

## حدود مداخله اراده طرفین، داور و دادگاه در داوری اجباری در حقوق ایران و فرانسه با رویکرد حقوق شهروندی

| مجید عزیزبانی\* | دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضائی و خدمات

اداری، تهران، ایران

| سعید یکتائی | دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد بین‌المللی کیش، دانشگاه آزاد اسلامی،

کیش، ایران

### چکیده

قانون‌گذار بنا به برخی مصالح، برای حل برخی اختلافات، نوعی از داوری را پیش‌بینی کرده که از آن با عنوان «داوری اجباری» نام برده می‌شود. در این نوع داوری؛ طرفین دعوی، داور و دادگستری اختیارات حقوقی دارند. در کشور ما با توجه به محدودیت داوری اجباری، این روش حل اختلاف چندان به صورت عمومی مطرح نبوده و نیاز به بیان احکام و آثار و اهمیت آن می‌باشد. این پژوهش به روش تحلیلی - توصیفی درصدد مطالعه تطبیقی اراده اصحاب داوری در جریان داوری اجباری در دو نظام حقوقی ایران و فرانسه است. کشور فرانسه با داشتن قانون جامع داوری، ضمن تعیین داوری اجباری برای برخی اختلافات تخصصی و تعیین آئین‌نامه اجرایی برای آن و همچنین ذکر قواعد داوری برای حل اختلاف، اراده طرفین دعوا و داور را در اصل ارجاع به داوری در برخی موارد محدود ساخته است. در کشور ما مصادیق داوری اجباری تنها در چند مصداق خاص برشمرده شده و داور در تعیین قواعد داوری با رعایت مقررات عام و خاص داوری، دارای برخی اختیارات می‌باشد. ضرورت انجام تحقیق حاضر با مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی فرانسه، با هدف حمایت از حقوق شهروندی در جریان اختلافات از این جهت است که داوری اجباری بنا به رسیدگی تخصصی توسط مرجع داوری، نیازمند این است که قواعد اجرایی برای داوری اجباری تدوین گردد و حدود مداخله هر کدام از طرفین، داور و دادگاه مشخص شود.

واژگان کلیدی: داوری اجباری، نظام حقوقی فرانسه، نظام حقوقی ایران، حقوق شهروندی، اراده طرفین.

*Email:* majidazizyani@gmail.com

\* نویسنده مسئول؛

## مقدمه

شرط داوری به‌عنوان شرط مستقل (صرف نظر از قانونی و قراردادی)، با وجود ظاهر ضمن عقد بودن، دارای هویتی مستقل و دارای اعتبار است و از حیث استقلال، یک عمل حقوقی مستقل محسوب می‌شود. البته قواعد عمومی قراردادها و شرایط صحت معاملات در ماده ۱۹۰ قانون مدنی در واقع شرایط صحت اعمال حقوقی می‌باشد و قواعد عمومی قراردادها، قواعد اعمال حقوقی است که در مورد عقود، به‌طور خاص تدوین شده است. تمامی شرایط صحت قراردادها در داوری اعم از شرط مستقل یا شرط وابسته یا موافقت‌نامه داوری قابل تسری می‌باشد (عزیزیانی، ۱۳۷۹: ۱۷۹). در حقوق خصوصی مباحثی به‌نام داوری وجود داشته که به زبان ساده، به‌معنای «اداری اختصاصی» می‌باشد. سیستم پیچیده و زمان‌بر قضائی، طرفین یک دعوا را به فکر انداخته که با به‌کار گرفتن شخص خوش‌نام و متخصص در مسئله مورد اختلاف، برای اختلاف موجود راه‌حلی یافته و در اسرع زمان و با کیفیت مناسب، نسبت به حل آن اقدام کنند. خوشبختانه نظام قضائی در کشورهای مختلف، نه تنها داوری را رقیب خود ندانسته، بلکه آن را کمکی به سیستم قضائی دانسته‌اند. از این رو قانون‌گذار کشورها سازوکار داوری را به رسمیت شناخته و با وضع قوانین مختلف، به آن رسمیت بخشیده‌اند. در سطح بین‌الملل به‌موجب چند کنوانسیون مهم، داوری کاربرد داشته که اغلب به مسائل تجارت بین‌الملل بازمی‌گردد. با توصیفات موجود از داوری، می‌توان ماهیت قراردادی را برای آن متصور شد. اما نکته قابل توجه اینکه داوری در حالت عمومی، اختیاری و دارای ماهیت قراردادی است. در منابع حقوقی پراکنده، قانون‌گذار برای داوری اختلافات خاص، اجبار تعیین کرده و طرفین معاملات خاص را ملزم نموده که در موقع بروز اختلاف به داوری مراجعه کنند. به این نوع داوری از حیث حق دادخواهی مندرج در اصل ۳۴ قانون اساسی کشور ایراد گرفته شده، اما برخی حقوقدانان این ایراد را وارد ندانسته و داوری را نیز نوعی مرجع دادخواهی دانسته و از این نظر تناقضی نمی‌توان بین این اصل حقوقی و داوری اجباری متصور شد. داوری اجباری تا حدود زیادی اراده طرفین، داور و دادگاه را محدود کرده است. باهدف شناسایی روزه‌های سوءاستفاده، نگاهی به نظام حقوقی فرانسه که در زمینه قوانین و مقررات مدنی و داوری پیشینه غنی دارد، ضرورت داشته که در تحقیق کنونی صورت گرفته است. به نظر می‌رسد که نظام حقوقی فرانسه با وجود شناسایی داوری اجباری؛ اراده طرفین، داور و دادگاه را به‌نوعی محدود کرده که حقوق شهروندی به‌نحوی مناسب حفظ شود و از این حیث می‌تواند الگویی برای اصلاح برخی قوانین کشورمان باشد. در این پژوهش به روش تحلیلی-توصیفی ضمن بررسی اراده مرتبطان داوری اجباری در حقوق ایران و فرانسه، مطالعه تطبیقی بین آن دو انجام داده و هدف آن است که میزان توجه به حقوق شهروندی در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه

بررسی شده و بتواند مبتنی بر نتایج، پیشنهاداتی برای اصلاح قوانین ارائه دهد. شایان ذکر است در هیچ کدام از آثار پژوهشی دیگر از جمله مقالات، در مورد سه حالت متفاوت حدود مداخله ۱- اراده طرفین ۲- داور ۳- دادگاه در داوری های اجباری آن هم با مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایران و فرانسه خاصه از حیث مطالعه حفظ حقوق شهروندی تحقیقات لازم صورت نگرفته است و مقاله حاضر از این حیث کاملاً جدید و نو به نظر می رسد.

### ۱- مبانی و انواع داوری اجباری

منظور از داوری اجباری در حقوق ایران، نوعی از داوری است که قانون موضوع اختلاف را به داوری ارجاع می کند و طرفین دعوی نقشی در این امر ندارند و حل مسئله به وسیله داوری ناشی از اراده آن ها نیست (واحدی، ۱۳۷۷: ۱۸۷). برخی معتقدند که داوری چنانچه ناشی از تراضی و قرارداد طرفین در ارجاع موضوع به داوری نباشد و ارجاع به داوری به حکم قانون صورت گیرد، داوری اجباری نام دارد (مافی، ۱۳۹۵: ۵۲). همچنین داوری اجباری به موردی نیز گفته می شود که طبق قانون، رسیدگی به اختلافات ناشی از آن، فقط از طریق داوری پیش بینی شده در قانون باشد (محمدزاده اصل، ۱۳۷۹: ۹۲). گاهی قانون گذار، گنجانیدن شرط داوری را در قرارداد، اجباری اعلام می کند و نظر به الحاقی بودن قرارداد، مراجعه به داوری عملاً حالت اجباری به خود می گیرد. گاهی نیز قانون گذار بدون اینکه قراردادی در کار باشد، یا بدون وجود شرط داوری، اختلافات حاصله را در صلاحیت داوری قرار می دهد (کریمی و پرتو، ۱۳۹۲: ۵۹).

داوری های اجباری را به صورت های مختلف می توان دسته بندی کرد، یکی از این دسته بندی ها، تقسیم بندی داوری اجباری به نسبی و مطلق و قراردادی و اختیاری هست که در ذیل به آن اشاره شده است.

#### ۱-۱- مبانی داوری اجباری

از توجه به مبانی حقوقی و فقهی، داوری اجباری بدون اراده طرفین، قابلیت اعمال از ناحیه قوه تقنینی کشور را دارد؛ زیرا ارجاع اجباری دعاوی به داوری به منزله ممنوعیت ارجاع به داوری نبوده و می بایست بین دو مفهوم "محدودیت" و "ممنوعیت" تمایز قائل شویم. در داوری اجباری از این حیث قائل به محدودیت (نه ممنوعیت) در رسیدگی توسط مرجع قضائی و لزوم رسیدگی توسط مرجع داوری هستیم که پس از صدور رأی توسط مرجع داوری در داوری اجباری، از حیث نظارت مراجع قضائی، مقنن طی ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م امکان بررسی و رسیدگی مجدد البته با نگاه نظارت را مورد پذیرش قرار داده است و در واقع نظارت مرجع قضائی و حق دادخواهی مردم مندرج در اصل ۳۴ قانون اساسی از بین نرفته است. زیرا یکی از مهم ترین نظارت های مرجع قضائی بر آرای داوری، لزوم توجه به عدم مخالفت رأی داوری با قواعد موجد (بند ۱ م ۴۸۹ ق.آ.د.م) است. مشابه حکم داوری

اجباری و عدم امکان مراجعه ابتدایی به مرجع قضائی را می‌توان صلاحیت‌های مراجع شبه قضائی و حتی شورای حل اختلاف (تا حد زیادی) دانست. مقنن در برخی موضوعات تخصصی و بنا به برخی مصالح، رسیدگی اولیه به برخی اختلافات را در صلاحیت برخی کمیسیون‌های شبه قضائی مانند کمیسیون ماده ۱۰۰، کمیسیون مالیاتی و... قرار داده است، درحالی‌که آرای تمام این مراجع قابل بررسی در دیوان عدالت اداری است. از سویی تصویب برخی قوانین ناظر بر داوری اجباری و مراجع شبه یا غیرقضائی برای حل و فصل اختلافات توسط مجلس شورای و عدم صلاحیت اولیه مراجع قضائی برای رسیدگی به آن با تأیید شورای نگهبان از حیث عدم مغیارت با موازین شرع و قانونی اساسی مواجه است و نمی‌توان با تأیید شورای نگهبان، آن را خلاف قانون اساسی و شرع دانست.

### ۲-۱- داوری اجباری نسبی و مطلق

داوری اجباری می‌تواند نسبی یا مطلق باشد. داوری اجباری نسبی، براساس درخواست یکی از طرفین صورت می‌گیرد (عبده، ۱۳۱۸: ۱۵۵). به‌دیگر سخن، در این نوع داوری، یکی از طرفین درخواست ارجاع دعوا به داوری را از دادگاهی که در آن اقامه دعوا شده است می‌نماید و قانون قاضی را ملزم می‌کند که اختلاف را به داوری ارجاع دهد. در داوری اجباری مطلق به حکم قانون، دعوی به داوری ارجاع و طرفین نقشی در آن ندارند. به‌دیگر بیان، در این‌گونه موارد، قانون برخی اختلافات را قابل طرح در دادگاه نمی‌داند و طرفین اختلاف برای احقاق حق خویش باید آن را در یک دیوان داوری مطرح نمایند. از مصادیق داوری اجباری نسبی می‌توان به داوری در قراردادهای پیمانکاری و در داوری اجباری مطلق به داوری اختلافات بازار اوراق بهادار اشاره کرد (طاهری و شریف‌علیایی، ۱۳۹۹: ۱۸۰).

### ۳-۱- داوری اجباری قراردادی و قانونی

داوری اجباری دارای دو معنای اعم و اخص نیز می‌باشد. در معنای اعم، شامل داوری قانونی و البته داوری که بر مبنای توافق طرفین (پیش از بروز منازعه) اجباری است و در معنای اخص، تنها شامل داوری قانونی می‌شود. به عبارت دیگر، داوری اجباری را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

#### ۱- داوری اجباری قراردادی. ۲- داوری اجباری غیرقراردادی (قانونی).

مقصود از داوری اجباری قراردادی، داوری‌هایی است که اگرچه پایه قراردادی داشته و به امضای طرفین می‌رسد، ولی نظر به الحاقی بودن قرارداد، در واقع اختیاری در کار نبوده و نپذیرفتن شرط داوری به عدم انعقاد قرارداد منجر خواهد شد. این امر به وضوح در قراردادهایی که بین دولت و سازمان‌های دولتی با اشخاص خصوصی منعقد می‌شوند، مشاهده می‌شود. از جمله مصادیق داوری اجباری قراردادی می‌توان به داوری در قراردادهای پیمانکاری و... اشاره کرد. مقصود از داوری اجباری قانونی، مواردی است که اختلافات طرفین بدون اینکه قراردادی در میان باشد، به داوری

ارجاع می‌شود. به عبارت دیگر، داوری اجباری قانونی به داوری گفته می‌شود که دارای منشأ قانونی می‌باشد. بدین معنا که قانون داوری را مرجع حل و فصل اختلافات قرار داده است. این نوع داوری حالت اجباری داشته و طرفین مجبورند به منظور رفع منازعه ابتدا به داوری رجوع کنند. در این داوری، اصولاً مراجعه به داوری، پیش از بروز اختلاف مقرر می‌شود. از جمله مصادیق داوری اجباری غیر قراردادی یا قانونی می‌توان به هیئت داوری در بورس و اوراق بهادار اشاره کرد. از این رو در واقع می‌بایست تفاوت در داوری اجباری قراردادی و قانونی را در پایه اولیه قراردادی جستجو کرد.

#### ۴-۱- ویژگی‌های داوری اجباری

برای داوری اجباری نیز همچون سایر نهادهای حقوقی، ویژگی‌های مختلفی ذکر شده است که با بررسی و تبیین آن‌ها می‌توان این داوری را از داوری اختیاری و سایر موارد حقوقی و قضائی تمییز داد. در این بخش، به بررسی مهم‌ترین ویژگی‌های داوری اجباری در حقوق ایران پرداخته شده است.

##### ۱-۴-۱- وجود قرارداد یا قانون الزام‌آور

یکی از ویژگی‌های داوری اجباری، شرط رجوع به داوری است که در برخی موارد طرفین، شرط داوری را در قرارداد ذکر نمی‌کنند، بلکه این قانون است که در پاره‌ای مسائل و اختلافات، طرفین را مجبور می‌کند که به داوری مراجعه کنند. در حالی که اتکا داوری اختیاری به قراردادی می‌باشد که طرفین اختلاف به موجب آن به داورها اعتبار می‌دهند که به اختلاف آن‌ها رسیدگی کنند. در صورت فقدان چنین قراردادی، داورها حق دخالت و صدور رأی ندارند. این ویژگی داوری، آن را از رسیدگی قضائی در دادگاه جدا می‌کند. همچنین در این داوری طرفین به واسطه حکم قانون نمی‌توانند ملزم شوند که اختلافات خود را به غیر داوری ارجاع دهند.

##### ۲-۴-۱- الزام‌آور بودن رأی صادره از سوی داور

در داوری‌های اجباری، رأیی که از سوی داور یا هیئت داوری صادر می‌شود، الزامی بوده و طرفین می‌بایست به مفاد آن عمل کنند. الزام‌آور بودن رأی صادره از سوی داور، از ویژگی‌های داوری اختیاری نیز می‌باشد. ارجاع اختلاف به داوری به این معناست که طرفین تمایل دارند که اختلاف خود را به صورت قطعی از طریق داورها حل و فصل کنند، آن‌ها بنا نیست که مجدداً به دادگاه یا مرجع حل و فصل دیگری مراجعه نمایند و اختلاف خود را در نهایت در آنجا حل و فصل کنند. آن‌ها از طریق قرارداد و توافق، به رأی داوری اعتبار و الزام می‌بخشند و اختلاف ارجاعی را از حیطه رسیدگی دادگاه‌ها خارج می‌نمایند.

بنابراین از ویژگی‌های داوری تعیین راه حل الزام‌آور از سوی داور یا داوران است، هر چند که طرفین بعد از اعلام این راه حل بتوانند آن را با توافق کنار بگذارند، بنابراین دخالت شخص برای جلب

رضایت طرفین با ارائه پیشنهادی مسالمت‌آمیز برای کاهش اختلاف، به دلیل غیرالزام‌آور بودن نمی‌تواند زمینه‌ساز داوری شود (خدابخشی، ۱۳۹۱: ۲۵).

### ۳-۴-۱- عدم ضرورت توافق طرفین جهت ارجاع اختلاف به داوری

سومین ویژگی داوری اجباری، این است که توافق طرفین جهت ارجاع اختلاف به داوری نیاز نیست و حتی اگر طرفین هم تمایل به رفع اختلاف از طریق داوری نداشته باشند، اما قانون آن‌ها را ملزم می‌کند که به داوری رجوع کنند. در این حالت، داورها از طریق صدور رأی، اختلاف را حل و فصل می‌کنند و ضرورتی ندارد که توافق طرفین را جلب نمایند. به عبارت دیگر، داورها همانند دادرسی‌ها به دعوا رسیدگی و رأی صادر می‌کنند و منتظر توافق طرفین نمی‌مانند. در حالی که در داوری اختیاری و سازش و میانجی‌گری اختلاف موجود بین طرفین از طریق دخالت و پادرمیانی داور، میانجی حل و فصل می‌شود، اما میانجی حق صدور رأی ندارد و در نتیجه موفقیت میانجی‌گری منوط به محصول توافق بین طرفین است. خصوصیتی که داوری را از شیوه‌های جایگزین حل اختلاف جدا می‌کند قدرت و صلاحیت داوران در قضاوت و صدور رأی است که رأی مزبور می‌تواند برخلاف نظر یکی از طرفین یا هر دو باشد (طاهری و شریف‌علیایی، ۱۳۹۹: ۱۸۲).

### ۲- حدود اراده طرفین در داوری اجباری در حقوق ایران و حقوق فرانسه

موارد قانونی محدود، ماهیت داوری اجباری در اختلافات خاص را پیش‌بینی کرده که از جمله آن می‌توان به قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان، بازار سرمایه، خصوصی‌سازی، پیمانکاری و دعاوی خانواده اشاره کرد که البته در نوع دعاوی خانواده، منابع حقوقی چندان صراحت نداشته و با بخشنامه جدید ریاست محترم قوه قضائیه، زوجین پیش از طلاق ملزم به رجوع نزد مشاور خانواده یا به مفهوم حقوقی همان داور شدند. اما ذکر شروط داوری در منابع حقوقی که به مصادیق آن اشاره شد، اراده اصحاب اختلاف را محدود ساخته که در زیر به آن پرداخته شده است.

در کشور فرانسه مانند کشورمان، داوری در قانون مدنی فرانسه جای داشته که اخیراً با تصویب قانون جامع داوری<sup>۱</sup> در کشور فرانسه (۲۰۲۰) منبع حقوق مستقل و جامعی در مورد داوری تهیه و تنظیم شده و بر تمام منابع حقوقی دیگر به‌نوعی ارجحیت یافته است. به‌موجب این منبع حقوقی، داوری اجباری در تمامی دعاوی تخصصی و مواردی که نیاز به کارشناسی وجود دارد، توسط فرد مستقل دارای صلاحیتی انجام می‌شود که گواهی تأیید صلاحیت لازم را گرفته و با توجه به اینکه شرایط خاص این مهم را قانون معین ساخته و اجرای آن به وزارت دادگستری سپرده شده است. دیگر دعاوی برحسب سطح دعوا، به دادگاه‌های سطح ۱، ۲ تا ۴ ارجاع شده که دادگاه سطح ۱ همانند

۱- Complete Arbitration Law

شورای حل اختلاف کشورمان است. اما تقسیم‌بندی دادگاه‌ها برحسب کیفی، خانواده و... وجود نداشته و قاضی حسب مورد به بیشتر پرونده‌ها رسیدگی می‌کند. در مورد اصل داوری اجباری تفاوت آن با حقوق کشورمان در آن است که هر دعوی که ماهیت تخصصی داشته باشد، مشمول داوری اجباری شده و این مهم با هدف دادرسی تخصصی بوده که به موجب قانون اساسی کشور فرانسه حق هر شهروند است. ذیل ماده ۵ همان قانون با ذکر شرط متخصص بودن اختلاف برای داوری اجباری، به قانون اساسی اشاره شده و این ماده در جهت حمایت از حقوق شهروندی خوانده شده است (Bueno & Bright, ۲۰۲۰:۸۰۰).

### ۱-۲- حدود اراده طرفین در داوری اجباری در حقوق ایران

امره بودن داوری‌های به‌نحوی است که با توافق طرفین قابل اسقاط و عدول نبوده و مقنن از حیث برقراری قواعد و مقررات و ایجاد انتظام در این موضوعات و یا اساساً قالب و ماهیت چنین موضوعاتی، داوری را اجباری کرده یا اینکه مقنن با هدف پیش از طرح چنین دعاوی در دادگستری چنین مقرراتی را وضع کرده و تشابه فراوانی به مبحث صلاحیت موضوعات داشته و از حیث مقررات آئین دادرسی مدنی نیز قواعد مربوط به صلاحیت در حالت کلی از قواعد امره بود که قابل توافق و انتقال نخواهد بود.

داوری اجباری، اختیار انتخاب رویه داوری را از طرفین سلب می‌کند. در حالت عادی، انتخاب داور، حالتی اختیاری دارد که با ذکر عنوان داوری در منبع حقوقی خاص، طرفین در انتخاب سازوکار داوری برای حل اختلاف، دیگر اختیاری نخواهند داشت. در مورد تعداد داوران، برخی منابع حقوقی همچون قانون پیش‌فروش ساختمان آن را مشخص کرده و برخی موارد در این باره سخنی نگفته‌اند. در صورت سکوت قانون، انتخاب تعداد داوران به صورت توافقی بوده و به موجب اصول حقوقی این تعداد می‌بایست حتماً فرد باشد. به موجب ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش آپارتمان، کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش توسط هیأت داوران متشکل از یک داور از سوی خریدار، یک داور از سوی فروشنده و یک داور مرضی الطرفین در صورت عدم توافق بر داور مرضی الطرفین، یک داور با معرفی رئیس دادگستری شهرستان مربوطه انجام می‌پذیرد (رفیعی، ۱۳۹۷: ۵۴).

در بررسی منابع حقوقی، چنین برداشت شده که تنها ذیل این ماده حقوقی تعداد داوران مشخص شده و دیگر منابع حقوقی در این مورد سکوت کرده‌اند. در مورد فرد بودن تعداد داوران نیز منبع حقوقی خاصی وجود نداشته، اما این مهم از بدیهیات حقوقی است؛ چراکه با وجود زوج بودن تعداد داوران، رأی‌گیری ممکن است به اکثریت نرسد. در عرف حقوقی در تمامی نظام‌های ملی و بین‌المللی تعداد داوران فرد است. اما در مورد تعیین تعداد داوران، باز هم اختلافاتی وجود دارد.

به هر حال در داوروی اجباری، طرفین به‌جز اختلافات پیش‌فروش ساختمان، در انتخاب تعداد داوران فرد اختیار دارند (رفیعی، ۱۳۹۷: ۵۴).

در مورد اختیار طرفین در تعیین قانون حاکم در داوروی‌های اجباری و اختیاری، منابع حقوقی مطلب خاصی بیان نکرده‌اند. معمولاً عرف آن است که براساس منابع حقوق موضوعه داوروی انجام شود، اما معمولاً در داوروی‌های بین‌المللی، انتخاب قانون حاکم به اراده طرفیت وابسته است. برای مثال طرفین قرارداد می‌توانند عرف عمومی یک مسئله را مرجع حل اختلاف قرار دهند. هرچند که عموم داوروی‌ها براساس قوانین مرتبط انجام شده، اما حتی در داوروی‌های اجباری، طرفین به انتخاب قانون حاکم، اختیار دارند. این مسئله نوعی اختیار به طرفین دعوا داده است. اما به‌هرحال رأی داور می‌بایست مستدل به مفاد حقوقی باشد که عرف نیز می‌تواند در آن نقش داشته باشد (شیرونی، ۱۳۹۴: ۷۸).

تصریح مقنن به استقلال شرط داوروی در داوروی‌های تجاری بین‌المللی مندرج در بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوروی تجاری بین‌المللی از قوانین تکمیلی، نه امری است. در داوروی‌های داخلی در باب استقلال شرط داوروی اجباری به جهت نبود صراحت قانونی و در صورت عدم کشف اراده طرفین از مفاد قرارداد پیرامون استقلال یا وابسته بودن شرط داوروی و در حالت اطلاق، چنین نتیجه می‌گیریم که شرط داوروی به این صورت نوعی شرط مستقل می‌باشد که ماهیت این شرط بدین نحو است که طرفین در خصوص شیوه، نحوه و مرجع حل اختلاف قرارداد، توافق می‌کنند (عزیزبانی، ۱۴۰۰: ۳۴۸).

در مورد جرح داور اجباری، به‌موجب مفاد قانون آئین دادرسی مدنی و دیگر اصول حقوقی، در صورتی که شرایط خاص داور همچون استقلال و تخصص وی زیر سؤال رود، قابلیت جرح وجود دارد. حتی در داوروی‌های اجباری مفاد جرح داور به مانند داوروی اختیاری است و طرفین مورد اختلاف در مورد آن اتفاق نظر دارند. اعتراض به رأی داور نیز در صورتی که مغایر با اصول حقوقی باشد، قابل انجام خواهد بود. در صورت عدم احراز شرایط جرح داور، طرفین در رد آن اختیاری ندارند. البته در داوروی‌های اختیاری، شرط مرضی‌الطرفین برای انتخاب داور ذکر شده است. در داوروی‌های اجباری که انتخاب آن توسط دادگستری صورت می‌گیرد، تنها در صورت احراز شرایط جرح، می‌توان نسبت به رد آن اقدام کرد، در غیر این صورت طرفین در انتخاب داور اختیاری ندارند.

## ۲-۲- حدود اراده طرفین در داوروی اجباری در حقوق فرانسه

با ذکر عنوان داوروی اجباری، طرفین دعوا در مورد رویه داوروی، اختیاری نخواهند داشت. در مورد تعداد داوران، قانون‌گذار کشور فرانسه مطلب صریحی بیان نکرده، اما تعداد داوران فرد در ماده ششم قانون جامع داوروی این کشور ذکر شده است. از این‌رو طرفین با اراده خویش و برحسب توافق، تعدادی داور فرد انتخاب می‌کنند. قانون حل اختلاف خاصی برای داوروی ذکر نشده و طرفین اختلاف



در تعیین قانون حاکم اختیاری ندارند. تنها در دعاوی با شروط ذیل، انتخاب قانون حاکم به صورت تراضی به رسمیت شناخته شده است (قیاسی<sup>۱</sup> و همکاران، ۲۰۲۰: ۷۰).

○ دعاوی که طرف با تابعیت خارجی دارند.

○ دعاوی که اصل قرار آن در خارج از کشور منعقد شده است.

○ دعاوی که اقامت یکی از طرفین در خارج از کشور بوده باشد.

○ دعاوی که مؤلفه‌های حقوقی آن همچون ضمانت، در خارج از کشور وجود داشته باشد.

در صورت داشتن شرایط فوق، طرفین می‌توانند با توافق از پیش و یا پس از اختلاف، قانون حاکم را انتخاب کنند، در غیر این صورت اصول حقوقی مرجع حل اختلاف خواهد بود و طرفین حق ندارند که مرجع خاصی برای آن برگزینند.

در مورد جرح داور، در صورت اثبات عدم اهلیت داور، می‌توان نسبت به جرح آن اقدام نمود. براساس آئین‌نامه اجرایی قانون مذکور، صلاحیت داوران براساس مدارک صادره از وزارت دادگستری احراز می‌شود. برای مثال اگر دو مکانیک‌کار بر سر موضوع کاری دچار اختلاف شوند، می‌بایست به داوری که گواهی صلاحیت داوری‌های فنی دارد، مراجعه کنند. ممکن است از همکاران هر دو طرف، فردی دارای گواهینامه مذکور باشد. در صورت اثبات استقلال وی و با تراضی طرفین، داور انتخاب می‌شود. اگر اصل گواهینامه داور دچار مشکلاتی مانند تاریخ انقضاء باشد، می‌توان به استناد آن نسبت به جرح داور حتی پس از صدور حکم اقدام کرد. در واقع در کشور فرانسه، داشتن گواهینامه داوری که صلاحیت داور نیز در آن ذکر شده، شرط اصلی قانون محسوب شده و تنها در اختلافات عمومی که به موجب عرف حقوقی مشخص شده است، داوران عمومی که معمولاً از حقوقدانان هستند، حق داوری داشته که البته داشتن گواهینامه داوری برای آن نیز الزامی است. روش داوری در قانون داوری، فرانسه ذکر شده و در صورت عدم عملکرد داور براساس آن روش، می‌توان نسبت به جرح وی اقدام نمود (قیاسی<sup>۲</sup> و همکاران، ۲۰۲۰: ۷۰).

انتخاب داور اجباری با اراده طرفین دعوا و از بین افراد دارای صلاحیت مورد تأیید وزارت دادگستری انجام می‌شود که معمولاً از طرف دادگستری لیست داوران شایسته به طرفین دعوا داده شده و داور/ داوران توسط اصحاب دعوا انتخاب می‌شوند.

در داوری اجباری، اراده طرفین در ارجاع به داوری تغییرناپذیر است. درجایی که داوری اجباری در قانون ذکر شده است، نمی‌توان از آن عدول کرد. در واقع داوری اجباری اصلی تغییرناپذیر است و

۱- Ghaisary

۲- Ghaisary

اراده طرفین در آن نقشی ندارد. اما در مواردی که شیوه داوری و حل اختلاف و همچنین منابع حقوقی حل اختلاف ذکر نشده و عرف حقوقی نیز آن را مشخص نکرده باشد؛ اراده طرفین در آن مؤثر است. در حقوق فرانسه شیوه حل اختلاف به صراحت، روش مدوالات انتخاب شده و با توجه به نص حقوقی نمی‌توان از آن عدول کرد. اما در حقوق ایران روش حل اختلاف به صراحت ذکر نشده و طرفین به اراده خود می‌توانند نوع روش میانداوری را انتخاب کنند. در مورد منابع حقوقی نیز گاه به صراحت منبع حل اختلاف ذکر شده، در غیر این صورت، طرفین به اراده خود منبع را انتخاب کرده و داور بر مبنای آن اختلاف طرفین را حل می‌کند. به طور کلی در داوری‌های اجباری، اراده طرفین محدود بوده و تنها به انتخاب منابع حقوقی و روش‌های حل اختلاف محدود می‌شود.

نگارنده اول مقاله طی دادنامه ای مبسوط و مفصل در باب کیفیت اختیار طرفین و ماهیت داوری اجباری، اظهار نظر نموده است<sup>۱</sup>

۱- شماره رای ۹۸۰۹۹۷۲۹۹۳۷۰۰۳۰۴

در خصوص دادخواست ... به طرفیت ... به خواسته مطالبه خسارت عدم تحویل مبیع با جلب نظر کارشناس و الزام به تحویل مبیع ملک به پلاک ثبتی ۳۶۰/۳۶ و مطالبه خسارات دادرسی، حسب محتویات پرونده و دادخواست تقدیمی خواهان مدعی است به موجب مبایعه نامه تنظیمی یک دستگاه آپارتمان مشخص در پلاک موضوع دعوی، خواندگان متعهد شده‌اند مورد معامله را ظرف مدت ۲۴ ماه به خریدار تحویل نمایند و در این زمینه تاکنون اقدامی صورت نگرفته است، بر همین اساس تقاضای اجابت خواسته را از محکمه خواستار شده‌اند. دادگاه از توجه به محتویات پرونده، ملاحظه دادخواست تقدیمی و ضامنه آن نظر به اینکه نخست، مستند قراردادی اصحاب دعوی قرارداد پیش فروش فاقد تاریخ (صفحات ۳، ۴ و ۵ پرونده) بوده که دقیقاً در عنوان آن قرارداد از لفظ «پیش فروش» استفاده شده است. از این رو رابطه قرارداد اصحاب دعوی از نوع قرارداد پیش فروش می‌باشد. دوم، با وصف تعیین قرارداد پیش فروش در رابطه حقوقی اصحاب دعوی، موضوع تحت حاکمیت قانون پیش فروش آپارتمان مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۱ بوده و بسیاری از مباحث و قواعد مرتبط با قرارداد مباحث عنه از الزامات آن قانون تبعیت می‌کند. سوم، براساس ماده ۲۰ قانون مذکور، کلیه اختلافات مربوط به قرارداد پیش فروش موضوع آن قانون توسط هیأت داوری با کیفیت مندرج در آن قانون حل و فصل می‌شود و لحن مقنن کاملاً امری نه اختیاری بوده و تأکید کرده که اختلافات مربوط به تعیین، تغییر و اجرای مفاد قرارداد پیش فروش توسط هیئت داوران متشکل از یک داور از سوی خریدار یک داور از سوی فروشنده و یک داور مرضی الطرفین و در صورت عدم توافق بر داور مرضی الطرفین یک داور با معرفی رئیس دادگستری مربوطه انجام خواهد گرفت. چهارم، داوری مربوط به ماده ۲۰ قانون پیش فروش آپارتمان از حیث مباحث نظری و عملی در حیطه و سیطره داوری‌های اجباری قرار دارد و داوری اجباری بدین صورت است که مقنن در برخی موضوعات ورود پیدا کرده و حل و فصل ابتدایی اختلافات طرفین آن موضوعات را از طریق داوری قابل رفع تنازع دانسته است. از جمله این موضوعات ماده ۲۰ قانون پیش فروش آپارتمان، مواد ۳۶ و ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴، ماده ۲۲ قانون نظام مهندسی معدن مصوب ۱۳۷۵ و ... است. با وجود اینکه داوری موضوع مواد ۴۵۴ الی ۵۰۱ قانون

### ۳- حدود اراده داور در داوری اجباری در حقوق ایران و فرانسه

در این بند طی دو قسمت جداگانه به بررسی حدود اراده داور در داوری اجباری در حقوق ایران و فرانسه پرداخته خواهد شد.

#### ۱-۳- حدود اراده داور در داوری اجباری در حقوق ایران

داوران در قبول یا رد جریان داوری مختارند. هنگامی که مورد اختلاف به داور ارجاع داده می‌شود، داور برحسب تصمیم خود اختیار به قبول یا رد آن دارد. حتی تا پیش از صدور رأی نیز می‌تواند نسبت به رد موضوع اقدام نماید. داوری اختیاری دارای ماهیت قراردادی است، داوری اجباری از حیث اصل حل اختلاف توسط داور اجباری است، و شخص داور در رد درخواست داوری اختیار دارد. برخی حقوقدانان به این مسئله ایراد گرفته و آن را زمینه طولانی شدن دادرسی می‌دانند. اما برخی دیگر از حقوقدانان، اصل تراضی را به پیش کشیده و پیشنهاد حل اختلاف توسط داور را ایجاب می‌دانند. لذا ماهیت قراردادی برای این نوع داوری تا حدودی برقرار است و در اصل قرارداد داوری

---

آئین دادرسی مدنی از مصادیق داوری اختیاری مسبوق به توافق طرفین قرارداد برای رجوع به داوری جهت حل و فصل اختلاف بوده و داوری در حالت اطلاق همواره محصول و شالوده اراده طرفین می‌باشد و داوری نقطه تجلی اصل حاکمیت اراده است، ولی داوری‌های اجباری از جمله قانون پیش‌فروش آپارتمان از مصادیق محدودکننده اصل حاکمیت اراده در داوری است و مقنن با وضع مقررات اجباری، طرفین را ملزم به رجوع به داوری برای وضع تنازع کرده است. پنجم، امری بودن داوری‌های اجباری موضوع ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش آپارتمان به‌نحوی است که با توافق طرفین قابل اسقاط و عدول نبوده و مقنن از حیث برقراری قواعد و مقررات و ایجاد انتظام در این موضوعات و یا اساساً قالب و ماهیت چنین موضوعاتی، داوری را اجباری کرده یا اینکه مقنن با هدف پیش از طرح چنین دعاوی در دادگستری چنین مقرراتی را وضع نموده و تشابه فراوانی به مبحث صلاحیت موضوعات داشته و از حیث مقررات آئین دادرسی مدنی نیز قواعد مربوط به صلاحیت در حالت کلی از قواعد آمره بود که قابل توافق و انتقال نخواهد بود. ششم، حسب محتویات پرونده ادنی دلیلی دال بر مراجعه اصحاب دعوی به مرجع داوری ماده ۲۰ قانون یادشده تقدیم و ابراز نشده است و داوری یادشده نیز تاکنون نیز از اعتبار قانونی نیفتاده و تا برقراری قواعد داوری آن قانون محاکم امکان رسیدگی و صدور رأی ماهیتی و غیر آن را در این باب نخواهد داشت و مراجعه اصحاب دعوی به مرجع داوری یادشده از مقدمات اساسی موضوع بوده که به‌عنوان قاعده مقدمه واجب، واجب است تلقی می‌گردد و می‌بایست طرفین این مرحله را طی کنند که تاکنون این امر صورت نگرفته است؛ از این‌رو با وجود داوری اجباری مذکور دعوی حاضر با این کیفیت قابلیت استماع را نداشته و مستند به مواد مذکور و ماده ۲ قانون آئین دادرسی مدنی قرار عدم استماع دعوی صادر و اعلام می‌دارد. قرار صادره ظرف مهلت بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

دکتر مجید عزیزیانی - رئیس شعبه دوم حقوقی دادگاه عمومی بخش رودبار قصران

اجبار وجود دارد. برخی معتقدند که در صورت پذیرش موضوع اختلاف به‌غیر از تراضی، کیفیت دادرسی انجام‌شده توسط داور، پائین خواهد آمد. به‌رحال داور در قبول یا رد درخواست داور اجباری مختار است و این مهم در داور اجباری نیز مشهود می‌باشد (طاهری، ۱۳۹۶: ۴۴).

در مورد انتخاب قانون حاکم، داور اختیاری ندارد. قانون‌گذار اصول حقوقی را حاکم بر داور دانسته و در صورت توافق طرفین دعوا و به اراده آن‌ها قانون خاصی حاکم می‌گردد. داور تنها می‌تواند نسبت به قانون حاکم پیشنهاد دهد. در داور اجباری داور حق ندارد که خارج از اصول حقوقی، عمل کرده و قانون جزئی حاکم نیز یا برحسب عرف و عادت و یا برحسب تراضی طرفین انتخاب می‌گردد. البته اراده طرفین دعوا نیز نباید مخالف اصول حقوق باشد. مثلاً اگر همه طرفین دعوا در ایران بوده و اصل دعوا به داخل کشور مربوط است، طرفین نمی‌توانند قانون آمریکا را معیار حل اختلاف قرار دهند. در انتخاب قانون حاکم، مواردی که به نحوی به کشوری دیگر مرتبط باشند، بر انتخاب منبع حقوقی خارجی تأثیر دارند و در غیر این صورت انتخاب منبع حقوقی خارجی توجیه حقوقی نخواهد داشت.

نکته مهم در روش داور، آن است که اصل «میان‌داوری» با «داوری» متفاوت می‌باشد. مراجع قضائی با دادن اختیارات به داور، وی را مأمور به داور اجباری می‌کنند. اما برحسب اختیار و نبود نظارت بر روش داور، داور اراده تعیین میان‌داوری را داشته و در حال حاضر بیشتر داورهای انجام‌شده از نوع میان‌داوری است. در این آئین که ترکیبی از میانجی‌گری و داور است، شخص ثالث بی‌طرف به‌عنوان میانجی عمل می‌کند و چنانچه طرفین موفق به حل اختلاف نشدند؛ همان شخصی که به‌عنوان میانجی عمل کرده بود، اینک به‌عنوان داور عمل نموده و با استفاده از اطلاعاتی که در خلال پروسه میانجی‌گری به‌دست آورده، رأی لازم‌الاتباع خود را صادر می‌نماید. هدف از این روش آن است که داور از اطلاعاتی که در جریان روند مذاکره و میانجی‌گری به‌دست آورده، در صدور رأی بهره‌مند شود. این امر مزایا و معایبی دارد، از جمله اینکه داور در این روش اطلاعات بیشتر، دقیق‌تر و خالص‌تری دارد، ولی از سوی دیگر استفاده از این اطلاعات در جریان داور ممکن است موجب شود طرفین در جریان مذاکرات مربوط به میانجی‌گری و حل اختلاف احتیاط و وسواس بیشتری به خرج داده و عملاً میانجی‌گری از آن تأثیرات و فواید و نتایج بالقوه خود تهی گردد (مرتضوی، ۱۳۹۲: ۵۸).

### ۲-۳- حدود اراده داور در داور اجباری در حقوق فرانسه

همانند قوانین کشورمان، داوران در قبول یا رد موضوع داور مختارند. در واقع نمی‌توان به داور اجباری در جهت پذیرش موضوع اختلاف، اجبار وارد کرد. این مهم با اصل تراضی رابطه مستقیم

دارد. اجباری بودن برخی جریانات داوری به معنای پذیرش اجباری موضوع اختلاف نیست. طرفین دعوا ملزم به ارجاع مورد اختلاف به داوری هستند که خود شخص داور نیز نسبت به آن تراضی داشته باشد. با توجه به کثرت داوران در تخصص‌های مختلف، معمولاً عدم پذیرش برخی دعاوی توسط داوران، مشکل کمبود داور را ایجاد نمی‌کند. در این باره معمولاً مسئولان دادگستری ضمن رایزنی با داوران، نسبت به حل توافقی موضوع اقدام می‌نمایند. از این رو اراده داوری به این معنا نیست که موضوع مورد اختلاف مسکوت بماند. دادگستری از اختیارات خود در جهت تعیین داور صالح اقدام خواهد نمود (خرسند<sup>۱</sup> و پروین<sup>۲</sup>، ۲۰۲۰: ۷۳۰).

در مورد انتخاب قانون حاکم، داور اختیاری ندارد. قانون‌گذار اصول حقوقی را حاکم بر داوری دانسته و از این رو داور در انتخاب قانون حاکم، اختیاری ندارد.

در واقع روشی شبیه به میان‌داوری در قانون مذکور پیش‌بینی شده و داور به جز این رویه، اختیاری دیگر در روش حل اختلاف نداشته و در صورت تخلف از این عملکرد، زمینه جرح وی فراهم می‌آید. روش مذکور در مورد داوری‌های اجباری به موجب فصل سوم قانون جامع داوری این کشور، بدین صورت است که پس از ختم پروسه میانجی‌گری، با تعابیر داور، هریک از طرفین آخرین و بهترین پیشنهاد خود را به داور/ داوران منتخب ارائه می‌دهد و داور/ داوران از میان این دو پیشنهاد یا یکی را به‌عنوان رأی و نظر خود پذیرفته و اعلام می‌دارند و یا راه‌حل میانه این دو پیشنهاد ارائه می‌دهند. در این آئین معمولاً داوران حق دارند تا پیشنهاد یکی از طرفین دعوی را بپذیرند و البته می‌توانند رأی دهند که حد وسط این دو پیشنهاد باشد و این مورد منع قانونی ندارد، اما معمولاً این رویه اجرا نمی‌شود، چراکه هدف آن است که هریک از طرفین دعوی، از ترس اینکه مبدا داوران پیشنهاد طرف مقابل را بپذیرند، بیشترین حد گذشت و سازش را کرده و منطقی‌ترین پیشنهاد را ارائه دهند. میانجی‌گری اولیه در این آئین اجباری بوده و نمی‌توان از آن صرف‌نظر کرده و به صورت مستقیم به سراغ داوری براساس آخرین پیشنهاد، رفت (خرسند<sup>۳</sup> و پروین<sup>۴</sup>، ۲۰۲۰: ۷۳۰).

باید توجه داشت که اصولاً یکی از ویژگی‌های روش‌های حل اختلاف جایگزین، انعطاف‌پذیری آن‌ها است. بدین معنی که روش‌های آن منحصر به موارد فوق نبوده و برحسب ابتکار و اراده طرفین انواع مختلفی از این روش‌ها قابل تعریف بوده و این طرفین دعوی هستند که نوع روش‌ها، آئین و

۱- Khorsand (iranian journal of comparative education ۲۰۲۰، ۷۳۰)

۲- Parvin (iranian journal of comparative education ۲۰۲۰، ۷۳۰)

۳- Khorsand (iranian journal of comparative education ۲۰۲۰، ۷۳۰)

۴- Parvin (iranian journal of comparative education ۲۰۲۰، ۷۳۰)

مقررات حاکم بر آن‌ها، حدود اختیارات شخص یا اشخاص ثالث بی طرف و ماهیت تصمیمات آن‌ها را تعیین و تعریف می‌کنند.

ذکر روش داوری به طریق بیان شده، مهم‌ترین وجه افتراق جریان داوری در نظام حقوقی فرانسه با وضعیت مشابه در کشورمان است. این روش حل اختلاف موافقان و مخالفان فراوانی داشته و با توجه به اشعار قانون، در داوری‌های اجباری می‌بایست به کار گرفته شود.

#### ۴- حدود اراده دادگاه در داوری اجباری در حقوق ایران و فرانسه

در این بند طی دو قسمت جداگانه به بررسی حدود اراده دادگاه در داوری اجباری در حقوق ایران و فرانسه پرداخته خواهد شد.

##### ۴-۱- حدود اراده دادگاه در داوری اجباری در حقوق ایران

در مواردی که منابع حقوقی از عبارت «می‌توانند» در داوری نام برده باشند، دادگستری با رضایت حداقل یکی از طرفین، جریان داوری را اداره می‌کند. در مواردی که هیچ اجباری به داوری وجود ندارد، دادگستری با رضایت هر دو طرف، طرفین را ملزم به حل اختلاف از طریق داوری می‌نماید. در مواردی که داوری اجباری نسبی در منابع حقوقی ذکر شده، با درخواست یکی از طرفین، جریان اختلاف به داوری فرستاده می‌شود. اما در مواردی که داوری اجباری مطلق به مانند قرارداد پیش فروش آپارتمان ذکر شده است، دادگاه ملزم به تعیین وضعیت داوری است. در واقع تعیین سازوکار داوری برای حل اختلاف، در صورتی که داوری اجباری در منبع حقوقی ذکر شده باشد، خارج از اختیار دادگستری بوده و غیر از آن گزینه دیگری وجود ندارد. در مواردی که دادگستری به تعیین داور ملزم شده، تنها اراده قاضی آن است که داور دارای اهلیت را تعیین و برای حل اختلاف معرفی نماید. اما مواردی که طرفین نسبت به انتخاب داور اختیار دارند، دادگستری معمولاً در انتخاب آن نقشی نخواهد داشت (موسوی، ۱۳۹۴: ۹۹).

زمانی که بین طرفین موافقت‌نامه داوری ایجاد می‌شود، آن‌ها ملزم هستند تا اختلاف خود را که موضوع موافقت‌نامه داوری است به داوری ارجاع کنند و از این جهت است که صلاحیت دادگاه در رسیدگی به اختلاف موضوع موافقت‌نامه داوری از بین می‌رود. در عین حال برخلاف ملزم بودن طرفین در ارجاع اختلاف به داوری، وجود موافقت‌نامه‌های داوری و انتخاب شخص معین به عنوان داور، داور را ملزم به داوری نمی‌کند، حتی اگر وی داوری را پذیرفته باشد، این موضوع در ماده ۴۶۳ و ۴۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی بیان شده است.

در مواردی که داوری اجباری در قانون ذکر شده و لزوم انتخاب داور توسط دادگستری ذکر نشده است، طرفین می‌توانند بدون مراجعه به دادگستری نسبت به انتخاب داور صالح اقدام کرده و حکم صادره را برای اجرا به دادگستری معرفی کنند.

در مورد داوری اجباری دعاوی خانواده بحث فراوان بوده و همچون قانون بورس و یا قانون پیش‌فروش آپارتمان، قانون‌گذار در ذکر داوری اجباری صراحت ندارد. اما در آخرین بخشنامه قوه قضائیه، انتخاب داور اجباری به‌عنوان راه‌حل اختلاف دعاوی خانواده توصیه شده است. قاضی در صورت مواجهه با تصمیم قطعی زوجین مبنی بر طلاق، نمی‌تواند حق قانونی آن‌ها را نادیده بگیرد. از این‌رو تنها به توصیه ساده بر سازش تأکید می‌کند. اما گاه دعاوی خانواده جنبه طلاق نداشته و طرفین نسبت به نقض حقوق یکدیگر شکایت دارند. از آنجا که طلاق آخرین راه‌حل عدم سازش زوجین است؛ قاضی معمولاً از اقداماتی نظیر پرس‌وجو از مطلعان، تحقیقات محلی، مصاحبه با زوجین و بررسی اسناد و مدارک استفاده کرده و اگر منشأ اختلاف را به‌خوبی پیدا نماید، با ذکر دلیل به شورای حل اختلاف راهنمایی می‌کند. با توجه به اینکه هدف از تحصیل دلیل در اینجا یافتن خط راهنمای مشاوره (داوری اجباری) است، از این‌رو قاعده منع تحصیل دلیل به‌صورت مطلق قابل نقض می‌باشد. اختیارات ریاست شعبه دادگاه خانواده در این حالت دقیقاً به‌مانند دادستان بوده و می‌تواند رأساً به جمع‌آوری دلیل اقدام کند. اخیراً شورای حل اختلاف تهران با تفسیری از فصل نخست ق.ا.د.م قاضی را مختار به ارجاع پرونده مشاوره زوجین به داوری اجباری دانسته که با توجه به موافقانی که این تفسیر دارد، می‌تواند در صورت یافتن منشأ دقیق اختلاف به‌واسطه تحصیل دلیل شعبه دادگاه خانواده، با ذکر جزئیات شورای حل اختلاف را به مشاوره زوجین ملزم کرد. مددکاران اجتماعی به‌عنوان داوران این حوزه نیز معمولاً در دادگاه و یا شورای حل اختلاف حضور داشته و با توجه به نداشتن سمت قضائی، تحصیل دلیل توسط آن‌ها به هیچ‌وجه منعی نداشته و هدف از آن، تنها سازش بین زوجین می‌باشد. در صورتی که مددکار اجتماعی و یا مسئولان شورای حل اختلاف، مشاوره زوجین را ثمربخش ندانستند، می‌توان مورد را به ریاست دادگاه خانواده ارجاع داده و قاضی نیز پس از تلاش‌های نهایی برای سازش، به‌ناچار حکم طلاق را صادر می‌کند (یوسف‌زاده، ۱۳۹۲: ۹۸).

نکته‌ای که در اینجا شایان ذکر می‌رسد آن است که داوری در اختلافات خانوادگی را نباید با داوری به‌موجب قانون آئین دادرسی مدنی که می‌توان از آن تعبیر به داوری عام نمود، یکی دانست. داور در اختلاف خانوادگی تنها صلاحیت رسیدگی به اختلافات زوجین را دارد، از این‌رو قلمرو رسیدگی داوران محدود به اختلافات زوجین است. درحالی‌که در قانون آئین دادرسی مدنی صلاحیت داوران محدودیتی ندارد و تنها چند مورد خاص (همچون دعاوی راجع به اصل نکاح و طلاق) از حدود

صلاحیت ایشان خارج شده است و در سایر موارد صلاحیت داوری دارند؛ بنابراین، نهاد داوری در دعاوی خانوادگی ماهیتی مستقل از نهادهای وکالت، تحکیم و داوری به موجب قانون آئین دادرسی مدنی می‌باشد. هرچند این نهاد از جهاتی با این نهادها شباهت دارد؛ ولی تنها تفاوت‌های اساسی و غیرقابل انکاری با هریک دارد که مانع از آن است که این نوع داوری در هریک از این قالب‌ها گنجانده شود. بدین جهت، داوری در دعاوی خانوادگی، یک نهاد اختصاصی برای اختلافات خانوادگی می‌باشد که دارای ماهیتی خاص است.

همان‌طور که در قانون حمایت خانواده جدید (مصوب ۱۳۹۱) دیده می‌شود، ارجاع اختلاف به داوری، تنها به مورد طلاق منحصر شده و حتی طلاق توافقی نیز از ارجاع به داوری مستثنا گردیده است؛ بنابراین مطابق قانون فعلی، دعوای طلاق (به جز طلاق توافقی) باید به حکمیت و داوری ارجاع شود، خواه از سوی زوج یا زوجه مطرح شده باشد. این مطلب می‌رساند که در اختلافات مربوط به طلاق، طرفین مجبورند به داور رجوع نمایند و در صورت استتکاف از داوری، دادگاه می‌بایست برای آن‌ها داور مناسب تعیین کند.

#### ۲-۴ - حدود اراده دادگاه در داوری اجباری در حقوق فرانسه

به موجب قانون جامع داوری کشور فرانسه، دادگاه‌های این کشور در دعاوی عمومی نمی‌توانند طرفین را به داوری الزام کنند و تنها می‌توانند در این مورد توصیه خود را بیان دارند. مصادیق مختلف دعاوی تخصصی در قانون ذکر شده و در پایان چنین بیان داشته که به تشخیص رئیس قوه قضائیه، می‌توان مصادیق بیشتری از دعاوی تخصصی را در قانون ذکر کرد. به هر حال در دعاوی تخصصی، دادگاه ملزم به ارجاع پرونده به داوری بوده و داور نیز تنها معرفی می‌شود و انتخاب آن به اراده طرفین دعوا وابسته است. تنها در مواردی که طرفین در انتخاب داور اجباری دچار اختلاف نظر باشند، پس از ده روز از ارجاع به داوری، قاضی با نگارش نامه به وزارت دادگستری، از آن‌ها خواسته که داور صالح برای موضوع اختلاف بیابند. در این صورت اراده طرفین دعوا نادیده گرفته شده و این اراده به قاضی پرونده منتقل می‌شود. طرفین دعوا تنها ده روز مهلت داشته که داور را انتخاب کنند، در غیر این صورت بنا به درخواست قاضی، وزارت دادگستری داور صالح را انتخاب و موضوع اختلاف را به وی ارجاع خواهد کرد (Shoarian Sattari, Azimi Comparative Law Review, ۲۰۲۰:۶۰۰).

به موجب قوانین کشور فرانسه، داوری اجباری کاملاً مطلق بوده و نوع نسبی آن وجود ندارد. دادگاه تنها می‌تواند در دعاوی عمومی توصیه به داوری کند و در موارد دعوای تخصصی الزام به داوری نماید و غیر از آن اختیاری نخواهد داشت. نوع داوری اجباری نسبی که در قراردادهای پیمانکاری کشور ما وجود دارد، در این باره نقشی نخواهد داشت.



در مورد دعاوی خانواده نیز قوانین داوری این کشور به مانند کشور ما بوده و اگر طرفین تنها اختلاف خود و نه حق طلاق را به دادگاه ارجاع دهند، موضوع به داوری که مشاوران خانواده ذی صلاح هستند، ارجاع داده خواهد شد.

#### ۵- داوری اجباری و توجه به حقوق شهروندی در فرانسه

رویه خاص داوری اجباری در فرانسه با وجود منتقدان، دارای موافقانی بوده که اغلب توجه به حقوق شهروندی را در این قوانین تحسین می کنند. به عقیده برخی حقوقدانان فرانسوی، دعاوی با ماهیت تخصصی، حتی اگر توسط کارشناس دادگستری خبره حل و فصل شود، باز هم کیفیت دادرسی بالایی نخواهد داشت. تنوع رشته های دادرسی در بین داوران به نسبت کارشناسان فرانسوی بیشتر بوده و همین مسئله به دادرسی با تخصص بهتر منتهی می شود. به موجب قوانین داوری کشور فرانسه حتی اگر یکی از طرفین اعسار از پرداخت هزینه داوری باشد، با ضمانت دولت، هزینه به صورت قسطی پرداخت می شود (Shokoozhadeh Private Law Research, ۲۰۲۰:۱۰۰). این چنین توجه قانون گذار به حل تخصصی دعاوی، نشان از توجه به حقوق شهروندی و کرامت آن دارد. رویه داوری که قانون گذاری آن در کل جهان بی سابقه است، نوعی از داوری بوده که ابتدا میانجی را مقدم بر داوری می داند. با اخطارهای حقوقی داور به طرفین، محدوده رأی مشخص شده و رأی توسط داوری در همین محدوده صادر می شود. در واقع خود طرفین دعوا به نسبت مساوی در صدور رأی سهم داشته و از آنجا که رأی صادره می بایست مستدل به اصول حقوقی باشد، راه سوء استفاده از این روش وجود ندارد. این گونه رویه به نظر حقوقدانان، به نحوی بهتر حقوق شهروندی را رعایت می کند. از طرف دیگر، دادن مهلت ده روزه به طرفین برای انتخاب داور، نشان از احترام به نظر طرفین بوده و اگر این احترام مورد سوء استفاده قرار گرفت و طرفین سعی کرده که به بهانه عدم اجماع در انتخاب داور، دادرسی را به تعویق بیندازند، دادگاه به سرعت نسبت به انتخاب داور صالح اقدام خواهد کرد. ذکر این چنین مطالبی در مفاد قانونی، نشان از توجه به حقوق شهروندی دارد. در مواردی نیز به موجب آرای وحدت رویه کشور فرانسه، در دعاوی کلان، به حکم دادگاه تعداد داوران بیشتر انتخاب شده که براساس آرای وحدت رویه، وجاهت حقوقی دارد. این چنین رویه حقوقی نیز نشان از توجه به حل باکیفیت دعواست و به نوعی دیگر حقوق شهروندی را بیش از پیش مدنظر قرار می دهد.

#### ۱-۵- بررسی و قیاس حقوق شهروندی در حقوق فرانسه و ایران

دیدگاه های حقوق شهروندی متنوع است. دین مبین اسلام در مورد حقوق شهروندی مطالب غنی ارائه داده که با وجود اشعار قانونی بر کلیات آن، به علت عدم توجه جدی حقوقی، عملاً اجرایی نشده است. حقوقدانان فرانسوی، مشروط کردن داوری تخصصی به داشتن مدرک را نمونه ای از توجه قانون گذار به حقوق بشر می دانند؛ چراکه تخصص شرط اصلی داوری تخصصی است. در کشور ما

این مسئله حالتی مبهم داشته و به‌صراحت در قانون ذکر نشده است. هرچند که در انتخاب داور به تخصص وی توجه می‌شود، نیاز است که در عمل برای این مهم قوانین اجرایی تعیین کرد. با بررسی قانون فرانسه می‌توان پی برد که تعیین شیوه داوری در قوانین فرانسه جدا از انتقاداتی که به آن وارد است، نشان از محدودیت قانون‌گذار در اراده داور است تا تنها به اصول حقوقی پایبند باشد. در بحث داوری روش‌های خاصی وجود داشته که عموماً به تاکتیک‌ها و مهارت‌های کاری داور وابسته است. در صورتی که داور در انتخاب این تاکتیک‌ها آزاد باشد، می‌تواند زمینه سوءاستفاده از حق فراهم شود. اما قانون‌گذار فرانسه با محدود کردن داوری اجباری به انتخاب یک تاکتیک، عملاً وی را به قانون مقید ساخته که باز هم در جهت حقوق بشر ارزیابی می‌شود. در فرانسه برای کلیه دعاوی تخصصی، داوری اجباری معین شده تا دعوی موجود در اسرع وقت و به بهترین نحو حل شود. متأسفانه در کشور ما، تنها در چند منبع حقوقی پراکنده مصادیق داوری اجباری بیان شده و عمده دعاوی تخصصی در حالت داوری اختیاری قرار دارند که با نظر کارشناس نه‌چندان متخصص، می‌تواند با جریان طولانی قضائی درنهایت به سازشی اجباری ختم شود. آنچه متخصصان بخش اجرایی قضائی به آن پی برده‌اند، آن است که داوری در مسائل تخصصی می‌بایست اجرایی باشد و قانون‌گذار کشور ما نیز در برخی مصادیق به آن اشاره داشته که کامل به‌نظر نمی‌رسد. نیاز است که داوری تخصصی برای کلیه دعاوی تخصصی اجباری شده تا بدین‌صورت حقوق طرفین دعوا به‌خوبی رعایت شده و مانند موارد غنی مطالب شهروندی در دین مبین اسلام در این خصوص مجدد به‌نحوه شایسته‌ای بیشتر تجلی یابد.

## ۲-۵- تطبیق حدود اراده در داوری اجباری در حقوق ایران و فرانسه

در این بخش، حدود اراده در داوری اجباری در دو نظام حقوقی ایران و فرانسه بررسی شده است. نوع مطالعه کنونی تطبیقی بوده و نیاز است که پس از بیان قوانین دو نظام حقوقی، تطبیقی بین آن دو صورت پذیرد.

### ۱-۲-۵- وجوه افتراق

وجوه افتراق بین دو نظام حقوقی در مورد داوری اجباری بسیار وسیع است. مهم‌ترین رکن افتراق، رویه داوری بوده که در قانون کشور فرانسه ذکر شده است. این روش به‌عقیده برخی حقوقدانان شبیه به مدوالا<sup>۱</sup> بوده و این درحالی می‌باشد که روش داوری مطلق در قوانین کشور ما پیش‌بینی شده است. در قوانین فرانسه، عدم استفاده از روش مذکور حل اختلاف در قانون، خود یکی از موارد جرح داور

۱- Medalva

می‌باشد و این درحالی است که در کشور ما هیچ داوری به سبب روش به کار گرفته شده در حل اختلاف، مورد جرح واقع نمی‌شود.

در مورد قانون حاکم، قانون فرانسه داوران اختیاری و اجباری را ملزم به رعایت اصول حقوقی کرده و منبع حقوقی خاصی را برای داوری ذکر نکرده است. طرفین نیز اراده‌ای بر انتخاب قانون حاکم نخواهند داشت. اما در کشور ما، طرفین دعوا در انتخاب قانون حاکم، اختیارات دارند و هر چند که داور به انتخاب اصول حقوقی دعوت شده، می‌تواند منبعی خاص را با توافق طرفین برای حل اختلاف بیابد. در کشور ما در قوانین پیش فروش آپارتمان تعداد داور به صراحت ذکر شده و در مواردی که طرفین قادر به انتخاب داور مرضی الطرفین نیستند، دادگستری نسبت به انتخاب آن اقدام خواهد کرد. در کشور فرانسه، پس از پایان مهلت ده روزه، از طرف دادگستری داور انتخاب می‌شود. در ایران، تعداد داور در قرارداد پیش فروش آپارتمان به صراحت ذکر شده و در کشور فرانسه صراحتی بر تعداد داور وجود نداشته و بر حسب آرای وحدت رویه و عرف حقوقی، این تعداد توسط دادگستری تعیین می‌شود.

در فرانسه به مانند کانون کارشناسان دادگستری، کانونی برای تربیت داوران در تخصص‌های مختلف وجود دارد. داوران بدون اخذ مدرک تخصصی داوری تخصصی، حق انجام داوری را ندارند. هر چند که شرایط حقوقی داور در قانون کشور ما نیز ذکر شده و در غیر آن می‌توان نسبت به جرح داور اقدام کرد، اما رسمیت در صلاحیت داور به مانند کشور فرانسه نبوده و از این حیث تفاوت اساسی بین دو نظام حقوقی مشهود است.

قانون‌گذار کشور فرانسه شرایط جامع داوری را در یک منبع حقوقی تجمیع کرده و کلیه اصول و قواعد آن را به صراحت بیان داشته است. در کشور ما در قوانین پراکنده وضعیت داوری اجباری وجود داشته که در اجباری بودن برخی مصادیق همچون دعاوی خانواده، اختلاف نظر وجود دارد.

#### ۵-۲-۲- وجوه اشتراک

اراده داوری در قبول یا رد جریان داوری اجباری در هر دو نظام حقوقی ایران و فرانسه مورد توجه قرار گرفته است. لزوم مستدل و انتخاب اصول حقوقی برای دادرسی توصیه شده و دخالت دادگستری در تعلل انتخاب داور نیز مشهود می‌باشد. اگر طرفین از اراده خود در انتخاب داور اجباری قصور کنند، این نظام اجباری دادگستری است که می‌تواند به صراحت جریان اختلاف را به داوری ارجاع کند. در صورت اثبات عدم اهلیت داور، می‌توان نسبت به جرح وی اقدام کرد. و در پایان اینکه اصل داوری اجباری اراده طرفین به عدم انتخاب داور را ملغی دانسته و حل اختلاف را تنها به وسیله داور امکان‌پذیر می‌داند. در کل وجوه اشتراک نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه در این خصوص اندک بوده و عمده تفاوت‌های آن در قسمت پیشین توضیح داده شد.

## نتیجه

از آنجاکه در برخی مصادیق اختلافات، جریان داوری به نحوی بهتر از نظام قضائی نسبت به حل اختلاف اقدام می‌کند؛ قانون‌گذار بحث داوری اجباری را به پیش کشیده که در تعیین مصادیق آن اختلاف نظرهایی وجود دارد. حدود اراده در داوری‌های اجباری در سه بخش مجزا قابل بحث است؛ حالت نخست، حدود اراده طرفین در داوری‌های اجباری که با وجود آمره بودن وضع داوری اجباری در قوانین مختلف، قابل بحث می‌باشد. حالت دوم، حدود اراده داور در داوری‌های اجباری است که داور با وجود اصل آمره بودن ارجاع اختلاف به داوری اجباری و لحاظ توافق طرفین و آیین داوری موضوع اختلاف، مبادرت به حل و فصل اختلاف می‌نماید. حالت سوم، حدود اراده دادگاه در این گونه داوری‌هاست که دادگاه در مقام نظارت بر رأی صادره از مرجع داوری اجباری و تطبیق آن با قواعد داوری مبادرت به ایفای نقش می‌کند. نظام حقوقی فرانسه با اجباری کردن داوری در اختلافات تخصصی، به لزوم حل تخصصی اختلافات در مدت زمان کوتاه توجه کرده و در بُعد اجرایی - قضائی قوانینی را نیز تصویب نموده است. در کشور ما مصادیق داوری‌های اجباری به صورتی محدود ذکر شده است. از این رو اراده طرفین در انتخاب داور در جریان اختلافات تخصصی در دو کشور ایران و فرانسه با یکدیگر متفاوت می‌باشد. می‌بایست اصل اراده به انتخاب روش داوری را محدود کرده تا از طولانی شدن جریان باطل دادرسی‌ها که زمینه برای تضییع مال را فراهم می‌کند، پرهیز نمود. انتخاب تاکتیک حل اختلاف توسط داور نیز از مواردی بوده که نیاز به صراحت داشته تا اراده داور در انتخاب روش تخصصی، چارچوب حقوقی داشته باشد. دادگستری در کشور فرانسه براساس برخی آرای وحدت رویه، تعداد داوران اجباری را مشخص کرده و مصادیقی از داوری اجباری که در قانون جامع برشمرده شده را در حوزه اختیارات ارجاع به داور تخصصی می‌داند. حوزه ارجاع به داوری اجباری در دادگاه‌های ایرانی محدودتر بوده و به جز قانون پیش فروش ساختمان، تعداد داوران در هیچ منبع حقوقی و آرای وحدت رویه یافت نمی‌شود و تنها بر فرد بودن تعداد داوران (اختیاری یا اجباری) تأکید شده است. در نهایت به قانون‌گذار کشورمان پیشنهاد می‌شود که با وضع قانون جامع داوری همچون کشور فرانسه، اراده طرفین دعوا در ارجاع به داوری و همچنین اراده داور در انتخاب روش حل اختلاف محدودتر گردد. دادگستری نیز می‌بایست در ارجاع جریان به داوری و انتخاب تعداد داوران اختیارات بیشتری داشته باشد.

## منابع

### الف) فارسی

- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۱)، حقوق داوری و دعاوی مربوطه آن در رویه قضائیه، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- رفیعی، منیژه (۱۳۹۷)، آثار موافقت‌نامه‌های داوری بین‌المللی در دعاوی حقوقی، چاپ اول، تهران.
- شیروئی، عبدالحسین (۱۳۹۴)، داوری تجاری بین‌المللی، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.
- طاهری، سهیل؛ شریف‌علیایی، حسین (۱۳۹۹)، داوری اجباری و مصادیق آن در حقوق ایران، آموزه‌های حقوقی گواه ۶ (۱) ۱۷۷-۲۱۲.
- طاهری، سیدرضا (۱۳۹۶)، اجرای آرای داوری خارجی در حقوق ایران، چاپ اول، تهران.
- عبده، جلال (۱۳۱۸)، داوری الزامی و اختیاری، مجله مجموعه حقوقی دادگستری، ۱۲۶ (۲) ۱۷۵-۱۵۲.
- عزیزیانی مجید (۱۳۹۹)، چالش‌های انطباق شرایط صحت قراردادها در شرط و موافقت‌نامه داوری، دیدگاه‌های حقوق قضائی، ۲۵ (۹۱) ۱۷۹-۱۹۶.
- عزیزیانی، مجید (۱۴۰۰)، تکمیلی بودن استقلال شرط داوری؛ لزوم احراز اراده طرفین در تعیین ماهیت شرط داوری، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۲۴ (۹۳) ۳۴۷-۳۶۸.
- کریمی، عباس؛ پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۲)، حقوق داوری داخلی، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: مؤسسه انتشار دادگستر.
- مافی، همایون (۱۳۹۵)، شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: انتشارات دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری.
- محمدزاده اصل، حیدر (۱۳۷۹)، داوری در حقوق ایران، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: انتشارات ققنوس.
- مدنی، سیدجلال (۱۳۷۶)، آئین دادرسی مدنی: سازمان قضائی جمهوری اسلامی ایران، مراجع قضائی عمومی اختصاصی و داوری- صلاحیت، چاپ اول، تهران.
- مرتضوی، عبدالحمید (۱۳۹۲)، آئین دادرسی داوری تجاری بین‌المللی ایران، چاپ اول، تهران.
- موسوی، فاطمه (۱۳۹۴)، آراء داوری غیرقابل اجرا در قلمرو تجارت بین‌الملل، چاپ اول، تهران.
- واحدی، قدرت‌الله (۱۳۷۷)، آئین دادرسی مدنی، جلد سوم، چاپ نخست، تهران: میزان.
- یوسف‌زاده، مرتضی (۱۳۹۲)، آئین داوری، چاپ اول، تهران: انتشاران میزان.

## ب) انگلیسی

- Bueno, N., & Bright, C. (۲۰۲۰), Implementing Human Rights Due Diligence Through Corporate Civil Liability. *International & Comparative Law Quarterly*, ۶۹(۴), ۷۸۹-۸۱۸.
- Ghaisary, S. A., Yousefzadeh, M., & Habib, M. (۲۰۲۰), Preventive civil liability and its educational principles in the high school social studies textbook. *Revista Conrado*, ۱۶(۷۶), ۶۸-۷۸.
- Khorsand, B., & Parvin, F. (۲۰۲۰), A Comparative and Educational Study of Laws in Litigation of Religious Minorities in Iran and Lebanon. *Iranian Journal of Comparative Education*, ۳(۲), ۷۲۴-۷۳۶.
- Shoarian Sattari, E., & Bahobj Azimi, S. (۲۰۲۰), Judgment for Specific Performance against Obligor and its Implementation by Third Party in Iranian and French Law. *Comparative Law Review*, ۱۱(۲), ۵۹۱-۶۱۱.
- Shokoohzadeh, R. (۲۰۲۰), Application of Succombance Principle in Appeals Courts in Iranian Law. *Private Law Research*, ۸۷-۱۱۳.
- Louis Devolvé, J., & Pointon, G.H., & Rouché, J. (۲۰۰۹), *French Arbitration Law and Practice A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, Kluwer Law International, ۲ (۳۶۴).
- *Revue de l'arbitrage*. (۲۰۲۱), N ۳, Sous-collection, Comité français de l'arbitrage, ۱۰۰۴.

