

کاستی‌های مقررات داوری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان؛ ابهامات و رهنمودها

محمد شکری*، علیرضا ایرانشاهی، ابراهیم تقی‌زاده

استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

استاد دانشگاه پیام نور سازمان مرکزی، تهران، ایران

The Shortcomings of the Arbitration Provisions of the Building pre-sale law; Ambiguities and Guidelines

Mohammad Shokri, Alireza Iranshahi, Ebrahim Taghizadeh

Assistant Professor, Department of Law, Payam Noor University, Tehran, Iran

Assistant Professor, Department of Law, Payam Noor University, Tehran, Iran

Professor of the Law Department of Payam Noor University, Tehran, Iran

Received: 2022/Nov/23

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۰۲

Accepted: 2023/Jan/25

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۲

Abstract

The legislator has considered the determination of arbitration in the pre-sale contract of the building as a necessary condition, so that possible disputes can be dealt with in this way. Although this arbitration is subject to the generality of voluntary arbitration, its mandatory nature has caused confusion in the matter of protesting the arbitration award; The present topic and the topics discussed have no research background. What is the guarantee of not appointing arbitrators in this contract? What is the effect of the death or incapacity of the arbitrators and the parties to the building pre-sale contract? Assuming the inclusion of government or public property on the subject of the contract, what is the status of the notification and approval of the relevant arbitration council? The competent court for this matter is the court where the property is located, and the deadline for objection and the methods of objection are basically subject to the arbitration of the civil procedure law, but as special issues of this type of arbitration, in case of death or death of any of the parties to the contract, based on Mandatory and important philosophy of arbitration in legislation, the court must first oblige the heirs or legal representative of the said party to introduce a special arbitrator and the joint arbitrator must be selected or retained by agreement. Death or incapacity befalling judges is also the same. It is possible to change the exclusive arbitrator appointed during the contract, subject to the appointment of a successor by each of the parties to the contract, but the change of the joint arbitrator is subject to the agreement of the parties. If the building is pre-sold or its price is from government or public property, the arbitration is subject to the discretionary supervision of the Council of Ministers and, as the case may be, informed or discretionary supervision of the parliament. Monitoring the decision of this arbitration in the implementation stage is also optional based on the generality of arbitration.

Key words: Key words: building pre-sale, protest, arbitration, incapacity

چکیده

قانونگذار تعیین داوری در قرارداد پیش‌فروش ساختمان را از شرایط لازم دانسته است، تا به اختلافات احتمالی از این طریق رسیدگی گردد. گرچه این داوری مشمول عموماً داوری اختیاری است لکن اجباری بودن آن موجب ابهاماتی در موضوع اعتراض بر رأی داوری صادره شده است. موضوع حاضر و مطالب مطرح شده فاقد پیشینه پژوهشی است، ضمانت اجرای عدم تعیین داوران در این قرارداد چیست؟ اثر فوت یا حجر داوران و طرفین قرارداد پیش‌فروش ساختمان چیست؟ در فرض شمول اموال دولتی یا عمومی بر موضوع قرارداد از باب اطلاع و تصویب مجلس داوری مربوطه چه وضعیتی دارد؟ دادگاه صالح برای این امر، دادگاه محل وقوع ملک است و مهلت اعتراض و جهات اعتراض نیز اصولاً تابع داوری موضوع قانون آیین دادرسی مدنی است لکن به عنوان موضوعات خاص این نوع داوری در صورت عارض شدن فوت یا حجر هر کدام از طرفین قرارداد، بر مبنای اجباری بودن و فلسفه اهمیت داوری در قانونگذاری، دادگاه ابتدا باید وراثت یا نماینده قانونی طرف مزبور را ملزم به معرفی داور اختصاصی نماید و داور مشترک نیز با توافق مجدد انتخاب یا ابقاء گردد. عارض شدن فوت یا حجر بر داوران نیز به همین ترتیب است. تغییر داور اختصاصی تعیین شده حین قرارداد، مشروط به تعیین جانشین توسط هر کدام از طرفین قرارداد امکانپذیر است لکن تغییر داور مشترک منوط به توافق طرفین است. چنانچه ساختمان پیش‌فروش شده و یا ثمن آن از اموال دولتی یا عمومی باشد، داوری راجع به آن مشمول نظارت استصوابی هیأت وزیران و حسب مورد نظارت اطلاعاتی یا استصوابی مجلس است. نظارت بر رأی این داوری در مرحله اجرا نیز بر اساس عموماً داوری اختیاری است.

واژگان کلیدی: پیش‌فروش ساختمان، اعتراض، داوری، حجر

مقدمه

و بین‌المللی جنبه استثنا دارد و قاعده نیست؛ به عبارت دیگر منوط به توافق طرفین است. (جعفری و حمیدیان، ۱۳۹۸: ۳۲۰)

یکی از معاملات رایج در خصوص ساختمان، قرارداد پیش‌فروش است؛ توسعه این نوع از معاملات به ویژه به دلیل سود اقتصادی ناشی از آن وسیله انبوه‌سازان کلان و خرد، و ماهیت قرارداد و اجرای تعهدات، زمینه انحراف و سوءاستفاده از موقعیت قراردادی را ایجاد می‌نماید. به همین دلیل بود که قانون‌گذار ایرانی در صدد این مهم برآمد و با تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ گامی عملی در این راستا برداشت.

این قرارداد به دلیل ماهیت از پیچیدگی‌های خاص برخوردار است. (دیلمی مغزی و نوروزی، ۱۴۰۰: ۴۴) و در تعیین ماهیت آن مصادیق متعددی بیان نموده‌اند (تقی‌پوری‌درزی نقیعی و ابهری، ۱۴۰۰: طباطبایی و کیانی، ۱۳۹۳؛ شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۰؛ داسمه و دیگران، ۱۴۰۱: ۷۹ به بعد) در این راستا ضرورت تعیین تکلیف برای نحوه حل اختلاف از اهمیتی خاص برخوردار است.

مقنن در قانون مذکور داوری را به عنوان روش رسیدگی به اختلافات احتمالی ناشی از این گونه قراردادها تعیین نمود؛ مطابق قانون پیش‌فروش ساختمان، یکی از مندرجات الزامی در قرارداد پیش‌فروش این اموال، معرفی داوران است تا در صورت ایجاد اختلاف بین طرفین بدان رسیدگی نمایند، قانون مزبور در ماده ۲۰ مقررات هیأت داوری را بیان نموده

صنعت ساختمان‌سازی به یقین نقش به سزایی در توسعه اقتصادی کشور دارد، (مددی، ۱۳۹۴: ۲۵۴) این صنعت از نیازهای مبرم افراد جامعه است که نرخ کمی و کیفی آن، یکی از نمودارهای سطح رفاه اجتماعی جامعه محسوب می‌گردد. اهمیت این امر تا حدی است که در بعض موارد دخالت دولت را ضروری می‌سازد. از این رو نظارت دولت (در مفهوم عام)، برای هدایت صحیح فعالیت‌ها و معاملات راجع به ساختمان امری اجتناب‌ناپذیر است، از مصادیق این نظارت در مرحله تقنینی، تصویب قوانین ویژه و کارآمد مؤثر در تولید و عرضه صحیح و ممانعت از عدم انجام تعهدات قراردادی در این زمینه است.

در رسیدگی به اختلافات قراردادی، دو شیوه وجود دارد: یکی رسیدگی بر اساس اصول حقوقی که با صدور رأی الزام آور صورت می‌گیرد رسیدگی از طریق دادگاه و داوری در این شیوه قرار می‌گیرند و دیگری رسیدگی به صورت غیررسمی و دوستانه که به صورت صدور رأی الزام‌آور نیست. (شیروی، ۱۳۹۶: ۴۰-۴۱)

برخلاف روشهای دیگر جایگزین حل اختلاف، داوری و دادگاهها جزء شیوه‌های تقابلی محسوب می‌شوند؛ (شهبازی‌نیا و ملکی، ۱۳۹۵: ۱۳۴) همانند دادگاه، رسیدگی داور، قضایی محسوب می‌شود و رأی باید مبنی بر اصول حقوقی و قانون صادر شود، البته در صورت توافق طرفین اختلاف، داوری بر مبنای انصاف و کدخدامنشانه نیز ممکن است. که این شیوه در غالب نظامهای حقوقی داوری اعم از داخلی

است، بنابراین در این قراردادها، قانون‌گذار داوری اجباری بدون مقررات خاص مقرر نموده است. نظارت بر آراء داوری و از جمله آراء داوری قرارداد پیش‌فروش ساختمان، با عنوان قابلیت اعتراض به رأی صادره از سوی هیأت داوران تحقق می‌یابد. قانون پیش‌فروش ساختمان که نوعی داوری اجباری برای رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش ساختمان پیش‌بینی نموده است راجع به نظارت بر آراء صادره از هیأت داوری مزبور ساکت است. این سکوت و خلأ قانون هر چند اصولاً با قسمت اخیر ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان پر خواهد شد اما به دلیل ویژگی اجباری با ابهاماتی مانند ضمانت-اجرای عدم رعایت شرط داوری، مرجع صالح نظارت بر رأی داوری و مهلت آن و همچنین جهات اعتراض به عنوان مبنای نظارت بر رأی داوری مواجه است. پژوهش حاضر از ویژگی نوآوری برخوردار بوده و فاقد پیشینه پژوهشی است. از این رو در صدد تحلیل و ارائه راه‌حل در این ابهامات است.

۱. ضرورت تعیین داوران در قرارداد پیش‌فروش ساختمان

دخالت دولت در بازار بر اساس اهدافی مانند ارتقای کارایی و افزایش عدالت توجیه می‌گردد که این امر گاه در نقش قانونگذاری ایفا می‌شود. (توکلی، ۱۳۹۰: ۶۰ و ۶۱) از ضروریات جامعه پیشروی همگام نظام حقوقی با نهادهای اقتصادی و تحولات روز است. (باقرزاده، ۱۳۸۱: ۲۴) مشکلات روزافزون حوزه مسکن قانونگذار را بر آن داشت تا قوانین خاص و

متفاوتی در این باره وضع نماید، (محمدی و حسینی مقدم، ۱۳۹۱: ۱۵۶) با وضع قانون، قرارداد پیش‌فروش ساختمان به عقود معین اضافه گردید (قنوتی؛ سکوتی؛ حسن‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۴۴) این قرارداد قراردادی نوظهور است که علاوه بر قواعد عام تابع احکام ویژه است. (محمدی و حسینی مقدم، ۱۳۹۱: ۱۷۶) در وضعیت تغییر اوضاع و احوال، احتمال خلف وعده قرارداد پیش‌فروش ساختمان وجود دارد. ضمانت اجرای الزام به ساخت و تکمیل، جریمه تأخیر و گاه فسخ قرارداد برای تعهد پیش‌فروشنده در قانون پیش‌بینی شده است. (ابهری و تقی‌پوری درزی، ۱۳۹۴: ۱۷) تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان گر چه گامی در جهت حل معضلات قضایی و حفظ حقوق شهروندان در این بخش از دعاوی است. (مهمی و دیگران، ۱۴۰۰: ۷۰) اما در بعض موارد از جمله داوری مطرح شده در آن با ابهاماتی مواجه است. مطابق بند ۱۰ ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان تعیین یک داور اختصاصی از سوی هر کدام از طرفین و تعیین داور مشترک با توافق از شرایط الزامی این قرارداد است اولین سؤال در راستای الزام قانونی داوری موضوع این قانون این است که در صورت سکوت طرفین نسبت به شرط داوری و عدم رعایت بند ۱۰ ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، تکلیف چیست؟ (سکوتی و حسین‌زاده، ۱۳۹۶: ۲۸۸) برای پاسخ به سؤال مطروحه سؤالات فرعی ایجاد خواهد شد؛ باید دید که آیا عدم رعایت چنین شرطی که به عنوان شروط ضروری در قانون تعیین گردیده

است، موجب بطلان قرارداد می‌شود؟ در صورت پاسخ منفی اثر عدم رعایت این شرط چیست؟ در جواب باید گفت؛ چنانچه رعایت شرط معرفی داوران از شرایط اساسی اختصاصی این قرارداد تلقی گردد، قرارداد پیش‌فروش بدون تعیین داوران باطل است. آمره بودن قانون و شرایط مزبور و از جمله شرط مربوط به داوری می‌تواند اساسی بودن شرط و ضمانت‌اجرای بطلان را در این مورد تقویت نماید؛ اما اگر شرایط موجود در این قانون را به دو دسته اساسی و غیراساسی تقسیم کنیم و شرط تعیین داوری را از شرایط صحت این قرارداد ندانیم، قرارداد را باید صحیح و مشمول قانون پیش‌فروش دانست، لکن با عدم رعایت این قید اجباری قانون، در موارد حدوث اختلاف، دادگاه طرفین قرارداد را به اجرای آن؛ یعنی تعیین داور اختصاصی از سوی هر طرف و تعیین داور مشترک به اتفاق الزام نماید. در این فرض چنانچه طرفین، داور اختصاصی خود را تعیین نمایند، ولی در خصوص داور سوم به توافق نرسند، با تسری و اجرای آنچه در ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان آمده است؛ رئیس کل دادگستری شهرستان باید نسبت به تعیین داور مشترک اقدام نماید، آنگاه موضوع اختلاف را جهت رسیدگی به هیأت داوران ارجاع گردد.

در فرض دیگر یعنی عدم اقدام طرفین در معرفی داوران اختصاصی می‌توان دو نظر مطرح نمود: یکی این که اختیار رئیس دادگستری شهرستان در تعیین داور را مختص داور سوم دانسته و قائل به عدم امکان تعیین داوران اختصاصی از سوی مقام مزبور

شد و دیگری به جهت اهمیت رفع اختلافات مربوط به پیش‌فروش ساختمان از طریق داوری با وحدت ملاک، به امکان تعیین آن از سوی همان مقام یعنی رئیس دادگستری شهرستان نظر داد.

برخی نویسندگان در موارد تمایل یکی از طرفین در مراجعه به داوری و عدم تمایل طرف دیگر، ضمن بیان حسن این نظر به جهت جلوگیری از طولانی شدن روند تعیین داور و تسریع در انتخاب داور معتقدند که این نظر با اشکال مواجه است؛ زیرا آنچه به عنوان حکم، در این خصوص در قانون پیش‌فروش ساختمان آمده است جنبه استثنا دارد که در اعمال آن باید به نص اکتفا نمود؛ مطابق مقررات عام قانون آیین دادرسی مدنی در این موارد یعنی زمانی که طرف از معرفی داور اختصاصی امتناع می‌نماید اختیار تعیین داور با دادگاه (قاضی رسیدگی کننده) می‌باشد بر این اساس رئیس دادگستری شهرستان به جز مورد عدم توافق طرفین در تعیین داور سوم، نمی‌تواند در موارد عدم معرفی داور اختصاصی از سوی طرفین، به جای آنها داور تعیین نماید.» (سکوتی و حسین‌زاده، ۱۳۹۶: ۲۸۹) و النهایه طریق اتخاذی در ماده ۴۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی را به عنوان راه حل ارائه داده‌اند. (سکوتی و حسین‌زاده، ۱۳۹۶: ۲۹۰-۲۸۹)

و اطلاق ماده مزبور در عبارت قانونی «در مواردی که که طرفین معامله یا قرارداد متعهد به معرفی داور شده ولی داور یا داوران خود را معین نکرده باشند....» را شامل هر دو نوع داوری اختیاری و اجباری دانسته‌اند. (سکوتی و حسین‌زاده، ۱۳۹۶: ۲۹۰)

این نظر با اجباری بودن و اهمیت داوری در رفع خصومت ناشی از قرارداد پیش‌فروش ساختمان هم جهت است و درستی استدلال طرح شده در توسل به ماده ۴۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی مورد تأیید است؛ زیرا اولاً بند ۱۰ ماده ۲ ق.پ.س در واقع طرفین قرارداد را متعهد به معرفی داوران نموده است. ثانیاً ماده ۲۰ ق.پ.س مقررات داوری موضوع این قانون را تابع احکام داوری قانون آیین دادرسی مدنی قرار داده است و آنچه به عنوان پیش‌شرط در ماده ۴۵۹ آمده است «وجود تعهد طرفین قرارداد در معرفی داور است»، خواه این تعهد ناشی از قرارداد باشد یا قانون. مورد دیگر حالتی است که در قرارداد پیش‌فروش ساختمان داوران معرفی نشده‌اند و پس از حدوث اختلاف نیز طرفین، هیچ کدام نسبت به تعیین داوران اختصاصی اقدام ننمایند، آیا دادگاه می‌تواند داوران اختصاصی ممتنعان را تعیین کند؟

آنچه در ماده ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص داوران اختیاری آمده است مربوط به شقی است که یکی از طرفین قرارداد داوری متمایل به حل اختلاف توسط داوری و به اصطلاح اجرای قرارداد داوری می‌باشند که قبلاً بر آن توافق نموده‌اند، که در این صورت طرف مزبور می‌تواند با معرفی داور مورد نظر خود به وسیله اظهارنامه از طرف مقابل درخواست کند که ظرف مدت مدت ده روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه، نظر خود را در مورد داور واحد اعلام نماید. همین راهکار در ماده ۴۵۹ در خصوص داور ثالث (داور مشترک) نیز پیش‌بینی شده است.

برخی گفته‌اند از ویژگی‌های داوری، سلب صلاحیت از مراجع قضائی با وجود شرط داوری یا حکم قانونگذار است؛ (کرمی کلمتی و صالحی مازندرانی، ۱۴۰۰: ۱۵۳) «از آن جا که داوری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان از نوع داوری اجباری است، دادگاه می‌باید در صورت طرح دعوی نزد دادگاه، رأساً به عدم صلاحیت خویش توجه نماید و متعاقباً راهکار ارائه شده در تبصره ۲ ماده ۲۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ را قابل اعمال دانسته و گفته‌اند «در مورد قراردادهای پیش‌فروش ساختمان نیز چنانچه طرفین به تکلیف خود پیرامون تعیین داور عمل ننمایند و بعداً نیز اقدام به تعیین داور نکنند و با وجود این به طرح دعوی در دادگاههای دادگستری مبادرت ورزند، دادگاه رأساً به تعیین داور یا داوران و ارجاع امر به داوری اقدام کند.» (سکوتی و حسین-زاده، ۱۳۹۶: ۲۹۱-۲۹۰)

به نظر نگارنده در خصوص قرارداد پیش‌فروش ساختمان چنانچه طرفین بدون تعیین داوران و در واقع عدم رعایت بند ۱۰ ماده ۲ ق.پ.س مبادرت به انعقاد قرارداد نموده باشند با توجه به اجباری بودن این موضوع چند نظر قابل طرح است: یا تعیین داوران و اجرای بند ۱۰ ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان را از شرایط صحت قرارداد تلقی نمود و قرارداد فاقد این شرط را باطل دانست. و یا اینکه عدم تعیین داوران را بر مبنای اصل صحت از شرایط اساسی تلقی نکرده آن را فاقد ضمانت اجرا دانست؛ چه چنین قراردادی مشمول ماده ۱ همین قانون بوده و بر مبنای اصل صحت، قراردادی صحیح محسوب

می‌گردد. پذیرش نظر اخیر مستلزم یکی از دو راه حل ذیل است:

۱- قرارداد پیش‌فروش منعقد شده را صحیح تلقی نمود، لکن با توجه به عدم رعایت آن، در صورت عدم توافق بعدی در تعیین داوران اختصاصی، موضوع را در صلاحیت دادگاه عمومی دانست؛ دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد یعنی دادگاه عمومی محل وقوع ملک موضوع قرارداد. برخی عدم اشتراط شرط داوری موضوع ماده ۲۰ در قرارداد پیش‌فروش و یا حتی تراضی بعدی طرفین در مرتفع ساختن شرط داوری را موجد صلاحیت دادگاه برای حل اختلاف دانسته اما مراجعه به دادگاه با وجود شرط داوری و طرح ایراد یکی از طرفین را موجب قرار عدم استماع دانسته‌اند. (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۶: ۱۵۸-۱۵۹)

۲- قرارداد پیش‌فروش منعقد شده را صحیح تلقی نمود لکن با توجه به اجباری بودن داوری، در صورت عدم توافق طرفین بر تعیین داوران اختصاصی، با توجه به حاکمیت قواعد مربوط به داوری اختیاری بر این نوع داوری، نظر به تعیین داوران از سوی دادگاه داد که در این صورت نیز به دو وجه می‌توان اظهار نظر نمود: یا با وحدت ملاک ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان همانند عدم توافق طرفین در تعیین داور ثالث، رئیس دادگستری شهرستان را صالح برای این امر دانست و یا این که گفته شود، آن چه در مقرر مذکور آمده است، حالت استثنا دارد و با تفسیر مضیق، اعمال آن را محدود به نص نمود و با ملاک اتخاذی در مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی

دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد، یعنی دادگاه عمومی محل وقوع قرارداد را مرجع تعیین داوران اختصاصی طرفین ممتنع دانست. ممکن است ایراد شود، آنچه در ماده ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است، معطوف به مواردی است که یک طرف نسبت به تعیین داور اقدام و طرف دیگر امتناع می‌نماید، لکن مسأله مورد بحث، فرضی است که طرفین هر دو ممتنع از تعیین داوران اختصاصی هستند. در پاسخ تحلیلی به ایراد باید گفت؛ اختصاص امتناع یک طرف در امور داوری اختیاری در مواد مذکور از قانون آیین دادرسی مدنی به دلیل آن است که چنانچه طرفین هر دو از تعیین داور خودداری نمایند در واقع نظر بر عدم اجرای آن و اقاله قرارداد داوری و یا عدم اجرای شرط داوری دارند، البته بند ۱ ماده ۴۸۱ ق.آ.دم اقاله داوری را مشروط به کتبی بودن اقاله، نموده است. در عمل چنانچه طرفین تمایل به استفاده از داوری برای حل اختلاف نداشته باشند برای رسیدگی، به صورت کتبی اقاله آن را اعلام می‌نمایند و عملاً مانعی ایجاد نخواهد شد، ولی در خصوص داوری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان از یک طرف داوری ناشی از قرارداد است؛ چون به موجب بند ۱۰ ماده ۲ باید در قرارداد قید گردد و از طرف دیگر قانون درج آن در قرارداد را تحمیل نموده است.

در پاسخ نهایی به مسأله، باید این گونه تحلیل نمود که وقتی معرفی داوران قید اجباری قرارداد است، در فرضی که طرفین در مرحله انعقاد، داوران را معرفی نکرده‌اند، دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل

دعوا را دارد، باید طرفین را ملزم به تعیین داوران اختصاصی و مشترک (داور سوم) نماید، چنانچه الزام مفید واقع نگردد، دادگاه خود رأساً مبادرت به این امر نموده و داوران اختصاصی را برای طرفین انتخاب کند و نسبت به داور ثالث در صورتی که طرفین قرارداد نسبت به انتخاب آن اقدام ننمایند و یا در هر حال نسبت به شخص مزبور به توافق نرسند، دادگاه موضوع را به رئیس دادگستری شهرستان ارجاع دهد، تا مقام مزبور داور سوم را معرفی نماید.

در حقوق ایران، تعیین داور یا داوران و یا ترتیب انتخاب آنها موجب بطلان شرط نخواهد بود؛ در حالی که در حقوق فرانسه، در شرط داوری باید، به قید بطلان شرط، داور یا داورها تعیین شده و یا ترتیب انتخاب آنها پیش‌بینی شود. (شمس، ۱۳۸۴: ۵۳۳)

۲. مرجع صالح و مهلت اعتراض به آراء هیأت داوری قرارداد پیش‌فروش ساختمان

۱-۲. مرجع صالح اعتراض

یکی از موضوعات مؤثر در عرصه رسیدگی مراجع، نظارت بر رأی است. تصمیم داوری تحت عنوان رأی صادر می‌گردد. در قانون آیین دادرسی مدنی ایران امکان اعتراض به رأی داوری نزد دادگاه پیش‌بینی شده است لکن نظارت بر رأی داوری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان به دلیل ماهیت اجباری آن نیازمند بررسی است که تاکنون بدان پرداخته نشده است.

اعتراض در مواردی به مفهوم مطلق شکایت از رأی، ولو در مرجع بالاتر و یا مرجعی غیر از صادرکننده رأی به کار رفته است. (شمس، ۱۳۸۲، ج ۲: ۳۱۶) تشخیص دادگاه صلاحیتدار جهت رسیدگی به اعتراض و درخواست ابطال، از اهم جنبه‌های شکلی رسیدگی است. (جنیدی، ۱۳۸۷: ۷۰) اعتراض به رأی داوری به وسیله دادخواست انجام می‌گیرد، پس از تسلیم دادخواست، دادگاه آن را بررسی می‌نماید. (صدرزاده افشار، ۱۳۸۵: ۴۱۹) تعیین صلاحیت قضائی و به عبارت دیگر تعیین دادگاهی که اعتراض باید نزد آن به عمل آید از مهم‌ترین ابعاد دعوای ابطال است. (جنیدی، ۱۳۸۷: ۸۶) در خصوص هیأت داوری قرارداد پیش‌فروش ساختمان، با توجه به اینکه قانون-گذار معرفی داوران را یکی از شروط لازم قرارداد دانسته است، اصولاً طرفین برای فصل اختلاف باید به هیأت داوران معرفی شده در قرارداد رجوع نمایند. به تصریح ماده ۴۹۰ ق.آ.د.م مرجع صالح جهت اعتراض و رسیدگی بدان، دادگاه صالح جهت رسیدگی به اصل دعوا و یا دادگاهی است که دعوا را به داوری ارجاع نموده است. با توجه به غیرمنقول بودن خواسته، دادگاه صالح به اصل دعوا، در موضوع مورد بحث، «دادگاه عمومی محل وقوع ملک پیش-فروش شده» خواهد بود که در صورت اعتراض، تکلیف به رسیدگی دارد، در صورت عدم تشخیص موارد ماده ۴۹۰، رأی داوری را تأیید خواهد نمود. چنانچه رأی مصداق موارد قانون فوق‌الذکر (ق.آ.د.م) باشد، رأی داوری را باطل می‌نماید؛ در صورتی که حکم به به بطلان رأی داور صادر شود، رأی هیأت

داوری متوقف خواهد شد تا حکم بطلان قطعی صادر

شود و دادگاه به اصل دعوا رسیدگی نماید.^۱

۲-۲. مهلت اعتراض به داوری قرارداد پیش‌فروش ساختمان

هر یک از طرفین پس از ابلاغ رأی داوری، بیست روز مهلت دارد تا بدان اعتراض نماید. البته این مهلت به تصریح تبصره ماده ۴۹۰ اولاً نسبت به اشخاص مقیم خارج از ایران دو ماه است ثانیاً در صورتی که عذر موجه مانع از اعتراض در مهلت مقرر قانونی (حسب مورد ۲۰ روز یا دو ماه) حادث گردد، شروع مهلت از تاریخ رفع عذر محاسبه می‌شود. موارد عذر موجه نیز همان موارد مذکور در ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی است و ضمانت‌اجرای اعتراض پس از این مواعد، صدور قرار رد درخواست است.

۳. جهات خاص اعتراض به رأی هیأت داوری قرارداد پیش‌فروش ساختمان

قانون پیش‌فروش ساختمان که نوعی داوری اجباری برای رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش ساختمان پیش‌بینی نموده است راجع به نظارت بر آراء صادره از هیأت داوری مزبور ساکت است. سکوت و خلأ قانون تا حد ممکن با قسمت

اخیر ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان پاسخ داده خواهد شد؛ بنابراین ترتیب نظارت بر آراء صادره مشمول قواعدی است که در بخش داوری قانون آیین دادرسی مدنی آمده است. نظارت بر آراء داوری و از جمله آراء داوری قرارداد پیش‌فروش ساختمان، با عنوان قابلیت اعتراض به رأی صادره از سوی هیأت داوران تحقق می‌یابد. بر این اساس به تبعیت از ماده ۴۸۲ ق.آ.د.م رأی داور باید موجه و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجد حق نباشد و موارد اعتراض و نحوه اعمال آن با ارجاع به مواد ۴۸۹ و ۴۹۰، ۴۹۱، ۴۹۲ و ۴۹۳ روشن خواهد شد. مطابق ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م در موارد ذیل رأی داوری باطل بوده و قابلیت اجرا ندارد: ۱- رأی صادره مخالف با قوانین موجد حق باشد. ۲- داور نسبت به مطلبی که موضوع داوری نبوده رأی صادر کرده است. ۳...

در توضیح این بند از موارد بطلان رأی داوری موضوع بحث، باید گفت با توجه به تحمیلی بودن داوری به عنوان مرجع حل اختلافات راجع به قرارداد پیش‌فروش ساختمان، موضوع داوری عبارتست از تمام اختلافات مربوط به قرارداد پیش‌فروش ساختمان، از این رو در تعیین مصادیق این بند، صرفاً مواردی مشمول آن خواهد بود که داوران نسبت به موضوعی خارج از قرارداد مذکور تصمیم گرفته باشند. بنابراین قابلیت اعتراض، نحوه اعتراض،

Kristen Sanocki, (2013), Determining Arbitrability of the Dispute: The Clear and Unmistakable Standard for Choice of Law in Arbitration Agreements, Cape Flattery Ltd. v. Titan Mar., LLC', Journal of Dispute Resolution, Vol. 2013, Iss. 1, Art. 13 pp. 268-269

۱ - ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی

۲ - برای دیدن نقش تفسیر مضیق یا موسع موضوع مشمول قرارداد داوری بنگرید به:

جهات اعتراض و سایر موارد تابع قواعد قانون آیین دادرسی مدنی است. بر این اساس در مواردی که رأی هیأت داورى قرارداد پیش‌فروش ساختمان مصداق بندهای هفت‌گانه ماده ۴۸۹ باشد، به تصریح مقنن، رأی داورى باطل بوده و قابل اجرا نمی‌باشد. اما علاوه بر این جهات، برخی موارد خاص در این نوع داورى خصوصیت دارد که پرداختن به آنها ضروری است.

۳-۱. بررسی لزوم قبول داوران در داورى پیش

فروش ساختمان

به موجب ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م چنانچه نسبت به قرارداد داورى اختلافی باشد، دادگاه ابتدا نسبت به آن رسیدگی و اظهارنظر می‌نماید. با وحدت ملاک باید گفت اگر به دلایلی شرط داورى مورد اختلاف باشد، دادگاه ابتدا به شرط مذکور رسیدگی می‌نماید، که در صورت رد ادعا، می‌باید اختلاف راجع به قرارداد را به داوران مذکور ارجاع دهد و چنانچه ادعا را وارد بداند مطابق ترتیبی که در مبحث مربوطه بیان گردید، عمل خواهد نمود؛ بدین نحو که پس از تعیین شخص جایگزین، باید اختلاف به هیأت داورى ارجاع گردد. با ذکر این مقدمه یک سؤال قابل طرح این است که آیا تحقق بند ۱۰ ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان نیاز به قبول داوران دارد؟ می‌توان در اعتراض به رأی داورى از این جهت ادعای عدم سمت داور یا داوران را طرح نمود؟

در حقوق فرانسه در قرارداد داورى، داور یا داوران باید تعیین شده و یا شیوه تعیین آن پیش‌بینی شده

باشد، در غیر این صورت قرارداد باطل است. علاوه بر این داور یا داوران چنانچه تعیین شده باشند، باید مأموریت خود را قبول نمایند و الا قرارداد داورى بی‌اثر است. (م ۱۴۴۸ ق.آ.د.م فرانسه) (شمس، ۱۳۸۴: ۵۳۱) «در حالی که در حقوق ایران چنانچه داور در توافق‌نامه‌ای که به صورت شرط ضمن عقد منعقد می‌شود تعیین شده باشد، موافقت داور با داورى شرط صحت شرط نمی‌باشد.» (شمس، ۱۳۸۴: ۵۳۳) و از این جهت و ادعای عدم سمت داوران تعیین شده منتفی است.

«در صورتی که در قرارداد داورى، داور یا داوران تعیین شده باشند، قبول آنها شرط صحت قرارداد داورى نمی‌باشد؛ زیرا، حتّی در صورتی که داور تعیین شده باشد و آن شخص نخواهد یا نتواند داورى نماید، با توجه به ملاک ماده ۴۶۳ ق.آ.د.م، طرفین می‌توانند به داور یا داوران دیگر تراضی نمایند.» (شمس، ۱۳۸۴: ۵۳۱) همچنین «در حقوق ایران، چنانچه داور در توافق‌نامه‌ای که به صورت شرط ضمن عقد منعقد می‌شود، تعیین شده باشد، موافقت داور شرط صحت شرط نمی‌باشد.» (ماده ۴۵۹ ق.آ.د.م) (شمس، ۱۳۸۴: ۵۳۳)

بر این اساس در خصوص داورى موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان، قبول داوران - موضوع بند ۱۰ ماده ۲ - شرط صحت قرارداد و یا شرط مزبور نیست و امکان تعیین اشخاص دیگر در موارد عدم داورى آنها وجود دارد، خواه عدم داورى ناشی از خواست داور یا داوران معرفی شده باشد و یا این که به دلیل عارض شدن موانعی مانند فوت و یا حجر باشد.

۳-۲. حدوث حجر یا فوت داوران و طرفین

مسئله اهلیت از جهات مختلف در داوری اهمیت دارد؛ اثر این موضوع به دو شکل یکی اهلیت داوران و دیگری اهلیت طرفین قرارداد داوری قابل بررسی است. بحث اهلیت توسل به داوری از یک سو به مسئله قابلیت داوری شخصی و از سوی دیگر به مسئله اختیار و نمایندگی صحیح طرفین در روند داوری نیز مربوط می‌شود. این امر که بعضاً به طور مستقل از قرارداد داوری و شرایط صحت آن مورد بررسی قرار می‌گیرد، می‌تواند از جمله عوامل بی-اعتباری قرارداد داوری محسوب گردد. (ایران‌شاهی، ۱۳۹۳: ۳۵)

مطابق ماده ۴۶۶ ق.آ.د.م اهلیت از شروط داور محسوب می‌شود و محجور حتی با تراضی طرفین نیز نمی‌تواند به سمت داوری انتخاب شود، همچنین به موجب ماده ۴۸۱ ق.آ.د.م سلب اهلیت عارضی نیز از مواردی است که داوری را از بین می‌برد. بنابراین یکی از مسائل مهم که به دلیل ماهیت اجباری داوری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان، تبعات خاص و قابل بحثی ایجاد می‌نماید، اعتراض و درخواست ابطال رأی داوری، به جهت عارض شدن حجر یا فوت یکی از طرفین قرارداد پیش‌فروش ساختمان است؛ به بیان دیگر ممکن است در زمان انعقاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان یکی از طرفین محجور بوده و یا داوران تعیین شده در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، متعاقباً فوت نمایند و یا به دلیل عارض

شدن جنون یا سغه محجور شوند، در این صورت

راه‌حل چیست؟

پاسخ به این سوال و طرح مطلب از این جهت با موضوع نوشتار مرتبط است که ایجاد چنین وضعیتی می‌تواند مورد اعتراض واقع شود به طوری که یکی از طرفین مدعی شود که با فوت یا محجور شدن طرف داوری زایل شده و در نتیجه رأی صادره فاقد اعتبار است و ابطال آن را از دادگاه بخواهد.

به عنوان یکی از قواعد عمومی قراردادها، اهلیت از شرایط صحت و اعتبار هر قراردادی محسوب می‌گردد بر همین اساس عدم اهلیت در همه نظام‌های حقوقی از موجبات بی‌اعتباری قرارداد و به تبع رأی صادره است؛ بنابراین حتی در مواردی که بعضاً در اسناد یا سیستم‌های حقوقی، فقدان اهلیت به طور صریح به عنوان ملاک خاص جهت اعتراض به رأی داوری احصاء نگردیده، در قالب دیگر موجبات، به ویژه بی-اعتباری قرارداد داوری و حتی نقض نظم عمومی قابل طرح و بررسی می‌باشد. (ایران‌شاهی، ۱۳۹۳: ۳۶) در پاسخ به مسئله در خصوص داوری اختیاری گفته‌اند: «در عین حالی که توافق به داوری عقد لازم شمرده می‌شود، قانون‌گذار فوت یا حجر هر یک از طرفین را موجب از بین رفتن داوری قرار داده است. (بند ۲ ماده ۴۸۱ ق.آ.د.م) بنابراین، با فوت یا حجر هر یک از طرفین، با از بین رفتن داوری، رسیدگی به دعوا در صلاحیت دادگاه قرار می‌گیرد؛ مگر این که بین وراثت متوفا یا نماینده محجور و طرف مقابل توافق جدید منعقد شود.» (شمس، ۱۳۸۴: ۵۳۵) اما در خصوص قرارداد پیش‌فروش ساختمان با توجه به اجباری بودن

داوری در رفع اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش ساختمان، نمی‌توان راه حل ارائه شده در داوری اجباری را مناسب دانست؛ اجباری بودن صلاحیت داوری حکایت از اهمیت رفع خصومت وسیله داوری دارد، بر این اساس و در راستای فلسفه قانون‌گذاری در این امر، باید قائل به این راه حل گردید که در صورت فوت یکی از طرفین، باید داوران تعیین شده در قرارداد را کماکان ذی‌صلاح دانست یا این که حسب مورد وراثت و یا نماینده قانونی طرف محجور را ملزم به تعیین داور اختصاصی جدید نمود؛ خواه داور مزبور شخص جدیدی باشد و یا این که داور سابق ابقاء گردد. داور سوم (مشترک) نیز باید با توافق وراثت متوفی یا نماینده قانونی محجور و طرف دیگر قرارداد تعیین شود. بنابراین رویکرد این استدلال عدم پذیرش اعتراض ابطال رأی داوری به دلیل فقدان اعتبار قرارداد متضمن شرط داوری است.

نکته مزبور از موارد خلأ قانون‌گذاری محسوب می‌شود؛ زیرا از یک سو ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان، داوری این قرارداد را تابع احکام داوری موضوع قانون آئین دادرسی مدنی قرار داده است و از سوی دیگر در این خصوص به دلیل ماهیت اجباری داوری، مقررات آ.د.م به شرحی که بیان شد، ناکارآمد است و با جنبه تحمیلی آن ناسازگار می‌باشد.

آنچه بیان شد مربوط به فوت یا حجر یکی از طرفین قرارداد است، شق دیگر این حالات موردی است که داور دچار فوت یا حجر گردد. در این صورت پاسخ به مسأله در مرحله اعتراض اهمیت دارد. در بیان

پاسخ باید گفت در داوری اختیاری، مطابق قواعد قانون آئین دادرسی مدنی، «فوت داور یا داوران علی‌القاعده اثری در اعتبار عقد داوری ندارد، (مدلول ماده ۴۶۰ ق.آ.د.م) مگر این که طرفین داوری شخص معین را شرط نموده باشند و آن شخص فوت یا محجور شود و طرفین به داوری شخص دیگری تراضی نمایند (ماده ۴۶۳ ق.آ.د.م)» (شمس، ۱۳۸۴: ۵۳۵ و ۵۳۴) این موضوع در خصوص داوری اجباری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان نیز به طریق اولی جاری است؛ چنانچه داور متوفی از داوران اختصاصی باشد، طرف قرارداد، حسب مورد پیش‌فروشنده یا پیش‌خریدار باید داور جایگزین را معرفی نماید و در صورتی که داور متوفی، داور ثالث (مشترک) باشد، طرفین قرارداد باید با توافق یکدیگر شخص دیگری جهت جایگزینی، معرفی کنند، لکن آنچه ممکن است در عمل، روند امر را با وضعیت خلأ مواجه نماید، عدم معرفی جایگزین برای داور متوفی از سوی طرف یا طرفین قرارداد است؛ به عنوان راهکار و نظر به اجباری بودن داوری در حل اختلافات ناشی از این دسته از قراردادها، باید قائل به الزام طرفین از سوی دادگاه صالح برای رسیدگی به اصل دعوا بود و در صورتی که الزام مؤثر نباشد، دادگاه مزبور باید داوران اختصاصی را تعیین نماید و در خصوص داور مشترک، در صورت عدم توافق طرفین در معرفی داور جایگزین، موضوع را به رئیس دادگستری شهرستان ارجاع دهد.

البته با توجه به مقررات فعلی، باید گفت که فوت یا حجر طرفین یا داور حادث پس از انعقاد قرارداد،

خللی در قرارداد منعقد شده ایجاد نخواهد نمود و شرط مذکور در بند ۱۰ ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان مربوط به مرحله انعقاد است نه پس از آن. بنابراین عدم تعیین جایگزین تأثیری در اعتبار قرارداد پیش‌فروش ندارد؛ در این صورت، چه بسا اختلافی تا مرحله پایان اجرای قرارداد بین طرفین ایجاد نگردد، لکن در صورت حدوث اختلاف و ضرورت فصل آن، راهکار ارائه شده هم راستا با هدف و فلسفه قانون‌گذاری در موضوع مورد بحث می‌باشد. مسائل مطروحه از مواردی است که در اصلاحات قانونی باید مورد توجه قرار گیرد تا قاعده آمره پیش‌بینی شده مربوط به داوری اجباری در این اختلافات به نحو بایسته اجرا شود.

همانطور که در خصوص داوری اختیاری گفته شده است، «موافقت‌نامه داوری، طرفین را ملزم به ارجاع اختلاف موضوع موافقت‌نامه، به داور می‌نماید و از همین راه و در اجرای قانون، داور صلاحیت رسیدگی و صدور رأی پیدا می‌کند و در نتیجه، علی‌القاعده، دادگاه دولتی، صلاحیت رسیدگی به اختلاف موضوع موافقت‌نامه داوری را از دست می‌دهد.» و «در عین حال، انعقاد موافقت‌نامه داوری و انتخاب شخص معین به عنوان داور، داور را ملزم به داوری نمی‌نماید (ماده ۴۶۳ ق.آ.د.م) حتّاً، اگر داور داوری را بپذیرد؛ می‌تواند پس از آن، در جلسات داوری حاضر نشده، استعفا داده و یا از صدور رأی خودداری کند و در این موارد، تنها به جبران خسارات وارده و محرومیت پنج ساله از حق داوری محکوم خواهد شد. (ماده ۴۷۳ ق.آ.د.م)» (شمس، ۱۳۸۴: ۵۳۵)

مطابق ماده ۴۵۵ قانون آئین دادرسی مدنی، توافق بر داوری ممکن است ضمن معامله باشد و یا به موجب قرارداد مستقل، همچنین این امر می‌تواند قبل یا بعد از بروز اختلاف صورت گیرد. بر همین اساس در داوری اجباری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان نیز پس از انعقاد موافقت‌نامه داوری [یا قرارداد متضمن شرط داوری] و ارجاع امر [اختلاف] به داوری، داوران مأمور به رسیدگی می‌گردند و رأی داور اگرچه علی‌القاعده قابل اعتراض است، اما مانند رأی مراجع قضایی دولتی، پس از قطعیت لازم‌الاجرا بوده و فصل‌کننده خصومت شمرده می‌شود.

۳-۳. تغییر داوران قرارداد پیش‌فروش ساختمان و

اعتراض به آن

یکی از موارد احتمالی جهت اعتراض به رأی داوری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان می‌تواند ناشی از تغییر داور یا داوران باشد؛ به طوری که یکی از طرفین با ادعای عدم امکان تغییر داور، به رأی صادره اعتراض نماید و بدین سان به دلیل عدم سمت داور جدید اختصاصی، اعلان عدم اعتبار رأی را از دادگاه مطالبه نماید، از همین رو تعیین تکلیف این موضوع در مرحله اعتراض واجد اهمیت و درخور بررسی است.

قانون پیش‌فروش ساختمان به موجب بند ۱۰ ماده ۲ تعیین داوران را به عنوان یکی از شرایط لازم در قرارداد پیش‌فروش ساختمان عنوان نموده و ماده ۲۰ قانون مذکور نیز ترکیب این داوران و برخی مقررات راجع به آن را بیان کرده است. به تصریح ماده ۲۰ این

قانون، داورى در اين قرارداد به صورت هيأت داورى بوده که طرفين (پيش‌فروشنده و پيش‌خریدار) هر کدام یک داور اختصاصی تعیین می‌کنند و داور سوم نیز با توافق آن دو و در صورت عدم توافق از سوى رئیس دادگستری شهرستان انتخاب خواهد شد، آیا طرفين قرارداد می‌توانند اعضای هيأت داورى مذکور را پس از انتخاب تغییر دهند؟ در پاسخ چند نظر قابل ارائه است:

نظر اول: با توجه به تصریح بند ۱۰ ماده ۲ قانون پيش‌فروش ساختمان و ضرورت تعیین داوران و عدم پيش‌بینی امکان تغییر داوران در قانون مذکور و از طرفی آمره بودن آن، قائل به این بود که پس از انعقاد قرارداد، امکان تغییر داوران تعیین شده حتی با توافق طرفين وجود ندارد.

نظر دوم: با توجه به این که برابر بند ۱۰ ماده ۲ قانون پيش‌فروش ساختمان، یکی از مندرجات ضروری در قرارداد پيش‌فروش ساختمان، تعیین داوران است، حتی داور اختصاصی پس از انعقاد قرارداد به صورت یک طرفه قابل تغییر نیستند؛ زیرا به عنوان یکی از شروط ضمن عقد، مشمول قاعده لزوم قرارداد بوده، طرفين نمی‌توانند به طور یک جانبه حتی داوران اختصاصی خود را تغییر دهند لکن با توافق یکدیگر این امر امکان دارد و می‌توان به نوعی آن را اقاله جزئی تلقی نمود.

نظر سوم: به نظر می‌رسد جهت پاسخ تحلیلی و دقیق، در خصوص امکان تغییر هر کدام از داوران اختصاصی و داور سوم به عنوان داور مشترک باید به تفکیک بررسی شود؛ با توجه به این که داور

اختصاصی هر طرف توسط خود او انتخاب می‌گردد، همان اراده‌ای که او را انتخاب کرده است می‌تواند وی را تغییر دهد. چنانچه حق تغییر را برای طرف شناسایی نماییم مسأله حقوقی دیگری در عمل ممکن است در بعض موارد ظهور پیدا کند و آن در مواردی است که طرف، داور اختصاصی که قبلاً تعیین نموده است را برکنار نموده لکن جانشین وی را تعیین ننماید.

پاسخ این است که تغییر داور اختصاصی تعیین شده زمانی امکان دارد که داور دیگری معرفی شود؛ در غیر این صورت با توجه به اجباری بودن داورى در معاملات پيش‌فروش ساختمان، حق تغییر داور اختصاصی جدید تحقق نخواهد یافت.

در خصوص داور سوم تحلیل بر اساس مبنای اکتساب سمت داور (با توافق طرفين قرارداد)، متضمن نظریه تغییر داور مشترک، با توافق پيش‌فروشنده و پيش‌خریدار است. بنابراین با مخالفت یکی از آنها امکان تغییر وی وجود ندارد. البته تغییر داور مشترک در مواردی که به دلیل عدم توافق طرفين، رئیس دادگستری شهرستان داور سوم را انتخاب نموده است، سه نظر قابل طرح است:

۱) با توجه به این که امکان انتخاب داور مشترک توسط مقام قضایی، (رئیس دادگستری شهرستان) به دلیل عدم توافق طرفين است، بنابراین پس از تعیین وی از سوى مقام مذکور چه قبل از انعقاد و چه بعد از انعقاد قرارداد، طرفين با توافق یکدیگر می‌توانند داور تعیین شده را تغییر دهند.

۲) پس از این که به دلیل عدم توافق طرفین، داور سوم توسط مقام قضایی انتخاب گردید، تا قبل از انعقاد قرارداد، با توافق خود می‌تواند شخص دیگری را به عنوان داور سوم معرفی نمایند در این صورت وی جانشین داور تعیین شده خواهد شد.

۳) پس از انتخاب داور سوم از سوی رئیس دادگستری شهرستان، طرفین مطلقاً حق تغییر آن را ندارند، زیرا با عدم توافق طرفین و تعیین داور سوم از سوی مقام قضایی، حق قانونی آنها در تعیین این داور ساقط خواهد شد و پس از آن، همین مقام در مواردی که صلاح بداند، می‌تواند این داور را تغییر دهد.

پذیرش امکان تغییر داوران به شرحی که بیان گردید از این جهت سودمند است که اولاً ماهیت این داوری به جز اجباری بودن، از سایر جهات همانند داوری موضوع قانون آیین دادرسی مدنی است و همان قواعد بر آن حاکم است. ثانیاً ممکن است گاه تغییر داوران ضرورت یابد، مانند مواردی که متعاقباً فساد یا عدم صلاحیت و یا خصومت داور با یکی از طرفین کشف یا حادث گردد و در نتیجه رویکرد تئوری امکان تغییر به مصلحت نزدیک‌تر است.

«دعوی عمومی که با نمایندگی دادستان در صورت ارتکاب جرم، مطرح می‌شود، قابل ارجاع به داوری نمی‌باشد؛ بنابراین حتی به موجب ماده ۴۷۸ ق.آ.د.م چنانچه ضمن رسیدگی داور مسائلی کشف شود که مربوط به وقوع جرمی باشد و در رأی داور مؤثر باشد و تفکیک جهات مدنی از جزائی ممکن نباشد، رسیدگی داور تا صدور رأی نهایی از دادگاه

صلاحیت‌دار نسبت به امر جزائی، متوقف می‌گردد.» (شمس، ۱۳۸۴: ۵۲۹)

در تکمله بحث؛ چنانچه قرارداد پیش‌فروش با شرایط مواد ۱۷ و ۱۸ قانون پیش‌فروش ساختمان به شخص دیگر (پیش‌خریدار دوم) منتقل شود، از آنجا که منظور از انتقال، واگذاری حقوق و تعهدات، تضمینات و دفاعیات (نیک‌خواه و دیگران، ۱۳۹۸: ۲۹۳) و تمامی محتویات قرارداد و از جمله موضوع داوران تعیین شده است؛ از این رو انتقال قرارداد پیش‌فروش موجب سلب سمت داورن نخواهد شد؛ حتی در انتقال جزئی قرارداد (بخشی از قرارداد) باید سمت داوران را پابرجا دانست؛ چه این امر تأثیری در موقعیت داوران تعیین شده ندارد.

۴. نظارت دولت و مجلس بر موارد مشمول اموال عمومی و دولتی

به موجب اصل ۱۳۹ قانون اساسی، ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد، موارد مهم را قانون تعیین می‌کند. (شمس، ۱۳۸۴: ۵۲۹) مفاد این اصل در ماده ۴۵۷ ق.آ.د.م نیز عیناً تکرار شده است.

عمومی یا دولتی بودن موضوع قرارداد پیش‌فروش ساختمان زمانی مصداق دارد که ساختمان پیش‌فروش شده از اموال عمومی یا دولتی باشد و با لحاظ شرایط و مقررات مربوط، امکان فروش آن وجود داشته است

مدنی دانسته است و ماده ۴۷۵ نیز یکی از این مقررات است که باید مراعات گردد.

ثانیاً ماده ۴۵۷ خود یک قاعده استثنایی است که بر عمومیات داورى موضوع قانون آیین دادرسی مدنی و از جمله داورى موضوع قانون پیش فروش ساختمان، وارد شده است.

ثالثاً علاوه بر آن، اهمیت رعایت شرط تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس و یا تصویب هر دو مرجع در موارد مشمول تا بدانجا است که اصل ۱۳۹ قانون اساسی به عنوان قانون برتر نیز به آن اختصاص یافته است؛ بنابراین قانون پیش فروش ساختمان و یا سایر قوانین عادی نمی توانند خلاف آن را مقرر نمایند، ضمن این که قانون اخیرالذکر نیز در این مورد تصریحی به خلاف آن ندارد.

بنابراین اعمال شرط داورى باید با رعایت محدودیت های مذکور باشد، به طوری که شرط تعیین داوران، در مورد هر قرارداد پیش فروش ساختمان مشمول، به تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس برسد و در صورتی که یکی از طرفین خارجی باشد و یا از موارد مهم داخلی باشد، به تصویب مجلس نیز برسد.

این نظر از جهت لحاظ مصلحت و ضرورت و رعایت قاعده «الجمع مهما امکن اولی» موجه تر است؛ زیرا اولاً ممکن است انعقاد قرارداد پیش فروش ساختمان نسبت به اموال عمومی یا دولتی در مواردی ضرورت یابد و یا به مصلحت باشد و ثانیاً با رعایت این ترتیب همه قوانین مربوط اعم از اصل ۱۳۹ قانون اساسی،

و یا پیش خریدار آن برای یکی از مراجع عمومی یا دولتی بوده است و ثمن آن از اموال دولتی یا عمومی پرداخت گردد. بنابراین موضوع مورد بحث زمانی حدوث می یابد که ساختمان پیش فروش شده یا ثمن آن، از اموال مذکور باشد. آیا در چنین مواردی تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس و یا تصویب هیأت وزیران و مجلس حسب مورد لازم الرعایه است؟

ممکن است پاسخ اولیه این باشد که در تعارض ماده ۴۵۷ ق.آ.د.م و قانون پیش فروش ساختمان، نظر به این که قانون اخیرالذکر قانون خاص می باشد، قاعده ماده ۴۵۷ ق.آ.د.م به عنوان قاعده عمومی را تخصیص می زند؛ از این رو در موضوع مشمول این قانون یعنی قرارداد پیش فروش ساختمان رعایت امر تعیین داوران مطابق قانون پیش فروش ساختمان ضروری است و نظر به اطلاق موضوع در این قانون، حتی در مواردی که ساختمان پیش فروش شده و یا ثمن آن از اموال دولتی یا عمومی است، نیازی به رعایت کانال هیأت وزیران و مجلس شورای اسلامی نمی باشد، بنابراین در چنین مواردی، یعنی زمانی که موضوع قرارداد اعم از مبیع یا ثمن از اموال عمومی یا دولتی باشد، یا باید بر آن بود که یا رعایت بند ۱۰ ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان ضرورت ندارد، لکن در بیان پاسخ درست باید گفت:

اولاً ماده ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان، به صراحت قانون حاکم بر داورى موضوع قرارداد پیش فروش ساختمان را همان مقررات داورى قانون آیین دادرسی

ماده ۴۷۵ ق.آ.د.م و قانون پیش‌فروش ساختمان همگی اعمال خواهند شد.

۵. نظارت بر رأی داوری در مرحله اجرا

داوری قرارداد پیش‌فروش ساختمان، از جمله داوری اجباری قراردادی بدون مقررات خاص است، از آنجایی که نظارت بر این نوع داوری به دلیل فقدان مقررات خاص تابع مقررات داوری اختیاری است؛ نظارت در مرحله اجرا نسبت به این آراء داوری همان جهات تعیین شده در قانون آئین دادرسی مدنی است. بنابراین حتی اگر در مهلت قانونی اعتراض نشده است، چنانچه مدارکی، وجود یکی از جهات بطلان معین شده در ماده ۴۸۹ قانون مذکور را اثبات نماید، قاضی نباید دستور اجرا دهد؛ مبنای این ممانعت به دلیل ترتب اثر بطلان رأی صادره است.

به عنوان قاعده می‌توان گفت این دسته از آراء داوری از جهت قابلیت و آئین اعتراض و همچنین نظارت در مرحله اجرا تابع مقررات داوری اختیاری است.

می‌نمایند، مگر این از این امر امتناع نمایند. با لحاظ این مبنا در این نوع داوری اجباری، آئین رسیدگی و از جمله اعتراض، مرجع صالح و نحوه آن، اصولاً تابع مقررات عمومی داوری اختیاری است اما با توجه به ویژگی اجباری در برخی موارد این مقررات ناکارآمد است. در قانون پیش‌فروش ساختمان موضوع اعتراض به رأی داوری مسکوت است، به دلیل ویژگی ذکر شده، ابهاماتی چند در این مقوله ایجاد می‌گردد از جمله برخی جهات خاص اعتراض که صرفاً با تحلیل مبنایی و فلسفه مقنن در وضع این قانون و اتخاذ شیوه داوری برای حل اختلاف می‌توان به پاسخ قانع دست یافت، این نوشتار گرچه اتمامی در بیان و ارائه راه‌حل اقتضایی و منطقی است، اما جا دارد قانونگذار نسبت به قانونگذاری پیشنهادات ارائه شده چاره‌ای اندیشد تا نظارت بر این بخش مهم از آراء داوری به مثابه تصمیمی قضایی و لازم‌الاجرا تثبیت گردد و از اختلاف‌نظرهایی که خلأ فعلی قانون آبستن آنهاست، جلوگیری بعمل آورد.

منابع

۱. ابهری، حمید؛ تقی‌پوری‌درزی نقیبی، محمدحسین (۱۳۹۴)، تعهدات پیش‌فروشنده به ساخت و تکمیل ساختمان و ضمانت اجرای آن در قانون پیش‌فروش ساختمان و مقایسه آن با قانون مدنی، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، ش ۱، صص ۲۰-۱.
۲. ایرانشاهی، علیرضا (۱۳۹۳) اعتراض به رأی داوری در داوریه‌های بین‌المللی تجاری، تهران: شهر دانش، ص ۳۵.

بحث و نتیجه‌گیری

داوری پیش‌فروش ساختمان یکی از انواع داوری اجباری قراردادی بدون مقررات خاص است؛ یعنی داوری‌هایی که در موضوعات خاص حل اختلاف وسیله داوری الزامی است لکن قانونگذار مقرراتی خاص برای آن وضع ننموده است، این نوع از داوری اجباری، ماهیت داوری به معنای واقعی دارد؛ زیرا مهم‌ترین خصوصیت داوری یعنی منشأ قراردادی آن وجود دارد، به ویژه این که داوران را نیز خود انتخاب

۳. باقرزاده، احد (۱۳۸۱)، بازار، دولت، حقوق مصرف‌کننده، چاپ اول، قم: توسعه قلم.
۴. تقی‌پوری‌درزی‌نقیبی، محمدحسین؛ ابهری، حمید (۱۴۰۰)، مقایسه قرارداد پیش‌فروش ساختمان با نهادهای مشابه و تشخیص ماهیت آن، حقوق اسلامی، سال ۱۸، ش ۶۸، صص ۹۱-۱۱۳.
۵. توکلی، احمد (۱۳۹۰)، مالیه عمومی، ج ۱۳، تهران: سمت.
۶. پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۶)، تحلیل و آسیب‌شناسی قانون پیش‌فروش ساختمان، چاپ اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۷. جعفری، فیض‌الله و حمیدیان، فاطمه (۱۳۹۸)، بررسی تحلیلی - تطبیقی شرایط اعمال انصاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۰، بهار و تابستان.
۸. جنیدی، لعلیا (۱۳۸۷)، دادگاه صلاحیت‌دار جهت ابطال رای داور در داوریه‌های بین‌المللی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۲، ص ۷۰.
۹. داسمه، اردشیر؛ داودی بیرق، حسین؛ کریمی، سحر (۱۴۰۱)، پیش‌فروش ساختمان به مثابه بیع مال معین اعتباری، دانشنامه‌های حقوقی، دوره ۵، ش ۱۴، صص ۷۸-۱۰۴.
۱۰. دیلمی معزی، علی؛ نوروزی، مهدی (۱۴۰۰)، بازپژوهی، عین معین و کلی و کارکرد آن در تصحیح قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، فصلنامه علمی پژوهشی فقه، سال ۲۸، ش ۴، صص ۶۷-۴۰.
۱۱. سکوتی، نیما و حسین‌زاده، جواد (۱۳۹۶)، ماهیت، ویژگیها و صلاحیت دآوری در قانون پیش‌فروش ساختمان، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۴، شماره ۲، ص ۲۸۸.
۱۲. شمس، عبدالله (۱۳۸۴)، آئین دادرسی مدنی، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران، انتشارات دراک.
۱۳. شمس، عبدالله (۱۳۸۲)، آئین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: میزان.
۱۴. شهبازی‌نیا، مرتضی؛ ملکی، پرنیا (۱۳۹۵)، محرمانگی در میانجی‌گری و تضمینات قانونی آن با بعد بین‌المللی، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال پنجم، شماره ۱۶.
۱۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، عقود معین، چاپ اول، تهران: مجد.
۱۶. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۹۶)، داوری تجاری بین‌المللی، چاپ هفتم، تهران، سمت.
۱۷. طباطبایی، سیدمحمدصادق؛ کیانی، عباس (۱۳۹۳)، تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان، حقوقی دادگستری، سال ۷۸، ش ۸۵، صص ۴۵-۸۲.
۱۸. قنواتی، جلیل؛ سکوتی، نیما؛ حسین‌زاده، جواد (۱۳۹۴)، ضمانت‌اجراهای نقض مقررات ماهوی قانون پیش‌فروش ساختمان، دیدگاههای حقوق قضایی، ش ۷۱، صص ۱۴۸-۱۲۵.
۱۹. کرمی کلمتی، فرزاد؛ صالحی مازندرانی، محمد (۱۴۰۰)، تأملی بر نحوه حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش و قلمرو آن، مطالعات حقوقی معاصر، سال ۱۲، ش ۲۲، صص ۱۷۲-۱۴۵.

۲۰. محمدی، سام؛ حسینی‌مقدم، سیدحسن (۱۳۹۱)،
زمان انتقال مالکیت در قانون پیش‌فروش ساختمان
مصوب ۱۳۸۹، حقوق خصوصی، دوره ۹، ش ۲، صص
۱۵۵-۱۸۰
۲۱. مددی، صادق (۱۳۹۴)، ماهیت حقوقی
قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، مجله کانون وکلای
دادگستری مرکز، سال ۶۸، شماره پیاپی، ۲۳۰/۲۳۱،
پاییز و زمستان، ص ۲۵۴
۲۲. مهیمنی، صالحه؛ نیکومنش، امراله؛ وزیری مجید
(۱۴۰۰)، بررسی اجرای صحیح پیش‌فروش ساختمان
در جهت تضمین حقوق شهروندان با تأکید بر قانون
پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، حقوق پزشکی
(ویژه‌نامه نوآوری حقوقی)، صص ۷۳-۵۹.
۲۳. نیک‌خواه، رضا؛ صالحی، مهدی؛ اکبری آرائی،
منصور (۱۳۹۸) انتقال قرارداد پیش‌فروش ساختمان
۱۳۹۸، پژوهش حقوق خصوصی، سال ۸، ش ۲۸،
صص ۳۰۸-۲۸۵.
24. Kristen Sanocki, (2013),
Determining Arbitrability of the
Dispute: The Clear and Unmistakable
Standard for Choice of Law in
Arbitration Agreements, Cape Flattery
Ltd. v. Titan Mar., LLC', Journal of
Dispute Resolution, Vol. 2013, Iss. 1,
Art. 13 pp. 268-269