر می‌شود له یا علیه اصیل است و نماینده خود نفعی در دعوا ندارد اما در دعوای غیرمستقیم طلبکار که به نمایندگی عمل می‌کند خود ذی‌نفع در دعوا است و به نفع وی نیز در این دعوا تصمیم‌گیری می‌شود، به همین دلیل قانون‌گذار مصر حضور بدهکار اصلی را در دعوای غیرمستقیم لازم می‌داند تا حکم در خصوص وی نیز معتبر باشد (سلطان، ۱۹۸۳م، ص. ۱۰۴).

۵. در حقوق مصر منظور از اعسار بدهکار اصلی، اعسار واقعی وی است نه اعسار قانونی (ماده ۲۴۹ قانون مدنی مصر) و مراد از اعسار واقعی این است که بدهی‌های بدهکار اصلی از حقوق وی بیشتر باشد (سلطان، ۱۹۸۳م، ص. ۱۰۵).

ذکر نکته‌ای در خصوص اعسار واقعی و قانونی در حقوق مصر ضروری است با این توضیح که: ماده ۲۴۹ قانون مدنی مصر در خصوص اعسار قانونی بیان می‌دارد: «در صورتی که دارایی مدیون کافی برای دیون حال شده او نباشد می‌توان اعسار او را اعلام کرد» (۱۳۸۸، ص. ۷۸). همان‌طور که مشخص است طبق ماده ۲۴۹ قانون مدنی مصر دیون حال شده باید بیشتر از دارایی بدهکار باشد در حالی که در دعوی غیرمستقیم در حقوق مصر می‌توان برای دیون مؤجل هم دعوی غیرمستقیم را اقامه کرد، به عبارت دیگر دیون مؤجل و حال شده هر دو در دایره اعسار واقعی قرار می‌گیرند و نیاز به صدور حکم اعسار بدهکار اصلی از دادگاه نیست و کافی است که دادگاه رسیدگی کننده به دعوی غیرمستقیم این امر را احراز کند که دیون بدهکار اصلی از دارایی وی بیشتر است، بار اثبات اعسار بدهکار اصلی نیز بر عهده طلبکار است و کافی است که وی میزان بدهی بدهکار اصلی را اثبات کند و بدهکار اصلی نیز در صورتی که بخواهد از خود در مقابل ادعای طلبکار دفاع کند باید اثبات کند که دارایی‌ای معادل یا بیشتر از بدهی‌های خود دارد (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، صص. ۱۷۱-۱۷۲). اگر بدهکار اصلی اثبات کند که دارایی وی معادل یا بیشتر از بدهی‌های وی است مصلحتی (نفع) برای طلبکار در ادامه دعوی غیرمستقیم باقی نمی‌ماند (سعد، ۱۹۹۸م، ج ۲، ص. ۱۳۱).

6. Droits et actions.

7. À l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

8. Droits et actions à caractère patrimonial.

9. Action paulienne.

۱۰. الدعوی البولیصیه.

11. Derivative action.

۱۲. در اینجا شرکت سهامی را مسامحتاً بدهکار اصلی می‌نامیم.

13. Action directe.

کتابنامه

- آل کاشف الغطاء، محمدالحسین (۱۳۵۹ق). *تحریرالمجله*. تهران: مکتبه النجاج.
- ابوالسعود، رمضان (۱۹۹۴م). *احکام الائتزام*. بیروت: دارالجامعیه.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۴). *حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری*. تهران: سمت.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۵). *حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته*. تهران: سمت.

بررسی تطبیقی دعوای غیر مستقیم در حقوق ایران... / بهزاد جیهونی و سید محمدتقی علوی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۱۰۳

السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۹۱). نظریه العقد. تهران: خرسندی.
السنهوری، عبدالرزاق احمد (۲۰۰۰م). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.

بیات، فرهاد؛ بیات، شیرین (۱۳۹۶). شرح جامع قانون مدنی. تهران: ارشد.
پاسبان، محمدرضا و جهانیان، مجتبی (۱۳۹۲). «دعوای مشتق و آیین آن: بررسی تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس». فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی، ۲(۴)، صص. ۸۵-۱۱۰.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۵). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
جیهونی، بهزاد و علوی، سیدمحمدتقی (۱۴۰۰). مطالعه تطبیقی دعوای مستقیم در حقوق ایران و مصر و فرانسه با محوریت حقوق ایران. مجله حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ۱۸(۱)، صص. ۲۱-۴۶.

دمرجیلی، محمد؛ حاتمی، علی و قرانی، محسن (۱۳۹۵). قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. تهران: دادستان.

ستوده تهرانی، حسن (۱۳۹۱). حقوق تجارت. تهران: دادگستر.
سعد، نبیل ابراهیم (۱۹۹۸م). النظریه العامه لالانترام: احکام الالترام. بیروت: دارالنهضة العربیه.
سلطان، انور (۱۹۸۳م). احکام الالترام: الموجز فی نظریه العامه لالانترام. بیروت: دارالنهضة العربیه.

شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۹۵). حقوق تعهدات. تهران: شهردانش.
شمس، عبدالله (۱۳۹۵). آیین دادرسی مدنی: دوره پیشرفته. تهران: دراک.
شهیدی، مهدی (۱۳۹۸). حقوق مدنی ۳، تعهدات. تهران: مجد.
فرج الصده، عبدالمنعم (۱۹۷۴م). نظریه العقد فی قوانین البلاد العربیه. بیروت: دارالنهضة العربیه.

قانون مدنی فرانسه مواد ۱۱۰۱-۱۳۸۶ (۱۳۸۰). ترجمه محمدعلی نوری. تهران: گنج دانش.
قانون مدنی مصر (۱۳۸۸). ترجمه محمدعلی نوری. تهران: گنج دانش (نشر اثر اصلی ۱۹۴۹م).
کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴. الف). اعمال حقوقی، قرارداد - ایقاع. تهران: سهامی انتشار.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴. ب). قواعد عمومی قراردادها. تهران: سهامی انتشار.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴. ج). مقدمه علم حقوق. تهران: سهامی انتشار.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۳). تهران: سهامی انتشار.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶. الف). اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی. تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶. ب). درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث. تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). نظریه عمومی تعهدات. تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر و ایزانلو، محسن (۱۳۹۷). مسئولیت مدنی (جلد ۳). تهران: گنج دانش.
- کیا، حسن (۱۳۹۸). دعوی مستقیم و غیرمستقیم در حقوق ایران. تهران: دادبخش.

- Buffelan-Lanore, Y. & Larribau-Terneyre, V. (2010). *Droit civil-Les obligations* (12^e). France, Paris: Sirey.
- Cabrillac, R. (2016). *Droit des obligations* (12^e). France, Paris: Dalloz.
- Flour, J.; Aubert, J. L. & Savaux, É. (2015). *Droit civil: Les obligations* (Vol. 3), 3. Le rapport d'obligation (9^e). France, Paris: Sirey.
- Henry, X.; Venandet, G.; Wiederkehr, G.; Jacob, F. & Tisserand-Martin, A. (2005). *Code civil* (104^e). France, Paris: Dalloz.
- Porchy-Simon, S. (2006). *Droit civil: 2^e Année Les obligations* (4^e). France, Paris: Dalloz.
- Starck, B. (1972). *Droit civil: Obligations*. France, Paris: Librairies Techniques.
- Starck, B.; Roland, H. & Boyer, L. (1989). *Droit civil: Obligations 3. régime general* (3^e). France, Paris: Litec.
- Terré, F.; Simler P.; Lequette Y. & Chénéde F. (2019). *Droit civil: Les obligations* (12^e). France, Paris: Dalloz.
- Terré, F.; Simler, P. & Lequette, Y. (2005). *Droit civil: Les obligations* (9^e). France, Paris: Dalloz.
- Weill, A. & Terré, F. (1980). *Droit civil: Les obligations* (3^e). France, Paris: Dalloz.