

مقایسه اثر توقف بر معاملات ورشکسته در حقوق ایران با راهنمای حقوق

ورشکستگی آنسیترال^۱

کوروش کاویانی*

جاوید فرزانه**

تاریخ پذیرش: ۹۳/۸/۴

تاریخ دریافت: ۹۳/۴/۴

چکیده

ورشکستگی را اگر به ناتوانی تاجر در پرداخت دیونش تعریف کنیم، از این تعریف ساده مهمترین رکن آن به ناتوانی یا به بیان علم حقوق به "توقف" منتهی می شود. ورشکستگی یکی از مباحث مهم در حقوق تجارت است که کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل^۲ نیز در قوانین نمونه و راهنمای خود به این مهم مستمرا در سالیان اخیر اشاراتی نموده است، وقتی تاجری به هر علت دچار وضعیت توقف می شود، از یک سو بستانکاران متعدد خواهان وصول مطالباتشان هستند، و از سوی دیگر ورشکسته قصد دارد که به هر نحو ممکن باقی مانده‌ی دارایی خود را به هر نحو ممکن حفظ کند. در این حالت قانونگذار برای جلوگیری از سوء استفاده طرفین ورود پیدا می کند و قوانینی را وضع می نماید که مجتمعا حقوق ورشکستگی را تشکیل می دهند؛ در این مقاله سعی شده است که به آثار توقف تاجر بر معاملات ورشکسته در حقوق ایران و راهنمای حقوق ورشکستگی آنسیترال پرداخته شود.

واژگان کلیدی: ورشکستگی، توقف، دوران مشکوک، معاملات قابل ابطال، معاملات قابل فسخ، حجر مالی متوقف

k.kaviani@hotmail.com

* نویسنده مسئول، دانشیار دانشگاه علامه طباطبائی

javidghz@gmail.com

** کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، واحد علوم تحقیقات

۱. مقدمه

رکن اصلی و اساسی تجارت را معاملات تشکیل می دهد، شغل تاجر همواره با انجام معاملات چه در سطح کلان و چه در سطح خرد عجین شده است، در یک کلام تاجر یعنی معاملات متعدد، از این رو خطر زیان همواره تاجر را تهدید می نماید، و هنگامی که تاجر سودی را که می بایست از معاملات تجاری خود کسب نماید، اکتساب نکند و یا احتمالی که در سودهی معامله خاصی پیش بینی کرده بود به وقوع نپیوندد و یا به دلایل رکود اقتصادی و عوامل غیر قابل پیش بینی متضرر گردد و یا حتی به تقصیر و تقلب، دارایی او به نسبت دیونش تقلیل یابد در این هنگام است که وضعیت بحرانی و خطر ورشکستگی در انتظار وی می باشد، وضعیتی که در علم حقوق به آن وضعیت توقف اطلاق می شود. بعد از احراز این وضعیت توسط مرجعی بنام دادگاه با صدور حکم ورشکستگی، تاجر حق مداخله در اموالش را از دست می دهد و حتی به معاملات قبل از دوره توقف وی نیز با سوءظن نگریسته می شود، و همواره بستانکاران بمنظور برگشت سرمایه و اموال ورشکسته بدنبال ابطال معاملات وی حتی قبل از احراز توقف (دوران نزدیک به نقطه توقف) می باشند، زیرا با اثبات این امر که تاجر در دوران قبل از توقف به منظور فرار از دین یا اضرار به بستانکاران معاملات مشکوکی را انجام داده است، محکمه خواهد پذیرفت که آن معامله یا معاملات بنفع بستانکاران ابطال گردد. همچنین پس از توقف نیز تاجر بموجب قانون حق مداخله در امور مالی خویش را از دست می دهد، به طوری که نمایندهی ورشکسته یا به تعبیر قانون تجارت ایران مدیر تصفیه در امور تجاری تا پایان دادرسی بعنوان جایگزین و نماینده وی منصوب می گردد و او نقش واسطه ای بی طرف بین ورشکسته، بستانکاران و دادگاه را دارا می باشد؛^۳ بنابراین ورشکستگی حالت و کیفیتی است که بازرگانان یا شرکتهای بازرگانی معمولاً پس از توقف از پرداخت بدهی کلی خودشان به موجب حکم دادگاه پیدا می کنند؛^۴ باید توجه داشت که توقف شرط لازم برای صدور حکم ورشکستگی است ولی همواره شرط

کافی نیست، بلکه برای اعلام ورشکستگی وضعیت تاجر باید بقدری بحرانی جلوه کند که امید به بهبودی و بازسازی بسیار اندک باشد.^۵

۲. تشریح مسایل مربوط به اعمال قبل از توقف

در مبحث پیش رو به معاملات و اقدامات ورشکسته، خصوصاً اقدامات مشکوک و مشمول فسخ یا ابطال قبل از تاریخ توقف پرداخته خواهد شد.

۲-۱. بررسی معاملات قبل از تاریخ توقف در حقوق ایران و راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال

معاملات دوره قبل از توقف شاید به لحاظ فراغ بال تاجر از محدودیتهای وارده از اثر توقف بر وی و دورانی که شاید تاجر محاسبه گر با محاسبه دیون و داراییش به این نتیجه می رسد که به زودی دچار وضعیت توقف خواهد شد بسیار حائز اهمیت است، در این دوره نزدیک به ورشکستگی تاجر می تواند اموال خود را قبل از اینکه بستانکاران وی متوجه وضعیت بحرانی او شوند با اقدامات و معاملاتی از دسترس خارج نماید، و این شبهه را ایجاد کند که مال با ارزشی برای پرداخت به بستانکاران متعدّدش در اختیار ندارد و هر آنچه که نیز از او بجا مانده مشمول مقررات مستثنیات دین است و قابل پرداخت به آنها نمی باشد، از این قبیل اقدامات می توان به معامله با هدف نابودی و پنهان کردن مال به قصد فرار از دین، معاملات زیر قیمت برای اضرار به طلبکاران و ... اشاره کرد که در ادامه به هر یک از آنها به طور جداگانه خواهیم پرداخت.

۲-۱-۱. معاملات صحیح

برای شناسایی معاملات قبل از دوره توقف می توان گفت در حقوق ایران و همچنین راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال در این دوره معاملات و اعمال تاجر را باید بطور عام صحیح فرض نمود، ولی بر این اصل صحت استثنائاتی نیز وارد است که

باعث می شود معاملاتی از شمول دایره صحت خارج شوند از جمله می توان به ماده ۴۲۴ (ق.ت) ایران اشاره نمود که بطور مثال معاملات به منظور فرار از دین و اضرار به طلبکاران را قبل از دوره توقف در صورت اثبات در محکمه، قابل فسخ می داند. راهنمای قانونگذاری آنسیترا نیز به این مورد اذعان دارد و از معامله با هدف نابودی و پنهان کردن مال و معاملات زیر قیمت (چه در قبل از دوران توقف و چه بعد آن با توجه به عام و شمول بودن توصیه های راهنمای آنسیترا) و نیز ذکر عناوین مشابه دیگری ذکر عنوان نموده است، ولی تفاوت راهنمای آنسیترا با حقوق ایران در قابل ابطال و در معرض ابطال بودن به جای قابلیت فسخ معاملات می باشد. به طور عام و کلی فرض بر صحت معاملات به جز موارد مذکور در قبل از تاریخ توقف در هر دو دیدگاه تقریباً مشهود است ولی راهنمای آنسیترا بر خلاف حقوق ایران در یک مبحث به طور مجزا به معاملات مستثنی از قابلیت ابطال و معاملات صحیح یا به عبارت دیگر معاملات عادی در دوران تجاری سخن به میان آورده است.^۶

۲-۱-۲. معامله با هدف نابودی و پنهان کردن مال به قصد فرار از دین

این دسته معاملات، معاملاتی هستند که تاجر با انعقاد آنها، اموال خود را به اشخاص ثالث واگذار می نماید تا آنها را از دسترس بستانکاران دور نگاه دارد. اثر چنین معاملاتی به طور کلی، وارد رساندن ضرر به بستانکاران بدون وثیقه است. برای ابطال این معاملات، صرف اثبات زمان وقوع (قبل از توقف) کافی نیست، بلکه اثبات قصد سوء بدهکار نیز ضروری می باشد. این نیت، به ندرت از طریق مدارک قابل اثبات است، بلکه آن را بیشتر از طریق تعیین و شناسایی شرایط معمول و مشترک در این نوع معاملات ثابت می کنند^۷، همچنین لازم به ذکر است که در ماده ۵۴۹ (ق.ت) قانونگذار ایران مخفی کردن دارایی از دست طلبکاران را دلیلی قابل استناد برای محکومیت تاجر به ورشکستگی به تقلب تشخیص داده است.

این نوع معاملات از برخی جهات با معاملات موضوع ماده ۴۲۴ (ق.ت) مشابه هستند، زیرا مطابق حقوق ایران نیز، تنها اثبات این نکته که معامله در زمان قبل از توقف تاجر ورشکسته منعقد شده است، برای ایراد خدشه به صحت آن کفایت نمی کند، حتی ضرری بودن معامله نیز باعث نمی شود مدعی فسخ، از اثبات قصد سوء تاجر (قصد فرار از دین) بی نیاز باشد. هرچند با به دست دادن معیار عینی (ضرری بیش از ربع قیمت حین معامله) به نظر به معاملات کلان و ضرر بیش از حد مجاز ورشکسته اشاره دارد، ولی دو تفاوت بارز بین این دو (حقوق تجارت ایران و راهنمای قانونگذاری آنسیترال) وجود دارد. تفاوت اول در حکم معاملات است که در حقوق ایران، این معامله را قابل فسخ دانسته اند، حال آنکه راهنما آنها را قابل ابطال می داند. تفاوت دوم نیز در ارائه معیاری برای اثبات قصد سوء تاجر است. همانطوریکه می دانیم قصد و نیت، از عناصر درونی هستند که اثبات آنها بسیار مشکل و در برخی موارد غیر ممکن است؛ وقتی هدف مقنن کمک به بستانکاران (مدعیان فسخ و ابطال) در خنثی سازی معاملات ضرری تاجر بدهکار است، نباید آنها را در اثبات این دعوی تنها بگذارد، زیرا چه بسا مشکل بودن اثبات ادعا برای مدعیان، آنها را مجبور به صرفنظر از حقی کند که قانون گذار برای آنها در نظر گرفته است. لذا اینگونه به نظر می رسد که علی رغم بی توجهی مقنن به برخی موارد مهم در حقوق ایران، ماده ۴۲۴(ق.ت) معیار مهمی برای کمک به اثبات قصد درونی تاجر، پیش بینی کرده است، ولی این در حالی است که راهنمای قانون گذاری آنسیترال، معیارهای مشترکی به شرح ذیل ارائه داده است تا در اثبات قصد سوء تاجر به مدعی و در احراز آن، به محکمه یاری رساند.

۱- رابطه بین طرفین معامله؛ زمانی که معامله مستقیماً با یکی از نزدیکان و اقوام صورت می گیرد یا به طور غیر مستقیم، از طریق شخص ثالث با نزدیکان تاجر بدهکار منعقد می شود؛

۲- کمبود یا ناکافی بودن ارزش بهای دریافت شده برای معامله؛

۳- شرایط مالی بدهکار، قبل و بعد از انعقاد معامله؛

۴- معامله از جانب بدهکار مخفی شده باشد.^۸

علی رغم وجود تقسیمات گوناگونی که در کشورهای مختلف در مورد معاملات قابل ابطال وجود دارد، آنسیترال تقسیم بندی را که اکثر کشورها با آن موافقت برگزیده است. مطابق این تقسیم بندی سه نوع عمده از معاملات قابل ابطال، مورد بحث و بررسی قرار گرفته اند که عبارتند از: معاملاتی با هدف برهم زدن، باز داشتن یا به تاخیر انداختن بستانکاران از مجموع مطالباتشان، معاملات زیر قیمت، معاملاتی با اولویت و تقدم دادن به برخی از بستانکاران. البته ممکن است برخی معاملات دارای ویژگی های باشند که بتوانیم آنها را در دو یا سه گروه از معاملات دسته بندی فوق قرار دهیم. به عنوان مثال، معاملات زیر قیمت را می توان در صورتی که طرف معامله با تاجر، یک یا تعدادی از طلبکاران باشند، جزء معاملات «با هدف ترجیح برخی بستانکاران» نیز بشمار آورد.^۹

اشتراک ماده ۲۱۸ قانون مدنی، ۴۲۴ قانون تجارت و نگرش راهنمای قانون گذاری آنسیترال را می توان اینگونه توضیح داد، که مطابق نظر و دیدگاه آنسیترال اگر معاملات و اقدامات تاجر متوقف در هر یک از دسته بندی های فوق و هرآنچه که مشمول معاملات بمنظور فرار از دین یا اضرار به طلبکاران و یا غیره باشد در صورت اثبات، می توان آن معامله را ابطال نمود، مانند آنچه که ماده ۲۱۸ قانون مدنی ایران بیان می دارد با این تفاوت که راهنمای آنسیترال معامله به قصد فرار از دین (که مشتقات زیادی را می توان در راهنما از آن دید) را کافی برای قابلیت ابطال بودن تشخیص داده است،^{۱۰} و شرط صوری بودن را لازمی ابطال معاملات فرار از دین تشخیص نداده است، (هر چند که در قواعد مربوط به حقوق تجارت حکم قانون تجارت ملاک است و مقررات قانون مدنی را نمی توان در این باره نسخ مقررات قانون تجارت دانست)، چه آنکه برای معاملات صوری نیز حکم خاص خود را بیان کرده و نیز بر خلاف ماده ۴۲۴ قانون تجارت که قابلیت فسخ معاملات را در صورتی که متضمن ضرری بیش از ربع قیمت (۱/۴) حین معامله را شرط لازم برای فسخ معاملات لازم دانسته، آنسیترال صرف معامله به قصد فرار از دین در صورت اثبات و نیز صرف ورود ضرری که قابل چشم پوشی نباشد در زمان معامله (و مشتقات آن) را کافی برای قابل ابطال بودن دانسته و مقدار و درصد

ضرر را معیاری جداگانه تشخیص نداده^{۱۱}؛ که به نظر دیدگاه آنسیترال بهتر و کارآمدتر از قانون تجارت ایران است زیرا ربع قیمت حین معامله در مقیاس کلان شاید رقمی بسیار بالا باشد و این در حالی است که بستانکاران ممکن است به حداقلهای حتی خیلی اندک هم برای جبران بدهی هایشان چشم داشت داشته باشند و به نظر ماده ۴۲۴ قانون تجارت در این باره نیاز به اصلاح دارد هر چند در قابلیت ابطال و قابلیت فسخ نیز می توان با توجه به رویه ها و اصول به نتیجه نهایی رسید که کدام یک حقوق بستانکاران را با توجه به آثار متفاوت فسخ و بطلان در حقوق ما بیشتر و بهتر تضمین می کند.

۲-۱-۳. معاملات زیر قیمت^{۱۲} برای اضرار به طلبکاران و معاملات صوری

طبق ماده ۴۲۴ قانون تجارت، اگر تاجر ورشکسته قبل از تاریخ توقف به قصد اضرار به طلبکاران معامله ای انجام دهد، آن معامله با توجه به شرایط دیگر قید شده در ماده مزبور قابل فسخ است، پس قانونگذار معاملات ضرری تاجر ورشکسته را قابل فسخ اعلام کرده است.

در ماده ۴۲۵ قانون مذکور، قانونگذار این امتیاز را برای طرف معامله با تاجر ورشکسته داده که پس از فسخ معامله حق دارد در مقابل تسلیم مال موضوع معامله به مدیر تصفیه، قیمت حین معامله آن را، قبل از تسلیم دارایی تاجر ورشکسته بین غرما، دریافت کند، و اگر داخل در غرما می شد، حتما مبلغ کمتری عاید او می گردید.

ماده ۴۲۴ قانون تجارت نیز معاملات تاجر ورشکسته قبل از دوره توقف را که برای اضرار طلبکاران انجام شده باشد قابل فسخ اعلام کرده است، این ماده به حدوث ضرر اکتفا نکرده، بلکه میزان ضرر را مشخص نموده و مقرر داشته که ضرر وارده باید از ربع قیمت حین معامله بیشتر باشد، در راهنمای قانونگذاری آنسیترال میزان و سنجش مقدار ضرر وارده ملاک نیست، بلکه صرف معامله زیر قیمت به نحوی که ضرر در عرف تجاری قابل چشم پوشی نباشد را کافی برای قابلیت ابطال بودن معامله می داند (هرچند که در این زمینه رویکرد متفاوت قوانین

کشورها و رویه های آنان را نیز مورد تایید ضمنی قرار داده است)^{۱۳} در این قسمت ضعف ماده ۴۲۴ (ق.ت) به روشنی مشخص می شود که چگونه با حربه‌ی ضرر کمتری از ربع قیمت حین معامله با استناد به نص صریح قانون به راحتی خطر فرار ورشکسته از دیون خویش تحت این عنوان را بالا می رود، باری شایسته است در این زمینه نیز قانون‌گذار ما در جهت حفظ منافع بستانکاران بجای تعیین مقدار ضرر به مانند راهنمای قانونگذاری آنسیترال به صرف تحمیل ضرری که در عرف تجاری قابل چشم پوشی نباشد اکتفا و این ماده را تصحیح نماید. در ادامه نیز در قسمت اخیر ماده ۴۲۴ (ق.ت) از یک حالت استثناء به منظور جلوگیری از امکان فسخ معامله سخن به میان آمده است، و آن پرداخت تفاوت قیمت به متضرر است، در حالی که در راهنمای قانونگذاری آنسیترال این تبصره و استثناء وجود ندارد؛ با این تفاسیر اینکه کدام دیدگاه سازگاری بیشتری با حفظ حقوق طرفین دارد را سلیقه قانونگذار و نگرش خاص او تعیین می نماید.

اکثر نظامهای حقوقی در حوزه‌ی ورشکستگی علاوه بر احراز قصد سوء به عنوان دلیلی بر ابطال معاملات، در حالتی هم که این نیت وجود ندارد ولی به دلیل عدم تعادل ارزش عوضین، معامله منعقد به نتیجه‌ی ای برخلاف منافع بستانکاران منجر می شود، آن معامله را قابل ابطال تشخیص داده اند^{۱۴}.

مطابق ماده ۴۲۶ (ق.ت)، معامله صوری بطور کلی باطل است و طرف معامله نمی تواند بهایی را که پرداخته است تماما دریافت نماید، بلکه راجع به قیمت معامله مانند یک بستانکار عادی تلقی شده و در غرماء داخل خواهد گردید، در صورتیکه در مورد مواد ۴۲۴ و ۴۲۵ قانون تجارت، اولاً معامله باطل نیست و ثانیاً طرف معامله قبل از تقسیم اموال تاجر به غرماء می تواند تمام بهای پرداختی را دریافت کند.

در مورد ماده ۴۲۶ مذکور، شرط ربع قیمت حین معامله و مدت دو سال برای اقامه دعوی ضرورت ندارد، زیرا اثر بطلان از روز وقوع است هر چند که از روز وقوع معامله بیش از دو سال سپری شده باشد.

ضمانت های اجرایی معاملات مذکور در دو ماده ۴۲۴ و ۴۲۶ قانون تجارت بدین علت متفاوت است که معاملات موضوع ماده ۴۲۴ فقط متضمن سوءنیت تاجر است، بدون آنکه طرف معامله سوءنیتی داشته باشد، در حالیکه در معاملات موضوع ماده ۴۲۶ که جنبه صوری داشته و یا مسبوق به تبانی است، علاوه بر سوءنیت تاجر، سوءنیت طرف معامله نیز وجود دارد و به همین دلیل است که در معاملات به قصد فرار از دین، در صورتیکه طرف معامله حاضر به پرداخت ما به التفاوت قیمت موضوع معامله باشد، معامله فسخ نمی شود.

ظاهرا در مورد ماده ۴۲۴ قصد فرار از دین یا قصد اضرار به طلبکاران باید ثابت گردد. در مورد ماده ۴۲۶ نیز صوری بودن معامله و یا مسبوق به تبانی بودن باید ثابت گردد.^{۱۵}

در مقایسه ماده ۲۱۸ اصلاحی قانون مدنی با ماده ۴۲۶ قانون تجارت نیز باید گفت، این دو ماده نسبت به ابطال معاملات ضرری یکسان هستند. فرق آن دو در نتیجه حاصل از بطلان است. به موجب مقررات عام وقتی معامله ابطال شود. شخصی که معامله باطل را انجام داده است، استحقاق دریافت چیزی را که پرداخت کرده است، دارد. در صورتیکه بر اساس مقررات خاص قانون تجارت، در صورت ابطال معامله، شخص داخل در غرماء می شود و نمی تواند تمام آنچه را که پرداخت نموده است دریافت کند. چون در رژیم عام فلسفه رعایت تساوی طلبکاران وجود ندارد و هر کس زودتر اقدام کرد می تواند تمام طلب خود را دریافت نماید در حالیکه در مدیون ورشکسته هدفی اساسی قانونگذار رعایت و حفظ تساوی بین طلبکاران است.^{۱۶}

قانونگذار برای جلوگیری از انجام چنین معاملاتی توسط تاجر متوقف، ضمانت اجرای شدیدتری تعیین کرده و بر اساس ماده ۵۴۹ قانون تجارت مقرر داشته؛ هر تاجر ورشکسته که قسمتی از دارایی خود را به طریق مواضعه (تبانی) و معاملات صوری از میان ببرد، ورشکسته به تقلب اعلام و مطابق قانون جزا مجازات می شود.

راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال در این مورد، ذیل عنوان "معاملات در معرض ابطال"^{۱۷} علاوه بر ذکر عناوینی مانند رابطه خویشاوندی یا نزدیکی بین متعاملین،^{۱۸} یا طرف معامله ای که اصلاً وجود خارجی نداشته باشد،^{۱۹} که همان منظور و هدف معاملات صوری را تداعی می‌کند، مطالبی را ذکر کرده است، ولی راهنما قانون‌گذاری آنسیترال علاوه بر شرح مواردی همانند عناوین مذکور در ادامه برای جلوگیری از سوء استفاده متخلفین با اشاره و استناد به قوانین برخی کشورها سوءنیت را نیز عنصر بسیار اساسی برای قابل ابطال دانستن چنین معاملاتی که هدف اصلی و اولیه آنها فرار از دین و عدم پرداخت بدهی‌های تاجر ورشکسته است می‌داند و نخواست که با معدود ساختن معاملات قابل ابطال راه را برای گریز از قانون باز بگذارد، بلکه معامله ای را که در آن عنصر سوء نیت (به‌منظور فرار از دین) ثابت شود محکوم به ابطال معرفی نموده است که به نظر دیدگاه راهنما نیز به همین سمت گرایش دارد.^{۲۰} در حقوق ایران بر طبق ماده ۴۲۶ قانون تجارت که با تفسیر موسع این ماده می‌توان معاملات مطروحه در آن ماده را هم شامل معاملات قبل از دوران توقف و هم بعد از دوران توقف تاجر توجیه کرد، که در صورت اثبات این امر، قانون تجارت ایران معامله را در هر مرحله از دوره توقف "باطل"^{۲۱} معرفی کرده است، بر خلاف راهنمای آنسیترال که معاملات صوری را "قابل ابطال"^{۲۲} می‌داند.

۲-۲. متقاضی دعوی ابطال معاملات بر طبق مفاد راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال^{۲۳} و

مقایسه با امکان فسخ معاملات نسبت به حقوق ایران

با توجه به مباحثی که از معاملات در دوران قبل از توقف گذشت مشهود ترین تفاوت میان برخورد با معاملات و اقدامات تاجر بین حقوق ایران و راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال در مورد ورشکستگی را می‌توان به قابلیت فسخ دانستن این معاملات طبق ماده ۴۲۴ قانون تجارت و مباحث راهنمای آنسیترال تحت عنوان "معاملات در معرض ابطال" دانست.

اقدامات ابطال معاملات با استناد به شیوه انعقاد آنها تنها در سایه مقررات ورشکستگی، قابل اعمالند و اگر در قوانین عام دیگر نیز پیش بینی شده اند در سایه مقررات عمومی است و ذکر آنها در راهنما، علاوه بر تکرار مکررات، تنها تأکیدی است برای قابلیت اجرای آنها در مورد خاص وضعیت ورشکستگی؛ ویژگی اصلی قانون ورشکستگی، توانایی آن در ابطال معاملات پیشین است. یعنی معاملاتی که توسط بدهکار، در دوره‌های نزدیک، قبل از آغاز دادرسی های ورشکستگی (دوره ۳ ماهه یا ۶ ماهه قبل از شروع دادرسی) منعقد شده اند.^{۲۴}

زیرا راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال بر خلاف حقوق ایران توقف و زمان سلب مداخله‌ی ورشکسته در اموال خود را از شروع آغاز دادرسی مفروض دانسته است، نه توقف در زمانی قبل از شروع دادرسی و زمان واقعی و عینی آن.^{۲۵} در پاراگراف ۱۳۵ راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال آمده است: «علی‌رغم اصل منطقی پذیرفته شده در خصوص ابطال معاملات، باید در نظر داشت که معاملاتی که به استناد مقررات ورشکستگی در معرض ابطال قرار دارند، در صورت وقوع خارج از آن زمینه (منظور شرایط ابطال معامله است، که پیشتر موارد آن ذکر شد) کاملاً طبیعی، صحیح و قابل قبول هستند و دارای ضمانت اجرا می باشند، و فقط هنگامی مورد سوءظن قرار می گیرند که در زمانی نزدیک به ورشکستگی رخ دهند. هدف از ابطال، جایگزین شدن یا تاثیر گذاشتن بر سایر ابزار حفاظت از منافع بستانکاران که طبق قانون مدنی یا سایر قسمت های قانون تجارت (به استثنای ورشکستگی) در دسترس هستند، نیست»^{۲۶}

نگارنده بر این اعتقاد است که در حقوق ایران نیز، معاملات باطل، قابل ابطال و قابل فسخ مطروحه در قوانین خاص ورشکستگی، معاملاتی هستند که به موجب سایر قوانین صحیح می باشند خدشه ای به آنها وارد نیست و یا اینکه حداقل اگر موضوع حکم مقنن قرار گرفته اند از حکم متفاوتی برخوردارند، ولی در شرایط و ضوابط خاص حقوق تجارت قابل فسخ و ابطال می باشند.

از دید راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال پیش‌بینی امکان ابطال معاملات تاجر ورشکسته، از این نظر ضروری است که، از آنجا که دادرسی های ورشکستگی

(بازسازی و تصفیه) می توانند مدت زمان طولانی بعد از آگاهی بدهکار از وقوع صد درصد ورشکستگی خود، صورت بگیرند، لذا بدهکار بدون سوء نیت که هنوز از مداخله در اموالش و نیز انجام معامله ممنوع نشده است، می تواند دست به اقداماتی از قبیل پنهان نمودن دارایی ها از بستانکاران، برعهده گرفتن دیون ساختگی، بخشش و هبه به بستگان و دوستان یا پرداخت به بستانکاران خاص و نادیده گرفتن سایرین بزند.^{۲۷}

نکته مشترک بین موارد قابلیت بطلان و فسخ معامله در آنجاست که، برای اثر بخشی حقوقی طبق هر دو دیدگاه باید به نهادی به نام دادگاه مراجعه کرد و این دادگاه است که با بررسی اوضاع و احوال حکم نهایی را اعلام می دارد، یا دعوی متقاضی را تایید می کند و یا رد می نماید، تنها تفاوت و شاید اساسی ترین تفاوت بین این دو را می توان اثر تایید مدعی ابطال یا فسخ دانست، در حقوق ایران همانگونه که میدانیم اثر فسخ با بطلان بسیار متفاوت است و این تفاوت را باید در احکام قانون مدنی جستجو کرد هر جا که قانونگذار بر اساس اوضاع و شرایط معامله ای را محکوم به بطلان یا قابل بطلان تشخیص داده است، نسبت به حکم معامله ای که در آن مدعی می تواند به فسخ معامله ادعایی داشته باشد، سختگیری بیشتری نشان داده است، یعنی با حکم بطلان راه را برای تنفیذ معامله بسته است و در یک کلام معامله را محکوم به مرگ دانسته، ولی در جایی که معامله را با الحاق و پیوستن شرایط تازه ای قابل تنفیذ می داند حکم به قابلیت فسخ یا تنفیذ معامله می دهد.

۳. تشریح مسایل مربوط به اعمال بعد از توقف

تاریخ توقف معمولاً قبل از تاریخ صدور حکم ورشکستگی است چون تا بازرگان متوقف نشود، نمی توان دادخواست حکم ورشکستگی را به دادگاه ارائه داد. تاریخ توقف در مدت تصفیه ممکن است چندین بار تغییر یابد و نفع طلبکاران ورشکسته

در این است که این تاریخ تا آنجا که امکان دارد جلوتر تعیین شود تا ابطال معاملات بیشتری را که به زیان آنها منعقد شده درخواست نمایند.

«حقوق دانان فاصله بین تاریخ توقف تاجر تا زمان صدور حکم ورشکستگی را، با توجه به اینکه به اعمال تاجر ورشکسته در این دوره با سؤزن نگریسته می شود، (دوران مشکوک)^{۲۸} نامگذاری کرده اند که در حقوق فرانسه این دوره، مدت شش ماه قبل از تاریخ صدور حکم ورشکستگی در نظر گرفته شده است ولی در حقوق ایران با توجه به ماده ۴۲۳ قانون تجارت دوران مشکوک محدودیتی ندارد، حتی در پرونده ها دیده شده که دادگاه تاریخ توقف را حدود ده سال قبل از تاریخ صدور حکم تعیین نموده است که این امر بر خلاف منطق قضایی بوده و به ثبات معاملات بین افراد با تاجر و شرکت ها تجارتي لطمه شدیدی وارد می سازد.»^{۲۹}

نکته حائز اهمیت درباره تفاوت بین حقوق ایران و راهنمای قانون گذاری آنسیترال که قبل از شروع بحث اصلی ذکر آن ضروری است، و آن هم تقسیم بندی ادوار توقف در این دو دیدگاه میباشد، قانون ایران با تقسیم بندی کلاسیک خود دوران توقف را به سه دوره قبل از توقف بعد از توقف (دوران مشکوک) و پس از صدور حکم ورشکستگی معرفی کرده است، ولی آنسیترال این دوران را به دو دوره تقسیم کرده، دوران قبل از توقف و بعد از توقف، یعنی دوره پس از شروع دادرسی تا صدور ورشکستگی را شامل همان دوران توقف می داند و دلیل آن هم این است که رویکرد راهنمای قانون گذاری آنسیترال در مورد اعمال و اقدامات متوقف در اینباره یکسان است و نیازی به توصیه نامه های جداگانه در این مورد ندیده است، هر چند این حکم از قانون ورشکستگی فرا ملی استنباط می گردد.^{۳۰} ولی از آنجا که راهنمای قانون گذاری آنسیترال در خصوص ورشکستگی ضمیمه این قانون شده است باید احکام مربوط به آن قانون را در مورد راهنما نیز مجری بدانیم زیرا راهنما در هیچ بندی به تقسیم بندی دوران توقف نپرداخته است و گویی مراد و مقصود اصلی شرح حال ورشکستگی بدون تقسیم بندی کلاسیک در قالب یک خط مستقیم بوده است.

۳-۱. صلح، هبه، نقل و انتقال بلاعوض

از تاریخ توقف، تاجری که وضع مختل اقتصادی خود را درک می کند باید از انجام تمام معاملاتی که به زیان طلبکاران می باشد خودداری نماید در غیراینصورت سوء نیت او ثابت است. از این جهت کلیه معاملاتی که تاجر در این دوره به زیان بستانکاران منعقد کند بر اساس بندهای سه گانه ماده ۴۲۳ قانون تجارت باطل و بلااثر خواهد بود.

بنداول ماده مذکور در مورد معاملات باطل تاجر مقرر می دارد؛

«۱- هر صلح محاباتی یا هبه و بطور کلی هر نقل و انتقال بلاعوض اعم از اینکه راجع به منقول یا غیرمنقول باشد.»

بر طبق نگرش راهنمای قانونگذاری آنسیترال قوانین ورشکستگی تعدادی از کشورها (مانند ایران) به این سمت گرایش پیدا کرده اند که انواع دیگر از معاملات و اقدامات را در قلمرو معاملات باطل یا قابل ابطال بگنجانند، برای نمونه می توان به معاملات ترجیحی و زیر قیمت و... اشاره کرد.

در هر صورت معاملات و اقدامات دیگری نیز ممکن است توسط ورشکسته در جهت به تاخیر انداختن و پرداخت نکردن به بستانکاران انجام گیرد که باید توسط قانونگذار شناسایی و ممنوع اعلام گردد؛ برای مثال اعمالی همچون هبه و هدیه دادن و اعطاء و پرداخت ویژه و فوق العاده به برخی بستانکاران باشد، با این تفسیر از نقطه نظر راهنمای قانونگذاری آنسیترال اگر معاملات و اقدامات مطروحه در محدوده ۳ ماه یا ۶ ماه (بسته به رویکرد قوانین) قبل از شروع پروسه دادرسی ورشکستگی نیز صورت گرفته باشد، همگی آنها قابل ابطال می باشند،^{۳۱} هر چند که مشابه چنین مواعیدی در قانون ایران ذکر نشده است، و طرح آن به نظر ضروری است.

اعمال دیگر ورشکسته نیز به همین گونه قابلیت ابطال را دارند، اگر زمان انعقاد آنها مدیون متوقف (ورشکسته) شده باشد، اگر معاملات بگونه ناعادلانه و بدون تعادل ارزش عوضین و یا ترجیح ناموجه گروه خاصی از بستانکاران منعقد شده و

نیز اینکه طرف معامله از وضعیت خاص مدیون مطلع باشد و به طور کلی مشابه این قبیل معاملات قابلیت طرح دعوی ابطال را دارا هستند.^{۳۲}

با نگاه کلاسیک به موضوع ورشکستگی، در خصوص تقسیم بندی‌های دوران توقف در حقوق ایران توسط قانون تجارت و نیز تالیفات متعدد حقوق‌دانان، باید به صراحت گفت "راهنمای حقوق ورشکستگی آنسیترال" تمایلی به این نوع تقسیم بندی‌ها از خود نشان نداده است بلکه مجموع نظراتش بیان کننده‌ی یک روند سینوسی از اوضاع احوالی که ممکن است در این پروسه پیچیده رخ دهد را در غالب یک متن سیال و شناور بیان و پیشنهادات خود را عرضه نموده است، از این روی نمی‌توان به یقین گفت که هدف آنسیترال از بیان موضوع X درباره وضعیت Y فقط مختص همان یک وضعیت است به بیان ساده اگر آنسیترال در خصوص معامله با هدف نابودی و پنهان کردن مال، مواردی را ذکر کرده است به هیچ وجه نمی‌توان این ادعا را مطرح نمود که این نوع معاملات درباره وضعیت و معاملات قبل از توقف مدیون متوقف وضع و بیان شده است (مگر موارد خاصی که صراحتاً راهنمای قانونگذاری آنسیترال به آن دوران تسری داده باشد).

تبادل ارزش عوضین، در هر دو دیدگاه مورد توجه می‌باشد، به عنوان مثال، چنانچه تاجر ورشکسته یا تاجری که می‌داند در معرض ورشکستگی قرار دارد، از اموال بجا مانده هبه‌ای پرداخت کند و یا معامله‌ای منعقد نماید که ارزش عرفی عوضین در آن رعایت نشده باشد (صلح محاباتی)، آن معاملات را باطل می‌دانند (موضوع ماده ۴۲۳ (ق.ت.)). به موجب نکته ۱۷۵ راهنمای قانونگذاری آنسیترال نیز، عدم رعایت ارزش عوضین با رجوع به استانداردهایی مانند «ارزش معقول یا عرفی غالب در زمان وقوع معامله» احراز می‌شود که بر مبنای مدارک کارشناسی مناسب، در اختیار دادگاه قرار داده می‌شود. البته باید توجه شود که معاملات به شرطی باطلند که در دوره زمانی خاصی (دوره مشکوک) رخ داده باشند. در معاملات دوره قبل از توقف، معاملات با حسن نیت مصون از تعرض باقی مانده‌اند، در حالیکه گاه رعایت حقوق بدهکار و جامعه و حفظ توازن ایجاب می‌نماید که این معاملات نیز مورد توجه قرار گیرند.^{۳۳}

این نتیجه گیری از این جهت شکل می گیرد که آنسیترال سعی در احصا ندارد و با تفسیر موسع هر گونه معامله ای که فرضا ماهیت هبه یا در غالب صلح (مورد اخیر در راهنما مصادق عینی ندارد ولی از جمله مصادیق مشمول حکم می باشد) و یا بطور کلی هر نقل و انتقال بلاعوضی که در نهایت همان معنای بخشش مال، هدیه دادن، صلح کردن و... را داشته باشد، ولی بر خلاف ظاهر فریبنده و نیکوکارانه اش هدفی جزء تضعیف حقوق بستانکاران نداشته باشد، محکوم به ابطال می داند، بر خلاف حقوق ایران که این معاملات را از همان ابتدا باطل فرض کرده است.

۲-۳. پرداخت به بستانکاران خاص و تادیه هر نوع قرض

«تادیه هر قرض اعم از حال یا مؤجل به هر وسیله که به عمل آمده باشد.»
در دوران توقف، تاجر باید از پرداخت بدهی ها خودداری کند تا وضع دارایی او معلوم شده و به نسبت بین طلبکاران تقسیم شود و اگر طلب بعضی از طلبکاران را تماما پرداخت نماید، اصل تساوی بین طلبکاران را رعایت نکرده است و چون دارایی تاجر پرداخت کلیه قروض او را کفایت نمی کند، حق طلبکارانی که کلیه طلب خود را دریافت نمی کنند تضییع می گردد.
در حقوق عام به موجب ماده ۲۱۸ اصلاحی قانونی مدنی، معامله به قصد فرار از دین در صورت صوری بودن باطل است و مقررات ماده مزبور شخص را ملزم به بازپرداخت آنچه دریافت کرده است، می نماید. چون چنین شخصی منتقل^۳ اله تلقی نمی شود، چیزی را دریافت نموده که مستحق دریافت آن نبوده است. طلبکاران دیگر نمی توانند چنین پرداختی را باطل تلقی کنند، حتی اگر به لحاظ معسر بودن بدهکار، از دارایی بدهکار چیزی برای آنان باقی نماند^۴. اما همانطوری که گفته شد مطابق بند دوم ماده ۴۲۳ (ق.ت) تادیه دیون در زمان توقف باطل و بلااثر است و چون تادیه دین به بعضی از طلبکاران موجب ترجیح آنها نسبت به طلبکاران دیگر می شود و این با اصل تساوی حقوق طلبکاران منافات داشته و سبب اضرار آنها می شود.

عبارت بند دوم ماده ۴۲۳ قانون تجارت عام بوده و تصور هر نوع استثنایی را غیر مقدور می سازد. لذا کلیه قروض ورشکسته اعم از اینکه حال باشند یا مؤجل و عادی باشند یا موثق و مربوط به معاملات تجاری باشند یا غیرتجاری، مشمول حکم بطلان خواهند بود، و نیز این حکم بر مبنای بازه‌ی زمانی حدوث توقف تا صدور حکم ورشکستگی می باشد بنابراین دیونی که پیش از توقف تادیه شده اند از تعرض مصون می مانند^{۳۵}؛ تفسیری که هر چند با منطبق حقوقی سازگار است ولی نباید از تادیه دیون قبل از دوره متصل و نزدیک به توقف (به زعم راهنمای آنسیترا دوره ۳ ماهه) غافل شد، چه بسا اعمال و اقدامات ورشکسته در دوران قبل از توقف دلیل اصلی ایجاد وضعیت توقف بوده باشد، با این تفسیر شایسته است به دوره قبل از توقف با نگرش دقیقتری نگریسته شود.

عبارت «به هروسیله» در بند دوم ماده ۴۲۳ قانون تجارت نشان می دهد که شکل پرداخت نیز مهم نمی باشد و تاجر قرض خود را چه نقدا، چه به وسیله حواله یا برات، سفته، چک و یا سایر اسناد و اوراق بهادار و یا به وسیله تبدیل تعهد و انتقال طلب پرداخت نماید، شامل همین حکم می شود.

این دسته از معاملات در راهنمای آنسیترا تحت عنوان معاملات ترجیحی ذکر شده اند، و برای اینکه در معرض ابطال قرار بگیرند باید دارای ویژگی های زیر باشند:

- الف) معامله ظرف دوره مشکوک رخ داده باشد؛ (همانند حقوق ایران)
- ب) پرداخت به یکی از بستانکاران، با توجه به طلب وی اما به صورت ترجیح نامرجح و فوق العاده به نسبت دیگر بستانکاران؛
- ج) بستانکاری که طرف معامله با تاجر است به نسبت سایر بستانکاران تاجر که با او در موقعیت مشابهی (از حیث با وثیقه یا بی وثیقه بودن، دارندگان حق رجحان و ...) قرار دارند، درصد بیشتری از مطالبات خود را از دارایی بدهکار، دریافت نمایند.^{۳۶}

راهنمای قانونگذاری آنسیترا ضمن این که نمونه هایی از این نوع معاملات را در پاراگراف ۱۷۸ خود آورده است (بطور مثال، دلیل ابطال این معاملات را نقض

اصل تساوی بین بستانکارانی که در شرایط یکسان هستند، می داند)، لازم به یادآوری است که این اصل در حقوق تجارت ایران نیز، از اهداف اساسی وضع مقررات ورشکستگی به حساب می آید که بطلان معاملات تاجر ورشکسته را مشروعیت بخشیده است. البته آنسیترال، کلیه معاملاتی را که در این ۳ گروه قرار می گیرند قابل ابطال به شمار نیاورده، بلکه به لحاظ رعایت تعادل و توازن بین منافع بستانکاران و تاجر ورشکسته، استثنائاتی را نیز در نظر گرفته است. پاراگراف ۱۸۵ راهنمای قانون گذاری آنسیترال، تحت عنوان «معاملاتی مستثنی شده از اقدامات ابطال»، انواع خاصی از معاملات را به حال بستانکاران و تاجر ورشکسته مفید دانسته است و تنها موردی است که راهنمای آنسیترال نظر به صحت آن معاملات داده است، از جمله آنها می توان از معاملات ضروری برای عملکرد بازارهای مالی (مشابه نظری که در حقوق ایران اقدامات تاجر برای حفظ حیات تجاری را از اقدامات و معاملات باطل مستثنی کرده بود)^{۳۷} مانند حراج و تصفیه ضمانت ها نام برد، منتها تفاوت آن با حقوق ایران در این است که از موارد مستثنی به صراحت نام برده شده است بر خلاف منش حقوقی ما که به طور تقریباً سلیقه ای و خارج از قانون برخی معاملات را مستثنی از ابطال یا فسخ می داند، که این امر ممکن است مورد سوء استفاده متخلفین قرار گیرد^{۳۸}.

۳-۳. مقید نمودن اموال متوقف

مطابق بند ۳ ماده ۴۲۳ (ق.ت) هر معامله که مالی از اموال منقول یا غیر منقول تاجر را مقید نماید و به ضرر بستانکاران تمام شود، باطل و بی اثر است. البته ایرادی در قسمت اخیر این بند وارد است، این که بطلان مقید کردن اموال تاجر به شرط ورود ضرر به بستانکاران قید شده است، و به نظر این قید ممکن است مورد سوء استفاده قرار گیرد یعنی اگر در اثر مقید کردن مال ورود ضرر و شناسایی ضرر موضوعیت پیدا نکند ابطال معامله می تواند غیر ممکن شود و در نهایت موجبات ورود ضرر به بستانکاران فراهم گردد، هر چند تفاسیر در این زمینه متفاوت است و ممکن است چنین استنباطی از قسمت اخیر این بند حاصل نشود

و این قید را تاکید قانونگذار تلقی کنند. ولی به نظر هنوز این قید اضافی تلقی می شود، اگر در توجیه این قید چنین گفته شود که، منظور از عدم ورود ضرر مقید کردن اموالی مانند مستثنیات دین است که تاجر حق تصرف را در آنها دارد و این اموال را اگر تاجر متوقف به رهن یا هر عمل دیگری که باعث خروج مشروط یا کلی مال از دارایی های وی شود، می باشد^{۳۹}، باید در جواب گفت، هر چند توجیه منطقی و قانونی به نظر می رسد ولی شرایط و قواعد مستثنیات دین را مواد ۵۲۳ تا ۵۲۷ قانون آئین دادرسی مدنی به وضوح توضیح داده اند و این تفسیر به نظر کاملاً نمی تواند قید به "ضرر طلبکاران" را در این مورد توجیه کند و همچنان باید به اضافی و مضر بودن این قید اصرار ورزید؛ با توجه به فحوا و محتوای راهنمای آنسیترال می توان گفت که راهنما نیز صرف مقید کردن اموال را کافی برای قابل ابطال دانستن آن اقدام ورشکسته می داند و در هیچ جا قید ورود ضرر به بستانکاران مشاهده نمی شود، این نتیجه گیری از تفسیر پاراگراف ۱۷۲ راهنمای قانون گذاری آنسیترال و نیز مفهوم مخالف "معاملات مستثنی از ابطال" متبادر می گردد، و بطور خلاصه هر عمل و اقدام ورشکسته (متوقف) که اموال وی را از دسترس طلبکاران خارج، پنهان و... نماید را می توان مشمول همین قاعده مقید کردن اموال دانست که قابلیت ابطال بر این اعمال و اقدامات از منظر راهنمای قانون گذاری آنسیترال متصور می باشد.

"راهنمای قانون گذاری آنسیترال با پرهیز از احصا نمودن معاملات قابل ابطال، اعمال و اقداماتی را که به نقض اهداف از پیش تعیین شده در یک دادرسی عادلانه ی ورشکستگی می انجامند شرح داده و تمامی اقدامات مخرب به حال بستانکاران را قابل ابطال دانسته است. منظور آنسیترال از مفهوم «معامله»، طیف وسیعی از اعمال قانونی است که می توان توسط آنها دارایی ها را به هر نحو ممکن از دسترس بستانکاران خارج نمود^{۴۰} بنابراین راهنمای قانون گذاری آنسیترال، معامله را اعم از عقود و ایقاعات در نظر گرفته و نخواست به مترادف نمودن عنوان معامله با «قرارداد»، زمینه سوء استفاده اشخاص را فراهم گرداند تا به راحتی با انجام اعمال حقوقی یکطرفه (ایقاعات)، که مسلماً خارج از شمول مفهوم قرارداد

هستند، ضمن نقض اصول اساسی وضع قوانین ورشکستگی، مضرترین اعمال حقوقی را انجام داده و صرفاً به لحاظ اینکه تحت عنوان معامله جای نمی‌گیرد، از ابطال مصون بماند. اصلی‌ترین هدف از طراحی مفاد مربوط به ابطال معاملات، حمایت از منافع جمعی بستانکاران (که ممکن است با معاملات و اقدامات متوقف و با مقید شدن اموال وی حقوق آنها تضییع گردد) و رعایت اصل تساوی و برخورد منصفانه میان بستانکاران است.^{۴۱}

بند ۳ ماده ۴۲۳ (ق.ت) از بند ۳ ماده ۴۴۶ (ق.ت) سابق فرانسه اقتباس شده است که مقرر می‌داشت "هر گونه رهن بر مال غیر منقول به نحو قراردادی یا قضایی و هر حق رهن بر مال منقول یا غیر منقول مدیون به دین ذمه ای مقدم، قابل ابطال در جهت منافع هیات غرمایی می‌باشد".

سوالی که مطرح است این است که منظور قانون‌گذار از کلمه "مقید" در بند سوم ماده ۴۲۳ (ق.ت) چیست؟

شایسته است، به بیان چند دیدگاه مختلف در این باره بپردازیم: نظریه‌ی که به موجب آن کلمه مقید شامل هر دو قید دائمی مثل بیع و قید موقتی مثل رهن می‌شود، مردود است بدین سبب که: اولاً: از نظر ادبی مقید بودن مال به شرط بقای مالکیت مال ممکن خواهد بود، و عقد بیع طبیعتاً فارغ از این مورد می‌باشد؛ ثانیاً: این متن قانونی ترجمه ای از فراز سوم ماده ۴۴۶ (ق.ت) سابق فرانسه است که به هیچ وجه ظهور در چنین معنایی ندارد.^{۴۲}

بر مبنای دیدگاه دیگری که اعتقاد دارد، منظور از قید مال، انتقال مالکیت آن نیست، بلکه بقای مالکیت مالک (تاجر) و ایجاد حق نسبت به مال برای شخص ثالث است که آزادی مطلق انتقال عین آن را از مالک سلب می‌کند و الا اگر مال منتقل شده باشد، اعاده آن دیگر ممکن نیست.^{۴۳}

دیدگاه اخیر دارای مخالفانی است که معتقدند، مقید کردن مال در حقوق ایران به تعبیر بند ۳ ماده ۴۲۳ (ق.ت) را بطور مثال می‌توان در عقد رهن توضیح و توصیف نمود، با این بیان که، عقد رهن عقدی است که نسبت به مال مرهونه حق

عینی تبعی ایجاد نموده است و اثر این عقد آن است که طلبکار برای وصول طلب خویش از محل فروش مال مرهونه نسبت به سایر طلبکاران حق تقدم میابد، به نظر می رسد که می توان از عقود مانند، اجاره به شرط تملیک و یا معاملات با حق استرداد نیز همین نتیجه را گرفت، با این تفسیر چنین معاملاتی نیز مشمول حکم بطلان قرار می گیرد.^{۴۴}

۳-۴. بر عهده گرفتن دیون ساختگی و معاملات صوری و مسبوق به تبانی

در خصوص ماده ۴۲۶ (ق.ت) قبلا مطالبی عنوان گردید، باری برای تکمیل این بحث ذکر این مطلب نیز به نظر شایسته می رسد، از آنجایی که تاجر در این دوره بر خلاف دوران قبل از توقف در حقوق ایران از نظر آزادی و تسلط و حاکمیت بر اموال خود و انجام معاملات در تنگنای قانون و مقررات قرار دارد و هر گونه اقدام و معامله ای که کوچکترین حس سوء ظن قانونگذار و همچنین طلبکاران را تحریک نماید، محکوم به ابطال میگردد، از این روی به طریق اولی اگر تاجر متوقف در این دوره معاملاتی همسو و همجهت معاملات صوری انجام دهد علاوه بر اینکه طبق ماده ۴۲۶ (ق.ت) این معامله و ملحقات به آن محکوم به ابطال هستند، و نیز اگر شرایط مطروحه در ماده ۵۴۹ (ق.ت) محقق شود تاجر ورشکسته به تقلب اعلام می گردد و تبعات سوء و ناهنجار این حکم دامنگیر وی می شود.

در خصوص معاملات صوری در راهنمای قانون گذاری آنسیترال موارد متعددی وجود دارد از جمله:

"پاراگراف ۱۷۲ راهنما در بند a بیان می دارد که اگر مابین متعاملین رابطه خویشاوندی وجود داشته باشد در جایی که طرف معامله مستقیما وارد مذاکره شود، و یا بوسیله شخص ثالثی (به جهت قانونی جلوه دادن و موجه ساختن معامله البته به طور صوری وارد معامله شده است) با یکی از خویشاوندان خود معامله صوری برای به تاخیر انداختن و اضرار به طلبکاران نماید، آن معامله قابل ابطال خواهد بود.

در ادامه همان پاراگراف در بند f از وارد شدن طرف معامله صوری (شخصی که اصلاً وجود خارجی ندارد) بمنظور پنهان کردن اموال در قالب یک معامله صوری مطالبی را ذکر کرده است، و در صورت اثبات این واقعه آن معاملات قابل ابطال خواهند بود.^{۴۵}

در خصوص معاملات صوری بطور اخص برجسته ترین مورد را می توان عنوان معامله با خویشاوندان و نزدیکان معرفی نمود، که معیار مربوط به بطلان معاملات در آن رابطه بین بدهکار و طرف مقابل است. مصداق عینی این قبیل معاملات، معامله با نزدیکان و اعضای خانواده می باشد. قوانین ورشکستگی که اغلب با ارائه قواعد سختگیرانه مدعی ابطال را در اثبات ادعای خود دچار مشقت میکنند، به ویژه با توجه به طول دوره مشکوک و رسیدگی به هر گونه ادعایی مبنی بر معامله با نزدیکان، به منظور تسهیل رسیدگی بهتر و معافیت مدعی ابطال از اثبات فرض ورشکستگی، شایسته است که تنها به اثبات این امر منتهی شود که مدیون متوقف در زمان معامله با نزدیکان دچار وضعیت توقف (ورشکستگی) بوده است. این روش سختگیرانه شاید از این رو موجه به نظر می رسد که توجیه کننده نظریه ای است که نگهداری و حراست از اموال ورشکسته را بدلیل گرایش اکثر بستانکاران به خارج کردن اموال متوقف در جهت پرداخت بدهی هایشان تشخیص می دهد، و به نظر چنین برخوردی به نفع منافع جمعی بستانکاران است، هر چند که این قواعد نیز نیاز به تعدیل دارند.^{۴۶}

نزدیکان یا افراد مرتبط به طور کلی با مدیون در قوانین کشورهای مختلف متفاوت است، اکثر نگرشهای قضایی این افراد را به همکار و شریک و یا خویشاوندان و اقوام مدیون دسته بندی کرده اند، نگرش راهنمای قانون گذاری آنسیترال کلی و مصداقی است و همیشه به طور تجویزی برخورد نمی کند، بلکه در صدد پیشنهاد یک روش بدون تحمیل آن می باشد، و در مقابل یک تعریف جامع فقط شامل خود مدیون نمی شود بلکه بطور گسترده به تمام کارمندان و همکاران و همچنین ضامنین و هر شخص دیگری که در رابطه تجاری با مدیون باشد را نیز شامل می شود.^{۴۷}

از این روی راهنما ارتباط خویشاوندی و نزدیکی را این گونه تعریف کرده "هر رابطه‌ای که از طریق خون یا ازدواج بوجود بیاید، و حتی در برخی قوانین به افرادی که هم خانه مدیون هستند، کسانی که امین یا متولی مدیون هستند، یا کسانی که ذینفع مدیون میباشند (در مسایل مربوط به تجارت) نیز بطور عادی افراد مرتبط و وابسته تلقی میشوند."^{۴۸}

۳-۵. مقایسه بین قابلیت فسخ، بطلان و صحت معاملات

اگر چه معامله باطل از اساس و ریشه باطل است و اصولاً به وجود نیامده تا بخواهد از میان برداشته شود ولی بدلیل اینکه در دنیای اعتبار و حقوق، وجود ظاهری دارد برای محو این ظاهر، حکم دادگاه مبنی بر ابطال ضروری است تا مدعی و ذینفع بطلان بتواند با استناد به آن حکم، منکر هر گونه اثر معامله گردد. مضافاً اینکه، خواه وضعیت حقوقی «قابل ابطال» را برای این معاملات در نظر بگیریم یا «باطل» را، در هر دو صورت باید برای ابطال معامله، دعوی بطلان مطرح گردد. زیرا در فرض اول، عدم اقامه ابطال، به منزله قبول و تنفیذ معامله است و در فرض دوم نیز، برای محو ظاهر صحیح معامله، صدور حکم ابطال مورد نیاز می باشد، ولی به نظر وضعیت قابل ابطال به مراتب سازگاری بیشتری با منافع طرفین دارد.

در حقوق ایران این چنین است که اگر معامله در طول دوران توقف به نفع بستانکاران باشد قابلیت صحت دارد، ولی راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال به طور ضمنی نظری را برگزیده که اگر معامله ای یا اقدامی را بستانکاران به نفع خود می دانند با عدم ابراز قابل بطلان بودن، آن معامله را به طور ضمنی تنفیذ نمایند. موضوع ذینفع اقامه دعوی بطلان را می توان این گونه بیان نمود:

در جایی که عقد، باطل است و مدعی می خواهد ثابت کند که هیچ قراردادی بسته نشده است هر ذینفعی می تواند به بطلان استناد کند و اعلام آن را از دادگاه بخواهد، که در اینصورت هر ذینفع می تواند قرارداد مخالف با قانون را مورد انتقاد قرار داده و بطلان آن را بخواهد ولی در جایی که هدف قانون‌گذاری حمایت از

نفع خاص اشخاص معین است حق ایراد به قرارداد، تنها به همان اشخاص تعلق دارد و دیگران نمی‌توانند برای ابطال عقد طرح دعوا کنند، یعنی بطلان نسبی است و قرارداد با اجازه اشخاصی که نفع آنها مطرح است تنفیذ می‌شود.^{۴۹}

در این رابطه می‌توان گفت که حق اقامه دعوی تابع طبیعت بطلان است یعنی هر گاه بطلان مطلق باشد، درخواست آن به همه اشخاص ذینفع تعلق دارد ولی جایی که نسبی است، تنها بعضی از اشخاص معین حق طرح دعوی دارند.^{۵۰} در این مورد می‌توان این نظریه را به رویکرد راهنمای قانونگذاری آنسیترال نیز تسری داد زیرا راهنمای قانونگذاری آنسیترال به طور کلی غالب معاملات و اقدامات ورشکسته که ذکر اکثریت آنها در مباحث پیشین گذشت را مشمول قاعده قابلیت ابطال می‌داند، یعنی نظریه بطلان نسبی را پذیرفته است، ولی در ادامه اگر معامله ای را در خارج از شمول طبقه بندی معرفی شده خویش تشخیص دهد یا حکم به فسخ و یا قابل فسخ بودن آن می‌دهد، با این تفسیر رویکرد راهنمای قانونگذاری آنسیترال را می‌توان بطلان نسبی و متقاضی ابطال را اشخاص درگیر (اعم از بستانکاران و مدیر تصفیه) در جریان دادرسی ورشکستگی دانست؛^{۵۱} این دیدگاه علاوه بر اینکه قابل دفاع است، می‌تواند روزنه‌ی خوبی برای قانون‌گذار ما در جهت گزینش آن باشد.

مطابق قواعد راهنمای قانونگذاری آنسیترال «ذینفع طرح دعوی» کسی است که حقوق، تعهدات یا منافعش تحت تأثیر دعوی ورشکستگی یا مسائل خاص آن باشد، از جمله بدهکار، مدیر تصفیه و بستانکار، بنابراین افرادی با منافع مرتبط یا پراکنده که تحت تأثیر دعوی ورشکستگی قرار می‌گیرند، مشمول تعریف ذینفع واقع نمی‌گردند.^{۵۲}

باید توجه داشت از آنجا که مبنای ابطال این معاملات حمایت از بستانکاران و جلوگیری از ورود ضرر به آنهاست و نه عدم رعایت شرایط اساسی صحت معاملات (موضوع ماده ۱۹۰ (ق.م.))، لذا این معامله از جانب طرف معامله با تاجر ورشکسته قطعی می‌باشد و وی نمی‌تواند به عنوان ذینفع اقامه دعوی نماید. این مطلب، خود دلیلی بر این مدعاست که معاملات مورد نظر، اساساً و به طور مطلق

باطل نیستند بلکه این بطلان نسبی است و به منظور حمایت از گروه خاصی در نظر گرفته شده است لذا باطل نمودن معاملات نباید در جهت نقض این هدف گام بردارد. این بدان معنی است که بطلان معاملاتی که در آن رعایت نفع بستانکاران شده باشد به طور مسلم در جهت نقض غایت تعیین شده برای وضع این ماده است؛ هر چند با رویکرد دو پهلویی مواجه میگردیم که آیا قانون ایران نسبت به معاملات بعد از توقف بطلان نسبی را پذیرفته یا بطلان مطلق؟، که البته پاسخ قاطعی بدست نمی آید، زیرا با توجه به نحوه نگارش ماده ۴۲۳ (ق.ت) که از واژه باطل و بلا اثر در مورد معاملات مطروحه سخن به میان آورده، ولی هر جا که نفع بستانکاران در بین باشد قایل به بطلان نسبی یا قابلیت تنفیذ می شود، محقق دچار سردرگمی می گردد. باری پسندیده است تکلیف و حکم به طور قاطع روشن شود، یا بطلان نسبی یا مطلق، زیرا دو تفسیر و تعبیر گوناگون همواره قابلیت سوء استفاده را فراهم می سازد.

در خصوص معاملات قابل فسخ در دوران مشکوک و پس از صدور حکم ورشکستگی در قانون ایران اشاره ای نشده است، در مورد معاملات پس از صدور حکم ورشکستگی با استناد به ماده ۴۱۸ (ق.ت) که مداخله ورشکسته را در تمامی اموال خود منع کرده است به طریق اولی باید قایل به بطلان مطلق هرگونه دخالت ورشکسته در امور مالی خود شده که راهنمای قانون گذاری آنسیترا نیز قایل به قابلیت ابطال و منع مداخله ورشکسته در امور مالی است؛^{۵۳} در خصوص دوران مشکوک، نگرش راهنمای قانون گذاری آنسیترا به این دوره کاملاً مشخص است (قابلیت ابطال) ولی در حقوق ایران با توجه به عدم صراحت قانون و تعابیر متفاوت حقوقدانان در این مورد (دوره مشکوک و پس از صدور حکم) آیا نظریه بطلان را باید پذیرفت یا عدم نفوذ، با توجه به رویه قضایی و نظر غالب در این مورد و رویکرد مصلحت گونه دکترین حقوق تجارت ما به قضیه ورشکستگی به نظر فرضیه عدم نفوذ با احقاق حقوق بستانکاران سازگاری بیشتری خواهد داشت، زیرا مرجع تصفیه به عنوان نماینده قانونی ورشکسته قادر خواهد بود که فقط اعمال مفید ورشکسته را تنفیذ نماید.^{۵۴}

به نظر نگارنده رویکرد مصلحت گونه و عدم تطابق بین تفسیر برخی از دکرترین حقوق تجارت در تضاد با نگرش کارشناسی شده و موجه راهنمای قانون گذاری آنسترال است، یعنی تفسیری که آنها از مواد ۴۱۸ و ۴۲۳ قانون تجارت به عمل می آورند بر خلاف نص صریح قانون است، زیرا در این دو ماده به صراحت از واژه باطل و در ماده ۴۲۳ قانون تجارت در تاکید موکد واژه بلا اثر نیز به واژه باطل اضافه شده است. نگرش عدم نفوذ و قابلیت فسخ دور از وجاهت قانونی است هر چند که با مصلحت سازگار می باشد ولی قانون و رویه قضایی را عملا با یکدیگر متضاد می نمایاند، و این تفسیر متضاد دور از شان قانون و قانون گذاری است، راه چاره به نظر اصلاح قانون همانند شیوه و نگرش راهنما در قابل ابطال دانستن آن معاملات است (زیرا در این حالت هم می توان قایل به بطلان معاملات شد و هم با مسکوت گذاشتن معامله سودمند به تنفیذ ضمنی آن مبادرت ورزید که در این حالت نظر حقوق دانان اخیر الذکر نیز تامین میگردد)، و یا در حالت فعلی تفسیر همسو با قانون تجارت در عمل دقیقتر به نظر می رسد، که در نهایت راهکار اصلاح قانون ضرورت بیشتری پیدا می کند.

غیر از معاملات مذکور در ماده ۴۲۳ و ۵۵۷ قانون تجارت و ۲۱۸ قانون مدنی و نظایر و مشابه این احکام در راهنما که ذکر آنها در مباحث قبل گذشت، دیگر معاملات ورشکسته در این دوران که تحت نظارت و با اجازه مدیر تصفیه یا نماینده ورشکستگی انجام می شود، بخصوص معاملاتی که برای مایحتاج زندگی خود و افراد تحت سرپرستی وی انجام می گیرد را باید حمل بر صحت نمود و صحیح دانست.

۴. نتیجه گیری

ورشکستگی از هم گسیختگی در وضعیت مالی تاجر است که با تثبیت حالت توقف به وقوع می پیوندد. تاثیر این وضعیت خاص بر ورشکسته، سلب اختیار وی بر دارایی و نیز قابلیت فسخ و ابطال معاملات و اقدامات منع شده در قوانین

تجاری می باشد. منع مداخله ورشکسته سرانجام تا موقع تصفیه ادامه خواهد داشت چه بسا در موارد خاص به تشخیص دادگاه ادامه دادرسی تا ختم تصفیه به مراتب مفیدتر از انعقاد قرارداد ارفاقی باشد؛^{۵۶} اگر اندکی فراتر به موضوع ورشکستگی دقت کنیم، در می یابیم بر طبق نگرشی که معتقد است موضوع ورشکستگی بین المللی باید به موجب یک قانون و تحت نظارت یک دادگاه و با صلاحیتی جهانی رسیدگی شود، دیدگاه "جهان شمولی مطلق" نامیده می شود^{۵۷} در این دیدگاه دادگاه رسیدگی کننده قوانین ملی خود را به منظور تشخیص بازسازی^{۵۸} (قرارداد ارفاقی) یا تصفیه و نیز تعیین حق تقدم ها و نحوه توزیع اموال میان طلبکاران، اعمال خواهد نمود.^{۵۹} اما در هر حال کلیه ی اموال بدهکار، در هر کجا که واقع شده باشد مشمول رسیدگی بوده و دادگاه کشورهایی که اموال بدهکار در حوزه ی آنها واقع شده است با در اختیار قرار دادن آن اموال، دادگاه رسیدگی کننده را قادر به اعمال جهانی صلاحیت خواهند نمود.^{۶۰} هر چند نحوه ی برخورد و نگرش قانون تجارت ایران با راهنمای قانون گذاری آنسیترال در موضوع این مقاله دارای تشابهات و تمایزات بسیاری است، ولی در نهایت رویکردها نسبت به یکدیگر بدلیل نو بودن نگرش راهنمای قانون گذاری آنسیترال و کهنه گی و منسوخ شدن ترجمه ی قانون تجارت فرانسه یا همان قانون تجارت فعلی ایران با توجه به پیچیدگی ها و تغییر سیاست گذاری های امروز دنیا در حوزه تجارت بسیار متفاوت است. مهمترین رکن اصلی ایجاد وضعیت توقف، کنترل دارایی ورشکسته و به طور اخص نظارت بر معاملات قبل از دوره توقف و نیز بعد از آن است. معاملات قبل از دوره توقف اگر از لحاظ شکلی و ماهوی دارای توجیه قانونی نباشند و فرضاً بمنظور اضرار به بستانکاران یا فرار از دین صورت گرفته باشند به لحاظ اینکه نزدیک به دوره ی توقف و متصل به آن است بر طبق قانون ایران قابلیت فسخ و بر طبق راهنمای قانون گذاری آنسیترال امکان ابطال را خواهند داشت، ولی معاملات با حسن نیت و قانونی از این گزند محفوظ هستند. معاملات بعد از دوره ی توقف تا صدور حکم ورشکستگی در قانون ایران تنها این تفاوت بارز را دارند که تاجر بعد از صدور حکم ورشکستگی از دخالت در امور مالی

خویش منع می‌گردد، در حالی که قواعد راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال با آغاز شروع جریان دادرسی حکم به منع مداخله‌ی ورشکسته می‌دهد، هر چند که هر دو نگرش در مورد اخیر دارای کاستی‌هایی هستند و آنچه را که منظور و هدف ذهنی خود پنداشته‌اند نتوانسته‌اند به صورت عینی و ملموس به شکل قانونی کارآمد پیاده کنند، با این وجود قانون تجارت ایران در حوزه‌ی ورشکستگی^{۶۰}، بمنظور همسویی با قوانین مترقی و به روز دنیای تجارت نیاز به اصلاح و بازبینی مجدد دارد، زیرا یک نظام ورشکستگی صحیح با فرض ثابت بودن سایر عوامل موثر در این زمینه، در نهایت باید موجب حصول یک نتیجه نهایی کارآمد گردد^{۶۱}، در حالی که اثر این خصیصه در قانون تجارت ما کمرنگ گشته و بهترین نمونه برای تحقق این هدف قوانین نمونه آنسیترال و ضمایم آن از جمله راهنمای حقوق ورشکستگی آنسیترال با توجه به گستردگی مطالب و آرایه‌ی پیشنهادات کارشناسی شده‌ای است، که با مطالعه و بررسی جهات گوناگون آنها می‌توان قوانین تجاری را به نحو شایانی بهبود و مورد تصویب قرار داد.

پی‌نوشت:

۱. راهنمای حقوق ورشکستگی آنسیترال، قانون نیست بلکه یک متن راهنما جهت الگو برداری است.
۲. UNCITRAL.
۳. کاویانی، کورش، حقوق ورشکستگی، چاپ اول، نشر میزان، تهران ۱۳۹۱، ص ۴۰؛ قائم مقام فراهانی، محمد حسین، ورشکستگی و تصفیه، چاپ اول، نشر میزان، تهران ۱۳۸۰، ص ۶؛ ۴۶. عبادی، محمدعلی، حقوق تجارت، چاپ شانزدهم، انتشارات کتابخانه گنج دانش، تهران ۱۳۷۹، ص ۳۲۴.
۴. تفرشی، محمدعیسی، [اثر حکم ورشکستگی نسبت به معاملات تاجر ورشکسته با توجه به اصول و مبانی قانون مدنی]، فصل نامه مدرس علوم انسانی، دوره دوم، شماره پنجم، دانشگاه تربیت مدرس، زمستان ۱۳۷۶، ص ۵۵.

۵. کیوان آذری، آذر، [وقفه در پرداخت دیون]، شماره ۱۹، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۵۵، ص ۱۲-۲۰.

۶. Legislative Guide on Insolvency Law, New York (2005), Pp.141-146

این متن در سال ۲۰۰۵ به قانون ورشکستگی فرامرزی ۱۹۹۷ اضافه گردید، بر خلاف تصور شایع مانند یک قانون مدون نیست که ماده و تبصره داشته باشد بلکه همان گونه که از اسم آن پیداست یک متن راهنما می باشد، جهت الگوبرداری کشورهای عضو و غیر عضو سازمان ملل متحد.

۷. Ibid, p.142.

۸. Ibid, p.142. Transactions intended to defeat, hinder or delay creditors involve the debtor transferring assets to any third party with the intention of putting them beyond the reach of creditors. The effect of such transactions will generally be to disadvantage all unsecured creditors. These transactions generally cannot be avoided automatically by reference to an objective test of a fixed period of time in which the transactions occurred because of the need to prove the intent of the debtor. That intent is rarely proven by direct evidence, but rather by identifying circumstances that are common to these types of transaction. Although differing between jurisdictions, there are a number of common indicators, including

9. Ibid, p.141.

10. Ibid, p. 141-142.

11 Ibid, p.9141-143

همانگونه که از مفاد راهنمای آنسیترال مشهود است صرف ورود ضرر عامل بسیار مناسب تری است در جهت ابطال معاملات تا میزان آن.

12. An important question in respect of these types of transaction is what constitutes a sufficient “undervalue” for the purposes of avoidance and how it can be determined. In many States, it is left to the courts to determine by reference to standards such as reasonable or market value prevailing at the time the transaction occurred on the basis of appropriate expert evidence. Where the relevant amounts in a transaction may not be certain, one approach to assist the court may be for the insolvency representative to provide the court with an estimated valuation of such amounts, which could be disputed upon the presentation of further evidence by the counterparty to the transaction. The court might also be given a power to specify a mode of determining the valuation rather than necessarily having to determine the value itself. Given the difficulties in proving undervalue, in some jurisdictions it may be easier to avoid a transaction on the grounds of preferential effect if it was entered into at a time when the debtor was unable to pay its due debts. Further, some laws presume less than fair, or no, consideration to be evidence of a transaction intended to defeat, hinder or delay creditors.

13. Ibid, p143.

14. Ibid, p.143. Some insolvency laws provide that these types of transaction will not be avoided if certain conditions are satisfied, such as that the beneficiary acted in good faith; that the transaction was for the purpose of carrying on the debtor’s

business; and that there were reasonable grounds for believing that the transaction would benefit the debtor's ordinary business.

۱۵. کاویانی، کوروش، پیشین، ص ۷۹.

۱۶. اسکینی، ربیعا، ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، چاپ یازدهم، نشر سمت، تهران ۱۳۸۷، ص ۷۱-۷۲؛ نظر مخالف، کاویانی، کوروش پیشین، ص ۸۰؛ به نظر می رسد دیدگاهی که به تساوی حقوق بستانکاران توجه دارد با قواعد راهنمای آنسیترا سازگاری بیشتری را داراست.

17.transactions subject to avoidance.

18.The relationship between the parties to the transaction, where a transaction took place directly with a related person or via a third party to a related person.

19.Some laws also specify circumstances or types of transaction where the requisite intent or bad faith is deemed, or may be presumed, to exist, for example, in the case of transactions involving related persons occurring within a specified period of time prior to the commencement of proceedings (discussed further below, paras. 182-184). Under other laws it may be sufficient for a transaction to be avoided if the debtor could, and therefore should, have realized that the effect, if not the intent, of a transaction would have been to disadvantage creditors and that the beneficiary could, and therefore should,

have realized that the debtor's action could produce that effect. Some laws also provide that certain transfers, such as conveyances of land, will be exempt from avoidance under this category of transactions if the transfer was bona fide for good value to a person who had no notice or was unaware of any intent to defraud creditors.

20. Ibid, p.142.

22. Voidable.

23. Types of transaction subject to avoidance;
Although variously defined, there are three broadly common types of avoidable transaction that are found in most legal systems and are used in the Legislative Guide as the basis for discussion. They are transactions intended to defeat, hinder or delay creditors from collecting their claims; transactions at undervalue; and transactions with certain creditors that could be regarded as preferential. Some transactions may have the characteristics of more than one of these different classes, depending upon the individual circumstances of each transaction. For example, transactions that appear to be preferential may be more in the character of transactions intended to defeat, hinder or delay creditors when the purpose of the transaction is to put assets beyond the reach of a creditor or potential creditor⁴² or to otherwise prejudice the interests of that creditor and the transaction occurs when the debtor will be unable to pay its debts as they become due or where they leave the debtor with insufficient assets to conduct its business. Similarly, transactions at an undervalue may also be preferential when they involve creditors, but not when they involve third parties. Where there is a clear intent to hinder, defeat or delay creditors, these transactions may fall into the first category of transactions. In cases such as these, the insolvency representative may be able to choose the category under which a particular transaction is to be avoided and thus take advantage of the variations in requirements of proof and suspect periods that

typically apply.

24. Ibid, p.138. Some laws adopt a two-tiered approach combining the short period within which all transactions are avoided and no defences are available to creditors, with a longer period in which certain additional elements have to be proven. The law may specify that a certain type of transaction occurring within, for example, a six-month period before commencement, is avoided without requiring the insolvency representative to show anything other than that it is a transaction as defined for the purposes of the legislation and that it occurred within the time limit.

25. Chan Ho, Conflict Of Law In Incolvency Transaction Avoidnace, Singapore Academy of Law Journal 343 (2008). P.2.

26. Ibid, Legislative Guide. p. 136.

27. Ibid, p. 135-139. by gifting of its assets or transferring or selling assets for less than their fair commercial value.

28. Suspect period.

۲۹. عرفانی، محمود، حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه)، چاپ سوم، نشر میزان، تهران

۱۳۸۴، ص ۱۳۵.

30. UNCITRAL Model Law On Croos-Border Incolvency. 1997 .Scope of application of the stay; Duration of application of the stay p.55.

31. Ibid, p .139. One insolvency law that adopts a combination of those elements provides, for example, that transactions such as gifts, granting of a security interest for existing debts and extraordinary payments (those which have not been made with the usual means of payment or before the due time) can be avoided where they are made within three months prior to commencement. Other transactions can be set aside if the debtor was insolvent at the time of the transaction, if the transaction was unfair or improper in relation to

a group of creditors and if the counterparty knew that the debtor was insolvent at the time the transaction occurred.

32.Ibid, p .139. A number of insolvency laws also combine these different approaches to address different types of transaction. For example, preferential transactions and undervalued transactions may be defined by reference to objective criteria, while transactions aimed at defeating or hindering creditors will be defined by reference to questions of the intent of both the debtor and the counterparty.

33.Ibid, p .143. An important question in respect of these types of transaction is what constitutes a sufficient “undervalue” for the purposes of avoidance and how it can be determined. In many States, it is left to the courts to determine by reference to standards such as reasonable or market value prevailing at the time the transaction occurred on the basis of appropriate expert evidence. Where the relevant amounts in a transaction may not be certain, one approach to assist the court may be for the insolvency representative to provide the court with an estimated valuation of such amounts, which could be disputed upon the presentation of further evidence by the counterparty to the transaction. The court might also be given a power to specify a mode of determining the valuation rather than necessarily having to determine the value itself. Given the difficulties in proving undervalue, in some jurisdictions it may be easier to avoid a transaction on the grounds of preferential effect if it was entered into at a time

when the debtor was unable to pay its due debts. Further, some laws presume less than fair, or no, consideration to be evidence of a transaction intended to defeat, hinder or delay creditors.

۳۴. اسکینی، ربیعا، پیشین، ص ۷۷.

۳۵. کاویانی، کوروش، پیشین، ص ۷۴.

36.Ibid, p .144. Preferential transactions may be subject to avoidance where: (a) the transaction took place within the specified suspect period; (b) the transaction involved a transfer to a creditor on account of a pre-existing debt; and (c) as a result of the transaction, the creditor received a larger percentage of its claim from the debtor's assets than other creditors of the same rank or class (in other words, a preference).

۳۷. کاویانی، کوروش، پیشین، ص ۶۵-۶۷.

38.Ibid, p .146. It may be desirable for an insolvency law to include specific exemptions from the operation of avoidance powers for certain types of transaction. Transactions essential to the functioning of financial markets, such as close-out netting of securities and derivative contracts (see chap. II below, paras. 208-215) are one example of transactions that should be exempted from the operation of avoidance provisions. Another example might be transactions that occur in the course of implementing a reorganization plan, where implementation of the plan fails and the proceedings are subsequently converted to liquidation.

۳۹. کاویانی، کورش، پیشین، ص ۷۷.

40.Ibid, p .135. "Transactions exempt from avoidance actions" p.146.

The use of the word "transaction" in this section is intended to refer generally to the wide range of legal acts by which assets may be disposed of or obligations incurred, including by way of transfer, payment, encumbrance, guarantee, loan or release, and may include a composite series of such transactions.

41.Ibid, p .136. upsetting the principle of equal sharing between creditors of the same rank (e.g. by payment of a debt to a particular unsecured creditor or granting a security interest to a creditor who is otherwise unsecured when other unsecured creditors remain unpaid and unsecured).

Many non-insolvency laws also address these types of transaction as being detrimental to creditors outside insolvency. In some cases, the insolvency representative will be able to use those non-insolvency laws in addition to the provisions of the insolvency law.

۴۲. انوری پور، محسن، ورشکستگی در حقوق ایران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۵، ص ۸۵

۴۳. اسکینی، ربیعا، پیشین، ص ۷۸.

۴۴. کاویانی، کورش، پیشین، ص ۷۶؛ صقری، محمد، حقوق بازرگانی و ورشکستگی،

چاپ اول، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران

46.Ibid, p .145-146. As noted above, one criterion relevant to avoidance of certain transactions is the relationship between the debtor and the counterparty. Where the

types of transaction subject to avoidance involve related persons (sometimes referred to as connected persons or insiders), insolvency laws often provide stricter rules, in particular with regard to the length of suspect periods and treatment of any claim by the related person (see chap. V, para. 48), as well as presumptions or shifted burdens of proof (see below, paras. 199-201) to facilitate avoidance proceedings and dispensing with requirements that the debtor was insolvent at the time of the transaction or was rendered insolvent as a result of the transaction. A stricter regime may be justified on the basis that these parties are more likely to be favoured and tend to have the earliest knowledge of when the debtor is, in fact, in financial difficulty.

47. Ibid, p. 146. Related persons are generally defined by varying levels of connection to the debtor. Most jurisdictions regard those with some form of corporate or family relationship with the debtor as related persons. The legislative approach taken is generally, but not always, prescriptive. With regard to those with some form of business association with the debtor, a narrow approach would focus on the directors or management of the debtor, while a wider definition may extend not only to those who have effective control of the debtor, but include all employees of the debtor and guarantors of the debts of any person with a business connection to the debtor. Similarly, a family relationship may be defined to include relatives by blood or marriage and even, in some laws, persons living in the same household as the debtor, as well as trustees of any

trust of which the debtor or a person connected with the debtor is a beneficiary.

Relatives of those who have a business association with the debtor are also commonly regarded as related persons. An important element in many jurisdictions is to include as related persons those who had a defined relationship with the debtor in the past or may have a defined relationship in the future.

48..Ibid, p .146.

۴۹.فخاری، [امیرحسین، تقریرات درس حقوق تجارت ۴]، دانشگاه امام صادق، ۱۳۷۱،

ص ۵۶؛ کاویانی، کورش، پیشین، ص ۸۰.

۵۰.کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ اول، انتشارات بهنشر،

تهران ۱۳۶۹، ص ۳۳۷؛ فخاری، پیشین، ص ۵۶-۵۷.

51.Ibid, p .147. In those laws where the transaction is voidable, the insolvency representative will be required to decide whether avoidance of the transaction will be beneficial to the estate, taking into account the elements of each category of avoidable transaction as well as possible delays in recovering either the assets involved or the value of the assets and the possible costs of litigation.

That discretion would generally be subject to the insolvency representative's obligation to maximize the value of the estate and, under some laws, it may be responsible for its failure to do so.

52.Ibid, p .6. Party in interest": any party whose rights, obligations or interests are affected by insolvency proceedings or particular matters in the insolvency

proceedings, including the debtor, the insolvency representative, a creditor, an equity holder, a creditor committee, a government authority or any other person so affected. It is not intended that persons with remote or diffuse interests affected by the insolvency proceedings would be considered to be a party in interes.

۵۳. اسکینی، ربیعا، پیشین، ص ۶۹.

۵۴. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، چاپ هشتم، نشر دادگستر، تهران ۱۳۸۷، ص

۱۹۳؛ تفرشی، محمد عیسی، پیشین، ص ۷۱؛ صقری، محمد، پیشین، ص ۲۰۳-۲۰۷.

55. Guzman, Andrew T. (2000). International Bankruptcy: in Defence of Universalism', Michigan Law Review. Vol. 98. P. 2223.

56. Goode, Roy, Herbert Kronke, Ewan McKenderick, Jeffrey Wool. (2007). Transnational Commercial Law: Text, Cases and Materials, Oxford University Press. P. 544. Lopucki, Lynn M. (The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy. Michigan Law Review, Vol. 98. (2000).

۵۷. Reorganization. مفهومی است که بیشترین شباهت را به قرارداد ارفاقی در حقوق ایران دارد، نگارنده مقاله ای با مضمون "مقایسه نهاد بازسازی در حقوق ایران و راهنمای حقوق ورشکستگی آنسیترال" مورد نگارش قرار داده است.

58. Lopucki, Lynn M. (1999). Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach. Cornell Law Reviw, Vol. 84. P. 705.

59. Bebhuk, Lucian Arye and Guzman, Andrew T. (1999). An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies. Journal of Law and Economics, Vol. 42. P. 782. 42.

۶۰. واژه BANKRUPTCY در گذشته بیشتر از واژه INSOLVENCY در ترجمه ورشکستگی مورد استناد قرار می گرفت، زیرا INSOLVENCY در ترجمه فارسی به اعسار اطلاق می شد، و این در حالی است که در حقوق کنونی مغرب زمین اعسار به معنای مسطحی که در حقوق ما به افراد غیر تاجر گفته می شود وجود ندارد، زیرا در قوانین غرب و همچنین متن راهنمای حقوق ورشکستگی آنسیترال INSOLVENCY هم برای تاجر و هم غیر تاجر مورد استناد قرار می گیرد، به عبارت دیگر تفکیک تاجر و غیر تاجر در حقوق کنونی دنیای مدرن منسوخ شده است.

۶۱. هرت، الیور، [رویکردهای مختلف به ورشکستگی]، ترجمه دکتر کورش کاویانی و شاهین شامی اقدم، شماره ۴۰ و ۴۱، فصلنامه دیدگاههای حقوقی، ۱۳۸۶، ۷۸.

۵. منابع - فارسی

۱. اسکینی، ربیعا، ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، چاپ یازدهم، نشر سمت، تهران ۱۳۸۷.
۲. انوری پور، محسن، ورشکستگی در حقوق ایران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۵.
۳. تفرشی، محمدعیسی، [اثر حکم ورشکستگی نسبت به معاملات تاجر ورشکسته با توجه به اصول و مبانی قانون مدنی]، فصل نامه مدرس علوم انسانی، دوره دوم، شماره پنجم، دانشگاه تربیت مدرس، زمستان ۱۳۷۶.
۴. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، چاپ هشتم، نشر دادگستر، تهران ۱۳۸۷.
۵. صقری، محمد، حقوق بازرگانی و ورشکستگی، چاپ اول، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران ۱۳۸۶.
۶. عبادی، محمدعلی، حقوق تجارت، چاپ شانزدهم، انتشارات کتابخانه گنج دانش، تهران ۱۳۷۹.
۷. عرفانی، محمود، حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه)، چاپ سوم، نشر میزان، تهران ۱۳۸۴.
۸. فنخاری، [امیرحسین، تفریرات درس حقوق تجارت ۴]، دانشگاه امام صادق، ۱۳۷۷.

۹. قائم مقام فراهانی، محمد حسین، ورشکستگی و تصفیه، چاپ اول، نشر میزان، تهران ۱۳۸۰.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ اول، انتشارات بهنشر، تهران ۱۳۶۹.
۱۱. کاویانی، کورش، حقوق ورشکستگی، چاپ اول، نشر میزان، تهران ۱۳۹۱.
۱۲. کیوان آذری، آذر، [وقفه در پرداخت دیون]، شماره ۱۹، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۵۵.
۱۳. هرت، الیور، [رویکردهای مختلف به ورشکستگی]، ترجمه دکتر کورش کاویانی و شاهین شامی اقدم، شماره ۴۰ و ۴۱، فصلنامه دیدگاههای حقوقی، ۱۳۸۶.

ب- خارجی (متون سازمان ملل)

1. Legislative Guide on Insolvency Law, New York (2005).
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004_Guide.html
2. UNCITRAL Model Law On Croos-Border Insolvency (1997)
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html

ج- کتاب

1. Goode, Roy, Herbert Kronke, Ewan McKenderick, Jeffrey Wool. Transnational Commercial Law: Text, Cases and Materials, Oxford University Press. (2007).

د- مقاله

1. Beבחuk, Lucian Arye and Guzman, Andrew T. An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies. Journal of Law and Economics, Vol.42. (1999).
2. Chan Ho , Conflict Of Law In Insolvency Transaction Avoidance , Singapore Academy of Law, Journal 343 .(2008).
3. Guzman, Andrew T. International Bankruptcy: in Defence of Universalism', Michigan Law Review. Vol. 98. (2000).
4. Lopucki, Lynn M. (The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy. Michigan Law Review, Vol. 98. (2000).
5. Lopucki, Lynn M. Cooperation in International Bankruptcy: A Post- Universalist Approach. Cornell Law Review, Vol. 84.(1999).