

## بررسی مراجع ذی صلاح داوری در نظام حقوق بانکی

شبنم قاسم زاده، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، موسسه آموزش عالی تابناک

Shghasemzadehs9198@gmail.com

عطاءالله جوکار، استاد حقوق موسسه آموزش عالی تابناک

Dr.jokar.shardar@gmail.com

### چکیده :

دادرسی، شعبه ای از علم حقوق است که در آن قواعد و مقررات مربوط به سازمان و تشکیلات قضایی، صلاحیت دادگاهها، آیین رسیدگی و صدور آرا و .. مورد بررسی قرار می گیرد و دارای دو شاخه ی آیین دادرسی مدنی و کیفری می باشد؛ دادرسی توسط قاضی منصوب از جانب حکومت صورت می گیرد و قاضی حکومتی با احراز شرایط خاص تدوین شده توسط حاکمیت به این سمت منصوب می شود. داوری به زبان ساده به معنای حل و فصل اختلافات مالی و حقوقی افراد خارج از دادگاه و توسط داور یا داوران منتخب طرفین دعوی طبق اصول و ضوابط مشخص است؛ شیوه ای که بدون نیاز به طی تشریفات پیچیده قضایی به اختلافات مردم خاتمه میدهد و تعیین تکلیف میکند. داوری اگرچه ماهیت غیرقضایی دارد و در خارج از تشکیلات مراجع قضایی انجام میشود، ولی وجه مشترک رأی داوری با رأی محاکم قضایی در این است که هر دوی این نهادها ماهیتا حل و فصل اختلافات یا به اصطلاحات علما، فصل خصومت میکنند، اما هر یک با روش و اصولی مشخص و سرعت عمل متفاوت ضرورت حل و فصل اختلافات مالی به شیوه موثر، صرفا در این نیست که باعث افزایش سود بانکها می شود، بلکه به مراتب بیش از اینها است. هرچه قراردادهای اعطای تسهیلات و وام بیشتر قابل اعتماد باشد، نهایتا هم برای وام گیرنده مفیدتر است و هم برای وام دهنده، زیرا موجب انسجام و استحکام قرارداد می گردد. درست یا نادرست بانکداران، اغلب از بیم تصمیمات و احکام غیرعادی یا تفکیک اختلافات تحت رسیدگی در داوری ها، بطور سنتی در مقابل داوری مقاومت کرده اند. ذهنیت ساده گرای بانکداران و احترام و اعتنایی که نسبت به عرف دارند، عموما باعث شده دادگاهها را به داوری ترجیح دهند، که اغلب دلایل خوبی هم برای توجیه این ترجیح دارند. روش تحقیق توصیفی – تحلیلی است که با بررسی محتوای منابع حقوقی از طریق مراجعه به کتابخانه انجام شده است. و به واکاوی مراجع ذی صلاح داوری در نظام حقوق بانکی پرداخته می شود.

واژگان کلیدی: مراجع ذی صلاح، داوری، نظام حقوق بانکی

### مبحث اول : تعاریف و اصطلاحات

#### گفتار اول : تعریف داوری

در لغت نامه دهخدا، داوری به معنای «عمل داور، قضا، حکومت، قضاوت، حکم دیوان کردن، حکمیت، محاکمه کردن و یکسو نمودن نیک و بد (برهان)» آمده است .

داوری یا حکمیت عبارت است از "فصل خصومت به توسط یک یا چند نفر نه به طریق فصل خصومت قضات دادگاه های رسمی و موضوع مورد ارجاع به داوری اعم است از اینکه قابل طرح در دادگاه های داخلی باشد یا نه مانند اختلافات بین دول - قرارداد لاهه -"

در این خصوص تعاریف متعددی وجود دارد. تعریفی که دکتر جعفری لنگرودی ارائه داده است این است که: «داوری یعنی فصل خصومت به توسط غیر قاضی و بدون رعایت تشریفات رسمی رسیدگی به دعاوی» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۲۸۴-۲۸۳)

در تعریف دیگر آمده است: «داوری یا حکمیت عبارت است از آنکه طرفین دعوی به اراده خود یا دادگاه در موارد خاص، موضوع مورد اختلاف را به داور یا حکم ارجاع به داوری یا حکمیت او را با شرایط خاص قانونی ملاک حل و فصل اختلاف و قاطع دعوی قرار دهد» (واحدی، ۱۳۷۶: ۸۵).

آقای جان رابرت تعریف دیگری ارائه می دهد و این است که: «منظور از داوری ایجاد یک دادگستری خصوصی است که به واسطه آن دعاوی از صلاحیت محاکم ملی خارج می شود تا توسط اشخاصی که حسب مورد به این امر مأموریت یافته اند مورد حل و فصل قرار گیرد». همچنین آقای ژه سون در تعریف داوری می گوید: «داوری تأسیس و نهادی حقوقی است که به وسیله آن شخص ثالثی دعوی موجود بین دو یا چند نفر را به استناد حق قضاوتی که از طرفین دریافت کرده اند حل و فصل می نماید» (عابدی، ۱۳۹۶: ۷۷)

در ماده ۱ قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ مقرر شده است: داوری عبارت است از «رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی مرضی الطرفین و انتصاب.»

علاوه بر تعاریف ارائه شده، طبق تعریفی دیگر، داوری عبارت است از «حل اختلاف وسیله اشخاص خصوصی با تراضی طرفین دعوی یا به حکم قانون به این بیان که طرفین به جای اینکه اختلاف خود را وسیله دادگاه با تشریفات رسیدگی طولانی حل نمایند آن را نزد اشخاص خصوصی مطرح می کنند که در مدت کوتاه و بدون رعایت تشریفات فیصله یابد» (صدرزاده افشار، ۱۳۷۶: ۴) .

#### گفتار دوم : داوری پذیری

اگر قانون، ارجاع موضوع اختلاف یا رجوع شخص طرف اختلاف را به داوری ممنوع یا محدود کرده باشد با مانع مهمی در داوری روبرو می شویم که با ضمانت اجرای بطلان قرارداد یا شرط داوری، ابطال رای داور توسط دادگاه یا غیر قابل اجرا بودن آن تضمین می گردد. تحول نهاد و قواعد داوری به سمت حذف چنین موانعی است ولی نظام حقوقی ایران مقرر مهمی در قانون اساسی و برخی از قوانین عادی دارد که توسعه داوری را محدود می کند. به موجب اصل ۱۳۹ قانون اساسی و تبصره ماده ۴۵۸ قانون آیین

دادرسی مدنی این شرط محدود شده است. نویسندگان حقوقی با تفاسیر خود سعی می کنند قلمروی این مقررات را محدود نمایند و رویه قضایی نیز از این تلاش ها بی تاثیر نیست. تفکیک اعمال دولت بین اعمال تصدی و حاکمیتی یا تمایز بین اموالی که به طور بالفعل و بدون وجود اختلاف در زمره اموال دولتی و عمومی هستند با اموالی که به دلیل اختلاف طرفین، نمی توان به صورت بلفعل، دولتی و عمومی تلقی کرد یا جدا کردن اموالی که برای مصارف و مصالح عمومی اختصاص داده شده اند از سایر موارد یا تفکیک بین شرکت دولتی و دیگر بخش های دولت یا جدا کردن اختلاف قبل از طرح در دادگاه با آنهایی که در دادگاه مطرح شده اند، مبانی است که سبب می شود قلمرو مقررات مذکور، به اموالی که در مقام حاکمیت و نیز اموالی که قبل از توافق داور، در زمره اموال دولتی یا عمومی هستند، منصرف شود البته برخی نیز به اطلاق اصل ۱۳۹ معتقدند و داور را در هر حال مقید به رعایت آن می دانند که رویه قضایی با پذیرش داور در برخی از دعاوی گاه اساساً متعرض مانع مذکور نشده یا آن را وارد ندانسته است. بنابراین داور پذیرایی به اهلیت اشخاص در ارجاع به داور یا قابلیت موضوع اختلاف برای ارجاع به داور اطلاق می شود و داور پذیرایی نیز به این معنا است که شخص، قانوناً باید بتواند متصف به وصف داور شود (خدابخشی، ۱۳۸۲: ۷۸-۷۲)

### گفتار سوم: استقلال در داور

صلاحیت، اقتداری است که طرفین بر اساس توافق خودشان به داور یا داوران می دهند تا برای حل و فصل اختلاف تصمیم بگیرند و این اقتدار قابل تفویض نمی باشد. داور با قبول کردن داور می مکلف به رسیدگی می باشد. با ارجاع اختلاف به داور با داشتن قرارداد داور، داور باید صلاحیت خود را احراز کرده و آن را جداگانه یا ضمن رای در ماهیت اعلام کند. صلاحیت داور قراردادی می باشد و برخلاف صلاحیت مراجع قضایی که قانونی است، می باشد. طرفین باید صلاحیت موضوعی داور را مشخص کنند. امتناع داور از رسیدگی در داورهای داخلی بدون عذر موجه موجب محرومیت داور از داور است و با صدور قرار عدم صلاحیت داور نشان می دهد که مبنای صلاحیت ندارد. صلاحیت معمولاً در ابتدای جریان رسیدگی ارزیابی شده و برای آن تصمیم گیری می شود خصوصاً اگر اعتراضی به صلاحیت داور شده باشد. ممکن است داور نتواند یا نخواهد در ابتدای رسیدگی به داشتن یا نداشتن صلاحیت اظهار نظر کند. احراز توافق طرفین برای ارجاع اختلاف به داور شرط لازم است اما کافی نیست و لازم است که داور صلاحیت شخصی هم داشته باشد یعنی داور باید شرایط مد نظر طرفین را داشته باشد و انتخاب داور با توافق مستقیم یا غیر مستقیم اصحاب دعوا باشد چون رابطه داور و اصحاب دعوا روابطی است قراردادی، پس لازم است که شخص داور از لحاظ قانون مقرر داور یا مقررات سازمان داور اگر داور سازمانی است، مانعی نداشته باشد و از داور کردن محروم نباشد. طبق قانون آیین دادرسی مدنی چنانچه طرفین به شکل دیگری توافق نکرده باشند و مدتی برای داور تعیین نکرده باشند، داور موظف است قبل از انقضای مدت به موضوع رسیدگی کند و حکم را صادر نماید (کاکاوند، ۱۳۹۹: ۲۸۰-۲۵۶).

داور باید مانند قاضی از اطراف اختلاف مستقل باشد و با رعایت بی طرفی و ضمن رعایت قانون حاکم بر موضوع اختلاف با رعایت عدالت و انصاف؛ از وقایع، ادعاها و دفاعیات طرفین آگاه شود و در کوتاه ترین زمان حکم موضوع را مستدل و مستند به قانون حاکم بر قضیه به نحوی صادر کند که بتوان حکم را اجرا کرد. استقلال داور یعنی داور وابستگی شغلی یا جایگاهی به یکی از طرفین اختلاف نداشته باشد و شرط استقلال داور متضمن شرط ثالث بودن داور است. داور یا داوران نباید هیچگونه قرابت نسبی یا سببی، اشتراک یا تضاد منافع با طرفین داشته باشد بنابراین استقلال داور به این معنی است که داور مستقیم یا غیر مستقیم تحت نفوذ

طرفین دعوا نباشد و آزادانه در موضوع اختلاف تصمیم گیری کند و هیچ یک از طرفین اختلاف نمی توانند به داور امر و نهی کنند (توکلی، ۱۳۹۵: ۲۱۲).

### مبحث دوم: نهاد داوری جهت حل و فصل اختلافات بانکی

داوری به زبان ساده به معنای حل و فصل اختلافات مالی و حقوقی افراد خارج از دادگاه و توسط داور یا داوران منتخب طرفین دعوی طبق اصول و ضوابط مشخص است؛

شیوه‌های که بدون نیاز به طی تشریفات پیچیده قضایی به اختلافات مردم خاتمه می‌دهد و تعیین تکلیف میکند. داوری اگرچه ماهیت غیرقضایی دارد و در خارج از تشکیلات مراجع قضایی انجام میشود، ولی وجه مشترک رأی داوری با رأی محاکم قضایی در این است که هر دوی این نهادها ماهیتا حل و فصل اختلاف یا به اصطلاح علما، فصل خصومت میکنند، اما هر یک با روش و اصولی مشخص و سرعت عمل متفاوت

در کشورهای پیشرفته در کنار مراجع قضایی، نهادهای داوری تخصصی نیز وجود دارند که افراد در مراجعه به هر کدام از این دو نهاد یعنی محکمه داوری و محکمه قضایی آزادند. بنابراین داوری در این جوامع نهادینه شده و قابلیت اجرایی رأی داوری تقریباً همسان رأی مراجع قضایی است.

در کشورمان نیز گامهای اولیه برای نهادینه سازی داوری در جامعه برداشته شده است. مجلس شورای اسلامی به منظور نهادینه سازی داوری در جامعه، در بند الف ماده ۱۱۶ قانون برنامه ششم توسعه به قوه قضائیه ماموریت داده است: "در راستای کاهش مراجعه ردم به مراجع قضائی و تسریع در حل و فصل اختلافات، قوه قضائیه مکلف است با همکاری دولت به منظور افزایش حل و فصل اختلافات از طریق داوری، ایجاد و توسعه نهادهای داوری و اعتمادسازی و ایجاد اقبال عمومی و حمایت از آنها، تا پایان سال اول اجرای قانون برنامه تمهیدات الزم را پیش بینی نماید .

گرچه در قانون برنامه ششم توسعه، تهیه و تصویب آیین نامه اجرایی قانون موردنظر صراحتاً پیشبینی نشده است، اما در ۱۳ بهمن ماه امسال ریاست قوه قضائیه "دستورالعمل ساماندهی حل و فصل اختلافات از طریق داوری و ایجاد و توسعه نهادهای داوری" را به منظور توسعه نهاد داوری در جامعه ابلاغ کرده است. در این دستورالعمل، تشکیلاتی به نام کانون داوری پیشبینی شده که وظایف آن بدین شرح است

**گفتار اول: کانون داوری:** نهادی غیردولتی و دارای شخصیت حقوقی مستقل است که بر طبق اساسنامه مصوب و با تأیید و نظارت مرکز در استان ها تشکیل می شود و عهده دار وظایف زیر است

ترویج فرهنگ سازش و حل و فصل اختلافات از طریق داوری؛



تلاش در جهت ارتقای دانش علمی و عملی در امور حقوقی و داوری از طریق برگزاری دوره های آموزشی و بازآموزی حرفه ای، همایش های تخصصی و انتشار نشریات علمی؛

- تلاش در جهت کاهش هزینه های داوری و اظهار نظر مشورتی درباره تعیین تعرفه ها؛

ارایه نظر مشورتی به داوران و نهاد های داوری در راستای تقویت آرای داوری؛

تلاش در جهت ارتقای سلامت نظام داوری و حفظ جایگاه و شأن داوران و نهادهای داوری و حمایت از حقوق صنفی و حرفه ای؛ نظارت بر فعالیت های صنفی و حرفه ای داوران و نهاد های داوری و رسیدگی به تخلفات آن ها بر اساس

دریافت سهم کانون از درآمدهای داوری و مصرف آن در راستای انجام وظایف؛

ارجاع دعوی به مؤسسات و داوران عضو در صورت تعیین کانون به عنوان مقام ناصب؛

سایر امور موضوع ماده ۳ دستورالعمل که از سوی مرکز تفویض می گردد

خوشبختانه «دستورالعمل ساماندهی حل و فصل اختلافات از طریق داوری و ایجاد و توسعه نهادهای داوری» تا حدود زیادی مرزها را مشخص کرده و اجرای صحیح آن قطعاً تحولی مثبت در مسیر نهادینه سازی داوری در سطح جامعه ایجاد خواهد کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۵۶).

### مبحث چهارم : حل و فصل اختلافات بانکی

برای رفع اختلافات عرصه اقتصاد داخلی و بین المللی از دو شیوه کلی استفاده می گردد که شامل روش های حقوقی و روش های غیرحقوقی است که در ادامه بررسی خواهد شد.

#### گفتار اول : شیوه های حل و فصل حقوقی اختلافات

این سازکار به فرایند حل و فصل اختلافات در دادگاه و داوری اطلاق می گردد و منتهی به یک تصمیم و راه حل حقوقی که بر اساس جنبه های قضایی دعوی تدوین شده است، خواهد شد. به عبارت دیگر، منظور از حل و فصل حقوقی اختلافات، استفاده از دادرسی قضایی دادگاه و داوری جهت برطرف کردن اختلاف و نیل به یک راه حل قضایی در رابطه با آن دعوی می باشد. این رأی لازم الاجرا بوده و اصحاب دعوی چاره ای جز پذیرش آن نخواهند داشت.

#### بند اول : رسیدگی قضایی

رسیدگی قضایی در دادگاه های دولتی صورت می پذیرد که بدون شک رسمی ترین شیوه رسیدگی است. البته حل و فصل قضایی منازعات معمولاً کند، پرهزینه، نامطمئن و علنی است. علاوه براین، تعیین دستگاه قضایی کشور های متبوع به عنوان مرجع حل اختلاف و سپردن سرنوشت دعوی خارجی به مراجع مزبور به لحاظ عدم بی طرفی آن، دغدغه و نگرانی اصلی سرمایه گذاران خارجی، مؤسسات بانکی و شرکت های تجاری است.

### بند دوم : داوری

داوری فرآیندی شبه محاکمه برای دعوایی است که شرایط طرح در دادگاه را داراست ولی جهت گریز از محاکمه دادگاهی و معایب آن، توسط فرد یا افرادی که قضاوت دادگستری نیستند رسیدگی و رأی لازم الاجرا صادر می گردد. داوری، یکی از روش های جایگزین حل و فصل اختلاف است.

اصولاً کلیه دعاوی قابل ارجاع به داوری هستند مگر اینکه به موجب قوانینی ضرورتاً حل و فصل آنها صرفاً از طریق مراجع قضایی یا مراجع قانونی دیگر انجام شود و یا ارجاع به داوری ممنوع نشده باشد بلکه مشروط به طی تشریفات خاصی مانند تصویب هیئت وزیران و اطلاع مجلس باشد. (مقدم ابریشمی، ۱۳۹۵: ۵۴)

به موجب اصل ۱۳۹ قانون اساسی «ارجاع اختلافات مربوط به اموال عمومی و دولتی به داوری موکول به تصویب هیئت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد.» ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی نیز به این موضوع اشاره کرده است. اموال عمومی نیز دارای معنای عام و خاص است. در معنای خاص به اموالی گفته می شود که ملک عموم مردم بوده، اصل بر عدم امکان واگذاری آن است و اختصاص به اعمال حاکمیتی دارد. راه ها و شوارع عام، پارک ها میادین و کلا اموالی که جهت استفاده ساکنین مکانی خاص اختصاص می یابد در زمره این اموال است. در معنای عام به اموال ملی نیز اطلاق می گردد. این اصطلاح گاهی در معنی اموال دولتی به معنی خاص مورد استفاده قرار می گیرد که این کاربرد نادرست است. در داوری ها اصل مسلم این است که فقط اشخاصی حق مراجعه به داوری را دارند که حق انتقال آزادانه اموال موضوع اختلاف را داشته باشند. از همین رو از لحاظ منطقی فقط دعاوی راجع به اموال عمومی اند که قابلیت ارجاع به داوری را ندارند. از همین رو بعید نیست که مقصود مقنن قانون اساسی و قانون آیین دادرسی مدنی از اموال دولتی (که در ردیف اموال عمومی قرار داده است) اموال دولتی باشد که برای مصارف و مصالح عمومی اختصاص داده شده است. وجود حرف (و) که عبارت اموال دولتی و اموال عمومی را به هم متصل نموده است مؤید این نظر است که اموال عمومی و دولتی در حکم هم قرار داده شده اند. در بین اموال دولتی داوری پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی فقط آن دسته از اموال دولتی که انتقال آنها مطابق قوانین عمومی امکان پذیر نمی باشد (همان اموال ملی و اموال دولتی که در اعمال حاکمیت مورد استفاده قرار می گیرند) مشابه اموال عمومی هستند. از این رو باید گفت اختلافات راجع به اموال دولتی به معنی خاص که در جهت تصدی گری استعمال می شوند مشمول اصل ۱۳۹ نمی باشند.

باتوجه به اینکه بر اساس قوانین جاری فعالیت های بانکی فقط با تشکیل شرکت سهامی عام با سهام با نام ، قابل انجام می باشد و باتوجه به اصل جدایی شخصیت مالکین سهام از شرکت، به نظر می رسد دارا بودن بیش از ۵۰٪ سهام یک شرکت که به فعالیت بانکی می پردازد تأثیری در ماهیت تجاری شرکت نمی تواند داشته باشد و شرکت کماکان با ماهیت تجاری شناخته خواهد شد. (مجتهدی، ۱۳۹۰: ۲۳)

مزایا و دستاورد های داوری چه در صحنه داخلی و چه در میان کشورهای مختلف و اشخاص حقوق خصوصی با دولت ها امری است که اقتضای توجه به اصول فعالیت بانکی را دارد. از جمله مزایای داوری بی طرفی، برخورداری از سرعت و عدالت تخصصی تر و مقبول تر در کنار پایین بودن هزینه، عدم پابندی به تشریفات غیر ضروری و محرمانه تر بودن رسیدگی است که از موجبات

گرایش روزافزون به داوری نسبت به سایر روش های حل و فصل اختلافات تجاری می باشد.<sup>۴۵</sup> در واقع طرفین اختلاف با نفع صلاحیت محاکم، تلاش می کنند اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای قرارداد های خود را از طریق داوری حل و فصل نمایند.

در نوامبر ۲۰۱۶، کمیسیون داوری اقتصاد و تجارت بین المللی چین شعبه شانگهای در پرونده بانک توسعه سنگاپور علیه شرکت بین المللی فودچم بر این مبنا که شرکت از پرداخت مبالغ استحقاقی به صورت ارز خارجی به موجب معاهده اصلی که زمینه داوری را فراهم نموده است خودداری می نماید، رأی خود را به نفع بانک توسعه سنگاپور صادر کرد. پس از آن در ژوئن سال ۲۰۱۷، درخواست فودچم برای ابطال رأی داوری توسط دادگاه مردمی متوسط پکن رد شد. این مسأله نشان می دهد که هم مرکز داوری و هم دادگاه های چین بر قابلیت داوری اختلافات بانکی متفق القول می باشند.

در سال ۲۰۱۸، دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی ادعاهای مطرح شده توسط بانک سلطنتی اسکاتلند علیه یک شرکت بین المللی بیمه بلژیکی (که دفتر مرکزی آن در بروکسل است<sup>۴۶</sup>) راجع به تعهد بر مصون داشتن بانک توسط شرکت در سال ۲۰۰۷ در جریان تملک مورد نظر را رد کرد. این امر نشان می دهد که دیوان داوری هم صلاحیت خود را در دعوی که یک طرف آن بانک سلطنتی بوده است پذیرفته و هم اینکه ادعای مصونیت بانک از تملک را رد نموده است. شاید بتوان گفت دیوان اعتقاد داشته است علی رغم امکان تلقی عمل بانک و احتساب آن به عنوان یک عمل حاکمیتی، بانک در جریان تملک نمی تواند به مصونیت احتمالی استناد نماید.

در دسامبر ۲۰۱۸، اتاق بازار برزیل که یک نهاد تخصصی برای حل و فصل اختلافات مربوط به بازارهای سرمایه و شرکت ها تأسیس نموده، گزارش سالانه به روزی از آرای داوری صادر شده توسط اتاق را به منظور ایجاد شفافیت بیشتر در روند داوری اتاق و انعکاس برداشت های تخصصی از کاربرد قانون تجارت در زمینه های خاصی از حقوق ارائه کرد. (جنیدی، ۱۳۷۶: ۲۷-۳۴)

### مبحث پنجم: مکانیسم های حل و فصل غیر حقوقی اختلافات بانکی

این مکانیسم ها به فرایند حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات در خارج از دادگاه های رسمی دولتی و فارغ از تشریفات خشک و انعطاف ناپذیر قضایی گفته می شوند. استفاده از روش های غیر حقوقی و غیر رسمی حل و فصل اختلاف از لحاظ قدمت و سابقه به پیش از شکل گیری دولت و سازمان قضایی برمی گردد. گروهی از حقوق دانان بر جنبه اختیاری روش های حل اختلاف جایگزین تأکید داشته و تعریف محدودتری از آن ارائه داده اند که داوری را به دلیل اینکه رأی داور یا هیأت داوری اختیاری نبوده و مانند احکام قضایی الزام آور است داخل در تعریف نمی دانند. بدین سان، این گروه عبارت « یعنی «حل و فصل دوستانه اختلاف» تلقی نموده که روش هایی که با صدور رأی لازم الاتباع فصل خصومت می نمایند را دربر نمی گیرد.

### گفتار اول: مساعی جمیله

این شیوه محدود ترین شکل مداخله شخص ثالث برای حل و فصل اختلاف است. در این روش، شخص ثالثی (اعم از فردی یا جمعی) که در اختلاف ذی نفع نباشد می کوشد تا زمینه های تفاهم بین دو طرف را فراهم آورد و به طور محرمانه پیشنهاد های خود را به طرفین اختلاف ارائه می دهد و می کوشد که طرفین اختلاف را به مذاکره رو در رو ترغیب نماید بدون آنکه خود مستقیماً در مذاکرات دخالت داشته باشد. (حبیبی مجنده، ۱۳۹۰: ۷۶)

### ۵-۲-۲- مذاکره

مذاکره یکی از کم هزینه ترین، معمول ترین و غیررسمی ترین راه های حل و فصل اختلافات تجاری و بانکی بین المللی است. در قرارداد های تجاری، رایج است که طرفین قبل از ارجاع و طرح دعوی خود نزد سیستم قضایی، ابتدا تلاش کنند آن را از طریق مذاکره حل و فصل نمایند. به عبارت دیگر، معمولاً شرط می شود که دادگاه فقط زمانی صلاحیت رسیدگی به اختلافات را دارد که موضوع در مدت تعیین شده از طریق مذاکره حل و فصل نشده باشد. در این شیوه شخص ثالثی که در مورد حل اختلاف راهکاری را به طرفین پیشنهاد کند، وجود ندارد بلکه خود طرفین اختلاف مستقیم یا غیرمستقیم با یکدیگر گفتگو می کنند.

بر اساس آمار پایگاه داده اطلاعات دادگاه، در دعوی بانکی احتمال تراضی از طریق مذاکره در مواردی که موضوع آنها مربوط به شروط ناعادلانه باشد بیشتر است و صرفاً قریب به ۱۵ درصد این دعاوی منجر به اقامه دعوا در دادگستری می شود. اقامه کنندگان نیز اغلب افراد بی تجربه تر هستند و مبالغ آن بسیار ناچیز. بالعکس، در دعاوی با مبالغ بیشتر اقامه دعوا پس از طی مذاکرات متعددی انجام می شود فلذا ممکن است تعداد زیادی از اختلافات از این طریق حل و فصل گردد؛ بنابراین اختلافاتی که به اقامه دعوا در دادگستری منجر می شوند قابلیت حل و فصل از طریق مذاکره را نداشته اند.

### گفتار دوم : میانجیگری

«میانجیگری شیوه ای ارادی، غیررسمی، غیر الزام آور، محرمانه و با آیین منعطف برای حل اختلاف است که طی آن یک شخص ثالث بی طرف به درخواست طرفین با برگزاری جلسات مشترک به بحث و تبادل نظر در جهت یافتن راهکار های موجود و رسیدن به نتیجه ای تلاش می کند که برای هر دو آنها رضایت بخش باشد. در واقع میانجی صرفاً مذاکره میان طرفین را تسهیل می نماید تا در خصوص یک راه حل قابل پذیرش به تفاهم برسند. نتیجتاً این آیین برای طرفین الزام آور نخواهد بود و اختیار تصمیم گیری با خودشان است. (مقدم ابراهیمی، ۱۳۹۵ : ۶۷)

طرفین معمولاً شخص میانجی را از میان متخصصان فنی و صاحب نظر در موضوع اختلاف انتخاب می نمایند.

موفقیت شیوه میانجیگری منوط به مهارت و تجربه شخص میانجی می باشد. علی الخصوص که در مراحل آغازین طرفین به خاطر اختلاف پیش آمده و بی اطلاعی از دیدگاه های یکدیگر حالت خصمانه و تهاجمی نسبت به هم دارند. اصلی ترین وظیفه میانجی ایجاد فضا برای سیاست دیپلماسی پینگ پنگ<sup>۶۵</sup>، داد و ستد دیپلماتیک است و در این راستا نباید به اعمال سلیقه شخصی پردازد بلکه باید صرفاً انتقال دهنده دیدگاه های طرفین دعوا به یکدیگر باشد. هدف اصلی شیوه میانجیگری تبادل نظرات و نیل به تفاهمی جامع و مانع در زمینه نقطه نظرات طرفین و تشخیص نقاط قوت و ضعف ادعا های هر یک از طرفین است تا بدین وسیله سوءتفاهم و سوءبرداشت ها از بین رفته و واقعیت های موضوع مورد اختلاف جهت حرکت به سوی توافقات بعدی مشخص گردد.

کشور ژاپن بر مبنای فرهنگ سازش گرانه خود و با پیروی از فلسفه و آداب و رسوم خاص خود، حل و فصل اختلافات بانکی را از همان ابتدای امر بر عهده اتحادیه بانکداران ژاپنکه اعضای آن متشکل از بانک ها، شرکت های هلدینگ بانک و انجمن بانکداران است قرار داده است. این توافق نامه همراه با کمیته میانجیگری، سازمان پشتیبانی حل و فصل اختلافات که در تاریخ ۱ اکتبر



۲۰۱۰ آغاز به کار کرده است، منعقد شد. به طور کلی، در ژاپن حل اختلاف از طریق میانجیگری و سازش بر دعوی قضایی اولویت دارد.

در اندونزی، حل اختلاف بانکی در زمینه خدمات مصرف کننده یا آثار اقدامات غیرقانونی توسط سازمان خدمات مالی اندونزی به عنوان یک نهاد مستقل که عهده دار نظارت بر جنبه های مختلف مربوط به مؤسسات بانکی، مجوزها، نقدینگی و چک های بانکی است، انجام می شود. در صورتی که در مرحله اول در خود بانک توافقی میان طرفین حاصل نگردد، بانک و مشتریان اختلاف خود را از طریق موسسه جایگزین حل اختلاف بانکی اندونزی حل و فصل می نمایند. با وجود تأسیس این موسسه توسط صنعتگران بانکی، برای حفظ استقلال در ارائه خدمات، اغلب افراد آکادمیک را به عنوان میانجی، قاضی و داور انتخاب می نمایند. (ملا ابرهیمی ۱۳۹۸: ۲۷).

### گفتار سوم: کدخدامنشی و سازش

«سازش آیینی است که طی آن یک شخص ثالث بی طرفی با طرفین اختلاف در صدد کشف راه حل و ارائه پیشنهادات رسمی وارد مذاکره می گردد. این روش که معمولاً به صورت محرمانه انجام می شود نسبت به میانجیگری رسمی تر است زیرا سازش دهنده برای حل موضوع منازعه پس از تحقیق و بازرسی نظر غیر الزام آوری به طرفین ارائه می دهد و یک گام قبل از مرحله داوری است. تحقیق و بازرسی در روش سازش متضمن جنبه و ابعاد حقوقی و غیرحقوقی موضوع می باشد.» (نیکبخت ۱۳۸۲: ۸۴)

### گفتار چهارم: کارشناسی

در قرارداد های بانکی داخلی و بین المللی، گاه طرفین ترجیح می دهند که برخی از اختلافات را از طریق ارجاع به کارشناسی حل و فصل کنند. این مسائل عمدتاً جنبه فنی و حرفه ای دارد. معمولاً در قرارداد های بین المللی قید می شود که چنانچه در مورد حساب های بانکی بین طرفین اختلاف بروز کند، نظر کارشناسان بانک جهانی و یا یک سازمان حسابرسی بین المللی اخذ شود یا چنانچه اختلافی در مورد کیفیت خدمات ارائه شده بروز کند، نظر یک سازمان حسابرسی بین المللی یا نهاد کارشناسی دارای صلاحیت اخذ شود. (جنیدی، ۱۳۷۶: ۳۶)

توجه روزافزون به کارشناسی در حل و فصل اختلافات بانکی باعث شد تا «اتاق بازرگانی بین المللی» در سال ۱۹۷۷ مقرراتی را راجع به «ارجاع اختلافات راجع به اعتبار اسنادی و بانکی به کارشناسان» را تهیه و منتشر کند. این اتاق همچنین مرکزی را با عنوان «مرکز بین المللی کارشناسی» راه اندازی نمود. پس از بازبینی مقررات توسط اتاق بازرگانی بین المللی در سال ۲۰۰۲ مقرر گردید موضوع اختلاف به سه کارشناس جهت اظهار نظر در مورد موضوع اختلاف محول شود. اظهار نظر کارشناسان برای طرفین الزام آور نیست مگر به نحو دیگری بین طرفین مقرر شود. (مجتهدی، ۱۳۹۰: ۴۵)

بانک های خصوصی و دولتی زیر نظر بانک مرکزی ایران از طریق تأمین نیاز های مالی با دریافت انواع وجوه، سپرده، ودیعه و موارد مشابه و تسهیل مبادلات پولی واحد های تولیدی و بازرگانی، از یک طرف سرمایه های خرد را جذب نموده و از طرف دیگر با اعطای تسهیلاتی مانند وام و اعتبار به واحد های تولیدی و صنعتی ایفای نقش می نمایند.

با توسعه فعالیت اقتصادی در بخش خصوصی و نیاز رو به تزاید خدمات بانکداری در عرصه تجارت، دعاوی میان بانک و مشتریان آن در جامعه افزایش یافت. به موجب رأی وحدت رویه مورخ ۱۳۶۱/۳/۲۴ دعاوی بانکی بانک های دولتی و غیر دولتی تحت هیچ شرایطی دعاوی دولتی محسوب نمی شود، زیرا از طرفی تمام بانک های کشور به صورت شرکت سهامی اداره می شوند و شرکت سهامی به صرف شکل آن تاجر تلقی می گردد و از طرف دیگر اعمال بانک ها عملیات تجاری است و جنبه انتفاعی و تخصصی دارد لذا رسیدگی به دعاوی بانک ها طبق اصول کلی در دادگاه های حقوقی به عمل می آید. با گسترش تجارت بین المللی، روابط بین المللی بانکی نیز به عنوان جزء لاینفک روابط مالی میان کشور ها توسعه یافت و متعاقباً اختلافات در امور بانکی و مالی به منصفه ظهور رسید.

برای حل و فصل اختلافات بانکی در عرصه داخلی و بین المللی از دو مکانیسم کلی حقوقی و غیرحقوقی استفاده می گردد. شیوه حقوقی شامل رسیدگی قضایی و داوری است. رسیدگی قضایی به عنوان رسمی ترین شیوه حل و فصل روشی نسبتاً کند، پرهزینه، نامطمئن و علنی است که در دادگاه های دولتی انجام می پذیرد. بدین سان، در حقوق داخلی و در عرصه بین المللی استفاده از سایر شیوه ها ارجحیت دارد. دومین شیوه حقوقی، داوری می باشد. داوری فرآیندی شبه محاکمه است که طرفین موضوع اختلاف را جهت گریز از معایب رسیدگی قضایی، نزد افرادی که قضات دادگستری نیستند مطرح می کنند و رأی لازم الاجرا صادر می گردد. این شیوه به دلیل برخورداری از سرعت، عدالت تخصصی تر و مقبول تر، پایین بودن هزینه ها و عدم پایبندی به تشریفات غیرضروری با گرایش روزافزونی مواجه گردیده است. همچنین آمار سال ۲۰۱۹ نشان می دهد که داوری همچنان مانند همیشه قوی بوده و اولین انتخاب جهت حل و فصل دعاوی در شهر های پیشرو مانند لندن است. داوری بین المللی با وجود شیوع بیماری همه گیر جهانی اخیر کوید ۱۹ نیز عملکرد نسبتاً خوبی داشته است و در حال افزایش است.

روش های غیرحقوقی شامل مذاکره، مساعی جمیله، میانجیگری، کدخدا منشی و کارشناسی است که شرح آن آمد. رسیدگی به اختلافات با استفاده از این روش ها، می تواند در سریع ترین زمان و بدون توسل به فرآیند های دادرسی طولانی انجام گیرد. همچنین حقوق و منافع عمومی در حوزه پولی و بانکی چه در عرصه داخلی و چه در عرصه بین المللی، به دلیل دخالت افراد متخصص، بهتر صیانت می گردد و نقطه نظرات طرفین اختلاف نیز تا حد امکان مدنظر قرار می گیرد. لذا کاربرد روزافزون این شیوه ها به شکل گیری عرف و عادت خاص در محدوده اختلاف مطرح شده کمک می کند که در نهایت می تواند مقدمه قانونگذاری قاعده و به دور از ایرادات و مشکلات اجرایی باشد.

شایسته است در راستای به کارگیری ظرفیت مکانیسم های جایگزین حل و فصل اختلاف که به عدالت خصوصی نیز تعبیر شده اند در حل اختلافات، بستر سازی مناسب انجام پذیرد. از آنجایی که در اکثر مکانیسم های جایگزین حق مراجعه طرفین اختلاف به مراجع قضایی سلب نمی گردد، الزام طرفین به استفاده از این روش ها با قوانین و مقررات حقوقی در تعارض نخواهد بود؛ بنابراین پیشنهاد می گردد با تصویب قوانین مورد نیاز در این زمینه، به کارگیری شیوه های جایگزین حل و فصل پیش از مراجعه به مراجع

قضایی و یا حتی در جریان رسیدگی اجباری گردد. علی الخصوص برای اختلافاتی که احتمال حل و فصل دوستانه آنها از طریق شیوه های جایگزین زیاد است.

پژوهش حاضر با این جمع بندی به پایان می رسد که مزایای این روش ها نمی تواند از دید قانونگذار ملتفت به تمام جوانب در روش های حل و فصل اختلافات نادیده بماند. شایسته است نظام تقنینی ایران در راستای رسمیت بخشیدن به این نهاد ها در حل و فصل اختلافات بانکی و تجاری و ایجاد زمینه تأسیس نهاد های حل و فصل دوستانه از طریق ارگان هایی مانند اداره صنعت و تجارت در حقوق انگلیس یا سازش گری در قانون ۱۹۸۴ فرانسه، مقررات مربوطه را تهیه و تصویب کند. در این راستا تلاش های سازمان بین المللی و تخصصی مانند سازمان ملل متحد و یا سازمان های تخصصی مانند اتاق بازرگانی می تواند الگو و سرمشق قانونگذار داخلی در حل و فصل مناسب اختلافات بانکی قرار گیرد.

### منابع و مأخذ

۱. بیگ زاده، ابراهیم و زیبا صادقی دزکی. (۱۳۹۱) «حل و فصل اختلافات در مورد شیوه های جبران خسارت در سازمان جهانی تجارت». مجله تحقیقات حقوقی.
۲. توکلی، محمدمهدی (۱۳۹۵)، نصب داور، احکام و آثار آن، چاپ اول، تهران: نشر میزان .
۳. پاسبان، محمدرضا؛ اصغری، زینب (۱۳۹۳)، نقش رفتار منصفانه در حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری خارجی با تاکید بر مفهوم مسئولیت اجتماعی شرکت های فراملی، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال سوم، شماره هشتم،
۴. تقی پور، بهرام؛ عباسی سرمدی، مهدی؛ مهدوی پور، اعظم؛ ابراهیمی، محمدتقی (۱۳۹۸)، راهکارهای حقوقی-اخلاقی مقابله با فساد در انعقاد قراردادهای تجاری بین المللی، فصلنامه پژوهش های اخلاقی، سال ۱۰.
۵. پارکر، ویلیام. «داوری در قراردادهای بانکی»، ترجمه محسن محبی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران.
۶. جعفرپور صادق، الهام؛ عدالت جو، اعظم (۱۳۹۲)، فساد مالی و راهکارهای پیشگیری از آن، نشریه تحقیقات حقوقی آزاد، دوره ۶، شماره ۲۲.
۷. زمانی، سیدقاسم؛ شیرعلیزاده، ابولفضل (۱۳۹۸)، اصول و رویه تفسیر معاهدات سرمایه گذاری بین المللی توسط محاکم داوری و ترجیح حقوق بین الملل بر حقوق داخلی، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتادوسوم، شماره یکصد و پنجم،
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۲) مجموعه محشی قانون مدنی. تهران: گنج دانش .
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۲) ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش .
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۰) حقوق اموال. تهران: گنج دانش .
۱۱. جنیدی، لعیا. (۱۳۷۶) قانون حاکم در داوری های تجاری بین المللی. تهران: دادگستر.
۱۲. خزاعی، حسین. (۱۳۸۸) قابل داوری بودن موضوع اختلاف در حقوق داخلی و تجارت بین المللی، تاملاتی در حقوق تطبیقی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، ترمینولوژی حقوق، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش
۱۴. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۸۲)، حقوق داورى و دعاوى مربوط به آن در رويه قضايى، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۵. زندی، محمد رضا. (۱۳۸۸) داورى رويه قضايى دادگاه هاى تجديد نظر استان تهران در امور مدنى. تهران: جنگل،
۱۶. سلطانی، محمد. (۱۳۹۰) حقوق بانكى. چاپ اول. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰.
۱۷. سیدی، جواد. درآمدی بر قابلیت داورى در داورى هاى تجارى بين المللى. چاپ اول. تهران: انتشارات جنگل،
۱۸. شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۱) داورى تجارى بين المللى. تهران: سمت، ۱۳۹۱.
۱۹. صدرزاده افشار، سید محسن، (۱۳۷۶)، آیین دادرسی مدنی، چاپ چهارم، تهران: نشر ماجد
۲۰. عابدی، محمدتقی (۱۳۹۶)، حقوق حاکم در داورى هاى تجارى بين المللى، تهران: نشر میزان
۲۱. کاکاوند، محمد، (۱۳۹۹)، حقوق داورى در آراء دادرسان و داوران، دیباچه دکتر ربیعا اسکینی، جلد ۱ و ۲، چاپ اول، تهران: انتشارات نهاد
۲۲. واحدی، قدرت الله، (۱۳۷۶)، آیین دادرسی مدنی، تهران: نشر میزان .
۲۳. طباطبائی نژاد، سید محمد (۱۳۹۲)، اعمال قواعد آمره تحت نظام داورى سرمایه گذاری بين المللى ایکسید، فصلنامه اندیشه هاى حقوق خصوصى، سال اول، شماره ۱،
۲۴. طباطبائی نژاد، سید محمد (۱۳۹۵)، نظارت قضايى بر اعمال قواعد آمره در داورى تجارى بين المللى، دو فصلنامه علمى پژوهشى دانش حقوق خصوصى، سال پنجم، شماره اول،
۲۵. علوی قزوینی، سیدعلی؛ بیگی حبیب آبادی، قاسم (۱۳۹۴)، تأثیر فساد مالی بر وضعیت قراردادهای دولتی، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصى، دوره ۴۵، شماره ۲،
۲۶. مجتهدی، محمدرضا (۱۳۹۰)، درآمدی بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بين المللى بر مبنای کنوانسیون داورى ایکسید، مطالعات حقوق تطبیقى معاصر، دوره ۲، شماره ۳،
۲۷. مقدم ابریشمی، علی؛ محبوب، مسعود (۱۳۹۵)، ساختار حقوقی نظام داورى سیستم واحد یا دوگانه، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصى، سال پنجم، شماره ۱۶،
۲۸. حبیبی مجنده، محمد (۱۳۹۰) «داورى پذيرى اختلافات ناشى از حقوق مالکیت معنوى»، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داورى در حقوق ایران. چاپ اول. تهران: موسسه مطالعات و پژوهشهاى حقوقى شهر دانش .
۲۹. صفایی، سید حسین. حقوق بين الملل و داورى هاى بين المللى. چاپ دوم. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷.
۳۰. فرحسا، فرح. (۱۳۸۳) «داورى تجارى بين المللى»، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد.
۳۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹) اموال و مالکیت. تهران: میزان .
۳۲. کاکاوند، محمد. (۱۳۸۹) گزیده آرای داورى مرکز داورى اتاق ایران. تهران: موسسه مطالعات و پژوهش هاى حقوقى - شهر دانش.
۳۳. کریمی، عباس. (۱۳۹۱) «داورى پذيرى دعاوى مربوط به اموال عمومى و دولتى». فصلنامه پژوهش حقوق.
۳۴. مجتهدی، محمدرضا. (۱۳۹۰) «درآمدی بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بين المللى بر مبنای کنوانسیون داورى اکسید». نشریه فقه و حقوق اسلامى.



# سومین همایش ملی فقه، حقوق و علوم اسلامی

تعمیر شد

3<sup>RD</sup> NATIONAL CONFERENCE ON JURISPRUDENCE, LAW AND ISLAMIC SCIENCES

۳۵. محمدزاده اصل، حیدر. (۱۳۷۹) داوری در حقوق ایران. چاپ اول. تهران: انتشارات ققنوس .
۳۶. ملاابراهیمی، عماد و بهشید ارفع نیا. (۱۳۹۸) «تحلیل روش های جایگزین حل و فصل اختلافات در قراردادهای جدید بالادستی نفتی ایران». مطالعات حقوق انرژی.
۳۷. - نیکبخت، حمیدرضا. (۱۳۸۲) «نظام حقوقی سازمان تجارت جهانی». مجله تحقیقات حقوقی. - نیکبخت . نیکبخت ، حمیدرضا. (۱۳۸۳) «داوری در کشورهای در حال توسعه». مجله تحقیقات حقوقی.