

## نقد و بررسی لزوم احراز تراضی ثانوی در صورت ناممکن شدن داوری شخص معین

کورش کاویانی\*

مجتبی هدایتی\*\*

### مشخصات رأی

دادنامه شماره: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۶۰۰۵۲۱

مورخه: ۹۳/۵/۲۰

شعبه: ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران<sup>۱</sup>

**مشخصات اجمالی طرفین:** خانم ف.الف با وکالت خانم ن.م به طرفیت آقایان س.ح. و ه.ج. و الف. نسبت به قسمتی از دادنامه شماره ۹۲۰۰۰۵۹۲ مورخه ۱۳۹۲/۸/۲۱ شعبه ۱۰۳ محاکم عمومی تهران، مشعر بر حکم بر بی حقی خواهان در مطالبه خسارت قراردادی و قرار رد دعوی در خصوص درخواست اصلاح صورت مجلس تفکیکی، تجدیدنظر خواهی می نماید.

**موضوعات:** وکیل خواهان دعوایی علیه خواندگان در دادگاه بدوی به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی ملک خریداری شده توسط موکل به استناد مبایعه نامه ای اقامه می نماید. همچنین خواستار اصلاح صورت مجلس تفکیکی ملک مزبور شده و وجه الضمان عدم حضور در دفترخانه را نیز مطالبه می نماید. دادگاه بدوی با توجه به ادله انصراف داور مرضی الطرفین تعیین شده در قرارداد به رسیدگی ماهوی وارد شده و با توجه به مستندات پرونده نسبت به خواندگان ردیف دوم و سوم به علت عدم توجه دعوا به آنها قرار رد دعوی صادر می نماید. خوانده ردیف اول را محکوم به حضور در دفترخانه اسناد رسمی و تنظیم سند رسمی پلاک موصوف و پرداخت خسارت

\* k.kavyani@atu.ac.ir

\* دانشیار حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل دانشگاه علامه طباطبایی

hedayati\_mojtaba@atu.ac.ir

۱. سامانه آرا و رویه های قضایی، سایت پژوهگاه قوه قضاییه

دادرسی نموده، ولی در خصوص مطالبه خسارت قراردادی خواهان را محکوم به بی‌حقی و در خصوص اصلاح صورت‌مجلس تفکیکی قرار رد دعوی صادر می‌نماید. خواهان نسبت به حکم صادره مبنی بر بی‌حقی وی در خصوص مطالبه خسارت قراردادی و قرار رد دعوی در خصوص اصلاح صورت‌مجلس تفکیکی درخواست تجدیدنظرخواهی می‌نماید. دادگاه محترم تجدیدنظر با استناد به ماده ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی با استدلال بر این که رجوع به محاکم عمومی پس از استنکاف داور مرضی‌الطرفین، مشروط به عدم تراضی طرفین به داور دیگر است، در خصوص دعوی مطالبه خسارت قراردادی قرار عدم استماع صادر کرده و قرار رد دعوی در خصوص خواسته اصلاح صورت‌مجلس تفکیکی را به اعتبار نتیجه تأیید می‌نماید.

#### خلاصه متن رأی دادگاه تجدیدنظر

تجدیدنظرخواهی خانم ف.الف. با وکالت خانم ن.م. به طرفیت آقایان س.ج. و ه.ج. و الف. به آن قسمت از دادنامه شماره ۹۲۰۰۰۵۹۲ مورخ ۹۲/۸/۲۱ شعبه ۱۰۳ محاکم عمومی تهران که مشعر بر صدور حکم بر بی‌حقی در مطالبه خسارت قراردادی است از این جهت وارد و مؤثر است که باتوجه به مفاد ماده ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی رجوع به محاکم عمومی پس از استنکاف داور مرضی‌الطرفین (از انجام وظیفه) مشروط به عدم تراضی طرفین به داور دیگر می‌باشد که تحقق این شرط در پرونده مطروحه نامشخص بوده و طرفین دعوی پیرامون تراضی و عدم تراضی بر داور دیگر ابراز نظر ننموده‌اند فلذا و قبل از تعیین تکلیف از این جهت مراجعه به محاکم عمومی فاقد وجاهت قانونی بوده این بخش از رأی تجدیدنظرخواسته قابلیت تأیید و ابرام را نداشته ضمن نقض آن به استناد ماده ۳۵۸ و ماده ۲ قانون مزبور قرار عدم استماع دعوی مذکور را صادر می‌نماید کما اینکه تجدیدنظرخواهی نسبت به بخش اخیر رأی معترض‌عنه مشعر بر صدور قرار رد دعوی (در خصوص درخواست اصلاح صورت‌مجلس تفکیکی) باتوجه به بیان فوق و به استناد ماده ۳۵۵ قانون فوق غیر وارد تشخیص و قرار معترض‌عنه را به اعتبار نتیجه تأیید می‌نماید. النهایه ایرادات شش‌گانه وکیل محترم تجدیدنظرخواه در خصوص وقوع اشتباه در رأی معترض‌عنه تماماً غیروارد بوده زیرا آن‌چه مربوط به صادرکننده رأی می‌باشد از قسمت (رأی دادگاه) به بعد بوده و بخش ابتدایی آرا شامل کلاسه پرونده و مشخصات طرفین توسط دفاتر تنظیم می‌گردد فلذا با مراجعه مجدد به رأی مزبور معلوم می‌گردد در متن رأی از حیث شماره خواندگان اشتباهی واقع نگردیده است رأی صادره قطعی است.

رییس شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه

## مقدمه

جامعه بشری بدون وجود اختلافات گوناگون میان اعضای آن وجود نداشته است و تصور وجود چنین اجتماعی در آینده نیز دشوار است. آنچه اهمیت دارد شیوه‌ای است که این اختلافات میان افراد جامعه حل و فصل می‌شود. داوری شیوه‌ای است که بشر برای حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات خود برگزیده است و تا امروز با وجود تأسیسات و نهادهای حل و فصل اختلافات دولتی و نظام دادگستری به واسطه مزایای ویژه‌ای که دارد اهمیت خود را در جوامع بشری حفظ نموده است.

در ایران بر اساس اصل ۱۵۹ قانون اساسی مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است و به حکم اصل ۳۴ قانون اساسی هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد. از سوی دیگر قانون‌گذار در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی به اشخاص اجازه داده که با تراضی اختلافات بالفعل یا بالقوه خود را به داوری ارجاع دهند. یکی از آثار مهم تراضی طرفین برای ارجاع دعاوی موجود و آتی خود به داوری سلب صلاحیت محاکم رسمی برای رسیدگی به اختلافات مزبور می‌باشد.

امروزه که درج شرط داوری در قراردادها رواج یافته است، این سؤال می‌تواند مطرح شود که تا چه اندازه‌ای طرفین با آثار توافق بر داوری، به‌ویژه اثر سلب صلاحیت محاکم از رسیدگی به اختلافات آتی ناشی از قرارداد خودآگاهی دارند. چراکه فرض آگاهی اشخاص از قوانین نمی‌تواند از بروز مشکلات زیادی که این عدم آگاهی به‌وجود می‌آورد جلوگیری و مانع بدبینی ناشی از این مشکلات نسبت به نهاد داوری در جامعه شود. به‌نظر می‌رسد این بدبینی‌ها و مشکلات آثار مخربی در جامعه به بار آورند.

قانون‌گذار با توجه به این امر که ممکن است داوری به دلایل مختلفی از هدف خود که همان حل و فصل اختلاف است باز بماند و همچنین برای جلوگیری از تضییع حقوق افراد و ایجاد بی‌نظمی در جامعه، در مواردی که داوری در حصول نتیجه آن چنان که مورد تراضی طرفین بوده، عقیم مانده است، در مواد مختلف قانون شرایط زوال داوری را پیش‌بینی نموده تا طرفین در صورت حصول این شرایط بتوانند برای حل اختلاف و احقاق حق خود به محاکم عمومی مراجعه نمایند.

بنابر آنچه گفته شد، لازم است در تفسیر و اجرای این قوانین همیشه اهداف، اصول و کلیات قواعد داوری مدنظر قرار گیرند تا اولاً اثرات نامطلوبی که از عدم آگاهی اشخاص به قوانین به وجود می‌آید کاسته شود و باعث ایجاد بدبینی نسبت به این نهاد در جامعه نشود، ثانیاً منجر به تضييع حق بنيادين دادخواهی و مراجعۀ افراد جامعه به محاکم، در جایی که داوری به دلیل حصول شرایط مصرح در قانون زائل شده است، نگردد.

در دعوی مورد بحث در این مقاله دادگاه محترم تجدیدنظر حصول دو شرط مصرح در ماده ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی را برای زوال داوری شخص معین لازم دانسته و به دلیل عدم احراز یکی از شروط در پرونده قائل به عدم صلاحیت محاکم عمومی برای ورود به ماهیت دعوی گردیده است. در ادامه طی یک فصل مبانی و مستندات دادگاه محترم تجدیدنظر را تبیین و در فصل دیگری به نقد و بررسی این مبانی می‌پردازیم و نهایتاً نتیجه این مباحث را بیان می‌نماییم.

### ۱- مبانی و مستندات رأی

رأی دادگاه محترم تجدیدنظر مستند به ماده ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی<sup>۱</sup> است. موضوع این ماده التزام طرفین به داوری شخص معین است که با حصول شرایط مقرر در ماده، حکم به زوال داوری داده می‌شود که نتیجه آن صلاحیت یافتن دادگاه برای رسیدگی به مورد اختلاف است.<sup>۲</sup> دو شرط زیر برای تحقق حکم، در این ماده مقرر گردیده است:

۱. شخص معین نخواهد یا نتواند به‌عنوان داور رسیدگی نماید.

۲. و به داور یا داوران دیگری نیز تراضی ننمایند.

از آن‌جا که دو شرط مذکور با حرف ربط "و" به هم متصل شده‌اند، ظاهراً نحوه بیان ماده با توجه به قواعد اصولی حاکی از آن است که برای تحقق حکم، حصول مجموع دو شرط لازم است. بنابراین دادگاه محترم تجدیدنظر با استدلال بر این‌که

۱. "هرگاه طرفین ملتزم شده باشند که در صورت بروز اختلاف بین آن‌ها شخص معینی داورى نماید و آن شخص نخواهد یا نتواند به‌عنوان داور رسیدگی کند و به داور یا داوران دیگری نیز تراضی ننمایند، رسیدگی به اختلاف در صلاحیت دادگاه خواهد بود."

۲. اگر پذیرفته شود تا زمانی که داوری زائل نشده باشد، دادگاه صالح به رسیدگی نخواهد بود.

در رسیدگی بدوی تنها حصول شرط اول (انصراف داور مرضی‌الطرفین)<sup>۱</sup> احراز گردیده و در خصوص شرط دوم (عدم تراضی طرفین بر داور دیگر) تعیین تکلیف نشده است، قرار عدم استماع دعوا را صادر نموده است. در واقع دادگاه تجدیدنظر به دلیل عدم احراز یکی از دو شرط، داوری را باقی دانسته<sup>۲</sup> و به دلیل عدم زوال داوری حکم به عدم صلاحیت دادگاه برای رسیدگی ماهوی صادر نموده است.

شاید اولین سؤالی که در مورد این رأی بتوان مطرح نمود، چگونگی "تعیین تکلیف" در خصوص این شرط باشد. آیا لازم است که خواهان دلایلی مبنی بر این که درخواست تراضی برای تعیین داور دیگر را از خواننده نموده و این تراضی حاصل نشده است،<sup>۳</sup> ارائه نماید؟ آیا لازم بوده که خواهان عدم تمایل خود برای تراضی بر داور دیگر را صریحاً و کتباً اعلام می‌نموده است؟ ایراد خواننده مبنی بر این که بر داور دیگر تراضی نموده‌اند نیز می‌تواند روشی برای احراز عدم تحقق این شرط باشد ولی مسلماً نمی‌توان تکلیفی در این خصوص برای خواننده تصور کرد و بر اساس آن ضمانت اجرای عدم استماع دعوی را به خواهان تحمیل نمود. با استدلالی مشابه، اگر برای دادگاه نیز تکلیفی در این خصوص متصور باشد امکان تحمیل ضمانت اجرای آن به خواهان مورد پیدا نخواهد کرد.

بنابر آنچه گفته شد، دو راه برای تعیین تکلیف در خصوص این که طرفین بر داور دیگر تراضی نموده‌اند و تحمیل ضمانت اجرای آن به خواهان باقی می‌ماند. اول این که خواهان مکلف باشد عدم تمایل خود برای تراضی بر داور دیگر را صریحاً و کتباً اعلام نماید یا این که خواهان ملزم باشد از خواننده درخواست تراضی نموده و دلیل عدم حصول تراضی را به دادگاه ارائه دهد.

در فصل بعد مبانی دادگاه تجدیدنظر را در خصوص رأی مورد بحث مورد نقد و بررسی قرار می‌دهیم. این مبانی به اختصار به قرار زیر است:

• برای زوال داوری موضوع ماده ۴۶۳ قانون ایین دادرسی مدنی تحقق

۱. مرضی‌الطرفین در این مقاله داوری مقید به داوری شخص معین است.

۲. باتوجه به مواد ۴۶۳، ۴۷۴، ۴۸۱، ۴۸۹، ۴۹۱ ق.ا.د.م در صورت زوال داوری صلاحیت رسیدگی به اختلاف با دادگاه است.

۳. مانند آنچه در داوری مطلق مقرر شده است.

مجموعی دو شرط مصرح در ماده لازم است .

- طرفین دعوی می بایست در خصوص عدم تراضی بر داور دیگر در پرونده مطروحه ابراز نظر می نموده‌اند .

## ۲- نقد و بررسی مبانی رأی

### الف: انتفاء قید باعث انتفاء مقید می شود

زمانی که اطراف یک معامله یا قرارداد توافق می نمایند که با ارجاع به شخص معینی اختلافات موجود یا احتمالی خود را در آتیه حل و فصل نمایند، مطلق داورى مورد توافق آنان قرار نمی‌گیرد. در واقع به دلیل خصوصیات آن شخص و اعتمادی که به امانت، بی طرفی و احتمالاً تخصص آن شخص دارند بر داورى آن شخص بر اختلافات خود تراضی کرده‌اند. بنابراین اراده آنها بر داورى مقید به داورى آن شخص است.

"گاهی ذکر قید در کلام به منظور نفی و احتراز از سایر موارد است"، لذا در صورت نبودن آن قید، حکم مورد نظر نیز منتفی می‌شود (قافی و شریعتی، ۱۳۹۳: ۲۷۸). در خصوص داور مرضی‌الطرفین نیز، همان‌طور که در رأی مورد بحث به انصراف داور از داورى استناد شده است، وقتی شخص تعیین شده نخواهد یا نتواند به‌عنوان داور رسیدگی کند قید مورد نظر طرفین از بین می‌رود و در نتیجه مقید نیز از بین خواهد رفت و داورى زائل خواهد شد. به این دلیل است که گفته شده، "چنانچه طرفین ملتزم به داورى شخص یا اشخاص معینی شده و آن (ها) فوت نموده، محجور شده و یا مستعفی شده باشند، داورى زائل شده و رسیدگی به اختلاف در صلاحیت دادگاه خواهد بود مگر این‌که به داورى شخص دیگری توافق نمایند" (شمس، ۱۳۸۸: ۵۲۹). بنابراین با انصراف داور مرضی‌الطرفین از داورى، داورى زائل می‌شود و دادگاه صلاحیت رسیدگی می‌یابد و عدم تراضی بر داور دیگر نقشی در زائل شدن داورى در این موارد ندارد.

اما این‌که تراضی طرفین مانعی بر سر راه ارجاع اختلاف به دادگاه است، نه حکم جدیدی است و نه مختص به ماده ۴۶۳ مذکور. داورى اصولاً مبتنی بر توافق و تراضی طرفین است و باعث سلب صلاحیت دادگاه صالح برای رسیدگی به دعوا می‌شود. این امری بدیهی است که اگر طرفین بر داورى شخص دیگری تراضی

نمایند<sup>۱</sup>، دادگاه صلاحیت رسیدگی به دعوا را نخواهد داشت. درج این شرط در ماده ۴۶۳ برای تأکید و بیان این مطلب است که اگر داورى شخص معین زائل شود ولی طرفین بر داورى شخص دیگری تراضی نموده باشند، این تراضی جدید معتبر است و آثار لازم را خواهد داشت. ولی باید اذعان داشت که موضوع آن چنان که باید به درستی در سیاق این ماده بیان نشده است.

اگر به ماده ۱۱- بند ۵، قانون داورى تجارى بین‌المللی<sup>۲</sup> توجه نماییم، از آن جاکه تجارى و بین‌المللی بودن خصوصیتی در مورد این حکم ندارد، می‌بینیم که قانون‌گذار در این ماده ناممکن شدن داورى مرضی‌الطرفین را باعث ملغی‌الاثـر شدن موافقتنامه داورى می‌داند و تراضی بعدی طرفین را به‌عنوان استثنایی بیان نموده که اگر محقق شده باشد گویی به موافقتنامه داورى جان تازه‌ای می‌دهد و مانع بی‌اثر شدن آن می‌شود.

در رأی شماره ۹۴۰۹۷۷۰۲۲۴۳۰۰۵۷۲ مورخ ۱۳۹۴/۵/۵ شعبه ۴۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران<sup>۳</sup> نیز دادگاه امتناع داور مرضی‌الطرفین از داورى را برای مجاز شمردن خواهان به طرح دعوا در دادگاه کافی دانسته است. انصراف داور مرضی‌الطرفین و امتناع او فقط از نظر این‌که با فعل یا ترک فعل به وقوع می‌پیوندد با هم تفاوت دارند و به‌سختی می‌توان پذیرفت که انصراف داور مرضی‌الطرفین از داورى امتناع وی از داورى نیست.

به نظر می‌رسد با توجه به مقید بودن داورى در دعوی مورد بحث، هرگاه داور مرضی‌الطرفین از داورى انصراف دهد داورى زائل می‌گردد و با زائل شدن داورى رسیدگی به اختلاف با دادگاه صالح است. مقررۀ مذکور در قانون داورى تجارى بین‌المللی و رأی فوق‌الذکر نیز این معنا را تأیید می‌کند.

باتوجه به قرائن و دلایل بیان‌شده به نظر می‌رسد باید از ظاهر ماده ۴۶۳ عدول

۱. در جایی که ارجاع امر به داورى مجاز باشد.

۲. "هرگاه در موافقت‌نامه داورى طرفین ملتزم شده باشند که در صورت بروز اختلاف شخص یا اشخاص معینی داورى نمایندگان شخص یا اشخاص نخواهند یا نتوانند به‌عنوان داور رسیدگی کنند، موافقت‌نامه داورى ملغی‌الاثـر خواهد بود مگر آن‌که طرفین به داورى شخص یا اشخاص دیگری تراضی کنند یا به‌نحو دیگر توافق کرده باشند."

۳. سامانه آرا و رویه‌های قضایی، سایت پژوهشگاه قوه قضاییه.

کرده و قائل به معنایی شویم که بیان کند احراز شرط اول یعنی انصراف داور مرضی‌الطرفین برای دادگاه ایجاد صلاحیت می‌نماید تا به ماهیت اختلاف وارد شده و رسیدگی لازم را انجام دهد. فقط ادعا و اثبات وجود تراضی طرفین بر داور دیگر است که می‌تواند مانع این رسیدگی شود و هیچ الزامی برای تراضی بر داور دیگر در این خصوص وجود ندارد. بنابراین ورود دادگاه محترم بدوی به ماهیت دعوی مورد بحث خالی از اشکال به نظر می‌رسد. در ادامه چگونگی "تعیین و تکلیف" بیان شده در رأی دادگاه محترم تجدیدنظر را بررسی می‌نماییم.

#### ب: بررسی لزوم تعیین تکلیف تراضی ثانوی

مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص توافق طرفین بر داوری شخص نامعین، که بنا بر قرارداد میان خود ملزم به تراضی بر تعیین داور هستند و یا انتخاب آن را به ثالث سپرده‌اند، تکلیف درخواست تعیین داور به وسیله اظهارنامه را برای طرفی که خواهان تشکیل دیوان داوری برای رسیدگی به اختلافات است، مقرر نموده و در مقابل طرف دیگر را مکلف به پاسخ و اقدام در تعیین داور اختصاصی و تراضی در تعیین داور مشترک کرده است. ولی در خصوص زمانی که تراضی بر داوری شخص معین است، قانون‌گذار چنین ترتیباتی را پیش‌بینی ننموده است. آیا می‌توان این تکالیف را برای احراز شرط عدم تراضی بر داور دیگر که در ماده ۴۶۳ مقرر شده نیز جاری و لازم دانست. برای یافتن این پاسخ باید دلایل و ملاک‌های موجود در این احکام را در دو ماده مذکور تعیین کنیم و ببینیم آیا این دلایل یا ملاک‌ها در ماده ۴۶۳ نیز وجود دارد.

در ماده ۴۵۹ طرفین معامله یا قرارداد متعهد به معرفی داور شده‌اند، ولی نمی‌خواهند یا نمی‌توانند که به این تعهد خود عمل نمایند. در ماده ۴۶۰ نیز وضعیت مشابهی وجود دارد و طرفین متعهد شده‌اند که اختلاف خود را به یک داور ارجاع دهند و اجرای این تعهدات به علت عدم تراضی یا تمایل طرفین در تعیین داور، متعذر شده است. در واقع در این مواد تعهد طرفین ارجاع اختلاف به مطلق داوری است که به علت عدم تراضی یا تمایل طرفین برای تعیین داور متعذر شده است و حکم ماده در راستای اجرای این تعهد ضمانت‌اجرای مراجعه به دادگاه را برای تعیین داور مشخص نموده است.



بنابراین عدم تراضی طرفین در این مواد یکی از علت‌های به انجام نرسیدن تعهد ارجاع اختلاف به مطلق داوری است و نمی‌توان طرفین را ملزم و متعهد به تراضی برای تعیین داور دانست، چراکه تراضی با الزام و اجبار قابل جمع نیست. رضایت امری درونی است که فقط با اراده آزاد شخص می‌تواند حاصل شود و تراضی بدون وجود خواست و اراده آزاد طرفین معنا پیدا نمی‌کند. در واقع هرگاه خواست و اراده آزاد طرفین هم‌جهت باشد یا به عبارت دیگر با هم منطبق باشد می‌توانیم بگوییم که تراضی محقق شده است.

در مورد ماده ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی و در خصوص داوری شخص معین، تعهد و التزام طرفین ارجاع اختلاف به داوری شخص مرضی الطرفین است و اراده طرفین بر داوری مطلق قرار نگرفته، بلکه داوری مقید به داوری آن شخص تعیین شده توسط طرفین قرارداد است که مورد تعهد و التزام طرفین قرار گرفته است. از آنجا که این خواست یا عدم توانایی آن شخص ثالث معین شده است که انجام تعهد را متعذر و ناممکن ساخته، در این‌جا عدم تراضی طرفین در عقیم ماندن اجرای تعهد مذکور نقشی ندارد.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود تراضی و توافق بر "مطلق داوری" یا "داوری مقید" بر داوری شخص معین باعث ایجاد تعهدات متفاوتی می‌شود و ملاک واحدی نمی‌توان برای آن‌ها یافت. در واقع خواست و اراده طرفین در ایجاد تعهد دارای تفاوت اساسی و بنیادین است.

نظر به این که اصل عدم وجود تکلیف است و از آنجا که تکلیفی برای خواهان، با توجه به آنچه گفته شد، برای درخواست تراضی بر داور دیگر در ماده ۴۶۳ و دیگر مواد قانونی مقرر نشده است، باید قائل به عدم وجود چنین تکلیفی برای خواهان باشیم. خصوصاً که چنین تکلیفی خواهان را در موقعیت نابرابر با خواننده قرار می‌دهد؛ چرا که خواننده در اعمال اراده و خواست خود همچنان آزاد است ولی بر اراده و رضایت خواهان، با ملزم دانستن وی بر درخواست تراضی بر داور دیگر، خدشه وارد می‌شود. الزام وی به درخواست تراضی امریست که هیچگونه تعهدی نسبت به آن نکرده است. در واقع اراده طرفین برداوری آن شخص معین بر اختلاف آن‌ها بوده و آن‌ها از همان ابتدا نمی‌خواستند که شخص دیگری بر اختلاف آن‌ها

به عنوان داور حکومت کند. بنابراین خواهان این حق را دارد که مایل به تراضی بر داور دیگر نباشد و ابتداءً خواست و اراده خود را اعمال نماید. علاوه بر آنچه گفته شد، خواهان با اقامه دعوا در دادگاه به طور ضمنی خواست و اراده خود را ابراز نموده است و با استدلال مشابهی بر این که اصل عدم تکلیف است و تکلیفی برای ابراز اراده صریح و کتبی خواهان نسبت به عدم تمایل خود برای تراضی بر داور دیگر در قوانین پیش‌بینی نشده است، همان ابراز اراده ضمنی که با اقامه دعوی در دادگاه ابراز شده برای نشان دادن خواست و اراده خواهان کافی است. از سوی دیگر خواننده نیز در مقابل دعوی خواهان اقدام به دفاع نموده، نسبت به صلاحیت دادگاه در خصوص داوری اعتراضی نداشته و ادعایی نیز مبنی بر وجود تراضی ثانوی بر داوری مطرح نکرده است. این خود بیان‌گر عدول طرفین از داوری است و اعلام اراده ضمنی و عملی در عرف و حقوق پذیرفته شده است و چنان‌که بیان شد دلیلی برای الزام طرفین به ابراز اراده در قالب خاص و تشریفات در این مورد وجود ندارد. با این وجود دادگاه محترم تجدیدنظر نه تنها احراز تراضی ثانوی نسبت به موضوع را لازم دانسته بلکه تراضی ضمنی و اعلام اراده عملی آن‌ها را هم نادیده گرفته است.

تا این جا دیدیم که خواهان الزامی برای اعلام صریح عدم تمایل خود برای تراضی بر داور دیگر و یا درخواست تراضی از خواننده و ارائه دلیل برای عدم تراضی بر داوری دیگر ندارد و علی‌الاصول امور عدمی قابل اثبات نیست و نیازی به اثبات ندارند. بنابراین به نظر می‌رسد راهی برای تعیین تکلیف در خصوص شرط دوم ماده ۴۶۳ باقی نمانده است. هر چند در دعوی مطروحه علی‌الاصول اقامه دعوی از طرف خواهان و دفاع خواننده می‌بایست عدول طرفین از داوری محسوب می‌شد. در پایان لازم است با جمع‌بندی مختصری از بحث نتیجه آن را بیان کنیم.

#### نتیجه

در داوری شخص معین خواست و اراده طرفین بر داوری مقید به آن داور مرضی‌الطرفین بوده است و نه مطلق داوری. بنابراین در صورتی که به هر دلیلی از جمله فوت، استعفا و محجور شدن آن شخص آن قید از بین برود داوری نیز زائل

خواهد شد و از آن جایی که طرفین هیچگونه تعهدی به تراضی بر داور دیگر نداشته‌اند، نمی‌توان آنان را ملزم به تراضی بر داور دیگر نمود.

همچنین چنانچه بیان شد، باتوجه به این که هیچ تکلیفی برای خواهان مبنی بر اعلام صریح عدم تمایل خود برای تراضی بر داور دیگر و یا درخواست تراضی بر داور دیگر از خواننده و ارائه دلیل آن در قانون تصریح نشده است و اصل عدم تکلیف است، خواهان می‌تواند در صورت عدم تمایل به تراضی بر داور دیگر خواست و اراده خود را ابتدا اعمال و با اقامه دعوی در دادگاه به‌طور ضمنی اراده خود را ابراز نماید. باتوجه به دفاع خواننده در دعوی مورد بحث عدول عملی طرفین از داوری نیز مورد توجه دادگاه محترم تجدیدنظر قرار نگرفته و حتی شاید بتوان گفت که به نوعی اعتبار ابراز اراده ضمنی و عملی طرفین در این رأی انکار شده است.

قانون‌گذار نیز در قانون داوری تجاری بین‌المللی از ظاهر ماده ۴۶۳ عدول کرده و آراء صادره دیگری نیز امتناع داور مرضی‌الطرفین را از داوری برای طرح دعوی در دادگاه کافی دانسته‌اند. اصول داوری ایجاب می‌کند که با زوال داوری، دادگاه صالح به اختلاف رسیدگی نماید و مفهوم تراضی نیز حاکی از عدم لزوم احراز شرط تراضی بر داور دیگر است، چراکه رضایت با اجبار و الزام حاصل نمی‌شود و خواهان و خواننده این حق را دارا می‌باشند که راضی به داوری شخص دیگری نباشند و تعهد و الزامی هم به این امر ندارند. بنابراین همین که ادعای خلاف آن از طرف خواننده مطرح و اثبات نشده باشد، کافی است.

این نتیجه با هدف داوری که حل و فصل اختلاف به‌طور سریع، مؤثر و مبتنی بر اراده طرفین است هماهنگ است و در مواردی از آسیب‌های ناشی از عدم آگاهی طرفین نسبت به قانون نیز خواهد کاست.

#### منابع

- شمس، عبدالله (۱۳۸۸)، آیین دادرسی مدنی، تهران: دراک، چاپ ۱۰
- قافی، حسین و شریعتی، سعید (۱۳۹۳)، اصول فقه کاربردی، تهران: سمت، چاپ ۱۴.