

مداخله دادگاه در تعیین داور، آسیب شناسی قانون، رویه قضایی و ارائه الگو

حمیدرضا علومی یزدی^۱ - حمید درخشان نیا^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۹/۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۲/۹

چکیده

امروزه «مداخله» دادگاه در داوری جای خود را به «مساعدت» در داوری داده است. نبود درک درست از «مینا» و «حدود» مداخله دادگاه، مانع شکل‌گیری نظام داوری مستقل و کارآمد در ایران است. یکی از مواردی که مداخله دادگاه‌ها در داوری موضوعیت می‌یابد، تعیین داور است. این پژوهش نشان می‌دهد که قانون و رویه قضایی در خصوص مداخله دادگاه در تعیین داور، ناقص، سرگردان، مضطرب و «خلاف آمد» نیازها و ضرورت‌های بومی و فراملی است و سعی دارد تا «الگو» بی‌کارآمد در جهت ترسیم مداخله دادگاه در داوری ارائه دهد. فرایند داوری را از این حیث می‌توان به دو بخش تقسیم کرد: نخست مداخله دادگاه در مرحله شکل‌گیری و تداوم هیات داوری و دوم مداخله دادگاه در مرحله رسیدگی ماهوی. در مرحله اول باید اصل را بر مداخله دادگاه و در دومی اصل را بر نبود مداخله دادگاه گذاشت. درست برعکس آنچه شایسته است؛ رویه قضایی ما در ماهیت رسیدگی داوری به مداخله «تمام‌عیار و کاملی» تمایل دارد و اصل را بر مداخله دادگاه گذاشته است، اما در مرحله شکل‌گیری هیات داوری و تداوم آن اصل را بر نبود مداخله گذاشته است و لذا به جای چاره‌اندیشی، بر بن‌بست‌های مخل داوری در ایران، بن‌بستی دیگر افزوده است.

واژگان کلیدی: داوری، مداخله دادگاه، تعیین داور، نظارت دادگاه، الگوی داوری.

۱. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)

oloumi@atu.ac.ir

hamid.derakhshannia@yahoo.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی

مقدمه

طرف‌های موافقت‌نامه داوری در تعیین داور دارای تمامی اختیارات لازمه هستند. ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی در همین راستا اعلام می‌دارد طرفین «... می‌توانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف تعیین نمایند». ممکن است طرفین در توافقنامه داوری روشی برای تعیین و نصب داوران اعلام کنند. این روش‌ها می‌توانند متفاوت باشند. مواردی همانند انتخاب توسط یک شخص حقوقی فعال در زمینه داوری یا یک شخص حقیقی از یک سازمان (مانند سرپرست دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران) یا توسط شخص حقیقی ثالث (آقای فلانی) و یا توسط دادگاه. باین‌همه «عدم تعیین داور نخستین مشکل جریان داوری است»^۱. بنابراین یکی از موارد مداخله دادگاه‌ها در فرایند تعیین داور ممکن است با رضایت طرفین باشد یعنی، در حقیقت دو طرف اعلام کرده باشند که دادگاه هیات داوری را تعیین کند؛ اما همیشه در روند داوری دقیقاً امور براساس حاکمیت اراده دو طرف پیش نمی‌رود. گاه ممکن است شخصی که برای داوری انتخاب شده فوت کند یا استعفا دهد و یا آنکه ایراد جرح داور مورد موافقت قرار گیرد و یا آنکه شخص ثالث از انتخاب داور استنکاف نماید و یا آنکه طرفین نخواهند یا نتوانند در انتخاب داور تراضی کنند. در این موارد باید راهکاری اندیشیده شود تا اصل حل اختلاف طرفین از طریق داوری عقیم نماند زیرا مهم‌ترین موضوعی که طرفین ابتدا بر آن توافق کرده‌اند، پرهیز از مراجعه به دادگاه جهت حل و فصل خصومت است. این اراده را باید سربلند نگاه داشت و «بار بی‌نیازی» مراجعه به دادگاه از جانب یکی از طرفین یا عارض شدن امور اتفاقی در تعیین داور، نباید این اراده استوار را بلرزاند. به تعبیری دیگر هرچند روش تعیین و نصب داوران در توافقنامه داوری بسیار مهم بوده،^۲ اما امر مهم‌تری که در داوری وجود دارد، رجوع به داوری به جای مراجعه به دادگاه است.^۳

در چنین مواردی باید داور توسط مرجعی دائمی و بی‌طرف و بدون شائبه جانب‌داری و در

۱. داوری تجاری بین‌المللی «آیین داوری»، حمیدرضا نیک‌بخت، (تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ دوم: ۱۳۹۰)، ص ۱۲۵.

۲. Richard Hill, pioneer on international Arbitration, july 1995, p13

نقل از: جلال مصلحی، «حدود مداخله دادگاه‌های ملی در روند داوری»، (تهران: فصلنامه پژوهش حقوقی عمومی، شماره‌های ۱۵ و ۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۴)، ص ۲۵۳.

۳. مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ سوم: ۱۳۹۳)، صص ۵۰-۵۲.

عین حال آگاه به مسائل حل و فصل اختلافات انتخاب شود. مرجعی که دارای این ویژگی‌ها باشد، دادگاه‌ها هستند.

قوانین کشورها در همین راستا در صورت امتناع از تعیین و نصب داور یا غیرممکن شدن رسیدگی ناشی از وجود داور، دادگاه‌ها را مأمور انتخاب و معرفی داور می‌کنند. در این موارد دیگر اراده طرفین در انتخاب داور جایگاهی ندارد و انتخاب دادگاه بر طرفین تحمیل می‌شود. این نوشتار به مباحث پیرامون تعیین داور و مبنای دخالت دادگاه در تعیین داور و حدود و موارد دخالت پرداخته و با آسیب شناسی قوانین و به ویژه رویه قضایی دستیابی به الگویی کارآمد را در این زمینه، هدف قرار داده است.

۱. مبنا و فلسفه دخالت دادگاه در تعیین داور

امروزه یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر داوری اصل عدم مداخله دادگاه در جریان داوری است. این اصل را بعضی ویژه مسائل ماهوی رای صادره دانسته‌اند؛ بدین معنی که پس از صدور رای، ورود دادگاه‌ها در امور مربوط به داوری تجاری باید در پرتو اصل عدم مداخله دادگاه در ماهیت رای داوری انجام شود.^۱ برخی نویسندگان این اصل را اصل کلی حقوق داوری‌های تجاری بین‌المللی و اصل کنوانسیون نیویورک دانسته‌اند^۲ البته برخی دیگر وجود این اصل در سطح جهانی، به ویژه در خصوص امور موضوعی را نپذیرفته‌اند^۳ بعضی دیگر از نویسندگان اخیر نیز وجود چنین اصل و قاعده‌ای را در سطح یک قاعده حقوقی در حقوق داوری برخی کشورها می‌پذیرند.^۴ این اصل در رویه قضایی ما نیز جایگاه دارد؛ در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۶۸۶

۱ - Van den Berg, "The Efficacy of Award in International Commercial Arbitration" in *Arbitration Insights*, Kluwer Law International, 2007, p. 117; Park, op.cit., p. 148; Kroll Stefan, "Setting Aside Proceeding in Model Law Jurisdictions", *International Arbitration Law Review*, 2006, p. 2.

۲ - Heuman Lars & Millqvist Goran "Swedish Supreme Court Refuse to Enforce an Arbitral Award Pursuant to the Public Policy Provision of the New York Convention", *Journal of International Arbitration*, 20(5), 2003, p. 494; Van den Berg, Albert Jan, *The New York ... op. cit.*, Kluwer Law and Taxation Publishers p. 64.

۳ - Dammann Amina, "Vacating Arbitration Awards for Mistakes of Fact", *The Review of Litigation*, Vol. 27, 2007, p. 492, 444.

۴. برای مطالعه تفصیلی بنگرید: علیرضا ایرانشاهی، مجله حقوقی بین‌المللی، سال ۲۸، شماره ۴۴، ۱۳۹۰، صص ۷۷-۷۸.

تاریخ ۱۳۹۱/۰۶/۰۵ شعب ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ به صراحت به اصل عدم مداخله دادگاه در روند داوری تمسک جسته است. این شعبه در مقام ورود گسترده دادگاه بدوی به رای داوری اعلام داشته: «... وقتی طرفین قرارداد حل اختلاف ناشی از تفسیر یا اجرای قرارداد را به داوری ارجاع می‌دهند، در حقیقت نخواستند محاکم در موضوع مداخله کنند و احترام به اراده طرفین متعاملین ایجاب می‌نماید که دادگاه در چهارچوب قانون رفتار کند و این امر را به رسمیت بشناسد، زیرا خواست متعاملین مداخله نکردن محکمه بوده، ثالثاً مداخله محاکم در موضوع، محدود به جایی است که براساس قواعد آمره قانون‌گذار اجازه ورود داده است، در غیر این صورت ورود به حریم اراده طرفین قرارداد تلقی شده و هیچ توجیه قانونی ندارد و اگر داور بنا به خواسته متعاقدین به صدور رای هر چند ناعادلانه، به‌رغم هر یک از طرفین مبادرت نماید، بر نقض قواعد موجد حق دلالت ندارد، زیرا اراده طرفین به حل اختلاف توسط داور بوده نه محکمه...». در این رای چند نکته مهم و پیش‌انگاره وجود دارد: دادگاه، اصل نبود مداخله را اصلی دانسته که «قانون» در راستای احترام به اراده طرفین آن را مورد شناسایی قرار داده است و دادگاه باید در «چهارچوب قانون» به این اصل احترام بگذارد. درحالی‌که در قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین‌المللی ما، به صراحت این اصل مورد شناسایی قرار نگرفته و به نظر می‌رسد این دادگاه شناسایی اصل نهاد داوری و مقررات‌گذاری آن توسط قانون‌گذار و سپس تجویز مواردی را که دادگاه اجازه مداخله در داوری دارد، بر منع قانون‌گذار در مداخله دادگاه در روند داوری دلالت قرار داده است. این نظر در روزگاری که محاکم ما در همه مسائل به «صلاحیت عام محاکم» جهت مداخله و رسیدگی و صدور رای متوسل می‌شوند، حتی آنهایی را که به موجب قانون در صلاحیت مرجع دیگری دانسته شده است، باید ارج نهاد و گامی روبه‌جلو در نظام داوری و نظام حقوقی ما محسوب می‌شود. این رای علی‌الظاهر اصل نبود مداخله دادگاه را در روند داوری نه تنها در مسائل ماهوی بلکه در همه مسائل داوری، مگر مواردی که به صراحت توسط قانون‌گذار مورد تصریح قرار گرفته است، به رسمیت می‌شناسد اما در شرایط کنونی که نهاد داوری در حقوق ما هنوز نهال نورسته‌ای بوده و مقررات آن نیز آرام و خزننده در حال

۱. مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ سوم، ۱۳۹۳)، صص ۵۰-۵۲.

پیشرفت است، به نظر می‌رسد اصل نبود مداخله دادگاه در جریان داوری به نفع نظام حقوقی و اجتماعی ما نیست که با این کلیت مورد پذیرش قرار گیرد. در حقیقت وجود دادگاه در کنار داوری جهت تکمیل اراده طرفین و مساعدت به داوری جهت تسهیل امور و رفع موانع امری حیاتی است. شاید دادگاه محترم به جهت کثرت مداخله دادگاه‌ها در روند داوری به‌ویژه در امور ماهوی، چنین رای‌ای با این کلیت در شمول اصل نبود مداخله دادگاه صادر کرده باشد زیرا دادگاه‌های ما بدون توجه به نیازها و ضرورت‌ها و نظریه‌ها بر پایه اصل صلاحیت عام محاکم، در هر مسئله‌ای خود را صالح می‌دانند.

بنابراین در کنار اصل مداخله دادگاه در امور ماهوی (رسیدگی و رای داوری) در مسائل شکلی و اموری که موجب تسهیل روند داوری و نیز موجب شکل‌گیری، آغاز و تداوم آن می‌شود، باید اصل را بر جواز مداخله دادگاه در فرایند داوری دانست و در مقام شک در مسائل اخیر، این‌گونه مداخله‌های دادگاه را که موجب تناور شدن و باوری این نهال می‌گردد، گسترده تفسیر کرد.

بنابراین مداخله دادگاه را در تعیین داور از آنجا که موجب تکمیل قرارداد داوری یا رفع موانع شروع داوری و به امتناع رسیدن آن می‌شود، نباید از موارد اصل نبود مداخله دادگاه دانست. در همین راستا نظر شعب ۲۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران^۱ که از اصل نبود مداخله دادگاه در دادنامه شماره یادشده، برداشت منطقی داشته، شایسته است ارج نهیم. در این رای آموزنده ضمن اجازه دخالت و «نظارت دادگاه» در جریان داوری در مواردی مانند تعیین داور و ابلاغ رای داوری و اجرای آن اعلام داشته است که دادگاه در مسائل ماهوی داوری نباید «...بررسی تمام‌عیار و کامل...» انجام دهد. در زیر به موارد مداخله (مساعدت) دادگاه در تعیین داور می‌پردازیم:

۲. مداخله دادگاه در انتخاب داور با تراضی طرفین

داوری فرایند احترام به اراده طرفین در حل و فصل اختلافاتی که در روابط آنها به وجود آمده و از طرفی وظیفه اصلی حل و فصل خصومت با دادگاه‌ها است؛ بنابراین اگر در فرایند داوری

۱. شعبه ۲۹ دادگاه عمومی تهران (قاصی احمدی)، دادنامه شماره ۵۸۵ مورخ ۹۱/۶/۱۸، مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ اول (۱۳۹۵)، صص ۳۹۶-۳۹۷.

اراده طرفین بر این باشد که دادگاه برای آنها داور انتخاب کند، این امر علی‌القاعده نباید واجد اشکالی باشد. در همین راستا تبصره ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ مقرر می‌دارد «در کلیه موارد رجوع به داور، طرفین می‌توانند انتخاب داور یا داوران را به شخص ثالث یا دادگاه واگذار کنند» اما پرسشی جدی که مطرح می‌شود، این است که طرفین کدام دادگاه را می‌توانند انتخاب کنند؟ آیا انتخاب دادگاه باید با رعایت صلاحیت ذاتی و نسبی و محلی باشد؟ یعنی در واقع آیا موضوعی که ذاتاً در صلاحیت دادگاه حقوقی است، طرفین می‌توانند به داوری تراضی کنند و انتخاب داور را به دادگاه انقلاب یا دادگاه نظامی محول کنند؟ و یا اینکه موضوعی که در صلاحیت شورای حل اختلاف است و طرفین در خصوص ارجاع امر به داوری توافق کرده باشند، آیا می‌توانند انتخاب داور را به دادگاه حقوقی بسپارند، یا بالعکس آیا طرفین مقید به رعایت قواعد حاکم بر صلاحیت دادگاه محلی نیز هستند و نمی‌توانند موضوعی که در صلاحیت محلی دادگاه تهران است تعیین داور آن را به دادگاه حقوقی اهواز بسپارند؟ به نظر می‌رسد جهت پاسخ به این پرسش‌ها باید به اصل تفکیک قائل شد:

۱-۲. دادگاه صالح به انتخاب داور در فرض سکوت طرفین

در فرضی که طرفین در خصوص صلاحیت دادگاه جهت تعیین داور تراضی کرده باشند و دادگاهی که اختیار تعیین داور را دارد، مشخص نکرده قواعد حاکم بر صلاحیت دادگاه اعم از ذاتی و نسبی و محلی باید رعایت شود؛ در واقع اگر موضوعی در صلاحیت دادگاه حقوقی باشد دادگاه حقوقی باید داور را انتخاب کند و اگر در صلاحیت شورای حل اختلاف باشد، شورای حل اختلاف باید انتخاب و تعیین داور را انجام دهد و این دادگاه برابر مقررات مربوط به صلاحیت محلی می‌تواند اقدام لازم را صورت دهد. در همین راستا ماده ۴۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد «در صورتی که طرفین نسبت به دادگاه معینی برای انتخاب داور تراضی نکرده باشند، دادگاهی خواهد بود که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد».

۲-۲. دادگاه صالح به انتخاب داور در فرض تصریح طرفین و حدود اختیار طرفین در عدول از مقررات صلاحیت

چنانچه طرفین برای انتخاب داور دادگاهی تعیین کرده باشند که فاقد صلاحیت (ذاتی، نسبی و محلی) باشد، آیا مرجع فاقد صلاحیت موردنظر با این توافق ملزم به انتخاب داور می‌شود؟ در پاسخ باید دو نکته را مدنظر داشت: اول مبنای مداخله دادگاه در تعیین داور و دوم اینکه آیا دادگاهی که داور را انتخاب می‌کند، قانون در خصوص فرایند رسیدگی تکلیفی جز تعیین داور نیز بر وی بار می‌شود یا قضیه تنها به انتخاب داور مربوط است؟ اگر دادگاهی که داور انتخاب می‌کند، در فرایند رسیدگی تکلیفی همچون رسیدگی به دعوا در فرض انتفای قرارداد داوری یا ابلاغ و اجرای رای داور بر وی بار نمی‌شود و دادگاه تنها به انتخاب داور دست می‌زند. به نظر می‌رسد که انتخاب داور توسط دادگاه فاقد صلاحیت ذاتی نیز امکان‌پذیر است ولی اگر دادگاه فاقد صلاحیت رسیدگی بر اصل دعوا باشد، در صورت مداخله در تعیین داور بعد از آن دارای وظایف و تکالیفی می‌شود که آن مرجع را درگیر فرایند رسیدگی و ابلاغ و اجرای رای داور می‌کند؛ در این صورت باید توافق طرفین در انتخاب دادگاه فاقد مرجع صلاحیت‌دار ذاتی را نادیده انگاشت. در پاسخ می‌توان گفت همان‌گونه که طرفین می‌توانند انتخاب داور را به شخص ثالث حقوقی و یا یک شخص حقیقی محول کنند که هیچ ممنوعیتی ندارد، انتخاب داور را هم می‌توانند به دادگاهی که صلاحیت ذاتی، نسبی و محلی رسیدگی به اصل دعوا را ندارد، بسپارند. به‌ویژه که قانون بر شخصی که به انتخاب داور دست می‌یازد، بعد از انتخاب داور تکالیفی بار نکرده است و در موضوع ما دادگاهی که داور را انتخاب کرده، دیگر درگیر مسائل مربوط به داور نمی‌شود و با انتخاب داور توسط وی مسئله تمام می‌شود و خود آغازی بر آغازهای دیگر برای آن مرجع نیست. با پذیرش این دیدگاه ضمن احترام به اصل حاکمیت اراده، داوری نظام مستقل خود را حفظ می‌کند و از طرفی اشخاصی که به هر دلیل انگیزه دارند تا انتخاب داور توسط یکی از دادگاه‌های فاقد مرجع صلاحیت‌دار انتخاب شود، این انگیزه موجب انعقاد قرارداد داوری و تشویق و ترغیب و تسهیل رجوع به داوری می‌شود. به جز اصول و مبانی داوری و نیازها، اطلاق ماده ۴۶۲ نیز چنین تفسیری را اقتضا می‌کند. باین‌همه بعضی^۱ بر این باورند انتخاب دادگاهی که صلاحیت ذاتی رسیدگی به اصل دعوا را ندارد، ممکن نیست. عمده استدلال آنها بر این اصل استوار است که «... غیر از دادگاه‌های عمومی صلاحیت دادگاه‌های دیگر استثنایی و

۱. آیین داوری، مرتضی یوسف‌زاده، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۳)، ص ۱۱۴.

توسط قانون حصر شده است؛ در نتیجه آنها تنها در اموری می‌توانند دخالت کنند که قانون‌گذار صریحاً به آنها اجازه داده باشد و نمی‌توان با تراضی برای این گونه مراجع صلاحیت ذاتی ایجاد کرد. ... ولی تعیین قاضی معین (صرف نظر از دادگاه) برای انتخاب داور ظاهراً منعی ندارد. مثلاً رئیس دادگاه استیناف تهران یا رئیس دیوان عالی کشور، همچنین از ماده مذکور قطعاً این نکته استنباط می‌شود که طرفین می‌توانند برای انتخاب داور دادگاهی را انتخاب کنند که صلاحیت نسبی نداشته باشد. در مثال ادامه مشخص می‌شود ایشان مفهوم صلاحیت نسبی را با صلاحیت محلی یکسان دانسته‌اند. «مثلاً اگر دادگاه صلاحیت‌دار نسبی برای رسیدگی به دعوا، دادگاه عمومی اصفهان باشد، می‌تواند به جای آن دادگاه عمومی اهواز یا کرمان یا جای دیگر را انتخاب کنند». صرف نظر از اینکه مفهوم صلاحیت نسبی و صلاحیت محلی متفاوت بوده و غالب قواعد و مقررات حاکم بر صلاحیت ذاتی بر صلاحیت نسبی نیز حاکم است، مانند دعوایی که در صلاحیت شورای حل اختلاف است طرفین نمی‌توانند توافق کنند که در دادگاه حقوقی مطرح شود، می‌توان گفت استدلال‌ها درست است اما نه در این جایگاه، زیرا هر چند صلاحیت ذاتی غیرقابل توافق است و نیز صلاحیت مراجع غیر از دادگاه عمومی نیازمند نص است، اما این امر در مورد «دعوا» صدق می‌کند و اگر هدف قانون‌گذار این بود تا تعیین داور تابع قواعد عمومی صلاحیت باشد، نیازی به ماده ۴۶۲ نبود و ماده ۴۶۲ همان تصریحی است که در این مقاله به آن احساس نیاز می‌شود. همچنین علت تفکیک میان موردی که رئیس دادگاه استیناف به عنوان مرجع تعیین داور عمل می‌کند و موردی که خود دادگاه استیناف یا یکی از شعب آن مرجع تعیین داور انتخاب شده، نامشخص است و استدلال همگونی به نظر نمی‌رسد.

۳. توافق نکردن طرفین در تعیین داور و مداخله دادگاه

«در مواردی که مقرر گردیده است حل اختلاف به یک نفر داور ارجاع شود و طرفین نخواهند و یا نتوانند در انتخاب داور تراضی نمایند...» (ماده ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی) در این صورت «... هر یک از طرفین می‌توانند با معرفی داور موردنظر خود بوسیله^۱ اظهارنامه از طرف مقابل درخواست نماید تا ظرف مدت ده روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه نظر خود را در مورد

۱. در متن قانون واژه «به» وجود ندارد.

داور واحد اعلام کند... در صورتی که با انقضای مهلت، اقدامی به عمل نیاید...» (ماده ۴۶۰) «ذی نفع می تواند حسب مورد برای تعیین داور به دادگاه مراجعه کند». (ماده ۴۵۹) در این صورت قانون گذار در راستای جلوگیری از عقیم شدن قرارداد داوری دخالت دادگاه را در این مورد بدون تصریح طرفین، پیش بینی کرده، یعنی در واقع دخالت دادگاه در جهت تکمیل قرارداد داوری و مساعدت در به نتیجه رسیدن داوری است. در طراحی یک «الگوی کارآمد» از داوری باید این نوع دخالت های دادگاه را تقویت و برجسته کرد. باین همه رویه قضایی در خصوص مداخله دادگاه در تبیین مفهوم داور مرضی الطرفین متهافت است. شعبه ۱۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران به موجب دادنامه شماره ۹۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۲/۱۱ دادخواست ابطال داور که برابر قرارداد بنا بوده مرضی الطرفین انتخاب شوند، اما به جهت نبود توافق طرفین در انتخاب داوران، دادگاه انتخاب داور نموده و پس از تشکیل هیات داوری، داوران رای صادر نموده، خلاف بندهای هفت گانه ماده ۴۸۹ ندانسته است اما در پی تجدیدنظرخواهی از همین دادنامه شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ رای داوران و رای دادگاه بدوی را خلاف قانون تشخیص داده است و استدلال نموده که «با وجود شرط داوری مرضی الطرفینی مداخله دادگاه در تعیین داور بلا وجه بوده و در صورت نبود تراضی طرفین به داوری موضوع حکمیت منتفی می گردد. بنا به مراتب چون رای مغایر با موازین قانونی صادر گردیده با قبول اعتراض به استناد ماده ۳۵۸ و ماده ۱۹۸ {۴۸۹} همان قانون حکم به ابطال رای داوری... صادر و اعلام می گردد...». در این رای دادگاه تجدیدنظر تبیین نکرده که با استناد به کدام بند و کدام استدلال در صورت نبود توافق طرفین در تعیین داور مرضی الطرفین، داوری خاتمه می یابد و باید به اختلاف طرفین در دادگاه رسیدگی شود، اما احتمالاً مستند دادگاه بند ۶ ماده ۴۸۹ بوده که مقرر داشته اگر رای به وسیله داورانی صادر شده باشد که مجاز به صدور رای نبوده اند، رای باطل است و قابلیت اجرایی ندارد.

به باور ما تهافت میان آرای دادگاه ها در خصوص امکان مداخله دادگاه به دو برداشت مختلف از ماده ۴۶۳ و ماده ۴۵۹ و ۴۶۰ برمی گردد. در حقیقت به موجب ماده ۴۵۹ دادگاه اختیار دارد هنگامی که طرفین در تعیین داور مشترک (ثالث) نتوانند تراضی کنند، در تعیین داور دخالت

۱. مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) شهریور ۱۳۹۱، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ سوم، ۱۳۹۳، ص ۴۵.

۲. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۷۵۷ مورخ ۱۳۹۱/۰۶/۲۸، مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) شهریور ۱۳۹۱، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ سوم، ۱۳۹۳، ص ۴۹.

کند. به قرینه «تراضی» و لحن ماده و روی متعاملین در اجتماع به خوبی می توان فهمید که منظور داور ثالث در این ماده، داور مرضی الطرفین است. در ماده ۴۶۳ نیز مقرر شده است «هرگاه طرفین ملتمز 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 ننماید، رسیدگی به اختلاف در صلاحیت دادگاه خواهد بود».

حال جمع بین مواد ۴۶۳ و ۴۵۹ و ۴۶۰ چگونه باید صورت گیرد؟ به نظر ما آنچه طرفین و یا دادگاه در همه موارد به مرضی الطرفینی توصیف می کنند با داور معین موضوع ماده ۴۶۳ ق.آ.د.م. تفاوت ها و شباهت هایی دارد. در هر دو مورد داور به تراضی مشخص می شود و از این حیث هر دو مرضی الطرفین هستند؛ اما آنچه ماده ۴۶۳ بیان می دارد نوع خاصی از داور مرضی الطرفین است که در هنگام قرارداد داوری، نام و مشخصات وی معلوم می شود و آنچه معمولاً طرفین در قرارداد به مرضی الطرفینی تعبیر می کنند، هنگامی است که در موافقت نامه داوری «هویت» داور مشخص نشده و بعداً توسط طرفین مشخص می شود؛ بنابراین زمانی که طرفین داور خود را در زمان موافقت نامه داوری مشخص نمی کنند و تنها اعلام می دارند داور (ها) به تراضی تعیین شود، در صورت اخیر روشن است که طرفین حل اختلاف بدین وسیله، داوری را بیش از هر چیز دیگری اراده کرده اند اما در مواردی که به داوری شخص معینی توافق کرده اند، ظاهراً جهت اصلی ارجاع امر به داوری همانا حل و فصل اختلاف به وسیله آن شخص بوده، به تعبیر یکی از استادان در این صورت انجام داوری به وسیله آن شخص معین قید داوری است.^۱

ممکن است طرفین شخص معینی را به عنوان داور مشخص نکنند اما در زمان انتخاب وی به عنوان داور توافق کنند که تنها همین داور اختلافات آنها را حل و فصل کند، که در این صورت قید جدیدی بر موافقت نامه داوری وارد شده و موضوع مانند موردی است که از ابتدا شخص معینی را به عنوان داور انتخاب کرده اند.

بنابراین منظور ماده ۴۶۳ ق.آ.د.م. داور معینی که انتخاب وی علت عمده عقد یا به تعبیری قید داوری است. نکته قابل توجه در ماده ۴۶۳ این است که حتی در مواردی که داور معین نیز علت عمده عقد باشد و داور معین نخواهد یا نتواند به عنوان داور رسیدگی کند، نیز به صرف نتوانستن و

۱. جواد واحدی، «رسیدگی به ماهیت دعوا پس از ابطال رأی داوری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۶، سال ۱۳۸۰، ص ۸.

نخواستن داور معین عقد داوری از بین نمی‌رود بلکه قانون در اینجا اجازه داده که طرفین با تراضی، داور دیگری را تعیین کنند. در واقع قانون‌گذار فرض را بر این گذاشته که طرفین دو انشا داشته‌اند، یکی ارجاع امر به داوری و دیگری ارجاع امر به داوری شخص خاص که آنچه در نظر قانون‌گذار مهم‌تر بوده همان توافق ارجاع امر به داوری بوده است؛ زیرا در صورت منتفی شدن ارجاع امر به داوری شخص معین، برابر قواعد عمومی قراردادها موافقت‌نامه داوری باید فسخ می‌شد در حالی که با انتخاب داور جدید توسط طرفین و بدون انشای عقد جدید، قرارداد داوری به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد و این ماده که حتی استثنایی بر قواعد عمومی قراردادهایی که شخصیت در آن علت عمده عقد است، وارد کرده؛ دارای این پیام عالی و روشن است تا حد ممکن باید موافقت‌نامه داوری را زنده نگاه داشت و دادگاه‌ها باید موافقت‌نامه داوری را به نحوی تفسیر کنند که رسیدگی به اختلاف در صلاحیت داوری باقی بماند.

با این تعابیر نظر مشورتی شماره ۷/۴۳۶۱ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۱۰ اداره حقوقی^۱ که بیان داشته «در مواردی که شخص معینی به‌عنوان داور مرضی‌الطرفین تعیین نشده باشد و طرفین بر داور مرضی‌الطرفین توافق نمایند مطابق ماده ۴۶۳ ق.آ.د.م. ۱۳۷۹ رسیدگی بر عهده دادگاه بوده و تعیین داور توسط دادگاه بنا به درخواست یکی از آنها مجاز نیست زیرا فاقد وصف مرضی‌الطرفینی خواهد بود»، التقاطی از استدلال‌های نادرست است. قائلان این نظر باید باور داشته باشند در مواردی که طرفین نیز انتخاب داور را به شخص ثالثی واگذار می‌کنند، در صورت امتناع وی نیز نباید دادگاه در تعیین داور مداخله کند، زیرا انتخاب داور توسط دادگاه مقصود طرفین نبوده و آن مورد قصد طرفین قرار گرفته است. انتخاب داور توسط ثالث بوده نه دادگاه؟ درحالی‌که چنین باوری ندارند. از همه مهم‌تر درجایی که یکی از طرفین از انتخاب داور اختصاصی امتناع می‌کند را چگونه توجیه می‌کنند؟

بنابراین این استدلال که انتخاب داور توسط دادگاه واجد وصف مرضی‌الطرفینی نیست و خلاف اراده طرفین است، قابل‌پذیرش نمی‌باشد؛ زیرا در آن صورت به‌جز موردی که طرفین به دادگاه جهت انتخاب داور اعطای اختیار کرده‌اند، در سایر مواردی که دادگاه به‌جای طرفین داور

۱. مجموعه قوانین و مقررات آیین دادرسی مدنی، ج ۱، (تهران: معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چاپ دهم، اردیبهشت ۱۳۹۲)، ص ۲۷۷.

تعیین می‌کند، دخالت دادگاه نیز در راستای اراده، مورد اراده و توافق طرفین نیست. در حالی در چنین مواردی دخالت دادگاه را جهت جلوگیری از عقیم شدن قرارداد داوری باید مد نظر داشت نه در راستای اراده طرفین.

بعضی از نویسندگان در نقد بند ب ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی که امکان مداخله دادگاه جهت تعیین داور مشترک یک‌نفره را به رسمیت شناخته، چنین گفته‌اند «ولی داوری را که به این ترتیب انتخاب می‌شود نمی‌توان حقیقتاً مرضی‌الطرفین نامید، زیرا... او تراضی نکرده بلکه فقط پذیرفته است که تراضی کند و الزام به تراضی معمولاً مستلزم اکراه است»^۱.

در رویه قضایی نیز همانگونه که گفته شد در این باره نیز تهافت وجود دارد. شعبه ۸۹ دادگاه عمومی حقوقی بدوی شهر تهران در دادنامه شماره ۵۶۸ مورخ ۹۱/۷/۳۰ اظهار ناتوانی داور که حسب ماده ۱۰ قرارداد مزبور طرفین توافق نمودند کلیه اختلافات ناشی از این قرارداد را از طریق حکم آقای م.م. فرزندان الف. حل و فصل نمایند را موجب انتفای قرارداد داوری ندانسته و اعلام داشته برابر مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ انتخاب داور باید توسط طرفین و در صورت نبود تراضی با رعایت تشریفات توسط دادگاه به عمل آید اما شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اعلام نموده که صرف اعلام ناتوانی داور معین مرضی‌الطرفین در اظهارنظر، کافی بر منتفی شدن داوری و لذا صلاحیت دادگاه در رسیدگی دادگاه به موضوع است.^۲ به نظر می‌رسد در این میان نظر دادگاه تجدیدنظر صائب می‌باشد، زیرا طرفین از این جهت به داوری موافقت کرده‌اند که داور آنها م.م. فرزندان الف. بوده است. با این همه به جهت نبود تمایز میان داوری که هنگام موافقت‌نامه داوری معین شده و داوری که بعداً تعیین خواهد شد در دادنامه شماره ۷۰۰ تاریخ ۱۳۹۱/۰۷/۲۴ شعبه ۱۵ دادگاه بدوی حقوقی^۳ شهر تهران به صراحت اعلام شده «اعتراض خانم ف.ج. به طرفیت خانم

۱. مرتضی یوسف‌زاده، آیین داوری، (تهران: شرکت سهامی انتشار چاپ دوم، ۱۳۹۳)، ص ۱۲۷.
 ۲. شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۵۴ تاریخ ۹۱/۷/۳۰، مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) دی ۱۳۹۱، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ چهارم، ۱۳۹۳)، ص ۲۴. همچنین بنگرید: شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۴۲۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۵، در مقام نقض دادنامه شماره ۶۱۲ تاریخ ۱۳۹۱/۷/۲۹ شعبه ۱۰۶ دادگاه حقوقی تهران، مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) دی ۱۳۹۱، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ دوم، ۱۳۹۳)، صص ۱۷-۱۸. البته در این رأی دادگاه تجدیدنظر تمایزی میان داور معین که در زمان موافقت‌نامه داوری مشخص شده است و داوری مرضی‌الطرفینی که انتخاب وی به بعد واگذار شده، قائل نشده است.
 ۳. شعبه ۱۵ دادگاه حقوقی تهران، دادنامه شماره ۷۰۰ مورخ ۹۱/۷/۲۴ مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) اردیبهشت ۱۳۹۲، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ دوم، ۱۳۹۳)، ص ۱۲۵.

ب.س. نسبت به رای داوری صادره در پرونده کلاسه ۹۰/۱۵/۹۰ وارد است، زیرا طبق ماده ۷ قرارداد مورخ ۸۵/۸/۲ در صورت بروز اختلاف بین طرفین، داور مرضی‌الطرفین جهت حل اختلاف تعیین می‌شود که در مانحن‌فیه طرفین به داوری فرد خاصی تراضی نموده‌اند و در این گونه موارد انتخاب داور از سوی دادگاه صحیح نیست، لذا دادگاه با توجه به ملاک ماده ۴۶۳ و با استناد به مواد ۴۸۹ و ۴۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر ابطال رای داور صادر می‌نماید. طرفین می‌توانند جهت رسیدگی به اختلاف به دادگاه صالح رجوع نمایند...» این رای عیناً در شعب ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به استناد بند ۶ ماده ۴۸۹ مورد تأیید قرار گرفته است.^۱ و همان گونه که گفته شد این نظر تأمین‌کننده نیازهای امروز جامعه ما در جهت تشویق و تقویت داوری و نیز اهداف طرفین در مراجعه به داوری نیست.

در پرونده دیگری در شعبه ۴۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران درحالی که طبق ماده ۷ قرارداد اجاره مقرر شده در صورت بروز اختلاف بدو به طور دوستانه و در غیر این صورت از طریق حکم مرضی‌الطرفین حل و فصل خواهد شد که دادگاه به استناد مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی داور تعیین می‌کند.^۲

در رای دیگری که از قاضی فاضلی صادر شده چنین آمده «... بند ۳-۱۰ قرارداد دلالت بر وجود شرط ارجاع امر به داوری در مقام بروز اختلاف بوده که منشأ مطالبه مذکور هم مبنای قراردادی داشته و دارد و لزوماً مطابق مواد ۴۵۴، ۴۵۵، ۴۵۹، ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی چنانچه طرفین اختلاف خویش را به داور مرضی‌الطرفین دلالت داده باشند و در تعیین داور مرضی‌الطرفین توافق حاصل نگردد مجرای احترام منطبق بر مدلول ماده ۴۶۰ استادی است...»^۳

شعبه ۱۱۶ دادگاه حقوقی تهران^۴ نیز در خصوص دعوی الزام شرکت اول به فک رهن و تغییر کاربری و تنظیم سند رسمی انتقال پلاک ثبتی ۱۱۸۱ فرعی از ۹۳ اصلی به انضمام خسارات دادرسی که نزد آن شعبه مطرح شده اعلام داشته است «... ثانیاً در خصوص دعوی خواهان علیه

۱. شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر شهر تهران دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۸۳ مورخ ۹۲/۰۲/۰۲، همان، ص ۱۲۵.

۲. پرونده کلاسه ۸۹۰۹۹۸۲۶۲۷۳۰۰۳۰۰ شعبه ۴۲ دادگاه عمومی (حقوقی)، (قاضی امین رجبی) مجتمع قضایی شهید صدر تهران دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۲۱۶۰۷۰۰۹۹۷

۳. پرونده کلاسه ۹۰۹۹۸۲۱۶۱۸۰۰۸۲۹ شعبه ۸۶ دادگاه عمومی (حقوقی)، (قاضی مهرداد یزدانی) مجتمع قضایی شهید صدر تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۲۱۶۱۸۰۰۷۳۵

۴. پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۸۰۲۴۱۳۰۰۸۴۸ شعبه ۱۱۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران، دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۴۱۳۰۱۳۶۸

خواننده ردیف اول نیز با عنایت به ماده ۵ قرارداد استنادی خواهان که موضوع باید برای حل اختلاف به داور مرضی الطرفین ارجاع شود و استدلال و کلای محترم خواهان در لایحه وارده به شماره ۴۴۴۶-۹۲/۱۱/۲۱ مبنی بر عدم توافق به داوری با عدم تعیین داور مرضی الطرفین از نظر دادگاه صحیح نمی‌باشد چه این که در صورت عدم توافق مطابق ماده ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی باید به دادگاه جهت تعیین داور مراجعه شود که در مانحن فیه چنین نشده است. دادگاه مستنداً به ماده ۱۰ قانون مدنی و ماده ۲ قانون آئین دادرسی مدنی قرار رد دعوی خواهان علیه خواننده ردیف اول ش. را نیز صادر و اعلام می‌نماید...».

از همه عجیب‌تر آنکه شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران در موضوعی که طرفین توافق کرده‌اند تا از طریق داور مرضی الطرفین به انتخاب رئیس کانون وکلای مرکز انتخاب می‌شود، اختلاف آنها حل و فصل شود، با تکیه بر این استدلال که داور انتخاب شده توسط رئیس کانون وکلای طرفین نیست و لذا رای صادر توسط داور را ابطال کرده است.^۱

ملاحظه می‌شود که این وضعیت آشفته و پیش‌بینی‌ناپذیر رویه قضایی در حقوق ایران چگونه مردم را دچار سرگردانی می‌کند؛ امری که امنیت حقوقی و قضایی آنان را نشانه رفته است. در برخی موارد پس از ماه‌ها و سال‌ها سرگردانی در راهروهای دادگستری جهت تعیین داور، دادگاه اعلام داشته که تعیین داور مرضی الطرفین توسط دادگاه امکان‌ناپذیر است و در امر دیگری که شخص با آگاهی از این رویه از همان ابتدا عطای تعیین داور را به لقای دعوا در خصوص اصل اختلاف در دادگاه بخشیده، با رویکردی متفاوت مواجه می‌شود.

راه خروج از این بن‌بست ویرانگر و آشوب‌زا همانا تمایز قائل شدن میان داوری است که از ابتدا در موافقت‌نامه داوری تعیین شده، با داوری که بعداً تعیین خواهد شد.

روشن است که در ماده ۴۶۳ طرفین الزامی به تعیین داور جدید، جایگزین داور قبلی، ندارند^۲ اما در مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ این تکلیف وجود دارد.

۱. پرونده کلاسه ۹۱۰۹۹۸۲۱۶۰۲۰۰۱۲۰ شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۵۳۹ در مقام تأیید دادنامه شماره ۹۱/۱۲/۱۲-۱۰۱۴ صادره از شعبه ۳۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران.
۲. پرونده کلاسه ۹۰۰۹۹۸۰۲۴۱۳۰۱۲۲۸ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۱۹۹ در مقام تأیید دادنامه شماره ۹۱/۵/۸-۴۳۶ شعبه ۱۱۶ دادگاه عمومی تهران که در این دعوا الزام به تعیین داور جدید از دادگاه درخواست شده اما دادگاه با این استدلال که امکان الزام وجود ندارد و باید با تراضی طرفین تعیین داور جدید صورت گیرد، دعوا را رد کرده است.

بعضی باورند دارند در مواردی که داور یک نفر است و یکی از موجبات ماده ۴۶۰ ق.آ.د.م. به وجود می آید با توجه به ارجاع ذیل این ماده به ماده ۴۵۹ ق.آ.د.م. دادگاه باید سه نفر را به عنوان داور تعیین کند؛ زیرا ماده ۴۵۹ راجع به هیات داوری است؛^۱ اما این نظر صحیح نبوده و عبارت «... برابر قسمت اخیر ماده قبل عمل خواهد شد» به آن بخش ماده ۴۵۹ برمی گردد که اعلام داشته «ذی نفع می تواند حسب مورد برای تعیین داور به دادگاه مراجعه کند» عبارت «قسمت اخیر» به خوبی نشان دهنده این موضوع است که نباید تمام ماده ۴۵۹ مدنظر قرار گیرد. «به این ترتیب که ماده ۴۵۹ به موردی می پردازد که داوری به صورت هیات داوری مطرح بوده حال آنکه موضوع ماده ۴۶۰ داوری منفرد است».^۲

۴. خودداری شخص ثالث از تعیین داور یا غیرممکن شدن انتخاب داور توسط او و مداخله دادگاه

طرفین می توانند انتخاب داور یا داوران خود را به شخص ثالث واگذار کنند (تبصره ماده ۴۵۵ ق.آ.د.م. ۷۹). ممکن است شخص ثالث از تعیین داور خودداری کند، اگر گفته شود این شخص ثالث است که ملزم به انتخاب داور خواهد بود، اصل نسبی بودن قراردادها که به موجب آن امکان ایجاد تعهد به ضرر ثالث وجود ندارد نقض شده و امکان انتخاب داور توسط شخص ثالثی که فوت کرده یا محجور شده نیز وجود ندارد. به تعبیر قانون در این شکل امکان انتخاب غیرممکن است و از سویی با خودداری ثالث و یا غیرممکن شدن انتخاب داور توسط وی، از این حیث شروع داوری به امتناع می رسد و می دانیم که حل و فصل اختلافات از راه داوری مزایای انکارناپذیر بی شماری دارد و لذا باید راه حل مناسبی پیدا کرد که بدون آسیب رساندن به اراده طرفین و بدون آنکه تعهدی بر ثالث قرار گیرد، داوری به بار نشیند. جستجوی همین راه حل قانون گذار را به فکر این چاره انداخته که با خودداری شخص ثالث، داوری پایان نیابد و لذا اختیار تعیین داور را به دادگاه که مرجع عام تظلمات بوده (اصل ۱۵۹ ق.ا.) و بی طرفی آن مفروض می باشد، سپرده است. البته باید توجه داشت که پیش از مداخله دادگاه در فرایند داوری، لازم است تا برابر ماده ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی طرف مقابل اظهارنامه ای برای طرف خود

۱. آیین داوری، مرتضی یوسفزاده، (تهران: سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۳)، ص ۱۲۷.

۲- عباس کریمی، حمیدرضا پرتو، حقوق داوری داخلی، (تهران: انتشارات دادگستر، چاپ دوم بهار ۱۳۹۲)، ص ۱۳۳.

بفرستند و امکان مراجعه فی‌البداهه به دادگاه وجود ندارد در صورتی که این تشریفات طی نشده باشد به جهت رعایت نشدن قانون دادگاه درخواست را نمی‌پذیرد (ماده ۲ ق.آ.د.م.).

۵. مداخله دادگاه در تعیین جایگزین داور ممتنع، مستعفی، یا متوفی

«...برابر مقررات قانون آیین دادرسی مدنی، تقسیم‌بندی کلی داوری ممکن است به دو صورت انجام شود: الف- داوری در خارج از دادگاه، ب- داوری با مدیریت و نظارت دادگاه. در حالت اول، مراجعه طرفین به دادگاه محدود به تعیین داور برای طرف ممتنع، تعیین سرداور، ابلاغ رای داور، اجرای رای داور و ابطال رای داور است و در این موارد، وظیفه دادگاه محدود به خواسته مطرح شده است و بیش از آن وظیفه دیگری ندارد. حالت دوم هنگامی است که اصل دعوی به نحو صحیح و قانونی در دادگاه مطرح و مورد رسیدگی قرار گرفته و طرفین در جریان دادرسی به داوری تراضی نمایند (موضوع ماده ۴۷۴ قانون آ.د.م.)»^۱ در حقیقت گاهی ارجاع امر به داوری بدون دخالت دادگاه است و داور تعیین شده از پذیرش داوری امتناع می‌کند، یا استعفا داده، یا فوت می‌کند و یا حتی محجور می‌شود^۲ که در این صورت خارج از دو حالت نیست یا ارجاع امر به داوری شخص خاص و بدون مداخله دادگاه بوده (حالت اول) یا ارجاع امر به داوری از طرف دادگاه بوده (حالت دوم) که در این صورت هم دو حالت دارد یا داوران متعدد و حداقل سه نفر هستند و یا داوران کمتر از سه نفر هستند که در هر مورد حکم آن متفاوت است و ما در زیر به آنها می‌پردازیم:

۵-۱. مداخله دادگاه در تعیین داور جایگزین داور ممتنع، مستعفی و متوفی هنگامی

که ارجاع امر به داوری بدون دخالت دادگاه بوده

به طور کلی می‌توان گفت شخصی که به داوری انتخاب می‌شود به پذیرش داوری مکلف نیست. چه از طرف دادگاه تعیین شده باشد و چه از طرف شخص ثالث و چه از سوی طرفین.

۱. شعبه ۲۹ دادگاه عمومی تهران، دادنامه شماره ۵۸۵ مورخ ۹۱/۶/۱۸، مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)

سال ۱۳۹۲، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ اول (۱۳۹۵)، ص ۳۹۷.

۲. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی پیشرفته، ج ۳، انتشارات دراک، ص ۵۴۹. هر چند در ماده ۴۶۰ حرفی از حجر به میان نیامده است اما از آنجا که هنگامی که داور محجور می‌شود داوری به امتناع می‌رسد؛ حجر را نیز باید تابع تشریفات ماده ۴۶۰ دانست.

(ماده ۴۶۵ و ۴۶۳) الزام او به داوری تا پیش از پذیرش داوری مخالف اصل آزادی اراده است و با امتناع و استنکاف دادرس از احقاق حق قابل مقایسه نمی‌باشد (ماده ۵۹۷ قانون تعزیرات اسلامی ۱۳۷۵)^۱ زیرا دادرس در ابتدای قضاوت متعهد شده تا به تمامی مسائلی که به وی ارجاع می‌شود برابر قانون رسیدگی و رای صادر نماید ولی در مورد داور چنین تعهد و التزامی وجود ندارد. لذا در صورتی که داور مورد نظر انجام داوری را نپذیرد، در این صورت پس از ارسال اظهارنامه موضوع ماده ۴۶۰ دادگاه به انتخاب داور مبادرت می‌کند. در این خصوص تفاوتی ندارد که داوران چند نفر هستند؛ بنابراین چنانچه تعداد داوران پنج نفر باشند و چهار نفر انجام داوری را بپذیرند و یک نفر از پذیرش داوری امتناع کند، دادگاه باید در تعیین داور پنجم مداخله کند. همچنین الزام شخصی که در میانه فرایند داوری حاضر به ادامه کار نیست، ممکن است اثرات نامطلوبی بر فرایند داوری داشته باشد و با موازین رسیدگی عادلانه این امر همخوانی ندارد. به ویژه درجایی که تنها یک داور وجود دارد؛ امری که با حزم و دوراندیشی باید از آن دوری جست؛ بنابراین قانون‌گذار امکان استعفای داور را مورد پذیرش قرار داده اما استعفای داور در میانه راه موجب بروز خساراتی گاه جبران‌ناپذیر بر طرفین یا یکی از آنها می‌شود. حداقل این خسارت‌ها طولانی شدن روند داوری است و در اموری که فوریت رسیدگی، اشخاص را وادار به ارجاع امر به داوری کرده، این امر نقض غرض محسوب می‌شود. در همین راستا قانون‌گذار در کنار امکان استعفای داور مقرر داشته داور علاوه بر جبران خسارت وارده تا پنج سال از حق انتخاب شدن به داوری محروم می‌شود. (م. ۴۷۳) منظور از خسارات وارده کلیه خساراتی که رابطه سببیت با استعفای داور همچون خسارت تعیین داور جدید، خسارت ناشی از تطویل فرایند داوری را در برمی‌گیرد. این مطالبه نیازمند طرح دعوا برابر عموماً آیین دادرسی مدنی و قواعد کلی صلاحیت است، که این امر خود در همه موارد خالی از نقص نبوده و جا دارد قانون‌گذار جهت جلوگیری از هر گونه اختلاف، دادگاهی در کنار دادگاه محل اقامت خواننده، با «توسعه صلاحیت»^۲ دادگاه محل انجام

۱. ماده ۵۹۷ - هر یک از مقامات قضایی که شکایت و تظلمی مطابق شرایط قانونی نزد آنها برده شود و با وجود اینکه رسیدگی به آنها از وظایف آنان بوده به هر عذر و بهانه اگر چه به عذر سکوت یا اجمال یا تناقض قانون از قبول شکایت یا رسیدگی به آن امتناع کند یا صدور حکم را برخلاف قانون به تأخیر اندازد یا برخلاف صریح قانون رفتار کند دفعه اول از شش ماه تا یک سال و در صورت تکرار به انفسال دائم از شغل قضایی محکوم می‌شود و در هر صورت به تأدیه خسارات وارده نیز محکوم خواهد شد.

۲. بنگرید: خیرالله هرمزی، «توسعه صلاحیت یا صلاحیت تبعی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره ششم، بهار

داوری را نیز صالح به رسیدگی بداند.

چنانچه شخصی از پذیرش داورى امتناع کرده و یا استعفا داده، در موافقت‌نامه داورى معین شده باشد از آنجا که علت عمده تشکیل موافقت‌نامه داورى شخصیت داور بوده، قرار داورى زایل می‌شود.

شعب ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۷۱۹ تاریخ ۱۳۹۱/۰۶/۲۵ نیز اعلام داشته که استعفا یا ناتوانی داور مرضی‌الطرفین موجب انتفای موضوع داورى خواهد شد.^۱ هرچند در این دادنامه دادگاه ذکر نکرده که چرا استعفاى داور مرضی‌الطرفین موجب از بین رفتن قرارداد داورى می‌شود، به باور ما در این پرونده احتمالاً توافق بر شخص خاص علت عمده تشکیل موافقت‌نامه داورى بوده است. چنانکه شعبه به اعتقاد اینکه با استعفاى هر داور مرضی‌الطرفین قرارداد داورى از بین می‌رود، این استدلال همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، قابل مناقشه است؛ زیرا در صورت قائل شدن به انتفای قرارداد داورى، طرفین حتی با تراضی نمی‌توانند داور جدید نیز تعیین کنند و اگر طرفین بخواهند داور جدید تعیین کنند باید عقد داورى جدیدی انشا کنند، درحالی که در عمل طرفین در چنین حالتی تنها داور جدید را تعیین و عقد جدیدی خلق نمی‌کنند.^۲

شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۲۸۰ مورخ ۹۱/۱۰/۱۳ در مقام تجدیدنظرخواهی از دادنامه شماره ۷۵۸ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۴ صادره از شعب ۳ دادگاه حقوقی شهرى طى استدلال متفاوتی به نتیجه‌ای مشابه رسیده است. به حکایت دادنامه علی‌الظاهر احدی از داورانى که در قرارداد پایه به‌عنوان داور تعیین شده، فوت نموده و دادگاه پس از طى تشریفات در راستای ماده ۴۵۹ و ۴۶۰ داور انتخاب نموده است و این داور در کنار داوران دیگر رای صادر می‌نماید که این امر مورد اعتراض محکوم‌علیه در دادگاه بوده شده شعبه سوم دادگاه شهرى دخالت دادگاه در تعیین جانشین داور فوت‌شده را در راستای موازین قانونی دانسته و خللی بر رای داوران از این حیث وارد ندانسته است؛ اما شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان

۱۳۹۳، و بدیع فتحی مسقانی، دعوی متقابل در حقوق ایران و انگلستان و فرانسه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۶، ص ۱۲۷.

۱. شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مجموعه آرای دادگاه تجدید نظر استان تهران (حقوقی) شهریور ۱۳۹۱، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ سوم، ۱۳۹۳)، ص ۴۷.

۲. بنگرید به شماره ۴

تهران^۱ اعلام داشته «... اولاً، داور منتخب دادگاه واجد وصف مورد توافق نبوده زیرا طرفین به لحاظ شخصیت داوران جمعی رضایت به داوری داده‌اند نه اینکه مستقل از شخصیت داوران توافق بر داوری داشته‌اند و داور مورد تعیین دادگاه واجد وصف مرضی‌الطرفین موضوع توافق اراده طرفین نیست و از طرفی با فوت احدی از داوران امکان اظهار نظر داور به طور قهری منتفی می‌گردد و با عنایت به اینکه توافق بر داوری خاص قائم به شخص و شخصیت داور است، با انطباق به مراتب مذکور، به شرح ماده ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی، به لحاظ اینکه رای داوری موضوع داوری توسط داوران صادر شده که مجاز به صدور رای نبوده‌اند و با عنایت به اینکه به شرح فوق، با فوت احدی از داوران صلاحیت رسیدگی به اختلاف مراجعت مرجع قضایی دارد تجدیدنظر خواهی تقدیمی را وارد تشخیص، با نقض دادنامه معترض‌عنه، مستند به بند ۶ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر ابطال رای داوری صادر و اعلام می‌نماید...».

۲-۵. مداخله دادگاه در تعیین داور هنگامی که ارجاع امر از طرف دادگاه بوده

در ماده ۴۷۴ قانون گذار در جهت کاستن از خطرات و خسارات ناشی از استعفای داوران مقرر داشته «نسبت به امری که از طرف دادگاه به داوری ارجاع می‌شود، اگر یکی از داوران استعفا دهد یا از دادن رای امتناع نماید و یا در جلسه داوری دو بار متوالی و بدون عذر موجه حاضر نشود، دو داور دیگر به موضوع رسیدگی و رای خواهند داد...» از واژه «دو» ذکر شده در متن ماده، استنباط می‌شود فرض قانون گذار در ماده برای هنگامی است که تعداد داوران سه نفر باشد، اما به نظر می‌رسد که امکان اجرای مقررات این ماده هنگامی که تعداد داوران از سه نفر بیشتر و فرد هم هستند، برای نمونه پنج نفر یا هفت نفر هستند، وجود دارد، زیرا ملاک حکم همان صدور رای به صورت هیاتی است و از طرفی کاهش هزینه‌های اجتماعی و اقتصادی رسیدگی به اختلافات که فلسفه اصلی وضع ماده ۴۷۴ هست، وجود دارد، اما درجایی که تعداد داوران کمتر از سه نفر بوده و امکان یا احتمال به دست آمدن رای اکثریت وجود ندارد، امکان جاری کردن

۱. شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۲۸۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۳، مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، دی ۱۳۹۱، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ چهارم، ۱۳۹۳، ص ۲۱.

این مقررات هم نیست. در حقیقت درجایی که داور یک نفر بوده و از داوری استعفا می‌دهد یا از صدور رای امتناع می‌کند در این صورت قضیه کاملاً روشن است که تعیین داور جدیدی لازم است، هرچند ارجاع امر به داوری از طرف دادگاه بوده باشد. در این فرض نیز داور مستعفی یا داوری که از صدور رای امتناع می‌کند مسئولیت مدنی و محرومیت مقرر در ماده ۴۷۳ را دارد اما باید توجه داشت که در این فرض اثبات ورود خسارت ناشی از عمل داور مستعفی و ممتنع به جهت ادامه یافتن جریان داوری و امکان صدور رای توسط سایر داوران متفاوت و کمتر است، اما «...چنانچه در مورد صدور رای بین آنان اختلاف حاصل شود، دادگاه به جای داوری که استعفا داده یا از رای دادن امتناع نموده یا دو بار متوالی در جلسه داوری حضور پیدا نکرده، ظرف مدت ده روز داور دیگری به قید قرعه انتخاب خواهد نمود، مگر اینکه قبل از انتخاب به اقتضای مورد، طرفین داور دیگری معرفی کرده باشند...». در این صورت به جهت وقفه در جریان داوری ضررهای بیشتر وارد می‌شود که مسئولیت مدنی داور ممتنع و یا مستعفی مسلماً شدیدتر است. در این صورت انتخاب داور جدید موجب می‌شود که مدت داوری از تاریخ قبول داور جدید شروع شود. (ماده ۴۷۴) زیرا هنگامی که داور جدید سکون دار فرایند داوری می‌شود و یا به فرایند داوری اضافه می‌شود در راستی حل و فصل اختلاف به نحو شایسته جلسه جدید باید تشکیل شود تا داور به درستی بتواند تصمیم‌گیری کند.

۶. مداخله دادگاه در تعیین داور ثالث یا داور فرد ممتنع از انتخاب داور

در برخی موارد طرفین قرارداد با ارجاع اختلاف‌های قطعی یا احتمالی خود به داوری موافقت می‌کنند، ولی نام شخصی را به عنوان داور ذکر نمی‌کنند و در خصوص اینکه چه کسی عهده‌دار داوری باشد تراضی نمی‌کنند و یا هر یک از طرفین از انتخاب داور اختصاصی خود استنکاف می‌کند یا آنکه در تعیین داور ثالث به توافق نمی‌رسند؛ در راستای تکمیل قرارداد و تسهیل قرارداد داوری مداخله دادگاه ضروری است. قانون‌گذار در جهت تداوم داوری اجازه مداخله دادگاه و انتخاب داور را داده است (مواد ۴۵۹، ۴۶۴ و ۴۶۷ ق.آ.د.م).

اما شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران پا را فراتر از آنچه در خصوص تفسیر خاص این

شعبه از ماده ۴۶۳ است، گذاشته^۱ و حتی در مواردی که بنا بوده داوران اختصاصی سرداور را تعیین کنند و به جهت اختلاف نظر نتوانسته‌اند داور سوم تعیین کنند و دادگاه راسا انتخاب کرده است، رای صادره داوران را به استناد ماده ۴۶۳ ابطال کرده است. این شعبه در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۵۴۵ مورخ ۱۳۹۲/۰۵/۱۷ اعلام داشته^۲ «قطع نظر از نحوه رسیدگی داوران، آنچه مورد توجه دادگاه قرار نگرفته، توافق به داوری مرضی‌الطرفین از سوی اصحاب دعوی است؛ زیرا به موجب صورتجلسه مذکور، هریک از طرفین یک داور اختصاصی تعریف نموده و داور سوم با توافق دو داور دیگر تعیین می‌گردد و نظریه اکثریت داوران مناط اعتبار بوده، درحالی که تعیین داور مرضی‌الطرفین، بنا به درخواست شرکت تجدیدنظر خوانده، توسط دادگاه صورت گرفته که ورود دادگاه به این موضوع مغایر با قانون است. بر اساس ماده ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی، در صورت عدم تراضی به داور مرضی‌الطرفین رسیدگی به حل اختلاف فقط از طریق محکمه میسر خواهد بود، فلذا دادگاه مورد مذکور توجه نکرده، بنا به مراتب مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی، دادنامه تجدیدنظر خواسته را نقض و آنگاه با استدلالی که گذشت، حکم به ابطال رای داوری صادر و اعلام می‌نماید...».

این رای حتی با مبانی استدلالی خود همین دادگاه هم موافق نیست زیرا عمده استدلال آن در ابطال آرای داورانی که با دخالت دادگاه تعیین شده‌اند، ابتدا اهمیت شخصیت طرفین در شکل‌گیری موافقت‌نامه داوری است که در اینجا اگر شخصیت داور علت عمده عقد باشد، باید طرفین بر داور بودن آن شخص توافق می‌کردند. استدلال دوم همین دادگاه این است هنگامی که گفته می‌شود داور باید توسط طرفین انتخاب شود، دخالت دادگاه موجب سلب وصف مرضی‌الطرفینی از داور می‌شود. درحالی که در رای چنین نیست و طرفین از همان ابتدا انتخاب داور را به شخص ثالث سپرده‌اند و لذا خللی به اراده آنها وارد نشده است.

۷. امکان واگذاری تعیین داوری توسط دادگاه

۱. بنگرید: شماره ۴

۲. شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر تهران، دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۵۴۵ مورخ ۱۳۹۲/۰۵/۱۷ در مقام نقض دادنامه شماره ۵۸۵ مورخ ۹۱/۶/۱۸ شعبه ۲۹ دادگاه عمومی تهران، مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، سال ۱۳۹۲، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ اول، ۱۳۹۵)، صص ۳۹۶-۳۹۷.

این پرسش مطرح است، در مواردی که دادگاه باید داور تعیین کند، آیا می‌تواند آن را به نحوی به دیگری واگذار کند؟ ماده ۴۶۷ ق.آ.د.م. مقرر می‌دارد که «در 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 کند».

به نظر می‌رسد که فلسفه وجودی این ماده آن است که تعیین داور طی یک فرایند بی‌طرف توسط دادگاه انتخاب شود و روح این ماده بر انتخاب داور طی یک فرایند بی‌طرف تأکید دارد و «تشریفات» انتخاب داوران مقدمه این «اصل انتخاب بی‌طرفانه» است؛ بنابراین در همین راستا دادگاه نمی‌تواند انتخاب داور را به یکی از طرفین واگذار کند اما می‌تواند طی ضابطه‌ای که «یقین» دارد به تعیین داور موردنظر به نحو بی‌طرفانه می‌انجامد، آن داور را انتخاب کند. برای نمونه اگر دادگاه تقاضای تعیین داور سوم را بپذیرد و تعیین آن را به انتخاب دو داور دیگر بگذارد که هر چه دو داور دیگر انتخاب کردند، همان داور سوم باشد؛ این امر ممنوعیتی ندارد بلکه به‌ویژه در مواردی که به دو داور دیگر توسط دادگاه سپرده می‌شود، هماهنگی بهتری میان داورها در جهت رسیدگی به وجود می‌آید. باین‌همه در پرونده‌ای که دادگاه انتخاب داور ثالث را به هر دو اختصاصی دیگر سپرده و سه داور رسیدگی و رای صادر می‌نمایند، بعد از صدور رای محکوم‌علیه به این جهت که داور سوم توسط دادگاه انتخاب نشده، بلکه توسط طرفین انتخاب گردیده، ابطال رای داور را درخواست می‌کند و شعبه ۳۵ دادگاه حقوقی تهران طی دادنامه شماره ۱۰۲۷ تاریخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۵ با این استدلال که «دادگاه در صورت احراز خواننده، خود، رأساً مطابق ۴۶۷ قانون مرقوم [آیین دادرسی مدنی] نسبت به تعیین داور اختصاصی خواننده و داور سوم اقدام می‌نماید. در مانحن‌فیه دادگاه انتخاب داور سوم را به «دو» داور دیگر محول می‌نماید، درحالی‌که این امر از امور قابل تفویض نیست و داوری که بدین ترتیب انتخاب شود فاقد صلاحیت است چون احدی از داوران مجاز به صدور رای معترض‌عنه نبوده است، مستنداً به بند ۶ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به ابطال رای داوری شماره ۲۲۰۱۸۲۶۹ مورخ ۸۸/۳/۶ صادر و اعلام می‌گردد...» این رای به‌موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۷۱۲ مورخ

۱. مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) شهریور ۱۳۹۱، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ سوم، ۱۳۹۳)، ص ۴۸

۱۳۹۱/۶/۲۰ شعب ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ با این استدلال که «... اگر [چه] ظاهر ماده ۴۶۷ قانون آیین دادرسی مدنی ظهور در تکلیف دادگاه در تعیین داور با رعایت شرایط شکلی خاص دارد، اما عدم رعایت آن می‌تواند تخلف دادگاه از مقررات باشد، لیکن تأثیری در صلاحیت داور، که به نحو دیگری، مطابق امر دادگاه انتخاب گردیده نمی‌باشد...» و لذا با وارد دانستن تجدیدنظرخواهی، دادنامه مورد اعتراض را نقض و حکم به بطلان دعوای ابطال رای داوری صادر و اعلام می‌نماید. این رای دادگاه تجدیدنظر به این نحو قابل توجیه است انتخاب داور به قیدقرعه یکی از تشریفات است و انتخاب داور توسط خود دادگاه و تحت سلطه دادگاه به نحو بی طرفانه اصل می‌باشد و در این پرونده نقض تشریفات به گونه‌ای نبوده که موجب لطمه به اساس رای شود.

نتیجه‌گیری

به طور کلی مداخله دادگاه‌ها در ایران در فرایند داوری یک مداخله هدفمند و در راستای مبانی و اهداف داوری نیست. این امر به خوبی از صدور آرای متهاافت از حیث نتیجه و مضطرب از حیث استدلال حتی در مواردی که از یک شعبه در مسائل یکسان و یا مشابه صادر شده، دیده می‌شود. مداخله دادگاه در فرایند داوری را به دو مرحله می‌توان تقسیم‌بندی کرد یکی مداخله در شکل‌گیری و تداوم و تسهیل داوری، دیگری مداخله در ماهیت رای و رسیدگی داوری. مداخله قسم اول را از آنجا که موجب تقویت داوری می‌شود، باید گسترده تفسیر کرد و مداخله نوع دوم را از آنجا که داوری را میان تهی می‌کند، باید محدود تفسیر کرد. در حقیقت در صورت اول در مقام شک باید اصل را بر تجویز مداخله دادگاه قرار داد و در صورت دوم باید اصل را بر عدم مداخله دادگاه گذاشت. در این صورت مقررات حاکم بر تعیین داور توسط دادگاه مشمول قسمت اول بوده و اصل بر قدرت، اختیار و مداخله گسترده دادگاه در راستای تحقق اراده طرفین برای رسیدگی به اختلاف توسط داوری است.

چالش‌های عمده در تعیین داور در رویه قضایی از جمع مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ از یک سو و ماده ۴۶۳ برمی‌خیزد. به نظر می‌رسد، آنچه در ماده ۴۶۳ گفته شده، هنگامی است که شخصیت داور علت عمده موافقت‌نامه داوری است و در هنگام تنظیم موافقت‌نامه داوری نام وی به صراحت

۱. مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) شهریور ۱۳۹۱، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ سوم، ۱۳۹۳)، ص ۴۹

آورده شده باشد. در این صورت با امتناع داور، استعفا، فوت یا عزل وی و عدم تراضی بر داور جدید، قرارداد داوری به پایان می‌رسد و دادگاه صلاحیت رسیدگی به اصل موضوع اختلاف را دارد؛ اما اگر نام داور هنگام موافقت‌نامه داوری ذکر نشود یا در هنگام تعیین بعدی گفته نشده باشد که تنها وی اختلاف را حل و فصل کند و لاغیر، در این صورت دادگاه در راستای مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ دادگاه می‌تواند داور را تعیین کند.

آثار استعفا، امتناع یا فوت داور هنگامی که ارجاع به داوری با دخالت دادگاه بوده و در موردی که بدون دخالت دادگاه بوده، متفاوت است. در زمانی که ارجاع به داوری با مداخله دادگاه صورت گرفته، یعنی ابتدا در خصوص موضوع اختلاف، موافقت‌نامه داوری میان طرفین نبوده و بعد از طرح اصل اختلاف در دادگاه طرفین به داوری توافق کرده‌اند، در این صورت نیز هنگامی که تعداد داوران سه نفر یا بیشتر باشند و موردی که کمتر از سه نفر باشند، تفاوت معناداری وجود دارد. در صورتی که تعداد داوران کمتر از سه نفر باشند، در این حالت استعفا، فوت یا امتناع یکی از آنها خللی به داوری وارد نمی‌کند و بدون نیاز به دخالت دادگاه بقیه داوران رای صادر می‌کنند (ماده ۴۷۴) و اگر کمتر از سه نفر باشند به باور ما تعیین داور جدید توسط دادگاه لازم است (۴۵۹ و ۴۶۰) و قرارداد داوری منتهی نمی‌گردد. اما اگر ارجاع به داوری بدون طرح دعوی قبلی در دادگاه و در راستای موافقت‌نامه پیشین داوری طرفین بوده باشد در این صورت حتی در فرضی که تعداد داوران سه نفر و بیشتر باشند، استعفا، امتناع یا فوت احدی از طرفین نیازمند دخالت دادگاه در تعیین داور جایگزین است که این امر با مقایسه حالت ذکر شده در بالا غیرقابل توجیه و فاقد منطق حاکم بر داوری است و جا دارد قانون‌گذار در این حالت نیز میان مواردی که تعداد داوران کمتر از سه نفر هستند و مواردی که بیشتر هستند، تمایز قائل شود.

منابع

فارسی

- ایرانشاهی، علیرضا، بررسی معیار نظم عمومی در نظارت قضایی بر رای داوری تجاری بین‌المللی «مجله حقوقی بین‌المللی»، سال ۲۸، شماره ۴۴، (۱۳۹۰).
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی پیشرفته، ج ۳، انتشارات دراک.
- فتحی مسقانی، بدیع، دعوای متقابل در حقوق ایران و انگلستان و فرانسه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه علامه طباطبائی، (۱۳۸۶).
- کریمی عباس، پرتو، حمیدرضا، حقوق داوری داخلی، انتشارات دادگستر، چاپ دوم: بهار (۱۳۹۲).
- مصلحی جلال، حدود مقاله دادگاه‌های علی در روند داوری، «فصلنامه پژوهش حقوقی عمومی» شماره ۱۵ و ۱۶ پاییز و زمستان (۱۳۸۴).
- نیک‌بخت، حمیدرضا، داوری تجاری بین‌المللی «آیین داوری»، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی: چاپ دوم، (۱۳۹۰).
- واحدی، جواد، رسیدگی به ماهیت دعوا پس از ابطال رای داوری، «مجله حقوقی دادگستری»، شماره ۳۶، (۱۳۸۰).
- هرمزی، خیرالله، توسعه صلاحیت یا صلاحیت تبعی، «فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی»، سال دوم، شماره ششم، بهار (۱۳۹۳).
- یوسف زاده مرتضی، آیین داوری، انتشارات سهامی انتشار، چاپ دوم، (۱۳۹۳).

دادنامه‌های منتشر شده

- مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، دی ۱۳۹۱، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ چهارم، ۱۳۹۳.
- مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، سال ۱۳۹۲، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ اول: ۱۳۹۵.
- مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، سال ۱۳۹۲، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ اول: ۱۳۹۵.
- مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، سال ۱۳۹۲، مرکز مطبوعات و انتشارات

قوه قضائیه، چاپ اول ۱۳۹۵.

- مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، شهریور ۱۳۹۱، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ سوم، ۱۳۹۳.

- مجموعه قوانین و مقررات آیین دادرسی مدنی، ج ۱، معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چاپ دهم، اردیبهشت ۱۳۹۲.

- مجموعه آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، اردیبهشت ۱۳۹۲، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ دوم، ۱۳۹۳.

دادنامه‌های منتشر نشده

- پرونده کلاسه ۹۰۰۹۹۸۰۲۴۱۳۰۱۲۲۸ شعب ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۱۹۹ در مقام تأیید دادنامه شماره ۹۱/۵/۸-۴۳۶ شعب ۱۱۶ دادگاه عمومی تهران
- پرونده کلاسه ۸۹۰۹۹۸۲۶۲۷۳۰۰۳۰۰ شعب ۴۲ دادگاه عمومی (حقوقی) مجتمع قضایی شهید صدر تهران دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۲۱۶۰۷۰۰۹۹۷

- پرونده کلاسه ۸۹۰۹۹۸۲۶۲۷۳۰۰۳۰۰ شعب ۴۲ دادگاه عمومی (حقوقی)، مجتمع قضایی شهید صدر تهران دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۲۱۶۰۷۰۰۹۹۷
- پرونده کلاسه ۹۰۰۹۹۸۲۱۶۱۸۰۰۸۲۹ شعبه ۸۶ دادگاه عمومی (حقوقی)، مجتمع قضایی شهید صدر تهران دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۲۱۶۱۸۰۰۷۳۵

- پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۸۰۲۴۱۳۰۰۸۴۸ شعب ۱۱۶ دادگاه عمومی حقوقی، تهران: دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۴۱۳۰۱۳۶۸

- پرونده کلاسه ۹۱۰۹۹۸۲۱۶۰۲۰۰۱۲۰ شعب ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۵۳۹ در مقام تأیید دادنامه شماره ۹۱/۱۲/۱۲-۱۰۱۴ صادره از شعب ۳۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

- پرونده کلاسه ۹۰۰۹۹۸۰۲۴۱۳۰۱۲۲۸ شعب ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۱۹۹ در مقام تأیید دادنامه شماره دادنامه شماره ۹۱/۵/۸-۴۳۶ شعب ۱۱۶ دادگاه عمومی تهران.



English sources:

- Dammann Amina, "Vacating Arbitration Awards for Mistakes of Fact", The Review of Litigation, Vol. 27, 2007
1. Richard Hill, "Prineer on International Arbitration", July 1995
 2. Van den Berg, The Efficacy of Award in International Commercial Arbitration in Arbitration Insights, "Kluwer Law International", 2007
 3. Kroll Stefan, Setting Aside Proceeding in Model Law Jurisdictions, "International Arbitration Law Review", 2006
 4. Heuman Lars & Millqvist Goran "Swedish Supreme Court Refuse to Enforce an Arbitral Award Pursuant to the Public Policy Provision of the New York Convention", Journal of International Arbitration, 20(5), 2003.

Archive of SID