

## مفهوم توقف بازرگان با مطالعه تطبیقی در سایر نظام‌های حقوقی

علیرضا محمدزاده وادقانی\*

دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

کوروش کاویانی

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی

بهنام بیگدلو

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۳/۱۸ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۸/۱۱/۴)

### چکیده

در نظام حقوقی ایران در مورد یکی از اساسی‌ترین مفاهیم حقوق ورشکستگی یعنی توقف نظرهای متفاوتی ابراز شده است؛ برخی نویسندگان با تمسک به ظاهر ماده ۴۱۲ قانون تجارت گفته‌اند که صرف عدم پرداخت دین در سررسید مجوز صدور حکم ورشکستگی است. بعضی دیگر معتقدند بازرگان باید با توجه به کل دارایی خود ناتوان از ادای دین باشد و عدم پرداخت یک یا چند دین به خودی خود توقف محسوب نمی‌شود. در کشوری نظیر ایران که بازرگانان معمولاً در ایفای تعهدات نقدی خود تأخیر دارند، اتخاذ رویکرد نخست با واقعیت‌های عملی جامعه در تعارض است و از سوی دیگر، مقایسه احکام افلاس در فقه با مقررات ورشکستگی قانون تجارت و اتخاذ معیار فزونی دیون بر دارایی، مدنظر مقنن نبوده است. بر این اساس به نظر می‌رسد باید دیدگاهی متعادل مبتنی بر یک تحلیل حقوقی اقتصادی از توقف ارائه کرد و بررسی در خصوص آن با نگاهی به دیگر نظام‌های حقوقی موضوع این نوشتار را تشکیل می‌دهد.

### واژگان کلیدی

اعتبار، افلاس، بازرگان، دین، دارایی، ورشکستگی.

### ۱. مقدمه

ما در دنیایی با محدودیت‌های متعدد زندگی می‌کنیم؛ دنیایی که در آن اموال و توان کار ما محدود است، به همین سبب دنیای بدون ورشکستگی متصور نیست، کما اینکه تمام کشورهای دنیا احکام تصفیۀ جمعی را در قوانین خود دارند. در عین حال، در بسیاری از موارد توقف بازرگان نتیجه عوامل خارج از اختیار او از جمله تصویب مقررات آنی در واردات و صادرات، بروز بحران اقتصادی در سطح کلان کشور، تحولات جهانی و غیره است که چون قابل پیش‌بینی نیست، طبعاً پیشگیری از آن هم ممکن به‌نظر نمی‌رسد، و از آنجا که انعقاد معاملات اعتباری در سراسر دنیا، به‌ویژه نزد بازرگانان امری رایج است، بسیاری از آنها دچار انباشت دیون می‌شوند و در معرض بحران مالی قرار می‌گیرند. انجام معاملات نسبه با وجود داشتن یک‌سری مزایا، می‌تواند مضرات سنگینی هم در پی داشته باشد. حق دینی که وسیله تحول در اقتصاد جوامع شد، می‌تواند آفاتی هم در پی داشته باشد: نخست عدم پایبندی به تعهد و دوم ناتوانی در پرداخت دین. در حقوق ورشکستگی دومین آفت آغاز مداخله است. این ناتوانی ممکن است به اسباب متعددی رخ دهد؛ به‌جمال می‌توان گفت این ناتوانی یا به‌سبب درونی است که اغلب از اشتباهات محاسباتی و عدم مدیریت صحیح ناشی می‌شود یا به‌سبب بیرونی و خارج از اراده شخص که اوضاع بازار را دگرگون می‌سازد. همچنین ناتوانی در ادای دین عواقبی به‌دنبال دارد؛ طلبکار در موقعیت نامطلوبی قرار می‌گیرد، بدهکار آنچه را که دارد، در ازای دین خود، به طلبکار خواهد داد و اثر عمومی آن بی‌رغبتی افراد جامعه به انجام فعالیت‌های اقتصادی است و در نهایت ناتوانی، ناتوانی به‌بار خواهد آورد. در این شرایط نابسامان حقوق ورشکستگی به‌وجودآمده تا آنجا که ممکن است مجموع طلبکاران، بدهکار و جامعه را در بهترین شرایط نگاه دارد. این تأسیس در پی یافتن پیشنهادهایی است که دربرگیرنده کاهش هزینه‌های ناتوانی باشد. در حقوق ایران نیز ناتوانی بازرگان آثاری از جمله ممنوعیت وی از مداخله در اموال و حقوق مالی خود، قائم‌مقامی مرجعی بی‌طرف، امکان ابطال یا فسخ برخی قراردادها، منع طلبکاران از اقدام مستقیم و انفرادی، تشکیل هیأت‌غرمایی و فروش و تقسیم اموال را در پی دارد. با این حال جمله این آثار که یاد شد، منوط به احراز توقف بازرگان است. سؤال اساسی در این پژوهش این است که ضوابط تعیین توقف چیست؟ نوشتار حاضر با بهره‌گیری از آرای قضایی، دکترین و استفاده از منابع کتابخانه‌ای درصدد پاسخ به این پرسش است.

## ۲. مفهوم توقف بازرگان

مستفاد از ماده ۴۱۲ قانون تجارت این است که شرایط اساسی لازم جهت اعلام ورشکستگی دو امر است: نخست بازرگان بودن و دیگر توقف از تأدیة وجوه. قانونگذار، ضابطه تشخیص بازرگان را در مواد اول و دوم این قانون، که همان اشتغال به اعمال تجارتي به عنوان شغل معمول است، معرفی کرده است. در حقوق فرانسه نیز ثبت نام در دفتر ثبت تجارتي اماره بازرگان بودن شخص است، چراکه تمامی اشخاصی که دارای عنوان بازرگان هستند، موظف‌اند نام خود را در این دفتر ثبت کنند. با این حال شخص ثالث و دستگاه اداری می‌تواند از هر دلیلی برای اثبات خلاف این اماره استفاده کند، از سوی دیگر، عدم ثبت نام نیز مانع آن نخواهد شد که شخص با انجام عمل تجارتي، دارای عنوان بازرگان باشد. برابر بند ۱ ماده ۶۵ قانون مصوب ۳۰ می ۱۹۸۴ فرانسه، شخص موظف به ثبت نام در دفتر ثبت تجارتي باید طی ۱۵ روز از شروع فعالیت به این تکلیف قانونی عمل کند، والا نمی‌تواند در مقابل شخص ثالث و ادارات عمومی به عنوان بازرگان استناد کند (François Martin, 1999: 69). در هر حال اگرچه تشخیص بازرگان از غیر بازرگان ممکن است در موقعیت‌هایی با فقدان دلایل اثباتی مواجه شود، ولی ضابطه تشخیص وی در حقوق تجارت معین است، اما از آنجا که مقنن تعریف روشنی از توقف ارائه نداده، این موضوع از نظر مفهومی به شدت محل اختلاف است.

### ۲.۱. ضوابط ارائه شده در خصوص مفهوم توقف بازرگان

دیدگاه حقوقدانان داخلی در خصوص توقف بازرگان به سه دسته کلی تقسیم می‌شود؛ دیدگاه نخست به ظاهر قضیه توجه دارد و صرف عدم پرداخت دین توسط بازرگان را توقف محسوب می‌کند، بی‌آنکه لزومی به بررسی وضعیت مالی وی باشد، دیدگاه دوم صرف عدم پرداخت دین را دلیل توقف نمی‌شمارد و معتقد است در اتخاذ تصمیم در این دعوا، باید به ارزش کلی اموال و دیون او توجه شود. همچنین گفته شده است باید وضع مالی بازرگان به نحوی پریشان و ناامیدکننده باشد که نه در حال و نه در آینده نتواند بدهی خود را بپردازد. دیدگاه دیگری توقف بازرگان را منوط به از بین رفتن اعتبار تجارتي وی می‌داند، به نحوی که با سلب اعتبار تجارتي از او باید بازرگان را متوقف دانست. در حقوق کشورهای خارجی و راهنمای قانونگذاری حقوق ورشکستگی کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد نیز دو معیار را برای اثبات توقف مورد توجه قرار گرفته است (UNCITRAL, 2005: 46)؛ نخست اینکه اموال بازرگان دیون او را پوشش ندهد که از آن به "Balance Sheet Test" یاد می‌کنند و دوم آنکه بازرگان بدهی را که موعد پرداخت آن فرارسیده است، نتواند بپردازد که

با عنوان "Cash Flow Test"<sup>۱</sup> شناخته می‌شود (Fletcher, Ian, 2009: 3). در واقع معیار "Cash Flow Test" بیانگر توقف نسبت به جریان نقدینگی بازرگان است؛ توقف در جریان نقدینگی، وقتی ایجاد می‌شود که بازرگان در زمان سررسید از عهده پرداخت دین برنمی‌آید (John, Armour, 2001: 3). این معیار در ارتباط با وجوهی است که بازرگان برای پرداخت تعهدات نقدی خود در اختیار دارد؛ در شرایطی که بازرگان بستانکاران زیادی داشته و بدهی خود به آنها را پرداخت نکرده باشد، می‌توان نتیجه گرفت نقدینگی او به گونه‌ای محدود است که توان ایفای تعهدات خود را ندارد. یکی دیگر از شیوه‌های تعیین توقف بازرگان، ترازنامه است. توقف مرتبط با ترازنامه در جایی تحقق می‌یابد که بدهی بازرگان از مجموع دارایی او تجاوز کند. در اعمال این ضابطه سخن از ارزش دارایی بازرگان است و طبق آن برای تعیین اینکه بازرگان قادر به پرداخت بدهی خود است یا خیر باید از دارایی او ارزیابی واقع‌گرایانه‌ای کرد و مشخص نمود آیا اموال او برای پرداخت بدهی کنونی کافی است یا خیر؛ وقتی بدهی کل از دارایی کل تجاوز کند، ترازنامه منفی شده و بازرگان متوقف محسوب می‌گردد (Julie E. Margret, 2002: 9). بر این اساس ممکن است بازرگانی با توقف در نقدینگی مواجه شود، درحالی‌که با توجه به ترازنامه متوقف نباشد.

## ۲.۲. دلایل ضابطه ظاهری برای توقف بازرگان

پیروان این عقیده در حقوق داخلی، اظهار داشته‌اند: «توقف در تأدیه بدهی عنوانی است که در حقوق تجارت به کار برده می‌شود و با افلاس و اعسار فرق دارد. در مورد افلاس و اعسار، شخص مفلس یا معسر که بدهی خود را پرداخت نمی‌کند توانایی پرداخت آن را ندارد در صورتی که توقف از تأدیه بدهی در حقوق تجارت ممکن است ارتباطی به وضع مالی و دارایی و توانایی پرداخت تاجر نداشته باشد» (ستوده تهرانی، ۱۳۷۶: ۱۱۷). طبق این دیدگاه «در مورد ورشکستگی لازم نیست دارایی تاجر از بدهی او کمتر باشد، بلکه کافی است نتواند دیون حال خود را از دارایی موجودش پرداخت کند تا متوقف تلقی شود، به همین دلیل حتی اگر بعد از تقسیم اموال تاجر ورشکسته، معلوم شود دارایی او کفاف پرداخت دیونش را می‌داده است حکم ورشکستگی صادر شده علیه او ملغی‌الاثرب نمی‌شود» (اسکینی، ۱۳۸۵: ۴۰ و ۴۱). عبدالمجید اعظمی زنگنه از طرفداران این نظر ابراز داشته است: «برخلاف افلاس، برای اینکه تاجر ورشکسته باشد لازم نیست که مجموع دارایی او کمتر از دیونش باشد. کافی است که تاجر نتواند به‌طور عادی بدهی‌های خود را پرداخت بکند... زیرا تحقیق و مطالعه دارایی و بدهی

۱. این معیار در حقوق آمریکا با اصطلاح "equity test" شناخته می‌شود.

مستلزم رسیدگی کامل و در حقیقت تصفیه کار تاجر است و اعلان ورشکستگی خود برای شروع به این کار می‌باشد» (اعظمی زنگنه، ۱۳۴۰: ۳۲۲). در واقع مطابق این دیدگاه: «درحالی‌که، اعسار یا افلاس با واقعیت عملی (یا عدم کفایت دارائی) سروکار دارد، در ورشکستگی، به توقف از تأدیة دیون توجه می‌شود و صورت ظاهر یا ملائت ظاهری مطمح نظر است» (صقری، ۱۳۸۸: ۹۱).

در تأیید نظر این گروه از حقوقدانان استدلال‌های زیر می‌تواند مطرح شود:

الف) ماده ۴۱۳ قانون تجارت<sup>۱</sup> مؤید نظری است که مفهوم توقف را صرف عدم پرداخت دین می‌داند، چراکه مهلت سه روز مناسب حالتی است که توقف در یک آن بروز پیدا می‌کند و احراز آن کار دشواری نیست (کاویانی، ۱۳۹۱: ۶۵)، وگرنه بازرگان چگونه در این مدت خواهد توانست، افزونی دیون بر دارایی خود را تشخیص دهد؟

ب) آنچه با قواعد حاکم بر ورشکستگی منطبق است، نظریه نخست است که مطابق آن توقف با عجز از پرداخت دین متفاوت است؛ یکی از مهم‌ترین شاخصه‌های تمایز قواعد افلاس و ورشکستگی آن است که در افلاس به واقعیت مربوط به وضعیت مالی بدهکار توجه می‌شود، لکن در ورشکستگی وضع ظاهری مورد ملاحظه است، به عبارت دیگر قانونگذار از بازرگانان توقع دارد در همه احوال، نقدینگی کافی برای پرداخت دیون خود داشته باشند و امکان بالقوه پرداخت دین از طریق فروش اموال منقول و غیرمنقولی که بازرگان در اختیار دارد، مانع صدور حکم ورشکستگی نیست (علیخانی، ۱۳۹۳: ۶۰).

ج) قبول ضابطه ظاهری، هزینه‌های ناشی از ورشکستگی را کاهش می‌دهد؛ در این دیدگاه احراز توقف برای مقام قضایی با سرعت بالا و هزینه کمتری انجام خواهد گرفت و این همان چیزی است که از جمع مواد ۴۱۲ و ۴۱۳ قانون تجارت هم به دست می‌آید؛ در واقع مقنن در نظر داشته است که تاریخ توقف و تاریخ صدور حکم ورشکستگی به قدری نزدیک باشد که بتوان آن دو را یکی دانست.<sup>۲</sup> باید پذیرفت هر بازرگانی که در مقابل دیگری طلبکار محسوب می‌شود خود در مقابل اشخاص دیگر مدیون است و باید به تعهدات خود در مهلت مقرر، عمل کند، بر این اساس توقف در طبیعت خود زنجیره‌ای وار عمل می‌کند، از این رو مناسب است با قبول نظریه نخست و مداخله فوری، زیان و آسیب‌های ناشی از ورشکستگی بازرگان به حداقل ممکن برسد و به این نحو جلوی گسترش دامنه ضرر و زیان گرفته شود.

۱. ماده ۴۱۳ قانون تجارت: «تاجر باید در ظرف سه روز از تاریخ وقفه‌ای که در تأدیة قروض یا سایر تعهدات نقدی او حاصل شده است توقف خود را به دفتر محکمه بدایت محل اقامت خود اظهار نموده...»

۲. ماده ۴۱۶ قانون تجارت: «اگر در حکم ورشکستگی تاریخ توقف معین نشده باشد، تاریخ صدور حکم، تاریخ توقف است.»

د) تحقیق و مطالعه در میزان دارایی و بدهی بازرگان مربوط به مرحله تصفیه است، از این رو ارجاع امر به کارشناس جهت ارزیابی اموال بازرگان و به تبع آن تحمیل هزینه به خواهان، فاقد وجاهت قانونی است.

ذ) بیشتر آرای قضایی صادره در این باره در موافقت با ضابطه ظاهری توقف است؛ کما اینکه دیوان عالی کشور ابراز داشته است: «... بر طبق ماده ۴۱۲ قانون تجارت ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری در نتیجه توقف از تأدیة وجوهی که بر عهده دارد حاصل می‌گردد و با توجه به سفته‌های واخواست شده که مستند دادخواست بدوی فرجام‌خواه بوده و دلیلی بر تأدیة وجوه آنها از طرف شرکت فرجام‌خوانده اقامه نگردیده... استدلال دادگاه مبنی بر اینکه انجام مزایده و عدم پرداخت وجه سفته‌ها صرفاً دلیل ورشکستگی شرکت فرجام‌خوانده نیست، مخالف ماده ۴۱۲ قانون تجارت بوده و ... به اتفاق آراء شکسته می‌شود»<sup>۱</sup>.

### ۲.۳. دلایل ضابطه باطنی برای توقف بازرگان

در سوی مقابل، بعضی حقوقدانان از نظریه دوم جانبداری کرده و معتقدند «... عدم پرداخت یک یا چند دین به خودی خود تاجر را ورشکسته نمی‌نماید، بلکه تاجر باید واقعاً از پرداخت بدهی خویش ناتوان باشد» (عبادی، ۱۳۹۱: ۱۳). با پذیرش معیار توقف واقعی جهت اعلام ورشکستگی بازرگان «می‌توان گفت وقتی کلیه اموال و دارائی تاجر یا شرکت تجاری اعم از منقول و غیر منقول کافی برای پرداخت بدهی وی نباشد او را ورشکسته می‌نامند» (رسانی‌نیا، ۱۳۹۱: ۳۷۲).

در تأیید این دیدگاه، استدلال‌های زیر قابلیت طرح دارد:

الف) به جای تفسیر مضیق ماده ۴۱۲ قانون تجارت، باید به تفسیر منطقی عبارت این ماده دست زد، به نحوی که با واقعیت‌های اقتصادی و اجتماعی جامعه تطابق داشته باشد و با بررسی کارشناسی دفاتر و استماع شهادت شهود و مطلعان مشخص کرد آیا وضع مالی بازرگان به حدی پریشان و ناامیدکننده است که صدور حکم ورشکستگی را ایجاب کند یا خیر.

ب) مدت سه روز مذکور در ماده ۴۱۳ قانون تجارت نیز بیشتر مناسب با بازرگانی سستی است که در آن فعالیت بازرگان اغلب محدود به حوزه‌های محلی، نه بین‌المللی می‌شد و تخمین میزان دارایی بازرگان در مدت کم به راحتی امکان‌پذیر بود (رحمانی، ۱۳۹۳: ۴۴). درست است که امروزه این مدت کافی به مقصود نیست و رشد تجارت و حجم معاملات، گسترش قلمرو فعالیت بازرگانی و ظهور شرکت‌های تجاری بزرگ، محاسبه میزان دارایی و دیون بازرگان را دشوارتر از پیش ساخته است، به حدی که اجرای تکلیف مقرر در این ماده دیگر

۱. رأی شماره ۳۵۷۶ مورخ ۱۳۴۲/۱۲/۲۶ به نقل از اسکینی، ۱۳۸۵: ۳۹.

عملاً ممکن نیست، با این حال، این موضوع بیشتر به لزوم بازرنگری در مورد اعطای مهلت مناسب بازمی‌گردد.

ج) نظر دوم با حفظ منافع طلبکاران نیز موافق است، زیرا اعلام ورشکستگی در برخی مواقع به نفع طلبکاران نیست. در برخی موارد، طلبکاران به سبب به جریان نیفتادن روند ورشکستگی نفع خود را در این می‌بینند که با پرداخت طلب یک یا چند طلبکار مانع صدور حکم ورشکستگی شوند. پس دادگاه در صورتی که تشخیص داد بازرگان قادر به ادامه فعالیت تجارتي است، باید بتواند از صدور حکم ورشکستگی خودداری کند که این مهم جز با تفسیر توقف به ناتوانی مالی بازرگان میسر نیست (محمدزاده وادقانی، ۱۳۹۲: ۴۹).

د) توقف بازرگان تنها مسئله طلبکاران نیست بلکه دولت و اجتماع نیز به وضوح از آن تأثیر می‌پذیرند. در وضعیت کنونی، ورشکستگی بازرگان به نظم عمومی اقتصادی کشورها گره خورده است. کوشش جوامع پیشرفته این بوده تا آنجا که ممکن است از صدور حکم ورشکستگی بازرگان جلوگیری شود، حکمی که لاجرم به انحلال مؤسسه تجاری منجر می‌شود<sup>۱</sup> و بیکاری کارکنان آن و درگیری دولت و مؤسسات بیکاری و تأمین اجتماعی را به دنبال دارد (رحمانی، ۱۳۹۳: ۳۰) که پذیرش صرف عدم پرداخت دین در سررسید، به عنوان ضابطه تشخیص بازرگان متوقف با تمام این مصالح مغایرت دارد. بنابراین قبول ضابطه ظاهری، نه تنها هزینه‌های ناشی از ورشکستگی را کاهش نمی‌دهد بلکه صدور حکم ورشکستگی بازرگانی که از لحاظ اقتصادی مولد و کماکان کارآمد است بدون بررسی دقیق وضعیت مالی او، هزینه کلانی به اقتصاد جامعه تحمیل می‌کند.

ذ) آرای قضایی صادره در خصوص توقف متشکست بوده و رویه قاطعی در این باره وجود ندارد. مواضع دیوان عالی کشور نیز در برهه‌های زمانی، متفاوت بوده است (برای مطالعه تفصیلی نگاه کنید به: قائم مقام فراهانی، ۱۳۹۵: ۲۲ به بعد). چنانکه در یک رأی آمده است: «...صرف ادعای توقف اعم از اینکه از جانب تاجر یا غیر او اعلام شود کافی برای اعلام توقف نبوده، بلکه رسیدگی به وضع تجاری و فعالیت کسی که ادعای توقف وی شده ضروری بوده و ... دادگاه قرار جلب نظر کارشناس و حسابرسی صادر نموده تا ... در صورتی که شرکت متوقف باشد به دادگاه اعلام نماید...»<sup>۲</sup>. دادنامه فوق که از شعبه ۲۳ دادگاه عمومی حقوقی یک تهران صادر شده به تأیید شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور رسیده است (بازگیر، ۱۳۷۸: ۳۱۰).

۱. ماده ۲۰۲ قانون تجارت ۱۳۱۱ و بند ۳ ماده ۱۹۹ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷.

۲. دادنامه شماره ۲۲۸۰۱ به تاریخ ۱۳۶۹/۹/۲۸ شعبه ۲۳ دادگاه عمومی حقوقی یک تهران.

#### ۲.۴. دلایل ضابطه سلب اعتبار تجاری برای توقف بازرگان

معیار دیگری که علاوه بر دو معیار شناخته شده سنتی، ابراز شده، ضابطه سلب اعتبار تجاری از بازرگان است. یکی از حقوقدانان تمایل خود به پذیرش این معیار را اعلام و بیان کرده است: «ورشکستگی جنبه حقوقی دارد و دادگاه آن را اعلام می‌کند. این اعلام زمانی صورت می‌گیرد که بازرگان به لحاظ تجاری فاقد اعتبار باشد و به عبارتی دیگر متوقف باشد. پس توقف جنبه تجاری داشته و ورشکستگی جنبه حقوقی دارد. بدین ترتیب شخص ورشکسته بازرگانی است متوقف و متوقف کسی است که از او سلب اعتبار تجاری شده است...» (محمدزاده وادقانی، ۱۳۹۲: ۵۱). در واقع عدم پرداخت دین در روابط بازرگانی موجب مخدوش شدن حس اعتماد بین بازرگانان و ضربه زدن به اساسی‌ترین اصل حاکم بر این‌گونه روابط است و با توقف در ادای دین قانونگذار چنین فرض می‌کند که این اعتبار و اعتماد زائل شده است. «... لازم است که دادگاه با انجام یک بررسی دقیق از وضعیت تاجر اقدام به صدور این حکم [ورشکستگی] نماید... معمولاً بازرگان فاقد اعتبار دچار عدم پرداخت بدهی‌هاست و احتمالاً دارایی منفی او افزون‌بر دارایی مثبت او است اما ملازمه‌ای هم بین آنها نیست. یعنی ممکن است با وجود عدم پرداخت بدهی، بازرگان متوقف باشد یا نباشد، هم‌چنین در حالت تجاوز دارایی منفی از دارایی مثبت. بنابراین به نظر می‌رسد دادگاه باید وضعیت تجاری اعتباری بازرگان را ملاک صدور حکم خود قرار دهد» (محمدزاده وادقانی، ۱۳۹۲: ۵۰ و ۵۱). در حقوق برخی کشورها همانند بلژیک نیز معتقدند برای حصول توقف دو شرط باید جمع شود: ۱. توقف پرداخت‌ها و ۲. سلب اعتبار از ورشکسته. علمای حقوق تراز اول این کشور در بیان مفهوم سلب اعتبار اظهار می‌دارند: «از بین رفتن اعتماد بستانکاران که صبر و شکیبایی خود را برای وصول مطالبات از دست داده‌اند یا تولیدکنندگان و پخش‌کنندگان که جز در مقابل وجه نقد کالا ارسال نمی‌دارند، یا بانک‌ها که برخلاف گذشته اعتبار نمی‌دهند باید در نظر داشت که امروزه بدون کمک و اعتبارات بانکی، بنگاه‌های تجاری قادر به ادامه فعالیت نیستند. پس در تشخیص ورشکستگی، مفهوم سلب اعتبار بانکی از توقف پرداخت‌ها مهم‌تر است» (پروفیسور کوبن، به نقل از صقری، ۱۳۸۸: ۸۴). در تقویت این نظر می‌توان گفت که توقف تنها یک مفهوم حسابداری نیست که از مقایسه ساده بین دارایی و دیون به دست آید و ممکن است عناصری در طول عمر تجاری بازرگان پدید آمده باشد که به هیچ شکلی در حساب‌ها ارائه نشود، مانند اعتبارات موقت برای پروژه‌های خاص یا صدور چک‌های مؤجل. به همین خاطر در موقعیتی که دارایی از دیون کمتر شده اما بازرگان یک ذخیره اضافی از اعتبار دارد و می‌تواند برای پرداخت دین استفاده کند، توقف روی نمی‌دهد. چه بسا بعضی احکام قانونگذار از جمله آنچه در مواد ۴۸۳، ۴۹۲ و ۵۷۵ قانون تجارت به آن اشاره شده است، به تأیید این نظر کمک کند؛ در این مواد به صراحت



اعلام شده که محکومیت شخص بازرگان به جرم ورشکستگی به تقلب مانع از انعقاد قرارداد ارفاقی بین طلبکاران و بازرگان ورشکسته است و حتی اگر بعد از انعقاد قرارداد، وی به این اتهام محکوم شود، قرارداد باطل است. در واقع آنچه مدنظر قانونگذار در وضع این حکم بوده، علاوه بر اعمال یک نوع مجازات مدنی، همان تبعیت از ضابطه سلب اعتبار تجاری از شخص بازرگان است، زیرا نوع اعمالی که در ورشکستگی به تقلب از بازرگان سر می‌زند، به گونه‌ای است که دیگر هیچ بازرگانی در امر کسب‌وکار به وی اعتماد نخواهد کرد. ممکن است ایراد گرفته شود دو مرحله قبل و بعد صدور حکم ورشکستگی خلط شده است، ولی می‌توان پاسخ داد که در هر دو موقعیت، صحبت از ممنوع کردن بازرگان از مداخله در اموال خود است و نتیجه هر دو واداشتن از ادامه یا بازگشت به مسیر عادی کسب‌وکار تجاری است. امتیاز عمده این نظر آن است که مانع از صدور برخی احکام ورشکستگی که مبتنی بر تبانی است، می‌شود.

### ۳. موضع قوانین و رویه قضایی در سایر کشورها

در حقوق ورشکستگی کشورهای دیگر نیز از هر دو ضابطه مرسوم برای اثبات توقف استفاده شده است؛ برای مثال مطابق قانون ورشکستگی و اعسار کانادا (BIA)، متوقف کسی است که به هر دلیل از پرداخت دیون جاری خود در روال عادی تجارت به‌هنگام سررسید ناتوان است یا مجموع دارایی وی در ی ارزیابی منصفانه برای پرداخت دیونش کافی نیست.<sup>۱</sup>

در نظام حقوقی استرالیا دادگاه‌ها در تعیین معیار توقف سال‌ها دچار اختلاف بودند، کمیته اصلاح حقوق استرالیا<sup>۲</sup> در پیش‌نویس قانونی که ارائه کرد، به هر دو معیار معمول جهت احراز توقف اشاره کرده بود (98: 69 Australian Law Reform Commission, 1988)؛ این کمیته بیان کرد هر یک از معیارهای عدم پرداخت دین در سررسید و فزونی دیون بر دارایی، در شرایط ویژه‌ای، می‌تواند جهت اثبات توقف مفید واقع شود و لازم نیست یک روش را بر دیگری ترجیح داد. این نظر موافق دیدگاه کسانی بود که معتقد بودند هر دو معیار ارتباط نزدیکی با یکدیگر دارند. با این حال قانون شرکت‌های استرالیا مصوب ۲۰۰۱<sup>۳</sup> در بخش 95A با بی‌اعتنایی به طرح کمیته مزبور، وسیله اثبات توقف شرکت را صرفاً معیار عدم پرداخت دین سررسید شده

1. *Bankruptcy and Insolvency Act Canada 1985; insolvent person means (a) who is for any reason unable to meet his obligations as they generally become due, (b) who has ceased paying his current obligations in the ordinary course of business as they generally become due, or (c) the aggregate of whose property is not, at a fair valuation, sufficient, or, if disposed of at a fairly conducted sale under legal process, would not be sufficient to enable payment of all his obligations, due and accruing due.*

2. The Harmer Committee draft legislation

3. Corporation act 2001

اعلام کرد.<sup>۱</sup> با تصویب این مقرر در پرونده‌های ورشکستگی، معیار ظاهری به کار رفت؛ برای نمونه در دعوی Melbase Corporation Pty Ltd V Segenhoe Ltd دادگاه فدرال استرالیا بند «الف» ماده ۹۵ قانون شرکت‌ها را این‌گونه تفسیر کرد: «...بند الف ماده ۹۵ بیش از اینکه ضابطه ترازنامه را تعیین کند به ضابطه جریان نقدینگی می‌پردازد» (Morison, 2010: 7). در پرونده دیگر به نام Bank of Australasia v Hall توقف بازرگان با ضابطه ظاهری سنجیده شد؛ در این پرونده قاضی گریفیس (Griffith CJ) اظهار کرد؛ مسئله این نیست که آیا بدهکار در صورت اعطای زمان به وی می‌توانست بدهی را با دارایی خود بدهد یا خیر، بلکه این است که آیا وی در حال حاضر می‌تواند با موجودی نقدی خود ایفاء دین کند یا خیر (Morison, 2010: 7). این قاضی بر این اعتقاد بود که توانایی پرداخت دین مسئله‌ای نیست که بتوان به سادگی آن را به ترازنامه بدهکار ارجاع داد. اما در تحولات بعدی رویه قضایی استرالیا در مورد مفهوم توقف، دستخوش تغییرات شد؛ قاضی بارویک در پرونده Rees v Bank of New South Wales این ایده را القا کرد که دسترسی به پول نقد و سریع‌الوصول، دیگر به‌عنوان شاخص اصلی توقف قلمداد نمی‌شود، بلکه موضوع توقف اگر فارغ از سایر شرایط در نظر گرفته شود، به نتیجه‌گیری غیردقیقی از وضعیت شرکت و فرد بازرگان منجر می‌شود. از نظر این قاضی برای تعیین اینکه بازرگان قادر به پرداخت دین خود است یا خیر نیازی نیست که وی دارای وجوه نقد باشد تا تعهدات خود را از محل آنها ایفا کند، بلکه باید بررسی شود بازرگان در زمان سررسید می‌تواند از طریق دارایی‌های واقعی<sup>۲</sup> خود بدهی را بپردازد یا خیر. پرونده Sandell V Porter نیز در رویه قضایی استرالیا شاخص است، چراکه در این پرونده اعلام شد ناتوانی یک شرکت تجاری برای پرداخت دیون خود در سررسید به‌تنهایی دلیل بر ناکافی بودن جریان نقدینگی نیست و دادگاه برای تعیین وضعیت کلی مالی شرکت باید به ترازنامه شرکت مراجعه کند. در پرونده اخیر دادگاه عالی مفهوم توقف را با توجه به ماده ۱۲۲ قانون ورشکستگی مورخ ۱۹۲۴ تعیین کرد. ورشکستگی در ماده ۱۲۲ به معنای ناتوانی پرداخت دین از طریق وجوه شرکت در سررسید است، اما وجوه بدهکار محدود به منابع نقدی وی نیست؛ این وجوه همچنین شامل مواردی است که در نتیجه ارزیابی دارایی واقعی وی از روشی چون فروش، رهن یا وثیقه گذاردن اموال در زمان نسبتاً کوتاه حاصل می‌شود. بنابراین توقف باید با توجه به وضعیت کلی مالی در تمامیت خود تعیین شود و نه صرفاً بر مبنای مدارکی که دال بر کمبود موقت نقدینگی است. در واقع در ادامه دادگاه‌های استرالیا استنباط کردند که بند «الف» ماده ۹۵ به حیطة

1. Section 95A of the Corporations Act provides: "95A (1) A person is solvent if, and only if, the person is able to pay all the person's debts, as and when they become due and payable. (2) A person who is not solvent is insolvent".

2. realizable assets

وسیع‌تری از ضابطه جریان نقدینگی (ظاهری) می‌پردازد و دو دلیل برای این مسئله وجود دارد؛ نخست اینکه ماده مذکور صریحاً قصد خود را به ضابطه جریان نقدینگی بیان نمی‌کند، دوم آنکه بند «الف» ماده ۴۵۹ قانون شرکت‌ها (در تعیین اینکه شرکت جهت انحلال متوقف شده یا خیر) صحبت از توجه به تعهدات آتی و احتمالی شرکت می‌کند. همچنین بند ۲ ماده مذکور عنوان می‌کند برای تعیین توقف یک شرکت مسائل دیگری به جز تعهدات شرکت باید مورد ملاحظه قرار گیرد. بنابراین یک تفسیر از بند «الف» ماده ۹۵ این خواهد بود که علاوه بر اعمال ضابطه جریان نقدینگی باید شاخصه‌های دیگر را نیز در نظر گرفت. این دیدگاه بعدها توسط دادگاه فدرال در دعوی *Leslie v Howship Holdings* تأیید شد (Morison, 2010: 14). در این دعوی قاضی سکویل<sup>۱</sup> بررسی میزان دارایی‌های شرکت را برای تعیین توقف لازم دانست. دادگاه اشاره کرد باید واقعیات تجاری و وضعیت مالی شرکت و همچنین منابع موجود شرکت از جمله اعتباری بررسی شود. رأی *Sandel V Porter* در پرونده *Re Bond Corporation Holdings Ltd* نیز توسط قاضی IPP اعمال شد. او رویکرد دادگاه عالی، در ارزیابی توانایی پرداخت بدهکار از طریق منابع مالی و نیز استفاده از دارایی‌ها را قبول کرد (Morison, 2010: 14). با اینکه در رویه قضایی استرالیا کمتر به ضابطه ترازنامه استناد می‌شود، نقش آن در طول زمان پررنگ‌تر شده است. بنابراین در موردی که دادگاه به دنبال شاخصه‌های دیگری برای اعمال درست ضابطه نقدینگی در احراز توانایی پرداخت دیون است، از ضابطه ترازنامه استفاده می‌شود (Morison, 2010: 9). دادگاه تجدیدنظر در *Dunn V Shapowloff* هم ضابطه جریان نقدینگی و هم عناصر ترازنامه را مدنظر قرار داد. در این پرونده قاضی ماهونی (*Mahoney JA*) اعلام کرد: «لازم است ابتدا بررسی کنیم که توانایی پرداخت به چه معناست؟ مسئله موردنظر این نیست که آیا شرکت در زمان موردنظر قادر به پرداخت دین بوده است و یا در آینده توانایی آن را پیدا می‌کند؛ بلکه باید علاوه بر ارزیابی دارایی و تعهدات شرکت و همچنین ماهیت و شرایط فعالیت شرکت، آنچه توانایی پرداخت در آینده را مشخص می‌کند به‌طور واقعی برآورد شود... در ذیل این مسئله باید تعهدات شرکت مورد ملاحظه قرار گیرد اما مبنای آن نباید صرفاً جریان نقدینگی شرکت در زمان انجام معامله و یا در زمانی که دین قابل پرداخت است، باشد» (Morison, 2010: 8).

مفاهیمی نزدیک به معیار مندرج در پرونده *Sandell V Porter*، در بعضی قرارهای کارشناسی دعاوی توقف در دادگاه‌های ایران نیز دیده می‌شود که در آنها به کارشناس تکلیف می‌گردد «...تا با مطالعه پرونده و ملاحظه دفاتر تجارتي خواهان (تاجر) و میزان دیون و دارایی

#### 1. Sackville

۲. این دیدگاه در پرونده مهم *Standard Chartered Bank Ltd v Antico* نیز تأیید شد.

قابل تبدیل به نقدینگی فی الحال و دلایل مدیونیت خواهان، اعلام دارد که به نسبت اموال قابل تبدیل به نقدینگی، آیا بدهی خواهان مستغرق در آن می‌باشد یا خیر...<sup>۱</sup> مطابق این شاخص، مالی در این ارزیابی لحاظ و در دایره دارایی قرار می‌گیرد که وابسته به احتمالات نباشد، بلکه مالی که در دسترس بوده و امکان فروش و تبدیل آن به وجه نقد به دور از هرگونه تردید است. مطابق این عقیده، اگرچه در حقوق مدنی طلب هم می‌تواند به دیگری منتقل شود و این انتقال معوض باشد، با این حال چون قابلیت تبدیل فی الحال به نقدینگی را ندارد، در زمره دارایی بازرگان نمی‌آید. برابر عقیده صادرکننده قرار کارشناسی مذکور، اموالی از بازرگان که دیگری بر آن حق عینی دارد و قابلیت تبدیل فی الحال به نقد را ندارد، در زمره اموال بازرگان ارزیابی نخواهد نشد، مگر نسبت به همان دینی که برای ایجاد عقد تبعی (همانند رهن) منشأ بوده است؛ بنابراین اگر کل دیون بازرگان شش میلیارد تومان باشد، کارشناس نمی‌تواند با این استدلال که چون بازرگان دارای ملکی است که ده میلیارد تومان ارزش دارد - اگرچه در رهن بانک است - نتیجه بگیرد که این شخص ورشکسته نیست.<sup>۲</sup>

قانون ورشکستگی آمریکا در بخش ۱۰۱ فصل نخست با عنوان مقررات عمومی، از هردو معیار گردش وجوه و ترازنامه یاد کرده است.<sup>۳</sup> بند ۳۲ بخش ۱۰۱ این قانون، ضابطه دوگانه‌ای را در مورد شهاداری و غیر آن مقرر کرده است؛ در مورد نخست صرف عدم پرداخت دین و در مورد اشخاص حقیقی و شرکت تجاری افزونی دیون بر دارایی ضابطه احراز توقف است.<sup>۴</sup> قانون متحدالشکل تجاری آمریکا<sup>۵</sup> از معیار گردش وجوه استفاده کرده و مقرر می‌دارد: «متوقف کسی است که از پرداخت دیون خود در جریان عادی تجارت ناتوان گردد یا قادر به پرداخت دیون خود در سررسید نباشد یا مطابق قانون ورشکستگی فدرال متوقف باشد».<sup>۶</sup> برابر قانون اخیر همزمان دو معیار ظاهری (گردش وجوه) و باطنی (دارایی خالص) به عنوان جایگزین معرفی می‌شوند. رویکردی متفاوت نیز در نیوزلند به کار رفته است، به این صورت

۱. قرار کارشناسی صادره در پرونده ۸۹۰۹۹۸۰۲۲۸۷۰۰۲۷۷ شعبه ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

۲. روزنامه هدف و اقتصاد سخنرانی آقای سید مفید کلانتریان در جمع کارآموزان وکالت، نسخه شماره ۲۳۲۴ به تاریخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۴

۳. قانون ورشکستگی در خصوص یازدهم قوانین ایالات متحده آمریکا (united states code) مصوب ۱۹۷۸ که در سال ۲۰۰۵ مورد آخرین اصلاحات قرار گرفته است، جای دارد.

4. (A) with reference to an entity other than a partnership and a municipality, financial condition such that the sum of such entity's debts than all of such entity's property, at a fair valuation ...

5. United States Uniform Commercial Code

6. a person is "insolvent" who has either ceased to pay his debts in the ordinary course of business or can't pay his debts as they become due or is insolvent within the meaning of the Federal Bankruptcy Law

که تنها جایی یک شرکت متوقف محسوب می‌شود که هم معیار دارایی خالص و هم معیار گردش وجوه اعمال شده باشد (Duns, 2000: 28).

#### ۴. نقد نظرها و نظر منتخب

از مزایای به‌کارگیری معیار ظاهری آن است که از افزایش بدهی و کاهش اموال بازرگان که منتهی به ضرر طلبکاران بدون وثیقه و درگیر کردن افراد بیشتر در هیأت غرمایی گردد، با مداخله سریع، جلوگیری می‌کند (UNCITRAL, 2005: 46) و مانع از این خواهد شد که بازرگان به فعالیت مشکوک و پرضرر خود ادامه دهد. همچنین ضابطه باطنی ممکن است در کوتاه‌مدت موقعیت شغلی کارگران را حفظ کند، ولی در اصل به ضرر آنهاست، چراکه با به خطر انداختن وصول حقوق و دستمزد، سرمایه انسانی کارگران را در بنگاه تجارتي ناکارآمد هدر می‌دهد. همچنین برقراری نظم تجارتي-اقتصادی که موجب ایجاد محیط بازرگانی سالم می‌شود تا بازرگانان با اطمینان و رغبت به انعقاد قراردادهای اعتباری بپردازند، در گرو اعمال سیاستی بی‌اغماض نسبت به مدیون است که با اتخاذ این رویکرد برآورده خواهد شد (علیخانی، ۱۳۹۲: ۵۹). از دیگر سو، اعتقاد به معیار باطنی از ورود لطمه ناجبا به اعتبار بازرگان بدهکار اجتناب می‌ورزد و تعطیلی بی‌مورد بنگاه تجارتي و بیکاری کارکنان آن را کاهش می‌دهد. همچنین اگرچه معیار سلب اعتبار تجارتي در جهت پی بردن به توقف بازرگان، از قوت بسیار برخوردار است، با این حال، اینکه این سلب اعتبار تجاری چگونه و به چه وسیله‌ای باید احراز شود، ابهامی است تا قوت نظریه فوق را در مرحله اجرا رو به ضعف برد. به نظر می‌رسد به‌کارگیری این معیار در کشورهایی که بازرگانان در آن، تحت نظر مؤسسات اعتبارسنجی عمل می‌کنند، مطلوب خواهد بود، ولی در کشوری که بستر و راهکار اجرایی آن تدارک دیده نشده است، به‌کار بستن آن به بن‌بست می‌انجامد. با این حال باید پذیرفت اگرچه بانک‌ها معمولاً تحت نهاد بازسازی قرار می‌گیرند، ولی در جایی که بانک یا مؤسسه مالی اعتماد عمومی سپرده‌گذاران را از دست داده و مشتریان برای برداشت وجوه خود به سمت آن سرازیر شده‌اند، بی‌شک در زمانی پیش از آن بانک یا مؤسسه مزبور متوقف شده است. در اجرای قانون باید به‌گونه‌ای از آن تفسیر شود که با واقعیات موجود جامعه هماهنگ باشد، در کشوری نظیر ایران که بازرگانان معمولاً در ایفای تعهدات نقدی خود تأخیر دارند، اتخاذ ضابطه ظاهری با واقعیت‌های عملی جامعه در تعارض است و این نتیجه را در پی دارد که ورشکستگی‌های کاذب به‌شدت افزایش یابد و طلبکاران سودجو را نیز به فکر گرفتن امتیازات ناروا از بازرگان مدیون بیندازد. نگاه اجمالی به مقررات بسیار شدیدی که قانونگذار تجارت در خصوص ورشکستگی برای بازرگان متوقف و طلبکاران در نظر گرفته است، ذهن دقیق را به این موضوع

رهنمون می‌سازد که قطعاً این مقررات دقیق و سخت‌گیرانه، برای مقابله و مدیریت بحرانی است با همان درجه اهمیت. بنابراین ذهن جست‌وجوگر به دنبال این است که بین این آثار بعضاً سهمگین و آنچه سبب این آثار است و این‌گونه شدت عمل را می‌طلبد، تناسبی برقرار کند. هدف اقتصادی قواعد حقوقی نیز به حداقل رساندن میزان هزینه‌های اداری دادگاه و هزینه اشتباهات آن است: «مرجع قضایی هم می‌تواند منشأ فزاینده نامنی و هزینه‌ها باشد و هم می‌تواند حامی حقوق افراد» (سی.نورث، داگلاس، به نقل از: بنی‌اسدی، شهریور ۱۳۹۰: ۱۳۵)، چنانچه رویکرد نخست توسط رویه قضایی پذیرفته شود، بازرگانی که وجود تأخیر در پرداخت‌های خود را می‌تواند پیش‌بینی کند، با سنجیدن ریسک حاصل از فعالیت تجاری، به احتمال فراوان دست از تجارت خواهد کشید یا اینکه از اندیشه صدور حکم ورشکستگی به صرف عدم پرداخت دین سررسید شده و تبعات آن، با داشتن سرمایه اندک، به اقسام کوتاه‌مدت می‌یابد و در نهایت موجب کاهش کارآمدی اقتصادی<sup>۱</sup> خواهد شد، چه اینکه تصمیمات قضایی و تفسیر قضاات از قوانین به سیاست‌های بنگاه اقتصادی شکل و سمت و سو می‌دهد و بدین ترتیب در عملکرد اقتصادی جامعه به‌طور کلی مؤثر واقع می‌شود (بنی‌اسدی، ۱۳۹۰: ۱۳۶). اتخاذ معیار عدم پرداخت دین سررسید شده سبب رکود سرمایه و عدم گسترش تجارت خواهد شد، چراکه بازرگان همیشه احتمال ناتوانی موقت در پرداخت دیون خود را پیش‌بینی می‌کند که ضمانت اجرای سنگین ممنوعیت مداخله در اموال و فروش آنها و تصفیه دیون را به دنبال دارد (بنی‌اسدی، ۱۳۹۰: ۱۳۶). بنا به مراتب بالا به کار بستن نظری که مطابق آن صرف و اخلاقی سفته‌ای که بازرگان صادر، ظهنویسی یا ضمانت کرده توقف محسوب می‌شود، سخت‌گیرانه و مخالف با قواعد حاکم بر ورشکستگی است.

از دیگر سو ضابطه فزونی دارایی منفی بر دارایی مثبت، در روابط پیچیده امروزی، پس از شناخت دقیق اموال و وصول مطالبات مدیون از اشخاص و احیاناً استرداد کالاهایی که بازرگان نزد دیگری دارد و پس از برآورد دیون بازرگان و مقایسه این دو، امکان‌پذیر خواهد بود، مطلبی که با اصل سرعت در حقوق تجارت در تضاد قرار می‌گیرد. همچنین پذیرش این ضابطه مستلزم آن است که کارشناس برای تعیین تاریخ توقف لاجرم از زمان فعلی تا روزهای گذشته هر روز آن را معین سازد که دارایی بازرگان در دیون او مستغرق بوده است یا خیر؛ موضوعی که از جهت اجرایی امکان آن محل تردید است. با توجه به اینکه در ضابطه اخیر کارشناس استغراق دارایی در دیون را در حال حاضر بررسی و نتیجه می‌گیرد و سپس برای تعیین تاریخ توقف به عقب برمی‌گردد و به وسایل دیگر نظیر زمان مواجه شدن اسناد تجاری با عدم پرداخت متوسل می‌شود، اجرای آن به یک تناقض درونی می‌انجامد. در عین حال باید

دانست موضوع ارزشگذاری دارایی و برآورد تعهدات امر دقیقی نیست (Goode, 1990: 30)، زیرا دشوار می‌توان مابه‌ازای یک کالا را در بازار پیش‌بینی کرد. برای دشواری تقویم می‌توان به مزایده گذاردن یک اثر هنری را مثال زد و شاهد تفاوت بین قیمت پیشنهادی و قیمت نهایی بود. علاوه بر آن باید توجه داشت که میزان ارزش دارایی بازرگان وقتی گرفتار یک مخمصه اقتصادی است، بسیار کمتر از زمانی خواهد بود که بدون فشار طلبکاران و در زمان مناسب تقویم شود. مسئله نگران‌کننده دیگر آن است که ارزشگذاری بین کارشناسان می‌تواند به‌طور قابل توجهی با یکدیگر متفاوت باشد. همچنین تخمین بدهی‌ها نیز مشکل مشابهی دارد، چراکه بازرگان می‌تواند دیون آتی مانند دعاوی حقوقی در جریان داشته باشد که نتوان برآورد دقیقی از میزان آن به عمل آورد. در بازار اقتصادی ناپایدار ایران هم ارزشگذاری اموال نتایج واقعی در پی ندارد. در راهنمای قانونگذاری حقوق ورشکستگی کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد نیز ضابطه ترانزنامه به جهت مشکلات ارزیابی و اینکه بر اطلاعات تحت کنترل بدهکار متکی است مورد انتقاد قرار گرفته است (UNCITRAL, 2005: 46). بنا به مراتب بالا، در این دعوا، اثبات فزونی دیون بر دارایی نیز فقط در حد یک قرینه خواهد بود، نه چیزی بیش از آن.

به نظر می‌رسد مفهوم توقف نباید چنان سختگیرانه باشد که کوتاهی اندک بازرگان، موجب اخراج وی از چرخه فعالیت اقتصادی شود و از طرف دیگر، نباید توقف مجموعه پیچیده‌ای از عناصر باشد که احراز آن چندان طولانی شود که تأسیس ورشکستگی را به کل از اثر و فایده مطلوب بیندازد (علیخانی، ۱۳۹۳: ۶۵).

بنا به مراتب بالا به نظر می‌رسد در تعریفی ایده‌آل از توقف بازرگان موارد زیر باید مورد توجه قرار گیرد:

الف) وضعیت فعالیت بنگاه تجاری از این جهت که رو به سقوط است یا علی‌رغم نزول سابق به سمت بهبود فعالیت کسب‌وکار صعود می‌کند مورد نظر باشد؛ کارشناس به این پرسش پاسخ دهد که آیا درآمد بنگاه تجاری بیشتر از مخارج آن است یا کمتر؟ ادامه فعالیت بازرگان سودده است یا زیان‌آور؟ اگر پاسخ این باشد که بازرگان بیش از آنچه به دست می‌آورد هزینه می‌کند، معلوم سازد آیا این وضعیت با لحاظ شرایط فعالیت بنگاه تجاری، ادامه‌دار است یا خیر؟<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد در یک تحلیل حقوقی-اقتصادی، اساسی‌ترین ضابطه تعیین توقف بازرگان همین مورد است.

۱. میان حقوقدانان ایرانی دکتر کورش کاویانی، به‌طور دقیق به ضرورت مستمر بودن عدم تعادل موجود بین درآمد و هزینه بنگاه تجاری اشاره کرده است. از نظر این مؤلف برای تنگ‌تر کردن دایره مصادیق توقف ممکن است از اختلافات جزئی صرف‌نظر نموده و اگر درآمد کمتر از ۸۰ درصد هزینه‌ها باشد، عدم تعادل تلقی گردد. ر.ک: کاویانی، ۱۳۹۱: ۶۸.

ب) تعداد و میزان دیون پرداخت نشده و علت آن مدنظر باشد، پس در جایی که علت عدم پرداخت ناتوانیِ بازرگان نیست، منطق حاکم بر حقوق ورشکستگی ایجاب می‌کند، از صدور حکم توقف وی خودداری شود (علیخانی، ۱۳۹۳: ۶۵).

ج) مدتی که در پرداخت دین تأخیر افتاده است، لحاظ شود؛ مدت تأخیری هم که در پرداخت دین سررسید شده روی داده است نیز در قضاوت نسبت به درجه ناتوانی پراهمیت به نظر می‌رسد، زیرا در عرف هر تجارتی تأخیر در پرداخت دین تا حدی قابل اغماض است ولی اگر این مدت از حد متعارف تجاوز کند، شاخصی مناسب در احراز ناتوانی بازرگان خواهد بود (علیخانی، ۱۳۹۳: ۶۵).

در حقوق کشورهای دیگر نظیر مالزی و انگلستان نیز به شاخص مدت و میزان دین پرداخت نشده توجه شده است (Abyratne, 2000: 197)، اگرچه ممکن است گفته شود از بیان ماده ۴۱۳ قانون تجارت نیز استفاده می‌شود بازرگان در مدت سه روز از تاریخ سررسید یا باید دین خود را ادا کند یا توقف خود را به دادگاه محل اقامت اعلام دارد (علیخانی، ۱۳۹۳: ۶۶)، اما پرواضح است این مدت در موقعیت کنونی متناسب نیست و نظام‌های حقوقی خارجی نیز در این مورد مقررات خود را به‌روز کرده‌اند، از این رو به نظر می‌رسد کارشناس باید معیار عرفی را با توجه به صنف و نوع فعالیت تجارتی مدنظر قرار دهد.

بنا به مراتب بالا، در مقام بیان مفهوم توقف بازرگان می‌توان گفت: «توقف، وضعیت بازرگانی است که بر اثر ناتوانی، قادر به پرداخت دیون مورد مطالبه در مهلت متعارف نیست و این ناتوانی که با معیار نسبت سود و زیان بنگاه تجارتی و مدت تأخیر در پرداخت و میزان و تعداد دیون بلاپرداخت به وسیله کارشناس ذیصلاح احراز و به قاضی معرفی می‌گردد، یک وضعیت ماندگار است.»

در مورد نحوه تعیین تاریخ توقف، باید اذعان کرد تصمیم در مورد اینکه بازرگان در یک روز خاص متوقف است یا خیر امری دشوار و غیردقیق است، مشخصاً اگر پذیرفته شود که توقف یک حالت آنی نیست و در طول زمان روی می‌دهد. لازم است به این نکته توجه شود به عقب بردن غیرمتعارف زمان توقف، با اصول متعدد حقوقی از جمله حفظ امنیت معاملات در تعارض قرار می‌گیرد و گروه‌های وسیعی از افراد را که از سالیان دور با بازرگان روابط معاملی داشته‌اند، تحت اثرات منفی قرار می‌دهد که نتیجه آن طرح دعوی متعدد در دادگاه‌ها و تحمیل هزینه‌های سنگین بر دولت و اشخاص مرتبط است. با اینکه در وضع کنونی ظاهر آرای



دادگاه‌ها حکایت از این دارد که قاضی می‌تواند تا هر زمانی که بخواهد تاریخ توقف را به عقب ببرد<sup>۱</sup>، باید محدوده معقولی برای آن تعیین کرد.<sup>۲</sup> فایده این عقیده آن است که دعوی متعدد توقف که از طرف برخی از بازرگانان فقط برای شانه خالی کردن از پرداخت خسارت تأخیر تأدیه دین<sup>۳</sup> طرح می‌شود نیز کاهش چشمگیر خواهد داشت.

## ۵. نتیجه‌گیری

به نظر هیچ‌یک از ضابطه‌های مرسوم کامل نیست و مقام قضایی را بی‌نیاز از تحلیل شواهد دیگر در وضعیت بازرگان بدهکار نمی‌کند. به نظر به‌منظور احراز توقف بازرگان کارشناس باید بگوید آیا با حفظ فرایند عادی تجارت، بازرگان قادر به پرداخت دیون است یا خیر؟ اگر تحقیقات کارشناسی به این منتهی شود که هزینه‌های بنگاه تجارتي به‌صورت مداوم از درآمد آن پیشروی می‌کند و با روند مزبور بنگاه تجارتي در زمان متعارف به وضع عادی کسب‌وکار برنخواهد گشت و به خود بنگاه تجارتي لطمه وارد می‌شود<sup>۴</sup>، این مهم‌ترین دلیل اثبات توقف بازرگان است که به‌همراه دیگر امارات به قطعیت در ثبوت توقف منجر خواهد شد. در واقع سودآوری از ابزارهای تعیین کارایی فعالیت بازرگان و لازمه تداوم حیات اوست و بدیهی است جایی که کارایی اقتصادی حاصل نیست جواز ادامه فعالیت بازرگان به‌صرفه و منطقی نخواهد بود. در عین حال مشکلات اثباتی که برای احراز توقف بازرگان وجود دارد، لزوم وجود اماراتی را برای کنترل و رسیدگی شفاف در دعوای ورشکستگی توجیه می‌کند؛ وضع امارات قانونی نیز در دادرسی دعوای ورشکستگی در کاهش سختی اثبات مؤثر است و قوانین خارجی بعضاً به این موارد پرداخته‌اند.<sup>۵</sup>

۱. حکم شماره ۱۴۷۵۲ شعبه سوم دیوان عالی کشور به تاریخ ۱۳۱۷/۲/۱۳ "ملاک تاریخ توقف زمان وقفه در ادای دیون است، بنابراین هر موقعی را که دادگاه زمان وقفه تشخیص دهد همان موقع را باید تاریخ توقف معین کند و تقاضای اشخاص ذی‌نفع را در این موضوع نباید مؤثر بگیرد". البته منظور واقعی این نبوده که سرایت تاریخ توقف به گذشته بی حد و مرز است، بلکه مقصود رد عقیده‌ای بوده که به موجب آن تقاضای اشخاص تعیین‌کننده است.

۲. ماده ۹۰۲ لایحه قانون تجارت کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۹۰ "دادگاه به‌هیچ‌وجه نمی‌تواند تاریخ توقف را بیش از شش ماه قبل از تاریخ رأی تعیین کند".

۳. به موجب رأی وحدت رویه شماره ۱۵۵ دیوان عالی کشور به تاریخ ۱۳۴۷/۱۲/۱۴ طلبکاران ورشکسته حق مطالبه خسارت تأخیر تأدیه ایام بعد از تاریخ توقف را ندارند.

۴. لطمه به خود بنگاه تجارتي یعنی ناقص کردن آن. به نظر اگر بازرگان برخی شعب خود را تعطیل کند یا تعدادی از کارگران خود را اخراج نماید، لزوماً نقص محسوب نمی‌شود و حتی در بعضی موارد حرکت رو به جلوست؛ همانند باغبانی که شاخ و برگ درختان را برای رشد و ادامه حیات سالم درخت می‌چیند.

۵. برای نمونه بخش ۴۵۵۵۸ قانون شرکت‌های استرلیا، اماره قابل انکاری را برای توقف ایجاد کرده و آن جایی است که یک شرکت از نگهداری سوابق حسابداری مناسب خودداری کند.

به نظر خصیصه جدایی‌ناپذیر توقف استمرار آن است. در بازارهای رقابتی امروز ممکن است بازرگان زیان موقت را برای تبدیل شدن به قدرت تجاری و به دست آوردن سهم بازار تحمل کند، ولی این موضوع دال بر توقف نخواهد بود؛ برای مثال تردید جدی وجود دارد در جایی که بازرگان دچار نقصان منابع نقدی است ولی وجوه خود را در پروژه‌های کوتاه‌مدت سرمایه‌گذاری کرده که دلایل معقول بر سودآوری آن وجود دارد، دادگاه او را متوقف بشناسد.<sup>۱</sup> راهنمای قانونگذاری حقوق ورشکستگی کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد نیز تأکید دارد نباید مفهوم توقف را که حاکی از شرایط دشوار مالی بازرگان است، با کمبود موقت نقدینگی خلط کرد (UNCITRAL, 2005: 46). کمیته اصلاحات حقوق استرالیا نیز در اظهارنظری بیان کرده است، برای اینکه یک شرکت متوقف باشد، باید در آن وضعیت باقی بماند.<sup>۲</sup>

## منابع

### الف) فارسی

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۵). حقوق تجارت، ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، ج نهم، تهران: سمت.
۲. اعظمی زنگنه، عبدالحمید (۱۳۴۰). حقوق بازرگانی، به اهتمام سهراب امینیان
۳. بازگیر، یداله (۱۳۷۸). موازین حقوق تجارت در آراء دیوان عالی کشور، ج اول، تهران: گنج دانش.
۴. بنی‌اسدی، علیرضا، (۱۳۹۰). تحلیل اقتصادی حقوق ورشکستگی، جهت دریافت کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی.
۵. رحمانی، عطاءاله (۱۳۹۳). حقوق ورشکستگی، ج اول، تهران: جاودانه.
۶. رسایی‌نیا، ناصر (۱۳۹۱). کلیات حقوق بازرگانی، ج چهارم، تهران: انتشارات آوای نور.
۷. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۷۶). حقوق تجارت، ج ۴، ج دوم، تهران: دادگستر.
۸. صقری، محمد (۱۳۸۸). حقوق بازرگانی: ورشکستگی، ج دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۹. عبادی، محمدعلی (۱۳۹۱). حقوق تجارت، ویرایش اول، ج سی و دوم، تهران: گنج دانش.
۱۰. علیخانی، علیرضا (۱۳۹۲). مبانی و اهداف قانونگذاری در ورشکستگی، جهت دریافت مدرک دکتری، دانشگاه آزاد اسلامی تبریز.
۱۱. کاویانی، کورش (۱۳۹۱). حقوق ورشکستگی، ج اول، تابستان، تهران: میزان.
۱۲. محمدزاده وادقانی، علیرضا (۱۳۹۲). حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه، ج اول، تهران: مجد.

۱. دادگاه‌های کشور فرانسه نیز برای اطمینان از اینکه حالت توقف با آنچه که آشفتگی موقت بودجه است، اشتباه نشود، محافظه‌کار به نظر می‌رسند. ر.ک:

Omar, Paul J, Defining insolvency: The evolution of the concept of cessation de paiements in French law, *European Business Law Review*, p 31

۲. قاضی یاکوب از قضات دادگاه‌های استرالیا نیز، تفاوت بین کمبود موقت منابع مالی (نقصان نقدینگی در کوتاه‌مدت) و فقدان آن به‌طور اساسی (توقف) را در رویه قضایی استرالیا توضیح داده است. ر.ک:

Morison, David, when is a company insolvent? The university of queensland, *TC beirne school of law legal studies research paper series*, p20

(ب) خارجی

13. Duns, John, (2000). Insolvency: problems of concept, definition and proof, *Australian Business Law Review*, vol 28(1)
14. Fletcher, Ian F, (6 May 2009). *The law of insolvency*, Sweet & Maxwell; 4th Revised edition edition
15. Goode RM, (1997). *Principles of corporate insolvency law*, (2<sup>nd</sup> ed, Sweet & Maxwell, london
16. John, Armour, (2001). *The law and economics of corporate insolvency: A review*, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working paper No. 197. [Http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP197.pdf](http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP197.pdf) (13.01.2014).
17. Julie E. Margret, (2002). Insolvency and tests of insolvency: an analysis of the balance sheet and cashflow tests, *Australian accounting review* vol.12 no.2
18. Morison, David, (2010). when is a company insolvent? The university of queensland, *TC beirne school of law legal studies research paper series*, no.10-09
19. Paul J. Omar, (2005). Defining insolvency: The evolution of the concept of cessation de paiements in French law, *European Business Law Review*, 16 (2) p. 311-327
20. François Martin, (1999). *Jean, Redressement et liquidation judiciaires*, 7<sup>e</sup> édition delmas, france
21. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), (2005). *Legislative Guide on Insolvency Law*, United Nations Publication