

برونو اوپتی

BRUNO OPPETIT

ترجمہ: دکترا اسماعیل بنی صدر



پروگرام علوم انسانی و مطالعات عربیہ

شرط داوری بہ وسیلہ ارجاع





پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

* نوشته حاضر ترجمه مقاله‌ای است با عنوان «La clause arbitrale par référence» به قلم برونو اپتی استاد دانشگاه حقوق، اقتصاد و علوم اجتماعی پاریس، که در شماره سوم مجله داورى سال ۱۹۹۰، از انتشارات تکنیک فرانسه به چاپ رسیده است.



مقدمه مترجم

سرعت یکی از علائم مشخصه بازرگانی به شکل جدید است. در همین راستا، امروزه درصد بسیار بالایی از معاملات تجاری از طریق دستگاههایی چون «فاکس» و «تلکس» انجام می‌پذیرد (عقد غائبین) و برای همین منظور، جهت تسریع کار، طرفین در چند مورد اساسی نظیر قیمت، تاریخ حمل، محل تحویل و در موضوعاتی از این قبیل صریحاً توافق می‌کنند، و برای بقیه شرایط معامله و جزئیات بیشتر، به شرایط عمومی یا قرارداد نمونه‌ای که پیشاپیش از سوی یکی از طرفین تنظیم و آماده گردیده و در معاملات مشابه مورد عمل است، ارجاع می‌دهند.

در بسیاری از این «شرایط عمومی» یا «قراردادهای نمونه»، پیش‌بینی می‌شود که حل و فصل اختلافات از طریق داوری صورت پذیرد؛ لذا در بین حقوقدانان این سؤال مطرح شده که آیا ارجاع به شرایط عمومی قرارداد نمونه که یکی از بندهای آن پذیرش

داوری به‌عنوان طریقه حل اختلافات آتی است به معنی انعقاد قرارداد داوری است و برای طرفین ایجاد الزام می‌کند؟ به‌عبارت دیگر، شرط داوری که در متن قرارداد منعقد می‌باید طرفین قید نشده و از احاله به اسناد خارج از متن قرارداد اصلی به‌دست می‌آید، تا چه حد اعتبار دارد؟

این موضوع، در حقوق تجارت بین‌الملل و در حقوق فرانسه، و ضوابطی که باید از سوی طرفین رعایت شود، طی مقاله حاضر مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



توسعه فوق‌العاده داوری در زندگی اقتصادی در طول چند دهه گذشته، بسیاری از مسائل مهم غالباً پیش‌بینی نشده تا آن زمان را مطرح ساخته که تلاش برای حل آنها موجب بحث‌های پرثمری در روابط بین بازرگانان، نویسندگان حقوقی، قانونگذاران و قضات گردیده و در پایان به نقطه تعادلی بین منافع اشخاص مختلف ذی‌علاقه در موضوع منتهی شده است.

اما این فرایند تدوین مقررات حقوقی، موارد اختلافی را نیز آشکار ساخته است که بعضاً به‌سهولت قابل حل نیست: جزمیت^۱ عده‌ای، اعتقادات^۲ فردی و شخصی برخی دیگر و بالاخره تجربه‌گرایی^۳ یا فرصت‌طلبی جمع‌کنندگی موجب شده است تا نظام حقوقی داوری غالباً تحت تأثیر نیروهای متضاد، که درک روشن مسائل را قلب می‌کنند، به‌هر سو کشیده شود و نهایتاً مانع از تدوین

1. Le dogmatisme
2. Le subjectivisme
3. L'empirisme

راه‌حلهای مفید گردد. این امر در مورد وضعیت قرارداد داوری ملاحظه می‌شود: به‌مجزد آنکه بحثهای دشوار راجع به استقلال شرط داوری تحت‌کنترل درآمد، مجادلات بی‌پایان مربوط به داوری چندجانبه^۴ آغاز و امروزه اعتراضات و بحثهای شدید در مورد وسعت شمول «شرط داوری به‌وسیله ارجاع» مطرح گردیده است. بحثهای جدید، در وهله اول، به مسائل کاملاً عملی نظر دارد: رایج است که قرارداد یا موافقت اصولی منعقد با تلکس یا هر وسیله سریع دیگر، در مورد شرایطی که طبعاً در متن قرارداد قید نمی‌شود، به‌ویژه در مورد شرط داوری معمولاً به مدارک و اسناد ضمیمه، نظیر قراردادهای نمونه، عرف و عادات مدون و شرایط عمومی اتحادیه‌های حرفه‌ای یا بین‌الحرف و یا یک مؤسسه معین احاله می‌کنند^۵؛ به‌همین ترتیب، این روش حل اختلاف از طریق ارجاع، در مجموعه‌های قراردادی بسیار معمول است، موقعی که ارجاع از یک قرارداد به قرارداد دیگری که حاوی شرط داوری است بعمل می‌آید: این امر موجب جمع موارد اختلاف ناشی از یک گروه قراردادی گردیده و احتمالاً «تحکیم»^۶ داوری تحت سرپرستی یک نهاد واحد را به‌دنبال خواهد داشت. اما در برابر نوسانات فعلی حقوق موضوعه که قابلیت طرح دعوی در یک نظام حقوقی را ترویج می‌کند و با وجود عدم امنیت قراردادی ناشی از ارائه بعضی راه‌حلهای متناقض که در عین حال از سوی منابع یا مراجع مختلف حقوقی مورد تأیید قرار گرفته و یا تدوین می‌گردد، بررسی این جدل علمی از لحاظ نظری نیز با ارزش به‌نظر می‌رسد تا بدین‌وسیله در پرتو نتایج حاصله، تحلیل روشنی از تغییرات و تردیدهای موجود در حقوق موضوعه امکان‌پذیر باشد.

4. L'arbitrage multipartite

۵. این اسناد به «شرایط عمومی - اختصاصی» موسوم هستند: «عمومی» از این نظر که این شرایط برای کلیه قراردادهایی که مؤسسه با مشتریان خود منعقد می‌کند قابل اجراست، و صفت «اختصاصی» به این اعتبار که شرایط مذکور به مؤسسه تنظیم‌کننده و ناشر این اسناد اختصاص دارد.

6. Consolidation

طرح مسأله

اساس مسأله مطروحه راجع به شرط داوری به وسیله ارجاع با عباراتی ساده قابل بیان است: آیا در چه حدودی اعتبار شرط داوری را، که از نظر شکلی در متن قرارداد منعقدہ بین طرفین قید نشده و ناشی از احاله به یک سند جدا گانه است، باید پذیرفت؟ چه الزامات یا چگونه تسهیلاتی در مورد اسناد ضمیمه، که در عرف قراردادی معمولند، از اصول حاکم بر حقوق قراردادها و داوری ناشی می شود؟

الف. جا دارد ابتدا بحث را در زمینه تأثیر هریک از نیروهای متضاد یعنی بین نظریه «اصالت قصد و رضا»^۷ در عقود و «اصالت تشریفات»^۸ مطرح ساخت، زیرا مطمئناً پاسخ سؤال مطروحه، بسته به نحوه نگرش به هریک از دو نظریه فوق، طبیعتاً در دو جهت مخالف سیر خواهد کرد.

۱. در زمینه قراردادها به طور عام، هر چند با توجه به اولیوی که عموماً برای نظریه اصالت قصد و رضا شناخته شده است، طبق یک تحلیل حقوقی موجب گردیده دامنه محدودی برای تشریفات^۹ در نظر گرفته شود، لیکن در قرن بیستم، شاهد گرایشی بوده ایم که غالباً نوعی تجدید حیات اصل اصالت تشریفات توصیف گردیده است: اما لازم می آید حدود و اجزاء واقعی آن مشخص شود؛ امری که به نسبی تلقی شدن آن خواهد انجامید. زیرا دلایل و نشانه های نظریه

7. Le consensualisme

8. Le formalisme

۹. به معنی لزوم وجود یک عنصر مادی خارج از رضای طرفین که با فقدان آن، قرارداد جزئاً یا کلاً، به طور مطلق یا نسبی، فاقد اثر تلقی می گردد.

جدید اصالت تشریفات بسیار گوناگون است و در لوای یک توضیح عام قرار نمی‌گیرد.

در مجموعه‌ای گوناگون، ترتیبات شکلی واقعاً تشریفات که جزء شرایط صحت قرارداد به‌شمار می‌روند^{۱۰} با ترتیبات شکلی که صرفاً جنبه اثباتی دارند و یا تشریفات تفویض‌کننده اختیار، که در هر حال خارج از اصول شکلی به معنای اخص هستند، همزیستی دارند. بعلاوه، تجدید حیات ادعایی اصل اصالت تشریفات، مورد ایراد عده‌ای از حقوقدانان واقع شده است که، با توجه به محدود شدن تشریفات، آن‌را به صورت بنیادی متفاوت از اصول معمول در حقوق روم می‌دانند. از سوی دیگر، رویه قضایی سعی دارد، با تفسیر مقررات قانونی، تنظیم سند را به عنوان الزام ساده کسب دلیل تلقی کند. اما دکتین حقوقی عموماً، ضمن تأیید تنوع شکل در حقوق جدید قراردادهای، ارزش جریان تجدید حیات اصل اصالت تشریفات را از دیدگاه عملی و نظری کاهش داده است. امروزه مانند گذشته شکل قرارداد، به گفته یکی از حقوقدانان، صرفاً به عنوان «مهر اراده قاطع حقوقی» به‌شمار می‌آید. بنابراین، شکل قرارداد به عنوان عاملی برای حمایت از طرفین و اشخاص ثالث و موجد امنیت حقوقی تلقی می‌گردد نه امری مطلق یا امری که خود تحت لوای نظام حقوق قراردادهای در خدمت اهداف کاملاً جزئی قرار گیرد.

۲. در مورد خاص حقوق داوری، و در آنچه که به نحوه ابراز اراده طرفین توافق داوری مربوط می‌شود، در نگاه اول ممکن است نوعی تأکید و یا تقویت اصول تشریفات حساس شود؛ چنانکه ماده دوم کنوانسیون نیویورک مورخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی^{۱۱}، و بند اول ماده ۱۴۴۳ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه (ناشی از تصویبنامه مورخ ۱۴ مه ۱۹۸۰) تنظیم سند را برای صحت موافقتنامه داوری ضروری می‌دانند و،

۱۰. در معنی «ad validitatem».

۱۱. برای ملاحظه متن اصلی و ترجمه این کنوانسیون رک. مجله حقوقی، شماره ۱۴/۱۵، سال ۱۳۷۰، بخش «اسناد بین‌المللی»، صص ۴۱۱ و بعد. (مترجم)

در صورت فقدان چنین نوشته‌ای، شرط داوری را صراحتاً باطل اعلام می‌کنند. با وجود این، اقتضا دارد ارزش و مفهوم مقررات فوق کاملاً مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرد. در مورد مادهٔ دوم کنوانسیون نیویورک گفته شده است^{۱۲} که، در صورت تفسیر مضیق متن مزبور، مشخص خواهد شد که الزامات آن دیگر با عرف کنونی تجارت بین‌الملل مطابقتی ندارد و تنها تفسیری موسع می‌تواند موجبات احترام به روح و حتی نص قرارداد را فراهم سازد. در مورد آنچه که به اصلاح حقوق داوری در فرانسه مربوط می‌شود یکی از علمای حقوق^{۱۳}، ضمن شرح قلمرو دقیق آن، به درستی یادآور شده که در این مورد اصل اصالت تشریفات به‌طور ظاهراً متناقضی در بطن اصل اصالت رضا که ملهم از تعریف جدید شرط داوری است، قرار دارد. طبق این تعریف، ارادهٔ طرفین مبنی بر حل و فصل اختلافات آتی از طریق داوری باید به‌طور واضح و قطعی ابراز گردد.

۳. به نظر می‌رسد که از این دیدگاه بتوان به این عقیده رسید که در حقوق موضوعه، اصل اصالت تشریفات فی‌نفسه هیچگاه به‌عنوان یک هدف شناخته نشده بلکه بیشتر به‌صورت عاملی برای تأمین ثبات امنیتی و حمایت به‌شمار آمده است.

همان‌گونه که جریان نسبتاً مخالف اصالت تشریفات که در رویهٔ قضایی نمود پیدا کرده است نشان می‌دهد، شکل قرارداد در مقایسه با الزام به رعایت حسن‌نیت در اجرای تعهدات قراردادی، ارزش بالاتری ندارد. از این لحاظ، می‌توان آن‌را «اولویت اصل رضا» نامید. اما باید توجه داشت که این عقیده^{۱۴} عموماً معادل قصد و رضایی نیست که موجب قاعدهٔ مختص به خود باشد و به‌تنهایی اساس قدرت اجرایی تعهدات قراردادی را پایه‌ریزی نماید: زیرا اگر مسلم به نظر می‌رسد که انسان از طریق قانون با ارادهٔ خود پیوند دارد و نه اینکه منحصرأ در اثر ارادهٔ خود و «قانون به‌عنوان یک محدودیت عادی به‌طور دائم بر

12. B.Goldman

۱۳. M.de Boissésou در کتاب داوری در حقوق فرانسه، چاپ ۱۹۸۳.

14. Communis opinio

فعالیت قراردادی حکومت دارد»، در عوض، الزامات قانونی و خصوصاً الزام مربوط به نحوه بیان قصد و رضا در صورتی ارزش پیدا می‌کند که مبتنی بر حسن نیت، عدالت واقعی، اعتماد یا انتظار مشروع، و در نهایت به صورت شرایط متعادل بین منافع موجود باشد نه به مثابه سنن یا آشکالی که خالی از هرگونه محتوا هستند.

ب. با توجه به مطالب فوق، این سؤال مطرح می‌شود که ابراز قصد و رضای طرفین تا چه میزان مناسب است تابع الزامات قرار داده شود و چه ارزشی باید برای اعمال یا سکوت بعضاً مبهم افراد ذی‌نفع قائل شد و ضابطه این ارزشیابی کدام است؟ آیا می‌توان تنظیم یک قرارداد را، به‌ویژه هنگامی که این قرارداد به اسناد و مدارک ضمیمه ارجاع می‌دهد، به‌عنوان نشانه ابراز قصد و رضا کافی دانست، یا اینکه لازم است اطمینان حاصل گردد که این قبول ظاهری مبتنی بر اطلاع واقعی و یک اراده قطعی بر قبول تعهد از سوی طرفین و خصوصاً از جانب متعهد است؟ در این صورت، آیا برای اراده ابراز شده^{۱۵} باید اولویت خاصی قائل شد؟

۱. قابل ذکر است که اگر رویه قضایی به‌طور کلی، ابراز صریح قصد و رضا

را ضروری شمرده است، در عوض، استفاده از شکل خاصی را الزامی و حتمی نمی‌داند و حتی ابراز قصد و رضای ناشی از اوضاع و احوال کاشف از اراده صریح را مجاز تلقی کرده است، تا آنجا که در موضوعی نظیر ضمانت که معمولاً رویه قضایی به‌نحو خاصی بر حمایت از ضامن در مقابل تعهدات پذیرفته شده بدون تأمل و نامعین تأکید دارد، یک دست‌نوشته روشن و غیرمبهم را واجد کلیه آثار می‌داند، بی‌آنکه امضاکننده آن قادر باشد به بهانه اینکه نوشته مزبور یک روش نگارشی عاری از معنی واقعی بوده است، از اجرای آن خودداری ورزد^{۱۶}. همچنین، اگر رویه‌های قضایی و دکترین، توسط اصولی به ابراز اراده ضمنی یا اراده‌های فرضی را به دلیل احتراز از ورود در عالم موهومات و فرضیات رد

۱۵. Volonté déclarée در مقابل Volonté intime قصد و رضای باطنی.

۱۶. رأی مورخ ۱۸ ژوئن ۱۹۸۵ دیوان کشور فرانسه.

می‌کنند، اما در این امر توافق دارند که عرف قادر است برای سکوت، خصوصیتی مشابه کلام قائل گردد. در بعضی موارد، سکوت دارای یک مفهوم عینی است و به‌عامل ارتباطات بدل می‌گردد. به گفته یک حقوقدان «فقدان علامت می‌تواند خود به‌عنوان یک علامت انتخاب شود». در حقیقت، همان‌گونه که یکی از نویسندگان به‌نحو شایان توجهی بیان داشته است «بین عدم اراده و اراده فعال، حالات مختلفی از اراده وجود دارد؛ حتی حالت فقدان اراده خود مبین تصور یک رفتار حقوقی است». شخصی که با سکوت خود اجازه می‌دهد ظواهری ایجاد شود، بعداً نمی‌تواند به دلایل نامربوط آن را نفی کند.^{۱۷}

۲. در مورد ارجاع متن اصلی قرارداد به مدارک ضمیمه، باید یادآور شد که این امر به‌خودی خود حکایت از آن نمی‌کند که مدارک ضمیمه کاملاً در عرصه قرارداد وارد نشده است. همین امر، در موضوع حمایت از مصرف‌کنندگان در مقابل شروط توأم با سوءاستفاده از موقعیت نیز مصداق دارد، زیرا در حالی که طبق ماده اول تصویب‌نامه مورخ ۲۴ مارس ۱۹۷۸ ناظر به اسناد ضمیمه، شروطی که موضوع یا نتیجه آنها عبارت از الحاق فرد عادی یا مصرف‌کننده به شرایط قراردادی غیر مندرج در نوشته امضا شده توسط این افراد باشد منع گردیده، شورای دولتی^{۱۸} متن ماده فوق را به دلیل آنکه چنین شرطی در همه موارد متضمن سوءاستفاده از قدرت اقتصادی نیست و لزوماً امتیاز فوق‌العاده‌ای به اشخاص حرفه‌ای اعطا نمی‌کند، باطل اعلام کرده است.^{۱۹}

حقیقت این است که احاله به اسناد ضمیمه قرارداد به‌خودی خود معنایی حاکی از نفی یا اثبات ندارد. نفوذ شرط مذکور بر این فرض قرار دارد که طرف دیگر قرارداد هم که این ضمانت علیه او مورد استناد قرار می‌گیرد، از الحاق این اسناد به مجموعه قرارداد مطلع بوده و همچنین امکان واقعی برای اطلاع از

17. Protestation contra actum (factum) non valet

۱۸. «Le Conseil d'État». شورای دولتی فرانسه را می‌توان معادل دیوان عدالت اداری در ایران به‌شمار آورد، با این تفاوت عمده که علاوه بر مرجع عالی قضایی در مسائل اداری کشور، عهده‌دار وظایف مشاوره دولتی در تدوین قوانین، آییننامه‌ها و نظامنامه‌ها نیز هست. (مترجم)

۱۹. رأی مورخ ۱۳ دسامبر ۱۹۸۰ شورای دولتی فرانسه.

محتوای آنها را نیز داشته است. محاکم در رسیدگی بدین موضوع به شرایط ماهوی و قراین توجه دارند که این شرایط هم، برحسب موارد دعوی مخصوصاً با توجه به شغل اصحاب دعوی و نوع روابط آنها، از نظر رعایت حزم و احتیاط مورد توجه قرار گرفته است. در نتیجه، راه‌حلهای محاکم برحسب مورد، از جمله در موردی که روابط بین افراد حرفه‌ای و یا برعکس روابط بین اشخاص حرفه‌ای و افراد عادی در چارچوب قراردادهای الحاقی^{۲۰} مطرح باشد یا اینکه قرارداد مورد اختلاف دارای خصوصیت منحصر به فرد بوده یا برعکس از روابط معاملاتی مستمری ناشی شده باشد و نیز اینکه عبارت مندرج در شرایط کلی جنبه‌ای خاص داشته یا عموماً در نوعی از قراردادها وارد می‌شود که اگر هم ذکر نشود می‌توان آن را جزء شرایط کلی دانست، جواب مسأله فرق می‌کند.

ج. سرانجام، با در نظر گرفتن مفهوم عام توسل به داوری، و همچنین با توجه به اصولی که به تدریج تدوین شده و مورد قبول قرار گرفته است، نقش این اصول در ارائه راه‌حل مسأله مطروحه در خلال ملاحظات زیر شرح داده خواهد شد:

۱. اگر قراردادهای مدنی بین اشخاص خصوصی را که همواره حقوق فرانسه درج شرط داوری را در آنها با قاطعیت منع کرده است استثناء کنیم، شرط مزبور فی نفسه هیچ نوع خصوصیت غیرمتعارف و نگران‌کننده‌ای ندارد بلکه، برعکس در عصر حاضر، داوری یک طریقه عادی برای حل و فصل اختلافات ناشی از معاملات جاری به‌ویژه در مبادلات بین‌المللی به‌شمار می‌رود. در نتیجه، درج «شرط داوری به‌وسیله ارجاع» در یک قرارداد منعقد شده بین اشخاص حرفه‌ای، موضوعی استثنایی و خطرناک محسوب نمی‌شود؛ زیرا، چه از نظر داوری و چه از لحاظ استفاده از اسناد قراردادی ضمیمه (مانند شرایط عمومی)، امری کاملاً معمولی تلقی می‌گردد، علاوه بر اینکه «شرط داوری به‌وسیله ارجاع» به‌خودی خود تبعیت از الزام خاصی را طلب نمی‌کند.

۲. اینکه معتقدان به آیین دادرسی قضایی^{۲۱} یا دادگاهها، در مورد «شرط داوری» و «شروط قبول صلاحیت دادگاه»^{۲۲} به این علت که هر دو مورد ناشی از ارجاع به شرایط عمومی است غالباً رویه مشابهی اتخاذ می‌کنند، قابل توجه نیست. زیرا نظام تقییدی شروط قبول صلاحیت دادگاه^{۲۳} را ضرورتهای دوگانه زیر توجه می‌کنند: لزوم حمایت از مصرف‌کننده بی‌اطلاع و تنها در مقابل شرایط عمومی بسیار پیچیده و حتی ظالمانه که در عمل از طرف یک مؤسسه با موقعیت برتر تحمیل می‌گردد، و ضرورت جلوگیری از محروم کردن یک خواننده دعوی از مرجع قضایی صالح (دادگاه محل اقامت) که در کلیه نظامهای حقوقی به صورت یکی از حقوق اساسی فرد تضمین شده است. اما بدیهی است در موضوع روابط بازرگانی یا بین‌المللی، اوضاع و احوال قضیه مفهوم مسأله را کاملاً تغییر می‌دهد: مبالغه نیست اگر گفته شود که داور بیش از پیش به عنوان قاضی واقعی تجارت بین‌المللی ظاهر می‌گردد، و اشخاص حرفه‌ای و تجار - حتی در معاملات داخل کشور که مقررات حرفه‌ای یا صنفی آن استفاده از داوری را بیش از پیش ضروری می‌داند - نمی‌توانند این امر را نادیده انگارند. سرانجام، باید اضافه کرد که شروطی با دامنه بسیار وسیع‌تر (به ویژه آنهایی که ناظر به مسؤولیتها و تضمینها هستند) با ارجاعی ساده جزء قرارداد می‌شوند، بی‌آنکه شکی در اعتبار آنها ایجاد شود.

۳. آیا اصل استقلال شرط داوری^{۲۴} که امروزه قبول عام یافته است جدایی کامل این شرط از قرارداد اصلی و در نتیجه لزوم وجود موافقتنامه‌ای خاص برای

۲۱. Les processualistes یا حقوقدانانی که رسیدگی قضایی به دعوی ناشی از قرارداد را به آیین داوری ترجیح می‌دهند. (مترجم)

۲۲. Les clauses de prorogation de for. منظور شروطی از قرارداد است که طبق آنها طرفین صلاحیت مرجع قضایی را برای ارجاع اختلافات ناشی از قرارداد پذیرفته‌اند. (مترجم)

۲۳. در قوانین ایران نظام محدودکننده داوری و قبول صلاحیت عام مراجع قضایی کشور، به‌ویژه در دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی، دیده می‌شود. ارجاع به داوری در این موارد، تحت شرایط خاص و با محدودیتهای قانونی بسیاری امکان‌پذیر است. در این خصوص به‌ویژه اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ملاحظه شود. (مترجم)

24. Le principe de l'autonomie de la clause compromissoire

تکمیل آنرا توجیه می‌کند؟ آیا در این صورت خطر مخالفت بی‌قید و شرط با پذیرش شرط داوری به وسیله ارجاع وجود نخواهد داشت؟ جواب این مسأله به حدود قلمرو شناخته شده برای اصل استقلال بستگی دارد. اگر ما این اصل را به نتایج افراطی آن توسعه دهیم، جواب مثبت خواهد بود. در این حالت، شرط داوری به عنوان یک قرارداد واقعی و جداگانه و دارای وضع حقوقی مشخص در نظر گرفته می‌شود؛ ولی اگر عقیده بر این باشد که اصل استقلال مغایرتی با جنبه فرعی بودن شرط داوری ندارد چرا که این شرط بدون وجود قرارداد اصلی قابل تصور نیست و در واقع با توجه بدان قرارداد این شرط پذیرفته می‌شود، پاسخ منفی است. حتی در فرض ادعای فقدان قرارداد اصلی هم مفسران بر این عقیده‌اند که اعمال اصل استقلال شرط داوری نمی‌تواند شرط داوری را از وجود قرارداد اصلی معاف دارد.

□

حال، در پرتو مسأله طرح شده جا دارد، با مطالعه حقوق موضوعه، به بررسی موقعیت «شرط داوری به وسیله ارجاع» پرداخته شود. اصولاً این امر، در محدوده حقوق تعهدات مطرح می‌گردد. بنابراین، نظر به اصول حاکم بر موضوع، به طریق اولی هیچ مانعی در اعتبار قرارداد داوری مندرج در یک سند منضم به قرارداد اصلی به نظر نمی‌رسد، هرچند که این قرارداد فاقد اشاره‌ای خاص حاکی از وجود چنان شرطی باشد، و این درحالی است که حداقل قرارداد مزبور در چارچوب روابط حرفه‌ای قرار گرفته و موافقتنامه داوری با «انتظارات مشروع» طرفین منطبق باشد.



راه‌حلهای حقوق موضوعه

در این بخش به ترتیب راه‌حلهای با منشأ بین‌المللی، و سپس راه‌حلهای در نظر گرفته شده در حقوق داخلی کشورهای مختلف به ویژه حقوق فرانسه، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

الف. منابع بین‌المللی

۱. در این مورد، ابتدا به «قانون نمونه دربارهٔ داوری تجاری بین‌المللی»^{۲۵} که در تاریخ ۲۱ ژوئن ۱۹۸۵ به تصویب کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد^{۲۶} رسیده و به عنوان مدل به مراجع قانونگذاری کشورها پیشنهاد شده است، اشاره خواهد شد. در بند ۲ مادهٔ ۷ «قانون نمونه» فوق، شرط داوری به وسیلهٔ ارجاع با دو شرط مجاز شناخته شده است: اول اینکه شرط داوری در قرارداد اصلی که حاوی ارجاع به سند ضمیمه است به صورت کتبی قید شده باشد؛ دوم آنکه مخصوصاً ارجاع باید به صورتی باشد که شرط مربوط به عنوان جزئی از قرارداد قلمداد شود. یک مفسر صاحب‌نظر، شرط اخیر را بحق «اسرارآمیز» توصیف کرده، زیرا تصور شرایط دقیقی که تحت آن شرایط ارجاع قرارداد پایه به اسناد خارجی نظیر شرایط عمومی به منزلهٔ ادغام موافقتنامهٔ داوری در توافق طرفین عقد تلقی گردد، بسیار دشوار به نظر می‌رسد. باین فرمول مبهم، قانون نمونه نه به پیشرفت نظامهای حقوقی ملی مراد در این موضوع کمک خواهد کرد

۲۵. Loi-type sur l'arbitrage commercial international. برای ملاحظهٔ قانون مزبور رک. مجلهٔ

حقوقی، شمارهٔ ۴، زمستان ۶۴، بخش «اسناد بین‌المللی»، صص ۲۰۵ و بعد.

26. C.N.U.D.C.I. (U.N.C.I.T.R.A.L.)

و نه در اعتلای هماهنگی آنها برای اتخاذ یک موضع واحد و مشترک مؤثر خواهد بود.

۲. کنوانسیون نیویورک مورخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی، مانند کنوانسیون ۱۹۶۱ ژنو، درخصوص موقعیت شرط داوری از طریق ارجاع حاوی هیچ‌گونه مقررات ویژه‌ای نیست. ظاهراً این موضوع مورد توجه مذاکره کنندگان قرار نگرفته و یا اینکه در هر حال خارج از نص کنوانسیون قرار گرفته است. ماده دوم -۲ این کنوانسیون یک موافقتنامه کتبی را برای این منظور لازم می‌داند، به این ترتیب: «عبارت موافقتنامه کتبی اعم است از شرط داوری که در ضمن قرارداد درج شده باشد یا قرارنامه داوری جداگانه‌ای که به امضای طرفین رسیده و یا ضمن مبادله‌نامه یا تلگرام حاصل شده باشد» و این الزام صوری را حاکی از تضمین تعهد آگاهانه طرفین مبنی بر قبول موافقتنامه داوری تلقی می‌کنند. در نتیجه، متن کنوانسیون ظاهراً هرگونه موافقتنامه داوری به صورت ضمنی و یا سندی را که به طور ضمنی منتهی به داوری می‌شود، منع می‌کند. اما با توجه به عدم ذکر جزئیات دیگر، نمی‌توان ادعا کرد که متن مزبور شرط داوری به وسیله ارجاع را نفی کرده است یا فقط در صورتی آنرا مجاز می‌داند که به صورت نوشته خاصی بوده و یا صراحتاً مورد قبول قرار گرفته باشد. با وجود این، براساس یک تفسیر تقریباً اجماعی در دکترین و بعضاً در رویه قضایی، ضرورت دارد اعتبار شرط ارجاع از نظر ماده دوم -۲ کنوانسیون نیویورک مورد ارزیابی قرار گیرد. علی‌رغم خلأ موجود در متن، اکثریت قریب به اتفاق ماده مزبور را یک قاعده مادی تلقی می‌کنند.

- جمع کثیری از نویسندگان مخالفت صریح و یا حداقل تردید جدی خود را نسبت به شرط داوری به وسیله ارجاع مورد نظر در ماده دوم -۲ کنوانسیون بیان می‌دارند.

آقای وان دن برگ^{۲۷}، با وجود طرفداری از تفسیری مستقل از متن ماده، عقیده دارد که باید بین حالتی که قرارداد پایه به طور عام به سند جداگانه احاله

۲۷. (Van den Berg) در کتاب کنوانسیون داوری نیویورک، لاهه، کلور، ۱۹۸۱، صص ۲۱۷ و بعد.

می دهد (ارجاع عام) و حالتی که موجودیت شرط داوری در سند جدا گانه مذکور در قرارداد به طور صریح قید شده باشد (ارجاع خاص)، تفاوت قائل گردید^{۲۸}. به عقیده او، برخلاف ارجاع خاص، ارجاع عام به یک سند ضمیمه برای اثبات وجود اراده متعاملین به قبول شرط داوری کفایت نمی کند، مگر اینکه شرایط عمومی حاوی شرط داوری، بی آنکه لزوماً منضم به قرارداد اصلی باشد، به نحو خاصی به اطلاع طرف دیگر رسیده و یا اینکه بین طرفین جریان روابط مستمر معاملاتی موجود باشد.

— در ارتباط با رویه قضایی، تصمیماتی که سرنوشت شرط داوری به وسیله ارجاع را به نوعی به الزام صوری ماده دوم - ۲ کنوانسیون نیویورک پیوند می دهد، به دو دسته قابل تقسیم است: اول آرائی که، بدون ذکر سایر جزئیات، فقط به ارجاع عام به یک سند جدا گانه حاوی شرط داوری اکتفا کرده اند. طبق آراء دسته دوم، الزام مقرر در کنوانسیون نیویورک مبنی بر وجود یک موافقتنامه کتبی برای هرگونه قرارداد داوری، با یک ارجاع ساده به شرایط عمومی برآورده نمی شود. در بین همین آراء مقتید نیز تقسیم بندی دیگری ضرورت پیدا می کند: آرائی که مشروعیت شرط داوری به وسیله ارجاع را در حالتی که قرارداد پایه فقط از یک توافق شفاهی ناشی شده و شرایط ارجاع نیز به طور کتبی و مدلل موجود نباشد، نفی می کنند؛ و آرائی که موافقتنامه داوری را در صورتی معتبر می دانند که سند متضمن شرط ارجاع، ناشی از قرارداد کتبی بوده و به عنوان ضمیمه به قرارداد مذکور ملحق شده باشد. این رویه مقتید اخیراً توسط یک رأی بسیار جالب توجه که مورد انتقاد نیز قرار گرفته تأیید شده است^{۲۹}. با صدور رأی مزبور دیوان کشور فرانسه، ضمن اقرار به اینکه ماده دوم - ۲ کنوانسیون نیویورک پذیرش سند حاوی یک شرط داوری به وسیله ارجاع را به هیچ وجه نفی نمی کند، اعتبار این شرط را منوط به ذکر وجود آن در قرارداد اصلی ساخته است، به استثنای مواردی که بین متعاملین روابط معاملاتی جاری موجود باشد که بر شناخت کامل طرفین از

۲۸. حالات فوق را به ترتیب «General reference» و «Specific reference» می نامد. (مترجم)

۲۹. رأی مورخ ۱۱ اکتبر ۱۹۸۹ شعبه اول دیوان کشور فرانسه.

تعهدات کتبی حاکم بر روابط تجارتي معمول فی مابین دلالت کند. درحالی که بحث به افراد حرفه‌ای سطح بالا منحصر می‌شود، هیچ چیز این بازگشت قابل تأسفِ اصل اصالت تشریفات را، نه از نظر مادهٔ دوم-۲ کنوانسیون نیویورک و نه به لحاظ منافع قابل حمایت، توجیه نمی‌کند.

رویه قضایی فرانسه با رأی فوق، نظر موافق خود را نسبت به داوری بین‌المللی تغییر داده است. رویه قضایی یاد شده، با تصور تقویت امنیت قراردادی، در حقیقت فقط حربه‌ای به دست مدعیان با سوءنیت داده و مشوق تطویل دادرسی به منظور فلج کردن داورها بوده است. چنین تفسیری از کنوانسیون نیویورک کهنگی برخی از مقررات آن را نمایان تر می‌سازد؛ مقرراتی که امروزه، چه از نظر روال معاملات و چه از دیدگاه نظامهای حقوقی داخلی، عملاً منسوخه به شمار می‌آید.

ب. منابع داخلی

۱. بررسی حقوق تطبیقی نشان می‌دهد که امروزه به طور کلی اغلب نظامهای حقوقی الحاق شرایط عمومی مرتبط با دادوستد را به قرارداد مربوط، به عنوان یک اصل پذیرفته‌اند. در نتیجه، در حالی که یک قرارداد به طور صریح و بدون ابهام به شرایط عمومی مربوط ارجاع دهد، شرایط مذکور در برابر هریک از اصحاب معامله قابل استناد و معتبر خواهد بود. با وجود این، بعضی نظامهای حقوقی این اصل را به طور مشروط پذیرفته‌اند. این نظامها اجرای اصل فوق را، در فرضی که طرف عقد به طور طبیعی از وجود شرط استنادی بی اطلاع باشد، رد می‌کنند، به ویژه در صورتی که شرط مورد بحث مانند شرط داوری از نظر عموماً حقوق در زمرهٔ شروط غیرمتعارف و غیرمعمول به شمار رود.^{۳۰} در بین نظامهای حقوقی که در سالهای اخیر نسبت به تجدیدنظر و اصلاح متون قانونی خود در باب داوری اقدام کرده‌اند، درحالی که مادهٔ ۱۰۲۱ قانون جدید کشور هلند در باب

۳۰. نیاز به یادآوری ندارد که این مورد هر روز کمتر از قبل در روابط بین بازرگانان، مخصوصاً در تجارت بین‌المللی، مصداق پیدا می‌کند.

داوری مقرر می‌دارد «یک سند کتبی که در آن شرط داوری پیش‌بینی شده و یا سند مزبور به شرایط عمومی که شرط داوری متضمن آن است ارجاع نماید، مشروط بر آنکه به‌طور صریح یا ضمنی مورد قبول طرف دیگر عقد قرار گیرد، به‌عنوان شرط داوری قابل قبول خواهد بود»، قانون جدید کشور اسپانیا به‌شماره ۳۶/۱۹۸۸ به‌تاریخ ۵ دسامبر ۱۹۸۸، مانند قانون مورخ ۳۰ اکتبر ۱۹۸۶ یکک ۳۱ (کانادا) و قانون فدرال سوئیس در باب حقوق بین‌الملل خصوصی مورخ ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷، در مورد داوری بین‌المللی، فاقد مقررات خاصی در این موضوع هستند.

۲. حقوق فرانسه:

اول. حقوق فرانسه در باب داوری بین‌المللی، چه از لحاظ متون قانونی و چه از نظر رویه قضایی، فاقد قاعده مادی است که در مسائل بین‌المللی به‌طور مستقیم قادر به اثبات اعتبار شرط داوری به‌وسیله ارجاع باشد^{۳۲}، مگر اینکه اصل استقلال شرط داوری به‌مفهوم عدم وابستگی تام شرط داوری نسبت به قوانین داخلی تلقی شود و در نتیجه اعتبار شرط داوری به‌وسیله ارجاع، باوجود مغایرت با یک نظام حقوقی خاص، به‌عنوان یک قاعده معمول در تجارت بین‌الملل مورد تأکید قرار گیرد؛ امری که اندکی غیرمحتاطانه به‌نظر می‌رسد. باوجود این، اخیراً یک رأی^{۳۳} با رویه مشابه و به‌نام اصل استقلال موافقتنامه

۳۱. Québec بخشی از کشور کانادا که فرانسه‌زبان و مرکز آن شهر مونترآل است. (مترجم)
۳۲. چنانکه در زیر ذکر خواهد شد، ماده ۱۴۴۳ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه مستقیماً در موارد داوری بین‌المللی قابل اجرا نیست. حکم ماده فوق در صورتی قابلیت اجرا دارد که، طبق قواعد تعارض مناسب، حاکم بر قرارداد تلقی شود. در مقابل، ماده ۱۴۹۹ همان قانون در داوریه‌های بین‌المللی به‌طور مستقیم از طرف قاضی فرانسوی اعمال می‌شود. هرچند در مورد قلمرو اجرایی متن مذکور سؤالاتی از جانب حقوقدانان مطرح شده مع‌هذا نباید این‌طور نتیجه گرفت که مقررات مزبور شرط داوری به‌وسیله ارجاع را نفی کرده است، زیرا موجودیت موافقتنامه داوری در هر زمان با ارائه مدارک کتبی نظیر مکاتبات متبادله به‌عنوان قرارداد و احاله به اسناد ضمیمه کاملاً قابل اثبات است.

۳۳. مورخ ۲۸ نوامبر ۱۹۸۹ صادره از شعبه اول دادگاه حقوقی پاریس.

داوری، با آزادمنشی تمام، شرط داوری مندرج در یک موافقتنامه اصولی منعقد شده بین دو سازمان دولتی (فرانسه و تونس) و فاقد هرگونه ارجاع به قرارداد پایه را در مقابل طرف قرارداد قابل استناد شناخته است. به نظر دادگاه پاریس «شرط داوری مندرج در یک قرارداد بین‌المللی، دارای اعتبار و نفوذ خاص است؛ لذا اقتضا دارد در مورد طرفینی که به‌طور مستقیم در اجرای قرارداد و دعاوی ناشی از آن دخالت داشته‌اند، اعمال گردد، به شرطی که با توجه به وضع قراردادی و فعالیت‌های طرفین ثابت شود که آنها با شناخت موجودیت و قلمرو اجرایی، شرط داوری را پذیرفته‌اند هرچند قرارداد حاوی شرط را امضاء نکرده باشند». در این صورت، با قبول دخالت در اجرای قرارداد در چارچوب این توافق، طرف قرارداد «لزوماً تعهدات مذکور در این توافق را تقبل کرده و شرایط آن از جمله شرط داوری را نیز پذیرا شده است».

دوم. در حال حاضر، حقوق فرانسه راجع به داوری داخلی بی‌شک شرط داوری به‌وسیله ارجاع را معتبر می‌شناسد. طبق ماده ۱۴۴۳ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه ناشی از تصویبنامه مورخ ۱۰ مه ۱۹۸۰، نوشته دال بر وجود موافقتنامه داوری باید در ضمن قرارداد اصلی یا در یک سند مورد ارجاع قرارداد، قید شده باشد. قانون جدید در حقیقت فقط شروط شفاهی صرف، نظیر شروطی که قبلاً رویه قضایی تنها براساس عرف ناشی از روابط طرفین آنها را مجاز می‌شناخت، مردود می‌داند. در هر حال، حقوق‌دانان و دادگاهها در باب قلمرو و حدود متن قانونی تحلیل یکسانی ندارند.

– نظریات حقوق‌دانان در این باب مختلف است. طبق یک تفسیر مضیق، تنها یک مدرک کتبی دال بر توافق متعاملین در مورد حل و فصل اختلافات احتمالی به‌وسیله داوری، پاسخگوی الزامات شکلی مقرر در تصویبنامه مورخ ۱۹۸۰ خواهد بود. در نتیجه این تفسیر، ارجاع نیز باید خود به‌صورت کتبی بوده و تنها از قبولی ضمنی ناشی نشده باشد. به‌نظر عده‌ای از حقوق‌دانان حتی لازم است متن ارجاع، وجود شرط داوری را در مدرک مرجوع‌الیه صراحتاً قید کرده باشد. برعکس، یک جریان فکری با آزادمنشی خیلی بیشتر الزامات مزبور (خصوصاً دومی) را به‌دلیل تجاوز فاحش از عبارت و روح قانون رد می‌کند و بحق یادآور

می‌شود که الزام مقرر در ماده ۱۴۴۳ در واقع چیزی بیش از یک مستند کتبی برای شرط، و نیز ارجاع قرارداد به مستند مزبور، به‌شمار نمی‌رود. مع‌هذا، از این مطلب نمی‌توان چنین استنتاج کرد که قرارداد اصلی باید به وجه خاصی به‌وجود شرط داوری در سند ارجاع اشاره کند و یا اینکه قرارداد اصلی مذکور لزوماً تابع شرایط شکلی ویژه‌ای باشد، بلکه آنچه در نص و روح قانون مهم تلقی شده عبارت از این است که متعاملین واقعاً قصد انعقاد یک قرارداد برای حل و فصل دعاوی احتمالی خویش را از طریق داوری داشته‌اند. زمانی این الزام مشروع انجام یافته تلقی می‌گردد که شرط داوری به‌نحوی در یک نوشته درج و به‌طریقی در قلمرو قراردادی ادغام شود، بی‌آنکه خود این الحاق قراردادی تابع تشریفات شکلی خارج از مقررات ماده ۱۴۴۳ و یا اصول عمومی حقوق قراردادهای باشد.

– مشخصه رویه قضایی در این موضوع به‌طور کلی آزادمنشی آن است. بدون هیچ‌گونه انکاری نسبت به ارجحیت خصلت قراردادی داوری یا نفی لزوم یک توافق صریح بین طرفین، دادگاهها به‌نیازهای تجارت و روال جاری بازار در انعقاد قرارداد توجه بسیار داشته‌اند تا مبدا با توسل به واخواهی و درخواست بطلان، از طریق اعتراضهای زیاد و مکرر مبنی بر عدم وجود قرارداد داوری، در اجرای احکام داورها اختلالی ایجاد شود. در این مورد، به‌عرف و اصول حرفه‌ای متعاملین اولویت داده شده است. با وجود این، برحسب مرجع قضایی و نوع معاملات، نوساناتی در احکام دادگاهها به‌شرح زیر ملاحظه می‌شود:

* به‌نظر می‌رسد که غالب آراء در موضعی میانه بین لیبرالیسم مطلق و تبعیت افراطی از مکتب شکلی قرار داشته‌باشند. از ۱۹۸۰ به‌بعد دادگاهها کتبی بودن موافقتنامه داوری را لازم می‌دانند و در مجموع معتقدند که شرط ارجاع کلی به‌سند ضمیمه حاوی مقررات داوری کفایت خواهد کرد، بی‌آنکه ارجاع مزبور به‌وجه خاصی به‌وجود موافقتنامه داوری اشاره کرده باشد. به‌نظر دادگاهها، وجود یک احاله صریح قراردادی به یک سند هرچند فاقد امضای احد از متعاملین باشد، برای الحاق شرط داوری به موارد توافق اراده آنها کافی است و چنین فرض می‌شود که طرفین از محتوا و قلمرو آن مطلع شده‌اند. به‌ویژه در مسائل بین‌المللی شرط داوری به‌وسیله ارجاع

موضوع به همین منوال بوده و شرط ارجاع به قرارداد داوری به مثابه یک قاعده واقعی عرفی و قرینه‌ای بر صلاحیت دست‌اندرکاران تجارت بین‌المللی مورد تأکید قرار می‌گیرد. پیرو این نظر، دادگاهی قرارداد داوری ناشی از ارجاع به شرط داوری مندرج در قرارداد دیگری را که فاقد امضای احد از اصحاب دعوی بوده، صحیح و معتبر تلقی کرده است.^{۳۴} راجع به معاملاتی که طبع و موضوع آنها اقتضای انعقاد سریع قرارداد توسط تلکس یا وسیله مشابه دیگری را داشته و خواه ضمن پیشنهاد یا در تأییدیه سفارش و یا در فاکتور صادره به شرایط عمومی یا نمونه قرارداد حاوی شرایط داوری ارجاع شده باشد، آراء بسیاری صادر گردیده است، بطوریکه می‌توان گفت علی‌القاعده، دادگاهها در وارد کردن شرط داوری به قلمرو قراردادی تردیدی ندارند به شرط آنکه گیرنده سند ضمیمه، هیچ‌گونه اعتراضی به محتوای آن نداشته و بی‌شک خود قرارداد پایه نیز در اصل مورد ایراد قرار نگرفته باشد. از آن‌جمله، در موضوع فروش محصولات کشاورزی یا دامی ارجاع صریح به «قرارداد (RUFRA)»^{۳۵} در متن تأییدیه یک دلال، که علی‌رغم وصول آن توسط «تاجری آشنا به این‌گونه معاملات» هیچ‌گونه اعتراضی به دنبال نداشته، به منزله قبول شروط قرارداد به شرح مندرج در تأییدیه مذکور تلقی شده است.^{۳۶} فقط در قرارداد طبق کُد RUFRA لازم است در این مورد شرایط خاصی پیش‌بینی گردد، همان‌طور که آراء اخیر به روشنی اعلام می‌دارند: «ارجاع تأییدیه فروش به کُد RUFRA که حاوی مقرراتی در باب حل و فصل هرگونه دعوی از طریق داوری و نحوه انجام آن است، از اراده مشترک طرفین مبنی بر قبول این آیین دادرسی حکایت می‌کند، به شرط آنکه محقق گردد که این سند با عادات تجارته معمول بین متعاملین که هر دو به دلیل حرفه‌ای بودن از قواعد و عادات مورد اشاره قرارداد فی‌مابین مطلع هستند، مطابقت داشته است» و گیرنده تأییدیه شرایط معامله نمی‌تواند، به بهانه اینکه شرط داوری با حروف ناخوانا در ذیل نامه

۳۴. رأی مورخ ۲۰ ژانویه ۱۹۸۸ شعبه ۱۴ دادگاه عمومی پاریس.

۳۵. ماده ۳۲ آن حاوی شرط داوری است.

۳۶. رأی مورخ ۸ ژوئن ۱۹۸۴ دادگاه پاریس.

تأییدیهٔ ارسالی از طرف دلال نوشته شده است، از اجرای شرط مذکور امتناع ورزد.

* گرایشی قائل به محدودیت در رویهٔ قضایی، هرچند که در اقلیت قرار دارد، در چند رأی مورد تأیید قرار گرفته است. طبق یکی از این آراء^{۳۷}، نامهٔ تأییدیهٔ حاوی شرط داوری، در قرارداد منعقدۀ تلفنی با شرایط مقرر در مادهٔ ۱۴۴۳ قانون جدید آیین دادرسی مدنی [فرانسه] منطبق نیست، هرچند که نامهٔ مذکور مورد اعتراض گیرندهٔ آن واقع نشده باشد. اما به نظر می‌رسد که این رأی، موردی کاملاً استثنایی در بین کلیهٔ آراء سابق الذکر باشد، زیرا رأی مذکور از حکم مضیق مادهٔ قانونی نیز فراتر رفته است. در مقابل، در مسائل حقوق دریایی، دادگاهها در اکثر موارد شرایط الزامی بسیاری برای اعتبار شرط داوری به وسیلهٔ ارجاع قائل شده‌اند. از جمله، قید صریح شرط داوری در ضمن شرایط ارجاع، الزامی تلقی شده است^{۳۸}. اما در حقیقت اگر شرط داوری قرارداد اجارهٔ کشتی که در بارنامه قید نشده و مورد قبول قطعی حامل بارنامه نیز قرار نگرفته است، در برابر وی قابل طرح و استناد نیست، علت این است که شرط داوری مندرج در قرارداد خرید، فقط در مورد دعاوی ناشی از قرارداد اخیر قابل اجراست و بدون موافقت حامل بارنامه، که شخص ثالث محسوب می‌شود، نمی‌تواند به او تسری یابد، زیرا شرط داوری مربوط به سندی است که او در تنظیم و امضای آن دخالت نداشته است. اما در صورتی که شخص ثالث بارنامه را که در آن شرط داوری قید شده است امضاء کند، دیگر این نگرانی از بابت حمایت وی وجود نخواهد داشت^{۳۹}.

□

از مقابله بین اصول و قواعد عمومی و راه‌حلهای پراکندهٔ حقوق موضوعه

۳۷. رأی مورخ ۱۵ ژوئیهٔ ۱۹۸۷ شعبهٔ دیوان عالی کشور فرانسه.

۳۸. رأی مورخ ۴ ژوئن ۱۹۸۵ همان دیوان.

۳۹. رأی مورخ ۲۷ نوامبر ۱۹۸۶ دادگاه روان.

این نتیجه حاصل می‌شود که هیچ‌گونه تضاد اساسی بین شرط داوری به وسیلهٔ ارجاع و نظم حقوقی وجود ندارد. بنابراین، در صورت رعایت شرایط مربوط به صداقت قراردادی و امنیت حقوقی از طرف متعاملین، تنها با یک موشکافی مبالغه‌آمیز می‌توان شروطی را نفی کرد که در عین حال نیازهای جاری معاملات و مبانی حقوق قراردادی را کاملاً برآورده می‌سازند.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی