

مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران
شماره بیست و هشتم، ۱۳۸۲، صص ۶۰ - ۴۵

«داوری در قراردادهای بانکی»*

ویلیام پارک

مترجم: دکتر محسن محبی**

مقدمه

ضرورت حل و فصل اختلافات مالی به شیوه مؤثر، صرفاً در این نیست که باعث افزایش سود بانکها می‌شود، بلکه به مراتب بیش از اینها است. هرچه قراردادهای اعطای تسهیلات و وام بیشتر قابل اعتماد باشد، نهایتاً هم برای وام گیرنده مفیدتر است و هم برای وام دهنده، زیرا موجب انسجام و استحکام قرارداد می‌گردد.

*. William W. Park, Making Sense of Financial Arbitration, Arbitration, Finance and Insurance Special Supplement 2000 ICC International Court of Arbitration Bulletin, pp. 7 – 13.

ویلیام پارک استاد دانشگاه بوستون امریکا و نیز نایب رئیس دادگاه داوری بین‌المللی لندن است. این مقاله از بولتن دیوان داوری بین‌المللی ICC، ویژه‌نامه «داوری در دعاوی مالی و بیمه» با مشخصات بالا برگزیده و ترجمه شده است. ضمناً بعضی پاورقی‌ها تلخیص شده و به ذکر اهم آنها اکتفا کرده‌ایم (مترجم).

** پژوهشگر حقوق بین‌الملل دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی.

درست یا نادرست بانکداران، اغلب از بیم تصمیمات و احکام غیرعادی یا تفکیک اختلافات تحت رسیدگی در داوری‌ها، بطور سنتی در مقابل داوری مقاومت کرده‌اند. ذهنیت ساده‌گرایی بانکداران و احترام و اعتنایی که نسبت به عرف دارند، عموماً باعث شده دادگاهها را به داوری ترجیح دهند، که اغلب دلایل خوبی هم برای توجیه این ترجیح دارند. قراردادهای وام معمولاً حاوی شرط حل و فصل دعاوی از طریق دادگاه است، مانند دادگاههای کشور محل بانک مربوط یا دادگاه مراکز مالی مهم، مانند لندن یا نیویورک. مع‌ذک اسلوب داوری در مورد بعضی معاملات مالی بانکی بویژه ضمانتنامه‌ها، قراردادهای استمهال و نیز قراردادهای وام‌های بخش عمومی (دولتی)، رفته رفته با اقبال مواجه شده است.^۱ به علاوه در امریکا، در قراردادهای مربوط به وامهای مصرفی و قراردادهای کارگزاری اوراق بهادار نیز شرط داوری راه خود را باز کرده است.^۲

با این همه، داوری چرخی نیست که روی هر زمینی راه برود. این که آیا درج شرط داوری در قرارداد وام مناسب است یا نه، بستگی به عوامل خاصی دارد از قبیل محل دارایی‌های بدهکار، وضعیت عهدنامه‌های مربوط به اجرای احکام خارجی، مقررات ارزی و نیز وضعیت دادگاههایی که در غیاب شرط داوری، صلاحیت رسیدگی خواهند داشت [این عوامل در بخش بعدی توضیح داده شده است].

مثلاً در مواردی که دارایی‌های بدهکار موضوع وثیقه قابل اجرا است (مانند سند رهنی یا وثیقه) یا در مواردی که با رسیدگی اختصاری

1. Lee C. Buchheit, How to Negotiate Eurocurrency Loan Agreements, 2d ed. 2000.

2. Hans Van Houtte, "Arbitration Involving Securities Transactions", (1996) 12 Arb. Int'l 405.

می‌توان تعهدات ناشی از اوراق تجاری را به اجرا گذاشت، بانکها به اقدام قضایی روی می‌آورند.^۳ برعکس، در دعاوی مطروحه در محاکم دادگستری این احتمال که ممکن است یک هیأت منصفه دشمن خو براساس قاعده «مسئولیت وام دهنده» (بانک) به خسارت تنبیهی علیه بانک رأی دهند، داوری را به راه‌حل عاقلانه‌تر مبدل می‌سازد.

استفاده از شرط حل و فصل اختلاف که به صورت آماده و یکنواخت در قراردادهای وام سابق وجود داشته، صحیح نیست و می‌تواند به اشتباه گزافی منجر شود. گرچه معاملات مالی که مؤسسات بزرگ انجام می‌دهند مستلزم پاره‌ای یکسان‌سازی‌ها است، اما ضرر و هزینه استفاده از یک شرط داوری ثابت که با همه موارد تطبیق نماید، اغلب به منافع آن می‌چربد. نوع واقعیات موجود در هر مورد خاص ساز و کار متفاوتی را برای رسیدگی و حل و فصل اختلاف اقتضاء می‌کند که باید براساس تجزیه و تحلیل دقیق به‌جای تبعیت صرف از رویه و عادت جاری، تهیه و تنظیم شود.

۱. چرا داوری؟

چنانکه اشاره شد، برای تشخیص این که چه موقع استفاده از داوری در یک قرارداد وام مناسب است، عوامل متعددی باید ملحوظ گردد:

(الف) نیاز به یک مرجع رسیدگی که در مقایسه با محاکم کشور متبوع وام دهنده یا وام گیرنده، بی‌طرف‌تر باشد.

۳. رک. ماده (۲) ۱۴۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی جدید فرانسه که به دادگاه اجازه می‌دهد به متعهد سند، دستور پرداخت بدهد.

(ب) وجود شبکه‌ای از عهدنامه‌های چند جانبه در مورد اجرای حکم یا تصمیم مرجع رسیدگی، در محلی که بدهکار اموالی دارد.
(ج) امکان این که داوران به مقررات ارزی توجه نکنند.
(د) خطر صدور احکام گزاف که هیأت منصفه در محاکم امریکا ممکن است به عنوان «خسارات تنبیهی» و براساس «مسئولیت وام دهنده» (بانک) صادر کنند.
(ه) ضرورت ارجاع امر به کارشناس خاص، کما این که اغلب در دعاوی مربوط به اعتبارات اسنادی حادث می‌شود.

الف - بی طرفی: دعاوی مربوط به «حسابهای کوره‌های آدم‌سوزی»،

استمهال، وامهای بخش عمومی

معمولاً وقتی کسی در دعوایی پیشگام می‌شود و در دادگاه کشور متبوع خود طرح دعوی می‌کند بدین معنی است که عدالت از نوع رایج در کشور خود را ترجیح می‌دهد. با اینهمه در جهان واقعیات، نمی‌توان (و نباید) به هر آنچه می‌خواهیم همیشه دست یابیم. لکن داور، اغلب فضای هم سطحی را برای طرفین ایجاد می‌کند، و اعتماد به عادلانه بودن روند حل و فصل دعوی را هم از نظر سیاسی و هم از نظر درست بودن روند رسیدگی ایجاد می‌کند.

فایده داور، در ترویج و پیشبرد بیطرفی در رسیدگی است و شاید بتوان گفت بیشترین تبلیغی که برای اهمیت آن در حل و فصل دعاوی مالی بانکی شده، در اختلافات و دعاوی بود که بر سر مالکیت سپرده‌های مخفی و بی‌نشان در بانکهای سویس وجود داشت و بعضی آنها متعلق به قربانیان نازی‌ها بود. به دنبال یک دعوی دسته جمعی (Class action) که

توسط بازماندگان ایشان در نیویورک مطرح شده بود و نیز پس از تلخی‌هایی که در روابط تجاری امریکا و سویس رخ داد، بالاخره موضوع به داوری ارجاع شد و یک مرجع داوری بین‌المللی برای رسیدگی به ادعای خواهانها نسبت به حسابهای بانکی خاصی که از پایان جنگ جهانی دوم به این سو غیرفعال بود، تشکیل شد. بانکها نسبت به چشم‌انداز رسیدگی به این دعاوی در محاکم امریکا و نزد هیأت منصفه امریکایی بیمناک بودند، و بازماندگان صاحبان غیرسویسی سپرده‌ها نیز از رسیدگی به دعوی در محاکم سویس چندان آسوده خاطر نبودند. در چنین شرایطی بود که اسلوب داوری به عنوان یک روش رسیدگی بی‌طرف مطرح و معرفی شد.

همین ملاحظات است که اغلب در قراردادهای استمهال بدهیهای خارجی و نیز وامهای بخش عمومی وجود دارد و منجر به رجحان و پذیرش داوری می‌شود. کشورهای وام‌گیرنده که بدهکارند این توانایی را دارند که شرط مراجعه به محاکم را که اغلب همان محاکم دادگستری کشور وام‌دهنده است، رد کنند اما مسلماً قادر نیستند دادگاههای کشور خود را به عنوان مرجع صالح به وام‌دهنده تحمیل کنند، مثلاً با این که در قراردادهای استمهال برزیل، قانون ماهوی حاکم اغلب قوانین نیویورک است، اما در مورد حل و فصل اختلاف، شرط داوری درج می‌شود.

در قراردادهای مربوط به وام‌هایی که به بخش عمومی یا واحدهای تجاری دولتی اعطا شود، نیز اغلب حاوی شرط داوری است. به عنوان نمونه، در قرارداد همکاری ایران و فرانسه برای احداث یک نیروگاه اتمی در ایران که متضمن اعطای وام و ضمانتنامه بود، شرط داوری ذکر شده بود، و در سال ۱۹۷۹ در دعاوی فیما بین طرفین که در محاکم ژنو و پاریس

مطرح شده بود، ایران (وام گیرنده) به همین شرط داوری استناد کرد.^۴ در شروط نمونه «بانک ترمیم و توسعه»، قواعد داوری آنسیترال برای حل و فصل دعاوی پذیرفته شد،^۵ و بانک جهانی هم در «شرایط عمومی ناظر به قراردادهای وام و ضمانتنامه‌ها» داوری موردی (*ad hoc*) را پذیرفته است.^۶

ب - شبکه عهدنامه‌ها

گاه پیش می‌آید که بانکها ناگزیرند احکامی را که به نفع آنها صادر شده نسبت به اموالی اجرا نمایند که در کشوری خارج از محل صدور حکم واقع است. مثلاً چه بسا یک بانک امریکایی که حکمی در نیویورک و علیه یک وام گیرنده خارجی از دادگاه تحصیل کرده، ناگزیر شود برای اجرای آن در محل اموال بدهکار که در اروپا، آسیا یا امریکای لاتین قرار دارد، اقدام نماید.

متأسفانه، بانکهای همه کشورها نمی‌توانند از مجموعه عهدنامه‌هایی که برای اجرای احکام دادگاههای خارجی وجود دارد، استفاده نمایند. هرچند کنوانسیون‌های بروکسل^۷ و لاگونا^۸ در مورد اجرای احکام صادره در هریک از کشورهای اروپایی، در سایر کشورهای عضو ساز و کار منطقی و مطمئنی فراهم کرده، اما پیدا است که این کنوانسیونها نسبت به کشورهای غیر عضو قابل استناد نیست. به علاوه، برای اجرای احکام صادره

۴. رک. آرای داوری ۳۶۸۳ و شماره ۵۱۲۴ اتاق بازرگانی بین‌المللی.

۵. رک. شرایط عمومی بانک اروپایی ترمیم و توسعه، فوریه ۱۹۹۹، ماده ۸ (۴).

۶. رک. شرایط عمومی وامها و ضمانتنامه‌های بانک جهانی، ژانویه ۱۹۸۵ و اصلاحات بعدی، ماده ۱۰ (۴).

7. Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 27 Sep. 1968.

8. Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 16 Sep. 1988.

توسط محاکم امریکا در خارج از آن کشور هیچ عهدنامه‌ای وجود ندارد. ممکن است بعضی کشورها احکام خارجی را از باب رعایت «نزاکت» اجرا کنند، اما همه نظام‌های حقوقی اینچنین بلند نظر و بخشنده نیستند. اما از سوی دیگر، مجموعه‌ای از عهدنامه‌های دو جانبه و چند جانبه وجود دارد که موضوع آنها اجرای احکام داوری است. مهم‌ترین آنها عهدنامه نیویورک (۱۹۵۸) در مورد اجرای احکام داوری خارجی است که محاکم بیش از یک صد و بیست کشور عضو را ملزم می‌سازد موافقتنامه کتبی داوری و احکام داوری حاصل از آن را اجرا نمایند، و در برابر اجرای حکم داوری، دفاعیات محدودی را پیش‌بینی کرده است که بیشتر مربوط به موضوعات شکلی و آیین رسیدگی مانند اعتبار موافقتنامه داوری، برخورداری از فرصت دفاع، و نیز محدودیت صلاحیت داوری است. بسیاری از کشورهای امریکای لاتین نیز «کنوانسیون داوری بین کشورهای امریکایی» را پذیرفتند (اغلب به نام کنوانسیون پاناما شناخته می‌شود) که بسیاری از مقررات کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک در آن منعکس شده - البته با قلمرو اجرایی محدودتری. افزون بر این، کنوانسیون واشنگتن (۱۹۶۶) نیز آیین داوری خاصی را پیش‌بینی کرده است که تحت نظارت مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ایکسید) عمل می‌کند و موضوع آن رسیدگی داوری درباره اختلاف ناشی از قراردادهای سرمایه‌گذاری بین دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی است. عهدنامه‌های سرمایه‌گذاری اغلب حاوی شرط داوری همین مرکز (ایکسید) می‌باشند، و در بسیاری از آنها واژه سرمایه‌گذاری طوری تعریف شده که شامل «انواع دارایی‌ها از جمله مطالبه پول» نیز می‌شود.

ج - مقررات ارزی

در مواردی که کشوری برای پرداخت و ایفای تعهدات ارزی محدودیت می‌گذارد، گاه وام گیرندگان به عنوان دفاع و در توجیه عدم باز پرداخت وام به همین مقررات کنترل ارزی استناد می‌جویند، و استدلال می‌کنند که مقررات کنترل ارزی به معنای «عمل دولت» است که دادگاه باید به آن احترام گذارد. گرچه، نظریه «عمل دولت» اساساً یک مسأله مربوط به حقوق امریکا است، اما آثار آن به مراتب فراتر از کشورهای دارای نظام حقوق عرفی (کامن لا) رفته، خصوصاً در بسیاری از معاملات مالی فرامرزی، قوانین نیویورک به عنوان قانون حاکم و محاکم نیویورک به عنوان مرجع صالح قید می‌شود.

به موجب دکترین «عمل دولت»، دادگاهها صلاحیت ندارند تصمیمات و نحوه برخورد دولت خارجی را نسبت به دارایی‌هایی که در قلمرو آن وجود دارد، مورد رسیدگی قرار دهند. این دکترین، که گاه محدودیتی بر دخالت قضایی در نحوه عمل و اداره امور خارجی کشور بیگانه تلقی می‌شود،^۹ می‌تواند به عنوان یک قاعده تعارض قوانین اعمال شود که به موجب آن قانون خارجی حتی اگر برخلاف نظم عمومی دادگاه محل رسیدگی باشد، قابل اعمال است.

در امریکا، در دعاوی مربوط به اجرای موافقتنامه داوری یا حکم داوری استناد به عمل دولت مسموع نیست. «قانون داوری فدرال» مقرر

9. Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964).

می‌کند که «اجرای موافقتنامه داوری و نیز تأیید حکم داوری، به علت دفاع عمل دولت رد نخواهد شد».^{۱۰}

اما این قطعه کوچک از یک قانون موجز، شامل دعاوی مطروحه در دادگاه نمی‌شود. بنابراین، وجود شرط داوری در یک قرارداد وام فرامرزی می‌تواند احتمال وصول اقساط وام را توسط بانک بستانکار افزایش دهد. زیرا وام گیرنده نمی‌تواند در جریان داوری یا حین اجرای حکم داوری که علیه او صادر شده، به عمل دولت متبوع خود (برای توجیه عدم پرداخت وام) استناد کند.

د - قاعدهٔ مسؤولیت وام دهنده و خسارت تنبیهی

«مسؤولیت وام دهنده» یک مفهوم آفتاب پرست گونه است که دارای معانی گوناگون می‌باشد و بدهکارانی که به تعهدات خود عمل نمی‌کنند آن را در نظام حقوقی امریکا وارد کردند و هدف از آن ادعای خسارت ناشی از قصور بانک در حسن نیت، خواه تحت حقوق عرفی و خواه تحت قانون، می‌باشد.^{۱۱} مقررات و موازین مشابهی در نظام حقوقی بعضی کشورهای دارای نظام حقوق نوشته نیز وارد شده است.^{۱۲}

۱۰. این قانون به دنبال اقدامات بی‌ثمری که برای اجرای حکم داوری علیه دولت لیبی در امریکا انجام شد، به تصویب رسید.

LIAMCO v. Libya, 482 F. Supp. 1175 (D.D.C. 1980), 684 F. 2d 1032 (1981).

11. See generally Helen Davis Chaitman, *The Law of Lender Liability*, 1990.

۱۲. رک. قانون شماره ۴۶ - ۸۴ فرانسه، مورخ ۲۷ ژانویه ۱۹۸۴ (ماده ۶۰) با این مضمون: «تسهیلاتی که مؤسسات مالی بدون قید مدت به بنگاههای تجاری اعطاء می‌کنند، بجز تسهیلات موردی، فقط با اخطار کتبی به مشتری و پس از انقضای مدتی که در آن قید شده، و بعد از اعطای تسهیلات، قابل تقلیل یا تعلیق است». دیوان کشور فرانسه به استناد همین قانون گفته است تمدید وام دارای مدت ثابت می‌تواند به منزله اعتبار بدون قید مدت تلقی شود. رک.

Cass. com., 3 December 1991, [1992] Banque 842.

در حال حاضر، بسیاری از مؤسسات مالی امریکایی 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.

از نظر استفاده‌کنندگان از شرط داوری، اجرای شرط داوری تا حدود زیادی تابع درک و تفسیر قضایی است که از آن می‌شود به این معنی که شرط داوری باید عادلانه باشد. مثلاً، اگر شرط داوری صرفاً در صورت حسابهای ماهانه که برای مشتری ارسال می‌شود، ذکر شده باشد محاکم به درستی خواهند گفت مشتری صحیحاً از مفاد چنین شرطی مطلع نشده تا الزام‌آور باشد.

۵- کارشناسی

بسیاری از معاملات بین‌المللی تا حدود زیادی وابسته به اعتبارات اسنادی بانکی است که به موجب آن بانک تعهد می‌کند در ازای ارائه اسناد مشخصی، مبلغی را به ذی‌نفع اعتبار پردازد. امتیاز اعتبار اسنادی ناشی از استقلال آن از قرارداد اصلی و روابط تجاری طرفین [خریدار و فروشنده] است. به همین لحاظ فروشنده می‌تواند حتی در صورتی که خریدار در مورد مقدار محموله (کالا) شکایتی داشته باشد، پول خود را دریافت کند، مشروط بر این که اسنادی که تحت اعتبار اسنادی به بانک ارائه می‌کند منطبق با شرایط اعتبار باشد.

حل و فصل اختلافات ناشی از اعتبارات اسنادی، معمولاً محتاج کارشناسی خاصی است که خود مستلزم درک درست از مقررات و رویه‌های متحد الشکل اعتبار اسنادی (UCP) است.^{۱۳} به عنوان مثال، بانک خریدار در مادرید به نفع فروشنده‌ای در امریکا اعتبار اسنادی باز می‌کند و یک بانک در نیویورک نیز آن را تأیید می‌نماید. اگر بانک گشایش‌کننده اعتبار در مادرید به این علت که بارنامه فاقد یکی از شروط است و مثلاً در آن «تحويل کالا روی عرشه» (clean on board) ذکر نشده، از پرداخت امتناع کند، در این صورت، مسلماً اختلاف حادث می‌شود و این سؤال پیش می‌آید که آیا تحت مقررات UCP چنین شرطی وجود دارد یا نه. محاکم دادگستری معمولاً مرجع مناسبی برای حل و فصل چنین اختلافات فنی نیستند.

برای کاهش هزینه و جلوگیری از تأخیر در دعاوی اعتبارات اسنادی، طرفین گاه توافق می‌کنند که اختلافات خود را به داوری تحت مقررات مؤسسه‌ای که دارای تجربه کافی در زمینه اعتبارات اسنادی است، ارجاع نمایند. در مورد تهیه و تنظیم شرط داوری برای حل و فصل دعاوی ناشی از اعتبار اسنادی باید دقت فراوانی بکار رود، زیرا ممکن است طرفین اختلاف بیش از دو طرف باشند. مثلاً اگر اختلاف بین دستور دهنده اعتبار و ذینفع و نیز بانک بازکننده و بانک تأییدکننده اعتبار بروز کند، باید در شرط داوری قید شود که کلیه ادعاهای مطروحه ادغام و نزد مرجع داوری واحد مطرح می‌گردد. در غیر این صورت، بانک ممکن است با احکام داوری متعدد و ناهماهنگ و نیز احکام دادگاههای گوناگون درگیر شود.

13. ICC Uniform Customs and Practices for Documentary Credits, ICC Pub. No. 500 (1993).

باید بین حل و فصل اختلافات ناشی از اعتبارات اسنادی از طریق داوری و حل و فصل آنها از طریق کارشناسی فرق گذاشت. بنا به دلایل گوناگون از جمله عدم اعتماد به داوری لازم الاجرا، بانکها گاه ترجیح می دهند اختلافات مربوط به اعتبارات اسنادی را به کارشناسانی ارجاع دهند که طبق «مقررات کارشناسی برای حل و فصل اختلافات اعتبار اسنادی» (موسوم به DOCDEX) که اتاق بازرگانی بین المللی تهیه نموده، به موضوع رسیدگی و تصمیم گیری می کنند.^{۱۴}

این کارشناسی توسط مرکز کارشناسی اتاق بازرگانی بین المللی که در ارتباط نزدیک با کمیسیون بانکی اتاق نیز هست، انجام می شود. البته در این قبیل موارد، تصمیم کارشناسی الزام آور نیست مگر این که در قرارداد طور دیگری ذکر شود، و بیشتر متضمن نوعی الزام معنوی نسبت به تصمیم است.^{۱۵}

۲. سازگار کردن شرط داوری در هر مورد خاص

الف - شرط داوری یک طرفه

از نظر بانکهای وام دهنده، معمولاً بهترین راهبرد ایده آل برای حل اختلاف آن است که حداکثر انعطاف را در مورد عواملی که پیش بینی آنها در زمان امضای قرارداد وام مشکل بوده، داشته باشند، یعنی بانک حق داشته باشد حسب مورد یا به داوری رجوع کند و یا به دادگاه (شرط اختیاری). مثلاً ممکن است پس از بروز اختلافات بانک بخواهد بررسی

14. ICC Rules for Documentary Credit Dispute Resolution Expertise (DOCDEX), ICC Pub. No. 577.

15. به موجب ماده ۱۳ مقررات DOCDEX ضرورتی ندارد که تصمیمات کارشناسی متضمن مباحث حقوقی و شبیه حکم داوری، باشد. به موجب ماده ۱ (۴) مقررات مذکور تصمیمات کارشناسی الزام آور نیست، مگر طرفین طور دیگری توافق نمایند.

کند و تصمیم بگیرد که آیا درخواست «کشف مدارک» (discovery) به صورت وسیع درباره اعتبار اسنادی تحت اختلاف مطلوب و به نفع او هست یا نه. اگر معلوم شود که کشف مدارک، مطلوب نیست، بانک مسلماً داوری را ترجیح می‌دهد زیرا در داوری‌ها احتمال انجام کشف مدارک به مراتب کمتر از دعاوی است که در دادگاه مطرح می‌شود.

این که آیا «شرط اختیاری رجوع به داوری یا دادگاه» اساساً قابل اجرا و معتبر هست یا نه، پاسخ روشن و قطعی ندارد. درست یا غلط، بعضی محاکم برای بی‌اعتباری قراردادهای داوری که یک طرفه تنظیم شده، به اصل «تعهد متقابل»^{۱۶} یا «طرفینی بودن طریق جبران»^{۱۷} استناد کرده‌اند، و گفته‌اند که اگر یکی از طرفین ملزم و متعهد به قرارداد نباشد، طرف دیگر هم ملزم به آن نیست. به عبارت دیگر، گفته‌اند حق هریک از طرفین به این که خواسته‌ای را مطالبه کند موقوف به این است که این حق برای طرف دیگر نیز موجود باشد.

اما به نظر می‌رسد که در مورد شرط اختیاری و یکطرفه مراجعه به دادگاههای داخلی، مسامحه و پذیرش بیشتری وجود داشته است. در بعضی شروط مربوط به انتخاب مرجع صالح که به صورت استاندارد در قراردادها ذکر می‌شود، بانک حق خود را برای طرح دعوی علیه مشتری در اقامتگاه وی علاوه بر دادگاهی که در قرارداد قید شده محفوظ می‌دارد، لکن برای طرح دعوی علیه بانک مقرر شده که مشتری فقط در دادگاهی که ضمن قرارداد پیش‌بینی شده، می‌تواند علیه بانک طرح دعوی کند، که معمولاً همان دادگاه کشور محل اداره مرکزی یا شعبه ذی‌ربط بانک می‌باشد.

16. Mutuality of obligation .

17. Mutuality of remedy.

کنوانسیون های بروکسل و لوگانو نیز شرط انتخاب مرجع رسیدگی به صورت یکطرفه را پذیرفته‌اند،^{۱۸} همچنان که در رویه عملی نیز حق قراردادی طرف برای این که به محاکم گوناگون مراجعه نماید به رسمیت پذیرفته شده است.^{۱۹}

گرچه ضرورت اصل «طرفینی بودن طریق جبران»، بویژه در محاکم خارج از کشور دادگاه منتخب با سؤال مواجه است، مع‌ذک اگر شرط انتخاب مرجع رسیدگی در قرارداد نامتوازن و غیرمتعادل باشد به معنای نقض اصول اساسی «عادلانه بودن» است و پذیرفته نیست.

برای مثال، معدودی از افراد شرط داوری را که فقط به یکی از طرفین اجازه می‌دهد به شهادت شهود استناد کند قابل قبول و عادلانه می‌یابند، حتی اگر به هیچ چیز غیرعادلانه‌ای در خود قرارداد که نسبت به هر دو طرف قابل اعمال است، وجود نداشته باشد.

ب - تجدید نظر ماهوی در رأی داوری

یکی از راههای برطرف کردن بیم بانکها از این که احکامی که داوران غیرصالح صادر می‌کنند، غیرمتعارف از کار در می‌آید، آن است که حکم داوری قابل رسیدگی و تجدید نظر قضایی باشد. مثلاً گرچه اشتباه در قانون یا در مورد واقعیات پرونده (اشتباه حکمی یا موضوعی) معمولاً از جمله دلایل ابطال رأی داوری در قوانین مدرن داوری نیست، طرفین

۱۸. رک. ماده ۱۷ (۵) کنوانسیون مذکور.

۱۹. «مشرتی می‌تواند بانک را فقط در محاکم محل شعبه آن تعقیب کند، لکن بانک می‌تواند علاوه بر دادگاههای محل شعبه، در محاکم اقامتگاه مشتری نیز طرح دعوی نماید». رک.

Medoil Corp. v. Citicorp, 729 F. Supp. 1456 (S.D.N.Y. 1990).

می‌توانند در قرارداد شرط کنند که در صورت هرگونه اشتباه رأی داوری قابل تجدید نظر قضایی است.

البته قابل اجرا بودن و اعتبار چنین شرطی، بطور کامل خالی از ابهام نیست، زیرا بعضی محاکم اقدامات مبتنی بر این قبیل شروط را که متضمن توسعه کنترل قضایی بر داوری است، به این اعتبار که داوری مبتنی بر تراضی طرفین است تأیید کرده‌اند،^{۲۰} لکن بعضی از محاکم نیز این رویه را نپذیرفته‌اند،^{۲۱} یا اعلام کرده‌اند که شرط مربوط باطل است، زیرا برخلاف نظم عمومی است.^{۲۲} به هر حال، بسته به نظام حقوقی هر کشور، اعتبار ترتیباتی که مغایر با امکان تجدید نظر قضایی نسبت به رأی داوری باشد و یا شرط داوری که حق اعتراض به رأی داوری را ساقط کرده باشد، در معرض تردید است.

نتیجه

این که آیا اسلوب داوری برای حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهای مالی بانکی مناسب هست یا نه، موکول به عوامل گوناگونی است: آیا رأی داوری در محلی که دارایی بدهکار وجود دارد، قابل اجرا است؟ اگر نه، آیا عهدنامه‌ای برای اجرای رأی صادره از دادگاه صالح وجود دارد؟ آیا کشور متبوع بدهکار احیاناً مقررات کنترل ارزی را اعمال می‌کند؟ آیا محاکم مربوط، براساس قاعده «مسئولیت بانک وام دهنده»

20. Lapine Tech. Corp. v. kyocera Corp., 130 F. 3d 884 (9th Cir. 1997) .

21. Chicago Typographical Union v. Chicago Sun – Times, 935 F. 2d 1501 (7th Cir. 1995) .

در این پرونده دادگاه گفته است حوزه صلاحیت دادگاه فدرال برای بررسی حکم داوری نمی‌تواند مبتنی بر قرارداد و تراضی طرفین باشد.

22. French Cour d'appel de Paris, 27 Oct. 1994, Diseno v. Société Mendes, [1995] Rev. arb. 261.

رأی می‌دهند، یا ادعای خسارات تنبیهی علیه بانک را می‌پذیرند؟ مراجعه به دادگاه و رسیدگی به دعوی چه مقدار وقت می‌گیرد و چقدر هزینه دارد؟ آیا برای بانک وام دهنده امکان مراجعه به دادرسی اختصاری وجود دارد؟ بسته به پاسخ‌هایی که به این پرسش‌ها داده می‌شود، گاه شرط داوری نسبت به دادگاه برای بانکها بیشتر قابل اعتماد و اعتنا است. اما داوری به ویژه در موارد زیر شایسته بررسی جدی است:

اول، در مورد بی‌طرفی سیاسی و حقوقی محاکم کشور مربوط نگرانی وجود داشته باشد (مثلاً در مورد وام‌های دولتی)، دوم، دارایی‌ها و اموال وام‌گیرنده در کشوری واقع باشد که با کشور مرجع رسیدگی عهدنامه‌ای در مورد اجرای احکام ندارد، سوم، وام مربوط مشمول مقررات کنترل ارزی شده و پرداخت نشده باشد، چهارم، بدهکار می‌تواند براساس تئوری «مسئولیت بانک وام دهنده» خسارات تنبیهی مطالبه نماید. پنجم، رسیدگی به اختلاف مستلزم کارشناسی خاص باشد، مانند اختلافات ناشی از اعتبارات اسنادی.

برای تصمیم‌گیری مناسب در این مورد، هیچ چیز نمی‌تواند جایگزین توجه به ویژگیهای خاص هر قرارداد یا معامله خاص بشود مگر تصمیم‌گیری براساس شانس و اقبال.