

قانون ماهوی حاکم بر ورشکستگی

نجدادعلی الماسی * - احسان شمس **

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۲/۳، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۱/۱۷)

چکیده

وجود یک عنصر ارتباط خارجی در یک قضیه ورشکستگی - از قبیل تابعیت متفاوت ورشکسته یا طلبکاران، وجود اموال ورشکسته در کشور دیگر، داشتن شعبه در کشور دیگر - باعث تشکیک در قانون حاکم بر ورشکستگی می‌شود؛ که خود قابل تقسیم به دو دسته است: دسته اول قانون شکلی حاکم بر دعوی ورشکستگی که شامل دادگاه صالح یا آیین دادرسی صالح است؛ و در دسته دوم، قانون ماهوی حاکم بر ورشکستگی که شامل قواعد ماهوی تشخیص تاجر، تشخیص توقف و ورشکستگی و غیره است. این پژوهش ناظر به قواعد حل تعارض دسته دوم است. در این باره، در متون مدون قانونی ما، نص راه‌گشایی وجود ندارد. در این پژوهش با توجه به سکوت قانونی و وجود قواعد حل تعارض در معاهدات بین‌المللی و استفاده از دکترین حقوقی، سعی در ارائه قاعده حل تعارضی شده که علاوه بر هماهنگی با نظام حقوقی ما، قابل ارائه و پذیرش در عرصه بین‌المللی باشد.

کلید واژگان: ورشکستگی، توقف، مرکز مهم امور، نظریه جهان‌شمولی، نظریه سرزمینی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

* استاد حقوق خصوصی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

almasi@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

ehsanshams@ut.ac.ir



مقدمه

در زمان برخورد با یک عنصر ارتباط خارجی در یک رابطه حقوقی، برای تحلیل و بررسی صحت آن رابطه حقوقی، به ناچار باید به قانون حاکم بر آن توجه نمود. قاعده حل تعارض، تشخیص این امر، یعنی تعیین قانون حاکم را بر عهده دارد. به این شکل که بدون آنکه خود مستقیماً به پاسخ موضوع پردازد، قواعد حاکم بر آن موضوع را مشخص می نماید و حل قضیه را به آن نظام حاکم ارجاع می کند. قواعد حل تعارض در مکان، در جایی مطرح می شود که رابطه حقوقی با توجه به وجود یک عنصر ارتباط در شمول و حوزه حقوق بین الملل خصوصی قرار گیرد. به بیان دیگر رابطه حقوقی میان اشخاص حقیقی و یا حقوقی حقوق خصوصی که به واسطه وجود یک یا چند عنصر ارتباط خارجی، وصف بین المللی یافته و دو یا چند نظام حقوقی مختلف را درگیر نموده است. البته باید توجه داشت که این عنصر ارتباط باید مؤثر باشد تا بتواند در این حوزه قرار گیرد.^۱ حال سؤال اینجاست که زمانی که یک عنصر ارتباط مؤثر خارجی در رابطه با یک ورشکستگی بوجود می آید، کدام نظام حقوقی بر قواعد ماهوی قضیه حاکم است؟ برای مثال اگر یک تاجر ایرانی که اقامتگاه و مرکز عملیات او در ایران است، دارای اموالی در دبی و هم چنین نمایندگی تجاری در پاریس و لندن باشد، در صورت توقف، قانون ماهوی حاکم بر ورشکستگی او کدام است؟ نظام دولت متبوع تاجر یا محل اقامتگاه او؟ مرکز مهم عملیات یا محل اموال؟ نظام حقوقی محل شعبه و نمایندگی تاجر یا محل اصلی و شعبه مادر؟ تاجر بودن یا متوقف بودن یا ورشکسته بودن بر چه معیار و قواعد کدام قانون تعیین می شود؟ طلبکاران بر اساس کدام نظام حقوقی تعیین تکلیف می شوند؟

در پاسخ به این پرسش ها، باید گفت که قانون ایران در این باره ساکت است. اما اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی ایرانی را مکلف به راه گشایی و فصل دعوی بوده و در فرض سکوت نیز باید با توجه به اصول کلی حقوق، ارائه طریق نماید. اما متأسفانه در این باره رویه

۱. جنیدی، لعیا، ۱۳۸۸، « قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی با تأکید بر ماده ۹۶۸ قانون مدنی»، بر منهج عدل، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، صص ۴۰۳ تا ۴۴۸.

قضایی نیز مجال ارائه راه حل نیافته است^۱ و اگر رأیی هم صادر شده، انتشار نیافته تا در بوته نقد و بررسی قرار گیرد. در نظام حقوقی ما بر خلاف سایر نظام های حقوقی، به علت عدم امکان دسترسی آزاد به آرای دادگاه ها و عدم انتشار اصولی آنها، از وجود این منبع حقوقی محروم مانده ایم. بنابراین باید با توجه به سایر منابع حقوقی - دکتترین حقوقی و بررسی تطبیقی رویکردهای مختلف نظام های حقوقی و اصول کلی حقوقی (گفتار اول) - راه حلی مطابق با روح کلی حقوقی قانون ایران ارائه داد (گفتار دوم). از سوی دیگر ورشکستگی دارای آثار و تبعاتی است، که جدای از آن دارای حیات حقوقی اند. از همین رو متفرعات ورشکستگی و قانون حاکم بر آنها نیز مدنظر قرار گرفته است (گفتار سوم).

گفتار اول: دکتترین حقوقی

عدم امکان پرداخت دیون در گذشته جرم محسوب شده و با شدیدترین وجه با مدیون متوقف، برخورد می گردید. به نحوی که به مصادره اموال او و حتی به فروش رساندن خود او و خانواده اش به عنوان برده منجر می شد. به نظر می رسد برای اولین بار شریعت اسلام با وضع قاعده افلاس سعی در برچیدن این نگرش غیرانسانی نمود. پس از آن نیز حقوق رومی بالاخص در شهرهای ایتالیا به سال ۱۴۹۸ نیز به سمت وضع قوانین ورشکستگی رفته اند، که شامل دو قاعده مهم بود: عدم تعقیب انفرادی طلبکاران و فروش کلی اموال مدیون به عنوان وثیقه عمومی طلبکاران^۲. سایر نظام های حقوقی نیز با پذیرش و وضع قواعد ورشکستگی و بسط آن، این رویکرد جدید را پذیرفتند، تا جایی که امروزه قواعد عمومی ورشکستگی، جزو نادر قواعد مشابه تمام نظام های حقوقی است. پس با توجه به مشابهت همه نظام های حقوقی در اصول کلی ورشکستگی، دکتترین جهانی نیز سهم سازنده در این باره داشته و به نوعی قواعد ورشکستگی را رهبری می نماید. از این حیث بررسی موضوع پژوهش در دکتترین و آرای حقوقدانان ضروری و راه گشاست. در رابطه با موضوع این پژوهش دو نظریه سنتی در میان حقوقدانان وجود دارد: نظریه سرزمینی یا چندگانگی (بند اول) و نظریه

۱. عرفانی، محمود، ۱۳۸۸، حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه اموال)، جلد چهارم، چاپ اول، تهران، نشر جنگل، ص ۱۸۳.

۲. اسکینی، ربیعا، ۱۳۹۲، حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه)، چاپ شانزدهم، تهران، نشر سمت، ص ۳.

وحدت یا جهان‌شمولی (بند دوم) که هر یک دارای معایب و محاسن خاص خود است. برای رهایی از این ایرادات نظرات جدیدتری تحت عنوان نظریه‌های مختلط (بند سوم) بوجود آمد که موضوع این گفتار را تشکیل می‌دهند.

بند اول: نظریه سرزمینی^۱

هر کشوری در بحث تعارض قوانین، سعی می‌کند نهایت منافع داخلی خود را فراهم کند و این اهتمام در قالب اجرای قانون خود و حاکم قرار دادن آن در روابط خصوصی بین‌المللی، به منصفه ظهور می‌رسد^۲. همین موضوع باعث محبوبیت این نظریه در میان کشورها شده است. بر اساس این نظر حاکمیت هر کشوری که مقداری از اموال ورشکسته، شعبه یا نمایندگی او در آنجا واقع و یا به نوعی با شخص ورشکسته در ارتباط باشد، صالح به تشخیص، رسیدگی و صدور حکم ورشکستگی بر اساس قوانین داخلی خود است^۳. با توجه به اینکه رسیدگی به ورشکستگی بر اساس قانون مقرر دادگاه^۴ صادر می‌شود، حکم ورشکستگی فقط ناظر به همان بخشی از اموال یا منافع و یا اموری است که تحت حاکمیت آن کشور قرار دارد. بنابراین به تعداد حاکمیت‌های درگیر با امر ورشکستگی، می‌توان صدور حکم ورشکستگی و قانون حاکم بر آن فرض نمود. از محاسن این نظریه تسریع در رسیدگی به امر ورشکستگی است. چرا که دادگاه هر نظام حقوقی به محض اطلاع، صالح به رسیدگی خواهد بود. هم‌چنین برای دادگاه هم این حسن را دارد که بدون رجوع به قوانین کشورهای دیگر بر اساس قوانین مقرر - که برای او مأنوس تر است - به امر ورشکستگی رسیدگی نموده و از تحقیق و تحلیل و اجرای قانون بیگانه معاف باشد. علاوه بر این در بردارنده امتیازاتی برای طلبکاران نیز هست. از جمله اینکه طلبکاران برای مطالبه

۱. Territorialism

۲. ابراهیمی، نصرالله، ۱۳۹۱، «صلاحیت دادگاه‌ها و تعیین آن در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران»، ارج‌نامه دکتر الماسی، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، صص ۱۷ تا ۵۲.

۳. صفری، محمد، ۱۳۸۸، حقوق بازرگانی (ورشکستگی)، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ص ۶۸۶.

4. lex fori



حق خود ناچار به عزیمت به خارج از کشور نیستند و هزینه‌های اجرایی آنان کمتر خواهد بود.

اما این نظریه با ایراداتی اساسی روبروست: اولاً نظر به قاعده وحدت دارایی برای اشخاص، به تبع امور ورشکستگی نیز، باید واحد باشد. یعنی هر شخص تنها یک دارایی دارد. پس صرفاً یک روند ورشکستگی و تصفیه می‌تواند وجود داشته باشد. بنابراین اگر دادگاهی حکم توقف تاجری را اعلان نمود، این وضعیت جدید حقوقی شامل تمام دارایی او - فارغ از مکان دارایی - می‌شود و نه صرفاً در حاکمیتی خاص. پذیرش نظریه سرزمینی، مستلزم پذیرش تعدد دارایی است، امری که نزد حقوقدانان مردود است. ثانیاً ممکن است دادرس یا مدیر تصفیه در روند رسیدگی، به صورت ناخودآگاه، میان طلبکاران داخلی و خارجی تبعیض قائل شود و امتیازات ویژه‌ای برای طلبکاران داخلی در نظر گرفته شود. ثالثاً رسیدگی به ورشکستگی بر اساس چند نظام حقوقی، آن را پیچیده نموده و چه بسا باعث صدور آرا متعارض گردد. چرا که ممکن است تاجری در کشوری در حال اجرای عملیات تصفیه بوده و در همین زمان در کشور دیگری در حال امضای قرارداد ارفاقی بوده و در کشور سوم اصلاً حکم توقف او صادر نشده باشد. رابعاً یک طلبکار با ادعای طلب در چند نظام ورشکستگی ممکن است به یک دریافت نابرابر برسد^۱. خامساً هزینه‌های اجرایی ورشکستگی نظر به متعدد بودن آن بیشتر است و طلبکاران را با چندین نظام حقوقی مختلف درگیر می‌کند. این ایرادات و وسعت یافتن تجارت بین‌المللی باعث شد که به مرور زمان نظریه سرزمینی مهجور افتد. جامعه جهانی در حال گذار به دهکده جهانی بوده و مفهوم حاکمیت بلامنازع تضعیف شده است و عرف بین‌الملل دخالت هر دادگاه را در تجارت بین‌المللی بر نمی‌تابد. این زمینه‌ها سبب پیدایش نظریه جهان‌شمولی شد.

بند دوم: نظریه جهان‌شمولی^۲

۱. صفری، همان، ص ۶۸۵.

ایرادات غیر قابل انکار نظریه سرزمینی باعث بروز نظریه وحدت یا جهان‌شمولی شد که به موجب آن باید صلاحیت به یک دادگاه اعطا گردد. با این استدلال که با توجه به وحدت دارایی، توقف و رسیدگی به آن نیز امری واحد است و نسبت به تمامی اموال تسری می‌یابد.^۱ پس رسیدگی تنها در یک دادگاه و به موجب یک قانون صورت می‌پذیرد و صدور حکم ورشکستگی توسط دادگاه یک نظام حقوقی، در سایر نظام‌های حقوقی نیز قابل استناد است. این امر را اصل تساوی حقوق طلبکاران نیز تقویت می‌نماید.^۲ بعلاوه این امر، وحدت سیاست‌های قانونی در قبال ورشکستگی و حفظ بیشتر حقوق طلبکاران را به دنبال دارد. البته تسری ورشکستگی به نظام‌های دیگر دو پیش شرط دارد: صدور ورشکستگی و دستور توقیف نسبت به اموال خاصی باشد و دوم اینکه کشور دیگر حکم ورشکستگی را شناسایی نماید.^۳

این نظریه نیز دارای ایراداتی است از جمله اینکه: اولاً ممکن است طلبکاران خارجی از وجود دادگاه و روند رسیدگی به ورشکستگی تاجر بی‌اطلاع باشند. ثانیاً توقیف اموال در کشور دیگر ممکن است شناسایی و اجرا نشود. ثالثاً اگر روند دادرسی به صدور حکم ورشکستگی و نصب مدیر تصفیه و یا دخالت اداره ورشکستگی باشد، نصب مدیر تصفیه ممکن است خلاف قواعد آمره و نظم عمومی کشور دیگر و دخالت در حاکمیت ملی آن کشور تلقی شود. از سوی دیگر الزامات نهادهای تصفیه در همه کشورها یکسان نیست. و نهایتاً نظر به پراکندگی طلبکاران و احتمال عدم اطلاع آنان، امکان تنظیم قرارداد ارفاقی از بین می‌رود.^۴ این ایرادات منجر به بروز نظریه‌های مختلط گردید.

بند سوم: نظریه مختلط^۵

1. Nadelman, Kurt, 1946, The National Bankruptcy Act and the Conflict of Laws, Harvard Law Review, vol.59, no.7, www.jstor.org, pp. 1025-1059.

۲. میرشکاری، عباس، ۱۳۹۲، طلب ممتاز، چاپ اول، تهران، نشر سهامی انتشار، ص ۲۰.

۳. Nadelmann. همان.

۴. عرفانی، همان، ص ۱۸۴.

۵. Modified Approaches



با توجه به ایرادات هر دو نظریه‌ی پیش گفته شده، عده‌ای راه میانه رفته و با تلفیق این دو نظریه، نظریه تعدیل شده‌ای ارائه نمودند تا دربردارنده محاسن هر دو نظریه بوده و از ایرادات آنها بری باشد که خود مشتمل بر سه نظریه قراردادی (الف)، سرزمینی مبتنی بر همکاری (ب) و رسیدگی اولیه و ثانویه است (ج).

الف: نظریه قراردادی^۱

بر اساس این نظریه دولت‌ها با تنظیم معاهدات دو یا چند جانبه و یا منطقه‌ای اقدام به تنظیم قواعد حل تعارض و تبیین مفاهیم کرده و دایره شمول آنها را بین خود مشخص می‌نمایند. این دکترین به نظر ساده‌ترین روش برای رسیدن به وحدت نظر میان کشورها و رعایت اصل حاکمیت ملی آنهاست. اما با ایراداتی هم روبروست از جمله آنکه: معمولاً تنظیم چندین معاهده و اتفاق نظر حقوقی، بالاخص در معاهدات چند جانبه و منطقه‌ای به سختی اتفاق می‌افتد و مذاکرات بسیار زمان‌بر و طولانی است. برای مثال روند تصویب مقرر اتحادیه اروپایی بسیار طولانی شد که به آن اشاره خواهد شد. از سوی دیگر به‌روز رسانی آن نیز کند بوده و گاهی دول متعاقد به نسخه به‌روز رسانی شده، نمی‌پیوندند که این موضوع خود باعث بروز اختلافات جدید در حوزه تعارض قوانین می‌شود.

ب: سرزمینی مبتنی بر همکاری

بر طبق این نظریه، بر اساس اصل احترام متقابل و نزاکت بین‌المللی، کشورها به شرط رفتار متقابل، اقدام به شناسایی و اجرای احکام ورشکستگی صادره توسط دادگاه‌های کشورهای دیگر می‌نمایند. معمولاً این رویکرد مبتنی بر وجود رفتار متقابل کشورها در برابر هم است. بر همین اساس هر چند کشورها اصل صلاحیت سرزمینی را پذیرفته‌اند، اما در مواردی احکام صادره از سوی دادگاه‌های کشور دیگر را مورد شناسایی قرار داده و اجرای آن را در حوزه حاکمیت خود می‌پذیرند. بزرگترین ایراد این نظریه وجود مانع بزرگی بنام نظم عمومی است که گاه با وجود رفتار متقابل امکان اجرای حکم دادگاه خارجی را نمی‌دهد.

۱. Contractualism

ج: رسیدگی اولیه و ثانویه

بر اساس این نظریه رسیدگی به ماهیت و اصل دعوی ورشکستگی در صلاحیت کشوری است که مرکز مهم و یا عملیات و یا اقامتگاه تاجر است. چرا که معمولاً این دادگاه، بیشترین عنصر ارتباط را با ورشکسته دارا بوده و غالباً بیشترین طلبکاران و اموال ورشکسته در حوزه همان دادگاه است. در مقابل به دادگاه دول دیگر اجازه داده خواهد شد که به آثار ورشکستگی و توابع آن از قبیل توقیف اموال و یا تقسیم آن بین طلبکاران محلی، بر اساس قانون خود عمل نمایند. به نوعی دادگاه ثانویه، با شناسایی حکم ورشکستگی صادره توسط دادگاه اولیه خود را از رسیدگی به ورشکستگی معاف و صرفاً به اجرای آثار آن، بر اساس قانون داخلی خود می‌پردازد.

گفتار دوم: رویکرد نظام‌های حقوقی

رویکرد نظام‌های مختلف حقوقی به این مسئله نیز به پیروی از روند تاریخی دکتین، شکل و قوام یافته است. بر این اساس معمولاً در حقوق داخلی کشورها از دکتین سرزمینی بودن، پیروی می‌شد. اما در دهه‌های اخیر با توجه به رشد مبادلات تجارت جهانی و حرکت به سوی یکپارچگی، نظریه جهان‌شمولی و پس از آن دکتین مختلط، بالاخص در تدوین معاهدات مهم، طرفداری و حمایت شده است. بر این اساس این گفتار رویکرد کشورهای دیگر و معاهدات مهم و قوانین نمونه را در بردارد (بند اول) و سپس با بررسی قواعد نظام حقوق ایران و با توجه به دکتین غالب بین‌المللی سعی در ارائه قاعده حل تعارض ایرانی منطبق با اصول کلی حقوقی ایران برای این مسئله شده است (بند دوم).

بند اول: بررسی تطبیقی

علاوه بر رویکرد نظام‌های مختلف حقوقی، معاهدات منطقه‌ای نیز قواعدی در این رابطه، در خود دارند، که هر چند رویکردهای جدید تقریباً آنها را غیر قابل استناد کرده است، ولی اشاره به آنان برای اطلاع از سابقه قضیه و سیر تاریخی ضروری است. به نظر می‌رسد، قدیمی‌ترین معاهده در این زمینه معاهده هاوانا بسال ۱۹۲۸ است. در این معاهده هم به نظریه سرزمینی و هم به نظریه جهان‌شمولی اشاره شده است. مطابق ماده ۱۴ این



معاهده در صورتیکه تاجر یک اقامتگاه داشته باشد و دارای شعبه و نمایندگی در کشور دیگری نباشد، دارای یک دارایی و به تبع یک ورشکستگی می‌باشد. اما بر اساس ماده ۱۵ اگر تاجر دارای مؤسسات مستقلی در چند کشور عضو باشد، به تعداد آنها ورشکستگی میسر خواهد بود. پس از آن کنواسیون ۱۹۳۳ میان کشورهای اسکاندیناوی (فنلاند- ایسلند- دانمارک- نروژ- سوئد) است که بر اساس آن نظریه جهان‌شمولی را در میان اعضا پذیرفته‌اند (ماده یک). اما بر اساس ماده ۱۳ پیمان، ورشکستگی را زمانی دارای اثر برون‌مرزی می‌دانند که به وسیله دادگاه اقامتگاه ورشکسته اعلام شود.^۱ هم‌چنین می‌توان به معاهداتی از جمله قانون نمونه توقف بین‌المللی شرکت‌ها (I.B.A.)، مقرر شده سازمان آفریقایی جهت هماهنگ‌سازی حقوق (O.H.A.D.A.) مصوب ۱۹۹۹، رویه استاندارد بانک توسعه آسیایی برای توقف مصوب ۲۰۰۰، مقرر بانک اروپایی برای قواعد توقف مصوب ۲۰۰۴ و هم‌چنین کنفرانس نفتا - که ششمین به‌روز رسانی آن در سال ۲۰۰۶ انجام پذیرفته است - اشاره کرد. ولی از آنجا که این معاهدات عمدتاً منطقه‌ای بوده و مورد اقبال کشورهای زیادی قرار نگرفته‌اند، از بررسی آنها صرف‌نظر می‌کنیم. نظر به اینکه عمده تجارت بین‌الملل اکنون در حوزه اروپا و آمریکای شمالی انجام می‌پذیرد، بررسی مقررات کشورهای اروپایی (الف) و مقرر اروپایی (ب) و مقررات ایالات متحده (ج) و قانون نمونه آنسیترال (د)، تقریباً مضمون رویکردهای جهانی را در این رابطه به دست می‌دهد و ما را از سایر بررسی‌های تطبیقی بی‌نیاز می‌کند. لازم به ذکر است که محور بررسی ما کشورهای صنعتی هستند که قوانین ورشکستگی در آنها در حال تحول دائمی است و آنها هم هنوز به اصول متحدالشکلی دست نیافته‌اند.^۲

الف: در اروپا

در کشورهای اروپایی سیر برخورد با تاجر ورشکسته از حمایت محض از طلبکاران تا برخوردهای متعادل‌تر دیده می‌شود. در حقوق آلمان پافشاری بر حقوق طلبکاران است.

۱. صقری، همان، ص ۶۸۸.

2. Kaiser, Kevin m.j., 1996, European Corporate Finance, Financial Management, vol. 25, no. 37, www.jstor.org, pp.67-85.

درست در مقابل دکترین ایالات متحده که بر حمایت از تاجر ورشکسته اصرار دارد. در حالی که در فرانسه و بریتانیا برخوردی میانه‌تر وجود دارد و به نوعی منافع هر دو گروه طلبکار و بدهکار مدنظر است.^۱

در آلمان با توجه به فدرال بودن کشور، هدف اصلی از وضع قوانین ورشکستگی ایجاد اتحاد و هماهنگی حقوق میان ایالت‌های مختلف کشور است. بر این اساس قانون ورشکستگی ۱۸۷۷ بار دیگر در سال ۱۹۸۰ مورد بازبینی قرار گرفت.^۲ بر اساس این قانون دو نوع روند رسیدگی به ورشکستگی وجود داشت. روش ترکیبی^۳ و روش تصفیه قهری^۴ که این قانون نیز در سال ۱۹۹۴ اصلاح شد و در نتیجه برای رسیدگی به ورشکستگی تنها روش ترکیبی را پیش‌بینی کرده که از سال ۱۹۹۹ اجرایی شد.^۵

در فرانسه آخرین اصلاحیه‌های قانون ورشکستگی، به سال‌های ۱۹۶۷ و ۱۹۸۵ باز می‌گردد^۶ و پس از آن در سال ۱۹۹۴ اصلاحیه آخر صورت پذیرفت.^۷ به نظر می‌رسد در فرانسه نظریه سرزمینی بودن پذیرفته شده و هر دادگاهی که با ورشکستگی ارتباطی دارد، می‌تواند در حدود قلمرو حاکمیتی خود و بر اساس قانون خود اقدام به رسیدگی به ورشکستگی نماید. اما با توجه به این اصل بین‌المللی که اموال غیرمنقول جز حاکمیت کشورها محسوب می‌شوند، قانون فرانسوی توقیف اموال غیرمنقول را از این قاعده مصون دانسته و شامل دولت محل وقوع مال می‌داند. این اصل در حقوق ایران هم قابل اعتنا و اجراست.^۸

۱. همان.

۲. اسکینی، همان، ص ۶.

۳. vergleichsordnung

۴. konkurssordnung

۵. Kaiser , ibid.

۶. اسکینی، همان، ص ۷.

۷. Kaiser , ibid.

۸. الماسی، نجادعلی، ۱۳۸۷، « قانون حاکم بر شبه عقد در تعارض قوانین»، نامه مفید، شماره ۷۰، صص ۳ تا ۲۰.



یکی از ویژگی‌های ورشکستگی در بریتانیا این است که علیرغم حقوق عرفی و نانوشته، همیشه در این مورد قانون نوشته وجود داشته است. آخرین تغییرات قانون اعسار به سال ۱۹۸۶ و آخرین تغییرات قانون شرکت‌ها به سال ۱۹۸۵ باز می‌گردد. در مورد شرکت‌ها، پس از صدور ورشکستگی اداره شرکت به نهاد (licensed insolvency practitioner) واگذار می‌شود.^۱

بلژیک از نظریه جهان شمولی بهره برده و به موجب آن تنها دادگاه اقامتگاه تاجر صالح به رسیدگی به ورشکستگی و بر اساس قانون مقرر بوده و این حکم و وضعیت، قابل سرایت به کشورهای دیگر است. در خاتمه یادآور می‌شود که با تصویب مقرر اروپایی در زمینه اعسار و توقف، این مقرر در تعارض با قوانین ملی کشورهای عضو، بر آنان مقدم است. تقدم حقوق اتحادیه اروپایی بر حقوق ملی و اجازه رجوع مستقیم اتباع کشورهای عضو به حقوق اتحادیه، بارها در آرا دیوان دادگستری اتحادیه مورد تأکید قرار گرفته است.^۲ همین ترتب، در ماده ۸۹ کنواسیون رم یک ۱۹۸۰ هم دیده می‌شود.

ب: مقرر اروپایی^۳

بی‌شک نظم حقوقی اروپایی جدای از نظام حقوقی هر یک از کشورهای عضو، نظامی مستقل است.^۴ در همین راستا برای مقرر سازی برای این نظم حقوقی کشورهای عضو پس از سال‌ها بحث، بالاخره در سال ۲۰۰۲ به وحدت نظر رسیدند که منجر به مقرر اروپایی در زمینه اعسار و توقف از پرداخت دیون شد. این مقرر، با توجه به کثرت رویکردهای نظام‌های حقوقی اروپایی، و جهت جلوگیری از مخالفت آنها با یکسان‌سازی، به بحث درباره قواعد ورشکستگی نپرداخته و به جای دخالت در نظام داخلی کشورها، سعی در پردازش قواعد حل تعارض نمود و شامل مباحثی از قبیل قاعده حل تعارض راجع به

۱. همان. Kaiser, ibid - kaiser.

۲. حسونند، محسن، ۱۳۹۱، «تعارض قوانین در اتحادیه اروپا و شیوه‌های حل آن»، ارج‌نامه دکتر الماسی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، صص ۱۱۳ تا ۱۳۴.

۳. European Insolvency Regulation

۴. همان.

مقررات تشخیص دادگاه صالح، مقررات حاکم بر بازیابی، قواعد راجع به به حق ورود طلبکاران خارجی و غیره می باشد.^۱ این مقرر زمانی حاکم است که مرکز اصلی فعالیت در جامعه اروپایی و در دول ۲۸ گانه عضو باشد. نظام حاکم بر مقرر این گونه است که رسیدگی را به دو گروه اصلی و فرعی تقسیم نموده و رسیدگی اصلی را در صلاحیت دادگاه محل مرکز فعالیت^۲ - در صورت معلوم نبودن آن کشور محل ثبت مرکز اصلی فعالیت فرض می شود - و رسیدگی فرعی با هر دادگاهی است که به نوعی با ورشکستگی مرتبط باشد. ماده ۴ این مقرر عمدتاً به قواعد حل تعارض شکلی ورشکستگی توجه دارد، ولی اشاره ای به قاعده حل تعارض در مورد قانون ماهوی حاکم بر ورشکستگی نکرده و موضوع را مسکوت گذاشته است. از ماده مورد اشاره در قاعده حل تعارض شکلی، می توان برای قاعده حل تعارض ماهوی نیز وحدت ملاک گرفت. در نتیجه می توان گفت که نظام مقرر اروپایی، برگرفته از نظریه مختلط رسیدگی اولیه و ثانویه است. و بر این اساس رسیدگی ماهوی اصلی بر اساس قانون مرکز عملیات و رسیدگی ماهوی فرعی بر اساس قانون مقرر دادگاه صورت می پذیرد.

ج: ایالات متحده

نظام حقوق ایالات متحده که مبتنی بر نظام های حقوق ایالت های مختلف است (دارای ۵۳ نظام حقوقی است)، و به علت فدرال بودن، یکی از نظام های پیشرو در مورد قواعد حل تعارض است و این قواعد در این کشور، بیش از هر نظام حقوقی دیگر مورد بررسی قرار گرفته است. بر این اساس قوانین هر ایالت ممکن است بسته به قانون ایالتی، دارای قواعد مختلفی با قانون ایالت دیگر باشد. در قانون اساسی ایالات متحده اصل مهمی وجود دارد که به موجب این اصل یعنی بند ۱۸ بخش ۱۸ اصل اول قانون اساسی ایالات متحده، قوانین فدرال از تاریخ تصویب مقدم بر قانون ایالتی است و اگر در روند رسیدگی به قضیه ای، قانون فدرال تصویب گردد، دعوی همچنان بر اساس قانون ایالتی ادامه می یابد.^۳ اولین

۱. صقری، همان، ص ۷۰۶.

۲. main interest

۳. Williston, Samuel, 1909, The Effect of a National Bankruptcy Law Upon State Laws,



قانون ایالتی ورشکستگی ایالات متحده در سال ۱۸۴۱ به تصویب رسید. بنابراین تا قبل از این سال قوانین ایالتی و بعد از این سال قانون فدرال بر ورشکستگی حاکم است. در قانون ۱۸۴۱ ورشکستگی وقتی رسیدگی می‌شد که بدهی بیش از ۲۰۰۰ دلار بوده و یکی از طلبکاران که مقدار طلبش بیش از ۵۰۰ دلار باشد، تقاضای ورشکستگی نماید. این قانون در سال ۱۸۶۷ مورد بازنگری قرار گرفت و محدودیت ۲۰۰۰ دلاری برداشته شد و مقرر گردید که یا یک چهارم عددی طلبکاران تقاضای ورشکستگی بنمایند و یا طلبکاری که مبلغ طلبش بیش از یک سوم کل بدهی تاجر باشد می‌توان این تقاضا را ارائه نماید.^۱ در سال ۱۸۹۸ بحث افلاس هم به این قانون اضافه شد و سال ۱۹۰۹ اصلاحیه بعدی صورت گرفت.^۲ بعد از این قانون رأی معروف پرونده (Harrison) زمینه را برای اصلاحات بعدی آماده کرد. شاید بتوان گفت برای اولین بار در قانون ورشکستگی مصوب ۱۹۷۸ - به ویژه در بخش ج ماده ۳۰۴ آن قانون - به جای نظریه سرزمینی و جهان‌شمولی از نظریه مختلط استفاده شد (و در پرونده Herstat). پاراگراف‌های ۱ و ۳ و ۴ بند ج این ماده به نظریه جهان‌شمولی نظر دارد، در حالیکه در پاراگراف‌های ۲ و ۵ و ۶ همین بند به نظریه سرزمینی بودن اشاره نموده است.^۳ علاوه بر این در نظام ورشکستگی ایالات متحده پس از صدور حکم ورشکستگی اموال ورشکسته به نهادی به نام تراست منتقل می‌شود.^۴ آخرین اصلاح قانون فدرال ورشکستگی ایالات متحده در سال ۱۹۹۴ صورت پذیرفته است.^۵

د: قانون نمونه آنسیترال^۶

قانون نمونه آنسیترال در باب توقف، توسط سازمان ملل متحد برای الگو برداری نظامهای حقوقی علاقه‌مند به یکسان سازی قواعد ورشکستگی در سطح بین‌المللی، توسط

Harvard Law Review Association, vol. 22, no. 8, www.jstor.org, pp. 547- 563.

۱. Dunscomb, whitney, 1898 , The Federal Bankruptcy Law, Political Science Quarterly, vol. 13, no. 4, www.jstor.org, pp.606-616.

۲. Kaiser , ibid.

۳. صقری، همان، ۶۹۰.

۴. Nademann, ibid

5. kaiser, ibid.

۶. UNCITRAL MODEL LAW

مشارکت جمعی حقوقدانان برجسته از سراسر جهان، پیشنهاد شد. و بسیاری از کشورها یا دقیقاً همان را مورد تصویب مجالس قانونگذاری خود قرار داده و یا در تدوین قوانین خود از آن الگوبرداری نموده‌اند. در قانون نمونه نیز از مرکز عملیات به‌عنوان قاعده حل تعارض یاد شده است. به این معنا که قانون کشور مرکز عملیات^۱ به‌عنوان قانون ماهوی و شکلی حاکم بر امر توقف و ورشکستگی مورد نظر است و در فرض ابهام مرکز عملیات، محل ثبت مرکز شرکت و یا تجارت‌خانه، مرکز مهم فرض می‌شود.

بند دوم: حقوق ایران

در حقوق ایران متأسفانه با فقدان قاعده حل تعارض در زمینه قانون حاکم بر ورشکستگی (اعم از شکلی و ماهوی) مواجه هستیم. تنها متنی که اشاره به این موضوع ورشکستگی بین‌المللی دارد، ماده ۱۶ قانون سیتا (قانون عضویت ایران در اتحادیه مخابرات هوانوردی) مصوب ۱۳۹۱ است، که هیچ‌گونه گشایش و راه حلی ارائه نمی‌کند. در مقرر فوق در باب تعلیق عضویت، یکی از اسباب تعلیق را ورشکستگی می‌داند و تأکید می‌کند که ورشکستگی عضو نسبت به قانون صالح سنجیده می‌شود. اما قانون صالح را مشخص نمی‌نماید. بنابراین به ناچار می‌بایست بر اساس اصول کلی حقوقی و بررسی تطبیقی نظام های حقوقی دیگر، راه حلی کارآمد ارایه نمود. در این باره هر چند نه در طریق استدلال، بلکه در نتیجه حقوقدانان بزرگ ایران متفق‌القول بر نظریه سرزمینی بودن ورشکستگی در ایران هستند.

استاد دکتر نصیری ابتدا با توجه به ماده ۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی رأی به اصل صلاحیت دادگاه محل اقامتگاه ورشکسته (خوانده) داده‌اند. اما در بعد بین‌المللی با توجه به ایراداتی از قبیل عدم امکان رعایت اصل برابری میان طلبکاران داخلی و خارجی، خود نیز اذعان می‌دارند که: «... لیکن مسائل مربوط به تعارض صلاحیت بین‌المللی در زمینه ورشکستگی صرفاً با اتخاذ این قاعده (معیار اقامتگاه) رفع نمی‌شود...» و با عدول از ماده ۳۵، بدون بیان استدلال قانونی خاصی، با توضیح ضرورت حفظ حقوق طلبکاران، به پیروی از

۱. main interest



دکترین سرزمینی پرداخته و آن را مقدم داشته‌اند.^۱ در مورد نظریه سرزمینی ایرادات همان است که ذکر شد و به نظر پرایرادترین نظریه در این رابطه است. از سوی دیگر استدلال خاص حقوقی در این رابطه ارائه نشده و به نظر می‌رسد صرفاً تمایل نگارنده ابراز شده است. استاد دکتر اسکینی نیز با توجه به ذیل ماده ۹۷۱ قانون مدنی بر این باورند که قانونگذار ایرانی از نظریه سرزمینی بودن طرفداری نموده است.^۲ اما باید انصاف داد که ماده در صدد بیان صلاحیت قانون ماهوی در محاکم ایرانی نیست. صدر ماده راجع به حقوق شکلی و آیین دادرسی محاکم بوده و ذیل این ماده در حال بیان این قاعده است که در نظام دادرسی در حقوق بین‌الملل خصوصی ایراد امر مطروحه وجود ندارد و دادگاه ایرانی را با توجه به مطرح بودن همان دعوی در دادگاه خارجی، نمی‌توان صالح ندانست. از سوی دیگر در صورت پذیرش این نظر، مواد ۹۷۲ و ۱۲۹۵ ق.م. و ماده ۱۶۹ ق.ا.ا.م. مصوب ۱۳۵۶ و بحث شناسایی و اجرای احکام خارجی عبث و بی‌فایده می‌گردد.

استاد دکتر عرفانی با توجه به ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی و هم‌چنین مواد قبل و بعد این مقرر برداشت نموده‌اند که قانونگذار نظریه سرزمینی را پذیرفته است.^۳ اما آن را در عرصه بین‌المللی ناکارآمد دانسته و ضمن پیشنهاد اصلاح ماده ۴۰۲ ق.ت.، انعقاد معاهدات جهت حل مسئله تعارض قوانین را ضروری دانسته‌اند.^۴ در نقد این نظر باید گفت که قانونگذار ایرانی دقیقاً بر خلاف این مصلحت راه می‌پیماید. برای مثال در ماده ۱۹ قانون معاضدت قضایی ایران و تونس مصوب ۱۳۸۷ همکاری و معاضدت در مورد ورشکستگی را از شمول معاهده استثنا نموده است.

استاد دکتر شهیدی ماده ۵ ق.م. را اصل کلی حل تعارض قاعده ایران دانسته‌اند و سایر مواد ۹۶۱ ق.م. به بعد را استثنایی بر این اصل. پس در مقام سکوت قانون باید به همان اصل یعنی حکومت ماده ۵ ق.م. رجوع کرد. بنابراین در صلاحیت، اصل را حکومت سرزمینی

۱. نصیری، مرتضی، ۱۳۷۰، حقوق چند ملیتی، چاپ اول، تهران، نشر دانش امروز، ص ۲۵۵.

۲. اسکینی، همان، ص ۱۲.

۳. عرفانی، همان، ص ۱۹۳.

۴. همان، ص ۱۹۵.

قوانین ایران گذاشته‌اند.^۱ در قدرت منطق حقوقی که در این نظر نهفته است، شکی نیست. اما پرسش اصلی آن است که آیا ارائه تحلیل جزئی در این رابطه ضروری است و یا اینکه می‌توان یا روش حقوقی نیز قاعده حل تعارض ارایه داد؟ حکومت قوانین ایران بر ورشکستگی بین‌المللی ریشه در مصلحت سیاسی کشور ما دارد و یا صرفاً امری تکنیکی و حقوقی است؟

جهت روشن شدن بحث، لازم است ابتدا به پرونده‌ای در این رابطه در دادگاه تهران توجه نمود. بر اساس اصل ۸۱ قانون اساسی مشروطیت سرمایه‌گذاری و تجارت بیگانگان در ایران آزاد بود. بر همین اساس شرکت ایستمن کداک کمپانی با تابعیت ایالات متحده آمریکا، جهت فروش و استفاده خدمات پس از فروش محصولات خود و تشویق و ترویج عکاسی در ایران، مورخ ۱۳۵۵/۷/۱۷ تحت شماره ۲۶۴۱۰ اقدام به ثبت شرکت رنگیران می‌نماید، که سهام قاطع آن متعلق به شرکت کداک بود. با وقوع انقلاب این شرکت در سال ۱۳۵۸ توسط دادستانی انقلاب متوقف شده و در سال ۱۳۶۲ توسط دادگاه ایران ورشکستگی آن اعلام شد. با رجوع شرکت کداک به دیوان حل اختلافات ایران و آمریکا بر طبق بیانیه الجزایر، دیوان اقدام ایران را صدمه به مالکیت و اموال کداک تلقی کرده و محکوم به پرداخت ۱۸۰۵۰۸۰ دلار بعلاوه خسارات و بهره در حق شرکت کداک می‌نماید. همانطور که ملاحظه می‌شود - فارغ از برخی مسائل تکنیکی و عدم تدارک در ست دفاع ایران - اگر دیوان، دادگاه ایرانی را صالح به اعلام ورشکستگی می‌دانست، یعنی برای دادگاه ایرانی صلاحیت سرزمینی را می‌شناخت، پرونده در دیوان هرگز منجر به صدور حکم محکومیت نمی‌شد. در مستند رأی دیوان، اعلام ورشکستگی، دلیل دخالت در اموال شرکت کداک محسوب می‌شود. پیروی از نظریه سرزمینی زمانی کارساز است که ایران از لحاظ جایگاه بین‌المللی، دارای قدرت سیاسی - اقتصادی لازم جهت اجرای آن را داشته باشد. احکام دادگاه‌ها زمانی ارزشمند هستند که به موقع اجرا در آید و محترم انگاشته شود؛

۱. شهیدی، مهدی، ۱۳۷۶، «قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوق، شماره، ۱۲-۲۲، صص



در غیر این صورت صدور اینگونه آرا غیر از وهن نظام حقوق ملی و داد گستری ما، اثر دیگری به دنبال نخواهد داشت.^۱ با تحول سریع مفاهیم در عرصه بین‌المللی گاهی اجازه اجرای قانون خارجی دقیقاً منطبق بر مصالح حاکمیت ملی است.^۲ علاوه بر این رسیدگی عام دادگاه‌ها در رسیدگی به دعاوی مطروحه ولو غیرمتببط با آنها، منبث از مفاهیم نظام حقوقی رومی ژرمنی است و با اصول حقوق ما بیگانه می‌نماید. این رویه منجر به یک صلاحیت فراسرزمینی گسترده برای دادگاه ایرانی می‌شود که تکلیفی غیر ضرور را بر نظام دادرسی ما بار می‌کند. از همین جهت است که اتحادیه اروپا در چهارچوب آیین‌نامه بروکسل ایراد امر مطروحه را می‌پذیرد و در ایالات متحده امریکا با اعمال دکترین نزاکت بین‌المللی ایراد امر مختومه را قبول می‌نمایند.^۳ از سوی دیگر پذیرش این نظر موجب واگذاری اختیار تعیین دادگاه به خواهان دعوا و چه بسا سوءاستفاده او در تعیین دادگاه می‌گردد. امری که به شدت با قواعد و اصول آیین دادرسی ما منافات دارد.

ایرادات نظریه سرزمینی و عدم امکان استفاده از آن در عرصه کنونی بین‌المللی باعث شد که برخی بر مبنای دکترین حقوقی، استفاده از یکی از نظرات نوین تلفیقی را پیشنهاد نمایند.^۴ این نظر هر چند حرکت به سوی یکسان سازی قواعد و قابلیت پیش‌بینی را فراهم می‌آورد، اما باید توجه کرد که در نظام ما، دکترین منبع مستقل حقوقی محسوب نمی‌شود و پیروی صرف از دکترین بدون وجود حمایت نص قانونی یا رویه قضایی مستحکم، امکان‌پذیر نیست. از سویی دیگر اگر منظور از استفاده از عرف بین‌المللی تجاری، رویه حاکم بین‌کشورها باشد که موضوع حقوق بین‌الملل عمومی بوده و منصرف از بحث

۱. همین‌طور بنگرید به دعوی شرکت نفتی یوکوس علیه دولت روسیه در دیوان داوری لاهه در سال ۲۰۱۴ که منجر به عدم شناسایی حکم ورشکستگی صادره از سوی روسیه و محکومیت آن به پرداخت ۵۰ میلیارد دلار در حق سهامداران شرکت مذکور، به علت دخالت در اموال آن شرکت شد.

۲. نیکبخت، حمیدرضا، ۱۳۸۴، «قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده»، مجله حقوق بین‌المللی، شماره ۳۲، صص ۵۲ تا ۷۷.

۳. مقصودی، رضا، ۱۳۹۱، «موانع اعمال صلاحیت در حقوق بین‌الملل خصوصی»، مجله حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره اول، صص ۹۷ تا ۱۲۶.

۴. صقری، همان، ص ۷۲۸.

ماست و اگر منظور از آن حقوق فراملی باشد، که وجود چنین حقوقی بشدت مورد تردید است.^۱

برای رهایی از این ایرادات، احتمال دارد که با دست شستن از نظریه سرزمینی و به تبع تحلیل اصولی و جزمی، و با کمک گرفتن از تحلیل حقوقی، اینگونه نیز بتوان پاسخ داد که عنصر مهم بحث ورشکستگی یعنی توقف نهادی بسیار مشابه با نهاد حقوقی حجر در نظام حقوقی ماست. از این جهت که در هر دو از تصرف در اموال و دارایی ممنوع می‌شوند. از همین بابت عده‌ای توقف را حجر قضایی دانسته‌اند. این شباهت سبب می‌شود که در تقسیم‌بندی موضوعات در دسته‌های ارتباط، توقف و ورشکستگی را نیز با مقایسه با حجر در دسته اهلیت آورده و از قواعد حل تعارض مندرج در مواد ۶ و ۷ قانون مدنی استفاده نمود. بر این مبنا به امر ورشکستگی تاجر بیگانه بر اساس قانون ماهوی دولت متبوع خود و تاجر ایرانی در هر کجا که باشد بر اساس قانون ماهوی ایران رسیدگی خواهد شد. این احتمال با دو ایراد اساسی روبروست. اولاً بحث ورشکستگی از مباحث مربوط به نظم عمومی تجاری هر کشور و امری بوده و جهت حفظ حقوق طلبکاران وضع شده است و نمی‌توان قانون خارجی را با وجود مانع نظم عمومی به اجرا گذاشت (ماده ۹۷۵ ق.م.ا). اصل بر اجرای قواعد عمومی در حوزه نظام داخلی است و این قواعد اجرای بدون استثنای خود را می‌طلبند.^۲ علاوه بر این از لحاظ ساختار و شکل نیز، ورشکستگی و تصفیه، نهادهای اداری و ارگان‌های خاص خود را داراست، که امکان دارد در کشور محل اجرا وجود نداشته باشد و از این حیث اجرای قانون خارجی را با مشکل مواجه نماید. برای مثال در قانون ۱۹۸۵ فرانسه نهادی موسوم به بازیابی قضایی پیشینی شده^۳ که مشابهی در سایر نظام‌ها ندارد.^۴ و یا در نظام حقوق کانادا و ایالات متحده نهادی بنام تراست^۵ وجود دارد که

۱. جنیدی، لعیا، ۱۳۹۰، «نظریه حقوق فراملی»، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، دوره ۴۱، شماره ۱، صص ۱۲۷ تا ۱۴۸.

۲. جنیدی، لعیا، ۱۳۹۱، «تبیین مفهوم نظم عمومی در روابط بین‌الملل با تأکید بر قواعد امری حقوق عمومی»، ارج‌نامه دکتر الماسی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، صص ۹۷ تا ۱۱۲.

۳. redressement judiciaire

۴. اسکینی، همان، ص ۷.

۵. trust



اموال ورشکسته بعد از صدور حکم به آن انتقال می یابد.^۱ این دو ایراد اساسی کاستی‌های این احتمال را روشن می کند.

نهایتاً برای جمع بندی و انتخاب نظر قاطع، باید گفت که قاعده حل تعارض باید جمع میان ضرورت‌های حاکمیت ملی و نظم عمومی از یک سو و تأمین نیازهای جامعه و زمانه خود از سوی دیگر باشد و این ممکن نیست مگر با استفاده توأمان از تحلیل اصولی و حقوقی. برای رسیدن به این مطلوب، دانستن دو مقدمه ضروری است. مقدمه اول: همانطور که از قواعد حقوق بین الملل خصوصی برمی آید برای یافتن قاعده حل تعارض از دو روش جزمی (اصولی) و حقوقی (انتخاب انساب) استفاده می شود. در روش جزمی صرفاً با توجه به مصلحت‌های سیاسی - اجتماعی موضوع سنجیده می شود و بر این اساس دادگاه و قانون صالح تعیین می شود. تا جایی که نی بویاه قواعد حل تعارض و تابعیت را در ردیف هم قرار می داد. اما در مقابل در روش حقوقی یا انتخاب قانون انساب بر پایه علمی و نظری حکم هر قضیه بر اساس تو صیف و دسته‌های ارتباط تعیین می شود و چه بسا قاضی را به اجرای قانون خارجی وادارد.^۲ در این روش هیچ گونه فرض قبلی وجود نداشته و از سیاسی کاری به دور است. به عنوان قاعده می توان گفت که استفاده از هر یک از این دو نظریه صحیح نبوده و راه علمی در این است که هر کجا که موضوع با ضرورت‌های سیاسی و نظم عمومی درگیر است - مانند تابعیت - از تحلیل جزمی و هر کجا که بیشتر جنبه فنی و حقوقی دارد - مانند قراردادها - از روش حقوقی استفاده شود.^۳ مقدمه دوم آنکه ایجاد و استفاده از قاعده حل تعارض سه پیش شرط دارد: اولاً وجود یک عنصر خارجی در یک رابطه حقوقی، ثانیاً تفاوت میان قانون‌ها و ثالثاً امکان اجرای قانون خارجی. بنابراین در زمان تعارض با نظم عمومی امکان اجرای قاعده خارجی وجود ندارد، چرا که قانون داخلی اجازه اجرای قانون دیگر را نمی دهد.

۱. عرفانی، همان، ص ۱۹۱.

۲. الماسی، نجادعلی، ۱۳۸۹، حقوق بین الملل خصوصی، چاپ نهم، تهران، نشر میزان، ص ۵۴.

۳. همان، ص ۵۶.



با توجه به این دو مقدمه، برای تعیین قاعده حل تعارض در ورشکستگی ابتدا می‌بایست موضوع را در دسته‌های ارتباط مناسب، بر اساس توصیفی صحیح، طبقه‌بندی نمود. باید توجه داشت که توصیف‌ها و دسته‌های ارتباط باید بر اساس قانون ایرانی به عمل آید.^۱ برای توصیف ورشکستگی باید دید که آیا ورشکستگی امری بسیط است و یا مرکب و قابل تجزیه، و آیا امکان تجزیه و تفکیک امر ورشکستگی به امور جدای از هم است؟ مستنبط از ماده ۴۱۲ قانون تجارت، ورشکستگی بر دو پایه اصلی تاجر بودن و توقف استوار است.^۲ پس می‌توان ورشکستگی را به سه رکن تقسیم نمود: تاجر بودن مدیون، توقف، صدور حکم ورشکستگی. هر کدام از این اجزا قابلیت آن را دارند که تحت شمول قانونی جداگانه قرار بگیرند. با این تفصیل که: در مورد تعیین قانون حاکم بر تاجر تلقی شدن مدیون، هر چند که قواعد تجاری در دایره نظم عمومی تجاری هر کشور تلقی می‌شود، ولی نمی‌توان تاجر تلقی شدن مدیون به موجب قانون خارجی را به رسمیت شناخت. چرا که در حوزه شناسایی، کارکرد نظم عمومی مضیق بوده و می‌تواند در این باره قانون متبوع شخصی را از آنجا که حاکم بر وضعیت حقوقی شخص است، حاکم دانست. این نظر را تئوری حقوق مکتسب و احترام به آن در عرصه بین‌المللی نیز تقویت می‌نماید. بنابراین بهتر است که قانون ماهوی حاکم بر تاجر تلقی شدن فرد را قانون متبوع او دانست. حقوق کشورها از این تحلیل بیگانه نیست. برای مثال در فرانسه و قبل از تصویب قانون شناسایی طلاق، دادگاه‌ها طلاق صادره توسط دادگاه‌های بیگانه را - با وجود عدم شناسایی و مخالفت با نظم عمومی در حقوق داخلی - برای اتباع بیگانه به رسمیت می‌شناختند. در مورد توقف نیز با استفاده از تحلیل حقوقی می‌توان گفت این نهاد در حقوق ما بسیار به نهاد حجر شباهت دارد و از این شباهت می‌توان وحدت ملاک گرفت و آن را در زمره دسته اهلیت توصیف نمود. بنابراین به موجب مواد ۶ و ۷ ق.م.، قانون متبوع مدیون را قانون حاکم

۱. شهیدی، مهدی، ۱۳۷۶، «قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوق، شماره، ۱۲-۲۲، صص ۲۳ تا ۴۲.

۲. اسکینی، همان، ص ۲۱ و صقری، همان، ص ۴۵ و عرفانی، همان، ص ۱۸۷ و ستوده تهرانی، حسن، ۱۳۸۷، حقوق تجارت، جلد چهارم، چاپ هشتم، تهران، نشر دادگستر، ص ۱۰۹.



بر آن دانست؛ و نهایتاً درباره صدور حکم ورشکستگی با توجه به آنکه حکم ورشکستگی، چهره شدید نظم عمومی تجاری بوده و با روند قضایی و اداری حاکمیت در ارتباط می‌باشد، پس با توجه به مواد ۹۷۱ و ۹۷۵ ق.م. قانون مقر دادگاه حاکم است.

این تفصیل باعث می‌شود که نهادهای مرتبط با امر تصفیه و ورشکستگی برای دادگاه روشن بوده و روند تصفیه با اخلال مواجه نشود. این تحلیل، مبتنی بر نظریه مختلط رسیدگی اولیه و ثانویه است، که مخالفی در قوانین موضوعه ایران با آن دیده نمی‌شود.^۱ برای این قاعده یک استثنا مهم باید در نظر گرفت و آن موضوع اموال غیرمنقول مندرج در ماده ۸ قانون مدنی است. مصالح جمعی و نظم عمومی ایجاب می‌کند که اموال غیرمنقول تابع قانون محل وقوع بوده و حاکمیت قانون خارجی بر آنان ولو آنکه به تبع روند ورشکستگی باشد را، بر نتابد.^۲

این نظر یعنی عدول از نظریه سرزمینی از روح برخی از نصوص کنونی قانونی ما نیز بر می‌آید. مثلاً در ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی نحوه تأسیس و عملیات شعب بانک‌های خارجی در ایران مصوب ۱۳۸۷ تأکید شده بود که تصمیمات دادگاه‌های خارجی مربوط به ورشکستگی این شعب قابل اجرا نیست، مگر اینکه بانک مرکزی از ایفای تعهدات این شعب نسبت به مشتریان اطمینان حاصل کند. نحوه حصول این اطمینان سپس در ماده ۹۵ قانون پنج ساله توسعه مصوب ۱۳۸۹ به این شکل تعریف گردید که کلیه مؤسسات برای جلوگیری از ضرر سپرده‌گذاران، موظف به عضویت در صندوق تضمین سپرده‌ها هستند. به معنای دیگر قانون ایرانی، احکام ورشکستگی شعب بانک‌های خارجی صادره در خارج از کشور را به شرط عضویت در این صندوق به رسمیت می‌شناسد و این امر عدول از نظریه سرزمینی است. همین رویکرد در قانون الحاق ایران به مقاوله‌نامه کار دریایی مصوب ۱۳۸۹ دیده می‌شود. در بخش معاضدت کشورهای عضو پیمان در بازگرداندن کارگران کشتی در فرض ورشکستگی صاحب کشتی، کشورهای متعهد متعهد به همکاری هستند، که این

۱. برای دیدن نظر موافق رک. صقری، همان، ص ۷۱۹.

۲. شهیدی، همان و Nadelmann، همان.



همکاری، مؤخر بر شناسایی ورشکستگی خارجی است. هم‌چنین در پاسخ به استعلام شماره ۱۵۱۴۷ مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۵ بانک ملی از اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۱۸۳۲ مورخ ۱۳۶۸ بیان شده است که «... اگر شعبه یا نمایندگی در ایران ثبت رسیده باشد تابع قانون محل ثبت، یعنی قانون ایران است...». که توجه به قاعده مستتر در این نظر یعنی تمرکز بر قانون محل ثبت، مثبت نظر اخیر است.

گفتار سوم: قانون حاکم بر متفرعات ورشکستگی

ورشکستگی و امر تصفیه نهادی است که قانون آن را اداره می‌کند و اراده‌ی اشخاص در آن راهی ندارد. اما مسائل مرتبگی با امر ورشکستگی مطرح است که از این دایره شمول خارج بوده و نقش اراده در آن اهمیت پیدا می‌کند و تشخیص قانون حاکم بر آنها نیز ضروری است (بند اول). ضمان قراردادی و قهری دو بال مسئولیت‌اند و شایسته نیست در کنار هم بررسی نشوند. ورشکستگی در نظام حقوقی ما یک واقعه حقوقی است و چه بسا زیان‌بار، برای اشخاص ثالث و ضمان‌آور برای تاجر تلقی گردد، پس در کنار قانون حاکم بر تعهدات ارادی، بررسی قانون ماهوی حاکم بر تعهدات قهری ناشی از ورشکستگی نیز بیجا نخواهد بود (بند دوم).

بند اول: قانون حاکم بر اراده در ورشکستگی

هر چند ذات ورشکستگی امری قهری و قانونی است، اما اراده در امور فرعی وابسته به آن بسیار تأثیرگذار است. از جمله این عرصه‌ها می‌توان به قراردادهای ارفاقی اشاره کرد (الف). از سوی دیگر نقش بیمه مسئولیت نیز با توجه به ارادی بودن آن در خور توجه است (ب).

الف: قرارداد ارفاقی

با توجه به اینکه قرارداد ارفاقی یک عمل حقوقی انشایی محسوب می‌شود، قانون ماهوی حاکم بر آن کدام است؟ درباره قانون حاکم بر تعهدات ارادی سه نظر عمده وجود دارد که به ترتیب به امری بودن، مختلط بودن و تکمیلی بودن ماده ۹۶۸ ق.م. اعتقاد دارند: ۱- برخی بر این عقیده‌اند که از آنجا که مقررات حل تعارض ایرانی همگی امری‌اند، بنابراین توصیف‌ها باید بر اساس قانون ایرانی باشد. این نظر قائل به تفکیک بین قراردادها



شده است یعنی آن دسته از قراردادها که موضوعشان مربوط به عین معین است، مشمول ماده ۹۶۶ ق.م. و آنان که عهدی هستند، مشمول ماده ۹۶۸ ق.م. قرار می‌گیرند و هر دو امری بوده و تابع قانون ایران می‌باشند و استدلال اینکه ماده ۹۶۸ ق.م. تنها ناظر به آثار قراردادهاست و شامل انشا و مرحله ایجاد قرارداد نمی‌شود را، با توجه به قیاس اولویت صحیح ندانسته و اعتقاد دارند که ماده ۹۶۸ ق.م. شامل مرحله ایجاد هم می‌شود.^۱ بر اساس این نظر و با توجه به موضوع قراردادها مشمول ماده ۹۶۶ و ۹۶۸ ق.م. بوده و اراده نقشی در تعیین قانون حاکم ندارد. علاوه بر تکنیک صرف حقوقی، تفسیر تاریخی نیز این نظر را تقویت می‌کند. ۲- دسته دوم که صدر ماده ۹۶۸ را - یعنی در جایی که متعاقدين ایرانی باشند و یا قبول در ایران واقع شده باشد و از مفاد تراضی بر نیاید که آگاهی از قبول شرط وقوع عقد باشد- به علت نظم عمومی و حکمت وضع ماده ۹۶۸ ق.م. امری دانسته و در مقابل به نظر می‌رسد ذیل ماده را، یعنی در جایی که متعاقدين بیگانه باشند، تکمیلی می‌دانند.^۲ ۳- دسته سوم ماده ۹۶۸ ق.م. را کاملاً تکمیلی دانسته و بر اساس این نظر ماده ۹۶۸ ناظر به سکوت طرفین است و طرفین می‌توانند بر اساس آزادی اراده به صراحت، قانون حاکم بر اعمال حقوق و تعهدات ناشی از آن را تعیین نمایند. چرا که به واسطه تحلیل حقوقی می‌بایست دید که روح غالب بر قراردادها کدام است؟ که بی‌شک آزادی و حکومت اراده مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی، اصل کلی در زمینه است.^۳ افزونی و کاستی تکنیک حقوقی صرف را در این آرا می‌توان به وضوح دید، که از فرمالیسم حقوقی در نظر اول به سوی مصلحت‌گرایی و پوزیتیویسم اجتماعی در نظر سوم می‌رود و در این میانه، نظر دوم جمع میان آن نص و این مصلحت است.^۴ اما روند تحولات جهانی به سمت آزادی

۱. شهیدی، همان و ایرانبور، فرهاد، ۱۳۸۱، «نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیطه انتخاب قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قراردادهای تجاری»، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، شماره ۵۵، صص ۱۱ تا ۴۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۶۴، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ اول، تهران، نشر به‌نشر، ص ۳۸۹.

۳. الماسی به نقل از جنیدی، همان و جنیدی، لعیا، ۱۳۷۶، قانون حاکم بر داوریه‌های بین‌المللی، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر، ص ۲۶۴ و انصاری، پرویز، ۱۳۸۷، حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ص ۷۰ و نیکبخت، حمیدرضا، ۱۳۸۴، «قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده»، مجله حقوق بین‌المللی، شماره ۳۲، صص ۷ تا ۵۲.

۴. برای دیدن تفسیر بیشتر رک. جنیدی، لعیا، ۱۳۸۸، «قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی با تأکید بر ماده ۹۶۸ قانون مدنی»، بر

اراده و تقویت نظر سوم می‌رود. مثلاً در ماده ۳ کنواسیون رم ۱۹۸۰ معروف به کنواسیون جامعه اقتصادی اروپا (رم یک) این موضوع به عنوان اصل پذیرفته شده است. در قراردادهای بین‌المللی به نوعی اصل حاکمیت اراده نه تنها در قواعد شکلی یک قاعده محسوب می‌شود، بلکه می‌تواند به عنوان یک قاعده ماهوی نیز تلقی شود.^۱ از سوی دیگر به نظر می‌رسد قانونگذار ایرانی نیز از روند تحول جهانی متابعت می‌نماید. برای مثال در ماده ۲۷ قانون داوری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ و هم‌چنین ماده ۱۳ آیین‌نامه آیین دادرسی کار مصوب ۱۳۹۱ به وضوح می‌توان این تغییر جهت قانونی را مشاهده نمود. بنابراین در مبحث قانون حاکم بر قراردادها، نظر منتخب نظر سوم است.

اما در موضوع قرارداد ارفاقی تعیین قانون حاکم مانند سایر قراردادها، به سادگی قابل رفع نیست. ذات قرارداد ارفاقی و امری بودن مقررات آن، نقش مدیر تصفیه، حدنصاب طلبکاران و نیاز به تأیید دادگاه، آن را از سایر قراردادها متمایز می‌کند و آن را در زمره قراردادهای تشریفاتی قرار می‌دهد.^۲ آثار قرارداد ارفاقی نیز به واسطه همین وصف تشریفاتی بودن در میان کشورها یکسان نیست.^۳ این موضوع به خوبی از مواد ۳۸ و ۳۹ قانون اداره تصفیه و وحدت ملاک ماده ۴۹۷ قانون تجارت قابل دریافت است. قرارداد تشریفاتی عقدی است که اراده اطراف آن به شکل مخصوص و با تشریفات معین قانون بیان شده به نحوی که طی این تشریفات شرط صحت آن باشد.^۴ پس به نظر می‌رسد که با توجه به نظم عمومی و امری بودن موضوع، قانون ماهوی قابل اجرا، قانون کشور مقر دادگاه است. اما این نظر قابل ایراد به نظر می‌رسد زیرا از شناسایی و اجرای قراردادهای ارفاقی خارج از حاکمیت ملی جلوگیری می‌کند، که این امر با ذات و هدف قرارداد های ارفاقی یعنی کمک به اعاده اعتبار تاجر ورشکسته و حفظ منافع طلبکاران هم‌خوانی ندارد. برای تأمین

منهج عدل، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، صص ۴۰۳ تا ۴۴۸.

۱. صفایی، حسین، ۱۳۷۲، «تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوی در داوری بین‌المللی»، فصلنامه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران،

شماره ۳۰، صص ۲۵ تا ۶۲.

۲. اسکینی، همان، ص ۱۷۰.

۳. انصاری، همان، ص ۲۶۰.

۴. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۶۴، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ اول، تهران، نشر به‌نشر، ص ۹۲.



این دو هدف بهتر است که با توجه به اصل نزاکت بین‌المللی و کارکرد حداقلی مانع نظم عمومی و اخلاق حسنه در عرصه بین‌المللی، قرارداد‌های ارفاقی منعقد در خارج از حاکمیت ما معتبر دانسته شده و مورد شناسایی قرار گیرند. اما قرارداد‌های ارفاقی منعقد در عرصه داخلی، با توجه به امری و تشریفاتی بودن آنها، حتماً از قانون مقرر تبعیت نموده و اراده برای تعیین قانون حاکم در این باره نقشی نداشته باشد.

ب: بیمه

ورشکستگی مانند هر ریسک دیگری قابل بیمه است و اصولاً قرارداد‌های بیمه اعتباری به همین منظور بوجود آمدند. اما در یک رابطه بین‌المللی با وجود یک عنصر خارجی در یک قضیه ورشکستگی، قانون حاکم بر بیمه‌گذار و بیمه‌گر و طلبکار ورشکسته قانون کدام کشور است؟ بی‌شک بیمه یک قرارداد است و ممکن است گفته شود که مانند سایر قراردادها بر طبق ماده ۹۶۸ ق.م. باید برای آن قاعده حل تعارض جست. اما باید توجه داشت که یکی از آثار مستقیم اصل حاکمیت اراده، اصل نسبی بودن قراردادهاست و آثار قراردادی صرفاً به طرفین آن گسترش دارد. با این تفسیر، ما زیان‌دیده ثالث را در شمول قانونی می‌آوریم که در آن نقشی نداشته و چه بسا جبران خسارت برای او امکانپذیر نباشد، که این امر هم بر خلاف نظم اقتصادی و هم بر خلاف حکمت عقد بیمه است. از همین رو باید میان دو موضوع قائل به تفکیک شد: ۱- تعیین قانون حاکم بر قرارداد بیمه: در جایی که بیمه از نوع مسئولیت باشد، قانون حاکم را باید در قاعده حل تعارض ماده ۹۶۸ ق.م. یافت. چرا که در این رابطه بیمه‌گر در مقابل دریافت حق بیمه، متعهد به جبران مسئولیت احتمالی آتی بیمه‌گذار است^۱ و قرارداد بیمه میان مدیون آینده و بیمه‌گذار منعقد شده و در بند قبل به تفصیل درباره قانون حاکم بر قراردادها صحبت شده است. بنابراین بر اساس نظر برگزیده طرفین می‌توانند قانون حاکم را تعیین و در صورت سکوت ماده ۹۶۸ قانون مدنی حاکم خواهد بود. بیمه اعتباری را نیز باید از همین دست دانست. چرا که مابین طلبکار آتی و

۱. کاتوزیان، ناصر و ایزانلو، محسن، ۱۳۸۷، الزام‌های خارج از قرارداد (بیمه و مسئولیت مدنی)، جلد سوم، چاپ اول، تهران، انتشارات



بیمه‌گر در مقابل خطر افلاس و ورشکستگی مدیون بسته می‌شود.^۱ در جایی است که بیمه حوادث و جبران خسارت نیز وجود دارد، زیان دیده هرچند که با بیمه‌گر رابطه مستقیم قراردادی ندارد، اما به استناد اصل قابلیت استناد که از آثار غیر مستقیم اصل آزادی اراده است، می‌تواند به مفاد بیمه استناد و از آن بهره‌مند گردد.^۲ علاوه بر این بیمه‌گر در این فرض، قائم‌مقام زیان دیده شده و به شرطی که تمام مبلغ خسارت را بر اساس قرارداد پرداخت کند، حق رجوع به زیان‌زننده را دارد.^۳ ۲- فرض دوم تعیین قانون حاکم بر نظام جبران خسارت است. با توجه به اینکه در بیمه مسئولیت بر خلاف بیمه اعتباری ارتباط قراردادی میان زیان دیده و بیمه‌گذار وجود ندارد، قانون حاکم بر سازوکار جبران خسارت را می‌بایست در زمره قاعده حل تعارض مسئولیت مدنی که در بند بعد به آن اشاره خواهد شد، آورد. باید توجه داشت که طبق ماده ۱۰ قانون الحاق ایران به پروتکل مسئولیت مدنی ناشی از آلودگی‌های نفتی سوخت کشتی مصوب ۱۳۸۹ و قانون الحاق ایران به پروتکل مسئولیت مدنی ناشی از خسارات نفتی ۱۳۷۱ ورشکستگی برای بیمه دفاع محسوب نشده و اصل جایگزینی در دفاع رعایت نمی‌شود.^۴

اما در مورد قانون حاکم بر بیمه اتکایی و رجوع زیان دیده به بیمه اتکایی به جای بیمه‌گر، در فرض سکوت طرفین در تعیین قانون حاکم، مسئله غامض خواهد بود. در این باره چند احتمال وجود دارد: قانون محل قرارداد بیمه‌گر و بیمه‌گذار، یا بیمه‌گر و بیمه اتکایی و یا محل حادثه و زیان؟ پاسخ در احراز رابطه قراردادی است. بنابراین قانون حاکم بین بیمه‌گر و بیمه اتکایی جز فرض اول. و قانون حاکم بر خسارت دیده و بیمه اتکایی و سازوکار جبران در فرض دوم می‌گنجد.

بند دوم: قانون حاکم بر مسئولیت مدنی ناشی از ورشکستگی

۱. همان، ص ۲۸.

۲. شمس، احسان، ۱۳۹۱، عدم قابلیت استناد قرارداد، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، ص ۲۱.

۳. ایزانلو، محسن و جباری زاده، روزبه، ۱۳۹۰، «مسئولیت مدنی و ورشکستگی»، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۲ شماره یک، صص ۱ تا ۲۴.

۴. Favre, Rochex, 2000, Le Droit des Assurances Obligation, l.g., n.11.

در این رابطه احراز دو موضوع ضروری است که آیا در نظام حقوقی ما ورشکستگی باعث بروز مسئولیت قهری می‌شود؟ و اگر چنین است قانون حاکم بر آن کدام است؟ احراز مسئولیت ورشکستگی نیز می‌تواند به عنوان یک واقعه، منبع مسئولیت قهری بوده و زیان دیدگان از آن را مشمول حمایت قانون قرار داد. زیان‌دیده از ورشکستگی می‌تواند - به شرط طی روند تصفیه - داخل در غرما شده و از اموال تاجر ورشکسته بهره‌مند شود. علاوه بر این نباید ورود زیان‌دیده را تنها تا قبل از شروع روند تصفیه، صحیح دانست. بلکه او می‌تواند در جریان تصفیه نیز وارد شده و حتی پس از ختم تصفیه هم داخل در غرما گردد، که در این فرض (پس از ختم تصفیه) می‌تواند چشم به دارایی آینده ورشکسته بدوزد.^۱ علاوه بر این در شرکت‌های تجاری که با ثقل و تقصیر ورشکسته اعلام می‌گردد، مدیران و اشخاص ثالثی که در این باره دخالت کردند، به موجب ماده ۱۴۳ لایحه اصلاحی ق.ت.^۲ از باب مسئولیت مدنی مسئول خواهند بود. حکم مندرج در مواد ۲۷۶ و ۲۷۷ لایحه اصلاحی ق.ت. نیز از همین دست است.^۳

قانون حاکم: در ایالات متحده امریکا از زمان طرح قانونی^۴ نخست درباره رفع تعارض قوانین ۱۹۳۴، معیار تمیز قانون حاکم بر مسئولیت مدنی در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی، قانون محل بروز حادثه بود. و البته حادثه زمانی کامل می‌شد که بروز خسارت و زیان - به عنوان رکن آخر آن - به وقوع می‌پیوست. پس از این دیدگاه، محل حادثه و محل بروز زیان، به یک معناست. اما پس از آن مصالح اجتماعی جای تفسیر قاطع را گرفت و در مواردی از جمله در سال ۱۹۶۳ در دعوی بابکووک علیه جکسون، قاضی را در رابطه با رها

۱. ایزانلو، همان.

۲. ماده ۱۴۳ ل.ق.ت.: «در صورتیکه شرکت ورشکسته شود یا پس از انحلال معلوم شود که دارایی برای تأدیه دیون آن کافی نیست دادگاه صلاحیت‌دار می‌تواند به تقاضای هر ذینفع، هر یکی از مدیران یا مدیرعاملی را که ورشکستگی شرکت یا کافی نبودن دارایی شرکت به نحوی از انحلال معلول تخلفات او بوده است منفرداً یا متضامناً به تأدیه آن قسمت از دیونی که پرداخت آن از دارایی شرکت ممکن نیست محکوم نماید.»

۳. رای دیدن مصادیق بیشتر رک. صفی‌نیا، نورالدین، ۱۳۸۱، درآمدی بر قانون شرکت‌های تجاری در ایران، چاپ دوم، دانشگاه تهران، ص ۱۹۱ به بعد.

۴. restatement

کردن این معیار و استفاده از قانون انساب، به تردید انداخت. در طرح دوم تعارض قوانین در سال ۱۹۷۱ مصالح اجتماعی خود را به منصفه ظهور گذاشت و در این طرح معیار شاخص ترین ارتباط که ترکیب از سیاست‌های عمومی و اصول حقوقی و حاکمیتی است، معرفی شد.^۱ بنابراین روند تاریخی رویکرد حقوق ایالات متحده را به قانون حاکم بر مسئولیت مدنی را میتوان به چند دوره تقسیم نمود: ۱- محل اقامت زیان دیده ۲- محل وقوع تقصیر، محل وقوع حادثه زیان بار ۴- محل آخرین عامل مسئولیت ۵- محل مناسب به انتخاب دادگاه با توجه به مصالح عمومی و حمایت از زیان دیده.^۲ در حقوق آلمان به موجب ماده ۳۸ قانون مدنی آن کشور جهت تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی دو معیار ارائه شده است: محل وقوع تقصیر و یا محل وقوع خسارت. اما رویکرد جامعه اروپایی به قانون حاکم بر مسئولیت مدنی روشن تر بوده و در کنواسیون رم دو مصوب ۲۰۰۹، ماده ۱۴ اعلام داشته که قاعده حل تعارض قانون محل بروز زیان است. اما طرفین می‌توانند با شرایطی از جمله وجود یک قرارداد معتبر، قبل یا بعد از بروز زیان، به انتخاب قانون واحدی به عنوان قانون حاکم بر مسئولیت مدنی، اقدام نمایند.^۳ همانطور که ملاحظه می‌شود گرایش بیشتر نظام‌های حقوقی به سمت محل وقوع زیان است.

اما حقوق ما در این باره ساکت است. حقوقدانان ایرانی در مورد مسئولیت ناشی از ضمان قهری چند احتمال را مطرح نمودند، عده‌ای با توجه به اصل کلی مندرج در ماده ۵ قانون مدنی، موارد سکوت را به اصل حاکمیت سرزمینی بودن قانون ایران واگذار نمودند.^۴ گروه دیگر قانون محل وقوع فعل زیان بار را حاکم می‌دانند.^۵ گروه سوم در مورد مسئولیت قهری ناشی از تولید، قانون کشور محل بروز تقصیر و محل حادثه زیان بار را حاکم می‌دانند و در آخر پیشنهاد می‌کنند که رویه قضایی حق انتخاب مناسب ترین قانون را به دادگاه

۱. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴، مسئولیت ناشی از عیب تولید، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ص ۲۰۱.

۲. همان، ص ۲۰۱.

۳. الماسی، نجادعلی و میرحسینی، مجید، ۱۳۸۹، «حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی در مقررات رم دو و حقوق

ایران»، مجله حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره هفدهم، صص ۵ تا ۲۸.

۴. شهیدی، همان.

۵. سلجوقی، محمود، ۱۳۸۰، بایسته‌های حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ص ۳۶۰.



بدهد و جهت تأمین بیشتر عدالت اجتماعی، مناسب‌ترین معیار را، مهم‌ترین عامل می‌دانند.^۱ و عده‌ای هم با پیروی از حقوق خارجی، علاوه بر حاکمیت قانون محل فعل زیان‌بار، قانون انساب با موضوع مسئولیت، تأکید دارند.^۲ اما به نظر می‌رسد که در حقوق ایران، باید حق را به گروه سوم داد. چرا که بر اساس تفسیر حقوقی، باید موضوع را در دسته ارتباطی که بیشترین وابستگی به آن را دارد، توصیف نمود. مسئولیت در نظام حقوقی ما مبتنی بر تقصیر است. بر این اساس رکن اصلی مسئولیت تقصیر بوده و باید بر اساس قانون محل وقوع خود تعریف شود. همانطور که در ماده ۹۵۳ قانون مدنی^۳ ایران به این مهم پرداخته است. اما در مواردی که مصالح اجتماعی، مسئولیت محض برقرار نموده است^۴، از آنجا که فلسفه وضع، حمایت از زیان‌دیده است، قانون محل زیان بیشترین حمایت را از او می‌نماید. استاد دکتر کاتوزیان هر چند به نظر می‌رسد که در مقام پیشنهاد بوده‌اند، اما بی‌شک با توجه کامل به این رویکرد تحلیلی، قانون محل تقصیر (به عنوان اصل) یا بروز زیان (در جایی که مصلحت اقتضا دارد مثلاً در باب مسئولیت محض) را پیشنهاد می‌دهند. اما در جایی که بین نظامات حقوقی اختلاف در مبتنی بر تقصیر یا مسئولیت محض است، از آنجا که این توصیف توصیفی اصلی است، باید طبق قانون ایران انجام پذیرد. علاوه بر این، مطالب پیش گفته و سکوت ماده ۵ قانون مدنی مانع از این نیست که توافق طرفین قبل یا بعد از بروز حادثه، قانون حاکم بر مسئولیت مدنی را تعیین نماید.^۵ در خاتمه باید یادآور شد که خسارات ناشی از جرم به صورت جزئی تحلیل می‌گردد و نه تحلیلی. چرا که با نظم عمومی در ارتباط است. پس در جایی که ورشکستگی عنوان مجرمانه دارد، بر طبق قانون ایران (اصل ۳۶ ق.ا. و ماده ۵ ق.م.) تفسیر خواهد شد.

۱. کاتوزیان، همان، ص ۲۰۴.

۲. صالحی، همان، ص ۱۰۶.

۳. ماده ۹۵۳ ق.م.: «تقصیر اعم است از تفریط و تعدی».

۴. همانطور که استاد دکتر کاتوزیان در باب مسئولیت محض عیب تولید این امر را ذکر کرده‌اند و نظر به استثنایی بودن آن و ماهیت مصلحت اجتماعی آن، به دادگاه پیشنهاد قانون انساب را می‌دهند.

۵. الماسی، نجادعلی و میرحسینی، مجید، ۱۳۸۹، «حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی در مقررات رم دو و حقوق ایران»، مجله حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره هفدهم، صص ۵ تا ۲۸.



نتیجه‌گیری

درباره قانون ماهوی حاکم بر ورشکستگی در حقوق ما، قاعده حل تعارضی وجود ندارد. بنابراین باید با نگاه به دکترین و استفاده به جا از تحلیل جزئی - حقوقی، قاعده‌ای مطابق با نظام حقوقی خود بدست داد. با توجه به مشابهت همه نظام‌های حقوقی در اصول کلی ورشکستگی، دکترین جهانی نیز سهم سازنده در این باره داشته و به نوعی قواعد ورشکستگی را رهبری می‌نماید. بنابراین استفاده از این دکترین برای ما هم راه‌گشا است. در سیر تاریخی دکترین، سه نظر قابل شناسایی است: ۱- نظریه سرزمینی که مبتنی بر اعطای صلاحیت به دادگاه هر سرزمین است که دعوی ورشکستگی در آن اقامه شده است. ۲- نظریه جهان‌شمولی که یک قانون را به دعوی ورشکستگی اعمال می‌کند و تأثیر فرا سرزمینی دارد. ۳- نظرات مختلط که با توجه به دعوی و اوضاع احوال، راه‌حل منعطفی ارائه می‌نماید. اما در نظام حقوقی ما می‌توان با تقسیم ورشکستگی به اجزا آن گفت هر یک از اجزای ورشکستگی (تاجر بودن - توقف از پرداخت دیون - صدور حکم ورشکستگی) را با تحلیل اصولی و یا حقوقی - به تناسب - در دست‌های ارتباط جداگانه‌ای توصیف نمود و به تبع برای هر یک قانون جداگانه‌ای را حاکم دانست. به این شکل که تاجر بودن و توقف از پرداخت دیون به ترتیب با استفاده از مفهوم مضیق نظم عمومی در عرصه بین‌المللی و هم‌چنین مقایسه توقف با نهاد حجر در حقوق ما، از قانون متبوع شخص تبعیت نمایند. و برای تعیین قانون صالح به صدور حکم ورشکستگی و تشریفات اداری و قضایی پیرو آن، از قانون مقرر دادگاه صالح، استفاده نمود. این نظر برداشتی تلفیقی از نظریه جهان‌شمولی و نظریه مختلط (رسیدگی اولیه و ثانویه) است، که به نظر می‌رسد علاوه بر اینکه با نظام حقوقی ما سازگارتر است، در عرصه تجارت بین‌المللی نیز دارای اقبال بیشتری است. اما این قاعده با یک استثنا مهم روبه‌روست و آن موضوع اموال غیرمنقول ماده ۸ ق.م. است که در هر حال تابع نظام حقوق محل وقوع خود هستند. ورشکستگی دارای متفرعاتی نیز هست که تمیز قانون حاکم بر آنها نیز مهم است که می‌توان آنها را در دو دسته ارادی و غیرارادی تقسیم نمود. دسته ارادی شامل قرارداد ارفاقی و قرارداد بیمه، و غیر



ارادی شامل قانون حاکم بر مسئولیت مدنی ناشی از ورشکستگی است. هر کدام از این موضوعات هم بنا به مقتضای ذات خود و قواعد حل تعارض، قانون حاکم خاص بر خود را دارند و نباید آنها را زیر چتر کلی یک قانون جمع کرد.

فهرست منابع

الف) فارسی

- براهیمی، نصرالله، ۱۳۹۱، «صلاحیت دادگاهها و تعیین آن در حقوق بینالملل خصوصی ایران»، ارج نامه دکتر الماسی، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، صص ۱۷ تا ۵۲.
- اسکینی، ربیعا، ۱۳۹۲، حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه)، چاپ شانزدهم، تهران، نشر سمت.
- الماسی، نجادعلی، ۱۳۸۱، «ضوابط تعیین قانون حاکم بر اسناد تجاری»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال چهارم، شماره دوازدهم، صص ۳۱ تا ۶۵.
- _____ الماسی، نجادعلی، ۱۳۸۲، تعارض قوانین، چاپ دهم، تهران، نشر دانشگاهی.
- _____ الماسی، نجادعلی، ۱۳۸۷، «قانون حاکم بر شبه عقد در تعارض قوانین»، نامه مفید، شماره ۷۰، صص ۳ تا ۲۰.
- _____ الماسی، نجادعلی، ۱۳۸۹، حقوق بینالملل خصوصی، چاپ نهم، تهران، نشر میزان.
- الماسی، نجادعلی - و میرحسینی، مجید، ۱۳۸۹، «حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی در مقررات رم دو؟؟؟؟؟ و حقوق ایران»، مجله حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره هفدهم، صص ۵ تا ۲۸.



- انصاری، پرویز، ۱۳۸۷، *حقوق تجارت بین الملل*، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- ایرانپور، فرهاد، ۱۳۸۱، «نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیطه انتخاب قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قراردادهای تجاری»، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، شماره ۵۵، صص ۱۱ تا ۴۴.
- ایزانلو، محسن و جباری زاده، روزبه، ۱۳۹۰، «مسئولیت مدنی و ورشکستگی»، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۲ شماره یک، صص ۱ تا ۲۴.
- جنیدی، لعیاء، ۱۳۷۶، *قانون حاکم بر داوریهای بین المللی*، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر.
- _____ ۱۳۸۸، «قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی با تأکید بر ماده ۹۶۸ قانون مدنی»، بر منهج عدل، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، صص ۴۰۳ تا ۴۴۸.
- _____ ۱۳۹۰، «نظریه حقوق فراملی»، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، دوره ۴۱، شماره ۱، صص ۱۲۷ تا ۱۴۸.
- _____ ۱۳۹۱، «تبیین مفهوم نظم عمومی در روابط بین الملل با تأکید بر قواعد امری حقوق عمومی»، ارج نامه دکتر الماسی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، صص ۹۷ تا ۱۱۲.
- حسونند، محسن، ۱۳۹۱، «تعارض قوانین در اتحادیه اروپا و شیوه های حل آن»، ارج نامه دکتر الماسی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، صص ۱۱۳ تا ۱۳۴.
- ستوده تهرانی، حسن، ۱۳۸۷، *حقوق تجارت*، جلد چهارم، چاپ هشتم، تهران، نشر دادگستر.
- سلجوقی، محمود، ۱۳۸۰، *بایسته های حقوق بین الملل خصوصی*، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.

- شمس، احسان، ۱۳۹۱، *عدم قابلیت استناد قرارداد، پایاننامه کارشناسی ارشد* دانشگاه تهران.
- شهیدی، مهدی، ۱۳۷۶، « *قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی*»، مجله تحقیقات حقوق، شماره، ۱۲-۲۲، صص ۲۳ تا ۴۲.
- صفایی، حسین، ۱۳۷۲، « *تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوی در داوری بین‌المللی*»، فصلنامه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۰، صص ۲۵ تا ۶۲.
- صفی‌نیا، نورالدین، ۱۳۸۱، *درآمدی بر قانون شرکت‌های تجاری در ایران*، چاپ دوم، دانشگاه تهران.
- صقری، محمد، ۱۳۸۸، *حقوق بازرگانی (ورشکستگی)*، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- عاشوری، مهدی، ۱۳۸۹، *تعارض قوانین در مسئولیت خارج از قرارداد*، چاپ اول، تهران، نشر دانشگاه امام صادق.
- عرفانی، محمود، ۱۳۸۸، *حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه اموال)*، جلد چهارم، چاپ اول، تهران، نشر جنگل.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۶۴، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، چاپ اول، تهران، نشر بهنشر.
- _____ ۱۳۸۴، *مسئولیت ناشی از عیب تولید*، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر و ایزانلو، محسن، ۱۳۸۷، *الزامهای خارج از قرارداد (بیمه و مسئولیت مدنی)*، جلد سوم، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- _____ ۱۳۹۱، « *قانون حاکم بر ارث*»، ارج‌نامه دکتر الماسی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، صص ۱۷۱ تا ۱۸۵.



- مقصودی، رضا، ۱۳۹۱، «موانع اعمال صلاحیت در حقوق بین‌الملل خصوصی»، مجله حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره اول، صص ۹۷ تا ۱۲۶.
- میرشکاری، عباس، ۱۳۹۲، طلب ممتاز، چاپ اول، تهران، نشر سهامی انتشار.
- نصیری، مرتضی، ۱۳۷۰، حقوق چند ملیتی، چاپ اول، تهران، نشر دانش امروز.
- نیکبخت، حمیدرضا، ۱۳۸۴، «قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده»، مجله حقوق بین‌المللی، شماره ۳۲، صص ۷ تا ۵۲.

ب) انگلیسی و فرانسه

- Cheshire, 1956, *Private International Law*, 7th edit, London.
- Dunscomb, Whitney, 1898, *The Federal Bankruptcy Law*, Political Science Quarterly, vol.13, no.4, www.jstor.org, pp.606-616.
- Favre, Rochex, 2000, *le Droit des Assurances Obligation*, l.g. .
- Hodgkin, 2002, *Insurance Law*, 2 edit, cavendis.
- Kaiser, Kevin m.j., 1996, *European Corporate Finance*, Financial Management, vol. 25, no. 37, www.jstor.org, pp.67-85.
- Korobkin, Donald, 2003, *Bankruptcy Law*, Columbia Law Review, vol. 103, no. 8, www.jstor.org, pp.2124-2159.
- Nadelman, Kurt, 1946, *The National Bankruptcy Act and the Conflict of Laws*, Harvard Law Review, vol.59, no.7, www.jstor.org, pp. 1025-1059.
- Williston, Samuel, 1909, *The Effect of a National Bankruptcy Law Upon State Laws*, Harvard Law Review Association, vol. 22, no. 8, www.jstor.org, pp. 547- 563.



پروفیسر شہناز گل خان
پرنسپل جامعہ اسلامیہ اسلامیہ
پرنسپل جامعہ اسلامیہ اسلامیہ