

## ابهام‌زدایی از

# مفهوم و کاربرد شرع در دادرسی مدنی و داوری\*

- محسن کاظمی<sup>۱</sup>
- بهرام تقی‌پور<sup>۲</sup>
- علیرضا صالحی‌فر<sup>۳</sup>

### چکیده

کارکرد و مفهوم شرع در محاکم و داوری با ابهام مواجه است. بنا به روح و سیر تکاملی قانون، مراد از شرع در قوانین جاری، مفهومی مستقل از قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه است و البته گاهی این واژه در قوانین، صحیح به کار نرفته است. از جنبه کاربردی، پس از احراز نامشروع بودن دعوی نباید به ظاهر قانون یعنی ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی مبنی بر صدور قرار رد دعوی

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، خرم‌آباد، ایران (نویسنده مسئول) (lawyer.kazemim@yahoo.com).

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (taghipour.bahram@khu.ac.ir).

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (salehifar@khu.ac.ir).

اعتماد کرد. همچنین استناد به شرع از جانب طرفین، دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور در اعتراض به رأی بدوی، محدود به آرایبی است که صدور رأی بدوی در شرایط سکوت قانون و به استناد شرع صادر شده باشد. ابهام ناشی از مفهوم شرع در قوانین، در حوزه داوری نیز قابل بررسی است. تکلیف داور نسبت به شرع و تکلیف دادگاه در مقام رسیدگی به اعتراض به رأی داوری از جنبه مخالفت با موازین شرعی، در این مقاله بررسی شده است.

**واژگان کلیدی:** شرع، قانون، اراده، دادگاه، داوری.

### مقدمه

یکی از عوامل محدودکننده اراده، شرع است. واژه «شرع» در قوانین مختلف و در مواد متعدد، توسط قانون‌گذار در ادوار مختلف قانون‌گذاری، مورد استفاده قرار گرفته است. در خصوص مفهوم این واژه، اختلاف نظرهایی وجود دارد که می‌تواند آثار عملی قابل توجهی داشته باشد. نامشروع بودن در فقه با حقوق متفاوت است. در فقه، تمام احکام به طور مستقیم و یا غیر مستقیم برگرفته از شرع هستند. لذا در فقه، حکمی متصف به وصف نامشروع بودن نمی‌شود؛ بنابراین نامشروع بودن تنها به موضوع برمی‌گردد. اما در دانش حقوق، بررسی مشروع بودن علاوه بر موضوع، در حکم نیز لازم است. به همین دلیل، یکی از وظایف شورای نگهبان بر اساس اصل چهارم قانون اساسی، نظارت بر مصوبات مجلس شورای اسلامی است تا قوانین بر اساس و بدون مغایرت با موازین اسلامی بوده و قانون نامشروع تصویب نشود. البته در این تحقیق، منظور از نامشروع تنها موضوع نامشروع است.

قابل توجه است که آیین‌نامه‌ها نیز در صورت غیر شرعی بودن، قابل نقض از طریق دیوان عدالت اداری هستند و مردم می‌توانند خلاف شرع بودن آن‌ها را به دیوان عدالت اداری اطلاع دهند و دیوان نیز با استعلام از شورای نگهبان اتخاذ تصمیم می‌نماید. برای مثال، این شورا در پاسخ به نامه شماره ۹۷۰۳۹۱۱ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۱۰ راجع به بند ۳۹ دستورالعمل مبارزه با قاچاق کالای دخانی مصوب ۱۳۷۸/۱۰/۲۱ ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز چنین نگاشته است:

«در جلسه مورخ ۱۳۹۸/۶/۷ فقهای معظم شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت که به شرح ذیل اعلام نظر می‌گردد: "مصوبه مورد شکایت، خلاف شرع شناخته نشد"».

واضح است که مفهوم شرع در سیستم دادگستری کشور ما بسیار حائز اهمیت است. همچنین می‌دانیم که شرع در ساختار دادرسی حقوقی و کیفری سیستم دادگستری کشور ما جایگاه ویژه‌ای دارد. با وجود این جایگاه ویژه، ابهام‌های جدی در خصوص مفهوم و کاربرد شرع در سیستم دادرسی وجود دارد و در حوزه داوری نیز مسائل متعددی از این طریق قابل طرح است که نیاز جامعه حقوقی به رفع آن‌ها احساس می‌شود.

در این تحقیق کاربردی، به روش توصیفی تحلیلی سؤالات متعددی در حوزه مفهوم و کاربرد شرع در دادرسی و داوری مطرح شده است؛ از جمله مفهوم و قلمرو شرع در قوانین جاری به ویژه قانون آیین دادرسی مدنی چیست؟ قالب تصمیم دادگاه از جنبه قرار یا حکم بودن در مواجهه با خواسته نامشروع چیست؟ طرفین، دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور در اعتراض به جنبه حقوقی رأی و رسیدگی به اعتراض، در چه مواردی می‌توانند به شرع استناد نمایند؟ شرع و قرارداد داوری، تکلیف داوران از جنبه رعایت شرع و تکلیف دادگاه در بررسی درخواست تعیین داور، اعتراض به رأی داور و یا اجرای رأی داوری نامشروع چیست؟

اگرچه به طور پراکنده و جزئی، در برخی آثار و آراء به جنبه‌هایی از این سؤالات پرداخته شده است؛ برای مثال، فریدون نهرینی در مقاله‌ای با عنوان «تشخیص رئیس قوه قضاییه به عنوان یکی از جهات اعاده دادرسی» که جزء منابع همین تحقیق نیز می‌باشد، در کنار بررسی این شیوه اعتراض به آراء قطعی، به مفهوم شرع نیز پرداخته است. اما تحقیقی جامع مشابه آنچه که در این مقاله ارائه شده است، بدون پیشینه است. این مقاله در سه بخش تنظیم شده است. در بخش نخست تلاش شده تا حدودی مفهوم شرع منقح شود و در بخش دوم از جنبه کاربردی، شرع در دو حوزه ایراد به خواسته و سپس اعتراض به رأی دادگاه بررسی گردیده و در بخش سوم، ارتباط شرع با داوری بررسی شده است.

## ۱. مفهوم شرع

در این بخش، شرع را از نظر مفهومی و لغوی بررسی و ابهام‌زدایی خواهیم نمود.

### ۱-۱. مفهوم شرع در لغت و تألیفات فقهی

شرع را در لغت به معنای روش، راه، آیین، کیش و دین آورده‌اند (معین، ۱۳۷۶: ۲۰۳۸). همچنین شرع را به معنای بیان، آشکار و اظهار نیز آورده‌اند؛ به این معنا که برای مثال، اگر گفته می‌شود: «شرع الله لنا کذا»، یعنی که خواند امری را توضیح داد (صدر حاج‌سیدجوادی و دیگران، ۱۳۸۱: ۵۶۱). واژه شرع در عبارت «شرع لهم شرعاً» به معنای «راه» را برای آن‌ها آشکار کرد، در هر دو معنای راه و آشکار کردن آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۴۲۲۰/۹).

در کتاب *رسائل الشریف المرتضی* در معنای آن چنین آمده است: «فی العرف ما بیننا نبینا محمد ﷺ من أحكام الأفعال» (شریف مرتضی، ۱۴۰۵: ۲۷۴/۲). در شرح واژه شریعه نیز چنین آورده‌اند:

«وهی التعالیم التي جاء بها الإسلام والمتمثلة عملياً فی الفقه مأخوذاً من قوله تعالی: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ﴾ فالنبي ﷺ هو الشارع، وتعاليمه هو الشرع أو الشريعة وما طبقه وهو مشروع، وما خالفه فهو غير مشروع» (صدر، ۱۴۲۰: ۵۰۶/۸).

عالم به شرع را در اصول عقاید متکلم، و عالم به فروع شرع را فقیه دانسته‌اند (نجفی، ۱۹۸۱: ۴/۲۸).

مشخص است که معنای شرع در کتب فقهی نیز از معنای لغوی آن دور نیفتاده و تقریباً به معنای دین و روش استفاده شده است. البته در کتب فقهی کمتر دیده می‌شود که به تعریف این واژه پرداخته شده باشد و می‌توان گفت که به طور جدی، اختلاف‌نظری در این حوزه وجود ندارد؛ اما پس از شروع قانون‌گذاری، مفهوم آن قدری دچار ابهام شده است.

### ۲-۱. مفهوم شرع در تألیفات حقوقی

راجع به مفهوم شرع، نظرهای مختلفی مطرح شده است که می‌توان آن‌ها را به طور

کلی در چهار دسته تقسیم‌بندی کرد:

### ۱-۲-۱. قانون

برخی منظور از مشروع بودن را مطابقت با قانون، و نامشروع را به معنای خلاف قانون می‌دانند (امامی، ۱۳۵۷: ۲۷۵/۱) و معتقدند که امروزه شرع و قانون معنای واحدی دارند. لذا منظور از عبارت مشروع بودن، همان معنای قانونی بودن است (شهیدی، ۱۳۹۳: ۱۰۱/۴). در این راستا گفته‌اند نفعی که در قانون پیش‌بینی نشده باشد، نامشروع تلقی می‌گردد و توافق بر خلاف قوانین امری، اعم از اینکه در قانون به امری بودن آن تصریح شده باشد و یا اینکه امری بودن آن از روح قانون استنباط گردد، نامشروع است (حسینی، ۱۳۹۰: ۱۳۶). لذا نامشروع را مخالف با قانونی امری دانسته‌اند.

در یکی از آراء اصراری دیوان عالی کشور به شماره ۵۸۹۲ مورخ ۱۳۳۸/۱۱/۱۰ در خصوص شرکتی که به منظور تولید و فروش مشروبات الکلی ایجاد شده و دادگاه بدوی، موضوع چنین شرکتی را نامشروع دانسته است، می‌خوانیم:

«... چون شرکت نسبت به موضوعی تشکیل شده است که نزد شرکا مالیت داشته و انعقاد چنین شرکتی خارج از حدود قانونی نبوده است، لذا استدلال دادگاه صحیح نیست» (مجموعه رویه قضایی، ۱۳۶۰: ۳۲۵/۲).

ملاحظه می‌شود که دیوان عالی کشور وقت، مشروع بودن را با قانونی بودن مترادف دانسته و آنچه را که قانون نهی نکرده باشد، مشروع دانسته است.

### ۲-۲-۱. قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه

برخی معتقدند که منظور از نامشروع بودن، مخالفت با قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۷۲/۲). ایشان نظر خود را به مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی مستند نموده‌اند. شاید ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی فرانسه<sup>۱</sup> که مورد توجه نویسندگان قانون مدنی ایران بوده، در این نظر مؤثر بوده است. این ماده، نامشروع را آن چیزی می‌داند که توسط قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه منع شده است. همچنین ماده ۶ قانون

1. A cause is unlawful where it is prohibited by legislation, where it is contrary to public morals or to public policy.

مدنی فرانسه بیان نموده که «نمی‌توان به وسیله قراردادهای خصوصی، قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه را نقض کرد».

### ۱-۲-۳. قانون و شرع

برخی شرع را دارای دو معنای قانون و شرع اسلام که شامل امور اعتقادی، حقوقی و اخلاقی است، دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۸۶) و منظور از نامشروع بودن را مخالفت با قانون و شرع می‌دانند و مطالبه وجه حاصل از قمار را مثال می‌زنند که هم با قانون و هم با شرع مخالفت دارد (کریمی، ۱۳۸۶: ۲۱۲).

نویسنده‌ای دیگر معتقد است که شرع واژه‌ای است که در تعبیر قانونی، خود قانون را در بر می‌گیرد و از این حیث باید نصوص قانونی را در بطن این واژه عام دید. وی دلیل این استنباط را رویه قانون‌گذاری در ایران و مبنای قانون در اقتباس از موازین شرع به حکم اصل چهارم قانون اساسی بیان نموده است. همچنین در تقویت این نظر افزوده است که رئیس قوه قضاییه نیز در اکثر موارد اعمال ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب،<sup>۱</sup> اعاده دادرسی به دلیل خلاف بین شرع را به علت خلاف قانون بودن آراء تجویز نموده است. ایشان در شرح بند هشت ماده ۸۴، مشروع نبودن دعوی را ناظر به غیر قانونی بودن و نامشروع بودن آن به مفهوم خاص دانسته است (نهرینی، ۱۳۹۱: ۲۲۰-۲۲۳).

همچنین گاهی شورای نگهبان مصوبه‌ای را خلاف شرع اعلام می‌نماید که رد پای خلاف قانون بودن را نیز می‌توان از آن دریافت؛ برای مثال در خصوص طرح ساماندهی صنعت خودرو در جلسه مورخ ۱۳۹۸/۰۶/۰۶ شورای نگهبان بیان شده است که «تعیین زمان ۵ ساله از اولین شماره گذاری، در صورتی که با گذشت این زمان نیز خسارت و تلفات حادثه قابل انتساب به شرکت سازنده داخلی یا نماینده رسمی شرکت سازنده خارجی یا واردکننده خودرو باشد، خلاف موازین شرع شناخته شد». با دقت در این متن به نظر می‌رسد که این مقرر با قاعده اتلاف و تسبیب مندرج در مواد ۳۲۸ تا ۳۳۵ قانون مدنی نیز مخالفت دارد.

۱. در حال حاضر، ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.

### ۴-۲-۱. قانون، نظم عمومی، اخلاق حسنه و شرع

برخی ضمن استناد به اصل چهارم قانون اساسی،<sup>۱</sup> مشروع بودن را اعم از قانون، نظم عمومی، اخلاق حسنه و شرع دانسته‌اند (عابدیان، ۱۳۸۷: ۹۳). لذا ایشان مفهوم شرع را توسعه داده و البته خود شرع را نیز در کنار سایر موارد، در این مفهوم مستتر می‌دانند.

### ۳-۱. نقد معانی ارائه‌شده و نظر نگارندگان

ضمن ادای احترام به ساحت اساتید فوق، به نظر می‌رسد با توجه به جدیت قانون‌گذار در به کارگیری واژه شرع با عبارات مختلف، باید معنایی متفاوت از آنچه برای این واژه به طور اطلاق و کلی بیان شده، متصور بود. البته برخی حتی قانون‌گذار را نیز در این خصوص دچار ابهام و علت این اختلاف نظرها می‌دانند (کاظم‌پور، ۱۳۹۲: ۱۴۹). اما این واژه بارها در قوانین مختلف مورد استفاده قرار گرفته و توجه به گوشه‌ای از سابقه قانون‌گذاری از این بابت قابل توجه است.

اصل ۲۷ قانون اساسی مشروطه بیان می‌نمود:

«قوای مملکت به سه شعبه تجزیه می‌شود... دوم قوه قضاییه و حکمیه که عبارت است از تمییز حقوق، و این قوه مخصوص است به محاکم شرعیه در شرعیات و محاکم عدلیه در عرفیات...».

اصل ۷۱ همان قانون در توضیح اصل ۲۷ بیان نموده بود:

«دیوان عدالت عظمی و محاکم عدلیه، مرجع رسمی تظلمات عمومی هستند و قضاوت در امور شرعیه، با عدول مجتهدان جامع‌الشرایط است».

در زمان حکومت این قانون، محاکم شرعیه به طور مستقیم، حق پذیرش شکایات را نداشتند. این محاکم تنها در اموری مثل اصل نکاح و طلاق که از محکمه ابتدایی به ایشان ارجاع می‌شد، رسیدگی می‌نمودند (مردانی و بهشتی، ۱۳۹۰: ۷۳/۱). این رویکرد پیشتر و حتی قبل از ورود اسلام به ایران نیز وجود داشته و چنان که گفته‌اند، در دوران

۱. اصل چهارم ق.ا.: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».

ساسانی مراجع قضاوتی ایران به محاکم عرفی و شرعی تقسیم می‌شده است. محاکم شرعی به جرم‌های مذهبی و نیز به شکایات راجع به اموال معابد، ازدواج، ارث و... و محاکم عرفی به دعاوی راجع به مالکیت، غصب و... رسیدگی می‌نموده‌اند (شمس، ۱۳۸۴: ۳۹/۱) و بعدها نقش و تأثیر محاکم شرعی در دوران علی‌اکبر داور در راستای ایجاد دادگستری نوین تا حدود زیادی محدود شد (عاقلی، ۱۳۶۹: ۱۴۳).

گاهی داشتن معنایی متفاوت با قانون برای واژه شرع در قوانین بدیهی است. برای مثال، در اصل ۱۱۲ قانون اساسی که به شرح وظیفه مجمع تشخیص مصلحت نظام پرداخته، بیان شده است:

«... در مواردی که شورای نگهبان، مصوبه مجلس را خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند...».

بدیهی است که واژه شرع در این اصل، معنای خاص «قانون» را در بر نمی‌گیرد؛ زیرا اساساً شورای نگهبان وظیفه‌ای در خصوص تشخیص مغایرت مصوبات مجلس با قانون ندارد. واژه شرع به طور مکرر در قوانین مختلف در کنار واژه قانون به کار رفته است. در رأی وحدت رویه شماره ۶۱۳ مورخ ۱۳۷۵/۱۰/۱۸ نیز از واژه شرع در کنار قانون استفاده شده است. به نظر می‌رسد قانون‌گذار آگاهانه شرع را در کنار قانون و با توجه به تفاوت این دو به کار برده است، وگرنه استعمال دو واژه مترادف به طور مکرر از جانب قانون‌گذار خلاف شأن اوست.

گاهی مراد قانون‌گذار از این واژه، مفهومی است که به وضوح متفاوت با قانون، نظم عمومی، اخلاق حسنه و... است؛ برای مثال در تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. به قاضی مجتهد اجازه داده شده است که چنانچه قانون را مخالف شرع بداند، از رسیدگی امتناع نماید. بدیهی است که باید بین عنوان قانون و شرع، اختلاف معنایی واضحی باشد تا این تبصره و امتناع از رسیدگی معنا یابد. شرع در مواد ۹ و ۱۹۵ ق.آ.د.م. نیز چنین است. اما گاهی واژه شرع در قوانین به شیوه و در موضعی به کار برده شده است که سبب ابهام در درک مفهوم آن شده است. در ادامه به بررسی دو مورد در قانون آیین دادرسی مدنی خواهیم پرداخت.



### ۱-۳-۱. مفهوم شرع در ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی

شرع در ماده ۶ ق.آ.د.م. بدون واژه قانون به کار رفته و ابداع قانون‌گذار جدید است که این واژه را بر همین ماده از قانون پیشین افزوده است.<sup>۱</sup> این استفاده از واژه «شرع» در نگاه نخست، به جهت سابقه قانون‌گذار در ماده ۱۰ ق.م.، شبهه معنای «قانون» را برای این واژه ایجاد می‌کند. ملاحظه می‌شود که ماده ۱۰ ق.م. قراردادهای مخالف قانون را نافذ ندانسته و ماده ۶ ق.آ.د.م. قراردادهای مخل نظم عمومی و اخلاق حسنه را که مغایر با شرع باشد، غیر قابل ترتیب اثر دانسته است. ماده ۹۷۵ ق.م. نیز قراردادهای مخل نظم عمومی و اخلاق حسنه را غیر قابل اجرا دانسته است. ماده ۱۰ ق.م. به قراردادهای خلاف قانون پرداخته و دو ماده ۶ ق.آ.د.م. و ۹۷۵ ق.م. به قراردادهای خلاف نظم عمومی پرداخته‌اند. ماده ۱۰ برخی قراردادها را غیر نافذ می‌داند، ولی دو ماده ۶ و ۹۷۵ برخی قراردادها را غیر قابل ترتیب اثر و غیر قابل اجرا در دادگستری می‌دانند.

برای فهم این مواد، نیازمند بررسی مختصر عنوان نظم عمومی و ارتباط آن با قانون هستیم. برخی معتقدند که قانون به عنوان تجلیگاه اقتدار و عزم جامعه، اساس و مبنای نظم عمومی را تشکیل می‌دهد (شهیدی، ۱۳۹۶: ۵۷/۱)؛ البته نه تمام قوانین بلکه فقط قوانین آمره. به عبارتی، مخالفت با نظم عمومی، مخالفت با قوانین آمره است (الماسی، ۱۳۷۹: ۱۲۹) و برخی نظم عمومی را مضیق‌تر دانسته و معدودی از قوانین آمره مثل قوانین مربوط به حجر، اهلیت، ارث و... را نظم عمومی می‌دانند (منصوریان، ۱۳۹۴: ۶). در مقابل، برخی معتقدند که اولاً، نظم عمومی نوعی است و خارج از مقررات وجود دارد و حقوق آن را تضمین می‌کند. ثانیاً، بر تمام قواعد و مقررات در تمام حوزه‌های حقوق اعم از عمومی و خصوصی سلطه دارد. ثالثاً، مربوط به ذات و حیثیت و مبانی فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و امنیتی می‌باشد. رابعاً، گریزی از گردن نهادن به آن نیست (گرگی، ۱۳۸۸: ۱۰۸).

ساختار نظام‌های حقوقی و تأثیر‌پذیری آن‌ها از اندیشه‌های مذهبی در این تعریف

۱. ماده ۶ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۱۸: «عقود قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه است، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست».

بسیار مهم است. نظم عمومی در کشوری چون ایران می‌تواند موازین اسلامی، مصالح و منفعت عمومی را هم در بر داشته باشد (چلبی و دیگران، ۱۳۹۶: ۸۹). با توجه به رابطه مبنایی نظم عمومی و مصالح جامعه و اینکه نظم عمومی به تبع تأسیسات حقوقی و اوضاع و احوال اجتماعی بر حسب زمان و مکان متغیر است، تصریح نموده‌اند که نظم عمومی هیچ‌گاه نتوانسته دارای یک ضابطه قطعی باشد (ارفع‌نیا، ۱۳۸۹: ۱۸۴/۲-۱۸۵) و ذکر اصطلاح اخلاق حسنه بعد از نظم عمومی، ذکر خاص بعد از عام است که جنبه توضیحی دارد (صفایی، ۱۳۷۷: ۳۲).

بنابراین نظم عمومی اعم از قانون است و رابطه این دو، عموم و خصوص مطلق است. به عبارتی قوانین، بخشی از نظم عمومی هستند که لباس قانون پوشیده‌اند. می‌دانیم که تقریباً تمام نویسندگانی که در حوزه نظم عمومی قلم زده‌اند، ابتدا به مبهم بودن و دشواری تعریف و حتی تعیین مصادیق این مفهوم اذعان داشته‌اند. لذا نگاه دوم که مفهوم نظم عمومی را گسترده‌تر از قانون می‌داند، مناسب‌تر است.

به نظر می‌رسد ماده ۶ ق.آ.د.م. در مقام ارائه معیار شرع در کنار معیار قانون، برای تشخیص مخالف بودن با نظم عمومی و اخلاق حسنه است. بنابراین حکم این ماده در خصوص قراردادهایی است که خلاف قانون نبوده و نافذند و این ماده، تکرار ماده ۱۰ ق.م. نیست تا واژه شرع را به معنای قانون یا اعم از قانون و شرع بدانیم؛ زیرا اگر غیر از این بود، قراردادهایی را که قانون مدنی غیر نافذ دانسته بود، قانون آیین دادرسی مدنی غیر قابل ترتیب اثر اعلام کرده بود که البته قانون‌گذار منزه از چنین امر لغوی است. لذا واژه شرع در این ماده را باید واجد معنایی غیر از قانون دانست. همچنین می‌بینیم که قانون‌گذار در مواردی دیگر از جمله ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی و مواد ۴ و ۳۲ و ۴۶ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری، نظم عمومی و اخلاق حسنه را در کنار موازین شرعی قرار داده است. لذا معنای شرع با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز متفاوت و مستقل است.

### ۱-۳-۲. مفهوم شرع در بند ۸ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی

قانون‌گذار در تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی، واژه شرع را با عبارت

«مورد دعوی مشروع نباشد»، به بند هشت ماده ۸۴ این قانون افزود. برخی مشروع نبودن دعوی را در قالب چهار شرطی که برای دعوی بیان شده، در ضمن ذی‌نفعی مطرح کرده‌اند (متین‌دفتری، ۱۳۸۸: ۱/ش ۶۳) و مشروعیت مورد دعوی بی‌گمان ملحق به مباحث نفع است و اگر مقنن، ایراد به مشروع نبودن را در این بند پیش‌بینی نمی‌نمود، باز هم دادگاه می‌توانست از رهگذر شرایط قانونی طرح دعوی بدان ورود کند (محسنی و صابری، ۱۳۹۴: ۱۰۱). لذا علت فقدان این قید را در قانون قدیم، ناشی از بی‌اعتنایی یا عدم اعتبار مشروع بودن دعوی ندانسته‌اند، بلکه معتقدند از آنجا که یکی از شرایط نفع قابل مطالبه، مشروع بودن آن است، قانون‌گذار قدیم در ضمن ذی‌نفعی خواهان، این قید را در نظر داشته است.

ابتدا قابل توجه است همان‌طور که برخی بیان نموده‌اند، منظور از مشروع نبودن دعوی، مشروع نبودن خواسته دعواست (مهاجری، ۱۳۹۰: ۲۴۲). لذا در بررسی این مفهوم، باید خواسته دعوی مورد بررسی قرار گیرد نه دلیل و مستند دعوی. یکی از مستندات دعوی ممکن است قرارداد باشد. می‌دانیم که به موجب ماده ۱۰ ق.م.، اگر قرارداد مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است. اما این ماده در خصوص خواسته دعوی بیانی ندارد. در حالی که بند ۸ ماده ۸۴ در خصوص خواسته دعوی، شرط نامشروع نبودن را بر ضوابط طرح دعوی افزوده است. بنابراین حال که ق.آ.د.م. قید مشروع بودن را بر خواسته افزوده، تعارضی با ماده ۱۰ ق.م. ایجاد نشده است.

اگر مراد از مشروع بودن در این بند، همان قانونی بودن خواسته دعوی باشد، باید گفت با توجه به اینکه پیشتر در ماده ۲ همین قانون، طرح دعوی بر خلاف قانون ممنوع شده است، لذا افزودن این بند بر قانون، اقدامی لغو بوده است. ولی با توجه به اصرار قانون‌گذار در افزودن واژه شرع بر قانون و مطالب پیش‌گفته در معنای شرع، به نظر می‌رسد افزودن یک بند بر قانون پیشین مبنی بر مشروع بودن دعوی، آگاهانه صورت گرفته و نهادی جدید است. همچنین ملاحظه می‌شود که در موارد متعددی در همین قانون، رسیدگی پرونده بر اساس شرع انجام می‌شود. لذا باید به ظاهر قانون اعتماد کرد و منظور از مشروع بودن دعوی را فقدان مخالفت خواسته با خود شرع دانست نه قانونی بودن دعوی. موارد سکوت قانون و مراجعه قاضی به فتاوا و منابع معتبر اسلامی نیز از

مصادیق بررسی نامشروع بودن خواسته است.

### ۱-۳-۳. تکمله

معنای کلمه شرع را با استفاده از اصول قانون اساسی مثل ۷۲ و ۸۵ می‌توان اصول و احکام مذهب رسمی کشور دانست. تبصره ۱ ماده واحده قانون اصلاح ماده ۱۸ مربوط به شیوه اسبق اعاده دادرسی از طریق تشخیص خلاف بین شرع بودن توسط رئیس قوه قضاییه در این خصوص بیان داشته است:

«مراد از خلاف بین شرع، مغایرت رأی صادره با مسلمات فقه است و در موارد اختلاف نظر بین فقها، ملاک عمل، نظر ولی فقیه و یا مشهور فقها خواهد بود».

آیه‌الله لنکرانی نیز مقصود از مسلمات شرع را اموری دانسته است که ضروری دین و یا ضروری مذهب و یا ضروری فقه است و احدی از مسلمانان و علمای شیعه در آن اختلافی ندارند؛ حتی مواردی که اجماع علما بر آن باشد نیز از مسلمات محسوب می‌شود، مگر اینکه اجماع ادعایی باشد و واقعاً اجماعی در کار نباشد.<sup>۱</sup>

البته مراد از شرع در کاربردهای قانونی باید بسته به محل استفاده آن معنا شود؛ برای مثال در تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. منظور از شرع، با همین کلمه در بند ۸ ماده ۸۴ متفاوت است. در اولی، تمام شرع در برابر تمام قانون است، ولی دومی تنها آن بخش از شرع است که تا کنون وارد قانون نشده و لذا آن بخش از شرع که لباس قانون پوشیده و یا متن مخالف شرعی که بنا به مصلحت توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، جزئی از قانون جاری مملکت شده است، از معنای کلمه شرع در این ایراد خارج است. قابل توجه است که در موارد متعدد دیگر، مفهوم قابل استنباط از واژه شرع در قوانین، به مراتب با وضوح بیشتری بر معنای خود شرع و نه معنای قانون دلالت دارد.

## ۲. کاربرد شرع در محاکم حقوقی

در قانون پیشین آ.د.م. مصوب ۱۳۱۸، استفاده‌ای از واژه شرع نشده بود؛ در حالی که در قانون جدید، بیش از ۱۷ بار از این واژه استفاده شده و گاه نهاد جدیدی ایجاد

1. <<http://fazellankarani.com/persian/qa/view/4726>>.

نموده است. در ادامه به بررسی دو مورد از موضوعاتی که کاربرد شرع را در حوزه رسیدگی بر اساس آیین دادرسی مدنی با ابهام و تشتت آراء مواجه نموده است، خواهیم پرداخت.

## ۱-۲. ایراد نامشروع بودن دعوی

امکان استناد به نامشروع بودن دعوی به عنوان یک ایراد از جانب خواننده نسبت به دعوی خواهان، در بند هشت ماده ۸۴ ق.آ.د.م. مطرح شده و نتیجه پذیرش این ایراد از جانب دادگاه در ماده ۸۹، صدور قرار رد دعوی اعلام شده است. ظاهر قانون مبنی بر صدور قرار، نظر بسیاری حقوق‌دانان را با خود هماهنگ ساخته است. اما آیا مشروع نبودن دعوی تنها یک ایراد شکلی است؟ و نتیجه پذیرش آن صدور قرار ردّ دعواست؟ یا همان گونه که تفکیک‌هایی دیگر، مثل اینکه درخواست برابر قانون با مورد درخواست قانونی متفاوت است، اولی مربوط به شرایط شکلی اقامه دعوی و دومی مربوط به شرایط رسیدگی ماهوی است (محسنی و صابری، ۱۳۹۴: ۱۰۰)، در اینجا نیز صادق است.

برخی معتقدند که ایراد نامشروع بودن دعوی، با دفاع ماهیتی انطباق بیشتری دارد تا شکلی (کریمی، ۱۳۸۹: ۲۸۱). بنابراین مشروع نبودن، ایرادی ماهوی است و لذا صدور قرار صحیح نیست. برخی محاکم نیز به دلیل نص قانون مبنی بر صدور قرار ردّ دعوی، معتقدند که دادگاه باید قرار صادر نماید، اگرچه رسیدگی ماهوی نموده است و این تنها موردی نیست که دادگاه پس از رسیدگی ماهوی، قرار صادر می‌نماید، بلکه در موارد دیگری مثل ماده ۱۰۷ نیز دادگاه با وجود ورود در ماهیت دعوی، پرونده را با صدور قرار مختومه می‌نماید.

به طور معمول، احراز مشروع نبودن دعوی، پس از رسیدگی ماهوی مشخص می‌شود و بدون رسیدگی ماهوی، امکان ارائه نظر در این خصوص وجود ندارد. از طرفی پس از رسیدگی ماهوی، دادگاه باید حکم صادر نماید و در مواردی که با وجود رسیدگی ماهوی قرار صادر می‌شود، به دلیل عارض شدن حالتی است که به طور کلی رسیدگی را از روند در پیش گرفته شده خارج می‌سازد؛ برای مثال، قرار سقوط دعوی در ماده ۱۰۷ ق.آ.د.م. که با وجود انجام تمام یا بخشی از رسیدگی ماهوی در دعوی صادر

می‌شود و یا اینکه پس از رسیدگی ماهوی، به دلیل وقوع صلح بین طرفین دعوی، گزارش اصلاحی صادر می‌شود. لذا این موارد از صدور تصمیمی غیر از حکم، به دلیل خروج پرونده از روند رسیدگی در پیش گرفته شده است؛ اما در غیر از این حالت، قاضی باید پس از رسیدگی ماهوی، حکم صادر نماید نه قرار.

به نظر می‌رسد ظاهر قانون در ماده ۸۹ مربوط به وضعیتی است که خواسته دعوی، به صراحت از امور نامشروع است. لذا اگر خواسته در دادخواست به نحوی مطرح شده باشد که بدون رسیدگی ماهوی، نامشروع بودن خواسته محرز شود، مثل اینکه خواسته مطالبه مشروبات باشد، باید ایراد نامشروع بودن را ایرادی شکلی دانست و رأی مناسب نسبت به آن قرار ردّ دعوی بر اساس مواد ۸۴ و ۸۹ است. اما آنجا که احراز نامشروع بودن خواسته، نیازمند رسیدگی ماهوی است، مثل اینکه خواسته مطالبه وجهی باشد که پس از رسیدگی ماهوی مشخص می‌شود که این طلب ناشی از رابطه نامشروع است، ماهوی دانستن ایراد و صدور حکم، نزدیک‌تر به صواب خواهد بود. لذا چنین مواردی، از شمول مواد ۸۴ و ۸۹ خروج تخصصی دارند. با این رویکرد، نه از ظاهر قانون عبور کرده‌ایم و نه به خاطر پذیرش کامل این ظاهر، اصول حقوقی و رسیدگی را نادیده گرفته‌ایم. ضمن آنکه صدور قرار در این خصوص، تکلیف دعوی را تنها به طور موقت حل خواهد کرد؛ زیرا این قرار، فاقد اعتبار امر مختومه است.

البته قابل توجه است که با مراجعه به رویه استفاده از مفهوم شرع در قانون‌گذاری متوجه خواهیم شد که همیشه تلاش قانون‌گذار بر این است که قوانین مطابق با شرع باشند. این مهم در اصل چهارم قانون اساسی نیز تصریح شده است. از آنجا که رأی وحدت رویه نیز همانند قانون عام‌الشمول بوده و از جانب مرجع ذیصلاح صادر شده و لازم‌الاتباع برای دادگاه‌هاست، در ماده ۲۷۰ ق.آ.د.ک پیشین بیان شده بود: «رأی اکثریت که مطابق موازین شرعی باشد، ملاک عمل خواهد بود». اما آنجا که تنظیم‌کننده اثر حقوقی، شخصی غیر از قانون‌گذار باشد، تکلیف تنظیم‌کننده آن نسبت به شرع متفاوت می‌شود. توضیح آنکه در این حالت، دیگر تکلیف مطابقت با شرع نیست، بلکه مخالفت نداشتن با شرع کافی است. همان‌طور که نسبت به قراردادهای خصوصی نیز قانون‌گذار مطابق با قانون را در ماده ۱۰ قانون مدنی لازم ندانسته است؛

بلکه عدم مخالفت صریح را کافی دانسته است. این نگاه در ماده سه قانون آیین دادرسی مدنی نیز وجود دارد. در این ماده، مخالفت نداشتن اصول حقوقی با شرع کافی دانسته شده است، نه مطابقت با شرع.

در مورد بند ۸ ماده ۸۴، ایراد «مورد دعوی مشروع نباشد» به این معناست که خواسته باید مطابق با شرع باشد؛ در حالی که به نظر می‌رسد مطلوب، عدم مخالفت خواسته با شرع است. لذا ایراد «مورد دعوی نامشروع باشد»، صحیح به نظر می‌رسد. تفاوت این دو عبارت زیاد است در حالت نخست، خواهان باید دعوی مطرَح نماید که مطابق با شرع باشد و در مورد دوم کافی است که مخالف با شرع نباشد. اصل صحت نیز این نتیجه را تأیید می‌کند. در بند نخست ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م. نیز با ادبیاتی بر این اساس، شاهدیم که از موارد باطل بودن رأی داور، مخالفت با قوانین موجد حق اعلام شده است. لذا از داور خواسته نشده که برابر قانون رأی صادر کند، بلکه رأی داور نباید مخالف با قانون باشد.

## ۲-۲. شرع در اعتراض و رسیدگی در اعتراض به رأی

در بند ه ماده ۳۴۸ ق.آ.د.م. در تعیین دلایل تجدیدنظرخواهی آمده است: «ادعای مخالف بودن رأی با موازین شرعی و یا مقررات قانونی». ملاحظه می‌شود که در این ماده، موازین شرعی و مقررات قانونی در کنار هم و به عنوان دو دلیل متفاوت برای تجدیدنظرخواهی ارائه شده‌اند. در ماده ۳۶۶ ق.آ.د.م. نیز در تعریف رسیدگی فرجامی بیان شده است: «تشخیص انطباق یا عدم انطباق رأی مورد درخواست با موازین شرعی و مقررات قانونی». بر اساس ظاهر این دو ماده، طرفین دعوی به طور مطلق چنانچه اعتقاد بر خلاف شرع بودن رأی داشته باشند، می‌توانند تجدیدنظرخواهی و فرجام‌خواهی کنند. اما آیا چنین فهمی از این مواد صحیح است؟ زیرا می‌دانیم با وجود اینکه شورای نگهبان مانع تصویب قوانین خلاف می‌باشد، اما فلسفه وضع مجمع تشخیص مصلحت نظام از بُعد قانون‌گذاری نیز اتخاذ تصمیم در خصوص قوانینی است که خلاف شرع شناخته شده‌اند.

بنابراین وجود قوانینی که از جنبه شرعی قابل تردید و بحث باشد، در کشور ما

متصور است. همچنین ممکن است قوانینی که مستند رأی دادگاه قرار گرفته است، از نظر اصحاب دعوی خلاف شرع باشد و به آن اعتراض نمایند. آیا دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور باید به این اعتراض رسیدگی نماید و یا اساساً می‌تواند رأی دادگاه را از جنبه غیر شرعی بودن قوانین مورد استناد در آن بررسی کند؟

به نظر می‌رسد طرفین زمانی می‌توانند از باب خلاف شرع بودن رأی اعتراض نمایند و نیز دیوان عالی کشور و دادگاه تجدیدنظر زمانی با نگاه شرعی رأی را بررسی خواهند کرد که رأی دادگاه بدوی بر اساس شرع صادر شده باشد؛ زیرا دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور، صلاحیت بررسی رأی را از جنبه شرعی بودن قوانین مورد استناد ندارند. بدیهی است که دادگاه حقوقی نیز زمانی می‌تواند بر اساس شرع رأی صادر نماید که به موجب ماده ۳ ق.آ.د.م.، قانون در خصوص موضوع دعوی ساکت باشد. در این وضعیت است که قاضی مکلف شده تا بر اساس منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و یا اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشند، رأی دهد. قابل توجه است که عبارت «اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشند» نیز از ابتکارات قانون‌گذار جدید ق.آ.د.م. بوده و در قانون پیشین و اصل ۱۶۷ قانون اساسی مطرح نشده است. بنابراین اگر رأی دادگاه بدوی بر اساس موازین شرعی صادر شده بود، طرفین می‌توانند به خلاف شرع بودن رأی اعتراض نمایند و دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور نیز می‌توانند رأی را از این جنبه ارزیابی نمایند.

### ۲-۳. شرع در داور

داور تکلیفی به رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی ندارد. همچنین به استناد بند ۴ ماده ۲۹۶ ق.آ.د.م.<sup>۱</sup> مستندات و مواد قانونی که رأی قضایی بر اساس آن‌ها صادر شده، باید در متن رأی قید شود و به عبارتی رأی باید مستند و مستدل باشد، اما داور مکلف به صدور رأی مستند و مستدل نیست و ماده ۴۸۲ بیان نموده است:

«رأی داور باید موجه و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجد حق نباشد».

۱. ماده ۲۹۶ ق.آ.د.م.: «رأی دادگاه پس از انشای لفظی باید نوشته شده و به امضای دادرس یا دادرسان برسد و نکات زیر در آن رعایت گردد: ... ۴- جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی که رأی بر اساس آن‌ها صادر شده است...».



به علاوه، بند نخست ماده ۴۸۹ که موارد ابطال رأی داور را بیان نموده، مخالف بودن رأی با قوانین موجد حق را موجب ابطال رأی دانسته است.

بنابراین رأی داور می‌بایست موجه و مدلل باشد و کافی است که مخالف قانون نباشد؛ زیرا رأی مطابق قانون باید مستند به قانون، روح قانون و یا مفهوم قانون و... باشد؛ اما اینکه رأی مخالف قانون نباشد، یعنی اینکه صرفاً با قانون مخالفتی نداشته باشد. لذا تکلیف مطابقت رأی با قانون، مخصوص رأی دادگاه است نه داوری، و دادگاه نیز در مقام رسیدگی به اعتراض به رأی داور نمی‌تواند رأی را به دلیل اینکه مستند به قانون نیست، باطل کند؛ بلکه رأی داوری فقط در صورتی که مخالف قانون باشد، باطل خواهد شد.

تکلیف اصل ۱۶۷ قانون اساسی و نیز ماده ۳ ق.آ.د.م. برای لزوم مراجعه و کشف حکم موضوع مطرح شده نزد قاضی از منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر، در صورت سکوت و یا نقص قانون، نیز مختص دادگاه‌هاست و از این بابت تکلیفی برای داور وجود ندارد. همچنین موارد سکوت قانون و لزوم مراجعه به موازین شرعی که بر دادگاه‌ها تکلیف شده بود نیز شامل داوران نشده است. پس بنا به مقررات فعلی، داور تکلیفی برای صدور رأی مطابق شرع و قانون ندارد.

می‌دانیم که دادگاه در مقام رسیدگی به اعتراض به رأی داور و موارد ابطال رأی داور به موجب بند ۱ ماده ۴۸۹، باید رأی داوری مخالف قوانین موجد حق را باطل نماید؛ اما در خصوص رأی خلاف شرع، بیانی در قانون نیامده است. حال آیا باید بر اساس این ظاهر، دادگاه را در جلوگیری از رأی داوری خلاف شرع ممنوع دانست؟ توجه به ماهیت نهاد داوری از این حیث می‌تواند به حل مسئله کمک نماید. در خصوص ماهیت نهاد داوری دست کم سه نظریه قراردادی،<sup>۱</sup> قضایی<sup>۲</sup> و مختلط<sup>۳</sup> وجود دارد.

در نظریه قراردادی، داوری نهادی است که در حوزه قراردادها قرار دارد. این نهاد ریشه در قرارداد بین طرفین داشته و می‌باید مطابق تمایل آنان مدیریت شود (مافی و تقی‌پور،

- 
1. Contractual nature.
  2. Juridical nature.
  3. Hybrid nature.

۱۳۹۶: ۱۷۵-۱۷۹) و نفوذ رأی داوری را تنها ناشی از حاکمیت اراده طرفین دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۱۳۵). همچنین داوران قدرتی به غیر از آنچه از قرارداد کسب می‌نمایند، ندارند و تصمیم آن‌ها تکمیل و به انجام رسانیدن قرارداد طرفین است. لذا نمی‌توان ماهیتی غیر از قراردادی به داوری داد (خزاعی، ۱۳۸۶: ۳۳/۷). به طور کلی، دکترین حقوق ایران به قراردادی بودن داوری نزدیک‌تر است (مدنی، ۱۳۵۶: ۶۷۶/۲؛ مهاجری، ۱۳۸۷: ۱۸۵/۴) و نظریه غالب را ماهیت قراردادی دانسته‌اند (سیفی، ۱۳۷۷: ۵۶).

اما در مقابل، برخی داوری را صرفاً امری قضایی دانسته‌اند (صدرزاده افشار، ۱۳۸۰: ۳۸۷). به موجب این نظریه، داوری به حکم قانون، جلوه خاصی از سازمان قضایی و ابزاری جهت اجرای عدالت و انجام یک وظیفه عمومی است و نتیجه حاصل از آن، به یک تصمیم قضایی تشبیه می‌شود. بنابراین قضاوت داوران پذیرفته نخواهد شد، مگر اینکه یک جزء جدایی‌ناپذیر از سازمان قضایی دانسته شود (David, 1982: 107). مطابق این نظریه، اگرچه بحثی در مورد اینکه منشأ داوری، اراده و قرارداد طرفین است، وجود ندارد، اما پیروان آن معتقدند که حاکمیت اراده دارای اثر کم و محدود به انتخاب داوری به عنوان شیوه حل و فصل اختلاف است. این انتخاب صرفاً به این دلیل مؤثر است که قانون آن را شناسایی کرده و به آن اثر می‌بخشد. پیروان نظریه مختلط نیز داوری را ترکیبی از هر دو ماهیت قراردادی و قضایی با هم می‌دانند که با قرارداد شروع و با رأی ختم می‌شود. به موجب نظریه مختلط، داوری از دو عنصر تشکیل می‌شود: حاکمیت قانون محلی و توافق طرفین (حبیبی مجنده، ۱۳۹۱: ۱۷۲).

ملاحظه می‌شود که حتی مخالفان قراردادی بودن ماهیت داوری نیز بر اتکا و اساس قرارداد در داوری تأکید دارند. بنابراین می‌توان به استناد ماده ۶ ق.آ.د.م. و یا ماده ۹۷۵ ق.م. آراء داوری با موضوع قراردادی نامشروع را غیر قابل اجرا و ترتیب اثر دانست.

در قانون آیین دادرسی مدنی نیز در صدر ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م. بیان شده است: «موارد زیر باطل و غیر قابل اجراست». بنا به ظاهر این ماده، باطل و غیر قابل اجرا همانند و مترادف هستند و در این مورد گفته‌اند: اگر دادگاه، تصمیم داور را «غیر قابل اجرا» بداند در حکم ابطال است و اصولاً از همان قواعد پیروی می‌نماید (خدابخشی،

۱۳۹۷: ۱۴). اما به نظر می‌رسد همان گونه که موارد باطل بودن رأی داوری، منحصر در ۷ بند ذکرشده در ماده ۴۸۹ نیست و برای مثال رأی داوری که در آن، اصول دادرسی از جمله اصل تناظر رعایت نشده باشد نیز قابل ابطال است، می‌توان گفت که موارد غیر قابل اجرا بودن رأی نیز منحصر در این ۷ بند نیستند و حتی شاید بتوان گفت که موارد غیر قابل اجرا بودن، متفاوت با موارد باطل بودن است؛ برای مثال، رأی داوری صادره علیه شخص ورشکسته با وجود اینکه مشمول هیچ یک از موارد ابطال رأی داوری نیست، اما همان طور که رأی دادگاه علیه شخص ورشکسته به استناد رأی وحدت رویه شماره ۵۶۱ قابل اجرا نیست، رأی داوری علیه شخص ورشکسته نیز قابل اجرا نخواهد بود.

بنابراین دادگاه در مقام رسیدگی به دعوی اعتراض به رأی داور یا اجرای رأی داوری و نیز درخواست تعیین داور، چنانچه قرارداد داوری و یا قرارنامه داوری (توافق طرفین با داور یا داوران) را نامشروع بدانند، می‌تواند به استناد ماده ۶ ق.آ.د.م. و ماده ۹۷۵ ق.م. و صدر ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م. رأی داوری را غیر قابل اجرا بداند. همچنین رأی داوری نامشروع را نیز بنا به ماهیت قراردادی داوری می‌توان غیر قابل اجرا دانست.

### نتیجه‌گیری

معانی مختلفی برای واژه شرع بیان شده است. برخی آن را به معنای قانون و برخی اعم از قانون و شرع دانسته‌اند. برخی آن را به معنایی اعم از قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه و برخی اعم از قانون، نظم عمومی، اخلاق حسنه و شرع دانسته‌اند. به نظر می‌رسد با توجه به جدیت قانون‌گذار در به کارگیری واژه شرع با عبارات مختلف، باید معنایی متفاوت از آنچه به طور اطلاق و کلی بیان شده، متصور بود. مراد از شرع در کاربردهای قانونی باید بسته به محل استفاده آن معنا شود؛ برای مثال در تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. منظور از شرع، با همین کلمه در بنده ۸ ماده ۸۴ متفاوت است. در اولی، تمام شرع در برابر تمام قانون است، ولی در بند ۸ ماده ۸۴ تنها آن بخش از شرع است که تا کنون تبدیل به قانون نشده و لذا آن بخش از شرع که لباس قانون پوشیده و یا مخالف شرعی که بنا به مصلحت، جزئی از قانون جاری مملکت شده

است، از معنای کلمه شرع در این ماده خارج است.

از جنبه کاربردی نیز امکان استناد به نامشروع بودن دعوی به عنوان یک ایراد از جانب خواننده نسبت به دعوای خواهان در بند ۸ ماده ۸۴ ق.آ.د.م. مطرح شده و نتیجه پذیرش این ایراد از جانب دادگاه در ماده ۸۹ آن قانون، صدور قرار ردّ دعوی اعلام شده است. بهتر است ظاهر قانون در ماده ۸۹ را مخصوص شرایطی بدانیم که خواسته دعوی به صراحت نامشروع است. لذا اگر خواسته در دادخواست به نحوی مطرح شده باشد که بدون رسیدگی ماهوی، نامشروع بودن خواسته محرز شود، ایراد نامشروع بودن شکلی است و رأی مناسب آن قرار ردّ دعوی بر اساس ماده ۸۹ آن قانون است. اما آنجا که احراز نامشروع بودن خواسته، نیازمند رسیدگی ماهوی است، ماهوی دانستن ایراد و صدور حکم، نزدیک‌تر به صواب خواهد بود.

در خصوص اعتراض به رأی دادگاه به لحاظ خلاف شرع بودن رأی، چنین به دست آمد که طرفین دعوی، دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور، زمانی با نگاه شرعی به رأی دادگاه اعتراض و یا آن را بررسی خواهند کرد که رأی دادگاه بدوی بر اساس شرع صادر شده باشد و دادگاه حقوقی زمانی می‌تواند بر اساس شرع رأی دهد که به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ ق.آ.د.م، قانون در خصوص موضوع دعوی ساکت باشد. در این وضعیت است که قاضی مکلف شده تا بر اساس منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و یا اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشند، اصدار رأی نماید.

می‌دانیم که داور تکلیفی به رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی ندارد. از طرفی داور بر خلاف دادگاه، مکلف به صدور رأی مستند و مستدل نیست و کافی است که موجه و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجد حق نباشد. همچنین بند نخست ماده ۴۸۹ که موارد ابطال رأی داور را بیان نموده، مخالف بودن رأی با قوانین موجد حق را موجب ابطال رأی دانسته است. بنابراین نیازی نیست که رأی داور، مطابق قانون صادر شده باشد؛ بلکه تنها کافی است که مخالف قانون نباشد. تکلیف اصل ۱۶۷ قانون اساسی و نیز ماده ۳ ق.آ.د.م. برای لزوم مراجعه و کشف حکم موضوع مطرح شده نزد قاضی از منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر، در صورت سکوت و یا نقص قانون، نیز مختص دادگاه‌هاست و از این بابت، تکلیفی برای داور وجود ندارد. به علاوه، همان گونه که

تکلیفی بر داور برای صدور رأی بر اساس قانون بیان نشده، تکلیفی برای بر اساس شرع بودن نیز بیان نشده است.

یکی از نظریه‌های مهم در ماهیت داوری، نظریه قراردادی بودن داوری است و حتی مخالفان قراردادی بودن ماهیت داوری نیز بر اتکای داوری بر قرارداد تأکید دارند. بنابراین می‌توان به استناد ماده ۶ ق.آ.د.م. و یا ماده ۹۷۵ ق.م. و ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م.، آراء داوری با موضوع قراردادی نامشروع را غیر قابل اجرا و ترتیب اثر دانست. همچنین به نظر می‌رسد همان گونه که موارد باطل بودن رأی داوری، منحصر در ۷ بند ذکر شده در ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م. نیست و برای مثال، رأی داوری که در آن، اصول دادرسی از جمله اصل تناظر رعایت نشده باشد نیز قابل ابطال است، می‌توان گفت که موارد غیر قابل اجرا بودن رأی نیز منحصر در این ۷ بند نیست و حتی می‌توان گفت که موارد غیر قابل اجرا بودن، متفاوت با موارد باطل بودن است و ۷ بند یادشده موارد ابطال رأی است، نه غیر قابل اجرا بودن آن. بنابراین دادگاه می‌تواند در مقام رسیدگی به دعوی اعتراض به رأی داور، اجرای رأی داوری و درخواست تعیین داور از دادگاه، موضوع را نامشروع دانسته و همچنین رأی داوری نامشروع را نیز بنا به ماهیت قراردادی داوری غیر قابل اجرا بداند.

## کتاب‌شناسی

۱. ارفع‌نیا، بهشید، *حقوق بین‌الملل خصوصی (تعارض قوانین)*، تهران، بهتاب، ۱۳۸۹ ش.
۲. الماسی، نجاد علی، *تعارض قوانین*، چاپ هفتم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۹ ش.
۳. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیه، ۱۳۵۷ ش.
۴. چلبی، فائقه، مرتضی قاسم‌آبادی، و کمال آقاپور، «تحلیلی بر جایگاه نظم عمومی در نظام حقوقی ایران»، *فصلنامه قضاوت*، دوره هفدهم، شماره ۹۱، پاییز ۱۳۹۶ ش.
۵. حبیبی مجنده، محمد، «داوری‌پذیری اختلافات ناشی از حقوق مالکیت معنوی»، *مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۰ ش.
۶. حسینی، محمدرضا، *قانون مدنی در رویه قضایی*، چاپ پنجم، تهران، مجد، ۱۳۹۰ ش.
۷. خدابخشی، عبدالله، *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷ ش.
۸. خزاعی، حسین، *حقوق تجارت بین‌الملل: داوری*، تهران، قانون، ۱۳۸۶ ش.
۹. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه دهخدا*، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷ ش.
۱۰. سیفی، سیدجمال، «قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسترال»، *مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی*، دوره شانزدهم، شماره ۲۳، پاییز و زمستان ۱۳۷۷ ش.
۱۱. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، *رسائل الشریف المرتضی*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ ق.
۱۲. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، تهران، دراک، ۱۳۸۴ ش.
۱۳. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی - جلد اول: تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ سیزدهم، تهران، مجد، ۱۳۹۶ ش.
۱۴. همو، *حقوق مدنی - جلد چهارم: شروط ضمن عقد*، چاپ چهارم، تهران، مجد، ۱۳۹۳ ش.
۱۵. صدر، سیدمحمد، *ماوراء الفقه*، بیروت، دار الاضواء للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰ ق.
۱۶. صدر حاج سیدجوادی، احمد، بهاء‌الدین خرمشاهی، و کامران فانی، *دایرة‌المعارف تشیع*، تهران، نشر شهید سعید محبی، ۱۳۸۱ ش.
۱۷. صدرزاده افشار، سیدمحسن، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی دادگاه‌های عمومی و انقلاب*، تهران، جهاد دانشگاهی، واحد علامه طباطبایی، ۱۳۸۰ ش.
۱۸. صفایی، سیدحسین، «سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۴۰، تابستان ۱۳۷۷ ش.
۱۹. عابدیان، امیرحسین، *شروط باطل و تأثیر آن در عقد*، چاپ دوم، تهران، جنگل، ۱۳۸۷ ش.
۲۰. عاقلی، باقر، *داور و عدلیه*، تهران، علمی، ۱۳۶۹ ش.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، *اعتبار امر قضاوت‌شده در دعاوی مدنی*، چاپ چهارم، تهران، کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۷۳ ش.
۲۲. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۲۳. کاظم‌پور، سیدجعفر، *راهکارهای حمایت از طرف ضعیف قرارداد (مفهوم، مبانی، رویکردها)*، تهران، فکرسازان، ۱۳۹۲ ش.
۲۴. کریمی، عباس، *آیین دادرسی مدنی*، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۲۵. همو، *آیین قضاوت مدنی در محاکم ایران*، چاپ پنجم، تهران، فکرسازان، ۱۳۸۹ ش.

۲۶. گرجی، علی‌اکبر، *مبانی حقوق عمومی*، چاپ دوم، تهران، جنگل، ۱۳۸۸ ش.
۲۷. مافی، همایون، و محمدحسین تقی‌پور، «ماهیت حقوقی نهاد داوری»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۶ ش.
۲۸. متین‌دفتری، احمد، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، چاپ سوم، تهران، مجد، ۱۳۸۸ ش.
۲۹. *مجموعه رویه قضایی*، آرشیو کیهان، آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور، جلد ۲ از سال ۱۳۲۸ تا ۱۳۴۲، ۱۳۶۰ ش.
۳۰. محسنی، حسن، و علی صابری، «یک رأی و دو دیدگاه متفاوت در موضوع ضرورت یا اختیار برای تشکیل جلسه دادرسی»، *فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی*، دوره چهارم، شماره ۱۰، بهار ۱۳۹۴ ش.
۳۱. مدنی، سیدجلال‌الدین، *آیین دادرسی مدنی*، تهران، پایدار، ۱۳۵۶.
۳۲. مردانی، نادر، و محمدجواد بهشتی، *آیین دادرسی مدنی*، تهران، دادگستر، ۱۳۹۰ ش.
۳۳. معین، محمد، *فرهنگ فارسی (معین)*، چاپ دهم، تهران، فرهنگ‌نما با همکاری کتاب آزاد، ۱۳۷۶ ش.
۳۴. منصوریان، مصطفی، *آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی؛ بررسی مفهوم «نظم عمومی»*، تهران، پژوهشکده شورای نگهبان، دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی، ۱۳۹۴ ش.
۳۵. مهاجری، علی، *آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران، فکرسازان، ۱۳۹۰ ش.
۳۶. همو، *مبسوط در آیین دادرسی مدنی*، تهران، فکرسازان، ۱۳۸۷ ش.
۳۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۳۸. نهرینی، فریدون، «تشخیص رئیس قوه قضاییه به عنوان یکی از جهات اعاده دادرسی»، مقاله در: *آیین اثبات و دادرسی (مجموعه مقالات حقوقی)*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۱ ش.
39. David, René, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982.

