



The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic law The ۱۴ rd.

Year/NO: ۱ Spring ۲۰۲۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۳/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۰۸

آیین و قواعد داوری منبعت از فقه در قرارداد پیش فروش ساختمان

فرشید عارفی^۱ افتخار دانش پور^۲ پژمان پیروزی^۳

چکیده:

روح بیشتر معاملات مردم، نیاز و مصلحت است و قراردادهای پیش فروش و مشارکت در احداث ساختمان نیز از این نوع مصالح هستند. بسط این قراردادهای نوظهور، قانونگذار را بر آن داشت که قانون پیش فروش ساختمان را وضع نماید. از جمله موارد قوت این قانون درج شرط داوری اجباری است، توسل به «داوری» به علت سادگی و سهولت حل اختلاف در خانواده و جمعیت‌های کوچک موجب شد تا این نهاد دیرین توسط دین اسلام هم امضاء شود. هر چند که وجود آیات و نظرات فقهای امامیه موجب غنای مباحث دادرسی و داوری شده و با نظر به پذیرش قبح و حسن اعمال در فقه امامیه، اخلاق وارد شرع و قانون ایران شده است ولی از یک طرف، خلاء مجموعه‌ای منظم و دقیق از قواعد و اصول که راهنمای داور موضوع قانون مذکور باشد، و از طرفی دیگر، کاربرد مثبت انصاف به عنوان قاعده یا اصل در حقوق انگلستان شائبه دخالت انصاف و عدالت شخصی دادرس و داور را در مقام ترافع قراردادها در ایران به وجود آورده است. از این رو، نگارنده بر آن شد تا با استفاده از مباحث نظری پیشینیان، ضمن توجه به عرف، قصد و تراضی، نسبت به چگونگی استدلال، استنباط و استناد داور به اصول حقوقی، روشی قانونمند در صدور آرای داوری بیان نماید. همچنین قلمرو و کارکرد انصاف را از نظر قانونگذار ایران در داوری این قراردادها مورد ارزیابی قرار دهد. مقاله‌ی حاضر اصول کاربردی منصفانه و عادلانه‌ای را برای صدور آرای داوری قانونی پیشنهاد می‌نماید.

واژه‌های کلیدی: قواعد و اصول داوری، قرارداد پیش فروش ساختمان، انصاف، عدالت.

۱ - دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد شهر قدس، تهران، ایران. FarshidArefi@yahoo.com

۲ - استادیار دانشگاه مذاهب اسلامی، تهران، ایران. EDaneshpoor@mazaheb.ac.ir

۳ - استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهر قدس، تهران، ایران. p.piruzi@qodsiau.ac.ir

مقدمه

تهیه مسکن همواره یکی از اولویت‌های بشر بوده است. افزایش جمعیت و هزینه نسبتاً زیاد تامین منزل در کشور ایران، موجب شده تا عرف برای بر آورده نمودن این نیاز، مصلحت را در مشارکت با دیگران ببیند. قراردادهای مشارکت در احداث ساختمان و پیش‌فروش آپارتمان از این نوع نیازها و مصالح هستند. به مرور که مشکلات ناشی از این قراردادها، موجب افزایش حجم پرونده‌های دادگستری شد، قانونگذار را که در هنگام وضع قانون به دو هدف حفظ نظم اجتماعی و بهبود بخشیدن به وضع موجود می‌اندیشد (امامی، ۱۳۹۵، ص. ۱۱) بر آن داشت تا به وضع قانون پیش‌فروش ساختمان اقدام نماید. با اینکه ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش، داوری در این قرارداد را الزامی نموده و اختصاص ۴۸ ماده از قانون آیین دادرسی به داوری، نشان از اهمیت این نهاد دارد. قانونگذار در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، قضات دادگاه‌ها را موظف به صدور حکم بر مبنای قوانین موضوعه نموده و در نبودن قانون، منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشند را معیار فصل خصومت دانسته است ولی در خصوص داوران، در دعاوی داخلی، مطابق مواد ۴۷۷ و ۴۸۸ النهایه به این بسنده می‌نماید که رای داور باید «موجه و مدلل» بوده و البته مخالف قوانین موجد حق نباشد.

از آنجائیکه قواعد داوری ایران بیشتر جنبه شکلی دارد و داوری‌ها در برخی موارد بر مبنای قواعد، اصول حقوقی و قانونی صورت نمی‌گیرد و انبوه نوشته‌های حقوقی در مورد کاربرد انصاف در حقوق و قانون ایران موجب شده که نظرات مختلفی در بکارگیری انصاف شخصی و اخلاقی در داوری مطرح شود. آنچه که از انصاف و عدالت در آیات و احادیث، قوانین و دکترین موجود است، نشان از آن دارد که هر یک به تناسب خود بخش و جزئی از این مفاهیم را مشخص نموده‌اند. بررسی پیشینه تحقیق نیز حکایت از آن دارد که هر یک از نظامات حقوقی رومی - ژرمنی، کامن‌لا، فقه و اسلام، قوانین بین‌الملل و قوانین موضوعه ایران از انصاف و عدالت به عنوان مبنا و اصل یاد می‌کنند. از سویی دیگر تاکنون قلمرو انصاف و عدالت در نحوه استدلال، چگونگی تفسیر قرارداد و مبانی صدور رای داوری در حقوق داخلی مشخص نشده است. آیا در داوری اختلافات ناشی از قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، انصاف و عدالت قابل استفاده هستند؟

آیا مراجعه به داوری برای حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان مفید فایده می‌باشد؟ به نظر میرسد بیان اصول و قواعد داوری در قالب مجموعه‌ای منظم و تعیین قلمرو عدالت و انصاف در داوری اختلافات ناشی از این قراردادها قابل استفاده است و رجوع به داوری برای حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان مثمر ثمر باشد. در این تحقیق با بیان قواعد و اصول داوری قراردادها، بررسی و تبیین قلمرو

عدالت و انصاف در داوری اختلافات ناشی از پیش‌فروش آپارتمان صورت می‌گیرد. در این تحقیق از استقراء در قوانین، مطالب به روش توصیفی-تحلیلی استخراج و استنباط شده، و سپس استدلال منطقی با تکیه بر مبانی قانونی ارائه خواهد شد.

فصل ۱- مروری بر پیشینه تحقیق

۱-۱- قرارداد پیش‌فروش ساختمان

گسترش قراردادهای مربوط به پیش‌فروش ساختمان از یک طرف، و نیاز به قانونی خاص در حمایت از پیش‌خریداران ساختمان موجب شد تا در سال ۱۳۸۹ قانون پیش‌فروش ساختمان به تصویب برسد. از ابتکارات قانون مذکور، ایجاد تعهد ویژه، افزون بر تعهدات عام بایع برای پیش‌فروشنده است که در حقوق ایران سابقه نداشته و یا حداقل کم سابقه بوده است. (ابهری و تقی پور، ۱۳۹۴)

این نوع قرارداد که در پی نیاز شدید مردم به مسکن ظهور یافته، با موضوع آپارتمانی که هنوز ساخته نشده است، میان پیش‌خریدار و پیش‌فروشنده منعقد می‌گردد. به موجب این قرارداد، سازنده (پیش‌فروشنده) متعهد میشود ساختمانی را براساس نقشه‌ای معین در زمینی معلوم بسازد و در زمانی معین به پیش‌خریدار تحویل دهد. پیش‌خریدار نیز موظف است بخشی از بهای مورد توافق را در زمان انعقاد قرارداد به سازنده پرداخت کند و مابقی بهای ساختمان را در فواصل و مواعد زمانی معین با توجه به پیشرفت کار به سازنده (پیش‌فروشنده) بپردازد.

ماده یک قانون پیش‌فروش ساختمان در تعریف این قرارداد مقرر میدارد: «هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» محسوب میشود.»

در قرارداد پیش‌فروش، آنچه از سوی پیش‌خریدار به سازنده داده میشود معمولاً «وجه نقد» (هرچند در اقساط متعدد) است و پیش‌فروشنده در عوض، زمین و بنای ساخته شده را (هرچند پس از مدتی از قرارداد) به وی منتقل میکند. (علیزاده، ۱۳۹۵)

۱-۲- عدالت و انصاف

چگونگی رعایت انصاف و عدالت در داوری، یکی دیگر از اهداف این تحقیق است. مقالات و پایان‌نامه‌ها حکایت از انبوه موضوعات این مبحث دارد، ذکر چند نمونه از نظرات حقوقدانان مفید می‌نماید:

الف (عدالت و انصاف در حقوق ایران: یکی از حقوق‌دانان ایران، مبحثی مختص انصاف نگاشته و به چالش‌های کاربرد عملی (رسیدگی قضایی) این قاعده نیز پرداخته‌است: [... انصاف و عدالت دو مفهوم اخلاقی است که با هم نزدیک و شبیه است و گاه نیز به جای هم به کار می‌رود. ولی، باید دانست که «عدالت» با حقوق ارتباط بیشتر دارد. ... اما پیوند انصاف با اخلاق نزدیک‌تر است. ... پس در بیان مفهوم انصاف می‌توان گفت: «احساس مبهمی است از عدالت که در مقام اجرای قواعد حقوق در اشخاص به وجود می‌آید و وسیله تعدیل و متناسب کردن آنها با موارد خاص می‌شود». انصاف چوب دستی عدالت است تا از لغزش آن بکاهد و بر سرعت و استواری گام‌هایش بیفزاید..... پس، از استقراء در رویه قضایی می‌توان نتیجه گرفت که، دست کم در مورد تردید و تعارض دلایل، دادرس طرفی را ترجیح می‌دهد که با انصاف سازگارتر باشد. از این وجه ترجیح نام نمی‌برد، ولی واقع‌بینی ایجاب میکند که به این منابع نانوشته و پنهان نیز توجه شود.] (کاتوزیان، ۱۳۹۳. ۴۰۷: ۲)

۱-۲-۱- تمایز عدالت و انصاف در نزد حقوقدانان

در تفاوت و تمایز عدالت و انصاف مقالات و کتب فراوانی در فلسفه، جامعه‌شناسی، فقه و حقوق به چاپ رسیده است. هر یک از این علوم بر حسب موضوع خود و از بُعدی خاص به آن‌ها پرداخته‌اند. به طور مثال در علم حقوق این نظرات به چشم می‌آید:

- ۱- انصاف، احساس مبهمی از عدالت است که در مقام اجرای قواعد حقوق وسیله تعدیل و متناسب کردن آن با موارد خاص می‌گردد. انصاف چوبدستی عدالت است تا از لغزش آن بکاهد. (کاتوزیان، ۱۳۹۳. ۴۰۷: ۲)
- ۲- عدالت و انصاف همان مساوات مطلق نیستند. برابری مطلق بعضاً مخالف عدالت به شمار می‌آید. ارسطو در تفاوت عدالت و انصاف بیان می‌کند: عدالت و انصاف نه مطلقاً عین یکدیگرند و نه نوعاً مختلف هستند گاهی امر منصفانه را می‌شناسیم به طوری که اصطلاح منصفانه را به اعمال غیر از اعمال عادلانه نیز اطلاق می‌کنیم. در واقع انصاف با وجود این که نوعی عدالت بالاتر است فی نفسه عدالت است و بالاتر بودن انصاف از عدل به سبب اختلاف در جنس نیست بلکه اختلاف در نوع است. (وکیل زاده و همکاران. ۱۳۹۳)
- ۳- عدالت گاه خشک و خشن است نویسندگان و فیلسوفان و ادیبان خشکی قواعد حقوق را نکوهش کرده‌اند. فرشته

عدالت کور یا چشم بسته بوده و قاضی و وکیل ملکِ عذاب و عامل ستم هستند ولی انصاف دارای انعطاف است و با مقتضیات منطبق بوده و از جمود و خشکی قانون می‌کاهد. (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۵۸۲ و ۵۸۳)

۱-۲-۲- نظریه انصاف در کارکرد اصول کلی حقوق

گروهی از حقوق‌دانان برای انصاف در معنای عامِ خویش سه نقش مهم تکمیل، تصحیح و تعدیل حقوق را قائل شده و در مورد نسبت میان اصول کلی حقوق و قاعده گفته‌اند که اصول کلی حقوق، سه کارکرد دارد:

- (۱) منبع قواعد حقوقی مختلفی است؛
- (۲) اصول راهنمای نظام قضایی است که به تفسیر و اعمال قواعد حقوق، جهت می‌دهد؛
- (۳) در جریان حل و فصل دعاوی به طور مستقیم بر امور موضوعی قضیه اعمال می‌شود حتی اگر قاعده مدونی در مورد مسئله وجود نداشته باشد

هرگاه انصاف به عنوان یک اصل با ریشه‌های انسانی، ارزشی و فرهنگی، فرایند یکسان‌سازی را طی کند و وارد عرصه حقوق شود و لباس حقوقی بر تن کند، مفهومی عینی می‌یابد. در این مقطع، ماهیت انصاف، ضمن حفظ محتوای خود به عنوان یک اصل کلی حقوق، بستر تولید چندین قاعده انضمامی و واقعی می‌شود. (محبی، امینی، ۱۳۹۳)

۱-۲-۳- نظریه‌ی نقش انصاف در داوری برای تفسیر، تکمیل و به جای قانون.

«نباید دچار این اشتباه رایج شد که انصاف در تقابل با حقوق است چراکه به حکم انصاف، قاضی در ملاحظه‌ی منابع شکلی منعکس در متن قوانین بایستی منابع ماهوی آنها را - اعم از ریشه‌های مذهبی، اخلاقی، جغرافیایی، اقتصادی و اخلاقی - ملحوظ نظر قراردادده و با کمک این ملاحظات، زوایای تیز و خشک آنها را مرتفع سازد.» (میر عباسی و باقرزاده، ۱۳۸۹ به نقل از Zimmermann)

در نتیجه جرح و تعدیل قواعد حقوقی به عنوان نخستین کارکرد انصاف، عبارت است از تعدیل نتیجه‌ی حاصل از قواعد حقوق موضوعه‌ی موجود که به شکل "قاعده‌ی حد اعلا" عینیت خارجی دارند. (موسی زاده، ۱۳۷۶)

در فرآیند تعدیل منصفانه‌ی نتیجه، ابتدا مرجع حل اختلاف به شناخت موضوع دعوی و اوضاع و احوال حاکم بر آن می‌پردازد. سپس قانون حاکم را تعیین کرده و در پرتو آن و نیز نتیجه‌ای که در نهایت حاصل خواهد شد، ارتباط و ارزش نسبی تمامی اجزای اوضاع و احوال را مشخص می‌سازد. پس از آن نتیجه‌ی منصفانه از خلال تاثیر متقابل ملاحظات مختلف بر یکدیگر و تعدیل نتیجه‌ی ناشی از قاعده‌ی حاکم با توجه به مجموعه‌ی آنها مشخص خواهد

شد. از آنجائیکه برخی قواعد تاب تفسیرهای مختلف قابل قبول از حیث مبانی حقوقی را دارند، انصاف می‌تواند به منظور تعیین بهترین تفسیری که مناسب‌ترین حمایت را از هدف حقوق می‌کند، اعمال نماید، چراکه مسئله فقط یافتن راه‌حل منصفانه نیست بلکه مساله یافتن راه‌حل منصفانه‌ی ناشی از قانون حاکم است. (میر عباسی و باقرزاده، ۱۳۸۹)

۱-۳- قواعد و قوانین داور و داوری

وجود «داوری» و «شرط داوری» در حدود ۵۸ فقره از انواع قوانین داخلی ایران و ۴۹ قسم از اقسام آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها، نشان از اهمیت و کاربرد ویژه این نهاد در حل اختلافات دارد. با اینحال موارد ذیل به صراحت و بصورت مشخص در قوانین بیان نشده‌اند:

۱- الزامات و ممنوعیت‌های داوری.

۲- چگونگی توسعه و تضییق دامنه اختیارات و قلمرو داوری.

۳- اصول و قواعد داوری.

این مباحث در فصل بعد مورد بررسی قرار می‌گیرند.

فصل ۲ - بحث و تجزیه تحلیل مطالب

این فصل در نه مبحث ارائه می‌شود.

۲-۱- عدالت و انصاف در اسلام و فقه امامیه

تعدد آیات و روایت اسلامی در خصوص عدالت و انصاف نشان از آن دارد که ارتباط عملی این دو مفهوم در فقه آن چنان است که بیشتر همبستگی بر همبستگی این دو مفهوم نظر دارد تا افتراق آنها. در خصوص عدالت در

داوری آمده است: « و چون در میان مردم به داوری نشینید به عدل داوری کنید» (سوره نساء، آیه ۸۵) و هم چنین در خصوص عدالت در اندیشه و حکم آمده است که "چندان که از انحراف، ضعف یا شدت به دور باشد" (سوره نساء، آیه ۵۸). از میان احادیث متعدد از امامان معصوم در مورد عدالت این فرمایش امام صادق (ع) متناسب با موضوع مقاله است که فرموده‌اند: سه چیز است که همه مردم به آنها نیاز دارند: امنیت، عدالت و آسایش. (تحف القول، ص ۳۲۰).

در مورد انصاف نیز موارد بسیاری همچون برخورد منصفانه با کفار (آیه ۸ سوره ممتحنه) و یهودیان (آیه ۱۱۳ سوره آل عمران) و ستایش منصفانه از مسیحیان مومن (آیه ۸۳ سوره مائده)

۲-۲- عدالت و انصاف در قانون اساسی ایران

قانون اساسی؛ قانون مادر است و سایر قوانین موضوعه تحت حاکمیت آن تجلی و بروز می‌نمایند. به نظر می‌رسد نتایج حاصل از استقرای در قانون اساسی ایران این است که:

۱- قانون اساسی در خصوص وضع قوانین و اجرای آن، «حجت» را به گونه ای با «یقین و علم» همراه نموده که راه را بر هر گونه تفسیر متضاد ببندد. مطابق اصول ۷۳، ۱۶۶، ۱۶۷ و ۱۷۰ این قانون، دادرسی و داور مکلف و موظف هستند که با در نظر گرفتن جمیع شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر هر موضوع به صورت خاص با رعایت «مواد قانون» و «اصولی» که در قانون و حقوق پذیرفته شده‌اند رسیدگی و حکم صادر نمایند.

۲- به حکم اصول ۱۹، ۲۰، ۲۲، ۲۸، ۳۲، ۳۳، ۳۶، ۳۷ و مخصوصاً سطر انتهایی اصل ۱۰۷ قانون اساسی، «قانون» حاکم بر کشور است و بنا به نص قانون، هیچ مجوزی به «انصاف و عدالتی که جنبه شخصی داشته باشد» و بتواند مستمسک تغییر قوانین قرار گیرد به شخصی داده نشده است.

۳- آنچه از نظر قانون اساسی هدف از اجرای قوانین است «رسیدن به روابط و مناسبات عادلانه حاکم بر جامعه» است و بر این اساس وظیفه قوه قضائیه برقراری عدل است. در وضع، حفظ و اجرای قوانین، حصول نتایج عادلانه هدف است. (ذیل عناوین قضا در قانون اساسی و قوه مجریه)

۴- داور و دادرسی باید در صدور رای به نتیجه رای توجه داشته باشند تا عادلانه باشد، در این راه، باید قاعده در خدمت برقراری روابط عادلانه باشد، نه اینکه برقراری روابط عادلانه فدای حفظ قاعده شود. (اصل ۱۵۶ ق.ا.)

۲-۳-انصاف و عدالت در سایر قوانین ایران

مواد ۵۶۱ و ۵۷۱ قانون تجارت، مواد ۴۵ و ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی صراحتاً نظر به کاربرد انصاف در قوانین ایران دارند. در هنگام ترجمه ماده ۲۲۰ ق.م. ایران از ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی، کلمه انصاف را در هنگام ترجمه حذف نموده است. علت حذف واژه انصاف در ماده ۲۲۰ ق.م. ایران معلوم و آن این است که در حقوق ایران، انصاف نمی‌تواند مانند برخی از سیستم‌های حقوقی نظیر سیستم حقوق انگلیس محور تفسیر باشد. عدالت و انصاف ممکن است در مواردی برای شناسایی اراده قانونگذار، وسیله تفسیر قرارداد واقع شود اما برخلاف آنچه که گاهی تصور می‌شود هرگز نمی‌تواند مبنای مستقلاً در برابر قانون و اراده طرف‌های قرارداد در جهت منحرف ساختن مفاد ظهور قانون یا قصد انشاء کنندگان قرارداد یا اعراض از اصول تلقی شود. (شهیدی، ۱۳۹۱، ۲:۳۶۱)

برای اثبات این نظر به حکمی^۱ از دادگاه عالی انتظامی قضات می‌توان اشاره نمود که: «حاکم دادگاه به عنوان اینکه علم به بی‌حقی مدعی و حقانیت مدعی علیه داشته و برای احتراز از این که حکمی برخلاف حق نداده باشد رعایت مقررات قانونی را ننموده متخلف است زیرا رعایت اصول محاکمات در جریان قضایا اولین تکلیف دادرس است و گرنه ممکن است که هر دادرس مطابق ذوق و سلیقه‌ی خود دعاوی را جریان داده و حل و فصل کند و بدیهی است که معایب این کار به قدری است که قانونگذار از آن احتراز جسته و نخواستار است که زمام جریان امور قضایی به اراده و دلخواه دادرس افتد و درست است که همه‌ی این مقدمات برای فصل خصومت و احقاق حق بوده ولی نظر به منافع نوعی و اینکه تمایل بی‌جایی به نام رعایت وجدان پیش‌نیاید برای احقاق حق، طرقی معین کرده و دادرس را مکلف به رعایت آن نموده و انحراف از آن را تجویز نکرده است». (خانلری بهنمیری، ۱۳۹۷، به نقل از شهیدی)

۲-۴-داوری

مطابق ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش حل تعارضات اطراف قرارداد پیش‌فروش ساختمان بر عهده داوران این قانون است. با نگاهی گذرا به قوانین، محرز می‌گردد که داوری به اشکال متفاوتی در حقوق جزا، تجارت، بین‌الملل و ... مورد توجه قانونگذار بوده است. علی‌رغم درج شرط داوری در ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان، آیین‌نامه نحوه داوری تاکنون تنظیم نشده است. از سویی دیگر تاکنون قانون جامع داوری ایران، موضوع بند ۲ شق «و» ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه که از سوی معاونت پیشگیری از جرم و حفاظت اجتماعی قوه قضائیه به مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران ارجاع شده بود به تصویب نرسیده است. بنابراین تا زمان تصویب قانون جامع داوری ایران، باب هفتم

^۱ حکم شماره ی ۳۱۳۷-۱۳۱۹/۵/۳۱

قانون آیین دادرسی مدنی حاکم بر داوری قانون پیش فروش ساختمان است. بیان اصول و قواعد داوری و نحوه استدلال و استفاده از این قواعد یکی از موضوعات تحقیق پیش رو است.

۲-۵- قواعد داوری و آیین دادرسی مدنی

ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر داشته: «داوران در رسیدگی و رای، تابع مقررات قانون آیین دادرسی نیستند ولی باید مقررات مربوط به داوری را رعایت کنند.» بین عدم تبعیت از مقررات آ.د.م و عدم رعایت اصول و قواعد آیین رسیدگی تفاوت هست. عدم تبعیتی که در ماده مذکور بیان شده ناظر به برخی از مقررات همچون نحوه تشکیل جلسه، عدم درج مواد قانونی در رای و این قبیل مقررات است، و شامل اصولی همچون تناظر در فرصت دفاع، اطلاع از موضوع و نظر کارشناس و مواردی از این دست نمی‌شود. لذا اطلاع از قوانین آ.د.م برای داوران مهم و اساسی است.

قانون آ.د.م ویژگی تشریفاتی و آمره بودن را دارد. تشریفاتی بودن برای حمایت از اطراف دعوا در برابر خودکامگی دادرس و به عنوان ضمانت آزادی دفاع اطراف دعواست. آمره بودن این قانون که از طریق دخالت نظم عمومی تفسیر می‌شود، با این حال، تمام مقررات این آیین را در بر ندارد و از بررسی آنها از این نظر، نتایج واحدی به دست نمی‌آید. در مقام تمیز قانون امری از تخییری، مفسر باید هر قاعده‌ای را جداگانه بررسی نموده و روح و هدف آن را، قبل از پاسخ دادن، استخراج نماید. در حقیقت، قاعده مربوط به نظم عمومی، ماهیت جوهری متمایز کننده از قاعده به نفع خصوصی ندارد؛ خود منافع عمومی نیز دارای درجه‌های مختلفی از اهمیتند. بنابراین مفهوم نظم عمومی، مفهوم مقایسه‌ای است... بنابراین در هر مورد قاضی ملاحظه نماید که اراده قانونگذار ترجیح این نفع شخصی بر نفع شخصی دیگری است، اعلام می‌نماید که نظم عمومی مطرح است. ترجیح منافع کارگر بر منافع کارفرما، در مقررات کار، مثال مناسبی در این مورد است. (شمس، ۱۳۹۲، ۲۴:۱)

۲-۵-۱- اصول و قواعد کلی داوری (استقراء در قانون آ.د.م)

با توجه به نص ماده ۳ قانون آ.د.م :

الف) وقتی قضات موظف هستند بر اساس قوانین به دعوی رسیدگی کنند. پس به طریق اولی داور نیز نمی‌تواند بر خلاف قوانین و یا بدون توجه به قوانین رای صادر نماید. (مگر در مواردی که اختیار صلح و سازش داشته، و یا

مطابق آنچه که اخیراً مرسوم شده، حق رای بر اساس «انصاف» را داشته باشد، به نظر می‌رسد همان اختیار صلح رساتر است، که در این موارد داور ملزم به رعایت قوانین نیست).

ب) بنا به آنچه که از مفهوم این ماده دریافت می‌گردد، قانونگذار برای صدور حکم، مجوز استناد به مفاهیمی همچون «عدالت و انصاف شخصی» را به دادرس و داور نداده است..

ج) در مورد تبصره این ماده نظریه^۱ اداره کل حقوقی قوه قضائیه مقرر داشته: «قاضی مجتهد هم نمی‌تواند بر خلاف قانون رای بدهد و فقط می‌تواند با استناد به تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م و با این استدلال که قانون خلاف فتوای او است پرونده را برای ارجاع به شعبه دیگری، ضمن صدور قرار امتناع از رسیدگی، نزد رییس حوزه قضایی ارسال دارد.» (معاونت حقوقی قوه قضائیه، ۱۳۹۵)

تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م و نظریه مشورتی فوق‌الذکر بدون آنکه جای هیچ شک و تردیدی باشد، اجازه عدول از قانون را در مرحله رسیدگی نمی‌دهد. جمله معروف «اجتهاد مقابل نص» که در بین حقوقدانان، حکایت از عدم پذیرش استدلال می‌کند، به مفهوم ماده ۳ و تبصره آن نظر دارد.

ماده ۴ و ۶ ق.آ.د.م اوسعت عمل مناسبی را در اختیار دادرس (و داور) قرار می‌دهد که مانع از سوءاستفاده‌های اشخاص از فرصت‌های نابرابر، غیر عادلانه و غیرمنصفانه با تمسک به شکل قوانین و قراردادها شوند. پس داور مکلف است به تمامی اوضاع و احوال قرارداد توجه نماید و رای خود را منطبق با اصول قانونی صادر نماید.

قانونگذار ضمن ماده ۴۸۳ ق.آ.د.م مقرر داشته: «رای داور باید موجه و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجد حق نباشد.» با توجه به ماده مذکور که جزء قوانین آمره محسوب می‌شود و عدم رعایت آن به استناد بند یک ماده ۴۸۹ همان قانون از موارد ابطال رای داور می‌باشد، لازم و ضروری است تا مفاهیمی همچون موجه، مدلل و قوانین موجد حق بررسی و شناخته شوند.

۲-۶- دآوری و قوانین موجد حق

مطابق بند ۱ ماده ۴۸۹ قانون آ.د.م رای داور باید موافق با قوانین موجد حق باشد. برای شناخت قوانین موجد برخی تعاریف به شرح ذیل مفید می‌نماید:

قانون - «قانون عبارت است از قاعده‌ای که توسط یک قدرت عمومی مقرر شده و مدلول آن الزامی‌اذن یا اباحه است و همه افراد باید از آن پیروی کنند. قانون شامل مصادیق فراوان است و اختصاص به مورد معین ندارد. اعتبار یک قانون بسته به ضمانت اجرا است.» (لنگرودی، ۱۳۹۳، ۷۹)

در مورد نیروی الزام آور قانون باید گفت گروه‌های متعدد که از زوایای گوناگون سرچشمه می‌گیرد و می‌گرفت

^۱ ۱۳۷۹/۹/۱۹-۷/۸۹۵۵

موجب الزام آور شدن قانون گردیده است که عبارتند از: فطرت، عرف، مصالح، عقل و عدل. تدوین قانون را عبارت از جمع آوری قانون با اسلوب معین و منظم برای سهولت مراجعه دانسته‌اند. (لنگرودی، ۱۳۹۳، ۲۵)

۲-۶-۱- برخی مفاهیم حقوقی مورد نیاز داوری در استنباط و استدلال

از روح قانون گفته‌اند که: عبارت است از اصول و نظرهای علمی که پایه یک یا چند ماده قانون باشد چنانکه مواد باب تقسیم اموال شرکت در قانون مدنی (ماده ۵۸۹ به بعد) بر پایه لاضرر (یعنی مفاد ماده ۱۳۲ ق.م) بنا شده است (ماده سوم آیین دادرسی مدنی).

«عدل و انصاف روح قانون است و هدف انسانی قوانین است، مانند ماده ۵۷۱ ق.ت و ماده ۳۷۷ ق.م». (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۶۹۳:۴)

در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی، شرط غیرمنصفانه به ضرر مصرف کننده مؤثر دانسته نشده است، آنچه که موجب وضع این قانون شده، که از آن به روح قانون یاد می‌شود، می‌تواند: اجرای عدالت، حمایت از طرف ضعیف، نظم اجتماعی، اخلاق حسنه، انصاف و باشد.

۲-۶-۲- داوری و ملاحظات قانونگذار در وضع قانون مدنی (حقوق خصوصی)

قانونگذار هر رژیم حقوقی در هنگام وضع، از امور، الفاظ و اصطلاحاتی استفاده می‌نماید که در قاعده‌مند شدن قانون کمک می‌نماید. در زمان اجرای قانون (یا دادرسی و داوری) همین قواعد موجب سهولت یافتن مصادیق و احکام موضوعات می‌شوند. با این روش، قانون به «خود تنظیمی» می‌پردازد، گاه از جزء به کل به روش استقراء بهره می‌گیرد و گاه از کل به جزء می‌پردازد. این روش قانونگذار بی هدف نیست، هر یک از این روش‌های استدلال، استقراء و قیاس، کاربرد ویژه‌ای در حفظ نظم و اجرای عدالت دارند که در نهایت، موجب پذیرش و مقبولیت قانون توسط مردم شده و مانع از متروک شدن یا حذف عملی قانون می‌شود. در این گفتار به چند مورد از این امور و اصطلاحات که باید مورد توجه داور در رسیدگی و صدور رای داور قرار گیرد، اشاره می‌شود: آماره قانونی و قضایی، فرض قانونی، غلبه و ... (برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به ترمینولوژی حقوق، لنگرودی، ۱۳۶۷)

۲-۶-۳- ملاحظات رسیدگی و صدور رای داوری

درجه اعتبار هر یک از قواعدی که در مرحله اولیه رسیدگی، به ذهن داور خطور می‌نماید، با توجه به اهمیت و حاکمیت یا مجرای اصول و قواعد متصوره در موضوع داوری، تعیین می‌شود. نتیجه‌ی این ارزیابی، منجر به تضعیف، حذف یا تایید و قوت برخی قواعد، در موضوع مورد تنازع شده و آنگاه است که مبنای رای شکل درستی پیدا می‌نماید. بکارگیری این روش در رسیدگی، همان است که از سوی حقوقدانان جمع آوری شده و بصورت منظم در اشکال قاعده، اصل و مواد قانونی توسط قانونگذار، اولاً در هنگام وضع قانون ثانیا در اجرا و رسیدگی، برای داوری و دادرسی عادلانه و منصفانه به شکل مقررات تنظیم شده‌اند. لذا هرگاه این اصول، قواعد و مواد قانونی به درستی استنباط شوند و مبنای استدلال درست باشد، رای صادره عادلانه و منصفانه خواهد بود و نقض یا ابطال نخواهد شد.

۲-۶-۴- داوری و رعایت اصول قانون مدنی برای حذف شروط غیرمنصفانه‌ی قراردادی

در برخی از قراردادها (از جمله قرارداد پیش‌فروش) به دلایل ذیل شروط غیرمنصفانه ای درج می‌شود، در این موارد روح قانون یا اصول حقوقی راهکارهایی را برای تشخیص وضعیت قرارداد و تفسیر عادلانه در پیش روی داور می‌نهند، آگاهی از این موارد برای استدلال داور لازم است:

- ۱- عدم وجود تعادل در قراردادهای الحاقی،
- ۲- دادن قدرت به یک گروه برای ایجاد بازار انحصاری،
- ۳- عدم تعادل جدی در حقوق و تعهدات طرفین.
- ۴- نابرابری موقعیت طرفین قرارداد (طرف قوی و ضعیف)
- ۵- اضطراب در معنای محتاج بودن، درمانده و ناچار بودن و مجبور بودن.
- ۶- عدم قدرت چانه زنی در هنگام عقد و تحمیل وضعیت موجود به شخص مضطر و نیازمند (قراردادهای آب و برق و تلفن).
- ۷- اصل نابرابری قدرت معامله طرف: اضطراب موجب می‌شود که شخص مضطر، قدرت معامله و توان چانه‌زنی کمتری داشته باشد.
- ۸- عدم آشنایی با مفاهیم حقوقی: یکی دیگر از موارد ایجاد نابرابری در موقعیت طرفین قرارداد، عدم آشنایی یکی از طرفین قرارداد نسبت به مفاهیم حقوقی است شخصی که بدون درک اصطلاحات حقوقی مندرج در قراردادها، شروط آن را می‌پذیرد و طرف مقابل از این ضعف سوءاستفاده کند و شروطی را به ضرر طرف ضعیف در قرارداد قید کند، می‌توان عامل دخالت انصاف در قرارداد تلقی کرد
- ۹- جهل حکمی و موضوعی- امروزه در کامن‌لا پذیرفته شده است در مواردی که شخص از جهل حکمی یک طرف به صورت غیرمنصفانه و عادلانه منتفع می‌شود منصفانه نیست تا با عدم پذیرش یک چنین جهتی به

دیگران اجازه داده شود که از این جهل به نفع خود منتفع شود.

موارد فوق‌الذکر عمده مواردی است که به عنوان غیرمنصفانه بودن قراردادها از سوی حقوقدانان به آنها اشاره شده و کاربرد مثبت آنها در حقوق کامن‌لا و بعضاً حقوق بین‌الملل موجب شد که نظریاتی در لزوم بکارگیری این موارد در داوری نیز مطرح شود.

همانگونه که تاریخ‌نویسان حقوقی گفتند ریشه مفهوم غیرمنصفانه بودن را باید در روش محاکمه انصاف در سیستم حقوقی کاملاً جستجو کرد این دادگاه‌ها از تنفیذ معاملات غیرمنصفانه و به شدت یک طرفه که عدم توازن شدیدی بین دو موضوع معامله وجود داشت خودداری می‌کردند نخستین بار در قرن هفدهم میلادی نظریه غیرمنصفانه بودن قراردادها مورد توجه دادگاههای انصاف قرار گرفت (شپروی، ۱۳۸۱، ۱۳۰).

در موارد فوق، به نظر می‌رسد داور می‌تواند از موارد ذیل در استدلال و تفسیر مدد گیرد:

- ۱- همه این موارد در قلمرو مفهوم «نظم عمومی، اخلاق حسنه» ماده ۶ ق.آ.د. م قرار دارند، و تمامی اصول فوق‌الذکر به استناد این ماده دارای ضمانت اجرا هستند.
- ۲- مبحث شروط مندرج در مواد ۲۳۲ الی ۲۳۴ قانون مدنی نیز به مباحث مذکور می‌پردازد.
- ۳- آنچه که از اصول قانون اساسی در گفتارهای قبل بیان شد می‌تواند موجب کنترل این نوع شروط غیرمنصفانه شود.
- ۴- اصول قانون اساسی، مواد قانون مدنی و قانون آ.د.م از وضوح کامل برخوردار است.

بنا به مراتب، بنظر می‌رسد، داور می‌تواند در هنگام رسیدگی چنانچه با موارد ۹ گانه فوق‌الاشعار مواجه شد، با توجه به قواعد و اصول حقوقی به شرح ۴ گانه فوق استدلال و تفسیر مناسب و عادلانه ای در رای ارائه نماید.

۲-۷- نقد و بررسی قرارداد پیش فروش ساختمان

برای ایجاد و حفظ نظم در پیش‌فروش ساختمان تمهید قانونگذار این بوده که از تنظیم اسناد رسمی در دفاتر اسناد رسمی بهره جوید. به نظر می‌رسد قانون پیش‌فروش آپارتمان مصوب ۱۳۸۹ به دلیل اهمیت دادن به همان امری که موجب وضع ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک شده بود صورت گرفته باشد.

برداشت‌های متفاوت حقوقدانان از ماده ۲۲ قانون ثبت در خصوص قلمرو و مجرای مباحثه‌نامه‌های عادی املاک ثبت شده، النهایه در رویه قضایی منجر به حفظ و بقای آثار قراردادهای عادی (قولنامه در جایی که بیع از آن استنباط شود و بیع نامه عادی) در ایجاد التزام فروشنده به تنظیم سند رسمی انتقال ملک بنام خریدار شد. رویه قضایی از این قراردادها معنایی بیشتر از تعهد به بیع استنباط نمود و با امضای قرارداد عادی، مالکیت مبیع را برای خریدار مفروض

و انتقال سند رسمی را جزو تعهدات فروشنده منظور نمود. به نظر می‌رسد این رویه با مبانی حقوق ایران سازگارتر باشد.

۲-۷-۱- بررسی قانون پیش‌فروش

در مورد قانون پیش‌فروش ساختمان به نظر می‌رسد، برخی کاستی‌ها و تعارضات این قانون که در نقدهای وارد بر این قانون ذکر نشده، از این قرار باشد:

الف) مطابق مفاد این قانون، در بسیاری از موارد خریدار یا فروشنده راسا با مراجعه به دفتر اسناد رسمی یا مهندس ناظر می‌توانند اقداماتی انجام دهند که در تعارض با اختیارات داوران مستفاد از ماده ۲۰ قانون مذکور است.

ب) منع مشاوران املاک از تنظیم قرارداد پیش‌فروش، علاوه بر آنکه با برخی اصول قانون اساسی مطابقت ندارد، از نظر اقتصادی و تعادل در بازار مسکن و منطق و عدالتی که قانونگذار قانون اساسی وعده نموده؛ قابل تامل است. چراکه به جای حذف مشاوران املاک که بیشترین تاثیر را در تنظیم قرارداد مذکور دارند، می‌توانستند قراردادهای مشاورین املاک را به صورت پیش‌فروش قرارداد با قید غیر قابل واگذاری و مقید به زمانی خاص در نظر بگیرند، تا طرفین را به دفاتر اسناد رسمی دلالت نمایند. یا همان طوریکه دریافت کد رهگیری را برای معاملات مشاوران املاک اجباری نموده بودند، استعلام از دفتر اسناد رسمی در هنگام تنظیم قرارداد را اجباری می‌نمودند و... (که به علت خروج موضوعی از مبحث مقاله، مجال پرداختن به آنها نیست).

۲-۷-۲- بررسی موادی از آیین‌نامه اجرایی قانون پیش‌فروش ساختمان.

هیات وزیران به موجب مصوبه جلسه مورخ ۷ خرداد ۱۳۹۳ آیین‌نامه قانون پیش‌فروش را به تصویب رساند. از بررسی مفاد قانون پیش‌فروش و آیین‌نامه اجرایی آن و الفاضلی که قانونگذار بکار برده این ذهنیت القاء می‌شود که این قرارداد را بیع دانسته و آثار بیع را بر آن بار می‌نماید. شاید بتوان گفت که این قانون حد میانه اختلافات پیشین، میان آثار مبیعه‌نامه عادی و آثار تنظیم سند رسمی را گرفته و در پی سر و سامان دادن به اوضاع است. از ماده ۱۵ این قانون، تسری آثار بیع به قرارداد پیش‌فروش را می‌توان استنباط نمود که موضوع مقاله حاضر نیست.

با اینکه ماده ۲۰ این قانون، داوری موضوع این قانون را تابع مقررات آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب دانسته است مشخص نیست چرا برای تنظیم آیین‌نامه اجرایی داوری، وزارت مسکن و شهرسازی را دخیل نموده است؟! داوری مبحثی حقوقی و شبه قضایی می‌باشد، که با وجود نهاد های خاص داوری در کشور، استفاده از

وزارت مسکن و شهرسازی برای تنظیم مفاد آیین‌نامه، منطقی نمی‌نماید؟! به هر شکل برای آنکه داوران بتوانند در موضوعات مطروحه به درستی ایفای نقش نمایند، آگاهی از «انواع تفسیر» نیز ضروری است. (برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷، ۱۷۰)

۲-۸-آیین داوری

پیش از آنکه مبحث آیین داوری را در ۶ گفتار بررسی نمائیم این بیان صاحب جواهر در تعریف حکمیت به کار می‌آید: "هو العقد مع الکفار بعد تارضی علی عن نزالوا علی حکم حاکم". (نجفی، ۱۹۸۱).

۲-۸-۱-نقض و توسعه قلمرو قرارداد توسط داور

مهم‌ترین معیار تعیین حدود و مبنای قلمرو صلاحیت مرجع داور، قرارداد داوری است. بنابراین تخطی مرجع داوری از آن، می‌تواند موجبات عدم شناسایی و اجرای رأی داوری و یا ابطال آن را فراهم آورد. نظر به باب هفتم آیین دادرسی مدنی داوران صرفاً در خصوص موضوعات مورد توافق طرفین و فقط در مورد طرفین قرارداد داوری، واجد صلاحیت رسیدگی و اتخاذ تصمیم خواهند بود. به همین دلیل، نقض قلمرو قرارداد داوری به مفهوم نقض قصد و اراده مشترک طرفین (بر فرض وجود) و تحمیل اراده داوران بر آنان یا یکی (و در داوری‌های چند جانبه، برخی) از طرفین است.. (ایرانشاهی، ۱۳۹۲)

۲-۸-۲-ممنوعیت داوری جانبدارانه

این موضوع که داور منتخب طرفین دعوی باید بی‌طرف بوده و از استقلال برخوردار باشد بدیهی است. مطابق ماده ۱۰ قواعد داوری نمونه آنسیترال، هر داوری را در صورت وجود قرینه‌ای بر تردید بی‌طرفی یا عدم استقلال می‌توان مورد جرح قرارداد. مطابق قوانین ایران و قواعد حاکم بر داوری نیز بی‌طرفی داوران در هر حالت و شقی، از جمله منصوب بودن از ناحیه احد از طرفین استنباط می‌گردد. (السان و آفاقلیزاده، ۱۳۹۳)

بنابراین در داوری، هرگونه جانبداری مردود است.

۲-۸-۳- رابطه داوری با وکالت

از آنجائیکه داور در واقع وظیفه حل مناقشه را دارد و مابین طرفین دعوی بر سر تصاحب یا اعطای حق، قضاوت میکند فلذا وجه وکالت را نمی‌توان به وی منتسب نمود. در داوری استقلال و بی‌طرفی از اصول غیر قابل عدول هستند بنابراین داور نمیتواند همچون وکیل حافظ منافع یک طرف دعوی باشد. (تقی پور، ۱۳۹۳ به نقل از صفار منقول از Moreau)

۲-۸-۴- مقایسه داوری با کارشناسی دادگستری

در داوری معمولاً اختلاف بین دو نفر، موجب پیدای آن است حال آنکه در کارشناسی حتی بصورت منفرد نیز برای تعیین یا تشخیص موضوعی می‌توان اقدام نمود. داور رای صادر می‌نماید و به اختلاف پایان می‌دهد ولی کارشناس نظر می‌دهد که شاید مورد استناد قرار گیرد. رای داور معمولاً قطعی است (بجز موارد خاص که ابطال آنرا می‌توان تقاضا نمود) ولی رای کارشناس معمولاً قابل اعتراض بوده و قطعیت ندارد.

۲-۸-۵- وجه تشابه داوری و قضاوت

داوری یک دادگستری خصوصی (La justice privée) است که در آن اختلاف و نزاع موجود میان طرفین حل و فصل می‌گردد..... در واقع داور، یک قاضی خصوصی Le juge privé است و چنین وظیفه و اختیاری هم فقط به قرارداد میان طرفین دعوی و داور محدود است. به عبارت دیگر، رسالت خصوصی و قراردادی داور موجب می‌شود که بین او و قاضی دولتی تفاوت قائل شویم. قاضی دولتی نماینده عموم جامعه در امر قضاوت است. (تقی پور، ۱۳۹۳ به نقل از Motulsky). داور به موجب یک قرارداد خصوصی وظیفه داوری یا بهتر بگوییم وظیفه قضایی را بر عهده می‌گیرد. (تقی پور، ۱۳۹۳ به نقل از Lionnet & Besson)

۲-۸-۶- نقش داوران

می‌توان گفت از آنجائیکه قانونگذار وظایفی را بر عهده داوران نهاده است پس نقش داوران قضایی است، از سوی حقوقدانان برای داوری نقش‌هایی بیان شده است، از جمله:
الف) «داور در واقع دو نقش و سمت را ایفا میکند، داور هم یک کارشناس است هم قاضی.» (بهبهانی، ۱۳۹۵ به

نقل از کاتوزیان)

ب) رسالت و ماموریت داور همانند خود داوری، دارای ماهیت دو گانه قراردادی- قضایی است؛ به طوری که وظیفه داور، قضایی ولی منبع اعطای این وظیفه، قراردادی است. (تقی پور، ۱۳۹۳)

نویسنده اخیر پس از بیان جمله فوق ادامه می‌دهد: بنابراین مسئولیت داور باید در چارچوب این ماهیت بررسی و مطالعه شود. به عبارت دیگر، اصولاً مسئولیت داور قراردادی است. مسئولیت داور به اعتبار نوع ضمانت اجرا به سه دسته مدنی، انتظامی و کیفری تقسیم می‌شود.

در خصوص مسئولیت داوران در قوانین ایران، موارد مقرر در ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی در صورت تدلیس، تقلب یا تقصیر در انجام وظیفه و ورود ضرر مالی به یک یا طرفین، داوران را برابر موازین قانونی مسئول جبران خسارت وارد می‌داند. ماده ۵۸۸ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵، داوران را در خصوص اتخاذ تصمیم یا اظهار نظر در برابر اخذ وجه یا مال به نفع یکی از طرفین، مستوجب مجازات دانسته و مطابق ماده ۴۷۳ ق.آ.د. م مسئولیت مدنی داوران بیان شده است. (شمس، ۱۳۹۴. ۵۳۵:۳)

۲-۹- دوازده قاعده در داوری قانونی

برخی از این صفات، خصایص اخلاقی و قواعد داوری که از آنها به عنوان «قواعد اصل منصفانه داوری» یاد می‌کنیم، به شرح ذیل هستند:

- ۱- قاعده تقدم فهم کامل بر داوری. تا از موضوع داوری اطلاع و علم قابل اعتماد موجود نباشد نمی‌توان به داوری شایسته دست یافت.
- ۲- قاعده برخورداری از اطلاعات شایسته و پرهیز از تکیه حصرگرایانه بر ظاهر قرارداد و الفاظ. باید بین دلایل ابرازی به عنوان مستندات دعوی تفاوت اعتبار و ارزش قائل شد.
- ۳- قاعده توجه به مسئولیت اخلاقی در امر داوری. داوری نهادی است که با حقوق افراد بسیاری در ارتباط است.
- ۴- دوری از داوری در خصوص امری که در حوزه تخصصی فرد قرار ندارد. فرد منصف پایبند به تخصصی بودن داوری است و ورود به حوزه‌های غیر تخصصی، را عامل وقوع خطا می‌داند.
- ۵- قاعده واکنش هوشمندانه و پرهیز از عکس‌العمل هیجانی. مقابله به مثل، تلافی کردن، اثبات ذی‌حقی، اثبات عالم بودن و امثال این واژه‌ها نشانگر مواجهه هیجانی با اطراف داوری است و سبب انحراف داوری از طریق انصاف است.
- ۶- پرهیز از شتابزدگی. پذیرفتن مسئولیت داوری و شتابزدگی در بررسی پرونده و صدور رای، سبب سهل‌انگاری و خروج از طریق انصاف می‌گردد.

- ۷- **قاعده استقلال داور**: رابطه مالی و نسبت با یکی از طرفین دعوی نیز می‌تواند بر استقلال داور تاثیر بگذارد.
- ۸- **قاعده طلایی بر دیگران پسند آنچه خود می‌پسندی**: هر چند که این اصل، یقین نمی‌آورد ولی می‌تواند از میزان خطای داور کاسته و راهنمای وی باشد.
- ۹- **قاعده پرهیز از پیش‌داوری**: داوری فرآیندی است که پایان آن حکم است و نه آغاز آن. کسی که با حکم جزم‌گرایانه پیشین به داوری می‌پردازد از بی‌طرفی محروم می‌شود.
- ۱۰- **قاعده رازداری**: در فرایند داوری اطلاعات فراوانی ممکن است در اختیار داور قرار گیرد که افشای این اسرار حقوق فرد را تضییع کند.
- ۱۱- **قاعده مشورت**: تکیه حصرگرایانه و مستبدانه بر تشخیص خویش، گمراه‌کننده است.
- ۱۲- **قاعده حل مسئله**: کنش و رفتار داور در برخورد با مسائل و متداعیین است.
- آنچه که بیان شد بیشتر رعایت مسائل اخلاقی و حرفه‌ای است و ضمانت اجرای حقوقی ندارد، ولی کاربرد های ذیل را دارد:

- ۱- رعایت این قواعد موجب ارتقاء شخصیت داور می‌شود.
 - ۲- اطلاع از موارد مذکور راهنمای افرادی است که با داوری آشنا نیستند.
 - ۳- موجب کاهش تاثیر محیط بر داور می‌شود.
 - ۴- متوجه نحوه تاثیر ضمیر ناخودآگاه بر روند داوری می‌شوند.
 - ۵- استفاده از قواعد مذکور، پذیرش رای را با اقبال بیشتری مواجه می‌نماید.
- از همین رو، مطالب فوق برای داورانی که می‌خواهند روشی درست و علمی در صدور رای داشته باشند، می‌تواند به عنوان یک «چک لیست» در جریان رسیدگی، موجب یادآوری مطالب مذکور باشد و از وقوع اشتباهات و بروز خطای ناخواسته بکاهد. (فرامرز قرامکی، ۱۳۸۹)

فصل ۳: نتیجه گیری و پیشنهاد

علم حقوق، «حق» را اعطاء قدرت، از طرف قانون به شخص می‌داند. وقتی قانون اساسی، اعمال سلايق شخصی در تشخیص عدالت و انصاف قانونی را اجازه نموده و آیین دادرسی مدنی نیز به پیروی از اصول قانون اساسی حتی «اجتهاد مقابل نص» از طرف «قاضی مجتهد» را فاقد وجاهت قانونی دانسته (تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م)، در نتیجه «حق» اعمال انصاف یا عدالت شخصی» در مرحله رسیدگی توسط داور یا دادرس، به علت آنکه مجوز قانونی لازم برای ورود به قلمرو «حق و حقوق ناشی از قانون» را ندارد، در قلمرو «حقوق اخلاقی علم اخلاق» باقی خواهد ماند. و

بدین ترتیب، تاثیر مثبت خود را فقط بر شخصیت داور و دادرس که عاملی مهم در تفسیر قرارداد و قانون برای کسب نتیجه عادلانه قانونی است بر جای خواهد گذاشت. به نظر می‌رسد بررسی‌های مبتنی بر استقراء در قوانین موضوعه نیز مثبت همین نظر بوده است.

استقراء در آیات، احادیث و دکترین حقوقی حکایت از آن دارد که تفاوت بین عدالت و انصاف آن‌گونه که در مباحث نظری مطرح شده، کاربرد عملی برای علم حقوق ندارد و هدف عدالت و انصاف می‌تواند یکسان باشد. با بررسی قواعد و اصول قانونگذاری محرز شد در مواردی که عرف، غلبه، اماره، فرض قانونی، لاضرر، تسلیط و قاعده‌ی وضع ماده‌ی قانونی بوده‌اند، انصاف و عدالت به عنوان اصل و روح این مواد مورد استفاده قانونگذار قرار گرفته‌اند و بدین ترتیب، در وضع قانون انصاف و عدالت هم‌سو بوده و در هنگام تفسیر ماده قانونی مذکور، انصاف و عدالت «روح قانون یا اصل حقوقی» محسوب می‌شوند.

برای اجرای قانون، تمهیدات لازم توسط قانونگذار در نظر گرفته شده است. قانون به داور و دادرس تکلیف نموده که بر اساس قواعد کلی، ظاهر، فرض قانونی و حکم نمایند تا به انصافی جداگانه برای تعدیل قواعد کلی و قانون نیاز باشد، به همین سبب، این چنین نظری از سوی برخی حقوقدانان به عنوان ضعف حقوق ایران مصداق سالبه به انتفاء موضوع تلقی می‌شود. قانون، برای صدور احکام و آرای داوری و دادرسی مقررات و تکالیفی را مقرر داشته است که اهم آن‌ها از جمله قانون مدنی و مقدمه آیین دادرسی مدنی در این تحقیق بیشتر بررسی شدند و نتیجه حاصل این است که: «در هنگام وضع قانون معمولاً حرکت از کل به جزء صورت می‌گیرد؛ یعنی از اصل به قاعده، از قاعده به مواد قانونی و از مواد قانونی به شروط ختم می‌شود. ولی در هنگام صدور رای در داوری و دادرسی قضایی حرکت از شرط، قرارداد و مواد قانونی شروع و به قاعده و سپس اصل یا روح قانون ختم می‌شود، بنابراین، به نظر می‌رسد با رعایت مقررات مذکور، قوانین ایران منعطف بوده و رعایت عدالت و انصاف در وضع، اجرا و دادرسی و داوری توسط قانونگذار شده است.»

در مبحث داوری؛ اصول و قواعد مرتبط با نحوه توجه به قوانین موجد حق، نحوه نگارش رای داوری، رعایت اصل تناظر، رعایت مفاد قرارداد داوری به روش استقراء در قوانین موضوعه استخراج گردید. اصول داوری منصفانه و عادلانه که ریشه در اخلاق داشته و از طریق پذیرش فقهی حسن و قبح ذاتی اعمال وارد شرع و قانون ایران شده‌اند، این تحقیق در قالب ۱۲ قاعده ارائه شد؛ داور، کارشناس و وکیل اطراف دعوی نیست و داوری جانبدارانه در هیات داوری مورد قبول قانونگذار نمی‌باشد. داور، قاضی خصوصی است که در محدوده قرارداد داوری و اختیارات حاصل از آن، با توجه به قانون (مخصوصاً قوانین آمره ق.آ.د.م) به حل اختلاف می‌پردازد. انواع تفسیر، قواعد استدلال و

استنباط.... که از جمله قواعد و اصول کاربردی داوری هستند، به همراه نقش انصاف و عدالت در وضع و اجرای قوانین در این تحقیق ارائه شدند تا هدف این نوشتار که استفاده کاربردی از مباحث نظری است، محقق شود.

نظر به مدت زمان طولانی اجرای قرارداد پیش‌فروش ساختمان و توجه به شرایط و وضعیت خاص این قرارداد، همچون تاثیر از شرایط و تغییرات اوضاع اقتصادی کشور به علت تحریم‌ها، نوسانات غیرقابل پیش‌بینی ارزش لوازم و مصالح ساختمانی، معاملات مابین سازنده و مالک با پیش‌خریدار و معامله پیش‌خریدار با خریدار بعدی، گستردگی شروط و تعهدات طرفین و بهترین نهادی که در صورت بروز اختلاف می‌تواند با توجه به جمیع جهات و اوضاع و احوال به طور موثر اقدامی عادلانه و منصفانه صورت دهد، داور است. به همین دلیل، تعیین داور خاص در هنگام تنظیم قراردادهای مذکور و اطلاع داور از مقابله و مذاکرات ابتدایی، توصیه و پیشنهاد می‌شود.

منابع و مأخذ

فهرست کتاب ها

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۶۷). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
۲. // (۱۳۹۳). / مقدمه عمومی علم حقوق. تهران: گنج دانش.
۳. // (۱۳۹۴). فن استدلال: منطق حقوق اسلام. تهران: گنج دانش.
۴. // (۱۳۸۶). سیستم شناسی در علم حقوق. تهران: گنج دانش.
۵. // (۱۳۷۲). دانشنامه حقوق. ج ۴. تهران: انتشارات امیرکبیر.
۶. شمس، عبدالله. (۱۳۹۲). / آیین دادرسی مدنی، دوره بنیادین. ج ۱. تهران: انتشارات دراک.
۷. // (۱۳۹۴). / آیین دادرسی مدنی، دوره ی پیشرفته. تهران: انتشارات دراک.
۸. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۱). / حقوق مدنی. ج ۲. تهران: مجد.
۹. شیروی، عبدالحسین. (۱۳۸۱). حقوق تطبیقی. تهران: سمت.
۱۰. عارفی، فرشید و دانش پور، افتخار. (۱۳۹۸). اصول و آیین داوری منصفانه با رویکرد کاربردی، تهران: انتشارات راشدین.
۱۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). / اثبات و دلیل اثبات. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۱۲. کانوزیان. (۱۳۹۳). / فلسفه حقوق. ج ۲. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۳. // (۱۳۹۷). کلیات حقوق نظریه عمومی. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۴. // (۱۳۹۵). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران: شرکت انتشار.
۱۵. // (۱۳۹۶). دوره عقود مدنی، عقود معین، مشارکت ها، صلح. تهران: گنج دانش.
۱۶. نجفی، محمد حسن، (۱۹۱۹). جواهر الکلام، چاپ هفتم بیروت. داراه نبیاء التراث العربی.
۱۷. خانلری بهنمیری، حسین. (۱۳۹۷). بررسی جایگاه اصل انصاف در حقوق ایران. پایان نامه دوره دکتری در رشته حقوق خصوصی. دانشکده حقوق و علوم سیاسی. دانشگاه مازندران.
۱۸. علی زاده، مجید. (۱۳۹۴). الگوی مطلوب قرارداد مشارکت در ساخت در نظام حقوقی ایران. پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی. دانشکده حقوق. دانشگاه آزاد اسلامی. واحد شهر قدس.

۱۹. عارفی، فرشید. (۱۳۹۷). قلمرو قاعده انصاف در داوری اختلافات ناشی از قراردادهای مشارکت و مبیعه نامه‌های املاک در ایران. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی. واحد تهران مرکزی.
۲۰. ایرانشاهی، علیرضا (۱۳۹۲). نقض و توسعه قلمرو قرارداد داوری. حقوقی بین‌المللی. سال ۲۹. شماره ۴۷. صفحات ۱۱۶-۱۳۸.
۲۱. تقی پور، بهرام. (۱۳۹۳). مسئولیت داور در حقوق ایران و برخی کشورها. مطالعات حقوق تطبیقی. دوره ۵ شماره ۱.
۲۲. حمیدیان، شهبازی نیا و جعفری. (۱۳۹۶). مطالعه تطبیقی ارتباط مفهومی و کاربردی الفاظ متعدد در داوریهای دوستانه و کدخدامنشانه. پژوهش‌های حقوق تطبیقی. دوره ۲۱، شماره ۱.
۲۳. حمید ابهری و محمد حسین تقی پور. (بهار ۱۳۹۴). تعهد پیش‌فروش‌شده به ساخت و تکمیل ساختمان و ضمانت اجرای آن در قانون پیش‌فروش ساختمان و مقایسه آن با قانون مدنی، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، شماره ۱، صفحات ۲۰-۱.
۲۴. سید باقر میر عباسی و رضوان باقر زاده. (تابستان ۱۳۸۹). نقش انصاف در حل و فصل اختلافات بین‌المللی، حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۲، صفحات ۳۶۴-۳۴۵.
۲۵. فرامرز قرامکی، احد. (۱۳۸۹). اخلاق داوری علمی. راهبرد فرهنگ. شماره ۸۹. زمستان ۱۳۸۸. بهار ۱۳۸۹. صفحات ۱۹-۷.
۲۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). سهم عدالت در تفسیر قانون. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی. دوره ۷۲ مقاله ۱۴، صفحات ۳۶۱-۳۸۳.
۲۷. محسن محبی، اعظم امینی. (۱۳۹۳). اصل انصاف و ظرفیت قاعده سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری. حقوقی بین‌المللی. شماره ۵۱. صفحات ۴۰-۹.
۲۸. مصطفی السان و ایلدار آقاقلیزاده خیایوی. (۱۳۹۳). داوری جانبدارانه و تقابل آن با اصول بنیادین حاکم بر داوری با تأکید بر رویه دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده. علوم سیاسی. راهبرد. دوره ۲۳. شماره ۷۰.
۲۹. وکیل زاده، صغیری و دهقان. (۱۳۸۹). انصاف و عدالت از دیدگاه فقهی. فقه و مبانی حقوق اسلامی. سال دوم. شماره ۵. صفحات ۱۱۷-۹۸.

فهرست منابع غیر فارسی

۳۰. Chicago J Int'l L, Vol. ۸, ۲۰۰۸. Belohlavek, A. J. Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur. CYArb-Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration: Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings (Civil versus Common Law Perspectives), Vol. ۳, ۲۰۱۳
۳۱. Maniruzzaman, A. F. The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration? American university international law review, Vol. ۱۴(۳), ۱۹۹۹.
۳۲. Trakman, L. Ex Aequo et Bono: De-Mystifying An Ancient Concept.
۳۳. Yu, L. Amiable Composition—A Learning Curve, Journal of International Arbitration, Vol. ۱۷. N ۱, ۲۰۰۰.

Title:

Rules and rules of arbitration derived from jurisprudence in the contract of pre-sale of buildings.

Farshid Arefi* Phd Student, Private Law, Qods Branch, Azad University, Tehran, Iran.

Eftekhar Daneshpoor, Assistant Professor, University of Islamic Religions, Tehran. Iran

Pejman Piroozi, , Assistant Professor, , Qods Branch, Azad University, Tehran, Iran.

Abstract:

The spirit of most people's transactions is need and expediency, and pre-sale contracts and participation in the construction of buildings are also of this type of material. The expansion of these emerging contracts prompted the legislature to enact a law on the pre-sale of buildings. One of the strengths of this law is the inclusion of the condition of compulsory arbitration. Although the existence of verses and opinions of Imami jurists has enriched the issues of litigation and arbitration, and considering the acceptance of ugliness and good deeds in Imami jurisprudence, ethics has entered the Sharia and law of Iran, but on the one hand, the vacuum of a regular and accurate set of rules and Principles that guide the arbitrator are the subject of the law, and on the other hand, the positive application of fairness as a rule or principle in English law has created a flaw in the interference of fairness and personal justice of the judge and arbitrator as a party to contracts in Iran. Therefore, the author decided to use the theoretical discussions of his predecessors, while considering the custom, intention and consensus, to express the arbitrary method of issuing arbitral awards in terms of the reasoning, inference and citation of the arbitrator to legal principles. Also evaluate the scope and function of fairness in the eyes of the Iranian legislature in judging these contracts. This article proposes fair and equitable application principles for legal arbitration.

Keyword: rules and principles of arbitration, Pre-sale building construction, fairness, justice.