

کاربست اصل حاکمیت اراده در حل تعارض قوانین و دادگاه‌ها در ورشکستگی بین‌المللی

علیرضا عالی پناه،^۱ مهسا کاظمی دستجردئی^۲

چکیده

امروزه قلمرو ورشکستگی بسیاری از شرکت‌ها محدود به مرزهای سرزمینی یک کشور نیست. شرکت‌های بین‌المللی ارتباطات مهم و مؤثری با حوزه‌های قضایی کشورهای مختلف دارند و از این رو، ورشکستگی آن‌ها به طرح این پرسش اساسی می‌انجامد که قوانین و دادگاه‌های کدام کشور باید مسائل ناشی از بروز چنین رویدادی را حل و فصل کند. در پاسخ به پرسش اخیر از جمله، نظریه کاربرد اصل حاکمیت اراده به عنوان قاعده حل تعارض در ورشکستگی بین‌المللی مطرح و استدلال‌های گوناگونی در پذیرش یا رد آن ابراز شده است. در این پژوهش، استدلال‌های موافقان و مخالفان این نظریه با استفاده از روش توصیفی تحلیلی و با هدف درک مبانی دیدگاه هر یک از آن‌ها و نیز تشخیص مبانی قوانین آمره فعلی در این حوزه، تشریح شده و این نتیجه حاصل گردیده است که به کارگیری نظریه پیش گفته در عمل با موانع عدیده قانونی و عملی مواجه و با برداشت غالب از مفهوم ورشکستگی در تعارض است.

واژگان کلیدی: اصل حاکمیت اراده، تعارض قوانین و دادگاه‌ها، حقوق بین‌الملل خصوصی، حقوق تجارت بین‌الملل، ورشکستگی بین‌المللی.

۱. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
a_alipanah@sbu.ac.ir

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران،

mahsa.kazemi@yahoo.com

ایران، نویسنده مسوول:

درآمد

ورشکستگی وضعیتی است که دارایی مثبت شخص، برای مواجهه با دارایی منفی وی کفایت نمی‌کند. از زاویه دید مضیق، ورشکستگی زمانی بین‌المللی است که بدهکار اموالی را در قلمرو بیش از یک دولت در اختیار داشته باشد. در رویکرد گسترده‌تر، وجود عناصر خارجی نظیر بستان‌کاران خارجی نیز در صدق چنین عنوانی مؤثرند (کاشار، ۱۳۹۰: ۳۲۷).

وقوع ورشکستگی‌های بین‌المللی^۱ امری اجتناب‌ناپذیر است، در حالی که هیچ مرجع رسیدگی واحد و قواعد مادی^۲ بین‌المللی در زمینه ورشکستگی وجود ندارد و این بدان معنا است که رسیدگی و حل و فصل ورشکستگی‌های بین‌المللی لاجرم توسط دادگاه‌های داخلی و بر مبنای قوانین ورشکستگی داخلی کشورها صورت می‌پذیرد. توسعه روابط و مبادلات بین‌المللی، سبب ارتباط مسائل ناشی از ورشکستگی بین‌المللی به کشورهای مختلفی گردیده که این کشورها علی‌رغم توافق در اصول و کلیات حقوق ورشکستگی، در جزئیات بسیاری از قواعد با یکدیگر متفاوت‌اند. چنین وضعیتی منجر به بروز تعارض دادگاه‌ها و قوانین در امر رسیدگی به ورشکستگی بین‌المللی شده است (Xu, 2020: 17).^۳

اصل حاکمیت اراده که پیدایش و رشد آن مرهون تحولات صورت گرفته در حوزه قراردادهاست، پس از تثبیت در این حوزه، به تدریج به دیگر حوزه‌های حقوق

1. International (Transnational/ Cross-Border) Insolvency (Bankruptcy)

۲. در دسته‌بندی قواعد به قواعد حل تعارض و قواعد مادی، قواعد مادی عبارت از قواعدی است که مربوط به اصل دعوی بوده و مستقیماً مسأله متنازع‌فیه را حل می‌کنند (الماسی، ۱۳۹۵: ۳۱-۳۲).
 ۳. به منظور حل و فصل مسائل ناشی از ورشکستگی بین‌المللی نظیر تعارض دادگاه‌ها، تعارض قوانین و شناسایی و اجرای احکام صادره در دیگر کشورها، برخی کنوانسیون‌های بین‌المللی دوجانبه و چندجانبه یا مقررات منطقه‌ای بین ممالک دارای همکاری‌های تجاری گسترده و ارتباطات حقوقی و تاریخی تنگاتنگ منعقد گردیده یا رویه‌هایی در غیاب قواعد الزام‌آور برای حل و فصل چنین مسائلی پیشنهاد شده‌اند. «موافقت‌نامه مونته‌ویدئو» مصوب ۱۸۸۹، «کد بوستامانته» مصوب ۱۹۲۵، «کنوانسیون ورشکستگی اروپای شمالی» مصوب ۱۹۳۳، «پروژه عجز از پرداخت فراملی نفتا» تدوین شده به سال ۲۰۰۰ و «مقررات اتحادیه اروپایی درباره رسیدگی‌های مربوط به عجز از پرداخت» مصوب ۲۰۱۵ از این قبیل هستند. علاوه بر این موارد، برخی موافقت‌نامه‌های عمومی نیز وجود دارند که موضوعات مربوط به ورشکستگی بین‌المللی را پوشش می‌دهند. البته «کمسیون حقوق بازرگانی بین‌المللی ملل متحد» معروف به آنسیترال نیز به تدوین قانون نمونه‌ای با عنوان «قانون نمونه آنسیترال درباره عجز از پرداخت فراملی» دست زده که به وسیله برخی از کشورها مورد پذیرش قرار گرفته است (داراب‌پور و دیگران، ۱۳۹۶: ۳۲۵-۳۵۰).

بین‌الملل خصوصی نیز تعمیم یافته و امروزه به یکی از مهم‌ترین اصول در حقوق بین‌الملل خصوصی تبدیل شده است. این اصل که در معنای ساده، بر اختیار طرفین در انتخاب آزادانه قانون قابل اعمال بر رابطه حقوقی خود دلالت دارد (نیکبخت و عیوض‌پور، ۱۳۹۰: ۲۹-۳۰)، از نیمه دوم قرن بیستم به بعد توسعه یافته؛ به طوری که در اکثر نظام‌های حقوقی ملی و بین‌المللی مورد پذیرش واقع شده و قلمرو آن به دیگر موضوعات حقوقی و از جمله به حوزه انتخاب دادگاه‌ها^۱ بسط پیدا کرده است (نیکبخت و عیوض‌پور، ۱۳۹۰: ۳۲-۳۳؛ کابری و انصاری، ۱۳۹۸: ۳۱۲-۳۲۴). هم‌سو با چنین تحولی، برخی نظریه‌پردازان به بررسی نظری امکان به کارگیری اصل حاکمیت اراده در تعیین دادگاه صالح و قانون حاکم بر ورشکستگی بین‌المللی پرداخته و استدلال‌های گوناگونی را در حمایت از این ایده ارائه داده‌اند. متقابلاً نظریه‌پردازان دیگری کاربرد اصل حاکمیت اراده را به عنوان قاعده حل تعارض در ورشکستگی بین‌المللی ممتنع دانسته و ضمن رد استدلال‌های موافقان این امر، مبانی دیدگاه خود را توجیه ساخته‌اند.

هرچند به دلالت آمار، موارد ورشکستگی بین‌المللی از ورشکستگی داخلی کم‌تر است، اما از آنجا که ورشکستگی‌های بین‌المللی متضمن آثار مالی بسیار مهمی بوده و پای کشورهای مختلف به میان کشیده می‌شود، مطالعه آن‌ها حائز اهمیت است (اسکینی، ۱۳۹۲: ۱۰). بدون تردید، یکی از چالش‌های اساسی پیش روی دادگاه‌ها و قوانین داخلی هر کشور عبارت از نحوه مواجهه با ورشکستگی بین‌المللی، رفع تنش‌ها و مشکلات ناشی از پراکندگی اموال و بستن کاران در بیش از یک حوزه قضایی و نهایتاً، صدور رأی است که با توجه به اختلاف مقررات کشورها در حقوق ورشکستگی و دیگر حوزه‌های مرتبط نظیر حقوق اموال، تعهدات، شرکت‌ها، اسناد تجاری و غیره قابلیت اجرایی داشته باشد. با در نظر گرفتن اهمیت تبیین فروع بحث ورشکستگی بین‌المللی، در این مقاله ابتدا در دو بخش مجزا به تشریح مبانی نظری و استدلال‌های موافقان و مخالفان کاربرد اصل حاکمیت اراده در این حوزه پرداخته و در پایان بر اساس یافته‌های حاصل از تحلیل ابعاد گوناگون به کارگیری اصل مزبور، به پرسش اساسی موجود پیرامون امکان یا عدم امکان اعمال چنین اصلی در عمل،

۱. برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: غمامی و صانعیان، ۱۳۹۹: ۱۶۸-۱۷۳

پاسخ داده خواهد شد.

۱. موافقان کاربست اصل حاکمیت اراده به عنوان قاعده حل تعارض در

ورشکستگی بین‌المللی^۱

دیدگاه این گروه از نظریه پردازان بر این ایده استوار است که اگر تمرکز به جای شرکت ورشکسته، به قراردادهای آن با اعطا کنندگان وام یا اعتبار معطوف گردد، آن‌گاه بسیاری از مفاهیم موجود پیرامون ماهیت ورشکستگی متحول می‌شوند (Ras-mussen, 1992: 121). وام دهندگان به منظور تصمیم‌گیری پیرامون اعطای اعتبار به شرکت و قیمت‌گذاری نرخ سود آن، عوامل مختلفی از جمله احتمال بازپرداخت وام از سوی شرکت را بررسی می‌کنند. اگر وام دهنده با هیچ احتمالی برای ورشکستگی شرکت مواجه نباشد، نرخ سودی که مطالبه می‌کند نسبتاً کم است، اما با افزایش خطر ورشکستگی شرکت، نرخ سود مزبور ارتقا می‌یابد. وام دهنده در مقام ارزیابی، احتمال بازپرداخت مطالبات خود در فرض ورشکستگی شرکت را با توجه به قانون ورشکستگی موجود در نظر می‌گیرد؛ اگر قانون ورشکستگی اموال باقی‌مانده را میان سایر بستان‌کاران یا شرکای شرکت توزیع نماید، این امر سبب کاهش میزان دریافتی وام دهنده شده و او این میزان کاهش را با افزایش نرخ سودی که از شرکت مطالبه می‌نماید جبران می‌کند و متقابلاً وام دهنده نرخ سود خود را تا حدی که بتواند بازپرداخت قابل توجهی را در جریان ورشکستگی برای خود پیش‌بینی نماید کاهش می‌دهد. با برقراری ارتباط میان رژیم ورشکستگی موجود و تصمیم اولیه وام دهندگان برای اعطای اعتبار به شرکت، مشخص می‌شود که نحوه تعامل با بستان‌کاران در جریان ورشکستگی، چیزی بیش از یک شرط قراردادی نیست که شرکت آن را با بستان‌کاران منعقد نموده است. از این حیث حقوق ورشکستگی بخشی از معامله میان شرکت با بستان‌کاران بوده (Rasmussen, 1992: 56-58) و کاربرد اصل حاکمیت اراده در حوزه آن علی‌الاصول بلامانع است.

این گروه از نظریه پردازان انتخاب خصوصی رژیم ورشکستگی را متضمن کارایی بیشتری دانسته و جایگزین‌های مبتنی بر اصل آزادی قراردادی را بر قانون‌گذاری ترجیح می‌دهند (Block-Lieb, 2000: 82). از میان این گروه، برخی با ارائه رویکردی

1. Contract Bankruptcy, Contractualism

افراطی قائل به نقشی بسیار جزئی برای دادگاه‌ها در فرآیند رسیدگی به ورشکستگی بوده و لغو تمام یا بخشی از قوانین ورشکستگی را ضروری می‌دانند (Adler, 1993: 323-333)؛ در حالی که برخی دیگر ضمن پیشنهاد رویکردهای معتدل‌تر، معتقدند قوانین ورشکستگی موجود باید به عنوان «قوانین تکمیلی» حفظ و در مواردی که توافقی بر خلاف آن‌ها وجود نداشته باشد اجرا شوند. آن‌ها همچنین مقررات آمره در حوزه ورشکستگی را به مثابه استثنائاتی تلقی می‌کنند که تنها در موارد خاص و به پشتوانه توجیحات کافی، قابل پیش‌بینی می‌باشند (Rasmussen, 1992: 67).

دیدگاه موافقان کاربرد اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی، در سطح بین‌المللی به صورت امکان توافقی آزادانه شرکت‌ها^۱ و بستان‌کارانشان بر قانون حاکم و مرجع صلاحیت‌دار ظاهر شده (Anderson, 2000: 683) و مستلزم تحول یا انحراف اساسی از قوانین فعلی نمی‌باشد، بلکه به شرکت‌ها اجازه می‌دهد تا در چهارچوب قوانین موجود، قانون حاکم و مرجع ذی‌صلاح را انتخاب نمایند.^۲ البته به تناسب خصیصه جمعی بودن ورشکستگی، هر انتخاب و توافقی تمام بستان‌کاران را خواه به واسطه مذاکرات انجام شده یا فرض پذیرش^۳ از سوی آنان، ملتزم می‌گرداند (Warren & Westbrook, 2005: 1207).

معرفی و به کارگیری اصل حاکمیت اراده در ورشکستگی بین‌المللی با پذیرش

۱. کاربرد لفظ «شرکت‌ها» در این مقاله به دلیل غلبه حضور آن‌ها در مقایسه با اشخاص حقیقی، در عرصه مبادلات بین‌المللی می‌باشد.

۲. موافقان کاربرد اصل حاکمیت اراده در قلمرو ورشکستگی بین‌المللی، مدل‌های مختلفی را پیشنهاد نموده‌اند؛ یک مدل مبتنی بر انعقاد قرارداد میان بدهکار و تمامی بستان‌کاران در زمان وقوع ورشکستگی بوده و مدل دیگر بر اساس توافق بدهکار با اکثریت بستان‌کاران ارائه شده است. با توجه به این که در مدل اول تحقق اتفاق نظر میان همه بستان‌کاران ناممکن بوده و مدل دوم متضمن تحمیل آثاری بر اقلیت بستان‌کاران بر خلاف انتظارات اولیه ایشان می‌باشد، مدل سوم نیز پیشنهاد گردیده است که به موجب آن، انتخاب قانون حاکم و حوزه قضایی ذی‌صلاح از فهرستی از گزینه‌های موجود، توسط شرکت در زمان تشکیل آن و در اساسنامه صورت می‌پذیرد و همه بستان‌کاران می‌توانند با مراجعه به اساسنامه از مفاد چنین انتخابی آگاهی یافته و تأمین‌کنندگان اعتبار نیز بر مبنای آن نسبت به ورود به روابط قراردادی با شرکت اتخاذ تصمیم می‌نمایند. مباحث این مقاله عمدتاً بر مبنای مدل اخیر ارائه گردیده است.

۳. ورود اشخاص به روابط مالی با شرکت در حالی که نظام قانونی و قضایی منتخب از سوی شرکت در فرض ورشکستگی احتمالی آن در اساسنامه و بعضاً در اسناد بدهی آن درج شده، به مثابه توافقی با نظام انتخابی شرکت تلقی گردیده است، ولو این که این مسأله به‌طور خاص مورد مذاکره طرفین قرار نگرفته باشد.

یا رد یکی از دو نگرش جهان شمولی (وحدت)^۱ یا سرزمینی (چندگانگی)^۲ یا یکی از نگرش‌های میانه^۳ موجود در این حوزه، ملازمه‌ای ندارد. دیدگاه قائلان به کاربرد اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی در عرض نگرش‌های مزبور قرار داشته و محتوای انتخاب و توافق اشخاص ممکن است بعضاً بر خصایص یکی از آن‌ها منطبق گردد. برای مثال، یک شرکت بین‌المللی ممکن است با توافق بر یک حوزه قضایی و یک نظام قانونی برای همه اجزا و واحدهای خود، برخی از اوصاف رویکرد جهان شمولی را در انتخاب خود بازتاب دهد و یا با برگزیدن حوزه قضایی و نظام قانونی محل وقوع هر یک از اجزای تابعه به صورت جداگانه، به مؤلفه‌های رویکرد سرزمینی نزدیک شود (Eidenmueller, 2005: 433).

کاربرد اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی حسب ادعای موافقان، علاوه بر برآورده ساختن انتظارات طرف‌ها و قطعیت نسبی در تعیین حقوق آن‌ها، متضمن آثار دیگری نیز می‌باشد که در ادامه به آن‌ها پرداخته و از این رهگذر، جزئیات بیشتری از این دیدگاه بیان خواهد شد.

۱-۱. ارتقای کارایی

قانون‌گذار حسب طبیعت و ذات خود قوانینی را تصویب می‌کند که گروه وسیعی از اشخاص را در بر می‌گیرد. بر این اساس قانون ورشکستگی نیز ضمن ارائه دسته‌ای از شرایط استاندارد، قواعد کلی را در زمینه ورشکستگی برای همه شرکت‌ها تبیین می‌نماید و این در حالی است که شرکت‌ها از جهت اندازه و پیچیدگی بسیار متنوع‌اند.

اظهار این امر که قانون ورشکستگی بحران مالی بدهکار را به بهترین شکل حل و فصل می‌کند، از سوی نظریه پردازان موضوع بحث به شدت مورد اعتراض قرار گرفته و تصور این امر که قانون ورشکستگی واحد صرف نظر از محتوای آن، برای همه شرکت‌ها قاعده‌ای مطلوب می‌باشد، با تردید جدی مواجه شده است. متخصصان

1. Universalism

2. Territorialism

۳. رویکردهای جهان شمولی تعدیل شده (modified universalism)، سرزمینی تعدیل شده (modified territorialism) و سرزمینی مبتنی بر تعامل (cooperative territorialism) از جمله این نگرش‌های میانه به شمار می‌آیند.

پیش‌گفته معتقدند آزادی اشخاص در انتخاب قانون سبب التفات به نیازهای خاص هر یک از آن‌ها و از نظر اقتصادی به کارایی بیشتر منجر می‌شود و این بدان سبب است که هر انسان متعارفی به دنبال به حداکثر رسانیدن رفاه خویش بوده و دانش متعارفی نیز از اولویت‌های خود دارد که به غیر از خود شخص هیچ‌کس از آن آگاهی ندارد؛ بنابراین اشخاص وارد یک موافقت‌نامه انتخاب قانون نمی‌شوند مگر این‌که معتقد باشند در وضعیت بهتری قرار می‌گیرند (نیکبخت و عیوض‌پور، ۱۳۹۰: ۳۳)؛ بدین ترتیب اگرچه اشخاص ممکن است لزوماً در همه موارد مطلوب‌ترین انتخاب را انجام ندهند، اما در مقایسه با قانون‌گذار عملکرد بهتری دارند. شرکت‌ها برای انتخاب قواعد ورشکستگی، به نحوی که ارزش دارایی خود را به حداکثر برسانند، نسبت به حکومت‌ها در موقعیت مناسب‌تری قرار دارند. از طرف دیگر حقوق ورشکستگی بزرگ‌ترین عامل نهایی در سرمایه‌گذاری بین‌المللی و گسترش تأمین اعتبار بین‌المللی بوده (داراب‌پور و دیگران، ۱۳۹۶: ۳۲۲) و قابلیت تعیین قواعد آن در زمانی که سرمایه‌گذاران و وام‌دهندگان اقدام به اعطای اعتبار به شرکت مزبور می‌نمایند بر کارایی قراردادهای منعقد و کاهش نرخ سود اعتبار اثرگذار است. چنین وضعی علاوه بر کاهش هزینه تأمین منابع مالی برای شرکت‌ها و جذب سرمایه، در بازارهای رقابتی به کاهش هزینه‌های تأمین کالاها و خدمات منتهی می‌شود که این امر به نفع همه مصرف‌کنندگان خواهد بود (Block-Lieb, 2001: 528).

مطابق این دیدگاه همچنین شرایط یک شرکت در طول زمان تغییر یافته و قانون ورشکستگی یا مرجع ذی‌صلاح منتخب در زمان شروع به کار شرکت، ممکن است در دوره رشد آن انتخاب کارآمدی نباشد؛^۱ بنابراین نظامی که جواز انتخاب را در این حوزه مقرر می‌دارد باید در عین ایجاد محدودیت برای سوء استفاده و اقدامات فرصت طلبانه، اعمال تغییرات مورد نیاز را مجاز شمارد و میان منافع مشروع شرکت در ایجاد چنین تغییری از یک‌سو و منافع قانونی بستان‌کاران در حفظ حقوق‌شان از

۱. تأثیر اجتناب‌ناپذیر تغییر احتمالی شرایط در آینده بر توافقات و قراردادهایی که به ویژه در روابط بلندمدت بازرگانی تنظیم می‌گردند یکی از مسائلی است که به‌طور کلی در بحث از قراردادهای و تحقق کارایی مورد انتظار از آن‌ها مورد توجه قرار می‌گیرد. برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: طالب احمدی، ۱۴۰۳: ۲۲۵-۲۱۹.

سوی دیگر تعادل برقرار نماید.^۱

۲-۱. کاهش هزینه‌ها

موافقان کاربرد اصل حاکمیت اراده به عنوان قاعده حل تعارض در ورشکستگی بین‌المللی معتقدند قوانین آمره موجود تنها پس از وقوع ورشکستگی، از مجرای قواعد قانونی و به پشتوانه نظام قضایی مداخله کرده و برای رفع بحران مالی حادث، چاره اندیشی می‌نمایند و این در حالی است که اجرای آن‌ها جامعه را متحمل هزینه‌های هنگفتی می‌گرداند. چنان‌چه زمان این چاره‌اندیشی از هنگام وقوع ورشکستگی به هنگام انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاران و تأمین کنندگان اعتبار با شرکت منتقل گردیده و سازکارهای قراردادی و مبتنی بر حاکمیت اراده ایشان با گذر از قواعد آمره عمومی به سوی قواعد تکمیلی خصوصی، معتبر شناخته شوند، بسیاری از هزینه‌های غیر ضروری تقلیل می‌یابند و این بدان سبب است که اشخاص با انتخاب آزادانه قانون حاکم و مرجع ذی‌صلاح، داوطلبانه به مفاد قرارداد خود ملتزم شده و آگاهانه به آثار الزام‌آور ناشی از آن رضایت می‌دهند (Block-Lieb, 2001: 510, 513).

این گروه از نظریه پردازان در مقابل، دیدگاه پیشنهادی خود بر مبنای اصل حاکمیت اراده را متضمن هزینه قابل توجهی ندانسته و در اثبات این سخن چنین استدلال می‌کنند که شرکت‌ها قانون حاکم و مرجع رسیدگی کننده به ورشکستگی احتمالی را از بدو تشکیل، انتخاب و در اساسنامه خود منعکس می‌نمایند و از این طریق به تأمین کنندگان سرمایه و اعتبار این امکان را می‌دهند تا با سهولت، بدون صرف هزینه و تنها با مراجعه به اساسنامه، از نظام قانونی حاکم و مرجع ذی‌صلاح منتخب در فرض وقوع ورشکستگی آگاهی کسب کرده و ضمن ارزیابی این انتخاب و دیگر شرایط مؤثر، نسبت به اعطای اعتبار به شرکت تصمیم‌گیری و در صورت تمایل به عقد قرارداد با شرکت، با شرط مندرج در اساسنامه آن نیز موافقت نمایند. به علاوه در سطح بین‌المللی عموماً شرکت‌های چند ملیتی بزرگی وجود دارند و

۱. در این باره راه حل‌های گوناگونی پیشنهاد گردیده است؛ یک راه حل مقرر داشتن فاصله زمانی مشخصی میان زمان ایجاد تغییر و زمان مؤثر واقع شدن آن است. این امر از تغییر انتخاب ناشی از بحران مالی قریب‌الوقوع جلوگیری می‌کند. راه حل دیگر آن است که بستن کاران شرطی را در قرارداد اعطای اعتبار خود گنجانیده و تغییر را به مثابه «تقصیر» تلقی نمایند. چنین شرطی به وام‌دهنده این امکان را می‌دهد که چنان‌چه تغییر را واجد آثار سوء بر شرایط قرارداد خود بدانند، رابطه‌اش را با بدهکار خاتمه یا مورد مذاکره مجدد قرار دهد (Rasmussen, 2000: 2264).

اشخاصی که در صدد انعقاد قرارداد با آنها می‌باشند، می‌توانند اطلاعات زیادی را پیرامون این شرکت‌ها و وضعیت مالی و اعتباری آنها، در ازای هزینه‌ای اندک تحصیل نمایند. با این وصف، عمده‌ترین هزینه متصور در این دیدگاه عبارت از به دست آوردن آگاهی از جزئیات قواعد مندرج در نظام منتخب می‌باشد که البته، این هزینه تنها در صورتی قابل تصور است که شرکت‌ها در اساسنامه خود قانون و حوزه قضایی کشوری را غیر از آنچه که مطابق قوانین حل تعارض مقرر گردیده برگزیده باشند؛^۱ در این فرض نیز شرکت‌ها احتمالاً از میان قوانین ورشکستگی تعداد محدود و مشخصی از کشورها که به کارآمدی در این زمینه شناخته می‌شوند، دست به انتخاب می‌زنند. مضافاً این‌که شرکت‌ها در مذاکره با اشخاصی که قصد سرمایه‌گذاری و انعقاد قرارداد با آنها را دارند، با انگیزه کاهش هزینه دریافت وام و اعتبار، هزینه‌هایی را که این اشخاص ممکن است برای تحقیق پیرامون قانون و حوزه قضایی منتخب متحمل شوند خود بر عهده گرفته و تلاش می‌کنند تا اطلاعات لازم و کافی را در اختیار آنها قرار دهند. در نتیجه هزینه چنین انتخابی چندان زیاد نخواهد بود (Rasmussen, 2000: 2262-2261).

۳-۱. افزایش کیفیت قوانین ورشکستگی کشورها

کاربرد اصل حاکمیت اراده به عنوان قاعده حل تعارض در ورشکستگی بین‌المللی، فرصت‌های متنوع و چشم‌اندازهای وسیعی را برای رقابت میان نظام‌های قانونی کشورها به دست می‌دهد؛ انتخاب نظام قانونی و قضایی یک کشور برای رسیدگی و حل و فصل مسائل ناشی از ورشکستگی بین‌المللی، از یک سو به معنای ایجاد فرصت‌های شغلی هر چه بیشتر برای وکلا، حساب‌داران و دیگر متخصصان مرتبط با حوزه ورشکستگی در آن کشور بوده و از سوی دیگر، سطح اعتبار دادگاه‌های کشور را در عرصه بین‌المللی ارتقا می‌دهد و با افزایش درآمدهای حاصل از ارائه خدمات قضایی و دادرسی، به تأمین منابع مالی لازم برای اجرای دیگر برنامه‌های حقوقی و قضایی در آن کشور کمک می‌کند (McCormack, 2009).

۱. چنان‌چه نتیجه اعمال اصل حاکمیت اراده و نیز نتیجه به کارگیری قواعد قانونی حل تعارض، هر دو بر نظام قانونی و قضایی یک کشور منطبق گردند، کاربرد اصل حاکمیت اراده در مقایسه با مقررات قانونی، متضمن هیچ هزینه اضافی از باب تحصیل آگاهی در خصوص جزئیات قوانین کشور مذکور نخواهد بود.

180). در چنین شرایطی قانون‌گذاران با هدف افزایش احتمال انتخاب قانون کشور متبوع خود به عنوان قانون حاکم، میزان کارایی نظام قانونی کشورشان پیرامون ورشکستگی را بر مبنای مؤلفه‌های مختلفی هم‌چون سرعت رسیدگی، هزینه دادرسی، تأثیر قوانین بر جذب سرمایه‌های بین‌المللی و ... ارزیابی نموده و مقررات آن را در صورت نیاز بازبینی و اصلاح می‌کنند. دادگاه‌ها نیز با ارائه تفاسیر کارآمد از قوانین کشور مقرر و عملکرد هر چه بهتر، در راستای ارتقای سطح اعتبار خود در جهان تلاش می‌نمایند.

با نفوذ اصل حاکمیت اراده به قلمرو ورشکستگی بین‌المللی، حقوق ورشکستگی دیگر از فرایند رقابت بین‌المللی مصون نمی‌ماند (Eidenmueller, 2005: 434). آزادی انتخاب زمینه رقابت میان نظام‌های قانونی کشورهای مختلف و هم‌چنین ظهور پویایی و نوآوری را در آن‌ها فراهم می‌آورد و به کشورها این امکان را می‌دهد تا با طرح ایده‌های مبتکرانه برای پیروزی در این رقابت تلاش نمایند و در مسیر دستیابی به مقبولیت عمومی در عرصه بین‌المللی گام بردارند. بدون تردید این امر در نهایت و در نگاهی کلی به افزایش سطح کیفیت قوانین ورشکستگی کشورها منتج می‌گردد.

۴-۱. تحقق استقلال و حاکمیت اراده فردی

موافقان کاربرد اصل حاکمیت اراده به عنوان قاعده حل تعارض در ورشکستگی بین‌المللی بر این باورند که حقوق بین‌الملل خصوصی بر مفهوم توافق داوطلبانه میان طرف‌های روابط حقوقی بنا نهاده شده است (Rasmussen, 1997: 4). این گروه از نظریه پردازان بر مبنای چنین عقیده‌ای، دامنه توافق خصوصی را به قلمرو ورشکستگی بین‌المللی گسترش داده و از انتخاب فردی در این حوزه حمایت می‌کنند و دادگاه‌ها را جز در صورتی که اجرای توافق منعقد ناعادلانه، غیرمعقول و یا مخالف با سیاست‌های بنیادین کشور مقرر آن‌ها باشد، مکلف به شناسایی و اعمال مفاد آن می‌دانند (Rasmussen, 1997: 32-35).

قائلان به این دیدگاه بر این نکته تأکید نموده‌اند که ورود اصل حاکمیت اراده و بسترهای قراردادی به عرصه ورشکستگی بین‌المللی فرصت انتخاب آزادانه قانون حاکم و دادگاه صالح را به تناسب شرایط موجود، برای اشخاصی که از ورشکستگی

احتمالی تأثیر خواهند پذیرفت ایجاد می‌کند و مانع از دخل و تصرف اجباری قوانین در اموال آن‌ها می‌شود. محتوای چنین قراردادهایی تنها اشخاصی را که مستقیماً در انعقاد آن‌ها دخالت داشته‌اند، ملتزم کرده و متضمن آثار تبعی یا هزینه‌های جانبی برای اشخاص ثالث نمی‌باشند (Rasmussen, 1997: 34). مطابق این دیدگاه تعهدات، آثار و هزینه‌های مترتب بر اشخاص درگیر در فرایند رسیدگی به ورشکستگی بین‌المللی طبق قاعده حاصل توافقات پیشین ایشان بوده و یا از اراده خود آن‌ها مبنی بر عدم انعقاد قرارداد و پذیرش محتوای قوانین تکمیلی نشأت می‌گیرند و از این منظر، شرکت‌ها و بستان‌کارانشان در شرایطی که خلاف انتظارات و پیش‌بینی‌های آنان باشد واقع نمی‌شوند. حاصل چنین تعبیری آن است که به کارگیری اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی جایگاه اراده مستقل فردی را ارتقا می‌دهد و از تحمیل آثار ناخواسته بر اشخاص و اموال متعلق به آن‌ها که در نظام قوانین آمره عمومی بسیار محتمل است جلوگیری می‌نماید.

۲. مخالفان کاربست اصل حاکمیت اراده به عنوان قاعده حل تعارض در

ورشکستگی بین‌المللی

زمانی که بدهکار از ایفای تعهدات مالی خود بازمانده و ورشکسته می‌شود، دارای مقادیری از دارایی و اموال است و رقابت بر سر این دارایی‌ها و اموال چه بسا آخرین رقابت میان طرف‌های درگیر باشد. طبیعت ورشکستگی متضمن درگیر شدن اشخاص متعددی است که هر یک نقش‌های اقتصادی متفاوتی در جامعه داشته، به طرق گوناگونی طرف روابط مالی با بدهکار واقع شده‌اند و دارای حقوق قانونی متنوعی هستند که این حقوق، خود در بازه‌های زمانی مختلفی ایجاد گردیده‌اند. چنانچه ورشکستگی به تصفیه دارایی شرکت ورشکسته بیانجامد، خطر بزرگی برای کارکنان، سهام‌داران و بستان‌کاران آن به شمار می‌آید و اشخاصی که در جریان رسیدگی به ورشکستگی نتوانند مطالبات خود را وصول نمایند، متحمل زیان‌هایی می‌شوند که میزان آن‌ها بعضاً چشم‌گیر است. با چنین اوصافی، بروز رقابت و تعارض در منافع اشخاصی که از ورشکستگی بدهکار تأثیر می‌پذیرند امری غیرقابل اجتناب است. ورشکستگی به مثابه موقعیتی است که در آن جامعه تصمیم نهایی خود را پیرامون حیات یا مرگ یک تجارت و سهم هر یک از طرف‌های درگیر اتخاذ می‌نماید.

فرایند رسیدگی به ورشکستگی مجموعه‌ای از روابط اقتصادی و اجتماعی گسترده و متنوع را در بر می‌گیرد که نمی‌تواند در چهارچوب مضیق قراردادهای دوجانبه گنجانیده و بر اساس معیارهای کارایی قراردادی سنجیده شود (Warren & West- 2005: 1254). در چنین شرایطی قانون‌گذار بهتر از هر شخص دیگری می‌تواند میان این طیف وسیع از اشخاص و منافع رقیب آن‌ها موازنه برقرار نماید. به علاوه در حوزه ورشکستگی تحقق کارایی و به حداکثر رسانیدن ارزش دارایی موجود نمی‌تواند به عنوان غایت اصلی مقررات ورشکستگی تلقی گردد، بلکه در این حوزه باید تدابیر لازم نیز برای کاهش آثار مخرب ورشکستگی بدهکار و حمایت از اشخاصی که حداقل توان ممکن را برای حمایت از خود در بازار دارند اتخاذ شود (Block-Lieb, 2001: 508-509). از این منظر ورشکستگی ارتباط وثیقی با نظم و منافع عمومی دارد و حل و فصل مسائل ناشی از آن مستلزم حاکمیت قواعد آمره غیرانتخابی در این حوزه می‌باشد؛ به نحوی که بتواند حمایت از حقوق همه طرف‌ها را تضمین نماید. قوانین فعلی موجود بر مبنای چنین برداشتی از مفهوم ورشکستگی تنظیم و تدوین شده‌اند.

این گروه از نظریه‌پردازان با اتکا به تعبیر اخیر از حقوق ورشکستگی و مبنای آن، دیدگاه قائلان به کاربرد اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی را مملو از ادعاهای بی‌پایه و به دور از واقعیات جامعه جهانی می‌دانند که از هر دو جهت نظری و عملی با اشکالاتی مواجه می‌باشد (Anderson, 2000: 696). آنان بر این نظرند که کارایی مورد ادعای موافقان فرضی است که هرگز اثبات نگردیده (Warren & Westbrook, 2005: 1201) و کاربرد اصل حاکمیت اراده در این عرصه ناممکن است؛ اصل حاکمیت اراده که امروزه از اصول بنیادین حقوق بین‌الملل خصوصی به حساب می‌آید، خود بر مبنای قواعد حقوقی و محدوده‌هایی که این قواعد بر این اصل قرار می‌دهند نمود می‌یابد. طرفین تنها در جایی می‌توانند نظام حاکم بر روابط خود را برگزینند که هنگامی که به لحاظ عینی حاکم است، چنین جواز را به آن‌ها اعطا نماید؛ بنابراین قاعده حل تعارض حقوق بین‌الملل خصوصی باید طرفین را در اعمال اراده قراردادی خود به عنوان یک عامل ارتباط^۱ مجاز بشمارد تا آن‌ها بتوانند بر مبنای

۱. «عامل ارتباط» مندرج در قاعده حل تعارض، رابطه حقوقی مطروحه‌ای را که دارای عامل خارجی

چنین جواز قانون حاکم و مرجع ذیصلاح را انتخاب نمایند (کاشار، ۱۳۹۰: ۱۵۵). به بیان دیگر محتوای قرارداد و اراده طرفین برای اعتبار و اجرا مستلزم پشتوانه قانونی و قضایی می‌باشد (Westbrook, 2000: 2304). علاوه بر وجود چنین محذور قانونی پیش روی اعمال اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی، مخالفان ضمن پای‌بندی به مبانی قوانین موضوعه فعلی، پذیرش اصل حاکمیت اراده را در قانون و به کارگیری آن را در عمل ممتنع شمرده و دیدگاه موافقان را متضمن آثار نامطلوب ذیل دانسته‌اند.

۱-۲. عدم تحقق کارایی

تصویری که از سوی قائلان به کاربرد اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی ترسیم و مورد استناد واقع می‌شود، مبتنی بر فرض وجود گروه نسبتاً کوچکی از بستان‌کاران است که همه یا اکثریت آنان از سرمایه‌گذاران و وام‌دهندگان هستند که از قدرت اثرگذاری بر انتخاب قانون حاکم و حوزه قضایی رسیدگی‌کننده به ورشکستگی احتمالی شرکت برخوردار بوده و یا این که می‌توانند نرخ بهره اعتبار اعطایی خود را متناسب با شرایط شرکت و رژیم ورشکستگی منتخب از سوی آن تعیین نمایند (Warren & Westbrook, 2005: 1198, 1249)، اما در عالم واقع فرایند رسیدگی به ورشکستگی منحصراً میان اشخاصی که با شرکت روابط قراردادی داشته و در عین حال، از امکان مذاکره بر سر منافع خود برخوردار بوده‌اند جریان نمی‌یابد (Pottow, 2014: 210)؛ زمانی که شرکت بدهکار ورشکسته می‌شود بستان‌کاران با هر نوع و میزان از مطالبات، برای محاسبه نهایی دارایی ورشکسته گرد هم می‌آیند. معدود بستان‌کارانی با مطالبات کلان ممکن است با تعداد کثیری از بستان‌کاران دارای مطالبات خرد به رقابت پردازند. بستان‌کاری که از مشاوره گروهی از متخصصان ذی‌ربط در مذاکره بر ابعاد گوناگون معاملات و روابط خود با شرکت بدهکار بهره گرفته، ممکن است بر سر اموال آن با بستان‌کار دیگری رقابت نماید که تنها سبب ارتباط او با شرکت مزبور وقوع یک حادثه زیان‌بار بوده است؛ بنابراین توانایی بستان‌کاران در رصد فعالیت شرکت‌ها، ارزیابی ریسک ورشکستگی آن‌ها و

قیمت‌گذاری اعتبارات اعطایی خود بسیار متفاوت است. از میان بستان‌کاران شرکت، در یک سر طیف وام‌دهندگان عمده و خبره‌ای نظیر بانک‌ها قرار دارند و در سر دیگر آن، بستان‌کاران ناشی از مسؤلیت مدنی غیرقراردادی شرکت‌ها هستند که بدون اراده، با شرکت ارتباط یافته و از آن بستان‌کار گردیده‌اند. کارگران و تأمین‌کنندگان خرد کالاها و خدمات ممکن است در جایی در میانه این طیف باشند (Eidenmuel-ler, 2005: 436). در بین بستان‌کاران بعضاً مقامات مالیاتی و نهادهای ارائه‌دهنده خدمات عمومی نیز حضور دارند که نظر به ضرورت و اهمیت رسانیدن خدمات مزبور به اعضای جامعه، در زمینه امتناع از ارائه خدمت به شرکت‌های در معرض ورشکستگی و یا دریافت هزینه بیشتر متناسب با ریسک‌های مالی و نظام ورشکستگی منتخب شرکت‌ها، با محدودیت‌هایی مواجه‌اند. گروهی از بستان‌کاران به‌رغم رابطه قراردادی داوطلبانه با شرکت، فاقد تخصص لازم در ارزیابی احتمال ورشکستگی و تعیین شرایط قرارداد خود به تناسب آن می‌باشند و برخی دیگر نیز مبلغ مطالباتشان نسبتاً اندک است؛ به طوری که میزان ادعای احتمالی آن‌ها نمی‌تواند صرف هزینه برای مذاکره و کسب اطلاعات لازم پیرامون رژیم ورشکستگی منتخب را توجیه نماید (Warren & Westbrook, 2005: 1216, 1230). با این وصف تعداد قابل توجهی از بستان‌کاران امکان مذاکره و تطبیق شرایط خود را با یک رژیم ورشکستگی جدید ندارند.

اشخاصی که حسب موقعیت خود قدرت مذاکره و چانه‌زنی بیشتری برای حفظ حقوقشان دارند، اغلب در برابر آن دسته از تدابیر قانونی که قدرت حاکمیت اراده آنان را به نفع سایر بستان‌کاران محدود می‌نمایند مقاومت می‌کنند. این گروه از بستان‌کاران طبق قاعده در خارج از فرایند ورشکستگی با روش‌هایی از قبیل دریافت وثیقه و تضمین، تلاش می‌کنند تا موقعیت خود را در برابر ریسک‌های ناشی از ورشکستگی احتمالی شرکت تثبیت نمایند. با توجه به این‌که قوانین و حوزه‌های قضایی مختلف با طبقات و دسته‌های متنوع بستان‌کاران در زمان ورشکستگی برخوردهای متفاوتی دارند، پذیرش کاربرد اصل حاکمیت اراده در این عرصه فرصت مضاعفی را در اختیار این گروه از بستان‌کاران قرار می‌دهد تا ضمن مذاکره و حتی اعمال فشار بر شرکت، به نحوی بر انتخاب یا تغییر نظام ورشکستگی منتخب اثر گذارند که منافع آن‌ها

تأمین و مطالباتشان هر چه بیشتر وصول گردد (Eidenmueller, 2005: 436). چنین شرایطی به تحمیل زیان بر سایر بستان‌کارانی که از این امکان بهره‌مند نیستند منجر شده و ناکارآمدی‌های حاصل از این وضعیت، تحقق کارایی ادعایی موافقان را منتفی می‌سازد (Warren & Westbrook, 2005: 1201-1202) و این در حالی است که پای‌بندی به قواعد آمره موجود در این حوزه و رعایت اصل تساوی بستان‌کاران از بروز چنین تبعاتی جلوگیری می‌نماید (دبیری قصرعاصمی و جعفری، ۱۴۰۲: ۲۲۳ و ۲۲۸). اصل تساوی بستان‌کاران و اعمال نظام جمعی و پرداخت عادلانه به تمامی آنان، از حیث اقتصادی منجر به ایجاد کارایی و افزایش اعتبارات تجارتمی‌شود و این بدان جهت است که بار کسری دارایی ورشکسته با درصدی ثابت بر همگان سرشکن گردیده و به هر بستان‌کاری اطمینان خاطر داده می‌شود که هیچ‌یک از دیگر بستان‌کاران نمی‌توانند با تمسک به طرق زیرکانه و مزورانه به تمام مطالبات خویش از دارایی بدهکار برسند و دست او را خالی گذارند. بدین ترتیب اعمال اصل برابری میان بستان‌کاران به نفع توسعه اعتبارات و منابع مالی بالقوه شرکت‌ها بوده و متضرر از رعایت اصل تساوی، تنها آن بستان‌کاری است که در نظر دارد به بهای تزییع حقوق سایرین به حداکثر مطالبات خود دست یافته و هیچ‌گونه ضرری را در ورشکستگی بدهکار متحمل نگردد (صقری، ۱۳۹۶: ۲۳۱-۲۲۹).

۲-۲. افزایش هزینه‌ها

به‌رغم ادعاهایی که موافقان کاربرد اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی پیرامون کاهش هزینه‌ها مطرح کرده‌اند، به نظر نمی‌رسد که جایگزین‌های قراردادی هزینه کم‌تری نسبت به نظام‌های قانونی فعلی داشته باشند. پذیرش آزادی شرکت‌ها در انتخاب دادگاه صالح رسیدگی‌کننده به ورشکستگی مستلزم مداخله دادگاه کشوری است که چه بسا دفتر اصلی و اموال شرکت در حوزه قضایی آن قرار نداشته باشند. هم‌چنین آزادی اراده در تعیین قانون حاکم، شرکت‌ها را مجاز می‌دارد تا قوانین ورشکستگی خارجی را بر دادگاه‌های رسیدگی‌کننده به ورشکستگی تحمیل نمایند و این مسأله نه تنها به سهولت رسیدگی به ورشکستگی کمکی نمی‌کند، بلکه مسبب ایجاد هزینه‌های عمده‌ای نیز می‌باشد.^۱

۱. برخی از موافقان به منظور رفع چنین ایرادی اظهار داشته‌اند که اگر چه اصولاً قواعد حل تعارض

هر چند پذیرش اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی ممکن است برخی هزینه‌های اجرایی بعدی را کاهش دهد، اما خود هزینه‌های جدیدی را بر این فرایند مترتب می‌گرداند. انعقاد قرارداد میان تأمین کنندگان اعتبار و شرکت متضمن هزینه‌های قابل توجهی برای کسب اطلاعات، مذاکره بر طرح‌های مختلف قراردادهای ورشکستگی و تحلیل آثار هر یک از آن‌ها بر منابع اعتباری بالقوه بوده و این در حالی است که هزینه‌های مزبور با وجود یک نظام قانونی آمره در حوزه ورشکستگی قابل اجتناب می‌باشند. در دیدگاه موافقان منافع حاصل از به کارگیری اصل حاکمیت اراده تنها در نبود هزینه‌های معاملاتی تضمین شده است؛ در حالی که هیچ قراردادی بدون هزینه منعقد نمی‌گردد. تحقیق و تحصیل اطلاعات پیرامون رژیم ورشکستگی منتخب شرکت و هم‌چنین بررسی آثار رژیم مزبور بر بستان‌کاران طرف مذاکره، هزینه‌هایی را به بار می‌آورد. در جهانی که دادگاه‌ها شروط انتخاب نظام حاکم بر ورشکستگی را به اجرا درآورند، بستان‌کاران مجبور می‌شوند تا اساسنامه شرکت بدهکار را از مراجع ثبتی مربوطه به دست آورند، قواعد احتمالاً پیچیده اساسنامه را در مواردی که حاکم بر ورشکستگی می‌باشد تحلیل نمایند، وضعیت اولویت ادعای خود و دیگر بستان‌کاران را به موجب قانون کشور منتخب ارزیابی کنند و میزان کارایی نظام پیچیده ورشکستگی آن کشور را که ریشه در مبانی و فرهنگ حقوقی جامعه مزبور دارد، آن‌گونه که واقعاً عمل می‌کند بسنجند (LoPucki, 1999: 739). این تحلیل‌ها باید به تعداد بستان‌کاران شرکت‌ها انجام شوند و در طول حیات شرکت‌ها نیز تداوم یابند؛ بستان‌کاران برای آگاهی از تغییرات صورت گرفته در انتخاب شرکت، مجبور خواهند بود تا جست‌وجو و تحلیل خود را در فواصل زمانی تکرار نمایند و همه این بررسی‌ها و هزینه‌ها در حالی صورت می‌پذیرد که ممکن است وقوع ورشکستگی شرکت تنها یک احتمال بعید باشد (LoPucki, 2000: 2244-2250).

میان تشخیص قانون حاکم و تعیین مرجع صالح تمایز قائل می‌شوند، اما در حوزه ورشکستگی انطباق این دو مقوله بر یکدیگر امری منطقی به شمار می‌آید؛ قواعد ورشکستگی قواعدی بسیار پیچیده بوده و انتظار اعمال صحیح و دقیق قانون ورشکستگی یک کشور از سوی دادگاه کشوری دیگر غیر واقع‌بینانه است و به علاوه دادگاه‌ها در مسائل بین‌المللی عموماً تمایل به اعمال قوانین کشور مقر خود دارند. حسب ملاحظات عملی پیش‌گفته، تطابق بحث صلاحیت دادگاه‌ها و قانون حاکم در حوزه ورشکستگی بین‌المللی، در دیدگاه مبتنی بر کاربرد اصل حاکمیت اراده نیز مجرا بوده و پذیرش این دیدگاه را از سوی نظام‌های قانونی کشورها تسهیل می‌نماید (Rasmussen, 1997: 33-34).

برخی از موافقان کاربرد اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی در مواجهه با چنین نقدی، ایجاد یک فهرست از سوی قانون‌گذار مشتمل بر نظام‌های قانونی و قضایی قابل انتخاب را پیشنهاد نموده و در واقع برای انتخاب شرکت قائل به محدودیت شده‌اند.^۱ اگرچه این طرح به طور چشم‌گیری هزینه کسب اطلاعات را کاهش می‌دهد، اما این امر خود در قبال هزینه قابل توجهی صورت می‌پذیرد و فواید و آثار مثبت قراردادگرایی را که حسب ادعای موافقان مستقیماً از تنوع انتخاب‌های ممکن و کارایی حاصل از مذاکرات فردی در بازار به دست می‌آیند تا حدود زیادی منتفی می‌سازد (Warren & Westbrook, 2005: 1242).

۳-۲. تبدیل شدن نظام قانونی و قضایی برخی کشورها به گریزگاه

بدهکاران

مخالفان کاربرد اصل حاکمیت اراده در قلمرو ورشکستگی بین‌المللی بر این عقیده‌اند که اگر چه نظام انتخاب قراردادی ممکن است حسب ادعای موافقان، تمایلی را به ارتقای سطح کارایی به وجود آورد، اما در عین حال ظرفیت و فرصت قابل توجهی را نیز برای تأمین منافع بدهکار و گروه محدودی از بستان‌کاران ایجاد می‌نماید (LoPucki, 2000: 2250) که این امر با توجه به محدودیت اموال باقیمانده ورشکسته می‌تواند به تحمیل هزینه و زیان‌هایی بر دیگر بستان‌کاران منتهی گردد. شرکت بدهکار و آن دسته از بستان‌کارانی که از قدرت مذاکره و اثرگذاری بر انتخاب شرکت برخوردارند، لزوماً به دنبال انتخاب کارآمدترین نظام ورشکستگی نیستند، بلکه ممکن است در جست‌وجوی نظام قانونی و قضایی کشوری باشند که بیش از همه منافع خود آن‌ها را تأمین می‌نماید.^۲ با این وصف بیشترین شانس انتخاب از آن

۱. برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: Rasmussen, 1992: 53-54

۲. به عمل جست‌وجوی صورت گرفته از سوی اشخاص، به منظور یافتن و انتخاب قلمرو قضایی و دادگاه کشوری که برای استماع و رسیدگی به ادعاهای آنان، مساعدترین گزینه به شمار می‌آید، اصطلاحاً فروم‌شاپینگ (forum shopping) اطلاق می‌گردد؛ در حالی که برخی صاحب‌نظران جست‌وجو و انتخاب قلمرو قضایی کشوری را که به تناسب ادعاها و منافع هر شخص دارای مطلوب‌ترین قوانین ماهوی و شکلی یا مناسب‌ترین شرایط رسیدگی باشد، امری طبیعی و نتیجه اجتناب‌ناپذیر انتخاب اشخاص تلقی می‌کنند، برخی دیگر این مسأله را تهدیدی برای اصل اعمال برابر قانون، متضمن اقدامات فرصت‌طلبانه و منافع غیرموجه به سود بعضی اشخاص و در عین حال مستلزم نادیده گرفتن سیاست‌های تقنینی و قضایی کشورهای دیگر می‌دانند (McCormack, 2014: 822-824).

کشورهایی که کارآمدترین قوانین ورشکستگی را دارند نبوده، بلکه متعلق به آن دسته از کشورهایی است که قوانین ورشکستگی آن‌ها برای اشخاص دخیل در امر انتخاب، مطلوب‌ترین گزینه و با منافع آن‌ها سازگار باشد؛^۱ چنین امری می‌تواند بر طراحی نظام‌های ورشکستگی از سوی قانون‌گذاران کشورها و اصلاح قوانین آن‌ها تأثیر منفی گذاشته و آن‌ها را به لحاظ مؤلفه‌هایی جز تحقق کارآمدی و ارتقای کیفی قوانین سوق دهد. هم‌چنین کاربرد اصل حاکمیت اراده و رقابت دادگاه‌ها بر سر افزایش سهم خود از پرونده‌های ورشکستگی بین‌المللی ممکن است دادگاه‌های رسیدگی‌کننده به این مسأله را از حالت بی‌طرفی خارج کرده و سبب سهل‌گیری آنان نسبت به بدهکارانی که پرونده خود را به نحوی از انحاء در حوزه صلاحیت آنان واقع ساخته‌اند و یا حتی چشم‌پوشی از تقلب و تقصیر چنین بدهکارانی گردد (McCormack, 2009: 182-183).

۴-۲. عدم تحقق واقعی استقلال و حاکمیت اراده فردی

مخالفان به کارگیری اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی، در نقد دیدگاه موافقان چنین بیان داشته‌اند که اراده‌ای که به بستان‌کاران در خصوص توافق بر نظام قانونی یا قضایی منتخب شرکت در فرض وقوع ورشکستگی آن منتسب می‌شود، در بسیاری از موارد قابل احراز نیست. از آن‌جا که اشخاص در زمان سرمایه‌گذاری و تأمین اعتبار برای شرکت، کم‌تر به احتمال ورشکستگی آن و جزئیات حقوقی این امر توجه دارند، اساساً قصد و اراده‌ای در این خصوص برای آن‌ها متصور نمی‌باشد. این نظریه پردازان بر این باورند که در دیدگاه موافقان در اکثر موارد، آنچه به عنوان قانون حاکم و مرجع ذی‌صلاح تلقی می‌شود، تجلی اراده واقعی طرفین نیست؛ بسیاری از بستان‌کاران اساساً فاقد هرگونه رابطه قراردادی و ارادی با

۱. شرکت بدهکار و مدیران آن طبق قاعده در جست‌وجوی نظام قانونی و قضایی کشوری می‌باشند که در فرض بحران مالی شرکت، با استفاده از سازکار تجدید سازمان (reorganization) به جای تصفیه (liquidation)، تداوم حیات آن را به عنوان شرکتی دایر و فعال تضمین کرده و مدیران سابق را نیز در سمت خود ایفا نماید. بستان‌کاران عمده و خبره‌ای که از قدرت مذاکره و اثرگذاری بر نظام منتخب ورشکستگی برخوردارند نیز در این زمینه به عواملی همچون دریافت بخش بیشتری از مطالبات خود، اولویت و ترجیح بر سایر بستان‌کاران و حفظ اعتبار معامله، مطالبه و وثیقه خود توجه می‌کنند. لحاظ چنین عناصری از سوی شرکت، مدیران و بستان‌کاران مزبور در حالی صورت می‌پذیرد که ممکن است به نفع همه طرف‌های درگیر نباشد و در نگاهی کلی منجر به ارتقای سطح کارایی نشود.

شرکت بوده و از میان بستان‌کارانی نیز که داوطلبانه طرف قرارداد با شرکت بدهکار واقع شده‌اند، عده زیادی اطلاع دقیقی از محتوای انتخاب شرکت ندارند (LoPucki, 2000: 2244). به علاوه اگر چه قراردادها اصولاً تنها اشخاصی را که در انعقاد آن‌ها دخیل بوده‌اند متعهد می‌نمایند، اما در حوزه ورشکستگی هر قرارداد و توافقی بر همه بستان‌کاران شرکت اثر می‌گذارد؛ فرایند رسیدگی به ورشکستگی ناظر بر کل فعالیت اقتصادی و دارایی‌های ورشکسته می‌باشد؛ لذا هر تصمیمی که در این رسیدگی‌ها اخذ می‌گردد، همه اشخاصی را که بدهکار در مقابل آن‌ها تعهدی دارد، در برمی‌گیرد و قلمروی آن به طرف‌هایی که از قبل راجع به تأثیر ورشکستگی بر حقوق خود مذاکره کرده‌اند محدود نمی‌شود؛ بنابراین ترتیب اثر دادن به نظام قانونی و قضایی تعیین شده در یک قرارداد، حسب ماهیت جمعی رسیدگی‌های ورشکستگی مستلزم فرض پذیرش و متعهد ساختن همه بستان‌کاران یا تحمیل اجباری هزینه‌های ناشی از انتخاب مزبور بر آنان می‌باشد (Warren & Westbrook, 2005: 1214-1216) و از این منظر با به کارگیری اصل حاکمیت اراده در این حوزه، حقوق و منافع بسیاری از بستان‌کاران به صرف ادعای تحقق کارایی نادیده گرفته و استقلال اراده آنان مخدوش می‌گردد.

۲-۵. کاهش سطح پیش‌بینی پذیری

استدلال دیگری که در دفاع از ماهیت غیر انتخابی قواعد حوزه ورشکستگی از سوی مخالفان کاربرد اصل حاکمیت اراده اقامه می‌شود، عبارت از ضرورت وجود قواعدی استاندارد و قابل پیش‌بینی در این زمینه می‌باشد. مطابق این دیدگاه، وجود نظام آمره قانونی در حل تعارض قوانین و صلاحیت دادگاه‌ها، امکان پیش‌بینی سیر امور حادث شده بر اثر ورشکستگی بین‌المللی را تا حدود زیادی فراهم آورده و منجر به تسهیل آگاهی اشخاص متأثر از ورشکستگی از قواعد بازی می‌گردد؛ غالب و کلای حوزه تجاری می‌توانند بر مبنای تجارب حاصل از اعمال قواعد مزبور و با در نظر گرفتن عوامل ارتباط موجود، محاسبه نسبتاً دقیقی را از قانون حاکم و قلمرو قضایی ذی‌صلاح ارائه کرده و بر این اساس سرنوشت احتمالی ساختارهای معاملاتی مختلف را در فرض وقوع ورشکستگی شرکت برای اشخاصی که قصد ورود به روابط قراردادی با شرکت و تأمین منابع اعتباری آن را دارند از پیش تبیین

نمایند. سرمایه‌گذاران بر مبنای چنین محاسباتی می‌توانند ریسک‌های احتمالی را در نظر گرفته و شرایط قرارداد خود را متناسب با آن تعیین کنند. مدیران شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی نیز در طول زمان تجربیاتی را از نظام ورشکستگی موجود به دست آورده‌اند که این امر پیش‌بینی مسائل این حوزه را برای آن‌ها امکان‌پذیر می‌سازد (Warren & Westbrook, 2005: 1254)؛ بدین ترتیب پیش‌بینی سرنوشت احتمالی شرکت بدهکار و بستان‌کاران آن بر مبنای نظام آمره فعلی قابل تحقق است و نیازی به جایگزینی آن با نظام انتخاب قراردادی که بیش از همه در گروه انتخاب‌های احتمالی شرکت و تغییرات بعدی آن بوده و آگاهی بسیاری از بستان‌کاران نسبت به مفاد چنین انتخابی متعسر و یا حتی متعذر می‌باشد، احساس نمی‌شود.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

برآمد

۱- وجود عامل خارجی در مجموعه روابط حقوقی مطروحه در ورشکستگی بین‌المللی، تعیین قلمرو قضایی ذی صلاح و قانون حاکم را پیش از هر امر دیگری ایجاب می‌نماید. در کنار رویکردهای متنوعی از قبیل رویکرد سرزمینی، جهان شمولی و صورت‌های تعدیل‌شده آن‌ها که سال‌ها در منابع مختلف مورد بحث و بررسی قرار گرفته‌اند، برخی ایده نسبتاً جدیدی را مبنی بر به کارگیری اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی مطرح نموده‌اند. این گروه آمره و غیرانتخابی بودن قواعد حل تعارض در این حوزه را به چالش کشیده و همگام با توسعه دامنه اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌المللی خصوصی، به تمهید و تبیین مبانی نظری لازم برای تسری اصل مزبور به حوزه ورشکستگی بین‌المللی پرداخته‌اند. آنان با اتخاذ نگاهی اقتصادی و با هدف به حداکثر رسانیدن ارزش دارایی‌های ورشکسته، مدل‌هایی را به منظور اجرای این اصل در قلمرو ورشکستگی بین‌المللی ارائه نموده و در توجیه دیدگاه خود، عمدتاً به ارتقای سطح کارایی، کاهش هزینه‌ها، افزایش کیفیت قوانین ورشکستگی و استقلال اراده فردی در نتیجه اعمال این اصل اشاره کرده‌اند. در مقابل، عده‌ای دیگر با پایبندی به مبانی مقررات فعلی، در صحت اصول دیدگاه و نتایج مورد ادعای موافقان تردید نموده و معتقدند که دیدگاه موافقان علاوه بر آن که نمی‌تواند در ارتقای سطح کارایی و کاهش هزینه‌ها مؤثر واقع شود، نظام قانونی و قضایی برخی کشورها را نیز به گریزگاه بدهکاران تبدیل می‌نماید و مانع از استقلال و حاکمیت اراده اشخاص و قابلیت پیش‌بینی نتایج می‌گردد.

۲- با نگاهی به مجموع مطالب پیش‌گفته پیرامون مبانی دیدگاه و استدلال‌های موافقان و مخالفان کاربرد اصل حاکمیت اراده، چنین دریافت می‌گردد که موافقان، خود در ارائه مدلی مطلوب برای اجرای اصل حاکمیت اراده با اختلافات قابل توجهی مواجه می‌باشند، مضافاً این که آثار مورد ادعای آنان فاقد هرگونه پشتوانه عملی و تجربی بوده و بر مبنای صرف نظری ارائه گردیده‌اند. ورشکستگی آن هم در سطح بین‌المللی، مقوله‌ای بسیار پیچیده و دارای ابعاد گوناگون اقتصادی، اجتماعی و حتی سیاسی می‌باشد و تأکید بیش از اندازه بر یکی از این ابعاد ممکن است منجر به غفلت از اهمیت سایر ابعاد آن گردد. اقتضائات خاص مفهوم ورشکستگی از قبیل ماهیت

جمعی، ارتباط با نظم و منافع عمومی، کثرت اشخاص متأثر از ورشکستگی، تعارض منافع و حقوق اشخاص و بالاخره محدودیت دارایی ورشکسته، آن را به طور خاص به گزینه‌ای نامناسب برای اعمال اصل حاکمیت اراده تبدیل می‌کند؛ بنابراین قانون‌گذار به عنوان نماینده جامعه، با وضع مقررات مربوطه، بهتر از هر شخص دیگری می‌تواند جوانب مختلف ورشکستگی و منافع متعارض را در نظر گرفته و ضمن برقراری توازن در آن‌ها، تحقق اصل برابری را که از اصول مهم پذیرفته شده در نظام‌های ورشکستگی می‌باشد تا حد ممکن تضمین نماید؛ بنابراین حفظ نظام آمره موجود در حل تعارض قوانین و صلاحیت‌ها که به تناسب اقتضائات خاص این حوزه طراحی شده است و در عین حال اهتمام قانون‌گذاران و دادگاه‌ها به رفع نقایص و خلأهای احتمالی آن پیشنهاد می‌گردد.



فهرست منابع

الف. فارسی

- * اسکینی، ربیعا (۱۳۹۲)، حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، چاپ هفدهم، تهران: سمت.
- * الماسی، نجادعلی (۱۳۹۵)، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ پانزدهم، تهران: میزان.
- * خمایی زاده، فرهاد (۱۳۸۷)، «تعارض قوانین-تعریف و جایابی عامل ارتباط»، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۲۸.
- * داراب‌پور، مهرباب و همکاران (۱۳۹۶)، چالش‌های حقوقی در مسؤولیت‌های مدنی داخلی و بین‌المللی و راهکارهای توسل به ورشکستگی بین‌المللی، تهران: خرسندی.
- * دبیری قصرعاصمی، مرضیه و جعفری، فیض‌الله (۱۴۰۲)، «بررسی داوری پذیری دعاوی دوران تصفیه امور ورشکستگی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۴.
- * صقری، محمد (۱۳۹۶)، حقوق بازرگانی: ورشکستگی، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- * طالب احمدی، حبیب (۱۴۰۳)، «انعطاف‌پذیری در قراردادها»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۵.
- * غمامی، مجید و صانعیان، علی اصغر (۱۳۹۹)، «اعتبار قرارداد انتخاب دادگاه در حقوق بین‌الملل خصوصی و تأثیر آن در شناسایی و اجرای آراء خارجی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۰.
- * کابری، محمدمجد و اعظم انصاری (۱۳۹۸)، «تأثیر حاکمیت اراده در صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۲، شماره ۸۷.
- * کاشار، اولیویه (۱۳۹۰)، حقوق تجارت بین‌الملل، برگردان: رسول رضایی، تهران: مهر و ماه نو.
- * نیکبخت، حمیدرضا و علی اصغر عیوض‌پور (۱۳۹۰)، «اصل حاکمیت (آزادی) اراده به عنوان قاعده حل تعارض در تعهدات غیر قراردادی (نگاهی به نظام حقوقی

اتحادیه اروپا)، «مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۲۸، شماره ۴۴.
ب. انگلیسی

- * Adler, B. E. (1993), "**Financial and Political Theories of American Corporate Bankruptcy**", Stanford Law Review, Vol. 45, No. 2.
- * Anderson, K. (2000), "**The Cross-Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience**", University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Vol. 21, Issue 4.
- * Block-Lieb, S. (2001), "**The Logic and Limits of Contract Bankruptcy**", University of Illinois Law Review, Vol. 2001, No. 2.
- * Block-Lieb, S. (2000), "**The Politics of Privatizing Business Bankruptcy Law**", American Bankruptcy Law Journal, Vol. 74.
- * Eidenmueller, H. (2005), "**Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe**", European Business Organization Law Review, Vol. 6, Issue 3.
- * LoPucki, L. M. (1999), "**Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach**", Cornell Law Review, Vol. 84, Issue 3.
- * LoPucki, L. M. (2000), "**The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy**", Michigan Law Review, Vol. 98, No. 7.
- * McCormack, G. (2014), "**Bankruptcy Forum Shopping: The UK and US as Venues of Choice for Foreign Companies**", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 63, Issue 4.
- * McCormack, G. (2009), "**Jurisdictional Competition and Forum Shopping in Insolvency Proceedings**", The Cambridge Law Journal, Vol. 68, No. 1.
- * Pottow, John A. E. (2014), "**Beyond Carve-Outs and Toward**

Reliance: A Normative Framework for Cross-Border Insolvency Choice of Law", Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law, Vol. 9, No. 1.

* Rasmussen, R. K. (1997), "**A New Approach to Transnational Insolvencies**", Michigan Journal of International Law, Vol. 19, Issue 1.

* Rasmussen, R. K. (1992), "**Debtor's Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy**", Texas Law Review, Vol. 71.

* Rasmussen, R. K. (2000), "**Resolving Transnational Insolvencies through Private Ordering**", Michigan Law Review, Vol. 98, No. 7.

* Warren, E. & Westbrook, J. L. (2005), "**Contracting out of Bankruptcy: An Empirical Intervention**", Harvard Law Review, Vol. 118, No. 4.

* Westbrook, J. L. (2000), "**A Global Solution to Multinational Default**", Michigan Law Review, Vol. 98, Issue 7.

* Xu, Jingchen (2020), **Maritime Cross-Border Insolvency under the UNCITRAL Model Law Regime: Commonwealth and US Perspectives**, Oxford: Hart Publishing.