

## گزارش نشست قضایی؛ عدم توافق طرفین در انتخاب داور مرضی الطرفین

مهدی کارچانی\*

هدی مددی\*\*

شصت و پنجمین جلسه نقد رأی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران روز سه‌شنبه مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۱۹ در سالن ولایت مجتمع امام خمینی با موضوع «عدم توافق طرفین در انتخاب داور مرضی الطرفین» با محوریت نقد آراء شعب ۳۷ و ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با حضور جمعی از قضات این دادگاه برگزار گردید.

### طرح بحث:

باب هفتم قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی از ماده ۴۵۴ تا ماده ۵۰۱ این قانون به مقررات داورى اختصاص یافته است. داورى عبارت است از رفع اختلاف فی‌مابین اشخاص از طریق واگذاری آن به حکمیت اشخاصی که طرفین دعوی آن‌ها را به توافق خود انتخاب می‌نمایند، ممکن است انتخاب داور به شخص ثالث یا دادگاه محول گردد. از جمله محاسن ارجاع امر به داورى برای حل و فصل اختلافات اشخاص، سرعت در حل اختلاف و کم‌هزینه بودن آن و عدم لزوم تشریفات پیچیده دادرسی و نیز به لحاظ تعامل طرفین دعوی با داور یا داوران و در صورت انتخاب صحیح داور متخصص بودن و آشنایی وی با موضوع اختلاف از حیث نتیجه بهتر می‌باشد. با این وصف در بعضی از موارد در قرارداد بین طرفین با وجود تصریح به حل اختلاف از طریق داور یا داوران مرضی الطرفین، داوران مشخص نمی‌گردند و در زمان بروز اختلاف نیز تراضی بین طرفین برای تعیین داور حاصل نمی‌گردد. در چنین مواردی اختلاف نظر وجود دارد. بعضی محاکم به استناد ماده ۲۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی شرط داورى را

به لحاظ عدم تراضی طرفین در تعیین داور منتفی دانسته و اعتقاد به صلاحیت دادگاه دارند. در مقابل برخی دیگر با استناد به ماده ۴۵۹ قانون مرقوم معتقدند طرفین می‌توانند از طریق دادگاه تقاضای تعیین داور نمایند و داور منتخب دادگاه داور مرضی‌الطرفین محسوب و صالح به اظهار نظر می‌باشد.

## آراء مورد نقد

۱. شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی به شرح دادنامه شماره ۱۵۵۱ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۱ قرار رد دعوی خواهان‌ها به طرفیت خواندگان مبنی بر تعیین داور را صادر نموده است. شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شرح دادنامه شماره ۰۱۵۵۵ مورخ ۱۳۹۶/۹/۲۶ با این استدلال که قید مرضی‌الطرفین دلالتی بر آن ندارد که طرفین الزاماً باید رأساً بر انتخاب داور یا داوران تراضی نمایند بلکه ممکن است پس از تعیین داور توسط مقام ناصب و انتخاب آن متعاقبین بر داور منصوب تراضی نمایند و با این وصف انتخاب داور توسط دادگاه را تجویز و قرار رد دعوی را نقض و پرونده را برای ادامه رسیدگی به دادگاه بدوی اعاده نموده است. (پرونده نخست)
۲. شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران راجع به تجدیدنظرخواهی از دادنامه شماره ۹۵۰۸۵۳ شعبه سوم دادگاه عمومی دماوند متضمن حکم بر بی‌حقی تجدیدنظرخواه در دعوای ابطال رأی داوری با این استدلال که قرارداد مشارکت مستند دعوی واجد شرط داوری بوده لیکن داوری مذکور واجد وصف مرضی‌الطرفین برای داور واحد بوده بدین نحو که داوری مذکور به لحاظ وصف مذکور مقید بوده؛ لذا طرفین درخصوص حل اختلاف حاصل شده با اوصاف مذکور حکمیت را به عهده داوری قرار می‌دهند که مورد رضایت آن‌ها باشد و مفهوم مخالف اینکه عدم تحقق وصف مذکور عدم رضایت ارجاع به داوری در حل اختلاف است؛ بنابراین وصف مذکور هم در ارجاع اختلافات به داوری به شرح ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی واجد اثر بوده و هم در انتخاب داور. از این جهت موضوع منصرف از مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون سابق‌الذکر می‌باشد. با این توضیح که تراضی موضوع ماده ۴۶۰ قانون مذکور مراجعت به داوری مطلق دارد نه مقید و از

نوع شرایط اجرایی است در حالی که وصف مرضی‌الطرفین شرط ایجاد داوری می‌باشد؛ بنابراین موضوع منصرف از صلاحیت دادگاه جهت تعیین داور می‌باشد. و با این وصف با احراز صلاحیت دادگاه دادنامه تجدیدنظرخواسته را نقض و حکم به ابطال رأی داوری صادر نموده است. (پرونده دوم).

#### مشخصات پرونده نخست

شماره پرونده: ۹۵۰۹۹۸۰۲۲۶۱۰۰۲۵۲

شماره دادنامه: ۹۶۱۰۱۱۰۲۲۱۵۰۱۵۵۵

مرجع صدور: شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

تاریخ صدور: ۱۳۹۶/۹/۲۶

#### متن رأی

«تجدیدنظرخواهی خانم الف.م. و آقای ع.ب. به وکالت از آقای م.ع. و خانم س.ع. به طرفیت آقایان و خانم‌ها م. و ح. ح. ا.ک. و م.ر. از قرار ۱۵۵۱ مورخ ۹۵/۱۲/۱۲ صادره از شعبه محترم یک دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن قرار رد تعیین داور به جهت انتقال قرارداد اصدار یافته اولاً استدلال دادگاه بر انتقال قرارداد با لحاظ اینکه کلیه طرفین دعوی طی قرارداد مشارکت محسوب می‌گردد نه خلاف مفاد قرارداد بوده ثانیاً هرچند طرفین در بند ۹-۶ رسیدگی به اختلاف را به داور مرضی‌الطرفین ارجاع نموده‌اند. رویه قضایی قید مرضی‌الطرفین ممنوعیت نصب داور توسط مقام ناصبی خارج از توافق طرفین محل نموده‌است. ولی با عنایت به اینکه ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان و آپارتمان اجازه نصب داور مرضی‌الطرفین را به مقام ناصب خارج از توافق طرفین اعطا نموده است. ثالثاً با عنایت به اینکه هرچند قید تراضی داوری را مقید به داوری شخص یا اشخاصی مورد تراضی طرفین می‌کند ولی قید موصوف دلالتی بر آن ندارد که طرفین الزاماً باید رأساً بر انتخاب داور یا داوران تراضی کنند، بلکه ممکن است پس از تعیین داور توسط مقام ناصب و انتخاب آن متعاقباً بر داور منصوب تراضی نمایند او را مورد ایراد قرار ندهند و اصولاً بدیهی است که طرفین که با یکدیگر نزاع دارند و داور منتخب طرف مقابل را قبول نداشته و به آن توافق ندارند و علی‌هذا هرگاه مقام ناصب داور شرط داوری مرضی‌الطرفین را انتخاب و طرفین ایراد جرحی نسبت به آن به عمل نیآورده و در روند داوری حاضر و دفاع ننمایند، دلالت بر اجابت قید تراضی دارد. رابعاً هرچند اصل خواسته تعیین داور به جهت اینکه دعوی محسوب نمی‌گردد، قابلیت تجدیدنظرخواهی را ندارد و به حکم ماده ۳۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار ابطال و یا رد دادخواست و عدم استماع

دعوی نیز در این مورد باید قطعی باشد؛ ولی از آن جا که هرگاه طرفین نسبت به تسری یا عدم تسری شرط داوری اختلاف داشته باشند این اختلاف دعوی محسوب و از نوع دعای غیرمالی است که قابلیت تجدیدنظرخواهی دارد و با عنایت به اینکه رأی موصوف خلاف مقررات اصدار یافته باعث تضییع حقوق طرفین در مراجعه به قاضی قراردادی می‌گردد و دادگاه برای حفظ قانون مستنداً به مواد ۳۴۸ و ۳۵۳ قانون فوق آن را نقض و پرونده را جهت ادامه رسیدگی اعاده می‌دهد. رأی قطعی است.»

### مشخصات پرونده دوم

شماره پرونده: ۹۵۰۹۹۸۲۲۱۰۳۰۰۴۰۷

شماره دادنامه: ۹۶۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۰۵۴

مرجع صدور: شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

تاریخ صدور: ۱۳۹۶/۹/۲۲

### متن رأی

«تجدیدنظرخواهی خانم م.م. بطرفیت آقایان ۱- ا.ر. ۲- ع.ن. از دادنامه شماره ۹۵۰۸۵۳ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان دماوند متضمن حکم بی‌حقی تجدیدنظرخواه در طرح دعوی ابطال رأی داوری به لحاظ عدم انطباق با موارد موضوع ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی بطرفیت تجدیدنظرخوانده ردیف اول و صدور قرار رد دعوی به طرفیت تجدیدنظرخوانده ردیف دوم به لحاظ عدم ذی‌نفع بودن مستند به بند ۴ ماده ۸۴ و ۸۹ قانون سابق الذکر می‌باشد. با عنایت به محتویات پرونده‌های تعیین داور کلاسه ۹۵۰۵۲ و کلاسه ۹۵۰۲۵۳ ابلاغ رأی داور و فراهم بودن شرایط قانونی جهت استماع تجدیدنظرخواهی براساس محتویات پرونده حاضر ملاحظه می‌شود که قرار رد دعوی صادرشده با عنایت به اینکه تجدیدنظر در قرارداد مشارکت موضوع شرط داوری واجد وصف داوری بوده است که از این جهت ذی‌نفع نبودن مشارک به مفروض است و قرار مواجه با ایراد اساسی نبوده به شرح ماده ۳۵۳ قانون سابق الذکر به تأیید آن اظهارنظر می‌شود. در مورد تجدیدنظرخواهی به طرفیت تجدیدنظرخوانده ردیف اول و حکم بی‌حقی صادر شده نظر به اینکه مفاد قرارداد مشارکت به شرح بندهای متفاوت خصوصاً بند ۴ ماده ۱۶ واجد شرط داوری بوده، لیکن داوری مذکور واجد وصف مرضی‌الطرفین برای داور واحد بوده بدین نحو که داوری مذکور به لحاظ وصف مذکور مقید بوده لذا طرفین در خصوص حل اختلاف حاصل شده با اوصاف مذکور حکمیت را به عهده داوری قرار می‌دهند که مورد رضایت آن‌ها باشد و مفهوم مخالف اینکه عدم تحقق وصف مذکور عدم رضایت ارجاع به داوری در حل اختلاف است؛ بنابراین وصف مذکور هم در ارجاع اختلاف به داوری بشرح ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی واجد اثر بوده و هم در انتخاب داور. از این جهت

موضوع منصرف از مواد ۴۶۰-۴۵۹ قانون سابق‌الذکر می‌باشد با این توضیح که تراضی موضوع ماده ۴۶۰ قانون مذکور مراجعت به داوری مطلق دارد نه مقید و از نوع شرایط اجرایی است درحالی‌که وصف مرضی‌الطرفین شرط ایجاد داوری می‌باشد؛ بنابراین موضوع منصرف از صلاحیت دادگاه جهت تعیین داور می‌باشد، با توجه به اینکه در مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۲۵ به خواهان اصلی ابلاغ گردید و معرفی داور از طرف خواهان خارج از مهلت قانونی ده روز موضوع ماده ۴۵۹ قانون مذکور می‌باشد که در مورخ ۹۵/۲/۲۱ ابلاغ گردیده نمی‌تواند توافق جدید با توجه به خارج از مهلت بودن تلقی شود که به اعتبار آن و دادگاه صلاحیت تعیین داور را داشته باشد (هرچند که در فرض توافق دادگاه می‌بایست هیئت داوری معین کند نه داور واحد) و این امر به شرح لایحه ۹۵/۲/۳۰ ص ۳۱ پرونده تعیین داور مورد اعتراض و کیل تجدیدنظرخواه واقع گردیده، بنابراین با توجه به اینکه بحث صلاحیت از قواعد آمره می‌باشد و تعیین داور توسط دادگاه سلب حق اعتراض به صلاحیت دادگاه در تعیین داور و صلاحیت داور به شرح ماده ۴۸۹ قانون مذکور نبوده بنابراین با وصف عدم تحقق اراده طرفین در تعیین داور با وصف مرضی‌الطرفین و عدم احراز توافق ثانوی بر داوری مطلق حاکمیتی به شرح ماده ۴۵۴ قانون مذکور برای حل اختلاف توسط داور احراز نمی‌شود با احراز صلاحیت دادگاه به عنوان مرجع تظلم‌خواهی بشرح بند ۶ ماده ۴۸۹ و ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی با نقض دادنامه مورد اعتراض حکم به ابطال رأی داوری موضوع دعوی نخستین صادر و اعلام می‌نماید و در مورد خسارات دادرسی دعوی نخستین بلحاظ عدم احراز رکن تسبیب به شرح ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر بطلان دعوی صادر و اعلام می‌گردد. رأی دادگاه قطعی است.»

رئیس شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه

## متن نشست

### آقای اهواری (معاون قضایی رئیس کل دادگستری استان تهران)

موضوع حاضر نقد نهاد داوری است. داوری از نهادهای بسیار مهمی است که به لحاظ همین اهمیت مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی را به خود اختصاص داده است. یکی از سیاست‌های قوه قضاییه برون‌سپاری است. بعضی قضای تحکیم را به عنوان داور شناسایی کرده‌اند که اگر برای طرفین اختلافی ایجاد شد خود ایشان قضاوت را به شخصی واگذار نمایند. نهاد داوری موجب کاهش ازدحام در مراجع قضایی و عدم ورود انبوه پرونده‌ها به دادگستری می‌گردد. چنانچه فرآیند رسیدگی از طریق داوری صحیح صورت گیرد و داور منتخب، متخصص و آگاه به موضوع اختلاف باشد داوری از حیث نتیجه هم می‌تواند موجبات

رضایت‌مندی طرفین را فراهم آورد. مضاف بر اینکه دستگاه قضایی به دلیل عدم ورود در اختلاف، دخیل در موضوع نیست.

دو رأی در رابطه با «داور مرضی‌الطرفین» مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد که فروض و دیدگاه‌های متنوعی در مورد آن‌ها مطرح است. فرضی که خود طرفین در قرارداد داور را تعیین می‌نمایند، محل بحث حاضر نیست. در این مقال فرضی بررسی خواهد شد که شرط داوری در قرارداد موجود است و قید شده است که یک داور مرضی‌الطرفین باید در اختلاف میان طرفین نظر دهد، اما در انتخاب داور مرضی‌الطرفین در زمان حصول اختلاف بین ایشان اختلاف نظر ایجاد می‌گردد. یکی از طرفین حاضر به معرفی داور نیست و «داور مرضی‌الطرفین» که توسط طرفین قرارداد تعیین می‌گردد، مفقود است.

اختلاف بر سر آن است که عده‌ای همان‌طور که در رأی و نظرات همکاران استدلال شده است، اعتقاد دارند که به لحاظ وجود قید «مرضی‌الطرفین» در این داوری و فقدان تراضی برای تعیین داور شرط داوری منتفی و صلاحیت عام مراجع قضایی حاکم است. نظر مخالف این است که شرط داوری منتفی نیست و طرفین در صورت ناتوانی در تراضی جهت انتخاب داور به دادگاه مراجعه می‌کنند.

گاهی در وهله نخست در اظهارنامه اعلام می‌گردد طرفین داور خویش را معرفی نمایند و در صورت عدم معرفی داور توسط طرف مقابل از دادگاه تقاضای تعیین داور می‌شود. از آنجایی که شرط داوری وجود دارد اما تراضی برای انتخاب داور وجود ندارد، دادگاه است که باید داور را انتخاب کند. مواد ۴۵۹ و ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی که در همین خصوص است که البته ممکن است مواد دیگری هم مورد استناد قرار بگیرد.

### دکتر یعقوبی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

در ارتباط با موضوع مورد بحث باید گفت در صورتی که طرفین در شرط داوری «مرضی‌الطرفین» بودن را قید کنند، داور باید مرضی‌الطرفین باشد. حال چنانچه در شرط داوری این قید وجود داشته باشد و طرفین اختلاف داشته ولی داور را انتخاب نکنند آیا مقام ناصب که در این جا دادگاه باشد می‌تواند داور مرضی‌الطرفین را انتخاب کند یا خیر؟

در خصوص موضوع، نظراتی بیان شده‌اند و بعضی اعتقادشان بر این است که چون قید «مرضی‌الطرفین» است این قید اطلاق شرط داوری را از بین می‌برد و دادگاه و مقام ناصب نمی‌توانند در این فرض نصب داور کنند. بعضی دیگر اعتقادشان بر این است که این قیدی نیست که اطلاق شرط را از میان برد، بلکه قیدی تأکیدی است و نظرشان بر این است که دادگاه می‌تواند به استناد قانون نصب داور کند چراکه این قید در قانون پیش‌فروش آپارتمان‌ها نیز موجود است.

در قانون پیش‌فروش آپارتمان‌ها عنوان «داور مرضی‌الطرفین» بیان شده است اما اگر طرفین در انتخاب داور تراضی نکنند، دادگاه نصب داور می‌کند. شعبه ۱۵ نظر بنیابین را انتخاب کرده است. در جایی که شرط داوری قید مرضی‌الطرفین را دارد، گستره این قید تا زمان نصب داور توسط خود طرفین نیست بلکه می‌توان زمان این قید را توسعه داد و تا هنگامی که دادگاه داور را نصب می‌کند، این قید را مدنظر داشت. در صورتی که طرفین به داوری که دادگاه نصب می‌کند تراضی داشته و در روند دادرسی داوری، اعتراض و ایرادی نسبت به داور نداشته باشند، قید مذکور نیز حاصل شده است؛ چراکه برابر قانون خوانده می‌تواند ضمن ایرادات، دفاع ماهوی هم انجام دهد.

حال اگر خوانده‌ای در داوری با قید «مرضی‌الطرفین» در روند دادرسی داوری شرکت می‌کند و به صلاحیت داور ایرادی ندارد، چه لزومی دارد که رأی داور را به این جهت که شرط داوری دارای قید مرضی‌الطرفین بوده، بی‌اعتبار تلقی کرد، درحالی‌که طرفین از حیث صلاحیت داور نسبت به رأی تمکین کرده‌اند. در صورتی که طرفین از جهت ماهیت نسبت به رأی داور ایراداتی داشته باشند، دادگاه به آن ایرادات رسیدگی می‌کند ولی آنها نسبت به صلاحیت داور تمکین کرده‌اند و از این جهت اعتراضی ندارند لذا دادگاه به این جهت رأی داور را نقض نمی‌کند.

### آقای افراشی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

اگر فرض پرسش را پاسخ دهیم، به این مفهوم که طرفین در قراردادی به انتخاب داور مرضی‌الطرفین توافق کنند، در حالی که قاعده آمره این نباشد و قانون آمره برای تعیین تکلیف نیز وجود نداشته باشد، پاسخ به این شکل می‌شود که چون اراده طرفین به تعیین داور «مرضی‌الطرفین» قرار دارد یعنی یک صفت علاوه بر صرف تعیین داور تعلق گرفته است، اراده طرفین نافذ بوده و مخالف قانون آمره

نیست؛ پس این‌جا اگر توافقی به داور مرضی‌الطرفین حاصل نشود، صلاحیت دادگاه برقرار می‌شود و شرط داوری منتفی است.

همان‌طور که در رأی شعبه ۱۵ به قانون پیش‌فروش ساختمان‌ها اشاره شده، اگر این قانون را لازم‌الاجرا بدانیم و در آن شکی نباشد ماده ۲۰ تصریح دارد یک داور از طرف فروشنده و یک داور از سمت خریدار و داور سوم به انتخاب طرفین تعیین می‌شود و اگر در مورد داور مرضی‌الطرفین توافق حاصل نشود، داور سوم با معرفی رئیس دادگستری انتخاب می‌شود. در این مورد قانونی وجود دارد که مشکل را حل می‌نماید. پس در ارتباط با رأی شعبه ۱۵ می‌توان گفت به شرطی که قانون پیش‌فروش را لازم‌الاجرا بدانیم، این نظر به نوعی قابل پذیرش است. اما شعبه ۳۷ استدلالی کلی به این شرح بیان کرده است: اگر شرط داوری مقید به «داور مرضی‌الطرفین» شده باشد و توافقی حاصل نشده باشد، پس داوری کنار گذاشته می‌شود و اصل صلاحیت دادگاه برقرار است. در فرض موضوع اعتقاد بر این است که طرفین با اختیاری که داشته‌اند اختلاف‌شان را به یک داور رجوع داده‌اند که مورد رضایت‌شان باشد و چنانچه خارج از این موضوع عمل شود و مجوز تعیین داور به دادگاه اعطا شود، خلاف اراده طرفین اختیار ایشان را سلب کرده و به آن تخصیص زده‌ایم؛ در صورتی که خود طرفین پیش‌تر شرط گذاشته‌اند که داور مورد رضایت ایشان باشد. به عبارت ساده‌تر هنگام حدوث اختلاف‌ها طرفین اعلام می‌کنند، دادگاه را صالح نمی‌دانیم ولی یک داور جهت حل اختلاف که با هر دو طرف آشنایی داشته باشد تعیین شود.

حال اگر این شرط را به همین صورت ساده در قرار وارد کنند، به طور مثال بیان شود «ما داور را بشناسیم و قبول کنیم» اما ذکری از «مرضی‌الطرفین» در قرارداد نباشد، آیا می‌توان به طرفین گفت از آن‌جایی که این فرد مورد شناخت و قبول نیست شما اشتباه کرده‌اید و باید دادگاه داور را تعیین کند؟ اعتقاد این است که وقتی شرایط مذکور در داور مرضی‌الطرفین وجود نداشته باشد، صلاحیت دادگاه و شرط داوری منتفی است.

### آقای توکلی (رئیس شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

به نظر می‌رسد موضوع تا حدودی روشن است و قانون از صراحت لازم



برخوردار است. البته یک فرض مطرح است که طرفین بر داور واحد و شخص معین توافق و تراضی نموده، یک مصداق تعیین می‌کنند که این فرض مشمول ماده ۴۶۳ است ولی آن داور نمی‌خواهد نظر دهد. هرگاه طرفین ملتزم شده باشند که در صورت بروز اختلاف بین آن‌ها شخص معینی داوری نماید و آن شخص نخواهد یا نتواند داوری کند، این‌جا شرط داوری منتفی شده و موضوع در صلاحیت دادگاه قرار می‌گیرد.

اما فرض پرسش زمانی است که طرفین به‌طور اطلاق با ارجاع به داوری موافق هستند، شرط داوری درج می‌شود ولی مصداق تعیین نمی‌کنند؛ در واقع شخص واحدی به عنوان داوری تعیین نمی‌شود. در این فرض هم به نظر می‌رسد ماده ۴۶۰ صراحت لازم را دارد. البته فروض مختلف است و شقوق مختلف مربوط به فرض این مسئله به شرح ذیل است: در مواردی که مقرر گردیده است حل اختلاف به یک نفر داور ارجاع شود و طرفین نخواهند یا نتوانند در انتخاب داور تراضی نمایند. حال پس از این مرحله طرف دعوا می‌تواند با رعایت فرآیندی که در ماده ۴۵۹ آمده است با ارسال اظهارنامه و تعیین داور مدنظر خویش جویای اعلام نظر طرف مقابل شود. اگر در نهایت نتیجه حاصل نشد شرط داوری از بین نمی‌رود بلکه وی اینک می‌تواند برای تعیین داور به دادگاه مراجعه کند؛ کماینکه در ذیل ماده ۴۶۰ هم به ماده ۴۵۹ ارجاع شده است و بیان می‌کند در این شرایط حسب ذیل ماده ۴۵۹ عمل می‌شود.

اراده طرفین در تعیین داور مطلق است اما تعیین مصداق محل اختلاف می‌باشد. هنگامی که اراده طرفین بر حل اختلاف توسط داور است نباید در تصمیم ایشان مداخله نمود و شرط داوری را منتفی دانست. در این فرض می‌توان از روش مذکور در ماده ۴۵۹ بهره جست که البته اظهارنامه در ماده ۴۶۰ نیز مورد اشاره قرار گرفته است.

مسئله‌ای باید مورد توجه قرار گیرد؛ حتی در فرضی که دادگاه داور را تعیین می‌کند همچنان طرفین می‌توانند داور متعین را نپذیرند که در این صورت تناقضی حادث می‌گردد. حال چنانچه طرفین همچنان به توافق نرسند دور ایجاد می‌شود و دور هم باطل است. اگر توافق حاصل نگردد و شرط داوری باطل شود نیز فرض

رأی شعبه ۳۷ محقق می‌شود؛ بنابراین اگر در تعیین مصداق اختلاف پیش آمد و دادگاه داور را تعیین نمود، داور حکمیت می‌کند و تراضی طرفین راجع به مصداق تعیین شده منتفی است.

### آقای قیصری (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

از ویژگی‌های اساسی داوری «خصوصی بودن» داوری است. خصوصی بودن داوری به معنای آزادی اراده طرفین در تعیین داور و سایر جوانب مانند مشخص نمودن موضوع داوری، قانون حاکم و آیین دادرسی می‌باشد. داور مورد انتخاب طرفین بر اساس اراده ایشان نصب شده و دخالت در این امر جایز نیست؛ چراکه بیان شد داوری امری خصوصی است. شایان توجه است که مجوز آزادی مذکور در قانون صادر شده است؛ قانون به اشخاص اجازه داده است اختلافات خویش را به ترتیبی که خود مقرر داشته‌اند مورد رسیدگی قرار دهند.

هنگامی که داوری مقید به قید مرضی‌الطرفین است، طرفین با اراده آزاد شرایط انتخاب و تعیین داور را مقرر داشته‌اند. عدم توجه دادگاه به اراده طرفین و جایگزینی اراده ایشان با اراده متصدی دادگاه جایز نیست. چنانچه به مواد مربوط به داوری در آیین دادرسی مدنی و قانون پیش‌فروش ساختمان نیز مراجعه شود مراتبی به این شرح لحاظ شده است. ابتدا فرضی متصور می‌شود که تراضی حاصل نشده است. این قید ناظر بر فرضی است که داوری فاقد قید است. طرفین به تعیین یک یا سه داور توافق کرده‌اند اما قیدی موجود نیست. دادگاه در صورت عدم تراضی طرفین تا هنگام تعیین داور اقدام به تعیین داور می‌نماید. تفاوت در این است که در صورت تقید داوری به قید «مرضی‌الطرفین» اراده طرفین، اختیار دادگاه برای تعیین داور در صورت عدم تراضی ایشان را سلب کرده است. همین موضوع در ماده ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است؛ ماده ۴۶۳ فرضی را مطرح می‌کند که طرفین به داورمعینی تراضی کرده باشند اما آن داور نخواهد یا نتواند داوری کند. در این صورت داوری ساقط می‌شود و اراده دادگاه که مباین با اراده طرفین و اصل خصوصی بودن داوری است، جایگزین اراده طرفین نمی‌گردد؛ لذا نظر شعبه ۳۷ صائب است.

مطلب دوم در خصوص رأی شعبه ۱۵ آن است که قرار رد درخواست تعیین

داور یا پذیرش آن از جمله قرارهای قابل تجدیدنظر مذکور در ماده ۳۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی نمی‌باشد. رسیدگی به اموری از این قسم و صدور قرارهایی از قبیل رد یا قبول درخواست‌های داوری از اختیارات دادگاه نخستین است لذا به نظر می‌رسد رأی شعبه ۱۵ از این جهت نیز با موازین قانونی موافق نباشد.

### دکتر مرادی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

در باب عدم توافق و تراضی طرفین در انتخاب داور مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی به صراحت بیان می‌کنند در شرط داوری چه شرط بر انتخاب داور واحد باشد و چه هیئت داوری، در صورتی که هریک از طرفین از معرفی داور اختصاصی خود امتناع ورزند یا در تعیین داور صالح توافق و تراضی نداشته باشند، شخص ذی‌نفع می‌تواند به دادگاه مراجعت نموده و درخواست تعیین داور داشته باشد. دادگاه نیز به نیابت از فرد مستنکف اقدام به تعیین داور می‌نماید.

مضاف بر این مواد چنانچه به سایر مقررات نیز رجوع شود مطلب مذکور قابل استنباط است. در قانون آیین دادرسی مدنی سابق (۱۳۱۸) بند ۳ ماده ۶۳۷ به مسئله پرداخته است. در صورتی که طرفین نخواهند یا نتوانند در انتخاب داور ثالث تراضی کنند از طریق دادگاه داور ثالث تعیین می‌شود. به علاوه در قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب سال ۱۳۷۶، بند ۲ ماده ۱۱ مقرره‌ای را در این مقوله وضع کرده است. جهت تعیین هیئت داوری هریک از طرفین داور خویش را معرفی می‌نماید و داوران منتخب طرفین سرداور را انتخاب می‌کنند. چنانچه طرفین ظرف ۳۰ روز از تاریخ شروع داوری داور خود را تعیین نکنند یا داوران منتخب ظرف مدت ۳۰ روز از تاریخ انتخاب خود، توافق و قبولی سرداور را تحصیل ننمایند سرداور بر اساس ماده ۶ همان قانون توسط دادگاه عمومی واقع در مرکز استان مقرر داوری انتخاب می‌شود.

ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان نیز به تعیین داور سوم توسط دادگاه در فرض عدم توافق طرفین در تعیین داور تصریح کرده است که در رأی شعبه ۱۵ به آن استناد شده است. مضاف بر مقررات مورد اشاره دو قانون دیگر به رغم تمایز در موضوع مرتبط با موضوع بحث می‌باشند که می‌توان از آن‌ها وحدت ملاک گرفت. نخست «قانون تملک اراضی و املاک ۱۳۵۸» که در ماده ۴ مقرر نموده است:

هریک از مالکین به علاوه سازمان تملک‌کننده باید کارشناس اختصاصی خویش را معرفی نمایند، در صورتی که توافق در مورد کارشناس سوم حاصل نگردد، دادگاه اقدام به تعیین کارشناس می‌نماید. مورد دوم «قانون تقویم اراضی و املاک ابنیه مورد نیاز شهرداری‌ها» می‌باشد که رویکرد قانون تملک اراضی و املاک را در پیش گرفته است. در واقع استنکاف یکی از طرفین چه جهت تعیین داور و چه به منظور تعیین کارشناس نباید مانع انجام امور گردد؛ بنابراین دادگاه بر اساس قاعده «الحاکم ولی الممتنع» اقدام به تعیین داور یا کارشناس مربوطه خواهد نمود.

در مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ عنوان داور ثالث به صورت مطلق پیش‌بینی شده است و سخنی از داور مرضی‌الطرفین یا داوری علی‌الاطلاق در میان نیست. ماده مطلق و عام بیان شده تا در هر دو حالت در صورت استنکاف طرفین از تعیین داور دادگاه عهده‌دار این امر شود. شایان ذکر است که پس از تعیین داور توسط دادگاه، طرفین جز اعمال ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی که موارد رد داور را برشمرده است، اختیار دیگری برای تغییر داور ندارند.

در خصوص ایراد عدم قابلیت تجدیدنظرخواهی از قرار رد یا پذیرش داور نیز می‌توان قرار رد داور را نوعی قرار رد دعوا یا عدم استماع دعوا تلقی نمود که در این صورت قابلیت تجدیدنظرخواهی خواهد یافت.

### دکتر نورزاد (رئیس شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

مطالب و نکاتی در خصوص رأی شعبه ۱۵ مطرح است. نخست آنکه کاربرد واژگانی مانند «نصب» و «تاصب» در ادبیات فقهی و حقوقی شایع است؛ لذا از این حیث ایردای وارد نیست. مطلب دوم در باب ماهیت درخواست تعیین داور و قرار صادره است. درخواست تعیین داور، دعوایی ترافیعی نیست. دادگاه در وقت فوق‌العاده به درخواست رسیدگی می‌نماید و شخصی را به عنوان داور تعیین می‌کند. دادگاه بدوی به این امر اذعان داشته است که به دلیل وجود قید مرضی‌الطرفین موجبی برای دخالت دادگاه باقی نمی‌ماند. دادگاه بدوی قرار رد صادر کرده است. قرار رد در شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر قابل اعتراض دانسته شده، در حالی که به نظر می‌رسد این قرار با توجه به مواد قانون آیین دادرسی مدنی قابلیت اعتراض و تجدیدنظرخواهی ندارد. سیستم قضایی قائل به نقش و کارکرد داوری

جهت کاهش حجم رسیدگی‌های قضایی، تسریع دادرسی و جلوگیری از اتلاف وقت می‌باشد. در صورتی که قراردادهای رد و پذیرش داوری را قابل تجدید نظر بدانیم چنین فرآیندی چندین سال به طول می‌انجامد. به این صورت که دادگاه قرار رد صادر می‌کند، طرفین به قرار اعتراض کرده و دادگاه تجدیدنظر قرار را نقض می‌کند. رسیدگی ماهوی صورت می‌گیرد اما دعوایی در میان نیست. حتی در صورتی که دادگاه داور تعیین کند، نیز تالی فاسد دارد چرا که «تعیین داور» نیز قابلیت تجدیدنظرخواهی دارد. در فرض این نظریه، دور به وجود آمده و فرآیندی بسیار طولانی ایجاد می‌شود. بنابراین بهتر است تصمیم دادگاه مبنی بر رد یا پذیرش تعیین داور قابل تجدید نظر نباشد.

نکته سوم آنکه ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر داشته است که اگر دعوای ابطال رأی داوری خارج از مهلت ۲۰ روزه قانونی اقامه شود، این قرار قطعی است. بسیار دشوار است که این قرار را قابل تجدیدنظر بدانیم به استناد آنکه در غیر این صورت موجب تضییع حقوق طرفین می‌شود. به علاوه طرفین راجع به شرط داوری اختلافی ندارند. شخصی می‌گوید داور مرضی‌الطرفین باید انتخاب شود و شخص دیگر با این درخواست مخالف است. این اختلاف راجع به شرط داوری نیست که به این جهت آن را قابل تجدیدنظر دانسته و آن را دعوایی ترافیعی محسوب نماییم.

مقام استناد به قاعده «الحاکم ولی الممتنع» نیز در ارزیابی‌ها مورد لحاظ شود. این قاعده در مقامی کاربرد دارد که قانون تصریح کرده باشد. قانون پیش‌فروش ساختمان‌ها موضوع به داوری ارجاع می‌دهد که با داوری متعارف در آیین دادرسی مدنی متفاوت است. در داوری آیین دادرسی مدنی اشخاص با اراده و میل خویش مختار هستند دعوا یا اختلاف خود را به داوری ارجاع دهند. در قانون پیش‌فروش قانون‌گذار تصریح دارد که اگر طرفین در انتخاب داور مرضی‌الطرفین به توافق نائل نیابند، دادگاه یا حاکم جانشین اراده آن‌ها می‌شود. وضعیت در لایحه قانونی انتخاب کارشناسان نیز به همین نحو است و قانون از صراحت لازم برخوردار می‌باشد، در حالی که در قانون آیین دادرسی مدنی در باب داوری تصریح قانونی به جانشینی دادگاه به جای طرفین در تعیین داور وجود ندارد. در نتیجه حاکم قادر نیست ولی ممتنع شود.

گاهی توافق طرفین بر قیدی مانند مرضی الطرفین استوار است و در مواردی مشاهده می‌شود طرفین بر رسیدگی اختلاف توسط داوری مرضی الطرفین، مورد اعتماد هر دو طرف و با خصوصیات معین توافق می‌کنند. نمی‌توان قرارداد خصوصی افراد را بر هم زد و بدون دلیل و تصریح قانونی اراده دادگاه را جایگزین اراده طرفین نمود. به نظر می‌رسد رأی شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر به صورت موجه و مستدل و صائب نگاشته شده است.

### آقای اهورکی

قانون پیش‌فروش ساختمان در ماده ۲۰ تعیین تکلیف کرده است و تصریح دارد اگر در انتخاب سرداور یا داور مرضی الطرفین اختلاف وجود داشت، رئیس دادگستری عهده‌دار انتخاب سرداور می‌شود. از این ماده بعضاً وحدت ملاک گرفته شده و کاربرد آن به هر مورد اختلاف در تعیین داور تسری داده می‌شود؛ اما ایرادی به این رویکرد وارد است. ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش در رابطه با قرارداد پیش‌فروش ساختمان است و به همان مورد اختصاص دارد؛ بنابراین باید قانون آیین دادرسی مدنی ملاک قرار گیرد، از ماده ۴۵۴ به بعد که بررسی شود تنها یک ماده است که اعلام می‌کند در صورت عدم تراضی طرفین دادگاه صالح است. ماده ۴۶۳ بیان می‌کند «چنانچه طرفین ملتزم شده باشند که در صورت بروز اختلاف بین آن‌ها شخص معینی داوری نماید و آن شخص نخواهد یا نتواند به عنوان داور رسیدگی کند و به داور یا داوران دیگری نیز تراضی نمایند، رسیدگی به اختلاف آن‌ها در صلاحیت دادگاه خواهد بود». فرض ماده ۴۶۳ مبتنی بر این است که در زمان تنظیم قرارداد یک شخص معین به عنوان داور مشخص شود اما آن شخص داوری را نپذیرد. در این صورت می‌توانند بر انتخاب شخص دیگری تراضی کنند. چنانچه تراضی صورت نگیرد، دادگاه صالح است که به اصل دعوا رسیدگی کند. استناد شعبه ۳۷ نیز به ماده ۴۶۳ است.

در کنار ماده ۴۶۳ مواد متعددی وجود دارند که در صورت عدم توافق طرفین به داور معین، دادگاه را صالح به تعیین داور می‌دانند. شرط داوری منتفی نمی‌شود ولی داور توسط دادگاه تعیین می‌شود. ماده ۴۵۹ و ۴۶۰ همین فرض را بیان می‌کنند. ماده ۴۵۹ اعلام کرده است در مواردی که طرفین معامله یا قرارداد متعهد

به معرفی داور شده‌اند، ولی داور خود را معرفی نکنند و در هنگام بروز اختلاف نیز داور اختصاصی خود را معرفی ننمایند، دادگاه تعیین داور می‌کند. ماده ۴۶۰ بیان می‌دارد در مواردی که مقرر گردیده جهت حل اختلاف به یک نفر داور مراجعه شود ولی طرفین نخواهند یا نتوانند در انتخاب داور تراضی نمایند و نیز در صورتی که یکی از طرفین فوت کند، دادگاه داور را تعیین می‌کند. ماده ۴۷۴ اظهار می‌دارد اگر یکی از داورها استعفا داد یا داوری را نپذیرفت یا دو بار در جلسه داوری حاضر نشد، دادگاه تعیین داور می‌کند.

از مجموع این مواد چنین برمی‌آید که در جایی که شرط داوری وجود دارد اصل بر این است که اراده طرفین به داوری تعلق گرفته است. حال اگر در رابطه با انتخاب داور مشکلی حادث شد، دادگاه باید داور را تعیین کند تا آن نهاد داوری بتواند کار خود را انجام دهد. پرسشی مطرح می‌شود که اگر در قرارداد شرط شده باشد: «در صورت حصول اختلاف از حیث تفسیر و اجرا یا هرگونه اختلاف، داور در این خصوص باید نظر دهد». تردیدی وجود دارد که منظور از داور، داوری مورد توافق و تراضی هر دو طرف می‌باشد؟ خیر، تردیدی نیست. قید «مرضی‌الطرفین» قیدی نیست که در صورت درج وضعیت خاصی را ایجاد کند و در حالت عدم درج مورد را مشمول مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ نماید. توجه عمده ماده ۴۶۳ به متعین بودن داور است. خصوصیتی در شخص متعین وجود داشت که موجب انتخاب وی شده بود. حال که او فوت کرد یا حاضر به قبول داوری نشد نمی‌توان داور دیگری انتخاب کرد. حال آنکه در سایر فروع که در مواد مورد اشاره تبیین شد، طرفین در صورت اختلاف در تعیین داور باید به سراغ دادگاه بروند.

### دکتر قربان‌وند (رئیس شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

بحثی وجود دارد در خصوص گسترش نهاد داوری که ممکن است با چالش‌هایی مواجه شود. با وجود تمایل به گسترش نهاد داوری این گسترش نیازمند زیرساخت‌های قانونی نیز می‌باشد. به صرف آنکه نهاد داوری باید توسعه یابد نمی‌توان اصولی را از میان برد. ماده ۴۸۱ اشعار داشته است: داوری به تراضی کتبی طرفین یا فوت و حجر آن‌ها از بین می‌رود. صحیح است که قرارداد داوری از بین نرفته است اما شروط قرارداد داوری نیز نیازمند بررسی می‌باشد. تفسیر مواد

۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی باید بسیار موشکافانه صورت گیرد. ماده ۴۵۹ اظهار داشته است: «اگر طرفین متعهد به معرفی داور شده باشند». ماده ۴۶۰ بیان می‌کند: «اگر حل اختلاف به یک نفر به عنوان داور ارجاع شود». این دو «اگر» مفاهیم متمایزی را به ذهن متبادر می‌نمایند. ماده ۴۵۹ به هیئت داورى اشاره می‌کند چراکه هریک از طرفین قرارداد متعهد به معرفی داور اختصاصی خود هستند. البته مقرراتی که بر هیئت داورى حاکم است برای داور واحد هم جاری است. شاهد مدعی آنکه در قراردادها نیز درج می‌شود «داوری» یا «حکم» که منظور یک داور است و امری رایج می‌باشد. اگر قصد طرفین به داورى معین تعلق داشت می‌بایست واژه «معین» ذکر می‌شد. مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ اطلاق بر داورى دارند. به لحاظ حساسیتی که موضوع برخوردار است در ماده ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی واژه «معین» به کار برده شده است و این واژه موضوعیت دارد. درج واژه «معین» در ماده ۴۶۳ پیامی به همراه دارد. مقصود آن است که اگر شرط داورى معین باشد ماده ۴۶۳ به صورت اختصاصی به آن می‌پردازد، لذا مواردی که مربوط به داورى معین نباشد، از شمول ماده ۴۶۳ خارج است. ماده ۴۶۳ مراحل را به صورت استثنائی به جهت تعلق اراده طرفین به داورى شخص معین پیش‌بینی نموده است. اگر داور تعیین شده بنا بر هر دلیلی مایل به پذیرش داورى نباشد، طرفین باید شخص دیگری را جهت داورى تعیین نمایند اما چنانچه طرفین تراضی نکنند دادگاه صالح است.

در ماده ۴۶۲ مبنای قراردادی داورى تشریح شده است. قرارداد داورى محفوظ است اما در چگونگی آن اختلاف وجود دارد. از مطالب فوق این نتیجه حاصل می‌شود که در فرض نخست اگر شرط داورى شخص معین باشد، داورى به صورت اطلاق مدّ نظر ایشان نبوده است. در فرض دوم طرفین باید با یکدیگر در انتخاب داور توافق کنند و در صورت عدم توافق اصل بر صلاحیت رسیدگی دادگاه است. در باب ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان نیز شایان توجه است که این حکم اختصاصی است. ذکر انحصاری این ماده در قانون پیش‌فروش و صدور حکم استثنائی شاهدهی بر اختصاصی بودن این مقرر می‌باشد. این امکان وجود دارد که در هریک از قوانین خاص، داورى خاصی با احکام ویژه خود پیش‌بینی شده باشد،



مانند هیئت داورى اصل ۴۴ قانون اساسى و برنامه سوم توسعه.

### آقای سروی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

نکته اساسی که در موضوع داورى متجلى است و در قانون پیش‌بینى شده است، بحث حاکمیت اراده می‌باشد. ورود به داورى فی‌نفسه اختیاری است مگر مواردی که قانون‌گذار داورى را الزامی اعلام کرده است. داورى در بورس، پیش‌فروش ساختمان و حوزه خانواده الزامی است و در سایر موارد اختیار طرفین تعیین‌کننده است. اختیاراتی که طرفین به داور اعطا می‌کنند، حیطه صلاحیت داور و وظایف وی را مشخص می‌نماید. چنانچه داور خارج از حیطه اختیارات اقدام کند به استناد بندهای ۲ و ۳ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنى رأی داور ابطال می‌شود. به علاوه تمام مواردی که طرفین توافق کرده‌اند، حجیت دارد. طرفین می‌توانند تعداد داوران، آیین رسیدگی، مدت داورى و ... را مشخص نمایند.

در ارتباط با نحوه انتخاب داور باید سه مورد را از یکدیگر تفکیک نماییم. یک وضعیت داورى مطلق و یک وضعیت داورى مقید است. اگر طرفین توافق کردند در صورت بروز اختلاف موضوع به داورى ارجاع شود اما داور را مشخص نکردند و یا قید «مرضی‌الطرفین» را نیاوردند، داورى مطلق است. قانون‌گذار تکلیف این فرض را در ماده ۴۵۹ به این شرح روشن کرده است: یکی از طرفین داور خویش را تعیین کرده است و با اظهارنامه از طرف مقابل درخواست می‌کند، در صورت مخالفت با داور وی، ظرف ۱۰ روز داور خود را معرفی کند. در غیر این صورت از دادگاه تقاضای تعیین داور می‌نماید.

وضعیت دوم موضوع ماده ۴۶۰ است. طرفین توافق کرده‌اند در صورت بروز اختلاف یک داور تعیین شود که این فرض نیز داورى مطلق است و قانون‌گذار به حکم ماده ۴۵۹ ارجاع داده است. وضعیت سومى نیز وجود دارد که در ماده ۴۶۳ پیش‌بینى شده است. «داورى شخص معین» دو صورت دارد. یک نوع آنکه از ابتدا یعنی پیش از بروز اختلاف فرد یا افراد معینی به عنوان داور انتخاب می‌شوند. نوع دوم آن است که طرفین توافق کرده‌اند در صورت بروز اختلاف فرد یا افرادی را برای داورى انتخاب کنند اما تعیین آن به پس از بروز اختلاف حواله شده است که منظور همان «داور مرضی‌الطرفین» است. در ماده ۴۶۳ بیان شده است اگر فرد

خاصی به عنوان داور انتخاب شده باشد ولی آن داور نخواهد یا نتواند داوری را انجام دهد موضوع در صلاحیت دادگاه است. فرض ماده آن بوده است که به دلیل مقید بودن داوری به وصف مرضی‌الطرفین حاکمیت اراده ایشان را تا حد امکان به رسمیت بشناسد. مقایسه نوع سوم با ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش فاقد وجهت قانونی است؛ زیرا داوری مذکور در قانون پیش‌فروش ساختمان داوری اجباری و الزامی است.

قانونگذار در بند ۱۰ ماده ۲ قانون پیش‌فروش اشعار داشته است که طرفین پیش از حدوث اختلاف باید یک داور تعیین کنند و در ماده ۲۰ حکم تراضی جهت تعیین داور سوم پس از وقوع اختلاف را بیان می‌کند. هنگامی که تراضی حاصل نشود، انتخاب داور سوم با رئیس دادگستری است. انتخاب رئیس دادگستری کاملاً وجهت عقلی و منطقی دارد به دلیل آنکه طرفین با یکدیگر اختلاف دارند. هریک از ایشان داور خویش را برگزیده است که بالطبع جانبدار هریک از آن‌ها خواهند بود، لذا باید داور سومی انتخاب شود. قانون‌گذار در وهله نخست از طرفین خواسته است توافق کنند و اراده ایشان را محترم شمرده است؛ اما از آنجایی که داوری در قانون پیش‌فروش اجباری است درنهایت دادگاه را برای انتخاب داور سوم صالح می‌داند.

قواعد مذکور در قانون پیش‌فروش ساختمان به جهت پذیرش داوری اجباری در آن قانون پیش‌بینی شده است، اما در فرض محل بحث با توجه به قید «داوری مرضی‌الطرفین» الزاماً رسیدگی را از حدود اختیارات دادگاه خارج می‌کند؛ چراکه از مصادیق داوری اجباری نیست. حتی در صورتی که یکی از طرفین از دادگاه تقاضای تعیین داور نماید دادگاه مجاز به ورود نیست. دادگاه صلاحیت انتخاب داور را ندارد و این مورد قابل استماع نمی‌باشد. در راستای تقویت این ادعا می‌توان به بند ۵ ماده ۱۱ «قانون داوری تجاری بین‌المللی» استناد نمود. در این مقررره پیش‌بینی شده است هرگاه شخص یا اشخاص معین به عنوان داور انتخاب شده باشند و آن شخص نتواند یا اشخاص نتوانند جهت انجام داوری اقدام کنند و طرفین در مورد اشخاص دیگر نیز توافق نکنند قرارداد داوری ملغی‌الأثر می‌شود. پس موضوع داوری به لحاظ قید مرضی‌الطرفین ملغی‌الأثر می‌گردد و رسیدگی در صلاحیت دادگاه قرار می‌گیرد. متأسفانه در ماده ۱۹ «لایحه جامع داوری» که با

مشارکت دادگستری و اتاق بازرگانی تهیه و تنظیم شده است نیز این مشکل همچنان پابرجاست. در ماده ۱۹ آمده است: تمام موارد موضوع داوری به اراده طرفین است و اگر طرفین توافق نکرده باشند موضوع در صلاحیت دادگاه است. واضح و مبهره است که در مورد این ماده همچنان اختلاف ایجاد خواهد شد که اگر قید «مرضی الطرفین» درج شود آیا رسیدگی در صلاحیت دادگاه است یا خیر؟ با عنایت به نکات مذکور به نظر می‌رسد رأی شعبه ۳۷ صحیح است.

### آقای اهورکی

مواردی در خصوص دیدگاه فوق نیازمند ذکر است. بند ۵ ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی با ماده ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی تفاوت بارزی ندارد و هر دو مقرر قانونی مربوط به فرض «داوری شخص معین» می‌باشند. «داور معین» از «داور مرضی الطرفین» متمایز است. در داوری شخص معین که فرض ماده ۴۶۳ و بند ۵ ماده ۱۱ مبین آن است، یک شخص معین مدنظر طرفین است که قصد دارند در صورت بروز اختلاف داوری را فقط وی عهده‌دار شود. حال اختلاف ایجاد شده است و آن شخص نمی‌تواند یا نمی‌خواهد داوری را بپذیرد. داور دیگری نیز مورد توافق و تراضی طرفین قرار نمی‌گیرد. در این موارد شرط داوری منتفی است چراکه اراده طرفین از ابتدا به ارجاع به نهاد داوری تعلق نگرفته است، بلکه داوری یک شخص معین موضوعیت داشته است.

### دکتر یعقوبی

در ارتباط با موضوع پرسش همان‌طور که اشاره شد، سه دیدگاه وجود دارد. دو دیدگاه از این میان در رویه قضایی آراء بیشتری را به خود اختصاص داده‌اند که رأی شعبه ۱۵ و شعبه ۳۷ مثال‌هایی از دو دیدگاه رایج می‌باشند. در رابطه با رأی شعبه ۱۵ مطرح شد که چنین قرارهایی قابل تجدیدنظر نیست؛ در جلسه حاضر بحث پیرامون این موضوع از حوصله خارج است. در حال حاضر چون موضوع بحث این نیست فرض این است که این آراء را قابل تجدیدنظر می‌دانیم. نظر شعبه ۱۵ بر این نیست که قید مرضی الطرفین معنا ندارد یا اینکه معنا و غایت آن صرفاً به اراده طرفین بستگی دارد. قانونگذار سخن لغو و بیهوده نمی‌گوید؛

بنابراین نمی‌توان الفاظی که در قانون به کار گرفته شده است را بیهوده و بی‌دلیل تلقی نمود. از دیگر سو قرارداد طرفین برای ایشان در حکم قانون است و نمی‌توان به وجود قید «مرضی‌الطرفین» بی‌اعتنا بود. اما نیاز است برای این قید، نقطه پایان مشخص شود. برخی را اعتقاد بر این است که اگر دآوری مقید به مرضی‌الطرفین بودن باشد، در هیچ صورت و زمانی دادگاه صالح به نصب داور نیست. دادگاه نیز می‌تواند داور تعیین کند و ایرادی ندارد. در چندین پرونده به عینه مشاهده شده است که با وجود قید مرضی‌الطرفین در آن‌ها، یک طرف داور را معرفی کرده اما طرف مقابل پاسخی نداده است و متعاقباً دادگاه اقدام به نصب داور کرده است. از این میان تنها در موارد بسیار معدودی خواننده در روند دادرسی به صلاحیت داور ایراد کرده است. در سایر موارد خواننده هیچ ایرادی در باب «مرضی‌الطرفین» بودن داور مطرح نکرده است. وقتی خواننده دعوا ایراد نمی‌کند، داور اظهار نظر می‌نماید و سپس به رأی داور اعتراض می‌کند. اعتراض به مرضی‌الطرفین بودن داور نمی‌تواند مطرح شود چراکه او در روند دادرسی به داور منصوب رضایت داده است. اعمال حقوقی مانند فسخ، اقاله، رد یا تنفیذ نیاز به اراده انشایی یکی از اصحاب پرونده یا دو طرف دارد و این اراده می‌تواند به صورت فعل یا قول باشد. در این مسئله نیز فعل خواننده گویای آن است که تراضی حاصل شده است و دلیلی برای نقض رأی موجود نیست. از طرفی تالی فاسد نقض رأی در این موارد اتلاف وقت و هزینه اصحاب دعوا می‌باشد که ممکن است هزینه‌های گزاف و زمان طولانی را در این فرآیند صرف کرده باشند.

در فرضی که خواننده اعتراض کند که داور انتصابی مرضی‌الطرفین نیست، حتی اگر این اعتراض را در روند دآوری اعلام کند، باید مورد توجه واقع شود؛ چراکه علی‌ای حال طرفین از ذکر قید مرضی‌الطرفین قصدی را دنبال می‌نموده‌اند. دیگر آنکه برخی عقیده دارند که قانون پیش‌فروش ساختمان خاص و استثنا است و استثنا را نمی‌توان توسعه داد و همچنین به تمایز دآوری اجباری قانون پیش‌فروش ساختمان و دآوری اختیاری تأکید می‌ورزند. تا به این‌جا این دیدگاه صحیح است اما باید توجه نمود هرچند دآوری قانون پیش‌فروش ساختمان از نوع اجباری است لیکن مقنن در وضع مقرر به کلمه «مرضی‌الطرفین» عنایت داشته

است. نمی‌توان پذیرفت که مقنن در داوری اجباری قید «مرضی‌الطرفین» را بی‌دلیل و عبث وارد کرده است.

شایان ذکر است که ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی مدنی اظهار می‌کند یکی از موارد نقض رأی در دیوان عالی کشور این است که دادگاه به مفاد قرارداد یا قانون حاکم بر آن، معنا و مفهومی غیر از معنا و مفهوم مورد نظر طرفین دهد. قانون‌گذار به این موضوع توجه دارد و چنانچه دادگاه به وجود قید مرضی‌الطرفین وقعی ننهد مشمول ماده ۳۷۴ بوده و رأی نقض می‌شود. اما تکلیف به رعایت قید مرضی‌الطرفین هنگامی ایجاد می‌شود که خوانده خود ایراد کند و اگر ایرادی طرح کرد، یعنی معنا و مفهومی که خوانده از مرضی‌الطرفین در ذهن دارد با برداشت دادگاه متفاوت است. حال به دلیل این تفاوت رأی قابل نقض است. دیگر سخن آنکه گفته می‌شود اعتقاد شعبه ۱۵ بر این است که این قید، قید شرط داوری نیست؛ تمایز دارد که این قید بر شرط داوری بار شود یا بر شخص داور. اگر بر شرط داوری بار شود از موارد تعلیق است که اجرای معلق‌علیه به اراده خود شخص است و چنانچه اجرای معلق‌علیه به اراده خود شخص باشد، تعلیق را باطل می‌کند و الزام شرط به اراده طرفین وابسته می‌شود. اما این پندار نادرست است، ایرادات مذکور در صورتی وارد است که قید حمل بر شرط شود ولی اعتقاد شعبه ۱۵ بر آن است که این قید از اوصاف داور است نه از قیود شرط داوری. شرط داوری بیان می‌کند باید به داوری مراجعه می‌شود که مرضی‌الطرفین باشد. حال «مرضی‌الطرفین» بودن به دو وجه حاصل می‌شود. ممکن است خود طرفین وی را انتخاب کنند یا اینکه دادگاه داور را تعیین می‌کند و طرفین ایرادی وارد نمی‌کنند. حتی در صورتی که طرفین به شخص انتخابی دادگاه ایراد داشته باشند، مقام ناصب داور دیگری را برمی‌گزیند و طرفین به آن شخص رضایت می‌دهند. چنانچه اختیار نصب داور به دادگاه داده نشود، شرط داوری تبدیل به شرطی عبث و خلاف اراده طرفین می‌شود؛ چراکه در زمان اختلاف تراضی حاصل نمی‌گردد و هیچ‌یک از طرفین داور انتخابی دیگری را نخواهد پذیرفت. در فرضی که دادگاه نصب داور کند، طرفین تمکین می‌نمایند، زیرا داور شخصی بی‌طرف خواهد بود که مورد انتخاب هیچ‌یک از طرفین نیست. در مجموع با لحاظ سیاست‌های مربوط به توسعه

و پرورش داوری و هزینه‌های داوری و دادگاه که ممکن است طرفین صرف کرده باشند، بهتر است تا زمانی که به صلاحیت داور اعتراضی نشده است، رأی داوری را معتبر تلقی کنیم.

### آقای افراشی

فرضی وجود دارد که دادگاه به هر روی به قید مرضی‌الطرفین عنایت نداشته باشد، تعیین داور کند و طرفین نیز اعتراضی نداشته باشند. در این صورت مشکلی وجود ندارد چراکه در عمل داور انتصابی را تأیید نمودند و رأی نیز صادر شده است که به نظر نمی‌رسد در این خصوص شکی وجود داشته باشد. محل بحث آن جایی است که یکی از طرفین با وجود قید مرضی‌الطرفین از دادگاه تقاضای تعیین داور می‌کند. طرف مقابل در اولین جلسه رسیدگی اعتراض می‌کند که داوری قید مرضی‌الطرفین داشته است و مادامی که خود داور را انتخاب نکند، رضایتی حاصل نشده است. در این حالت دیگر مقنن مجوز جانشینی اراده دادگاه به جای طرفین در انتخاب داور را صادر نمی‌کند. قانون اجازه نمی‌دهد علی‌رغم وجود قید مرضی‌الطرفین و اظهار مخالفت خواننده، دادگاه همچنان صالح به تعیین داور باشد. اگر هر انسانی خود را در جایگاه خواننده تصور کند، پس از توافق برای انتخاب داور مقبول طرفین از انتخاب داور توسط دیگری و نادیده انگاشتن اراده و توافق پیشین خویش خشنود نخواهد شد. باید در نظر داشت که فلسفه وجودی داور «اراده و حاکمیت اراده طرفین» است. زمانی که طرفین در تدوین قواعد داوری و داور نمی‌توانند صاحب‌نظر باشند چگونه داور بدون اراده طرفین می‌تواند به موضوع ورود کند؟ صلاحیت داور وابسته به اراده طرفین است. درست است که ماده ۴۶۳ فرض داور معین را بررسی می‌کند، اما برای تعیین داور معین ممکن است از او نام برده شود یا صفتی شرط شود. چنانچه طرفین صفتی خاص‌تر از مرضی‌الطرفین را شرط کنند، برای مثال بگویند داور کارشناس امور اراضی یا مهندس پتروشیمی باشد، دادگاه نمی‌تواند شخصی فاقد این اوصاف را به داوری بگمارد. عبارت «مرضی‌الطرفین» نیز یک صفت مورد توافق طرفین و شرط مقدم برای احراز صلاحیت داوری است.

نیازمند ذکر است که در صورت ورود طرفین به داوری، انجام دفاع، صدور رأی

و عدم طرح ایراد، حتی با وجود قید «مرضی الطرفین» رأی دادگاه صحیح است. شخصی که رأی علیه او صادر شده است، نمی‌تواند پس از اتمام رسیدگی و صدور رأی ادعای عدم رضایت داشته باشد. موجبی برای ابطال این رأی وجود ندارد زیرا طرفین با عمل خویش رجوع به داور را تأیید و تنفیذ کرده‌اند.

### آقای سروی

در ارتباط با بحث موضوع ماده ۴۸۹ که موارد ابطال رأی داور را برمی‌شمارد، می‌توان بندهای هفت‌گانه ماده را به دو دسته متمایز تقسیم نمود. دسته نخست، مواردی که جزء قواعد آمره می‌باشند، مانند بند ۷ که فرض قاضی بودن داور را بیان می‌کند. در این موارد ابطال رأی داور به خواست یا ایراد طرفین بستگی ندارد و رأی فی‌نفسه قابلیت اجرایی ندارد. دسته دوم مواردی که جزء قواعد تکمیلی هستند، مانند بند ۴ که اظهار داشته است: اگر مدت داوری نامتعین باشد مدت سه‌ماه است. حال چنانچه داوری بیش از مدت مقرر به طول انجامید و طرفین به این مسئله اعتراضی نداشتند رأی فاقد قابلیت اجرایی نمی‌شود چراکه مدت ۳ ماه مقرر در قانون قاعده آمره نیست.

یک بحث کلی وجود دارد که دادگاه می‌تواند رأساً به ایرادات وارد شود یا خیر. هنگامی که مجوز ورود محدود و نیازمند تصریح است مثل فرجام‌خواهی، تصریح می‌شود. در این مورد بیان شده است در صورتی که طرفین در دیوان عالی کشور به صلاحیت محلی ایراد گرفتند دیوان وارد می‌شود و در صورت عدم طرح ایراد، دیوان ورود نمی‌کند. مبنای این مقرر در قطعی بودن رأی است و مقنن نمی‌خواهد رأی قطعی را از میان ببرد، در غیر این صورت یعنی در حالت معمول دادگاه حتی در صورت عدم ایراد طرفین به ایرادات ورود می‌کند. در مواد ۴۸۴ و ۳۵۲ به نحو اخص بیان شده است: چنانچه دادگاه تجدیدنظر تشخیص داد که دادگاه صادرکننده رأی صالح به رسیدگی نبوده است، رأی را نقض کرده و به مرجع صالح ارسال می‌کند. در این ماده سخنی از لزوم طرح ایراد توسط طرفین در میان نیست، چون در حال رسیدگی عادی هستیم. داوری نیز رسیدگی عادی است؛ بنابراین در صورت عدم طرح ایراد توسط طرفین نیز دادگاه حق ورود دارد. این دیدگاه در تعارض با رأی شعبه ۱۵ است که در فرض عدم طرح ایراد از جانب

طرفین ورود دادگاه را لازم نمی‌داند. به‌علاوه توجیه مبنای رأی شعبه ۱۵ در جهت عدم ابطال رأی، به لحاظ هزینه‌هایی که صرف شده است منطقی نمی‌نماید و هزینه‌های مذکور نباید مبنای صدور حکم به ذی‌حقی یا بی‌حقی قرار بگیرد.

### **دکتر یعقوبی**

طبق ماده ۴۸۴ در اینکه دادگاه رأساً می‌تواند در ایرادات ورود کند تردیدی نیست ولی منظور از ایرادات، ایرادات در شرایط دعوی و اصحاب پرونده است. دادگاه حق دارد چه در صورت ایراد اصحاب دعوی به شرایط شکلی یا صلاحیت دادگاه و دادرسی، چه در فرض عدم ایراد اصحاب دعوی، رأساً به ایرادات ورود کند. اما در فرض مورد بحث «مرضی‌الطرفین» بودن وصف و قید داور است، نه از شرایط شکلی دعوا. بنابراین تعارض با قاعده آمره وجود ندارد. دادگاه در این شرایط نمی‌تواند ایراد کند زیرا ایراد به اوصاف دعوی یا اشخاص دعوی وارد نیست بلکه ناظر بر شخصی خارج از دادرسی است.