

فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۱۰۴، پاییز ۱۴۰۱، ۲۱۶-۱۸۱

## مقاله پژوهشی: نقش قرارداد در تحقق داوری اجباری در نظام حقوقی ایران

اکبر میرزائزاد جویباری\* اویس رضوانیان\*\*

پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۲۰

دریافت: ۱۴۰۰/۰۴/۱۲

داوری اجباری / داوری خصوصی سازی / داوری قراردادی / داوری بین المللی / رضایت

### چکیده

اگرچه داوری اجباری در نظام‌های حقوقی مختلف، از جمله حقوق ایران، پدیده جدیدی نیست، اما اجبار به داوری از طریق الزام به درج آن در قرارداد نهادی است که طی سال‌های اخیر در نظام حقوقی ایران پدیدار شده و در نظام‌های حقوقی دیگر مسبوق به سابقه نمی‌باشد. یکی از مشخص‌ترین نمونه‌های این نوع الزام از طریق قرارداد را در ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه (تنفیذی در ماده ۳۰ قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷)، می‌توان یافت که تصریح می‌کند داوری موضوع این قانون باید به‌عنوان شرط در قرارداد واگذاری سهام و اموال دولت در فرایند خصوصی سازی درج شده و به امضای طرفین برسد. این الزام قانونگذار، علاوه بر تمامی پرسش‌های معمول در خصوص داوری اجباری، پرسش‌های دیگری را نیز در باب ماهیت و آثار این نوع داوری برمی‌انگیزد. در پژوهش حاضر، پس از بررسی پیشینه موضوع در نظام حقوقی ایران و مطالعه تطبیقی آن با چند نظام حقوقی دیگر و همچنین تلاش برای کشف دلیل یا دلایل این شیوه بدیع قانون‌گذاری، با تمرکز بر ماده ۲۰ قانون برنامه سوم

\*. دانشیار گروه حقوق موسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی، تهران، ایران، a.m.jouybari@imps.ac.ir

\*\* . استادیار گروه حقوق موسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی، تهران، ایران، o.rezvani@imps.ac.ir

توسعه به عنوان فرد اجلی متضمن این شکل از داوری اجباری، به این پرسش مبنایی پرداخته می‌شود که آیا صلاحیت هیئت داوری موضوع قانون مورد بحث ناشی از اراده قانونگذار است یا آن را باید حاصل توافق طرفین تلقی نمود. پاسخ نگارندگان به این پرسش این است که بنا به دلایل متعدد داوری‌های اجباری از طریق الزام به درج در قرارداد را نباید قراردادی محسوب کرد و باید آن‌ها را در شمار داوری‌های اجباری معمول -از طریق قانونگذاری- به شمار آورد.

طبقه‌بندی JEL: K22, D82, D83



## مقدمه و طرح مساله

در نظام حقوقی ایران مراجعه به دادگستری به منظور تظلم خواهی و رسیدگی به اختلافات و دعاوی و حل و فصل آنها یکی از حقوق اساسی هر شخص است که در اصول ۳۴ و ۱۵۹ قانون اساسی<sup>۱</sup> مورد تاکید قرار گرفته است. با این حال، مانند سایر نظام‌های حقوقی، در نظام حقوقی ایران نیز به اشخاص اجازه داده شده در پاره‌ای موارد این حق را به صورت جزئی و در مورد رابطه حقوقی معین از خود سلب یا آن را محدود ساخته و دعاوی خود را با توافق به داوری به عنوان مرجع رسیدگی غیرقضایی ارجاع نمایند. ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی<sup>۲</sup> و بند ۲ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی<sup>۳</sup> این حق را به صراحت برای طرفین اختلاف به رسمیت شناخته و این‌گونه محدودیت‌های ارادی و خودخواسته را مغایر قانون اساسی تلقی نکرده‌اند.

در نظام‌های حقوقی مختلف، از جمله حقوق ایران، در برابر این گونه داوری که داوری اختیاری<sup>۴</sup> نامیده می‌شود، مواردی دیده می‌شود که مقنن حق دادخواهی و توسل به مرجع قضایی دادگستری را به طور مطلق یا نسبی از طرفین سلب و آنها را ناگزیر می‌سازد برای حل و فصل اختلافات و دعاوی مربوط به پاره‌ای از موضوعات به داوری رجوع کنند که به آن داوری اجباری<sup>۵</sup> اطلاق می‌شود. در حقوق ایران در مورد این گونه داوری‌ها، هم از حیث نحوه و شرایط انتخاب داوران و هم از جهت آیین رسیدگی به دعاوی، تنوع و گوناگونی به چشم می‌خورد: از حیث نحوه انتخاب داور، در پاره‌ای موارد نظیر ماده ۳۶ قانون اوراق بهادار<sup>۶</sup> یا

۱. اصل ۳۴: «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این‌گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.» اصل ۱۵۹: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است.»

۲. کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه‌ها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند.

۳. کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند داوری اختلافات تجاری بین‌المللی خود را اعم از اینکه در مراجع قضایی طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله که باشد با تراضی، طبق مقررات این قانون به داوری ارجاع کنند.

4. Arbitrary arbitration

5. Compulsory arbitration

۶. اختلافات بین «کارگزاران»، «بازارگردانان»، «کارگزار/معامله‌گران»، «مشاوران سرمایه‌گذاری»، «ناشران»، سرمایه‌گذاران، و سایر اشخاص ذی‌ربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آن‌ها، در صورت عدم سازش در «کانون‌ها توسط «هیئت داوری» رسیدگی می‌شود.

ماده ۲۱ قانون برنامه سوم توسعه<sup>۱</sup> (تنفیذی در ماده ۳۰ قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷)، ترکیب هیات داوری به طور صریح مشخص شده و برای طرفین در انتخاب داوران نقش و شانی در نظر گرفته نشده است؛ ولی در برخی موارد دیگر، همانند ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹<sup>۲</sup> پس از اعلام اجباری بودن داوری، انتخاب اعضای هیات داوری به عهده طرفین گذارده شده است. از جهت آیین رسیدگی و قابلیت اعتراض به آرای داوری نیز این تفاوت و تنوع را می‌توان مشاهده کرد. برای مثال، در حالی که رای هیئت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون اوراق بهادار قطعی و غیر قابل اعتراض در مرجع قضایی اعلام شده است یا برابر ماده ۲۳ قانون برنامه سوم توسعه<sup>۳</sup> رای هیات داوری موضوع ماده ۲۱ این قانون فقط برای یک بار و آن هم در شعبه خاصی که توسط رییس قوه قضاییه تعیین می‌شود قابل اعتراض است، در ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ رسیدگی به آراء صادره از هیئت داوری تابع مقررات داوری در قانون آیین دادرسی مدنی اعلام شده که علی‌القاعده به معنای امکان رسیدگی به درخواست ابطال رای مزبور - مستند به موارد مذکور در ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م. - در دو مرحله بدوی و تجدید نظر در دادگاه‌های عمومی است.

صرف نظر از ابهامات و تردیدهای جدی موجود در مورد ماهیت داوری اجباری از این حیث که این نهاد اساساً داوری به معنای خاص محسوب می‌شود یا اطلاق عنوان داوری بر

۱. لازم به ذکر است که مواد ۲۰ تا ۲۴ قانون برنامه سوم توسعه عیناً از سوی مقنن در ماده ۳۰ قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷ تایید و تنفیذ گردیده و در واقع مفاد این مواد به قانون دائمی تبدیل شده‌اند؛ لیکن در مقاله حاضر برای اجتناب از تکرار، از ذکر عبارت «تنفیذی در ماده ۳۰ قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی» خودداری می‌شود.

۲. کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش توسط هیئت داوران متشکل از یک داور از سوی خریدار و یک داور از سوی فروشنده و یک داور مرضی‌الطرفین و در صورت عدم توافق بر داور مرضی‌الطرفین یک داور با معرفی رییس دادگستری شهرستان مربوطه انجام می‌پذیرد. در صورت نیاز، داوران می‌توانند از نظر کارشناسان رسمی محل استفاده نمایند. آیین‌نامه اجرایی این ماده توسط وزارت مسکن و شهرسازی و وزارت دادگستری تهیه و به تایید هیئت وزیران خواهد رسید. داوری موضوع این قانون تابع مقررات آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب خواهد بود.

۳. رأی هیئت داوری پس از ده روز از تاریخ ابلاغ به طرفین، قطعی و لازم‌الاجراست و چنانچه طی مدت مذکور و پس از انقضای مدت مذکور صرفاً در صورت وجود عذر موجه برای تأخیر، یکی از طرفین نسبت به رأی صادره اعتراض داشته باشد باید اعتراض خود را کتباً به دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد تقدیم نماید. شعبه خاصی که توسط رئیس قوه قضاییه تعیین خواهد شد خارج از نوبت به اعتراض رسیدگی و رأی مقتضی صادر می‌نماید. رأی صادره قطعی و لازم‌الاجراست.

آن بیشتر از باب تسامح بوده و عمدتاً باید آن را نوعی مرجع اختصاصی شبه قضایی به شمار آورد، این شیوه رسیدگی در حقوق ایران همانند قریب به اتفاق نظام‌های حقوقی جهان، البته با اختلاف در حدود و قلمرو، به عنوان یکی از ضرورت‌ها و اقتضائات دنیای امروز پذیرفته شده است. با این حال، مسأله‌ای که به نظر می‌رسد تا کنون کمتر مورد تامل قرار گرفته، نقشی است که قانون‌گذار در حقوق ایران در پاره‌ای از این نوع داوری‌ها برای قرارداد در نظر گرفته و به عنوان مثال در ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و سیاسی تصریح می‌کند که داوری هیئت موضوع این قانون باید به عنوان شرط در قرارداد واگذاری سهام و اموال دولت در فرایند خصوصی‌سازی درج شده و به امضای طرفین برسد. موضوعی که بی‌گمان منشاء ابهامات و پرسش‌های فراوان می‌شود که برخی از آنها وجه اصلی و بنیادین دارند و پاره‌ای از آنها از فروعات و توابع پرسش‌های اصلی به شمار می‌روند. در این باره سه پرسش اصلی شایسته طرح است؛ نخست اینکه آیا در نظام حقوقی ایران همواره رجوع به داوری باید با توافق طرفین و اراده آنان انجام شود یا در موارد خاص، حاکمیت (مقنن) این اجازه و حق را دارد که مراجعه به داوری را بدون هرگونه ارجاع به اراده طرفین الزامی کند؟ دیگر آنکه در مواردی همچون ماده ۲۰ قانون برنامه سوم آیا واقعا می‌توان نقش و شانی برای اراده و اختیار طرفین قائل شد یا داوری مزبور در واقع نوعی داوری اجباری است و موافقت یا عدم موافقت طرف دیگر به واقع نقشی در تحقق داوری ندارد؟ و پرسش اصلی سوم اینست که آیا چنین اقدامی از سوی مقنن مطلوبیت و فایده‌ای داشته یا صرفاً پوششی برای برخی نگرانی‌ها و دغدغه‌های فقهی بوده و ادامه چنین رویه‌ای فاقد توجیه می‌باشد؟ همچنین به موارد زیر نیز می‌توان به عنوان بخشی از پرسش‌های فرعی اشاره کرد؛ آیا دولت یا طرف مقابل امکان رد داوری هیئت موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم را دارد؟ آیا موردی را می‌توان متصور شد که قرارداد واگذاری امضاء شده باشد، اما اختلافات ناشی از قرارداد واگذاری در صلاحیت این هیئت نباشد؟ در صورت اخیر، آیا با وجود اجتناب‌ناپذیر بودن پذیرش داوری همچنان می‌توان از قراردادی بودن این‌گونه داوری‌ها دفاع کرد؟ در صورتی که اراده واقعی طرفین نقشی در صلاحیت هیئت داوری مورد بحث ندارد، به چه دلیل مقنن در برخی قوانین همانند ماده

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص، ر. ک. رضوانیان، اوپس، بررسی ماهیت هیئت داوری موضوع ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ با نگاهی به رویه قضایی، فصلنامه برنامه‌ریزی و بودجه، سال ۲۲، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۶

۲۰ قانون برنامه سوم توسعه و یا بند ۱۱ ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، به ضرورت درج شرط رجوع به داوری در قرارداد واگذاری یا قرارداد پیش‌فروش ساختمان تصریح می‌کند؟ در صورتی که در قرارداد به این نوع داوری اشاره‌ای نشود، رسیدگی به اختلاف در صلاحیت چه مرجعی است؟ آیا می‌توان در اینگونه موارد از صلاحیت عام دادگاه‌ها دفاع کرد و رسیدگی به موضوع را در صلاحیت دادگستری دانست؟ در این صورت، آیا صلاحیت دادگاه با اهداف مقنن از جهت پیش‌بینی و تأسیس هیئت داوری با ترکیب ویژه در ماده ۲۱ قانون برنامه سوم توسعه<sup>۱</sup> به منظور تأمین تخصصی بودن رسیدگی، سرعت، کاهش هزینه و امثال آن، مغایرت ندارد؟ آیا اشخاص ثالث که دخالتی در تنظیم و امضای قرارداد واگذاری ندارند، باید شکایات و اعتراضات خود را به امر واگذاری نزد هیئت داوری مذکور طرح کنند؟ اگر چنین است، با توجه عدم مداخله شخص ثالث در فرایند امضای قرارداد واگذاری و به تبع آن توافق داوری، لزوم رسیدگی به ادعاهای اشخاص مذکور را توسط این هیئت ویژه داوری چگونه می‌توان توجیه کرد؟ اگر لزوم ارجاع اختلافات به داوری حکم آمره قانون‌گذار است و توافق برخلاف آن ممکن نیست، درج یا عدم درج آن در قرارداد چه اثری دارد؟ آیا چنین رویه‌ای (الزام طرفین از سوی قانون‌گذار به درج شرط داوری اجباری در قرارداد) در نظام‌های حقوقی دیگر مسبوق به سابقه است؟ و سرانجام اینکه رویه قضایی دریاچه این پرسش‌ها چه موضعی اتخاذ کرده است؟

نگارندگان در این مقاله به بررسی و تامل جدی در پرسش‌های اصلی مطروحه و تبیین اجمالی پاره‌ای از پرسش‌های فرعی فوق در نظام حقوقی ایران می‌پردازند و می‌کوشند ضمن مطالعه و بررسی تطبیقی موضوع در برخی کشورهای دیگر مبنا و منشاء این اقدام مقنن در حقوق ایران را روشن سازند و آثار حقوقی و مسایل عملی مترتب بر حکم مزبور و فواید و توالی فاسد آن را تبیین نموده و موضع خود را درباره لزوم بهره‌گیری از این روش در وضع و طراحی

۱. ماده ۲۱ - هیئت داوری موضوع ماده (۲۰) این قانون مرکب از هفت نفر بشرح زیر است:

۱. پنج نفر از متخصصان امور اقتصادی، مالی، بازرگانی، فنی و حقوقی، به پیشنهاد مشترک وزیر امور اقتصادی و دارایی،

وزیر دادگستری و رئیس سازمان برنامه و بودجه و تصویب هیئت وزیران برای مدت شش سال.

۲. رئیس اتاق تعاون.

۳. رئیس اتاق بازرگانی و صنایع و معادن جمهوری اسلامی ایران.

این هیئت در مورد شکایات و اختلافات مربوط به واگذاری، رسیدگی و تصمیم‌گیری خواهد کرد. نحوه تشکیل جلسات هیئت و چگونگی اتخاذ تصمیم آن براساس آئین‌نامه‌ای است که به تصویب هیئت وزیران خواهد رسید.

تقنینی داوری‌های اجباری احتمالی در آینده یا اذعان به نادرستی روش بدیع قانونگذار و توقف و اصلاح آن اعلام کنند. افزون بر این‌ها، مطالعه تجربه کشورهای دیگر نیز در این زمینه حائز اهمیت و کمک‌رسان است.

در همین ابتدا، توضیح این نکته ضروری می‌نماید که اگرچه - به شرحی که در بخش پیشینه خواهد آمد - نمونه‌هایی از داوری اجباری از طریق قرارداد را در قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ و - با اندکی تسامح - در قانون اصلاح موادی از قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۳ نیز می‌توان یافت، اما از آن رو که کامل‌ترین جلوه این نوع داوری در ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه نمایان شده است و از طرفی در این حوزه شاهد آراء قضایی نسبتاً قابل ملاحظه‌ای هستیم که می‌تواند به درک بهتر و دقیق‌تر این نهاد مدد رساند، از این رو، تمرکز نگارندگان در پژوهش حاضر بر این قانون خواهد بود. هرچند مباحث نظری‌ای که در خصوص این نوع داوری اجباری بیان می‌گردد، تقریباً در سایر موارد مشابه نیز صادق است.

بر این اساس، مطالب این مقاله در چهار گفتار ارائه خواهد شد: در گفتار نخست ابتدا تعریفی اجمالی از داوری اجباری ارائه شده و سپس به بررسی پیشینه تاریخی ضرورت نقش‌آفرینی قرارداد در تحقق داوری‌های اجباری در حقوق ایران پرداخته می‌شود. در گفتار دوم به سابقه این امر در حقوق خارجی اشاره و نمونه‌های مشابه در ساسیر نظام‌های حقوقی بررسی خواهد شد. بررسی دلایل و مبانی شکل‌گیری این شیوه از قانون‌گذاری با تاکید و تمرکز بر ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه محور مطالعه ما در گفتار سوم خواهد بود و سرانجام در گفتار چهارم، ضمن تامل و تدقیق در ماهیت داوری اجباری از طریق درج آن در قرارداد به نقد و ارزیابی روش قانونگذار در این باره خواهیم نشست.

### گفتار نخست: مفهوم داوری اجباری و پیشینه تاریخی

در این گفتار ابتدا به نحو اجمال به تبیین مفهوم داوری اجباری خواهیم پرداخت (بند نخست) و آنگاه با مرور قوانین مختلف، پیشینه نقش قرارداد در داوری‌های اجباری را بررسی می‌کنیم. (بند دوم).

## بند نخست: مفهوم داوری اجباری

درباره این قسم داوری مناقشات و مجادلات فراوانی در گرفته است؛ با توجه به نقش جوهری و بنیادین توافق در تحقق داوری، اساساً در اطلاق عنوان داوری بر این شیوه رسیدگی تردیدهای جدی وجود دارد. این تردید و تشکیک در موردی که قانون‌گذار، همانند آنچه در مواد ۲۰ تا ۲۳ قانون برنامه سوم توسعه پیش‌بینی کرده، ترکیب هیئت داوری، آیین رسیدگی آن و مرجع اعتراض به رای صادره را نیز از قبل تعیین می‌کند، شدیدتر است. زیرا در این صورت تمیز نهاد مزبور به عنوان یک مرجع داوری از سایر مراجع شبه قضایی مثل شورای حل اختلاف، کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها، کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها و هیئت موضوع قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۶۷ بسیار دشوار می‌شود و به سختی می‌توان معیار و ضابطه دقیقی برای تفکیک آن‌ها از یکدیگر ارائه کرد.

دقت و تامل در نظر مشهور و نزدیک به اجماع فقهاء در باب حکمیت و قاضی تحکیم، چنانکه پاره‌ای از حقوق دانان گفته‌اند،<sup>۱</sup> و همچنین ظهور ماده ۴۵۷ آیین دادرسی مدنی و ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی و توجه به پیشینه قوانین و مقررات داوری در نظام حقوقی ایران (قبل و پس از انقلاب) و نیز آثار پاره‌ای از حقوق دانان<sup>۲</sup> حکایت از آن دارد که اطلاق عنوان «داوری» بر مواردی که قانون علاوه بر اینکه طرفین را ملزم به مرجعی غیر از دادگستری می‌کند، ترکیب اعضای رسیدگی‌کننده و همچنین مرجع اعتراض به آراء آنها را نیز مشخص می‌سازد، مانند مواد ۲۰ تا ۲۳ قانون برنامه سوم توسعه، حقیقتاً دشوار است؛ زیرا هنگامی که طرفین اختلاف نه در اصل رجوع به داوری و نه در انتخاب اعضای آن و نه حتی در مورد آیین رسیدگی و نحوه اعتراض به آراء صادره توافقی انجام نداده‌اند و همه این موارد از سوی مقنن در مقام اعمال حاکمیت و به صورت یکجانبه و الزامی تعیین گردیده و در واقع

۱. ایزدی فر، علی اکبر و فلاح، اکبر و خزایی پول، صفر، مشروعیت قضاوت خصوصی بر اساس نهاد تحکیم، فصل‌نامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۶، ش ۱۸، زمستان ۱۳۸۸؛ نجفی، زین العابدین، سیستم قضایی به روش قاضی تحکیم از منظر فقه شیعه، مجله مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۷۷ (۳)، فقه، بهار و تابستان ۱۳۸۴؛ قماش، محمد سعید، قاضی تحکیم یا سیاست خصوصی‌سازی قضاوت، فصل‌نامه فقه اهل بیت، ش ۱۰، بهار ۱۳۷۴.

۲. ایلخانی‌زاده، نگار، تنظیم قرارداد داوری با توجه به قانون داوری تجاری بین‌المللی، مجله کانون وکلاء، پائیز و زمستان ۱۳۸۶، ش ۱۹۸ و ۱۹۹، ص ۳۹-۶۷؛ صادقی، محمد، صادقی مقدم، محمد حسن و صالحی، علی اصغر؛ فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، ش ۲۰، ۱۳۹۴، صص ۲۴۳-۲۶۳.



هیچ بخش از فرایند مزبور ارتباطی به مقررات مفصل و جامع داوری در قانون آیین دادرسی مدنی ندارد و از طرفی در خصوص این نوع رسیدگی‌ها هم قانون جداگانه‌ای به عنوان احکام داوری اجباری یا هرنام مشابه دیگر پیش‌بینی نشده است، تلقی نهاد مزبور به عنوان داوری توجیه حقوقی و قانونی ندارد. در این گونه موارد حقیقتاً باید این نهاد را نوعی مرجع غیر دادگستره ویژه به شمار آورد.

البته مواردی را که قانون‌گذار صرفاً نفس رجوع به داوری را از طریق درج در قرارداد الزامی کرده ولی سایر موارد نظیر انتخاب داوران، آیین رسیدگی و اعتراض به آراء صادره و امثال آن را به عهده طرفین می‌نهد و تابع قانون آیین دادرسی مدنی در باب داوری اعلام می‌کند - نظیر آنچه قانون‌گذار در ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ مقرر کرده - می‌توان داوری به شمار آورد و حتی بکارگیری عبارت داوری اجباری قراردادی در این موارد از لحاظ حقوقی معقول و موجه است.

با این حال، با توجه به اینکه مقاله در مقام ارائه معیارهای تمیز نهاد داوری از نهادهای قضایی و شبه قضایی و حتی شبه داوری که برخی از حقوقدانان به آن پرداخته‌اند،<sup>۱</sup> نیست و دغدغه اصلی، صرف نظر از اینکه نام نهاد مورد بحث داوری اجباری باشد یا چیز دیگر، بیش از هر چیز، تبیین نقش و آثار لزوم درج این شیوه اجباری حل اختلاف در قرارداد است. از طرفی، خود قانون‌گذار هم نام داوری را بر این نوع از شیوه حل و فصل اختلاف نهاده و همانطور که گفته شد، نتیجه این بحث نیز تاثیر ویژه‌ای در بررسی و تبیین پرسش اصلی این مقاله ندارد، لذا نگارندگان، فارغ از این مجادلات و مناقشات و به تبعیت از مقنن و با تسامح عنوان داوری را برای این نوع رسیدگی برگزیده و بر این اساس بحث خود را پی می‌گیرند.

در هر حال، گذشته از اختلافات راجع به ماهیت و عنوان این شیوه رسیدگی، در اصل ضرورت وجود و مشروعیت چنین نهاد اجباری برای رسیدگی به پاره‌ای از اختلافات و دعاوی ویژه تردیدی وجود ندارد. همانطور که اندکی بعد در بخش پیشینه قانون‌گذاری خواهیم دید، در نظام حقوقی ایران نیز پیش‌بینی چنین مراجعی، خواه با نام داوری یا کمیسیون، هیئت و امثال آن، پیش و پس از انقلاب مسبق به سابقه است و شورای نگهبان نیز تأسیس مراجع غیر دادگستری اجباری مزبور را مغایر قانون اساسی، به ویژه اصول ۳۴ و ۱۵۹ آن که دادگستری

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص، ر. ک. رضوانیان، اوئیس، همان

را مرجع رسمی تظلمات و شکایات اعلام می‌کند و دادخواهی از دادگستری را حق هر فرد می‌داند، تلقی نکرده است. در این خصوص به نظر می‌رسد نظر شورای نگهبان با مجموعه نظام حقوقی ایران همسو است. زیرا در ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، پس از تاکید بر صلاحیت دادگاه‌های دادگستری برای رسیدگی به دعاوی، تصریح می‌شود «مگر در مواردی که قانون مرجع دیگری را تعیین کرده باشد». در این راستا، می‌توان به کمیسیون‌های مواد ۷۷ و ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها، هیئت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ (موسوم به داوری بورس)، هیئت موضوع قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، مراجع حل اختلاف کارگر و کارفرما به‌عنوان چند نمونه از این مراجع شبه قضایی غیر دادگستری اشاره کرد که به منظور تسریع در رسیدگی و هم‌چنین تخصصی کردن حل اختلافات و کاهش پرونده‌های دادگستری به موجب قوانین مختلف ایجاد گردیده‌اند.

### بند دوم: پیشینه تاریخی

همان‌طور که گفته شد، در نظام حقوقی ایران، داوری اجباری از تنوع و تکثر فراوانی برخوردار بوده و حداقل به سه شکل پیش‌بینی شده است. شکل نخست آنست که قانون‌گذار فقط به‌طور کلی اعلام می‌کند اختلافات ناشی از یک رابطه حقوقی خاص باید به داوری ارجاع شود ولی سایر امور مربوط به داوری از جمله انتخاب داور و آیین رسیدگی و امثال آن همچنان تابع قانون آیین دادرسی مدنی است. شکل دوم آنکه مقنن علاوه بر الزامی ساختن اصل رجوع به داوری، نحوه انتخاب داور و ترکیب اعضای هیئت داوری، آیین رسیدگی و چگونگی اعتراض به آن را معین می‌سازد و شکل سوم نیز که به نحوی به یکی از دو قسم داوری اجباری فوق بر می‌گردد ولی از یک ویژگی اضافی برخوردار است، این است که در قانون تصریح می‌شود رجوع به داوری باید در قرارداد میان طرفین شرط شود؛

نیازی به بازگویی نیست که داوری یا حکمیت اجباری، بدون لزوم درج آن در قرارداد، یعنی شکل نخست و دوم از داوری مذکور، سابقه دیرینه‌ای در نظام حقوقی ایران دارد.<sup>۱</sup>

۱. برای مطالعه بیشتر راجع به تحولات داوری اجباری ر. ک. به سوادکوهی، سام، تولد داوری اجباری یا مرحله‌ای از دادرسی؟، ماهنامه دادرسی، سال چهارم، ش ۲۲ ۱۳۷۹؛ افتخار جهرمی، گودرز، تحولات نهاد داوری در قوانین موضوعه ایران: دستاورد آن در حوزه داوری بین‌المللی مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی ش ۲۷-۲۸

نخستین قانونی که نوعی داوری اجباری را پیش‌بینی کرده بود، قانون حکمیت مصوب ۱۳۰۶ است که متعاقباً با تصویب قانون اصلاح قانون حکمیت مصوب ۱۳۰۸ لغو گردید.<sup>۱</sup> علاوه بر این، در قوانین پراکنده دیگر هم به داوری اجباری اشاره شده بود که از جمله می‌توان به ماده ۱۰ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶<sup>۲</sup> و ماده ۱۷ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار مصوب سال ۱۳۴۵<sup>۳</sup> و ماده ۱۴ لایحه قانونی مربوط به تفحص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره<sup>۴</sup> اشاره کرد. پس از انقلاب هم این نوع داوری در برخی قوانین از جمله ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴<sup>۵</sup> پیش‌بینی گردید.

با این وجود، مطالعه سیر تحولات قوانین و مقررات در ایران گویای این حقیقت است که شکل سوم داوری اجباری از نوعی که مستلزم درج آن در قرارداد طرفین باشد، در قوانین پیش از انقلاب مسبوق به سابقه نبوده و پس از انقلاب هم برای نخستین بار در ماده ۲۰ قانون برنامه

۱۳۷۸؛ ایزدی فر، علی اکبر و فلاح، اکبر و خزایی پول، صفر، همان؛ قماش، محمد سعید، همان

۱. در ماده یک قانون حکمیت مصوب ۱۳۰۶ تصریح شده بود «هر گاه در دعاوی حقوقی یکی از متداعیین محکمه صلح، بدایت و تجارت از محکمه تقاضا کند قطع دعوی به طریق حکمیت انجام گیرد، محکمه طرف دیگر دعوی را به موافقت با این تقاضا تکلیف و مطابق مواد ذیل رفتار خواهد کرد، مشروط براینکه تقاضای حکمیت تا آخر جلسه اول محاکمه بعمل آمده و دعوی در آن محکمه بدایتاً طرح شده باشد».

۲. دعاوی که پنج سال از طرح آن در دادگستری می‌گذرد و هنوز منتهی به حکم نشده، با درخواست خواهان اصلی به داوری ارجاع خواهد شد. به موجب این ماده «در هر دعوی حقوقی به استثنای موارد مندرج در ماده ۶۷۵ آیین دادرسی مدنی، که قبل از تصویب این قانون اقامه شده و تا تاریخ اجرای این قانون رسیدگی به آن پنج سال یا بیشتر به طول انجامیده اعم از اینکه در مرحله نخستین یا پژوهش مطرح باشد، خواهان اصلی ظرف مدت دو سال می‌تواند در صورتی که ختم دادرسی اعلام نشده باشد، حل و فصل دعوی را از طریق داوری کتباً درخواست کند.

۳. هیئت داوری بورس که به‌طور دائم تشکیل می‌گردد به اختلافات بین کارگزاران با یکدیگر و به اختلافات بین فروشندهگان یا خریداران یا کارگزاران که از معاملات در بورس ناشی گردد رسیدگی می‌کند. برای مطالعه بیشتر در خصوص داوری بورس، ر. ک. محمد سلطانی، صلاحیت هیات داوری موضوع قانون بازار اوراق بهادار، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۳.

۴. ماده ۱۴ لایحه قانونی مربوط به تفحص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره بیان می‌دارد که «اختلافاتی که بین شرکت ملی نفت ایران و طرف‌های دیگر پیش‌آید، چنانچه از طریق مذاکره دوستانه بنحوی که در هر قرارداد پیش‌بینی خواهد شد رفع نشود، از طریق سازش و داوری حل خواهد شد. مقررات مربوط به ارجاع اختلافات به سازش و داوری در هر قرارداد بنحو مقتضی پیش‌بینی می‌گردد.» از این ماده، اگرچه نمی‌توان ضرورت درج اصل شرط داوری در قرارداد را استنباط کرد، اما مشخص است که شرایط، آیین و نحوه اجرای داوری به پیش‌بینی آن در قرارداد موکول شده است.

۵. اختلافات بین کارگزاران، بازار گردانان، کارگزار / معامله‌گران، مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر اشخاص ذی‌ربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آنها، در صورت عدم سازش در قانون‌ها توسط هیات داوری رسیدگی می‌شود.

سوم توسعه که محور و مدار بررسی در این مقاله است، طراحی و پیش‌بینی شده است. پس از آن نیز تا کنون، تا حدی که نویسندگان بررسی نموده‌اند، یکبار در مواد ۲ و ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان<sup>۱</sup> و بار دیگر هم در قسمت اخیر تبصره ۶ ماده ۹ قانون اصلاح موادی از قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۳<sup>۲</sup> از این نکته سخن به میان آمده است.<sup>۳</sup> با تامل در پیشینه تاریخی موضوع، چند نکته زیر را می‌توان به‌عنوان نتیجه این قسمت از مطالعه و مقدمه ورود به بحث اصلی مورد توجه قرار داد:

اولاً، همچنانکه برخی از حقوقدانان گفته‌اند<sup>۴</sup>، به لحاظ مزایای متعددی که داوری اجباری - همانند داوری اختیاری - دارد، نظیر رسیدگی تخصصی‌تر، سریع‌تر و کم‌هزینه‌تر نسبت به رسیدگی قضایی و حتی با قابلیت اجرای آسانتر نسبت به آرای دادگاه‌ها، باید

۱. ماده ۲. در قرارداد پیش‌فروش باید حداقل به موارد زیر تصریح شود: ۱-..... ۲-..... ۱۱- احکام مذکور در مواد (۶)، (۷) و (۸) و تبصره آن، (۹)، (۱۱)، (۱۲)، (۱۴)، (۱۶) و (۲۰) این قانون

ماده ۲۰. کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجراء مفاد قرارداد پیش‌فروش توسط هیأت داوران متشکل از یک داور از سوی خریدار و یک داور از سوی فروشنده و یک داور مرضی‌الطرفین و در صورت عدم توافق بر داور مرضی‌الطرفین یک داور با معرفی رئیس دادگستری شهرستان مربوطه انجام می‌پذیرد. در صورت نیاز داوران می‌توانند از نظر کارشناسان رسمی محل استفاده نمایند. آئین‌نامه اجرائی این ماده توسط وزارت مسکن و شهرسازی و وزارت دادگستری تهیه و به تأیید هیأت وزیران خواهد رسید. داوری موضوع این قانون تابع مقررات آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب خواهد بود

۲. ماده ۹. ماده (۵۷) قانون به شرح زیر اصلاح و تبصره آن حذف و شش تبصره به آن الحاق می‌شود:..... تبصره ۶ - نحوه تشکیل و فعالیت مرکز داوری اتاق تعاون براساس آیین‌نامه‌ای است که به تصویب مجمع عمومی اتاق تعاون ایران می‌رسد. ارجاع به داوری اتاق تعان باید در اساسنامه همه اشخاص حقوقی تعاونی درج شود

۳. نگارندگان به تفاوت‌های ماهیتی این دو نوع داوری یعنی داوری مندرج در ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه از یک سو و داوری موضوع مواد ۲ و ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان و قسمت اخیر تبصره ۶ ماده ۹ قانون اصلاح موادی از قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۳ از سوی دیگر توجه دارند که مهم‌ترین آن‌ها این است که داوری مذکور در قانون پیش‌فروش ساختمان و قانون بخش تعاون صراحتاً تحت قوانین آیین دادرسی است، حال اینکه داوری ماده ۲۰ قانون برنامه سوم مربوط به فرایند خصوصی‌سازی حتی ممکن است اصلاً داوری به معنای خاص تلقی نشود. با این وصف به جهت اینکه در هر سه مورد با وجود اجباری بودن داوری به نحوی تصریح شده که امر ارجاع به داوری باید از قبل در قرارداد درج شود، از آنها در این مقاله به‌عنوان موارد مشابه یاد می‌شود. البته همانطور که گفته شد، تمرکز و تأکید ما در این پژوهش بر هیأت داوری موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه توسعه سوم است. درباره تبصره ۶ ماده ۹ قانون بخش تعاون که در آن تصریح شده شرط ارجاع اختلافات باید در اساسنامه اشخاص حقوقی تعاونی درج شود، این توضیح اضافی لازم است که چون اساسنامه ماهیتاً قرارداد است بنابراین لزوم درج این شرط در اساسنامه به نوعی تأیید همان روشی است که قانونگذار در موارد قبلی در باب داوری اجباری در پیش گرفته، لیکن از آن جا که بی‌تردید این شرط فقط در قرار دادهای منعقد میان اشخاص حقوقی تعاونی امکان استناد و اجرا دارد و در قراردادهای منعقد میان شرکت‌های تعاونی با اشخاص ثالث غیر تعاونی لازم‌الاجرا نیست، در ادامه این پژوهش از رجوع بیشتر به این تبصره اجتناب می‌شود.

۴. رستمی، ولی و آشتیانی، فهمیه، تطبیق داوری اجباری با اصول قانون اساسی و نظام حقوقی ایران، اندیشه‌های حقوق عمومی، سال نهم، ش اول، پیاپی ۱۶، پاییز و زمستان ۹۸، صص ۷-۲۲

اذعان کرد تمام نظام‌های حقوقی در پاره‌ای موارد و بنا به اقتضائات و ملاحظات ویژه ناگزیر از پیش‌بینی نوعی شیوه حل و فصل اختلافات اجباری خواهند بود، اعم از اینکه آن را داوری اجباری بنامیم یا هر عنوان دیگری به آن داده شود.

ثانیاً، قانون‌گذار پیش از انقلاب هیچ‌گاه در مواردی که داوری اجباری را طراحی نمود (نظیر ماده ۱۷ قانون بورس اوراق بهادار و ماده ۱۴ لایحه قانونی مربوط به تفحص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره)، استفاده از ابزار قرارداد را در این نوع داوری‌ها ضروری ندید و عبارت لزوم درج داوری در قرارداد را به‌عنوان شرط ضمن عقد به‌کار نگرفت. ثالثاً، قانون‌گذار پس از انقلاب در خصوص داوری اجباری رویه واحدی را در پیش نگرفته و در برخی موارد، مانند آنچه در قانون برنامه سوم توسعه و قانون پیش‌فروش ساختمان آمده، به لزوم درج داوری اجباری در قرارداد تصریح کرده و در موارد دیگر، مانند ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار، هیچ اشاره‌ای به این موضوع ننموده و در واقع برای اراده و توافق طرفین در داوری اجباری‌شان و جایگاهی در نظر نگرفته است.

رابعاً، هر چند ممکن است بدواً چنین به نظر برسد که دلیل ابداع روش مزبور از سوی قانونگذار در برخی از اشکال داوری‌های اجباری پس از انقلاب رعایت نوعی ملاحظات شرعی و قانونی بوده است، لیکن، همچنان که در ادامه خواهد آمد، قبول داوری اجباری بدون لزوم درج آن در قرارداد، موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴، آن‌هم پس از تاریخ تصویب قانون برنامه سوم توسعه (۱۳۷۹) و تایید آن از سوی شورای نگهبان، رمز گشایی از این نوآوری مقنن را در وضع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه و موارد مشابه مانند مواد ۲ و ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان دشوارتر می‌سازد.

## گفتار دوم: جایگاه موضوع در حقوق خارجی

همچنان‌که پیش‌تر و در مقدمه این مقال نیز بیان شد، در ارتباط با داوری اجباری موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه، ابهامات و مناقشات فراوانی مطرح است که نگارندگان تنها به یکی از آنها، یعنی چگونگی نقش آفرینی قرارداد در تحقق این نوع داوری، پرداخته‌اند. این موضوع به‌طور مشخص اهمیت زیادی دارد، چرا که در سال‌های اخیر و در نظام‌های

حقوقی مختلف مفهوم «اداره از طریق قرارداد»<sup>۱</sup> به طور چشمگیری در روابط تجاری و حقوقی جای گرفته و ابعاد مختلف روابط شهروندان را تنظیم نموده است.<sup>۲</sup>

موضوع درج شرط‌های داوری اجباری از طریق قراردادهای الحاقی البته موضوع تازه‌ای در جهان حقوق نیست. سال‌ها است که در نظام‌های حقوقی مختلف انواع گوناگونی از قراردادها وجود دارند که در آن‌ها یک سوی قرارداد بی‌آن‌که حقی برای تغییر یا توافق داشته باشد، ناگزیر به امضای قراردادی می‌شود که در آن شرط داوری اجباری‌ای درج گردیده است.

سوابق بسیاری از داوری‌های این چنینی وجود دارد که احتمالاً یکی از اولین آن‌ها، قانون فرانسیس دوم فرانسه<sup>۳</sup> مصوب ۱۵۶۰ میلادی است که بر اساس آن بازرگانان مکلف بودند اختلافات تجاری خود را به داوری ارجاع دهند. اگرچه این قانون در مدت کوتاهی تغییر کرد، اما متعاقباً در جریان انقلاب فرانسه، داوری مجدداً به عنوان مناسب‌ترین شیوه برای حل و فصل اختلافات مدنی میان شهروندان مورد توجه قرار گرفت و نهایتاً در ۱۷۹۱ کار به آن جا رسید که عنوان قضات دادگستری به داوران عمومی (Public Arbitrators) تغییر یافت و عملاً تمامی اختلافات مدنی اجباراً از طریق نوعی داوری حل و فصل می‌شدند. این تغییر تندروانه هم البته دوامی نداشت و نهایتاً در سال ۱۸۰۶، داوری به جایگاه فعلی نایل شد که همانا شیوه‌ای خصوصی مبتنی بر توافق طرفین بوده و اجرای احکام آن از طریق دادگستری است.<sup>۴</sup> نوع دیگری از سابقه تاریخی داوری‌های اجباری را می‌توان در جوامع سوسیالیست اروپای مرکزی و شرقی یافت که جملگی تحت کنوانسیون ۱۹۷۲ مسکو<sup>۵</sup> انتظام یافتند.<sup>۶</sup>

در دهه ۹۰ میلادی، و با ورود فزاینده داوری در حیطه‌های مختلف تخصصی، اهمیت و ضرورت وجود رضایت صریح<sup>۷</sup> در موافقت‌نامه‌های داوری تا حدودی مورد پرسش قرار گرفت.

1. Governance by contract

۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص مفهوم «اداره از طریق قرارداد» ر. ک. به:

Peer Zumbansen, The Law of Society: Governance Through Contract

3. Edict of Francis II (August 1560)

4. David, Rene. (1985).

5. The Moscow Summit of 1972

6. Redfern, Ala. Hunter, Martin. (2004).

7. Explicit consent

این پرسش در حیطه حقوق داخلی کشورها، بیشترین بازتاب را در قراردادهای کار<sup>۱</sup> - و نیز قراردادهای مربوط به حقوق مصرف‌کننده<sup>۲</sup> - داشت که در آن کارگران تنها در صورتی امکان استخدام را می‌یابند که قرارداد پیشنهادی کارفرمایان را - که از جمله حاوی شرط داوری است - امضا کنند و به موجب آن حق مراجعه به دادگاه را برای هرگونه اختلاف کاری با کارفرما از خود سلب نمایند.<sup>۳</sup>

در آمریکا، همه ساله پرونده‌های بسیاری به دادگاه‌ها می‌آیند که در آن، طرفی که مجبور به امضای قرارداد الحاقی حاوی شرط داوری شده است، درخواست لغو یا اعلام بی‌اعتباری داوری و رسیدگی به اختلاف فی‌مابین را از طریق دادگاه داشته است. دلایل چنین درخواست‌هایی نیز عمدتاً زبان مبهم قرارداد، قدرت چانه‌زنی نابرابر طرفین، فریب خوردن از کارفرما و نیز انصراف ضمنی کارفرما از داوری است. هرچند دادگاه‌ها، علیرغم فراوانی این درخواست‌ها، در موارد بسیار محدودی بی‌اعتباری شرط داوری را می‌پذیرند.<sup>۴</sup>

در نظام حقوقی کشورهای اروپایی، به رغم تفاوت‌های موجود، یک قاعده کلی در خصوص داوری وجود دارد و آن هم این است که تنها طرفینی را که حقیقتاً به داوری توافق کرده و رضایت داده‌اند می‌توان به داوری اجبار کرد.<sup>۵</sup> برای مثال، می‌توان به منشور شورای اروپایی<sup>۶</sup> اشاره کرد که در آن، در خصوص چانه‌زنی‌های جمعی برای مسایل کارگری، کشورهای متعاقد را موظف می‌کند که زمینه‌های لازم برای داوری داوطلبانه - و نه اجباری - را فراهم نماید.<sup>۷</sup> به عبارت دیگر، در چنین ساختاری نقش رضایت و توافق طرفین بسیار مشهودتر و پررنگ‌تر از آن چیزی است که در داوری‌های اجباری مشاهده می‌شود. اگرچه در این نظام‌های حقوقی هم نمونه‌هایی از داوری اجباری از طریق وضع قانون یافت می‌شود،<sup>۸</sup> اما اولاً شرایط بسیار

1. Labor Contracts

2. Consumer Contracts

3. Zigarelli, Michael. (1996).

4. Ibid, P.5.

5. Gabrielle Nater-Bass, *Class Arbitration. New Challenge?*, in *New Developments in International Commercial Arbitration*, 2008 ed. by Christoph Müller, Antonio Rigozzi

6. European Social Charter, 1961

7. Article 6.3 of the European Social Charter: "...to promote the establishment and use of appropriate machinery for conciliation and voluntary arbitration for the settlement of labour disputes"

۸. برای مثال: Norway Act (No. 10 of 2012) on compulsory arbitration in labor disputes

خاصی برای اعمال این داوری‌ها وضع شده است<sup>۱</sup> و ثانیاً، حتی در همین حدود هم همواره این داوری‌های اجباری زیر نقد و انتقادهای جدی بوده است.<sup>۲</sup>

در داوری بین‌المللی، اگرچه اصل ضرورت وجود رضایت هرگز مورد تردید و انکار جدی قرار نگرفت،<sup>۳</sup> اما جهت‌گیری کلی رویه داوری به سمت احراز هر چه بیشتر اعتبار رضایت‌های ضمنی بوده است. علاوه بر این، در حیطه‌های نوظهور، به‌طور آشکار تغییراتی در تفسیر دادگاه‌ها و سازمان‌های داوری از مفهوم رضایت و اهمیت آن برای ورود به داوری رخ داد<sup>۴</sup> که مهم‌ترین جلوه آن را در دعاوی سرمایه‌گذاری و اختلافات ورزشی می‌توان یافت.<sup>۵</sup> بدیهی است که اجماع روزافزونی که در خصوص استفاده از داوری به‌عنوان مناسب‌ترین شیوه برای حل اختلافات بین‌المللی وجود دارد نیز در تقویت این نگاه و تفسیر بسیار موثر بوده است.<sup>۶</sup> کاهش نقش و جایگاه رضایت صریح در داوری بین‌المللی عموماً از دو طریق رخ داده و قابل شناسایی است:

اول، از طریق وضع قوانین و مقررات و کنوانسیون‌های بین‌المللی، نظیر آنچه در داوری سرمایه‌گذاری رخ داد که در آن طرفین به‌طور سنتی وارد یک قرارداد حاوی شرط داوری (یا موافقت‌نامه مستقل داوری) نمی‌گردند، بلکه این توافق از منابع قانونی (نظیر کنوانسیون واشنگتن<sup>۷</sup>) حاصل می‌شود که کشورهای زیادی به آن پیوسته‌اند و به موجب آن طرفین به‌طور ضمنی می‌دانند و رضایت داده‌اند که در صورت بروز اختلاف می‌بایست موضوع را به داوری

۱. در قانون داوری اجباری دعوی کار تروژ (۲۰۱۲) مقرر شده است که در شرایط اعصاب سراسری‌ای که عواقبی برای زندگی یا سلامتی داشته باشد، یا اثرات مخرب جدی بر جامعه داشته باشد، اختلاف با لحاظ شرایطی به هیئت ملی دستمزد (National Wages Board) ارجاع می‌شود.

۲. برای مثال ببینید:

<https://www.eurofound.europa.eu/it/publications/article/2002/echr-rejects-compulsory-arbitration-case>

<https://www.eurofound.europa.eu/it/publications/article/2002/echr-rejects-compulsory-arbitration-case>

تاریخ دسترسی: ۱۹ خرداد ۱۴۰۰

3. Paulsson, Jan. (1995). Arbitration Without Privity. ICSID Revue. Foreign Investment Law Journal. Vol 10, Issue 2, P. 234

4. Müller C, Rigozz. (eds). (2009). New Developments in International Commercial Arbitration. Zurich, Basel, Geneva: Schulthess. Para. 323.

5. Steingruber, Andrea M. (2009). Consent in International Arbitration. OUP Oxford. P. 21.

۶. برای مثال، ببینید:

Kaufmann-Kohle. G. Peter H. (2001). Formul. Racing and Arbitration: The FIA Tailor-Made System for Fast Track Dispute Resolution. 17 (2) Arbitration International. P. 186.

7. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States



سازمان مشخصی که در این کنوانسیون تعیین گردیده (نظیر مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری<sup>۱</sup>) ارجاع دهند.

دوم، در مقابل رضایت از طریق منابع قانونی، شیوه دیگری نیز وجود دارد که از آن در ادبیات حقوقی نوین با عنوان داوری با رضایت اجباری<sup>۲</sup> یاد می‌شود. در این شیوه نوین - که ارتباط نزدیک‌تری با موضوع این پژوهش دارد - طرفین وارد توافق داوری می‌شوند، در حالی که اساساً گزینه‌ای غیر از آن فراروی ایشان وجود نداشته است. به عبارت دیگر، در این شیوه طرفین قرارداد (یا یکی از ایشان) در وضعیتی قرار داده شود که جز تن دادن به داوری چاره دیگری در پیش رو ندارد. در چنین وضعیتی، مهم‌ترین سوالی که باید پاسخ داده شود، وضعیت و اعتبار موافقت‌نامه داوری‌ای است که از این موقعیت اجباری به وجود می‌آید.<sup>۳</sup> چنین وضعیتی، در دهه‌های پیش نیز بعضاً و البته به ندرت در داوری‌های اتاق‌های بازرگانی کشورهای بلوک شرق<sup>۴</sup> و نیز پرونده‌های مربوط به جمهوری خلق چین<sup>۵</sup> مطرح می‌شد، اما در سال‌های اخیر شکل نوین آن را به وفور در اختلافات ورزشی می‌توان مشاهده کرد.

در دعاوی و اختلافات ورزشی، چنین به نظر می‌رسد که صحبت از توافق واقعی بی‌معناست، چرا که یک سوی ماجرا - که عموماً فدراسیون ورزشی است - آن‌چنان فراگیری و قدرتی دارد که اساساً برای هیچ ورزشکاری در هیچ حیطه ورزشی‌ای، چاره‌ای جز تن به دادن به ساز و کارهای قراردادی و حقوقی مدون از سوی فدراسیون مربوطه - و از جمله داوری مورد نظر همان فدراسیون - وجود ندارد.<sup>۶</sup> نکته جالب اینجاست که بسیاری از فدراسیون‌های ورزشی در اساسنامه خود دیوان داوری ورزشی<sup>۷</sup> را به عنوان مرجع حل اختلافات ذکر کرده‌اند و چنین به نظر می‌رسد که اساساً جایی برای رضایت طرف مقابل آن‌ها که ورزشکاران، باشگاه‌ها، مربیان، کادر فنی و امثال آن‌ها می‌باشند در نظر گرفته نشده است. به عبارت

1. The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

2. Arbitration with forced consent

3. Rigozzi A, (2005).

4. Goldman B, (1963) .

۵. سازمان داوری اتاق بازرگانی چین که امروزه با نام CIETAC می‌شناسیم و به کرات در قراردادهایی که یک طرف آن چینی است به عنوان مرجع داوری انتخاب می‌شود، بدواً و در دهه‌های پیش یک نهاد کاملاً دولتی بود که با نام شورای توسعه تجارت بین‌المللی چین (CCPIT) شناخته می‌شد و اشخاص حقیقی و حقوقی چینی مکلف بودند در قراردادهای تجاری بین‌المللی خود نام این سازمان را به عنوان مرجع رسیدگی به اختلافات درج نمایند.

6. Paulsson J. (1993).

7. Court of Arbitration for Sport (CAS)

دیگر، ورزشکاری می‌تواند در حیطه بین‌المللی فعالیت حرفه‌ای ورزشی کند که پیشاپیش به داوری این سازمان رضایت داده باشد، در غیر این صورت، جایی در مناسبات حرفه‌ای رشته خود نخواهد داشت.<sup>۱</sup> و<sup>۲</sup> باز مشابه این وضعیت را در برخی تجارت‌های خاص می‌توان یافت که مشهورترین آن تجارت غلات و دانه‌های روغنی است. تجربه شخصی نگارندگان موید این است که در دنیای تجارت غلات اساساً امکان انعقاد قرارداد بین‌المللی وجود ندارد، مگر آن‌که طرفین این رابطه قراردادی را در فرمت استاندارد انجمن تجارت غذا و دانه‌های روغنی<sup>۳</sup> (گافتا) انجام دهند. گافتا نمونه‌های استانداردی از قراردادهای تجارت غلات را در اختیار طرفین قرار می‌دهد که در آن‌ها -علاوه بر ملاحظاتی ماهوی نظیر نحوه تحویل کالا، انواع خسارت‌های قابل مطالبه و امثال آن- حل و فصل هرگونه اختلافی منحصر از طریق داوری همین سازمان انجام می‌گیرد. به بیان دیگر، اگرچه اجبار قانونی برای قبول داوری این سازمان وجود ندارد، لیکن عملاً ورود به این تجارت بدون قبول داوری این سازمان و ساز و کارهای آن غیرممکن است.

چنین وضعیتی که در آن داوری اجباری (به مفهوم کلاسیک آن و از طریق وضع قوانین) وجود ندارد، اما در عین حال طرفین -یا یکی از ایشان- در موقعیتی قرار می‌گیرد که چاره‌ای جز انعقاد قرارداد با شرایط خاص -و ناگزیر تن دادن به داوری مندرج در آن- ندارد، تا حدودی نزدیک به موضوع این پژوهش است که در آن طرفین -یا باز یکی از ایشان- در صورت تمایل به ورود به یک موقعیت خاص می‌بایست اجباراً شکلی از قرارداد را بپذیرد که در آن داوری خاصی پیشاپیش برگزیده شده است. اما مهم‌ترین وجه افتراق آن در این است که این اجبار به انعقاد نوع خاصی از قرارداد، اگرچه بسیار هم قدرتمند است، اما ناشی از وضع قانون یا فشار قانونی نیست، بلکه نتیجه اجماع فعالان در نوع خاصی از تجارت است. به عبارت دیگر، آن‌چه به داوری‌های این سازمان‌ها رنگ اجباری -آن هم از طریق قرارداد-

1. Rigozzi A. (2005). L'arbitrage international en matière de sport. Basel: Helbin. Lichtenhahn. para 474.

۲. در پرونده Cañas، دادگاه فدرال سوییس در پاسخ به این سوال که آیا اسقاط حق اعتراض به رای داوری توسط ورزشکار معتبر است یا خیر، با اشاره به ماهیت سازمان داوری ورزشی و نیز نحوه توافق برای ارجاع اختلافات به آن، چنین بیان داشت که واضح است که ورزشکار هیچ آزادی اراده‌ای در خصوص اسقاط یا عدم اسقاط این حق نداشته است و لذا چنین توافقی در واقع از ابتدا توافق اجباری (compulsory consent) بوده است. دسترسی به پرونده: <https://law.marquette.edu/assets/sports-law/pdf/conf-canas-english.pdf> (تاریخ دسترسی: ۲۹ مرداد ۱۴۰۰).

3. The Grain and Feed Trade Association (GAFTA)

می‌بخشد، بر خلاف موضوع پژوهش که در آن اجبار از طریق قانونی است، از طریق انحصار حرفه‌ای رخ می‌دهد.

با توجه به توضیحات و بررسی‌های فوق، مطالعه و بررسی منابع و کتب مرتبط با نظام‌های حقوقی مختلف، تا حدودی که نگارندگان موفق به انجام آن شدند، موید آن است که در هیچ یکی از نظام‌های مورد بررسی هیچ نمونه و شاهی از لزوم اجبار طرفین به داوری از طریق قرارداد به حکم قانونگذار وجود ندارد؛ بلکه آنچه وجود دارد، یا داوری اجباری به معنای کلاسیک، یعنی از طریق وضع مستقیم قانون یا پیوستن کشورها به کنوانسیون‌های بین‌المللی - که البته آن هم شکلی از وضع قانون است - بوده و یا ناشی از اجماع و یا انحصار حرفه‌ای در صنعتی خاص می‌باشد. اما اجبار از طریق الزام به درج در قرارداد به حکم قانون به نحوی که در ماده ۲۰ قانون برنامه توسعه یا بند ۱۱ ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان و ماده ۲۰ آن پیش‌بینی شده، در هیچ نظام حقوقی‌ای مسبقاً به سابقه نمی‌باشد.

## گفتار سوم: دلایل و آثار درج داوری اجباری در قرارداد به عنوان شرط ضمن عقد

### بند نخست: دلایل

هر چند دلیل یا دلایل این شیوه قانون‌گذاری و نوآوری به‌کار رفته در داوری اجباری موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه، به‌طور صریح و روشن اعلام نشده یا دست کم پژوهشگران حاضر موفق به دستیابی آن نشده‌اند، اما با مطالعه مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی درباره این ماده و همچنین توجه به موازین شرعی و اصول قانون اساسی، ممکن است بتوان به نکات و مطالب زیر به‌عنوان دلایل احتمالی موافقین چنین اقدامی توسط قانونگذار اشاره کرد:

- الف. در خصوص قاضی تحکیم و حکمیت که اشتراک مبانی فوق‌العاده‌ای با نهاد داوری در حقوق موضوعه دارد، در فقه اختلاف نظرهای فراوانی وجود دارد. این اختلافات بسیار متنوع بوده و از جمله متضمن مباحث مربوط به اصل حجیت حکمیت و اعتبار آن، شرایط قاضی تحکیم، قلمرو موضوعات قابل ارجاع، لزوم یا عدم لزوم رضایت طرفین نسبت به مفاد رای صادره و امثال آن می‌باشد. با این حال، همه فقهای رضایت طرفین نسبت به مفاد رای صادره و امثال آن می‌باشد. با این حال، همه فقهای رضایت طرفین نسبت به مفاد رای صادره و امثال آن می‌باشد. با این حال، همه فقهای رضایت طرفین نسبت به مفاد رای صادره و امثال آن می‌باشد. با این حال، همه فقهای رضایت طرفین نسبت به مفاد رای صادره و امثال آن می‌باشد.

در صورتی اعتبار و حجیت دارد که طرفین قبلاً بر ارجاع اختلاف خود به وی توافق کرده باشند.<sup>۱</sup> از آن جا که در داوری های اجباری توافق قبلی وجود ندارد، تحمیل آن بر طرفین از نظر شرعی خالی از اشکال نیست. بدین ترتیب به نظر می رسد برای رفع مشکل شرعی مذکور در این گونه داوری ها مقنن تصریح کرده که ارجاع اختلاف به داوری باید در قرارداد شرط شود. درج داوری در قرارداد به این معنا خواهد بود که طرفین ارجاع اختلافات آتی خود را به داوری پذیرفته اند و لذا داوری اجباری مشروط به رعایت این شرط (درج در قرارداد) مغایرتی با موازین شرعی ندارد.

• **ب.** از نظر احتمال مغایرت داوری اجباری با قانون اساسی هم شاید بتوان این اقدام مقنن مبنی بر لزوم درج داوری اجباری در قرارداد را اینگونه تحلیل و توجیه کرد که چون برابر اصول ۳۴ و ۱۵۹ قانون اساسی دادخواهی و مراجعه به دادگستری به عنوان مرجع رسمی تظلمات و شکایات جهت استیفاء حقوق احتمالی حق مسلم هر شخص است و هیچ کس را نمی توان از توسل به این مرجع منع کرد - مگر اینکه خود خواسته باشد - بنابراین اگر در این قوانین چنین مقرر نمی شد که باید رجوع به داوری الزاما در قرارداد درج شود، در این صورت نوعی داوری اجباری محض محقق می شد که مغایر قانون اساسی می بود و احتمالاً مورد ایراد شورای نگهبان هم قرار می گرفت. این همان نکته ای است که در مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی در ارتباط با ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه مورد توجه قرار گرفت.<sup>۲</sup>

• **ج.** هم در ماده ۴۵۷ ق. آ. د. م. در مورد داوری داخلی و هم در ماده ۲ قانون داوری تجاری بین المللی در خصوص داوری بین المللی، توافق، عنصر بنیادین داوری اعلام شده و در هیچ یک از مواد این دو قانون اشاره ای به داوری اجباری نگردیده است. بنابراین، بعید نیست در وضع حکم مزبور این ملاحظات مورد توجه بوده و چنین تصور شده است که با این اقدام (لزوم درج داوری در قرارداد) هماهنگی و انسجام نظام

۱. قماش، محمد سعید، همان؛ ایزدی فر، علی اکبر و فلاح، اکبر و خزایی پول، صفر، همان؛ نجفی، زین العابدین، همان  
 ۲. موحدی ساوجی، ص ۶۳: «هیئت داوری به گونه ای نیست که بتواند مانع از شکایت یکی از طرفین به محاکم قضایی شود» شاهی عربلو، محمد، ص ۶۳: «موقعی حکم هیئت نافذ خواهد بود که بالاخره حکم محکمه شرعی را داشته باشد. هیئت داوری یک هیئت مبتدی است که آنجا اگر اینها را به صورت کدخدانمنشی حل کند که حل شد یا با رضایت حل می شود و آن موقع از نظر شرعی نافذ است ولی وقتی با نظر هیئت داوری مساله حل نمی شود باید یک محکمه قضایی می شود. مساله وقتی اختلافی شد، حکم قاضی نیاز است. حکم شرعی نیاز است تا نافذ شود.»

حقوقی در حوزه داوری تأمین شده و این نوع داوری هم با اتصاف به وصف قراردادی، به ترتیبی که گفته شد، با قوانین و مقررات عمومی مربوط به داوری که توافق اساس و بنیان آن را تشکیل می‌دهد، همسو می‌شود.

### بند دوم: آثار

لزوم درج داوری اجباری به عنوان شرط ضمن عقد در قرارداد واگذاری موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه، با توجه به پرسش‌های فراوانی که در بخش مقدمه و بیان مساله مطرح شد، طبعاً آثار حقوقی متعددی در پی خواهد داشت که هر چند در این مقاله در صدد بررسی جریات آنها نیستیم - و پاسخ دقیق و جامع به تمام آنها هم مستلزم انجام مطالعه‌ای جداگانه است - ولی برای اینکه بتوان اساساً به بررسی آثار این نوع شرط ورود کرد، توجه به نکته بنیادین زیر ضروری است:

دقت و تامل در پرسش‌های اصلی و فرعی مطرحه در بخش مقدمه بیانگر وجود نوعی تناقض در ماهیت حکم قانون‌گذار است، به نحوی که تا وقتی این تناقض مرتفع نشود پاسخ به همه پرسش‌ها اساساً ممکن نخواهد بود و در واقع پاسخ مثبت به هر یک از این پرسش‌ها مستلزم نفی یک یا چند پرسش دیگر است. در چنین شرایطی، به نظر می‌رسد که در ابتدا باید یکی از دو مبنای مطرح شده یعنی قانونی یا قراردادی بودن آن را انتخاب کرد و به لوازم و آثار آن ملتزم شد. در صورتی که صلاحیت هیئت داوری موضوع قانون برنامه سوم توسعه را ناشی از اراده و الزام قانون‌گذار بدانیم، پاسخ به این پرسش‌ها از لحاظ حقوقی، به ویژه از جهت اصول تفسیر و لزوم یا عدم لزوم احراز قصد مشترک طرفین و نظایر آن متفاوت از فرضی خواهد بود که آن را ناشی از توافق طرفین به شمار آوریم. به کلام دیگر، جمع این دو مبنا و منطق مختلف - به نحوی که قانون‌گذار تلاش کرده به آن مبادرت ورزد - مستلزم تناقض بوده و مشکلی را حل نمی‌کند؛ زیرا قانون‌گذار از یک سو خواهان اجباری بودن داوری و عدم امکان عدول طرفین از صلاحیت مرجع داوری پیش‌بینی شده است و از سوی دیگر تلاش دارد چنین وانمود سازد که طرفین خود چنین خواسته‌ای داشته‌اند.

ممکن است چنین ادعا شود که این شیوه قانون‌گذاری در نظام حقوقی ایران مسبوق به سابقه بوده و به عنوان نمونه نیز به درج برخی شروط از جمله اعطای حق طلاق به زن در

صورت ازدواج مجدد همسر یا شرط تنصیف و اشتراک اموال حاصل از دوره زناشویی میان زوجین در نکاح نامه‌ها اشاره کرد. در حالی که درج شرط داوری اجباری در قرارداد با درج برخی شروط ضمن عقد نکاح تفاوت‌های اساسی دارد. زیرا اولاً- شروط مورد نظر در عقد نکاح بر خلاف مورد داوری حکم صریح مقنن نیست. به تعبیر دیگر در هیچ یک از مواد قانونی تصریح نشده که این دسته از شروط الزاماً باید در نکاح نامه درج شده و به امضای طرفین برسد. آنچه انجام شده متن پیشنهادی است که به ابتکار قوه قضاییه در فرم چاپی نکاح نامه‌ها درج می‌گردد. ثانیاً- هر چند زوجین در عمل اغلب با توجه شرایطی که در زمان عقد نکاح وجود دارد به قبول این شروط تن می‌دهند، لیکن از لحاظ حقوقی در قبول و رد هر یک از شروط مزبور مختار و مجاز هستند و عدم امضای آن هیچ خللی به نکاح وارد نمی‌سازد حال آنکه در داوری اجباری مورد بحث طرفین به هیچ وجه حق عدول از داوری مورد نظر مقنن را ندارند.

### گفتار چهارم: ماهیت داوری اجباری از طریق درج در قرارداد و نقد روش قانونگذار

در این گفتار ابتدا به ارائه دلایلی که ثابت می‌کند داوری اجباری از طریق الزام به درج در قرارداد موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه به هیچ وجه قراردادی نیست، خواهیم پرداخت (بند نخست) و سپس به نقد و ارزیابی روش قانونگذار در الزامی ساختن درج شرط داوری اجباری در قرارداد می‌پردازیم.

#### بند نخست: ماهیت داوری اجباری از طریق درج در قرارداد

گرچه برخی از حقوقدانان داوری اجباری را به دو نوع داوری اجباری قراردادی و داوری اجباری غیر قراردادی تقسیم کرده و بی‌آنکه توضیح و توجیه مشخص و دقیقی ارائه کنند، داوری موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه را از مصادیق داوری اجباری نوع نخست دانسته و تعیین ترکیب هیئت داوری، آیین رسیدگی آن و نحوه و مرجع اعتراض به رای صادره توسط قانونگذار را - علاوه بر اصل اجباری بودن رجوع به داوری - مانع از قراردادی بودن آن

به شمار نیاورده‌اند.<sup>۱</sup> به عقیده نگارندگان، بنا به دلایل متعدد زیر داوری اجباری از طریق الزام به درج در قرارداد (موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه) را نباید قراردادی محسوب کرد و باید آن‌ها را در شمار داوری‌های اجباری - از نوعی که در ماده ۳۶ قانون اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران پیش‌بینی شده - دانست:

• الف. ترکیب هیئت داوری موضوع این ماده و آیین رسیدگی آن نشان می‌دهد که مقنن بنا به ملاحظات و مصالح مختلف از جمله رسیدگی تخصصی، فنی، سریع و کم هزینه و برخورداری از اشراف نسبی بر وضعیت و چگونگی بنگاهداری دولت تشخیص داده که اختلافات ناشی از امر واگذاری در این هیئت ویژه بررسی شود و لذا، واگذاری آن به میل و اراده طرف قرارداد کاملاً مغایر اهداف و اغراض فوق است. بنابراین حتی اگر به هر دلیل شرط داوری اجباری به ترتیب مقرر در ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه در قرارداد واگذاری درج نشده باشد، به سختی می‌توان ادعا کرد که در این صورت رسیدگی به اختلافات طرفین دیگر در صلاحیت هیات داوری با ترکیب و تخصص خاص پیش‌بینی شده نمی‌باشد و طرفین باید برای حل و فصل اختلافات خود به دادگاه‌های عمومی مراجعه کنند. برخی از حقوقدانان در مورد داوری اجباری موضوع مواد ۲ و ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان که در آن‌ها منحصرأ نفس رجوع به داوری اجباری اعلام شده ولی تعیین ترکیب هیات داوری، آیین رسیدگی ونحوه و شرایط اعتراض به رای و امثال آن تابع توافق و اراده طرفین اعلام شده، معتقدند چنانچه به هر دلیل شرط داوری اجباری موضوع این قانون در قرارداد درج نگردد، در صورت بروز اختلاف و طرح دعوی در دادگستری، دادگاه موظف است با توجه به اینکه داوری موضوع قانون مذکور از نوع داوری اجباری بوده و این امر از قواعد آمره به شمار می‌رود، به عدم صلاحیت خویش رای دهد.<sup>۲</sup> بنابراین، اگر در ارتباط با داوری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان این تحلیل را بپذیریم - که به نظر می‌رسد منطقی است - به طریق اولی در مورد داوری‌های اجباری مندرج در قانون برنامه سوم توسعه که همه اجزاء و ابعاد آن توسط قانونگذار طراحی و پیش‌بینی شده هم باید پذیرفت که با قبول صلاحیت برای هیئت داوری

۱. کریمی، عباس و پرتو، حمید، حقوق داوری داخلی، ص ۵۷، نشر دادگستر، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۱.  
 ۲. سکونی، نیما و حسین زاده، جواد، ماهیت، ویژگی‌ها و صلاحیت داوری قانون پیش‌فروش ساختمان، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۴، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، صص ۲۸۳-۳۰۷

- حتی در فرض عدم درج در قرارداد- دیگر بحث از قراردادی بودن داوری موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه وجهی نخواهد داشت.

- ب. اطلاق ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه موید آنست که هر گونه شکایت و اعتراض به امر واگذاری، اعم از اینکه از سوی طرفین قرارداد واگذاری باشند و یا اشخاص ثالث که در تنظیم و امضای قرارداد دخالت و نقشی ندارند، باید در این هیئت رسیدگی شود.
- ج. در قسمت اخیر ماده ۲۰ یاد شده تصریح گردیده که این امر (ارجاع به داوری) در قرارداد قید می‌شود نه اینکه طرفین در درج آن در قرارداد واگذاری مختار می‌باشند. در واقع سیاق عبارت قانون‌گذار نشان می‌دهد که به رغم درج این شرط در قرارداد، چون نه سازمان خصوصی‌سازی و نه طرف قرارداد واگذاری حق امتناع از درج این شرط در قرارداد واگذاری را ندارند، باید از غیر قراردادی بودن آن دفاع کرد. به بیان دیگر، توافق باید منبعت از اراده و قصد واقعی طرفین و متضمن حق انتخاب باشد. هنگامی که بناست هر گونه اختلاف راجع به واگذاری در این هیئت رسیدگی شود، اعم از اینکه اختلاف مربوط به مرحله پیش از امضای قرارداد واگذاری و در مرحله مزایده باشد و یا پس از واگذاری و یا اختلافات و دعاوی مطروحه از سوی اشخاص ثالث که هیچ نقشی در قرارداد واگذاری نداشته‌اند، بحث از نقش توافق و اراده در داوری بی‌معناست.
- د. برخی از حقوقدانان چنین گفته‌اند که در داوری اجباری موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه، شخص در پذیرش یا عدم پذیرش شرط داوری مجاز است؛ ولی عدم پذیرش شرط مذکور منجر به عدم انعقاد قرارداد اصلی و انصراف از آن می‌شود. بنابراین رابطه حقوقی ناشی از آن را باید همچنان مبتنی بر تراضی و اراده طرفین دانست. این دسته از حقوقدانان بر آنند که وصف اجباری داشتن داوری در این حالت به معنای سلب اختیار مطلق و عدم حکومت اراده طرفین نیست و باید -برخلاف داوری موضوع مواد ۳۶ و ۳۷ قانون اوراق بهادار که در زمره داوری اجباری غیر قراردادی به شمار می‌رود- داوری اجباری موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم را از نوع داوری اجباری قراردادی دانست<sup>۱</sup>.

۱. امینی، عیسی، اسکینی، ربیعا و رشیدی، امید، تفسیر شرط داوری اجباری، فصل نامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره نهم، ش ۳۲، پاییز ۱۳۹۹، صص ۵۳-۸۱



این تحلیل دقیق و درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا همان‌طور که در بخش‌های مختلف این مقاله گفته شد، پس از انعقاد قرارداد واگذاری سهام و اموال دولت، طرفین هم در اصل انعقاد قرارداد داوری هم در انتخاب طرف آن و هم چنین تعیین مفاد آن، از جمله در مورد آیین رسیدگی و شرایط و مرجع اعتراض و امثال آن، هیچ اختیاری ندارند. وضعیت خریدار سهام و اموال نسبت به امر داوری موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه دقیقاً مشابه وضعیت شخصی است که در حوزه بورس فعالیت می‌کند و ناچار است اختلافات ناشی از معاملات خود را به هیات داوری موضوع مواد ۳۶ و ۳۷ قانون اوراق بهادار ارجاع دهد. اگر امکان انصراف از انعقاد قرارداد واگذاری و از این طریق جلوگیری از پذیرش داوری به منزله آن است که اراده کماکان باقی است و به این دلیل داوری موضوع ماده ۲۰ را بایستی از نوع داوری اجباری قراردادی دانست، چنین حقی برای فعالان بورس هم وجود دارد؛ یعنی آنها هم می‌توانند با خودداری از انعقاد معاملات بررسی از پذیرش داوری هیات موضوع مواد ۳۶ و ۳۷ پیش‌گفته رها شوند که به نظر می‌رسد چنین تحلیلی چندان موجه نیست. در واقع هنگامی که طرفین نه در اصل انعقاد و نه در انتخاب طرف قرارداد و تعیین مفاد آن آزادی ندارند و به حکم قانونگذار ناگزیر از پذیرش آن هستند، همان‌طور که برخی گفته‌اند، باید پذیرفت که الزام، بیشتر قانونی است نه قراردادی و حتی اطلاق عنوان قرارداد اجباری بر آن شاید عمدتاً به این دلیل باشد که تحمل یک تکلیف قانونی تحت لوای قرارداد آسان‌تر است.<sup>۱</sup>

- ه- رویه شعب دیوان عالی کشور نیز صلاحیت عام و گسترده هیئت داوری موضوع این ماده را جهت رسیدگی به هر گونه اختلاف در مورد واگذاری، حتی اگر در مرحله مزایده و پیش از امضای قرارداد واگذاری باشد یا اشخاص ثالث نسبت به آن اعتراض داشته باشند، مورد تایید و تاکید قرار می‌دهد. به عنوان مثال، شعبه پنجم دیوان عالی کشور در مورد دعوی سهامداری که دادخواست ابطال واگذاری انجام شده از سوی سازمان خصوصی‌سازی را به استناد عدم رعایت ضوابط و تشریفات مقرر در اساسنامه راجع به نقل و انتقال سهام داده بود<sup>۲</sup>، با اینکه علی‌القاعده این سهامدار نسبت به فرایند

۱. امینی، منصور و صدیقی، علی، قراردادهای اجباری، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۵، پاییز ۱۳۹۰، صص ۹-۳۴  
 ۲. در این پرونده، دولت مالک ۴۰ درصد سهام بنگاه مورد واگذاری بوده و چون در اساسنامه این بنگاه این شرط وجود داشت که هنگام فروش سهام از سوی هر یک از سهامداران، اولویت خرید با سایر سهامداران است، خواهان مدعی شد که سازمان خصوصی‌سازی حق نداشت سهام خود را ابتدائاً از طریق مزایده به متقاضیان واگذار کند و می‌بایست در

واگذاری ثالث محسوب می‌شود، به استناد مواد ۲۰ و ۲۱ قانون برنامه سوم توسعه چنین رای داد که رسیدگی به این اختلاف در صلاحیت هیئت داوری است.<sup>۱</sup> یا در پرونده دیگر، شعبه چهارم دیوانعالی کشور رسیدگی به دعوی خواهان را مبنی بر الزام سازمان خصوصی‌سازی به واگذاری ۱۸ درصد از سهام شرکت سایپا بر اساس اسناد مزایده، با اینکه اساساً هنوز قراردادی بین طرفین امضا نشده و شرط مقرر در قسمت اخیر ماده ۲۰ رعایت نگردیده، در صلاحیت هیئت داوری موضوع این ماده دانسته است.<sup>۲</sup> همین شعبه در رای دیگری در مورد دعوی استرداد وجه سپرده شرکت در مزایده، رسیدگی به موضوع را در صلاحیت این هیئت اعلام کرده است.<sup>۳</sup>

• و. ممکن است گفته شود که الزامی بودن داوری در مورد اختلافات ناشی از قرارداد واگذاری سهام، داوری را از حالت قراردادی خارج نمی‌سازد و دست کم باید آن را نوعی قرارداد الحاقی توصیف کرد. هر چند قرارداد الحاقی<sup>۴</sup>، به لحاظ عدم مشارکت طرف قرارداد در تدوین و تنظیم آن فاقد روح و جوهره قرارداد است و لذا در مقام تفسیر آن باید به این ویژگی مهم توجه کرد، لیکن در صحت این نوع قراردادها تشکیک عمده‌ای نشده<sup>۵</sup> و نباید وصف عقد بودن آنها را انکار کرد.<sup>۶</sup> در حالی که به نظر نویسندگان در مورد آن دسته از داوری‌های اجباری که طرفین نه در اصل رجوع و نه در مورد تعیین داوران و آیین رسیدگی و امثال آن هیچ نقشی ندارند به ترتیبی که در ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه آمده، اساساً قرارداد حتی با ویژگی الحاقی

اجرای مفاد اساسنامه نخست به سایر سهامداران پیشنهاد می‌داد و اگر آنها مایل به خرید نبودند از طریق مزایده اقدام به واگذاری می‌کرد.

۱. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۸۹۰۰۴۵۰ مورخ ۹۱/۸/۹

۲. دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۰۹۰۶۴۰۰۴۵۲ مورخ ۸۹/۱۱/۱۸

۳. دادنامه شماره ۸۸۰۹۹۷۰۹۰۶۴۰۰۱۷۷ مورخ ۸۸/۱۲/۱۶

۴. برای مطالعه بیشتر راجع به مفهوم ماهیت و آثار قرارداد الحاقی ر. ک. به کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، ش ۶۳ به بعد، ص ۱۰۷ به بعد، انتشارات مدرس، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۲؛ شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ش ۵۶، ص ۹۰ و ۹۱، نشر حقوقدان، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷. البته ایشان نام تحمیلی را برای این نوع قرارداد برگزیده است.

5. -ZEV J. EIGEN, The Devil in the Details: The Interrelationship Among Citizenship, Rule of Law and Form-Adhesive Contracts

۶. کاتوزیان، ناصر، همان، ش ۶۵، ص ۱۰۹ هم چنین ر. ک. به

Chitty, The law of contract, V.1, London, Sweet and Maxwell, 2004. p.13

شکل نمی‌گیرد و از این رو رجوع به اراده طرفین برای تفسیر چنین شرط داوری نوعی خیال‌پردازی بوده و به نظر می‌رسد باید داوری موضوع این ماده را به گونه‌ای تفسیر کرد که بیشتر اراده قانون‌گذار ملاک عمل قرار گیرد.

### بند دوم: نقد و ارزیابی روش قانونگذار

اجبار به داوری از طریق درج آن در قرارداد بنا به دلایل متعدد زیر نه تنها روش مفید و مطلوبی نیست، بلکه از لحاظ شرعی و قانونی نیز توجیه و ضرورتی ندارد. علاوه بر این، به لحاظ اینکه در عمل نیز منشا بروز ابهامات و اشکالات فراوان شده و دادگاه‌ها، مردم و مجریان را دچار سردرگمی و بلاتکلیفی می‌کند، باید متوقف شده و اصلاح آن به طور جدی مورد نظر قرار گیرد:

- الف. تردیدی نیست که مراد قانون‌گذار از وضع مواد ۲۰ تا ۲۳ قانون برنامه سوم توسعه و مواد مشابهی نظیر مواد ۳ و ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان، بنا به ملاحظات مختلف فنی و تخصصی و همچنین اقتصادی و اجتماعی، پیش‌بینی داوری اجباری به گونه‌ای بوده است که طرفین حق عدول از آن را نداشته باشند. بنابراین با اجباری بودن داوری علی‌القاعده درج و یا عدم درج آن در قرارداد تاثیر و فایده‌ای ندارد و از این جهت، حکم قانون‌گذار امری لغو و عبث خواهد بود.
- ب. این شیوه قانون‌گذاری با رویه داوری اجباری در قوانین پیش از انقلاب و برخی از قوانین پس از انقلاب از جمله ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار نیز مغایر است و این مغایرت سبب ایجاد یک نوع دوگانگی غیر قابل توجیه و غیر منطقی در حوزه داوری اجباری در نظام حقوقی ایران شده است که علی‌القاعده باید از آن اجتناب نمود.
- ج. تایید موادی نظیر ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار از سوی شورای نگهبان نشان می‌دهد که از نظر این شورا نیز اجباری بودن داوری و سلب حق مراجعه به دادگستری از طرفین در برخی موارد خاص، به رغم عدم توافق طرفین در ارجاع اختلافات خود به داوری، به‌ویژه در مواردی که این گونه مراجع به رغم برخورداری از نام داوری ماهیتاً بیشتر به مراجع شبه قضایی نزدیک هستند، مغایرتی با موازین شرعی ندارد و برای انطباق آن با شرع ضرورتی به درج این حکم آمره قانون‌گذار در قرارداد نبوده است. همچنان‌که ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه متضمن تأسیس شورای حل اختلاف و الزامی بودن

مراجعه به آن در موارد خاص - که نوعی تحمیل مرجع غیرقضایی به طرفین بود - مورد ایراد شورای نگهبان قرار نگرفته است.

- ۵. در مواردی که علاوه بر الزامی بودن رجوع به داوری ترکیب اعضای هیئت و آیین رسیدگی و مرجع اعتراض به آراء صادره نیز توسط قانونگذار تعیین می‌شود - مانند مواد ۲۰ تا ۲۳ قانون برنامه سوم توسعه - و در واقع این نوع رسیدگی، همانطور که قبلاً گفته شد، با وجود به‌کارگیری واژه داوری در مورد آن از سوی مقنن، ماهیتا داوری به شمار نمی‌رود، حکم قانونگذار مبنی بر لزوم درج داوری مزبور در قرارداد قابلیت انتقاد بیشتری خواهد داشت. زیرا در این صورت چنین نهادی نوعی مرجع شبه قضایی، اختصاصی و غیر دادگستری است که منسوب به حاکمیت تلقی شده و بدیهی است در این دست از موارد، صلاحیت این‌گونه نهادها همانند شورای حل اختلاف، هیئت حل اختلاف و تشخیص اداره کار و امثال آن اصولاً نیازی به موافقت طرفین قرارداد ندارد.
- ۶. از حیث مطابقت داوری اجباری (بدون لزوم درج در قرارداد) با قانون اساسی هم می‌توان به رویه شورای نگهبان در موارد مشابه استناد کرد، چرا که از نظر این شورا پیش‌بینی داوری اجباری، همانند آنچه در ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مقرر شده است، منافاتی با قانون اساسی ندارد. ضمن اینکه به نظر می‌رسد اصل قانون اساسی ناظر به ممنوعیت مطلق سلب حق دادخواهی و رجوع اشخاص به دادگستری است نه مواردی همانند آنچه در ماده ۲۳ قانون برنامه سوم توسعه یا ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان پیش‌بینی شده است که طرفین اختلاف ابتدا به ساکن حق مراجعه مستقیم به دادگستری را ندارند، ولی آراء صادره از سوی این مراجع در دادگستری قابل اعتراض بوده و طرفین در مقام اعتراض به این آراء، می‌توانند به دادگاه‌های عمومی مراجعه نمایند. بنابراین، بر خلاف آنچه پاره‌ای از حقوق‌دانان گفته‌اند،<sup>۱</sup> داوری اجباری از جمله داوری مذکور در ماده ۲۰ قانون پیش‌گفته مغایرتی با اصول قانون اساسی و به ویژه اصل ۳۴ ندارد. چرا که اولاً، هیچ‌گونه سلب حق دادخواهی محقق نشده و ثانیاً، همانطور که برخی اشاره کرده‌اند، این اصل در جایی کاربرد دارد که شخص از حق مراجعه به دادگاهی که به موجب قانون صلاحیت رسیدگی به دعوی را دارد، محروم شود و در داوری اجباری چون

مطابق قانون رسیدگی به پاره‌ای از اختلافات مشخص به داوری ارجاع داده می‌شود و در واقع برابر قانون رسیدگی به آن در صلاحیت ابتدایی دادگاه قرار ندارد، لذا از این جهت مغایرتی میان اصل مذکور و داوری اجباری وجود نداشته<sup>۱</sup> و در نتیجه استناد به اصل فوق برای توجیه این شیوه قانونگذاری در حوزه داوری اجباری منطقی و قابل دفاع به نظر نمی‌رسد. به علاوه ایراد مغایرت احتمالی داوری اجباری با اصول قانون اساسی زمانی قابلیت طرح دارد که این شیوه رسیدگی، در واقع داوری به شمار آید؛ در غیر این صورت، چنانچه اساساً بر آن عنوان داوری اطلاق نشود و عناوینی نظیر هیئت حل اختلاف و کمیسیون به کار رود یا با وجود به‌کارگیری عنوان داوری در مورد آن، ماهیت آن مشابه ماهیت مراجع شبه قضایی بوده و یکی از اعضای آن نیز قاضی دادگستری باشد - که به نظر نویسندگان هیئت موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه از چنین ماهیتی برخوردار است - ایرادی بر آن از این حیث وارد نیست. همچنانکه تا کنون و با تکیه بر همین منطق کمیسیون‌های ماده ۷۷ و ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها، هیئت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ (موسوم به داوری بورس)، مراجع حل اختلاف کارگر و کارفرما، و هیئت حل اختلاف ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع از سوی مجلس شورای اسلامی ایجاد شده و به تأیید شورای نگهبان هم رسیده است.

• و. حکم قانون‌گذار در مواد مورد بحث از جهت وجود نوعی تناقض در آن و مشکلاتی که از این حیث ایجاد می‌کند، نیز به شدت قابل انتقاد است. زیرا مشخص نیست داوری مزبور را باید اختیاری و قراردادی توصیف کرد و در مقام اختلاف و تفسیر، قصد و اراده مشترک طرفین را ملاک عمل قرار داد - همانند آنچه در حقوق قراردادهای ایران مستفاد از مواد ۱۹۰ به بعد قانون مدنی مطرح می‌شود - یا باید آن را نوعی داوری اجباری ناشی از حکم آمره قانون‌گذار به حساب آورد و در مقام تفسیر و اجرا صرفاً به اهداف و اغراض مقنن در خلق این نهاد توجه نمود<sup>۲</sup>.

• ز. این اقدام در صورتی که با هدف انطباق با موازین شرعی و قانون اساسی صورت گرفته باشد، به لحاظ اینکه متضمن نوعی حیلہ شرعی و قانونی و همچنین ظاهر سازی

۱. رستمی، ول. آشتیانی، فهمیه، همان

۲. برای مطالعه بیشتر درباره چگونگی تفسیر شرط داوری اجباری ر.ک. به: امینی، عیسی، اسکینی، ربیع. رشیدی، امید، همان

و عدم توجه به اثرات حقوقی واقعی نهادها و احکام می‌باشد، در شان نظام حقوقی ایران نیست. هر نظام حقوقی باید تلاش کند صادقانه اغراض خود را با تدبیر و به نحو منطقی و قابل دفاع اعلام کند. استفاده از برخی پوشش‌های ظاهری برای تأمین اهدافی متفاوت از آنچه وانمود می‌شود، اعتماد و سرمایه عمومی را مخدوش ساخته و مردم را به نظام حقوقی بدبین می‌سازد؛ ضمن اینکه به نحوی مروج حيله‌گری و تقلب در جامعه نیز خواهد شد.

- ح. در حقوق موضوعه ایران عقود وجود دارند که طرفین در اصل انعقاد آن آزادند، لیکن هنگامی که به انعقاد آن مبادرت می‌ورزند ملتزم به آثار و لوازم متعدد قانونی و غیرقابل عدول آن می‌گردند که تحقق آن‌ها نیاز به توافق طرفین ندارد. مثل عقد نکاح که به محض انعقاد آثار قانونی متنوعی همچون لزوم پرداخت نفقه، حسن معاشرت، ابوت و بنوت و امثال آن را در پی دارد. با این توضیح، به نظر می‌رسد مقنن در حوزه داوری اجباری نیز می‌توانست مشابه همین رویه عمل کند. به این ترتیب که به عنوان مثال مقرر نماید یکی از لوازم قانونی و غیر قابل عدول ورود در فرایند واگذاری سهام دولت، قبول داوری هیئت موضوع ماده ۲۱ قانون است که طبعاً در این صورت دیگر درج آن در قرارداد و امضای طرفین ضرورتی نمی‌داشت.
- ط. رویه قضایی اگرچه در مواجهه با این نوع داوری، به ویژه ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه تا حدودی مبهم و متشکست است، لیکن به نظر می‌رسد اعتقاد چندانی به نقش قرارداد در این نوع داوری ندارد. برای مثال در پرونده‌ای شعبه ۱۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران چنین اعلام نمود که «...صلاحیت هیئت داوری موضوع ماده ۳۰ غیر از مبنای قراردادی واجد مبنای قانونی بوده...»<sup>۱</sup> و در رای دیگری از همین شعبه چنین آمده است که «هیئت داوری موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه یک نهاد شبه قضایی تأسیسی از سوی مقنن بوده که منصرف از داوری مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی بوده و صرفاً کاربرد عنوان داوری بر آن اشتراک لفظی با مفهوم داوری قانون آیین دادرسی مدنی داشته چه آنکه ایجاد آن و صلاحیت به حکم قانون بوده و صلاحیت آن آمره

بوده و توافقی نمی‌باشد»<sup>۱</sup> در رای دیگری از شعبه ۱۹ مذکور می‌خوانیم «نظر به اینکه هیئت داوری تأسیس جنبه قانونی داشته و واجد صلاحیت‌های قضایی در رسیدگی به موضوعات راجع به امر واگذاری سهام شرکت دولتی می‌باشد لذا فاقد خصیصه اوصاف داوری مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی می‌باشد»<sup>۲</sup> و باز در رای دیگری از همین شعبه چنین آمده است که «هیئت رسیدگی به موضوع از حیث نام اشتراک لفظی با عنوان داوری در آیین دادرسی داشته در حالی که نهاد شبه قضایی بوده که تأسیس تقنینی داشته و منصرف از داوری اختیاری قانون آیین دادرسی مدنی بوده در حالی که صلاحیت این هیئت اجباری و بنا بر تکلیف مقنن بوده لذا از حیث عضویت دارندگان پایه قضایی نمی‌تواند مشمول مقررات آیین دادرسی مدنی در باب داوری باشد»<sup>۳</sup> یا شعبه ۲۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران<sup>۴</sup> در رای اعلام می‌دارد «قیاس داوری موضوع ماده ۳۰ قانون با مقررات باب داوری نادرست و خروج موضوعی دارد؛ چه آنکه نهاد داوری موضوع پرونده در مواد ۲۰ تا ۲۳ قانون برنامه سوم توسعه مصوب سال ۷۹ پیش‌بینی شده و تأسیس و نهاد خاصی است که مقررات ویژه خود دارد»<sup>۵</sup>

- ی. مطالعه تطبیقی موضوع در حقوق داوری بسیاری از کشورها، چنانکه پیش‌تر بیان شد، حکایت از آن دارد که با وجود رواج داوری اجباری، هرگز از ابزار ظاهری قرارداد استفاده نشده و رجوع به داوری هیچگاه بیرون از یکی از این دو حالت نبوده است: یا اختیاری و قراردادی تلقی شده که در این صورت فقط با توافق واقعی طرفین قابل تحقق است؛ و یا اینکه مقنن بنا به ملاحظات مختلف چنین تشخیص می‌دهد که رسیدگی به پاره‌ای اختلافات باید در مراجع داوری معینی رسیدگی شود که در این صورت حکم اخیر صراحتاً توسط مقنن اعلام و به طرفین تحمیل می‌شود. اما اینکه قانون‌گذار طرفین را

۱. دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۰۲۲۷۹۰۱۱۰۷ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۵

۲. دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۰۲۲۷۹۰۰۸۳۷ مورخ ۹۰/۸/۲۸

۳. دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۰۲۲۷۹۰۰۸۳۷ مورخ ۹۰/۸/۲۸

۴. لازم به توضیح است چون مطابق ماده ۲۳ قانون برنامه سوم توسعه (تنفیذی در ماده ۳۰ قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷) مرجع رسیدگی به اعتراضات مطروحه نسبت به آر. داوری صادره از سوی هیات موضوع ماده ۲۱ قانون شعبه ویژه‌ای است که توسط رئیس قوه قضائیه تعیین می‌شود. ط. این سال‌ها شعب ۲۱.۱ مجتمع قضایی شهید بهشتی برای این منظور تعیین گردیده‌اند لذا به همین دلی. آرا. مورد استناد محدود ب. آرا. این دو شعبه شده است.

۵. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۸۱۰۰۷۸۶ مورخ ۹۳/۹/۲۳

ملزم به قبول داوری مرجع خاصی بکند و عدول از آن را ناممکن بشمارد و در عین حال اعلام کند که چنین امری باید به عنوان شرط ضمن عقد در قرارداد درج و به امضای طرفین برسد، مسیوق به سابق نبوده است. به نظر می‌رسد علت این فقدان سابقه همان عبث، غیرضروری و بی‌فایده بودن راه حل مورد عمل قانون‌گذار ایران در طراحی این نوع از داوری اجباری است. نتیجه‌ای که هر انسان دارای ذوق سلیم با مراجعه ساده به عقل و فطرت خویش بیهودگی آن را در می‌یابد. تنها نمونه‌ای از داوری اجباری از طریق قرارداد در دنیا که اندک مشابهتی با موضوع این پژوهش دارد، وضعیتی است که در آن به واسطه انحصار حرفه‌ای یک سازمان مشخص، فعالان آن عرصه تجاری ناگزیر به پذیرش قراردادهای استاندارد آن سازمان - و طبعاً شرط داوری مندرج در آن - در مراودات تجاری خویش گردند. به عبارت دیگر، در چنین وضعیتی، طرفین قرارداد ناگزیر هستند که برای انجام تجارت به داوری سازمان مشخصی تن دهند. اما به دلایل متعدد - که در پژوهش مورد بررسی قرار گرفت - حتی همین وضعیت نیز با الزام طرفین از سوی قانونگذار به داوری از طریق درج در قرارداد متفاوت است.

در پایان، باید به این نکته توجه داشت که تحمیل شرط داوری از سوی دولت یا اشخاص دارای موقعیت‌های اقتصادی برتر بر اطراف قرارداد خود و درج آن در قراردادهای منعقد و در واقع تحقق نوعی قرارداد داوری الحاقی یا تحمیلی موضوع جداگانه‌ای است که ارتباط مستقیمی با بحث نگارندگان در این مقاله ندارد. زیرا آنچه در این پژوهش مورد نقد واقع شده، دخالت صریح قانون‌گذار در الزام درج داوری اجباری در قرارداد است و اینکه در عمل و در بسیاری از موارد، یکی از طرفین، شرط داوری را در قالب قراردادهای الحاقی و امثال آن به امضای طرف مقابل می‌رساند، موضوعاً از حوزه بحث نویسندگان در این مقاله خارج است.

### جمع‌بندی و ملاحظات

مطالعه پیشینه نظام حقوقی ایران نشان می‌دهد که اگرچه در برهه‌های مختلف نمونه‌هایی از داوری‌های اجباری وجود داشته است، اما هرگز این اجبار از طریق الزام به درج شرط داوری در قرارداد خصوصی فی‌مابین طرفین رخ نداده است و از این منظر، داوری اجباری مندرج در ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه را می‌توان اولین نمونه از این نوع داوری دانست. همچنین



مطالعه تطبیقی پژوهشگران در نظام‌های حقوقی دیگر نیز گویای این است که چنین شیوه‌ای در هیچ نظام حقوقی دیگری به کار گرفته نشده است. به همین رو، پژوهشگران بدواً دلایل احتمالی قانونگذار برای تأسیس چنین نهادی را مورد بررسی قرار داده و چنین دریافتند که هیچ یک از این دلایل (نظیر شبیه‌سازی این نهاد با نهاد قاضی تحکیم و یا رعایت الزام مندرج در اصل ۳۴ قانون اساسی) توجیه‌کننده چنین بدعتی نبوده است. خاصه اینکه نهاد داوری اجباری به شیوه سنتی - از طریق قانون‌گذاری - هم در پیش از انقلاب و هم در پس از آن، به اشکال گوناگون وجود داشته و - فارغ از مباحث نظری در خصوص ماهیت آن - مورد ایراد قانونی و شرعی قرار نگرفته بود. بنابراین، به نظر می‌رسد قانونگذار بنا به دلایل و ملاحظات غیر موجه از این شیوه سنتی فاصله گرفته و شیوه جدید و پر ابهامی را برگزیده است؛ به ویژه آن که پس از وضع این قانون، مجدداً نمونه‌هایی از قوانین وجود دارد که در آن‌ها قانونگذار به شیوه پیشین خود در داوری اجباری رجعت نموده است. در هر حال به نظر نگارندگان، بنا به دلایل متعدد داوری‌های اجباری از طریق الزام به درج در قرارداد را نباید قراردادی محسوب کرد و باید آن‌ها را در شمار داوری‌های اجباری به معنای سنتی - نظیر آنچه که در ماده ۳۶ قانون اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران پیش‌بینی شده است - دانست. جمع‌بندی نهایی پژوهش بر این بوده است که اجبار به داوری از طریق قرارداد با تکیه بر مستندات و دلایل فراوان نه تنها مفید و مطلوب نبوده، بلکه از لحاظ شرعی و قانونی نیز توجیه و ضرورتی ندارد. علاوه بر این، به لحاظ اینکه در عمل نیز منشاء بروز ابهامات و اشکالات فراوان شده و دادگاه‌ها، مردم و مجریان را دچار سردرگمی و بلا تکلیفی می‌کند، باید متوقف شده و اصلاح آن به طور جدی در دستور کار قانونگذار قرار گیرد.

## منابع

- امینی، عیسی، اسکینی، ربیعا و رشیدی، امید، (۱۳۹۹). تفسیر شرط داوری اجباری، فصل نامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره نهم، ش ۳۲، پاییز، صص ۵۳-۸۱
- امینی، منصور و صداقتی، علی، (۱۳۹۰). قراردادهای اجباری، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۵، پاییز، صص ۳۴-۹
- ایلخانی‌زاده، نگار، (۱۳۸۶). تنظیم قرارداد داوری با توجه به قانون داوری تجاری بین‌المللی، مجله کانون وکلاء، پائیز و زمستان، ش ۱۹۸ و ۱۹۹، صص ۳۹-۶۷

افتخار جهرمی، گودرز. (۱۳۷۸). تحولات نهاد داوری در قوانین موضوعه ایران: دستاورد آن در حوزه داوری بین‌المللی، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۲۷-۲۸.

ایزدی فر، علی اکبر و فلاح، اکبر و خزایی پور، صفر. (۱۳۸۸). مشروعیت قضاوت خصوصی بر اساس نهاد تحکیم، فصل‌نامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۶، ش ۱۸، زمستان رستمی، ولی و آشتیانی، فهمیه، تطبیق داوری اجباری با اصول قانون اساسی و نظام حقوقی ایران، اندیشه‌های حقوق عمومی، سال نهم، ش اول، پیاپی ۱۶، پاییز و زمستان ۹۸، صص ۷-۲۲

رضوانیان، اویس. (۱۳۹۶). بررسی ماهیت هیئت داوری موضوع ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ با نگاهی به رویه قضایی، فصلنامه برنامه‌ریزی و بودجه، سال ۲۲، شماره ۲، تابستان سکونی، نیما و حسین زاده، جواد. (۱۳۹۶). ماهیت، ویژگی‌ها و صلاحیت داوری قانون پیش‌فروش ساختمان، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۴، ش ۲، پاییز و زمستان، صص ۲۸۳-۳۰۷

سوادکوهی، سام. (۱۳۷۹). تولد داوری اجباری یا مرحله‌ای از دادرسی؟، ماهنامه دادرسی، سال چهارم، ش ۲۲. شهیدی، مهدی. (۱۳۷۷). تشکیل قراردادها و تعهدات، ش ۵۶، ص ۹۰ و ۹۱، نشر حقوقدان، چاپ اول، تهران. صادقی، محمد، صادقی مقدم، محمد حسن و صالحی، علی اصغر. (۱۳۹۴). فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، ش ۲، صص ۲۴۳-۲۶۳

قماش، محمد سعید، قاضی تحکیم یا سیاست خصوصی سازی قضاوت، فصل‌نامه فقه اهل بیت، ش ۱۰ کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۲). قواعد عمومی قراردادها، ج اول، ش ۶۳ به بعد، ص ۱۰۷ به بعد، انتشارات مدرس، چاپ دوم، تهران.

کریمی، عباس و پرتو، حمید. (۱۳۹۱). حقوق داوری داخلی، ص ۵۷، نشر دادگستر، چاپ اول، تهران.

نجفی، زین‌العابدین. (۱۳۸۴). سیستم قضایی به روش قاضی تحکیم از منظر فقه شیعه، مجله مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۷۷(۳)، فقه، بهار و تابستان

محمد سلطانی، صلاحیت هیات داوری موضوع قانون بازار اوراق بهادار، مجله تحقیقات حقوقی، شماره

Chitty, (2004). The Law of Contract, V.1, London, Sweet and Maxwell.

David, Rene. (1985). Arbitration in International Trade. Deventer: Kluwer Law & Taxation.

Gabrielle Nater-Bass. (2008). Class Arbitration: A New Challenge? in New Developments in International Commercial Arbitration, ed. by Christoph Müller, Antonio Rigozzi

Goldman B. (1963) Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé. 109 RCADI.

Kaufmann-Kohler G. Peter H. (2001). Formula 1 Racing and Arbitration: The FIA Tailor-Made System for Fast Track Dispute Resolution. 17 (2) Arbitration International.

- Müller C, Rigozzi A (eds). (2009). *New Developments in International Commercial Arbitration*. Zurich, Basel, Geneva: *Schulthess*.
- Paulsson, Jan. (1995). *Arbitration Without Privity*. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. Vol 10, Issue 2.
- Paulsson J. (1993). *Arbitration of International Sports Disputes*. 9 (4) *Arbitration International*.
- Peer Zumbansen. (2007). *The Law of Society: Governance Through Contract*, CLPE Research Paper 2/2007, Vol. 03 No. 03.
- Redfern, Alan & Hunter, Martin. (2004). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell.
- Rigozzi A. (2005). *L'arbitrage international en matière de sport*. Basel: Helbing & Lichtenhahn.
- Rigozzi A. (2005). *L'arbitrage international en matière de sport*. Basel: Helbing & Lichtenhahn.
- Steingruber, Andrea M. (2009). *Consent in International Arbitration*. OUP Oxford.
- ZEV J. EIGEN, *The Devil in the Details: The Interrelationship Among Citizenship, Rule of Law and Form-Adhesive Contracts*
- Zigarelli, Michael. (1996). *Compulsory Arbitration of Non-Union Employment Disputes*. *Human Resource Management Review*. 6. 183-206. 10.1016/S1053-4822(96)90012