

بررسی ماهیت هیأت داوری موضوع ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ با نگاهی به رویه قضایی

o.rezvanian@imps.ac.ir

اویس رضوانیان

استادیار گروه حقوق موسسه عالی آموزش و پژوهش
مدیریت و برنامه‌ریزی.

پذیرش: ۱۳۹۶/۰۵/۲۸

دریافت: ۱۳۹۵/۱۲/۲۹

چکیده: با وجود اینکه سال‌ها از معرفی هیأت داوری واگذاری (موضوع ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴) می‌گذرد، هنوز مشخص نیست که آیا اطلاق نام داوری به این هیأت تاسیسی تنها یک اشتراک لفظی است، یا به واقع نهاد داوری - در معنای دقیق حقوقی- مورد نظر قانون‌گذار بوده است. در پژوهش حاضر، برای پاسخ به این پرسش و بررسی ماهیت این هیأت، دو رویکرد مختلف مورد توجه قرار گرفته است. در بخش نخست، مبانی بنیادین داوری معرفی گردیده و در هر مورد، با انطباق آن بر هیأت داوری موضوع ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، آزموده شده، که آیا این هیأت داوری واجد این ویژگی‌های بنیادین است یا خیر. در بخش دوم، رویه قضایی ایران مورد بررسی قرار گرفته تا مشخص شود که نگاه و رویکرد مرجع قضایی به این هیأت چگونه است. اگرچه نتایج به‌دست آمده از هر دو بخش این پژوهش، حاکی از ابهام و تشتت مقنن و مرجع قضایی در مواجهه با این نهاد تاسیسی است، و اگرچه دلایلی در رد یا تایید هر دو سوی ماجرا وجود دارد، اما مجموع بررسی‌ها نشان از تفاوت‌های اساسی این هیأت تاسیسی با نهاد داوری دارد.

کلیدواژه‌ها: داوری، هیأت داوری واگذاری، خصوصی‌سازی، سیاست‌های کلی اصل ۴۴،
قانون برنامه سوم توسعه.

طبقه‌بندی JEL: K23, K41, K42

قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، در فصل سوم با عنوان «واگذاری سهام و مدیریت شرکت‌های دولتی» به دولت اجازه داد که با رعایت مقررات قانونی، سهام شرکت‌های قابل واگذاری بخش دولتی را که ادامه فعالیت آن‌ها در بخش دولتی غیرضروری است، به بخش‌های تعاونی و خصوصی بفروشد. این قانون متعاقباً در ماده ۲۰، رسیدگی، اظهارنظر و اتخاذ تصمیم در مورد شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی از هر یک از تصمیم‌ها را در امر واگذاری به صلاحیت هیأت داور داور دانست و طرفین را ملزم نمود که در قراردادهای تنظیمی واگذاری سهام این موضوع را قید نمایند. قانون‌گذار همچنین در مواد ۲۱ تا ۲۳ همین قانون، ضمن تعیین اعضای هیأت داور و واگذاری، شرح کوتاهی از نحوه تشکیل جلسات رسیدگی هیأت داور و نیز، صدور رای و نحوه اعتراض به آن را بیان نمود.

اگرچه مواد راجع به هیأت داور و واگذاری در برنامه چهارم و پنجم توسعه هم مورد تنفیذ قرار گرفت و در نهایت بر اساس ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، تبدیل به نهادی دائمی گردید، اما این پرسش همچنان به قوت خود باقی است که آیا هیأت داور موصوف به معنای واقعی نهاد داور است یا خیر. به عبارت دیگر، آیا در ایجاد نهادی با عنوان هیأت داور و واگذاری، آنچه مورد نظر قانون‌گذار بوده است نهاد داور به معنای مالوف و شناخته‌شده آن در ادبیات حقوقی است یا باید آن را فقط اشتراک لفظی تلقی کرد و چنین نتیجه گرفت که نهاد تاسیسی اشاره شده، به جز شباهت نام، نسبت و ارتباط دیگری با نهاد داور ندارد.

اهمیت این موضوع از آن‌رو است که نهاد داور، آن‌گونه که در عرف و ادبیات حقوقی شناخته و تعریف شده است، مبانی و آثاری دارد که در قوانین کشورها - و از جمله در قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داور تجاری بین‌المللی ایران - مورد توجه قرار گرفته و طرفین اختلاف باید چه در زمان توافق برای داور و چه در مراحل بعدی، این مبانی و آثار حقوقی را در نظر داشته باشند. اما اگر منظور مقنن از معرفی هیأت داور موصوف در قانون برنامه سوم توسعه - و اکنون در ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی - داور به معنای دقیق آن نباشد، طرفین اختلاف نه می‌توانند از مزایای داور مندرج در این قوانین بهره‌مند شوند و نه ملزم به رعایت الزامات قانونی راجع به آن هستند. برای مثال، قانون آیین دادرسی مدنی در باب داور، افرادی را به طور مطلق و برخی دیگر را بدون تراضی طرفین از داور در اختلافات منع کرده است. حال اگر هیأت داور و واگذاری را داور به معنای قانونی آن بدانیم، ضروری است که این الزامات رعایت گردیده و از حضور این افراد به

عنوان اعضای هیأت داورى پرهیز شود؛ اما در غیر این صورت، الزامی به رعایت این چارچوب نیست. پرسش بنیادین این پژوهش این است که آیا هیأت داورى واگذارى موضوع ماده ۳۰ قانون اجرائى سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسى را می‌توان داورى به معنای واقعی دانست یا خیر. برای پاسخ به این پرسش، دو رویکرد پژوهشى مختلف در نظر گرفته شده و در نهایت، نتایج به‌دست آمده از این دو رویکرد، با یکدیگر مقایسه گردیده و جمع‌بندی میسر می‌شود. بر این اساس، بخش اول مقاله ناظر بر بررسى مبانی نظری و پاره‌ای الزامات شکلی داورى و نیز تطبیق این مبانی و الزامات با ماهیت هیأت داورى موضوع ماده ۳۰ قانون است. در این بررسى، ابتدا مبانی پایه‌ای داورى (نظیر موافقت‌نامه داورى و نیز حق طرفین برای انتخاب و جرح داوران) تعریف گردیده و در هر مورد، نگاه مقنن ایرانی به این موضوع - که در قانون آیین دادرسی مدنى و نیز قانون داورى تجارى بین‌المللى تبلور یافته است - بررسى خواهد شد. سپس ساختار و شیوه کار هیأت داورى واگذارى با این مبانی قانونى و پایه‌ای مقایسه می‌گردد تا مشخص شود که تا چه اندازه حائز الزامات مقرر در قانون است.

بخش دوم پژوهش، ناظر به بررسى رویکرد مراجع قضایى در خصوص آرای صادره از این هیأت خواهد بود و پرسش اصلی نیز این است که آیا رویه قضایى مبتین نگاه مشخصی به این هیأت است یا خیر. به عبارت دیگر، اگر این منظور از داورى موضوع ماده ۳۰ قانون اجرائى سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسى، همان داورى موصوف در باب هفتم آیین دادرسی (در اختلافات داخلی) یا قانون داورى تجارى بین‌المللى (در اختلافات بین‌المللى) باشد، باید با آرای آن نیز منحصرأ بر اساس مبانی مشخص شده در قانون برخورد گردد؛ به این معنا که، در رسیدگی به آرای داورى داخلی، قاضى باید در صورت وجود مبانی ابطال رای داورى مندرج در ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنى، تنها نسبت به ابطال رای داورى اقدام نموده و از اصلاح و رسیدگی ماهوى نسبت به رای داورى اجتناب نماید. همین وضعیت در خصوص رای داورى بین‌المللى وجود دارد و باید برابر مقررات فصل هفتم قانون داورى تجارى بین‌المللى ۱۳۷۶ (مواد ۳۳ و ۳۴) رفتار شود.

پرسش ابتدایی این است که وقتی از داورى سخن می‌گوییم، دقیقاً چه نهادى و با چه پایه‌ها و مبانی و مختصاتى را در نظر داریم. در واقع پاسخ به این پرسش می‌تواند از یک سو، تصویر گسترده‌ای از نهاد داورى و ویژگی‌های آن را نمایان سازد و از سوی دیگر، وجه افتراق داورى را با هر آن‌چه که داورى نیست (نظیر دادگاه، میانجى‌گرى، هیأت حل اختلاف و سایر شیوه‌های جایگزین) مشخص کند. جوهر و مولفه‌های بنیادین داورى، آن‌گونه که ردفرن و هانتز بیان می‌کنند، بر چهار پایه استوار است: اول، توافق داورى؛ دوم، انتخاب داوران؛ سوم، تصمیم دیوان داورى؛ و چهارم، اجرائى کردن رای

داوری (Redfern & Hunter, 2004). این جوهر و چارچوب در پژوهش پژوهشگران و حقوق دانان دیگر نیز کمابیش مورد توجه و تایید قرار گرفته است^۱ و از منظر تاریخی نیز، پژوهش‌هایی در خصوص داوری در روزگاران دور -پیش از آنکه کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی نظام حقوقی داوری را به رسمیت بشناسند- از وجود چنین اصولی خبر می‌دهد (Biancalana, 2005). علاوه بر این، کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی^۲ نیز ماهیت توافقی داوری و حق طرفین را برای انتخاب داوران مورد تاکید و توجه قرار داده است.

نگارنده البته تفاوت‌های داوری بین‌المللی و داخلی و همچنین الزاماتی را که هر یک از این‌ها باید رعایت نمایند، در نظر دارد و در نهایت نیز موضوع پژوهش را نه در متون و کنوانسیون‌های بین‌المللی، که در قوانین داخلی جستجو کرده و با آنها تطبیق خواهد داد. از این‌رو، زمانی که سخن از داوری به میان می‌آید، در معنایی که امروزه در جهان شناخته می‌شود، تفاوت اصول میان پایه‌ها و مبانی فلسفه داوری در سطح داخلی و بین‌المللی وجود ندارد، اگرچه الزامات شکلی و تشریفات آنها و البته نحوه اجرا یا ابطال آرای آن می‌تواند متفاوت باشد. به عبارت دیگر، مبانی چهارگانه‌ای که توسط ردفرن و هانتز^۳ (۲۰۰۴) برای تشخیص داوری از هر آنچه غیرداوری است ارائه شده، اختصاص به داوری بین‌المللی نداشته و در واقع نوعی بیان فلسفه داوری است که کمابیش می‌تواند در داوری‌های داخلی نیز به عنوان معیار و سنجه بکار گرفته شود. بنابراین، اگرچه موضوع این پژوهش راجع به داوری داخلی و به طور مشخص هیأت داوری واگذاری است، اما همچنین مبانی پایه‌ای داوری تجاری بین‌المللی، تا آنجا که بتواند اصل و اساس نهاد داوری و فلسفه وجودی آن را روشن نماید، مورد توجه قرار خواهد گرفت.

در ابتدای مقاله، تذکار این نکته ضروری است که با توجه به اینکه مواد ۲۰ تا ۲۴ قانون برنامه سوم توسعه، به طور روشن، در ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مورد تنفیذ قرار گرفت، ارجاع به هر یک از این دو قانون در خصوص هیأت داوری موصوف به معنای واحد است.

۱. نگاه کنید به: Greenberg, Kee & Weeramantry (2010), p 21
2. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)
3. Alan Redfern and Martin Hunter

الف. بررسی ماهیت هیأت داوری واگذاری از منظر مبانی داوری

۱. موافقت‌نامه داوری، جایگاه و آثار آن

در بررسی قوانین و مقررات راجع به هیئت داوری واگذاری، چنین به نظر می‌رسد که قانون‌گذار، نگاه واحد و مشخصی به ماهیت و کارکرد این هیأت نداشته و مبتلا به نوعی تشتت بین داوری به معنای اصطلاحی آن (آن‌گونه که در باب هفتم آیین دادرسی مدنی معرفی شده است) و قضاوت خارج از دادگاه است. برخی از مواد آیین‌نامه اجرایی نحوه تشکیل جلسات و چگونگی اتخاذ تصمیمات هیئت داوری واگذاری، به طور روشن، اشاره به باب هفتم آیین دادرسی مدنی داشته و چنان می‌نماید که همین نهاد منظور نظر مقنن بوده است.^۱ اما شواهد بسیار دیگری نیز وجود دارد که حکایت از ماهیت متفاوت این هیأت با داوری موضوع باب هفتم نموده و آن‌چنان‌که در این پژوهش نشان داده خواهد شد، چنین به نظر می‌رسد که رویه قضایی نیز در تایید این ماهیت متفاوت است.

توافق داوری را می‌توان چارچوب قانونی این نهاد نامید، به گونه‌ای که بدون وجود چنین توافقی، تصور نهادی با عنوان داوری دشوار می‌نماید. توافق داوری از یک سو مبنای صلاحیت داوران است و از سوی دیگر، تنها منبع اعتبار رای ایشان به شمار می‌آید. از همین‌رو، تمامی کنوانسیون‌ها و قوانین راجع به داوری، حتی اگر تعریفی از خود داوری به دست نداده باشند، توجه مبسوط و دقیقی به تعریف توافق داوری داشتند (Poudret & Besson, 2007). برای نمونه، کنوانسیون نیویورک که فراگیرترین میثاق میان کشورها جهت شناسایی و اجرای احکام داوری بین‌المللی است^۲، ضرورت وجود توافق داوری را مورد توجه قرار داده و الزامات اولیه آن را نیز مشخص کرده^۳ و حتی یکی از مبانی ابطال آرای داوری را فقدان توافق داوری یا بی‌اعتباری آن بیان نموده است^۴. علاوه بر این، قانون نمونه آنسیترال^۵ که مبنا یا

۱. برای مثال، ماده ۲۱ این آیین‌نامه تصریح دارد که پس از ابلاغ رای [...]، ذی‌نفع طبق مقررات باب داوری قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، می‌تواند از دادگستری تقاضای اجرای رای نماید.

۲. تا زمان نگارش این مقاله، ۱۵۶ کشور جهان به این کنوانسیون پیوسته‌اند.

۳. بندهای ۱ و ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸

۴. قسمت اول از بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک

5. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) with Amendments as Adopted in 2006.

منبع الهام قوانین داوری تجاری بین‌المللی بسیاری از کشورهای جهان بوده است، در ماده ۷ به تعریف و بیان الزامات شکلی موافقت‌نامه داوری پرداخته^۱ و به دنبال آن، کشورهای بسیاری - از جمله ایران - مشابه همان تعریف و الزامات را در قوانین خود بکار بسته‌اند^۲. در کنار این قوانین و کنوانسیون‌ها، قواعد داوری سازمان‌های داوری نیز توجه ویژه‌ای به موافقت‌نامه داوری و توصیف و تعریف آثار آن داشته‌اند^۳. در داوری داخلی اما شرایط اندکی متفاوت است. کنوانسیون نیویورک و قوانین داوری تجاری بین‌المللی کشورها که مانند چتری بر فراز داوری‌های بین‌المللی گسترده شدند، در داوری‌های داخلی کاربردی نداشته و بسیاری از کشورها آیین شکلی متفاوتی را برای داوری‌های داخلی خود وضع کرده‌اند. بنابراین، اگرچه فلسفه و مبانی داوری (ارجاع توافقی اختلاف به شخص مرضی‌الطرفین برای حل و فصل) در سطوح داخلی و بین‌المللی تفاوت اصولی و اساسی با یکدیگر ندارد، اما وقتی سخن از داوری داخلی به میان می‌آید، به جای کنوانسیون‌های بین‌المللی و قوانین داوری تجاری بین‌المللی کشورها، باید قوانین داخلی را مورد توجه قرار داد و البته باز هم، قواعد سازمان‌های داوری را از نظر دور نداشت.

توافق داوری، در معنای عام خود، آثاری دارد که از جمله مهم‌ترین آن می‌توان به، سلب صلاحیت از دادگاه و الزام طرفین به مراجعه به مرجعی غیر از مرجع عام تظلم‌خواهی (دادگستری) اشاره کرد. به دیگر سخن، طرفین با انعقاد موافقت‌نامه داوری، حقی را از خود سلب کرده و خود را در معرض مخاطرات یا محدودیت‌هایی قرار می‌دهند. علاوه بر این، موافقت‌نامه داوری به شخص ثالثی اعطای صلاحیت می‌کند تا نه‌تنها به موضوع اختلاف طرفین رسیدگی کرده و فصل خصومت نماید، بلکه در صورت لزوم، در خصوص صلاحیت خود^۴ و اعتبار شرط داوری نیز تصمیم بگیرد^۵. همچنین، بر اساس

1. "Arbitration Agreement" is an Agreement by the Parties to Submit to Arbitration all or Certain Disputes which have Arisen or which May Arise between them in Respect of a Defined Legal Relationship, Whether Contractual or not. An Arbitration Agreement May be in the form of an Arbitration Clause in a Contract or in the form of a Separate Agreement.

۲. مواد ۱ (ج) و ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران.

۳. برای مثال، قواعد دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)، در ماده ۶ و ذیل عنوان «آثار موافقت‌نامه داوری» (Effect of the Arbitration Agreement) به بیان آثار موافقت‌نامه داوری پرداخته است.

۴. قاعده صلاحیت برای صلاحیت (Competence) به داور اختیار می‌دهد تا در خصوص صلاحیت خود در مورد رسیدگی به پرونده نیز تصمیم‌گیری کند.

۵. اگرچه این صلاحیت و اختیار داور در داوری‌های بین‌المللی به رویه‌ای پذیرفته‌شده، تبدیل گردیده است، اما در داوری‌های داخلی با محدودیت‌هایی مواجه است. قواعد داوری سازمان‌های داوری هم چنین اختیاری را برای داور فراهم آورده‌اند.

قاعده استقلال، شرط داوری^۱ موافقت‌نامه داوری، حیاتی مستقل از قرارداد اصلی داشته و بی‌اعتباری، بطلان یا فسخ قرارداد اصلی، لطمه‌ای به موجودیت شرط داوری وارد نمی‌کند.

در قانون آیین دادرسی مدنی ایران، اگرچه قانون‌گذار تعریف مشخصی از موافقت‌نامه داوری به‌دست نداده است، اما در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ بر عنصر تراضی طرفین به عنوان شرط لازم برای ارجاع اختلافات به داوری تصریح داشته است. بر اساس ماده ۴۵۵، متعاملین می‌توانند ضمن معامله ملزم شوند یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف میان آنان به داوری مراجعه کنند. مفهوم مخالف این ماده و توجه به عبارات قانون‌گذار در مخیر گذاشتن طرفین برای تراضی، چنین تداعی می‌کند که چنان‌چه طرفین توافقی بر داوری نکنند، در پایه، نهادی به نام داوری شکل نخواهد گرفت و همچنین مبنایی برای الزام طرفین در باب مراجعه به این نهاد وجود نخواهد داشت. هر چند، پرواضح است که حتی اگر چنین تصریحی هم وجود نمی‌داشت، با توجه به ماهیت عقدی داوری، شرایط اساسی لازم برای صحت معاملات^۲ از حیث قصد و رضای طرفین و اهلیت آنها و معین‌بودن موضوع و مشروعیت جهت عقد باید رعایت گردد.

درک اهمیت و جایگاه توافق در داوری در نظام حقوقی ایران موضوع جدیدی نیست و سوابق نشان می‌دهد که از دیرباز این اهمیت مورد توجه قانون‌گذار نیز بوده است. چرا که به موجب قانون اصول محاکمات حقوقی ۱۲۸۹ که در واقع نخستین قانون مصوب در این زمینه به شمار می‌آید، داوری در اصل موکول به تراضی طرفین گردیده بود (افتخارجهرمی، ۱۳۷۸). طبق ماده ۷۵۷ قانون مذکور «کلیه اشخاصی که صلاحیت (طرح) دعوی را دارند، می‌توانند منازعه خود را به حکمیت یک یا چند نفر که به عده طاق به تراضی انتخاب کرده‌اند واگذار نمایند». ماده ۷۵۸ نیز تصریح داشت که موافقت‌نامه داوری باید به امضای اصحاب دعوی و داور یا داوران منتخب ایشان برسد.

با این مقدمات، این پرسش‌ها مطرح می‌گردد که نخست، آیا به موجب قانون می‌توان طرفین را - بدون آنکه توافقی کرده باشند - ملزم به مراجعه به نهادی غیر از مرجع عام تظلم‌خواهی (دادگستری) نمود؛ و دوم اینکه، اگر مقنن برخی از این نهادها را با عناوینی نظیر داور یا هیأت داور و امثال آن تعریف کرده باشد، آیا این نام‌گذاری، نهاد موصوف را تبدیل به داوری می‌کند و آیا می‌توان چنین نهادی را داوری به معنای دقیق آن - نامید.

پاسخ پرسش اول کمابیش مثبت است و در نظام حقوقی فعلی ما مسبوق به سابقه است. چرا که

1. Doctrine of Separability

۲. موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی

اگرچه طبق اصل ۱۵۹ قانون اساسی، دادگستری مرجع رسمی تظلمات و شکایات است، اما در ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹، ضمن تاکید بر صلاحیت دادگاه‌های دادگستری برای رسیدگی به دعاوی، با ذکر این نکته که «مگر در مواردی که قانون مرجع دیگری را تعیین کرده باشد»، راه را برای مواردی که قانون مرجع دیگری را تعیین کرده باشد، باز گذاشته است و در عمل نیز مقنن در موارد متعددی، نهادهای غیرقضایی و شبهقضایی را برای رسیدگی به دعاوی و شکایات و امور دیگر پیش‌بینی کرده و به رسمیت پذیرفته است. کمیسیون‌های ماده ۷۷ و ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها، هیأت داورى موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ (موسوم به داوری بورس)، مراجع حل اختلاف کارگر و کارفرما، و داوری مذکور در قانون حمایت از خانواده، جملگی نمونه‌هایی از این مراجع قضائى ادارى یا مراجع قضایی غیر دادگستری هستند که به موجب قانون ایجاد گردیده‌اند. بنابراین، بدون ورود به این پرسش که آیا به رغم تصریح قانون اساسی بر شناسایی دادگستری به عنوان مرجع رسمی تظلمات و شکایات، آیا تعریف نهادهایی خارج از دادگستری جهت رسیدگی به اختلافات می‌تواند موجه باشد، به طور موقت این را می‌پذیریم که در حال حاضر، به منظور تسریع در رسیدگی و احتمالاً با هدف تخصصی کردن حل اختلافات، قانون‌گذار پاره‌ای مراجع اختصاصی را برای رسیدگی به موارد مشخصی پیش‌بینی کرده و به رسمیت شناخته است. هیأت داوری و اگذاری موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه نیز یکی از این موارد مورد تصریح قانونی است.

اما پرسش اساسی‌تر این است که آیا اطلاق عنوان داوری به برخی از این نهادها از سوی مقنن، آنها را تبدیل به نهاد داوری - به معنای دقیق آن - می‌کند یا خیر. به عبارت دیگر، آیا اینکه قانون‌گذار در پاره‌ای موارد به مراجع غیرقضایی، عنوان داوری می‌دهد، به این معناست که با این نهادها باید مشابه یک نهاد داوری برخورد کرد و شیوه رسیدگی و صدور رای در آنها تابع قوانین ناظر بر داوری است و آرای صادره از آن هم مشابه آرای داوری خواهد بود یا خیر. البته در برخی موارد، مانند قانون سابق حمایت از خانواده، قانون‌گذار به مجرد اطلاق عنوان داوری به نهاد تاسیسی خود، بی‌درنگ تاکید نمود که داوری در این قانون تابع شرایط داوری مندرج در قانون آیین دادرسی نیست^۱ و به این ترتیب، راه را بر شبهه‌های بعدی بست. هر چند، در چنین شرایطی این پرسش پیش می‌آید که وقتی نهادی با عنوان مشخص داوری در قوانین داخلی و بین‌المللی تعریف شده است، چرا باید در همان نظام حقوقی نهاد دیگری با همین عنوان، اما با آثار و ویژگی‌های متفاوتی تعریف شود که نیاز به تصریح و رفع شبهه داشته باشد.

با وجود اهمیت بنیادینی که توافق و تراضی طرفین در شکل‌گیری نهادی به نام داوری دارد، و با

۱. ماده ۵ قانون حمایت از خانواده ۱۳۵۳

وجود اینکه چنین می‌نماید که بدون وجود توافق، داوری در هیچ یک از اشکال داخلی و بین‌المللی آن شکل نخواهد گرفت، در قوانین و مقررات راجع به هیأت داورى واگذارى و حل اختلافات ناشى از واگذارى‌ها، اشاره‌ای به لزوم توافق طرفین بر این ارجاع نشده است. ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه که برای نخستین بار از تشکیل چنین نهادی سخن می‌گوید، تصریح دارد که رسیدگی، اظهار نظر و اتخاذ تصمیم در مورد شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی از هر یک از تصمیم‌ها در امر واگذارى در صلاحیت هیأت داورى است. این بیان صریح، حاکی از آن است که در نگاه قانون‌گذار، توافق طرفین در شکل‌گیری هیأت داورى نقشی نداشته و این هیأت اعتبار و موجودیت خود را نه از توافق طرفین، که از تصریح قانونی می‌گیرد. این تصریح اما، زمانی دچار ابهام و تشتت می‌شود که بی‌درنگ در ادامه همین ماده، اضافه می‌نماید که این موضوع (تشکیل هیأت داورى برای اتخاذ تصمیم در مورد اختلافات) در قراردادهای تنظیمی واگذارى سهام قید می‌شود و به امضای طرفین قرارداد می‌رسد. به عبارت دیگر، قانون‌گذار در همین بدایت امر، تردید خود را از ماهیت این هیأت روشن ساخته است و برای آنکه از اعتبار و قابلیت اجرای آرای صادره از این هیأت اطمینان حاصل کند، تلاش نموده تا با الزام درج آن در قرارداد فی‌مابین طرفین و اعطای وجه توافقی به آن، این هیأت و تصمیمات آن را از مزایای قانونی فراهم شده برای آرای داورى بهره‌مند سازد. هرچند، همین تراضی هم آزادانه صورت نمی‌گیرد و اجباری است؛ زیرا طرفین قرارداد واگذارى نمی‌توانند به جای داورى، به صلاحیت محاکم دادگستری تراضی نمایند.

از این‌رو، بسیار دشوار است که بتوان تصریح قانون‌گذار در مورد درج الزامی شرط داورى در قرارداد را به منزله توافقی و تراضی تلقی کرد. به دیگر سخن، معنا و مفهومی که از توافق داورى در ذهن متبادر می‌شود، نه یک الزام قانونی برای امضای قرارداد حاوی شرط داورى، بلکه تراضی واقعی و مبتنی بر اختیار در باب امر مهمی همچون سلب حق مراجعه به دادگاه و اعطای صلاحیت به ثالث مرضی‌الطرفین برای قضاوت است. مواد قانونی مرتبط با داورى نیز، همچون مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱ قانون داورى تجاری بین‌المللی، از تراضی طرفین برای ارجاع اختلاف به داورى و نه الزام ایشان توسط نهاد قانون‌گذارى سخن گفته است. بنابراین، تلاش قانون‌گذار جهت اعطای وجه توافقی به نهاد تاسیسی در ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه تنها بر تردید و ابهام در خصوص ماهیت این نهاد افزوده است. توافق زمانی معنا می‌یابد که حق انتخاب متفاوتی نیز وجود داشته باشد و آنجا که الزام به یک انتخاب وجود دارد، سخن گفتن از توافق معنایی نمی‌یابد.

در خصوص قراردادهای واگذارى، آنچه در عمل رخ می‌دهد این است که پس از انتخاب برنده واگذارى، قراردادی میان طرفین به امضا می‌رسد که این قرارداد حاوی شرطی برای ارجاع اختلافات به هیأت داورى

است، اما برنده واگذاری نه بر سر این شرط داوری و نه - اصولاً - بر سر سایر شروط قراردادی حق اعمال نظر یا درخواست تغییری ندارد. این همان وضعیتی است که در قراردادهای الحاقی^۱ وجود دارد و در آن منطق «یا همه یا هیچ» حاکم است، به این ترتیب که تنها انتخاب موجود برای یکی از طرفین، موضوع قبول یا عدم قبول قرارداد است و امکان چانه‌زنی بر سر جزئیات قراردادی وجود ندارد.^۲ شرط داوری اجباری در قراردادهای الحاقی - که بیشترین کاربرد و نمونه‌های آن را در قراردادهای استخدامی و قراردادهای بانکی می‌توان یافت - موضوع بسیار بحث‌برانگیز و پرحاشیه‌ای است که اگر چه با شیوع آن در سال‌های اخیر، نظرات مخالف بسیاری را برانگیخته،^۳ اما از پاره‌ای جوانب موافقان و حامیانی هم داشته است.^۴

مهم‌ترین ایرادی که به شرط داوری مندرج در قراردادهای الحاقی وارد می‌شود این است که نخست، نقش توافق و تراضی طرفین را به عنوان جوهره داوری نادیده گرفته و دوم، قاعده استقلال شرط داوری را به کلی به فراموشی سپرده است. بر اساس این استدلال، توافق داوری و قرارداد اصلی از دو اراده مستقل از هم پدید می‌آیند و طرفین نیز در زمان انعقاد یک قرارداد حاوی شرط داوری، دو اراده مستقل دارند (Schwebel, 1987). بنابراین، در شرایطی مانند قراردادهای الحاقی که طرفین الزام به پذیرش قراردادی می‌شوند که حاوی شرط داوری است، در نهایت بتوان توافق طرفین برای امضای اصل قرارداد را احراز کرد، اما رخداد توافق در خصوص شرط داوری مورد تردید جدی قرار خواهد داشت.

در نظام حقوق داخلی ایران، بر خلاف قانون داوری تجاری بین‌المللی که قاعده استقلال شرط داوری را پذیرفته است،^۵ چنین شرطی را به رسمیت نشناخته است.^۶ بر همین اساس، برخی

1. Adhesive Contracts

۲. برخی حقوق‌دانان نیز عنوان قرارداد الحاقی را تنها ناظر به قراردادهایی دانسته‌اند که موضوع آن امور ضروری و حیاتی زندگی عادی مردم باشد و چنین عنوانی را برای قراردادهایی با موضوعات دیگر - نظیر قراردادهای واگذاری خصوصی‌سازی - روا ندانسته‌اند. نگاه کنید به: قافی، ۱۳۸۳.

۳. نگاه کنید به: Alderman, 2001 & Budnitz, 2004

۴. نگاه کنید به: Hylton, 2000

۵. ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی: «داور» می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود یا اعتبار موافقت‌نامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد، از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود، تصمیم «داور» در خصوص بطلان و ملغی‌الاثربودن قرارداد فی‌نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود.

۶. 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.

حقوق دانان توافق داوری مندرج در قرارداد را به منزله شرط ضمن عقد تلقی کرده (اسکینی، ۱۳۸۳) و این‌گونه استدلال کرده‌اند که نخست برای اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد، نیازی به دو اراده مستقل نیست و دوم، بطلان قرارداد را باید به معنای بطلان شرط ضمن قرارداد و از جمله شرط داوری دانست. در مقابل، پاره‌ای از استادان معتقد هستند که شرط داوری مستقل از قرارداد اصلی است و رابطه قرارداد اصلی و توافق داوری رابطه شرط و عقد مصطلح نیست.^۱

در نتیجه، اگرچه حصول توافق و تراضی میان طرفین از الزامات و مبانی اساسی داوری است و اگرچه استقلال شرط داوری در اکثر نظام‌های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است، ولی بر اساس قانون داوری داخلی ایران، امضای قرارداد حاوی شرط داوری، حتی اگر در قرارداد الحاقی‌ای باشد که هیچ‌گونه حق انتخاب و تغییری را برای طرفین فراهم نمی‌آورد، فی‌نفسه می‌تواند به منزله توافق داوری تلقی شده و آثار آن را متوجه طرفین نماید؛ زیرا اگرچه قراردادهای الحاقی مورد انتقاد شدید است، حتی اضطرار در امضای قرارداد الحاقی مانع از صحت قرارداد نیست و به هر حال مبتنی بر قصد است و همین مقدار، برای اعتبار آن کفایت می‌کند. بنابراین، در تشکیل هیأت داوری واگذاری موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه، با توجه به امضای قراردادی فی‌مابین طرفین (برنده واگذاری و سازمان خصوصی‌سازی) می‌توان اولین الزام نهاد داوری (وجود توافق) را برآورده دانست.

- انتخاب داوران و امکان جرح

دومین نکته‌ای که در بیان جوهر و اساس داوری ذکر شده است، حق طرفین برای انتخاب داوران است. این ویژگی را نیز باید یکی از مهم‌ترین اهداف و ویژگی‌های داوری به شمار آورد که -در کنار کاهش زمان و هزینه‌های رسیدگی- شرایطی را برای طرفین فراهم آورد که به جای ارجاع اختلافات به قضاتی که به طور تصادفی و بدون منطبق مشخصی به پرونده‌ها گمارده می‌شوند، اختلاف ایشان توسط اشخاص منتخب طرفین که صلاحیت و تخصص لازم را در موضوع اختلاف داشته و البته هیچ وابستگی و انحرافی هم به اصحاب دعوا نداشته باشند، رسیدگی شود. هم از این‌رو است که حق انتخاب و جرح داوران توسط طرفین اختلاف در کنوانسیون نیویورک و در قوانین داوری بسیاری از کشورها مورد توجه قرار گرفته است (Born, 2012). طرفین اختلاف به طور معمول به شیوه‌های مختلفی این حق خود را در انتخاب داوران اعمال می‌کنند. گاه طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری، به صراحت فرد یا افرادی را به عنوان هیأت داوری برمی‌گزینند و گاه اوصاف داور آینده را

۱. برای نظر مخالف، نگاه کنید به صفایی، ۱۳۷۷، ص ۱۸. همچنین نگاه کنید به جنیدی، ۱۳۷۸، صص ۷۱ و ۷۲.

برای مثال، متخصص در امر حفاری معدن) بیان می‌دارند. در بسیاری از مواقع نیز طرفین به جای انتخاب مستقیم داور، مقام ناصبی را برمی‌گزینند تا در زمان بروز اختلاف که خود قادر به توافق بر سر داور نیستند، مقام ناصب^۱ داور مناسبی را منصوب کند. به طور معمول، در داوری‌های سازمانی، این وظیفه بر عهده سازمان داوری قرار می‌گیرد و قواعد داوری سازمان‌ها هم پیش‌بینی‌های لازم را جهت انجام این مهم می‌نمایند^۲. در داوری‌های موردی هم اگر طرفین توافقی بر سر مقام ناصب نکرده باشند، انتخاب داور بر عهده دادگاهی است که رسیدگی به اصل دعوا را بر عهده دارد. شیوه انتخاب داور، هر چه باشد، یا باید مبنای توافقی داشته باشد یا توسط نهادی بی‌طرف صورت گیرد. علاوه بر این‌ها باید ابزارهای لازم برای تضمین بی‌طرفی و اطمینان طرفین از رعایت حقوق‌شان در جریان رسیدگی وجود داشته باشد. حق انتخاب داوران و نیز حق جرح ایشان توسط طرفین یکی از ابزارهایی است که پشتوانه و تضمین رعایت حقوق برابر طرفین در جریان رسیدگی داوری تلقی می‌گردد.

اهمیت حق طرفین در انتخاب داوران تا بدان پایه است که ماده ۵ کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری، در بیان مواردی که ممکن است منجر به رد درخواست شناسایی و اجرای آرای داوری بین‌المللی شود، به وضعیتی اشاره کرده است که نحوه تشکیل مرجع داوری یا تشریفات داوری منطبق با توافق طرفین نبوده یا در غیاب چنین توافقی، با قوانین کشوری که داوری در آنجا انجام شده است، مطابق نباشد^۳. به عبارت دیگر، کنوانسیون نیویورک توافق طرفین در خصوص داوری یا تشریفات انتصاب آن را فراتر از قانون مقرر داوری مورد توجه قرار داده و در ادامه، قانون مقرر، داوری را تنها در غیاب توافق و تراضی طرفین قابل توجه دانسته است. ماده ۱۱(۲) قانون نمونه آنسیترال که مبنای قانون داوری تجاری بین‌المللی کشورهای بسیاری - از جمله ایران - گردیده است، بر حق طرفین برای انتخاب و انتصاب داوران تاکید کرده است. همچنین قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در مواد ۱۰ و ۱۱، حق طرفین در انتخاب تعداد و ترکیب داوران مورد توجه قرار داده است. بند ۴ ماده ۱۱ تصریح نموده است که اگر بنا بر توافق طرفین مقرر باشد که مقام ناصبی اقدام به نصب داور نماید، لازم است این مقام ناصب کلیه شرایطی را که طرفین در موافقت‌نامه برای تعیین «داور» مقرر داشته‌اند، رعایت نموده و استقلال و بی‌طرفی «داور» را ملحوظ نماید.

اگرچه موضوع حق انتخاب داور (داوران) در اختلافات بین‌المللی - به دلیل وجود معیارها و

1. Appointing Authority

۲. برای مثال، نگاه کنید به ماده ۱۲ قواعد ۲۰۱۲ داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) و ماده ۱۰ قواعد و

آیین داوری مرکز داوری اتاق ایران (ACIC)

3. Article V(1)(d) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)

حساسیت‌هایی نظیر ملیت و روابط سیاسی کشورها- اهمیت بیشتری می‌یابد، اما نباید نقش و اهمیت این موضوع را در دعاوی داخلی نادیده گرفت. حتی آیین دادرسی مدنی ایران هم که اختیارات زیادی را در جریان داور برای دادگاه در نظر گرفته است، در تبصره ماده ۴۵۵ با تصریح بر اینکه طرفین می‌توانند انتخاب داور یا داوران را به شخص ثالث یا دادگاه واگذار کنند، حق طرفین را برای انتخاب داوران به رسمیت شناخته است. بیان این جمله چنان است که اولویت و اصل را بر توافق طرفین در انتخاب داوران نهاد و تنها در شرایطی که چنین توافقی حاصل نشود یا طرفین به دلایلی خواستار انتخاب داوران توسط شخص ثالث یا دادگاه باشند، دخالت نهاد بیرونی را مجاز دانسته است.

تصریح در خصوص حق تراضی در انتخاب داور را در ماده ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی نیز می‌توان مشاهده نمود. قانون‌گذار در ماده ۴۶۹ پا را از این هم فراتر گذاشته و حتا به طرفین مجوز داده است که برخی اشخاص را که علی‌الاصول نمی‌توانند به عنوان داور انتخاب شوند (مانند افراد زیر ۲۵ سال یا افراد ذی‌نفع در دعوا) به تراضی به داور برگزینند.

در فصل سوم قانون برنامه سوم توسعه، پس از آنکه در ماده ۲۰ برای نخستین بار، به معرفی هیأت داور و گذاری می‌پردازد، بی‌درنگ در ماده ۲۱ تعداد هیأت داور را ۷ نفر و ترکیب ایشان را نیز به شرح زیر اعلام می‌نماید: پنج نفر از متخصصان [...] به پیشنهاد مشترک وزیر امور اقتصادی و دارایی، وزیر دادگستری و رئیس سازمان برنامه و بودجه و تصویب هیأت وزیران برای مدت شش سال؛ و رئیس اتاق تعاون؛ و رئیس اتاق بازرگانی و صنایع و معادن جمهوری اسلامی ایران.

بنابراین قانون اشاره شده، در اساس هیچ توافقی را نه بر سر تعداد و نه بر سر ترکیب هیأت داوران به رسمیت نشناخته است. علاوه بر این، اگرچه بی‌طرفی داوران و ذی‌نفع نبودن ایشان در اختلاف فی‌مابین نیز از مبانی پذیرفته شده و اساسی داور داخلی و بین‌المللی- است، قانون‌گذار ترکیب این هیأت را به گونه‌ای در نظر گرفته است که دست‌کم پنج نفر از هفت نفر اعضای آن، منتسب و از اعضای دولت بوده و نمی‌توان ایشان را در دعاوی خصوصی‌سازی شرکت‌های دولتی که دولت یکی از طرفین اختلاف است، بی‌طرف قلمداد نمود. این در شرایطی است که ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی، انتصاب کسانی را که در دعوا ذی‌نفع هستند، منحصراً با تراضی طرفین مقدور دانسته است. موضوع بی‌طرفی داوران در مواد متعددی از قانون نمونه آنسیترال مورد توجه قرار گرفته و از مبانی جرح داور یا داوران برشمرده شده است.^۱

در قانون آیین دادرسی مدنی ایران، به جز مواد ۴۶۶ و ۴۶۹ و ۴۷۰ که در آن قانون‌گذار افرادی

۱. مواد ۱۲ و ۱۳ قانون نمونه آنسیترال (ویرایش ۲۰۰۶)

را به طور مطلق یا در صورت عدم توافق طرفین، از داوری منع نموده است، در ماده ۴۷۱ بدون آنکه تصریحی در خصوص دلایل و مبانی جرح داور داشته باشد (زراعت، ۱۳۸۵)، حق جرح را به طور روشن در مواردی که داور توسط دادگاه و با قرعه تعیین می‌شود، پذیرفته است. مقنن اما امکان جرح داور را در سایر انتصاب، مانند وضعیتی که داور توسط طرفین یا شخص ثالث منصوب می‌شود، مشخص ننموده است. هر چند، به اعتقاد برخی حقوق دانان، با وحدت ملاک از ماده ۴۷۱، در سایر شیوه‌های انتصاب داور نیز می‌تواند داور را مشمول ایراد جرح قرار داد (خدابخشی، ۱۳۹۱).

ماده ۸ آیین‌نامه اجرایی نحوه تشکیل جلسات و چگونگی اتخاذ تصمیمات هیئت داوری^۱ موارد رد اعضای هیئت داوری را همان مواردی دانسته که در قانون آیین دادرسی مدنی برای رد دادرسی پیش‌بینی گردیده است.^۲ این اشاره قانون‌گذار از آن جهت اهمیت دارد که اگرچه عنوان داوری را برای نهاد تاسیسی خود برگزیده است و اگرچه مواد ۴۶۶ و ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی، موارد رد داور را به دقت مشخص کرده است، اما قانون‌گذار ترجیح داده از این موارد -از عنوان جرح داور- استفاده نکرده و ماده ۹۱ قانون را که ناظر بر موارد رد دادرسی است مورد توجه قرار دهد. به عبارت دیگر، در مواردی از این دست، بهتر می‌توان به منظور قانون‌گذار پی برد که آیا در کُنهِ ذهن خود، مرادش از هیئت داوری، معنای حقیقی از داوری بوده یا ذهنیتی از یک مرجع قضایی -مانند دادگاه بدوی- یا شبه‌قضایی را داشته است. در این خصوص، این ایراد به بیان قانون‌گذار وارد است که مشخص ننموده که آیا در صورت وجود موارد رد، عضو هیأت داوری راساً باید از عضویت امتناع نماید یا طرفین یا سایر اعضای هیأت نیز می‌توانند وی را رد نمایند.

بنابراین، اگرچه در آیین‌نامه اجرایی حق رد اعضای هیأت داوری برای طرفین فراهم آمده است،

۱. دسترسی از این نشانی (آخرین بازدید ۱۳۹۴/۱۰/۲۷):

<http://www.justice.ir/Portal/View/Page.aspx?PageId=993d028d-21c64-d259-ee2-7eb0716aab93>

۲. برابر ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی، دادرسی در موارد زیر باید از رسیدگی امتناع نموده و طرفین دعوا نیز می‌توانند او را رد کنند: الف- قرابت نسبی یا سببی تا درجه سوم از هر طبقه بین دادرسی با یکی از اصحاب دعوا وجود داشته باشد. ب- دادرسی قیّم یا مخدوم یکی از طرفین باشد یا یکی از طرفین مباشر یا متکفل امور دادرسی یا همسر او باشد. ج- دادرسی یا همسر یا فرزند او، وارث یکی از اصحاب دعوا باشد. د- دادرسی در گذشته در موضوع دعوی اقامه شده به عنوان دادرسی یا داور یا کارشناس یا گواه اظهار نظر کرده باشد. ه- بین دادرسی و یکی از طرفین یا همسر یا فرزند او دعوی حقوقی یا جزایی مطرح باشد یا در سابق مطرح بوده و از تاریخ صدور حکم قطعی دو سال نگذشته باشد. و - دادرسی یا همسر یا فرزند او دارای نفع شخصی در موضوع مطروح باشند.

لیکن مبانی‌ای که جهت جرح در نظر گرفته شده است، منطبق بر موارد رد داور در قانون آیین دادرسی نبوده و منطبق بر مواردی است که در خصوص رد دادرسی پیش‌بینی شده است. نهاد جرح در داورى قابل مقایسه با رد دادرسی یا رد داور در قانون آیین دادرسی مدنی نیست، با وجود اینکه در برخی موارد شباهت‌هایی دارند.

علاوه بر این، سابقه ترکیب هیأت داورى واگذاری از زمان تشکیل تا کنون نشان می‌دهد که به کرات، افراد ممنوع از داورى نیز به عضویت این هیأت درآمده‌اند و ایرادهای طرفین (چه در زمان رسیدگی و چه در زمان اعتراض به رای) مقبول واقع نگردیده است. برای نمونه، ماده ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی کلیه قضات و کارمندان اداری شاغل در محاکم قضایی را از داورى منع کرده و این امر را حتا با تراضی طرفین هم مقذور ندانسته است. حال اینکه، در ترکیب هیأت داورى واگذاری و اعضای منصوب از سوی هیأت وزیران، قضات دادگستری که برابر ماده ۴۷۰ مجاز به داورى نبوده‌اند یا کارمندان دولت در حوزه مأموریت‌شان یا کسانی که وابستگی سازمانی‌شان به طرف دولتی محرز بوده و در نتیجه بی‌طرفی‌شان مورد سوال بوده است، در مقام عضو هیأت داورى معرفی و منصوب شده‌اند. و در واقع، تنها دو عضو هیأت داورى خصوصی‌سازی، به معنای دقیق کلمه بی‌طرف محسوب می‌شوند: رییس اتاق بازرگانی ایران و رییس اتاق تعاون.

اگر بر اساس نظر ردفرن و هانتز (۲۰۰۴)، حق طرفین برای انتخاب داور (داوران) را دومین جوهر بنیادین داورى بدانیم و قوانین داورى داخلی را - آن‌گونه که گذشت - در تایید این حق تلقی نماییم، قدر مسلم این است که هیأت داورى واگذاری داورى چنین حقی را برای طرفین قائل نشده است. علاوه بر این، مقنن با انتصاب داورانی که از داورى ممنوع بوده یا وابستگی‌شان به طرف دولتی محرز بوده، نشان داده است که در این خصوص، توجهی به مبانی داورى و الزامات قانونی راجع به آن نداشته است.

۱- اتخاذ تصمیم (صدور رای) داورى

یکی دیگر از ویژگی‌های اساسی داورى که آن را از سایر شیوه‌های جایگزین متمایز می‌کند، الزام داور (داوران) به اتخاذ تصمیم و صدور رای است. اگرچه ممکن است بر سر شکل رای داورى و پاره‌ای الزامات راجع به آن تفاوت‌هایی در نظام‌های حقوقی مختلف و همچنین در داورى‌های بین‌الملل و داخلی وجود داشته باشد، اما بر سر کلیت لزوم صدور رای داورى در هیچ برهه‌ای اختلافی وجود نداشته است. به بیان دیگر، در تمامی نظام‌های حقوقی که داورى را به رسمیت شناخته‌اند، صدور

رای یکی از مسئولیت‌های داور به شمار می‌آید و حتا در شرایطی که طرفین پیش از صدور رای، به توافق و سازشی دست می‌یابند، داور موظف است که در صورت درخواست هر یک از طرفین مبادرت به صدور گزارش اصلاحی و رای سازشی نماید.

قانون نمونه آنسیترال ۲۰۰۶ ضمن بیان پاره‌ای الزامات شکلی، نظیر مکتوب‌بودن و تاریخ و امضا داشتن رای، به دیوان داوری اجازه داده است که در موضوعات مختلف، آرای مجزایی صادر کند. این قانون همچنین دیوان داوری را ملزم کرده است که دلایلی را که رای بر مبنای آن صادر شده است، بیان نماید. این ویژگی‌ها و الزامات، عیناً در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز مورد توجه قرار گرفته است.

در داوری داخلی نیز، قانون آیین دادرسی مدنی الزام صدور رای داوری را مورد توجه داشته است و حتا در ماده ۴۷۳، شخص داور را که بدون عذر موجه از شرکت در جلسات داوری یا صدور رای سر باز زند، علاوه بر جبران خسارت، به محرومیت از داوری برای پنج سال محکوم کرده است. این قانون همچنین در ماده ۴۸۲ تصریح نموده است که رای داور باید موجه و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجد حق نباشد.

ماده ۲۱ قانون برنامه سوم توسعه نیز، هیأت داوری واگذاری را ملزم به رسیدگی و تصمیم‌گیری در خصوص شکایات و اختلافات مربوط به واگذاری نموده و از یک منظر کلی، شرط صدور رای را به عنوان یکی از ویژگی‌های بنیادین داوری برآورده ساخته است. به عبارت دیگر، هیأت داوری واگذاری اساس این الزام را که داوری باید منتج به صدور رای یا قراری شود، برآورده کرده و چنین رایی صادر می‌نماید. اما آن چنان که در ادامه توضیح داده خواهد شد، این رای از منظر قطعیت و قابلیت اجراء تفاوت‌های جدی با رای منظور نظر مقنن در قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داوری بین‌المللی دارد.

- اجرای رای داوری

کار مرجع داوری با صدور رای داوری به پایان می‌رسد و پس از صدور رای، جز در مواردی که نیاز به تفسیر رای صادره وجود داشته یا نیاز به رفع اشتباهاتی در رای باشد، ماموریت داور به پایان می‌رسد. حتی در مواردی که به دلایلی پس از صدور رای - از جمله رسیدگی به سایر اختلافات طرفین - داور همچنان به فعالیت خود ادامه می‌دهد، در خصوص دعوی مشخصی که منجر به صدور رای قطعی گردیده است، مرجع داوری دیگر سمت و نسبتی نخواهد داشت. اما رای داوری به مجرد ایجاد، آثار حقوقی‌ای به وجود می‌آورد که این آثار مستدام خواهد بود. از جمله مهم‌ترین این آثار

امکانی است که برای برنده رای فراهم می‌آورد که رای صادره را به موقع اجرا بگذارد و از مزایای اجرای آن بهره‌مند شود. بنابراین، گراف نیست اگر ادعا شود که شیوه داورى - چه در سطح داخلی و چه بین‌المللی - بدون امکان اجرایی کردن رای آن، خالی از فایده خواهد بود.

قابلیت اجرای بین‌المللی آرای داورى را شاید بتوان مهم‌ترین و درخشان‌ترین ویژگی داورى دانست که آرای این نهاد را در مقامی بالاتر از تمامی شیوه‌های دیگر حل‌وفصل و حتی آرای دادگاه‌ها و مراجع قضایی می‌نشانند. در سطح داخلی نیز قانون آیین دادرسی مدنی آرای داورى را قابل اجرا دانسته و تنها در موارد مشخصی - و با رعایت تشریفات مشخصی - امکان ابطال این آرا را فراهم آورده است.

رای داورى در عرصه بین‌المللی قطعی و غیر قابل تجدیدنظرخواهی بوده و تنها مبانی شکلی محدودی وجود دارد که بر اساس آن می‌توان درخواست ابطال آرای داورى را به دادگاه مقرر داورى تسلیم نمود. قطعیت آرای داورى، اگرچه گاه مورد نقد و انتقادهایی هم بوده است، ولی از ویژگی‌های اساسی داورى به شمار می‌رود و ضمن آنکه موجب کاهش زمان و هزینه رسیدگی می‌شود، اجرای آرای داورى را در فضای بین‌المللی مقدور می‌سازد. بند ۲ ماده ۳۴ قانون نمونه آنسیترال ۲۰۱۰ در بیان شکل و آثار رای داورى بیان می‌دارد که رای باید مکتوب بوده و برای طرفین قطعی و لازم‌الاجرا است این ماده در ادامه تصریح کرده است که طرفین باید بی‌درنگ رای را اجرا نمایند. ماده ۳۵ قانون داورى تجاری بین‌المللی ایران نیز رای داورى را، جز در مواردی که رای باطل بوده یا توسط دادگاه صالح ابطال شود، قطعی و بلافاصله پس از ابلاغ لازم‌الاجرا می‌داند.

آرای داورى داخلی نیز برابر قانون آیین دادرسی مدنی قطعی است. ماده ۴۸۸ این قانون تصریح دارد که اگر محکوم علیه، ظرف مدت ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ رای داورى، مفاد آن را اجرا نکند، ذی‌نفع می‌تواند از دادگاه صالح یا دادگاهی که دعوا را به داورى ارجاع کرده، تقاضای صدور اجرائیه نماید و دادگاه مکلف به صدور اجرائیه است و شیوه اجرای رای داورى هم مطابق مقررات مربوط به اجرای احکام محاکم است. مفاد این ماده به روشنی ماهیت قطعی آرای داورى را از نگاه قانون‌گذار به تصویر می‌کشد و مشخص می‌کند که رای داورى قابل تجدیدنظرخواهی و رسیدگی مجدد ماهوی نبوده و تنها به شیوه اثباتی، امکان صدور اجرائیه بر روی آن وجود دارد.

در آیین دادرسی مدنی، همچون قانون داورى تجاری بین‌المللی، قانون‌گذار مواردی را برای درخواست ابطال آرای داورى منظور کرده است. اگرچه این موارد تصریح شده در قانون داخلی و

بین‌المللی با یکدیگر تفاوت‌هایی دارد، ولی در هیچ یک از این‌ها، درخواست ابطال رای داوری هم شان و هم معنای تجدیدنظرخواهی قرار داده نشده است. به عبارت دیگر، دادگاه در مواجهه با رای داوری در پایه نمی‌تواند ورود به ماهیت رای کرده و آن را مورد اصلاح و تجدیدنظر قرار دهد، بلکه تنها چنان‌چه رای را وفق موارد احصایی در ماده ۴۸۹ قابل ابطال تشخیص دهد، می‌تواند آن را برابر ماده ۴۹۱ ابطال نماید. در داوری بین‌المللی نیز دادگاه مقرر داوری، تنها صالح به رسیدگی به درخواست ابطال بوده و نمی‌تواند در مقام مرجع تجدیدنظر در ماهیت رای وارد شده و آن را نقض، تصحیح یا تایید نماید. بنابراین، برابر قوانین ایران، در هیچ یک از داوری‌های داخلی و بین‌المللی، نسبت دادگاه به داوری، نسبت مرجع تجدیدنظر به دادگاه بدوی نبوده است. به همین دلیل است که وقتی رای داوری توسط دادگاه ابطال می‌شود، اگر دعوا از سوی دادگاه به داوری ارجاع نشده باشد، رسیدگی مجدد آن در دادگاه نیازمند تقدیم دادخواست و طی مراحل کامل رسیدگی است. علاوه بر این، درخواست ابطال علی‌الاصول مانع از اجرای رای داوری نخواهد بود، به این معنا که رای داوری در هر حال لازم‌الاجرا است مگر اینکه دلایل قوی در اعتراض به آن وجود داشته باشد (ماده ۴۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی).

اگرچه قطعیت آرای داوری - در سطح داخلی و بین‌المللی - از جمله ویژگی‌هایی است که مورد توجه دقیق قانونگذار قرار داشته، اما آرای صادره از هیأت داوری واگذاری قطعی نبوده و ماده ۲۳ قانون سوم برنامه توسعه، این آرا را تنها پس از انقضای مهلت ده روزه‌ای قابل اجرا دانسته است. این ماده مرجع رسیدگی به اعتراض به رای را در شعبه خاصی از دادگاه معرفی نموده که خارج از نوبت به اعتراض رسیدگی و رای مقتضی صادر می‌نماید. به عبارت دیگر، از نظر قانونگذار، رای صادره توسط این هیأت، بدو آن قطعی است و نه لازم‌الاجرا و در ضمن قابل اعتراض در مرجع قضایی نیز است. این مهلت ۱۰ روزه در ماده ۲۰ آیین‌نامه اجرایی این قانون نیز مورد تاکید قرار گرفته است. اما شگفت این‌جاست که در ماده ۲۱ آیین‌نامه هیأت داوری واگذاری تاکید شده است که پس از ابلاغ رای و قطعیت آن، در صورتی که محکوم علیه، در مقام اجرای رای برنماید، ذی‌نفع طبق مقررات باب داوری قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، می‌تواند از دادگستری تقاضای اجرای رای نماید. به عبارت دیگر، اگرچه در تمامی مراحل رسیدگی به اختلاف توسط هیأت داوری واگذاری، رویکرد قانونگذار به‌گونه‌ای بود که حکایت از تفاوت این هیأت و نهاد داوری (به معنای دقیق حقوقی آن) داشت و حتا رای صادره از این هیأت نیز از قطعیت بایسته آرای داوری برخوردار نبود، ولی در آخرین وهله، مقنن اجرای این رای را تابع قواعد داوری مندرج در باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی

نمود تا بر تشمت و ابهام ماهیت این هیأت و رای آن بیفزاید.

بنابراین، اگرچه هیأت داورى واگذاری به طور قانونی اقدام به صدور رای می‌نماید، اما این رای فاقد مهم‌ترین ویژگی رای داورى - قطعیت - بوده و بر خلاف آرای داورى که بلافاصله پس از صدور لازم‌الاجرا بوده و امکان اجرا را فراهم می‌آورند، تنها پس از انقضای مهلت مشخصی واجد این ویژگی می‌گردد که این با فلسفه داورى و ماهیت رای آن تفاوت بسیار دارد.

ب. بررسی ماهیت هیأت داورى واگذاری از منظر رویه قضایی

در بررسی مبانی و ماهیت هیأت داورى واگذاری، در بخش نخست پژوهش ملاحظه شد که نوعی تشمت و عدم انسجام در رویکرد قانون‌گذار نسبت به این هیأت وجود دارد. در شرایطی که نام این نهاد تالیسی یادآور داورى و آثار راجع به آن است، اما چنین به نظر می‌رسد که برخی از بنیادی‌ترین مبانی داورى، نظیر ضرورت وجود توافق در شکل‌گیری این نهاد و نیز قطعیت آرای داورى مورد توجه قانون‌گذار نبوده است و همین تفاوت‌ها، هیأت داورى مذکور در برنامه سوم توسعه را متمایز از داورى مورد بحث در قانون آیین دادرسی مدنی نموده است. هرچند، مقنن حتی در حفظ این تفاوت‌ها نیز ثابت‌قدم نبوده و در بخش‌هایی از آیین‌نامه هیأت داورى واگذاری (نظیر مرحله اجرای آرای صادره)، هیأت داورى را تابع قواعد مندرج در باب داورى آیین دادرسی مدنی قرار داده و بر ابهام و تشمت موجود افزوده است.

در چنین شرایطی و برای رهایی از این ابهام، در بسیاری از مواقع بررسی رویه قضایی و رویکرد نظام قضایی کشور در مواجهه با موضوع می‌تواند راهگشا باشد. هر چند در بررسی پرونده‌های متعددی که در اعتراض به رای هیأت داورى واگذاری به دادگاه ارجاع داده شد، چنین به نظر می‌آید که شعب و قضات مختلف نیز نگاه واحدی به ماهیت این هیأت نداشته و آرا و تفاسیر متناقضی حتی از شعب واحد در این خصوص صادر گردیده است. با این همه، از مجموع مطالعه و بررسی این آرا چنین برداشت می‌شود که نگاه دادگاه‌ها به هیأت داورى واگذاری و آرای صادره از آن، مانند رویکرد و مواجهه با آرای داورى - به معنای دقیق کلمه - نبوده و مشابه وضعیتی است که یک مرجع عالی در بررسی رای صادره از مرجع تالی، خود را مجاز به هرگونه اعمال نظری (اعم از تایید، نقض، تصحیح یا ابطال) می‌دانسته و این‌گونه نبوده است که صرفاً مقید به اجرا یا ابطال رای صادره باشد.

برای رسیدگی به اعتراض‌های راجع به آرای هیأت داورى واگذاری، ماده ۲۳ قانون برنامه سوم توسعه، پیش‌بینی تعیین شعب خاصی توسط رئیس قوه قضائیه شده است تا به صورت خارج از نوبت،

به موضوع رسیدگی و رای مقتضی صادر نمایند. همین ماده در ادامه تصریح نمود که رای صادره از این شعب قطعی و لازم‌الاجراست. در سال‌های اخیر، شعبه ۱۹ مجتمع قضایی شهید بهشتی این مسئولیت را بر عهده داشت و بیشترین آرای صادره در خصوص تصمیمات هیأت داورى واگذارى از این شعبه صادر گردید. در این نوشته نیز، طبیعتاً در بررسی رویه قضایی بیشترین آرای در دسترس متعلق به این شعبه حقوقی دادگستری بوده است.

در بسیاری از آرای صادره، حتی در خود رای تناقض مشهودی در خصوص درک و نگاه دادرس به ماهیت این هیأت وجود داشته است. برای نمونه، در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۷۹۰۱۴۰۵ دادگاه صادرکننده رای، از یک‌سو مرجع رسیدگی‌کننده (هیأت داورى واگذارى) را مکلف به رعایت قوانین موجد حق دانست^۱ که ابتدا چنین تداعی می‌نمود که معتقد به ماهیت داورى این هیأت بوده است.^۲ اما از سوی دیگر، دادگاه در پاسخ به ایراد یکی از طرفین مبنی بر اشتغال برخی از قضات در هیأت داورى واگذارى و مخالفت این امر با ماده ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی، بلافاصله تصریح نمود که اگرچه هیأت داورى واگذارى از حیث نام اشتراک لفظی با عنوان داورى در آیین دادرسی داشته، ولی نهاد شبه‌قضایی است که تاسیس تقنینی داشته و منصرف از داورى اختیاری قانون آیین دادرسی مدنی است. قاضی در ادامه با اشاره به تصریح و تکلیف مقنن مبنی بر صلاحیت این هیأت اجباری، عضویت دارندگان پایه قضایی در این هیأت را مشمول مقررات قانون آیین دادرسی مدنی در باب داورى ندانست و ایراد وارده را نپذیرفت. به عبارت دیگر، در یک رای واحد، دادگاه از یک‌سو قوانین موجد حق را که از مبانی صدور رای داورى است مورد توجه قرار داد و از سوی دیگر، الزام مقنن در خصوص داوران را لازم‌الرعايه ندانست.

علاوه بر این، آرای بسیاری وجود دارد که در آن دادگاه رسیدگی‌کننده، در مقام ابطال یا تایید رای هیأت داورى واگذارى، به انطباق یا عدم انطباق رای با یکی از بخش‌های هفتگانه ماده ۴۸۹ استناد نمود^۳ و در واقع چنین به نظر می‌رسید که موافق تفسیر هیأت داورى واگذارى و عملکرد آن به عنوان داورى تعریف شده در باب هفتم آیین دادرسی مدنی است. اما در همین آرا، رویکرد بعدی دادگاه در

۱. ارجاعاتی از این دست در آرای دادگاه‌ها بسیار یافت می‌شود. برای مثال، نگاه کنید به دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۷۹۰۱۳۶۴.

۲. عبارت قوانین موجد حق از سوی قانون‌گذار منحصراً در باب داورى و در مواد ۴۸۲ و ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی بکار گرفته شده است.

۳. برای مثال، نگاه کنید به دادنامه‌های شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۷۹۰۰۱۶۱ و ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۷۹۰۰۰۴۹ و ۸۹۰۹۹۷۰۲۲۷۹۰۱۲۸۱ همگی صادره از شعبه ۱۹ مجتمع شهید بهشتی.

نگارش رای نشان از آن دارد که به چنین تفسیری پایبند نبوده و در عمل نیز رای صادره از هیأت داورى را به مثابه رای دادگاه بدوی تلقی کرده و خود در مقام دادگاه تجدیدنظر به بررسی و اصلاح آن پرداخت. بهترین شاهد برای این رویکرد را شاید بتوان در دادنامه شماره ۸۸۰۹۹۷۰۲۲۷۹۰۰۷۳۰ یافت که در آن، ابتدا دادگاه با استناد به بند ۱ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی رای صادره از هیأت داورى واگذاری را در تعارض با قوانین موجد حق تلقی کرده و -همچون یک رای داورى- حکم بر ابطال آن صادر نمود، ولی در ادامه و پس از ابطال رای، به مثابه یک مرجع تجدید نظر که رای بدوی را نقض می‌نماید، خود وارد ماهیت رای شده و رای قطعی در موضوع مورد اختلاف صادر نمود.

در میان آرای صادره از شعب دیگر دادگستری نیز، چنین تناقض‌هایی به چشم می‌آید. برای نمونه، در پرونده شماره ۸۸/۱۲/۵۱۴ سال ۱۳۸۸، شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ضمن قبول ایراد تجدیدنظر خواه، مبنی بر حضور دو تن از قضات دیوان عالی کشور به عنوان اعضای هیأت داورى واگذاری بر خلاف تصریح ماده ۴۷۰، این استدلال را پذیرفته و رای به ابطال رای هیأت داورى واگذاری داد که کاملاً در تقابل با استدلال شعبه ۱۹ در پرونده بالا بوده است. در این رای دادگاه تجدیدنظر، موجبات و مقدمات رای نیز به گونه‌ای نگاشته شده است که دقیقاً در جهت پذیرش هیأت داورى واگذاری به عنوان یک مرجع داورى برابر مقررات آیین دادرسی مدنی است.

اگرچه دستاورد بررسی و مطالعه تعدادی از آرای ناظر بر تصمیمات هیأت داورى واگذاری نمایانگر تشتت و عدم درک واحد از سوی مرجع قضایی در مواجهه با این آرا است، اما نگاه و رویکرد کلی این آرا نشان از عدم پذیرش این هیأت به عنوان داورى حقیقی دارد. به عبارت دیگر، اگرچه عدم انسجام و ناهماهنگی در آرای صادره از شعب مختلف و حتی در محتوای یک دادنامه واحد صادره از یک شعبه نیز وجود دارد، و اگرچه برخی استنادات مندرج در آرای دادگاه‌ها نظیر استناد به مواد هفتگانه ماده ۴۸۹- ممکن است باعث ایجاد شبهاتی شود، ولی رویکرد و نگاه کلی و اشارات مستقیم آرا حاکی از این واقعیت است که از نظر مرجع قضایی، رای صادره از هیأت داورى واگذاری تصمیم شبه قضایی‌ای است که از مرجع تالی صادر شده و باید در مرجع عالی (دادگاه) مورد تایید، ابطال یا نقض و رسیدگی مجدد قرار گیرد. بر همین اساس، در مرور و بررسی این آرا مشاهده می‌شود که عدم رعایت الزامات شکلی مندرج در قانون برای داورى -نظیر شاغل قضایی بودن اعضای هیأت داورى- در بیشتر مواقع، به خودی خود، منجر به ابطال رای صادره نگردیده است. برای مثال، در دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۰۲۲۷۹۰۱۱۰۷ دادگاه رسیدگی کننده، صراحتاً در پاسخ به این ایراد بیان داشت که هیأت داورى واگذاری یک نهاد شبه قضایی تاسیسی از سوی مقنن بوده و عنوان داورى آن تنها اشتراک لفظی با مفهوم داورى قانون

آیین دادرسی مدنی دارد، و بر همین اساس، عضویت قضات در هیأت داورى از موجبات ابطال رای نیست.^۱ علاوه بر این، در اغلب موارد نقض رای هیأت داورى، دادگاه خود را صالح به ورود ماهوی و صدور رای قطعی دانسته و در عمل نیز همین رویه را برگزید.^۲

در میان این آرای مشتمت و گاهی متناقض، دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۹۰۰۳۴۳ صادره از شعبه ۱۹ دیوان عالی کشور می‌تواند تصویر روشن‌تری از نگاه نظام قضایی را به ماهیت و جایگاه هیأت داورى نمایان ساخته و راهگشا باشد. در این دادنامه، به شرحی که در ادامه می‌آید، دیوان عالی کشور در مقام تعیین صلاحیت میان دادگاه عمومی و هیأت داورى واگذاری برای صدور دستور موقت، ضمن استدلال در خصوص ماهیت هیأت داورى، به صلاحیت این هیأت رای داد. اگرچه، رای صلاحیتی دیوان عالی کشور به شایستگی هیأت داورى واگذاری نمونه‌های بسیار دیگری دارد، اما این رای از آن جهت اهمیت دارد که دیوان عالی کشور هیأت داورى را صالح به صدور دستور موقت دانست.^۳

در این پرونده، خواهان که اختلاف با سازمان خصوصی‌سازی در هیأت داورى واگذاری در حال رسیدگی بود، از دادگاه (شعبه ۱۹ شهید بهشتی) تقاضای صدور دستور موقتی مبنی بر منع خوانده، از انجام مزایده و فروش موضوع مورد اختلاف تا پایان رسیدگی در هیأت حل اختلاف را نمود. دادگاه عمومی با این استدلال که صلاحیت رسیدگی به دعوی اصلی با هیأت داورى است و نیز اینکه این هیأت نهاد شبه قضایی است و صلاحیت رسیدگی به دعوی اولیه بر عهده آن قرار دارد، و همچنین با این استدلال که مرجع صالح برای صدور دستور موقت، دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به اصل

۱. در بررسی آرا، شاغل قضایی بودن اعضای هیأت رسیدگی از شایع‌ترین ایرادهای شکلی‌ای بوده است که به رای هیأت‌های داورى واگذاری وارد می‌گردید و در بیشتر موارد نیز دادگاه با همین استدلال که این نهاد داورى به معنای مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی - نیست، ایراد را وارد نمی‌دانست.

۲. برای مثال، نگاه کنید به دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۰۲۲۷۹۰۰۸۳۷، صادره از شعبه ۱۹ مجتمع قضایی شهید بهشتی که در آن، دادگاه دقیقاً در مقام تجدیدنظر، ورود ماهوی به رای صادره کرده و ضمن نقض قسمتی از رای که ناظر به نحوه محاسبه خسارت تاخیر تادیه بوده، مابقی رای را برابر قانون دانسته و عیناً تأیید نمود.

۳. اختیار داور برای صدور دستور موقت بر اساس قوانین داخلی ایران محل گفت‌وگو و مناقشه است و نظرات چندی در تأیید یا رد این اختیار وجود دارد. (نگاه کنید به مافی و پاسافر، ۱۳۹۱ و افتخار جهرمی، ۱۳۷۸). نگارنده اما بر این اعتقاد است که اگرچه قانون آیین دادرسی مدنی در این خصوص سکوت نموده است، اما با در نظر گرفتن صلاحیت عام محاکم دادگستری، باید صدور چنین قرارهایی را در اختصاص این محاکم تلقی نمود. استدلال نگارنده با این شاهد همراه می‌شود که کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ نیز تنها راجع به شناسایی و اجرای آرای داورى بین‌المللی بوده و هیچ تصریح یا اشاره‌ای در خصوص قرارهای تأمین یا دستور موقت ندارد.

دعوا را دارد، قرار عدم صلاحیت را به صلاحیت هیأت داری صادر نمود و پرونده را به منظور تنفیذ به دیوان عالی کشور ارسال کرد.

شعبه ۱۹ دیوان عالی کشور پس از بررسی جوانب، ضمن تایید استدلال دادگاه عمومی، بیان داشت:

«[...] به موجب ماده ۳۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، صدور دستور موقت در صلاحیت دادگاهی است که پرونده در آن مطرح رسیدگی بوده یا صالح به رسیدگی به دعوا باشد. بنابراین قرار شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۷۹۰۴۳۵ شعبه ۱۹ دادگاه عمومی تهران مطابق موازین قانونی صادر شده و تایید می‌گردد.»

در این رای به خوبی روشن است که در نظر دیوان عالی کشور، هیأت داری واگذاری، مرجعی شبه قضایی بوده که صلاحیت صدور دستور موقت - که بر اساس قانون در صلاحیت دادگاه است - را دارا است. به عبارت دیگر، اگر تلقی دیوان عالی کشور از ماهیت هیأت داری واگذاری همان داری‌ای می‌بود که در قانون آیین دادرسی مدنی تعریف و شناسایی شده است، باید برابر همین قانون، دادگاه صالح به رسیدگی به اصل دعوا را صالح به صدور دستور موقت می‌دانست و به صلاحیت دادگاه رای می‌داد. استدلال شعبه ۱۹ دیوان عالی کشور به طور روشن از آن جهت عجیب و جالب توجه است که مواد قانونی‌ای که به آن ارجاع داده است (مواد ۳۱۱ و ۳۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی) صراحتاً از دادگاه صالح به عنوان مرجع صدور دستور موقت نام می‌برد. اما دیوان عالی کشور پس از این ارجاع قانونی، هیأت داری واگذاری را که به زعم خود یک نهاد شبه قضایی می‌داند و صالح به صدور دستور موقت معرفی می‌نماید.

نتیجه گیری

هیأت داری واگذاری (موضوع ماده ۲۰ برنامه سوم توسعه) به رغم اشتراک و شباهت لفظی‌ای که با نهاد داری دارد، به جهات مختلف، هم در ماهیت و هم در کارکرد، از این نهاد متفاوت است. در این مقاله، ماهیت و کارکرد این هیأت با دو رویکرد مختلف مورد بررسی قرار گرفته و در هر دو رویکرد نتایجی کمابیش مشابه حاصل شده است. در رویکرد نخست، هیأت داری واگذاری دست کم در دو مورد - حق انتخاب داوران و قطعیت رای صادره - تفاوت‌های بنیادین با داری واقعی دارد. اعضای هیأت داری واگذاری به تصریح مقنن و از سوی دولت - که خود یکی از طرفین اختلاف است - به این هیأت منصوب می‌شوند و در این خصوص، در اساس حق توافق یا انتخابی برای طرف دیگر

وجود ندارد. علاوه بر این، اگرچه در قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین‌المللی و سایر قوانین، بر قطعیت آرای داوری تأکید شده است، آرای صادره از هیأت داوری واگذاری قطعی نبوده و حق اعتراض نسبت به آن‌ها وجود دارد. علاوه بر این، حق اعتراض فراهم آمده توسط مقنن متفاوت از درخواست ابطالی است که برای آرای داوری در نظر گرفته شده است. به عبارت دیگر، چنین به نظر می‌رسد که مرجع قانونی جهت رسیدگی، فراتر از رسیدگی به درخواست اجرا یا ابطال، حق ورود به ماهیت رای و نقض یا تایید یا اصلاح آن را دارد که چنین چیزی در داوری سنه در سطح داخلی و نه در سطح بین‌المللی - پذیرفته نیست.

رویه قضایی ایران نیز در مواجهه با آرای هیأت داوری واگذاری، با وجود تشتت و ابهام و تعارض‌های فراوانی که دارد، در مجموع این هیأت را به عنوان یک نهاد داوری واقعی نمی‌شناسد. آرای بسیاری در رویه قضایی وجود دارد که در آن دادگاه به طور روشن، از این هیأت با عنوان مرجعی شبه‌قضایی نام می‌برد که تنها اشتراک نام با داوری دارد و در عمل هم، دادگاه بسیاری از الزامات داوری (نظیر ممنوعیت عضویت قضات در هیأت داوری) را در خصوص این هیأت لازم‌الرعایه نمی‌داند. علاوه بر این، دادگاه‌ها در صورت لزوم، در عمل، ورود به ماهیت آرای صادره از این هیأت کرده و آن را اصلاح، تایید یا نقض می‌نمایند. به عبارت دیگر، اگر چه در آرای متعددی، دادگاه در تایید یا رد نظر هیأت داوری واگذاری به مواد راجع به داوری در آیین دادرسی مدنی مراجعه می‌نمود، اما در مجموع نظر نظام قضایی ایران را می‌توان در عدم شناسایی این هیأت به عنوان داوری تلقی کرد.

الف) فارسی

- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۳). مبانی نظری اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، مجله نامه مفید، سال ۱۰، شماره ۴۳، صص ۳۰-۵.
- افتخار جهرمی، گودرز (۱۳۷۸). تحولات نهاد داوری در قوانین موضوعه ایران و دستاورد آن در حوزه داوری بین‌المللی، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، سال ۷، شماره ۲۷ و ۲۸، صص ۴۴-۱۳.
- جنیدی، لعیا (۱۳۷۷). نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۷۶/۶/۲۶، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، چاپ اول، دانشگاه تهران.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۱). حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، شرکت سهامی انتشار، چاپ نخست، تهران.
- زراعت، عباس (۱۳۸۵). آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی ایران، نشر خط سوم، تهران.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۷۷). سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۱۰، شماره پیاپی ۱۰۵۰، صص ۳۹-۵.
- قافی، حسین (۱۳۸۳). ماهیت و میزان اعتبار قرارداد الحاقی، حقوق اسلامی، دوره ۱، شماره ۲، صفحات ۸۸-۶۱.
- مافی، همایون و جواد پارسافر (۱۳۹۱). دخالت دادگاه‌ها در رسیدگی‌های داوری در حقوق ایران، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۷، شماره ۵۷، صص ۱۳۰-۱۰۵.

ب) انگلیسی

- Alderman, R. M. (2001). Pre-Dispute Mandatory Arbitration in Consumer Contracts: A Call for Reform. *Journal of Texas Consumer Law*, 38(1), pp.58-71.
- Alle-Murphy, Linda. (2002). Are Compulsory Arbitration Clauses in Consumer Contracts Enforceable - A Contractual Analysis. *75 Temple Law Review*, pp. 125-158.
- Biancalana, J. (2005). The Legal Framework of Arbitration in Fifteenth-Century England. *The American Journal of Legal History*, 47(4), pp347-382.
- Born, G., (2012). International Arbitration: Law and Practice (Vol. 307): *Kluwer Law International*, the Netherlands.
- Budnitz, M. E. (2004). The High Cost of Mandatory Consumer Arbitration. *Law & Contemporary Problems*, 67(1), pp.133-166.
- Greenberg, S.; Kee, C., & Weeramantry, J. R. (2011). *International Commercial Arbitration: an Asia-Pacific Perspective*. Cambridge University Press.
- Hylton, K. N. (2000). Agreements to Waive or to Arbitrate Legal Claims: An Economic Analysis. *Supreme Court Economic Review*, 8(1), pp.209-263.
- Knull III, W. H., & Rubins, N. D. (2000). Betting the Farm on International Arbitration: Is

- It Time to Offer an Appeal Option? *American Review of International Arbitration*, 11(1), pp.532-531.
- Poudret, J.-F., & Besson, S. (2007). *Comparative Law of International Arbitration*. Sweet & Maxwell, UK.
- Redfern, A., & Hunter, M. (2004). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Sweet & Maxwell, UK.
- Schwebel S. M. (1987). *International Arbitration: Three Salient Problems*. Cambridge University Press, UK.
- UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (1958). *Uncitral Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 2016 Edition, The Travaux Préparatoires on Article V(1)(d), New York.

A Study of the Nature of Arbitration Panel (Article 30 of Iran's Law on Implementation of General Policies of Principle 44) with Attention to the Judicial Precedent

Oveis Rezvanian¹

| o.rezvanian@imps.ac.ir

Abstract Under the third chapter of Iran's Third Five-year Development Plan, titled as "Ceding the Shares and Management of Governmental Companies", an arbitration panel is established for settling the disputes arising out of ceding processes. This panel was further validated in the article 30 of the Law on Implementation of General Policies of Principle 44. However, a question might arise that whether the established panel is indeed arbitration in the real sense, or it is a mere similarity in title. In order to answer this question, two different approaches are considered in this study. In the first approach, some fundamental essences of arbitration are selected; then the arbitration panel of the Third Development Plan is examined in each and all essences to see whether it fulfills the requirements of arbitration. In the second approach, Iran's judicial precedent with regard to this arbitration panel is studied to see whether, under Iranian judicial system, this panel is considered as arbitration or not. While both approaches demonstrate some inconsistencies and ambiguities in the legal nature of so-called Arbitration Panel, they both concur that this is not arbitration in the real sense.

Keywords: Arbitration, Arbitration Panel, Privatization, General Policies of Principle 44, Third Development Plan.

JEL Classification: K42, K41, K23.

1. Assistant Professor, Department of Law, Institute for Management and Planning Studies, Tehran, Iran.