



دانشگاه پیام نور

دورهٔ درسی آیین دادرسی مدنی (۳)

(رشته حقوق)

تألیف

دکتر عباس کریمی

اهداء

در هفته دفاع مقدس، مجموعه حاضر اهداء می‌شود به پیشگاه
رادمردانی که با اخلاص تمام در راه دفاع از میهن اسلامیان
جان فشانی نموده، حماسه‌های جاودانه در طول هشت
سال دفاع مقدس آفریدند؛ به ویژه به قهرمانان و پهلوانان
واقعی ملت ایران که افسانه‌ی مقاومت خرمشهر را بر
سرلوحه داستان ایثار و شهادت انسان در بستر تاریخ حک نمودند.

مقدمه

در نظام دانشگاهی ایران، مجموعه آیین دادرسی مدنی در سه درس جداگانه و به ترتیب زیر آموزش داده می‌شود: ابتدا سازمان قضایی ایران در درس نخست مورد بازشناسی قرار می‌گیرد تا دانشجویان با تشکیلات دادگستری و مراجع قضایی ایران آشنا گردند؛ سپس در دومین درس، آیین دادرسی به معنای خاص کلمه و یا به عبارت دیگر شیوه طرح دعوا در مراجع قضایی، جریان آن و در نهایت ختم دادرسی که به طور معمول از طریق صدور رأی صورت می‌پذیرد پرداخته می‌شود و چگونگی اجرای رأی شرح داده می‌شود. دو بحث از مباحث آیین دادرسی مدنی به سومین درس از دروس آیین دادرسی مدنی محول می‌گردد که بدون آشنایی با این دو مبحث پراهمیت، دانش این رشته از علم حقوق کمال نمی‌یابد. این دو بحث که هر کدام عنوان یکی از دو بخش اصلی کتاب حاضر را تشکیل می‌دهند به این شرح می‌باشند.

بخش اول به طواری دادرسی اختصاص یافته و همانطور که از کلمه طواری به معنای حوادث برمی‌آید، اموری که در جریان عادی دادرسی که شرح آن در درس آیین دادرسی مدنی (۲) گذشت اتفاق نمی‌افتند. در واقع این حوادث در نتیجه امور غیرعادی که مربوط به اصحاب دعوا یا اشخاص ثالث و یا حتی وقایع طبیعی همچون یکی از اصحاب دعواست بر جریان عادی دعوا عارض می‌گردند و آن را تحت تأثیر قرار می‌دهند. طواری دادرسی در خیلی از موارد به حق در دادرسی اتفاق می‌افتند و در بسیاری از موارد نیز دست‌آویز اصحاب دعوا و یا وکلای آنان به منظور اطاله دادرسی و یا انحراف آن قرار می‌گیرند. بنابراین، گرچه این دسته از امور در تمام دادرسی‌ها به چشم نمی‌خورند، لیکن اهمیت آشنایی با این امور برای دست اندرکاران امر قضاء اعم از قضات و وکلا و نیز دانشجویان، اگر بیشتر از جریان عادی دادرسی نباشد، کمتر از آن نیست.

در بخش دوم کتاب، داوری مورد مطالعه قرار می‌گیرد تا شیوه حل و فصل اختلافات خصوصی مردم به وسیله قضات منتخب خود آنان تبیین گردد و معلوم گردد چگونه داوری شکل

آیین دادرسی مدنی ۳

می‌گیرد، آیین رسیدگی در داوری به چه شرحی است، ضمانت اجرای آراء صادره از سوی داوری کدام است و در نهایت میزان دخالت قضات و مراجع قضایی در تشکیل داوری، ابلاغ و اجراء آراء و نیز رسیدگی به آراء داوری در چه حدی است. مباحثی که در نظام نوین دادرسی روز بروز پر رونق تر شده، کارآمدی آن برای حل و فصل اختلافات مردم و کاهش دعاوی در دادگستری بیشتر گردیده است.

طواری دعوا^۱

طواری جمع مکسر از واژه طاری است؛ طاری صفت بوده و در لغت به معنای آینده، ناگاه در آینده، ناگاه روی داده و عارض است.^۲ بنابراین، میان معنای طاری و حادث تفاوت وجود دارد به نحوی که حادث اتفاقی است که مورد توقع می باشد ولی، طاری اتفاقی است که متوقع نیست. در هر صورت، می توان طاری را به «امر ایجادیه غیر متوقع» تعریف نمود. معنای اصطلاحی طواری دادرسی نیز از معنای لغوی خود چندان دور نیفتاده است؛ طواری دادرسی در اصطلاح عبارت است از «کلیه رویدادهایی که در جریان دادرسی ممکن است اتفاق بیافتند». پیش از این تاکید شد که «جریان عادی دادرسی» مراحل مختلفی دارد که با تقدیم دادخواست شروع می شود. امر طاری آن اتفاقی است که الزاماً در این جریان مطرح نمی شود بلکه به طور اتفاقی در دادرسی حادث می گردد. در اهمیت طواری دادرسی همین بس که توانایی وکلای حرفه‌ای دادگستری با بررسی مهارت آنان در استفاده از طواری دادرسی مشخص می شود. طواری دادرسی ممکن است ناشی از دعوای اصلی مانند ایرادات باشند و یا ناشی از درخواست تأمین در دعوای اصلی (فصل اول). همچنین ممکن است این طواری خارج از دعوای اصلی مطرح شوند مانند طواری ناشی از طرح دعوای جدید و یا از نوع طواری باشند که خارجی و شخصی هستند (فصل دوم).

۱. Les incidents de procédure

۲. علی اکبر دهخدا، لغت نامه، فرهنگ متوسط دهخدا، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵) به کوشش دکتر غلامرضا ستوده، دکتر ایرج مهرکی و اکرم سلطانی، زیر نظر دکتر سید جعفر شهیدی، جلد دوم، ص ۱۹۲۶

بخش اول

طواری دعوا

فصل ۱

طواری دادرسی ناشی از دعوای اصلی

این بخش در دو فصل بررسی می‌شود. نخست طواری دادرسی ناشی از طرح ایرادات در دعوای اصلی بررسی خواهد شد (مبحث اول) و سپس، به طواری ناشی از درخواست تأمین در دعوای اصلی (مبحث دوم) می‌پردازیم.

مبحث اول: طواری دادرسی ناشی از طرح ایرادات^۱ در دعوای اصلی

ایراد از باب افعال و مصدر ثلاثی مجرد آن «ورود» و به معنای داخل شدن است. باب افعال این واژه چنانچه برای متعدی ساختن فعل باشد به معنای وارد کردن و داخل کردن می‌باشد. با این حال، ایراد در استعمال لغوی بیشتر به معنای اعتراض کردن، بهانه گرفتن و اشکال وارد کردن آمده است.^۲ اما در معنای عام، به هرگونه اعتراض، خواه ماهوی و یا شکلی، به دعوای طرف مقابل ایراد می‌گویند؛ به عنوان مثال الف ادعا می‌کند که ب مبلغ پنجاه هزار ریال مدیون وی است، در جهت مقابل ب ادعا می‌کند که الف هم پنجاه هزار ریال به او خسارت وارد کرده است. در این صورت در معنای اصطلاحی بین دو دین تهاتر حاصل می‌شود. در اینجا ادعای ب یک اعتراض محسوب می‌شود. باید توجه کرد که موضوع مورد مطالعه این فصل ایراد به معنای فوق نیست

۱. Les exceptions de la procédure

۲. علی اکبر دهخدا، همان، جلد اول، ص 284

بلکه مفهوم خاص آن مورد توجه است؛ ایراد در معنای اصطلاحی حقوق آیین دادرسی و به صورت خاص، عبارت است از طرح اعتراض به خود و نفس دعوا صرف نظر از ماهیت حق مورد ادعا. به عنوان مثال مانند فرضی که دعوا خارج از موعد مقرر مطرح شده و یا اینکه مدعی صغیر بوده و یا در رابطه با این موضوع و طرفین و سبب دعوا قبلاً حکم صادر شده است. در تمام این موارد ایراد به خود دعوا وارد است. بنابراین، می توان گفت امکان طرح ایراد به معنای خاص نسبت به «موضوع دعوا» وجود ندارد؛ آن چه در مقابل موضوع دعوا مطرح می شود درواقع، دفاع از ماهیت می باشد مانند مطالبه وجه و یا ثمن معامله یا دادخواست اثبات نکاح یا احراز رابطه زوجیت.

به عنوان مثال زنی مدعی است که شخص الف او را به عقد خود درآورده است اما اقدامی برای تشکیل زندگی نمی نماید در مقابل مرد هم مدعی است که هر چند آن زن را به عقد خود درآورده است ولی، عقد آن ها موقت بوده و اکنون هم زمان آن به پایان رسیده است. این ادعای مرد ایراد محسوب نمی گردد بلکه دفاع در ماهیت می باشد زیرا موضوع ادعای زن را مخدوش می کند. باید تاکید کرد اگر چه دفاعیاتی که در برابر ماهیت دعوا مطرح می شوند به دلیل تنوع موضوعات دعاوی بسیار گوناگون هستند ولی، تعداد و نوع ایرادات از پیش مشخص و در قانون مندرج می باشند. نتیجه طرح ایراد و دفاع ماهوی نیز متفاوت است به نحوی که در صورت وارد بودن ایرادات دادرس حکم به رد دعوا صادر می نماید و در نتیجه دفاع ماهوی تصمیم دادرس به صورت حکم به بی حقی نمود می یابد.

در هر صورت، از آن چه گفته شد روشن می گردد که میان دفاع و ایراد تفاوت است؛ ایراد نسبت به خود دعوا ولی، دفاع نسبت به موضوع دعوا مطرح می شود؛ ایرادات مشخص و احصاء شده اند ولی، دفاع به دلیل تنوع موضوعات غیر محصور و گوناگون هستند از این رو، به نظر می رسد حکم ماده ۶۵۴ قانون مدنی که از بطلان قمار و گرو بندی و دعاوی ناشی از آن سخن می گوید ناظر به ایرادات نبوده و حکمی ماهوی را مقرر می نماید که در نتیجه آن قاضی ملزم به رسیدگی ماهوی و در صورت احراز صدور حکم به بی حقی می شود. ماده ۷۳ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز در تعریف ایرادات می نویسد: «ایراد دادرسی عبارت است از هر

وسیله‌ای که به منظور غیرعادی یا ناحق اعلام کردن دادرسی به‌کار می‌رود هر چند این امر موجب تعلیق جریان دادرسی شود». ماده ۷۴ این قانون نیز مقرر می‌کند: «ایرادات باید همزمان و پیش از هرگونه دفاع ماهوی یا دفاع عدم قابلیت طرح، مطرح شود والا قابل پذیرش نیست. حتی اگر مبنای ایراد نظم عمومی باشد نیز وضع بدین منوال است [...]» از ماده ۷۱ این قانون نیز مفهوم دفاع ماهوی بدین نحو قابل استنباط است که دفاع ماهوی مستقیماً ادعای مدعی را با خدشه مواجه می‌سازد و از این رو دادگاه پس از بررسی ماهوی نسبت به آن اظهارنظر می‌کند.

مواد ۸۴ تا ۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی به موضوع ایرادات پرداخته است البته این امر بدین معنی نیست که در این مواد تمامی مصادیق ایرادات مطرح شده است اما می‌توان مدعی شد که عمده‌ترین موارد ایرادات در این مواد مقرر شده که به سه دسته تقسیم می‌شوند: ایرادات ناظر به دادگاه (بند اول)، ایرادات ناظر به طرفین (بند دوم)، و سرانجام ایرادات ناظر به خود دعوا (بند سوم).

بند اول: ایرادات ناظر به دادگاه

این مبحث به ایراد عدم صلاحیت (الف)، ایراد امر مطروحه و ایراد امر مرتبط (ب) و ایراد رد دادرس (ج) اختصاص دارد که ذیلاً تبیین می‌شود:

الف) ایراد عدم صلاحیت^۱

ایراد عدم صلاحیت دادگاه یا نسبت به صلاحیت ذاتی است (یک) یا محلی (دو).

۱. صلاحیت ذاتی^۲

صلاحیت ذاتی مبین صلاحیت دادگاه از حیث نوع، صنف و درجه می‌باشد؛ در نظام حقوقی ما صلاحیت مراجع قضایی و اداری به طور کلی نسبت به یکدیگر از حیث صنف و صلاحیت دادگاه‌های عمومی و اختصاصی^۳ مانند دادگاه عمومی حقوقی

۱. Les exceptions d'incompétence

۲. Compétence d'attribution

۳. گفته‌ایم در رابطه با این که دادگاه خانواده دادگاهی عمومی است یا اختصاصی اختلاف نظر وجود دارد اگر بگوییم دادگاه خانواده شعبه‌ای است از دادگاه عمومی که قادر به حل و فصل دعاوی خانوادگی نیز هست، اگر پرونده در دادگاه عمومی دیگری که نمی‌تواند به این دعاوی رسیدگی کند مطرح شود، دادگاه موظف است قرار امتناع از رسیدگی صادر نماید زیرا هر دو دادگاه از حیث

کفیری در برابر دادگاه انقلاب نسبت به یکدیگر نوعاً و صلاحیت دادگاه‌های نخستین و عالی از جهت درجه ذاتاً متفاوت می‌باشند.

۲. صلاحیت محلی^۱

صلاحیت محلی هنگامی مطرح می‌شود که دو دادگاه از حیث صلاحیت ذاتی برابرند اما به دلیل اختلاف در محل و مقر دادگاه، صلاحیت آن‌ها در رسیدگی به دعاوی متفاوت گشته است.

بنابراین، اگر دادگاهی خواه ذاتاً و یا محلاً صالح به رسیدگی به دعوی نباشد و آن دعوا نزد او مطرح گردد امکان طرح ایراد عدم صلاحیت وجود دارد. به عنوان مثال، موضوع دعوا زمینی واقع در برازجان است اما خواهان دعوی خود را در دادگاه اصفهان مطرح می‌کند در این صورت، دادگاه اصفهان باید در صورت ایراد قرار عدم صلاحیت صادر نماید زیرا از حیث محلی تنها دادگاه برازجان صالح به رسیدگی است. و یا در فرضی دعوی مطالبه وجه سفته در دادگاه انقلاب مطرح شده است خواننده می‌تواند به صلاحیت دادگاه ایراد کند.

ایراد عدم صلاحیت مانند تمام ایرادات و بنابر منطوق ماده ۸۷ قانون آیین دادرسی مدنی باید تا پایان اولین جلسه دادرسی مطرح گردد. باید دانست ایراد عدم صلاحیت معمولاً پس از جلسه اول و در طی دادرسی مطرح نمی‌شود مگر آنکه سبب متعاقباً حادث شود مثل زمانی که قانونگذار صلاحیت رسیدگی را از دادگاهی سلب و با تأسیس دادگاهی جدید تمام پرونده‌ها، و حتی پرونده‌های مطروحه را به آن دادگاه ارجاع دهد. در این موارد می‌توان در خلال دادرسی و پس از جلسه اول رسیدگی ایراد عدم صلاحیت را مطرح نمود.

اگر ایراد در جلسه اول مطرح گردد دادگاه موظف است در همان ابتدا به ایراد رسیدگی نماید^۲. اما اگر ایراد در زمان‌های بعدی و در طول دادرسی مطرح شود،

صلاحیت ذاتی برابر هستند اما، اگر قابل به این نظر شویم که دادگاه خانواده دادگاهی اختصاصی است دادگاه عمومی ای که پرونده نزد او مطرح شده باید قرار عدم صلاحیت صادر نماید به نظر ما دادگاه خانواده دادگاهی اختصاصی است.

۱. Compétence territoriale.

۲. «مدعی علیه که ایراد به صلاحیت دادگاه نموده و دادگاه قرار مستغلی در باب رد یا قبول ایراد صادر نکرده تخلف است». حکم شماره ۱۵۹۳ - ۱۳۱۳/۱/۴۰ دادگاه عالی انتظامی قضات؛ و نیز: هرگاه دادگاه بدوی نسبت به ایراد عدم صلاحیت دادگاه مستقلاً قراری صادر نکرده و

دادگاه دیگر وظیفه نداشته بلکه می تواند رسیدگی ماهوی خود را ادامه داده و درهنگام صدور رأی به این ایراد نیز رسیدگی نماید. در این صورت اگر دادگاه خود را صالح ندانست اقدام به انشاء رأی نخواهد کرد.

به نظر می رسد در مورد ایراد عدم صلاحیت محلی بر خلاف ایراد مربوط به صلاحیت ذاتی که ریشه در نظم عمومی دارد، اگر ذی نفع در جلسه اول دادرسی ایراد خود را مطرح ننماید با توجه به خصوصی بودن ذات دعوای مدنی و فلسفه این گونه صلاحیت که ریشه در مصلحت محلی کردن دعوای و تسهیل دست یابی به دادگاه دارد، فرض بر این است که خوانده صلاحیت دادگاه را ضمناً پذیرفته است و از این رو، دیگر نمی تواند چنین ایرادی را مطرح کند (مفهوم مخالف بند ۱ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی). علی ر غم تقریر ماده ۳۵۲ این قانون در باب تجدید نظر خواهی نیز باید قائل به این دیدگاه بود و حکم آن را درباره صلاحیت محلی ناظر به فرضی دانست که ذی نفع به آن در مرحله بدوی ایراد کرده است. به عبارت بهتر به نظر می رسد ماده ۳۵۲ مجمل باشد که باید با استفاده از مبانی حاکم بر آن و اصول حقوقی تبیین شود، زیرا با توجه به مبنای این ایراد منطقی نیست درخصوص فردی که از حق خود استفاده نکرده و طرح ایراد ننموده و دادگاه بدوی هم در راستای ماهیت دعوا اقدام به انشای رأی نموده، دادگاه بالاتر مجدداً به آن ایراد رسیدگی کند.

ب) ایراد امر مطروحه و امر مرتبط^۱

مطابق بند ۲ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی اگر دعوا بین همان اشخاص و در همان دادگاه یا دادگاه هم عرض دیگری قبلاً اقامه شده و تحت رسیدگی باشد (ایراد امر مطروحه) و یا اگر همان دعوا نیست، دعوایی باشد که با ادعای خواهان ارتباط کامل دارد (ایراد امر مرتبط)، ذی نفع می تواند بدان ایراد کند. بنابراین بند، و با عنایت به اصل لزوم جلوگیری از صدور آراء متعارض، به یک دعوا نباید در دو دادگاه رسیدگی شود و

در ضمن: رأی نهایی نسبت به آن اظهار نظر نموده و این حکم در مرحله پژوهشی فسخ نشده تخلف است» حکم شماره ۱۳۳۶-۱۳۱۷/۴/۲۹ و حکم شماره ۱۳۷۹-۱۳۱۷/۴/۲۹ دادگاه عالی انتظامی قضات؛ به نقل از موسی شهیدی، موازین قضایی از نظر تخلف اداری، چاپخانه علمی، ۱۳۴۰، شماره های به ترتیب ۱۰۱ و ۱۰۶، صص ۴۶ و ۴۷

۱. Les exceptions de litispendance et de connexité

همچنین دعاوی که ارتباط کامل با هم دارند نباید به صورت متفرق و جداگانه و در شعب مختلف مورد رسیدگی قرار گیرند. مورد اخیر مورد تأکید بیشتر مقنن در ماده ۱۰۳ این قانون قرار گرفته است؛ به موجب این ماده «اگر دعاوی دیگری که ارتباط کامل با دعاوی طرح شده دارند در همان دادگاه مطرح باشد، دادگاه به تمامی آن‌ها یک جا رسیدگی می‌نماید و چنان چه در چند شعبه مطرح شده باشد در یکی از شعب با تعیین رییس شعبه اول یک جا رسیدگی خواهد شد. در مورد این ماده وکلا یا اصحاب دعوا مکلفند از دعاوی مربوط دادگاه را مستحضر نمایند». همچنین در عرصه بین‌المللی نیز به موجب ماده ۹۷۱ قانون مدنی مطرح بودن همان دعوا در دادگاه خارجی رافع صلاحیت دادگاه ایرانی نخواهد بود.

هنگامی که دادگاه با امر مطروحه یا سبق طرح دعوا مواجه می‌شود، یا دعوا در همان دادگاه مطرح شده و یا اینکه در دادگاه هم عرض دیگری قبلاً مطرح شده است. در فرض نخست قرار رسیدگی توأمان صادر می‌شود و طبیعی است که با رسیدگی به دعوی نخست دعوی دوم منتفی می‌شود. در فرض دوم دادگاهی که سابقاً دعوا در آنجا اقامه شده است اگر با این دادگاه هم عرض باشد، قادر به رسیدگی بوده و دادگاه دوم مکلف است قرار امتناع از رسیدگی صادر نماید (ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی). اگر دعوا در دادگاه غیر هم عرض مطرح شده باشد مانند موردی که دعوا هم در دادگاه تجدید نظر و هم در دادگاه بدوی مطرح است، دادگاه اخیر با صدور قرار توقیف دادرسی باید منتظر شود تا دادگاه تجدید نظر خود را صادر کند و سپس رأی خود را انشا نماید؛ زیرا، دادگاه بدوی دادگاه تالی محسوب است و نمی‌تواند به نفع دادگاه بالاتر قرار صادر کند فلذا تنها قراری که این دادگاه می‌تواند صادر کند قرار توقیف دادرسی است (ملاک ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی).

در حالتی که هر کدام از دعاوی در دادگاه‌هایی مطرح شوند که از حیث صلاحیت محلی متفاوت هستند دادگاهی که دعوا دوباره در آنجا مطرح شده است ضمن امتناع از رسیدگی می‌تواند قرار عدم صلاحیت به شایستگی دادگاه سابق صادر

کند (روح ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی).

ج) ایراد رد دادرسی^۱

به موجب ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی «دادرس در موارد زیر باید از رسیدگی امتناع نموده و طرفین دعوا نیز می‌توانند او را رد کنند: الف) قرابت نسبی یا سببی تا درجه سوم از هر طبقه بین دادرس با یکی از اصحاب دعوا وجود داشته باشد. ب) دادرس قیم یا محذوم یکی از طرفین باشد و یا یکی از طرفین مباشر یا متکفل امور دادرس یا همسر او باشد. ج) دادرس یا همسر یا فرزند او وارث یکی از اصحاب دعوا باشد. د) دادرس سابقاً در موضوع دعوای اقامه شده به عنوان دادرس یا داور یا کارشناس یا گواه اظهارنظر کرده باشد.^۲ ه) بین دادرس و یکی از طرفین و یا همسر و یا فرزند او دعوای حقوقی یا جزایی مطرح باشد و یا در سابق مطرح بوده و از تاریخ صدور حکم قطعی دو سال نگذشته باشد.^۳ و دادرس یا همسر یا فرزند او دارای نفع شخصی در موضوع مطروح باشند». موارد مذکور در این ماده به ایراد رد دادرس

۱. La récusation.

۲. «صدور قرار تأمین خواسته اظهارنظر ماهوی نیست» (رای شماره 1282 - ۱۳۳۰/۴/۳۱ شعبه چهارم دیوان عالی کشور، نقل از احمد متین، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، چاپخانه‌های، بی تا، ص ۲۲۶).
«سبق اظهار عقیده یکی از دادرسان در مورد قرار رد دعوا مانع اظهار عقیده او در ماهیت همان دعوا نخواهد بود» (رای شماره 10 - 1327/1/9 شعبه هشتم دیوان عالی کشور نقل از: پیشین، ص 228).
«اظهار عقیده راجع به صلاحیت دادگاه مانع از اظهارنظر، عقیده و مداخله در اصل موضوع نمی‌باشد» (حکم شماره 1998 - 1319/9/20 دیوان عالی کشور، نقل از محمد پروجردی عبده، اصول قضایی، حقوقی، (تهران: زهرام، 1382)، ص 69).
«اظهار عقیده راجع به صلاحیت دادگاه مانع از اظهارنظر، عقیده و مداخله در اصل موضوع نمی‌باشد» (حکم شماره 2998 - ۱۳۱۹/۹/۲۰ دیوان عالی کشور، نقل از: محمد پروجردی عبده، پیشین، ص 69).

«شق 7 ماده 208 قانون آیین دادرسی مدنی [بند هـ ماده 91 کنونی] راجع به مواردی است که دادرس در موضوع دعوا سابقاً اظهار عقیده کرده باشد و دخالت در رسیدگی به مقدمات حکم اظهار عقیده در موضوع دعوی محسوب نمی‌شود». حکم شماره 1282 - 1330/4/31 شعبه چهارم، به نقل از احمد متین، همان، ص 226.

۳. «شکایت انتظامی موجب رد نیست» و حتی «برای ممنوع بودن دادرس از مداخله بایستی بین یکی از اصحاب دعوا با دادرس دادرسی جنایی یا جنجهای موجود باشد و صرف شکایت یکی از دادرس مورد را مشمول شق 5 ماده 208 قانون آیین دادرسی مدنی (شق هـ ماده 91) نمی‌نماید» (رای شماره 1056-1327/6/31 شعبه، هشتم دیوان عالی کشور، نقل از: احمد متین، همان، ص 227). «مواردی که دادرسان دادگستری در دعوای مدنی باید از رسیدگی امتناع نمایند در ماده 208 قانون آیین دادرسی مدنی [ماده 91 کنونی] قید گردیده است و چون شکایت انتظامی ولو آن که منجر به محکومیت قاضی شده باشد از موارد مذکور در ماده مزبور نیست، بنابراین به فرض این که یکی از اصحاب دعوا از قاضی پرونده شکایت انتظامی بنماید و حکم محکومیت انتظامی او هم صادر گردد، دادرس نامبرده می‌تواند به همان پرونده موضوع شکایت یا سایر پرونده‌هایی که مربوط به شاکی است رسیدگی کند». نظریه کمیسیون مشورتی آیین دادرسی مدنی اداره حقوقی در جلسه

موسوم اند و حتی در مواردی که چنین ایرادی طرح نشده باشد دادگاه مکلف است رأساً به آن توجه کند چه، تعلل وی در آن زمینه تخلف انتظامی خواهد بود^۱. امکان ایراد به دادرس جز در موارد قانونی وجود ندارد. از این رو، باید گفت ایرادات منصوص در این ماده حصری می باشند. چنین روی ای در ماده ۳۴۱ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز مورد اتباع قرار گرفته است. با وجود این، این امر مانع از آن نیست که ایرادات مذکور در این ماده را «از مواد عمومی و شامل کلیه دادگاه‌های دادگستری اعم از مدنی و کیفری و عمومی و اختصاصی [...]»^۲ تلقی کنیم.

بند دوم: ایرادات ناظر به طرفیت دعوی

این ایرادات را می توان در دو بند مطالعه کرد؛ ایرادات ناظر به صلاحیت خواهان (الف) و ایرادات ناظر به صلاحیت خوانده (ب).

الف) ایرادات ناظر به صلاحیت خواهان

در این بند به ایراد عدم اهلیت خواهان (یک)، ایراد عدم احراز سمت خواهان (دو) و ایراد ذی نفع نبودن خواهان (سه) می پردازیم.

۱. ایراد عدم صلاحیت خواهان

ممکن است خواهان فاقد اهلیت استیفا باشد در این صورت، از آنجا که طرح دعوا عملی حقوقی است، کسی که اهلیت استیفا نداشته باشد اهلیت طرح دعوا را نیز نخواهد داشت. مطابق بند سه ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی خوانده می تواند تقاضای صدور قرار رد دعوای خواهان را به جهتی از جهات از قبیل صغر، عدم رشد، جنون، یا ممنوعیت از تصرف در اموال در نتیجه حکم ورشکستگی از محضر دادگاه بنماید. با این حال، چون مسائل فوق الذکر وابسته به نظم عمومی هستند حتی

۱. «دادرس موظف است چنان چه ایرادی بر صلاحیتش بشود بدو قرار رد ایراد را داده و بعد از گذشتن مدت قانونی در صورتی که قرار مبنی بر رد باشد به موضوع رسیدگی نماید. تأخیر در صدور قرار و یا شروع به رسیدگی بلافاصله پس از صدور قرار و قبل از قطعی شدن آن تخلف است». رأی شماره ۱۳۵۶-۱۳۱۳/۱۳-۱ دادگاه عالی انتظامی قضات.

«همین که موجبات رد حاکم وجود پیدا کرد ولو این که از طرف اصحاب دعوا ایرادی نشده باشد، دیگر دخالت حاکم دادگاه قانوناً جایز نبوده و از همان موقع می بایست از رسیدگی خودداری کند و تأخیر امتناع و خودداری از رسیدگی تخلف است». رأی شماره ۴۳۴۱-۱۳۲۷/۵/۱۳-۱ دادگاه عالی انتظامی قضات.

۲. حکم شماره ۱۰۳۷ - ۱۳۱۹/۱۱/۴ دیوان عالی کشور، نقل از: محمد پروجری عبده؛ همان، ص ۶۹.

اگر دادگاه خود نیز به آن‌ها پی ببرد ملزم به صدور این قرار می‌باشد.

۲. ایراد عدم احراز سمت خواهان

فقدان سمت خواهان نیز موجب عدم شایستگی وی جهت طرح دعوا می‌گردد؛ خواهان دعوا یا خود شخصاً اقدام به طرح دعوا کرده و یا با کمک قائم مقام قانونی، نماینده قراردادی یا قانونی یا قضایی اعم از ولی، وصی، قیم، وکیل، مدیر شرکت‌های خصوصی، یا نمایندگان ادارات دولتی. بنابراین، اگر مدعی فاقد این سمت‌ها باشد حق طرح دعوا نداشته و خوانده می‌تواند بدان ایراد کند (بند ۵ ماده ۸۴).

۳. ایراد ذی نفع نبودن خواهان

تنها کسانی می‌توانند طرح دعوا نمایند که در آن موضوع ذینفع باشند یا از طرف ذینفع نمایندگی داشته باشند (ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی و بند ۱۰ ماده ۸۴). به عنوان مثال فرد الف از ب شکایت می‌کند که چاهی که در زمین اوست باید پر شود و تخریب گردد. فرد ب ایراد ذینفع نبودن خواهان را مطرح می‌کند زیرا معتقد است ب نه نماینده دولت است و نه چاه به او ضرری وارد کرده است و این چاه اساساً ارتباطی به الف ندارد.

گاهی طرفین دعوا ذینفع می‌باشند اما ثالثی که وارد دعوا شده ذینفع نیست فرضاً اگر همین دعوا بین دو برادر مطرح باشد به این صورت که هر یک از برادران مدعی مالکیت چاه هستند اما برادر سوم به این دلیل که دعوای دو برادر دیگر باعث تزلزل خانواده شده است وارد دعوا می‌شود و از دادگاه تخریب چاه را می‌خواهد. سخن برادر سوم که وارد ثالث می‌باشد محلی از دفاع ندارد فلذا ایراد ذی نفع نبودن شخص ثالث مطرح می‌گردد که آن را «ایراد رد ثالث» هم می‌گویند.

ب) ایرادات ناظر به صلاحیت خوانده

این ایرادات یا ناظر به عدم اهلیت خوانده اند (یک) و یا عدم سمت او (دو). همچنین ممکن است دعوا متوجه خوانده نباشد (سه).

۱. ایراد عدم اهلیت خوانده

این ایراد توسط خود خوانده مطرح می‌گردد که از دادگاه می‌خواهد به دلیل نداشتن اهلیت قرار رد دعوا به طرفیت وی را صادر کند. فرضاً مدعی علیه که یک پسر بچه

است می گوید چون به سن قانونی نرسیده است طرح دعوا علیه او محل اشکال می باشد. ماده ۸۶ این قانون در این باره مقرر می دارد که اگر خوانده اهلیت نداشته باشد می تواند از پاسخ دادن در ماهیت دعوا امتناع کند. در این صورت اگر نماینده ذی صلاح او مشخص شود دادگاه به رسیدگی خود ادامه داده و مقتضی را صادر می نماید والا وظیفه دادگاه صدور قرار عدم اهلیت و توقیف دادرسی تا زمان تعیین نماینده قانونی است (مستفاد از مواد ۵۶ قانون امور حسبی و مواد ۸۶ و ۱۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی)^۱.

۲. ایراد عدم احراز سمت خوانده

اگر خوانده سمتی در دعوا نداشته باشد خواهان می تواند ایراد عدم سمت خوانده را مطرح کند؛ به عنوان مثال فردی علیه شرکت سهامی دعوا طرح می کند اما، در دادگاه به جای مدیرعامل، معاون او حاضر می شود. در اینجا اگر چه دادگاه قرار رد دعوا صادر نمی کند ولی، از حضور و دفاع فردی که فاقد سمت است نیز جلوگیری می شود.

۳. ایراد عدم توجه دعوا

اگر موضوع دعوا متوجه خوانده نباشد قرار رد دعوا صادر می گردد (بند ۴ ماده ۸۴ و ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی). به عنوان مثال فردی برای فروش فرش به تاجری در لندن با تاجری در پاریس مشورت می کند. تاجر پاریسی، تاجر لندنی را تأیید می نماید اما، در واقع تاجر لندنی کلاهبردار بوده و پول صاحب فرش ها را نمی دهد. در اینجا اگر علیه تاجر پاریسی دعوایی مطرح گردد و فروشنده فرش او را مسئول بداند، با این ایراد مواجه خواهد شد زیرا تاجر پاریسی سمت و مداخلیتی در این دعوا ندارد فلذا دعوا متوجه او نیست.

بند سوم: ایرادات ناظر به خود دعوا

^۱. «مطابق مستفاد از ماده ۵۶ قانون امور حسبی هرگاه عدم اهلیت خوانده بدوی بردادگاه ثابت شود، دادگاه مکلف است برای تعیین قییم واقعه را به دادرسی اطلاع دهد. این تکلیف دادگاه اقتضای آن دارد که بر طبق مناطمواد ۲۰۰ و ۲۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی [مواد ۸۶ و ۱۰۵ کنونی] رسیدگی را متوقف نموده منتظر تعیین قییم ازطرف دادرسی گردد و صدور قرار رد دعوای خواهان موردی نخواهد داشت»؛ حکم شماره ۹۰۶۰/۲ - ۱۳۲۱/۲/۳۱ شعبه دوم دیوان عالی کشور، به نقل از احمد متین، همان، ص ۲۲۶.

طواری دادرسی ناشی از دعوای اصلی ۱۳

این ایرادات ممکن است ناظر به موضوع دعوا (الف)، شیوه طرح دعوا (ب) و سابقه طرح آن (ج) باشند که ذیلاً تبیین می‌شوند.

الف) ایرادات ناظر به موضوع دعوا

در اینجا ما با دو دسته ایرادات مواجه هستیم؛ ایراد فقد اثر قانونی (یک) و ایراد عدم مشروعیت (دو). همان طور که قبلاً بیان شد این ایرادات در واقع دفاع در ماهیت می‌باشند و قانونگذار مسامحتاً آن‌ها را ایراد محسوب کرده است.

۱. ایراد فقد اثر قانونی

این ایراد در جایی مطرح می‌شود که دعوا بر فرض ثبوت اثر قانونی نداشته باشد. به عنوان مثال، می‌دانیم قبض از شرایط صحت عقد هبه و وقف است از این رو، تا هنگامی که قبض تحقق نیابد عقد صحیح نیست (مواد ۵۹ و ۷۹۸ قانون مدنی). با این حال، اگر شخصی با ادعای اینکه موقوف له است دادخواستی به طرفیت خوانده بدهد و از وی اجرت منافع مال موقوفه را مطالبه کند در حالی که قبض واقع نشده است دعوای وی فاقد اثر قانونی بوده و مطابق بند ۷ ماده ۸۴ قرار رد دعوا صادر می‌شود.

۲. ایراد عدم مشروعیت دعوا

نامشروع بودن دعوا نسبت به سبب و موضوع آن قابل تصور است؛ اگر خواهان دادخواستی به خواسته مطالبه وجه حاصل از قمار به دادگاه بدهد سبب دعوا (بازی قمار) نامشروع می‌باشد و دعوای آن به دلیل بطلان مسموع نیست (ماده ۶۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی) و نیز وقتی که شخصی دادخواست الزام یک زن به قبول برقراری رابطه نامشروع را به دادگاه تقدیم می‌کند موضوع دعوای او نامشروع و محکوم به بطلان است.

ب) ایرادات ناظر به شیوه طرح دعوا

این ایرادات گاه در برابر عدم جزمیت دعوا مطرح می‌شوند (یک) و گاه در مقابل زمان طرح آن (دو).

۱. ایراد عدم جزمیت خواسته

مطابق بند ۹ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی دعوا باید جزمی بوده و احتمالی نباشد. عدم جزمیت و احتمالی بودن دعوا را می‌توان نسبت به ارکان آن — طرفین، سبب و موضوع — تحلیل کرد؛ گاهی طرف دعوا مظنون یا مشکوک است یعنی

احتمال اثبات اصل قضیه وجود دارد ولی، انتساب فعل به خواننده محل تردید است و گاهی نیز عدم جزمیت به دلیل ظنی و احتمالی بودن خود خواسته است مانند اینکه در دعوای فسخ بیع خواهان سبب فسخ را معین نکرده و به طور کلی به بی اعتباری قرار داد استناد می کند و نیز گاه ممکن است خواهان سبب دعوا را امری قرار دهد که صرفاً احتمال وقوع آن وجود دارد مانند موردی که خواهان سبب دعوای مسئولیت مدنی را فعل کارفرما یا عیب دستگاه های صنعتی معرفی می کند. دادگاه در مورد دعوایی که محتمل یا غیر جزمی است قرار رد دعوا صادر خواهد نمود (ماده ۸۹ ناظر به بند ۹ ماده ۸۴ این قانون). از این رو، صدور اخطار رفع نقص و در پی آن قرار رد دادخواست که به غلط رواج یافته است فاقد محمل قانونی می باشد.

۲. ایراد زمان اقامه دعوا

مواد ۷۳۱ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی سابق مصوب ۱۳۱۸ به مرور زمان اختصاص داشت و به موجب ماده ۷۳۲ آن دادگاه در صورتی می توانست به استناد مرور زمان دعوا را رد کند که به این جهت صریحاً ایراد شده باشد. در قانون کنونی ایراد مرور زمان پیش بینی نشده است. علت این عدم پیش بینی دیدگاه و نظریه شورای نگهبان قانون اساسی بود که این ایراد را مخالف شرع می داند. اما ایراد مرور زمان متفاوت از ایراد زمان اقامه دعوا که اصطلاحاً مهلت نیز خوانده می شود است؛ پیرو ایراد مرور زمان دادگاه صرفاً دعوای مطروحه را نمی شنود ولی حق ماهوی مبنای دعوای خواهان باقی است و اگر خوانده به میل خود آن را ایفا کند نمی تواند آن را باز پس گیرد (ماده ۲۶۶ قانون مدنی^۱). در جهت مقابل، ایراد زمان اقامه دعوا نسبت به اصل ماهیت حق مورد ادعا مطرح می شود که مطالبه آن در قانون مقید به مهلت خاصی است. به عنوان مثال، قانون آیین دادرسی مدنی زمان تجدید نظر خواهی را ۲۰ روز پس از ابلاغ رأی دادگاه بدوی قرار داده است از این رو اگر تجدید نظر خواه در روز بیست و دوم جهت تجدید نظر خواهی به دادگاه

۱. ماده ۲۶۶ قانون مدنی: «در مورد تعهداتی که برای متعهد له قانوناً حق مطالبه نمی باشد اگر متعهد به میل خود آن را ایفا نماید دعوی استرداد او مسموع نخواهد بود».

مراجعه کند با ایراد زمان اقامه دعوا مواجهه می شود. همچنین است حکم مواد ۱۱۶۲ و ۱۱۶۳ قانون مدنی^۱ درخصوص مهلت نفی ولد^۲ که پیش از این درباره آن نوشتیم. (ج) ایراد ناظر به سابقه طرح دعوا: ایراد امر مختومه یا ایراد اعتبار امر قضاوت شده^۳ به این ایراد در دو قسمت می پردازیم؛ یک - مبنا و گستره ایراد اعتبار امر مختومه یا قضاوت شده؛ و دو - شرایط اجرای قاعده اعتبار امر قضاوت شده.

۱. مبنا و گستره ایراد امر مختومه یا ایراد اعتبار امر قضاوت شده

می دانیم که هدف علم حقوق اجرای عدالت است ولی، هر شاخه از علم حقوق هم دارای هدف خاص خود است؛ به عنوان مثال هدف حقوق تجارت حمایت از تاجر و سرمایه می باشد لذا تمام قوانین تجاری ما تحت این روح کلی تفسیر می گردند. هدف خاص آیین دادرسی مدنی نیز فصل خصومت است. این هدف ایجاب می کند تا یک دعوا پس از آنکه رسیدگی شد و دادگاه درباره آن حکم قطعی صادر نمود دیگر قابل طرح در دادگاهها نباشد.

مبنای این هدف به نظر اماره صحت آرای دادگاه است^۴. دادگاه ها نوعاً آراء صحیحی صادر می کنند لذا به رأی آنها اعتماد می کنیم و آنها را صحیح قلمداد می کنیم، هرچند در واقع گاه قضات دادگاهها در صدور رأی اشتباه می نمایند و مراجع متعدد بازنگری در رأی و شکایت از آن فراروی اصحاب دعوا قرار دارد، اما چون غالباً رأی دادگاهها منطبق با واقعیت و منطبق با قانون می باشد رأی آنها را حجت

^۱ ماده ۱۱۶۲ قانون مدنی: «در مورد مواد قبل دعوی نفی ولد باید در مدتی که عادتاً پس از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل امکان اقامه دعوی کافی می باشد اقامه گردد و در هر حال دعوی مزبور پس از انقضاء دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود». ماده ۱۱۶۳ قانون مدنی: «در موردی که شوهر مطلع از تاریخ حقیقی تولد طفل نبوده و تاریخ تولد را بر او مشتبه نموده باشند، به نوعی که موجب الحاق طفل به او باشد و بعدها شوهر از تاریخ حقیقی تولد مطلع شود، مدت مرور زمان دعوی نفی ولد دو ماه از تاریخ کشف خدعه خواهد بود»

^۲ دکتر ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، میزان، ۱۳۷۸، ذیل ماده.

^۳ Res judicata.

^۴ - می دانیم که امارات به نسبی و مطلق تقسیم می شوند و علی القاعده اماره مغلوب دلیل است. اما گفته ایم که اماره مطلق در برابر دلیل تاب مقاومت و ایستادگی دارد. با وجود اختلاف نظر میان استادان حقوق در وجود یا عدم وجود اماره مطلق در نظام حقوقی ما، شاید بتوان اماره صحت آراء دادگاهها را که مبنای این ایراد استاماره ای مطلق تلقی کنیم.

می‌دانیم و به صحت آن‌ها پس از قطعی شدن اعتماد می‌نماییم^۱. از این‌رو، این ایراد در جهت اجرای قاعده اعتبار امر قضاوت شده^۲ اجرا می‌شود^۳ می‌توان ایراد امر مختومه یا قضاوت شده را این گونه تعریف نمود «ایرادی است که به طرح مجدد دعاوی که در گذشته مورد حکم قطعی قرار گرفته‌اند در صورت وحدت سبب، موضوع و طرفین دعوا وارد می‌گردد».

اما اینکه تصمیم کدام مرجع مشمول این اعتبار و ایراد است؟ همچنین، چه آرای داداری این اعتبار هستند؟ در مراجع شبه قضایی از آنجا که مقنن رأی آن‌ها را قطعی و قابل تجدید نظر در مراجع خاص می‌داند باید قایل به این شد که در حقوق ما مشکلی در ارتباط با اعتبار آراء مراجع شبه قضایی وجود ندارد و رأی سابق چنین مراجعی می‌تواند مبنای ایراد امر مختومه باشد.

درخصوص مراجع قضایی دادگستری و اداری هم آراء قطعی مشمول این اعتبار هستند از این‌رو، ایراد امر مختومه یا قضاوت شده شامل آراء دادگاه‌ها نیز می‌شود. با این حال، هر رأی ممکن است به شکل حکم یا قرار صادر شود (ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی). در اینکه احکام داداری این اعتبار هستند گفتگویی نیست و بحث‌ها ناظر به اعتبار قرار است. در این باره باید میان اقسام قرارها قائل به تفکیک شد؛ قرارهای اعدادی که قاضی در جریان رسیدگی به پرونده صادر می‌نماید مانند قرار ارجاع امر به کارشناس یا استماع شهادت شهود و غیره فاقد این اعتبار هستند. اما قرارهای نهایی که موجب مختومه و خارج شدن پرونده از جریان رسیدگی می‌شوند علی‌رغم وجود اختلاف نظر میان حقوق دانان^۴ دارای این اعتبار می‌باشند از این‌رو،

^۱ در لاتین به آن Res judicata pro veritate habetur می‌گویند که نویسندگان قانون مدنی فرانسه آن را در مواد 1350 و 1351 ملحوظ کرده‌اند.

^۲ L'autorité de la chose jugée

^۳ در این باره ر.ک: دکتر ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده، میزان 1383، چاپ ششم.

^۴ در این باره ر.ک: پیشین، صص 139 به بعد، ش 93 به بعد. دکتر عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، میزان، 1380، جلد 1، صص 476 به بعد، ش 817 به بعد. و نیز: محمد جواد بهشتی و دکتر نادر مردانی، آیین دادرسی مدنی، میزان، 1385، جلد دوم، ص 261.

اگر در پروند ای قرار رد دعوا صادر گردد اعتبار امر قضاوت شده تا زمانی که ارکان این اعتبار و به ویژه سبب آن تغییر نکرده است، قابل استناد است. به عنوان مثال، اگر دعوای اول به دلیل عدم اهلیت خوانده رد شود و دادگاه قرار رد دعوا صادر کند تا هنگامی که هنوز خواهان به سن قانونی نرسیده است این ایراد می تواند مبنای اعتبار امر قضاوت شده باشد. اما اگر خواهان به اهلیت رسید و مجدداً طرح دعوا نمود این ایراد دیگر قابل طرح نیست و قرار صادر شده دیگر نمی تواند مبنای این ایراد باشد. با وجود این، اگر مرجع صادرکننده رأی صلاحیت صدور رأی را نداشته باشد اما، بدون توجه به این امر رأی خود را صادر نماید آیا این رأی می تواند مبنای اعتبار امر قضاوت شده باشد؟

در این باره، دو نظر قابل طرح است. براساس نظر نخست رأی دادگاه غیر صالح خواه ذاتی و خواه محلی نمی تواند مبنای اعتبار باشد. بر مبنای نظر دوم که از شهرت بیشتری برخوردار است و به نظر نیز صحیح می رسد این اعتبار برای آراء دادگاه های غیر صالح نیز وجود دارد. بنابراین همان طور که گفته اند عدم صلاحیت محلی مانع اعتبار احکام نیست^۱ و درباره عدم صلاحیت ذاتی نیز باید گفت «[...] اگر دادگاهی خود را برای رسیدگی به امری صالح بشناسد و این تصمیم او نیز قطعی شود، دادگاه دیگر نمی تواند او را ناصالح بداند و بدین بهانه حکم او را معتبر نشناسد»^۲. به عنوان نمونه، در امور کیفری دادگاه انقلاب صلاحیت رسیدگی به شکایت کلاهبرداری را ندارد اما، اگر دادگاه انقلاب بدون توجه به این امر به شکایت رسیدگی و حکم صادر کند این حکم می تواند مبنای ایراد اعتبار امر قضاوت شده قرار گیرد.

با وجود این، این دیدگاه را باید ویژه احکام مراجع قضایی در برابر یکدیگر دانست از این رو، اگر یک مرجع غیر قضایی دادگستری وارد رسیدگی به موضوعی شود که صلاحیت رسیدگی به آن را ندارد از آنجایی که اعتقاد به اعتبار امر قضاوت شده برای این آراء موجب محروم شدن افراد از حق مراجعه به دادگاه صالح به عنوان

^۱. دکتر اصغر کاتوزیان، همان، ص ۱۰۶، ش ۶۹ الف.

^۲. پیشین، ص ۱۰۸، ش ۶۹ الف.

مرجع رسمی و واحد تظلمات می گردد، باید قائل به عدم اعتبار بود^۱. به عنوان نمونه می دانیم که هیأت نظارت ثبتی صالح به رسیدگی نسبت به اموری که متعلق ادعای وجود حق دیگری است نمی باشد. در این حالت، اگر هیأت نظارت ثبتی در موردی رأی صادر کند که باعث اسقاط حق یک طرف به نفع دیگری شود، رأی او فاقد اعتبار بوده و مسئله علی ر غم اتحاد اصحاب، موضوع و سبب دعوا قابل رسیدگی مجدد در دادگاه است.

نکته دیگری که نباید از آن غافل شد این است که امری از اعتبار امر مختومه بهره مند می شود که موضوع حکم بوده و نه اسباب و مستندات آن، از این رو، اگر در دعوای اول سندی خاص مورد استناد باشد و بنابر آن سند حکم صادر گردد، اگر دعوای دوم در مورد این سند ادعای جعل یا انکار و تردید مطرح گردد نمی توان به رأی دادگاه قبلی استناد نمود زیرا این سند مستند حکم بوده است نه موضوع آن. در هر صورت، به نظر می رسد درباره دایره شمول اعتبار امر مختومه یا قضاوت شده از آنجا که این ایراد باعث اسقاط حق طرح دعوا می گردد هر گاه شک کنیم که موردی مشمول این ایراد می باشد یا خیر باید قائل به تفسیر مضیق شویم و آن را از شمولش خارج بدانیم.

۲. شرایط اجرای قاعده اعتبار امر قضاوت شده

بنابراین، برای تحقق ایراد امر مختومه یا امر قضاوت شده تحقق سه شرط که ذیلا به آن می پردازیم لازم است: ۱. وحدت موضوع دو دعوا؛ ۲. وحدت اصحاب دو دعوا؛ ۳. وحدت سبب دو دعوا^۲.

۲. ۱. وحدت موضوع دو دعوا

برای استماع این ایراد باید موضوع دو دعوا یکسان باشد؛ موضوع دعوا چیزی است که از دادگاه خواسته شده و مورد حکم او قرار گرفته است. به عنوان مثال شخص الف علیه شخص ب دادخواست تخلیه عین مستأجره را می دهد، اما شخص ب

^۱. برای تأیید این نظر ر.ک: دکتر عبدالله شمس، همان، ص 475، ش 816

^۲. برای مطالعه تفصیلی در این باره ر.ک: دکتر ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده، همان، ص 166 به بعد، ش 119 به بعد.

مدعی می شود که مستأجر نیست بلکه با فرد الف قرارداد رهن منعقد کرده است و مطابق این قرارداد هرگاه مال الرهانه را دریافت کند عین مرهونه را تحویل می دهد. دادگاه بدوی و تجدید نظر رهن بودن را تأیید می کنند و به نفع فرد ب رأی را صادر می نمایند. مدتی بعد شخص الف با پرداخت مال الرهانه به صندوق دادگستری از دادگاه خواستار صدور حکم به فک رهن می شود تا عین مرهونه را تحویل بگیرد. در دعوای دوم فرد ب نمی تواند به ایراد امر مختومه استناد کند زیرا موضوع دعوای دوم با دعوای اول متفاوت است، اما اگر خواهان مجدداً خواهان تخلیه عین مستأجره به همان سبب می شد این ایراد قابل طرح بود.

۲. ۲. وحدت اصحاب دو دعوا

اگر اصحاب دعوای اول مجدداً همان دعوا را مطرح نمایند این ایراد قابل طرح است، همچنین باید توجه داشت که دعوایی که یک شخص طرح می کند قدرت طرح مجدد را از قائم مقامان قانونی وی نیز می گیرد. بنابراین اگر شخصی ابتدا به عنوان وکیل، وصی یا قیم طرح دعوا نماید و سپس به عنوان اصیل اقدام کند وحدت اصحاب دعوا محقق نشده و ایراد استماع نمی شود. به عنوان مثال اگر شخص الف علیه شخص ب دعوای خلع ید مطرح کند اما، دادگاه به خلع ید حکم ندهد، در دعوای دوم اگر فرد ج علیه ب دعوای خلع ید مطرح کند این ایراد قابل استناد نیست مگر آنکه شخص ج قائم مقام قانونی الف و یا الف قائم مقام قانونی ج بوده باشد. در این صورت دادگاه به دلیل ایراد امر مختومه، قرار رد دعوا صادر خواهد نمود.

۲. ۳. وحدت سبب دو دعوا

سبب یا جهت به طور کلی عبارت است از عمل حقوقی یا واقعه حقوقی و دلایلی که مبنای حقوقی دعوا را تشکیل می دهد. بدین معنا اگر سبب دو دعوا یکسان باشد این ایراد قابل طرح است. به عنوان نمونه دعوایی به خواسته بطلان قرارداد به جهت مجهول بودن ثمن بیع طرح می شود و دادگاه حکم به بی حقی وی صادر می کند. اما خواهان در دعوای دوم مدعی بطلان قرارداد به جهت تفاسخ یا اقاله است. در این دو دعوا موضوع و اصحاب دعوا یکی بوده اما جهت دعوای اول با دعوای دوم

متفاوت است از این‌رو، ایراد امر قضاوت شده قابل طرح نیست.

مبحث دوم: طواری دادرسی ناشی از درخواست تأمین در دعوا

تأمین در لغت به معنای ایمن کردن، آرام کردن، بی بیم کردن و حفظ کردن آمده است. در اصطلاح حقوقی^۱ نیز مقصود از تأمین کردن همان معنای لغوی مذکور، به ویژه ایمن کردن است که حسب مورد نسبت به خواسته، دلایل، دعوای واهی و یا در برابر دعوای اتباع بیگانه انجام می‌شود. تأمین دلیل که موضوع مواد ۱۴۹ تا ۱۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی است خارج از گستره طواری دادرسی می‌باشد ولی، تأمین خواسته (بند اول) و تأمین هزینه دادرسی (بند دوم) و تأمین در برابر دعوای اتباع بیگانه (بند سوم) از امور اتفاقی و در نتیجه طواری دادرسی هستند که ذیلاً بررسی می‌شوند.

بند اول: طواری دادرسی ناشی از درخواست تأمین خواسته در دعوا

مفهوم تأمین خواسته (الف)، شرایط صدور قرار تأمین خواسته (ب) و آثار تأمین خواسته (ج)، موضوع این مبحث می‌باشند.

الف) مفهوم تأمین خواسته

در این بند ابتدا تأمین خواسته تعریف (یک) و سپس ماهیت (دو) آن بررسی می‌شود.

۱. تعریف تأمین خواسته

روشن است همواره این احتمال وجود دارد که خوانده در اثنای دادرسی یا پس از صدور حکم و قبل از اجرا قادر باشد خواسته را تلف نموده و یا قبل از محکومیت به پرداخت دین کلیه اموال خود را به نام دیگران کند، از این‌رو، لازم است تدبیری اندیشیده شود تا حقوق خواهان محفوظ و خواسته او تأمین شود. تأمین کردن دیون در ادوار گذشته نیز وجود داشته است؛ ابتدایی ترین نوع تأمین، تأمین شخصی است که در فقه به آن تقاص یا مقاصه می‌گویند. تقاص در اصطلاح به عمل شخصی گفته می‌شود که در ذمه دیگری مالی داشته باشد و مدیون دین خود را انکار کند یا از

۱. علی اکبر دهخدا، همان، جلد ۱، ص ۶۸۵

پرداخت آن امتناع ورزد و او مستقلاً در صورت دسترسی به مال مدیون از آن مال حق خود را بگیرد و اگر مال مدیون از جنس حق طلبکار نباشد، پس از فروش آن حق خود را بردارد. فاعل این کار مقاص نامیده می‌شود.^۱

احقاق حق شخصی، امروز و در حقوق کنونی میسر نیست چرا که اساساً قواعد حقوقی و آیین‌های دادرسی به منظور نفی دادرسی شخصی و خصوصی تدوین شده‌اند و در حال حاضر تقاص امکان عملی ندارد مگر در موارد منصوص قانونی مانند دفاع مشروع. از سوی دیگر، ممکن است انجام تقاص با توجه به قواعد و مقررات کیفری موجود مستوجب مسئولیت کیفری مرتکب شود.

نوع دیگری از تأمین حق به طور شخصی وجود دارد که اقدامی قراردادی است. داین از مدیون می‌خواهد برای تأمین دین، ملک خود را به رهن وی بدهد و یا اینکه ضامنی فراهم نماید. چنین تأمینی در بازارهای مکاره در حقوق سنتی غرب ایجاد شده بود به نحوی که اگر شخصی معامله نسی‌ای انجام می‌داد مکلف بود مناسبی بسپارد.

سومین شکل تأمین که امروزه رایج است تأمین خواسته توسط مراجع قضایی است که اولین بار در قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه پیش بینی شد و در قوانین کنونی و سابق آیین دادرسی مدنی ما نیز بازتاب یافت. مواد ۱۰۸ تا ۱۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ به این عنوان می‌پردازد.

قانونگذار تعریف خاصی از تأمین خواسته ارائه نکرده و در ماده ۱۲۱ خود را به معنای توقیف اموال اعم از منقول و غیر منقول تلقی کرده است. عده‌ای از حقوق دانان تأمین خواسته را وثیقه و تضمینی دانسته‌اند که مدعی از اموال مدعی علیه قبل از صدور حکم به نفع خویش از طریق دادگاه می‌خواهد.^۲ به نظر ما به نحو موجز تأمین خواسته عبارت است از «اقدام قضایی جهت حفظ خواسته که متبھی به توقیف اموال طرف مقابل می‌شود».

۲. ماهیت تأمین خواسته

^۱. زین الدین جبعی عاملی (شهید ثانی)، شرح اللمعه، خط عبد الرحیم، جلد ۲، ص ۳۱۷.
^۲. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۱۳۴، ش ۱۰۹۲.

قرار تأمین خواسته از جنس تصمیمات قضایی می‌باشد و فصل آن از تصمیمات نهایی مقدماتی، تبعی و موقتی بودن آن است. بنابراین، اگر ادعای خواهان رد شود قرار تأمین خواسته نیز از بین می‌رود (ماده ۱۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی) و مقنن اشخاص را مکلف می‌کند در زمان خاصی پس از تقاضای تأمین خواسته طرح دعوی نمایند (ماده ۱۱۲ این قانون). باین حال، از آنجا که این قرار رأساً قابل اجرا می‌باشد از سایر تصمیمات مقدماتی دادگاه جدا می‌شود.

تفاوت تأمین خواسته و دستور موقت (مواد ۳۱۰ به بعد این قانون) در این است که اولی برای حفظ خواسته و دومی برای حفظ موقعیت فوری متقاضی صادر می‌شود. به عنوان مثال، براساس حکم دادگاه حضانت طفل به عهده پدر او است لکن مادر وی مدعی می‌شود که پدر او مبتلا به جنون ادواری بوده و در ماه آینده جنون بر وی عارض می‌شود لذا تقاضای دستور موقت می‌کند تا زمان اثبات ادعا، طفل به یکی از مراکز درمانی کودکان سپرده شود. در حالی که تأمین خواسته ناظر به حفظ مال است مانند آنکه فردی مدعی می‌شود که مبیع را باید در سه ماه دیگر تحویل بگیرد لکن چون احتمال تلف آن از جانب مدعی علیه وجود دارد تقاضای تأمین آن را می‌نماید.^۱

ب) شرایط صدور قرار تأمین خواسته

درخواست ذی نفع (یک) قابل مطالبه بودن خواسته (دو)، قابل تأمین بودن خواسته (سه) و قابل توجیه بودن تأمین (چهار) از شرایط صدور این قرار است که ذیلاً تبیین می‌شوند.

۱. درخواست متقاضی

ذی نفع باید تأمین خواسته را درخواست کند و دادگاه نمی‌تواند رأساً چنین قراری صادر نماید (ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی). ذی نفع کسی است که در دعوای اصلی خواهان محسوب می‌شود و در عمل معمولاً تأمین خواسته را به همراه

^۱. باید توجه داشت که گاه مصادیق دستور موقت و تأمین خواسته یکی می‌شوند از این رو باید گفت رابطه آن دو عموم و خصوص من وجه می‌باشد. یعنی در یک مورد خاص می‌توان هر دو را از دادگاه تقاضا نمود.

دادخواست اصلی می دهد والا مکلف است ظرف ده روز دادخواست اصلی را تقدیم دادگاه کند (ماده ۱۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی). گاه ممکن است دین مورد دعوا حال نباشد ولی به موجب ماده ۱۱۴ قرار تأمین صادر شده باشد در این صورت مهلت ۱۰ روزه مقرر در ماده ۱۱۲ از زمانی محاسبه می شود که دعوا قابل طرح است.

در هر صورت، این درخواست شکل خاصی ندارد و می توان آن را بر روی برگ کاغذ معمولی نوشت و حتی به نظر می توان از درخواست شفاهی تأمین خواسته نیز دفاع کرد با این حال، معمولاً این درخواست بر روی دادخواست بنا بر عرف قضایی نوشته می شود. زمان درخواست تأمین تا زمان صدور حکم است. مرجع صالح برای درخواست تأمین خواسته نیز دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد (ماده ۱۱۱ این قانون). اگر مرجع صالح داور باشد خواهیم دید که تقاضای تأمین خواسته از دادگاهی می شود که صلاحیت رسیدگی به دعوای طرفین را دارد (ماده ۱۱۱ ناظر به ماده ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی).

۲. قابل مطالبه بودن خواسته

برای اینکه خواسته قابل مطالبه باشد لازم است دارای شرایطی باشد؛ یک اینکه خواسته باید حال و منجز باشد بدین معنا که زمان مطالبه آن بعداً فرا نرسد و یا اینکه مشروط به تحقق شرطی نباشد. با وجود این، وفق ماده ۱۱۴ این قانون حال بودن خواسته با دو استثناء مواجه شده است؛ خواسته مستند به سند رسمی باشد و در معرض تضییع یا تفریط باشد. مطابق این ماده تحقق هر دو شرط لازم است. دوم اینکه خواسته باید معلوم باشد (ماده ۱۱۳ این قانون). خواسته وقتی معلوم است که مجهول یا مردد نباشد و بهترین نوع معلوم بودن خواسته این است که موضوع آن عین معین باشد. در صورتی که خواسته عین کلی است باید نوع و وصف و مقدار آن معین و معلوم باشد و الا تأمین کلی چند تن برنج باطل و غیر ممکن است.

۳. قابل تأمین بودن خواسته

خواسته ای قابل تأمین است که بتوان آن را به طور موقت حفظ نمود از این رو، موضوعات غیر مالی قابلیت تأمین ندارند مانند درخواست تمکین، تخلیه و حتی

افراز مال مشاع هر چند ممکن است در این موارد دستور موقت صادر نمود.

۴. قابلیت توجیه تأمین

قابل توجیه بودن تأمین بدین معناست که تقاضای تأمین خواسته باید مدلل و مجاب کننده باشد. تقاضای تأمین به دو شیوه قابل توجیه می شود:

یک اینکه گاه مقنن تأمین برخی موضوعات را خود به خود موجه می داند که عبارتند از خواسته مستند به سند رسمی یا سند تجاری و اخواست شده (بندهای الف و ج ماده ۱۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی). چراکه هدف از ایجاد تشکیلات تنظیم اسناد رسمی حمایت از صاحبان آنها است و صاحب سند رسمی مورد احترام مقنن می باشد. وانگهی، احتمال شکست خوردن در دعوایی که خواسته آن متکی به سند رسمی است بسیار کم می باشد. دسته ای از اسناد را که به آنها اسناد رسمی لازم الاجرا می گویند خود به خود قابل اجراند به این دلیل وقتی مستند تأمین خواسته قرار می گیرند تقاضای تأمین خود به خود قابل توجیه می باشد.

اسناد تجاری مانند چک برات و سفته اگر و اخواست شده باشند تأمین خواسته آنها قابل توجیه است. «پس از اقامه دعوا محکمه مکلف است به مجرد تقاضای دارنده براتی که به علت عدم تأدیه اعتراض شده است معادل وجه برات را از اموال مدعی علیه به عنوان تأمین توقیف نماید» (ماده ۲۹۲ قانون تجارت). این حکم به مواد ۳۱۰ و ۳۱۴ در مورد چک و ماده ۳۰۷ درباره سفته نیز ناظر است. با وجود این، درباره برات و سفته باید توجه داشت که این ماده فقط مربوط به و اخواست عدم تأدیه است و مدعی درباره و اخواست نکول و یا امتناع از قبول و نکول نمی تواند از آن استفاده کند. گواهی عدم تأدیه برای چک نیز از این جهت با توجه به رای وحدت رویه شماره ۵۳۶ - ۱۳۶۹/۱۰/۷ جایگزین و اخواست شده است.^۱

دو اینکه عمل اصحاب دعوا می تواند برای تقاضای تأمین خواسته قابلیت توجیه

^۱ [...] «و اخواست برات و سفته که در ماده ۲۸۰ قانون تجارت قید شده ارتباطی با چک پیدا نمی کند. بنا براین، گواهی بانک محال علیه دایر به عدم تأدیه وجه چک که در مدت ۱۵ روز به بانک مراجعه شده به منزله و اخواست می باشد [...]» به نقل از: مهدی محمد حسینیان و مریم عباسی، مجموعه کامل آراء وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور (۱۳۸۱-۱۳۸۲)، میزان، ۱۳۸۳، ص ۲۸۴-۲۸۶.

ایجاد نماید. این کار یا از سوی خواننده انجام می شود و یا از سوی خواهان؛ اگر خواننده خواسته را مورد تضییع و یا تفریط قرار دهد مانند اینکه پس از فروش اموال خود گذرنامه دریافت و به خارج از کشور فرار کند (بند ب این ماده) تقاضای تأمین خواسته توجیه می شود. این نوع توجیه از آنجایی که از حیث اثبات مشکل است کمتر در محاکم اتفاق می افتد.

هنگامی که خواهان خسارت احتمالی را ایداع می کند عمل وی اغلب حاکی از آن است که نسبت به حقانیت خود مطمئن است از این رو، می تواند بدون داشتن سند رسمی، سند تجاری و حتی اثبات تضییع یا تفریط احتمالی خواسته، درخواست خود را توجیه کند (بند د این قانون). تعیین میزان خسارت احتمالی در اختیار دادگاه است (تبصره ماده ۱۰۸ این قانون) که معمولاً امروزه به میزان ۱۰ تا ۱۲ درصد خواسته تعیین می شود.

بنا به مراتب فوق، در تمام موارد مذکور در بندهای الف، ب و ج ماده ۱۰۸ تقاضای تأمین خواسته موجه بوده و دادگاه مکلف است بدون تأدیه خسارت احتمالی قرار تأمین را صادر کند و فقط درخصوص بند دال آن ماده است که مقنن تأدیه خسارت احتمالی را برای توجیه تقاضا لازم دانسته است از این رو، تبصره این ماده تنها منصرف به این بند می باشد^۱.

ج) آثار تأمین خواسته

قرار تأمین خواسته نسبت به اموال خواننده به نحو مقرر در قانون قابل اجرا است (یک)

^۱ «اگر چه ماده ۱۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ راجع به مواردی است که دادگاه مکلف به قبول درخواست تأمین خواسته است اما مقنن به مصادیق متفاوتی توجه داشته که باید آن‌ها را از یکدیگر تفکیک نمود به این معنی که در بند الف رسمیت مستند دعوای در بند ب وضعیت خواسته که در معرض تضییع یا تفریط باشد و در بند ج مقررات قانون خاص برای دادگاه ایجاد تکلیف نموده که بدون تودیع خسارت احتمالی از جانب خواهان درخواست تأمین را بپذیرد. در حالی که در بند د به طور کلی صدور قرار تأمین را مشروط به تودیع خسارت احتمالی براساس تبصره همان ماده نموده، بنابراین، در صورتی که خواسته خواهان منطبق با بند ب یا مستند دعوای از مصادیق بندهای الف و ج باشد دادگاه بدون تودیع خسارت احتمالی درخواست تأمین خواسته را می پذیرد. در غیر این موارد دادگاه در صورتی قرار تأمین را صادر خواهد کرد که خواهان خسارت احتمالی را نقداً تودیع نماید. در نتیجه می توان گفت تبصره ماده ۱۰۸ صرفاً ناظر به بند د ماده مذکور می باشد نه سایر موارد». نظریه شماره ۷/۶۵۱۱ - ۱۳۷۹/۱۰/۱۷ اداره حقوقی و تدوین قوه قضاییه، به نقل از: مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، به اهتمام معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، روزنامه رسمی، ۱۳۸۴، جلد ۱، ص ۱۴۶.

با این حال، حتی اگر قرار تأمین خواسته اجرا شده و اموالی از خواننده توقیف گردد ممکن است باز هم به طرقی زایل شده و اثر آن از بین برود (دو) که خود آثاری در پی دارد و ما به آن‌ها خواهیم پرداخت.

۱. اجرای تأمین خواسته و چگونگی آن

در صورتی که درخواست تأمین شده باشد مدیر دفتر مکلف است پرونده را فوری به نظر دادگاه برساند و دادگاه قرار تأمین خواسته را در جلسه‌ای اداری و فارغ از تشریفات و اخطار به طرف مقابل صادر می‌کند (ماده ۱۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی)، این قرار پس از صدور فوراً به طرف مقابل ابلاغ شده و وی حق دارد ظرف ۱۰ روز پس از ابلاغ به آن اعتراض کند که در این صورت، دادگاه در اولین جلسه به اعتراض او رسیدگی می‌کند (ماده ۱۱۶ و ۱۱۷ این قانون) ولی، از آنجا که قرار قبول یا رد تأمین خواسته غیر قابل تجدید نظر است (ماده ۱۱۹ این قانون)، همانند آراء قطعی لازم الاجرا می‌باشد. اجرای قرار تأمین خواسته یا پس از ابلاغ انجام می‌شود و یا در مواردی که ابلاغ فوری ممکن نبوده و تأخیر اجرا باعث تضییع یا تفریط خواسته گردد ابتدا قرار تأمین اجرا و سپس ابلاغ می‌شود (ماده ۱۱۷ این قانون).

در لحظه اجرای تأمین خواسته آن دسته از اموال خواننده توقیف می‌شوند که قابلیت استیفای دین از آن‌ها وجود داشته باشد بنابراین، هنگامی که در نتیجه تأمین خواسته مال توقیف شده به فروش رود این مال نباید از مستثنیات دین باشد (مواد ۱۲۹ و ۵۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی)^۱. همچنین، از محصولات املاک و اغ‌ها به مقدار دو سوم سهم خواننده توقیف می‌شود و گویی مقنن باقی سهم را از مستثنیات حتمی و از پیش معین شده دین محسوب کرده است. اگر محصول جمع‌آوری شده باشد مامور اجرا سهم خواننده را مشخص و توقیف می‌نماید والا خواننده زمان اجرا را به

۱. ماده ۵۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی: «مستثنیات دین عبارت است از: الف - مسکن مورد نیاز محکوم علیه و افراد تحت تکفل وی با رعایت شیون عرفی؛ ب - وسیله نقلیه مورد نیاز و متناسب با شان محکوم علیه؛ ج - اثاثیه مورد نیاز زندگی که برای رفع حوائج ضروری محکوم علیه، خانواده و افراد تحت تکفل وی لازم است؛ د - آذوقه موجود به قدر احتیاج محکوم علیه و افراد تحت تکفل وی برای مدتی که عرفاً آذوقه ذخیره می‌شود؛ ه - کتب و ابزار علمی و تحقیقاتی برای اهل علم و تحقیق و متناسب با شان آنان؛ و - وسایل و ابزار کار کسبه، پیشوران، کشاورزان و سایر اشخاصی که وسیله امرار معاش محکوم علیه و افراد تحت تکفل وی می‌باشد»

مامور اجرا اطلاع داده و برداشت آن به یک باره و یا در دفعات متعدد با حضور مامور اجرا به عمل می آید تا بدون دخالت در امر برداشت میزان محصول برداشت شده را تعیین کند. خواهان یا نماینده او نیز در این موقع حق حضور دارند (ماده ۱۲۷ این قانون). با وجود این، محصولاتی که در معرض تضییع هستند فوراً ارزیابی و بدون تشریفات با تصمیم و نظارت دادگاه به فروش می روند و وجه حاصل از آن به حساب سپرده دادگستری تودیع می شود (تبصره ماده ۱۲۷).

با وجود این، اگر خواسته عین معین باشد فقط همان مال توقیف می شود و تنها در صورتی که خواسته عین معین نبوده و یا اینکه با وجود اینکه عین معین است قابل توقیف نباشد، توقیف از سایر اموال خوانده انجام می شود (مواد ۱۲۲ و ۱۲۳ این قانون). قانونگذار نحوه توقیف اموال منقول و غیر منقول و صورت برداری و ارزیابی و حفظ اموال توقیف شده و توقیف حقوق استخدامی خوانده و اموال منقول وی که نزد شخص ثالث موجود است را مشمول مقررات مواد ۶۱ تا ۱۱۲ قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶ دانسته است (ماده ۱۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی).

طلبکارانی که به ترتیب زمانی اقدام به توقیف کرده اند دارای حق اولویت نسبت به آن می باشند ولی در فرضی که ملک معینی را کسی به عنوان مثال به دلیل عدم تسلیم مبیع تأمین کرده باشد سایر طلبکاران نسبت به آن حقی نخواهند داشت (ماده ۱۲۸ این قانون).

خوانده نیز می تواند به عوض مالی که دادگاه می خواهد توقیف کند و یا توقیف کرده است وجه نقد یا اوراق بهادار به میزان همان مال در صندوق دادگستری یا یکی از بانک ها ودیعه بگذارد. همچنین او می تواند از دادگاهی که قرار تأمین را صادر کرده درخواست تبدیل مالی را که توقیف شده است به مال دیگر بنماید مشروط به اینکه مال پیشنهاد شده از نظر قیمت و سهولت فروش از مالی که قبلاً توقیف شده کمتر نباشد و دادگاه نیز مکلف است ظرف دو روز به این درخواست رسیدگی کرده و قرار مقتضی را صادر نماید. با وجود این، در مواردی که عین مال توقیف شده باشد تبدیل آن منوط به رضایت خواهان است (ماده ۱۲۴ و ۱۲۵ این قانون).

۲. زوال تأمین خواسته و آثار آن

اگر قرار تأمین خواسته صادر شود و حتی اگر اموالی از خواننده توقیف گردد با توجه به اینکه این قرار تبعی و موقتی است امکان زوال آن وجود دارد. به عنوان مثال اگر پس از ابلاغ قرار تأمین خواسته به خواننده وی ظرف ده روز به آن اعتراض کند و دادگاه در اولین جلسه‌ای که پس از اعتراض فرا می‌رسد این قرار را فسخ کند تأمین خواسته از بین می‌رود (ماده ۱۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی) و یا مطابق ماده ۱۱۲ این قانون خواهان ظرف ۱۰ روز از زمان درخواست تأمین خواسته دادخواست اصلی را به دادگاه تقدیم نمی‌کند که در این صورت با درخواست خواننده دادگاه قرار تأمین خواسته را لغو می‌کند. همچنین، وقتی که موجب صدور قرار تأمین مرتفع شود دادگاه قرار رفع تأمین را صادر می‌کند و حتی ممکن است تأمین خود به خود مرتفع شود مانند صدور حکم قطعی علیه خواهان یا استرداد دعوا و یا دادخواست (ماده ۱۱۸ این قانون). در هر صورت، اگر قرار تأمین اجرا شود و خواهان به موجب رأی قطعی محکوم به بطلان دعوا شود و یا حقی برای او به اثبات نرسد، خواننده حق دارد ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ حکم قطعی خسارتی را که از قرار تأمین به او وارد شده است با تسلیم دلایل به دادگاه صادرکننده قرار مطالبه کند. مطالبه خسارت در این مورد بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی و پرداخت هزینه دادرسی صورت می‌گیرد. عدم لزوم رعایت تشریفات نافی رعایت اصول دادرسی نبوده و دادگاه مکلف است به منظور رعایت اصل احترام به حقوق دفاعی مفاد تقاضا را به طرف مقابل ابلاغ کند تا چنان چه دفاعی دارد ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ با دلایل آن را مطرح کند^۱. دادگاه در وقت فوق العاده به دلایل طرفین رسیدگی و رأی مقتضی و قطعی صادر می‌نماید. طبیعی است اگر خواننده در مهلت مقرر بدون عذر موجه (موارد مذکور در ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی) مطالبه خسارت ننماید وجهی که بابت خسارت احتمالی سپرده است به درخواست خواهان به او

۱. حسن محسنی، مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آن‌ها و چگونگی تمییز این اصول از تشریفات دادرسی، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، بهار و تابستان ۱۳۸۵، شماره پیاپی ۱۹۲ و ۱۹۳، صص ۱۲۰ و ۱۲۱.

مسترد می‌شود (ماده ۱۲۰ این قانون).

بند دوم: تأمین هزینه دادرسی

مفهوم و شرایط تأمین هزینه دادرسی (الف) و مواردی که در آن‌ها تأمین اخذ نمی‌شود (ب) موضوع این مبحث می‌باشند:

الف) مفهوم و شرایط تأمین هزینه دادرسی

دادگستری مرجع تظلمات است و هر کس می‌تواند برای احقاق حق بدون آنکه مانعی در کار باشد به آنجا مراجعه کند؛ از این رو، مطابق اصل به دعوی خواهان می‌بایست بدون اقدامی مجزا رسیدگی نمود. اما گاه اتفاق می‌افتد که اشخاص به جهاتی نامشروع برای مثال اعمال غرض یا ایذا و یا به دلیل ناآگاهی اقدام به اقامه دعوا کرده، موجب ورود خسارت به خوانده و نیز اشغال اوقات دادگاه می‌گردند. از همین رو، ساز و کاری لازم به نظر می‌رسد تا تمایل افراد را به اقامه چنین دعوای کاهش داده، کاهش میزان پرونده‌های مراجع را موجب و فراغ بال دادرسان را در رسیدگی به دیگر دعوای فراهم آورد. در حقوق ما در قانون اصول محاکمات حقوقی ۱۲۹۰ و نیز قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ این مهم پیش بینی نشده بود تا اینکه در سال ۱۳۳۹ قانونی تحت عنوان قانون الحاق به ماده ۲۲۵ مکرر به قانون آیین دادرسی مدنی به تصویب رسید که در قانون کنونی آیین دادرسی مدنی همان ماده در ماده ۱۰۹ گنجانده شده است. این ماده در بردارنده تأمینی است که خواهان دعوا به درخواست خوانده موظف به دادن آن است. نکته قابل ذکر اینکه با وجود تفاوت این نوع تأمین، به لحاظ مبنا، نوع و موضوع، با تأمین خواسته قانونگذار همانند قانون سال ۱۳۱۸ به نادرستی آن را در مبحث مربوط به تأمین خواسته آورده است.

مطابق ماده ۱۰۹ آیین دادرسی مدنی «در کلیه دعوای مدنی اعم از دعوای اصلی یا طاری و درخواست‌های مربوط به امور حسبی به استثناء مواردی که قانون امور حسبی مراجعه به دادگاه را مقرر داشته است، خوانده می‌تواند برای خسارات ناشی از هزینه دادرسی و حق الوکاله، که ممکن است خواهان محکوم شود از دادگاه تقاضای تأمین نماید [...]» بنابراین، تفاوتی نمی‌کند که دعوا اصلی یا طاری باشد، خواهان

اصلی، جلب کننده ثالث یا خواهان دعوی اضافی در صورت واهی بودن، به درخواست خواننده موظف به دادن تأمین هستند. در امور حسبی نیز همین قاعده حکم فرماست مگر در مواردی که قانون امور حسبی مراجعه به دادگاه را مقرر داشته است که برای مثال عبارتند از موارد مربوط به غایب مفقود الاثر (درخواست تصرف ورثه در اموال غایب، موت فرضی)، و درخواست مهر و موم ترکه، برداشتن مهر و موم ترکه، تصدیق انحصار وراثت و ... که در اینها سپردن تأمین هزینه دادرسی دعوا لازم نیست.

ممکن است دعوی طرح شده خواهان واهی باشد ولی صدور قرار تأمین هزینه دادرسی همانند تأمین دعوی اتباع بیگانه نیاز به درخواست خواننده دارد و دادگاه نمی تواند رأساً چنین کند، هر چند که در اینجا برخلاف قرار اخیر خارجی بودن خواهان از شرایط صدور قرار تأمین نیست. اما در اینکه در چه صورتی دعوی دارای وصف واهی است قانون قاعده و ضابطه خاصی را ارائه نداده و آن را در اختیار دادرس قرار داده است اما دادرس نیز در صدور این قرار بی قید نبوده و در صورتی قرار تأمین را صادر می کند که درخواست را «با توجه به نوع و وضع دعوا و سایر جهات، موجه بدانند». در دکتترین گفته اند که واهی بودن دعوی از دو جهت قابل بررسی است: موضوعی و حکمی^۱. در اینکه دعوی ممکن است به لحاظ موضوعی واهی باشد تردیدی نیست، چه همان گونه که گفته شده گاهی دعوی متکی به هیچ دلیلی نیست^۲ اما اینکه به لحاظ قانون دعوی واهی باشد مانند اینکه موضوع ادعای خواهان چنانچه احراز شود حقی علیه خواننده ایجاد نمی نماید جای تأمل دارد. چه این مورد (که همان بند ۷ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی)، از مواردی است که در آن دادگاه اصولاً وارد ماهیت دعوا نگردیده و قرار رد آن را صادر می کند (ماده ۸۹ قانون کنونی)، در حالی که به نظر می رسد دعوی واهی در فرضی متصور است که دادگاه از شکل گذشته و حال که می خواهد دعوی را به لحاظ ماهوی بررسی کند در می یابد که چنین دعوایی ای به احتمال فراوان به سرانجام نمی رسد. از سوی دیگر، اگر دعوا دارای ایراد شکلی باشد و

^۱ دکتر عبدالله شمس، همان، جلد ۳، ص ۳۰

^۲ پیشین.

دادگاه آن را بدون ورود در ماهیت رد کند اصولاً فرض ورود خسارت به خواننده دست کم به اندازه‌ای که صدور قرار تأمین را ایجاب کند وجود ندارد تا وجهی برای صدور قرار تأمین باشد. پس، دعوی واهی دعوایی است که با توجه به اوضاع و احوال پرونده بر فرض رسیدگی ماهوی دادگاه منتهی به صدور حکم له خواهان نخواهد شد.

گفتیم که اصل اقتضای آن دارد که دعوای خواهان بدون اینکه اقدام دیگری غیر از اقامه دعوی انجام گیرد رسیدگی شود، نتیجه آنکه اخذ تأمین امری استثنایی بوده و قابل تفسیر در حد نص قانونی است؛ از این رو، ذهن دادرس برای صدور قرار تأمین دعوای واهی می‌باید به حد کافی قانع بر واهی بودن دعوی شده باشد.

ب) مواردی که در آنها تأمین اخذ نمی‌شود

در برخی از دعاوی نمی‌توان هزینه دادرسی را تأمین کرد و یا ادعا نمود که خواهان دعوی واهی طرح کرده است مانند:

۱. درخواست‌های مربوط به امور حسبی در مواردی که قانون امور حسبی مراجعه به دادگاه را لازم دانسته است که شرح آن گذشت (ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی)؛

۲. دعوای ای که مستند آن‌ها چک یا سفته یا برات باشد (ماده ۱۱۰ این قانون)؛
گفتیم که مقصود از دعوای واهی دعوایی است که خواهان در آن به احتمال فراوان به نتیجه نمی‌رسد اما در دعوای مذکور (مبتنی بر چک و سفته و برات) که اسناد تجاری به معنای اخص بوده و از اعتبار فراوان برخوردارند، با عنایت به اصول حاکم بر این اسناد (مانند اصل عدم توجه ایرادات) که بر اعتبار آن‌ها افزوده است می‌پذیریم که خواهان متکی بر این اسناد به احتمال فراوان حاکم دعوا خواهد شد و از این جهت قانونگذار پیشاپیش حمایت خود از این اسناد را اعلام داشته و اصل سرعت جریان دعوای بازرگانی به عنوان یکی از اصول ضروری و تسهیل کننده در تجارت را به خوبی مراعات نموده است؛

۳. دعوای مستند به اسناد رسمی؛ حفظ اعتبار این گونه اسناد همواره مورد توجه و تاکید مقنن بوده و دارنده آن اسناد به تبع آن توجه، از حقوق ویژه‌ای برخوردار است. بدیهی است تجویز اخذ هر گونه تأمین در دعوای مستند به این اسناد خلاف فلسفه

مذکور خواهد بود؛

۴. دعاوی طرح شده علیه متوقف؛ بحث بر سر تأمین هزینه دادرسی است. واهی بودن دعوی نیز بنا بر منطق عنصر اختیار و اراده را در بر دارد؛ به عبارت بهتر زمانی از خواهان می توان تأمینی خواست که وی به اختیار علیه خوانده اقامه دعوا نموده باشد اما در فرض حاضر که خواهان می باید علیه متوقف دعوی طرح کند و چاره ای جز این ندارد و به عبارت بهتر تحریک به اقامه دعوا گشته، گرفتن خلاف عدالت به نظر می رسد.

و اکنون چند نکته در این باره:

- چنان چه دادرسی دعاوی را واهی تشخیص داده یا تأمین هزینه دادرسی را بپذیرد و به درخواست خوانده، قرار تأمین صادر نماید علی القاعده باید مهلت معقول و متعارفی را با توجه میزان تأمین و اوضاع و احوال حاکم تعیین نماید تا خواهان در آن مهلت تأمین بسپارد. در این صورت، «...» تا وقتی که خواهان تأمین ندهد دادرسی متوقف خواهد ماند و در صورتی که مدت مقرر در قرار دادگاه برای دادن منقضی شود و خواهان تأمین ندهد به درخواست خوانده قرار رد دادخواست خواهان صادر می شود» (ماده ۱۰۹ این قانون).

- «چنان چه بر دادگاه محرز شود که منظور از اقامه دعوا تأخیر در انجام تعهد یا ایذاء طرف یا غرض ورزی بوده، دادگاه مکلف است در ضمن صدور حکم یا قرار، خواهان را به تأدیه سه برابر هزینه دادرسی به نفع دولت محکوم نماید» (تبصره ماده ۱۰۹ این قانون).

- در تأمین هزینه دادرسی و یا دعاوی واهی بر خلاف تأمین اتباع بیگانه که خواهد آمد از مراحل دیگر دادرسی غیر از بدوی، نام برده نشده است. گر چه چنانکه خواهیم دید فلسفه تأمین اتباع بیگانه (برابری طرفین و پیش گیری از مشکلات احتمالی برای خوانده ایرانی) با تأمین دعاوی واهی و هزینه دادرسی (پیش گیری از افزایش حجم کار محاکم و جبران خسارات وارد بر خوانده) متفاوت از یکدیگرند و نیز هر چند فلسفه اولی به ظاهر ملموس تر از دیگری است اما باید توجه داشت که امروزه نه در ایران بلکه در سایر کشورها، اطاله

دادرسی از مشکلات اساسی مردم و قضات است. این نکته که اخذ تأمین می‌تواند عاملی مهم در جهت پیش‌گیری از اقامه دعوای بیهوده باشد مخصوص مرحله بدوی نیست تا بدین ترتیب دست افراد را در شکایت از آراء باز بگذاریم. از سوی دیگر هیچ دلیل در دست نیست تا امکان اخذ تأمین در دعوای مربوط به شکایت از آراء را منتفی بدانیم؛ به علاوه اطلاق ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی و نیز این نکته که امکان اخذ تأمین در دعوای طاری و حتی امور حسبی را پیش‌بینی نموده ما را بدان رهنمون می‌سازد که:

اگر مرجع رسیدگی‌کننده، دعوا را (اعم از بدوی، تجدید نظر، فرجام خواهی، اعتراض ثالث و اعاده دادرسی) واهی تشخیص دهد، با درخواست خواننده از خواهان اخذ تأمین می‌کند. هر چند به نظر می‌رسد در هر صورت هزینه دادرسی قابل تأمین است.

واخواهی را باید از موارد فوق جدا نمود بدین دلیل که: اولاً؛ واخواهی به نوعی ادامه دعوای بدوی است و دعوای جدید محسوب نمی‌گردد تا بتوان از واخواه اخذ تأمین کرد. ثانیاً؛ واخواه، که همان خواننده بدوی است در مقام خواننده قرار دارد و از خواننده اخذ تأمین هزینه دادرسی نمی‌توان کرد. ثالثاً؛ اخذ تأمین هزینه دادرسی و دعوای واهی از واخواه منافعی با حقوقی دفاعی وی و بر خلاف اصل رعایت حقوق دفاعی است. رابعاً؛ در جهت عکس، باید گفت واخواه (خواننده دعوی بدوی) می‌تواند از دادگاه تأمین هزینه دادرسی و دعوای واهی واخوانده (خواهان دعوی بدوی) را مطالبه کند.

بند سوم: طواری دادرسی ناشی از تأمین در برابر دعوای اتباع بیگانه

آنچه در این مبحث ارائه می‌گردد بدین شرح است؛ فلسفه تأمین (الف)، شرایط اخذ تأمین (ب) و مواردی که از اتباع بیگانه استثنایاً تأمین اخذ نمی‌شود (ج).

الف) فلسفه تأمین

آیین دادرسی مدنی به عنوان گذرگاه حیاتی حقوق از عالم ذهن به عمل، دربردارنده قواعد و مقرراتی است که مراجع قضایی در رسیدگی به تظلمات موظف به رعایت

آن‌ها هستند. از تار و پود این قواعد آن چه بیش از همه جلب توجه می‌کند و در هر مقطع از دادرسی به نظر می‌آید این است که طرفین باید همواره در شرایط برابر و یکسان محاکمه شوند تا عدالت آیینی خدشه دار نشود و عدالت محقق گردد. این مهم در نظام دادرسی اسلامی نیز ملحوظ بوده است که از اصول بنیادین دادرسی‌ها است. این رو، تمام جریان دادرسی باید تحت لوای این اصل اداره شود. با وجود این، براساس غلبه شاید بتوان مفروض دانست که همواره خواهان برنده و خواننده بازنده است ولی این نتیجه همیشه صحیح نیست و همان طور که در تأمین هزینه دادرسی گفته آمد ممکن است طرح دعوا واهی و بی اساس باشد. این نکته در فرضی که خواهان تبعه کشور خارجی است مهم و ملموس تر خواهد بود. چه ممکن است او پس از طرح چنین دعوایی کشور را ترک گفته و خسارات خواننده جبران نشده باقی بماند. بنا براین، قانونگذار در مواد ۱۴۴ تا ۱۴۸ به این موضوع پرداخته و مقرر داشته است: «اتباع دولت های خارج، چه خواهان اصلی باشند و یا به عنوان شخص ثالث وارد دعوا گردند بنا به درخواست طرف دعوا برای تأدیه خساراتی که ممکن است بابت هزینه دادرسی و حق الوکاله به آن محکوم گردند باید تأمین بسپارند. در خواست اخذ تأمین فقط از خواننده تبعه ایران و تا پایان جلسه اول دادرسی پذیرفته می‌شود» (ماده ۱۴۴).

ب) شرایط اخذ تأمین

با عنایت به مواد ۱۴۴ تا ۱۴۸ این قانون می‌توان شرایط اخذ تأمین را چنین بر شمرد:

۱. خواهان دعوا تبعه ایران نباشد؛ ۲. خواننده تبعه ایران باشد؛ ۳. دادگاه نمی تواند رأساً تأمین اخذ کند؛ و ۴. اخذ تأمین باید تا پایان جلسه اول دادرسی درخواست شود. بدین ترتیب، از آنجایی که این ماده مخالف برابری آیینی طرفین دعوا است می‌بینیم مقنن به منظور جلوگیری از سوء استفاده خواننده آن را منوط به درخواست خواننده ایرانی تا پایان جلسه اول دادرسی نموده است.

پس از درخواست ذی نفع «دادگاه مکلف است نسبت به درخواست رسیدگی و مقدار و مهلت سپردن آن را تعیین نماید و تا وقتی که تأمین داده نشده است دادرسی متوقف خواهد ماند». بدین ترتیب، باید گفت دادرس چنان چه شرایط مذکور فراهم باشد موظف است تأمین را اخذ نماید و نمی‌تواند حتی در فرضی که اوضاع و احوال

دعوا حاکی از پیروز شدن خواهان است از این تکلیف سرباز زند. اخذ این تأمین مخصوص رسیدگی در مرحله بدوی نیست و تجدیدنظرخوانده می تواند چنین تأمینی را در برابر تجدید نظر خواه بیگانه بخواهد (ماده ۱۴۷)، صرف نظر از اینکه او در مرحله بدوی تأمین سپرده باشد یا خیر که در صورت سپردن، او مکلف است نسبت به هزینه های این مرحله تأمین بدهد (مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ این قانون). این حکم را می توان با توجه به ماده ۱۴۴ به خواهان (فرجام خواه، درخواست کننده اعاده دادرسی و معترض ثالث) بیگانه سایر طرق شکایت از آراء نیز تسری داد. با وجود این، درباره وخواه نمی توان چنین حکم کرد؛ چه، مرحله وخواهی ادامه مرحله نخستین بوده و وخواه در دادرسی نخستین خوانده بوده است و رعایت حقوق دفاعی وی این گونه ایجاب می کند. که نتوان از وی مورد بحث را اخذ نمود.

جریان دادرسی و هزینه های طرفین دعوا از آغاز تا انجام دادرسی اغلب ثابت نیست از این رو، دادگاه می تواند میزان جدید تأمین را معین کرده و از تبعه خارجی بخواهد آن را بسپارد و در غیر این صورت دادخواست وی را رد نماید (ماده ۱۴۸ این قانون). در این ماده از عبارت «چنان چه بر دادگاه معلوم شود [...]» استفاده کرده است که مقصود از آن، به نظر، معلوم شدن پس از درخواست خوانده باشد؛ چه، با توجه به ماده ۱۴۴ این قانون که از لزوم درخواست خوانده سخن گفته و به دادگاه رأساً اجازه تمسک به این تأمین را نداده است، و با عنایت به خصوصی بودن ماهیت دعوای مدنی و ذی نفع نبودن دادگاه در این امور، اصل بر تسلط طرفین در قلمرو موضوعی^۱ است.

ج) مواردی که از اتباع بیگانه استثنائاً تأمین اخذ نمی شود

قاعده لزوم اخذ تأمین مطلق نیست و استثناهایی بر آن وارد شده است که در آن موارد تبعه خارجی معاف از سپردن چنین تأمینی است (ماده ۱۴۵ این قانون):

۱. در کشور متبوع او اتباع ایرانی از دادن تأمین معاف باشند؛ در اینجا مقنن به نزاکت بین المللی و رفتار متقابل کشورها توجه کرده است.
۲. دعاوی راجع به برات، سفته و چک باشد؛ در این دعوی نیز هدف حفظ اعتبار

^۱ Le principe dispositif.

این گونه اسناد است که وسیله گردش آسان ثروت در جامعه می‌باشند.

۳. دعاوی تبعه خارجی متقابل باشد؛ در این صورت هدف قانونگذار حمایت از حقوق دفاعی خوانده بوده است چه خوانده خارجی رأساً اقدام به طرح دعوا نکرده است و در واقع به دعوا تحریک شده است^۱.

۴. دعاوی که مستند به سند رسمی باشد؛ در این گونه دعاوی نیز از آنجایی که احتمال پیروزی خواهان در دعوی زیاد است اخذ تأمین از وی موجب نا برابری طرفین و تضعیف اعتبار اسناد رسمی می‌گردد.

۵. دعاوی که بر اثر آگهی رسمی اقامه می‌شوند از قبیل اعتراض به ثبت و دعاوی علیه متوقف؛ در این مورد نیز همانند بند سوم علت عدم اخذ تأمین مجبور بودن به اقامه دعوی است^۲.

^۱. دکتر احمد متین دفتری، همان، جلد ۲، ص ۲۸۵.

^۲. دکتر سید محسن صدرزاده افشار، همان، ص ۱، ۳۵۵.

فصل ۲

طواری دادرسی ناشی از طرح دعوای جدید

طواری دادرسی ناشی از طرح دعوای جدید گاه میان اصحاب دعوای مطرح می شود (مبحث نخست) و گاه با دخالت شخص ثالث (مبحث دوم).

مبحث اول: طواری دادرسی ناشی از طرح دعوای جدید بین اصحاب دعوا

خواهان می تواند با طرح دعوا طبق شرایط قانونی مقرر شده به قلمرو دعوای اصلی خود بیافزاید که به آن دعوای اضافی می گویند (بند نخست) و گاه این اقدام توسط خوانده صورت می گیرد که به آن دعوای متقابل می گویند (بند دوم) و ما ذیلا به آن ها می پردازیم.

بند نخست: دعوای اضافی^۱

در اینجا ابتدا به تعریف دعوای اضافی و انواع آن می پردازیم (الف) و سپس شرایط طرح آن را بررسی می کنیم (ب).

الف) تعریف دعوای اضافی و انواع آن

^۱.La demande additionnelle.

این دعوا در دو معنای اعم و اخص قابل تعریف است؛ در معنای اعم به هر نوع تغییر در خواسته دعوا، اعم از کاهش یا افزایش خواسته و یا تغییر نحوه دعوا یا خواسته یا درخواست، از طرف خواهان دعوای اضافی می‌گویند و در معنای اخص عبارت است از اعمال نوعی تغییر در گستره موضوعی دعوا به صورت افزایش که نیازمند تقدیم دادخواست جدید از سوی خواهان باشد.

دعوای اضافی به معنای اعم در ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی پیش بینی شده است^۱ و مفهوم اخص آن را می‌توان با استفاده از مواد ۱۷ و ۴۸ این قانون ناظر به ماده ۹۸ آن استنباط کرد.^۲

بنا به مراتب فوق ممکن است دعوای اضافی نیازمند تقدیم دادخواست نباشد که می‌توان کاهش خواسته و درخواست و یا تغییر نحوه دعوا یا خواسته یا درخواست را نام برد. به عنوان مثال، شخصی بابت اجاره منزل استیجاری مبلغ چهار میلیون ریال بدهکار است اما در حین دادرسی مستأجر دو میلیون ریال را به خواهان پرداخت می‌کند، در اینجا خواهان در طی دادرسی بدون دادن دادخواست جدید خواسته خود را کاهش می‌دهد. یا مستأجر ملکی علیه متصرف آن دعوای خلع ید مطرح می‌نماید ولی در جریان دادرسی آن ملک را می‌خرد و این بار با سمت مالک وارد دعوا می‌شود. در این حالت نحوه دعوا تغییر کرده است. یا شخص الف مدعی است که فرد ب بیست هزار دلار به او بدهکار است، قانونی تصویب می‌گردد که بر مبنای آن تمام مطالبات باید بر معیار ریال باشد از این رو، او خواسته را به معادل ریالی آن تغییر می‌دهد.

با وجود این، اگر موضوع دعوای اضافی افزایش خواسته یا افزودن عنوان دیگری به ستون دادخواست باشد لازم است دادخواست وفق قانون تقدیم شود به عنوان مثال فرد الف مدعی به استناد دو فقره سفته مدعی است که شخص ب مبلغ شش میلیون

^۱. به موجب ماده ۹۸ این قانون «خواهان می‌تواند خواسته خود را که در دادخواست تصریح کرده در تمام مراحل دادرسی کم کند ولی افزودن آن یا تغییر نحوه دعوا یا خواسته یا درخواست در صورتی ممکن است که بادعوی طرح شده مربوط بوده و منشاء واحدی داشته باشد و تا پایان جلسه اول دادرسی آن را به دادگاه اعلام کرده باشد». ماده ۶۵ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه در تعریف دعوای اضافی می‌گوید: «دعوای اضافی عبارت است از دعوایی که به موجب آن یک طرف ادعاهای قبلی خود را تغییر می‌دهد».

^۲. بنا بر ماده ۱۷ این قانون «هر دعوایی که در اثنای رسیدگی به دعوای دیگر از طرف خواهان [...] اقامه شود، دعوای طاری نامیده می‌شود [...]» و مطابق ماده ۴۸ آن قانون «شروع رسیدگی در دادگاه مستلزم تقدیم دادخواست می‌باشد [...]»، از این رو، دعوای اضافی نیز علی‌الاصول مستلزم تقدیم دادخواست است.

ریال بدهکار وی است است اما با توجه به حلول سررسید سفته دیگری که از خواننده در اختیار دارد در جلسه اول دادرسی تصمیم می گیرد مبلغ خواسته را افزایش دهد. از این رو، جهت مطالبه آن مبلغ دادخواست اضافی می دهد. یا شخصی دادخواست مطالبه اجور معوقه ملک استیجاری را به دادگاه تقدیم می کند و سپس در جلسه اول دادرسی تخلیه را نیز به خواسته اضافه می کند.

ب) شرایط دعوای اضافی

همان طور که گفته شد جز در مواردی که نیازی به تقدیم دادخواست نیست طرح دعوای اضافی نیز مطابق ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی نیازمند تقدیم دادخواست است. وانگهی، مطابق ماده ۹۸ این قانون اقامه دعوای اضافی تا پایان جلسه اول دادرسی ممکن است. با وجود این، این ماده کاهش خواسته را در تمام مراحل دادرسی بدون محدودیت تجویز کرده است که در راستای حکم مقرر در ماده ۲ این قانون بوده که به موجب آن دادگاه نمی تواند به دعوایی رسیدگی کند مگر اینکه ذی نفع رسیدگی را از وی بخواهد و این ذی نفع است که می تواند هر زمان بخواهد از دعوای خود صرف نظر نموده یا میزان خواسته را کاهش دهد.

اگرچه دعوای اضافی نیز یکی از دعوای طاری محسوب شده که از سوی خواهان طرح می شود (ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی) و علی القاعده باید وجود یکی از دو شرط ارتباط کامل یا اتحاد منشا برای پذیرش آن کفایت کند ولی، مطابق ماده ۹۸ این قانون برای پذیرش این دعوا هم تحقق ارتباط میان دعوای اصلی و اضافی و هم داشتن منشاء واحد از سوی مقنن لازم دانسته شده است. در این وضعیت، از آنجا که باید به نص قانون عمل نمود باید گفت که ماده ۱۷ عام و ماده ۹۸ خاص است و دایره شمول ماده قبلی با ماده اخیر تخصیص خورده و محدود به سایر دعوای طاری شده است. از این رو باید قائل به این شد که در این دعوا صرفاً وجود ارتباط و اتحاد منشاء لازم دانسته شده است و لازم نیست نوع ارتباط کامل به معنای شق اخیر ماده ۱۴۱ این قانون باشد. توضیح اینکه مطابق این ماده «...» بین دو دعوا وقتی ارتباط کامل موجود است که اتخاذ تصمیم در هر یک مؤثر در دیگری باشد». به عنوان مثال، شخصی دادخواست تخلیه عین مستأجره را می دهد و مستأجر به عنوان دعوای تقابل

در جلسه اول دادرسی دادخواست الزام به تنظیم سند رسمی را ارائه می‌کند. طبیعی است رسیدگی به دعوای تقابل و صدور حکم به آن موجب انتقای رسیدگی به دعوای اصلی می‌شود و به عبارت بهتر رسیدگی به هر یک از این دعاوی در دعوای دیگر مؤثر است. اما در دعوای اضافی قانونگذار این حد از ارتباط را لازم ندانسته و به صرف وجود ارتباط قناعت کرده است چه لزوماً در تغییر نحوه دعوا یا افزایش خواسته رسیدگی در یکی از این دعاوی مؤثر در دعوای دیگر نیست و صرف ارتباط می‌تواند کافی باشد.

از سوی دیگر، منشا دعوا همان سبب یا جهت دعوا است. از این رو، هر گاه سبب دو دعوا (عمل حقوقی یا واقعه حقوقی مبنای آن)، یکسان باشد منشأ آن دو دعوا یکی است. به عنوان مثال در دعوایی که در آن موجر خواستار مطالبه اجور معوقه شده است به عنوان دعوای اضافی تخلیه مورد اجاره را نیز به استناد حق فسخ پیش بینی شده در آن قرارداد، از دادگاه تقاضا می‌کند. در اینجا سبب دعوای اصلی و اضافی قرارداد اجاره میان او و مستأجر است.

بند دوم: دعوای متقابل^۱

در این مبحث ابتدا به تعریف این دعوا و ماهیت آن (الف) و سپس به شرایط پذیرشش (ب) می‌پردازیم.

الف) تعریف دعوای متقابل و ماهیت آن

به دعوایی که خواننده دعوا به منظور رسیدگی توأمان در پی دعوای خواهان طرح می‌کند و با آن ارتباط کامل یا وحدت منشأ دارد دعوای متقابل می‌گویند (ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر به ماده ۱۴۱ این قانون)^۲. خواننده الزامی به طرح دعوای متقابل در برابر خواهان ندارد و می‌تواند دعوای مورد نظر خود را بعدها اقامه کند ولی از

^۱ La demande reconventionnelle.

^۲ ماده ۶۴ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه در تعریف دعوای تقابل می‌نویسد: «دعوایی که به خواننده اصلی اجازه می‌دهد برای به دست آوردن منافی غیر از رد ساده دعوای طرف مقابل خود اقدام کند دعوای متقابل است».

آنجایی که دعوای متقابل موجب عدول از صلاحیت محلی، رسیدگی توامان، و سرعت در احقاق حق می‌گردد واجد مزایایی است که رغبت طرح آن را بیشتر می‌کند. به عنوان مثال، مالک که مقیم اصفهان است تخلیه ملک استیجاری خود را که در کاشان واقع شده است و در جهت مقابل مستأجر هزینه‌هایی را در محل استیجاری انجام داده است می‌نماید. خوانده با طرح این دعوا در واقع زودتر به نتیجه مورد نظر خود می‌رسد چه، اگر خوانده این دعوای متقابل را طرح نمی‌کرد ابتدا باید محل استیجاری را تخلیه می‌نمود و سپس در محل اقامت خواهان (اصفهان) دادخواست مطالبه خود را می‌داد.

این دعوا دارای ماهیت دو گانه است بدین معنا که از یک سو دفاع محسوب شده و از سوی دیگر چون در قالب یک دعوا طرح می‌شود در واقع حمله تلقی می‌شود. از این رو به آن دفاع تهاجمی گفته‌اند^۱. اما ملاک تمایز میان دفاع با دعوای تقابل چیست؟ دفاع متضمن اظهار است که هدف آن دفاع در مقابل دعوای اصلی و رد آن می‌باشد و احتیاجی هم به دادخواست جدید ندارد مانند احتساب، تهاتر، صلح و فسخ که در مواد ۱۴۲ و ۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر شده است^۲. به موجب این مواد «دعوای متقابل به موجب دادخواست اقامه می‌شود لیکن دعوای تهاتر، صلح، فسخ، رد خواسته و امثال آنکه برای دفاع از دعوای اصلی اظهار می‌شود دعوای متقابل محسوب نمی‌شود و نیاز به تقدیم دادخواست جداگانه ندارد» و «عنوان احتساب، تهاتر یا هر اظهاری که دفاع محسوب شود، دعوای طاری نبوده، مشمول ماده ۱۷ نخواهد بود». اما دعوای متقابل ممکن است علاوه بر رد ادعای اصلی، ادعای جدیدی را عنوان کند که لزوماً با توجه به مواد ۱۴۲ و ۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی نیازمند تقدیم دادخواست است. مانند موردی که وراثت فرد الف به موجب یک رسید مدعی شوند که فرد ب ۶۰۰ هزار ریال به او مدیون است و در مقابل فرد ب نیز به استناد مطالب نوشته شده در رسیدی دیگر اظهار می‌کند که به همان اندازه به یکی از فرزندان مورث خواهان‌ها در زمان حیات وی

^۱. Défense agressive. Cité par: Gérard CORNU et Jean FOYER Procédure Civile, PUF, 1996, 3^{éd}, p 375, n85

^۲. «دعوی فسخ مصالحه از طرف مدعی علیه در قبال صلحی که از طرف مدعی اقامه شده است دعوی متقابل محسوب نمی‌شود، بلکه دعوی مزبور دفاع از دعوا محسوب است و احتیاجی به دادخواست علی حده ندارد»، رأی شماره ۱۰۱۲/۹۱۷ اصول قضایی عبده - حاوی آرای تمیزی دیوان عالی کشور - قسمت حقوقی ص 73.

آموزش و درس داده است و مورث خواهان‌ها در رسیدی جداگانه حق التدریس او را معادل دین وی تعیین کرده است. در اینجا به دلیل تحقق تهاتر قراردادی خواننده نیازمند دادخواست دادن نیست. از این رو، درباره عنوان تهاتر که در مواد ۱۸ و ۱۴۲ قانون فوق الاشعار مقرر شده حقوق دانان ما اتفاق نظر دارند که شامل تهاتر قضایی، یعنی نوعی از تهاتر که نیازمند رسیدگی قضایی و اثبات ادعا است نمی‌شود.^۱ بنابراین، اگر اظهار و ادعا به نحوی باشد که علاوه بر دفاع و رد دعوا، خواننده بخواهد که دادگاه در مورد دیگری هم تصمیم بگیرد باید دعوی تقابل طرح کند. ماهیت دوگانه دعوی متقابل موجب می‌شود قایل به این دیدگاه شویم که اگر دعوی اصلی توقیف شود این دعوا به دلیل اینکه دفاع نیز محسوب می‌شود توقیف شود. مثلاً در جایی که طرف دعوا فوت می‌کند هر دو دعوا توقیف می‌شود (ماده ۱۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی). اما اگر دعوی اصلی رد شود و از بین برود این دعوا رد نمی‌گردد چون ماهیت دعوا را هم دارد. این حکم از شق اخیر ماده ۱۴۱ نیز قابل استنباط است که بیان می‌دارد اگر دعوا متقابل نباشد جداگانه رسیدگی می‌شود. به عنوان مثال فرد الف که مستأجر است علیه موجر دعوی الزام تنظیم سند اجاره را مطرح می‌نماید در مقابل موجر به دلیل نیاز شخصی درخواست تخلیه می‌کند. مستأجر از دعوی خود گذشت می‌کند و سند عادی را کافی می‌داند اما، موجر بر ادعای خود پافشاری می‌کند و می‌تواند دعوی خود را فارغ از دعوی اصلی پی‌گیری کند. بنابراین، این رأی دیوان مبنی بر اینکه دعوی متقابل از سنخ دعاوی طاری است که با دعوی اصلی رسیدگی می‌شود و با انتفاء رسیدگی به دعوی اصلی به علت استرداد دادخواست مربوط به دعوی اصلی و صدور قرار ابطال دادخواست رسیدگی به دعوی طاری هم منتفی می‌شود و موجبی برای اظهارنظر ماهوی در دعوی طاری وجود ندارد.^۲ بدون توجه به ماهیت دوگانه این دعوا ارائه شده و نمی‌تواند صحیح باشد.

^۱. دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، اسلامیه، ۱۳۷۸، جلد ۱، ص ۳۴۴؛ و نیز: دکتر ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، دادگستر، ۱۳۷۹، ص ۴۶۵، ش ۳۱۶؛ و نیز: دکتر عبدالله شمس، همان جلد ۱، ص ۵۰۸ و ۵۰۹، ش ۸۵۳

^۲. دادنامه شماره ۳/۶۳۸ - ۱۳۷۱/۱۰/۵، شعبه سوم دیوان عالی کشور، به نقل از یدالله بازگیر، تشریفات آیین دادرسی مدنی در آراء دیوان عالی کشور، فردوسی، ۱۳۸۱، جلد ۳، ص ۱۶۵، ش ۵۵.

ب) شرایط دعوای متقابل

دعوای متقابل به موجب دادخواست طرح می‌شود؛ این حکم علی‌رغم تصریح در ماده ۱۴۲ قانون آیین دادرسی مدنی از اطلاق ماده ۴۸ این قانون نیز دست یافتنی است. بنابراین، رعایت کلیه تشریفات قانونی تقدیم دادخواست که در مواد ۴۸ تا ۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر شده است ضروری می‌باشد.

دعوای متقابل از سوی خوانده طرح می‌شود؛ اما باید توجه کرد که خوانده در اینجا به معنای اعم مورد نظر است از این‌رو، می‌توان در مقابل دعوای جلب ثالث، ورود ثالث، اضافی و حتی تقابل، دعوای متقابل مطرح نمود. به عنوان نمونه شخص الف اتومبیلی را از ب خریداری نموده است. پس از مدتی شخص ب دعوایی به خواسته تأدیه ثمن علیه او مطرح می‌کند. شخص الف (خریدار) مدعی می‌شود که ثمن را به کارمند شخص ب که در نمایشگاه وی مشغول هست تحویل داده و رسید هم گرفته است از این‌رو، ب ناگزیر به طرح دعوای جلب ثالث علیه کارمند خود می‌شود. آن کارمند (مجلوب ثالث) پس از حضور در دادگاه مدعی می‌شود که اتومبیل متعلق به خودش بوده و پیش از این آن را از شخص ب خریداری نموده است و به این دلیل، دعوای متقابلی مبنی بر الزام به تنظیم سند رسمی به طرفیت ب طرح می‌نماید. و یا شخصی به خواسته ورود ثالث در دعوای الزام به تنظیم سند رسمی بین الف (خواهان) و ب (خوانده) با استناد به بیع نامه متاخر وارد می‌شود. الف که بیع نامه‌ای متقدم دارد به طرفیت خوانده دعوای اصلی دعوای اضافی و به طرفیت وارد ثالث دعوای متقابل ابطال بیع فضولی تقدیم می‌کند.

همچنین ممکن است در مثالی دیگر فرد الف علیه ب دعوای مطالبه اجاره بها به مدت سه ماه را مطرح می‌کند و ب مدعی می‌شود که اجاره بها را با هزینه شهریه فرزند الف تهاتر نموده است. در اینجا شخص الف در دعوایی اضافی مدعی می‌گردد که برای مدت شش ماه بعد هم فرد ب باید اجاره بها بپردازد، ولی در جهت مقابل فرد ب دعوای متقابل به خواسته ابطال قرارداد اجاره به دلیل اقاله را مطرح می‌کند و مدعی می‌شود نسبت به شش ماه تعهدی مبنی بر پرداخت اجاره به دلیل تفاسخ ندارد.

برخی معتقدند^۱ که نمی توان در مقابل دعوای تقابل اولی دعوای تقابل دیگری مطرح نمود^۲. این نظر قابل نقد است زیرا دلیل و وجاهت قانونی ندارد^۳. چه، رسیدگی صحیح و درست گاهی ایجاب می کند خواننده دعوای متقابل در برابر این دعوای دفاعی کند که نیازمند تقدیم دادخواست و رسیدگی است.

میان دعوای متقابل و دعوای اصلی باید یا ارتباط کامل و یا اتحاد منشاء وجود داشته باشد (ماده ۱۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی). بین دو دعوای وقتی ارتباط کامل وجود دارد که اتخاذ تصمیم در هر یک مؤثر در دیگری باشد. بنابراین، بر خلاف یکی از آراء دیوان عالی کشور که مقصود از ارتباط کامل میان دو دعوای را بی نیازی از صدور رأی در پرونده دیگر دانسته است^۴ که معنای بسیار مضیق ارتباط کامل است،

به نظر باید قایل به نوعی از ارتباط میان دو دعوای شد که رسیدگی توأمان به آنها موجب جلوگیری از صدور آراء متعارض شود. ماده ۷۰ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز برای پذیرش دعوای متقابل به ارتباط کافی^۵ قناعت نموده است که یک امر موضوعی و نتیجتاً در اختیار قاضی ماهوی است. منشاء دعوای نیز همان طور که گفته شد عبارت است از عمل یا واقعه حقوقی مبنای خواسته مانند عقد اجاره در دعوای اصلی تخلیه و دعوای متقابل سرقتی.

دعوای متقابل در زمان معینی قابل طرح است؛ مطابق قانون دعوای متقابل باید تا پایان جلسه اول رسیدگی اقامه شود (ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی مدنی) و مقصود

^۱. دکتر عبدالله شمس، همان، ص ۵۰۴، ش ۸۴۹

^۲. در فرانسه در این باره به ضرب المثل زیر استناد می کنند که به معنای عدم امکان دعوای متقابل بر بر دعوای متقابل است. Reconvension sur reconvention nevaut. ولی با این حال حقوق دانان این کشور این منع را منصرف از حالتی دانسته اند که دعوای متقابل خواهان اصلیدر برابر عنوان دعوای متقابل خواننده اصلی طرح می شود. در این باره ر.ک:

Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, Procédure civile, ep.cit p802, n 1256,

^۳. در این باره ر. ک: دکتر جواد واحدی، دعوای متقابل، مجله حقوقی و قضایی دادگستری جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۳۷۰، ص ۹۱، ش ۲

^۴. دیوان عالی کشور نیز در رأیی گفته است: «مراد از ارتباط کامل بین دو دعوای این است که صدور رأی در یکی از آن دو دعوای موجب بی نیازی از انشاء رأی در مورد دعوای دیگر باشد یا اثبات یکی از آن دو موجب اثبات یا رد دعوای دیگر گردد» [...] حکم شماره ۱۴۷۷۷۵/۳۷۷ - ۱۳۷۷/۲/۲۴، به نقل از محمد بروجرودی عبده، همان، ص ۵۷، ش ۲۰۹.

^۵. Lien suffisant.

از جلسه اول رسیدگی جلسه ای است که موجبات قانونی طرح و استماع دعوای طرفین فراهم باشد^۱. بنابراین، اگر این دعوا خارج از مهلت اقامه شود باید مستقلاً مورد رسیدگی قرار گیرد مگر اینکه شرایط اجرای ماده ۱۰۳ این قانون مبنی بر تجمیع رسیدگی به دعوای مرتبط محیا باشد که در این صورت به این دعوا و دعوای اصلی توامان رسیدگی می شود^۲. از سوی دیگر، در حقوق ما برخلاف کشور فرانسه (ماده ۵۶۷ قانون جدید آیین دادرسی مدنی)، در حالی که می توان دعوای جلب ثالث و ورود ثالث را در مرحله تجدیدنظر طرح نمود (مواد ۱۳۰ و ۱۳۵ این قانون) امکان اقامه دعوای متقابل در مرحله تجدیدنظر وجود ندارد، اما، میان حقوق دانان در خصوص طرح دعوای تقابل در مرحله واخواهی اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی از حقوق دانان معتقدند که این دعوا در مرحله واخواهی نیز قابل طرح نیست^۳. اما، به نظر می رسد که مبنای این نظر قوانین قدیمی می باشد که واخواهی هم در دادگاه تجدیدنظر مطرح می گردید بدین ترتیب نظر صحیح همان طور که گفته اند^۴ این است که از آنجا که واخواهی نسبت به شخص خواهان مرحله بدوی مطرح می شود و واخواه در برابر او باید قادر به استفاده از فرصت معقول و متعارف دفاع باشد در هنگام واخواهی هم می توان دادخواست تقابل ارائه نمود.

دعوای متقابل باید در صلاحیت ذاتی دادگاهی باشد که در آنجا اقامه می شود.

۱. رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره 3031-139/3/10، به نقل از مجموعه رویه قضایی، آرا هیأت عمومی دیوان عالی کشور، از سال 1328 تا سال 1342، جلد دوم - آراء مدنی، آرشیو حقوقی کیهان، 1353 همان، ص 97، ش 43.

۲. «اعتراض بر دادنامه معترض عنه وارد است زیرا هر چند برابر ماده 288 قانون آیین دادرسی مدنی [ماده 143 کنونی] دادخواست دعوای متقابل بایستی تا اولین جلسه دادرسی [مطابق قانون کنونی تا پایان جلسه اول رسیدگی] داده شود لکن در ماده مزبور برای دادخواست دعوای متقابلی که خارج از موعد مقرر تقدیم شود هیچ گونه ضمانت اجرایی پیش بینی نشده است. بنابراین، دادگاه در برخورد با چنین دادخواستی چنان چه دعوای اصلی در مرحله ای از رسیدگی باشد که رسیدگی توأم هر دو پرونده عملی باشد باید طبق قسمت صدر ماده 133 قانون مذکور [ماده 103 کنونی] هر دو دعوای اصلی و تقابل را به جهت اجتناب از صدور آراء متعارض توأم مورد رسیدگی و صدور حکم قرار دهد و در غیر این صورت با توجه به ملاک مواد 271، 281 و 282 قانون فوق الذکر [تقریباً مواد 133 و 139 کنونی] در مباحث ورود و جلب ثالث، دعوای متقابل را مستقلاً مورد رسیدگی و اتخاذ تصمیم قرار دهد» رأی شماره 18/573/73-1373/10/13، به نقل از: نید الله بازگیر، همان، ص 149، ش 48.

۳. دکتر عبدالله شمس، همان، ص 506، ش 851.

۴. دکتر جواد واحدی، همان، ص 14 ف 5.

همان طور که گفته شد دعوی متقابل موجب عدول از صلاحیت محلی می شود. ریشه مبنایی امکان عدول را باید در هدف کلیه دعاوی طاری یعنی جلوگیری از صدور احکام متعارض دانست. ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی نیز بیان می دارد: «[...] در دادگاهی اقامه می شود که دعوی اصلی در آنجا اقامه شده است». این حکم از مفهوم مواد عمومی ای که راجع به صلاحیت ذاتی در قوانین آیین دادرسی مدنی مقرر شده است (مانند ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی) قابل استنباط است که ریشه در نظم عمومی قضایی دارد.

مبحث دوم: طواری دادرسی ناشی از طرح دعوی جدید با دخالت شخص ثالث

اشخاص ثالث ممکن است با طرح دعوا در دعوی در حال رسیدگی دخالت کنند. این دخالت گاه به ابتکار اصحاب دعوی در جریان رسیدگی ایجاد می شود که به آن جلب ثالث می گویند (بند نخست) و گاه ممکن است دعوایی به ابتکار شخص ثالثی وارد گستره دعوی دیگران شود که به آن ورود ثالث (بند دوم) می گویند.

بند نخست: دعوی جلب شخص ثالث^۱

مفهوم دعوی جلب شخص ثالث و انواع آن (الف) در کنار شرایط طرح دعوی شخص ثالث و احکام خاص آن (ب) در این مبحث بررسی می شوند.

الف) مفهوم دعوی جلب شخص ثالث و انواع آن

دعوی جلب ثالث دعوایی است که از ناحیه هر یک از اصحاب دعوا به طرفیت شخصی که در دعوا دخالتی ندارد و اصطلاحاً ثالث محسوب می شود مطرح می گردد. ماده ۱۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی در این باره مقرر می دارد: «هر یک از اصحاب دعوا که جلب ثالثی را لازم بدانند، می توانند تا پایان جلسه اول دادرسی جهات و دلایل خود را اظهار کرده و ظرف سه روز پس از جلسه با تقدیم دادخواست از دادگاه درخواست جلب او را بنمایند، چه دعوا در مرحله نخستین باشد یا تجدید

^۱.L'intervention forcée

نظر^۱. از این رو، اگر جلب ثالث علیه کسی طرح شود که امکان جلب او در مرحله بدوی نیز وجود داشته است دادگاه نمی تواند به این بهانه دادخواست جلب ثالث را رد کند^۲. در دعوای جلب ثالث خواهان اصطلاحاً جالب ثالث و خوانده مجلوب ثالث نامیده می شود.

بنا به مراتب فوق دعوای جلب ثالث ممکن است یا از سوی خواهان دعوای اصلی مطرح شود و یا از سوی خوانده. همچنین ممکن است جلب ثالث به منظور مطالبه حقی مستقل انجام شود و یا اینکه هدف آن تقویت احتمال پیروزی در دعوای اصلی و یا تسهیل اثبات ادعای آن باشد.

بنابراین، هنگامی که خواهان مطرح کننده دعوای جلب شخص ثالث است می تواند از طرح دعوا دو هدف را دنبال کند؛ یک اینکه می خواهد دعوایی را به انجام برساند که خواسته اش محکومیت خوانده دعوای اصلی به همراه مجلوب ثالث است یعنی هم به دنبال محکومیت خوانده اصلی است و هم می خواهد شخص ثالث را محکوم نماید. به عنوان مثال، در دعوای اسناد تجاری فرد ابتدا علیه صادرکننده سند تجاری دعوا مطرح می کند، اما هنگامی که متوجه می شود از او نمی تواند طلب خود را وصول کند ظهرنویس آن سند تجاری را به دادرسی جلب می کند و محکومیت تضامنی آن ها را از دادگاه می خواهد. دوم اینکه در نظر دارد با جلب یک شخص ثالث اثبات دعوای خود را تسهیل کند. این حالت هنگامی اتفاق می افتد که خواهان درمی یابد بدون مداخله شخص ثالث پیش بردن دعوا ممکن نیست که مورد تجویز ماده ۱۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی نیز همان طور که آمد، قرار گرفته است. مانند موردی که مالک عین

^۱. ماده 66 قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه به طور کلی درخصوص دعوای ثالث (جلب و ورود) میگوید: «دعوایی که موضوع آن طرف دعوا قرار گرفتن ثالث در دادرسی مطروحه میان طرفین اصلی است دعوای مداخله ثالث خوانده می شود. هنگامی که دعوا از سوی ثالث مطرح می شود دعوا ورود ثالث است و هنگامیکه ثالث از سوی طرفین به دادرسی خوانده می شود دعوا جلب ثالث است».

^۲. «طبق ماده 274 قانون آیین دادرسی مدنی [ماده 135 قانون فعلی] هر یک از اصحاب دعوا که جلب ثالثی را در مرحله نخستین یا پژوهشی لازم بدانند می توانند از دادگاه جلب ثالث را تقاضا نمایند [...] همان طور که فوت مرحله نخستین از ثالثی که فقط در مرحله پژوهشی برای دفاع جلب شده مانع صدور حکم علیه مجلوب نمی شود در این مورد نیز عدم دخالت مجلوب در مرحله نخستین مجوز رد دعوا جلب نخواهد بود». حکم اصراری شماره 179-۱۳۳۱/۱۱/۱۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور.

مورد اجاره را به دیگری منتقل می‌کند و منتقل الیه (مالک جدید) پس از انقضای مدت اجاره تقاضای تخلیه آن را می‌نماید. در اینجا مستأجر به موجب دعوی متقابل مدعی می‌شود که مطابق قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶ طی قراردادی جداگانه به مالک قبلی مبلغ ۵ میلیون ریال سرقفلی پرداخت کرده است، از این رو، با طرح دعوی جلب ثالث به طرفیت مالک قبلی جهت اثبات ادعای خود اقدام می‌کند.

در فرضی هم که دعوی جلب شخص ثالث از ناحیه خوانده مطرح می‌شود یکی از این دو هدف ممکن است منظور نظر وی باشد. به عنوان مثال، الف مدعی است که ولی قهری طفل در نگهداری او قصور کرده و کودک به وی خسارت زده است، در مقابل ولی مدعی است که طفل به تحریک شخص دیگری اقدام به این کار نموده است و سبب اقوی از مباشر بوده فلذا دعوی جلب شخص ثالث علیه محرک طفل اقامه می‌کند. و یا در قضیه‌ای شخص ب به نمایندگی شخص الف ملکی را به مبلغ ۵۸ میلیون ریال به شخص ج می‌فروشد. الف پس از گذشت ۶ ماه دعوی به خواسته تأدیه مابقی ثمن و خسارت تأخیر علیه ج مطرح می‌کند. شخص ج مدعی می‌شود که وقتی ملک را از شخص ب خریداری می‌نمود قرار بر این شد که مابقی ثمن را یک سال بعد از تاریخ خرید بدهد و بیع از ابتدا نسیه بوده است، به این دلیل دعوی جلب شخص ثالث را علیه شخص ج به جهت رد دعوی الف مطرح می‌نماید.

واخواه نیز می‌تواند در هنگام واخواهی ثالثی را به دادرسی جلب کند در این صورت او باید دادخواست جلب را به همراه دادخواست اعتراض به دفتر دادگاه تسلیم کند. از سوی دیگر واخوانده نیز حق دارد در اولین جلسه رسیدگی به اعتراض جهات و دلایل خود را اظهار کرده و ظرف سه روز دادخواست جلب ثالث مورد نظر خود را به دادگاه تقدیم کند (ماده ۱۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی).

ب) شرایط دعوی جلب شخص ثالث و احکام خاص آن

دعوی جلب ثالث با تقدیم دادخواست طرح می‌شود؛ این دعوا بنا به اطلاق حکم ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۱۳۵ و ۱۳۶ این قانون صرف نظر از هدف طرح آن نیازمند تقدیم دادخواست و تبعاً جری کلیه تشریفات قانونی مذکور در مواد ۴۸ تا ۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی است. با این حال، دادخواست جلب ثالث و رونوشت و

ضمایم آن باید به تعداد اصحاب دعوا به علاوه یک نسخه تهیه شود. جریان دادرسی در مورد جلب شخص ثالث شرایط دادخواست و نیز موارد رد یا ابطال آن همانند دادخواست اصلی خواهد بود (ماده ۱۳۷ این قانون). اگر از موقع تقدیم دادخواست تا جلسه دادرسی مدت تعیین شده کافی برای فرستادن دادخواست و ضمایم آن برای اصحاب دعوا نباشد دادگاه وقت جلسه دادرسی را تغییر داده و به اصحاب دعوا ابلاغ می‌نماید (ماده ۱۳۸ این قانون).

رعایت شرایط عمومی دعوای طاری در این دعوا نیز لازم است؛ دعوای جلب ثالث یکی از دعوای طاری است^۱ به این جهت، وفق ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی باید با دعوای اصلی ارتباط داشته و یا از یک منشأ ناشی شده باشد در غیر این صورت، اگر با دعوای اصلی ارتباط ندارد باید به صورت جداگانه رسیدگی گردد. در هر حال، هرگاه دادگاه احراز نماید که جلب شخص ثالث به منظور رسیدگی طرح شده است می‌تواند دادخواست جلب ثالث را از دادخواست اصلی تفکیک نموده و به هر یک جداگانه رسیدگی کند (ماده ۱۳۹ قانون آیین دادرسی مدنی).

دعوای جلب ثالث باید در زمان خاصی طرح شود؛ این زمان برای اصحاب دعوای اصلی جهت اظهار و ارائه جهات و دلایل خود تا پایان جلسه اول رسیدگی است. مهلت تقدیم دادخواست نیز در پی اظهار و ارائه جهات و دلایل ظرف سه روز پس از جلسه اول رسیدگی است خواه دعوا در مرحله نخستین طرح شده باشد و یا در مرحله تجدید نظر (ماده ۱۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی). زمان جلب ثالث از سوی خواه هنگام واخواهی است و واخوانده نیز در صورتی که بخواهد چنین دعوایی طرح کند باید جهات و دلایل خود را در جلسه اول رسیدگی به واخواهی اظهار و ارائه و سپس ظرف سه روز دادخواست خود را بدهد (ماده ۱۳۶ این قانون). بنابراین، اگر دادخواست جلب ثالث خارج از مهلت به دادگاه تقدیم شود

^۱ - «دعوای جلب ثالث یک نوع دعوای طاری است که بر طبق ماده ۲۸ قانون مزبور [ماده ۱۷ قانون کنونی] با دعوای اصلی توأماً رسیدگی می‌شود و یا دادگاه به موجب ماده ۲۸۱ قانون مزبور [ماده ۱۳۹ قانون کنونی] علیحده به آن رسیدگی می‌نماید و به هر حال خواسته دعوای جلب ثالث باید معین باشد و تمبر قانونی هم به دادخواست الصاق گردد». نظریه مشورتی کمیسیون آیین دادرسی مدنی اداره حقوق در جلسه مورخ ۱۳۶۴/۱۲/۲۲

باید دعوای مستقلی تلقی کرده و جداگانه رسیدگی نمود^۱.

شخص ثالثی که به دادرسی جلب می‌شود خواننده محسوب می‌شود و در نتیجه تمام مقررات راجع به خواننده درباره او جاری خواهد بود (ماده ۱۳۹ این قانون). از این رو، می‌تواند علیه جالب ثالثی که مستقلاً حقی را مطالبه کرده است دعوای متقابل طرح کند. قاعدتاً در دعوای جلب ثالثی که به هدف مطالبه حق مستقلی طرح می‌شود مانعی وجود ندارد که براساس آن جالب نتواند تقاضای تأمین خواسته بنماید.

قرار رد دعوای جلب ثالث مستقلاً قابل تجدید نظر نیست؛ از احکام جلب ثالث باید به این نکته اشاره کرد که قرار رد دعوای جلب ثالث مستقلاً قابل تجدید نظر نبوده و صرفاً از حکم راجع به اصل دعوا تبعیت می‌کند (ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی مدنی)، از این رو، اگر دعوای اصلی به دلایلی همچون نصاب تجدید نظر خواهی قابل تجدید نظر نیست و دعوای جلب ثالث مطروحه در آن رد شود در حالی که موضوع آن از حیث نصاب قابل تجدید نظر است، امکان تجدید نظر خواهی از آن وجود ندارد. بنا بر حکم مقرر در ماده ۱۴۰ اگر قرار در مرحله تجدید نظر فسخ شود، پس از فسخ قرار، رسیدگی به آن با دعوای اصلی در دادگاهی که به عنوان تجدید نظر رسیدگی می‌نماید به عمل می‌آید که مخالف اصل رسیدگی در دو درجه^۲ و حکم مقرر در ماده ۳۵۳ این قانون است.

اگر در مرحله بدوی به دعوای اصلی و دعوای جلب شخص ثالث رسیدگی شوند هر دو دعوا در مرحله تجدید نظر قابل بررسی مجدد می‌باشند اما اگر در مرحله بدوی نسبت به دعوای اصلی و دعوای جلب شخص ثالث حکم صادر شود ولی خواهان در تجدید نظر فقط نسبت به دعوای اصلی تجدید نظر خواهی کند در این صورت، به نظر می‌رسد به طور کلی رأیی که صادر می‌شود اگر موضوعاً قابل تجزیه و تفکیک نباشد، حتی نسبت به کسانی که در دادرسی حضور ندارند مؤثر می‌باشد، از این رو، اگر رأی قابل تفکیک از رأی بدوی راجع به دعوای جلب ثالث بود می‌توان

^۱. رأی شماره 30/21-1381/1/23، شعبه 21 دیوان عالی کشور، به نقل از: یدالله بازگیر، همان، ص 139، ش 44.

^۲. Le principe du double degré de la juridiction.

فارغ از دعوای جلب شخص ثالث به دعوای اصلی رسیدگی کرد اما اگر قابلیت تفکیک و تجزیه وجود نداشت چاره‌ای جز رسیدگی توأمان نیست علی‌رغم عدم تجدید نظر خواهی نسبت به دعوای جلب ثالث نیست.

از سوی دیگر، می‌دانیم که اصولاً طرح دعوای جدید در مرحله تجدید نظر ممنوع است (ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی) مگر در مواردی که مقنن مستثنی کرده است مانند دعوای جلب شخص ثالث در این صورت اگر دعوای جلب ثالث در مرحله تجدید نظر مطرح شود به آن تنها یک مرحله رسیدگی می‌شود در این وضعیت پرسش این است که آیا رأی دادگاه تجدید نظر در خصوص دعوای جلب ثالث قطعی است؟ در این باره دو نظر وجود دارد؛ نظر اول این است که در رابطه با دعوای جلب شخص ثالث دادگاه تجدید نظر در حکم دادگاه بدوی تلقی می‌شود زیرا اولین مرجعی است که به موضوع آن رسیدگی کرده است و بنابر اصل دو مرحله‌ای بودن رسیدگی به دعوای، این رأی نیز قابل تجدید نظر در دادگاه صالح می‌باشد که دادگاه تجدید نظر هم عرض است. بر این نظر انتقادات زیادی وارد است از جمله اینکه برای تجدید نظر خواهی احتیاج به مجوز قانونی است که چنین چیزی وجود ندارد، وانگهی تجدید نظر خواهی متضمن رعایت تشریفات خاصی است که با مرحله بدوی متفاوت است. اما، نظر دوم که به نظر صحیح‌تر می‌رسد چنین است که چون دعوای جلب شخص ثالث در ارتباط با دعوای اصلی مطرح می‌شود و لازم است همراه دعوای اصلی مطرح گردد فلذا به عنوان دعوای جلب شخص ثالث پس از رسیدگی در مرحله بدوی از قطعیت برخوردار می‌شود و قابل تجدید نظر خواهی نیست.

بند دوم: دعوای ورود شخص ثالث^۱

در این مبحث لازم است به مفهوم و انواع دعوای ورود ثالث (الف) و شرایط اقامه آن بپردازیم (ب).

الف) مفهوم دعوای ورود شخص ثالث و انواع آن

^۱. L'intervention volontaire.

دعوای مطروحه از جانب شخص ثالث به طرفیت اصحاب دعوای در جریان رسیدگی را دعوای ورود ثالث گویند. ماده ۱۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «هر گاه شخص ثالثی در موضوع دادرسی اصحاب دعوای اصلی برای خود مستقلاً حقی قایل باشد و یا خود را در محق شدن یکی از طرفین ذی نفع بداند می‌تواند تا وقتی که ختم دادرسی اعلام نشده است وارد دعوا گردد چه اینکه رسیدگی در مرحله بدوی باشد یا در مرحله تجدید نظر [...]» بنابراین همان طور که در دعوای جلب ثالث تبیین گردید این دعوا نیز دو نوع است؛ ممکن است وارد ثالث مستقلاً برای خود حقی قایل شود و یا ممکن است خود را در محق شدن یکی از طرفین ذی نفع بداند. به عنوان مثال شخص الف دعوایی علیه ب به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی مطرح می‌کند و مدعی است که شخص ب ملکی را در ۱۳۸۲/۱۰/۲۵ به وی فروخته است اما حاضر به تنظیم سند رسمی برای وی نمی‌باشد. در جریان رسیدگی شخص ج به عنوان وارد ثالث در آن دعوا حاضر می‌شود با این ادعا که ب این ملک را قبلاً به وی فروخته بوده است به این دلیل علاوه بر رد دعوای شخص ب خواهان تنظیم سند رسمی به نام خودش می‌شود. و یا در موردی شخص ج خود را در محق شدن یکی از طرفین (الف و ب) ذی نفع می‌داند از این رو، وارد دعوای ایشان می‌شود. به این نوع دعوای ورود ثالث، تقویتی یا تبعی می‌گویند. به عنوان مثال ملکی را که عده‌ای از زارعان در آن زراعت می‌کرده اند اداره‌ای در پی ملی اعلام شدن به دلیل موات بودن تملک کرده است. زارعان علیه آن اداره دعوایی به خواسته مطالبه حق ریشه مطرح می‌کنند. شخص دیگری که خود را مالک زمین می‌داند و مدتی در محل وقوع ملک اقامت نداشته است مدعی می‌شود زارعان در آنجا دارای حق ریشه بوده و در نتیجه زمین دایر بوده است. در این دعوا اثبات حق ریشه زارعان موجب احراز دایر بودن زمین و نفی موات بودن آن می‌شود. از این رو، مالک به عنوان وارد ثالث از برنده شدن زارعان حمایت می‌کند.

ب) شرایط دعوای ورود ثالث و احکام خاص آن

دعوای ورود ثالث نیازمند تقدیم دادخواست است؛ به موجب قسمت اخیر ماده ۱۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی این دعوا نیز به موجب دادخواست طرح می‌شود و نیازمند رعایت کلیه تشریفات

قانونی طرح دعوا است (مواد ۴۸ تا ۶۰ این قانون). دادخواست ورود شخص ثالث و رونوشت مدارک و ضمایم آن باید به تعداد اصحاب دعوای اصلی به علاوه یک نسخه باشد و شرایط دادخواست اصلی را دارا خواهد بود (ماده ۱۳۲). پس از وصول دادخواست شخص ثالث وقت رسیدگی به دعوای اصلی به وی نیز اعلام می گردد و نسخه ای از دادخواست و ضمایم آن برای طرفین دعوای اصلی ارسال می شود. در صورت نبودن وقت کافی به دستور دادگاه وقت جلسه دادرسی تغییر و به اصحاب دعوا ابلاغ خواهد شد (ماده ۱۳۲ این قانون). وانگهی، ترتیبات رسیدگی در مورد ورود ثالث در هر مرحله چه نخستین یا تجدید نظر برابر مقررات عمومی راجع به آن مرحله است (شق دوم ماده ۱۳۴ این قانون).

دعوای ورود ثالث تابع شرایط عمومی دعوای طاری است؛ از سوی دیگر این دعوا وفق ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی مدین از دعوای طاری بوده و در صورتی قابل پذیرش است که با دعوای اصلی مرتبط و یا از یک منشا ناشی شده باشد. با این حال، هرگاه دادگاه احراز نماید که دعوای ثالث به منظور تبانی و یارسیدگی است و یا رسیدگی به دعوای اصلی منوط به رسیدگی به دعوای ثالث نمی باشد دعوای ثالث را دعوای اصلی تفکیک نموده و به هر یک جداگانه رسیدگی می کند (ماده ۱۳۳ این قانون).

طرح دعوای ورود ثالث مقید به زمان معینی نیست؛ بر خلاف دعوای جلب ثالث، تقابل و اضافی، دعوای ورود ثالث تا وقتی که ختم رسیدگی اعلام نشده است قابل طرح می باشد. ختم رسیدگی به موجب تصمیم دادگاه در پرونده منعکس می شود. هنگامی رسیدگی های دادگاه ختم می شود که مذاکرات طرفین و رسیدگی به دلایل ابرازی به نحو کافی به تشخیص دادگاه انجام شده است و دیگر نیازی به رسیدگی بیشتر نیست و به عبارتی پرونده معد صدور رأی می باشد خواه دعوا در مرحله بدوی مطرح باشد و خواه در مرحله تجدید نظر (ماده ۱۳۰ این قانون).

وارد ثالث استقلال خواهان محسوب می شود؛ وارد ثالث در صورتی که مستقلاً برای خود حقی قایل باشد حسب مورد خواهان یا تجدید نظر خواه محسوب می شود از این رو، از تمامی حقوقی که برای ایشان مقرر شده است برخوردار می باشد. در جهت مقابل نیز اصحاب دعوا در برابر او خوانده یا تجدیدنظرخوانده تلقی شده و می توانند فی الجمله علیه او دعوای تقابل طرح کنند. در نتیجه پذیرش این امر باید قایل به امکان

تقاضای تأمین خواسته از سوی وارد ثالث با عنایت به ماده ۱۰۸ این قانون شد. آن چه در مورد احکام خاص دعوای جلب ثالث در مرحله تجدید نظر گفته شد درباره ورود ثالث نیز صادق است؛ از سوی دیگر، مقنن برخلاف حکم مقرر در ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی مدنی، مشخص نکرده است که آیا قرار رد یا ابطال دادخواست ورود ثالث مستقلاً قابل تجدید نظر است یا خیر. در این باره باعنایت به اصول دادرسی امکان تجدید نظرخواهی قوی تر باشد. در این صورت اگر قرار رد دعوا یا دادخواست فسخ شود و پرونده در مرحله بدوی در حال رسیدگی باشد دادگاه بدوی باید به دعوای ورود ثالث رسیدگی کند (ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی) و اگر پرونده در مرحله تجدیدنظر در حال رسیدگی باشد موضوع دعوای ورود ثالث به آن دادگاه ارسال می شود. در هر صورت، رد یا ابطال دادخواست و یا رد دعوای شخص ثالث مانع از ورود او در مرحله تجدید نظر نخواهد بود (ماده ۱۳۴ این قانون).

حدود پیوند دعوای ثالث با دعوای اصلی به نوع این دعوا وابسته است؛ تأثیر رد دعوا یا دادخواست، استرداد دادخواست و دعوا و حتی سازش دعوای اصلی نسبت به دعوای ورود شخص ثالث به این شکل است که اگر دعوای ثالث مستقل باشد به تنهایی رسیدگی خواهد شد اما اگر تابع دعوای یکی از طرفین دادرسی اصلی باشد دعوای وارد ثالث مشمول احکام آن است. به عنوان مثال اگر دعوای ورود ثالث تبعاً و به نفع خواهان طرح شده است و دعوای خواهان به دلیلی از بین می رود دعوای ثالث نیز به تبع آن ساقط می شود. بنابراین، به نظر می رسد برخی از آرا دیوان عالی کشور که به طور کلی و بدون توجه به نوع دعوای ورود ثالث انتفای رسیدگی به دعوای اصلی را موجب نفی رسیدگی به دعوای ورود ثالث دانسته است درست نباشند.^۱

^۱ رأی شماره ۳/۵۴۳ - ۱۳۷۱/۸/۲۷، شعبه سوم دیوان عالی کشور؛ و نیز رأی شماره ۳/۲۶۷ - ۱۳۷۲/۲۱/۴، شعبه سوم دیوان عالی کشور، به نقل از ید الله بازگیر، همان، به ترتیب صص ۹۳ و ۸۲، شماره های ۲۹ و ۲۵.

فصل ۳

طواری خارجی شخصی

گاه حادثه ای خارجی جریان دادرسی را با مشکل رو به رو می نماید که این حادثه یا طبیعی است مانند فوت و زوال اهلیت (مبحث اول) و یا حقوقی شخصی مانند زوال سمت (مبحث دوم).

مبحث اول: طواری طبیعی شخصی

این طواری یا به موجب فوت (بند اول) یا به موجب زوال اهلیت (بند دوم) ایجاد می گردند.

بند اول: فوت

اگر هر یک از اصحاب دعوا در جریان دادرسی فوت کند یا فوت وی بر جریان دعوا نسبت به دیگران اثر دارد و یا خیر. در فرض اول دادگاه رسیدگی را با صدور قرار توقیف دادرسی به طور موقت متوقف نموده، مراتب را به طرف دیگر اعلام می کند. طرف مقابل باید جانشین او را معین کند و دادرسی تا زمانی که او چنین کند متوقف می ماند. اگر قادر به این کار شد مکلف است از دادگاه تقاضای به جریان افتادن رسیدگی را بنماید. در فرض دوم جریان دادرسی بدون توجه به فوت او نسبت به دیگران ادامه می یابد و به رأی مقتضی منتهی می شود.

(ماده ۱۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی).

اگر وکیل هر یک از اصحاب دعوا فوت کند چنان چه نیازی به اخذ توضیح نباشد دادرسی ادامه می‌یابد ولی در غیر این صورت، دادرسی به تأخیر می‌افتد و دادگاه مراتب را در صورت مجلس قید می‌کند و با ذکر موارد توضیح به موکل اطلاع می‌دهد که شخصاً یا توسط وکیل جدید در موعد مقرر برای ادای توضیح حاضر شود (ماده ۴۰ این قانون).^۱

به عنوان نمونه ای از یک قاعده کلی اگر یکی از کسانی که حق تجدید نظر خواهی دارند قبل از انقضای مهلت فوت کند مهلت تجدید نظر خواهی از زمان ابلاغ به وراثت وی محاسبه می‌شود (ماده ۳۳۷ این قانون).

بند دوم: زوال اهلیت

بر خلاف فوت که واقعه‌ای قاطع در تمامی دادرسی‌ها است زوال اهلیت که ناظر به اهلیت استیفا یا تصرف می‌باشد در صورتی تأثیر قاطع در دادرسی دارد که این امور مانع دخالت در موضوع مورد دعوا باشد. بنابراین، اگر اهلیت هر یک از اصحاب دعوا در جریان دادرسی زایل شد، باید بررسی کرد که آیا زوال اهلیت تصرف و استیفا بر دادرسی مؤثر است یا خیر. از این رو، اگر خواهان یا خوانده مجنون شوند تأثیر این امر بر دادرسی قاطع است و وفق ماده ۱۰۵ این قانون عمل می‌شود ولی اگر هر یک از اصحاب دعوا سفیه شوند و حکم حجر آن‌ها به این دلیل صادر شود در صورتی که دعوا مالی باشد حکم ماده فوق لازم الاتباع است و الا جریان دادرسی به روال عادی خود ادامه می‌یابد. همچنین است در فرضی که هر یک از اصحاب دعوا ورشکسته شوند.

^۱. از حیث حرفه‌ای نیز ماده ۵۶ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵/۱۱/۲۵ مقرر داشته است: «در صورت فوت و حجر وکیل مدعی العموم بدایت و در نقاطی که پارکه نیست امین یا مامور صلح به تقاضای اشخاص، اسناد و اوراق راجعه به آن‌ها را که نزد وکیل بوده با حضور متصدی امور متوفی و در صورت استنکاف ورثه و یا متصدی امور متوفی از تسلیم اوراق و اسناد، مدعی العموم یا قائم مقام او با حضور نماینده محکمه بدایت یا صلح اسناد را اخذ و به صاحبش رد می‌نماید و صورت مجلسی در هر دو باب تنظیم و امضا می‌نماید و رسیداورا را گرفته به متصدی امور متوفی می‌دهد».

مقنن در قانون آیین دادرسی مدنی درباره فرض زوال اهلیت وکیل حکمی مقرر نکرده است. با این حال ماده ۶۸۲ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «...[محبوریت وکیل [موجب بطلان وکالت می‌شود] مگر در اموری که حجر مانع اقدام در آن نباشد». با این حال، به نظر می‌رسد از آنجایی که ممکن است وکیل دادگستری به موجب قرارداد یا قانون در برابر موکل و حتی اشخاص ثالث از لحاظ مدنی مسئول باشد باید قایل به این نظر شد که زوال اهلیت وی مؤثر در اعمال او خواهد بود.^۱ در این حالت، نتیجه زوال اهلیت وکیل زوال سمت و ممنوع‌الوکاله شدن وی است.

از لحاظ حرفه‌ای نیز توجه به ماده ۵۶ قانون وکالت که فوقاً مذکور افتاد می‌تواند مفید باشد. حکم ماده ۴۰ قانون آیین دادرسی مدنی در مورد فوت وکیل به طریق اولی درباره محبوریت و زوال اهلیت او نیز قابل اجرا به نظر می‌رسد. زوال اهلیت هر یک از اصحاب دعوا یا وکلای آنان موجب می‌شود حسب مورد مهلت فی الجمله تجدید نظر خواهی ایشان از تاریخ ابلاغ به مدیر تصفیه، قیم، و موکل محاسبه شود (ماده ۳۳۷ این قانون).

مبحث دوم: طواری حقوقی شخصی: زوال سمت

شخص از لحاظ حقوقی ممکن است سمت خود در دادرسی را از دست بدهد که ذیلاً به آن می‌پردازیم.

بند اول: زوال سمت

ممکن است دعوا به نمایندگی یا قایم مقامی از شخص دیگری طرح شود؛ نمایندگی نیز به دو نوع قراردادی و قانونی قابل تقسیم است. نماینده قراردادی مانند وکیل دادگستری، مدیران اشخاص حقوقی و نماینده قانونی مانند قیم، ولی و امین. قایم مقام

^۱ درباره مسئولیت مدنی وکیل ر. ک: دکتر نصر الله قهرمانی، مسئولیت مدنی وکیل دادگستری، نسل نیکان، ۱۳۸۴.

نیز به دو نوع تقسیم می‌شود؛ قایم مقام عام مانند وراثت و قایم مقام خاص مانند موصی له، منتقل الیه و به قولی طلبکار در دعوای غیر مستقیم^۱.
در این حالت، اگر سمت نماینده یا قائم مقام به هر دلیلی زایل شود وفق ماده ۱۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی عمل می‌شود که فوقاً تبیین گردید.
اگر سمت وکیل دادگستری به واسطه عزل یا استعفا زایل شود این امر اصولاً موجب تأخیر دادرسی نشده مگر در مواردی که مطابق ماده ۴۰ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه نیازمند اخذ توضیح از موکل وی باشد که شرح آن گذشت.
زوال سمت در مهلت فی الجمله تجدید نظر خواهی وفق ماده ۳۳۸ این قانون نیز مؤثر است؛ اگر این سمت قبل از انقضای مدت تجدید نظر خواهی زایل گردد مهلت مقرر از تاریخ ابلاغ حکم یا قرار به کسی که به این سمت تعیین می‌شود شروع می‌شود. ولی، اگر زوال سمت به واسطه رفع حجر باشد مهلت تجدید نظر خواهی از تاریخ ابلاغ حکم یا قرار به کسی که از وی رفع حجر شده است آغاز می‌شود (ماده ۳۳۸ این قانون).

^۱ Action oblique. — دعوای غیر مستقیم دعوایی است که، از جمله، داین به جانشینی مدیون خود، علیه مدیون خود طرح می‌کند. ر.ک: ماده ۳۶ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳/۹/۲

بخش ۲

داوری

فصل ۱

تحقق داوری

مقصود از تحقق داوری مرحله ایست که می‌توان گفت داوری به مفهومی که در قانون آیین دادرسی مدنی آمده است تشکیل شده است. یعنی طرفین یا در قرارداد اصلی یا در ضمن توافقنامه ای مستقل به داوری تراضی کرده اند (اعم از اینکه قبل یا بعد از وقوع اختلاف بوده باشد)، توافقنامه داوری معتبر بوده، طرفین به داوری اشخاص خاصی تراضی کرده (یا به انتخاب داور توسط دادگاه یا ثالث تراضی کرده اند)، داوران قبول داوری کرده و ... بدین منظور لازم است تا از نظر حقوقی و مادی شرایطی فراهم گردد که هر یک جداگانه مطالعه می‌شوند.

مبحث اول: تحقق حقوقی داوری^۱: مفهوم داوری

جهت مطالعه تحقق حقوقی داوری آشنایی با مفهوم داوری ضروری است. مقدمه این آشنایی بررسی تعریف لغوی و اصطلاحی داوری است.

بند اول: تعریف داوری

الف) تعریف لغوی داوری:

^۱ - Constitution of arbitration tribunal- La Constitution du tribunal arbitral

داوری در لغت به معنای «شکایت پیش قاضی بردن، تظلم، یکسو کردن مرافعه، حکومت میان مردم، قضاوت و ...» آمده است.^۱ در لغت نامه دهخدا نیز ذیل واژه داوری چنین آمده است: «عمل داور، قضا، حکومت، حکمیت، حکم میان دو خصم و...»^۲.

در زبان عربی، حکم به معنی داور و حکومت و حکومت در معنای داوری آمده است. داوری به معنی قضاوت کردن و رای دادن نیز آمده است. برای نمونه در عبارت «إِنَّ اللَّهَ قَدْ حَكَمَ بَيْنَ الْعِبَادِ» مقصود از حکم، همان داوری و رای دادن است.^۳

در زبان انگلیسی واژه‌های Arbitration و Arbitrator در مواردی بکار می‌رود که طرفین جهت حل مشکل خود به راه حلی رضایت می‌دهند و داور نیز کسی است که در این راه به آنها کمک می‌کند.^۴ در این معنا تکیه اصلی بر توافق طرفین است نه نهاد داوری و وظایف او.

در زبان فرانسه داوری، اعطای صلاحیت قضاوت به شخصی است که به او داور گویند. هم چنین دادخواهی نزد داور به معنای داوری آمده است. داور نیز کسی است که از سوی طرفین اختلاف جهت حل منازعه برگزیده می‌شود.^۵

ب) تعریف اصطلاحی داوری؟

داوری در اصطلاح قضایی به فعل داور گویند. و در فقه آن را تحکیم یا حکومت گویند.^۶ آنکه ارجاع به داوری می‌کند او را محکم گفته و به خود داور نیز قاضی تحکیم گویند.^۷ هم چنین داور به کسی گویند که طرفین منازعه، اختلاف خود را به تراضی نزد

^۱ - معین، محمد، فرهنگ فارسی (تهران: ۱۳۸۶)، انتشارات امیر کبیر، ج ۲، ص. ۱۴۹۳.

^۲ - دهخدا، علی اکبر، لغت نامه (تهران: ۱۳۶۱)، چاپخانه وزارت ارشاد اسلامی، ج ۲۲، ص. ۲۲۷.

^۳ - سیاح، احمد، المنجد (تهران: ۱۳۸۰)، انتشارات اسلام، ج ۱، ص ۳۹۰.

^۴ - Oxrd advanced learner dictionary, Oxrd university press, fifth edition, 1995, p 51.

^۵ - Larousse de poche, Larousse, paris, 2005, p 45.

^۶ - Arbitration- L'arbitrage

^۷ - ساکت، محمد حسین، دادرسی در اسلام (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲)، ص. ۶۸ و ۸۹.

^۸ - موسوی اردبیلی، عبد الکریم، فقه القضا، ج ۱، ص ۱۱۰.

وی مطرح کرده و تعهد به پذیرش و اجرای نظر وی می‌کنند. با انتخاب و تراضی طرفین نصب داور کامل است.

داوری تا قبل از ظهور اسلام گسترده‌ترین و پذیرفته‌ترین شیوه دادرسی در میان عرب جاهلی بوده است.^۱ در این مفهوم داوری در همه موضوعات حتی در امور کیفری نیز مصداق داشت و اهمیت آن بیش از امروز بود.

مبنا: مبنای داوری در فقه، آن آیه از قرآن کریم است که می‌فرماید: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقَ اللَّهُ بَيْنَهُمَا/ أَكْرَازِ أَنْ بَيِّمَ دَأَشْتِيْدَ كِهْ دَر مِيَانِ أَنْآنِ جَدَائِيْ اَفْتَدَ حَكْمِيْ اَزْ خَانَوَادَهْ شَوَهْرَ وَ حَكْمِيْ اَزْ خَانَوَادَهْ زَنَ بَرْگَزِيْنِيْدَ كِهْ اِگَرِ خَوَاهَانِ اَشْتِيْ بَاشَنْدَ خَدَاوَنْدَ مِيَانِ أَنْآنِ سَازْگَارِيْ بَرْقَرَارِ مِيْ كَنْدَ». ^۲ شيخ طوسي نيز اين آيه را از مباني مشروعيت حکميت مي‌داند. از نظر وی اين آيه در مقام بيان داوري است وگرنه به انتخاب وکیل اشاره مي‌کرد. بدین معنا که انتخاب حکمین بر سبیل تحکیم است نه توکیل.^۳ به نظر می‌رسد استناد به این آیه بعنوان مبنای حکمیت در فقه درست نباشد. زیرا صرف نظر از موضوع آن که رفع اختلاف و نه صدور حکم در روابط زناشویی است، نظر به خاص بودن موضوع آیه نمی‌تواند در همه موارد و مراحل داوری قابل استناد باشد. مثلاً اجرای رای داور، لازم الاتباع بودن رای داور، داوری در مسایل کیفری و از این آیه برداشت نمی‌شود. آنچه از این آیه برداشت می‌شود به میانجیگری و تلاش جهت صلح و سازش نزدیک تر است تا به داوری و صدور حکم. باری، چنانچه نظر حکم موضوع این آیه بر نفاق و عدم مصالحه باشد نظر وی فی نفسه نفوذی ندارد و تکلیف ادامه زندگی زوجین به دست زوج خواهد بود.^۴

^۱ - ساکت، محمد حسین، پیشین، ص. ۶۹.

^۲ - انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، (تهران: انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴)، ج. ۱، ص. ۶۳۹.

^۳ - شيخ طوسي، الخلاف، (قم: نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق.)، ج. ۴، ص. ۴۱۷.

^۴ علامه حلی، تحریر الاحکام، (مشهد، آل بیت)، ج. ۲، ص. ۴۲.

همچنین آیه کریمه «اِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ اَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» و یا آیه شریفه «مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا اَنْزَلَ اللهُ فَاولئك هم الكافرون»^۱ نیز در این زمینه قابل استناد است. از عمومات این آیات استفاده می‌گردد که اشخاص عادی (غیر قاضی) نیز ممکن است در مواردی اقدام به صدور حکم نمایند و این می‌تواند در زمینه داوری نیز قابل استناد باشد.

محقق حلی در شرایع اسلام درخصوص قاضی تحکیم چنین می‌گوید: «وَلَوْ اسْتَقْضَى اَهْلَ الْبَلَدِ قاضياً، لَمْ تَثْبِتْ وَلَا يَتَّه. نَعَمْ لَوْ تَرَضَى خَصْمَانِ بَواحدٍ مِنَ الرَّعِيهِ وَ تَرَفَعَا اِلَيْهِ فَحُكْمٌ بَيْنَهُمَا الزَّمَّهَا الْحُكْم. وَلَا يَشْتَرِطُ رِضَاهُمَا بَعْدَ الْحَكْم...»^۲. باری، فقهای زیادی بر مشروعیت و مبنای حکمیت قلم فرسایی کرده اند.^۳ از فقهای معاصر نیز آیت الله صانعی، المومنون عند شروطهم را مبنای مشروعیت داوری می‌داند. ایشان حاکمیت اراده و رضایت طرفین را به عنوان مبنای داوری قلمداد می‌کنند.^۴

به نظر می‌رسد صرف استناد به اراده کافی نباشد؛ زیرا، با وجود پیش بینی قضای شرعی و حل و فصل اختلاف از طریق قاضی منصوب باید به دنبال اثبات علت نفوذ اراده رفت. باید مستثنی یافت که انصراف از مراجعه به قاضی منصوب و مراجعه به شیوه خصوصی حل و فصل منازعه را تجویز نماید.

به هر تقدیر، داوری ممکن است قراردادی باشد و آن وقتی است که ناشی از توافق طرفین مبنی بر ارجاع قضیه به داوری باشد. ممکن است داوری اجباری^۵ باشد و آن وقتی است که ارجاع به داوری به حکم قانون باشد.^۶ به این داوری، داوری قانونی^۷ نیز گفته می‌شود که در برابر داوری قراردادی قرار می‌گیرد. باید توجه داشت که داوری

^۱ - نسا، آیه ۵۸

^۲ - مائده، آیه ۴۴.

^۳ - به نقل از: موسوی اردبیلی، پیشین، ج. ۱، ص ۱۱۰.

^۴ - برای دیدن این نظرات رک به: همان، ص. ۱۱۱ به بعد.

^۵ - صانعی، یوسف، استفتائات قضایی، (پرتو خورشید، ۱۳۸۶)، ج. ۱، ص. ۱۷.

^۶ - Mandatory arbitration- Arbitrage force ou obligatoire

^۷ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۲، ۱۳۸۱)، ج ۳، ص. ۱۸۸۰.

^۸ - statutory arbitration

اجباری^۱ بر چند نوع است. چنانچه مراجعه به داوری، به حکم قانون، اجباری تلقی شده باشد بدان Compulsory Arbitration گفته می‌شود^۲ ولی اگر مبنای اجباری بودن داوری، توافق طرفین باشد بدان binding arbitration اطلاق می‌گردد.

در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ داوری تعریف نشده است و صرفاً آثار و احکام آن مورد توجه قانونگذار بوده است. در ماده ۴۵۴ این قانون صرفاً به نقش تراضی در داوری اشاره شده است و گو اینکه داوری اجباری مغفول مانده است. در عین حال بند الف ماده ۱ قانون داوری تجاری بین المللی ۱۳۷۶ به تعریف داوری اختصاص یافته است. براساس این بند: «" داوری " عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه بوسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی‌الطرفین و یا انتصابی...». به نظر ما این تعریف کامل نیست. زیرا، داوری در وهله اول صدور حکم جهت حل و فصل منازعه است نه تلاشی جهت رفع اختلاف. مگر آنکه عبارت رفع/اختلاف را در معنای عام بکار گرفته و صدور حکم را داخل در معنا بدانیم.

در حقوق فرانسه، کتاب چهارم قانون آیین دادرسی مدنی به داوری اختصاص یافته است. در واقع مواد ۱۴۴۲ الی ۱۴۹۱ به داوری داخلی و مواد ۱۴۹۱ الی ۱۵۰۷ به داوری بین المللی و برخی موضوعات مربوط به اجرای آرای صادره در مراجع داوری خارجی پرداخته است. به هر ترتیب در این مواد بیشتر به احکام، آثار و تشکیل^۳ داوری پرداخته شده است و تعریفی از داوری ارائه نشده است.

در فرهنگ بلاک نیز ذیل واژه Arbitration چنین آمده است: «داوری ارجاع اختلاف به یک شخص بی طرف (ثالث) منتخب طرفین اختلاف است که از قبل بر اجرای رایی که داور پس از دادن فرصت دفاع به طرفین صادر می‌نماید توافق می‌شود». همچنین «توافقی است جهت اخذ و پذیرش رای اشخاص منتخبی که درخصوص برخی از مسائل مورد اختلاف اظهارنظر می‌کنند. طرفین جهت اجتناب از تشریفات دادرسی، طولانی بودن زمان دادرسی، هزینه‌ها و... دادرسی

^۱ - Binding arbitration

^۲ - Susan ellis wild, Law dictionary, (USA: WEBSTERS NEW WORD, 2006), P.29

^۳ - برای مثال ماده ۱۴۵۲ ق.ا.د.م.ف.

عادی است که به داوری روی می‌آورند.^۱ هم چنین می‌توان داوری را روشی جایگزین جهت حل و فصل منازعه دانست. بدین ترتیب که حل و فصل اختلاف با رضایت طرفین به شخص یا اشخاصی سپرده می‌شود که معمولاً با طی مراحل از جمله استماع ادعاها، دخالت وکلای طرفین و ... منجر به صدور رای می‌گردد. بطور طبیعی داوری تنها روش حل و فصل منازعه است که در قرارداد طرفین پیش بینی می‌گردد.^۲

در ماده ۱ قانون داوری انگلستان مصوب ۱۹۹۶ هدف از داوری، حل و فصل منازعه از طریق ارجاع اختلاف به یک شخص بی طرف بدون صرف وقت و هزینه غیر ضروری اعلام شده است.^۳

بند دوم: تمیز داوری از مفاهیم مشابه

داوری از برخی جهات مشابه قضاوت، از جهات دیگر مانند میانجیگری و ... می‌باشد. پس لازم است مقایسه ای بین مفهوم داوری و مفاهیم مشابه بعمل آید تا تعیین حدود و ثغور آن امکان پذیر گردد.

الف) تمیز داوری از قضاوت

داوری از برخی جهات شبیه قضاوت می‌باشد. بدین معنی که در هر دو، شخصی اقدام به صدور رای می‌نماید. هم چنین، هم داور و هم قاضی اظهارنظر قضایی می‌کند. مقصود از اظهارنظر قضایی، نظری است که قاضی پس از رسیدگی به ادله مربوطه صادر می‌کند و دارای مشخصات ذیل است:

۱. مشمول قاعده اعتبار امر مختوم است. ۲. به صورت جزئی و خاص است. ۳. مفاد این نظر انشایی است نه اخباری. ۴. مستند به بخشنامه^۴ نمی‌باشد. ۵. تعلیق به شرط در نظر قضایی ممنوع می‌باشد.^۱

^۱ - Henry campbell black, Blacks law dictionary: (Minnesota, 1st reprint, 1984), p. 55.

^۲ - Susan ellis wild, op.cit, P.29.

^۳ - the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense;

^۴ - بخشنامه، دستورات کلی است که مقام صالح اداری به کارمندان تحت امر خود صادر می‌نماید. بخشنامه‌ها دارای آثار حقوقی خارج از اداره نبوده و نسبت به اشخاص ثالث فاقد اثر حقوقی است و تنها در رابطه بین

داور نیز مانند قاضی پس از رسیدگی به ادله طرفین صدور رای می‌کند. بدین معنی که رای وی جهت حل و فصل یک اختلاف است و به همین جهت دارای اعتبار امر مختوم است.^۲ رای قاضی پس از صدور و ابلاغ غیر قابل تغییر است و بصورت خاص و جزئی صادر می‌گردد. بدین معنی که صرفاً ناظر به همان دعوایی است که در آن تعیین داور شده است. به همین ترتیب داور فصل خصومت می‌کند نه آنکه در پی صدور فرمان، تصویب قانون یا ... باشد. رای داور نمی‌تواند مستند به بخشنامه باشد زیرا بخشنامه بیشتر حالت یک دستور دارد تا یک حکم قانونی؛ در حالیکه ذات نظر قضایی و ماهیت حل اختلاف به گونه ایست که باید براساس مدارک موجود در پرونده و نه دستور مقام ما فوق حل و فصل گردد. به تعبیری مفهوم اظهارنظر قضایی با استقلال شخص نظر دهنده عجین می‌باشد. هم چنین از آنجا که اظهارنظر قضایی جهت حل اختلاف صادر می‌گردد لذا منطقی نیست که مشروط و معلق باشد. به نظر می‌رسد به خصایص اظهارنظر قضایی باید مورد دیگری افزوده شود. نظری قضایی است که براساس مدارک موجود در پرونده و یا به عبارتی براساس طرق متعارف کسب علم، صادر شده باشد. صرف نظر از انطباق نظر دادرس با واقعیت، این مدارک موجود است که دارنده حق را مشخص می‌کند. بنابراین متصدی امر قضا باید از طریق متعارف، کسب علم کرده باشد.^۳

از لحاظ لازم الاتباع بودن رای داور نیز بین این دو شباهت تام وجود داد. بدین معنا که رای داور نیز مانند رای قاضی لازم الاجراست. در فقه درخصوص اینکه حکم داور مانند رای قاضی منصوب است اختلاف قابل اعتنایی وجود ندارد. ولی در مورد مشروط بودن لازم الاجرا بودن رای داور به رضا طرفین (بعد از صدور حکم) اختلاف است. عده

روسا و کارمندان نافذ است. بخشنامه نمی‌تواند مخالف آیین نامه باشد و ... رک: انصاری، ولی الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری (تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷)، پاورقی ص ۲۵.

^۱ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، پیشین، ج ۵، ص ۳۶۵۳.

^۲ - در حقوق فرانسه نیز رای داور دارای اعتبار امر مختوم نسبی است (ماده ۱۴۷۶ آ. ق. د. م. ف.). بدین معنی که رای داور درخصوص دعوایی که موضوع داوری است دارای چنین اعتباری می‌باشد.

^۳ - شیخ انصاری، قضا و شهادات، (قم: انتشارات باقری، ۱۴۱۵ق)، ص ۲۹.

ای مانند شهید اول و ثانی و محقق اردبیلی چنین رضایتی را شرط نمی‌دانند و عده ای مانند شیخ طوسی ظاهراً قایل به نظر مخالف هستند. شیخ طوسی حتی بر نظر خود ادعای اجماع دارد.^۱ اجماعی که ادعای تحقق آن به شدت مورد تردید است.^۲

برخی از فقها وجود صفات قاضی را در داور نیز الزامی می‌دانند. شیخ طوسی در مبسوط معتقد است که داور نیز باید همانند قاضی دارای کمال، عدالت و اجتهاد باشد. زیرا با توافق طرفین به قضاوت داور، وی نیز شبیه قاضی می‌شود و بنابراین باید صفات وی را داشته باشد.^۳ در قوانین موضوعه ما این نظر با این اطلاق پذیرفته نشده است. زیرا قاضی لاجرم باید حکم قضاوت داشته باشد، یعنی بعد از طی دوره‌های خاص و داشتن شرایط لازم صلاحیت و جواز قضاوت وی با تایید عالی‌ترین مقام قضایی کشور رسیده باشد. در حالی که در مورد داور شرط خاصی در قانون آیین دادرسی مدنی پیش بینی نشده است.

با این حال نمی‌توان به تفاوتهای داوری و قضاوت بی‌اعتنا بود. داوری تاسیسی است که ارتباطی تام به توافق طرفین و ذوق آنها دارد.^۴ اساس داوری توافق طرفین است و علی‌رغم وجود برخی مقررات ناظر به داوری اجباری و داوران اجباری^۵، هنوز هم این توافق طرفین است که به

^۱ - «فاذا ثبت انه جایزاً فاذا نظر بینهما فمتی یلزم حکمه فی حقهما؟ قال قوم: بالرضا بما حکم به بعد حکمه و قال آخرون: یلزم حکمه بما یلزم به حکم الحاكم و هو اذا امضا علیهما... فمن قال لا یلزم بمجرد الحكم کان لکل واحد منهما الخيار ما لم یتراضیا به بعد حکمه فاذا تراضیا فی ذلک الوقت لزم لزم حکمه و هو الاقوی عندی: لان علیه اجماعاً». نقل از: موسوی اردبیلی، عبد‌الکریم، پیشین، ص. ۱۲۲.

^۲ - موسوی اردبیلی، عبد‌الکریم، پیشین، ص. ۱۲۲.

^۳ - شیخ طوسی، مبسوط فی افقه الامامیه، (المکتب المرتضویه، ۱۳۵۱ ش)، ج ۸، ص. ۱۶۵.

^۴ - ماده ۱۴۴۲ ق.آ.د.م.ف

^۵ - برای مثال نک به ماده ۳۶ و ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴. در این مواد مقرر شده است که برخی از اختلافات ناشی از اجرای قانون در هیات داوری ای که ترکیب آن در ماده ۳۷ پیش بینی شده است حل و فصل می‌گردد. در واقع هم رجوع به داوری و هم ترکیب داوران حالت اجباری یافته است و طرفین نمی‌توانند ترکیب داوران رسیدگی کننده را تغییر داده یا از مراجعه به داوری موضوع این مواد انصراف دهند.

در سابقه قانونگذاری ایران نیز باید گفت که داوری در اوایل حیات خود حالت اجباری داشته است. برای مثال در قانون حکمیت ۱۳۰۶ داوری بیشتر حالت اجباری داشته است. متن این قانون به شرح ذیل است: «ماده اول - هر

گاه در دعای حقوقی یکی از متداعیین محکمه صلح - بدایت و تجارت از محکمه تقاضا کند قطع دعوی به طریق حکمیت انجام گیرد محکمه طرف دیگر دعوی را به موافقت یا این تقاضا تکلیف و مطابق مواد ذیل رفتار خواهد کرد مشروط بر این که تقاضای حکمیت تا آخر جلسه اول محکمه به عمل آمده و دعوی در آن محکمه بدایتاً طرح شده باشد.

ماده دوم - هر گاه تقاضای حکمیت از طرف مدعی بشود و مدعی علیه در موعد مقرر تعیین حکم ننماید محکمه از طرف ممتنع حکم او و همچنین حکم ثالث را به قرعه مطابق ماده ۴ تعیین خواهد بود - هر گاه تقاضای حکمیت از طرف مدعی علیه بشود و مدعی امتناع نماید دعوی توقیف و چنان که تا دو ماه مدعی حکم خود را معین ننماید محکمه قرارداد عرض حال را صادر خواهد نمود و این قرار قابل استیناف و تمیز نیست.

ماده سوم - محکمه در محاکمات عادی بعد از وصول اولین جواب کتبی مدعی علیه و در محاکمات اختصاری بعد از استماع جواب مدعی علیه در اولین جلسه قرار حکمیت صادر خواهد کرد ولی قبل از صدور قرار حکمیت باید به ایرادات مدعی علیه رسیدگی کرده قرار رد یا قبول ایراد را بدهد.

این قرار قابل استیناف و تمیز است. ←

→ هر گاه پس از رأی محاکم عالی یا به واسطه انقضای مدت استیناف و تمیز قابل استماع بودن دعوی و صلاحیت محکمه و متداعیین محرز شده محکمه قرار ارجاع حکمیت خواهد داد - این قرار قابل استیناف و تمیز نیست.

ماده چهارم - ممکن است طرفین یک نفر را به تراضی برای حکمیت انتخاب کنند و ممکن است هر کدام یک حکم معین کرده و حکم ثالث را به تراضی تعیین نمایند - هر گاه در تعیین حکم ثالث تراضی نشود محکمه در جلسه که برای تعیین حکم و تنظیم حکم نامه مقرر داشته با حضور متداعیین از بین عده از اتباع ایران که کمتر از سه نفر نباشد و محکمه آنها را نسبت به سنخ دعوی بصیر و خبیر بدانند حکم ثالث را به قرعه معین خواهد کرد.

تبصره - صورت اسامی اشخاصی که به قرعه گذاشته خواهد شد سه روز قبل از جلسه باید به طرفین داده شود. ماده پنجم - اشخاص ذیل نمی توانند حکم ثالث شوند و خود آنها نیز باید از قبول حکمیت امتناع نمایند مگر به تراضی طرفین: (الف) کسی که در دعوی مطروحه ذینفع باشد.

(ب) کسی که شخصاً یا زوجه اش یا یکی از متداعیین قرابت نسبی یا سببی تا درجه سیم دارد.

(ج) کسی که قیم یا کفیل یا مباشر امور یکی از متداعیین است یا یکی از متداعیین مباشر امور او است.

(د) کسی که خود یا زوجه اش وارث یکی از متداعیین است.

(ه) کسی که با یکی از متداعیین یا اشخاصی که با آنها قرابت سببی یا نسبی تا درجه سوم دارد محاکمات جنایی یا جنحه داشته یا دارد.

(و) کسی که مابین او یا زوجه او یا اقربای نسبی او تا درجه سوم و یکی از متداعیین یا زوجه او یا اقربای نسبی تا درجه سوم دعای حقوقی مطرح است.

تبصره - امتناع فوق الذکر و رد از طرف متداعیین باید از طرف حکم قبل از قبول حکمیت و از طرف متداعیین قبل از قرعه به عمل آید مگر این که علت رد و امتناع پس از قرعه و قبل از صدور رأی حکمیت ایجاد گردد.

ماده ششم - کسانی که به وسیله قرعه می توانند حکم شوند که سن آنها بالغ به سی سال شمسی شده - در مقرر محکمه حضور داشته و طرفین قبل از قرعه در رد آنها متفق نباشند - قضات و اعضاء پارکه نمی توانند در حوزه مأموریت خود قبول حکمیت نمایند مگر به تراضی طرفین.

محکومین به جنحه و جنایت و اشخاصی که به عنوان جنحه و جنایت در تحت تعقیب هستند نمی توانند مطلقاً به حکمیت معین شوند.

ماده هفتم - پس از تعیین حکم محکمه قرارنامه حکمیت را تنظیم کرده و فوراً به امضای طرفین دعوی و متنها در ظرف سه روز به امضای حکمهای رساند هر گاه یک یا چند نفر از حکمها از قبول حکمیت استنکاف نمایند در ظرف سه روز پس از استنکاف به جای مستنکف مطابق ماده هشتم تعیین حکم خواهد شد پس از

قبول حکمیت حکمها یک نفر از بین خود معین خواهند کرد که محکمه سواد اوراق و اسناد طرفین را پیش او بفرستد. → در صورتی که حکم یک نفر باشد سواد اوراق و اسناد پیش او فرستاده می‌شود. در قرارنامه حکمیت نکات ذیل قید می‌شود: (۱) اسم و اسم خانواده و شغل متداعیین و حکم. (ب) میزان مدعی به ترتیبی که در مواد راجع به عرض حال مقرر است. (ج) مدت حکمیت.

مدت حکمیت را که کمتر از سه و بیش از سی روز نخواهد شد محکمه معین می‌نماید و ابتدای آن از روزی است که تمام حکمها کتباً حکمیت را قبول نموده‌اند. محکمه می‌تواند مدت حکمیت را به تقاضای اکثریت حکمها یک مرتبه و به تراضی طرفین هر چند بار که تقاضا نماید تجدید کند.

کسی که قبول حکمیت کرد و قبل از اتمام عمل و دادن رأی بدون عذر موجه استعفاء نمود تا ده سال در هیچ قضیه نمی‌تواند حکم شود مگر به تراضی طرفین.

ماده هشتم - در صورتی که یکی از حکمها تا سه جلسه ماطله و مسامحه از حضور نماید یا اصلاً سه جلسه حاضر نشود به ترتیب ذیل رفتار خواهد شد: ←

(الف) هر گاه حکم مشترک حاضر نشود دو حکم دیگر رسیدگی کرده رأی خود را در صورت توافق در ظرف پنج روز خواهند داد و الا محکمه به تقاضای یکی از متداعیین بر طبق ماده چهارم حکم مشترک دیگری تعیین می‌نماید.

(ب) در صورت عدم حضور حکم مختص یکی از متداعیین حکم مشترک فوراً توسط محکمه کتباً تعیین حکم دیگری را از طرف تقاضا خواهد کرد.

چنانچه از تاریخ ابلاغ تقاضای مزبور تا پنج روز حکم جدید حاضر نشود حکم مشترک و حکم مختص دیگری رسیدگی نموده رأی خواهند داد و در صورت عدم توافق محکمه بر طبق ماده چهارم حکم مختص را به قرعه معین خواهد کرد.

حکمه در رسیدگی و حکم تابع مقررات قانون اصول محاکمات حقوقی نیستند ولی باید مخالفت با قوانین و شرایط قرارداد حکمیت ننمایند.

متداعیین اسناد و مدارک و لواحق خود را به حکمها داده و حکمها می‌توانند از آنها توضیحات شفاهی بخواهند در رأی حکم باید اسم و شهرت متداعیین و حکم و موضوع منازعه اسناد و مدارک و دلایل رأی تصریح شود. هر گاه پس از ختم رسیدگی دو نفر از حکمها در رأی توافق نموده و حکم دیگر از امضای رأی امتناع نماید سایرین امضاء نمود و این امتناع را در حکم قید می‌نماید - حکمی که به امضای اکثریت حکمها رسیده است آن اعتبار را دارد که به امضای تمام حکمها رسیده باشد.

محکمه که قرار حکمیت داده مطابق رأی حکم ورقه اجرائیه صادر خواهد کرد. ←

→ ماده نهم - از حکم حکم غیر منفرد ده روز پس از ابلاغ می‌توان تقاضای تجدید نظر کرد مگر این که در قرارداد حکمیت به تراضی این حق را اسقاط نموده باشند.

هیأت تجدید نظر تشکیل می‌شود از دو نفر حکم مختص سابق به انضمام سه نفر از اشخاصی که یا به تراضی یا به طرق ذیل معین می‌شوند.

محکمه از بین شش نفر از اشخاصی که نسبت به سنخ دعوا آنها را بصیر می‌داند و طرفین دعوا در رد آنها اتفاق می‌نمایند سه نفر را به قرعه معین می‌کند حکم هیأت تجدید نظر قطعی است.

تبصره ۱ - در دعاوی که مدعی به بیش از ده هزار تومان است به جای تجدید نظر فوق مستأنف به شرط دادن ودیعه (صدی چهار محکوم به) می‌تواند تقاضا کند که محکمه استیناف صلاحیتدار در رأی حکمهای بدوی تجدید نظر نماید حکم استیناف در صورتی که رأی حکم را تأیید کند قابل تمیز نیست و این استیناف مانع از تأدیه حق الزحمه حکمهای بدوی نخواهد بود.

تبصره ۲ - راجع به ودیعه موافق ماده ۴۹۸ قانون اصول محاکمات حقوقی رفتار خواهد شد. ←

→ ماده دهم - در موارد ذیل حکمیت مرفوع می‌شود:

داوری و داوران صلاحیت اعطا می‌کند در حالیکه در قضاوت این قانون است که صلاحیت محاکم و حاکم را معین می‌سازد. قانون است که مراجعه به محاکم را تجویز کرده و حتی گاهی توافق طرفین مبنی بر عدم مراجعه به دادگستری را باطل می‌شمارد. در داوری طرفین هر لحظه می‌توانند داور رسیدگی کننده را تغییر دهند در حالیکه در قضاوت به مفهوم مصطلح خود چنین اختیاری متصور نیست.

علی‌رغم وجود برخی مقررات ناظر بر صلاحیت داور در نهایت این طرفین هستند که بر صلاحیت داور صحنه می‌گذارند در حالیکه درخصوص قاضی دولت (یا شارع) است که صلاحیت قضاوت را اعطا می‌نماید. همچنین داور نمی‌تواند

(ا) در صورت تراضی طرفین که باید کتباً به محکمه ابلاغ شود.

(ب) در صورت فوت یا جنون یکی از متداعیین.

(ج) اگر در حین رسیدگی کشف اوضاع و احوالی شود که مربوط به جنحه و جنایت و در حکم حکم نافذ و مؤثر بوده و تفکیک جهت حقوقی ازجایی ممکن نشود.

ماده یازدهم - حکم‌ها مکلف هستند رأی خود را در مدت حکمیت بدهند و در صورتی که رأی حکم پس از انقضای مدت حکمیت صادر شده باشد محکمه به تقاضای یکی از متداعیین آن را فسخ می‌نماید.

در موارد ذیل رأی حکم باطل و از درجه اعتبار ساقط است:

(الف) در صورتی که حکم‌ها خارج از حدود اختیارات خود نسبت به مطلبی که موضوع حکمیت نبوده حکم داده باشند.

(ب) وقتی که بر خلاف سند رسمی حکم شده باشد.

(ج) وقتی که طرفین به اتفاق حکم را رد نمایند.

ماده دوازدهم - حق الزحمه هر یک نفر حکم بدوی ربع عشر مدعی به است که طرفین دعوی بالسویه خواهند داد مگر این که حکم در رأی خود تقسیم را بین متداعیین به طریق دیگر قرار بدهد - حق الزحمه حکم‌های مشترک که برای تجدید نظر تعیین می‌شوند سه ربع عشر مدعی به است که فقط کسی که تقاضای تجدید نظر کرده است خواهد پرداخت حق الزحمه پس از رسیدگی و قطعی شدن رأی در صورت تقاضای تجدید نظر پرداخته می‌شود و محکمه مربوطه مسئول وصول و ایصال آن خواهد بود.

تبصره - مخارج عدلیه بیش از آن چه در وقت تقدیم عرضحال داده می‌شود نخواهد بود و در صورت اقدامات اجرایی حق اجراء دو عشر عشریه است.

ماده سیزدهم - در صورت تراضی طرفین در هر مرحله‌ای از مراحل دعوی می‌توان به حکمیت رجوع کرد و در این صورت حکم حکم قابل تجدید نظر نخواهد بود.

ماده چهاردهم - هر گاه در محکمه انتظامی معلوم شد که معرفی محکمه اشخاص را به جهت حکم مشترک کلاً یا بعضاً طبیعی نبوده بلکه مستقیم یا غیر مستقیم مبنی بر تبانی و مذاکرات سابق بوده حاکم محکمه محکوم به انفصال ابدی خواهد شد.

ماده پانزدهم - نسبت به دعاوی حقوقی که فعلاً در مراحل بدوی مطرح است هر گاه یکی از متداعیین در جلسه اول بعد از تصویب این قانون تقاضای حکمیت نماید بر طبق این قانون رفتار خواهد شد.

درخصوص بسیاری از مسائل مانند موضوعات کیفری اقدام به صدور رای نماید. به تعبیری این گونه موضوعات در صلاحیت انحصاری مراجع قضایی است.

رای داور دست کم در برخی موارد می تواند مستند به عدل و انصاف یا بصورت کدخدامنشانه باشد^۱ (بند ۲ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین المللی ۱۳۷۶) در حالیکه رای قاضی در هر حال مستند به قانون، منابع معتبر اسلامی یا اصول حقوقی است که مغایر موازین شرعی نباشد (ماده ۳ ق.آ.د.م).

قاضی باید جریان دادرسی را براساس قانون آیین دادرسی مربوطه اداره نماید (رک به ماده ۱ ق.آ.د.م.ف) در حالیکه داور اصولاً تکلیفی در رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی ندارد (ماده ۴۷۷ ق.آ.د.م)^۲ و صرفاً باید اصول دادرسی را رعایت نماید^۳.

در فقه نیز بین داوری و قضا تفاوت قایل شده اند از جمله اینکه بین دو واژه قضا و حکم که در قرآن کریم بکار رفته است تفاوت معنایی قایل شده اند.^۴ در عین حال تحکیم، خود به معنای واگذار کردن قضاوت به شخصی است.

در مورد شرایط داور و قاضی نیز تفاوت های زیادی ذکر شده است.

در حقوق انگلستان بین داوری و دادرسی از طریق دادگاه شباهتها و قواعد مشترکی وجود دارد. برای نمونه می توان به مواد ۳۰ و ۳۱ قانون داوری مصوب ۱۹۹۶ اشاره کرد. براساس این مواد مرجع صالح درخصوص تعیین صلاحیت داور، مرجع داوری است. هم چنین همانند دادرسی، در داوری نیز ایراد به صلاحیت مرجع رسیدگی کننده باید در اولین فرصت دفاع اظهار گردد. با این حال می توان به تفاوت کاربرد واژه های court و tribunal اشاره کرد. توضیح اینکه برای داوری از واژه اخیر استفاده می شود و در مورد دادگاههای

^۱ - در رای شماره ۳۶/۸۲/۵/۱۷۱ مرکز داوری اتاق ایران صراحتاً به انصاف استناد شده است. رک: کاکاوند، محمد، پیشین، ص. ۴۸۷.

^۲ - در حقوق فرانسه ماده ۱۴۶۰ ق.آ.د.م.ف. صریح در این معناست. براساس این ماده جریان داوری براساس صلاحیت داور اداره می شود و لزومی به رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی نیست. البته مقررات مواد ۴ الی ۱۱ و نیز ۱۳ الی ۲۱ ق.آ.د.م.ف. لازم الاتباع می باشد. هم چنین طرفین می توانند اختیار داور را در این زمینه محدود نمایند.

^۳ - جهت مطالعه تفاوت اصول دادرسی و تشریفات دادرسی رک به:

^۴ - ساکت، محمد حسین، پیشین، ص. ۸۹.

دادگستری کلمه court استعمال می‌گردد. هم چنین مرگ داور از موجبات زوال داوری قلمداد شده است (ماده ۲۶ قانون داوری انگلستان) ولی فوت دادرس منشاء چنین اثری نمی‌باشد.

ب) تمیز داوری از میانجی‌گری

داور رای صادر می‌کند که براساس مفاد مواد ۴۸۸ و ۴۹۳ ق.آ.د.م لازم‌الاتباع بوده و لازم‌الاجراست.^۱ بدین معنی که رای داور تا زمانی که نقض نشده است لازم‌الاجرا بوده و مطابق مقررات قانونی مربوط به اجرای احکام محاکم به موقع اجرا گذارده می‌شود؛ ولی در میانجی‌گری، شخص میانجی بیشتر در مقام صلح و سازش است تا فصل خصومت. بنابراین اصولاً صدور رای از جانب وی متفی است. بعلاوه نظر وی فاقد قدرت اجرایی بوده و طرف ذینفع نمی‌تواند اجرای نظر وی را از دادگاه بخواهد. بعلاوه داوری در قوانین موضوعه یک نهاد حقوقی^۲ تلقی شده و دارای احکام و آثار خاص است ولی چنین امری در مورد میانجی‌گری صادق نمی‌باشد. در داوری، داور بیشتر به دنبال یک راه حل حقوقی است ولی در میانجی‌گری تلاش بر پیدا کردن راه حلی است که مورد قبول هر دو طرف اختلاف باشد.^۳

اگرچه در برخی مقررات (برای نمونه در مقررات مربوط به طلاق) نوعی از میانجی‌گری پیش بینی شده است ولی نمی‌توان میانجی‌گری را روشی عمومی در حل و فصل منازعات دانست؛ بنابراین اگرچه قاضی بر طبق مفاد مواد ۱۸۸ و ۱۸۹ ق.آ.د.م مکلف است تا طرفین را تشویق به صلح و سازش نماید ولی دیگر نمی‌تواند شخص ثالثی را مأمور این امر نماید. البته در برخی قوانین خاص به لزوم تلاش جهت حصول سازش اشاره شده است. برای نمونه در ماده ۱۶ آیین نامه هزینه‌های داوری مرکزی داوری اطاق بازرگانی چنین آمده است: «هزینه میانجی‌گری یا سازش در دعاوی که به مرکز ارجاع می‌شود، نصف هزینه‌های اداری و حق الزحمه داوران است». در ماده ۱۴

^۱ - در بند یک ماده ۳۵ ق.د.ت.ب نیز چنین آمده است: «۱ - به استثنای موارد مندرج در مواد (۳۳) و (۳۴) آرای داوری که مطابق مقررات این قانون صادر شود قطعی و پس از ابلاغ لازم‌الاجرا است و در صورت درخواست کتبی از دادگاه موضوع ماده (۶) ترتیبات اجرای احکام دادگاهها به مورد اجرا گذاشته می‌شوند...».

^۲ - Institution

^۳ - Susan ellis wild, op.cit, P.177.

قانون حمایت از مصرف کنندگان مصوب ۱۳۸۸ نیز وظیفه اول انجمن حمایت از مصرف کنندگان کمک به حصول سازش عنوان شده است. براساس این ماده: «به منظور تسهیل و تسریع در رسیدگی به تخلفات و در راستای استیفاء حقوق مصرف کنندگان، انجمن‌های حمایت از حقوق مصرف کنندگان می‌توانند شکایات واصله از افراد حقیقی و حقوقی را در حدود موارد مذکور در بندهای (۲)، (۳) و (۴) ماده (۱۲) این قانون بررسی نموده و در صورت عدم توافق طرفین (شاکي و مشتكي عنه) یا جهت رسیدگی قانونی به سازمان تعزیرات حکومتی ارجاع نمایند». در ماده ۱۸ آیین‌نامه نحوه تشکیل جلسات و چگونگی اتخاذ تصمیمات هیئت داورى موضوع ماده (۲۱) تنفیذی قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب نیز به جایگاه صلح و سازش اشاره شده است. بر این اساس: «چنانچه طرفین اختیار مصالحه و سازش را به هیأت کنند، هیأت می‌تواند رای خود را بر مبنای مصالحه صادر کند. چنانچه طرفین رأساً در حدود قوانین در موضوع مطروحه سازش کنند مراتب را به هیأت اعلام می‌نمایند. در این صورت رای هیأت بر مبنای مصالحه انجام شده صادر خواهد شد...». در هر حال نباید نقش میانجی‌گری را در حصول صلح و سازش از یاد برد. شخص میانجی نهایت تلاش خود را بکار می‌بندد تا طرفین اختلاف دست از منازعه شسته و به توافق برسند. این امر غالباً به صلح و سازش منجر می‌شود که در قالب تنظیم گزارش اصلاحی متجلی می‌شود. در ماده ۱ قانون شوراهای حل اختلاف ۱۳۸۷ یکی از اهداف تشکیل شوراهای حل اختلاف، حصول صلح و سازش بین طرفین اختلاف عنوان شده است. در مواد ۸، ۱۲، ۱۳ و... این قانون به وظیفه شورا مبنی بر تلاش جهت صلح و سازش اشاره شده است. به نظر می‌رسد قانون شوراهای حل اختلاف قانونی است که به وظیفه دولت بر تلاش جهت صلح و سازش تکیه دارد. در ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ نیز به وظیفه کانونهای پیش بینی شده جهت صلح و سازش پرداخته است. کانونها در بند ۵ ماده ۱ همان قانون تعریف شده اند و در ماده ۳۶ نیز ارجاع امر به داورى منوط به شکست کانونها در حصول سازش اعلام شده است. به عبارتی در اختلافات بین کارگزاران، بازارگردانان، مشاوران سرمایه گذاری و ... میانجیگری مقدم بر داورى است. ظاهر مواد بیانگر ثانوی بودن صلاحیت

مرجع داوری است. بدین بیان که هیات داوری موضوع ماده ۳۷ در صورتی صلاحیت رسیدگی می‌یابد که کانون‌ها در انجام وظیفه میانجی‌گری خویش ناموفق عمل کرده باشند.

رویه قضایی نیز به تفاوت میانجی‌گری و داوری اذعان دارد. در دادنامه شماره ۷۹۵ صادره در پرونده کلاسه ۷۸۷/۱/۸۲ شعبه اول دادگاه تجدید نظر استان تهران چنین آمده است: پیش بینی حل و فصل اختلافات از طریق کدخدامنشی ظهور در ارجاع امر به داور ندارد.^۱ در نتیجه درج چنین شرطی فی‌نفسه موجب سلب صلاحیت از محاکم نخواهد شد. در حالی که توافق به ارجاع امر به داور موجب خواهد شد تا محاکم صلاحیت رسیدگی به اختلاف را نداشته باشند.

در حقوق فرانسه وضعیت متفاوت است. بدین نحو که میانجی‌گری در ق.آ.د.م.ف به مثابه یک نهاد حقوقی بوده و دارای احکام و آثار خاصی است. ماده ۱۳۱ این قانون به موضوع میانجی‌گری اختصاص یافته است. براساس بند ۱ ماده ۱۳۱ قاضی رسیدگی کننده می‌تواند موضوع اختلاف را با توافق طرفین به میانجی‌گری^۲ شخص ثالثی^۳ واگذارد. براساس این مواد شخص میانجی باید واجد اوصاف خاصی بوده در طی مدت معینی (که اصولاً سه ماه است. بند ۳ ماده ۱۳۱) باید اظهارنظر کرده و ...

در حقوق فرانسه چند نوع میانجی‌گری پیش بینی شده است. به غیر از میانجی‌گری عام که در بالا بیان شد نوع دیگری که به میانجی‌گری فامیلی^۴ موسوم است نیز در ماده ۱۰۷۱ ق.آ.د.م.ف مقرر شده است. میانجی‌گری فامیلی در اختلافات فامیلی^۵ بکار می‌آید. بدین ترتیب که قاضی می‌تواند جهت صلح و سازش موضوع را به میانجی‌گری ارجاع دهد. این امر در ماده ۲۵۵ قانون مدنی فرانسه نیز آمده است. بدین

^۱ - زندی، محمد رضا، داوری، رویه قضایی دادگاههای تجدید نظر استان تهران در امور مدنی، (انتشارات جنگل: تهران، ۱۳۸۸)، ص. ۸.

^۲ - Mediation

^۳ - Mediator- Mediateur

^۴ - Family Mediation-Mediation Familial

^۵ - Family Matters- Affair Familial

نحو که قاضی می‌تواند در مورد طلاق زوجین را به میانجی‌گری یک شخص که با طرفین یا یکی از آنها نسبت فامیلی دارد ارجاع دهد.

در حقوق ایران نیز این نوع میانجی‌گری پیش‌بینی شده است. در واقع حکمیت موضوع ماده ۱ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۰ چیزی جز میانجی‌گری نمی‌باشد. براساس این ماده: «از تاریخ تصویب این قانون زوجیهایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند بایستی جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه‌مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند. چنانچه اختلاف فی‌مابین از طریق دادگاه و حکمین، از دو طرف که برگزیده دادگاه هستند (آن‌طور که قرآن‌کریم فرموده است) حل و فصل نگردید...». حکمین موضوع این قانون نه آنکه داور باشند و رایی صادر نمایند که لازم الاجرا داشته باشد بلکه صرفاً جهت رفع خصومت و سازش اقدام می‌نمایند و در نهایت چنانچه موفق به آشتی نشوند موضوع در دادگاه پیگیری خواهد شد. این نظر در فقه نیز دارای سابقه است. از جمله اینکه در آیه مبنای این قانون^۱، منظور از حکمیت همان میانجی‌گری بوده است. به خصوص فقهای اهل سنت معتقدند که مقصود از حکمیت همان حکمیت اصطلاحی نیست؛ زیرا، مرجع ضمیر در واژه فابعثوا، طرفین منازعه نیستند. بعلاوه آیه در مقام بیان احکام ترفع و رجوع به قاضی نبوده است بلکه بیانگر لزوم تلاش برای رفع اختلاف و شقاق است نه صدور حکم لازم الاتباع. این نظر خالی از قوت نیست زیرا، در پایان آیه هدف از نصب حکم، اصلاح روابط ذکر شده است نه صدور حکم.^۲ نظر داوران موضوع آیه همانند نظر داور، قدرت اجرایی ندارد. زیرا یا مبنی بر اصلاح و سازش است که این مبتنی بر توافق طرفین است و ارتباطی به داوری ندارد و یا آنکه نظر داور بر عدم امکان اصلاح است و نظر به جدایی دارد که در این صورت تکلیف امر به دست زوج است و نظر داور فی نفسه قدرت اجرایی ندارد.^۳

۱ - و ان خفتُم شقاقَ بَینَهما فابعثوا حَکَمًا مِن اَهلِهِ وَ حَکَمًا مِن اَهلِها ان یُریدا اِصلاحًا یُوفِیَ اللهُ بَینَهما/نساء، ۳۵.

۲ - برای دیدن تفصیل مطلب و نظرات مختلف رک به: موسوی اردبیلی، پیشین، ج. ۱، ص. ۱۱۵.

۳ - «...فان اتَّفقا عَلَی اِصلاحِ عَلَی و ان لَمْ یَسْتَاذِنا وَان اتَّفقا عَلَی التَّفریقِ لَمْ یَصَحَّ اِلَّا بِرِضَی الزَّوْجِ فی طَلاقٍ وَ رِضَی المَراةِ فی البَتلالِ ان کان خُلعًا...». علامه حلی، تحریر الاحکام، ج. ۲، ص. ۴۲.

مواد ۵، ۶ و ۱۰ قانون حمایت خانواده نیز نشانه ای دیگر برای اثبات آشنایی قانونگذار ما با این نوع میانجی گری می باشد.

در ماده ۲، ۱۰ و ۳۷۳ قانون آ.د.م.ف نیز به میانجی گری در موضوع حضانت فرزند اشاره شده است. نکته مشترک در همه انواع میانجی گری لازم الاتباع نبودن نظر میانجی و رسالت وی در صلح و سازش طرفین است.

در این قانون نیز داوری و میانجی گری تحت دو عنوان متفاوت آمده و هر یک موضوع مواد خاصی قرار گرفته اند که همین امر در اثبات تفاوت این دو کافی است.

ج) تمیز داوری از مفهوم کارشناسی^۱

ماده ۲۵ ق.د.ت.ب مقرر می کند: «داور» می تواند در مواردی که لازم بداند موضوع را به کارشناسی ارجاع ... کند...». ماده ۴۷۶ ق.آ.د.م نیز به اختیار داور در ارجاع امر به کارشناس اشاره دارد. براساس این ماده: «... داوران نیز می توانند ... اگر برای اتخاذ تصمیم جلب نظر کارشناس ضروری باشد، کارشناس انتخاب نمایند». در این دو قانون تعریفی از کارشناسی نشده و حتی موارد رجوع به آن هم مشخص نشده است. از مواد ۲۴۸ و ۲۴۹ ق.آ.د.م و نیز از مفهوم کارشناسی چنین برمی آید در مواردی که اظهارنظر قضایی موکول به داشتن دانش تخصصی باشد به کارشناسی مراجعه می گردد. کارشناس صرفاً در مورد مسائل موضوعی اظهارنظر می کند^۲ و درخصوص نتایج این موضوعات نمی تواند اظهارنظر کند^۳. ولی کار داور نتیجه گیری از مسائل موضوعی است. او مانند قاضی اظهارنظر قضایی می کند و رای وی فی نفسه دارای قدرت اجرایی است؛ در حالیکه اعتبار نظر کارشناس موکول به مطابقت آن با اوضاع و احوال محقق قضیه و پذیرش کارشناسی از سوی دادرس است. هم چنین نظر به ماهیت کارشناسی، کارشناس نمی تواند نظر خود را مستند به عدل و انصاف نماید یا آنکه در جهت صلح و سازش طرفین اقدامی نموده یا آنکه قاضی چنین امری را به وی محول نماید(ماده ۲۴۰ ق.آ.د.م.ف) ولی داور می تواند لااقل در مواردی که طرفین چنین اجازه ای به وی

^۱ - Expertise

^۲ - کریمی، عباس، ادله اثبات دعوا، (تهران: میزان، ۱۳۸۶)، ص. ۱۷۲.

^۳ - شمس، عبدالله، ابیین دادرسی مدنی (تهران: دراک، چ ۱۰، ۱۳۸۶)، ج ۳، ص. ۳۰۸.

داده باشند رای خود را براساس عدل و انصاف صادر کند(بند ۳ ماده ۲۷ ق.د.ت.ب ، ماده ۱۴۹۷ ق.آ.د.م.ف).

در فقه نشانه‌های بحث کارشناسی را می‌توان در بحث استفاده از قائف و عراف مشاهده کرد. قائف کسی است که متخصص تشخیص نسب است و در الحاق افراد به یکدیگر از نظر رابطه نسبی تخصص دارد. به هر روی در فقه نیز نظر کارشناس فی نفسه حجت نیست و پذیرش آن از جمله منوط به مطابقت آن با واقع است. در فقه نیز نظر کارشناس صرفاً درخصوص مسائل موضوعی می‌تواند معتبر باشد^۱. ولی نظر قاضی تحکیم مانند رای قاضی و صرف نظر از برخی تردیدها، دارای قدرت اجرایی است.

با این وجود مشابهت‌هایی بین داور و کارشناسی وجود دارد. در هر دو درخصوص موضوع منازعه اظهارنظر می‌شود، هر دو ممکن است مبتنی بر توافق طرفین باشند و داور و کارشناس هم توسط طرفین انتخاب گردند. طرفین می‌توانند مانند داور، کارشناس را با توافق یکدیگر عزل نمایند(ماده ۲۶۸ ق.آ.د.م). در حالت‌های خاصی مراجعه به داور و کارشناسی به ابتکار دادگاه آغاز می‌شود و

در حقوق فرانسه نیز ماده ۲۳۲ ق.آ.د.م.ف به قاضی اختیار می‌دهد تا درخصوص مسائل موضوعی^۲ که نیاز به نظر تخصصی دارد به کارشناسی مراجعه نماید. بر این اساس کارشناس باید بر طبق تعلیم و زیر نظر دادرس اظهارنظر نماید.

ولی در مواد راجع به داور اعم از داور داخلی و خارجی اشاره ای به مراجعه به کارشناسی نشده و تنها در ماده ۱۴۹۹ به ترجمه اسنادی که به زبانهای خارجی می‌باشد توجه شده است.

در ماده ۳۷ قانون داور انگلستان نیز به انتخاب کارشناس در داور اشاره شده است. بر طبق این ماده داور می‌تواند در موضوعات فنی^۳ از نظرات کارشناس بهره گیرد.

د) تمیز داور از قاضی تحکیم

^۱ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، (دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲ ش، ج.۳)، ج. ۴۰، ص. ۵۱۵.

^۲ - Question of fact- Question de fait

^۳ - technical matters

قاضی تحکیم اصطلاحی است که ریشه در فقه دارد.^۱ قاضی تحکیم فردی جامع شرایط قضاوت ولی غیر منصوب از ناحیه متولی قضااست که توسط طرفین دعوا برای دادرسی برگزیده می‌شود. بسیاری از فقها معتقدند که قاضی تحکیم باید همه شرایط قاضی منصوب را داشته باشد.^۲ قاضی تحکیم نیز مانند قاضی دادگستری رای می‌دهد و رای او دارای قدرت اجرایی است.

با این حال تفاوت قاضی تحکیم با قاضی منصوب از جمله در مشروعیت و عدم مشروعیت در دوران غیبت می‌باشد. بی آنکه در پی بیان تفصیل اختلافات باشیم به همین اندازه بسنده می‌کنیم که برخی از فقها مراجعه به قاضی تحکیم را در دوران غیبت جایز می‌دانند و غالب این فقها اهل تسنن هستند. هم چنین برخی از فقها در قاضی تحکیم اجتهاد را شرط نمی‌دانند.^۳ تفاوت دیگر قاضی تحکیم و قاضی منصوب در حوزه قضاوت این دوست. به عقیده برخی از فقها قضاوت قاضی تحکیم در برخی امور مانند نکاح، قذف، لعان و قصاص جایز نیست.^۴ شهید ثانی نیز قضاوت قاضی تحکیم را فقط در حق الناس پذیرفته است.^۵

ظاهراً مراجعه به قاضی تحکیم برای حق الناس جایز است حتی اگر موضوع دعوا کیفری باشد.^۶ برای نمونه در مسالک الافهام نکاح، قصاص، حدود و موارد دیگری که در آن مقتضی وجود دارد قابل ارجاع به قاضی تحکیم است زیرا خبر دال بر مشروعیت قاضی تحکیم، عام است.^۷ این در حالیست که ارجاع موضوعات کیفری به داوری پذیرفته نشده است. قانون آیین

^۱ - این عبارت عیناً در کتاب الصحیح من سیره النبی الاعظم بکار رفته است: «... من المُمکن مَشاکل الناس بطریقہ الصلح بین المتخاصمین أو علی ان یکون قاضی تحکیم یرضی بحکمہ الخصمان...». سید جعفر مرتضی عاملی، انتشارات الهادی ۱۴۱۵ ق.، ج. ۶، ص. ۱۱.

^۲ - نجفی، زین العابدین، سیستم قضایی خصوصی به روش قاضی تحکیم از منظر فقه شیعه، (تهران: مجله مقالات حقوقی و بررسیها، ۱۳۸۴)، ص. ۱۲۴.

^۳ - نقل از همان ص. ۱۳۲

^۴ - «فاذا ثبت انه سائع جائز ففقی الناس من قال يجوز فی کل الاحکام الا الاربعه النکاح، القذف، و اللعان و القصاص لان لهذا الاحکام مزیه علی غیرها فلم یملک النظر فیها الا الامام او من الیه النظر و قال الاخرون یصح فی الكل لان کل من کان له ان یحکم فی غیر الاربعه جاز فیها کالمولی و عموم الاخبار یقتضی الذلک...» شیخ طوسی، المبسوط فی الفقه الامامیه، ۱۳۵۱ ش. المکتبه المرتضویه، ج ۸، ص. ۱۶۵.

^۵ - نقل از نجفی، زین العابدین، پیشین، ص. ۱۴۰.

^۶ - نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح الشرائع الاسلام، (تهران: دار الکتاب الاسلامیه، ۱۳۶۲ ش)، ج. ۲۷، ص. ۴۰.

^۷ - «و ظاهر الأصحاب و صریح بعضهم ثبوت هذا الحکم فی جمیع ما یقع فیہ التّداعی من المال والنکاح والقصاص والحدّ و غیرها لوجود المقتضی فی الجمع و عموم الخبر. شهید ثانی، زین العابدین بن علی عاملی،

دادرسی مدنی در این خصوص سکوت اختیار کرده است ولی این مطلب از لحن کلی آن قابل برداشت است.

مبحث دوم: اقسام داوری

داوری ممکن است داخلی باشد یا خارجی. معیار این تقسیم بندی تابعیت طرفین داوری است. در واقع براساس بند ب ماده ۱ ق.د.ت.ب: «... داوری بین المللی عبارتست از اینکه یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقتنامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد...» پس قانون داوری تجاری بین المللی داوری ای را داخلی می داند که تابعیت طرفین آن در زمان انعقاد موافقتنامه داوری^۱، ایرانی باشد. با این مقدمه مبحث حاضر را در دو گفتار پی می گیریم.

بند اول: داوری داخلی

بند ت ماده ۱ آئین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران در مورد حل و فصل اختلافات تجاری داخلی و بین المللی مقرر می کند: «...داوری تجاری داخلی» عبارت است از اختلافات و دعاوی راجع به روابط و معاملات تجاری بین اشخاص حقوقی یا حقیقی که در زمان انعقاد موافقتنامه داوری بموجب قوانین ایران، تبعه ایران باشند». معیار فوق الذکر اگرچه مفید است ولی همیشه مشکل گشا نیست. برای نمونه مواردی که موافقتنامه داوری در کار نیوده و طرفین از طریق دادگاه به داوری ارجاع می نمایند بلا تکلیف گذارده شده است. شاید بتوان گفت در این موارد معیار، تابعیت زمان ارجاع امر به داوری است. چون دادگاه نیز اصولاً در صورت توافق طرفین می تواند قضیه را به داوری ارجاع نماید.

مسالك الافهام الى تنقيح الشرايع الاسلام، (قم: موسسه المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۶ ق)، ج. ۱۳، ص. ۳۳۲.

^۱ - Arbitration agreement- Le Convention d'arbitrage

موضوع دیگر درخصوص شرکتها (و کلا اشخاص حقوقی) مطرح می‌گردد. اهلیت شرکتها همیشه از مسایل بحث برانگیز بوده است. بی آنکه بخواهیم در پی تکرار اختلاف نظرات گذشته باشیم صرفا به اهلیت شرکتها از منظر موضوع نوشته حاضر می‌پردازیم.

با توجه به ماده یک قانون ثبت شرکتها و ماده ۵۹۱ قانون تجارت، معیار تابعیت شرکتها اقامتگاه آنهاست. بدین معنی که شرکتها تابعیت کشوری را دارند که مرکز اصلی شان در آنجا باشد^۱. بنابراین چنانچه مرکز اصلی شرکتی در حین انعقاد توافقنامه داوری یا در زمان ارجاع امر به داوری خارجی باشد، داوری از نوع خارجی خواهد بود.

در حقوق فرانسه نیز بین داوری داخلی و بین المللی تفاوت است. در داوری‌های داخلی صرفا موضوعات داخلی مطرح است. در ماده ۱۴۹۲ ق.آ.د.م.ف معیار بین المللی بودن داوری تصریح شده و سایر داوری‌ها داخلی تلقی شده است. در این قانون به موضوع منافع مطروحه توجه شده است. در داوری داخلی صرفا یک نفع داخلی مطرح است و موضوع نفع تجاری بین المللی به میان نمی‌آید.

در حقوق انگلستان، ماده ۲ قانون داوری ۱۹۹۶ بین داوری داخلی و خارجی تمایز قایل شده است. مطابق ماده ۲ این قانون، داوری در صورتی داخلی است که محل داوری در انگلستان واقع شده باشد. بر این مبنا داوری که محل آن خارج از انگلستان باشد خارجی تلقی می‌گردد. مقررات قانون مزبور جز در مواردی که تصریح شده باشد فقط درخصوص داوری داخلی جاری خواهد بود.

بند دوم: داوری بین المللی

در حقوق ایران معیار بین المللی بودن داوری، خارجی بودن حداقل یکی از طرفین اختلاف است. براساس بند ت ماده ۱ آئین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران در مورد حل و فصل اختلافات تجاری داخلی و بین المللی: «داوری تجاری بین المللی آن است که یکی از آنها در زمان انعقاد موافقتنامه داوری، طبق قوانین ایران تبعه

^۱ - اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت. شرکتهای تجاری، (تهران: سمت، چ ۱۱، ۱۳۸۶)، ص. ۷۰.

ایران نباشد». در واقع معیار تعیین کننده تابعیت طرفین است. ولی در حقوق فرانسه معیار منافع تجاری بین المللی است. براساس ماده ۱۴۹۲ ق.آ.د.م.ف داوری در صورتی بین المللی است که موضوع آن مربوط به یک نفع تجاری بین المللی^۱ باشد.

آثار تفکیک: داخلی یا بین المللی بودن داوری حایز آثار چندی است. نخست اینکه داوری داخلی اصولاً مشمول قانون آیین دادرسی مدنی و در داوری های خاص^۲ مشمول قوانین مربوطه است ولی داوری بین المللی اصولاً تابع قانون داوری تجاری بین المللی است (مواد ۲ و ۳۶ ق.د.ت.ب). همین امر در حقوق فرانسه نیز مشاهده می شود. بدین توضیح که داوری داخلی و بین المللی هر یک تابع مقررات جداگانه ایست. داوری داخلی مشمول مواد ۱۴۴۲ تا ۱۴۹۱ و داوری بین المللی مشمول مواد ۱۴۹۲ تا ۱۵۰۷ است.

همچنین در مواردی که طرف دعوا خارجی است (و بنابراین داوری نیز بین المللی است) تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است (ماده ۴۵۷ ق.آ.د.م.). مطابق ماده ۶ ق.د.ت.ب دادگاه صالح در خصوص اختلافاتی که در مورد داوری تجاری بین المللی مطرح می گردد (اصولاً) دادگاه عمومی مرکز استانی است که مقر داوری در حوزه آن قرار دارد ولی در داوری داخلی اصولاً دادگاه صالح دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد (ماده ۴۶۲ ق.آ.د.م.).

در داوری بین المللی موضوع قانون حاکم بر ماهیت داوری^۳ و نیز قانون حاکم بر آیین داوری مطرح می گردد. برای مثال مواد ۱۹ و ۲۷ ق.د.ت.ب به این موضوع اختصاص یافته است. براساس ماده ۱۹: «۱. طرفین می توانند به شرط رعایت مقررات آمره این قانون در مورد آیین رسیدگی داوری توافق نمایند.

۲. در صورت نبودن چنین توافقی "داور" با رعایت مقررات این قانون، داوری را به نحو مقتضی اداره و تصدی می نماید. تشخیص ارتباط، موضوعیت و ارزش هرگونه دلیل بر عهده "داور" است». در مورد قانون حاکم بر ماهیت دعوا نیز ماده ۲۷ چنین

^۱ - Interest of international trade- Des interest du commerce international

^۲ - مانند داوری موضوع شرایط عمومی پیمان، داوری در بورس و

^۳ - Law applicable to substance of dispute

مقرر می‌کند: «۱. "داور" برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو که صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.

۲. در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین "داور" براساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد.

۳. "داور" در صورتی که طرفین صریحا اجازه داده باشند، می‌تواند براساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدا مسئله تصمیم بگیرد.

۴. "داور" باید در کلیه موارد براساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند، و عرف بازرگانی موضوع مربوط را مورد نظر قرار دهد». ولی در داوری داخلی اساسا چنین بحثی مطرح نمی‌گردد. داور هم در آیین داوری و هم در ماهیت منازعه نظام حقوقی کشور متبوع را لحاظ خواهد کرد. این موضوع در ماده ۱۴۹۴ ق.آ.د.م.ف نیز مطرح شده است. بدین نحو که قانون حاکم بر آیین داوری اصولا با توجه به قانون حاکم بر ماهیت اختلاف تعیین می‌گردد در حالیکه اساسا در داوری‌های داخلی چنین بحثی مطرح نشده و داور همان اصول مورد احترام محاکم را رعایت خواهد کرد (ماده ۱۴۶۰ قانون اخیر).

فصل ۲

تحقق مادی داوری

مقصود از تحقق مادی داوری، تشکیل داوری از لحاظ مادی است. مثلاً وجود داور از فاکتورهای مادی تشکیل داوری است. در این فصل به ارکان تشکیل داوری و همچنین نقش دادگاه در تشکیل مادی داوری عنایت شده است که هر یک بطور مستقل مطالعه می‌گردد.

مبحث اول: ارکان تشکیل داوری

در این مبحث به مواردی پرداخته می‌شود که در تحقق داوری نقش داشته و بیشتر جنبه مادی دارند. وجود طرفین داوری، داور و ... در زمره این موارد قرار دارند که به هر یک جداگانه خواهیم پرداخت.

بند اول: طرفین داوری

الف: شرایط طرفین

۱. وجود دو شخص:

داوری برای حل و فصل یک منازعه است. بنابراین لاجرم باید دو طرف داشته باشد. سوالی که مطرح می‌شود اینست که آیا شخصی می‌تواند اصالتاً و نیابتاً توافقنامه داوری منعقد نموده یا اختلاف را به داوری ارجاع دهد یا آنکه تعیین داور نماید؟ فرض کنیم شخصی مالک سه دانگ یک قطعه زمین بوده و در سه دانگ دیگر وکالت عام داشته به نحوی که حق هر گونه تصرفی اعم از نقل و انتقال به هر کس حتی به خود و نیز اختیار پاسخ‌گویی به هر گونه دعوا و ارجاع اختلاف به داوری و

تعیین داوری دارد. حال چنانچه بخواهد جهت احقاق حقوق ادعایی خویش علیه موکل اقدامی بنماید می‌تواند قضیه را به داوری ارجاع دهد؟

در قوانین کنونی منعی مشاهده نمی‌شود و از همین رو باید قایل به جواز شد. بعلاوه همان طور که شخص می‌تواند اختلاف را اصالتاً و نیابتاً در دادگاه مطرح نماید به همان ترتیب می‌تواند تعیین داور کند. چه هم طرح دعوا در دادگستری و نیز ارجاع امر به داور هر دو از راههای حل و فصل منازعه می‌باشد. در مقابل می‌توان به عدم جواز چنین داوری نظر داد. زیرا، اولاً در تمامی مواد مربوطه به طرفین داوری اشاره شده است و گو اینکه برای قانونگذار وجود دو طرفی که منافع متعارض دارند هم بدیهی و هم ضروری بوده است. این امر از سکوت مواد مربوط به تعیین داور سوم و نیز شخصی که به داوری وی تراضی شده است (مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ ق.آ.د.م) نیز بر می‌آید. بنابراین صرف نظر از اعتبار سکوت قانونگذار درخصوص موضوع، اشاره چندین باره به طرفین داوری و لزوم وجود تراضی و... جملگی ظهور در ضرورت وجود دو شخص دارد. در مورد قیاس مراجعه به دادگستری و داوری نیز باید گفت در دادگستری نظارت مرجعی بی طرف وجود دارد که بقای کار او هیچ ارتباطی با خواست طرفین ندارد ولی در داوری طرفین هر وقت که بخواهند می‌توانند داور را عزل نمایند (ماده ۴۷۲ ق.آ.د.م). همین حکم موجب می‌شود تا همین که شخص اصیل (و وکیل) جریان داوری را به زیان خود ببیند داور را عزل نماید. البته همین امکان در طرح دعوا در دادگستری نیز به شکلی دیگر (استرداد دعوا یا دادخواست) وجود دارد و این ایراد وارد نیست. نکته دیگر موضوع رعایت غبطه موکل است. دست کم در مواردی که وکالت عام است ولی به اختیار ارجاع امر به داوری اشاره ای نشده باشد، ارجاع چنین اختلافی به داوری می‌تواند در تضاد با غبطه موکل به حساب آید ولی اگر به این اختیار تصریح شده باشد نمی‌توان صرف ارجاع به داور را خلاف غبطه موکل دانست.

به هر ترتیب علی رغم ایرادات منطقی و نتایج ناگواری که ممکن است از نظر اول برخیزد، نظام حقوقی ما و مقررات مربوط به داوری نظر اول را تایید می‌کند.

اهمیت موضوع پوشیده نیست. غیر از موضوع طرح دعوا به نیابت و به اصالت، موضوع اختلافات مدیر(ان) شخص حقوقی با شخص حقوقی، اختلافات محجور با نماینده قانونی^۱ و ... نیز از مثالهای بارز این حالت است.

۲. خصوصی بودن دو طرف: طرفین داوری باید هر دو از اشخاص خصوصی باشند. در واقع حکم ماده ۴۵۷ ق.آ.د.م و نیز اصل ۱۳۹ قانون اساسی مانع از آنست که اختلافات مربوط به اموال دولتی و عمومی^۲ قابل ارجاع به داوری باشد. در واقع شرط ارجاع به داوری تصویب هیات وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی و در مواردی تصویب مجلس می باشد.

در مورد اموال عمومی^۳ و دولتی(دست کم در جهان ثنوری) تردید خاصی وجود ندارد. ولی در مورد اموال سازمانهای عمومی غیر دولتی^۴ تکلیف امر معلوم نیست. در

^۱ - بر فرض که چنین اختلافی قابل طرح در داوری باشد.

^۲ - براساس مواد ۲۶ و ۲۵ قانون مدنی، اموال عمومی آنست که مورد استفاده عموم است بدون آنکه در تملک دولت باشد ولی اموال دولتی ملک دولت است. بنابراین اموال دسته اول قابل انتقال نبوده ولی اموال دسته دوم می تواند از طرف دولت منتقل گردد. ماده ۲ آیین نامه اموال دولتی(مصوبه شماره ۷۲/۴/۲۷ هیات وزیران) اموال دولتی را چنین تعریف می کند: «اموال دولت»: اموالی است که توسط وزارتخانه ها، مؤسسات و یا شرکتهای دولتی خریداری می شود یا به هر طریق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده یا در می آیند. مطابق این تعریف اموال دولتی اموالی اند که به مالکیت دولت در آمده باشند و صرف اینکه مالی در اختیار دولت باشد به معنی دولتی بودن مال نیست. در نتیجه می توان گفت درخصوص اموالی که در اختیار دولت هستند ولی ملک دولت به حساب نمی آیند منع ماده ۴۵۷ ق.آ.د.م و اصل ۱۳۹ قانون اساسی حاکم نمی باشد. هم چنین رک به: کاکاوند، محمد، پیشین، ۳۵۷. رای شماره ۳۶/۸۶/۳۵/۱۹۵.

^۳ - اموال عمومی دارای دو معنای عام و خاص است. در معنای عام خود شامل اموال دولتی نیز می گردد.

^۴ - سازمانهای عمومی غیر دولتی در قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی احصا شده اند:

قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی

ماده واحده - واحدهای سازمانی مشروحه زیر و مؤسسات وابسته به آنها، مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی موضوع تبصره ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶ می باشند:

۱ - شهرداریها و شرکتهای تابعه آنان مادام که بیش از ۵۰ درصد سهام و سرمایه آنان متعلق به شهرداریها باشد.

۲ - بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی.

۳ - هلال احمر.

۴ - کمیته امداد امام.

۵ - بنیاد شهید انقلاب اسلامی.

۶ - بنیاد مسکن انقلاب اسلامی.

۷ - کمیته ملی المپیک ایران.

۸ - بنیاد ۱۵ خرداد.

۹ - سازمان تبلیغات اسلامی.

برخی قوانین خاص مانند بند د ماده ۷ قانون ساختار نظام جامع رفاه و تامین اجتماعی، اموال صندوق‌های بیمه اجتماعی و درمانی در حکم اموال عمومی است. بنابراین این گونه اموال قابل ارجاع به داوری نمی‌باشد. در عین حال نصی که حکم قضیه را در مورد همه سازمانهای مزبور مشخص کند وجود ندارد. به نظر می‌رسد با توجه به بند د ماده ۷ مزبور و عدم وجود ویژگی خاصی که تفاوت این اموال را با اموال سایر سازمانهای عمومی غیر دولتی توجیه نماید و نیز مفاد ماده ۱۰ قانون شوراها حل اختلاف مصوب ۱۳۸۷ و نیز ماده ۱۸ آیین نامه قانون اخیر مصوب ۱۳۸۸ باید اموال این گونه سازمانها را نیز اموال عمومی (دولتی) فرض کرده و اختلافات ناشی از آن را قابل ارجاع به داوری ندانست. در واقع ماده ۱۸ آیین نامه مفهوم اموال عمومی را شامل اموال موسسات عمومی غیر دولتی نیز می‌داند. در پیمانهای^۱ عمومی، وضع اندکی متفاوت است. علی رغم اینکه در این گونه قراردادهای موضوع قرارداد اموال عمومی است با اینحال ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان که بر اینگونه قراردادهای حاکم است صراحتاً به لزوم و جواز ارجاع اختلاف به داوری اشاره کرده است. براساس این ماده: «... (ج) هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان دو طرف اختلاف نظر پیش آید، هریک از طرفها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارائه نماید.

۱۰ - سازمان تأمین اجتماعی.

تبصره ۱ - مؤسسه وابسته از نظر این قانون واحد سازمانی مشخصی است که به صورتی غیر از شرکت و برای مقاصد غیر تجاری و غیر انتفاعی توسط یک یا چند مؤسسه و نهاد عمومی غیر دولتی تأسیس و اداره می‌شود و به نحوی مالکیت آن متعلق به یک یا چند مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی باشد. تبصره ۲ - اجرای قانون در مورد مؤسسات و نهادهای عمومی که تحت نظر مقام ولایت فقیه هستند با اذن معظم‌له خواهد بود. (بدین فهرست نهادهایی چون بنیاد بیماریهای خاص، جهاد دانشگاهی و... اضافه شده است).

^۱ - براساس مواد ۱ و ۲ شرایط عمومی پیمان: ماده ۱. پیمان:

پیمان مجموعه اسناد و مدارکی است که در ماده ۲ موافقت نامه پیمان درج شده است. ماده ۲. موافقت نامه: موافقت نامه سندی است که مشخصات اصلی پیمان، مانند مشخصات دو طرف، موضوع، مبلغ و مدت پیمان در آن بیان شده است. ولی باید گفت مقصود از پیمان قراردادهای مقاطعه کاری (پیمان کاری) است. چنانچه کارفرما دولت باشد آنگاه به قرارداد پیمان عمومی نیز گویند.

تبصره ۱. چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود.

تبصره: رسیدگی و اعلام نظر شورای عالی فنی، در چارچوب پیمان و قوانین و مقررات مربوط انجام می‌شود. پس از اعلام نظر شورای یاد شده، طرفها بر طبق آن عمل می‌نمایند...».

اجرای حکم این ماده با نص اصل ۱۳۹ قانون اساسی در تعارض است. در عمل درخصوص هر قرارداد مجوزی از هیات وزیران صادر شده و بدین ترتیب تصویب هیات وزیران اخذ می‌گردد.

۳. اهلیت طرفین: طرفین داوری باید اهلیت طرح دعوا داشته باشند. براساس ماده ۴۵۴ ق.آ.د.م: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاهها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند». ماده ۶۳۲ قانون آیین دادرسی سابق نیز حاوی حکم مشابهی بود. بند ۲ ماده ۲ ق.د.ت.ب نیز به اهلیت طرفین اشاره دارد.

در ماده ۳ آئین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران در مورد حل و فصل اختلافات تجاری داخلی و بین المللی نیز اهلیت اقامه دعوی، شرط ارجاع اختلاف به داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی دانسته شده است.

اهلیت لازم برای طرح دعوی همان اهلیتی است که برای تصرف در حق یا جهت اجرای حق لازم است. بنابراین اگر شخصی اهلیت تصرف در مالی را نداشته باشد اهلیت طرح دعوی و نیز اهلیت ارجاع امر به داوری را درخصوص اختلافات راجع به آن مال نخواهد داشت^۱.

^۱ - جهت مطالعه تفصیلی رک به: شمس، عبدالله، پیشین، ج ۱، ص ۳۰۷ و نیز کریمی، عباس، آیین دادرسی مدنی، (تهران: میزان، ۱۳۸۶)، ص ۶۴.

۴. حق طرح دعوا: طرفین داوری علاوه بر اهلیت باید حق طرح دعوا^۱ نیز داشته باشند. حق طرح دعوا در واقع همان حق مراجعه به دادگستری به نحوی که این مراجع تکلیف به رسیدگی داشته باشند می‌باشد. وجود این حق فرع بر احراز شرایطی چون داشتن نفع در موضوع مرافعه می‌باشد. حق طرح دعوا اصولاً همراه با حق انصراف از آن نیز می‌باشد. ممکن است طرفین دعاوی احتمالی ناشی از معامله ای را (از قبل صلح) کرده باشند؛ در این صورت حق طرح دعوی را در آن خصوص از دست خواهند داد و در نتیجه حق ارجاع امر به داوری را نیز نخواهند داشت. مگر آنکه ترتیب جدیدی اتخاذ گردد. ماده ۷۶۶ قانون مدنی مبین این امر است: «اگر طرفین بطور کلی تمام دعاوی واقعی و فرضیه خود را به صلح خاتمه داده باشند کلیه دعاوی داخل در صلح محسوب است اگر چه منشاء دعوی در حین صلح معلوم نباشد مگر اینکه صلح به حسب قرائن شامل آن نگردد». ممکن است فقدان حق طرح دعوی به علت طبیعی بودن حق مورد ادعا باشد. حق طبیعی حقی است که متعهد له آن قانوناً حق مطالبه آنرا نداشته باشد. به تعبیری نتوان الزام قضایی^۲ مدیون را تقاضا نمود. ماده ۲۶۶ ق.م. به این مطلب اشاره دارد: «در مورد تعهداتی که برای متعهد له قانوناً حق مطالبه نمی‌باشد اگر متعهد به میل خود آنرا ایفاء نماید دعوی استرداد او مسموع نخواهد بود». هم چنین ایراد امر قضاوت شده به معنای عدم وجود حق طرح دعوی خواهد بود. زیرا مطابق اصل هر دعوی فقط یکبار قابلیت رسیدگی ماهوی دارد. از همین روست که بند ۶ ماده ۸۴ ق.آ.د.م. به وضعیت کنونی تدوین شده است: «دعوی طرح شده سابقاً بین همان اشخاص یا اشخاصی که اصحاب دعوا قائم مقام آنان هستند، رسیدگی شده نسبت به آن حکم قطعی صادر شده باشد». مورد دیگر قرار سقوط دعوی است. این قرار که در واقع به معنای سقوط حق اقامه دعوی می‌باشد در بند ج ماده ۱۰۷ ق.آ.د.م. آمده است. بر این اساس «استرداد دعوا پس از ختم مذاکرات اصحاب دعوا در موردی ممکن است که

^۱ - Right of action- L'action (le droit d'agir)

^۲ - Enforcement

یا خواننده راضی باشد و یا خواهان از دعوای خود به کلی صرف نظر کند. در این صورت دادگاه قرار سقوط دعوا صادر خواهد کرد.

در تمام مواردی که خواهان حق طرح دعوی ندارد می تواند با خواننده یا به تعبیری بهتر مدعی علیه توافقی مبنی بر رجوع به داور نماید. مثلاً اگر اختلاف مورد نظر قبلاً در دادگستری مطرح و منجر به صدور حکم قطعی شده باشد می توان مجدداً با توافق طرفین موضوع را به داوری ارجاع داد. اشکال اصلی این نظر در نادیده گرفتن اعتبار امر قضاوت شده است. به این معنی که اختلافی که مورد حکم قطعی واقع شده باشد حتی با توافق طرفین نیز قابلیت طرح مجدد در دادگستری را ندارد. حال چنانچه بپذیریم که شرط ارجاع اختلاف به داوری آنست که دعوا قابل طرح در دادگستری باشد آنگاه چنین اختلافی قابل ارجاع به داوری نیست. ماده ۴۵۴ ق.آ.د.م که تکرار ماده ۶۳۲ قانون آیین دادرسی ۱۳۱۸ می باشد نیز تلویحاً همین نظر را پذیرفته است. مطابق این ماده: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاهها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند». بند ۲ ماده ۲ ق.د.ت.ب نیز بیانی دیگر از همین مطلب است: «۲. کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می توانند داوری اختلافات تجاری بین المللی خود را اعم از اینکه در مراجع قضایی طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله که باشد با تراضی، طبق مقررات این قانون به داوری ارجاع کنند». ظاهر این ماده مبین این نکته است که شرط ارجاع امر به داوری آنست که یا اختلاف در دادگاه مطرح نشده باشد و یا اگر شده مورد صدور حکم قرار نگرفته باشد. پس می توان گفت اختلافی که مورد صدور حکم قطعی قرار گرفته است نه در محاکم قابل طرح مجدد است و نه می توان آنرا به داوری ارجاع داد.

ب: تکالیف طرفین:

طرفین داوری تکالیفی دارند که به قرار ذیل است:

۱. تعیین داوران و تعداد آنها:

اصولا تعیین داور یا داوران در اختیار طرفین است. ولی اگر در این خصوص توافقی نشده باشد موضوع مشمول ماده ۴۶۴ ق.آ.د.م خواهد بود: «در صورتی که در قرارداد داوری، تعداد داور معین نشده باشد و طرفین نتوانند در تعیین داور یا داوران توافق کنند، هریک از طرفین باید یک نفر داور اختصاصی معرفی و یک نفر به عنوان داور سوم به اتفاق تعیین نمایند». البته باید توجه داشت که تعداد داوران در هر صورت باید فرد باشد. درست است که در ماده ۴۵۴ تعداد داوران را یک یا چند نفر عنوان کرده و واژه چند شامل زوج نیز می‌گردد ولی با نگاهی به ذات داوری و نیز مفاد مواد ۴۵۹، ۴۶۰، ۴۶۳ و ۴۶۴ لزوم فرد بودن تعداد داوران مشخص می‌گردد.

ماده ۱۰ آئین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران در مورد حل و فصل اختلافات تجاری داخلی و بین المللی نیز حکمی مشابه ق.آ.د.م دارد.

ماده ۱۴۴۳ ق.آ.د.م.ف نیز به لزوم تعیین داوران در موافقتنامه داوری اشاره کرده است. براساس این ماده تعداد داوران باید در توافق نامه داوری معین شده و یا آنکه ضوابطی جهت تعیین آن پیش بینی شده باشد. در غیر این صورت موافقتنامه داوری باطل خواهد بود. براساس ماده ۱۴۴۴ چنانچه تعیین داور ممتنع گردد تعیین داور یا داوران بر عهده رییس دادگاه عالی خواهد بود.

در ماده ۱۴۵۳ ق.آ.د.م.ف به لزوم فرد بودن تعداد داوران اشاره شده است و می‌توان سکوت قانونگذار ایران را مبتنی بر بدیهی دانستن موضوع دانست.

در حقوق انگلستان و در ماده ۱۵ قانون داوری به لزوم فرد بودن تعداد داوران اشاره شده است. مع ذلک زوج بودن تعداد داوران موجب بطلان قرارداد داوری نخواهد بود. در این صورت چنین فرض می‌گردد که طرفین انتخاب داور آخر را به دادگاه سپرده اند تا بدین ترتیب تعداد داوران فرد گردد. هم چنین چنانچه طرفین به تعداد داوران اشاره ای نکرده باشند اینطور فرض می‌گردد که به داوری داور واحد نظر داشته اند. هم چنین براساس ماده ۱۷ همان قانون در مواردی که طرفین مکلفند داور خود را معرفی نمایند، چنانچه یکی از طرفین از معرفی داوری خود امتناع نماید، طرف دیگر می‌تواند شخص مورد نظر خود را انتخاب نموده و این امر را به طرف مقابل اطلاع دهد؛ اگر شخص اخیر ظرف ۷ روز پاسخی ندهد، داور انتخابی طرفی

که داور خود را معرفی کرده بعنوان داور منفرد صلاحیت اتخاذ تصمیم خواهد داشت.

۲. تعیین موضوع داوری و اعلام مراتب به داوران

داوری لاجرم مسبوق به توافق طرفین می‌باشد. صحت این توافق موکول بر تعیین موضوع آنست.^۱ بعلاوه داوران باید بدانند که در چه خصوصی اظهارنظر کنند. زیرا این توافق طرفین است که به داوران صلاحیت اظهارنظر می‌دهد. همین امر در مورد مراجعه به دادگاه نیز صادق است. با این تفاوت که این درخواست خواهان است که محدوده صلاحیت دادگاه را از لحاظ اظهارنظر مشخص می‌سازد (مفاد مواد ۲، ۳۴۹ و بند الف ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م).

از طرفی نظر داوران واجد وصف قضایی است. به بیانی جهت حل و فصل یک اختلاف است. بنابراین باید موضوع اختلاف مشخص باشد. ماده ۴۵۸ ق.آ.د.م به شرح ذیل است: «در هر مورد که داور تعیین می‌شود باید موضوع داوری به‌طوری که رافع اشتباه باشد تعیین گردد. در صورتی که تعیین داور بعد از بروز اختلاف باشد، موضوع اختلاف که به داوری ارجاع شده باید به‌طور روشن مشخص و مراتب به داوران ابلاغ شود». لازم به ذکر است که در موافقتنامه داوری لازم و ممکن نیست که موضوع اختلاف دقیقاً مشخص باشد و لی در قرارداد داوری موضوع اختلاف باید بطور روشن مشخص و موضوع به داوران ابلاغ گردد (ماده ۴۵۸ ق.آ.د.م).

در قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز ماده ۱۴۴۸ به این موضوع پرداخته است. براساس بند اول این ماده در قرارداد داوری^۲ باید موضوع داوری^۳ معین شده باشد. در غیر اینصورت قرارداد داوری باطل خواهد بود.

۳. تعیین مدت داوری:

یکی از انگیزه‌های طرفین جهت مراجعه به داوری، سرعت در حل و فصل منازعه است. این مقصود با بی پایان بودن مدت داوری در تضاد است. به هر تقدیر طرفین

^۱ - شمس، عبدالله، پیشین، ج ۳، ص ۵۰۸، ۵۱۰ و ۵۱۱.

^۲ - compromise

^۳ - L'objet du litige

باید مدت داوری را معین و به داوران اطلاع دهند (ماده ۴۵۸ ق.آ.د.م). ولی چنانچه مدت داوری معین نشده باشد مهلت آن سه ماه است که از روزی که موضوع برای انجام داوری به داور یا داوران ابلاغ می‌گردد (تبصره ماده ۴۸۴ ق.آ.د.م). البته مدت داوری اعم از آنکه توسط طرفین تعیین شده باشد یا آنکه مدت قانونی حاکم بر جریان باشد قابل تمدید است. در واقع طرفین موافقت نامه داوری می‌توانند مدت داوری را افزایش، کاهش، متوقف و ... نمایند.

شعبه ۳۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران، در دادنامه شماره ۱۹۴۴ مورخ ۸۴/۱۲/۱۶ عدم قید مدت در قرارداد داوری را از موجبات بطلان و بی اعتباری قرارداد داوری تلقی کرده است.^۱ اگر چه تبصره ماده ۴۸۴ ق.آ.د.م به توافق قبل از بروز اختلاف به داوری شخص یا اشخاص معین اشاره دارد ولی این داوری خصوصیتی ندارد تا عدم قید مدت در این گونه داوری موجب بطلان داوری محسوب شده ولی در سایر موارد از اسباب بطلان به حساب نیاید. در قوانین مربوطه نص صریحی که موید بطلان داوری در فرض عدم تعیین مدت باشد مشاهده نمی‌شود و از این رو باید اصل را بر عدم شرطیت قید مدت گذارد. بنابراین رای مزبور غیر قابل دفاع می‌باشد. مدت داوری ممکن است درحالات خاصی مانند مورد ماده ۴۷۸ ق.آ.د.م متوقف گردد. در این صورت مدت قبل از توقف با مدت بعد از توقف (بعد از رفع مانع) جمع خواهد شد.

در داوری‌های موضوع قوانین خاص نیز به مدت داوری اشاره شده است. برای نمونه مدت داوری موضوع آیین‌نامه نحوه تشکیل جلسات و چگونگی اتخاذ تصمیمات هیئت داوری موضوع ماده (۲۱) تنفیذی قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۸، ۴ ماه می‌باشد. مطابق ماده ۱۴ این آیین‌نامه: «هیئت موظف است ظرف چهار ماه از تاریخ ارجاع اختلاف به داوری، به موضوع رسیدگی و رأی خود را صادر کند. این مدت با گزارش توجیهی هیئت فقط برای یکبار و تا چهار ماه دیگر قابل تمدید است».

^۱ - زندی، محمد رضا، پیشین، ص. ۸۴.

در حقوق فرانسه چنانچه مدت داورى معین نشده باشد، مهلت آن ۶ ماه از زمانى است که آخرین داور، قبولی خویش را اعلام کرده باشد (ماده ۱۴۵۶ ق.آ.د.م.ف). البته مدت مزبور با توافق طرفین یا درخواست هیات داورى یا یکی از طرفین و موافقت دادگاه عالی قابل تمدید می‌باشد. در حقوق فرانسه نیز عدم تعیین مدت داورى موجب بطلان موافقت نامه داورى نخواهد بود.

در حقوق انگلستان تعیین مدت داورى بر عهده طرفین است. ولی براساس ماده ۵۰ قانون داورى، دادگاه می‌تواند جز در صورت توافق خلاف، مدت داورى را تمدید نماید.

۴. قبولی داور یا داوران انتخابی

طرفین باید قبولی داور یا داوران انتخابی خویش را اخذ نمایند (ماده ۴۶۵، و مفاد مواد ۴۶۸ و ۴۷۳ ق.آ.د.م). اخذ قبولی داوران حایز آثاری متعددی است که شروع مدت داورى از جمله آنهاست. براساس ماده ۴۶۵ ق.آ.د.م: «در هر مورد که داور یا داوران، وسیله یک طرف یا طرفین انتخاب می‌شود، انتخاب‌کننده مکلف است قبولی داوران را اخذ نماید. ابتدای مدت داورى روزی است که داوران قبول داورى کرده و موضوع اختلاف و شرایط داورى و مشخصات طرفین و داوران به همه آنها ابلاغ شده باشد». هم چنین علی رغم سکوت قانون استفاده از مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ ق.آ.د.م موکول به اخذ قبلی قبولی داوران انتخابی است. هم چنین تکلیف داوران به رسیدگی و اظهارنظر فرع بر قبولی داورى خواهد بود.

اخذ قبولی داوران می‌تواند در قالب تنظیم سندی مبنی بر همین امر محقق گردد. هم چنین صرف پذیرش و شروع به کار داورى، خود مبین قبولی است. ماده ۱۴۵۲ ق.آ.د.م.ف نیز موید لزوم اخذ قبولی داوران است. بر طبق این ماده داورى محقق نخواهد شد مگر آنکه داوران قبولی خود را اعلام کرده باشند.

باید دانست که اخذ قبولی داوران در صورتی قابل بحث است که توافق بر ارجاع امر به داورى بعد از حدوث منازعه صورت پذیرفته باشد. در توافق به ارجاع امر به داورى ممکن است هنوز داورا معین نشده باشند تا بتوان قبولی شان را اخذ نمود.

۵. تسلیم اسناد و مدارک به داوران

براساس ماده ۴۷۶ ق.آ.د.م طرفین باید اسناد و مدارک خود را به داوران تحویل دهند. البته عدم انجام چنین تکلیفی موجب بی اعتباری داوری نخواهد بود و صرفاً ممکن است طرف ممتنع را با شکست مواجه سازد. هم چنین اگر درخصوص موضوع داوری حکمی صادر شده باشد طرفین باید آن را در اختیار داور قرار دهند (ماده ۴۸۰ ق.آ.د.م). این امر به خصوص زمانی اهمیت پیدا می کند که جریان داوری براساس ماده ۴۷۸ ق.آ.د.م متوقف شده و داور منتظر حکم دادگاه می باشد.

۶. دادن توضیحات لازم به داوران

مطابق ماده ۴۷۶ ق.آ.د.م: «طرفین باید اسناد و مدارک خود را به داوران تسلیم نمایند. داوران نیز می توانند توضیحات لازم را از آنان بخواهند و اگر برای اتخاذ تصمیم جلب نظر کارشناس ضروری باشد، کارشناس انتخاب نمایند».

۷. پرداخت حق الزحمه داوران

براساس ماده ۴۹۷ ق.آ.د.م پرداخت حق الزحمه داوران به عهده طرفین است. در واقع برخلاف مراجعه به دادگاه که هزینه دادرسی در نهایت بر عهده محکوم علیه قرار می گیرد هزینه داوری بر عهده هر دو طرف منازعه می باشد. میزان حق الزحمه داوری در آیین نامه حق الزحمه داوری موضوع ماده ۴۹۸ ق.آ.د.م آمده است. چنانچه بین داور و اصحاب دعوا قراردادی در این خصوص منعقد شده باشد برابر قرارداد عمل خواهد شد (ماده ۵۰۰ ق.آ.د.م).

البته در آیین نامه نحوه دریافت هزینه های انجام داوری توسط شورای عالی فنی^۱ مصوب ۱۳۸۵ هیات وزیران، تکلیف پرداخت هزینه داوری شورای عالی فنی (موضوع ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان^۱) در وهله اول بر عهده خواهان است. به موجب ماده ۳

^۱ - ماده ۵۳، «حل اختلاف

الف) هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید، دو طرف می توانند برای حل سریع آن، قبل از درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری طبق بند (ج) بر حسب مورد، به روش تعیین شده در بندهای ۱ و ۲ عمل نمایند.

۱. در مورد مسائل ناشی از برداشت متفاوت دو طرف از متون بخش نامه هایی که به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه از سوی سازمان برنامه و بودجه ابلاغ شده است، هر یک از دو طرف از سازمان برنامه و بودجه چگونگی اجرای بخشنامه مربوطه را استعلام نماید و دو طرف طبق نظری که از سوی سازمان برنامه و بودجه اعلام می شود، عمل کنند.

این آیین نامه: «پرداخت هزینه داوری به عهده خواهان است. چنانچه نتیجه داوری به نفع خواهان باشد، هزینه داوری با پیش‌بینی در رأی صادر شده از خوانده دریافت می‌شود». باید توجه داشت که میزان هزینه‌های داوری در این مرجع مطابق مصوبه هیات وزیران تعیین خواهد شد. در واقع مطابق ماده ۳ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب: «به سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور اجازه داده میشود به منظور تأمین هزینه‌های انجام داوری توسط شورای عالی فنی از متقاضیان داوری در مورد طرح‌های عمرانی، هزینه‌های مربوط را براساس تعرفه‌ای که به تصویب هیأت وزیران میرسد اخذ و به حساب درآمد عمومی واریز نماید». در داوری مرکز داوری اطاق بازرگانی تکلیف پرداخت حق الزحمه داوران بر عهده طرفین داوری قرار دارد. براساس ماده ۶ آیین نامه هزینه‌های داوری این مرکز: «در صورتیکه هریک از طرفین از پرداخت تمام یا قسمتی از سهم خود از هزینه‌ها خودداری کند، طرف دیگر می‌تواند سهم طرف ممتنع را بپردازد، و مادام که هزینه‌های مقرر پرداخت نشده، رسیدگی به پرونده متوقف خواهد شد». مفاد این ماده مبین تکلیف طرفین به پرداخت حق الزحمه داوران بوده و موافق حکم ماده ۴۹۷ ق.آ.د.م می‌باشد. رویه حاکم در مرکز داوری اتاق ایران نیز بر تنصیف هزینه‌های داوری تکیه دارد. در قسمتی از رای

۲. در مورد اختلاف نظرهایی که خارج از شمول بند ۱ است، رسیدگی و اعلام نظر دوباره آنها به کارشناس یا هیات کارشناسی منتخب دو طرف واگذار شود و دو طرف طبق نظری که از سوی کارشناس یا هیات کارشناسی، در چارچوب پیمان و قوانین و مقررات مربوط اعلام می‌گردد، عمل کنند.

ب) در صورتی که دو طرف در انتخاب کارشناس یا هیات کارشناسی موضوع بند ۲، به توافق نرسد یا نظر اعلام شده طبق بندهای ۱ و ۲، مورد قبول هر یک از دو طرف نباشد، برای حل اختلاف، طبق بند (ج) اقدام میگردد.

ج) هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان دو طرف اختلاف نظر پیش آید، هریک از طرفها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری ره به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارائه نماید.

تبصره ۱. چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود.

تبصره: رسیدگی و اعلام نظر شورای عالی فنی، در چارچوب پیمان و قوانین و مقررات مربوط انجام می‌شود. پس از اعلام نظر شورای یاد شده، طرفها بر طبق آن عمل می‌نمایند.

د) ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به شورای عالی فنی، تغییری در تعهدات قراردادی دو طرف نمی‌دهد و موجب آن نمی‌شود که یکی از دو طرف به تعهدات قراردادی خویش عمل نکند.

شماره ۳۶/۸۵/۴۷/۱۴۶ این مرکز چنین آمده است: «۲-۱۱. نظر به ماده ۴۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی هزینه‌های داوری بالمنصفه بر عهده طرفین است که طبق جدول هزینه‌های داوری در مرکز داوری و با توجه به آیین نامه حق الزحمه داوری مصوب ۱۳۸۰ مصوب ریاست محترم قوه قضاییه مبلغ ... ریال است و با عنایت به اینکه علی‌رغم مطالبه مکرر، خواننده از تادیه سهم خود از هزینه‌های داوری و اداری خودداری نموده است و با توجه به اعلام آمادگی و قبول خواهان برای واریز سهم خواننده از هزینه‌های مزبور، خواننده به تادیه مبلغ ... ریال بابت سهم خود از هزینه داوری در حق خواهان محکوم می‌شود...»^۱.

در ماده ۴۰ قانون داوری انگلستان به برخی از وظایف طرفین داوری اشاره شده است. براساس این ماده طرفین می‌بایست همکاری لازم را با داوران داشته باشند و اقداماتی که از آنان خواسته می‌شود را در اسرع وقت انجام دهند.^۲ ماده ۶۰ قانون اخیر به موضوع هزینه‌های داوری پرداخته است. بر این اساس چنانچه توافق شده باشد که در صورت بروز اختلاف، و صرف نظر از نتیجه داوری، هزینه‌های داوری را فقط یکی از طرفین متقبل شود، توافق مزبور الزام آور نخواهد بود مگر آنکه بعد از بروز اختلاف منعقد شده باشد. ماده ۶۲ قانون نیز موید اعتبار توافق طرفین درخصوص نحوه تقسیم و پرداخت هزینه‌هاست. ماده ۲۸ همان قانون مسئولیت انفرادی و اشتراکی جهت پرداخت هزینه داوری پیش‌بینی کرده است. بموجب این ماده طرفین مکلفند هزینه‌های متعارفی که داوران متقبل شده‌اند را پرداخت نمایند.^۳

بند دوم: داور

^۱ - به نقل از: کاکاوند، محمد، گزیده آرای داوری مرکز داوری اتاق ایران، (تهران: شهر دانش، ۱۳۸۹)، ص. ۹۴.

^۲ - (1) The parties shall do all things necessary for the proper and expeditious conduct of the arbitral proceedings.

(2) This includes -
(a) complying without delay with any determination of the tribunal as to procedural or evidential matters, or with any order or directions of the tribunal, and
(b) where appropriate, taking without delay any necessary steps to obtain a decision of the court on a preliminary question of jurisdiction or law (see sections 32 and 45).

^۳ - '...The parties are jointly and severally liable to pay to the arbitrators such reasonable fees and expenses (if any) as are appropriate in the circumstances...'

وجود داور از دیگر ارکان تشکیل داور است. در واقع بدون وجود داور تحقق داورى منتفی است. داور می‌تواند منفرد یا متعدد باشد. داورى سازمانى در ق.آ.د.م تصریح نشده است ولی در بند الف ماده ۱ ق.د.ت.ب به داورى اشخاص حقوقى اشاره شده است. بر این اساس ممکن است سازمانى خاص یا شخص حقوقى معینى بعنوان داور تعیین شود. تجویز داورى سازمانى در ق.د.ت.ب بعمل آمده ولی در داورى‌هاى داخلى نیز قابل استفاده است.

داور باید دارای شرایطى باشد و در ضمن باید خالى از برخى موانع باشد.

الف) شرایط و موانع داور

در ق.آ.د.م شرط خاصى برای داور مقرر نشده است و لحن قانون به نحوى است که ظاهراً فقط موانع را بر شمرده است. البته ذکر موانع خود به خود مبین وجود شرایط داور است.

ب) موانع داور

براساس ماده ۴۶۶ ق.آ.د.م: «اشخاص زیر را هر چند با تراضی نمی‌توان به عنوان داور انتخاب نمود:

۱. اشخاصى که فاقد اهلیت قانونى هستند.
۲. اشخاصى که به موجب حکم قطعى دادگاه و یا در اثر آن از داورى محروم شده‌اند». هم چنین براساس ماده ۴۷۰ ق.آ.د.م: «کلیه قضات و کارمندان ادارى شاغل در محاکم قضایى نمی‌توانند داورى نمایند هر چند با تراضی طرفین باشد». ولی اشخاصى نیز وجود دارند که می‌توان آنها را با تراضی بعنوان داور انتخاب نمود. ماده ۴۶۹ در همین خصوص مقرر می‌کند: «دادگاه نمی‌تواند اشخاص زیر را به سمت داور معین نماید مگر با تراضی طرفین:

۱. کسانی که سن آنان کمتر از بیست و پنج سال تمام باشد.
۲. کسانی که در دعوا ذی‌نفع باشند.
۳. کسانی که با یکی از اصحاب دعوا قرابت سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم داشته باشند.
۴. کسانی که قیم یا کفیل یا وکیل یا مباشر امور یکی از اصحاب دعوا می‌باشند یا یکی از اصحاب دعوا مباشر امور آنان باشد.

۵. کسانی که خود یا همسرانشان وارث یکی از اصحاب دعوا باشند.
۶. کسانی که با یکی از اصحاب دعوا یا با اشخاصی که قرابت نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم با یکی از اصحاب دعوا دارند، در گذشته یا حال دادرسی کیفری داشته باشند.
۷. کسانی که خود یا همسرانشان و یا یکی از اقربای سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم او با یکی از اصحاب دعوا یا زوجه و یا یکی از اقربای نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم او دادرسی مدنی دارند.
۸. کارمندان دولت در حوزه مأموریت آنان».

همان طور که مشاهده می‌شود منعی در انتخاب بانوان بعنوان داور مشاهده نمی‌شود. پس حداقل این است که از قانون آیین دادرسی مدنی در باب داوری منعی در این خصوص استنباط نمی‌گردد. در قوانین دیگر مانند قانون داوری تجاری بین المللی و نیز در آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق بازرگانی هم ممنوعیتی مشاهده نمی‌شود. با این حال در فقه قائلین به نظر مخالف بسیارند. عمده مخالفین کسانی اند که وجود شرایط قاضی منصوب را در داور نیز الزامی می‌دانند.^۱ اینان از آنجا که مرد بودن را یکی از شرایط قاضی منصوب می‌دانند طبیعتاً نمی‌توانند بپذیرند که داور تعیینی زن باشد. محقق حلی از جمله این مخالفین است. از نظر وی از آنجا که وجود شرایط قاضی منصوب در داور نیز الزامی است لذا طبیعتاً مرد بودن داور را نیز الزامی می‌دانند.^۲ در مقابل فقهای معاصر اعتقادی به لزوم مرد بودن داور ندارند. آیت الله موسوی اردبیلی معتقد است در برخی دعاوی مرد بودن شرط است و در برخی دیگر زن بودن و در سایر دعاوی تفاوتی بین داور مرد و زن وجود ندارد. معیار تشخیص، موضوع داوری

^۱ - از جمله محقق حلی، رک به، شرایع الاسلام، ج. ۴، ص. ۸۶۱.

^۲ - همان: «و يشترط فيه ما يشترط في القاضي المنصوب عن الامام و يعم الجواز كل الاحكام».

است. اگر موضوع داورى به گونه ای باشد که زنان بهتر از مردان توانایی قضاوت و صدور حکم دارند، داور باید زن باشد و بالعکس^۱.

در فقه درخصوص لزوم وجود شرایط قاضی در داور اختلاف است. عده ای مانند شیخ طوسی، محقق اردبیلی، محقق حلی^۲ و ... اعتقاد به لزوم وجود چنین شرایطی دارند و حتی شهید ثانی بر این قول ادعای اتفاق دارد. محقق حلی معتقد است: «در قاضی تحکیم شرایط قاضی منصوب باید وجود داشته باشد. این شرایط شامل اجتهاد، عدالت، مرد بودن و ... می باشد».

عده ای نیز مانند شهید اول^۳، محقق عاملی، صاحب جواهر و ... نظر مخالف را برگزیدند^۴. به هر تقدیر عدم لزوم اجتهاد قاضی تحکیم قولی قوی است ولی در مورد سایر شرایط، طرفداران هر دو نظر دلایلی دارند. با نگاهی به متون فقهی دلیل محکمی در لزوم همسانی شرایط داور و قاضی مشاهده نمی شود^۵. طبیعتاً داور باید توانایی و شرایط صدور حکم را داشته باشد. از همین رو صغیر نمی تواند بعنوان داور عمل تعیین شود. به نظر می رسد اگر هم وجود شرایطی در داور الزامی باشد این به دلیل وظیفه وی در صدور رای است نه شباهت وظیفه وی به قاضی. پس می توان گفت آن دسته از شرایط قاضی مانند رشد، عدالت و ... که در صدور رای منصفانه نقش دارد باید در داور نیز وجود داشته باشد ولی سایر شرایط مانند اذن حاکم، مرد بودن و ... الزامی نمی باشد. هم چنین می توان گفت از آنجا که قاضی صلاحیت خود را از حکومت می گیرد پس طبیعی است که باید دارای شرایطی باشد که از سوی حکومت معین می شود ولی در مورد داور از آنجا که صلاحیت داور بسته به اراده طرفین منازعه است و ارتباطی به اعطای صلاحیت از سوی حاکم ندارد لذا وجود صفاتی که در قاضی منصوب شرط است در داور، شرط نمی باشد^۶.

^۱ - منبع پیشین، ص. ۱۲۷.

^۲ - محقق حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحرام و الحلال، (تهران: انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ق)، ج ۴، ص. ۸۶۱.

^۳ - شهید اول، اللمعه الدمشقیه، (دارالفکر، ۱۴۱۱ ق)، ص. ۷۹.

^۴ - موسوی اردبیلی، عبد الکریم، پیشین، ص. ۱۲۶.

^۵ - شیخ انصاری، قضا و الشهادات، (قم: انتشارات باقری، ۱۴۱۵ ق)، ص. ۴۷: «انا لم نجد مستندا لاعتبار تلك الشروط فی قاضی التحکیم و ان لم نجد ایضا دلیلا یعتقد به فی صحته علی وجه الاطلاق...».

^۶ - برای دیدن نظر موافق رک به: صانعی، یوسف، پیشین، ص. ۱۷.

بند سوم: توافق داوری

بین موافقت نامه یا توافق در ارجاع امر به داوری و قرارداد داوری تفاوت است. در این بند ابتدا به موافقتنامه داوری و سپس به قرارداد داوری پرداخته می‌شود.

الف: موافقتنامه داوری

موافقت نامه داوری یا توافق به ارجاع امر به داوری دارای دو معنای عام و خاص است. در معنای عام خود علاوه بر توافق به داوری شامل قرارداد داوری نیز می‌شود ولی در معنای خاص صرفاً به توافقی اطلاق می‌گردد که قبل از بروز اختلاف صورت پذیرفته باشد. پس می‌توان گفت توافق به ارجاع امر به داوری توافقی است بین طرفین یک رابطه حقوقی مبنی بر ارجاع اختلافات اتی ناشی از آن رابطه حقوقی به داوری. قانون آیین دادرسی نیز ظاهراً بین توافق به داوری و قرارداد داوری یا لاقلاً در تراضی به داوری که قبل از بروز منازعه صورت می‌گیرد و توافقاتی که بعد از حدوث اختلاف محقق می‌شود تمایز قایل شده است (برای مثال نک به ماده ۴۵۸). البته بند ج ماده ۱ ق.د.ت.ب این تمایز را نپذیرفته است. براساس این ماده: «موافقتنامه داوری» توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی از اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیر قراردادی به وجود آمده یا ممکن است پیش آید، به داوری ارجاع می‌شود...»^۱

همچنین موافقتنامه داوری در بند خ ماده ۱ آئین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران در مورد حل و فصل اختلافات تجاری داخلی و بین المللی چنین تعریف شده است: «موافقتنامه داوری» توافقی است بین طرفین که به موجب آن حل و فصل تمام یا بعضی از اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیر قراردادی بوجود آمده یا ممکن است در آینده پیش آید، به داوری مرکز داوری ارجاع شود. موافقتنامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در ضمن قرارداد و

^۱ - جهت دیدن نظری که این تفکیک را البته بین قرارداد داوری و شرط داوری می‌پذیرد رک به: شمس، عبدالله، پیشین، ج. ۳، ص. ۵۱۲.

یا به صورت قرارداد جداگانه باشد^۱». همان طور که از این بند بر می آید توافق بر ارجاع امر به داوری دارای اقسامی است. طرفین می توانند در ضمن قرارداد توافق نمایند که اختلافات آتی راجع به قرارداد یا رابطه حقوقی شان از طریق داوری حل و فصل گردد. این امر می تواند در قالب شرطی در قرارداد^۲ بیاید یا آنکه بدین منظور توافقی مستقل بعمل آید. هم چنین ممکن است پس از بروز اختلاف اعم از آنکه اختلاف در دادگاه مطرح شده یا نشده باشد^۳ به ارجاع امر به داور تراضی نمایند^۴. در همه این موارد ممکن است علاوه بر توافق به مراجعه به داور ترتیب انتخاب داور را معین سازند یا آنکه اساساً داور یا داوران را معین سازند. مثلاً می توانند انتخاب داور را به شخص ثالثی یا حتی به دادگاه واگذارند. ماده ۴۵۵ ق.آ.د.م موید این مطلب است: «متعاملین می توانند 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 می توانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف تعیین نمایند. تبصره: در کلیه موارد رجوع به داور، طرفین می توانند انتخاب داور یا داوران را به شخص ثالث یا دادگاه واگذار کنند». البته باید قید ماده ۴۶۶ ق.آ.د.م را مورد توجه قرار داد: «در مورد معاملات و قراردادهای واقع بین اتباع ایرانی و خارجی، تا زمانی که اختلافی ایجاد نشده است طرف ایرانی نمی تواند به نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داور یا داوران یا هیأتی ارجاع نماید که آنان دارای همان تابعیتی باشند که طرف معامله دارد. هر معامله و

^۱ - در حقوق فرانسه موافقتنامه داوری چنین تعریف شده است: «شرط داوری توافقی است که براساس آن طرفین قرارداد تعهد می نمایند تا اختلافات ناشی از آن قرارداد از طریق داوری حل و فصل گردد. ماده ۱۴۴۲ ق.آ.د.م.ف». در ماده ۶ قانون داوری انگلستان مصوب ۱۹۹۶ نیز داوری به شرح ذیل تعریف شده است: «موافقتنامه داوری توافقی است که براساس آن طرفین، اختلافات کنونی یا آتی خویش را به داوری ارجاع می دهند».

1) In this Part an "arbitration agreement" means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not).

^۲ - Arbitration clause - la clause compromissoire

^۳ - le compromis

^۴ - در این حالت رویه عملی بر اینست که طرفین در دادگاه حاضر شده و توافق خود را به دادگاه اعلام می نمایند یا آنکه در دفتر خانه اسناد رسمی چنین توافقی بعمل می آورند. دادگاه پس از اطلاع از این توافق وقت احتیاطی تعیین کرده و قرار ارجاع امر به داوری را صادر می کند.

قراردادی که مخالف این منع قانونی باشد در قسمتی که مخالفت دارد باطل و بلااثر خواهد بود».

احتمال دارد طرفین بر ارجاع امر به داوری توافق کرده باشند ولی شخصی را بعنوان داور تعیین نکرده یا آنکه اگر به داوری هیات داوران توافق کرده باشند یکی از طرفین در تعیین داور اختصاصی همکاری نکند. در این حالت دو ماده ۴۵۹ و ۴۶۰ تعیین تکلیف کرده است: «در مواردی که طرفین معامله یا قرارداد متعهد به معرفی داور شده ولی داور یا داوران خود را معین نکرده باشند و در موقع بروز اختلاف نخواهند و یا نتوانند در معرفی داور اختصاصی خود اقدام و یا در تعیین داور ثالث تراضی نمایند و تعیین داور به دادگاه یا شخص ثالث نیز محول نشده باشد، یک طرف می تواند داور خود را معین کرده به وسیله اظهارنامه رسمی به طرف مقابل معرفی و درخواست تعیین داور نماید و یا نسبت به تعیین داور ثالث تراضی کند. در این صورت طرف مقابل مکلف است ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه داور خود را معرفی و یا در تعیین داور ثالث تراضی نماید. هرگاه تا انقضای مدت یادشده اقدام نشود، ذی نفع می تواند حسب مورد برای تعیین داور به دادگاه مراجعه کند». هم چنین «در مواردی که مقرر گردیده است حل اختلاف به یک نفر داور ارجاع شود و طرفین نخواهند یا نتوانند در انتخاب داور تراضی نمایند و نیز در صورتی که داور یکی از طرفین فوت شود، یا استعفا دهد و طرف نامبرده نخواهد جانشین او را معین کند و یا در هر موردی که انتخاب داور به شخص ثالث واگذار شده و آن شخص از تعیین داور امتناع نماید یا تعیین داور از طرف او غیر ممکن باشد، هریک از طرفین می توانند با معرفی داور مورد نظر خود و وسیله اظهارنامه از طرف مقابل درخواست نماید که ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه نظر خود را در مورد داور واحد اعلام کند و یا حسب مورد در تعیین جانشین داور متوفی یا مستعفی یا داوری که انتخاب او وسیله ثالث متعذر گردیده اقدام نماید. در صورتی که با انقضای مهلت، اقدامی به عمل نیاید، برابر قسمت اخیر ماده قبل عمل خواهد شد».

بدیهی است اگر طرفین به داوری شخص معینی تراضی کرده باشند و به هر دلیلی داوری این شخص مقدور نگردد الزامی برای تعیین داور دیگر نخواهد بود و حل اختلاف توسط دادگاه بعمل می آید. ماده ۴۶۳ ق.آ.د.م در همین خصوص اشعار می دارد:

«هرگاه طرفین ملتزم شده باشند که در صورت بروز اختلاف بین آنها شخص معینی داورى نماید و آن شخص نخواهد یا نتواند به عنوان داور رسیدگی کند و به داور یا داوران دیگری نیز تراضی نمایند، رسیدگی به اختلاف در صلاحیت دادگاه خواهد بود». البته اگر تفسیر قرارداد این نکته را به ذهن برساند که آن شخص موضوعیت نداشته و قرار بر این بوده که اختلاف به هر ترتیب در داورى حل و فصل گردد در این صورت به نظر می‌رسد تکلیف قضیه وفق مفاد ماده ۴۵۹ روشن خواهد شد.

نکته دیگر آنکه در قانون ایران برخلاف ماده ۱۴۴۳ ق.آ.د.م.ف کتبی بودن توافق نامه داورى ضرورى دانسته نشده است. اگرچه در عمل تحقق داورى منوط به مکتوب بودن توافق نامه داورى می‌باشد.

به هر تقدیر ویژگی‌های توافق به داورى به قرار ذیل است:

۱. غیر قابل فسخ بودن: قرارداد داورى از جانب یکی از طرفین قابل فسخ نیست. در واقع صرف نظر از حکم ماده ۴۷۲ ق.آ.د.م.ف قائل شدن حق فسخ برای طرفین با هدف داورى که حل و فصل منازعه می‌باشد در تضاد است. براساس این ماده: «بعد از تعیین داور یا داوران، طرفین حق عزل آنان را ندارند مگر با تراضی». از طرفی نمی‌توان قرارداد داورى را لازم دانست؛ زیرا با حجر و فوت یکی از طرفین زایل می‌گردد^۱ (م. ۴۸۱ ق.آ.د.م). احتمال دیگر آنست که قایل به لزوم داورى شویم. بدین ترتیب داورى را یک قرارداد نامعین دانسته و آنگاه به ماده ۱۰ قانون مدنى و نیز اصل لزوم مراجعه نماییم. توجیه ماده ۴۸۱ نیز به این صورت خواهد بود که چون داور بر خلاف قاضی اختیار خود را از اراده طرفین می‌گیرد هر جا که این اراده زایل گردد اختیار وی نیز از بین رفته و در نتیجه داورى زایل می‌گردد. به نظر می‌رسد این احتمال نیز ضعیف است. زیرا در دادرسی از طریق دادگاه نیز اختیار قاضی از اراده طرفین یا دست کم از اراده خواهان ناشی می‌شود و با اینحال فوت

^۱ - علی رغم حکم ماده ۱۸۵ قانون مدنى، باید گفت عقد لازم علاوه بر آنکه از سوى یکی از طرفین قابل فسخ نیست با فوت آنها نیز منفسخ نمی‌شود.

و حجر یکی از طرفین حتی خواهان موجب زوال دادرسی نمی‌شود (ماده ۱۰۵ ق.آ.د.م). شاید بتوان گفت داوری یک قرارداد خاص با احکام خاص است که با قواعد جواز و لزوم قانون مدنی قابل تحلیل نمی‌باشد.^۱

به هر حال، در این قسمت حقوق ایران با حقوق انگلستان تطابق ندارد. زیرا در ماده ۸ قانون داوری انگلستان فوت یکی از طرفین از اسباب زوال داوری تلقی نگردیده است مگر آنکه طرفین خلاف این را توافق کرده باشند. در واقع در صورت فوت یکی از طرفین جریان داوری به طرفیت نمایندگان متوفی ادامه می‌یابد.^۲

۲. استقلال موافقت نامه داوری از قرارداد اصلی: بطلان قرارداد اصلی به شرط داوری یا به موافقت نامه داوری که درخصوص دعاوی ناشی از آن قرارداد تنظیم می‌گردد سرایت نمی‌یابد. در این قسمت حقوق ایران و حقوق انگلستان انطباق دارند؛ زیرا طبق ماده ۷ قانون داوری انگلستان نیز اعتبار توافقنامه داوری از قرارداد اصلی مستقل است.

۳. تشریفاتی بودن: از نظر ما قرارداد داوری یک قرارداد تشریفاتی است. به این معنی که باید کتبی باشد. علی رغم سکوت قانون آیین دادرسی مدنی، قانون داوری تجاری بین المللی در ماده ۷ خود به لزوم کتبی بودن موافقتنامه داوری اشاره کرده است. براساس این ماده: «موافقتنامه داوری باید طی سندی به امضای طرفین رسیده باشد، یا مبادله نامه، تلکس، تلگرام، یا نظایر آنها بر وجود موافقتنامه مزبور دلالت نماید. یا یکی از طرفین طی مبادله درخواست یا دفاعیه، وجود آنرا ادعا کند و طرف دیگر عملاً آنرا قبول نماید. ارجاع به سندی در قرارداد کتبی که متضمن شرط داوری باشد نیز به منزله موافقتنامه مستقل داوری خواهد بود. در ماده ۵ قانون داوری انگلستان و نیز ماده ۱۴۴۳ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه به لزوم کتبی بودن توافق نامه^۳ داوری اشاره شده است.

^۱ - برخی از اساتید حقوق لزوم داوری را بدون هیچ ترییدی پذیرفته اند. رک به: شمس، عبدالله، پیشین، ج. ۳، ص. ۵۱۴.

^۲ (1) Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement is not discharged by the death of a party and may be enforced by or against the personal representatives of that party.

^۳ -Agreements to be in writing- la clause compromissoire doit, etre stipule par ecrit dans la convention...

۴. نسبی بودن آثار موافقتنامه داوری: به موجب ماده ۴۹۵ ق.آ.د.م: «رای داور فقط درباره طرفین دعوا و اشخاصی که دخالت و شرکت در تعیین داور داشته‌اند و قائم مقام آنان معتبر است و نسبت به اشخاص دیگر تأثیری نخواهد داشت». هم چنین براساس ماده ۲۱۹ قانون مدنی: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود». بنابراین آثار موافقتنامه داوری فقط دامنگیر طرفین آن خواهد شد. از همین رو رای داور درخصوص اشخاصی که طرف قرارداد داوری نبوده‌اند بی تأثیر است. به همین دلیل است که رای داور نسبت به ثالث وارد یا مجلوب بی تأثیر بوده و چنانچه ثالث در تعیین داور دخالت نداشته باشد دادگاه باید به دعوای او جداگانه رسیدگی نماید (ماده ۴۷۵ ق.آ.د.م).

در رویه قضایی نیز آرای که موید همین مطلب باشند به چشم می‌خورد. در رای شماره ۹۶۵ مورخ ۸۲/۶/۱۶ شعبه ۲۷ دادگاه تجدید نظر استان تهران صراحتاً به این مطلب اشاره شده است. موضوع از این قرار بود که بین تجدید نظر خواندگان توافقی مبنی بر ارجاع اختلافات به داوری صورت گرفته بود. پس از صدور رای داور، تجدید نظر خواه بر مبنای اینکه طرف موافقتنامه داوری نبوده است رسیدگی به دعوای خود را از دادگاه تقاضا نموده است و... دادگاه تجدید نظر مقرر کرد: «... با توجه به جامع اوراق پرونده نظر به اینکه در قرارداد در تاریخ ... که فی مابین تجدید نظر خواه و تجدید نظر خوانده ردیف دوم تنظیم شده توافق و تراضی برای ارجاع اختلاف به داوری صورت نگرفته و در قرارداد در تاریخ ... که بین ... و ... منعقد شده تجدید نظر خواه مداخله ای در آن نداشته و ارجاع اختلاف به داوری که در قرارداد مزبور تصریح شده تأثیری نسبت به نامبرده ندارد و از این جهت اعتراض وارد تشخیص ...».

ماده ۷۲ قانون داوری انگلستان نیز دارای حکم مشابهی است. مطابق این ماده چنانچه رای داور علیه ثالث موثر باشد و مشارالیه مدعی عدم موافقت در تعیین داور باشد، می‌تواند به دادگاه مراجعه نماید. هم چنین این شخص از حقوق طرفین داوری در اعتراض به رای داور برخوردار بوده و می‌تواند اعلام بی اعتباری رای داور را بخواهد. ماده ۱۴۸۱ ق.آ.د.م.ف نیز

به این موضوع پرداخته است. در این ماده به ثالث حق داده شده تا بی اعتباری رای داور را از دادگاه صالح درخواست نماید.

۵. مشخص نبودن موضوع توافق: موضوع توافق به داوری بنا به ذات خود تا حدی مبهم است. زیرا هنوز اختلافی ایجاد نشده است تا تعیین دقیق موضوع توافق ممکن باشد. معمولاً موضوع این گونه توافقات، ارجاع اختلافات آتی ناشی از رابطه حقوقی خاص به داوری می‌باشد. به همین دلیل است که در قرارداد داوری موضوع اختلاف باید دقیقاً مشخص باشد.

ب: قرارداد داوری:

قرارداد داوری قراردادی است بین طرفین یک اختلاف در ارجاع اختلاف ایجاد شده به داوری. موضوع این قرارداد مشخص است و آن ارجاع اختلاف ایجاد شده به داوری است. مواد ۱۴۴۷ و ۱۴۴۸ ق.آ.م.ف به قرارداد داوری پرداخته است. در مقایسه این مواد با مواد مربوط به شرط داوری، تفاوت این دو روشن می‌شود. در هر حال مطابق این مواد قرارداد داوری قراردادی است که بعد از وقوع اختلاف منعقد می‌گردد و موضوع اختلاف^۱ در آن مشخص است.

بند چهارم: اجرت داوری

گفته شد که پرداخت اجرت داوری بر عهده طرفین منازعه است. اجرت داوری براساس این نامه حق الزحمه داوری موضوع ماده ۴۹۸ قانون این دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی تعیین می‌گردد. براساس این این نامه طرفین می‌بایست اجرت داور را در صندوق دادگستری بپردازند که پس از انجام داوری پرداخت خواهد شد. اجرت داوری در دعاوی مالی در مهلت تعیین شده تا ۵۰۰۰۰۰۰ ریال خواسته پنج درصد و نسبت به مازاد از پنجاه میلیون ریال تا ۲۵۰۰۰۰۰۰ ریال سه درصد و مازاد بر آن دو درصد خواسته خواهد بود مگر اینکه در قرارداد داوری ترتیب دیگری مقرر شده باشد (ماده ۱). هم چنین حق الزحمه داوری در مواردی که خواسته مالی نیست و یا تعیین قیمت ممکن نیست برای هر داور پانصد هزار ریال و چنانچه کمیّت یا کیفیت کار اقتضای حق الزحمه بیشتری داشته باشد .. طبق نظر دادگاه تعیین می‌شود (ماده ۲). بعلاوه، مطابق ماده ۳ چنانچه در اثنای کار داوری، طرفین سازش

^۱ - the subject matter of dispute

نمایند، تعیین میزان حق الزحمه داوران با توجه به اقدامات انجام شده با دادگاه خواهد بود. ممکن است انجام داورى مستلزم مسافرت بوده یا آنکه هزینه‌های دیگری لازم باشد؛ در این صورت موضوع مشمول مواد ۷ و ۸ خواهد بود. بر این اساس: «چنانچه امر داورى مستلزم عزیمت به خارج از محل اقامت داور باشد هزینه مسافرت بر مبنای هر کیلومتر رفت و برگشت ۵۰۰ ریال و برای هر روز مقطوعاً دویست هزار ریال تعیین میگردد کسر کیلومتر و روز کامل محاسبه خواهد شد. هزینه‌های امر داورى از قبیل هزینه انجام آزمایشها و تهیه نمونه‌های لازم و گمانه زنی که طبق نظر داور ضرورى باشد به عهده طرفین خواهد بود». البته هزینه داورى در مرکز داورى اتاق بازرگانی وزارت صنایع و معادن داستانی جدا داشته و مشمول آیین نامه هزینه‌های داورى است.

باید توجه داشت که براساس ماده ۲ این آیین نامه، داورى داخلی نیز قابل ارجاع به این مرکز می‌باشد. به هر تقدیر براساس ماده ۲ این آیین نامه «هزینه ثبت دادخواست داورى، در مرکز داورى اتاق بازرگانی ایران، در داورى داخلی ۲۰۰,۰۰۰ (دویست هزار) ریال و در داورى بین المللی ۵۰ (پنجاه) یورو می‌باشد. هزینه ثبت دادخواست داورى هنگام تسلیم دادخواست داورى از خواهان دریافت خواهد شد و در هر حال غیرقابل استرداد است، لیکن بعنوان بخشی از هزینه‌های ادارى سهم پرداخت کننده منظور خواهد شد. با توجه به ماده ۴ آیین نامه، حق الزحمه داور در دعاوى مالی تا خواسته ۵۰۰,۰۰۰ ریال، ۲۵۰,۰۰۰ ریال، از ۵۰,۰۰۰,۰۰۱ تا ۵۰,۰۰۰,۰۰۰, ۲۵۰,۰۰۰, ۳٪ مازاد، از ۲۵۰,۰۰۰,۰۰۰ تا ۱,۰۰۰,۰۰۰, ۲٪ مازاد، از ۱,۰۰۰,۰۰۰, ۱۰,۰۰۰,۰۰۰, ۱,۵٪ مازاد، از ۱۰,۰۰۰,۰۰۰, ۱۰,۰۰۰,۰۰۰, ۱٪ مازاد، از ۵۰,۰۰۰,۰۰۰, ۵۰,۰۰۰,۰۰۰, ۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰, ۵٪ مازاد، از ۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰, ۵۰۰,۰۰۰,۰۰۰, ۲۵٪ مازاد، از ۵۰۰,۰۰۰,۰۰۰, ۵۰۰,۰۰۰,۰۰۰, ۱۲۵٪ مازاد خواهد بود.

طبق تبصره ۱ ماده ۴، «در داورى سه نفری، حق الزحمه داوران تا سه برابر مبلغ مقرر در جدول ذیربط برای داور منفرد، قابل افزایش است. مجموع حق الزحمه داورى در داورى سه نفرى به نسبت ۴۰٪ برای سرداور و ۳۰٪ برای هر یک از داوران اختصاصی طرفین، تسهیم خواهد شد». البته «در صورتیکه طرفین و داور یا داوران به مبلغ کمتری بابت حق الزحمه داورى توافق کرده باشند، بهمان ترتیب عمل خواهد شد». در دعاوى غیر مالی هزینه داورى براساس ماده ۱۰ آیین نامه تعیین خواهد شد. بر این اساس: «حق الزحمه داورى در مواردی که خواسته مالی نیست یا تعیین ارزش خواسته ممکن نیست، در داورى داخلی برای

هر داور (یک میلیون و پانصد هزار) ریال و در داوری بین المللی برای هر داور (یک هزار) یورو است. چنانچه کمیت یا کیفیت کار اقتضای حق الزحمه کمتر یا بیشتری داشته باشد، دبیرکل مبلغ معقول و متعارفی را با توجه به اوضاع و احوال پرونده تعیین می‌کند و پرداخت آن بالمنصفه برعهده طرفین است^۱. البته مرکز داوری می‌تواند هزینه‌های مزبور را کاهش دهد. مطابق ماده ۱۲، «مرکز داوری می‌تواند با توجه به اوضاع و احوال پرونده و وضعیت طرف دعوی که پرداخت هزینه‌ها برعهده اوست، حداکثر تا ۳۰٪ از بخش هزینه‌های اداری را کاهش دهد و تخفیف بیش از مبلغ مذکور با هیأت‌مدیره مرکز است».

ممکن است دعوی مسترد یا به طریقی غیر از مداخله داور به سازش منجر شود. در این صورت موضوع مشمول ماده ۱۱ خواهد بود. براساس این ماده: «در صورت استرداد دعوی یا در صورتیکه دعوی براساس گزارش اصلاحی یا سازش خارج از داوری مختومه شود، نصف هزینه داوری دریافت می‌شود. معذک مرکز داوری می‌تواند با توجه به مرحله رسیدگی و متناسب با میزان کار انجام شده، هزینه‌های داوری را به مبلغ متعارف کمتر یا بیشتری تعیین و دریافت کند و در صورتی که از محل پرداختهای طرفین مازادی وجود داشته باشد، به پرداخت کننده مسترد می‌شود».

مبحث دوم: نقش دادگاه در تشکیل داوری

در مبحث قبل به مواردی پرداخته شد که در تحقق داوری نقش داشته و البته بیشتر بر عهده طرفین است. در این مبحث تکیه بر عناصری است که به نقش آفرینی دادگاه مربوط می‌شود. مبحث حاضر در دو بند ارائه می‌گردد. در بند اول به نقش دادگاه در تعیین اعتبار توافق داوری پرداخته می‌شود و بند دوم به نقش دادگاه در تعیین داور اختصاص دارد.

بند اول: نقش دادگاه در تعیین اعتبار توافق داوری^۱

^۱ - در این بند معنای عام توافق داوری مد نظر است که شامل قرارداد داوری نیز می‌گردد.

در اینجا مقصود از اعتباردهی، شناسایی و به رسمیت شناختن^۱ است. در این مفهوم، اعتبار توافقتنامه داوری موجب ترتب آثاری خاص می‌گردد. به هر ترتیب اعتبار توافقتنامه داوری یک امر حکمی است که توسط قاضی تعیین می‌گردد. براساس ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهارنظر می‌نماید». اعتبار توافق نامه داوری منوط به وجود برخی شرایط و فقدان برخی موانع است که مطالعه خواهند شد. ممکن است برخی از مطالب تکرار بعضی از مطالب پیشین باشد؛ ولی در اینجا به عنوانی دیگر نگریسته خواهند شد:

الف: شرایط اعتبار توافق نامه داوری

توافق نامه داوری یک قرارداد است که باید شرایط عمومی قرارداد را داشته باشد. این شرایط در ماده ۱۹۰ قانون مدنی آمده است. به هر تقدیر اعتبار موافقت نامه داوری موکول است به:

۱. اهلیت طرفین: در این خصوص در مبحث قبل توضیح کافی داده شد و نیازی به تکرار آن نیست.^۲

۲. اهلیت داور تعیینی: ممکن است طرفین در ضمن موافقتنامه داوری، به داوری شخص خاصی توافق کرده باشند. در این صورت شخص مزبور باید دارای اهلیت لازم باشد. قانون آیین دادرسی در این مورد ساکت است ولی ماده ۱۴۵۱ ق.آ.د.م.ف به این موضوع تصریح دارد. به هر تقدیر اگر مقصود از تعیین شخصی خاص، خصوص وی باشد عدم اهلیت وی موجب بطلان شرط داوری خواهد بود.

۳. کتبی بودن: در قانون آیین دادرسی مدنی اشاره به لزوم کتبی بودن موافقتنامه داوری نشده است. ولی رویه قضایی و نیز واژه موافقت نامه داوری موید لزوم کتبی بودن موافقتنامه داوری است. بنابراین به نظر می‌رسد شفاهی بودن قرارداد ارجاع امر به

^۱ - Recognition

^۲ - هم چنین رک به: شمس، عبدالله، پیشین، ج. ۳، ص. ۵۰۸.

داور فی نفسه معتبر نباشد مگر آنکه طرفین به نحوی در نزد دادگاه بدان اقرار نموده و بر همین اساس مکتوب گردد. در ماده ۵ قانون داوری انگلستان و نیز ماده ۱۴۴۳ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه به لزوم کتبی بودن توافق نامه^۱ داوری اشاره شده است.

۴. قابل ارجاع بودن اختلاف به داوری: برخی از دعاوی قابل ارجاع به داوری نیستند. اهم این گونه دعاوی به قرار ذیل است:

۴. ۱. دعاوی عمومی: مقصود از دعاوی عمومی دعاوی است که موضوع آن از اموال عمومی و دولتی باشد. تعریف این اموال در مبحث قبل آمده است. براساس ماده ۴۵۷ ق.آ.د.م: «ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری پس از تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می گیرد. در مواردی که طرف دعوا خارجی و یا موضوع دعوا از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است».

همچنین دعاوی عمومی به معنای دعاوی که در آنها جامعه ذینفع می باشد و به نمایندگی دادستان قابل طرح است نیز آمده است.^۲ اگرچه حقوق خصوصی که از جرم ناشی می شود قابل ارجاع به داوری است (مفاد ماده ۷۵۶ قانون مدنی) ولی حقوق عمومی چنین قابلیت را ندارد. پس می توان گفت دعاوی کیفری قابل ارجاع به داوری نیست مگر آنکه موضوع داوری، حقوق خصوصی ناشی از جرم باشد.

۴. ۲. دعاوی ورشکستگی: به موجب بند ۱ ماده ۴۹۶ این دعوا قابل ارجاع به داوری نیست. علی رغم سکوت قانون به نظر می رسد سایر دعاوی مرتبط نیز قابل ارجاع به داوری نباشد. برای نمونه قرارداد ارفاقی و اختلافات ناشی از آن مانند دعاوی ابطال و فسخ قرارداد ارفاقی را نمی توان به داوری ارجاع داد.

۴. ۳. دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب: به استناد بند ۲ ماده ۴۹۶ این دسته از دعاوی نیز قابل ارجاع به داوری نیستند.

۱ - Agreements to be in writing- la clause compromissoire doit, etre stipule par ecrit dans la convention...
 ۲ - همان، ص. ۵۰۹.

۴. ۴. ارجاع اختلافات متصدی حمل و نقل دریایی با مسافر قبل از وقوع اختلاف: براساس ماده ۱۱۸ قانون دریایی ۱۳۴۳ چنین شرطی باطل است.

با نگاهی به این گونه دعاوی می‌توان به یک قاعده دست یافت. هر جا که آثار داوری به اشخاصی غیر از طرفین داوری سرایت می‌یابد داوری علی القاعده ممنوع است. این معنا از ماده ۴۹۵ ق.آ.د.م نیز بر می‌آید. مطابق این ماده: «رأی داور فقط درباره طرفین دعوا و اشخاصی که دخالت و شرکت در تعیین داور داشته‌اند و قائم مقام آنان معتبر است و نسبت به اشخاص دیگر تأثیری نخواهد داشت». در موارد ممنوعه یا منافع اشخاص ثالث مطرح است یا آنکه نفع عمومی مانع از طرح دعوا در داوری می‌گردد. این نظر در فقه نیز مویداتی دارد. از جمله اینکه گفته شده است، داوری در لعان ممنوع است زیرا آثار آن به غیر متلاعین نیز سرایت می‌یابد.^۱

۵. استقلال موافقت نامه داوری^۲: اعتبار موافقت نامه داوری مستقل از قرارداد اصلی است. به بیانی ممکن است قرارداد اصلی که در ضمن آن توافق بر داوری شده است باطل باشد ولی شرط داوری معتبر شناخته گردد. بند ۹ ماده ۹ آئین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران در مورد حل و فصل اختلافات تجاری داخلی و بین المللی و نیز ماده ۱۶ ق. د. ت. ب به استقلال موافقت نامه داوری اشاره کرده است. مطابق این ماده: «۱. "داور" می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقتنامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقتنامه‌ای مستقل تلقی می‌شود، تصمیم "داور" درخصوص بطلان و ملغی‌الاثربودن قراردادی نفیسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود.

۳. در صورت ایراد به اصل صلاحیت و یا به وجود و یا اعتبار موافقتنامه داوری (جز در صورتی که طرفین به نحو دیگر توافق کرده باشند) "داور" باید به عنوان یک امر مقدماتی، قبل از ورود به ماهیت دعوی نسبت به آن اتخاذ تصمیم کند، اتخاذ تصمیم در مورد ایراد

^۱ - فخر المحققین، ایضاح الفوائد، (۱۳۸۹)، ج. ۳، ص. ۴۴۹.

^۲ - Separability of arbitration agreement.

خروج "داور" از حدود صلاحیت که سبب آن در حین رسیدگی حادث شود ممکن است در ضمن رای ماهوی به عمل آید. چنانچه "داور" به عنوان یک امر مقدماتی به صلاحیت خود نظر بدهد، هریک از طرفین می‌تواند ظرف سی (۳۰) روز پس از وصول ابلاغیه آن از دادگاه مندرج در ماده (۶) درخواست کند که نسبت به موضوع رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید. مادام که درخواست مزبور در دادگاه تحت رسیدگی است "داور" می‌تواند به رسیدگی خود ادامه دهد و رأی نیز صادر کند.

بند دوم: نقش دادگاه در تعیین داوری

نقش دادگاه در تعیین داوری از دو منظر قابل بررسی است. یکی انتخاب داوری بعنوان طریقه حل و فصل منازعه و دیگری تعیین داور است. در قسمت اول صرفاً به نقش دادگاه در انتخاب داوری بعنوان روش حل و فصل اختلاف پرداخته خواهد شد. و در قسمت دوم به مواردی خواهیم پرداخت که در آنها دادگاه به انتخاب داوران می‌پردازد. ممکن است طرفین داوری را مرجع حل و فصل اختلاف خویش قرار داده باشند یا آنکه قانون داوری اجباری را مقرر کرده و از همین رو طرفین مکلفند جهت طرح ادعا به داوری رجوع نمایند. پس این بند را در دو قسمت پی می‌گیریم. در قسمت اول نقش دادگاه در تعیین داوری اختیاری مورد مطالعه قرار می‌گیرد و در قسمت بعدی داوری اجباری بررسی می‌شود.

مبحث سوم: نقش دادگاه در تعیین داوری بعنوان شیوه حل و فصل منازعه

بند اول: نقش دادگاه در تعیین داوری اختیاری^۱

^۱ - باید توجه داشت در اینجا مقصود از داوری اختیاری داوری ایست که طرفین می‌توانند به داوری مراجعه کنند یا آنکه اساساً تن به داوری ندهند. منتها این حق طرفین در انعقاد یا عدم انعقاد شرط یا قرارداد داوریت. در سیستم ما یکی از طرفین نمی‌تواند پس از انعقاد قرارداد یا شرط داوری از ارجاع امر به داوری امتناع ورزیده و به دادگاه مراجعه کند. ولی در حقوق‌های خارجی نوعی از داوری پیش بینی شده است که بدان Nonbinding arbitration گفته می‌شود. در این نوع داوری، طرفین ماخوذ به رای داور نبوده و می‌توانند اختلاف خود را در دادگاه مطرح نمایند. رک: Susan ellis wild, op.cit, P.29.

داوری در وهله اول محصول اراده طرفین است. آنها هستند که می‌توانند داوری را مرجع حل و فصل اختلاف خود قرار دهند. دادگاه نیز در صورتی که به چنین توافقی پی برده باشد طرفین را به داوری ارشاد خواهد کرد. به بیانی، توافق به ارجاع امر به داوری موجب سلب صلاحیت از محاکم خواهد بود. متنها دادگاه در این بین باید اعتبار موافقتنامه داوری را احراز کرده، موضوع اختلاف را از موضوعات قابل ارجاع به داوری بداند و

بند دوم: نقش دادگاه در تعیین داوری اجباری

ممکن است در قراردادهای الحاقی از طریق تحمیل شرط داوری، ارجاع اختلاف به داوری اجباری تلقی گردد. هم چنین ممکن است اجبار مزبور مستقیماً ناشی از حکم قانونگذار بوده و ربطی به اراده طرفین نداشته باشد.

الف) تحمیل شرط مراجعه به داور در قرارداد:

در برخی موارد و از طریق گنجاندن شرط داوری در قرارداد طرفین ناگزیرند تا در صورت وقوع منازعه به داوری مراجعه نمایند. موارد ذیل از جمله همین مواردند:

۱. شرایط عمومی پیمان: بر طبق ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان که در پیمانها حکام است طرفین می‌توانند در صورت بروز منازعه به داوری شورای عالی فنی مراجعه نمایند. البته توافق طرفین در مراجعه به شورا لازم نیست و صرف مراجعه یکی از آنها کافی خواهد بود تا شورا صلاحیت داوری بیابد. اگرچه ظاهر بند ۳ ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان مراجعه به داوری را اختیاری دانسته است، متنها الزامی بودن گنجاندن این شرط در قرارداد و نیز کفایت مراجعه یکی از طرفین به مرجع داوری موجب می‌شود تا غالباً شرط داوری نسبت به یکی از طرفین حالت اجباری بیابد.

۲. قراردادهای نفتی: به موجب ماده ۵ قانون توسعه صنایع پتروشیمی: «ماده ۵ - اختلافاتی که بین شرکت ملی صنایع پتروشیمی و طرفهای دیگر پیش آید چنانچه از طریق مذاکره دوستانه به نحوی که در هر قرارداد پیش‌بینی خواهد شد

رفع نشود از طریق سازش و داوری حل خواهد شد. مقررات مربوط به ارجاع اختلافات به سازش و داوری در هر قرارداد به نحو مقتضی پیش‌بینی می‌گردد».

۳. ماده ۱۴ لایحه قانونی مربوط به تفحص اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره: به موجب این ماده: «ماده چهاردهم - اختلافاتی که بین شرکت ملی نفت ایران و طرفهای دیگر پیش آید چنانچه از طریق مذاکره دوستانه به نحوی که در هر قرارداد پیش‌بینی خواهد شد رفع نشود از طریق سازش و داوری حل خواهد شد. مقررات مربوط به ارجاع اختلافات به سازش و داوری در هر قرارداد به نحو مقتضی پیش‌بینی می‌گردد».

۴. ماده ۲۳ قانون نفت مصوب ۱۳۵۳ نیز دارای حکم مشابهی است. براساس این ماده: «رفع اختلافات اختلافاتی که بین شرکت ملی نفت ایران و طرفهای قرارداد پیش آید هر گاه از طریق مذاکره دوستانه به نحوی که در هر قرارداد پیش‌بینی خواهد شد رفع نشود از طریق داوری حل خواهد شد. مقررات مربوط به ارجاع اختلافات به داوری در هر قرارداد به نحو مقتضی پیش‌بینی می‌گردد. آیین رسیدگی در مورد داوری مطابق قوانین ایران و محل داوری تهران خواهد بود مگر آنکه بعد از بروز اختلاف طرفین قرارداد نسبت به محل دیگری توافق نمایند. اعتبار و تفسیر و اجرای قراردادها تابع قوانین ایران خواهد بود».

۵. ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۹: «ماده ۲۰: رسیدگی، اظهارنظر و اتخاذ تصمیم در مورد شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی از هریک از تصمیمها در امر واگذاری در صلاحیت هیأت داوری است و این موضوع در قراردادهای تنظیمی واگذاری سهام قید می‌شود و به امضای طرفین قرارداد می‌رسد. مقصود از واگذاری سهام قرارداد انتقال سهام شرکتهای دولتی به اشخاص خصوصی است. چنانچه اختلافی از این واگذاری حاصل گردد موضوع باید موافق ماده ۲۰ مذکور حل و فصل گردد».

البته مواردی وجود دارد که قانونگذار تحمیل یا گنجاندن شرط داوری را منع کرده است. برای مثال در ماده ۱۱۸ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ تحمیل هرگونه شرط داوری (قبل از بروز خسارت) منع شده است. ماده مزبور به این شرح است: «آثار ناشی

از شرایط خاص. در صورتی که قبل از وقوع حادثه موجب خسارات در قرارداد شروطی به منظور بری ساختن متصدی حمل در مقابل مسافر (نماینده او و وارث و یا اشخاصی که تحت تکفل او هستند) شده باشد و یا در مورد تحدید مسئولیت مبلغی کمتر از آنچه در این فصل ذکر گردیده تعیین شود و یا در مواردی که اثبات امر به عهده متصدی حمل باشد تغییری داده شود و یا آنکه شرط شود که اختلافات به داوری و یا دادگاه مخصوص ارجاع گردد شرائط مذکور باطل است ولی مبطل خود قرار داد که تابع این فصل است نخواهد بود». هم چنین است ماده ۱۱ آیین نامه معاملات شهرداری تهران که ارجاع به حکمیت را در پیمانهای موضوع این آیین نامه منع کرده است. مثال دیگر ماده ۲۹ آیین نامه معاملات دولتی مصوب ۱۳۳۴ است. براساس این ماده نیز گنجاندن حق حکمیت در قراردادهای موضوع آیین نامه ممنوع اعلام شده است.

ب) تحمیل مراجعه به داور از سوی قانونگذار^۱

در این قسمت مواردی را مطالعه می کنیم که طرفین حتی بدون توافق و حتی بدون علم به وجود چنین قیدی مکلفند اختلاف خود را از طریق داوری حل و فصل نمایند. در این گونه موارد دادگاه قبل از مداخله داور و ابتدائاً حق رسیدگی نخواهد داشت. برخی از این موارد به قرار ذیل است:

۱. ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴. به موجب این ماده: «اختلافات بین کارگزاران، بازار گردانان، کارگزار / معامله گران، مشاوران سرمایه گذاری، ناشران، سرمایه گذاران و سایر اشخاص ذی ربط ناشی از فعالیت حرفه ای آنها، در صورت عدم سازش در کانونها توسط هیأت داوری رسیدگی می شود.

۲. ماده ۵ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید به منظور تسهیل اجراء سیاست های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی: «هرگونه اختلاف ناشی از سرمایه گذاری در صندوقهای موضوع ماده (۲) و فعالیت آنها و نیز اختلاف بین ارکان صندوق در هیأت داوری موضوع قانون «بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی

^۱ - Compulsory arbitration

ایران «رسیدگی می‌شود». مقصود از صندوقهای موضوع ماده ۲۰، صندوق‌هایی مثل صندوق بازنشستگی، صندوق سرمایه‌گذاری و ... می‌باشد.

۳. تبصره بند ج ماده ۵ قانون ایمنی زیستی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۸. براساس این تبصره: «تبصره - به منظور رسیدگی به اعتراض متقاضی نسبت به نظر دستگاههای اجرائی ذی‌صلاح و حل اختلافات و یا رسیدگی به شکایات احتمالی بین اشخاص و دستگاههای اجرائی ذی‌صلاح موضوع این قانون «کمیسیون سه نفره داوری» مرکب از متخصصان مرتبط با ایمنی زیستی (حداقل دانشیار) وزارتخانه‌های «بهداشت، درمان و آموزش پزشکی»، «جهاد کشاورزی» و «سازمان حفاظت محیط زیست» و با معرفی این دستگاهها و حکم «رئیس شورای ملی ایمنی زیستی» تشکیل می‌گردد». در واقع هر کس که به نظر وزارت جهاد کشاورزی، سازمان محیط زیست، وزارت بهداشت درمان و آموزش پزشکی و ... در اعطا یا لغو مجوزی که مربوط به محیط زیست باشد معترض باشد باید بدواً به هیات داوری مزبور مراجعه نماید.

۴. تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸/۷/۱ که البته امروزه قدرت اجرایی ندارد. براساس این تبصره: «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده ولی در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق می‌کند دادگاه بدواً حسب آیه کریمه (فَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا فَإِنْ يُرِيدَ إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) موضوع را به داوری ارجاع می‌کند و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود اجازه طلاق به زوج خواهد داد». البته امروزه مفاد تبصره به نوعی دیگر تکرار شده است. در قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق چنین آمده است: «ماده واحده - از تاریخ تصویب این قانون زوجهایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند بایستی جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند. چنانچه اختلاف فی‌مابین از طریق دادگاه و حکمین، از دو طرف که برگزیده دادگاه هستند (آن طور که قرآن کریم فرموده است) حل و فصل نگردید دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش آنان

را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. دفاتر رسمی طلاق حقیقت طلاقهایی را که گواهی عدم امکان سازش برای آنها صادر نشده است، ندارند».

۵. ماده ۴ قانون حمایت از مصرف کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶: «چنانچه نقص یا عیب قطعات ایمنی خودرو در طول دوره ضمانت پس از سه بار تعمیر همچنان باقی باشد یا در صورتی که نقص یا عیب قطعاتی که موجب احتمال صدمه جسمی یا جانی اشخاص گردد و با یک بار تعمیر برطرف نشده باشد یا خودرو بیش از سی روز به دلیل تعمیرات غیرقابل استفاده بماند، عرضه کننده مکلف است حسب درخواست مصرف کننده خودروی معیوب را با خودروی نو تعویض یا با توافق، بهای آن را به مصرف کننده مسترد دارد.

تبصره ۱- در صورت بروز اختلاف بین طرفین، حل و فصل آن از طریق هیأت حل اختلاف موضوع تبصره (۲) ماده (۳) این قانون می باشد». تبصره ۲ ماده ۳ به این قرار است: «تبصره ۲- در صورت بروز اختلاف بین طرفین موضوع ماده فوق، موضوع اختلافی حسب درخواست طرفین ابتدا در هیأت حل اختلاف مربوطه، متشکل از نماینده عرضه کننده خودرو، کارشناس رسمی دادگستری و کارشناس نیروی انتظامی به ریاست کارشناس رسمی دادگستری طرح و رأی لازم با اکثریت آراء صادر خواهد شد. در صورت اعتراض هر یک از طرفین به رأی صادره، خواسته در دادگاه صالحه قابل پیگیری خواهد بود. دادگاه صالحه باید خارج از نوبت و حداکثر ظرف دوماه انشاء رأی نماید». در این ماده اگرچه به لفظ داوری اشاره نشده است ولی سیاق بیان قانون به نحوی است که مراجعه به مرجع پیش بینی شده که ماهیتاً مرجع داوری می باشند الزامی تلقی شده است. نکته دیگر آنکه در غالب موارد داوری اجباری ترکیب داوری در قانون آمده است و طرفین اختیاری در تعیین داوران یا تغییر آن ندارند. مع ذلک مواردی هم وجود دارد که مراجعه به داوری اجباری ولی تعیین داور در اختیار طرفین است. برای مثال داوری موضوع ماده ۲۳ قانون نفت ۱۳۵۳ از همین قبیل است.

مبحث چهارم: نقش دادگاه در تعیین داور:

در برخی موارد طرفین در تعیین داوری بعنوان روش حل و فصل منازعه اختلافی ندارند یا آنکه اگر هم اختلافی بوده به نحوی حل شده است. متتها انتخاب داور به نحوی از انحا به عهده دادگاه قرار می‌گیرد. هم چنین ممکن است دادگاه در تعیین داور در داوری اجباری نیز نقش آفرینی کند. پس بجاست که این قسمت در دو شماره مطالعه گردد.

قبل از ذکر موارد دخالت دادگاه در تعیین داور، ذکر حکم ماده ۴۶۲ ق.آ.د.م خالی از فایده نخواهد بود. به موجب این ماده دادگاه صالح برای تعیین داور دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد.

بند اول: نقش دادگاه در تعیین داور در داوری اختیاری:

الف) تراضی در انتخاب داور از سوی دادگاه:

ممکن است تکلیف دادگاه به تعیین داور نتیجه توافق طرفین باشد. براساس تبصره ماده ۴۵۵ ق.آ.د.م: «در کلیه موارد رجوع به داور، طرفین می‌توانند انتخاب داور یا داوران را به شخص ثالث یا دادگاه واگذار کنند». البته در کلیه مواردی که دادگاه به جای طرفین یا یکی از آنان داور تعیین می‌کند، باید حداقل از بین دو برابر تعدادی که برای داوری لازم است و واجد شرایط هستند داور یا داوران لازم را به طریق قرعه معین نماید (ماده ۴۶۷ ق.آ.د.م).

صدر ماده ۱۸ قانون داوری انگلستان نیز دارای حکم مشابهی است. براساس این ماده طرفین می‌توانند در موارد خاصی مانند موردی که انتخاب داور متعذر می‌گردد این امر را به دادگاه واگذارند. یا آنکه توافق نمایند در صورتی که توافقی جهت انتخاب داوران بعمل آورده و اجرای توافق غیر ممکن شده است تکلیف قضیه توسط دادگاه روشن گردد.

ب) امتناع یا ناتوانی یکی از طرفین از تعیین داور اختصاصی یا عدم همکاری در تعیین داور ثالث:

مطابق ماده ۴۵۹ ق.آ.د.م: «در مواردی که طرفین معامله یا قرارداد متعهد به معرفی داور شده ولی داور یا داوران خود را معین نکرده باشند و در موقع بروز اختلاف نخواهند یا نتوانند در معرفی داور اختصاصی خود اقدام و یا در تعیین داور ثالث تراضی نمایند و تعیین داور به دادگاه یا شخص ثالث نیز محول نشده باشد، یک طرف می‌تواند داور خود را معین کرده به وسیله اظهارنامه رسمی به طرف مقابل معرفی و درخواست تعیین

داور نماید و یا نسبت به تعیین داور ثالث تراضی کند. در این صورت طرف مقابل مکلف است ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه داور خود را معرفی و یا در تعیین داور ثالث تراضی نماید. هرگاه تا انقضای مدت یادشده اقدام نشود، ذی نفع می تواند حسب مورد برای تعیین داور به دادگاه مراجعه کند.

ج) عدم همکاری در تعیین داور (منفرد) از سوی یکی از طرفین یا ثالث:

براساس ماده ۴۶۰ ق.آ.د.م: «در مواردی که مقرر گردیده است حل اختلاف به یک نفر داور ارجاع شود و طرفین نخواهند یا نتوانند در انتخاب داور تراضی نمایند و نیز در صورتی که داور یکی از طرفین فوت شود، یا استعفا دهد و طرف نامبرده نخواهد جانشین او را معین کند و یا در هر موردی که انتخاب داور به شخص ثالث واگذار شده و آن شخص از تعیین داور امتناع نماید یا تعیین داور از طرف او غیر ممکن باشد، هریک از طرفین می توانند با معرفی داور مورد نظر خود وسیله اظهارنامه از طرف مقابل درخواست نماید که ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه نظر خود را در مورد داور واحد اعلام کند و یا حسب مورد در تعیین جانشین داور متوفی یا مستعفی یا داوری که انتخاب او وسیله ثالث متعذر گردیده اقدام نماید. در صورتی که با انقضای مهلت، اقدامی به عمل نیاید، برابر قسمت اخیر ماده قبل عمل خواهد شد». تفاوت ماده ۴۵۹ و ۴۶۰ در موضوع آن دوست. به این ترتیب که ماده ۴۵۹ به موردی می پردازد که داوری بصورت هیات داوری مطرح بوده حال آنکه موضوع ماده ۴۶۰ داوری منفرد است.

در ماده ۱۴۴۴ ق.آ.د.م.ف نیز به نقش داور در تعیین داور اشاره شده است. براساس این ماده چنانچه انتخاب داوران به عللی از قبیل عدم تحقق شروط انتخاب داور یا به عللی که به یکی از طرفین بر می گردد متعذر شود رییس دادگاه عالی و در صورت توافق طرفین رییس دادگاه تجارت داور را انتخاب خواهد نمود. هم چنین است مورد ماده ۱۴۵۴. به موجب این ماده چنانچه طرفین داوران را به تعداد زوج انتخاب نموده و تمهیدی نیز جهت انتخاب سرداور نیاندیشیده باشند انتخاب داور باید براساس ملاک های مدنظر طرفین بعمل آید. چنانچه این ملاک ها نیز مفید واقع نشوند انتخاب توسط داوران انتخابی و در صورت عدم حصول توافق، توسط دادگاه بعمل خواهد آمد.

در حقوق انگلستان نیز به نقش دادگاه در تعیین داور توجه شده است. بر طبق ذیل ماده ۱۷ قانون داوری ۱۹۹۶ چنانچه داور انتخابی یکی از طرفین پس از طی تشریفات مقرر در این قانون بعنوان داور منفرد تعیین گردد، طرف مقابل می‌تواند عزل او را از دادگاه بخواهد. هم چنین چنانچه طرفین در داوران وصف خاصی را شرط کرده باشند احراز وجود این شرط به عهده دادگاه خواهد بود (ماده ۱۹).

بند دوم: نقش دادگاه در تعیین داور در داوری اجباری

صرف نظر از اجباری یا اختیاری بودن داوری، ممکن است خود داور نیز به حکم قانون و فارغ از خواست طرفین معین شده باشند. بدین نحو که در برخی موارد مرجع داوری، تعداد داوران و ... در قانون پیش بینی شده است و طرفین نمی‌توانند اقدام به تغییر آنها نمایند.

هیأت داوری موضوع ماده ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴: براساس این ماده: «هیأت داوری متشکل از سه عضو می‌باشد که یک عضو توسط رییس قوه قضاییه از بین قضات با تجربه و دو عضو از بین صاحب نظران در زمینه‌های اقتصادی و مالی به پیشنهاد سازمان و تایید شورا به اختلاف رسیدگی می‌نماید ...». طرفین اختلافاتی که در این هیأت رسیدگی می‌شوند نمی‌توانند حتی با توافق هم اقدام به عزل و تغییر اعضای هیأت داوری نمایند. بنابراین چنانچه اختلافات داخل در صلاحیت هیأت داوری در دادگاه اقامه شود، مرجع رسیدگی باید قرار عدم صلاحیت صادر نماید. هم چنین رای هیأت داوری موضوع ماده ۳۷ را در صورتی معتبر می‌داند که توسط داوران تعیینی قانون صادر شده باشد.

فصل ۳

رسیدگی از طریق داوری

در این فصل اصول حاکم بر داوری، حقوق و وظایف داوران و تشریفات حاکم بر رسیدگی داور مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

مبحث اول: رسیدگی انحصاری از طریق داوری

بند اول: اصل رسیدگی انحصاری از طریق داوری

با توافق طرفین به ارجاع امر به داوری یا با انعقاد قرارداد داوری، تنها مرجع صلاحیتدار جهت حل و فصل منازعه، داوری خواهد بود. در واقع توافق بر ارجاع امر به داوری موجب سلب صلاحیت از محاکم خواهد شد. در قانون آیین دادرسی مدنی نص صریحی که موید این مطلب باشد مشاهده نمی‌شود مع ذلک مفاد برخی مواد مانند ماده ۴۶۳ بیانگر این اصل است. مطابق این ماده: «هرگاه 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 ننمایند، رسیدگی به اختلاف در صلاحیت دادگاه خواهد بود». مفهوم این ماده چنین است: اگر امکان داوری منتفی نشده باشد دادگاه حق رسیدگی ندارد. در برخی موارد ممکن است در وجود و اعتبار موافقت نامه داوری اختلاف باشد. در این صورت ابتدا باید اصل وجود و اعتبار موافقتنامه یا قرارداد داوری اثبات گردد (ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م) و چنانچه این امر اثبات شد آنگاه موضوع اختلاف به داوری ارجاع می‌گردد. به بیانی، در این فرض اظهارنظر دادگاه درخصوص وجود موافقتنامه داوری مخالف اصل رسیدگی

انحصاری از طریق داوری نخواهد بود. (لازم به ذکر است در داوری‌های مرکز داوری اتاق بازرگانی رسیدگی به وجود و اعتبار موافقتنامه داوری توسط خود دیوان داوری مرکز رسیدگی خواهد شد. ماده ۹ آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق... صریح در این معناست).

ممکن است ارجاع امر به داوری از طریق دادگاه باشد. بدین صورت که پس از طرح دعوا، طرفین توافق بر ارجاع امر به داور نمایند. در این صورت رسیدگی دادگاه تا صدور رای داور متوقف خواهد ماند (مفاد ماده ۴۹۱ ق.آ.د.م). همچنین ممکن است پس از ارجاع امر به داوری یا پس از توافق یا قرارداد ارجاع امر به داوری یکی از طرفین همان دعوا را در دادگاه مطرح نماید. در این صورت دو فرض مطرح می‌شود: اگر خوانده بر مبنای طرح دعوا در داوری یا وجود موافقتنامه داوری به صلاحیت دادگاه ایراد نماید دادگاه باید با پذیرش ایراد تا روشن شدن نتیجه داوری، رسیدگی را متوقف نماید. اگر هیچ یک از طرفین موضوع داوری را به دادگاه گوشزد ننماید سه احتمال قابل طرح است: ۱. عدم تذکر این مطلب به معنی انصراف عملی از داوری است و بنابراین دادگاه باید به دعوا رسیدگی نماید (ماده ۴۸۶ ق.آ.د.م). ۲. دادگاه به محض اطلاع از داوری باید رسیدگی خویش را متوقف نماید. ۳. دادگاه به محض اطلاع باید رسیدگی خویش را متوقف نماید. زیرا صرف نظر از آنکه در این فرض اصل بر عدم انصراف از داوری است، در قوانین مربوطه موردی که این حالت را از جهات توقیف دادرسی لحاظ کرده باشد مشاهده نمی‌شود. ماده ۸۴ ق.آ.د.م نیز که ایرادات را برشمرده اشاره ای به طرح دعوا در داوری یا وجود موافقت نامه داوری نکرده است. به هر تقدیر به نظر می‌رسد دادگاه نمی‌تواند رأساً و به صرف اطلاع از وجود موافقتنامه داوری یا طرح قبلی دعوا در داوری، رسیدگی را متوقف نماید.^۱ زیرا، سکوت طرفین ظهور در انصراف از داوری دارد. در این حالت به نظر می‌رسد توسل به مفاد مواد ۹۴ و ۹۵ و درخواست توضیح از طرفین مفید باشد. همچنین طرفین مکلفند از جریان امر دادگاه را

۱. برخی از اساتید معتقدند دادگاه می‌تواند در صورت عدم ایراد خوانده به رسیدگی خویش ادامه دهد. برای دیدن تفصیل بحث و هم چنین موضع قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه رک به: شمس، عبدالله، پیشین، ج. ۳، ص. ۵۴۱.

مطلع سازند (مفاد ماده ۱۰۳ ق.آ.د.م). به هر حال ماده ۸ قانون داورى تجارى بين المللى به اين موضوع پرداخته است: «دادگاهى كه دعوای موضوع موافقتنامه داورى نزد آن اقامه شده است بايد در صورت درخواست يکى از طرفين تا پايان اولين جلسه دادگاه، دعوای طرفين را به داورى احاله نمايد، مگر اينکه احراز کند که موافقتنامه داورى باطل و ملغى الاثر يا غير قابل اجرا مى باشد. طرح دعوا در دادگاه مانع شروع و يا ادامه جريان رسيدگى داورى و صدور راي داورى نخواهد بود». مطابق اين ماده دادگاه نمى تواند رأساً و به صرف وجود موافقتنامه داورى از رسيدگى امتناع کند بلکه امتناع از رسيدگى فرع بر ايراد يکى از طرفين آنهم تا پايان جلسه اول است.

رويه قضايى در پذيرش اين اصل مستقر شده است. براى نمونه شعبه ۲۵ دادگاه تجديد نظر در راي شماره ۱۴۷۲ مورخ ۸۵/۱۲/۵ چنين اظهار داشته است: «... طرفين هم در همان قرارداد حل و فصل اختلافات از طريق داورى آقایان و پيش بينى شده و قرارداد به امضای نامبردگان هم رسیده و دليلی هم بر تراضی طرفين به عدول از قرارداد داورى ارائه نشده بنابراین با وجود قرارداد داورى طرح دعوى در مرجع قضايى مخالف اصل حاکميت اراده در قراردادها و روح ماده ۱۰ قانون مدنى است...»^۱. به نظر مى رسد با وجود مفاد مواد ۷۵۲ و ۷۶۶ قانون مدنى، اين طريقه استناد به ماده ۱۰ قانون مدنى قابل پذيرش باشد. ماده ۷۶۶ به شرح ذيل است: «ماده ۷۶۶- اگر طرفين بطور کلى تمام دعوای واقعيه و فرضيه خود را به صلح خاتمه داده باشند کليه دعوای داخل در صلح محسوب است...»^۲.

بند دوم: استثنائات رسيدگى قضايى پس از تشکيل داورى

مقصود از رسيدگى قضايى، ورود دادگاه در ماهيت اختلاف طرفين و اقداماتى است که جهت حل و فصل منازعه انجام مى دهد. در بند اول ديديم که با وجود موافقتنامه

^۱ - زندى، محمد رضا، پيشين، ص. ۱۱۹.

^۲ - هم چنين رک به: شمس، پيشين، ج. ۳، ص. ۵۵۷.

داوری، از دادگاه سلب صلاحیت شده و محکمه نمی‌تواند در موضوع اختلاف مداخله نماید. در این بند به استثنائات این اصل می‌پردازیم. در واقع مواردی وجود دارد که دادگاه حتی پس از شروع جریان داوری نیز حق مداخله در برخی امور را پیدا می‌کند:

الف) ممکن است پس از صدور رای داور، محکوم علیه به اصل قرارداد یا شرط داوری حمله کرده و آنرا از اساس بی اعتبار بداند. ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م ناظر به همین امر است. براساس این ماده: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهارنظر می‌نماید». بی اعتباری قرارداد داوری می‌تواند نتیجه عدم اهلیت طرفین، عدم قابلیت ارجاع موضوع اختلاف به داوری و ... باشد. در این صورت دادگاه به وجود و اعتبار قرارداد یا شرط داوری رسیدگی نموده چنانچه آنرا بی اعتبار بداند خود وارد رسیدگی ماهوی خواهد شد.

ب) مورد دوم مربوط به جنبه جزایی اختلاف است. مطابق ماده ۴۷۸: «هرگاه ضمن رسیدگی مسایلی کشف شود که مربوط به وقوع جرمی باشد و در رأی داور مؤثر بوده و تفکیک جهات مدنی از جزایی ممکن نباشد و همچنین در صورتی که دعوا مربوط به نکاح یا طلاق یا نسب بوده و رفع اختلاف در امری که رجوع به داوری شده متوقف بر رسیدگی به اصل نکاح یا طلاق یا نسب باشد، رسیدگی داوران تا صدور حکم نهایی از دادگاه صلاحیتدار نسبت به امر جزایی یا نکاح یا طلاق یا نسب متوقف می‌گردد». البته «ادعای جعل و تزویر در سند بدون تعیین عامل آن و یا در صورتی که تعقیب وی به جهتی از جهات قانونی ممکن نباشد مشمول ماده قبل نمی‌باشد».

ج) طرح دعوا پس از تشکیل داوری و سکوت خوانده: اگرچه شاید از لحاظ تئوری این مورد از جمله موارد استثنائات اصل رسیدگی انحصاری از طریق داوری تلقی نمی‌شود ولی عملاً موجب می‌شود تا دادگاه به اختلاف موضوع داوری رسیدگی قضایی نماید.

مبحث دوم: حقوق و وظایف داوران در جریان رسیدگی

بند اول: حقوق داوران

در اینجا مقصود از حقوق، توانایی و اختیاراتی است که داور دارد. بدین معنی ارجاع امر به کارشناس یا انجام برخی آزمایشات نیز ذیل همین عنوان مطالعه می‌گردد.

۱. استعفا: مطابق ماده ۴۷۳ داور می‌تواند پس از قبول داوری، استعفا دهد. در این صورت چنانچه استعفای وی مبتنی بر عذر موجه باشد مسئولیتی گریبانگیر وی نخواهد بود. ولی اگر عذر موجهی در کار نباشد تا پنج سال از حق انتخاب شدن به داوری محروم خواهد شد. مطابق ظاهر قانون، نفوذ استعفای داور موکول به موافقت مرجع خاص یا حتی طرفین نیست و به صرف اعلام، موثر خواهد بود.

ماده ۲۸ آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران ... نیز به حق استعفای داور اشاره دارد.

در ماده ۲۵ قانون داوری انگلستان مصوب ۱۹۹۶ نیز به استعفای داور اشاره شده است.^۱ مطابق این ماده طرفین می‌توانند درخصوص استعفا و آثار آن با داور توافق بعمل آورند و همچنین مسئولیتهایی را نیز بر استعفای وی مترتب نمایند. قاعده پذیرفته شده در ماده ۴۷۳ ق.آ.د.م در بند ۴ ماده ۲۵ قانون داوری انگلستان نیز مورد پذیرش قرار گرفته است. بدین معنا که استعفای داور چنانچه مبتنی بر عذر موجهی باشد مسئولیتی در پی نخواهد داشت.

۲. مطالبه اسناد و مدارک از طرفین: داوران می‌توانند اسناد و مدارک مربوطه را از طرفین مطالبه نمایند. همچنین می‌توانند توضیحات لازم را از آنان بخواهند. براساس ماده ۴۷۶ ق.آ.د.م: «طرفین باید اسناد و مدارک خود را به داوران تسلیم نمایند. داوران نیز می‌توانند توضیحات لازم را از آنان بخواهند...». به نظر می‌رسد داوران می‌توانند از طرفین دعوت نمایند تا شخصا در جلسه داوری شرکت نموده ادای توضیح نمایند. این اختیار داوران منطبق با اختیاریست که برای دادرس پیش بینی شده است. براساس ذیل ماده ۹۴ ق.آ.د.م دادرس نیز می‌تواند حضور طرفین را ضروری اعلام نماید.

^۱ - Resignation of arbitrator.

۳. ارجاع امر به کارشناس: وفق ماده ۴۷۶ ق.آ.د.م داور می‌توان چنانچه برای اتخاذ تصمیم جلب نظر کارشناس ضروری باشد، کارشناس انتخاب نماید. پیش بینی این ترتیب منطقی است؛ زیرا ممکن است اظهارنظر قضایی، موکول به اشراف به یک موضوع فنی و تخصصی باشد.

ماده ۴۶ آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اطاق نیز به این اختیار داور اشاره دارد. با این تفاوت که با تفصیل بیشتری به موضوع توجه کرده است. براساس این ماده داور می‌تواند راساً یا به درخواست هر یک از طرفین موضوع را به کارشناسی یک یا چند نفر ارجاع دهد. همچنین بند ب ماده ۴۶ به اختیار داور در اخذ نظریه تکمیلی از کارشناس و نیز دعوت وی جهت حضور اشاره دارد. به نظر می‌رسد پذیرفتن این ترتیب یعنی اختیار داور در مطالبه نظریه تکمیلی و نیز دعوت جهت ادای توضیح در داوری‌های خارج از مرکز داوری اطاق نیز قابل پذیرش باشد. به هر روی، رویه عملی داوری مرکز داوری اطاق بازرگانی بدین نحو است که قرار کارشناسی به طرفین ابلاغ شده و حتی ممکن است کارشناسات در جلسه داوری نیز حضور یابند.^۱

ماده ۳۷ قانون داوری انگلستان نیز به اختیار داور در ارجاع امر به کارشناس^۲ و نیز دعوت از وی جهت حضور در جلسه داوری پرداخته است. در واقع داور می‌تواند از کارشناس بخواهد تا علاوه بر ارائه نظریه در جلسه داوری شرکت نماید.^۳

۴. صدور دستور معاینه و بازمینی اموال، امکنه و ... توسط کارشناس

به این اختیار داور در قانون آیین دادرسی مدنی اشاره ای نشده است، متنها ماده ۴۶ آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اطاق اختصاص به این موضوع دارد. براساس بند الف این ماده: «داور می‌تواند در مواردی که لازم بداند رأساً یا به درخواست هر یک از طرفین، موضوع را به کارشناسی یک یا چند نفر ارجاع دهد و مقرر کند که هر یک از طرفین هرگونه اطلاعات مرتبط را در اختیار کارشناس قرار دهد و موجبات دسترسی او را به

^۱ - برای نمونه رک به: رای شماره ۳۶/۸۴/۳۶/۱۲۷ این مرکز. به نقل از کاکاوند، پیشین، ص. ۱۵۵.

^۲ - appoint experts

^۳ - may allow any such expert, legal adviser or assessor to attend the proceedings

مدارک مربوط، کالا یا سایر اموال و امکنه برای انجام معاینه و بازرسی فراهم آورد مگر اینکه طرفین طور دیگری توافق کرده اند...».

بند ۴ ماده ۳۹ قانون داورى انگلستان نیز همین ترتیب را اتخاذ نموده است. به نظر می‌رسد پذیرش این اختیار در داورى‌های خارج از مرکز داورى نیز خالی از اشکال باشد. حداقل امر این است که اجرا نکردن دستور داور در همکاری با کارشناس می‌تواند اماره‌ای بر علیه طرف ممتنع باشد.

۵. ختم دعوى به صلح: چنانچه داوران اختیار صلح داشته باشند می‌توانند دعوا را با صلح خاتمه دهند (ماده ۴۸۳ ق.آ.د.م.).

۶. صدور دستور موقت: در قانون آیین دادرسی مدنی به اختیار داور در صدور دستور موقت اشاره‌ای نشده است ولی در ۳۵ آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داورى اطاق که درخصوص داورى‌های این مرکز قابلیت اجرایی دارد بدان تصریح شده است. پس اگرچه در مورد اختیار داور در صدور دستور موقت در داورى‌های موضوع قانون آیین دادرسی مدنی تردید وجود دارد ولی در داورى‌های مرکز داورى این امر به صراحت پذیرفته شده است. براساس بند الف ماده ۳۵: «داور می‌تواند در امور مربوط به موضوع اختلاف که محتاج به تعیین تکلیف فوری است، به درخواست هر یک از طرفین دستور وقت صادر نماید. البته وفق بند ب همان ماده ممکن است دستور موقت قبل از شروع داورى صادر گردد. در این صورت متقاضی باید ظرف ۱۰ روز دعوای ماهوی خود را طرح نماید. نکته دیگر آنکه براساس تبصره ماده ۳۵ ارجاع اختلاف به مرکز داورى، به منزله پذیرش اختیارات داور در صدور دستور موقت و اخذ تأمین مناسب است و طرفین ملزم به رعایت مفاد دستور می‌باشند.

۷. تشکیل جلسه جهت استماع شهادت شهود و بررسی تأثیر آن: این مورد نیز در قانون آیین دادرسی مدنی مغفول مانده است؛ مع ذلک در داورى‌های موضوع آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داورى اطاق بازرگانی مورد عنایت قرار گرفته است. براساس ماده ۴۵ این آیین نامه، داور می‌تواند در صورتیکه هر یک از طرفین جهت اثبات ادعا یا مدافعات خود به شهادت شهود استناد کند، باید قبل از تشکیل جلسه استماع، نام و مشخصات شهود و موضوع شهادت ایشان و ارتباط آن با موضوع داورى را کتبا تسلیم کند، در صورت احراز تأثیر مودای شهادت شهود و ارتباط آن با موضوع داورى

داور مقرر می‌کند جلسه ای برای استماع شهادت تعیین و از طرفین و شهود جهت استماع شهادت دعوت بعمل می‌آورد و

۸. **مطالبه حق الزحمه:** براساس ماده ۴۹۷ ق.آ.د.م پرداخت حق الزحمه داور بر عهده طرفین است. در واقع داوران می‌توانند شروع به کار خویش را منوط به تودیع حق الزحمه داوری نمایند (ماده ۶ آیین نامه حق الزحمه داوری موضوع ماده ۴۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی). همچنین است سایر هزینه‌های لازم از قبیل هزینه مسافرت، انجام آزمایش و

در داوری‌های مرکز داوری اطاق بازرگانی نیز به این حق اشاره شده است. براساس مواد ۵۸ به بعد آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اطاق جز در مواردی که طرفین طور دیگری توافق کرده اند، پرداخت هزینه‌های داوری در مرکز داوری به تساوی بر عهده خواهان و خوانده است که باید تا قبل از صدور رای به دبیرخانه مرکز بپردازند. البته در صورت امتناع طرفین دبیر کل مرکز می‌تواند با مشورت داور رسیدگی را متوقف کند.

در ماده ۳ آیین‌نامه نحوه دریافت هزینه‌های انجام داوری توسط شورای عالی فنی " مصوب ۱۳۸۵ که بیشتر در پیمانها اجرا می‌گردد نیز به حق الزحمه داور توجه شده است. براساس این ماده خواهان باید ابتدائاً نیمی از هزینه‌ها را بپردازد. البته ابلاغ رای داور موکول به پرداخت مابقی هزینه‌ها خواهد بود.

براساس این مواد داور می‌تواند تا زمانی که هزینه‌ها تودیع نشده است از انجام داوری و در برخی موارد از صدور یا ابلاغ رای خودداری نماید.

ماده ۵۹ قانون داوری انگلستان نیز به موضوع حق‌الزحمه داور و ترتیب پرداخت آن اختصاص دارد. ذیل ماده ۶۳ به حق مسلم داوران در مطالبه اجرت اختصاص دارد. به هر ترتیب، براساس ماده ۶۱ چنانچه بین طرفین ترتیبی جهت پرداخت هزینه‌های داوری مقرر شده باشد به همان ترتیب عمل خواهد شد. در غیراینصورت دادگاه با رعایت جوانب امر سهم هر یک از طرفین را مشخص خواهد نمود. البته طبق بند ب قسمت ۵ ماده ۶۳ همان قانون هرگونه تردید به نفع طرفی که مکلف به پرداخت

هزینه‌ها می‌باشد تفسیر خواهد شد.^۱ ماده ۳۸ قانون نیز به اختیار داوران در اخذ تضمین از خواهان جهت پرداخت هزینه‌های داورى اشاره دارد.

۹- **مصونیت داوران**^۲: در قانون آیین دادرسی مدنی به اصل مصونیت داوران اشاره ای نشده است و تنها در ماده ۵۰۱ به مسئولیت عمومی داوران توجه شده است؛ براساس این ماده: «هرگاه در اثر تدلیس، تقلب یا تقصیر درانجام وظیفه داوران ضرر مالی متوجه یک طرف یا طرفین دعوا گردد، داوران برابر موازین قانونی مسؤول جبران خسارت وارده خواهند بود». شاید بتوان از این ماده به مصونیت داوران رسید. بدین ترتیب که داوران جز در صورت ارتکاب موارد منصوص در ماده اخیر مسئولیتی نخواهند داشت. به هر روی، در ماده ۶۶ آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داورى اطاق قیدی وجود دارد که گویا ناظر به مصونیت داوران است. براساس این ماده: «مسئولیت دبیر کل و کارکنان مرکز داورى و داوران، از حیث اجرای مقررات این آیین داورى و آیین نامه هزینه‌های داورى همان است که به موجب قوانین ذیربط مقرر شده و مسئولیت دیگری متوجه ایشان نخواهد بود».

به هر تقدیر مواد ۲۹ و ۷۴ قانون داورى انگلستان به اصل مصونیت داوران اختصاص دارد. براساس این ماده داوران در قبال اعمالی که بعنوان داور انجام می‌دهند مسئولیتی نخواهند داشت مگر آنکه سونیتی داشته باشند. همین قاعده درخصوص اعمال اشخاصی که از طرف داور اقداماتی را انجام می‌دهند نیز جاری است.

بند دوم: وظایف داوران:

الف) صدور رای در مهلت تعیین شده:

داوران مکلفند در مهلتی که از سوی طرفین تعیین می‌شود اعلام رای نمایند. چنانچه مهلت داورى معین نشده باشد این مدت سه ماه خواهد بود (تبصره ماده ۴۸۴ ق.آ.د.م). البته ضمانت اجرای این تکلیف مشخص نشده است و ظاهراً صرف عدم صدور رای

^۱ - any doubt as to whether costs were reasonably incurred or were reasonable in amount shall be resolved in favour of the paying party.

^۲ - Immunity of arbitrators

در مهلت مسئولیتی در پی نخواهد داشت مگر آنکه مبتنی بر تعلل بوده یا رنگی از امتناع به خود گرفته باشد که در این صورت موضوع مشمول ماده ۴۷۳ ق.آ.د.م خواهد بود. براساس این ماده: «چنانچه داور پس از قبول داوری بدون عذر موجه از قبیل مسافرت یا بیماری و امثال آن در جلسات داوری حاضر نشده یا استعفا دهد و یا از دادن رأی امتناع نماید، علاوه بر جبران خسارات وارده تا پنج سال از حق انتخاب شدن به داوری محروم خواهد بود». در واقع مطابق ذیل ماده ۴۷۴: «... در صورتی که داوران در مدت قرارداد داوری یا مدتی که قانون معین کرده است نتوانند رأی بدهند و طرفین به داوری اشخاص دیگر تراضی نکرده باشند، دادگاه به اصل دعوا وفق مقررات قانونی رسیدگی و رأی صادر می‌نماید...».

در داوری‌های مرکز داوری اطاق بازرگانی، مدت داوری در داوری داخلی سه ماه و در داوری بین المللی ۶ ماه می‌باشد (ماده ۴۹ آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اطاق).

ب) توقف رسیدگی در موارد خاص: موافق ماده ۴۷۸ ق.آ.د.م: «هرگاه ضمن رسیدگی مسایلی کشف شود که مربوط به وقوع جرمی باشد و در رأی داور مؤثر بوده و تفکیک جهات مدنی از جزایی ممکن نباشد و همچنین در صورتی که دعوا مربوط به نکاح یا طلاق یا نسب بوده و رفع اختلاف در امری که رجوع به داوری شده متوقف بر رسیدگی به اصل نکاح یا طلاق یا نسب باشد، رسیدگی داوران تا صدور حکم نهایی از دادگاه صلاحیتدار نسبت به امر جزایی یا نکاح یا طلاق یا نسب متوقف می‌گردد». همچنین داوران مکلفند مفاد حکمی که در امر جزایی یا نکاح یا طلاق یا نسب صادر شده را محترم بدارند (ذیل ماده ۴۸۰).

ج) ابلاغ رأی: داور مکلف است تا قبل از اتمام مهلت داوری، رأی خود را صادر و ابلاغ نماید. ابلاغ رأی به طریقی خواهد بود که در موافقتنامه داوری تعیین شده یا آنکه به هر ترتیب دیگری که از سوی طرفین معین شده است صورت می‌پذیرد. «چنانچه طرفین در قرارداد داوری طریق خاصی برای ابلاغ رأی داوری پیش‌بینی نکرده باشند، داور مکلف است رأی خود را به دفتر دادگاه ارجاع‌کننده دعوا به داور یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد تسلیم نماید...».

البته در داوریهای مرکز داورى اطاق بازرگانی، رای داور پس از امضا توسط دبیرخانه مرکز داورى به طرفین ابلاغ خواهد شد (ماده ۵۶ آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داورى).

د) رعایت اصل بی طرفی: داوران مکلفند اصول دادرسی را رعایت نمایند. اصولی چون اصل بی طرفی دادرس، اصل استقلال داور، دادن فرصت دفاع و ... در ذیل به اصل بی طرفی داور پرداخته می شود. در قانون آیین دادرسی مدنی به این تکلیف اشاره ای نشده است که شاید به علت بداهت امر باشد. به هر تقدیر مطابق ماده ۴۷۷، داوران باید مقررات مربوط به داورى را رعایت نمایند؛ که از جمله آن بی طرفی داور است. هم چنین مقررات ماده ۴۶۹ عموماً جهت رعایت اصل بی طرفی داور انشا شده است و می توان از مقررات پراکنده قانون، این اصل را استنباط نمود.

ماده ۲۲ آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داورى اطاق بازرگانی صراحتاً به تکلیف داور در رعایت اصل بی طرفی از ابتدا تا انتهای داورى اشاره دارد. به موجب این ماده داور باید همزمان با قبول سمت اعلامیه ای مکتوب مبنی بر تایید بی طرفی خود امضا و به دبیرخانه داورى تسلیم نماید. هم چنین پس از شروع داورى نیز داور مکلف است هرگونه واقعیت یا اوضاع و احوال را که در جریان داورى حادث شود و موجب تردید در بی طرفی و استقلال او گردد فوراً و بصورت کتبی به دبیرخانه مرکز و به طرفین اطلاع دهد.

قسمت الف بند ۱ ماده ۳۳ قانون داورى انگلستان به این تکلیف داور اشاره دارد. به موجب این ماده، داور باید رفتاری منصفانه و بی طرفانه^۱ پیشه نماید.

^۱ - impartially

فهرست منابع و مآخذ:

الف) منابع فارسی و عربی

۱. دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة ۱۳۷۸، چاپ شانزدهم جلد ۱.
۲. دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة ۱۳۷۷، چاپ پانزدهم جلد ۴.
۳. بابک ایرانی ارباطی، مجموعه نظرهای مشورتی حقوقی، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۵، چاپ دوم.
۴. محمد بن علی بن بابویه القمی (الشیخ الصدوق)، المقنع، موسسه الامام الهادی ع، ۱۴۱۵، محقق و مصحح: لجنة التحقيق فی مدرسه الامام الهادی (ع).
۵. یدالله بازگیر، تشریفات آیین دادرسی مدنی در آراء دیوان عالی کشور، فردوسی، ۱۳۸۱، جلد ۳.
۶. محمد بروجرودی عبده، اصول قضایی - حقوقی، مستخرجه از احکام دیوان عالی کشور، قسمت دوم، رهام، ۱۳۸۲.
۷. استاد محمد بروجرودی عبده، اصول محاکمات حقوقی، مواد امتحانات مستخدمین قضایی، جزوه درسی موجود در بخش جزوات کتاب خانه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، بی تا، بی نا.
۸. محمد جواد بهشتی و دکتر نادر مردانی، آیین دادرسی مدنی، میزان، ۱۳۸۵، جلد ۲.
۹. زین الدین جبعی عاملی (شهید ثانی)، شرح اللمعه، خط عبدالرحیم، جلد ۲.
۱۰. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، دایره المعارف حقوق، دانش نامه حقوقی، امیرکبیر، ۱۳۷۶، چاپ پنجم، جلد ۲ و ۳.
۱۱. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ۱۳۷۸.
۱۲. مهدی محمد حسینیان و مریم عباسی، مجموعه کامل آراء وحدت رویه عمومی دیوان عالی کشور (۱۳۲۸ - ۱۳۸۱).
۱۳. علی اکبر دهخدا، لغت نامه، لوح فشرده، انتشارات دانشگاه تهران، ویراست اول.
۱۴. علی اکبر دهخدا، لغت نامه، فرهنگ متوسط دهخدا، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، به کوشش دکتر غلامرضا ستوده، دکتر ایرج مهرکی و اکرم سلطانی، زیر نظر دکتر سید جعفر شهیدی، جلد ۱ و ۲.
۱۵. دکتر عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، میزان، ۱۳۸۰، جلد ۱.
۱۶. دکتر عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، میزان، ۱۳۸۲، جلد ۲.
۱۷. دکتر عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، دراک، ۱۳۸۴، جلد ۳.
۱۸. استاد محمد سنگلجی، قضا در اسلام، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
۱۹. موسی شهیدی، موازین قضایی از نظر تخیلف اداری، چاپخانه علمی، ۱۳۴۰.
۲۰. دکتر سید حسین صفائی و دکتر سید مرتضی قاسم زاده، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، سمت، ۱۳۸۴.
۲۱. دکتر مجید غمامی و حسن محسنی، اصول آیین دادرسی مدنی فراملی، میزان، ۱۳۸۶.
۲۲. دکتر نصرالله قهرمانی، مسئولیت مدنی و کیل دادگستری، نسل نیکان، ۱۳۸۴، چاپ دوم.
۲۳. دکتر نصرالله قهرمانی، ابراهیم یوسفی محله، مجموعه کامل مقررات وکالت، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۵.
۲۴. دکتر ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، میزان، ۱۳۸۰، جلد ۱ و ۲.
۲۵. دکتر ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، میزان، ۱۳۸۳، چاپ ششم.
۲۶. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰، جلد ۲.
۲۷. دکتر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، دادگستر، ۱۳۷۸، چاپ سوم.
۲۸. دکتر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸، چاپ بیست و چهارم.
۲۹. احمد کریم زاده، نظارت انتظامی در نظام قضایی، نشر روزنامه رسمی کشور، ۱۳۷۸، جلد ۲.
۳۰. سید محمد علی کشاورز صدر، تجدید رسیدگی، طرق فوق العاد رسیدگی در امور مدنی، کتاب فروشی دهخدا، ۱۳۵۱.
۳۱. حسن محسنی و محمد پور طهماسبی فرد، اصل تسلط طرفین دعوا بر جهات و موضوعات دعوا، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۲۱، پاییز ۱۳۸۴.
۳۲. حسن محسنی، مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آن ها و چگونگی تمییز این اصول از تشریفات دادرسی، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، دوره جدید - شماره ۲۳ و ۲۴، شماره پیاپی ۱۹۲ و ۱۹۳، بهار و تابستان ۱۳۸۵.
۳۳. دکتر احمد متین، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، چاپخانه هاشمی، بی تا.
۳۴. دکتر احمد متین دفتری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، مجد، ۱۳۷۸، جلد ۱ و ۲.
۳۵. مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، به اهتمام معاونت حقوقی و توسعه قضایی، قوه قضاییه، ۱۳۸۵، نام.

۳۶. مجموعه رویه قضایی، آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور از سال ۱۳۲۸ تا سال ۱۳۴۲، آرشیو حقوق کیهان، ۱۳۵۳، چاپ دوم، آراء مدنی، جلد ۲.
۳۷. مجموعه رویه قضایی، آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور از سال ۱۳۴۸، آرشیو حقوق کیهان، ۱۳۴۹.
۳۸. ابوالحسن نجفی، غلط نویسیم، فرهنگ دشواری‌های زبان فارسی، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۲، چاپ یازدهم.
۳۹. یوسف نوبخت، اندیشه‌های قضایی، کیهان، ۱۳۶۸.
۴۰. دکتر جواد واحدی، دعوای متقابل، مجله حقوقی و قضایی دادگستری جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲، ۱۳۷۰.
۴۱. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت. شرکتهای تجاری، (تهران: سمت، ج ۱۱، ۱۳۸۶).
۴۲. انصاری، ولی الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری (تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷).
- انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، (تهران: انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴).
۴۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (تهران: انتشارات گنج دانش، ج ۲، ۱۳۸۱).
- زندى، محمد رضا، داوری. رویه قضایی دادگاههای تجدید نظر استان تهران در امور مدنی، (جنگل: تهران، ۱۳۸۸).
۴۴. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه (تهران: ۱۳۶۱، چاپخانه وزارت ارشاد اسلامی)، ج ۲۲.
۴۵. سیاح، احمد، المنجد (تهران: ۱۳۸۰، انتشارات اسلام)، ج ۱.
۴۶. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (تهران: دراک، ج ۱۰، ۱۳۸۶)، ج ۳.
۴۷. کاکاوند، محمد، گزیده آرای داوری مرکز داوری اتاق ایران، (تهران: شهر دانش، ۱۳۸۹).
۴۸. کریمی، عباس، ادله اثبات دعوا، (تهران: میزان، ۱۳۸۶).
۴۹. کریمی، عباس، آیین دادرسی مدنی (تهران: مجد، ۱۳۸۶).
۵۰. معین، محمد، فرهنگ فارسی (تهران: ۱۳۸۶، انتشارات امیر کبیر)، ج ۲.
۵۱. شیخ انصاری، قضا و الشهادات، (قم: انتشارات باقری، ۱۴۱۵ق).
۵۲. شهید ثانی، زین العابدین بن علی عاملی، مسالک الافهام الی تنقیح الشرایع الاسلام، (قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶ ق.).
۵۳. شیخ طوسی، الخلاف، (قم: نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق.).
۵۴. شیخ طوسی، مبسوط فی افقه الامامیه، (المکتب المرتضویه، ۱۳۵۱ ش).
۵۵. صانعی، یوسف، استفتائات قضایی، (پرتو خورشید، ۱۳۸۶)، ج.
۵۶. علامه حلی، تحریر الاحکام، (مشهد، آل بیت)، ۱.
۵۷. محقق حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحرام والحلال، (تهران: انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ق).
۵۸. موسوی اردبیلی، عبد الکرم، فقه القضا، ۱۳۸۷.
۵۹. سید جعفر مرتضی عاملی، - الصحیح من سیره النبی الاعظم، انتشارات الهادی ۱۴۱۵ ق.، ج ۶.
۶۰. نجفی، زین العابدین، سیستم قضایی خصوصی به روش قاضی تحکیم از منظر فقه شیعه، (تهران: مجله مقالات حقوقی و بررسیها، ۱۳۸۴).

ب - منابع فرانسوی

- 1 - GÅrard CORNU, Vocabulire juridique, P.U.F.1987.
- 2 - GÅrard CORNU et Jean FOYER, ProcÅdure Civile, PUF, 1996, 3Åd.
- 3 - GÅrard COUCHEZ, ProcÅdure civile, Dalloz, 2000, 11eÅd.
- 4 - Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT et alli, Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2005, 15eÅd.
- 5 - Nouveau code de procÅdure civile, avec le concours de Isabelle DESPRUS et Pascale GUIOMARD, Dalloz, 2007, 98 eme Åd.
- 6 - Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, ProcÅdure civile, Dalloz, 2003, 27e Åd.
- 7-Oxrord advanced learner dictionary, Oxrord university press, fifth editon, 1995
- Henry cambpell black, Blacks law dictionary: (minnesota: 1st reprint, 1984
- Susan ellis wild, Law dictionary, (USA: WEBSTERS NEW WORD, 2006

قوانین:

قانون اساسی

قانون حمایت از مصرف کنندگان خودرو ۱۳۸۶

قانون ساختار نظام جامع رفاه و تامین اجتماعی

قانون فهرست نهادها و موسسات عمومی غیر دولتی ۱۳۷۳

قانون مدنی

قانون مدنی فرانسه

قانون نفت ۱۳۵۳

قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹

قانون داوری تجاری بین المللی ۱۳۷۶

قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه

قانون داوری انگلستان ۱۹۹۶

لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص ۱۳۵۸

آیین نامه معاملات دولتی

آیین نامه معاملات شهرداری تهران مصوب ۱۳۴۴

آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اطاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران

آیین نامه حق الزحمه داوری

Mediation, Arbitrage, Jurisdiction etatique, Expertice

مواد ۲۵۵ و ۳۷۷، ۲، ۱۰، ق.مدنی فرانسه عناوین پیشنهادی جهت اضافه کردن: ۱- اصول حاکم بر داوری (غیر علنی بودن بر خلاف دادرسی. اصل ابتکار عمل شخصی یا خصوصی: گاهی اوقات ارجاع به داوری از طرف دادگاه است. اصل تسلط دادرس بر دادرسی در داوری بصورت کامل رعایت نمی شود زیرا قانون حاکم ممکن است از طرف اصحاب دعوی تعیین شده باشد)

۲. در مقدمه: بند ز ماده ۱۳۹ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳ یکی از وظایف قوه قضاییه را تهیه لایحه مناسب جهت داوری غیر دولتی اعلام کرده بود.

۳. سیاستهای کلی نظام ابلاغی از رهبری: بند ۹ سیاستهای قضایی نظام مصوب ۱۳۸۵

۴. توانایی دادگاه در عزل داوران پس از شروع داوری ۵. مصونیت داوران ۶. ویژگیهای داوری اجباری یا قانونی ۷. سابقه تاریخی داوری. ۸. حجیت علم داور ۹. مسئولیت کیفری ۱۰. شرایط داور

نمایه

شماره‌ها مربوط به صفحه است.

- ابطال دادخواست، ۱۷۳
- ابلاغ قانونی، ۸، ۱۰۴، ۱۰۷، ۱۰۸، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۲، ۱۱۴، ۱۱۵، ۱۱۶، ۱۵۹، ۱۶۰
- ابلاغ واقعی، ۸، ۱۰۴، ۱۰۵، ۱۰۶، ۱۰۸، ۱۰۹، ۱۱۴، ۱۱۶، ۱۵۶، ۱۵۸، ۱۵۹، ۱۶۰، ۱۶۱
- اجرای حکم، ۵۳، ۵۸، ۵۹، ۹۰، ۱۵۵، ۱۵۹، ۱۶۰، ۱۶۱، ۱۷۰، ۱۷۹، ۱۸۷، ۱۹۰، ۱۹۱
- استرداد دادخواست، ۸، ۱۴۲
- استرداد دعوا، ۸، ۱۴۱، ۱۴۲، ۲۲۷
- اصل پژوهش پذیری، ۱۶۲
- اصل حاکمیت یا تسلط اصحاب دعوا، ۱۶
- اصول بنیادین دادرسی، ۱۰۹، ۲۳۳
- اصول دادرسی، ۵۴، ۱۸۹، ۲۲۸، ۲۵۴، ۲۶۴
- اطاله دادرسی، ۱۶، ۱۱۳، ۱۱۶، ۱۴۵، ۱۷۱، ۲۳۲
- اعتبار امر قضاوت شده، ۱۱، ۲۳، ۱۴۹، ۱۸۱، ۲۱۴، ۲۱۵، ۲۱۶، ۲۱۷، ۲۱۸
- اعتبار امر مختومه، ۱۴۳، ۲۱۴، ۲۱۷
- اعتراض به رأی، ۹، ۷۲، ۱۵۵
- اعتراض عادی، ۹، ۱۵۶
- اعتراض فوق‌العاده، ۹، ۱۷۱، ۱۸۳
- اقامه دعوا، ۵، ۱۱، ۲۳، ۲۶، ۲۷، ۴۷، ۵۱، ۵۲، ۵۵، ۵۶، ۵۹، ۶۳، ۶۴، ۶۵، ۶۶، ۶۸، ۶۹، ۷۰، ۷۵، ۷۶، ۷۷، ۷۸، ۸۱، ۸۳، ۹۰، ۱۳۲، ۱۴۳، ۱۴۴، ۱۴۵، ۲۱۳، ۲۱۴، ۲۲۳، ۲۲۸، ۲۳۱، ۲۳۲، ۲۳۸، ۲۴۵
- اقرار، ۵، ۲۴، ۲۷، ۲۸، ۷۳، ۹۰، ۹۵، ۱۲۶، ۱۴۶، ۱۴۷، ۱۶۴، ۱۷۴
- اهلیت قانونی، ۷، ۶۳، ۶۴، ۶۵
- ایرادات، ۱۰، ۱۱، ۷۷، ۱۶۴، ۲۰۱، ۲۰۲، ۲۰۳، ۲۰۴، ۲۰۵، ۲۰۹، ۲۱۱، ۲۱۲، ۲۱۳
- ایراد امر مطروحه، ۱۰، ۲۰۴، ۲۰۶
- ایراد رد دادرس، ۲۰۴، ۲۰۹
- ایراد عدم اهلیت، ۱۰، ۲۰۹، ۲۱۱
- ایراد عدم توجه دعوا، ۱۰، ۲۱۱
- ایراد عدم جزمیت خواسته، ۱۱، ۲۱۳
- ایراد عدم مشروعیت، ۱۱، ۲۱۲
- پروانه چاه آب، ۶، ۳۸
- تأمین خواسته، ۱۱، ۴۰، ۸۳، ۱۲۷، ۱۳۳، ۱۳۴، ۱۳۵، ۱۳۶، ۱۵۴، ۱۵۸، ۲۰۸، ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۲۳، ۲۲۴، ۲۲۵، ۲۲۶، ۲۲۷، ۲۲۹، ۲۴۹، ۲۵۳
- تأمین در برابر دعوی اتباع بیگانه، ۱۱، ۲۱۹، ۲۳۳
- تجدید نظرخواهی، ۶، ۴۲، ۱۵۵، ۱۶۶، ۱۷۰، ۲۵۴
- تخلیه، ۶، ۲۹، ۳۶، ۳۹، ۴۸، ۲۱۸، ۲۲۳، ۲۳۸، ۲۴۰، ۲۴۱، ۲۴۴، ۲۴۷

- ترافعی بودن، ۱۳۳
- تسلط طرفین، ۹۴، ۲۳۵، ۲۶۳
- تشریفات دادرسی، ۵۴، ۵۵، ۵۶، ۸۳، ۱۳۴، ۲۲۸، ۲۶۴
- تشریفات رسیدگی، ۸، ۵۵، ۵۶، ۱۳۲، ۱۶۶، ۱۳۴
- تصحیح رأی، ۹، ۱۵۲
- تصرف عدوانی، ۷، ۳۹، ۴۶، ۴۷، ۴۸، ۴۹، ۵۰، ۵۱، ۵۲، ۵۳، ۵۵، ۵۷، ۵۸، ۵۹، ۷۵، ۹۱
- تعریف دعوا، ۵، ۱۲، ۲۱، ۲۳۶، ۲۳۷، ۲۳۹، ۲۴۰
- توقیف دادرسی، ۲۰۷، ۲۱۱، ۲۵۵
- جلسه اول رسیدگی، ۲۰۵، ۲۴۴، ۲۴۹
- جلسه دادرسی، ۸، ۷۲، ۷۹، ۹۲، ۹۷، ۹۸، ۱۲۰، ۱۲۱، ۱۲۲، ۱۲۵، ۱۲۷، ۱۲۸، ۱۲۹، ۱۴۱، ۱۶۸، ۱۷۰، ۲۰۵، ۲۴۴، ۲۴۸، ۲۵۳
- جلسه رسیدگی، ۸، ۱۱۰، ۱۱۲، ۱۱۴، ۱۲۲، ۱۲۴، ۱۲۵، ۱۳۰، ۱۷۶، ۲۴۸
- حق الوکاله، ۴۱، ۴۲، ۲۲۹، ۲۳۴
- حق دفاع، ۹۴، ۱۲۳
- حق طرح دعوا، ۵، ۲۳، ۲۶، ۴۶، ۵۲، ۲۱۰، ۲۱۷
- ختم دعوا، ۸، ۹، ۱۷، ۱۳۹، ۱۴۱، ۱۴۳، ۱۴۵، ۱۴۷، ۱۵۴، ۱۵۵
- خصوصی بودن، ۵۳، ۱۸۱، ۲۰۶، ۲۳۵
- دادخواست، ۷، ۳۱، ۳۵، ۴۰، ۵۲، ۵۴، ۵۵، ۵۶، ۶۶، ۷۲، ۷۵، ۸۱، ۸۲، ۸۳، ۸۴، ۸۵، ۸۶، ۸۷، ۸۸، ۸۹، ۹۰، ۹۱، ۹۲، ۹۳، ۹۴، ۹۵، ۹۶، ۹۷، ۹۸، ۹۹، ۱۰۰، ۱۰۳، ۱۰۵، ۱۰۶، ۱۱۱، ۱۱۲، ۱۱۳، ۱۱۵، ۱۱۶، ۱۱۷، ۱۱۸، ۱۱۹، ۱۲۰، ۱۲۲، ۱۲۳، ۱۲۵، ۱۳۲، ۱۳۳، ۱۳۴، ۱۳۵، ۱۳۶، ۱۴۱، ۱۴۲، ۱۴۷، ۱۵۰، ۱۵۷، ۱۵۸، ۱۵۹، ۱۶۰، ۱۶۱، ۱۶۳، ۱۶۴، ۱۶۶، ۱۶۷، ۱۶۹، ۱۷۰، ۱۷۴، ۱۷۵، ۱۷۶، ۱۸۸، ۱۹۴، ۱۹۵، ۱۹۶، ۲۰۱، ۲۰۳، ۲۱۲، ۲۱۳، ۲۱۸، ۲۲۲، ۲۲۷، ۲۳۲، ۲۳۵، ۲۳۷، ۲۳۸، ۲۳۹، ۲۴۰، ۲۴۱، ۲۴۲، ۲۴۳، ۲۴۴، ۲۴۵، ۲۴۶، ۲۴۸، ۲۴۹، ۲۵۴، ۲۵۲
- دادرسی فوری، ۸، ۱۳۱، ۱۳۲، ۱۳۵
- دادگاه صالح، ۵۹، ۱۳۲، ۱۳۵، ۱۶۱، ۲۱۷، ۲۵۱
- دادنامه، ۷۶، ۹۰، ۱۰۴، ۱۰۵، ۱۰۶، ۱۲۷، ۱۵۱، ۱۶۰، ۱۶۶، ۲۴۲، ۲۴۴
- دستور موقت، ۵۷، ۵۸، ۸۳، ۱۳۱، ۱۳۲، ۱۳۳، ۱۳۴، ۱۳۵، ۱۳۶، ۱۳۷، ۱۳۸، ۱۵۴، ۱۵۸، ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۲۳
- دعوی اصلی، ۱۰، ۱۲۷، ۱۳۲، ۱۳۳، ۱۳۵، ۱۳۶، ۱۳۷، ۱۹۵، ۱۹۹، ۲۰۱، ۲۰۲، ۲۲۲، ۲۳۶، ۲۳۸، ۲۳۹، ۲۴۰، ۲۴۱، ۲۴۲، ۲۴۳
- دعوی اضافی، ۱۲، ۲۳۶، ۲۳۷، ۲۳۸، ۲۳۹، ۲۴۳
- دعوی تصرف، ۶، ۷، ۴۵، ۴۶، ۴۷، ۴۸، ۴۹، ۵۰، ۵۱، ۵۲، ۵۳، ۵۸، ۵۹، ۶۰، ۷۵
- دعوی جلب ثالث، ۱۶۸، ۲۴۲، ۲۴۶، ۲۴۷، ۲۴۸، ۲۴۹، ۲۵۰، ۲۵۱، ۲۵۴
- دعوی شخصی، ۵، ۳۰، ۳۱، ۳۳
- دعوی طاری، ۲۳۷، ۲۴۱، ۲۴۲، ۲۴۸
- دعوی عینی، ۵، ۶، ۲۹، ۳۱، ۳۲
- دعوی غیر مالی، ۱۳۳
- دعوی غیر منقول، ۴۳
- دعوی مالی، ۶، ۳۳، ۳۴، ۳۵، ۳۶، ۳۹
- دعوی متقابل، ۱۲، ۷۲، ۲۳۶، ۲۳۹، ۲۴۰، ۲۴۱، ۲۴۲، ۲۴۳، ۲۴۴، ۲۴۵، ۲۴۷، ۲۴۹، ۲۶۴
- دعوی منقول، ۶، ۴۴، ۴۵

رأی، ۹، ۲۵، ۳۸، ۵۳، ۵۴، ۵۵، ۵۷، ۵۹، ۵۸، ۶۳، ۶۴، ۶۵، ۷۰، ۷۴، ۷۵، ۷۶، ۷۸، ۷۹، ۸۳، ۸۴، ۸۵، ۸۷، ۸۹، ۹۴، ۹۵، ۹۷، ۹۶، ۹۸، ۹۹، ۱۰۰، ۱۰۴، ۱۰۵، ۱۰۷، ۱۱۴، ۱۱۵، ۱۱۶، ۱۱۸، ۱۲۰، ۱۲۱، ۱۲۲، ۱۲۴، ۱۲۷، ۱۲۸، ۱۲۹، ۱۳۰، ۱۳۳، ۱۳۶، ۱۴۱، ۱۴۳، ۱۴۴، ۱۴۶، ۱۴۷، ۱۴۸، ۱۴۹، ۱۵۰، ۱۵۱، ۱۵۲، ۱۵۳، ۱۵۴، ۱۵۵، ۱۵۶، ۱۵۷، ۱۵۸، ۱۵۹، ۱۶۰، ۱۶۱، ۱۶۲، ۱۶۴، ۱۶۵، ۱۶۶، ۱۶۷، ۱۶۸، ۱۶۹، ۱۷۰، ۱۷۱، ۱۷۲، ۱۷۳، ۱۷۴، ۱۷۵، ۱۷۶، ۱۷۷، ۱۷۸، ۱۷۹، ۱۸۰، ۱۸۲، ۱۸۳، ۱۸۴، ۱۸۷، ۱۸۸، ۱۸۹، ۱۹۰، ۱۹۱، ۱۹۲، ۱۹۳، ۱۹۴، ۱۹۵، ۱۹۶، ۲۰۵، ۲۰۶، ۲۰۷، ۲۰۸، ۲۰۹، ۲۱۱، ۲۱۳، ۲۱۴، ۲۱۵، ۲۱۶، ۲۱۷، ۲۱۸، ۲۲۲، ۲۲۴، ۲۲۷، ۲۲۸، ۲۲۹، ۲۳۰، ۲۴۰، ۲۴۲، ۲۴۳، ۲۴۴، ۲۴۹، ۲۵۰، ۲۵۱، ۲۵۲، ۲۵۳، ۲۵۴، ۲۵۵، ۲۵۹، ۲۶۰، ۲۶۱

رد دعوا، ۵۰، ۵۷، ۵۸، ۹۱، ۱۰۰، ۱۴۳، ۱۵۴، ۱۶۹، ۲۰۳، ۲۰۸، ۲۱۰، ۲۱۱، ۲۱۲، ۲۱۳، ۲۱۶، ۲۱۹، ۲۲۲، ۲۳۴، ۲۳۷، ۲۳۹، ۲۴۱، ۲۴۳، ۲۴۶، ۲۴۸، ۲۵۰، ۲۵۱، ۲۵۲، ۲۵۳، ۲۵۴، ۲۵۶

زوال اهلیت، ۱۲، ۲۵۵، ۲۵۶، ۲۵۷

زوال دادرسی، ۸، ۱۴۱، ۱۴۴

سازش، ۱۴۴، ۱۴۵، ۱۴۶، ۱۴۷، ۱۴۸، ۱۵۵، ۲۵۴

سقوط دعوا، ۱۴۴، ۱۵۴، ۱۷۳

سمت، ۷، ۱۰، ۵۶، ۵۷، ۶۳، ۶۶، ۶۷، ۶۸، ۷۲، ۷۸، ۸۶، ۹۵، ۹۸، ۱۰۰، ۱۰۸، ۱۱۰، ۱۵۰، ۱۵۱، ۱۶۶، ۱۶۹، ۱۷۵، ۱۸۹، ۲۰۹، ۲۱۰، ۲۱۱، ۲۱۲، ۲۳۷، ۲۵۵، ۲۵۸، ۲۵۹، ۲۶۳

شکایت از آراء، ۷، ۷۷، ۷۸، ۱۶۲، ۱۷۱، ۱۸۱، ۱۹۰، ۲۳۲، ۲۳۴

شهادت، ۵، ۲۴، ۲۷، ۲۸، ۷۳، ۹۵، ۹۶، ۱۱۱، ۱۳۰، ۲۱۶

صلاحیت ذاتی، ۱۰، ۱۶۹، ۲۰۴، ۲۴۵، ۲۱۶

صلاحیت محلی، ۱۰، ۱۶۹، ۲۰۵، ۲۰۶، ۲۰۷، ۲۱۶، ۲۴۰، ۲۴۵

طرح دعوا، ۵، ۶، ۷، ۱۱، ۱۲، ۱۷، ۲۳، ۲۵، ۲۶، ۳۱، ۳۲، ۴۵، ۴۹، ۵۲، ۵۵، ۵۹، ۶۱، ۶۳، ۶۴، ۶۵، ۶۶، ۷۵، ۷۷، ۷۹، ۸۱، ۸۳، ۱۳۵، ۱۳۶، ۱۴۴، ۱۴۵، ۱۹۶، ۱۹۹، ۲۰۱، ۲۰۷، ۲۰۹، ۲۱۰، ۲۱۱، ۲۱۲، ۲۱۳، ۲۱۶، ۲۱۷، ۲۱۸، ۲۳۳، ۲۳۵، ۲۳۶، ۲۳۸، ۲۴۰، ۲۴۲

۲۴۵، ۲۴۶، ۲۴۷، ۲۵۰، ۲۵۲، ۲۵۳، ۲۶۱

طواری حقوقی شخصی، ۱۲، ۲۵۷

طواری خارجی شخصی، ۲۵۵

طواری دادرسی، ۱۰، ۱۱، ۱۲، ۱۲۷، ۱۹۹، ۲۰۱، ۲۰۲، ۲۱۹، ۲۳۳، ۲۳۶، ۲۴۵

طواری دعوا، ۱۰، ۱۷، ۱۹۹، ۲۰۱

طواری طبیعی شخصی، ۱۲، ۲۵۵

عدم استماع دعوا، ۷۷

فوت، ۱۲، ۷۸، ۱۲۷، ۱۵۹، ۲۴۱، ۲۴۶، ۲۵۵، ۲۵۷

قائم مقامی، ۷، ۵۶، ۵۷، ۶۶، ۶۷

مال غیر منقول، ۳۰، ۳۱، ۳۳، ۴۳، ۴۴، ۴۵

مال منقول، ۴۴

مخاطبین خارج از کشور، ۸، ۱۱۵

مروور زمان، ۷۷، ۷۸، ۷۹، ۸۰، ۲۱۳، ۲۱۴

مهلت، ۷۸، ۱۱۹، ۱۲۸، ۱۵۷، ۱۵۹، ۱۶۷

نفع، ۷، ۱۰، ۲۴، ۲۵، ۲۷، ۲۸، ۳۹، ۵۶، ۷۴، ۷۵، ۷۶، ۷۷، ۱۱۳، ۱۳۱، ۱۳۲، ۱۳۶، ۱۵۲، ۱۵۴، ۱۷۱، ۱۷۶، ۱۸۱، ۱۸۲، ۱۹۰، ۱۹۱، ۲۰۶، ۲۰۷، ۲۰۹، ۲۱۰، ۲۱۷، ۲۱۸، ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۳۲، ۲۳۴، ۲۳۵، ۲۳۸، ۲۵۱، ۲۵۲، ۲۵۴

نماینده، ۶۳، ۶۶، ۶۷، ۶۸، ۶۹، ۷۰، ۷۱، ۷۲، ۷۳، ۱۹۱، ۱۹۴، ۲۱۰، ۲۴۸، ۲۵۷

خواه، ۹، ۵۹، ۷۸، ۱۱۴، ۱۱۶، ۱۵۳، ۱۵۵، ۱۵۶، ۱۵۷، ۱۵۸، ۱۵۹، ۱۶۰، ۱۶۱، ۱۷۰، ۱۷۹، ۱۸۸، ۱۹۳، ۲۳۳، ۲۳۵، ۲۴۵

۲۴۹، ۲۴۸

وحدت اصحاب دعوا، ۲۱۸

حدت موضوع، ۱۱، ۲۱۸

وکالت، ۷، ۶۶، ۶۸، ۶۹، ۷۰، ۷۱، ۷۲، ۷۳، ۷۴، ۱۷۵، ۱۸۸، ۲۵۶، ۲۵۷

هزینه دادرسی، ۶، ۱۱، ۳۷، ۳۹، ۴۰، ۵۶، ۹۲، ۹۳، ۹۵، ۹۶، ۱۳۲، ۱۴۲، ۱۴۴، ۱۴۵، ۱۶۳، ۱۷۶، ۱۸۷، ۲۱۹، ۲۲۸، ۲۲۹، ۲۳۰

۲۳۱، ۲۳۲، ۲۳۳، ۲۳۴

