

Compulsory arbitration and its implications in Iranian law

Soheil Taheri¹

Hossein Sharif olyaei²

The legislator sometimes considers the only solution to some of the issues being arbitrary and has led to the formation of compulsory arbitration in Iran's legal system. Therefore, arbitration or Optional is the source of the contract, or compulsory, which has legal origin. In compulsory arbitration, the parties have no discretion in referring or refusing a dispute to arbitrators, and the law requires them to refer to arbitration. Compulsory arbitration is not in any way a right to litigation, because foreclosure is true when there is no prosecution. On the other hand, litigation simply does not mean referring to state courts and referring to arbitration also provides for the right to litigation. Examples of the process of compulsory arbitration include securities market disputes, pre-sale construction, privatization, contracting, and family disputes. In this research, by descriptive-analytic method, we have defined that although arbitrary arbitration is the principle of compulsory arbitration, it is an exception to avoid prosecution, reduction of judicial cases, more speed in resolving disputes, and ... the mechanism of arbitration Compulsory evaluation is useful..

Keywords: arbitrator, arbitration, compulsory arbitration, arbitrary arbitration, court

¹ Assistant Professor, Faculty of Law, Azad University City of Quds

² Master of Private Law (Corresponding Author) Hossein.sharifolyayi@gmail.com

داوری اجباری و مصادیق آن در حقوق ایران

سهیل طاهری*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۳/۰۳

حسین شریف‌علیایی**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۰

چکیده

قانون‌گذار گاهی، تنها راه‌حل اختلاف برخی از موضوعات را داوری دانسته و سبب شکل‌گیری داوری اجباری در نظام حقوقی شده است. لذا داوری یا اختیاری است که منشأ قراردادی دارد و یا اجباری است که منشأ قانونی دارد. در داوری اجباری، طرفین در ارجاع یا عدم ارجاع اختلاف به داوران، اختیار و اراده‌ای ندارند و قانون آن‌ها را ملزم می‌کند که به داوری مراجعه نمایند. داوری اجباری، به هیچ وجه منافعی حق دادخواهی به شمار نمی‌رود، چراکه سلب حق دادخواهی هنگامی صادق است که هیچ مرجع تظلم خواهی وجود نداشته باشد. از طرفی، دادخواهی صرفاً به معنای مراجعه به دادگاه‌های دولتی نبوده و مراجعه به داوری نیز تکافوی حق دادخواهی را می‌نماید. از مصادیقی که روند داوری اجباری در آن جریان دارد می‌توان به اختلافات بازار اوراق بهادار، پیش‌فروش ساختمان، خصوصی‌سازی، قراردادهای پیمانکاری و اختلافات خانوادگی اشاره کرد. در این پژوهش، با روش توصیفی تحلیلی می‌توان برشمرد که هرچند داوری اختیاری اصل و داوری اجباری استثناء است، اما جهت جلوگیری از اطاله دادرسی، کاهش پرونده‌های قضایی، سرعت بیشتر در رسیدگی به اختلافات و... ساز و کار نهاد داوری اجباری مفید ارزیابی می‌گردد.

واژگان کلیدی

داوری، داوری اجباری، داوری اختیاری، دادگاه، بازار اوراق بهادار، خصوصی‌سازی

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد واحد شهر قدس

** کارشناسی ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسوول)

مقدمه

در خصوص حل و فصل اختلافات بین اصحاب دعوا در دعاوی مدنی، طریق معمول، رجوع به محاکم و مراجع قضایی می‌باشد؛ اما طرق دیگری هم وجود دارد که مهم‌ترین آن‌ها، داوری می‌باشد. در تعریف داوری می‌توان گفت: داوری عبارت است از حل و فصل اختلافات بین طرفین در خارج از دادگاه به وسیله‌ی شخص یا اشخاصی که طرفین انتخاب کرده باشند. برای داوری ویژگی‌های مختلفی را می‌توان برشمرد؛ مثل خصوصی بودن، غیر قضایی بودن و...؛ اما از مهم‌ترین ویژگی‌های داوری، توافقی بودن آن است، زیرا تا زمانی که طرفین برای داوری توافق نداشته باشند، داوری شکل نخواهد گرفت. اما نوع دیگری از داوری، داوری اجباری می‌باشد. در این داوری، طرفین در ارجاع یا عدم ارجاع اختلاف به داوران، اختیار و اراده‌ای ندارند و مجبورند به داوری مراجعه کنند. قبول یا رد داوری‌های اجباری در حقوق ایران، زاییده‌ی تنافی دو امر مهم است: از یک‌سو، داوری دارای مزایای عدیده و انکارناپذیری است که به راحتی نمی‌توان از آن‌ها گذشت و از سوی دیگر، اجبار طرفین به مراجعه به این نهاد حقوقی، با اصول قانون اساسی در تعارض می‌باشد. چرا که مطابق قانون اساسی، دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.

با توجه به این‌که امروزه بر حجم اختلافات و دعاوی حقوقی افزوده شده است و مزایایی که داوری از حیث سرعت در رسیدگی و صرفه‌جویی در هزینه‌ها و معمولاً تسلط داوران به موضوع اختلاف دارد، ضرورت ارجاع دعاوی به داوری اجباری را ایجاد می‌نماید. به عنوان مثال اگر در اختلافات بازار سرمایه، مرجع داوری‌ای نباشد که این اختلافات را سریع حل و فصل نماید، بازار سرمایه از جمله بورس با اختلال مواجه شده و مشکلات دیگری را به دنبال خواهد داشت. لذا ساز و کار داوری اجباری در برخی نهادها از جمله بورس و... ضرورت دارد و در این راستا نیز باید بیش از پیش بدان پرداخته شود.

لذا در این بررسی علاوه بر تبیین مفهوم دائری اجباری، سعی شده است ضمن برشمردن مصادیق این نوع دائری در حقوق ایران، تراحم یا عدم تراحم این دائری با اصول و مبانی قانون اساسی بررسی گردد.

مفهوم دائری اجباری

منظور از دائری اجباری در حقوق ایران، دائری است که قانون، موضوع اختلاف را به دائری ارجاع می‌کند و طرفین دعوا نقشی در این امر ندارند و حل مسئله به وسیله دائری ناشی از اراده‌ی آن‌ها نیست. (واحدی، ۱۳۷۷: ۱۸۵-۱۸۷). یکی از حقوقدانان معتقد است: دائری چنانچه ناشی از تراحمی و قرارداد طرفین در ارجاع موضوع به دائری نباشد و ارجاع به دائری به حکم قانون صورت گیرد، دائری اجباری نام دارد. (مافی، ۱۳۹۵: ۵۲) هم‌چنین، دائری اجباری به موردی نیز اطلاق می‌شود که طبق قانون، رسیدگی به اختلافات ناشی از آن، صرفاً از طریق دائری پیش‌بینی شده باشد. (محمدزاده اصل، ۱۳۷۹: ۶۲-۶۳) گاهی قانون‌گذار، گنجاندن شرط دائری را در قرارداد اجباری اعلام می‌کند و نظر به الحاقی بودن قرارداد، مراجعه به دائری عملاً حالت اجباری به خود می‌گیرد. گاهی نیز قانون‌گذار بدون این که قراردادی در کار باشد، یا بدون وجود شرط دائری، اختلافات حاصله را در صلاحیت دائری قرار می‌دهد. (کریمی، پرتو، ۱۳۹۲: ۵۶)

انواع دائری اجباری

دائری‌های اجباری را به صورت‌های مختلف می‌توان دسته‌بندی نمود. یکی از این دسته‌بندی‌ها، تقسیم‌بندی دائری اجباری به نسبی و مطلق و قراردادی و اختیاری می‌باشد که در ذیل به آن اشاره شده است.

۱- دائری اجباری نسبی و مطلق

دائری اجباری می‌تواند نسبی یا مطلق باشد. دائری اجباری نسبی، بر اساس درخواست یکی از طرفین صورت می‌گیرد (دهقانی پوده، ۱۳۷۳: ۶۷) به دیگر سخن، در این نوع دائری، یکی از طرفین درخواست ارجاع دعوا به دائری را از دادگاهی که در آن اقامه دعوا شده است می‌نماید و قانون قاضی را ملزم می‌کند که اختلاف را به دائری

ارجاع دهد. در داوری اجباری مطلق، به حکم قانون، دعوا به داوری ارجاع و طرفین نقشی در آن ندارند. به دیگر بیان، در این گونه موارد، قانون برخی از اختلافات را قابل طرح در دادگاه نمی‌داند و طرفین اختلاف برای احقاق حق خویش باید آن را در یک دیوان داوری طرح نمایند. از مصادیق داوری اجباری نسبی می‌توان به داوری در قراردادهای پیمانکاری و در داوری اجباری مطلق به داوری اختلافات بازار وراق بهادار اشاره نمود.

۲- داوری اجباری قراردادی و قانونی

داوری اجباری دارای دو معنای اعم و اخص نیز می‌باشد. در معنای اعم، شامل داوری قانونی و البته داوری‌ای می‌گردد که بر مبنای توافق طرفین (قبل از بروز منازعه) اجباری است و در معنای اخص، تنها شامل داوری قانونی می‌شود. به عبارتی دیگر، داوری اجباری را می‌توان به دودسته تقسیم نمود: ۱- داوری اجباری قراردادی ۲- داوری اجباری غیر قراردادی (قانونی)

۲-۱- داوری اجباری قراردادی

مقصود از این داوری، داوری‌هایی است که اگرچه پایه‌ی قراردادی داشته و به امضای طرفین می‌رسد، ولی نظر به الحاقی بودن قرارداد، در واقع اختیاری در کار نبوده و نپذیرفتن شرط داوری به عدم انعقاد قرارداد منجر خواهد شد. این امر به وضوح در قراردادهایی که بین دولت و سازمان‌های دولتی با اشخاص خصوصی منعقد می‌گردد، مشاهده می‌شود.

از جمله مصادیق داوری اجباری قراردادی می‌توان به داوری در قراردادهای پیمانکاری و... اشاره نمود.

۲-۲- داوری اجباری غیر قراردادی (قانونی)

مقصود از داوری اجباری قانونی، مواردی است که اختلافات طرفین بدون این که قراردادی در میان باشد، به داوری ارجاع می‌گردد. به عبارتی دیگر، داوری اجباری قانونی به داوری گفته می‌شود که دارای منشأ قانونی است. بدین معنا که قانون، داوری را مرجع حل و فصل اختلافات قرار داده است. این نوع داوری حالت اجباری داشته و

طرفین مجبورند جهت رفع منازعه ابتدائاً به دائری رجوع کنند. در این دائری، اصولاً مراجعه به دائری، قبل از بروز اختلاف مقرر می‌شود. از جمله مصادیق دائری اجباری غیر قراردادی یا قانونی می‌توان به هیئت دائری بورس و اوراق بهادار، دائری در طلاق و... اشاره نمود.

ویژگی‌های دائری اجباری

برای دائری اجباری نیز هم چون سایر نهادهای حقوقی ویژگی‌های مختلفی ذکر شده است که با بررسی و تبیین آنها می‌توان این دائری را از دائری اختیاری و سایر موارد حقوقی و قضایی تمیز داد. در این بخش، به بررسی مهم‌ترین ویژگی‌های دائری اجباری در حقوق ایران خواهیم پرداخت.

۱- وجود قرارداد یا قانون الزام‌آور

یکی از ویژگی‌های دائری اجباری، شرط رجوع به دائری است که طرفین در قرارداد ذکر می‌کنند، بدین صورت که در زمان بروز اختلاف، مجبور باشند به دائری مراجعه کنند. در برخی موارد طرفین، شرط دائری را قرارداد ذکر نمی‌کنند، بلکه این قانون است که در پاره‌ای مسائل و اختلافات، طرفین را مجبور می‌کند که به دائری مراجعه نمایند. در حالی که اتکا دائری اختیاری به قراردادی است که طرفین اختلاف به موجب آن به داورها اختیار می‌دهند که به اختلاف آنها رسیدگی کنند. در صورت فقدان چنین قراردادی، داورها حق دخالت و صدور رأی ندارند. این ویژگی دائری اختیاری، آن را از رسیدگی قضایی در دادگاه جدا می‌کند. هم‌چنین در این دائری، طرفین به واسطه قانون نمی‌توانند ملزم شوند که اختلافات خود را به دائری ارجاع دهند.

۲- عدم ضرورت توافق طرفین جهت ارجاع اختلاف به دائری

دومین ویژگی دائری اجباری، این است که توافق طرفین جهت ارجاع اختلاف به دائری نیاز نیست و حتی اگر طرفین هم تمایل به رفع اختلاف از طریق دائری نداشته باشند، اما باز قانون آنها را ملزم می‌کند که به دائری رجوع نمایند. در این حال، داورها از طریق صدور رأی، اختلاف را حل و فصل می‌نمایند و ضرورتی ندارد که توافق طرفین را جلب نمایند. به عبارت دیگر، داورها همانند داورس‌ها به دعوا رسیدگی و رأی صادر

می‌نمایند و منتظر توافق طرفین نمی‌مانند. درحالی‌که در سازش و میانجیگری، اختلاف موجود بین طرفین از طریق دخالت و پادرمیانی میانجی حل و فصل می‌شود، اما میانجی حق صدور رأی ندارد و در نتیجه موفقیت میانجی‌گری منوط به حصول توافق بین طرفین است. خصوصیتی که داوری را از شیوه‌های جایگزین حل اختلاف جدا می‌کند، قدرت و صلاحیت داوران در قضاوت و صدور رأی است که رأی مزبور می‌تواند برخلاف نظر یکی از طرفین یا هردو باشد.

با این حال، در داوری اختیاری، در صورتی طرفین می‌توانند امری را به داوری ارجاع دهند که هردو توافق داشته باشند و این همان داوری اختیاری می‌باشد که طرفین هیچ الزامی در ارجاع اختلاف به داوری ندارند.

۳- الزام‌آور بودن رأی صادره از سوی داور

در داوری‌های اجباری، رأیی که از سوی داور صادر می‌شود، الزامی بوده و طرفین می‌بایست به مفاد آن عمل نمایند. الزام‌آور بودن رأی صادره از سوی داور، از ویژگی‌های داوری اختیاری نیز می‌باشد. ارجاع اختلاف به داوری به این معناست که طرفین تمایل دارند که اختلاف خود را به صورت قطعی از طریق داورها حل و فصل نمایند. آن‌ها بنا نیست که مجدداً به دادگاه یا مرجع حل و فصل دیگری مراجعه نمایند و اختلاف خود را نهایتاً در آنجا حل و فصل نمایند. آن‌ها از طریق قرارداد و توافق، به رأی داوری اعتبار و الزام می‌بخشند و اختلاف ارجاعی را از حیطه‌ی رسیدگی دادگاه‌ها خارج می‌نمایند.

بنابراین، از ویژگی‌های داوری، تعیین راه‌حل الزام‌آور از سوی داور یا داوران است، هرچند که طرفین بعد از اعلام این راه‌حل بتوانند آن را با توافق کنار بگذارند، بنابراین دخالت شخص برای جلب رضایت طرفین یا ارائه پیشنهادی مسالمت‌آمیز برای کاهش اختلاف، به دلیل غیر الزام‌آور بودن، نمی‌تواند زمینه‌ساز داوری شود. (خدابخشی، ۱۳۹۱، ۲۵)

سؤالی که در خصوص داوری اجباری مطرح می‌شود، این است که آیا الزام طرفین جهت حل اختلاف به مراجع غیر دادگستری مغایر با قانون اساسی است؟ ممکن است گفته شود داوری اجباری، از دو منظر قابل انتقاد است: نخست این‌که داوری، شیوه‌ای اختیاری و ارادی است و عنصر اجبار، با این نهاد سازگار نخواهد بود.

دوم این که دائری اجباری با حق دادخواهی طرفین طبق اصول قانون اساسی مغایر است. پاسخ موارد فوق را در دو قسمت می توان مطرح نمود. ۱- جواز دائری اجباری به موجب اصل ۳۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دادخواهی حق مسلم هر فرد است (۱). بدین منظور شخص می تواند به دادگاه صالح رجوع نماید، وانگهی مرجع عمومی تظلمات، دادگستری می باشد. اجبار شخص به شروع نمودن فرایند دائری، بدون این که اختیار داشته باشد به دائری رجوع نماید، با حق دادخواهی که توسط اصول قانون اساسی برای ملت در نظر گرفته شده است، مغایر به نظر می رسد. در پاسخ باید گفت: اولاً مرجع انطباق قوانین موضوعه با قانون اساسی به تشخیص شورای نگهبان واگذار گردیده که شورای یادشده با تصویب آن، شبهه خلاف قانون اساسی بودن را مرتفع نموده است. ثانیاً سوابق قانون گذاری در ارتباط با اجباری دانستن دائری در موارد معین در کشور ما وجود دارد که مغایر با شرع و قانون اساسی شناخته نشده است. (سروی، ۱۳۹۰: ۸)

ثالثاً انبوه دعاوی در مراجع دادگستری که وجود رسیدگی عادلانه را به لحاظ کمیت و کیفیت آن با مشکل مواجه نموده و اغلب موجبات اطاله دادرسی را فراهم کرده و با التفات به سیاست درست قضا زدایی و این که مزایایی که دائری از حیث سرعت در رسیدگی و اعتماد طرفین نسبت به داور منتخب خود و صرفه جویی در هزینه ها و معمولاً تسلط داوران به موضوع اختلاف دارند، ضرورت ارجاع دعاوی به دائری را ایجاب می نماید.

رابعاً، باید این نکته را در نظر داشت که در همه موضوعات، نمی توان به دادگاه های دادگستری مراجعه نمود. پاره ای از موضوعات به دلایل مختلف از جمله به علت تخصصی بودن، قابلیت طرح در دادگستری را ندارند یا اگر هم طرح شوند، به صورت کامل مورد بررسی قرار نمی گیرند. خامسا، هم چنین دادرسی دادگاه، از همه علوم بهره ای ندارد، در نتیجه بسیاری از موضوعات را به کارشناس ارجاع می دهد و در نهایت عملاً همان نظر کارشناس، چهره رأی دادگاه به خود می گیرد و به طرفین ابلاغ می شود. چنین سازوکاری، تنها سبب هزینه بر شدن دادرسی و وقت گیر شدن آن می گردد. از این رو، قانون گذار در پاره ای از موضوعات، از این دوباره کاری پرهیز کرده و مرجع رسیدگی را یک نهاد و هیئت تخصصی قرار داده است. (سروی، ۱۳۹۰: ۸)

سادساً، از سویی، دادخواهی کردن به منظور احقاق حق، صورت می‌گیرد و رجوع به محاکم دادگستری برای دادخواهی، لزوماً منجر به احقاق حق نخواهد شد، زیرا ممکن است دعوی مشمول مرور زمان شده باشد و دادگاه به همین علت، از استماع آن خودداری نماید. درحالی‌که راه رجوع به داوری در این دعوا برای طرفین باز باشد. هم‌چنین، قضات دادگاه‌ها نیز در معرض اشتباه هستند و ممکن است با یک اشتباه سبب شوند حق شخص پایمال شود؛ بنابراین محاکم دادگستری را نمی‌توان ضامن همه‌جانبه حق و حقوق افراد دانست. باید به این نکته اشاره کرد که رأی داور در داوری‌های اجباری، ممکن است موجد حق نباشد و صرفاً مقطعی از دادرسی در فرآیند دادخواهی را شامل شود. به نظر می‌رسد که در داوری‌های خانوادگی، آرای داوران، چنین کارکردی داشته باشند. داوران صرفاً رأی به صلح و آشتی یا رأی به عدم سازش می‌دهند و درنهایت این دادرس دادگاه است که باید حکم اصلی را صادر نماید. به این ترتیب به نظر می‌رسد داوری اجباری، منافاتی با حق دادخواهی ندارد، چراکه داور در مقام قاضی، رسیدگی و دادخواهی می‌کند.

۲- مزایای داوری اجباری

داوری، نه رقیب دادگاه است و نه مانع اصل تظلم خواهی نزد محاکم دادگستری، بلکه یک شیوه‌ی خصوصی و غیررسمی است برای حل و فصل دعاوی که قانون آن را به رسمیت شناخته است. ترویج داوری و استفاده از آن، از حجم دعاوی در محاکم دادگستری می‌کاهد و به قضات دادگاه‌ها فرصت می‌دهد که باتامل و دقت بیشتر، به دعاوی رسیدگی کنند و ذهن و زبان خود را از آمار و کمیت آزاد کنند و به آثار و کیفیت بیندیشند. به علاوه، رواج داوری و حمایت از آن، یکی از شاخه‌های استحکام و انسجام نظام حقوقی هر کشور و حتی نشانه پیشرفت و شکوفایی اقتصادی و تجاری است و به نوبه خود در شمار پیش‌شرط‌های ورود ایمن و مشارکت مؤثر در اقتصاد جهانی به شمار می‌رود. از این رو، بسط و حمایت از داوری مورد توجه و تأکید دولت‌ها نیز هست. آنچه ذکر شد، مزایای داوری را به‌طور کلی بیانگراست، باین حال، شامل داوری اجباری نیز خواهد شد. پیش‌تر به مزایای داوری اشاره شد، بدیهی است داوری اجباری نیز دارای این مزایا خواهد بود. از عبارت برخی حقوقدانان استنباط می‌شود که فلسفه اجباری نمودن داوری از سوی قانون‌گذار، عدم رعایت تشریفات دادرسی از

سوی داور و به تبع، بالا رفتن سرعت حل و فصل دعاوی و کاهش تراکم کار در دادگاه ها می باشد. (شمس، ۱۳۸۶: ۵۰۳) یکی از حقوقدانان، وضع داوری اجباری را این گونه توجیه می کند که داوری اجباری، از تراکم کار در دادگاه ها جلوگیری می کند. این فرآیند سبب تسریع در جریان دعاوی و حل و فصل آن ها می شود و داوران به صورت تخصصی تر و فنی تر به امور رسیدگی می کنند. (عبده، ۱۳۱۸: ۱۰۵۸)

مصادیق داوری اجباری

قوانین و مقررات داوری های اجباری، لزوماً همه مصادیق و موارد حقوقی را در برنگرفته و صرفاً در برخی موارد، مقررات داوری اجباری وضع گردیده است. منظور از مصادیق داوری اجباری، مواردی هستند که در حقوق موضوعه کنونی جریان دارند، زیرا از قبل همین موارد می توان پی به احکام داوری اجباری برد. از جمله این مصادیق می توان به هیئت داوری بازار اوراق بهادار، هیئت داوری خصوصی سازی، داوری پیش فروش ساختمان و... اشاره نمود.

۱- هیئت داوری بازار سرمایه (بازار اوراق بهادار)

در این مبحث به دنبال این هستیم تا ضمن تبیین مبنای قانونی هیئت داوری بورس مصوب ۱۳۸۴ به شناسایی هیئت داوری بورس، و هم چنین نحوه رسیدگی در این مرجع پردازیم.

۱-۱- مبنای قانونی هیئت داوری

مطابق ماده ۵۹ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴، اختلافات بین کارگزاران، بازار گردانان، کارگزاران، معامله گران، مشاوران سرمایه گذاری، ناشران، سرمایه گذاران و سایر اشخاص ذی ربط ناشی از فعالیت حرفه ای آن ها، در صورت عدم سازش در کانون ها توسط هیئت داوری رسیدگی می شود و مطابق تبصره ۳ ماده ۵۸ این قانون، آرای صادر شده از سوی هیئت داوری، قطعی و لازم الاجرا است.

۱-۲- اعضای هیئت داوری و تشکیلات آن

در تاریخ ۱۳۸۴/۹/۱ با تصویب قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، ساختار و تشکیلات بورس دچار تحولات گسترده‌ای گردید. علی‌رغم این تغییرات در ارکان بورس، هیئت داوری کماکان به‌عنوان یکی از چهار رکن بورس، جایگاه خود را حفظ کرد، در عین حال از تغییرات قانون جدید هم مصون نماند. اگرچه تعداد اعضای هیئت داوری تغییر نکرد، ولی به‌موجب ماده ۳۷ قانون جدید، اعضای هیئت داوری بورس عبارت‌اند از: نماینده قوه قضائیه که توسط رئیس قوه قضائیه از میان قضات باتجربه انتخاب می‌گردد و دو نفر صاحب نظر در زمینه اقتصادی و مالی به پیشنهاد سازمان بورس و اوراق بهادار به اختلافات رسیدگی می‌کند. رئیس قوه قضائیه و سازمان بورس با تائید شورا هرکدام یک نفر را به‌عنوان عضو علی‌البدل معرفی می‌نمایند؛ لذا در حال حاضر برخلاف قانون قدیم، هیئت داوری تنها دو عضو علی‌البدل دارد. ریاست هیئت نیز مثل سابق بر عهده نماینده قوه قضائیه است (۲). (سوادکوهی، ۱۳۸۸: ۱۲)

۱-۳- صلاحیت هیئت داوری

صلاحیت از حیث مفهوم، عبارت از تکلیف و حقی است که مراجع قضایی در رسیدگی به دعاوی، شکایات و امور به‌خصوص به‌حکم قانون دارا باشد. (شمس، ۱۳۸۲: ۳۸۳) در این مبحث به صلاحیت‌های مختلف هیئت داوری پرداخته شده است.

صلاحیت ذاتی

منظور از صلاحیت ذاتی، صلاحیتی است غیرقابل تغییر که بانظم عمومی گره خورده و مشتمل بر صنف، نوع و درجه است. این صلاحیت به‌موجب قانون اعطاشده و غیرقابل تفویض به غیر می‌باشد. (شمس، ۱۳۸۴: ۳۸۴) بنابراین رسیدگی به پرونده‌های در صلاحیت هیئت داوری از صلاحیت مراجع قضایی واداری خارج شده است. به‌عبارتی دیگر، در صورتی که حدوث اختلاف بین فعالان بازار اوراق بهادار، موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار ناشی از فعالیت حرفه‌ای آنان باشد، در صورت عدم سازش در کانون‌های مرتبط، فقط هیئت داوری صالح به رسیدگی به این پرونده‌ها بوده و دادگاه‌های دادگستری نمی‌توانند به اعتبار مرجع رسمی تظلمات عمومی به این دعاوی

رسیدگی نمایند، هرچند در حقوق فرانسه، صلاحیت دادگاه‌های دادگستری نسبت به مراجع اختصاصی مطلق بوده، ولی در ایران هیچ نصی که نتیجه مزبور از آن قابل برداشت باشد، دیده نمی‌شود. (شمس، ۱۳۸۴: ۳۹۴)

ماده ۳۶ چنین مقرر می‌دارد: اختلاف بین کارگزاران، بازار گردانان، کارگزاران، معامله‌گران، مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر اشخاص ذی‌ربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آن‌ها در صورت عدم سازش در کانون‌ها توسط هیئت دآوری رسیدگی می‌شود.

علاوه برافزایش یافتن فعالان بورس در این ماده (که در قانون قدیم فقط به کارگزاران اشاره شده بود) صلاحیت ابتدایی کانون‌ها برای سازش قابل تأمل است. کانون‌های کارگزاران، معامله‌گران، بازار گردانان، مشاوران، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر مجامع مشابه، تشکل‌های خود انتظامی است که به منظور تنظیم روابط بین اشخاصی که طبق قانون بورس، به فعالیت در بازار اوراق بهادار اشتغال دارند، طبق دستورالعمل‌های مصوب سازمان بورس و اوراق بهادار به صورت مؤسسه غیردولتی، غیرتجاری و غیرانتفاعی به ثبت می‌رسد. (۳) اگرچه این کانون‌ها صلاحیت صدور رأی و حل و فصل اختلاف به صورت رسمی را ندارند ولی کارگزاران مکلف‌اند، اختلافات خود را در کانون‌ها مطرح نمایند و در صورت عدم حصول صلح و سازش در کانون موضوع جهت رسیدگی و صدور رأی به هیئت دآوری ارسال خواهد شد. به عبارتی دیگر، صلاحیت هیئت دآوری بازار سرمایه محدود به رسیدگی به اختلافات فعالان بازار است و این اختلافات ممکن است مالی یا غیرمالی باشند. اختلافات ابتدا باید در کانون مربوطه مطرح و در صورت نداشتن سازش، گواهی عدم سازش صادر شود و این گواهی شرط لازم برای رسیدگی اختلاف در هیئت دآوری است؛ هرچند در مواردی نیز بدون طی مراحل سازش در کانون‌ها اختلافات مستقیماً در هیئت دآوری طرح و رسیدگی می‌شود (کریملو، ۱۳۱۸: ۳۸) مراجع قضایی صلاحیت رسیدگی به اختلافات مطرح در بازار سرمایه را ندارند و هرگونه اختلاف در این حوزه باید در هیئت دآوری سازمان رسیدگی شود. حال اگر دعوی مربوط به فعالان بازار سرمایه در دادگاه‌های دادگستری اقامه شود، قاضی مربوطه برابر ماده ۸۰ قانون آیین دادرسی مدنی

باید اقدام به صدور قرار عدم صلاحیت کرده، پرونده را برای حل اختلاف به دیوان عالی کشور ارسال نماید.

صلاحیت حقوقی

هیئت داوری صرفاً به درخواست‌های فعالان بازار که واجد وصف مدنی و حقوقی هستند رسیدگی می‌کند. این اختلافات ممکن است مالی یا غیرمالی باشد. اختلافات باید ابتدا در کانون مربوطه مطرح شود و در صورت عدم سازش، گواهی عدم سازش صادر شود و این گواهی شرط لازم برای رسیدگی اختلافات در هیئت داوری است. (کریملو، ۱۳۹۰: ۳۲) لذا چنانچه خواسته فعال بازار در شکایت خود صرفاً مجازات انضباطی و یا کیفری طرف مقابل باشد، هیئت داوری صالح به رسیدگی نخواهد بود و باید در مراجع قضایی رسیدگی گردد.

صلاحیت اختصاصی

صلاحیت اختصاصی هیئت داوری در ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار تصریح شده است (۴). پس اختلافات بین فعالان بازار اوراق بهادار که به موجب قانون بازار اوراق بهادار مصوب آذرماه ۱۳۸۴ و تحت نظارت مقام ناظر بازار (سازمان بورس و اوراق بهادار) فعالیت می‌کنند و حدوث اختلاف ناشی از فعالیت و عملیات حرفه‌ای عضو فعال بازار باشد، صرفاً در هیئت داوری رسیدگی می‌شود. (میرزایی منفرد، ۱۳۸۷: ۵۲)

۲- هیئت داوری خصوصی سازی ایران (موضوع قانون برنامه سوم اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران)

قانون برنامه سوم اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران که از جمله خصوصی سازی را یکی از برنامه‌های اقتصادی مهم کشور عنوان کرده است، در امر واگذاری شرکت‌ها و واحدهای اقتصادی به اشخاص خصوصی، در صورت بروز اختلاف، داوری را چاره کار دانسته است.

۱-۱- مبنای قانونی هیئت داوری خصوصی سازی

موضوع مواد ۲۰ تا ۲۳ قانون برنامه سوم توسعه و همچنین تفهیم آن در ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی به هیئت داوری خصوصی سازی اختصاص دارد که در این قسمت به برخی جوانب آن خواهیم پرداخت.

در بخش اول از قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مصوب مجلس شورای اسلامی مورخ ۷۹/۱/۱۷ به نام حوزه‌های فرا بخشی، در ذیل فصل سوم تحت عنوان واگذاری سهام و مدیریت شرکت‌های دولتی، ماده ۲۰ بیان می‌کند: «رسیدگی، اظهارنظر و اتخاذ تصمیم در مورد شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی از هر یک از تصمیم‌ها در امر واگذاری در صلاحیت هیئت داور است و این موضوع در قراردادهای تنظیمی واگذاری سهام قید می‌شود و به امضای طرفین قرارداد می‌رسد.» در واقع، این مرجع نهاد داور است که به موجب این قانون در قراردادهای راجع به واگذاری سهام و مدیریت شرکت‌های دولتی پیش‌بینی و ذکر آن لازم دانسته شده است.

مقصود از واگذاری سهام قرارداد، انتقال سهام شرکت‌های دولتی به اشخاص خصوصی است. چنانچه اختلافی از این واگذاری حاصل گردد، موضوع باید موافق ماده ۲۰ مذکور حل و فصل گردد.

۱-۲- ماهیت هیئت داور خصوصی سازی

هیئت داور خصوصی سازی را نمی‌توان از مصادیق داور موضوع قانون آیین دادرسی مدنی دانست و احکام ناظر بر داور توافقی را بر این هیئت و آرای صادره از آن حمل نمود (۵)؛ امری که شاید بسیاری را دچار اشتباه کند. منشأ این اشتباه از آنجاست که بر این اساس که رسیدگی به اعتراض نسبت به آرای صادره از هیئت داور در آخر از سوی دادگاه‌های بدوی صورت می‌گیرد، استدلال شود که صدور رأی مقتضی از طرف دادگاه بدوی، نشان از این دارد که این هیئت هم‌شأن با داور توافقی بوده و احکام ناظر بر داور موضوع قانون آیین دادرسی مدنی نسبت به این هیئت نیز جاری است. با این همه، این تصریح را نباید به منزله «داوری توافقی» بودن هیئت داور خصوصی سازی دانست؛ بنابراین، اول اینکه هیئت داور مورد بررسی از مصادیق داور اجباری بوده و هرگز در شمار داور اختیاری نمی‌گنجد. دوم، اینکه ماده نه آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱ چنین تصریحی دارد، امری خاص و استثنایی است و به معنای اصلی کلی در ماهیت هیئت داور خصوصی سازی نخواهد بود، زیرا قانون‌گذار در این زمینه در مقام تسامح، تعابیری را برای تسهیل رسیدگی به اختلافات به کار برده و در

دستیابی به این هدف، از تعداد اندکی احکام در داوری اختیاری در کنار داوری اجباری بهره برده است. (صادقی، ۱۳۹۴: ۲۴۸) سوم، اگر هم مراد قانون‌گذار در تعیین ماهیت هیئت داوری خصوصی‌سازی، داوری اختیاری باشد، باز هم این امر قابل خدشه خواهد بود؛ چراکه در این میان قانون‌گذار با مواد دیگر همان قانون، اختیاری بودن هیئت داوری را زیر سؤال برده است. مواردی از جمله نحوه ترکیب هیئت مورد بحث در ماده ۲۱، رسمیت یافتن جلسات با حضور حداقل پنج نفر به تصریح ماده ۲۲ (۶) و از همه مهم‌تر عبارت ذیل ماده ۲۰ مبنی بر این‌که این موضوع در قراردادهای تنظیمی واگذاری سهام قید می‌شود و به امضای طرفین قرارداد می‌رسد، از زمره مصادیقی هستند که تصور «اختیاری بودن» هیئت داوری خصوصی‌سازی را به نفع «اجباری بودن» آن باطل می‌نماید؛ بنابراین، هیئت داوری خصوصی‌سازی، همانند هیئت داوری بازار اوراق بهادار دارای برخی ویژگی‌های منحصر به فرد است که در کنار شاخصه اجباری بودن ماهیت آن عبارت‌اند از: ماهیت دولتی و شبه قضایی؛ صلاحیت اختصاصی، عام، کشوری و ذاتی و انحصار صلاحیت در اختلافات حقوقی. (سوادکوهی، ۱۳۷۹: ۱۴)

۱-۳- صلاحیت هیئت داوری خصوصی‌سازی و تفاوت آن با هیئت داوری بازار اوراق بهادار

صلاحیت هیئت داوری خصوصی‌سازی

هیئت داوری خصوصی‌سازی، تنها برای رسیدگی به شکایات و اختلافات در زمینه واگذاری سهام و مدیریت شرکت‌های دولتی مطرح از سوی اشخاص حقیقی و حقوقی صلاحیت دارد (۷). این اشخاص اعم از اشخاص بخش خصوصی و یا عمومی هستند (۸). البته تعبیر به اعلام و تقاضای رسیدگی هریک از طرفین قرارداد یا اشخاص ذی‌نفع، در خصوص تخلف از مقررات نسبت به هریک از تصمیم‌ها در امر واگذاری حقوقی را در وهله اول می‌توان هم مربوط به امور حقوقی دانست و هم امور اداری؛ چراکه صلاحیت این هیئت در رسیدگی به امر واگذاری، که اصولاً امری حقوقی است، مسلم است. در کنار این، دو واژه‌ی «تخلف» و «تصمیم» (در ماده دو آیین‌نامه) ذهن را به سوی دعاوی و تخلفات اداری نیز سوق می‌دهد. باین حال پذیرش این امر که هیئت یادشده دارای صلاحیت اداری هم باشد، دشوار به نظر می‌رسد؛ زیرا، نخست اینکه امر

واگذاری که شاخصه اصلی صلاحیت هیئت داوری موضوع مواد ۲۰ تا ۲۳ قانون برنامه سوم توسعه تنفیذی در ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی است، مقوله‌ای حقوقی است و سازمان خصوصی‌سازی در قالب نهادی حقوقی به نام وکالت از سوی دولت متصدی آن شده است (۹). دوم، قائل شدن به صلاحیت اداری برای این هیئت به واسطه واژه تصمیم مندرج در آیین‌نامه به این دلیل نیست که هیئت داوری یادشده، صلاحیت وضع قانون نیز داشته باشد تا بتوان از این طریق آن را به‌عنوان مرجعی گرچه بدوی، نسبت به دیوان عدالت اداری قلمداد نمود و در کنار صلاحیت حقوقی برای آن صلاحیت دیگری هم قائل شد، زیرا در واقع تصمیم هیئت داوری خصوصی‌سازی همان رأی است که در تخلف از مقررات ماده ۲۳ به آن تصریح شده (سوادکوهی، ۱۳۷۹: ۱۶) و تصریح قانون‌گذار به «تخلف از مقررات نسبت به هریک از تصمیم‌ها در امر واگذاری» بیانگر همین امر است. سوم، سیاق مواد یادشده در آیین‌نامه و همچنین مواد ۲۰ تا ۲۳ قانون برنامه سوم چنین تفسیر و صلاحیتی را بر نمی‌تابد و در این خصوص صراحت قانونی لازم است که در این باره صراحتی وجود ندارد. چهارم، سیاق قانون‌گذار در این ماده را باید از این جهت دانست که این تصریح به دلیل نبود توازن میان طرفین قرارداد است، زیرا سازمان خصوصی‌سازی با اینکه مسئولیت انتقال مالکیت به بخش خصوصی را دارد، اما خود نهادی دولتی شمرده می‌شود. از این رو سیاق تصریحی قانون‌گذار در این ماده را باید با توجه به جایگاه این سازمان و نسبت طرفین اختلاف که ناشی از امر واگذاری باشد، نظاره نمود که خود مؤید انحصار صلاحیت هیئت داوری خصوصی‌سازی به امور حقوقی است. با این حال، عبارت مورد بحث در ماده ۲۰ در وهله اول موجب برخی اشتراکات لفظی با صلاحیت‌های مراجع اداری و یا کیفری می‌شود. از این رو این هیئت همانند هیئت داوری بورس دارای صلاحیت کیفری و یا اداری نیست و دو واژه شکایت و تصمیم در ماده یادشده را نباید دلالتی بر ماهیت کیفری و اداری صلاحیت این هیئت دانست و قانون‌گذار در اینجا دچار نوعی تساهل و تسامح در تعبیر گشته، رویه این هیئت داوری نیز گویای همین امر است. افزون بر این و به تعبیر برخی، هیئت داوری خصوصی‌سازی نهادی دولتی و شبه قضایی است و تصمیمات آن نیز به نحوی جزء تصمیمات دولتی تلقی می‌شود که اگر صلاحیت اداری می‌داشت، اصولاً باید مرجع

صالح برای رسیدگی به اعتراضات نسبت به آرای آن، دیوان عدالت اداری باشد، نه دادگاه ویژه به شرحی که در ماده ۲۳ آمده است. (سوادکوهی، ۱۳۷۹، ص ۱۹). البته ممکن است در این خصوص نظر معارضی نیز وجود داشته باشد که قائل به صلاحیت این هیئت داوری در اوصاف کیفری و انضباطی شود. (رامین، ۱۳۹۲، ص ۲۷۰). به نظر می‌رسد چنین تفسیری ناشی از ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی نحوه تشکیل جلسات و چگونگی اتخاذ تصمیمات هیئت داوری باشد. با این حال این ماده را باید چنین تفسیر نمود که مراد از بند الف، مواردی است که مبنای اختلاف ناشی از تخلف از مقررات باشد؛ در حالی که در بند ب، مبنای اختلاف مواردی است که ناشی از موافقت نکردن طرفین قرارداد است. در کنار ویژگی اشاره شده، در هیئت داوری خصوصی سازی همانند هیئت داوری بورس، لزوم وجود متخصصان و صاحب‌نظران اقتصادی و مالی (به‌عنوان عضو) به نحو مقتضی پیش‌بینی شده است؛ با این تفاوت که هیئت داوری بازار اوراق بهادار از سه نفر، ولی هیئت داوری خصوصی سازی از هفت نفر تشکیل شده‌اند. با این حال، هیئت داوری موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه تنفیذی در ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، با هیئت داوری موضوع قانون بازار اوراق بهادار از برخی جوانب دارای تفاوت هستند و این تفاوت‌ها ضمن اینکه موجب برخی تحلیل‌های ضد و نقیض خواهد شد، اسباب استنباط متفاوت در ابعاد صلاحیتی این دو هیئت را نیز فراهم خواهد کرد. بدین جهت ضرورت دارد به تفاوت‌های اساسی هیئت داوری خصوصی سازی و هیئت داوری بازار اوراق بهادار بپردازیم.

تفاوت‌های هیئت داوری خصوصی سازی و هیئت داوری بازار اوراق بهادار

مهم‌ترین تفاوت‌های این دو هیئت عبارت‌اند از:

الف- صلاحیت هیئت داوری بازار اوراق بهادار منحصر به حل و فصل اختلافات حرفه‌ای فعالان بازار است، ولی صلاحیت هیئت داوری خصوصی سازی محصور به شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی از هریک از تصمیم‌ها در امر واگذاری و انحصار آن به اختلافات حقوقی است. (صادقی، ۱۳۹۴: ۲۴۹)

ب- برخلاف هیئت دائوری خصوصی سازی، هیئت دائوری بازار اوراق بهادار را باید در پی کمیته سازش کانون‌ها، مرجع ثانویه رسیدگی به اختلافات دانست؛ حال آنکه هیئت دائوری خصوصی سازی خود مرجعی بدوی شمرده می‌شود.

ج- برخلاف هیئت دائوری خصوصی سازی که آرای آن به موجب ماده ۲۳ قابل اعتراض است، مطابق تبصره ۵ ماده ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار، آرای هیئت دائوری بازار اوراق بهادار قطعی و لازم‌الاجراست. با این تفاسیر ویژگی‌های اصلی هیئت دائوری خصوصی سازی را باید در مواردی چون صلاحیت ذاتی در رسیدگی به اختلاف ناشی از امر واگذاری؛ انحصار صلاحیت به امور حقوقی؛ صلاحیت بدوی، صلاحیت عام، اختصاصی، انحصاری و کشوری یافت.

د- در خصوص تحدید صلاحیت هیئت دائوری خصوصی سازی نسبت به صلاحیت هیئت دائوری بازار اوراق بهادار، همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، دائوری درباره خصوصی سازی به تصریح مواد قانونی تنها راجع به تصمیم‌ها در امر واگذاری و شکایات و اختلافات مربوط به واگذاری است که بنا به صراحت ماده دو آیین‌نامه نحوه تشکیل جلسات و چگونگی اتخاذ تصمیمات هیئت دائوری شامل اعتراض و توافق نداشتن طرفین قرارداد در هریک از تصمیمات واگذاری از جمله انعقاد قرارداد واگذاری، تفسیر و اجرای قرارداد یاد شده است. بنابراین رسیدگی به اقدامات و عملیات اجرایی که متعاقب قرارداد واگذاری در بورس انجام می‌گیرد، به موجب سیاق ماده یاد شده در دایره صلاحیت هیئت دائوری موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه توسعه قرار نگرفته است. لذا با عنایت به مقتضای اصل، صلاحیت هیئت دائوری خصوصی سازی منحصر به موارد مضیق و مصرح قانونی است. (صادقی مقدم، صادقی، ۱۳۹۴:۲۵۰)

نتیجه‌ای که از بحث فوق می‌توان گرفت بر این اساس است:

۱- هیئت دائوری خصوصی سازی دارای ماهیتی از جنس دائوری اجباری، شبه قضایی و صلاحیتی ذاتی است. ۲- برای درک این ماهیت باید شناسه اصلی مورد نظر قانون‌گذار را در نظر گرفت که همان صلاحیت رسیدگی به اختلافات ناشی از «امر واگذاری» است و غیر آن را دربر نمی‌گیرد. با درک این امر به روشنی می‌توان اذعان نمود که حتی این قید در ماده ۲۰ که این موضوع در قراردادهای تنظیمی واگذاری سهام قید می‌شود و به امضای طرفین قرارداد می‌رسد، مقوله‌ای ارشادی و اختیاری

است و حتی اگر در قراردادهای تنظیمی واگذاری سهام نیز قید نشده باشد، خللی در صلاحیت این هیئت به وجود نخواهد آورد؛ چراکه این هیئت در تمامی اختلافات ناشی از «امر واگذاری» صلاحیت ذاتی خواهد داشت و قید موردبحث برای ارشاد بوده و نمی‌تواند امری قلمداد شود، که اگر چنین باشد، فلسفه تشکیل هیئت موردبحث را زیر سؤال خواهد برد. استدلالی که ممکن است در این خصوص حربه‌ای برای اختیاری قلمداد کردن هیئت داوری خصوصی‌سازی قرار گیرد، تمسک به ماده ۲۱ آیین‌نامه نحوه تشکیل جلسات و چگونگی اتخاذ تصمیمات هیئت داوری است. در پاسخ به این استدلال هم ضمن اشاره به دغدغه قانون‌گذار در راستای تسهیل امر خصوصی‌سازی و تسامح در اجرای آن، به دنبال سرعت بخشیدن به فرایند اجرایی آن بوده، از این رو برخی احکام داوری اختیاری را (به نحو موردی و خاص) بر هیئت داوری حمل نموده که نمود بارز آن در موضوعاتی مانند اجرای آرای این هیئت است. به این دلیل، برای تحقق منویات قانون‌گذار و سرعت در به سرانجام رساندن امر خصوصی‌سازی، این مقرر به‌عنوان امری استثنایی پیش بینی شده است و نباید از آن قاعده‌ای کلی استخراج نمود.

۳- هیئت داوری قانون پیش‌فروش ساختمان

یکی از قراردادهایی که امروزه استفاده از آن به‌شدت گسترش یافته است، قراردادهای پیش‌فروش اموال می‌باشد. پایین بودن میزان عرضه برخی کالاها و عدم امکان پرداخت بهای کالای مورد نیاز توسط خریدار، از عوامل توسعه چنین قراردادهایی است. تولیدکنندگان نیز با پیش‌فروش کالای خود و دریافت مبالغی به‌صورت پیش‌پرداخت و تأمین بخشی از سرمایه از این طریق، مبادرت به تولید کالا می‌کنند. در طول سال‌های گذشته پیش‌فروش آپارتمان و اتومبیل به نحو چشمگیری گسترش یافته است در بسیاری از این قراردادها ثمن معامله به شکل مشخص تعیین نمی‌شود و راهکاری برای تعیین آن در آینده در نظر گرفته می‌شود. در برخی دیگر تعیین ثمن در آینده به اختیار فروشنده محوّل می‌شود و در برخی موارد روش‌های خاص دیگری برای محاسبه مبلغ قرارداد مورد استفاده قرار می‌گیرد. (ممی زاده، ۱۳۷۶: ۵) قانون پیش‌فروش ساختمان در سال ۱۳۸۹ به تصویب رسید. قانون اخیر، با الزامی

نمودن درج اسامی داوران در قرارداد پیش‌فروش، نوعی قانون تکمیلی مطلق به حساب می‌آید. از نظر قانون اخیر، داوران باید در قرارداد مشخص گردند و پیش‌بینی داور در قرارداد، به معنای آن است که رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد، در صلاحیت داور است. مکانیزمی که طرفین قرارداد در نظر نگرفته و به‌طور کامل قانون‌گذار آن را مقرر نموده است.

در این قسمت به بررسی داور در قانون پیش‌فروش ساختمان خواهیم پرداخت و مطالبی در این خصوص ارائه می‌کنیم.

شرایط تحقق داور و محدوده‌ی آن در قانون پیش‌فروش ساختمان

شرایط تحقق داور

به‌موجب ماده دو قانون پیش‌فروش آپارتمان مصوب ۱۳۸۹، در قرارداد پیش‌فروش باید حداقل به مواردی تصریح شود که یکی از این موارد، معرفی داوران می‌باشد. همچنین مطابق ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان: «کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجراء مفاد قرارداد پیش‌فروش توسط هیئت‌داوران 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. آئین‌نامه اجرائی این ماده توسط وزارت مسکن و شهرسازی و وزارت دادگستری تهیه و به تأیید هیئت‌وزیران خواهد رسید. داور موضوع این قانون تابع مقررات آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب خواهد بود.» هم‌چنین به‌موجب بند ۱۰ ماده ۲ قانون مزبور، طرفین قرارداد پیش‌فروش، قبل از بروز اختلاف ملزم به معرفی داور منتخب خود در قرارداد پیش‌فروش خواهند بود؛ بنابراین ملاحظه می‌گردد در صورتی که بروز اختلاف بین اصحاب دعوا، تفسیر و اجراء مفاد قرارداد، ارجاع آن به داور از سوی قانون‌گذار الزامی و اجباری اعلام شده است. در نتیجه مرجع قضایی، صلاحیت رسیدگی به اختلافات مزبور را ندارد. (سروی، ۱۳۹۰: ۷)

محدوده داور هیئت‌داوران در قرارداد پیش‌فروش ساختمان:

در خصوص ماده ۲۰ این قانون می‌توان بیان داشت: اگر بین طرفین در خصوص اصل قرارداد پیش‌فروش و به عبارتی در مورد صحت و اعتبار خود قرارداد وجود و یا عدم هریک از شرایط عمومی و اختصاصی آن اختلاف ایجاد شود، مرجع داوری صلاحیت رسیدگی به چنین اختلافی را ندارد، زیرا از یک‌سو ماده ۲۰ به کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد اشاره می‌کند نه کلیه اختلافات مرتبط با قرارداد؛ از سوی دیگر، از آنجا که قانون‌گذار در انتهای ماده تصریح می‌کند، داوری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان، تابع مقررات آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب خواهد بود و به موجب ماده ۴۶۱ این قانون: هرگاه نسبت به اصل معامله بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه ابتدا نسبت به آن رسیدگی و اظهار نظر می‌کند. لذا رسیدگی به اختلافات مربوط به اصل قرارداد پیش‌فروش، در صلاحیت داوری نیست؛ و مطابق ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی: هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید.

در نهایت باید گفته شود که ارجاع اختلاف به داوری، اثر فرعی قرارداد پیش‌فروش است نه اثر مستقیم آن، زیرا تا زمانی که طرفین دچار اختلاف نشوند، این اثر قرارداد مطرح نمی‌شود. (سروی، ۱۳۹۰: ۸) حکم مزبور در ماده فوق، حکمی امری است و طرفین قرارداد پیش‌فروش نمی‌توانند برخلاف آن تراضی نمایند. هم‌چنین به اعتقاد قانون‌گذار ایران، شرط داوری تابع عقد اصلی است و هیچ‌کدام از طرفین قرارداد نمی‌توانند پیش از برهم زدن قرارداد، شرط داوری را فسخ کنند و در صورت بطلان، فسخ یا اقاله، عقد اصلی تعهد ناشی از شرط داوری نیز ساقط می‌شود.

نقد و بررسی و ارائه پیشنهاد در ارتباط با موضوع داوری قانون پیش‌فروش آپارتمان در قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، طرفین مکلف به معرفی داور منتخب خود و تعیین داور ثالث گردیده‌اند. با توجه به این‌که بعد از بروز اختلاف اگرچه ارجاع اجباری موضوع اختلاف به داوری به شرح منعکس در ماده ۲۰ قانون مزبور از جمله مزایای آن قانون به شمار می‌آید؛ لیکن مکلف نمودن اصحاب دعوی قبل از بروز اختلاف به داوری از نکات منفی قانون مزبور می‌باشد، زیرا چه بسا ممکن است:

- ۱- اختلاف بین طرفین (پیش خریدار و پیش فروشنده) بروز نماید، در نتیجه تودیع هزینه احتمالی به داوران منتخب موجب تحمیل هزینه‌های غیرقانونی و غیرمنطقی به آنان خواهد شد. (سروی، ۱۳۹۰: ۸)
- ۲- انتخاب داوران در بدو امر ممکن است موجب دخالت بی‌مورد آنان در اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان گردد.
- ۳- با توجه به این‌که مشخص نیست در آینده در چه مرحله‌ای از موضوع قرارداد پیش‌فروش بین طرفین اختلاف حادث گردد، در نتیجه انتخاب داور از قبل تعیین شده که ممکن است اطلاعات کافی و لازم نسبت به موضوع مورد اختلاف نداشته باشد، باعث محروم نمودن طرفین از انتخاب داور ذی‌صلاح می‌گردد.
- ۴- تعیین شخص معین به‌عنوان داور، ممکن است در صورت انصراف هریک از طرفین و یا داوران و نیز فوت هریک از آنان باعث اختلاف و مشکل در امر داوری گردد.
- ۵- عدم تعیین شرایط اختصاصی برای داوران ممکن است موجب صدور رأی غیرمنطقی و غیرقانونی گردد؛ در نتیجه اغلب آن آرا ممکن است مورد اعتراض و یا درخواست ابطال از سوی هریک از طرفین در مراجع قضایی شود و منظور قانون‌گذار از حل و فصل دعاوی توسط مراجع غیر قضایی به ناکامی منجر گردد و اختلاف آنان پس از طی تشریفات یاد شده مجدداً به دادگستری ارجاع گردد که اگر چنین شود نه‌تنها موضوع داوری قانون مزبور هیچ کمکی به اصحاب دعوی نخواهد نمود، بلکه موجب تحمیل هزینه زیاد به آنان و اطاله رسیدگی در جهت حل و فصل خصومت فی‌مابین آنان خواهد شد و همچنین کمکی به کاستن حجم ورودی پرونده در مراجع قضایی و یا شبه قضایی نخواهد نمود. (سروی، ۱۳۹۰: ۸)
- ۶- با عنایت به این‌که در ماده ۲۰ قانون موصوف مقرر گردیده است، آیین‌نامه اجرایی موضوع ماده مرقوم در ارتباط با داوری متعاقباً تنظیم و به تأیید هیئت‌وزیران خواهد رسید و همچنین در قسمت اخیر آن ماده عنوان گردیده داوری موضوع این قانون تابع مقررات آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب خواهد بود فلذا شایسته است شرایط ویژه‌ای مبنی بر تعیین داوران متخصص و تحصیل کرده در رشته‌های

مربوطه به عنوان شرایط انتخابی داور انتخابی با انتصابی منظور تا آراء صادره از استحضامات لازم برخوردار شود.

۷- همچنین در آیین‌نامه اجرایی این نکته مقرر گردد که از حیث آموزش‌های ابتدایی در خصوص موارد اساسی که داوران باید رعایت نمایند؛ مثلاً در ارتباط با محدودیت زمانی جهت صدور رأی، موارد ابطال رأی داوری، ممنوعیت‌های مطلق و نسبی داوران به شرح منعکس در قانون آیین دادرسی مدنی، نحوه ابلاغ رأی داوری، مسئولیت‌های حقوقی، کیفری و انتظامی داوران و غیره پیش‌بینی‌های لازم صورت گیرد تا زحمات داوران به جهت عدم اطلاع آنان از قواعد شکلی آیین دادرسی مدنی در ارتباط با داوری خدشه‌دار نشود و موجبات بطلان و بی‌اعتباری آراء آنان فراهم نگردد. (سروی، ۱۳۹۰: ۸)

در این بخش ضمن بررسی ماهیت، اوصاف و ضمانت اجرای حقوقی قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، به این نتیجه دست یافتیم که: اولاً: قرارداد پیش‌فروش ساختمان از حیث ماهیت و اوصاف، قراردادی خاص با ویژگی‌های منحصر به فرد است که ماهیت آن را باید منحصراً بر اساس قانون مربوطه تحلیل نمود. ثانیاً: در راستای هدف تسهیل و تسریع رسیدگی به اختلافات ناشی از این قراردادها، قانون‌گذار نهاد داوری را پیش‌بینی کرده است که داوری مزبور از نوع داوری اجباری می‌باشد. به علاوه، با توجه به اهمیت و نقش داوری به‌عنوان یار و مددکار دستگاه قضایی در حل و فصل خصومت و به لحاظ نقائص قانونی که در آن خصوص وجود دارد و با التفات به اجباری نمودن موضوع داوری در قانون پیش‌فروش ساختمان، لازم است موانع و معایب آن قانون از طرق مقتضی برطرف تا اقبال عمومی به آن مهم روزافزون گردد. ملحوظ نمودن داوری اجباری در قانون پیش‌فروش آپارتمان نه تنها تعارض و مغایرتی با قانون اساسی از جهت فصل خصومت توسط دادگستری ندارد بلکه چنانچه به‌طور صحیح تدوین و اجرا گردد نقش مهم و ویژه‌ای در احقاق حق و رسیدگی عادلانه با نظارت مرجع قضایی خواهد داشت.

۴- داوری اجباری در قراردادهای پیمانکاری

اصولاً پیمان دارای معنای عام و خاص است. در معنای عام به هر نوع توافق و تعهد گفته می‌شود. در معنای خاص، قراردادی است اداری (۱۰) که جهت اجرای پروژه‌های عمرانی منعقد می‌گردد.

پیمان یا همان مقاطعه، قراردادی است که مطابق نمونه‌های تهیه‌شده سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی بین پیمانکار واجد شرایط (۱۱) از یک‌سو با یک دستگاه اجرایی یا کارفرما یا صاحب مقاطعه از سوی دیگر جهت انجام پروژه‌های عمرانی در مدت معین و در ازای دریافت اجرت معلوم که از محل بودجه عمرانی (۱۲) تأمین می‌گردد، منعقد می‌شود. (کریمی، پرتو، ۱۳۹۲: ۶۰-۶۱)

جریان داوری در اختلافات ناشی از پیمان‌ها

بر اساس ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان: الف) هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید، دو طرف می‌توانند برای حل سریع آن، قبل از درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری طبق بند (ج) برحسب مورد، به روش تعیین‌شده در بندهای یک و دو عمل نمایند:

۱- در مورد مسائل ناشی از برداشت متفاوت دو طرف از متون بخش‌نامه‌هایی که به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه از سوی سازمان برنامه و بودجه ابلاغ شده است، هریک از دو طرف از سازمان برنامه و بودجه چگونگی اجرای بخشنامه مربوطه را اعلام نماید و دو طرف طبق نظری که از سوی سازمان برنامه و بودجه اعلام می‌شود، عمل کنند.

۲- در مورد اختلاف نظرهایی که خارج از شمول بند یک است، رسیدگی و اعلام نظر درباره‌ی آن‌ها به کارشناس یا هیئت کارشناسی منتخب دو طرف واگذار شود و دو طرف طبق نظری که از سوی کارشناس یا هیئت کارشناسی، در چارچوب پیمان و قوانین و مقررات مربوط اعلام می‌گردد، عمل کنند.

ب) در صورتی که دو طرف در انتخاب کارشناس یا هیئت کارشناسی موضوع بند دو، به توافق نرسد یا نظر اعلام‌شده طبق بندهای یک و دو مورد قبول هریک از دو طرف نباشد، برای حل اختلاف، طبق بند (ج) اقدام می‌گردد.

ج) هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان دو طرف اختلاف نظر پیش آید، هریک از طرف‌ها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارائه نماید.

تبصره ۱- چنانچه رئیس سازمان یادشده، با تقاضای مورداشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف، شورای عالی فنی خواهد بود.

تبصره: رسیدگی و اعلام نظر شورای عالی فنی، در چارچوب پیمان و قوانین و مقررات مربوط انجام می‌شود. پس از اعلام نظر شورای یادشده، طرف‌ها بر طبق آن عمل می‌نمایند.

د) ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به شورای عالی فنی، تغییری در تعهدات قراردادی دو طرف نمی‌دهد و موجب آن نمی‌شود که یکی از دو طرف به تعهدات قراردادی خویش عمل نکند.

مطابق ماده مزبور، داوری‌های موضوع این شرایط، باید در شورای عالی فنی و یا داوری داوران انتخابی این شورا صورت پذیرد. داوران این شورا برای مدت چهار سال و از طرف دولت انتخاب می‌شوند و طرفین دخالتی در انتخاب اعضای شورا ندارند.

بر اساس ماده دو ضوابط مربوط به روش حل و فصل اختلاف‌های ناشی از اجرا یا تغییر قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی مصوب ۱۳۷۷ هیئت دولت: «هرگاه در تفسیر مفاد قراردادهای عمرانی اعم از مدیریت، مشاوره، ساخت و اجرا بین دو طرف قراردادهای یادشده اختلاف نظر پیش آید، هریک از طرف‌ها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارائه نماید». تبصره ۱- چنانچه رئیس سازمان یادشده با تقاضای مورداشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف، شورای عالی فنی سازمان برنامه و بودجه خواهد بود.

تبصره ۲- رسیدگی و اعلام نظر شورای مذکور باید در چارچوب قرارداد منعقدشده و قوانین و مقررات مربوط انجام شود. پس از اعلام نظر شورای یادشده طرف‌ها بر طبق آن عمل خواهند نمود.

بر اساس ماده چهار نیز سازمان برنامه و بودجه مفاد ماده دو و تبصره‌های آن را جزء شرایط عمومی استاندارد قراردادهای طرح‌های عمرانی اعم از مدیریت، مشاوره، ساخت و اجرا که با اشخاص داخلی منعقد می‌شود، منظور خواهد نمود.

به هر حال بر اساس ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، طرفین می‌توانند در صورت بروز منازعه به داوری شورای عالی فنی مراجعه نمایند. البته توافق طرفین در مراجعه به شورا لازم نیست و صرف مراجعه‌ی یکی از آن‌ها کافی است تا شورا صلاحیت داوری بیابد. اگرچه ظاهر بند سه ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، مراجعه به داوری را اختیاری دانسته است، اما الزامی بودن گنجانیدن این شرط در قرارداد و نیز کفایت مراجعه یکی از طرفین به مرجع داوری موجب می‌شود تا غالباً شرط داوری نسبت به یکی از طرفین حالت اجباری بگیرد. (کریمی، پرتو، ۱۳۹۲: ۶۵)

بنابراین، می‌توان داوری شورای عالی فنی در این قراردادهای پیمانکاری را اجباری دانست، زیرا شرط داوری در قراردادهای پیمانکاری منظور شده است. پس از درخواست یکی از طرفین از معاونت معاون برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس‌جمهور (۱۳) جهت تعیین داوری و موافقت این معاونت، شورای عالی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی به‌عنوان متولی امر داوری عمل می‌کند.

۵- داوری اجباری در قوانین خانواده

خانواده واحد بنیادین جامعه و کانون اصلی رشد و تعالی انسان است و به‌عنوان یک ساختار اجتماعی تصادفی محسوب نمی‌گردد (توحیدی، ۱۳۹۱: ۱۰) اسلام نیز برای خانواده جایگاه و منزلت خاصی قائل است و از آن به‌عنوان محبوب‌ترین و عزیزترین بنا نزد خداوند متعال یاد نموده (شیخ حر عاملی، ۱۳۸۷: ۲۶۶) و از هم گسستن آن را لرزاننده عرش عظیم الهی دانسته است. (شیخ حر عاملی ۱۳۸۷: ۲۶۸)

۱-۱- ماهیت داوری در قوانین خانواده

سؤالی که در اینجا مطرح می‌گردد آن است که داوری در دعاوی خانوادگی دارای چه ماهیتی است؟ آیا تعیین داور در واقع نوعی تعیین وکیل توسط طرفین دعوی است یا داوری دارای ماهیتی مستقل از وکالت می‌باشد؟ در ادامه بحث به این موضوع خواهیم پرداخت.

در خصوص ماهیت داوری، بیشتر دو دیدگاه میان فقها و حقوقدانان مطرح است. برخی معتقدند داور، در حقیقت وکیل طرفین دعواست و برخی دیگر داور را فراتر از وکیل می‌دانند و او را قاضی انتخابی طرفین یا اصطلاحاً قاضی تحکیم محسوب می‌کنند. به نظر آن دسته از حقوقدانان که قرارداد داوری نوعی وکالت می‌دانند، در قرارداد داوری، اشخاص به وکلای خود اختیار می‌دهند که درباره اختلافات آنان داوری کنند. رأی داور درباره طرفین و قائم‌مقام آن‌ها نافذ است ولی این نفوذ فقط ناشی از حاکمیت اراده ایشان است. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۳۵) این نظر بیشتر در بین حقوقدانان متداول شده است، اما در میان فقها تنها قاضی ابن براج به این نظر اشاره کرده که ایشان هم سرانجام این نظر را نپذیرفته است و در توجیه نپذیرفتن این نظریه بیان داشته است که «اگر توکیل باشد، تابع مقررات وکالت بوده و تابع شرایط آن خواهد بود.» (قاضی ابن براج، ۱۴۰۶: ۲۶۶) درحالی‌که می‌دانیم عقد وکالت عقدی جایز است و موکل می‌تواند هر زمان که اراده کند وکیل را از سمتش برکنار نماید. اگر داوری نیز ماهیتاً وکالت باشد، کسانی که داوران را برگزیده‌اند می‌توانند هر زمان که بخواهند داوران را عزل نمایند، درحالی‌که این امر با هدف ارجاع اختلاف به داوری که حل اختلاف طرفین به نحوی الزام‌آور و مؤثر است منافات خواهد داشت. بسیاری از فقها معتقدند منظور از حکم در آیه ۳۵ سوره نساء همان قاضی تحکیم می‌باشد؛ زیرا خداوند متعال در این آیه از داوران به حکم تعبیر نموده است. (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ج ۸، ۳۶۷، بحرانی، بی‌تا: ج ۲۴، ۶۲۹، شیخ طوسی، ۱۴۱۷: ج ۴، ۴۱۶) منظور از قاضی تحکیم، قاضی منتخب دو طرف دعوا می‌باشد که اصحاب دعوا بر قضاوت او توافق نموده‌اند و بنابراین بدین شکل نیست که هر طرف از جانب خود داوری را معرفی نماید. به علاوه قاضی تحکیم، قاضی‌ای است که شرایط لازم برای قضاوت را داشته باشد. (هدایت نیا، ۱۳۸۷: ۷۸) اکثر فقهای امامیه بین قاضی منصوب و قاضی منتخب از جهت شرایط تفاوتی قائل نشده‌اند. محقق حلی در این خصوص می‌گوید: «بیشتر فی‌ه ما یشرط فی القاضی المنصوب عن الامام» «شرط است در قاضی تحکیم، آن چه در قاضی منصوب از سوی امام شرط است.» (محقق حلی، ۱۴۰۹: ج ۴، ۸۶۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ج ۲، ۱۳۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲: ج ۲، ۶۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ج ۳، ۶۸)

نکته‌ای که در اینجا لازم به ذکر می‌رسد آن است که دائوری در اختلافات خانوادگی را نباید با دائوری به‌موجب قانون آئین دادرسی مدنی که می‌توان از آن تعبیر به دائوری عام نمود، یکی دانست. داور در اختلاف خانوادگی تنها صلاحیت رسیدگی به اختلافات زوجین را دارد، لذا قلمرو رسیدگی داوران محدود به اختلافات زوجین است درحالی‌که در قانون آیین دادرسی مدنی صلاحیت داوران محدودیتی ندارد و تنها چند مورد خاص (همچون دعاوی راجع به اصل نکاح و طلاق) از حدود صلاحیت ایشان خارج شده است و در سایر موارد صلاحیت دائوری دارند (۱۴)؛ بنابراین، نهاد دائوری در دعاوی خانوادگی ماهیتی مستقل از نهادهای وکالت، تحکیم و دائوری به‌موجب قانون آئین دادرسی مدنی می‌باشد. هرچند این نهاد از جهاتی با این نهادها شباهت دارد ولی تنها تفاوت‌های اساسی و غیرقابل‌انکاری با هر یک دارد که مانع از آن می‌باشد که این نوع دائوری را در هر یک از این قالب‌ها بگنجانیم. بدین جهت، دائوری در دعاوی خانوادگی، یک نهاد اختصاصی برای اختلافات خانوادگی می‌باشد که دارای ماهیتی خاص می‌باشد.

۱-۲- دائوری اجباری در نظم حقوق کنونی دعاوی خانوادگی

۱- حصر دائوری به دعاوی طلاق

موضوع دائوری یا حکمیت، مرافعات و منازعات خانوادگی است. ولی اختلافات خانوادگی نظیر طلاق، نفقه، مهریه، حضانت، اجرت حضانت، اجرت رضاع و ... متنوع و متکثر هستند. پرسشی که در جای خود اهمیت دارد این است که موضوع حکمیت در قوانین فعلی چیست؟ آیا هر نوع مناقشه‌ای قابل ارجاع به حکمیت است؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت: با توجه به قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق و هم‌چنین قانون حمایت خانواده جدید، موضوع دائوری دادخواست طلاق است و قلمرو آن نیز به دعاوی طلاق محدود می‌شود. در هیچ دعاوی دیگری غیر از طلاق، دائوری شکل نخواهد گرفت. به‌عنوان مثال، در دادخواست زوجیه به جهت نفقه یا حضانت فرزند، قانون، حکمیت را لازم ندانسته است؛ اگرچه منعی نیز در این باره وجود ندارد. (هدایت نیا، ۱۳۸۴: ۱۱۷) قانون فعلی از حیث موضوع حکمیت و قلمرو آن با قوانین پیش از

انقلاب متفاوت است. قلمرو داوری در قوانین پیش از انقلاب اسلامی وسیع‌تر از قوانین پس‌از آن بوده است. در قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸)، موضوع داوری مطلق اختلافات میان زن و شوهر بوده است. به موجب این قانون، مواردی چون اختلاف بین زن و شوهر راجع به سوء رفتار و عدم تمکین و نفقه و کسوه و سکنی و نیز هزینه طفل قابل ارجاع به داوری بوده است. از نحوه تنظیم ماده ۶۷۶ فهمیده می‌شود که موضوع داوری در این قانون «اختلاف بین زن و شوهر» است. این تعبیر عام بوده و شامل هر نوع دعوی میان زوجین می‌شود. مواردی که در متن ماده ذکر شده است، از باب مثال بوده و مصادیق اختلاف بین زن و شوهر محسوب می‌شود؛ بنابراین مواردی نظیر دعوای مهریه، حضانت طفل و ... نیز به داوری قابل ارجاع بوده است.

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ نیز موضوع داوری را بسیار وسیع در نظر گرفته بود. در ماده پنج این قانون، تنها رسیدگی به دعوای راجع به «اصل نکاح و طلاق» از ارجاع به داوری استثنا شده بود. این درحالی که است که در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، ارجاع اختلاف به داوری منحصر به مورد طلاق شده و حتی در مورد طلاق نیز طلاق توافقی از موارد ارجاع به داوری استثنا شده است. بدین ترتیب معلوم می‌شود که قانون‌گذار، موضوع عام داوری در قوانین پیش از انقلاب را در اصلاحات پس از انقلاب محدود کرده است.

۲- لزوم ارجاع اکثر دعوای طلاق به داوری

می‌دانیم که دعوای طلاق انواعی دارد. انواع طلاق با توجه به مستندات قانونی مربوط به هر کدام به شرح زیر است:

۱- طلاق به درخواست مرد؛ بر اساس قوانین موجود، شوهر می‌تواند با رعایت شرایط مذکور در قانون درخواست طلاق نماید (۱۵).

۲- طلاق به درخواست زن؛ قانون برای زن هم در مواردی حق درخواست طلاق پیش‌بینی کرده است (۱۶). ماده ۱۱۱۹ راجع به طلاق وکالتی از طریق شرط ضمن عقد، ماده ۱۱۲۹ راجع به ترک انفاق و ماده ۱۱۳۰ راجع به عسر و حرج است. ممکن است زوجه از شوهرش کراهت داشته باشد که در این صورت به استناد ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی (۱۷) می‌تواند درخواست طلاق نماید. همچنین در مورد غیبت زوج نیز

قانون‌گذار به زوجه حق داده است در صورتی که شوهرش چهار سال تمام غایب مفقودالثر باشد، از دادگاه درخواست طلاق نماید (۱۸).

طلاق توافقی (مبارات) نیز نوع دیگری از طلاق است؛ هرگاه زن و شوهر از یکدیگر کراهت داشته باشند، می‌توانند به استناد ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی (۱۹) به صورت توافقی از یکدیگر جدا شوند. همان‌طور که در قانون حمایت خانواده جدید (مصوب ۱۳۹۱) دیده می‌شود، ارجاع اختلاف به داوری، تنها به مورد طلاق منحصر شده و حتی طلاق توافقی نیز از ارجاع به داوری مستثنی گردیده است؛ بنابراین، مطابق قانون فعلی، دعوای طلاق (به جز طلاق توافقی) باید به حکمیت و داوری ارجاع شود، خواه از سوی زوج یا زوجه مطرح شده باشد. این مطلب می‌رساند که در اختلافات مربوط به طلاق، طرفین مجبورند به داور رجوع نمایند.

نتیجه‌گیری

۱- داوری علی‌القاعده اختیاری است، با این وجود، گاهی قانون‌گذار با در نظر گرفتن مزایای داوری، در خصوص پاره‌ای از موضوعات، تنها راه‌حل اختلافات را در داوری دیده و با تصویب قانون مربوط، داوری اجباری را خلق کرده است.

۲- داوری اجباری یا الزامی یا قهری، به این معنا است که مدعی حق ترضیع شده یا انکار شده، برای احقاق حق خویش، تنها مرجع دادخواهی برای وی داوری باشد و از مراجعه به دادگاه‌های دولتی محروم باشد. اجباری بودن داوری بدین قرار است که یا قانون خود مراجعه به هیئت داوری را ضروری می‌داند و یا این‌که طرفین را ملزم می‌کند که در قرارداد، شرط داوری را بگنجانند.

۳- از ویژگی‌های داوری اجباری در حقوق ایران می‌توان به وجود قرارداد یا قانون الزام‌آور، عدم ضرورت توافق طرفین جهت ارجاع اختلاف به داوری و الزام‌آور بودن رأی صادره از سوی داور اشاره کرد.

۴- داوری اجباری در حقوق ایران به شیوه‌های مختلف تقسیم بندی شده است. در یک تقسیم بندی این داوری به دو دسته نسبی و مطلق تقسیم شده است. داوری اجباری نسبی، بر اساس درخواست یکی از طرفین صورت می‌گیرد؛ به دیگر سخن، در این نوع داوری، یکی از طرفین درخواست ارجاع دعوا به داوری را از دادگاهی که در

آن اقامه دعوا شده است می‌نماید و قانون قاضی را ملزم می‌کند که اختلاف را به داوری ارجاع دهد. در داوری اجباری مطلق، به حکم قانون، دعوا به داوری ارجاع و طرفین نقشی در آن ندارند.

هم چنین در تقسیم بندی دیگری این داوری به دو دسته قانونی و قراردادی تقسیم شده است. مقصود داوری اجباری قراردادی، داوری‌هایی است که اگرچه پایه‌ی قراردادی داشته و به امضای طرفین می‌رسد، ولی نظر به الحاقی بودن قرارداد، در واقع اختیاری در کار نبوده و به درخواست هریک می‌بایست به داوری مراجعه نمایند. از جمله مصادیق داوری اجباری قراردادی می‌توان به داوری در قراردادهای بیمانکاری اشاره کرد. داوری اجباری قانونی به داوری گفته می‌شود که دارای منشأ قانونی است. بدین معنا که قانون، داوری را مرجع حل و فصل اختلافات قرار داده است. از جمله مصادیق داوری اجباری غیر قراردادی یا قانونی می‌توان به هیئت داوری بورس و اوراق بهادار، داوری در طلاق و... اشاره نمود.

۵- میان حق دادخواهی افراد و الزام آن‌ها به مراجعه به داوری، منافاتی وجود ندارد. چراکه سلب حق دادخواهی به معنای آن است که هیچ مرجع تظلم خواهی وجود نداشته باشد، درحالی‌که در داوری‌های اجباری، یا طرفین داور یا داوران را انتخاب می‌کنند و یا این‌که خود قانون‌گذار، هیئت‌های داوری را تدارک دیده است و در هر حال، امکان مراجعه به مرجع رسیدگی وجود دارد. از طرفی، وقتی قانون به تصویب شورای نگهبان می‌رسد، از آنجاکه شورای مزبور، وظیفه تطبیق قانون با قانون اساسی را دارد، مشکل مخالف قانون اساسی بودن داوری‌های اجباری نیز مرتفع می‌گردد و اهم تعارض داوری اجباری با قانون اساسی، سلب حق دادخواهی است. هم‌چنین دادخواهی صرفاً مراجعه به دادگاه نیست و از طرفی مراجعه به دادگاه، به معنای احقاق حق نیست. تراکم بخشنامه‌ها، قوانین، آیین‌نامه‌ها و تشریفات به قدری زیاد است که ممکن است دادخواهی در برابر دادگاه را کم ارزش جلوه دهد. ازسویی، سرعت رسیدگی در دادگاه‌ها بسیار پایین است، حکمی که پس از طی مدت مدید صادر می‌شود، ممکن است ارزش چندانی برای مدعی حق انکارشده نداشته باشد؛ اما داوری، تکنیک کم هزینه، کم تشریفات و سریع رسیدگی است و خصوصاً در مواردی که نیاز به سرعت در رسیدگی باشد، غرض مدعی را از دادخواهی تامین خواهد کرد.

۶- با ملاحظه قوانین دائری اجباری، این نکته به دست خواهد آمد که قانون‌گذار دائری اجباری را به‌طور کامل و عام در نظر نگرفته است و تنها دراموری دائری را اجباری نموده که سرعت، از اهمیت بالایی برخوردار است.

۷- از مصادیقی که روند دائری اجباری در آن جریان دارد، می‌توان به اختلافات اوراق بهادار، پیش‌فروش ساختمان، خصوصی‌سازی، قراردادهای پیمانکاری و اختلافات خانوادگی اشاره نمود.

۸- مطابق ماده‌ی ۵۹ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴، اختلافات بین فعالان بازار در صورت عدم سازش در کانون‌ها، توسط هیئت دائری رسیدگی می‌شود و مطابق تبصره‌ی سه ماده ۵۸ این قانون، آرای صادرشده از سوی هیئت دائری، قطعی و لازم‌الاجرا است. مطابق این ماده، دو معیار در تعیین صلاحیت هیئت دائری موردتوجه قرار گرفته است: اول این‌که اختلاف بین اشخاص مذکور در ماده مرقوم باشد و دوم آن‌که اختلاف «ناشی از فعالیت حرفه‌ای» باشد. رسیدگی در هیئت دائری، نیاز به موافقت‌نامه و قرارداد دائری نیست و صلاحیت آن نیز منوط به رضایت و توافق طرفین دعوا نیست، بلکه صلاحیت آن، منشأ قانونی دارد که از نوع صلاحیت ذاتی و از موارد دائری اجباری به‌شمار می‌رود.

۹- مستفاد از ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، هیئت دائری خصوصی‌سازی، تنها برای رسیدگی به شکایات و اختلافات در زمینه واگذاری سهام و مدیریت شرکت‌های دولتی مطرح از سوی اشخاص حقیقی و حقوقی صلاحیت دارد.

۱۰- در قانون پیش‌فروش ساختمان، درج شرط دائری در قرارداد پیش‌فروش، الزامی است. اصولاً افرادی که ساختمانی را به‌صورت پیش‌فروش مورد معامله قرار می‌دهند، در خصوص تخلف متعاملین، باید در کوتاه‌ترین زمان ممکن، متخلف را مورد پیگرد قرار داده و حق تضییع شده خویش را استیفا کنند. در این‌گونه قراردادها، پیش‌فروشنده، بر روی تعهدات پیش‌خریدار، حساب باز کرده و احیاناً با توجه به پرداخت‌های مرتب او، بنا دارد که ساختمان را تکمیل کند و از طرفی، سایر پیش‌خریداران مترصد آماده شدن و تحویل گرفتن ساختمان خود می‌باشند. اخلال در ایفاء تعهدات باید به سرعت

مرتفع گردد و مراجعه به دادگستری، تکافوی سرعت لازم را نمی نماید. لذا رسیدگی این اختلافات از طریق راهکار داوری اجباری پیش بینی شده است. در پایان می توان گفت نظام قضایی کشور ما نیز به منظور حل معضلات مختلف، از جمله حجم بالای پرونده های ورودی و اطلاع دادرسی، نیاز به توسعه سیاست های کارآمد از جمله طراحی نظام داوری اجباری است که شایسته است با برنامه ریزی دقیق و با حمایت کامل از سوی مراجع مختلف وهم چنین تامین امکانات و منابع انسانی، این نظام داوری در جهت حل اختلافاتی که نیاز به سرعت ویژه و تشریفات کم در جامعه دارند، گسترش یابد.

یادداشت‌ها

- (۱) مطابق این اصل، دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می تواند به منظور دادخواهی به دادگاه های صالح رجوع نماید، همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاه ها را در دسترس داشته باشند و هیچ کس را نمی توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.
- (۲) تبصره ۱ ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار
- (۳) بند ۵، ماده ۱، قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران
- (۴) اختلاف بین کارگزاران، بازارگردانان، کارگزاران، معامله گران، مشاوران سرمایه گذاری، ناشران، سرمایه گذاران و سایر اشخاص ذی ربط ناشی از فعالیت حرفه ای آنها در صورت عدم سازش در کانون ها توسط هیئت داوری رسیدگی می شود.
- (۵) این موضوع، بر هیئت داوری بازار اوراق بهادار نیز صدق می کند.
- (۶) ماده ۲۲ قانون برنامه سوم توسعه مقرر می دارد: جلسات هیأت داوری با حضور حداقل پنج نفر از اعضاء رسمیت خواهد یافت و تصمیم های آن با رأی اکثریت اعضای حاضر در جلسه دارای اعتبار قانونی است (نظر اقلیت نیز باید در صورت مجلس قید و به امضاء برسد).
- (۷) ماده ۱ آیین نامه اجرایی نحوه تشکیل جلسات و چگونگی اتخاذ تصمیمات هیات داوری موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه

(۸) بند د ماده ۲ آیین نامه اجرایی

(۹) این موضوع در متن وکالت نامه های سازمان یادشده با عنوان «مورد وکالت» به این شرح قید می شود: فروش و نقل و انتقال سهم موکل و هرگونه سهام ناشی از افزایش سرمایه در آینده به هر شخص حقیقی یا حقوقی ولو به خود، با هر شرایط و به هر قیمت که وکیل (سازمان خصوصی سازی) صلاح بداند.

(۱۰) قرارداد اداری مفهومی است پیچیده و به شدت محل اختلاف. در عین حال باید توجه داشت که بین قراردادهای دولت، قراردادهای دولتی و قرارداد اداری تفاوت معنایی وجود دارد.

(۱۱) این شرایط در آیین نامه تشخیص صلاحیت پیمانکار مصوب ۱۳۸۱ آمده است. براساس ماده ۴ این آیین نامه، پیمانکار می بایست گواهینامه صلاحیت دریافت کرده باشد: «...چ: پیمانکار: شخص حقیقی یا حقوقی که برای انجام کار، طبق مقررات و شرایط مندرج در این آیین نامه، گواهینامه صلاحیت پیمانکاری دریافت کرده باشد. ح: پیمانکار حقوقی: پیمانکاری که پس از ثبت در اداره ثبت شرکت ها و مالکیت های صنعتی و یا در اداره ثبت اسناد و املاک، با داشتن شرایط لازم، گواهینامه صلاحیت پیمانکاری دریافت کرده باشد. خ: پیمانکار حقیقی: فردی که با داشتن شرایط لازم، گواهینامه صلاحیت پیمانکاری دریافت کرده باشد...».

(۱۲) مقصود این است که هزینه لازم برای انجام طرح های عمرانی در بودجه عمومی کل کشور پیش بینی شده و به اصطلاح دارای ردیف بودجه ای است.

(۱۳) سازمان برنامه و بودجه جای خود را به دومعاونت داده است که یکی از آن ها، معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی می باشد.

(۱۴) رجوع شود به ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در

امور مدنی

(۱۵) در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی (اصلاحی ۱۳۸۱/۹/۴) چنین آمده است: مرد می

تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را نماید.

(۱۶) در تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی آمده است: تبصره: زن نیز می تواند با وجود شرایط مقرر در مواد (۱۱۱۹)، (۱۱۲۹) و (۱۱۳۰) این قانون، از دادگاه تقاضای طلاق نماید.

(۱۷) ماده ۱۱۴۶: «طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به شوهر می دهد طلاق بگیرد، اعم از این که مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد.»

(۱۸) ماده ۱۰۲۹: «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقود الاثر باشد، زن او می تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق می دهد.»

(۱۹) ماده ۱۱۴۷: «طلاق مبارات آن است که کراهت از طرفین باشد، ولی در این صورت عوض باید زائد بر میزان مهر نباشد.»

کتابنامه

کتب و مقالات فارسی:

- ۱- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۱)، حقوق داوری و دعاوی مربوطه آن در رویه قضایی، تهران، شرکت سهامی انتشار
- ۲- رامین، محمدعلی (۱۳۹۲)، حل و فصل اختلافات در بازار سرمایه، تهران: انتشارات بورس، ۱۳۹۲
- ۳- سروی، محمدباقر (۱۳۹۰)، بررسی جایگاه داوری در قانون پیش فروش ساختمان، مجله قضاوت، سال اول، شماره ۷۰
- ۴- سوادکوهی، سام (۱۳۷۹)، تولد داوری اجباری یا مرحله ای از دادرسی؛ نگرشی به هیئت داوری و شورای حل اختلاف در قانون برنامه سوم توسعه، ماهنامه دادرسی، سال چهارم، شماره ۲۲
- ۵- شمس، عبدالله (۱۳۸۴)، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، تهران: دراک
- ۶- صادقی، محمد؛ صادقی مقدم، محمد حسن (۱۳۹۴) مرجع صلاحیت دار حل اختلاف در بازار سرمایه ایران، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲

- ۷- صادقی مقدم، محمدحسن و میرزاده کوهشاهی، نادر (۱۳۹۲)، آیین رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت. تهران: انتشارات دانشگاه تهران
- ۸- عبده، جلال (۱۳۱۸)، داوری الزامی و اختیاری، مجله مجموعه حقوقی دادگستری، شماره ۱۲۶
- ۹- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۳)، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، تهران: کانون وکلای دادگستری مرکز
- ۱۰- کریملو، وجیهه (۱۳۸۹)، داوری بازار اوراق بهادار در نظام حقوقی ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبایی
- ۱۱- کریمی، عباس، پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۲)، حقوق داوری داخلی، تهران: موسسه انتشارات دادگستر
- ۱۲- مافی، همایون (۱۳۹۵)، شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، تهران: انتشارات دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
- ۱۳- محمدزاده اصل، حیدر (۱۳۷۹)، داوری در حقوق ایران، تهران: انتشارات ققنوس
- ۱۴- ممی زاده، مهدی (۱۳۸۹)، ماهیت، شرایط و آثار قرارداددهای پیش‌فروش ساختمان، ماهنامه کانون، سال اول، شماره ۹۲
- ۱۵- میرزایی منفرد، غلامعلی (۱۳۹۰)، حقوق بازار اوراق بهادار (بخش اختلافات)، تهران: نشر میزان
- ۱۶- واحدی، قدرت‌الله (۱۳۷۷) آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، تهران: نشر میزان
- ۱۷- هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۸۷)، داوری در حقوق خانواده، قم: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- منابع عربی:
- ۱۸- اسدی حلی، ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۰ق)، ارشاد الاذهان، جلد ۲، قم: موسسه النشر الاسلامی
- ۱۹- بحرانی، یوسف، (۱۴۱۵ق) الحقائق الناظره، جلد ۲۴، قم: جماعه المدرسین، بی تا.

- ۲۰- حرعاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه فی تحصیل مسائل الشرعیه، جلد ۱۶، قم: موسسه تبیان
- ۲۱- طوسی، ابن جعفر محمدبن الحسن (۱۴۱۷ق)، الخلاف، جلد ۴، قم: موسسه النشر الاسلامی
- ۲۲- قاضی ابن براج، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق)، المهذب، جلد ۲، قم: جامعه مدرسین
- ۲۳- محقق حلی، ابی القاسم نجم الدین (۱۴۰۹ق)، شرایع الاسلام، تهران: استقلال
- ۲۴- مکی عاملی (شهیدثانی)، محمدبن جمال الدین (۱۴۱۰ق)، شرح اللمعه، جلد ۴، قم: داوری