

مقاله علمی پژوهشی

مفهوم و تأثیر قوانین موجد حق در داوری داخلی با نگاهی به رویه قضایی

احسان مظفری^۱، محمود قیومزاده^{۲*}، محمدرضا پاسبان^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی

۲. استاد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی

۳. دانشیار حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی

(دریافت: ۱۳۹۸/۰۴/۰۹ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۸/۰۱)

The Concept of The Laws Creating the Rights in Territorial Arbitration by
Reviewing Judicial Procedure

Ehsan Mozafari¹, Mahmood Ghayumzadeh^{2*}, Mohammadreza Pasban³

1. Ph.D. Student in Private Law, Islamic Azad University

2. Professor in Private Law, Islamic Azad University

3. Associate Professor of Law and Political Science, Allameh Tabatabaei University

(Received: 30/Jun/2019)

Accepted: 23/Oct/2019)

Abstract

In Iran's laws, there is no reference to the laws creating the rights, and only in Article 482 and paragraph 1 of Article 489 of the Code of Civil Procedure of Iran, it is necessary to observe it in the Arbitral Tribunal. Despite frequent references to the requirement to observe the laws creating the rights in arbitration, However, the lack of an explanation of the concept and even the lack of reference to the examples of the laws that create the right in the laws makes an obstacle to the determination of its boundaries. Exception of the two provisions of the Code of Civil Procedure of Iran, there is no reference to the concept of the laws creating the rights elsewhere and this has led to some semantic similarities between concepts such as public order, rules of the law, and the principle of fairness. And that is why the precise definition of the laws creating the rights, as well as determining its implications in the laws and regulations of Iran, has become one of the most controversial elements of arbitration agreements. Because the lack of a single understanding of its content has added to the scope of ambiguity regarding revoke of arbitrator's verdict.

Key words: The Laws Creating the Rights, Substantive Rules, Revoke of Arbitrator's Verdict, Public Order, Equity Principle.

چکیده

در قوانین کنونی ایران اشاره روشنی به مفهوم قوانین موجد حق نشده است و تنها در ماده ۴۸۲ و بند یک ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی لزوم رعایت آن در آرای داوری آمده است. باوجود اشاره‌های مکرر به الزام رعایت قوانین موجد حق در رأی داور، عدم تبیین مفهوم و حتی عدم اشاره به مصادیق قوانین موجد حق در قوانین مانعی در برابر تعیین حدود و ثغور آن ایجاد کرده است؛ به جز دو ماده‌ای که در قانون آیین دادرسی مدنی آمده است مفهوم، محتوا، حدود و ثغور و همچنین نسبت قوانین موجد حق با سایر قوانین از جمله قوانین شکلی و ماهوی و یا قوانین امری یا تکمیلی در هیچ‌کدام از متون قانونی آورده نشده است و این موضوع سبب شده است که میان برخی مفاهیم مانند نظم عمومی، قواعد امره و اصل انصاف از جهت معنایی شباهت‌هایی به وجود آید؛ به همین دلیل است که تعریف دقیق از قوانین موجد حق و همچنین تعیین مصادیق آن در قوانین و مقررات ایران به یکی از بحث‌برانگیزترین عناصر قراردادهای داوری تبدیل شده است؛ زیرا نبود برداشت یکسان از مضمون آن بر دامنه اتهامات مربوط به موارد بطلان رأی داوری افزوده است.

کلیدواژه‌ها: ابطال رأی داور، اصل انصاف، قانون موجد حق، قانون ماهوی، نظم عمومی.

*Corresponding Author: Mahmood Ghayumzadeh

E-mail: maarefteacher@yahoo.com

مقدمه

همانند مواد ۴۸۲ و بند یک ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م مصوب ۱۳۷۹، تاریخچه قوانین آیین دادرسی مدنی و داوری سابق نشانگر آن است که در این قوانین، قانونگذار از اشارات کلی به مفهوم قوانین موجد حق فراتر نرفته و صرفاً در مواردی به نام بردن اصطلاحی آن بسنده کرده است. با این حال در پاره‌ای موارد می‌توان نشانه‌هایی از الزام داور به رعایت قوانین موجد حق را مشاهده نمود. به‌عنوان نمونه در نخستین قانون آیین دادرسی با عنوان «قانون اصول محاکمات حقوقی» مصوب سال ۱۲۹۰ شمسی تنها در ماده ۷۶۹ به بیان کیفیت احکام داوری پرداخته است و با این مضمون که داورها باید آرای خود را مدلل و منصفانه صادر نمایند، اصول حاکم بر صحت آرای داوری را بیان نموده است. در ماده ۷۷۵ این قانون نیز به موارد بطلان رأی داور اشاره شده که این موارد بطلان، بیشتر ناظر بر برخی شرایط شکلی و ماهوی اعتبار رأی داور بوده و ارتباطی با مفهوم قوانین موجد حق ندارد.

در قانون حکمیت مصوب ۲۰ بهمن سال ۱۳۱۳، اگرچه مقرره‌ای درباره مفهوم قانون موجد حق پیش‌بینی نگردیده بود؛ اما در ماده ۱۸ این قانون با اشاره به موجه بودن و عدم مخالفت رأی داور با قوانین معنوی (قانون موجد حق)، رعایت آن را از سوی داور الزامی دانسته بود. در بند ۱ از ماده ۲۶ همین قانون مخالفت رأی داور با قانون از موارد بطلان و بی‌اعتباری آن قلمداد شده است و اشاره‌ای به ماهیت قانون مورد نظر نکرده است؛ اما به نظر می‌رسد مراد قانونگذار همان قوانین موجد حق باشد و یا اینکه دست کم قوانین موجد حق نیز مورد نظر قانونگذار بوده است. با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۱۸ نخستین بار به‌صراحت از واژه «قانون موجد» حق نام برده شد، بدون اینکه از مفهوم و یا مصادیق آن ذکری به میان آید. در ماده ۶۵۸ این قانون آمده بود که: «رأی داور باید موجه و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجد حق نباشد» و در بند ۱ ماده ۶۶۵ این قانون نیز مخالفت رأی داور با قوانین موجد حق را از موارد ابطال آن برشمرده بود. ماده ۴۸۲ و بند یک ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م کنونی عیناً تکرار این دو ماده هستند. افزون بر این در ماده ۱۰ قانون پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶/۳/۲ با موضوع داوری و همچنین ماده ۱۴ همین قانون در خصوص فرجام خواهی از آرای دادگاه‌ها، اصطلاح قانون موجد حق آمده است.

در قوانین ملی برخی از کشورها از جمله در آیین دادرسی

مدنی ۱۹۷۵ فرانسه نیز از قانون موجد حق صحبتی نشده است. (Seraglini, 2013: 12) در نظام حقوقی برخی از کشورها از جمله کامن لا نیز به‌صراحت به لزوم رعایت قوانین موجد حق اشاره نشده است؛ اما در برخی نوشته‌های حقوقی در بیان ویژگی‌های داوری آمده است که از عناصر مهم داوری این است که داور در شیوه دادرسی آزاد است؛ اما در عین حال بایستی مطابق با قوانین اخلاقی و رفتاری حکم صادر کند و در غیر این صورت طرفین می‌توانند به دلیل نقض این موضوع در دادگاه طرح دعوی نمایند (Fiadjoe, 2004: 73). علاوه بر این، داور باید طبق قوانین عدالت طبیعی رفتار کند.^۱ عدالت طبیعی مفهومی است که برخی از اصول پایه‌ای اجرای کارکرد قضایی را می‌توان از آن استنتاج نمود که به‌موجب آن برخی قواعد آیینی نباید به‌سادگی قابلیت نقض و تغییر داشته باشند (محسنی، ۱۳۹۸: ۱۳۳). افزون بر این، قاطع بودن و کامل بودن رأی داور و عدم تجاوز رأی داور از قرارنامه داوری نیز از ویژگی‌های احکام داوری در نظام حقوقی کامن لا است (میرمحمدصادقی، ۱۳۶۸: ۲۵۵ و ۲۵۶). در این مقاله سعی کرده‌ایم با توجه به نظرات مختلف حقوقدانان و همچنین آرای مستنبط از دادگاه‌ها به تبیین مفهوم قانون موجد حق بپردازیم و علاوه بر آن نسبت این مفهوم با برخی از مفاهیم مشابه از جمله نظم عمومی، قوانین ماهوی و آمره را نیز مشخص نماییم و اینکه کدام قوانین را می‌توان قانون موجد حق قلمداد کرد؟ آیا به‌زعم برخی نویسندگان تنها بایستی قوانین ماهوی را در زمره قوانین موجد حق به حساب آورد یا اینکه قوانین شکلی نیز می‌توانند در این دسته قرار گیرند؟ آیا فقط قوانین امری را می‌توان موجد حق دانست یا قوانین تکمیلی را نیز شامل می‌شود؟ در صورتی که رأی خلاف موجد حق باشد رأی باطل است یا قابل ابطال؟

مفهوم قانون موجد حق و حدود و ثغور آن

۱. مفهوم

واژه «موجد» به‌معنای ایجاد کننده، آفریننده و پدید آورنده است (انوری، ۱۳۸۱: ۷۴۶۵) و به همین اعتبار «موجد حق» را می‌توان پدیدآورنده و یا ایجاد کننده حق دانست.^۲ در بررسی

1. The arbitrator must act in accordance with the rules of natural justice.

۲. به نظر می‌رسد مفهوم عدالت طبیعی و لزوم به رعایت آن داوری دارای

زیرا به منافع عمومی بستگی دارد که بدون اعتراض شخص ذی‌نفع نیز دادگاه مکلف است، راساً موضوع را بررسی و رأی داور را در صورتی که خلاف آن باشد ابطال کند» (کاکاوند، ۱۳۹۰: ۵۷۰)؛ بنابراین تعریف، صرفاً قوانین ماهوی مخیره و همچنین قوانین صوری و تشریفاتی را باید از شمولیت قوانین موجد حق خارج کرد. اگرچه برخی دیگر هر نوع قوانین مادی و ماهوی فارغ از آمره یا مخیره بودن آن، قانون موجد حق قلمداد نموده‌اند (مهاجری، ۱۳۷۸: ۳۱۲؛ مدنی، ۱۳۷۷: ۱۳۵۲) یکی دیگر از نویسندگان حقوقی نیز قوانین ماهوی را مصداق بارز قوانین موجد حق بیان کرده است و سایر قوانین از جمله قوانین شکلی را تنها در موارد استثنایی از مصادیق قوانین موجد حق به حساب آورده است. اگرچه به درستی اشاره می‌کند اینکه کدام یک از قوانین شکلی را باید در زمره قوانین موجد حق دانست؛ موضوعی مورد تردید است (یوسف زاده، ۱۳۹۳: ۲۴۳). برخی دیگر نیز بدون توجه به برخی از تقسیم‌بندی‌ها معتقدند که در تشخیص قوانین موجد حق باید به مفاد قانون و محتوای آن توجه نمود؛ بدین معنا که اگر ماده‌ای از مواد قانونی در مقام بیان شرایط ایجاد، انتقال و زوال حق باشد، موجد حق است؛ ولی اگر مربوط به شرایط مطالبه حق، نحوه اقامه دعوی، مهلت‌ها، مواعد و... باشد موجد حق محسوب نمی‌گردد (نصیری و شهابی، ۱۳۹۵: ۱۵۸).

در قانون آیین دادرسی مدنی نیز قبل از اشاره به اینکه رأی داور نباید مخالف قوانین موجد حق باشد، بر لزوم موجه و مدلل بودن آن نیز تأکید دارد. بر همین اساس ظاهر این ماده حکایت از این دارد که موجه و مدلل بودن موضوعی مستقل از لزوم رعایت قوانین موجد حق در رأی داور است؛ اما برخلاف این برداشت ظاهری از قانون عده‌ای معتقدند که مقنن در قسمت اول ماده ۴۸۲ ق.آ.د.م که بر لزوم موجه و مدلل بودن رأی داور تأکید می‌کند، در حقیقت در مقام بیان یک قاعده موجد حق است؛ زیرا عبارت قسمت دوم ماده نیز که داور را از صدور رأی خلاف قوانین موجد حق منع کرده، قرینه‌ای بر وجود همین اراده در زمان تصویب این قانون است و گرنه چه دلیلی داشت بلافاصله بعد از بیان لزوم موجه و مدلل بودن رأی، خلاف قوانین موجد حق بودن آن مورد تأکید قرار گیرد (امینی و منصوری، ۱۳۹۷: ۲۵). به‌زعم نگارنده مفهوم قانون موجد حق به‌مانند پازلی است که هر کدام از نویسندگان در اشاره به مصادیق آن تکه‌ای از آن را بیان نموده‌اند؛ اما در مجموع می‌توان گفت که بسته به شرایط

آرای نویسندگان حقوقی در خصوص مفهوم قانون موجد حق، باید ادعان داشت حقوقدانان نیز به‌طور مفصل به تبیین این مفهوم نپرداخته‌اند.

یکی از حقوق‌دانان از قوانین موجد حق به «قوانین تعیین کننده» تعبیر می‌کند. به نظر ایشان طرفین با ارجاع اختلاف خود به داوری پذیرفته‌اند که اختلاف آنها توسط شخص یا اشخاصی که خود انتخاب نموده و یا در انتخاب آنها دخالت داشته‌اند و بدون رعایت تشریفات دادرسی مورد رسیدگی و صدور رأی قرار گیرد و این امر ملازمه‌ای با توافق در خارج شدن از حکومت قواعد موجد حق ندارد (شمس، ۱۳۹۵: ۵۵۳/۳) و به تعبیری که برخی از نویسندگان از ابتکار عمل خصوصی طرفین دعوا در دادرسی صحبت به میان آورده‌اند (محسنی، ۱۳۹۳: ۳۹)، می‌توان گفت این ابتکار عمل به معنای نادیده گرفتن قوانین موجد حق نخواهد بود؛ به عبارت دیگر قوانین موجد حق از جمله قواعدی است که داور نمی‌تواند برخلاف آن رأی دهد،^۱ اگر چه داور مکلف به استناد به مواد قانونی نیست؛ اما با توجه به مواد ۴۸۲ و ۴۸۹ ق.آ.د.م رأی داور باید حاوی قواعد حقوقی مبنای رأی باشد (شمس، ۱۳۹۵: ۵۵۳/۳). یکی دیگر از نویسندگان در تعریفی مفصل‌تر از قانون موجد حق، قانون موجد حق را قانونی می‌داند «که منشأ ایجاد حقی اعم از مالی و غیرمالی برای اشخاص باشد، خواه قانون شکلی باشد یا ماهیتی، مثل حق مالکیت که برترین و بالاترین حق است. اسباب تملک (ماده ۱۴۰ ق.م) در قانون مدنی احصا شده است» (حسین‌آبادی، ۱۳۹۱: ۱۱). تعریف قوانین موجد حق به اعتبار منشأ ایجاد حق بودن و همچنین بسط آن به قوانین مالی، غیرمالی، ماهیتی و شکلی را می‌توان یک تعریف ایجابی از مفهوم قانون موجد حق به حساب آورد. در همین راستا یکی دیگر از نویسندگان در تعریفی مشابه همین مورد، قوانین موجد حق را قوانین ماهوی یا مادی می‌داند، مانند قوانین مدنی یا بازرگانی. به‌زعم این نویسنده «این قوانین در پاره‌ای موارد آمره بوده و در برخی دیگر مخیره است. رعایت قوانین ماهوی آمره اجباری است؛

نسبت وثیقی با مفهوم قوانین موجد حق باشد؛ زیرا برخی از عناصر عدالت طبیعی از جمله رعایت اصول منصفانه دادرسی و اصل تناظر از مصادیق قوانین موجد حق نیز می‌توانند به شمار آیند.

۱. مفهوم حق نیز از مفاهیم دامنه دار در فلسفه حقوق به شمار می‌آید و به‌زعم برخی نویسندگان حق مفهومی «اساساً اختلافی» است و پرسش‌های مطرح حول محور مفهوم حق نیز یک دست نیستند (راسخ، ۱۳۹۳: ۲۴۲).

دعوی طرح شده هر کدام از مصادیق قوانین ماهوی، شکلی، امری و یا تکمیلی به اعتباری می‌توانند از مصادیق قانون موجد حق به شمار آیند که تفصیل بیشتر این موضوع را در ادامه بحث از نظر خواهیم گذراند.

۲. نسبت قوانین موجد حق و اصول حقوقی

قانون موجد حق به دلیل اجمال مفهومی، می‌تواند دارای همپوشانی گسترده‌ای با برخی از مفاهیم دیگر باشد؛ از این رو نخست، نسبت آن با مفاهیم مشابه تبیین شده، آنگاه نسبت قوانین موجد حق با موضوعاتی از قبیل قوانین امری و ماهوی، اصل انصاف و نظم عمومی بررسی خواهد شد.

۲-۱. قانون موجد حق؛ امری یا تکمیلی، ماهوی یا آیینی؟

اهمیت یک قانون را به اعتبار امری بودن یا تکمیلی بودن آن می‌توان تعیین کرد. امری و تکمیلی بودن قوانین، مبین این نکته اساسی است که وصف الزامی بودن در همه قوانین یکسان نیست. بدین معنی که رعایت پاره‌ای از اصول به‌طور مطلق الزامی است و گریزی از اجرای آنها نیست و پاره‌ای دیگر در صورتی اجرا می‌شود که اشخاص در انتخاب راه حل دیگری توافق نکرده باشند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۵۱۹). به عبارت دیگر قوانین را با توجه به اهمیت جهات و مبانی و نیز درجه ارتباط آنها با نظم عمومی و در نتیجه نوع اجبار اشخاص در پیروی از آنها، به قوانین امری و تخییری تقسیم می‌کنند (شمس، ۱۳۹۵: ۲۲/۱). قوانین امری قوانینی است که افراد نمی‌توانند بر خلاف آن تراضی نمایند؛ اما قوانین تکمیلی بر خلاف قوانین امری از چنین خصیصه و درجه اجبار برخوردار نیستند و در مواردی افراد می‌توانند در روابط حقوقی خود این قوانین را به درجاتی نادیده بگیرند. به همین دلیل است که گاهی به آن قوانین مخیره نیز می‌گویند؛ اگرچه باید توجه نمود که در مورد قوانین تکمیلی اگر اشخاص بر خلاف آن تراضی ننموده باشند، لازم‌الاجرا هستند (همان) نسبت میان قوانین موجد حق و تقسیم بندی قوانین به امری و یا تکمیلی در این پرسش آشکار می‌گردد که آیا هر قانونی (اعم از امری یا تکمیلی) را باید موجد حق به حساب آورد و یا اینکه صرفاً قوانین امری در این دسته قرار می‌گیرند؟ اگر پاسخ به این پرسش تنها قوانین امری باشد، آیا هر قانون امری را شامل می‌شود و یا اینکه صرفاً قوانین امری ماهوی است و قوانین امری شکلی از این قاعده مستثنا است؟

برخی نویسندگان در تعریف قوانین ماهوی و آیینی (شکلی) معتقدند که قوانینی که ایجاد کننده حق‌اند، قوانین ماهوی هستند و قوانینی که ناظر بر تشریفات و ترتیب دادرسی و تنظیم جریانات هستند، قوانین شکلی می‌باشند (مدنی، ۱۳۸۲: ۱۹۰). به عبارت دیگر، به واسطه ارتباط تنگاتنگ میان این دو نوع قانون، قوانین آیینی را باید مکمل قوانین ماهوی تلقی کرد (محسنی، ۱۳۹۴: ۱۶). در همین راستا یکی دیگر از نویسندگان معتقد است «معمولاً کلیه قوانین ماهوی جزء قوانین موجد حق هستند؛ ولی روشن نیست که از قوانین شکلی هم حق و تکلیف ناشی می‌شود. هرچند قانونگذار داور را از رعایت مقررات آیین دادرسی مدنی معاف کرده است؛ ولی این معافیت به معنی آزاد بودن از اصول کلی حقوقی مانند اصل تناظر یا مقررات ابلاغ تصمیمات نیست؛ بنابراین هر قانونی را که نقض آن موجب تضییع حقی شود، موجد حق است و شاید به همین علت بوده که قانونگذار به جای استفاده از اصطلاحات شکلی و ماهوی ترجیح داده از قوانین موجد حق نام ببرد که مصداق‌های آن در مقررات شکلی هم یافت می‌شود». به زعم نگارنده، هر قانون ماهوی و شکلی به اعتباری می‌تواند قانون امری باشد و به اعتباری دیگر، قانون تکمیلی باشد. در همین راستا، قوانین مدنی و یا تجارت و بازرگانی شکلی از قوانین ماهوی هستند؛ زیرا ترتیبات ایجاد حق را بیان می‌کنند، اما همین قوانین شامل دسته‌ای از قوانین امری و تکمیلی نیز می‌شوند. به عنوان نمونه، اگر داوری در رأی خود برخلاف قواعد ارث مبادرت به صدور رأی نماید، برخلاف قوانین ماهوی رأی صادر کرده است؛ اما در عین حال خیارهای نیز به عنوان شکلی از قوانین موجد در برخی موارد قابل اسقاط هستند که می‌توان آن را قوانین مخیره به حساب آورد. همچنین ترتیبات ابلاغ و رعایت اصل تناظر نیز نوعی از قوانین شکلی هستند که عدم رعایت آن می‌تواند در رأی داور خلل ایجاد نماید و برعکس پاره‌ای از قوانین شکلی از جمله رعایت مهلت‌های مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی در آیین دادرسی داوری لازم‌الاجرا نیستند.

به نظر می‌رسد که با توجه به تقسیم بندی بالا تعریف قوانین موجد حق به قوانین ماهوی دارای اشکال باشد؛ زیرا برخی قوانین آیینی نیز می‌توانند به عنوان قوانین موجد حق قلمداد شوند. از این رو باید گفت در نسبت میان قوانین موجد حق و امری یا تکمیلی و همچنین ماهوی یا شکلی، قوانین موجد حق را باید صرفاً قوانین ماهوی آمره و قوانین شکلی آمره دانست که در هر صورت قوانین موجد حق هستند و

به رضایت قبلی طرفین است و گاهی بدون وجود چنین رضایتی نیز قاضی یا داور می‌تواند بر اساس اصل انصاف رأی دهد (بند ۳ ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بین‌المللی).

در نسبت میان اصل انصاف و قوانین موجد حق، این پرسش مطرح می‌شود که آیا داور با دارا بودن حق صلح می‌تواند از قوانین موجد حق عدول کند و رأی به انصاف دهد؟ به نظر می‌رسد لزوم رعایت اصل انصاف نباید منجر به زیر پا گذاشتن قوانین موجد حق امری شود.^۵ به‌عنوان مثال اگر شرایط تحقق فسخ به جهت تدلیس فراهم شده باشد، داور چاره‌ای جز رعایت آن ندارد اما می‌تواند با جلب رضایت دارنده حق فسخ، میزان وجه التزام را کاهش دهد و به‌جای آن تعهدات منصفانه‌تری بر اساس شرایط موجود بر طرف دیگر بار کند.

۲-۳. نظم عمومی

نظم عمومی^۶ مفهومی گسترده و متغیر است که معانی متفاوتی ممکن است داشته باشد و تفسیر آن از کشوری به کشور دیگر و از زمانی به زمان دیگر متفاوت است.^۷ نظم

۵. به‌عنوان نمونه مقررات مربوط به تشکیل شرکت‌ها و قواعد مربوط به آنها در حقوق تجارت از مصادیق قوانین امری به شمار می‌آیند؛ زیرا مقررات شرکت تجاری بر خلاف شرکت مدنی برای همه طرف‌ها لازم‌الاجرا بوده و توافق خلاف آنها فاقد اعتبار است (پاسبان، ۱۳۸۹: ۵۵).

6. Public Order

۷. در اندیشه قدما برخلاف فلسفه مدرن که مبتنی بر «دخل و تصرف در عالم و آدم» است؛ فلسفه و زندگی سعادت‌مند مبتنی بر «زیستن هماهنگ با طبیعت برای نیل به سعادت از مجرای عمل به فضیلت» بود. به همین اعتبار رعایت انصاف و عدالت بخش از هماهنگی و تناسب با طبیعت به شمار می‌آید. به‌عنوان نمونه، حتی در کشورهای عضو اتحادیه اروپا نیز مفهوم نظم عمومی دارای کارکردها و ویژگی‌های متمایز است و به همین دلیل است که دیوان دادگستری اروپا تصدیق کرده است که کشورهای عضو می‌توانند مفهوم نظم عمومی خود را تغییر دهند؛ این امر بیانگر این موضوع نیز هست که نظم عمومی نه تنها یک مفهوم سرزمینی است بلکه همچنین یک مفهوم منطبق بر زمان است (کسجیان، ۱۳۸۷: ۱۸۹). اگرچه برخی از حقوق‌دانان معتقدند، مفهوم جدیدی از نظم عمومی در اتحادیه اروپا در حال شکل‌گیری است که ناشی از اصول بنیادین و قانون اساسی اتحادیه اروپاست. (Roel de Lange, 2007: 3-24)

می‌توان دست به تأسیس این اصل زد که در مورد قوانین ماهوی مخیره فرض بر موجد حق بودن آن است؛ مگر اینکه طرفین برخلاف آن تراضی نموده باشند و در مورد قوانین شکلی مخیره فرض بر عدم موجد حق بودن آن است مگر اینکه طرفین بر طبق موافقت نامه داورى یا روابط قراردادی، آن را لازم‌الاجرا دانسته باشند که در این صورت قوانین موجد حق محسوب خواهند شد.

۲-۲. اصل انصاف

اصل انصاف^۱ در ابتدا به‌عنوان یک قاعده اخلاقی در فلسفه قدیم مورد توجه قرار گرفته بود؛ ارسطو معتقد بود که «عدالت»^۲ بخشی از تناسب در طبیعت است و عدم التزام به آن، تناسب در عالم طبیعت را مخدوش می‌کند و در این برداشت ارسطو از درستی و تناسب، عدالت و انصاف تأثیر یکسانی دارند (J. Hepburn, 2001: 5). این اصل به تدریج که وارد نظام‌های حقوقی شد، اهمیت قابل توجهی در تفاسیر حقوقی پیدا کرد، به نحوی که برخی از آن به‌عنوان یک نهاد حقوقی^۳ یاد می‌کنند (French, 2010: 6).

اصل انصاف یکی از اصول بنیادین حقوقی است که دارای نقش تعدیل‌کننده در مقابل انعطاف‌ناپذیری ضوابط حقوقی و قانون است (گلدوزیان، ۱۳۸۶: ۳۱) و در دادرسی دعاوی مدنی اعم از داورى و رسیدگی قضایی از اهمیت زیادی برخوردار است، به‌نحوی که برخی آن را از عناصر عدالت مدنی^۴ می‌دانند (Andrews, 2012: 19). اصل انصاف و اصول عدل و انصاف از جمله ابزارهایی هستند که در حل و فصل دعاوی منجر به صدور آرای به دور از قواعد غیرقابل انعطاف، با در نظر گرفتن شرایط و جوانب هر مسئله و مطابق با عدالت می‌گردد (مطیعی و البرزی، ۱۳۹۷: ۳۸). گاهی صدور رأی قاضی و یا داور بر اساس اصل انصاف منوط

1. Equity Principle

۲. دکتر شمس در توضیح برداشت خود از مفهوم قوانین موجد حق عنوان می‌کند که برای مثال، اگر بین وراثت در ارتباط با ترکه، اختلافی ایجاد و به داورى ارجاع شود، داور نمی‌تواند وراثتی را از ارث محروم کرده و یا حتی سهم وراثتی را کمتر یا بیشتر از آنچه در قانون پیش بینی شده در نظر گیرد؛ اما می‌تواند مالی را که ارزش آن در حد سهم اوست به‌عنوان سهم‌الارث وی تعیین نماید.

3. Equity as a body of law

4. Civil Justice

آنها را عموم و خصوص مطلق دانست؛ بدین معنی که معمولاً هر آنچه با قوانین موجد حق منافات دارد با نظم عمومی نیز مخالف است؛ ولی ممکن است قراردادی که با نظم عمومی مخالف باشد با قوانین موجد حق مخالف نباشد (نجفی، ۱۳۹۴: ۷۵).

در ق.آ.د.م مصوب ۱۳۷۹ در مورد این که رأی داور خلاف نظم عمومی نباشد، قانون تصریحی نداشته است؛ اما در قانون داوری تجاری بین‌المللی که پیش‌تر از آن در سال ۱۳۷۶ تصویب شده در ماده ۳۴، به این که رأی داور اگر برخلاف نظم عمومی باشد، باطل است؛ اشاره شده است.^۲ در کد آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز به موضوع عدم رعایت نظم عمومی در رأی داوری هم در داوری داخلی و هم داوری بین‌المللی اشاره شده است. در داوری داخلی در ماده ۱۴۸۸ در موضوع دستور اجرای رأی داوری آمده است که اگر رأی داور صراحتاً مخالف نظم عمومی باشد، دستور اجرا صادر نمی‌گردد و همچنین در باب داوری بین‌المللی در بند ۵ ماده ۱۵۲۰ نیز آمده است که در صورت صدور رأی مخالف نظم عمومی می‌توان شکایت بطلان از رأی را مطرح کرد (محسنی، ۱۳۹۴: ۳۳۰ و ۳۳۸).

مصادیق قوانین موجد حق در آرای قضایی

در این بخش از این نوشتار با بررسی برخی از آرای قضایی به دنبال تعیین مصادیق قوانین موجد حق از دیدگاه رویه قضایی هستیم. البته لازم به یادآوری است که مراد نگارنده از بکار بردن رویه قضایی در این بخش، به معنای رویه قضایی به عنوان شکل کلی تصمیم قضایی نیست (صبحی، ۱۳۹۵: ۱۹) و صرفاً بررسی تعدادی از آرای قضایی در زمینه موضوع مورد بحث است. در بررسی آرای قضایی ذکر این نکته ضروری است که در ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، رأی داوری که مخالف قوانین موجد حق باشد، باطل اعلام شده است. بر همین اساس در دعاوی که به دلیل

عمومی در معنای عام به مجموعه‌ای از ارزش‌ها، اصول و قواعد اطلاق می‌شود که از نظر جامعه رعایت آنها برای حسن جریان امور الزامی است، به نحوی که هیچ‌گونه تخطی از آنها پذیرفته نمی‌شود و محدوده اصل آزادی قراردادی می‌باشد (سیدی، ۱۳۹۲: ۱۸). به عقیده برخی از حقوقدانان، قلمرو نظم عمومی بر حسب تعبیری که از رابطه فرد با اجتماع می‌شود، تغییر می‌کند. به گمان فردگرایان نظم عمومی فقط ناشی از قانون است؛ ولی از منظر پیروان مکاتب معتقد به اصالت اجتماع، نظم عمومی دارای منابع دیگری مانند اخلاق حسنه و عرف و عادت نیز هست (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۶۲).

چنانکه اشاره شد قوانین موجد حق را به اعتبار تقسیم بندی قوانین به امری و تکمیلی، در زمره قوانین امری می‌توان قرار داد. از این رو، پرسش این است که نسبت میان قوانین موجد حق به عنوان یکی از اشکال قوانین آمره و نظم عمومی را چگونه باید تبیین کرد؟ به عبارت دیگر آیا قوانین موجد حق را می‌توان به اعتبار آمره بودن در ذیل نظم عمومی تعریف کرد و بر اساس آن رأی داور که بر خلاف قوانین موجد حق باشد را خلاف نظم عمومی پنداشت؟^۱

بر این اساس، اگر صدور رأی داوری را که بر خلاف قوانین موجد حق باشد، به دلیل آمره بودن مخالف نظم عمومی بدانیم، آرای داوری در این وضعیت از اساس باطل خواهد بود؛ اما به نظر می‌رسد تمیم مصادیق قوانین موجد حق به مفهوم نظم عمومی و برداشت موسع از مفهوم قانون موجد حق در معنای نظم عمومی با اصول حاکم بر داوری مطابقت نداشته باشد؛ به عبارت دیگر اگرچه این دو مفهوم به طور گسترده‌ای دارای همپوشانی هستند و هر دو آثار یکسانی بر قراردادها دارند؛ اما یکی نیستند. از همین رو، برخی نویسندگان معتقدند که مبنای اکثر قواعد امری، نظم عمومی است اما بدان معنا نیست که تمام قواعد امری بر پایه و اساس نظم عمومی شکل گرفته‌اند (حسینی مقدم، ۱۳۹۶: ۳۲). برخی دیگر نیز معتقدند گستره نظم عمومی وسیع‌تر از قوانین موجد حق است و می‌توان رابطه بین

۲. بند ۲ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی: «در صورتی که مفاد رأی مخالف با نظم عمومی یا اخلاق حسنه کشور و یا قواعد آمره این قانون باشد». لازم به یادآوری است که موضوعات مربوط به نظم عمومی هم در قانون نمونه آنستیرال، هم در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (بند ۲ ماده ۳۴) و هم در ماده ۵ کنوانسیون نیویورک (قسمت ب بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک) آمده است. به عنوان نمونه، در قسمت ب بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک به کشور محل شناسایی و اجرای رأی داوری این امکان داده شده است تا از شناسایی آرای مخالف با نظم عمومی خودداری کند.

۱. به زعم برخی از فلاسفه حقوق مفهوم عدالت و انصاف هم در نسبت طولی و هم در نسبت عرضی مفاهیمی صریح و روشن نیستند؛ زیرا گاهی می‌توانند به جای هم به کار روند و گاهی در تعارض قرار گیرند و علاوه بر آن، گاهی حتی فلاسفه الفاظ «انصاف» و «حق» و «عدالت» را طوری به کار می‌برند که گویی کاملاً واضح است که چه چیزی منصفانه یا عادلانه است؛ یعنی مثل اینکه لازم نیست در مورد آنچه راجع به انصاف بدیهی می‌انگاریم، ابدأ تردید کنیم (موحد ۱۳۸۴: ۸۹-۸۸).

یا بعضی از خيارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود؛ زیرا خیار یک حق مالی است که اسقاط آن ایجاد حق برای طرف ذی‌نفع می‌کند. در دادنامه شماره ۲۰۰۸۸۷/۲۰۹۹۷۲۱۶/۹۲۰۹۹۷۲۱۶ در مقام رسیدگی به خواسته «ابطال رأی داور»، اعلام داشته است که «به‌موجب بند ۲۰-۵ قرارداد مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۴ طرفین کافه خيارات را از خود اسقاط نموده‌اند و داور بر خلاف قواعد موجد حق بدون اراده طرفین نسبت به فسخ قرارداد اظهارنظر نموده و بنابراین رأی داور باطل است. دادگاه پس از بررسی اعلام داشته است که به جهت اینکه در بند ۲۰-۵ قرارداد طرفین اسقاط کافه خيارات را ساقط نموده‌اند و اعلام فسخ قرارداد به اراده طرفین قرار داد بستگی داشته که طرفین آن را به میل خود اسقاط نموده‌اند و اعلام فسخ قرارداد از جانب داور خارج از اراده طرفین در قرارداد استنادی خلاف موجد حق بوده است و با این وصف دعوای خواهان را وارد تشخیص داده مستنداً به بند ۱ ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م حکم به بطلان رأی داورى فوق‌الذکر صادر و اعلام نموده است». همچنین در دادنامه شماره ۲۰۰۵۲/۳۱۰۰۵۲/۹۲۰۹۹۷۲۱۶ صادره از شعبه ۲۰۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران، خواهان مدعی بود که تفسیر و استنباط داور از مفاد قرارداد فی مابین طرفین، خلاف موجد حق است. دادگاه در بررسی این ادعا بیان داشته بود که «چون طرفین قبول نموده‌اند که تفسیر داور از عبارات و مفاد قرارداد ملاک عمل قرار گیرد؛ بنابراین رأی داورى صحیح و خلاف موجد حق نمی‌باشد».

۲. قوانین آمره به‌عنوان یکی از اشکال قانون موجد حق

غالب نویسندگان قوانین آمره را مصداق موجد حق می‌دانند و بر همین اساس آرای که بدون رعایت قوانین آمره صادر شده باشد را مصداق عدم رعایت نظم اجتماعی و ذیل عنوان خلاف قوانین موجد حق تلقی کرده‌اند که در برخی از آرای قضایی نیز مورد توجه قرار گرفته شده است.

به‌عنوان نمونه، در دادنامه شماره ۲۰۰۳۴۴/۲۴۲۲۰/۹۲۰۹۹۷۲۱۶ به تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۱ صادره از شعبه ۱۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران، در دعوای خواهان به طرفیت خوانده مبنی بر «درخواست اعاده دادرسی» نسبت به دادنامه شماره ۶۲۵ مورخ ۱۳۸۰/۴/۲۳ صادره از شعبه ۷۰۳ دادگاه عمومی تهران، خواهان ادعای بطلان رأی داورى صادره و تصمیم دادگاه سابق مبنی بر تأیید رأی داور دارد و در بخشی از اظهارات خود مدعی است که «رأی داور به جهت مخالفت با مقررات آمره و عدم رعایت

خلاف موجد حق بودن و سایر جهات مندرج در ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م اقامه شده‌اند، خواسته خواهان «ابطال رأی داورى» است.

۱. آرای مبتنی بر روابط قراردادی به‌عنوان یکی از اشکال قوانین موجد حق

روابط قراردادی را باید یکی از مهم‌ترین عناصر حقوق خصوصی برشمرد؛ به نحوی که به‌زعم بسیاری فهم حقوق حاکم بر روابط قراردادی را باید نخستین و در عین حال اساسی‌ترین موضوع حقوق به حساب آورد. تعهد افراد به یکدیگر را باید موضوع هر رابطه قراردادی برشمرد که این تعهد به‌طور کلی می‌تواند انتقال مال، انجام دادن کار یا خودداری از انجام دادن کار باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۶). اثر اصلی قرارداد بین دو طرف در پای بند شدن آنان به مفاد عقد خلاصه می‌شود (ماده ۲۱۹ ق.م) با این مقدمه مختصر هر رابطه قراردادی که بین افراد ایجاد می‌شود، چنانچه بر طبق قوانین واقع شده باشند و یا مخالف صریح قوانین نباشد، برای طرفین می‌تواند موجد حق و تکلیف باشد. قوانین موجد حق با توجه به تعریف غالب حقوقدانان، اعم از روابط قراردادی است و بنابراین اگرچه هر نوع رابطه قراردادی را که بتوان منشأ حقی برای طرفین در نظر گرفت، به‌نوعی از شقوق قوانین موجد حق است؛ اما فروکاستن قوانین موجد حق به‌صرف روابط قراردادی، از نظر حقوقی پذیرفته نیست، زیرا برخی از موارد مشمول قوانین موجد حق از جمله قواعد آمره ماهوی مانند اسباب تملک و یا قواعد آمره شکلی مانند اصل تناظر یا رعایت شرایط ابلاغ را نادیده می‌گیرد.

در بررسی آرای قضایی که از قواعد قراردادی به‌عنوان قوانین موجد حق ذکری به میان آمده است، می‌توان به دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۰۰۵۰۱۲۶۲/۱۱۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران اشاره کرد. در این دادنامه، خواهان به طرفیت خوانده دعوایی به خواسته ابطال رأی داورى در دادگاه مطرح می‌کند و دادگاه بر مبنای اینکه خوانده تعهدات خود را برابر قرارداد میان طرفین ایفاء نکرده است، رأی داور را خلاف قوانین موجد حق شناخته و حکم به ابطال آن صادر می‌کند. از این رو در این دادنامه، دادگاه به‌وضوح تعهدات قراردادی را مصداقی از قوانین موجد حق عنوان کرده است.

یکی دیگر از اموری که دادگاه شامل مصداق‌های قانون موجد حق شناخته است؛ بحث اسقاط حق خیار می‌باشد. چنان‌که می‌دانیم بر طبق ماده ۴۴۸ قانون مدنی: «سقوط تمام

می‌تواند رأی برخلاف قوانین موجد حق شناخته شود.

۴. نقش و تعهد خواهان به تعیین قانون موجد حق

تکلیف خواهان به تعیین قانون موجد حق این پرسش را مطرح می‌کند که آیا خواهان باید مشخص کند که چه قانون موجد حقی نقض شده است؟ و به تعبیری که گفته‌اند آیا استناد به قانون موجد حق جز اسباب حکمی است یا جهات موضوعی (درخشان نیا، ۱۳۹۷: ۳۱۸)؟

در دادنامه شماره ۹۲۱ مورخ ۱۳۹۰/۹/۱ صادره از شعبه ۱۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران، دادگاه اعلام داشته است «خواهان باید به این که کدام قانون موجد حق توسط داور نقض شده، تصریح کند»؛ اما این اطلاق واجد اشکال است و باید میان قوانین موجد حقی که جزء قوانین آمره محسوب می‌شوند و قوانین موجد حقی که جزء قوانین مخیره و تکمیلی هستند، تفاوت قائل شد؛ و تنها خواهان را مکلف به ارائه جهات حکمی در قانون موجد حق مخیره کرد؛ زیرا در صورت نخست رأی باطل است و در صورت دوم رأی قابل ابطال و نیازمند درخواست طرفین برای ابطال می‌باشد.

بحث و نتیجه‌گیری

معیار شناسایی قانون موجد حق و مصادیق آن در متون قانونی به روشنی مقرر نشده است. این امر موجب شده است که نویسندگان حقوقی با ذکر برخی از مفاهیم از جمله نظم عمومی، قوانین ماهوی و قواعد قراردادی راهی به سوی تعیین مصادیق قوانین موجد حق باز نمایند؛ اما اشاره‌های اجمالی این نویسندگان نیز موجب شده است که مفهوم قانون موجد حق نیز به موضوعی سهل و در عین حال ممتنع بدل گردد.

فروکاستن مفهوم قانون موجد حق به قوانین ماهوی نیز نمی‌تواند مبین همه وجوه آن باشد؛ زیرا برخی قوانین شکلی نیز می‌توانند به‌عنوان قوانین موجد حق قلمداد شوند. به نظر می‌رسد در نسبت میان قوانین موجد حق و امری یا تکمیلی و همچنین ماهوی یا شکلی، قوانین موجد حق را باید صرفاً قوانین ماهوی آمره و قوانین شکلی آمره دانست که در هر صورت قوانین موجد حق هستند و می‌توان دست به تأسیس این اصل زد که در مورد قوانین ماهوی مخیره فرض بر موجد حق بودن آن است، مگر اینکه طرفین بر خلاف آن تراضی نموده باشند و در مورد قوانین شکلی مخیره فرض بر عدم موجد حق بودن آن است مگر اینکه طرفین بر طبق موافقت نامه داوری یا روابط قراردادی، آن را لازم‌الاجرا دانسته باشند

نظم عمومی، خلاف موجد حق و مشمول بند یک ماده ۴۸۹ از قانون آیین دادرسی مدنی و هم چنین قوانین آمره بند ۵ ماده ۴۸۹ قانون مرقوم خلاف قوانین موجد حق می‌باشد». دادگاه با بررسی موضوع اعلام می‌دارد که به استناد بند یک ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م دعوی خواهان اعاده دادرسی را وارد و مقرون به صحت دانسته و حکم بر بطلان رأی داوری صادر و اعلام می‌گردد.

۳. اصول دادرسی به‌عنوان یکی از اشکال قانون موجد حق

در مقررات آ.د.م آمده است که داوران در رسیدگی و صدور حکم ملزم به رعایت قوانین آیین دادرسی مدنی نیستند؛ زیرا نهاد داوری مبتنی بر حل و فصل خصوصی اختلافات است؛ اما این دیدگاه نباید منجر به این تصور اشتباه در اذهان گردد که تمام اصول دادرسی می‌توانند مورد چشم پوشی قرار گیرند. برخی از اصول دادرسی از چنان اهمیتی برخوردار هستند که در هر نهاد حل و فصل اختلافی، باید مورد رعایت قرار گیرند و عدم رعایت آن می‌تواند خدشه‌ای بر محتوای رأی داوری وارد نماید. از جمله این اصول می‌توان به اصل بی‌طرفی، اصل رعایت حق دفاع (اصل تناظر) و اصل ابلاغ به‌موقع اشاره کرد (آذربایجانی و سماواتی پور، ۱۳۹۵: ۳۴۳؛ گنجی پور، ۱۳۹۲: ۹۴). این اصول به‌اندازه‌ای اهمیت دارند که برخی از حقوقدانان چنان‌که اشاره شد، از آنها به‌عنوان مصادیقی از قوانین موجد حق یاد کرده‌اند.

در دادنامه شماره ۱۵۷۳ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۳۰ شعبه ۲۲۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران با این استدلال که: «نظر به اینکه در قرارداد داوری طریق خاصی جهت ابلاغ رأی داور پیش بینی نشده است، لذا داور باید از طریق دفتر دادگاه نسبت به ابلاغ رأی داوری اقدام می‌کرد» از این رو، داور بر خلاف قوانین موجد حق اقدام کرده است، مؤید این معنا است؛ همچنین در دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۸۷۱۱۱۰۰۱۵۱ مورخ ۱۳۹۶/۳/۱۱ آمده است که: «از جمله قوانین موجد حق، اصول دادرسی می‌باشد؛ از جمله قواعد و اصول دادرسی، رسیدگی داور به ادله طرفین است. در پرونده غیر از یک جلسه که برگزار شده، تنها یک داور حضور داشته است و آن داور نیز جزء داوران امضاء کننده رأی نمی‌باشد، هیچ ادله‌ای مورد رسیدگی قرار نگرفته، تحقیق یا استعلامی نشده، تقاضای حسابرسی اجابت نشده و به ادعای جعل رسیدگی نشده است» (خدابخشی، ۱۳۹۷: ۴۲۸)؛ بنابراین رعایت اصول مهم دادرسی چنانکه که از آرای صادره نیز پیدا است از مصادیق قوانین موجد حق هستند و عدم رعایت آنها

حاجیان فروشانی، زهره؛ قراملکی، علی مظهر (۱۳۹۴). «بررسی فقهی- حقوقی اسقاط کافه خیارات». فصلنامه آموزه‌های فقه مدنی. شماره ۱۲. صص ۱۷۲-۱۵۱.

حسین آبادی، امیر (۱۳۹۱). مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوروری در حقوق ایران، موارد بطلان رأی داور. چاپ سوم. تهران: انتشارات شهر دانش.

حسینی مقدم، سید حسن و دیگران (۱۳۹۶). اعمال قواعد امری در داوروری تجاری بین‌المللی. تهران: انتشارات مجد.

خدابخشی، عبدالله (۱۳۷۹). حقوق دعاوی؛ بایسته‌های حقوق داوروری تطبیقی. تهران: شرکت سهامی انتشار.

درخشان نیا، حمید (۱۳۹۷). نقش محاکم در داوروری (ارائه الگوی مناسب). تهران: انتشارات دادنامه.

راسخ، محمد (۱۳۹۳). حق و مصلحت؛ مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش. چاپ سوم. تهران: نشر نی.

سیدی، جواد (۱۳۹۲). درآمدی بر قابلیت ارجاع در داوروری‌های تجاری بین‌المللی. انتشارات جنگل.

شمس، عبدالله (۱۳۹۵). آیین دادرسی مدنی؛ دوره پیشرفته. جلد ۱ و ۲. چاپ سی و ششم. تهران: انتشارات دراک.

صبحی، محمد (۱۳۹۵). نقش آرای وحدت رویه در نظام حقوقی ایران. تهران: انتشارات فکر سازان.

کاپلنتی، مورو و جی گارث، برایان (۱۳۹۸). آیین دادرسی مدنی. ترجمه و پژوهش حسن محسنی. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴). اعمال حقوقی (قرارداد-ایقاع). چاپ سیزدهم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

_____ (۱۳۸۰). حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها. جلد ۱. چاپ پنجم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

_____ (۱۳۹۳). فلسفه حقوق، تعریف و ماهیت حقوق. جلد ۱. چاپ هفتم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاکاوند، محمد (۱۳۹۴). مقدمه‌ای بر حقوق و رویه داوروری. تهران: انتشارات شهر دانش.

گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۶). کلیات و مقدمه علم حقوق. تهران: انتشارات مجد.

گنجی‌پور، مرتضی (۱۳۹۲). «رعایت اصول عادلانه دادرسی در داوروری تجاری بین‌المللی». فصلنامه علمی-تخصصی اندیشمندان حقوق. شماره ۶. صص ۵۴۰-۵۱۹.

محسنی، حسن (۱۳۹۳). اداره جریان دادرسی مدنی. چاپ سوم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

که در این صورت قوانین موجد حق محسوب خواهند شد. قوانین قراردادی نیز که به تراضی طرفین منبع حق و تکلیف آنها شده است، می‌تواند به‌طور کامل از قواعد موجد حق قلمداد شود؛ زیرا هنگامی که اراده طرفین بر ایجاد حقی استوار باشد، دیگر جایی برای بحث باقی نمی‌ماند و این برداشت ناشی از اصل حاکمیت اراده در روابط قراردادی است.

در نهایت با بررسی آرای این نویسندگان و همچنین رویه قضایی به نظر می‌رسد، نظم عمومی چنان‌که اشاره شد مفهومی موسع‌تر از قانون موجد حق داشته باشد. در اینجا اشاره به این نکته نیز خالی از فایده نخواهد بود که تفاوتی ظریف میان آرای قابل ابطال و آرای باطل وجود دارد؛ قانون موجد حق به شرحی که در دکتربین و رویه قضایی بیان شد در فاصله بین آرای باطل داوروری و آرای قابل ابطال قرار گرفته است و برای حل این وضعیت باید گفت در رأی داوروری که نظم عمومی نقض شده است و رأی از اساس باطل هست نیازی به استناد طرفین و به عبارت بهتر تکلیف به تعیین قانون موجد حق توسط خواهان وجود ندارد؛ ولی آنجا که رأی قابل ابطال هست، مدعی باید جهات نقض قانون موجد حق را به اثبات برساند و این جهات اعم از حکمی و موضوعی است. در نهایت، به‌عنوان پیشنهاد باید گفت که به نظر می‌رسد با توجه به عدم تعیین مصادیق قوانین موجد حق، بهتر است در آیین دادرسی مدنی حدود و ثغور آن مشخص شود و یا اینکه با نظارت قضایی دیوان عالی کشور از طریق صدور رأی وحدت رویه، گره از کار فروبسته این ابهامات بگشاید.

منابع

آذربایجانی، علیرضا؛ سماواتی پور، محمدرضا (۱۳۹۵). «تبیین جایگاه اصول و تشریفات دادرسی در داوروری». فصلنامه حقوق خصوصی. صص ۳۵۷-۳۲۷.

انوری، حسن (۱۳۸۱). فرهنگ بزرگ سخن. جلد ۷. تهران: انتشارات سخن.

امینی، عیسی؛ منصور، عباس (۱۳۹۷). «موجه و مدلل بودن رأی داوروری داخلی با نگاهی بر رویه قضایی». فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی. سال ششم. شماره ۲۲. صص ۹-۳۵.

بی‌نام (۱۳۹۴). آیین دادرسی مدنی فرانسه. ترجمه و برگردان حسن محسنی. تهران: شرکت سهامی انتشار.

پاسبان، محمدرضا (۱۳۸۹). حقوق شرکت‌های تجاری. چاپ چهارم. تهران: انتشارات سمت.

- مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۸۴). رویه قضایی. چاپ چهارم. تهران: انتشارات پایدار.
- _____ (۱۳۷۷). آیین دادرسی مدنی. جلد ۱. تهران: انتشارات پایدار.
- _____ (۱۳۸۲). مبانی و کلیات علم حقوق. چاپ هفتم. تهران: انتشارات پایدار.
- مطیعی، انسیه؛ البرزی ورکی، مسعود (۱۳۹۷). «بررسی تطبیقی اصل انصاف و اصول عدل و انصاف». پژوهش‌های حقوق تطبیقی. شماره ۳. صص ۱۶۲-۱۳۷.
- موحد، محمد علی (۱۳۸۴). در هوای حق و عدالت؛ از حقوق طبیعی تا حقوق بشر. چاپ سوم. تهران: نشر کارنامه.
- مهاجری، علی (۱۳۸۷). مبسوط در آیین دادرسی مدنی. جلد ۴. تهران: انتشارات فکر سازان.
- نجفی، فاطمه (۱۳۹۴). «مخالفت رأی دادگاه با قوانین موجد حق». پایان نامه کارشناسی ارشد. رشته حقوق خصوصی. دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز.
- نصیری، مهور؛ شهبابی، شهاب (۱۳۹۵). الزام مرجع داوری به رعایت قواعد موجد حق. تهران: انتشارات مجد.
- یوسف‌زاده، مرتضی (۱۳۹۳). آیین داوری. چاپ دوم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- Roel de Lange (2007). *The European public order, constitutional principles and fundamental rights*, Erasmus Law Review, vol 1.
- Fiadjoe, Albert (2004). *Alternative dispute resolution: a developing world perspective*, cavendish publishing limited.
- Andrews, Neil (2012). *Fundamental principles of civil procedures: Order out of chaos*, Civil Litigation in a Globalising World.
- French, Robert (29 October 2010). *The Interface between Equitable Principles and Public Law*, Published by Society of Trust and Estate Practitioners, Sydney.
- J. Hepburn, Samantha (2001). *PRINCIPLES OF EQUITY AND TRUSTS*, Second Edition, Cavendish Publishing.
- Christophe Seraglini (2013). *jérôme ortscheidt, Droit de l'arbitrage intern et international*, lextenso, paris.