



## دو پژوهش حقوقی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

- تأملاتی بر لایحه داوری تجاری بین‌المللی (۱)
- دیوان محاسبات در آینه حقوق

# ■ تأملاتی بر لایحه داورى تجارى بين المللى « ۱ »

منصور جعفریان

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

اشاره

مراکز داورى، نهادهای معتبری در سطح جهان هستند که با هدف حل اختلافات مربوط به روابط تجاری، از اهمیت و ارزش حقوقی والایی در سطح مبادلات بین کشورها برخوردار هستند و ضرورت وجودشان تا حدی است که در غالب توافقنامه های تجاری بین المللی، ماده یا تبصره ای ویژه در خصوص مراجع حقوقی داورى مورد وثوق دو جانبه، لزوماً قید می گردد. متأسفانه تا پیش از ارائه لایحه اخیر دولت به مجلس تحت عنوان «داوری تجاری بین المللی»، به این امر بسیار مهم، توجه بایسته ای نشده بود و این در شرایطی است که از سوی دیگر طرفهای خارجی تجاری جمهوری اسلامی ایران برای سرمایه گذاری، مشارکت و معاملات، با اشاره مستقیم و صریح بر آن تأکید دارند و از سویی با عنایت به ضرورت گسترش هر چه بیشتر مناسبات تجاری با کشورهای عضو «اگو» و «اپک» در روند شکل گیری طرح خصوصی سازی تجاری، برای حل اختلافات احتمالی، لزوم وجود آن رابه عنوان یک قانون، تصریح می نماید.

در مطالعه حاضر، توافقنامه داورى در لایحه داورى تجاری بین المللی ایران، به صورت تطبیقی مورد بررسی قرار گرفته است. امید است این سلسله مباحث بتواند در شکل گیری بهینه قانون مذکور مفید و مؤثر افند.

## پیش‌نوشتار

در تجارت، سرعت عمل نقش مهمی دارد. وسایل ارتباطی از قبیل تلفن، تلکس، فاکس، تلفنهای سیار ماهواره‌ای و... سرعت برقراری ارتباط و انتقال اخبار را آن چنان افزایش داده‌اند که هر لحظه از زمان، در امر تجارت سرنوشت ساز شده است. از این رو حل و فصل اختلافات ناشی از «روابط تجاری بین‌المللی» نیز می‌باید هماهنگ با ماهیت روابط تجاری متحول شود. در حال حاضر، دو مرجع اصلی عهده‌دار رسیدگی به اختلافهای تجاری بین‌المللی هستند که عبارتند از: مراجع داوری و دادگاه‌ها.

مراجع داوری از مزایای چندی برخوردار هستند که به برخی از آنها فهرست‌وار اشاره می‌شود:

سرعت بیشتر در رسیدگی به امور، تشریفات رسیدگی ساده‌تر، هزینه رسیدگی کمتر، امکان تعیین تشریفات رسیدگی توسط طرفین اختلاف، امکان انتصاب متخصصان موردنیاز و آگاه به موازین حقوقی به عنوان داور و...<sup>(۱)</sup>

به علت مزایای داوری، در سطح بین‌المللی و در اختلافهای مربوط به روابط تجاری، توسل به داوری با اقبال مواجه شده و حتی کنوانسیونهای متعددی در این مورد به تصویب رسیده<sup>(۲)</sup> و مراکز داوری بسیاری تأسیس گردیده است.<sup>(۳)</sup>

علی‌رغم مزایای مزبور، ایران تاکنون از وجود چنین مراکز داوری محروم بوده است. البته در بیست و ششمین اجلاس سالانه کمیته مشورتی حقوقی آسیایی -

افریقایی<sup>(۴)</sup> که در سال ۱۹۸۷ برگزار گردید، تهران میزبان دومین مرکز داوری منطقه‌ای کمیته حقوقی در آسیا، بعد از مرکز کوالالمپور، شد. (در سال ۱۳۶۶ مذاکرات برای تأسیس مرکز داوری مذکور که در زمینه داوری در «مسائل نفتی» نیز فعالیت خواهد داشت و یکی از مهمترین مراکز داوری کمیته مشورتی حقوقی خواهد بود، بین مقامات کمیته حقوقی و دولت جمهوری اسلامی ایران در جریان بوده و پیش‌نویس موافقتنامه تأسیس مرکز داوری مذکور هم توسط دبیرخانه کمیته حقوقی در اختیار مقامات جمهوری اسلامی قرار گرفته بود تا پس از بررسیهای لازم به امضا برسد<sup>(۵)</sup>).

همچنین موقعیت خاص جمهوری اسلامی ایران در میان کشورهای عضو «اگر»

۱- در خصوص مزایای داوری رجوع شود به: محبی، محسن: «راهنمای درج شرط داوری در قراردادهای بین‌المللی»، اتاق بازرگانی صنایع و معادن ایران، نشریه شماره یک، ضمیمه هفته نامه شماره ده، سال ۱۳۶۶، صفحه ۵.  
۲- از جمله کنوانسیونهایی که در خلال مدت چهل سال اخیر به تصویب رسیده است می‌توان از مقررات سازش و داوری اتساق تجارت بین‌المللی مصوب ۱۹۵۵ و اصلاحیه‌های بعدی آن، کنوانسیون در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی ۱۹۵۸، کنوانسیون اروپایی در داوری تجاری بین‌المللی ۱۹۶۱، کنوانسیون راجع به اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاریهای بین‌المللی مصوب ۱۹۶۵، مقررات داوری آنستیرال ۱۹۷۶ نام برد.

۳- برخی از مراکز داوری تجارت بین‌المللی عبارتند از: دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، مؤسسه داوری اتاق بازرگانی استلهم، مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری، مؤسسه داوری هلند، دیوان داوری بین‌المللی لندن، انجمن داوری آمریکایی و...

4- Asian - African Legal Consultative Committee (AALCC)

۵- رنجبران، مصطفی: «سخنی درباره مراکز داوری منطقه‌ای کمیته حقوقی مشورتی آسیایی - افریقایی»، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۲، بهار و تابستان ۱۳۶۹، صفحه ۷۶.

ایران و رضایت خاطر سرمایه‌گذار خارجی تأمین می‌شود.

شایان ذکر است که متن لایحه «داوری تجاری بین‌المللی»، ملهم از قانون نمونه داوری «کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد»<sup>(۱)</sup> است که اصطلاحاً به آن «آنستیرال» می‌گویند. مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۸۵ طی قطعنامه‌ای به کشورهای جهان توصیه کرد که برای ایجاد وحدت حقوقی در مورد مقررات داوری، توجه لازم را به قانون نمونه داوری مبذول دارند<sup>(۲)</sup>.

با توجه به جوانب گوناگون لایحه داوری تجاری بین‌المللی و آثار مختلف و اهمیت آن، در نظر است که لایحه مزبور در سلسله نوشتاری مورد نقد و بررسی قرار گیرد و در پایان، لایحه مذکور با اصلاحات پیشنهادی ارائه شود.

قسمت نخست این سلسله نوشتار، به بررسی توافقی‌نامه داوری اختصاص دارد. قسمت‌های دیگر لایحه تحت عنوانهای مرجع داوری، قانون ماهوی حاکم، تصحیح و تجدیدنظر در آرای داوری، شناسایی و اجرای آرای داوری و نتیجه‌گیری به ترتیب در شماره‌های آینده نشریه ارائه خواهد گردید. بدیهی است که «مجلس و پژوهش» از آرا، نظرات و انتقادات صاحب نظران

و «اپک» زمینه‌ای را فراهم می‌سازد که کشورهای پیرامونی در منطقه و تاجران این کشورها، حل و فصل اختلافات خود را به مراجع داوری ایران ارجاع دهند.

با بررسی اجمالی مقررات فعلی داوری ایران (یعنی مواد ۶۳۲ تا ۶۸۰ قانون آیین دادرسی مدنی) مشخص می‌گردد که این مواد، جوابگوی نیازهای فعلی این بخش رو به گسترش نیست. در این راستا و به منظور رفع خلأ قانونی موجود، هیأت دولت لایحه‌ای تحت عنوان «لایحه داوری تجاری بین‌المللی» در تیرماه سال ۱۳۷۳ تقدیم مجلس شورای اسلامی نمود. در توجیه تقدیم لایحه به مواردی اشاره شده که نشانگر دقت نظر در اهمیت آن است. مواردی از قبیل سرعت بخشیدن به حل اختلافات تجاری بین‌المللی، تربیت داوران بین‌المللی ایرانی، آشنایی داوران بین‌المللی مرتبط با مراکز داوری ایران با مقررات داخلی ایران و تشویق اتباع داخلی به حل و فصل اختلافات بین‌المللی از طریق مراجعه به داوری.

از سوی دیگر و همزمان، طرح «سرمایه‌گذاری خارجی» در مجلس شورای اسلامی در دست بررسی است. به یقین در صورت دقت در مفاد لایحه داوری تجاری بین‌المللی و اعمال اصلاحات لازم در آن، می‌توان از لایحه مزبور به عنوان مبنای حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری نیز بهره جست. در این صورت امنیت منابع

1- United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

2- General Assembly Resolution 40/72, 11 Dec. 1985, para. 2.

ذی صلاح، به منظور روشنگری و غنای هر چه بیشتر مقوله، استقبال می نماید.

## بررسی توافقنامه داوری ایران ۱- تعاریف

در قوانین ایران از توافقنامه داوری، تاکنون تعریفی جامع به عمل نیامده است. حقوقدانان نیز به جای تعریف توافقنامه داوری، بیشتر به شرح انواع آن پرداخته اند؛ چنانکه گفته اند: «داوری از عقود تشریفاتی نبوده و قرارداد آن ممکن است کتبی (رسمی یا عادی) باشد و یا شفاهی، همچنین متعاملین می توانند در ضمن معامله (شرط ضمن عقد، برای مثال ملکی را به مدت ده سال به اجاره دهند و در ضمن آن شرط کنند که در صورت بروز اختلاف میان موجر و مستاجر، اختلاف را از طریق داوری حل کنند) یا به موجب قرارداد علی حده ملتزم شوند که در صورت بروز اختلاف بین آنها رفع اختلاف به داوری به عمل آید؛ یعنی اختلافات احتمالی را نیز می توان به داوری ارجاع کرد ولی منشأ اختلاف باید معلوم و مشخص باشد. این شرط ضمن معامله یا تراضی به موجب قرارداد علی حده را، شرط ارجاع اختلاف به داوری می گویند<sup>(۱)</sup>».

در کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک نیز توافقنامه داوری تعریف نشده بلکه اشکال مختلف آن تعیین گردیده است. بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک، اعلام می نماید که موافقتنامه کتبی: «اعم است از شرط داوری که در ضمن قرارداد درج شده باشد

یا توافقنامه داوری جداگانه ای که به امضای طرفین رسیده و یا ضمن مبادله نامه یا تلگرام حاصل شده باشد».

قانون نمونه داوری «آنسیترال»، توافقنامه داوری را در بند اول ماده (۷) چنین تعریف می کند: «موافقتنامه داوری قراردادی است بین طرفین که بر مبنای آن تمام یا بعضی اختلافات به وجود آمده در مورد یک رابطه حقوقی معین، اعم از قراردادی یا غیر قراردادی یا اختلافاتی را که ممکن است به سبب آن ارتباط حقوقی معین پیش آید، به داوری ارجاع داده شده باشد. موافقتنامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در یک قرارداد یا به صورت موافقتنامه جداگانه باشد».

از این تعریف می توان نتیجه گرفت که توافقنامه داوری، از حیث آنکه «قرارداد» است به رضایت طرفین نیاز دارد. اصولاً طرفین هر اختلاف می توانند با رضایت و بر مبنای اراده خود، مرجعی را به عنوان «مرجع صالح حل اختلاف» خود تعیین کنند؛ به بیان دیگر، مرجعی را جانشین مراجع قضایی رسمی کشور نمایند. بنابراین، اصل بر صلاحیت مراجع قضایی رسمی کشور است و مرجع داوری، استثنایی بر این اصل است. از این رو طرفین اختلاف، می توانند تمامی یا قسمتی از اختلافات موجود خود را به داوری ارجاع دهند. حتی می توانند حل و فصل اختلافات آتی خود را نیز که هنوز به

۱- صدرزاده افشار - دکتر سید محسن آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی، تهران، ۱۳۷۲، ص ۴۱۲

## حقوق

که در آینده ممکن است رخ دهد مربوط می‌گردد؛ بدین معنا که طرفین قرارداد، شرطی در قرارداد درج می‌کنند که در صورت بروز اختلاف، مورد به داوری ارجاع شود که اصطلاحاً به آن «شرط داوری»<sup>(۳)</sup> می‌گویند. شرط داوری، متداولترین نوع توافقنامه داوری به شمار می‌رود<sup>(۴)</sup>.

از ۲۳۷ پرونده‌ای که در سال ۱۹۸۷ به دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی ارجاع شده فقط چهار پرونده، براساس قرار ارجاع به داوری و ۲۳۳ مورد دیگر بر مبنای شرط داوری مورد رسیدگی قرار گرفته است<sup>(۵)</sup>.

«برخی نظامهای حقوقی اصولاً به توافقنامه‌های داوری با تردید نگاه کرده‌اند زیرا قوه قضاییه از تفویض صلاحیت

۱- پس از اعلام پیشنهاد مکزیک و صحبت چند نفر از نمایندگان حاضر در اجلاس، رئیس جلسه اعلام می‌دارد که به نظر می‌رسد از پیشنهاد نماینده مکزیک استقبالی نشده است و بنابراین به پیشنهاد مکزیک ترتیب اثر داده نمی‌شود. در هنگام بررسی ماده ۷ قانون نمونه داوری، نماینده استرالیا پیشنهاد درج تعریف توافقنامه داوری در ماده ۲ و حذف آن از بند ۱ ماده ۷ را مجدداً طرح می‌کند. رئیس جلسه پاسخ می‌دهد که این پیشنهاد قبلاً توسط نماینده مکزیک مطرح شده لیکن از آن حمایت نشده است. بنابراین دلایل عدم درج تعریف توافقنامه داوری در ماده ۲ و حذف آن تعریف از بند ۱ ماده ۷ قانون نمونه داوری مشخص نیست. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به:

- Yearbook of UNCITRAL, VOL. XVI, 1985.

United Nations, p.411 & 423

2- "Submission to Arbitration" or "Compromis"

3- "Arbitration Clause" or "Clause

Compromissoire"

4- Lew, J.D.M. : "Arbitration Agreements: Form

& Character", in "Essays on International

Commercial Arbitration", edited by

Petar Sarcevic, 1989. p.25

5- Bond, S.R.: "How to Draft an Arbitration

Clause", J.Int.Arb., No.2, 1989. p.67

و قوع نپیوسته، به داور ارجاع دهند.

در لایحه داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز تعریف «قانون نمونه داوری» پذیرفته شده است؛ با این تفاوت که از نظر شکلی، این تعریف در ماده «۲» و تحت عنوان تعاریف درج گردیده است. این تغییر، منطقی به نظر می‌رسد زیرا عنوان ماده ۲، «تعاریف» می‌باشد و به لحاظ منطقی قانونگذاری، لازم است تمامی تعاریف در یک ماده گنجانده شوند. در مذاکرات نهایی «آنسترال» نیز نماینده مکزیک پیشنهاد کرد که جای تعریف توافقنامه داوری، می‌باید به ذیل ماده «۲» که مربوط به تعاریف است انتقال بیابد<sup>(۱)</sup>.

به نظر می‌رسد تعریف مندرج در «قانون نمونه آنسترال»، از «جامعیت» و «مانعیت» بایسته برخوردار است و به عنوان تعریف توافقنامه داوری، قابل قبول می‌باشد. اما هر توافقنامه داوری، شکل و محتوا و اعتباری مخصوص به خود دارد که باید به طور جداگانه مورد بررسی و تحلیل قرار بگیرد.

### ۲- شکل، محتوا و اعتبار

#### ۲-۱- شکل توافقنامه داوری

- انواع توافقنامه داوری: «به طور کلی در عمل و همان طور که در تعریف توافقنامه داوری درج گردیده است، دو نوع توافقنامه داوری وجود دارد: یکی به حل اختلاف موجود می‌پردازد که عموماً قرار ارجاع به داوری<sup>(۲)</sup> نامیده می‌شود، دیگری به اختلافی

بنابراین آیا عدم پذیرش شرط داوری، به منزله کتمان واقعیتها نیست؟ قواعد داوری در پی تنظیم روابط اجتماعی هستند و لازم است که تدوین کنندگان قوانین، شناخت صحیحی از این روابط داشته باشند. قواعدی که بدون رعایت عرف تدوین شود یا همواره در معرض خطر نقض است یا در زمره قواعد مهجور قرار خواهد گرفت. بنابراین می باید اذعان کرد که وجود «شرط داوری» به عنوان واقعیتی مسلم، غیرقابل انکار است.

در قانون نمونه «آنسیترال» و لایحه داوری تجاری بین المللی نیز وجود شرط داوری و ارجاع به داوری پذیرفته شده است و مضمون آن در هر دو متن یکسان می باشد<sup>(۲)</sup>.

در حقوق ایران، مطابق ماده ۶۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «متعاملین می توانند در ضمن معامله یا به موجب قرارداد علی حده ملتزم شوند که در صورت بروز اختلاف بین آنها، رفع اختلاف به داوری به عمل آید و نیز می توانند داور یا داورهای خود را قبل از تولید اختلاف معین کنند، ...» بدین ترتیب، شرط داوری و ارجاع به داوری هر دو در حقوق ایران پذیرفته شده است.

- کتبی بودن توافقنامه داوری: در بسیاری از نظامهای حقوقی مقرر شده است که توافقنامه داوری به صورت کتبی باشد. در برخی کشورها، کتبی بودن توافقنامه داوری لازم شمرده نشده است. این کشورها

قضایی خود به داوران ناخشنود بوده و استدلال کرده اند که توافقنامه های مربوط به ارجاع اختلافات آینده، هرگز نمی تواند مسیبن رضایت صحیح و اعتماد راستین طرفین باشد. با همین استدلال، اصولاً رضایت و اعتمادی در این گونه موارد وجود ندارد زیرا طرفین اختلاف نمی توانند فوراً در مورد یک اختلاف خاص، شخصی را به عنوان داور نام ببرند. به همین سبب، این قبیل نظامهای حقوقی فقط توافقنامه های ارجاع اختلاف موجود به داوری را به رسمیت شناخته اند<sup>(۱)</sup>.

این شیوه استدلال بسیار افراطی است، زیرا اگرچه در مورد شرط داوری این احتمال وجود دارد که طرفین اختلاف به فوریت نتوانند داور را تعیین نمایند لکن اصولاً وجود داوری، قائم به شخصیت داور نیست بلکه آنچه در داوری حائز اهمیت می باشد، رضایت طرفین به ارجاع اختلافاتشان به مرجعی است که خود درباره تشکیل آن به توافق رسیده اند. در نظام حقوق داخلی نیز، طرفین دعوی حق انتخاب قاضی را ندارند. در این وضعیت، اگر طرفین نتوانند در مورد انتخاب قاضی، نظر خود را اعلام کنند، آیا در صلاحیت مرجع قضایی تردیدی حاصل می شود؟ یقیناً پاسخ منفی است.

از سوی دیگر، در عمل، نهادهای داوری کاملاً مستقر شده اند و واقعیتهای موجود، از وجود واقعی آنها حکایت دارند. در این میان، شرط داوری به عنوان مهمترین منبع ارجاع اختلافات به داوری به شمار می آید.

1- Lew, J.D.M.: OP.Cit.,P.52

۲- رجوع شود به بند ۳ ماده ۲ لایحه داوری تجاری بین المللی ایران و بند ۱ ماده ۷ قانون نمونه داوری آنسیترال.

## حقوق

بین‌المللی مخالفت نمایند، دیوان خود را صالح برای رسیدگی می‌داند. در این صورت الزامی به وجود توافقنامه داوری وجود ندارد. مطابق بند ۱ ماده ۱ مقررات داوری «آنستیرال»: «هرگاه طرفین قراردادی کتباً موافقت کرده باشند که اختلافات ناشی از آن قرارداد را طبق قواعد داوری «آنستیرال» به داوری ارجاع نمایند، اختلافات مزبور طبق این قواعد و هر نوع اصلاحی که با توافق کتبی طرفین در قواعد مزبور به عمل آید، حل و فصل خواهد شد.»

در عمل نیز در دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا، طی دو بیانیه‌ای که یکی بیانیه کلی و دیگری بیانیه مربوط به حل و فصل دعاوی است، رسیدگی به اختلافات را به هیأت داوری موقت ارجاع دادند که به واسطه حجم بالای دعاوی مطروحه و زمان طولانی رسیدگی از موارد منحصر به فرد

عبارتند از: دانمارک، سوئد، ژاپن، هلند و اسکاتلند<sup>(۱)</sup>. در مقابل، در برخی از کشورها مانند کاستاریکا، کره، پرو و کلمبیا لازم است توافقنامه داوری نه تنها کتبی باشد بلکه به صورت سند رسمی تنظیم شود<sup>(۲)</sup>.

مقررات داوری بین‌المللی تجاری نیز عمدتاً بر کتبی بودن توافقنامه داوری تأکید دارند. برای مثال: بند ب ماده ۱ مقررات اتاق داوری بین‌المللی لندن، از جمله مدارکی که باید ضمیمه درخواست داوری خواهان باشد، از: «نسخه‌های مدارک قراردادی<sup>(۳)</sup> که متضمن شرط داوری است یا داوری از آن ناشی شده است»، نام می‌برد.

ماده (۷) مقررات داوری دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، ناظر بر موردی است که موافقتنامه داوری موجود نباشد. در این ماده پیش‌بینی شده است: «هرگاه به ظاهر هیچ‌گونه موافقتنامه داوری، بین طرفین وجود نداشته باشد یا موافقتنامه وجود داشته باشد لکن در آن مراجعه به اتاق بازرگانی بین‌المللی تصریح نشده باشد، چنانچه «خوانده» ظرف مدت ۳۰ روز مهلت مقرر در پاراگراف اول ماده ۴ جواب ندهد یا با داوری از طریق اتاق بازرگانی بین‌المللی مخالفت نماید، به خواهان اعلام خواهد شد که داوری نمی‌تواند جریان یابد.» بر مبنای مفهوم مخالف این ماده در صورت فقدان توافقنامه داوری، چنانچه «خوانده» ظرف مدت ۳۰ روز پاسخ ندهد یا با صلاحیت دیوان داوری اتاق بازرگانی

۱- رجوع شود به:

- Sammartano, Rubino Mauro: "International Arbitration Law", 1990, p 124

- Blessing, M.: "The New Int'l Arbitration Law in Switzerland", J.Int. Arb., No.2,1988, P.29.

2- Blessing, M.: op.cit., p.30

۳- Documents به صورت جمع به معنای قباله، توافقنامه، سند مالکیت، نامه، رسید و دیگر اسناد کتبی می‌باشد که برای اثبات یک امر از آن استفاده می‌شود. لذا مطابق این تعریف، مدارک قراردادی یا "Contractual Documents" می‌باید مکتوب باشد. مضافاً آنکه در صدر همان بند از «نسخه‌های آن سند» سخن به میان آمده که واژه «نسخه»، صراحت بر وجود مدرک مکتوب دارد، نه شفاهی. بنابراین مطابق مقررات داوری بین‌المللی لندن نیز توافقنامه داوری می‌باید مکتوب باشد.

رجوع شود به: کلمه "Document" در Black's Law

Dictionary تألیف Henry Campbell Black



صلاحیت دآوری، رضایت طرفین می باشد، ارجاع امر به دآوری میسر نخواهد بود.

بند دوم ماده ۷ قانون نمونه دآوری «آنسترال» در مورد شکل توافقنامه دآوری مقرر می دارد: «موافقتنامه دآوری بایستی به صورت کتبی باشد. موافقتنامه در صورتی کتبی است که طی سندی به امضای طرفین رسیده باشد یا طی مبادله نامه ها، تلکس، تلگرام یا سایر وسایل مخابراتی که وجود موافقتنامه را اثبات نماید، آمده باشد یا اگر یکی از طرفین طی مبادله دادخواست یا دفاعیه، وجود آن را ادعا کند و طرف دیگر، تکذیب ننماید. تصریح در قرارداد به سندی (خارج از قرارداد) که متضمن شرط دآوری است، به منزله موافقتنامه دآوری خواهد بود، مشروط بر اینکه قرارداد مذکور به صورت کتبی بوده و تصریح نیز به نحوی باشد که شرط دآوری را جزئی از قرارداد بنماید.»

در صدر این ماده صراحت به کتبی بودن موافقتنامه دآوری شده است. لازم به ذکر است که با توجه به تصویب این کنوانسیون در سال ۱۹۸۵ و تأخر آن نسبت به دیگر کنوانسیونها، تأثیر دستاوردهای تکنولوژیک در تعریف توافقنامه دآوری کتبی، مشاهده می گردد. به این ترتیب که از تلکس، تلگرام و سایر وسائل مخابراتی مؤید وجود

دآوری به شمار می رود.<sup>(۱)</sup> در جریان امضای این بیانیه ها، با توجه به آنکه طرفین اختلاف، با یکدیگر رابطه سیاسی نداشتند، دولت الجزایر به عنوان واسطه مذاکرات عمل کرد. در نهایت نظرات طرفین در قالب دو بیانیه جداگانه گنجانده شد که هیچ یک از دو کشور مستقیماً آن را امضا نکردند، بلکه هر یک پذیرش خود را نسبت به این دو بیانیه، به دولت الجزایر اعلام کرد. این مکانیزم نیز به منزله تأیید کتبی ارجاع اختلاف به دآوری یا همان توافقنامه کتبی دآوری محسوب می شود.

در مورد کتبی بودن توافقنامه دآوری در نظام حقوقی ایران گفته شده است: «ممکن است قرارداد دآوری به صورت سند رسمی و توسط دفترخانه تنظیم شود و یا اینکه به صورت عادی تنظیم شده باشد. حتی ممکن است ضمن صورت مجلس دادگاه یا خارج از دادگاه و ضمن معامله تنظیم گردد».<sup>(۲)</sup>

در هیچ یک از قوانین ایران تصریح نشده که توافقنامه دآوری باید کتبی یا شفاهی باشد. با توجه به مواردی که مطابق ماده ۶۳۴ قانون آیین دادرسی مدنی می باید در قرارداد دآوری ذکر شود<sup>(۳)</sup> می توان نتیجه گرفت آن موارد می باید در توافقنامه ای حتماً درج گردد. در نهایت چنانچه طرفین به طور شفاهی بر موارد اشاره توافق داشته باشند، می توانند با تنظیم توافقنامه ای کتبی مقید به ذکر آن موارد، عمل نمایند. چنانچه توافقنامه ای در دست نباشد و طرفین نیز بر مواد مندرج در توافقنامه، توافق نداشته باشند، بدیهی است با توجه به آنکه مبنای

1- Rahmatullah Khan, "The Iran- United States Claims Tribunal", 1990, P.18

۲- احمدی، نعمت: «آیین دادرسی مدنی»، ۱۳۷۱، ص. ۴۶۷  
۳- ماده ۶۳۴ ق.آ.د.م: «در قرارداد دآوری باید نکات زیر ذکر شود:

۱- مشخصات طرفین و داورها از نام و نام خانوادگی و غیره به طوریکه رافع اشتباه باشد؛

۲- موضوع اختلاف که باید به طریق دآوری قطع شود.»

## حقوق

داوری باید طی سندی به امضای طرفین رسیده باشد، دال بر کتبی بودن توافقنامه داوری است. با وجود این، صراحت قانونی موجب تفهیم بهتر قانون و اجرای سهل تر آن خواهد شد. بنابراین متن صدر بند دوم ماده ۷ قانون نمونه آنستیرال از این حیث مناسب تر است. در صورت تصویب ماده «۷» لایحه داوری تجاری بین المللی، نقیصه عدم تصریح به کتبی بودن توافقنامه داوری در حقوق ایران، رفع خواهد شد.

دوم، در بیان یکی از شقوق وجود توافقنامه داوری، لایحه داوری مقرر داشته: «... یکی از طرفین طی مبادله دادخواست یا

۱- بند اول ماده ۱۷۸ قانون حقوق بین الملل خصوصی سوئیس، در این باره مقرر می‌دارد:  
«یک توافقنامه داوری از حیث شکل، در صورتی معتبر است که کتبی باشد. منظور از کتبی، تلکس، تلگرام، تله‌کپی یا هر نوع وسیله مخابراتی است که به‌عنوان متن بتوان به آن استناد کرد.»

پس اول لازم نیست توافقنامه داوری، کتبی باشد. وسایلی که برای احراز کتبی بودن توافقنامه درج گردیده شامل تلکس و تلگرام و تله‌کپی و دیگر وسایل مخابراتی است. بنابراین، مصادیق کتبی بودن توافقنامه داوری، حصری نیست بلکه مطابق تعریف توافقنامه در قانون نمونه «آنستیرال»، شاهد تاثیر دستاوردهای تکنولوژیک و علمی در اعلام کتبی بودن توافقنامه داوری در قانون سوئیس هستیم؛ دوم آنکه در مصادیق ذکر شده در بند اول ماده ۱۷۸، برخلاف بند دوم ماده ۲ کنوانسیون نیویورک و بند ۲ ماده ۷ قانون نمونه «آنستیرال»، ذکری از «مبادله اسناد» نشده است. با توجه به آنکه در ماده ۱۷۸، از مصادیق ارتباطی محارراتی نام برده شده و نه مبادله اسناد، لذا نمی‌توان پذیرفت که درج شرط داوری در مبادله اسناد، به منزله توافقنامه داوری مورد قبول باشد. در حالی که در عمل ممکن است در مواردی، طی مبادله مکاتبات، شرط داوری در مورد قرار داد مابین گنجانده شود که به این ترتیب مورد قبول قانون سوئیس قرار نگیرد. لذا لازم است اگر در طی مبادله اسناد، شرط داوری درج گردد، با احراز پذیرش هر دو طرف، اسناد مبادله شده به عنوان توافقنامه داوری پذیرفته شود.

توافقنامه، سخن به میان آمده است<sup>(۱)</sup>. از دیگر نکات بارز قانون نمونه داوری، آن است که در تعریف صورتهای توافقنامه کتبی، ذکر شده است که اگر یکی از طرفین طی مبادله دادخواست یا دفاعیه، وجود آن را ادعا کند و طرف دیگر آنرا تکذیب نماید چه اقداماتی باید کرد یا به عبارت دیگر راه‌حلی برای مورد فقدان داوری کتبی پیش‌بینی شده است.

ماده «۷» لایحه داوری تجاری بین المللی مقرر می‌دارد: «موافقتنامه داوری باید طی سندی به امضای طرفین رسیده باشد، یا مبادله‌نامه، تلکس، تلگرام یا نظایر آنها بر وجود موافقتنامه مذکور دلالت نماید. یا یکی از طرفین طی مبادله دادخواست یا دفاعیه، وجود آن را ادعا کند و طرف دیگر عملاً آن را قبول نماید. ارجاع به سندی در قرارداد کتبی که متضمن شرط داوری باشد نیز به منزله موافقتنامه مستقل داوری خواهد بود.»  
متن ماده «۷» لایحه داوری تجاری بین المللی مقتبس از بند دوم ماده «۷» قانون نمونه داوری «آنستیرال» است لکن متن آن در چندین مورد اصلاح شده است که به بررسی آنها می‌پردازیم:

اول، در بند دوم ماده «۷» قانون نمونه «آنستیرال» به صراحت اعلام شده است که موافقتنامه داوری می‌باید به صورت کتبی باشد، لکن در ماده «۷» لایحه داوری تجاری بین المللی به کتبی بودن موافقتنامه داوری تصریح نشده است. منظور از آنکه موافقتنامه

داوری باشد نیز به منزله توافقتنامه مستقل داورى خواهد بود».

## ۲-۲- محتوای توافقتنامه داورى

مطابق ماده ۶۳۴ ق.آ.د.م.: «در قرارداد داورى باید نکات زیر ذکر شود:

۱- مشخصات طرفین و داورها از نام و نام خانوادگی و غیره، به طوری که رافع اشتباه باشد؛

۲- موضوع اختلاف که باید به طریق داورى قطع شود».

با توجه به تصریح تعیین مشخصات داوران (اعم از نام و نام خانوادگی) در توافقتنامه داورى، به نظر می‌رسد که داور می‌باید در زمان انعقاد توافقتنامه داورى تعیین گردد. لکن مطابق صدر ماده ۶۳۳ ق.آ.د.م.: «متعاملین ... می‌توانند داور یا داورهای خود را قبل از تولید اختلاف معین کنند...» بنابراین با توجه به لفظ «می‌توانند» در عبارت ماده ۶۳۳، متعاملین ملزم به تعیین داور یا داورهای خود، پیش از بروز اختلاف نیستند و می‌توانند این کار را پس از تولید اختلاف انجام دهند.

مواردی که در قرارداد داورى باید درج شود عبارتند از مشخصات طرفین و داورها، به نحوی که رافع اشتباه باشد. همچنین موضوع اختلاف می‌باید مشخص گردد زیرا مبنای صلاحیت داور، رضایت طرفین است و چنانچه صلاحیت داور از حیث موضوعی که می‌باید به آن رسیدگی نماید مشخص نگردد، داور اصولاً صلاحیت رسیدگی نخواهد داشت.

دفاعیه، وجود آن را ادعا کند و طرف دیگر عملاً آن را قبول نماید...»، لکن قانون نمونه در این مورد چنین پیش بینی کرده است: «... یکی از طرفین طی مبادله دادخواست یا دفاعیه، وجود آن را ادعا کند و طرف دیگر آن را تکذیب ننماید». در لایحه داورى تجاری بین‌المللی، پذیرش توافقتنامه داورى در فرض مذکور را منوط به پذیرش آن از سوی طرف دیگر نموده است در حالی که قانون نمونه علاوه بر تأیید این شیوه، سکوت طرف دیگر را نیز حمل بر پذیرش توافقتنامه داورى کرده است.

با توجه به شرایط ایران و در نظر گرفتن این نکته که لایحه داورى تجاری بین‌المللی ناظر بر روابط تجاری بین‌المللی است و نه داخلی (که مشکل بی‌سوادى و عدم اطلاع عمومی از مفاد قوانین - جهل به قانون - مشکل ساز شود و همچنین خصیصه رسیدگی سریع در داورى)، راه حل پیشنهادی قانون نمونه «آنسترال» برای وضعیت ایران مناسبتر است. بنابراین پیشنهاد می‌شود متن ماده «۷» لایحه داورى تجاری بین‌المللی به شرح زیر اصلاح شود: «ماده ۷- توافقتنامه داورى باید به

صورت کتبی باشد. توافقتنامه در صورتی کتبی است که طی سندی به امضای طرفین رسیده باشد، یا مبادله نامه، تلکس، تلگراف یا نظایر آنها بر وجود توافقتنامه مزبور دلالت نماید. یا یکی از طرفین طی مبادله دادخواست یا دفاعیه، وجود آن را ادعا کند و طرف دیگر آن را تکذیب ننماید. ارجاع به سندی در قرارداد کتبی که متضمن شرط

## حقوق

طرفین است و طرفین در این مورد با اعلام رضایت مؤخر خود، صلاحیت داور را به رسمیت شناخته‌اند.

در عمل نیز مرسوم است که در قراردادهای ارجاع هرگونه اختلاف مربوط به قرارداد به داور را پیش‌بینی کنند و لذا اگر اختلافی واقع شود، به کسب رضایت طرف مقابل برای ارجاع امر به داور نیازی نیست. در این موارد حتی اگر یکی از طرفین اختلاف مستقیماً به دادگاه صالح مراجعه نماید، دادگاه به محض اطلاع از درج ماده حل اختلاف از طریق داور، موظف است قرار عدم استماع دعوی را صادر نماید و به طرفین اعلام نماید، از طریق داور در پی حل اختلاف خود باشند.

مرجع داور می‌تواند به صورت دائمی (سازمانی) <sup>(۱)</sup> یا موقت <sup>(۲)</sup> باشد. منظور از داور دائمی (سازمانی) مرجعی است که به طور مستمر و دائمی تشکیل می‌گردد و در هر زمان آماده حل و فصل اختلافات ارجاعی باشد مانند دیوان داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی، کانون داورى آمریکا، اتاق داورى لندن، مرکز داورى حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دیگر کشورها، مرکز داورى دریانوردی لندن. لکن داورى موقت، نهادی است که برای حل و فصل اختلاف خاص تشکیل می‌شود و پس از

سؤال می‌شود این است که اگر در توافقنامه داورى (اعم از قرارداد صلی یا شرط ضمن قرارداد) موضوع اختلاف که می‌باید از طریق داورى حل و فصل شود، به صورت کلی پیش‌بینی شده باشد آیا ارجاع اختلاف به داور مستلزم تعیین مورد اختلاف به صورت مشخص و اعلام رضایت مجدد طرفین اختلاف بر ارجاع به داورى می‌باشد یا آنکه رضایت اولیه کفایت می‌کند؟

بدیهی است موضوعی قابل ارجاع به داورى است که طرفین بر ارجاع آن توافق کرده باشند. چنانچه در طی قراردادی شرط شود که کلیه اختلافات مربوط به اجرا و تفسیر آن قرارداد می‌باید از طریق داورى فیصله یابد، حل آن قبیل اختلافات از طریق داورى ممکن خواهد بود، چرا که مسبوق به اعلام رضایت طرفین اختلاف است.

لکن اگر در توافقنامه داورى پیش‌بینی شده باشد که اختلافات مربوط به حمل کالا، به داورى ارجاع شود ولی یکی از طرفین قرار داد، اختلاف مربوط به پرداخت مبلغ قرارداد را به داور ارجاع دهد، نمی‌توان اختلاف مربوط به پرداخت را از طریق داورى حل و فصل نمود. البته اگر هر دو طرف راضی باشند که علی‌رغم عدم پیش‌بینی ارجاع آن امر خاص به داور، امکان رسیدگی اختلاف توسط داور مقدور باشد، بلامانع خواهد بود چرا که همان طور که گفته شد مبنای صلاحیت داورى، رضایت

1- Institutional Arbitration

2- Ad hoc Arbitration

رفع موضوع، منحل می‌گردد. مانند دیوان داوری «ایران - آمریکا» که برای حل و فصل اختلافات مندرج در بیانیه‌های الجزایر تشکیل گردید که پس از فیصله کامل اختلافات، منحل خواهد شد.

در داوریه‌های سازمانی، مرجع داوری آیین دادرسی خاص خود را دارد. چنانچه در مورد آیین دادرسی حاکم بر اختلاف، طرفین در مواردی توافق نکرده باشند، مرجع داوری براساس مقررات آیین دادرسی خود عمل خواهد کرد. عموماً هر یک از مراجع داوری سازمانی، شرط داوری نمونه خاص خود تهیه می‌کنند تا کسانی که مایل به حل اختلافات خود توسط آن مرجع داوری هستند براساس الگوی تعیین شده، اختلافات خود را - اعم از اختلافات موجود یا آتی - به داور ارجاع دهند<sup>(۱)</sup>. لذا در این موارد صرفاً لازم است در توافقنامه داوری، نهاد داوری منتخب درج گردد و به این ترتیب تمامی قواعد مرجع داوری منتخب، در امر رسیدگی به اختلاف، حاکم خواهد بود. لذا چنانچه در مواردی، توافقنامه داوری ساکت باشد، نهاد داوری سازمانی براساس قواعد خود به موضوع رسیدگی خواهد کرد.

در مورد محتوای توافقنامه داوری اظهار شده است: «توافقنامه داوری حداقل می‌باید حاوی موارد زیر باشد:

\* توصیف اختلافاتی که به داوری ارجاع شده است؛

\* انتخاب داور به نحو مستقیم یا

غیرمستقیم؛

- \* تعیین قانون ماهوی؛
- \* مقررات شکلی مستقیم و غیرمستقیم مربوط به داوری؛
- \* تعیین محل داوری؛
- \* اسقاط حق اعتراض نسبت به رأی داوری یا عدم وجود آن؛
- \* تعیین زبان داوری؛

لازم به ذکر است که هیچ گونه اختلاف عمده‌ای بین نظامهای حقوقی ملی مختلف، در مورد پذیرش عناصر مذکور دیده نشده است. اگرچه اغلب در توافقنامه‌های داوری، محل داوری، زبان رسیدگی به اختلاف، قوانین ماهوی و شکلی، تابعیت و مشخصات داور تعیین نمی‌گردد<sup>(۲)</sup>. ولی لازم است موارد زیر در توافقنامه گنجانده شود<sup>(۳)</sup>:

الف) قلمرو و موضوع داوری: توافقنامه می‌باید به روشنی مشخص نماید که طرفین اختلاف تا چه حدی مایل هستند و قصد دارند که اختلافات خود را از طریق داوری حل و فصل نمایند. بدین معنا که آیا تمامی اختلافاتی که مرتبط با توافقنامه است یا آنکه اصولاً ارتباطی با آن ندارد در صلاحیت مرجع داوری هست یا آنکه فقط به برخی از موارد خاص اختلافات محدود می‌شود؟

۱- برای مثال شرط داوری نمونه پیشنهادی دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی درج می‌گردد:  
«تمام اختلافات ناشی از این قرارداد نهایتاً به موجب مقررات سازش و داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی به وسیله یک یا چند داور که به موجب این مقررات انتخاب می‌شوند، حل و فصل خواهد شد.  
طرفین می‌توانند در صورت تمایل، در شرط داوری، قانون ملی حاکم بر قرارداد را نیز قید نمایند.»

2- Sammartano, Mauro Rubino: "International Arbitration Law", op. cit., p.129

3- Bernardini, Piero: "The Arbitration Clause of an Int'l Contract", J.Int.Arb., No.2, 1992, pp.51-60

است به آن توجه گردد. برای مثال طرفین مایل باشند انتخاب داور یا سرداور را به اتاق بازرگانی بین‌المللی محول کنند. بند ۳ و ۴ ماده ۱۱ قانون نمونه «آنسیترال» و همچنین ماده ۱۱ لایحه داور تجاری بین‌المللی ناظر بر روش تعیین داور (ان) است.

ه) **محل داور:** در داور موقت ضروری است که محل داور تعیین گردد زیرا برخلاف داور سازمانی که اصولاً ستاد آن و محل تشکیل جلسات مشخص است، در داور موقت، این طرفین اختلاف هستند که با در نظر گرفتن عوامل مختلفی محل داور را تعیین می‌نمایند. ۵۷ درصد پرونده‌هایی که در سال ۱۹۸۷ به دیوان داور اتاق بازرگانی بین‌المللی ارجاع شد، محل داور نیز تعیین گردیده بود<sup>(۲)</sup>.

برخی عقیده دارند چنانچه در توافقنامه داور، محل انجام داور تعیین نگردد مرجع داور محلی را که قواعد داور آن حاکم بر داور است به عنوان محل داور برمی‌گزینند زیرا که به نظر می‌رسد به خواسته طرفین اختلاف نزدیکتر است<sup>(۳)</sup>.

ماده ۲۰ قانون نمونه «آنسیترال» در مورد محل داور مقرر می‌دارد:

۱- طرفین آزادند که در مورد محل

ب) **قواعد شکلی داور:** در داور موقت، برخلاف داور سازمانی، هیچ‌گونه مجموعه قواعد داور ثابت وجود ندارد. لذا لازم است طرفین اختلاف، قواعد داور حاکم بر رسیدگی را معین نمایند.

ج) **تعداد داوران:** طرفین اختلاف در بسیاری از موارد به منظور حصول اطمینان بیشتر مبادرت به انتخاب چند داور می‌کنند. در سال ۱۹۸۷ در ۲۴ درصد پرونده‌های ارجاعی به دیوان داور اتاق بازرگانی بین‌المللی، تعداد داوران توسط طرفین دعوی تعیین شده بود<sup>(۱)</sup> که در هر حال تعداد داوران باید فرد باشد تا رأی‌گیری با سهولت انجام گیرد. ماده ۱۰ قانون نمونه «آنسیترال»، طرفین را در تعیین تعداد داوران مخیر دانسته است. در صورت عدم تعیین تعداد داوران، تعداد آنان سه عضو خواهد بود. ماده ۱۰ لایحه داور تجاری بین‌المللی نیز عیناً مطابق ماده ۱۰ قانون نمونه «آنسیترال» است.

د) **چگونگی تعیین داوران:** در این مورد نیز چنانچه نظر طرفین بر آن باشد که داور واجد ویژگیهای خاصی باشد لازم است آن ویژگیها، در توافقنامه داور گنجانده شود. برای مثال ممکن است در برخی از موارد لازم باشد که داور علاوه بر اشراف به علم حقوق، از مسائل تجارت بین‌الملل نیز آگاه باشد. همچنین در مورد شیوه انتخاب داور واحد یا سرداور نیز ممکن است طرفین اختلاف نظر خاصی داشته باشند که لازم

1- Bond, S.R.: op.cit., p.75

2- Ibid., p.72

3- Bernardini Piero: "The Arbitration Clause of an Int'l Contract", op.cit., p.52.

همچنین در تعیین محل داور نکات ظریفی هست که حائز اهمیت می‌باشد. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به:

Bernardini, P.: op. cit., pp. 52-55

داور فقط به اسناد آنان توجه نماید و براساس آن رأی صادر کند. یا آنکه طرفین توافق کرده باشند که اظهارات شفاهی آنان نیز مورد نظر قرار گیرد. به هر حال این مورد را نیز می‌توان در توافقنامه داوری پیش‌بینی کرد.

ز) زبان داوری: برخی به غلط عقیده دارند زبانی که قرارداد به آن نوشته شده است به طور خودکار زبان رسیدگی داوری محسوب خواهد شد. در حالی که لازم است زبان رسیدگی داوری و همچنین زبانی که اسناد می‌باید به آن ترجمه و ارائه شود نیز در توافقنامه داوری مشخص گردد.

مطابق بند ۳ ماده ۱۵ مقررات داوری «ICC»، اگر زبان رسیدگی در قرارداد داوری درج نگردد، توسط داورها تعیین خواهد گردید، مگر در مواردی که مطابق قوانین کشور محل رسیدگی داوری و همچنین زبانی که اسناد می‌باید به آن ترجمه و ارائه شود در توافقنامه داوری تعیین شده باشد.

برای مثال در چین و برخی از کشورهای عربی، داوران در وهله اول زبانی را که قرارداد به آن نوشته شده است به عنوان زبان رسیدگی داوری تعیین خواهند کرد<sup>(۱)</sup>.

ماده ۲۲ قانون نمونه «آنسترال» در این مورد اعلام می‌دارد:

«۱- طرفین آزادند که در مورد زبان یا زبانهای مورد استفاده در رسیدگی داوری توافق نمایند. در صورت نبودن چنین توافقی، هیأت داوری در مورد زبان یا زبانهای مورد استفاده در داوری اتخاذ تصمیم می‌کند. توافق طرفین یا تصمیم

داوری توافق کنند. در صورت نبودن چنین توافقی، محل داوری با توجه به اوضاع و احوال دعوی، از جمله سهولت دسترسی طرفین به آن محل، توسط هیأت داوری تعیین می‌شود.

۲- صرف نظر از مفاد بند (۱) این ماده، هیأت داوری می‌تواند برای شور بین اعضا، استماع شهادت شهود یا کارشناسان طرفین بازرسی کالا و سایر اموال یا اسناد و مدارک، در هر محلی که خود مقتضی بداند تشکیل جلسه دهد، مگر طرفین طور دیگری توافق کرده باشند».

مفاد ماده ۲۰ لایحه داوری تجاری بین‌المللی در مورد محل داوری، تقریباً مشابه ماده ۲۰ قانون نمونه «آنسترال» می‌باشد. بنابراین با توجه به آنکه حدود صلاحیت مرجع داوری براساس اراده و توافق طرفین تعیین می‌گردد از این رو توجه به نکات زیر لازم است:

۱- می‌باید در نظر داشت که استثنائات وارد بر اصل تشکیل جلسات داوری در محل تعیین شده توسط طرفین باید به نحو «مُضیق»

تفسیر و به موارد ذکر شده در بند دوم ماده ۲۰ لایحه داوری تجاری بین‌المللی، محدود شود؛

۲- در مورد بند ۲ ماده ۲۰ لایحه داوری تجاری بین‌المللی، نظر داور تا آنجا لازم‌الاجراست که طرفین بر خلاف آن توافق نکرده باشند. چنانچه طرفین در مورد بند ۲ مزبور با یکدیگر توافق کرده باشند، داور ملزم به رعایت نظر آنان خواهد بود.

و) تعیین نوع (کتبی و شفاهی) ادله مثبت: ممکن است طرفین در نظر داشته باشند که

## حقوق

را در پی خواهد داشت. لکن طرفین اختلاف و همچنین داور، این امکان را خواهند داشت تا در صورت نیاز، بیش از یک زبان برای رسیدگی تعیین نمایند.

از سوی دیگر، تلفیق دو بند در ماده ۲۱ لایحه داورى تجارى بين المللى موجب بروز مشکلاتى مى‌شود. اولاً تفكيك اين دو بند به اين منظور بوده است كه مشخص نمايد ادله كتبي مى‌بايد به همراه ترجمه‌شان به زبان مورد استفاده در رسيدگى داورى، به داور ارائه شود، در حالى كه در ماده ۲۱ لايحه داورى تجارى بين المللى اين مطلب مسكوت مانده و چنين استنباط مى‌شود كه نيازى به ارائه اصل مدارك به دادگاه نيست. ثانياً به لحاظ شيوه نگارش فارسى، استفاده از جمع كلمات پس از قيد «هر» صحيح نيست و به جاي آن مى‌بايد از مفرد استفاده شود و عبارت «هرگونه لوايح، مدارك و دلايل طرفين...» صحيح نيست. بنا بر اين پيشنهاده مى‌گردد ماده ۲۱ لايحه داورى تجارى بين المللى به نحو زير اصلاح گردد:

«۱- طرفين مى‌توانند در مورد زبان يا زبانهاى مورد استفاده در رسيدگى داورى توافق نمايند. در غير اين صورت، داور زبان يا زبانهاى مورد استفاده در داورى را تعيين مى‌كند. توافق طرفين يا تصميم داور در اين مورد شامل هر گونه لايحه، مدرك و دليل طرفين، مذاكرات جلسات رسيدگى، مراسلات داور و صدور رأى خواهد بود.

۲- داور مى‌تواند مقرر نمايد كه ادله

هيات داورى در اين مورد شامل هر گونه لايحه مكتوب طرفين، هر گونه استماع يا (صدور) رأى، تصميم يا ساير مراسلات هيات داورى خواهد بود، مگر اينكه طور ديگرى مقرر شده باشد.

۲- هيات داورى مى‌تواند مقرر كند كه ادله كتبي با ترجمه آنها به زبان يا زبانهاى كه مورد توافق طرفين قرار گرفته يا خود هيات داورى تعيين کرده، همراه باشد.»

ماده ۲۱ لايحه داورى تجارى بين المللى  
نيز مشابه ماده ۲۲ قانون نمونه «انسيترال» است با اين تفاوت كه در تنظيم آن سعى شده دو بند ماده ۲۲ قانون نمونه «انسيترال» در هم ادغام شوند. ماده ۲۱ لايحه داورى تجارى بين المللى مقرر مى‌دارد: «طرفين مى‌توانند در مورد زبان يا زبانهاى مورد استفاده در رسيدگى داورى توافق نمايند. در غير اين صورت، داور زبان يا زبانهاى مورد استفاده در داورى را تعيين مى‌كند. توافق طرفين يا تصميم داور در اين مورد شامل هر گونه لوايح، مدارك و دلايل طرفين، مذاكرات جلسات رسيدگى، مراسلات داور و صدور رأى خواهد بود.»

هر يك از اين دو ماده پيش‌بيني کرده‌اند كه زبان رسيدگى در داورى ممكن است بيش از يك زبان باشد. البته انتخاب بيش از يك زبان مستداول نيست چرا كه خود مشکلاتى از قبيل افزايش هزينه‌ها، احتمال افزايش اختلافات به علت وجود استنباطهاى گوناگون يا ترجمه‌هاى مختلف



سوئیس نباشند و همچنین دفتر تجاری در سوئیس نداشته باشند. ماده ۳۴ قانون نمونه «آنسترال» و ماده ۳۳ لایحه داورى تجارى بين المللى مربوط به مورد اعتراض به رأى است. مطابق اين مواد در برخى از موارد مى توان از مرجع ذى صلاح، ابطال رأى داورى را درخواست كرد. اين مواد در حقيقت به منزله تنها راه تجديد نظر نسبت به رأى داورى است.

ی) قانون ماهوى حاکم: ۷۵ درصد از پرونده‌های ارجاعی به دیوان داورى اتاق بازرگانى بين المللى در سال ۱۹۸۷ متضمن تعيين قانون ماهوى حاکم بوده است.<sup>(۳)</sup> طرفين مى توانند قانون ماهوى حاکم بر اختلاف را تعيين نمايند و حتى از منابع حقوقى ديگر مانند حسن نيت و حقوق بازرگانى فراملى نيز به عنوان قانون ماهوى حاکم استفاده نمايند. در صورت عدم درج صريح قانون ماهوى حاکم، داوران اصولاً با در نظر گرفتن قواعد داورى قابل اجرا و قواعد حقوق بين الملل خصوصى محل داورى، قانون ماهوى حاکم را تعيين مى کنند. توضيح بيشتر در مورد قانون ماهوى حاکم بر توافقنامه داورى را به بند چهارم اين مقاله تحت عنوان قانون ماهوى موکول مى کنيم.

ک) تضمين هزينه‌ها: طرفين مى توانند توافق نمايند که حساب امانى يا ضمانت بانكى به منظور پوشش هزينه‌هاى داورى يا قسمتى از خسارتهائى احتمالى در توافقنامه

کتبى با ترجمه آنها به زبان يا زبانهاى که مورد توافق طرفين قرار گرفته يا داور تعيين کرده است همراه باشد.

ح) جدول زمان بندى: به منظور تسريع در جريان رسيدگى داورى، طرفين مى توانند در مورد جدول زمان بندى براى تقديم دادخواست، تقديم دفاعيه، مهلت تقديم پاسخ «خواهان» و پاسخ «خوانده» به جوابيه «خواهان» و همچنين زمان اقامه دلايل شفاهى و تاخير مجاز براى آن و نهايتاً مدت زمانى که رأى در خلال آن مى بايد صادر گردد، توافق نمايند.

ط) تجديد نظر از رأى داورى: مورد ديگرى که در توافقنامه داورى ممکن است پيش بينى شود، وضعيت درخواست تجديد نظر در رأى داورى است. در ۲۴ درصد از پرونده‌هاى که در سال ۱۹۸۷ به ديوان داورى اتاق بازرگانى بين المللى ارجاع شده تصريح گردیده که رأى داور، قطعى و نهاى است.<sup>(۱)</sup> آنجا که قصد طرفين بر اين است که حق درخواست تجديد نظر داشته باشند، اعم از اينکه به هيأت داورى تجديد نظر ارجاع شود يا به دادگاه مللى، مراتب مى بايد در توافقنامه گنجانده شود. برخلاف اين مورد در انگلستان چنانچه هر يك از طرفين اسقاط حق تجديد نظر را مناسب بدانند، لازم است شرط خاصى مبنى بر اسقاط حق تجديد نظر را در توافقنامه بگنجانند.<sup>(۲)</sup>

در ماده ۱۹۲ قانون حقوق بين الملل خصوصى سوئيس اسقاط حق تجديد نظر از رأى داورى پيش بينى شده است، مشروط بر آنکه هيچيك از طرفين اختلاف، ساكن

1- Bond, S.R: op.cit., pp.76-77

2- Bernardini, Piero: op.cit., p.59

3- Bond, S.R: op.cit., p.74

اختلاف» ارجاعی به داور مشخص نیست. به طور کلی پس از انتخاب داور یا داوران، مرجع داوری در مورد مسائل مطروحه - به استثنای موضوع داوری - رسیدگی می‌کند و راه حلی ارائه می‌دهد.

### ۲-۳- اعتبار توافقتنامه داوری

عواملی چند سبب مخدوش شدن اعتبار توافقتنامه داوری می‌گردد. میزان تأثیر این عوامل، تابع قانون حاکم بر توافقتنامه داوری است. همچنین «نتایج عیوب مربوط به شکل یا محتوای توافقتنامه داوری، تابع حقوق حاکم بر توافقتنامه داوری می‌باشد»<sup>(۲)</sup>.

برای مثال در صورت موجود نبودن توافقتنامه داوری به صورت کتبی یا در صورت فسخ قرارداد اصلی، بنابر قانون حاکم بر توافقتنامه داوری، امکان دارد براءتبار توافقتنامه داوری خلیلی وارد شود. یکی از این عوامل، عدم رعایت مقررات مندرج در قانون اساسی آن کشور است.

برای مثال در برخی از کشورها، برای پیوستن اشخاص حقوق عمومی به توافقتنامه داوری، لازم است مجلس آن را

۱- به طور کلی اعمال دولت به دو دسته کلی تقسیم می‌گردد که عبارتند از اعمال حا کیمیت (Acta Jure Empirii)، اعمال تصدی (Acta Jure Gestionis) نظر غالب آن است که اعمال تصدی دولت، در حقیقت انجام اموری است که جنبه تجاری دارد و به طور مستقیم به حا کیمیت دولت مربوط نمی‌شود. برای مثال چنانچه دولتی، قرارداد خرید گندم منعقد نماید، این اقدام از اعمال تصدی محسوب می‌شود. نظر بر این است که اعمال تصدی برای دولت ایجاد مصونیت نمی‌کند بلکه اعمال حا کیمیت دولت می‌تواند. مبای مصونیت دولت باشد.

2. Sammartano, M.R.: op.cit., p.150

درج گردد. مثالی که در مورد حساب امانی قابل ذکر است مربوط به دعاوی ایران و آمریکا می‌باشد. مطابق بندهای (د) (۱) و (۲) موافقتنامه فنی با بانک تسویه هلند (با سرمایه محدود) که از ضمانت بیانیه الجزایر محسوب می‌شود، ایران ملزم گردید یک حساب امانی افتتاح نماید که هرگاه رأیی علیه ایران صادر گردد، دولت آمریکا قادر باشد آن را از حساب مذکور تأمین نماید.

ل) مصونیت دولت: هنگامی که یکی از طرفین قرارداد، مؤسسه‌ای دولتی باشد ممکن است شخص حقوق خصوصی در قرارداد داوری مایل باشد که شرطی در توافقتنامه گنجانده شود مبنی بر اینکه مؤسسه دولتی از تمامی حقوق مربوط به مصونیت دولت صرف نظر کند<sup>(۱)</sup>.

در خاتمه یادآوری می‌گردد که چنانچه برخی از موضوعات فوق در توافقتنامه داوری درج نگردد مشکلی بروز نمی‌کند. برای مثال، در صورت عدم درج تعیین جدول زمان‌بندی در توافقتنامه داوری، داور خود می‌تواند مواعیدی را تعیین نماید مشروط بر آنکه تبعیضی بین طرفین اختلاف قائل نشود. یا همچنین درج تضمین پرداخت هزینه‌ها الزامی نیست و چه بسا در موارد بسیار زیادی اصولاً در توافقتنامه داوری تضمین پرداخت هزینه‌ها پیش‌بینی نشده باشد. لکن در صورت عدم قید موضوع داوری، داور تعیین شده، نمی‌تواند رسیدگی را آغاز نماید چرا که «موضوع

تصویب کند. در این مورد به خصوص، هیأت داورى در سال ۱۹۸۶ در استکهلم، در رأی شماره ۴۳۸۱ اتاق بازرگانی بین‌المللی نظر داد که «از مدارک موجود در پرونده استنباط می‌شود که خواننده یعنی (شرکت انرژی اتمی ایران) به عنوان شرکتی دولتی در مورد ارجاع اختلافات خود به داورى، فاقد صلاحیت بوده است زیرا مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران<sup>(۱)</sup>، شرکت دولتی ایران بدون مجوز مقام صالح (یعنی مجلس شورای اسلامی)، صلاحیت پیوستن به توافقنامه داورى را ندارد. واقعیت این است که لزوم تصویب ارجاع اختلاف اشخاص حقوق عمومی به داورى، در زمان انعقاد توافقنامه داورى به اطلاع خواهان نرسیده بود. چنانچه شرکتی دولتی، با شخص دیگری که تابعیت کشور وی را ندارد، عالمأ و عامداً توافقنامه‌ای منعقد سازد که خود از موانع قانونی کشورش برای الحاق به آن آگاه است و طرف مقابل را نیز به وجود چنین توافقنامه‌ای مطمئن نماید و متعاقب آن در صورت بروز اختلاف منکر صلاحیت قانونی خویش جهت ارجاع به مرجع داورى شود، در آن صورت بی‌آنکه طرفی از ادعای خود بربندد مرجع داورى ایراد مورد ادعا را مردود می‌داند و به رسیدگی ادامه خواهد داد. چنانچه یکی از طرفین اختلافات در جریان داورى یا اجرای رأی صادره، باطل بودن عمل خود را آشکار نماید جداً با نظم عمومی بین‌المللی منافات دارد. از سوی دیگر با عنایت به آنکه خواننده

در مورد صلاحیت خود به عنوان شرکتی دولتی، ظاهراً در انجام وظیفه خود در ذکر شرایط قانون ایران در باره قراردادهای اشخاص حقوق عمومی قصور نموده است و از آنجا که خواهان با حسن نیت، توافقنامه داورى را پذیرفته است می‌باید چنین فرض کرد که محدودیت تعیین شده نسبت به حقوق خواننده در مورد انعقاد توافقنامه داورى، به علت عدم انطباق با نظم عمومی بین‌المللی فاقد هر گونه اثری است و بنابراین حقوق ایران نمی‌تواند برآن استثنایی وارد نماید<sup>(۲)</sup>». به این ترتیب ایراد ایران رد شد.

در توضیح رأی لازم به ذکر است که شرکت دولتی که فاقد صلاحیت پیوستن به توافقنامه داورى است با انعقاد توافقنامه داورى، درحقیقت شرکت خارجی طرف قرارداد خود را به امور موهوم امیدوار کرده است که این عمل حتی درحقوق داخلی ایران از مصادیق کلاهبرداری به شمار می‌رود<sup>(۳)</sup>.

بدیهی است در عرصه بین‌المللی نمی‌توان انتظار داشت که هر یک از طرفین قرارداد، از تمامی قواعد حقوقی قانون

۱- اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی با ارجاع آن به داورى در هر مورد موقوف به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.»

2- Sammartano, Mauro Rubino: op. cit, pp. 153-154

۳- مطابق ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۶۷/۹/۱۵: «هرکس از راه حیله و تقلب مردم را... به داشتن اموال و اختیارات واهی فریب دهد و یا به امور غیر واقع امیدوار نماید... کلاهبردار محسوب می‌شود.»

## حقوق

داوری معتبر خواهد بود. مضافاً آنکه پذیرش تأثیر قوانین جدید بر حق مکتسبه پیشین، موجب اختلال در نظم حاکم بر روابط تجاری بین المللی خواهد شد.

### ۳- استقلال توافقتنامه داور<sup>(۱)</sup>

مفهوم استقلال توافقتنامه داور از قرارداد اصلی، مفهومی نسبتاً جدید است. تا دهه ۱۹۵۰ اغلب نظامهای حقوقی ملی، به نظریه مخالف آن معتقد بودند و اعتبار شرط داور را وابسته به اعتبار قرارداد اصلی می‌دانستند. در حال حاضر، در حالی که بسیاری از کشورها، اصل استقلال توافقتنامه داور را پذیرفته‌اند و در حقوق داخلی خود وارد کرده‌اند با وجود این درجات استقلال متفاوت است و در هر مورد به بررسی دقیق نیاز دارد<sup>(۲)</sup>. برای مثال، علی‌رغم آنکه اصل استقلال در بند ۱ ماده ۱۴ مقررات دیوان داور بین المللی لندن درج گردیده است در انگلستان هنوز کمتر به رسمیت شناخته می‌شود<sup>(۳)</sup>.

استقلال توافقتنامه داور نسبت به قراردادی که از آن ناشی می‌شود در سالهای اخیر بسیار مورد بحث قرار گرفته است.

مشکل واقعی، بیشتر برای شرط داور وجود داشته است تا قرار ارجاع به داور که لاقلاً از حیث ظاهر از قرارداد اصلی جدا می‌باشد. در نهایت، این بحث مطرح

کشور متبوع طرف قرارداد خود آگاه باشد؛ زیرا اصل، آگاهی و اطلاع هر شخص از حقوق داخلی کشور خود است و هیچ نظام حقوقی، جهل به قانون را رافع مسؤلیت نمی‌داند. از این رو از تمام اتباع هر دولتی خواسته شده است که از قوانین لازم الاجرای همان کشور مطلع گردند. چنانچه این اصل، (یعنی اصل جهل به قانون رافع مسؤلیت نیست) رعایت نشود هیچ قرارداد بین المللی و همچنین قرارداد داخلی از اعتبار بایسته، که لازمه حفظ ثبات و بقای روابط بین الملل است، برخوردار نخواهد بود و در عمل روابط بین المللی متزلزل خواهد شد؛ زیرا هر یک از طرفین قرارداد می‌تواند با عدم رعایت برخی از موازین حقوق داخلی خود (در زمان انعقاد قرارداد)، راه نقض قرارداد را به نفع خود باز گذارد.

در صورتی که قوانین داخلی یکی از طرفین قرارداد بین المللی، در زمان انعقاد قرارداد، اجازه پیوستن به توافقتنامه داور را برای وی به رسمیت شناخته باشد لکن با تصویب قوانین جدید و پس از انعقاد قرارداد، چنین حقی از وی سلب شود، براساس قواعد کلی، مبتنی بر اینکه حق ارجاع اختلاف به داور، در زمان انعقاد قرارداد به طور صحیح ایجاد شده، لذا حق مراجعه به داور برای طرف خارجی از جمله حقوق مکتسبه به شمار می‌رود. بنابراین قوانین آتی داخلی، خللی بر آن حق ایجاد نخواهد کرد و کماکان ارجاع اختلاف به

1- Seperability = Severability = Autonomy

2- Blessing, M.: op. cit., P.34

3-Ibid. . P. 32

همان طور که پیش از این اشاره شد مخالفان استقلال توافقنامه داوری از قرارداد اصلی، علت اساسی مخالفت خود را در مورد شرط داوری، چنین اعلام می‌نمایند که ظاهراً شرط داوری جزئی از قرارداد اصلی به شمار می‌رود ولی استقلال قرار ارجاع به داوری را، نسبت به قرارداد اصلی می‌پذیرند زیرا که در واقع دو قرارداد مجزا محسوب می‌گردند. «استقلال شرط داوری در چارچوب زیر قابل قبول می‌باشد:

- از حیث ماهوی شرط داوری به طور خودکار تحت تأثیر تمامی تبعات عامل بطلان در قرارداد اصلی قرار نمی‌گیرد، بلکه میزان تأثیر آن، به هر مورد خاص برمی‌گردد؛  
- از لحاظ شکلی، اصل بر این است که طرفین قصد دارند در مورد اعتبار شرط داوری، اتخاذ تصمیم با داوران باشد، مگر آنکه توافقنامه داوری، خلاف آن را مقرر دارد<sup>(۳)</sup>.  
در حقوق ایالات متحد آمریکا، استقلال توافقنامه داوری پذیرفته شده است. در پرونده «پریمپینت»<sup>(۴)</sup>، دیوان عالی نظر داد که: «شرط داوری، از توافقنامه‌ای که متضمن آن است، جدا محسوب می‌شود، مگر آنکه طرفین برخلاف آن توافق کرده باشند»<sup>(۵)</sup>.

رویه قضایی ایالات متحد آمریکا، بین شرط داوری مُضیق و مُوسَع قائل به تفکیک

می‌شود که آیا شرط داوری تابع سرنوشت قراردادی است که به آن تعلق دارد یا آنکه می‌تواند زندگی مستقلی داشته باشد. هر چند پیروان نظریه استقلال توافقنامه داوری پذیرفته‌اند که اگر قراردادی منعقد نگردد، شرط داوری تحت تأثیر آن قرار خواهد گرفت و فاقد هر گونه اعتباری خواهد بود. به نظر می‌رسد برای بهتر بررسی کردن موضوع، باید بین جنبه ماهوی و جنبه شکلی استقلال توافقنامه داوری، تمایز قایل شد. به این معنا که تأثیر عدم اعتبار قرارداد بر شرط داوری را، جدا از مرجع تصمیم‌گیری، مورد مطالعه قرار داد.

«در مورد جنبه‌های ماهوی، مطابق نظر مخالفان استقلال توافقنامه داوری، بطلان قرارداد، همواره به شرط داوری نیز تسری می‌یابد. مخالفان نظر می‌دهند که در واقع طرفین رابطه حقوقی، دو توافقنامه منعقد کرده‌اند: یکی قرارداد اصلی و دیگری قرارداد جداگانه‌ای که بر اختلافات ناشی از قرارداد اول حاکم می‌باشد (یعنی همان توافقنامه ارجاع اختلاف به داوری). این گروه عقیده دارند حتی در موردی که درخواست بطلان قرارداد حاوی شرط داوری نیز مطرح است کماکان قرارداد از شرط داوری ضمن آن، تبعیت نمی‌کند»<sup>(۱)</sup>.  
البته تمامی موافقان استقلال توافقنامه

داوری نیز معتقد نیستند که حتی اگر قرارداد اصلی باطل باشد توافقنامه داوری معتبر خواهد ماند بلکه اعتقاد دارند در صورت بطلان قرارداد اصلی یا عدم انعقاد قرارداد اصلی، شرط داوری فاقد اعتبار خواهد بود»<sup>(۲)</sup>.

1- Sammartano, Mauro Rubino: op. cit., P. 136-137

2- Svernlöv, Carl : "What Isn't Ain't: The Current Status of the Doctrine of Separability", J.Int. Arb., Vol. 8, No.4, 1991, P.48.

3- Sammartano, Mauro Rubino: op.cit., p.140

4- Prima Paint v. Flood and Conklin.

5- Svernlöv, Carl: op. cit., p.43.

گرفته یا در قراردادهای باطل، استقلال توافقنامه داوری پذیرفته شده است<sup>(۶)</sup>.

در سوئد نیز استقلال توافقنامه داوری براساس دو رأی دیوان عالی پذیرفته شده است<sup>(۷)</sup>. بدین ترتیب ملاحظه می‌گردد در این کشورها، استقلال توافقنامه داوری از قرارداد اصلی را در سطح گسترده‌ای پذیرفته‌اند.

بند دوم ماده ۲۱ مقررات داوری «آنسیترال» در خصوص مورد استقلال توافقنامه داوری مقرر می‌دارد: «... از لحاظ ماده ۲۱، شرط داوری که بخشی از قرارداد را تشکیل داده است به عنوان موافقتنامه‌ای مستقل از سایر شرایط قرارداد محسوب خواهد شد. تصمیم دیوان داوری دایر بر کان لم یکن بودن قرارداد، قانوناً مستلزم بی‌اعتباری شرط داوری نیست».

بند اول ماده ۱۶ قانون نمونه داوری «آنسیترال»، در خصوص صلاحیت هیأت داوری برای اتخاذ تصمیم در مورد صلاحیت خود مقرر می‌دارد: «هیأت داوری می‌تواند در مورد صلاحیت خود، همچنین درباره وجود یا اعتبار موافقتنامه داوری اتخاذ تصمیم کند. برای این منظور، شرط داوری

شده است. عبارت «تمامی اختلافات ناشی از این قرارداد یا مربوط به آن» یا عبارات مشابه، به منزله شرط داوری موسع محسوب می‌شود. در حالی که عبارتی مانند «دعاوی یا اختلافات ناشی از این قرارداد»، به منزله شرط داوری مُصِیق به شمار می‌رود. اکثر شروط داوری نمونه، مربوط به مؤسسات داوری در حقیقت، شرط داوری مُوسَع است. در موردی دیوان استیناف ایالات متحده در سال ۱۹۸۸ نظر داد که: «شرط پیشنهادی اتاق بازرگانی بین‌المللی می‌باید به عنوان شرط مُوسَع محسوب شود»<sup>(۱)</sup>. همچنین دادگاه‌های ایالات متحد آمریکا، استقلال توافقنامه داوری از شرط داوری مُوسَع را، بیشتر می‌پذیرند<sup>(۲)</sup>.

در حقوق انگلستان، استقلال توافقنامه داوری نسبت به شروط داوری مندرج در قراردادهای معتبر، یا قراردادهایی که نسبت به اعتبار آن تردید شده است قابل قبول می‌باشد. در مورد قراردادهای باطل، اعلام شده که به تبع بطلان قرار داد، داوری نیز باطل خواهد شد. نظریه فوق از سال ۱۹۴۲ تابع پرونده «هی من» شده<sup>(۳)</sup> که مجلس اعیان نسبت به آن نظر داده است<sup>(۴)</sup>.

در فرانسه، آیین دادرسی مدنی در مورد استقلال توافقنامه داوری ساکت است. لکن در سال ۱۹۶۳ دیوان عالی فرانسه<sup>(۵)</sup>، قائل به وجود استقلال توافقنامه داوری در داوریه‌های بین‌المللی و نه داخلی، گردید. حتی در جاهایی که قرارداد اصلی مورد تردید قرار

1- Bond, S.R.: "How to Draft an Arbitration Clause". J.Int.Arb., No.2, 1989, p.71.

۲- رجوع شود به:

- Bernardini, Piero: op.cit., p.50

- Bond, S.R.: op.cit., pp.70-71

3- Heyman

4- Svernløv, Carl: op.cit., p.45.

5- Cour de Cassation

6- Svernløv, Carl: op.cit., pp.45-46

7 - Ibid , p.48.

حقوق ایران احکام خاصی در مورد شروط ضمن عقد وجود دارد که برخی از نتایج آن عبارتند از:

- عقد جائز ضمن عقد لازم، به تبع عقد اصلی لازم می‌شود؛

- چنانچه مورد شرط تحقق نیابد، برای مشروط له، حق فسخ وجود دارد؛

- بطلان شرط، اصولاً تأثیری در صحت عقد ندارد؛

- بطلان عقد اصلی، موجب بطلان شرط می‌شود<sup>(۱)</sup>.

لازم به یادآوری است که بحث شروط ضمن عقد، دارای پیچیدگیهای خاص خود می‌باشد. تعریفی ساده که از شرط ضمن عقد به عمل آمده عبارت است از: «توافقی که افراد ضمن عقد دیگری می‌کنند»<sup>(۲)</sup>.

در حقوق ایران شرط، تابع قرارداد اصلی می‌باشد و حیات آن بستگی به حیات قرارداد اصلی دارد. از این رو چنانچه ثابت شود که عقد اصلی از آغاز باطل بوده است، شرط هم بی‌اثر می‌شود، هر چند که به خودی خود تمام شرایط صحت معامله را

که به صورت جزئی از یک قرارداد می‌باشد، به عنوان موافقتنامه‌ای مستقل از سایر شرایط قرارداد، محسوب می‌شود. تصمیم هیأت داورى مبنی بر اینکه قراردادی، باطل و ملغی‌الاثراست فی نفسه به معنای عدم اعتبار شرط داورى مندرج در آن قرارداد نخواهد بود. در این ماده (یعنی بند اول ماده ۱۶ قانون نمونه آنستیرال) و ماده ۲۱ مقررات داورى آنستیرال تصریح گردیده که شرط داورى، به عنوان موافقتنامه‌ای مستقل محسوب خواهد شد و ابطال قرارداد اصلی به منزله عدم اعتبار شرط داورى نخواهد بود.

سوالی که مطرح می‌شود این است که منظور از توافقنامه داورى در بند اول ماده ۱۶، قرار ارجاع به داورى است یا شرط داورى؟ چرا که در جمله دوم بند فوق صرفاً به شرط داورى تصریح شده و نه قرار ارجاع به داورى. به نظر می‌رسد منظور تدوین کنندگان این ماده، شامل هر دو نوع توافقنامه داورى (یعنی شرط داورى و قرار ارجاع به داورى) باشد. لکن چون در حقوق تجارت بین‌الملل عمدتاً استقلال توافقنامه ارجاع به داورى، از قرارداد اصلی پذیرفته، بنابراین متعرض آن نشده است. مضافاً آنکه مطابق بند سوم ماده ۲ لایحه داورى تجاری بین‌المللی، موافقتنامه داورى اعم از شرط داورى و قرار ارجاع به داورى است.

در حقوق ایران باید در ابتدا به این سؤال پاسخ داده شود که آیا شرط داورى مندرج در قرارداد، از نظر حقوق ایران، جزو شروط ضمن عقد محسوب می‌شود؟ این بحث از این لحاظ حائز اهمیت است که در

۱- برای مطالعه بیشتر رابطه بین عقد اصلی و شرط رجوع شود به:

کاتوزیان، دکتر ناصر: «حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها»، جلد سوم، چاپ اول، تهران ۱۳۶۸، صفحات ۱۳۶-۱۴۱.

۲- صفایی، دکتر سید حسین: «دوره مقدماتی حقوق مدنی»، جلد دوم، تعهدات و قراردادها، انتشارات مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱، ص. ۲۰۸.

تعریف دقیق‌تری که از شرط ضمن عقد به عمل آمده عبارت است از: «التزامی که ضمیمه تعهدهای اصلی عقد دیگر قرار گرفته؛ حدود و شرایط آن تعهدها را کامل ساخته یا دگرگون کرده است». کاتوزیان، دکتر ناصر: «حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها»، جلد سوم، چاپ اول، تهران ۱۳۶۸، ص. ۱۲۴.

## حقوق

آن، منوط به صحت و اعتبار قرارداد اصلی باشد. بنابراین حتی در صورت بطلان قرارداد اصلی، به اعتبار توافقنامه داور، خللی وارد نخواهد شد. در نتیجه هر یک از دو قرارداد (یعنی قرارداد اصلی و توافقنامه داور) می‌باید قراردادی مستقل به شمار روند.

از طرف دیگر ممکن است به صلاحیت داور از سوی هر یک از طرفین اختلاف ایرادی وارد شود. برای مثال ممکن است داور، تبعه کشور متبوع یکی از طرفین اختلاف باشد علی‌رغم آنکه طرفین اختلاف، در توافقنامه داور، صراحتاً آنرا منع کرده باشند. در آن صورت این سؤال مطرح می‌شود که کدام مرجع برای رسیدگی به صلاحیت داور صلاحیت دارد؟ دادگاه محل انجام داور صالح است یا داور مورد اعتراض؟ یا در مثالی دیگر چنانچه توافقنامه داور، که مبنای صلاحیت داور است، مورد اعتراض قرار گیرد و به این ترتیب صلاحیت داور محرز نباشد، این سؤال مطرح خواهد شد که آیا داور می‌تواند در مورد توافقنامه داور اتخاذ تصمیم نماید؟ در مقام پاسخ به این پرسشها، مطابق نظریه‌ای که داور را برای اعلام صلاحیت خود مخیر می‌دارد، داور می‌تواند به موضوع رسیدگی و تصمیم خود را اعلام نماید<sup>(۲)</sup>

نیز دارا باشد. در این مورد، آقای دکتر کاتوزیان عقیده دارند که: «این نتیجه (یعنی تابعیت شرط از عقد اصلی)، در مورد شرط ارجاع به داور، به ویژه در موضوعهای بین‌المللی، مورد تردید قرار گرفته است و بعضی آن را شرطی مستقل به شمار آورده و نتیجه گرفته‌اند که داور، حق رسیدگی به اختلاف درباره صحت و اعتبار عقد را نیز دارد. ولی، این راه حل در حقوق ما پذیرفته نشده است. ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی، مقرر می‌دارد که اختلاف، نسبت به اصل معامله در دادگاه و پیش از انتخاب داور رسیدگی شود. پس، باید گفت شرط ارجاع به داور، اگر ضمن قرارداد اصلی آمده باشد، شرطی است تبعی و رعایت آن در صورتی لازم است که عقد نافذ و معتبر باشد. در نتیجه، اختلاف درباره درستی عقد، را نمی‌توان به چنین داور ارجاع کرد<sup>(۱)</sup>».

لازم به یادآوری است که در مورد توافقنامه داور، دو مفهوم، بسیار حائز اهمیت است که به یکدیگر شباهت بسیار دارند. این دو مفهوم عبارتند از: استقلال توافقنامه داور از قرارداد اصلی (Seperability یا Autonomy) و صلاحیت داور برای اتخاذ تصمیم در مورد صلاحیت خود (Competence - Competence).

Competence)

منظور از استقلال توافقنامه داور آن است که توافقنامه داور جزئی از قرارداد اصلی محسوب نمی‌شود تا صحت و اعتبار

۱- کاتوزیان، دکتر ناصر: «حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها»، جلد سوم، ۱۳۶۸، ص. ۱۴۰ و ۱۴۱

۲- برای مطالعه بیشتر در مورد تفاوت دو اصطلاح: Competence-Competence, Autonomy

رجوع شود به:

- Svernlöv., C.: op. cit., pp. 37-38



با این مقدمه هرچند که نظر آقای دکتر کاتوزیان در مورد ماهیت استقلال توافقنامه داوری، یا شرط داوری از قرارداد اصلی، صحیح است لکن مثالی را که ذکر کرده‌اند منصرف از موضوع می‌باشد چرا که موضوع به صلاحیت داور برای اتخاذ تصمیم در مورد صلاحیت خود برمی‌گردد و مربوط به بحث استقلال توافقنامه داوری از قرارداد اصلی نمی‌شود. زیرا ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی صرفاً اعلام داشته: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرار ارجاع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه به آن رسیدگی می‌کند». به عبارت دیگر مفاد ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی، صرفاً ناظر بر این است که هرگاه به صلاحیت داور (اعم از داور منفرد یا مرجع داوری) اعتراض شود، آن داور نمی‌تواند به صلاحیت خود رسیدگی کند و ماده مذکور به هیچ وجه ناظر بر استقلال توافقنامه داوری از قرارداد اصلی نیست.

واسطه تأثیر زیادشان، هم باطل هستند و هم عقد اصلی را باطل می‌کنند. شرط ارجاع اختلاف به داوری، یقیناً داخل در هیچ یک از دو مقوله فوق (باطل و مبطل) نیست و لذا به استناد اصل «اصاله الصحه» می‌باید به صحت آن حکم کرد. شروط صحیح عبارتند از: شرط صفت، شرط نتیجه، شرط فعل اثباتاً یا نفیاً<sup>(۱)</sup>. شرط داوری مندرج در قرارداد، به تعریف شرط نتیجه، نزدیکتر است چرا که در شرط نتیجه، تحقق امری در خارج شرط می‌شود و در شرط داوری نیز ارجاع اختلاف به داور (که به منزله امری در خارج از قرارداد است) درج می‌گردد<sup>(۲)</sup>.

لازم به ذکر است در میان حقوقدانان، در مورد وضعیت اصل آزادی قراردادهای، تا پیش از تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی، اختلاف نظر وجود داشت. بعضی گفته‌اند: «در حقوق امامیه بنابر نظر مشهور، تعهد

در قانون مدنی ایران، کلاً سه دسته شرط ضمن عقد احصاء گردیده است که عبارتند از: شروط باطل، شروط مبطل و شروط صحیح. «شروط باطل» عبارتند از شرط غیر مقدور، شرط بی‌فایده و شرط غیر مشروع (ماده ۲۳۲ قانون مدنی). این دسته از شروط خود باطل هستند لکن سبب بطلان عقد اصلی نمی‌شوند. دسته دوم «شروط مبطل» هستند که عبارتند از: شرط خلاف مقتضای ذات عقد و شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین معامله شود (ماده ۲۳۲ قانون مدنی). این دسته از شروط به

۱- ماده ۲۳۴ قانون مدنی: «شرط بر سه قسم است:

۱- شرط صفت

۲- شرط نتیجه

۳- شرط فعل نفیاً یا اثباتاً.

شرط صفت عبارت است از شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله، شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود، شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود»  
۲- در حقوق داخلی هیچ یک از استادان متعرض بحث ماهیت حقوقی ارجاع اختلاف به داوری نشده است. لکن جهت اطلاع بیشتر از محتوای هر یک از شروط ضمن عقد، به منابع زیر مراجعه شود:

- امامی، مرحوم دکتر سید حسن: «حقوق مدنی»، جلد اول، کتابفروشی اسلامیة، چاپ چهارم، ۱۳۴۳، صفحات ۲۸۲-۲۹۰؛

- صفایی، دکتر سید حسین: «دوره مقدماتی حقوق مدنی»، جلد دوم، تعهدات و قراردادهای، انتشارات موسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱، صفحات ۲۱۶-۲۲۱؛

- کاتوزیان: دکتر ناصر: «حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای»، جلد سوم، صفحات ۱۴۷-۱۶۱.

## حقوق

آن از سوی شارع نرسیده باشد، لازم الوفا دانسته‌اند<sup>(۳)</sup>».

حتی بنا بر اظهارات قائلین به اصل آزادی قراردادها در فقه، اصل آزادی قراردادها عمدتاً در عقود معین رعایت نمی‌شده است. اصولاً توفیق عقد صلح و شروط ضمن عقد در فقه، به آن علت بود که تعهداتی که داخل در هیچ یک از عقود معین قرار نداشت در قالب عقد صلح یا شروط ضمن عقد، گنجانده می‌شد. از این رو می‌توان گفت که به لحاظ تاریخی، تاپیش از تدوین قانون مدنی، فقها، عقیده بر این داشتند که قراردادی که به صورت یکی از عقود معین یا شروط ضمن آن نباشد فاقد اعتبار است و لذا بحثهای ظریفی در مورد شرط ضمن عقد، مطرح گردید تا راهگشای

بدوی الزام آور نیست و هرگاه کسی بخواهد تعهدی بنماید باید آن را به صورت یکی از عقود معینه در بیاورد و یا به صورت شرط ضمن عقد قرار بدهد، این است که در حقوق امامیه، شروط ضمن عقد، مورد توجه مخصوص قرار گرفته است<sup>(۱)</sup>». و برخی اظهار داشته‌اند: «نمی‌توان ادعا کرد که مفاد این ماده (ماده ۱۰ قانون مدنی) در حقوق ما، پیشینه تاریخی ندارد و ابداع نویسندگان قانون مدنی، ثمره تقلید از حقوق اروپایی است، زیرا فقیهان امامیه، دست کم در مبحث شرط، از همین اصل پیروی می‌کرده‌اند و عقد صلح در مقام معامله، وسیله تأمین آزادی اراده در قراردادها بوده است. گروهی از مفسران و فقیهان نیز وفای به همه عقود را که بر خلاف اخلاق و عقل و شرع نباشند واجب دانسته‌اند. با وجود این، به نظر می‌رسد که ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه نیز الهام بخش نویسندگان قانون مدنی ما قرار گرفته است و نفوذ حقوق اروپایی را در این زمینه نباید انکار کرد<sup>(۲)</sup>». همچنین گفته شده است: «اغلب فقهای قدیم، عقود صحیح را منحصر به عقود شناخته شده در فقه، نظیر اجاره، بیع، مزارعه، صلح و نظایر آن می‌دانستند و چنانچه معامله‌ای که عنوان آن در شرع ناشناخته بود، منعقد می‌گردید، به بطلان آن حکم می‌کردند... لکن اکثر فقهای متأخر، به همراه دسته بزرگی از مفسران، کلیه «معاملات عقلایی» را که منعی در مورد

۱- امامی، دکتر سید حسن: حقوق مدنی، جلد ۱، ص ۲۶۷

۲- کاتوزیان، دکتر ناصر: «قواعد عمومی قراردادها»، جلد اول، صفحات ۱۵۲-۱۵۳

۳- حائری، مسعود: «مبانی فقهی، تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی»، ص ۱۶

آقای حائری در جای دیگر اظهار داشته‌اند: «با استفاده از کلمات فقها، شرط ابتدایی را می‌توان چنین تعریف کرد: شرط ابتدایی، تعهدی است که یکی از طرفین (مشروط علیه) در مقابل دیگری (مشروط له) به عهده می‌گیرد بدون اینکه در ضمن عقدی از عقود باشد، یا عقد مبتنی بر آن واقع شود. به عنوان مثال اگر شخصی تعهد کند که زمین یا اتومبیل یا حق امتیاز تلفن خود را در تاریخ معینی و با مبلغ معنوم، به دیگری منتقل کند و این تعهد قولاً یا فعلاً مورد قبول طرف قرارداد قرار گیرد، چنین تعهدی را تعهد ابتدایی یا شرط بدوی می‌نامند. صحت چنین شروطی مورد قبول همه فقها نیست. بلکه باید گفت اغلب فقها آنرا باطل می‌دانند. رجوع شود به همان مأخذ: صفحات ۱۹۰ به بعد.

بنابراین نظر، تعهدات فقط در قالب عقود معین یا شروط ضمن عقد معین پذیرفته شده است و چنانچه تعهدی در یکی از این دو صورت قرار نگیرد از نظر اکثریت فقها، باطل می‌باشد.

مشکلات حقوقی باشد. لکن به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی، قراردادهای از صورت «تشریفاتی» خارج گردید و متعاملین مخیر شدند که هرگونه که اراده نمایند و در هر قالبی که مایل باشند، روابط حقوقی خود را تنسيق و تنظيم کنند و قرارداد ناظر بر آن روابط را، منعقد نمایند، حتی اگر در قالب یکی از عقود معین قرار نگیرد و مخالف صریح قانون نباشد. بدین ترتیب از نقش شروط ضمن عقد، کاسته شده است. در حال حاضر به نظر می‌رسد نیازی به درج تعهدات، در قالب شروط ضمن عقد نیست. با توجه به مطالب فوق، می‌توان نتیجه گرفت که چنانچه در قرارداد اصلی تصریح نشود که تعهد خاصی جزء شرط ضمن عقد می‌باشد و متعاملین قرارداد خود را به صراحت یا به طور ضمنی، تحت شمول ماده ۱۰ قانون مدنی ندانند، کل قرارداد می‌باید به عنوان مجموعه‌ای که تمامی اجزای آن الزام‌آور و تعهدآور است، محسوب گردد. زیرا طرفین اراده خود را برای تحقق امری حقوقی، کلاً در چارچوب این قرارداد گنجانده‌اند. بدین ترتیب در چنین مواردی نمی‌توان ماده مربوط به حل اختلاف در قرارداد را، به عنوان شرط ضمن عقد محسوب کرد، بلکه آن ماده، یکی از مواد اصلی قرارداد به شمار می‌رود. در صورتی که طرفین قرارداد، ماده مربوط به حل اختلاف را در یکی از عقود معین درج نمایند، یا صراحتاً آن را به عنوان شرط ضمن عقد، آورند به عنوان شرط ضمن عقد، محسوب خواهد شد.

مطابق بند اول ماده ۱۶ لایحه داورى تجارى بين المللى: «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقتنامه داورى اتخاذ تصمیم کند. شرط داورى که به صورت جزئى از یک قرارداد است از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقتنامه‌ای مستقل تلقى می‌شود و تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغى الاثر بودن قرارداد فى نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داورى مسندرج در قرارداد نخواهد بود». در ماده «۱۶» لایحه داورى تجارى بين المللى، استقلال توافقتنامه داورى از قرارداد اصلی تصریح شده است.

به این ترتیب در حال حاضر حقوق ایران، قایل به استقلال شرط داورى از قرارداد اصلی نیست و رابطه بین این دو را، رابطه بین اصل و فرع می‌داند. لکن در صورت تصویب لایحه داورى تجارى بين المللى، این مفهوم وارد در حقوق ایران خواهد شد با این توضیح که چون لایحه داورى، «قانون خاص» است ماده ۱۰ قانون مدنى را «تخصیص خواهد زد» و به این ترتیب استقلال توافقتنامه داورى از قرارداد اصلی صرفاً در قراردادهای موضوع داورى تجارى بين المللى پذیرفته خواهد شد و در دیگر موارد کماکان استقلال این دو (یعنى استقلال قرارداد اصلی از توافقتنامه داورى)، مورد قبول نخواهد بود.

#### ۴- قانون ماهوى حاکم بر توافقتنامه داورى

در قانون نمونه داورى «انسیترال» و به

می‌شد دادگاه یونان (به عنوان دادگاه محل اقامت خواننده) و به تبع آن قانون یونان، برای رسیدگی صلاحیت داشت. مضافاً آنکه این رأی اصولاً می‌باید در یونان اجرا می‌شد. بنابراین داور پرونده، قانون یونان را به عنوان قانون حاکم بر اعتبار توافقنامه داوری صالح و معیار دانست و در تأیید این نظر اعلام کرد که براساس «قوانین تعارض نظر آلمان و یونان» باز هم قانون یونان حاکم بر توافقنامه داوری می‌باشد<sup>(۱)</sup>. در این رأی مبنای تعیین قانون حاکم بر توافقنامه داوری، نظر داور بوده که با توجه به مرجع قضایی صالح و قواعد حل تعارض قانون ملی طرفین اختلاف، قانون حاکم بر توافقنامه داوری را مشخص کرده است.

- در پرونده شماره ۴۱۳۱ اتاق بازرگانی بین‌المللی در سال ۱۹۸۲، هیأت داوری به ریاست «پرفسور ساندرز» در مورد قانون حاکم بر توافقنامه داوری نظر داد که اگرچه قانون حاکم بر ماهیت دعوا در برخی موارد بر توافقنامه داوری نیز حاکم است، لکن محتمل است که در موارد دیگر، به سبب استقلال توافقنامه داوری از قرارداد اصلی، توافقنامه داوری در مورد چارچوب و اثرات تبعی خود، تابع قانون خاص حاکم بر توافقنامه داوری باشد که با قانون حاکم بر ماهیت قرارداد اصلی متفاوت است<sup>(۲)</sup>. در این رأی شاهد آن هستیم که توافقنامه

تبع آن در لایحه داوری تجاری بین‌المللی، به قانون حاکم بر توافقنامه داوری اشاره‌ای نشده است. ممکن است در بدو امر، تصور شود که قانون حاکم بر قرارداد اصلی، بر توافقنامه داوری نیز حاکم است لکن مطابق اصل استقلال توافقنامه داوری از قرارداد اصلی، این دو (یعنی توافقنامه داوری و قرارداد اصلی) از یکدیگر مجزا هستند و در واقع توافقنامه داوری نیز خود قراردادی مستقل است. بنابراین نمی‌توان قانون حاکم بر قرارداد اصلی را بر توافقنامه داوری حاکم دانست. با وجود این می‌توان با استفاده از معیارهایی که با توسل به آن، قانون حاکم بر قرارداد اصلی مشخص می‌شود، قانون حاکم بر توافقنامه داوری را نیز تعیین کرد. دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، در دو رأی خود که مربوط به قانون حاکم بر توافقنامه داوری می‌باشد و به فاصله ۲۶ سال صادر گردیده، چنین اظهار نظر کرده است:

- در رأی شماره ۹۳۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی، در سال ۱۹۵۶ که خواهان آن پرونده، تبعه جمهوری فدرال آلمان و خواننده آن، تبعه یونان بود معیاری که برای تعیین قانون حاکم بر توافقنامه داوری در نظر گرفته شد، نظر داور پرونده بود. به این ترتیب که با در نظر گرفتن شواهد مختلف داور، قانون حاکم بر توافقنامه داوری را تعیین کرد و اعلام می‌نمود، با توجه به آنکه خواننده دعوی، تبعه یونان است لذا اگر دعوی از طریق مراجع قضایی پیگیری

1- Jarvin, S.& Derains, Y. : "Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985", pp.17-18.

2- Ibid. p.148

مختلف معمولاً برای تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه (واز جمله اهلیت)، دو عامل را در نظر می‌گیرند: تابعیت و اقامتگاه<sup>(۳)</sup>.

گروه نخست که قائل به معیار تابعیت هستند، احوال شخصیه افراد را تابع قانون دولت متبوع (یا به عبارت دیگر قانون ملی) آن شخص می‌دانند. ایران از جمله کشورهایی است که اهلیت اشخاص را تابع قانون ملی می‌داند<sup>(۴)</sup>. در برخی کشورهای دیگر از جمله انگلستان، اهلیت اشخاص را تابع قانون دولت محل اقامتگاه شخص می‌دانند.

در برخی دیگر از کشورهای تابع نظام حقوقی «کامن لا»<sup>(۵)</sup>، اهلیت اشخاص در مواردی بر اساس معیار دیگری تعیین می‌گردد. مطابق این معیار، در صورتی که موضوع اختلاف مربوط به قرارداد یا سند باشد، قانون حاکم بر ماهیت آن قرارداد، بر اهلیت طرفین قرارداد نیز حاکم خواهد بود<sup>(۶)</sup>. از معایب این معیار آن است که این امکان را فراهم می‌آورد که شخص، بر اساس

داوری. خود قراردادی مستقل از قرارداد اصلی محسوب و به تبع آن اعلام گردیده که قانون حاکم بر توافقنامه داوری، جدای از قانون حاکم بر قرارداد اصلی است.

در مورد معیارهای تعیین قانون ماهوی حاکم بر قرارداد داد، که مشتمل بر توافقنامه داوری نیز می‌شود، بعداً به تفصیل در بخش جداگانه، تحت عنوان «قانون ماهوی حاکم»، بحث خواهد شد.

### ۵- طرفین توافقنامه

اشخاص مایل به حل و فصل اختلاف از طریق داوری را می‌توان به چهارگروه زیر تقسیم نمود:

- اشخاص حقیقی
- اشخاص حقوقی
- شرکتهای دولتی<sup>(۱)</sup>
- دولتها

«هر یک از گروه‌های چهارگانه فوق، می‌تواند توافقنامه داوری منعقد کند و به تبع آن، مورد اختلاف را، به داوری ارجاع دهد. با وجود این رویه داوری مبین آن است که اشخاص حقیقی و حقوقی - در وهله نخست - و شرکتهای تحت نظر و مدیریت دولت - در مرحله بعد - اکثریت عمده طرفین دعوی را تشکیل می‌دهند. شرکتهای تحت نظارت دولت یا تحت پوشش، از لحاظ قانونی از جمله اشخاص حقوقی به شمار می‌روند و غالباً به عنوان شرکت دولتی عمل و امتیازات مصونیت را مطالبه می‌کنند<sup>(۲)</sup>».

سؤالی که مطرح است تعیین قانون حاکم بر اهلیت اشخاص است. کشورهای

1- Public Bodies

2- Sammartano, Mauro Rubino: op.cit., p.167

۳- برای مطالعه بیشتر در مورد دلایل موافقان ملاک تابعیت و ملاک اقامتگاه رجوع شود به:

- الماسی، دکتر نجادعلی: «تعارض قوانین»، صفحات ۱۵۳ تا ۱۵۵

-Sammartano, Mauro Rubino: op.cit., pp.117-120

-Madl, Ferenc: "Competence of Arbitral Tribunals in Int'l commercial Arbitration" , in Essays on Int'l Commercial Arbitration",

edited by Petar "Sarcevic" ,p.97

۴- ماده ۷ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارضیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود».

5- Common Law

6- Sammartano, Mauro Rubino: op.cit., p.118

شرکت<sup>(۲)</sup> راه حل مناسبی به نظر می‌رسد لکن تفسیرهایی که از این قانون می‌شود متفاوت می‌باشد. مطابق نظر برخی از حقوق‌دانان، قانون شرکت، قانون متبوع سهامداران شرکت است و برخی دیگر عقیده دارند که قانون محلی که سرمایه شرکت در آنجا پذیره نویسی شده است، قانون شرکت محسوب می‌گردد. نظر دیگر بر این است که قانون محلی که شرکت در آنجا تشکیل شده حاکم بر شرکت است؛ و گروه دیگر عقیده دارند قانون محلی را که شرکت در آنجا به ثبت رسیده یا مرکز اصلی فعالیت‌های شرکت در آنجاست، باید ملاک قرار بگیرد. برخی از این معیارها مانند تابعیت سهامداران یا محل پذیره نویسی سرمایه، قابل قبول نمی‌باشد چرا که اولویت به عناصری داده شده که احتمالاً ارتباط حقوقی با شرکت ندارند. معیارهای دیگر از قبیل محل تشکیل شرکت، محل ثبت شرکت و محل اصلی فعالیت‌های شرکت، هر یک دارای ویژگی‌هایی است که شایان توجه است.

به هر حال مسائل مربوط به اهلیت اعمال حق<sup>(۳)</sup>، در خارج از قلمرو شرکت

۱- الماسی - دکتر نجاد علی: همان مأخذ، ص ۱۵۵.

2- Lex Societatis

۳- «اهلیت اعمال حق» به عنوان ترجمه «Capacity to Perform Acts» آمده است که در حقوق ایران به «اهلیت استیفاء» مشهور است. در مقابل «اهلیت استیفاء» اصطلاح «اهلیت تمتع» به معنای صلاحیت و اهلیت دارا شدن حق وجود دارد. برای سهولت استفاده و باتوجه به شباهت فراوان لفظ تمتع و استیفاء، به نظر معادل فوق ارجح است. برای توضیح بیشتر به کتاب زیر مراجعه شود: «ترمینولوژی حقوقی» دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۳، شماره ۷۶۳.

قانون تعیین شده توسط این معیار، بتواند منکر اهلیت اعمال حق طرف دیگر شود در حالی که طرف مقابل، مطابق قانون ملی خود، اهلیت انجام آن کار را داراست. یا آنکه با توسل به این معیار، برای شخصی که مطابق قانون ملی خود فاقد اهلیت است، می‌توان اهلیت اعمال حق، قائل شد.

در مورد اینکه اعمال کدام یک از این دو قاعده (قاعده قانون اقامتگاه و قاعده قانون ملی)، برای تعیین قانون حاکم بر اهلیت مناسب‌تر است، گفته شده است: «این موضوع یک موضوع نسبی است و بر حسب کشورهای مختلف متفاوت است. البته با اعمال قانون ملی، ثبات وضعیت خانوادگی و اهلیت افراد بهتر تأمین می‌شود، اما در بعضی موارد، اعمال قانون ملی ممکن نیست و در آن موارد معمولاً قانون اقامتگاه اجرا می‌گردد. به طور کلی رجحان یکی از این دو قاعده بر دیگری، بیشتر تابع دلایل مصلحتی است تا دلایل حقوقی و لذا ملاحظه می‌کنیم که کشورهای مهاجرپذیر، اصولاً تمایل دارند که قانون اقامتگاه را اعمال کنند (همچنان که در مورد تابعیت نیز نظام خاک را اعمال می‌کنند) و حال آنکه کشورهای «مهاجر فرست» تمایل به اجرای قانون ملی هستند (همچنان که در مورد تابعیت نیز تمایل به اجرای نظام خون می‌باشند)<sup>(۱)</sup>».

در مورد تعیین قانون حاکم بر اهلیت اشخاص حقوقی، وضعیت پیچیده‌تر است. هرچند که در بادی امر استفاده از قانون

ماده، مانع از توسل دولتها یا شرکتهای دولتی به قوانین داخلی خودشان است که به استناد آن، رسیدگی از طریق داوری را رد نمایند. برای مثال کشور نمی تواند به استناد آنکه شرط داوری توسط هیأت دولت یا مجلس آن کشور تصویب نشده یا آنکه قوانین یا بخشنامه های دولتی، بعد از انعقاد توافقنامه داوری، ارجاع به داوری را مجاز ندانسته یا آنکه قرارداد، نافی منافع حیاتی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی آن کشور می باشد، از ارجاع اختلاف به داوری ممانعت کند. پیش از این به استناد این نظر، آرای مختلفی صادر شده است<sup>(۴)</sup>.

1- Sammartano, M.R.: op. cit., pp 118- 119

۲- معیارهایی که معمولاً برای تعیین وابستگی شرکتی به دولت در نظر گرفته می شود عبارتند از: میزان وابستگی واقعی و حقوقی شرکت به دولت، ساختار سازمانی شرکت، وابستگی مالی، وابستگی مدیریت شرکت (از حیث تعیین مدیران توسط مقام دولتی). رجوع شود به:

- Blessing, M.: "op.cit., p.29

3- Ibid., p.27

4- AMCO Asia Corp v. Republic of Indonesia (ICSID award), Yearbook X - 1985, pp. 61 - 70, and Yearbook - XI -

1986, pp. 159 - 161, and Yearbook XII - 1987, pp. 129 - 148;

- Framatome et al v. Atomic Energy Organization of Iran, Yearbook VIII - 1983, p. 94-117

- Societ'e Tunisienne d'elkectricite' et de Gaz (STEG) V. Enterpose, Yearbook III - 1978 , p.283;

- Helmut Benteler KG v. Belgium, comments on the decision by Ian Paulsson in Arbitration International 1986, pp. 90 - 103;

- Turriff Construction (Sudan) Ltd. v. The Sudan (cit. in S.M. Schwebel: "Int'l Arbitration: Three Salient

Problems", Cambridge 1987, p. 88;

- Societe' des Grands Travaux de Marseille v. Pepole's Republic of Bangladesh, Yearbook V - 1980, pp. 177 - 185;

- Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil

می باید بر اساس حقوق لازم الاجرا، مطابق یکی از معیارهای فوق، تعیین گردد<sup>(۱)</sup>.

در مواد ۳۵، ۱۵۴ و ۱۵۵ قانون حقوق بین المللی خصوصی سوئیس، قانون حاکم بر اهلیت اشخاص حقیقی، قانون محل اقامتگاه آنان اعلام شده است (با این توضیح که تغییرات بعدی اقامتگاه، تأثیری بر قانون حاکم بر اهلیت شخص نخواهد گذاشت) و در مورد اشخاص حقوقی، قانون شرکت، بر اهلیت آنان حاکم خواهد بود مشروط بر آنکه تشریفات ثبت شرکت، مطابق قانون شرکت به طور کامل انجام شده باشد. در غیر این صورت قانون محل استقرار مدیریت شرکت، به عنوان قانون حاکم بر اهلیت شخص حقوقی قلمداد خواهد شد.

ماده ۱۷۷ قانون حقوق بین المللی خصوصی سوئیس، در مورد اهلیت اشخاص منتسب به دولت، متضمن شرط دیگری نیز هست. مطابق بند ۲ ماده ۱۷۷ قانون حقوق بین المللی خصوصی: «اگر هر یک از طرفین توافقنامه داوری، دولت یا شرکت وابسته یا سازمانی تحت نظارت دولت باشد<sup>(۲)</sup>، آن طرف نمی تواند در جهت انکار قابلیت دعوا برای مطرح شدن در مرجع داوری، به مقررات خاص خود استناد کند یا از عدم اهلیت خود در مقام یکی از طرفین دعوا، سخن به میان آورد.»

این ماده را یکی از نقاط قوت قانون حقوق بین المللی خصوصی سوئیس به شمار آورده اند مضافاً آنکه برای نخستین بار، چنین ماده ای با این محتوا به تصویب رسیده و در قالب قانون تجلی یافته است<sup>(۳)</sup>. این

## حقوق

همچنین در مورد قانون حاکم بر اهلیت اشخاص در سطح بین‌المللی، رویهٔ یکسانی وجود ندارد که داوران بتوانند با تمسک به آن راه‌حلی بیابند. از این رو لازم است معیار تشخیص قانون حاکم بر احوال شخصیه، در لایحهٔ داورى تجارى بین‌المللى مشخص گردد.

سه معیار برای تعیین قانون حاکم بر اهلیت اشخاص وجود دارد: تابعیت، اقامتگاه و محل تنظیم قرارداد.

از آنجا که تابعیت شخص، کمتر دستخوش تغییر می‌شود با اعمال قانون ملی در مورد اهلیت اشخاص، ثبات وضعیت اشخاص که لازمهٔ برقراری ارتباطهای اجتماعی است، بیشتر برقرار می‌شود. بنابراین می‌توان برای بهره‌مندی از این مزیت، قانون ملی را بر اهلیت اشخاص

از نظر بین‌المللی، پاراگراف الف بند اول مادهٔ ۵ کنوانسیون نیویورک (۱۹۵۸)، از مواردی که به استناد آن می‌توان اجرای رأی داورى را رد کرد، فقدان اهلیت طرفین اختلاف ذکر شده است. معیاری که در این مورد تعیین گردیده، قانون ملی طرفین اختلاف است<sup>(۱)</sup>. مادهٔ ۳۴ بند ۲ (الف I) قانون نمونه «آنستیرال» در این مورد صرفاً اعلام می‌دارد که اگر یکی از طرفین اختلاف فاقد اهلیت باشد رأی داور را می‌توان رد کرد لکن قانونی را که ناظر بر اهلیت طرفین اختلاف است، تعیین نمی‌کند<sup>(۲)</sup>.

در بند ۱ (الف) مادهٔ ۳۳ لایحهٔ داورى تجارى بین‌المللی، پیش‌بینی شده است که اگر یکی از طرفین فاقد اهلیت باشد، رأی داور را می‌توان ابطال کرد.

ملاحظه می‌شود راه حل لایحه داورى تجارى بین‌المللی و قانون نمونه داورى «آنستیرال» در مورد اهلیت طرفین یکسان است و هر دو در مورد قانون حاکم بر اهلیت اشخاص سکوت کرده‌اند.

بدیهی است داور برای تعیین قانون حاکم بر اهلیت اشخاص، به معیاری نیازمند است. سکوت لایحهٔ داورى تجارى بین‌المللی، در قبال این موضوع، سبب سردرگمی داوران خواهد شد. از سوی دیگر، لایحهٔ داورى تجارى بین‌المللی، ناظر بر اختلافات بین‌المللی است و بنابراین در موارد سکوت و اجمال آن، نمی‌توان از موازین حقوق داخلی ایران بهره جست.

Company, Yearbook XI - 1986, p. 97

برای اطلاع بیشتر در مورد دعاوی مشابه رجوع شود به: Blessing, M.: op. cit., pp. 27 - 28.

۱- ماده ۵ کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داورى خارجى نیویورک (۱۹۵۸).

۲- درخواست شناسایی و اجرای حکم داورى فقط در صورتی می‌تواند به تقاضای کسی که علیه او حکم استناد شده، رد شود که طرف مذکور نزد مرجع صالح محلی که در آنجا تقاضای شناسایی و اجرای حکم شده است، دلایل و مدارک مثبتی ارائه دهد مبنی بر اینکه:

الف) طرفین موافقتنامه داورى مورد اشاره در ماده دوم، طبق قانون متبوع ایشان به جیتی فاقد اهلیت بوده...

۲- ماده ۳۴ قانون نمونه داورى آنستیرال:

«(۲) رأی داورى ممکن است صرفاً در موارد زیر توسط دادگاه مندرج در ماده ۶ ابطال شود:

الف - طرفی که چنین درخواستی می‌نماید، دلایلی ارائه نماید که:

I) طرف او در موافقتنامه داورى مذکور در ماده ۷، فاقد باره‌ای اهلیتهای لازم بوده است...»



سند اول ماده ۳۳ لایحه داورى تجارى بين المللى، به شرح زير اصلاح شود:

« ماده ۳۳ - درخواست ابطال رأى

۱ - رأى داورى در موارد زير به درخواست يکى از طرفين، توسط دادگاه موضوع ماده ۶ قابل ابطال است:

الف - يکى از طرفين مطابق قانون ملى خود، فاقد اهليت باشد».

### ۶- اثر توافقنامه داورى

همان طور که پيش از اين گفته شد توافقنامه داورى، حاصل اراده مشترک طرفين رابطه حقوقى است و در حقيقت اراده آنان، مرجع داورى را جانشين مرجع قضايى مى کند. به اين ترتيب اگر دادگاهى با اختلافى مواجه شود که پيش از آن، طرفين اختلاف پذيرفته باشند که اختلافات خود را از طريق داورى حل و فصل نمايند، مرجع قضايى موظف است قرار عدم صلاحيت خود را صادر کند. در حقوق ايران مطابق ماده ۶۳۲ قانون آيين دادرسى مدنى: «کليه اشخاصى که اهليت اقامه دعوى را دارند مى توانند منازعه و اختلاف خود را اعم از اينکه در دادگاههاى دادگستري طرح شده يا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله که باشد، به تراضى به داورى يک يا چند نفر رجوع کنند». بدین ترتيب حق ارجاع دعوى به داورى براى طرفين اختلاف، در تمامى مراحل به رسميت شناخته شده است.

حاکم دانست. در صورت بروز تابعيت مضاعف، داور براساس دلايل موجود، تابعيت غالب شخص را احراز خواهد کرد.

قوانين مربوط به اهليت، از جمله قواعد امره موجود در هر نظام حقوقى به شمار مى آيد و نقض آن به منزله نقض نظم عمومى محسوب مى شود. مطابق قسمت ب - II بند يک ماده ۳۶ قانون نمونه داورى «آنسترال» و همچنين مطابق قسمت ب بند ۲ ماده ۵ کنوانسيون شناسايى و اجراى احکام داورى مصوب ۱۹۵۸، مغايرت رأى صادره با نظم عمومى کشور، از موارد عدم شناسايى و اجراى رأى داور محسوب مى شود. بنا بر اين داوران براى اجتناب از نقض نظم عمومى کشور متبوع هر يک از طرفين اختلاف، لازم است تا حد امکان، قوانين کشور متبوع طرفين اختلاف را رعايت نمايند.

در مورد اشخاص حقوقى نيز ابتدا مى بايد تابعيت شرکت تعيين گردد و سپس قانون دولت متبوع شرکت، بر اهليت آن حاکم شود<sup>(۱)</sup>. هر کشور براى تعيين تابعيت شرکتهای متبوع خود قوانينى وضع کرده است. براى مثال مطابق ماده ۱ قانون ثبت شرکتهای در ايران مصوب ۱۳۱۰، دو معيار براى تعيين تابعيت شرکت ايرانى تعيين شده است: اول - شرکت در ايران به ثبت رسیده باشد و دوم - مرکز اصلى آن ايران باشد. در صورت فقدان هر يک از اين دو شرط، شرکت ايرانى محسوب نخواهد شد و تابع قوانين ايران نيز نخواهد بود.

بنابراين پيشنهادهای مى گردد قسمت الف

۱- براى مطالعه بيشتر درباره تعيين تابعيت شرکتهای رجوع شود به: نصيرى، دکتر مرتضى: «حقوق چندملىتى»، صفحات ۱۴۶ تا ۱۵۲.

## حقوق

امر رسیدگی توسط داور نیز، قائل به وجود قاعده «اعتبار امر مختومه» شویم در غیر این صورت هر اختلافی، برای همیشه ممکن است قابل اعتراض باقی بماند و لذا هیچ گاه اختلافات به طور قاطع حل و فصل نشود. بنابراین اگر رأی مرجع قضایی، اعتبار «امر مختومه» را داشته باشد، وجود توافقنامه داوری خللی بر آن وارد نخواهد ساخت.

«توافقنامه داوری ممکن است اثرات گوناگونی در امر رسیدگی دادگاه بگذارد که عبارتند از:

- الزام دادگاه به اعلام عدم صلاحیت خود؛
- الزام دادگاه به ارسال پرونده برای داوران؛
- الزام طرفین اختلاف به مراجعه به داوری؛
- اختیار دادگاه برای تصمیم‌گیری در مورد توقف یا ادامه جریان رسیدگی؛
- عدم تأثیر توافقنامه داوری بر رأی صادر شده قبلی<sup>(۱)</sup>».

□ □ □

بنابراین دادگاهها قاعده‌تاً باید در صورت مشاهده چنین مواردی، قرار عدم صلاحیت صادر کنند. البته این برداشت مستفاد از ماده فوق می‌باشد لکن لازم است که صراحتاً در متن قانون درج گردد که دادگاهها در صورت وجود توافقنامه داوری، صلاحیت رسیدگی به موضوع را ندارند.

اگر مرجع داوری جهت رسیدگی و صدور رأی، نیازمند مطالعه پرونده موجود در دادگاه باشد آیا می‌تواند درخواست ملاحظه پرونده را کند؟ در این مورد قانون ایران ساکت است ولی به حکم قاعده «اذن در شئی، اذن در لوازم آن است» می‌توان نتیجه گرفت باتوجه به حقی که قانون به مراجع داوری برای رسیدگی به اختلافات داده است، در صورت نیاز مرجع داوری، دادگاه ملزم به ارسال پرونده موردنظر خواهد بود.

بدیهی است براساس قاعده «اعتبار امر مختومه»، وجود توافقنامه داوری بر رأی صادر شده قبلی، تأثیری نخواهد گذاشت.

در صورتی که در مورد اختلافی خاص، قبلاً مراجع قضایی رسیدگی کرده و رأی خود را صادر نموده باشند بی‌آنکه طرفین اختلاف، به وجود توافقنامه داوری استناد نمایند آیا یکی از طرفین پس از صدور رأی مرجع قضایی، می‌تواند به استناد وجود توافقنامه داوری خواهان ابطال رأی مرجع قضایی و رسیدگی به اختلاف توسط مرجع داوری شود؟ به نظر لازم می‌رسد که باید در

۱- رجوع شود به

- Sammartano, Mauro Rubino: op. cit.,

pp.158-159

- Blessing, M.: op. cit., pp 34 - 35