

حاشا لله  
الكره من ابن  
الكره

دانشکده ادبیات و علوم انسانی  
گروه حقوق

## نقش و جایگاه ثالث در داوری در حقوق ایران

از:

ندا بابازاده بهمبری

استاد راهنما:

دکتر سید محمد اسدی نژاد

استاد مشاور:

دکتر عباداله رستمی

شهریور ۱۳۹۳

تقدیم بہ:

این مجموعہ را بہ پدر و مادر عزیزم کہ ہموارہ با صبورۃ خود در طول دوران تحصیل حامی اینجانب بودند، تقدیم می نمایم.....

## تقدیر و تشکر:

در آغاز لازم می‌دانم از زحمات کلیه اساتید گروه حقوق دانشگاه کیلان به ویژه جناب دکتر سید محمد اسدی نژاد که در تهیه این ارزش‌هاست فراوان کوشیده و همواره مشوق اینجانب بودند نهایت سپاسگزاری را بنمایم؛ همچنین از استاد دکتر انقدر آقای دکتر رستمی که با دیده‌ای تعادانه سعی در به بود این اثر داشتند نیز قدردانی می‌نمایم.

## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه
۴	فصل اول- کلیات
۵	۱-۱ داوری و تعریف آن
۵	۱-۱-۱ معنای لغوی داوری
۵	۲-۱-۱ تعریف حقوقی داوری
۶	۳-۱-۱ داوری در فقه و ماهیت قرارداد داوری از نظر فقها
۸	۴-۱-۱ موافقت نامه داوری و انواع آن
۱۰	۲-۱ مقایسه نهاد داوری با برخی مفاهیم مشابه دیگر
۱۰	۱-۲-۱ نهاد داوری و رسیدگی قضایی
۱۱	۲-۲-۱ داوری و سازش
۱۲	۳-۲-۱ داوری و کارشناسی
۱۳	۳-۱ پیشینه داوری در قوانین موضوعه ایران
۱۴	۴-۱ اقسام داوری
۱۴	۱-۴-۱ داوری داخلی و بین المللی
۱۶	۲-۴-۱ داوری موردی و سازمانی
۱۶	۳-۴-۱ داوری اختیاری و اجباری
۱۷	۵-۱ نقش و جایگاه ثالث در دعاوی
۱۷	۱-۵-۱ مفهوم ثالث (معانی لغوی و اصطلاحی)
۱۷	۱-۱-۵-۱ ثالث در لغت
۱۸	۲-۱-۵-۱ ثالث در اصطلاح حقوقی
۱۸	۲-۵-۱ مداخله ثالث در فقه اسلامی

۲۰	۳-۵-۱ مداخله ثالث در قانون آیین دادرسی مدنی
۲۱	۴-۵-۱ ثالث در داوری
۲۳	۱-۴-۵-۱ خصوصی بودن داوری
۲۴	۲-۴-۵-۱ محرمانه بودن داوری
۲۷	۳-۴-۵-۱ نسبی بودن آثار موافقت نامه داوری
۲۹	فصل دوم- ثالث در داوری داخلی ایران
۳۰	۱-۲ ورود ثالث
۳۱	۱-۱-۲ تعریف دعوای ورود ثالث
۳۱	۲-۱-۲ قواعد پذیرش ورود ثالث
۳۲	۱-۲-۱-۲ قواعد پذیرش ورود ثالث اصلی
۳۳	۲-۲-۱-۲ قواعد پذیرش ورود ثالث تبعی
۳۳	۳-۱-۲ ورود ثالث در داوری
۳۳	۱-۳-۱-۲ ورود ثالث قبل از شروع داوری
۳۴	۱-۱-۳-۱-۲ تشخیص شروع داوری
۳۴	۱-۱-۳-۱-۲ مبنای قراردادی شروع
۳۴	۲-۱-۳-۱-۲ مبنای قانونی شروع
۳۵	۲-۱-۳-۱-۲ شرایط ورود ثالث قبل از شروع داوری
۳۶	۲-۳-۱-۲ ورود ثالث در جریان داوری
۳۷	۱-۲-۳-۱-۲ مفهوم رسیدگی مستقل
۳۹	۲-۲-۳-۱-۲ تراضی به داوران متعدد
۳۹	۳-۳-۱-۲ ورود ثالث بعد از صدور رأی
۴۰	۲-۲ جلب ثالث
۴۰	۱-۲-۲ تعریف دعوای جلب ثالث

- ۴۰ ۲-۲-۲ قواعد پذیرش دعوای جلب ثالث
- ۴۱ ۳-۲-۲ جلب ثالث در داوری
- ۴۱ ۱-۳-۲-۲ جلب ثالث قبل از شروع داوری
- ۴۱ ۱-۱-۳-۲-۲ شرایط جلب ثالث قبل از شروع داوری
- ۴۲ ۲-۳-۲-۲ جلب ثالث در جریان داوری
- ۴۳ ۱-۲-۳-۲-۲ لزوم توافق طرفین اصلی و طاری
- ۴۳ ۲-۲-۳-۲-۲ تراضی به داوران متعدد
- ۴۴ ۳-۳-۲-۲ جلب ثالث بعد از صدور رأی داور
- ۴۴ ۳-۲ اعتراض ثالث
- ۴۵ ۱-۳-۲ تعاریف ( معانی لغوی، اصطلاحی )
- ۴۵ ۱-۱-۳-۲ تعریف اعتراض
- ۴۶ ۲-۱-۳-۲ تعریف ثالث
- ۴۶ ۲-۳-۲ مفهوم اعتراض ثالث
- ۴۷ ۳-۳-۲ سه شرط آراء قابل اعتراض ثالث
- ۴۷ ۱-۳-۳-۲ صدور رأی
- ۴۸ ۱-۱-۳-۳-۲ اعتراض به رأی دادگاه از حیث قطعی و غیر قطعی بودن
- ۴۸ ۲-۱-۳-۳-۲ اعتراض به قرار صادره از دادگاه
- ۴۹ ۱-۲-۱-۳-۳-۲ قرارهای اعدادی یا مقدماتی
- ۴۹ ۲-۲-۱-۳-۳-۲ قرارهای نهایی
- ۵۰ ۳-۲-۱-۳-۳-۲ قرارهای موقت
- ۵۱ ۲-۳-۳-۲ خلل وارد آوردن حکم یا قرار صادره به حق ثالث
- ۵۱ ۳-۳-۳-۲ عدم دخالت شخص ثالث در دادرسی منتهی به صدور رأی
- ۵۱ ۱-۳-۳-۳-۲ مفهوم مداخله

- ۵۲ ۲-۳-۳-۳-۲ اقسام مداخله
- ۵۳ ۱-۲-۳-۳-۳-۲ مداخله به عنوان اصحاب دعوا
- ۵۳ ۲-۲-۳-۳-۳-۲ مداخله به عنوان نماینده اصحاب دعوا
- ۵۴ ۳-۲-۳-۳-۳-۲ مداخله به عنوان غیر اصحاب دعوا
- ۵۴ ۴-۳-۲ انواع اعتراض ثالث
- ۵۵ ۱-۴-۳-۲ اعتراض ثالث اصلی
- ۵۶ ۲-۴-۳-۲ اعتراض ثالث غیر اصلی (طاری)
- ۵۸ ۵-۳-۲ اعتراض ثالث به حکم داور
- ۵۸ ۱-۵-۳-۲ حدود اعتبار رأی داور
- ۵۹ ۲-۵-۳-۲ شرایط تحقق اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی داوی
- ۶۰ ۱-۲-۵-۳-۲ نفع قانونی
- ۶۰ ۲-۲-۵-۳-۲ ورود خلل به حقوق شخص ثالث
- ۶۰ ۱-۲-۲-۵-۳-۲ مفهوم خلل (معنای لغوی و اصطلاحی)
- ۶۱ ۲-۲-۲-۵-۳-۲ مراتب خلل به حقوق ثالث
- ۶۱ ۱-۲-۲-۲-۵-۳-۲ تماس با حقوق ثالث
- ۶۱ ۲-۲-۲-۲-۵-۳-۲ اخلال به حقوق ثالث
- ۶۲ ۳-۲-۲-۲-۵-۳-۲ ورود ضرر به ثالث
- ۶۲ ۳-۲-۵-۳-۲ دخالت نداشتن ثالث در تعیین داور یا داوران صادر کننده رأی مورد اعتراض
- ۶۴ ۳-۵-۳-۲ اقسام اعتراض ثالث به حکم داور
- ۶۴ ۱-۳-۵-۳-۲ اعتراض اصلی ثالث نسبت به رأی داور
- ۶۵ ۲-۳-۵-۳-۲ اعتراض طاری ثالث نسبت به رأی داور
- ۶۶ ۴-۵-۳-۲ آثار اعتراض ثالث بر رأی داور
- ۶۶ ۱-۴-۵-۳-۲ اثر تعلیقی



۶۷	۲-۳-۵-۴-۲ اثر انتقالی
۶۸	۲-۳-۵-۵ اجرای رأی داور
۶۹	۲-۳-۵-۶ اعتراض ثالث اجرایی
۷۱	فصل سوم- ثالث در داوری بین المللی ایران
۷۲	۱-۳ مفهوم داوری تجاری بین المللی
۷۳	۱-۱-۳ بین المللی بودن
۷۵	۲-۱-۳ تجاری بودن
۷۶	۲-۳ ورود ثالث
۷۶	۱-۲-۳ شرایط ورود ثالث
۷۷	۱-۲-۳-۱ آشنایی با شخص ثالث
۷۷	۲-۱-۲-۳ پذیرش موافقت نامه داوری و داور و آیین داوری
۷۸	۲-۲-۳ زمان ورود به دعوا
۷۹	۱-۲-۲-۳ شروع جریان داوری
۸۰	۱-۱-۲-۲-۳ ابلاغ اوراق و اخطاریه ها
۸۱	۲-۱-۲-۲-۳ محتوای درخواست داوری
۸۲	۲-۲-۲-۳ داوری های مقید به مهلت
۸۲	۳-۲-۳ مبانی نظری مشارکت اشخاص ثالث
۸۳	۱-۳-۲-۳ رضایت ضمنی
۸۳	۲-۳-۲-۳ امضا یا جانشینی
۸۳	۳-۳-۲-۳ منع انکار بعد از اقرار یا سواستفاده از حق
۸۳	۴-۳-۲-۳ دکترین شرکت های جمعی
۸۴	۴-۲-۳ ورود ثالث در داوری های بین المللی
۸۶	۳-۳ جلب ثالث

۸۷

۹۰

۹۲

۳-۴ اعتراض ثالث

نتیجه گیری

فهرست منابع

## اختصارات فارسی

ق.آ.د.م	قانون آیین دادرسی مدنی
ق.د.ت.ب	قانون داوری تجاری بین المللی
ق.م	قانون مدنی
ق.ا.ا.م	قانون اجرای احکام مدنی
ه.ق	هجری قمری
ه.ش	هجری شمسی

## نقش و جایگاه ثالث در داوری در حقوق ایران

ندابابازاده

داور قدرت خود را از موافقتنامه داوری می گیرد و حدود اختیار وی محدود به آنچه است که طرفین بر آن توافق کرده اند. زیرا داوری یک قرارداد است و در قراردادها نسبی بودن، امری بدیهی است؛ بدین معنا که آثار قراردادها به طرفین معامله بار شده و تأثیری به حال اشخاص ثالث نخواهد داشت، این امر سبب می گردد تا ثالث در داوری نقشی کم رنگ داشته باشد بطوری که صرفاً با پذیرش موافقت نامه داوری و آیین آن و بدون ایراد طرفین قرارداد داوری، حق مداخله داشته باشد. گرچه قانون داوری تجاری بین المللی ایران، امکان ورود ثالث در جریان داوری را پیش بینی نموده اما آن را به تحقق دو شرط صریح موقوف کرده است: نخست اینکه وارد ثالث، قرارداد داوری، آیین داوری و نیز داور یا داورانی را که مشغول رسیدگی هستند بپذیرد و دوم اینکه اصحاب دعوا ایرادی به ورود او نکنند به عبارت دیگر آنچه در قانون ایران تحت عنوان ورود و جلب ثالث مقرر شده در واقع پیش بینی نوعی داوری چند طرفه است زیرا هم رضایت اصحاب اصلی دعوا و هم موافقت ثالث شرط مقدم آن است. نقش ثالث بعد از صدور رأی داوری با قائل شدن حق اعتراض، پر رنگ تر از جریان داوری است. در واقع ثالث بعد از صدور رأی داور در صورتی که با این رأی حقوق خود را در معرض تضییع ببیند می تواند با اعتراض خود و نقض رأی صادره نقش بارزی ایفا کند. در این پژوهش نقش و جایگاه ثالث را در داوری، از طریق سه نهاد ورود و جلب و اعتراض ثالث بررسی می نمایم بطوری که از آنها در تمامی مراحل داوری بحث می شود.

واژگان کلیدی: داوری داخلی، داوری بین المللی، خصوصی بودن داوری، ورود و جلب ثالث، اعتراض ثالث

تراکم دعاوی در دادگاهها یکی از مشکلات دستگاه قضایی کشور و از عمده دلایل کاهش دقت در رسیدگی قضایی است که جهت رفع این معضل می‌توان به روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف رجوع نمود. یکی از این روش‌ها داوری می‌باشد. طرفین قرارداد می‌توانند با توافق یکدیگر کلیه اختلافات بین خود را که از یک رابطه حقوقی معین پدید آمده و یا ممکن است به وجود آید اعم از اینکه این رابطه، قراردادی یا غیرقراردادی بوده باشد خواه اینکه موضوع اختلاف در مرجع دادگستری مطرح شده و یا نشده باشد و در صورت طرح آن در هر مرحله‌ای (دادگاه بدوی یا تجدیدنظر) با توافق یکدیگر به جز در موارد معین به داوری ارجاع نمایند. به عبارت دیگر داوری شیوه خصوصی حل اختلاف است که به موجب آن دو یا چند شخص توافق می‌کنند، دعاوی احتمالی یا مطرح خود را نزد شخص یا اشخاصی به قضاوت بگذارند. از مزایای داوری سرعت در رسیدگی، هزینه کم، اعتماد و سری بودن آن می‌باشد. مزیت اخیر داوری (سری بودن) به خصیصه خصوصی بودن داوری مرتبط می‌باشد که در مجموعه حاضر بحثی مبنایی بوده به طوری که در بسیاری موارد مانعی جدی برای نقش آفرینی و حضور ثالث می‌باشد. خصوصی بودن به معنای عدم امکان ورود شخص ثالث به جریان رسیدگی داوری است تا غیر از طرفین شخص دیگری در حل اختلاف توسط داور حضور نداشته باشد مگر اینکه طرفین صریحاً توافق بر حضور او کرده باشند. این اصل مهم و بنیادین مانع از ورود آزادانه اشخاص به رسیدگی داوری می‌گردد بطوریکه دخالت ثالث در آن را با محدودیت مواجه می‌کند. تفکر خصوصی بودن نشأت گرفته از بحث قراردادی بودن داوری است و به موجب آن داور باید به اراده طرفین دعوا ترتیب اثر بدهد بطوریکه دخالت ثالث در داوری با موانعی روبرو می‌گردد. ماده ۲۳۱ قانون مدنی به قاعده نسبی بودن آثار قراردادهای اشاره می‌کند به طوری که معاملات و عقود را فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها موثر می‌داند. این قاعده یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده می‌باشد زیرا اگر قبول کنیم عقد نتیجه توافقی است که دو طرف در این خصوص کرده اند طبیعی است آثار آن نیز باید دامنگیر کسانی شود که در تشکیل اصل عقد دخالت داشته اند. در واقع هدف داوری و اصل نسبی بودن قراردادهای از جمله قرارداد داوری با حضور ثالث در آن منافات دارد زیرا تأسیساتی که در دادرسی وجود دارد لزوماً در داوری نیست. هدف داوری این است که طرفین، اختلافات فیما بین خود را از طریق قرارداد، حل کنند و حضور ثالث با اصل نسبی بودن قراردادهای در تعارض است. بنابراین حضور ثالث تا جایی می‌تواند امکان‌پذیر باشد که قانونگذار تجویز نموده باشد و مخالف اصل خصوصی بودن داوری نباشد. در واقع ثالث تا جایی می‌تواند نقش داشته باشد که نه موجب پیچیده شدن فرایند داوری گردد و نه بیم تضییع حقوق وی برود.

در مجموعه حاضر به نقشی که ثالث در داوری می‌تواند داشته باشد پرداخته خواهد شد به طوری که دعاوی طاری ورود و جلب ثالث در داوری از سه منظر قبل از شروع داوری، در جریان داوری و بعد از صدور رای مورد بررسی قرار می‌گیرد و به تفصیل به بحث اعتیاض ثالث به رای داور می‌پردازیم. در این مجموعه به قانون ایران و نقش ثالث در آن از بعد داخلی و با مبنا قرار دادن قانون آیین دادرسی مدنی و از بعد بین‌المللی با بررسی قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۷۶ پرداخته می‌شود.

## سازماندهی تحقیق:

این اثر در ۳ فصل کلیات، نقش و جایگاه ثالث در داوری داخلی ایران و نقش و جایگاه ثالث در داوری بین المللی ایران نگاشته شده است. فصل نخست به دو بخش تعاریف داوری و نقش و جایگاه ثالث در دعاوی تقسیم می‌گردد. که مبحث اول به ذکر تعریف لغوی، حقوقی و فقهی از داوری اختصاص یافته و با تطبیق داوری با دیگر نهادهای مشابه و ذکر پیشینه ای از داوری در حقوق ایران و بیان اقسام داوری به پایان می‌رسد و در مبحث دوم به نقش و جایگاه ثالث در دعاوی از جمله ذکر مفهوم ثالث در لغت و اصطلاح و فقه اسلامی و همچنین ارائه تعاریفی از خصوصی و محرمانه بودن داوری و نسبی بودن آثار موافقت نامه داوری به پایان می‌رسد. فصل دوم و سوم به سه بخش ورود و جلب و اعتراض ثالث به رأی داور پرداخته می‌شود لیکن در فصل دوم از جنبه داخلی آن بررسی می‌گردد و فصل سوم از جنبه بین المللی آن.

## سوالات:

۱. اگر ثالث در موضوع داوری اصحاب دعوی اصلی برای خود مستقلاً حقی قائل باشد و یا خود را در محق شدن یکی از طرفین ذی نفع بدانند می‌تواند وارد دعوا شود؟
۲. در صورت تعارض رای داور با حقوق ثالث این تعارض به چه نحو قابل حل است؟
۳. با توجه به نسبی بودن آثار قرارداد داوری و نیز رای داوری که فقط نسبت به طرفین و قائم مقام ایشان موثر است آیا حکم صادره توسط داور علیه ثالث قابل اجرا است؟
۴. آیا ثالث در صورت محق دانستن خود حق اعتراض ثالث اجرایی نسبت به رای صادره توسط داور را دارا است؟

## فرضیات:

۱. مفهوم ورود ثالث از نظر داوری تجاری بین المللی چندان ناشناخته نیست اما آنچه متداول و رایج هم نمی‌باشد چرا که اجازه ورود ثالث ماهیت خصوصی و نسبی بودن داوری را نفی می‌کند و برخلاف ویژگی قراردادی بودن آن است. در واقع داوران در محدوده موافقت نامه داوری قضاوت می‌کنند. بنابراین رسیدگی آنها می‌بایست محدود به خواسته طرفین موافقت نامه داوری باشد. پس نمی‌توانند به ورود ثالث اعتنا نمایند مگر اینکه ثالث با طرفین در ارجاع امر به داوری و تعیین داور تراضی نماید.
۲. در حقوق داخلی به استناد ماده ۴۱۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، ثالث محق است در صورتی که حکم صادره توسط داور را به ضرر خود تشخیص دهد اعتراض نماید لیکن در قانون داوری بین المللی این امر به سکوت برگزار شده که به نظر می‌رسد این سکوت به معنی عدم جواز این امر است.

۳. رای داور مانند رای دادگاه اثر نسبی دارد و در اصل تنها علیه محکوم علیه و قائم مقام او قابل اجرا و استناد است لیکن ممکن است این رای با حقوق ثالث تعارض پیدا کند. بنابراین همانطور که رای داور می‌تواند در مواردی علیه ثالث مورد استناد قرار گیرد، اجرای آن علیه ثالث نیز می‌تواند قابل تصور باشد.

۴. چون اجرای رای داور نیز مانند اجرای رای صادره توسط قاضی با اجرای احکام دادگستری است پس در صورتی که ثالث نسبت به اجرای حکم داوری ادعای حقی نماید حق اعتراض ثالث اجرایی را خواهد داشت.

#### **هدف از تحقیق:**

هدف از تحقیق بررسی نقش ثالث در رسیدگی داوری با جنبه تأکیدی بر سه نهاد ورود ثالث، جلب ثالث و اعتراض ثالث در داوری می‌باشد.

#### **روش پژوهش و مراحل انجام پایان نامه:**

پژوهش حاضر به روش تحقیق توصیفی- تحلیلی انجام شده است. روش مزبور با توجه به مسأله تحقیق و ابزارهای قابل دسترس و نیز ماهیت تحقیق انتخاب شد. در روش فوق، از ابزار کتابخانه‌ای استفاده شده است. منابع تحقیق ابتدا شناسایی، مطالعه شد. در مرحله بعد، با استفاده از مطالعات صورت گرفته از منابع داخلی و خارجی، مسأله تحقیق و پرسش‌های مربوطه مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفتند.

#### **پیشینه تحقیق:**

درمورد پیشینه موضوع منتخب نیز باید اذعان داشت که در حقوق کشور ما تاکنون هیچ کتاب و مقاله‌ای منتشر نشده است و سابقه‌ای در این خصوص موجود نمی‌باشد لیکن در خصوص داوری و مبانی آن از جمله خصوصی و محرمانه بودن، مقالات و پایان نامه‌هایی نوشته شده است.

## فصل اول- کلیات



بحث اصلی در این فصل به تعریف داوری و برخی از مهم‌ترین منابع آن اختصاص خواهد یافت:

## ۱-۱ داوری و تعریف آن

در این مبحث به تعاریفی از داوری اعم از لغوی و حقوقی خواهیم پرداخت:

### ۱-۱-۱ معنای لغوی داوری

داوری کلمه‌ای فارسی از ریشه داد می‌باشد. در لغت داور و داوری چندین معنی دارد که یکی از آن معانی قضاوت است. (پادشاه، ۱۳۳۶: ۱۷۹۲) کلمه داور در اصل دادگر بوده به معنی صاحب داد یعنی کسی که اهل داد است. داور یکی از اسامی خداوند می‌باشد و پادشاه و عادل را نیز گویند. (لنگرودی، ۱۳۶۷: ۲۸۳)

در فرهنگ فلسفی معین داوری به معنای "شکایت نزد قاضی بردن، تظلم، یکسو کردن مرافعه، قضاوت و..." می‌باشد. (معین، ۱۴۹۳: ۱۳۵۳)

در لغت نامه دهخدا نیز در بیان معنای این واژه چنین آمده است: «عمل داور، قضا، حکومت، حکمیت و...» (دهخدا، ۱۳۶۱: ۲۲۷) و در فرهنگ فارسی عمید نیز داور به معنی حاکم، حکم، قاضی، کسی که میان نیک و بد حکم کند و کسی که برای قطع و فصل مرافعه دو یا چندتن انتخاب شود آمده است. (عمید، ۱۳۸۳: ۵۸۷)

بنابراین داور در لغت نیز به کسی گویند که میان مردم به حل و فصل دعوا می‌پردازد.

### ۲-۱-۱ تعریف حقوقی داوری

در قوانین داخلی ایران تعریف صریحی از داوری ارائه نشده است و حتی در قانون آیین دادرسی مدنی که داوری در آن گنجانده شده بدون ارائه تعریف صریح از آن به "قرارداد داوری" و مبانی و شیوه های آن پرداخته شده است. داور به کسی گویند که طرفین، منازعه یا اختلاف خود را با تراضی نزد وی طرح نموده و ملتزم به پذیرش و اجرای نظریه وی می‌شوند. در واقع داوری روش حل و فصل خصوصی اختلافات است. بنابراین قدرت داور ناشی از قرارداد خصوصی و توافق طرفین می‌باشد و آثار قرارداد داوری مانند سایر قراردادها صرفاً به طرفین آن اختلاف برمی‌گردد.

مقنن در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۷۹ داوری را تعریف نموده است اما مطابق بند الف ماده (۱) قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۷۶ آن را چنین تعریف نموده است: «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی». این در حالی است که برخی از حقوقدانان از داوری تعاریف دیگر ارائه نموده اند: «داوری فصل خصومت توسط غیر قاضی و

بدون رعایت تشریفات رسمی رسیدگی دعاوی است . داوری به تراضی به معنی قراردادی است که طرفین قبل از وقوع اختلاف و یا پس از آن، حل دعوا را به نظر داور موکول می‌کنند.» (لنگرودی، ۱۳۸۵: ۲۸۴)

مرحوم دکتر احمد متین دفتری داوری را صرفنظر کردن افراد از مداخله مراجع رسمی در قطع و فصل دعاوی مربوط به حقوق خصوصی خودشان و تسلیم شدن آن‌ها به حکومت خصوصی اشخاصی دانسته است که از نظر معلومات و اطلاعات فنی یا شهرت به رستگاری و امانت مورد اعتماد مخصوص آنها هستند. (متین دفتری، ۱۳۴۰: ۱۱۰)

«داوری یا حکمیت آن است که طرفین دعوا به اراده خود و یا دادگاه در موارد خاص، موضوع اختلاف را به داور یا حکم ارجاع و داوری یا حکمیت او را با شرایط خاص قانونی منوط حل اختلاف و قاطع دعوی قرار دهند.» (واحدی، ۱۳۸۵: ۲۷)

آنچه از مجموع تعاریف ارائه شده توسط حقوق دانان قابل برداشت است این می‌باشد که قدر مسلم لازمه ارجاع اختلاف به داوری، تراضی طرفین است. بنابراین نه تنها یکی از طرفین نمی‌تواند به تنهایی اختلاف را به داوری ببرد بلکه دادگاه نیز بدون تقاضای مشترک طرفین، اختیار این کار را نخواهد داشت مگر اینکه قانونی خاص ارجاع آن اختلاف به داوری را تجویز نموده باشد. بنابراین داوری قضاوتی خصوصی براساس اصول حقوقی است و در اصل، منشا قراردادی دارد. در داوری طرفین اختلاف تراضی می‌کنند که قضاوت در مورد اختلاف خود را به جای اینکه در دادگاه مطرح کنند به شخص یا اشخاصی غیر دولتی که خودشان قبول دارند و یا در مورد نحوه تعیین آنها توافق دارند محول کنند و داور به جای قاضی در مورد اختلاف آنان حکم صادر می‌کند. (یوسف زاده، ۱۳۸۱: ۱۲) ضمن اینکه عقد داوری عقدی سه جانبه است؛ یعنی ابتدا تراضی طرفین دعوی را لازم دارد سپس داور باید پیشنهاد داوری را که از طرف اصحاب دعوا به او داده شده است قبول نماید. جالب این است برخی حقوقدانان معتقدند داوری از اعمال حاکمیت دولتهاست لیکن چون شمار دعاوی روز به روز در حال افزایش است و دادگاهها نیز نمی‌توانند با سرعت به آنها رسیدگی و رضایت مردم را جلب کنند در اینصورت می‌توانند آن را نزد اشخاصی مطرح کنند که به درستی و امانت شناخته شده‌اند و معلومات حقوقی و اطلاعات فنی نیز دارند. از این رو در کنار دادرسی دولتی، نوعی دادرسی غیردولتی به وجود آمده که آن را داوری گویند. وی در ادامه، داور را قاضی خصوصی نامیده - اند. (صدرزاده افشار، ۱۳۷۳: ۴۱۰)

داوری شیوه خصوصی حل اختلاف است که به موجب آن دو یا چند شخص توافق می‌کنند دعاوی احتمالی یا مطرح خود را نزد شخص یا اشخاصی به قضاوت بگذارند. اگر علاوه بر ق. ا. د. م به ق. د. ت. ب توجه کنیم می‌بینیم داوری می‌تواند فراتر از حل اختلاف برود و شامل مواردی چون تفسیر یا تعدیل قرارداد هم بشود.

### ۱-۳-۱ داوری در فقه و ماهیت قرارداد داوری از نظر فقها

داوری در فقه نوعی قضاوت محسوب می‌شود و به حکمیت یا تحکیم معروف است. (یوسف زاده، ۱۳۸۱: ۱۲) وقتی دو یا چند نفر برای فیصله دادن به اختلاف خود شخصی را به عنوان داور انتخاب کنند و راضی شوند آنچه وی حکم دهد مورد پذیرش آنها باشد، اگر شخص منتخب غیر از قاضی منصوب امام (ع) باشد این فعل یعنی داوری کردن شخص ثالث را تحکیم

و آن شخص را قاضی تحکیم گویند. پس از دادن این اختیار به داوور آن را اصطلاحاً ولایت تحکیم می نامند. (سلیمانی پور و الهی، ۱۳۹۱: ۴۰۷)

شیخ طوسی (ره) داوری را چنین تعریف نموده است: «حکمیت یا داوری قضاوتی غیررسمی است که به وسیله مُحکَم با هدف قطع و فصل تخاصم انجام می گیرد و قاضی تحکیم کسی است که رضایت داده است به منظور داوری در دعوی یا دعاوی معینی توسط طرفین منازعه انتخاب شود تا متداعیین رأی و نظر او را در موضوع مورد اختلاف پذیرا شوند و خود را ملزم به اجرای حکم او کنند.» (محمدزاده اصل به نقل از شیخ طوسی، ۱۳۷۱: ۵۱)

عبارت قاضی تحکیم در متون فقهی قضا استعمال شده است. مانند کتاب الصریح من سیره نبی الاعظم<sup>۱</sup>.

علمای اهل سنت عموماً قاضی تحکیم را مشروع دانسته اند (سلیمانی پور و الهی، ۱۳۹۱: ۴۱۰) لیکن در فقه امامیه قاضی بر دو قسم است: قاضی منصوب و قاضی غیرمنصوب. قاضی غیرمنصوب یا قاضی تحکیم کسی است که ابتدا و بالذات برای قضاوت نصب نشده بلکه در صورت توافق و رضایت اصحاب دعوا حق قضاوت دارد. (حائری، ۱۳۷۳: ۲۱) بنابراین مشروعیت قاضی تحکیم را مشهور فقها پذیرفته اند.

به موجب قرارداد داوری اطراف دعوی به داوران خود اختیار داوری می ده ند، آیا می توان این قرارداد را نوعی وکالت دانست؟ گرچه در قانون آیین دادرسی نیز قرائنی وجود دارد که به نظر نظریه نمایندگی را تقویت می کند از جمله ماده ۴۸۱ که به موجب آن فوت یا حجر یکی از طرفین دعوی و یا تراضی کتبی آنان موجب زوال داوری دانسته شده است و همچنین ماده ۴۸۶، که به موجب آن رد رای داوور با توافق طرفین امکان پذیر است لیکن می بایست پذیرفت که اعطای داوری توکیل نیست و داوور وکیل نیست بلکه قوانین موضوعه بنا بر مصالح به افراد اجازه داده اند تا خود با توافق دادرسی امور خویش را به غیر واگذار نمایند و به جای مراجعه به دادگاه، داوری را بپذیرند.

صاحب جواهر (ره) چنین اعتقاد دارد: «در باب انتخاب حکم در شقاق که آیا برگزیدن حکم ها از باب تحکیم است یا توکیل؟ دو قول است و اظهر و بهتر و بلکه مشهورتر تحکیم است.» (نجفی، ۱۳۶۵: ۴۰۱)

تحکیم بدین معنا که ماهیت داوور ی توکیل نیست بلکه اجازه خاص قانونگذار و شارع به طرفین دعوی جهت انتخاب حکم است. شهید ثانی (ره) در شرح لمعه نیز نظر صاحب جواهر را پذیرفته و با دلایلی نظریه تحکیم را پذیرفته است. (شهیدثانی، ۱۳۶۹: ۴۳۱)

در پاسخ می بایست بیان نمود که بین قرارداد داوری و وکالت تفاوت وجود دارد زیرا اولاً وکیل مأمور حفظ منافع و رعایت مصلحت موکل خود می باشد در حالی که داوور دادرسی امور طرفین می باشد. ضمن اینکه در مواردی که ارجاع امر به داوری علی تعیین داوور اجباری است چگونه می توان سمت چنین داوری را با وکالت قیاس کرد؟ در واقع در اینجا وظیفه داوور از

۱ «.....علی ان یكون قاضی تحکیم یرضی بحکمه الخصمان...» (عاملی، ۱۴۱۵: ۱۱)

قانون نشات می گیرد. (اسدی نژاد، ۱۳۷۸: ۸) ضمن اینکه پذیرش نظریه نمایندگی با اصل استقلال و بی طرفی داور منافات دارد. بنابراین حکمیت یا داوری یک عمل قضایی است و داور در نحوه رسیدگی و صدور رای مستقل بوده و اراده شخصی خود را اعمال می کند.

#### ۱-۱-۴ موافقت نامه داوری وانواع آن

در تعریف داوری بیان شد این طریق حل و فصل اختلاف روشی است که به موجب آن طرفین یک دعوی یا یک رابطه حقوقی رسیدگی به دعوای موجود یا اختلاف احتمالی ناشی از رابطه خود را با قرارداد خصوصی به قضاوت شخصی غیر از دادگاه دولتی محول می کنند. قرارداد داوری، قراردادی است که به موجب آن دو یا چند نفر توافق می کنند رفع اختلاف و منازعه خود را به یک یا چند نفر ارجاع نمایند. داوری بر دو قرارداد خصوصی استوار است؛ یکی قرارداد بین طرفین رابطه حقوقی برای ارجاع اختلاف به داور و دیگری قرارداد با داور برای ارجاع تراضی اول که قانونگذار در ماده ۴۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی آن را معتبر دانسته است. (یوسف زاده، ۱۳۸۱: ۳۱) بنابراین تراضی طرفین به مراجعه به داوری، خود یک قرارداد است و مانند سایر قراردادها تابع شرایط عمومی آنها است. در این قرارداد می بایست قصد، رضا، موضوع معین، اهلیت طرفین، مشروعیت جهت داوری و عدم مخالفت قرارداد با قواعد نظم عمومی و اخلاق حسنه رعایت گردد و در صورت فقدان یکی از این ارکان اساسی، قرارداد اثر قانونی نخواهد داشت.

ارجاع اختلاف به داوری ممکن است به موجب قرارداد جداگانه باشد یا به صورت شرط داوری در قرارداد اصلی مورد توافق قرار گیرد. مورد اول در فرضی قابل تصور است که طرفین داوری از پیش موافقت نامه ای امضا و به موجب آن تمام اختلافات ناشی از قرارداد آتی را به داوری واگذار نمایند یا اینکه طرفین قرارداد در خصوص نحوه حل و فصل اختلاف ناشی از آن سکوت نمایند و سپس به موجب قراردادی علی حده پیش از حدوث اختلاف، داوری را به عنوان مرجع حل اختلاف خود تعیین نمایند یا اینکه پس از بروز اختلاف طی قراردادی جداگانه داوری مطرح گردد. چنانکه در ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی این مطلب صراحتاً ذکر گردیده است: «متعاملین می توانند ضمن معامله ملزم شوند و یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داوری مراجعه کنند و نیز می توانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف تعیین نمایند.» بنابراین اختلافات احتمالی را نیز می توان به داوری ارجاع نمود.

این عقد مستقل از قرارداد اصلی و نیازمند قصد و رضایت جداگانه می باشد، این توافق به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر و بر اساس ماده ۲۱۹ این قانون الزامی است. (نیکبخت، ۱۳۷۶: ۲۰۲) اما به نظر می رسد اکنون داوری خود یک عقد معین است و شاید نیازی به استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی نباشد.

بند ج ماده ۱ قانون داوری تجاری بین المللی ایران نیز مقرر می دارد: «موافقتنامه داوری، توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی از اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیر قراردادی به وجود آمده یا ممکن است پیش آید به داوری ارجاع می شود، موافقت نامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در قرارداد و