

Obstacles of Iran's Banking System in Deviating from the General Rule of Referring Disputes to Courts with Regard to the Economic Analysis of Rights

Maliheh Abdolrahimi^{1}, Bahman Azmodeh²*

1. PhD in Private Law, Faculty of Law, Shiraz University, Shiraz, Iran.

*Corresponding Author: Email: malihe.abdolrahimi@yahoo.com

2. PhD Student in Public Law, Faculty of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Email: bahman.azmodeh@yahoo.com



S.D.I.L.L.
The SD Institute of Law
Research & Study

Publisher:

Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:

Original Research

DOI:

10.48300/jfel.2024.455075.1028

Received:

30 April 2024

Accepted:

26 August 2024

Published:

21 September 2024



ABSTRACT

Despite the current approach of the Iranian government aimed at reducing the intervention of the courts as the representative of the government in economic disputes, including banking disputes, and handing over these matters to the private sector, the external appearance of which can be found in paragraph A of Article 116 of the law of the sixth five-year economic development plan., social and cultural of the Islamic Republic of Iran approved in 2015, as well as numerous meetings of the Social and Crime Prevention Department of the Judiciary regarding arbitration with private and state banks and the Central Bank of the Islamic Republic of Iran and even concluding a memorandum of cooperation between The Arbitration Center of Iran Chamber of Commerce and

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



the Supreme Council of the Association of Private Banks and Credit Institutions in 2018 with the subject of referring disputes or lawsuits in favor of or against banks and credit institutions to the Arbitration Center of the Chamber and resolving them through arbitration and mediation. The mentioned center continues to witness the insistence of Iranian banks in using the judicial method in the settlement of banking disputes. One of the reasons for the aforementioned insistence is the existing obstacles in the field of settlement of banking disputes using non-judicial methods. It seems that removing the mentioned obstacles will increase the choice of banks in determining the appropriate method of dispute resolution between judicial and non-judicial methods and promote the aforementioned methods.

Keywords: Banking Disputes, Legal Methods, Non-Judicial Methods, Legal Obstacles, Enforcement Obstacles.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "Effective Mechanism for Resolving International Disputes of Iranian Banks", Faculty of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Maliheh Abdolrahimi: Conceptualization, Methodology, Software, Validation, Formal Analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Supervision, Project Administration.

Bahman Azmodeh: Methodology, Formal Analysis, Investigation, Resources, Writing - Review & Editing, Visualization, Project Administration.

Competing interests:

The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Abdolrahimi, Maliheh & Bahman Azmodeh. "Obstacles of Iran's Banking System in Deviating from the General Rule of Referring Disputes to Courts with Regard to the Economic Analysis of Rights", *Journal of Financial and Economic Law Research*. V. 1, No. 1 (September 21, 2024): 195-230.

Extended Abstract

Obstacles of Iran's banking system in avoiding compliance with the general rule of referring disputes to courts with regard to the economic analysis of law.

One of the characteristics of commercial law is pragmatism in interpretation. In other words, commercial law means competition, profit and the constant necessity of adaptation. Based on this, from an economic and legal point of view, commercial law is an efficient and pragmatic. This characteristic sometimes requires ease and speed and sometimes strictness and security guarantee. Anyway, what is important is the need to adapt to reality and meet the changing needs of the trade world. In other words, "Efficiency" in responding to current needs is one of the clear priorities of this field, which constantly exposes it to transformation and updating, regardless of complicated mechanisms and causes its nature to be modified and changed over time. On this basis, business law is less faithful to traditions than civil law and is affected by the speed of development in economy and trade, so it is dynamic and moving field of law. From the perspective of economic analysis of law, today, the most important needs of trade in resolving commercial disputes are speed, expertise, accuracy in judicial proceedings, flexibility, low cost of proceedings and confidentiality. These needs have caused the judicial settlement method, which was the most common method of resolving commercial disputes in the past, has become less popular in recent decades compared to non-judicial dispute resolution methods due to not meeting the mentioned needs and therefore, in many regulations, non-judicial methods were given special attention and people were encouraged to solve their disputes through these methods. In this regard, banks, which play an important role in trade, are not exempted from this, and countries with an efficient economic system have formalized non-judicial methods and emphasized on effective and efficient dispute resolution methods and as a result they have ensured the interests of the banks of their country as much as possible.

But despite what was said, Iranian banks, whose very important and irreplaceable role in the country's economy is not hidden from anyone, still insist on the principle of referring all their disputes, both domestic and international, to judicial authorities and with different justifications, they have turned it into a general rule. In search of the reason for this issue, according to the field research of Iran's banking system and by analyzing the existing cases, it seems that "lack of knowledge about non-

judicial methods and lack of sufficient awareness of the advantages and disadvantages of non-judicial and judicial methods” and “the existence of obstacles and the lack of necessary infrastructure to use non-judicial settlement methods in resolving banking disputes” are the main factors of Iranian banks' insistence on predicting and choosing the judicial method as a dispute resolution method.

On this basis and in order to preserve the privileged position of banks in the country's economic growth and in order to protect legal security, which has made preserve the role of banks one of the important responsibilities of governments in maintaining and protecting economic security and national interests, in such a way that any disruption in the banking system will lead to chaos and serious challenges in the country's economy and considering that recently, in an article, the feasibility of using non-judicial methods to settle banking disputes and proving the superiority of the aforementioned methods over the judicial method in most cases has been discussed and the advantages and disadvantages of non-judicial methods compared to each other based on field research and existing lawsuits of the banking system has been studied, the authors decided to examine the second reason in this article, which is the existence of legal and executive obstacles and while pointing out the main obstacles emphasize on revising restrictive laws as much as possible, expanding the range of legal and criminal banking disputes that can be referred to non-judicial methods, removing the ambiguity of interpretative laws and regulations, whose existence is a deterrent in using non-judicial methods, creation of necessary legal infrastructure, including the preparation of arbitration procedures, mediation procedures, conciliation procedures, etc., and establish of special non-judicial centers for banking disputes as ways to remove obstacles. It is also important to note that according to the investigation of the issue, the role of the legislator and the central bank in realizing this goal (using non-judicial methods in resolving banking disputes and benefiting Iranian banks from the privileges of the mentioned methods) seem more prominent than the role of other relevant institutions. In most countries, the institution that removes obstacles is the legislature and the institution that creates the necessary infrastructure in the field of non-judicial settlement of banking disputes is the Central Bank.

موانع نظام بانکی ایران در عدول از قاعده عمومی ارجاع اختلافات به محاکم با نظر به تحلیل اقتصادی حقوق

ملیحه عبدالرحیمی^{۱*}، بهمن آزموده^۲

۱. دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.

*نویسنده مسئول: malihe.abdolrahimi@yahoo.com

۲. دانشجوی دکترای حقوق عمومی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

bahman.azmoudeh@yahoo.com

چکیده:

با وجود رویکرد فعلی دولت ایران دایر بر کاهش مداخله محاکم به عنوان نماینده دولت در اختلافات اقتصادی، از جمله اختلافات بانکی و واگذاری این امور به بخش خصوصی، ظهور خارجی این رویکرد را می‌توان در بند الف ماده ۱۱۶ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۵ ملاحظه نمود و همچنین نشست‌های متعدد معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضائیه راجع به داورى با بانک‌های خصوصی و دولتی و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و حتی انعقاد تفاهم‌نامه همکاری میان مرکز داورى اتاق بازرگانی ایران و شورای عالی کانون بانک‌ها و مؤسسات اعتباری خصوصی در سال ۱۳۹۸، با موضوع ارجاع اختلافات یا دعاوی له یا علیه بانک‌ها و مؤسسات اعتباری به مرکز داورى اتاق و حل و فصل آنها از طریق داورى و میانجی‌گری مرکز یادشده، همچنان شاهد پافشاری بانک‌های ایرانی در به‌کارگیری روش قضایی در حل و فصل اختلافات بانکی هستیم. یکی از



پژوهشکده حقوق

نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/jfel.2024.455075.1028

تاریخ دریافت:

۱۱ اردیبهشت ۱۴۰۳

تاریخ پذیرش:

۵ شهریور ۱۴۰۳

تاریخ انتشار:

۳۱ شهریور ۱۴۰۳



کپی رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوق مالی و اقتصادی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوق مالی و اقتصادی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.

علل پافشاری، موانع موجود در زمینه حل و فصل اختلافات بانکی با استفاده از روش‌های غیرقضایی است. به نظر می‌رسد رفع موانع یادشده، موجب افزایش قدرت انتخاب بانک‌ها در تعیین روش مناسب حل و فصل اختلاف در میان روش‌های قضایی و غیرقضایی و ترویج روش‌های اخیرالذکر خواهد شد.

کلیدواژه‌ها:

اختلافات بانکی، روش‌های غیرقضایی، موانع قانونی، موانع حقوقی، موانع اجرایی.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «سازگار مؤثر حل و فصل اختلافات بین‌المللی بانک‌های ایرانی»، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

ملیحه عبدالرحیمی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نظارت، مدیریت پروژه. بهمن آزموده: روش‌شناسی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استاددهی:

عبدالرحیمی، ملیحه و بهمن آزموده. «موانع نظام بانکی ایران در عدول از قاعده عمومی ارجاع اختلافات به محاکم با نظر به تحلیل اقتصادی حقوق». مجله پژوهش‌های حقوق مالی و اقتصادی ۱، ش. ۱ (۳۱ شهریور ۱۴۰۳): ۱۹۵-۲۳۰.

مقدمه

در دنیای امروز، نیازهای روز تجارت در زمینه حل و فصل اختلافات بانکی به‌عنوان اختلافات تجاری، بر پایه تحلیل اقتصادی حقوق که از جمله می‌توان به ضرورت حل و فصل سریع اختلافات، تخصص در رسیدگی به اختلافات، انعطاف‌پذیری و قدرت انتخاب برای طرفین اختلاف، پایین بودن هزینه رسیدگی به اختلاف، دقت بالا در رسیدگی به اختلاف و محرمانه بودن رسیدگی اشاره نمود. 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 اختلاف را به یک ضرورت تبدیل نموده است. بر این اساس، امروزه کشورهای دارای نظام اقتصادی کارآمد با اعتبارآفرینی به روش‌های غیرقضایی و ایجاد زیرساخت‌های لازم در این زمینه، در ترویج استفاده از روش‌های غیرقضایی در صنعت بانکداری در جهت پاسخگویی به نیازهای موصوف برآمده‌اند. این در حالی است که در ایران، حل و فصل اختلافات بانکی جز در پاره‌ای موارد معدود که به موجب قوانین و مقررات حاکم حل و فصل اختلافات به بانک مرکزی یا نهادهای غیرقضایی، از جمله هیئت داورى بورس، واگذار شده است، اصولاً تابع قواعد عمومی است و از طریق محاکم دادگستری به عمل می‌آید. یافته‌های حاصل از مطالعه در زمینه حل و فصل اختلافات یادشده حاکی از آن است که با وجود امکان‌سنجی به‌کارگیری روش‌های غیرقضایی برای حل و فصل اختلافات بانکی و اثبات ارجحیت روش‌های یادشده نسبت به روش قضایی در غالب موارد و همچنین معرفی معایب و مزایای روش‌های غیرقضایی نسبت به یکدیگر (مانند مقایسه داورى با سایر روش‌های غیرقضایی) به استناد تحقیقات میدانی و دعاوی موجود سیستم بانکی،^۱ وجود موانع قانونی، حقوقی و اجرایی از علل عمده عدم تمایل بانک‌های ایرانی به استفاده از روش‌های غیرقضایی برای حل و فصل اختلافات بانکی است. به نظر می‌رسد نقش قانون‌گذار و بانک مرکزی در نادیده گرفتن اهمیت به‌کارگیری روش‌های غیرقضایی در حل اختلافات بانکی و انتفاع بانک‌های ایرانی از محاسن روش‌های مذکور، از نقش سایر نهادهای ذی‌ربط پررنگ‌تر است؛ در اغلب کشورها، نهاد رافع موانع، قانون‌گذار و نهاد سازنده زیرساخت‌های لازم در زمینه حل و فصل غیرقضایی اختلافات بانکی، بانک مرکزی است. در حال حاضر، تنها یک کتاب با عنوان «اهمیت داورى در قراردادهای بانکی و اداری (مقایسه قوانین ایران، امریکا و انگلیس در ضرورت داورى)» که صرفاً به برخی موانع قانونی در زمینه استفاده

۱. نک: علی رضایی و ملیحه عبدالرحیمی، «سازگار موثر حل و فصل اختلافات بین‌المللی بانک‌های ایرانی با نظر به ظرفیت‌های فقهی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۲۳، ۲۳ (۱۴۰۱)، ۲۹۵-۳۲۶.

از روش داوری در حل اختلافات بانکی پرداخته است. اصولاً کتب و مقالات دیگر صرفاً یک یا چند روش غیرقضایی برای حل و فصل اختلافات یادشده را بدون ذکر موانع معرفی نموده‌اند و یا برخی آثار خارجی ترجمه شده، به عوامل مؤثر در اسلوب داوری برای حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهای مالی بانکی پرداخته و برای انتخاب روش حل و فصل اختلافات، ویژگی‌های هر قرارداد یا معامله خاص را در نظر گرفته و به شرایط و موانع یکی از روش‌های جایگزین از جمله داوری در ایران، اشاره ننموده است.^۲ در این مقاله موانع پیشروی بانک‌های ایران در به‌کارگیری روش‌های غیرقضایی برای حل و فصل اختلافات بانکی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱- موانع قانونی

مکانیسم‌های حل و فصل غیرقضایی اختلافات بانکی متفاوت با عملکردهای مختلفی در بسیاری از کشورها پذیرفته شده است. از جمله آن‌ها می‌توان به (مساعی جمیله، مذاکره، میانجی‌گری، کدخدا منشی، سازش و کارشناسی)، اشاره کرد.^۳ با وجود این قلمرو قابلیت روش‌های غیرقضایی حل و فصل اختلافات در کشورهای مختلف تا حد زیادی بستگی به اعتماد به مکانیسم‌های یادشده در سطوح داخلی و بین‌المللی دارد. بر این اساس، در سطح کشورهای مختلف معیارهای متفاوتی برای تصمیم‌گیری درباره قابلیت استفاده از روش‌های غیرقضایی در حل و فصل اختلافات اتخاذ و اعمال گردیده و حتی گاهی در طول زمان معیارهای متفاوتی در این خصوص به کار گرفته شده است. برای نمونه، در قوانین کشورهای مختلف مثل فرانسه، هرگونه اختلافی که حاوی منافع عمومی است، غیرقابل ارجاع به داوری است. عدالت توزیعی، مبنای وضع چنین قوانینی است. با این تفسیر که دولت باید حق و عدالت را تعیین کند و سپردن این امر مهم به شخص خصوصی، با مقتضای عدالت توزیعی در تضاد است.^۴ همچنین در ایالات متحده، اصل بر این است که تمام اختلافات قابل ارجاع به داوری هستند، مگر در مواردی که کنگره صریحاً دادگاه را تنها مرجع صالح برای رسیدگی به اختلاف بداند. همچنین، در نیجریه، اختلافاتی قابل ارجاع به داوری است که جنبه مدنی (در مقابل کیفری) داشته باشد. در آلمان، مطابق قانون تجارت

۲. نک: ویلیام پارک، «داوری در قراردادهای بانکی»، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۲۸، ۲۰ (۱۳۸۲)، ۴۵-۶۰.

۳. نک: منصور عطاشنه، سیدعلیرضا هاشمی‌زاده کهنی و زهرا عطاشنه، «مکانیسم حل و فصل اختلافات داخلی و بین‌المللی»، نشریه علمی پژوهش‌های حقوقی، ۴۸، ۲۰ (۱۴۰۰)، ۱۰۸-۱۱۱.

۴. منصور عطاشنه، سیدعلیرضا هاشمی‌زاده کهنی، زهرا عطاشنه، محمدرضا پاسبان، «قابلیت داوری اختلافات بانکی در حقوق ایران»، فصلنامه آیین دادرسی مدنی، ۱، ۱ (۱۴۰۰)، ۱۲۲.

معاملات امنیتی، استفاده از داوری برای حل اختلافات مربوطه به اوراق بهادار تنها در صورتی ممکن است که هر دو طرف اختلاف تاجر یا نهاد عمومی باشند.^۵ رایج‌ترین معیارهای تصمیم‌گیری درباره قابلیت به‌کارگیری روش‌های غیرقضایی عبارت است از: ۱. معیار «نظم عمومی»؛ طبق این معیار، برای تعیین اختلافات غیرقابل حل و فصل از طریق روش‌های غیرقضایی، ملاحظات نظم عمومی که مهم‌ترین آنها موضوعات حساس حقوق عمومی ناشی از ویژگی‌های اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و حقوقی است، باید ملاک عمل قرار گیرد. ۲. معیار «امکان حل و فصل آزادانه»؛ طبق این معیار، طرفین صرفاً اختلافات راجع به موضوعاتی را می‌توانند به هریک از روش‌های غیرقضایی ارجاع دهند که مطابق قانون، حق داشته باشند به‌طور خصوصی و بدون دخالت دادگاه و یا هر مرجع قانونی دیگری در مورد آن توافق نموده و آن را بین یکدیگر حل و فصل نمایند. ۳. معیار «منافع مالی و اقتصادی»؛ طبق این معیار، اختلافاتی قابل حل و فصل از طریق روش‌های غیرقضایی هستند، که واجد نفع مالی برای طرفین باشند. ۴. معیار «صلاحیت انحصاری»؛ طبق این معیار، هرگاه در قانون درباره موضوعی، برای یک مرجع خاص و به‌ویژه دادگاه‌ها، «صلاحیت انحصاری» پیش‌بینی شده باشد، این صلاحیت به‌طور تلویحی مقررهای دایر بر عدم قابلیت به‌کارگیری روش‌های دیگر برای حل و فصل اختلاف است.^۶ گرچه گاهی، چنان ارتباط نزدیکی بین معیارهای یادشده وجود دارد که آنها را تبدیل به دو روی یک سکه می‌کند؛ اما در کل به نظر می‌رسد در ایران سه معیار «نظم عمومی» که مبنای اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی است، «صلاحیت انحصاری» که نمونه اعمال آن را می‌توان در ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و ماده ۴۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی دید و «امکان حل و فصل آزادانه» که مبنای ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی است، ملاک تمییز موضوعات قابل حل و فصل به‌طور غیرقضایی از موضوعات منحصر در صلاحیت محاکم است. بر این اساس، در ادامه به پاره‌ای از موانع قانونی پرداخته شده است.

۱-۱- مانعیت اصل ۱۳۹ قانون اساسی و مقررات مبتنی بر آن و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی

5. Adeola Ayodele, Oluwabiyi, "A Comparative Legal Analysis of the Application of Alternative Dispute Resolution (ADR) to Banking Disputes", *Journal of Law, Policy and Globalization*. 38 (2015), 4-6.

۶. علیرضا ایرانشاهی، «معیار قابلیت داوری در اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشگاه شهید بهشتی، ۵۸، ۱۵ (۱۳۹۱)، ۲.

از جمله موانع قانونی پیشروی بانک‌های ایرانی در استفاده از روش‌های غیرقضایی (داوری و به‌زعم برخی، سازش)،^۷ مفاد تفسیر بردار اصل ۱۳۹ قانون اساسی (به‌عنوان مصداق داوری ناپذیری نسبی در حقوق ایران) و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی (تکرار مفاد اصل مرقوم است) است؛ مطابق اصل یادشده، «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیئت‌وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». لازم به توضیح است نسبی بودن این ممنوعیت، به دلیل محدودیتی است که مقنن وضع نموده و طرف دولتی، برای بهره‌مندی از مزایای داوری، موظف به طی مراحل است. در صورت عدم تحقق آن مراحل، موضوع اختلاف قابلیت ارجاع به داوری را نخواهد داشت.^۸

با لحاظ مفاد اصل مذکور و قید «اموال عمومی و دولتی» در آن، در این‌که آیا بانک‌ها مشمول محدودیت اصل مذکور می‌شوند یا خیر، می‌توان بر پایه نظرات موجود درباره شمول اصل ۱۳۹ و تفسیر اموال عمومی و دولتی مندرج در اصل یادشده از یک‌سو و ارتباط مسائل پولی و بانکی با منافع و دارایی‌های ملی از سوی دیگر، سه پاسخ به پرسش مطروحه داد:

الف- تمام بانک‌ها اعم از دولتی و غیردولتی به علت ارتباط تنگاتنگ مسائل پولی و بانکی با منافع و دارایی‌های ملی و تسری آثار اقدامات بانک‌ها علاوه بر سپرده‌گذاران و سهامداران (ذینفعان خصوصی) به اقتصاد کشور و در نتیجه تمام آحاد جامعه (ذینفعان عمومی)، مشمول اصل ۱۳۹ هستند؛ بنابراین، ارجاع اختلافات بانکی به نهاد داوری فارغ از دولتی یا خصوصی بودن بانک، مستلزم رعایت شرایط مقرر در اصل مذکور است. این نظر، گرچه کاملاً بر خلاف رویکرد فعلی دولت دایر بر کاهش مداخله محاکم در حل اختلافات اقتصادی است؛ اما همسو با رویکرد فعلی قانون‌گذار در قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران (جایگزین قانون پولی و بانکی مصوب ۱۳۵۱) است؛ قانون‌گذار با تعبیر نادرست از مفهوم «ذینفع عمومی» که اثر آن را در دولت‌محوری قانون یادشده (از جمله در تغییر ارکان آن مانند جایگزین شدن هیئت عالی (با ترکیب دولتی) به‌جای شورای پول و اعتبار (با عضویت بخش خصوصی در کنار دولتی) می‌توان دید، عملاً موجب نادیده گرفتن نقش بانک‌های خصوصی در تصمیم‌گیری‌ها و

۷. ناصرعلیدوستی، «ظرفیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه مطالعات راهبردی، ۱۱، ۱ (۱۳۸۷)، ۸۷.

۸. لعیا جنیدی و نسترن غیاثوند قزوینی، «داوری‌پذیری در نظام حقوقی ایران با تأکید بر روبه قضایی»، مجله حقوق تطبیقی، ۲۰، ۱ (۱۳۹۶)، ۲۸ و ۳۶.

همچنین سرایت برخی مقررات و تحدیدهای قانونی حاکم بر بانک‌های دولتی به بانک‌های خصوصی گردیده است.^۹

ب- صرفاً شرکت‌های دولتی، از جمله بانک‌های دولتی، به علت دولتی بودن و قرار داشتن اموال آنها در زمره اموال عمومی و دولتی، موظف به رعایت شرایط مندرج در اصل ۱۳۹ برای ارجاع اختلافات خود به داوری هستند.

پ) هیچ‌یک از بانک‌ها اعم از خصوصی و دولتی مشمول اصل ۱۳۹ نیستند. این گروه برای اثبات صحت این نظر، علل مختلفی را برشمرده‌اند که در زیر به اصلی‌ترین علل مذکور اشاره شده است:

۱. برخی با رویکرد «مفهوم‌شناسی» و با توجه به اینکه اصل مذکور صرفاً معطوف به اموال دولتی و عمومی است و نه شرکت‌های دولتی، بر اساس ماده ۲ آیین‌نامه اموال دولتی که به موجب آن اموالی که توسط وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی خریداری می‌شود یا به طرق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده یا در می‌آید، اموال دولتی تلقی می‌شوند، معتقدند اموال شرکت‌های دولتی (از جمله بانک‌های دولتی)، در زمره مصادیق اموال دولتی محسوب نمی‌شود و از شمول اصل ۱۳۹ خروج موضوعی دارد. بر اساس این رویکرد، آرای توسط محاکم صادر شده است که از جمله آنها می‌توان به دادنامه شماره ۹۲۰۰۵۷ مورخ ۱۳۹۲/۰۹/۰۲ شعبه ۳۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران، اشاره نمود.^{۱۰} به نظر می‌رسد باور فوق با نظر تفسیری شماره ۵۶۰۶ مورخ ۱۳۷۲/۰۹/۱۷ شورای نگهبان مغایر است؛ شورای نگهبان طی نظریه یادشده، با اعلام اینکه اصل ۱۳۹، با لحاظ صراحت و وضوح نیاز به تفسیر ندارد، اضافه نماید که «اعضای شورای نگهبان به اتفاق آراء، اصل مذکور را شامل اموال شرکت‌های دولتی نیز می‌دانند».

۲. گروهی دیگر، همانند دسته اول با تکیه بر رویکرد «مفهوم‌شناسی» و تعریف «اموال دولتی»، معتقدند بر پایه ماده ۲ آیین‌نامه اموال دولتی، اموال دولتی اموالی است که توسط وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات و یا شرکت‌هایی که «صد در صد سهام» آنها متعلق به دولت است، خریداری می‌شوند یا به هر طریق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده یا درمی‌آیند. بر این اساس، برای تشخیص قرار گرفتن اموال موضوع اختلاف در تحدید قانونی اصل ۱۳۹، باید معیارهای زیر بررسی شود:

۹. محمدرضا جمشیدی، «تبدیل ساختار بانک مرکزی در طرح جدید نظام بانکداری اسلامی»، روزنامه فرصت امروز، مورخ ۱۳۹۸/۰۸/۱۷؛ نظافتیان، علی، «تحولات ساختاری بانک مرکزی در سال جدید»، روزنامه فرصت امروز، مورخ ۱۴۰۳/۰۱.

۱۰. سیداصغر هندی، «بررسی تسری شروط اصل ۱۳۹ قانون اساسی به اموال شرکت‌های دولتی»، مجله حقوقی دادگستری، ۶۱، ۷۱، (۱۳۸۶)، ۲۴-۸۶.

یک- صد در صد سهام شرکت دولتی، متعلق به دولت باشد تا بتوان اموال آن را دولتی دانست.
 دو- طریقه انتقال اموال مورد تنازع به شرکت دولتی، طریق قانونی باشد.^{۱۱}
 این رویکرد که بر اساس آرای از جمله رأی شماره ۳۴۸/۱۸/۹۳/۵/۳۶ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۰۶ مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران، صادر شده،^{۱۲} نخست اینکه بر خلاف مفاد ماده ۲ آیین‌نامه اموال دولتی مصوب ۱۳۷۲ است؛ زیرا در ماده یادشده عبارت «صد در صد سهام» نیامده و به موجب آن «اموال دولت، اموالی است که توسط وزارتخانه‌ها، مؤسسات و یا شرکت‌های دولتی خریداری می‌شود یا به هر طریق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده یا در می‌آیند». دوم اینکه، تعاریف مقرر برای وزارتخانه (واحد سازمانی مشخصی که به موجب قانون به این عنوان شناخته شده و یا بشود)، مؤسسه دولتی (واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد و زیر نظر یکی از قوای سه‌گانه اداره می‌شود و عنوان وزارتخانه ندارد) و شرکت دولتی (واحد سازمانی مشخصی است که با اجازه قانون به صورت شرکت ایجاد شود و یا به حکم قانون و یا دادگاه صالح ملی‌شده و یا مصادره شده و به‌عنوان شرکت دولتی شناخته شده باشد و بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت باشد) در قانون محاسبات عمومی نیز مغایر این رویکرد است. معیار دوم نیز محل تامل است. پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا چنانچه میان طرفین یک قرارداد خصوصی که یک طرف آن دولت است، درباره مال دولتی موضوع قرارداد اختلاف حادث شود، مرجع رسیدگی‌کننده به اختلاف پیش از ورود به ماهیت دعوا، باید بررسی نماید که منشأ مالکیت دولت قانونی است یا خیر؟ به نظر می‌رسد چنین رویکردی بر خلاف قاعده ضرورت رسیدگی در چارچوب خواسته مطروحه و عدم خروج از آن است.

۳. گروهی دیگر بر اساس معنای دقیق اموال دولتی، معتقدند صرفاً اموالی قابلیت ارجاع به داوری را ندارند که در محدوده تعریف اموال دولتی به معنای خاص (اموال عمومی) درآیند؛^{۱۳} اموال دولتی به دو دسته «اموال مورد استفاده در اعمال تصدی دولت» و «اموال مورد استفاده در اعمال حاکمیتی دولت»، قابل تقسیم است. دسته اول اموالی است که ملک دولت بوده، اصل بر واگذاری آن است و این واگذاری بر اساس قوانین عام صورت می‌پذیرد. به این دسته از اموال، «اموال دولتی» اطلاق می‌شود

۱۱. محسن محبی، گزیده آرای داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران جلد سوم (۱۳۹۳-۱۳۹۵)، (تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۶)، ۲۱-۲۹.

۱۲. همان

۱۳. مصطفی عبیدیزدان، «تحلیل رویکرد دادگاه‌ها نسبت به داوری دعوی و اموال عمومی و دولتی»، دوفصلنامه پژوهش‌نامه حقوق خصوصی عدالت، ۹(۱۳۹۷)، ۳۱.

که اموال بانک‌های دولتی نیز در زمره این اموال است). دسته دوم، همان اموال دولتی به معنی خاص یا اموال ملی، عمومی یا اموال حکومت (که مشترکات عمومی و انفال نیز خوانده می‌شوند) است، برای مصلحت عموم و برای استفاده آحاد مردم اختصاص داده شده است و دولت تنها از جهت ولایتی که بر عموم دارد آن را اداره می‌کند. در داوری اصل مسلم این است که فقط اشخاصی حق مراجعه به داوری را دارند که حق انتقال آزادانه اموال موضوع اختلاف را داشته باشند. از همین رو فقط دعاوی راجع به اموال عمومی قابلیت ارجاع به داوری را ندارد. بر این اساس، بعید نیست که مقصود مقنن در قانون اساسی از اموال دولتی (که در ردیف اموال عمومی قرار داده شده‌اند)، اموال دولتی باشد که برای مصارف و مصالح عمومی اختصاص یافته‌اند. وجود حرف «و» که عبارت «اموال دولتی» و «اموال عمومی» را به هم متصل نموده، مؤید این نظر است که اموال عمومی و دولتی، در حکم هم قرار داده شده‌اند؛ از این رو باید گفت اختلافات راجع به اموال دولتی که در جهت تصدی‌گری استعمال می‌شوند، مشمول اصل ۱۳۹ نیست.^{۱۴} بر پایه مراتب فوق، طرفداران این گروه معتقدند از نظر منطق حقوقی، هیچ مبنایی در داوری‌پذیر نبودن دعاوی راجع به اموال دولتی مستعمل و مرتبط با اعمال تصدی دولت در دسترس نیست.^{۱۵} به نظر نگارنده، شورای نگهبان می‌تواند با ارائه تفسیری مشابه این نظریه از اصل ۱۳۹، کمک شایانی به اعتبار و گسترش جایگاه داوری نماید.

۴. برخی با تکیه بر نظریه شماره ۷/۶۱۶۶ مورخ ۱۵/۰۹/۱۳۷۳ اداره حقوقی قوه قضائیه که صراحتاً اموال دولتی را اموالی دانسته که «از بودجه عمومی کل کشور تهیه شده و در اختیار قوای مقننه، قضائیه، شورای نگهبان، وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی قرار گرفته است»، معتقدند با توجه به اینکه بانک‌های دولتی از بودجه عمومی کل کشور استفاده نمی‌کنند؛ بنابراین به‌عنوان شرکت دولتی هیچ‌گونه محدودیت و ممنوعیتی در ارجاع اختلافات به داوری بر اساس اصل ۱۳۹ ندارند.^{۱۶}

در این میان، از نظر نگارنده بر اساس ظاهر اصل، بانک‌های دولتی مشمول اصل ۱۳۹ می‌شوند؛ اما با مطالعه جلد دوم صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی (جلسه ۴۸) در باب اصل

۱۴. سکینه کشاورز معتمدی، اهمیت داوری در قراردادهای بانکی و اداری (مقایسه قوانین ایران، امریکا و انگلیس در ضرورت داوری)، (تهران: انتشارات گپ، ۱۳۹۷)، ۴۷.

۱۵. عباس کریمی و حمیدرضا پرتو، «داوری‌پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۴، ۳۶، (۱۳۹۱)، ۱۷۴.

۱۶. مهدی فتاحی، «داوری راجع به اموال عمومی و دولتی در رویه قضایی دادگاه‌های جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه رأی، ۱۱ (۱۳۹۴)، ۱۶۸، همان، ۲۱.

مذکور، مشخص است که مقصود نمایندگان صرفاً اموالی است که ۱۰۰٪ آن در مالکیت دولت قرار دارد. مؤید این استنباط مثال‌های به‌کار رفته 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، چه خصوصی و چه دولتی، با مشارکت حداکثر ۴۹ درصدی بخش غیردولتی فعالیت می‌کنند، با مذاقه در دیگر اصول قانون اساسی، همچون اصل ۴۰ در باب منع اضرار به غیر، بند ج اصل ۲ در باب استقلال اقتصادی و بند ۱۲ اصل ۳ در باب پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه، عملاً دچار تعارض در اعمال اصل ۱۳۹ بدون لحاظ حقوق سهامداران خصوصی می‌گردیم. 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^{۱۷} مراتب دایره شمولیت و حدود اصل ۱۳۹ با تأکید بر شرایط اقتصادی و نظام بانکی فعلی و حقوق سهامداران از شورای نگهبان استفسار گردد.^{۱۸} لازم به ذکر است که با توجه به اینکه بانک‌های دولتی و غیردولتی، هدف واحدی را دنبال می‌کنند و بر همین اساس در اغلب موارد، قوانین و مقررات واحدی بر آنها حاکم و دارای تکالیف و حقوق مشابهی هستند، چنین محدودیتی برای بانک‌های دولتی، در پاره‌ای موارد موجب بروز مشکلات و محدودیت‌هایی در مقررگذاری می‌شود؛ در حال حاضر، در پیش‌بینی روش حل اختلاف، مقررگذار با لحاظ محدودیت اصل ۱۳۹، یا از پیش‌بینی روش داور خودداری می‌نماید که نتیجه آن محرومیت بانک‌های غیردولتی از روش یادشده به علت تسری مقرر به هر دو نوع بانک‌ها (دولتی و غیردولتی) است یا محدودیت بانک‌های دولتی در به‌کارگیری روش داور را نادیده گرفته و با علم به مفاد اصل یادشده روش داور را به‌عنوان روش حل اختلاف در مقرر تدوینی پیش‌بینی می‌نماید. مصداق بارز آن پیش‌بینی روش داور به‌عنوان روش حل و فصل اختلافات در مقررات ساتنا، پایا، شتاب، صرف‌نظر از دولتی یا غیردولتی بودن بانک‌ها است؛^{۱۹} از این‌روی به نظر می‌رسد که بازنگری این موضوع (تسری مفاد اصل ۱۳۹ به بانک‌های دولتی)، توسط قانون‌گذار ضروری است. شایان ذکر است که مشاور وقت

۱۷. سیدصادق حقیقت، «نقش مصلحت در حکومت اسلامی از دیدگاه امام خمینی(ره)»، فصلنامه اندیشه سیاسی در اسلام، ۲۰۶ (۱۳۹۴)، ۹۰-۹۲.

۱۸. رضایی و عبدالرحیمی، پیشین، ۳۱۹-۳۲۰.

۱۹. مصطفی‌السان، «نقش بانک مرکزی در حل و فصل اختلافات بانکی»، فصلنامه پژوهش‌های پولی و بانکی، ۲۱ (۱۳۹۳)، ۴۲۷-۴۳۴.

معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم و سرپرست اداره پیشگیری قضایی به‌عنوان متولی اصلی ترویج نهاد داوری در کشور، استفاده از ظرفیت اصل ۱۲۷ قانون اساسی را به‌عنوان راهکار اتخاذ نموده است؛ گاهی اوقات مسائلی با ابعاد گوناگون فرهنگی، اقتصادی و غیره مطرح می‌شوند که منحصرأ مرتبط به یک وزارتخانه یا دستگاه معینی است. چون حل و فصل این‌گونه امور از نظر سازمانی و مادی فرآیند ویژه‌ای را می‌طلبد، نهاد جدید «نمایندگی ویژه» به موجب اصل ۱۲۷ تأسیس شد؛^{۲۰} بر این اساس، تصویب ارجاع اختلافات بانک‌های دولتی (جز اختلافاتی که طرف آن خارجی است و یا اختلافات مهم که ارجاع آن به داوری علاوه بر تصویب هیئت‌وزیران، مستلزم تصویب مجلس نیز است) به داوری که مطابق اصل ۱۳۹ مستلزم تصویب هیئت‌وزیران است، به بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به‌عنوان «نماینده ویژه» محول می‌شود. در این صورت تصمیم بانک مرکزی در حکم تصمیم رئیس جمهور و هیئت‌وزیران خواهد بود. از نظر نگارنده، با توجه به اینکه اصل ۱۳۹ به دو جزء تقسیم می‌شود، امکان به‌کارگیری راهکار اتخاذی مقام مذکور در جزء اول اصل متصور و موجب تسهیل فرآیند ارجاع اختلاف به داوری خواهد شد؛ اما 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 بیشتر 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؛^{۲۱} در این قانون، به بانک مرکزی اجازه داده شده که اختلافات مربوط به قرارداد مورخ اوت ۱۹۷۵ منعقد بین شرکت جی‌ا و بانک ملت را به داوری ارجاع و برای شرکت در جلسات داوران، زیر نظر رئیس کل بانک مرکزی، اقدام به انتخاب داور نماید. با توجه به اینکه مجوز صادره به بانک مرکزی، به موجب قانون و با تصویب مجلس بوده است، اصل ۱۲۷ موضوعیت ندارد.

خاطر نشان می‌شود که قابلیت سازش و امکان ارجاع تمام اختلافات به سازش بر اساس اصل ۱۳۹، محل اختلاف است. برخی معتقدند که مطابق اصل مذکور، «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی

۲۰. امیرساعت وکیل و پوریا عسکری، قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی (تهران: انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۳)، ۳۷۴.

۲۱. رضایی و عبدالرحیمی، پیشین، ۳۱۹-۳۲۱.

و دولتی در هر مورد موکول به تصویب هیئت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». استفاده از شیوه سازش برای حل و فصل اختلافات با محدودیت‌هایی مواجه است. اینک پرسشی مطرح می‌شود و آن اینکه آیا مقصود از «صلح» مندرج در اصل ۱۳۹، همان «سازش» است؛ به عبارت دیگر، آیا «سازش» و «صلح» یکسان هستند یا خیر؟

مطابق ترمینولوژی فقه، صلح در معنای اصطلاحی عبارت است از ملزم شدن و متعهد شدن به سازش و رفع خصومت. خواه این خصومت فعلاً موجود باشد یا فرضی و تقدیری باشد.^{۲۲} برخی نیز گفته‌اند صلح عبارت است از انشای تراضی و تسالم بین دو نفر بر امری از امور.^{۲۳}

بر خلاف حقوق پاره‌ای کشورها، از جمله فرانسه که در آن عقد صلح صرفاً به منظور دفع ترافع و پایان بخشیدن به دعوا به کار می‌رود، قانون‌گذار در ایران به تبعیت از فقهای امامیه، معتقد است که صلح دارای مفهوم گسترده‌تری است و ممکن است در مقام رفع تنازع موجود، جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود.^{۲۴} بدیهی است که در مقایسه بین صلح و سازش، معنای دوم صلح، یعنی جایی که صلح وسیله انجام معاملات قرار می‌گیرد، محل بحث نیست. بلکه تنها مفهوم اول صلح که برای رفع تنازع و دعاوی احتمالی یا موجود به کار می‌رود، محل بحث است. تفکیک میان سازش از صلح دشوار است؛ زیرا در هر دو سازش و صلح، سخن از حل اختلاف به شیوه‌ای دوستانه است. در هر دو حالت، اختلاف به شیوه قراردادی حل و فصل می‌شود؛ زیرا صلح نیز همانند صورت جلسه سازش که به امضای طرفین اختلاف می‌رسد، یک قرارداد محسوب می‌شود. وجود هم‌زمان دو ماهیت صلح و سازش در قوانین برخی کشورها، از جمله فرانسه و ایتالیا، همانند ایران دیده می‌شود. در برخی از این کشورها، قانون‌گذار صراحتاً به تفکیک میان صلح و سازش اشاره نموده و در برخی مانند ایران و فرانسه به تفکیک میان آنها پرداخته نشده است و حتی در ایران گاه دو واژه فوق به جای یکدیگر نیز به کار می‌رود؛ به طور مثال، دکتر متین دفتری در توضیح مقررات سازش مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸) می‌نویسد: «اگر صلح عمل پسندیده‌ای است و قانون آن را توصیه کرده است، مذاکرات اصلاحی نباید به طول انجامیده و موجب بلا تکلیفی و تعویق کار بشود. به همین دلیل، در آیین دادرسی

۲۲. حمید مسجدسرای، ترمینولوژی فقه (تهران: انتشارات روایت نو، ۱۳۹۳)، ۳۸۴-۳۸۵.

۲۳. سیدحسین امامی، حقوق مدنی جلد دوم (تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۲)، ۳۱۵.

۲۴. یوسف درویشی هویدا، «تاملی بر سازش به‌عنوان روش دوستانه حل و فصل اختلافات در حقوق تجارت بین‌الملل»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۶، ۶۴، (۱۳۹۲)، ۲۲۸.

مدنی تصریح شده است که دادگاه نباید طرفین را بی‌جهت معطل نماید و همین که مشاهده نمود که حاضر به سازش نیستند، باید طرفین را به حال خود واگذار کرده و اعلام نماید که می‌توانند دعوی خود را به دادگاهی که صلاحیت حکم ترافعی دارد، رجوع کنند.^{۲۵} همچنین یکی دیگر از نویسندگان حقوقی ذیل عنوان قواعد حاکم بر صلح چنین نوشته است: «در صورتی که صلح به منظور رفع تنازع و پایان بخشیدن به دعوا انجام شود، تابع احکام خاص قانون مدنی و سازش در آیین دادرسی مدنی و قواعد عمومی قراردادها است... صلحی که در دادگاه واقع می‌شود یا طرفین در دادگاه به صحت آن اقرار می‌کنند، در گزارش اصلاحی دادگاه منعکس می‌شود و مانند احکام دادگاه اجرا خواهد شد...»^{۲۶} اما در پاسخ به پرسش و ابهام مطرح شده فوق، باید گفت گرچه قانون‌گذار در فرانسه، همانند ایران، به تفکیک دو مفهوم صلح و سازش تصریح ندارد؛ اما مطابق رویه قضایی، میان صلح و سازش تمایز وجود دارد و رویه قضایی و نویسندگان حقوقی فرانسه به علل زیر، صلح را متفاوت از سازش می‌دانند:

- ۱- اعطای امتیاز و گذشت متقابل، رکن اصلی صلح به شمار می‌رود که این امر، معیار متمایزکننده نهاد سازش از صلح است؛ زیرا در سازش، بر خلاف صلح، توافق طرفین است که محدوده و شروط سازش را تعیین می‌کند. در سازش همین که طرفین به توافق برسند، سازش محقق می‌شود؛ اعم از اینکه گذشت و اعطای امتیاز فقط از سوی یکی از طرفین اختلاف باشد یا به صورت متقابل انجام گیرد.
- ۲- مطابق بند ۲ ماده ۲۰۴۴ قانون مدنی فرانسه، قرارداد صلح تشریفاتی است و باید به صورت کتبی تنظیم شده باشد در غیر این صورت، باطل است. این در حالی است که در مورد سازش‌های خارج از دادگاه چنین مقرره‌ای وجود ندارد و سازش‌های شفاهی نیز معتبر هستند.
- ۳- رأیی که از جانب سازش‌گر صادر می‌گردد، میان طرفین الزام‌آور نیست و آنها می‌توانند آن را نادیده بگیرند، در حالی که صلح الزام‌آور است.^{۲۷}

اما در ایران گرچه اغلب نویسندگان حقوقی ما به صراحت مقایسه‌ای بین سازش و صلح به عمل نیاورده‌اند با وجود این، معدود نویسندگانی که در این زمینه اظهارنظر کرده‌اند دارای نظرات متفاوتی هستند که در زیر به آنها اشاره شده است.

۲۵. همان، ۲۲۹-۲۳۱.

۲۶. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی درس‌هایی از عقود معین جلد اول (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵)، ۳۶۱.

۲۷. بهشید ارفع‌نیا و عماد ملاابراهیمی، «حل مسالمت‌آمیز و شرای جایگزین؛ روش‌های حل و فصل اختلافات نوین بالادستی صنعت نفت و گاز با تأکید بر قرارداد IPC»، مجله مطالعات حقوق انرژی، ۴، ۲ (۱۳۹۷)، ۳۰۱.

الف- برخی معتقدند سازش از صلح قابل تفکیک نیست و در بیان رابطه میان این دو، گفته‌اند که سازش یک روش حل اختلاف است که ممکن است در صورت موفق‌آمیز بودن، به انعقاد عقد صلح منتهی گردد.^{۲۸}

ب- پاره‌ای دیگر معتقدند که بر خلاف سازش که روشی غیرالزام‌آور است، مطابق ماده ۷۶۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «صلح عقد لازم است»، صلح الزاماتی را به همراه دارد که نمی‌توان یک‌جانبه نادیده گرفت و از اجرای آن امتناع ورزید.^{۲۹}

به نظر نگارنده، هم تفسیر بر اساس ظاهر اصل و هم تفسیر بر پایه تأویل نشان می‌دهد که هدف قانون‌گذار از واژه «صلح»، همان سازش به‌عنوان یکی از روش‌های حل و فصل اختلاف نبوده است. در تفسیر بر اساس ظاهر، آنچه در اصل ۱۳۹ دیده می‌شود، صلح دعاوی است و نه سازش دعاوی. اگر هدف قانون‌گذار از صلح همان سازش بود، از همان بدو امر از واژه سازش استفاده می‌کرد که دیگر محل تردید نشود. در تفسیر بر پایه تأویل، باید دید مقصود قانون‌گذار از اشاره به داوری و عدم اشاره به سایر روش‌های غیرقضایی حل و فصل اختلافات از جمله میانجی‌گری، مذاکره، کارشناسی و غیره در اصل ۱۳۹ چه بوده است. باید گفت تفاوت اصلی داوری با سایر روش‌های غیرقضایی، الزام‌آور بودن رأی داوری است؛ بر خلاف سایر روش‌ها که طرفین التزامی به نتیجه رسیدگی و تصمیم‌نهایی ندارند؛^{۳۰} بنابراین می‌توان گفت حکمتی که قانون‌گذار را به تدوین اصل موصوف برانگیخته، این است که بدون نظارت و اطلاع قوای مقننه و مجریه، سرنوشت اموال دولتی و عمومی، به دست اشخاص قرار نگیرد. از این رو، در اصل مذکور برای ارجاع دعاوی به داوری که روش الزام‌آور قلمداد می‌شود، تشریفات مورد نظر پیش‌بینی شده است؛ ولی نامی از سایر روش‌های حل اختلاف به میان نیامده است. بر این اساس و با توجه به دو ماهیت صلح (که عقد لازم است) و سازش (که روشی غیرالزام‌آور است) باید میان صلح و سازش قایل به تفکیک شد و به صراحت اصل ۱۳۹، صلح دعاوی را مشمول حکم مندرج در این اصل دانست و سازش را خارج از موضوع آن شناخت. بنا بر مطالب گفته‌شده به نظر می‌رسد بانک‌ها اعم از دولتی و غیردولتی مانعی در به‌کارگیری روش سازش ندارند. با وجود این ضروری است، ابهام موصوف مرتفع گردد.

اما در اینکه آیا در کنار اصل ۱۳۹، اصل ۱۵۹ که مطابق آن «مرجع رسمی تظلمات و شکایات،

۲۸. همان.

۲۹. علیدوستی، پیشین، ۹۱.

۳۰. رضایی و عبدالرحیمی، پیشین، ۳۱۳.

دادگستری است...» در زمره موانع قانونی بکاگیری روش‌های غیرقضایی است یا خیر، باید گفت اصل ۱۵۹ و در کنار آن اصل ۳۴ قانون اساسی، دایر بر «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید...»، به منزله نقض نظریه «صلاحیت نسبی دادگاه» در ایران نیست؛ بر خلاف نظریه «صلاحیت انحصاری دادگاه» که سال‌ها پیش در کشورهای کامن‌لا به ویژه انگلستان و آمریکا و نیز کشورهای سوسیالیستی به علت ترس از ترویج روش‌های غیرقضایی و اعمال قوانین غیرملی در آن روش‌ها و در نتیجه سست شدن و یا به خطر افتادن اعتبار و اقتدار قوانین ملی و کمرنگ شدن مأموریت دادگاه‌ها در حفظ نظم عمومی و حاکمیت قوانین کشور رواج داشته و بر اساس آن دادگستری تنها مرجع رسمی تظلمات بوده است و دادگاه‌ها که به موجب قوانین دولتی ایجاد و کنترل می‌شوند، صلاحیت عام رسیدگی به دعاوی و اختلافات را داشتند و به اشخاص اجازه داده نمی‌شد که با قراردادهای خصوصی خود از صلاحیت دادگاه‌های دولتی خارج شوند، امروزه، به‌طور کلی کشورها تابع نظریه «صلاحیت نسبی دادگاه» هستند؛ این بدین معناست که اصل بر صلاحیت مراجع قضایی برای حل و فصل اختلافات است، مشروط بر اینکه به حکم قوانین، اشخاص برای حل و فصل اختلافات خود ملزم به استفاده از روش‌های غیرقضایی نشده باشند و یا میان طرفین اختلاف، درباره شیوه حل و فصل اختلافات توافق خاصی صورت نگرفته باشد؛ در صورت تعیین مرجع غیرقضایی توسط قانون‌گذار یا توافق طرفین بر ارجاع اختلاف خود به مرجعی جز مرجع قضایی، اختلاف به مرجع غیرقضایی تعیین شده ارجاع خواهد شد.^{۳۱} کشور ایران نیز از نظریه اخیرالذکر (نظریه نسبی) مستثنی نیست. در اثبات این ادعا، می‌توان به اسنادی همچون مشروح مذاکرات اعضای محترم شورای نگهبان در بررسی لایحه شوراهای حل اختلاف در تاریخ ۱۳۹۹/۱۱/۰۸ و به بحث و گفتگو گذاشتن ایراد مغایرت تأسیس یادشده با قانون اساسی که در نهایت شورای نگهبان به عدم مغایرت نظر داده است؛ همچنین، مواد قانونی از جمله مواد ۴۵۴-۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی، قانون داورى تجارى بین‌المللى و نیز پیش‌بینی برخی مراجع خاص اغلب در قالب هیئت‌های تجدیدنظر، اعتراض به آرای صادره از مراجع قضاوتی به مراجع شبه قضاوتی و حتی صراحت قطعی و لازم‌الاجرا بودن آراء صادره توسط برخی از مراجع یادشده از جمله هیئت داورى بورس که در آنها عملاً جای بازگشت به دادگستری نیست^{۳۲} اشاره

۳۱. مصطفی سروری مقدم، «مقایسه جایگاه دادگاه و داورى در حل اختلافات تجارى بین‌المللى»، مجله آموزه‌های حقوقی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۰۷، (۱۳۸۹)، ۱۳۵-۱۳۸.

۳۲. نک: محمد صادقی و سمیرا غلامی، «موقعیت حقوقی اعضای غیرقضایی در مراجع قضاوتی شبه قضایی»، فصلنامه حقوق اداری، ۳۰، ۹، (۱۴۰۱)، ۸۲-۱۰۳.

کرد که همگی حکایت از به رسمیت شناختن طرق غیرقضایی و به عبارت دیگر به رسمیت شناختن اصل صلاحیت نسبی محاکم در ایران دارد.

۱-۲- مانعیت ماده ۴۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی و عدم کارآمدی طرق عدالت ترمیمی در دعاوی کیفری بانکی

صلاحیت انحصاری محاکم در رسیدگی به دعاوی کیفری، انتقادات اساسی را به کلیت نظام کیفری وارد کرده است. به دلیل عدم توفیق در تحقق عدالت به دلایلی از جمله حجم بالای پرونده‌ها که سنگینی آنها فرصت ابتکار عمل را از نظام کیفری و قضایی سلب نموده، است، به همراه داشته است. این انتقادات باعث گسترش نوعی عدالت مصالحه‌ای یا سازشی به نام «عدالت ترمیمی»^{۳۳} شده است. از طرق عدالت ترمیمی در ایران عبارت از میانجی‌گری کیفری، سازش و تفکیک جنبه عمومی از جنبه خصوصی جرم و آزادی اشخاص در استفاده از روش‌های غیرقضایی برای حل و فصل اختلافات ناشی از جنبه خصوصی جرم می‌باشد. با وجود مراتب فوق، در ایران عدالت ترمیمی به علل زیر در کاهش حجم دعاوی کیفری بانکی مطرح در محاکم موفق نبوده است:

الف- تعداد محدود دعاوی کیفری بانکی قابل ارجاع به میانجی‌گری کیفری، دعاوی کیفری بانکی در ایران اصولاً شامل کلاهبرداری، جعل، استفاده از سند مجعول، تحصیل مال از طریق نامشروع، سرقت و ورشکستگی به تقلب یا تقصیر می‌باشند. در این میان و مطابق ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، تنها دعاوی کیفری بانکی قابل ارجاع به میانجی‌گری کیفری عبارت‌اند از:

۱- جرم جعل موضوع ماده ۵۲۹ قانون مجازات اسلامی (در باب تعزیرات) که مشمول ماده ۵۲۵ (به موجب آن مجازات جعل اسناد بانکی از جمله برات‌های قبول شده توسط بانک‌ها یا چک‌های صادره توسط بانک‌ها یا سایر اسناد تعهدآور بانکی یا استفاده از آن با وجود علم به مجعولیت آن، حبس از یک سال تا ده سال است) و ماده ۵۲۶ (برابر آن مجازات جعل اسناد بانکی نظیر برات قبول شده توسط بانک‌ها یا چک‌های صادره توسط بانک‌ها یا سایر اسناد تعهدآور بانکی یا استفاده از آن با وجود علم به مجعولیت آن، به قصد اخلال در وضع پولی و بانکی یا اقتصادی یا بر هم زدن امنیت سیاسی و اجتماعی، حبس از پنج تا بیست سال است) قانون یاد شده نشود. این در حالی است که از یک طرف بانک‌های دولتی از شمول ماده ۵۲۹ قانون مجازات اسلامی خارج هستند و از طرف دیگر بانک‌ها اصولاً با جعل

۳۳. رخساره قریب و مجتبی جانی‌پور، «مطالعه تطبیقی قلمرو و معیارهای اعمال میانجی‌گری کیفری در حقوق ایران، انگلیس و بلژیک»، پژوهشنامه حقوق کیفری، ۸۰، ۱ (۱۳۹۶)، ۲۱۸.

اسناد بانکی خود (و نه صرف مهر بانک) مواجه هستند.

۲- ورشکستگی به تقصیر، که مجازات آن از شش ماه تا دو سال حبس است. حال آن که در اغلب موارد، علت طرح شکایت علیه ورشکسته توسط بانک‌ها، ارتکاب اعمال مندرج در ماده ۵۴۹ قانون تجارت است. مطابق آن «هر تاجر ورشکسته که دفاتر خود را مفقود کرده، قسمتی از دارایی خود را مخفی کرده و یا به طریق مواضعه و معاملات صوری از میان برده و هم‌چنین هر تاجر ورشکسته که خود را به وسیله اسناد یا به وسیله صورت دارایی و قروض، به طور تقلب به میزانی که در حقیقت مدیون نیست، مدیون قلمداد نموده است، ورشکسته به تقلب اعلام و مطابق قانون جزا مجازات می‌شود». توسط ورشکسته است.

۳- سرقتی که جامع شرایط حد نباشد و مشمول مواد ۶۵۱ تا ۶۶۰ قانون مجازات اسلامی نشود.

۴- تحصیل مال از طریق نامشروع موضوع ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، تعداد کمی از دعاوی کیفری بانکی قابل حل و فصل به روش میانجی‌گری است. این موضوع (سلب اغلب دعاوی کیفری بانکی از امتیاز حل و فصل به روش میانجی‌گری) با رویکرد فعلی کشور دایر بر کاهش مداخله محاکم در اختلافات اقتصادی و واگذاری این امر به بخش خصوصی، سازگار نیست.

ب- عدم ارتباط جرایم مندرج در «بخش‌نامه در خصوص اهمیت صلح و سازش و نقش آن در احقاق حق و پیشگیری از اطاله دادرسی» به دعاوی کیفری بانکی؛

پ- دشواری تفکیک جنبه عمومی از جنبه خصوصی در جرایم نوپای اقتصادی، گاه تلاقی و درهم تنیدگی جنبه خصوصی و جنبه عمومی جرایم، به ویژه در جرایم نوپای اقتصادی مانند «پول‌شویی» یا «دستکاری بازار»،^{۳۴} منتج به بروز شبهه در استفاده از روش‌های غیرقضایی گردیده و موجب شده که در عمل وجهه عمومی جرم، مانع مطالبه خصوصی ضرر و زیان ناشی از جرم شود؛ ماحصل این نتیجه، نادیده گرفته شدن حق خصوصی بزه‌دیده و عدم تضمین عدالت حقوقی، در کشاکش جنبه عمومی با وجهه خصوصی جرم است. به طور مثال درباره جرم «دستکاری بازار» که اصولاً در زمره جرایم بورسی محسوب می‌شود و صبغه کیفری آن غلبه دارد، علی‌رغم اینکه در مقررات حکم صریحی در خصوص

۳۴. مهدی مقیمی، «مطالعه حقوقی - جرم‌شناختی جرایم اقتصادی (با تأکید بر راه‌کارهای پیش‌گیری ملی و فراملی)»، فصلنامه پژوهش‌های دانش انتظامی، ۷۵، ۲ (۱۳۹۶)، ۷۳.

قابل گذشت بودن یا نبودن جرم مذکور وجود ندارد. در عداد جرایم عمومی و غیرقابل گذشت شناخته می‌شود. هیئت داورى بازار اوراق بهادار موضوع ماده ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار درباره امکان رسیدگی به دعوای ضرر و زیان ناشی از آن، رویه واحدی اتخاذ نموده و در این خصوص دو طریق متفاوت وجود دارد.

برخی معتقدند چون در جرم یادشده اصالت با وجهه عمومی است، از لحاظ حقوقی امکان مطالبه و طرح دعوای خصوصی نزد داورى با محدودیت مواجه است. از جمله آرایى که بر اساس رویکرد فوق صادر شده است، دادنامه شماره ۹۱۱۱۰۰۰۱۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۷/۱۰ است. در این دادنامه، هیئت داورى بورس، دعوای مطالبه ضرر و زیان ناشی از اطلاع‌رسانی و گزارش‌های غیرواقعی و عدم شفاف‌سازی صحیح و نیز دستکاری قیمت سهام را از صلاحیت خود سلب و رسیدگی به ادعای خواهان را از جمله صلاحیت‌های محاکم دادگستری اعلام نموده است؛ اما عده‌ای دیگر معتقد بر جواز رسیدگی به جنبه خصوصی جرم دستکاری بازار، پس از تعیین تکلیف جنبه عمومی آن توسط محکمه هستند. از جمله آرایى که هیئت داورى بر پایه این رویکرد صادر کرده است، می‌توان به دادنامه شماره ۹۶۱۱۰۰۰۰۷۵ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۱۷ به خواسته مطالبه خسارت ناشی از عدم شفاف‌سازی به موقع و تخلف در ارائه صحیح اطلاعات، اشاره نمود. مطابق دادنامه مذکور «با توجه به اینکه ادعای خواهان ارائه اطلاعات خلاف واقع، موضوع ماده ۴۷ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ یا انجام اقداماتی که نوعاً منجر به ایجاد ظاهری گمراه‌کننده از روند معاملات اوراق بهادار می‌شود، موضوع بند ۳ ماده ۴۶ قانون مذکور است و این دو مورد، بنا به تصریح مواد اشاره جرم محسوب می‌شود، مورد از مصادیق اناطه مصرح در ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی محسوب می‌شود. بدین ترتیب، بر اساس ماده ۱۹ مذکور، ادعا باید ابتدا در دادگاه کیفری مطرح شود؛ بنابراین ضمن صدور قرار اناطه، رسیدگی به دعوا تا اتخاذ تصمیم از مرجع صلاحیت‌دار متوقف می‌شود».^{۳۵}

با توجه به رویکرد فعلی دولت‌ها بر کاهش مداخله محاکم در اختلافات اقتصادی و واگذاری این امر به بخش خصوصی، ضروری است برای رفع کاستی‌های موجود که به برخی از آنها در فوق اشاره شد، نخست؛ دایره شمول طرق عدالت کیفری گسترده‌تر شود. دوم اینکه؛ بر اساس مطالعه قوانین و مقررات و هدف مقررگذار از تصویب آنها، باید جنبه خصوصی اختلافات یادشده به جنبه عمومی آنها

۳۵. محمدصادقی، «مطالبه خصوصی خسارت ناشی از دستکاری بازار و اوراق بهادار»، فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی، ۱۸، ۱۳۹۶، ۱۶-۱۸.

چیره و شبهات موجود، از جمله فقدان صلاحیت مراجع غیرقضایی در رسیدگی به دعوای ضرر و زیان ناشی از جرم غیرقابل گذشت و ملازمه مطالبه خصوصی خسارت مترتب بر جرم با پیگیری مجرمانه آن، مرتفع گردد.

۱-۳- مانعیت ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و نامشخص بودن حدود آن

ارجاع دعوای ورشکستگی به داوری در پاره‌ای کشورها ممنوع یا محدود شده است. در حقوق ایران ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی، مبنای ممنوعیت ارجاع دعوای ورشکستگی به داوری است. این در حالی است که درباره حدود ممنوعیت مقرر، نه در قانون یاد شده و نه در سایر قوانین تعیین تکلیفی نشده است و در اینکه آیا محدودیت مذکور تنها به اصل ورشکستگی اختصاص دارد یا دعوای مرتبط با آن را نیز در بر می‌گیرد، اختلاف نظر وجود دارد؛ بنابراین، با توجه به اینکه بحران‌های اقتصادی سال‌های اخیر ورشکستگی روزافزون تجار را در پی داشته است و حجم چشم‌گیری از دعوای بانکی، راجع به ورشکستگی مشتریان بانکی (به ویژه مشتریانی که به علت دریافت تسهیلات یا خدمات به بانک بدهکار هستند) است، به نظر اصلاح است همچون برخی کشورها مانند آمریکا،^{۳۶} سیاست عمومی به نحوی طراحی شود که قوانین متعارض با روش‌های غیرقضایی، به نفع این نهاد تفسیر گردد. به طور مثال مطابق «نظریه تفکیک»،^{۳۷} صرفاً رسیدگی به اصل ورشکستگی در صلاحیت محکمه و سایر دعوای راجع به آن خارج از انحصار یادشده و قابل رسیدگی با استفاده از طرق دیگر حل و فصل اختلاف باشند. بدیهی است که تا زمان تعیین تکلیف محدودیت موصوف، بانک‌ها از بیم مواجهه با ایراد عدم جواز ارجاع اختلاف به مرجع غیرقضایی، از هرگونه توافق دایر بر به‌کارگیری روش غیرقضایی درباره اصل ورشکستگی و دعوای راجع به آن امتناع خواهند کرد.

۲- موانع حقوقی

علاوه بر موانع قانونی، وجود پاره‌ای قوانین قابل تفسیر نیز از عوامل اصلی بازدارنده در انتخاب روش‌های غیرقضایی برای حل و فصل اختلافات بانکی توسط بانک‌های ایرانی به نظر می‌رسد. در زیر به برخی

۳۶. سحر قبادی، مرتضی شهبازی‌نیا و محمد عیسائی تفریسی، «مطالعه تطبیقی جهات محدودیت داوری در ورشکستگی در حقوق ایران و آمریکا»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱، ۲۳، (۱۳۹۸)، ۱۷۵.

۳۷. ایرانشاهی، پیشین، ۲۰-۲۱.

موانع حقوقی موصوف اشاره شده است:

۲-۱- قابلیت تفسیر ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) علیه پیش‌بینی روش‌های غیرقضایی حل و فصل اختلاف در قراردادهای بانکی

قانون‌گذار در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ و به موجب ماده ۱۵ آن، امتیاز ویژه‌ای را به قراردادهای بانکی (به زعم عده‌ای صرفاً قراردادهای تسهیلاتی) اعطا نموده است. اینکه قراردادهای بانکی با وجود این که در شعب بانک‌ها تنظیم می‌شوند و هیچ‌یک از شرایط مفاد ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی ناظر به سند رسمی را ندارند، در حکم اسناد رسمی و لازم‌الاجرا تلقی شده است. ماده ۱۵ قانون مذکور تصریح می‌نماید «کلیه قراردادهایی که در اجرای مواد «۹»، «۱۱»، «۱۲»، «۱۳» و «۱۴» این قانون مبادله می‌گردد، به موجب قراردادی که بین طرفین منعقد می‌شود، در حکم اسناد لازم‌الاجرا و تابع مفاد آیین‌نامه اجرایی اسناد رسمی است». همچنین، مطابق مفاد قانون اصلاح ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و الحاق دو تبصره به آن مصوب ۱۳۶۵، «کلیه قراردادهایی که در اجرای این قانون مبادله می‌گردند، به موجب قراردادی که بین طرفین منعقد می‌شود، در حکم اسناد رسمی بوده و در صورتی که در مفاد آن طرفین اختلافی نداشته باشند، لازم‌الاجرا بوده و تابع مفاد آیین‌نامه اجرایی اسناد رسمی می‌باشد». به علاوه ماده ۷ قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارایی بانک‌ها مصوب ۱۳۸۶ نیز، در حکمی مشابه و با هدف توسعه امتیاز قراردادهای بانکی، اشعار می‌دارد «کلیه قراردادهایی که بین بانک و مشتری در اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا منعقد می‌گردد، در حکم اسناد رسمی بوده و از کلیه مزایای اسناد تجاری از جمله عدم نیاز به تودیع خسارات احتمالی بابت اخذ قرار تأمین خواسته برخوردار است». در واقع این ماده قراردادهای داخلی بانک‌ها را هم در حکم اسناد رسمی و هم در حکم اسناد تجاری قرار داده و آنها را از امتیازات هر دو دسته اسناد برخوردار کرده است.

اینک بسیاری معتقدند که با توجه به اینکه مطابق قانون اصلاح ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و الحاق دو تبصره به آن مصوب ۱۳۶۵، لازم‌الاجرا بودن قراردادهای بانکی مشروط به عدم اختلاف میان طرفین قرارداد در مفاد آن است و پیش‌بینی روش غیرقضایی حل اختلاف در قرارداد عملاً به منزله وجود اختلاف احتمالی در قرارداد است؛ بنابراین، لحاظ چنین شرطی در قراردادهای موضوع قانون مذکور، عملاً موجب می‌شود که ادارات اجرای ثبت از پذیرش چنین قراردادهایی به علت وجود اختلاف در قراردادها سر باز زنند؛ در نتیجه بانک‌ها، از بسیاری از مزایایی که در آیین‌نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی

لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایات از عملیات اجرائی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مصوب ۱۳۸۷ برای قراردادهای بانکی پیش‌بینی شده، بی‌بهره گردند. بر همین اساس، بانک‌ها از بیم از دست دادن امتیاز یادشده، از پیش‌بینی روش غیرقضایی برای حل و فصل اختلافات احتمالی در قراردادهای خود خودداری می‌کنند. گرچه نسبت به چنین رویکردی پاسخ‌های زیر را می‌توان داد؛ اما ضروری است چنین تردیدی که تبدیل به یک دغدغه برای بانک‌ها گردیده است، صراحتاً توسط قانون‌گذار رفع گردد: اول. قانون اصلاح ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و الحاق دو تبصره به آن مصوب ۱۳۶۵ که به معنای پذیرش عدم وجود اختلاف بین بانک و مشتری در خصوص مفاد قرارداد در زمان انعقاد آن است. مغایرتی با توافق طرفین مبنی بر ارجاع اختلافات احتمالی و آتی ناشی از قرارداد که ممکن است از تفسیر یا اجرای آن حاصل گردد و یا اختلافات ناشی از انعقاد یا انحلال آن ندارد. کما اینکه امکان رجوع هریک از بانک و مشتری به محاکم قضایی جهت حل اختلاف ناشی از قرارداد، مغایرتی با عدم اختلاف طرفین در مفاد قرارداد (در زمان انعقاد آن) که در راستای قانون فوق در متن قرارداد درج می‌گردد ندارد. هرچند به منظور رفع شبهه مذکور و نیز جهت تأکید بر استقلال شرط داوری از قرارداد منعقد، بهتر است توافق‌نامه داوری مستقل از قرارداد اخذ شود.

دوم. هیئت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۹/۵۹ منتشره در روزنامه رسمی شماره ۱۰۶۲۵ مورخ ۱۳۶۰/۰۵/۲۹، «لازم‌الاجرا» بودن این قبیل اسناد را تنها مزیتی برای اسناد توصیف کرده و آن را مانعی برای دارندگان اسناد لازم‌الاجرا در اقامه دعوا نزد محاکم دادگستری ندانسته است.^{۳۸}

سوم. قانون‌گذار به موجب قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، با تصریح بر لزوم کاهش ورودی پرونده‌ها، افزایش دقت و سرعت در ارائه خدمات قضایی، ارتقای کیفیت و کاهش اطاله دادرسی و ایجاد فرصت برابر برای دسترسی آحاد مردم به خدمات قضایی به‌عنوان هدف خود در وضع بند (ب) ماده ۱۱۳ قانون مذکور، مقرر داشته که «مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا از طریق ادارات اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرای سازمان ثبت اسناد و املاک کشور اجرا می‌شوند. ادارات مذکور مکلفند بلافاصله پس از تقاضای اجراییه، نسبت به شناسایی و توقیف اموال مدیون اقدام کنند. چنانچه مرجع مذکور نتواند ظرف مدت دو ماه از تقاضای اجرا، نسبت به شناسایی و توقیف اموال متعهد سند اقدام کند یا ظرف مدت شش ماه نسبت به اجرای مفاد سند

۳۸. کشاورز معتمدی، پیشین، ۵۸.

اقدام نماید، متعهدله سند می‌تواند با انصراف از اجرای مفاد سند به محاکم دادگستری رجوع نماید». همچنین، مطابق آیین‌نامه اجرایی شناسایی و توقیف اموال مدیون در اجرای مفاد اسناد رسمی مورخ ۱۳۹۸/۰۴/۲۶ که در راستای اجرای مفاد بند (ب) ماده ۱۱۳ قانون برنامه ششم توسعه تدوین و ابلاغ شده است، حق دارندگان اسناد رسمی لازم‌الاجرا در مراجعه به محاکم دادگستری، مقید به مراجعه به ثبت و انقضای مهلت دوماهه برای شناسایی اموال متعهد یا انقضای مهلت شش‌ماهه برای اجرای مفاد سند شده است.

گرچه میان صاحب‌نظران در مورد اینکه آیا حکم بند (ب) ماده ۱۱۳ قانون برنامه ششم توسعه تنها ناظر بر اسناد رسمی لازم‌الاجرا است یا همه اسناد لازم‌الاجرا، اعم از رسمی و عادی از جمله قراردادهای داخلی بانک‌ها را شامل می‌شود، اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند واژه «رسمی» در ماده مذکور، خود مؤید تخصیص مفاد ماده فوق و آیین‌نامه اجرایی آن، به اسناد رسمی و خروج موضوعی اسناد عادی از حکم قانون و آیین‌نامه یادشده است و برخی دیگر معتقدند نباید آن را منحصر به اسناد رسمی دانست و به نظر شامل اسناد عادی لازم‌الاجرا نیز می‌شود؛ در واقع، با توجه به اینکه تقریباً تمام اسناد رسمی، لازم‌الاجرا هستند و فقط بعضی از انواع اسناد عادی این خصوصیت را دارند، حکم بند (ب) ماده ۱۱۳ با توجه به قید غالب آن انشاء شده است. همچنین، نظر به تعدد اسناد عادی در حکم سند رسمی هستند، تخصیص حکم مفاد بند (ب) ماده ۱۱۳ قانون مذکور که در راستای کاهش دعاوی و مدت دادرسی تصویب شده، نقض غرض به نظر می‌رسد، حتی اگر حکم مفاد ماده موصوف، به قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی که در حکم سند رسمی و لازم‌الاجرا هستند تسری داده شود، در صورت پیش‌بینی سازکار غیرقضایی به‌عنوان روش حل و فصل اختلافات احتمالی، با توجه به قصد قانون‌گذار دایر بر کاهش ورودی پرونده‌ها به مراجع قضایی در وضع بند (ب) ماده ۱۱۳ قانون یادشده، بانک‌ها با محدودیت مقرر در بند مذکور برای احقاق حقوق خود مواجه نخواهند شد؛ بر این اساس، به نظر نگارنده، پیش‌بینی روش غیرقضایی به‌عنوان روش حل و فصل اختلافات نه تنها مانع وصول مطالبات بانک‌ها به استناد قراردادهای داخلی خود در ادارات ثبت نخواهد شد، بلکه از محدودیت پیش‌بینی شده در بند ب ماده ۱۱۳ قانون یادشده و آیین‌نامه اجرایی آن نیز رهایی خواهند یافت.^{۳۹}

۲-۲- قابلیت تفسیر ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) علیه انتخاب روش‌های

۳۹. کشاورز معتمدی، پیشین، ۵۸-۶۰.

غیرقضایی حل و فصل اختلاف

برخی ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) را نیز در زمره موانع پیش‌روی بانک‌های ایرانی در به‌کارگیری روش‌های غیرقضایی می‌دانند. عملیات بانکی به سه بخش خدمات بانکی، تجهیز منابع و تخصیص منابع تقسیم می‌شود. تجهیز منابع، به‌عنوان منبع اصلی بانک‌ها در تخصیص منابع، خود بر دو نوع سپرده‌های قرض‌الحسنه بر پایه عقد «قرض» و سپرده‌های سرمایه‌گذاری بر پایه سه عقد «مشارکت»، «وکالت» و «صلح»^{۴۰} است. عده‌ای معتقدند در سپرده‌های قرض‌الحسنه، با توجه به اینکه مالکیت موجودی سپرده به بانک منتقل می‌شود، بانک مجاز به هرگونه دخل و تصرف در آن است، مگر آنچه قانون استثناء کرده باشد؛ بنابراین، وجوهی که بانک‌ها اعم از خصوصی یا دولتی، در قالب عقد قرض تجهیز می‌نمایند، جزء منابع مالکیتی آنها و مطابق ماده ۴ آیین‌نامه فصل دوم قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب هیئت محترم وزیران «سپرده‌های قرض‌الحسنه جزء منابع بانک محسوب می‌شود».

بانک‌ها در خصوص منابع مالی خود که از طریق عقد قرض تجهیز نموده‌اند، دارای کنترل کامل بوده و حق انتقال آن را دارند. همچنین، در خصوص ارجاع اختلافات ناشی از منابع موصوف به روش‌های غیرقضایی، ممنوعیت قانونی وجود ندارد. به تبع آن در اختلافات ناشی از قراردادهای اعطای وام که از محل منابع مذکور تخصیص یافته است، محدودیتی در ارجاع اختلاف به روش‌های یادشده نخواهد داشت؛ اما در حساب‌های سرمایه‌گذاری، اعم از کوتاه‌مدت و بلندمدت، با توجه به اینکه سپرده‌گذاران صرفاً به بانک به‌عنوان امین وکالت می‌دهند که وجوه ناشی از سپرده را به‌صورت مشاع در مقام اعطای تسهیلات در قالب عقود بانکی به‌کار گیرد. در مقابل، در سود و منافع حاصل وفق قراردادهای منعقد و متناسب با مدت و مبلغ سپرده‌ها و رعایت سهم بانک، شریک و سهامی می‌شوند؛ بنابراین، بانک‌ها هیچ‌گونه مالکیتی در وجوه ناشی از سپرده‌های سرمایه‌گذاری ندارند و نمی‌توانند اختلافات ناشی از منابع مذکور را به روش غیرقضایی ارجاع دهند؛ چراکه انتخاب هریک از روش‌های مذکور به نوعی دخل و تصرف در مال و ارجاع اختلاف به روش‌های غیرقضایی فرع بر مالکیت و حق انتقال مال است؛ لذا می‌توان نتیجه گرفت که اختلافات ناشی از وجوه سپرده‌های سرمایه‌گذاری، از جمله اختلافات ناشی از قراردادهای اعطای تسهیلات، قابل ارجاع به روش‌های غیرقضایی نیست. مگر اینکه تمامی سپرده‌گذاران حق ارجاع اختلافات به روش‌های غیرقضایی را در قرارداد سپرده‌گذاری به بانک به‌عنوان وکیل تفویض نمایند. اضافه می‌نمایند که مطابق این دیدگاه و با توجه به اینکه بانک‌ها

۴۰. علیرضا مسعودی، حقوق بانکی (تهران: انتشارات پیشبرد، ۱۳۸۷)، ۱۳۴-۱۳۸.

اعم از دولتی و خصوصی، وجوه ناشی از سپرده‌گذاری را به صورت مشاع و بدون تعیین سهم خاص هریک از سپرده‌گذاران در مقام اعطای تسهیلات بکار می‌گیرند. بنابراین بانک‌ها برای جواز ارجاع اختلافات به روش غیرقضایی، نیازمند اذن تمام سپرده‌گذاران می‌باشند. در غیر این صورت و چنانچه احدی از سپرده‌گذاران با ارجاع اختلافات به روش‌های مذکور موافقت ننماید، ارجاع اختلافات به هریک از روش‌های یادشده در قراردادهای اعطای تسهیلات، با اشکال مواجه خواهد شد. در پاسخ به این دیدگاه، می‌توان گفت با توجه به اینکه تمام قراردادهای اعطای تسهیلات با وجود این که بخشی از وجوه آن از محل منابع مشاع بانک و سپرده‌گذاران تامین می‌گردد، اصالتاً توسط بانک اعطا شده و بانک به‌عنوان اصیل و مالک وجوه، قراردادهای منعقد می‌کند و در قراردادهای وکالت از سپرده‌گذاران اشاره‌ای نمی‌شود، لذا وفق ماده ۱۹۶ قانون مدنی، معامله برای خود بانک محسوب می‌گردد و چنین بحثی موضوعیت ندارد. در ضمن منصرف از مراتب فوق، همان‌گونه که برای حل و فصل دعوی از طریق مراجع قضایی، ضرورتی به اخذ اختیار و اذن موکل نیست، برای ارجاع اختلافات به هر یک از روش‌های غیرقضایی نیز نیازی به پیش‌بینی مراتب در اسناد سپرده‌گذاری سپرده‌گذاران نخواهد بود.^{۴۱} مضافاً این که بانک مرکزی به هنگام تهیه و ابلاغ نمونه اساسنامه بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیردولتی به موجب نامه شماره ۹۲/۳۷۷۵۸۳ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۲ و مطابق بند ۲ ذیل ماده ۸۴ آن، حق امضای قراردادهای حاوی شرط داوری یا توافق‌نامه داوری و ارجاع اختلاف به داوری و تعیین و گزینش داور منتخب (با حق صلح یا بدون آن) را به طور مطلق برای هیئت‌مدیره بانک‌ها پیش‌بینی نموده است. با وجود این، ضروری است به منظور اطمینان خاطر بانک‌ها، مراجع حل اختلاف و سایر احاد جامعه، هرگونه ابهام در این زمینه توسط قانون‌گذار مرتفع گردد.

۳- موانع اجرایی

علاوه بر موانع قانونی و حقوقی، نبود زیرساخت‌های لازم در زمینه حل و فصل غیرقضایی اختلافات بانکی، فقدان مقررات ویژه حل و فصل اختلافات بانکی به طرق غیرقضایی و وجود مقررات غیرتقنینی محدودکننده اراده بانک‌ها مانعی دیگر در به‌کارگیری روش‌های غیرقضایی برای حل اختلافات یادشده است.

۳-۱- فقدان زیرساخت‌های حقوقی لازم

۴۱. کشاورز معتمدی، پیشین، ۵۲-۵۵.

در ایران، حل و فصل اختلافات بانکی، جز در پاره‌ای موارد که به موجب مقررات بانکی به بانک مرکزی واگذار شده است، اصولاً تابع قواعد عمومی است و از طریق محاکم دادگستری به عمل می‌آید. فقدان زیرساخت‌های مقرراتی ویژه در این زمینه، یعنی نبود مقررات داورى مختص اختلافات بانکی، عدم دستورالعمل میانجیگری دعاوی بانکی همانند نسخه‌های جهانی موجود،^{۴۲} فقدان فهرستی از متخصصان و کارشناسان، داوران و میانجیگران بانکی و همچنین نبود کمیته‌های تخصصی در زمینه حل و فصل غیرقضایی اختلافات بانکی، از علل این موضوع (حل اختلافات از طریق محاکم دادگستری و عدم به‌کارگیری روش‌های غیرقضایی) است.

به نظر می‌رسد نقش بانک مرکزی در مغفول ماندن این مهم، از نقش سایر نهادهای ذی‌ربط پررنگ‌تر است؛ در اغلب کشورها، نهاد سازنده زیرساخت‌های لازم در زمینه حل و فصل غیرقضایی اختلافات بانکی، بانک مرکزی آن کشور است؛ در حالی که در ایران، تنها تعداد محدودی کمیته داورى در بانک مرکزی از جمله برای رسیدگی به اختلافات شتاب تحت عنوان کمیته رسیدگی به شکایات در شتاب-این کمیته به موجب مواد ۵۲ تا ۵۴ مقررات حاکم بر مرکز شبکه تبادل اطلاعات بین بانکی (شتاب) با این شرط که اختلاف به طور مستقیم در حیطه وظایف مرکز شتاب باشد و نیز اختلاف میان بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری عضو این مرکز باشد ظرف مدت حداکثر یک‌ماه از تاریخ تسلیم، به دعوا رسیدگی کرده و نظر خود را اعلام می‌نماید. مرکز شتاب، نظر این کمیته را پس از تأیید بانک مرکزی به طرفین دعوا ابلاغ خواهد کرد. رسیدگی به اختلافات ساتنا (تحت عنوان هیئت داورى ساتنا) مطابق مواد ۴۲ تا ۴۸ موافقت‌نامه ساتنا در صورت عدم مصالحه دوجانبه، اعضا باید کلیه موارد اختلاف یا مغایرت‌های پیش‌آمده را به اداره نظام‌های پرداخت بانک مرکزی گزارش کنند. اداره مزبور تا حد امکان تلاش می‌کند تا موارد مورد اختلاف از طریق مصالحه حل و فصل شوند. در صورت عدم رفع اختلاف با شیوه مزبور، اداره نظام‌های پرداخت مراتب را به همراه گزارش کارشناسی جهت اتخاذ تصمیم به هیئت داورى ارجاع می‌دهد. تصمیمی که توسط هیئت داورى مبنی بر متخلف بودن یک عضو اتخاذ می‌شود، علاوه بر جنبه جبران خسارت می‌تواند آثار دیگری را برای عضو متخلف در پی داشته باشد؛ در صورت تخلف یک عضو از مقررات مربوط به ساتنا یا سایر مقررات، بانک مرکزی می‌تواند حسب نوع و میزان تخلف، به‌طور شفاهی یا کتبی به متخلف اخطار داده، عضویت وی را در ساتنا به حالت تعلیق در آورده، آن بانک را از ساتنا اخراج کرده و یا سایر اقدامات انضباطی را علیه وی اعمال نماید - و رسیدگی

42. See: George Magureanu, Mediation a Conflict solving Modality in the Banking Area, Acta Universitatis Danubius. *Juridica (ActaU.Danubius JUR)* 8, 1(2012), 44.

به اختلافات پایا (تحت عنوان کارگروه تخصصی پایا) - در موافقت‌نامه این سامانه، مقررات مفصلی به موضوع حل و فصل اختلافات اختصاص یافته است. مطابق با ماده ۵۸، «به منظور کارشناسی و رفع مغایرت‌ها و مشکلات، بررسی وضعیت موجود و ارائه پیشنهادهای توسعه‌ای و اصلاحی در پایا، کارگروه تخصصی پایا توسط بانک مرکزی تشکیل می‌شود. این کارگروه متشکل از نمایندگان اعضا و بانک مرکزی است. ریاست کارگروه تخصصی پایا بر عهده بانک مرکزی است که مرجع بدوی حل اختلافات میان اعضای پایا به شمار می‌آید». بر طبق ماده ۶۰ موافقت‌نامه پایا «در صورتی که اختلاف میان اعضا مطابق با نظر کارگروه تخصصی پایا حل نشده یا طرف نسبت به نظر اعلام‌شده اعتراض داشته باشد، دبیرخانه کارگروه تخصصی پایا مراتب را به همراه گزارش کارشناسی جهت اتخاذ تصمیم به هیئت داورى ارجاع می‌دهد». متأسفانه، در این ماده مهلتی که در آن می‌توان به نظر کارگروه اعتراض کرد تعیین نشده و همین امر اختیار نامحدودی را به لحاظ زمانی جهت اعتراض برای اعضای پایا موجب می‌شود - دارا است.

۳-۲. محدود بودن اراده بانک‌ها در انتخاب روش حل و فصل اختلاف در چارچوب مقررات بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران

گاه عدم به‌کارگیری روش‌های غیرقضایی توسط بانک‌های ایرانی، وجود قوانین و مقررات مانع و یا فقدان مقررات و مراکز ویژه برای حل و فصل اختلافات یادشده نیست. بلکه تحدید اختیار ایشان در انتخاب آزادانه طرق حل و فصل اختلاف به موجب مقررات غیرتقنینی داخلی است. همان‌طور که اشاره شد، تنها اقدام بانک مرکزی در زمینه حل و فصل اختلافات بانکی، وضع مقررات محدود از جمله مقرراتی در زمینه حل و فصل اختلافات میان اعضای مرکز شتاب، میان اعضای سامانه ساتنا و میان اعضای سامانه پایا است.^{۴۳} با بررسی مقررات یادشده ملاحظه می‌شود که اغلب راه‌کارهای پیش‌بینی‌شده، در قالب «مقرره الزام‌آور» است؛ الزام طرفین دعوا به طرح اختلافات خود نزد بانک مرکزی و عدم قدرت انتخاب مرجع دیگر برای رسیدگی به اختلاف، الزام طرفین اختلاف به حل اختلافات خود از طریق داورى و عدم قدرت انتخاب سایر طرق حل و فصل اختلاف و الزام طرفین به پذیرش داور پیش‌بینی‌شده در مقررات و عدم قدرت طرفین در انتخاب داور، از جمله این الزامات است. توضیح این‌که بررسی و مطالعه مراکز تخصصی و غیرقضایی حل و فصل اختلافات، نشان از این دارد که غالباً مراکز مذکور منقسم به سه

۴۳. مصطفی‌السان، حقوق بانک مرکزی (تهران: انتشارات پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران،

۱۳۹۲، ۴۲۷-۴۳۴.

دسته زیر است:

۱. مراکز روش‌محور؛ این مراکز بر پایه یک یا برخی روش‌های غیرقضایی حل و فصل اختلاف تأسیس شده و جز در مواردی که به حکم قانون و یا مقررات، رسیدگی به اختلاف الزاماً در صلاحیت محکمه یا منحصر به طریقی غیر از روش عمل مرکز است، اختلافات فارغ از نوع و موضوع آن قابل طرح و رسیدگی در این مراکز است.

۲. مراکز موضوع‌محور؛ این مراکز بر پایه تخصص در زمینه‌ای خاص و با هدف حل و فصل اختلافات مرتبط با تخصص یادشده تأسیس شده و بر حسب انتخاب طرفین، اختلاف را از طریق داوری، میانجیگری، کارشناسی و سایر طرق غیرقضایی، حل و فصل می‌کنند.

۳. مراکز روش و موضوع محور: این مراکز هم بر پایه تخصص و هم بر پایه روش خاص تأسیس شده است؛ به عبارت دیگر هم‌چنان که تنها موضوعات خاص قابل طرح در این مراکز است، انتخاب روشی جز روش یا روش‌های مدنظر این مراکز نیز ممکن نیست. از آن جمله می‌توان به انجمن امریکایی ارباب رجوع که اختلافات تجاری از جمله بانکی را از طریق میانجیگری حل و فصل می‌کند، اشاره کرد. همچنین، سازمان بین‌المللی ویزاکارت و سازمان بین‌المللی مسترکارت که صرفاً برای حل و فصل اختلافات مربوط به ویزاکارت و مسترکارت تشکیل و بر حسب انتخاب طرفین اختلافات را از طریق داوری یا سازش حل و فصل می‌کنند.^{۴۴}

مقررات بانک مرکزی در زمینه حل و فصل اختلافات، در زمره دسته سوم از اقسام فوق قرار می‌گیرد. رسیدگی آن صرفاً محدود به اختلافات محصور و معین از جمله اختلافات ساتنا، پایا و شتاب و تنها روش آن برای حل و فصل اختلافات فوق، داوری است؛ به عبارت دیگر، بانک مرکزی حتی در موارد معدودی که در مقررات تدوینی، روش‌های غیرقضایی را به‌عنوان طریق حل و فصل اختلافات تعیین نموده، با پیش‌بینی یکی از طرق حل اختلاف (داوری) در مقررہ تدوینی و الزام به حل اختلافات از طریق یادشده، موجب سلب اختیار بانک‌ها در انتخاب و به‌کارگیری سایر روش‌های حل و فصل اختلافات گردیده است. این در حالی است که در بسیاری از کشورهای جهان، قاعده کلی طرح دعاوی در دادگاه‌ها، پذیرفته شده است؛ مراجع قضایی صلاحیت اولیه و اصلی رسیدگی به اختلافات این حوزه را بر عهده دارند. با وجود این متأثر از گسترش سایر مکانیزم‌های حل و فصل اختلافات در بازارهای مالی، نهاد داوری،

۴۴. محمد صادقی، محمدحسن صادقی‌مقدم و علی اصغر صالحی، «مرجع صلاحیتدار حل و فصل در بازار سرمایه ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۴۵، ۲ (۱۳۹۴)، ۲۴۵-۲۴۴.

میانجیگری و سازش به عنوان شیوه‌های جایگزین در نظر گرفته شده است و طرفین اختلاف قدرت انتخاب دارند.^{۴۵} لازم به ذکر است که نکات متعدد مغفول و ابهامات بسیاری برای بانک‌ها در مواجهه با مقررات یادشده به علت عدم کسب نظر آنها (به عنوان مضمولین مقررات) در تدوین مقررات مذکور وجود دارد؛ که از آن جمله می‌توان به ابهام بانک‌ها در مفهوم «قطعی» و «لازم‌الاجرا بودن» رأی صادره توسط مرجع رسیدگی کننده به اختلاف که در مقررات موصوف آمده است و همچنین عدم پیش‌بینی تشریفات رسیدگی به اختلاف در مقررات مذکور اشاره کرد.

نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد علت پافشاری بانک‌های ایرانی به پیش‌بینی و انتخاب روش قضایی به عنوان تنها مکانیزم حل و فصل اختلافات در اغلب قراردادهای منعقد و دعاوی بانکی، عدم توجه به شرایط هر اختلاف در انتخاب سازکار مؤثر حل آن اختلاف و در نتیجه عدم به‌کارگیری روش‌های غیرقضایی در حل و فصل اختلافات خود در مقایسه با روش قضایی، علاوه بر عللی از جمله عدم شناخت روش‌های غیرقضایی و فقدان آگاهی کافی از مزایا و معایب روش‌های غیرقضایی و قضایی نسبت به یکدیگر، ناشی از وجود موانع و نبود زیرساخت‌های حقوقی لازم برای استفاده از روش‌های غیرقضایی در حل و فصل اختلافات بانکی است؛ فقدان قوانین و مقررات لازم در زمینه حل و فصل غیرقضایی اختلافات بانکی، عدم مراکز حل و فصل اختلافات بانکی و وجود قوانین و مقررات محدودکننده قدرت بانک‌ها در انتخاب روش‌های غیرقضایی، از جمله مشکلات و موانع موجود در استفاده از روش‌های یادشده برای حل و فصل اختلافات مذکور است. این در حالی است که حتی در ادبیات فقهی اسلام، روش‌های غیرقضایی هم بر حل و فصل اختلافات به شیوه دوستانه و با استفاده از روش‌های غیرقضایی تاکید گردیده است؛ به طور مثال مقوله حکمیت یا به معنی اصطلاحی آن، داوری (در برابر دادرسی)، شیوه غالب در حل و فصل مخاصمات بوده است.^{۴۶}

بر این اساس، ضروری است تا حد امکان با بازنگری قوانین محدودکننده، گسترش دایره اختلافات حقوقی و کیفری بانکی قابل ارجاع به روش‌های غیرقضایی، رفع ابهام از قوانین و مقررات تفسیربردار که

۴۵. غلامعلی میرزایی منفرد، حقوق بازار اوراق بهادار بخش اختلافات (تهران: انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۰)، ۱۹۵-۲۳۹.

۴۶. نک: محمدرضا زنگی‌آبادی، «اعتبارسنجی شرط داوری در قراردادهای بانکی با رویکرد فقهی و حقوقی»، فصل‌نامه تحقیقات کاربردی فقه و حقوق، ۱، ۱، (۱۴۰۰)، ۴۸.

وجود آنها عامل بازدارنده در به‌کارگیری روش‌های غیرقضایی هستند، ایجاد زیرساخت‌های حقوقی لازم از جمله تهیه آیین داورى، آیین میانجى‌گرى، آیین سازش و غیره با در نظر گرفتن ملاحظات بانكى و تأسیس مراکز غیرقضایی ویژه اختلافات بانكى، محدودیت‌های پیش روی بانک‌های ایران در عدول از قاعده عمومى ارجاع تمام اختلافات به محکمه را تا حد امکان رفع نمود. نگاه به تجاربی همچون تجارب حاصل از فرآیند رسیدگی به اختلافات حرفه‌ای فعالان حوزه بورس و اوراق بهادار، اعم از تشکل‌های خودانتظام، بورس‌ها، بازارهای خارج از بورس، ناشران، نهادهای مالی، مشتریان و سرمایه‌گذاران که ابتدا در کمیته سازش کانون‌ها طرح و چنانچه حل و فصل نشود، توسط هیئت داورى رسیدگی و تصمیم‌گیری می‌شود،^{۴۷} می‌تواند در نیل به این مهم کارساز باشد با این تفاوت که ایرادات سازکار فعلی در حل اختلافات بازار سرمایه از جمله ضمانت‌اجراها و نحوه اجرای خروجی سازش نیز در آن مرتفع گردد. به هر روی، فرآیندهایی همانند فرآیند فوق، دلالت بر این دارد که پیاده‌سازی زیرساخت‌های لازم برای عرصه روش‌های غیرقضایی در عرصه بانکداری امری ممکن و مطلوب است.

۴۷. نک: حمیدرضا نیکبخت و محمد صادقی، «حل اختلاف حرفه‌ای فعالان بازار اوراق بهادار؛ عبور از الزام به روش‌های جایگزین»، فصلنامه حقوق اداری، ۸، ۲۷، ۱۴۰۰، ۴۷-۷۲.

فهرست منابع

- الف) منابع فارسی
- ارفع‌نیا، بهشید و ملاابراهیمی، عماد. «حل مسالمت‌آمیز و شرایط جایگزین؛ روش‌های حل و فصل اختلافات در قراردادهای نوین بالادستی صنعت نفت و گاز با تأکید بر قرارداد IPC». مجله مطالعات حقوق انرژی، ۲، ۴ (۱۳۹۷)، ۳۰۱.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی. جلد دوم، چاپ دوم، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۲.
- ایرانشاهی، علی‌رضا. «معیار قابلیت دوری در اعمال نظارت قضایی بر رأی دوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشگاه شهید بهشتی، ۵۸، ۱۵ (۱۳۹۱)، ۲.
- پارک، ویلیام. «دوری در قراردادهای بانکی»، ترجمه محسن محبی. حقوقی بین‌المللی، ۲۰، ۲۸ (۱۳۸۲)، ۴۵-۶۰.
- doi:10.22066/CILAMAG.2003.18066
- جمشیدی، محمدرضا. «تبدیل ساختار بانک مرکزی در طرح جدید نظام بانکداری اسلامی»، روزنامه فرصت امروز، مورخ ۱۳۹۸/۰۸/۱۷.
- جنیدی، لیا و نسترن غیاثوند قزوینی. «دوری‌پذیری در نظام حقوقی ایران با تأکید بر رویه قضایی». حقوق تطبیقی، ۴، ۸ (۱۳۹۶)، ۲۵-۴۸.
- doi:10.22096/law.2018.30709
- حقیقت، سیدصادق. «نقش مصلحت در حکومت اسلامی از دیدگاه امام خمینی(ره)»، فصلنامه اندیشه سیاسی در اسلام، ۶، ۲ (۱۳۹۴)، ۹۰-۹۲.
- درویشی‌هویدا، یوسف. «تاملی بر سازش به‌عنوان روش دوستانه حل و فصل اختلافات در حقوق تجارت بین‌الملل». مجله تحقیقات حقوقی، ۶۴، ۱۶ (۱۳۹۲)، ۲۲۸.
- رضایی، علی و ملیحه عبدالرحیمی. «سازگار مؤثر حل و فصل اختلافات بین‌المللی بانکهای ایرانی با نظر به ظرفیتهای فقهی». پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۲۳، ۲ (۱۴۰۱)، ۲۹۵-۳۲۶.
- doi: law 2022.239565.2913/10.30497.
- زنگی‌آبادی، محمدرضا. «اعتبارسنجی شرط دوری در قراردادهای بانکی با رویکرد فقهی و حقوقی»، فصلنامه تحقیقات کاربردی فقه و حقوق، ۱، ۱ (۱۴۰۰)، ۴۸.
- السان، مصطفی. «نقش بانک مرکزی در حل و فصل اختلافات بانکی». فصل‌نامه پژوهش‌های پولی‌بانکی، ۲۱ (۱۳۹۳)، ۴۲۷-۴۳۴.
- السان، مصطفی. حقوق بانک مرکزی. چاپ اول. تهران: انتشارات پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۲.
- سروری مقدم، مصطفی. «مقایسه جایگاه دادگاه و دوری در حل اختلافات تجاری بین‌المللی»، مجله آموزه‌های حقوقی، ۱۳، ۷ (۱۳۸۹)، ۱۳۵-۱۳۸.
- صادقی، محمد و سمیرا غلامی. «موقعیت حقوقی اعضای غیرقضایی در مراجع قضاوتی شبه قضایی». فصلنامه حقوق اداری، ۹، ۳۰ (۱۴۰۱)، ۸۲-۱۰۳.
- صادقی، محمد. «مطالبه خصوصی خسارت ناشی از دستکاری بازار اوراق بهادار». فصلنامه رأی: مطالعات آراء قضایی، ۱۸، ۶ (۱۳۹۶)، ۱۶-۱۸.

doi:10.22106/JCR.2018.77286.1113

- صادقی، محمد. محمدحسن صادقی مقدم و علی اصغر صالحی، «مرجع صلاحیت‌دار حل اختلاف در بازار سرمایه ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۲، ۴۵، (۱۳۹۴)، ۲۴۴-۲۴۵.

doi:10.22059/JLQ.2015.54447

- عبد یزدان، مصطفی. «تحلیل رویکرد دادگاه‌ها نسبت به داوری دعاوی و اموال عمومی و دولتی». دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت. ۹، (۱۳۹۷)، ۳۱.

- عطاشنه، منصور، سیدعلیرضا هاشمی‌زاده کهنی و زهرا عطاشنه. «مکانیسم حل و فصل اختلافات داخلی و بین‌المللی». مجله پژوهش‌های حقوقی. ۲۰، ۴۸، (۱۴۰۰)، ۱۰۸-۱۱۱.

doi:10.22106/JCR.2018.77286.1113

- عطاشنه، منصور، سیدعلیرضا هاشمی‌زاده کهنی، زهرا عطاشنه و محمدرضا پاسبان. «قابلیت داوری اختلافات بانکی در حقوق ایران»، فصلنامه آیین دادرسی مدنی، ۱، ۱، (۱۴۰۰)، ۱۲۲.

- علیدوستی، ناصر. «ظرفیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه مطالعات راهبردی، ۱، ۱۱، (۱۳۸۷)، ۸۷.

- فتاحی، مهدی. «داوری راجع به اموال عمومی و دولتی در رویه قضایی دادگاه‌های جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه رأی. ۱۱، (۱۳۹۴)، ۱۶۸.

- فرحان‌جم، مهسا. مصونیت بانک‌های مرکزی در حقوق بین‌الملل با نگاهی به قضیه جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، تهران: انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۴.

- قبادی، سحر. مرتضی شهبازی‌نیا و محمد عیسائی نقرشی. «مطالعه تطبیقی جهات محدودیت داوری در ورشکستگی در حقوق ایران و آمریکا»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱، ۲۳، (۱۳۹۸)، ۱۷۵.

- قریب، رخساره و مجتبی جانی‌پور. «مطالعه تطبیقی قلمرو و معیارهای اعمال میانجی‌گری کیفری در حقوق ایران، انگلیس و بلژیک»، پژوهشنامه حقوق کیفری، ۱، ۸، (۱۳۹۶)، ۲۱۸.

DOI:10.22124/JOL.2017.2294

- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی درس‌هایی از عقود معین، جلد اول، چاپ نهم، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵.

- کریمی، عباس. حمیدرضا پرتو. «داوری‌پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی». فصلنامه پژوهش حقوق، سال چهارم، ۱۴، ۳۶، (۱۳۹۱)، ۱۸.

- کشاورز معتمدی، سکینه. اهمیت داوری در قراردادهای بانکی و اداری (مقایسه قوانین ایران، آمریکا و انگلیس در ضرورت داوری)، چاپ اول، تهران: انتشارات گپ، ۱۳۹۷.

- محبی، محسن. گزیده آرای داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران، جلد سوم (۱۳۹۵-۱۳۹۳)، چاپ اول، تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۶.

- مسجد سربای، حمید. ترمینولوژی فقه، چاپ دوم، تهران: انتشارات روایت نو، ۱۳۹۳.

- مسعودی، علیرضا. حقوق بانکی، چاپ دوم، تهران: انتشارات پیشبرد، ۱۳۸۷.

- مقیمی، مهدی. «مطالعه حقوقی - جرم‌شناختی جرایم اقتصادی (با تأکید بر راه‌کارهای پیشگیری ملی و فراملی)». فصلنامه پژوهش‌های دانش انتظامی، ۲، ۷۵، (۱۳۹۶)، ۷۳.

- میرزایی منفرد، غلامعلی. حقوق بازار اوراق بهادار بخش اختلافات، چاپ اول، تهران: انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۰.

- نظافتیان، علی. «تحولات ساختاری بانک مرکزی در سال جدید»، روزنامه فرصت امروز، مورخ ۱۴/۰۱/۱۴۰۳.

- نیکبخت، حمیدرضا و محمد صادقی. «حل اختلاف حرفه‌ای فعالان بازار اوراق بهادار: عبور از الزام به روش‌های

جایگزین»، فصلنامه حقوق اداری، ۲۷، ۸، (۱۴۰۰)، ۴۷-۷۲.
- وکیل، امیرسعد و پوریا عسکری. قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی، چاپ اول، تهران: انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۳.
- هندی، سید اصغر. «بررسی تسری شروط اصل ۱۳۹ قانون اساسی به اموال شرکتهای دولتی». مجله حقوقی دادگستری، ۷۱، ۶۱ (۱۳۸۶)، ۲۴-۸۶.
doi:https://doi.org/10.22106/jlj.2007.11301.

ب) منابع خارجی

- Magureanu, George. Mediation a Conflict solving Modality in the Banking Area, Acta Universitatis Danubius. Juridica (Acta U.Danubius JUR) Vol. 8,1, 2012.
- Oluwabiyi, Adeola Ayodele. "A Comparative Legal Analysis of the Application of Alternative Dispute Resolution (ADR) to Banking Disputes", *Journal of Law, Policy and Globalization*. 38 (2015), 1-13.