

## بررسی مسائل حقوقی ورشکستگی بانک‌های چندملیتی

محمود باقری \*

محمدسجاد توسلی \*\*

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۲/۲/۱۵، تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۲/۵/۹)

### چکیده

بانک‌ها از جمله تأثیرگذارترین تجار در عرصه اقتصادی کشورها هستند که به‌نحوی ابزار حکومت‌ها در اجرای سیاست‌های پولی و مالی نیز به شمار می‌روند. سیاست بازار آزاد، عرصه را برای حضور بانک‌ها در خارج از قلمرو محل تأسیس فراهم نموده است. رشد و توسعه بانک‌های چندملیتی در سده اخیر، مسائل نوظهوری را به همراه داشته و یکی از مهم‌ترین معضلات این بانک‌ها توقف و ورشکستگی است که مطالعه علل و چگونگی برخورد با آن، مورد توجه کشورها و محافل علمی قرار گرفته است. قوانین اکثر کشورها در این رابطه ساکت بوده و به همین دلیل هنگام بروز بحران‌های بانکی جهانی مسائلی پدید می‌آید که در صورت عدم وضع قواعد خاص در این رابطه، بحران‌های مالی بین‌المللی پیش خواهد آمد. شناخت اصل سرزمینی و جهانی، اصل وحدت و مجزای بودن شخصیت حقوقی و اصل رفتار یکسان با بستانکاران می‌تواند در کشف قواعد ماهوی و حل تعارض ورشکستگی بانک‌های چندملیتی کارساز باشد. مطالعه اسناد و مقررات بین‌المللی در این زمینه، راهکارهای مطلوبی را جهت معاضدت و همکاری بین‌المللی کشورها ارائه می‌دهد که با تمسک بدان می‌توان از بحران‌های مالی بین‌المللی و داخلی جلوگیری کرد.

### واژگان کلیدی

ورشکستگی، بانک‌های چندملیتی، همکاری بین‌المللی، ورشکستگی فرامرزی

### مقدمه

سرایت آثار و عواقب ورشکستگی سازمان‌ها و شرکت‌های بزرگ تجاری مخصوصاً بانک‌ها به سهام‌داران، بستانکاران و تمامیت اقتصاد جامعه بر کسی پوشیده نیست. با ورشکستگی یک شرکت، دارایی‌های زیادی از بین رفته و استعدادهایی نابود می‌شود. کنترل دارایی‌های شرکت از بین می‌رود و بنا به حجم شرکت متوقف‌شده، همبستگی نظام اقتصادی متلاطم می‌شود. البته با نگاهی دیگر می‌توان ورشکستگی را پدیده‌ای مثبت قلمداد کرد، پدیده‌ای که مدیران شرکت‌ها را از ورود به حوزه‌های خطرناک سرمایه‌گذاری یا اعطای اعتبار بدون اخذ تضمین منع می‌کند. این امور موجب صرفه‌جویی در سرمایه و زمان در سطح کلان جهت نیل به اهداف توسعه اقتصادی جامعه می‌شود.

شرایط اجتماعی و اقتصادی قرن نوزدهم میلادی زمینه‌ای را برای پیدایش شرکت‌های بزرگ مهیا نمود. این جریان روبه‌رشد ادامه پیدا کرد به نحوی که هم‌اکنون اکثریت قریب به اتفاق پروژه‌های عظیم و زیرساخت‌های اقتصادی در قالب شرکت، صورت می‌پذیرد.<sup>۱</sup>

برخی شرکت‌های تجاری در مقایسه با سایر فعالان بازار به لحاظ حوزه تأثیرگذاری و حجم معاملات از موقعیتی ممتاز برخوردارند. به جرأت می‌توان بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری را در زمره این‌گونه تجار دانست زیرا علاوه بر اهمیت آن‌ها در بخش خصوصی، از منظر حکومت‌ها ابزاری برای اعمال سیاست‌های پولی و مالی به شمار می‌روند.

بانک‌ها اصلی‌ترین منابع مالی بخش‌های اقتصادی، تولید، توزیع و خدمات هستند که وظایف متعددی مانند افزایش سرعت و امنیت مبادلات و اعطای اعتبار را بر عهده دارند.<sup>۲</sup>

به‌صورت خلاصه، اهمیت ورشکستگی بانک را می‌توان به شرح ذیل برشمرد:

۱- ورشکستگی بانک، منجر به سلب اعتماد سپرده‌گذاران سایر بانک‌ها به سیستم بانکی و به تبع آن، برداشت از حساب خواهد شد. به همین دلیل گفته می‌شود بانک‌ها تنها تاجران هستند که تمایلی به ورشکستگی سایر رقبای خود ندارند. این امر «دومینوی ورشکستگی بانک‌ها» نامیده می‌شود که در مرحله آخر، موجب سقوط اقتصاد کشور خواهد شد.<sup>۳</sup>

۲- تجارت با دیون و مطالبات، عنصر اساسی فعالیت بانکی است و زیادت دیون بر دارایی موجود، با حیات اقتصادی بانک ملازمه دارد. این درحالی است که مبادلات مالی سایر

1. A. Dignam and J. Lowry, *Company Law*, Oxford, 2004, p. 350.

2. والی‌نژاد، مرتضی، «نقش و وظایف نظام و نهادهای مالی بانک‌ها در اقتصاد، بخش پنجم: ویژگی‌ها و اهمیت کارکرد بانک‌ها در اقتصاد»، *مجله بانک و اقتصاد*، ش ۵۰، ۱۳۸۳، ص ۴۵.

3. G. Kaufman, "Depositor Liquidity and Loss Sharing in Bank Failure Resolutions," *Contemporary Economic Policy*, vol. 22, no. 2, April, 2004, pp. 237-249.

تجار، فرع بر عملیات اصلی آن‌ها است. از این رو ورشکستگی بانک دقیقاً عنصر اساسی فعالیتش را هدف قرار می‌دهد.<sup>۴</sup>

۳- تعداد بستانکاران بانک‌ها با سایر تجار قابل قیاس نیست. بنابراین جدای از حساسیت موضوع از لحاظ اجتماعی، تصفیه اموال ورشکستگی و تعیین رابطه بستانکاران با یکدیگر و نوع مطالبات آن‌ها نیازمند ضوابط خاص است.

از طرف دیگر، سیاست بازار آزاد، فرصتی برای بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری ایجاد نموده است که با گسترش فعالیت خود در خارج از قلمرو کشور محل تأسیس به فرصت‌های جدید سودآوری دست یابند. دلایل متعددی مانند ارائه خدمات به مشتریان داخلی که قصد سرمایه‌گذاری خارجی را دارند یا محدودیت‌های قانونی داخلی و ... باعث شده است که بانک‌های چندملیتی در سده اخیر، رشد روزافزونی پیدا کنند.

از میان مسائل متعددی که در حقوق تجارت بین‌الملل مطرح می‌شود برخی به‌علت ماهیت حقوق خصوصی‌شان صورتی بین‌المللی یافته‌اند (مانند پرداخت‌ها و حل و فصل اختلافات بین‌المللی) لیکن برخی دیگر مانند ورشکستگی به‌علت ماهیت آمره آن و احساس تکلیف دولت‌ها در حمایت از اتباع خود و صیانت از نظم عمومی داخلی، هنوز به‌نحو مطلوبی جنبه بین‌المللی پیدا نکرده است. بحران‌های مالی و بانکی چند دهه اخیر، توجه همگان را به مسائل، خطرات و هزینه‌های اجتماعی آن جلب نمود و نتیجه آن را می‌توان در وضع قوانین جدید در زمینه ورشکستگی بانک‌ها مشاهده کرد.

در این مقاله ابتدا عوامل مؤثر بر جهانی‌شدن خدمات مالی و ویژگی‌های بانک‌های چندملیتی که در ورشکستگی آن‌ها تأثیر دارد بررسی خواهد شد. در ادامه با بررسی اصول کلی حاکم بر ورشکستگی بانک‌های چندملیتی، قوانین و مقررات داخلی از جنبه قواعد ماهوی و قواعد حل تعارض و مقررات بین‌المللی، تحلیل و ارزیابی و در نهایت راهکار پیشنهادی ارائه خواهد شد.

## ۱. تاریخچه و ویژگی‌های بانک‌های چندملیتی و عوامل مؤثر در ورشکستگی آن‌ها

اصطلاحات بانکداری چندملیتی و بانکداری بین‌المللی اغلب به صورت مترادف به کار می‌روند. بُعد فرامرزی و فراپولی هر نوع بانکداری، «بانکداری بین‌المللی» خوانده می‌شود، درحالی‌که «بانکداری چندملیتی» ناظر بر شعبه و سازمان‌های یک بانک در بیش از یک کشور است.<sup>۵</sup> سرمایه‌گذاری خارجی، یکی از عناصر و خصوصیت بارز این نوع بانکداری است.

۴. پژویان، جمشید، پول و ارز و بانکداری، دانشگاه پیام نور، تهران، ۱۳۷۴، ص ۱۹.

5. M. Lewis, and K. Davis, *Domestic and International Banking*, Oxford: Philip Allan, 1987, p. 219.

بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری چندملیتی، شرکت‌های چندملیتی به‌شمار می‌روند، لذا قبل از بحث در این مقوله، تعریف شرکت‌های چندملیتی ذکر خواهد شد. شرکت چندملیتی یا فراملی، یک واحد اقتصادی مرکب از شرکت‌ها با تابعیت‌های گوناگون است. هرگاه شرکتی به تأسیس یک یا چند شرکت فرعی در خارج از کشور اقدام کند که تابعیت کشور محل ثبت خود را دارند، شرکت چندملیتی به‌وجود می‌آید. نکته قابل‌توجه در این تعریف این است که شرکت فرعی خارجی طبق قانون همان کشور خارجی دارای شخصیت حقوقی مستقلی است اما شعبه، فاقد شخصیت حقوقی مستقل و تابع شرکت مادر است. لذا شرکتی را که تنها شعبه یا نمایندگی خارجی در کشور دیگر دارد نمی‌توان شرکت چندملیتی نامید. البته تعاریف شرکت‌های چندملیتی در نظام‌های حقوقی، گوناگون است و تأسیس شعبه در برخی نظام‌ها منجر به شناسایی آن به‌عنوان شرکت چندملیتی می‌شود.<sup>۶</sup>

سال‌ها قبل از ظهور انقلاب صنعتی در اروپا، مؤسسه‌های مالی متعددی در سطح جهان توسط بانک‌هایی که خود در قرن ۱۴ و ۱۵ میلادی شکل گرفته بودند در نواحی مدیترانه، ونیز و ژنو فعالیت خود را گسترش دادند. بانک *آمستردام* در سال ۱۶۸۹ تأسیس شد که بعدها وظیفه مالی یکی از عظیم‌ترین ابزارهای استعمار یعنی کمپانی هند شرقی را بر عهده گرفت. لذا می‌توان اولین نوع از شرکت‌های چندملیتی را بانک‌ها دانست.<sup>۷</sup>

اولین موج بانکداری چندملیتی نوین را در استعمار قرن ۱۹ میلادی می‌توان مشاهده نمود که با یکه‌تازی بانک‌های بریتانیا و دیگر قدرت‌های استعماری خودنمایی می‌کند. این جریان از سال ۱۹۱۴ به‌علت احساسات ملی‌گرایانه و رقابت از سوی بانک‌های داخلی رو به افول نهاد، لیکن از سال ۱۹۶۰ با توجه به ثبات سیاسی و نیروی تجدیدشده تجارت بین‌الملل، موج جدیدی از بانکداری چندملیتی آغاز شد.<sup>۸</sup>

دلایل پیدایش بانک‌های چندملیتی را می‌توان به شرح ذیل برشمرد:

- ۱- بانک‌ها به‌دنبال به‌حداکثر رساندن توسعه‌یافتگی، سودآوری و درآمدزایی یا به‌حداقل رساندن هر چیزی هستند که با این مسائل در تضاد باشد. لذا بانک‌های داخلی گزینه‌های انتخابی خود را در خارج با هدف کلی افزایش رشد و سودآوری پی می‌گیرند. در دهه ۸۰ این‌گونه فرصت‌های خاص، انگیزه‌ای برای گسترش به داخل ناحیه آسیایی در گروه بانکداری

6. P. Buckley, J. and M. Casson, *The Future of the Multinational Enterprise*, 2nd edn, London, 1991, p. 33.

7. I. Walter, "Barriers to Trade in Banking and Financial Services", Thames Essay no. 41, London: *Trade Policy Research Centre*, 1985, p. 14.

8. حیدری بیگوند، فریبا، «نگاهی گذرا به تاریخچه و عملکرد بانکداری چندملیتی»، *مجله بانک و اقتصاد*، ش ۷۱، ۱۳۸۵، ص

زلاندنو و آسیایی ایجاد کرد.<sup>۹</sup>

۲- بانک‌ها در رقابت با همتایان خود به دنبال امتیازاتی هستند که با کسب برخی فناوری‌ها برای بهبود عملیات و کارهای خود، آن را به کار گیرند. این مورد یکی از علل چندملیتی شدن بانک‌هاست که به آن، اعمال فشار برای امتیاز اکتسابی جدید می‌گویند و از جمله عللی بود که باعث شد شرکت بانک‌های ملی استرالیا جهت به دست آوردن مزایای بالقوه حضور در بازار پیشرفته فناوری ایالات متحده بانک آمریکایی شرکت ملی می‌شیگان را به مالکیت خود درآورد.<sup>۱۰</sup>

۳- از جنبه تدافعی، بانک‌ها به منظور از دست ندادن مشتریان خود که قصد سرمایه‌گذاری خارجی دارند اقدام به تأسیس بانک فرعی یا شعبه خارجی می‌کنند. به عبارت دیگر، بانک‌ها برای حفظ قدرت خود در داخل به ناچار چندملیتی می‌شوند.

۴- بانک‌ها با سرمایه‌گذاری در چند کشور، خطر سیاسی و مالی خود را تقسیم و مدیریت می‌کنند. البته روی دیگر این قضیه این است که سرمایه‌گذاری در حوزه قانونی و قضایی خارجی خطراتی را به همراه خواهد داشت.<sup>۱۱</sup>

۵- قوانین داخلی بر بازارهای داخلی و خارجی تأثیر زیادی دارند. برای مثال بانک‌های ژاپن برای دوری جستن از محدودیت‌های اعتباری داخلی، دست به تأسیس شعبه خارجی و بانک فرعی در ایالات متحده زدند تا بتوانند وام‌هایی را در ژاپن، تأمین اعتبار کنند. البته قوانین از جهت پذیرا بودن سرمایه‌گذاری خارجی اهمیت دارند. تغییرات و جابه‌جایی‌های ارزی نیز می‌تواند سبب افزایش یا کاهش منابع مالی مورد نیاز برای بانکداری چندملیتی بالقوه شود.

بانک‌های چندملیتی به نحو فزاینده‌ای روبه‌رشد بوده و امروزه حیات تعداد زیادی از آن‌ها صرفاً به شبکه جهانی و شعبات خارجی متکی است. این نوع بانک‌ها از بدو تأسیس تا انحلال و ورشکستگی با قوانین مختلفی روبه‌رو می‌شوند.

بانک‌های چندملیتی دارای ساختار مالی و قانونی پیچیده‌ای هستند زیرا این بانک‌ها از گروه‌های مختلفی مانند شرکت‌های لیزینگ، بیمه و سرمایه‌گذاری مشترک تشکیل شده‌اند که خود، از شرکت‌های چندملیتی بوده و این امر، تحلیل ساختار بانک‌های چندملیتی را دشوارتر می‌کند.

9. W. J. Bailey, "Global Banking from an Australian Perspective", *The World of Banking*, September-October, 10-13, 1991, p. 11.

10. D. Argus, "Global Strategies of a Major Australian Bank", School of Banking and Finance, David Syme Faculty of Business, Monash University, Australia: *Banking and Finance Occasional Papers*, 90-1, 1990, p. 5.

11. W. H. Davidson, "The Location of Foreign Direct Investment Activity: Country Characteristics and Experience Effects", *Journal of International Business Studies*, 11, 9-22, 1980, p. 10.

در چند دهه اخیر، دنیا بحران‌های بانکی فراملی زیادی را تجربه کرده است. استقرار اموال و دارایی‌های بانک ورشکسته در کشورهای مختلف و وجود تعداد بسیار زیاد بستانکاران خارجی موجب شد که دولت‌ها توجه ویژه‌ای به این موضوع بنمایند.<sup>۱۲</sup> در این بخش ویژگی‌های خاص بانک‌های چندملیتی که بر مسائل ورشکستگی آن‌ها تأثیر می‌گذارد بررسی می‌شود. این مسائل را می‌توان در چهار قسمت تقسیم‌بندی کرد.

### ۱-۱. شخصیت حقوقی یکپارچه بانک در برابر شخصیت حقوقی مستقل شعبات

یکی از مسائل اساسی که در ورشکستگی بانک‌ها مطرح می‌شود این است که شخصیت حقوقی بانک ورشکسته چگونه شناسایی شود. در صورتی که بانک به‌عنوان شخصیت مجزا شناخته شود، هر قسمت از بانک در صلاحیت قانونی یک کشور قرار می‌گیرد و نحوه توقف، بازسازی و تصفیه آن، طبق قانون محل وقوع شعبه خواهد بود.

برخی کشورها بانک و شعبات آن را به‌عنوان شخصیت حقوقی یکپارچه شناسایی می‌کند. در چنین وضعیتی تمامی دارایی بانک متوقف، بدون توجه به محل استقرار آن، تحت فرایند ورشکستگی قرار می‌گیرد و با تمامی بستانکاران، فارغ از محل اقامت، به‌طور یکسان برخورد می‌شود.<sup>۱۳</sup>

### ۱-۲. نزاکت بین‌المللی

تعاریف متعددی از نزاکت بین‌المللی ارائه شده است. برخی آن را فهم مؤدبانه و دوستانه‌ای می‌دانند که هر کشور نسبت به قوانین و مقررات دیگر کشورها دارد و موجب می‌شود آن را بدون تبعیض و توجه به منافع احتمالی خود در قلمرو کشور خود اعمال کند. برخی دیگر نزاکت را مجموعه قواعدی می‌دانند که دولت‌ها نسبت به یکدیگر با رعایت احترام اعمال می‌کنند بدون اینکه قاعده الزام‌آور بین‌المللی در این زمینه وجود داشته باشد.<sup>۱۴</sup>

نزاکت بین‌المللی علی‌رغم آنکه جنبه الزام‌آوری برای دولت‌ها ندارد نقش مؤثری در ورشکستگی فرامرزی بانک‌ها ایفا می‌کند. برای مثال حقوق انگلستان به دادگاه کشور خود صلاحیتی داده است که در صورت تشخیص مغایرت قوانین خارجی با نظم عمومی داخلی، از

12. I. Gröbl Nadine Levratto, "International Similarities of Bank Lending Practices and Varieties of Insolvency Laws: A Comparative Analysis of France and Germany", *DEP (Socioeconomics) Discussion Papers, Macroeconomics and Finance Series*, 3/2012, p. 1.

13. L. M. LoPucki, "The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy", 98 *MICH. L. REV.* 2216, 2218-21, 2000.

14. Reciprocal Comity, Edward J. J. Janger, *Texas International Law Journal*, vol. 46: 441-458, 2011, p. 445.

اجرای قانون خارجی امتناع ورزند. در حالی که در ماده ۴۲۶ قانون ورشکستگی ۱۹۸۶ این کشور، دادگاه‌ها ملزم‌اند در این زمینه همکاری لازم را با دادگاه خارجی داشته باشند. در ایالات متحده ماده ۳۰۴ قانون ورشکستگی، عوامل زیادی را برای شناسایی اجرای ورشکستگی خارجی برای دادگاه تعیین نموده است که عامل اصلی را می‌توان تضمین و حمایت کامل از مطالبات اتباع این کشور دانست.

### ۳-۱. خاصیت محلی قواعد ورشکستگی<sup>۱۵</sup>

این خاصیت، مغایر با اصل رفتار مساوی با بستانکاران است. اصل رفتار مساوی با بستانکاران، شعبات بانک را به‌عنوان یک شخصیت حقوقی مستقل شناسایی می‌کند و هدف آن، اعمال قاعده یکسان بر دارایی بانک ورشکسته است.

خاصیت فوق بر این اساس تعریف شده است که ورشکستگی یک بانک، منجر به اختلال در نظام اقتصادی کشور شده و دولت به‌منظور صیانت از نظام مالی و اقتصادی و حمایت از اتباع خود مکلف است فارغ از توجه به اتباع سایر کشورها به این مهم مبادرت ورزد. این قاعده در ورشکستگی بانک اعتبارات و تجارت بین‌المللی توسط ایالات متحده اعمال شد و دادگاه آمریکا از انتقال دارایی‌ها به مدیر تصفیه کشور انگلستان امتناع ورزید.<sup>۱۶</sup>

### ۴-۱. سیاست تقنینی در ورشکستگی فرامرزی بانک‌ها

سیاست تقنینی کشورها در خصوص ورشکستگی بانک‌ها متفاوت است به‌نحوی که میزان دخالت دولت‌ها در روابط خصوصی افراد، چگونگی و استفاده از ابزارهای اجرایی و قضایی به‌صورت فاحشی با یکدیگر تفاوت دارد.

عملیات بانکی ذاتاً ماهیت متزلزل و ناپایداری دارد لذا در سطح داخلی، دولتمردان با تدابیر خاصی مانند ابزارهای نظارتی قوی، پیشگیری و مدیریت بحران با دخالت ارکان قضایی، شبه‌قضایی و اجرایی مانند بانک مرکزی و صندوق حمایت از سپرده، تدابیر خاصی را در برابر بحران‌های احتمالی اتخاذ می‌کنند.

فعالیت‌های خدمات مالی، خطرات بالقوه‌ای را با خود به همراه دارد زیرا علی‌رغم توسعه بانکداری چندملیتی، قوانین داخلی کشورها در پیش‌بینی مسائل خاص ورشکستگی بانک‌های چندملیتی، تحول چندانی نداشته‌اند و حمایت مطلق دولت‌ها از اتباع خود، منجر به مغایرت اهداف غایی حقوق ورشکستگی با نتایج به‌دست‌آمده می‌شود.

15. Ring fencing

۱۶. تقوی، مهدی، «ورشکستگی بانک اعتبارات و تجارت بین‌المللی»، مجله حسابدار، ش ۸۱ و ۸۲، ۱۳۷۰، ص ۳۵.

از طرف دیگر، کشورها از لحاظ تعیین انواع بستانکاران و طبقه‌بندی آن‌ها به بستانکاران دارای وثیقه و دارای حق اولویت و بستانکار عادی با یکدیگر متفاوت‌اند. حق دعوای متقابل بانک ورشکسته نیز که منجر به تهاتر حقوق بستانکار با مطالباتش می‌شود، مسئله‌ای است که تعارضات و تبعیضاتی را در عرصه ورشکستگی بانک‌های چندملیتی به وجود می‌آورد.

فقدان چارچوب مستحکم و قانونمند برای ورشکستگی بانک‌های چندملیتی، موجب اضمحلال ثبات مالی بین‌المللی به اشکال مختلف می‌شود. ناهماهنگی میان مقامات حاکم بر امر ورشکستگی کشورها زمینه را برای تسریع سقوط بانک‌های فرامرزی مهیا می‌کند و باعث از بین رفتن حجم عظیمی از سرمایه‌های مادی و معنوی آن‌ها می‌شود. سردرگمی بانک‌ها میان قوانین مختلف کشورها مانع از سرعت عملی تجاری آن‌ها می‌شود و هرچه بر وسعت عملیات تجاری بانک افزوده شود، شبکه موصوف پیچیده‌تر خواهد شد.<sup>۱۷</sup>

با توجه به نظام‌های حقوقی موجود به نظر می‌رسد هیچ کشوری دارای ابزارهای مناسب در برخورد با ورشکستگی بانک‌های چندملیتی نیست. این امر موجب تباین و افتراق میان نیاز به نظام مالی بین‌المللی باثبات و سیستم مواجهه با بحران‌های مالی بین‌المللی می‌شود. نظام تجارت بین‌الملل، نیازمند راهکار مؤثر جهت حمایت از فعالان عرصه بانکداری فرامرزی در برابر بی‌ثباتی مالی بین‌المللی است که در صورت عدم دستیابی به راهکار مطلوب، اقدامات مخاطره‌آمیز بانک‌ها در عرصه تجارت بین‌الملل، دور از انتظار نخواهد بود.

در راستای یافتن راهکاری قاطع، تلاش‌هایی جهت ایجاد یک قدرت مافوق حاکمیت کشورها برای تصدی ورشکستگی بانک‌های فرامرزی صورت گرفته که تاکنون ناکام بوده است. راه‌حل‌های ارائه‌شده نیز تا زمانی که به‌نحو مؤثری بر بانک‌های چندملیتی قابلیت اعمال نداشته باشد، تأثیر قابل توجهی نخواهد داشت.

نقش مقامات حاکم و متصدیان امر ورشکستگی در مرحله پیش از ورشکستگی، میان کشورها متفاوت است. در برخی کشورها امر اعلام توقف بانک و شروع ورشکستگی و تصفیه آن طبق قانون بانکداری بر عهده مقام اجرایی با دخالت حداقلی مقام قضایی است.<sup>۱۸</sup> در بسیاری از کشورها بستانکاران بانک‌ها به‌مثابه بستانکاران شرکت‌های تجاری غیربانکی تلقی نمی‌شوند و قبل از آغاز فرآیند تصفیه امر ورشکستگی، مقام ناظر بر بانک‌ها اقداماتی را جهت جلوگیری از ورشکستگی بانک اتخاذ می‌کند. اقداماتی مانند کنترل مدیریت بانک و تصفیه موقت، اموری است که همگی در راستای کاستن از اثرات منفی تحقق ورشکستگی بر نظام بانکی اعمال

17. Claessens, et al. "A Safer World Financial System: Improving the Resolution of Systemic Institutions", Geneva Reports on the World Economy, 12, 2010, p. 1.

18. S. Hagan, and V. José, "Resolution of Cross-Border Banks: A Proposed Framework for Enhanced Coordination", International Monetary Fund, Legal and Monetary and Capital Markets Departments, June 11, 2010, p. 6.



می‌شود و در صورت عدم پاسخگویی، کلیه اقدامات در راستای کاهش اثرات نامطلوب ورشکستگی بانک باید به بستانکاران و تمامیت نظام اقتصادی معطوف شود.<sup>۱۹</sup> در بخش بعدی با شناسایی منابع و اصول حاکم بر ورشکستگی بانک‌های چندملیتی، راهکاری با عنوان همکاری بین‌المللی دولت‌ها ارائه خواهد شد که طی آن، حقوق سهام‌داران بانک و بستانکاران در زمینه ثبات مالی بین‌المللی حفظ می‌شود.

## ۲. اصول کلی حاکم بر ورشکستگی بانک‌های چندملیتی

کشف قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی و شناسایی احکام خارجی در برخورد با مسائل مختلف و پیچیده ورشکستگی بانک‌های فرامرزی، نیازمند شناخت برخی اصول کلی است. برخی اصول اولیه حاکم بر ورشکستگی بانک‌های چندملیتی عبارت‌اند از کنترل کلیه عملیات‌ها و اموال و دارایی‌های ورشکسته در سراسر دنیا در سریع‌ترین زمان ممکن، تصدی امر ورشکستگی توسط یک نهاد عمومی، تمهید هزینه‌های ورشکستگی، افزایش حداکثری دارایی‌های ورشکسته با فروش آن‌ها یا اقدامات مشابه، تقسیم دارایی‌های ورشکسته به صورت مساوی میان بستانکاران با رعایت حقوق بستانکاران دارای اولویت، احترام به احکام ورشکستگی صادره از کشورهای دیگر و رعایت حقوق بستانکاران خارجی.

در پدیده ورشکستگی بانک‌های چندملیتی، فرآیند ورشکستگی عادلانه و مطلوب، تنها در صورتی محقق می‌شود که ابزارها بر تمامی شعبات بانک به صورت یکسان بدون توجه به کشور محل استقرار اعمال شود.

سه اصل بر مسئله ورشکستگی بانک‌ها حاکم است که عبارت است از ۱- اصل جهانی و اصل سرزمینی، ۲- اصل شخصیت حقوقی یکپارچه بانک و شخصیت حقوقی مستقل شعبات و ۳- اصل رفتار یکسان با بستانکاران که هر یک به صورت مجزا مورد بررسی قرار می‌گیرد. شایان ذکر است آشنایی با دو اصل اولی، مقدمه کشف قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی است.

### ۲-۱. اصل سرزمینی و اصل جهانی

چگونگی تأثیر دخالت مقام حاکم بر ورشکستگی یک کشور بر شعبات آن بانک در سایر کشورها و امکان تسری آن به قلمرو و صلاحیت سایر کشورها، موضوعی است که ذیل اصل سرزمینی و جهانی بحث می‌شود.<sup>۲۰</sup>

19. E. Hüpkes, "Insolvency- Why A Special Regime for Banks?" *Current Developments in Monetary and Financial Law*, vol. 3, International Monetary Fund, Washington DC, 2005, p. 26.

20. L. M. LoPucki, "The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy", 98, *Michigan Law Review*, 2216, 2000.

با عنایت به رویکرد جهانی که خود برگرفته از نظریه وحدت شخصیت حقوقی بانک و شعبات آن است، فرآیند ورشکستگی در کشور اقامتگاه اصلی بانک آغاز و بر تمامی شعبات خارجی اعمال می‌شود. به عبارت بهتر، تنها یک دادگاه، صلاحیت رسیدگی به ورشکستگی بانک چندملیتی را دارد. به همین دلیل امکان اقامه دعوی ورشکستگی علیه شعبه بانک خارجی وجود ندارد.

این رویکرد، منتج به دستیابی جامع به تمامی اموال و دارایی‌های ورشکسته می‌شود و بدان معناست که دولت متبوع بانک به‌عنوان امین از جانب تمامی کشورهای که در آن بستانکارانی متضرر شده‌اند کنترل دارایی‌ها و مسئولیت‌های بانک ورشکسته را بر عهده گرفته و به استیفای حقوق بستانکاران داخلی و خارجی می‌پردازد.

با توجه به رویکرد اصل جهانی، تمامی بستانکاران در وضعیت یکسانی قرار می‌گیرند. این رویکرد با این محدودیت روبه‌رو می‌شود که هیچ کشوری مجبور به پذیرش اعمال حاکمیت کشور دیگر در قلمرو خود نیست و الزاماً دادگاهی که حکم ورشکستگی بانک را صادر می‌کند دادگاه داخلی است و این قدرت را ندارد که حوزه قدرتش را به خارج از قلمرو صلاحیت خود تعمیم دهد.

این اصل برای کشورهای دیگر این خطر را به همراه دارد که کنترل دارایی و سرمایه‌های یک کشور به دست مدیر تصفیه کشور خارجی بیفتد و سرمایه‌ها از کشور، خارج یا به شکلی ناعادلانه با اتباع کشور برخورد شود.

رویکرد دیگر که منشأ آن حاکمیت کشورهاست رویکرد سرزمینی نام دارد که غالب کشورها آن را اعمال می‌کنند. طبق این دیدگاه، کشور متبوع بانک ورشکسته، فرآیند ورشکستگی را به‌صورت مستقل آغاز می‌نماید و به‌هیچ‌وجه صلاحیت خود را در این خصوص تخصیص ندهد یا آن را به کشور دیگر اعطا نمی‌کند.<sup>۲۱</sup> در این حالت دارایی‌های ورشکسته در کشورهای دیگر غیرقابل دسترس خواهد بود و در هر کشور به نفع بستانکاران داخلی توقیف می‌شود.

فرآیند ورشکستگی تنها در قلمرو یک کشور نافذ است و هر کشور برای احقاق حقوق بستانکاران تابع خود باید اقامه دعوی ورشکستگی نماید و به دارایی‌های موجود از ورشکسته در کشور بسنده کند.

این دیدگاه، قدرت نظارت مقام حاکم بر عملیات بانکی را به‌شدت کاهش می‌دهد زیرا نمی‌تواند بر شعبات بانک مادر نظارت کافی داشته باشد و در نتیجه اگر بانک اصلی ورشکسته شود حقوق بستانکاران در کشورهای دیگر رعایت نخواهد شد. در مقابل به‌محض احساس خطر، مقام ناظر قبل از بروز بحران، اقدامات احتیاطی سریعی را مانند انتقال دارایی‌ها به کشور خود

21. L. M. LoPucki, "The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy", 98, *MICH. L. REV.* 2216, 2218-21. 2000.

اتخاذ می‌نماید که ممکن است به ضرر بستانکاران خارجی تمام شود و ورشکستگی یک بانک را در شعبات خارجی تسریع بخشد.

با این حال لازم به ذکر است که این دسته‌بندی حصری نیست و در برخی کشورها هر دو شیوه اعمال می‌شود. برای مثال ایالات متحده برای بانک‌های داخلی خود، سیستم ورشکستگی را بر اساس اصل جهانی اعمال می‌کند در حالی که در برخورد با ورشکستگی شعبات بانک‌های خارجی سیستم سرزمینی اعمال می‌شود. مثال دیگر در این خصوص دستورالعمل اتحادیه اروپا در زمینه اعمال سیستم جهانی برای بانک‌های اتحادیه اروپاست در حالی که کشورهای عضو می‌توانند سیستم سرزمینی را در رابطه با کشورهای خارج از اتحادیه اروپا اعمال کنند.<sup>۲۲</sup>

رسیدن به نظام عادلانه برای جمع‌آوری و تقسیم دارایی‌ها میان بستانکاران، تنها در صورتی محقق می‌شود که امکان دسترسی به تمامی اموال بانک ورشکسته و شعبات آن وجود داشته باشد و از آنجا که هیچ قاعده آمره‌ای در خصوص ورشکستگی بانک‌های چند ملیتی و کشوری که اصل جهانی بودن را به صورت کامل اعمال نماید وجود ندارد، مسئله معاضدت بین‌المللی میان کشورها اهمیت پیدا می‌کند.<sup>۲۳</sup>

## ۲-۲. شخصیت حقوقی یکپارچه بانک در مقابل شخصیت مستقل شعبات

بستانکاران شعبات بانک‌های خارجی به علت وجود نظامات حقوقی متفاوت، با شیوه‌های مختلفی برخورد می‌کنند. اگر بانک چند ملیتی منحل شده به عنوان یک شخصیت حقوقی در نظر گرفته شود، کلیه بستانکاران بانک، خواه بستانکار بانک اصلی باشند یا شعبات بانک، بستانکار بانک اصلی محسوب شده و حق اقامه دعوا را در فرآیند ورشکستگی دارند. در عوض اگر شعبه خارجی

22. E. T. Patrikis, "Role and Functions of Authorities: Supervision, Insolvency Prevention and Liquidation", in Mario Giovanoli & Gregor Heinrich, eds. *International Bank Insolvencies: A Central Bank Perspective*, The Hague, Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 286.

۲۳. مثال مناسبی که می‌توان مطرح کرد ورشکستگی گروه «بی. سی. سی. آی» در دهه ۹۰ میلادی است که به موجب آن با آغاز فرآیند ورشکستگی در کشور لوکزامبورگ، ورشکستگی تبعی در سایر کشورها از جمله انگلستان شروع شد و به علت رژیم‌های مختلف، پیچیدگی‌هایی به وجود آمد مانند مشخص نبودن مقررات حاکم بر ورشکستگی این شرکت که باعث شد دعوای بستانکاران و اموال ورشکسته در هاله‌ای از ابهام فرو رود. این بانک در لوکزامبورگ به ثبت رسیده بود و در بیش از هفتاد کشور فعالیت می‌کرد و هیچ مقام ناظری بر تمامی اقدامات این بانک در سرتاسر دنیا نظارتی نداشت. در ۳ ژانویه ۱۹۹۲، دادگاه لوکزامبورگ، حکم ورشکستگی و تصفیه این بانک را صادر و اختیارات مدیر تصفیه و چگونگی تصفیه را تعیین کرد. در ۱۴ ژانویه ۱۹۹۲، دادگاه انگلستان، حکم ورشکستگی و تصفیه «بی. سی. سی. آی» را در کشور خود صادر و در همان زمان دادگاه کی‌من، حکم ورشکستگی شعبات خارجی این شرکت را صادر کرد. در ۱۱ ژوئن ۱۹۹۲، دادگاه لوکزامبورگ به ورشکستگی شرکت‌های هلدینگ رأی داد. این احکام متفاوت با مسئله جزایی مسئولیت کیفری مدیران تصفیه در لوکزامبورگ نیز همراه شد. با توجه به این اوضاع و احوال، یک همکاری بین‌المللی جهت جمع‌آوری و شناسایی دارایی‌ها و بستانکاران این شرکت به وجود آمد.

به‌عنوان یک شخصیت حقوقی مجزا از بانک اصلی تلقی شود صرفاً بستانکاران آن شعبه در امر ورشکستگی ذی‌نفع محسوب می‌شوند.

ورشکستگی بانک باید در فرآیندی با مشارکت تمام بستانکاران در همه کشورها آغاز شود زیرا بانک‌های چندملیتی که اکثراً دارای حجم عظیم معاملات و عملیات مالی هستند در کوتاه‌ترین زمان ممکن می‌توانند وجوه خود را به کشور و شعبه دیگر منتقل کنند و این باعث عدم رعایت حقوق برخی بستانکاران خواهد شد. رویکرد اخیر، مانع از اعمال یک راهکار مناسب می‌شود و بازسازی بانک را تقریباً غیرممکن می‌سازد.

کشورها در اجرای این قاعده، دو راهکار را برمی‌گزینند: رویکرد سرزمینی صرف و رویکرد سرزمینی مبتنی بر نزاکت بین‌المللی که در آن تصمیمات مقامات خارجی مورد احترام قرار می‌گیرد.

در رویکرد اول، معاهدات بین‌المللی صرفاً در خصوص بستانکاران خارجی اعمال می‌شود که نمونه آن ورشکستگی بانک «بی.سی.سی.آی» بود که طی آن ایالات متحده دارایی‌های شرکت را به نفع بستانکاران آمریکایی توقیف کرد و ایالت کالیفرنیا و نیویورک از انتقال دارایی‌های این شرکت به شرکت مادر ممانعت به‌عمل آوردند.

اعمال قوانین کشورهای دیگر با توجه به اصل نزاکت بین‌المللی در ورشکستگی بانک‌های خارجی مخصوصاً زمانی که تصمیمات دادگاه خارجی منافاتی با نظم عمومی داخلی ندارد، حل‌وفصل معضل ورشکستگی بانک‌های چندملیتی را تسهیل می‌کند. در هر کشور، حکومت بنا به صلاحدید خود، معیارهایی ایجاد و بر اساس آن، قواعد همکاری را رعایت می‌کند. ماده ۳۰۴ قانون ورشکستگی ایالات متحده، مثال مناسبی برای شناسایی فرآیند ورشکستگی خارجی است. طبق این ماده، مدیر تصفیه دادگاه خارجی می‌تواند به جمع‌آوری دارایی‌های ورشکسته در آمریکا مبادرت ورزد. البته این ماده در خصوص شعبات بانک‌های خارجی اعمال نمی‌شود و صرفاً برای امری است که ورشکستگی در کشوری در جریان باشد و تاجر ورشکسته، اموالی در ایالات متحده داشته باشد که در این حالت نماینده کشور مدعی، دادخواستی برای انتقال دارایی‌ها به کشورش تقدیم دادگاه آمریکا می‌کند. دادگاه آمریکا می‌تواند بنا به صلاحدید خود، هر اقدام مقتضی را جهت حفظ اموال و دارایی‌های ورشکسته اتخاذ نموده و ترتیبی برای انتقال دارایی به کشور خواهان فراهم آورد. البته دادگاه قبل از صدور هرگونه حکم یا قرار، پنج معیار را باید در نظر بگیرد که عبارت است از: ۱- اعمال رفتار عادلانه و مساوی با تمامی بستانکاران در کشور خواهان، ۲- حمایت از مدعیان در ایالات متحده در برابر تبعیض و شرایط سخت در فرآیند رسیدگی به دعاوی آن‌ها در کشور خواهان، ۳- جلوگیری از هرگونه وضعیت ترجیحی یا متقابلانه در رابطه با دارایی‌های ورشکسته، ۴- توزیع دارایی‌های به‌دست‌آمده مطابق با اصول مقرر در

قانون ایالات متحده ۵- رعایت نزاکت.

این ماده در رابطه با شرکت آکسنا که در هنگ کنگ ثبت شد و دادگاه هنگ کنگ، حکم ورشکستگی‌اش را صادر کرده بود، اعمال شد. در زمان بروز بحران مالی، این شرکت اموالش را به ایالات متحده منتقل کرد. هم‌زمان با شروع فرآیند ورشکستگی در هنگ کنگ، بستانکاران، فرآیند ورشکستگی را در آمریکا آغاز نمودند. متصدی امر ورشکستگی در هنگ کنگ از آمریکا درخواست کرد که فرآیند ورشکستگی را در این کشور به حالت تعلیق درآورده، اموال این شرکت را به هنگ کنگ منتقل نماید زیرا در این کشور، بستانکاران از سراسر دنیا ذی‌نفع هستند. ایالات متحده به این درخواست پاسخ گفت و با بررسی فرآیند ورشکستگی در هنگ کنگ به این نتیجه رسید که در اصول کلی با یکدیگر مشابه هستند. بدین ترتیب یک فرآیند جامع و کامل و منصفانه با برخورد مساوی با تمامی بستانکاران را طراحی نمود.

لازم به ذکر است که هیچ کنوانسیون بین‌المللی در خصوص شناسایی احکام ورشکستگی خارجی وجود ندارد. کنوانسیون‌های بروکسل<sup>۲۴</sup> و لوگانو<sup>۲۵</sup> بر ورشکستگی شرکت‌ها و به تبع آن، بانک‌ها اعمال نمی‌شود.

اکثر کشورها با شیوه‌های مختلف به عمل متقابل در اجرای احکام دادگاه‌های خارجی تمسک می‌جویند. برای مثال در حقوق بین‌الملل خصوصی کشور سوئیس، زمانی فرآیند ورشکستگی کشور خارجی پذیرفته می‌شود که متقابلاً در کشور طرف مقابل اعمال شود. البته ابتدا پرداخت به بستانکاران دارای اولویت در کشور سوئیس صورت می‌گیرد و مازاد دارایی‌ها جهت ورشکستگی اختصاص داده می‌شود.

اولین شرط شناسایی و اجرای احکام ورشکستگی خارجی، اطمینان دادگاه داخلی از رعایت حقوق اتباع خود و امکان اقامه دعوا برای آن‌ها در کشور خارجی است. البته پیچیدگی فرآیند ورشکستگی بانک‌ها زمانی بیشتر می‌شود که تصدی این امر به قوای اجرایی و اداری محول شود.

راهکار آن نیز توافق همه‌جانبه بر سر اصول اساسی معیارهای تصدی ورشکستگی توسط مقام ناظر است.

## ۲-۳. اصل رفتار مساوی با بستانکاران

اصل رفتار مساوی با بستانکاران از جمله اصولی است که رویکرد شخصیت مجزای شعبات بانک

۲۴. کنوانسیون بروکسل یک راجع به صلاحیت و اجرای احکام امور مدنی و تجاری (مصوب ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸).

۲۵. کنوانسیون لوگانو راجع به صلاحیت و اجرای احکام امور مدنی و تجاری (مصوب ۱۶ سپتامبر ۱۹۸۸).

را زیر سؤال می‌برد.<sup>۲۶</sup> بر مبنای این اصل، تمام دعاوی علیه بانک ورشکسته باید در یک چارچوب رسیدگی شود و هیچ دعوایی نباید به دلیل تابعیت بستانکار یا محل شعبه، ارجحیت داشته باشد. در ماده ۱۳ قانون نمونه *آنسیترال* به این اصل اشاره شده است.<sup>۲۷</sup> طبق بند دوم این ماده، بستانکاران خارجی در خصوص اقامه دعوا و شرکت در امر ورشکستگی، از حقوق مساوی با بستانکاران داخلی برخوردارند.

اعمال این قاعده با توجه به تفاوت قوانین و اشکال مختلف امر ورشکستگی در کشورها مشکل است. دولتمردان در خصوص اعمال قانون داخلی معتقدند که مقررات ورشکستگی، آمره و مربوط به نظم عمومی داخلی است. لذا اعمال قانون خارجی بر بستانکاران داخلی تبعیض‌آمیز خواهد بود. برای مثال، تمامی شعبات خارجی بانک‌های مستقر در گرجستان طبق قانون این کشور عمل می‌کنند و در صورت بروز بحران مالی در شعبات بانک‌های خارجی، مقام صالح به دخالت در امور بانک، طبق قانون گرجستان، عملیات ورشکستگی را آغاز می‌کند.

از جمله تفاوت‌هایی که موجب بروز تبعیض میان بستانکاران می‌شود، تفاوت در اقامه دعوی ورشکستگی است به نحوی که دعوا در برخی کشورها پذیرفته می‌شود ولی در دیگر کشورها به دلایلی مانند زمان اقامه دعوا یا نوع طلب بستانکاران رد می‌شود. برای مثال در قضیه ورشکستگی بانک *اعتبارات و تجارت بین‌المللی* از جمله مسائلی که بروز کرد، اختلاف نوع مطالبات بستانکاران با ارزشهای مختلف و زمان اقامه دعوی ورشکستگی توسط آن‌ها بود.

از جمله تبعات صدور حکم ورشکستگی، منع و بطلان تمامی عملیات مالی و حقوقی بانک ورشکسته است. در فضای بین‌المللی در صورتی که این اثر بر شعبات بانک خارجی اعمال نشود امکان توقیف دارایی‌های شعبه توسط بستانکاران آن کشور وجود دارد که خود باعث تبعیض میان بستانکاران می‌شود.<sup>۲۸</sup>

از دیگر تفاوت‌های فرآیند ورشکستگی، مهر و موم کردن و توقیف اسناد و مدارک و دارایی‌های مالی و تجاری بانک ورشکسته است که در صورت بروز ورشکستگی فرامرزی، هر کشور به شیوه خود در شیوه‌های مختلف به نفع اتباع خود به این امر مبادرت می‌ورزد و این باعث بروز

26. M. Riz, "Priority As Pathology: The Pari Passu Myth" 60 *Cambridge Law Journal*, 581, 2001. p. 13.  
 27. ماده ۱۳: «حق دادخواهی طلبکاران خارجی: ۱- با رعایت بند ۲ ماده حاضر، طلبکاران خارجی نسبت به شروع یا شرکت در یک رسیدگی دارای همان حقوقی هستند که طلبکاران در این کشور از آن برخوردارند.

۲- بند ۱ ماده حاضر، بر طبقه‌بندی دعاوی در یک رسیدگی تأثیر ندارد جز آنکه دعاوی طلبکاران خارجی نباید در طبقه پایین‌تری نسبت به طبقه دعاوی عمومی غیرممتاز قرار گیرد، درحالی‌که مقرر می‌شود که یک دعوی خارجی، در صورتی که دعوی محلی مشابه آن (مانند دعوی جریمه یا دعوی پرداخت مؤجل) درجه‌ای پایین‌تر از دعوی عمومی غیرممتاز داشته باشد، باید در درجه‌ای پایین‌تر از دعوی عمومی غیرممتاز قرار گیرد.

28. A. Kenneth and D. A. Skeel, Jr. "Bankruptcy or Bailouts?", *Journal of Corporation Law*, 35, 2010: 469-498), p. 477.

تبعیضاتی در امر تصفیه ورشکستگی می‌شود. به‌عنوان یک قاعده، اموال ارزشمند ورشکسته مانند اموال منقول، سهام و مطالبات که بانک به‌عنوان امانت در اختیار دارد در فهرست اموال بانک قرار نگرفته و توقیف نمی‌شود. لذا تمهید قواعد کلی برای تعیین ماهیت حقوقی ضبط اموال و دارایی‌های ورشکسته و چگونگی رابطه دارایی شعبات بانک با خود بانک، ضروری به‌نظر می‌رسد. چگونگی دعوای متقابل بانک ورشکسته علیه بستانکاران نیز از دیگر اموری است که در هر کشور به شیوه‌ای متفاوت به آن نگرسته می‌شود و در میزان عایدی هر بستانکار تأثیر می‌گذارد. دعوای تقابل از جمله ابزارهایی است که ورشکسته جهت حفظ حقوق خود در خصوص مطالباتش از بستانکاران در دادگاه استفاده می‌کند. برای مثال اقدامات مدیر ورشکسته جهت وصول مطالبات و اخذ اقساط وام‌های پرداختی بانک از این امور است. اگر مدیر تصفیه دارای چنین اختیاری نباشد، دارایی‌های ورشکسته میان بستانکاران تقسیم شده و حق تاجر ورشکسته جهت وصول مطالباتش باقی خواهد ماند. لذا تفاوت در اختیارات مدیر تصفیه در کشورهای مختلف که امر ورشکستگی یک بانک چندملیتی را آغاز نموده‌اند منجر به تبعیضاتی در برخورد با بستانکاران می‌شود. برای مثال در لوکزامبورگ دعوای متقابل صرفاً در صورتی پذیرفته می‌شود که مبلغ آن مقطوع و لازم‌الاجرا باشد. البته اکثر کشورها بدون چنین محدودیت‌هایی این امر را پذیرفته‌اند زیرا رد این مسئله منجر به تضییع حقوق سایر بستانکاران داخلی خواهد شد و تأثیر نامطلوب این واقعه را افزایش می‌دهد.

این موضوع در پرونده ورشکستگی بانک اعتبارات و تجارت بین‌المللی مشکلاتی به‌وجود آورد. انگلستان به مطالبات بانک از وام‌های پرداختی به بستانکاران توجه ویژه می‌نمود در حالی که در لوکزامبورگ به این موضوع فقط با شرط مقطوع بودن مبلغ و لازم‌الاجرا بودن پرداخت، آن هم در تاریخ قبل از اعلام ورشکستگی توجه می‌شد و به همین دلیل بستانکاران در لوکزامبورگ از موقعیت بهتری برخوردار بودند.

در کشورهایی که شعبه بانک، شخصیت حقوقی مجزا دارد حقوق و تکالیف متقابل بدهکاران به خود آن شعبه منحصر شده و موجب تبعیض میان بستانکاران می‌شود.

مقوله دیگر، وجود نهادهای حمایت از سپرده در ورشکستگی بانک‌های چندملیتی است. برنامه‌های حمایت از سپرده باید بر تمامی شعب و بستانکاران به‌صورت یکسان اعمال شود.<sup>۲۹</sup> اگر ترجیحی در حمایت از سپرده‌گذاران داخلی اعمال شود موجب تبعیض در میان بستانکاران خواهد بود. طبق قانون ایالات متحده، سپرده‌گذاران در خصوص سپرده‌های قابل پرداخت در قلمرو این کشور از اولویت برخوردارند خواه از شعبات خارجی بانک باشند یا بانک‌های داخلی. در فرض

29. T. Beck, and L. Laeven, "Resolution of Failed Banks by Deposit Insurers: Cross-Country Evidence", Policy Research Working Paper Series 3920, The World Bank, 2006, p. 3.

تبعیض در حمایت از سپرده‌های داخلی، کشورهای دیگر که شعبات در آن مستقرند، از رویکرد جهانی با وحدت شخصیت حقوقی استقبال نخواهند کرد و اجازه نخواهند داد اموال بانک ورشکسته به کشور دیگر منتقل شود و بیشتر در جهت حمایت از سپرده‌گذاران داخلی برمی‌آیند. دستورالعمل اروپایی ضمانت سپرده‌ها<sup>۳۰</sup> مقرر می‌دارد که کشور متبوع مرکز اصلی بانک، در برابر حمایت از سپرده‌های شعبات بانک در کشورهای دیگر اتحادیه اروپا مسئول است و میزان تضمین ارائه‌شده باید به اندازه تضمینات بستانکاران بانک تبعه خود باشد.

شعبات می‌توانند از برنامه حمایت سپرده کشور محل استقرار بهره‌مند شوند. البته این امر اجباری نیست ولی اگر خدمات کشور محل استقرار و میزان حمایت آن از سپرده‌ها مطلوب‌تر از کشور محل اصلی بانک باشد، این امر خود فرصت مطلوبی برای شعبات بانک‌ها ایجاد می‌نماید.<sup>۳۱</sup>

از آنجاکه نهادهای حمایت از سپرده به‌عنوان نماینده بستانکاران در مقابل بانک ورشکسته عمل می‌کنند، هر دو کشور میهمان و میزبان به این نهادها اعتماد کرده و نمایندگی آن‌ها را می‌پذیرند. البته نحوه پرداخت به بستانکاران با توجه به امکان یا عدم امکان اقامه دعوی متقابل بسیار متفاوت است زیرا در فرضی که امکان دعوی متقابل پذیرفته شود، این مسئله مطرح می‌شود که آیا صندوق حمایت از سپرده باید به این دعوا توجه و بعد از کسر مطالبات بانک به بستانکار، مبلغی را پرداخت نماید یا اینکه اگر میزان مطالبات بستانکار به مراتب از مطالبات بانک بیشتر باشد، نحوه محاسبه و پرداخت چگونه خواهد بود. تمامی این مسائل در دستورالعمل اروپایی ضمانت سپرده‌ها بی‌پاسخ مانده و دستورالعمل فقط به شناسایی حق دعوی متقابل برای بانک بسنده نموده است.

آخرین مسئله مورد بحث، استثنای نظم عمومی است که شامل فرآیندهای مجازات مدنی و کیفری می‌شود. حقوق کیفری داخلی و حقوق مدنی ملی، محدودیت‌هایی را بر فرآیند ورشکستگی اعمال می‌کند که بدون توجه به ورشکستگی بانک در کشور محل وقوع ورشکستگی اعمال می‌شود. تعیین جزای نقدی برای ورشکسته، اموال وی را در معرض کاهش قرار می‌دهد. سوآلی که مطرح می‌شود این است که آیا اموال شعبه بانک ورشکسته جهت اعمال مجازات‌های نقدی باید در کشور محل وقوع توقیف شود یا تمامی دارایی‌های شعبه باید به کشور محل اصلی بانک منتقل شود؟

در ایالات متحده، امکان تعقیب بانک حتی در صورتی که بانک، تحت فرآیند ورشکستگی باشد وجود دارد و قانون مقرر می‌دارد که امکان توقیف و ضبط اموال ورشکسته جهت استیفای

30. Directive on Deposit Guarantee Schemes

31. E. Brewer, "The Impact of Deposit Insurance on S&L Shareholders' Risk/Return Trade-Offs", *Journal of Financial Services Research* 9(1), 1995, p. 70.



جزای نقدی وجود دارد.

قاعدتاً اخذ جزای نقدی از بانک ورشکسته، میزان پرداختی به بستانکاران را تحت تأثیر قرار می‌دهد که این امر در پرونده ورشکستگی بانک اعتبارات و تجارت بین‌المللی در کشورهای آمریکا، انگلستان و امارات رخ داد.

برخی منتقدین بر این باورند که مجازات‌های کیفری نباید علیه دارایی‌های بانک اعمال شود زیرا از یک طرف بستانکاران از اقدامات غیرقانونی بانک متضرر شده‌اند و این مجازات‌ها به‌صورت غیرمستقیم بر آن‌ها اعمال می‌شود و از طرف دیگر، فقدان ضمانت اجرای کیفری برای اقدامات غیرقانونی بانک، موجب تجری مقامات بانک در این زمینه خواهد شد.

### ۳. قواعد حاکم بر حقوق ورشکستگی بانک‌های چند ملیتی

در حقوق داخلی میان منابع، سلسله‌مراتب وجود دارد و در صورت وجود منبع الزام‌آور، رجوع به منابع دیگر، خطاست، لیکن در عرصه حقوق ورشکستگی فرامرزی به علت نبود قانونگذاری خاص یا معاهده بین‌المللی جهان‌شمول، ناگزیر به قواعد حاکم بر این پدیده در کشورها مراجعه می‌شود و با مطالعه و بررسی آن، مسائل و تعارضات و راهکار مطلوب، کشف می‌شود. قواعد حقوق ورشکستگی بانک‌های چند ملیتی را می‌توان به دو دسته کلی تقسیم کرد که عبارت‌اند از قانون داخلی و قواعد بین‌المللی.

#### ۳-۱. قانون داخلی

قانون داخلی در دو بخش ماهوی و حل تعارض بررسی می‌شود. در فقدان کنوانسیون بین‌المللی جهان‌شمول، قوانین داخلی کشورها به‌عنوان مهم‌ترین منبع برای شناسایی قواعد حاکم بر ورشکستگی بانک‌های چند ملیتی شناخته می‌شود.<sup>۳۲</sup>

امروزه اکثر کشورهای توسعه‌یافته در خصوص تنظیم قواعد ورشکستگی بانک‌ها نظام مخصوصی دارند لیکن برخی کشورها مانند انگلستان و ایران، قواعد عام ورشکستگی تجار و شرکت‌ها را بر بانک‌ها اعمال می‌کنند.<sup>۳۳</sup>

با وجود نظامات مختلف ورشکستگی بانک‌ها، میان قوانین داخلی تعارضات فاحشی وجود دارد که ناشی از اهداف متفاوت قانونگذاران از اجرای مقررات ورشکستگی است.<sup>۳۴</sup> هدف حقوق

32. T. C. Baxter, H. Joyce, and J. H. Sommer, "Two Cheers for Territoriality: An Essay on International Bank Insolvency Law", 78 *American Banker Law Journal* 57, 2004, p. 17.

33. P. Brierley, The UK Special Resolution Regime for Failing Banks in An International Context, Bank of England, Financial Stability Paper no. 5, 2009.

34. O. Hart, "Different Approaches to Bankruptcy", *National Bureau of Economic Research*, Working Paper no. 7921, 2000.

ورشکستگی حاکم بر شرکت‌ها و تجار، حمایت از بستانکاران در برابر تاجر ورشکسته و بستانکاران دیگر و حمایت از ورشکسته در برابر آن‌هاست که در این راستا دو اصل رفتار منصفانه با بستانکاران و حداکثرسازی دارایی‌های ورشکسته، سرلوحه قانونگذاری قرار می‌گیرد.<sup>۳۵</sup>

در حوزه ورشکستگی بانک‌ها، علاوه بر موارد فوق، حفظ تمامیت بازار و اطمینان مردم به نظام بانکی و جلوگیری از خطر سیستمی، هدف اولویت‌دار قانونگذار است و گرایش دولتمردان به حفظ منافع داخلی، قوانین ورشکستگی در این زمینه را بیش از پیش سرزمینی کرده و اعمال قواعد به صورت فراسرزمینی را با مشکل جدی مواجه می‌سازد.

از جمله تفاوت‌های میان ورشکستگی عمومی و بانک‌ها، تعریف توقف و ورشکستگی است. برخی قوانین مانند قانون تجارت ایران، توقف را افزایش بدهی از دارایی ورشکسته می‌دانند. حسب دکترین حقوقی، توقف بانک‌ها برخلاف دو مورد فوق، زمانی است که مقام حاکم بر فعالیت‌های بانکی به جهت اشراف اطلاعاتی و نظارتی خود، ورشکستگی را اعلام کند، گرچه علی‌الظاهر بانک به فعالیت خود ادامه دهد. بدین ترتیب بستانکاران و بانک متوقف در اعلام توقف، نقش خاصی ندارند.<sup>۳۶</sup>

پس از اعلام توقف بانک، دو گزینه بازسازی بانک و تصفیه دارایی وی مطرح می‌شود. گرچه تصفیه، راه حل ساده‌تری به نظر می‌رسد، منجر به سلب اطمینان مردم به نظام بانکی و در نتیجه برداشت از سپرده‌های بانکی خواهد شد و زمینه برای ورشکستگی سایر بانک‌ها فراهم می‌شود زیرا بر اساس مبانی بانکداری، هیچ‌گاه بانک تمامی سپرده‌ها را نزد خود نگاه نمی‌دارد بلکه آن‌ها را به صورت اعتبار به اشخاص واگذار می‌کند. لذا در بروز چنین حالتی بلاشک بانک‌ها با مشکل جدی مواجه خواهند شد. با وجود این در برخی موارد، تصفیه، تنها راه حل توقف بانک است و هر کشور بنا به قانون خود با موضوع برخورد می‌کند.

برای مثال در ۱۶ ماده پیش‌نویس قانون بانکداری ایران، رژیم خاصی برای ورشکستگی بانک‌ها پیش‌بینی شده است. این قانون به موضوع توقف، بازسازی، ورشکستگی، انحلال و تصفیه بانک‌ها اختصاص داده شده است. در این قانون، تعریف متفاوتی از توقف بانک ورشکسته ارائه شده است: (ورشکستگی بانک‌ها و سایر مؤسسات اعتباری در نتیجه توقف از تأدیه دیونی که برعهده آن‌هاست و عدم امکان بازسازی بنا به تشخیص بانک مرکزی حاصل می‌شود). این ماده، صلاحیت تشخیص ورشکستگی و تاریخ توقف بانک را که تاکنون برعهده مقام قضایی است برعهده یک مقام اجرایی وابسته به قوه مجریه (بانک مرکزی) قرار داده است؛ که این

۳۵. طجلو، رضا، «بررسی مبانی نظری حقوق ورشکستگی در سیستم حقوقی آمریکا و انگلستان»، *مجله حقوقی*، دوره چهارم، ۱۳۸۹، ش ۲، ص ۲۴۲.

36. R. Herring, "Why and How Resolution Policy Must be Improved", *The Road Ahead for the Fed*. Ed. John D. Ciorciari and John B. Taylor, Stanford, CA: Hoover Institution Press, 2009, 171-187, p.180.

موضوع، قابل انتقاد به نظر می‌رسد و همچنین توقف بانک را منوط به عدم امکان بازسازی بانک دانسته که در هیچ‌یک از قوانین دیگر کشورها مشاهده نمی‌شود زیرا در هر حال از طریق تملک بانک توسط دولت به‌عنوان راه‌حل نهایی، امکان بازسازی بانک با بودجه بیت‌المال وجود دارد. در این پیش‌نویس برخلاف قانون کنونی (قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی) امر تصفیه با اداره امور تصفیه ورشکستگی نیست و طبق قانون تجارت، مدیر تصفیه و عضو ناظر با نظر بانک مرکزی تعیین می‌شود که نکته مثبتی در این زمینه به‌شمار می‌رود و با توجه به تعداد کثیر بستانکاران، امکان اقامه دعوی ورشکستگی صرفاً از جانب بانک مرکزی یا مدعی‌العموم امکان‌پذیر است که از جمله ضروریات ورشکستگی بانک‌هاست در حالی که هم‌اکنون امکان اقامه دعوی ورشکستگی توسط هر بستانکار وجود دارد. با توجه به حساسیت موضوع، دادگاه رسیدگی‌کننده به ورشکستگی بانک‌ها، دادگاه صالح پایتخت است و همچنین امکان انعقاد قرارداد ارفاقی و ادامه کار بانک توسط طلبکاران مجاز نیست؛ که امر موجه و معقولی به نظر می‌رسد.

### ۳-۲. قواعد حل تعارض

حوزه عمده حقوق بین‌الملل خصوصی، مطالعه قواعد حقوقی حاکم بر روابط اشخاص در پهنه بین‌المللی است که دو دسته از قوانین ماهوی و قواعد شکلی را در رابطه با تعارض دادگاه و تعارض قانون حاکم بر پدیده‌های حقوقی ارائه می‌دهد. عمده اصول کاربردی در کشف قواعد حل تعارض ورشکستگی بانک‌ها در اصول حاکم بر این امر در اصل سرزمینی و جهانی و اصل وحدت و مجزای بودن شخصیت حقوقی خلاصه می‌شود که قبلاً به تفصیل از آن صحبت شد. در تکمیل بحث گفته می‌شود بنا بر نظریه وحدت و عمومیت ورشکستگی که مبتنی بر هدف ورشکستگی و تکنیک آن است، دعوی ورشکستگی بانک باید در دادگاه یکی از کشورها مثلاً دادگاه اقامتگاه بانک مادر رسیدگی شود و آثار حکم صادره نیز در کشورهایی که اموال ورشکسته در آنجا قرار دارد تسری پیدا نماید. البته دادگاه خارجی اجراکننده حکم ورشکستگی در رابطه با شعبه آن بانک حق دارد جهت اجرای حکم، قانونی بودن رأی را بر اساس اصول اساسی قانون خود بررسی کند. بر اساس این نظریه، هدف اعلام ورشکستگی که ایجاد تساوی بین طلبکاران ورشکسته است امکان‌پذیر نیست زیرا تحقق این هدف منوط به این امر است که همه مدارک و دلایل ورشکستگی بانک در اختیار دادگاه کشور رسیدگی‌کننده قرار گیرد که در عمل، گردآوری مدارک ضروری برای رسیدگی واحد، مشکل به نظر می‌رسد. مسئله دیگر، پراکنده بودن بستانکاران است که جمع‌آوری اطلاعات، تشخیص مطالبات و پرداخت‌ها را به‌تنهایی برای دادگاه یک کشور دشوار می‌سازد. با توجه به مسائل نظم عمومی سایر کشورها به نظر نمی‌رسد مسئله بازسازی و

حیات مجدد بانک نیز مورد قبول همه کشورهای ذی‌نفع قرار گیرد. البته اینکه دارایی تاجر ورشکسته به شکل مجموعه‌ای واحد در اختیار دادگاه قرار گیرد به‌خودی‌خود از لحاظ تکنیک ورشکستگی، موجب وحدت ورشکستگی نمی‌شود.

شایان ذکر است که این نظریه از نظر وحدت مدیر تصفیه و وحدت دارایی و وحدت قانون لازم‌الاجرا امکانات زیادی برای دادگاه مهیا می‌سازد.

بر مبنای نظریه سرزمینی‌بودن و چندگانگی ورشکستگی، آیین دادرسی در هر کشور شامل اموالی می‌شود که در قلمرو سیاسی کشور صادرکننده حکم ورشکستگی بانک قرار دارد. بنابراین از دادگاه‌های کشورهای مختلف، احکام ورشکستگی متعددی صادر می‌شود. این نظریه، امتیازاتی برای بستانکاران دارد زیرا طلبکار بانک برای مطالبه حقوق خود، ناچار به مراجعه به خارج از کشور نبوده و از طرف دیگر، آشنایی کامل با قوانین کشورهای دیگر برای خیل گسترده بستانکاران بانکی متصور نیست.

از طرف دیگر، قوانین کشورهای دیگر که بر مبنای حمایت از شرکت‌های تجاری تابعه وضع شده است، مانع از شناسایی آن‌ها توسط دیگر کشورها می‌شود زیرا این امر با نظم عمومی آن کشور رابطه مستقیم دارد. اجرای قوانین ورشکستگی، مستلزم به‌کارگیری قوای اجرایی و قضایی کشور است لذا ضرورتاً این قوانین باید سرزمینی باشد مگر اینکه دولت‌ها طی معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی، قوانین ورشکستگی یکدیگر را شناسایی و اجرا نمایند.

از دیدگاه اقتصادی، بهترین قانون برای تنظیم مقررات حاکم بر ورشکستگی بانک‌های چندملیتی، قانون کشوری است که بیشترین تأثیر را از ورشکستگی بانک می‌بیند. در این وضعیت، مقام رسیدگی‌کننده باید میزان تأثیر ورشکستگی را در کشورهای ذی‌نفع بسنجد و با لحاظ آن، قانون و مقام صالح را تعیین کند. باید توجه داشت این دیدگاه در میان کشورها با کمترین استقبال مواجه است زیرا صلاحیت حکومت‌ها در حفظ حقوق اتباع خود با خطر جدی روبه‌رو می‌شود.

مواد ۱ الی ۱۵ مقررات اتحادیه اروپا قاعده‌ای جدید در رابطه با ورشکستگی فرامرزی ارائه می‌دهد. این مقررات، ورشکستگی فرامرزی را به دو دسته اولیه و ثانویه تقسیم می‌کند که ناظر بر حوزه تأثیرگذاری ورشکستگی است. در ورشکستگی اولیه، تمامی بستانکاران و دارایی‌های ورشکسته در تمامی کشورهای ذی‌ربط، تحت تأثیر قرار می‌گیرد درحالی‌که در ورشکستگی ثانویه، بستانکاران و دارایی ورشکسته صرفاً در یک کشور تحت تأثیر قرار می‌گیرد. دعوای ورشکستگی اولیه باید در کشوری اقامه شود که منافع اکثریت بستانکاران در آن قرار دارد و اگر در این رابطه میان چند کشور، اختلافی رخ دهد دادگاهی که برای اولین بار دعوای ورشکستگی در آن اقامه شده است می‌تواند نسبت به استقرار اکثریت منافع بستانکاران در یک کشور

اظهارنظر کند.

مفهوم بیشترین منفعت برای اولین بار در این مقررات مشاهده و برای آن معیارهایی مانند محل ثبت تاجر ورشکسته، محل اداره یا اقامت تاجر ورشکسته ارائه شده است. این قاعده در میان کشورهای عضو اتحادیه اروپا اجرا می‌شود و اگر طبق معیارهای فوق، اکثریت منافع در خارج از حوزه اتحادیه اروپا شناسایی شد، دادگاه ملزم به تبعیت از این قاعده نیست و طبق قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی کشور خود، قانون حاکم را برمی‌گزیند.

در ورشکستگی اولیه، رسیدگی به دعوی بستانکاران دارای وثیقه غیرمنقول، بر اساس قانون محل وقوع مال و در رابطه با اموال منقول، بر اساس قانون محل کسب حق، رسیدگی می‌شود زیرا چنین بستانکارانی با توجه به این قوانین و اعتماد و شناخت به آن مبادرت به انعقاد قرارداد نموده‌اند.

### ۳-۳. قواعد و مقررات بین‌المللی

از میان مسائل متعددی که از تعارض قوانین میان کشورها به وجود می‌آید، معاهداتی که موضوع آن ورشکستگی است سابقه‌ای طولانی دارد و اکثر معاهدات با مشارکت دو یا چند کشور محدود و در حوزه جغرافیایی خاص اعمال می‌شود. برای مثال کنوانسیون ورشکستگی نوردیک ۱۹۳۳ میان کشورهای منعقد شد که دارای سیاست‌گذاری تقریباً مشابهی در زمینه ورشکستگی بودند.<sup>۳۷</sup> در این معاهده به خود موضوع ورشکستگی پرداخته شده و در عمل به صورت محدود اجرا شده است.

علاوه بر این، معاهدات دوجانبه زیادی میان کشورهای اروپایی وجود داشت که با تصویب مقررات اتحادیه اروپا در خصوص ورشکستگی ملغی شده است.

دو معاهده میان کشورهای آمریکای لاتین، موصوف به معاهده ۱۸۸۹ و ۱۹۴۰ مونت‌گوه و کد بوستانمت (کنوانسیون حقوق بین‌الملل ۱۹۲۸ معروف به کنوانسیون هاوانا) وجود دارد که طی آن کشورهای عضو به شناسایی و اجرای احکام ورشکستگی دول عضو پرداخته‌اند.<sup>۳۸</sup> در این معاهدات، اصل جهانی و صلاحیت دادگاه محل اقامت اصلی بانک ورشکسته به رسمیت شناخته شده و اعلام توقف بانک ورشکسته، علاوه بر کشور محل دادگاه اعلام‌کننده، در تمامی کشورهای که بانک در آن، شعبه یا نمایندگی دارد الزامی است. در این معاهدات به صلاحیت و

37. Convention Regarding Bankruptcy, Nov. 7, 1933, 155 L. N. T. S. 115, as amended, October 11, 1977; D. C. Cook, "Prospects for a North American Bankruptcy Agreement", 2 Sw. J. Law & Trade Am. 81, 85, 1995, p. 82.

38. B. E. Adler, "Financial and Political Theories of American Corporate Bankruptcy", 45 Stanford Law Review, p. 311, 1993.

اختیارات مدیر تصفیه و حقوق بستانکاران دارای وثیقه و حق اولویت اشاره شده است. در این زمینه چهار سند بین‌المللی می‌تواند در تحلیل مسائل مربوط به ورشکستگی بانک‌های چندملیتی یاری کند.

اولین سند، قانون نمونه‌ای است که توسط کمیسیون سازمان ملل متحد در خصوص حقوق تجارت بین‌الملل تدوین شده است و از این پس از آن به‌عنوان قانون نمونه *آنسیترال* یاد می‌شود. سند دوم، پروژه ورشکستگی فرامرزی است که توسط مؤسسه حقوق آمریکایی *نفتا* تنظیم شده است. سومین سند، مقررات اتحادیه اروپا در خصوص اقدامات ورشکستگی و چهارمین سند، موافقت‌نامه ورشکستگی فرامرزی است که توسط قانون بین‌المللی و کالا تدوین شده و اصولی را جهت هماهنگ‌سازی و همکاری میان کشورها پیشنهاد کرده است.

### الف) قانون نمونه ورشکستگی در خصوص ورشکستگی فرامرزی ۱۹۹۷<sup>۳۹</sup>

به‌جرات می‌توان مؤثرترین سند در عرصه ورشکستگی فرامرزی را قانون نمونه *آنسیترال* دانست که با پذیرش آن در میان کشورها زمینه برای اقتباس اصول شناخته‌شده بین‌المللی فراهم می‌شود. در این قانون قواعدی وضع شده که تکلیف دادگاه را در زمانی که رسیدگی به دارایی بدهکار و عملیات ورشکستگی در دو یا چند کشور در جریان است، مشخص می‌کند. هدف این قانون، وضع مقررات کارآمد و منصفانه در بازسازی و تصفیه تاجر ورشکسته است و حتی اگر دو کشور ذی‌نفع در این موضوع قانون نمونه را تصویب نکرده باشند، باز هم می‌توانند از استانداردها و موازینی که این قانون ارائه می‌دهد، استفاده نمایند.

سه اصل استنباط‌شده از این قانون عبارت‌اند از شناسایی فرآیند ورشکستگی خارجی به شکلی کارآمد در زمان مناسب، امکان دخالت نماینده دادگاه خارجی در فرآیند ورشکستگی و الزام دادگاه و متصدیان ورشکستگی به همکاری و معاضدت با دولت خارجی.<sup>۴۰</sup>

لازم به ذکر است قانون نمونه، مقرره‌ای در خصوص تعارض قوانین و انتخاب قانون حاکم ارائه نداده است و در خود قانون پیش‌بینی شده که امکان مستثنا کردن بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری از شمول این قانون وجود دارد زیرا کشورها در این موضوعات دارای مقررات خاصی هستند لیکن اصول کلی ارائه‌شده در خصوص بانک‌ها نیز قابلیت اعمال دارد.

39. UNCITRAL Model Law, available at: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

40. L. Chan Ho, "Applying Foreign Law Under the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency", Published Version in (2009) 24:11 *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 655-670, p. 670.

### ب) موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکای شمالی<sup>۴۱</sup>

از جمله اسنادی که به پیشرفت همکاری در فرآیندهای ورشکستگی کشورهای کانادا، مکزیک و ایالات متحده کمک شایانی کرده، *نفتا* است.<sup>۴۲</sup> این موافقت‌نامه هفت اصل را پیشنهاد می‌کند که می‌تواند مورد اعتنای سایر کشورها در خصوص ورشکستگی بانک‌های چندملیتی قرار گیرد. این اصول عبارت است از:

۱- اتخاذ تدابیری جهت حداکثرسازی دارایی‌های ورشکسته، ۲- شناسایی متقابل فرآیندهای ورشکستگی در کشورهای متعاقد در حداقل زمان ممکن با کمترین تشریفات قانونی، ۳- همکاری کشورهای متعاقد در منع تاجر از هرگونه عمل حقوقی یا مادی در دارایی‌های خود که این منع علاوه بر ورشکسته، شامل بستانکاران و سایر اشخاص ذی‌نفع می‌شود،<sup>۴۳</sup> ۴- همکاری در زمینه تبادل اطلاعات مربوط به دارایی و دعاوی ورشکستگی تاجر که در این مورد به نماینده کشور خارجی اجازه داده می‌شود به هر وسیله ممکن اطلاعات موردنیاز خود را کسب کند، ۵- قبول وحدت دارایی ورشکسته در تمامی دول متعاقد جهت تقسیم میان تمام بستانکاران، ۶- منع هرگونه تبعیض نسبت به بستانکاران به علت ملیت، اقامتگاه یا محل سکونت، ۷- منع بستانکاران از دریافت سهم بیشتر از آنچه به هم‌تایان وی در دیگر کشورها داده می‌شود.<sup>۴۴</sup>

### ج) مقررات اتحادیه اروپا در خصوص ورشکستگی

مقررات اتحادیه اروپا بر اساس ماده ۶۵ معاهده اتحادیه اروپا در خصوص همکاری قضایی میان کشورهای عضو اتحادیه اروپا وضع شده است که برای تمامی دول عضو اجباری است و این مهم را می‌توان وجه تمایز این مقررات با سایر مقررات و معاهدات بین‌المللی دانست که قدرت الزام‌آور آن با امضا و تصویب دولت عضو به‌وجود می‌آید.<sup>۴۵</sup> البته قدرت الزام‌آور مقررات فوق صرفاً تا مرزهای کشورهای اتحادیه اروپا بوده و در خصوص روابط کشورهای این اتحادیه با سایر کشورها، مقرره خاصی مشاهده نمی‌شود.<sup>۴۶</sup>

در راستای حداکثرکردن کارایی نظام ورشکستگی فرامرزی، مقررات اتحادیه اروپا بر سه جنبه

41. North American Free Trade Agreement

42. J. L. Westbrook, "The Transnational Insolvency Project of the American Law Institute", 17 *Connecticut Journal of International Law* 99, 2001, p. 39.

43. R. R. Bliss and G. G. Kaufman, "U. S. Corporate and Bank Insolvency: An Economic Comparison and Evaluation", Federal Reserve Bank of Chicago, 2006, p. 17.

44. American Law Institute, "Transnational Insolvency Project: Principles of Cooperation in Transnational Insolvency Cases Among the Members of the North American Free Trade Agreement" (draft, Apr. 14, 2000).

45. B. Wessels, "The Secured Creditor in Cross-border Finance Transactions Under the EU Insolvency Regulation", *Journal of International Banking Law and Regulation*, vol. 18, Issue 3, 2003, 135.

46. J. L. Westbrook, "Avoidance of Pre-Bankruptcy Transactions in Multinational Bankruptcy Cases", *Texas International Law Journal*, 42: 899, pp. 900, 915.

از قضیه تأکید دارد که عبارت است از صلاحیت اقامه دعوی صدور حکم ورشکستگی، شناسایی احکام ورشکستگی و تعیین قانون حاکم در زمانی که اشخاص و اموال ذی‌ربط در ورشکستگی در بیش از یک کشور عضو واقع شده‌اند.<sup>۴۷</sup> البته حوزه این مقررات از ورشکستگی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری مستثنا شده است ولی در غیاب معاهده یا چارچوب قانونی، چاره‌ای جز تمسک به آن‌ها نیست زیرا مقررات اتحادیه اروپا رویکردی جامع و کامل با سیاست‌گذاری یکسان را نشان می‌دهد.<sup>۴۸</sup> شایان ذکر است موارد و اصول متعددی را می‌توان در دستورالعمل اتحادیه اروپا در خصوص بازسازی و انحلال مؤسسات اعتباری یافت که در جبران خلأ مقررات یادشده وضع شده است.

#### د) موافقت‌نامه کانون وکلای بین‌المللی<sup>۴۹</sup>

جدیدترین سند در عرصه حقوق ورشکستگی فرامرزی را می‌توان در میان اسناد تدوینی کمیته حقوق تجارت کانون وکلای بین‌المللی یافت. این سند، مقررات قابل انعطافی را در راستای همکاری و معاضدت کشورها در هماهنگ‌سازی ورشکستگی یک بانک میان دو یا چند کشور ارائه می‌دهد.

این موافقت‌نامه در فرضی بعید پیشنهاد می‌کند که یک مقام به ورشکستگی تاجر ورشکسته پرداخته و در تمامی کشورهای ذی‌نفع شعبه داشته باشد و به جمع‌آوری و تقسیم وجوه میان بستانکاران مبادرت ورزد و خود با پذیرش این موضوع که این رویه تقریباً با توجه به حاکمیت کشورها اجرا نمی‌شود، پیشنهاد می‌کند که دولت‌ها با همکاری یکدیگر به کنترل دارایی‌های ورشکسته پرداخته و با همکاری و معاضدت یکدیگر به شناسایی بستانکاران، تصدیق مطالبات و طبقه‌بندی آن‌ها بپردازند و در این خصوص توجه داشته باشند که آنچه به بستانکار پرداخت می‌شود به همان اندازه به بستانکاران در همان طبقه در دیگر کشورها پرداخته شود و اگر پس از پرداخت مطالبات بستانکاران دارای اولویت و حق ممتاز و پرداخت به بستانکاران عادی، وجوهی اضافه آمد به کشورهای دیگر منتقل شود تا آن کشورها نیز به همین ترتیب عمل کنند.<sup>۵۰</sup>

در این موافقت‌نامه برخلاف قانون نمونه *آنسیترال* و مقررات اتحادیه اروپا به نماینده کشور

47. Garcia, G. G. H., R. M. Lastra and M. J. Nieto, "Bankruptcy and Reorganization Procedures for Cross-border Banks in EU", *Journal of Financial Regulation and Compliance* 17(3), 240-276, 2009, p. 242.

48. ابهارد، شولمیر، «کنوانسیون جدید اروپا درباره ورشکستگی بین‌المللی»، ترجمه: مصطفی‌السان، *مجله حقوقی و قضایی دادگستری*، ۱۳۸۲، ش ۴۴، ص ۱۲۰.

49. International Bar Association Cross-Border Insolvency Concordat

50. P. P. Swire, "Bank Insolvency Law Now That It Matters Again," *Duke Law Journal*, vol. 42, no. 3, 1992, pp. 469-556.



خارجی در فرآیند ورشکستگی اختیارات وسیعی داده است به نحوی که وی با اخذ اجازه‌نامه مخصوص می‌تواند در تمامی مراحل ورشکستگی و جلسات دادگاه دخالت کند. البته اختیارات نماینده مذکور از جانب مقام ذی‌صلاحی که وی را انتخاب کرده قابل تحدید و تغییر است. لازم به ذکر است که برخی معاهدات دوجانبه میان کشورها جهت ایجاد بستر همکاری و معاضدت در ورشکستگی بانک‌های چند ملیتی میان مقامات مسئول منعقد شده است. توافقات میان بانک مرکزی برزیل با همتای آرژانتینی و پانامایی خود در مورد نظارت بانکی و مدیریت مشتری بانک بحران‌زده از این‌گونه موارد است.

#### ۴. معاضدت و همکاری بین‌المللی

همان‌طور که بررسی شد چارچوب کنونی قوانین و معاهدات موجود، پاسخ‌گوی پیشامدهای ورشکستگی بانک‌های چند ملیتی نیست و کشورها نیز به علت اینکه قوانین ورشکستگی، ماهیتی آمره دارند حاضر به پیشروی در جهت یکسان‌سازی قوانین خود و انعقاد معاهدات جهان‌شمول در این زمینه نیستند و بدین ترتیب همکاری و معاضدت بین‌المللی به‌عنوان تنها راه چاره کنونی مدنظر قرار می‌گیرد.<sup>۵۱</sup>

صندوق بین‌المللی پول، معیارها و استانداردهایی را برای ارتقای همکاری میان دولت‌ها جهت تسهیل در حل مسائل بانک‌های فرامرزی ارائه داده است.<sup>۵۲</sup> این معیارها در گزارش «جی. بی. آر. سی» ۲۰۰۹ منتشر شده است که به‌صورت خلاصه به آن اشاره می‌شود:<sup>۵۳</sup>

۱- جهانی‌سازی اصول و قوانین حاکم بر ورشکستگی بانک‌های چند ملیتی از طریق ابزارهای قانونی الزام‌آور مانند معاهدات بین‌المللی، ۲- غیرجهانی‌سازی بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری در کشورهایی که در ورشکستگی، رویکرد سرزمینی صرف را اعمال می‌کنند، ۳- پیشنهاد رویکرد میانی که طی آن مقامات داخلی فرآیندهایی را جهت شناسایی متقابل پیش‌بینی می‌کنند. قانون نمونه *آنسیترال*، سطح پیشرفته‌ای از همکاری بین‌المللی را در این رابطه ارائه می‌دهد. در این قانون، دادگاه و متصدیان امر ورشکستگی داخلی، ملزم به همکاری با دادگاه‌های خارجی و نماینده وی می‌شوند و قاضی یا متصدی در تبادل اطلاعات با کشورهای خارجی مجاز شناخته می‌شود.

51. Basel Committee on Banking Supervision, Global Systemically Important Banks: Assessment Methodology and the Additional Loss Absorbency Requirement, 2011, p.14.

52. IMF Paper No. 1, 2010, pp. 15-16. International Monetary Fund, "Crisis Management and Resolution for a European Banking System", Prepared by Wim Fonteyne, Wouter Bossu, Luis Cortavarria-Checkley, Alessandro Giustiniani, Alessandro Gullo, Daniel Hardy, and Seán Kerr, March 2010.

53. Cross-border Bank Resolution Group (CBRG) of the Basel Committee on Banking Supervision, Report and Recommendations, 2010, p. 22.

فرآیند دیگر که در این قانون پیشنهاد می‌شود برگزاری جلسات دادگاه‌ها به صورت مشترک و استماع دعوی از طریق ویدئو کنفرانس و تماس تلفنی است که در این وضعیت در صورت لزوم از مترجمین رسمی استفاده می‌شود. در این قانون، مقامات نظارتی بر بانک‌ها نیز ملزم به تبادل اطلاعات با یکدیگر هستند.

به‌طور کلی ابزارهای پیشنهادی این قانون نمونه را می‌توان بدین ترتیب نام برد:

- ۱- انتصاب نماینده جهت مشارکت در فرآیند ورشکستگی خارجی، ۲- تبادل اطلاعات به هر وسیله‌ای که مورد اطمینان دادگاه باشد، ۳- همکاری میان متصدیان امر ورشکستگی در جمع‌آوری و کنترل دارایی‌ها و تشخیص بستانکاران و تصدیق مطالبات آن‌ها.
- در نهایت باید اذعان داشت که اعمال راهکارهای فوق، مستلزم وجود این تصور برای دولتمردان است که همکاری در حل مسائل ورشکستگی فرامرزی بانک‌ها در نهایت منجر به ثبات مالی و داخلی و بین‌الملل شده که نفع آن نصیب اتباع همان کشور خواهد شد.<sup>۵۴</sup>

### نتیجه

رشد و توسعه بانک‌های چندملیتی به‌ویژه توقف و ورشکستگی این نهادهای مالی و اعتباری، مسائل متعددی را با خود به‌همراه داشته است که در صورت عدم برخورد منطقی با آن، منجر به بحران‌های پیچیده مالی داخلی و بین‌المللی می‌شود. این پدیده ناشی از استقرار عناصر ورشکستگی، شامل بانک، دارایی و بستانکار در بیش از یک کشور است. از ویژگی‌های کنونی ورشکستگی بانک‌ها، فقدان چارچوب حقوقی الزام‌آور در این زمینه است که راه‌حل‌ها را در منابع فرعی و اصول کلی اسناد تدوینی غیرالزام‌آور باید یافت.

اصل جهانی و سرزمینی و اصل وحدت و مجزایبودن شخصیت حقوقی، دو مقوله‌ای است که با تمسک به هریک از آن‌ها قواعد حل تعارض متمایزی در رابطه با انتخاب دادگاه صالح ورشکستگی و قانون حاکم بر آن کشف می‌شود. البته دیدگاه‌های اقتصادی بر اسناد بین‌المللی تأثیرگذار بوده و مفهوم بیشترین منفعت را می‌توان در برخی از آن‌ها مشاهده کرد. اصل رفتار مساوی با بستانکاران نیز به‌عنوان یکی از اصول اساسی بین‌المللی می‌تواند از بروز تبعیضات در این زمینه جلوگیری کند.

سیاست تقنینی کشورها در دو حوزه قواعد ماهوی و قواعد حل تعارض در برخورد با ورشکستگی بانک‌های چندملیتی متفاوت است. این مسئله با توجه به ماهیت امره حقوق ورشکستگی و قوانین بانکداری تشدید می‌شود زیرا ورشکستگی بانک‌ها برخلاف سایر تجار،

54. B. Arturo, I. Welch, and N. Zhu, "The Costs of Bankruptcy: Chapter 7 Liquidation Versus Chapter 11 Reorganization", *Journal of Finance*, June, p. 17.

خطرات اجتماعی و سلب اعتماد عمومی به تمامیت نظام اقتصادی را به‌همراه دارد. مطالعه و بررسی در معاهدات منطقه‌ای و اسناد موجود، راهکارهایی منصفانه را در جهت حفظ حقوق بستانکاران و بانک ورشکسته در زمینه ثبات بازار مالی بین‌المللی ارائه می‌دهد و در نهایت، تنها راه برخورد با مسائل پیچیده ورشکستگی بانک‌های چند ملیتی، همکاری و معاضدت بین‌المللی دولت‌ها در این زمینه است که با هدف غایی تأمین منافع اتباع داخلی صورت می‌گیرد.

### منابع:

#### - فارسی

- ابهارد، شولمیر، «کنوانسیون جدید اروپا درباره ورشکستگی بین‌المللی»، ترجمه: مصطفی‌السان، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، ش ۴۴، ۱۳۸۲.
- پژوهان، جمشید، پول و ارز و بانکداری، دانشگاه پیام نور، تهران، ۱۳۷۴.
- تقوی، مهدی، «ورشکستگی بانک اعتبارات و تجارت بین‌المللی»، مجله حسابدار، ش ۸۱ و ۸۲، ۱۳۷۰.
- حیدری بیگوند، فریبا، «نگاهی گذرا به تاریخچه و عملکرد بانکداری چندملیتی»، مجله بانک و اقتصاد، ش ۷۱، ۱۳۸۵.
- طجرلو، رضا، «بررسی مبانی نظری حقوق ورشکستگی در سیستم حقوقی آمریکا و انگلستان»، مجله حقوقی، دوره چهلیم، ش ۲، ۱۳۸۹.
- والی‌نژاد، مرتضی، «نقش و وظایف نظام و نهادهای مالی بانک‌ها در اقتصاد، بخش پنجم: ویژگی‌ها و اهمیت کارکرد بانک‌ها در اقتصاد»، مجله بانک و اقتصاد، ش ۵۰، ۱۳۸۳.

#### - لاتین

- American Law Institute, Transnational Insolvency Project: Principles of Cooperation in Transnational Insolvency Cases Among the Members of the North American Free Trade Agreement, draft, Apr. 14, 2000.
- Argus, D., *Global Strategies of A Major Australian Bank*, School of Banking and Finance, David Syme Faculty of Business, Monash University, Australia: Banking and Finance Occasional, 1990.
- Ayotte, K. and Skeel D. A., Jr. "Bankruptcy or Bailouts?" *Journal of Corporation Law* 35, 2010.
- Bailey, W. J., "Global Banking from An Australian Perspective", *The World of Banking*, September–October, 1991.
- Adler, B. E., "Financial and Political Theories of American Corporate Bankruptcy", 45 *Stanford Law Review*, 1993.
- Basel Committee on Banking Supervision, *Global Systemically Important Banks: Assessment Methodology and the Additional Loss Absorbency Requirement*, 2011.
- Baxter, Th. C., Jr., Hansen, J. and Sommer, J. H., "Two Cheers for Territoriality: An Essay on International Bank Insolvency Law", 78 *American Banker Law Journal* 57, 2004.
- Beck T., and Laeven, L., "Resolution of Failed Banks by Deposit Insurers: Cross-Country Evidence", Policy Research Working Paper

Series 3920, The World Bank, 2006.

- Wessels, B., “The Secured Creditor in Cross-border Finance Transactions Under the EU Insolvency Regulation”, *Journal of International Banking Law and Regulation*, vol. 18, Issue 3, 2003.
- Brierley, P., “The UK Special Resolution Regime for Failing Banks in An International Context”, Bank of England, Financial Stability Paper No. 5, 2009.
- Brewer, E., “The Impact of Deposit Insurance on S&L Shareholders' Risk/Return Trade-Offs”, *Journal of Financial Services Research* 9(1), 65-89, 1995.
- Buckley, P. J. and Casson, M., *The Future of the Multinational Enterprise*, 2nd edn, London: Macmillan, 2011.
- Bris, A., Welch, I., and Z. Ning, “The Costs of Bankruptcy: Chapter 7 Liquidation Versus Chapter 11 Reorganization,” *Journal of Finance*, June, 2006.
- Chan. H., “Applying Foreign Law under the Uncitral Model Law on Cross-Border” Insolvency Published Version in, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 655 670, 2009.
- Claessens, et al. “A Safer World Financial System: Improving the Resolution of Systemic Institutions”, Geneva Reports on the World Economy 12, 2010.
- Cross-border Bank Resolution Group (CBRG) of the Basel Committee on Banking Supervision, Report and Recommendations, 2010.
- Davidson, W. H., “The Location of Foreign Direct Investment Activity: Country Characteristics and Experience Effects”, *Journal of International Business Studies*, 11, 9–22, 1980.
- A. Dignam, and J. Lowry, *Company Law*, Oxford, 2009.
- Garcia, G. G. H., Lastra, R. M., and Nieto. M. J., “Bankruptcy and Reorganization Procedures for Cross-Border Banks in EU”, *Journal of Financial Regulation and Compliance* 17(3), 240-276, 2009.
- Hagan, S., and Viñals, J., “Resolution of Cross-Border Banks—A Proposed Framework for Enhanced Coordination”, International Monetary Fund, Legal and Monetary and Capital Markets Departments, June 11, 2010.
- Hart, O. “Different Approaches to Bankruptcy”, National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 7921, 2000.
- Herring, R. “Why and How Resolution Policy Must Be Improved”, *The Road Ahead for the Fed*. Ed. John D. Ciorciari and John B. Taylor, Stanford, CA: Hoover Institution Press, 171-187, 2009.
- Howard, S., “Bankruptcy For Bankers”, *The Banking Law Journal*, vol. 120 Number 5 May, 459. 470, 2003.
- Hüpkens, E., “Insolvency – Why A Special Regime for Banks?”, *Current*

*Developments in Monetary and Financial Law*, vol. 3, International Monetary Fund, Washington DC, 2005.

- Fonteyne, W., Bossu, W., Cortavarria-Checkley, L., Giustiniani, A., Gullo, A., Hardy, D., and Kerr, S., IMF Paper No. 1, 2010, pp. 15-16, International Monetary Fund, "Crisis Management and Resolution for a European Banking System", March 2010.
- Levratto, I. G. N., "International Similarities of Bank Lending Practices and Varieties of Insolvency Laws: A Comparative Analysis of France and Germany", DEP (Socioeconomics) Discussion Papers, Macroeconomics and Finance Series, 3/2012.
- Lawrence, J., "Westbook Avoidance of Pre-Bankruptcy Transactions in Multinational Bankruptcy Cases", *Texas International Law Journal*, vol. 42.
- Kaufman, G., "Depositor Liquidity and Loss Sharing in Bank Failure Resolutions", *Contemporary Economic Policy*, vol. 22.
- Westbrook, J. L., "The Transnational Insolvency Project of the American Law Institute" 17 *Connecticut Journal of International Law* 99, 2001.
- Lewis, M. and Davis, K., "*Domestic and International Banking*", Oxford: Philip Allan, 1987.
- LoPucki, L. M., "The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy", 98 *MICH. L. REV.*, 2216, 2218-21, 2000.
- Patrikis, E. T., "Role and Functions of Authorities: Supervision, Insolvency Prevention and Liquidation", in Mario Giovanoli & Gregor Heinrich, eds. *International Bank Insolvencies: A Central Bank Perspective*, The Hague, Boston: Kluwer Law International, p. 286, 1999.
- Janger, E. J., "Reciprocal Comity", *Texas International Law Journal*, vol. 46: 441-458, 2011.
- Bliss, R. R., and Kaufman, G. G., "U.S. Corporate and Bank Insolvency: An Economic Comparison and Evaluation", Federal Reserve Bank of Chicago", 2006.
- Mokal, R., "Priority As Pathology: The Pari Passu Myth" 60 *Cambridge Law Journal* 581, 2001.
- Walter, I., "Barriers to Trade in Banking and Financial Services", Thames Essay No. 41, London: Trade Policy Research Centre, 1985.