

الزام مرجع داوری به رعایت قواعد موجود حق

مؤلفان:

ماهر نصیری

وکیل پایه یک دادگستری

کارشناس ارشد حقوق تجاری اقتصادی بین المللی

شهاب شهبی

کارشناس ارشد حقوق خصوصی



مجمع علمی و فرهنگی مجد

سرشناسه	: نصیری، ماهور،
عنوان قراردادی	: ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	: الزام مرجع داوری به رعایت قواعد موجود حق / ماهور نصیری / شهاب شهابی.
مشخصات نشر	: تهران: مجد، ۱۳۹۵.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۱۹۳-۶۹۷-۵
وضعیت فهرست نویسی	: فیفا
موضوع	: داوری و جزا -- ایران
موضوع	: رویه قضایی -- ایران
موضوع	: حقوق -- فلسفه
موضوع	: Law -- Philosophy
شناسه افزوده	: شهابی، شهاب
زبان	: الف/ع/ ۱۳۹۵ / ۱۸۲۹ KMH
رده	: ۳۴۷/۵۵۰۹
شابک کتابخانه ملی	: ۴۳۷۵۴۳۳

هرگونه تکثیر کامل یا قسمتی از کتاب بدون اجازه پدیدآورنده، یا ناشر خلاف قانون، شرع و اخلاق است.
مؤلفان: ماهور نصیری / شهاب شهابی

الزام مرجع داوری به رعایت قواعد موجود حق

مؤلفان: ماهور نصیری / شهاب شهابی

انتشارات مجد

چاپ اول: ۱۳۹۵ تعداد: ۵۰۰ نسخه

حق چاپ محفوظ و منحصر «مجد» است.

دفتر مرکزی مجد:

تهران، میدان انقلاب تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۷ طبقه پنجم

تلفن و دورنگار: ۶۶۴۹۵۰۳۴ - ۶۶۴۱۲۰۷۸ - ۶۶۴۳۳۸۶

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۱۹۳-۶۹۷-۵

ISBN: 978-600-193-697-5

شعبه فروودین: خیابان ۱۲ فروودین، مقابل تعزیرات، پلاک ۲۸۳، طبقه دوم تلفن: ۶۶۴۹۰۹۹۸

شعبه اردیبهشت: خیابان اردیبهشت (منیری جاوید)، تقاطع شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۹ تلفن: ۶۶۴۸۶۸۷۴

www.majdlaw.ir

E-mail: majdlaw92@gmail.com

سیستم اشتراک پذیری «مجد»:

ارسال پیامک حاوی نام و نام خانوادگی و شغل (در صورت تمایل) به شماره ۰۲۱۶۶۴۹۰۹۹۸

فصلنامه حقوقی مجد با ارائه مقالات اساتید مبرز حقوق کشور بطور منظم منتشر می شود.

فهرست مطالب

۱۱	مقدمه
۱۵	فصل اول: تعاریف؛ مفاهیم؛ اصول؛ مبنا و جرایبی رعایت قواعد موجد حق
۱۵	مبحث اول: مبنای حقوق
۱۸	گفتار اول: مکتبهای آرمانی و طبیعی
۱۸	بند اول: مفهوم حقوق فطری
۱۹	بند دوم: حوالات مکتبهای آرمانی و طبیعی
۲۰	الف: عصر مذهبی
۲۱	ب: خردگرایی
۲۲	ج: عصر تجلی
۲۶	گفتار دوم: مکتب تاریخی و تحقیقی
۲۶	بند اول: اوصاف ششگانه مکتبها
۲۶	بند دوم: مکتب تاریخ
۲۷	بند سوم: مکتبهای تحقیقی
۲۷	الف: مکتب تحقیقی اجتماعی
۲۷	ب: مکتب تحقیقی دولتی حقوقی
۲۸	گفتار سوم: مبنای روانشناسی حقوق (روانشناسی - بوق)
۳۲	گفتار چهارم: حقوق طبیعی و واقع گرایی حقوقی. دو طریقه: مورد رای
۴۲	گفتار پنجم: نتیجه؛ تمیز مبنای مستقیم حقوق
۴۴	مبحث دوم: هدف قواعد حقوق
۴۵	گفتار اول: مکتب اصالت فرد
۴۵	گفتار دوم: مکتب اصالت اجتماع
۴۶	گفتار سوم: نتیجه ی بحث
۴۷	مبحث سوم: مفهوم و منابع حق
۴۷	گفتار اول: مبنا و جوهر حق
۴۹	گفتار دوم: تعریف حق و دین و تکلیف
۵۱	گفتار سوم: حق و حکم
۵۱	بند اول: مفهوم
۵۲	بند دوم: تحلیل بحث
۵۳	بند سوم: نتیجه

- گفتار چهارم: تعریف و اوصاف قاعده ی حقوقی ۵۳
- بند اول: قاعده ی حقوقی الزام آور است ۵۴
- بند دوم: رعایت قاعده ی حقوقی از طرف دولت تضمین شده است. (حقوق و ضمانت اجرا) ۵۴
- بند سوم: قاعده ی حقوقی کلی و عمومی است ۵۴
- بند چهارم: حقوق نظامی است اجتماعی ۵۵
- گفتار پنجم: قواعد موجد حق چیست؟ ۵۵
- بند اول: توضیح و تبیین ۵۵
- بند دوم: مقایسه ی قوانین موجد حق و قوانین تشریفاتی ۵۷
- بند سوم: نقش قواعد شکلی و ماهوی در قوانین موجد حق ۵۸
- بند چهارم: قواعد موجد حق و داوری ۵۸
- الف: دکتین ۵۹
- ب: رویه ی قضایی ۶۱
- گفتار ششم: منابع حقوق ۶۲
- الف: بررسی ماخذات بین المللی ۶۳
- ب: درجه های اجبار ناشی از قانون ۶۳
- ج: قوانین امری و تکمیلی ۶۵
- د: تمیز قوانین امری و تکمیلی مفهوم نظام عمومی ۶۶
- بند دوم: منابع معتبر اسلامی فتاوی معبر و اسوای حقوقی؛ عرف و عادت ۶۷
- بند سوم: دکتین ۶۸
- بند چهارم: رویه ی قضایی، آرای وحدت رویه (در حکم قانون) / آرای دادگاه ها ۶۸
- الف: رویه ی قضایی؛ معنای عام معنای خاص ۶۸
- ب: آرای وحدت رویه قضایی ۷۱
- مبحث چهارم: تفسیر قواعد حقوق ۷۲
- گفتار اول: لزوم و اهمیت تفسیر قانون ۷۲
- گفتار دوم: انواع تفسیر ۷۴
- بند اول: تفسیر قانونی ۷۴
- بند دوم: تفسیر قضایی ۷۵
- بند سوم: تفسیر شخصی ۷۵
- گفتار سوم: مبانی تفسیر قانون ۷۶
- بند اول: مکتب تفسیر لفظی یا تحلیلی ۷۷
- بند دوم: مکتب تحقیق علمی آزاد ۷۷
- بند سوم: نتیجه ۷۹

فصل دوم: داوری و قواعد موجد حق	۸۱
مبحث اول: تاریخچه، مفهوم، محاسن و معایب داوری	۸۱
گفتار اول: تاریخچه داوری	۸۱
گفتار دوم: قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین المللی	۸۲
گفتار سوم: مفهوم داوری	۸۳
بند اول: تعریف لغوی داوری	۸۳
بند دوم: تعریف اصطلاحی داوری	۸۵
بند سوم: داوری و اصطلاحات مشابه	۸۷
الف: داوری و کارشناسی	۸۷
ب: داوری و میانجیگری (سازش دادن)	۸۸
ج: داوری و دادرسی دولتی	۸۸
گفتار چهارم: محاسن داوری	۸۹
بند دوم: سرعت رسیدگی داوران	۸۹
بند سوم: رازداری داوران	۸۹
بند چهارم: تخصص داوران در موضوع مورد اختلاف	۹۰
گفتار پنجم: معایب داوری	۹۱
بند اول: عدم دقت و احساس مسئولیت داوران	۹۱
بند دوم: پیچیدگی طرق شکایت از داوری	۹۱
بند سوم: عدم استدلال در رأی داوری	۹۱
بند چهارم: هزینه زیاد داوری	۹۱
مبحث دوم: انواع داوری در حقوق ایران	۹۲
گفتار اول: داوری اختیاری	۹۲
بند اول: انواع داوری اختیاری	۹۲
بند دوم: محدودیت‌ها و حدود اختیار طرفین در ارجاع امر به داوری	۹۲
گفتار دوم: داوری اجباری	۹۳
مبحث سوم: قرارداد و موافقت نامه داوری	۹۵
گفتار اول: تعریف و معرفی بحث	۹۵
گفتار دوم: شرایط شکلی و ماهوی اعتبار موافقتنامه داوری	۹۸
بند اول: شرایط شکلی	۹۸
بند دوم: شرایط ماهوی	۹۹
الف: اهلیت	۹۹
ب: داوری پذیر بودن موضوع	۱۰۲
مبحث چهارم: مداخله محاکم دولتی در روند داوری	۱۰۶

- گفتار اول: دخالت دادگاه در اداره ی داوری ۱۰۶
- بند اول: دخالت دادگاه در درخواست تعیین داور ۱۰۶
- بند دوم: مداخله جهت رسیدگی به دعوی اعتبار موافقتنامه داوری ۱۰۷
- بند سوم: دخالت دادگاه در درخواست ابلاغ رأی داوری ۱۰۷
- بند چهارم: دخالت دادگاه در درخواست اجرای رأی داوری ۱۰۸
- گفتار دوم: دخالت دادگاه در دعوی ابطال رأی داوری ۱۱۰
- مبحث پنجم: رأی داور و حدود و صغور آن: ۱۱۳
- گفتار اول: آیا رأی داور باید مستند به قانون باشد؟ ۱۱۳
- گفتار دوم: بررسی داوری های بین المللی ۱۱۴
- الف: اول قانون حاکم بر آیین رسیدگی داوری ۱۱۵
- بند دوم: تعیین حاکم بر ماهیت داوری ۱۱۶
- الف: سیستم تعیین قانون حاکم به موجب قاعده ی حل تعارض کشور محل داوری ۱۱۷
- ب: سیستم آزادان داور ۱۱۸
- ج: سیستم حل منته به تعیین محل رابطه ی حقوقی ۱۱۹
- د: نظریه ی اعمال حقوق بین الملل ۱۲۰
- ه: بررسی قانون داوری تجاری بین المللی ایران ۱۲۰
- و: آیا طرفین می توانند به جای اینکه قانون یک کشور خاص را حاکم کنند قواعد فراملی بازرگانی را بر ماهیت دعوی خودشان حاکم کنند؟ ۱۲۱
- ی: آیا طرفین می توانند قانون کشوری را به ماهیت دعوا حاکم کنند که آن کشور هیچ ارتباطی با موضوع ندارد؟ ۱۲۱
- ص: اگر بین زمان انعقاد قرارداد تا زمان بروز اختلاف مدت زیادی سپری شده و قانون حاکم بر قرارداد توسط دولتی که قانون آن کشور حاکم شده تغییراتی بکند داور باید کدام قانون را اجرا کند؟ ۱۲۳
- ض: نظریه مخصوص قراردادهای دولتی در تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی داوری ۱۲۴
- ط: طرح چند سوال در خصوص قانون داوری تجاری بین المللی ایران ۱۲۴
- ظ: مزایای قانون داوری تجاری بین المللی نسبت به سایر قوانین از جمله قانون آیین دادرسی مدنی؛ در رابطه با قواعد موجد حق ۱۲۵
- ن: قانون حاکم بر ماهیت دعوا در باره ای از متون و مقررات راجع به داوری بازرگانی بین المللی ۱۲۶
- مبحث ششم: نوع شکایت از رأی داور و جهات آن ۱۳۴
- گفتار اول: نوع شکایت ۱۳۴

۱۳۵.....	گفتار دوم: جهات شکایت محکوم علیه از رای داور
۱۳۵.....	بند اول: انحصاری نبودن جهات شکایت از رای داور
۱۳۷.....	الف: تفسیر قانون با قانون
۱۳۸.....	ب: تفسیر تاریخی
۱۴۲.....	ج: بررسی هفت دهه رویه قضایی
۱۴۵.....	د: دکترین (آرای علمای حقوق)
۱۵۱.....	ه: مخالفت با قواعد شرعی
۱۵۱.....	و: بررسی رویه قضایی و دکترین مسایل مرتبط
۱۵۴.....	مبحث هفتم: اهمیت شناخت قواعد موجد حق
۱۵۴.....	گفتار اول: شرح و توضیح
۱۵۴.....	گفتار دوم: نقض رای بدوی توسط دادگاه تجدیدنظر به دلیل اشاره ی کلی به قوانین موجد حق
۱۵۴.....	گفتار سوم: صورتی که رای داور مخالف با قوانین موجد حق باشد باطل بوده و قابلیت اجرایی ندارد
۱۵۶.....	مبحث هشتم: تشخیص قواعد موجد حق در داور
۱۵۷.....	گفتار اول: ملاک روشنگر
۱۵۷.....	گفتار دوم: دایره ی شمول قواعد موجد حق و بطلان رای داور به این استناد در رویه ی قضایی
۱۶۱.....	بند اول: دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۰۲۲۸۷۰-۱۲۰-۲۰/۲/۸۹
۱۶۱.....	شماره ۸۸۰۹۹۸۰۲۲۸۷۰۰۴۲۳ شعبه ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران
۱۶۳.....	بند دوم: دادنامه شماره ۸۴۰۱۲۰۱۶-۱۷۴۷ موضوع پرونده شماره ۸۴۰۲۵۰۱۶۸۳
۱۶۳.....	شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران
۱۶۴.....	بند سوم: دادنامه شماره ۸۸۰۸۱۳ شعبه ۳۱ دادگاه عمومی حقوقی مشهد
۱۶۴.....	بند چهارم: دادنامه ش ۱۲/۹/۸۴-۱۲۱۲ موضوع پرونده ی شماره ی ۱۵۰۱۴
۱۶۸.....	شعبه ی ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران
۱۶۹.....	بند پنجم: دادنامه شماره ۸۴/۱۲/۱۶-۱۷۴۷ موضوع پرونده ی کلاس ۸۴۰۲۵۰۱۶۸۳ شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران
۱۷۱.....	بند ششم: دادنامه ی شماره ی ۸۹۰۹۹۷۵۱۱۳۰۰۱۴۰۴-۸۹/۱۱/۱۷ شعبه ی ۳۵ دادگاه حقوقی مشهد
۱۷۱.....	گفتار سوم: نقش قوانین امری و تکمیلی در بطلان رای به استناد عدم رعایت قواعد موجد حق
۱۷۲.....	مبحث نهم: اثر اعتراض به عدم رعایت قواعد موجد حق توسط داور

۱۰ الزام مرجع داوری به رعایت قواعد موجد حق

- مبحث دهم: رعایت اصول دادرسی یا قواعد تضمین کننده ی حق (از قواعد شکلی) ۱۷۴
- گفتار اول: شرح و بیان مسئله ۱۷۴
- گفتار دوم: تفاوت رسیدگی داور و دادرس ۱۷۵
- گفتار سوم: محتوای آیین دادرسی - تمایز اصول؛ قوانین خاص و تشریفات ۱۷۶
- بند اول: شرح مسئله ۱۷۶
- بند دوم: رویه ی قضایی ۱۷۸
- بند سوم: آیا تشکیل جلسه ی داوری تکلیف داور و از اصول دادرسی میباشد؟ ۱۸۰
- بند چهارم: بررسی نقش ارجاع یا عدم ارجاع امر به کارشناس توسط داور؛ در ۱۸۱
- اعتبار رای ۱۸۱
- الف: بررسی و دکتیرین ۱۸۱
- ب: رویه ی قضایی ۱۸۳
- بند یکم: نقش و اهمیت استماع شهادت شهود توسط داور ۱۸۶
- بند ششم: اختیارات داور در بررسی ادله ۱۸۷
- بند هفتم: اسناد علمی شخصی توسط داور ۱۸۹
- بند هشتم: سخنی بر موزع به طریق ابلاغ رای داور ۱۹۰
- مبحث یازدهم: بررسی امکان توسیع تضییق دایره ی نظارت دادگاه بر رای داور ۱۹۲
- گفتار اول: توسعه ی اختیار دادگاه ۱۹۲
- گفتار دوم: تضییق اختیارات دادگاه ۱۹۳
- مبحث دوازدهم: داوری بر اساس انصاف/داوری با اختیار صلح؛ و الزام داور به رعایت قواعد موجد حق ۱۹۴
- گفتار اول: داوری بر اساس انصاف ۱۹۴
- گفتار دوم: داوری با اختیار صلح ۱۹۸
- گفتار سوم: چگونگی احراز وجود شرط داوری از طریق انصاف ۲۰۱
- مبحث سیزدهم: آیین شکایت از رای داوری ۲۰۲
- گفتار اول: مهلت شکایت؛ طرفین؛ و مرجع آن ۲۰۲
- گفتار دوم: عنوان خواسته در شکایت از رای داوری ۲۰۳
- مبحث چهاردهم: اثر شکایت از رای داوری ۲۰۷

- نتیجه و جمع بندی ۲۰۹
- ضمائم ۲۲۱
- از قانون آیین دادرسی مدنی ۲۲۱
- قانون داوری تجاری بین المللی ۲۲۸
- منابع و مأخذ ۲۴۱

مقدمه

یکی از نهادهای کهن و ریشه‌دار در نظام حقوقی ایران، داوری است. نهاد داوری و حکمیت، واقعه نوعی قضاوت خصوصی تلقی می‌شود که در آن افراد بر مبنای تراضی و اصل آزادی و حاکمیت اراده در قراردادهای قبول می‌کنند به جای دخالت حکومت، ثالث در میان آنان حکم را. (شوارتس، ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶، تقریباً تعریف کاملی از داوری ارائه می‌دهد «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دستگاه قضایی به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی‌الطرفین و یا انتصابی»).

ویژگی‌ها و امتیازات این نوع سیدگم در مقایسه با طرح دعوی در محاکم، از جمله سریع‌تر، کم‌هزینه‌تر، محرمانه‌تر بودن آن و نیز غیرتشریفاتی بودن دادرسی و آزادی گزینش قاضی مورد اعتماد و وثوق طرفین به راه‌های واد شایستگی بودن بیشتر داوران در برخی دعاوی خاص (متخصص بودن داوران در رشته مربوطه) و غیره است که همین موجب استقبال افراد و شایع شدن بیشتر این تأسیس در اجتماع امروزی است.^۱

اما بی‌گمان چون پذیرش داوری خصوصی از سوی افراد برخلاف اصل است و چه بسا صاحب حق با اظهار نظر فردی غیرمتخصص در امر قضا مواجه شود، بنابراین قبیل آرا باید نهایتاً توسط دادگستری اجرا شود، مسائل قابل بحث فراوانی حاکم بر پرسش آن وجود دارد. لیکن مقصود در کتاب حاضر تنها کنکاش یکی از آثار رای داوری است و به این پرسش پاسخ داده می‌شود که قواعد موجد حق چیستند؟ در چه منابعی یافت می‌شوند؟ و آیا محدود به قوانین و از جمله محدود به عنوان قوانین ماهوی هستند یا خیر؟ آیا می‌توان موارد و جهاتی را یافت که علی‌رغم فقدان مقرره‌ی قانونی، داور مکلف به رعایت قاعده‌ای موجد حق بوده و عدم رعایت این قاعده موجب بطلان رایش باشد؟ و اگر چنین است؛ موارد و حدود و ثغور آن کدام اند؟

هم چنین بررسی خواهد شد که اگر رأی داور یا داوران برخلاف قواعد ماهوی و موجد حق باشد، قابل درخواست ابطال ظرف مهلت مقرر قانونی است یا صرف نظر از این که ذی نفع بطلان رأی داور، نسبت به آن اعتراضی بکند یا نکند و یا اعتراض او خارج از موعد باشد که در نتیجه قرار رد درخواست ابطال؛ صادر شود و یا اساساً بدون اعتراض ذی نفع دادرس دادگاهی که از او درخواست اجرای رای داوری شده است و حکم داور می بایست زیر نظر او اجرا می شود معتقد به وجود کاستی های جدی برشمرده بالا باشد؛ آیا چنین رأیی پابرجا بوده و قابلیت اجرایی دارد و دادرس بایستی چنین آرای را اجرا کند یا اینکه چنین رأیی در هر حال قابلیت اجرایی ندارد؟

طابق ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م؛ رأی داوری در موارد برشمرده شده هفتگانه باطل است و قابلیت اجرایی ندارد. این موارد عبارت اند از مخالفت رأی داور یا داوران با قوانین موجد حق، اظهار نظر نسبت به مطالبی که موضوع داوری نبوده، خروج از حدود اختیارات تعیین شده ی داور، صدور و تسلیم رأی پس از انقضای مدت داوری، مخالفت رأی با مندرجات دفتر املاک و اسناد رسمی، فقدان صلاحیت قانونی (وقتی داوران قانوناً مجاز به صدور رأی نبوده اند) و با توجه به استثنای قرارداد مستند داوری.

هم چنین می توان همین حکم را زیر بار، به معاذیر و موارد دیگری هم که به طور متفرقه در مواد دیگر ق.آ.د.م. آمده است، نیزیم داد از جمله صدور رأی نسبت به دعاوی ای که ذاتاً قابل ارجاع به داوری نیستند مانند: موکول کردن حل اختلاف احتمالی در معامله ایرانی با تبعه خارجی به داور هم وطن طرف خارجی، بیش از ایجاد اختلاف (۴۵۶ ق.آ.د.م و بند یک ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۷۶/۶/۲۶) و دعاوی راجع به اصل نکاح و فسخ آن و طلاق و نسب و نیز ورشکستگی (۴۹۶ ق.آ.د.م)، دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی بدون مصوبه هیئت دولت و اطاعت مجلس شورای اسلامی (موضوع اصل یک صد و سی و نهم قانون اساسی)، فقدان اهلیت شخصی طرفین برای اقامه دعوی (مواد ۱۹۰ و ۲۱۰ و ۲۱۱ و ۲۱۲ ق.مدنی ماده ۴۵۴ ق.آ.د.م) مخالفت رأی با مفاد حکمی که در امور جزایی یا نکاح یا طلاق و یا نسب صادر شده باشد (ماده ۴۸۰ ق.آ.د.م) و ...

به این ترتیب موضوع این کتاب؛ علاوه بر روشن نمودن چرایی و چیستی قواعد موجد حق؛ از یک منظر پاسخ دادن به این پرسش است که آیا در تمام حالات برشمرده بالا که بی تردید اجرای چنین آرای، زیر بار گذاردن قانون است، از اعتبار انداختن رای داوری نیاز به طرح و اقامه دعوا ذی نفع دارد یا خیر و مهم تر از آن، چنین اعتراضی مقید به رعایت موعد قانونی آمده در ماده ۴۹۲ ق.آ.د.م. است یا خیر؟

بی تردید همان گونه که بر اساس مادتين ده و ۹۷۵ قانون مدنی و ماده شش ق. آ. د. م. شرط نفوذ قراردادهای خصوصی نسبت به متعاملین، مخالف نبودن آن با قانون (قوانین امری)، اخلاق حسنه و نظم عمومی و نیز موازين شرعیاست.^۱ رأی داورى نیز که به نوبه خود از آثار و حواصل چنین قراردادی است، نمی تواند با عوامل محدودکننده آزادی اراده مخالفت ورزد و هیچ گاه، حتى توافق طرفین قادر نیست به چنین آرایى قوت لازم و مقبولیت قانونی بخشد.

هم چنین با توجه به نحوه انشاء حکم قانون گذار در مواد اشاره شده، شک نیست که مقتن در همه ی این موارد، درصدد احصاء شرایط صحت رسیدگی و رأی داورى است که در صورت رعایت نکردن شرایط مزبور، رأی داورى اساساً غیر قابل اجرا و باطل است. زیرا تجاوز دار به حریم قوانین آمره و نظم عمومی و نیز امور خارج از اختیارات ناشی از مراضات طرفین پذیرفته نیست و مشاهده خواهد شد که به دلالت آنچه که خواهد آمد اگر مفاد رأی داور بر خلاف قانون ماهوی امری؛ و قانون ماهوی تکمیلی در صورت عدم توافق خلاف باشد، چنین آرایى در طبق قواعد کلی باطل و غیر قابل ترتیب اثر است. درحالی که در نظام حقوقی معنوی از کشورها از جمله آلمان - که مواد ۱۰۲۵ و ۱۰۴۸ قانون آ. د. م. آن مصوب سال ۱۸۷۰ به مزارات مربوط به داورى اختصاص داده شده - طرفین می توانند توافق کنند که داورهاى باخلاف قواعد حقوقی ماهوی رأی صادر کنند. و موضوع اختلاف، طبق موازين انشاء صل و فصل شود. البته این تجویز باید صریح باشد، درغیر این صورت و نیز درصورت معلوم نبودن نظر طرفین، داورها باید طبق قواعد حقوقی رسیدگی نمایند، و اگر حکم صادره خارج از این باشد که این امر رعایت نشده است، چنین حکمی هم به استناد قسمت دوم از بند یک، ماده ۱۰۴۱ قابل ابطال است و هم به خاطر زیر پا گذاشتن قواعد مربوط به نظم عمومی.^۲

در این نوشته روشن خواهد شد که، منظور از بطلان رأی داور به عدم مخالفت رای با قواعد موجد حق؛ استناد به وجود ایرادات ماهوی حکمی است و نه کسری های احتمالی شکلی و موضوعی. درحالی که چنان که گاه دیده می شود دادرسان بر خلاف قانون، به درخواست ذی نفع، خود در عرض داور، به رسیدگی تازه پرداخته و در مسایل موضوعی

۱. اصطلاح «موازين شرعی» پس از پیروزی انقلاب اسلامی ۵۷ هجری ادبیات حقوقی شده و به گونه گسترده همراه در قوانین تکرار شده می شود که از جمله در ماده ۶ ق. آ. د. م. نیز آمده است و در این باره کمتر بررسی دقیق و علمی صورت گرفته است برای آگاهی بیشتر رک به معاونت آموزش قوه قضاییه، مقاله «قراردادهای مغایر با نظم عمومی، اخلاق حسنه و موازين شرع» در فصل سوم از کتاب آسیب شناسی فقهی قوانین، ج ۴، تهران، انتشارات جنگل، چاپ اول ۱۳۸۸ ص ۶۰ به بعد.

۲. واحدی؛ ۱۳۷۷، ۲۲۱.

مانند اجرای کارشناسی و غیره، وارد می‌شود تا دریابد که رأی داور به درستی صادر شده و مثلاً اشتباه محاسبه‌ای در کار بوده است یا خیر؟ شایان ذکر است دادگاه انتظامی قضات طی حکم شماره ۲۳۱۲-۴ خرداد ۱۳۱۷ چنین رسیدگی ماهیتی را تخلف دانسته است: «ابطال رأی حکم مرضی‌الطرفین به استناد این که به دلایل و اسناد طرفین مراجعه نکرده و بدون استماع اظهارات طرفین و تحقق از شهود آنان رأی داده‌اند، تخلف است؛ زیرا در قانون حکمیت صریحاً حکم‌ها را تابع قواعد اصول محاکمات قرار نداده و همین قدر آن‌ها را ملزم نموده است که رأی‌شان برخلاف شرایط قرارداد و یا قوانین موجد حق نباشد و در صورتی که رأی حکم به نظر حاکم دادگاه غیر موجه باشد نیاستی آن را مخالف با قانون قلمداد و حتی از اثر نمود به خصوص در جایی که حکم‌ها را اصحاب دعوی به تراضی تعیین نموده و حق اعتراض خود را ساقط نموده باشند»

همچنین شایان ذکر است که مستفاد از مقررات موجود، واژه اعتراض که در ماده ۴۹۱ ق. آ. د. م. تشریح، در واقع همان درخواست ابطال رأی داور - مذکور در ماده ۴۹۰ ق. آ. د. م - است. به دیگر سخن - این نیست که رأی داور یکبار قابل اعتراض و یکبار قابل ابطال باشد بلکه همان گونه که تصریح شده، فقط تحت شرایط قانونی و بنا به جهات منصوص قابل درخواست ابطال است.

بر خود فرض می‌دانیم از جناب آقای عباس حسینی نیک مدیر محترم انتشارات حقوقی مجد برای همکاری صمیمانه شدن در چاپ این اثر سپاس و قدردانی نماییم. هم چنین سیاستدار رهنمودها و آرزومند مستدام سید علی ربیعت وجود استاد گرامی دکتر نجاد علی الماسی هستیم. از استاد بزرگوار جناب آقای دکتر علی صابری وکیل دادگستری و عضو پرتلاش شورای اسلامی شهر تهران برای بی دریغ راهنمایی‌های ارزشمندشان سپاسگزاریم.

ماهور نصیری

پاییز ۱۳۹۵