

روش‌های جایگزین حل و فصل دعاوی (ADR)* و توسعه مفهومی صلاحیت قضایی

دکتر محمد تقی عابدی**

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۸۶۹ مورخ ۱۳۸۶/۸/۹
خواهان: آقای خلیل... به وکالت آقای ابراهیم...
خوانده: آقای محمد...
موضوع خواسته: مطالبه وجه
مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۱۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران

متن رأی^۱

خواسته آقای خلیل... به وکالت آقای ابراهیم... به طرفیت خوانده آقای محمد... مطالبه مبلغ دویست و پنجاه و هشت میلیون و هشتصد و شصت و چهار هزار و دویست و هفتاد و پنج ریال مربوط به خرید پنجاه درصد تراکم عوارض زیربنا، آسانسور، تفکیک برق، آب و گاز و وجه رهنی مالیات و تبدیل کابینت معمولی به کابینت MDF و پرداخت خسارت دادرسی و تأخیر تأدیه است. خواهان مستند دعوی خود را فتوکپی مصدق سند عادی (قرارداد مشارکت) مورخه ۷۹/۷/۳۰، سند عادی مورخه ۸۱/۳/۱۲ مربوط به فروش و نصب آسانسور، قبض پرداخت مالیات شماره... قرار داده است. دادگاه نظر به اینکه حسب بند ۶ قرارداد مشارکت مورد اشاره تنظیمی فیما بین خواهان و خوانده که مورد استناد خواهان قرار گرفته است هر یک از طرفین جهت تضمین تعهدات خود مبلغ یکصد میلیون ریال نزد متصدی املاک بنام آقای... تودیع و مشارالیه را حکم خود در خصوص تعهدات ناشی از قرارداد موصوف اعلام و تصریح به سمت وی به عنوان داور کرده‌اند و داورى موصوف به صورت شرط ضمن‌العقد (شرط داورى) موضوع صدر ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی است و نه به صورت قرارداد مستقل داورى موضوع ماده ۴۵۸ که معمولاً پس از

* Alternatives Disputes Resolutions

رایانامه: mt.abedi@hotmail.com

** قاضی دادرسی انتظامی قضات و استادیار دانشگاه

۱. این دادنامه به موجب دادنامه شماره ۱۵۰۵ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۲۰ شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر استان تهران پس از رد تجدیدنظرخواهی، عیناً تأیید و ابرام شده است.

بروز منازعه و اختلاف منعقد می‌شود و از سوی دیگر، در ارجاع موضوع به داوری به صورت شرط ضمن‌العقد که ناظر بر رسیدگی به اختلافات احتمالی در آینده است اولاً، تعیین نوع اختلاف صرفاً به صورت کلی میسور می‌باشد و نه جزئی،... و ثانیاً، تعیین ظرف زمانی توافقی و قراردادی در این نوع داوری‌ها ممکن نیست و لاجرم،... برابر تبصره ماده ۴۸۴ همان قانون، مدت داوری... بنا به فرض و حکم قانون سه ماه از تاریخ ارجاع اختلاف به داوری خواهد بود و ثالثاً،... از آنجا که موارد مرتفع‌گردیدن داوری که در مواد ۴۶۳، ۴۷۴ و ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی احصا گردیده، در قضیه حاضر حادث نشده است... و خواهان و خوانده نیز که به شرح بند ۶ قرارداد مشارکت مورد اشاره، رسیدگی به اختلاف احتمالی آینده خود ناشی از قرارداد موضوع دعوا را به داوری ارجاع کرده‌اند حتی داور مرضی‌الطرفین خود را تعیین کرده‌اند... بنابراین، مادام که اختلاف به داوری ارجاع نگردیده و یا پس از رجوع به داوری، مدت قراردادی یا سه ماه مقرر قانونی منقضی نشده باشد نمی‌توان وفق قسمت ذیل ماده ۴۷۴ از قانون مذکور، دعوای مطروحه را ابتدائاً قابل استماع در دادگاه تشخیص داد. از این رو، مستنداً به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار رد آن صادر و اعلام می‌گردد. قرار صادره وفق مقررات قانونی، ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظر خواهی در دادگاه تجدیدنظر استان تهران است.

رئیس شعبه ۱۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران

مقدمه

رای پیش‌رو، بهانه و فرصت مناسبی جهت طرح یکی از اساسی‌ترین مسائل مرتبط با حل و فصل دعاوی و اختلافات یعنی مبحث صلاحیت قضایی است. امروزه، با تجویز و گسترش روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات همچون داوری، سازش، کارشناسی و امثال آن، چارچوب‌های سنتی در باب اختیار انحصاری حاکمیت‌ها در رسیدگی به دعاوی به چالش کشیده شده و مقوله صلاحیت به لحاظ مفهومی توسعه و تحول قابل ملاحظه‌ای یافته است. این تأسیسات حقوقی به ویژه داوری که تا دیروز به چشم رقیب بدان نگریسته می‌شد در زمان حاضر در یک رقابت مثبت با محاکم، بخشی از قابلیت یا صلاحیت موصوف را به خود اختصاص داده‌اند. اقبال حاکمیت‌ها در اکثر کشورهای دنیا به این روش‌های خصوصی حل و فصل دعاوی، بر نحوه استدلال دادگاه‌ها که عدالت و دادگستری را همواره به نام دولت‌های متبوع خود اجرا و اعمال می‌کنند، تأثیر قابل توجهی گذاشته است به طوری که قضات به مقوله صلاحیت قضایی دیگر از زاویه تنگ آن نمی‌نگرند. این تحول در حقوق و رویه قضایی ایران نیز هر چند به نحو جزئی و در مقوله خاص داوری قابل رصد و مشاهده است. رای حاضر نمونه‌ای از آرای بی‌شمار است که طی آن

دادگاه با توجه به توافق طرفین دعوا به رجوع اختلاف احتمالی به داوری، پس از اشاراتی به مبانی، اقسام و شرایط داوری، دعوا را در وضعیت فعلی قابل استماع ندانسته و در واقع، بنا به استدلال‌های مقید در آن، به صلاحیت ابتدائی داور منتخب رأی داده است. اهمیت تصمیم دادگاه وقتی آشکار می‌شود که ملاحظه می‌کنیم قانونگذار در خصوص این مطلب که آیا قضاوت در فرض ملاحظه شرط داوری در قرارداد موضوع اختلاف باید خود ادامه دهند و یا برعکس، با توجه به شرط داوری از رسیدگی و ورود به دعوا خودداری کنند، تعیین تکلیف نکرده است. بدین ترتیب، رویه قضایی را باید مؤید و مثبت مدعای نوشتار حاضر بدانیم چرا که صلاحیت قضایی و مفهوم و آثار و احکام آن را که همواره بنا به دلایل حاکمیتی در انحصار دادگاه‌های دولتی قرار داشته است به سایر طرق حل و فصل دعاوی و اختلافات به ویژه داوری تسری داده است. با توجه به استدلال‌ها و اشارات دادگاه به شرح پیش‌گفته، بحث را در هفت فراز که در عین حال به نوعی با مفهوم و مبانی داوری مرتبط است ادامه خواهیم داد.

الف) داوری تنها طریق قانونی تخصیص و نفی صلاحیت دادگاه‌ها

اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پس از اعلام مرجعیت دادگستری به عنوان تنها طریق «رسمی تظلمات و شکایات»، بلافاصله به عنوان نتیجه منطقی این امر، اعلام می‌کند: «تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است». این اصل نشان می‌دهد که با توجه به رابطه مستقیم بین حل و فصل دعاوی و اختلافات با نظم عمومی و امنیت جامعه، امر دادگستری و فصل خصومت لزوماً در انحصار و مونوپل حاکمیت بوده و به نهاد دیگری غیر از دادگاه‌ها و قضاوت منصوب از سوی وی اجازه مداخله در این امر حیاتی داده نمی‌شود. با وجود این، رویه عملی در قانونگذاری‌های عادی که البته مورد ایراد و مخالفت مرجع نگهبان قانون اساسی نیز قرار نگرفته است نشانگر آن است که اصل موصوف علی‌رغم منطوق آن، ظاهراً قاعده الزام‌آور مؤکد و غیر قابل تخلف نیست و چنانچه ضرورت اقتضا کند می‌توان بنا به اصل تخصص یا کم کردن بار محاکم یا به هر دلیل موجه دیگر، بعضی دعاوی و امور ترافعی را در صلاحیت مراجع عمومی غیر دادگستری قرار داد. ایجاد بعضی مراجع و کمیسیون‌های خاص اداری و اجرایی^۱ به ویژه

۱. مانند کمیسیون ماده ۷۷ و ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها، هیأت حل اختلاف ثبتی موضوع ماده ۲۵ قانون ثبت اسناد و املاک کشور، کمیسیون موضوع ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع و امثال آنها.

پس از تصویب اصل یاد شده، شاهدهی بر مدعا است. به همین دلیل، قانونگذار عادی مجبور شده است همان ترتیب و مکانیسم حل اختلاف در صلاحیت ذاتی بین مراجع قضایی با یکدیگر را در اختلاف بین این مراجع غیر دادگستری با مراجع قضایی مقرر کند.^۱

از سوی دیگر، تفسیر و توسعه اصل اساسی مورد بحث، به اعطای صلاحیت به مراجع عمومی غیر قضایی که به هر حال از وابستگان و تابعین حاکمیت هستند، محدود و خلاصه نشده است. در دهه‌های اخیر، قانونگذار ایران همچون سایر قانونگذاران بنا به دلایل و ملاحظاتی^۲، به داوری اجازه داده است به عنوان یک نهاد خصوصی حل و فصل دعاوی و اختلافات و در حالی که به لحاظ تاریخی همواره به عنوان رقیب محاکم ملی بدان نگریسته شده است، به کمک و مساعدت دادگاه‌ها بشتابند که این امر به نوبه خود تحول و تخصیص بسیار مهمی بر صلاحیت و مرجعیت دادگاه‌ها به شمار می‌رود.^۳ این مهم از طریق باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی و به ویژه ماده ۴۵۴ آن که به لحاظ تاریخیچه پذیرش داوری‌های اختیاری^۴ در نظام حقوقی ایران، باقی مانده قانون مصوب ۱۳۱۳ مجلس شورای ملی وقت با قدری اصلاحات است، جامه عمل پوشیده است. مطابق این مقرر: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه

۱. مطابق ذیل ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی: «...در مواردی که دادگاه‌ها اعم از عمومی، نظامی و انقلاب به صلاحیت مراجع غیر قضایی از خود نفی صلاحیت کنند یا خود را صالح بدانند پرونده برای حل اختلاف به دیوان عالی کشور ارسال خواهد شد...».

۲. از جمله این ملاحظات می‌توان به کم کردن مراجعه مردم به دادگاه‌ها و همچنین تسریع در رسیدگی به اختلافات مالی و قراردادی افراد و اشخاص نام برد.

۳. بدین ترتیب، با توجه به تجویز روش خصوصی حل و فصل اختلافات یعنی داوری توسط قانونگذار و عدم مخالفت شورای نگهبان قانون اساسی با آن، اصل ۱۵۹ قانون اساسی باید بدین‌گونه تفسیر شود که از این پس، دو روش جهت حل و فصل دعاوی و اختلافات در نظام قضایی ایران وجود دارد: روش عمومی با مرجعیت دادگاه‌های دادگستری و مراجع غیر قضایی دولتی از یک‌سو و روش خصوصی که صرفاً با مرجعیت داوری و نه غیر آن است از سوی دیگر. در واقع، تفسیر مزبور در مقام بیان این مطلب است که با توجه به تجویز داوری دیگر نمی‌توان واژه «رسمی» را در مقابل داوری به عنوان روش غیر رسمی به کار برد چرا که داوری نیز از این پس رسمی است. بنابراین، بهتر این است که از روش عمومی و خصوصی استفاده کنیم و نه رسمی و غیر رسمی. مگر آنکه، منظور از واژه رسمی را به معنای اصلی و داوری را به عنوان روش استثنایی و فرعی بدانیم.

۴. داوری اختیاری که در مقابل داوری اجباری قرار دارد به این مفهوم است که اختلاف ناشی از یک رابطه حقوقی قراردادی یا غیرقراردادی (اتلاف، تسبیب، غصب، استیفای ناروا و ضرر و زیان ناشی از جرم) فقط با تراضی و توافق هر دو طرف و نه فقط یکی از آنان (آنگونه که در داوری‌های اجباری مرسوم بوده است)، به داوری و قضاوت یک یا چند نفر یا یک شخص حقوقی ارجاع شود.

دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه‌ها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند^۱. بدین ترتیب، باید بر آن بود که در حال حاضر در حقوق ایران از میان طرق جایگزین حل و فصل دعاوی (ADR) که در کثیری از قراردادهای مورد تراضی و توافق افراد و اشخاص قرار می‌گیرد مانند سازش، کمیسیون مرکب از نمایندگان طرفین، کارشناس یا هیأت کارشناسان و نظایر آنها، فقط داوری است که به عنوان مکانیسم خصوصی حل و فصل اختلافات موجب نفی صلاحیت دادگاه‌ها می‌شود. این موقعیت ممتاز برای داوری در مقایسه با سایر تأسیسات حقوقی مشابه، معلول دو علت مهم است: از یک‌سو، داوری واجد ماهیت قضایی است^۲ چرا که رأی و نظر داور که همواره مسبوق به یک دعوا و اختلاف است به حکم قانونگذار همانند رأی دادگاه‌ها بر طرفین آن تحمیل می‌شود و از سوی دیگر، به عنوان نتیجه منطقی علت یاد شده، قانونگذار در وضع مقررات داوری به شرح باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی و نیز سایر قوانین^۳، از همان واژه‌ها و اصطلاحاتی استفاده کرده است که معمولاً در توصیف اقدامات قضات و دادگاه‌ها به کار می‌برد^۴. بدین ترتیب، دادگاه‌ها به هنگام مواجهه با

۱. قانونگذار ایران برای اولین بار در ۲۰ بهمن ماه سال ۱۳۱۳ با نسخ «قانون حکمیت» مصوب ۱۳۰۸ - (قانون اخیر به نوبه خود به منظور اصلاح و محدود کردن داوری‌های اجباری موضوع «قانون حکمیت» مورخ ۲۹ فروردین سال ۱۳۰۶ وضع شده بود) - مقررات جدیدی را که صرفاً داوری اختیاری را تجویز می‌کرد در ۲۸ ماده جایگزین آن ساخت. در واقع، همین مقررات بود که مبنای مقررات مفصل موضوع باب هشتم قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ با اصلاحات و الحاقات بعدی گردید. چه، از این تاریخ قانونگذار به شرح مواد ۶۳۲ الی ۶۸۰ با اخذ ملاک از قانون حکمیت سال ۱۱۳۱۳: مقررات نسبتاً آزاد و جامعی را در باب داوری اختیاری تدوین نمود که امروزه همین مواد با اندک تغییر و اصلاح باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹ را به‌خود اختصاص داده است.

۲. در حقوق تطبیقی، نظریه مربوط به ماهیت مختلط داوری (nature mixte) پس از مجادلات فراوان در خصوص ماهیت آن، مورد پذیرش دکتربین معتبر قرار گرفته است. در این رابطه، آقای گلدمن از متخصصین بنام داوری، جمله معروفی دارد که طی آن اعلام می‌کند: «داوری در ایجاد و تشکیل، قراردادی ولی در آثار قضایی است». برای اطلاع از مبنای این نظریه نک:

B. Goldman, Les conflits de lois dans dans l'arbitrage international de droit prive, Recueil de cours de La Haye, 1963, v. II, pp. 345 et s.

۳. قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶.

۴. مانند ارجاع دعوا و اختلاف به داوری، طرفین دعاوی داوری، رد و جرح داور، تشکیل جلسه داوری، الزام طرفین به تسلیم اسناد و مدارک خود به داوران، ارجاع امر به کارشناس، تکلیف داوران به رعایت اصول مبنایی دادرسی، ارتباط دادن رسیدگی داور و قاضی از طریق توقیف داوری، رأی داور، موجه و مدلل بودن رأی داور، ابلاغ رأی داور، تصحیح رأی داور، محکوم‌له و محکوم‌علیه رأی داور، اعتراض به رأی داور و درخواست بطلان آن، مهلت اعتراض به رأی داور، اجرای رأی داور و امثال آنها.

ترتیبات و روش‌هایی که طرفین در قرارداد خود جهت حل و فصل اختلافات قراردادی خود مقرر و تراضی کرده‌اند و داوری محسوب نمی‌شوند، نباید مبادرت به صدور قرار عدم استماع کنند. از این رو، رویه اشتباه بعضی محاکم که با ملاحظه شروط و ترتیباتی اینچنین، خواه با تلقی آنها به عنوان داوری، خواه به عنوان طرق مستقل حل و فصل اختلافات مبادرت به صدور قرار عدم استماع دعوا می‌نمایند، شدیداً قابل ایراد است و بر دادگاه‌های تجدیدنظر است که با ملاحظه تصمیم‌هایی از این نوع، نسبت به نقض قرار موصوف و اعاده پرونده به دادگاه بدوی مربوط، موجبات رسیدگی و شمول صلاحیت محاکم به ماهیت دعاوی موضوع آنها را فراهم آورند.^۱ اتفاقاً، شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در همین راستا طی دادنامه شماره ۱۱۵۰ مورخ ۸۶/۸/۲۰ با این استدلال که «... در حقوق موضوعه ایران آنچه به عنوان استثنا از موجبات تخصیص صلاحیت محاکم در رسیدگی به دعاوی می‌باشد، داوری است و نه کارشناسی» یا تأسیسات حقوقی مشابه، دادنامه بدوی^۲ را که هیأت سه نفره کارشناسی مقید در ماده ۲۲ شرایط

۱. غالباً این ایراد و سوال مطرح می‌شود که تکلیف چنین ترتیبات مرتبط با حل و فصل اختلافات پیش‌بینی شده در قرارداد موضوع اختلاف چیست؟ پاسخ این است که چون دادگاه‌ها به دلایلی که گفته شد الزامی برای نفی صلاحیت خود در قبال این ترتیبات خاص ندارند چنانچه ضمانت اجرای معینی جهت تخلف از آن یعنی طرح مستقیم دعوا توسط یکی از طرفین در دادگاه پیش‌بینی نشده باشد، در این صورت شروط موصوف الزام‌آور نخواهد بود. البته ممکن است طرفی که خود را به این ترتیبات مقید می‌داند الزام طرف مقابل را به انجام تعهد خود یعنی تمکین نسبت به تشکیل کمیسیون حل اختلاف تدارک دیده شده در قرارداد یا رسیدگی و اعلام نظر بدوی از سوی کارشناس منتخب یا سازشگر و غیره را از دادگاه بخواهد که از این جهت شاید بتوان طرف مقابل را به این امر و همچنین تمکین از نظریه اعلامی که لزوماً رأی داوری نخواهد بود، الزام کرد ولی ایرادی که وجود دارد این است که رأی و نظر این افراد در شرایط معمولی قابلیت تحمیل شوندگی ندارد و طرفین یا حتی یکی از آنها می‌توانند از پذیرش نظر آنان خودداری کنند!

۲. دادنامه شماره ۳۲۶ مورخ ۸۶/۴/۲۹ در این دادنامه، شعبه ۳۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران با تبعیت از استدلال‌های خوانده که یکی از سازمان‌های بیمه دولتی معروف است، مکانیسم سه نفره کارشناسی مقید در ماده ۲۲ شرایط عمومی بیمه‌نامه باربری را به عنوان داوری تلقی و با استناد به ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی مبادرت به صدور قرار عدم استماع دعوا کرده بود. آنچه در این میان قابل ذکر و تأمل زیاد به نظر می‌رسد این است که برابر تصویر دادنامه‌های متعدد صادره از محاکم شهرهای مختلف کشور که شرکت خوانده به عنوان مستند خود مبنی بر لزوم صدور قرار عدم استماع دعوا، به دادگاه بدوی رسیدگی کننده به دعوی حاضر ارائه کرده است. در این دادنامه‌ها، محاکم رسیدگی کننده با استدلال‌هایی شبیه همان استدلال دادگاه بدوی مرقوم، با پذیرش دفاعیات بیمه، مکانیسم پیش‌بینی شده در ماده ۲۲ شرایط عمومی بیمه را که به نظر می‌رسد جهت فرار از تبعات و موانع ایجاد شده توسط اصل ۱۳۹ قانون اساسی تدوین و در قراردادهای بیمه به بیمه‌گذاران تحمیل می‌شود، داوری تلقی و قرار عدم استماع دعوا صادر کرده‌اند!

عمومی بیمه‌نامه باربری یکی از سازمانهای بیمه را داوری تلقی و مبادرت به صدور قرار عدم استماع دعوا صادر کرده بود، نقض و پرونده را جهت رسیدگی به ماهیت اختلاف مطروحه بین بیمه‌گر و بیمه‌گزار به دادگاه بدوی مربوط اعاده کرده است.^۱ در دادنامه موضوع بحث در این نوشتار، شعبه ۱۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران در واقع با تکیه بر همین مبنای نظری و مفهوم داوری که شرح جزئیات آن ذیلاً از نظر می‌گذرد، به صدور قرار عدم استماع دعوا که به اعتقاد ما نوعی توسعه مفهومی صلاحیت قضایی و تجویز قضاوت به تأسیسات حقوقی غیر دولتی به مفهوم واقعی کلمه است، مبادرت کرده است.

ب) تکلیف قاضی به صدور قرار عدم استماع دعوا بدون ضرورت ایراد از سوی خواننده

این بحث همواره نزد حقوقدانان و نیز در محاکم مطرح بوده و هست که هر گاه یکی از طرفین، دعوی موضوع موافقتنامه و قرارداد داوری را نزد دادگاه مطرح کند آیا دادگاه به محض وقوف و ملاحظه شرط داوری باید بنا بر تکلیف (d'office) قرار عدم استماع صادر کند یا چنین تکلیف و الزامی وجود ندارد به این معنی که فقط در فرضی که خواننده دعوا به صلاحیت دادگاه (آن نیز تحت شرایطی) ایراد کند، مبادرت به صدور قرار موصوف خواهد کرد؟ بحث مزبور البته از دو منظر قابل طرح است: از منظر داوری‌های بین‌المللی از یکسو و از منظر داوری‌های ملی از سوی دیگر. اما از منظر داوری‌های بین‌المللی، قانونگذار ایران در ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ به تبعیت و اقتباس از قانون نمونه آنسیترال^۲ در این خصوص تعیین تکلیف کرده است. بدین توضیح که قاضی تکلیفی به صدور قرار عدم استماع در فرض ملاحظه شرط داوری در قرارداد موضوع اختلاف ندارد بلکه به رسیدگی خود ادامه داده و فقط در صورتی که خواننده دعوا با استناد به شرط داوری بین خود و خواهان به صلاحیت دادگاه ایراد کند، از رسیدگی خودداری و طرفین را به داوری ارجاع خواهد داد، البته به شرطی که ایراد موصوف در جلسه اول دادرسی به عمل آید.^۳ ولی، در داوری‌های ملی موضوع آنچنان بدیهی به نظر نمی‌رسد چرا که

۱. پرونده کلاسه ۸۶/۱۱۲۹

2. UNCITRAL

۳. البته، قانونگذار با باز گذاشتن دست قاضی ملی و مسلط کردن او به سرنوشت داوری، به وی اجازه داده است حتی در صورت ایراد خواننده در مهلت تعیین شده، در صورتی که تشخیص دهد قرارداد داوری باطل، ملغی‌الآثر و غیر قابل اجرا است، به ایراد مزبور توجه نکرده و به رسیدگی خود ادامه داده و رأی صادر کند که این امر می‌تواند منجر به اعمال سلیقه شود بدین شرح که قضات بدین ترتیب اختیار خواهند داشت در صورتی که به هر دلیل نخواهد از رسیدگی خودداری کند، می‌تواند وجود یکی از عناوین فوق را ادعا و به رسیدگی خود ادامه دهد.

قانونگذار در باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی (مواد ۴۵۴ الی ماده ۵۰۱) به عنوان قانون حاکم^۱ بر این نوع داوری‌ها، تصریح و حتی تعریضی در این خصوص ندارد. بنابراین، با توجه به سکوت کامل قانونگذار در خصوص تکلیف قاضی ملی در فرض یاد شده، جهت جستجوی پاسخ لاجرم باید به رویه قضایی مراجعه کنیم. بررسی رویه قضایی نشانگر آن است که قضات محاکم به محض ملاحظه شرط داوری در قرارداد موضوع دعوا و اختلاف، منتظر ایراد خواننده نشده و مبادرت به صدور قرار عدم استماع می‌کنند. رأی حاضر، نمونه‌ای از این آرای بی‌شمار است که طی آن دادگاه در حالی که خواسته خواهان با استناد به قراردادهای عادی و مدارک مربوط، الزام طرف قرارداد (خواننده) به پرداخت وجوه مربوط به خرید پنجاه درصد تراکم عوارض زیربنا، آسانسور و غیر آن بوده است، پس از تصریح به بند ۶ قرارداد مستند دعوا که مطابق آن طرفین ضمن قرارداد اصلی توافق کرده‌اند حل اختلاف احتمالی ناشی از قرارداد مشارکت مدنی منعقد شده بین آنان از طریق داور مرضی‌الطرفین صورت گیرد و بدون آنکه خواننده دعوا از این حیث به صلاحیت دادگاه ایراد و اعتراضی به عمل آورده باشد^۲، در قسمت پایانی دادنامه اعلام می‌کند: «تا زمانی که اختلاف به داوری ارجاع نگردیده... دعوای خواهان ابتدائاً قابلیت استماع در دادگاه را نداشته و... قرار رد آن صادر... می‌گردد».

به نظر نگارنده، دلیل و مستند چنین رویه و اقدامی را باید در مفهوم داوری و مشخصاً ماده ۴۵۴ مرقوم جستجو کرد که به طرفین اجازه داده است با توافق بر داوری و قضاوت اشخاص خصوصی، صلاحیت دادگاه‌ها را به شرحی که در قسمت قبل از نظر گذشت، نفی کنند. حقوقدانان از این صفت ممیزه داوری تحت عنوان ویژگی منفی داوری یاد کرده‌اند. با وجود این، سؤالی که ممکن است مطرح شود این است که اگر داوری واجد ویژگی یاد شده است پس چرا دادگاه‌ها مبادرت به صدور قرار عدم صلاحیت نمی‌کنند، مگر نه این است که مدعی فوق در واقع نوعی شناسایی صلاحیت هم‌عرض برای داور یا داوران در مقابل محاکم و قضات ملی است؟

۱. پس از تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی، قانونگذار به شرح ماده ۳۶ قوانین حاکم بر داوری‌های ملی و بین‌المللی را تفکیک و مقرر کرد قانون آیین دادرسی مدنی سابق مواد ۶۳۲ الی ۶۸۰ (باب هفتم قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۷۹ حاضر مواد ۴۵۴ الی ۵۰۱) که بر کلیه داوری‌ها اعم از ملی و بین‌المللی حاکم بود، از آن پس فقط بر داوری‌های ملی حاکم باشد.

۲. البته، حسب ستون مشخصات دادنامه، خواننده مجهول‌المکان بوده و در دعوا اساساً مشارکت نداشته است. ولی، همان‌طور که گفته شد حتی در صورت مجهول‌المکان نبودن خواننده و حضور در جلسه دادرسی، دادگاه جهت اتخاذ تصمیم و صدور قرار عدم استماع دعوا منتظر ایراد خواننده نمی‌مانده است.

ایراد مزبور ظاهراً وارد به نظر می‌رسد. ولی، نباید فراموش کرد که هر چند قانونگذار با اعطای صلاحیت قضاوت به نهاد داوری که در واقع توسعه و تسری مفهومی صلاحیت قضایی به غیر محاکم است، صلاحیت به مفهوم مصطلح و در هر سه قسم شناخته شده آن یعنی صلاحیت محلی، نسبی و ذاتی موضوع مواد ۱۱ الی ۲۸ و همچنین بند ۱ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی با توجه به آثار و احکام هر یک از آنها، مختص دادگاه‌های ملی است چرا که اولاً، دو قسم اول صلاحیت یعنی محلی و نسبی با توجه به ماهیت داوری و وابستگی صلاحیت دیوان داوری به صلاحیت شخص داور^۱، هرگز در این تأسیس حقوقی بروز نمی‌کند و صلاحیت ذاتی نیز که ممکن است مسامحتاً برای داوری - از این جهت که طرفین با نفی صلاحیت دادگاه‌ها، وظیفه رسیدگی و حل اختلاف را به داور یا داوران بسپارند - مطرح شود با توجه به پروسه حل اختلاف در صلاحیت بین محاکم به شرح مواد ۲۷ و ۲۸ مرقوم که حسب مورد، دخالت دادگاه‌های تجدیدنظر و دیوان عالی کشور را به عنوان مرجع حل اختلاف در صلاحیت ضروری می‌سازد و همچنین ضرورت ارسال پرونده به مرجع قضایی صلاحیت‌دار در فرض عدم اعتقاد به صلاحیت خود و یا جهت تعیین تکلیف و حل اختلاف، در مورد داوری اساساً قابل انجام و حتی تصور نیست چرا که داوری با توجه به مبنای خصوصی آن وجهه حاکمیتی ندارد. ثانیاً، اعتقاد به تقدم و اصل بودن رسیدگی دادگاه‌ها به شرح اصل ۱۵۹ قانون اساسی که مکرراً مورد استناد هیأت عمومی دیوان عالی کشور قرار گرفته است^۲، صحبت از صلاحیت هم‌عرض برای داوری حداقل در داوری‌های ملی را مشکل و بلکه غیر ممکن ساخته است.

ج) طرق ارجاع اختلاف به داوری

دادگاه در فرازی از استدلال‌های خود و به منظور بیان زمان شروع داوری که در بحث آتی به آن پرداخته خواهد شد به بیان تفاوت شرط داوری با قرارداد مستقل داوری پرداخته است که در واقع مبین طرق انحصاری ارجاع اختلافات به داوری یعنی توافق بر رجوع به داوری بعد از بروز اختلاف و رجوع به داوری قبل از بروز اختلاف است. رجوع به داوری

۱. برخلاف قاضی ملی که صلاحیتش به صلاحیت دادگاهی بستگی دارد که در حوزه قضایی آن فعالیت می‌کند برعکس، صلاحیت دیوان داوری به صلاحیت داور بستگی دارد چرا که وی منصوب طرفین دعوا یا قرارداد است و نه حاکمیت تا دارای حوزه قضایی جغرافیایی خاص باشد.

۲. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در آرای وحدت رویه خود البته به مناسبت تعارض صلاحیت دادگاه‌ها با مراجع غیردادگستری، به طور مکرر به این امر تأکید و تصریح کرده است.

بعد از بروز اختلاف که ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی متکفل بیان آن است از قدیم‌الایام در کلیه کشورها در روابط تجاری و اقتصادی معمول بوده است.

در این روش، طرفین پس از بروز اختلاف در روابط قراردادی یا غیر قراردادی فی‌مابین و بدون آنکه در رابطه با طریق حل اختلاف احتمالی پیشاپیش تصمیمی اتخاذ کرده باشند به محض بروز اختلاف و عدم توفیق در حل و فصل دوستانه آن، طی توافقی که از آن به «قرارداد مستقل داوری»^۱ تعبیر شده است، تصمیم می‌گیرند منازعه و اختلاف موجود را نه با مراجعه به دادگاه بلکه به طریق خصوصی یعنی با توسل به داور یا داوران اعم از موردی (Ad.hoc) یا سازمانی (Institutionnel) حل و فصل نمایند، ضمن آنکه این طریق بر خلاف طریق دوم به لحاظ تئوری حقوقی و رعایت ارکان اساسی صحت معامله مشکلی ندارد چرا که دارای دو طرف و با موضوع مشخص و معین یعنی حل اختلاف حادث و معهود بین طرفین است. ولی، به تدریج در روابط قراردادی به دلایلی که در جای خود مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، طریقه‌ای ابداع و به سرعت گسترش یافت که طی آن طرفین قرارداد تجاری در همان بدو امر و همزمان با تصریح به تعهدات تجاری فی‌مابین، طریق حل اختلاف و منازعه احتمالی را که همان داوری است پیشاپیش تعیین و مشخص می‌کنند. این طریق رجوع به داوری که به لحاظ پیدایش نسبت به طریق اول تا حدودی جدید است و بیشتر تحت عنوان شرط داوری^۲ از آن یاد می‌شود خواه در روابط قراردادی به سرعت گسترش یافته است به طوری که امروزه کمتر قرارداد تجاری به‌ویژه در سطح بین‌المللی است که حاوی یک شرط داوری نباشد.

اگر چه طریق موصوف از جهت رعایت ارکان اساسی معامله واجد نقص مهمی است چرا که به هنگام توافق بر آن هنوز اختلافی ایجاد نشده است تا توجهاً به بند ۳ ماده ۱۹۰ و نیز ماده ۲۱۶ قانون مدنی به عنوان موضوع توافق و قرارداد، بتواند به عنوان یک معامله و قرارداد، از ایراد مربوط به بطلان مصون بماند. ولی، با توجه به پذیرش و نفوذ آن در عرف و معاملات بین مردم، قانونگذاران از جمله قانونگذار ایران به شرح ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی^۳

1. Compromis

2. Arbitration clause (به انگلیسی) یا Clause compromissoire (به فرانسه)

۳. مطابق این مقرر: «متعاملین می‌توانند ضمن معامله ملزم شوند و یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داوری مراجعه کنند و نیز می‌توانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف تعیین نمایند...»

این رویه را علی‌رغم ایرادی که فوقاً بیان گردید تنفیذ و توسل به این روش حل و فصل اختلافات را با تمام آثار و احکام آن تجویز کرده‌اند. مفهوم این امر آن است که از این پس نمی‌توان به استناد بند ۳ مرقوم بطلان چنین شرطی را اعلام و ادعا کرد^۱، هر چند از نقطه نظر مبانی و تئوری حقوقی، بحث در رابطه با تحلیل و توجیه حقوقی صحت چنین شرطی کماکان مفتوح است^۲. البته، در رأی حاضر دادگاه بدون آنکه این امر مورد اعتراض و ایراد قرار گرفته باشد، اشاره ظریفی نیز به این تفاوت ماهوی بین دو طریق ارجاع اختلاف به داوری کرده و اعلام داشته است در ارجاع اختلاف به داوری به صورت شرط ضمن‌العقد که ناظر بر رسیدگی به اختلافات احتمالی و در آینده است «تعیین نوع اختلاف به صورت کلی میسر می‌باشد و نه جزئی» که در واقع به نوعی تصریح به فقدان موضوع در شرط داوری است^۳، هر چند ظاهراً به نظر می‌رسد از نظر دادگاه، در داوری به صورت شرط ضمن عقد (شرط داوری)، موضوع آن کاملاً مفقود نیست بلکه به طور کلی یعنی اجمالاً برای طرفین معلوم است. شاید منظور دادگاه این بوده است که با توجه به اینکه طرفین قرارداد اصلی و تجاری، تعهدات ماهوی خود را به

۱. در داوری‌های بین‌المللی نیز این روش با تصویب قانونگذاران قانونی شده است. قانونگذار ایران به شرح بند ج ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ هر دو طریق فوق را تجویز و با رد هرگونه تفکیک بین آنها از هر دو تحت عنوان موافقتنامه داوری نام برده است. مقبولیت این روش حل و فصل اختلافات علی‌رغم ایراد حقوقی یاد شده تا آن حد بوده است که قانونگذار سوئیس در بند ۳ ماده ۱۷۸ قانون فدرال مورخ ۱۹۸۷ ناظر بر حقوق بین‌الملل خصوصی این کشور موسوم به LDIP، هرگونه تمیز و تفکیک بین این دو را محکوم و مقرر کرده است: «اعتبار یک قرارداد داوری نمی‌تواند با این استدلال و توجیه که... قرارداد موصوف شامل یک دعوی ایجاد نشده است، موضوع ایراد و اعتراض [یکی از طرفین] واقع شود». همچنین برای ملاحظه قانونگذاری‌های مشابه نک: ماده ۱۶۷۷ قانون داوری بلژیک مصوب ۱۹۷۲، پاراگراف ۲ ماده ۱۰۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی هلند.

۲. مستندات قانونی که در توجیه حقوقی صحت چنین شرطی می‌توان ارائه کرد مواد ۱۰، ذیل ماده ۲۱۶ و مهمتر از آن دو، ملاک غیر قابل مناقشه ماده ۷۵۲ قانون مدنی است که عقد صلح را «... یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن» تجویز کرده است و چون عقد صلح در این رابطه خصوصیتی ندارد بنابراین، می‌توان آن را در مورد داوری نیز اجرا و اعمال کرد.

۳. با وجود این، بعضی محاکم به تفاوت یاد شده (فقدان موضوع در شرط داوری و مآلاً عدم اشکال قانونی آن) توجه نکرده و بطلان آن را اعلام کرده‌اند. برای نمونه، شعبه ۲۲۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران در دادنامه شماره ۱۵۵۴-۸۴/۱۱/۲۶-۱۵۵۴ در فرازی از دادنامه با این استدلال که «... اولاً، موضوعی که به داوری ارجاع گردیده... و [نیز] تاریخ آن [داوری] مشخص نمی‌باشد...»، حکم بر بطلان رأی داور صادر و اعلام کرده است. (پرونده کلاسه ۱۰۵۵/۸۴)

طور واضح و صریح در آن قید و لیست کرده‌اند بنابراین، هرگونه اختلافی که در اجرای قرارداد یا تفسیر تعهدات طرفین بروز نماید لاجرم در محدوده این تعهدات و الزامات قراردادی خواهد بود که پیشاپیش معهود طرفین است. به نظر نگارنده، این توجیه تا حدودی قابل پذیرش است و در واقع کسانی که برای توجیه صحت شرط داوری به ویژه به ماده ۲۱۶ قانون مدنی استناد کرده‌اند که مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است» در واقع همین ملاحظات را در نظر دارند. چرا که در شرط داوری، طرفین اجمالاً می‌دانند اختلاف احتمالی در محدوده تعهدات قید شده در قرارداد به وقوع خواهد پیوست، هر چند به نظر ما مستند مزبور جهت توجیه حقوقی شرط داوری چندان رسا نبوده و در نتیجه قابل قبول نیست. چه، قانونگذار مدنی علم اجمالی را مربوط به موارد خاصه یعنی عقود و قراردادهایی دانسته است که خود وی پیشتر آنها را اعلام کرده است. مانند عقد ضمان که طی آن ضامن می‌تواند دین مضمون‌عنه را بدون ضرورت اطلاع از تفصیل و جزئیات بدهی وی به مضمون‌گه یا معرفت تفصیلی به شخصیت وی یا به مضمون‌عنه، برعهده گیرد.^۱ بهترین توجیه در این رابطه اخذ ملاک از ماده ۷۵۲ قانون مدنی است که در تعریف عقد صلح از عباراتی مشابه هر دو قسم طریق ارجاع اختلاف به داوری استفاده کرده و آن را «... یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن» تجویز کرده است و چون عقد صلح در این رابطه خصوصیتی ندارد بنابراین، می‌توان آن را در مورد داوری نیز اجرا و اعمال کرد.

از سوی دیگر، همان‌طور که ماده ۴۵۵ صریحاً تأکید کرده است، طرفین قرارداد تجاری در فرض توافق بر رجوع منازعه احتمالی به داوری از همان بدو امر، ممکن است آن را ضمن همان معامله اصلی و به صورت شرط ضمن عقد (شرط داوری) و یا به موجب قرارداد جداگانه و مستقل متتها با ارجاع به قرارداد اصلی و ماهوی منعقد سازند. بدین ترتیب، نباید بین این نوع قرارداد مستقل داوری که در هر صورت قبل از بروز اختلاف و ناظر بر حل و فصل منازعه احتمالی است با قرارداد مستقل داوری در طریق اول اختلاط شود چرا که قرارداد اخیر پس از بروز اختلاف منعقد می‌شود.^۲

۱. مواد ۶۹۴ و ۶۹۵ قانون مدنی

۲. از دیگر سو، وجه اینکه طرفین در ضمن قرارداد اصلی رجوع به داوری را شرط نمی‌کنند مختلف است: ممکن است اساساً به هنگام انعقاد عقد به این امر فکر نکرده‌اند یا اگر در نظر داشته‌اند به توافق نرسیده و در آن لحظه از بیم به هم خوردن معامله در خصوص مکانیسم حل و فصل اختلاف احتمالی فعلاً سکوت اختیار کرده و سپس به توافق در این خصوص دست یافته‌اند.

د) مدت و تاریخ شروع داور

با توجه به اینکه دادگاه به شرح قرار عدم استماع صادره معتقد بوده است بدواً و در وضعیت فعلی صالح به رسیدگی به اختلاف قراردادی بین طرفین جز در فرض انتفای داور (مواد ۴۶۳، ۴۷۴ و ۴۸۱) یا انقضای مهلت قراردادی یا قانونی داور (ماده ۴۸۴) نیست از اینرو، جهت تأکید بر عدم صلاحیت خود در مقطع فعلی به عدم انقضای مهلت سه ماه قانونی و در نتیجه عدم ضرورت مداخله دادگاه جهت صدور رأی در ماهیت اختلاف استناد کرده است که البته امر درستی است. ولی به ویژه، تأکید دادگاه در دو موضع از رأی مبنی بر اینکه در شرط داور «ضمن العقد» (تعیین ظرف زمانی [مدت] برای آن) غیرممکن است، قابل نقد و انتقاد به نظر می‌رسد. در واقع، دادگاه می‌خواهد از کلی بودن موضوع شرط داور اینگونه استنتاج کند که در این طریق ارجاع اختلاف به داور، ذاتاً نمی‌توان پیشاپیش با تراضی و توافق مدت تعیین کرد و لاجرم، «مدت داور» [در اینگونه داورها] بر اساس تبصره ماده ۴۸۴... سه ماه از تاریخ ارجاع اختلاف به داور می‌باشد». چه، هیچگونه ملازمه‌ای بین فقدان موضوع یا کلی بودن موضوع در شرط داور با عدم امکان تعیین مهلت قراردادی برای داور نیست و طرفین چنین داور می‌توانند خواه در همان بدو انعقاد قرارداد داور قبل از بروز اختلاف و خواه پس از بروز آن، نسبت به تعیین مدتی که داور در آن فرجه مبادرت به اصدار رأی خواهد کرد، توافق کنند و اگر توافق نکنند، همان‌طور که دادگاه نیز به درستی اعلام کرده است، مدت داور به حکم قانون سه ماه از تاریخ ارجاع اختلاف به داور یا داوران خواهد بود^۱.

بلی، یک تفاوت عمده بین شرط داور و قرارداد مستقل داور آن نیز از جهت زمان شروع داور وجود دارد که بعضاً قضات محاکم به آن توجه نمی‌کنند^۲. در قرارداد مستقل

۱. چنانچه طرفین در قرارداد داور زمان مشخصی را برای صدور رأی توسط داوران تعیین کرده باشند یا این امر بدون ابهام از مجموع قرارداد اصلی و داور استنباط و استنتاج شود داور یا داوران موظف به رسیدگی و اعلام رأی در فرجه توافق شده هستند مگر آنکه مدت موصوف به تراضی طرفین تمدید شود. در صورتی که مهلتی در قرارداد تعیین نشده باشد به حکم تبصره ماده ۴۸۴ «... مدت آن سه ماه و ابتدای آن از روزی است که موضوع برای انجام داور به داور یا تمام داوران ابلاغ شود».

۲. برای نمونه، شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۰۰۸۳۲-۹۰/۷/۴ با توجه به اینکه داور با امضای خود ذیل قرارداد متضمن شرط داور، قبولی خود را اعلام کرده بود تاریخ قرارداد را به عنوان ابتدای شروع داور احتساب و با توجه به تاریخ صدور رأی توسط داور، دادنامه تجدیدنظرخواسته متضمن ابرام رأی داور را با این استدلال که مدت داور ۷ ماه به طول انجامیده است، نقض و حکم بر بطلان دعوی نخستین صادر کرده بود این در حالی است که فاصله بین بروز اختلاف تا زمان صدور رأی بسیار ناچیز و خلاصه در مهلت قانونی بوده است (پرونده کلاسه ۹۰۰۴۱۱).

داوری که پس از بروز اختلاف منعقد می‌شود، چنانچه داور یا داوران به وسیله یک طرف یا طرفین (و نه دادگاه) انتخاب شده باشند، ابتدای داورى لزوماً از تاریخى است که قبولی داور یا داوران اخذ شده است (ماده ۴۶۵). این حکم در مورد شرط داورى نیز که تعیین داور یا داوران توسط طرفین پس از بروز اختلاف صورت گرفته است، صادق و جاری است. با وجود این، در همین شرط داورى، در فرضى که داور یا داوران در زمان انعقاد قرارداد با قید امضای خود ذیل آن و یا به هر طریقى که مثبت اعلام قبولی است، موافقت خود را اعلام کرده باشند پر واضح است در چنین فرضى ابتدای داورى نمی‌تواند از تاریخ قبولی باشد چرا که اولاً، هنوز اختلافی ایجاد نشده است و ثانیاً، علی فرض بروز اختلاف، طرفین یا یکی از آنان باید به موجب اظهارنامه یا هر طریق قابل اثبات دیگر انجام داورى را از آنان درخواست نمایند که در این صورت ابتدای داورى از تاریخى است که موضوع جهت انجام داورى به آنان ابلاغ می‌شود^۱ (تبصره ماده ۴۸۴). حکم مزبور در موردی که داور یا داوران از سوی دادگاه تعیین می‌شوند، خواه در فرض مربوط به قرارداد مستقل داورى و خواه در شرط داورى، نیز صادق است (ماده ۴۶۸).

ه) انتفا و اقاله داورى

دادگاه جهت توجیه و نشان دادن درستی تصمیم خود مبنی بر عدم امکان استماع دعوا به دلیل وجود شرط داورى در قرارداد موضوع اختلاف، مضافاً به عدم عروض موارد اقاله و انتفای داورى که نتیجه آن جایگزینی و اعاده صلاحیت دادگاه نسبت به قرارداد موضوع اختلاف می‌باشد، استناد کرده است. این موارد که دادگاه نیز به آنها تأکید کرده است عبارتند از: تراضی کتبی یا اقاله داورى توسط طرفین (ماده ۴۸۱)، عدم صدور رأی در مدت قانونی یا

۱. البته، بعضاً این تصور وجود دارد که آنچه در تبصره ماده ۴۸۴ آمده است ناظر بر موردی است که داور یا داوران پیشتر با امضای ذیل قرارداد یا به هر طریق دیگر، قبولی خود را اعلام نکرده باشند و الا در صورت اعلام پیشاپیش قبولی، تاریخ شروع داورى نه از تاریخ ابلاغ یا درخواست انجام داورى از آنان بلکه از تاریخ بروز اختلاف خواهد بود. به نظر ما، این نظر و تصور صحیح نیست؛ ممکن است طرفین پس از بروز اختلاف نسبت به اقاله و تفاسخ قرارداد داورى اقدام کنند و یا اساساً داور یا داوران منتخب را که پیشاپیش قبولی آنان را اخذ کرده‌اند عزل و به جای آنان شخص یا اشخاص دیگری را جایگزین نمایند. بنابراین، ضرورت دارد که داور یا داوران پس از ملاحظه درخواست وارده مبادرت به انجام داورى کنند. این امر به ویژه در مواردی که احدی از طرفین داورى پس از توافق بر داورى و قبل از بروز اختلاف یا پس از آن ولی قبل از انجام داورى محجور شود، با توجه به لزوم مداخله ولی قهری یا قیم وی، حائز اهمیت بسیار است.

قراردادی توسط داور یا داوران به شرطی که طرفین به داوری اشخاص دیگر تراضی نکرده باشند (ذیل ماده ۴۷۴)، استنکاف یا عدم توانایی شخص معین به عنوان داور در رسیدگی به اختلاف البته به شرطی که به داوری شخص یا اشخاص دیگر توافق نکنند (ماده ۴۶۳). تا این مقدار بحثی نیست. آنچه بین حقوقدانان و نیز در رویه قضایی موجب اختلاف و تشتت آرا است همانا امکان اقاله ضمنی قرارداد داوری است. سؤال این است که با توجه به ماده ۴۸۱ که در مقام بیان مثال بارز از بین رفتن داوری یعنی تراضی کتبی و صریح طرفین است آیا تراضی و اقاله ضمنی و عملی نیز همین حکم را خواهد داشت؟ منظور این است که یکی از طرفین، دعوی موضوع شرط داوری را در دادگاه طرح کند و طرف دیگر بدون آنکه به صلاحیت دادگاه از این جهت ایراد کند، به دفاع در ماهیت دعوا بپردازد. برخی این امر را ممکن و برخی دیگر با استناد به ملاک مقرره مورد اشاره که تراضی مکتوب و صریح طرفین را جهت امکان اقاله داوری لازم دانسته است، فسخ ضمنی و عملی را رد کرده‌اند، کما اینکه رویه قضایی نیز در این خصوص مردد است.^۱

پاسخ به سؤال بستگی به این امر دارد که در رابطه با تکلیف یا عدم تکلیف قاضی به صدور قرار عدم استماع دعوا در فرض ملاحظه و وقوف بر شرط داوری، طرفدار کدام ایده

۱. برای ملاحظه یک رأی که مؤید اقاله ضمنی داوری است رک: دادنامه شماره ۲۲۱۲۰۱۸۰۶ مورخ ۸۸/۱۲/۲ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران. دادگاه در قسمتی از رأی خود اینگونه استدلال کرده است: «...نظر به اینکه اولاً، هر چند مطابق بند ۵ قرارداد مورخ ۸۲/۲/۱ تنظیمی فیما بین طرفین پرونده ناظر بر اعطای انحصاری دانش فنی تولید و مصرف مواد حاصل از روش ابداعی (اصلاح کلیه فوق روانسازی و روانسازی خنثی و زورگیر بتن به نوع دیرگیر و صنعتی آن توسط ماده سدیم گلوکونات فقط در قلمرو جغرافیایی ایران) مقرر گردیده در صورت بروز هر گونه مشکل و اختلاف در تفسیر یا اجرای قرارداد، موضوع به داوری ارجاع شود و اگر چه اطلاق مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی (بر خلاف داوری‌های موضوع قانون داوری تجاری بین‌المللی ۷۶ به ویژه ماده ۸ آن) ظاهراً مقتضی آن است که دادگاه به محض مشاهده و ملاحظه شرط داوری بنا به تکلیف و حتی بدون ایراد خواننده مبادرت به صدور قرار عدم استماع دعوا نماید الا اینکه در پرونده حاضر، علی‌رغم طرح دعوی موضوع قرارداد در دادگاه که در واقع به نوعی مرتبط و ناشی از اجرای قرارداد بوده، خواننده با وصف اطلاع و حتی اشاره به شرط داوری طی یک لایحه و بدون هر گونه ایراد به صلاحیت دادگاه، مبادرت به دفاع در ماهیت قضیه نموده و بدین ترتیب با تمکین به رسیدگی و صلاحیت دادگاه در واقع به طور ضمنی و نیمه صریح از شرط داوری عدول کرده و نوعی تفاسخ و اقاله در خصوص شرط داوری حاصل شده است. بنابراین، رسیدگی و صلاحیت دادگاه خالی از هرگونه خدشه و ایراد است...».

و طرز تفکر هستیم؛ چنانچه به تکلیف موصوف پایبند و معتقد باشیم در این صورت اصل بحث مربوط به اقاله ضمنی منتفی خواهد بود چرا که با صدور سیستماتیک قرار عدم استماع دعوا توسط قاضی حتی بدون ایراد خواننده، دیگر مجاللی برای ورود دادگاه به ماهیت و در نتیجه امکان دفاع برای خواننده باقی نمی‌ماند تا اساساً بحث اقاله ضمنی و عملی شرط داوری قابل طرح باشد، مگر آنکه دادگاه به وجود شرط داوری واقف نشود یا خواهان آن را از نظر دادگاه مکتوم نگاه دارد. ولی چنانچه به تکلیف مورد بحث معتقد و پایبند نباشیم به این معنی که برای قاضی تکلیفی در صدور قرار عدم استماع در فرض وقوف بر شرط داوری قائل نشویم، فقط در این صورت است که اقاله ضمنی قابل بحث خواهد بود.

به نظر ما، در فرضی که خواهان وجود شرط داوری را مکتوم نگاه دارد یا دادگاه علی‌رغم ملاحظه شرط داوری، با توجه به سکوت قانونگذار در این خصوص، تکلیفی برای صدور قرار عدم استماع دعوا احساس نکند و به رسیدگی خود ادامه دهد در این صورت باید بر آن بود که هرچند قانونگذار در بند ۱ ماده ۴۸۴ از باب تسهیل اثبات اقاله، تراضی کتبی یعنی صریح طرفین را جهت اقاله و از بین رفتن داوری لازم دانسته است ولی، چنانچه دادگاه با توجه به اوضاع و احوال قضیه متقاعد شود که خواننده با علم و اطلاع از حق ایراد خود مستند به شرط داوری، از این حق استفاده نکرده و در ماهیت دعوا به دفاع پرداخته است در این صورت نباید تردیدی در صحت اقاله قرارداد داوری و در نتیجه اعاده صلاحیت دادگاه به خود راه دهیم، ضمن آنکه این استنتاج با مبنا و ماهیت قراردادی داوری نیز انطباق دارد.

و) مرضی الطرفین بودن داور

دادگاه در فرازی از استدلال خود جهت نفی صلاحیت دادگاه، شخص داور را با ویژگی «مرضی الطرفین» توصیف کرده است هرچند به مجادلات موجود در خصوص این ویژگی و آثار و احکام آن وارد نشده است و اساساً، در قضیه حاضر ضرورتی برای چنین بحثی وجود نداشته است. با وجود این، اشاره‌ای ولو اجمالی به این مجادلات خالی از فایده نخواهد بود.

چنانچه طرفین در خصوص نحوه انتخاب و تعیین داور به ویژه در داوری‌های منفرد قید و تصریحی نداشته باشند در این صورت، اطلاق قرارداد داوری مقتضی آن است که شخص داور مرضی‌الطرفین باشد یعنی باید با توافق مشترک طرفین دعوا و اختلاف انتخاب شود. البته، با توجه به حکومت اراده، هیچ چیز مانع از آن نیست که طرفین در قرارداد خود یا خارج از آن در خصوص نحوه انتخاب داور و حتی داوران به نحو دیگری توافق نمایند، مثلاً اختیار تعیین داور را فقط به یکی از طرفین یا به شخص ثالثی به نام ناصب واگذار کنند، کما اینکه قانونگذار در ماده ۴۶۵ چنین امری را تجویز کرده است.^۱ بدین ترتیب، مرضی‌الطرفین بودن داور یا داوران که ناشی از مبنا و ماهیت قراردادی داوری است قید و صفت خاصی که نیازمند تصریح طرفین و در نتیجه موجب انتفای داوری در فرض عدم توافق طرفین باشد، نیست. مادام که اصل توافق بر داوری ولو با پابندی فقط یکی از طرفین به آن کماکان باقی باشد، چنانچه طرفین صرفاً در خصوص شخص داور به توافق نرسند این اختلاف نمی‌تواند اصل داوری را از بین ببرد. به همین دلیل است که قانونگذار به شرح مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ به طرفین یا یکی از آن دو اجازه داده است با مراجعه به دادگاه صلاحیتدار تعیین و نصب داور را درخواست نمایند، ضمن آنکه بنا به صریح ماده ۴۶۰، فرض عدم تراضی طرفین در خصوص شخص داور همانند فرضی تلقی شده است که داور فوت کند یا داور یکی از طرفین استعفا دهد یا مقام ناصب از تعیین داور امتناع کند و همان‌طور که مقرر مزبور تصریح می‌کند در کلیه این فروض، پس از ارسال اظهارنامه حاوی معرفی داور به طرف مقابل و عدم اقدام و اعلام نظر از ناحیه طرف یاد شده، به شرحی که ذیل ماده ۴۵۹ تکلیف و تجویز شده است، ذی نفع (به شرط بقا بر اصل داوری) حق دارد برای تعیین داور به دادگاه متوسل شود. از سوی دیگر، قانونگذار که خود مبادرت به تعیین موارد انتفای داوری به شرح مواد ۴۸۱ مرقوم کرده است اولاً، عدم تراضی طرفین در انتخاب داور مشترک را از موجبات از بین رفتن اصل داوری اعلام نکرده است. ثانیاً، نباید تصور شود ذیل ماده ۴۷۴ که در مقام بیان یکی از موارد انتفای داوری مقرر کرده است: «... در صورتی

۱. ماده ۴۶۵: «در هر مورد که داور یا داوران، وسیله یک طرف یا طرفین انتخاب می‌شود...».

که داوران در مدت قرارداد داوری یا در مدتی که قانون معین کرده است نتوانند رأی بدهند و طرفین به داوری اشخاص دیگر تراضی نکرده باشند، دادگاه به اصل دعوی وفق مقررات قانونی رسیدگی و رأی صادر می‌نماید»، دلیلی بر نظر معتقدین به انتفای داوری در صورت عدم تراضی بر شخص داور است. چه، مقرر موصوف به کلی منصرف از موضوع بحث حاضر است چرا که فرض تحقق موضوع این مقرره یعنی جایگزینی صلاحیت دادگاه جهت رسیدگی به اصل دعوا در صورت عدم تراضی «طرفین به داوری اشخاص دیگر»، زمانی است که داور یا داوران پیش‌تر، خواه توسط طرفین، خواه توسط دادگاه تعیین شده‌اند لکن به هر دلیل موجه یا غیر موجه در مدت قراردادی یا قانونی نتوانسته‌اند رأی دهند. قید «اشخاص دیگر» در مقرره مورد اشاره که غیر از شخص یا اشخاص تعیین شده قبلی هستند، در این منظور گویا است.

با وجود این، به نظر می‌رسد بخشی از دکترین و نیز رویه قضایی چنین اعتقادی ندارند. به نظر این گروه، در صورتی که ویژگی مرضی‌الطرفین در خصوص داور در قرارداد تصریح شده باشد ولی طرفین نتوانند بر روی یک شخص جهت تفویض سمت داوری به وی به توافق و تراضی دست یابند در چنین وضعیتی، اساس داوری منتفی و دعوای مربوط به تعیین داور قابل استماع نخواهد بود به این معنی که طرفین مکلف خواهند بود دعوای ماهیتی را در دادگاه طرح کنند. این نظری است که شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۲۶۱ مورخ ۸۵/۲/۳۱ در قالب عبارات زیر اختیار کرده است:

«... نظر به اینکه حسب ماده ۱۰ قرارداد امر داوری مطلق نبوده بلکه با وصف مرضی‌الطرفین [بودن انتخاب داور] امکان پذیر بوده که در ما نحن فیه این امر [توجهاً به رد داور معرفی شده از سوی تجدیدنظرخواه و معرفی دو نفر داور دیگر از سوی تجدیدنظرخوانده] محقق نشده است بنابراین موضوع داوری منتفی بوده و دعوی ماهیتی می‌باید در مراجع قضایی مطرح گردد...».

ولی، لازمه تبعیت از این نظر آن است که داوری‌های ملی مطروحه بر اساس باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی را از یک سو به داوری‌هایی که از جهت تعیین صفت داور اطلاق داشته و در آنها قیدی در این خصوص که باید مرضی طرفین باشند یا خیر وجود ندارد و از

دیگر سو به داوری‌هایی که از این جهت یعنی قید ویژگی مرضی‌الطرفین صریح هستند، تقسیم و از نقطه نظر صلاحیتی بین آنها قائل به تفکیک شویم به این معنی که در فرض اول یعنی اطلاق داوری از جهت صفت مزبور، امر تعیین داور در صورت عدم تراضی طرفین بر یک شخص معین، مطابق ماده ۴۶۰ توسط دادگاه صورت خواهد گرفت. ولی، در فرض دوم یعنی تصریح بر ویژگی موصوف، همان‌طور که شعبه پانزدهم معتقد است، در صورت عدم تراضی بر یک شخص معین، اساس داوری منتفی و موضوع اختلاف باید در دادگاه مطرح شود و دیگر مجالی برای مداخله دادگاه جهت تعیین و نصب داور وجود ندارد و اگر هم چنین دعوی در دادگاه طرح شود قابل استماع نخواهد بود!

ولیکن، همان‌طور که اشاره شد، با توجه به مبنای قراردادی داوری و اینکه صفت مرضی‌الطرفین صفت کلیه داوران قطع نظر از تصریح یا عدم تصریح به آن می‌باشد، به نظر ما بنا به استدلال‌های پیشین، چنین تفکیکی بلاوجه و فاقد مستند قانونی است. بنابراین، در فرض عدم تراضی طرفین بر یک داور و یا سرداور که معمولاً با ارسال اظهارنامه رسمی از سوی یک طرف و پاسخ طرف مقابل مبنی بر عدم رضایت بر فرد معرفی شده صورت می‌گیرد تنها طریق، رجوع طرفین یا احدی از آنان به دادگاه صلاحیتدار و درخواست تعیین و نصب داور یا سرداور می‌باشد، مگر آنکه موجبات انتفای قانونی داوری به شرحی که در قسمت (ه) این نوشتار از نظر گذشت، حادث شود. بعلاوه، پذیرش استدلال شعبه پانزدهم که نتیجه آن رد دعوی تعیین داور در فرض عدم تراضی طرفین بر یک داور معین و لزوم مراجعه به دادگاه جهت طرح دعوی ماهیتی است، این نتیجه منطقی را به دنبال خواهد داشت که آن را در فرض دیگر یعنی عدم توافق و تراضی طرفین در انتخاب سرداور که مطابق مواد ۴۵۹ و ۴۶۴ با توافق طرفین تعیین می‌شود نیز بپذیریم این در حالی است که ماده ۴۵۹ تعیین سرداور یا داور ثالث را در فرض عدم تراضی صریحاً از وظایف دادگاه

۱. ر.ک: دادنامه شماره ۱۰۳۵ مورخ ۸۴/۱۰/۱۰ صادره از شعبه ۲۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران. در واقع شعبه ۱۵ تجدیدنظر در تجدیدنظرخواهی از همین دادنامه است که قرار دادگاه بدوی مبنی بر مردود بودن دعوا به دلیل عدم ارسال اظهارنامه از طریق مراجع قانونی البته با استدلالی دیگر یعنی منتفی شدن داوری به دلیل عدم تراضی طرفین و لزوم رسیدگی ماهوی به دعوا در مراجع قضایی به اعتبار نتیجه آن تأیید کرده است.

صلاحیت‌دار قرار داده است که نشان می‌دهد دعوی تعیین داور در چنین فرضی مسموع بوده و داوری کماکان پابرجاست.

ز) صفات و ویژگی‌های شخصی داور یا داوران

اگر مرضی‌الطرفین بودن داور با توجه به مبنای قراردادی داوری، ویژگی عام کلیه کسانی است که به عنوان داور امر حل و فصل دعاوی و اختلافات را بر عهده می‌گیرند و برخلاف آنچه ادعا شده است، قید این ویژگی در قرارداد داوری واجد آثار و احکام خاصی از جهت بطلان داوری در فرض عدم حصول تراضی به داوری یک یا چند نفر نیست با وجود این، طرفین می‌توانند ویژگی خاصی را در داور یا داوران شرط کنند؛ مثلاً دارا بودن تخصص در موضوع اختلاف یا هر صفت دیگری از قبیل سن یا شغل معین. در فرضی که داور یا داوران فاقد صفتی باشند که وجود آن شرط شده است در این صورت مکلفند این امر را اطلاع دهند در غیر این صورت مقام ناصب (در فرضی که تعیین و نصب داوران بر عهده شخص ثالث قرار داده شده باشد) یا طرفین یا یکی از آنان حسب مورد نه تنها حق عزل یا جرح و رد آنان را خواهند داشت و رأی داوری صادره نیز می‌تواند با بطلان مواجه شود بلکه، داوری که فقدان صفت مورد شرط را اطلاع نداده است، مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود. از سوی دیگر، به عنوان یک مبنای مشترک با قضاوت ملی، داور یا داوران باید بی‌طرف و مستقل باشند به این معنا که باید هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب تردیدهای موجه در خصوص استقلال یا بی‌طرفی آنان می‌شود اعم از آنکه منشاء آن قبل از داوری باشد یا در طول رسیدگی حادث شود، اطلاع دهند. مثلاً، وجود رابطه خویشاوندی با یکی از طرفین یا سهیم بودنشان در موفقیت یا عدم موفقیت یکی از طرفین در دعوا. منظور این است که مثلاً داور سهامدار یا شریک در شرکت یکی از طرفین دعوا باشند، مگر آنکه طرفین با علم به این امر، به داوری شخص ذی‌نفع تراضی و توافق کرده باشند که در این صورت انتخاب وی به عنوان داور، ظاهراً ایرادی نخواهد داشت. در واقع، همین امر وجه تقنین ماده ۴۶۹ قانون آیین

دادرسی مدنی است. چه، از نظر قانونگذار فقدان استقلال و بی‌طرفی در اشخاص احصا شده در این مقررہ مفروض است و به همین دلیل، آنان را جز با تراضی طرفین، از داور شدن ممنوع کرده است.^۱ هر چند حکم مقید در این ماده ناظر بر موردی است که تعیین داور یا داوران توسط دادگاه انجام می‌گیرد ولی، حکم موصوف در صورتی نیز که تعیین داور یا داوران توسط طرفین و بدون اطلاع از وجود یک یا چند مورد از اوصاف ممنوعه هشت‌گانه مقید در آن به عمل می‌آید، جاری است و در صورت احراز و اثبات هر یک از این موارد، از موجبات بطلان رأی داوری خواهد بود، ضمن آنکه عدم ذکر این مورد در ماده ۴۸۹ به عنوان یکی از موارد بطلان رأی داوری، نمی‌تواند دلیل اعتبار آن تلقی شود.

با وجود این، به نظر می‌رسد تراضی بر داوری اشخاص موضوع این مقررہ را نمی‌توان به طور مطلق مسقط حق اعتراض بعدی طرفین یا یکی از آنان در فرض ادعای خروج داور یا داوران موصوف از بی‌طرفی و استقلال دانست. دلیل این امر واضح است: تجویز انتخاب این قبیل افراد به عنوان داور در فرض وجود رضایت به داوری آنان، نباید به این معنی تفسیر شود که بدین ترتیب طرفین رأی آنان را حتی اگر بنا بر مفروض طرفدارانه صادر شود، پیشاپیش پذیرفته‌اند.

به اعتقاد ما، چنین استتاجی پذیرفتنی نیست و خلاف قواعد عدالت به عنوان یکی از قواعد مبنایی دادرسی است. چرا که بی‌طرفی و استقلال در هر شرایطی (وجود یا عدم وجود یکی از ویژگی‌های مقید در ماده ۴۶۹ در شخص داور)، باید همواره به عنوان یکی از اوصاف داور یا داوران و مآلاً ویژگی ممیزه رأی صادره اخذ شود در غیر اینصورت، همان‌طور که گفته شد، احراز فقدان بی‌طرفی و استقلال در هر مورد، موجب بطلان رأی داور خواهد شد. نکته مهم دیگری که ذکر آن در اینجا ضروری به نظر می‌رسد این است که اولاً، برخلاف قضات عرفی و شرعی که به ترتیب وجود صفات و ویژگی‌های خاصی در آنها مانند دارا بودن دانش قضایی و حقوقی و نیز اجتهاد در احکام شرط است، داور لازم نیست حتماً دارای تحصیلات

۱. البته، اشخاص موضوع ماده ۴۷۰ یعنی قضات اعم از آنکه شاغل باشند یا غیر شاغل (در این رابطه رک: نظریه مشورتی شماره ۷/۷۸۶۲-۸۰/۸/۲۷-۷/۸۰/۸/۲۷-۷/۷۸۶۲ اداره کل حقوقی قوه قضائیه) و همچنین کارمندان اداری شاغل در محاکم قضایی را حتی در صورت تراضی طرفین، نمی‌توان به عنوان داور انتخاب کرد.

حقوقی و یا آشنا به مبانی و مبادی احکام و ویژگی‌های اختصاصی و انحصاری دیگری باشد که برای قضاات یاد شده وجود آنها الزامی است. بنابراین، طرفین یک قرارداد یا یک اختلاف می‌توانند هر شخص رشید و دارای ۲۵ سال سن^۱ (مگر آنکه به فرد بالغ کمتر از این سن تراضی کنند) را بدون توجه به شغل، رتبه اجتماعی یا تعلق قومی و مذهبی وی، به عنوان داور انتخاب کنند، کما اینکه در قضیه حاضر همان طور که از دادنامه موضوع این نوشتار استفاده می‌شود، داور منتخب همان صاحب و مالک بنگاه معاملات ملکی بوده است که طرفین در دفتر وی قرارداد مشارکت موضوع دعوا را منعقد کرده بوده‌اند.

البته باید توجه داشت در داوری‌های صنفی که معمولاً در قراردادهای نمونه مربوط به اصناف و حرفه‌های خاص مرسوم است، طرفین قرارداد با امضای آن به طور ضمنی می‌پذیرند حل اختلاف توسط سازمان و صنفی که طرفین به آن تعلق دارند و نیز توسط داورانی که اهل همان صنف یا حرفه بوده و به عرف تجاری صنف خود بیشتر از دیگران واقفند، مورد رسیدگی قرار گیرد. این در حالی است که در سازمان‌های داوری غیر صنفی اعم از ملی و بین‌المللی مانند اتاق داوری ایران یا اتاق بازرگانی بین‌المللی، داور یا داوران عمدتاً حقوقدان هستند. آنچه فوقاً گفته شد مربوط به داوری‌های سازمانی است و الا در داوری‌های ملی موردی، داور یا داوران منتخب عملاً در بیشتر موارد غیر حقوقدان و صرفاً مورد اعتماد و وثوق طرفین هستند مگر آنکه در قرارداد داوری به حقوقدان بودن آنها به عنوان یک شرط خاص تصریح شود.