

Validation of arbitration conditions in banking contracts with a jurisprudential and legal perspective

Mohammad Reza Zangiabadi ^۱

1- Master of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Shahid Bahonar University of Kerman, Faculty of Law and Theology, Kerman, Iran.

Abstract.

In order to settle financial claims, the existence of strong guarantees such as arbitration agreements can lead to the return of banks' claims and increase the profits of these institutions. On the other hand, this process is beneficial for both the lender and the banks; Because the stronger the facility contracts, the stronger the cohesive contract will be. The present study, which has been compiled by descriptive-analytical method, seeks to state that banks in the executive phase, due to avoiding abnormal rulings issued by the arbitral tribunal or segregation of disputes under arbitration, often refuse to refer a claim to arbitration. This is why banks prefer to prefer the judiciary to arbitration to resolve existing disputes, giving reasonable reasons.

Keywords :

Arbitration, arbitration clause, banking contract, jurisprudence and law

^۱ Email: mr.zangiabadi68@yahoo.com

اعتبارسنجی شرط داوری در قراردادهای بانکی با رویکرد فقهی و حقوقی

محمدرضا زنگی آبادی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۳/۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۸/۶

چکیده

به منظور حل دعاوی مالی وجود ضمانتنامه‌ای مستحکم نظیر قرارداد داوری می‌تواند باعث بازگشت مطالبات بانک‌ها و افزایش سود این مؤسسات شود. از سوی دیگر، این فرایند، هم برای تسهیلات‌گیرنده و هم برای بانک‌ها مفید است؛ چراکه هرچه قراردادهای اعطای تسهیلات استحکام بیشتری داشته باشند، در نتیجه قرارداد منسجم‌تر مستحکم‌تری خواهیم داشت. پژوهش حاضر که به روش توصیفی-تحلیلی تدوین گردیده است، در صدد بیان این مطلب است که بانک‌ها در فاز اجرایی، به دلیل اجتناب از آرای غیرعادی صادره از سوی نهاد داوری یا تفکیک اختلافات تحت رسیدگی در داوری‌ها، اغلب از ارجاع دعوی به داوری امتناع می‌کنند و همین امر سبب شده بانک‌ها، برای حل اختلافات موجود، با اظهار دلایلی قابل تأمل، مراجع قضایی را به نهاد داوری ترجیح دهند.

واژگان کلیدی: داوری، شرط داوری، قرارداد بانکی، فقه و حقوق



^۱ - دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق، دانشکده حقوق و الهیات، دانشگاه شهیدباهنر، کرمان، ایران.
mr.zangiabadi68@yahoo.com

مقدمه

نهاد داوری از دیرباز در حل اختلافات پیش‌آمده در قراردادهای بین افراد مورد توجه بوده است که محققین در پژوهش‌های مختلفی بدان پرداخته‌اند. لکن در این مقاله به تبیین موازین فقهی و حقوقی داوری پرداخته‌ایم و از این رهگذر، چند مقوله اصلی از منظر فقه و حقوق اسلامی مورد بررسی قرار می‌گیرند که در قالب سؤالات اصلی و فرعی بدان‌ها پاسخ داده می‌شود:

۱. آیا نهاد داوری در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران مشروعیت دارد؟ به عبارت دیگر، آیا داوری و حل اختلاف به وسیله فرد یا افراد منتخب طرفین دعوا در نظام فقه و حقوق اسلامی، جایز و نافذ است؟

۲. با فرض جواز و نفوذ داوری در حقوق، قلمرو آن تا کجاست؟ به دیگر سخن، از نظر فقهی چه دعاوی و اختلافاتی را می‌توان به داوری ارجاع داد؟ آیا همه اختلافات اعم از جزایی، حقوقی، مالی و غیر مالی در حقوق اسلامی قابل ارجاع به داوری است یا اینکه در این زمینه محدودیتهایی وجود دارد؟

همچنین سعی شده به سؤالات فرعی ذیل نیز پاسخ داده شود:

- با پذیرش دو فرض پیشین، از نظر فقهی اعتبار احکام و آراء صادره از سوی نهاد داوری تا چه اندازه است؟

- آیا شرط داوری در ضمن عقد، قراردادی اصلی و مستقل است یا فرعی و تبعی؟

۱- تاریخچه و ادله جواز داوری

برای درک عمیق‌تر هر موضوعی، ابتدا بهتر است سیر تاریخی آن موضوع را از نظر بگذرانیم تا دگرگونی‌های ظاهری و محتوایی آن را در طول زمان مورد کنکاش و بررسی قرار دهیم؛ لذا قبل از پرداختن به موضوع داوری، موازین فقهی و تاریخی آن را از قرآن کریم و

منابع معتبر فقهی و روایی مختصراً بررسی می‌کنیم.

در ادبیات فقهی اسلام، مقوله داوری بیشتر تحت عنوان «حکمیت» مطرح شده است. حکمیت واژه‌ای تازی است که ریشه در لغت «حکم» دارد. حکم نیز کلمه‌ای کهن و برگرفته از زبان‌های سامی است که در اصل به معنای خرد و دانایی می‌باشد (مشکور، ۱۳۵۷: ج ۱، ص ۱۸۹-۱۸۸). این معنای مبنایی، به تدریج معانی دیگری را بر این لغت حمل نموده که مهم‌ترین آنها عبارتست از:

(۱) منع و بازداشتن (۲) اتقان و استحکام (۳) داوری.

معنای اخیر زمینه‌ساز معنای اصطلاحی این واژه یعنی «داوری» در برابر «دادرسی» شده است. این معنای اصطلاحی که غالباً در قالب «حکمیت» و «تحکیم» بیان می‌گردد، یکی از روش‌های حل و فصل مخاصمات است که متصف به ویژگی «اختیار» است. این اختیار، در دو زمینه بروز می‌کند: نخست در انتخاب داور و دوم اختیار در اجرای حکم داور. داوری با «قضاء» که روشی دیگر در حل و فصل اختلافات است، دارای تفاوت‌های متعددی می‌باشد که برخی از آنها ناشی از ویژگی مذکور است:

۱- داور از جانب طرفین دعوا تعیین و عزل می‌گردد در حالی که مرجع نصب و عزل قاضی، حکومت است.

۲- رضایت طرفین دعوا نسبت به داور شرط نیست.

۳- ضمانت اجرای احکام صادره از سوی قاضی و قوه قضائیه، لازم الاجرا و قهری بودن آنها است ولی ضمانت اجرا در داوری در این حد از قوت و قدرت نیست.

موضوع داوری، قبل از اسلام نیز در بین مردم وجود داشته است. هر جامعه‌ای با هر درجه از سادگی یا پیچیدگی، از نوعی روش حل و فصل اختلافات برخوردار است که این روش رابطه مستحکمی با نوع آن جامعه دارد. اصولاً عدم اطاعت از سخن حکم (داور)، نوعی پیمان شکنی و بی‌حرمتی محسوب می‌شد که علاوه بر محکومیت آن نزد عرب، با سکوت و بی‌تفاوتی حکم و یا اهل قبیله او مواجه می‌شد. ضمن آنکه مصلحت فرد نیز

ایجاب می کرد که حکم صادره را اجراء نماید و آن مصلحت عبارت بود از: اولاً عدم اطاله دعوا و ثانیاً عدم پذیرش داوری از سوی حکام دیگر (مهدی زاده، ۱۳۸۱ش: ۴۴). حق الزحمه و اجرت داوران نیز معمولاً از رهن ها و گروهایی که پیش از حکمیت از طرفین اخذ می شد محاسبه می گردید. به این ترتیب، حکمیت در عربستان جاهلی شیوه غالب و رایج حل و فصل مخاصمات و تابع برخی قواعد عرفی ناظر بر انتخاب داور، گستره صلاحیت وی، مکان و اجرت حکمیت و... بود (رک: جواد علی، ۱۹۷۱م: ج ۵). در هر حال، با ورود پیامبر (ص) به یثرب، نخستین حکومت دینی در حجاز بنیان گرفت و روز به روز بر دامنه اقتدار و تسلط آن نیز افزوده شد. اما تشکیل حکومت مرکزی به هیچ عنوان روش هایی همچون «داوری» را حذف نکرد. گرچه پیامبر اسلام (ص) علیرغم تأیید پیمان «حلف الفضول»، شیوه حلف را - که روشی در احقاق حقوق و رفع مظالم در دوران جاهلی بود- به کنار نهاد، اما به هیچ روی حکمیت را مورد تقبیح و تخطئه قرار نداد. حتی بر اساس قرآن کریم آن را در خصوص برخی منازعات، به عنوان شیوه رسیدگی مطرح ساخت. بر این اساس تداوم داوری، خصوصاً با توجه به عدم نفی آن از سوی قرآن و بلکه تأیید صریح آن امری کاملاً عادی و قابل توجیه بود. آیاتی مانند آیه ۱۱۴ سوره انعام و آیه ۶۵ سوره نساء، مؤید این مطلب هستند. «أَفَغَيْرَ اللَّهِ ابْتِغَىٰ حَكْمًا وَهُوَ الَّذِي أَنْزَلَ إِلَيْكُمُ الْكِتَابَ مُفَصَّلًا وَالَّذِينَ آتَيْنَاهُمُ الْكِتَابَ يَعْلَمُونَ أَنَّهُ مُنَزَّلٌ مِّن رَّبِّكَ بِالْحَقِّ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِينَ» (انعام: ۱۱۴) آیا حکمی جز خدا بخواهم در حالیکه اوست که کتابی را به تفصیل بر شما نازل فرموده و آنان که کتاب را به ایشان بخشیدیم می دانند که آن از سوی پروردگارت نازل شده است پس از دو دلان مباش. همچنین آیه «فلا و ربك لا يؤمنون حتىٰ يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً» (نساء: ۶۵) چنین نیست و قسم به پروردگارت که ایمان نیاورده اند مگر آنکه در اختلافی که دارند تو را داور نمایند آنگاه در آنچه داوری نمودی هیچ دلتنگی در خود نیابند و به خوبی بر آن گردن نهند. نکته قابل توجه آن است که در هیچ یک از این آیات، اصل حکمیت مورد تقبیح و نهی قرار نگرفته، بلکه حکمیت بردن نزد غیر خدا و رسول،

نادرست شمرده شده است. بدین ترتیب مشخص می شود که در دوران رسول گرامی اسلام (ص)، استفاده از حکمیت در حلّ و فصل دعاوی، علیرغم وجود حکومت مرکزی، امری عادی بوده که به هیچ وجه مورد نهی دین اسلام نیز قرار نگرفته است، بلکه همواره یک نکته از دیدگاه دین اسلام مورد توجه و تأکید قرار گرفته و آن محتوا و معیارهای حاکم بر صدور حکم از سوی داور بوده است. به عبارت دیگر، اسلام تأکید خاصی بر الهی بودن احکام صادره داشته، بدون آنکه هیچ حساسیتی بر شیوه صدور آن حکم داشته باشد. مهم آن بوده است که حکم، حکمی اسلامی و نه جاهلی باشد، بدون آنکه هیچ امر و نهی خاصی در زمینه تشریفات آن شده باشد (مهدی زاده، ۱۳۸۱ش: ۴۶). لذا مشخص می گردد که اسلام در محتوای یکی از سنن و روش های موجود در جامعه جاهلی عربستان، بدون هرگونه تغییری در شکل آن، تغییری مبنایی به وجود آورد و مسلمین را ملزم نمود که بر اساس احکام اسلامی و کتاب الهی حکم نمایند. چنین تحولی، آثار دیگری را نیز در پی داشت. یکی از این آثار، تحوّل در ضمانت اجرای احکام صادره بود؛ بدین گونه که ضمانت اجرای این احکام قوّت و قاطعیت بیشتری یافت. زیرا از یک سو باید حکمی الهی صادر می شد و از سوی دیگر، عدم تمکین در برابر احکام الهی نیز به معنای ایمان نیاوردن به خداوند متعال بود، بدین ترتیب مسلمین موظف و مکلف به اجرای حکم صادره بودند. در آیه ۶۵ سوره نساء ملاحظه نمودیم که خداوند متعال شرط ایمان را تسلیم بودن در برابر احکام پیامبر (ص) دانست که این تنها از یک منشأ بر می خاست و آن اینکه احکام صادره از سوی پیامبر (ص)، احکامی الهی بود؛ بدین لحاظ هر حکمی که بر مبنایی اسلامی، صادر می شد از این پشتوانه و ضمانت اجرا برخوردار بود. تا آنجا که مسلمین در بسیاری اوقات به دنبال آگاهی از حکم الهی بودند و سپس خود ایشان بدون هرگونه اجباری، به آن گردن می نهادند.

حکمیت در دوران خلافت خلفای سه گانه نیز همچنان به عنوان شیوه ای در حلّ و فصل منازعات دنبال گردید (ر.ک طبری، ۱۳۶۲ش، ج ۴، ص ۱۴۲۳). اما توجّه به دو نکته در این زمینه لازم به نظر می رسد: نخست آنکه تداوم حکمیت و داوری در این دوران، فراتر از یک

عرف و سنت از تصریحات قرآن نیز ناشی می‌شد. به بیان دیگر، آیات قرآنی نه تنها حکمیت را منع نمی‌کرد که حتی در برخی موارد به آن تصریح و توصیه نیز می‌نمود. لذا جامعه اسلامی، گذشته از آنکه داوری را مغایر با دین نمی‌شمرد، در مواردی انجام آن را لازم و واجب می‌دانست و نکته دوم آن است که در دوران خلفا، به دلیل تحکیم بیش از پیش حکومت مرکزی، چه در مقام واقعیت و چه در اندیشه مردم و نیز در تکامل سیر آغاز شده از دوران پیامبر(ص) در جایگزین شدن دادرسی به جای داوری، شاهد گسترده‌تر شدن دامنه اختیارات قضات هستیم، به نحوی که، حتی داوری نیز تحت نظارت آنان انجام می‌پذیرد. دوران حکومت امام علی (ع) نسبت به دوران‌های پیشین با استقرار و تحکیم بیشتر نقش حکومت مرکزی همراه بود که به تبع آن، بر نقش و اهمیت دادرسی، افزوده و از میزان داوری‌ها کاسته می‌گردید.

از سوی دیگر روایات متعددی نیز در تجویز و تنفیذ داوری وجود دارد. عمده این روایات از کتب اهل سنت نقل گردیده‌است. از آن جمله است استناد آنان به عمل پیامبر اکرم(ص) به حکم سعد بن معاذ در حکمیت میان او و بنی قریظه و روایت نسائی (حیدر، ۱۳۴۵ق: ج ۴، ۶۳۹) که مورد استناد فقهای شیعه نیز قرار گرفته است (نجفی، ۱۳۹۸ق: ج ۲۵، ۴۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ۲۸۳). اهل سنت علاوه بر دلایل فوق به اجماع صحابه بر جواز داوری نیز تمسک می‌کنند و بدین ترتیب آنان حکم به جواز داوری را بر اساس کتاب و سنت و اجماع ثابت می‌دانند. فقهای شیعه نیز عمدتاً به دلیل اجماع جهت تجویز داوری استناد کرده‌اند (نجفی، ۱۳۹۸ق: ج ۲۳، ۴۰).

از فحوای آیات و روایاتی که در زمینه داوری وجود دارد، می‌توان گستره صلاحیتی نهاد داوری را استنباط نمود. یکی از صلاحیت‌های داوری، ورود در «اختلافات خانوادگی» بود که آیه ۳۵ سوره نساء به آن اشاره دارد و می‌فرماید: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدُوا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا» و اگر از ناسازگاری و اختلاف میان آن دو (زوجین) بیم‌ناک بودید، داوری از خانواده مرد و داوری از

خانواده زن تعیین کنید که چون به اصلاح کوشند خداوند میان آن دو، الفت بر قرار خواهد ساخت؛ همانا خداوند علیم و خبیر است. مفاد این آیه مؤید جواز و نفوذ داوری در «اختلافات خانوادگی» است که با الغای خصوصیت، می توان آن را به اختلافات مشابه تسری داد. بدین ترتیب دست کم اصل حکمیت مورد تأیید حقوق اسلامی است. از دیگر صلاحیت های داوری، حل و فصل «دعاوی مربوط به معاملات» بود که موارد متعددی از آن در تاریخ ذکر شده است. ویژگی دیگری که می توان برای داوری در صدر اسلام بیان نمود، «اصلاح میان دو طایفه از مؤمنین» است که در آن زمان دائماً در حال نزاع بودند (رک: حجرات : ۹ و ۱۰).

در جمع بندی این بخش می توان گفت حکمیت، سنتی از دوران جاهلی و شیوه غالب در رسیدگی و حل و فصل منازعات بود. این عرف جاهلی مورد تأیید و توصیه اسلام قرار گرفته و در عین حال به لحاظ ماهوی دستخوش تغییراتی جدی گردید که این امر تأثیراتی نیز بر شکل و چگونگی آن بر جای گذارد. گرچه در این دوران، گستره صلاحیتی داوری با هیچ مانعی روبرو نگردید اما در طول زمان و با نهادینه شدن شأن و منزلت حکومت مرکزی، داوری به مراتب جایگاهی نازل تر از گذشته یافت تا آنجا که حتی در پایان این دوران، لاقلاً در برخی زمینه ها مورد انکار واقع گردید. اما در هر حال این عرف و سنت عهد جاهلی با محتوایی الهی مورد تأیید قرار گرفت و به بقاء خود تداوم بخشید. متخصصان حقوق اسلامی در مورد قلمرو داوری اتفاق نظر ندارند. برخی از فقها برای موضوعات قابل داوری محدودیتی قائل نیستند. مثلاً عده ای از فقهای شیعه استدلال می کنند هرچه دعوای طرفینی بر سر آن متصور و ممکن باشد از مسائل مالی گرفته تا نکاح و قصاص و حدود و غیر آن، قابل ارجاع به داوری است زیرا مقتضی ارجاع در آنها موجود است و عموم ادله و اخبار جواز و نفوذ داوری نیز، آنها را در بر می گیرد. به هر تقدیر آنچه مسلم است این است که همه فقهای شیعه و اهل سنت در مورد قابل داوری بودن دعاوی مالی و بازرگانی که دعاوی موضوع بحث ما می باشند، تردیدی نداشته و متفق القول هستند.

۲- موازین داوری در نظام حقوقی ایران و حقوق تطبیقی

در قانون آیین دادرسی مدنی موضوع داوری مورد لحاظ قرار گرفته است، این مورد از ماده ۴۵۴ به بعد در باب هفتم این قانون پیش‌بینی شده است. در این باره می‌توان به مواردی اشاره کرد که کسی دعوای خود را نزد داور برده و اختلاف به صورت غیررسمی حل و فصل می‌شود و قانون، رأی این داور را به مثابه رأی دادگاه تلقی می‌کند و آنچه قوای رسمی کشور باید بدان عمل کنند، اجرای همین رأی داور است؛ یعنی اگر داوری رأیی صادر کرد و محکوم علیه با میل خودش رأی وی را اجرا نکند، ذی نفع می‌تواند رأی را به اجرای احکام دادگستری برده و دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد، دستور اجرا را صادر می‌کند و متعاقباً عین حکم دادگاه اجراییه هم صادر می‌شود.

درباره «جایگاه داوری» در حقوق تطبیقی نیز باید اذعان داشت که در حال حاضر در کشورهای پیشرفته، مردم به جای مراجعه به دادگاه‌ها، برای حل و فصل دعاوی و اختلافات خود به داوری مراجعه می‌کنند. در بسیاری از این کشورها ستادی متشکل از حقوقدانان خبره و ماهر تشکیل شده که تسهیلاتی را در این زمینه فراهم کرده و به داوری می‌پردازند. به همین دلیل طرح دعاوی در دادگاه‌ها در آن کشورها، بسیار کم است؛ زیرا مردم اختلافات خود را خارج از محاکم و تحت نظارت این نهادها خاتمه می‌دهند. البته وجود زیرساخت‌ها و بسترهای فرهنگی در کشورهای پیشرفته بی‌تأثیر نبوده است. با این توضیح که اصولاً مبادلات و معاملات مردم در این کشورها، کمتر منجر به پیدایش طرح دعاوی حقوقی در دادگاه‌ها می‌شود؛ چراکه با پیش‌بینی مؤسسات بزرگ داوری در کشورهای پیشرفته، مردم بدانجا مراجعه کرده و به اختلافات حقوقی خود خاتمه می‌دهند. البته دعاوی مذکوره فقط مربوط به دعاوی حقوقی می‌شود و چون دعاوی کیفری در حوزه حقوق عمومی است، قابل ارجاع به داوری نیست. به هر حال، از این بحث می‌توان استنتاج نمود که نظام حل اختلاف موضوع قانون داوری، از نظر چهارچوب و اصول کلی با حقوق اسلامی در تعارض نبوده بلکه با آن منطبق است ولی در جزئیات به ویژه در مسائل مربوط به شرایط داور (قاضی تحکیم)

تفاوت‌هایی را نشان می‌دهد. در حقوق اسلامی اعتقاد بر این است که همه شرایط لازمی که برای «قاضی منصوب» لحاظ می‌شود، برای «داور» یا قاضی تحکیم نیز ضروری است؛ شرایط عمومی مانند بلوغ و عقل و شرایط اختصاصی مانند اسلام، عدالت، مرد بودن و اجتهاد (علم) است.

۳- مزایای داوری نسبت به تشریفات دادرسی

در قرون گذشته عقیده رایج آن بود که «داوری» به صلاحیت عام دادگاه‌ها استثناء وارد می‌سازد و برخلاف نظم عمومی کشور است. در واقع، کلیه اختلافات تجاری می‌بایست توسط دادگاه‌ها حل و فصل گردد. در منطق دادگاه‌ها، داوری و دادگستری ضد یکدیگر هستند، لکن امروزه تمایل در جایگزینی داوری به جای دادگستری، گسترش روز افزونی یافته که به دست آوردن آمار دقیق از این تمایل دشوار است. اساساً دلیل توجه به موضوع دادگاه و داوری به این واقعیت برمی‌گردد که امروزه حداقل در سطح بین‌المللی، داوری به طور وسیع جایگزین صلاحیت دادگاه‌های ملی گردیده است (صادقی، ۱۳۸۶: ۲۸). مرجع داوری براساس قوانین ما کاملاً از ساختار تشکیلاتی دادگستری تفکیک شده است؛ درباره تمایز طبیعت تشکیلاتی این نهاد می‌توان گفت، دعاوی در دادگاه‌ها به صورت رسمی رسیدگی می‌شود. در اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز این موضوع مورد پیش‌بینی قرار گرفته است. براساس این اصل، مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است، اما داوری یک مرجع غیر رسمی است. یعنی افراد دعوای خود را نزد شخصی می‌برند که شغل وی رسمیت ندارد. این شخص می‌تواند هر کسی اعم از شخص حقیقی یا حقوقی باشد. اگر داور منتخب، شخص حقیقی باشد، به این نوع داوری، «داوری موردی»^۱ گفته می‌شود و در صورتی که داور شخص حقوقی باشد - مانند (ICC) یا «مرکز داوری اتاق

^۱ . Arbitration Case.

ایران» که در اتاق‌های بازرگانی تشکیل می‌شود- به این نوع داوری، «داوری سازمانی»^۱ گفته می‌شود. یعنی شخصیت حقوقی مذکور باید رسیدگی به اختلاف را سازماندهی کند. البته در این موارد، در نهایت این شخص حقیقی است که باید داوری کند منتها آن داور باید توسط شخص حقوقی فوق انتخاب شود تا به داوری در مسئله مطروحه بپردازد. یعنی این داوری تحت نظر آن شخصیت حقوقی انجام خواهد گرفت. سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که چرا در کشورهای دیگر نسبت به ایران، از نهاد داوری به صورت گسترده‌تر استفاده می‌شود؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که وجود مزایای قابل توجه نهاد داوری، موجب شده است تا بسیاری از کشورها از آن به عنوان جایگزینی برای دادرسی های طولانی استفاده نمایند. در ادامه به برخی از مزایای داوری اشاره شده است که جا دارد به آن توجه شود.

- الف- سهولت در رسیدگی:** یکی از مزایای داوری این است که رسیدگی به اختلافات به وجود آمده آسان‌تر پیش می‌رود؛ چراکه داوران دیگر محدود به قواعد خاص آیین دادرسی مدنی نیستند و به نحو راحت‌تری توانایی حل و فصل اختلافات را خواهند داشت.
- ب- سرعت در رسیدگی:** با توجه به تشریفات گسترده و اغلب طولانی دادگاه‌ها، سرعت بالای رسیدگی داور به اختلافات، یکی دیگر از مزایای داوری است. به عنوان مثال مشکلات ناشی از ابلاغ اخطاریه و عدم شناسایی آدرس دقیق طرف دعوا و بازنگشتن نسخه ثانی اخطاریه و یا مشکلات ناشی از تعیین کارشناس رسمی و تودیع پرونده به وی، باعث طولانی شدن روند رسیدگی به پرونده‌ها در محاکم خواهد شد.
- ج- دقت در رسیدگی:** از دیگر مزایای نهاد داوری، دقت در رسیدگی به موضوع مورد مجادله است. شاید بتوان گفت بعضاً دقت قاضی یا دادرس در رسیدگی کاهش می‌یابد و این امر به علت نظارت بر پرونده های متعدد می‌باشد.

^۱ Institutional Arbitration.

د- کم هزینه بودن رسیدگی: مزیت بعدی داوری، کم هزینه بودن ارجاع امور حقوقی به داور است؛ غالباً هزینه دادرسی در دادگاه‌ها، رقم بالایی است و این میزان هزینه دادرسی نیز حد و حدودی ندارد؛ به این معنا که تا ده ها میلیون ریال می‌تواند مشمول این درصد قرار بگیرد. در صورتی که در داوری‌ها علاوه بر اینکه آیین‌نامه مصوبی وجود دارد، خود مؤسسات داوری و داوران نیز می‌توانند حق‌الزحمه خود را تعیین کنند که به مراتب کمتر از هزینه وکیل خواهد بود. به عنوان مثال در مرکز داوری اتاق ایران، هزینه داوری به صورت پلکانی است. یعنی در مبالغ کمتر، درصد بالاتر و در مبالغ بیشتر، درصد کم‌تر خواهد بود. بنابراین برای مردم رغبت بیشتری برای ارجاع امور حقوقی خود به داوری به وجود می‌آورد.

ه- قابلیت انعطاف: امتیاز بعدی استفاده از نهاد داوری، انعطاف پذیری آن است. رسیدگی در دادگاه‌ها برخلاف داوری، اغلب سخت و خشک است.

و- درجه اعتماد: با بررسی مراجعاتی که به دو نهاد دادگاه و داوری صورت گرفته است در می‌یابیم که میزان اعتماد مردم نسبت به نهاد داوری بیشتر است؛ زیرا خود طرفین دعوا قاضی منتخب (داور) را برگزیده‌اند و به منتخب خود اعتماد بیشتری دارند.

ز- قراردادی بودن داوری؛ بر اساس بعضی تعریف‌ها، داوری یک نهاد صرفاً قراردادی است و اختیارات داوران نیز از قرارداد ناشی می‌شود؛ در حالی که به موجب بعضی دیگر از تعریف‌ها، داوری ممکن است، قانونی باشد.

ح- مردمی بودن داوری؛ بعضی حقوقدانان داوری را یک نهاد کاملاً مردمی دانسته‌اند، در حالی که به عقیده بعضی، داوری دولتی یا نیمه دولتی است. برای نهاد داوری مزیت‌های دیگری نیز بیان شده است که از آن جمله «تخصصی تر بودن، محرمانه بودن، پنهان ماندن رسیدگی به امر متنازع‌فیه از دید عموم، بی طرفی داوران و عدم تشریفات داوری» می‌باشد.

۴- معایب داوری

با توجه به مزایایی که برای نهاد داوری نسبت به تشریفات دادرسی برشمردیم لذا شایسته است که به این نکته نیز متذکر شویم که درج قید ارجاع به داور به هنگام ایجاد اختلاف از رویه های مسلّم حقوقدانان و وکلا در تنظیم قراردادهاست؛ البته بدین منظور باید نکات دقیق و ظریفی رعایت شود. نکته بسیار مهم آن است که فقط اکتفا کردن به حل و فصل اختلافات و داوری در قرارداد، موجب ایجاد اشکالاتی نیز می شود؛ زیرا در صورت عدم توافق طرفین نسبت به داور، در اثر اشکالات موجود در رویه دادگاه ها، دیده شده که حتی برای تعیین داور توسط دادگاه چند سال طول کشیده است. بنابراین بهتر است در همان قرارداد داوری، داور به طور خاص تعیین شود. در صورت پیش‌بینی داوری در قراردادها، دادگاه حق رسیدگی به آن پرونده را نخواهد داشت و در صورت تقدیم دادخواست نیز به دلیل وجود شرط ضمن عقد مبنی بر ارجاع امر به داوری، آن دادخواست محکوم به ردّ است. لذا توصیه می شود که حتماً در قراردادهای داوری حقوقدانان یا قضات بازنشسته به عنوان داور تعیین شوند. حتی اگر موضوع جنبه فنی داشته باشد، داور می‌تواند مانند دادگاه موضوع را به کارشناسی ارجاع کند و بر اساس آن حکم صادر کند. صرف نظر نمودن از برخی تضمینات شکل و انصراف پیش‌پیش برخی طرق شکایت از جمله معایب داوری است. علاوه بر این باید توجه داشت که داوری همواره موجب تسریع در فصل خصومت نمی‌گردد. زیرا در بسیاری موارد مذاکرات مربوط به موافقت نامه داوری بیش از اندازه، شروع به داوری را به تأخیر می‌اندازد. در اکثر موارد داوری داخلی، رأی داور طوعاً از سوی محکوم علیه اجرا نمی‌شود و کار به اجرای اجباری رأی داور می‌کشد. البته در داوری های بین‌المللی، بیش از نود درصد آرای داوری طوعاً اجرا می‌شود (همت‌یار، ۱۳۸۸: ش: ۳۲) مهم‌تر اینکه طرف بازنده همواره این گرایش طبیعی را دارد که نسبت به رأی داور اعتراض نموده و این مرتبه به دادگاه دولتی مراجعه نماید. امری که شاید موجب گردیده سازماندهی دقیق‌تر شکایت از رأی داور روز به روز بیشتر احساس شود که خود در عین حال زمینه را

برای تأخیر بیشتر در فصل خصومت فراهم می‌نماید. همچنین بسیار دیده شده است که با وجود رضایت طرفین به داوری، یکی از آن‌ها، هنگام بروز اختلاف، در جهت حل قضیه از طریق داوری اهتمام نمی‌کند و حتی برای اثر انداختن اقدام طرف مقابل در رجوع به داوری، مدعی عدم اعتبار موافقت نامه داوری می‌شود. این عیب اخیر داوری، ما را به بررسی دقیق‌تر موضوع جدیدی رهنمون می‌نماید که در جای خود مفصلاً بدان پرداخته می‌شود، اما مبحث اصلی این نوشتار، بررسی و اعتبارسنجی شرط داوری در قراردادهای بانکی است که با جستجو در قوانین و مقررات بانکی موجود و انجام مصاحبه با برخی صاحب‌نظران حوزه بانکداری، صورت پذیرفته است.

۵- اعتبار سنجی شرط داوری در قراردادهای بانکی

در این بخش به امکان سنجی و کاربرد «شرط داوری» در قراردادهای بانکی ایران می‌پردازیم و به دنبال پاسخ به این پرسش هستیم که آیا اصلاً «نهاد داوری» - با همه مزایایی که برای آن برشمردیم - در قراردادهای بانکی کشور ما جایگاهی دارد یا خیر؟ امروزه در اغلب کشورهای دنیا استفاده از نهادی تحت عنوان «نهاد داوری» در مورد بعضی معاملات مالی بانکی به ویژه ضمانتنامه‌ها، قراردادهای استمهال و قراردادهای وام‌های بخش عمومی (دولتی)، بسیار مورد توجه قرار گرفته است. به عنوان مثال در کشور آمریکا، در قراردادهای مربوط به وام‌های مصرفی و قراردادهای کارگزاری اوراق بهادار نیز شرط داوری راه خود را باز کرده است در حال حاضر، بسیاری از مؤسسات مالی آمریکایی به منظور اجتناب از احکام سنگین و گزاف که محاکم در قراردادهای کارت‌های اعتباری صادر می‌کنند، شرط داوری را پیش‌بینی می‌کنند. مؤسسات مالی فرض می‌کنند که داوران، در مقایسه با قضات دادگاه‌ها که مسائل اعتباری خود آنها ممکن است باعث شود بیشتر به موقعیت بدهکاران توجه کنند، کمتر تحت تأثیر دلوپسی و اضطراب وام‌گیرندگان قرار می‌گیرند (مجیبی، ۱۳۸۲ش: ۴۵). اما این مطلب در نظام بانکداری کشور ما با اقبال زیادی

روبرو نگردیده است و مخالفین نظرات متعددی دارند که اغلب دلایل خوبی هم برای عدم استفاده از داوری دارند. مطابق «قانون عملیات بانکی بدون ربا»، یکی از وظایف نظام بانکی انعقاد موافقتنامه پرداخت در اجرای قراردادهای پولی و بازرگانی و ترانزیتی بین دولت و سایر کشورها طبق قانون و مقررات می باشد. حال اگر پس از عقد موافقتنامه ها و قراردادهای اختلافی ظاهر شود، مرجع رسیدگی به این اختلاف کیست؟ آیا ارجاع اختلاف به نهاد داوری ممکن است یاخیر؟ معمولاً بانک‌های ایرانی - که هنوز برخی از آنها به صورت دولتی اداره می‌شوند- در موارد بروز اختلاف به داوری مراجعه نمی‌کنند، هرچند که بعضاً دیده می‌شود حتی در قراردادهایی که بین بانک و مشتری و یا بین بانک و پیمانکاران و شرکت‌های خدماتی منعقد می‌شود، شرط ارجاع اختلاف به داوری ذکر می‌شود اما داوری عملاً در سیستم بانکداری ما موضوعیت و کارایی ندارد. در این باره دو نظریه را می‌توان مطرح نمود: نخست آنکه ارجاع اختلاف به نهاد داوری مفید است و در برخی موارد بر رسیدگی‌های قضایی ترجیح دارد و نظر دیگر اینکه ارجاع امر به داوری لازم و ضروری است و درخواست حل اختلاف از مراجع قضایی لازم و ضروری و البته کافی می باشد. قوانین مربوطه نیز در این مورد سکوت کرده اند و در متن هیچکدام از این قوانین صریحاً به عنوان «داوری» برخورد نمی‌کنیم، بلکه برخی از آنها فقط تلویحاً اشاره ای به آن داشته اند. کسانی که معتقدند داوری کاربردی در حل اختلافات بانکی ندارد معتقدند: خود قراردادهای بانکی دارای قطعیت بوده و در صورت بروز اختلاف قابل اجرا هستند، پس نیازی به ارجاع امر به داوری نیست و مستقیماً می توان از طریق مراجع قضایی صلاحیت دار اقدام نمود. دو ماده در دو قانون مجزاً اما با مضمونی واحد، این مطلب را تأیید می نماید. نخست ماده ۷ قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی، که مقرر می دارد: «کلیه قراردادهایی که بین بانک و مشتری در اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا منعقد می گردد در حکم اسناد رسمی بوده و از کلیه مزایای اسناد تجاری از جمله عدم نیاز به تودیع خسارت احتمالی بابت اخذ قرار تأمین خواسته برخوردار می باشد. در اجرای این ماده قوه قضاییه شعب تخصصی دادگاهها را

برای رسیدگی پرونده های بانک ها معین می نماید». همچنین ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا به این مطلب اشاره دارد: «کلیه قراردادهایی که در اجرای این قانون مبادله می گردد به موجب قراردادی که بین طرفین منعقد می شود در حکم اسناد رسمی بوده و در صورتی که در مفاد آن طرفین اختلافی نداشته باشند لازم الاجرا بوده و تابع مفاد آیین نامه اجرایی اسناد رسمی می باشد»^۱.

باتوجه به دو ماده مذکور، در قوانین مربوطه جایگاهی برای داوری مشاهده نمی کنیم. آنچنان که ماده نخست، رسیدگی به پرونده های بانک ها را در حیطه شعب تخصصی قوه قضاییه قرار داده و ماده دیگر نیز قراردادهای بانکی را در حکم اسناد رسمی لازم الاجرا دانسته است. بنابراین به دلیل ماهیت فعالیت های بانکی که عمدتاً جنبه مطالباتی دارد و برای اخذ مطالبات و نیز قبل از پرداخت تسهیلات به افراد، با آنها قراردادهایی منعقد می شود که قطعیت داشته و سند رسمی محسوب می شوند می توان گفت داوری موضوعیتی پیدا نمی کند و در صورت بروز اختلاف فی مابین، این سند قطعی برای اجرا به اجرای ثبت فرستاده می شود. البته برخی از کارشناسان عقیده دارند که در قراردادهای داخلی بانک جهت انجام کارها و امور خدماتی بانک و نیز در اجاره نامه ها به درخواست طرف مقابل بانک، اختلافات احتمالی به داوری ارجاع می گردد؛ البته باین شرط که اگر از داوری نتیجه ای عاید نگردد از مراجع دادگستری اقدام شود. لازم به ذکر است که این مطلب آیین نامه و یا قانون خاصی ندارد و صرفاً قراردادی عرفی به حساب می آید (رحیمی، کارشناس حقوقی بانک ملی ایران). برخی دیگر از کارشناسان معتقدند قرارداد داوری، اخلاقاً و از سوی بانک صورت می گیرد لکن به عنوان شرط ضمن عقد در قرارداد مزبور قید نمی شود (طاهری، رئیس بانک پاسارگاد کرمان).

^۱. مطابق آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی، سند لازم الاجرا سند رسمی یا عادی است که بدون صدور حکم از دادگاه قابل صدور اجرائیه برای اجرای مدلول سند باشد.

شاید به این دلیل که طرف مقابل بانک در فرض محکوم شدن قطعی در دادگاه، بخواهد از مفاد قرارداد داوری سوءاستفاده کرده و آن را بهانه‌ای سازد برای فرار از محکومیت؛ بدین نحو که بگوید مطابق قرارداد باید اختلافات به مرجع داوری ارجاع داده می‌شد نه مرجع قضایی. همچنین یکی دیگر از دلایلی که باعث می‌شود بانک‌ها تمایلی به استفاده از نهاد داوری نداشته باشند، قطعیت نداشتن احکام داوری است؛ لذا بانک‌ها ترجیح می‌دهند به دادرسی مراجعه کنند تا بازدارندگی بیشتری داشته باشد.

۶- اصل استقلال داوری نسبت به قرارداد اصلی

پس از بررسی و اعتبارسنجی قرارداد داوری در نظام بانکی ایران، در فرض پذیرش نهاد داوری برای حل اختلافات موجود در تعاملات بانکی، مجال یک بحث فقهی مهم نیز به وجود می‌آید که پرداختن به آن خالی از لطف نیست. از جمله موارد انکار اعتبار موافقت نامه داوری، ادعای بی اعتباری قرارداد اصلی و یا ادعای فسخ و خاتمه قرارداد اصلی است. آن طرف که ادعا کرده توافقنامه داوری بی اعتبار است، اینگونه استدلال می‌نماید که چون قرارداد اصلی باطل است، پس به تبع آن، شرط داوری مربوط به آن نیز باطل است و یا چون قرارداد اصلی فسخ شده است، قرارداد داوری نیز باید فسخ شده تلقی شود و در نتیجه داور صلاحیت رسیدگی به اختلاف فی مابین را ندارد. سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا می‌توان بطلان و فسخ قرارداد اصلی را به موافقت نامه داوری تسری داد یا موافقت نامه داوری اصالت مستقلی دارد و شرط ضمن عقد تلقی نمی‌شود که فسخ یا بطلان قرارداد اصلی موجب فسخ یا بطلان آن شود؟ فایده طرح این سوال این است که اگر بطلان قرارداد اصلی را موجب بطلان موافقت نامه داوری نیز بدانیم، بنابراین، داور صلاحیت ندارد در این دعوا داوری کند؛ زیرا بطلان قرارداد اصلی، موجب بطلان موافقت نامه داوری شده و این مصداق دور باطل است. قانون ایران راهی برای حل این مورد پیش بینی نموده است. این راه حل، پذیرش «اصل استقلال قرارداد داوری» است که قانون داوری بین المللی تجاری

ایران، در ماده ۱۶ به آن تصریح نموده و می گوید: «شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون، به عنوان موافقت نامه ای مستقل تلقی می شود، تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی الاثر بودن قرارداد فی نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود». البته نکته جالب توجه این است که قانونگذار در جایی دیگر این مورد را صراحتاً نقض نموده و در ماده ۶۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی به این مطلب اذعان داشته که: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می نماید» و این ماده بیانگر عدم استقلال قرارداد داوری است. این راه حل متناقض از سوی برخی حقوقدانان مورد انتقاد واقع شده است اما به هر حال باید یکی از این دو راه را بر دیگری ترجیح داد. با بررسی و مطالعه در نظام های حقوقی دیگر کشورها، می بینیم که آنها نظریه «استقلال شرط داوری» را پذیرفته اند (رک: اسکینی، ۱۳۸۳ش: ۴۵-۴۷) و راه حل ماده ۶۶۱ ق.آ.د.م. طرفداران چندانی ندارد. بنابراین بهتر است که ما نیز در این پژوهش به تبیین «اصل استقلال قرارداد داوری» بپردازیم. اما پیش از آن پاسخ به یک سؤال، ما را در روشن شدن بحث کمک می نماید و سؤال اینجاست که آیا «شرط داوری» هدف قرارداد است یا اینکه این شرط، برای حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش بینی شده است؟ بدیهی است که طرفین، قرارداد اصلی را برای رفتن به داوری منعقد نکرده اند، بلکه قرارداد داوری را برای حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد اصلی منعقد کرده اند. به عبارت دیگر، شرط داوری را نباید جزئی از قرارداد دانست که اگر به نحوی به آن خدشه ای وارد شد، شرط نیز مخدوش شود بلکه شرط داوری توافقی جدا از پیکره قرارداد اصلی است (اسکینی، ۱۳۸۳ش: ۵۲). بااینکه امروزه در اکثر نظام های حقوقی دنیا مستقل بودن داوری پذیرفته شده اما بازهم حقوقدانان ما در این زمینه اختلاف نظر دارند؛ چراکه قانونگذار در این مورد مسیر واحدی را مشخص نکرده و با تناقضی که در دو ماده مذکور وجود دارد، همواره راه برای دخالت دادگاه در داوری ها باز است. عده ای از صاحب نظران، در برابر نظریه استقلال قرارداد داوری، نظریه «قضایی بودن

داوری» را مطرح نموده اند که اشاره مختصری به این مطلب، مفید خواهد بود. به موجب این نظریه، عنصر قضایی نقش مهمی را در مراحل مختلف داوری ایفا می‌نماید. طرفداران این نظریه باتوجه به شباهت زیاد میان رسیدگی دادگستری و داوری از حیث آیین دادرسی و صدور رأی لازم‌الاجرا، قائل به صلاحیت نظارتی کامل دولت‌ها [و دادگاه‌ها] بر کلیه داوری‌های واقع در داخل سرزمین هستند؛ لذا معتقدند: اراده طرفین دخالتی در داوری نداشته، تنها قانون محل داوری آن را هدایت و کنترل می‌کند (صادقی، ۱۳۸۲: ش: ۲۸).

ایرادی که به این دیدگاه وارد است از این لحاظ است که مداخله و نظارت دادگاه‌ها در داوری، موجب عدم قطعیت داوری می‌شود. البته شایان ذکر است که مداخله و تأثیر دادگاه‌ها صرفاً در مرحله اجرای آراء داوری نیست، بلکه دادگاه‌ها در سه مرحله می‌توانند در داوری مداخله و نظارت داشته باشند. دادگاه می‌تواند با شروع داوری، در مواردی همچون شناسایی قرارداد داوری و صدور قرار موقت پیش از تشکیل هیأت داوری می‌تواند به فرایند داوری مساعدت نمایند. همچنین مداخله دادگاه در طول جریان داوری نیز برای مؤثر انجام شدن داوری است که شامل نصب و جرح داوران، صدور قرار موقت در طول جریان داوری، احراز خاتمه اختیارات داوران، تجدیدنظر از تصمیم داور در صلاحیت خود و مساعدت دادگاه در کسب دلیل می‌شود. در آخرین مرحله از داوری و پس از صدور رأی نیز مداخله دادگاه به چشم می‌خورد و این مورد درجایی است که رأی داوری مخالف نظم عمومی باشد یا اساساً اختلاف قابل ارجاع به طوری نباشد، مرجع قضائی با دخالت خود رأی را باطل می‌نماید (صادقی، ۱۳۸۲: ش: ۳۲). یادآوری این نکته ضروری است که دادگاهی صلاحیت مداخله در داوری را دارد که بتواند مشکلات موجود در جریان داوری را حل نموده، رأی صحیح را اجرا کرده و از اجرای رأی ناصحیح خودداری و آن را لغو نماید.

گذشته از این مطالب، نگاهی به نظریه اصل استقلال موافقت نامه داوری در حقوق ایران می‌افکنیم. بحث داوری در ایران، اولین بار در قانون اصول محاکمات حقوقی مطرح گردید. از آن زمان تاکنون قوانین متعددی راجع به داوری تصویب شده است. در قوانین مربوط

به داوری، قانونگذار گاهی از اصطلاح «حکمیت» و گاهی نیز از اصطلاح «داوری» بهره برده و در هر زمان متناسب با شرایط و مقتضیات روز مقرراتی را وضع نموده است. مطالعه و مقایسه قوانین مربوط به داوری در ایران از وسعت بیش از حد تغییرات حکایت دارد. قانونگذار ایران در سال ۱۳۰۶ بود که برای نخستین بار قانون حکمیت را تصویب نمود که در این قانون، نوعی حکمیت اجباری پیش بینی شده بود. اما دو سال بعد (در سال ۱۳۰۸) قانون مزبور را اصلاح نمود و ارجاع برخی از دعاوی را به نهاد داوری ممنوع اعلام کرد.^۱

در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، قانونگذار، مقررات مفصلی راجع به داوری بیان کرده است. همچنین «قانون خانه انصاف» در سال ۱۳۵۶ بعد از قانونی به نام «قانون شورای داوری» به تصویب رسید. قلمرو فعالیت شوراها، شهرها بود و محدوده فعالیت خانه‌های انصاف، روستاها بوده و برخلاف شورای داوری، صلاحیت رسیدگی به اختلافات خانوادگی را داشتند. پس از انقلاب شکوهمند اسلامی، قانون تشکیل دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۹، به امر داوری پرداخته است و بالاخره در قانون آیین دادرسی مدنی، در فصل هفتم و در مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ کلیه مباحث مربوط به داوری را بیان نموده است. اما قانونی که کاربرد بیشتری در بحث ما دارد، قانون داوری تجاری بین الملل است که قانونگذار آن را در تاریخ ۱۳۷۶/۶/۲۶ به تصویب رسانده است. تا پیش از تصویب قانون آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۱۸ هیچ بحثی در خصوص این که آیا از حیث صحت و بطلان، ارتباطی میان توافقنامه داوری و قرارداد اصلی وجود دارد یا خیر؟ مطرح نشده است. این امر شاید به خاطر آن بوده است که تا این تاریخ، چه در قانون اصول محاکمات مصوب ۱۲۹۰ و چه در قانون حکمیت، توافقنامه داوری در صورتی مصداق پیدا می کرده

^۱ در ماده دوم اصلاحیه این قانون بیان شده: «در موارد ذیل ارجاع دعوی به حکمیت ممنوع است ولو طرفین تراضی نمایند:

۱. در دعاوی راجعه به اصل زوجیت و بنوت؛

۲. در دعاوی راجعه به توقف و ورشکستگی».

است که اختلاف و منازعه قبلاً ایجاد شده باشد و طرفین برای حل اختلاف ایجاد شده می‌توانستند به داوری توافق کنند (ر.ک: ماده ۷۵۷ قانون اصول محاکمات و ماده ۱ و ۱۳ قانون حکمیت مصوب ۱۳۰۶/۱۲/۲۹) و طبیعی است که وقتی طرفین بر سر حل اختلاف خود در مورد قرارداد اصلی به توافق جداگانه ای می‌رسند، دیگر وصل کردن موافقت نامه داوری - که اتفاقاً برای تعیین تکلیف اختلاف ناشی از قرارداد اصلی منعقد می‌شده است - به قرارداد اصلی معنا نداشته است. همانطور که ذکر شد، برای اولین بار در قانون آیین دادرسی مدنی، مسأله داوری مطرح و این نکته نیز پذیرفته می‌شود که طرفین یک قرارداد می‌توانند، نه تنها بعد از منازعه، بلکه قبل از آن نیز، به داوری توافق کنند و این توافق را می‌توانند در درون قرارداد اصلی، به صورت شرطی از شروط قرارداد و یا به طور مجزاً به عمل آورند. حال سؤال این است که آیا در حقوق ایران موافقت نامه داوری از قراردادی که به منظور رفع اختلاف های ناشی از آن منعقد می‌شود، مستقل است یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال ابتدا باید بین موردی که اختلاف به داوری داخلی بر می‌گردد و موردی که در آن بحث بر سر داوری بین المللی است، تفکیک قائل شویم؛ چه، در این دو نوع داوری راه حل های یکسان وجود ندارد.

۶- بررسی اصل استقلال در داوری داخلی

در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ ماده ۶۳۵ مقرر کرده است: «..... هرگاه طرفین داور یا داورهای خود را در ضمن معامله یا قرارداد معین نکرده باشند و در موقع بروز اختلاف یک طرف داور خود را معین ننماید، طرف دیگر می‌تواند داور خود را معین کرده به وسیله اظهارنامه رسمی او را به طرف مقابل معرفی و درخواست نماید که داور خود را معین و معرفی کند. در این صورت طرف مکلف است که در ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه و با رعایت مدت مسافت، داور خود را معین و اعلام کند و هرگاه تا انقضای مدت مذکور اقدام ننمود دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به موضوع اختلاف را دارد به درخواست

طرفی که داور خود را معین کرده است داور طرف دیگر را معین خواهد نمود» و بلافاصله ماده ۶۳۶ همین قانون مقرر می کند: «در مورد ماده قبل هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه، قبلاً به آن رسیدگی کرده پس از احراز معامله و قرارداد داور (طرف) ممتنع را معین می نماید. ولی مادام که داور معین از طرف دادگاه به داور طرف ابلاغ نشده است، طرف ممتنع می تواند داور خود را معین و معرفی کند». سؤال مهمی که در این ارتباط مطرح می شود این است که آیا از منظر قانون آیین دادرسی مدنی، شرط داوری، به عنوان شرط ضمن عقد تلقی شده و توافقی تبعی است؟ آیا در صورت بطلان توافق اصلی، شرط داوری نیز بلااثر است یا اینکه از قرارداد اصلی جدا است؟ برای رسیدن به پاسخ روشنی در این زمینه، شایسته است که برخی دیدگاه های ارائه شده در این زمینه را مورد بررسی قرار دهیم. البته نظراتی که در این باب وجود دارد، بیشتر با محوریت ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ مطرح شده است لیکن، در مورد قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز قابل طرح اند زیرا ماده ۶۱ قانون اخیر، با قدری تفاوت در عبارت، همان مفهوم ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق را تکرار کرده و مقرر می دارد: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می نماید». ماده فوق نیز متعرض این مطلب است که هرگاه طرفین نسبت به اصل معامله (یعنی همان صحت و بطلان معامله) اختلاف داشته باشند دادگاه باید ابتدا به این اختلاف رسیدگی و در ماهیت امر اظهار نظر کند. بنابراین می توان گفت که ماده ۶۱ ق.آ.د.م. موضوع استقلال یا عدم استقلال شرط داوری از معامله اصلی را در بر دارد.

صاحب نظران و حقوقدانان در این رابطه نظرات قابل توجهی بیان کرده اند. یک نظر مؤید این است که موضوع ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی به صلاحیت داور برای اتخاذ تصمیم در مورد صلاحیت خود برمی گردد و به بحث استقلال موافقت نامه داوری از قرارداد اصلی مربوط نیست. به عبارت دیگر «مفاد ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی صرفاً

ناظر بر این است که هرگاه به صلاحیت داور (اعم از داور منفرد یا مرجع داوری) اعتراض شود، آن داور نمی تواند به صلاحیت خود رسیدگی کند و ماده مذکور به هیچ وجه ناظر به استقلال موافقت نامه داوری از قرارداد اصلی نیست». (جعفریان، ۱۳۷۳: ۱۳۳) این نظر قابل تبعیت نیست. در واقع، درست است که ماده ۶۳۶ قانون آئین دادرسی مدنی سابق و نیز ماده ۴۶۱ فعلی به نوعی به صلاحیت داور مبنی بر تشخیص صلاحیت خود مربوط می شود (یعنی اگر معلوم شود که قرارداد داوری باطل است، معلوم می شود که داور صلاحیت رسیدگی ندارد و باید دادگاه قضایی صالح به اختلاف رسیدگی کند)، لیکن مواد مزبور، در پی بیان وابستگی شرط داوری به قرارداد اصلی نیز هستند؛ زیرا اگر دادگاه، پس از رسیدگی تشخیص دهد که قرارداد اصلی معتبر نیست، به قرارداد داوری نیز نباید توجه کند و در نتیجه نباید به انتخاب داور مبادرت کند، تا مثلاً داور به آثار ناشی از بطلان قرارداد اصلی رسیدگی کند. مبنای عدم توجه به داوری نیز این است که قرارداد داوری، به سبب بطلان قرارداد اصلی باطل است، اما اگر صحت معامله احراز شد، رسیدگی به اختلاف ناشی از چنین معامله ای باید به داوری واگذار شود، مگر آنکه خود قرارداد داوری باطل باشد که در این صورت، به آثار ناشی از اعلام صحت قرارداد اصلی نیز به درخواست طرفین یا یکی از آنها دادگاه باید رسیدگی کند. بر این اساس این عقیده قابل ایراد نیست که: «شرط ارجاع به داوری، که در ضمن قرارداد اصلی آمده باشد، شرطی است تبعی و رعایت آن در صورتی لازم است که عقد نافذ و معتبر باشد. در نتیجه اختلاف در مورد درستی عقد را نمی توان به چنین داوری ای ارجاع کرد» (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ج ۳، ص ۱۳۹).

نتیجه گیری

این بخش را با یک سؤال آغاز می کنیم که آیا نظارت ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی، صرفاً نسبت به ماده ۴۶۰ است یا اینکه در فرضی که یکی از طرفین نزد داور رسیدگی کننده - و نه نزد دادگاه قضایی - بطلان قرارداد داوری را به سبب بطلان معامله اصلی مطرح

می‌کند؟ برای پاسخ به این سؤال می‌توان نظری را که قبلاً در مورد ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی قدیم بیان گردیده، به این مبحث نیز تسری داد که می‌گوید: «ماده مزبور (ماده ۶۳۶) متضمن یک قاعده عام نیست، بلکه ناظر به ماده ۶۳۵ است و این ماده مربوط به موردی است که طرفین، داور یا داورهای خود را در ضمن معامله یا قرارداد معین نکرده باشند و در موقع بروز اختلاف، یک طرف، داور خود را معین ننماید و برای تعیین داور به جای طرف مستنکف به دادگاه رجوع شود؛ در این صورت هرگاه اختلافی راجع به معامله اصلی یا قرارداد داور باشد، منطقی است که دادگاه پس از احراز صحت «معامله و قرارداد»، اقدام به تعیین داور به جای طرف ممتنع نماید. لیکن هرگاه طرفین، داوران خود را برگزیده باشند یا بعد از تعیین داور به وسیله مرجع قضایی و تشکیل دادگاه داور اختلاف راجع به صحت معامله یا قرارداد مطرح شود، قاعده مذکور لازم الاجرا نخواهد بود» (صفایی، ۱۳۷۷: ص ۱۸) ریبعا اسکینی در پاسخ به این دیدگاه می‌گوید: «این عقیده قابل ایراد به نظر می‌رسد. در واقع، اگر این تفکیک پذیرفته شود، این ایراد بروز می‌کند که یک شرط داورى برحسب این که طرفین آن در مورد اصل معامله اختلاف داشته باشند و اختلاف را به داور ارجاع کنند یا به قاضی، سرنوشت متفاوتی داشته باشد؛ یعنی اگر اختلاف نزد داور مطرح شود، شرط صحیح است و داور می‌تواند حتی به بطلان معامله اصلی حکم کند، درحالی‌که اگر شرط داورى نزد دادگاه دادگستری مطرح شود، دادگاه شرط را به سبب بطلان معامله اصلی باطل اعلام می‌کند. نتیجه قبول این نظر این است که در فرض اول، حتی اگر بطلان معامله اصلی محرز شود، شرط داورى باقی بماند و در فرض دوم بطلان معامله اصلی موجب بطلان شرط داورى شود. به عبارت دیگر، شرط داورى باطل است اما نه در زمان انعقاد عقد اصلی، بلکه در زمانی بعد از آن و برحسب این که تصادفاً ارزیابی آن به یک داور واگذار شود یا به یک قاضی، صحیح باقی می‌ماند یا باطل می‌شود (اسکینی، ۱۳۸۳: ش: ۵۴).

حال سؤال این است که چرا نمی‌توان گفت که مبنای ماده ۶۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (و ماده ۴۶۱ فعلی) چیزی جز این نیست که شرط داورى، سنتاً، شرطی ضمن

عقد اصلی تلقی شده و می شود (درخصوص ویژگی شرط ضمن عقد ر.ک: صفایی، ۱۳۸۲: ۱۸۵) و مواد مزبور کاری جز تأکید بر این قاعده سنتی نکرده اند؟ اگر وجود این سابقه ذهنی را قبول داشته باشیم، باید قبول کنیم که آنچه مبنای بطلان شرط داوری به سبب بطلان معامله اصلی در فرض ارجاع امر به دادگاه دادگستری است، می تواند مجوز بطلان قرارداد داوری در فرضی هم باشد که اختلاف راجع به معامله به داور ارجاع شده و طرفین در اصل رسیدگی توسط داور اختلاف ندارند. این است که به نظر ما در حقوق راجع به داوری داخلی ایران، شرط داوری را باید شرطی ضمن عقد تلقی کرد و هر جا که به بطلان قرارداد اصلی نظر داده شود باید به بطلان توافق داوری نیز نظر داده شود. البته، این راه حل بی ایراد هم نیست. در واقع، اگر داوری که به صحت و بطلان قرارداد اصلی رسیدگی می کند، رأی به بطلان این قرارداد صادر کند، قضاوتش براساس قرارداد داوری انجام گرفته است که باطل بوده است و در نتیجه رأی او به بطلان معامله اصلی، به سبب عدم صلاحیت خود او در قضاوت - براساس قرارداد داوری باطل - باطل خواهد بود. شاید این وجه قضیه بوده است که نویسندگان یاد شده را ترغیب نموده است در جهت تعدیل راه حل بطلان قرارداد داوری به محدود بودن حوزه عمل ماده ۶۳۶ مذکور قائل شوند، ولی حقیقتاً نمی توان گفت که بین فرضی که یکی از طرفین از انتخاب داور خودداری می کند و فرضی که خودداری نمی کند، صرفاً به سبب خودداری کردن، باید فرقی قائل شد. فرضی که اختلاف راجع به معامله اصلی نزد داور مطرح می شود با فرضی که همین اختلاف به قضاوت دادگاه دادگستری واگذار می شود، در واقع هیچ تفاوتی ندارند.

نکته ای که در انتهای این بحث مطمح نظر می باشد این است که دستگاه قضایی با کمبود کادر قضایی و نیروی انسانی مواجه می باشد. در چنین شرایطی، نباید سیاست قانونگذاری کشور در راستای افزایش مراجعات مردم به محاکم قضایی باشد. اگر قلمرو داوری توسعه یابد، به نحوی که در قراردادهای تجاری بانکها جایی برای اجرا پیدا کند، موجب کم شدن مراجعات احتمالی بانکها و مردم به دادگستری خواهد شد.

باعنایت به روند فعالیت های بانک ها در کشور ما به نظر می آید که وجود «نهاد داوری» در عرصه روابط بانکی و تجاری، گام مؤثری در جهت پیشبرد اهداف نظام بانکی باشد؛ لذا با استفاده از دستاوردهای این پژوهش، پیشنهادات ذیل ارائه می گردد تا شاید در این مسیر مثمر ثمر واقع شود:

۱- حلّ و فصل اختلافات ناشی از اعتبارات اسنادی عمدتاً به نظرات کارشناسی نیاز دارد که البته کارشناس در این زمینه باید به خوبی از مقررات و رویه های یکسان اعتبار اسنادی آگاه باشد؛ بنابراین محاکم قضایی و دادگستری مرجع مناسبی برای ارجاع این اختلافات فنی نیستند.

۲- در جهت متمایل نمودن بانک ها برای استفاده از «داوری» می توان با اضافه کردن قیدی در ضمن قرارداد، آنها را از هراس استفاده از داوری رهانید و آن قید این است که در ضمن قرارداد ذکر شود که در صورت بروز اشتباه در حکم داوری، حکم مزبور قابل رسیدگی و تجدید نظر قضایی باشد. این شرط به طرفین این اطمینان را می دهد که در همه حال از پشتیبانی قانون برخوردار خواهند بود.

۳- اگر طرفین توافق کنند که اختلافات خود را به داوری تحت مقررات مؤسسه هایی که دارای تجربه کافی در زمینه اعتبارات اسنادی هستند ارجاع نمایند، هزینه های جاری آنها کاهش یافته و همچنین از تأخیر در دعاوی اعتبارات اسنادی جلوگیری می نماید.

منابع و مآخذ

قرآن کریم

منابع فارسی:

- ۱- ابن عابدین، محمدامین ابن عمر، رد المحتار علی الدر المختار، بیروت، دارالکتاب العلمیه، ۱۳۴۵ق.
- ۲- اسکینی، ربیعاً، مبانی نظری اصل استقلال موافقت-نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، شماره ۴۳، فصلنامه نامه مفید، ۱۳۸۳ش.
- ۳- جواد، علی، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، ج ۵، بغداد، مکتبه النهضه، ۱۹۷۱م.
- ۴- جعفریان، منصور، تأملاتی بر لایحه داوری تجارتنی بین المللی، شماره ۱۳، مجله مجلس و پژوهش، ۱۳۷۳ش.
- ۵- حیدر، علی، دررالاحکام شرح مجله الاحکام، بیروت، دارالملايين، ۱۳۴۵ق.
- ۶- شهید ثانی، زین الدین ابن علی عاملی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
- ۷- صادقی، محسن، مداخله دادگاه ها در داوری تجارتنی بین المللی، شماره ۳، مجله دانش پژوهان، بهار و تابستان، ۱۳۸۲ش.
- ۸- صفایی، سیدحسین، سخنی چند درباره نوآوری ها و نارسایی های قانون داوری تجارتنی بین المللی، شماره ۴۰، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۷ش.
- ۹- صفایی، سیدحسین، قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲ش.
- ۱۰- طبری، محمد بن جریر، تاریخ طبری، ترجمه ابوالقاسم پاینده، ج ۴، تهران، دارالعلم، ۱۳۶۲ش.

- ۱۱- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸ش.
- ۱۲- محسن محبی، «قانون حاکم و اجرای احکام در داوری های موضوع کنوانسیون حل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر» مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، ۱۳۶۸ش.
- ۱۳- مرعشی، سید محمد حسن، «داوری زن در اسلام» مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۷ و ۱۸، ۱۳۷۵ش.
- ۱۴- مهدی زاده، مهدی، «حکمیت در دوران نخستین اسلامی» مجله اندیشه صادق، شماره ۸ و ۹، ۱۳۸۱ش.
- ۱۵- نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۸ق.