

Effective mechanisms for resolving international disputes of Iranian banks with regard to jurisprudential capacities

Malihe Abdolrahimi*
Ali Rezaee**

Received: 2020/10/01
Accepted: 2022/02/22

Abstract

Disputes in the banking industry, especially at the international level, are inevitable given banks' vast and growing role in domestic and global economic relations. The rulings issued by domestic and foreign judicial authorities in international disputes and the status of implementing them indicate that Iranian banks have confronted many legal challenges due to envisaging the judicial approach to disputes or failure to specify dispute resolution methods in the contracts. Facing these challenges in practice compelled the banks to seek changes in current procedures.

Based on this and to maintain the legal security of Iranian banks, this study reviews conventional dispute resolution methods and adapts religious jurisprudential capacities to international legal standards to propose solutions based on banking system experiences. The results show that relying on referral to judicial authorities as a prevalent method of dispute resolution is not the only possible solution. Furthermore, none of the dispute resolution methods, both judicial and non-judicial, is flawless, and they cannot fully meet all the expectations and demands of the litigants of a dispute resolution method. Therefore, it is more appropriate to use multi-stage dispute resolution terms in banking disputes as it can proportionately meet the demands of banks by having the possibility of filtering, retaining assertiveness along with expertise, carrying less adverse effects on the mutual relationship of parties, and therefore, maintaining the friendly relations between them.

Keywords: International Bank Disputes, Religious Jurisprudential Capacity, Judicial Method, Non-Judicial Methods, Conditions for Resolving Multi-Stage Disputes.

* Ph.D. Student in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, International Division, Shiraz University, Shiraz, Iran.

malihe.abdolrahimi@yahoo.com

** Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran (Corresponding Author).

a-rezaei@shirazu.ac.ir



سازوکار مؤثر حل و فصل اختلافات بین المللی بانک‌های ایرانی با نظر به ظرفیت‌های فقهی

ملیحه عبدالرحیمی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۱۰

علی رضائی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۰۳

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

بروز اختلافات در صنعت بانکی بالاخص در سطح بین الملل با توجه به نقش گسترده و روزافزون بانک‌ها در روابط اقتصادی داخلی و بین المللی امری ناگزیر است. آرای صادره توسط مراجع قضائی (خارجی و داخلی) در اختلافات بین المللی و همچنین وضعیت اجرای آراء، مبین این موضوع است که بانک‌های ایرانی به واسطه پیش بینی روش قضائی به عنوان روش حل اختلاف یا به سبب عدم تعیین تکلیف طرق حل اختلاف در قرارداد منعقد با چالش‌های حقوقی بسیاری در وادی عمل مواجه شده‌اند به نحوی که خود نیز بر ضرورت تغییر رویه حاضر اذعان دارند. بر این اساس و به منظور صیانت از امنیت حقوقی بانک‌های ایرانی، در تحقیق حاضر به دنبال ارائه راهکار این معضل با لحاظ تجربیات سیستم بانکی، بررسی روش‌های مرسوم حل و فصل اختلاف و تطبیق آن با ظرفیت‌های فقهی قابل انطباق با موازین حقوقی پذیرفته شده در جامعه بین الملل می‌باشیم. نتایج به دست آمده بیانگر آن است که از یک سو تکیه بر قاعده عمومی حل اختلاف بر پایه مراجعه به مراجع قضائی تنها راه حل ممکن نمی‌باشد و از سوی دیگر هیچ یک از روش‌های حل و فصل اختلاف اعم از روش‌های قضائی و غیرقضائی، خالی از عیب نیست و نمی‌تواند به طور کامل تمام نیازها و خواسته‌های اصحاب دعوا از یک روش حل اختلاف را برآورده سازد. در این میان، ماحصل بررسی به عمل آمده آن است که استفاده از شروط حل اختلاف چند مرحله‌ای روش مناسب تری برای حل اختلافات بانکی می‌باشد چراکه با داشتن آثاری از جمله فیلترینگ، قاطعیت توأم با تخصص، تبعات سوء کمتر بر روابط طرفین و حفظ روابط دوستانه، غالب خواسته بانک‌ها را برآورده می‌سازد.

واژگان کلیدی: اختلافات بین المللی بانک، ظرفیت فقهی، روش قضائی، روش‌های غیرقضائی، شروط حل اختلاف چند مرحله‌ای.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، پردیس بین الملل، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.
malihe.abdolrahimi@yahoo.com

** گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
a-rezaei@shirazu.ac.ir

در حالی که بانک‌های ایرانی به عنوان یکی از اطراف اختلافات بانکی، همچنان بر اصل پذیرفته شده ارجاع تمام اختلافات خود اعم از داخلی و بین‌المللی به مراجع قضائی پافشاری می‌کنند و با هر توجیه ممکن آن را به یک قاعده عمومی بدل کرده‌اند، در مقابل کشورهای دارای نظام اقتصادی کارآمد قرار می‌گیرند که از مدت‌ها پیش در راستای تأمین منافع بانک‌های خود در عرصه بین‌المللی و متعاقباً کسب بیشترین سود با عدول از روش‌هایی که قبلاً برای آنها نیز کارکرد قاعده عمومی داشته است، متوجه مزایای روش‌های نوین حل و فصل اختلافات شده و با اعتبارآفرینی به روش‌های غیرقضائی و تأکید بر انتخاب روش مؤثر و کارآمد حل و فصل اختلاف، موجب تأمین هر چه بیشتر منافع بانک‌های کشور خود شده‌اند.

با وجود مراتب فوق، ضرورت‌های بانکی همچون:

- ۱- شرایط نامساوی و نامناسب بانک‌های ایرانی در مقایسه با سایر بانک‌های جهان به عللی از جمله کمبود نقدینگی و مواجهه با تحریم‌ها که موجب تضعیف موقعیت بانک‌های ایرانی در عرصه بین‌المللی شده و ورشکستگی آنها را در صورت عدم انتخاب روش مناسب حل و فصل اختلافات محتمل ساخته است؛
- ۲- ناگزیری ایران در پیوستن به سازمان تجارت جهانی و به تبع آن افزایش مبادلات و معاملات بانکی، گسترش دایره صلاحیت بانک‌های ایرانی و ضرورت تبعیت نظام بانکی ایران از مدل بانکداری متعارف؛
- ۳- اسلامی بودن بانکداری ایران و ضرورت اعمال قواعد و احکام دین مبین اسلام در تمام سطوح آن از جمله حل اختلافات حادث و در مقابل غیراسلامی بودن بانکداری اغلب کشورها؛
- ۴- پویایی نظام پولی و بانکی و وقوع تغییرات بنیادین در سیستم بانکداری بانک‌های دنیا و در نتیجه رویارویی بانک‌ها با اختلافاتی که ماهیت و جنسی متفاوت از اختلافات سابق دارد و ضرورت حل و فصل صحیح و سریع چنین اختلافاتی؛
- ۵- ارتباط مسائل پولی و بانکی با منافع و دارایی‌های ملی و به تبع آن حساسیت انتخاب روش کارآمد حل اختلافات، از یک سو و ضرورت‌های اقتصادی از جمله:
 - ضرورت حل و فصل سریع اختلافات،

- ضرورت تخصص در رسیدگی به اختلافات،
- ضرورت انعطاف‌پذیری و قدرت انتخاب برای طرفین اختلاف،
- ضرورت پایین بودن هزینه رسیدگی به اختلاف،
- ضرورت دقت بالا در رسیدگی به اختلافات،
- ضرورت محرمانه بودن رسیدگی به اختلافات بانکی.

از سوی دیگر، عدول از قاعده عمومی ارجاع تمام اختلافات بانکی به محاکم و لزوم تجزیه و تحلیل اختلافات و توجه به ماهیت و شرایط هر دعوا در انتخاب روش مطلوب حل و فصل اختلافات را بر پایه قواعد فقهی حاکم از قبیل «قاعده نفی سبیل» و «قاعده مصلحت» و با نظر به ظرفیت‌های فقهی موجود در زمینه حل و فصل اختلافات، ضرورتی غیرقابل انکار و ناگزیر برای بانک‌های ایرانی کرده است.

یافته‌های حاصل از مطالعه در زمینه حل و فصل اختلافات بانکی حاکی از آن است که اصولاً بانک‌های ایرانی به علت عدم شناخت روش‌های غیرقضائی و ناآگاهی از اثر انتخاب هر یک از روش‌های قضائی و غیرقضائی به‌عنوان مکانیزم حل اختلافات بانکی، ناگزیر به انتخاب روش قضائی هستند؛ در میان دو علت «عدم شناخت روش‌های غیرقضائی و فاقد آگاهی کافی از مزایا و معایب روش‌های غیرقضائی و قضائی نسبت به یکدیگر» و «وجود موانع و نبود زیرساخت‌های لازم برای استفاده از روش‌های غیرقضائی در حل و فصل اختلافات بانکی»، اصلی‌ترین علت پافشاری بانک‌های ایرانی به پیش‌بینی و انتخاب روش قضائی به‌عنوان تنها روش حل و فصل اختلافات در اغلب قراردادهای منعقد و دعاوی بانکی، همانا علت نخست است.

بر پایه مراتب فوق، در نوشتار حاضر با به‌کارگیری روش تحقیق «تحلیلی توصیفی» و از طریق مطالعات کتابخانه‌ای و تحقیق میدانی تلاش شده بدو با بررسی مفهوم اختلافات بانکی در مبحث اول و بررسی انواع آن در مبحث دوم، ماهیت و عمده اختلافات بین‌المللی بانکی مشخص شود. متعاقباً با ایجاد دید کلی از تمامی روش‌های مرسوم حل اختلافات از طریق تبیین عیوب اصلی روش قضائی در حل و فصل اختلافات بین‌المللی بانکی در مبحث سوم و بیان مزایای شیوه‌های غیرقضائی در حل اختلافات مبحث‌عنه با تکیه بر ظرفیت‌های فقهی در مبحث چهارم، نهایتاً «شروط حل

اختلاف چند مرحله‌ای» به‌عنوان سازوکار مطلوب برای حل و فصل اختلافات بانکی در مبحث پنجم پیشنهاد شود.

در حال حاضر جز مقاله‌ای با عنوان «حل و فصل اختلافات اعتبارات اسنادی از طریق ارجاع به کارشناسی» (سربازیان و رضایی، ۱۳۹۴، صص. ۱۰۹-۱۴۰) که به معرفی روش «کارشناسی» در حل اختلافات اعتبارات اسنادی پرداخته است، سایر کتب و مقالات موجود در کشور در زمینه حل و فصل اختلافات بانکی، صرفاً به معرفی روش «داوری» پرداخته‌اند و در نتیجه منبعی که ارائه‌دهنده دیدی کلی برای بانک‌ها از تمامی روش‌های مرسوم حل اختلاف در راستای انتخاب هوشمندانه روش حل اختلاف باشد، وجود ندارد.

۱. مفهوم اختلافات بانکی

امروزه بانک‌ها از طرفی عملیات مختلفی در راستای انجام وظایف و بهره‌مندی از اختیارات بانکی خود انجام و خدمات گوناگون و وسیعی به اشخاص ارائه می‌دهند، از طرف دیگر علاوه بر قوانین عام، مکلف به تبعیت از قوانین خاص و مقررات متعددی از جمله بخش‌نامه‌های بانک مرکزی ج.ا.ا، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، سازمان بازرسی کل کشور نیز می‌باشند که خود دارای پیچیدگی‌های بسیار بوده و در غالب موارد، در تفسیر آنها اختلاف نظر وجود دارد. همچنین بانک‌ها در راستای فراهم کردن شرایط لازم برای شروع و ادامه فعالیت خود به‌عنوان یک «بنگاه اقتصادی» نیز ملزم به انجام پاره‌ای امور از جمله خرید یا اجاره املاکی برای استقرار شعب و ساختمان‌های اداری، خرید خودرو برای جابه‌جایی وجوه و خرید لوازم می‌باشند.

اما پرسش این است که کدام یک از اختلافات حادث شده میان بانک‌ها و اشخاص دیگر یا دولت‌ها، «اختلاف بانکی» است. آیا هر اختلافی که بانک یکی از طرفین آن است، اختلاف بانکی است یا خیر؟

به نظر نگارندگان، صرفاً اختلافاتی در زمره اختلافات بانکی است که بانک به علت جایگاه «بانک بودن» با آن مواجه شده است. به‌عنوان مثال، چنانچه بانک به‌عنوان یک شخص حقوقی اقدام به خرید محلی برای استقرار شعبه نماید و میان بانک و فروشنده مورد معامله، اختلافی حادث شود، این اختلاف، اختلاف بانکی نیست. اما چنانچه در

همین راستا (خرید محلی برای استقرار شعبه)، به تشخیص بانک مرکزی ج.ا.ا، بانک مفاد «آیین‌نامه ایجاد یا تعطیل شعبه یا بوجه یا نمایندگی مؤسسات اعتباری در داخل کشور» را رعایت نکرده و از آن تخطی کرده باشد و در این راستا میان بانک و بانک مرکزی اختلافی حادث شود، این اختلاف، اختلاف بانکی است.

۲. انواع اختلافات بانکی

اختلافات بانکی از جهات مختلف از جمله موضوع اختلاف و وجود یا عدم عنصر خارجی در اختلاف حادث شده قابل تقسیم است. با توجه به اینکه اصولاً نوع اختلاف در تعیین سازوکار و مرجع حل اختلاف مؤثر است، در ذیل به پاره‌ای از اصلی‌ترین انواع اختلافات بانکی پرداخته شده است.

۲-۱. بر اساس موضوع اختلاف

بر اساس معیار «موضوع»، اختلافات بانکی به اختلافات مالی و غیرمالی - اختلافات حقوقی و کیفری - اختلافات معاملاتی (از جمله خرید و فروش املاک، تجهیزات، نرم‌افزارها و اجاره در مقام رفع نیازهای روزانه بانک) و اختلافات ناشی از عملیات بانکی (از جمله اعطای وام یا تسهیلات، افتتاح حساب، صدور ضمانت‌نامه، گشایش اعتبار اسنادی) قابل تقسیم می‌باشند؛ اختلافات ناشی از عملیات بانکی، همواره اختلاف بانکی است. اما اختلافات معاملاتی، صرفاً در صورتی که ناشی از جایگاه بانک بودن باشد، اختلاف بانکی محسوب می‌شود.

۲-۲. بر اساس وجود یا عدم عنصر خارجی

بر این اساس اختلافات به دو دسته داخلی و بین‌المللی تقسیم می‌شوند. به‌طور کلی بانک‌های جهان از جمله بانک‌های ایران در حدود قوانین حاکم، عملیات بانکی و بین‌المللی بین‌المللی انجام می‌دهند و بر این اساس بانکداری به دو دسته داخلی و بین‌المللی تقسیم شده است. بنابراین برای تشخیص اختلافات بین‌المللی باید معیارهای تمیز بانکداری داخلی از بانکداری بین‌المللی را شناخت.

در مبنای تمیز بانکداری داخلی از بانکداری بین‌المللی به نظر می‌رسد صاحب‌نظران در ایران (رحیمی آتانی، ۱۳۹۷، ص. ۱۰؛ رشیدی، ۱۳۹۶، ص. ۲۵؛ مزینی و مهاجرانی

تهرانی، ۱۳۸۹، ص. ۳۶) علی‌الاطلاق «ارز» را ملاک تمیز این دو از یکدیگر می‌دانند به نحوی که گویا تنها و مطلقاً هر عمل بانکی که با واحد پولی غیر از واحد پول کشور بانک عامل، انجام شود بین‌المللی است.

اما مطالعه تعاریف ارائه شده از صاحب‌نظران در سایر کشورها نشان می‌دهد که معیارهای متفاوتی برای تمیز بانکداری بین‌المللی از بانکداری داخلی وجود دارد که عبارتند از: ۱- هویت مشتری، ۲- محل انجام عملیات بانکی، ۳- واحد پول، ۴- تابعیت بانک‌های دخیل در انجام عملیات بانکی.

به نظر نگارندگان بر خلاف ادبیات مرسوم بانکی در ایران، چنانچه ارز توسط اشخاص ایرانی در داخل کشور خرید و فروش شود و اختلافی ناشی از این معامله رخ دهد، اختلاف یادشده بر اساس معیارهای بین‌المللی فوق‌الذکر، یک اختلاف بین‌المللی نیست (کاشیان و دیگران، ۱۳۹۸، صص. ۷۱-۱۰۳).

مطابق مراتب فوق، اختلافات بین‌المللی بانکی عبارت است از اختلافات ناشی از بانکداری بین‌المللی که دارای یک عنصر خارجی بر اساس یکی از سه معیار هویت مشتری، محل انجام عملیات بانکی و تابعیت بانک‌ها می‌باشد.

در حال حاضر، بر پایه عمده دعاوی بین‌المللی که بانک‌های ایرانی با آن مواجه هستند، به‌زعم نگارندگان می‌توان غالب اختلافات بین‌المللی را از حیث منشأ به اقسام زیر تقسیم کرد:

الف) اختلافات ناشی از ارائه خدمات بانکی بین‌المللی مانند گشایش اعتبار اسنادی، صدور ضمانت‌نامه بانکی: امروزه منشأ اغلب اختلافات بین‌المللی، خدمات بانکی است. این اختلافات خود به دو گروه منقسم می‌شوند:

- اختلافات ناشی از ادعای یکی از طرفین دایر بر نقض تعهدات از سوی طرف مقابل در هر یک از خدمات مذکور مانند ادعای ذی‌نفع اعتبار اسنادی دایر بر تخلف یا تأخیر بانک گشایش‌کننده اعتبار در پرداخت مبلغ اعتبار یا ادعای ذی‌نفع ضمانت‌نامه بانکی دایر بر عدم تمدید ضمانت‌نامه توسط بانک ضامن بدون وجود وجوهت قانونی.

- اختلافات ناشی از روابط کارگزاری: بانک‌ها به‌ویژه در سال‌های اخیر به‌واسطه تحریم، جهت ارائه خدمات بانکی، به بانک‌های خارج از کشور یا صرافی‌ها یا شرکت‌های تراستی به‌عنوان کارگزار متوسل می‌شوند. گاه اختلافاتی میان بانک

ایرانی با کارگزار حادث می‌شود که از علل آن می‌توان به اختلاف در محاسبات و عدم پرداخت وجوه موجود توسط کارگزار به دلایلی همچون ورشکستگی کارگزار اشاره کرد.

ب) اختلافات ناشی از تسهیلات بین بانکی: گاهی منشأ بروز اختلاف تسهیلاتی است که بانک یک کشور به بانک کشور دیگر اعطا می‌کند و یکی از طرفین مدعی نقض مفاد قرارداد از سوی طرف مقابل می‌شود.

پ) اختلافات ناشی از تنزیل اعتبار اسنادی.

ت) اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بانک‌های ایرانی در خارج از کشور.

ث) اختلافات سیاسی که دارای ریشه سیاسی (نه قراردادی) است.

۳. علل لزوم حل اختلافات بین‌المللی بانکی به روشی غیر از روش قضائی

در کتب و مقالات متعددی معایب روش قضائی در مقایسه با روش‌های غیرقضائی تبیین شده است لیکن با عنایت به تعدد علل و عدم مجال بررسی تمامی آنها در نوشتار حاضر، سعی بر آن است که صرفاً به بیان دلایل عمده عدم حصول نتیجه مطلوب برای بانک‌های ایرانی در اختلافات بین‌المللی (که حسب تحقیق میدانی از سیستم بانکی ایران حاصل گردیده است) پرداخته شود:

۳-۱. تبیین منافع کشورها توسط محاکم قضائی آنها

علی‌رغم اینکه به نظر می‌رسد محاکم قضائی بایستی دارای استقلال در روند رسیدگی و صدور آرای قضائی باشند اما با تدقیق در پرونده‌های مختلف مشاهده می‌شود که بر خلاف انتظار، در وادی عمل، اقدام به صدور آرای جانبدارانه با لحاظ منافع و مواضع کشور خود در چارچوب سیاست‌های اتخاذی در عرصه بین‌الملل می‌کنند. همین امر باعث شده که بانک‌های ایرانی در پاره‌ای موارد در طرح ادعاهای خود که منبعث از مواضع سیاسی دولت کشور خوانده و حتی کشورهای هم‌پیمان آنهاست، به علت تبعات حقوقی موضوع خودداری کنند. ذکر وضعیت بانک‌های ایرانی در مصادیق زیر که هر دو ناشی از نقض تعهدات از سوی بانک‌ها و دولت بحرین متأثر از روابط سیاسی طی چند سال اخیر می‌باشد، مبین این موضوع است:

الف) انسداد حساب‌های بانک‌های ایرانی نزد بانک BMI بحرین: برخی بانک‌های ایرانی که به واسطه انجام عملیات کارگزاری خود اقدام به افتتاح حساب نزد بانک BMI بحرین کرده بودند، با انسداد حساب‌های متعلقه بدون هیچ‌گونه توضیحی از سوی بانک یادشده مواجه شدند. پس از پیگیری متوجه شدند که بانک مذکور حسب دستور بانک مرکزی آن کشور و متأثر از روابط سیاسی میان دولت ایران و بحرین اقدام به نقض تعهدات خود و بالتبع انسداد حساب بانک‌های ایرانی کرده است. این در حالی است که فرم‌های افتتاح حساب درباره حل و فصل اختلاف مسکوت است و حساب‌های افتتاح شده مشمول «موافقت‌نامه دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری بین دولت ایران و دولت بحرین» نمی‌شود و بر این پایه تنها راه برای اقدام علیه بانک یادشده یا دولت بحرین اقامه دعوا در کشور مذکور به‌عنوان کشور محل اقامت خوانده است. همین امر و احتمال زیاد شکست بانک‌های ایرانی در چنین دعوایی به علت صدور آرای جانبدارانه توسط محاکم آن کشور، موجب شده که تاکنون بانک‌های ایرانی موفق به دریافت وجوه خود نشوند.

ب) اقدام دولت بحرین به مصادره غیرمستقیم و غیرقانونی وضعیت سهام‌داری بانک‌های ملی و صادرات ایران در بانک فیوچر بحرین: بانک‌های صادرات و ملی که با هدف سرمایه‌گذاری اقدام به خرید سهام بانک فیوچر بحرین در زمان تأسیس آن کرده بودند، در سال ۲۰۱۵ مطلع می‌شوند که دولت بحرین بدون هیچ‌گونه اخطار و توجیه قبلی با انتصاب مدیر تصفیه، بانک مذکور را تحت کنترل خود درآورده است. متعاقباً بانک‌های یادشده به استناد «موافقت‌نامه دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری بین دولت ایران و دولت بحرین» که طی آن «دیوان داوری لاهه» به‌عنوان مرجع حل اختلاف پیش‌بینی شده است، دعوایی را علیه دولت بحرین نزد دیوان یادشده، طرح کردند که رسیدگی داوری به محکومیت دولت بحرین به پرداخت ۲۰۰ میلیون یورو غرامت انجامید.

بدیهی است که چنانچه حساب‌های افتتاح شده توسط بانک‌های ایرانی نزد بانک BMI بحرین نیز مشمول معاهده مذکور می‌گشت و یا در قرارداد افتتاح حساب، داوری به‌عنوان روش حل اختلاف پیش‌بینی شده بود چه‌بسا تاکنون بانک BMI یا دولت بحرین به رفع انسداد حساب‌های بانک‌های ایرانی و خسارات متعلقه محکوم می‌شد.

۲-۳. دشواری شناسایی و اجرای آرای صادره

در بسیاری از موارد به‌ویژه در خدمات بانکی، بانک‌های ایرانی، قانون ایران به‌عنوان قانون حاکم و دادگاه ایران به‌عنوان مرجع صالح در رسیدگی به اختلاف را در قرارداد منعقدہ پیش‌بینی می‌کنند. با وجود این، همچنان شاهد عدم حصول نتیجه مطلوب می‌باشیم؛ حسب اعلام بانک‌ها، عدم قابلیت اجرای احکام صادره توسط محاکم ایران از علل این موضوع است. به‌طورمثال، بانک ایرانی «الف» در یک ضمانت‌نامه متقابل با وجود پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، مبلغ ضمانت‌نامه صادره در وجه خود را از بانک فرانسوی (ضامن) مطالبه می‌کند لیکن بانک یادشده به استناد دستور قضائی دایر بر منع پرداخت، از پرداخت ضمانت‌نامه خودداری می‌ورزد. بانک «الف» به‌منظور احقاق حقوق خود و مطابق مفاد قرارداد، اقدام به اقامه دعوا در دادگاه ایران می‌کند. اما نهایتاً علی‌رغم صدور رأی به نفع بانک «الف»، تاکنون به علت شرایط اعلامی کشور فرانسه، موفق به اجرای رأی صادره نشده است. شایان ذکر است که در بسیاری از موارد همین امر موجب شده که بانک ایرانی از امتیاز خود به شرح پیش‌گفته عدول و به‌منظور سهولت اجرای حکم با امید به پیروزی در دعوا، اقدام به اقامه دعوا نزد محاکم کشور محل اقامت خواننده کند. این در حالی است که مجموعه‌ای از عهدنامه‌های دوجانبه و چندجانبه وجود دارد که موضوع آنها اجرای احکام داوری است که از آن جمله می‌توان به کنوانسیون نیویورک مصوب ۱۹۵۸ اشاره کرد که محاکم بیش از ۱۴۶ کشور عضو را ملزم می‌سازد موافقت‌نامه کتبی داوری و احکام داوری حاصل از آن را اجرا کنند و در برابر اجرای حکم داوری، دفاعیات محدودی را پیش‌بینی کرده است که بیشتر مربوط به موضوعات شکلی مانند اعتبار موافقت‌نامه داوری، برخورداری از فرصت دفاع و نیز محدودیت صلاحیت داوری است (انصاری، ۱۳۸۴، صص. ۱۹۴-۲۰۳).

۳-۳. اطلاع رسیدگی در مراجع قضائی

صرف‌نظر از طولانی بودن رسیدگی‌های ترافعی، تشریفات ابلاغ اوراق قضائی (با توجه به فرایند و مبادی قانونی تعرفه‌شده برای وصول اوراق به یک کشور و متعاقباً به خواننده دعوا) موجب اطلاع دوچندان فرایند دادرسی می‌شود. به‌نحوی که امروزه حسب اظهار بانک‌های ایرانی یکی از معضلات، ابلاغ اوراق قضائی است؛ به‌منظور روشن

شدن موضوع، ذکر مثال زیر ضروری است:

شرکتی (خواهان) در کشور امارات علیه مستاجر بانک ایرانی مالک شناور جهت وصول عوارض متعلق به فعالیت شناور اقدام به اقامه دعوا می‌کند. دعوا منتج به صدور رأی به نفع خواهان و متعاقباً تملک شناور توسط محکوم‌له در راستای وصول مطالبات می‌شود. بانک ایرانی به علت بی‌اطلاعی از دعوی اقامه‌شده و رأی صادره و به‌واسطه ورود شناور به ایران و احراز استفاده غیرمستأجر از آن، اقدام به توقیف آن تا زمان روشن شدن موضوع که به‌واسطه شرایط ابلاغ اوراق قضائی چندین ماه به طول انجامید می‌کند. متعاقب روشن شدن موضوع و درنهایت رفع توقیف شناور، محکوم‌له، دعوی جدیدی با خواسته مطالبه عدم‌النفع مدت توقیف شناور علیه بانک ایرانی اقامه می‌کند.

۳-۴. عدم تخصص در رسیدگی به اختلافات

غالباً رسیدگی به اختلافات بانکی، مستلزم تخصص در امور بانکی است. امروزه شاهد آرای متعدد نادرست توسط محاکم به علت فقدان تخصص کافی در این زمینه می‌باشیم. به‌طورمثال، در یک ضمانت‌نامه بانکی، بانک ایرانی «الف» به‌عنوان ذی‌نفع ضمانت‌نامه درخواست تمدید ضمانت‌نامه را از بانک خارجی (ضامن) می‌کند لیکن بانک اخیر از تمدید ضمانت‌نامه به علت تکالیف تحریمی خودداری و پس از مدتی که بانک ایرانی مبلغ ضمانت‌نامه را پیگیری می‌شود، اعلام می‌دارد که اعتبار ضمانت‌نامه به علت عدم وصول دستور پرداخت، در سررسید به‌صورت خودکار خاتمه یافته است. بانک «الف»، با لحاظ دشواری اجرای احکام و با وجود اینکه در قرارداد منعقد شده میان بانک ایرانی و بانک ضامن، قانون ایران به‌عنوان قانون حاکم و دادگاه ایران به‌عنوان مرجع صالح در رسیدگی به اختلافات پیش‌بینی شده بود، دعوا را در کشور محل اقامت خوانده اقامه می‌کند که در نتیجه دادگاه رسیدگی‌کننده بر پایه استدلال خوانده، اقدام به صدور رأی بر بی‌حقی بانک ایرانی می‌کند. حال آنکه مطابق صراحت مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه^۱ (حاکم بر قرارداد) چنانچه ضامن با درخواست تمدید ضمانت‌نامه موافقت نکند باید مبلغ ضمانت‌نامه را بدون لزوم درخواست مجدد ضمانت‌خواه پرداخت کند.

بر پایه مراتب فوق و همان‌گونه که بانک‌های ایرانی نیز خود بدان پی برده‌اند

شایسته است از قاعده ارجاع تمام اختلافات به محاکم عدول شود. اما آنچه در این میان بدیهی است اینکه هیچ‌یک از روش‌های حل و فصل اختلاف اعم از روش قضائی و روش‌های غیرقضائی خالی از عیب نیست و نمی‌تواند به‌طور کامل تمام خواسته‌های اصحاب دعوا از یک روش حل اختلاف را برآورده سازد. از این‌روی، مقاله حاضر با بیان پاره‌ای مزایا و معایب روش‌های غیرقضائی و ارائه راهکار در جهت حل برخی از معایب با تمسک به ظرفیت‌های فقهی حاکم، درصدد کمک به بانک‌های ایرانی در انتخاب روش مناسب حل و فصل اختلافات بر پایه خصوصیات هر دعوا و در نهایت معرفی سازوکاری است که پاسخگوی بیشترین نیاز بانک‌های ایرانی در حل اختلافات بانکی باشد.

۴. مزایای شیوه‌های غیرقضائی در حل و فصل اختلافات بانکی نسبت به یکدیگر با تکیه بر ظرفیت‌های فقهی

در این بخش روش داوری با سایر روش‌های مرسوم غیرقضائی شامل کارشناسی، میانجی‌گری، سازش و مذاکره مقایسه خواهد شد. با توجه به وجود تفاوت چشمگیر میان داوری با سایر روش‌های غیرقضائی از یک‌سو و اشتراک تقریبی سایر روش‌ها در آثار متصوره از سوی دیگر، در این قسمت به‌منظور تسهیل در رسیدن به نتیجه و انتخاب مطلوب‌ترین روش حل اختلاف، داوری با سایر روش‌های غیرقضائی مقایسه و با بیان معایب داوری در مقابل سایر روش‌ها، نقاط قوت و ضعف شیوه‌های غیرقضائی نسبت به یکدیگر مشخص خواهد شد. لازم به ذکر است که بانک‌های ایرانی برای حل و فصل اختلافات میان خود ناشی از عملیات بین بانکی مانند ساتنا، پایا و شتاب با وجود پیش‌بینی روش داوری در مقررات مربوطه بانک مرکزی ج.ا.ا. به‌عنوان روش حل اختلاف و معرفی بانک یادشده به‌عنوان داور (السان، ۱۳۹۲، صص. ۵۲۷-۵۵۰)، ترجیح می‌دهند برای حل اختلافات خود از روش مذاکره یا کارشناسی استفاده کنند به‌نحوی که بر پایه مصاحبه با مسئول ذیربط بانک مرکزی، صرفاً یک مورد اختلاف (مربوط به چکاوک) برای داوری به بانک مرکزی ارجاع شده است.

۴-۱. انتفای حق انتخاب در مراجعه به مراجع قضائی

با تنظیم شرط یا موافقت‌نامه داوری، هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند با چشم‌پوشی از شرط یا موافقت‌نامه منعقد، دعوای خود را در دادگاه اقامه کند. اما در سایر روش‌ها، هر یک از طرفین می‌تواند به تنهایی موافقت‌نامه را نادیده بگیرد و در هر زمان (پیش از جریان میانجی‌گری، کارشناسی، سازش، مذاکره و یا در جریان آن) به دادگاه مراجعه کند.

مطلوب بانک‌ها این است که قراردادها به‌گونه‌ای تنظیم شود تا حداکثر انعطاف را در مراجعه به داوری یا مرجع قضائی با توجه به شرایط هر پرونده، در زمان بروز اختلاف به‌طور مجزی داشته باشد. چه‌بسا بانک تشخیص دهد که اگر به مرجع قضائی برای احقاق حقوق خود مراجعه کند، سهل‌تر و بهتر به هدف خود نایل می‌شود یا بالعکس؛ مثلاً ممکن است پس از بروز اختلاف، بانک تصمیم بگیرد که درخواست کشف مدارک به‌صورت وسیع درباره اعتبار اسنادی تحت اختلاف، به نفع او نیست؛ بنابراین ترجیح می‌دهد به داوری که احتمال کشف مدارک به مراتب کمتر از دعوای مطروحه نزد دادگاه‌ها است، مراجعه کند (پارک، ۱۳۸۲، ص. ۵۶).

بر پایه مراتب فوق، آنچه به نظر بررسی آن خالی از اهمیت نیست، شرط «داوری یک‌طرفه» است (Keyes, 2019, p.483)؛ شرط مذکور، بند حل‌وفصل اختلاف است که جا را برای یک طرف در مراجعه به داوری باز می‌گذارد اما به طرف دیگر صرفاً گزینه ارجاع دعوای به دادگاه در صورت تمایل را می‌دهد (ساری، باقری و رجب‌زاده اصطهباناتی، ۱۳۹۸، صص. ۱۲۹-۱۳۰).

در اعتبار و قابلیت اجرای چنین شرطی، اتفاق‌نظر و رویه واحد وجود ندارد. سیستم‌های قضائی مختلف دیدگاه‌های متفاوتی در این‌باره دارند. به‌طورمثال در انگلستان تمایل به سمت معتبر دانستن این شروط است. اما در کشور سوئد اعتبار چنین شروطی منوط به این است که شرط یادشده توسط طرف ذی‌نفوذ و دارای قدرت بیشتر در قرارداد گنجانده نشده باشد.

در بعضی کشورها محاکم با استناد به اصل «تعهد متقابل^۲» و یا «طرفینی بودن طریق جبران^۳» و این دیدگاه که حق هر یک از طرفین به اینکه خواسته‌ای را مطالبه کند موکول به این است که این حق برای طرف دیگر نیز موجود باشد، چنین شروطی را بی‌اعتبار شناخته‌اند (سربازیان و رستم‌زاده اصلی، ۱۳۹۸، صص. ۳۵۷-۳۸۰).

۴-۲. قطعی بودن آراء صادره

بانک‌ها می‌خواهند رأی داور در هر موردی که خود تشخیص دهند، قابل تجدیدنظر قضائی یا قطعی باشد. یکی از راه‌های برطرف کردن بیم بانک‌ها به شرح فوق، درج شرط «اختیار و حق بانک‌ها در تجدیدنظرخواهی آرای صادره توسط داور در محاکم است». البته در اعتبار چنین شرطی میان محاکم اختلاف رویه است. بعضی محاکم اقدامات مبتنی بر این قبیل شروط را که متضمن توسعه کنترل قضائی بر داوری است، به این اعتبار که داوری مبتنی بر تراضی طرفین است، تأیید کرده‌اند. مانند دعوای لپین فناوری کرپ علیه کایوسرا کرپ^۴ که در آن شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر ایالت کالیفرنیا (آمریکا) بر پایه پیش‌بینی شرط تجدیدنظرپذیری رأی داور در قرارداد داوری، صلاحیت دادگاه به بازبینی رأی داور را تأیید کرد (C.Corn, Rachel, 1998, p. 1085). اما بعضی از محاکم این رویه را نپذیرفته و باطل اعلام کرده‌اند. مانند رأی صادره در پرونده شیکاگو تایپاگرافیکال یونین علیه شیکاگو سان تایمز^۵ که طی آن شعبه هفتم دادگاه تجدیدنظر ایالت ایلینویز (آمریکا)، شرط تجدیدنظرپذیری رأی داور را به این علت که توافق خصوصی طرفین نمی‌تواند موجب صلاحیت قضائی فدرال باشد، نپذیرفت و آن را مخالف نظم عمومی دانست (C.Corn, Rachel, 1998, p. 1087-1088). به هر حال اعتبار شرط فوق بسته به نظام حقوقی هر کشور است (پارک، ۱۳۸۲، صص. ۵۸-۵۹).

در فقه نیز قاعده اولیه و نظر مشهور فقها مبنی بر قطعی بودن رأی قاضی جامع‌الشرایط است. امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه) در تأیید عدم جواز بازرسی رأی می‌فرماید: «ولیس للحاکم الثانی فیه و نقضه». آیت‌الله‌العظمی گلپایگانی نیز در همین خصوص اظهار داشته‌اند: «لاریب فی ان حکم الحاکم نافذ بالنسبه الی المحکوم‌علیه فلا يجوز له بعدالحکم الالباء عن قبوله او المطالبه بتجدیدالمرافعه عنده او عند حاکم آخر». اما همین فقها، در موارد استثنائی، رسیدگی مجدد را جائز دانسته‌اند. همچنین در مواردی که قاضی، فقیه جامع‌الشرایط نیست، این اجازه را داده‌اند که رأی صادره قطعی نباشد و توسط دیگری مورد ارزیابی قرار گیرد. محقق حلی در شرایع بیان می‌دارد: «لیس علی الحاکم تتبع حکم من کان قبله لکن لوزعم المحکوم‌علیه ان الاول حکم علیه

بالجور لزمه النظر فيه». یعنی تنوع در حکم قاضی قبل وظیفه قاضی دیگر نیست لیکن چنانچه محکوم علیه ادعا کند که قاضی اول در صدور حکم بر وی ظلم کرده تجدیدنظر در آن حکم لازم است (یوسفیان ملا و گلدوزیان، ۱۳۸۸، ص. ۱۷۸). میرزا حبیب‌اله رشتی درباره قطعی نبودن رأی قاضی غیرمجتهد می‌گوید: فایده قضاوت مقلد رفع فتنه و فساد و حفظ حقوق مردم است اما سایر احکامی که بر قضاوت مجتهد مترتب است مانند حرمت نقض و عدم امکان تجدید دعوا، بر آن بار نمی‌شود چون دلیل تجویز قضاوت قاضی غیرمجتهد منطقی عقلی است درحالی که احکام مزبور از اموری است که به وسیله ادله شرعیه ثابت شده‌اند (یوسفیان ملا و گلدوزیان، ۱۳۸۸، ص. ۱۸۸).

۴-۳. مواجهه با اختلافات مقدماتی

ارجاع اختلاف به داوری بر پایه توافق پیشین، اغلب با اختلافات اولیه درباره صلاحیت داور و داوری مواجه می‌شود که علت آن، تنظیم بندهای داوری ضعیف است. البته با استفاده از مدل استاندارد مؤسسات داوری شناخته‌شده، طرفین می‌توانند از چنین مشکلاتی تا حدی جلوگیری کنند (Peter Berger, 2009, p. 56).

۴-۴. توافقی بودن رسیدگی

داوری همانند روش قضائی، به صورت توافقی (خدوی، ۱۳۹۴، صص. ۵۲۱-۵۳۱) و بر مبنای سنجش ادله انجام می‌پذیرد و اختلاف بر اساس رأیی که بر طرفین تحمیل می‌شود حل و فصل می‌شود. به همین علت به‌طور معمول پس از داوری، طرفین مناسبات و روابط دوستانه خود را از دست می‌دهند و گاه رأی داور دستاویز طرح اختلافات جدیدتر و شدیدتر میان طرفین می‌شود. این در حالی است که در سایر روش‌های غیرقضائی نقش و اراده طرفین بسیار پررنگ‌تر از نقش آنها در رسیدگی‌های داوری است و شروع به رسیدگی و حصول نتیجه مستلزم توافق طرفین است. بر این اساس می‌توان گفت ویژگی اصلی روش‌های اخیرالذکر حل و فصل دوستانه اختلافات و حفظ روابط دوستانه طرفین اختلاف است. این خصیصه به‌طور خاص در دعاوی تجاری از جمله دعاوی بانکی کارایی زیادی دارد؛ زیرا با حل دوستانه اختلاف، امید بر استمرار روابط تجاری طرفین بالا است.

البته این ایراد نیز با تکیه بر آموزه‌های فقهی و اسلامی نه تنها قابل رفع است بلکه مرجع داوری باید در راستای تحقق آن تمام سعی و تلاش خود را به کار گیرد. در منابع فقهی بسیار آمده است که قاضی و حکم باید به صلح و سازش تشویق کنند. حضرت علی (علیه‌السلام) در آخرین وصیتش به فرزندان فرمود: «فَإِنِّي سَمِعْتُ جَدَّ كَمَا يَقُولُ: إِصْلَاحُ ذَاتِ الْبَيْنِ أَفْضَلُ مِنْ عَامَّةِ الصَّلَاةِ وَ الصِّيَامِ». از پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) شنیدم که فرمود صلح و سازش بین مردم بهتر از همه نماز و روزه‌هاست. خداوند متعال نیز در قرآن کریم بارها به برقراری صلح و سازش توصیه کرده‌اند. برای مثال در آیات ۹ و ۱۰ سوره مبارکه حجرات آمده است: «اگر دو گروه از مؤمنان با یکدیگر به جنگ برخاستند میانشان آشتی افکنید»، «مؤمنان برادرانند. میان برادران آشتی بیافکنید». ظاهر گفته محقق در شرایع همین است: «اگر بعد از طرح دعوا، حکم روشن باشد بر قاضی است که قضاوت کند ولی مستحب آن است آن دو را به صلح و سازش تشویق کند» (یزدی، ۱۳۸۴، ص. ۸۲).

۴-۵. ضرورت صدور رأی بر اساس قوانین

داوری اصولاً باید مطابق قوانین انجام شود و رأی صادره متضمن مباحث حقوقی و بر اساس قانون حاکم باشد. اما در سایر روش‌های غیرقضائی، تبعیت از قانون و مباحث حقوقی ضروری نیست و به همین دلیل بر خلاف داوری، مشکلات مربوط به قانون قابل اعمال بر جریان رسیدگی کمتر بروز می‌کند. در کارشناسی، کارشناس رسیدگی و تحقیقات قضائی خاصی بر عهده ندارد و بنا به تعبیر یکی از قضات انگلیسی، باید به‌طور انحصاری و با استفاده از چشم‌ها، دانش و تخصص خویش تصمیم بگیرد. در میانجی‌گری و سازش نیز اصولاً میانجی‌گر یا سازش‌گر به جای قرار دادن طرفین اختلاف در موقعیت‌های صرف حقوقی، با نزدیک ساختن ایشان به یکدیگر و روشن ساختن منافع واقعی آنها تلاش می‌کند اختلاف را با رضایت طرفین حل و فصل کند. در مذاکره نیز طرفین قصد حفظ روابط خویش را دارند و به دنبال قرار دادن طرف مقابل در موقعیت حقوقی صرف نیستند (درویشی هویدا، ۱۳۸۹، ص. ۱۷۸). البته در داوری نیز چنانچه طرفین به داور اختیار صدور رأی بر مبنای عدل و انصاف یا کدخدامنشی را بدهند داور می‌تواند حتی برخلاف قانون نیز مبادرت به صدور حکم کند. درواقع،

اصدار رأی بر مبنای عدل و انصاف یا کدخدامنشی یکی از ظرفیت‌های فقهی است که بانک‌ها با اتکا بر آن می‌توانند از این عیب دآوری رهایی یابند. با کاوش در منابع فقهی می‌توان بدین عقیده دست یافت که ضرورت دخالت دادن «وجدان فقهی» در استنباط و صدور احکام توسط قاضی و به طریق اولی داور از مصادیق توجه به عدل و انصاف است. انصاف، شرایط زمانی و مکانی و عناصر و ابعاد مربوط به اختلاف را در نظر می‌گیرد و هنگامی که فرد منصف با موقعیت‌های نامطلوب روبه‌رو می‌شود، در مقابل آنها به صورت تک‌بعدی و یکسان‌نگر قضاوت نمی‌کند (نعیمی و موسوی، ۱۳۹۶، صص. ۱۲۳-۱۲۴).

۶-۴. سرعت کمتر در رسیدگی

سرعت حل و فصل اختلافات بانکی با توجه به اینکه تأخیر در رسیدگی می‌تواند موجب افزایش روزانه و چشمگیر میزان خسارات و وجه التزام‌های قراردادی شود، به حدی در حل و فصل این دست از اختلافات اهمیت دارد که برخی آن را «ارزش افزوده» روش‌های غیرقضائی می‌دانند. زیرا علاوه بر حل اختلاف، به علت سرعت در رسیدگی مانع ورود بسیاری از خسارات و هزینه‌های کنترل نشده می‌شوند (Siclari, 2015, p. 133).

۵. مطلوب‌ترین روش حل و فصل اختلافات

در اینکه به راستی کدام یک از روش قضائی و روش‌های غیرقضائی و در میان روش‌های غیرقضائی کدام یک برای حل اختلافات بانکی مطلوب‌تر است، محل اختلاف است. علت وجود اختلاف نظر در تعیین مطلوب‌ترین روش، وجود مزایا و معایب برای هر یک از روش‌ها در مقایسه با سایر روش‌ها است. در پرتو همین مزایا و معایب است که می‌توان گفت هیچ مکانیزم حل و فصل اختلاف کامل و بدون عیب، وجود ندارد. بر این اساس نگارندگان در مقام معرفی یک روش واحد برای حل و فصل تمام اختلافات بین‌المللی نیستند بلکه صرفاً در مقام معرفی روشی هستند که به‌طور کلی و در شرایط عادی، می‌تواند بهتر خواسته طرفین اختلافات بین‌المللی بانکی را برآورده کند. برای این منظور، ضروری است جهت تعیین مطلوب‌ترین روش، ابتدا میان دو روش «قضائی» و «غیرقضائی»، به نتیجه برسیم.

۵-۱. مطلوب‌ترین روش حل و فصل اختلافات میان دو روش قضائی و غیرقضائی

برای تعیین بهترین روش میان دو روش قضائی و غیرقضائی، به نظر مروری بر معایب هر یک از این دو روش با معیار «تصمیم یا رأی صادره» و در نهایت مقایسه عیوب هر روش و میزان اهمیت و اثر هر یک از آنها بر اصحاب دعوا، کارساز است.

بر پایه معیار فوق و تحقیقات میدانی به شرح بخش ۳ نوشتار حاضر، در میان تمام معایب روش قضائی در مقابل روش‌های غیرقضائی، اصلی‌ترین معایب روش قضائی بر اساس تجربه و اظهار بانک‌های ایرانی و مذاقه در کتب و مقالاتی همچون کتاب‌های ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌المللی نوشته علیرضا مسعودی، دعاوی مطروحه در اختلافات اسنادی و حل و فصل آنها نوشته گلاویژ الماسی و مرضیه شیخ‌محمدی، حقوق تجارت بین‌الملل نوشته عبدالحسین شیروی، اهمیت داوری در قراردادهای بانکی و اداری نوشته سکینه کشاورز معتمدی و مقاله بررسی دلایل برتری داوری بر رسیدگی‌های قضائی در دعاوی نفت و گاز نوشته حمید حمیدیان عبارتند از:

- فقد تخصص لازم محاکم برای رسیدگی به اختلافات بانکی؛

- جانبداری محاکم از منافع و مواضع کشور خود؛

- دشواری اجرای آرای محکمه یک کشور در کشور دیگر؛

- اطاله رسیدگی؛

همچنین بر اساس معیار فوق، به نظر نگارندگان در میان ایرادات داوری (به شرح بخش ۴ نوشتار حاضر) با توجه به:

۱- ترافعی بودن هر دو روش قضائی و داوری و ضرورت صدور رأی در آنها بر مبنای قوانین،

۲- عدم یا کاهش مواجهه با اختلافات مقدماتی در صورت تنظیم توافق‌نامه یا شرط داوری در چارچوب استانداردهای ارائه‌شده توسط مؤسسات داوری معتبر،

۳- اهمیت پایین انتفای حق مراجعه به مراجع قضائی با توجه به رسیدگی به اختلاف توسط داور یا داوران متخصص، باید پذیرفت که اصلی‌ترین ایراد داوری در مقایسه با روش قضائی، قطعی بودن رأی صادره توسط داور است.

بر اساس معیار یادشده، با توجه به ترافعی نبودن روش‌های مذاکره، سازش،

میانجی‌گری و کارشناسی و عدم صدور رأی در طرق مذکور، به نظر نگارندگان ایراد روش‌های مذکور در مقایسه با روش قضائی عدم ضرورت منتج به نتیجه شدن مذاکره، سازش، میانجی‌گری و کارشناسی است.

در این میان باید دید کدام دسته از معایب دو روش قضائی و غیرقضائی به شرح فوق، عیوب اساسی‌تری محسوب می‌شود.

به نظر می‌رسد مواجهه با یک رأی نادرست صادرشده توسط مقام ناآگاه و غیرمتخصص یا دارای اطلاعات ناقص که تأیید آن توسط مراجع بالاتر نیز محتمل است (در صورت اعتراض) و یا عدم توانایی اجرای رأی صادره و احقاق حقوق بانک از طریق اجرای آن، به مراتب برای بانک‌ها خطرناک‌تر از قطعیت رأی داوری که با تخصص کافی و آگاهانه و با آزادی بیشتر اصحاب دعوا در طول رسیدگی آن صادر شده و همچنین عدم حصول نتیجه در مذاکره، سازش، میانجی‌گری و کارشناسی که منتج به رسیدگی مجدد به اختلاف توسط محکمه خواهد شد، است.

بر این اساس به نظر می‌رسد به‌طور کلی و در شرایط عادی، روش غیرقضائی به مصلحت بانک‌ها نزدیک‌تر بوده و پتانسیل لازم برای تبدیل شدن به یک روش حل اختلاف عمده را دارد.

۲-۵. مطلوب‌ترین روش حل و فصل اختلافات در میان روش‌های غیرقضائی

در حال حاضر داوری رایج‌ترین و شناخته‌شده‌ترین روش جایگزین برای رسیدگی در دادگاه است. این در حالی است که امروزه استفاده از روش‌های غیرقضائی دیگر به علت بیشتر شدن درجه اهمیت سرعت حل اختلافات و حفظ روابط میان طرفین اختلاف و حل اختلاف با عدم آسیب به روابط اصحاب دعوا یا کمترین آسیب، در محور توجه فعالان عرصه بین‌الملل قرار گرفته است.

در اینکه مطلوب‌ترین روش حل اختلاف در میان این روش‌ها کدام است، بهتر است از روش مقایسه به شیوه مقایسه روش قضائی با روش غیرقضائی که پیش‌تر بیان شد، استفاده شود.

با بذل توجه به اصلی‌ترین علت استقبال فعالان اقتصادی از روش‌های غیرقضائی (غیر از داوری) که همانا حفظ روابط مالی با وجود بروز اختلاف است به نحوی که اختلاف

حادث مزاحم یا قاطع روابط مذکور نباشد و همچنین با توجه به نبود ایرادات اصلی روش قضائی در هیچ‌یک از روش‌های غیرقضائی، به نظر نگارندگان می‌رسد که در میان معایب روش داوری در مقایسه با روش‌های غیرقضائی دیگر، اصلی‌ترین عیب روش داوری، ترافیعی بودن آن است که گرچه منتج به صدور رأی لازم‌الاجرا می‌شود اما به‌طور معمول پس از داوری طرفین مناسبات و روابط دوستانه خود را از دست می‌دهند و گاه رأی داور، دستاویز طرح اختلافات جدیدتر و گاه شدیدتر میان طرفین می‌شود.

اصلی‌ترین عیب از میان معایب سایر روش‌های غیرقضائی، الزام‌آور نبودن تصمیم گرفته‌شده در نتیجه استفاده از این روش‌ها و امکان مراجعه هر یک از اصحاب دعوا به محکمه برای رسیدگی مجدد به اختلاف است.

این در حالی است که فعالان در عرصه تجارت بین‌الملل از جمله بانک‌ها در عین نیاز به حل و فصل اختلافات خود به نحو قطعی و لازم‌الاجرا، خواستار حفظ روابط کاری و تجارتي خود نیز هستند. بر این پایه به نظر می‌رسد بهترین راه برای تأمین هر دو خواسته و نیاز فوق، استفاده از «شروط حل اختلاف چندمرحله‌ای» است. چنین روشی با داشتن آثاری از جمله فیلترینگ یعنی حل اختلافات کوچک در مراحل اولیه و باقی‌ماندن اختلافات عمده در مراحل پایانی (منصوری‌رضی، ۱۳۹۷، ص. ۴۱۴)، قاطعیت توأم با تخصص و حفظ روابط دوستانه، غالب خواسته بانک‌ها را برآورده می‌سازد؛ در میانجی‌گری، میانجی‌گر با رویکرد حفظ روابط دوستانه طرفین سعی در حصول توافق دارد. در کارشناسی، متخصص یا گروه متخصصین در مقام صدور نظریه کارشناسی صرفاً بر پایه ضوابط استوار بر تخصص خود بدون ورود به مباحث حقوقی و ترافیعی می‌باشد که نتیجه چنین امری نیز حفظ روابط مسالمت‌آمیز است. چنانچه اختلاف با استفاده از دو مرحله یادشده حل و فصل نشود، طرفین ناگزیر به حل اختلاف از طریق داوری (که حسب مباحث پیش‌گفته روشی مطلوب‌تر در مقایسه با روش قضائی است) خواهند بود. بدیهی است که داوری در روش پیشنهادی دارای تبعات سوء کمتری بر روابط طرفین است زیرا وجود میانجی‌گری و کارشناسی پیش از داوری موجب می‌شود که خصوصیت ترافیعی داوری در این روش نسبت به داوری مرسوم تعدیل شود. همچنین وجود مرحله کارشناسی پیش از داوری در روش پیشنهادی و در نتیجه علم داور به نظر کارشناسان

منجر به تشهید ذهن داور و متعاقباً تسهیل داوری می‌شود.

با توجه به اینکه اختلافات بانکی اساساً قابلیت میانجی‌گری و کارشناسی و داوری‌پذیری را دارند و با عنایت به یکسان بودن خواست بانک‌ها از یک مکانیزم حل اختلاف در اکثر دعاوی و عدم تأثیر موضوع اختلاف یا طرف اختلاف در رویکرد مذکور، روش پیشنهادی می‌تواند در تمام اختلافات بانکی روش مناسبی تلقی شود. روشن است که روش پیشنهادی، صرفاً مختص اختلافاتی است که قانوناً رسیدگی به آنها در صلاحیت انحصاری مراجع قضائی نمی‌باشد به‌طورمثال دعاوی کیفری و دعاوی ورشکستگی در ایران در زمره دعاوی است که قابلیت حل و فصل از طریق روش پیشنهادی را ندارد. البته بررسی مصادیقی از این دست خود نیازمند پژوهش دیگری است و در این نوشتار قابل بحث و بررسی نیست.

حل اختلافات از طریق شروط چندمرحله‌ای بسیار متداول است. این شروط مکانیسمی برای حل اختلافات است که متضمن چندین مرحله، بنا به توافق طرفین می‌باشد. طرفین در تعیین مراحل و تعدد آنها و ارتباط این مراحل با یکدیگر مختارند. ایشان می‌توانند این مراحل را به‌صورت ترتیبی یا موازی یا دوگانه در نظر بگیرند. در انتخاب هر یک از این روش‌ها باید شرایط مختلف از جمله موضوع قرارداد، رابطه میان طرفین و موضوع اختلافات احتمالی میان طرفین، مدنظر قرار گیرد.

۳-۵. شروط حل اختلاف چندمرحله‌ای، راهکاری مناسب برای حل اختلافات بانکی

با توجه به مراتب پیش‌گفته با فرض اشراف کامل مخاطب به ویژگی هر یک از روش‌های مرسوم غیرقضائی و با لحاظ ماهیت اختلافات بانکی که علی‌الاصول در زمره اختلافات فنی و تخصصی قرار دارند به نظر نگارندگان اصلح است در قراردادهای بانکی منعقدۀ چنین پیش‌بینی شود که در صورت حدوث اختلاف، طرفین ابتدا باید ظرف مدت مشخصی اختلاف خود را از طریق مذاکره حل و فصل کنند و در صورت عدم حل اختلاف حادث از طریق مذاکره و یا عدم مذاکره به هر علت، می‌بایستی مطابق توافق‌نامه حل و فصل اختلافات که در زمان انعقاد قرارداد تنظیم شده است، عمل شود؛ در توافق‌نامه روش حل اختلاف چندمرحله‌ای از نوع ترتیبی به ترتیب «میانجی‌گری، کارشناسی و داوری» معادل «co med exp arb»^۶ (نه «med exp arb»^۷)

(زرکلام، ۱۳۷۹، صص. ۸۶-۸۸)، به‌عنوان روش حل اختلاف تعیین شود. به‌نحوی که بدواً میانجی، طی شرایط و زمان مقرر در توافق‌نامه تلاش برای دستیابی طرفین به یک راه‌حل مناسب کند متعاقباً در صورت عدم حل و فصل اختلاف از طریق یادشده، با توجه به فنی بودن اختلافات بانکی، کارشناس یا کمیته کارشناسی پیش‌بینی شده، حسب اسناد نظریه کارشناسی صادر کند و نهایتاً در صورت اختلاف طرفین نسبت به نظریه کارشناسی مراتب به داور یا داوران تعیینی ارجاع شود. اینک و به‌منظور توجیه مصداقی شرط پیشنهادی، پرونده ذیل مورد مذاقه قرار می‌گیرد:

بانک ایرانی «الف» اقدام به گشایش اعتبار اسنادی به نفع فروشنده خارجی تبعه کشور (الف) می‌نماید. بانک کشور (ب) بانک کارگزار ابلاغ‌کننده و پرداخت‌کننده اعتبار گشایش یافته بوده است. فروشنده به علت تأخیر چندماهه بانک ایرانی در پرداخت مبلغ اعتبار اسنادی و عدم درج شرط حل اختلاف در قرارداد، علیه بانک یادشده در کشور (ب) اقدام به اقامه دعوا جهت دریافت خسارت تأخیر می‌کند. در نهایت دادگاه با این استدلال که تحریم به علت عدم درج در مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی ۶۰۰^۱ و همچنین عدم شرط «معافیت بانک گشاینده اعتبار از تعهدات در صورت تحریم» در قرارداد، فورس ماژور محسوب نمی‌شود، بانک «الف» را طی رأی غیابی به پرداخت خسارت تأخیر محکوم می‌نماید. این در حالی است که صرف‌نظر از اینکه اولاً دادگاه بر پایه قوانین حل تعارض کشور خود، فاقد صلاحیت در رسیدگی به دعوا بوده. ثانیاً دادگاه قانون کشور خود را بر دعوا حاکم و بر پایه آن رسیدگی کرده است. درحالی‌که حسب قانون حل تعارض، آیین دادرسی بین‌المللی دادگاه رسیدگی‌کننده و رویه قضائی موجود در سیستم‌های حقوقی پیشرفته، قانون ماهوی قابل اعمال در پرونده، قانون ایران بوده و ثالثاً دادگاه در فرایند ابلاغ اوراق قضائی دچار اشتباه شده است، استدلال دادگاه به شرح فوق که منتج به صدور رأی شده، نادرست بوده است؛ گرچه در ماده ۳۶ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی ۶۰۰ در مصدیقی که برای فورس ماژور نام برده، اشاره‌ای به تحریم‌های اقتصادی نشده است اما این مصدیق حصری نیستند چرا که این ماده پس از برشمردن مصدیق فورس ماژور از عبارت «یا هر دلیل دیگری» استفاده کرده است. بر این پایه و با توجه به اینکه

تحریم‌های ایران دارای هر سه ویژگی که برای فورس ماژور بودن وجود دارد (شامل خارجی بودن، غیرقابل پیش‌بینی بودن، غیرقابل اجتناب بودن) می‌باشد، مبرهن است که رأی صادره بدون تخصص کافی صادر شده است. محل تأمل اینکه پس از اطلاع بانک «الف» از رأی صادره، طرفین از طریق مذاکره در کمترین زمان ممکن و با تأمین منافع بانک ایرانی به مصالحه رسیدند.

اگر شرط پیشنهادی به‌عنوان شرط حل اختلاف در قرارداد مبحث‌عنه گنجانده شده بود، شرکت ابتدا می‌بایست ادعا خود را طی مذاکره به بانک «الف» اعلام می‌کرد (که به احتمال زیاد نتیجه مطلوب حاصل می‌شد) و در صورت عدم حصول نتیجه، موضوع را از طریق میانجی‌گری پیگیری و در صورت عدم حل اختلاف، از طریق کارشناسی (که قطع به یقین کارشناس به‌واسطه تخصص خود، تحریم را در زمره مصادیق فورس ماژور محسوب می‌کرد) ادعا را پیگیری و با فرض اعتراض به نظر کارشناس نیز با طرح موضوع نزد داوری اختلاف منجر به حل و فصل می‌شد.

با وجود مراتب فوق، موانع زیر می‌تواند از عوامل بازدارنده بانک‌ها در به‌کارگیری روش پیشنهادی باشد:

الف) اطاله فرایند رسیدگی

عدم استقبال بانک‌ها از روش پیشنهادی به علت اطاله رسیدگی به جهاتی از جمله چندمرحله‌ای بودن آن، امکان بی‌اعتنایی هر یک از طرفین اختلاف به نتیجه حاصله در مرحله یا مراحل پیشین، زمان‌بر بودن انتخاب میانجی‌گر، کارشناس و داور در هر مرحله و عدم رعایت ترتیب حل اختلاف از سوی اصحاب اختلاف محتمل است. اما مانع موصوف با پیش‌بینی موارد زیر در توافق‌نامه داوری تا حدود چشمگیری مرتفع خواهد شد:

۱- برای هر یک از میانجی‌گری و کارشناسی مدت تعیین شود برای مثال برای میانجی‌گری از زمان پذیرش میانجی‌گری توسط میانجی‌گر، پنج روز در نظر گرفته شود و برای کارشناسی نیز به همین ترتیب عمل شود و برای داوری، داوری فوری همانند داوری فوری پیش‌بینی شده در قوانین مرکز تخصصی حل و فصل اختلافات بانکی و مالی که مطابق آن داور باید ظرف مدت پانزده روز از زمان ارائه درخواست حکم صادر کند، انتخاب شود.

۲- شرط الزام‌آور بودن تصمیم میانجی‌گر و کارشناس در توافق‌نامه پیش‌بینی شود؛ بدان معنا که چنانچه طرفین بر پایه میانجی‌گری یا کارشناسی به توافق و مصالحه رسیدند، دیگر مجاز به طرح مجدد موضوع نباشند. به نظر می‌رسد چنین الزامی از طریق اسقاط حق طرح مجدد اختلاف قابل تصور است. اما در اینکه آیا در نظام قضائی ایران، اسقاط حق یادشده جایز است یا خیر، بستگی به قرار داشتن یا نداشتن چنین اسقاطی در زمره اسقاط مالم یجب است. در این باره اختلاف نظر وجود دارد، برخی آن را صحیح (اکبری‌دهنو و شهبازی‌نیا، ۱۳۹۳، ص. ۱۸) و برخی دیگر مصداق اسقاط مالم یجب و باطل می‌دانند (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضائی، ۱۳۹۴، ص. ۲۰۶). بررسی نظرات فقهی گویای این واقعیت است که فقهای عظام در ممنوعیت اسقاط مالم یجب به دو دلیل تمسک جسته‌اند. یکی آنکه اسقاط مالم یجب عقلاً و ماهیتاً محال است. محمدحسن صاحب جواهر در جواهرالکلام بر این عقیده است. دومین دلیل، اجماع فقهای امامیه است (مولودی قلاچی، ۱۳۷۹، ص. ۹۵). در مقام ارزیابی این دلایل می‌توان چنین پاسخ داد که اگر منظور از اسقاط مالم یجب، اسقاط حق در زمان نیستی حق باشد بی‌گمان چنین اسقاطی باطل است. اما اگر مراد، اسقاط حق در محل ثبوت یا از بین بردن مقتضی و سبب ایجاد حق باشد مانعی عقلی برای امکان آن وجود ندارد. چون فرض بر این است که مردم در اعمال خود مطابق موازین عقلی عمل می‌کنند تا وقتی که خلاف آن ثابت نشده است. همچنین در پاسخ به ایراد عدم امکان تعلق اراده به امر معدوم باید گفت آنچه که متعلق اراده و مورد تصرف قرار می‌گیرد حقی است که در آینده به وجود می‌آید نه حقی که در زمان انشا معدوم است. در خصوص دلیل دوم یعنی اجماع باید گفت: اولاً. وقوع چنین اجماعی مسلم و محرز نیست؛ ثانیاً. اجماع یادشده اجماع محصلی نیست که حجیت آن مورد تردید نباشد بلکه اجماع منقولی است که تنها از سوی تعداد معدودی از فقها و البته گاهی با تردید بیان شده است؛ ثالثاً. حتی اگر وقوع چنین اجماعی را مسلم بدانیم احتمال بسیار وجود دارد که دلیل اجماع‌کنندگان امتناع عقلی اسقاط مالم یجب باشد. در این صورت اسقاط حق در محل ثبوت آن چون از لحاظ عقلی مانعی ندارد، در شمول اجماع قرار نمی‌گیرد (مولودی قلاچی، ۱۳۷۹، صص. ۹۶-۹۸).

به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز به تبعیت از فقه، می‌توان بر این عقیده بود که چنین اسقاطی، در صورتی از مصادیق «اسقاط مالم یجب» است که طرفین از منشأ و دلیل آن علم و آگاهی نداشته باشند. اما اگر اسقاط حق محتمل به غرر و جهل منتهی نشود می‌توان با پیش‌بینی و ذکر دقیق مختصات و مشخصات آنچه اسقاط می‌شود فرض جهل منتهی به غرر را نیز منتفی کرد (رضائی، ۱۳۹۹، ص. ۳۱۹).

۳- ضروری است فهرستی از کارشناسان خبره بانکی که در حل دعاوی بانکی حرفه‌ای هستند تهیه و در توافق‌نامه حل و فصل اختلافات به ضرورت انتخاب میانجی‌گر، کارشناس و داور از میان فهرست مذکور، توافق شود. مشابه فهرست موصوف، فهرستی است که هیئت کارشناسان رسمی بازار بین‌المللی فایننس (مرکز تخصصی حل و فصل اختلافات بانکی و مالی) در اختیار دارد (Oluwabiyi, 2015, p. 8).

۴- با توجه به اینکه عدم رعایت ترتیب مقرر در شرط حل اختلاف چندمرحله‌ای صرفاً در صورت غیرالزامی بودن مراحل پیشین یا رضایت طرف مقابل امکان‌پذیر است، بنابراین ضروری است در توافق‌نامه حل و فصل اختلافات به الزام‌آور بودن طی مراحل حل اختلاف به ترتیب و عدم جواز کارشناس به رسیدگی پیش از طی مرحله میانجی‌گری و عدم جواز داور به رسیدگی پیش از طی مراحل میانجی‌گری و کارشناسی تصریح شود.

شایان ذکر است که مقصود از شرط حل اختلاف چندمرحله‌ای «میانجی‌گری، کارشناسی و داوری» معادل «co med exp arb» روشی است که بر خلاف روش «med exp arb» (که در آن داور خود به‌عنوان میانجی‌گر و کارشناس اقدام می‌کند و به‌عبارت دیگر داور پیش از داوری باید تلاش کند اختلاف را از طریق میانجی‌گری یا صدور نظر کارشناسی حل و فصل کند و تمام اقدامات حل اختلاف توسط شخص واحد انجام می‌شود و به همین علت ایرادات بسیاری به آن وارد است)، میانجی‌گری، کارشناسی و داوری به اشخاص متفاوتی واگذار می‌شود، بنابراین ضروری است به‌منظور جلوگیری از تعبیرهای نادرست و اشتباه گرفتن این روش با روش «med exp arb»، در توافق‌نامه به این موضوع (متفاوت بودن میانجی‌گر، کارشناس و داور) تصریح شود.

ایراد اساسی وارد به روش «med exp arb» این است که این روش به علت واحد بودن شخص داور، میانجی‌گر و کارشناس در آن، از کارایی میانجی‌گری و کارشناسی

سازوکار مؤثر حل و فصل اختلافات بین المللی بانک‌های... / ملیحه عبدالرحیمی و علی رضائی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۳۱۹

می‌کاهد. زیرا طرفین اختلاف در میانجی یا کارشناس چهره یک داور آتی را می‌بینند (زرکلام، ۱۳۷۹، صص. ۸۶-۸۸).

۵- تدوین آیین رسیدگی به اختلاف در هر مرحله در راستای جلوگیری از بروز ابهام در فرایند رسیدگی.

ب) اصل ۱۳۹ قانون اساسی

اصلی‌ترین مانع قانونی در به‌کارگیری روش پیشنهادی، اصل تفسیربردار ۱۳۹ قانون اساسی پیرامون شرایط ارجاع اختلافات به داوری (به‌عنوان آخرین مرحله در روش فوق) و مقررات مبتنی بر آن است؛ با لحاظ مفاد اصل ۱۳۹ و قید «اموال عمومی و دولتی» در آن، در اینکه آیا بانک‌های دولتی مشمول محدودیت اصل مذکور می‌شوند یا خیر، اختلاف نظر است؛ به‌طورمثال برخی معتقد بر تسری آن به بانک‌های دولتی می‌باشند. برخی با توجه به اینکه اصل مذکور صرفاً معطوف به اموال دولتی و عمومی است و نه شرکت‌های دولتی، بر این باورند که اموال شرکت‌های دولتی (ازجمله بانک‌های دولتی)، در زمره اموال دولتی محسوب نمی‌شود. بر اساس این رویکرد، آرایبی نیز توسط محاکم صادر شده است که ازجمله آنها می‌توان به دادنامه شماره ۹۲۰۰۵۷ مورخ ۱۳۹۲/۰۹/۰۲ شعبه ۳۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران، اشاره کرد (هندی، ۱۳۸۶، صص. ۲۴-۸۶؛ کشاورز معتمد، ۱۳۹۷، صص. ۸۳-۸۵). گروهی معتقدند صرفاً اموالی قابلیت ارجاع به داوری را ندارند که در محدوده تعریف اموال دولتی به معنای خاص (اموال عمومی) درآیند (عبد یزدان، ۱۳۹۷، ص. ۳۱)؛ برخی با تکیه بر نظریه شماره ۷/۶۱۶۶ مورخ ۱۳۷۳/۰۹/۱۵ اداره حقوقی قوه قضائیه، معتقدند با توجه به اینکه بانک‌های دولتی از بودجه عمومی کل کشور استفاده نمی‌کنند، بنابراین هیچ‌گونه محدودیتی در ارجاع اختلافات به داوری بر اساس اصل ۱۳۹ ندارند (فتاحی، ۱۳۹۴، ص. ۱۶۸؛ کریمی و پرتو، ۱۳۹۱، ص. ۲۱). از نظر نگارندگان بر پایه ظاهر اصل، بانک‌های دولتی مشمول اصل ۱۳۹ می‌شوند لیکن با مطالعه جلد دوم صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلسه ۴۸) در باب اصل مذکور، مشخص است که مقصود نمایندگان صرفاً اموالی است که ۱۰۰ درصد آن در مالکیت دولت می‌باشد. مؤید این استنباط مثال‌های به‌کاررفته توسط نمایندگان از

قبیل قرارداد خرید هواپیمای فانتوم از آمریکا و خرید ماشین‌آلات راه‌سازی برای دولت است. از سوی دیگر با توجه به اینکه فی‌الحال و در راستای اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی، اکثر بانک‌های ایرانی، خصوصی یا دولتی با مشارکت حداکثر ۴۹ درصدی بخش غیردولتی می‌باشند، با مذاقه در دیگر اصول قانون اساسی همچون اصل ۴۰ در باب منع اضرار به غیر، بند ج اصل ۲ در باب استقلال اقتصادی، بند ۱۲ اصل ۳ در باب پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه، عملاً دچار تعارض در اعمال اصل ۱۳۹ بدون لحاظ حقوق سهامداران خصوصی می‌شویم. در این راستا، شایسته است با نظر به مقصود قانون‌گذار اساسی از وضع اصل ۱۳۹ و سایر اصول فوق‌الذکر از یک‌سو و قواعد فقهی حاکم از جمله قاعده نفی سبیل و قاعده مصلحت نظر به اینکه مسائل پولی و بانکی نقش تعیین‌کننده در حفظ منافع و دارایی‌های ملی دارد (حقیقت، ۱۳۹۴، صص. ۹۰-۹۲) مراتب دایره شمولیت و حدود اصل ۱۳۹ با تأکید بر شرایط اقتصادی و نظام بانکی فعلی و حقوق سهامداران از شورای نگهبان استفسار شود.

شایان ذکر است که مشاور محترم وقت معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم و سرپرست اداره پیشگیری قضائی به‌عنوان متولی اصلی ترویج نهاد داوری در کشور استفاده از ظرفیت اصل ۱۲۷ قانون اساسی را به‌عنوان راهکار اتخاذ شده است؛ گاهی اوقات مسائلی با ابعاد گوناگون فرهنگی، اقتصادی و غیره مطرح می‌شوند که منحصراً مرتبط به یک وزارت‌خانه یا دستگاه معینی است. چون حل و فصل این‌گونه امور از نظر سازمانی و مادی فرایند ویژه‌ای را می‌طلبد، نهاد جدید «نمایندگی ویژه» به موجب اصل ۱۲۷ تأسیس شد (وکیل و عسکری، ۱۳۸۳، ص. ۳۷۴). بر این پایه تصویب ارجاع اختلافات بانک‌های دولتی (جز اختلافاتی که طرف آن خارجی است و یا اختلافات مهم که ارجاع آن به داوری علاوه بر تصویب هیئت وزیران، مستلزم تصویب مجلس نیز است) به داوری که مطابق اصل ۱۳۹ مستلزم تصویب هیئت وزیران است، به بانک مرکزی ج.ا.ا به‌عنوان «نماینده ویژه» محول می‌شود. در این صورت تصمیم بانک مرکزی ج.ا.ا در حکم تصمیم رئیس‌جمهور و هیئت وزیران خواهد بود. از نظر نگارندگان با توجه به اینکه اصل ۱۳۹ منقسم به دو جزء است، امکان به‌کارگیری راهکار اتخاذی مقام مذکور در جزء اول اصل متصور و موجب تسهیل فرایند ارجاع اختلاف به داوری خواهد شد. لیکن برای جزء دوم (اختلافاتی که طرف آن خارجی

است و یا اختلافات مهم)، راهکار اتخاذی ناکارآمد بوده و ناگزیر می‌بایست به راهکار استفسار از شورای نگهبان به شرح مذکور تمسک جست. لازم به ذکر است که تاکنون چنین اختیاری از سوی دولت به بانک مرکزی تفویض نشده لیکن پیش‌تر مستند به قانون راجع به اجازه ارجاع به داوری و تعیین داور برای دعاوی علیه بانک‌ها در خارج از کشور به بانک مرکزی ایران مصوب ۱۳۶۰ شاهد تجویز چنین اختیاری از سوی نهاد قانون‌گذار بوده‌ایم که فاقد ارتباط موضوعی با اصل ۱۲۷ است.

نتیجه‌گیری

با بررسی این مقاله که در آن سازوکار مؤثر حل و فصل اختلافات بین‌المللی بانکی به بحث گذارده شد، می‌توان نتایج زیر را بر شمرد:

اول؛ اختلافات بین‌المللی بانکی، اختلافات ناشی از بانکداری بین‌المللی است که دارای یک عنصر خارجی بر اساس یکی از سه معیار هویت مشتری، محل انجام عملیات بانکی و تابعیت بانک‌ها می‌باشد و به اقسام مختلفی از جمله اختلافات ناشی از ارائه خدمات بانکی بین‌المللی، اختلافات ناشی از تسهیلات بین بانکی، اختلافات ناشی از تنزیل اعتبار اسنادی، اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بانک‌های ایرانی در خارج از کشور و اختلافات سیاسی منقسم می‌شود.

دوم؛ حسب تحقیق میدانی از سیستم بانکی ایران و با تدقیق در پرونده‌های موجود، علل عمده عدم حصول نتیجه مطلوب برای بانک‌های ایرانی در اختلافات بین‌المللی عبارت از تبیین منافع کشورها توسط محاکم قضائی آنها، دشواری شناسایی و اجرای آرای قضائی صادره، اطاله رسیدگی در مراجع قضائی و عدم تخصص محاکم در رسیدگی به اختلافات است. روشن است که تمام علل مذکور ریشه در اتکا به روش قضائی برای حل و فصل اختلاف دارد. علل یادشده مستلزم عدول بانک‌های ایرانی از قاعده عمومی ارجاع تمام اختلافات بانکی اعم از داخلی و بین‌المللی به مراجع قضائی و متعاقباً اعتبارآفرینی به روش‌های غیرقضائی و تأکید بر انتخاب روش مؤثر و کارآمد حل و فصل اختلاف بر پایه قواعد فقهی حاکم از جمله قاعده «مصلحت» و قاعده «نفی سبیل» با نظر به ظرفیت‌های فقهی موجود در زمینه حل و فصل اختلافات است.

سوم؛ در میان دو علت «عدم شناخت روش‌های غیرقضائی و فاقد آگاهی کافی از مزایا و معایب روش‌های غیرقضائی و قضائی نسبت به یکدیگر» و «وجود موانع و نبود زیرساخت لازم برای استفاده از روش‌های حل و فصل غیرقضائی در حل اختلافات بانکی»، علت اول اصلی‌ترین علت پافشاری بانک‌های ایرانی به پیش‌بینی و انتخاب روش قضائی به‌عنوان روش حل اختلاف است.

چهارم؛ بهترین راه برای آگاهی بخشیدن به بانک‌های ایرانی درباره روش‌های مرسوم حل اختلاف، بیان مزایا و معایب هر یک از مکانیزم‌های حل اختلاف در مقام مقایسه با سایر روش‌ها است.

پنجم؛ هیچ‌یک از روش‌های حل و فصل اختلاف اعم از قضائی و غیرقضائی خالی از عیب نیست و نمی‌تواند به‌طور کامل تمام خواسته‌های اصحاب دعوا از یک روش حل اختلاف را برآورده سازد. بر این پایه معرفی یک روش واحد برای حل تمام اختلافات بانکی فارغ از موضوع اختلاف، اطراف اختلاف و سایر شرایط، ناممکن است.

ششم؛ با مقایسه روش‌های قضائی و غیرقضائی بر مبنای «تصمیم یا رأی صادره» و با تمسک به پاره‌ای قواعد فقهی از جمله قاعده «اوفوا بالعقود» و قاعده «الناس مسلطون علی حقوقهم فی الاسقاط» در جهت رفع پاره‌ای عیوب مطروحه درباره روش‌های غیرقضائی، روش‌های اخیرالذکر به علت وجود تخصص لازم برای رسیدگی به اختلافات بانکی به‌عنوان اختلافات فنی و تخصصی، انعطاف‌پذیری و حق انتخاب برای اصحاب دعوا (که با توجه به تبعیت نظام بانکی ایران از نظام بانکداری اسلامی و ضرورت رعایت قاعده «نفی سبیل» دارای اهمیت بسزایی است) و سهولت بیشتر در اجرای احکام و آرای صادره، به‌طور کلی و در شرایط عادی، به مصلحت بانک‌های ایرانی نزدیکتر بوده و پتانسیل لازم برای تبدیل شدن به یک روش حل اختلاف عمده را دارد.

هفتم؛ استفاده از سازوکار شروط حل اختلاف چندمرحله‌ای «میانجی‌گری، کارشناسی و داوری» (معادل «co med exp arb» و نه «med exp arb») با پیش‌بینی الزام‌آور بودن طی مراحل حل اختلاف به ترتیب (عدم جواز کارشناس به رسیدگی پیش از طی مرحله میانجی‌گری و عدم جواز داور به رسیدگی پیش از طی مراحل میانجی‌گری و کارشناسی)، متفاوت بودن میانجی‌گر، کارشناس و داور از یکدیگر،

الزام آور بودن تصمیم میانجی و کارشناس، ضرورت انتخاب میانجی، کارشناس و داور از میان کارشناسان خبره بانکی، تعیین مدت مشخص برای هر یک از میانجی و کارشناس و انتخاب داوری فوری برای داوری و تدوین آیین رسیدگی به اختلاف در هر مرحله در توافق‌نامه حل و فصل اختلاف، می‌تواند با داشتن آثاری از جمله فیلترینگ، قاطعیت توأم با تخصص، تعدیل خصوصیت توافعی داوری و حفظ روابط دوستانه و تسهیل داوری، غالب خواسته بانک‌ها را برآورده سازد.

هشتم؛ روش پیشنهادی در تمام اختلافاتی که قانوناً رسیدگی به آنها در صلاحیت انحصاری مراجع قضائی نمی‌باشد کارآمد است.

نهم؛ اطلاع فرایند رسیدگی و اصل ۱۳۹ قانون اساسی (پیرامون ارجاع اختلافات بانک‌های دولتی به داوری) دو مانع و عامل بازدارنده در به‌کارگیری روش پیشنهادی است. مانع نخست با تصریح بر موارد پیش‌گفته در توافق‌نامه تنظیمی، تا حدود چشمگیری مرتفع می‌شود لیکن در خصوص اصل ۱۳۹ شایسته است دایره شمولیت اصل یادشده با تأکید بر شرایط اقتصادی و نظام بانکی فعلی و حقوق سهامداران از شورای نگهبان استفسار شود. مبرهن است که ظرفیت اصل ۱۲۷ قانون اساسی در اختلافاتی که طرف دعوی خارجی است و یا موارد مهم داخلی (که ارجاع آن به داوری علاوه بر تصویب هیئت وزیران مستلزم تصویب مجلس است) راهکار مناسبی در رفع مانع مذکور نمی‌باشد.

یادداشت‌ها

1. Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG)
2. Mutuality of Obligation
3. Mutuality of Remedy
4. Lapine Technology Corp. V. Kyocera Corp
5. Chicago Typographical Union .V. Chicago Sun-Times
6. Combined- mediation- expert determination- arbitration: co med exp arb
7. Mediation-expert determination- arbitration: med exp arb
8. The Uniform Customs & Practice for Documentary Credits (UCP 600)

کتابنامه

- اکبری دهنو، میثم و شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۹۳). تراضی اصحاب دعوا در پایان دادن به دادرسی مدنی. فصل‌نامه پژوهش حقوق خصوصی، ۲(۷)، صص. ۳۷-۹.
- السان، مصطفی (۱۳۹۲). حقوق بانک مرکزی. تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.
- انصاری، باقر (۱۳۸۴). درآمدی بر مکانیزم‌های حل و فصل اختلافات تجارت بین‌المللی. حوزه و دانشگاه، ۱۱(۴۴)، صص. ۱۷۹-۲۰۴.
- پارک، ویلیام (۱۳۸۲). داوری در قراردادهای بانکی. ترجمه دکتر محسن مجببی. نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۲۰(۲۸)، صص. ۶۰-۴۵.
- پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضائی (۱۳۹۴). مجموعه آرای قضائی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) - (فروردین، اردیبهشت، خرداد) ۱۳۹۲. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- حقیقت، سیدصادق (۱۳۹۴). نقش مصلحت در حکومت اسلامی از دیدگاه امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه). فصل‌نامه اندیشه سیاسی در اسلام، ۲(۶)، صص. ۱۰۶-۸۹.
- خدوی، صالح (۱۳۹۴). نقش مصلحت در حکومت اسلامی از دیدگاه امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه). فصل‌نامه اندیشه سیاسی در اسلام، ۶(۶)، صص. ۱۲۳-۸۹.
- درویشی‌هویدا، یوسف (۱۳۸۹). استفاده مستقیم از کارشناس در حل و فصل اختلافات. فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۴۰(۴)، صص. ۱۹۲-۱۷۳.
- رحیمی‌آتانی، عبدالکریم (۱۳۹۷). بانکداری بین‌المللی. تهران: مهرگان دانش.
- رشیدی، مهدی (۱۳۹۶). بانکداری بین‌المللی یک با تأکید بر مدیریت ریسک نوسانات نرخ ارز و بهره. تهران: مؤسسه عالی بانکداری ایران.
- رضایی، علی (۱۳۹۹). آزادی اراده طرفین در نظارت قضائی بر آرای داوری تجاری بین‌المللی.

- مجله حقوقی بین‌المللی، (۶۲)، صص. ۳۰۵-۳۳۲.
- زرکلام، ستار (۱۳۷۹). مزایا و معایب میانجی‌گری — داوری (med-arb) همانند روش جایگزینی حل اختلافات. *مجله کانون وکلا*، (۱۷۱)، صص. ۸۵-۱۰۰.
- ساری، افسانه؛ باقری، محمود و رجب‌زاده اصطهباناتی، علیرضا (۱۳۹۸). تطبیق و کاربرد مسائل داوری در حل اختلافات بانکی بین‌المللی (با تأکید بر مراکز داوری تجاری بین‌المللی). *فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، ۱۲(۴۴)، صص. ۱۲۱-۱۴۷.
- سربازیان، مجید و رستم‌زاده اصلی، سروش (۱۳۹۸). اعتبار شروط یک طرفه تعیین صلاحیت داوری، در داوری تجاری بین‌المللی. *مجله حقوقی بین‌المللی*، ۳۶(۶۰)، صص. ۳۵۷-۳۸۰.
- سربازیان، مجید و رضایی، علی (۱۳۹۴). حل و فصل اختلافات اعتبارات اسنادی از طریق ارجاع به کارشناسی. *مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، ۷(۳)، صص. ۱۰۹-۱۴۰.
- عبد یزدان، مصطفی (۱۳۹۷). تحلیل رویکرد دادگاه‌ها نسبت به داوری دعاوی و اموال عمومی و دولتی. *دوفصلنامه پژوهش‌نامه حقوق خصوصی عدالت*، (۹)، صص. ۲۷-۴۸.
- فتاحی، مهدی (۱۳۹۴). نسبت بین نظرهای تفسیری شورای نگهبان و رویه قضائی درباره داوری راجع به اموال عمومی و دولتی. *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، ۴(۱۱)، صص. ۶۹-۸۷.
- کاشیان، عبدالمحمد؛ بهرامی، زهرا؛ قلی‌پور، فهیمه و شهروی، زهرا (۱۳۹۸). درک ماهیت پول‌های رمزیابه و تعیین برخی از الزامات قانون‌گذاری آن در ایران از منظر اقتصاد اسلامی. *فصلنامه سیاست‌های مالی و اقتصادی*، ۷(۲۶)، صص. ۷۱-۱۰۳.
- کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۱). داوری‌پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی. *فصلنامه پژوهش حقوق*، ۴(۳۶)، صص. ۱۵۷-۱۸۴.
- کشاوری، معتمد، سکینه (۱۳۹۷). *اهمیت داوری در قراردادهای بانکی و اداری*. تهران: گپ.
- مزینی، مسعود و مهاجرانی تهرانی، محمدحسن (۱۳۸۹). *بانکداری بین‌المللی ۲*. تهران: مؤسسه عالی بانکداری.
- منصوری‌رضی، ایوب (۱۳۹۷). رجوع نابهنگام به داوری در شروط حل اختلاف چندمرحله-ای. *حقوق خصوصی*، ۱۵(۲)، صص. ۴۱۳-۴۳۰.
- مولودی قلاچی، محمد (۱۳۷۹). اسقاط حقی که هنوز ایجاد نشده است. *فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ۴۷(۷۷۷)، صص. ۹۱-۱۰۷.
- نعیمی، طاهره سادات و موسوی، سیدفرج‌اله (۱۳۹۶). انصاف و عدالت در سیستم قانون‌گذاری

- ایران و رویکردهای قضائی امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه)، پژوهشنامه متین، ۱۹(۷۷)، صص. ۱۱۱-۱۳۵.
- وکیل، امیرساعد و عسکری، پوریا (۱۳۸۳)، *قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی*. تهران: انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- هندی، سیداصغر (۱۳۸۶). بررسی تسری شروط اصل ۱۳۹ قانون اساسی به اموال شرکت‌های دولتی. *مجله حقوقی دادگستری*، ۷۱(۶۱)، صص. ۶۳-۸۶.
- یزدی، آیت‌اله محمدعلی (۱۳۸۴). آداب قضاوت. *فصلنامه فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)*، ۱۱(۴۱)، صص. ۸۲-۱۱۷.
- یوسفیان، ملاعزت‌اله و گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۸)، بررسی فقهی جواز تجدیدنظرخواهی از احکام و آرا محاکم قضائی ایران. *فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ۵(۱۵)، صص. ۱۷۳-۲۰۱.
- C. Corn, R. (1998). *Lapine Technology Corp. V. Kyocera Corp.* OHIO STATE JOURNAL ON DISPUTE RESOLUTION, 13(3), pp. 1085- 1094.
- Keys, M. (2019). *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*. Switzerland: Springer.
- Oluwabiyi, A. (2015). A Comparative Legal Analysis of the Application of Alternative Dispute Resolution (ADR) to Banking Disputes. *journal of Law, Policy and Globalization*, (J.L. POLY & Globalization), 38(1), pp. 1-13.
- Peter Berger, K. (2009). The aftermath of financial crisis: why arbitration makes sense for banks and financial institution. *Law and Financial Markets Riview* (Law & Fin. Mkt. Rev), 3(1), pp. 54-63.
- Siclari, D. (2015). *Italian Banking and Financial law*. New York: Palgrave Macmillan Publications.