

بسم الله الرحمن الرحيم  
ماهنامه خبری آموزشی  
مدرسه حقوق

سال چهاردهم، شماره ۱۲۷، شهریور ۱۳۹۸  
صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسئول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

سردبیر: دکتر مهدی جلیلی

مشاور تحریریه: سید عبدالرضا علوی حجازی

طراح گرافیک: سید محمد حسن عقیلی

ویراستار: آمنه شیران

امور اجرایی: نادر فهامی

دبیر تحریریه این شماره: نسیم پرستگاری

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: محمد ابراهیمی، محمود بافنده، فرزاد جوادی نژاد، وجیهه جاوید مقدم، مهناز

دره شیری، آرمان زینلی، داریوش سپنتا، مینا سالمی، محمد فلاح‌پور، نغمه فقیهیان، دکتر محسن

قجاوند، نفیسه مستقل، محسن متین، مریم‌السادات مدرسی

و با تشکر از: مرتضی جنتیان

آرای نویسندگان، دیدگاه مدرسه حقوق نیست.

نشریه مدرسه حقوق در وب‌سایت کانون وکلای دادگستری اصفهان به نشانی زیر در دسترس

است.

[www.isfahanbar.org](http://www.isfahanbar.org)

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالا لامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: [madresevehoghough@isfahanbar.org](mailto:madresevehoghough@isfahanbar.org)

## شیوه‌نامه «مدرسه حقوق»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه دیگری منتشر نشده باشد.
- هیأت تحریریه در نشر، تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
- رعایت نکات زیر در مطالب ارسالی:
  - ذکر نام، نام خانوادگی، سمت یا عنوان علمی، نشانی دقیق پستی، تلفن تماس و نشانی الکترونیک نگارنده.
  - حجم مطالب ارسالی بین ۵ تا ۱۵ صفحه (تا هفت هزار کلمه)
  - ارجاع به منابع در مقالات به صورت درون‌متنی و در قالب (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ نشر: شماره صفحه)
  - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیرنویس.
  - ذکر فهرست منابع استفاده‌شده در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به شکل زیر:
    ۱. کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). نام کتاب. در صورت ترجمه نام و نام خانوادگی مترجم. محل انتشار: ناشر.
    - نمونه:** جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
    ۲. مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). عنوان مقاله. در صورت ترجمه نام مترجم. نام مجله. شماره مجله. شماره صفحات مقاله در آن مجله.
    - نمونه:** هاشمی نژاد، مجید. (۱۳۷۷). نقش سند رسمی در عقد موضوع مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت. *مجله کانون*. شماره ۷: ص.ص. ۱۴۹-۱۴۵.
  - در صورت استفاده از مطالب سایت‌های خبری یا دارای مطالب موثق، مشخص نمودن قسمت جداگانه، در پایان مقاله و پس از ذکر منابع فارسی و انگلیسی، تحت عنوان سایت‌ها.
  - ارسال مطالب در محیط world 2013 با فونت B Zar 14 تنظیم و به نشانی الکترونیکی مدرسه حقوق.
- مطالب ارسالی در دو قالب، قابل نشر است:
  - الف) مقالات که دارای ساختار چکیده (شامل حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۱۵۰ کلمه و دارای حداقل ۳ و حداکثر ۵ واژه کلیدی)، مقدمه، متن، نتیجه و منابع است و در بخش نخست منتشر می‌شود.
  - ب) نکات، مطالب، یادداشت‌ها، نظرات و نقدهای حقوقی که لزومی به پیروی از ساختار شکلی مقالات ندارد.
- مقاله ارسالی، دآوری و پس از پذیرش ویرایش خواهد شد.
- اولویت چاپ با مقالاتی است که موضوعات کاربردی و مفیدی برای حرفه و کالت دارند یا موضوعاتشان جدید است.
- مفاد و مندرجات مقالات منحصراً مبین نظر شخصی نویسنده است و موضع رسمی کانون و کلا محسوب نمی‌شود.



## فهرست مطالب

سرمقاله؛ داوری داوری ..... ۴

### مقالات

رویه قضایی و اعمال قاعده داوری پذیری بر چند موضوع ..... ۸

دکتر عبدالله خدابخشی

داوری در محاق ..... ۱۹

دکتر علی رئیسی

مشق لایحه ..... ۲۲

اصغر صادقی

نمونه کاربردی رای دادگاه ..... ۲۹

علیرضا شمس اژییه

تفاوت داوری با روش‌های حل اختلاف به صورت میانجیگری و کدخدانمشی در رویه قضایی ایران ۳۷

انجمن آیین دادرسی مدنی ایران

اختلافات قراردادهای مشارکت در ساخت، دلایل،

راه کارهای کاهش و روش‌های حل و فصل در رویه قضایی ..... ۵۳

حسین اقدامی

اعتراض ثالث نسبت به رأی داور در رویه قضایی ایران ..... ۶۲

نسیم پرستگاری

نقد رای ..... ۷۵

آثار و اندیشه‌های حقوقی و قضایی

آیین داوری در اتاق بازرگانی ..... ۸۰  
رضا برادران، دکتر محمدرضا محمدی جرقویه

# ملیرسپه حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال  
چهاردهم

شماره  
۱۲۷



### گزیده سخنرانی‌ها

مهمترین نکات کاربردی از ابتدای دادخواست تعیین داور تا صدور رأی داوری ..... ۸۵  
دکتر مجید میرحسینی

### بایسته‌های حرفه وکالت

نامه‌های رسیده: بازنشستگی وکلا، بازنشستگی قضات؛ یک بام و دو هوا ..... ۹۳  
شیوه ثبت مؤسسه داوری ..... ۹۵

نقیسه مستقل

نظریه‌های کمیسیون مشورتی کانون وکلای دادگستری استان اصفهان ..... ۹۸  
آرای وحدت رویه و نظریه‌های مشورتی قوه قضائیه ..... ۹۹

پند استاد؛ درسی از استاد دکتر محسن محبی ... ۱۰۳  
دکتر محسن محبی

گزیده مقالات کاربردی ..... ۱۰۶  
هاجر قاسمی

معرفی کتاب ..... ۱۱۲

نادر فهامی

هشدار انتظامی ..... ۱۱۵

روح‌اله محمدی

### زنگ تفریح

داوری به بیان طنز ..... ۱۱۹  
دکتر محمدرضا محمدی جرقویه

## سرمقاله

### داروی داوری

طی دهه‌های اخیر مسئولان قوه قضائیه که از انبوه پرونده‌ها به ستوه آمده و امکان رسیدگی به آنها را با حداقل استانداردهای حقوقی از توان این دستگاه خارج دیده‌اند، ضمن تلاش در سرعت بخشیدن به رسیدگی، یکی از راههای برون رفت از مشکل را کاهش ورودی پرونده‌ها شناخته‌اند. آن گاه در راستای نیل به این هدف و نیز حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات و دعاوی راه حل‌های اندیشیده و به کار بسته‌اند. ایجاد دایره ارشاد و معاضدت قضائی در دادگستری‌ها، بخشنامه‌های مکرر به قضات برای تلاش در اصلاح ذات البین، هم‌فکری و ارتباط با مجموعه‌های که منشاء ایجاد پرونده‌ها و دعاوی‌اند، تولید و پخش برنامه از طریق رسانه‌ها با هدف ارتقاء سطح آگاهی‌های حقوقی توده مردم و ..... از جمله این راه‌ها بوده و همچنان نیز ادامه دارد و اگر مجموعه این نگرانی‌ها و اقدامات نمی‌بود معلوم نبود امروز وضع قوه قضائیه از این حیث چگونه بود. از جمله مهمترین اقداماتی که در این خصوص انجام گرفت می‌توان به تأسیس شوراهای حل اختلاف اشاره کرد، که متأسفانه از اهداف اولیه خود فاصله گرفت. با بررسی اجمالی مقررات این نهاد و اظهارنظر مسئولین وقت آن در می‌یابیم که قرار بود در شوراها افرادی متعهد و علی‌الاصول غیرحقوقی، بخشی از دعاوی با کیفیت و کمیت محدود را با مصالحه و ریش سفیدی حل و فصل کرده و از ورود آنها به دستگاه قضائی جلوگیری کنند. اما عدم دقت در طراحی ساختار، گزته برداری نادرست از الگوی شوراها در برخی کشورها، عدم پیش‌بینی فرهنگ کنونی حاکم بر جامعه، عدم دسترسی به مجریانی که نظریه پردازان این سیستم آنان را برای اداره مجموعه شوراها مفید و ضروری می‌دیدند و نیز دیگر عوامل باعث شد شوراها به تدریج از مسیر اولیه و فلسفه وجودی خود فاصله بگیرند، به گونه‌ای که امروز همین نهاد با انبوه مشکلات از قبیل حجم زیاد پرونده‌های ورودی، اختیارات زیادی که تنها در شأن مقام قضائی است و نهایتاً سپردن آن به دست فارغ التحصیلان رشته حقوق روبرو شود. به هر ترتیب در شرایط حاضر این نهاد به عنوان جزئی تفکیک ناپذیر از محاکم قوه قضائیه، افتان و خیزان و با فراز و نشیب بسیار به کار خود ادامه

می‌دهد.

امروز نیز احیای نهاد داوری به عنوان یکی از راه‌های برون رفت از مشکلات بزرگ قوه قضائیه، پیشنهاد شده و به جدیت در حال پیگیری و اجرا می‌باشد، بدیهی است این راه حل نیز با سیاست گذاری صحیح و خرد ورزانه و اقدام جمعی می‌تواند پاسخگوی برخی مشکلات و معضلات قوه قضائیه باشد و در عین حال می‌تواند مانند طرح‌ها و پیشنهادهای اجرا شده و نشده قبلی، نه تنها یاری قوه قضائیه ننماید، بلکه باری دیگر بر دوش آن باشد.

برخی از لوازم و نگرانی‌های امر داوری می‌تواند موارد زیر باشد:

- تصدی موضوع داوری توسط قوه قضائیه، چنانکه در مورد شوراهای نیز اتفاق افتاد، عملکرد داوری را مخدوش و ناکارآمدی شوراهای را به نهاد داوری نیز سرایت خواهد داد.  
- اقدام یکجانبه و خودمحموری قوه قضائیه و یقین به اینکه همه چیز را می‌داند و خود از عهده آن بر می‌آید، آسیب دیگری است که اگر در مورد داوری نیز اجرا شود، آن را از کار آمدی لازم خارج خواهد نمود.

- تعلل وعدم همکاری لازم مجموعه کانون‌های وکلا و کارشناسان رسمی می‌تواند نهاد داوری را از انجام وظائف خود دور کند و آن را به نهادی غیر مفید مبدل سازد.  
- اقدام کانون‌های وکلا و احتمالاً کارشناسان در ایجاد مراکز داوری در درون خود و به نام خود به گونه‌ای که هر کانون به صورت موازی مباشرت به امر داوری نماید، آسیبی جدی بر بدنه نهاد داوری در کشور خواهد بود.

- اقدام همه‌جانبه در توسعه نهاد داوری و مؤسسات داوری از سوی وکلا و کارشناسان و نظارت بر مؤسسات داوری و احساس این نظارت از سوی مردم نقش بسزائی در مراجعه به این نهاد خواهد داشت.

- رفع مشکلات اجرائی و موارد پیش بینی نشده داوری از طریق اقدامات مستمر دست اندرکاران امور داوری در قوه قضائیه، کانون‌های وکلا، دانشگاه‌ها و دیگر مبادی ذیربط از طریق نشست‌ها، مقالات، هم‌اندیشی‌ها و غیره، ضرورتی اجتناب ناپذیر برای ایجاد نهاد داوری در خور شأن کشور و نظام است.

«مدرسه حقوق» در حد بضاعت مزجات، آماده هرگونه همکاری و انعکاس نظرات گوناگون در این زمینه است و ویژه نامه حاضر نمونه‌ای از آن.

مدیر مسئول

## سخن سردبیر

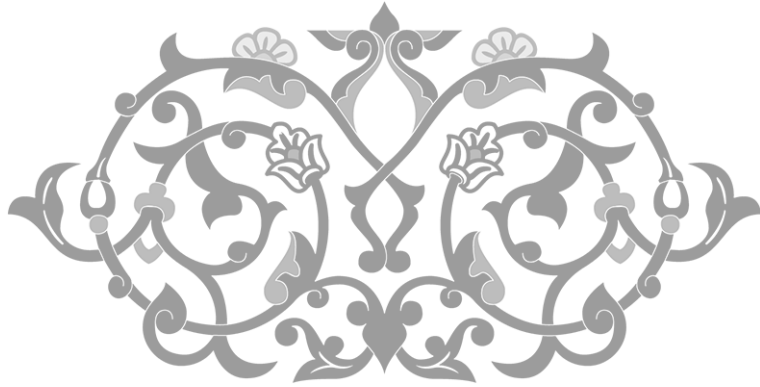
از آنجا که اطلاع از فنون داوری و مقررات و آثار و احکام آن از لوازم امر وکالت به شمار می‌رود، ویژه‌نامه حاضر به همت مجموعه دوستان و همکاران مدرسه حقوق، به ویژه دبیر محترم تحریریه این شماره، به امر داوری اختصاص یافته است. رویه‌ای که شاید در آینده با اختصاص شماره‌ای به موضوع خاص ادامه یابد.

بی‌شک داوری از حیث ماهوی و شکلی، داخلی و بین‌المللی، دولتی و خصوصی و... دارای ابعاد گوناگون و متنوع و در خور توجهی است که نمی‌توان ادعا نمود در قالب چند مقاله و با یک ویژه‌نامه مورد بررسی همه جانبه قرار گیرد. در عین حال ویژه‌نامه حاضر می‌تواند آغازی مبارک بر موضوع داوری باشد تا به همت و مدد مخاطبین گرامی و مجموعه همکاران قضایی و وکالتی نیاز جامعه را از طریق بارورتر کردن موضوعات داوری برطرف سازد.

سردبیر



# مقالات



# رویه قضایی و اعمال قاعده داوری پذیری بر چند موضوع

دکتر عبدالله خدابخشی<sup>۱</sup>

## مقدمه

اینکه چه اختلافاتی را می‌توان به داوری ارجاع داد (داوری پذیری)، در مقررات ملی بسته به نگرشی که به داوری دارند، متفاوت است. حقوق ایران تقریباً مانند همهٔ مسائل داوری، به صورت ناقص با این موضوع برخورد کرده و ابهامات مذکور بسیار آزار دهنده است. نگاهی به تفسیر اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، با اندک آگاهی از رویه قضایی، وضع آشفته را به خوبی نشان می‌دهد. ماده ۴۹۶ این قانون نیز ظاهری فربنده دارد! آنجا که می‌گوید: «دعای زیر قابل ارجاع به داوری نیست: ۱- دعوای ورشکستگی ۲- دعوای راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب»، در واقع این ماده، نه جامع است، نه مانع و تنها سخن بی‌منطقی است که به زور بازوی مقنن، ناگزیر از قبول آن هستیم. تفصیل بحث را باید در جایی دیگر جستجو کرد. بی‌گمان مواردی که قابلیت ارجاع به داوری را ندارند، بیش از این است و در واقع این ماده، معیار تکمیلی داوری پذیری را برای ارشاد بهتر بیان می‌کند. معیارهای اصلی نیز عبارتند از: موضوع مالی یا مربوط به مال یا اموری که قابلیت اسقاط و صلح را داشته باشند. به هر صورت، همه دعوای غیرمالی ذاتی، جز در جایی که مقنن به راه دیگر رود و تصریح به خلاف کند و غالب دعوای مربوط به نهادهای خارج از دادگستری و امور اداری و جزایی صرف، از قلمرو داوری بیرون هستند.

۸

---

۱ - وکیل پایه یک دادگستری، عضو هیأت علمی دانشگاه فردوسی مشهد



با اینکه معیارهای مذکور ( دو معیار اصلی و یک معیار تکمیلی ) در حقوق ایران نیز قابل اعمال است ولی رویه قضایی و دکتربین گاه در برخی از موضوع ها، دچار تردید می‌شوند! علت را باید در نگرانی از حقوق داورِ ناقص الخلقه! دید. چاره چیست؟ نه آموزش و نه بهترین رویه قضایی، هیچ یک کمک نمی‌کند. تنها باید به فکر قانون گذاری بر اساس مشکلاتی که در این سالها داشته ایم و تلاش برای رفع این امور به همراه تحولات جهانی داورى باشیم.

نوشتار حاضر به اختصار، چند موضوع را با تکیه بر آرای قطعی یا غیر قطعی مراجع قضایی، بررسی می‌کند. هدف، علاوه بر بسط داورى، توجه دادن خواننده به رویه قضایی به عنوان منبع واقعی حقوق حتی در حقوق نوشته‌ای مانند ایران است.

### نخست- شکایت از دستور اجرا

وفق مواد اول و دوم قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۲۷ شهریور ماه ۱۳۲۲: «ماده اول- هر کس دستور اجرای اسناد رسمی را مخالف با مفاد سند یا مخالف قانون دانسته یا از جهت دیگری شکایت از دستور اجرای سند رسمی داشته باشد می‌تواند به ترتیب مقرر در آیین دادرسی مدنی اقامه دعوی نماید.» «ماده دوم- مرجع رسیدگی به دعاوی ناشی از دستور اجرای اسناد رسمی، دادگاه صلاحیت دار محلی است که در حوزه آن دستور اجرا داده شده.»

در صورتی که طرفین سند لازم الاجرا، شرط داورى، خواه در سند یا قرارداد دیگر داشته باشند، آیا اعتراض به دستور اجرا با مرجع قضایی است یا داورى؟ تردید از این روست که اولاً رسیدگی داور مستلزم ابطال دستور اداره ثبت است و ممکن است در توان حقوقی داور راجع به این مسأله تردید شود. ثانیاً اعمال ماده پنجم این قانون، با وضعی که قواعد دستور موقت و اقدامات احتیاطی دارند، دشوار یا ناممکن است. ثالثاً داورى جایگزین مراجع قضایی است و وقتی پای اختلاف به مراجع خارج از دادگاه می‌رسد، در اصل داورى تردید خواهد بود، چنانکه در حقوق تطبیقی، مراجع خارج از دادگستری یا صلاحیت‌های خاص، از شمول داور، غالباً خارج هستند.

به نظر می‌رسد این جهات، مانع داورى پذیری نیست زیرا گذشته از این که برخی دستورات از طریق دفترخانه صادر می‌شود، اساساً در مورد اداره ثبت نیز می‌توان گفت که

یکی از طرفین اختلاف محسوب نمی‌شود و ابطال دستور آن منعی ندارد. در واقع نفع دستور اجرا به اداره ثبت بر نمی‌گردد تا نظم اداری آن به هم بخورد و رسیدگی داور، جز احراز شرایط قانونی یا قراردادی سند لازم الاجرا نخواهد بود. در مورد دستور موقت (ماهیت ماده پنجم قانون فوق الذکر، دستور موقت باشد یا خیر، تفاوتی ندارد)<sup>۱</sup> نیز وقتی خود خواهان، متقاضی داوری است باید آثار آن را قبول کند. ممکن است ایراد شود که در هنگام مراجعه خواهان به دادگاه، با ایراد داوری توسط خوانده، از اقامه دعوا محروم می‌شود و این امر را نباید اقدام خواهان دانست! پاسخ دشوار نیست زیرا از این اثر که به هر حال ناشی از اقدام اولیه خواهان در پیش بینی شرط داوری است، نمی‌توان ممنوعیت داوری را به دست آورد. استدلال سوم نیز خالی از ایراد نیست زیرا اینکه هرچه از صلاحیت دادگاه، خارج باشد قابلیت داوری ندارد، در حقوق ایران ثابت نیست و تنها می‌توان آن را با استقراء در نهادهای خارج از دادگستری، مبتنی بر غالب دانست، اما در خصوص موضوع حاضر، بحث از صلاحیت در میان نیست و دادگاه صلاحیت عام دارد. از سوی دیگر، با فرض قبول صلاحیت اداری، حداقل برای صدور دستور، ابطال آن توسط داور ممنوعیت ندارد. با رأی داور، ذی نفع می‌تواند شناسایی آن را از دادگاه درخواست کند و مانع اجرای دستور اداره ثبت شود.

داوری پذیری دعوای مذکور اخیراً در رویه قضایی دیده شده است. به موجب دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۶۶۶۰۲۰۱۲۱۸ مورخ ۱۳۹۸/۵/۲۳ شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ازنا (استان لرستان): «در خصوص دعوای ... ابطال اجرائیه ثبتی ...، دادگاه مراتب زیر را در نظر دارد: ۱- صرف نظر از اینکه خوانده ردیف اول استحقاق مستقیم مراجعه به اداره ثبت اسناد و املاک جهت صدور اجرائیه بر مبنای چک موضوع قرارداد مذکور را داشته است یا خیر، مطابق صراحت قرارداد ...، طرفین جهت حل اختلاف در خصوص قرار داد مذکور بایستی به داوری شخص معین مراجعه می‌نمودند ... ۴- موارد

---

۱ - ماده پنجم: «در صورتی که دادگاه دلایل شکایت را قوی بداند یا در اجرای سند رسمی ضرر جبران‌ناپذیر باشد، به درخواست مدعی بعد از گرفتن تأمین، قرار توقیف عملیات اجرایی را می‌دهد. ترتیب تأمین همان است که در آیین دادرسی مدنی برای تأمین خواسته مقرر است و در صورتی که موضوع سند لازم الاجرا وجه نقد باشد و مدعی وجه نقد بدهد، در صندوق ثبت محل، توقیف می‌شود و تأمین دیگر گرفته نخواهد شد».

ممنوعیت ارجاع به داوری مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مقررات باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی تصریح گردیده است و اصل بر صلاحیت داور است و استثنائات آن مشخص شده است و ممنوع نمودن داور برای رسیدگی به دعوی ابطال اجرائیه، علیرغم توافق طرفین، نیاز به تصریح دارد که چنین صراحتی در مقررات موضوعه دیده نمی‌شود. (لازم به توضیح است که اداره ثبت اسناد و املاک ذی نفع در موضوع نیست) ۵- مطابق ماده ۲ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و قانون دفاتر رسمی، مرجع رسیدگی به دعاوی ناشی از دستور اجرای اسناد رسمی، دادگاه صلاحیت دار محلی است که در حوزه آن دستور اجرا داده شده است و نایستی از ماده مذکور چنین برداشت کرد که رسیدگی به دعاوی ناشی از اجرا، صرفاً در صلاحیت دادگاه است و داور علی‌رغم توافق طرفین چنین اختیاری ندارد؛ لکن تردیدی نیست که مواد مذکور صرفاً از حیث صلاحیت محاکم مختلف تنظیم شده است و هیچ‌گونه دلالتی مبنی بر سلب صلاحیت از داور در صورت توافق طرفین بر رسیدگی توسط داور ندارد؛ چرا که موارد ممنوعیت ارجاع موضوع به داوری تصریح شده است، لذا این دادگاه رسیدگی به هرگونه اختلاف طرفین را در صلاحیت داور دانسته ... قرار عدم استماع دعوا صادر و اعلام می‌دارد...»

## دوم - داوری پذیری و روابط کار

### ۱- تحلیل حقوقی موضوع

داوری پذیری در این خصوص ممکن است حداقل با سه ایراد مواجه شود: نخست - پیش بینی صلاحیت‌های ویژه و خارج از دادگستری، با داوری پذیری مخالف است و می‌دانیم به موجب قانون کار (مواد ۱۵۷ به بعد)، هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف، متولی رفع اختلافات کارگری هستند دوم - قانون کار، مبنای حمایتی دارد و به سود کارگر است. معلوم نیست که داوری و نظارت کمتر نسبت به آرای آن، به سود کارگر تمام شود؛ ضمن اینکه نباید از توان حقوقی کارفرمایان برای پیش بینی شروط داوری یک سویه، غافل ماند! سوم - اعتراض به آرای هیأت‌های مقرر در قانون کار، از جمله در صلاحیت دیوان عدالت اداری و اعتراض به آرای داوری، با دادگاه عمومی است. توافق طرفین به داوری در واقع، تغییر در صلاحیت ذاتی این دو است که با قواعد آمره آن برخورد دارد!

در حقوق تطبیقی نیز موضوع فاقد راهکار واحد است. برای مثال در سوئد بر اساس بخش ۴۵ قانون داوری ۱۹۹۹، موضوع داوری باید بر اساس قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری که طرفین انتخاب کرده‌اند، به همراه قانون سوئد، مجموعاً قابلیت داوری داشته باشد. به عبارت دیگر، طرفین می‌توانند قانون حاکم را انتخاب نمایند، اما هم زمان، قانون سوئد نیز باید داوری پذیری را اجازه دهد. برای مثال اختلافات مربوط به قراردادهای کار یا اجاره، از شمول داوری خارج هستند.<sup>۱</sup> همچنین یکی از مبانی صلاحیت‌های ویژه، حمایت از افرادی است که موضعی ضعیف در رابطه حقوقی دارند.<sup>۲</sup> ممنوعیت‌های داوری در دعاوی بیمه، کارگری از این موارد است. این مبنا از حقوق اروپا نشأت گرفته و امروزه یکی از مبانی مقبول در کشورهای اروپایی است. برای مثال ماده ۱۷ بخش ۴ مقررات بروکسل،<sup>۳</sup> توافق برخلاف مقررات حمایتی (مربوط به حقوق مصرف‌کننده)، از جمله تعیین مرجع داوری را تنها در صورتی اجازه می‌دهد که بعد از اختلاف باشد. این حمایت در امریکا وجود ندارد و در برخی دعاوی، دادگاه عالی این کشور، توافق در حوزه حقوق مصرف‌کننده و روابط کار را معتبر تلقی کرده است.<sup>۴</sup>

به باور برخی، پیش‌بینی صلاحیت‌های ویژه، تنها نافی دخالت دادگاه‌ها و مراجع خارجی است و مانع از داوری‌پذیری نخواهد بود. برای مثال در حقوق روسیه، دادگاه قانون اساسی، داوری را در اموال غیرمنقول اجازه داده است و برخی با قیاس این رویکرد، داوری‌پذیری را در دعاوی شرکت‌ها نیز ممکن می‌دانند.<sup>۵</sup> با این حال، دادگاه تجاری در

---

1- Heuman, Lars, Jarvin, Sigvard, The Swedish Arbitration Act of 1999 Five Years on: A Critical Review of Strengths and Weaknesses, Juris Publishing, Inc., 2006, P.108.

2- Weigand, Frank-Bernd, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, OUP Oxford, 2009, P. 51.

3- Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

4- Carnival Cruise Lines v. Shute (1991); Ware Else and Ware Enterprises v. Susan Ofstein (2003); Nowland v. Hill-Rom(2008); Peter Stone, Youseph Farah, Research Handbook on EU Private International Law, Edward Elgar Publishing, 2015. P. 51.

5- Association for International Arbitration, Arbitration in CIS Countries: Current Issues, Maklu, 2012, P. 102;

برخی نیز بین قواعد مربوط به صلاحیت‌های ویژه تفکیک می‌کنند. برخی از آن قواعد مربوط به دادگاه‌های ملی

مسکو، در ۶ دسامبر ۲۰۱۱، مقررات خاص صلاحیتی را مانع از داوری اعلام نموده است که البته به نحوه تفسیر دادگاه از قانون آیین دادرسی تجاری این کشور نیز مربوط می‌شود. از نظر برخی نویسندگان، مراجع داوری نباید تنها به این دلیل که کشوری برای خود صلاحیت ویژه قائل است، از رسیدگی امتناع نمایند. این محدودیت‌ها، نهایتاً مربوط به داوری‌های داخلی است و در داوری بین‌المللی، تنها زمانی می‌توان به این جهت، رأی داور را باطل کرد یا مانع از صلاحیت مرجع داوری شد که مقررات صلاحیت ویژه، خصیصه نظم عمومی بین‌المللی نیز داشته باشند. به عبارت دیگر، در نهایت این نظم عمومی است که داوری پذیری یا غیر آن را توجیه می‌کند، نه مقررات مربوط به صلاحیت‌های خاص. به نظر می‌رسد در حقوق ایران به صرف پیش‌بینی صلاحیت ویژه برای دادگاه‌ها، منعی برای داوری پذیری نباشد. برای مثال دعاوی غیرمنقول، از صلاحیت‌های ویژه محاکم ایران است، اما این امر مانع از ارجاع به داوری نیست، مگر اینکه به دلیل فقدان وصف تجاری در مورد اموال غیرمنقول، مقررات داوری را از این اموال نیز منصرف بدانیم. این دلیل، استدلال قابل دفاعی نیست زیرا مفهوم «تجاری» در گسترده‌ترین معنای خود تفسیر می‌شود و چون منعی برای داوری داخلی وجود ندارد، داوری بین‌المللی آن نیز خالی از مانع به‌نظر می‌رسد. نگاهی به ترکیب، ماهیت و هدف مراجع مذکور نیز در تقویت این نتیجه، مؤثر است زیرا حضور قضات در این مراجع یا ماهیت اداری موضوع اختلاف و مانند آن، توافق به داوری را ناممکن یا با تردید جدی همراه می‌کند. در مورد مقررات کار، تغییر صلاحیت ذاتی (مانع سوم) و نیز حمایت از کارگر (مانع دوم)، مهم‌تر از صلاحیت‌های خارج از دادگستری (مانع نخست) است. برای رفع مانع دوم، می‌توان گفت که همسو با مقررات قانون کار، از جمله ماده ۸ که مقرر می‌دارد: «شروط مذکور در قرارداد کار یا تغییرات بعدی آن در صورتی نافذ خواهد بود که برای کارگر مزایایی کمتر از امتیازات مقرر در این قانون منظور ننماید»، توافق داوری نسبت به کارگر جایز و نسبت به کارفرما لازم است تا هم جنبه حمایتی قانون، رعایت شده باشد و هم داوری، مطلقاً ممنوع نشود، اما در باب تغییر صلاحیت ذاتی از دیوان عدالت اداری به دادگاه عمومی، مسأله

---

است و رسیدگی دادگاه‌های خارجی را قبول نمی‌کنند، اما مانع از داوری نخواهند بود. برخی نیز همه طرق رسیدگی اعم از قضایی یا داوری را ممتنع می‌کنند.

Sayed, Abdulhay, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2004, P.28.

نیازمند تأمل بیشتری است. در رد این مانع ممکن است گفته شود، رابطه بین توافق طرفین و صلاحیت دیوان عدالت اداری برای اختلافات کارگر و کارفرما، از نوع سبب و مسبب است زیرا اگر توافق را معتبر بدانیم، نوبت به مسبب یعنی صلاحیت نمی‌رسد و دلیلی نیست که از صلاحیت خاص دیوان عدالت اداری، ممنوعیت سبب (توافق به داوری) را نتیجه گیری کنیم. در واقع این توافق صحیح است و نوبت به دخالت بعدی دیوان عدالت اداری نمی‌رسد، زیرا اعتراض و اجرای آرای داوری با دادگاه عمومی است. همچنین توافق طرفین در ارجاع به داوری، قطعاً در برخی موارد با قواعد صلاحیت ذاتی برخورد می‌کند، ولی در اعتبار آن تردیدی نیست زیرا برای مثال، اختلافات موضوع ماده ۳۸ آیین نامه معاملات شهرداری تهران (اصلاحی ۱۳۹۰/۲/۴)<sup>۱</sup> با اینکه در صلاحیت هیأت حل اختلاف است، لکن مانعی برای مراجعه به داوری، با شرایط خود، وجود ندارد. استدلال سوم نیز به این است که تصمیم‌های هیأت‌های موضوع قانون کار، در جایی که دولت یا نهادهای عمومی قصد اعتراض دارند، قابل طرح در دیوان عدالت اداری نیست یا با فرض قبول، در دادگاه عمومی مطرح می‌شود و در این موارد، ایراد تغییر صلاحیت ذاتی، اساساً منتفی است. نتیجه اینکه باید صلاحیت دیوان عدالت اداری را از دایره استدلال خارج کرد و به اصل داوری پذیری متوسل شد.

به نظر می‌رسد داوری پذیری اختلافات مذکور، به خواست کارگر بستگی دارد. او بین مرجع قانونی (هیأت‌های مقرر) و داوری، حق انتخاب دارد. او می‌تواند خود به داوری رجوع کند و هم در صورت رجوع کارفرما به داوری، با آن مخالفت کرده و مراجعه به مراجع قانونی را خواستار شود. به عبارت دیگر، داوری در این مورد، نسبت به کارگر جایز و نسبت

---

۱ - نام آیین نامه را دارد ولی قانون است! به موجب ماده ۳۸ قانون اصلاح و تسری آیین نامه معاملات شهرداری تهران مصوب ۱۳۵۵ با اصلاحات بعدی به شهرداری های مراکز استان ها، کلان شهرها و شهرهای بالای یک میلیون نفر جمعیت (۱۳۹۰/۲/۴): «اختلافات ناشی از معاملات موضوع این آیین‌نامه در هیأت حل اختلافی با عضویت یک نفر قاضی دادگستری با انتخاب رئیس قوه قضائیه، یک نفر از اعضاء شورای اسلامی شهر با انتخاب شورای مربوطه، نماینده شهرداری به انتخاب شهردار، نماینده بخشدار یا فرماندار حسب مورد و نماینده قانونی طرف قرارداد، قابل‌رسیدگی و حکم صادره از طرف قاضی جلسه برای طرفین لازم‌الاجراء است».

به کارفرما لازم است. با فرض پذیرش این قاعده، سوال مهم این است که آیا اختیار کارگر، تنها در ابتدای داوری است یا در موقعیت‌های بعدی مانند شروع داوری، جریان آن، صدور و اعتراض به رأی داوری نیز مسموع است؟ تحلیل مسأله بر اساس: ۱- عقود جایز ۲- تشابه با ایرادات خصوصی مانند مرور زمان ۳- ماهیت داوری، نتایج متفاوت و در عین حال، جالب توجهی به دست می‌دهد که فعلاً از کنار آن می‌گذریم.

## ۲- موضع رویه قضایی

به موجب دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۳۵۰۸۰۲۳۹۹ مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۲۴ موضوع پرونده شماره ۹۷۱۴۸۸ شعبه ۸ دادگاه عمومی حقوقی استان اصفهان: «دعوی خواهان به خواسته ابطال رأی داوری ... که متضمن محکومیت خواهان به پرداخت مبلغ ... است ... و خواهان بیان کرده کارگر شرکت خوانده بوده که در اداره کار برای مطالبات خود طرح دعوا کرده و خوانده با تمسک به قرارداد مشارکت و شرط داوری، وی را محکوم نموده است در حالی که مفاصا حساب از شرکت در زمان خاتمه کار گرفته است و رأی، خلاف قوانین موجد حق می‌باشد ... نظر به اینکه ... روابط بین طرفین براساس کارگر و کارفرمایی بوده و قانون کار بر روابط طرفین حاکم بوده و حسب ماده ۱۵۷ قانون کار، مرجع حل و فصل هر گونه اختلاف بین کارفرما و کارگر، هیأت تشخیص و حل اختلاف کار می‌باشد و نظر به اینکه قوانین کار جنبه آمره داشته و به موجب قرارداد جداگانه، طرفین حق عدول نداشته و تنظیم روابط طرفین قرارداد کار که قرارداد پایه بوده، با انعقاد قرارداد مشارکت و درج شرط داوری به منظور خروج از رابطه پایه و قانون کار، منافی مقررات قانون کار که در صدد حمایت از کارگر است، می‌باشد و خود نوعی تقلب نسبت به قانون است و اصل آزادی اراده محدود به حدود نظم عمومی و اخلاق حسنه و قانون است و قراردادهای خلاف نظم عمومی و قانون و اخلاق حسنه، فاقد اعتبار بوده و قرارداد و قید شرط داوری در قرارداد کار با کارگر، خلاف نظم عمومی و قانون آمره بوده و رأی داوری صادره خلاف قوانین موجد حق و خارج از اختیار و صلاحیت داوری است، لذا با پذیرش و تشخیص ورود دعوی خواهان مستند به مواد ۱۰ و ۱۹۸ بندهای ۱ و ۳ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی، حکم به ابطال رأی داور یاد شده صادر و اعلام می‌گردد».

به موجب دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۲۳۳۷۰۰۳۵۰ مورخ ۱۳۹۸/۲/۳۰ موضوع پرونده

شماره ۹۷۱۳۷۲ شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: «مطابق قانون، دادگستری مرجع تظلمات عمومی است مگر اینکه قانون گذار اجازه به مراجع دیگری داده باشد؛ من جمله مقررات راجع به داوری که به طرفین اجازه داده به داور خود مراجعه نمایند. بنابراین مراد و مقصود مقنن از ارجاع دعاوی به داوری در ارتباط با محاکم دادگستری است و به هیچ وجه مراجع شبه قضایی از جمله هیأت حل اختلاف و قانون کار را شامل نمی‌شود زیرا مقنن رسیدگی به اختلاف بین کارگر و کارفرما را در مواد ۱۵۷، ۱۵۸ و ۱۵۹ قانون کار ابتدا در هیأت تشخیص و سپس قابل اعتراض در هیأت حل اختلاف قرار داده است و هرگونه توافقی برخلاف آن را ممنوع نموده است. در نتیجه قانون چنین اجازه‌ای به کارگر یا کارفرما نداده تا اختلاف خود را به داوری ارجاع نمایند و اینکه نسبت به دعاوی که در صلاحیت دادگستری است طرفین می‌توانند آن را به داوری ارجاع نمایند، ناشی از نص قانون است که در نتیجه آن، داور به اینگونه اختلافات رسیدگی می‌کند. به طور کلی رسیدگی به اختلافات امثال دعاوی حاضر در صلاحیت هیأت تشخیص می‌باشد که چون داور به حکم قانون ممنوع از رسیدگی بوده، اساساً توافق طرفین در این راستا بی اعتبار می‌باشد».

### سوم - ابطال مصوبات مجمع عمومی شرکت

شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران به موجب دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۲۱۶۰۱۰۱۶۱۹ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۶ دعوی الزام شرکت و مجمع عمومی به تقسیم سود شرکت و ابطال صورت جلسه مجمع عمومی را با این استدلال استماع نمی‌کند که: «طبق ماده ۳۴ اساسنامه شرکت ... کلیه اختلافات حاصل بین صاحبان سهام و مسائل مربوط به شرکت یا در مورد تعبیر یا تفسیر مفاد این اساسنامه و یا مصوبات مجمع عمومی عادی و یا قراردادهای منعقد بین صاحبان سهام از طریق داوری هیأت مدیره شرکت و طبق قوانین جاریه ایران حل و فصل خواهد شد. در این مقرر قراردادی به طور کلی هر اختلافی ناشی از فعالیت شرکت در رابطه با شرکا، مشمول شرط داوری دانسته شده است و ... ابطال صورت جلسات و همچنین مطالبه سود نیز آشکارا مشمول این شرط هستند». شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۹۰۴ مورخ ۱۳۹۸/۵/۲۸ رأی را تأیید می‌کند. بدین سان از نظر این دادگاه ها، موضوع قابلیت ارجاع و



حل و فصل از طریق داوری را دارد. این نتیجه قابل تأیید است و منعی برای داوری پذیرى آن نیست.

### چهارم - دعوی اعسار

اخيراً اداره حقوقی قوه قضائیه در استدلالی مخالف، ظاهراً آن را قابل ارجاع به داوری نمی‌داند. به موجب نظریه شماره ۷/۹۸/۶۲۸ مورخ ۱۳۹۸/۵/۱۶: «به موجب ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ «چنانچه محکوم علیه تا سی روز پس از ابلاغ اجرائیه ضمن ارائه صورت کلیه اموال خود دعوی اعسار خویش را اقامه کرده باشد، حبس نمی‌شود». در تبصره یک این ماده در خصوص اقامه دعوی اعسار، خارج از مهلت مقرر، مقررات خاصی وضع شده است و در ماده ۸ این ماده نیز راجع به نحوه طرح دعوی اعسار، تشریفات خاصی مقرر شده است. در ماده ۱۰ نیز دادگاه مکلف به بررسی وضعیت مالی محکوم علیه بلافاصله پس از ثبت دادخواست اعسار شده است که گاهی مستلزم استعلام از مراجع مذکور در ماده ۱۹ این قانون است. در ماده ۱۱ و تبصره ۲ آن ماده نیز امکان اعطای مهلت یا تعیین اقساط و نیز تعدیل آن به وسیله دادگاه پیش بینی شده است و در ماده ۱۵ مقرر شده است که اگر تجار مدعی اعسار باشند، باید درخواست ورشکستگی کنند و از سوی دیگر به موجب بند یک ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، دعوی ورشکستگی قابل ارجاع به داوری نیست و در مواد دیگر این قانون، ترتیب اجرای رأی داور پیش بینی شده است که از مجموع این مقررات و ماده ۱۳ قانون صدر الذکر استنباط می‌شود که دعوی اعسار از محکوم به که به منظور جلوگیری از حبس محکوم علیه یا آزادی وی، طرح می‌شود، لزوماً باید در دادگاه صادر کننده اجرائیه یا دادگاه صالح به رسیدگی به اصل دعوا و با رعایت تشریفات مقرر مطرح شود تا دادگاهی که اختیار حبس محکوم علیه را دارد در این خصوص رسیدگی کند. به همین علت، حکم اعسار پیش از طی مراحل قطعیت واجد اثر برای آزادی یا ممانعت از حبس وی می‌شود و صرف مراجعه طرفین به داور و صدور رأی داور در این خصوص نافی تکالیف مقرر برای محکوم علیه در مراجعه به دادگاه، وفق تشریفات مربوط که عمدتاً مؤثر در نحوه اجرای حکم است، نمی‌باشد».

اظهارنظر فوق، تردید دارد که آیا ادعای اعسار، مطلقاً قابلیت داوری، ندارد یا می‌توان

به داوری رجوع کرد ولی این امر نافی مسئولیت‌های محکوم علیه نیست؟ به عبارتی، رأی داور بر احراز اعسار، فاقد آثاری مانند ممنوعیت حبس است! به هر صورت هم اصل موضوع داوری پذیر است و هم رأی داور باید منطقی و واجد آثار حقوقی مربوط باشد.

## داوری در محاق

### دکتر علی رئیسی<sup>۱</sup>

حکما و فلاسفه تحت اصطلاح «کون و فساد» به وجود دفعی و تباهی دفعی اشیاء و موجودات می‌پردازند و منظور آن است که در این جهان مادی در هر لحظه، صورتی از ماده زائل می‌شود و صورتی تازه بدان تعلق می‌گیرد. این مقدمه را بدان ربط گفتم تا محو وجود کنونی و مزایای داوری نشویم و برای شب ظلمانی پیش رو و در محاق ماه، چراغی بفرزیم.

اگر چه سابقه امر داوری از شیوه نوین دادگستری، قدیمی تر است، اما چندی است که مردم جهت دستیابی به عدالتی بهتر یا سریع تر به سلف حق گذاری روی آورده اند و بدین مناسبت و نظاره حسن و قبح این بازار مکاره و آشفتگی بی حد و حصر در آن، داوری را در خطر زوال می‌بینم. ( این اصطلاح را از آن جهت به کار می‌برم که در بحث داوری هر کدام از وابستگان و آویختگان به دادگستری متاعی برای عرضه دارند).  
بدر را دیدی بر این خوش چار طاق      حسرتش را هم بین اندر محاق

### درآمد

در باب مزایای داوری سخن ها گفته و مکاتب نوشته شده است، اما آنچه برای قوه قضائیه در این بحران دامن گیر دعاوی و سیلاب بی امان پرونده ها مدنظر است، رونق داوری و سوق دادن اختلافات به قضات خصوصی و حل و فصل دعاوی در بیرون دستگاه قضایی است، با این امید که کارکنان و مدیران فرصتی بیابند واز زیر آوار دعاوی نفسی بکشند. امری بس به جاست که داوری چون بدری منیر، ظلمات ازدحام راهروهای

دادگستری را روشن سازد. یکی از راه‌های برون رفت از مشکلات کنونی و شاید بهترین راه، توسعه آگاهانه و مدبرانه داوری است و باید شروع هر چند دیر هنگام توسعه داوری و سعی در سامان دادن آن را به فال نیک گرفت و قبل از آن از قضات و دانشگاهیان، وکلا و داوران حرفه‌ای که در این باب تلاش مجدانه‌ای داشته و دارند، تقدیر کرد. اما نمی‌توان بر این سنجاب شاهی خوابید و به نور این قرص ماه دل بست، چرا که آفاتی در پیش است که آن را به محاق می‌برند.

## برآمد

۱- قانون به شدت مبهم است و صاحبان حق و دادرسان و وکلا را بی نشان و راهنما در ظلمات رها می‌کند و در این سکوت ترسناک، برای یافتن راه نجات دست به هر حشیشی می‌باید زد (الغریق بتثبث بكل حشیش). برخی تصمیمات آن قدر مبهم و خطرناک هستند که گاهی حقی را بدون هیچ بازرسی بالاسری می‌توانند پایمال کند، خصوصاً اگر آلوده به نخوت و غرور شد دیگر راهی برای نجات نیست.

کبر زشت و از گدایان زشت تر روز سرد و برف و آن گه جامه تر  
۲- در این آشفته بازار هر صاحب عنوان و کاتب مکتبی، کلاسی یا کسبی تحت عنوان آموزش راه انداخته است و با گزافه‌ای همچون آموزش داوری در چند جلسه و ارائه مدرک آموزشی (که مشخص نیست چه کاربرد و ارزشی دارد)، خلق تشنه کام را به سرابی وعده می‌دهند. به هر تقدیر در این میان، اقلاً آنچه را باید به فال نیک گرفت، ترویج آموزش طلبی است که با لحاظ آموزش ناطلبی جامعه ما خود قدم بزرگی است.

۳- نهادهای شبه داوری که در گوشه و کنار قوانین به آنها صلاحیت شبه قضایی یا قضایی داده اند، خود مصیبت دیگری است که با رویکردی غیر حقوقی، تشریفات و اصول و قواعد دادرسی را در هم پیچیده اند و وقایع را بدون تشکیل جلسه رسیدگی، با رمل و اسطرابلای احراز می‌کنند و آرایبی که از تنور داوری بیرون می‌آورند یا چنان خام است که علت می‌آورد یا چنان سوخته که هیبت می‌برد.

۴- بگذریم از مؤسساتی که مجاز و غیر مجاز، داوری در همه گونه اختلاف را وعده می‌دهند و پیش از استماع اختلاف، رأی تضمینی صادر می‌کنند و نیز بگذریم از داوری‌های قراردادهای بنگاه‌های املاک و خودرو و ایضاً از داوری‌های ریش سفیدان و بزرگان فامیل که خود دردهایی جگر سوز است:

شرح این هجران و این سوز جگر این زمان بگذار تا وقتی دگر  
۵- پس از نواختن سوزن به آویختگان به معجز داوری، اینک نوبت آن است که جوال  
دوزی نیز به خود بزیم و از بی سر و سامانی رویه قضایی و ناآگاهی دادرسان از ماهیت و  
جریان داوری که ریشه در نقص مقررات قانونی دارد، سخنی نو بگوییم. شاید به جرأت  
بتوان گفت که کمتر مقررهای در بحث داوری وجود دارد که بر آن اتفاق نظر باشد. به  
تعداد دانشکده‌های حقوق و شاید به تعداد حقوق دانان و یا قضات در این روزها نظر وجود  
دارد.

اگرچه خاصیت قانون، بافت باز آن است و لفظ که مرکب بیان قانون گذار است قابل  
تأویل است، اما آن چنان این بافت باز است و آن چنان الفاظ مبهم اند که هر نظری را در  
خود جای داده و هر تفسیری را می‌پذیرند. برخی اوقات در استناد به برخی از مواد قانون  
آئین دادرسی مدنی، حس می‌کنم لباسی ضخیم و خشن و پشمینه پوشیده ام.  
۶- نیم نگاهی هم به سوداگران این بازار بیندازیم؛ اشخاصی که همیشه در کمین اند  
تا چگونه بتوانند از ابزار قانون استفاده غیر اخلاقی بنمایند و یکی از مصادیق آن تبانی  
اشخاص بر داوری شخصی فاسد و اخذ حکمی مخفیانه نسبت به اموال مردم است.  
خلاصه آنکه در این بازار هر کس به نحوی متاع خود را گرفته و چوب حراج بر  
داوری می‌زند.

متاع کفر و دین بی مشتری نیست گروهی این گروهی آن پسندند  
این خلاصه حرفی است از هزاران، کاندرا این عبارات آمد. به هر روی باید با عزم جدی  
و حزمی لازم قدم در این راه گذاشت. به صرف حل مقطعی انباشتگی پرونده ها و بدون به  
کار بستن تدبیر، نباید به هر شخصی صلاحیت داوری داد و یا در هر قراردادی شرطی  
برای قضاوت خصوصی گذاشت. نشان به آن نشان که حجم دعاوی مربوط به ابطال رأی  
داور و گلایه از مفاد داوری در حال افزایش است؛  
چونکه هست اندر قضا بد از بتر

## مشق لایحه ( نمونه یک رای داورى )

اصغر صادقى<sup>۱</sup>



استاد اصغر صادقى متولد سال ۱۳۱۹ از پيشكسوتان جامعه وكالت، در ۷ اسفند ۱۳۴۶ موفق به اخذ پروانه وكالت گرديد و از آن زمان تاکنون مصرانه در جهت احقاق حق اقشار مختلف جامعه فعاليت نموده است. ايشان تحصيلات خود را در دانشكده حقوق و علوم سياسى دانشگاه تهران در رشته قضايى سپري نموده و از دوستان و همكلاسان اساتيد

۲۲

---

۱- وكيل بازنشسته پایه يك دادگستری

برجسته کشور مانند دکتر مهدی شهیدی و دکتر محمود کاشانی می‌باشد. استاد صادقی اولین رأی داور و حکمیت خود را ۳۸ سال پیش صادر نموده است که در آن زمان کمتر کسی نهاد داور را می‌شناخت.

از آنجایی که نحوه نگارش و چیدمان مقدمه و نتیجه رأی برای وکلا و داورانی که سابقه قضاوت ندارند، بسیار حائز اهمیت و دشوار است بر آن شدیم تا در ادامه یکی از آرای داور استاد صادقی که به همراه ۲ تن از بزرگان دیگر در هیات داور ۳ نفره صادر شده است و نکات برجسته آن را در اختیار علاقمندان قرار دهیم .

با بروز اختلاف فی مابین طرفین قراردادی که شرط داور دارد ، هر کدام از متعاقدین با ارسال اظهار نامه‌ای داور اختصاصی خود (و اگر در قرارداد ذکر شده باشد حل اختلافات با یک نفر داور مرضی الطرفین است ، هر کدام از طرفین ملزم به معرفی داور مرضی الطرفین و جلب رضایت و حصول توافق با طرف مقابل است ) و همچنین داور مرضی الطرفین پیشنهادی خود را معرفی می‌نماید . در صورت عدم توافق طرفین در انتخاب داور مرضی الطرفین ( سرداور ) ، هر کدام از آنها با مراجعه به دادگاه و طرح دادخواست تعیین داور ، می‌تواند از دادگاه تقاضای معرفی سرداور یا داور ممتنع را نماید و بعد از اعلام قبولی توسط سرداور در اولین جلسه رسیدگی شیوه نامه داور تنظیم و کلیه طرفین ، وکلای آنان و داوران ملزم به رعایت آن می‌باشند و سپس فرآیند داور آغاز می‌شود. در شیوه نامه داور کلیه مسایل شکلی رسیدگی عنوان و روشی برای ابلاغ ها ، هزینه ها ، صلاحیت داوران و ... مشخص می‌شود.

مدت زمان داور توسط طرفین قابل تمدید است و اگر مسکوت بماند بر طبق قانون ۳ ماه از روز شروع داور و تبادل لوایح و اعلام خواسته ها به داور تا زمان صدور و تسلیم رای زمان وجود دارد.

در این مدت داور یا داوران جلسات حضوری فی مابین طرفین برگزار می‌کنند و مانند قاضی خصوصی به خواسته‌های آنها رسیدگی می‌نمایند . معمولاً در قرارداد (شیوه نامه) داور توافق می‌شود مدت زمان کارشناسی خارج از ۳ ماه فرجه و مهلت داور باشد. یعنی از زمان ارجاع امر به کارشناس تا وصول نظریه ایشان ، بازه زمانی داور متوقف خواهد شد.

کلیه داوران مکلف به حضور در جلسات داور می‌باشند . بعد از بررسی داوران و

تصمیم گیری نهایی ، رای داوری با امضای کلیه اعضای دیوان داوری صادر و به طرفین ابلاغ می گردد. طرفین مکلفند بصورت مساوی حق الزحمه داوری را پرداخت نمایند مگر در قرارداد و شیوه نامه داوری با توافق یکدیگر شیوه دیگری را اتخاذ نموده باشند.

مهمترین نکاتی که در یک رای داوری باید مورد توجه قرار گیرد عبارتست از :

۱ - تصریح به توافق طرفین برای رجوع به داور را به خوبی نشان بدهد. ۲- مشخصات اصحاب دعوا و تعداد داوران و مشخصات آنان را تعیین کرده باشد. ۳- مقررات حاکم بر داوری را تعیین کرده باشد. رای داور باید مستدل و مستند باشد. ۴- زبان و محل داوری را هم تعیین نموده باشد. ۵- اصل تناظر و حقوق طرفین رعایت شده باشد و در رای مشهود باشد. ۶- کلیه ابلاغها به همان شیوه ای که در قرارداد داوری مقرر گردیده ، اجرا و در رای نیز به آن اشاره شده باشد. ۷- رای داوری باید شامل معرفی کلیه اصحاب دعوا و گردشکار و موضوع متنازع فیه باشد و سپس رای اصلی الزاما با عنوان « رای داوری » نگاشته شود.

## رای داوری مورخ... ۹۷/۰۱

### الف - طرفین اختلاف :

#### ۱- خواهان :

۱-۱ - کانون تبلیغاتی اصفهان به صاحب امتیازی و مدیر مسئولی آقای ... به شماره پروانه ۱/۴۷۸/.....۴ و شماره ملی ۱-.....۱۲۸ به نشانی اصفهان ....

۱-۲ - آقای .... به نشانی اصفهان - ...

۲- خوانده :

شرکت واحد اتوبوسرانی اصفهان و حومه به نشانی اصفهان - ...

#### ب - هیأت داوری :

امامعلی موقر - اصغر صادقی - حسین همت کار - داوران منتخب در پرونده کلاسسه... شعبه ۸ دادگاه محترم عمومی حقوقی اصفهان



## ج - گردش کار :

شرکت واحد اتوبوسرانی اصفهان قراردادی با موضوع واگذاری انحصاری تبلیغات بر روی بدنه ۳۰۰ دستگاه اتوبوس واحد با کانون تبلیغاتی اصفهان، بر اساس شرایط و مندرجات مقرر در قرارداد و متمم منعقد نموده است. خواهان مدعی است در خلال اجرای قرارداد، خواننده قرارداد خود را به کرات نقض نموده و اقداماتی نموده است که سبب اتلاف منافع حاصله از قرارداد و ورود خسارات مادی و معنوی فراوانی به آن کانون شده است که بخشی از آن در قالب خواب اتوبوس‌های دارای تبلیغ تصادفی، تعمیری و غیره با جلب نظر کارشناس تأمین دلیل شده است. خواهان بدو با ارسال اظهارنامه از خواننده می‌خواهد که خسارت وارده بر وی را جبران کند و در غیر این صورت جهت حل اختلاف در اجرای شرط داوری مقرر در ماده ۸ قرارداد داور خود را معرفی و در مورد سرداور تراضی نمایند، نهایتاً چون با عدم پاسخ خواننده مواجه می‌گردد، درخواست تعیین داور از دادگاه می‌نماید، در این پرونده در نهایت ۳ داور انتخاب می‌شوند، ولی داوران مذکور به علت انقضای مدت داوری و عدم تمدید آن توسط دادرس وقت دادگاه، موفق به صدور رأی در ماهیت نمی‌شوند. پس از آن خواهان دعوی خود را به صورت ماهیتی در شعبه دیگری از دادگاه مطرح نموده است که آن شعبه نیز ملاً قرار رد دعوی به دلیل عدم صلاحیت دادگاه و به اعتبار صلاحیت مرجع داوری صادر می‌نماید که این رأی بین طرفین قطعیت یافته است. پس از آن خواهان به استناد رأی قطعی شعبه اخیر و شرط داوری مندرج در قرارداد برای بار دیگر درخواست تعیین داور می‌نماید که این بار شعبه هشتم دادگاه عمومی حقوقی اصفهان، رسیدگی به موضوع را به این هیأت داوری ارجاع داده است تا ظرف مدت ۶ ماه نسبت به رسیدگی و صدور رأی اقدام نماید.

هیأت داوری پس از اعلام قبولی، بدو مفاد درخواست و خواسته‌های خواهان را به همراه ضامم و مستندات به خواننده ابلاغ و جلسه استماع تشکیل و طرفین دعوت به رسیدگی شدند. در جلسه رسیدگی کانون تبلیغاتی اصفهان، خواسته‌های خود را به شرح دادخواست اولیه در ابتدا به انضمام خسارت تأدیه تکرار نمود و ضمن توضیحات مبسوط پیرامون خواسته‌ها، خواستار تعیین میزان خسارت وارده با جلب نظر کارشناسی گردید. خواننده نیز با ارسال لایحه‌ای که قبل از جلسه رسیدگی واصل گردید به صلاحیت هیأت داوری ایراد نمود و مضموناً اعلام داشت که مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷

تصویب هیأت وزیران می‌داند؛ هیأت داوری صلاحیت رسیدگی نداشته و موضوع باید در دادگاه مطرح گردد. هیأت داوری بدواً به موضوع ایراد صلاحیت رسیدگی و به اتفاق آراء ضمن رد ایراد بر صلاحیت خود، اتخاذ تصمیم نمود. اهم دلایل رد ایراد عدم صلاحیت هیأت داوری به قرار ذیل است:

۱- دعوی حاضر عیناً از سوی خواهان به شرح پیش گفته در شعبه ۷ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان مطرح گردیده و دادگاه قرار رد دعوی مذکور را به دلیل عدم صلاحیت خود و به اعتبار صلاحیت هیأت داوری موضوع ماده ۸ قرار داد صادر کرده و این رأی بین طرفین قطعیت یافته و متعاقب آن، شعبه ۸ دادگاه محترم عمومی حقوقی اصفهان نیز به استناد همان رأی و ماده ۸ قرارداد موضوع را جهت رسیدگی ماهوی به این هیأت محول نموده است و لذا لزوم تبعیت از رأی قطعی شعبه ۷ که اعتبار امر مختومه را دارا می‌باشد و تصمیم قطعی و غیر قابل اعتراض شعبه ۸ که حاکی از احراز قابلیت ارجاع دعوی به داوری است اقتضاء دارد، هیأت داوران متعاقب تصمیمات قطعی قضایی وارد ماهیت دعوی شوند، در نتیجه امر صلاحیت داوران مفروغ عنه بوده و از مصادیق امر مختومه و قضاوت شده محسوب می‌گردد.

۲- شرکت واحد اتوبوسرانی هیچ دلیلی مبنی بر اینکه دعوی حاضر راجع به اموال عمومی است ارائه ننموده است از طرفی با مذاقه در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی معلوم می‌شود محدودیت ارجاع دعاوی عمومی و دولتی به داوری ناظر بر اشخاص دولتی یا عمومی نیست، بلکه این محدودیت ناظر بر اموال است، زیرا اصل و ماده مذکور ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی به داوری را مقید به تصویب هیأت وزیران دانسته است، نه دعاوی راجع به اشخاص موضوع حقوق عمومی را، در نتیجه ثبوت این امر که شرکت اتوبوسرانی مأمور به خدمات عمومی است، مثبت این موضوع که دعوی علیه او نیز لزوماً راجع به اموال عمومی است، نمی‌باشد. حال با توجه به این که اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ ناظر بر شخصیت‌های عمومی و دولتی نبوده، بلکه صرفاً و منحصراً ناظر بر اموال عمومی و دولتی است؛ درپرونده تحت رسیدگی تمامی موضوعات راجع به عقود و قراردادها و تعهدات و ضمانات قهری و به طور کلی مسئولیت اعم از قهری و قراردادی است، چرا که موضوع اختلاف اساساً راجع به واگذاری فضای تبلیغاتی بدنه اتوبوس‌های شرکت واحد بوده و به هیچ روی دعوی بر سر اموال عمومی و دولتی نیست، تا شمول اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ مصداق یابد.

در قوانین و آراء حقوقدانان اموال عمومی به روشنی تعریف شده است. مرحوم دکتر امامی در جلد اول کتاب حقوق مدنی صفحات ۳۵ تا ۳۷ و دکتر لنگرودی در کتاب دانشنامه حقوقی و ترمینولوژی به تعریف اموال عمومی پرداخته اند و فی الجمله اموال عمومی را به سه دسته: انفال و ثروت‌های عمومی مانند رودها و اراضی موات، اموالی که جهت استفاده عموم است و مستقیماً در اختیار عموم قرار می‌گیرد، مثل طرق، شوارع، پل ها، پارک ها و میادین (ماده ۴۵ آیین نامه‌های شهرداری مصوب ۱۳۴۶) و اموالی که طبق قانون در اختیار دولت و مؤسسات عمومی است و برابر قانون آنها را مورد استفاده قرار می‌دهند (ماده ۳۶ قانون مدنی) نظیر تجهیزات اداری و اتوبوس‌های شرکت واحد، تقسیم نموده اند. ملاحظه می‌گردد در هر کجا قانونگذار از اموال عمومی صحبت می‌کند، مرادش اموال مادی و عینی و ملموس است و از جنس منفعت و حق و تعهد و مسئولیت و ضمان نیست؛ بلکه مراد اموالی است که متعلق به عموم مردم بوده و در اختیار حکومت یا حاکمیت است و مردم به به طور مستقیم از آنها استفاده می‌کنند و یا در دست دولت و نهادهای عمومی است و در راستای مصالح عامه از آن استفاده می‌شود. با عنایت به اینکه مطابق ماده ۵۸۸ قانون تجارت، اشخاص حقوقی تمام حقوق و اختیارات اشخاص حقیقی از جمله حق و اختیار ارجاع دعوی به داوری را دارند و ماده ۴۵۴ قانون آئین دادرسی مدنی نیز این حق را به طور عام به اشخاصی اعم از اشخاص موضوع حقوق عمومی و غیر آنها داده است.

۳- بنا به دلایل فوق هیأت داوری به اتفاق آراه برای بررسی صحت و سقم ادعای خواهان و به لحاظ موضوعی و فنی بودن ادعا با صدور قرار کارشناسی امر را به دو تن از کارشناسان رسمی دادگستری در رشته‌های آمار و حسابداری محول نمود و با توجه به این که کارشناس متخصص در امر تبلیغات در اصفهان وجود نداشت مقرر شد از اتحادیه صنف کانون‌های آگهی و تبلیغاتی اصفهان به عنوان خبره در خصوص استعمال قیمت‌های سال ۱۳۹۲ استفاده شود. پس از وصول نظریه کارشناسان، نظریه به طرفین ابلاغ و یک هفته مهلت اظهار نظر پیرامون آن داده شد. خواهان ضمن اعتراض به بخش‌هایی از نظریه آن را ناقص دانسته و تقاضای اخذ نظریه تکمیلی از کارشناسان را نمود که هیأت داوری به اتفاق آراء هیچ یک از جهات اعتراض خواهان را به دلایل کافی از جمله ..... موجه تشخیص نداد. از سوی دیگر شرکت واحد اتوبوس رانی هم لایحه‌ای در دو صفحه به انضمام نظریه کارشناسی مورخ ... / ۹۴ کارشناسی رشته حسابداری منتخب در پرونده شعبه

هفت دادگاه عمومی حقوقی اصفهان در اعتراض به نظریه کارشناسان منتخب هیأت داورى در آخر فرجه قانونی ارائه نموده اند که این اعتراض نیز به جهات .....مردود است.

## رأى داورى

هیأت داورى در خصوص خواسته‌های کانون تبلیغاتى اصفهان به طرفیت شرکت واحد اتوبوس رانى اصفهان به شرح ذیل مبادرت به انشاء رأى می‌نماید:

در مورد خواسته خواهان دایر بر مطالبه خسارت، هیأت داورى دعوى خواهان را در این بخش وارد تشخیص و با توجه به مستندات ابرازى و مکاتبات آن ها و نظریه هیأت کارشناسى حکم به الزام شرکت واحد اتوبوس رانى به پرداخت مبلغ..... ریال بابت هزینه‌های چاپ و نصب مجدد تبلیغات اتوبوس‌های تصادفى مستنداً به قواعد تسبیب و ماده ۱ قانون مسؤلیت مدنى صادر و اعلام می‌نماید. همچنین وفق ماده ۴۹۷ قانون آیین دادرسی مدنى پرداخت حق الزحمه داور به عهده طرفین است که چون در مانحن فیه خوانده از پرداخت حق الزحمه به میزان سهم خود خوددارى نموده است و خواهان سهم وی را تودیع نموده است، لذا خوانده به پرداخت مبلغ ..... ریال بابت نصف حق الزحمه داورى در حق خواهان محکوم می‌گردد. رای صادره لازم الاجرا می‌باشد.

# نمونه کاربردی رأی دادگاه

علیرضا شمس اژیبه<sup>۱</sup>

## گردشکار

نقد رأی حاضر، در ادامه مطلب قبلی در صفحات گذشته تحت عنوان مشق لایحه (نمونه رأی داوری) آورده شده، شایان ذکر است رأی داوری مذکور به محض صدور به دادگاه تسلیم و سپس در فرجه قانونی ابطال آن توسط محکوم علیه تقاضا می‌شود، قاضی وقت شعبه با بررسی دقیق، رأیی شایسته صادر می‌کند که حق مطلب را ادا کرده و در فضای مجازی نیز مورد تقدیر و تشویق صاحب نظران قرار می‌گیرد. مطالعه، دقت و تفکر در رأی داوران و سپس رأی دادگاه، نکات ارزشمندی را به صورت کاربردی به علاقه‌مندان آموزش می‌دهد.

پرونده کلاسه ۹۷۰۹۹۸۰۳۵۰۸۰۰۲۲۵ شعبه ۸ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع امور تجاری و بازرگانی شهرستان اصفهان  
خواهان: شرکت واحد اتوبوس رانی اصفهان و حومه  
خوانده: کانون آگهی و تبلیغات  
خواسته: ابطال رأی داور (مالی)

## رأی دادگاه

در این پرونده خواهان، شرکت واحد اتوبوس رانی اصفهان و حومه با نمایندگی آقای (ب)، دادخواستی به طرفیت خوانده، کانون آگهی و تبلیغات به خواسته، صدور رأی به ابطال رأی هیأت داوران به تاریخ ۲۸ / ۱ / ۱۳۹۷ که متضمن محکومیت خواهان به

پرداخت مبلغ ... ریال به انضمام متفرعات دعوی در حق خوانده، به سبب تخلفات خواهان از اجرای مفاد قرارداد و ایراد خسارت به خوانده به موجب قرارداد شماره ۱۶۲۱۲ و متمم آن بوده است. خواهان بیان کرده با خوانده قراردادی منعقد کرده که به سبب اختلاف توسط همین دادگاه به داوری ارجاع و داوران اعلام نظر کرده اند که ابطال رأی داوران را خواستارند زیرا طبق قانون فهرست نهاد ها و مؤسسات عمومی غیردولتی، شهرداری و شرکت‌های تابعه آن مادام که بیش از پنجاه درصد سهام آن متعلق به شهرداری باشد، در زمره مؤسسات عمومی است. اموال شرکت واحد اتوبوس رانی از اموال عمومی و طبق اساسنامه شرکت خواهان، صد در صد سهام شرکت متعلق به شهرداری است. با توجه به منع داوری راجع به اموال عمومی و دولتی، موضوع دیگر در صلاحیت داوری نمی‌باشد. از سوی دیگر عدم صدور رأی توسط داوران موجب زوال داوری بوده و خوانده بعد از پنج سال، دوباره درخواست داوری کرده است. قبل از آن در سال ۱۳۹۳ دعوی الزام به انجام تعهد خواهان را در دادگاه مطرح و با وصف شرط داوری و طرح دعوی در دادگاه از آن شرط عدول کرده و خواهان هم تا پایان جلسه اول به موضوع ایراد نکرده و رسیدگی دادگاه قانونی بوده است. در مورد ورود خسارت به فضای تبلیغاتی، ید خواهان، امانی بوده و خسارت وارد شده از طرف راننده، جزء موضوع داوری نیست و داوران مجاز به ارجاع امر به خیره نیستند. مبلغ قرارداد خواهان و خوانده برای سه سال ... بوده که مبلغ مورد رأی داوران، مبلغ هنگفتی است و ابطال رأی داوران را خواستار است. خوانده در دفاع بیان کرده که خواهان به بطلان شرط داوری استناد نموده و ابتدا باید ابطال شرط، موضوع خواسته قرار می‌گرفته است. خواهان در پرونده شعبه اول حقوقی، داور اختصاصی خود را تعیین کرده و داور ایشان آقای بهروز پس از قبول داوری به نحوی اقدام که مدت داوری سپری و از رسیدگی خودداری و دو داور دیگر قرار کارشناسی صادر و درخواست تمدید مهلت داوری کردند که دادگاه با تمدید مهلت موافقت نکرد و داوران به لحاظ انقضای مدت اظهار نظر نکردند و ناگزیر به طرح دعوی در دادگاه شد که دادگاه شعبه هفتم حقوقی اصفهان پس از مطالبه پرونده استنادی از شعبه اول قرارعدم استماع دعوی به لحاظ شرط داوری و عدم اجرای شرط صادر کرد و خوانده مراتب تعیین داور اختصاصی را مجدد به خواهان ابلاغ که خواهان داوری تعیین نکرد و درخواست تعیین داور خود را به دادگاه تقدیم که به این دادگاه ارجاع و دادگاه داور اختصاصی و مرضی الطرفین را تعیین و داوران در نظریه خود با توجه به قرار عدم استماع

صادره از شعبه هفتم دادگاه حقوقی و تعیین ایشان توسط دادگاه شعبه هشتم و با استدلالات بیان شده در مقدمه رأی خود را صالح دانسته، رسیدگی و رای صادر کردند. دعوی به اموال عمومی ارتباطی نداشته و شرط داوری در زمان انعقاد قرارداد توسط خواهان به صورت یکجانبه مقرر شده که مورد قبول خوانده هم قرار گرفته است و داوری اموال عمومی و دولتی منوط به اخذ مجوز هیأت وزیران و اطلاع مجلس است و درج شرط داوری ممنوع نمی‌باشد و شرط داوری در پاره‌ای از دعاوی دولتی تجویز شده و اصل ۱۳۹ قانون اساسی دلالتی بر بطلان ارجاع امر به داوری ندارد و شرکت اتوبوس رانی اعمال حاکمیت انجام نمی‌دهد و تصدی‌گری می‌کند و نمی‌تواند مشمول اصل یاد شده باشد و داوران در کشف حقیقت اختیار تام داشته، موضوع را به کارشناسی رشته حسابداری و آمار ارجاع و از مراجع صالح استعلام و رقم قرارداد خوانده با شرکت های خریدار تبلیغات، در فروش جزیی تبلیغات پنج برابر بیشتر از درآمد شرکت خواهان از محل فروش تبلیغات به خوانده بوده است و خوانده با پیگیری و استفاده از افراد متخصص، درآمد تبلیغات اتوبوس را گسترش داد و مبالغ کلانی هزینه و خسارات وارده ناشی از سوء مدیریت و تعدد شرکت واحد در اضرار داشته و تطابق خسارت و مبلغ قرارداد اصل مسلم نیست و خواهان متعهد شده بود سیصد دستگاه اتوبوس را جهت تبلیغات از طریق مزایده به قیمت مقطوع در اختیار خوانده قرار دهد تا به مشتریان جزء واگذار که در آمد حاصله بیشتر از مبالغ قرارداد بوده که خواهان مانع دستیابی شده و کارشناسان پس از بررسی و استعلام مبلغ خسارات را تعیین کرده اند.

دادگاه نظر به اینکه رسیدگی به دعوی خواهان ملازمه با طرح دعوی ابطال شرط نداشته و خواهان ابطال رأی را به سبب داوری پذیر نبودن قرارداد و عدم صلاحیت داوران خواسته است و رسیدگی به اصل دعوی متضمن رسیدگی به شرط داوری هم می‌باشد و لزومی به طرح دعوی علی حده نمی‌باشد، بنابراین ایراد خوانده وارد نمی‌باشد. نظر به اینکه اموال عمومی و دولتی مصرح در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی مطابق اموال دولت و شرکت‌های دولتی نیست، زیرا که دولت و شهرداری مالک شرکت‌ها و اشخاص حقوقی زیر مجموعه خود می‌باشد و بنا به قاعده تفکیک و استقلال اموال شرکت از شرکاء، مالک اموال شرکت زیر مجموعه خود نمی‌باشد و اموال شرکت‌های زیر مجموعه متعلق به شرکت‌های دولتی است و اموال عمومی ناظر به اموالی است که متعلق حق عموم است و دولت و شهرداری به نمایندگی عموم مردم بر آن اعمال

مالکیت می‌کند مانند پارک‌ها، جنگل‌ها، راه‌ها، خیابان‌ها و دولت و... شهرداری‌ها غیر از اموال عمومی خود دارای اموال اختصاصی هستند که استناد به اموال تحت اختیار دولت را بایستی از شمول اموال اختصاصی خارج کرد و به قدر متیقن منع اکتفا کرده به نحوی که این استثنا تخصیص اکثر و نقض کلی حق حاکمیت اراده اصحاب دعوی مدنی و حق آزادی اراده در انعقاد قرارداد در رجوع به داوری نشود. چنانچه حجم عظیم اقتصاد و بازرگانی کشور توسط شرکت‌های دولتی و مؤسسات و زیر مجموعه آن انجام می‌شود که تحدید اختیار در ارجاع اختلاف به داوری، مانع حل و فصل سریع اختلاف و تقویت و رشد اقتصادی است. در عین حال منع مقرر در اصل ۱۳۹ قانون اساسی بایستی تفسیر مضیق شود، چنانچه رویه قضایی و نظریه برخی علمای حقوق این منع را ناظر به امور حاکمیتی می‌دانند و مانعی برای داوری پذیری اموال و دعاوی که در چرخه آزاد تجاری و تصدی‌گری قرار می‌گیرند نمی‌بینند و قرارداد تبلیغات روی سبصد دستگاه اتوبوس شرکت واحد اصفهان از زمره اعمال تصدی است و متضمن امر حاکمیتی نمی‌باشد. از دیگر سو برابر ماده ۲ آئین نامه اموال عمومی و دولتی موضوع ماده ۱۲۲ قانون محاسبات عمومی کشور، اموال دولتی اموالی است که توسط دولت و مؤسسات دولتی خریداری می‌شود و یا به هر طریق دیگر به تملک دولت در آمده یا در می‌آید بنابراین اموال شرکت‌های دولتی و شرکت‌های زیر مجموعه شهرداری اموال دولت و عموم نبوده و از شمول ۱۳۹ قانون اساسی خروج موضوعی دارد و دایره فعالیت شرکت خواهان حمل و نقل عمومی و امور و موضوعات وابسته به آن است که اعمال تصدی است، بنابراین قراردادهای شرکت که در راستای فعالیت خود انجام می‌پذیرد، منصرف از اصل ۱۳۹ قانون اساسی که برای اعمال حاکمیت منظور شده می‌باشد. هدف نویسندگان قانون اساسی اطلاق اموال قراردادهای دولتی و عمومی و شرکت و مؤسسات وابسته به آنها نبوده، زیرا حکمت تصویب اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلوگیری از حیف و میل اموال عمومی و دولتی با تمسک به داوری و یا صلح دعاوی که موضوع آن اموال عمومی و دولتی است می‌باشد، زیرا که دولت و متولیان اموال عمومی امین مردم هستند و امین در اداره اموال آزادی مطلق ندارد و تحت نظارت عموم است، اما هدف خبرگان قانون اساسی گسترش دایره شمول اصل نبوده و خبرگان مخالفتی با داوری و حکمیت به عنوان یک شیوه حل اختلاف نداشته، بلکه قید ضابطه و منع مقرر در اصل ۱۳۹ جهت پیشگیری از تضییع اموال عمومی و دولتی با تمسک به داوری بوده و تفسیر مطلق اصل موجب می‌شود



شهرداری‌های تمام نقاط کشور و شرکت‌های زیر مجموعه آن در اجرای وظایف خود قرارداد هایی که با اشخاص منعقد می‌کنند اگر بخواهند شرط داوری مقرر کنند، به هیأت دولت اعلام می‌کنند تا هیأت وزیران موضوع را تصویب و به مجلس اطلاع دهد و بعد از آن شهرداری ولو شهر کوچکی باشد مجاز به انعقاد قرارداد با شرط داوری باشد، هیأت وزیران وظیفه نظارت و تصویب امور جزئی را ندارد و به یقین هدف نویسندگان قانون اساسی چنین نبوده است.

توسل خواهان به اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ادعای ممنوعیت داوری و بی اعتباری شرط، خلاف اقدام خواهان در پرونده شعبه اول حقوقی اصفهان بوده که در آن پرونده متعاقب تعیین داور اختصاصی خواهان و داور مرضی الطرفین توسط دادگاه و علی رغم اعلام قبولی داوران منصوب دادگاه، خواهان با ادعای عدم ابلاغ صحیح اظهار نامه، داور اختصاصی خود را تعیین و به دادگاه معرفی کرده است که داور اختصاصی قبول داوری و با داوران دیگر تشکیل جلسه داده و ابتدا مبلغی دستمزد داوری نیز از خوانده دریافت کرده اند و بعد از آن داور اختصاصی خواهان با ایراد منع داوری پذیری از اظهار نظر خودداری کرده است.

خواهان با آگاهی و از روی عمد با توجه به بهره گیری از کارشناسان حقوق و مشاوره وکلای مبرز، شرط داوری را در قرارداد درج و با درج شرط داوری و تعیین داور اختصاصی خود، نمی‌تواند به منع داوری استناد کند، زیرا چنانچه داوران به نفع خواهان رای صادر، داوری و شرط مقرر در قرارداد را درست می‌دانست، همانطور که مواردی که هیأت داوران ادعاهای خوانده را مردود و حکم بر بی حقی صادر کرده اند، خواهان اصلاً متعرض این قسمت از نظریه هیأت داروان نگردیده است. خواهان در قسمتی که محکوم علیه واقع شده نمی‌تواند به بی اعتباری شرط استناد کند، اصول حقوقی من جمله اصل حسن نیت در قراردادها و اجرای آن و قاعده بین المللی استاپل که مقرر داشته؛ "هیچ کس نمی‌تواند به زیان دیگری تناقض گویی کند" این روش را ممنوع دانسته است. حق بر یک دادرسی عادلانه و منصفانه از زمره حقوق نسل نخست حقوق بشر است که یکی از وجوه آن، مهلت معقول دادرسی و اعتماد به اقدامات طرف مقابل در طراحی یک شیوه دادرسی اعم از داوری یا دادگاه است، پس داوری در رابطه حقوقی طرفین به عنوان یک شیوه حل اختلاف نهایی و قطعی شده و نمی‌توان به طریق دیگری استناد و توسل نمود.

با توجه به دادنامه شماره ۹۴۰۲۲۰۰ صادره از شعبه هفتم دادگاه حقوقی که قرار عدم

استماع دعوی خواهان به لحاظ درج شرط داوری در قرارداد صادر گردیده و قرار صادره به مرحله قطعیت رسیده است، خواهان از دادخواهی در دادگاههای دادگستری محروم گردیده، پذیرش بی اعتباری شرط داوری با تفسیر مطلق اصل ۱۳۹ خلاف نظر تدوین کنندگان به شرح پیش گفته، موجب محرومیت خواهان از داوری جهت احقاق حق می‌گردد که محرومیت خواهان از دادخواهی و داوری، خلاف حقوق اساسی اشخاص و اصل ۳۴ قانون اساسی است. همچنین خلاف انصاف و وجدان اجتماعی است، چرا که صدور قرار عدم استماع در دادگاه و بی اعتباری شرط داوری موجب دور می‌گردد و دور تسلسل و باطل است. این دور و تسلسل موجب سرگردانی و محرومیت خواهان از احقاق حق است و هر تفسیری که متضمن دور و منع احقاق حق اشخاص از دادرسی باشد، باطل بوده و وجدان اجتماعی و انصاف و عدالت قضایی تاب این تفسیر را نداشته و دوران بین دادگاه و داوری خلاف اصل ۳۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می‌باشد، زیرا که حق دادخواهی مطلق و در صورت تراضی به حل و فصل از طریق داور اعمال حق با جواز رجوع به داوری حاصل می‌شود.

شرط مقرر در قرارداد، مطلق بوده است و مقید به اشخاص خاص نبوده و با عدم داوری داوران برگزیده شعبه اول به سبب انقضای مهلت داوری انجام نشده و عدم اعلام نظر داوران اولیه موجب انتفای شرط داوری نبوده، چنانچه مواد ۴۷۴، ۴۶۰ و ۴۷۱ قانون آئین دادرسی مدنی از تکرار تعیین داور سخن به میان آورده است و نظریه شماره ۵۵۸۰ مورخ ۱۵/۱۰/۱۳۴۵ اداره حقوقی دادگستری مؤید همین معناست. داوران اولیه نسبت به موضوع اظهار نظر نکرده و ماده ۴۶۳ قانون آئین دادرسی مدنی ناظر به داوری شخص معین بوده و منصرف از مواردی است که داوران غیرمعین و انتخاب بعدی آن به تراضی واگذار که در صورت عدم تعیین و عدم تراضی وفق مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آئین دادرسی مدنی اقدام خواهد شد. صلاحیت دادگاه در رسیدگی به موضوع و تکرار ناپذیری داوری در مورد ماده ۴۹۱ قانون آئین دادرسی مدنی بوده که اصل دعوی در دادگاه مطرح و دادگاه با درخواست و تراضی طرفین قرار ارجاع امر به داوری صادر و با اعتراض به رأی داور حکم به بطلان رأی داور صادر یا ارجاع امر به داوری از طریق دادگاه نبوده و رأی با اعتراض به رأی داور باطل گردد، در این پرونده داور وارد شور و اعلام نظر نشده و تصمیمی نگرفته که باطل گردد و پس از ابطال، موضوع در صلاحیت دادگاه قرار گیرد. طرح دعوی خوانده در دادگاه پس از ناکامی وی در داوری، پس از انقضای مدت و عدم

تمدید مهلت داوران به منزله انصراف از داوری نیست و عدم ایراد شرط داوری توسط خواهان نیز به منزله پذیرش صلاحیت دادگاه نبوده است، زیرا که قرارداد طرفین و شرط داوری مندرج در آن از زمره عقود لازم بوده است و الغای آن ممکن نیست، مگر با توافق طرفین در حذف شرط داوری که تاکنون دلیلی بر توافق به الغای شرط با انعقاد قرارداد الحاقی ابراز نشده است.

داوران در رسیدگی تابع قانون آئین دادرسی نیستند و حق جلب نظر کارشناسی را داشته و در صورت عدم وجود کارشناس در آن رشته یا معذوریت، در راستای کشف حقیقت، مجاز به کسب نظر اهل خبره جهت وصول به حقیقت می‌باشند و عدم قید جلب نظر خبره در ذیل ماده ۴۷۶ قانون آئین دادرسی مدنی نافی جواز داوران در ارجاع به خبره در صورت عدم وجود کارشناس نبوده است، همچنان که داوران از نظر کارشناس رسمی رشته حسابداری و آمار استفاده و به سبب عدم وجود کارشناس در رشته تبلیغات نظر خبره را جلب کرده اند، میزان خسارات مورد نظر داوران با جلب نظر کارشناسان و کسب نظر اهل خبره و رسیدگی و استماع اظهارات طرفین و رعایت اصل بی طرفی بوده و صدور حکم به پرداخت خسارت بیش از مبلغ قرارداد در صورت احراز ورود خسارت هیچ منع قانونی نداشته و اقدامات خواهان در نقض قرارداد، حسب نظر داوران موجب سلب منافع محتمل الحصول خوانده از قرارداد بوده است که ضرر وارد شده و فعل زیانبار از ناحیه خواهان بوده و بین نقض قرارداد و فعل و ترک فعل خوانده در ورود خسارت هم رابطه سببیت وجود داشته است. نتیجه آنکه داوران صالح به رسیدگی و در رسیدگی موازین قانونی و اصل بی طرفی و تناظر را راعایت و در راستای کشف حقیقت موضوع را به کارشناسان و اهل خبره ارجاع و رأی هیأت مغایرتی با هیچ یک از بندهای ماده ۴۸۹ قانون آئین دادرسی نداشته، بنابراین دعوی خواهان را وارد ندانسته و مستند به مواد ۱۹۷ و ۴۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی حکم به بطلان دعوی خواهان صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره حضوری و ظرف بیست روز قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان می‌باشد.

رئیس شعبه هشتم دادگاه عمومی حقوقی اصفهان - علیرضا شمس اژی‌به

نظر او را بر خود ارجح و لازم می‌دانند. بنای اولیه داور، تراضی و اراده طرفین در حل اختلاف موجود و یا احتمالی خود با مراجعه به داور است و اصل حاکمیت اراده موجب تمديد دادخواهی توسط مراجع قضایی می‌گردد، اما این اراده دارای مرزهای بی انتها نیست و حدود آن بنا به مصالح فردی و اجتماعی توسط قانونگذار محدود شده است. این محدودیت گاهی به انتخاب شخص داور بر می‌گردد که طرفین مجاز نیستند هر فردی را ولو با تراضی کامل به داورى انتخاب کنند و گاهی برخی موضوعات امکان ارجاع به داورى ندارد، مانند موضوعاتی که در بطن خویش با نظم عمومی برخورد دارد، مانند اختلافات در مورد ارتکاب جرم و مجازات و اصل طلاق و نکاح و ...، گاهی این تحدید حدود قانونگذار به موضوع مال مورد داورى برمی‌گردد، مانند اموال دولت و اموال عمومی، محدودیت به صرف این مورد مطلق نیست، بلکه رفع آن بایستی با نظارت و تصدیق مقامات صالح باشد تا اداره کنندگان مال دولت و عموم با تمسک به داورى موجب حیف و میل و تضییع حق عموم نگردند. اهمیت این امر به این میزان است که اصل ۱۳۹ قانون اساسی به آن پرداخته است و به همین مبنا ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی تصویب شده. اما با توجه به تنوع اشخاص حقوقی حقوق عمومی و شرکت‌ها و مؤسسات عمومی و ایجاد و تأسیس شرکت‌های زیر مجموعه و گسترش فرآیند آنها، تشخیص این مرز و ممنوعیت در مورد شرکت‌های دولتی و مؤسساتی که توسط آن‌ها ایجاد می‌شوند مشکل است. همینطور است در مواردی که موضوع اختلاف مال دولت یا عموم نیست و مالکیت آن شخص از زمره اعمال حاکمیت نباشد، اما بنا به مصالحی متصدی امور غیرحاکمیتی و اعمال تصدی باشد، امری که رویه قضائی در آن زمینه دچار اختلاف است.

# تفاوت داوری با روشهای حل اختلاف به صورت میانجیگری و کدخدامنشی در رویه قضایی ایران<sup>۱</sup>

## داوری

داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی با رعایت شرایط، موانع و الزامات قانونی و قراردادی.

گاهی توافق برای رجوع به داور قبل از وقوع اختلاف صورت میگیرد. برای مثال در قراردادهای طرفین موافقت می کنند در صورتی که در اجرا یا تفسیر روابط فی مابین اختلاف ایجاد شود، برای حل و فصل آن به داوری مراجعه کنند که در این صورت ممکن است داور مشخص باشد یا نباشد که در صورت اخیر، بعد از حدوث اختلاف، با توافق داور را انتخاب می کنند و یا در صورت عدم توافق در انتخاب داور با مراجعه به مرجع قضایی داور توسط مرجع قضایی تعیین می گردد. گاهی نیز داوری بعد از حدوث اختلاف تحقق می یابد. به عنوان مثال اصحاب اختلاف پس از آنکه در روابط حقوقی فی مابین دچار تنش و مشکل می شوند با توافق یکدیگر موضوع را به داوری ارجاع می دهند و همچنین گاهی ممکن است طرفین دعوا بدون آنکه از قبل توافقی در رجوع به داوری داشته باشند با مراجعه به مرجع قضایی و با هدایت و ارشاد قاضی دادگاه به داور رجوع کنند.

در حکمیت و داوری می توان حل اختلاف را به شخصی واحد به عنوان داور یا به دو یا چند نفر به عنوان هیات داوران ارجاع داد و می توان اذعان داشت داوری به نوعی

قضاوت قاضی غیرموظفی است که افراد به دلیل اعتمادی که به شخص داور دارند برای حل اختلافات فی مابین خود او را انتخاب می‌کنند و می‌توان گفت قدیمی ترین شیوه حل اختلاف رجوع به داوری است.

محدودیت‌های قانونی در انتخاب داور یا هیات داوران:

در مورد انتخاب داور یا هیات داوران محدودیت‌هایی وجود دارد که برخی از این محدودیت‌ها نسبی است یعنی تحت شرایطی می‌توان بر خلاف آن توافق کرد و برخی دیگر نیز محدودیت‌هایی مطلق هستند و تحت هیچ شرایطی نمی‌توان بر خلاف آن تراضی نمود.

### محدودیت‌های نسبی:

از جمله محدودیت‌های نسبی می‌توان به موارد ۸ گانه مذکور در ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ / ۰۱ / ۲۱ اشاره نمود که اشعار میدارد: دادگاه نمی‌تواند اشخاص زیر را به سمت داور معین کند مگر با تراضی طرفین: ۱- کسانی که سن آنان کمتر از بیست و پنج سال تمام باشد. ۲- کسانی که در دعوا ذی نفع باشند. ۳- کسانی که با یکی از اصحاب دعوا قرابت سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم داشته باشند. ۴- کسانی که قیم یا کفیل یا وکیل یا مباشر امور یکی از اصحاب دعوا می‌باشند یا یکی از اصحاب دعوا مباشر امور آنان باشد. ۵- کسانی که خود یا همسرانشان وارث یکی از اصحاب دعوا باشند. ۶- کسانی که با یکی از اصحاب دعوا یا با اشخاصی که قرابت نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم با یکی از اصحاب دعوا دارند، در گذشته یا حال دادرسی کیفری داشته باشند. ۷- کسانی که خود یا همسرانشان و یا یکی از اقربای سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم او با یکی از اصحاب دعوا یا زوجه و یا یکی از اقربای نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم او دادرسی مدنی دارند. ۸- کارمندان دولت در حوزه ماموریت آنان.

### محدودیت‌های مطلق:

از جمله محدودیت‌های مطلق می‌توان گفت که با استناد به ماده ۴۷۰ قانون آ.د.م، کلیه قضات و کارمندان اداری شاغل در محاکم قضایی نمی‌توانند داوری نمایند هرچند با تراضی طرفین باشد. ضمانت اجرای رای داور:

چنانچه شرایط و موانع قانونی و قراردادی داور به طور کامل رعایت شده و طرفین دعوا رای داور را به اتفاق به طور کلی یا جزئی رد نکنند یا رای داور با اعتراض یکی از طرفین دعوا و با حکم دادگاه ابطال نشود، رای داور میبایست ظرف ۲۰ روز بعد از ابلاغ، توسط محکوم علیه اجرا شود و در صورت استنکاف وی از اجرای رای داور طرف مقابل میبایست به دادگاه ارجاع کننده دعوا به داوری یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد مراجعه نماید و دادگاه مکلف است به درخواست طرف ذی نفع طبق رای داور برگ اجرایی صادر کند و اجرای رای طبق مقررات قانونی صورت خواهد گرفت.

### در چه مواردی نمی توان به داوری رجوع کرد؟

طبق ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی: دعاوی ورشکستگی، دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ نکاح، طلاق و نسب قابل ارجاع به داوری نیست. رسیدگی به امور کیفری نیز از صلاحیت داوری خارج و باید در دادگاهها طرح و رسیدگی شود. همچنین مطابق اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی دعاوی راجع به اموال عمومی قابل ارجاع به داوری نیست مگر این که ارجاع به داوری در دعاوی مذکور قبلاً به تصویب هیأت وزیران یا مجلس شورای اسلامی (حسب مورد) برسد.

### میانجیگری

در روش میانجیگری طرفین اختلاف به انضمام طرف میانجی با برگزاری جلسات مشترک به بحث و تبادل نظر در زمینه یافتن راهکارهای موجود برای حل و فصل اختلاف اقدام می کنند.

معمولاً طرف میانجی از بین متخصصان فنی و اشخاص صاحب نظر در زمینه مرتبط با اختلاف ایجاد شده انتخاب می شود و نقش وی گفتگوی مستقل با هر یک از طرفین

---

۱- «ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری پس از تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می گیرد. در مواردی که طرف دعوا خارجی و یا موضوع دعوا از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است».

دعوا و کمک به تبیین موضوع اختلاف برای دستیابی به مناسب ترین راه برای خاتمه دادن به اختلاف می‌باشد.

### شیوه کار در میانجیگری:

شیوه کار در میانجیگری بدین‌گونه است که در جریان برگزاری جلسات مذاکره میانجیگری طرف میانجی به شرح روش خود در خصوص راه حل پیشنهادی برای رسیدن به توافق بین طرفین دعوا می‌پردازد و پیرو آن دو طرف به تشریح نظرات خود درباره علل بروز اختلاف موجود و راه‌های فائق آمدن بر آن می‌پردازند.

همچنین امکان استناد به شهادت شهود و مدارک و اسناد نیز در جلسات میانجیگری وجود دارد اما حضور شهود در جریان جلسه مجاز نیست. هدف اساسی در روش میانجیگری تبادل نظر بین طرفین و دستیابی به تفاهمی جامع و مانع در زمینه نقطه نظرات هر دو طرف و شناسایی نقاط قوت و ضعف ادعاهای هر یک از طرفین است تا از این طریق سوء تفاهمات و سوء برداشت‌ها حذف گردیده و دیدی شفاف نسبت به واقعیت‌های موضوع مورد اختلاف ایجاد گردد که این مطلب مهمترین نکته در حرکت به سوی توافقات بعدی خواهد بود. پس از برگزاری جلسات مشترک میانجیگری با حضور طرفین اختلاف، طرف میانجی به طور اختصاصی با هر یک از طرف‌های دعوا به گفتگو خواهد پرداخت و راه حل‌های احتمالی را مطرح خواهد کرد، میانجی موظف است تا از افشای نتیجه مذاکرات خود با هر یک از طرف‌های دعوا اکیداً خودداری کند.

برگزاری جلسات مشترک مذاکره بعدی توسط میانجی تا حدود زیادی به تمایل و درخواست طرفین دعوا به ملاقات و گفتگو با یکدیگر بستگی دارد. به عبارتی دیگر میانجی به طور نوبتی آنقدر با طرف‌های دعوا دیدار خواهد کرد و آنقدر نقطه نظرات را منتقل خواهد کرد تا در نهایت نقطه اشتراکی در بین دیدگاه‌ها پیدا شود و طرفین بتوانند حول محور آن به توافق در موضوع متنازع فیه دست یابند.

ناگفته پیداست که موفقیت روش میانجیگری تا حد زیادی به تجربه، تخصص و مهارت شخص میانجی بستگی دارد به ویژه آن که در مراحل آغازین روش میانجیگری که طرفین دعوا به سبب عدم اطلاع از دیدگاه‌های یکدیگر حالت هجومی و خصمانه‌ای

✦ ۴



نسبت به هم دارند این موضوع در نزدیک کردن آراء آنها به یکدیگر و در نهایت حل اختلافات فی مابین نقش به سزایی ایفا می‌کند.

### **شباهت‌های داوری و میانجیگری**

داوری و میانجیگری هر دو از روش‌های مرسوم حل اختلافات و دعوی خارج از دادگاه محسوب شده، هزینه و زمان کمتری به طرفین تحمیل می‌کند و به کم شدن حجم پرونده‌ها در محاکم کمک شایانی می‌کند رجوع به هر کدام از دو روش برای حل اختلاف به توافق و رضایت قبلی یا بعدی طرفین دعوا بستگی داشته و در استفاده از روش‌های داوری یا میانجیگری الزام قانونی وجود ندارد.

### **تفاوت‌های میانجیگری و داوری**

همانطور که در بخش "محدودیت‌های قانونی در انتخاب داور یا هیات داوران" ذکر شد محدودیت‌های نسبی و مطلق برای انتخاب داور وجود دارد، در صورتی که در مورد میانجیگری با چنین محدودیت‌هایی مواجه نبوده و از این لحاظ آزادی عمل بیشتری وجود دارد و همچنین در میانجیگری بر خلاف داوری در مورد برخی دعاوی کیفری، نکاح، طلاق و نسب نیز می‌توان به میانجی رجوع کرده و حل اختلاف نمود.

یکی از مهمترین تفاوت‌های میانجیگری و داوری در این است که در مورد داوری شخص داور یا هیات داوران نقش قاضی غیر موظف را ایفا کرده و در واقع به نوعی رای صادر می‌کند و رای داور ضمانت اجرای قانونی دارد در صورتی که شخص میانجی نقش قاضی غیر موظف نداشته و رای صادر نمی‌کند بلکه با برگزاری جلساتی بین اصحاب اختلاف یا نمایندگان آنها سعی در نزدیک کردن دیدگاه‌ها و نظرات آنها داشته و در واقع بین طرفین پادرمیانی می‌کند و این طرفین اختلاف هستند که در رفع شدن یا نشدن اختلاف از این طریق تصمیم نهایی را اتخاذ می‌نمایند.

### **داوری مبتنی بر انصاف و داوری مبتنی بر شیوه کدخدامنشی**

معمولاً داوری‌ها به دو صورت برگزار می‌شود. داوری یا بر اساس قانون انجام می‌شود و داور به موجب قانون و قواعد حقوقی رای خود را صادر می‌کند یا داوری به صورت کدخدامنشی و انصاف صورت می‌گیرد. در این حالت داور مکلف به رعایت قانون نیست و می‌تواند مطابق عدالت و انصاف تصمیم بگیرد. در این گونه داوری‌ها با اینکه داور مقید به

مر قانون نیست آزادی مطلق و نامحدود در رسیدگی و تصمیم گیری ندارد بلکه باید اصول اساسی داوری ها مانند اصل رفتار مساوی و قواعد مربوط به نظم عمومی و قواعد آمره قانون حاکم بر داوری را رعایت کند.

داوری بطور کدخدامنشی در برخی کشورها پذیرفته نشده اما امروزه در بیشتر مقررات داخلی خصوصا در کشورهای رمی ژرمنی و اسناد بین المللی مورد قبول قرار گرفته است. با این حال اصل این است که داور باید بر اساس قانون تصمیم بگیرد و هنگامی می تواند بطور کدخدامنشانه یا بر اساس انصاف رای صادر کند که طرفین صریحا چنین اختیاری را به او داده باشند.

مفهوم داوری بطور کدخدامنشی که ابتدا در قانون مدنی و قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۸۰۶ فرانسه جنبه قانونی به خود گرفت و سپس در سایر کشورهای دارای حقوق نوشته توسعه یافت؛ در داوری های بازرگانی بین المللی، مبتنی بر این عقیده است که از نقطه نظر طرفین اعمال قواعد قانونی برای حل و فصل اختلاف نمیتواند به طور کامل بر طرف کننده نیازهای خاص آنان باشد. در چنین شرایطی داور باید اختیار داشته باشد که بطور کدخدامنشی و بر مبنای انصاف عمل کند.

این اختیار داوران را قادر میسازد که از اعمال قانون معاف شوند و اختلاف را بر مبنای آنچه معقول و منصفانه به نظر می رسد و طبق احساس خود از انصاف، مورد تصمیم گیری قرار دهند. به عبارت دیگر در داوری بر اساس قانون، داور مکلف به رعایت قواعد ماهوی است و باید بر طبق قانون حاکم که به وسیله طرفین یا داور تعیین می شود رای دهد. اما در داوری بر اساس انصاف داور مکلف به رعایت مرّ قانون نیست و هرگاه آن را بر خلاف انصاف تشخیص دهد، می تواند از اجرای آن خودداری کند. این گونه داوری با میانجیگری که برای طرفین الزام آور نیست تفاوت دارد؛ زیرا در داوری بر اساس انصاف داور اقدام به صدور حکم می کند که برای طرفین لازم الاجراست. البته در این گونه داوری، داور آزادی مطلق و نامحدود در تصمیم گیری ندارد، چه باید اصول اساسی داوری، مانند اصل رفتار مساوی و دادن حق دفاع به طرف دعوی، و نیز قواعد مربوط به نظم عمومی و به دیگر سخن قواعد آمره قانون حاکم بر ماهیت را رعایت کند.

همانطور که ذکر شد داوری بر اساس انصاف در بیشتر مقررات داخلی، خصوصا در کشورهای رومی - ژرمنی و در اسناد بین المللی، پذیرفته شده است. البته اصل این است که داور باید بر اساس قانون رای صادر کند و هنگامی می تواند به طور کدخدامنشی حکم

دهد که طرفین صریحا چنین اختیاری به او داده باشند.

این قاعده در بند ۳ ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال و بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ پذیرفته شده است. به موجب این بند، «داور در صورتی که طرفین صریحا اجازه داده باشند، می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدانمشانه تصمیم بگیرد.» این عبارت در واقع ترجمه عبارت بند ۳ ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال است و به نظر می‌رسد که این دو اصطلاح که در هر دو عبارت دیده می‌شود به یک معنی و به طور مترادف به کار رفته اند.

اما داوری با اختیار صلح اصطلاحی است که در ماده ۴۸۳ قانون جدید آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ به کار رفته و دارای مفهومی مشابه با داوری بر اساس انصاف است. در حقیقت قانونگذار با کاربرد اصطلاح داوری با اختیار صلح و با استفاده از نهاد صلح، داوری بر اساس انصاف را با حقوق سنتی هماهنگ و به دیگر سخن بومی کرده است.

در اینگونه داوری، طرفین به داور اختیار صلح و سازش می‌دهند و بدینسان شخص منتخب در یک سو داور است و از سوی دیگر وکیل در مصالحه و از این رو می‌تواند به وکالت از طرفین قرارداد صلح و سازش که متضمن گذشت و تسامح است و قانون (به جز قواعد آمره) در آن لازم الرعایه نیست منعقد و بر اساس آن رای صادر کند که مانند سایر آرای داوری لازم الاجراست. بنابراین می‌توان گفت داوری با اختیار صلح دارای ماهیت دوگانه وکالت در سازش و داوری است که در نتیجه مشابه داوری بر اساس انصاف است. (دکتر صفایی)

### **تفاوت داوری بر اساس انصاف و داوری بطور کدخدانمنشی:**

هرچند بین داوری بر اساس انصاف و داوری بطور کدخدانمنشانه نزدیکی و مشابهت زیادی وجود دارد و اغلب این دو را باهم بکار می‌برند اما میتوان این دو را از هم متمایز کرد:

در داوری بر اساس انصاف داور یا داوران هرگاه احساس نمایند که اعمال قواعد قانونی با انصاف در تعارض است می‌توانند از آن اغماض کرده و بر طبق برداشت خود از انصاف اتخاذ تصمیم کنند.

قواعد قانونی بی اعتنا است و بحثی در خصوص تطبیق قواعد قانونی با انصاف در میان نیست.

ذکر این موضوع نیز ضروری است که مشکلات ناشی تعارض قوانین و تفاوت قواعد حقوقی کشورها و نظام‌های حقوقی مختلف و یا اثر بازدارندگی قواعد حقوقی بر رشد تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی موجب شده است که بازرگانان در تجارت بین‌الملل تمایل داشته باشند که حقوق و قواعد خاص خود موسوم به حقوق بازرگانی فراملی بر اختلاف آنان حاکم باشد. داوری به طور کدخدامنشی داوران را ملزم نمی‌کند که اختلافات را بر طبق قواعد حقوقی داوری کنند بلکه بر طبق برداشت شخصی خود از انصاف حکم می‌دهند.

برای مثال در رویه قضایی می‌توان به مرجع و طریق حل اختلاف در تعاونی‌ها اشاره نمود:

هر گاه اختلافی بین تعاونی‌ها به وجود آید، مراجع و طریق حل آن به شرح ذیل خواهد بود:

- اختلاف بین تعاونی و اعضای آن و اختلاف بین شرکت‌های تعاونی با موضوع فعالیت مشابه، برای داوری به صورت کدخدامنشی به اتحادیه تعاونی مربوط ارجاع خواهد شد.

- اختلاف بین شرکت تعاونی و اتحادیه مربوط به آن برای داوری به صورت کدخدامنشی به اتاق تعاون مربوط ارجاع می‌شود. اختلاف بین دو شرکت تعاونی، در صورتی که موضوع فعالیت آن‌ها مشابه نباشد، به اتاق تعاون مربوط ارجاع می‌شود تا آن را از طریق داوری به صورت کدخدامنشی حل کند.

- اختلاف بین اتحادیه تعاونی با اتحادیه تعاونی دیگر به اتاق تعاون مربوط ارجاع می‌شود تا از طریق کدخدامنشی درباره آن داوری کند. البته در رابطه با ماهیت شرط حل اختلاف به صورت کدخدامنشی در اختلافات مربوط به شرکت تعاونی‌ها می‌توان به دادنامه زیر اشاره کرد:

## رای بدوی

۴۴

در خصوص دعوی الف.ن. با وکالت آقای م.ق. به طرفیت شرکت تعاونی د.م. (در حال

تصفیه) به خواسته صدور حکم مبنی بر ابطال رأی داوری به شماره کلاسه الف ۶۷۳/۹۱/۱۸ مورخه ۹۱/۵/۱۸ کمیسیون حل اختلاف و داوری اتاق تعاون تهران به شرح محتویات پرونده، قطع نظر از ایراد مطروحه و کیل خواهان از حیث این که مطابق ماده ۴ قانون مدنی اثر قانون نسبت به آتیه بوده و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد و چون قانون بخش تعاون در تاریخ ۷۰/۶/۱۳ و بعد از تنظیم مبیعه‌نامه استنادی خواهان به تصویب رسیده و استناد کمیسیون به قانون بخش تعاون با رعایت ماده ۴ قانون مدنی به معاملات شرکت سابق خوانده خللی وارد نمی‌آید و قوانین لاحق اساساً نمی‌تواند به حقوق مکتسبه سابق اشخاص در این خصوص خللی وارد آورد ولیکن از آنجا که مطابق بند ۳ ماده ۵۷ قانون بخش تعاون مصوب سال ۱۳۷۰ نهاد داوری صرفاً<sup>۱</sup> به صورت کدخدامنشی‌وار برای صلح و سازش جهت حل اختلاف حق مداخله دارد و صدور حکم از صلاحیت داور اتاق تعاون خارج می‌باشد، علاوه بر آن آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور مصوب سال ۷۱ در این خصوص ساکت بوده و آیین‌نامه داوری مورخ ۸۹/۲/۲۲ نیز برخلاف بند ۳ ماده ۵۷ قانون بخش تعاون تنظیم شده است افزون بر آن، این که عبارت بند مذکور که مقرر داشته «حل اختلاف و داوری در محدوده امور مربوط به تعاونی‌ها به صورت کدخدامنشی و صلح مابین اعضا و اتحادیه‌ها و بین تعاونی‌ها و اتحادیه‌ها» نیز مفید التزام طرفین به رجوع به داوری به نحوی که سالب حق و اختیار عمومی آنان در تظلم به مراجع صالحه قضایی باشد نیست زیرا که شرط داوری در اساسنامه مورد عمل شرکت‌های تعاونی و بند ۳ ماده ۵۷ قانون مذکور به صورتی نمی‌باشد تا مانع از استقرار صلاحیت محاکم قضایی باشد که طرفین به جای رجوع به دادگاه‌های دادگستری صلاحیت مرجع داوری اتاق تعاون را برای رسیدگی و صدور رأی در اختلافات خود انتخاب نمایند، فلذا دادگاه با استدلالی که عرض شد رأی صادره داوران اتاق تعاون را مخالف قانون موجد حق دانسته و به استناد بند ۱ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر بطلان آن صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل اعتراض در محاکم تجدیدنظر استان تهران است.

رئیس شعبه ۲۰۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران - قربانی

نسبت به دادنامه شماره ۸۷۱ مورخ ۹۱/۱۱/۹ شعبه ۲۰۶ دادگاه حقوقی تهران که مطابق آن حکم بر بطلان رأی داوری مستند به بند ۳ ماده ۵۷ قانون بخش تعاون مصوب ۱۳۷۰ و بند ۱ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی صادر گردیده، دادگاه با عنایت به محتویات پرونده و لوائح تقدیمی از آنجا که تجدیدنظرخواهی تقدیمی واجد مطلب مهم و مؤثری که موجبات نقض دادنامه معترض عنه را ایجاد کند نبوده و ایرادی بر رأی دادگاه و استدلال آن احراز نمی‌شود، علی‌الاحوال دادگاه با عنایت به این که موارد موضوع ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی مراجعت به مواردی دارد که حاکمیت داوری مطابق قانون در آن پذیرفته شده لیکن رأی داور با سایر شرایط قانونی برای آن لحاظ نمی‌شود لیکن از آنجا که در مانحن‌فیه داوری موضوع بند ۳ ماده ۵۷ قانون بخش تعاون منصرف از حاکمیت داوری الزام‌آور بوده و چنین داوری حق صدور حکم الزام‌آور را ندارد و به عبارتی حاکمیت داوری مذکور مبنی بر تراضی موضوع مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی نبوده لذا با حذف بند ۱ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی رأی معترض عنه را با عنایت بر عدم انطباق رأی داوری با شرایط و صلاحیت قانون موضوع بند ۳ ماده ۵۷ قانون بخش تعاون تأیید و ابرام می‌نماید. رأی دادگاه قطعی است.

رئیس شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه، عشقعلی - جمشیدی

صدور نظریه مشورتی در خصوص چگونگی حل و فصل اختلاف از طریق داوری: اداره کل حقوقی قوه قضائیه با صدور نظریه‌ای مشورتی به استعلام یک مرجع قضایی در خصوص «چگونگی حل و فصل اختلاف از طریق داوری و در صورت عدم حل آن، از طریق مراجع قضایی» پاسخ داد.

نظریه مشورتی صادر شده در پاسخ به استعلام شماره ۱۳۹۶۰۲۵۰۰۲۰۳۰۲۴۹ مورخ ۱۳۹۶.۱۱.۱۲ بوده و متن آن به شرح زیر است:

۱- در فرض سؤال که طرفین در قرارداد قید نموده‌اند «طرفین اختلاف را از طریق داوری حل و فصل می‌کنند و در صورت عدم حل آن، از طریق مراجع قضایی حل و فصل می‌شود» ممکن است مقصود، اشاره به سیر قانونی قضیه باشد که هرگاه بنا به دلایلی مانند ابطال رأی داور، از طریق داوری موضوع حل و فصل نشود، طبیعتاً موضوع از طریق مراجع قضایی حل و فصل می‌شود و ممکن است مقصود، اعطای اختیار میانجیگری یا سازش باشد که در هر حال احراز قصد مشترک طرفین با توجه به اظهارات آنان و سایر

اوضاع و احوال با مراجع رسیدگی کننده است و در هر حال طی فرآیند داوری یا میانجیگری یا سازش، قبل از مراجعه به دادگاه الزامی است.

۲- اولاً برابر ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ «علم قاضی عبارت از یقین حاصل از مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود. در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی مؤظف است قرائن و امارات بین مستند علم خود را به طور صریح در حکم قید کند.»

ثانیاً داور نیز به مانند قاضی بر اساس علمی که مستند به قرائن و امارات بین باشد، می‌تواند رأی صادر کند.

ثالثاً با توجه به اینکه قواعد مربوط به اعتبار ادله از قواعد ماهوی است، به همین علت در قوانین ماهوی (قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی) ذکر شده است، بنابراین در صورتی که رأی داور بر اساس علم وی صادر شده ولی مغایر قرائن و امارات موجود در پرونده باشد، به علت اینکه رأی مزبور مخالف قوانین موجد حق صادر شده است، به استناد بند یک ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ قابل ابطال است.

۳- اولاً تشخیص ارجاع امر به هیأت کارشناسی بر عهده مقام رسیدگی کننده اعم از قاضی یا داور است و صرف زیاد بودن مبلغ خواسته موجب ارجاع امر به هیأت کارشناسی نمی‌باشد بلکه تنها ملاک ارجاع امر به کارشناسی مجدد آن است که نظر کارشناسی اولیه برخلاف اوضاع و احوال محقق مسئله باشد.

---

۱- ماده ۴۸۹: رأی داوری در موارد زیر باطل است و قابلیت اجرایی ندارد: ۱- رأی صادره مخالف با قوانین موجد حق باشد. ۲- داور نسبت به مطلبی که موضوع داوری نبوده رأی صادر کرده است. ۳- داور خارج از حدود اختیار خود رأی صادر نموده باشد. در این صورت فقط آن قسمت از رأی که خارج از اختیارات داور است ابطال می‌گردد. ۴- رأی داور پس از انقضای مدت داوری صادر و تسلیم شده باشد. ۵- رأی داور با آنچه در دفتر املاک یا بین اصحاب دعوا در دفتر اسناد رسمی ثبت شده و دارای اعتبار قانونی است مخالف باشد. ۶- رأی به وسیله داورانی صادر شده که مجازبه صدور رأی نبوده‌اند. ۷- قرارداد رجوع به داوری بی اعتبار بوده باشد.

ثانیاً اگر داور نظر کارشناس را مخالف اوضاع و احوال محقق مسئله نداند و رأی صادر کند ولی دادگاه در مقام رسیدگی به دعوی ابطال رأی داور، نظر کارشناس مزبور را برخلاف اوضاع و احوال محقق مسئله بداند با توجه به پاسخ بند ۲ می‌تواند موضوع را به هیأت کارشناسی ارجاع دهد و سپس تصمیم مقتضی اتخاذ کند.

۴- با عنایت به بند یک ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ رأی داور نباید مخالف با قوانین موجد حق باشد. بنابراین داور نمی‌تواند به استناد آیین نامه، رأی بر خلاف قوانین مذکور صادر کند و گرنه به تشخیص دادگاه رأی وی باطل و غیر قابل اجرا است.

۵- اولاً با توجه به ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ کلیه اختلافات را می‌توان به داوری ارجاع کرد، مگر مواردی که طبق قانون منع شده‌اند.

ثانیاً بند ۲ ماده ۴۹۶ قانون یاد شده که برخی دعاوی خانوادگی را قابل ارجاع به داوری ندانسته است، دعوی نفقه و تمکین را در زمره این استثنائات ذکر نکرده است. بنابراین اصولاً ارجاع این دعاوی به داوری با منعی مواجه نیست.

۶- مستفاد از مواد ۳، ۴ و ۵ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۷۶.۵.۲۶ و مواد ۶ و ۱۷ آیین‌نامه اجرایی آن، صدور دستور تخلیه توسط مراجع قضایی (در حال حاضر شورای حل اختلاف) امری ترافعی نیست و مرجع قضایی در صورت تنظیم اجاره نامه طبق مقررات قانون فوق‌الذکر و انقضای مدت اجاره باید دستور تخلیه را صادر کند. در حالی که طبق ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ شرط داوری ناظر به رسیدگی به اختلافات طرفین است. بنابراین وجود شرط داوری مانع تقاضا و صدور دستور تخلیه برابر مقررات یاد شده توسط مرجع قضایی نخواهد بود. البته با توجه به این که اختلافات ناشی از عقد اجاره و تمدید یا عدم تمدید آن باید با مراجعه به داوری مورد رسیدگی قرار گیرند، بنابراین هرگاه بعد از صدور دستور تخلیه مستاجر در اجرای ماده ۱۷ آیین‌نامه یادشده به ادعای تمدید یا عدم تمدید اجاره و امثال آن نسبت به صدور

---

۱- ماده ۴۵۴: کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاهها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند.



دستور تخلیه شکایت کند و مرجع صادر کننده دستور مزبور، ادعا را مؤثر در تخلیه یا نحوه آن بداند ضمن عدول از دستور تخلیه و رفع اثر از آن باید طرفین را به مراجعه به داورى هدایت کند.

۷- اختلافاتی که رسیدگی به آنها در صلاحیت هیأت‌ها و کمیسیون‌های خاص است، قابل ارجاع به داورى نیستند. زیرا مستفاد از ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی در امور مدنی و بندهای الف و ه ماده ۱ و بند ۲ ماده ۲ قانون داورى تجاری بین‌المللی، فقط اختلافاتی که جنبه ترافیعی دارد و رسیدگی به آنها در صلاحیت دادگاه است، قابل ارجاع به داورى‌اند. ثانیاً اموری که در صلاحیت هیأت‌ها و کمیسیون‌های خاص مانند هیأت تشخیص حل اختلاف کارگر و کارفرما و کمیسیون‌های پیش‌بینی شده در قانون شهرداری و... هستند، اموری تخصصی و مربوط به نظم عمومی‌اند که قانون‌گذار برای رسیدگی به آنها مرجع خاصی را پیش‌بینی کرده است و عدول از صلاحیت آنها با توافق طرفین و مراجعه به مرجعی دیگر حتی مرجع قضایی ممکن نیست.

۸- الف) اعتراض و اقامه دعوا مبنی بر ابطال رأی داور مقید به مهلت مقرر در ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی در امور مدنی و تبصره آن است و جهت اعلام شده مبنی بر بی اعتباری رأی داور از سوی معترض از این حیث تأثیری ندارد. با این حال چنانچه مهلت یاد شده متقضی شده باشد، هر زمان که تقاضای اجرای رأی داور از دادگاه به عمل آید، محکوم علیه رأی داورى می‌تواند بطلان ذاتی رأی را به دادگاه خاطر نشان سازد. بدیهی است در چنین فرضی دادگاه با عنایت به صدر ماده ۴۸۹ قانون یاد شده در صورت احراز بطلان رأی داور از صدور دستور اجرای آن خودداری می‌کند.

ب- هرگاه دعوی ابطال رأی داور مطرح شده و دادگاه رأی ماهوی (حکم) مبنی بر تأیید رأی داور (ردّ دعوی متقاضی ابطال رأی داور) صادر کرده باشد، در مقام اجرای رأی داور نمی‌توان بر خلاف حکم دادگاه، رأی داور را باطل دانست و از اجرای آن خودداری کرد ولی اگر در فرض سؤال رأی دادگاه به صورت شکلی باشد، موضوع مشمول بند الف پاسخ است.

۹- وجود موافقت نامه داورى شرط ضروری و مبنای اختیار داور برای رسیدگی به اختلاف است و بی اعتباری موافقتنامه داورى طبق بند ۷ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی در امور مدنی و به طریق اولی فقدان آن از موجبات ابطال رأی داورى است. در هر حال محکوم علیه رأی داورى در صورت ادعای باطل بودن رأی داورى، باید طبق ماده ۴۹۰

قانون یاد شده طرح دعوا کند و مسأله لزوم پرداخت هزینه دادرسی نمی‌تواند او را از طرح چنین دعوایی معاف کند. زیرا طریق جبران خسارت ناشی از دادرسی در ماده ۵۱۵ همین قانون و سایر مقررات مربوط پیش‌بینی شده است.

۱۰- اگر مقصود از وکالت مذکور در استعلام، وکالت در دادگاه‌ها باشد، هرگاه در وکالت نامه وکیل به اختیار مذکور در بند ۵ ماده ۳۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ تصریح شده باشد تمديد مهلت داوری نیز مشمول اطلاق «وکالت در ارجاع دعوی به داوری است» و اگر مقصود وکالت خارج از دادگاه در موارد مراجعه مستقیم به داور باشد، در این صورت وکیل در داوری در صورتی اختیار «تمديد مهلت داوری» را دارد که در وکالت نامه تصریح شده باشد یا از ابتدا تعیین مهلت داوری به وی محول شده باشد.

۱۱- در فرض سؤال که هیچ نشانی از طرف مقابل وجود ندارد، با توجه به اینکه اولاً برابر ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ داوران در رسیدگی و رأی تابع مقررات قانون آیین دادرسی نیستند، ثانیاً از مجموعه مقررات مربوط به داوری استفاده می‌شود که جریان داوری منوط به اطلاع طرفین آن از شروع این فرایند است که البته نحوه ابلاغ به آنان و احراز این امر بر عهده داور است مگر این که طرفین به نحو دیگری مقرر کرده باشند. ثالثاً مواد ۳ و ۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی راجع به داوری‌های مشمول این قانون در این خصوص صراحت دارد که در داوری داخلی نیز می‌توان از ملاک آن استفاده کرد، بنابراین در فرض سؤال امکان نشر آگهی وجود ندارد؛ به ویژه آنکه در مقررات مربوط به داوری، صدور رأی غیابی و نیز امکان رسیدگی و خواهی که تدارک کننده نقائص رسیدگی غیابی است، پیش‌بینی نشده است.

۱۲- با عنایت به ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ ارجاع به داوری مبتنی بر تراضی و توافق طرفین است و با توجه به قواعد عمومی قراردادها، با توافق طرفین نیز از بین می‌رود. چنانکه مقنن در بند یک ماده ۴۸۱ قانون یاد شده به این امر تصریح کرده است و درج حق فسخ برای یکی از طرفین نیز مبتنی بر توافق طرفین است و دلیلی بر منع آن وجود ندارد. با این حال برای تعیین حدود این حق از نظر قابلیت اعمال آن، قبل یا بعد از رجوع به داوری، باید حسب مورد با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قضیه، قصد مشترک طرفین احراز شود.

۱۳- مستفاد از ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ که مقرر می‌دارد با توافق طرفین یا فوت یا حجر یکی از طرفین داوری از بین می‌رود این است که بقای داوری مانند حدوث آن محتاج اراده طرفین است و بنابراین در صورت فوت یکی از طرفین قبل از پایان داوری (ابلاغ رأی داور) به لحاظ انتفاء یک پایه توافق، داوری نیز منتفی می‌شود.

۱۴- اگر موقعیت قراردادی به ثالث منتقل شود، شرط داوری نیز منتقل می‌شود، در غیر این صورت با صرف انتقال موضوع قرارداد، شرط داوری منتقل نمی‌شود.

۱۵- الف) اگر طرفین راجع به موضوع اختلاف صلح کنند، دعوا (اختلاف) از بین می‌رود و صدور رأی از سوی هیأت داوری راجع به موضوع اختلاف اعم از اتفاقی یا اکثریت منتفی است و النهایه برابر ماده ۴۸۳<sup>۱</sup> قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ صلحنامه‌ای تنظیم و به امضاء داوران می‌رسد.

ب) در روش حل و فصل اختلافات براساس انصاف یا کدخدانمشی، داور مقید به اجرای دقیق قوانین موضوعه یا قواعد حقوقی نیست بلکه این قواعد را تاجایی اعمال می‌کند که براساس عرف و اوضاع و احوال خاص موضوع مورد اختلاف، عادلانه و منصفانه باشد. به عنوان مثال اگر خسارات وارده که برابر قواعد حقوقی باید پرداخت شود بسیار زیاد باشد، داور که اختیار حل و فصل اختلاف به روش مذکور را دارد، میزان خسارات را تعدیل می‌کند (مشابه ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی).

ج) گرچه برابر بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، طرفین می‌توانند به داور اختیار تصمیم‌گیری براساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدانمشی را اعطاء کنند، اما در داوری‌های داخلی چنین امری پیش‌بینی نشده است و باتوجه به اطلاق بند یک ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی به نظر می‌رسد امکان آن در داوری‌های داخلی وجود ندارد.

۱۶- در فرضی که داور مشمول بند ۶ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی بوده اما این موضوع هنگام رسیدگی دادگاه معلوم نبوده و دادگاه حکم به ردّ دعوی ابطال رأی

---

<sup>۱</sup> - ماده ۴۸۳ : در صورتی که داوران اختیار صلح داشته باشند می‌توانند دعوا را با صلح خاتمه دهند. در این صورت صلحنامه‌ای که به امضای داوران رسیده باشد معتبر و قابل اجراست.

داور صادر کرده است، متعاقباً در مقام اجرای رأی داور نمی‌توان به این جهت از اجرای رأی داور خودداری کرد. زیرا در هر حال دادگاه راجع به عدم بطلان رأی داور حکم صادر کرده است. بدیهی است اگر موضوع مشمول یکی از جهات اعاده دادرسی باشد، می‌توان نسبت به حکم دادگاه درخواست اعاده دادرسی کرد.

۱۷- گرچه مقنن در تبصره ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی برای مورد خاصی مدت داوری را تعیین کرده است، اما به نظر می‌رسد با توجه به این که داوری همواره باید دارای مدت باشد و اگر طرفین این مدت را تعیین نکنند، استفاده از ملاک تبصره یاد شده در سایر موارد موجه باشد. ماده ۱۴ آیین نامه داوری در بخش تعاون مصوب ۸۹/۶/۲۲ وزارت تعاون مؤید این استنباط است.

به گزارش پایگاه اطلاع‌رسانی معاونت حقوقی قوه قضائیه، نظریه‌های مشورتی اداره کل حقوقی در پاسخ به استعلامات حقوقی قضات و مراجع رسمی کشور صادر می‌شود، راهگشای بسیاری از معضلاتی است که استعلام‌کنندگان در عمل به قوانین و مقررات با آن مواجه هستند؛ همچنین این نظریه‌ها در ایجاد رویه عملی واحد در مراجع قضایی نقش بسزایی دارند.

---

۱- ماده ۴۸۴: داوران باید از جلسه‌ای که برای رسیدگی یا مشاوره و یا صدور رأی تشکیل می‌شود مطلع باشند و اگر داور از شرکت در جلسه یا دادن رأی یا امضای آن امتناع نماید، رأیی که با اکثریت صادر می‌شود منوط اعتبار است مگر اینکه در قرارداد ترتیب دیگری مقرر شده باشد. مراتب نیز باید در برگ رأی قید گردد. ترتیب تشکیل جلسه و نحوه رسیدگی و دعوت برای حضور در جلسه، توسط داوران تعیین خواهد شد. در مواردی که ارجاع امر به داوری از طریق دادگاه بوده، دعوت به حضور در جلسه به موجب اخطاریه دفتر دادگاه به عمل می‌آید.

تبصره - در مواردی که طرفین به موجب قرارداد ملزم شده‌اند که در صورت بروز اختلاف بین آنان شخص یا اشخاص معینی داوری نماید اگر مدت داوری معین نشده باشد مدت آن سه ماه و ابتدای آن از روزی است که موضوع برای انجام داوری به داور یا تمام داوران ابلاغ می‌شود. این مدت با توافق طرفین قابل تمدید است.

# اختلافات قراردادهای مشارکت در ساخت، دلایل، راه کارهای کاهش روشن‌های حل و فصل

حسین اقدامی<sup>۱</sup>

## چکیده

حجم اختلافات و دعاوی ناشی از قراردادهای مشارکت در ساخت، نسبت به سایر قراردادهای ملکی بسیار بالاتر است. پیش از آنکه به چگونگی حل و فصل این اختلافات پرداخته شود، باید به دلایل این اختلافات و راهکارهای کاهش آن پرداخته شود. اگرچه داوری، به عنوان یک روش الزام آور حل و فصل اختلاف، روش شناخته شده و متداولی محسوب می‌گردد، اما در بین روش‌های جایگزین حل اختلاف، روش‌های غیرالزام آور و نیمه الزام آور، نسبت به روش داوری، روش برگزیده محسوب می‌شوند.

**کلمات کلیدی:** مشارکت در ساخت، داوری، حل و فصل اختلافات، آئین دادرسی

مدنی

## مقدمه

با توسعه شهرنشینی و افزایش تراکم و ضریب اشغال اراضی واقع در شهرهای بزرگ، قراردادهای مشارکت در ساخت وارد ساخت و ساز شهری کشور شدند. افزایش پیچیدگی‌های ساخت و ساز و نیز افزایش قیمت نهاده‌های تولید ساختمان و بالطبع افزایش سرمایه مورد نیاز برای ساخت، دلایل اصلی است که مالکین و سازندگان را به سمت جذب شریک و ساخت ملک از طریق شراکت با دیگران متمایل کرد.

در حال حاضر به صورت تخمینی، بین ۳۰ تا ۵۰ درصد ساخت و سازهای شهری در شهرهای بزرگ کشور، از طریق مشارکت اجرا می‌شود. در روش سنتی و متداول مشارکت در ساخت، مالک زمین، با سازنده سرمایه گذار برای ساخت بنای جدید الاحداث، شراکت

---

۱- وکیل پایه یک دادگستری

می‌نمایند و بنای جدید الاحداث بر اساس آورده‌های هر یک از طرفین بین مالک و سازنده تقسیم می‌شود.

بر اساس مطالعات صورت گرفته، حجم ادعاهای مطرح شده در قراردادهای مشارکت در ساخت بسیار بالا و بیش از متعارف است، به نحوی که در بیش از ۹۰ درصد قراردادهای مشارکت در ساخت، مجموعه‌ای از درخواست‌ها و ادعاها از سوی یکی از طرفین مطرح می‌گردد و بر اساس همین مطالعه، بیش از ۴۰ درصد ادعاها به دلیل عدم توافق بین طرفین به یک اختلاف منتج می‌گردد. پیچیدگی‌های فنی و حقوقی قراردادهای مشارکت در ساخت، وجود ذی‌نفعان متعدد با خواسته‌ها و مفروضات متفاوت و تلاطمات اقتصادی و محیطی، موجب شده که حجم اختلافات و دعاوی ناشی از قراردادهای مشارکت در ساخت بسیار زیاد و قابل توجه باشد. حجم بالای اختلافات قراردادهای مشارکت در ساخت در کنار پیچیدگی‌های بسیار زیاد پرونده‌های حقوقی ناشی از این قراردادها، باعث کاهش انگیزه مالکین و سازنده‌ها برای استفاده از این مدل قراردادی و در نتیجه کاهش حجم مشارکت در ساخت و ساز شده است.

در مقاله حاضر تلاش شده دلایل ایجاد اختلافات، روش‌های کاهش این اختلافات و در نهایت روش‌های حل و فصل اختلافات ایجاد شده در قراردادهای مشارکت در ساخت مورد مذاقه و بررسی قرار گیرد. به جرأت معتقدم، اگر اختلافات ناشی از شراکت در ساخت و ساز کاهش پیدا کند و به حداقل برسد، حجم عظیمی از سرمایه‌های داخلی و خارجی به صنعت ساختمان سرازیر خواهد شد.

## ادعا، اختلاف، دعوا

برای روشن شدن ابعاد بحث، ابتدا باید بین سه اصطلاح «ادعا»، «اختلاف» و «دعوا» تمیز قائل شویم. ادعا به مفهوم هر نوع خواسته و یا تقاضایی است که یکی از طرفین قرارداد خطاب به طرف یا طرفین دیگر قرارداد مطرح می‌کند. ادعا ممکن است موجه و مستند باشد و یا ممکن است غیر موجه و غیر مستند باشد. به عنوان مثال درخواست مالک از سازنده جهت پرداخت وجه التزام تأخیر در اجرای قرارداد و یا درخواست سازنده از مالک مبنی بر محاسبه بخشی از تأخیر به عنوان تأخیر مجاز، نمونه‌هایی از ادعاهای مطروحه در قرارداد مشارکت در ساخت محسوب می‌شوند. زمانی که یکی از طرفین قرارداد، ادعایی را مطرح می‌کند، دو حالت متصور است: حالت اول آن است که طرف

مقابل، ادعا و خواسته فرد مدعی را می‌پذیرد و آن را اجابت می‌کند که در این صورت، ادعا ختم شده تلقی می‌گردد. اگر طرفی که ادعا علیه او طرح شده، خواسته را نپذیرد و در این خصوص توافق صورت نپذیرد، ادعا به اختلاف، تبدیل می‌گردد. اختلاف، زمانی مطرح می‌گردد که ادعای یکی از طرفین قرارداد از سوی طرف دیگر اجابت نشود و طرفی که مدعی است نیز از خواسته خود صرف نظر نکند.

در شرایط اختلاف، ادعاهای پاسخ داده نشده و برآورده نشده‌ای وجود دارند که باید حل و فصل گردند، در غیر این صورت این اختلافات ممکن است به دعوا و یا نزاع منجر گردد و طرف مدعی ممکن است از هر ابزار قانونی و یا غیرقانونی برای تأمین خواسته خود استفاده نماید.

### **اختلافات قراردادهای مشارکت در ساخت**

اختلافات قراردادهای مشارکت در ساخت از حیث منشأ، به دو دسته قراردادی و غیرقراردادی تقسیم می‌شود.

#### **اختلافات قراردادی**

اختلافات قراردادی، به اختلافاتی اطلاق می‌شود که منشأ آن قرارداد مشارکت در ساخت است. ریشه این اختلاف ممکن است اختلاف در تفسیر قرارداد باشد و یا اختلاف در اجرای قرارداد.

#### **اختلاف در تفسیر قرارداد**

از دیدگاه توافقی، قرارداد مجموعه‌ای از شرایط است که دو طرف آن به هنگام تراضی در مقام صلح و آشتی هستند ولی در مقام اجرا همانند دو متخاصم عمل می‌کنند. به هنگام اجرای قرارداد، هر یک از دو طرف قرارداد ادعا می‌کند که مقصود مشترک به سود او بوده است و در واقع آن را به سود خود تعبیر می‌کند. اختلاف در تفسیر زمانی ایجاد می‌شود که بین منطوق جملات قراردادی و مفهوم و فحوای آن اختلافات و یا تعارض وجود داشته باشد.

عبارات قرارداد و توافقات فی ما بین ممکن است از نظر تفسیری سه حالت داشته باشند؛ حالت اول، صراحت است. در این حالت اراده و قصد مشترک طرفین به صورت روشن و واضح قابل شناسایی است. حالت دوم، ظهور است. در حالت ظهور، اراده طرفین با کمی تلاش و بررسی اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد قابل تشخیص است. در حالت

سوم که اصطلاحاً به آن اجمال گفته می‌شود، تعیین مقصود مشترک طرفین امری پیچیده تر است. تفسیر قرارداد در مواقعی که توافقات در حالت ظهور و یا اجمال قرار دارد مورد استفاده قرار می‌گیرد.

یکی از مشکلاتی که در تفسیر قراردادهای مشارکت در ساخت با آن مواجه هستیم این است که قراردادهای مشارکت در ساخت جزو عقود معین محسوب نمی‌شوند و به همین جهت قوانینی که به صورت مستقیم احکام و آثار این قرارداد را تبیین نموده و در مقام تفسیر بتوان به آن استناد جست، محدود است، لذا در تفسیر قراردادهای مشارکت در ساخت، متن قرارداد از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است. مهمترین دلایل و عواملی که موجب اختلاف طرفین در تفسیر قرارداد می‌گردد عبارتند از :

عدم ذکر جزئیات توافقات شفاهی در قرارداد.

دو پهلو بودن برخی از مفاد قرارداد و واضح نبودن برخی از عبارات و جملات قراردادی.

تنظیم قرارداد توسط اشخاص فاقد صلاحیت.

عدم درک یکسان و مشترک مفاهیم .

اجمال در شرایط و تعهدات.

وجود ابهام در مفاد قرارداد.

وجود تناقض در بندهای قرارداد.

کسری اطلاعات در بندها و مفاد اصلی در قرارداد.

مشخص نبودن دقیق مشخصات اجرایی.

برای جلوگیری از اختلاف در تفسیر قرارداد، مواردی پیشنهاد می‌شود:

از به کارگیری کلمات و جملات دو پهلو و قابل تفسیر اجتناب شود.

کلماتی که ممکن است دارای معانی و تفاسیر متعدد باشند، در ابتدای قرارداد تعریف شود.

در تنظیم قرارداد، تمامی جزئیاتی که ممکن است محل نزاع و اختلاف گردد و هر یک از طرفین در خصوص آن بخش ادعایی مطرح کند، ذکر شود.

قرارداد توسط افرادی که دارای دانش حقوقی و فنی مرتبط با مشارکت در ساخت هستند، تنظیم شود.

نسبت به کارگیری کلمات و اصطلاحات در قرارداد حساسیت به خرج داده شود.



مهمترین شأن مرجع رسیدگی به اختلافات، تفسیر قانون و یا تفسیر قرارداد است. هدف اصلی مرجع حل اختلاف در تفسیر قرارداد، کشف و شناسایی اراده باطنی طرفین قرارداد و مقصود مشترک آنها در قرارداد است.

مرجع رسیدگی به اختلاف، برای تفسیر قرارداد نیاز به ابزارهایی دارد. اولین ابزار برای تفسیر قرارداد، متن و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد است. ابزار دیگر تفسیر، قانون است. بعد از قانون و قرارداد، عرف حاکم بر قرارداد، منبع دیگری برای تفسیر قرارداد است. در صورتی که از قرارداد، قانون و عرف نتوانیم اراده مشترک طرفین را تفسیر کنیم، برای کشف این اراده و فصل خصومت، می‌توان از اصول لفظی و عملی بهره جست. اصل حسن نیت، اصل تفسیر به ضرر تنظیم کننده قرارداد، اصل وحدت اجزای قرارداد، اصل لزوم قراردادهای، اصل عدم از جمله اصول عملی هستند که در تفسیر قرارداد می‌توان از آنها بهره جست.

### اختلاف در اجرای قرارداد

حالت دیگر اختلاف قراردادی، اختلاف در اجرای قرارداد است. به صورت کلی، تعهدات اشخاص در قرارداد به سه شکل ممکن است باشد که عبارتند از: تعهد به فعل، تعهد به وصف و تعهد به نتیجه. اغلب تعهدات طرفین قرارداد مشارکت در ساخت، تعهد به فعل است. به عنوان مثال تعهد مالک به اعطای وکالت کاری به سازنده و یا تحویل ملک به او و یا تعهد سازنده به اخذ پروانه ساخت و یا ساخت و تکمیل بنا، نمونه‌هایی از تعهد به انجام یک فعل مشخص است. اختلاف طرفین ممکن است ناشی از تأخیر در اجرای تعهد و یا عدم اجرای تعهد از سوی شخص متعهد باشد. مرجع حل اختلاف، برای الزام فرد متعهد به اجرای تعهد، ابتدا اصل وجود تعهد و سپس تخلف فرد متعهد از تعهد را باید احراز نماید. برای احراز این دو موضوع، سه منبع وجود دارد که این سه منبع عبارتند از: قانون، قرارداد و عرف.

### اختلافات غیر قراردادی

اختلافات غیر قراردادی قرارداد مشارکت در ساخت نیز به سه دسته تقسیم می‌شوند، که عبارتند از: اختلاف ناشی از ملک، اختلاف ناشی از اشخاص ثالث و اختلاف ناشی از شرایط محیطی.

## مهمترین اختلافات قراردادهای مشارکت در ساخت

در بین اختلافات قراردادهای مشارکت در ساخت، اختلافاتی که منشأ آن سازنده، مالک و یا ملک است، بیشترین فراوانی را به خود اختصاص می‌دهند و به همین جهت، تمرکز بر پیشگیری از این اختلافات، تا حد بسیار زیادی، اختلافات قراردادهای مشارکت در ساخت را می‌تواند به حداقل برساند.

### اختلافاتی که منشأ آن مالک است

مهمترین اختلافاتی که منشأ آن مالک است، عبارت است از: عدم اهلیت مالک در هنگام قرارداد، محجور شدن مالک پس از انعقاد قرارداد، ممنوع معامله بودن مالک، فسخ وکالت کاری توسط مالک، تأخیر مالک در اجرای تعهدات قراردادی، عدم اجرای تعهدات قراردادی، انتقال قرارداد یا ملک به اشخاص ثالث توسط مالک.

### اختلافاتی که منشأ آن سازنده سرمایه گذار است

اهم اختلافات قرارداد مشارکت در ساخت که منشأ آن سازنده است به شرح ذیل است: ناتوانی مالی سازنده، ناتوانی فنی و اجرایی سازنده، محجور شدن سازنده، از کار افتادگی سازنده، تأخیر در اجرای تعهدات، عدم اجرای تعهدات، تغییر نقشه‌های مورد توافق، عدم تأمین مترائز مورد توافق، پایین بودن کیفیت مصالح و تجهیزات، اشکالات و نواقص اجرایی، تغییر در مشخصات اجرایی، تخلف از قوانین و مقررات، عدم رعایت ایمنی، به تصرف اشخاص ثالث، معتبر نبودن تضامین و وثایق سازنده، استفاده غیرمجاز از اتباع بیگانه، تغییر کاربری ملک بدون اجازه مالک، در رهن قراردادن ملک توسط سازنده، انتقال سهم خود به غیر بدون مجوز مالک، پیش فروش برخلاف قرارداد، اختلاف در تقسیم بنای جدیدالاحداث، کسری و یا مازاد مساحت و تسویه حساب نکردن سازنده با پیمانکاران و تأمین کنندگان.

### اختلافات ناشی از ملک

مهمترین اختلافات قراردادهای مشارکت در ساخت که ریشه آن ملک است، عبارت است از: منابع طبیعی و یا موات بودن ملک، اوقافی بودن ملک، بازداشت بودن ملک، در رهن بودن ملک، قرار داشتن ملک در طرح‌های تملک دولت و یا شهرداری، بدهی‌های سابق ملک، کیفیت نامناسب زمین و خاک محل اجرای پروژه، عدم مطابقت مساحت وضع

موجود ملک با سند، وجود اشتباهات ثبتی در اسناد ملک، مستحق للغير بودن عین و یا منافع ملک، وجود صاحب حق نسبت به ملک، تداخل حدود ملک با ملک‌های مجاور، قرار نداشتن ملک در موقعیت واقعی، قرار داشتن ملک بر روی قنات.

### راه کارهای کاهش اختلافات قراردادهای مشارکت در ساخت

اجرای پیشنهادهای زیر تا حد زیادی می‌تواند اختلافات قراردادهای مشارکت در ساخت را به حداقل برساند: ارزیابی و اعتبار سنجی حقوقی مالک، ارزیابی حقوقی ملک، اعتبار سنجی و ارزیابی حقوقی، مالی و فنی سازنده، ارزیابی دقیق اقتصادی، مالی، فنی و حقوقی پروژه، شفاف سازی اسناد و مدارک قرارداد، ایجاد ساختار نظارتی قوی، تدوین برنامه مدیریت ریسک قرارداد (ریسک‌های قانونی، اقتصادی، فنی و...)، اطمینان از تأمین مالی قرارداد، ایجاد تعادل منطقی بین ریسک، مسئولیت و سود قرارداد، حذف پیشنهادهای غیر قابل اعتماد، مستند سازی فعالیت‌ها و اقدامات، تخصیص زمان مناسب و منطقی جهت اجرای قرارداد، شناسایی و مدیریت نیازها و خواسته‌های ذی نفعان، مذاکرات و جلسات مفید و مستمر طرفین قرارداد قبل و حین اجرا، عدم تنظیم قرارداد توسط افراد غیرحقوقی، برقراری و حفظ رابطه دوستانه و محترمانه با طرف مقابل، انجام دقیق و توأم با وسواس در ارزیابی و انتخاب پیمانکاران، استفاده از تیم مدیریت پروژه حرفه‌ای، استفاده مستمر و مفید از مشاوران حقوقی، ایجاد نهاد حرفه‌ای جهت مدیریت قرارداد و تعامل بین شرکاء، ساختار اجرایی قرارداد.

### روش‌های حل و فصل اختلافات قرارداد مشارکت در ساخت

همان گونه که گفته شد، حجم اختلافات ناشی از قراردادهای مشارکت در ساخت، بسیار بالا و قابل توجه است. با توجه به پیچیدگی‌های قراردادهای مشارکت در ساخت و جزئیات بسیار زیاد این قراردادها، اختلافات ناشی از این قراردادها نیز در بسیاری از مواقع، بسیار پیچیده است. پیچیدگی‌های فنی موجود در پروژه‌های مشارکت در ساخت، خلأ قوانین و مقررات ناظر بر قراردادهای مشارکت در ساخت و ضعف‌های ناشی از متن قرارداد، مسائلی هستند که حل و فصل اختلافات این قراردادها را برای مرجع حل اختلاف با مشکلات و سختی‌هایی مواجه می‌کند و در بسیاری از مواقع موجب طولانی شدن روند رسیدگی، طرح دعاوی و پرونده‌های متعدد از سوی طرفین و گاهی بی نتیجه ماندن حل

اختلاف می‌گردد.

برای حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهای مشارکت در ساخت دو مسیر وجود دارد؛ مسیر اول مراجعه به دادگاه و درخواست رسیدگی از طریق فرایند قضایی است که اصطلاحاً به این روش، دعوی قضایی یا دادخواهی اطلاق می‌گردد. روش دوم استفاده از ابزارهای جایگزین رسیدگی قضایی که اصطلاحاً به عنوان روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات شناخته می‌شود، روش‌های جایگزین حل اختلاف در سه سطح تعریف می‌گردند:

روش‌های غیر الزام آور نظیر مذاکره، سازش و میانجی‌گری.

روش‌های نیمه الزام آور مانند هیأت رسیدگی به اختلاف، هیأت کارشناسی و هیأت کارگشایی اختلاف.

روش‌های الزام آور مانند داوری.

داوری و رسیدگی قضایی در حال حاضر متداول‌ترین روش برای حل و فصل اختلافات قراردادهای مشارکت در ساخت در کشور هستند. روش رسیدگی قضایی دارای محاسن و معایبی است، از محاسن رسیدگی به اختلاف از طریق دادگاه می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: بی طرفی و استقلال دادگاه نسبت به طرفین قرارداد و قابلیت تجدید نظرخواهی و واخواهی نسبت به دادنامه‌های صادره از سوی محاکم. حجم بالای پرونده‌ها، عدم اشراف قضات به پیچیدگی‌های مشارکت در ساخت و روند گاهی طولانی رسیدگی نیز از معایب آن است. روش داوری نیز دارای محاسن و معایبی است که در ادامه به برخی از آنها اشاره می‌گردد: سرعت بالای رسیدگی نسبت به رسیدگی قضایی، مرضی‌الطرفین بودن مرجع رسیدگی کننده و عدم الزام به رعایت آئین دادرسی مدنی از جمله مزیت‌های داوری محسوب می‌شوند. از سوی دیگر نبود تشریفات رسیدگی شفاف و ميسوط، محدود بودن طرق نقض رأی داوری و محدودیت‌های رأی داور در اجرا نیز از جمله ایرادات داوری هستند. در روش داوری، داور ممکن است در قرارداد تعیین و منصوب شود و یا ممکن است شرط داوری بدون تعیین داور در قرارداد گنجانده شود و انتخاب داور به زمان بروز اختلاف موکول شود. داوری ممکن است اتفاقی یا سازمانی باشد. در داوری اتفاقی، رسیدگی به اختلاف به یک فرد حقیقی واگذار می‌شود و در داوری سازمانی، برای حل و فصل اختلاف یک نهاد و یا شخص حقوقی انتخاب می‌گردد. در حالت عادی، رسیدگی به اختلافات از طریق داوری، امری اختیاری است، اما در برخی از

موارد، مانند قانون پیش فروش ساختمان، رسیدگی از طریق داوری الزامی است. در حال حاضر، به طور معمول رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای مشارکت در ساخت، به مشاوران املاک ارجاع می‌گردد. این روش نیز مزایا و معایبی دارد: بزرگ‌ترین مزیت این روش آن است که مشاور املاک به دلیل حضور در مذاکرات قراردادی، از جزئیات کلیه توافقات شفاهی و کتبی و اوضاع و احوال حاکم بر تنظیم قرارداد، آگاه است. مزیت دیگر این روش آن است که در بسیاری از مواقع، مشاوران املاک تلاش می‌کنند از روش‌های غیرالزام آور برای حل و فصل اختلاف استفاده کنند. روش فوق، علی‌رغم نکات مثبتی که دارد، دارای ایراداتی است که برخی از این ایرادات اجمالا ذکر می‌گردد: مشاوران املاک دانش حقوقی و فنی کافی را برای صدور رأی، ندارند. اکثر مشاوران املاک به قواعد شکلی رسیدگی از طریق داوری آشنا نیستند. برخی مواقع، مشاوران املاک به دلیل منافع شخصی، از بی‌طرفی و استقلال نسبت به طرفین خارج می‌شوند. بسیاری از مشاوران املاک، در یک آژانس املاک به صورت ثابت حضور ندارند و ممکن است جابه‌جا شوند و دیگر پاسخ‌گو نباشند. اگرچه در مقایسه بین داوری و رسیدگی قضایی، در صورتی که ایرادات داوری به حداقل برسد، داوری مطلوب و برگزیده است، اما روش‌های غیرالزام آور و نیمه الزام آور حل اختلافات، نسبت به داوری اولویت دارند.

در پایان، در راستای افزایش کیفیت رسیدگی به اختلافات در قراردادهای مشارکت در ساخت، پیشنهادهای زیر ارائه می‌گردد:

- . گسترش روش‌های غیر الزام آور و نیمه الزام آور رسیدگی به اختلافات .
- . توسعه و نهادینه کردن روش‌های غیر الزام آور حل اختلاف.
- . تربیت و آموزش نیروی مجرب و متعهد در زمینه روش‌های جایگزین حل اختلاف.
- . ایجاد مؤسسات داوری تخصصی در زمینه مشارکت در ساخت و گسترش داوری سازمانی.
- . استفاده از دانش و تجربه نهادهای بین‌المللی داوری.
- . تدوین و پیشنهاد قراردادهای همسان مشارکت در ساخت.
- . تدوین و پیشنهاد تشریفات رسیدگی به اختلافات قراردادها.
- . استاندارد سازی رویه‌های حقوقی مرتبط با مشارکت در ساخت.
- . نقد آراء قضایی که آراء داوری را ابطال می‌نماید.

# اعتراض ثالث نسبت به رأی داور در رویه قضایی ایران

نسیم پرستگاری<sup>۱</sup>

## مقدمه

داوری نهادی خصوصی برای حل و فصل اختلافات است. بعد از رجوع به داوری و قبول آن از طرف داور یا داوران، موضوع اختلاف مورد رسیدگی قرار می‌گیرد و داور اقدام به صدور رأی می‌نماید. رأی صادره توسط داور، همانند حکم دادگاه قطعی و لازم الاجرا خواهد بود. با این حال نباید بر این باور بود که در همه حال به نفع محکوم له بوده و محکوم علیه و یا شخص ثالث متضرر از رأی، حق هیچ گونه اعتراضی نسبت به آن ندارد. قانونگذار برای حفظ حقوق عامه در مواردی استثنایی ابطال و اعتراض نسبت به رأی صادر شده را در نظر گرفته است. می‌توان گفت رأی داور اگرچه توسط شخص یا اشخاصی صادر می‌شود که طرفین انتخاب نموده و یا در انتخاب آنان دخالت داشته اند، اما ممکن است محکوم علیه آن را ناعادلانه بداند و یا حتی به حقوق شخص ثالثی که در تعیین داور شرکت نداشته خلل وارد آورد، به همین منظور طرق شکایت نسبت به رأی داور نیز پیش بینی شده است.

مطابق ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی، هنگامی که اختلافی بین دو طرف دعوا در هر مرحله از رسیدگی در محاکم دادگستری وجود دارد یا حتی هنگامی که هنوز اختلاف در محاکم دادگستری مطرح نشده است، طرفین دعوا می‌توانند با توافق و تراضی، اختلاف خود را به یک یا چند نفر به عنوان داور ارجاع دهند که برای این کار می‌بایست

قرارداد داوری منعقد شود و در آن کلیه مراحل رسیدگی و کلیه توافقات و اختیارات اعطایی به داور، محدوده و صلاحیت رسیدگی داور و همچنین نحوه ابلاغ ها، میزان و شیوه پرداخت حق الزحمه داوری مشخص گردد تا داور یا داوران منتخب با توجه به آن و اسناد و ادله ابرازی میان طرفین دعوا، با صدور رأی قطعی لازم الاجرا، فصل اختلاف نمایند. حال سؤالات اساسی که مطرح می‌گردد این است که آیا شخص ثالث که خود را متضرر از رأی داوری می‌داند حق اعتراض به رأی داور را دارد؟ مرجع رسیدگی اعتراض ثالث به رأی داور کجاست؟ مستندات قانونی اعتراض ثالث به رأی داور چیست و مهلت آن چند روز است؟ آیا اعتراض ثالث به رأی داور موجب تعلیق اجرای رأی داور می‌شود؟ اگر درخواست ابطال قبلا از سوی طرفین طرح شده باشد، سرنوشت اعتراض ثالث مؤخر چیست؟

### اعتراض شخص ثالث به رأی داور:

در قانون داوری تجاری بین المللی به این مورد تصریح نگردیده و در قانون داخلی نیز فقط در ماده ۴۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی در این خصوص آمده است: ... نسبت به حکم داور کسانی که خود یا نماینده آنها در تعیین داور شرکت نداشته اند می‌توانند به عنوان شخص ثالث اعتراض نمایند. همچنین در ماده ۴۹۵ آیین دادرسی مدنی آمده است: رأی داور فقط درباره طرفین دعوا و اشخاصی که دخالت و شرکت در تعیین داور داشته اند و قائم مقام آنان معتبر است و نسبت به اشخاص دیگر تأثیری نخواهد داشت.

در نگاه اول به نظر می‌رسد اصولاً با وجود ماده ۴۹۵ چطور نوبت به فرض موضوع ماده ۴۱۸ خواهد رسید؟ و رأی داور از جانب اشخاص ثالث قابلیت اعتراض ندارد، اما باید اینگونه متصور شد که شخص مداخله کننده ثالث، قصد دارد از طریق دخالت و شرکت در تعیین داور به موضوع مورد نظر خودش و آنچه نفع در آن دارد همزمان با اصحاب دعوا و طرفین اختلاف رسیدگی شود و بنابراین خود را وارد در جریان رسیدگی داور می‌کند و به تبع آن آثار حقوقی رأی داور نیز بر او تحمیل می‌شود پس شخص مداخله کننده شخص ثالث نیست، بلکه در حکم یکی از اصحاب اختلاف تلقی می‌شود و همان وضعیت را خواهد داشت ( مفاد ماده ۴۷۵). البته تفاوت‌هایی نیز بین اعتراض به رأی داور و اعتراض به رأی دادگاه وجود دارد، مانند آنکه قانون، شرط پذیرش اعتراض ثالث به رأی دادگاه را عدم دخالت در دادرسی که منتهی به رأی مذکور شده است می‌داند، ولی در مورد رأی

داور عدم اقدام و دخالت در تعیین داور نیاز است و یا وقتی در دادگاه تجدیدنظر دعوای ابطال رأی داور، منتفی شده باشد؛ باید مجدد دعوای اعتراض ثالث در دادگاه نخستین اقامه شود، برخلاف اعتراض به رأی دادگاه که اگر رأی در مرحله تجدید نظر صادر شده باشد، همان دادگاه مرجع رسیدگی به اعتراض ثالث است. تفاوت دیگری که بین اعتراض ثالث به رأی دادگاه و داور وجود دارد این است که در داوری مرجع عدول از رأی صادره همان مرجع صادرکننده رأی نبوده و داور صلاحیت ورود در آن را ندارد؛ چرا که اساساً مأموریت داور به پایان رسیده و دیگر سمتی ندارد. در نهایت می‌توان گفت رأی داور مانند آرای دادگاه‌ها اثر نسبی دارد و چنانچه به حقوق شخص ثالث تعرضی نماید، شخص ثالث می‌تواند از طریق اعتراض ثالث تقاضای رسیدگی نماید، زیرا با توجه به اصول و قواعد حقوقی، هیچ حکم یا رأی صادره از دادگاه یا داور، نباید برخلاف حقوق اشخاص ثالث صادر شده باشد.

### شرایط اعتراض ثالث به رأی داور:

#### ۱- احراز ثالث بودن معترض و ذینفع بودن وی:

وصف ثالث، به همان معنایی است که در مورد رأی دادگاه به کار می‌رود. ممکن است معترض ثالث، یکی از طرفین قرارداد باشد، اما در رأی داور مشارکت نداشته و بنابراین در دعوای ابطال، فاقد سمت و در دعوای اعتراض ثالث، ذینفع محسوب شود. مهم آن است که معترض ثالث، یکی از طرفین رأی نباشد، نه اینکه سابق بر آن، در قرارداد حضور داشته یا نداشته است. در رویه قضایی و آرای صادره می‌توان به این دعا اشاره داشت: یک شرکت تجاری نسبت به رأی داور اعتراض و درخواست ابطال آن را دارد. دادگاه نخستین اعلام می‌دارد که قرارداد داوری بین دو شخص حقیقی است و ربطی به شرکت که شخصیت حقوقی مستقل دارد، نخواهد داشت. سپس دیوان عالی کشور در مقام نقض این رأی بیان می‌دارد: «قطع نظر از صحت یا عدم صحت رأی داوران و ذینفع بودن یا نبودن شرکت ... در اصل قرارداد، با توجه به ذیل رأی مذکور، نظر به اینکه شرکت ... در هر صورت به پرداخت وجوهی در حق آقای ... محکوم گردیده و نسبت به آن به لحاظ محکومیت خود و به جهت ذینفع بودن در طرح دعوای اعتراض نموده بنابراین دادگاه مکلف به رسیدگی بوده و صدور قرار عدم استماع دعوای اینک در قرارداد مبنای رأی داور؛ طرف دعوای نبوده و ذینفع شناخته نمی‌شود صحیح نبوده ...». در این مورد دادگاه باید



بررسی نماید که آیا شرکت، طرف قرارداد داوری و رأی داور بوده است یا خیر و در صورت دوم، آیا می‌تواند دعوای ابطال رأی داور را به صورت اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی داور توصیف نماید یا خیر؟ این امر نشان می‌دهد که دیوان عالی کشور، دعوا را توصیف نموده و آن را با اعتراض شخص ثالث قابل تطبیق دانسته است. همچنین باید ثابت شود که رأی داوری به حقوق ثالث خلل وارد کرده است و وی در اعتراض به رأی مزبور و نقض آن ذینفع خواهد بود.

### ۲- عدم دخالت ثالث در تعیین داور یا داورانی که رأی صادر کرده‌اند:

شخصی که به عنوان ثالث اعتراض می‌کند باید به کلی بی طرف بوده و ارتباطی با فرایند داوری نداشته باشد.

### ۳- عدم اسقاط حق :

حکم مورد اعتراض ثالث اجرایی نشده باشد و یا ثابت شود که حقوقی که اساس و مأخذ اعتراض است به جهتی از جهات قانونی ساقط نشده است.

## توافق طرفین بر اسقاط حق اعتراض به رأی داوری:

اعتراض به رأی داوری به دو صورت است: الف: اعتراض طرفین داوری، ب: اعتراض شخص ثالث

از آنجایی که اصل بر توافق محور بودن داوری است؛ لذا طرفین می‌توانند بر اسقاط حق اعتراض خود به رأی داوری توافق نمایند و این توافق میان طرفین داوری در مورد اسقاط حق اعتراض، فقط در روابط میان خودشان حاکم است، لذا نمی‌توان توافقی کلی مبنی بر اسقاط حق اعتراض به رأی داوری نمود و در چنین موردی حق اعتراض اشخاص ثالث همچنان باقی خواهد بود.

## مهلت اعتراض شخص ثالث به رأی داوری:

آرای داوری قطعی و غیر قابل تجدید نظرخواهی نبوده و امکان اعتراض به رأی در مهلت قانونی ۲۰ روزه برای طرفین وجود دارد، اما در خصوص اعتراض ثالث می‌توان گفت به طور کلی برای اعتراض شخص ثالث مهلت خاصی در قانون مقرر نشده است، لذا محدودیت زمانی ندارد و در صورت وجود شرایط اعتراض برای شخص ذینفع در هر زمانی ممکن است انجام گیرد.

## اعتراض ثالث به رأی سازشی:

در مواردی که داوران با اختیار صلح و سازش رأی سازشی صادر می‌کنند، در صورتی که این رأی به حقوق شخص دیگری خلل وارد کند او می‌تواند به عنوان شخص ثالث به رأی سازشی اعتراض کند. همچنین اگر در اثر توافق طرفین در دادگاه، گزارش اصلاحی صادر شود شخص ثالث حق اعتراض به گزارش اصلاحی را نیز خواهد داشت.

### انواع اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی داور و مرجع رسیدگی‌کننده به آن:

قواعد مربوط به رسیدگی اعتراض به رأی دادگاه اصولاً در مورد حکم داوری هم مجری است، بنابراین می‌توان دو نوع اعتراض طاری و اصلی را در این میان تصور نمود، اگر ثالث پس از اطلاع از رأی داور که به حق او خلل وارد می‌کند، در صدد اعتراض به آن برآید، اعتراض اصلی محسوب است و اگر در هنگام طرح دعوای فی مابین ثالث و شخص دیگر؛ رأی داور به عنوان دلیل مقابل ثالث مورد استفاده قرار گرفت حق اعتراض طاری ثالث به این رأی وجود دارد. البته توجه به ماده ۴۱۸ و بند ب ماده ۴۱۹ نشان می‌دهد که تصور تجلی خارجی رأی داور در قالب و مفهوم «قرار» با توجه به ماده ۴۷۷ که مقرر می‌کند: «داوردان در رسیدگی تابع مقررات قانون آیین دادرسی نیستند...»، بعید بوده و اشاره ماده ۴۱۸ به «حکم داور» بدین دلیل می‌باشد.

### -اعتراض ثالث مستقیم و اجرایی:

همان طور که در مورد رأی دادگاه، اعتراض شخص ثالث اجرایی موضوع مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی با اعتراض ثالثی که به طور مستقیم معترض محکوم به رأی می‌شود، متفاوت است، در مورد رأی داور نیز همین ترتیب رعایت می‌شود. این دو دعوا تفاوت‌هایی دارند که از جمله به لزوم یا عدم لزوم تقدیم دادخواست و پرداخت هزینه بر می‌گردد. با این بیان اگر شخص ثالث، ادعایی نسبت به عین محکوم به رأی داور داشته باشد، باید اعتراض مستقیم موضوع مواد ۴۱۷ الی ۴۲۵ قانون را طرح نماید و اگر در خصوص رأی داور ادعایی نداشته، اما در زمان اجرای آن، مالی از او توقیف شود، می‌تواند از اختیار مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی استفاده کند. برای مثال، داور رأی به پرداخت مبلغی معین صادر می‌کند و در مقام اجرای آن، مالی توقیف می‌شود و شخص

ثالث ادعا دارد مالک آن مال است.

رویه قضایی، طرح همزمان دعوای اعتراض ثالث و دعوای اصلی محکوم علیه رأی داوری را می‌پذیرد. همچنین ممکن است معترض ثالث، اصالتاً و وکالتاً در این دعوای شرکت نماید؛ اصیل به عنوان معترض ثالث و وکیل به عنوان محکوم علیه رأی داور. برخلاف رأی دادگاه که ممکن است اعتراض ثالث را تا قبل از قطعی شدن رأی، نپذیرند؛ در مورد رأی داور، به محض صدور، امکان اعتراض ثالث و همزمان شدن این دو دعوای وجود دارد.

### اعتراض ثالث اصلی نسبت به رأی داور:

مهمترین نکاتی که در این قسمت وجود دارند عبارتند از:

۱- مطابق ماده ۴۸ و ۴۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی، تقدیم دادخواست لازم است و صرف درخواست برای رسیدگی کفایت نمی‌کند.

۲- خواندگان این دعوا کسانی هستند که در تعیین داور دخالت و مشارکت داشته‌اند، اعم از محکوم له رأی مذکور و محکوم علیه آن (ماده ۴۲۰)، زیرا مهم دخالت در تعیین داور است، نه شرکت در جریان رسیدگی که در آن رسیدگی اختلاف به داوری رجوع شده است. نماینده و قائم مقام ثالث هم بر طبق اصول و مستفاد از ماده ۴۱۸ قانون و ۲۳۱ قانون مدنی در حکم دخالت خود شخص می‌باشند.

۳- دعوای مذکور معمولاً ظهور در غیرمالی بودن دارد، زیرا متعلق آن بالذات اعلام بطلان رأی داور در قسمت معارض حق ثالث است و ذات رأی داور نیز مالی نیست، ولی محلی از اختلاف است.

۴- مرجع تقدیم دادخواست، داور یا داورانی که اقدام به صدور رأی نمودند نمی‌باشند، زیرا اصل صلاحیت عام رسیدگی به دعوای به دادگاه مربوط است و مواد ۱۰ و ۱۱ قانون هم بر آن دلالت دارد، همچنین ماهیت خصوصی بودن رسیدگی داور و عدم امکان تحمیل صلاحیت وی بر ثالث معترض اقتضا دارد این اعتراض در دادگاه طرح شود.

### اعتراض ثالث طاری نسبت به رأی داور:

اعتراض طاری به رأیی به عمل می‌آید که طرف مقابل ثالثی که در دعوایی شرکت

دارد مفاد رأی داور را به عنوان دلیل برای اثبات مدعای خود مورد استناد قرار می‌دهد. اعتراض ثالث طاری به رأی داور، نوعی دفاع در برابر دلیل محسوب می‌شود و بدون تقدیم دادخواست صورت می‌گیرد. بنابراین در خصوص صلاحیت تقدیم درخواست اعتراض ثالث طاری می‌توان گفت باید در دادگاهی مطرح شود که رأی صادره از داور به عنوان دلیل علیه ثالث مورد استناد قرار گرفته است و رسیدگی به آن مطابق ماده ۴۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی در صلاحیت همان دادگاه می‌باشد. با وحدت ملاک از ماده ۴۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان نتیجه گرفت چنانچه دادگاه احراز نماید حکمی که در مورد اعتراض طاری به رأی داور صادر می‌شود در دعوی اصلی تأثیر گذار است، رسیدگی به دعوا را تا حصول نتیجه اعتراض به تأخیر می‌اندازد. همچنین اگر دادگاه اعتراض ثالث به رأی داور را وارد بداند تنها آن قسمت از رأی داور که به آن اعتراض شده است و به حقوق ثالث خلل وارد می‌نماید نقض می‌شود. در نتیجه این بحث باید گفت اعتراض به رأی داور باید در دادگاه عمومی حقوقی مطرح گردد، بنابراین اگر شعبه دادگاهی موضوع را به داوری ارجاع کرده باشد رسیدگی به اعتراض ثالث با همان شعبه خواهد بود، در غیر این صورت با ارجاع موضوع به یکی از شعب دادگاه عمومی حقوقی صالح، به اعتراض فوق رسیدگی خواهد شد، چرا که داوری یک امر استثنایی است و داوری تعهد به رسیدگی به چنین اعتراضی را ندارد ضمن اینکه شخص ثالث هم الزامی به داوری ندارد.

### اختیاری یا اجباری بودن اعتراض ثالث:

ممکن است این سوال پیش آید که آیا آثار و تبعات رأی داور همانند آثار و تبعات رأی دادگاه است؟ یعنی رأی دادگاه که نسبت به همه قابل اجرا است و اگر ثالثی آن را به ضرر خود دانست ملزم است به آن اعتراض کند، این موضوع راجع به داوری هم صدق می‌کند یا باید گفت هر گاه رأی داور خلاف حقوق ثالثی بود، الزاماً باید اجرای آن متوقف گردد و ثالث مختار به اعتراض است؟

در این خصوص باید گفت اجرای رأی داور حتی اگر ادعایی از سوی شخص ثالث ارائه شده باشد، مطابق اصل است و در صورت تردید نباید مانع از آن شده، اما اگر حقوق ثالث به طور روشن از حقوق محکوم علیه و محکوم له جدا باشد نباید آن را به زیان ثالث اجرا کرد و ثالث را برای حفظ حقوق خود به طرح دعوی اعتراض به رأی مجبور نمود، برای

مثال اگر رأی داور فسخ قرارداد و انتقال سند رسمی به نام محکوم علیه باشد در حالی که محکوم علیه ملک را در رهن قرار داده باشد، در این مورد، نمی‌توان مرتهن را مجبور به پذیرش رأی داور و الزام به طرح دعوی اعتراض نمود، بلکه این رأی اساساً در مورد مرتهن قابل اجرا نیست. همچنین اگر داور رأی دهد که محکوم علیه باید سهام خود در شرکت را به نام محکوم له منتقل نماید، ولی سهام به نام شخص ثالث باشد، این رأی را نمی‌توان اجرا نمود و شخص ثالث از چنین رأیی مصون است، اما در همین موارد اگر محکوم به، مورد ادعای هر کدام از محکوم علیه و ثالث باشد یا حتی اگر محکوم له اقرار نماید که محکوم به را، قبل از رأی داور، به ثالث منتقل نموده است، منعی برای اجرای رأی داور نیست، زیرا با اسناد عادی یا اقرار محکوم علیه به سود دیگری، نمی‌توان مانع از اجرای رأی داور شد. به عبارت دیگر تنها با استفاده از اسناد و دلایل روشن و بدون اختلاف یا در وضعیتی که شخص ثالث، بر موضوع رأی، به طور کامل مسلط است، می‌توان ادعای ثالث را مقدم دانست.

در مورد رأی دادگاه نیز این بحث مطرح می‌شود که آیا اعتراض شخص ثالث نسبت به آن اجباری است یا اختیاری؟ مبنای این پرسش نیز به این امر بر می‌گردد که آیا رأی دادگاه همه اشخاص را تحت تأثیر قرار می‌دهد یا به دلیل نسبی بودن، تنها در رابطه طرفین اثر دارد و به محض اینکه با حقوق شخص ثالث تعارض داشته باشد، از اثر می‌افتد و شخص ثالث نیازی به اعتراض ندارد زیرا کافی است که نشان دهد در دعوا نبوده و نمی‌توان به حقوق او تعرض نمود. این امر در مورد رأی داور تقویت می‌شود زیرا ماده ۴۹۵ قانون بیان می‌دارد: «رأی داور فقط درباره طرفین دعوا و اشخاصی که دخالت و شرکت در تعیین داور داشته اند و قائم مقام آنان معتبر است و نسبت به اشخاص دیگر تأثیری نخواهد داشت»، ممکن است با استناد به ظاهر این ماده از عدم تسری مطلق در رأی داور نسبت به شخص ثالث یاد نمود و او را از هر نوع اعتراضی نیز بی‌نیاز دانست که این سابقاً توضیح داده شد.

سوال دیگر آن است که آیا رأی داور که با حقوق اشخاص ثالث معارضه دارد بدون درخواست آنها قابل ابطال است و دادگاه در زمان درخواست اجرا یا دعوی ابطال، باید اساساً یا با ایراد خوانده یا محکوم علیه (نه شخص ثالث)، رأی را باطل یا غیر قابل اجرا تلقی نماید؟ و آیا نمی‌توان رأی را در رابطه طرفین لازم الاجرا دانست ولی نسبت به اشخاص ثالث اجرا نکرد؟ برای مثال، داور اعلام می‌دارد معامله یکی از طرفین اختلاف با

دیگران، فضولی است و بنابراین مالکیت طرف دیگر، هنوز باقی می‌باشد. در این مورد آیا دادگاه باید دستور اجرا دهد و نمی‌تواند به جای شخص ثالث، در مقام ایراد به رأی برآید یا اینکه از جهت مغایرت با قواعد موجد حق، باید رأی را بی اعتبار اعلام نماید؟ آیا می‌توان رأی داور را به معنای تعهد به فعل ثالث تفسیر کرد و در مقام اجرای آن برآمد ولی حقوق ثالث را مورد تعرض قرار نداد؟ به این صورت که محکوم علیه، باید آن مال را به هر نحو ممکن از تصرف ثالث، با رضایت او خارج نماید و تحویل محکوم له دهد، نه اینکه آن مال با دستور قهری دادگاه توقیف شود؟ با فرض پذیرش مفهوم «تعهد به فعل ثالث»، چه ضمانت اجرایی در این مورد قابل تصور است؟ اگر قرار باشد که دادگاه راساً در مقام رعایت حقوق ثالث برآید، باید یکی از جهات مصرح در ماده ۴۸۹ قانون را مستند خود قرار دهد و به نظر نمی‌رسد که با «موجد حق بودن» قابل تطبیق باشد زیرا نمی‌توان رأی را خلاف قواعد موجد حق دانست. ممکن است رأی کاملاً صحیح و با قواعد معاملات فضولی نیز مطابق باشد و تنها از نظر قواعد دادرسی ایراد داشته باشد؛ چرا که استرداد مال از ثالث مستلزم طرح دعوا علیه او است، اما این قاعده دادرسی، به خودی خود نمی‌تواند رأی را خلاف قواعد موجد حق نماید. البته در مورد این مفهوم، اختلاف نظر است و ممکن است دادگاهی، نقض برخی از اصول دادرسی مانند حق دفاع را نیز مشمول آن بداند. در هر حال، اگر بتوان رأی داور را در رابطه نسبی محکوم له و محکوم علیه، قانونی تصور نمود، برای درستی آن کافی می‌باشد، هر چند که اجرای رأی با حقوق شخص ثالث معارض می‌باشد. برای مثال، به باور ما معامله‌ای که با قواعد ثبتی معارض باشد (با سند عادی)، در مقابل شخصی که مالکیت خود را با سند رسمی و با حسن نیت به دست می‌آورد، قابل استناد نیست. حال اگر داور، یکی از طرفین را به اعاده مال غیر منقول محکوم نماید و دلیل این رأی را نیز اعلام فسخ قرارداد بداند، هر چند نمی‌توان مال را از تصرف شخص ثالثی که با سند رسمی خریداری کرده است، خارج نمود، اما این اثر را در روابط طرفین دارد که اولاً قرارداد بین آنها فسخ شده است (می‌دانیم که تلف حکمی یا حقیقی مال، مانع فسخ نیست)؛ ثانیاً محکوم علیه در صورتی که نتواند مال را با رضایت مالک فعلی، به دست آورد، باید از عهده جبران خسارت برآید که رسیدگی به این امر، به دلیل پایان داور، با دادگاه خواهد بود. به عبارت دیگر، رأی داور خلاف قانون نیست اما به دلیل غیر قابل استناد بودن، در رابطه با ثالث اجرا نمی‌شود. این بحث اثرات مهمی نیز دارد: اگر رأی داور را خلاف قانون بدانیم، دادگاه در هنگام بررسی اصل دعوا، مستقلاً

عمل می‌کند و چه بسا فسخ را محرز نداند، اما اگر رأی داور صحیح باشد، دادگاه در دعوی ادعای خسارت، دیگر نمی‌تواند این رأی را نادیده بگیرد زیرا ابطال نشده و باید رعایت گردد. در رویه قضایی نیز می‌توان به دادنامه ی زیر اشاره کرد: دادنامه‌ای که به عدم پذیرش رأی داور و ابطال آن نظر داده و علت آن را نیز برخورد رأی با حقوق ثالث دانسته است: ...ثالثاً نظر به اینکه اظهار عقیده در باب فضولی بودن معاملات خواهان نسبت به ماشین آلات فروخته شده به اشخاص ثالث (موضوع بند ۲ نظریه داور در همین پرونده) مستلزم تقدیم دادخواست علیه خواهان و خریداران اشیا مزبور است و توافق طرفین در احاله این امور به داوری و نهایتاً نظریه داور در باب استرداد اموال مورد بحث با حقوق اشخاص ثالث (خریداران) و قوانین موجد حق در این مورد اصطکاک و تعارض مستقیم دارد، دادگاه، حکم به بطلان رأی داور در این مورد صادر و اعلام می‌گردد.

اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه نیز در نظریه شماره ۷/۳۰۶۵ مورخ ۱۳۷۲/۰۶/۲۷ مقرر نموده است: « اظهار نظر داوران در مورد اشخاص ثالث که طرف دعوا نبوده و از طریق قرار داوری صادره از دادگاه، در داوری دخالت نداشته اند و ثانیاً به لحاظ ارتباط با دعوی مطروحه در نظریه داوران بر آنها وظایف و تکالیفی مقرر گردیده است؛ باید چگونگی شرکت و پذیرفته شدن اشخاص ثالث در داوری روشن و معلوم گردد. در صورتی که اشخاص مذکور به لحاظ ارتباط آنها با دعوی مطروحه و عدم حل قضیه بدون حضور آنها در داوری در جلسات داوری شرکت نموده و اصل داوری و شرایط آن را قبول داشته و مورد تأیید قرار داده باشند و رأی داوری که با رعایت مقررات و اجازه مادتين ۴۵۵ و ۴۵۶ قانون صادر و به طرفین و اشخاصی که در رأی داوری وظایف و تکالیفی دارند، ابلاغ شده باشد، این رأی با عدم وصول اعتراض قابل ترتیب اثر و بالنتیجه قابل اجرا می‌باشد و در غیر این صورت داوران از حدود اختیارات خود خارج شده اند و با لحاظ مقررات ماده ۴۹۳ قانون یاد شده نظریه ایشان از حیث قابل اجرا بودن خالی از وجهت قانونی می‌باشد».

### نقش ثالث در دعوی ابطال رأی داور:

پرسش این است که آیا شخص ثالث می‌تواند در زمان طرح دعوی ابطال رأی داور، وارد دعوا شود یا یکی از طرفین او را به دادرسی جلب نماید یا در زمان طرح دعوی ابطال رأی داور، علاوه بر محکوم له، ثالث را نیز طرف دعوا قرار داد تا این دعوا با حضور ثالث

رسیدگی شود؟ تردید از این روست که دادگاه در رسیدگی به دعوی ابطال رأی داور، نمی‌تواند در تمام امور موضوعی دخالت کند، بلکه همان طور که گفته شد، محدودیت‌هایی در این خصوص وجود دارد. در حالی که در مورد دعوی طاری یا در فرضی که علاوه بر محکوم له، شخص ثالث نیز طرف دعوا قرار می‌گیرد، باید به تمام امور حکمی و موضوعی با همان قواعد و اختیاراتی که در سایر دعاوی است، رسیدگی نمود. پیوند میان این دو دعوی، محلی از اختلاف نظر است، چرا که اختیارات و مسئولیت‌های دادگاه در این دعوی به هم می‌خورد؛ و هر حرکتی که دادرس انجام دهد، ممکن است بر اساس قواعد دعوی ابطال، منطقی، اما بر اساس قواعد دعوی ثالث یا حقوق او، غیرمنطقی و مصداقی از بی توجهی باشد یا اگر دادگاه به دنبال کشف واقع باشد، بر اساس قواعد دعوی ابطال، دخالتی بی جهت و توسعه اختیاراتی باشد که قانون منع می‌کند. در واقع می‌توان رابطه این دو دعوا را از حیث منطقی، عموم و خصوص من وجه دانست که از دو جهت تفاوت دارند و تنها در یک جنبه، مشترک می‌باشند. دعوی ابطال رأی داور ممکن است با دخالت یا حضور ثالث، رنگ و بوی یک دعوی کامل را به خود بگیرد که قابل تأمل است. البته در مواردی نیز دعوی ثالث هم سو با دعوی ابطال است و به احراز یکی از جهات مصرح در ماده ۴۸۹ قانون کمک می‌کند. دادگاه می‌تواند از ظرفیت این دعوی استفاده کرده و یکجا مسأله حق ثالث و طرفین اختلاف را روشن و از طرح دعوی اعتراض ثالث نیز جلوگیری کند. اما اگر ادعای ثالث نیازمند ورود یکی از مسائل است که در دعوی ابطال قابل رسیدگی نمی‌باشد و خروج از جهات قانونی است، دادگاه باید دعوی ثالث را تفکیک کند و به طور مستقل به هر دو دعوا رسیدگی نماید. در یک پرونده شخص ثالثی نسبت به رد دعوی ابطال رأی داور اعتراض نمود، اما اعتراضی وی مورد پذیرش واقع نگردید، چرا که اعتراض ثالث به طور کلی در آیین دادرسی مدنی فقط در جایی امکان خواهد داشت که موضوع رسیدگی حق باشد، حال آنکه در موضوع دعوی صدرالبیان، مبحث حق مطرح نمی‌شود. بنابراین اعتراض ثالث تنها ناظر به خود رأی داوری می‌باشد و دعوی ابطال را در پی نخواهد داشت.

### نتیجه گیری:

۱- از حیث صلاحیت، اعتراض شخص ثالث به رأی داوری خارج از صلاحیت داور می‌باشد و در صلاحیت دادگاه است، زیرا داور صلاحیت خود را از قرارداد داوری اخذ می‌نماید که شخص ثالث در آن دخالتی نداشته است.



- ۲- فردی شخص ثالث محسوب می‌گردد که در جریان داوری به عنوان یکی از اصحاب دعوا حضور نداشته باشد.
- ۳- علی‌رغم اینکه طبق اثر نسبی بودن، رأی داوری نمی‌تواند سبب تعهداتی نسبت به ثالث گردد، لیکن مانند آرای دادگاه‌ها قابلیت استناد در مقابل اشخاص ثالث را دارد و اگر اجرای رأی داور، مخل حقوق شخصی شود، ذینفع در طرح دعوای اعتراض ثالث محسوب می‌گردد.
- ۴- اگر رأی داوری مورد اعتراض، مورد درخواست ابطال اصحاب دعوا نیز قرار گرفته باشد و طبق دادنامه‌ای اعتراض وی رد شده و قطعیت یافته باشد، لیکن درخواست ابطال رأی داور نیز منافاتی با رسیدگی به دعوای اعتراض ثالث ندارد و در نهایت اینکه دادگاه تا تعیین تکلیف پرونده مذکور، رسیدگی را متوقف و با قطعیت رأی داوری نسبت به رسیدگی اقدام می‌نماید.
- ۵- رسیدگی به اعتراض شخص ثالث بر عکس رسیدگی به دعوی ابطال رأی داور، یک رسیدگی کامل است؛ چه اینکه رسیدگی در دعوی ابطال یک رسیدگی شکلی و در چهارچوب موارد مصرحه در قانون است و فقط به امور شکلی رسیدگی می‌شود، در حالی که در این دعوا به کلیه جهات اعم از موضوعی و حکمی رسیدگی می‌شود.
- ۶- اعتراض ثالث به رأی داوری مهلت زمانی ندارد.
- ۷- ثالث با توجه به قواعد مربوط به تعیین و توصیف خواسته، می‌تواند هر یک از عناوین ابطال رأی داور، اعتراض به رأی داور و ابطال آن، بی اعتبار رأی داور و مانند آن را درخواست کند و سخت‌گیری در قالب دعوا وجهی ندارد.
- ۸- رسیدگی دادگاه، حداقل از دو جهت با دعوای ابطال رأی داور که محکوم علیه اقامه می‌کند، متفاوت است. اولاً دادگاه رسیدگی کامل دارد و مقید به جهات مصرح برای ابطال رأی داور نیست؛ ثانیاً دادگاه نباید به صرف جهات مذکور در ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م، رأی داور را بی اعتبار اعلام کند، زیرا آن جهات به زیان محکوم علیه داوری است، ولی در مورد شخص ثالث، باید حق و ماهیت ادعای او را بررسی کرد و اگر رأی داور برخلاف آن باشد، بی اعتبار خواهد بود. بنابراین اگر داور خارج از مهلت رأی صادر کند، ولی شخص ثالث حقی در موضوع نداشته باشد، رأی ابطال نمی‌شود. به همین ترتیب اگر داور خارج از خواسته رأی داده باشد، به صرف این جهت، نباید دعوای ثالث را تأیید کرد، بلکه او باید حق واقعی خود و ضرر حقیقی (نه ضرر دادرسی) را ثابت کند.

۹- باید دانست که رأی داور برخلاف رأی دادگاه در مقابل شخص ثالث، حتی قابلیت استناد ندارد و از این رو، اعتراض ثالث تنها در جایی قابل تصور است که ادعا، برخلاف سند رسمی یا قاعده ید یا دیگر دلایل اثباتی باشد. برای مثال، در موردی که سند اتومبیل به نام ثالث است، رأی داور مبنی بر تحویل آن به غیر، نسبت به ثالث قابل اجرا نیست و نیازی هم به اعتراض ثالث نخواهد بود، اما اگر سند به نام ثالث نباشد و او بخواهد خلاف این امر را ثابت کند، باید راه اعتراض ثالث پیش بگیرد. در فرضی که مطابق قرارداد داور، رسیدگی انجام و رأی اجرا شده باشد، در صورت مستحق للغير در آمدن محکوم به رأی داور، مالک اصلی ابتدائاً باید در قالب اعتراض شخص ثالث نسبت به ابطال رأی داور اقدام نماید.

## نقد رای<sup>۱</sup>

### رویه قضایی و تعداد داوران: زوج یا فرد؟

#### ۱- رویه قضایی

الف ( شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی به موجب دادنامه شماره ۹۸۰۶۵۳ مقرر می‌دارد: «در مورد تجدیدنظرخواهی ... نسبت به دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۵۱۸۶۸۰۰۲۵۹ صادره از شعبه محترم دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان فریمان که برابر مفاد رای صادره، درخواست شرکت تجدیدنظرخواه مبنی بر تعیین داور ... مورد قبول واقع نشده و قرار رد درخواست صادر شده است؛ هیات قضات این دادگاه استدلال دادگاه محترم بدوی بدین شرح:

(شرط مورد استناد خواهان در ماده ۲ قرارداد که مقرر داشته: «در صورت بروز هرگونه اختلاف، فروشنده و خریدار با تعیین هر کدام، یک نفر حکم در جلسه‌ای نسبت به حل اختلاف اقدام و در صورت حل نشدن به مراجع قانونی جمهوری اسلامی جهت حل اختلاف مراجعه نمایند»، مفید التزام طرفین به رجوع به داوری به نحوی که سالب حق و اختیار آنان در تظلم خواهی از مراجع صالح قضایی باشد، نیست و شرط داوری در صورتی می‌تواند صلاحیت دادگستری را نفی نماید که طرفین در توافق خود به جای رجوع به محکمه، صلاحیت داور را پیش بینی کرده باشند. بعلاوه پیش بینی دو نفر حکم نیز این

برداشت را تقویت می‌کند که در شرط داوری جازم و نفی‌کننده ی صلاحیت، عده داوران باید فرد باشد تا در صورت بروز اختلاف نظر، نظر اکثریت ملاک تصمیم‌نهایی باشد) را در عدم پذیرش درخواست، قابل‌تایید تشخیص نمی‌دهد. استدلال این دادگاه در نقض رای بدوی بدین شرح است که گرچه در صورت تردید در ارکان داوری، اصل عدم تحقق داوری و استقرار صلاحیت دادگاه به عنوان مرجع عام تظلمات می‌باشد اما شرط قراردادی مورد استناد که باتوجه به اصل آزادی اراده‌ها در توافق مدنی، بین طرفین تنظیم شده است، تردیدی را باقی نمی‌گذارد. زیرا مقصود آنان عدم دخالت دادگاه در حل اختلاف و خارج از دادگستری در ابتدای امر می‌باشد و شرط مزبور فراتر از میانجیگری (mediation) که یکی از شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف می‌باشد، تلقی می‌گردد که دادگاه محترم در رای خود به آن اشاره کرده است. استدلال دیگر دادگاه محترم در رد درخواست که به طاق یا فرد بودن داوران اشاره کرده است: اولاً قانون داوری تجاری داوری بین‌المللی تعیین عدد داوران را در اختیار طرفین گذاشته است و بر فرض عدم توافق داوران زوج در صدور رای، داوری منتفی می‌شود؛ بعلاوه عدم توافق حتی در هیات‌های فرد هم ممکن است اتفاق بیفتد. ثانیاً اراده طرفین با منع قانونی روبرو نیست. در قانون داوری نمونه آنسیترال ۱۹۸۵ که به عنوان یک قانون جهانی به کشورها پیشنهاد شده و کشور ایران آن را [در قالب قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶] نیز پذیرفته است (بند الف ماده ۱۱) صراحتاً به توافق داوران زوج اشاره شده است. با توجه به اینکه قبلاً شعبه محترم ۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد دعوا را نپذیرفته و طرفین ارشاد به مراجعه به داوری شده‌اند و دیدگاه‌های متفاوت موجب سرگردانی و بلا تکلیفی طرفین می‌شود؛ به استناد ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی رای تجدیدنظرخواسته نقض و پرونده برای ادامه رسیدگی به دادگاه محترم بدوی اعاده می‌شود. این رای قطعی است.

.....

ب) شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد به موجب دادنامه شماره ۴۵...۹۴۰۹۹۷ موضوع پرونده شماره ۹۲۰۰۳۲ مقرر می‌دارد: «به موجب قرارداد مورخ ... شرط داوری مقرر ... و نماینده حقوقی و بازرس شرکت به عنوان اعضای داوری پیش‌بینی شده‌اند. در اساسنامه شرکت، نحوه حل اختلاف بین عضو شرکت پیش‌بینی شده است و با قرارداد خصوصی نمی‌توان مرجع داوری را تغییر داد زیرا اساسنامه شرکت، قانون بین طرفین است و تا هنگامی که مطابق مقررات، اصلاح یا تغییر نیابد بین طرفین لازم‌الرعايه است و

توافق برخلاف آن، توافق برخلاف قوانین امری است و اعتبار ندارد. افزون بر آن اگر شرط داوری را معتبر بدانیم، یکی از اصول حاکم بر داوری آن است که داور، علی‌الاصول ثالث محسوب شود و شخصی بجز طرفین دعوا باشد. در این پرونده اگرچه داوران از اعضا و مجموعه شرکت خوانده می‌باشند و شخصیت حقوقی مستقل از شخصیت اعضای تشکیل دهنده آن دارند، ولی به واقع و عرفاً داوران را نمی‌توان ثالث محسوب نمود زیرا جزو ارکان اداری شرکت خوانده هستند و همچنین تعداد داوران باید فرد باشد و تعیین داوران زوج با روح قانون انطباقی ندارد. از طرف دیگر داوران باید طرفین را دعوت و اظهارات آنها را استماع نمایند و اگر چه داور اظهار نموده که خواهان‌ها را دعوت نموده و مراتب را تلفنی به وی اطلاع داده است ... که ادعای مذکور از جانب خواهان‌ها رد شد ... و منطقی نیست حتی یک نفر از اشخاص مذکور مراجعه نکنند و به نظر می‌رسد که ادعای دعوت از خواهان صحیح نباشد و بر فرض صحت آن، اصل تناظر رعایت نشده است زیرا داوران باید طرفین را در وقت یکسانی دعوت کنند، اظهارات آنان را رو در رو استماع کنند و ادعای طرفین را متناظراً بررسی نمایند». شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی به موجب دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۶۵۱۳۳۱۰۱۳۷۴ مورخ ۹۴/۱۱/۲۹ موضوع پرونده شماره ۹۴۰۷۱۲ این رأی را تأیید می‌کند.

## ۲- تحلیل حقوقی

در مورد رأی شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی، متقاضی تعیین داور، پیش از این، دعوای ماهوی را در مرجع قضایی مطرح می‌کند و دادگاه با ایراد طرف مقابل، دعوای او را استماع نمی‌نماید و ارشاد به داوری دارد. متعاقب آن، درخواست تعیین داور تقدیم می‌شود و این بار دادگاه مقرر می‌دارد که شرط داوری اولاً جازم و قاطع نیست زیرا در انتهای آن مقرر شده که «در صورت حل نشدن به مراجع قانونی جمهوری اسلامی جهت حل اختلاف مراجعه نمایند» و به این معناست که طرفین به داوری و نتیجه آن (رأی داور) ملتزم نیستند و الا برای داوری، جایگزین تعیین نمی‌کردند و اختیاری برای مراجعه به محکمه باقی نمی‌گذاشتند! ثانیاً شرط تعیین دو شخص به عنوان داور، صحیح نیست. دادگاه تجدیدنظر با نقض این رأی، می‌گوید که اولاً شرط تعیین داوران زوج، صحیح و منطبق بر قانون نمونه و قانون داوری بین المللی ایران است. ثانیاً ممکن است در داوری‌های با عدد فرد نیز توافق حاصل نشود که سخن بجایی است! ثالثاً نهایت اینکه

با عدم توافق داوران، داوری منتفی می‌شود. رابعاً با توجه به اینکه پیش از این، به جهت شرط داوری، دعوی ماهوی پذیرفته نشده است و اگر این بار نیز درخواست تعیین داور مسموع نشود، عملاً وضعیت غیرقابل پیش بینی و معارضی را برای طرفین دامن می‌زند و به سخن دیگر «دیدگاه‌های متفاوت موجب سرگردانی و بلاتکلیفی طرفین می‌شود»، لذا باید درخواست تعیین داور قبول شود.

✓ در حقوق داوری تطبیقی، ضمن برشمردن اصل آزادی طرفین در تعیین تعداد داوران، سه رویکرد در این خصوص وجود دارد: برخی کشورها، بر لزوم فرد بودن تعداد داوران تأکید دارند که خود بر دو دسته اند. برخی نقض این مقرر را از اسباب بی اعتباری موافقت نامه داوری می‌دانند (بند ۲ ماده ۱۵ قانون داوری مصر و بند ۲ ماده ۱۵ قانون داوری عمان) و برخی به موجب قانون یا رویه قضایی، تعداد داوران را از زوج، با نصب داور دیگر، به فرد تبدیل می‌کنند (ماده ۱۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه؛ بند ۳ ماده ۱۰۲۶ قانون هلند؛ بند ۲ ماده ۱۶۸۴ قانون مقررات قضایی بلژیک و ماده ۸۰۹ قانون ایتالیا). قانون متحدالشکل اروپایی در مورد داوری نیز مقرر می‌دارد که تعداد داوران باید فرد باشد و اگر به صورت زوج بود، داور دیگری تعیین می‌شود:

European Convention providing a Uniform Law on Arbitration, Strasbourg, 20.I.1966: Article 5” 1- The arbitral tribunal shall be composed of an uneven number of arbitrators. There may be a sole arbitrator. 2- If the arbitration agreement provides for an even number of arbitrators an additional arbitrator shall be appointed”

✓ در برخی مانند انگلستان، زوج بودن داوران، هرچند مرسوم نیست ولی از موارد بی اعتباری موافقت نامه داوری تلقی نمی‌شود. در واقع بند ۲ ماده ۱۵ قانون داوری ۱۹۹۶ مقرر می‌دارد اگر داوران زوج باشند، به این معناست که می‌توان داور دیگری به عنوان سرداور انتخاب کرد مگر اینکه طرفین توافق دیگری داشته باشند. در هر صورت اگر توافق طرفین به زوج بودن داوران تعلق گرفت و داوران قادر به صدور رأی نشوند، داوری منتفی و صلاحیت دادگاه اعاده می‌شود. به نظر می‌رسد در حقوق ایران، وجهی برای بی اعتباری موافقت نامه داوری در حالت زوج بودن داوران نیست ولی ممکن

است بتوان از فرض مقرر در قانون داوری انگلستان دفاع کرد. با این حال، چنین فرض قانونی را به رویه قضایی پیشنهاد نمی‌دهیم تا ابهامی بر ابهامات داوری افزوده نشود! این اشکال را باید در موقع تقنین حل کرد.

✓ رأی دادگاه نخستین در رد درخواست تعیین داور، قابل تجدیدنظر اعلام شده و دادگاه تجدیدنظر نیز بر همین منوال، رسیدگی کرده است. این رویکرد منطقی است. با این حال، رأی بر تعیین داور، قطعی است.

✓ هرچند داوری موضوع پرونده، داخلی و مشمول مقررات آیین دادرسی مدنی است اما به جهاتی از جمله ابتدای بر اصول کلی حقوقی و نیز مفهوم مخالف بند ۱ ماده ۳۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی، استناد به مقررات قانون اخیر، در داوری‌های داخلی، بایسته یا حداقل ممدوح است! نکته دیگر، اشاره به قانون نمونه آنسیترال است که این استناد نیز گذشته از آگاهی دادگاه از مبانی حقوق داوری و منابع تطبیقی آن، با رویکرد تفسیر هماهنگ و یکسان‌سازی رویه‌های داخلی و بین‌المللی در داوری منطبق است.

✓ لزوم توجه به تفاسیر وحدت‌آفرین بین‌المللی، به ویژه در حوزه‌هایی مانند داوری، نه تنها در اصول قراردادهای بین‌المللی مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (یونی‌دروا (UNIDROIT) مذکور است (بند ۱ قسمت ۶ ماده ۱ ویرایش ۲۰۱۰) بلکه در حقوق داخلی ایران نیز منعکس شده است. در واقع به موجب ماده ۳ قانون تجارت الکترونیک (مصوب ۱۳۸۲/۲/۱۷): «در تفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیت بین‌المللی، ضرورت توسعه هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن نیت توجه کرد». به رویه قضایی توصیه می‌شود در راستای این اهداف گام بردارد. لازمه این کار، آگاهی از حقوق تطبیقی و ابتکار در تصمیم‌گیری است.

# آیین داوری در اتاق بازرگانی

رضا برادران<sup>۱</sup>

دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای<sup>۲</sup>

## مقدمه

تجار از دیر باز به لحاظ نیاز به سرعت، اعتماد و امنیت در حوزه کاری خود، دارای تشکل ها و حتی دادگاه ها و قواعد حقوقی خاص حاکم بر خود بوده اند که بدون اینکه گاهی خود متوجه باشند، باعث انتقال فرهنگ ها و آداب و رسوم سایر ملل و حتی طرز تفکر ملل دیگر به سرزمین بومی خود می شوند. نقش و تأثیر این گروه در جامعه بسیار حائز اهمیت است و سعی در حل اختلافات احتمالی بین ایشان نیز قواعد و شیوه‌های دیگری را می‌طلبد. بر همین اساس و در سده‌های اخیر و به ویژه بعد از انقلاب صنعتی شاهد تشکیل اتاق‌های صنعت و بازرگانی بوده ایم که در کشور ما سابقه تشکیل این اتاق به سال ۱۲۶۳ هجری شمسی بر می‌گردد. این مکان به همت حاج محمد حسن امین‌الضرب و با نام «مجلس وکلای تجار» تشکیل شد. در سال ۱۳۰۵ هجری شمسی، نام «اتاق ایران» در این مورد، استفاده شد. این نام، تغییرات زیادی را پشت سر گذاشت تا اینکه در آخرین تغییر در سال ۱۳۴۸ با ادغام اتاق بازرگانی و اتاق صنایع و معادن «اتاق بازرگانی، صنایع و معادن» پا به عرصه وجود نهاد و سپس در سال ۱۳۹۰ واژه

---

۱- نایب رئیس کمیسیون حقوقی اتاق ایران و رئیس کمیسیون حقوقی و پارلمانی اتاق بازرگانی اصفهان  
۲- مشاور اتاق بازرگانی استان اصفهان و رئیس کارگروه بانک، مالیات و گمرک اتاق بازرگانی



«کشاورزی» هم به نام اتاق اضافه شد.

« اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی » که به اختصار اتاق ایران نامیده می‌شود، تشکلی است که در آن تجار عمده و صاحبان صنایع برای هماهنگی فعالیت‌های خود و چانه زنی با نهادهای حکومتی برای تأمین منافعشان تلاش می‌کنند و ضمن همکاری با دستگاه‌های اجرایی، در مورد مسائل اقتصادی کشور نیز به قوای سه گانه نظر مشورتی می‌دهند و بین بازرگانان و صاحبان صنایع، معادن و کشاورزی هماهنگی و همکاری به وجود می‌آورند و موجبات تسهیل نقش آفرینی فعالان اقتصادی در معاملات داخلی و خارجی را فراهم می‌کنند. به همین دلایل، این نهاد پارلمان خصوصی ایران نیز نامیده می‌شود. این اتاق دارای ۳۴ اتاق در استان‌های مختلف کشور و دارای ارکان، تشکیلات و کمیسیون‌های متعدد است. اداره اتاق ایران با اعضای منتخب ۳۴ اتاق سراسری کشور می‌باشد. این نهاد با به کارگیری توانایی‌های خاصی از جمله شورای گفت و گوی دولت و بخش خصوصی و همکاری با اتاق‌های اصناف و تعاون، نقش مهمی در همگرایی اقتصاد غیردولتی و پیشنهاد راه کارهای مناسب برای غلبه بر مشکلات اقتصادی ایفا می‌کند.

در راستای تحقق اهداف خود و در اجرای بند (ح) ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون اتاق بازرگانی و صنایع و معادن جمهوری اسلامی ایران، مرکز داوری اتاق ایران در تاریخ ۱۳۸۰/۱۱/۱۴ و به موجب قانون، اساسنامه مرکز داوری اتاق ایران تشکیل شد. موضوع این اتاق حل و فصل اختلافات بازرگانی اعم از داخلی و خارجی از طریق داوری است. این مرکز دارای سه رکن به نام‌های: الف- هیأت مدیره، ب- دبیرکل و ج- داوران می‌باشد.

هیأت مدیره از رئیس و یکی از نواب رئیس اتاق ایران، رئیس یا نایب رئیس اتاق ایران، دبیر کل اتاق ایران و سه نفر از بازرگانان و مدیران بصیر و خوش نام صنایع و معادن به انتخاب هیأت نمایندگان اتاق ایران تشکیل می‌گردد.

دبیرکل از میان حقوقدانان با تجربه و آشنا به مسائل بازرگانی داخلی و خارجی توسط هیأت مدیره، انتخاب خواهد شد. داوران از میان افرادی که صلاحیت داوری دارند، حقوقدانان، بازرگانان و سایر اشخاص بصیر و خوش نام و با تجربه که از مقررات و عرف بازرگانی داخلی و خارجی به حد کافی اطلاع دارند، بنا به پیشنهاد دبیرکل و تأیید هیأت مدیره، مشخص خواهند شد.

داوری در این مرکز ماهیتاً با داورهای موردی تفاوتی ندارد، ولی می‌توان گفت اولین مورد از داورهای سازمانی است که توسط قانون گذار به رسمیت شناخته شده و در عمل مزایایی به آن تعلق گرفته است.

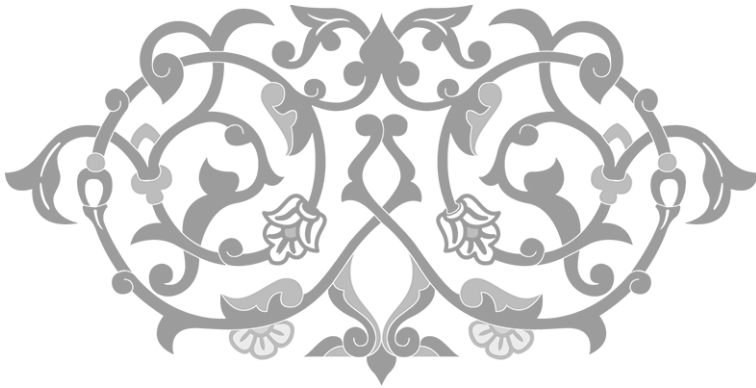
از جمله مواردی که در داورهای موردی توسط اشخاص حقیقی، روند رسیدگی را دچار مشکل می‌سازد، می‌توان به اجبار و تکلیف دستگاه‌های دولتی و عمومی به پاسخ‌گویی به استعلام‌های ارسالی از مرکز در حدود و طبق قوانین و مقررات اشاره کرد.

هزینه‌های داور بر اساس جدولی می‌باشد که در این خصوص تهیه شده و با آیین نامه حق الزحمه داور موضوع ماده ۴۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی تفاوت‌هایی دارد. از جمله اینکه به موجب آیین نامه، هزینه ثبت دادخواست داور، هزینه اداری و حق الزحمه داور، به صورت جداگانه دریافت می‌گردد که در مجموع از هزینه دادرسی محاکم عمومی کمتر می‌شود و فاصله و زمان رسیدگی را بسیار کاهش می‌دهد.

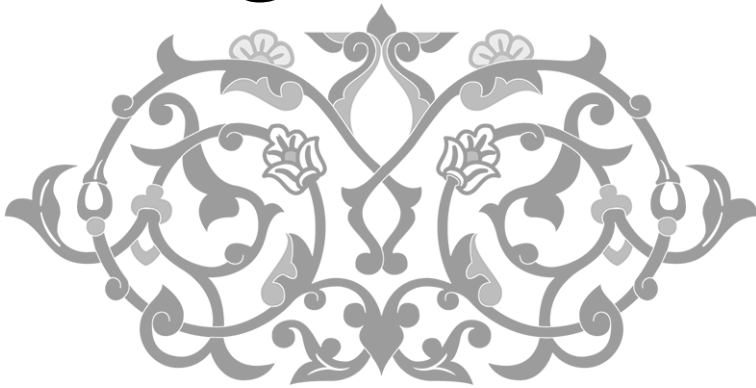
مرکز این اتاق در شهر تهران مستقر است، ولی به منظور تشویق و ترویج داور و نیز تسهیل مراجعه به مرکز داور و استفاده از خدمات آن، در اتاق بازرگانی هر یک از مراکز استان‌ها نیز دفتری تأسیس نموده که زیر نظر مرکز، فعالیت می‌کنند.

نکته جالب در این مرکز، این است که اعضای هیأت مدیره و دبیرکل و مدیران اجرایی و حقوقی مرکز داور در طول مدت تصدی خود و حتی یک سال پس از پایان مدت تصدی، اجازه داور در مرکز را ندارند. علاوه بر این تمهید که قصدش جلوگیری از سوء استفاده اشخاص مذکور از امر داور در مرکز است، دیوانی تحت عنوان «دیوان داور» پیش بینی شده که به منظور حسن انجام خدمات مرکز داور و اطمینان بیشتر از رعایت صحیح قانون از جمله مقررات اساسنامه مرکز داور و نیز آیین نامه‌های داخلی مرکز و از بین حقوقدانان ذی صلاح همانند اساتید دانشگاه، قضات دادگستری مطلع در امور داور و تجاری، یک نفر به معرفی رئیس قوه قضاییه و یک نفر از وکلای دادگستری به معرفی کانون وکلای مرکز و در مجموع ۱۵ نفر می‌باشند که با استفاده از کمیته‌های تخصصی به انجام وظایف خود می‌پردازند و علاوه بر آن به صورت سالانه و جهت ارتقاء خدمات مرکز و هماهنگی بیشتر و بحث و بررسی تحولات امر داور و سایر روش‌های حل و فصل اختلافات در سطح داخلی و بین المللی، همه ساله اجلاس عمومی دیوان داور مرکز داور با دعوت دبیرکل از اساتید دانشگاه، قضات، وکلای دادگستری، دانشجویان، مدیران و دست‌اندرکاران بازرگانی، صنعتی، معدنی و خدماتی تشکیل می‌گردد.

در مجموع این مرکز که به صورت سازمانی و به موجب قانون جهت توسعه داوری تشکیل یافته و سعی در برطرف نمودن مشکلات داوری موردی را دارد، به لحاظ مزایای داوری گزینه مناسبی برای حل و فصل اختلافات تجاری است. چنانچه اشخاص تمایل به استفاده از مزایای داوری این مرکز را دارند، پیشنهاد می‌شود شرط داوری به شرحی که در زیر آمده در قرارداد گنجانده شود: « کلیه اختلافات و دعاوی ناشی از این قرارداد و یا راجع به آن از جمله انعقاد، اعتبار، فسخ، نقض، تفسیر یا اجرای آن به مرکز داوری اتاق ایران ارجاع می‌گردد که مطابق با قانون اساسنامه و آیین داوری آن مرکز، با رأی یک یا سه نفر داور به صورت قطعی و لازم الاجرا حل و فصل گردد. داوران علاوه بر مقررات حاکم، عرف تجاری ذی ربط را نیز مراعات خواهند نمود. شرط داوری حاضر، موافقت نامه‌ای مستقل از قرارداد اصلی، تلقی می‌شود و در هر حال لازم الاجراست».



# گزیده سخنرانی‌ها



# مهمترین نکات کاربردی از ابتدای دادخواست تعیین داور تا صدور رأی داوری<sup>۱</sup>

دکتر مجید میرحسینی

از مهم ترین روش‌های حل اختلاف، داوری بی طرفانه اشخاص ممتنع، بین طرفین است که در مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی مورد توجه و بررسی قرار گرفته است. شرط داوری معمولاً در قرارداد منعقد بین طرفین تصریح گردیده است و متعاقباً برای حل اختلافات خود ملزم به ارجاع امر به داوری می‌باشند. در کلیه دعاوی و کلیه اختلافات چه در مرحله بدوی و چه در مرحله تجدید نظر، طرفین می‌توانند برای حل مشکل به قاضی خصوصی یا همان داور با توافق همدیگر مراجعه کنند، مگر موارد تصریح شده در مواد ۴۵۷ و ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی که به صراحت قابلیت ارجاع به داوری را در برخی موارد ممنوع کرده است.

پس از تقدیم دادخواست با خواسته تعیین داور به دادگاه صالح و انتخاب داور یا هیأت داوران توسط طرفین با توافق یکدیگر، داوری آغاز می‌شود. رأی داوری باید در زمان معین که توسط طرفین مشخص می‌گردد، صادر و تسلیم طرفین شود. نحوه تسلیم رأی داوری نیز توسط طرفین و معمولاً در قرارنامه داوری مشخص می‌گردد، در غیر این صورت رأی داوری باید به دادگاه صالح تسلیم و از طریق دادگاه به طرفین ابلاغ گردد. نکات زیر از مهم ترین مسائل در یک پرونده داوری است که داوران ملزم به رعایت آنها می‌باشند:

- ۱- ماهیت داوری همان قضاوت است. با این تفاوت که قضاوت در محاکم دادگستری توسط قاضی منسوب به قوه قضائیه است و داوری توسط قاضی منسوب به طرفین است.
- ۲- داوران تابع تشریفات آیین دادرسی مدنی نیستند اما تابع اصول حاکم بر آیین

---

۱- مقاله موجود یکی از جلسات آموزشی اساتید گرانقدر داوری، دکتر عبدالله خداجشی و دکتر مجید میرحسینی در اتاق بازرگانی اصفهان می‌باشد که پس از بازنویسی به وسیله خانم سمانه سادات احمدی به صورت نکته به نکته در اختیار علاقه مندان قرار گرفته است.

دادرسی همچون اصل تناظر و اصل جواز تحصیل دلیل، می‌باشند.

۳- در قرارداد باید شرط داوری به صورت الزام آور آمده باشد.

۴- نهاد داوری با کدخدا منشی، صلح و میانجی‌گری متفاوت است. در واقع داور علاوه بر سازش، حق صدور رأی را نیز دارد.

۵- رأی داوری با استفاده از اختیار صلح و سازش (موضوع ماده ۴۸۳) در صورتی آثار رأی داور را دارد که اولاً: داوران به اتفاق نظر رأی دهند، نه به اکثریت (مگر اینکه از اختیار صلح استفاده نشود که در این صورت رأی اکثریت، کافی است) ثانیاً: داوران حتماً باید در نگارش رأی، شکل و سیاق رأی را رعایت کنند و نشان دهند که اظهارات طرفین و حق دفاع آنان ارزیابی شده و نهایتاً به صلح هم توجه شده است.

۶- دعاوی اموال عمومی و دولتی موضوع ماده ۴۵۷ شامل آن دسته دعاوی است که موضوع قرارداد، اموال عمومی و دولتی باشد نه اینکه صرفاً طرف مقابل مؤسسه دولتی باشد.

۷- آرای کمیسیون‌ها و هیأت‌هایی که در قوانین خاص، خارج از دادگستری شکل گرفته و عنوان داوری دارد (همچون داورهای موضوع مواد ۳۶ و ۳۷ بورس یا تبصره ماده ۵ قانون ایمنی زیستی) اصلاً داوری نیست، زیرا صلاحیت شان اجباری است. در این هیأت‌ها قاضی حضور دارد. در بعضی از آن‌ها داور، شخص ثالث نیست و زیر مجموعه همان سازمان است (کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری) و لذا مرجع اعتراض و جهات ابطال این آراء، دیوان عدالت اداری است.

۸- داورهای اجباری در سطح ملی (یک نظام حقوقی مشخص) و در سطح بین‌المللی و دو جانبه‌ای (کنوانسیون‌های بین‌المللی) قابل مطالعه هستند. هر چند عده‌ای از حقوق دانان داورهای موجود در کنوانسیون‌ها را سیاست دولت خوانده‌اند و برای تجار در این موارد، اجباری در مراجعه به داوری در نظر نگرفته‌اند، اما از آنجایی که کنوانسیون‌های بین‌المللی به تصریح قانون اساسی در حکم قانون هستند، پس چنانچه در معاهدات بین‌کشورها داوری پیش‌بینی شده باشد، تجار به حکم این قانون از مراجعه به دادگستری ممنوع می‌باشند.

۹- داوری اجباری در سطح ملی نیز موجود است. مانند ماده ۲ و ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان که قراردادهای مرتبط با آن بایستی با سند رسمی و دارای شرط داوری باشند. پس چنانچه پیش‌فروش آپارتمانی با سند عادی تنظیم شود، اجباری به مراجعه به داوری وجود ندارد مگر اینکه در سند عادی نیز شرط داوری پیش‌بینی شده باشد.

۱۰- ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان، هیأت داوری را مرکب از داور منتخب فروشنده، داور منتخب خریدار و یک داور مرضی‌الطرفین به انتخاب رئیس دادگستری

شهرستان، دانسته است. اگرچه ظاهراً قانون، در تعیین داور سوم توسط رئیس دادگستری شهرستان، اجبار دارد، اما چنین اجباری واقعا وجود ندارد و طرفین می‌توانند مقام ناصب را هم تغییر دهند.

۱۱- قانون گفته شده در نکته قبل فقط راجع به طرفین است و اگر پیش خریدار، قرارداد را به ثالث انتقال دهد، شرط داوری منتقل نمی‌شود.

۱۲- در تعیین داور بهتر است، داوری‌های سازمانی معرفی شود. مراکز داوری اتاق ایران، مراکز داوری کانون وکلا، مراکز داوری قوه قضائیه و...

۱۳- از تعیین داور مجهول همچون مؤسسه فلان یا... اجتناب شود.

۱۴- چنانچه تعیین داور به دادگاه واگذار شود، دادگاه فقط داور را تعیین می‌کند و وارد ماهیت حل اختلاف، نزاع و حکم نمی‌شود. این تصمیم دادگاه، اعتبار امر مختوم ندارد و تا زمان شروع داوری قابل عدول است. پس از شروع داوری، صدور رأی در صلاحیت داور است و چنانچه در سیاق تعیین داور از سوی دادگاه اشکالی وجود داشته باشد یا دادگاه مهلت ایراد جرح به طرفین نداده باشد، در دعوی ابطال قابل بازبینی است.

۱۵- طرفین تا ۱۰ روز پس از تعیین داور توسط دادگاه حق اعتراض و جرح داور را دارند.

۱۶- هنگام انتخاب سر داور توسط دادگاه، طرفین باید در جریان تعیین داور قرار گیرند و تصمیم دادگاه به آن‌ها ابلاغ شود. چنانچه هر یک از طرفین به داوری ایراد داشت، ضمن تعیین داور می‌تواند این ایراد را مطرح کند.

۱۷- چنانچه اشخاص حقوقی به عنوان داور معرفی شدند، باید حتما مشخص شود چه کسی در آن مجموعه داوری خواهد کرد (مدیرعامل یا هر شخص دیگری). در غیر این صورت از آنجایی که در واقع سازمان، مکان ناصب داوری است و محلی از اشخاص است که آن را اداره می‌کنند، رئیس سازمان باید شخص داور را تعیین کند.

۱۸- داور و یکی از طرفین نباید اتحاد داشته باشند. شرطی که در آن قید شده باشد در صورت اختلاف، یکی از طرفین نزاع، داوری نماید، خلاف قانون و باطل است.

۱۹- مقام ناصب نیز نباید با یکی از طرفین اتحاد داشته باشد. در بعضی دعواهای عمومی یا قراردادهای الحاقی مربوط به شرکت‌ها، انتخاب داور با مدیر حقوقی مجموعه است که به دلیل عدم استقلال مقام ناصب، مورد اشکال است.

۲۰- چنانچه اظهارنامه ارسال شد و بعد درخواست تعیین داور استرداد شد یا دادگاه به درخواست ایراد گرفت و مجدداً نیاز به درخواست جدید شد، دیگر لازم نیست دوباره اظهارنامه ارسال شود و همان اظهارنامه اول کافی است.

۲۱- دادگاه قبل از گذشت ده روز از تاریخ ارسال اظهارنامه، حق تعیین داور ندارد.

۲۲- چنانچه در متن قرارداد تصریح شود که بعد از تغییرات قرارداد، حل اختلافات نیز با داور باشد، هر اختلاف در تعبیر، انعقاد و اجرای قرارداد باید به داوری ارجاع شود.

۲۳- رسیدگی به اختلافات ناشی از اسناد تجاری چنانچه سند تجاری نزد خواهان باشد، تابع شرط داوری است اما چنانچه اسناد به ثالث منتقل شود (چه با حسن نیت و چه بدون حسن نیت) در صلاحیت محاکم دادگستری است.

۲۴- هر چند در خصوص بی طرفی داور، نص صریحی در مواد قانونی نداریم اما از مجموع مواد آیین دادرسی مدنی و همچنین ماده ۵۸۸ تعزیرات، چنانچه داور از بی طرفی خارج شود، علاوه بر اینکه باعث مسئولیت مدنی داور و ابطال رأی داوری است، شامل جرم تعزیری درجه ۶ هم می‌باشد.

۲۵- در خصوص بند ۶ ماده ۴۶۹ و عدم صلاحیت برخی افراد برای داوری، منظور قانون گذار، دعوای کیفری است که منتهی به صدور کیفرخواست شده باشد و با صرف شکایت کیفری، داوری منتفی نمی‌شود.

۲۶- چنانچه رأی صادر شده از ناحیه یک نفر داور باشد که دارای موانع داوری است، حتی اگر رأی از نظر ماهیت هم صحیح باشد، باز رأی باطل است اما چنانچه یکی از داوران در هیأت داوران دارای موانع ۴۶۹ باشد، در صورتی که در نتیجه رأی موثر نباشد (که اگر این یک نفر هم رأی نمی‌داد، نتیجه همین بود) رأی صحیح است.

۲۷- داور نمی‌تواند به علم خودش استناد کند، چون سالب حق دفاع طرف مقابل است.

۲۸- در خصوص انجام سوگند در داوری، قانون گذار سکوت کرده است اما به نظر می‌رسد چنانچه هیچ دلیلی وجود نداشته باشد سوگند هم به عنوان دلیل با شرایط خاص قابل اجراست.

۲۹- برای اخذ استعلامات لازم از مراکز و ادارات از آنجایی که دادگاه دارای نقش حمایتی و معاضدتی نسبت به داور می‌باشد، اگر مقام ناصب داور، دادگاه باشد پس باید تقاضای استعلامات لازم را برای داور صادر کند اما چنانچه مقام ناصب طرفین بودند، دو راه وجود دارد: از شورای حل اختلاف تقاضای تأمین دلیل شود یا با توجه به صلاحیت دادگاه نسبت به اصل پرونده، داور از رئیس دادگستری صدور استعلامات لازم را درخواست کند (یا حتی در قالب دادخواست بیان کند).

۳۰- در صورتی که متقاضی داوری در جلسات شرکت نکرد یا ادله کافی نداشت بر خلاف دادگاه که مطابق ماده ۹۵ قانون آیین دادرسی مدنی، قاضی قرار ابطال دادخواست صادر می‌کند، چون در داوری هیچ گونه قراری که از تشریفات آیین دادرسی مدنی به حساب بیاید، نداریم، داور یا حکم می‌دهد یا ختم داوری را اعلام می‌کند و هیچ گونه رأیی صادر نمی‌شود.



۳۱- عدم حضور خوانده هیچ گاه نمی‌تواند مانع داوری شود. داور باید به طریق اطمینان بخش خوانده را به دادگاه دعوت نموده و همه راه‌هایی را که برای دعوت خوانده، انجام داده صورت جلسه و سپس رأی صادر کند.

۳۲- در داوری نشر آگهی برای خوانده غایب نداریم اما برای ابلاغ رأی، داور مجاز به نشر آگهی است.

۳۳- در داوری رأی غیابی نداریم. رأی داور حتی اگر خوانده در جلسات شرکت نکند، حضوری است و خوانده فقط از طریق ماده ۴۸۹ می‌تواند ابطال رأی داور را بخواهد.

۳۴- در داوری، واخواهی نداریم چون به محض صدور رأی، داوری تمام می‌شود و داور دیگر سمتی ندارد تا بتواند دوباره رسیدگی کند.

۳۵- داور مرضی الطرفین مکلف است همه داوران را جهت صدور رأی دعوت کند. چنانچه هر کدام نیامند، سایر داوران پس از صورت جلسه اقدام به صدور رأی می‌کنند. در صورتی که یکی از داوران به جلسه دعوت نشود، از آنجایی که اساساً دیوان داوری تشکیل شده و دیوان رأی نداده، رأی باطل است، حتی اگر رأی به اکثریت هم صادر شده باشد.

۳۶- داور بایستی در صدور رأی قصد انشاء داشته باشد و به اعلامی بودن یا اجرایی بودن رأی، توجه داشته باشد. اگر داور رأی اجرایی را اعلامی بیان کرده باشد، باید دادخواست محکومیت بر مبنای رأی داور، تقدیم دادگاه گردد.

۳۷- در آرای داوری همانند احکام دادگاه‌ها امکان تفکیک خواسته وجود دارد، به این شرط که تجزیه دعوا خلاف اراده مشترک طرفین نباشد و تجزیه باعث به هم خوردن تعادل رابطه قراردادی نشود.

۳۸- داور پس از اینکه رأی را برای ابلاغ فرستاد، در حالت فراغ دادرسی قرار گرفته و دعوا دیگر در کنترل او نیست.

۳۹- داور، واحد ابلاغ در اختیار ندارد. معمولاً در قرار نامه روشی برای ابلاغ رأی پیش بینی شده است. در غیر این صورت مطابق ماده ۴۸۵ ابلاغ بایستی از جانب دادگاه باشد. هر روشی غیر از این، ابلاغ را بی اعتبار می‌کند.

۴۰- به محض اینکه رأی داور ابلاغ شد، قابل اجراست، حتی اگر مهلت بیست روز تقاضای ابطال آن نگذشته باشد.

۴۱- پس از طرح دعوی ابطال، اجرای رأی همچنان ادامه دارد. اگر دادگاه بدوی رأی داور را باطل اعلام کرد، تا زمان اعلام رأی قطعی دادگاه تجدید نظر، اجرا متوقف می‌شود و بعد از آن یا اجرا ادامه می‌یابد یا میزان اجرا شده اعاده می‌شود.

۴۲- کنترل رأی داور بر خلاف تصور فقط با اقامه دعوی ابطال نیست. (۱) کنترل در

زمان تصمیم و ابلاغ رأی، " کنترل محدود": چنانچه رأی به وضوح خلاف باشد، مثلاً از بین هیأت سه نفره داوری فقط یک داور امضا کرده باشد، قاضی می‌تواند رأی را ابلاغ نکند. ۲) کنترل در زمان اجرای رأی، " کنترل محدود": زمانی که بعد از بیست روز از ابلاغ رأی، قاضی اجرائیه صادر می‌کند. ۳) کنترل در زمان اقامه دعوی ابطال، " کنترل تفصیلی": تا بیست روز بعد از ابلاغ رأی، امکان اقامه دعوی ابطال و کنترل تفصیلی وجود دارد.

۴۳- دعوی ابطال رأی داور، بهتر است به وسیله تقدیم دادخواست اقامه شود.

۴۴- خواسته دعوا می‌تواند ابطال رأی داور، اعتراض به رأی داور، یا بی اعتباری رأی داور باشد.

۴۵- هر چند دادگاه‌ها حق ندارند خارج از حدود خواسته اقدام کنند ولی از آنجایی که قدر مشترک همه جهات ابطال رأی داور، بی اعتباری رأی داور می‌باشد. چنانچه قاضی به جهات ذکر شده در دادخواست، رأی را باطل ندید اما به جهات دیگر رأی باطل بود با ذکر آن جهات، حکم بر ابطال رأی داور می‌دهد.

۴۶- دادگاه نخستین باید به همه جهات اظهار نظر کند و اگر دادگاه تجدید ظر به این نتیجه برسد که به جهت دیگری رأی داور باطل است، باید پرونده را جهت رسیدگی به آن موضوع خاص به دادگاه بدوی عودت دهد، چون این جهات امور موضوعی و شکلی هستند و هر کدام به طور مجزا می‌توانند موضوع اقامه دعوا باشند، لذا اگر دادگاه تجدید نظر، ورود مستقیم داشته باشد مثل این است که بی مقدمه به یک دعوا در مرحله بالاتر رسیدگی شود. (ماده ۷ آ.د.م)

۴۷- داوری‌های مبتنی بر صلح و سازش در صورت غیرموجه و ناعادلانه بودن رأی در دادگاه قابل کنترل اند.

۴۸- چنانچه خوانده دعوا شناسایی نشد و ابلاغ صورت نگرفت، داور حق ورود و رسیدگی ندارد و داوری منتفی است. در صورت صدور رأی باطل است و چنانچه مقام ناصب دادگاه بود باید به دادگاه اطلاع داده شود که این داوری منتفی است.

۴۹- داوری غیابی تنها در صورتی ممکن است که طرف مقابل اطلاع از جلسات داوری دارد اما در آن شرکت نداشته و دفاعی نمی‌کند. در این صورت به علت اطلاع وی، داوری صحیح است.

۵۰- طرفین می‌توانند با توافق قبلی حق اعتراض به رأی در دادگاه را اسقاط کنند.

۵۱- دادگاه صالح به رسیدگی دعوی ابطال لزوماً دادگاهی نیست که رأی داور را ابلاغ می‌کند و داور را تعیین کرده یا به داوری ارجاع می‌دهد. هر چند از لحاظ عملی بهتر است دعوی ابطال در همان دادگاهی که داور را تعیین کرده، مطرح شود.

۵۲. چنانچه طرفین در دادگاه تجدید نظر به داوری مراجعه کنند، ابطال آن در صلاحیت دادگاه بدوی است.

۵۳. رأی داور بر خلاف رأی دادگاه قابلیت استناد به اشخاص ثالث را ندارد (مواد ۴۱۸ و ۴۹۵).

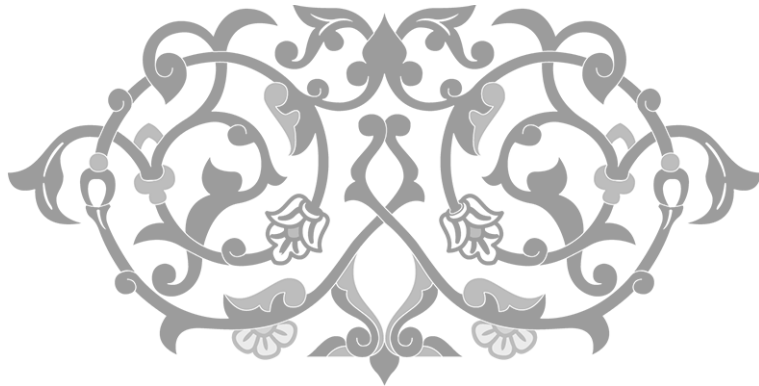
۵۴. چنانچه رأی داور با سند رسمی در تضاد باشد، اجرای رأی داور متوقف می‌شود. در صورتی که رأی داور با یک سند عادی یا سندی مثل شهادت که در اجرای احکام، فرصت ارزیابی ندارد در تضاد باشد، رأی داور اجرا می‌شود و ثالث حق اعتراض به رأی داور ندارد.

۵۵. مرجع اعتراض ثالث به رأی داور، دادگاه بدوی است، حتی اگر رأی در دادگاه تجدید نظر هم تأیید شده باشد.

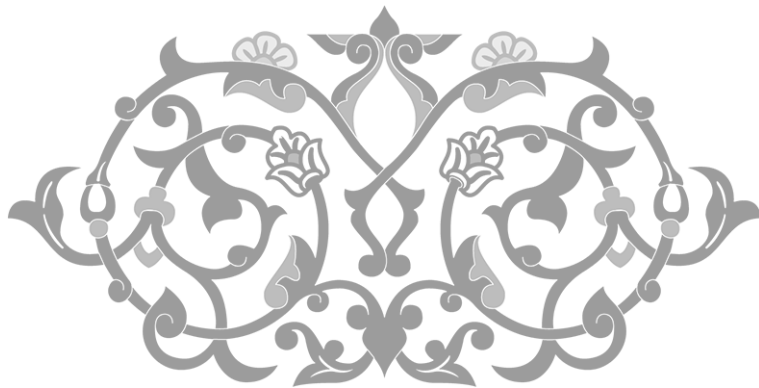
۵۶. جهات ابطال در اعتراض ثالث، جهات ابطال رأی داور نیست و فقط اصل حق ثالث بررسی می‌شود و دادگاه باید وارد رسیدگی ماهیتی شود. چنانچه ثالث هم به اصل حق استناد کند و هم به جهات ابطال رأی، دادگاه تنها باید به اصل حق رسیدگی کند و حق بررسی جهات ابطال رأی داور را ندارد.

۵۷. داور، حق و تکلیف تفسیر قرارداد را دارد مگر دلیلی برای تفسیر ذکر نکرده و خلاف آن به صورت صریح در قرارداد باشد که در این صورت تفسیر قرارداد با دادگاه است. اگر داور بر این اساس رأی دهد، رأی خلاف قانون، موجد حق است اما همچنان دادگاه نمی‌تواند وارد ماهیت شده و تفسیر خود را از قرارداد ارائه دهد.

۵۸. دادگاه نمی‌تواند در رأی داور که از طریق کارشناسی صادر شده، دخالت کند. فقط در صورتی که شکل و شرایط تحقق کارشناسی، خلاف قانون باشد، حق کنترل وجود دارد. (مثلا طرفین به کارشناسی سه نفره توافق کردند اما داور یک کارشناس گرفته باشد).



# بایسته های حرفه وکالت



## نامه‌های رسیده

### "بازنشستگی وکلا، بازنشستگی قضات ؛

#### یک بام و دو هوا"

از دورانی که دانشجوی رشته حقوق بودم این عبارت مرتب در گوش من طنین انداز بود که وکالت و قضاوت دو بال فرشته عدالت هستند. در دوره دانشجویی گمان می‌کردم وقتی از وکیل و قاضی به عنوان دو بال یاد می‌کنند، قاعدتا این دو بال از همه لحاظ شبیه به هم بوده و در یک راستا حرکت می‌کنند. ظاهر برخی از قوانین مربوطه هم که وکیل و قاضی را از لحاظ شأن در یک درجه می‌دید، مرا بر این باور استوارتر می‌نمود، اما بعداً در عمل چیز دیگری دیدم. از یک سو برخی از وکلا، قضات را بال فرشته عدالت نمی‌دانند و از دیگر سو برخی قضات نیز وکلا را نه تنها بال عدالت نمی‌دانند، بلکه آن‌ها را مزاحم پرواز فرشته عدالت نیز محسوب می‌کنند. دیدگاه هر دو دسته از وکلا و قضات فوق، نه تنها فرشته عدالت را به سر منزل مقصود نمی‌رساند، بلکه باعث می‌شود، فرشته عدالت توان پرواز نداشته باشد. متأسفانه برخی از اقدامات و قوانین تبعیض آمیز بین این دو بال فرشته عدالت باعث شده هر کدام از این دو بال به سمتی پرواز کنند که ثمره آن چیزی جز سقوط فرشته عدالت به قهقرا نیست. از جمله این اقدامات تبعیض آمیز که باعث می‌گردد جهت پرواز این دو بال فرشته عدالت مخالف یکدیگر باشد، آن است که عملاً تعداد قابل توجهی از قضات محترم که سی یا بیشتر از سی سال در دستگاه قضایی خدمت کرده اند، با حمایت تمام قد دستگاه قضایی و قوانین موجود، مدتی بعد از بازنشستگی به دنبال گرفتن مجوز و پروانه مؤسسه داوری، وکالت یا دفتر خدمات الکترونیک قضایی یا مشاغل دیگر حقوقی می‌روند، از سوی دیگر به بال دیگر فرشته عدالت، یعنی وکلای محترم ایراد می‌گیرند که چرا در قوانین عملاً وکیل می‌تواند تا آخر عمر کار کند و بازنشستگی ندارد. سوال آن است که اگر بازنشستگی نیروهای قدیمی و به کارگیری نیروهای جوان یک قاعده حسنه است، بهتر است این قاعده برای هر دو بال

فرشته عدالت یکسان باشد، نه آن که از یک سو نگران اشتغال جوانان تحصیل کرده حقوق باشیم و از سوی دیگر برخی قضات محترم، بعد از بازنشستگی دوباره به کارهای حقوقی جدید رو آورده و با حمایت‌های دستگاه قضایی و قوانین، این بال فرشته عدالت هر روز قوی تر و بال دیگر هر روز ضعیف تر شود. یک بال قوی و یک بال ضعیف ثمره‌ای غیر از سقوط عدالت نخواهد داشت.

## شیوه ثبت مؤسسات داوری

### نفیسه مستقل<sup>۱</sup>

امروزه داوری راهی میان بُر، برای حل اختلافات طرفین دعوی، از طریق مذاکره و تبادل نظر صلح جویانه، بوده که دارای اهمیت زیادی می‌باشد و بسیاری از اشخاص جهت اعمال این روش حل و فصل اختلاف، مؤسساتی را به ثبت می‌رسانند که به شکل تخصصی به این امر مهم، می‌پردازد.

در حقیقت طرفین دعوی، به جای مراجعه به دادگاه، می‌توانند دعوی را از طریق داوری و طبق رویه‌ای خصوصی که طرفین در مورد آن توافق کرده اند، حل و فصل کنند. طرفین توافق می‌کنند به رای داوری، که دارای قدرتی قانونی بوده و همانند آراء صادر شده از دادگاه‌ها قابل اجرا است، گردن نهند. در موضوعات بازرگانی طرفین عموماً مجازند از داوری برای حل و فصل اختلافاتشان استفاده کنند. وجود یک توافق معتبر داوری مانع از آن می‌شود که یک دادگاه داخلی بتواند ادعایی را در چارچوب یک قرارداد فروش مورد رسیدگی قرار دهد که در آن برای حل و فصل اختلافات، شرط داوری قید شده است.

باید متذکر شد که قوانین ایران، در زمینه موافقتنامه یا قرارداد داوری به هیچ وجه برای اشخاص حقوق خصوصی محدود کننده نمی‌باشد، زیرا اولاً قانون ایران بین قرارداد رجوع اختلاف موجود یا محتمل الوقوع به داوری تفاوتی قائل نشده است و ثانیاً اصل این است که در نظام حقوقی ایران کلیه اختلافات مدنی قابل ارجاع به داوری است، به جز استثنائات مندرج در ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی یعنی ورشکستگی و دعوی راجع به اصل نکاح و طلاق و فسخ آن و نسب. مسائل دیگری وجود ندارد که از حیث

---

۱- وکیل پایه یک دادگستری، مدرس دانشگاه

موضوع قابل ارجاع به داوری نباشد. همچنین باید خاطر نشان ساخت که در صورت تراضی کتبی طرفین و یا در صورت فوت یا حجر یکی از آن ها داوری از بین خواهد رفت. همانطور که در ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است "کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوی دارند، می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه ها طرح شده و یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی که باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند". لذا انتخاب داور در ابتدای امر، یعنی هنگام انعقاد قرارداد یا در زمان اجرای مفاد آن و نیز در حین بروز اختلاف و همچنین پس از مراجعه به دادگاه و در زمان رسیدگی به پرونده امکان پذیر بوده و برکات فراوانی دارد.

وجود مؤسسات داوری دارای مزیت‌های بسیاری است که عبارتند از :

- سرعت بخشیدن در رسیدگی و جلوگیری از اطاله دادرسی
- کاهش ورودی پرونده به دادگاه ها
- صرف زمان و هزینه کمتر
- عدم الزامی بودن رعایت تشریفات اداری و آیین و روش دادرسی دادگاه ها
- صدور آرای تخصصی و عادلانه
- امکان صلح و سازش در جریان داوری
- ارتباط طرفین و تعامل آنان با داور یا داوران
- رضایت بیشتر طرفین به رای صادره

### **روش ثبت مؤسسه داوری**

همانند تمام امور ثبتی، ثبت مؤسسه داوری از طریق سامانه اداره ثبت شرکتها و مؤسسات غیرتجاری و به صورت آنلاین انجام میگردد. به دلیل حساسیت و اهمیت داوری، اداره ثبت شرکتها و مؤسسات غیرتجاری شرایط ویژه‌ای برای فعالیت چنین مؤسساتی در نظر گرفته است. اصلی ترین شرط شروع به کار و فعالیت مؤسسات داوری داشتن دانش حقوقی و گذراندن سطوح مختلف مراحل آموزش داوری است. ارائه مجوز یا پروانه وکالت هنگام ثبت شرکت نیاز نیست و بدون هیچ مدرک و مجوزی می‌توان مؤسسه داوری به ثبت رساند ولی بدیهی است برای ارجاع پرونده و شروع فعالیت در زمینه داوری نیازمند اخذ مدارک علمی صلاحیت انجام داوری می‌باشد. ارائه دو نسخه اساسنامه،



اظهارنامه و صورتجلسه که توسط تمامی مؤسسين امضاء شده باشد به همراه مدارک شناسایی مؤسسين به اداره ثبت شرکتها و مؤسسات غیرتجاری جهت ثبت مؤسسه داوری لازم می‌باشد. در واقع باید گفت مؤسسه داوری نیز مانند مؤسسات حقوقی، از دسته مؤسسات غیرتجاری هستند که توسط اداره ثبت شرکتها ثبت می‌شوند ولی یک مؤسسه داوری نمی‌تواند فعالیت‌هایی مشابه مؤسسه حقوقی ( امور قضایی ) انجام دهد.

مدارک لازم جهت ثبت مؤسسه داوری به شرح ذیل می‌باشد:

- ۱- تکمیل دو نسخه تقاضانامه مؤسسات غیرتجاری
  - ۲- تکمیل دو نسخه اساسنامه مؤسسات غیرتجاری
  - ۳- کپی شناسنامه برابر اصل شده حداقل دو نفر از اعضای هیات مدیره و شرکاء (در دفاتر اسناد رسمی)
  - ۴- کپی کارت ملی برابر اصل شده حداقل دو نفر از اعضای هیئت مدیره و شرکاء (در دفاتر اسناد رسمی)
  - ۵- در صورتیکه اعضاء هیئت مدیره یا سهامداران اشخاص حقوقی باشند، ارائه کپی آخرین روزنامه رسمی شخص حقوقی و نامه معرفی نماینده (در سربرگ مؤسسه) و کپی شناسنامه و کپی کارت ملی برابر اصل شده نماینده شخص حقوقی.
  - ۶- ارائه اصل قییم نامه یا کپی برابر اصل قییم نامه.
- قابل ذکر است که در شماره ۱۲۵ مجله مدرسه حقوق کانون وکلای اصفهان، طریقه ثبت شرکت از طریق اداره ثبت شرکتها، به شکل تفصیلی و مصور ارائه گردید. همانطور که در بالا ذکر گردید، روند و شیوه ثبت مؤسسات داوری نیز مانند سایر شرکتها بوده و تنها تفاوت آن در نحوه فعالیت محدود این مؤسسات است. لذا جهت جلوگیری از تکرار مطالب شماره‌های قبلی مجله، از شرح تفصیلی ثبت این گونه مؤسسات، در این شماره، خودداری می‌نماییم.

## نظریه‌های کمیسیون مشورتی کانون وکلای دادگستری استان اصفهان

**سوال:** در خصوص مصوبه مورخ ۹۷/۲/۲۶ هیات مدیره محترم دائر بر بررسی مقررات دستورالعمل‌های قانونی پیرامون هیات مقررات زدایی دائر بر اینکه کانون‌های وکلا نیز مشمول مقررات مربوط به تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار می‌باشند یا خیر؟

**نظر کمیسیون:** مدلول و مفاد ماده ۶۲ قانون برنامه پنجم توسعه و ماده یک قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار و مواد ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری و محاسبات عمومی و ماده ۲ قانون نظام صنفی و تبصره ذیل آن و بند ۲۱ ماده یک قانون اجرای سیاست‌های کل اصل ۴۴ و رای وحدت رویه شماره ۶۰۷ مورخ ۷۵/۶/۲۰ حکایت از خروج موضوعی کانون وکلا از تمامی عناوین مندرج در قوانین دارد و کانون‌های وکلا مشمول قوانین خاص خود می‌باشند. علیهذا کانون‌های وکلا از شمول مقررات و دستورالعمل‌های قانونی مربوط به هیات مقررات زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار، خارج است.

# آرای وحدت رویه و نظریه‌های

## مشورتی قوه قضائیه

"نظریات مشورتی راجع به داوری"

۱- نظریه مشورتی شماره ۳۲۳۰/۷ مورخ ۱۳۸۶/۵/۱۶ اداره کل حقوقی قوه قضائیه:

**پرسش :**

آیا اختلافات پرونده‌های مربوط به اوقاف را می‌توان به داوری ارجاع نمود؟  
اموال و املاک موقوفه عام متعلق به دولت یا سازمان اوقاف نیست و سازمان مذکور دارای شخصیت حقوقی است که غیر از شخصیت موقوفه است؛ بنابراین اموال و املاک موقوفه عام عنوان و مصداق اموال دولتی ندارد و ارجاع پرونده‌های مربوط به اوقاف، به داوری با توجه به اینکه این امر قانوناً منع نشده است، فاقد ایراد و اشکال قانونی است.

۲- نظریه مشورتی مورخ ۱۳۵۲/۴/۲۲ اداره کل حقوقی قوه قضائیه:

**پرسش :**

در مواردی که به موجب سند رسمی تشخیص تخلف متعهد، به رأی داور موکول شده و داور نظر خود را درباره آن داده است، آیا با صراحت مواد ۶۳۲ و ۶۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی، اداره ثبت می‌تواند بر اساس نظر داور به صدور اجرائیه مبادرت کند؟  
در مورد پرسش فوق، اداره حقوقی در تاریخ ۱۳۵۲/۴/۱۲ بر مبنای نظریه جلسه ۱۳۵۲/۳/۲۷ کمیسیون مشورتی قوانین ثبت، چنین پاسخ داده است:  
با در نظر گرفتن این قسمت که رأی داور از منجزات مقرر در مواد ۹۲ و ۹۳ قانون ثبت محسوب نمی‌گردد، لذا به فرض آنکه اختلاف احتمالی به موجب سند رسمی از طریق

حکمیت مقرر شده باشد، رأی مستقلاً قابل اجرا نخواهد بود. از این رو با عطف توجه به مدلول ماده ۶۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی، ذی نفع می‌تواند طبق مقررات به مرجع صالح دادگستری مراجعه نمایند.

### ۳- نظریه مشورتی مورخ ۱۳۵۵/۴/۱۸ اداره کل حقوقی قوه قضاییه:

#### پرسش:

احتراماً در رأی داورى که درخواست اجرای آن از دادگاه شده و به صدور اجرائیه و تشکیل پرونده اجرائی منتهی شده است، با توجه به اینکه مبنای صدور اجرائیه، رأی داورى و محکوم به نیز مالی است، آیا نیم عشر دولتی پس از انقضای ده روز از تاریخ ابلاغ اجرائیه بر عهده محکوم‌علیه قرار می‌گیرد یا خیر؟

رأی داور بر طبق مواد ۴۸۵ و ۴۸۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ مانند حکم دادگاه قابل اجراست. بدین ترتیب که پس از رسیدن رأی داور، مدیر دفتر دادگاه ارجاع کننده دعوی به داورى یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را دارد، به دستور رئیس دادگاه، اصل رأی را بایگانی و رو نوشت گواهی شده آن را برای ابلاغ به اصحاب دعوی می‌فرستد و هرگاه محکوم علیه تا بیست روز پس از ابلاغ رأی به او، طوعاً حکم را اجرا نکرد، دادگاه ارجاع کننده دعوی به داورى و یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را دارد، مکلف است به درخواست ذی نفع بر طبق رأی داور، اجرائیه صادر نماید. بدیهی است پس از انقضای ده روز از تاریخ ابلاغ اجرائیه، نیم عشر دولتی بر عهده محکوم علیه قرار می‌گیرد. شایان ذکر است در صورتی که دادگاه پس از ملاحظه اسناد و مدارک ... احراز کند که رأی داور نادرست بوده و قابلیت اجرائی ندارد، نمی‌تواند دستور اجرا بدهد.

### ۴- نظریه مشورتی مورخ ۱۳۴۵/۹/۲۶:

#### پرسش:

آیا هر یک از طرفین می‌توانند به استناد ماده ۶۳۷ قانون آیین دادرسی مدنی از دادگاه بخواهد که داور مشترک را انتخاب کند؟ آیا داور مستعفی می‌تواند استعفای خود را مسترد و به داورى مبادرت کند یا نه؟

۱۰۰

کمیسیون مشورتی آیین دادرسی مدنی اداره حقوقی در جلسه مورخ ۱۳۴۵/۹/۲۶ اظهار نظر کرده است.

چون از مندرجات قرارداد طرفین به شرح مذکور در استعلام چنین استفاده می‌شود که توافق طرفین یا حل اختلافات ناشی از قرارداد از طریق داوری، قطع نظر از شخصیت داوران بوده است، لذا با استعفای داوران مشترک و عدم تراضی طرفین در تعیین داور مشترک به جای او هر یک از طرفین می‌توانند با استفاده از مقررات بند ۲ ماده ۶۳۷ قانون آیین دادرسی مدنی، تعیین داور مشترک را از دادگاه درخواست نمایند و در مورد سؤال، اینکه داور مستعفی، عنوان داور مشترک طرفین را داشته، نه داور اختصاصی یک طرف، تأثیری در امر ندارد.

با استعفای داور سمت داوری او زائل می‌شود و عدول از آن توسط داور مستعفی موجب اعاده سمت داوری نیست.

#### ۵- نظریه مشورتی شماره ۴۳۶۱/۷ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۶:

انتخاب یکی از اعضای هیأت مدیره شرکت به عنوان داور به طور مردد (بدون ذکر نام)، فاقد اعتبار است.

اولاً: انتخاب اعضای هیأت مدیره شرکت که یکی از طرفین منازعه است و تراضی طرفین به عنوان داور با توجه به ملاک صدور ماده ۴۶۹ ق.آ.د.م ۱۳۷۹ فاقد منع قانونی است.

ثانیاً: برابر ماده ۴۵۸ همان قانون در هر مورد که داور، تعیین می‌شود، باید مشخصات وی به طوری که رافع اشتباه باشد، تعیین گردد.

بنابراین انتخاب یکی از اعضای هیأت مدیره به طور مردد، برخلاف نص قانونی مزبور بوده و فاقد اعتبار است، مگر آنکه مقصود آنان تعیین شرایط برای داوری باشد که بعداً تعیین می‌شود.

یعنی آنکه مقرر نمایند یکی از شرایط داوری که بعداً تعیین می‌شود، این است عضو هیأت مدیره شرکت باشد در این صورت هرگاه بعداً در مورد تعیین داور، تراضی نکنند با توجه به ملاک بند ۴ ماده ۱۰ قانون داوری تجاری بین المللی مقام ناصب، باید داور را از اشخاص واجد شرایط مقرر بین طرفین انتخاب نمایند که تشخیص و احراز قصد طرفین

درباره هر یک از این دو فرض با دادگاه رسیدگی کننده است.

### ۶- نظریه شماره ۱۰۶۷/۷ مورخ ۷۸/۲/۲۶ در خصوص ماده ۴۸۵:

در صورتی که ارجاع به داوری براساس توافق قبلی و پیش از مراجعه به محکمه باشد، دفتر دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل موضوع را دارد با دریافت رأی داوری، اصل آن را بایگانی نموده و رونوشت را جهت ابلاغ به اصحاب دعوی به دستور دادگاه با همان ضوابطی که برای حکم دادگاه وجود دارد، ارسال می کند. در این خصوص اخذ وجه و هزینه‌ای تجویز نشده است و دادگاه در مورد ابلاغ و اجرای رأی داور نیاز به تنظیم دادخواست ندارد و از طریق درخواست کتبی ذی نفع، جریان پیدا می کند.

## پند استاد

دکتر محسن محبی<sup>۱</sup>

### چند جمله با وکلای دادگستری:

اینکه از محل اشتغال به وکالت، درآمدی هم حاصل شود، اشکالی ندارد، اما وکالت دادگستری یک حرفه است و نه یک شغل صرف، شأن اصلی وکیل دادگستری و رسالت پایه در وکالت دادگستری، التزام به قانون و اخلاق حرفه‌ای است. از این رو، هر جا بین وکالت به عنوان یک شغل و وکالت به عنوان یک حرفه ملتزم به قانون، تباین یا تعارضی رخ دهد، اولویت با رعایت الزامات "حرفه وکالت" است. می‌توان پرسید این الزامات کدام است؟

کار وکیل در دو سطح انجام می‌شود؛ یکی حضور در دادگاه و دفاع از حقوق موکل که این پوسته وکالت و ظاهر امر دفاع است. دوم اجرای قانون و اثر گذاری در راستای تحقق عدالت و این هسته اصلی وکالت دادگستری و باطن امر دفاع است. ستون اصلی الزامات حرفه وکالت بر همین پایه بنا شده است. به لحاظ التزام وکیل به قانون، وکیل حق ندارد، ولو به درخواست موکل و با مسئولیت او، دروغ بگوید یا مدارک و اسناد را کتمان کند یا سند مجعول و مخدوش به دادگاه تقدیم نماید یا با اظهارات نادرست آگاهانه دادگاه را از مسیر رسیدگی درست، منحرف یا معطل کند. اگر وکیل بداند که مدارک و مستندات که موکل در اختیار او گذاشته مخدوش و نامعتبر است، مکلف است از ارائه آن به محکمه اجتناب نماید.

رعایت و اهتمام به مسئولیت وکیل در اجرای قانون وقتی ممکن و عملی است که

---

۱ - استاد دانشگاه، وکیل پایه یک دادگستری، نماینده رابط و وکیل دولت در دعاوی مطروحه در دیوان بین المللی دادگستری (لاسه)

وکیل در مقام دفاع اولاً از امنیت شغلی و تأمین حرفه‌ای برخوردار باشد، ثانیاً استقلال داشته باشد. نتیجه عقلی این دو شرط آن است که کانون‌های وکلا از دستگاه حاکمه و از جمله دستگاه قضایی مستقل بوده و فقط در برابر قانون پاسخ گو باشند. از این رو ضمانت اجرای تخلفات وکلا باید در داخل کانون وکلا رسیدگی شود و نیازی به ساز و کار بیرونی نیست، به ویژه که رسیدگی و ضمانت اجرای انضباطی در خانواده وکلای دادگستری به مراتب اثر بیشتری دارد.

بی‌گفتگو وکالت یک خدمت عمومی و یک امانت است. به همین لحاظ بیشترین نفع از استقلال وکیل و کانون وکلا، نصیب مردم و جامعه می‌شود تا خود وکیل، استقلال وکیل به معنای خود فرمانی و خود مختاری نیست، بلکه به معنای مسئولیت بیشتر و حرفه‌ای وکیل است در مقابل قانون و دادگاه و البته موکل.

### و اما چند توصیه به وکلای دادگستری:

در بسیاری از کشورها تضمین نتیجه دعوا توسط وکیل، تخلف است. هرگز نتیجه دعوا را تضمین نکنید، زیرا وکیل هر قدر توانا باشد و هر قدر اسناد و مدارک متقن و محکم در اختیار داشته باشد، نتیجه دعوا در گرو توانایی طرف مقابل و استدلال حقوقی او و نیز در ارائه ادله معارض است و در نهایت به دست قاضی خواهد بود.

پس از قبول وکالت تلاش کافی در جهت حصول سازش بین طرفین کنید و نتیجه آن را در دادخواست احتمالی قید نمایید.

در توصیه‌ها، مشورت‌ها یا وعده‌ها به موکل، غلو نکنید، زیرا افزون بر شائبه فریب و مغرور نمودن موکل، عدم حصول نتیجه غلو آمیز موجب خدشه به حیثیت شخصی و جمعی وکلا است.

اگر موکل درخواست ارائه سخن نادرست یا مدارک نامعتبر به مسئولیت خود نمود، هرگز نپذیرید و اگر می‌توانید حتی او را از این کار باز دارید.

وکالت، تعهد به فعل است نه نتیجه. اما این فعل دفاع از موکل باید با رعایت قانون، اصول حرفه‌ای وکالت و با به کارگیری بهترین روش و البته با رعایت صلاح موکل انجام شود. کوتاهی و تخلف از این‌ها موجب مسئولیت است.

حق الوکاله، ما به ازای زحمتی است که وکیل به لحاظ دانش تخصصی و حرفه‌ای خود متقبل شده است، نه در برابر حصول نتیجه، بنابراین، حق الوکاله را موکل به نتیجه



نکنید، حتی بهتر است در نتیجه دعوا با موکل شریک نشوید. در رفتار با سایر وکلا و اصحاب قضا از جمله قضات و کارکنان دادگاه، نهایت ادب و احترام را به کار بگیرید، این رفتار پسندیده موجب هم افزایی مبارک می‌شود و احترامات متقابل را بر می‌انگیزد. از تواضع بیجا نزد موکل و دادگاه جداً بپرهیزید و خود را حقیر و کوچک نشمارید. "ادب و کالت" غیر از استخفاف است. اسرار موکل نزد وکیل، امانت است. این امانت بسی بیش از امانت در معنای حقوقی است و جنبه اخلاقی آن بسی مهم تر است. حتی المقدور، وکالت با واسطه را نپذیرید و تلاش کنید با موکل مستقیماً ارتباط برقرار کنید. سرمایه اصلی وکیل، علاوه بر دانش حقوقی و تجربه، اعتماد موکل است. به محض تردید در اعتماد موکل هرگز خود را به وی تحمیل ننمایید و با رعایت مقررات، از وکالت کناره گیری و با وی منصفانه تسویه حساب نمایید. ملاقات با موکل، یک جلسه رسمی و کاری است. آداب جلسه را رعایت کنید. با موکل دوست نشوید و اگر ناگزیر چنین شد حریم ها را نگه دارید. خدمت حقوقی اعم از وکالت یا مشاوره رایگان نیست، اما رعایت انصاف و حال موکل و تخفیف در حق الزحمه امر پسندیده‌ای است. صدر و ذیل همه توصیه ها این است: در همه کارها، خدا را در نظر داشته باشید.

# گزیده مقالات کاربردی

## هاجر قاسمی<sup>۱</sup>

در مجلات علمی متعددی که در سراسر کشور به صورت فصل نامه یا دو فصل نامه به چاپ می‌رسد، معمولاً دو نوع مقاله را می‌توان مشاهده نمود؛ اول: مقالاتی که صرفاً جنبه علمی دارند و معمولاً با نگاهی تطبیقی همراه است. دوم: مقالاتی که هم جنبه علمی و هم جنبه کاربردی دارند. بدون شک بهره‌مندی از همه این مقالات برای جامعه حقوقی مفید و ضروری است، اما مقالات دسته دوم چون حالتی علمی کاربردی دارند، برای وکلا و قضات دارای بهره و فایده بیشتری می‌باشند. از این رو سعی بر این است که در هر شماره از مدرسه حقوق، فهرستی از این مقالات و چکیده آن به همراه آدرس نشریه، جهت استفاده دوستان گرامی ارائه گردد. مقالاتی به روز و کاربردی که همکاران ارجمند می‌توانند متن کامل آن را در پایگاه مجلات تخصصی نور یا در سایت مجله مربوطه مشاهده نمایند.

## ۱- موجه و مدلل بودن رأی داوری داخلی با نگاهی بر رویه قضایی

نویسنده: امینی، عیسی؛ منصوری، عباس؛

مجله: پژوهش حقوق خصوصی، بهار ۱۳۹۷ - شماره ۲۲

قانون‌گذار برای رأی داوری داخلی در قانون آیین دادرسی مدنی شکل و قالب خاصی تعریف نکرده ولی در ماده ۴۸۲ این قانون بر لزوم موجه و مدلل بودن آن تأکید نموده است. بنابراین از نحوه انشای ماده مزبور استنباط می‌گردد که این موضوع از ارکان رأی

داوری محسوب می‌شود و دقیقاً همان الزامی که برای قضات وجود دارد، برای داور هم مقرر شده اما در هیچ قانونی، موجه و مدلل بودن رأی داور و همچنین ضمانت اجرایی برای آن، تعیین نشده است. به همین دلیل دکتترین و رویه قضایی در این باره دچار تردید هستند و هرکس از دیدگاه خود، تعریف و ضمانت اجرایی ارائه کرده است. بعضی موجه و مدلل نبودن رأی داور را از موارد بطلان آن دانسته و عده‌ای هم با تأکید بر حصری بودن موارد ابطال رأی داور در ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی، قائل به عدم بطلان رأی غیر موجه و غیر مدلل داور هستند. به نظر می‌رسد که موجه و مدلل نبودن رأی داور، موجب بی‌اعتباری رأی شده و طبعاً از موارد بطلان رأی داور است.

## ۲- امکان اجرای آرای داور بر خلاف قانون و نظم عمومی

نویسنده: حسنی، محمد مهدی؛

مجله: وکیل مدافع، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ - شماره ۶ و ۷

در نوشته حاضر یکی از آثار رأی داور، مورد کنکاش قرار گرفته و به این پرسش پاسخ داده می‌شود که اگر رأی داور یا داوران برخلاف قوانین ماهوی و موجد حق و نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد، صرف نظر از این که ذی نفع بطلان رأی داور، نسبت به آن اعتراضی بکند یا نکند و یا اعتراض او خارج از موعد باشد (که در نتیجه قرار رد درخواست ابطال صادر شود) یا اساساً دادرسی دادگاهی که اجرائیه را صادر کرده و حکم داور زیر نظر او اجرا می‌شود، معتقد به وجود کاستی‌های جدی بر شمرده شده باشد، آیا چنین رأیی الزاماً با برجاست و قابلیت اجرایی دارد و دادرسی بایستی چنین آرای را اجرا کند یا خیر؟

## ۳- اعتراض به رأی داور در حقوق ایران

نویسنده: حافظی، بهاره؛

مجله: حقوق داور، خرداد ۱۳۹۸ - شماره ۴

یکی از ویژگی‌های داور، تحصیل یک رأی لازم الاجرا توسط طرفین اختلاف می‌باشد. رأی داور هر چند که به نفع محکوم له می‌باشد ولی همیشه این امکان وجود دارد که رأی داور، صحیح صادر نشده و یا محکوم علیه مدعی عدم صحت آن باشد. به همین دلیل است که در مقررات مربوط به داور این حق برای طرفین پیش بینی شده که نسبت به رأی صادره اعتراض نمایند. البته اعتراض به رأی داور با اعتراض نسبت به

آرای دادگاه‌ها متفاوت است و تنها در موارد احصاء شده می‌توان نسبت به رأی داورى اعتراض و ابطال آن را از دادگاه تقاضا کرد.

#### ۴- بررسی مداخله دادگاه در داورى در حقوق ایران

نویسنده: انصاری، روح‌الله؛ پور جواهری، علی؛ کریمی، قوام؛

مجله: مطالعات علوم سیاسى، حقوق و فقه، تابستان ۱۳۹۶، دوره سوم - شماره ۲/۲

داورى عبارت است از حل اختلاف فعلی یا آتی بدون مداخله قوه قاهره یا همان مراجع رسمى در برگزاری و اجرای آن؛ اما تصور نهاد داورى بدون قوه قاهره، یا تصور داورى بدون دادگاه، چندان خوشایند نیست. با این فرض کارکرد داورى تنزل یافته و ضمانت اجرایی به غیر از تعهدات اخلاقی نخواهد داشت. در این صورت توسل به داورى و تلاش جهت اخذ حکم از نهاد داورى بیهوده خواهد بود. پس مداخله دادگاه در داورى ضرورى است چرا که داوران به کمک و مساعدت دادگاه در برگزاری و اجرای درست داورى و مساعدت در شناسایی و اجرای آراء صادره از داورى نیاز دارند. دخالت دادگاه‌ها در امر داورى می‌تواند قبل از جریان داورى، در جریان داورى و یا حتى پس از صدور رأی داور باشد. در هر مرحله، این دخالت که ممکن است نظارتی یا مساعدتی باشد بخش مهمی از رسیدگی دادگاه‌ها را در فرایند داورى تشکیل می‌دهد. مداخله دادگاه در داورى‌های داخلی گسترده‌تر از داورى‌های تجارى بین‌المللی می‌باشد. داورى بدون حدی از مداخله دادگاه نمی‌تواند به حیات خود ادامه دهد، اما این دخالت باید مرز بندى و تحدید شود و گرنه ممکن است به ابزاری جهت دورى از هدف ارجاع امر به داورى مبدل شود. در تحقیق حاضر، اولاً میزان و حدود مداخله دادگاه در هر مرحله به تفکیک و ثانیاً داورى داخلی و داورى بین‌المللی تجارى بررسى و مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرند. ثمره اصلی تحقیق، مشخص کردن حدود مداخله دادگاه در امر داورى خواهد بود زیرا مشوق اصلی افراد در مراجعه به داورى، آگاهی از میزان مداخله دادگاه در داورى است که هر چه مداخله کمتر باشد، رجوع به داورى بیشتر خواهد بود.

#### ۵- معیار تشخیص استقلال و بی‌طرفی داور

نویسنده: شمس، عبدالله؛ بطحائی، سید فرهاد؛

مجله: تحقیقات حقوقی، بهار ۱۳۹۶ - شماره ۷۷

امروزه استقلال و بی‌طرفی داور از مقبولیت جهان شمولی برخوردار است، اما

اختلاف ها راجع به معیار ارزیابی این دو به عنوان حقوق و تکالیف طرفین دعوا و داوران همچنان باقی است. اقتباس معیارهای جرح قضات دادگاه های دولتی، ممنوعیت کوچک ترین رابطه میان داور و هر یک از طرفین دعوا، طبقه بندی روابط در لیست های رنگارنگ، حاکمیت معیار نوعی برای تشخیص استقلال و حاکمیت معیار شخصی برای تشخیص بی طرفی از جمله کلیدهایی است که توسط اسناد بین المللی، قوانین ملی، دکترین و رویه قضایی در جستجوی حل این معما ارائه شده است و به نظر می رسد نه تنها گره‌ای از این مشکل نگشوده اند، بلکه هر یک به نوبه خود قفل بر قفل های قبلی آویخته و حصول اجماع را امری غیر ممکن نموده اند. معیار قانون و قواعد نمونه داوری آنسیترال مبنی بر « هر گونه اوضاع و احوالی که شک موجهی نسبت به استقلال و بی طرفی داور ایجاد نماید»، گرچه نسبت به سایر معیارها، تناسب بیشتری با نهاد داوری دارد، اما رهنمود خاصی برای اجرای آن ارائه نکرده است. در این مقاله تلاش شده است پس از بررسی و نقد دیدگاه های مطروحه، با در نظر گرفتن مختصات ویژه نهاد داوری، راهکاری مناسب برای تشخیص و رعایت استقلال و بی طرفی داور ارائه شود تا از این رهگذر، ضمن تحقق دادرسی عادلانه، طرفین اختلاف از داوری اشخاص مجرب و متخصص محروم نگردند.

## ۶- دو مسأله و یک انتخاب در حقوق داوری: عدالت یا اراده طرفین؟

نویسنده: خدابخشی، عبدالله؛

مجله: تحقیقات حقوقی، پاییز ۱۳۹۶ - شماره ۷۹

قوانین، در مقایسه با اراده اشخاص، سهم چندانی در داوری ندارند. دو طرف دعوا، به دنبال رفع اختلاف در مرجعی دیگر با قواعد دیگری هستند. از این رو، اصولاً قانون و به تبع آن، داور و دادرس (برای کنترل رأی داور یا قبول اصل داوری) باید آنچه را که طرفین اراده می‌کنند، بپذیرند. نقطه مقابل این اراده، مفهوم برتر عدالت است. دادگرایی نیز امری وجدانی است و از وجدان دادرس، به آسانی حذف نمی‌شود. در مواردی که این مفاهیم (اراده اشخاص و عدالت) در تعارض قرار می‌گیرند، باید یکی را بر دیگری مقدم دانست. اما کدام یک مقدم است؟ باید به خواست غیرعادلانه و غیرمنصفانه اشخاص احترام گذاشت یا مفهوم عدالت را از هجوم اراده‌های زودگذر، مصون نگهداشت؟ در این مقاله با تحلیل دو موضوع و نقل آرای بی طرفی از رویه قضایی،

مفهوم عدالت، مقدم بر اراده طرفین تلقی شده است.

## ۷- تبیین جایگاه اصول و تشریفات دادرسی در داوری

نویسنده: آذربایجانی، علی رضا؛ سماواتی پور، محمدرضا؛

مجله: حقوق خصوصی، پاییز و زمستان ۱۳۹۳ - شماره ۲۵

بر اساس مقررات آیین دادرسی مدنی، داوران در رسیدگی و صدور حکم، تابع مقررات آیین دادرسی نیستند، لیکن باید مقررات داوری را رعایت کنند. این ماده موجب اختلاف نظر زیادی بین حقوقدانان شده است تا جایی که عده‌ای از حقوقدانان معتقدند از آنجا که داوری نوعی قضاوت خصوصی است و تابع مقررات آیین دادرسی نیست، داور می‌تواند رأسا یا به درخواست طرفین در جریان داوری، علاوه بر تشریفات قانونی، اصول مسلم دادرسی را نیز زیر پا بگذارد و به آن توجه نکند. در تقابل با این عقیده، عده‌ای دیگر از حقوقدانان بیان می‌کنند از آنجا که اصول دادرسی، دائمی، کلی، ارزشی و انتزاعی می‌باشد، رعایت آن بر داوران و قضات دادگاه‌های دولتی الزامی است، به این دلیل داور حق ندارد به بهانه خصوصی بودن داوری از پایبندی و التزام به این اصول خودداری کند. در این مقاله سعی شده است به این مسأله پاسخ داده شود.

## ۸- نظم عمومی و نقش آن بر امور شکلی داوری

نویسنده: شهبازی نیا، مرتضی؛ بازگیر، سعید؛

مجله: تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، بهار ۱۳۹۴ - شماره ۲۳

داوری به عنوان مکانیسم جایگزین سیستم قضایی از امتیازات بالایی چون سرعت، ترک تشریفات، تخصص، کارایی و هزینه کمتر نسبت به سایر راهکارها برخوردار است. در عین حال این مکانیسم می‌تواند در غیاب نظارت و بررسی به عنوان تهدید نظم عمومی شناخته شود. نظم عمومی به عنوان قواعد آمره نظام حقوقی و سایر مبانی غیر مدون همچون اخلاق حسنه از ارزش‌هایی حمایت می‌کند که در مقابل هر اراده و تصمیم خصوصی، برتری دارد. این اراده و توافق می‌تواند قالب قرارداد، داشته باشد یا قالب رأی داور. در هر صورت چنانچه در حوزه خصوصی تصمیمی مخالف نظم عمومی اتخاذ شود، آن تصمیم نا معتبر تلقی می‌شود. در قالب مکانیسم داوری، فرآیندها و موضوعات شکلی از جمله انتخاب داوران، دادرسی داوری، ادله اثبات در داوری و اجرای رأی داوری ظهور و

بروز می‌نمایند که هر کدام از این فرآیندها از منظر نظم عمومی، قابل بررسی هستند زیرا در امور شکلی نیز تخطی از نظم عمومی شکلی، موجبات بطلان اراده خصوصی را به وجود خواهد آورد.

## ۹- شرط داوری در شرایط عمومی پیمان

نویسنده: موسوی، سید حمیدرضا؛

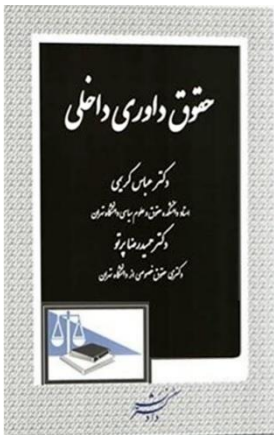
مجله: مطالعات راهبردی علوم انسانی و اسلامی، بهار ۱۳۹۷ - شماره ۱۳

دولت انجام امور عمومی را در زمینه‌های خاصی به پیمان کاران خصوصی واگذار می‌کند که با موافقت نامه‌ای میان دولت به عنوان کارفرما و پیمان کار اجرا می‌شود. در این رابطه طبیعی است که میان طرفین این موافقت نامه، اختلافی در اجرا یا تفسیر آن پیدا شود. از آنجایی که امر عمومی باید استمرار داشته باشد، باید این اختلاف سریع حل شود تا انجام امور عمومی با وقفه مواجه نگردد. در این رابطه داوری از بهترین مکانیزم‌هایی است که علاوه بر سرعت رسیدگی، دقت و اطمینان در حل و فصل خصومت نیز در آن وجود دارد و در قراردادهای پیمان کاری دولتی هم کاربرد دارد. شرایط عمومی پیمان هم که چارچوب این قراردادها را معین می‌کند، در ماده ۵۳ خود به آن اشاره شده است. در این تحقیق با عنایت به ماده مزبور در صدد تبیین این مسأله هستیم که داوری به چه نحوی در قراردادهای پیمان کاری دولتی اجرا می‌شود.

## معرفی کتاب

### نادر فهامی<sup>۱</sup>

علاقه مندان به کتاب و کتاب خوانی می‌توانند با پیگیری این صفحه در هر شماره از ماهنامه مدرسه حقوق با یک کتاب مفید حقوقی و نویسنده آن آشنا شوند. در این بخش که می‌توان آن را یکی از تحولات ماهنامه در راستای بهبود کیفیت و جلب نظر مخاطبان دانست، پیشنهادهای ویژه‌ای برای شما خواهیم داشت و همچنین کتاب‌های مفید و در عین حال کاربردی را بررسی، معرفی و مطالعه مطالب سودمند آنها را یادآوری می‌کنیم. امید است در این راه دین خود را به نویسندگان برجسته حقوق کشورمان ادا نموده و با معرفی آثارشان قدردان تلاش‌های بی دریغ این عزیزان باشیم.



حقوق داوری داخلی

دکتر عباس کریمی و دکتر حمید رضا پرتو

ناشر: نشر دادگستر

چاپ ششم اسفند ۱۳۹۷

### درباره نویسنده

دکتر عباس کریمی ریاست انجمن علمی آیین دادرسی مدنی ایران، مدرس و عضو ممتاز هیأت علمی دانشگاه؛ محقق و مؤلف در حوزه‌های مختلف حقوقی می‌باشد. از جمله



تألیفات و آثار ایشان می‌توان به: «حقوق مدنی تطبیقی»، «حقوق داوری داخلی»، «آیین دادرسی مدنی»، «نظریه عمومی عدالت در علم حقوق»، «حقوق شهروندی در قلمرو شهرنشینی»، «ادله اثبات دعوا» و ... اشاره نمود.

## درباره کتاب

از دیرباز رجوع طرفین اختلاف به قضات منتخب خودشان یکی از طرق رایج حل و فصل اختلافات خصوصی بوده که با عناوین گوناگون در نظام‌های مختلف حقوقی مورد پذیرش واقع شده است. دامنه توسل به این شیوه رفع تنازع که در حقوق اسلامی، قاضی تحکیم خوانده می‌شده و در حقوق موضوعه روز، داوری نامیده می‌شود، روز به روز در حال گسترش است. اهمیت روز افزون بحث پیرامون این نهاد موجب شده که در مقاطع مختلف دانشگاهی جایگاه ویژه‌ای در برنامه‌های درسی پیدا کند و این جایگاه در آتیۀ نزدیک وزین تر نیز خواهد شد. در این کتاب تمام مباحث داوری از ابتدای تشکیل تا زمان رسیدگی و صدور رأی و همچنین اجرای آن و نحوه رسیدگی به اعتراض طرفین به رأی، مورد مطالعه و نگارش قرار گرفته است.

نویسنده، مباحث این کتاب را در چهار بخش، طبقه بندی نموده است:

### بخش اول: مفهوم و انواع داوری؛

در این فصل از کتاب نویسنده به تعریف داوری و تشابهات و اختلافات آن با موارد مشابه دیگر پرداخته و اقسام داوری‌های داخلی، بین المللی، سازمانی، اجباری یا اختیاری و ... مورد بررسی قرار گرفته است.

### بخش دوم: تحقق مادی داوری؛

در این فصل شاهد مطالبی در رابطه با ارکان تشکیل داوری و توافقات و اجرت داوری و نقش دادگاه هستیم.

### بخش سوم: آثار داوری؛

رسیدگی از طریق داوری و حقوق و وظایف داوران در جریان رسیدگی و طواری رسیدگی از طریق داوری، مسائل مربوط به این بخش است که بسیار دقیق و روان نگاشته شده است.

### بخش چهارم: صدور و اجرای رأی از طریق داوری؛

آخرین مبحث کتاب، صدور رأی داوری، اعتبار و راه اعتراض به آن و اجرای رأی

داوری می‌باشد که در چندین مبحث به صورت کامل و جامع در بخش چهارم گنجانده شده است .

همان طور که از عناوین چهار بخش این کتاب مشخص است، مجموعه‌ای کامل و آموزنده از کلیه موارد داوری که مورد نیاز کلیه اقشار جامعه اعم از حقوق دانان و غیره با هر مرتبه علمی می‌باشد، در کنار هم جمع آوری شده است.

لازم به ذکر است این حقوق دان برجسته کشورمان در زمینه داوری و احکام و قوانین مربوط به آن، آثار برجسته و مطالعات چشمگیری داشته که با درج مطالب آموزنده در کتب و مقالات خود، همواره جامعه حقوق را از دانش خود بهره مند ساخته است. بنابر این چنانچه قصد ورود به بحث داوری و پرونده‌های متعدد آن و حل و فصل اختلافات توسط داوری را دارید، مطالعه این کتاب می‌تواند کمک شایانی به شما بنماید.

## هشدار انتظامی هفتم

روح اله محمدی<sup>۱</sup>

### انجام داوری توسط وکیل

گاهی اتفاق افتاده که در یک قرارداد، حل و فصل اختلافات به یک نفر داور مرضی طرفین سپرده می‌شود و طرفین در ضمن قرارداد و یا پس از ایجاد اختلاف، توافق می‌نمایند که داور مرضی طرفین، یکی از وکلای دادگستری باشد که در این خصوص یعنی زمانی که همکاران معزز، نه به عنوان وکیل دادگستری، بلکه به عنوان داور مرضی طرفین، حل اختلاف می‌کنند، رعایت نکات زیر ضروری به نظر می‌رسد:

**نخست :** در بسیاری از موارد، همکاران محترم مسئولیت تنظیم قرارداد برای یک شخص یا شرکت را بر عهده گرفته و در همان قرارداد خود را به عنوان داور مرضی طرفین معرفی می‌کنند. در این گونه از موارد به دلیل اینکه اساساً طرف مقابل را نمی‌شناسند و از طرفی قبلاً به شخص یا شرکتی که قرارداد را برای وی تنظیم کرده اند، مشاوره حقوقی داده اند، در تنظیم و ارائه رأی داوری باید رعایت بی طرفی را نموده تا شائبه جانب داری به دلیل اینکه عملاً وکیل یکی از طرفین بوده، ایجاد نگردد.

**دوم :** چنانچه نام یک وکیل به عنوان داور در قراردادی درج شود، انجام داوری منوط به قبول داور است تا در زمان بروز اختلاف، داور (وکیل) بتواند با سنجش اوضاع و احوال، نسبت به قبول یا عدم قبول داوری اقدام نماید.

**سوم :** شایسته است همکاران محترم در صورت قبول داوری نه تنها مراتب را از

---

۱ . وکیل پایه یک دادگستری

طریق ارسال اظهارنامه به اطلاع طرف مقابل برسانند، بلکه به دلیل رعایت مسائل حرفه ای، تلاش مساعی خویش را جهت ایجاد سازش به کار گیرند.

**چهارم :** هر چند ممکن است تخلف یکی از طرفین از شرایط قراردادی محرز و محکومیت وی در ذهن داور مسجل باشد، اما شایسته است داور با ارسال اظهارنامه و تعیین جلسه داوری، طرفین را جهت رسیدگی دعوت و اظهارات و مستندات ارائه شده ایشان را صورت جلسه نموده و به امضای طرفین برساند.

**پنجم :** نکته بسیار مهم اینکه به موجب بند ۷ ماده ۸۰ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری، در صورتی که شخصی نسبت به موضوعی اظهار نظر داوری نموده باشد، نمی‌تواند در همان موضوع، اعلام وکالت نماید و عدم رعایت این امر، مجازات انتظامی درجه ۴ را به همراه دارد.

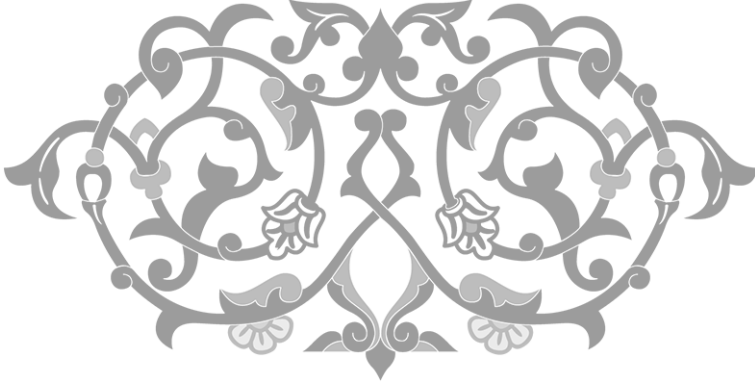
**ششم :** ممکن است شخصی سابقاً به عنوان وکیل در پرونده‌ای حاضر شود و متعاقباً موضوع به داوری ارجاع و پرونده قضایی مختومه گردد. در این حالت هر چند انتخاب وکیل سابق به عنوان داور منع قانونی ندارد، اما عدم ورود به مسأله داوری در حالت فوق‌الذکر به صواب نزدیک تر است.

**هفتم :** با عنایت به اینکه سمت وکالت و شخصیت وکیل در انتخاب وی به عنوان داور مد نظر قرار گرفته، رعایت مقررات راجع به شأن وکالت در طول مدت داوری، ضروری است زیرا به موجب سوگندنامه وکالت، قسم یاد کرده ایم که حتی در امور شخصی و کارهایی که از طرف اشخاص انجام می‌دهیم، راستی و درستی را رویه خود قرارداده و مدافع حق باشیم.

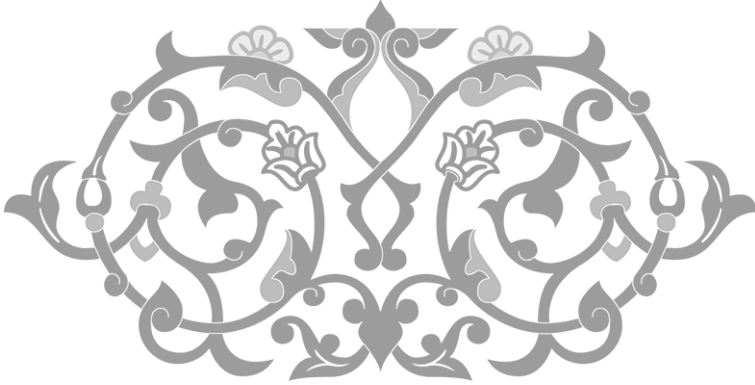
**هشتم :** موضوع بسیار مهم اینکه همکاران محترم که قصد ورود و اظهار نظر در حیطه داوری را دارند باید به مقررات داوری مندرج در باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی، اشراف کامل داشته باشند و ترجیحاً در دوره‌های آموزش مقررات داوری شرکت

نمایند .

**نهم :** برخی اوقات همکاران محترم در قراردادهای حق الوکاله، یکی دیگر از همکاران را به عنوان داور انتخاب می‌نمایند. هر چند این امر مغایرتی با قانون ندارد، اما اجتناب از اتهام جانب داری و غیره ایجاب می‌نماید که کانون وکلا، اتاق داوری کانون، رئیس کانون و یا شخص منتخب از طرف وی را در قرارداد درج کنیم تا در صورت بروز اختلاف، اعلام نظر نمایند.



# زنگ تفریح



## داوری به بیان طنز

محمدرضا محمدی جرقویه ای

داوری یکی از شیوه‌های حل اختلاف است که بشر از دیر باز آن را به کار گرفته و در اکثر موارد موجب تشدید اختلاف شده است و تنها حسن این شیوه این بوده که یک نفر به جمع دشمنان طرفین اختلاف افزوده است و این مطلب از نظر روانی در کاهش درد ناشی از اختلاف بسیار مؤثر بوده است. به شهادت کتیبه‌ها و سنگ‌نبشته‌های موجود، آغاز داوری به بعد از پیدایش بشر بر روی کره خاکی برمی‌گردد و تاکنون هیچ مورخی خلاف این مطلب که اینجانب در تحقیقات خود به آن رسیده‌ام را ثابت نکرده است.

داوری از ابتدا توسط یک شی سخت و برنده به نام شمشیر انجام می‌شد تا اینکه به مرور زمان، بشر به این نتیجه رسید که می‌توان برای داوری از انسان‌ها هم استفاده نمود. در طول تاریخ معمولاً انجام داوری با پرداخت دستمزد همراه بوده است. این دستمزد معمولاً از جنس فحش و فضحیت بوده که بعدها به بخشی از محکوم به هم تغییر یافته است. ویل دورانت در کتاب نانوشته خود به نام پشت صحنه تاریخ تمدن اظهار می‌دارد که بسیاری از اوقات هم دستمزد داور با سرودن شعر و تمجید از وی در قالب نظم و یا نثر انجام می‌شده است. ایشان به لحاظ اینکه مأخوذ به حیا بوده است، متأسفانه از ذکر مصداق عینی خودداری نموده و از خوانندگان کتاب خود خواسته است که برای دانستن اشعار سروده شده برای داوران به ورزشگاه‌ها، به خصوص هنگام اجرای مسابقات فوتبال مراجعه کنند. وی در این خصوص که خانم‌ها قادر به حضور در ورزشگاه‌ها نیستند و در نتیجه نمی‌توانند مصداق این اشعار را بالعینه ببینند و احتمالاً جرأت پرسش از دیگران را هم ندارند، توضیحی نداده است و کتاب ایشان از این حیث ناقص است و شاید به همین دلیل هم بوده که هیچ‌گاه کتاب مذکور را ننوشته است!!!

۱۱۹

در داوری، طرفین توافق می‌کنند تا به شخصی به همان بی‌خاصیتی خودشان مراجعه کنند تا او با شیر و خط کردن کلمات و فهمی کاملاً خلاف نظر قانون‌گذار و با زیر پا

گذاشتن اصول مسلم و مزخرف و خسته کننده دادرسی، حق را کشف نماید. در واقع ماهیت داورى بيان کننده اين نکته است که برای کشف حقيقت، شخص کاشف و ابزار کشف آن مهم نيست، لذا طرفين با قصد کشف حقيقت هم ابزار آن را تهيه و اعلام می کنند و هم شخص ثالثی را کتترات کرده و از او می خواهند به چاه باطل فرو رفته و حقيقت را کشف کرده و دو دستی تحویل ایشان دهد.

در اين جا نحوه پخت و انجام داورى را به شما آموزش داده و در پايان يك نمونه داورى انجام گرفته در عصر قاجار را برای نمونه کار عزيزان داور خواهيم آورد .

### مواد مورد نیاز:

- ۱- اختلاف به مقدار لازم .
- ۲- داور بين يك تا سه نفر به تشخيص سرآشپز، ببخشيد سرداور!
- ۳- توافق داورى يك پيمانه.
- ۴- تعهدات به اندازه لازم که می تواند انجام شده يا انجام نشده باشد که بستگی به سليقه شما دارد.
- ۵- قرارداد، يك عدد .

### طرز تهيه :

ابتدا يك قرارداد را به قصد عدم انجام با ديگرى منعقد نموده و در آن مقدارى شرط داورى گذاشته و به اندازه كافي در آن داور گذاشته تا خوب ورز بيايد، سپس به تعهداتمان عمل نمی كنيم و از داور می خواهيم تا طرف مقابل ما را محكوم كند. سپس مدت زمان زيادى صبر می كنيم تا داور رأى خود را نوشته و به ما ابلاغ كند و سپس باز به رأى داور عمل نمی كنيم، آن گاه فتيله اختلاف را بالا كشيده و با اضافه كردن كمى تهمت و افتراء به داور و افزودن طرف مقابل به آن، هم شكايت كيفرى می كنيم و هم دعوای ابطال رأى داور را می خواهيم . اميدوارم از اين برنامه خوشتان آمده باشد. در پايان برای تشحيد ذهن شما عزيزان يك نمونه داورى را در عصر قاجار به نقل از آقای سر ادوارد پولاک که خودم ایشان را ندیده، ولی در سفرنامه از زبان خودش شنيدم، برای شما عزيزان نقل می کنم:

« چند سال پيش درویشی از سرزمين های ترکمن نشين مجاور به تهران آمد که اصلا مشغله اش کيميا گری بود، اما ضمناً شهرت داده بود که از عهده علاج بيمارى چشم هم بر می آيد. چند بيمار چشم پيدا شدند که به معالجات او اعتقاد پيدا کردند. پس از آنکه از



کیسه هر یک چند تومانی بیرون کشید و به هر یک ضمانت کتبی داد که در صورت عدم موفقیت در معالجه، هر یک از آنها حق دارد دست او را قطع کند. چنان از روی بی شعوری به چشم این بیچاره‌ها دست اندازی کرد که هر پنج تن در اثر چسبیدن پلک به مردمک نابینا شدند. این مصیبت دیدگان به اردشیر میرزا حاکم شهر که یکی از عموزادگان شاه بود، به عنوان داور ملتجی شدند. وی از من گواهی خواست و ضمناً یادآور شد که ملاحظه درویش را هم بکنم. من کوری واقعی شاکیان را گواهی کردم، ولی در ضمن این را هم یادآور شدم که چون قبلاً این بیماران را ندیده‌ام، نمی‌توانم به ضرس قاطع بگویم که قبل از جراحی نابینا نبوده‌اند. در اینجا بود که خان حاکم رأی سلیمانی خود را چنین صادر کرد؛ چون امکان ندارد بتوان ۵ بار دست متهم را قطع کرد باید از این ماده قرارداد فی مابین به کلی صرفنظر کرد، اما از طرف دیگر چون متهم از سرزمینی می‌آید که ایران با آن دائماً در جنگ است، پس به وی تکلیف می‌شود که در مملکت خود به جراحی بپردازد، چه پیش بینی می‌شود که میزان خسارتی که وی در آنجا به بار خواهد آورد، کمتر از ویرانی و صدماتی که توسط قشون ایران ایجاد خواهد شد، نخواهد بود و بدین وسیله این کلاهدردار را مرخص کرد<sup>۱</sup>.