



The Exceptional Provisions of Arbitration Related to the Building Pre-sale Act

Solmaz Kantoorchian ¹, Fatemeh Nikoomanesh ², Ahmad Esfandiari*³ 

Received:

10 Jul 2022

Revised:

10 Agu 2022

Accepted:

20 Agu 2022

Available Online:

23 Sep 2022

Keywords:

Arbitration,
Mandatory
Arbitration,
Pre-sale,
Contractual
Arbitration.

Abstract

Background and Aim: One of the complex issues related to building pre-sale contracts is determining the nature of the arbitration clause, which the legislator has required the parties to include in the pre-sale contract. Because even though the arbitration clause is included in the said contract by operation of law and according to Article 20 of the Building Pre-sale Law, that the arbitration of the subject of this law will be subject to the rules of civil procedure of public and revolutionary courts, still many issues such as the effect of the non-acceptance of arbitration by one or more appointed arbitrators, the death of one of parties, and the agreement on its termination, etc. are not clear.

Materials and Methods: The research method in this article was descriptive-analytical.

Ethical Considerations: All ethical principles have been followed in writing this article.

Findings: Although the arbitration clause is included in the pre-sale contract of the building, this clause is not an arbitration agreement in the common and complete sense and lacks the stage of submitting the matter to arbitration - which is considered the founding document of contractual arbitrations.

Conclusion: The absence of arbitration by prohibition or the death of one of the parties, the impossibility of its termination, and the pre-sale contract of the building is an absolute mandatory arbitration.

1 Ph.D Student, Department of Private Law, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2 M.A, Department of Intellectual Property Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

3* Assistant Professor, Department of Private Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran. (Corresponding Author)

Email: Esfandiari_ahmad@yahoo.com Phone: +989927566180

Please Cite This Article As: Kantoorchian, S; Nikoomanesh, F & Esfandiari, A (2022). "The Exceptional Provisions of Arbitration Related to the Building Pre-sale Act". *Interdisciplinary Legal Research*, 3 (3): 85-98.



This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

مقررات استثنائی داوری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان

سولماز کنطوریان^۱، فاطمه نیکومنش^۲، احمد اسفندیاری^۳*

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
۲. کارشناس ارشد، گروه حقوق مالکیت معنوی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
۳. استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران. (نویسنده مسؤول)

Email: Esfandiari_ahmad@yahoo.com

دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۱۹ ویرایش: ۱۴۰۱/۰۵/۱۹ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۲۹ انتشار: ۱۴۰۱/۰۷/۰۱

چکیده

زمینه و هدف: یکی از مسائل پیچیده مربوط به قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، تعیین ماهیت شرط داوری است که قانونگذار با وضع مقرراتی، طرفین را ملزم به درج آن در قرارداد پیش‌فروش نموده است. زیرا با وجود اینکه شرط داوری به حکم قانون در قرارداد مذکور درج می‌شود و مطابق ذیل ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان، مبنی بر اینکه داوری موضوع این قانون، تابع مقررات آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب خواهد بود هنوز بسیاری از مسائل از قبیل تأثیر عدم قبول داوری از سوی یک یا چند تن از داوران تعیین شده، حجر و فوت یکی از طرفین و توافق بر زوال آن و... مشخص نمی‌باشد.

مواد و روش‌ها: روش تحقیق در این مقاله به صورت توصیفی-تحلیلی بوده است.

ملاحظات اخلاقی: تمام اصول اخلاقی در نگارش این مقاله رعایت شده است.

یافته‌ها: هرچند شرط داوری، ضمن قرارداد پیش‌فروش ساختمان درج می‌شود، این شرط، موافقت‌نامه داوری به مفهوم رایج و کامل نبوده و فاقد مرحله ارجاع امر به داوری-که سند مؤسس داوری‌های اختیاری محسوب می‌شود-می‌باشد.

نتیجه‌گیری: عدم زوال داوری با حجر یا فوت یکی از طرفین، عدم امکان زوال آن با توافق کتبی طرفین و... حاکی از آن است که داوری موضوع قرارداد پیش‌فروش ساختمان از نوع داوری اجباری مطلق می‌باشد.

کلمات کلیدی: داوری، داوری اجباری، داوری توافقی، پیش‌فروش.

مقدمه

۱- بیان موضوع: جلوگیری از حدوث اختلاف از یک‌سو و کوشش در حل‌وفصل اختلاف به وجود آمده از سوی دیگر، یکی از اساسی‌ترین مسائل پیش‌روی هر نظام اجتماعی است. یکی از روش‌هایی که شارع مقدس و به تبع آن، قانونگذار برای رسیدگی به شکایات و اختلافات میان اشخاص، اقامه عدل و فصل خصومت میان مردم پیش‌بینی نمود، صلح می‌باشد که رسیدگی کاملاً غیر رسمی، محسوب می‌شود. در اصطلاح فقهی، صلح، توافقی است که اصولاً برای رفع تنازع، تشریع شده است (حلی، ۱۴۱۸: ۱۷۲/۲؛ نجفی، ۱۳۷۹: ۲۱۱/۲۶) و در آن، دو خصم می‌توانند شخصاً یا توسط کسانی که نماینده آنان به شمار می‌روند، همه اختلافات میان خود به‌جز آنچه دارای مانع شرعی باشد، حل‌وفصل نمایند. مؤید این دیدگاه، آیات قرآن و روایاتی می‌باشد که در مورد صلح وارد شده است از جمله روایت منقول از پیامبر (ص) که فرمود: «صلح میان مسلمانان جایز است بجز آنچه حرامی را حلال یا حرامی را حلال کند» یا روایت منقول از امام صادق (ع): «صلح میان مردم جایز است» (حرعاملی، بی‌تا: ۸۸/۹). در صورت عدم امکان حل اختلاف به وسیله طرفین، برای حفظ صلح اجتماعی و فصل خصومت، دو نهاد قضا و داوری پیش‌بینی نیز شده است: منظور از قضا، آن است که در اختلافات و شکایات میان مردم، نهادهایی که از طرف دولت تعیین می‌شوند و اشخاص منصوب دولت، پس از رسیدگی به دعاوی و شکایات در حدود صلاحیت خود رأی صادر نمایند. این نوع از رسیدگی به اختلافات میان مردم-که قضاوت نامیده می‌شود- کاملاً رسمی است. علاوه بر قضاوت رسمی در بسیاری از نظام‌های حقوقی پذیرفته شد که در برخی موارد، اختلافات و شکایات و مرافعات مردم از طریق اشخاصی مورد رسیدگی و قضاوت قرار می‌گیرد که منصوب نهادهای حکومتی نیستند بلکه مورد اعتماد و انتخاب طرفین اختلاف بوده و به‌عنوان داور برای حل‌وفصل اختلاف از سوی

طرفین، منصوب شده‌اند. این نوع رسیدگی، نیمه رسمی است. این نوع رسیدگی، پیش از رسیدگی قضایی میان ملل مختلف متداول شده است. حتی در منطقه عربستان پیش از ظهور اسلام، به خاطر اینکه هیچ نوع حکومتی در آنجا وجود نداشته است، داوری رواج داشت. در صدر اسلام در موارد متعددی در زمان پیامبر، اختلافات در میان مردم از طریق داوری حل‌وفصل می‌شد حتی علاوه بر دعاوی خصوصی بسیاری از دعاوی عمومی از جمله جرم و مجازات، درگیری‌های نظامی و غیره از طریق داوری حل‌وفصل می‌گردید. در قرآن کریم در آیات متعددی، واژه حکم به کار رفته است از جمله عده‌ای آیه ۸۵ سوره مبارکه نساء «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ...» به‌عنوان منبع مشروعیت داوری در اسلام استناد کردند. بنابراین هرچند ریشه داوری را باید در خلأ دادگستری دولتی جستجو نمود که در آغاز به‌عنوان تنها طریق حل اختلافات به سهولت قابل درک بوده است، پس از تأسیس مراجع قضای دولتی که طریق عادی رفع اختلافات، مراجعه به آنها می‌باشد، داوری بیشتر به این جهت ادامه یافت که طرفین اختلاف، مایل بودند منازعه آنها با تشریفات و هزینه کمتر و با سرعت بیشتر و به وسیله اشخاصی که در انتخاب آنها دخالت نداشته‌اند، حل‌وفصل شود (حاتمی و ذاکری، ۱۳۸۹: ۷۳). با اینکه مباحث مربوط به حکمیت در فقه اسلامی، مطرح شده و فقها حل‌وفصل اختلاف میان اشخاص توسط قضات غیرمنصوب از سوی حکومت را پذیرفتند، با این حال مقررات کنونی در زمینه داوری در نظام حقوقی ایران اعم از داوری داخلی و داوری بین‌المللی از قوانین کشورهای غربی به‌خصوص از مقررات مواد ۱۴۴۲ تا ۱۵۰۷ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه و از قانون نمونه آنسیترا اکتباس شده است.

هزینه بر بودن رسیدگی قضایی، زمان بر بودن و از همه مهمتر عدم برخورداری از قضات از تخصص در موضوع

دعوی، موجب گردید، قانونگذار به‌منظور تسهیل رسیدگی به اختلافات، کاستن از حجم پرونده‌های موجود در دستگاه قضایی کشور و نیز احیاناً با هدف جذب و تشویق سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی در زمینه‌های مختلف و از جمله در زمینه ساختمان به دلیل امتیازاتی که شیوه‌های جایگزین و خصوصی حل‌وفصل اختلافات، نسبت به قضاوت رسمی دارد، حل‌وفصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش را در صلاحیت انحصاری هیأت داور داور قرار دهد (سروی، ۱۳۹۰: ۹).

۲- روش تحقیق: روش تحقیق در این مقاله به‌صورت توصیفی-تحلیلی است.

بحث و نظر

۱- مفاهیم مرتبط

از آنجایی که دو مفهوم «داوری» و «داوری اجباری» به‌منزله ستون فقرات این مقاله محسوب می‌شوند، ارائه تبیین مختصری در مورد هر یک از آنها لازم و مفید می‌نماید:

۱-۱- مفهوم داور

داوری به لحاظ لغوی به عمل داور، قضا، حکومت کردن، قضاوت، حکم دیوان کردن، حکمیت، محاکمه کردن... حکم میان دو خصم» معنی شده است (دهخدا، ۱۳۷۱: ۹۱۶۶/۶). با اینکه تا سال ۱۳۷۶ مقررات متعددی در مورد داور در ایران به تصویب رسید، در هیچ یک از آنها تعریفی از داور، ارائه نشده است و میان دو مفهوم «قرارداد ارجاع به داور» و «قرارداد رجوع به داور» نیز تفکیکی صورت نگرفته بود. چنانکه ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ناظر به قرارداد رجوع به داور می‌باشد و از سوی اصحاب دعا از یک سو و داور از سوی دیگر، منعقد می‌شود و به لحاظ رتبی، مؤخر بر قرارداد ارجاع امر به داور است. ماده ۱ قانون داور تجاری بین‌المللی - که ناظر به قرارداد ارجاع امر به داور بوده و از آن به «موافقتنامه

داوری» تعبیر می‌شود- در تعریف آن، مقرر نمود: «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». از آنجایی که این تعریف قانونی نیز نمی‌تواند حدود و ثغور داور را به درستی تبیین کند، تنها راه باقی مانده برای شناخت داور و ارائه تعریفی مناسب از آن، مراجعه به آثار برخی نویسندگان حقوقی، در این زمینه می‌باشد: چنانکه در تعریف داور آمده است: «داوری، عقدی است که به موجب آن، طرفین معامله یا اختلاف یا دعوی، موافقت می‌نمایند که اختلافات آتی، موجود یا مطروح آنان از طریق داور، حل‌وفصل شود» (واحدی، ۱۳۷۱: ۱۵).

۲-۱- مفهوم داور توافقی

بر اساس تعریف فوق، موافقت‌نامه داور، ممکن است به دو صورت منعقد شود: نخست اینکه به‌صورت شرط در ضمن قرارداد اصلی درج گردد. به این معنی، طرفین معامله، هنگام انعقاد قرارداد اصلی-که هنوز اختلافی، بروز نکرده است، توافق می‌نمایند در صورت بروز اختلاف درباره نحوه اجرای تعهدات قراردادی در آینده، آنرا از طریق داور حل‌وفصل کنند. چنین توافقی، شرط داور، نامیده می‌شود. دوم اینکه طرفین معامله پس از انعقاد قرارداد اصلی که هنوز اختلافی بروز نکرده باشد و یا در صورت بروز اختلاف و حتی طرح آن در مراجع قضایی، می‌توانند در قرارداد جداگانه‌ای، توافق نمایند که اختلافات آتی یا موجود خود درباره نحوه اجرای تعهدات قراردادی را به داور ارجاع دهند. توافق در سه وضعیت اخیر، قرارداد مستقل داور، نامیده می‌شود (اسفندیاری، ۱۳۹۹: ۴).

داوری‌های موضوع قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹ و قانون داور تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ دارای مراحل از جمله، مرحله ارجاع امر به داور، مرحله رجوع به داور، مرحله رسیدگی داور،

دادگاه بنا به تشخیص خود براساس قانون و به دلائلی خاص، موضوع را به داورى ارجاع می‌دهد و در این نوع داورى، طرفین اختلاف هیچ نقشی ندارند (خدابخشی، ۱۳۹۱: ۶۶) به عبارت دیگر، داورى اجبارى به حکم قانون، زمانی است که قانونگذار بنابه مصالحی راساً و بدون نیاز به توافق طرفین، ارجاع موضوع اختلاف به داورى را الزامی اعلام می‌نماید. در برخی از مقررات قانونی به موضوع داورى اجبارى اشاره شده است. از جمله ماده ۱۷ قانون بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۵ مقرر نمود: «هیأت داورى بورس که به طور دائم تشکیل می‌گردد به اختلافات کارگزاران با یکدیگر و به اختلاف بین فروشندگان یا خریداران با کارگزاران که از معاملات بورس ناشی گردد رسیدگی می‌کند». در این مورد نه تنها اراده طرفین اختلاف در ارجاع موضوع به داورى، در نقشی ایفا نمی‌نماید بلکه طرفین در تعیین داور نیز نقشی ندارد. زیرا مطابق ماده فوق داورى از طریق کارگزاران بورس انجام می‌شود. علاوه بر این، بر اساس تبصره ۱۲ بودجه سال ۱۳۸۰، حل اختلاف میان سازمان‌های دولتی با یکدیگر از طریق داورى و مرجع آن، کمیسیون با مسئولیت سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور اعلام گردیده است. بنابراین، داورى اجبارى، آن است که ارجاع اختلاف طرفین به داورى، راساً از سوی قانونگذار پیش‌بینی شده یا قانونگذار طرفین قرارداد را ملزم به گنجاندن شرط داورى در ضمن آن قرارداد می‌نماید و طرفین در انتخاب این روش چندان اراده مؤثری ندارند.

۲- انواع داورى اجبارى

داورى اجبارى را می‌توان به دو نوع تقسیم نمود:

۲-۱- داورى اجبارى به حکم قانون

داورى اجبارى به حکم قانون، زمانی موضوعیت می‌یابد که قانونگذار بنابر مصالحی، راساً و بدون نیاز به توافق طرفین، ارجاع اختلاف آنها به داورى در آن موضوع خاص را الزامی و

مرحله شور، مرحله تصمیم‌گیری (صدور رأی) و مرحله اجرای رأی داورى یا اعتراض به آن می‌باشد. در میان مراحل بالا، مرحله نخست یعنی مرحله ارجاع امر به داورى، اهمیت زیاد و البته بی‌نظیری دارد. زیرا تکمیل آن به معنای توافق بر رسیدگی و حل‌وفصل موضوع اختلافات بالقوه یا بالفعل ناشی از عمل حقوقی (قرارداد) یا واقعه حقوقی (تصادف رانندگی) از طریق داور یا داوران منتخب طرفین موضوع اصلی است.

۳-۱- مفهوم داورى اجبارى

به‌عنوان اصل کلی، ارجاع اختلاف به داورى از حقوق طرفین قرارداد یا اختلاف می‌باشد و آنان در ارجاع اختلاف و دعاوى خود به داورى آزاد بوده و هیچ الزامی در این مورد ندارند. این حق در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ مورد پیش‌بینی واقع شده و عبارت «می‌توانند» مذکور در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ همان قانون به وضوح بیانگر این امر است. با این حال، کندی رسیدگی‌های قضایی و عدم تخصص قضات در بسیاری از دعاوى از یک سو و رغبت اندک مردم به حل‌وفصل اختلافات از طریق روش‌های جایگزین موجب گردید، قانونگذار در مواردی، حل‌وفصل اختلاف از طریق داورى را الزامی نماید. داورى که در آن، ارجاع دعوى و اختلاف به داورى، موقوف به توافق طرفین اختلاف نباشد، داورى اجبارى نامیده می‌شود. در این گونه داورى گاهی دادگاه به درخواست یکی از طرفین، دعوا آن را به داورى ارجاع می‌نماید و گاهی اوقات نیز بدون درخواست طرفین و تنها به حکم قانون، دعوا به داورى ارجاع می‌شود. در مواردی که دادگاه، راساً موضوع را به داورى ارجاع می‌دهد، طرفین دعوا نقشی در این امر ندارند و ارجاع امر به داورى ناشی از خواست و اراده آنها نیست بلکه دادگاه بنا به دلایلی با توجه به اوضاع و احوال قضیه مطروحه و یا طبیعت کار، مصلحت را در آن می‌بیند که رسیدگی به موضوع به داور محول شود. داورى اجبارى، داورى است که در قانون پیش‌بینی شده و یا

اجباری اعلام می‌نماید. این نوع، داوری به داوری اجباری نسبی و داوری اجباری مطلق تقسیم می‌گردد:

۲-۱-۱- داوری اجباری نسبی

ارجاع امر به داوری علی‌الاصول، اختیاری، یعنی مبتنی بر توافق طرفین قرارداد، اختلاف یا دعوی است. با این حال در بعضی موارد قانونگذار درخواست یکی از طرفین در ارجاع امر به داوری را کافی دانسته و دادگاه را مکلف به اقدام در این خصوص نموده است (غریبی، ۱۳۹۰: ۱۵۹). این نوع داوری را می‌توان «داوری اجباری نسبی» نامگذاری نمود. در داوری اجباری نسبی، دادگاه در صورت درخواست یکی از طرفین، موضوع اختلاف را به داوری ارجاع می‌دهد هرچند در قوانین کنونی، داوری اجباری نسبی وجود ندارد، در قوانین سابق این نوع داوری پیش‌بینی شده بود که مطالعه آن حد اقل می‌تواند به لحاظ تاریخ حقوق مفید باشد. چنانکه به موجب ماده ۱ قانون حکمیت مصوب ۱۳۰۶: «هرگاه در دعاوی حقوقی یکی از متداعیین محکمه صلح بدایت و تجارت از محکمه تقاضا کند قطع دعوی به طریق حکمیت انجام گیرد، محکمه طرف دیگر را به موافقت با این تقاضا تکلیف و مطابق مواد ذیل رفتار خواهد کرد مشروط بر اینکه تقاضای حکمیت تا آخر جلسه اول محاکمه به عمل آمده و دعوی در آن محکمه بدایتاً طرح شده باشد». علاوه براین، ماده ۱۰ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶ در این خصوص مقرر می‌داشت: «در هر دعوی حقوقی به استثنای موارد مندرج در ماده ۶۷۵ آیین دادرسی مدنی که قبل از تصویب این قانون اقامه شده و تا تاریخ اجرای این قانون رسیدگی به آن پنج سال یا بیشتر به طول انجامیده اعم از این که در مرحله نخستین یا پژوهش مطرح باشد، خواهان اصلی ظرف مدت دو سال می‌تواند در صورتی که ختم دادرسی اعلام نشده باشد حل‌وفصل دعوی را از طریق داوری کتباً درخواست کند. این درخواست به دادگاه تسلیم می‌شود و رئیس دادگاه در صورت احراز شرایط فوق دستور ابلاغ آنرا به طرف دیگر دعوی می‌دهد...».

۲-۱-۲- داوری اجباری مطلق

در داوری اجباری مطلق، دادگاه ملزم است بر اساس قانون، طرفین دعوا را جهت حل‌وفصل اختلاف به داوری ارجاع دهد، همانند داوری موضوع ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان که حل‌وفصل اختلافات طرفین در خصوص قرارداد پیش‌فروش توسط هیأت داوری سه نفره انجام می‌شود. به این ترتیب، داوری موضوع ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان از نوع داوری اجباری است و انتخاب داوران در این قرارداد از موارد الزامی آن بوده و در نتیجه، طرفین اختلاف، مکلف به انتخاب داور می‌باشند. به این ترتیب، قانونگذار در مورد اشخاصی که درگیر دعاوی و اختلافات قراردادهای پیش‌فروش ساختمان می‌شوند، جهت تسهیل و تسریع رسیدگی، نهاد داوری را مرجع حل اختلافات ناشی از قراردادهای پیش‌فروش ساختمان قرار داده است (ذوقی، ۱۳۹۷: ۳). بنابراین به نظر می‌رسد پیش‌بینی این نهاد در قانونی دیگر و خاص (قانون پیش‌فروش ساختمان)، ظهور در اجباری بودن حکم مذکور دارد، زیرا لازمه اختیاری دانستن این نهاد، نسبت دادن امر بیهوده به قانونگذار است که در مقام تفسیر قانون، امری شایسته نیست. پس پیش‌بینی مجدد این نهاد رسیدگی در قانون پیش‌فروش ساختمان، ظهور در اجباری بودن آن در نظر قانونگذار دارد.

اجباری بودن تعیین داور در قرارداد پیش‌فروش ساختمان را از بند ۱۰ ماده ۲ این قانون نیز می‌توان استنباط کرد. بدیهی است عبارت «باید» به کار رفته در صدر ماده یاد شده - که ناظر به موارد یازده گانه ذیل آن ماده است - دلالت بر اجباری بودن تعیین داوران دارد (سکوتی و حسین‌زاده، ۱۳۹۶: ۲۸۵). علاوه براین، فلسفه وجودی پیش‌بینی نهاد داوری نیز مؤید اجباری بودن آن است. زیرا یکی از اهدافی که قانونگذار در پیش‌بینی نهاد مزبور در نظر داشته است، تسریع در رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای پیش‌فروش ساختمان و

در صورت عدم توافق بر داور مرضی‌الطرفین یک داور با معرفی رئیس دادگستری شهرستان مربوطه انجام می‌پذیرد ...».

۲- مقررات استثنایی داوری در قانون پیش‌فروش ساختمان

با اینکه بر اساس قسمت اخیر ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان مقرر گردید: «... داوری موضوع این قانون، تابع مقررات آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب خواهد بود» و برخی نویسندگان حقوقی، مقرراتی را که داوری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان تابع آن می‌باشد، صرفاً شامل مقررات دادرسی شکلی و ابلاغ اوراق و تعیین وقت رسیدگی به دلایل معرفی نمودند (احمدی و غضنفری، ۱۳۸۷: ۶۵)، به‌دلیل اجمال ماده مذکور، حدود تبعیت داوری موضوع قرارداد پیش‌فروش ساختمان، نسبت به مقررات آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مشخص نمی‌باشد. با این حال بررسی اجمالی بند ۱۰ ماده ۲ و همچنین ماده ۲۰ قانون مذکور حکایت از آن دارد که مقررات داوری موضوع این قانون از معیارهای پذیرفته شده در داوری‌های توافقی انحراف‌های مهمی دارد:

۲-۱- فقدان قرارداد ارجاع امر به داوری

داوری، قراردادی تبعی است به این معنی که پیش از انعقاد قرارداد داوری یا همزمان با آن باید اختلاف، دعوا یا سبب آنها (مانند قرارداد احداث پل زیر گذر میدان خزر ساری) یا الزامات خارج از قرارداد (مانند خسارت ناشی از تصادف رانندگی) وجود داشته باشد قرارداد اصلی یا مبنای اصلی نامیده می‌شود. برعکس، موافقت‌نامه داوری عبارت از این است که طرفین قرارداد، اختلاف یا دعوی توافق نمایند که اختلافات آتی، موجود یا مطروح در نزد مراجع قضایی را- که از رابطه خاصی ناشی شده است- از طریق داوری، حل‌وفصل نمایند. این توافق، قرارداد ارجاع امر به داوری نام دارد و از آن تحت عنوان «سند مؤسس داوری» یاد می‌شود. موافقت‌نامه

کاستن از حجم پرونده‌های قضایی بوده است. این هدف در صورتی محقق می‌شود که مقررات راجع به تعیین داور در این قراردادها اجباری و امری تلقی گردد (سکوتی و حسین‌زاده، ۱۳۹۶: ۲۸۵). علاوه براین، برخی عقیده دارند که ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان- که رسیدگی به کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرا مفاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان را در صلاحیت هیأت سه نفره داوری معرفی نموده است، حکایت از اجباری بودن داوری در این نوع قراردادها دارد (قنوتی و سکوتی، ۱۳۹۴: ۱۲۹).

۲-۲- داوری اجباری به موجب شرط داوری

داوری اجباری به موجب شرط داوری بدین شکل است که قانونگذار طرفین قرارداد را ملزم به گنجانیدن شرط داوری ضمن آن قرارداد می‌نماید. برخی تصویب نامه شماره ۵۰۰۵/ت/۲۸۵۹۱ ه مورخ ۱۳۸۲/۳/۱۲ هیأت وزیران را- که به موجب آن، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور مکلف شده است که متن زیر را در شرایط عمومی قراردادهای طرح‌های عمرانی اعم از مدیریت، مشاوره، ساخت و اجرا که با اشخاص داخلی منعقد می‌شود، منظور نماید- از مصادیق داوری اجباری به موجب شرط داوری معرفی کردند: (کرمی کلمتی، ۱۳۹۷: ۲): «هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد قراردادهای عمرانی اعم از مدیریت، مشاوره، ساخت و اجرا بین دو طرف قراردادهای یاد شده اختلاف نظری پیش آید که راجع به اموال باشد، هر یک از طرف‌ها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به نماینده یاد شده ارائه نماید». با این حال، قید «می‌تواند» در تصویب‌نامه فوق چنین استنباطی را نفی می‌نماید. در این میان ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ ایده داوری اجباری به موجب شرط داوری به حد کمال رسانده است. این ماده مقرر می‌دارد: «کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجراء مفاد قرارداد پیش‌فروش توسط هیأت داوران متشکل از یک داور از سوی خریدار و یک داور از سوی فروشنده و یک داور مرضی‌الطرفین و

داوری به دو صورت شرط داور و قرارداد مستقل داور انجام می‌شود:

۲-۱-۱- شرط داور

شرط داور آن است که همزمان با انعقاد قرارداد اصلی و پیش از حدوث اختلاف و پیش از طرح دعوا در دادگاه، طرفین توافق نمایند که اختلاف احتمالی میان خود در مورد خاص را از طریق داور، حل و فصل نمایند. شرط داور همواره در ضمن قرارداد اصلی، معنی و مفهوم پیدا می‌نماید.

۲-۱-۲- قرارداد مستقل داور: ممکن است پس از انعقاد قرارداد اصلی یا وقوع مبنای اصلی و پیش از حدوث اختلاف، پس از انعقاد قرارداد اصلی یا وقوع مبنای اصلی و پس از حدوث اختلاف و یا پس از انعقاد قرارداد اصلی یا وقوع مبنای اصلی و پس از حدوث اختلاف و پس از طرح دعوا، طرفین تمایل پیدا کنند که اختلافات خود را از طریق داور حل و فصل کنند.

چنانکه در قسمت‌های پیشین گفته شد، مقررات بند ۱۰ ماده ۲ و همچنین ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان به گونه‌ای تنظیم شده است که به رغم الزام طرفین بر توافق بر شرط داور، این توافق فاقد معیارهای مورد قبول برای داورهای توافقی باشد.

۲-۲- اختلال در قرارداد رجوع به داور

هرچند در داورهای موضوع قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹ و قانون داور تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ وجود قرارداد ارجاع امر به داور- که با توافق میان اطراف قرارداد، اختلاف یا دعوی منعقد می‌گردد- شرط لازم برای رسیدگی داور و تعیین حدود و ثغور اختیارات مرجع داور محسوب می‌شود، قرارداد رجوع به داور نیز در این فرایند، دارای اهمیت بسیاری است.

البته روش تعیین داور، دارای تنوع قابل توجهی است. اما شناخته‌شده‌ترین روش در تعیین داور، آن است که اطراف موافقتنامه داور با توافق یکدیگر بر داور یا داوران، متفقاً سهم خود از عمل حقوقی تعیین داور را انشاء نموده و انجام داور را به داور مورد نظر خود ایجاب کنند. این ایجاب به دو صورت داور مطلق و داور مقید انجام می‌پذیرد. داور چه مقید و چه مطلق باشد، داور یا داوران انتخابی به هیچ وجه ملزم نیستند، پیشنهاد داور را قبول نمایند اما قبول آنها شرط شروع رسیدگی داور می‌باشد. به این ترتیب، برخلاف قرارداد ارجاع امر به داور، قرارداد رجوع به داور، توافقی میان اطراف قرارداد، اختلاف یا دعوی از یک‌سو و مرجع داور از سوی دیگر، محسوب می‌شود (اسفندیاری، ۱۳۹۹: ۴).

۲-۲-۱- داور مطلق

داور مطلق به این صورت است که طرفین قرارداد، اختلاف یا دعوا در زمان توافق بر ارجاع موضوع اختلاف موجود، آتی یا مطروح به داور داری در مورد داور یا داوران مورد نظر در صورت بروز اختلاف احتمالی، توافقی نمی‌نمایند. در این صورت پیش یا پس از حدوث اختلاف نیز می‌توانند در این مورد تراضی کنند. هرگاه داور یا داوران تعیین شده از قبول داور امتناع کنند، پس از قبولی داور از انجام وظیفه، استنکاف ورزند، از انجام وظیفه ناتوان شوند، استعفا دهند، مدت طولانی غیبت نمایند، محجور شده یا فوت کنند، داور منتفی نمی‌گردد. به این معنی از آنجایی که مطابق بند ۱۰ ماده ۲ و همچنین ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان، داوران باید در ضمن قرارداد پیش‌فروش تعیین شوند، انعقاد موافقتنامه داور به صورت مطلق، حداقل مشمول مزایا و حمایت‌های این قانون واقع نمی‌شود.

۲-۲-۲- داورى مقید

داورى مقید به این صورت است که طرفین قرارداد، اختلاف یا دعوا همزمان که درباره ارجاع موضوع اختلاف موجود، آتی یا مطروح از طریق داورى توافق می‌نمایند در ضمن آن، شرط می‌نمایند که مثلاً الف، ب یا ج یا هر سه آن‌ها داور رسیدگی کننده به اختلاف باشند. بر داورى مقید، آثار مهمی مترتب می‌شود: از جمله اینکه هرگاه داور یا داوران تعیین شده از قبول داورى امتناع کنند، پس از قبولی داورى از انجام وظیفه، استنکاف ورزند، از انجام وظیفه ناتوان شوند، استعفا دهند، مدت طولانی غیبت نمایند یا فوت کنند نه تنها کار داور یا داوران تمام می‌شود بلکه داورى نیز منتفی می‌گردد. به این معنا که رسیدگی به موضوع داورى در این صورت در صلاحیت دادگاه قرار می‌گیرد (اسفندیاری، ۱۳۹۹: ۱۱). حسب آنچه از قانون پیش‌فروش ساختمان استنباط می‌شود، هرگاه داور یا داوران تعیین شده از قبول داورى امتناع کنند، پس از قبولی داورى از انجام وظیفه، استنکاف ورزند، یا به دلایلی از قبیل ناتوانی از انجام وظیفه، استعفاء، غیبت طولانی مدت، حجر یا فوت داور، انجام موضوع داورى از سوی داور یا داوران تعیین شده غیر ممکن گردد، با پایان کار داور، رسیدگی داورى تمام نمی‌شود بلکه داور یا داوران دیگری تعیین می‌شود. هرچند بند ۱۰ ماده ۲ و همچنین ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان بر این نوع داورى انطباق دارد، با این حال نحوه تعیین داوران به گونه‌ای است که اولاً هر طرف داور اختصاصی خود را تعیین می‌نماید و ثانیاً طرفین می‌توانند بر داور سوم - که داور مشترک می‌باشد - توافق کنند. در صورت عدم توافق طرفین بر داور سوم، رییس دادگستری محل برای تعیین داور سوم دارای صلاحیت خواهد بود.

۲-۳- لزوم کتبی و رسمی بودن شرط داورى

در حقوق داورى‌های داخلی - که موضوع قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی است - قانونگذار هیچ تشریفاتى را درخصوص نحوه تنظیم موافقت‌نامه داورى مقرر نکرده است. سؤال مطرح این است که موافقت‌نامه داورى می‌تواند شفاهی باشد یا حتماً باید به صورت مکتوب تنظیم شود و اگر قرار است مکتوب باشد درج آن در سند عادی کافی می‌باشد یا تنظیم آن در سند رسمی لازم است؟ ممکن است قید «نامه» در واژه «موافقت‌نامه» به خودی خود، این تصور را ایجاد نماید که قید مذکور، حاکی از آن است که توافق بر ارجاع امر به داورى، لزوماً باید به صورت مکتوب باشد. با این حال عده‌ای از نویسندگان داورى، عقیده دارند که قانونگذار به منظور تشویق اشخاص به ارجاع اختلافات به داورى، در مورد داورى‌های داخلی، موافقت‌نامه داورى پذیرفت که قرارداد داورى می‌تواند به صورت شفاهی یا مکتوب باشد و در صورتی نیز که به صورت کتبی است براساس سند عادی یا سند رسمی باشد. این در حالی است که قانونگذار، مطابق بند ۱ ماده ۴۸۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، زوال داورى را با توافق کتبی طرفین، مد نظر قرار داده است و اگر لازم می‌دید، با توجه به آشنا بودن قانونگذار، نسبت به اهمیت کتابت یا ثبت رسمی موافقت‌نامه داورى، آن را مقرر می‌نمود. بنابراین، سکوت قانونگذار در مقام بیان در این مورد، حکایت از عدم لزوم کتابت یا ثبت رسمی موافقت‌نامه داورى است (واحدی، ۱۳۷۱: ۱۵؛ شمس، ۱۳۸۹: ۵۲۴/۳). با این حال، ماده ۷ قانون داورى تجاری بین‌المللی، صراحتاً بر لزوم مکتوب بودن موافقت‌نامه داورى تأکید نمود بدون اینکه تشریفات خاصی یا مندرجات خاصی را در این مورد پیش‌بینی نموده باشد به این صورت که: «موافقت‌نامه داورى باید طى سندی به امضای طرفین رسیده باشد، یا مبادله نامه، تلکس، تلگرام، یا نظایر آن‌ها بر وجود موافقت‌نامه مزبور دلالت نماید. یا

اصلی- که موافقت‌نامه داوری بر اساس آن تدوین شده است- فاقد موضوعیت شود مثلاً قرارداد اصلی فسخ یا اقاله شود یا بطلان آن معلوم گردد، سرنوشت موافقت‌نامه داوری چه خواهد بود؟

از دیدگاه مشهور فقها، عقد به منزله درختی است که شرط مانند شاخه بر آن می‌روید و از این جهت، حدوثاً و بقائاً به آن وابسته است. بنابراین هرگاه معلوم شود که عقد (تعهد اصلی)، فسخ یا اقاله گردیده یا به هر علتی موضوعیت خود را از دست داده است، شرط نیز خودبه‌خود منتفی می‌شود. مطابق نظر مشهور فقها- که شرط را مستقل از عقد قابل انشاء و انعقاد نمی‌دانند بطلان عقد- که شرط در ضمن آن، درج شده است- حاکی از آن است که شرط نیز ایجاد نشده بود اما بنابر نظر غیر مشهور، از آنجایی که شرط ابتدائی، می‌تواند مستقل از عقد اصلی، موضوع ایجاد و قبول قرار گیرد، بطلان عقد اصلی، لزوماً نمی‌تواند موجبات بطلان شرط را فراهم آورد. قانون مدنی در این مورد، صراحتاً حکمی ندارد اما بر نظر مشهور فقها حمل می‌شود. با این حال نمونه‌های تازه‌ای از روابط حقوقی میان مردم وجود دارد که مؤید نظر غیر مشهور است. یکی از این نمونه‌ها شرط داوری است. در زمان لازم‌الاجرا بودن قانون آیین داری مدنی ۱۳۱۸ و قبل از تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ این موضوع نزد نویسندگان حقوقی مطرح بود که هرگاه موافقت‌نامه داوری به صورت شرط داوری و در واقع ضمن قرارداد اصلی، منعقد شود، در صورت بطلان، اقاله یا فسخ قرارداد اصلی، وضعیت شرط داوری چه خواهد شد؟

برخی نویسندگان حقوقی بر اساس نظر مشهور فقها بر تبعیت کامل شرط از عقد به لحاظ لزوم و جواز و به استناد ماده ۲۴۶ قانون مدنی عقیده داشتند که در صورت بطلان، اقاله یا فسخ قرارداد اصلی، شرط داوری نیز باطل خواهد بود و موضوع خود به خود در صلاحیت مرجع قضایی قرار می‌گیرد

یکی از طرفین طی مبادله درخواست یا دفاعیه، وجود آنرا ادعا کند و طرف دیگر عملاً آن را قبول نماید. ارجاع به سندی در قرارداد کتبی که متضمن شرط داوری باشد نیز به منزله موافقت‌نامه مستقل داوری خواهد بود». به این ترتیب، در حقوق داوری‌های بین‌المللی، قانونگذار به هیچ وجه موافقت‌نامه شفاهی را قبول نکرده است. بنابراین، سند حاوی موافقت‌نامه داوری می‌تواند رسمی باشد یا عادی باشد. این در حالی است که آنچه از بند ۱۰ ماده ۲ و ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان استنباط می‌شود این است شرط داوری مندرج در قانون مذکور باید لزوماً کتبی بوده و در یکی از دفاتر اسناد رسمی همراه با قرارداد اصلی به ثبت رسیده باشد.

سؤال مطرح این است که هرگاه شرط داوری در قرارداد پیش‌فروش ساختمان درج نگردیده و به صورت رسمی به ثبت نرسیده باشد، قابل رسیدگی از طریق داوری خواهد بود؟ به نظر می‌رسد توافق طرفین قرارداد، اختلاف یا دعوی، بر ارجاع آن به داوری پس از انعقاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان و به صورت قرارداد مستقل داوری با هیچ مانعی روبه‌رو نیست با این حال در صورت توافق طرفین بر ارجاع اختلاف به داوری، این توافق، فاقد ظرفیت‌ها و تضمیناتی است که به موجب قانون پیش‌فروش ساختمان برای پیش خریدار و پیش‌فروشنده مقرر گردیده است.

۲-۳- صلاحیت داوران در رسیدگی به قرارداد اصلی

موافقت‌نامه داوری، چه به صورت شرط داوری و چه به صورت قرارداد مستقل داوری منعقد گردد، قراردادی تبعی محسوب است. به این معنی که قبل از انعقاد قرارداد داوری باید دعوا یا سبب آن وجود داشته باشد. چنانچه گفته شد، این دعوا یا سبب آن ممکن است ناشی از قرارداد (قرارداد سخت مسکن) یا الزامات خارج از قرارداد (مانند خسارت ناشی از تصادف رانندگی) باشد که در هر صورت، مبنای اصلی نامیده می‌شود. سؤال قابل طرح در این مورد این است که هرگاه مبنای

(کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۴۰/۳). ماده ۲۶۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹ به‌گونه‌ای تنظیم شده است که جنین دیدگاهی را تقویت می‌نماید: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید». با این حال عده‌ای از نویسندگان آیین دادرسی مدنی و حقوق داوری، ضمن تأثیرپذیری از دیدگاه‌های موجود در داوری بین‌المللی، معتقد بودند که حتی در صورت بطلان، اقاله یا فسخ قرارداد اصلی، موافقتنامه داوری-که به صورت شرط ضمن قرارداد اصلی منعقد می‌گردد- باطل نمی‌شود بلکه داور می‌تواند به اختلافات میان اطراف داوری در داوری‌های داخلی، رسیدگی نماید و هدف آنها را از ارجاع اختلاف به داوری-که عدم رسیدگی آن در مرجع قضایی بود- محقق سازد (واحدی، ۱۳۷۱: ۵۵). برای اثبات این دیدگاه به قسمت اخیر ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ مبنی بر اینکه: «... هرگاه نسبت باصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه قبلاً بآن رسیدگی کرده پس از احراز معامله و قرارداد، داور ممتنع را معین می‌نماید ...» استناد می‌نمودند. بنابراین با فرض بطلان اصل قرارداد مبنای داوری، داور را برای رسیدگی به اختلافات مربوط صالح شمردند. از آنجایی که ماده اخیر به موجب ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، نسخ شده و ماده که ماده ۲۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی کنونی- جانشین آن شده ست- حکم آن را تعدیل نموده است، استناد به این دیدگاه در حقوق داوری داخلی، فاقد موضوعیت می‌نماید. با این حال، بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶- که بیانگر چنین دیدگاهی است - مقرر نمود: «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقتنامه داوری، اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقتنامه‌ای مستقل تلقی می‌شود،

تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی‌الاثربودن قرارداد فی‌نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود».

با توجه به ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد اعم از تعبیر، تفسیر مواد قرارداد و اختلافات راجع به نحوه اجرای قرارداد پیش‌فروش را به هیأت داوران واگذار نموده است به نظر می‌رسد بر خلاف مقررات داوری مندرج در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در مورد اختلاف در قرارداد اصلی- که مرجع قضایی را صالح می‌داند- و موافق با بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی، ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان نه تنها سرنوشت شرط داوری را از قرارداد اصلی جدا نموده است بلکه به هیأت داوری اختیار داده است تا در مورد وضعیت قرارداد اصلی یعنی قرارداد پیش‌فروش ساختمان به لحاظ صحت، بطلان یا عدم نفوذ تصمیم‌گیری نماید.

برخی عقیده دارند که ابهام در نحوه انتخاب عضو سوم هیأت داوری ممکن است موجب شود تا ترتیب مقرر در ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان بر خلاف غایت و فلسفه وجودی قانون مذکور عمل کند. زیرا یکی از مواردی که در قرارداد پیش‌فروش، الزاماً باید درج شود، تعیین اعضای هیأت داوری است که در هنگام انعقاد قرارداد و امضای آن صورت می‌گیرد و با توافق طرفین، عضو سوم هیأت نیز باید تعیین و مشخص شود ولیکن هرگاه طرفین نتوانند بر داور مشترک توافق کنند، به موجب این ماده، رییس دادگستری شهرستان مربوط داور سوم را انتخاب خواهد کرد. بدیهی است که با تعیین عضو سوم توسط طرفین، دیگر، موجهی جهت دخالت رییس دادگستری باقی نمی‌ماند مگر اینکه پذیرفته شود که طرفین می‌توانند عضو سوم را در صورت اختلاف یا عدم توافق در هنگام انعقاد قرارداد تعیین نکنند و تعیین تکلیف آنرا به ماده ۲۰ و ترتیب مقرر در آن و یا به آینده موکول کنند.

استیفاء قرار داده است. با این حال، حجر یا فوت یکی از اطراف موافقت‌نامه داور، بر اساس بند ۲ ماده ۲۸۲ قانون فوق، موجب سلب صلاحیت مرجع داور در رسیدگی به موضوع خواهد بود. مضافاً بر این اگرچه موافقت‌نامه داور عقد لازمی محسوب می‌شود (واحدی، ۱۳۷۱: ۵۲) و هیچ یک از طرفین موافقت‌نامه داور نمی‌توانند به صورت یک‌طرفه آنرا فسخ کنند، بند ۱ ماده ۴۸۲ مذکور به طرفین اختیار داده است تا پیش از رجوع به داور یا پس از آن تا زمانی که داور به مرحله صدور رأی نرسیده است، با توافق کتبی، آن را زایل کنند.

با این حال از سیاق بند ۱۰ ماده ۲ و ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان، در این مورد، خلاف ترتیب مقرر در داورهای توافقی قابل استنباط می‌نماید به طوری که از یک‌سو حتی در صورت حجر یا فوت یکی از طرفین داور یا هر دو اختلافات موجود یا احتمالی که از قرارداد داور ناشی می‌شود، لزوماً از طریق نماینده قانونی محجور یا ورثه متوفی در مرجع داور پیگیری می‌شود. در این خصوص اصل قائم به شخص بودن رابطه ناشی از موافقت‌نامه داور نادیده گرفته شده است و از سوی دیگر، با وجود توافق کتبی طرفین بر اقاله داور، مطابق قانون پیش‌فروش ساختمان چنین توافقی، فاقد اعتبار خواهد بود. به عبارت بهتر، عدم وجود توافق به خودی خود توافق محسوب شده است.

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه مورد پژوهش واقع گردید، نتایج زیر را می‌توان استخراج نمود:

برخلاف داورهای موضوع قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و قانون داور تجاری بین‌المللی که در آن، دو طرف قرارداد، اختلاف یا دعوی اختیار دارند رسیدگی به اختلافات موجود یا احتمالی آینده خود را به داور ارجاع نمایند، سیاق بند ۱۰ ماده ۲ و ماده ۲۰

به نظر می‌رسد ترتیب مقرر در ماده ۲۰ خلاف غایت و فلسفه وجودی قانون پیش‌فروش ساختمان است که برای حل اختلافات ناشی از قرارداد مقرر نمود که هیأت داوران توسط طرفین تعیین و منصوب شوند تا حتی‌الامکان از احاله طرفین قرارداد به مراجع قضایی جلوگیری شود (زرنگار، ۱۳۸۹: ۶۵؛ عزیزاده، ۱۳۸۳: ۴۳). در صورتی که در ابتدای انعقاد قرارداد با توافق طرفین باید اعضای هیأت داوران تعیین گردند، مجال برای دخالت دادگستری در این مورد نخواهد ماند. هرگاه در آینده، اختلافی میان طرفین رخ دهد و به هیأت داوران مراجعه کنند با این حال، داور سوم استعفا دهد و طرفین بر تعیین داور مشترک جدیدی به هر دلیلی به توافق نرسند، در این صورت، این بخش از ماده ۲۰ ممکن است محقق شود.

۲-۴- عدم زوال داور با فوت، حجر و توافق طرفین

اقامه دعوی علیه دیگری یا دفاع در برابر دیگران، مستلزم داشتن اهلیت استیفاء می‌باشد. در رسیدگی‌های قضایی هرگاه خواهان فاقد اهلیت باشد، خوانده می‌تواند به آن موضوع ایراد نماید و در صورت قبول ایراد از سوی دادگاه، قرار رد دعوا صادر می‌شود. در این صورت، طرح دعوی از جانب خواهان می‌تواند از جانب نماینده قانونی وی اعم از ولی یا قیم صورت گیرد. علاوه بر این هرگاه یکی از طرفین دعوایی که در مرجع قضایی در جریان است، محجور شود یا فوت نماید این امر، موجب تعلیق دادرسی تا تعیین نماینده قانونی محجور از سوی طرف دیگر دعوی خواهد بود و در هر صورت، از آنجایی که دادگستری مرجع عام و دائمی رسیدگی به دعاوی مردم می‌باشد، حجر یا فوت اصحاب دعوی، موجب سلب صلاحیت مرجع قضایی نمی‌گردد. آنجایی که ارجاع اختلاف موجود یا احتمالی به داور نیز نوعی تصرف در دارایی محسوب می‌شود، ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، شرط توافق اشخاص در واگذاری موضوع اختلاف به داور را اهلیت اقامه دعوا یعنی اهلیت

قانونی یا به حکم قانون دانست نه دآوری اجباری قراردادی. هرچند بند ۱۱ ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، طرفین را ملزم به گنجانیدن حکم ماده ۲۰ در قرارداد پیش‌فروش می‌نماید، لیکن این امر موجب تغییر ماهیت این نوع دآوری نخواهد شد.

ملاحظات اخلاقی: در این مقاله امانت‌داری و ملاحظات اخلاقی رعایت شده است.

تعارض منافع: در این مقاله هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

سهم نویسندگان: نگارش مقاله مشترکاً توسط نویسندگان صورت گرفته است.

تشکر و قدردانی: از کلیه کسانی که در تهیه این مقاله ما را یاری رساندند، تشکر و قدردانی می‌نماییم.

تأمین اعتبار پژوهش: این پژوهش فاقد تأمین کننده مالی بوده است.

قانون پیش‌فروش ساختمان، حاکی از آن است پیش‌فروشنده و پیش‌خریدار، زمانی می‌توانند از مزایای کامل این قانون بهره‌مند شوند که در مورد حل‌وفصل اختلافات احتمالی از طریق دآوری نیز توافق نمایند. به این ترتیب، دآوری موضوع این قانون، هرچند تحت عنوان شرط دآوری در قرارداد پیش‌فروش درج می‌گردد، آن را باید دآوری اجباری محسوب نمود. علاوه براین هرچند مطابق قسمت اخیر ماده ۲۰ قانون مذکور، دآوری موضوع این قانون، تابع مقررات آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب خواهد بود، اجباری بودن مطلق شرط دآوری در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، موجب می‌گردد تا دآوری موضوع این قانون، آثار بسیار متفاوتی نسبت به دآوری‌های اختیاری ایجاد نماید به‌طوری‌که برخلاف دآوری‌های موضوع قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و قانون دآوری تجاری بین‌المللی در صورت عدم قبول دآوری از سوی داوران اختصاصی یا مشترک- که در شرط دآوری مشخص می‌شوند و از این جهت دآوری مقید محسوب می‌گردد- یا عدم امکان رسیدگی به دلایلی از قبیل استتکاف از انجام دآوری، غیبت یا بیماری طولانی مدت، حجر و فوت داور یا داوران و حتی با توافق کتبی طرفین بر انحلال دآوری، رسیدگی به موضوع در صلاحیت مرجع قضایی قرار نمی‌گیرد بلکه داوران دیگری باید تعیین شوند. با این حال به نظر می‌رسد در مواردی که به هر دلیلی، شرط دآوری در قرارداد پیش‌فروش درج نشده و داوران تعیین نشده باشند، هرچند قرارداد پیش‌فروش از تمام تضمینات قانون پیش‌فروش ساختمان برخوردار نمی‌باشد، در چنین مواردی، مرجع قضایی، دارای دارای صلاحیت خواهد بود. با توجه به ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان، طرفین قرارداد، ملزم به درج شرط دآوری ضمن قرارداد نیستند بلکه حل‌وفصل اختلافات طرفین قرارداد که ناشی از تعبیر و تفسیر و اجرای قرارداد پیش‌فروش باشد باید به دآوری ارجاع شود. بدین ترتیب باید دآوری موضوع این قانون را دآوری اجباری

منابع و مأخذ

- شمس، عبدالله، (۱۳۸۹). آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته). جلد دوم، چاپ بیست و چهارم، تهران: انتشارات دراک.
- علیزاده، حسن (۱۳۸۳). «قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان». مجله میثاق عدالت.
- قنواتی، جلیل و سکوتی، نیما (۱۳۹۴). «ضمانت اجرای نقض مقررات ماهوی قانون پیش‌فروش ساختمان». فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۲۰: ۱۲۵-۱۴۸.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها. جلد سوم، چاپ دوم، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کرمی کلمتی، فرزاد (۱۳۹۷). داورى اجبارى در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان. دومین کنفرانس ملی پژوهش‌های نوین در مدیریت و حقوق، کازرون: دانشگاه آزاد اسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۷۹). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام. جلد بیست و ششم، چاپ پنجم، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- واحدی، جواد (۱۳۷۱). تقریرات درس آیین دادرسی مدنی ۳. مقطع کارشناسی حقوق. به کوشش سیدفاضل فاضلی آبلویی، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- احمدی، فیروز و غضنفری، هنگامه (۱۳۷۸). «ماهیت حقوق پیش‌فروش آپارتمان و راهکارهای ثبت رسمی آن». مجله پژوهش‌های حقوقی، مؤسسه حقوقی شهر دانش، ۱۴: ۲۶۹-۲۹۰.
- اسفندیاری، احمد (۱۳۹۹). تقریرات درس داورى بین‌المللى. دوره کارشناسی ارشد، ساری: دانشگاه آزاد اسلامی.
- حاتمی، علی اصغر و ذاکری، حانیه (۱۳۸۹). «ماهیت قرارداد ساخت و ساز در فرض پیش‌فروش». مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲ (۲): ۷۱-۹۴.
- حرعاملی، محمدبن حسن (بی‌تا). وسائل الشیعه. جلد نهم، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- حلی، حسن بن یوسف بن المطهر (۱۴۱۸). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه. جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۱). حقوق داورى و دعاوى مربوط به آن در رویه قضایی. چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۱). لغتنامه. جلد ششم، چاپ اول، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- ذوقی، علی (۱۳۹۷). شرایط داورى در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، صفادشت: دانشگاه آزاد اسلامی.
- زرنegar، فرناز (۱۳۸۹). قرارداد پیش‌فروش ساختمان. چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- سروی، محمدباقر (۱۳۹۰). «بررسی جایگاه داورى در قانون پیش‌فروش ساختمان ۱۳۸۹». ماهنامه قضاوت، ۷۰: ۶-۸.
- سکوتی، نیما و حسین‌زاده، جواد (۱۳۹۶). «ماهیت، ویژگی‌ها و صلاحیت داورى در قانون پیش‌فروش ساختمان». مجله حقوق خصوصی، ۱۴ (۲): ۲۸۳-۳۰۷.