

بررسی تطبیقی موارد قضاوت در ورشکستگی در حقوق ایران و آمریکا

استاد راهنما: سرکار خانم دکتر فریده شعبانی

دانشجو: نجمه السادات لوح موسوی

مقطع ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران پردیس فارابی

چکیده

قانونگذار ایران در ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ارجاع دعوی ورشکستگی به داوری را ممنوع کرده است. این ممنوعیت در حقوق آمریکا با شناخت صلاحیت انحصاری برای دادگاه‌های ویژه جهت رسیدگی به اصل ورشکستگی در بخش ۱۵۷ از فصل ۲۸ قانون ورشکستگی آمریکا (آیین دادرسی) ایجاد شده است. از آنجا که بحران‌های اقتصادی سال‌های اخیر، ورشکستگی روزافزون اشخاص و شرکت‌های تجاری را در پی داشته است، منع فوق دست‌های بزرگ از دعاوی تجاری را از شمول دعاوی داوری پذیر خارج می‌کند. محرومیت از مزایای فراوان داوری تنها در صورتی پذیرفتنی است که مطالعه جهات وضع محدودیت مذکور، انحصار رسیدگی در دادگاه‌های ملی را موجه گرداند. در خصوص دامنه این ممنوعیت در حقوق هر دو کشور ابهام وجود دارد. تعیین این محدوده نیز، تنها در گرو شناخت جهات وضع مواد مذکور است. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که در هر دو کشور علاوه بر نظم عمومی، تفاوت میان اهداف قانون ورشکستگی و داوری مهم‌ترین جهات این محدودیت بوده و این تفاوت از چنان اهمیتی برخوردار است که مانع از آشتی‌پذیری داوری و ورشکستگی می‌شود. این

ممنوعیت در حقوق ایران اصل ورشکستگی و مسائل خالص آن مانند تعیین مدیر تصفیه و عضو ناظر، تصدیق مطالبات بستانکاران و ... را در برمی‌گیرد. در حقوق آمریکا نیز تنها مسائل اساسی ورشکستگی قابل ارجاع به داوری نیست و مسائل غیراساسی مشمول اصل داوری‌پذیری می‌شود. از این رو، پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و تطبیقی به مطالعه جهات محدودیت داوری در ورشکستگی در حقوق ایران و آمریکا می‌پردازد.

واژگان کلیدی: ورشکستگی، داوری‌پذیری، دعوای ورشکستگی، دعوای غرما، حقوق آمریکا.

۱. مقدمه

براساس اصل حاکمیت اراده طرفین در تعیین مرجع حل اختلافات قراردادی خود آزاداند. این آزادی تا جایی معتبر است که با اراده قانونگذار در اعطای صلاحیت انحصاری به مرجعی خاص برای حل اختلاف در تعارض نباشد. وضع محدودیت بر آزادی اراده طرفین، معمولاً به نفع دادگاه‌های ملی و با ممنوعیت ارجاع دعوایی خاص به داوری، صورت می‌پذیرد. با وجود مزایای فراوان داوری، قوانین ملی اغلب محدودیت‌هایی برای امور قابل ارجاع به داوری وضع نموده و رسیدگی به پاره‌ای از دعوای را تنها در دادگاه‌ها ممکن می‌دانند. بررسی این محدودیت‌ها تحت عنوان قابلیت داوری مطرح می‌شود. قابلیت داوری به این مسأله می‌پردازد که چه موضوعاتی از طریق داوری قابل حل و فصل نیستند. قابل ذکر است که در حال حاضر دامنه‌ی دعوای قابل ارجاع به داوری به قدری گسترش یافته است که دیگر هر جا سخن از داوری‌پذیری یا امکان ارجاع دعوای به داوری به میان می‌آید، منظور بررسی استثنای این اصل است نه خود آن (سیدی، ۱۳۹۲، ص ۸-۹ و Redfern, 2004, p.149).

باید دانست که داوری ناپذیری نوعی سیاست برای محدودکردن داوری است و نباید با قابلیت اجرای موافقت‌نامه داوری خلط شود؛ زیرا ممکن است قرارداد داوری به دلایلی غیر از عدم داوری‌پذیری موضوع، قابل اجرا نباشد (Ge, 2012, p.3). در



اغلب موارد قابلیت داوری زمانی مطرح می‌شود که موضوعی واجد خصیصه عمومی و خصوصی بوده و با منافع جامعه ارتباطی تنگاتنگ داشته باشد. علاوه بر این، دامنه دعاوی داوری‌پذیر در هر کشور به میزان اعتماد دولت به داوری در آن کشور بستگی دارد.

ارجاع دعوی ورشکستگی به داوری در حقوق ایران از سال ۱۳۰۸ و با تصویب قانون اصلاح قانون حکمیت، با محدودیت روبه‌رو شده است. در حقوق آمریکا این امر با تصریح بر صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ویژه در رسیدگی به اصل ورشکستگی مقرر گردیده است. در اینکه آیا محدودیت مذکور در هر دو کشور تنها به اصل ورشکستگی مربوط است یا دعاوی مرتبط را نیز در برمی‌گیرد، اختلاف نظر وجود دارد. تعیین حیطه استثنای مذکور، در گروهی تعیین علت ایجاد آن است و تنها در سایه دانستن فلسفه وضع محدودیت فوق است که می‌توان به گستره آن پی‌برد. اهمیت موضوع در این است که از یک سو، هر رابطه قراردادی می‌تواند با ورشکستگی مرتبط باشد و از دیگر سو، روابط قراردادی می‌توانند حاوی شرط داوری باشند. از این‌رو در بسیاری از قراردادهای امکان‌بخورد داوری و ورشکستگی وجود دارد (Ge, 2012, p.3).

برای یافتن علت این منع، ابتدا باید ماهیت ورشکستگی بررسی شود. سپس از جهات ممنوعیت سخن به میان آید. نظم عمومی، ممنوعیت ارجاع جرایم به داوری، نسبییت قراردادی، عدم اعتماد دولت به داوری و تفاوت اهداف و آیین رسیدگی داوری و ورشکستگی، جهاتی هستند که تأثیر آن‌ها بر وضع این منع، مورد مطالعه قرار می‌گیرد. پس از بررسی این موارد، نتیجه حاصل از تحقیق نگاشته می‌شود اما پیش از هرچیز شایسته است مواد قانونی مرتبط با داوری‌پذیری ورشکستگی در حقوق ایران و آمریکا بررسی شود. از آنجا که برای ارجاع مسائل اساسی ورشکستگی^۱ در حقوق ایران و آمریکا ممنوعیت وجود دارد؛ درحالی‌که مسائل

۱. مسائل خالص یا اساسی ورشکستگی مسائلی هستند که ارتباط مستقیمی با اصل ورشکستگی دارند مانند تعیین مدیرتصفیه، عضو ناظر، تشخیص مطالبات طلبکاران. آن دسته از دعاوی نیز که دارای نقش محوری در ورشکستگی هستند و به‌طور مستقیم به عملکرد دادگاه‌های ورشکستگی مربوط می‌شوند، مانند اعتراض به

غیراساسی اصولاً داوری پذیر هستند، درعنوان مقاله از واژه محدودیت استفاده شده است که دربرگیرنده هر دو جهت، منع از یک سو و آزادی ارجاع به داوری از دیگر سو، باشد.

۲. محدودیت داوری در ورشکستگی

۲-۱. ایران

در حقوق فعلی ایران، قانونگذار در ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی دعاوی غیرقابل ارجاع به داوری را تعیین کرده است. ازجمله دعاوی مذکور در این ماده، دعاوی ورشکستگی است. وضع این محدودیت درحالی است که حل دعاوی ورشکستگی به سرعت بیشتر و صرف هزینه‌های کمتر نیاز دارد (Ware, 2010, p.438). ممنوعیت ارجاع ورشکستگی به داوری در بند ۱ ماده فوق ذکر شده است؛ اما در مورد حدود این منع نه در این قانون و نه در سایر قوانین مطلبی دیده نمی‌شود. قانون مذکور تنها در داوری‌های داخلی اعمال می‌شود و برای بررسی موضوع در داوری بین‌المللی، می‌بایست قانون داوری تجاری بین‌المللی را جست‌وجو کرد. گرچه در هیچ‌یک از مواد قانون اخیر از محدودیت داوری در ورشکستگی ذکری به میان نیامده است؛ اما بند ۲ ماده ۳۶ این قانون مقرر می‌دارد: «این قانون نسبت به سایر قوانین جمهوری اسلامی ایران که به موجب آن‌ها اختلافات خاصی را نمی‌توان به داوری ارجاع کرد، تأثیری نخواهد داشت». در نتیجه، ممنوعیت مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص ارجاع ورشکستگی به داوری، در داوری بین‌المللی نیز حکمفرما است.

تصدیق مطالبات طلبکاران، در دسته مسائل خالص قرار می‌گیرند. مسائل خالص ورشکستگی مشابه مسائل اساسی در حقوق آمریکا هستند، جهت تفکیک دو نظام حقوقی و جلوگیری از تکرار واژگانی، در بیشتر موارد، برای حقوق ایران از ترکیب «مسائل خالص» استفاده شده است.

۲. مسائل غیر اساسی ورشکستگی، آن‌هایی هستند که با اصل ورشکستگی ارتباط مستقیم نداشته و بیشتر به دعاوی مالی مرسوم و استاندارد میان طرفین مربوط می‌شوند مانند دعوی نقض قرارداد یا دعوی شخص ثالث مبنی بر انجام اعمال متقابلانه توسط مدیر (Neufel, 1991, p. 528).



۲-۲. آمریکا

قانون داوری فدرال در خصوص موضوعاتی که می‌توانند به داوری ارجاع شوند، محدودیتی ندارد. تنها استثنای وارد، این است که در مواردی که به موجب قانون یا نظم عمومی ممنوع شده است، نمی‌توان از داوری استفاده کرد (قاسمی، ۱۳۸۱، ص ۵۵). در این راستا بخش ۱۵۷ از فصل ۲۸ قانون ورشکستگی^۱ رسیدگی به اصل ورشکستگی را در صلاحیت دادگاه‌های ورشکستگی می‌داند. در خصوص دعاوی مرتبط با ورشکستگی، صلاحیت دادگاه ورشکستگی را به موردی محدود کرده است که طرفین برای مراجعه به آن رضایت داده باشند (Ge, 2012, p.19) لذا در صورت عدم رضایت طرفین به صلاحیت این دادگاه برای رسیدگی به اختلاف مرتبط با ورشکستگی، بخش ۱۵۸ فصل مذکور^۲ صلاحیت دادگاه ورشکستگی بر آن حاکم نیست و طرفین می‌توانند رسیدگی به آن را به داوری ارجاع دهند. قانون داوری فدرال معمولاً در داوری‌هایی که به معاملات بین‌المللی و دریایی مربوط می‌شود و نیز در معاملات بین طرفین در ایالت‌های مختلف ایالات متحده اعمال می‌گردد (هولتزمن، ۱۳۸۱، ص ۴۸). با پیوستن آمریکا به کنوانسیون نیویورک در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری بین‌المللی در سال ۱۹۷۰، تعارض فوق در داوری‌های بین‌المللی تا حد زیادی به نفع داوری حل شده است، توضیح اینکه برخلاف داوری‌های داخلی، رسیدگی‌های داوری بین‌المللی در معرض تعلیق خودبخودی قرار نمی‌گیرد مگر اینکه طرف خارجی رسیدگی به اندازه کافی با آمریکا ارتباط داشته باشد، به نحوی که مشمول صلاحیت شخصی این کشور گردد (Westbrook, 1983, p. 599). به طور کلی می‌توان گفت: رویکرد آمریکادر داوری‌های بین‌المللی در کنوانسیون نیویورک به گونه‌ای به تصویر کشیده شده است که محدودیت‌های موجود در قانون ورشکستگی در داوری بین‌المللی به طور کامل اجرا نمی‌شود. به نظر می‌رسد الزام کشورهای امضا کننده کنوانسیون برای

۱. 28 U.S. Code § 157 – Procedures

2. 28 U.S. Code § 158 – Procedures

به رسمیت شناختن قراردادهای قابل حل و فصل از طریق داوری از یک سو و اهمیت داوری بین‌المللی در آمریکا از دیگر سو، موجب این مسأله شده است.

۳. داوری‌پذیری و ورشکستگی

داوری‌پذیری تنها در ارتباط با دعاوی مطرح می‌شود، این گزاره بدین معناست که ابتدا باید بر موضوع مطروحه عنوان دعوا بار شود، سپس از داوری‌پذیری آن سخن به میان آید. درحقیقت درک وجود یا عدم وجود ارتباط میان داوری‌پذیری و ورشکستگی، مستلزم بررسی ماهیت ترافعی یا غیرترافعی ورشکستگی است. این موضوع از آن رو مهم می‌نماید که به علت ویژگی‌های خاص ورشکستگی، دعوا بودن آن مورد اتفاق نظر نیست. بنابراین، ابتدا باید بررسی نمود که آیا اصل ورشکستگی با ساختار ویژه خود تحت شمول اصل داوری‌پذیری قرار می‌گیرد یا خیر؟ در ادامه، ماهیت داوری در حقوق ایران و آمریکابه اختصار مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱. ماهیت ورشکستگی

در حقوق ایران درخصوص ترافعی یا غیر ترافعی بودن ورشکستگی ابهام وجود دارد. از آن‌جا که تنها «دعای» قابل ارجاع به داوری هستند، کشف دلایل ممنوعیت داوری در ورشکستگی، در وهله‌ی اول مستلزم کشف ماهیت ورشکستگی است. قانونگذار ایران در بند ۱ ماده‌ی ۴۹۶ قانون آیین دادرسی «دعوی ورشکستگی» را قابل ارجاع به داوری نمی‌داند. ممکن است چنین استدلال شود که تصریح قانونگذار در این ماده به «دعوی ورشکستگی» تردیدی باقی نمی‌گذارد که در حقوق ایران ورشکستگی، دعوا شناخته می‌شود و عدم امکان ارجاع آن به داوری، استثنایی بر اصل داوری‌پذیری اختلافات است. درمقابل می‌توان چنین استدلال کرد که در دعوی اصلی ورشکستگی اختلاف و نزاعی وجود ندارد تا بحث داوری‌پذیری آن مطرح شود.



علمای حقوق واژه‌ی دعوا را «منازعه در حق معین» تعریف کرده اند. بنابراین، دعوا زمانی ایجاد می‌شود که مدعی حق تضییع یا انکار شده به مراجع صالح مراجعه می‌کند تا به واردبودن یا نبودن ادعا رسیدگی کند؛ اما در این‌جا حقی ادعا نمی‌شود و صرفاً شخص، وضعیت خویش را تشریح می‌کند. از آن پس قانونگذار، در ماده‌ی ۴۱۵ قانون تجارت از واژه‌ی ورشکستگی استفاده می‌کند، در صورتی که پیش از آن سخن از توقف است.

حق، خواسته و دعوا، پیوسته از ناحیه ذی‌نفع قابل طرح هستند ولی توقف و ورشکستگی از ناحیه اشخاص مختلف از جمله تاجر طرح می‌شود (گزارش نشست نقد رأی، ش ۳، ۱۳۹۳). پذیرش این نظر مارا در درک منظور قانونگذار از دعوی ورشکستگی در ماده مذکور با مشکل روبرو می‌سازد. ممکن است استدلال شود که منظور از دعوی ورشکستگی در این ماده، دعاوی مرتبط با ورشکستگی می‌باشد و نه اصل ورشکستگی. این بدان معناست که در حقوق ایران اصل ورشکستگی^۱ به دلیل ماهیت غیرترافعی و دعاوی مرتبط^۲ به دلیل مصالح خاص قابل رسیدگی از طریق داوری نیستند. استدلال فوق شکننده و ضعیف است. در ابتدا باید اظهار داشت صرف وجود برخی تفاوت‌های جزئی میان ورشکستگی با دیگر دعاوی، نمی‌تواند سبب دگرگونی بنیادی ماهیت آن شود. به‌علاوه در دعوی ورشکستگی تنها وضعیت تاجر مطرح نمی‌شود، در نفس این تشریح وضعیت و ادعا مناقشه-ای وجود دارد که نتیجه آن می‌تواند حقوق تاجر و عده ای از طلبکاران را دستخوش دگرگونی و تغییر نماید. در اینجا نیز تاجر ادعایی را مطرح می‌کند که احراز درستی آن روابط مالی وی با دیگر افراد را تحت تأثیر قرار می‌دهد. از طرفی قانونگذار در ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی به صراحت ورشکستگی را دعوا

۱. منظور از اصل ورشکستگی، وضعیت توقف تاجر و عجز وی از پرداخت دیون می‌باشد که با احراز این وضعیت توسط دادگاه، حکم ورشکستگی صادر می‌شود.

۲. دعاوی مرتبط آن‌دسته از دعاوی هستند که با اصل ورشکستگی دارای ارتباط محوری نبوده و درحقیقت دعاوی مالی مرسوم و استاندارد میان ورشکسته و طرف مقابل می‌باشند مانند دعاوی بطلان معامله. در حقوق آمریکا دعاوی مرتبط در دسته مسائل غیراساسی ورشکستگی قرار می‌گیرند.

دانسته است و بازگرداندن این واژه به دعاوی مرتبط، بعید به نظر می‌رسد. درحقیقت آنچه ورشکستگی نامیده می‌شود، اصل دعاوی ورشکستگی همراه با مسائل خالص آن است و دعاوی مرتبط هرکدام واجد عنوانی جداگانه بوده و تحت شمول عنوان کلی «دعوی ورشکستگی»، قرار نمی‌گیرند. به عبارت دیگر، ورشکستگی دارای دو معنای عام و خاص نیست تا در موارد ضرورت با استمداد از این معانی، بر بازگشت این واژه بر یکی از معانی استدلال کنیم. همچنین این استدلال تمامی دعاوی مرتبط با ورشکستگی را صرفنظر از میزان ارتباط، یکسان در نظر گرفته است از این جهت نیز واجد ایراد می‌باشد. از دیگر سو، اصل داوری‌پذیری دعاوی است و حکم ماده ۴۹۶ به روشنی استثناء به شمار می‌آید؛ لذا، باید از تفسیری که دامنه دعاوی غیرقابل ارجاع به داوری در این ماده را گسترش می‌دهد، پرهیز کرد و در موارد تردید به نحوی استدلال کرد که تا حد امکان موارد بیشتری در محدوده‌ی اصل قرار بگیرند. علاوه بر این لزوم احترام به اراده و خواست طرفین نیز اقتضاء می‌کند، تا حد امکان قرارداد داوری بین آنها معتبر تلقی شود، در حالیکه اگر دعاوی غیر منصوص که در مورد شمول استثناء نسبت به آنها تردید وجود دارد، در دامنه حکم ماده ۴۹۶ قرار گیرند، نتیجه آن بی اعتباری موافقتنامه داوری خواهد بود. از مواد ۴۵۸ و ۴۵۹ قانون تجارت که صلح دعاوی مربوط به ورشکسته را تجویز می‌کند، می‌توان به‌عنوان تأییدی بر داوری‌پذیری دعاوی مرتبط با ورشکستگی استفاده کرد.

در حقوق آمریکا درخصوص ماهیت ورشکستگی بحث چندانی مطرح نشده است. گرچه عده‌ای بر این باورند که تفکیک میان موضوعات اساسی و غیراساسی^۱ ورشکستگی در قانون ورشکستگی تا حدی ناشی از این دیدگاه است که موضوعات

۱. آمریکا از معدود کشورهایی است که تفکیک مسائل اساسی و غیر اساسی ورشکستگی را در نظام قانونگذاری خود وارد کرده است. در حقوق این کشور، به طور کلی مسائل اساسی ورشکستگی مسائلی هستند که به طور مستقیم به عملکرد اصلی دادگاه‌های ورشکستگی مربوط هستند و تنها در دعاوی ورشکستگی می‌توانند رخ بدهند. قسمت دوم بخش ۱۵۷ از فصل ۲۸ قانون ورشکستگی آمریکا، برای دادگاه صلاحیت انحصاری رسیدگی به تمام مسائل اساسی ورشکستگی را مقرر داشته است. لیست غیر حصری مسائل اساسی در بخش فوق ذکر شده است.



خالص ورشکستگی از نظر ماهیت بیشتر تشریفاتی جهت اجرای جمعی و سازماندهی مجدد مدیون است و هدف از آن‌ها حل و فصل اختلاف میان طرف‌ها نیست؛ اما بیشتر حقوقدانان این کشور از دعوای خالص ورشکستگی سخن می‌گویند و دلایلی برای عدم قابلیت دآوری موضوعات اساسی مانند اقامه دعوای ورشکستگی (لیو و همکاران، ۱۳۹۱، ص ۲۲۲) و تعیین امین اموال بیان کرده‌اند. بنابراین، در این کشور اصل ورشکستگی از نظر ماهیت، دعوای شناخته می‌شود و در کنار موضوعاتی که به صورت مستقیم با آن ارتباط پیدا می‌کند، قابل رسیدگی از طریق دآوری نیستند اما مسائلی که مستقیماً با ورشکستگی ارتباط پیدا نمی‌کنند، دآوری پذیرند (Ge, 2012, p. 5).

۴. جهات محدودیت دآوری در ورشکستگی

به طور کلی، نظم عمومی مهم‌ترین معیار برای تعیین دآوری‌پذیری دعوای است. بنابراین، ابتدا باید ارتباط ورشکستگی با نظم عمومی و سپس میزان این ارتباط و تأثیر آن در وضع ممنوعیت مورد مطالعه قرار گیرد. به علاوه، به دلیل ماهیت خاص ورشکستگی و ارتباط آن با حقوق اشخاص ثالث، این مسأله می‌بایست بررسی شود که آیا ارتباط ورشکستگی با حقوق اشخاص ثالث می‌تواند مانعی در ارجاع این دعوای به دآوری باشد یا خیر؟ از دیگر سو، ممنوعیت ارجاع جرایم به دآوری، حجر ورشکسته، عدم اعتماد دولت به دآوری، تفاوت در اهداف و آیین رسیدگی دآوری و ورشکستگی و وجود قاعده‌ای به نام تعلیق یا توقف خودبه‌خود دعوای در ورشکستگی، می‌توانند به عنوان دیگر جهات احتمالی وضع این محدودیت مورد مطالعه قرار گیرند.

۴-۱. نظم عمومی

نظم عمومی مهم‌ترین معیار دآوری‌پذیری دعوای و علت عمده عدم قابلیت ارجاع ورشکستگی به دآوری در نظام حقوقی ایران و بسیاری از کشورها است.

مفهوم نظم عمومی در جوامع مختلف متفاوت است و تعیین دقیق مفاد آن مکان‌پذیر نیست. همچنین، این مفهوم نسبی تلقی می‌شود و به اقتضای زمان و مکان قابل تغییر است (شهبازی‌نیا و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۹۴ و ۹۶؛ ارفع‌نیا، ۱۳۸۹، ص ۱۸۴-۱۸۵؛ صادقی، ۱۳۸۴، ص ۹۰-۹۱؛ ایرانشاهی، ۱۳۹۰، ص ۷۶؛ حدادی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۹). در حوزه حقوق خصوصی اعمال قواعد آمره در قالب مفهوم نظم عمومی قرار می‌گیرد و درجایی که صحبت از این مسائل در داوری می‌شود، نظم عمومی به عنوان مبنایی برای پذیرش یا عدم پذیرش و ابطال یا عدم ابطال رأی داوری مورد توجه قرار می‌گیرد. ارتباط نزدیک نظم عمومی و قابلیت داوری برخی نویسندگان را بر آن داشته است که نظم عمومی را منشأ قابلیت داوری به شمار آورند (جنیدی، ۱۳۷۴، ص ۹۴) یا آن را زیر مجموعه نظم عمومی بدانند (van den berg, 2007, p18) با وجود ارتباط تنگاتنگ نمی‌توان این دو مقوله را یکی دانست. همان‌طور که در کنوانسیون نیویورک و قانون نمونه آنسیترال برای داوری تجاری بین‌المللی^۱ بین این دو معیار تمییز قائل شده‌اند (سیدی، ۱۳۹۲، ص ۵۱). همچنین در مرحله نظارت قضایی بر رأی نیز معمولاً این دو، تحت دو عنوان مستقل مطرح می‌شوند (bookstiegel, 2008, p. 41).

نظم عمومی بر مبنای قلمرو و طبیعت، نظم عمومی سیاسی و نظم عمومی اقتصادی را در برمی‌گیرد. نظم عمومی سیاسی آن است که مانع تجاوز افراد به نهادهای اساسی جامعه می‌شود؛ اما در نظم عمومی اقتصادی، دولت در پی رهبری اقتصاد و نظارت بر قراردادهای خصوصی است. نظم عمومی اقتصادی، خود به نظم عمومی حمایت‌کننده (یا نظم عمومی اجتماعی) و نظم عمومی هدایت‌کننده تقسیم می‌شود. نظم عمومی حمایت‌کننده بر این مبنا استوار است که قرارداد همیشه نمی‌تواند عدالت را مستقر کند و برای جلوگیری از تجاوز توانا به ناتوان ایجاد شده است؛ اما در نظم عمومی هدایت‌کننده، دولت سعی دارد با هدایت قراردادهای اقتصاد را هدایت کند (کاتوزیان، ۱۳۹۳(۳)، ص ۱۶۵ و ۱۶۸. کاربونیو ص ۱۱۸-۱۱۹).

۱ . UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration



واضح است که ورشکستگی ارتباطی با نظم عمومی سیاسی ندارد؛ اما می‌تواند با نظم عمومی اقتصادی مرتبط باشد. از میان دو نوع نظم اقتصادی نیز، ورشکستگی را می‌توان با نظم عمومی حمایت‌کننده مرتبط دانست؛ زیرا یکی از اهداف مهم نهاد ورشکستگی، حمایت از غرما است. درحقیقت از آن رو ورشکستگی را حجر سوء-ظنی نامیده‌اند که مقصود از آن حمایت از منافع دیگران است (صفایی؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۹، ص ۲۱۱).

نظم عمومی در هیچ‌یک از قوانین داخلی و حتی بین‌المللی به صراحت تعریف نشده است، می‌توان گفت این مسأله یکی از بهترین زمینه‌هایی است که طرف ورشکسته در دعوای ورشکستگی می‌تواند به واسطه تمسک به آن رأی دآوری را مورد چالش قرار دهد.

برخی معتقدند که قانون‌گذار دعوای ورشکستگی را به علت داشتن ارتباط با نظم عمومی، از ارجاع به دآوری منع کرده است (الماسی، ۱۳۹۵، ص ۲. شهبازی‌نیا؛ بازگیر، ۱۳۹۴، ص ۱۰۰. کریمی؛ پرتو، ۱۳۹۱، ص ۱۶۹) اما این ارتباط عمیق نیست و می‌توان بین دآوری و ورشکستگی آشتی برقرار کرد (الماسی، ۱۳۹۵، ص ۴). درحقیقت نظم عمومی نشانگر عقاید و اندیشه‌های اساسی یک نظام حقوقی است. بنابراین اگر بخواهیم نظم عمومی را معیاری برای قابلیت دآوری موضوعات قرار دهیم، تنها باید موضوعاتی را خارج از این حیطه بدانیم که احساس شود به علت ارتباط تنگاتنگ با نظم عمومی، رسیدگی به آن‌ها جز در دادگاه‌های ملی امکان‌پذیر نیست. در دآوری‌های بین‌المللی نظم عمومی دارای ماهیتی متفاوت و جدا از نظم داخلی است و مفهومی مضیق‌تر از نظم داخلی دارد تا آن‌جا که به سختی می‌توان با استناد به نظم عمومی بین‌المللی موضوعی را غیرقابل دآوری دانست؛ بنابراین در دآوری‌های بین‌المللی ارتباط جزئی با نظم عمومی، مانع دآوری‌پذیری نیست و نباید هر دعوای مرتبط با نظم عمومی را غیرقابل ارجاع به دآوری دانست؛ بلکه در این حیطه تنها موضوعات خاص و انگشت‌شمار، دآوری‌پذیر نیستند (شهبازی‌نیا؛ بازگیر، ۱۳۹۴، ص ۴۴).

سیر تاریخی ارتباط میان قابلیت ارجاع به داوری و نظم عمومی نشان می‌دهد که محدودیت ارجاع برخی دعاوی به داوری، در دوران مدرن سه مرحله را طی کرده است (سیدی، ۱۳۹۲، ص ۳۱)؛ در دوره اول که در قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم میلادی رواج داشت، وجود هرگونه ارتباط با نظم عمومی مانع ارجاع دعوا به داوری می‌شد و این ممنوعیت وسیع بسیاری از دعاوی را دربر می‌گرفت. در توجیه این ممنوعیت گفته می‌شد که در این دسته از دعاوی ممکن است داور رسیدگی‌کننده به اختلاف، منافع جامعه و نظم عمومی را در نظر نگیرد، بنابراین بهتر است اختلافاتی که ارتباطی ولو اندک با نظم عمومی دارند نیز در دادگاه دولتی حل و فصل شوند (Park, Emmanuel, 1999, p.453). تفسیر گسترده نظم عمومی در این دوران، مانع از داوری‌پذیری تمامی دعاوی مرتبط با حقوق عمومی می‌شد (Kanowitz, 1986, p.240).

در دوره دوم که از دهه ۱۹۵۰ آغاز شد، برخلاف دوره قبل تنها در صورت مغایرت قرارداد اصلی حاوی شرط داوری با نظم عمومی، دعوا قابلیت داوری‌پذیری را از دست می‌داد. در این برهه، ممنوعیت ارجاع ارتباطی با شرط داوری نداشت بلکه به قرارداد اصلی مربوط می‌شد. در واقع، هدف این بود که قرارداد خلاف نظم عمومی به داوری ارجاع نشود؛ زیرا در صورت ارجاع همواره این احتمال وجود داشت که قرارداد به موجب حکم داور اجرا شود. گرچه این ممنوعیت تاحدی از اجرای قراردادهای خلاف نظم عمومی می‌کاست اما به طور کلی مانع از این امر نمی‌شد؛ زیرا در هر صورت امکان اجرای این‌گونه قراردادها با توافق طرفین وجود داشت. هرچند در این دوره از میزان اختلافات غیرقابل داوری تاحد زیادی کاسته شد؛ اما همچنان تعداد بسیار زیادی از دعاوی از جمله ورشکستگی غیرقابل ارجاع به داوری شناخته می‌شدند (Carbonneau, 1994, p.212).

در دوره سوم که از دهه ۱۹۷۰ ظهور نمود، به داوری اعتماد بیشتری شد و کشورها به اهمیت گسترش داوری پی بردند. به همین منظور، در این دوره به داور اجازه داده شد که تقریباً به همه اختلافات رسیدگی کند و تنها برای جلوگیری از



اجرای آرای مغایر با نظم عمومی، بازبینی مختصر رأی داوری توسط دادگاه ملی در نظر گرفته شد (Katsoris, 1987, p.364).

ملاحظه می‌شود که تنها در دوره اول کلیه دعاوی مرتبط با نظم عمومی داوری‌پذیر نبودند و از ابتدای دوره دوم به تدریج این دیدگاه منسوخ شد و از تعداد دعاوی غیرقابل اجاع به داوری به میزان قابل توجهی کاسته شد. بر خلاف گذشته، امروزه بسیاری از دعاوی با نظم عمومی مرتبط هستند اما این ارتباط در داوری‌پذیری آن‌ها خللی ایجاد نکرده است و تنها آن دسته از دعاوی دارای این قابلیت نیستند که به علت ارتباط عمیق با نظم عمومی یک جامعه، حل و فصل آن‌ها جز از طریق دادگاه‌های ملی امکان‌پذیر نیست. به عنوان مثال، می‌توان به قراردادهای خرید و فروش کالاهای ضروری اشاره کرد که نقش مهمی در حیات جامعه ایفاء می‌کنند و با نظم عمومی اقتصادی ارتباط تنگاتنگی دارند؛ اما محدودیتی در داوری‌پذیری آن‌ها دیده نمی‌شود. در بادی امر به نظر می‌رسد ارتباط ورشکستگی با نظم عمومی، بیشتر از این قراردادها نمی‌باشد و این میزان از ارتباط با نظم عمومی اقتصادی نمی‌تواند مانع از داوری‌پذیری ورشکستگی شود؛ زیرا در این صورت دیگر مجالی برای ارجاع دعاوی تجاری به داوری باقی نمی‌ماند. این استدلال دقیق به نظر نمی‌رسد. در حقیقت در بحث نظم عمومی، باید بین نظم عمومی عادی و نظم عمومی اساسی تفکیک قائل شد. درست است که بسیاری از دعاوی دارای ارتباط با نظم عمومی می‌توانند به داوری ارجاع شوند ولی در بیشتر نظام‌های حقوقی مانند ایران و آمریکا قانونگذار مواردی مانند ورشکستگی را که مربوط به نظم عمومی اساسی هستند، استثناء کرده است. در نتیجه با این استدلال که دعاوی دیگری هستند که هم مرتبط با نظم عمومی‌اند و هم قابل ارجاع به داوری، نمی‌توان ارتباط داوری‌ناپذیری ورشکستگی و نظم عمومی را رد کرد. آنچه ورشکستگی را در این مورد از سایر دعاوی متمایز می‌سازد، کیفیت و نحوه ارتباط این دعاوا با نظم عمومی اقتصادی می‌باشد. ورشکستگی یک شخص حتی در ابعاد کوچک می‌تواند منجر به ورشکستگی و یا ایجاد بحران مالی برای عده‌ای دیگر گردد. نقش پررنگ شرکت‌های بزرگ و بانک‌ها در حیات اقتصادی جامعه و

کثرت افراد متأثر از وضعیت مالی آنها، به روشنی بحران ناشی از توقف این اشخاص و عمق ارتباط ورشکستگی و نظم عمومی را نمایان می‌سازد.

۴-۲. نسبیت قراردادی

به موجب ماده ۲۳۱ قانون مدنی، قرارداد فقط نسبت به دو طرف و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است، یعنی اثر عقد نسبی و محدود به کسانی می‌شود که در تراضی دخالت داشته‌اند و نسبت به اشخاص ثالث هیچ حق یا دینی ایجاد نمی‌کند. این اثر، نتیجه اصل حاکمیت اراده است. این نسبیت تنها ناظر بر آثار قرارداد است و شامل قابلیت استناد به قرارداد نمی‌شود و طرفین می‌توانند در مقابل شخص ثالث نیز به قرارداد استناد کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۱ (۱)، ص ۱۷۲-۱۷۳).

در آمریکا نیز، اصل نسبی بودن قراردادها یکی از اصول بنیادین محسوب می‌شود^۱ و طرفین یک قرارداد نمی‌توانند برای اشخاص ثالث، تعهد ایجاد کنند (شیروی، ۱۳۸۴، ص ۲۰).

قرارداد داوری نیز مشمول اصل نسبیت قراردادی می‌شود، در نتیجه آثار قرارداد داوری منعقد بین ورشکسته و یکی از طلبکاران محدود به همان طرفین است و نمی‌تواند صلاحیت داور را به سایر طلبکاران تسری دهد (الماسی، ۱۳۹۵، ص ۴). از آنجا که اساس داوری توافق طرفین است، امکان طرح دعوای واحد از سوی همه طلبکاران علیه تاجر یا از سوی تاجر علیه آنها بدون توافق قبلی همگی آنها وجود ندارد. در ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی، ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ایران و همچنین ماده ۲ قانون فدرال داوری آمریکا، وجود قرارداد داوری میان طرفین برای ارجاع اختلاف به داوری، لازم دانسته شده است.

حقوق ورشکستگی بر آن است شرایطی فراهم کند تا علاوه بر اینکه برای طلبکاران بیشترین بازدهی را داشته باشد و حق یکی بر دیگری رجحان نیابد،

۱. price V Easton (1833) 4 B&Ad. (433)



وضعیت ورشکسته نیز سروسامان یابد. به همین علت به ادعاهای همه طلبکاران هم‌زمان رسیدگی می‌کند و اجازه نمی‌دهد یکی از آنها به تنهایی علیه ورشکسته اقدام دعا کند و حق خود را پیش از سایرین بگیرد (Ge, 2012, p.9). در این راستا، ماده ۴۶۲ قانون تجارت ایران، طلبکاران تاجر را ملزم می‌کند اسناد طلب خود را به محکمه رسیدگی‌کننده تحویل دهند. طبق ماده ۴۶۳ همین قانون، محکمه موظف است ظرف مهلت سه روز به همه این اسناد رسیدگی کند. رسیدگی یکجا به همه اختلافات به این دلیل است که عدالت بین طلبکاران رعایت شود و طلبکارانی که زودتر از وضعیت شخص ورشکسته آگاه شده‌اند، نتوانند با طرح فوری دعوا علیه ورشکسته تمام طلب خود را وصول کنند و برای پرداخت طلب سایر طلبکارانی که دیرتر اقدام کرده‌اند، مالی باقی نگذارند.

درخصوص رسیدگی به دعوای ورشکستگی توسط داور، از طرفی رسیدگی داور به هراختلافی از جمله دعوای ورشکستگی مستلزم وجود توافق است و از دیگر سو، به طلب همه غرمای شخص ورشکسته باید به صورت یکجا رسیدگی شود. ممکن است ورشکسته با همه طلبکارانش قرارداد دآوری منعقد نکرده باشد یا در صورت انعقاد، در هر قرارداد شخص خاصی به عنوان داور تعیین شده باشد، در این صورت امکان رسیدگی به همه‌ی اختلافات به صورت یکجا توسط محکمه واحد وجود ندارد؛ اما در صورتی که قرارداد دآوری بین تاجر و همه غرما وجود داشته باشد و داور تعیین شده در همه قراردادهای نیز شخص واحدی باشد که رسیدگی یکجا به همه اختلافات را بپذیرد، منعی برای رسیدگی داور به دعوای ورشکستگی از حیث لزوم وجود قرارداد دآوری و نسبی بودن اثر قرارداد وجود ندارد.

۳-۴. حجر ورشکسته

حجر وضعیتی حقوقی است که برای برخی افراد محدودیت ایجاد می‌کند و «...عبارت است از منع شخص به حکم قانون از اینکه بتواند امور خود را به‌طور

مستقل و بدون دخالت دیگری اداره کند و شخصاً اعمال حقوقی انجام دهد» (صفایی؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۹، ص ۲۰۷).

حجر را می‌توان به حجر خاص و عام، حجر قضایی و قانونی، حجر حمایتی و حجر سوءظنی تقسیم کرد. در این تقسیم‌بندی‌ها، حجر تاجر ورشکسته از نوع حجر خاص، حجر سوء ظنی و حجر قضایی است. حجر خاص است بدین جهت که ورشکسته از انجام کلیه امور حقوقی منع نشده است، حجر سوءظنی است از این جهت که هدف آن حفظ حقوق طلبکاران ورشکسته است و حجر قضایی است بدین جهت که اعلام ورشکستگی، به حکم دادگاه نیاز دارد (صفایی؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۹، ص ۲۱۱-۲۱۲).

درخصوص اصل ورشکستگی، نه در ایران و نه در آمریکا مسأله حجر ورشکسته مطرح نمی‌شود، زیرا تا قبل از صدور حکم ورشکستگی، نمی‌توان تاجر را به ورشکستگی متصف گرداند، به همین جهت اهلیت وی تا این زمان برای انعقاد قرارداد کامل است اما مسأله حجر ورشکسته درجایی که شخص پس از صدور حکم ورشکستگی قرارداد داوری منعقد کند یا دعوی اقامه کند، قابل تأمل است.

طبق ماده ۴۱۸ قانون تجارت ایران، تاجر ورشکسته از مداخله در اموال خود ممنوع است و کلیه اختیارات و حقوق مالی وی که استفاده از آن در تأدیه دیون مؤثر باشد به مدیر تصفیه که قائم مقام قانونی ورشکسته است، منتقل می‌شود. بنابراین، هرگاه دعوی حتی با وجود داشتن جنبه مالی، مؤثر در تأدیه دیون ورشکسته نباشد، اقامه آن توسط یا به طرفیت وی با ایرادی مواجه نمی‌شود (اسکینی، ۱۳۹۰، ص ۷۱). درخصوص امکان طرح دعوا توسط تاجر ورشکسته در دادگستری، باتوجه به بند ۳ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، ممنوعیت از تصرف در اموال در نتیجه حکم ورشکستگی اهلیت اقامه دعوا را از شخص ورشکسته سلب می‌کند. به نظر رسد با توجه به اینکه طبق ماده ۴۱۸ قانون تجارت، ممنوعیت ورشکسته از تصرف، تنها ناظر بر تصرفاتی است که در تأدیه دیون وی مؤثر باشد، حکم مقرر در بند ۳ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی را نیز باید محدود به مواردی دانست که



تصرف در مال در تأدیه دیون مؤثر باشد؛ زیرا در صورت مؤثر نبودن تصرف در تأدیه دیون، طبق ماده ۴۱۸ قانون تجارت، محدودیتی برای تصرف تاجر ورشکسته در اموال خود وجود ندارد و شخص ورشکسته برای اقامه آن دعوا کماکان اهلیت خود را حفظ می‌کند.

درخصوص اقامه دعوا در داوری نیز به موجب ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی و همچنین بند ۲ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی، اهلیت اقامه دعوا لازم دانسته شده است و اشخاص فاقد این اهلیت، نمی‌توانند اختلافات خود را به داوری ارجاع دهند. باید توجه داشت که ارجاع دعوا به داور با انعقاد قرارداد داوری متفاوت است و به معنای اقامه دعوا نزد داور تلقی می‌شود. از این‌رو، در صورتی که ورشکسته قصد اقامه دعوی مؤثر در تأدیه دیون را داشته باشد، باید توسط مدیر تصفیه اقدام کند و نمی‌تواند خود این امر را انجام دهد، خواه این اقامه دعوا در مرجع داوری باشد خواه، دادگستری.

چنانچه انعقاد قرارداد داوری پس از صدور حکم ورشکستگی باشد، باید از قاعده مندرج در ماده ۴۱۸ قانون تجارت، یعنی ممنوعیت ورشکسته از انعقاد قرارداد مؤثر در تأدیه دیون پیروی کند. اگرچه ارجاع دعوا به داوری دارای هزینه و همچنین آثار مالی است (الماسی، ۱۳۹۵، ص ۴) اما انعقاد قرارداد داوری چیزی جز تعیین مرجع رسیدگی به شمار نمی‌رود (الماسی، ۱۳۹۵، ص ۴-۵). به همین علت حجر ورشکسته شامل انعقاد قرارداد داوری برای حل اختلافات نمی‌شود و ورشکسته پس از صدور حکم ورشکستگی نیز می‌تواند برای حل اختلافات مرتبط با ورشکستگی یا سایر دعاوی، قرارداد ارجاع به داوری منعقد کند. در آمریکا، می‌توان طبق بخش ۱۵۸ از فصل ۲۸ قانون ورشکستگی آمریکا^۱ دعاوی مرتبط با ورشکستگی را از صلاحیت دادگاه ورشکستگی خارج کرد؛ بدین صورت اهلیت طرفین برای انعقاد قرارداد منظور تعیین مرجع رسیدگی به دعاوی مرتبط با ورشکستگی، پذیرفته شده است. در حقوق آمریکا قاعده منع مداخله ورشکسته در اموال خود به شکلی که در حقوق ایران وجود دارد، دیده نمی‌شود. به دلیل تفاوت-

1. 28 U.S. Code § 158 – Procedures

های نهاد ورشکستگی دو کشور، نمی‌توان با رویکرد حقوق ایران مفاهیم مشابه را در این نظام حقوقی جستجو کرد. با این وجود، دادگاه‌های ورشکستگی آمریکا در موارد بسیاری بر بی‌اعتباری شروط قراردادی منعقدۀ توسط ورشکسته رأی داده‌اند (Slaughter and May, 2012, p. 6).

قابل ذکر است که در آمریکا به محض طرح درخواست ورشکستگی تمامی اقدامات وصولی اعم از قضایی یا غیر قضایی بر علیه بدهکار به حالت تعلیق درمی‌آید.^۱ این امر مانع از آن می‌شود که طلبکار بتواند از طریق کسب رأی دادگاه یا اقدامات دیگر، اموال ورشکسته را تصاحب کند و یا کنترل دارایی وی را در اختیار گیرد.

۴-۴. عدم اعتماد دولت‌ها به داوری

گستره دعاوی غیرقابل ارجاع به داوری در هر جامعه ارتباطی مستقیم با میزان اعتماد دولت به داوری دارد. گرچه امروزه قانون‌گذاران دریافته‌اند که همگامی با تحولات اقتصادی به‌ویژه در عرصه بین‌المللی مستلزم پذیرش داوری است؛ اما همچنان در برخی از موضوعات حساس محدودیت‌هایی را در ارجاع به داوری، وضع می‌کنند؛ زیرا معتقدند تنها دادگاه‌ها می‌توانند حقوق عمومی را به درستی تفسیر کنند (park, 1989, p. 700). داوران نیز به علت فقدان توانایی لازم برای اجرای مقررات عمومی، جامعه را متضرر می‌کنند (Kanowitz, 1987, p. 240). از دیگر سو، آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد و ملزم نبودن داور به رعایت قانون ملی در داوری‌های بین‌المللی، راه تقلب نسبت به قانون را باز می‌کند حتی در صورت رعایت قوانین ملی توسط داوران، آن‌ها فاقد ابزارهای لازم برای رعایت منافع عموم هستند (sterk, 1981, p. 490). درحقیقت داوری سازوکاری برای تأمین عدالت بین طرفین است؛ اما در دعوایی همچون ورشکستگی، منافع

1. Automatic Stay



اشخاص ثالث بیشتر از عدالت بین طرفین مدنظر قرار می‌گیرد. حفظ این منافع نیز، تنها در دادگاه‌های ملی امکان‌پذیر است. (Morgan, 1987, P. 1059).

بی‌اعتمادی دولت به داوری، می‌تواند منجر به شناخت صلاحیت انحصاری برای دادگاه در رسیدگی به اختلاف گردد. امروزه قانونگذاران کشورهای پیشرفته دریافته‌اند که همگامی با تحولات بین‌المللی و گسترش بازرگانی نیازمند ارتقای جایگاه داوری و اعتماد بیشتر به این نهاد سودمند است. این مسأله در کشورهای همچون آمریکا، سبب شده است که سیاست عمومی به نحوی طراحی شود که قوانین متعارض با داوری بین‌المللی، به نفع این نهاد تفسیر شوند. تحولات جدیدی که در آمریکا به واسطه‌ی رکود اقتصادی سال ۱۹۷۱ به وقوع پیوست، ورشکستگی روزافزون شرکت‌های آمریکایی را به دنبال داشت که به طور گسترده‌ای در تجارت جهانی مداخله داشتند. از یک طرف، گسترش مقارن نیاز به استفاده از داوری بین‌المللی و از طرف دیگر وجود شرکت‌های آمریکایی ورشکسته که در خارج از کشور به امر تجارت مشغول بودند، دادگاه‌های آمریکایی را ناگزیر ساخت که تا حد امکان در داوری بین‌المللی از این بی‌اعتمادی دست شسته و بین اصول متعارض قانون ورشکستگی آمریکا و داوری بین‌المللی سازگاری ایجاد کنند. چنان‌که در راستای اجرای قاعده تعلیق نیز دادگاه‌های آمریکا در مواردی که دوطرف هیچ‌گونه ارتباطی با آمریکا ندارند، این قاعده را تنها در شرایط خاص اجرا می‌کند (westbrook, 1983, p. 599).

در حقوق ایران بی‌اعتمادی و بدبینی نسبت به داوری هم در زمینه قانون‌گذاری و هم در رویه قضایی دیده می‌شود. گرچه به نظر می‌رسد که در شرایط فعلی و با وجود بحران اقتصادی حاکم بر جامعه، ارجاع ورشکستگی به داوری می‌تواند با تالی فاسد همراه باشد؛ زیرا داوری‌پذیری ورشکستگی این خطر را به همراه دارد که شرکت‌های بزرگ از طریق طرح ورشکستگی صوری در داوری و تبانی، بتوانند حکم ورشکستگی دریافت و بدین شیوه از زیر بار تعهدات خود شانه خالی کنند. باید دانست صلاحیت انحصاری دادگاه نمی‌تواند به طور کامل مانع از این امر شود؛ زیرا همواره این امکان وجود دارد که شخص با سندسازی و تقلب قاضی را فریب

دهد و حکم ورشکستگی دریافت کند. عدم وجود دادگاه‌های ویژه و بررسی دعاوی ورشکستگی در دادگاه‌های عمومی که با تراکم شدید پرونده‌ها مواجه هستند، مانع از بررسی دقیق وضع تاجر مدعی توقف می‌شود و احتمال صدور احکام نادرست را افزایش می‌دهد. خطر تبانی در داوری می‌تواند با طراحی سازوکارهای مناسب بسیار کاهش پیدا کند. به عنوان مثال، در موضوعات حساس همچون ورشکستگی، می‌توان نظارتی فراتر از نظارت معمول دادگاه در دیگر داوری‌ها پیش‌بینی کرد یا اینکه طرفین را ملزم به انتخاب داورانی از میان اشخاص و نهادهای مورد اعتماد کرد.

بیان این نکته ضروری است که نمی‌توان بی‌اعتمادی به داوری را به عنوان جهتی مانند دیگر جهات ممنوعیت ارجاع ورشکستگی به داوری مورد مطالعه قرار داد؛ زیرا کشف دلایل این بی‌اعتمادی، خود یکی از اهداف پژوهش حاضر به شمار می‌رود. به بیان دیگر، جهات مورد بررسی در این تحقیق می‌توانند از دلایل بدبینی و بی‌اعتمادی مقنن نسبت به داوری و در نهایت وضع محدودیت برای داوری پذیری دعاوی گردند.

۴-۵. تعارض اهداف داوری و ورشکستگی

تفاوت اهداف داوری و ورشکستگی، یکی از مهم‌ترین جهاتی است که می‌تواند مانع از داوری‌پذیری ورشکستگی گردد. بسیاری از موضوعات خالص ورشکستگی نظیر نصب مدیر و اقامه‌ی دعاوی ورشکستگی از آن رو، داوری‌پذیر به نظر نمی‌رسند که هدف از آن‌ها حل اختلاف میان طرف‌ها نیست بلکه بیشتر دعاوی و تشریفاتی برای اجرای جمعی یا سازماندهی مجدد مدیون هستند (لیو و همکاران، ۱۳۹۱، ص ۲۲۲). درحالی‌که داوری به عنوان روشی برای حل اختلاف و منازعه میان اشخاص به کار گرفته می‌شود. حتی در خصوص مواردی که به موضوعات خالص ورشکستگی مربوط نمی‌شود و درحقیقت دعاوی مالی علیه ورشکسته است، دعاوی جداگانه داوری ممکن است با خط مشی و سیاست‌های قوانین ملی ورشکستگی تعارض پیدا کند. در حقوق ایران هدف از وضع قواعد ورشکستگی در درجه نخست



حمایت از طلبکار است (عیسائی تفرشی و همکاران، ۱۳۹۴، ص ۷۳). بنابراین مقررات ورشکستگی به گونه‌ای تدوین شده است که تا حد امکان توزیع عادلانه‌ی اموال به نفع طلبکار را تضمین کند و در همین راستا قواعدی مانند تعلیق یا توقف خودبه‌خود دعاوی علیه ورشکسته طراحی شده است. در حقوق آمریکا نیز برای آن‌که همه دعاوی متمرکز شوند و امکان تقسیم منصفانه و منظم دارایی مدیون فراهم شود، تعلیق دعاوی علیه مدیون و صلاحیت انحصاری دادگاه ورشکستگی در بسیاری از مسائل مربوط به ورشکستگی پذیرفته شده است (Iazic, 1998, p. 156-157). در حقوق این کشور رویه قضایی بر آن است که هر جا خط مشی قانون ورشکستگی بر قانون داورى غلبه داشته باشد، اختلاف قابل ارجاع به داورى نیست. به نظر می‌رسد تضاد میان اهداف قانون ورشکستگی و داورى در برخی از موارد می‌تواند آن‌چنان شدید باشد که مانع از داورى‌پذیری ورشکستگی شود. قواعدی چون تعلیق تعقیب و شناخت صلاحیت انحصاری برای دادگاه، ابزارهای مورد نیاز قانونگذار برای رسیدن به اهداف مقرر تلقی می‌شود. نیل به این اهداف و سامان بخشیدن به وضعیت ورشکسته و طلبکاران، جز با چشم‌پوشی از آزادی اراده طرفین برای ارجاع اختلاف ناشی از برخی امور مرتبط با ورشکستگی به داورى امکان‌پذیر نیست. این بدان معناست که برخی از دعاوی که به خودی خود و به روشنی داورى‌پذیر هستند، در وضعیتی خاص می‌توانند این قابلیت را از دست بدهند. بررسی قاعده‌ی تعلیق تعقیب و نقش آن در داورى‌پذیری، نیز مطالعه صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ویژه در حقوق آمریکا، می‌تواند ما را در درک بهتر این امر یاری کند.

۴-۵-۱ قاعده‌ی تعلیق یا توقف خودبه‌خودی تعقیب ورشکسته و صلاحیت

انحصاری دادگاه

ابتدا باید دانست که در حقوق ایران، قاعده تعلیق تعقیب را نمی‌توان از جهات مورد نظر قانونگذار در ممنوعیت ارجاع اصل ورشکستگی به داورى دانست. این امر

بدان دلیل است که قاعده تعلیق تعقیب در زمان توقف هنوز وجود ندارد و به محض صدور حکم ورشکستگی بر اقدامات وصولی و اجرایی حاکم می‌شود. از دیگر سو، گفته شد که منظور قانونگذار در قانون آیین دادرسی، اصل ورشکستگی است و نه دعاوی مرتبط اما از آنجایی که در شمول قاعده‌ی تعلیق تعقیب بر پاره‌ای از دعاوی مرتبط با ورشکستگی ابهام وجود دارد، بررسی این قاعده ضروری می‌نماید.

قاعده تعلیق تعقیب خودبه‌خودی در حقوق ایران در ماده ۴۱۹ قانون تجارت پیش‌بینی شده است. طبق این قاعده به محض صدور حکم ورشکستگی، کلیه اقدامات قضایی و اجرایی علیه ورشکسته باید به حالت تعلیق درآید و تنها به طرفیت مدیر تصفیه اقامه شوند (عیسائی تفرشی و همکاران، ۱۳۹۴، ص ۶۵). در حقوق آمریکا قاعده تعلیق در بند الف (a) ماده ۳۶۲ از فصل یازدهم^۱ قانون ورشکستگی پیش‌بینی شده است و تمامی اقدامات قضایی، غیرقضایی و اجرایی را در برمی‌گیرد (black, 2009, p. 548).

در حقوق ایران عده‌ای از نویسندگان هدف از قاعده‌ی فوق را لزوم شمول آیین جمعی بر دعاوی ورشکسته می‌دانند (ورمزیار، ۱۳۸۸، ص ۲۷۷). وفق ماده‌ی ۴۱۹ قانون تجارت دعاوی منقول و غیرمنقول باید به طرفیت مدیر تصفیه اقامه شوند. اقدامات اجرایی نیز مشمول همین حکم قرار می‌گیرند. در این ماده از انحصار مرجع رسیدگی ذکری به میان نیامده و تنها اقامه‌ی دعاوی علیه ورشکسته به طرفیت مدیر تصفیه مورد تأکید قرار گرفته است. این گزاره بدان معناست که هدف از وضع قاعده‌ی فوق ممانعت از اقدام فردی طلبکاران علیه ورشکسته و ایجاد مرجعی واحد، جهت توزیع بهینه است (کاویانی، ۱۳۹۱، ص ۱۳۶). بنابراین ممکن است در بادی امر چنین به نظر رسد که در حقوق ایران، قاعده تعلیق تعقیب صرفاً دعاوی علیه شخص ورشکسته را منع می‌کند؛ اما درخصوص مرجع رسیدگی حکمی مقرر نمی‌دارد. به عبارت دیگر، هدف از این قاعده، تعیین مرجعی برای اقامه دعوا به طرفیت وی و

1. 11 U.S. Code § 362(a)



تمرکز کلیه پرداخت‌ها در این مرجع محسوب می‌شود و نه ایجاد صلاحیت انحصاری برای دادگاه در رسیدگی به دعاوی علیه ورشکسته. در نتیجه، از این حیث مشکلی جهت ارجاع ورشکستگی به داوری وجود ندارد اما این مطلب صحیح نیست. درحقیقت قاعده‌ی تعلیق با منع اقدام فردی طلبکاران، برآن است که بیشترین میزان پرداختی به آن‌ها صورت گیرد و این امر مستلزم تمرکز دعاوی در مرجعی واحد است. فلسفه قاعده فوق درحقوق ایران همانا تحقق اقدام جمعی طلبکاران و در کنارهم نگه داشتن اموال ورشکسته برای حداکثرکردن ارزش آن‌ها به شمار می‌رود (عیسائی تفرشی و همکاران، ۱۳۹۴، ص ۷۴). این نکته بیانگر آن است که این مهم تنها با شناخت صلاحیت انحصاری برای دادگاه در رسیدگی به اصل ورشکستگی و مسائل خالص آن امکان‌پذیر است.

درحقوق آمریکا، درخصوص شمول قاعده تعلیق به دعاوی اساسی مرتبط با ورشکستگی و صلاحیت انحصاری دادگاه در رسیدگی به این مسائل، ابهام جدی وجود دارد. این ابهام ناشی از تعارض میان قانون داوری فدرال و قانون ورشکستگی است. قانون داوری فدرال مقرر می‌دارد که شرط داوری مندرج در قراردادهای مکتوب معتبر، غیرقابل برگشت و قابل اجرا هستند و این صفات در شرط داوری محفوظ خواهند ماند، همان‌گونه که در قانون یا قواعد انصاف برای الغای هرقرارداد داوری وجود دارد. دیوان‌عالی در این خصوص اعلام کرده است که «قانون داوری جایی را برای اعمال صلاحیت (اختیار) دادگاه بخش باز نکرده است بلکه دادگاه بخش را ملزم می‌نماید که طرفین را نسبت به مراجعه به داوری در موردی که قرارداد داوری امضا شده است، هدایت کند. با این وصف، کنگره در طرح قانونی ورشکستگی این اختیار را اعطا کرده است که نسبت به دعاوی مربوط به دارایی ورشکسته و وظایف قانونی و دعاوی مرتبط با ورشکستگی یا منبعث از آن، براساس قانون ورشکستگی اعمال صلاحیت کنند. ورشکستگی فرآیندی را ایجاد می‌کند که در آن طلبکاران به عنوان یک گروه واحد، از بیشترین میزان برگشت طلب برخوردار می‌شوند. با این تضمین که هیچ طبقه‌ای به صورت غیرمنصفانه به هزینه دیگران دارا نمی‌شود (kirgis, 2009, p. 3).

قاعده تعلیق تعقیب نیز به منظور دستیابی به این هدف طراحی شده و نیل به این منظور، نیازمند تمرکز دعاوی علیه ورشکسته در مرجعی واحد است (wagner, 2011, p.189). از این رو، در رسیدگی به مسائل اساسی مرتبط با ورشکستگی، تنها دادگاه‌های ویژه صلاحیت رسیدگی دارند. در مقابل ممکن است چنین استدلال شود که هدف از وضع قاعده فوق در حقوق آمریکا این نکته می‌باشد که هر دعاوی معلقه که در آن نماینده اموال طرف دعوا نیست، نمی‌بایستی داریی را متعهد کند. بنابراین، قاعده تعلیق در پی تعیین مرجعی برای اقامه‌ی دعوا به طرفیت وی است و نه شناخت صلاحیت انحصاری برای دادگاه.

حتی در صورت پذیرش فرض فوق، درحقیقت از مشخصه‌های بارز قانون ورشکستگی ایالات متحده، صلاحیت استثنایی دادگاه‌های ورشکستگی نسبت به تمام داریی بدهکار و اداره هماهنگ تمامی دعاوی مطرح شده از طرف بدهکار یا علیه او در خلال امر تصفیه یا ترمیم^۱ محسوب می‌شود (westbrook, 1983, p. 598). این صلاحیت گسترده نسبت به دعاوی تصفیه در ماده‌ی ۳۶۲ قانون ورشکستگی مورد حمایت قرار گرفته است. شناخت صلاحیت گسترده برای دادگاه‌های ورشکستگی و وجود قاعده تعلیق تعقیب از یک سو و تفکیک میان مسائل اساسی و غیراساسی ورشکستگی از دیگر سو، قضات این کشور را بر آن داشته است که بسیاری از اختلافاتی را که به خودی‌خود داوری‌پذیر هستند، به دلیل ورشکستگی یک طرف قابل داوری ندانند. با پیوستن آمریکا به کنوانسیون شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی در سال ۱۹۷۰، سیاست‌های این کشور در حمایت از آرای داوری خارجی سبب شده است که تعارض میان قواعد داوری و ورشکستگی، تا حد زیادی به نفع داوری حل شود. علاوه بر این آرای داوری خارجی از بسیاری از قواعد سختگیرانه‌ی قانون ورشکستگی مانند قاعده‌ی تعلیق تعقیب، نیز رها شوند. در نتیجه در این کشور رسیدگی‌های داور خارجی در معرض قاعده‌ی تعلیق تعقیب قرار نمی‌گیرند، مگر اینکه طرف خارجی رسیدگی به اندازه‌ی

۱ .rehabilitation



کافی با آمریکا ارتباط داشته باشد که مشمول صلاحیت شخصی این کشور شود (westbrook, 1983, p. 599). آنچه ذکر شد نشان می‌دهد که تفاوت اهداف قانون داوری و ورشکستگی می‌تواند یکی از مهم‌ترین جهاتی باشد که مانع از داوری پذیری ورشکستگی شود. گرچه تفکیک مسائل اساسی و غیراساسی ورشکستگی در حقوق ایران وجود ندارد؛ اما می‌توان گفت در این کشور نیز تنها آن دسته از دعاوی مرتبط می‌توانند به داوری ارجاع شوند که هدف اصلی آن‌ها حل اختلاف میان طرفین بوده و در زمره مسائل اساسی ورشکستگی قرار نمی‌گیرند. به عبارت دیگر، مسائل خالص ورشکستگی، خارج از حیطه داوری‌پذیری است.

۴-۶. تفاوت آیین رسیدگی داوری و ورشکستگی

شیوه رسیدگی در مرجع داوری با رسیدگی به دعوی ورشکستگی در دادگاه متفاوت و دارای شرایطی خاص است. یکی از شرایط ویژه داوری، محرمانه‌بودن رسیدگی است، درحالی که در دعوی ورشکستگی لازم است مدیر تصفیه، طلبکاران و... همکاری و اطلاع داشته باشند (الماسی، ۱۳۹۵، ص ۵). آگاهی طلبکاران از دعوی مطروحه علیه تاجر ورشکسته سبب می‌شود که بتوانند در زمره دیان قرار گیرد و طلب خود را ولو به‌طور ناقص از شخص ورشکسته بستانند. بدان معنا که در دعوی ورشکستگی امکان حفظ محرمانگی وجود ندارد؛ بنابراین، محرمانه‌بودن رسیدگی داوری در مقابل لزوم علنی‌بودن رسیدگی به ورشکستگی قرار می‌گیرد؛ اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا حفظ محرمانگی از خصایص ذاتی داوری و در نتیجه غیرقابل نقض محسوب می‌شود یا این‌که می‌توان با وجود صرف‌نظر نمودن از محرمانگی، اصل داوری را حفظ کرد؟ در پاسخ باید گفت محرمانه‌بودن تنها یکی از مزایای داوری است و به ذات آن مربوط نمی‌شود، بنابراین نمی‌توان و نباید اصل داوری را با همه مزایای آن نادیده گرفت و فدای یکی از امتیازات آن یعنی محرمانه‌بودن کرد. در هر رسیدگی اعم از دعوی ورشکستگی

و غیر آن، طرفین می‌تواند توافق کنند که رسیدگی داور به صورت علنی باشد و برای هرفردی امکان حضور فراهم شود.

۵. نتیجه‌گیری

قانونگذار ایران ورشکستگی را دعوا می‌داند و بدین عنوان آن را از شمول دعاوی قابل ارجاع به داوری خارج دانسته است. این ممنوعیت تنها دعاوی اصلی ورشکستگی و موضوعات خالص آن را دربرمی‌گیرد و شامل دعاوی مرتبط با ورشکستگی نمی‌شود. در حقوق آمریکا میان مسائل اساسی و غیر اساسی ورشکستگی تفکیک وجود دارد. در این کشور اصل ورشکستگی دعوا شناخته می‌شود و رسیدگی به آن در کنار دیگر مسائل اساسی، در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ویژه ورشکستگی قرار گرفته است.

ممنوعیت ارجاع ورشکستگی به داوری بیش از هر چیز از ارتباط این دعوا با نظم عمومی نشأت می‌گیرد و این ارتباط از چنان شدت و عمقی برخوردار می‌باشد که آشتی میان آن‌دو را ناممکن می‌گرداند. از میان دیگر جهات مورد مطالعه در پژوهش حاضر، تضاد میان اهداف قانون ورشکستگی و داوری تنها جهتی است که قانونگذار ایران و آمریکا را به وضع ممنوعیت بر داوری پذیری ورشکستگی سوق داده است. بسیاری از موضوعات خالص ورشکستگی، از آن‌رو داوری‌ناپذیر به نظر می‌رسند که هدف از آن‌ها حل اختلاف میان طرفین نیست بلکه دعاوی و تشریفات جهت اجرای جمعی و سازماندهی مجدد مدیون هستند. این مسأله درحالی است که داوری روشی برای حل اختلاف میان طرفین به شمار می‌رود. بدیهی است، در دعاوی مرتبط که جنبه خصوصی دعوا غالب است، ورشکستگی نمی‌تواند مانع از داوری‌پذیری دعوا شود. با توجه به ماهیت غیرترافعی ورشکستگی، پیشنهاد می‌شود در بازنگری قانون عنوان دعوا حذف شود و اصلاح قانون به نحوی صورت گیرد که به صراحت، کلیه مسائل اساسی ورشکستگی که واجد ماهیت ترافعی‌اند، از شمول دعاوی قابل ارجاع به داوری حذف شوند. در



این صورت اصل ورشکستگی به دلیل دعوانبودن قابلیت ارجاع به داوری ندارد و دعاوی مرتبط که در دسته مسائل اساسی قرار ندارند، همچنان در شمول اصل داوری پذیری باقی می‌مانند. برای جلوگیری از تشتت آرای دادگاه‌ها می‌بایست لیست مسائل اساسی به صورت حصری ذکر شود.

۵. منابع

۱-۵. فارسی

۱-۱-۵. کتاب

۱. ارفع‌نیا، بهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات بهتاب، ۱۳۸۹.
۲. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، چاپ چهاردهم، تهران، سمت، ۱۳۹۰.
۳. جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۶.
۴. دی ام لیو، جولیان؛ ای میستلیس، لوکاس؛ ام کرول، استفان، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، مترجم: حبیبی مجنده، محمد، چاپ اول، قم، انتشارات دانشگاه مفید، ۱۳۹۱.
۵. سیدی، جواد، درآمدی بر قابلیت ارجاع در داوری‌های تجاری بین‌المللی، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۹۲.
۶. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، چاپ ۲۷، تهران، انتشارات دراک، جلد نخست، ۱۳۹۱.
۷. صفایی، حسین؛ قاسم‌زاده، مرتضی، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ شانزدهم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۹.
۸. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، چاپ هفتم، تهران، بنیاد حقوقی کاتوزیان، ۱۳۹۱.

۹. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، چاپ دوازدهم، تهران، بنیاد حقوقی کاتوزیان، ۱۳۹۳.
۱۰. کاربونی، حقوق مدنی، جلد ۴، شماره ۳۲.
۱۱. کاویانی، کوروش، حقوق ورشکستگی، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۱.
- ۵-۱-۲. مقاله
۱۲. الماسی، گلاویژ؛ شیخ‌محمدی، مرضیه، «داوری‌پذیری ورشکستگی در حقوق ایران»، باشگاه پژوهش‌گران جوان و نخبگان واحد شوشتر، همایش ملی جایگاه داوری در حل اختلافات، ۱۳۹۵.
۱۳. ایرانشاهی، علیرضا، «بررسی معیار نظم عمومی در نظارت قضایی بر رای داوری تجاری بین‌المللی»، مجله حقوق بین‌الملل، شماره ۴۴، ۱۳۹۰.
۱۴. حدادی، مهدی، «مفهوم و کارکرد نظم عمومی در حقوق بین‌الملل با نظام‌های حقوق ملی»، حقوق خصوصی، شماره ۱۶، ۱۳۸۹.
۱۵. شهبازی‌نیا، مرتضی، بازگیر، یدالله، «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۳، شماره ۱، ۱۳۹۲.
۱۶. شهبازی‌نیا، مرتضی؛ بازگیر، سعید، «نظم عمومی و نقش آن بر امور شکلی داوری»، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۲۳، ۱۳۹۴.
۱۷. شیروی، عبدالحسین، «تقاضای اجرای قرارداد توسط ذی‌نفع ثالث در حقوق کامن‌لو با تأکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا»، پژوهشنامه اندیشه‌های حقوقی، شماره هشتم، ۱۳۸۴.
۱۸. صادقی، محسن، «مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی و جلوه‌های نوین آن»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۸، ۱۳۸۴.



۱۹. عیسائی تفرشی، محمد؛ شهبازی نیا، مرتضی؛ رضانی آکردی، حبیب، «قاعده تعلیق یا توقف خودبه‌خودی ورشکسته (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا)»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره دوازدهم، پائیز ۱۳۹۴.
۲۰. کریمی، عباس؛ پرتو، حمیدرضا، «داوری‌پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی»، فصلنامه پژوهش حقوق، شماره ۳۶، ۱۳۹۱.
۲۱. هولتزن، هوارد ام، «داوری در ایالات متحده آمریکا»، مترجم: قاسمی، علی، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۲۵، ۱۳۸۱.
۲۲. گزارش نشست نقد رأی، طرف دعوی رشکستگی «نقد رویه‌ی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران»، فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی، شماره ۹، زمستان ۱۳۹۳.
۲۳. ورمزیار، محمد، «اداره موقت شرکتهای تجاری متوقف (مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و ایران)» رساله دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس، استاد راهنما: محمد عیسائی تفرشی، ۱۳۸۸.

پایان

اردیبهشت ۱۴۰۰