

بسم الله الرحمن الرحيم

ماهنامه خبری آموزشی

مادرسه حقیقی

سال پانزدهم، شماره ۱۴۱، آبان ۱۳۹۹

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسئول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

شورای سردبیری: دکتر مهدی جلیلی، داریوش سپنتا، سید عبدالرضا علوی حجازی، نفیسه مستقل

طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمد حسن عقیلی

ویراستار: رسول فروغی

امور اجرایی: نادر فهامی

دبیر تحریریه این شماره: نسیم پرستگاری

همهانگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

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

نژاد، مهناز دره شیری، آرمان زینلی، مینا سالمی، نغمه فقیهیان، محمد فلاح‌پور، دکتر

محسن قجاوند، علی اکبر محمدی

و با تشکر از: مرتضی جنتیان - محمد حمید سلیمانی

آرای نویسندگان، دیدگاه **مادرسه حقیقی** نیست.

نشریه **مادرسه حقیقی** در وبسایت کانون وکلای دادگستری اصفهان به نشانی زیر در دسترس

است.

www.isfahanbar.org

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: madreseyehoghough@isfahanbar.org



شيوه‌نامه «مارس، حقوق»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه دیگری منتشر نشده باشد.
- مسئولیت اصالتِ عنوان مطالب ارسالی به عهده‌ی ارسال کننده آن است.
- 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 word ۲۰۱۰ با فونت ۱۳ Mitra ۲ تنظیم و به نشانی الکترونیکی: madreseyehoghough@isfahanbar.org
- 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، داوری و پس از پذیرش ویرایش خواهد شد.
- اولویت چاپ با مقالاتی است که موضوعات کاربردی و مفیدی برای حرفه وکالت 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

سر مقاله ؛ این داوری ها ۴

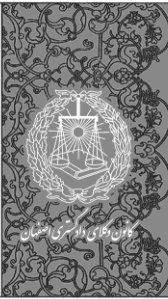
مقالات

- قاعده و معیار داوری پذیری دعاوی خانوادگی در حقوق ایران ۱۰
- دکتر عبدالله خدابخشی**
- آیا قرارنامه داوری باید حتما کتبی باشد؟ ۱۶
- علیرضا شمس اژیبه**
- داور در نقش خواننده تسهیل گر..... ۲۱
- دکتر علی رئیسی**
- محدوده داوری در قراردادهای پیش فروش آپارتمان ۲۹
- دکتر محمد رضا محمدی جرقویه ای**
- تفاوت ابطال و بطلان رأی داوری و بررسی مهلت اعتراض ماده ۴۹۰ قانون آئین دادرسی مدنی ۴۰
- نسیم پرستگاری**
- داوری تجاری بین المللی و مفاهیم اساسی آن ۴۵
- سید ابراهیم سقایی**
- داوری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی ۵۲
- مولود مبهوت**
- نقد رأی : نمونه یک رأی داوری ۷۶
- دکتر عبدالله خدابخشی**

مجله حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال
پانزدهم
شماره
۱۴۱



گزیده سخنرانیها

- دعای ابطال آرای داوری به سبب تعرض به قوانین موجد حق ۸۲
- دکتر فریدون نهرینی / دکتر جمشید نورشرف**
- مسئولیت مدنی داوران در نظام حقوقی ایران ۹۴
- دکتر امیر عباس بزرگمهر / دکتر احمد همتی**

بایسته‌های حرفه وکالت

- آرای وحدت رویه و نظریه‌های مشورتی قوه قضائیه ۱۰۴
- پند استاد؛ درسی از استاد دکتر ابراهیم بیگ زاده ۱۰۶
- نگار جلیلی**
- گزیده مقالات کاربردی ۱۱۰
- هاجر قاسمی**
- معرفی کتاب ۱۱۵
- مینا سالمی**

زنگ تفریح

- داوری به بیان طنز ۱۲۰
- « رأی داوری مخالف با قوانین موجد حق »
- دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای**



سرمقاله

«این داور می‌ها»

یکی از عقل می‌لافد، یکی طامات می‌بافد

یاسکاین داور می‌ها را به پیش «داور» اندازیم

«حافظ»

پیش تر، از «داور می‌ها» سخن به میان آمد (سرمقاله شماره ۱۳۷ مدرسه حقوق)؛
شمشیری که دو لبه دارد و در عین آنکه به منظور ختم ماجرای به صلاح و فلاح ایجاد شده، می‌تواند
فرشته‌ی عدالت را نشانه رود و منتهی به نقض غرض گردد.

آنچه موجب شد «مدرسه حقوق» بار دیگر به این موضوع در حد ویژه نامه بپردازد، لزوم
پرداختن به جنبه‌های گوناگون موضوع داور می‌ها، به دلیل اقبال عمومی به این نهاد از یک سو و
اهمیت دادن به آن از جانب دستگاه قضا از سوی دیگر، در کاستن از حجم ورودی پرونده به



مراجعه قضایی است. اینکه «داوری» نهادی شبه قضایی یا غیر آن است، دارای آثار و متفاوت است. اما بی توجه به این موضوع که در بحث کنونی چندان اثر عملی به همراه ندارد، از بین مسائل متوعی که در اساس تصمیم و نوع داوری موثر است، می توان موضوع «وجود یا فقدان تخصص برای داور» را برشمرد؛

اولاً: آیا داور باید دارای حداقل اطلاعات حقوقی یا صلاحیت اظهار نظر حقوقی باشد؟
و ثانیاً: آیا لازم است داور در موضوع اختلاف ورود یا در موضوع اختلاف تخصص داشته و تا حدی هر چند ابتدایی، وقوف به موضوع داشته باشد؟

این نظر که داور، خواه ناخواه در رأی داوری خویش، مبادرت به اظهار نظر حقوقی می کند و به ناچار باید با امور حقوقی آشنا باشد، فاقد مستند صریح قانونی است و این شرط در هیچ یک از متون قانونی برای داور ذکر نشده است. بنابراین داور می تواند از تخصص حقوقی بی بهره باشد و قانوناً زبانی به رأی داوری او وارد نباشد.

در مقابل، بی بهره بودن داور از هرگونه اطلاع حقوقی، رأی داوری را فاقد اتکا به اصول و مبانی حقوقی می کند و چگونه می توان این نظر را به قانونگذار نسبت داد که راضی باشد هرکس، بدون داشتن هرگونه اطلاع از اصول و قواعد حقوقی، یا قوانین و مقررات، نظر



خود را به عنوان رأی ارائه کند و مراجع قضایی مکلف به تکلیف به آن و صدور اجراییه براساس آن باشند، به ویژه زمانی که از سوی هیچ یک از طرف های داورى اعتراض به آن نشود؟

شنیده ایم که قاضی، جاهلی است میان دو عالم و اگر طرفین دعوی نیز همچون قاضی- که در مانحن فیه جاہل به حکم و موضوع است- جاہل به حکم باشند، چه اتفاقات ناگواری که رخ نمی دهد. طرفه آنکه دستگاه قضائی نیز به دلیل تکلیف طرفین، ملزم به تأیید عملی و اجرای آن خواهد بود.

سؤال دوم نیز پانچي مشابه دارد؛ اعتقاد به لزوم تخصص برای داور در موضوعی که به او ارجاع شده، فاقد مستند قانونی و الزامی فرا قانونی است و در مقابل، اعتقاد به فقدان هرگونه اطلاع در موضوع اختلاف، راهبری را به دست باینا سپردن است.

ممکن است گفته شود کارشناسی جبران کننده این نقصان است و داور می تواند و یا باید موضوع را پانچي نیازمند اظهار نظر تخصصی باشد، به کارشناسی ارجاع دهد و براساس نظر او اظهار نظر نماید، همچنان که قضاوت نیز چنین است. اما این پاسخ ناقص است، زیرا بالاخره تشخیص صحت و سقم و درایت لازم از نظریه ی کارشناسی، نیازمند داشتن اطلاعاتی



عمومی و نیز دانشی ابتدایی از اصطلاحات و قواعد اساسی موضوع کارشناسی است و ثانیاً به طور روزمره می‌بینیم که قضات در تصمیمات قضایی خود، چنانچه علاوه بر استقاده از نظر کارشناسی، دارای اطلاعاتی در موضوع باشند، تصمیم‌گیری بهتری خواهند نمود، تا اینکه به کلی فاقد هرگونه اطلاع باشند.

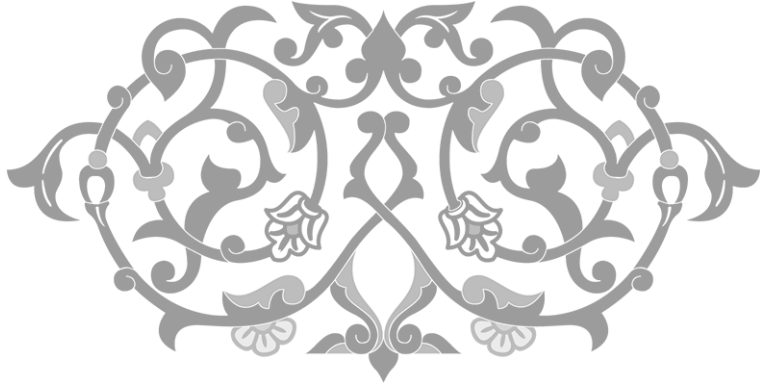
پس چاره چیست و باید به کدام سمت از این دو طریق متمایل شد؟
داشتن اطلاعات حقوقی و اطلاعات لازم یا حداقل در موضوع داورى؟ و یا استکلین به نظریه‌ی داورى، که فاقد اطلاعات اولیه حقوقی یا حداقل در موضوع داورى است؟
برای پاسخ به این سؤالات است که پای سخن، همکاران و صاحب نظران در امر داورى به شرح اوراق پیش رو در این شماره می‌شنیم.

تنها از باب بی‌پاسخ رها نکردن دو سؤال ذکر شده، به نظرمی رسد؛
راهکار نجات از افتادن در دام داورى هائى که داوران آن، فاقد هرگونه اطلاعات تخصصی حقوق و یا در موضوع داورى اند، ایجاد موسسات مختلف و اعطای کواهی به اشخاص ذیصلاح پس از گذراندن دوره‌های مناسب است، تا طرفین دعوی ناچار به مراجعه به

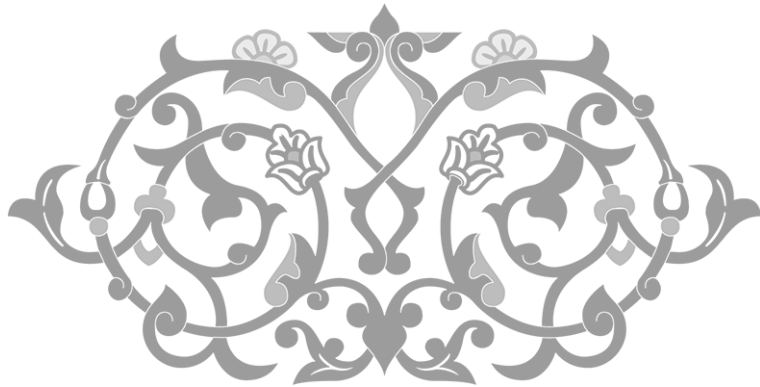


افراد فاقد صلاحیت نگردند. ناکفته پیداست که مقصود از این سخن، ایجاد مانع یا منحصر کردن داور، در اشخاص یا موسسات خاص نیست و باید به گونه ای سیاست گذاری و اقدام کرد، که حداکثر توانایی با حداقل موانع ایجاد و اعمال گردد.

مدیر مسئول



مقالات





قاعده و معیار داوری پذیری دعاوی

خانوادگی در حقوق ایران

دکتر عبدالله خدابخشی^۱

در حقوق ایران به موجب ماده ۴۹۶ ق. آ. د. م عنوان می‌شود: «دعای زیر قابل ارجاع به داوری نیست: ۱- دعوی ورشکستگی؛ ۲- دعای راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب».

در این خصوص پرسش‌هایی قابل طرح است: آیا این ماده مفهوماً به این معناست که همه دعاوی دیگر، اعم از این که در صلاحیت دیگر مراجع (خارج از دادگستری) یا در صلاحیت خاص مراجع قضایی باشد قابلیت داوری دارند؟ و آیا مفهوماً به این معناست که هر دعوی مالی و غیر مالی دیگر قابلیت داوری دارد؟ دعوی تبعی مربوط به نکاح مانند نفقه، تمکین و لعان یا دعوی غیرمالی مانند حضانت و حجر یا توابع دعوی ورشکستگی مانند تاریخ توقف یا اصل توقف قابلیت داوری دارند؟^۲

در حقوق تطبیقی، داوری پذیری بر مبنای دو معیار مستقیم و یک معیار غیر مستقیم، تحلیل می‌شود. معیارهای مستقیم عبارتند از:

(۱) هر چه مربوط به حقوق مالی است، قابل داوری است.

(۲) هر چه قابل صلح و اسقاط است، قابل داوری است.

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو هیأت مدیره کانون وکلای استان خراسان، عضو هیأت علمی دانشگاه فردوسی مشهد.

۲. حقوق دعاوی جلد ۶، عبدالله خدا بخشی، صفحه ۸۹.



معیار تکمیلی و غیر مستقیم نیز عبارت است از این که: «برخی امور مهم از جمله مسائل غیر مالی، از داوری خارج می‌شود تا رویه قضایی بداند داوری را به دعاوی غیر مالی ذاتی راهی نیست». در حقوق ایران نیز همین معیارها قابل تأیید است.

به نظر می‌رسد مسائل مالی مربوط به «دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب» قابلیت داوری را دارند. برای مثال اختلاف طرفین در باب نفقه (مشروط به این که مبانی آن مانند تمکین یا نشوز مورد اختلاف نباشد) یا اختلاف در مهریه، اجرت المثل و نحله را می‌توان با داوری نیز حل و فصل نمود. مطلق دعاوی غیرمالی ذاتی مانند حضانت، ولایت و حجر از شمول قواعد داوری خارج هستند؛ زیرا با توجه به معیارهای اصلی داوری پذیری (مالی بودن، قابلیت عدول و انصراف توسط طرفین)، دعاوی غیر مالی اساساً به نظم عمومی مرتبطند و جامعه سهم مهمی در نتایج آن دارد. در نتیجه، با توجه به داوری ناپذیری دعاوی غیر مالی، می‌توان دریافت که کلمه «اصل» در ماده فوق به این معنا نیست که دعاوی غیر مالی دیگر مربوط به فسخ یا طلاق یا نسب، قابلیت داوری دارند. به عبارت دیگر، بند ۲ ماده ۴۹۶ دلالت بر حصر ممنوعیت داوری صرفاً به اصل نکاح یا اصل طلاق یا اصل نسب ندارد و نباید مفهوماً چنین استنباط نمود که سایر دعاوی که به اصل این عناوین مربوط نیست، قابلیت داوری دارند؛ زیرا اولاً پیش از تفسیر ادبی و لفظی ماده ۴۹۶، ابتدا باید معیار دقیق داوری پذیری را به دست آورد که بر آن اساس، دعاوی غیر مالی ذاتی قابلیت داوری ندارند؛ ثانیاً در موارد مشابه نیز عبارت «اصل» به عناوین دیگر تسری داده نشده بلکه مطلق دعاوی مربوط به طلاق (موضوع بند ۲ ماده ۳۶۸ ق. آ. د. م) را از عبارت این بند، برداشت نموده‌اند^۳؛ ثالثاً عبارت «اصل»، در مورد نسب، خالی از

۳. رأی وحدت رویه ۶۶۶- ۱۳۸۳/۳/۱۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «آنچه از نحوه تدوین بند الف ماده ۳۶۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مستفاد می‌شود این است که رسیدگی فرجامی نسبت به احکام نکاح و فسخ آن صرفاً مربوط به اصل نکاح و فسخ آن می‌باشد و کلمه اصل به سایر موضوعات مذکور در بند ۲ ماده مزبور از جمله طلاق تسری ندارد. زیرا اولاً کلمه طلاق در جمله به طور مطلق ذکر شده، ثانیاً کلمه طلاق با علامت (،) از اصل نکاح و فسخ آن متمایز گردیده است، بنابراین و با توجه به اهمیت طلاق از

←



تکلیف نیست و منطقاً نباید همه دعاوی مربوط به نسب را مشمول ممنوعیت دانست تا حکم قانون در این مصداق، معقول باشد.

در رویه قضایی می توان به دادنامه های زیر اشاره نمود:

۱- دادنامه شماره ۸۷۴ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۱۱ شعبه اول عمومی حقوقی شهرستان

قوچان

« اولاً. . . داور در هر حال مکلف به رعایت اصول دادرسی از جمله اصل تناظر و رعایت حق دفاع طرفین می باشد و به موجب بند ۳ ماده ۳۷۱ قانون آئین دادرسی مدنی که نه تنها اختصاص به فرجام خواهی ندارد بلکه در موضوع داوری به قیاس اولویت عدم رعایت اصول، چنانچه مخالف با قواعد آمره و حقوق اصحاب دعوا باشد، رأی را از اعتبار قانونی می اندازد، و در پرونده حاضر نیز هرچند طرفین در ارجاع موضوع به داوری رضایت داشته اند اما این رضایت با توجه به تبع موضوع و لحن ماده ۴۵۴ قانون آئین دادرسی مدنی باید تا پایان منازعه ادامه داشته باشد، در حالی که خوانده اعلام نموده که قرارنامه را فقط امضا کردم و هیچ گونه توضیح در هیچ یک از سه صفحه ننوشتم که خود حاکی از عدم رضایت نامبرده به داوری بوده و خواهان اعلام نموده که چون همسر اصل زوجیت را پذیرفته و مدیونیت خویش را قبول نموده لذا تقاضای محکومیت وی را به پرداخت مهریه دارم؛ اما به دلایل زوج و ادعای وی مبنی بر پرداخت نفقه در مدت زمان زندگی علی رغم عدم تمکین زوجه هیچگونه توجهی نشده است. ثانیاً ثبوت نفقه فرع بر احراز تمکین زوجه می باشد و در دعاوی نفقه، خواهان می بایست تمکین خود را نسبت به همسر و زندگی اثبات نماید و در صورت ثبوت آن، حکم نفقه به دوش زوج بار می شود. ممکن است گفته شود زوجه از حق حبس خویش استفاده می نماید و این امر، مسقط حق نفقه نمی باشد در حالیکه مطابق نظر مشهور فقها و حقوقدانان از جمله دکتر ناصر کاتوزیان، ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی اختصاص به تمکین خاص دارد و حکم عام تمکین را از بین نمی برد و زوجه مکلف به تمکین و انجام عمل زناشویی به غیر از نزدیکی می باشد؛ ثالثاً صدور حکم به پرداخت نفقه از صلاحیت داور خارج و می بایست به کارشناس مربوط به

نظر شارع مقدس اسلام کلیه دعاوی مربوط به طلاق قابل رسیدگی فرجامی بوده. . .»



مسائل خانوادگی و نفقه ارجاع گردد تا با توجه به شرایط زندگی طرفین و ملاک ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی نظریه کارشناس به طرفین ابلاغ گردد که موضوع، تخصصی و خارج از صلاحیت داور بوده است. رابعاً در جامعه ایران، یارانه تعلق به سرپرست خانوار دارد و هر چند ممکن است یکی از علل پرداخت آن، جهت بهای انرژی باشد اما وقتی جدایی زوجین از یکدیگر به علت عدم تمکین عام زوجه و مخالف با قوانین جاریه می‌باشد، نامبرده سهمی در این خصوص ندارد و صدور حکم به آن بر خلاف قوانین موجد حق که آنرا متعلق به سرپرست خانواده می‌داند، می‌باشد. . . فلذا رأی صادره به دلیل عدم توجه به ادعاهای خوانده و عدم رعایت اصول دادرسی از جمله اصل تناظر و عدم امکان فرصت دفاع برای خوانده و مخالفت با قانون موجد حق، در خور نقض بوده و . . حکم به بطلان رأی داوری صادر و اعلام می‌گردد. . .»

با این حال، شعبه ۱۲ دادگاه تجدید نظر استان خراسان رضوی به موجب دادنامه شماره ۰۳۸ - مقرر می‌دارد: « . . ثالثاً حکم داور در مقام داوری بعد از استماع دفاعیات طرفین و مستنبط از مقررات قانونی انشاء شده است؛ رابعاً اعتراض به رأی داور در دادگاه به معنای رسیدگی مجدد دعوا در دادگاه نیست چه آن که طرفین اساساً با رجوع به داوری از قضاوت مرجع رسمی انصراف داده‌اند. از همین رو معترض به رأی داور صرفاً باید مغایرت رأی داور را با یکی از شقوق هفتگانه ماده ۴۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی در دادگاه ثابت نماید. از نظر این دادگاه جدای از ماهیت، تصمیم داور در مقام تشخیص، مغایرتی با ماده مرقوم مشاهده نمی‌شود لذا رأی معترض عنه نقض و حکم به رد اعتراض خواهان به رأی داور صادر و اعلام می‌گردد.»

۲- دادنامه شماره ۳۹۶ - شعبه ۲۴ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان اصفهان:

در خصوص دعوی آقای به طرفیت خانم با وکالت . . . به خواسته ابطال رأی داور مورخ ۱۳۹۹/۲/۴ صادره از سوی آقای . . . صرف نظر از مناقشات طرفین دعوی در خصوص چگونگی احراز امور موضوعی مندرج در رأی صادره از سوی داور یا ایرادات خواهان به نحوه اداره جلسات توسط داور، به نظر می‌رسد موضوع مورد توافق طرفین بنا به اصول و قواعد داوری، قابلیت تراضی جهت ارجاع به داور نبوده است. زوجین طی توافق نامه تاریخ ۱۳۹۴/۲/۱۳ ضمن قید تعهداتی که غالباً بیانگر حسن معاشرت آنها با یکدیگر می‌باشد، شخص ثالث را به عنوان داور انتخاب کرده‌اند. داور منتخب پس از



رسیدگی نظر بر احراز بدرفتاری و سوء معاشرت زوج با همسرش در زندگی مشترک و تخلف زوج از مواد توافقنامه عادی مورخ ۱۳۹۴/۲/۱۳ داده است. بنا به مبانی که ذکر می‌شود موضوع مورد حکم داور از جمله موضوعات قابل داوری پذیرفته شده است، زیرا:

۱) مستفاد از مقررات داوری در باب هفتم قانون آئین دادرسی مدنی با ذکر عناوین «معامله» و «قرارداد»، خصوصاً در مورد ۴۵۵ و ۴۵۶ و ۴۵۹ و ۴۶۱ و ۴۶۴، چنین برداشت می‌شود که داوری صرفاً مشعر بر امور مالی می‌باشد و امور غیر مالی خصوصاً امور غیر مالی ذاتی قابلیت داوری ندارد.

۲) مراجعه به داور اصولاً جهت اخذ حکمی قابل اجراست تا طرف قرارداد با اجرای حکم صادره از سوی داور، به حقوق از دست رفته خود نائل شود. حال آن که رأی صادره از سوی داور در این پرونده، صرفاً گواهی سوء رفتار زوج است و فاقد جنبه اجرایی است.

۳) امور غیر مالی ذاتی و خصوصاً امور مربوط به خانواده از جمله امور مربوط به نظم عمومی هستند و دعاوی مربوط به نظم عمومی تابع آئین رسیدگی خاص و در صلاحیت محاکمه خاص خانواده است و به عبارتی بررسی آن‌ها صرفاً در دست حاکم است و نمی‌توان برای رسیدگی به این امور تراضی به داوری خصوصی نمود.

۴) از جمله مستثنیات ارجاع به داوری مطابق بند ۲ ماده ۴۹۶ قانون آئین دادرسی مدنی دعاوی راجع به طلاق می‌باشد.

مستفاد از بند ۶ توافق زوجین، هدف از ارجاع اختلاف به داوری احراز سوء معاشرت توسط داور و اخذ مجوز برای طلاق است حال آن که حسب مقرر مذکور دعوی طلاق و تبعاً مقدمات آن قابل ارجاع به داوری نیست. مگر این که قائل به این امر باشیم که سبب طلاق توسط داور احراز شده است و قاضی دادگاه خانواده را مکلف به پذیرش دعوی طلاق بدانیم. این امر قطعاً با آئین رسیدگی دادگاه خانواده و نیز هر دادگاه دیگری در تضاد است. چه آن که هدف از دادرسی احراز اسباب دعاوی است نه احراز حق موضوع سبب. زیرا با احراز سبب، حق؛ خود به خود ظهور می‌یابد و در اختلاف پیش رو فروکاستن نقش دادرسی دادگاه خانواده صرفاً به ابزاری برای نوشتن منطوق حکم طلاق، با قواعد دادرسی در تعارض است. به عبارت دیگر نمی‌توان احراز جهات موضوع دعوی را نیابتاً دادرسی یا داور دیگر برای قاضی رسیدگی کننده به اصل دعوی در حکم جداگانه‌ای احراز و انشاء کند، اگرچه رأی صادره از داور را می‌توان دلیلی متقن برای سوء معاشرت در دادگاه خانواده ارائه کرد ولی بنا به مبانی که آمد نمی‌توان آن را به عنوان رأی لازم الاتباع و



لازم الاجرا شناسایی کرد. دادگاه مستندا به مقررات و قوائد یاد شده و بنده ۱ ماده ۴۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی رأی صادره از سوی داور را به عنوان رأی داوری شناسایی ننموده و حکم بر ابطال آن صادر می‌نماید. در خصوص خسارات دادرسی نظر به اینکه خوانده سببیتی در ورود خسارت دادرسی نداشته و خواهان ناگزیر از مراجعه به دادگاه جهت ابطال رأی داور بوده، مستندا به ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی حکم بر بی حقی وی صادر می‌گردد رأی صادره ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان می‌باشد.



آیا قرارنامه داوری باید حتما کتبی باشد؟

علیرضا شمس اژی‌ه^۱

آموزنده ترین روش برای درک و فهم مسایل حقوقی، مطالعه دلایل و استدلال‌های منطقی در آرای برتر قضات فرهیخته است. در جایی که تنها ۵۰ ماده از قانون آئین دادرسی مدنی به داوری داخلی اختصاص یافته است، مسلماً پاسخگوی تمام ایرادات و اختلافات پیرامون موضوع داوری نیست و تفسیر مستند و مستدل قانون بسیار راهگشا است.

در رابطه با قوانین خاص داوری، در بیشتر موارد با سکوت قانون داخلی روبرو هستیم از جمله می‌توان به کتبی یا شفاهی بودن قرارنامه داوری اشاره کرد. در هیچ کدام از مواد فصل هفتم قانون آئین دادرسی مدنی اشاره صریحی به این موضوع نشده است. در رأی زیر بررسی مستند و مستدل این مسئله آمده است:

دادنامه بدوی^۲:

در خصوص دادخواست آقای محسن به طرفیت آقایان ۱ - سید زین العابدین... ۲ - رامین...، به خواسته صدور حکم مبنی بر احراز قرارداد داوری آقای سید زین العابدین، در مورد کلیه معاملات و مراودات فی مابین خواهان و خوانده ردیف دوم، وکیل خواهان توضیح داده است که: (طرفین به صورت شفاهی و در حضور شهود تعرفه شده، خوانده ردیف اول را به عنوان حکم و داور مرضی الطرفین خود، جهت حل اختلاف انتخاب نموده اند). دادگاه توجه دارد که مسئله کتبی و شفاهی بودن یا تشریفات دیگر برای موافقتنامه

۱. مستشار دادگاه تجدید نظر استان اصفهان.

۲. صادره از شعبه ۲۴ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان اصفهان.



داوری با صرف حاکمیت اراده (اصل رضایی یا قصدی بودن موافقتنامه) فاقد حکم صریحی در قانون است و از برخی مواد قانون نظیر ۴۸۱ و ۴۶۸ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، چنین استنباط می‌شود که، داوری باید در قالب سند مکتوب باشد. در سکوت قانون باید به اصول حقوقی و منابع فقهی استناد کرد و در فقه نیز تنها اصل رضایی یا قصدی بودن، قابل استناد است. اما وضعیت خاص داوری و اهداف آن به دلیل حادث بودن و این که تنها قاضی تحکیم مورد توجه بوده است، بررسی نشده و لازم است حکم قضیه بر مبنای قوانین و اصول حقوقی استنباط شود. دکتربین حقوقی نیز رهیافت قاطع یا مشهودی ندارد. زیرا برخی نویسندگان به این امر اشاره دارند و می‌گویند: "اگر چه قانون صراحتاً به لزوم کتبی بودن قرارداد داوری معترض نشده، لیکن ثابت است که قرارداد داوری باید مبتنی بر نوشته ای باشد که به امضای طرفین قرارداد رسیده باشد" (فخاری - امیرحسن - داوری، ابزاری جهت سوء استفاده - ص ۱۲۰) و هم ایشان دلایلی را بر این امر ذکر می‌کند که بر اساس استنباط از موادی از قانون است. همچنین اشاره دارند که: "قانون آئین دادرسی مدنی مخصوصاً مقررات مربوط به داوری آن، از قانون فرانسه ترجمه شده است. در قانون آن کشور هم لزوم وجود سندی که مبین انعقاد قرارداد داوری باشد، شرط دانسته شده است" (همان - ص ۱۲۲). یا استدلال دیگر ایشان بر اساس (بند ۱ ماده ۴۸۱ قانون) این است که: "وقتی فسخ قرارداد داوری به صورت کتبی امکان پذیر است، مسلماً انعقاد آن نیز به صورت کتبی قابل تحقق است" (همان - ص ۱۲۱). برخی دیگر به صراحت گفته اند: "توافق مزبور ممکن است حتی به صورت شفاهی واقع شود" (شمس - عبدالله؛ آئین دادرسی مدنی جلد سوم - ص ۵۳۰). هر چند ایشان در جایی دیگر سخنی دارند که لزوم کتبی بودن سند توافق را به ذهن متبادر می‌کند: "اصلاح موافقتنامه داوری این معنا را می‌رساند که توافق همواره باید به صورت کتبی باشد" (همان - ص ۵۲۷). از نظر برخی دیگر با عنایت به مفهوم پسوند «نامه» به کلمه «موافقت» در زبان فارسی بر می‌آید که «موافقتنامه» باید کتبی باشد (امیر معزی - احمد، داوری بین المللی در دعوی بازرگانی - نشر دادگستر - چاپ اول - ۱۳۷۸ ص ۳۷). نظر به این که بدون توجه به اهداف حقوق داوری نتایج آن و تحولات جهانی، که صرف قواعد کلی مانند اصل رضایی یا قصدی بودن نمی‌توان حکم منطقی را استنباط کرد و از این رو باید به مقررات قانون نمونه آنسیترال (law uncitral mode) که متنی جهانی است و قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ که از این قانون اقتباس شده و



نیز رویکردهای جهانی به منظور ضرورت هماهنگی بین المللی، توجه داشته و نظر به این که به منظور هماهنگی مذکور نمی توان صرفاً به قواعد سنتی و عام حقوق داخلی تکیه کرد و استنباطی که با تحولات جهانی همراه است را از یاد برد زیرا نهاد داوری، وابسته به حقوق تطبیقی و از نهاد های مشترک حقوق ملل متمدن است و نظام حقوق ایران نیز با حضور رویه قضایی پویا، بی گمان از این ویژگی برخوردار است و در این مبانی و منابع، داوری لازم نیست به صورت کتبی باشد بلکه کفایت ملموس جلوه کند و دادگاه بدون ورود در دلایلی مانند استماع شهادت شهود یا سوگند و دیگر دلایل خارجی، بتواند وقوع آن را احراز کند. مانند سند مکتوب، پیامک، ایمیل و دیگر مظاهری از این قبیل، که دادگاه را از ورود به دلایل شفاهی بازمی دارد، برای احراز آن کفایت، اما در این مبانی و منابع جایی برای استماع دعوی اثبات داوری به صورت شفاهی نیست و نظر به این که فلسفه چنین متنی در این است که داوری مبتنی بر اصولی مانند سرعت است و اگر قرار باشد، بعد از یک رسیدگی دقیق و زمانبر، بر اساس استماع شهادت و سوگند، در نهایت تحقق آن اثبات شود و صلاحیت داور معین شود، به این معناست که در این فاصله یا نباید دعاوی را در دادگاه استماع کرد یا بعد از صدور حکم از دادگاه، با اثبات داوری شفاهی، همه این امور را از طرقی مانند اعاده دادرسی و نقض کرد و نیز همیشه این خطر برای طرفین داوری، مخصوصاً خوانده دعوی وجود دارد که در پایان رسیدگی زمان بر دادگاه چه اتفاقی می افتد و چرا اقامه دعوایی که می بایست با سرعت و اعتماد مورد برنامه ریزی قرار می گرفت در معرض خطر قرار می گیرد و نظر به این که این معنا به صراحت از ماده ۷ بندهای ۲ الی ۵ قانون نمونه آنستیرال مستفاد میشود، با اشاره به عبارتی مانند "موافقتنامه داوری که مفاد آن در هر شکلی ثبت یا ضبط میشود" یا "مشروط بر این که اطلاعات مندرج در آن قابل دسترسی باشد به نحوی برای ارجاعات بعدی قابل استفاده باشد" یا "در ضمن تبادل دادخواست یا دفاعیه منعکس شده" و ماده ۷ قانون داوری تجاری بین المللی نیز مقرر می دارد: "شکل موافقتنامه داوری باید طی سندی به امضای طرفین رسیده باشد یا مبادله نامه، تلکس، تلگرام، یا نظایر آن ها بر وجود موافقتنامه مزبور دلالت نماید یا یکی از طرفین طی مبادله درخواست یا دفاعیه، وجود آن را ادعا کنند و طرف دیگر عملاً آن را قبول نماید" که این متن ظهور یا نص در ملموس بودن موافقتنامه است و نظر به این که در بند یک و دو ماده ۱ قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی تنظیم



شده در نیویورک به تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ میلادی (۱۳۳۷/۱۴۱۳ هجری شمسی) آمده است: "۱- هر دولت متعاقد موافقتنامه کتبی را که به وجود آن طرف‌ها متعهد می‌شوند که کلیه اختلافات یا هر اختلاف موجود یا محتمل الوقوع بین خود را که مربوط به رابطه حقوقی شخص اعم از این که قراردادی باشد یا نباشد و مربوط به موضوعی باشد که از طریق داوری قابل حل و فصل باشد، به داوری ارجاع کنند، شناسایی خواهد کرد. ۲- اصطلاح موافقتنامه کتبی شامل شرط داوری در قرارداد یا موافقتنامه داوری امضا شده توسط طرف‌ها یا گنجانده شده در نامه‌های مبادله شده یا تلگراف‌های مخابره شده خواهد بود و همسو با رویکرد جهانی مذکور است و با عنایت به این که قانون داوری تجاری بین المللی، اولاً متن قابل اتکایی برای نهاد داوری است و برای یافتن حکم قانون، اولویت در این است که از خود مقررات، حکم را استنباط کنیم، ثانیاً بند ۱ ماده ۳۶ قانون داوری تجاری بین المللی (مفهوماً) دلالت بر این دارد که می‌توان، از احکام این قانون در داوری داخلی استفاده کرده ولی از قواعد مقرر در قانون آئین دادرسی مدنی نباید برای داوری بین المللی استفاده نمود زیرا مقرر می‌دارد: " داوری اختلاف تجاری بین المللی، موضوع این قانون از شمول قواعد داوری مندرج در قانون آئین دادرسی مدنی و سایر قوانین و مقررات مستثنی است " (خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی جلد ششم، بایسته‌های حقوق داوری تطبیقی، ص ۴۲۷ و ۴۲۸). لذا دادگاه به این دلیل که اساساً اثری در استماع مترتب نمی‌شود و خواننده نیز وجود داوری را قبول نکرده است که شرط ملموس بودن محرز باشد، در راستای بند ۷ ماده ۸۴ قانون آئین دادرسی مدنی قرار رد دعوی خواهان را صادر و اعلام می‌نماید رأی صادره ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان می‌باشد.

رأی تجدید نظر^۳:

تجدید نظر خواهی آقای محسن... به وکالت از آقای مصطفی... نسبت به دادنامه شماره — صادره از شعبه ۲۴ دادگاه حقوقی شهرستان اصفهان که متضمن صدور قرار رد دعوی تجدیدنظرخواه به خواسته احراز قرارداد داوری آقای سید زین العابدین... درمورد

۳. علیرضا شمس اژیبه مستشار دادگاه تجدید نظر استان اصفهان.



کلیه معاملات و مراودات فی مابین تجدید نظر خواه آقای. . . می باشد، دادگاه نظر به این که قرارداد داوری با داوری شخص معین، قراردادی سه جانبه بوده که قطع نظر از کتبی نبودن قرارداد قبول و پذیرش داور را هم لازم دارد؛ که دلیلی به این موضوع سوای از کتبی نبودن قرارداد ارائه نشده است و با عنایت به این که دادنامه به شرح و تفصیل استدلالات ریاست محترم دادگاه بدوی بدرستی صادر و تجدیدنظرخواه ایراد و اعتراض موجه و مؤثر و دلیلی که خللی به دادنامه صادره وارد نماید به عمل نیاورده و از جهت رعایت اصول و تشریفات دادرسی نیز ایرادی وارد نیست، بنابراین تجدیدنظرخواهی را وارد ندانسته و با رد تجدیدنظرخواهی مستند به ماده ۳۵۳ قانون آئین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظرخواسته تأیید و استوار می گردد. رأی صادره قطعی است.



داور در نقش خواننده تسهیل گر

دکتر علی رئیسی^۱

بعد از صدور رأی توسط داور و ابلاغ آن به طرفین، محکوم علیه در فرجه قانونی امکان درخواست ابطال رأی داور را دارد که در دادخواست تقدیمی در ردیف خواهان قرار گرفته و محکوم له رأی داوری در ردیف خواننده است. اصولاً دعوای ابطال رأی داور متوجه داور نیست و بدون آن که نام داور در ردیف خواننده باشد، دادخواست تکمیل و قابل رسیدگی است.

در جایی که ظلمی می‌شود و حقی از موضعش می‌لغزد و ترافعی شکل می‌گیرد، لزوماً یک طرف ذی حق است و یک طرف متجاوز به حق. برای بیننده در غبار ترافع، آنکس که حقی در معرض زوال یا از بین رفتن است، تجسمی واضح تر دارد تا شخصی که باعث برهم زدن این نظم شده است.

همیشه یافتن شخصی که معارض سکون حق است ساده و بی دردسر نیست. گاهی اشتباه در اصالت دعوا به شخص بیگانه، سبب رفتن به بیراهه ای است که بعضاً سبب هزینه ای گزاف و یا از دست رفتن فرصت دوباره طرح دعوی در دعوای مقید به مهلت است.^۲

۱. قاضی شعبه ۲۴ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان، سرپرست مجتمع اقتصادی - بازرگانی استان اصفهان.

۲. در دعوای مثل اعتراض به رأی هیأت ثبتي یا ابطال رأی داور که مقید به مهلت هستند اشتباه در خواننده دعوی منجر به قرار رد یا عدم استماع دعوی می‌شود و تنها یک اشتباه ممکن است فرصت را از بین ببرد.



این مثال در میان وکلا شایع است که «از اضافه کردن خواننده در دادخواست ضرری نمی‌بینی». به راستی یافتن خواننده ای معین و مناسب، کاری ظریف و هنرمندانه است. گاهی نیز شخصی که خواهان در پی اوست تا به حق قانونی خود برسد، مشخص و معین است. اما برای زدودن موانع راه و روشن کردن مسیر ظلمانی دعوا، لازم است چراغ‌های بیشتری برافروخت و یکی از این چراغ‌های عاریتی، تکرر خوانندگان است. این خواننده اگر چه در ظلم مورد ادعای خواهان نقشی مستقیم ندارد اما حضور او راه را برای دستیابی به حق از دست رفته ساده تر می‌کند.

ما در این جستار به آنیم تا چنین خواننده ای را شناسایی کنیم.

- در دعوای ابطال رأی داور، خواننده چه کسی باید باشد؟

عمدتاً ابهام در مقررات قانونی و تشتت آرای قضات سبب می‌شود که خواهان و وکلا نتوانند به طور قطعی خواننده مشخصی را به عنوان خصم خود انتخاب کنند. یا این که خواننده به ظاهر مشخص است لیکن همان تشتت آرا سبب می‌شود تا وکیل خطر نکند و از باب احتیاط، هر شخص مربوط و بی ربطی را در دادخواست بنویسد تا از گزند عدم استماع دعوی ایمنی یابد. مثلاً در دعوای ورشکستگی چه تعداد از طلبکاران باید طرف قرار بگیرند؟ آیا دادستان هم باید خواننده دعوی باشد؟ در دعوای ابطال اجرائیه ثبتی، آیا باید واحد ثبتی هم خواننده قرار بگیرد؟ در دعوای ابطال اسناد رسمی، لازم است اداره ثبت اسناد و املاک و دفترخانه تنظیم کننده سند طرف باشد؟ در دعوای ابطال تصمیم هیأت مدیره، شرکت باید خواننده باشد یا اعضای هیأت مدیره باید خواننده باشند؟ در دعوای ابطال رأی داور آیا لزومی دارد که داور در دادرسی دخالت داشته باشد؟ در غالب دعوای آن که حق خود را در معرض تضییع و زوال می‌بیند (خواهان) مشخص و روشن است اما این حق را باید از چه کسی مطالبه کند؟ مردم معمولاً در محاورات عمومی از الفاظی بدون توجه به بار حقوقی آنها، استفاده می‌کنند؛ مثلاً می‌گویند فلانی از من کلاهبرداری کرده است؛ حال آن که کلاهبرداری مفهومی به غایت پیچیده دارد. یا آن که شخصی که با شرکتی معامله کرده است، فقط مدیر عامل را می‌شناسد و در پی ستاندن حشش از آن شخص حقیقی است؛ حال آن که طرف قرارداد شخصی حقوقی است که بیگانه از مدیران است. راهکاری که برای شناخت خواننده داده شده آن است که دادگاه در صورتی حکم به نفع خواهان می‌دهد که احراز کند حق مورد ادعا توسط خواننده مندرج در دادخواست تضییع شده است (عبدالله شمس، صفحه ۳۳).



اما در دعاوی پیچیده دل بستن به قاعده‌ها نیز راهگشا نیست. به هر حال خواننده آن شخصی است که منطوق رأی مستقیماً متوجه اوست و صدور رأی برای او الزام و التزام ایجاد می‌کند. اما همیشه اینگونه نیست ممکن است در دعوایی شخصی خوانده باشد اما التزامی برای او به وجود نیاید. لازم است برای تبیین بحث مختصری از انواع خواندگان را بیان کنیم.

- انواع خواننده :

۱- **خواننده اصلی** : چنین خواننده ای بیشتر در دعاوی ساده و روشن وجود دارد و آن شخصی است که بی شک تعهد قانونی یا قراردادی به او بار می‌شود و ناقض تعهد هم شخص اوست. بدون حضور چنین خواننده ای واضح است که اساساً دعوا و ترافعی وجود ندارد. مصادیق چنین دعوا و وصف چنین خواننده ای فراوان است و نیاز به ذکر مثال نیست.

۲- **خواننده قانونی (حکمی)**: در برخی مواد قانونی لزوم طرف قرارگرفتن بعضی از اشخاص صریحاً بیان شده است از جمله مواد ۴۲۰ و ۱۲۱ و ۱۲۷ قانون آئین دادرسی مدنی و مواد ۴۸۶ و ۱۱۸۴ قانون مدنی و مواد ۲۳۲ و ۲۳۶ و ۳۲۷ و ۳۳۶ قانون امورحسابی و ماده ۱۶۸ قانون دریایی و ماده ۴۱۹ قانون تجارت.

۳- **خواننده تسهیل گر** : (روشن گر) ، (عبدالله خدابخشی - حقوق دعاوی - جلد اول صفحه ۲۲۰) ؛ چنین خواننده ای ضرر مستقیمی را متوجه خواهان نکرده است اما حضور وی در دعوا همانگونه که گفته شد سبب می‌شود نوری بر تاریکی دعوا بتاباند و سبب روشن شدن روابط و تقویت موضع مدعی می‌شود اما دعوی مستقیماً متوجه او نیست. وجود چنین خواننده ای در دعوا موضوعی جدید و یا مشکوک و مبهمی نیست تا رویه قضایی با تردید به آن بنگرد. همانگونه که رد پای پررنگ چنین خواننده ای در ماده ۱۳۷ قانون آئین دادرسی مدنی در باب جلب ثالث آمده است و این برای رویه قضایی روشن است که گاهی دعوت از ثالث به عنوان خواننده، نه توجه دعوی علیه اوست بلکه برای تقویت وضع است (دکتر حسن محسنی، صفحه ۵۰).



شده است، عبور کند و نظراتی که تبدیل به تابوهای سختی شده‌اند که شکستن آنها بت شکن نیاز دارد، بشکند. باید از روش‌های پوزیتیویستی^۳ فرمالیستی قانون عبور کرد^۴ و با افزودن بصیرت قضایی رو به تفسیرهای نو آورد و قانون را به خدمت گرفت تا مشکلات مردم در تفسیری زبینه تر حل شوند.

مصادیق خواننده تسهیل گر

بیشترین فراوانی چنین خواننده ای در دعاوی الزام به تنظیم سند رسمی ملک یا خودرو است. در جایی که ملک یا خودرویی با سند عادی خریداری شده است و خریدار برای دست یافتن به سند رسمی و ثبت مالکیت رسمی خود ناگزیر از طرح دعوی الزام به تنظیم سند رسمی است.

در چنین دعاوی خواننده اصلی همان مالک رسمی ملک یا خودرو است ولی خواهان برای اثبات قانونی بودن نقل و انتقال تا مالک رسمی، ناچار است تمامی ایادی قبلی و مالک رسمی را طرف دعوی قرار دهد؛ بدون این که نتیجه نهایی (الزام به تنظیم سند رسمی) متوجه آنها باشد.

- دعوی دیگری که در این زمینه مطرح است دعاوی بیمه است که زیان دیده ناگزیر است برای اثبات تقصیر وقوع خسارت موضوع قرارداد، مقصر را نیز به عنوان خواننده تسهیل گر طرف دعوی قرار دهد.

- از دعاوی دیگری که شاید بتوان خواننده تسهیل گر را در آن دخیل دانست، دعوی طلبکار علیه تاجر ورشکسته است که خواهان طلبکار، طلبکاران دیگر را نیز به عنوان مؤید ادعای خود طرف دعوی قرار می‌دهد.

- در دعوی اعتراض به اراضی ملی شده، که در حریم و حدود شهر قرار گرفته اند،

۳. پوزیتیویسم اصطلاحی فلسفی است که بر اساس آن، تنها روش معتبر تحقیق و شناخت، روش علمی تجربی دانسته می‌شود. روشی که بر پایه تجربه است. اولین بار در تاریخ علوم، این اصطلاح را آگوست کنت فیلسوف و جامعه‌شناسی فرانسوی به کار برد.

۴. فرمالیسم بدخیم ترین رهیافت معاصر نسبت به حقوق است (به نقل از دکتر شهرام کیوانفر، ص



خواهان علاوه بر اداره منابع طبیعی به عنوان مرجع تشخیص، اداره راه و شهرسازی یا شهرداری را نیز بعنوان متولی و متصرف اراضی طرف دعوی قرار می‌دهد.

- در دعوی ابطال سند رسمی یا سند مالکیت، دفترخانه تنظیم کننده سند و اداره ثبت اسناد و املاک به عنوان تنظیم کننده سند رسمی و یا هیأت صادر کننده رأی ثبتی، طرف دعوی قرار می‌گیرد تا در جریان دعوی ابطال سندی که تنظیم کرده است، قرار گیرد و در همراهی با خواهان مسیر دعوا را روشن تر نماید.

- در دعوی انتقال امتیاز یا پروانه‌های صادره از سوی ادارات دولتی (در فرض استماع اینگونه دعاوی) ادارات مزبور جهت بررسی صحت انتقال، طرف دعوی قرار می‌گیرند تا دستیابی به هدف برای خواهان ساده تر باشد.

- در دعوی ابطال رأی داور، داور به عنوان شخصی که عملکرد وی در بررسی بندهای ماده ۴۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی، مورد مناقشه است، طرف دعوا قرار می‌گیرد تا عنداللزوم از عملکرد خود دفاع کند؛ بدون آن که نتیجه نهائی مستقیماً متوجه وی شود. در مصادیقی که شمرده شد، خواننده‌های تسهیل گر اثر و نقش یکسانی ندارند. در برخی دعاوی نقش خواننده تسهیل گر همانند خواننده اصلی است و عدم طرف قرار دادن خواننده تسهیل گر مانع استماع دعواست. مثل دعوی الزام به تنظیم سند رسمی. معمولاً در دعوی طرف قرار ندادن خواننده تسهیل گر؛ لزوماً دعوی را با خطر مردود شدن مواجه نمی‌کند. ولی در هر حال حضور این خواننده همانگونه که گفته شد مسیر را برای قاضی روشن تر می‌کند.

داور در نقش خواننده تسهیل گر

کسی که خواننده ای معین و متناسب را طرف دعوی قرار می‌دهد قطعاً می‌داند که حق تضییع شده اش را باید از چنین خواننده ای بستاند. اما وکیل کارآمد خواننده‌های تسهیل گر را نیز در دادخواست قید می‌کند تا با خطر رد شدن دعوا و تحمیل هزینه دادرسی و هدر دادن وقت مواجه نشود.

از جمله دعاوی که به نظر می‌رسد با این خطر مواجه هستند و من در این مقال برآن هستم راهکاری برای آن ارائه کنم دعوی است که حاوی شرط داوری با داوری مشخص و معین هستند (داوری مقید). بسیار اتفاق افتاده است که دعوایی مطرح شده است، اما چون شرط داوری مقید دارد، علیرغم پرداخت هزینه گزاف، با قرار عدم استماع مواجه شده است. خواهان دعوا در جایی که شرط داوری مقید وجود دارد اما داوری به سبب در



دسترس نبودن داور یا قصد سوئی که از سوی داور وجود دارد، قابل انجام نیست و یا داور وارد رسیدگی نمی‌شود و از سوی دیگر طرح دعوی در دادگاه نیز به علت وجود شرط داوری مواجه با قرار عدم استماع می‌شود، می‌تواند داور راطرف دعوا قرار دهد.

در ماده ۴۶۳ قانون آئین دادرسی مدنی آمده است: "هرگاه طرفین ملتزم شده باشند که در صورت بروز اختلاف بین آنها شخص معین داوری نماید و آن شخص نخواهد و نتواند به عنوان داور رسیدگی کند و به داور یا داوران دیگر نیز تراضی ننمایند، رسیدگی به اختلاف در صلاحیت دادگاه خواهد بود". این ماده ۲ عنوان را برای عدم امکان انجام داوری برشمرده است: ۱- داور نخواهد. ۲- داور نتواند. عنوان اول ظهور در تعهد و قصد عدم انجام داوری توسط داور دارد و عنوان دوم حکایت از عارض شدن امری بر داور دارد که موجب عدم امکان انجام داوری توسط وی می‌نماید.

در این ماده که از آن به داوری مقید یاد می‌شود شروط و ضوابط چگونگی طرح دعوی در هر کدام از فروع امتناع یا عدم توانایی داور با چالش‌هایی مواجه است (برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به دکتر عبدالله خدابخشی، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن، ص ۱۲۳ به بعد).

دادگاه در مواجهه با قراردادی که در آن شرط داوری وجود دارد با فرض داوری مقید (داور معین) یا داوری مطلق (بدون تعیین داور معین) قرار عدم استماع دعوی صادر می‌نماید.

در اینگونه دعاوی خواهان علاوه بر رعایت شرایط کلی دادخواست و دعوی باید برای استماع دعوایش یک موضوع دیگر را نیز اثبات کند. این که داور نتوانسته یا نخواسته رأی صادر کند (در داوری مقید). و یا تمهیدات لازم برای انتخاب داوری (ماده ۴۶ قانون آئین دادرسی مدنی و مراجعه به مکلف برای تعیین داور) را به جای نیآورده است. در موضوع اخیر مدعی ناگزیر از مراجعه به دادگاه و اثبات انجام تشریفات انتخاب داور است اما در فرض داوری مقید، خواهان چگونه باید اثبات کند که به داور مراجعه کرده است و داور نتوانسته یا نتوانسته است حل اختلاف کند؟

چندین راه حل برای اثبات این ادعا وجود دارد:

۱- نامه ای از داور به دادگاه ارائه نماید و عملاً امتناع داور را اثبات نماید. با این فرض برای خواهان مشکلی برای طرح دعوا وجود ندارد.

۲- ارسال اظهارنامه برای داور و دعوت از او برای حل و فصل اختلاف؛ اما ممکن



است این روش با این ادعا مواجه شود که به صرف ارسال اظهارنامه و رعایت دیگر تمهیدات داوری نمی‌توان موضوع داوری را منصرف دانست. خصوصا اگر داور با خواننده همراهی کند و مرقومه ای به دادگاه بنویسد و بگوید آماده داوری است.

۳- رأی ابطال رأی داور را ارائه نماید که بیانگر حل و فصل دعوی توسط داور است و اکنون رأی وی باطل شده و مراجعه به داوری منتفی است.

در فروض مذکور طرح دعوی با اثبات گفته‌های مذکور با مانعی مواجه نیست. مشکل جایی است که داور هیچگونه همکاری جهت حل و فصل و داوری موضوع قرارداد ندارد و یا این که اصلا در دسترس نیست تا امکان ارسال اظهارنامه فراهم باشد و یا این که داور علیرغم قبول داوری هیچگونه اقدام عملی جهت حل و فصل دعوی نمی‌نماید.

شیوه ای که ما پیشنهاد می‌کنیم آن است که در مواردی که خواهان با مشکل یاد شده مواجه شده و این خطر وجود دارد که در صورت طرح دعوی و پرداخت هزینه دادرسی و صرف وقت، ممکن است دعوا با قرار عدم استماع به لحاظ شرط داوری مواجه شود، داور یا داوران تعیین شده در قرارداد به عنوان خواننده تسهیل گر، طرف دعوا قرار گیرند؛ اینگونه خواهان می‌تواند هم اثبات کند که مهیای انجام داوری بوده است و هم این که داور ممتنع و ناتوان را به پاسخگویی دعوت کند. بدین ترتیب دادگاه ضمن بررسی شرط و تمهید مقدمه برای داوری در صورتی که خواهان را صادق بیابد دعوی وی را استماع می‌نماید و خواهان از خطر مردود شدن دعوا رهایی می‌یابد.^۵ رویه قضایی هنوز در این

۵. در دادنامه شماره ۹۶۲... مورخ ۹۹/۹/۱۸ صادره از شعبه ۸ دیوان عدالت اداری، وکیل شاکی اداره مسکن و شهرسازی و اداره کل راه و شهرسازی استان را به عنوان طرف‌های شکایت معرفی می‌کند و موضوع شکایت و خواسته وی الزام به صدور سند مالکیت تک برگی می‌باشد. در این دادنامه قاضی محترم اشاره می‌کند که: وکیل شاکی تحت چه عنوانی از اداره راه و شهرسازی شکایت نموده است و چه ادعایی علیه راه و شهرسازی دارد؟ سند مالکیت را اداره ثبت اسناد و املاک صادر می‌کند و هدف شاکی از تقدیم دادخواست به طرفیت راه و شهرسازی این است که می‌خواهد این دعا را که پلاک تحت مالکیت شاکی جزو اراضی دولتی یا



زمینه تصمیمی اتخاذ نکرده است و این وابسته به ابداع چنین دعوی از سوی وکلای محترم دادگستری است تا ببینیم عکس العمل رویه قضایی چیست. بارها به مناسبت‌های مختلف معروض داشته‌ام که قانون در دست قاضی است تا وسیله و راهکاری برای حل عادلانه مشکل مردم باشد و سخت‌گیری‌های آئینی در جایی که تاب تفسیر قانون برای جلوگیری از تطویل دادرسی و حل عادلانه معضل وجود دارد، بی‌مورد است؛ و این وابسته به نگاه ما به قانون است. آیا قاضی در دست قانون است یا قانون در دست قاضی؟ آیا باید از قانون اطاعت کرد یا بر قانون فرمانروایی نمود؟

عمومی نمی‌باشد و جزو مستثنیات است به اثبات برساند. . . . چنین شخصی که با هدف تقویت موضع شاکی طرف شکایت واقع می‌شود یا به هدف گرفتن بهانه از طرف شکایت اصلی می‌آید در حقوق ما از آن به خوانده تسهیل‌گر یاد شده است (این عنوان توسط دکتر خدابخشی وارد ادبیات حقوقی ما شده است) و برای تبیین قاعده حاکم بر خوانده تسهیل‌گر باید: ۱- نهادهای مشابه در قوانین را مورد بررسی قرار داد ۲- امری که حدوداً لازم و بقاء آن ضروری نباشد در قوانین بیابیم، تا قاعده حاکم بر خوانده تسهیل‌گر را بیابیم. وقتی می‌توان در جریان دادرسی ثالثی را جهت تقویت به دادرسی جلب نمود، یا ثالثی می‌تواند ورود نماید، چرا از ابتدا تحت عنوان خوانده تسهیل‌گر این امکان فراهم نباشد؟



محدوده داوری در قراردادهای پیش فروش آپارتمان

دکتر محمد رضا محمدی جرقویه‌ای^۱

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

به موجب ماده ۲ قانون پیش فروش آپارتمان، در قرارداد پیش فروش باید حداقل به موارد زیر تصریح شود:

۱. اسم و مشخصات طرفین قرارداد اعم از حقیقی یا حقوقی
۲. پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک
۳. اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله مانند مساحت اعیانی، تعداد اتاق‌ها، شماره طبقه، شماره واحد، توقفگاه (پارکینگ) و انباری



۴. مشخصات فنی و معماری ساختمانی که واحد در آن احداث می‌شود مانند موقعیت، کاربری و مساحت کل عرصه و زیربنا، تعداد طبقات و کل واحدها، نما، نوع مصالح مصرفی ساختمان، سیستم گرمایش و سرمایش و قسمت‌های مشترک و سایر مواردی که در پروانه ساخت و شناسنامه فنی هر واحد قید شده یا عرفاً در قیمت مؤثر است.

۵. بها یا عوض در قراردادهای معوض، تعداد اقساط و نحوه پرداخت

۶. شماره قبوض اقساطی برای بهاء تحویل و انتقال قطعی

۷. زمان تحویل واحد ساختمانی پیش فروش شده و تنظیم سند رسمی انتقال قطعی

۸. تعیین تکلیف راجع به خسارات، تضمین‌ها و قرارداد بیمه‌ای، تغییر قیمت و تغییر مشخصات مورد معامله

۹. تعهدات پیش‌فروشنده به مرجع صادر کننده پروانه و سایر مراجع قانونی

۱۰. معرفی داوران

۱۱. احکام مذکور در مواد (۶)، (۷) و (۸) و تبصره آن، (۹)، (۱۱)، (۱۲)، (۱۶) و (۲۰) این قانون

همچنین در ماده ۲۰ قانون مزبور مقرر گردیده کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش فروش توسط هیئت داوران متشکل از یک داور از سوی خریدار و یک داور از سوی فروشنده و یک داور مرضی الطرفین و در صورت عدم توافق بر داور مرضی الطرفین، یک داور با معرفی رئیس دادگستری شهرستان مربوطه انجام می‌پذیرد. در صورت نیاز، داوران می‌توانند از نظر کارشناسان رسمی محل استفاده نمایند. آیین‌نامه اجرایی این ماده توسط وزارت مسکن و شهرسازی و وزارت دادگستری تهیه و به تأیید هیئت وزیران خواهد رسید. داوری موضوع این قانون تابع مقررات آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب خواهد بود. در ماده ۳ همان قانون عنوان گردید قرارداد پیش فروش و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید با رعایت ماده (۲) این قانون از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی و با درج در سند مالکیت و ارسال خلاصه آن به اداره ثبت محل صورت گیرد. با توجه به مراتب فوق ملاحظه



می‌گردد در صورت بروز اختلاف فی مابین اصحاب دعوی در ارتباط با پیش فروش آپارتمان، ارجاع آن به داوری از سوی قانون‌گذار الزامی و اجباری اعلام شده است و موضوع اختلاف توسط هیئت داوری موضوع ماده ۲۰ آن قانون که مقرر گردیده پیش‌نویس آن متعاقباً تنظیم و تدوین خواهد شد حل و فصل می‌گردد. و حتی قبل از بروز اختلاف نیز طرفین به موجب بند ۱۰ ماده ۲ قانون مزبور ملزم به معرفی داور منتخب خود به اصل ۳۴ قانون اساسی که دادخواهی را حق همه مردم می‌داند و همه آنان حق دارند به دادگاه صالح دسترسی داشته باشند و اصل ۱۵۹ قانون اساسی، دادگستری را مرجع رسمی تظلمات و شکایات اعلام داشته آیا اجباری اعلام کردن موضوع اختلاف به داوری مغایرت با قانون اساسی ندارد؟ در پاسخ به سوال یاد شده بدو ناگزیر به سوابق امر در ارتباط با داوری اجباری می‌باشیم.

البته در این رابطه نیز با محدودیت‌های صدور رای داوری در قراردادهای پیش فروش روبرو هستیم. همانگونه که می‌دانید شرط داوری در قراردادها در خصوص طرفین همان قرارداد قابل اجراء است و داور فقط می‌تواند رأی خود را نسبت به اشخاصی که شرط داوری را امضاء نموده اند، صادر نماید. اما در برخی قراردادها همچون قرارداد پیش فروش، اجرای تعهدات یک طرف وابسته به یک قرارداد دیگر است و نتیجتاً در این قراردادها، صدور رای داوری با محدودیت مواجه می‌باشد. چرا که محکومیت یکی از طرفین قرارداد در رای داوری با حقوق اشخاص ثالث تزامم یا تعارض پیدا می‌کند. ما با توجه به مطالب فوق، محدودیت‌های صدور رای داوری در قرارداد پیش فروش عادی و قرارداد پیش فروش رسمی را بررسی می‌کنیم:

قرارداد پیش فروش عادی

در قرارداد پیش فروش، پیش فروشنده تعهدات بسیاری دارد که به طور اساسی شامل اخذ جواز ساخت و تخریب و احداث ساختمان و تحویل و اخذ گواهی پایان کار و تفکیک سند مادر و تنظیم سند رسمی تفکیکی شش دانگی به نام پیش خریدار می‌گردد. تعهدات پیش فروشنده بر اساس یک قرارداد اصلی پایه تحت عنوان مشارکت در ساخت است که مبنای قرارداد پیش فروش است.

اکنون پرسش این است که چنانچه پیش فروشنده، سازنده ای باشد که مالک رسمی



شش دانگ زمین نیست، آیا در فرض اختلاف در قرارداد پیش فروش، داور می‌تواند رای به محکومیت سازنده به اخذ جواز ساخت و تخریب و احداث و تحویل و تفکیک و تنظیم سند رسمی صادر نماید؟؟

یقیناً پاسخ به این سوال منفی است. چرا که هر یک از این تعهدات در ارتباط مستقیم با مال غیر منقول ثبت شده است که مالک رسمی آن فرد دیگری غیر از پیش فروشنده (سازنده) است و صدور رای در خصوص این موارد در غیاب مالک رسمی، مستلزم دخالت در ملک ثبت شده غیر منقول اشخاص ثالث است. مضافاً مالک رسمی در رسیدگی داورى هم شرکت نداشته است.

به عبارت دیگر با توجه به این که مالک، قرارداد پیش فروش را امضاء ننموده، شرط داورى به وی تسرى نمی‌یابد و نتیجتاً داور قرارداد پیش فروش نمی‌تواند مالک رسمی را به همراه سازنده (پیش فروشنده) محکوم نماید. فلذا امکان صدور رای داورى از اساس در خصوص هر یک از تعهدات مذکور وجود ندارد. حتى در فرضی که دعوا در صلاحیت دادگاه باشد نیز پیش خریدار باید در خصوص مطالبه هر یک از تعهدات فوق، مالک رسمی را نیز به همراه سازنده طرف دعوا قرار دهد و در غیر این صورت قرار رد دعوا صادر می‌شود. پیش خریدار می‌تواند در دادگستری دعوای خود را علیه مالک نیز مطرح نماید چرا که دادگستری مرجع عام رسیدگی به دعوای افراد است لکن در داورى امکان طرف قرار دادن مالک نیست.

از سوی دیگر صدور رای داورى در قرارداد پیش فروش و دستور اجرای آن توسط دادگاه، ملازمه با تنفیذ قرارداد مشارکت در ساخت نیز دارد که مستلزم طرف قرار دادن مالک و استماع دفاعیات مالک است. چرا که مالک یکی از طرفین قرارداد مشارکت در ساخت است و قرارداد مشارکت در ساخت نیز مبنای قرارداد پیش فروش می‌باشد. چه بسا قرارداد مشارکت در ساخت قبل یا بعد از قرارداد پیش فروش فسخ شده باشد و یا پیش فروشنده حق پیش فروش نداشته باشد. فلذا دادگاه از اساس نباید دستور اجرای رای داورى را در خصوص هر یک از تعهدات فوق صادر نماید نه این که دستور اجرای رای داورى صادر شود و سپس مالک مکلف به اعتراض ثالث به رای داورى و پرداخت هزینه‌های مادی و معنوی آن گردد. بنابراین شرط داورى در قراردادهای عادی پیش فروش ساختمان در خصوص تخلفات سازنده ای که مالک رسمی شش دانگ سند مادر نیست، در مقام صدور رای با محدودیت مواجه است و عملاً یک شرط فائتزی است و فقط به درد



محکومیت سازنده به فسخ قرارداد و استرداد ثمن و خسارات می‌خورد. فلذا پیش خریدار در این موارد چاره ای ندارد جز این که استعفای داور را بخواهد و مستقیماً در دادگستری دعوا به طرفیت پیش فروشنده و مالک رسمی مطرح کند. حال اگر داور استعفاء ندهد و اصرار بر داوری داشته باشد، عدم صدور دستور اجرای رای داور توسط دادگاه موجب زوال داوری است.

قرارداد پیش فروش رسمی

طبق بند ۱ تبصره ماده ۱ و نیز بند ۱ ماده ۴ قانون پیش فروش ساختمان، یک سرمایه گذار (سازنده) بدون این که مالک رسمی زمین باشد، می‌تواند اقدام به پیش فروش نماید. از سوی دیگر در ماده ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان، شرط داوری به عنوان مرجع حل اختلاف پیش فروشنده و پیش خریدار ذکر شده است و لاجرم مرجع ذیصلاح حل و فصل اختلافات قرارداد پیش فروش رسمی از جمله اختلاف در تنظیم سند رسمی، فقط داوری است.

اکنون با توجه به مباحثی که در محدودیت های داوری در قراردادهای عادی پیش فروش گفتیم، آیا می‌توان گفت که همان محدودیت ها عیناً در داوری قراردادهای رسمی پیش فروش هم وجود دارد؟؟ و اگر این محدودیت ها وجود دارد، تکلیف حل و فصل اختلافات در خصوص تنظیم سند رسمی پیش خریدار چیست؟؟

به نظر می‌رسد با توجه به این که مالک رسمی از قانون جدید پیش فروش ساختمان مطلع فرض می‌شود و رضایت به تنظیم قرارداد رسمی سرمایه گذاری (مشارکت در ساخت) جهت تنظیم قرارداد پیش فروش رسمی داده است، لذا شرط داوری در قرارداد رسمی پیش فروش به مالک هم تسری پیدا می‌کند. البته نه این که مالک بتواند از شرط داوری استفاده کند بلکه فقط در دعوای پیش خریدار و پیش فروشنده در مورد تنظیم سند رسمی طرفیت دارد. فلذا مرجع داوری باید دعوای داوری را در خصوص تنظیم سند رسمی به طرفیت مالک نیز رسیدگی نماید تا مالک رسمی نیز به همراه پیش فروشنده به تحویل ساختمان و تنظیم سند رسمی محکوم گردد. البته نظر دیگر این است که صرف تنظیم قرارداد رسمی سرمایه گذاری (مشارکت در ساخت) به معنای مجوز تسری شرط داوری به مالک نیست. فلذا پیش خریدار باید هم زمان یک دعوای مستقل علیه مالک در



دادگستری در خصوص تنظیم سند رسمی مطرح نماید.

در قوانین موضوعه ایران چندین مورد داوری اجباری وجود دارد:

الف- داوری اجباری به موجب قرارداد شرط داوری: چنانچه طرفین به موجب قراردادی توافق نمایند در صورت بروز اختلاف موضوع به داور ارجاع گردد، تا زمانی که طرفین با توافق یکدیگر از شرط یاد شده اعلام عدول ننموده باشند رعایت شرط مزبور از سوی طرفین الزامی است. در صورتی که بدون توجه به شرط یاد شده هریک از طرفین، موضوع اختلاف را در دادگستری اقامه نمایند، دادگاه مربوطه وفق مقررات قانونی و به استناد مواد ۴۷۲، ۴۵۴ و مفهوم مخالف بند یک ماده ۴۸۱ ق.آ.د قرار عدم استماع دعوی را صادر و اعلام خواهد نمود.

ب- داوری اجباری به حکم قانون: زمانی است که قانون گذار بنا به مصالحی رأسا و بدون نیاز به توافق طرفین ارجاع موضوع اختلاف به داوری را الزامی اعلام می‌نماید. برخی از مقررات قانونی که به موضوع داوری اجباری اشاره دارند عبارتند از: ۱- مواد ۵ و ۶ قانون حمایت از خانواده مصوب ۵۳/۱۱/۱۵ که مقرر داشته رسیدگی به کلیه اختلافات ناشی از امر زناشویی و دعاوی خانوادگی حسب درخواست هریک از طرفین دعوی به استثنای رسیدگی به اصل نکاح و طلاق را دادگاه به یک تا سه داور ارجاع می‌نماید.

۲- قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۷۱/۱۲/۲۱ مجلس شورای اسلامی که به موجب آن ارجاع به داوری در امر طلاق الزامی اعلام گردیده است. ۳- ماده ۱۷ قانون بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۵ نیز عنوان داشته «هیئت داوری بورس که به طور دائم تشکیل می‌گردد به اختلافات کارگزاران با یکدیگر و به اختلاف بین فروشندگان یا خریداران با کارگزاران که از معاملات بورس ناشی می‌گردد رسیدگی می‌کند.

۴- داوری موضوع اختلاف سازمان‌های دولتی با یکدیگر موضوع تبصره ۱۲ بودجه سال ۱۳۸۰ که مرجع حل اختلاف آن کمیسیونی با مسئولیت سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور اعلام گردیده است.

۵- النهایه به موجب ماده ۲۰ قانون پیش فروش آپارتمان‌ها مصوب ۱۸/۱۱/۸۹ مجلس شورای اسلامی که تأکید و اشاره به داوری اجباری دارد. (سروی، ۱۳۹۰)



آیا الزام طرفین جهت حل اختلاف به مراجع غیر دادگستری مغایر با قانون اساسی است؟

در پاسخ باید گفت اولاً مرجع انطباق قوانین موضوعه با قانون اساسی به تشخیص شورای نگهبان واگذار گردیده که شورای یاد شده با تصویب آن، شبهه خلاف قانون اساسی بودن را مرتفع نموده است. ثانیاً به شرح موارد پیشگفته سوابق قانون‌گذاری در ارتباط با اجباری دانستن داور در موارد معین در کشور ما وجود دارد که مغایر با شرع و قانون اساسی شناخته نشده است در نتیجه موضوع بحث جاری در ارتباط با اجباری دانستن داور در ارتباط با پیش فروش آپارتمان‌ها مسئله جدیدی و تازه‌ای نمی‌باشد و سوابق آن در مقررات مشابه وجود دارد. ثالثاً انبوه دعاوی در مراجع دادگستری که وجود رسیدگی عادلانه را به لحاظ کمیت و کیفیت آن با مشکل مواجه نموده و اغلب موجبات اطلاع دادرسی را فراهم کرده و با التفات به سیاست درست قضازدایی و مزایایی که داور از حیث سرعت در رسیدگی و اعتماد طرفین نسبت به داور منتخب خود و صرفه‌جویی در هزینه‌ها و معمولاً تسلط داوران به موضوع اختلاف در مقایسه با داور دولتی دارند ضرورت ارجاع دعاوی به داور را ایجاد می‌نماید. رابعاً داوران در رسیدگی به موضوع دعوی دارای اختیارات تام و مطلق نمی‌باشند با توجه به اینکه در قانون پیش فروش آپارتمان‌ها عنوان گردیده، داور موضوع این قانون تابع مقررات آ.د.م می‌باشد فلذا چنانچه رأی صادره از سوی داوران برخلاف مقررات مندرج در ماده ۴۸۹ قانون آ.د.م و سایر قواعد مربوطه بوده باشد، رأی داور فاقد اعتبار بوده و قابلیت اجرایی نخواهد داشت مضافاً اینکه هریک از طرفین موضوع رأی داور در اجرای ماده ۴۹۰ قانون آ.د.م می‌توانند تقاضای بطلان رأی داور را در موعد مقرر قانونی بنمایند. به موجب ماده ۴۸۹ قانون مآل‌الذکر رأی داور در موارد زیر باطل است و قابلیت اجرایی ندارد: (ممی زاده، ۱۳۷۶)

- ۱- رأی صادره مخالف با قوانین موجد حق باشد.
- ۲- داور نسبت به مطلبی که موضوع داور نبوده رأی صادر کرده است.
- ۳- داور خارج از حدود اختیار خود رأی صادر نموده باشد. در اینصورت فقط آن قسمت از رأی که خارج از اختیارات داور است ابطال می‌گردد.
- ۴- رأی داور پس از انقضای مدت داور 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 مجاز به صدور رأی نبوده‌اند.


۷- قرارداد رجوع به داوری بی اعتبار بوده باشد.

فلذا اجباری دانستن موضوع داوری در صورتیکه آئین نامه آن با رعایت مصالح اجتماعی و حقوق اصحاب دعوی تدوین گردد اقدام شایسته‌ای است که در اجرای احقاق حق و رسیدگی عادلانه به دعاوی نقش مؤثری خواهد داشت.

النهاییه:

قرار داد پیش فروش ساختمان قراردادی است که به موجب آن مالک رسمی زمین یا سرمایه گذار (پیش فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در زمین مذکور در مقابل طرف دیگر قرار داد (پیش خریدار) می‌شود. این قرارداد از جمله نهادهای حقوقی است که در فقه و قانون مدنی سابقه ندارد. از این رو، اخیراً قانون گذار به منظور رفع کاستی‌ها و مشکلات موجود در عرصه پیش فروش ساختمان و تنظیم روابط طرفین قرارداد مذکور قانونی را به همین عنوان تصویب کرده است که محور های اصلی آن تثبیت مالکیت پیش خریدار، تسهیل و تسریع رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد و پیش بینی ضمانت اجراهای نقض آن است. تحقیق حاضر ضمن بررسی ماهیت، اوصاف و ضمانت اجراهای حقوقی قراردادهای پیش فروش ساختمان، نقاط قوت و ضعف قانون جدید را مورد تحلیل و نقد قرار داده و به این نتیجه دست یافته است که: اولاً: قرارداد پیش فروش ساختمان از حیث ماهیت و اوصاف قراردادی خاص با ویژگی های منحصر به خود است که ماهیت آنرا باید منحصراً بر اساس قانون جدید تحلیل نمود. ثانیاً: از نظر ضمانت اجرا، ثالتاً: در راستای هدف تسهیل و تسریع رسیدگی به اختلافات ناشی از این قراردادها، قانونگذار نهاد داوری را پیش بینی کرده است که داوری مزبور از نوع داوری اجباری بوده و از حیث ماهیت نیز جزو داوری قانونی می‌باشد.

با توجه به اهمیت و نقش داوری به عنوان یار و مددکار دستگاه قضایی در حل و فصل خصومت و به لحاظ نقائص قانونی که در آن خصوص وجود دارد و با التفات به اجباری نمودن موضوع داوری در قانون پیش فروش ساختمان، لازم است موانع و معایب



آن قانون از طرق مقتضی برطرف تا اقبال عمومی به آن مهم روزافزون گردد. ملحوظ نمودن داوری اجباری در قانون پیش فروش آپارتمان نه تنها تعارض و مغایرتی با قانون اساسی از جهت فصل خصومت توسط دادگستریندارد بلکه چنانچه به طور صحیح تدوین و اجرا گردد نقش مهم و ویژه‌ای در احقاق حق و رسیدگی عادلانه با نظارت مرجع قضایی خواهد داشت.

دادنامه زیر مکمل بحث می‌باشد:

شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی به موجب دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۵۱۳۳۷۰۰۷۹۵ مورخ ۱۳۹۶/۷/۱۷ موضوع پرونده شماره ۹۶۰۳۳۸ مقرر داشته است: «تجدیدنظرخواهی نسبت به دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۷۵۷۵۴۰۰۱۵۲ شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی مشهد که به موجب آن، دعوی ابتدایی ... با این استدلال که چون مفاد قرارداد مشمول ماده یک قانون پیش فروش ساختمان است و طبق ماده ۲۰ قانون مذکور کلیه اختلافات ... توسط هیأت داوری انجام می‌پذیرد... نهایتاً با قرار عدم استماع دعوا مردود اعلام شده؛ از حیث نتیجه وارد است ... زیرا صرفنظر از استدلال دادگاه، چون که قرارداد مورد استناد به موجب ماده ۳ قانون ... در دفاتر اسناد رسمی تنظیم نشده است لذا از امتیازات ذکر شده در قانون مذکور خروج موضوعی دارد؛ لکن نظریه اینکه به تحویز بند یک ماده یک آیین نامه داوری در بخش تعاون، رسیدگی و حل و فصل اختلافات میان اعضای تعاونی در صلاحیت اتحادیه های تعاونی و اتاق های تعاون می‌باشد، لذا ... رأی معترض عنه نقض و قرار عدم صلاحیت به اعتبار رسیدگی اتحادیه های تعاونی استان خراسان رضوی صادر و اعلام می‌شود. دفتر پرونده در اجرای ماده ۲۸ قانون مذکور جهت تعیین مرجع صالح به دیوان عالی کشور ارسال گردد». شعبه ۳۷ دیوان عالی کشور به موجب دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۰۹۲۵۳۰۳۵۱۵ مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۱۱ موضوع پرونده شماره ۹۶۲۲۵۲ مقرر می‌دارد: «اعلام عدم صلاحیت دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی به اعتبار صلاحیت مرکز داوری اتاق تعاون که از آن به اتحادیه تعاونی یاد شده است، با عنایت به محتوای پرونده و موضوع خواسته و رابطه طرفین اختلاف و نظریه تبصره ۶ ماده ۵۷ قانون اصلاح بخش تعاون موصوب سال ۹۳ و نیز با توجه به آیین نامه داوری مربوط، صائب تشخیص می‌شود».



تحلیل و نقد رأی:

۱- رابطه بین مرجع داورى و دادگاه را باید با کدام یک از مفاهیم «عدم صلاحیت»، «عدم استماع» یا «احاله (اناطه)» ترسیم کرد؟ هر یک از این مفاهیم و تحلیل مبتنی بر آن، آثار مهمی دارد. قرار عدم صلاحیت محلی (نسبی) باعث می شود که دعوا از مرجع اول به مرجع دیگر به همراه تبعات آن مانند هزینه رسیدگی، منتقل شود. قرار عدم صلاحیت ذاتی، پای دیوان عالی کشور را به میان می کشد زیرا مطابق ماده ۲۸ ق. آ. د. م با صدور این قرار، پرونده باید به دیوان عالی کشور ارجاع شود. همچنین با اعتقاد به صدور قرار عدم صلاحیت، جز در موردی که مرجع مذکور، به طور مستقیم ریشه در قانون دارد (نظیر مرکز داورى اتاق ایران که در اجرای بند «ح» ماده «۵» قانون اصلاح موادی از قانون اصلاح اتاق بازرگانی ایران و صنایع و معادن ایران، مصوب ۱۵ / ۹ / ۱۳۷۳ تشکیل شده است)، شیوه اجرای قرار مشخص نیست. به راستی چگونه می توان صلاحیت آقا یا خانم (داور مرضی الطرفین) را به رای دادگاه پیوند داد؟!

۲- عدم استماع دعوا سبب می شود دعوا و مظاهر آن یعنی اسناد و هزینه ها، در همان مرجع (قضایی) باقی بماند بدون اینکه برای مرجع داورى یا طرفین، قابل استفاده باشد. قرار رد یا عدم استماع دعوا (برخلاف قرار عدم صلاحیت)، ممکن است در مراحل نخستین و تجدیدنظر، مورد ارزیابی قرار گیرد. اعتبار امر مختوم این قرارها (عدم صلاحیت و رد یا عدم استماع) نیز ممکن است اثر متفاوتی داشته باشد زیرا در حالت اخیر، به ویژه وقتی در مراحل بالاتر تایید شود، این اعتبار قابل توجه است درحالی که عدم صلاحیت، بار اعتباری کمتری دارد؛ این تمایز در زمان ارزیابی رای داور مهم است زیرا در حالت رد یا عدم استماع، اینکه رای داور به دلیل فقدان صلاحیت داور (مثلاً عدم شمول شرط داورى) ابطال گردد، از قوت کمتری برخوردار است؛ برخلاف قرار عدم صلاحیت که مانع از ارزیابی صلاحیت داور و تردید در شمول موافقت نامه داورى نخواهد بود.

۳- این اشکالات در تحلیل سوم (احاله یا اناطه) منتقی یا کم رنگ می شوند زیرا اولاً دعوا بکلی از دادگاه خارج نمی شود؛ ثانیاً هزینه دادرسی باقی می ماند و حتی اگر برای مرجع داورى قابل استفاده نباشد (زیرا بعید است هزینه مسترد شود!)، این حسن



را دارد که اگر طرفین با مراجعه به مرجع داوری، در نهایت و به هر دلیل (اعم از اقاله داوری یا انتقای داوری یا امتناع داور از رسیدگی یا ابطال رای داور)، به نتیجه ای نرسند؛ با به جریان افتادن دعوی نخست در مرجع قضایی، نیازی به هزینه مجدد ندارند. از فروع این تحلیل، پذیرش آسان تر مفهوم «مرجع» در مورد داوری است، زیرا اگر به قرار عدم صلاحیت معتقد شویم؛ در اینکه آیا عبارت «مرجع داوری» را تنها باید به مراجع قانونی مستقیم مانند مرکز داوری اتاق ایران، قابل اطلاق دانست یا هر داور دیگری را نیز به عنوان «مرجع» دانست، ممکن است اختلاف نظر باشد؛ چرا که در حالت اخیر نمی توان قرار عدم صلاحیت صادر کرد! و البته ممکن است گفته شود منظور از مرجع داوری، هرچند به اعتبار داشتن یا نداشتن صلاحیت است اما نه اینکه زمینه ساز قرار عدم صلاحیت شود! اثر این تحلیل را مطابق برخی شنیده ها، در شمول ماده ۲۷ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی می دانند. به موجب این ماده «مقررات این قانون در مورد گزارش های اصلاحی مراجع قضایی و آرای مدنی سایر مراجعی که به موجب قانون، اجرای آنها برعهده اجرای احکام مدنی دادگستری است و همچنین آرای مدنی تعزیرات حکومتی نیز مجری است»؛ شنیده شده که برخی، این ماده را به مراجع قانونی مستقیم که اطلاق مرجع داوری بر آن صادق باشد، منصرف نموده اند. البته این نظر صحیح نیست و عموم آرای قابل اجرای داوری، مشمول ماده ۲۷ است.

۴- در مجموع، تحلیل اناطه یا احاله، با مقررات داوری مندرج در ق.ا.د.م. و قانون داوری تجاری بین المللی، موافق است و به رویه قضایی توصیه می شود. (دکتر عبدالله خدابخشی در کانال تلگرام)



تفاوت ابطال و بطلان رأی داور و بررسی

مهلت اعتراض ماده ۴۹۰ قانون آئین

دادرسی مدنی

نسیم پرستگاری^۱

طبق ماده ۴۹۲ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: «در صورتی که درخواست ابطال رأی داور، خارج از موعد مقرر باشد دادگاه قرار ردّ درخواست را صادر می‌نماید؛ این قرار قطعی است»؛ موعد اعتراض نیز حسب ماده ۴۹۰ آن قانون، بیست روز پس از ابلاغ رأی داور نسبت به اشخاص مقیم داخل کشور و ۲ ماه نسبت به اشخاصی است که مقیم خارج از کشورند. حال این پرسش به میان می‌آید که اگر رأی داور، دارای ایرادات جوهری و اساسی باشد که وقوع یا تکوین ماهیت حقوقی را خدشه دار می‌کند، مانند آن که خلاف اسناد رسمی معتبر دفتر املاک باشد یا شخص داور مطلقاً از داور ممنوع بوده و مبادرت به صدور رأی کرده باشد و یا بر خلاف نص صریح قانون رأی داده باشد و...، در صورت وصول اعتراض خارج از موعد نیز دادگاه، مجاز یا مکلف است که به موضوع رسیدگی کند یا حق ورود ندارد؟ به عبارت دیگر آیا بین موارد بطلان و عدم قابلیت اجرای رأی داور با موارد درخواست ابطال آن، فرق است و موعد اعتراض و رعایت مهلت، فقط ناظر به موارد ابطال است یا شامل همه موارد می‌شود؟

به نظر می‌رسد که از لحاظ حقوقی، و حتی ادبی، بین درخواست «ابطال» و «بطلان» و آثار و نتایج آن‌ها، تفاوت‌هایی باشد. فرق بین ابطال و بطلان در این است که ابطال،

۱. وکیل پایه یک دادگستری.



فعلی است که سبب حکم به بطلان می‌شود و بطلان، حکمی است که با ابطال و یا علل دیگر، محقق می‌شود. بنابراین بطلان اعم از ابطال است (جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۱۲، ص ۳۰۸). می‌توان گفت که طرح دعوی «تقاضای صدور حکم بر بطلان رأی داور»، در واقع مانند حکم بر اعلام بطلان رأی و به معنای خلاف قانون بودن رأی است و متوجه عمل حقوقی رأی داور می‌شود و طرح دعوی «ابطال رأی داور»، به معنای از بین بردن سبب بطلان یعنی خود رأی است. به عبارت دیگر، در این معنا، رأی داور همانند «سندی» است که حاوی عمل حقوقی باطل بوده و خواهان از دادگاه درخواست دارد که «سند» را از بین ببرد نه «مسند» را. بدیهی است که با از بین رفتن سند، اثری از مسند یا محتوای سند نیز باقی نمی‌ماند؛ زیرا رابطه این دو قابل تفکیک نیست و یکی در دیگری اثر می‌گذارد (دکتر عبدالله خدابخشی - حقوق داوری ص ۴۵۰).

بطلان ناظر به فرضی است که از ابتدای یک امر حقوقی، فاقد اثر است و نمی‌توان موجودیتی برای آن تصور نمود؛ یک امر ثبوتی است و اعم از این که ما به وضعیت بطلان عالم یا جاهل باشیم، آن وضعیت وجود دارد. اما ابطال امر اثباتی و ناظر به موردی است که یک امر حقوقی در جهان خارج یا در عالم اعتبار به وجود آمده و به جهتی از جهات قانونی واجد ایراد است که به آن علت، ممکن است درخواست ابطال به میان آید. پس یک امر حقوقی درخور ابطال، می‌تواند موجودیت داشته و به بقای خود به لحاظ شرایط ادامه دهد.

چنانچه نخواهیم دچار اجتهاد در مقابل نص شویم، و از سویی با آرای داوری باطل و غیر قابل اجرا هم مواجه نگردیم، ناگزیریم بین موارد احصا شده در ماده ۴۸۹ قائل به تفکیک شده و برخی از بندهای آن ماده را ناظر به درخواست ابطال و بعضی دیگر را منحصر به موارد بطلان یا عدم قابلیت اجرا بدانیم (علی اصغر مرادی، مجله وکیل مدافع، شماره ۱۰ و ۱۱). لازم به ذکر است موارد درخواست ابطال رأی داور مشمول نص صریح ماده ۴۸۲ و از بحث این مقاله خارج است؛ لذا در این نوشتار می‌کوشیم موارد قابلیت اعتراض به رأی داور خارج از فرجه ۲۰ روزه را بررسی کنیم.

رأی داوری ممکن است راجع به موضوعی صادر شده باشد که مطلقاً قابل ارجاع به داوری نبوده (مانند موارد عدم رعایت اصل ۱۳۹) یا از مواردی باشد که ارجاع آن به داوری بدو ممنوع و منوط به حصول شرایطی باشد. همچنین ممکن است که صادرکننده رأی محروم از داوری بوده باشد؛ در هر یک از موارد مذکور، رأی داوری محکوم به بطلان



است و چنین وضعی را دادگستری نمی‌تواند و نباید پشتیبانی و اجرا کند. به همین علت نیز قائل به پذیرش اعتراض خارج از موعد نسبت به آرای مذکور هستیم. آرای که محکوم به بطلان باشند قابلیت اجرایی هم نداشته و باید تکلیف آن‌ها در دادگستری معلوم شود. در جایی که نظم عمومی و مصلحت اجتماعی در میان باشد، دایره اختلاف و آثار آن، تنها به متداعین محدود نمی‌گردد؛ بلکه دامنه شمول آن فراتر از اصحاب دعوی خواهد بود و نیازمند ورود دادگاه‌های دادگستری است. یکی از موارد ممنوعیت مطلق ارجاع به داوری دعوی ورشکستگی است. همچنین دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب، قابل ارجاع به داوری نیست. بر فرض مثال هرگاه به هر دلیلی متداعین موضوع دعوی نکاح یا فسخ آن یا طلاق را به داوری ارجاع دهند و داور هم رأی دهد؛ این رأی اساساً باطل است و اعتراض خارج از موعد نیز دادگاه را مجاز به رسیدگی خواهد کرد. در نتیجه در جایی که ممنوعیت مطلق و منع قانونی ارجاع به داوری مطرح باشد و ایرادات اساسی و جوهری وجود داشته باشد، بحث حدود اختیار داور به میان می‌آید و بحث فرجه زمانی و جاهت قانونی ندارد. در نتیجه می‌توان خارج از مهلت ۲۰ روزه نیز به رأی داوری اعتراض کرد و بطلان آن را از دادگاه خواستار شد.

عدم رعایت بعضی موارد به رأی داوری هیچ خللی وارد نمی‌کند و لذا نمی‌توان آن را از موارد بطلان دانست و معتقد شد که خارج از مهلت هم می‌توان به آن اعتراض کرد؛ بلکه صرفاً در داخل مهلت اگر کسی اعتراض داشت، می‌تواند درخواست ابطال نماید. از آنجایی که بین ابطال و بطلان فرق است در جایی که ذی‌نفع از حق خود مبنی بر درخواست ابطال رأی داوری، در داخل مهلت مقرر قانونی استفاده نمی‌کند، فرض بر این است که از آن حق اعراض کرده و انصراف داده است. لذا بعد از آن نیز مسموع نخواهد بود. ولی در جایی ممکن است رأی داور ذاتاً و مفاداً قابلیت اجرا نداشته باشد؛ یعنی نتوان آن را به اجرا در آورد رأی که خاصیت اجرایی نداشته و اثری بر آن بار نباشد، وجاهتی ندارد. برای این که آرای غیرقابل اجرا از آرای که واقعا یا بر اساس قانون قابل اجرا هستند تفکیک شوند و دست دادگاه برای اعمال نظارت قضایی بی حد و حصر باز نباشد، ناگزیریم آرای غیر قابل اجرا با ایراد جوهری را احصا کنیم و اعتراض خارج از مهلت را نیز نسبت به آن‌ها بپذیریم. همانطور که می‌دانیم، بر طبق صدر ماده ۴۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی، قانون دادگاه را به اعمال نظارت قضایی در مرحله صدور اجرائیه و حتی در زمان اجرا، نیز مکلف می‌نماید و قاضی اجرا باید شقوق ۷ گانه در ماده ۴۸۹ را بررسی نموده و قابلیت یا عدم



قابلیت اجرای رأی را مشخص نماید؛ چنانچه در مهلت قانونی به رأی اعتراض نشود و اجرای آن توسط محکوم له درخواست شود، در مرحله اجرا نیز نظارت قضایی صورت گرفته و اگر موارد ماده ۴۸۹ وجود داشته باشد، رأی قابلیت اجرا نداشته و توسط مقام رسیدگی کننده به درخواست اجرا، درخواست اجرای رأی دآوری رد می‌شود.

رأی داور مانند رأی دادگاه باید منطبق بر واقعیت باشد. اگر ماده ۱۹۹ قانون آئین دادرسی مدنی به دادگاه اختیار داده که علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوی هر گونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد انجام دهد، بدین خاطر است که رأی دادگاه در مقام اجرا، با مشکل مواجه نشود و خلاف حقیقت نباشد. «حقیقت» آن چیزی است که صرف نظر از تصور ما در جهان خارج وجود دارد. بر فرض مثال، اگر مبیعه نامه ای بین طرفین منعقد گردد که اساساً باطل باشد و سپس یکی از طرفین الزام طرف مقابل به ایفای تعهدات و طرف دیگر نیز اعلام انفساخ مستند به شرط فاسخ را از دادگاه بخواهد و هر دو به بطلان قرارداد جاهل باشند، آیا دادگاه می‌تواند با توجه به جهل طرفین و موضوع خواسته آنها در دادخواست که هیچکدام تقاضای اعلام بطلان نکرده اند، صرفاً به دلیل جهل، این بطلان و ایراد جوهری را نادیده بگیرد و حکم به ایفای تعهد بدهد؟ مسلماً چه طرفین جاهل باشند و چه عالم، این ایراد اساسی وجود خواهد داشت و آثار خود مبنی بر بطلان مبیعه نامه را به همراه دارد. جهل و علم ما سبب تغییر حقیقت نمی‌شود. پس اگر ما بدون توجه به واقعیت و حقیقت بیرونی، رأی صادر کنیم، این رأی قابلیت اجرا نخواهد داشت و رأی هم که قابل اجرا نباشد مقید کردنش به مهلت اعتراض، بی اثر است.

در نتیجه، اجرای رأی داور، هرگاه با مانع روبرو شود، قابل بررسی است؛ یعنی وقتی که اجرای رأی اساساً ممکن نباشد باید بتوان خارج از مهلت هم به اعتراض معترض رسیدگی کرد.

نداشتن موعد برای درخواست ابطال رأی داور، در برخی صور آن، به صراحت در دادنامه شماره ۰۰۶۳ مورخ ۹۰/۱/۲۷ شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد، آمده و قابل تأمل است :

«دعوا عبارت است از ابطال رأی داور مقوم به ، حاصل ادعای خواهان رأی از جانب داور، له خواندگان صادر شده است که رأی مذکور خارج از موعد مقرر صادر شده است. از طرف دیگر رأی مذکور با قوانین موجد حق



مخالف است و داور نیز خارج از حدود اختیارات خویش رأی مذکور راصدر کرده است؛ لذا تقاضای ابطال آن را نموده است. وکیل خواندگان به عنوان دفاع اعلام نموده است رأی داور در تاریخ به خواهان ابلاغ شده است لذا دادخواست ابطال رأی داور خارج از موعد مقرر در ماده ۴۹۰ است و . . . دادگاه بدو در رابطه با ایراد . . . اظهار نظر نموده و علاوه بر آن، در پرونده حاضر علت تقاضای بطلان رأی داور مخالفت رأی با قوانین موجد حق و صدور رأی خارج از مهلت قانونی و خارج از صدور اختیارات داور اعلام شده است. ایراد وکلای خواندگان به این که دعوای خواهان خارج از موعد اقامه شده است و پذیرش دعوای مذکور خلاف نص ماده ۴۹۰ قانون است و به معنای وضع قاعده جدید حقوقی و افزایش مواعد قانونی است؛ وارد نیست. زیرا در ماده ۴۸۹ قانون مصوب ۱۳۷۹ رأی داور را در چند مورد اساساً باطل و آن را غیر قابل اجرا دانسته است و جهت طرح اقامه دعوا نیاز به آن نیست که اعتراض به رأی در موعد و مهلت قانونی اقامه گردد. توضیح این که وقتی رأی اساساً باطل باشد دیگر تأثیری ندارد که دیر یا زود درخواست حکم بطلان آن بشود. معنی آن این است که اگر مدت بگذرد درخواست ابطال رأی داور و شکایت از احکام دادگاه مورد ندارد لذا مشخص و محرز است که در موارد مذکور ابطال رأی داور منوط به مدت نشده است.»



داوری تجاری بین‌المللی و مفاهیم اساسی آن

سید ابراهیم سقایی^۱

داوری بین‌المللی نوعی رسیدگی است که از پیچیدگی‌ها و مشکلات حقوقی و کندی رسیدگی دولتی به دور است؛ داوران، منتخب اصحاب دعوا و مورد اعتماد آن‌ها بوده و در مسایل بازرگانی بین‌المللی تخصص دارند. اصحاب دعوا اغلب داوری را به رسیدگی دادگاه‌های دولتی ترجیح می‌دهند؛ از این رو در بسیاری از قراردادهای بازرگانی بین‌المللی شرط داوری گنجانده می‌شود که به موجب آن، در صورت بروز اختلاف راجع به تفسیر یا اجرای قرارداد، حل و فصل آن از طریق داوری موردی (at hoc) یا داوری نهادی (که بر اساس اراده مشترک طرفین و مقررات ملی یا بین‌المللی وضع شده است) صورت می‌گیرد. در ایران قانون داوری تجاری بین‌المللی در سال ۱۳۷۶ به تصویب رسیده است که از قانون نمونه آنسیترال (کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌المللی) الگو گرفته است. ایران در سال ۱۳۸۰ به کنوانسیون نیویورک، که زمینه مناسبی برای رشد داوری در ایران به وجود آورد، پیوست. کنوانسیون نیویورک مربوط به اجرای آرای داوری خارجی است و اجرای آرای بین‌المللی را نیز در بر می‌گیرد.

داوری چه زمانی بین‌المللی است؟

بند «ب» از ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، معیار بین‌المللی بودن داوری را این‌گونه توضیح می‌دهد: «داوری بین‌المللی عبارتست از این که یکی از طرفین

۱. مسئول دفتر ستادی قانون کارشناسان رسمی دادگستری استان اصفهان.



در زمان انعقاد موافقتنامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد». تعریفی که از عنصر بین المللی داوری در قانون ایران آمده است در هیچ کجای جهان مصداق ندارد. در نظام‌های حقوقی معیارهای مختلفی ارائه شده است؛ به طور مثال در نظام حقوقی سوئیس، داوری زمانی بین المللی است که یکی از طرفین در زمان انعقاد قرارداد داوری در خارج از سوئیس اقامت داشته باشد؛ در نظام حقوقی ایتالیا داوری زمانی بین المللی است که یا یکی از طرفین در خارج سکونت داشته باشد یا محل تجارت او خارج باشد یا بخش مهمی از تعهد موضوع قرارداد در یک کشور خارجی اجرا شود؛ در نظام حقوقی فرانسه، داوری زمانی بین المللی است که ناظر به مصالح تجاری بین المللی باشد.

قانون نمونه آنسیترال، داوری را در ۴ فرض بین المللی می‌داند:

(۱) محل تجارت طرفین در زمان انعقاد موافقتنامه داوری دو کشور متفاوت

باشد؛

(۲) مقر داوری یا محل رسیدگی‌های داوری در کشوری غیر از کشور محل

تجارت طرفین باشد؛

(۳) زمانی که کشوری محل اجرای بخش مهمی از تعهد غیر از کشور محل

تجارت طرفین باشد؛

(۴) زمانی که طرفین توافق کرده باشند که موضوع موافقتنامه داوری به بیش از

یک کشور مرتبط باشد.

همان طور که مشخص شد، قانون‌گذاران یک معیار نوعی یا موضوعی را برگزیده‌اند ولی قانون‌گذار ما معیاری شخصی را معرفی کرده است: تابعیت طرفین اختلاف. این معیار موجب می‌شود که در خصوص قراردادهای بین ایرانیان، یک ایرانی مقیم خارج از کشور یا شخصی ایرانی، که به رغم اقامت در ایران، محل تجارتش یک کشور خارجی است، نتواند از تسهیلات این قانون استفاده کند؛ چون اگر بخواهد با اتباع ایرانی قراردادی منعقد کند، این قرارداد از نظر این قانون بین المللی نخواهد بود چرا که دو طرف ایرانی هستند. این امر در جذب سرمایه‌های خارجی ایجاد مانع می‌کند.

باید متذکر شد که داوری بین المللی مفهومی اخص از داوری خارجی است. به عنوان مثال اگر دو فرانسوی در فرانسه موضوع خود را به داوری ارجاع داده و نسبت به اجرای

آن در ایران اقدام کنند، می‌توانند از کنوانسیون نیویورک^۲ استفاده کنند؛ زیرا آن رأی نسبت به ایران، خارجی است ولی بین المللی نیست.

شروع داوری بین المللی

شروع داوری، مطابق ماده ۴۶۵ قانون آئین دادرسی مدنی (در هر مورد که داور یا داوران توسط یک طرف یا طرفین انتخاب شوند)، روزی است که داوران قبول داوری کرده و موضوع اختلاف، شرایط داوری، مشخصات طرفین و همه موارد به داوران و طرفین ابلاغ شده باشد. مدت داوری از روزی شروع می‌شود که به آخرین شخص ابلاغ شود. در قانون تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶، مطابق بند الف از ماده ۴، «داوری از زمانی شروع می‌شود که درخواست داوری براساس مفاد ماده (۳) این قانون به خوانده داوری ابلاغ شده باشد، مگر این که طرفین به نحوی دیگر توافق کرده باشند». در بند ب این ماده نیز مقرر شده که: «جز در مواردی که ترتیب دیگری بین طرفین مقرر شده باشد، درخواست داوری باید حاوی نکات ذیل باشد: ۱. درخواست ارجاع اختلاف به داوری؛ ۲. نام و نشانی طرفین؛ ۳. بیان ادعا و خواسته آن‌ها؛ ۴. شرط داوری یا موافقتنامه داوری. درخواست داوری ممکن است حاوی اطلاعاتی در مورد تعداد داوران و چگونگی انتخاب آنان به شرح مذکور در این قانون و همچنین راجع به موافقتنامه، قراردادهای و یا وقایعی که موجب بروز اختلاف شده است، باشد».

چنانچه ملاحظه می‌شود زمان شروع داوری می‌تواند به اختیار طرفین باشد. در داوری‌های سازمانی نیز قواعد آن سازمان، زمان شروع داوری را تعیین می‌کند.

سازماندهی جریان داوری

در داوری‌های تجاری بین المللی معمولاً یک نشست مقدماتی بعد از تشکیل هیأت داوری برگزار می‌شود. در این مرحله کنترل مسائل شکلی رسیدگی داوری به مفهوم عملی از طرفین به هیأت داوری منتقل می‌شود.

۲. کنوانسیون نیویورک مربوط به اجرای آراء داوری خارجی است و اجرای آرای بین المللی را

نیز در بر می‌گیرد.



هیأت داوری معمولاً تمایل دارد که از آغاز، چارچوبی برای رسیدگی در اسرع وقت تعیین نماید.

در مواردی که طرفین و نمایندگان آنان از فرهنگ‌های مختلف و نظام‌های حقوقی مختلف هستند، نشست با طرفین برای اطمینان از این که هیأت داوری و طرفین اختلاف درک مشترکی از چگونگی جریان داوری دارند، برای طراحی دقیق چارچوب جریان داوری، ضروری به نظر می‌رسد. برای راحتی، تسریع یا ممکن نبودن حضور در جلسه، ممکن است از طریق کنفرانس تلفنی یا ویدئویی این نشست مقدماتی برگزار شود. هیچ یک از قواعد داوری نهادی یا موردی انعقاد نشست مقدماتی را تحمیل نمی‌کند و یا مانع آن نمی‌شود. اولین نشست مقدماتی فرصت مناسبی برای نمایندگان طرفین اختلاف است تا قبل از نشست‌های اصلی دیوان داوری با همدیگر ملاقات کنند و در موضوعاتی همچون دستمزد داوران، اقداماتی مانند تبادل لوایح و ابلاغ‌ها و time table به توافق برسند.

این که چه موضوعاتی باید در جلسه مقدماتی تعیین تکلیف شوند تا حد زیادی بستگی به خود طرفین، داوران و این که طرفین داوری را تابع چه مجموعه مقرراتی قرار داده‌اند، دارد.

در دیوان داوری اتاق بازرگانی (ICC) دیوان سندی را به نام terms of reference طراحی کرده و با رایزنی با طرفین، جدول زمانی موقت برای طول رسیدگی تهیه می‌نماید. در سال ۱۹۹۶ آنسترال مقرراتی تحت عنوان «توصیه‌های آنسترال برای سازماندهی رسیدگی داوری» (Uncitral Notes on Organizing Arbitral Proceedings) تهیه کرده است؛ این توصیه نامه راهنمای خوبی برای جریان داوری اعم از سازمانی و موردی است. این توصیه نامه لیستی از موضوعاتی که دیوان داوری باید هنگام سازماندهی رسیدگی مدنظر قرار دهد را تهیه کرده است. این لیست نیز جامع و مانع نیست ولی فهرست ارزشمند و بسیار مفیدی است:

۱. پذیرش مجموعه مقررات شکلی در صورتی که طرفین این کار را نکرده باشند؛
۲. زبان داوری؛
۳. مقر داوری؛
۴. امکان یا عدم امکان تشکیل جلسه در خارج از مقر داوری؛
۵. خدمات مدیریتی و اداری (اگر داوری به وسیله یک نهاد اداره نشود، هیأت



داوری باید تعیین کند که چه کسی مسئول اداره داوری است؛

۶. سپرده‌های مربوط به هزینه‌ها؛

۷. محرمانه بودن اطلاعات؛ دیوان ممکن است ترتیباتی برای محرمانه ماندن

اطلاعات اتخاذ کند؛

۸. روش تبادل اطلاعات؛

۹. تبادل لوایح و ابلاغ‌ها؛

۱۰. تعیین موضوعات مورد اختلاف؛

۱۱. امکان مذاکره برای حل و فصل اختلاف؛

۱۲. جدول زمانبندی برای تسلیم اسناد و مدارک طرفین؛

۱۳. شهادت: دیوان داوری باید در موارد ذیل تصمیم‌گیری کند:

الف. ضرورت ابلاغ کتبی مربوط به شهود و ماهیت اظهارات شاهد؛

ب. امکان یا عدم امکان اخذ شهادت‌نامه‌های شهود قبل از جلسه‌های رسیدگی؛

ج. شیوه استماع شهود و درجه نظارتی که داوران اعمال می‌کنند؛

۱۴. کارشناسی: مواردی مانند چگونگی تعیین کارشناس و نحوه تعیین دستمزد آنان و

چگونگی انجام کارشناسی و تکلیف طرفین در همکاری با کارشناس؛

۱۵. جلسه رسیدگی : موارد زیر در جلسه رسیدگی تصمیم‌گیری می‌شود:

الف- آیا جلسه رسیدگی اجباری است یا اختیاری؛

ب- مدت زمان جلسه رسیدگی؛

ج- اظهارات باید ضبط شود یا خیر؟ و چه کسی باید نگهداری کند؟

۱۶. ثبت: اگر رأی داوری باید نزد یک دادگاه ملی ثبت شود چه کسی این کار را

می‌کند؟

برخی موضوعات خیلی مهم نیز وجود دارد که دیوان داوری باید در مراحل اولیه تشکیل خود در مورد آنها تصمیم‌گیری کند تا بعد منجر به اختلافات پیچیده نشود؛ مانند موضوعات مربوط به صلاحیت، تعیین قانون حاکم بر داوری، تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی و غیره.

مدت داوری

مدت داوری باید مشخص شود تا مراجعه‌کننده به داوری با رسیدگی و صدور رأی با ۴۹



تاخیر بیش از اندازه رو به رو نشود. در داوری مهلت‌های قانونی و قراردادی از سوی طرفین اختلاف و داوران مدنظر قرار گرفته و لحاظ شود و در صورت تعارض این دو مهلت، مهلت قراردادی برای داوری مقدم بر مهلت قانونی است.

مکان داوری

الف) اهمیت تعیین مکان داوری

مکان داوری برای تعیین این که یک داوری داخلی است یا خارجی اهمیت بسیاری دارد. یکی از معیارهای تعیین قانون حاکم بر آئین دادرسی در داوری، قانون مقرر داوری است. می‌توان گفت که مهم‌ترین تأثیر قانون داوری در مورد دعاوی ابطال رأی داور و نحوه ی اقدام دادگاه‌های مقرر داوری است؛ زیرا فقط در دادگاه مقرر داوری می‌توان ابطال رأی داوری را خواستار شد.

ب) تعیین مکان داوری

باید توجه داشت که تعیین محل داوری در موافقتنامه داوری ضروری نیست و در مواردی که طرفین، داوری را به یک سازمان یا نهاد داوری ارجاع می‌دهند، قواعد آن سازمان است که مقرر داوری را تعیین می‌کند؛ مطابق ماده ۱۲ (ICC)، دیوان داوری مکان داوری را معین می‌کند؛ مگر این که طرفین در مورد آن توافق دیگری نمایند. انتخاب مکان داوری در اختیار طرفین است.

در داوری‌های تجاری بین المللی، معمولاً طرفین کشور ثالثی را تعیین می‌کنند ولی منعی وجود ندارد که کشور متبوع یکی از طرفین، مقرر داوری باشد. ممکن است جریان داوری مستلزم این باشد که جریان داوری فقط در یک مکان جریان نیابد و برای استماع شهادت شهود و... جلسات خود را در دو یا چند محل برگزار کنند.

ماده ۱۳ قواعد آنسیترال ۱۹۷۶ در این مورد مقرر می‌دارد:

اگر طرفین توافق نکرده باشند، هیئت داوری این مکان را با لحاظ شرایط تعیین می‌کنند؛

اگر طرفین، کشور خاصی را انتخاب کرده باشند، تعیین محل در آن کشور برای استماع شهود و برگزاری جلسات با لحاظ شرایط در اختیار هیئت داوری است؛

۱) دیوان داوری می‌تواند برای معاینه اموال فاسد شدنی و سایر اموال و یا بررسی مستندات، در هر مکانی که مناسب تشخیص دهد جلسه برگزار کند. در این صورت باید



اخطار به شکل کافی به طرفین داده شود؛

۲) رأی داور در محل اجرا داوری صادر می‌شود.

ماده ۲۰ داوری بین المللی ایران، مانند ماده ۲۰ قانون نمونه آنسیترال، مقرر می‌دارد: «داوری در محل مورد توافق طرفین انجام می‌شود. در صورت عدم توافق، محل داوری باتوجه به اوضاع و احوال دعوا، و سهولت دسترسی طرفین، توسط «داور» تعیین می‌شود».

زبان داوری

در داوری تجاری بین الملل طرفین اختلاف می‌توانند به زبان‌های مختلف ادله‌ی خود را به داوران ابراز کنند و ممکن است در این زمینه اختلافی حاصل شود به همین دلیل آنها می‌توانند در موافقتنامه داوری زبان‌های مورد استفاده در داوری را تعیین نمایند و در غیر این صورت داور، زبان مورد نظر را با توجه به شرایط مختلف انتخاب می‌کند. توافق طرفین یا تصمیم «داور» در مورد انتخاب زبان، شامل هرگونه لایحه، مدرک و دلیل طرفین، مذاکرات، جلسات رسیدگی، مراسلات «داور» و صدور رأی است.



داوری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی

مولود مبهوت^۱

چکیده

برابر اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی، برای ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی یا دولتی به داوری، حسب مورد، تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی ضروری و لازم، و در مواردی که طرف دعوا خارجی یا موضوع به تشخیص قانون مهم باشد، با تصویب مجلس امکان پذیر است. در این مقاله با توجه به مقررات جاری، ضمن بررسی تعریف «اموال عمومی و دولتی»، و با عنایت به تفسیری که از اصل ۱۳۹ به عمل آمده، تلاش شده تا رویکرد رویه قضایی پیرامون داوری راجع به اموال دولتی را مورد کاوش قرار گیرد تا مشخص شود تلقی دادگاه‌ها از مفاد و حدود التزام و مصادیق این محدودیت‌ها چیست.

واژگان کلیدی: دولت_ اموال عمومی یا دولتی_ طرف داوری_ موضوع داوری_ داوری پذیری_ اصل ۱۳۹.

مقدمه

داوری پذیری اختلافات راجع به اموال عمومی و دولتی همواره محل نزاع بوده است. با عنایت به نقش شرکت‌ها و مؤسسات دولتی در تجارت داخلی و بین‌المللی و تمایل

۱. دانشجوی حقوق.



روزافزون درمراجعه به داوری، اهمیت موضوع روز به روز بیشتر می‌گردد. از طرفی قوانینی چون قانون اساسی (اصل ۱۳۹) و قانون آئین دادرسی مدنی (ماده ۴۵۷)، صریحاً از عدم امکان ارجاع اینگونه اختلافات به داوری سخن می‌گویند؛ اینگونه قوانین عموماً برای دولت‌ها در مراجعه به داوری مصونیت قائل‌اند. از طرفی رویه مستقر نهادها و سازمان‌های دولتی و وجود برخی قوانین مشعر بر امکان ارجاع اینگونه اختلافات به داوری^۲، و همچنین گرایش جدیدی که در خصوص حمایت از داوری^۳ در کشور ما مشاهده می‌شود تمایل زیادی به تعدیل حکم قانون اساسی و داوری‌پذیری اینگونه اختلافات دارد. هدف این تحقیق روشن ساختن زوایای گوناگون این تعارض ظاهری است.

داوری‌پذیر نبودن اینگونه اختلافات مبنای چندان محکمی نداشته و بیشتر مبتنی بر مصلحت‌اندیشی است تا منطق حقوقی. در برخی کشورها، مانند انگلستان و ایالات متحده، منع خاصی در این زمینه وجود ندارد و همین امر می‌تواند مشوق قانون‌گذاری جدید (اعم از ارائه تفسیرهای قانونی یا تصویب قانون) در این زمینه باشد. در این خصوص می‌توان با ارائه تفسیرهای مضیق از مفهوم اموال عمومی و دولتی، از دامنه بطلان قرارداد داوری کاست و به اعتبار شرط داوری در اینگونه قراردادها کمک کرد.

تعریف اموال عمومی و دولتی در قانون مدنی

به موجب ماده ۲۶ قانون مدنی «اموال دولتی که معد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی مثل استحکامات و امثال آنها... که دولت به عنوان مصالح عمومی و منافع ملی در تحت تصرف دارد، قابل تملک خصوصی نیست...» و مطابق ماده ۲۵ این قانون، «هیچ

۲. رای نمونه ر.ک. به ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۹ (مدت اعتبار این قانون منقضی شده) و بند ۶ قسمت ب ماده ۸۴ قانون برنامه پنجم توسعه.

۳. رای نمونه بند ۶ ماده ۱۳۰ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳ (اعتبار منقضی شده).



کس نمی‌تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد از قبیل پل‌ها و کاروانسراها و... تملک کند...».

قانون مدنی، اموال عمومی دولتی را در ذیل فصل سوم از کتاب اول قانون مدنی با عبارت «اموالی که مالک خاص ندارند» ذکر کرده اما این توصیف درباره اموال دولتی صحیح نیست؛ زیرا اموال دولتی، ملک دولت محسوب شده و مؤسسات دولتی، حق مالکیتی مانند سایر اشخاص بر این اموال دارند، اما اموال عمومی، به شرح ماده ۲۵ قانون مدنی، که به مصالح عمومی اختصاص دارد، مالک خاص نداشته و دولت، تنها اداره کننده آن محسوب می‌شود.^۴ با این حال، امکان تغییر وصف اموال وجود داشته و مراجع صالح می‌تواند پس از سیر تشریفات قانونی اموال عمومی را به دولتی تغییر داده و یا حتی اموال خصوصی را مطابق تشریفات لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، مصوب ۱۳۵۸، و دیگر قوانین مرتبط با پرداخت قیمت روز آن درزمره اموال دولتی و عمومی قرار دهند.

با دقت در مفاد مواد ۲۴، ۲۵، ۲۶، ۲۷ قانون مدنی، اینگونه به نظرمی‌رسد که اموال عمومی، اموالی است که برای نیازمندی‌های عمومی، اختصاص یافته یا در قوانین و مقررات، از آنها به عنوان انفال و ثروت‌های عمومی و تحت مالکیت عمومی یاد شده است (اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی). سایر اموال تحت تصرف و اداره دولت، از جمله اموال دولتی محسوب می‌شود.^۵

با توجه به این که در قانون شهرداری‌ها و سایر قوانین، در خصوص تفکیک اموال عمومی و دولتی، معیارهایی ارائه شده، در قانون شهرداری‌ها از مالکیت شهرداری بر اموال عمومی سخن به میان آمده، اما به نظر می‌رسد منظور از آن، نوعی «مالکیت اداری» است که به هدف اداره و نگهداری این اموال، چنین امتیازی به شهرداری اعطاء شده است؛^۶

۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق اموال (تهران: گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۳۸۱) ص ۴۸.

۵. ناصر کاتوزیان، پیشین.

۶. همان، ص ۶۸.



بنابراین، شهرداری حق نقل و انتقال این اموال را ندارد. با این حال، تقاضای ثبت از سوی شهرداری نسبت به آن‌ها و صدور سند به نام این نهاد، اشکال ندارد زیرا مالکیت شهرداری بر این اموال، مالکیت عمومی است نه خصوصی.^۷

به نظر می‌رسد قانون شهرداری در تعریف اموال عمومی و دولتی، و ذکر مصادیق و احکام این اموال، از قانون مدنی تبعیت کرده. اگر اموال عمومی یا دولتی بر اساس ماده ۱۱۰ قانون محاسبات کشور و ماده ۳ آئین نامه اموال دولتی، مصوب ۱۳۷۲، به صورت امانی^۸ در اختیار نهادهای عمومی غیر دولتی قرار گیرد، با توجه به بقای وصف عمومی یا دولتی این اموال، ارجاع دعوای آن‌ها به داوری با رعایت مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی انجام می‌شود.

اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷/۶۱۶۶ مورخ ۱۳۷۳/۰۹/۱۵ اموال دولتی را جزء اموالی دانسته که «از بودجه عمومی کل کشور تهیه شده و در اختیار قوه مقننه،

۷. محمد جعفر جعفری لنگرودی، پیشین.

۸. ماده ۱۱۰ قانون محاسبات بودجه کشور (مصوب ۱۳۶۶) می‌گوید: وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی می‌توانند اموال منقول خود را به طور امانی در اختیار سایر وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی و مؤسسات و وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی قرار دهند. در این صورت وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی و مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی تحویل گیرنده بدون این که حق تصرفات مالکانه نسبت به اموال امانی مذکور داشته باشند مسئول حفظ و حراست اقتصادی و دارایی ارسال و عین اموال را پس از رفع نیاز به وزارتخانه یا مؤسسه دولتی و یا شرکت دولتی ذی ربط اعاده و مراتب را به وزارت امور اقتصادی و دارایی اطلاع دهند.

منظور از «اموال امانی» در آیین نامه اموال دولتی (مصوب ۱۳۷۲) هیأت وزیران، اموال منقول یا غیر منقولی است که از طرف وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی بر اساس ماده ۱۱۰ قانون محاسبات عمومی، به طور موقت در اختیار سایر وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و نیز مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی قرار گرفته یا می‌گیرند.



قضایه، شورای نگهبان، وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی می‌باشد»^۹.

اموال عمومی: اموالی هستند که نه می‌توان نهادی از نهادهای دولتی را مالک آن‌ها معرفی نمود و نه دستگاه‌های دولتی می‌توانند آن اموال را منتقل نمایند. همچنین این اموال از طرف طلبکاران دولت غیر قابل توقیف بوده، اماره تصرف و مرور زمان در خصوص آنها جاری نیست و تجاوز به آن‌ها جرم محسوب می‌شود.^{۱۰}

اموال دولتی: اموال تحت تملک نهادهای دولتی هستند. درخصوص اینگونه اموال، این پرسش که فلان مال متعلق به کیست، پاسخ روشنی دارد و به نهادی از نهادهای دولتی (وزارتخانه‌ها، قوای سه‌گانه و...) برمی‌گردد. اینگونه اموال، معمولاً جهت مقاصد تصدی‌گری به کار گرفته می‌شوند و اصل بر امکان واگذاری آن بوده و انتقال آن بر اساس قوانین عام صورت می‌پذیرد.^{۱۱} تعریف قانونی از اموال دولتی وجود ندارد. ولی ماده ۲ آئین‌نامه اموال دولتی (مصوبه شماره ۱۰۸۶۳/ت/۱۵۰۸۱ هـ مورخ ۱۳۷۴/۹/۱ هیأت وزیران) در تعریف اموال دولتی مقرر می‌دارد: «اموال دولت» اموالی است که توسط وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی خریداری می‌شود یا به هر طریق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده یا درمی‌آیند.

مصوبه مورخ ۲۷/۴/۱۳۷۲ هیأت وزیران در تعریف اموال دولتی مقرر می‌داشت: «اموالی است که توسط وزارتخانه‌ها، مؤسسات یا شرکت‌های دولتی خریداری می‌شود یا به هر طریق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده یا می‌آیند». مصوبه مذکور به موجب مصوبه شماره ۱۴۷۴۲/ت/۳۷۲ هـ مورخ ۷۳/۱۰/۱۲ اصلاح گردیده؛ بدین شکل که بعد از عبارت شرکت‌های دولتی، عبارت «که صد در صد سهام آنها متعلق به دولت است» اضافه

۹. به نقل از عباس کریمی و حمیدرضا پرتو، «داوری پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی». فصلنامه پژوهش حقوق، سال چهاردهم، ش ۳۶ (۱۳۹۱): ص ۱۵۷-۱۸۴.

۱۰. منوچهر طباطبایی مؤتمنی، حقوق اداری (تهران: انتشارات سمت، چاپ پانزدهم، ۱۳۹۰)، ص ۲۷۲.

۱۱. عباس کریمی، جزوه درسی حقوق اموال و مالکیت (تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی



شده است. مصوبهٔ اخیر نیز به موجب مصوبهٔ شماره ۱۰۸۳/ت ۱۵۰۸۱ هـ مورخ ۷۴/۹/۱ هیأت وزیران لغو و ماده ۲ مصوبهٔ سال ۱۳۷۲ به شرح فوق اصلاح شده است. سوابق مربوط نشان می‌دهد که این تغییرات به علت ایراد مجلس شورای اسلامی^{۱۲} مبنی بر تسری تعریف فوق (مصوبه سال ۷۲) به اموال شرکت‌های دولتی بوده که متفاوت از اموال دولت است. به عبارت دیگر، در ماده ۲ آئین نامه اموال دولتی مصوب ۷۴/۹/۱ عبارت «شرکت‌های دولتی» حذف گردیده که حاکی از نظر دولت و تأیید آن توسط قوه مقننه مبنی بر تفاوت میان اموال دولت و شرکت‌های دولتی و عدم تسری و اطلاق تعریف «اموال دولتی» بر اموال «شرکت‌های دولتی» است.

مصوبه سال ۱۳۷۴، به استناد ماده ۱۲۲ قانون محاسبات عمومی^{۱۳}، که در خصوص نحوهٔ چگونگی رسیدگی و نظارت و تمرکز حساب اموال منقول و غیر منقول دولت است تصویب شده که به روشنی «اموال شرکت دولتی» را از «اموال دولت» تفکیک نموده است.

ارجاع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی به داوری حتی در مواردی که در اختیار نهادهای عمومی غیردولتی هم باشد، مشمول مقررات اصل یاد شده است^{۱۴}.

همچنین اگر اموال اشخاص حقوقی حقوق خصوصی تحت مدیریت دولت باشد، اصل پیش گفته بر موضوع حاکمیت ندارد. براین اساس، کمیته تفسیر و بررسی بیانیه الجزایر،

۱۲. برابر اصل ۱۳۸ ق.ا. مصوبات دولت باید به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی برسد تا در صورتی که این مصوبات را بر خلاف قوانین بیاید با ذکر دلیل برای تجدید نظر به هیأت وزیران بفرستد.

۱۳. ماده ۱۲۲ قانون محاسبات عمومی مقرر می‌دارد «آیین نامه مربوط به نحوه اجرای فصل پنجم این قانون و چگونگی رسیدگی و نظارت و تمرکز حساب اموال منقول و غیر منقول دولت از طرف وزارت امور اقتصادی و دارایی تهیه و به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید».

۱۴. لعیبا جنیدی، قانون حاکم در داوری تجاری بین المللی (تهران: نشر دادگستر، چاپ اول،



در تاریخ ۱۳۶۳/۰۸/۳۰، در مورد اموال اشخاص حقوقی حقوق خصوصی، که بعد از انقلاب در اختیار و نظارت دولت قرار گرفته بود، چنین نظر داده است: «در موردی که دعوی مربوط به یک شخص حقوقی حقوق خصوصی باشد که مدیر یا ناظر دولتی دارد، اصل ۱۳۹ شمول ندارد زیرا مقررات اصل مذکور در مورد اموال عمومی و دولتی جاری است»^{۱۵}.

تفسیر اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران

به موجب ماده ۹۲ قانون محاسبات عمومی، اگر در اثر یک عمل غیر قانونی (تعهد مازاد بر اعتبار) که جرم محسوب می‌شود مالی به تصرف دولت در آمده باشد عین یا وجه آن باید به صاحب مال مسترد شود.^{۱۶}

در اینجا سؤالاتی مطرح است :

اگر اینگونه وجه نزد دستگاه‌های دولتی باشد و مورد اختلاف قرار گیرد، آیا قابل ارجاع به داوری است؟

در صورتی که اختلاف بین اشخاص و دولت یا شرکت دولتی در خصوص «نقض تعهدات قراردادی» توسط دولت یا شرکت دولتی باشد آیا این موضوعات قابلیت ارجاع به داوری دارند؟

۱۵. عبدالغنی احمدی و استانی، «شرح مختصر بیانیه‌های الجزایر»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۲۵، ۱۳۷۹: ص ۳۱. به نقل از ناصر علیدوستی، "ظرفیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران"، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال ۱۱، شماره اول، ۱۳۸۷، ص ۳۹.

۱۶. ماده ۹۲ مقرر می‌دارد: «در مواردی که بر اثر تعهد زائد بر اعتبار یا عدم رعایت مقررات این قانون خدمتی انجام شود یا مالی به تصرف دولت در آید، دستگاه اجرایی ذی ربط مکلف به رد معامله مربوطه می‌شود. و در صورتی که رد عین آن میسر نبوده و یا فروشنده از قبول امتناع داشته باشد و هم چنین در مورد خدمات انجام شده مکلف به قبول بوده و وجه مورد معامله در حدود اعتبارات موجود یا اعتبارات سال بعد دستگاه اجرایی مربوط قابل پرداخت است و اقدامات فوق مانع تعقیب قانونی متخلف نخواهد بود».



آیا مالی که متعلق حق اشخاص است و به جهت خاصی نزد شرکت دولتی یا دیگر دستگاه‌های دولتی بوده و به تصرف و تملک دولت هم در نیامده، بلکه به لحاظ عدم انجام صحیح وظایف مسئولان ذی‌ربط، و یا احتمالاً برخلاف قرارداد اموال طرف قرارداد (بخش خصوصی)، کسر گردیده است، را می‌توان به داوری ارجاع نمود؟

پاسخ :

شروط مذکور در اصل ۱۳۹ ق.ا. مربوط به موضوع داوری است نه طرف داوری و از طرفی اختلاف در خصوص اموال دولتی نیست؛ لذا جهت استرداد اموال غیر دولتی منعی برای ارجاع موضوع به داوری به نظر نمی‌رسد، ولو این که طرف مقابل دستگاه دولتی باشد. اما در رابطه با ارجاع دعوا به داوری برای این که کدام یک از طرفین نقض کننده تعهدات قراردادی است دو نظریه می‌تواند مطرح باشد:

۱. رأی داوری موجب ایجاد تعهد مالی برای دستگاه دولتی (نه شرکت دولتی) گردد؛
۲. داور با اظهار نظر و صدور رأی داوری در ارائه تفسیر صحیح از مفاد قرارداد، به اختلاف خاتمه می‌دهد و تعهد مالی برای دولت در بر ندارد.

«حق رجوع به داوری یک حق مطلق است که کلیه اشخاص حقیقی یا حقوقی (اعم از دولتی یا غیر دولتی) به حکم قانون از آن برخوردارند. اصل ۱۳۹ ق.ا. این اطلاق را در جایی که به اموال عمومی و دولتی مربوط باشد مقید و در واقع بر قاعده و حکم کلی استثنائی وارد ساخته است. به حکم اصول عمومی حاکم بر روش‌های تفسیر، «در مواردی که ماده حکم خاصی را بیان می‌نماید و به جهتی از جهات استثناء از قاعده و اصول کلی می‌باشد به طور محدود تفسیر می‌گردد».

شمول حکم این اصل بر اموال عمومی و دولتی است؛ لذا شرط مذکور در این اصل «از شرایط موضوع قرارداد داوری است و نه طرف قرارداد داوری» و ارجاع اختلاف به داوری توسط دستگاه دولتی نقض قانون نیست.

وجود شرط ضمن عقد جهت ارجاع به داوری

موافقت به رفع اختلاف توسط داوران در قرارداد یک شرط ضمن عقد است که ماده ۴۵۵ ق.ا.د.م. نیز درج چنین شرطی را پذیرفته است. متعاملان، که در هنگام انعقاد عقد قرارداد، تعهداتی را پذیرفته‌اند، ملزم به انجام آن بوده و شرط مزبور، یعنی حل و فصل اختلافات از طریق داوری، در قرارداد جزء یکی از تعهدات طرفین است که با ارجاع امر به



داوری کاملاً متفاوت است^{۱۷}؛ لذا اگر شرکت دولتی، و حتی دستگاه دولتی^{۱۸}، در قرارداد با اشخاص دیگر چنین شرطی را بپذیرد، همچون دیگر شرایط قراردادی، ملزم به ایفای تعهد خواهد بود. در رابطه با این موضوع سؤالات مختلفی از شورای نگهبان پرسیده شده که تاکنون نظریه تفسیری صادر نشده است، ولی پاسخ مورخ ۶۵/۴/۱۸ شورای نگهبان به نخست وزیر وقت قابل توجه است که عیناً نقل می‌گردد:

«جناب آقای میر حسین موسوی نخست وزیر محترم جمهوری اسلامی ایران عطف به نامه شماره ۶۲-۴۳/۱۷-۴۳ ن مورخ ۱۳۶۵/۲/۲۴: نظر به این که قوانین جاریه کشور در صورتی از لحاظ قانون اساسی منع اجرایی دارد که با قانون اساسی مغایرت داشته باشد و نظر به این که در مواردی که شمول هر یک از اصول قانون اساسی نسبت به قوانین جاریه به تفسیر شورای نگهبان نیاز داشته باشد، مادام که شورای نگهبان نظر تفسیری نداده باشد آن قوانین منع اجرایی ندارد و جواز اجراء آن قوانین به اصل خود باقی است و نظر به این که در مورد شمول اصل ۱۲۹ نسبت به قرارداد مورد سؤال شورای نگهبان به نظر تفسیری نرسیده ارجاع به داوری از طرف دولت بدون کسب مجوز از مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی مغایرت ندارد».

با استفاده از این پاسخ، اگر در قراردادهای منعقدۀ دولتی و مؤسسات دولتی، پیش بینی

۱۷. برخی از حقوقدانان در این رابطه چنین اظهار نظر کرده‌اند: «موافقتنامه داوری، طرفین را ملزم به ارجاع اختلاف موضوع موافقتنامه به داوری می‌نماید و از همین راه و در اجرای قانون، داور صلاحیت رسیدگی و صدور رأی پیدا می‌کند و در نتیجه علی القاعده دادگاه دولتی صلاحیت رسیدگی به اختلاف موضوع موافقتنامه داوری را از دست می‌دهد.» (۷:۵۲۹) ضمناً برابر قوانین برنامه‌های پنج ساله سوم و چهارم توسعه اقتصادی و اجتماعی جمهوری اسلامی ایران، سیاق و روش مورد نظر قانونگذار در حل و فصل اختلافات ناشی از امر خصوصی سازی و واگذاری اموال و سهام به بخش خصوصی، داوری توسط هیأت‌های داوری است (ر. ک: مواد ۲۰ و ۲۱ قانون برنامه سوم و ۹ قانون برنامه چهارم).

۱۸. برای اخذ مصوبه دولت جهت ارجاع امری به داوری و عدم اقدام دستگاه دولتی برای گرفتن چنین مصوبه ای نیز مباحث مختلفی قابل بررسی است.

ارجاع به داوری شده باشد، با عنایت به ماده ۴۵۵ ق. آ. د. م.، طرفین ملزم به ایفای تعهد بوده و منعی جهت اجرای تعهد وجود ندارد.

اصل ۱۳۹ قانون اساسی:

« صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند»^{۱۹}

در اصل فوق نکات زیر قابل توجه است:

الف_ صلح یا ارجاع دعاوی به داوری؛

ب_ اموال عمومی و دولتی؛

ج_ تصویب هیأت دولت برای هر مورد و اطلاع مجلس شورای اسلامی؛

د_ تصویب مجلس شورای اسلامی در موارد مهم و هنگامی که طرف دعوا خارجی است.

موارد «الف» و «ب» از موضوعات داوری است و موارد «ج» و «د» از شروط داوری است. در این اصل نامی از دستگاه دولتی به میان نیامده است. این امر به آن معنا است که مهم نیست طرف داوری دستگاه دولتی باشد یا غیر دولتی، بلکه آنچه اهمیت دارد «اموال عمومی و دولتی» و اتخاذ تصمیم در خصوص صلح یا ارجاع دعاوی مربوط به آن‌ها به داوری است؛ ولو این که این اموال در ید اشخاص غیر دولتی باشد.

بر عکس اگر مالی غیر از «اموال دولتی و عمومی» در تصرف و ید دستگاه‌های دولتی باشد شروط مذکور در اصل ۱۳۹ و آئین دادرسی مدنی برای ارجاع اختلاف راجع به آن‌ها به داوری شامل آن‌ها نمی‌شود تا لازم الرعایه باشد.

۱۹. این اصل پیش از تصویب نهایی، ابتدا به این شکل تنظیم شده بود: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی و ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیأت وزیران است. در مواردی که طرف دعوا، خارجی باشد و در موارد مهم داخلی، باید به اطلاع مجلس برسد».



اصل ۱۳۹ مقرر می‌دارد در موارد مهم داخلی، تصویب مجلس نیز ضروری است و «موارد مهم را قانون تعیین می‌کند»؛ لیکن تاکنون قانون مربوط به تعیین موارد مهم به تصویب نرسیده است. شورای نگهبان هم در مقام دادرس قانون اساسی، به ارائه چند نظریه (مشورتی و تفسیری) از این اصل اقدام نموده است که دشوار می‌توان آن‌ها را راه گشای ابهامات این اصل دانست^{۲۰}

- ❖ «بر حسب اطلاق اصل ۱۳۹ قانون اساسی در مورد موافقتنامه‌های پیش از پیروزی انقلاب اسلامی، هرچند در آن‌ها ارجاع به داوری پیش بینی شده باشد، مقررات اصل مذکور باید رعایت شود» (نظریه مشورتی)^{۲۱}
- ❖ «انجام تشریفات مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی، منحصرأً مربوط به صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی و یا ارجاع دعاوی به داوری می‌باشد و شامل طرح دعوی در مراجع قضایی (خارجی) نمی‌باشد» (نظریه تفسیری)^{۲۲}.
- ❖ «اصل ۱۳۹ قانون اساسی به لحاظ صراحت و وضوح نیازی به تفسیر ندارد و اعضاء شورای نگهبان به اتفاق آراء اصل مذکور را شامل اموال شرکت‌های دولتی نیز می‌دانند» (نظریه مشورتی)^{۲۳}.

لازم به ذکر است که نظرات مشورتی صادر شده از طرف شورای مذکور لازم الاتباع نیستند.

۲۰. برای اطلاع از نظرات این شورا نک: محمد فتحی و کاظم کوهی اصفهانی، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری، مشورتی و... شورای نگهبان (۱۳۹۶-۱۳۵۹) (تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۶)، ص ۵۳۶-۵۵۴.

۲۱. نظریه مشورتی شماره ۵۹۳۹ مورخ ۱۳۶۵/۰۲/۱۰؛ در خصوص عدم پذیرش «عطف به ما سبق شدن» اصل ۱۳۹.

۲۲. نظریه تفسیری شماره ۷۴۸۴ مورخ ۱۳۶۵/۱۰/۱۱.

۲۳. نظریه مشورتی شماره ۵۶۰۶ مورخ ۱۳۷۲/۰۹/۱۷؛ در خصوص عدم پذیرش اعمال این اصل نسبت به دعاوی «شرکت‌های دولتی».



موانع داوری پذیری اختلافات مربوط به اموال دولتی و تحدید آن

داوری پذیری به این معناست که آیا دسته خاصی از اختلافات قابل ارجاع به داوری‌اند؟ ممنوعیت احتمالی می‌تواند ناشی از وجود یک قانون بوده یا این که در رویه قضایی پذیرفته شده باشد (shore, ۲۰۰۹, ۱). مبانی متفاوتی برای داور پذیر نبودن ذکر کرده‌اند.

مبانی داور پذیر نبودن اختلافات مربوط به اموال دولتی

۱- قانون

در بسیاری از کشورها، صریحاً بر عدم امکان ارجاع اختلافات مربوط به اموال دولتی به داوری اشاره شده است. ایران و فرانسه (ماده ۲۰۶۰ قانون مدنی) در زمره این کشورها هستند. مبنای تصویب اینگونه قوانین به عدالت توزیعی بر می‌گردد. این دولت است که باید حق و عدالت راتعیین کند (walt, ۲۰۰۶, ۱۳۱۱). و سپردن این مهم به شخص خصوصی با مقتضای عدالت توزیعی در تضاد است.

همچنین می‌توان مبنای تصویب اینگونه قوانین را به اصل مصونیت دولت‌ها در مراجعه به داوری برگرداند (Immunity of sovereign authority)؛ بدین توضیح که با مبنا قرار دادن این اصل قوانینی در جهت اجرای آن تصویب می‌گردد (۲ Maniruzzaman, ۲۰۰۵,).

۲- نظم عمومی

در کشورهایی که دعای غیر قابل ارجاع به داوری احصا نشده است، این اختیار به دادگاه داده شده تا در مواردی که ارجاع اختلاف به داوری با نظم عمومی برخورد دارد، از اعتبار دهی به رأی داور خودداری کنند. ایالات متحده و انگلستان از این قبیل‌اند.

۳- قاعده استلزام منطقی

یکی از اصول پذیرفته شده این است که طرفین دعوا می‌بایست بر مال موضوع اختلاف کنترل داشته باشد (ماده ۲۰۵۹ قانون مدنی فرانسه - خزاعی، ۱۳۸۸، ۱۱۹). در حقوق ما نیز دعای که قابل ارجاع به داوری نیستند غالباً مربوط به اموالی‌اند که تحت تسلط کامل شخص قرار ندارند. این قاعده، که یک قاعده پذیرفته شده در حقوق تجارت



بین‌الملل است، تعبیر دیگری از قاعده استلزام منطقی ما است. بدین ترتیب که داوری به نوعی دخل و تصرف در مال و تعیین تکلیف است و ارجاع اختلاف به داوری فرع بر آن است که طرف حق انتقال مال را داشته باشد.

تحدید قلمرو ممنوعیت داوری در اختلافات راجع به اموال دولتی

مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی دعاوی راجع به اموال دولتی قابلیت ارجاع به داوری را ندارد. از طرفی قراردادهای داوری در اینگونه اختلافات از اساس باطل است و یا این که آرای صادره از طرف دادگاه قابل ابطال است.^{۲۴}

گفته شد که مطابق اصل ۱۳۹ دعاوی راجع به اختلافات مربوط به اموال دولتی قابل ارجاع به داوری نیست ولی تمام بحث در تشخیص مصادیق است. آیا همه اموال در اختیار دولت، جزء اموال عمومی و دولتی به حساب می‌آید؟ آیا اموال موضوع قراردادی که هنوز به اجرا در نیامده و در میزان درآمد حاصل از آن اختلاف است، جزء اموال عمومی و دولتی است؟

مرکز داوری اتاق بازرگانی با استدلالی جالب توجه به این موضوع پرداخته است که خلاصه جریان امر ذکر می‌گردد:

یک شرکت دولتی قراردادی با یک شرکت خصوصی جهت معامله چند دستگاه واگن و معرفی خریدار به بانک جهت استفاده از تسهیلات بانکی منعقد می‌نماید. پس از شروع اجرای قرارداد، اختلافاتی در خصوص عدم مطابقت کالا با قرارداد، خسارات، عدم انجام تعهدات و... بروز می‌نماید. طرف خصوصی اختلافات مزبور را در مرکز داوری اتاق بازرگانی مطرح می‌نماید و طرف دولتی با این استدلال که یک شرکت دولتی بوده و اموال آن جزء اموال عمومی و دولتی به حساب می‌آید به صلاحیت مرکز داوری ایراد وارد نمود. دیوان داوری در رأی خود و در مقام پاسخ به این ایراد، استدلال مبسوطی داشته است که با اندکی تغییر نقل می‌گردد: «با وجود صراحت اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ ق. آ. د. م، مانعی وجود ندارد که طرف دولتی، در غیر مورد اموال دولتی، طرف داوری قرار

۲۴. برای مطالعه نظرات مؤلفین حقوقی رک: خزاعی، ۱۱۳، ۱۳۸۸- جنیدی، ۹۲، ۱۳۷۶.



بگیرد». رویه عمومی شرکت‌های دولتی در انعقاد قرارداد و نیز بخشنامه ۳۴۸۶۰ مورخ ۸۲/۸/۲۷ مؤید این نظر است. باید توجه داشت که چنانچه موضوع اختلاف تشخیص دولتی یا غیر دولتی بودن اموال باشد خارج از صلاحیت داوری نخواهد بود. به عبارتی اگر در دولتی بودن مالی اختلافی باشد، به صرف این تردید قابلیت ارجاع به داوری زایل نمی‌گردد. داور می‌تواند به اختلاف رسیدگی نماید و اگر مال را دولتی تشخیص دهد خارج از صلاحیت وی و در غیر این صورت، قابل رسیدگی از طرف داور خواهد بود.

آنچه که در داوری‌ها مطرح می‌گردد اموالی است که در داد و ستدها یا به عبارت کلی تر در امور و فعالیت‌های تجاری به کار می‌رود و در مواردی با عنوان درآمد دولتی یا عمومی شناخته می‌شوند. باید دانست مال در صورتی داخل در مالکیت دولت و به عنوان درآمد دولتی محسوب می‌گردد که به مالکیت دولت درآمده باشد. حال باید دانست مال، در صورتی به مالکیت دولت در می‌آید که به خزانه داری کل واریز گردد و پس از این پروسه است که می‌تواند مشمول اصل ۱۳۹ یا ماده ۴۵۷ شود. در مورد درآمد عمومی ماده ۱۰ قانون محاسبات عمومی چنین می‌گوید: «درآمد عمومی عبارت است از درآمدهای وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و مالیات و سود سهام شرکت‌های دولتی و درآمد حاصل از انحصارات و مالکیت و سایر درآمدهایی که در قانون بودجه کل کشور تحت عنوان درآمد عمومی منظور می‌شود». براساس ماده ۱۵ نیز «درآمد شرکت‌های دولتی عبارت است از درآمدهایی که در قبال ارائه خدمت و یا فروش کالا و سایر فعالیت‌هایی که شرکت‌های مذکور به موجب قوانین و مقررات مجاز به انجام آنها هستند عاید آن شرکت‌ها می‌گردد». با عنایت به این مواد این نتیجه حاصل می‌گردد که درآمد آن است که عاید وزارتخانه‌ها، مؤسسات یا شرکت‌های دولتی می‌شود یا به عبارت دیگر، درآمد حاصل از فعالیت‌های بازرگانی، یعنی سود، یا آنچه پس از کسر هزینه‌ها به صورت خالص و بلا منازع برای وزارتخانه‌ها و مؤسسات و شرکت‌ها باقی می‌ماند. این سود یا درآمد زمانی محقق می‌شود و جزء اموال عمومی به حساب می‌آید که ترازنامه این شرکت‌ها، یعنی محاسبه سود و زیان آن‌ها، تصویب شده باشد. تا قبل از این تصویب، اطلاق اموال عمومی و دولتی ممتنع بوده و شرکت یا مؤسسه دولتی می‌تواند در محدوده کاری خود هر دخل و تصرفی در این اموال به عمل آورد؛ برای نمونه، از این اموال در خرید و فروش و سایر اعمال تجاری استفاده نماید. در این مرحله، هر دعوا یا ادعایی که به این اموال مربوط گردد، دعوایی مربوط به اموال دولتی نیست. به عبارت ساده می‌توان چنین گفت که درآمد شرکت،



باقیمانده مبالغ معاملات و کسر هزینه‌ها و زیان‌ها و حقوق اشخاص مختلف است؛ پس باید به شرکت‌ها و مؤسسات دولتی، که به فعالیت‌ها و مبادلات بازرگانی اشتغال دارند، همانند اشخاص خصوصی نگریست و لذا اموال یا وجوهی که آن‌ها در این ارتباط به کار می‌گیرند باید مانند اموال اشخاص خصوصی، خصوصی و مصون از ویژگی‌های اموال دولتی در نظر گرفته شود.

بررسی چند رویه قضایی

رویه قضایی محاکم دادگستری نیز این تفکیک را پذیرفته است و به صرف این که در قراردادهای بین ارگان‌های دولتی و اشخاص خصوصی، شرط داوری گنجانده شده باشد آن را بی اعتبار نمی‌داند. برای نمونه شعبه ۲۹ دادگاه تجدید نظر استان تهران در دادنامه شماره ۱۲۷۰-۸/۲۶-۸۱/۸ صراحتاً چنین اعلام داشت: «... به لحاظ این که در قرارداد در تاریخ... تنظیمی بین بنیاد مستضعفان و آقای...، طرفین دفتر حقوقی وزارت مسکن و شهرسازی را بعنوان داور مرضی الطرفین تعیین نموده‌اند و طرفین و قائم مقام قانونی آنان بدون ارجاع امر به داوری نمی‌توانند به دادگاه مراجعه نمایند... لذا دادنامه بدوی نقض می‌گردد...» (زندی، ۱۳۸۸، ۶۹).

در راستای اثبات این مدعا که استقلال حقوقی و مالی، موجب عدم حاکمیت ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری نمی‌گردد، دادنامه زیر قابل توجه است:

شعبه ۳۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۶۵۶ مورخ ۹۱/۶/۲۰، رأی شماره ۸۹۰۰۱۰۷۳ مورخ ۸۹/۱۲/۸ شعبه ۱۲۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران را با این استدلال که «با عنایت به مفاد ماده ۴۵۷ از قانون آئین دادرسی مدنی، مصوبه هیأت وزیران راجع به ارجاع دعاوی موضوع اموال عمومی و دولتی به داوری ضروری می‌باشد و با توجه به این که هیچگونه دلیلی که حکایت از تصویب هیأت وزیران در خصوص موضوع قرارداد باشد ارائه نگردیده و در صورت تردید نسبت به این امر، باتوجه به صلاحیت محاکم، دادگاه بدوی مکلف به رسیدگی بوده». رأی دادگاه بدوی، متضمن آن است که ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی، خدشه‌ای به شرط داوری وارد نمی‌نماید. چون اولاً، تنظیم قرارداد از سوی خواهان (دانشگاه دولتی) و گنجاندن شرط داوری در قرارداد، دلالت بر آن دارد که خواهان، تشریفات قانونی را رعایت



نموده و در فرض این که نیاز به اجازه از مرجع خاص داشته قبلاً اقدامات لازم را انجام داده است. ثانیاً، ماده مذکور مربوط به ادارات و نهادهای دولتی است نه نهادهای اقماری و مؤسسات وابسته به آن. در رأی فوق الذکر، استقلال شخصیت حقوقی دانشگاه دولتی، موجب عدم حاکمیت اصل ۱۳۹ قانون اساسی تلقی نشده و با توجه به دولتی بودن اموال دانشگاه، رأی بر عدم نفوذ شرط داوری و بنابراین، شرط، داوری صحیح و مطابق مقررات است.^{۲۵}

- شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۱۱۲۶ مورخ ۲۵/۹/۹۱، ارجاع دعاوی راجع به شرکت‌های وابسته به شهرداری به داوری را منوط به تصویب هیأت وزیران دانسته. به موجب این رأی، «اموال شرکت عمران و توسعه شهرداری تهران، از اموال عمومی بوده و ارجاع دعاوی به اموال عمومی به داوری، پس از تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد».^{۲۶}

- در رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۶۲۵ مورخ ۹۲/۱۲/۱۳ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز داوری راجع به اموال شرکت راه آهن شهری تهران و حومه (مترو) تابع محدودیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی دانسته شده است.^{۲۷}

- شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۰۰۱۱۵،^۴ صراحتاً اعلام نموده است: «با توجه به این که ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری، منوط به تصویب هیأت وزیران است. پس چنانچه خواهان، اداره ای از ادارات زیرمجموعه شهرداری باشد که اموال آن اداره از اموال عمومی محسوب می‌شود،

۲۵. پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) شهریور ۱۳۹۱ (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۲)، صص ۴۲-۴۳.

۲۶. پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) آذر ۱۳۹۱ (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۲)، ص ۱۳.

۲۷. پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) زمستان ۱۳۹۲ (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۳) ص ۲۰۰.



امکان ارجاع دعاوی ناشی از قراردادهای آن اداره به داوری، بدون طی تشریفات قانونی وجود ندارد»^{۲۸}.

مقررات مرتبط

قانون آئین دادرسی مدنی، در ماده ۴۵۷، حکمی مشابه حکم مندرج در اصل ۱۳۹ دارد که مختص داوری است. به موجب این ماده:

«ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری، پس از تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. 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».

هم چنین به موجب ماده ۲۰ قانون برنامه سوم اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۹، رسیدگی، اظهار نظر و اتخاذ تصمیم در خصوص شکایت اشخاص حقیقی حقوقی از هر یک از تصمیم‌ها در امر واگذاری سهام موضوع ماده ۹ به بعد قانون برنامه سوم توسعه، در صلاحیت هیأت داوری مرکب از هفت نفر (پنج نفر از متخصصان امور اقتصادی، مالی، بازرگانی، فنی و حقوقی، رئیس اتاق تعاون و رئیس اتاق بازرگانی و صنایع و معادن) است. رأی هیأت داوری قابل اعتراض در دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد، خواهد بود.

در اجرای اصل ۱۳۹ و به موجب ماده ۲۱۲ قانون آئین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، «در تمام موارد مذکور (از جمله صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری که طرف دعوا خارجی باشد)، دولت موظف است متن تفصیلی آن‌ها را همراه با لایحه قانونی تقدیم مجلس نماید تا به صورت یک شوری مورد رسیدگی قرار گیرد، به این ترتیب که پس از گزارش کمیسیون مربوط به صحبت دو مخالف و دموافق در کلیات و جزئیات (هر کدام به مدت ۱۵ دقیقه)، برای تصویب به رأی گذاشته می‌شود». برخی از صاحب نظران حقوق اساسی، تصویب هیأت وزیران را در این خصوص مربوط

۲۸. پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)

بهار ۱۳۹۳ (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۴) ص ۱۵۵.



به هماهنگی دولت دانسته‌اند. بنابراین وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های دولتی که ممکن است رأساً طرف دعوا باشند، باید موافقت هیأت وزیران را جلب نمایند. بنابراین، باید دخالت مجلس را در شأن نظارتی کتتری و دخالت دولت را از حیث اداری و اجرایی قلمداد نمود. در اینجا ذکر نکات زیر ضروری است:

به صراحت اصل ۱۳۹ قانون اساسی که صلح دعاوی ویا ارجاع آن به داوری در اموال عمومی را مثل اموال دولتی، موکول به تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس می‌داند، صلح و یا ارجاع دعاوی به داوری در مورد اموال شهرداری نیز موکول به تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس است؛

چنانچه بدون رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی، شرط داوری در قراردادهای منعقد شده توسط بخش‌ها و نهادهای دولتی و شهرداری‌ها درج شود، شرط باطل بوده و اثری بر آن بار نیست. ناگفته نماند که این شرط، از مصادیق شرط خلاف قانون است که با وجود باطل بودن، موجب ابطال قرارداد اصلی نمی‌گردد.

حکم فروض گوناگون اختلاف دولت و دیگران در اصل ۱۳۹ قانون اساسی

فرض نخست

یک طرف اختلاف، خواه دولت ایران یا طرف مقابل، اعم از این که آن طرف خارجی باشد یا داخلی، موضوع را نزد مراجع قضایی کشور مطرح نماید. در این فرض، بدون این که نیازی به تصویب هیأت وزیران یا اطلاع و تصویب مجلس باشد، حکم قطعی دادگاه ایران، هرچه باشد، به اجرا گذارده می‌شود. البته، بنا به نظریه نمایندگی در این فرض نیز اجازه و تصویب مجلس ضروری است. این نظریه نه تنها با صراحت اصل ۱۳۹ در تعارض است، بلکه با مصالح و مقتضیات تجارت جهانی امروز نیز منافات دارد؛

فرض دوم

صلح دعاوی در موارد غیر مهم راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری با یک طرف ایرانی مطرح باشد. در این فرض، به صراحت اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ قانون



آئین دادرسی مدنی، افزون بر تصویب هیأت وزیران، تنها باید به اطلاع مجلس برسد؛

فرض سوم:

صلح دعاوی در موارد مهم راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری با یک طرف ایرانی مطرح باشد. در این فرض، به صراحت اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی، افزون بر تصویب هیأت وزیران، باید به تصویب مجلس نیز برسد. اصل یاد شده، تعیین موارد مهم را به قانون عادی واگذار کرده است. با وجود این، تاکنون قانونی در این مورد تصویب نشده است.

در این مورد و تمام مواردی که قانون اساسی تبیین موضوع را به قانون عادی واگذارده، تأخیر و تعلل در تصویب قانون عادی نه تنها موجب تداوم ابهام و خلأ قانونی می‌شود، بلکه به تحدید ظرفیت‌های قانون اساسی خواهد انجامید؛

فرض چهارم:

اگر صلح دعاوی یا ارجاع آن به داوری، راجع به اموال متعلق به بخش خصوصی که به هر دلیل توسط مؤسسات و نهادهای عمومی و دولتی اداره می‌شوند، مطرح باشد، خواه طرف مقابل، خارجی باشد یا ایرانی، این فرض مشمول حکم مندرج در اصل ۱۳۹ نیست؛ زیرا حکم این اصل، اختصاص به اموال عمومی و دولتی دارد نه اموال اشخاص خصوصی، ولو این اموال، مدیر یا ناظر دولتی داشته باشد؛

فرض پنجم:

صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری بایک طرف خارجی مطرح باشد. در این فرض، به صراحت اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی، افزون بر تصویب هیأت وزیران، باید به تصویب مجلس برسد.

از میان فروض بالا اصل پنجم ایجاد چالش کرده و بیشتر نیازمند بررسی است.

استفاده از ظرفیت اصل ۱۲۷ قانون اساسی

یکی از راهکارهای پیشنهادی در تسهیل روند اجرای تشریفات اصل ۱۳۹ قانون



اساسی، استفاده از ظرفیت اصل ۱۲۷ این قانون است. برابر با مفاد این اصل، رئیس جمهور می‌تواند در موارد خاص، بر حسب ضرورت، با تصویب هیأت وزیران، نماینده یا نمایندگان ویژه با اختیارات مشخص تعیین نماید. در این موارد تصمیمات نماینده یا نمایندگان مذکور، در حکم تصمیمات رئیس جمهور و هیأت وزیران خواهد بود.

آیا تصمیم این نمایندگان، می‌تواند جایگزین تأیید هیأت وزیران در خصوص ارجاع دعوای راجع به اموال دولتی به داوری شود؟ آیا هیأت وزیران می‌تواند اختیار مندرج در اصل ۱۳۹ را به نماینده یا نمایندگان ویژه واگذار نموده به نحوی که موافقت نماینده، جایگزین و قائم مقام تأیید هیأت وزیران شود؟

پاسخ مثبت به پرسش فوق، از این حیث می‌تواند راه گشا باشد که با توجه به تعهد نهادهای، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی، امکان بررسی تمام قراردادهای داوری در هیأت وزیران میسر به نظر نمی‌رسد. بنابراین، تعیین نمایندگان یا نماینده ویژه می‌تواند از منظر فوق رافع برخی معضلات باشد.

رای شماره ۱۲۵۳/۱۲۲۱۵۰۲۲۱۵۰۹۹۷۰ مورخ ۹۱/۱۰/۴ شعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران، این نکته را پذیرفته است. این رأی بیان می‌دارد که «نظر به ارجاع اختلاف فی مابین خواهان و خوانده به داوری شورای عالی فنی معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهوری، به شرح تصمیم شماره ۶۵۸۹۱/ت/۳۷۸۸۸ ن مورخ ۸۶/۵/۷ نماینده رئیس جمهوری در راستای اصل ۱۲۷ قانون اساسی مستند به تصویب نامه هیأت وزیران شماره ۵۰۰۵/ت/۲۸۵۹۱ هـ مورخ ۸۲/۳/۱۲ و توجه به مصوبه ۵۴۰۹۰ مورخ ۷۷/۸/۲۱ در راستای اصل ۱۲۷ و ۱۳۹ قانون اساسی که تصمیم نماینده رئیس جمهوری را در حکم تصمیم رئیس جمهوری اعلام نموده، و توجه به درخواست ارجاع اختلاف به داوری شورای عالی فنی به شرح تقاضای شماره ۲۶/۶۳۲۷۷ مورخ ۹۰/۷/۱۱ از شرکت خواهان و با عنایت به این که تصمیمات نماینده رئیس جمهوری جانب توافق دستگاه اجرایی در بحث ارجاع به امر به داوری است»، ارجاع اختلاف یاد شده به داوری صحیح و مطابق مقررات است.^۱

تنها اشکالی که در این زمینه جلب توجه می‌نماید تخصیص تعیین نماینده ویژه در اصل ۱۲۷ به موارد خاص است که البته می‌تواند به تفسیر موسع «ارجاع اختلافات راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری» را خاص تلقی نمود و واژه فوق را در این راستا تفسیر کرد که هیأت وزیران نمی‌تواند به «طور کلی»، یعنی در تمام یا قسمت اغلب اختیارات و وظایف خویش، مبادرت به تعیین نماینده نماید. بنابراین امکان تعیین نماینده، به نحوی



که به صورت موردی، با ارجاع دعوا به داوری موافقت شود ممکن و مفید به نظر می‌رسد.

چالش‌های حقوقی در حل اختلاف با طرف خارجی

چنانچه گفته شد هرگاه، صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری با یک طرف خارجی مطرح باشد، به صراحت اصل ۱۳۹ قانون اساسی، افزون بر تصویب هیأت وزیران، باید به تصویب مجلس نیز برسد.

این حکم از حیث پیش بینی ساز و کار نظارتی و کنترلی در مورد اموال و دارایی‌های عمومی و دولتی، کامل است. با وجود این، در روابط تجاری، به ویژه جذب سرمایه گذاری خارجی، آثار و تبعات نامناسبی به بار می‌آورد.

لزوم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی نه تنها در امضا و انعقاد قرارداد، بلکه در اجرا و حل و فصل اختلافات احتمالی با طرف سرمایه گذار خارجی، تشریفات فراوانی را موجب می‌شود که خلاف اصل سرعت و مخالف حسن نیت در معاملات بازرگانی بین المللی است. در واقع طرف خارجی انتظار دارد دولت میزبان، تضمین اجرا و اخذ مجوزهای لازم از مقامات کشور خود را با حسن نیت تأمین کند؛ نه این که به هنگام اجرای قرارداد و بروز اختلاف، با عنوان کردن لزوم تصویب مجلس، برخلاف حسن نیت قراردادی، به ضرر طرف خارجی عمل نماید. بنابراین باتوجه به این که سرمایه گذاران خارجی، در عمل، پیش از هر اقدامی کلیه جوانب حقوقی سرمایه گذاری خود در ایران را مورد بررسی و مذاقه قرار می‌دهند، این اصل را به عنوان مانعی برای ایجاد اعتماد و تمایل به سرمایه گذاری می‌دانند.

اگر سرمایه گذار خارجی، در بررسی مقررات حقوقی کشور سرمایه پذیر، با مقرراتی مواجه شود که با قواعد و اصول حقوقی جهانی همسو باشند، می‌تواند نسبت به حل و فصل عادلانه‌ی اختلافات احتمالی آینده تا حدودی مطمئن باشد. در مقابل، اگر قواعد حقوقی قابل قبولی برای حل اختلافات سرمایه گذاری خارجی، در حقوق کشور میزبان موجود نباشد، آینده مبهمی در انتظار اختلافات احتمالی سرمایه گذار خارجی و طرف مقابل (دولت میزبان یا اتباع آن دولت) در پیش خواهد بود که این خود عاملی باز دارنده و مانع جذب سرمایه گذاری خارجی به حساب می‌آید؛ به همین دلیل است که می‌بینیم در صحنه جهانی، با تشکیل «مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری»، مقرر شد



حل این اختلافات طبق ضوابط پذیرفته شده بین المللی صورت گیرد. حکم اصل ۱۳۹ با مقررات معاهده این مرکز، همخوانی ندارد؛ زیرا به موجب این معاهده، صرف نظر از موافقت و تصویب مراجع دولتی و مجلس، صلاحیت رسیدگی به اختلافات سرمایه گذاری خارجی در پنل‌های داوری منحصر است. معاهده منشور انرژی، معاهده ای بین المللی است که با محوریت کشورهای تولید کننده منابع انرژی و با هدف تأمین منافع ایشان پایه گذاری شده است. در سال ۱۳۸۱، کشور ما نیز به عنوان عضو ناظر وارد این مجموعه شد و مقرر است پس از انجام اقدامات مقتضی، عضویت قطعی ایران مورد تصمیم گیری قرار گیرد. حکم اصل ۱۳۹ با مقررات معاهده منشور نیز همخوانی ندارد. مقررات هیچ یک از معاهدات و اسناد بین المللی در ظاهر با حکم مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی قابل جمع نیست.

نتیجه گیری

(۱) رویکرد غالب در رویه قضایی این است که محدودیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی را شامل اموال شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و شرکت‌های وابسته و تابعه آن‌ها می‌دانند اما نظرات متفاوتی نیز وجود دارد که مفاد اصل را ناظر بر اموال شرکت‌های بازرگانی دولتی نمی‌داند. تفکیک شرکت‌های بازرگانی دولتی از شرکت‌های دیگر و اختصاص تشریفات داوری راجع به اموال عمومی و دولتی به آنها، مغایر با تفسیر شورای نگهبان از اصل ۱۳۹ قانون اساسی است؛

(۲) استدلال دیگری که با استناد به استقلال حقوقی و مالی شرکت‌های دولتی ارائه شد، گذشته از ایراد مندرج در بند ۱، باعث خروج اموال شهرداری و تمام نهادها و سازمان‌های دولتی دارای شخصیت حقوقی مستقل از شمول محدودیت مورد بحث می‌گردد؛ ضمن آن که مفاد اصل، راجع به اموال عمومی و دولتی است و بحثی در خصوص مالک یا اداره کننده این اموال ندارد. به عبارت دیگر، ظاهر اصل، ناظر است به تمام اموال غیر از اموال اشخاص حقوقی و حقیقی خصوصی.

از این تفسیر، در مواردی، مشخص می‌شود که اموال دولتی در اختیار نهادهای غیر دولتی است که در این صورت نیز محدودیت‌های یاد شده برقرار است؛ بنابراین، محدودیت فوق از نوع موضوعی است و نه شخصی. همچنین در صورتی که اموال اشخاص



حقوقی حقوق خصوصی در اختیار و تحت نظارت دولت باشد مقررات اصل ۱۳۹، قابل اعمال نیست زیرا موضوع اصل، اموال عمومی و دولتی است؛

۳) برخی دادگاه‌ها با تفکیک مرحله توافق در خصوص درج شرط داوری راجع به اموال عمومی و دولتی و مرحله ارجاع دعوا به داوری، اعتقاد دارند که مفاد اصل فوق‌الذکر و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی، تنها مربوط به مقطع داوری است؛ فلذا نهادهای دولتی و عمومی می‌توانند بدون اخذ مجوز از هیأت وزیران، شرط داوری را در قرارداد بگنجانند و پس از آن، در راستای تأمین شروط اصل یاد شده اقدام لازم را انجام دهند. این موضوع، که با فلسفه وضع اصل پیش گفته و ظاهراً نیز سازگار است، می‌تواند به توسعه شرط داوری در خصوص اموال عمومی و دولتی بینجامد؛

۴) باتوجه به گسترش قابل توجه داوری در حل و فصل اختلافات، به ویژه در عرصه بین‌المللی، رعایت دقیق مفاد اصل و تبعیت از نظریات تفسیری شورای نگهبان، مشکلات زیادی برای شرکت‌های دولتی ایجاد می‌نماید. بنابراین، تصویب قانون برای حل این معضل، ضروری به نظر می‌رسد. بدیهی است در صورت اعلام مغایرت قانون مصوب مجلس با قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌تواند با ارجاع مصوبه از سوی مجلس شورای اسلامی، رافع معضل و مشکل یاد شده شود.

فهرست منابع

- احمدی و استانی، عبدالغنی، «شرح مختصر بیانیه‌های الجزایر». مجله حقوقی دفتر بیانیه‌های بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۲۵ سال ۱۳۷۹
- منوچهر طباطبایی مؤتمنی، حقوق اداری (تهران: انتشارات سمت، چاپ پانزدهم، ۱۳۹۰).
- ناصر علیدوستی «ظرفیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» فصلنامه مطالعات راهبردی سال ۱۱، شماره اول، (۱۳۸۷)
- لیا جنیدی، قانون حاکم در داوری تجاری بین‌المللی (تهران: نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶).
- عباس کریمی و حمیدرضا پرتو فصلنامه پژوهش حقوق سال چهاردهم، ش ۳۶ (۱۳۹۱).
- محمد فتحی و کاظم کوهی اصفهانی، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری، مشورتی و... شورای نگهبان (۹۶-۵۹) (تهران: پژوهشکده شورای نگهبان ۹۶).



- محمد جعفر لنگرودی، حقوق اموال (تهران، گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۳۸۱)
- ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، تهران: میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۱.
- عباس کریمی، جزوه درس حقوق اموال مالکیت (تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۱).
- هندی، اصغر، «بررسی تسری شروط اصل ۱۳۹ قانون اساسی به اموال شرکت‌های دولتی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره جدید، ش ۶۱، ۱۳۸۶.
- اداره چاپ و انتشار معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، مجموعه اساسی، تهران: معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) شهریور ۱۳۹۱ (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۲)، ص ۴۲-۴۳.
- پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) آذر ۱۳۹۱ (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۲)، ص ۱۳.
- پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) زمستان ۱۳۹۲ (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۳)، ص ۲۰۰.
- پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) بهار ۱۳۹۳ (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۴)، ص ۱۵۵.
- پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران (حقوقی) دی ۱۳۹۱ (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول).
- پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران (حقوقی)، زمستان ۱۳۹۲ (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۳).



نقد رأی:

نمونه یک رأی داوری

و بررسی "قانون موجود حق"

دکتر عبدالله خدابخشی^۲

رأی بدوی: شعبه اول دادگاه عمومی بخش شبانکاره (استان بوشهر) به موجب دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۷۷۳۰۳۰۱۶۰۷ مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۷ مقرر می‌دارد: «در خصوص دادخواست... به خواسته ابطال رأی داور... دادگاه قبل از ورود به ماهیت ادعا لازم می‌بیند پیرامون ماده ۴۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی که در اینجا نیز برای اجابت خواسته مورد استناد مدعی قرار گرفته است، توضیح مختصری ارائه دهد. اولاً در خصوص بند اول ماده مذکور هر چند این عنوان بسیار موسع و متاسفانه تاب انواع تفاسیر را دارد و لیکن این مهم نیز نباید مورد غفلت قرار گیرد که نمی‌توان در توسل به تعبیر یاد شده، سوء استفاده نمود و آن را متمسکی برای زیر سؤال بردن اصل نهاد داوری کرد. ثانیاً داوری برای آن پایه گذاری و متعاقباً در قوانین موضوعه به رسمیت شناخته شده است تا نه تنها از جمع روز افزون طرح دعاوی در دادگستری بکاهد (هر چند هم اکنون بنا بر مواجهه‌ی غیر اصولی برخی محاکم با دعاوی ابطال داوری، خود یکی از عوامل ازدیاد

۱. برگرفته از کانال آثار و اندیشه‌های حقوقی و قضایی (دکتر عبدالله خدابخشی)

<https://t.me/khkhodabakhshi>

۲. وکیل پایه یک دادگستری، عضو هیأت مدیره کانون وکلای استان خراسان، عضو هیأت

علمی دانشگاه فردوسی مشهد.



پرونده ها شده است) بلکه راه حلی باشد برای فصل خصومت میان متخاصمین در خارج از محاکم قضایی با اقتضائاتی خاص که مهم‌ترین ویژگی آن توافق طرفین برای ارجاع امر به شخص یا اشخاصی معین است که هیچ لزومی ندارد حقوقدان یا قانون شناس باشند. ثالثاً ممکن است و البته بسیار زیاد پیش می‌آید که اشخاص، موضوع مورد اختلاف را به واسطه اعتماد یا مواردی از این دست به داور یا داورانی ارجاع می‌دهند که هیچ اطلاعی از قوانین موضوعه ندارند. حال سؤال اساسی اینجاست که با فرض یاد شده تا کجا باید داوران را ملزم به رعایت قوانین دانست؟ کدام یک از قوانین یا مقررات می‌تواند توسط داوران نادیده گرفته شود و صد البته منظور از قوانین موجد حق چیست؟ ناگفته پیداست که پاسخ این سؤال با چالش و دشواری جدی مواجه است، اما به هر حال در حین دادرسی برای اتخاذ تصمیم نهایی و فصل خصومت، چاره‌ای جز یافتن پاسخ معتبر به آن سؤالات نیست. در این ارتباط متذکر می‌شویم همانگونه که بیان شد با توجه به سیاق عبارت ماده ۴۸۹ قانون مرقوم و سایر مواردی که به مناسبت مرتبط بودن با موضوع مورد بحث می‌باشند؛ از جمله ماده ۴۸۲ همان قانون، شکی نیست که تا جای ممکن باید موارد مربوطه به ابطال رأی داور را مضیق و در حدود نص تفسیر نمود؛ چون که تفسیر استثناء جز این نمی‌طلبد. همچنین از روح قواعد حاکم بر داور برمی‌آید که در اینگونه دعاوی به ماهیت داور که از تسامح و مصالح سرچشمه می‌گیرد، توجه ویژه‌ای باید داشت و بیان کرد که نه تنها باید برای داور در آن راستا، اختیار تصمیم‌گیری به اقتضای وظیفه‌ای که به او (با ویژگی‌های خاص داور، بما هو داور) سپرده شده است، مورد شناسایی قرار گیرد بلکه به همین جهت هم نمی‌توان به هر بهانه‌ای از جمله آنچه برای نقض آرای دادگاه‌های تالی در مراجع عالی استناد می‌شود، برای ابطال رأی داور هم استناد و برای توجیه مساله نیز آن را ذیل قوانین موجد حق تعریف کرد و عنایت به این نکته اهمیت دارد که دادگاه در مقام تجدیدنظرخواهی از رأی داور نیست تا به رسم مرسوم در این رسیدگی‌ها مجدداً وارد ماهیت ادعا شود، دلایل را بررسی کند، به آنچه که احیاناً مورد توجه قرار نگرفته، ورود کند و النهایه به اتخاذ تصمیم بپردازد؛ بلکه باز هم تاکید می‌شود تنها مستمسکی که بتوان بر آن اساس آرای داور را ابطال کرد همان موارد هفت گانه‌ای است که قانون‌گذار در ماده ۴۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی برشمرده است. رابعاً وقتی طرفین قرارداد حل اختلاف ناشی از تفسیر یا اجرای قرارداد را به داور ارجاع می‌نمایند، در حقیقت نخواسته‌اند محاکم در موضوع مداخله کنند و احترام به اراده متعاملین ایجاب



می‌نماید که دادگاه در چارچوب قانون رفتار نموده و این امر را به رسمیت بشناسد زیرا خواست متعاملین عدم مداخله محکمه بوده است. از این رو، با در نظر داشتن مطلب مشروح، دادگاه در خصوص مدعای خواهان اینگونه نظر دارد. آنچه که وکیل خواهان به صورت رأی داوری را خلاف قوانین موجد حق می‌پندارد به عقیده محکمه نمی‌تواند با وصفی که در مانحن فیه بدان مفصلاً پرداختیم از موجبات ابطال ذیل مقرر مذکور باشد چه این که آنچه مشارالیه بدان استناد کرده است، برای ابطال رأی داور کفایت نمی‌کند زیرا اشکالات طرح شده به ماهیت رسیدگی داور در اصل دعوا و تشخیص او در تطبیق مصداق با موضوع باز می‌گردد که به علت عدم ورود محکمه در این مقام برای رسیدگی ماهوی مجدد در موضوع مورد تنازع [قابل اعتنا نیست] و نظر به این که رأی مورد اعتراض نیز موجه و مدلل است و تعارضی هم با احکام قانون گذار ندارد، نمی‌توان خدشه ای به صحت رأی وارد کند».

شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر استان بوشهر، به موجب دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۷۷۴۱۰۰۲۸۷ مورخ ۱۳۹۹/۳/۲۰ این رأی را تأیید می‌کند.

دادگاه نخستین به اصلی از اصول داوری اشاره دارد که به موجب آن، محاکم نباید در ماهیت رأی داور، استنباط و تفسیر او و خلاصه امانت ماهوی سپرده شده به او، دخالت کنند. با این حال، نظام‌های حقوقی از چند جهت این مرز را مطلق نمی‌دانند زیرا اساساً تاریک- روشن است و همین وضعیت، دخالت‌هایی را به دنبال دارد.

برخی مانند ایران که وضعشان روشن است؛ زیرا عبارت «قانون موجد حق» به تنهایی رأی داوری را گردن می‌زند. تلاش‌های زیادی هم شده اما بی‌فایده است؛ دخالت می‌کنند و تنها باید در اصلاحات بعدی این مفهوم را حذف کرد. تا آن زمان، بهتر است با فرجام‌خواهی مقایسه شود که راهی میانه است (دکتر عبدالله خدابخشی، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، حقوق دعاوی، جلد ۳ تحلیل و نقد رویه قضایی، ص ۷۵).

برخی کشورها براساس نظم عمومی به موضوع می‌نگرند و نوعاً از شناسایی اجتناب می‌کنند؛ برخی مانند امریکا، وقتی نقض آشکار قرارداد را ببینند (Manifest Disregard of the Parties' Agreement)، رأی را بی اعتبار می‌کنند و برخی نظیر عراق با معیارهای گسترده، گونه ای مداخله دادگاه‌ها را دامن می‌زند (هرچند در سال‌های اخیر درصدد بوده است که اصلاحاتی با تصویب مقرراتی براساس قانون نمونه آنسیترال به عمل آورد).



به راستی قانون موجد حق چیست؟ برای رفع ابهام از آن چه باید کرد؟ از نظر حقوقی که اختلاف باقی است ولی شاید بد نباشد از فلسفه تحلیلی نیز کمک بگیریم. از فلاسفه مشهور در این زمینه، ویتگنشتاین است.

ویتگنشتاین (۱۸۸۹-۱۹۵۱) در وین اتریش به دینا آمد و بیشتر زندگی فلسفی اش را در انگلستان، دانشگاه کمبریج، گذراند. او در دو دوره مختلف، اندیشه‌های متفاوتی را در خصوص فلسفه زبان ابراز کرد. ابتدا با تقویت موضع فلاسفه‌ای مانند کانت و شوپنهاور، درصدد برآمد رابطه زبان و واقعیت را ترسیم کرده و جهان را از طریق زبان توصیف کند. در این دوره، کتاب معروفش را با عنوان «رساله منطقی-فلسفی» در ۷۵ صفحه می‌نویسد که علاقه مندان بسیاری را به خود جلب کرد؛ او با این اعتقاد که کتابش همه مسائل فلسفی را پاسخ داده است، خود را بی نیاز از فلسفه دانست و به امور دیگر پرداخت اما کم کم پی به اشتباهاتش برد و درصدد تعدیل نظرات برآمد. در این نگرش، زبان (واژگان) منحصر در یک معنا نیست بلکه کارهای متعددی را از آن باید دنبال کرد که در این صورت، می‌توان معنای کامل هر واژه‌ای را دریافت. بدین سان، چند نتیجه از این تحلیل به دست می‌آید:

نخست- هر واژه ای را نباید تنها برای معنایی مشخص، تلقی کرد و معرف آن دانست بلکه معانی و کارکردها می‌تواند متعدد باشد؛

دوم- نباید تصور کرد که برای فهم زبان و واژگان، باید به اراده گوینده آن، مراجعه داشت و ذهن او را جستجو کرد زیرا زبان، خصوصی نیست و متعلق به عموم است و برای درک آن باید کل زندگی را در نظر گرفت و برحسب موقعیت‌های مختلف، معنایی از آن برداشت کرد؛ برای مثال، واژه «دلیل» برای حقوقدان، مورخ و فیزیكدان، کارکرد متفاوتی دارد. در مورد دادگاه، «شایعه» را دلیل نمی‌دانند ولی بی تأثیر بر افکار قاضی نیست، اما در مورد تاریخ، هر شایعه ای یک مستمسک برای طرح یک نظریه یا احتمال است و مورخ از آن به آسانی نمی‌گذرد ولی در مورد فیزیكدان، اساساً شایعه معنایی ندارد؛

سوم- هر واژه در وضعیتی بیان می‌شود و اگر نتوان وضعیتی را که آن سخن در آن شرایط بیان شده، تصور کرد؛ در این صورت، سخن بی معناست.

بنابر این تحلیل، باید دید کارکرد و وضعیتی که عبارت «قانون موجد حق» در آن قابل تصور است، چیست؟ آیا برای حمایت از قانون (به صورت عینی) است یا حمایت از



حقوق طرفین (به صورت ذهنی)؟ آیا درصدد انسجام رأی داور است تا نهاد داوری را حمایت کند یا گویای تفسیر طرفین از قرارداد و کشف اراده مشترک آنهاست؟ آیا در صورت بقای ابهام این عبارت، باید از انتساب معنای خاص برای آن خودداری کرد؟ در نهایت چه تفسیری باید برگزید؟

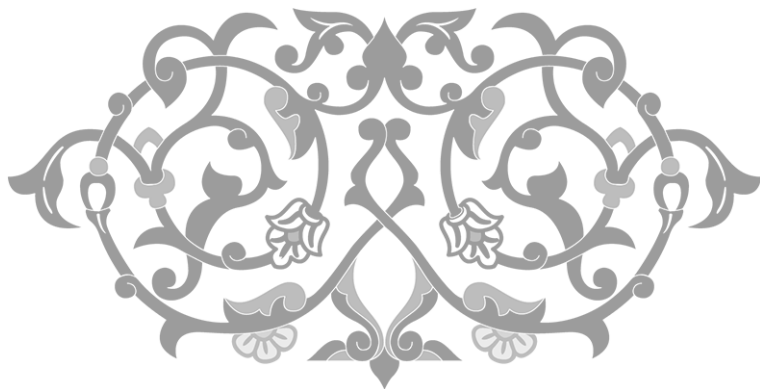
در این باره مطالبی بیان شده است. بدون این که تحلیل‌های اقتصادی را در این کار دخالت دهیم، می‌توان افزود که با توجه به هدف، کارکرد و موقعیت این عبارت، در کنار اصل محدودیت دخالت دادگاه‌ها در آرای داوری، این مفهوم کارکردی عدالت‌گونه دارد و مانع از صدور آرای که آشکارا با پیش‌بینی طرفین یا آنچه که قانون برای ایجاد، انتقال و زوال حق مقرر می‌کند، مغایرت دارد می‌شود. بنابراین مراجع قضایی، بدون ورود در ماهیت موضوع، اگر نقض آشکار قانون یا شرایط مصرح طرفین که تعادل مالی طرفین را برهم می‌زند، مشاهده کردند، باید رأی داوری را باطل کنند.

با توجه به این که معیار فرجام‌خواهی را نزدیک‌ترین شیوه به دخالت یا عدم دخالت دادگاه‌ها در رأی داوری اعلام کردیم؛ برای روشن‌تر شدن مسأله، به این مواد (ق. آ. د. م. دقت شود:

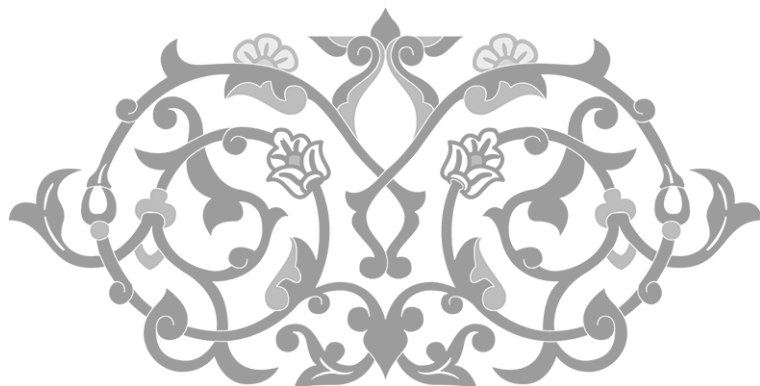
ماده ۳۷۴: «در مواردی که دعوا ناشی از قرارداد باشد، چنانچه به مفاد صریح سند یا قانون یا آئین‌نامه مربوط به آن قرارداد معنای دیگری غیر از معنای مورد نظر دادگاه صادرکننده رأی داده شود، رأی صادره در آن خصوص نقض می‌گردد».

ماده ۳۷۵: «چنانچه عدم صحت مدارک، اسناد و نوشته‌های مبنای رأی که طرفین در جریان دادرسی ارایه نموده‌اند، ثابت شود، رأی صادره نقض می‌گردد».

بنابراین، اگر رأی داور با مفاد صریح قرارداد مخالف باشد، یا دادگاه بدون ورود به ماهیت، اسناد موثری را ملاحظه کند که در جریان داوری ارائه شده ولی مورد توجه داور قرار نگرفته، رأی بی اعتبار است. ایراد نشود که ماده ۳۷۵ از مطلق «ثابت شدن» صحبت می‌کند، لذا دادگاه باید وارد ماهیت شود؛ زیرا پاسخ می‌دهیم این ماده مربوط به رسیدگی دیوان عالی کشور است و به این معناست که سند از پیش ثابت است و تنها مورد توجه قرار نگرفته است.



گزیده سخنرانی‌ها





دعوای ابطال آرای داوری

به سبب تعرض به قوانین موجد حق^۱

دکتر فریدون نهرینی^۲

دکتر جمشید نورشرق^۳

مقدمه:

قانونگذار در بند ۱ ماده ۴۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی در مبحث داوری، لفظ موجد حق را عنوان کرده است. در سایر نظام های حقوقی دنیا قوانین موجد حق کاربرد ندارد ولی در حقوق داخلی ایران به عنوان یکی از جهات ابطال رأی داوری در نظر گرفته شده است. در این خصوص مباحث و موضوعاتی را مورد بررسی قرار می دهیم که عبارتند از:

۱. موجد حق چیست و چه مواردی می تواند از موارد موجد حق باشد؟
۲. قوانین موجد حق جنبه ماهوی دارد یا جنبه شکلی؟
۳. آیا دادگاه ناظر به رأی داوری مرجع درجه دوم محسوب می شود و می تواند نسبت به رأی داوری وارد ماهیت جهت ابطال آن شود یا خیر؟
۴. مفهوم ابطال، باطل یا اعتراض به رأی داوری و تفاوت این واژه ها

۱. سخنرانی پیاده سازی شده توسط آقای سعید احمدی، کارآموز و کالت انجام شده است.

۲. عضو هیأت علمی دانشگاه تهران.

۳. استاد یار دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب.



گفتار نخست: بررسی تطبیقی جهات ابطال رأی داوری و سایر جهات

اعتراض به آراء پیش بینی شده در آئین دادرسی مدنی

در آئین دادرسی مدنی سه ماده قانونی وجود دارد که جهات اعتراض یا ابطال آراء در آنها پیش بینی شده است که عبارتند از: جهات تجدید نظرخواهی (ماده ۳۴۸ آئین دادرسی مدنی)، جهات فرجام خواهی (ماده ۳۸۴ آئین دادرسی مدنی)، جهات ابطال رأی داوری (ماده ۴۸۹ آئین دادرسی مدنی).

در طرق عادی اعتراض به آراء، جهات نقض و ابطال نداریم و علت آن این است که در نظام رسیدگی دو درجه‌ای، مرجع بالاتر مکلف است به همه ی جهات رسیدگی کند و لازم نیست یک جهات خاص را بررسی کند ولی در طرق فوق العاده اعتراض به رأی (که منظور فرجام خواهی است) جهات نقض و فسخ که به تناسب در آراء مراجع قضایی و غیرقضایی به کار می‌رود، عمدتاً برای موارد خاص کاربرد دارد. به‌طور مثال مرجع فرجام‌خواهی از هر جهت قابل رسیدگی نیست و باید به‌جهت مشخص اشاره شده باشد که در ماده ۳۸۴ آئین دادرسی مدنی جهات مشخص شده و باید به یکی از آن جهات فرجام‌خواهی نمود و در ماده ۳۴۸ آئین دادرسی مدنی به جهات تجدیدنظرخواهی اشاره کرده است. در این خصوص دو دیدگاه وجود دارد: از یک منظر صحیح است چرا که اصل قطعیت ملاک است و از منظر دیگر این رویه غلط است چرا که مرحله تجدیدنظر خود یک مرجع رسیدگی به صورت ماهوی است، اما موضوع داوری و جهات آن مانند هیچ‌یک از مراجع تجدیدنظر یا فرجام نیست ولی از نظر ارزیابی و هم‌سنجی آراء داوری، باید گفت که آراء داوری با مرحله فرجام‌خواهی بیشتر انطباق دارد.

گفتار دوم: بررسی قوانین موجد حق در داوری بین‌المللی و داوری

داخلی

قوانین موجد حق در داوری بین‌المللی استفاده نشده اما چرا قانون‌گذار چنین شرطی را در قانون آئین دادرسی مدنی گنجانده است؟ در جواب باید گفت قانون‌گذار می‌خواهد ببیند آرایه‌ی که از طرف داوران منتخب طرفین یا منتخب دادگاه صادر می‌شود، متکی به قانون صادر شده و یا مواردی قانونی در آن رعایت شده است یا خیر؟ برای درج لفظ موجد حق در بند ۱ ماده ۴۸۹ سه نظریه وجود دارد؛



نظریه اول: ابتدا باید انگاشت که قوانین موجد حق از جمله قوانین ماهوی است. بنابراین زمانی که داور رأی را صادر می‌کند و طرفین نسبت به آن اعتراض و تقاضای ابطال رأی داوری به استناد موجد حق بودن را می‌کنند، دادگاه باید به صورت ماهوی به آن رسیدگی کند.

نظریه دوم: منظور از قوانین موجد حق به این معنی است که این قوانین تعیین‌کننده حقوق است و نه تضمین حقوق، بنابراین ایجاد حق، زوال حق و انتقال حق، باید به صورت ماهوی باشد. به طور کلی در نظام قضایی ما مقررات مربوط به حقوق تجارت یا حقوق مدنی به صورت ماهوی رسیدگی می‌شود اما قوانینی مانند آئین دادرسی کیفری و آئین دادرسی مدنی به صورت ماهوی رسیدگی نمی‌شود و از جمله قوانین شکلی است و همچنین قوانین آئین دادرسی مدنی و آئین دادرسی کیفری اصولاً ایجاد حق یا زوال حق نمی‌کند، بنابراین چنین قوانینی شکلی تلقی می‌شوند و از یک جهت که همان موجد حق است مرحوم جناب متین دفتری نیز عقیده دارند که لفظ موجد حق چه در قوانین داوری و چه در سایر قوانین آئین دادرسی مدنی، از قوانین ماهوی برگرفته شده و اگر این موضوع نادیده گرفته شود، یعنی حق ماهوی اشخاص نقض شده است. به طور مثال رأی داوری صادرشده و در پاسخ به اعتراض نسبت به آن، دادگاه با توجه به عدم ابلاغ دادخواست داوری، رأی داوران را ابطال می‌کند که علت ابطال را استناد بند ۱ ماده ۴۸۹ و خلاف قوانین موجد حق، عنوان می‌کند که البته ابطال رأی داوری صحیح است و علت آن به دلیل عدم رعایت اصل تناظر می‌باشد و نه صرفاً عنوان این موضوع که خلاف قوانین موجد حق است. دیدگاه قاضی محترم نیز به دلیل این که اشخاص باید برای دفاع از خود حضور داشته باشند و به دلیل عدم ابلاغ، حق آن‌ها را زایل شده می‌انگارد، این عدم حضور و ضایع شدن حق را از موارد موجد حق قلمداد و در نتیجه رأی را باطل می‌کند که این تصمیم کاملاً صحیح است.

دادگاه‌هایی که به آرای داوران نظارت می‌کنند و به اعتراض از آرای داوران می‌پردازند، مرجع تجدیدنظر از آراء داوری تلقی نمی‌شوند و از مراجع درجه دوم به حساب نمی‌آیند، چرا که مقررات آئین دادرسی مدنی می‌گوید در مواردی که دادگاهی به ابطال رأی داوری می‌پردازد، صرفاً درصدد ابطال رأی بر طبق قانون برآمده و اگر رأی را ابطال نمود کفایت می‌کند و لازم نیست دادگاه وارد ماهیت رسیدگی شود. ولی اگر بخواهیم آراء داوری را



با آراء مراجع قضایی تطبیق دهیم، آرایه که از دادگاه بدوی صادر می‌شود در مرحله تجدیدنظر یا رأی فسخ می‌شود که در این صورت خود رسیدگی می‌کند یا اینکه رأی را تایید می‌نماید. البته در مورد «قرار» که از دادگاه بدوی صادر و در مرحله تجدیدنظر نقض می‌شود، پرونده را به دادگاه بدوی جهت رسیدگی ماهوی اعاده می‌نماید ولی در آراء داوری، دادگاه نظارت بر ابطال رأی داور مرحله تجدیدنظر محسوب نمی‌شود و این مسیر مانند دیوان عالی کشور است که یا در جهت نقض یا ابرام برمی‌آید و اگر نقص دارد، پرونده را به مرجع صادرکننده رأی قطعی بازمی‌گرداند. چنانچه دادگاه رأی داور را قابل ابطال نداند حتی نمی‌تواند رأی داوری را ابرام کند و این تفاوت بین دادگاه ناظر به رأی داوری و دیوان عالی است بنابراین بخشی از این تصمیم‌گیری‌ها شبیه به دیوان عالی کشور است و بخشی شبیه به دیوان عالی نیست.

سؤال این است که آیا در مرحله فرجام‌خواهی ارجاع به داوری ممکن است یا خیر؟ مگر می‌شود زمانی که فصل خصومت شده و رأی قطعی شده ارجاع به داوری امکان‌پذیر باشد؟ در قانون ما این نظریه پذیرفته شده و در مرحله فرجام‌خواهی در صورتی که طرفین دعوا تقاضای ارجاع به داوری را داشته باشند، دیوان موضوع دعوا را به داوری ارجاع و رسیدگی خود را تا زمان صدور رأی داوری متوقف می‌کند.

گفتار سوم: لزوم درج مستندات در داوری و دادگاه


در رابطه با قوانین موجد حق، قانون‌گذار به صورت کلی عنوان نموده که رأی داور نباید مخالف قوانین موجد حق باشد. اما مشکل در اینجا است؛ داور که به مواد قانونی آشنایی ندارد که ما چنین بندی را در مواد قانونی راجع به داوری گنجانده‌ایم! همانطور که در ماده ۲۹۶ آئین دادرسی مدنی، قانون‌گذار قاضی را ملزم نموده که در رأی خود دلایل و مستندات و مواد مرتبط به مستندات را بیاورد، در بند ۱ ماده ۴۸۹ نیز از داوران خواسته که رأی آن‌ها باید موجه و مدلل با قانون باشد و آن‌ها را مکلف به استفاده از قانون کرده است. این الزام موجب می‌گردد داوران نسبت به شناسایی حق تلاش نمایند و هدف قانون‌گذار در خصوص قوانین موجد حق این است که در هر دو مرجع باید شناسایی شود و فرقی بین داوران و دادگاه‌ها نیست و تنها تفاوت آن‌ها اشاره به مواد استنادی و اسباب موجهه در رأی صادره می‌باشد که برای داوران تکلیف تعیین نشده ولی برای دادگاه چنین



تکلیفی متصور شده‌است، هر چند رأی داوری نیز باید مستند و مستدل و موجه باشد. نکته دیگر اینکه چنانچه داوران بخواهند رأی را مثلاً بر مبنای انصاف صادر نمایند، یا بر مبنای صلح صادر نمایند باید در نظر داشته باشند که داور درجه ی اختیاراتی برای صدور رأی دارد که باید رعایت کند. حتی در رأی دادگاه که توسط قضات مسلط صادر می‌شود، اگر مستندات قانونی وجود نداشته باشد چون دادگاه موظف است مواد استناد و دلایل توجیهی را در رأی خود بیاورد، ممکن است رأی نقض شود. همان‌طور که هیأت عمومی دیوان عالی کشور رأی را که در آن دلایل و اسباب موجه و مواد استناد نیامده بود را نقض نمود و این یعنی الزامی برای قضات دادگاه گذاشته که در رأی خود حتماً دلایل توجیهی و اسباب موجهه رأی خود و مستندات قانونی آن را شناسایی و درج نمایند. پس مسلماً داور نیز موظف است حق را شناسایی و بر اساس مستندات قانونی و با رعایت اختیاراتی که طرفین به او داده‌اند رأی صادر کند تا خلاف حق طرفین رأی صادر نشود و رأی که به این ترتیب صادر نشود، مسلماً از حکم قاضی که بالاتر نیست و همان‌طور که رأی قاضی نقض می‌شود، رأی داور نیز باطل می‌گردد.

گفتار چهارم: تفاوت و ضمانت اجرای مواد ۴۸۲ و ۴۸۹

در قانون برای ماده ۴۸۲ ضمانت اجرا پیش بینی نشده است ولی: بند ۱ ماده ۴۸۹ ضمانت اجرای مخالف بودن رأی داور با قوانین موجد حق، ابطال رأی داوری است و ابهامی که در ماده ۴۸۲ وجود دارد رفع می‌گردد. بنابراین اگر رأی که توسط داور صادر می‌شود موجه و مدلل با قانون نباشد، آیا امکان ابطال آن رأی وجود ندارد؟ و یا چون در قانون برای این ماده ضمانت اجرایی تعیین نشده است، نمی‌توان ابطال آن را از دادگاه درخواست نمود؟ نهی در قانون موجب فساد است بنابراین اگر رأی موجه و مدلل نباشد، موجبات بطلان آن رأی نیز فراهم شده است و فرقی بین دادگاه و مرجع داوری نیست. مثلاً قانون، قوانین موجد حق را علاوه بر اینکه قانون ماهوی تلقی نموده از جمله قوانین آمره نیز محسوب کرده است. بنابراین چنانچه رأی داوری با قانون تکمیلی یا تفسیری مغایر باشد اجازه ابطال آن را نداریم و اگر طرح دعوا شد، دعوا باید رد گردد. چرا چنین نظری دارند؟ زیرا تلقی آنها این است که نهاد داوری اصولاً برخاسته از تراضی طرفین است و خلاف قانون تکمیلی نیز می‌توان توافق کرد. نتیجه این که این دو گزاره را



می‌توان به یکدیگر ملحق نمود و از آن نتیجه گرفت که اگر رأی داور، برابر با قانون تکمیلی باشد (مانند درخواست توابع مبیع یا ماده ۹۶۸ قانون مدنی) و داوران خلاف این موارد تصمیم گرفتند، ابطال این آراء یا اعتراض به آن توجیه قانونی ندارد، زیرا داوران خلاف قوانین موجد حق تصمیم نگرفته‌اند.

گفتار پنجم: سؤالات و ابهاماتی که در خصوص نهاد داوری وجود دارد

۱. آیا نهاد داوری هم عرض دادگستری به‌عنوان مرجع رسیدگی به تظلمات و دعاوی مردم است؟ یا اینکه نهاد داوری به‌عنوان یک مرجع استثنائی به شمار می‌رود؟ برای پاسخ به این سؤال باید به اصول کلی مراجعه کنیم چرا که پای‌بندی به اصول کلی می‌تواند بسیاری از ابهامات را رفع نماید. مثلاً اگر طرفین، موضوع دعاوی خود را به جای دادگستری، به داوری ارجاع داده باشند یعنی کلیه تصمیمات و صلاحیت را به داوری سپرده باشند، آنچه که اصطلاحاً در رأی داوری آمده و نسبت به آن اعتراض شود شناسایی و اجرا و کنترل قضایی نسبت به چنین آرای، همان نقشی است که دیوان عالی کشور در رسیدگی در محل فرجام‌خواهی را دارد و فقط از حیث کنترل قضایی و از حیث رعایت قوانین به آراء می‌پردازد. این نگاه به مرجع داوری یک نگاه کاملاً مضیق است و این امر به نهاد داوری کمک شایانی نیز می‌کند. پس بهتر است در این موضوع به اصل کلی رجوع نماییم و تلقی خود از مرجع داوری به‌عنوان یک نهاد مستقل یا هم عرض با دادگستری را مشخص نماییم.

۲. آیا رأی داوری را علی‌الاصول می‌توان قاطع دعوا شمرد؟ یا این که رأی داور هرآنچه که باشد، مرجع دادگستری می‌تواند نسبت به رأی داور ورود کند؟ یا رأی داوری را قاطع بدانیم و اعتراض به آن را یک امر استثنایی؟ در پاسخ به این سؤال باید این‌گونه تشریح کنیم که علی‌الاصول آرای داوری قاطع دعوا هستند چراکه طرفین با یکدیگر توافق نموده‌اند که دعوا و خصومت خود را در مرحله اول به داوری ارجاع دهند و اگر رأی داور قاطع نباشد، به نظر می‌رسد که توافق طرفین امری بی‌پایه بوده و برای اینکه مرجع داوری را یک مرجعی که می‌تواند به حل اختلافات طرفین بپردازد و همچنین مرجع داوری می‌تواند از اطاله دادرسی جلوگیری نماید بنابراین باید رأی داور را قاطع دانسته و ورود مرجع دادگستری به آرای صادره از مرجع داوری را استثنائی بر آن بدانیم و آن را منوط به اعتراض و درخواست ابطال یا بطلان آن از طرف یکی از متقاضیان ارجاع به



داوری انگاشته و اینگونه می‌شود که به مرجع داوری اعتبار بخشیده ایم.


۴. سؤالی که در خصوص ماده ۴۸۹ در مبحث داوری وجود دارد آن است که آیا این جهات که در ماده ذکر شده حصری است یا اینکه می‌توان به استناد سایر موارد یا اسباب دیگر، رأی داوری را قابل ابطال دانست و به فرض مثال اصل تناظر در هیچ‌یک از جهات ماده ۴۸۹ ذکر نشده است و اگر اصل تناظر رعایت نشود، آیا این سبب می‌تواند موجب ابطال رأی داور شود؟ پاسخ به این سؤال مثبت است، یعنی چنانچه اصل تناظر که از قواعد آمره به شمار می‌رود رعایت نشود، موجب ابطال رأی می‌شود. بنابراین باید گفت جهات ماده ۴۸۹ حصری نیست یا در مواردی که تشریفات ابلاغ به صورت صحیح واقع نشود و همین امر موجب گردد که طرفین یا یکی از آنها در جلسه داوری حضور نیافته، این امر موجب می‌گردد رأی که توسط داور صادر شده قابلیت ابطال را داشته باشد چراکه ابلاغ به صورت صحیح واقع نشده و به همین دلیل است که یکی از طرفین نمی‌توانسته حضور یابد و از خود دفاع نماید.

موضوعی که در رویه قضایی بسیار کاربردی است آنکه نوع خواسته برای تعرض به رأی داوری چگونه باید در دادخواست ذکر شود؟ مثلاً درخواست ابطال رأی داور نوشته شود یا درخواست اعلام بطلان رأی داور یا اعتراض به رأی داور؟ باید گفت که از حیث نتیجه در قانون آئین دادرسی مدنی تفاوتی بین بطلان رأی داوری یا ابطال رأی داور و یا اعتراض به رأی داوری وجود ندارد. همچنین در ماده ۴۹۰ قانون آئین دادرسی مدنی درخصوص مهلت اعتراض برای ابطال رأی داور، قانون گذار مهلت بیست روز معین نموده و از طرفی در صدر ماده ۴۸۹ گفته شده در موارد زیر رأی داوری اساساً باطل و قابلیت اجرا ندارد. حال اگر یکی از طرفین بعد از انقضای مهلت بیست روزه به استناد به بند ۱ ماده ۴۸۹ یا سایر بندها معترض باشد و اعتراض خود مبنی بر این که این رأی اساساً قابلیت اجرا ندارد علی‌رغم این که مهلت قانونی سپری شده است در این موارد چه باید کرد؟ باید گفت دو نوع درخواست می‌توان داشت:

۱. اگر اعتراض ظرف مهلت قانونی باشد: درخواست ابطال رأی داور صحیح است.
۲. اگر خارج از مهلت قانونی اعتراض شود: می‌توان درخواست عدم قابلیت اجرا را درخواست نمود.

چندین سؤال در خصوص مبحث داوری

۱. آیا داور مجوز صدور رأی غیابی را دارد؟ در قانون ایران رأی غیابی در مرجع



داوری پیش‌بینی نشده است ولی چنانچه به یکی از طرفین ابلاغ به صورت صحیح انجام‌نشده باشد و در جلسه حضور نیافت، می‌توان ابطال رأی داوری را درخواست نمود ولی نمی‌توان از آن رأی اعتراض و خواهی کرد.

۲. چنانچه در قراردادی که شرط داوری شده باشد و در آن طرفین محل ابلاغ و هر مکاتبه‌ای را مشخص نموده باشند، ولی یکی از طرفین بدون اطلاع، آدرس اعلامی را تغییر داده باشد آیا ابلاغ به محل معین شده اعتبار دارد یا باید آدرس دقیق یا در صورت عدم تعیین آدرس نشر آگهی صورت گیرد؟ در پاسخ به این سؤال باید به استناد ماده ۱۰۱۰ قانون مدنی تصمیم مقتضی اتخاذ گردد. همچنین اقامتگاه قراردادی در قانون پذیرفته و معتبر است و هرگاه ابلاغی که باید در محل معین و تعیین شده صورت گیرد، به دلیل تغییر آدرس و عدم اطلاع ایشان از رأی داوری، این مورد از جهات ابطال رأی داوری نیست زیرا طرفی که اقامتگاه قراردادی را تغییر و به طرف مقابل اعلام ننموده است، اقدام به ضرر خویش نموده است، بنابراین این موارد از جهات ابطال رأی داور نمی‌باشد.

۳. اگر بعد از تراضی به داوری، داور بی‌طرفی خود را از دست بدهد آیا چنین داوری قابل عزل است؟ باید متصور باشیم که در حین رسیدگی، غیر از جهات رد که در قانون چه نسبت به دادرس و چه نسبت به داور پیش‌بینی شده، ما نمی‌توانیم سبب مستقلاً را به‌عنوان خروج از بی‌طرفی داور بشناسیم. مگر این که بی‌طرفی داور را اثبات کنیم که از این جهت می‌توان ابطال رأی داوری را به استناد بند ۱ ماده ۴۸۹ درخواست نمود.

۴. چنانچه بعد از این که شرط داوری در قرارداد درج شد و متقاضی تقاضای خود را به داوری ارجاع داد، طرف دیگر در روند داوری شرکت نکند (مثلاً لایحه ندهد یا در جلسه حضور نیابد یا درواقع همکاری سازنده با داوران نداشته باشد) در حالی که همان شخص ادله و مدارکی نیز دارد ولی ادله و مدارک را در مقام طرح دعوا ابطال به دادگاه ارائه نماید تکلیف چیست؟ به صرف این که ارائه آن به داوری امکان داشته باشد ولی مدارک را ارائه نداده باشد، دادگاه نباید به ابطال رأی داور از این حیث رسیدگی و بپردازد زیرا اگر دادگاه از این حیث رسیدگی نماید، موجب بیهودگی نهاد داوری است. شایان ذکر است در خصوص تکمیل پاسخ، می‌بایست این مورد را نیز در نظر گرفت که نظام شکایت از آراء، نظامی است که به دنبال یافتن کوتاهی اصحاب دعوا نیست، بلکه به دنبال اشتباه مرجع صادرکننده رأی می‌باشد. مثلاً بعضی‌ها عقیده دارند که دادگاه تجدیدنظر، رسیدگی دوباره نمی‌کند در صورتی که این یک غلط فاحش است. در واقع دادگاه تجدیدنظر حق ندارد



رسیدگی مجدد کند و دادگاه تجدیدنظر فرآیند رسیدگی را باید بازنگری کند و به دنبال اشتباه قاضی بگردد و هرگاه احراز نمود که قاضی اشتباه کرده و اصول و قواعد دادرسی را رعایت نکرد و یا نادیده گرفته، رأی را باید بر آن اساس نقض نماید ولی کوتاهی اصحاب دعوا را جبران نمی‌کند. برای مثال می‌توان به مواد ۳۵۸ و ۳۷۱ قانون آئین دادرسی مدنی اشاره کرد که عدم توجه به دلایل ابرازی اصحاب دعوا حسب مورد از جهات تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی است و همان‌طور که می‌دانید سابق بر این، دلیل یا ادعای جدید در مرحله تجدیدنظر مسموع نبوده ولی بعد از تصویب قانون سال ۱۳۷۹ در قانون جدید آئین دادرسی مدنی، دلیل جدید را ادعای جدید محسوب نکرده و دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر را قابل پذیرش دانسته است و بر خلاف حقوق فرانسه و انگلستان این هشدار را نیز به طرفین می‌دهد که شما نمی‌توانید برخی از دلایل و مدارک خود را ارائه نداده و یا آنها را در مرحله دیگر ارائه دهید. بنابراین هر آنچه که در دست دارید باید ابراز کنید و رسیدگی تنها بر پایه همان مدارک صورت می‌گیرد و تنها فرضی که به صورت استثناء آمده، مدارک مکتوم است که از موجبات و جهات اعاده‌ی دادرسی نیز می‌باشد و همین مقرره نیز در داوری رعایت می‌شود پس چنانچه یکی از طرفین مدارک را ارائه ندهد و آن مدارک را برای دادگاه و در جهت اعتراض به رأی داور ارائه نماید، قاضی نباید به این دلیل که شخص متقاضی امکان ارائه آن دلایل را در جلسات داوری داشته، رأی داور را بر همین اساس ابطال نماید و طبق رویه قضایی شاهد آنیم که در مرحله تجدید نظر دلیل جدید اصولاً پذیرفته می‌شود.

گفتار ششم: تفاوت حکم به بی‌حقی و حکم به بطلان دعوی و تأثیر

آن در نهاد داوری

در مباحث قبلی توضیح دادیم ذکر مواد استنادی و اسباب موجهه برای قضات الزامی ولی برای داوران قانونگذار تکلیف و الزامی در نظر نگرفته که این موضوع را می‌توان به حکم بی‌حقی و حکم به بطلان دعوا تعبیر کرد و با مثال توضیح می‌دهیم در چه مواردی حکم به بی‌حقی صادر می‌شود و در چه زمانی حکم بطلان دعوا.

زمانی حکم به بی‌حقی صادر می‌شود که حقی وجود دارد و خواهان نتواند آن حق را اثبات کند یا این که حق موجود بوده ولی حق را دریافت کرده است. بنابراین داوران و دادگاه‌ها این حق را شناسایی کرده و باید احراز نمایند که حق وصول گردیده یا در

اثبات آن حق ناتوان بوده است و در مواردی که دادگاه حکم بطلان دعوا صادر می‌کند یعنی به معنای اعم کلمه، چنین حق وجود خارجی نداشته که خود به سه قسم تقسیم می‌گردد و عبارتند از:

۱. مصرحات قانونی: مانند ماده ۵۲۴ آئین دادرسی مدنی که خسارت عدم النفع را قابل مطالبه ندانسته که اگر چنین دعوایی اقامه شود دادگاه حکم به بطلان دعوا صادر می‌کند و اگر داوری رأی مبنی بر قابل مطالبه بودن عدم النفع صادر کند به دلیل مخالف بودن موجد حق این رأی داور قابلیت ابطال را خواهد داشت.

۲. خواسته ای که فاقد مشروعیت باشد: ماده ۵۶۴ قانون مدنی (تعهدات نامشروع و قماری) یکی از موادی است که اگر خوانده دعوا نسبت به نامشروع بودن خواسته ایراد کنند یا دادگاه متوجه نامشروع شدن خواسته گردد مطابق بند ۸ ماده ۸۴ آئین دادرسی مدنی قرار رد دعوا صادر می‌نماید ولی اگر نامشروع بودن زمانی مشخص شود که دادگاه وارد ماهیت شده باشد در این موارد دیگر قرار رد دعوا صادر نمی‌گردد، بلکه حکم بطلان دعوا باید صادر شود. حالا اگر داوران نسبت به این موضوع رأی به نفع خواهان صادر کنند، به منزله آن است که داوران قوانین موجد حق را نادیده گرفته و در دادگاه چنین رأی ابطال می‌گردد.

۳. فقدان مستندات قانونی: یعنی دعوی مطرح شده ولی هیچ‌گونه مستندات قانونی برای چنین دعوایی وجود نداشته باشد و دادگاه هیچ مبنایی در قانون نمی‌یابد که بتواند به آن استناد کند که در این موارد نیز باید حکم بطلان دعوا صادر شود. زیرا هیچ منطق قانونی وجود ندارد که دادگاه بتواند نسبت به مستندات ابرازی و قانون رأی صادر کند، ولی نکته قابل ذکر درخصوص این موضوع این است که چنانچه طرفین از داوران بخواهند رأی را بر مبنای انصاف یا بر مبنای صلح صادر نماید، داوران در چنین مواردی اختیاراتی برای صدور رأی دارند و مانعی که برای صدور رأی است، به گونه‌ای زایل شده حتی اگر مستندات قانونی وجود نداشته باشد. مثلاً ثمن معامله ای مشخص است ولی داور رأی مازاد بر ثمن صادر کند. در این موارد چون اختیار برای صدور رأی به طریق انصاف یا صلح به داور داده شده، رأی داور فاقد اشکال است حتی اگر مقرر قانونی وجود نداشته باشد. اما اگر طرفین چنین درخواستی به دادگاه بدهند چنین تصویری غلط است. مثلاً اگر دادگاه بخواهد گزارش اصلاحی صادر نماید و سازش‌نامه مبتنی بر صلح باشد، ولی صلح به غلط واقع شده باشد، دادگاه در این موارد نمی‌تواند گزارش اصلاحی صادر نماید،



چون که دادگاه موظف است مواد استناد و دلایل توجیهی را در رأی خود بیاورند و اگر گزارش اصلاحی به غلط صادر شود، آن گزارش اصلاحی قابل ابطال است.

گفتار پایانی: نحوه ی نگارش شرط داوری

چند نکته در خصوص نحوه نگارش شرط داوری در قراردادهای و بررسی دو نوع قرارداد که در آن شرط داوری گنجانده شده است ولی دارای ایراداتی می‌باشد و این ایراداتی که در این دو قرارداد به آن می‌پردازیم هم در داوری داخلی و هم در داوری بین‌المللی کاربرد دارد. نکته قابل توجه این است که در داوری داخلی و بین‌المللی برای نگارش شرط داوری تفاوت ماهوی وجود ندارد:

قرارداد اول:

طرفین در این قرارداد شرط داوری گذاشته و شخصیت حقوقی اتاق بازرگانی تهران را به‌عنوان حکم در صورت اختلاف فی‌مابین طرفین انتخاب نموده‌اند و حکم اتاق بازرگانی را محترم و لازم‌الاجرا دانسته‌اند. با این توضیح که رأی اتاق بازرگانی تهران یا سازمان نظام مهندسی، نسبت به موضوع به‌وجودآمده صحیح است.

ایراداتی که در قرارداد فوق وجود دارد؛

ایراد اول: واژه حکم در این قرارداد به کار برده شده که در ادبیات ایران حکم در مواردی به‌عنوان میانجی‌گری هم معنا شده، پس بهتر است که به جای واژه حکم، حتماً از واژه داوری استفاده کنیم.

ایراد دوم: در قرارداد شخصیت حقوقی اتاق بازرگانی آورده شده است. بنابراین منظور اتاق مرکز داوری بازرگانی تهران نیست و هیأت‌مدیره اتاق بازرگانی به‌عنوان داور انتخاب شده‌اند و طرفین برای اجرایی شدن باید به هیأت‌مدیره اتاق بازرگانی تهران جهت داوری رجوع نمایند. ایرادی که در این مورد وجود دارد آن است که باید در قرارداد داوری، سازمان را به‌عنوان داور انتخاب کنیم و نه اتاق بازرگانی را. همچنین در این قرارداد اتاق بازرگانی یک سازمان داوری نیست و تشکیلاتی برای رسیدگی داوری ندارد پس نتیجه می‌گیریم مرجعی را که برای انتخاب داور در این قرارداد انتخاب نموده‌اند، مرجع صحیحی تلقی نمی‌شود.

ایراد سوم: اگر سازمانی را به‌عنوان مرجع داوری انتخاب می‌کنیم، باید نام کامل آن سازمان را در قرارداد درج نمایید و به اختصار بسنده نکنیم.



ایراد چهارم: در قسمت اخیر شرط داوری در قرارداد، نام دو مرجع یعنی اتاق بازرگانی تهران و سازمان نظام مهندسی قیدگردیده و این یک ایراد بزرگ است، چراکه دو مرجع برای داوری انتخاب شده‌اند، یعنی هر یک می‌تواند به صورت مستقل به یکی از مراجع ذکر شده به دلخواه مراجعه کنند. حال اگر یکی از طرفین به اتاق بازرگانی تهران و دیگری به سازمان نظام مهندسی مراجعه نماید، کدام رأی مناط اعتبار است؟! آیا باید بنا را بر این بگذاریم که هر کدام که زودتر به هر یک از مراجع رجوع نمودند همان رأی را صحیح بدانیم؟ یا باید قرعه بیندازیم یا سایر شرایط؟ در نتیجه باید گفت که این رأی توسط دادگاه معتبر نیست و رأی داور قابلیت اجرا نخواهد داشت.

قرارداد دوم:

در این قرارداد، طرفین اختلافات حاصله فی‌مابین شرکاء و شرکت و حل و فصل اختلاف را توسط داور توافق نموده‌اند.

ایراداتی که به این شرط وارد است؛

ایراد اول: باید گفت درست است که شرط داوری در قرارداد آمده ولی هیچ سازمانی را برای امر داوری انتخاب ننموده‌اند و کلیت اختیارات را به دادگاه داده‌اند.

ایراد دوم: باید گفت چه نوع اختلافی که به وجود آید، باید به داوری ارجاع داده شود؟ زیرا شاید اختلافات شرکت و فعالیت شرکتی است و گاهی اختلافات مربوط به فعالیت شرکت نمی‌باشد و مربوط به شرکا و شرکت است، مثلاً یکی از شرکا ملک یا خودرویی را از شرکت خریداری می‌کند و ماحصل آن اختلاف مابین آنهاست و در مورد اخیر آیا باز اختلاف بین شرکا و شرکت است؟ که در جواب باید گفت چنین اختلافی اختلاف بین شرکا و شرکت نیست. بنابراین این ابهامات باید در نگارش شرط داوری برطرف شود. ولی حسن این قرارداد در این است که به صورت واضح شرط داوری را در قرارداد مطرح کرده است.



مسئولیت مدنی داوران در نظام حقوقی ایران^۱

دکتر امیر عباس بزرگمهر^۲


دکتر احمد همتی^۳

به طور کلی در مسئولیت مدنی داور با دو گروه و دوجنبه مختلف روبه رو هستیم از یک طرف می‌توانیم مسئولیت سازمان دآوری را طرف قرار بدهیم و آیا اصلاً سازمان دآوری می‌تواند مسئولیتی داشته باشد یا نه؟ و شرایط اثبات آن چیست؟ و طرف دیگر قضیه، مسئولیت مدنی داور است که مسئولیت مدنی داور هم جنبه‌های مختلفی دارد آیا اصلاً ابطال رأی داور، اماره تقصیر داور است و طرف را در اثبات دعوی مسئولیت مدنی داور بی‌نیاز از ادله دعوا می‌کند؟ یا خیر. صرف ابطال رأی داور به معنای تقصیر نیست و عکس این هم هست. یعنی آیا ممکن است رأی دآوری اصلاً ابطال نشود و طرف ادعای خسارت مسئولیت مدنی بکند علیه داور به هر دلیلی. به شرط آن که آن ارکان ۳ گانه (تقصیر - سببیت - ضرر) را اثبات بکند.^۴

کلیاتی در باب مسئولیت مدنی داور

اساسی‌ترین دلیلی که ما را مجبور به بررسی مسئولیت مدنی داور می‌کند این است

۱. پیاده سازی سخنرانی توسط خانم زهرا مهدی دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه اصفهان انجام شده است.
۲. وکیل پایه یک دادگستری، استاد دانشگاه.
۳. قاضی دادگستری.
۴. برگزار کننده این سخنرانی، مرکز دآوری اتاق بازرگانی تهران می‌باشد.



که مشکلی که در داوری ما بسیار دیده می‌شود این است که استقبال عامه‌ی مردم از داوری بسیار کم است ولی استقبال عامه از دستگاه قضایی خیلی بیشتر است. یکی از دلایل اینست که داور اختیارات زیادی دارد و نهاد داوری آزادیهای بیشتری دارد اما در برابر این اختیارات، مسئولیت پذیری کمی برای آن در نظر گرفته شده است و گارانتی برای آن ایجاد نکرده ایم.

گارانتی کار داوری همان مسئولیت مدنی داوران است و یکی از دلایل ضعف استقبال مردم از داوری فقدان سیستماتیک تضمین کننده و فقدان یک مسئولیت مدنی و قراردادی جامع برای نهاد داوری و شخص داور است. در نتیجه نظر مردم بر این است که دادگستری قابل اعتماد تر است و نفوذ در آن کمتر است و مسئولیت پذیری قضات بیشتر می‌باشد.

مهمترین مشکلی که در رابطه با مسئولیت مدنی داوران داریم پارادوکسی است که در این رابطه ایجاد می‌شود. بدین معنی که دو حالت وجود دارد: ۱- در صورتی که رأی داوری ابطال نشود و اجرا شود، آیا مسئولیت پذیر است؟ یعنی در این مورد داور مسئولیتی در برابر خسارت وارده دارد؟ علی‌الاصول می‌گوییم نه. چون رأی صحیح است و اجرا هم شده است؛ پس فرض بر صحت آن است و چون نقض نشده پس تقصیری وجود ندارد و تخلف قانونی اتفاق نیفتاده است و مسئولیتی متوجه داور نیست. ۲- چنانچه رأی داوری ابطال شود و به مرحله اجرا نرسد باز هم می‌توانیم ادعا کنیم مسئولیت مدنی وارد نیست. چرا؟ چون اصلاً اجرا نشده که بخواهد ضرری به کسی وارد بشود و کسی به عنوان متضرر رأی داوری بخواهد دعوای مسئولیت مدنی را مطرح کند. بنابراین ما با یک پارادوکس روبه‌رو هستیم که چه رأی داوری ابطال شود و چه نشود دعوای مسئولیت مدنی داور جایگاه ندارد اگر باطل شد که اجرا نشده و ضرری نرزد و اگر باطل نشد که اصل بر صحت آن است پس تقصیری صورت نگرفته است. پس در کجا می‌توان دعوای مسئولیت مدنی داور را مطرح کرد؟ البته این نوعی مغالطه و پارادوکس نما است که باید آنرا بررسی کنیم.

تعاریف مختلفی از مسئولیت مدنی داور در کتب مختلف وجود دارد. مثلاً آقای دکتر نیکبخت در کتاب داوری تجاری بین المللی تعریفی برای مسئولیت مدنی داور ارائه نموده‌اند بدین صورت که: «هر گاه در قضیه‌ای تصمیمات شبه قضایی اعم از رأی یا قرار، داور مسئول جبران خسارت بر شخص زیان دیده شناخته شود، وی مسئولیت



دارد».

نقص اولی که بر این تعریف وارد است این است که این تعریف، خودش مبتنی بر دور (چرخش) است. چون میگوید هرگاه شخصی که به عنوان داور است تصمیمات قضایی یا شبه قضایی بگیرد و مسئول جبران خسارت شناخته شود، آنگاه مسئول است. در این حالت چه کسی این داور را مسئول جبران خسارت می داند؟ دادگاه و دادگاه بر چه مبنایی این داور را مسئول می داند؟ بر مبنای اصول (تقصیر - سببیت - ضرر). پس این یه دور است چون ارجاع داده به دادگاه و گفته اگر دادگاه این داور را مسئول بداند پس او مسئول است در حالیکه اگر این داور با توجه به ملاک‌های عینی و شخصی مسئول باشد، در آن حالت دادگاه او را مسئول می داند و دائم در دور و چرخش است.

نقص دوم این تعریف آن است که ترک فعل را مشمول قرار نداده است یعنی ترک فعل داور با توجه به این تعریف برای او مسئولیتی ایجاد نمی کند. در حالی که عمده مسئولیت مدنی داوران، چه در حقوق ایران و چه در کامن لاء و حقوق کشورهای دیگر، مبتنی بر ترک فعل است. یعنی هرگاه داور در مهلت مقرر سه ماه رأی صادر نکند یا رعایت بی طرفی نکند یا افشای ذی نفعی خود را نکند. خیلی از اعمال مقصرانه ای که میتوان عمل داور را منتهی کرد به مسئولیت مدنی، ناشی از ترک فعل است. پس بهتر است تعریفی ارائه بدهیم که کاملاً مسئولیت مدنی را پوشش دهد یعنی هم جامع باشد هم مانع.

بنابراین هر نوع فعل یا ترک فعل داور یا سازمان دآوری که شخصیت حقوقی دآوری مثل اتاق دآوری تهران را هم شامل شود که تخلف از قرارداد یا قواعد دآوری باشد و منتهی به ضرر مادی یا معنوی طرفین باشد میتواند مبنای مسئولیت مدنی باشد. جامعیت این تعریف در این است که هم مبنای قهری و ضمان قهری^۵ را در نظر گرفته و هم مبنای قراردادی را لحاظ کرده است.

مسئولیت مدنی داور به معنای مسئولیت مدنی مضیق است یا مسئولیت قراردادی؟

۵. ضمان قهری عبارتست از مسئولیت انجام کاری یا جبران ضرری بدون وجود هرگونه قرارداد و عقدی بین افراد که به طور قهری و به حکم شرع و قانون حاصل می شود. بنابراین ضمان قهری آنگاه مطرح می گردد که قراردادی بین طرفین وجود نداشته باشد و مبنایی غیر از قرارداد داشته باشد.



چون گاهی اوقات در عرف حقوقی مسئولیت مدنی در معنای عامش به معنای مسئولیت قراردادی هم به کار می‌رود.

مسئولیت مدنی در معنای خاصش فقط همان چیزی است که می‌گوییم ضمان قهری، ولی در معنای عام شاید شامل مسئولیت قراردادی هم خواهد بود و اینها با هم تفاوت دارد. بحث لفظی نیست که بتوان به راحتی بگوییم که آیا مسئولیت مدنی داور یک نوع مسئولیتی مبتنی بر ضمان قهری است؟ یا یک نوع مسئولیتی مبتنی بر مسئولیت قراردادیست؟ اینها تفاوت‌های عملی شگرفی با هم دارند هم در مقام اثبات و هم در مقام طرح دعوا و هم در ترتب آثار ماهوی.

همگی میدانیم مبانی مسئولیت قهری (یا ضمان قهری) در معنای خاص، به طور عام مبتنی بر ماده یک مسئولیت مدنی است. البته ما نهادهای خاصی مثل اتلاف، تسبیب و بحث‌های ضمان دیات داریم که نهادهایی خاص هستند؛ اما ماده یک قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۰۹ به عنوان قاعده کلی در حقوق ایران است که سه رکن دارد: ضرر، تسبیب و تقصیر، که مسئولیت مدنی در حالت کلی اصولاً مبتنی بر تقصیر است.

مسئولیت قراردادی در مواد ۲۲۱ الی ۲۲۶ قانون مدنی بیان شده است که دارای شروطی کلی است از جمله:

(۱) باید قرارداد صحیح و سالمی بین افراد باشد.

طبیعتاً وقتی که ما در داورى مواجه با این مورد هستیم که یکی از طرفین به صحت قرارداد ایراد می‌کند و قرارداد در معرض ابطال یا انحلال قرار می‌گیرد، (همان بند ۷ ماده ۴۸۹؛ میتواند این شرط مخدوش باشد یعنی مسئولیت قراردادی شامل حال داور نمی‌شود. چون قرارداد صحیح و سالمی دیگر وجود ندارد یعنی اصلاً قراردادی باقی نیست که داور بخواهد از آن تبعیت کند. پس مسئولیت قراردادی هم برای داور متصور نیست.

(۲) شرط دوم در مسئولیت قراردادی داورى این است که تخلفی از مفاد قرارداد اتفاق بیوفتد. منتها مشکل داورى این است که علیرغم این که داورى علی‌الاصول مبتنی بر توافق طرفین است، منتها این توافق اصولاً مبتنی بر یک قرارنامه جامع و کامل داورى نیست که هم مسئولیت طرفین و هم مسئولیت داور به طور مفصل در آن نوشته شده باشد. بجز سازمان‌های داورى که در عرف خودشون، به طور مفصل قرارنامه ای دارند که تمام موارد را روشن بیان کرده است. ولی علی‌الاصول در داورى‌های عادی و غیر سازمانی، طرفین به صورت یک شرط، داورى را در قرارداد اصلی قرار می‌دهند و انشاء



می‌کنند. اینجا می‌گوییم داوری قراردادی است و منافاتی با قراردادی بودنش ندارد ولی مشکل این قراردادی بودن همان فقدان محتویات تعیین کننده حدود مسئولیت داوران است. یعنی مشکل این است که در اکثر پرونده‌های داوری، شرط داوری وجود داشته است که ممکن است بعد از آن قرارنامه داوری را تنظیم کنند یا نکنند و مشکل اساسی این است که محتویات تعیین کننده مسئولیت مدنی داور در آن شرط اصلاً تصریح نمی‌شود و بیان نمی‌شود. در این مورد باید چکار کنیم؟ اگر فرض کنیم مسئولیت مدنی داوری، یه نوعی مسئولیت قراردادی است نه مسئولیت ضمان قهری، چون یکی از شرایط مسئولیت قراردادی تخلف از قرارداد است، که ما اصلاً در اینجا قراردادی نداریم که به عنوان قرارداد کامل و جامع که از آن تخلفی صورت بگیرد و داور مسئولیت پیدا کند. پس باید چکار کرد؟ حال ما باید برویم سراغ شروط بنایی و ضمنی. ولی این هم بد است چون باید شروط بنایی را با ذهن خود بیافرینیم و با ذهن خود بنویسیم و سازمان داوری می‌گوید یک قرارداد جامع و کامل بنویسید که با این مشکل مواجه نشوید. حال اگر ننوشتیم چکار می‌کنیم؟ شروط بنایی: مثلاً فرض می‌کنیم اگر شروط داوری در قراردادی مندرج شد، داور به صورت شروط ضمنی ملتزم است که رسیدگی عادلانه و منطقی بکند و رشوه از طرفین نگیرد و بی طرف باشند و اگر در قرارداد هم ذکر نشده باشند که اصولاً در قرارداد هم نمی‌نویسند که داور نباید رشوه بگیرد مثل تعهدی است که شوهر می‌گوید من دیگر زن خود را نمی‌زنم اصلاً نباید زن خود را بزنی حتی اگر تعهدی نباشد و این خود شرط بنایی است، حال مثلاً قراردادی معلوم است که داور نباید رشوه بگیرد. مبنای آن ماده ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی است که شروط عرفی را عنوان می‌کند. منتهی در اینجا عرف، عرف خاص است که سازمان‌های داوری داخلی و بین المللی تدوین و انشاء کرده‌اند. پس ما می‌توانیم تخلف از هر کدام از این عرف‌ها را در حکم تخلف از شروط بنایی و ضمنی بدانیم که مسئولیت قراردادی برای داور ایجاد میکند نه ضمان قهری.

البته ورود ضرر و سببیت در آنها نیز باید مشهود باشد. ممکن است سؤال شود چه فرقی دارد و چه ثمره عملی دارد که من مسئولیت داور را از جنس ضمان قهری بدانم یا از جنس مسئولیت قراردادی؟ چه آثار عملی دارد؟

یکی از فرق حقوقدانان با فلاسفه همین است که ما اصولاً بحث‌هایمان جنبه عمل گرایانه دارد. حقوق و به تبع آن حقوق common law و حقوق پوزیتیویستی، بیشتر معطوف هستند به بحث‌های نتیجه گرایانه و من حقوقدان هم اگر بخواهم اظهار نظر



کنم باید نتیجه و اثر عملی داشته باشد و الا بحث تجریدی است و شبیه به فلسفه. انتخاب یک مبنا و این که ما مسئولیت مدنی را قبول کنیم یا مسئولیت قراردادی را؛ آثاری دارد:

(۱) اولین اثرش انتخاب صلاحیت دادگاه است. اگر مسئولیت داور را یک جور مسئولیت قراردادی بدانیم و بگوییم چون مبنای ایجاد داوری، قرارداد است؛ حال گاه به صورت شرط داوری گاه به صورت قرارنامه داوری - اگر داور از مفادش به صورت صریح یا به صورت ضمنی از شروط بنایی تخلف کند یا باعث ضرر شود، از مفاد قرارداد تخلف کرده بنابراین مسئولیتش قراردادی دارد. در این صورت در بحث صلاحیت دادگاه بر طبق ماده ۱۳ قانون آ. د. م، ۳ تا انتخاب داریم: یعنی محل اقامت خواننده (داور)، محل انعقاد قرارداد، محل اجرای قرارداد. که رأی وحدت رویه هم مربوط به سال ۵۹ داریم که اقامتگاه خواننده را هم اضافه کرده و در نتیجه سه انتخاب برای خواهان برای انتخاب دادگاه صالح وجود دارد. در حالی که اگر مسئولیت فقط ضمان قهری باشد، کدام دادگاه صالح است؟ چون دعوا در این حالت یک دعوی دینی می‌شود، پس دادگاه صالح دادگاه اقامتگاه است (ماده ۱۱ آ. د. م).

(۲) در بحث انتخاب ادله و تغییر ادله هم موثر است:

فرض کنید قانون آئین دادرسی ما تغییری در ادله اثبات دعوا ایجاد کند، آیا ما باید تابع ادله جدید باشیم یا تابع ادله ای که در زمان انعقاد قرارداد داوری یا شرط داوریمون حاکم بوده؟ باز در اینجا فرق می‌کند که مسئولیت مدنی داور را قراردادی بدانیم یا ضمان قهری.

اگر ما مسئولیت مدنی داور را یک جور مسئولیت قراردادی بدانیم، طبق ماده ی ۱۹۵ آ. د. م، ادله اثبات حاکم ادله ای است که زمان انعقاد قرارداد بوده. ولی اگر ضمان قهری بدانیم طبق ماده ی ۱۹۶ آ. د. م، ادله حاکم ادله ای است که در زمان رسیدگی بوده یعنی الان که من قاضی دارم رسیدگی میکنم مهم و موثر است ولو این که زمان انعقاد آن ادله وجود نداشته باشد.

(۳) در بحث اثبات تقصیر هم موثر است:

چه مسئولیت بصورت ضمان قهری باشد و چه به صورت مسئولیت قراردادی باشد در هر دو باید تقصیر داور اثبات شود. منتهی تفاوت مسئولیت قراردادی و ضمان قهری این است که در ضمان قهری اصل بر عدم تقصیر خواننده است و خواهان یا مدعی باید ثابت



کند که چه کسی مقصر است. اما در مسئولیت قراردادی دقیقاً برعکس این است. اگر قرارداد به نتیجه نرسد، صرف به نتیجه نرسیدن قرارداد، اماره تقصیر متعهد است. متعهد قرارداد داوری، داور است. پس داور است که باید ثابت کند که تقصیری مرتکب نشده و کوشش را انجام داده است. یعنی بار اثبات عوض میشود.

برای زیان دیده به لحاظ تئوریک راحت تر است. می‌تواند دعاوی زیادی علیه داور مطرح کند. خیلی نباید به این تحلیل تئوریک دلخوش کرد. زیرا وقتی به وسط تئوری می‌رویم و مصداق یابی می‌کنیم متوجه میشویم با قبلی خیلی فرقی ندارد. زیرا آنجایی که بار اثبات برعهده متعهد است، در همه قراردادهای که اینطور نیست بلکه فقط در قراردادهای تعهد به نتیجه، این شرط موجود است نه قراردادهای تعهد به وسیله. مثلاً وکیل صرف این که دعوا به نتیجه نرسیده موکلش نمی‌تواند از آن شکایت کند یا این که من معلم هستم مدیر مدرسه صرف این که دانش آموزان من رفوزه شده‌اند نمی‌توانند از من شکایت کنند که تو حتماً خوب درس نداده‌ای در اینجا تعهد به نتیجه نیست بلکه تعهد به وسیله است. پس مهم است که اگر ما تعهد داور را از جنس مسئولیت قراردادی بدانیم باید ببینیم که آیا از جنس تعهد به وسیله است یا تعهد به نتیجه؟ کدام وسیله؟ کدام نتیجه؟ قطعاً آن نتیجه‌ای که اصحاب دعوا و اصحاب داوری مد نظرشان است، نیست چون هر کس که داور انتخاب میکند قطعاً دنبال نتیجه‌ای است که داور به نفع آن رأی بدهد؛ پس منظور این نتیجه نیست. اما چه نتیجه‌ای؟ صدور یک رأی متعارف، بی طرفانه و مستدلانه و منصفانه، نتیجه‌ای است که داور به آن مکلف است. پس داور با صدور رأی منصفانه، بی طرفانه و عادلانه به نحو نوعی ولو آن که نقض شود، نتیجه تعهدش را انجام داده است.

از این تحلیل به این نتیجه میرسیم که اگر داور رأی مستدلانه و بی طرفانه ندهد آن گاه مقصر است. در چه چیری مقصر است؟ در این که به مفاد قرارداد پایبند نبوده و نتیجه‌ای که از او انتظار میرفته را حاصل نکرده. در قانون آئین دادرسی مدنی هم این کار تخلف است و می‌گوید اگر داور کوتاهی کند در رسیدگی، و رأی ندهد محروم میشود و این تخلف انتظامی است. آیا این حکم آ. د. م ربطی به مسئولیت مدنی دارد یا فقط تخلف انتظامی است؟ تخلف انتظامی از چه باب؟ از باب این که رأی ندهد البته این کار نه جرم است و نه یک حکم مسئولیت مدنی در معنای خاصش بلکه یک چیز میانه است. این نوع تخلف قراردادی جوری است که ضمانت اجرای قانونی برای آن پیش بینی شده و این ضمانت اجرا شبیه تخلف انتظامی است. میتوان ادعا کرد این وضع قانون آ. د. م یک



جور مسئولیت مدنی پیشگیرانه است. یعنی اصلاً ما نمیگذاریم کار به ایجاد ضرر برسد تا تو بخواهی ضرر ایجاد کنی که مسئولیت ایجاد بکند. در واقع قانون گذار میگوید که فرضمان این است که داورى که همه چیزش خوب است و پرونده موعده رأی است اگر داور استتکاف می کند من قانون گذار مسئولیت مدنی پیشگیرانه نسبت به این شخص اعمال میکنم تا از ضررهای بعدی جلوگیری بکنم. پس یکی از شاخصه‌های مسئولیت مدنی مدرن توسعه مسئولیت مدنی پیشگیرانه است که ما در قوانینمان کم داریم در مسئولیت مدنی به معنای عام و طبیعتاً مسئولیت مدنی داورى هم کم داریم.

بالاخره مسئولیت مدنی داور مسئولیت ضمان قهری است یا قراردادی؟ وقتی قراردادی صحیح موجود باشد و تخلف از مفاد قرارداد به صورت صریح و ضمنی باشد وجود ضرر باشد و سببیت بین ضرر و تخلف باشد آنموقع می‌گوییم مسئولیت قراردادی است. با این تعریف مسئولیت داور را میشود این گونه توجیه کرد یا خیر؟ بله میشود اگر داورى، داورى انتخابی باشد و داورى اجباری نباشد میتوان بر مبنای وجود یک قرارداد و تخلف از آن قرارداد و نقض آن به صورت صریح یا ضمنی مسئولیت مدنی قراردادی برای داور تصور و جعل کرد.

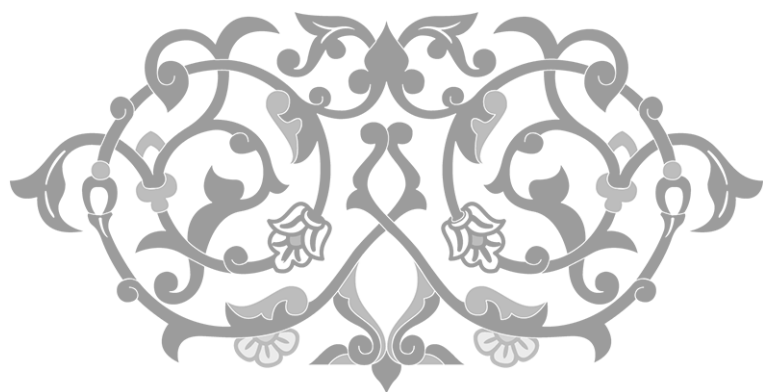
حال چه نوع تقصیرهایی را میتوان برای داور در نظر گرفت؟

بعضی از تقصیرها تقصیرهای شدید و سنگین هستند. مثلاً اگر داور در قبال اخذ پول تعهد کند و تصمیمی را بگیرد. مطابق ماده ۵۸۸ قانون مدنی رشوه میشود که علاوه بر ضبط پول، حبس بین ۶ ماه تا ۲ سال دارد. تقصیر عمدی و سنگین است مثلاً اگر بیاید افشای اصرار کند مطابق ماده ۶۴۸ قانون مدنی جرم انگاری میتواند مبنای مسئولیت مدنی هم باشد. برخی از تقصیرها تقصیرهای متوسط هستند که نه سنگین هستند نه سبک. مثل عدم رعایت بی طرفی، ذی نفعی، عدم افشای روابط خاصی که قبلاً با یکی از طرفین داشته. در اینجا منظور از تقصیر داور حتماً اگر داور مقصر باشد منتهی به مسئولیتش میشود یا خیر؟ خیر - زیرا باید رابطه‌ی سببیت بین تقصیرش و ایجاد زیان و ضرر باشد. مثلاً ممکن است این داور با یکی از طرفین پدر کشتگی داشته باشد ولی به نفعش رأی بدهد نمیشود گفت که تو با من عداوت داشتی و با طرف من ذی نفعی داشتی و افشا هم نکردی درست است تخلف رخ داده ولی رأی به نفع من صادر شده است و رابطه ذی نفعی در آن تأثیر نگذاشته. پس صرف مقصر بودن داور به منزله مسئولیتش نیست. زیرا ممکن است موجب ضرر نشود مثلاً من رانندگی میکنم و کمر بند نمیبندم و مقصرم ولی

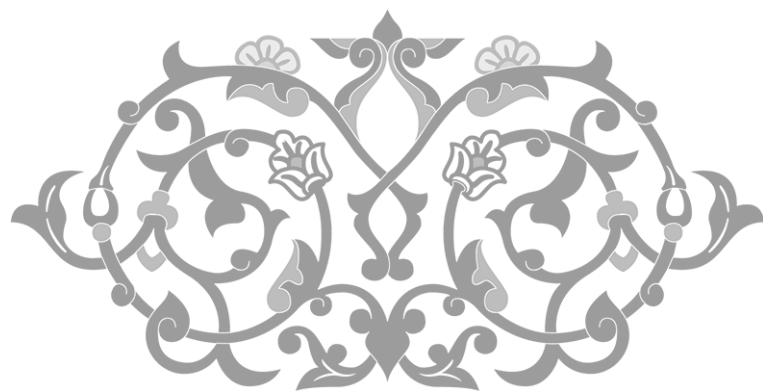


ماشین از پشت به من میزند حتی اگر هم کمر بند میبستم این ماشین باز هم از پشت به من میزد بنابراین کمر بند بستن من تأثیری در تصادف از پشت ندارد باید تأثیر و رابطه سببیت را از هم جدا کرد.

برخی تقصیرها هم سبک است مثل عدم صدور حکم، عدم توجه به مدارک و... .
اگر در قرارداد داور شرط شود که داور هیچگونه مسئولیتی در قبال فعل یا ترک فعل، در ارتباط با داور نخواهد داشت. آیا این شرط معتبر است؟ چنین شروطی که شروط تحدید مسئولیت و یا عدم مسئولیت است در جایی که داور مرتکب یک فعل عمدی که موجب ورود زیان می شود به هیچ عنوان اعتبار ندارد.
در نتیجه برای داور هم مسئولیت مدنی و هم انتظامی و هم کیفری می توان در نظر گرفت که در هر سه اثبات قصور با توجه به قرارداد داور و یا شروط بنایی که رعایت آن برای داور الزامیست، نیاز است. در جایی که رابطه بین ضرر و سببیت و تقصیر داور مشخص است مسئولیت مدنی او تثبیت شده است در برخی موارد از نوع قراردادی و در برخی حالات نیز ضمان قهریست. و مسئول جبران خسارت است.



بایسته‌های حرفه وکالت





آرای وحدت رویه

و نظریات مشورتی قوه قضاییه

نظریه مشورتی شماره ۶۲۸/۹۹/۷ مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۲۹ اداره کل حقوقی

تکلیف دادگاه در صورت ادعای جعلیت نسبت به قرارداد داور چیست؟

رسیدگی به دعاوی بر اساس اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مقررات قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ و ماده ۴ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ با اصلاحات و الحاقات بعدی در صلاحیت دادگاه های عمومی حقوقی است و شرط یا قرارداد داور امری خلاف اصل و صرفاً مانع صلاحیت دادگاه ها براساس اراده طرفین است؛ لذا در هر موردی که نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داور بین طرفین اختلافی باشد، از جمله ادعای جعل قرارداد داور، طبق ماده ۴۶۱ قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ دادگاه باید ابتدا به آن رسیدگی و وجود قرارداد داور را احراز و سپس تعیین داور کند. همچنین برای رسیدگی به ادعای جعل، الزام مدعی جعل به طرح دعاوی اثبات جعلیت ضرورت ندارد و دادگاه طبق مقررات مواد ۲۱۹ به بعد قانون یاد شده به ادعای مجعول بودن قرارداد داور رسیدگی می کند و در صورت اثبات، از تعیین داور خودداری و در صورت اثبات اصالت قرارداد داور را تعیین می کند.



نظریه مشورتی شماره ۲۰۵۵/۹۸/۷ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۰۷

ارجاع به داوری و صدور رأی

داوری در مرحله اجرا

چکیده؛ ارجاع امر به داوری و صدور رأی داوری در مرحله اجرای حکم مانع عملیات

اجرایی نمی‌شود.

با عنایت به اصل تأخیرناپذیری اجرای حکم قطعی دادگاه، فرض استعلام که در مرحله اجرای حکم قطعی دادگاه، طرفین موضوع را به داوری ارجاع و منجر به صدور رأی داوری شده است، از شمول ماده ۲۴ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ خارج است؛ لذا موجبی برای عدم اجرای رأی قطعی دادگاه که بر مبنای آن اجرائیه صادر شده است، وجود ندارد و واحد اجرای احکام باید به تکلیف قانونی خود عمل کند؛ مگر اینکه حکم دادگاه به طریق قانونی و از طریق مرجع صالح بلااثر شده باشد.



پند استاد؛

درسی از استاد دکتر ابراهیم بیگ زاده

نگار جلیلی^۱

زندگی نامه استاد

دکتر ابراهیم بیگ زاده در بیستم شهریور ماه ۱۳۳۴ در قزوین به دنیا آمد. مدارک تحصیلی این استاد بزرگوار عبارتند از: کارشناسی حقوق قضایی از دانشگاه ملی ایران (دانشگاه شهید بهشتی فعلی) ۱۳۵۸، گواهی نامه زبان فرانسوی از دانشگاه گرونوبل فرانسه ۱۳۵۹، دیپلم مطالعات عالی (کارشناسی ارشد) زبان شناسی و آواشناسی فرانسوی از دانشگاه گرونوبل فرانسه ۱۳۶۰، کارشناسی ارشد حقوق دریایی و هوایی از دانشگاه نانت فرانسه ۱۳۶۲، دکترای حقوق بین الملل از دانشگاه نانت فرانسه ۱۳۶۸، گواهی نامه آکادمی حقوق بین الملل لاهه ۱۳۷۶. دکتر بیگ زاده استاد تمام دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی است و تدریس در آن دانشکده را از سال ۱۳۶۸ آغاز نموده و تا اکنون نیز ادامه دارد. ایشان استاد مدعو دانشگاه پاریس، پانتئون و سوربن نیز بوده‌اند. وکیل پایه یک دادگستری، عضو مؤسس و معاون انجمن ایرانی حقوق بین الملل وابسته به انجمن حقوق بین الملل، عضو فعال جامعه فرانسوی حقوق بین الملل، عضو انجمن بین المللی حقوق جزا، عضو سازمان بین المللی کارشناسان (اوردینکس)، مشاور مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، مشاور حقوقی وزارت امور خارجه ایران در مورد مسائل مربوط به دریای خزر، مشاور معاون حقوقی رئیس جمهور از ۱۳۷۶ تا ۱۳۸۴، مدیر مسئول سالنامه ایرانی حقوق بین الملل و تطبیقی، مؤسس انتشارات دادآفرین، مشاور رئیس مرکز امور حقوقی بین المللی ریاست جمهوری نیز از دیگر فعالیت‌های استاد بیگ زاده می‌باشد.

۱. دانشجوی کارشناسی حقوق.

از استاد ده‌ها کتاب و مقاله نیز به چاپ رسیده که مهمترین آن‌ها سازمان‌های بین المللی: جلد اول اسناد سازمان‌های جهانی، نظام حقوقی بحر خزر، نظام حقوقی جزایر سه‌گانه ایرانی (ابوموسی، تنب بزرگ، تنب کوچک)، حقوق سازمان‌های بین المللی می‌باشد.

پند استاد^۲

قبل از هر چیز اجازه می‌خواهم از کانون معظم و معزز وکلای اصفهان به لحاظ لطفی که به یک معلم حقوق روا داشته، اجازه داده‌اند تا در مجله وزین خود یادی از بنده شود، تشکر نمایم. بدون هیچ‌گونه اغراقی خود را شایسته این موهبت بی‌کران آن محفل گرم همکاران و دوستان عزیز اصفهان نمی‌دانم. حال که قرعه آن عزیزان به نام من زده شده است و شاهین شانس به شانهم نشست، سخنی کوتاه با دوستان و همکاران عزیزم دارم. از دوران نوجوانی، از دیدن فیلم‌هایی که در آنها وکلا از موکلانی که به ظاهر همه چیز نشان از گناهکاریشان داشت، دفاع می‌کردند و سرانجام موفق به اثبات حق و بی‌گناهی آنان می‌شدند، به وجد می‌آمدم؛ از همان زمان بر این عقیده بوده، هر روز هم اعتقاد به این امر راسخ‌تر می‌شود که وکیل، یکی از بنیادی‌ترین پایه‌های یک دادرسی منصفانه است. پدیده‌ای که امروز از جایگاه رفیعی برخوردار است؛ به طوری که عدم حضور وکیل در یک مرحله از بازپرسی فردی به نام پاپون (جنایتکار معروف جنگی فرانسوی در زمان جنگ دوم جهانی) سبب شد تا دیوان اروپایی حقوق بشر، رأی دیوان عالی کشور فرانسه را باطل و دستور تجدید دادرسی را از ابتدا صادر کند. این دل مشغولی رویاگونه همیشه با من همراه بود تا آنکه در زمان دولت‌های هفتم و هشتم در اداره پژوهشی ریاست جمهوری در مجموعه معاونت حقوقی ریاست جمهوری در خدمت بزرگان حقوق این مرز و بوم همچون جنابان آقایان دکتر صفایی، دکتر آشوری، دکتر هاشمی، زنده یاد دکتر عراقی و تنی چند از دوستان حقوقدان دیگر، مأمور تهیه لوایحی برای ارابه مجلس شدیم. یکی از موضوع‌هایی که در دستور کار قرار گرفت، دادرسی منصفانه بود؛ که می‌دانیم یکی از مهمترین مؤلفه‌های آن، داشتن وکیل توسط موکل است. در اینجا بود که بنده توانستم امکان طرح دل‌مشغولی رویاگونه خود را پیدا کرده، پیشنهاد کنم

۲. پند و اندرز حاضر را استاد بیگ زاده شخصاً برای وکلا نوشته تا در مجله کانون وکلای

دادگستری اصفهان چاپ گردد و به یاری خدا در شماره‌های آتی این مجله چاپ می‌گردد.



که دادرسی یا هر ضابط قضایی قبل از هرگونه اقدامی باید حق داشتن وکیل را به متهم اعلام کند؛ حتی درخواست نمودم که در صورت عدم استطاعت مالی متهم، قدرت عمومی مکلف شود که فوراً وکیل برای وی تعیین کند، در غیر این صورت بنیانی بی‌اساس، بنیاد نهاده خواهد شد و به قول شاعر تا ثریا دیوار کج خواهد رفت.

خشت اول چون نهد معمار کج تا ثریا می‌رود دیوار کج
دیگر بزرگان، جملگی خود نیز بر این نظر ابرام ورزیده، در پیش‌نویس درج گردید، اما دریغاً که کلیه کارهای آن جمع گران‌سنگ به تاریخ حقوق ایران پیوست؛ اگرچه در زمان‌های بعد، نام برخی از عناوین آن لوایح با تغییرات بس شگرفی توسط نهادهای دیگر و به نام خود مطرح شدند. البته خوشبختانه تا حدودی داشتن وکیل در قوانین دادرسی فعلی و حتی امکان سکوت برای متهم بدون حضور وکیل مورد توجه قرار گرفته است، با این وجود هنوز با استانداردهای پذیرفته شده بین‌المللی برای یک دادرسی واقعاً منصفانه تا حدودی فاصله دارد.

- وکیل برای اینکه بتواند این ودیعه الهی یعنی عدالت را پاس بدارد، باید خود را به چند صفت زیننده کند. اگرچه این صفات را اغلب بزرگان گفته‌اند و تکراری بیش نیست، اما گوشزد کردن و ممارست و حفظ آنها، درهای بیشتری از خوبی‌ها را به روی انسان می‌گشاید، به نظر حقیر به عنوان معلمی با بیش از سی سال تدریس در دانشگاه‌های مختلف داخلی و خارجی به ویژه دانشگاه شهید بهشتی، وکیل را حداقل چند صفت واجب است:

الف: علم: وکیل نه فقط باید به علم حقوق و تحولات آن مجهز باشد، بلکه باید به علوم دیگر به ویژه روانشناسی فردی و اجتماعی، جامعه‌شناسی، فلسفه، زبان و ادبیات فارسی و حداقل یک زبان خارجی توجه وافر نماید.

ب: تهذیب نفس: وکیل که به عنوان یکی از بال‌های فرشته عدالت محسوب می‌گردد و ناموس، شرف، اموال و حتی جان موکل‌هایش را در دست دارد، نیازمند آن است که سرشت خود را از هرگونه پلیدی دور نگاه داشته، بتواند بر نفس اماره فائق آید و آن را در اختیار خود بگیرد، به گونه‌ای که هیچ‌گونه تعلق خاطری غیر از اجرای عدالت و به کُرسی نشاندن حق نداشته باشد و مصداق کسی باشد که لسان‌الغیب شیراز، حضرت حافظ را غلام خود کند؛ زمانی که می‌فرماید:

غلام همت آنم که زیر چرخ کبود
ز هر چه رنگ تعلق پذیرد، آزاد است



ج: شجاعت: وکیل باید چه در بیان و چه در پذیرش حق همچون کوهی استوار و بنیانی مرصوص باشد و در مقابل هیچ هجمه‌ای عقب ننشیند.

د: حریت: آزادی و وارستگی، صفت ذاتی شغل وکالت است. وکیل باید همچون سرو آزاد باشد تا بتواند به آنچه سوگند یاد کرده است، وفادار بماند، همان سرو که خواجه شیراز آن را از هرگونه باری آزاد می‌داند؛ هنگامی که می‌فرماید:

زیر بارند درختان که تعلق دارند ای خوشا سرو که از بار غم آزاد آمد
البته این بر قدرت عمومی است که نه فقط مانع اجرای این حریت و آزادی نشود، بلکه مشوق و مدافع آن هم باشد، اگر هدفش تحقق عدالت است.

ح: حق‌مداری: وکیل باید جانبدار حق باشد، حتی اگر در میانه راه معلوم شود که حق به جانب موکلش نیست، در این حالت او نه فقط نباید از ناحق دفاع کند، که باید موکل خود را از اصرار و ابرام بر آن امر ناحق باز دارد؛ چراکه رستگاری در حق‌مداری و دفاع از حقیقت است.

و: امین بودن: میزان امانتداری وکیل به مراتب از دیگر مشاغل بیشتر است؛ چرا که عدم امانتداری وکیل می‌تواند نه فقط در وکالت فردی، منافع موکل را به خطر اندازد، بلکه در وکالت عمومی ممکن است حتی منافع ملّتی را با خسران‌های جبران‌ناپذیر و حتی نیستی روبرو نماید.

ز: صداقت: راستی ایجاب می‌کند که وکیل ضمن دفاع از موکل خود، منافع برتر را که همانا عدالت حقیقی است، مدنظر داشته باشد، به همین دلیل وکیل باید قبل از احراز درستی و به حق بودن خواسته موکل، از پذیرش آن خودداری نماید و در تمامی مراحل رسیدگی، صداقت را برای تحقق عدالت حقیقی و حتی در قبال رقیب خود رعایت نماید.

ه: سخنور بودن: وکیل باید بتواند دانسته‌های خود را با زبانی شیوا و اقناع‌کننده بیان کند. لازمه این امر تسلط فراوان، نه فقط به زبان و ادبیات است، بلکه باید تسلط کاملی نیز به فن سخنوری داشته باشد.

در پایان باید گفت که وکیل بیش از هر نهاد و فردی، خود باید قداست و حرمت شغل خویش را پاس بدارد و اجازه ندهد که تعرضی به ساحت پاک و شریف این نهاد منادی عدالت وارد آید.



گزیده مقالات کاربردی

هاجر قاسمی^۱

نقش داور بعد از صدور رأی

نویسنده عبدالله خدابخشی - مریم عابدین زاده شهری
منبع حقوقی بین المللی سال ۳۶ پاییز و زمستان ۱۳۹۸ شماره ۶۱ صفحات ۲۰۳ تا

۲۲۶

چکیده:

صدور رأی توسط داور به معنای پایان مسئولیت او نیست. رأی داوری ممکن است اشکالات اجرایی متعددی داشته و نیازمند تکمیل یا تصحیح باشد. بنابراین نقش داور بعد از صدور رأی نیز حائز اهمیت است و مباحثی مانند قلمرو و حدود دخالت داور را مطرح می‌کند. آیا داور حق دارد در موضوعاتی که به هر دلیل از قلم افتاده است، رأی تازه صادر کند؟ با اشتباهات داوری مانند انواع اشتباه نگارشی چه باید کرد؟ داور ممکن است اظهاراتی مغایر با رأی خود بیان و ادعای اشتباه اساسی در رأی کند. ممکن است دعاوی جزایی یا مدنی علیه داور اقامه و رأی محکومیت صادر شود که مغایر با رأی داوری سابق باشد. همچنین آیا داور حق دارد از صحت رأی خود دفاع و در دعاوی مربوط به هر دلیل دخالت کند؟ این مسائل که ممکن است در عمل دیده شوند، موضوع مقاله حاضر است.

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.



نقش دادگاه های داخلی در داوری تجاری بین المللی

منبع حقوقی بین المللی سال ۳۶ بهار ۱۳۹۸ شماره ۹ صفحات ۳۲۱ تا ۳۴۱

نویسنده: پریسا منصوری

چکیده:

داوری از نظر حقوقی و قواعد دادرسی مدنی به معنی فصل خصومت توسط غیرقاضی و بدون رعایت تشریفات رسمی و آیین دادرسی است و به شخصی که به این عمل مبادرت می ورزد «داور» گویند. در گذشته دادگاه ها، داوری را رقیب خود می دانستند و به این دلیل از انواع دلایل برای مداخله در کار داوران و احکام صادره از جانب آنها استفاده می نمودند. ولی امروزه این تمایل دادگاه ها نسبت به داوری تغییر نموده است و دادگاه ها در اختلافات تجاری از داوری استقبال می نمایند و ارجاع به داوری را تشویق می کنند و در صورت وجود توافقنامه معتبر داوری، از رسیدگی به موضوع متنازع فیه خودداری می کنند و حتی اگر رسیدگی های قضایی را شروع کرده باشند آنرا متوقف می نمایند. به عبارت دیگر در این زمینه برخلاف گذشته همکاری و تعاون ایجاد شده است. امروزه روند داوری، بویژه در دعاوی تجاری بین المللی، به طور فزاینده ای در حال گسترش است؛ به طوری که می توان گفت این نهاد، به سوی شکل گیری پدیده حقوقی پیچیده ای که دارای ابعاد مختلفی است پیش می رود؛ حتی می توان ادعا کرد که در حوزه تجارت بین الملل، جایگزین رسیدگی قضایی شده است. این در حالی است که در هر نظام حقوقی، دادگاه های ملی وجود دارند که دارای سازمان مشخصی بوده، مرجع حل و فصل اختلافات و احقاق حق محسوب می شوند و از قدرت الزام کننده و اجباری برخوردارند که مستقیماً از حاکمیت ناشی می شود و بدین وسیله می توانند دستورات و احکام خود را با استفاده از قوه ی قهریه ای که در اختیار دارند، به مرحله اجرا در آورند.

موانع اقتصادی حق دادخواهی در مرجع داوری

نویسنده عبدالله خدابخشی

منبع دانشنامه حقوق اقتصادی بهار و تابستان ۱۳۹۵ شماره ۹

چکیده:

داوری به عنوان جایگزین دادگاه دولتی، زمانی موفق به حل و فصل عادلانه



اختلاف می‌شود که موانع استماع دعوا را برطرف و رفتار برابر با طرفین را تضمین نماید. در هنگام استماع دعوا در دادگاه دولتی، مساعدت‌های قضایی در قالب‌هایی نظیر پذیرش دعوی اعسار به کمک افراد ناتوان می‌آید تا موانع اقتصادی، سبب نقص حقوق اولیه و بنیادینی مانند حق دادخواهی و دفاع از دعوا نشود. چنین مساعدتی، در داوری خالی از اشکال نیست؛ زیرا داوران با دریافت هزینه که گاه قابل توجه می‌باشد، حاضر به رسیدگی می‌شوند و نهادهای داوری نیز مقررات سخت‌گیرانه‌ای در این خصوص دارند. وضعیت یکی از طرفین اختلاف که برای دفاع، ناگزیر به اقامه دعوی تقابل است، در صورتی که توانایی پرداخت هزینه داوری را نداشته باشد، روشن نیست. داور بدون هزینه اقدام نمی‌کند و اگر به دعوی او نیز رسیدگی نشود، رأی داوری ممکن است به دلیل نقض حقوق بنیادینی مانند دسترسی به عدالت، باطل گردد. در این مقاله، اشکال مذکور با توجه به رویه قضایی اروپایی و راهکار آن در حقوق ایران بررسی و از تحلیلی دفاع می‌شود که به موجب آن، دادگاه صلاحیت رسیدگی به دعوا را خواهد داشت.

تحلیلی بر ماهیت اخلاقی و حقوقی قواعد آمره در داوری تجاری بین

المللی

نویسنده: رستمی، امین؛ توسلی نایینی، منوچهر؛ نویسنده مسئول: زمانی، مسعود؛
مجله: پژوهش‌های اخلاقی تابستان ۱۳۹۹ شماره ۴۰ علمی پژوهشی ISC/۲۲)
صفحه - از ۱۲۷ تا ۱۴۸)

چکیده:

در کتب حقوق بین‌الملل در بحث داوری و در بخشی اجمالی و بصورت گذرا به ماهیت و چیستی قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی پرداخته شده است و البته عمده کتب و مقالات در این خصوص در خارج از کشور تحریر و منتشر شده است. از آنجایی که داوری، از مهمترین و رایج‌ترین روش‌های حل و فصل اختلافات در دعاوی تجاری بین‌المللی است، با انجام این تحقیق می‌تواند به شناخت ابعاد ماهوی آن کمک کرده و در نتیجه در پاسخ به ابهامات موجود موثر باشد. در این پژوهش ماهیت قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی از حیث اخلاقی و حقوقی مورد بررسی قرار گرفته و محقق نتیجه می‌گیرد که قواعد آمره در داوری تجاری بین‌الملل هر چند دال بر مدول اخلاق



می‌کند، لیکن بنا به اینکه اخلاق امری اعتباری و در نهایت انتزاعی است، نمی‌توان قواعد امره در داوری تجاری بین المللی را از منظر اخلاقی به معنای قراردادی آن مورد بررسی قرار داد و به آن وجهت بخشید، زیرا نسبت میان اخلاق و منفعت در روابط بین الملل از جنس تعارض و تقابل است و بایستی به این قواعد به عنوان ابزاری صرفاً حقوقی نگریست که از قواعد نظم عمومی که اخلاق با رویکرد حقوقی آن یکی از عناصر تشکیل دهنده آن است، منبث شده است.

پس حقوق بین الملل تنها زمانی حقوق واقعی خواهد بود که مقامی برتر از کشور به وجود آمده و این قدرت را داشته باشد که اطاعت از حقوق بین الملل را به اجرا بگذارد با وجود چنین استدلال‌هایی توسط مکتب آستین، قانون اساسی بسیاری از کشورها شامل مقررات صریحی است که موید حقوق بین الملل و پیروی از آن می‌باشد و رویه بین المللی نیز ماهیت حقوقی این نظام حقوقی را به اتفاق پذیرفته است (ثابت مقدم، ۱۳۸۱: ۶۴). ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ناظر به تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی است، که از ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال اخذ شده است در بند(۱) آزادی اراده برای تعیین قانون حاکم مورد تأکید قرار گرفته است و قانون‌گذار ایران نیز همانند قانون نمونه آنسیترال با به کار بردن عبارت «قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند» امکان انتخاب قواعد فراملی به عنوان قانون حاکم بر ماهیت دعوی را فراهم ساخته است (جنیدی، ۱۳۷۸: ۸۹). در تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف در داوری، این سؤال مطرح می‌شود که آیا داوران نیز مانند قضات باید به قانون مقرر مراجعه و به استناد به آن مشخص کنند که قانون حاکم بر ماهیت دعوی کدام است؟ تقریباً این امر در کلیه نظام‌های حقوقی ملی و اسناد بین‌المللی پذیرفته شده است که تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف در داوری تابع کدام مقررات قواعد حل تعارض نیست و این امر تابع مقررات جداگانه ای است (شیروی، ۱۳۹۳: ۲۱۹).

داوری پذیرگی دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی

پژوهش حقوق عمومی دوره ۱۴، شماره ۳۶، بهار ۱۳۹۱، صفحه ۱۵۷-۱۸۴

نوع مقاله: پژوهشی

نویسندگان: عباس کریمی و حمید رضا پرتو



چکیده:

مرسوم است که دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی را داوری پذیر نمی‌دانند. مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی، ارجاع این گونه دعاوی به داوری صرفاً با تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس و در مواردی که طرف دعا خارجی یا موضوع به تشخیص قانون، مهم باشد با تصویب مجلس امکان پذیر می‌باشد. این حکم آشکارا با تمایل قانونگذار کنونی و رویه نهادهای دولتی در گنجانیدن شرط داوری در غالب قراردادهای منافات دارد. با تعریف جدیدی که این تحقیق از اموال عمومی و دولتی ارائه می‌دهد و با عنایت به تفسیری که از اصل ۱۳۹ به عمل آمده است این رویکرد نو حمایت شده و علاوه بر آن از موارد بطلان شرط داوری نیز کاسته خواهد شد.



معرفی کتاب

بدین داوری پیش داور شویم
بجایی که هر دو برابر شویم
(حکیم فردوسی)

مینا سالمی^۱

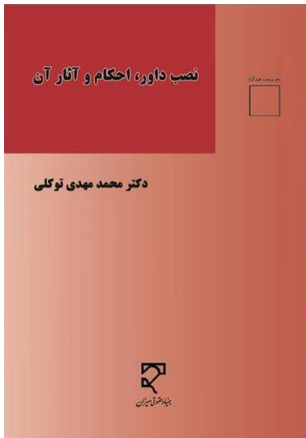
علاقمندان به کتاب و کتاب خوانی می‌توانند با پیگیری این صفحه در هر شماره از ماهنامه مدرسه حقوق، با یک کتاب مفید حقوقی و نویسنده آن آشنا شوند. در این بخش که می‌توان آن را یکی از تحولات ماهنامه در راستای بهبود کیفیت و جلب نظر مخاطبان دانست، پیشنهادهای ویژه ای برای شما خواهیم داشت. با توجه به اهمیت مبحث داوری در این شماره دو کتاب معرفی می‌گردد؛

شماره ۱:

«نصب داور، احکام و آثار آن»

دکتر محمد مهدی توکلی

انتشارات میزان (چاپ اول ۱۳۹۵)



در باره نویسنده:

دکتر محمدمهدی توکلی استاد برجسته حقوق تجارت

و آئین دادرسی مدنی و وکیل پایه یک دادگستری

مرکزاست. در سال ۱۳۸۰ وارد مقطع کارشناسی مهندسی برق دانشگاه امیرکبیر می‌شود و بعد از آن سوابق تحصیلی ایشان به این ترتیب است:

- کارشناسی در رشته فقه و حقوق اسلامی از مدرسه عالی شهید مطهری در

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.



سال ۱۳۸۵

- رتبه ۳ المپیاد دانشجویی حقوق در سال ۱۳۸۵
- انتخاب به عنوان دانشجوی نخبه و عضویت در بنیاد ملی نخبگان در سال ۱۳۸۵
- کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی از دانشگاه تهران با اخذ رتبه عالی در پایان نامه در سال ۱۳۸۷
- دکتری حقوق خصوصی از دانشگاه تهران با اخذ رتبه عالی در دفاع از رساله در سال ۱۳۹۴

سوابق شغلی دکتر محمدمهدی توکلی

- وکیل پایه یک کانون وکلای دادگستری مرکز و مدرس معاونت آموزشی قوه قضاییه
- سابقه همکاری با مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی در سال ۸۸ به عنوان پژوهشگر در تنقیح طرح ها و لوایح
- سابقه عضویت در دفتر حقوقی مرکز پژوهش های مجلس
- سابقه کارشناس حقوقی کانون کارگزاران رسمی بورس اوراق بهادار

درباره کتاب:

کتاب حاضر مشتمل بر سه بخش است:

- تعیین و نصب داور

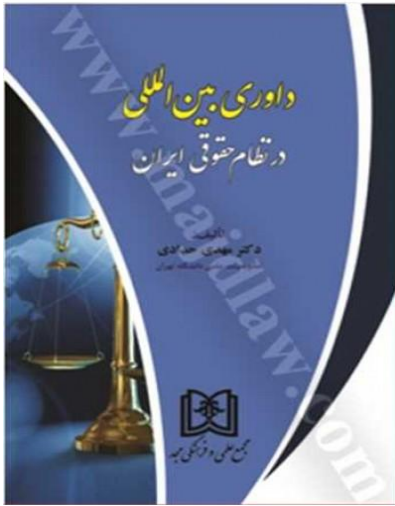
- اوصاف داوران منصوب

- آثار نصب داور

نویسنده ی محترم در مقدمه کتاب حاضر بیان داشته‌اند که در میان روش هایی مانند سازش، کارشناسی و داوری که برای حل و فصل اختلاف به عنوان روش های جایگزین رسیدگی قضایی پیش بینی شده است، داوری شناخته شده ترین، سازمان یافته ترین، مطمئن ترین و تخصصی ترین روش حل و فصل اختلاف است. این روش به دلیل کارایی ویژه ی خود، هم در دعاوی داخلی و هم در دعاوی بین المللی جایگاهی ویژه یافته است



و حل بخش وسیعی از اختلافات را به خود اختصاص داده است. حل اختلافات به موجب داوری در دعاوی داخلی و بین المللی، در امور تجاری و اختلافات ناشی از روابط و معاملات تجاری بیشتر خودنمایی می‌کند. جایگاه ویژه ای که داوری در حل اختلافات و علی الخصوص اختلافات تجاری یافته است، ناشی از مولفه های مختلف است که می‌توان به سرعت رسیدگی و دقت فراوان، عملکرد تخصصی و حرفه ای ایشان و توانایی و اختیار طرفین در برگزیدن داورانی مطمئن و بی طرف و متخصص اشاره کرد. در برخی جوامع با توجه به ناشناخته بودن داوری حرفه ای و تخصصی حتی در میان صنعت گران و صاحبان سرمایه، دعاوی مرتبط با داور به حدی از طرح در محاکم نرسیده است که بتوان از عملکرد محاکم، رویه قضایی استحصال نمود و نقاط مبهم قانون را با رویه حل کرد.



شماره دو:

«داوری بین المللی

در نظام حقوقی ایران»

مهدی حدادی

انتشارات مجد (سال انتشار ۱۳۹۸)

درباره نویسنده:

مهدی حدادی استادیار گروه حقوق بین الملل و عمومی دانشکده حقوق دانشگاه تهران می‌باشد و سوابق تحصیلی او به شرح زیر می‌باشد:
مقطع کارشناسی ۱۳۷۳ حقوق دانشگاه تهران-مجتمع آموزش عالی قم ؛
کارشناسی ارشد ۱۳۷۶ حقوق بین الملل دانشگاه تهران
دکتری ۱۳۸۸ حقوق بین الملل دانشگاه علامه طباطبایی
همچنین دارای سوابق شغلی متعدد می‌باشد از جمله:



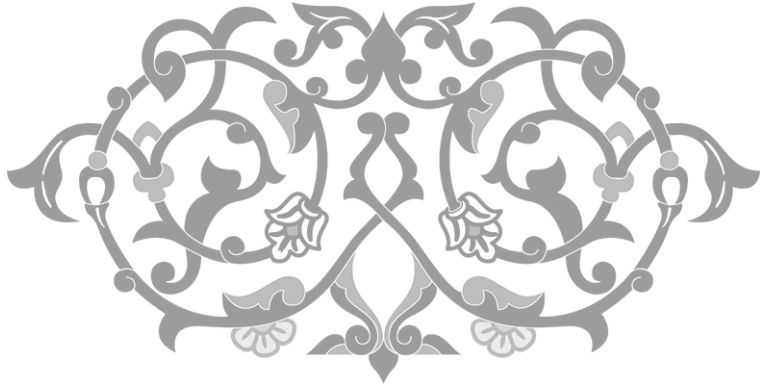
- مدیر بخش حقوق انرژی، ۹۲ تا ۹۵ ایران، قم
- ریاست دانشکده حقوق، ۹۲ تا ۹۵ ایران، قم
- مدیر گروه حقوق بین الملل، ۹۴ تا ۹۷ ایران، قم

که نشانگر حضور وی در مجامع آموزشی است.

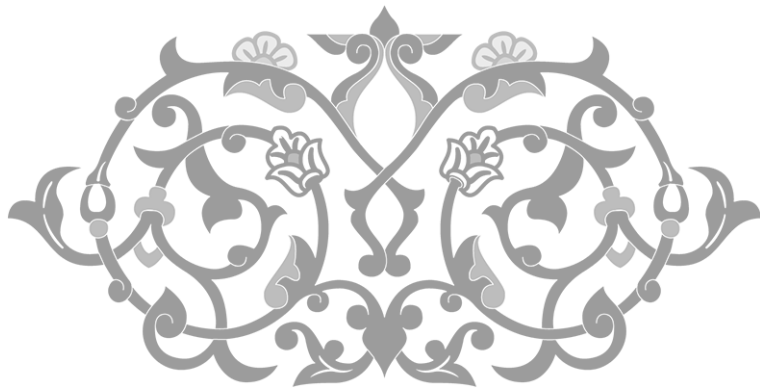
درباره کتاب:

خلاصه عناوین کتاب:

- ۱- مباحث مقدمات ۲- تعریف داوری ۳- ویژگی‌های داوری ۴- انواع داوری ۵-
- داوری سازمانی در حقوق ایران ۶- مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران
- ۷- مرکز منطقه‌ای داوری تهران ۸- دیوان داوری ایران و امریکا؛ داوری سازمانی یا موردی؟ ۹- شرح قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران ۱۰- امتیازهای داوری برای تجارت بین‌الملل ۱۱- ضرورت تدوین قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۲- فرایند داوری در قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳- شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی در ایران
- ۱۴- رویکرد کشورها به شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی ۱۵- نحوه شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی در ایران



زنگ تفريح





داوری به بیان طنز

«رأی داوری مخالف با قوانین موجد حق»

دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای^۱

در اهمیت داوری در ابتدای تشکیل دادگستری نوین، همین بس که وزیر دادگستری وقت مرحوم علی اکبرخان داور، وقتی اداره ثبت احوال تشکیل شد و تصمیم گرفت نام خانوادگی برای خود انتخاب کند، نام خانوادگی داور را برای خود برگزید، در حالی که می‌توانست از سایر عناوین موجود در آئین دادرسی مدنی همچون جلسه ی اول دادرسی، جلب ثالث، دعوای طاری، هزینه ی دادرسی و... استفاده نماید ولی چون امر داوری برای آن مرحوم از جایگاه والایی برخوردار بود، این نام خانوادگی را برای خود انتخاب کرد!

اهمیت داوری در واقع در این است که در عمل، به همگان ثابت می‌کند که بدون نیاز به شأن و عصا قورت دادگی و حتی بی طرفی، در صورت رضایت و اطلاع از ذی نفع بودن داور هم می‌توان رأی داد و این همه طاقچه بالا گذاشتن نمی‌خواهد و بعدش هم آب از آب تکان نمی‌خورد! این نکته ی مهم، مشت محکمی است بر دهان کسانی که به خروج قاضی از بی طرفی انتقاد می‌نمایند و یا ایراد رد دادرسی مطرح می‌کنند. اهمیت

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.



دیگر داوری، اثبات این مطلب است که اگر در قدیم ضرب المثلی بود مبنی بر این که «دولت تاجر خوبی نیست»، امروزه با توجه به طولانی بودن روند رسیدگی و حجم زیاد پرونده ها و هزار ایراد دیگر، می توان به ضرس قاطع گفت که «دولت قاضی خوبی هم نیست» و فقط باید اجازه داد که دولت مثل همیشه و مانند کودکی باشد با دهانی باز و مسئولیتی در حد تهی و به همان گرفتن مالیات که وظیفه اصلی اش می باشد پردازد، بخصوص که نرخ هزینه دادرسی به مراتب از نرخ داوری گران تر است!

ما در بحث داوری بهتر است مواظب باشیم که در حین انعقاد قرارداد، شرط داوری را در قرارداد گنجانده و از همان ابتدا شخص ثالثی را به عنوان داور مرضی الطرفین قرار دهیم. در این زمینه که چه کسی داور باشد، سؤالات فراوانی توسط اندیشمندان حقوق در سرتاسر جهان مطرح شده است. من برای یافتن این سؤال به کتاب های مرجع زیادی مراجعه کرده ام. در اکثر این کتب شخصی به نام محمدرضا محمدی جرقویه ای را به عنوان داور مرضی الطرفین پیشنهاد می دادند که شاید باورتان نشود ولی من، به این کتب مرجع اعتماد کرده و در تمامی قراردادهایی که برای این و آن می نویسم، این شرط را قید می کنم، با این که خدا و کیلی ایشان را نمی شناسم! حتی در کتابی خواندم که اگر روزی بتوانم این بشر را (یعنی محمدی جرقویه) بشناسم، چه بسا خدا را شناخته ام. ولی با اعتماد به توصیه ی کتب مذکور، تاکنون این کار را کرده ام و خدایی پشیمان هم نشده ام و از شما چه پنهان بهره های مادی فراوانی هم برده ام! لذا بعنوان یک برادر کوچکتر که خیر شما را می خواهد، توصیه می کنم در قراردادهایتان اگر ارزش مالی بالایی دارد، حتما محمدرضا محمدی جرقویه را به عنوان داور مرضی الطرفین انتخاب نمایید و یقین داشته باشید که اگر خدای ناکرده روزی روزگاری پشیمان شدید، این پشیمانی سودی نداشته و در نتیجه پشیمانی شما افزایشی نداشته و به همان نرخ روز تشکیل پشیمانی باقی خواهد ماند! در پرتز عرض کنم که پشیمانی از سیستم بانکی در زمینه ی سود، انصافاً موفق تر است.



نکته دیگر اینکه در مورد دآوری مطالب فراوانی وجود دارد که هر بار به یکی از آن مطالب خواهیم پرداخت. این بار سعی دارم که در مورد رأی خلاف قوانین موجد صحبت کنم.

ببینید قوانینی که در پارلمان به تصویب می‌رسد را حقوق دانان به سه دسته تقسیم می‌کنند، که ما در ذیل به شرح و تفسیر آن می‌پردازیم؛

۱. قوانین از بین برنده حق

۲. قوانین بی خیال حق

۳. قوانین موجد حق

قبل از شرح این قوانین باید عرض کنم که رابطه ی قانون و حق، رابطه ی خصوص و عموم من وجه است. این رابطه را منطقیون هنوز کشف نکرده‌اند ولی در اصطلاح وقتی دو واژه هم‌مقاف باشند، می‌گویند بین آن‌ها رابطه ی خصوص و عموم من وجه حاکم است! البته مثال دیگر برای این رابطه ی خصوص و عموم من وجه را می‌توان به رابطه ی بعضی مردان با همسرانشان نیز توصیف کرد. منظور از هم قاف بودن در سطور قبلی نیز یعنی هم حق و هم قانون، هر دو دارای واژه قاف می‌باشند. با این حال بسیاری از قوانین در خصوص حق، موضع خصمانه داشته و هر حقی را از بین می‌برند. مانند قانون خانواده که حق آزادی رفت و آمد مرد را از بین برده و یا آزادی بیان را ساقط کرده و حریم خصوصی را زایل ساخته و آن را به سیاه چاله ای کشنده تبدیل می‌سازد! اگر بخواهم در این خصوص یعنی از بین رفتن حقوق زن و مرد با قانون ازدواج سخن بگویم، مثنوی شصت و هفت من کاغذ می‌شود. کافی است کمی در قوانین دیگر تأمل کنید تا ببینید می‌توان قوانین از بین برنده ی حق را پیدا کرد.

دسته ی دیگری از قوانین هستند که بی خیال حق هستند و کاری به کار حق ندارند؛ مانند قانون اخیرالتصویب طرح تسهیل صدور برخی مجوزهای کسب و کار که بی خیال حق و کلا شد!

دسته ی سوم از قوانین، کارشان ایجاد حق است و هی تند تند حق می‌سازند! برای تشحیذ ذهن شما خواننده ی عزیز ناگزیرم لطیفه ای زمخت و خشن را برای شما بازگو



کرده تا به نقش این نوع قوانین پی ببرید؛

شخصی می‌گفت رفتم خواستگاری دختر خانمی. وقتی رفتیم داخل اتاق صحبت کنیم، دیدم دختر خانم می‌گوید من خانه می‌خواهم، پول می‌خواهم، ماشین می‌خواهم، مسافرت می‌خواهم و... پسر می‌گوید دیدم این‌هایی که این دختر خانم می‌خواهد، من خودم هم می‌خواهم. به این خاطر تصمیم گرفتم خودم هم دنبال شوهر بگردم، شاید به این خواسته‌ها برسیم! حال حکایت بعضی قوانین است که حق‌های فراوانی را برای افراد ایجاد می‌کند، که در عمل چنین اتفاقی نمی‌افتد!

داور در صدور رأی خود باید حواسش به این‌گونه قوانین باشد که مخالف این‌گونه قوانین نباشد! حال سؤالی که پیش می‌آید اینکه چگونه می‌توان تشخیص داد که قانونی موجد حق هست یا خیر؟ چون حتی قوانین ضد حق هم برای طرف مقابل ما ایجاد حق می‌نماید! به عنوان مثال اگر قانون خانواده، حق آزادی رفت و آمد را در ما از بین می‌برد، در عوض حق تجسس و مدیریت و ارباب بودن را به همسر ما عطا می‌نماید و هر قانونی می‌تواند در عین حال که ضد حق باشد، موجد حق هم باشد! برای پاسخ به این سؤال حقوق دانان معتقدند که داور نباید نگران باشد و تا قاضی دادگاه رسیدگی کننده به دعوی بطلان اراده نکند، هیچ شخص دیگری قادر به ابطال رأی داور نبوده و نیست و این رقم هم به نسبت جمعیت کره زمین در حد صفر است! به عبارت دیگر حداکثر کسانی که بتوانند به رأی ما به عنوان داور، به دلیل مخالف قوانین موجد حق بودن ایراد بگیرند، سه نفرند؛ یکی قاضی دادگاه بدوی و دو نفر هم در دادگاه تجدیدنظر که این رقم در مقایسه با هفت میلیارد جمعیت کره زمین، رقم بسیار کمی است! لذا عملاً جای نگرانی نیست و داور می‌تواند به تشخیص خود عمل کرده و رأی بدهد.

حال سؤالی که پیش می‌آید آن سه نفر اقلیت معمولاً چه آرای را خلاف قوانین موجد حق تلقی می‌کنند؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت تصمیم ایشان بستگی به باورها، افکار، عقاید، احساسات، رویاها، محیط و وراثت ایشان دارد که در افراد مختلف متفاوت است! فلذا نمی‌توان جواب یکسانی به این سؤال داد و در نتیجه بعد از صدور رأی، داور



باتفاق محکوم له باید در کنار هم و دوش به دوش هم ایستاده و با صدق دل و خلوص نیت دعا کنند که قاضی رسیدگی کننده به دعوی ابطال، رأی را خلاف قوانین موجد حق ندانسته و کاری به کار آن نداشته باشد، والا به علت نامشخص بودن این قوانین از دست نویسنده این سطور که هیچ، سردبیر مدرسه حقوق هم که هیچ، بلکه حتی همسایه ایشان هم کاری بر نمی آید!

عزت زیاد