

دوفصلنامه بین المللی تحقیقات حقوق قضایی

License Number: ۸۶۲۲۷ Article Number: ۷۳N۳۱۰۵۱۲ ISSN-P: ۲۷۱۷-۱۱۳۲

بررسی تطبیقی شرط داوری در شرکت های تجاری

(تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۰۲/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۱/۰۶/۰۶)

امیر حسین بقایی

چکیده

در مورد درج شرط داوری در شرکت نامه قانونگذار در مورد اینکه شرکت نامه بایستی حاوی چه نکاتی باشد مطلبی ارائه ننموده است و تعریفی از آن به میان نیاورده است اما با این وجود در قانون تجارت در مواد مربوط به تشکیل شرکت های با مسئولیت محدود، تضامنی و نسبی در مواردی از عبارت شرکت نامه استفاده شده است که یکی از عناصر اصلی تشکیل شرکت معرفی گردیده است. با گنجانیدن شرط داوری در اساسنامه حسب مورد اختلافات بین شرکت با اعضاء یا سهامداران از طریق داوری حل و فصل خواهد شد و بدون نیاز به اراده بعدی اختلافات به داوری ارجاع می گردند. در درج شرط داوری در اساسنامه شرکت های تجاری نیز باید نهایت دقت را نمود تا درج شرط داوری در اساسنامه به صورت صحیح و کامل درج گردد و بسیار شفاف باشد، در غیر این صورت در زمان بروز اختلاف ممکن است اختلافاتی را به وجود آورد. البته باید توجه داشت صحت شرط داوری در اساسنامه شرکت های تجاری مشابه سایر قراردادها است و مستلزم وجود شرایط عام صحت معاملات است که البته جزئیات آن ممکن است یکسان نباشد. در این مقاله قصد داریم به بررسی دقیق شرط داوری در شرکت های تجاری و همچنین مزایا و معایب درج این شرط در اساسنامه شرکت های تجاری بپردازیم.

واژگان کلیدی: شرط داوری، شرکت های تجاری، داوری بین المللی، اساسنامه شرکت

بخش اول: کلیات و مفهوم شناسی

بند اول: نظام داوری بین المللی

داوری بین المللی مشابه دادرسی دادگاه داخلی است، اما به جای اینکه در دادگاه داخلی برگزار شود، در دادگاه‌های خصوصی که به عنوان داوران معروف هستند، برگزار می‌شود. ویژگی این داوری اجماعی بودن، خنثی بودن، الزام آور، خصوصی بودن، قابل اجرا بودن و وسایل حل اختلاف بین المللی، محسوب میشوند که به طور معمول است سریعتر و ارزان تر از دادرسی داخلی است. (مقدم، ابریشمی محبوب، ۱۳۹۵)

بند دوم: قراردادهای بین المللی

قراردادهای بین المللی به یک توافق نامه الزامی قانونی بین طرفین، مستقر در کشورهای مختلف که به انجام یا عدم انجام کارهای خاص متعهد هستند، اشاره دارد. ممکن است قراردادهای بین الملل به صورت رسمی نوشته شوند. بیشتر مشاغل برای شفاف سازی شرایط توافق، قراردادها را به صورت کتبی ایجاد می‌کنند و اغلب به دنبال مشاوره حقوقی به هنگام ترسیم قراردادهای مهم هستند. قراردادها می‌توانند تمام جنبه‌های تجارت بین الملل را پوشش دهند که متداول ترین آنها به ترتیب زیر است: قرارداد فروش بین المللی، قرارداد توزیع بین المللی، قرارداد آژانس بین المللی، قرارداد نماینده فروش بین المللی، قرارداد عرضه بین المللی، قرارداد تولید بین المللی، قرارداد خدمات بین المللی، قرارداد اتحاد استراتژیک بین المللی، قرارداد مشترک بین المللی و قرارداد حق امتیاز بین المللی. معاملات تجاری بین المللی در قالب یک قرارداد بین الملل توضیح داده شده است که حاوی هدف(ها) و تعهدات هر یک از طرفین درگیر و شرایط حاکم بر معاملات است. وقتی طرفین قرارداد از کشورهای مختلف وارد یک قرارداد می‌شوند، آنها توسط قانون قراردادهای بین المللی کنترل می‌شوند مگر اینکه آنها به قوانین یکی از کشورها پایبند باشند. قانون قرارداد بین المللی یک شاخه از قانون بین المللی خصوصی می‌باشد. این نوع از قانون مکرراً در قانون فروش بین المللی اعمال می‌شود. (رئیسی، ساعدی، ۱۳۹۳)

بند سوم: قراردادهای تجاری بین الملل

قراردادهای بین المللی که می‌توانند تمام جنبه‌های تجارت بین الملل را پوشش دهند، قرارداد تجاری بین المللی نام دارند و متداول ترین آنها به ترتیب زیر است: قرارداد فروش

بین‌المللی، قرارداد توزیع بین‌المللی، قرارداد آژانس بین‌المللی، قرارداد نماینده فروش بین‌المللی، قرارداد عرضه بین‌المللی، قرارداد تولید بین‌المللی، قرارداد خدمات بین‌المللی، قرارداد اتحاد استراتژیک بین‌المللی، قرارداد مشترک بین‌المللی و قرارداد حق امتیاز بین‌المللی. معاملات تجاری بین‌المللی در قالب یک قرارداد بین‌الملل توضیح داده شده است که حاوی هدف(ها) و تعهدات هر یک از طرفین درگیر و شرایط حاکم بر معاملات است. وقتی طرفین قرارداد از کشورهای مختلف وارد یک قرارداد می‌شوند، آنها توسط قانون قراردادهای بین‌المللی کنترل می‌شوند مگر اینکه آنها به قوانین یکی از کشورها پایبند باشند. (باتمانی، ۱۳۹۵)

بند چهارم: شرکتهای تجاری

شرکتهای تجاری شرکتهایی هستند که یا موضوع فعالیت آنها تجارت است و یا از لحاظ شکلی تجاری به حساب می‌آیند. قانون تجارت ایران هشت نوع شرکت تجاری را پیش‌بینی کرده است که عبارتند از: شرکت سهامی عام، شرکت سهامی خاص، شرکت با مسئولیت محدود، شرکت نسبی، شرکت تضامنی، شرکت مختلط سهامی، شرکت مختلط غیر سهامی، و شرکتهای تعاونی. شرکتهای تجارتی فوق‌الذکر دارای شخصیت حقوقی هستند یعنی به شخصیت شرکا وابستگی ندارند و شرکت به خودی خود قادر است امور تجارتی را انجام دهد و دارای اموال و حقوق و تکالیف تجاری باشد. (علومی یزدی، آزادی، ۱۳۹۴)

بند پنجم: اساسنامه شرکت

اساسنامه جزء مهمترین و اصلی‌ترین ارکان شرکتهای سهامی به حساب می‌آید. تمامی شرکتهای سهامی عام و یا سهامی خاص باید اساسنامه داشته باشند. در اساسنامه شرکت روابط شرکاء شرکت با یکدیگر و حدود اختیارات مجامع عمومی و هیئت مدیره تعیین می‌شود. همچنین در آن تکلیف سود و زیان شرکت و مدت انحلال آن معین خواهد شد. اساسنامه باید تابع نظر موسسین و اکثریت دارندگان سهام باشد. به طور کلی اساسنامه شرکت، سندی است که به آن شرکت اعتبار می‌بخشد و در آن خط مشی، سرمایه شرکت، هدف و نحوه فعالیت و وظایف هر کدام از اشخاص شرکت و هیئت مدیره معین می‌شوند. با توجه به مواردی که در بالا ذکر شد، اساسنامه نیز سندی است که به وسیله آن می‌توان اشخاص حقوقی و شرکتهای را شناسایی و اهراز هویت کرد. اساسنامه از ترکیب دو واژه اساس و نامه بوجود آمده است. بخش اول آن به معنی پایه و بنیان است و بخش دوم آن به

معنی نامه و نوشته است. تعاریف مختلفی که از اساسنامه گفته شده است:

- مجموعه قوانینی که برای اداره یک انجمن، مجلس یا سازمان سیاسی و اجتماعی تنظیم شده است.
- مجموعه شرایطی که برای تشکیل شرکت یا انجمن تنظیم می شود.
- قوانین و مقرراتی که برای طرز کار یک جمعیت، مقرر و معین می شود. مانند قانون اساسی و اساسنامه شرکت‌های تجاری و انجمن‌ها.

بخش دوم: نگاهی به پیشینه تحقیق

در زمینه تحقیقات داخلی میتوان به تحقیقات بسیاری که در این زمینه وجود دارد، اشاره نمود. رئیسی و ساعدی در پژوهش خویش در مورد استقلال شرط داوری در قراردادهای بین المللی پرداخته اند، آنان به طور کلی بیان میدارند که: داوری یکی از مهم ترین روش‌های حل و فصل اختلافات بین المللی است. این روش، آسان تر، ارزان تر و سریع تر از دیگر روش‌های حل اختلاف می باشد. قرارداد می تواند حاوی شرط ارجاع اختلافات به داوری باشد. شرط داوری از قراردادی که متضمن آن است مستقل است. در نتیجه، بحث بر سر اعتبار قرارداد حاوی شرط داوری لزوماً بر شرط داوری یا سلب صلاحیت از دیوان داوری برای استماع اختلاف طرفین درباره قرارداد مورد اختلاف موثر نیست. دکترین استقلال شرط داوری، با اراده‌ی صریح یا ضمنی طرفین بیان می شود که توافق می کنند هر و همه‌ی اختلافات بین خود، از جمله اختلافات درباره‌ی اعتبار قراردادی که حاوی شرط داوری است را به داوری ارجاع کنند^۱. (رئیسی، ساعدی، ۱۳۹۳) باتمانی در پژوهش خود به استقلال شرط ارجاع به داوری با رویکرد مطالعات تطبیقی در حقوق بین الملل و ایران پرداخته است و به طور کلی بیان میدارد که: دولتها معمولاً به دو شکل رضایت خود را برای ارجاع دعاوی به روش های حقوقی حل و فصل دعاوی ابراز می دارند. زمانی قبل از بروز اختلاف، طرفین در قالب معاهده خود را ملتزم می نمایند که هرگونه یا برخی اشکال اختلافات محتمل آینده فی مابین خود را به داوری بین المللی ارجاع دهند. زمانی نیز پس از بروز اختلاف و لزوم حل آن، طرفین اختلاف به این نتیجه می رسند که اختلاف فی مابین خود را به داوری ارجاع دهند و در قالب یک معاهده، توافقات خود را مکتوب می نمایند آنچه در تحقیق

۱ رئیسی، مریم، ساعدی، بهزاد، ۱۳۹۳، استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین المللی.

حاضر مورد بررسی قرار می گیرد این است که در مواردی که معاهده ای حاوی شرط ارجاع به داوری است، و اصل معاهده زیر سوال قرار می گیرد، آیا قید داوری مندرج در آن نیز به تبع قرارداد بی اعتبار می شود یا خیر.^۱ (باتمانی، ۱۳۹۵)

شهبازی نیا و دیبا فر در پژوهش خویش به نقش مرجع داوری در ادله اثبات موضوع دعوا میپردازند و به طور کلی بیان میدارند که: داوری تجاری بین المللی یکی از شیوه های حل و فصل اختلافات در معاملات اقتصادی است. صلاحیت آن با رضایت طرفین اختلاف ایجاد میشود و داور بین المللی با انتصاب از سوی طرفین اختیار مییابد به موضوع دعوا رسیدگی و رأی قابل شناسایی و اجرایی را صادر کند. بدین جهت ضروری است که اولاً موضوع دعوا برای داور معلوم و معین باشد تا رسیدگی او میسر گردد و ثانیاً با توجه به ابزارهای واقعی، قانعکننده و مرتبط با موضوع دعوا به کشف حقایق نائل آید. در این راستا دو سؤال مطرح میشود: یک اینکه در صورت بروز ابهام و تردید در تشخیص موضوع دعوا، چگونه داور میتواند آن را تبیین و تثبیت کند؟ دو اینکه چنانچه وجود دلیلی در کشف حقیقت مؤثر باشد که نزد طرف دعوا یا شخص ثالث است، اما او از ارائه آن امتناع می ورزد، چگونه داور می تواند آن را تحصیل کند؟ از سوی دیگر، در قوانین داوری تجاری بین المللی اصل آزادی عمل داور در رسیدگی به موضوع دعوا پذیرفته شده است، اما حدود آن مشخص نیست. این مقاله در صدد است با توجه به اصول و قواعد دادرسی های ملی و بین المللی، نقش داور بین المللی را در دو مسأله مزبور تبیین کند. نخست این که داور با اتکا به اصل آزادی عمل خود میتواند با اتخاذ تدابیری در جهت تثبیت موضوع دعوا کوشش خود را به کاربرد و دوم این که در جهت اثبات آن مستندات لازم را کشف کند، اما ممکن است با محدودیت هایی مواجه شود که ابتکارات عمل او را تضییق سازد.^۲ (شهبازی نیا، دیبا فر، ۱۳۹۳)

محبی و جعفری ندوشن در پژوهش خویش به بررسی نظام اتهامی و تفتیشی در مورد امر داوری پرداخته و به طوری کلی بیان میدارند که: در داوری تجاری بین المللی طرفین می توانند در مورد آیین رسیدگی داوری و قلمرو اختیارات و نقش داور در امور شکلی، از جمله

۱ باتمانی، یعقوب، ۱۳۹۵، استقلال شرط ارجاع به داوری در قراردادهای بین المللی با مطالعه تطبیقی در حقوق بین الملل و حقوق ایران

۲ شهبازی نیا، مرتضی، دیبا فر، سهیلا، ۱۳۹۳، نقش مرجع داوری در تثبیت و اثبات موضوع دعوا.

«اداره ادله» توافق کنند. در صورتی که توافقی در این زمینه وجود نداشته باشد، مرجع داوری برطبق قوانین ملی داوری یا قواعد داوری سازمانی یا موردی، معمولاً اختیارات وسیعی در تعیین جزئیات آیین رسیدگی و ازجمله اتخاذ روش تفتیشی یا اتهامی دارد. اما این اختیارات وسیع بدین معنی نیست که داوران می توانند خودسرانه و بدون منطق مشخص، روش موردنظر خود، اعم از تفتیشی یا اتهامی را اعمال کنند. برخلاف آنچه در بادی امر از ملاحظه اختیارات وسیع داوران به ذهن متبادر می شود، ماهیت و ویژگی های خاص داوری با اعمال روش اتهامی از سوی داور، تناسب بیشتری دارد و اتخاذ روش تفتیشی برای رسیدگی جنبه استثنایی دارد. در جزئیات آیین رسیدگی نیز، بسیاری از مراجع داوری از تلفیقی از روش های تفتیشی و اتهامی استفاده می کنند.^۱ (محبی، جعفری ندوشن، ۱۳۹۴)

سربازیان و رضایی در پژوهش خویش به اختلافات و حل و فصل آنها در تجارت بین الملل با ارجاع به امر کارشناسی و داوری میپردازند و به طور کلی بیان میدارند که: نظر به گسترش تجارت جهانی و افزایش اختلافات مرتبط با اعتبارات اسنادی، اتاق بازرگانی بین المللی، قواعدی را برای حل و فصل اختلافات ناشی از این اسناد از طریق ارجاع امر به کارشناسی موسوم بهداک دکس تدوین کرده است. بر طبق این سند، گروه کارشناسی متشکل از متخصصان بانکی و حقوقی آشنا به مسائل و رویه های بانکی بین المللی به اختلافات ناشی از اعتبارات اسنادی رسیدگی می کنند. رأی صادره توسط این گروه در صورتی برای طرفین الزام آور است که به نوعی درسند اعتبار اسنادی بدان ارجاع شده باشد و در غیر این صورت هرچند امکان مراجعه طرفین یا یکی از آنها به طور مستقل به کارشناسی وجود دارد اما رأی صادره الزام آور نیست؛ بلکه می تواند به عنوان اماره مورد استناد قرار گیرد. این روش حل و فصل اختلاف به لحاظ کم هزینه بودن، سرعت در رسیدگی، تخصصی بودن و لحاظ سایر اسناد و رویه های بانکی بین المللی از سوی فعالان جامعه بانکی و مؤسسات مالی مورد استقبال واقع شده است و در حال گسترش است.^۲ (سربازیان، رضایی، ۱۳۹۴)

۱ محبی، محسن، جعفری ندوشن، شهاب، ۱۳۹۴، نظامهای اتهامی و تفتیشی در داوری تجاری بین الملل .

۲ سربازیان، مجید، رضایی، علی، ۱۳۹۴، حل و فصل اختلافات اعتبارات اسنادی از طریق ارجاع به کارشناسی (و امر داوری)

علمی یزدی و آزادی در پژوهش خویش به داوری نامه و جایگاه آن در تجارت بین الملل میپردازند و به طور کلی بیان میدارند که : یکی از اسنادی که در بعضی موارد در داوریهای تجاری تنظیم می شود، داوری نامه است. اینکه آیا داورینامه همانند موافقتنامه داوری ماهیتی قراردادی دارد یا صرفاً مرحله ای شکلی در جریان داوری است محل اختلاف است. اما بنابر فرض اول هم داورینامه سندی مستقل و متفاوت از موافقتنامهی داوری تلقی شده است. پیشبینی تنظیم داورینامه از ابتکارات قواعدداوری اتاق بازرگانی بین المللی است که البته ضرورت تنظیم آن در برخی دیگر از مقرراتداوری نیز مشاهده میگردد. تنظیم داورینامه در قواعد داوری اتاق بازرگانی بینالمللی الزامی بوده اما در برخی مقررات داوری مانند قانون داوری انجمن داوری ژاپن، تنظیم آن اختیاری است. براساس قواعد داوری اتاق بازرگانی بینالمللی، داورینامه سندی است که در مراحل آغازینداوری تنظیم میشود و چهارچوب موضوعات مورد اختلاف و همچنین حدود صلاحیت داورانرا مشخص میسازد. همانطور که گفته شد، داورینامه سندی جدا از موافقتنامه داوری است، که توسط هیئت داوری و طرفین اختلاف تنظیم شده و امضا میگردد. در این نوشتار مفاد داورینامه، جایگاه و آثار آن در داوریهای بازرگانی بینالمللی بررسی خواهد شد.^۱ (علمی یزدی، آزادی، ۱۳۹۴)

بهمنی و مرادی در پژوهش خویش به موضوع طرف شرط داوری در گروه قراردادی پرداخته و به طور کلی بیان می دارند پیچیده و تخصصی شدن فعالیتهای اقتصادی در دنیای امروز موجب شده برای عملیات اقتصادی واحد، قراردادهای متنوع و متعددی میان اشخاص متفاوت منعقد شود. ارتباط متقابل و وابستگی اقتصادی این قراردادهای و تعهدات ناشی از آنها با یکدیگر، منجر به شناسایی مفهوم «گروه قراردادی» در حقوق شده است. این مفهوم، نشان دهنده توجه حقوق به واقعیات اقتصادی و تجاری در کنار ساختار حقوقی روابط قراردادی است. هنگامی که در گروه قراردادی که قراردادهای آن، هدف یکسانی دارند، شروط داوری مشابهی درج شده باشد یا در برخی از آنها شرط داوری درج شده ولی سایر قراردادهای مرتبط در گروه، فاقد هرگونه شرط حل اختلاف باشند یا در مواردی که قراردادهای حاوی شروط حل اختلاف متفاوت یا مغایری باشند، این پرسش مطرح می شود

۱ علمی یزدی، حمیدرضا، آزادی، یاسمن، ۱۳۹۴، داوری نامه و جایگاه آن در داوری تجاری بین الملل .

که آیا دیوان دآوری میتواند اطراف سایر قراردادهای مرتبط در گروه قراردادی را طرف شرط دآوری مندرج در یکی از این قراردادها شناسایی نماید و قلمرو شرط دآوری موصوف را به آن‌ها گسترش دهد؟ پذیرش چنین امری، امکان رسیدگی دآوری واحد به اختلافات تمام اطراف قراردادهای مرتبط را فراهم می‌آورد و نه تنها موجب رسیدگی کارآمدتر و مؤثرتر به اختلافات می‌شود، بلکه مانع از رسیدگیهای موازی و صدور آرای متعارض نیز میشود. در چنین مواردی، اصولی چون اصل حاکمیت اراده و اصل نسبی بودن قراردادها ایجاب میکند که دیوان دآوری برای شناسایی طرف شرط دآوری، اراده مشترک و متقابل تمام اطراف قراردادهای مرتبط در گروه قراردادی را جستجو و کشف کند.^۱ (بهمنی، مرادی، ۱۳۹۴)

بخش سوم: بررسی حقوقی درج شرط دآوری در اساسنامه شرکت

همانطور که می‌دانیم یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های شرط دآوری این است که موافقت‌نامه دآوری زمانی منعقد می‌گردد که اختلاف و نزاعی در بین نبوده و وقوع آن نیز حتمی نمی‌باشد (شمس، ۱۳۸۸، ص ۵۱۲). بنابراین این نوع از دآوری به معنای این است که در زمان وقوع اختلاف حتی با وجود مخالفت یکی از طرفین نسبت به ارجاع اختلاف به دآوری طرف مقابل می‌تواند با استناد به این موضوع وی را به ارجاع به دآوری ملزم نماید. با گنجاندن شرط دآوری در اساسنامه حسب مورد اختلافات بین شرکت با اعضاء یا سهامداران از طریق دآوری حل و فصل خواهد شد و بدون نیاز به اراده بعدی اختلافات به دآوری ارجاع می‌گردند. در درج شرط دآوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری نیز باید نهایت دقت را نمود تا درج شرط دآوری در اساسنامه به صورت صحیح و کامل درج گردد و بسیار شفاف باشد، در غیر این صورت در زمان بروز اختلاف ممکن است اختلافاتی را به وجود آورد. همچنین نکته حائز اهمیت دیگری که وجود دارد این است که شرط دآوری بایستی به گونه‌ای درج شود که تمامی اطراف مورد اختلاف اعم از اختلافاتی که بین شرکت با اعضاء یا سهامداران، یا شرکت با سایر اشخاص حقیقی و حقوقی صورت گرفته را در برگیرد. البته نمونه‌های شرط دآوری صحیح و کامل توسط سازمان‌های دآوری پیشنهاد شده که شرکت‌های تجاری می‌توانند از آن‌ها استفاده کرده و آن را در اساسنامه شرکت درج نمایند. به عنوان نمونه مرکز دآوری اراک شرط دآوری در اساسنامه شرکت‌ها را این گونه پیشنهاد داده است:

^۱ بهمنی، محمد علی، مرادی، فهیمه، ۱۳۹۴، طرف شرط دآوری در گروه قراردادی

«اختلافات بین شرکت با اعضاء یا سهامداران، یا شرکت با سایر اشخاص حقیقی و حقوقی از طریق داوری حل و فصل خواهد شد و مرکز داوری اتاق بازرگانی استان، مسؤل تعیین داور مرضیالطرفین خواهد بود».

تبصره: «شرکت در کلیه قراردادهای تنظیمی با اشخاص حقیقی و حقوقی، ارجاع امر به داوری مذکور را به عنوان شرط قید خواهند کرد».

درج شرط داوری در اساسنامه شرکتها می‌تواند در زمان تنظیم اولیه اساسنامه شرکت صورت گیرد و مورد توافق واقع شود اما در صورتی که این موضوع در زمان تنظیم اولیه اساسنامه درج نشده باشد و پس از آن شریکان خواهان درج این شرط در اساسنامه باشند می‌توانند این شرط را به اساسنامه الحاق نمایند. البته در شرکت‌های تعاونی وضعیت به شکل دیگری است. قانون اصلاح موادی از قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۳/۱۲/۱۷ در تبصره ۶ ماده ۵۷، درج شرط داوری در اساسنامه این شرکتها را الزامی می‌داند تا جایی که در ماده ۷۶ قانون مذکور تعاونی‌ها را ملزم به اصلاح اساسنامه خود می‌نماید به نحوی که تعاونی‌ها موظف هستند ظرف سه ماه پس از لازم‌الاجرا شدن قانون مذکور، اساسنامه خود را با این قانون تطبیق بدهند و تغییرات اساسنامه خود را به عنوان تعاونی به ثبت برسانند در غیر این صورت تعاونی شناخته نخواهند شد و نمی‌توانند از مزایای شرکت‌های تعاونی استفاده کنند.^۱ اشتباهی که ممکن است رخ دهد عدم درج شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری می‌باشد که نمونه‌های فراوانی وجود دارد که در آنها به دلیل عدم درج شرط داوری در اساسنامه چاره‌ای جز مراجعه به محاکم عمومی وجود ندارد که در این صورت به تبع، مشکلات بسیاری در مراحل رسیدگی و اجرای آن به وجود آمده و باعث کندی در رسیدگی خواهد شد. بنابراین برای رهایی از این مشکلات بهترین شیوه حل و فصل اختلافات شرکت‌های تجاری درج شرط

۱. در تبصره ۶ ماده ۵۷ قانون اصلاح موادی از قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران آمده است: «... ارجاع به داوری اتاق تعاون باید در اساسنامه همه اشخاص حقوقی تعاونی درج شود». قانون گذار در ضمانت اجرای آن در ماده ۷۶ قانون اصلاح موادی از قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران بیان داشته است: «تعاونی‌ها موظف‌اند اساسنامه خود را ظرف سه ماه پس از لازم‌الاجراء شدن این قانون با این قانون تطبیق داده و تغییرات اساسنامه خود را به عنوان تعاونی به ثبت برسانند در غیر این صورت تعاونی شناخته نمی‌شوند و نمی‌توانند از مزایای شرکت‌های تعاونی استفاده کنند».

داوری در اساسنامه آن‌ها می‌باشد که بایستی این شیوه در میان حقوق‌دانان ترویج پیدا کند تا در زمان تنظیم اساسنامه، این موضوع مورد توجه واقع و به درج شرط داوری در اساسنامه شرکت بپردازند.

بخش چهارم: اعتبار شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری

صحت شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری مشابه سایر قراردادها است و مستلزم وجود شرایط عام صحت معاملات است که البته جزئیات آن ممکن است یکسان نباشد. همچنین ممنوعی‌تهایی نیز در درج شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری وجود دارد که در ذیل، به بررسی این دو موضوع، پرداخته خواهد شد.

بند اول: شرایط صحت شرط داوری در اساسنامه

شرط داوری ضمن عقد وقتی است که دو یا چند نفر در ضمن معامله‌ای که انجام می‌دهند، ملتزم می‌شوند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داوری مراجعه نمایند. بنابراین این نوع داوری در زمانی مورد توافق قرار می‌گیرد که نه تنها اختلاف و نزاعی در بین نیست، بلکه ممکن است هیچ‌گاه رخ ندهد (شمس، ۱۳۸۸، ص ۵۰۷). شرایط تحقق داوری همان شرایط عمومی قراردادهاست به نحوی که ماده ۱۹۰ قانون مدنی هر شرطی را که برای قراردادها مقرر نموده است برای داوری هم صدق می‌نماید.

شرایط اساسی معامله طبق ماده ۱۹۰ قانون مدنی:

۱- قصد طرفین و رضای آن‌ها

۲- اهلیت طرفین.

۳- موضوع معین که مورد معامله باشد.

۴- مشروعیت جهت معامله.

داوری آئینی است مبتنی بر تراضی طرفین اختلاف که این رضایت در قرارداد داوری ابراز می‌گردد. مقصود از قرارداد داوری اعم از قرارداد یا شرط داوری است، چرا که شرط نیز نوعی قرارداد محسوب می‌شود که مبتنی بر توافق طرفین است و تنها به قدرت اراده طرفین ضمن عقد دیگر درج شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۱۶۷).

شرط داوری نیز عقدی است که مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد گردیده و مانند هر قرارداد دیگر بین طرفین لازم الوفا می‌باشد (دشتی، کریمی، ۱۳۹۲، ص ۱۰۲).

با ملاحظه ماده ۴۷۲ قانون آئین دادرسی مدنی، اصل لزوم قراردادها و همچنین هدف از

ارجاع امر به داور، ضرورت لزوم آن قابل توجیه است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۵۴).

موافقتنامه داور را اشخاصی می‌توانند منعقد نمایند که اهلیت اقامه دعوا را دارند. علاوه بر بند ۲ ماده ۱۹۰ قانون مدنی در ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی در مورد اهلیت آمده است: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه طرح شده یا نشده باشد به داور یکی یا چند نفر ارجاع دهند». در خصوص اهلیت این مباحث را بایستی مطرح کرد که در شرکت‌های تجاری که دارای شخصیت حقوقی هستند، اهلیت معنای متفاوتی دارد. برخلاف اشخاص حقیقی که دارای دوره صغر بوده و سپس به بلوغ می‌رسند و ممکن است از جهت رشد قوای دماغی هرگز به حد رشد نرسند، اشخاص حقوقی از ابتدا به طور کامل متولد می‌شوند و به کارگیری صفات بالغ و عاقل و رشید در مورد آنها بی‌معناست. با وجود این، اهلیت در شرکت‌های تجاری باید در پرتو اساسنامه و قانون محل تشکیل شرکت بررسی شود (شیروی، ۱۳۹۳، ص ۸۱). اشخاص حقیقی‌ای که مدیریت شرکت تجاری را عهده دارند و به نمایندگی از طرف آن شرکت اقدام می‌کنند بایستی باید عاقل، بالغ و رشید باشند (شیروی، ۱۳۹۳، ص ۸۱). در اساسنامه برخی از شرکت‌ها ممکن است ارجاع کلیه اختلافات یا برخی از آنها به داور مستلزم تصویب مجمع عمومی سهامداران باشد که در این صورت نیز بحث اهلیت مدیران برای انعقاد موافقتنامه داور مطرح می‌شود. برای پاسخ به این سؤالات باید به ماده ۱۱۸ قانون تجارت مراجعه کرد که به موجب آن این محدودیت‌ها در مقابل اشخاص ثالث باطل و کان لم یکن است (شیروی، ۱۳۹۳، ص ۸۱). ماده ۱۱۸ لایحه قانونی ۱۳۴۷ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «جز درباره موضوعاتی که به موجب مقررات اخذ تصمیم و اقدام درباره آنها در صلاحیت خاص مجامع عمومی است، مدیران شرکت دارای کلیه اختیارات لازم برای اداره امور شرکت می‌باشند، مشروط بر آنکه تصمیمات و اقدامات آنها در حدود موضوع شرکت باشد. محدود کردن اختیارات مدیران در اساسنامه یا به موجب تصمیمات مجامع عمومی فقط از لحاظ روابط بین مدیران و صاحبان سهام معتبر بوده و در مقابل اشخاص ثالث باطل و کن لم یکن است». با توجه به این که قاعده مندرج در ماده ۱۱۸ لایحه قانونی ۱۳۴۷ مبنی بر این که مدیران شرکت دارای تمام اختیارات لازم برای اداره شرکت هستند برای حفظ حقوق اشخاص ثالث است و جنبه امری دارد، نباید به نهادهای شرکت یا اساسنامه اجازه داده شود که برخلاف این قاعده شرط کنند (اسکینی، ۱۳۸۸، ص

۹۱). با این وجود، چنانچه اگر به موجب اساسنامه شرکت، تصمیم‌گیری در خصوص ارجاع اختلاف به داوری مستلزم تصویب هیئت مدیره شرکت باشد در این صورت مدیر عامل شرکت نمی‌تواند راساً اقدام به ارجاع اختلاف به داوری کند، بلکه باید مصوبه هیئت مدیره شرکت را اخذ نماید والا موافقتنامه داوری مزبور در مقابل شرکت قابل استناد نیست. حتی در صورتی که قید و شرط خاصی در اساسنامه برای ارجاع اختلافات به داوری وجود نداشته باشد، از آنجا که موافقتنامه داوری یک سند تعهدآور است، باید صاحبان امضای مجاز شرکت آن را امضا کرده باشد والا در مقابل شرکت قابل استناد نیست. شایان ذکر است که دو مورد اخیر از شمول ماده ۱۱۸ فوق خارج بوده و محدودیت مزبور معتبر می‌باشد (شیروی، ۱۳۹۳، ص ۸۱). طبق بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی شرط صحت هر قراردادی وجود موضوع معینی است که مورد معامله باشد. موافقتنامه داوری نیز از این اصل کلی خارج نیست و باید موضوع موافقتنامه داوری مشخص باشد. زمانی که اختلاف بروز کرده باشد، تعیین اختلاف یا اختلافاتی که باید به داوری ارجاع شود، قابل تعیین است، اما زمانی که موافقتنامه داوری قبل از اختلاف منعقد می‌شود مشکل است که ریز این اختلافات را ارائه نمود و دقیقاً موضوع موافقتنامه داوری را مشخص کرد. برای رفع این مشکل مقرر شده لازم نیست که ریز اختلافات بیان شود، بلکه اگر رابطه حقوقی که باعث اختلاف شده مشخص شود، میتوان اختلافات راجع به آن رابطه حقوقی را به داوری ارجاع کرد (اسکینی، ۱۳۸۸، ص ۹۱). باید پذیرفت که پس از وقوع اختلاف، داور می‌تواند به تمام اختلافاتی که از معامله حاوی شرط داوری ناشی شده رسیدگی نماید بی‌آنکه لازم باشد، توافق جدیدی در این خصوص واقع شود. روشن است که رأی داور با شکایت هریک از طرفین می‌تواند به این علت که مطلبی که موضوع داوری نبوده رأی صادر شده است باطل شود. در توافقی که به صورت شرط داوری منعقد می‌شود می‌توان داور یا داوران را تعیین و یا ترتیب انتخاب آن‌ها را پیش‌بینی نمود. در حقوق ایران پیش‌بینی نکردن این امر موجب بطلان شرط نخواهد بود و چنانچه داور در توافق نامه‌ای که به صورت شرط ضمن عقد منعقد می‌شود تعیین شده باشد، موافقت داور به داوری شرط صحت نمی‌باشد (ماده ۴۵۹ قانون آئین دادرسی مدنی). اما در مورد کتبی بودن داوری که میان حقوقدانان مباحث زیادی مطرح گردیده است و اختلاف نظرهایی در این زمینه وجود دارد به نظر می‌رسد بحث آن در اینجا عملی بی‌فایده خواهد بود چرا که شرط داوری مورد بحث، مندرج در اساسنامه شرکت‌های تجاری است و

ما اساسنامه غیر مکتوب و به عبارتی شفاهی نداریم که این بحث مطرح گردد آیا شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری بایستی کتبی باشد یا خیر. همچنین قانونگذار ایران در انعقاد و اعتبار برخی قراردادهای، به لحاظ اهمیت و آثاری که از آنها ناشی می‌شود، وقوع قرارداد را موکول به تنظیم سند رسمی نموده است. تنظیم سند رسمی در این قراردادهای الزامی است و قرارداد عادی فاقد اعتبار است. در مواردی نیز اگرچه قانونگذار قصد و رضای طرفین را در انعقاد قرارداد کافی دانسته است، اما اثبات آن را تنها از طریق سند رسمی میسر می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۳۲۵). همانند ماده ۱۰۳ قانون تجارت که در انتقال سهم شرکت با مسئولیت محدود مقرر داشته است: «انتقال سهم شرکت به عمل نخواهد آمد مگر به موجب سند رسمی». داوری نیز ممکن است به شکل سند رسمی یا عادی تنظیم گردد (شمس، ۱۳۸۸، ص ۵۱۰). در مورد اساسنامه که شرط داوری موضوع بحث در آن نیز در آن درج می‌گردد قانونگذار تکلیفی نکرده است که اساسنامه باید به صورت رسمی تنظیم شود، از این رو ممکن است رسمی یا غیر رسمی باشد، اما در عمل همیشه به صورت غیر رسمی است (اسکینی، ۱۳۸۸، ص ۵۶).

بند دوم: ممنوعیت‌های درج شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری

دعوی ورشکستگی وقتی مطرح می‌شود که تاجر یا شرکت تجاری به علت توقف قادر نباشد دیونی را که بر عهده او است پرداخت نماید. دعوی ورشکستگی از جانب دادستان یا خود تاجر مدعی ورشکستگی و یا بستانکار در دادگاه عمومی محل اقامت تاجر اقامه می‌شود و در هیچ مورد و شکلی قابل ارجاع به داوری نیست، زیرا نتیجه ورشکستگی صدور حکم ورشکستگی یا رد دعوی است، که در هر صورت اثراتی دارد که شعاع آن بیش از اصحاب دعوی را فرا می‌گیرد و به نظم جامعه ارتباط پیدا می‌کند و قرار دادن آن تحت دادرسی خصوصی بر خلاف مصلحت اجتماع است (مدنی، ۱۳۸۲، ص ۳۳۸). در این راستا ماده ۴۹۶ قانون آئین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «دعای زیر قابل ارجاع به داوری نیست:

۱- دعوی ورشکستگی

۲- ...»

البته به نظر برخی از حقوق‌دانان شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری نسبت به بعضی از دعاوی شرکت‌ها نیز با تردید همراه است. این دسته از حقوق‌دانان دعاوی فسخ، بطلان و به طور کلی دعوی انحلال شرکت یا ابطال مصوبات را از این قبیل می‌دانند.

دلایل تردید آن‌ها عبارت‌اند از:

- ۱- انحلال شرکت از نظر آثار، همانند ورشکستگی است و به همان جهاتی که در ورشکستگی بیان می‌شود در مورد سایر جهات انحلال، باید دאوری را منع نمود.
 - ۲- دأوری مدت دارد و داور نمی‌تواند خارج از آن رأی دهد یا رسیدگی کند اما در مورد انحلال شرکت یا ابطال مصوبات، سخن از اعطای فرصت شش ماهه می‌باشد و داور نمی‌تواند با افزودن به مدت دأوری، این فرصت را رعایت کند مگر اینکه گفته شود طرفین با پیش‌بینی دأوری، لوازم آن را نیز قبول دارند حتی اگر این لازمه، اعطای فرصت شش ماهه باشد.
 - ۳- دأوی ابطال یا انحلال، متوجه تمامیت شخص حقوقی یا یکی از تصمیمات عمومی آن است و باعث می‌شود که اثر آن، سهامداران و اشخاص ثالث را نیز در برگیرد و معلوم است که شرط دأوری، تنها در روابط طرفین اختلاف مؤثر است و سایرین نباید از آن متأثر شوند.
 - ۴- تعیین مدیر تصفیه بر عهده داور نیست و با دادگاه است و می‌دانیم که حکم انحلال شرکت با تعیین مدیر تصفیه همراه است و قابل تجزیه نیست (دادپویان، ۱۳۹۵).
- مطابق نظر این دسته از حقوق‌دانان این دلایل قابل مناقشه‌اند و ممکن است مانع دأوری نباشد، اما قرابت بسیار آن با ورشکستگی را نباید نادیده گرفت.
- همچنین اصل ۱۳۹ قانون اساسی^۱ و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی^۲ محدودیت‌هایی را در ارجاع به دأوری در نظر گرفته‌اند.

بخش پنجم: بررسی معایب و مزایای شرط دأوری در اساسنامه

دأوری با گسترش تجارت به منظور حل و فصل اختلافات تجاری به سرعت رشد پیدا کرد

-
۱. اصل ۱۳۹ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «صلح دأوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به دأوری در هر مورد موکول به تصویب هیئت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دأوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند».
 ۲. در همین راستا ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی حکمی مشابه اصل ۱۳۹ قانون اساسی مقرر داشته است: «ارجاع دأوی راجع به اموال عمومی و دولتی به دأوری پس از تصویب هیأت وزیران است و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. در مواردی که طرف دأوی خارجی و یا موضوع دأوا از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است».

و به روشی عادی در حل و فصل اختلافات تجاری مبدل گردیده است. به گونه‌ای که کمتر موردی می‌توان یافت که در یک قرارداد مشارکت در سرمایه‌گذاری، انتقال فناوری، ساخت کارخانه بزرگ، بیع متقابل، همکاری‌های اقتصادی و امثال آن داوری پیش‌بینی نشده باشد. طبیعتاً توسعه داوری به دلیل امتیازاتی است که این روش نسبت به دادرسی دارد (همت‌یار، ۱۳۸۸). البته شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری با تمامی امتیازاتی که دارد بدون ایراد نیز نمی‌باشد. به همین جهت به بررسی معایب و مزایای آن می‌پردازیم.

بند اول: مزایای شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری

امتیازات شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری نسبت به دادرسی در دادگاه‌ها منجر گردیده که این نوع از داوری مورد استقبال قرار گیرد، از جمله این مزایا می‌توان به موارد زیر اشاره نمود:

۱- کارایی: اغلب دعاوی و اختلافات شرکت‌های تجاری از چنان پیچیدگی‌ای برخوردار است که فقط اهل فن و متخصصین می‌توانند از موضوع قرارداد سر در آورده و نظر قطعی را اعلام کنند و علاوه بر آن در داوری طرفین این فرصت و امکان را دارند که شخص یا اشخاصی را که صاحب‌نظر و صالح تشخیص می‌دهند به عنوان داور تعیین نمایند، در صورتی که اصحاب دعوی هیچ حقی نسبت به انتخاب قضات دادگاه‌ها ندارند.

۲- مشارکت طرفین قرارداد در ایجاد صلح و سازش: هدف اصلی در شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری به طور اصولی یافتن راه‌حل مسالمت‌آمیز است و در صورتی که داور منتخب طرفین باشد سعی می‌کند نظرات طرفین داوری را تاحد ممکن رعایت نماید اما رسیدگی در دادگاه‌ها بدون توجه به منافع خاص طرفین در روابط بازرگانی فعلی و یا آتی آنان می‌باشد.

۳- اشتراط قراردادهای تنظیمی در شرکت‌های تجاری به شرط داوری: در اشتراط شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری این‌گونه است که شرکت در کلیه قراردادهای تنظیمی با اشخاص حقیقی و حقوقی ارجاع امر به داوری را به عنوان شرط قید خواهد کرد.

۴- بی‌طرفی: داوری متضمن بی‌طرفی گسترده‌ای می‌باشد. بی‌طرفی داوران یکی از پایه‌های اساسی داوری را تشکیل می‌دهد به گونه‌ای که در صورت از دست دادن این شرط ولو در اثناء رسیدگی می‌توان بر حسب مورد داور را عزل نمود و یا جرح کرد. ممکن است گفته شود در درج شرط داوری در اساسنامه، با انتخاب عضو یا نهادهای از میان شرکت به

عنوان داور اصل بی‌طرفی نقض می‌گردد و به عبارتی یکی از معایب درج شرط داوری در اساسنامه شرکت‌ها نقض بی‌طرفی است اما نکته مهم این است که در صورت انتخاب درست داور نه تنها بی‌طرفی نقض نمی‌گردد بلکه شاهد بی‌طرفی گسترده‌تری نیز خواهیم بود.

۵- اجرای بند ۱۰ سیاست‌های کلی قضایی ابلاغ شده از جانب مقام معظم رهبری: در اجرای بند ۱۰ سیاست‌های کلی قضایی ابلاغ شده از جانب مقام معظم رهبری قوه قضاییه مکلف شده است که تمهیدات لازم برای فراگیر کردن نهاد داوری را فراهم نماید؛ علاوه بر این مطابق بند ۲ ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران تهیه لایحه مستقل داوری داخلی و بین‌المللی بر عهده قوه قضاییه واگذار شده است.

۶- کاهش ورودی پرونده‌ها به محاکم: اشتراط شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری باعث کاهش ورودی پرونده‌ها به محاکم خواهد شد که این امر مهم نیز خود یکی از راهبردهای اصلی قوه قضاییه می‌باشد.

۷- توسعه نهاد داوری در جامعه اشخاص حقوقی: از آنجایی که کانون توجهات داوری در میان اشخاص حقیقی است به نحوی که منجر به گسترش نهاد داوری در میان این جامعه گردیده است و داوری در میان اشخاص حقوقی مورد غفلت واقع شده است، به همین منظور درج شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری باعث گسترش و توسعه این نهاد در میان جامعه اشخاص حقوقی خواهد شد.

۸- آشنایی با نقش داوری در حوزه اشخاص حقوقی: با بررسی قوانین مربوطه متوجه خواهیم شد که قانونگذار در مورد درج شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری سکوت کرده است و هیچ اشاره‌ای به آن ننموده است. همین مسئله باعث غفلت حقوق‌دانان نسبت به این حوزه مهم از حقوق گردیده است چه بسا با درج شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری بتوان توجه نویسندگان و حقوق‌دانان را نسبت به این حوزه مهم از حقوق را جلب نمود تا منجر به غنای علمی در این بخش گردد.

البته شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری مزایای دیگری همچون سرعت، هزینه کم، محرمانه بودن، انعطاف‌پذیری و... را دارا می‌باشد.

بند دوم: معایب شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری

در مقابل امتیازاتی که برای شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری ذکر شد شرط داوری معایبی نیز دارد که به برخی از مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌کنیم:

۱- نسبی بودن: شرط داوری در اساسنامه مانند سایر قراردادهای تابع اصل نسبی بودن آثار قراردادی است. تنها طرفین ملزم‌اند که اختلاف خود را از طریق داوری حل و فصل کنند. بنابراین اگر دعوای مزبور به شخص یا اشخاص ثالثی برخورد پیدا کند و نیاز باشد که آن‌ها به داوری جلب شوند، آنها باید به این امر رضایت دهند والا امکان رسیدگی در چارچوب داوری امکان‌پذیر نخواهد بود (شیروی، ۱۳۹۳، ص ۲۵۳).

۲- محدودیت در طرح دعوای طاری: داوران در محدوده موافقت‌نامه داوری و مقررات داوری به قضاوت می‌پردازند. بنابراین رسیدگی آن‌ها محدود به نکات مورد اختلاف و خواسته طرفین موافقت‌نامه داوری است و در نتیجه نمی‌توانند به ورود یا جلب ثالث اعتنا نمایند، مگر اینکه ثالث با طرفین در ارجاع به امر داوری و تعیین داور تراضی نماید. در صورتی که تراضی حاصل نگردید، دعوای ثالث و جلب ثالث می‌بایست در دادگاه اقامه شود (شمس، ۱۳۸۸، ص ۵۴۸).

۳- تکیه به سیستم قضایی: اجرای آراء داوری باید از طریق دادگاه‌های ملی مورد شناسایی قرار گیرد و حکم به اجرای آن صادر شود. علاوه بر آن زمانی که در داوری برای تأمین دلایل، تأمین خواسته یا جلوگیری از ضرر و زیان فوری، انجام عملی را مقرر می‌دارد یا عملی را منع می‌کند (صدور دستور موقت)، چنانچه طرف دیگر به اختیار خود دستور موقت را اجرا نکند، طرف ذینفع تنها از طریق تمسک به مراجع قضایی می‌تواند دستور موقت مزبور را به اجرا در آورد یا زمانی که برای تکمیل دلایل نیاز است از مراجعی مثل بانک‌ها، گمرک، اداره مالیات و... استعلام شود، این مراکز ممکن است تنها به مرجع قضایی پاسخ دهند و بنابراین ذینفع باید از مراجع قضایی استمداد بگیرد (شیروی، ۱۳۹۳، ص ۵۵).

۴- عدم امکان رسیدگی توسط مراجع قضایی: عملاً با قراردادن شرط داوری دسترسی به مراجع قضایی امکان‌پذیر نخواهد شد. البته رسیدگی به اختلاف توسط دادگاه خلاف قواعد آمره نمی‌باشد اما چنانچه مورد ایراد خوانده قرار گیرد دادگاه آنان را به داوری ارجاع خواهد داد اما در صورتی که خوانده به این موضوع اعتراض ننماید رسیدگی دادگاه بلامانع و قانونی

خواهد بود (شمس، ۱۳۸۸، ص ۵۴۱). اما رویه دادگاه‌ها در حال حاضر به این شکل است که یکی از شرایط ثبت و ارجاع دادخواست در مورد قراردادهایی که در آن شرط داوری وجود دارد ارائه انصراف از داوری می‌باشد در غیر این صورت پرونده به شعبه ارجاع نخواهد شد.

۵- عدم وجود اقدامات تأمینی: در داوری داخلی امکان صدور قرار تأمین خواسته یا دستور موقت توسط داور وجود ندارد بنابراین چون صدور قرار تأمین خواسته و دستور موقت در صلاحیت دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد، در این صورت اخذ قرار تأمین خواسته و دستور موقت در داوری داخلی هم از دادگاه و هم از داور غیر ممکن می‌شود. البته در داوری بین‌المللی به موجب ماده ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی در صورتی که خلاف آن توافق نشده باشد داور می‌تواند دستور موقت صادر کند، همچنین به موجب ماده ۹ قانون دعاوی تجاری بین‌الملل هر یک از طرفین مجازند تا پیش از رسیدگی داور و یا در جریان رسیدگی او از دادگاه تأمین خواسته و یا دستور موقت درخواست نمایند (شمس، ۱۳۸۸، ص ۵۴۵). البته در کبک کانادا به این موضوع اشاره شده است که اگر در موضوعی شرط داوری شده باشد چه قبل از داوری و چه بعد از داوری، امکان صدور قرارهای موقت وجود دارد که یکی از آنها قرار توقیف اموال است و مرجع صالح آن دادگاه است (پهلوان‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۱۹۶-۱۹۵).

بخش ششم: بررسی داوری در قراردادهای دولتی و خروج از ممنوعیت‌های

نسبی داوری در اموال عمومی و دولتی

اصل «۱۳۹» قانون اساسی مقرر می‌دارد: صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیات وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. ماده «۴۵۷» قانون آئین دادرسی مدنی بیان می‌دارد: ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری پس از تصویب هیات وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. قانونگذار دو ممنوعیت و محدودیت برای داوری در باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی پیش‌بینی کرده است. ممنوعیت‌های نسبی و مطلق. یکی از ممنوعیت‌های نسبی مربوط به داوری اموال عمومی و دولتی می‌باشد که داوری آن مطلقاً باطل نیست لیکن منوط به تایید و تصویب هیات وزیران می‌باشد. لیکن در اصول قانونی ممنوعیت ناظر بر اموال عمومی و دولتی است. حال این پرسش و ابهام ایجاد می‌شود که

شرط داوری در قراردادی شرکت‌های دولتی نیز مشمول این ممنوعیت نسبی می‌گردد. لیکن با مذاقه وواکاوی در قوانین و مقررات موضوعه در می‌یابیم که بنا به دلایل ذیل اساساً داوری قراردادهای دولتی مخصوصاً داوری در خصوص تعهدات قراردادی از شمول آن قوانین به طور حکمی و موضوعی خارج می‌باشند.

بند اول: بررسی و تحلیل حقوقی واژه دعوی

با واکاوی و تحلیل مواد موصوف در می‌یابیم که اولین شرط تحقق عدم نفوذ داوری، صلح یا ارجاع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی به داوری است. قانونگذار تعریفی از مفهوم دعوی ارائه ننموده است لیکن بایستی به آراء و نظرات اساتید حقوق مراجعه گردد. دعوی علمی است که برای اجرای حقی که مورد تجاوز یا انکار واقع شده است در دادگاه انجام می‌گیرد. دعوی حقی است که به موجب آن اشخاص می‌توانند به دادگاه مراجعه کنند و از مقام رسمی بخواهند که به وسیله اجرای قانون، از حقوقشان در برابر دیگری حمایت شود. مراجعه به دادگاه و اجرای این حق همیشه به وسیله عمل حقوقی خاصی انجام می‌شود که اقامه دعوی نامیده می‌شود. با ملاحظه مواد قانونی به نظر می‌رسد قانونگذار دعوا را در سه مفهوم مختلف به کار برده است:

- دعوا توانایی قانونی مدعی حقی است که تضییع یا انکار شده، در مراجعه به مراجع صالح جهت به قضاوت گذاردن وارد بودن یا نبودن ادعا و ترتب آثار قانونی مربوطه که برای طرف مقابل دعوا، توانایی مقابله با این ادعا نیست. دعوی در اصول «۳۴»، «۱۶۵» و «۱۶۷» قانون اساسی و مواد «۱۸» و «۱۱۶۳» قانون مدنی و مواد «۲»، «۱۱»، «۱۵» و «۱۷» از قانون آئین دادرسی مدنی در این مفهوم به کار رفته است.
- دعوا در بعضی مقررات به مفهوم منازعه و اختلافی آمده است که در مرجع قضایی مطرح گردیده و تحت رسیدگی بوده و یا می‌باشد. دعوا از جمله در اصول «۳۵»، «۶۱»، و «۱۵۶» و «۱۶۷» قانون اساسی و مواد «۱»، «۴۴»، «۵۲»، «۵۷» و بند «ب» ماده «۱۰۷» قانون آیین دادرسی مدنی و سایر موادی که در آن ترکیب «اصحاب دعوی» یا طرفین دعوا به کار رفته و همچنین ماده «۳۶۹» آن قانون بدین مفهوم آمده است.
- دعوا در بعضی موارد به معنی ادعا به کار می‌رود که در خلال رسیدگی به دعوا به عنوان امری تبعی مطرح می‌گردد. دعوا در ماده «۱۴۲» قانون آئین دادرسی مدنی

در این مفهوم به کار رفته است.

لیکن ممکن است این ایراد وارد گردد که ماده «۴۵۴» قانون آئین دادرسی مدنی، منازعه و اختلاف را خواه در دادگاه مطرح شده یا نشده باشد داخل در مفهوم دعوی و مترادف با آن دانسته است حال آنکه داوری عبارت است از رفع اختلاف از طریق رسیدگی و صدور حکم از سوی شخص یا اشخاص (ثالث) که طرفین دعوا معمولاً آنها را به تراضی انتخاب می کنند یا مراجع قضایی به نمایندگی از سوی طرفین دعوا ایشان را بر می گزینند. تعریف فوق در مواد «۴۵۵» و «۴۵۹» قانون آئین دادرسی مدنی ذکر گردیده لیکن این ایراد نیز قابل اعتنا و وارد نبوده زیرا مقدمه ایجاد ترافع قضایی و تحقق مفهوم دعوا اساساً اختلاف است لیکن اختلاف به تنهایی موجب عنوان دعوا محسوب نمی گردد بلکه مفهومی ترکیبی از اختلافات، منازعه و ترافع قضایی است. در فقه تعریفی در دعوا وجود ندارد لیکن فقها مدعی و منکر را تعریف نموده اند: القول فی کیفیه الحكم (المدعی هو الذی یترک لو ترک) الخصومه وهو المعبر عنه بأنه الذی یخلى وسکوته وقیل هو من یخالف قوله الأصل أو الظاهر، (والمنکر مقابله) فی الجمع ولا یختلف موجبه‌ها.

المدعی هو الذی یخلى وسکوته، أو یخالف الأصل، أو الظاهر. و المنکر بإزائه.

و لا یتحقق دعوی و إنکار إلا بنفی و إثبات، و کل ما هو مغایر صوره فهو راجع إلیهما معنی، فتبصر.

در حقوق فرانسه نیز در مورد تعریف دعوی اختلاف وجود دارد و مفهوم آن بامفاهیمی مانند؛ حق دادخواهی، رسیدگی قضایی، ادعا، تقاضای رسیدگی به دادخواست به هم آمیخته شده و در مورد آن اختلاف وجود دارد. با این وجود، ماده ی ۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه دعوی را اینگونه تعریف می کند: «مدعی حق عبارت از این است که ادعای او توسط قاضی به منظور اثبات یا عدم اثبات شنیده می شود. پس مشخص می گردد قصد قانونگذار از مفهوم دعوی ظهور در عمل ترافع قضایی دارد و پذیرش مترادف بودن دعوی و اختلاف محل تردید و ضعیف است و اساساً نمی توان فراتر از قصد قانونگذار به تفسیر و تعبیر مفهوم دعوی پردازیم.

نتیجه گیری

در نهایت و در جمع بندی و نتیجه گیری پایانی این مقاله باید گفت با توجه به موارد فوق و قوانین مربوطه مشخص می شود که در اختلافات مربوطه جایگاه خاصی برای داوری پیش بینی شده در اساسنامه شرکت های تجاری صورت گرفته است که مراجعه به مراجع داوری در مقابل رجوع به مراجع قضایی در اولویت قرار گرفته است و نتیجتاً اشخاص برای رفع اختلافات و فسخ خصومت مجبورند به مرجع داوری مراجعه نمایند و تنها در صورتی که مرجع داوری از داور به علل قانونی امتناع نمایند، نوبت به مراجع قضایی می رسد. نکته حائز اهمیت این است که، بایستی توافق طرفین و آزادی اراده در ارجاع امر به داوری لحاظ گردد و هیچ شخصی را نمی توان با زور و وضع حالت آمره به داوری ارجاع داد اما آنچه که وجود دارد این است که برابر عرف، عادت، قانون و مسائل حقوقی مسلم ارجاع اختلاف به داوری می بایست با آزادی اراده و با توافق طرفین باشد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۱۵۹ خود مقرر کرده است: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است. تشکیل دادگاه ها و تعیین صلاحیت آن ها منوط به حکم قانون است». در اصل ۳۴ قانون اساسی نیز آمده است: «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هرکس می توان 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». پس فهمیدیم پیش بینی شرط داوری در اساسنامه نسبت به سهامداران اولیه و خریداران جدید به عنوان قائم مقام سهامداران مستند به ماده ۱۵ لایحه اصلاحی قانون تجارت که قبول ورقه تعهد سهم به خودی خود مستلزم قبول اساسنامه شرکت و تصمیمات مجامع عمومی صاحبان سهام است و ماده ۱۰۸ قانون تجارت در بخش شرکت با مسئولیت محدود که روابط شرکاء را تابع اساسنامه می داند پیش بینی شرط داوری در اساسنامه نوعی توافق جمعی است که باید رعایت شود و در مورد انتقال سهام بدون رعایت شرایط اساسنامه امکان پذیر نیست و انتقال گیرنده با انتقال سهام انتقال شرط داوری را هم به نوعی پذیرفته است و به عبارت دیگر یکی از سهامداران نمی تواند بدون رعایت شرایط اساسنامه حق خود را منتقل نماید و منتقل الیه نیز نمی تواند ادعا کند که در زمان قرارداد، شروط اساسنامه را نپذیرفته است. نهایتاً باید اذعان داشت شرط داوری در اساسنامه مانند سایر قراردادهای تابع اصل نسبی بودن آثار قراردادی است

بدین معنا که تنها طرفین ملزم هستند (در صورت توافق به ارجاع اختلاف به داوری) اختلافات خود را از طریق داوری حل و فصل نمایند بنابراین اگر دعوی مزبور به شخص یا اشخاص ثالثی برخورد پیدا کند تنها در صورت رضایت شخص / اشخاص ثالث امکان ارجاع اختلاف به داوری وجود دارد. بنابراین در فرضی که در اساسنامه شرکت تجاری درج شرط داوری به گونه ای باشد که اختلافات شرکت با سایر اشخاص حقیقی یا حقوقی را در برگیرد بنظر می‌رسد در صورتی در قرارداد منعقد شده بین شرکت و سایر اشخاص نیز به شرط داوری مندرج اساسنامه اشاره شود و مورد توافق طرفین قرار گیرد، در صورت بروز اختلاف می‌بایست طرفین به داوری رجوع نمایند.

منابع و مأخذ

الف) کتب

۱. الماسی، نجادعلی. (۱۳۷۲). "تعارض قوانین"، چاپ دوم، مرکز نشر دانشگاهی.
۲. امام، فرهاد. (۱۳۷۳). "حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در ایران، چاپ اول، نشر یلدا، تهران.
۳. ارفع‌نیا، بهشید. (۱۳۸۰). "حقوق بین‌الملل خصوصی"، جلد اول، چاپ چهارم، تهران، انتشارات بهتاب.
۴. اسکینی، ربیعا. (۱۳۷۱). "اختیار دولت و سازمان‌های دولتی در مراجعه به داوری تجاری بین‌المللی"، (مجموعه مقالات). مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ اول، تهران، نشر امروز+*.
۵. پاکدامن، رضا. (۱۳۸۶). "راهنمای تنظیم قراردادهای بین‌المللی سرمایه‌گذاری مشترک صنعتی"، سازمان توسعه صنعتی ملل متحد (یونیدو). نشر موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، اقتصاد نو.
۶. خزائی، حسین. (۱۳۸۵). "حقوق تجارت، حقوق شرکت‌ها"، نشر قانون، جلد اول، تهران، چاپ اول.
۷. دادخواه، محمدرضا. (۱۳۸۴). "حقوق بازرگانی بین‌المللی علمی کاربردی"، نشر: شهر آشوب.
۸. امیرمعزی، احمد، ۱۳۸۷، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر
۹. افسر، گلنوش، ۱۳۹۳، دادرسی موازی بین دادگاه و داوری، دانشگاه تهران مرکز.
۱۰. پور نوری، منصور، ۱۳۸۳، «حمایت قضایی از آرای داوری در ایران»، در داوری نامه ۱، زیر نظر نقیبی، سید حسین، چاپ اول، انتشارات مرکز داوری اتاق ایران.
۱۱. پولادوند، بهزاد، ۱۳۹۲، داوری با اختیار سازش در حقوق ایران و قواعد آنسیترا، دانشگاه قم.
۱۲. جنیدی، لعیا، ۱۳۹۰، دخالت دادگاهها در رسیدگی‌های داوری، مرکز مطالعات حقوقی و داوری سماواتی پور
۱۳. جنیدی، لعیا، ۱۳۷۸، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، تهران،

دانشگاه تهران.

۱۴. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ۱۳۵۸، دانشنامه حقوقی، جلد ۳، تهران، انتشارات گنج دانش.

۱۵. خزاعی، حسین، ۱۳۸۶، حقوق تجارت بین الملل داوری، ج ۷، تهران، قانون.

۱۶. مرتضی راوندی، ۱۳۶۸، سیر قانون و دادگستری در ایران، انتشارات چشمه، چاپ اول.

۱۷. طارم سری، مسعود. (۱۳۸۳). "حقوق بازرگانی بین‌المللی"، چاپ و نشر بازرگانی، چاپ پنجم، تهران.

۱۸. جنیدی، لعیا. (۱۳۷۶). "قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی"، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر.

۱۹. کارل هاینز بوکشتیگل. (۱۳۶۸). "داوری و مؤسسات تجاری بین‌المللی"، ترجمه محسن محبی، کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی.

۲۰. موحّد، محمدعلی. (۱۳۷۴). "درس‌هایی از داوری‌های نفتی"، جلد اول انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول.

ب) مقالات

۱. ایرانپور، فرهاد. (۱۳۸۶). "مبانی عمومی قراردادهای نفتی"، فصلنامه مجله حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران دوره ۳۸.

۲. جهانخانی، علی،، ثقفی، علی،، عارفی، اصغر. (۱۳۸۵). "مبانی تئوریک و کاربردی تصاحب و ادغام شرکت‌ها"، تحقیقات مالی، شماره ۲۱.

۳. حبیبی درگاه بهنام، صوفی میثاق، بررسی درج شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری، نشریه دانش حقوق و مالیه، ۱۳۹۶ سال اول، شماره اول

۴. محبی، محسن. (۱۳۸۶). "مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین‌المللی: سلب مالکیت و غرامت در قراردادهای نفتی"، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

ج) پایان نامه

۱. شیخ‌الاسلامی، محمدحسین. (۱۳۸۴). "«مناسبات بین‌المللی تشنج‌آمیز با ایلات متحده آمریکا و اروپا و عدم جذب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در ایران»"، رساله دکتری روابط بین‌الملل، دانشگاه تهران.

۲. نمیدیان، افشین. (۱۳۸۵). "نظام حل و فصل اختلافات تحت کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن"، رساله کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران.
۳. ویژه، محمدرضا. (۱۳۸۰). "تحول مفهوم حمایت دیپلماتیک"، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه تهران.

چ) منابع خارجی

۱. Brownlie, Ian (۲۰۰۸)., Principles of Public International Law, Oxford: Oxford University Press. ۲۰۱۸.
۲. Graham-Yooll, Andrew, Imperial Skirmishes: War and Gunboat Diplomacy in Latin America, Signal Books Ltd. ۲۰۱۹.
۳. Glauco, Devita & Kevin Lawler, (۲۰۰۴)., "Foreign Direct Investment and Its Determinants, A look to the past, A view to the future ". In Foreign Investmen in developing countries, by H.S.Kahal. London: Palgrave, Macmillon ltd.
۴. Kehal.s., Foreign Investment In Development Countries. Austrialia, University of Western Sydney, ۲۰۱۷

