

آزادی اراده طرفین در نظارت قضایی بر آرای داوری تجاری بین‌المللی

علی رضائی *

شناسه دیجیتال اسناد (DOI): 10.22066/CILAMAG.2019.63624.1266

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۸/۰۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۲/۱۷

چکیده

هرچند آرای داوری قطعی و لازم‌الاجرا به شمار می‌رود، نزد دادگاه‌های ملی قابل اعتراض است. عموماً میزان و حدود نظارت قضایی دادگاه‌ها و مبانی قابل استناد برای ادعای ابطال رأی داوری در قوانین متبوع طرفین یا اسناد بین‌المللی مشخص شده است. حال چنانچه طرفین با توافق با یکدیگر، قلمرو نظارت قضایی را تغییر دهند آیا این توافق معتبر است؟ بسته به اینکه تغییر، ناظر به حذف، تحدید یا گسترش نظارت قضایی باشد، رویکرد نظام‌های حقوقی متفاوت است. جز در صورت تقابل توافق طرفین با نظم عمومی باید به آزادی اراده طرفین احترام گزارد. رویکردهای نوین دادرسی در خصوص ابتکار عمل اصحاب دعوا در اداره جریان دعوا و قراردادی کردن دادگستری، این نظریه را تقویت می‌کند.

واژگان کلیدی

دادگاه‌های ملی، نظارت قضایی، توافق طرفین، نظم عمومی

مقدمه

در مواردی که داوری به‌عنوان سازوکار حل و فصل اختلافات انتخاب می‌شود، اصولاً دادگاه‌ها یا دیگر مراجع قضاوت، از رسیدگی به دعوا منع می‌شوند. اما چون مراجع داوری ابزارها و ضمانت‌های لازم را ندارند، دخالت دادگاه‌ها در مراحل مختلف جریان داوری اعم از داوری داخلی و داوری تجاری بین‌المللی جهت مؤثر واقع شدن و اطمینان بخش بودن داوری و برگزاری مناسب آن و اجرای تصمیمات، ضروری است. یکی از مصادیق مداخله دادگاه در داوری، یا به تعبیر دیگر، مساعدت دادگاه به داوری، ناظر به مرحله پس از رسیدگی و صدور رأی است که معترض به رأی داوری باید اعتراض خود را به دادگاه تقدیم کرده و از آن مرجع، ابطال یا بی‌اعتباری رأی را خواستار شود. از این موضوع به نظارت قضایی بر آرای داوری تعبیر می‌شود. دلایل و مبانی قابل استناد برای ادعای بی‌اعتباری رأی داوری، از کشوری به کشوری دیگر متفاوت است.

آزادی یا استقلال اراده طرفین در داوری نقش گسترده‌ای دارد. آیا در فرایند نظارت قضایی بر آرای داوری نیز این آزادی و حاکمیت اراده طرفین قابل احترام است؟ به بیان دیگر، آیا طرفین موافقت‌نامه داوری می‌توانند با توافق با یکدیگر، محدوده و قلمرو نظارت دادگاه‌های ملی را بر آرای داوری که عموماً توسط قوانین مربوط مشخص شده است، در جهت حذف، کاهش یا گسترش تغییر دهند؟

این پژوهش بر آن است تا به نحو تطبیقی^۱ حدود و ثغور آزادی اراده طرفین را در نظارت قضایی بر آرای داوری بررسی کند. از آنجا که اکثر کشورهای دنیا عهدنامه نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی را پذیرفته‌اند و همواره این امکان وجود دارد تا رأی در یک کشور توسط دادگاه‌های ملی کشوری دیگر به‌ویژه در مرحله اجرا مورد بازبینی و نظارت قرار گیرد، مطالعه تطبیقی و توجه به رویکرد دیگر نظام‌های حقوقی دنیا ضرورت پیدا می‌کند. در همین راستا در ابتدا آزادی اراده طرفین در سه فرض حذف، تحدید یا گسترش نظارت قضایی بررسی می‌شود. سپس ضمن بیان ملاحظات و استدلال‌های موافقین و مخالفین، ادله ارائه شده، نقد و بررسی و با در نظر گرفتن انتقادات وارده، نظریه‌ای متناسب با جایگاه و نیازهای نهاد داوری ارائه خواهد شد.

۱. صور توافق طرفین در تغییر قلمرو نظارت قضایی

بسته به اینکه توافق طرفین در تغییر قلمرو نظارت، ناظر به حذف، تحدید یا گسترش آن باشد، رویکرد کشورها متفاوت است. در زیر به تفصیل هریک از این حالت‌ها بررسی می‌شود.

۱. نظام‌های حقوقی مورد مطالعه بر اساس دسترسی به رویکرد این نظام‌ها، مندرج در منابعی که مقاله حاضر عمدتاً از آن‌ها اقتباس شده انتخاب شده‌اند.

۱-۱. توافق طرفین بر حذف نظارت قضایی

تعدادی از نظام‌های حقوقی به طرفین اجازه می‌دهند تا به‌طور کامل و با توافق یکدیگر، حق درخواست بی‌اعتباری رأی را که در آینده صادر می‌شود ساقط کنند. از مهم‌ترین این نظام‌ها، نظام حقوقی فرانسه است که با اصلاح ۲۰۱۱ در حقوق داوری فرانسه این امر میسر شد. ماده ۱۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی این کشور مقرر می‌دارد: «با توافق طرفین در هر زمانی این امکان وجود دارد تا آن‌ها صریحاً از حق خویش مبنی بر درخواست ابطال رأی صرف‌نظر کنند...»^۲. این حق فقط در نظام حقوقی فرانسه تجویز نشده بلکه کشورهای دیگر از جمله بلژیک،^۳ پرو،^۴ روسیه،^۵ سوئد،^۶ سوئیس^۷ و تونس^۸ نیز آن را پذیرفته‌اند. با وجود این، همه این نظام‌های حقوقی شرایط یکسانی را برای اعراض از این حق پیش‌بینی نکرده‌اند و به تبع، نتایج یکسانی نیز در تمامی آن‌ها حاصل نمی‌شود.

نخست: برخی از نظام‌های حقوقی الزام داشته‌اند که به منظور معتبر بودن چنین توافقی، طرفین نباید هیچ‌گونه ارتباطی با کشور مقرر داوری داشته باشند. برای مثال، ماده (۱) ۱۹۲ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس مقرر می‌دارد: «اقامتگاه، محل سکونت عادی یا محل تجارت هیچ‌یک از طرفین نباید در سوئیس باشد». لذا چنانچه طرفین چنین ارتباطی با سوئیس داشته باشند، توافق ابتدایی^۹ به موجب قانون این کشور معتبر نبوده و دادگاه‌های این کشور، الزامی به ترتیب‌اثر دادن به توافق طرفین در خصوص محدوده نظارت قضایی ندارند. برخی دیگر از کشورها نیز به همین نحو، اعراض ابتدایی از حق ابطال را تنها برای طرفین غیربومی پیش‌بینی کرده‌اند. بلژیک، پرو، سوئد و تونس از جمله این کشورها هستند.^{۱۰} در مقابل، برخی نظام‌های حقوقی در این خصوص قائل به تمایز نشده و این اجازه را به اشخاص بومی نیز می‌دهند. در فرانسه هیچ‌گونه محدودیتی در خصوص تابعیت، اقامتگاه، محل سکونت عادی یا محل تجارت طرفین وجود ندارد.

دوم: در برخی نظام‌ها شناسایی حق طرفین در حذف نظارت قضایی منوط به رعایت شرایط

۲. “Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation”.

۳. ماده ۱۷۱۸ قانون قضایی بلژیک (Belgian Judicial Code): «طرفین می‌توانند با اعلام صریح در موافقت‌نامه داوری یا پس از آن از حق درخواست ابطال رأی داوری صرف‌نظر نمایند...».

۴. Art. 63(8) of the Peruvian Arbitration Law (2008)

۵. Art. 40 of the Russian Law on Domestic Arbitration (2007)

۶. Section 51(1) of the Swedish Arbitration Law (1999)

۷. Art. 192(1) of the Swiss Private International Law Act

۸. Art. 78(6) of the Tunisian Arbitration Code

۹. مقصود از توافق یا اعراض ابتدایی، توافقی است که قبل از صدور رأی داوری مبنی بر اسقاط حق اعتراض به رأی حاصل می‌شود.

۱۰. Art. 1718 of the Belgian Judicial Code; Art. 63(8) of the Peruvian Arbitration Law; Section 51(1) of the Swedish Arbitration Law 1999; Art. 78(6) of the Tunisian Arbitration Code

خاصی شده است. از جمله این شرایط آن است که توافق طرفین در حذف نظارت قضایی بر آرا باید صریح باشد. به تعبیر دیگر، قصد طرفین مبنی بر اسقاط حق اعتراض به رأی به‌طور ضمنی قابل برداشت نیست.^{۱۱} در برخی موارد مقرر شده است که اعراض از این حق باید در موافقت‌نامه داوری یا هرگونه توافق کتبی بعدی مندرج باشد.^{۱۲} لذا نظر به اثر مهم این توافق، قصد طرفین در اعراض از حق درخواست اعتراض به رأی باید به‌طور صریح و شفاف و نه به‌طور ضمنی و تلویحی احراز شود.^{۱۳}

در مواردی که صراحتاً نمی‌توان قصد طرفین مبنی بر اعراض از حق اعتراض به رأی را احراز کرد، اصل بر ابقای این حق است. برای مثال، علی‌رغم به‌کاربردن عباراتی نظیر «رأی نهایی و الزام‌آور قلمداد می‌شود»، رویه قضایی این مورد را اعراض از حق اعتراض به رأی قلمداد نکرده است.^{۱۴} از دیگر مواردی که تصمیم‌گیری در خصوص آن دشوار است و احراز قصد غالباً با دشواری مواجه می‌شود، شروطی است که هرگونه حق تجدیدنظر نسبت به رأی را ساقط می‌کنند. در برخی موارد، چنین توافقی برای اعراض از حق درخواست ابطال، کافی شناخته شده است.^{۱۵} در حالی که در مواردی نیز کافی دانسته نشده و ارجاع صریح مبنی بر انصراف از حق اعتراض، لازم شمرده شده است.^{۱۶}

چنانچه طرفین، قانون حاکم بر داوری را قواعد داوری سازمان داوری خاص تعیین کرده باشند و قواعد داوری این سازمان، مقرره‌ای راجع به اسقاط حق اعتراض به رأی داشته باشد، آیا صرف تعیین قواعد داوری سازمان توسط طرفین برای انصراف از حق اعتراض کافی است؟ برخی مراجع قضایی این مورد را از مصادیق انصراف قلمداد کرده‌اند^{۱۷} اما برخی دیگر آن را نافی حق هریک از

11. Art. 1718 of the Belgian Judicial Code; Art. 1522 of the French Civil Procedure Code; Art. 63(8) of the Peruvian Arbitration Law; s 51(1) of the Swedish Arbitration Law 1999; Art. 192(1) of the Swiss PILA; Art. 78(6) of the Tunisian Arbitration Code.

12. Art. 192(1) of the Swiss PILA

13. Maxi Scherer, "The Fate of Parties' Agreements on Judicial Review of Awards: A Comparative and Normative Analysis of Party-Autonomy at the Post-Award Stage", *Arbitration International*, vol. 32, issue 3, September 2016, pp. 439-440, <https://doi.org/10.1093/arbint/aiw018>.

14. Case No. 4P_64/2004, [2004] ASA Bulletin 782 (Swiss Federal Tribunal, 2 June, 2004) [2.1]; Case No. 4P_114/2006, [2007] ASA Bulletin 123 (Swiss Federal Tribunal, 7 September, 2006) [5.3]; Case No. 4A_194/2008, [2008] ASA Bulletin 793 (Swiss Federal Tribunal, 21 August, 2008)[2.2]; Case No. 4A_464/2009, [2010] ASA Bulletin 282 (Swiss Federal Tribunal, 15 February, 2010).

15. Case No. 4P_236/2004, [2005] ASA Bulletin 508 (Swiss Federal Tribunal, 4 February, 2005), [4.2.3.2]; Case No. 4A_238/2011, [2012] ASA Bulletin 369 (Swiss Federal Tribunal, 4 January, 2012), [2.2.4].

16. *Farmex technologies v. République de Roumanie FFPMC*, Ordonnance No. 13/22288 (Paris Court of Appeal, 3 April, 2014).

17. Baizeau, D., "Commentary, on Chapter 2 of PILA, Art 1192, Section Xg Waiver of Annulment", in: M. Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland*, Wolters Kluwer, 2013.

طرفین در اعتراض به رأی ندانسته‌اند.^{۱۸} به هر حال، حتی اگر اعراض از طریق ارجاع به قواعد داوری خاص نیز ممکن باشد، زبان و ادبیاتی که دلالت بر اسقاط حق اعتراض دارد باید به اندازه کافی روشن و شفاف بوده و تمامی الزامات و شرایط پیش‌گفته را داشته باشد. نمونه این قواعد، ماده (۶) ۳۴ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (آی.سی.سی) و ماده (۸) ۲۶ قواعد داوری دیوان داوری بین‌المللی لندن^{۱۹} است که به طرفین اجازه داده است از حق اعتراض به رأی صرف‌نظر کنند؛ البته مادامی که به‌موجب قانون حاکم بر داوری این توافق ممنوع دانسته نشده باشد.^{۲۰}

شایان ذکر است هرچند اثر فوری توافق طرفین مبنی بر اسقاط حق اعتراض به رأی آن است که طرفین از مراجعه به دادگاه‌های ملی جهت ابطال رأی داوری بازداشته می‌شوند، این بدان معنا نیست که دادگاه‌های ملی نمی‌توانند به هر طریق دیگری آن را مورد بازبینی و نظارت قرار دهند. به تعبیر دیگر، باید میان دو موضوع اعتراض به رأی داوری در دادگاه با عدم اجرای رأی داوری توسط دادگاه، قائل به تمایز شد. بنابراین، چنانچه محکوم‌علیه رأی داوری به هر دلیلی (از جمله وجود توافق مبنی بر اسقاط حق اعتراض)، ابطال رأی داوری یا تجدیدنظر در آن را مطرح نکرده باشد می‌تواند در زمان اجرای رأی به آن اعتراض کند؛ ضمن آنکه خود دادگاه نیز رأساً می‌تواند بدون طرح ایراد از سوی محکوم‌علیه از اجرای رأی دارای اشکال خودداری کند. در این صورت دادگاه، رأی داوری را اجرا نخواهد کرد ولی نمی‌تواند در آن تجدیدنظر یا آن را ابطال کند.^{۲۱}

برای مثال، چنانچه رأی جهت شناسایی و اجرا ارائه شود، دادگاه‌های ملی می‌توانند رأی را بررسی و ارزیابی کنند. این موضوع به‌صراحت در قوانین سوئیس و فرانسه آمده است. به‌موجب ماده ۱۵۲۲ قانون آیین دادرسی فرانسه: «...در این صورت [یعنی در فرض اسقاط حق اعتراض به رأی]، طرفین حق خود را مبنی بر اعتراض به دستور اجرا بر اساس یکی از دلایل مقرر در ماده ۱۲۵۰ حفظ می‌کنند». ماده (۲) ۱۹۲ قانون حقوق بین‌المللی خصوصی سوئیس در این باره مقرر می‌دارد: «چنانچه طرفین کاملاً از حق درخواست ابطال رأی صرف‌نظر کنند، اگر رأی در سوئیس به اجرا گذارده شود، کنوانسیون نیویورک به‌تناسب اجرا می‌شود». به بیان دیگر، در فرانسه بین نظم عمومی داخلی و بین‌المللی تفکیک قائل می‌شوند. به‌موجب ماده ۱۵۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی این کشور، در صورتی که شناسایی یا اجرای رأی داوری بین‌المللی صادرشده در فرانسه مغایر با نظم عمومی بین‌المللی این کشور باشد، رأی ابطال می‌شود. نکته قابل توجه این است که

18. Pellerin and L De Maria, 'Le sursis a l'exécution de la sentence internationale ou étrangère en cas de recours' (2014) 4(1) Cahier de l'arbitrage 783, II; C Seraglini, 'L'efficacité et l'autorité renforcée des sentences arbitrales en France après le décret No. 2011-48 du 13 janvier 2011' 2(1) Cahier de l'arbitrage 375, [32].

19. The London Court of International Arbitration (LCIA)

20. Scherer, *op.cit.*, p. 442.

۲۱. شیروی، عبدالحسین؛ داوری تجاری بین‌المللی، سمت، ۱۳۹۱، ص ۲۷۵.

به موجب قانون مذکور، در صورتی رأی داوری بین‌المللی ابطال می‌شود که شناسایی یا اجرای آن و نه خود رأی و محتوا یا نحوه رسیدگی و تحصیل آن، مغایر با نظم عمومی بین‌المللی فرانسه باشد. لذا علی‌القاعده رأی داوری بین‌المللی در فرانسه به علت عدم مطابقت با نظم عمومی صرفاً داخلی این کشور ابطال نخواهد شد.^{۲۲}

در مقابل کشورهایی که با شرایطی خاص به طرفین اجازه می‌دهند تا از حق درخواست اعتراض به رأی داوری به نحو کامل صرف‌نظر کنند، برخی دیگر از کشورها صرف‌نظر کردن از حق اعتراض به رأی داوری را قبل از صدور آن معتبر نمی‌دانند. این کشورها عبارت‌اند از: برزیل،^{۲۳} مصر،^{۲۴} آلمان، آلمان، هند،^{۲۵} پاناما،^{۲۶} امارات متحده عربی^{۲۷} و انگلستان. برای مثال، قانون داوری انگلستان، مصوب ۱۹۹۶، در بخش‌های ۶۷ و ۶۸ صراحتاً دلایلی را که بر مبنای آن می‌توان رأی را ابطال کرد برشمرده و آن‌ها را امری دانسته است.^{۲۸} لذا توافق برخلاف آن معتبر نیست. در ایالات متحده آمریکا، دیوان عالی تا کنون در این خصوص اظهارنظر نکرده است اما این احتمال وجود دارد که توافق طرفین مبنی بر اسقاط حق اعتراض به رأی، غیرقابل اجرا باشد.^{۲۹}

در حقوق ایران، در خصوص حذف نظارت قضایی بر آرای داوری و به طریق اولی، کاهش آن، سه تحلیل قابل ارائه است. یک تحلیل آنکه با استناد به برخی از مواد قانونی از جمله مواد ۳۳۳، بند ۴ ماده ۳۶۹ و ماده ۴۸۶ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان به نافذبودن توافق طرفین نسبت به حذف و محدود نمودن قلمرو نظارت قضایی بر آرای داوری پی برد. ماده ۳۳۳ که در ذیل مبحث تجدیدنظر آمده است این حق را به طرفین دعوا می‌دهد که با توافق کتبی، حق تجدیدنظرخواهی خود را ساقط کنند. همین اختیار در مرحله فرجام‌خواهی به موجب بند ۴ ماده ۳۶۹ همان قانون

۲۲. ایرانشاهی، علیرضا؛ بررسی معیار «نظم عمومی» در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال بیست‌وهشتم، شماره ۴۴، بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۹۲.

23. Goncalves and F. Barbosa, *IBA Arbitration Committee Arbitration Guide*, Brazil (IBA 2013) 18.

24. Art. 54(1) of the Egyptian Arbitration Law

25. *Shin Satellite Puv Co. Ltd v. Jain Studios Ltd*. [2006] 2 SCC 628 (Indian Supreme Court).

۲۶. تا سال ۲۰۱۳ به موجب ماده ۳۶ آیین‌نامه شماره ۵ قانون داوری پاناما، طرفین با توافق می‌توانستند حق اعتراض به رأی را ساقط کنند. اما در سال ۲۰۰۵ دیوان عالی این کشور این توافق را خلاف قانون اساسی دانست و به دنبال آن در سال ۲۰۱۳ با حذف این مقرر از قانون داوری پاناما، دیگر توافق طرفین را در این خصوص نافذ نیست. Official Gazette No. 25,508 of 22 March, 2006, Panama Supreme Court, 7 October, 2005.

همچنین ن. ک:

Castro, Claudio de, 'Panama' in *The Arbitration Review of the Americas*, Global Arbitration Review, 2015.

27. Ahdab, AH EL, "The Draft Arbitration Law of the United Arab Emirates' International", *Journal of Arab Arbitration*, vol. 2(1), 2010, pp. 53-103.

۲۸. شایان ذکر است قواعد داوری دیوان داوری بین‌المللی لندن با قانون داوری انگلستان در این زمینه رویکرد یکسان در پیش نگرفته است و با یکدیگر تعارض دارند.

29. Scherer, *op.cit.*, p. 445.

پیش‌بینی شده است. اما مهم‌ترین دلیل بر اینکه در حقوق ایران نیز توافق طرفین در این خصوص معتبر است ماده ۴۸۶ ق.آ.د.م است. مطابق این ماده: «هرگاه طرفین، رأی داور را به اتفاق به‌طور کلی و یا قسمتی از آن را رد کنند، آن رأی در قسمت مردود بلااثر خواهد بود».

تحلیل دیگر آنکه قیاس داوری به دادرسی و اسقاط حق اعتراض به رأی داوری با تجدیدنظر و فرجام، قیاس مع‌الفارق است چرا که دادرسی توسط قاضی منصوب دولت که واجد شرایط لازم برای صدور رأی است صورت می‌پذیرد؛ در حالی که داور از سوی طرفین انتخاب می‌شود و چه‌بسا از شرایط لازم، از جمله داشتن اطلاعات و سواد حقوقی جهت صدور رأی شایسته برخوردار نباشد. لذا باید مرجعی دیگر جهت بازبینی رأی وجود داشته باشد و توافق طرفین در خصوص حذف این نظارت، واجد اثر نیست.

اما تحلیل سوم که به نظر در مقایسه با دو تحلیل اخیر منطقی‌تر می‌نماید، تحلیلی است که از جمع میان دو تحلیل فوق حاصل می‌شود؛ به این توضیح که چنانچه اختلافی که به داوری ارجاع شده است تنها جنبه خصوصی داشته باشد، طرفین می‌توانند حق اعتراض خود را به رأی با توافق اسقاط کنند و باید به این توافق احترام گذاشت. اما اگر اختلاف میان طرفین در بردارنده موضوعاتی باشد که جنبه خصوصی نداشته، بلکه به مسائل مربوط به جامعه و نظم و نفع عمومی نیز ارتباط پیدا کند، دیگر نباید توافق طرفین بر اسقاط حق اعتراض به رأی داوری معتبر دانسته شود، بلکه باید به دادگاه دولتی و در رأس آن، قاضی این اختیار را داد که در صورت اعتراض یکی از طرفین، در رأی بازبینی و در صورت لزوم آن را ابطال کند. منطق حاکم بر این استدلال آن است که زمانی که قانون به افراد اجازه می‌دهد که طبق شرایطی اختلافات خود را از طریق داوری حل‌وفصل کنند، دادگاه باید اطمینان حاصل کند که شرایط قانونی لازم در رسیدگی و صدور رأی داوری رعایت شده است.

۲-۱. توافق طرفین بر محدود کردن نظارت قضایی

گاهی توافق طرفین در تغییر محدوده نظارت قضایی دادگاه‌های ملی بر آرای داوری، ناظر به استثنای کامل از نظارت قضایی نیست بلکه آن‌ها می‌خواهند تا مبانی و دلایلی را که بر اساس آن‌ها می‌توان به رأی داوری اعتراض کرد، محدود کنند. این توافق‌ها در پاره‌ای از نظام‌های حقوقی معتبر شناخته شده است.

نخست: بسیاری از کشورهایی که استثنای کامل نظارت قضایی بر آرا را اجازه می‌دهند، استثنای جزئی را نیز مجاز می‌دارند. در بسیاری از موارد، حق اعراض جزئی صراحتاً در قوانین پیش‌بینی شده است. برای مثال، ماده (۱) ۱۹۲ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس اشعار می‌دارد:

«طرفین می‌توانند به‌طور کامل از اقدام برای ابطال صرف‌نظر یا آن را محدود به یک یا چند دلیل نمایند». ماده ۱۷۱۸ قانون قضایی بلژیک، ماده (۸) ۶۳ قانون داوری پاناما، بخش ۵۱ قانون داوری سوئد و ماده (۶) ۷۸ قانون داوری تونس نیز به نحو مشابه، اعراض جزئی را جایز دانسته‌اند. اما جالب آنکه رویکرد حقوق فرانسه متفاوت است. هرچند به‌موجب ماده ۱۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، اعراض کامل مجاز دانسته شده است، اسقاط جزئی حق اعتراض به رأی معتبر نیست. همان‌گونه که تدوین‌کنندگان مقرر کرده‌اند، توضیح داده‌اند، قانونگذار فرانسه قصد نداشته تا اعراض جزئی را مجاز بدارد؛ یعنی طرفین بتوانند یک یا چند دلیل را استثنا و دیگر مبانی و دلایل اعتراض به رأی را حفظ کنند.^{۳۰}

دوم: در برخی کشورها علی‌رغم آنکه اعراض کامل از حق اعتراض به رأی ممنوع است، به طرفین اجازه داده‌اند تا با توافق، یک یا چند دلیلی را که بر مبانی آن می‌توان درخواست ابطال رأی نمود، حذف کنند. نظام حقوقی انگلستان و آلمان از نمونه این کشورهاست. قانون داوری انگلستان بین دو فرض تفکیک قائل شده است. در فرض نخست، مبانی و دلایلی قرار دارد که امری بوده و طرفین نمی‌توانند از آن عدول کنند (بخش‌های ۶۷ و ۶۸ قانون که پیش‌تر بدان اشاره شد) و فرض دوم دربردارنده مبانی است که امری نبوده و طرفین می‌توانند با توافق مشترک از آن صرف‌نظر و آن را مستثنا کنند.

در آلمان نیز به‌موجب ماده (۲) ۱۰۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی، مبانی و دلایلی که بر اساس آن می‌توان به رأی داوری اعتراض کرد به دو بخش تقسیم شده است. در قسمت نخست، چهار دلیل (عیناً همان دلایل ماده (۲) ۳۴ قانون نمونه داوری آنسیتراال و ماده (۱) ۵ کنوانسیون نیویورک) مشتمل بر اعتبار و قلمرو موافقت‌نامه داوری، حق شنیده‌شدن ادعای طرفین و تشکیل دیوان داوری قرار دارد. به شرط آنکه طرفین از مخدوش‌بودن رأی داوری آگاه بوده و با این آگاهی، حق اعتراض را ساقط نمایند این توافق معتبر است. در قسمت دوم، دلایلی قرار می‌گیرد که به علت ارتباط به نظم عمومی، طرفین نمی‌توانند به‌هیچ‌وجه حق اعتراض به رأی را ساقط کنند. این دو دلیل شامل داوری‌پذیر نبودن اختلاف و مخالفت رأی با نظم عمومی است.^{۳۱}

در نیجریه نیز همین رویکرد پذیرفته شده است.^{۳۲}

30. *Ibid.*, p. 446.

31. «نظم عمومی به دو گروه تقسیم می‌شود: نظم عمومی داخلی یا ملی و نظم عمومی بین‌المللی. در داوری‌های تجاری بین‌المللی، نظم عمومی بین‌المللی ملاک خواهد بود. نظم عمومی چه ملی باشد و چه بین‌المللی، توسط قانون ملی (مقر دادگاه) تعیین می‌شود. بنابراین منبع تشخیص آن قانون ملی است که به تشخیص قاضی کشور محل اجرا یا محل صدور رأی، معین و اعمال می‌شود». احمد امیرمعزی؛ *داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی*، چاپ سوم، دادگستر، ۱۳۹۰، ص ۵۳۸.

32. Onyeisi, Levi, "Party Autonomy and Enforceability of Arbitration Agreements and Awards as the Basis of Arbitration", Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester, 2014, p. 57.

این وضعیت، یعنی در مواردی که طرفین با توافق، محدوده نظارت قضایی بر آرای داوری را محدود می‌کنند باید از وضعیتی که از آن با عنوان «اعراض ضمنی»^{۳۳} یاد می‌شود و ناظر به حالتی است که از رفتار یکی از طرفین در طول داوری یا پس از آن چنین استنباط می‌شود که وی حق اعتراض به رأی را از خود سلب کرده است، تمیز داده شود. برای مثال، چنانچه یکی از طرفین با علم به اینکه دیوان داوری صلاحیت رسیدگی به اختلاف را ندارد در جریان رسیدگی از اعتراض به صلاحیت دیوان خودداری کند، چنین در نظر گرفته می‌شود که در مرحله اعتراض نیز از چنین حقی برخوردار نیست زیرا از این حق خویش اعراض کرده است. بدیهی است از این وضعیت با عنوان آزادی اراده طرفین یاد نمی‌شود، چرا که اساساً توافقی میان طرفین در خصوص میزان نظارت دادگاه‌های ملی نسبت به آرای داوری وجود ندارد.^{۳۴}

تفکیک موجود در برخی نظام‌های حقوقی از جمله انگلستان و آلمان، در نظام حقوقی ایران نیز قابل مشاهده است. در خصوص موجبات مندرج در ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بی‌المللی ایران باید گفت قانونگذار، حق اعتراض به رأی داوری بر اساس موجبات مندرج در این ماده را به دلیل فقدان مهلت اعتراض، قابل اسقاط ندانسته و این خود می‌تواند حاکی از عدم امکان اسقاط حق اعتراض بر اساس این موجبات در نظر قانونگذار ایرانی باشد. علت این دیدگاه، ارتباط موضوعات مذکور با نظم عمومی ایران است.^{۳۵} لذا هرچند در داوری، اصل حاکمیت اراده از جایگاه بسیار والایی برخوردار است، بسیاری مواقع این اصل بنیادین در مواجهه با نظم عمومی به طرز شگفت‌آوری رنگ می‌بازد.^{۳۶} در داوری داخلی موضوع ق.ا.د.م نیز همین تفکیک قابل دفاع است. یعنی اسقاط حق اعتراض به رأی داور، مانع از آن نیست که در موارد مذکور در ماده ۴۸۹ ق.ا.د.م نسبت به رأی داور اعتراض شود.^{۳۷} همان گونه که اداره حقوقی اظهار داشته است: «... چنانچه طرفین، حق اعتراض به رأی داوری را از خود سلب نموده باشند ولی رأی داور و یا داوران، مشمول یکی از موارد مندرج در ماده ۴۸۹ باشد به استناد ماده ۴۹۰ همین قانون می‌تواند نسبت بدان اعتراض نماید».^{۳۸} رویه قضایی نیز به این رویکرد گرایش دارد. دیوان عالی کشور با استدلالی مشابه، چنین رأی می‌دهد: «با فرض اینکه حق اعتراض به رأی داور اسقاط شده باشد، این امر مانع از آن نیست که بعد از صدور رأی، یکی از طرفین، ابطال رأی داور را در مورد ماده ۶۶۵ (۴۸۹ کنونی)

33. Implicit waiver

34. Scherer, *op.cit.*, p. 444.

۳۵. جنیدی، لعیا؛ اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، شهر دانش، ۱۳۸۷، ص ۳۴۳.

۳۶. شهبازی‌نیا، مرتضی، محمد عیسایی تفرشی و حسین علمی؛ «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۳، شماره ۱، ۱۳۹۲، ص ۱۰۹.

۳۷. شمس، عبدالله؛ آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، جلد سوم، چاپ یازدهم، دراک، ۱۳۸۷، ص ۵۶۰.

۳۸. نظریه ۷/۲۹۷۲-۱۳۸۰/۵/۳۰.

ق.ا.د.م درخواست نمایند.^{۳۹}

۱-۳. توافق طرفین بر گسترش نظارت قضایی

در مباحث پیشین، موضوع استثناکردن یا محدودکردن نظارت قضایی بر آرای داوری مطرح شد. در این مبحث به نقطه مقابل آن یعنی زمانی که طرفین توافق می‌کنند تا محدوده نظارت قضایی دادگاه‌های ملی نسبت به آرای داوری را گسترش دهند پرداخته می‌شود. برای مثال، چنانچه به موجب قانون ملی دلایل و مبانی استناد به ابطال رأی داوری در پنج مورد احصا شده باشد، اگر طرفین با توافق، یک یا چند دلیل دیگر را به این دلایل اضافه کنند آیا دادگاه‌های ملی، تکلیفی به توجه به این توافق دارند؟

در بعضی حوزه‌های قضایی توافق طرفین در گسترش نظارت قضایی فاقد اعتبار اعلام شده است. در ایالات متحده آمریکا بعد از صدور رأی دیوان عالی این کشور در دعوی مشهور اتحادیه خیابان *هال علیه ماتل*،^{۴۰} توافق طرفین در خصوص گسترش نظارت قضایی نسبت به آرای داوری داخلی غیرمعتبر دانسته شد. این مرجع عالی تصمیم خود را عمدتاً بر تفسیر لفظی قانون داوری فدرال آمریکا مبتنی ساخته است که مقرر می‌دارد: «هرگونه برداشت یا قرائتی از بخش‌های فرعی ۱۰ و ۱۱ (که ناظر بر دلایل ابطال، تغییر و تصحیح آرای داوری است) باید به طور مضیق و انحصاری صورت پذیرد و مقرر راجع به تأیید قضایی (بخش ۹) تاب هیچ‌گونه انعطافی را ندارد».^{۴۱} در فرانسه نیز علی‌رغم آنکه توافق طرفین در حذف نظارت قضایی معتبر است، طرفین در تعمیم و گسترش نظارت قضایی توسط دادگاه‌های فرانسه اختیاری نداشته و هرگونه توافقی در این خصوص باطل است.^{۴۲} دادگاه‌های انگلستان نیز به نتایجی مشابه با رویکرد فوق تمایل داشته‌اند. قاضی *بلیر* در اختلاف *گانگرو، شرکت بارانداز کشتی به طرفیت اجیال* اظهار داشت: «به موجب حقوق انگلیس ... بسیار سخت است که بشود برای دادگاه در خصوص اعتراض به مسائل موضوعی رأی داوری قائل به صلاحیت شد؛ هرچند طرفین نسبت به چنین اعتراضی با یکدیگر به توافق رسیده باشند».^{۴۳}

در آلمان تا سال ۲۰۰۷ میلادی رویه همین بود. تا آن زمان به دلیل تعارض توافق با ماهیت

۳۹. شعبه ۳، رأی شماره ۶۴-۱/۲۹-۱۳۳۲. متین، احمد؛ مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، شامل آرای شعب و هیئت‌های عمومی و آرای کیفری شعب دیوان عالی کشور، چاپخانه هاشمی، ص ۱۵۶.

40. *Hall Street Associates, LLC v. Mattel, Inc.*, 552 US 576 (US Supreme Court, 25 March, 2008).

41. Mickus, Pranas Mykolas, "Possibility of Expanding Judicial Review Mechanism in Arbitration by Party Agreement", LL.M. Short Thesis, Central European University, 2014, p. 15.

42. *Société Buzzichello Holding v. Hennion*, [1994] Revue de l'arbitrage 263 (French Supreme Court, 6 April 1994).

43. *Guangzhou Dockyards Co. v ENE Aegiali I* [2010] EWHC 2826 (Comm) [30].

الزامی و اجباری داوری، گسترش نظارت قضایی معتبر نبود.^{۴۴} اما در سال ۲۰۰۷ دیوان عالی آلمان با نقض رویه سابق اظهار داشت که توافق طرفین در خصوص نظارت کامل دادگاه‌های ملی نسبت به امور حکمی و موضوعی معتبر و قابل اجراست. دیوان عالی این گونه استدلال کرد که چون داوری وجود خود را از توافق طرفین به عاریه می‌گیرد، این توافق می‌تواند محدوده نظارت قضایی را گسترش داده، آن را حذف یا محدود نموده یا تابع شرایط خاصی قرار دهد.^{۴۵}

حال با فرض معتبر نبودن موافقت‌نامه راجع به گسترش نظارت قضایی، آیا بطلان این توافق بر موافقت‌نامه داوری نیز تأثیرگذار است؟

در امریکا چون موافقت‌نامه داوری را مستقل و مجزای از توافق بر گسترش نظارت قضایی می‌دانند، غالب دادگاه‌های امریکا معتقدند که بطلان توافق، تأثیری بر خود موافقت‌نامه داوری ندارد.^{۴۶} با این حال، در مواردی که زبان موافقت‌نامه یا اوضاع و احوال خاص حاکم بر اختلاف، حاکی از آن باشد که گسترش محدوده نظارت قضایی جزء لاینفک موافقت‌نامه داوری است، دادگاه‌ها با بطلان توافق، موافقت‌نامه داوری را نیز باطل دانسته‌اند.^{۴۷} در فرانسه تا مدت‌ها موافقت‌نامه داوری را در این فرض باطل می‌دانستند.^{۴۸} اما در حال حاضر، رویه تغییر کرده و موافقت‌نامه داوری قابل تفکیک بوده و لذا بطلان چنین توافقی تأثیری بر اعتبار موافقت‌نامه ندارد.^{۴۹}

به نظر می‌رسد تسری بطلان توافق بر گسترش نظارت قضایی به موافقت‌نامه داوری، انتظارات مشروع طرفین را برآورده نمی‌کند. چه بسا طرفین تنها به شرط آنکه محدوده نظارت قضایی دادگاه‌های ملی گسترش یابد به داوری رضایت داده‌اند و نادیده گرفتن این توافق در تقابل با رضایت ایشان برای ارجاع اختلافاتشان به داوری است. لذا شایسته است از معیاری واحد در حل معضل فوق استفاده نشود. بنابراین اگر قاضی به این نتیجه برسد که طرفین تنها به این دلیل به داوری رضایت داده‌اند که محدوده نظارت دادگاه ملی گسترش یابد بدیهی است با بطلان توافق، موافقت‌نامه داوری نیز معتبر نیست. در غیر این صورت، بطلان توافق، تأثیری بر موافقت‌نامه داوری

44. Case No. VII 247/34, RGZ 146, 262 (German Supreme Court, 21 December, 1934); Case No. III ZR 111/82, WM 1984, 380 (German Supreme Court, 3 November, 1983); Case No. 26 Sch 29/05, BauR 2006, 738 (Frankfurt Court of Appeal, 20 December, 2005) [14].

45. Wolff, R., "Party Autonomy to Agree on a Non-Final Arbitration", *ASA Bulletin*, 2008, pp. 626-40.

46. *HLLI, LLC v. Riverwalk, LLC*, 15 A 3d 725 (Maine Supreme Court, 10 March, 2011); *SI V, LLC v. FMC Corp.*, 223 F Supp 2d 1059 (Northern District of California, 7 October, 2002).

47. *uugh'sLawnnLandccapeeCo. v. Jaycon Development Corp.*, 320 S W 3d 252 (Supreme Court of Tennessee, 22 September, 2010).

48. *Société Binaate Maghreb v. Société Screg Routes*, [1990] *Revue de l'arbitrage* 863 (Paris Court of Appeal, 12 December, 1989).

49. *Société Chefaro International v. Barrère*, [2007] *Revue de l'arbitrage* 498 (French Supreme Court, 13 March, 2007); [2004] *Revue de l'arbitrage* 877, note L. Jaeger (Paris Court of Appeal, 19 October, 2000), (Paris Court of Appeal, 2 October, 2003), (Paris Court of Appeal, 16 October, 2003), and (Paris Court of Appeal, 19 February, 2004).

ندارد. دیوان عالی نیوزیلند در دعوی کار علیه/ان از این دو معیار مختلف استفاده کرد. به تعبیر دیوان عالی مسئله تحقیق آن است که آیا راهکار گسترش نظارت قضایی بر موضوع موافقت‌نامه داوری و تعهدات اولیه طرفین تأثیرگذار است؟ در قضیه فوق، این مرجع با تبعیت از معیار نوعی و نه شخصی به این نتیجه رسید که چون توافق بر گسترش نظارت قضایی اساساً ماهیت موافقت‌نامه داوری را تغییر می‌دهد، باعث بطلان موافقت‌نامه داوری نیز می‌شود.^{۵۰}

در ایران نیز بر اساس قاعده شروط، رویکرد فوق قابل توجیه است؛ یعنی هرگاه صفتی که در عقد شرط شده، وصف ذاتی و به تعبیری، جوهری یا اساسی مورد معامله باشد و قید اراده و مبنای تراضی طرفین باشد به گونه‌ای که بدون آن وصف قرارداد منعقد نمی‌شد، فقدان یا بطلان وصف مزبور اراده را خدشه‌دار می‌کند و مشمول ماده ۲۰۰ قانون مدنی و ازاین‌رو موجب بطلان معامله است.^{۵۱} در قضیه حاضر نیز چون علت رجوع به داوری، گسترش قلمرو نظارت دادگاه بوده است با بطلان توافق، اساس داوری نیز باطل بوده و قابلیت اجرا ندارد.^{۵۲}

۲. مبانی نظری آزادی اراده طرفین در تغییر قلمرو نظارت قضایی

در مباحث پیشین مشخص شد رویکرد نظام‌های حقوقی دنیا در برخورد با حذف، تحدید یا گسترش قلمرو نظارت قضایی نسبت به آرای داوری با یکدیگر متفاوت است. باید این اختلاف دیدگاه‌ها را در خصوص دامنه و قلمرو آزادی اراده طرفین، در رویه‌ها و نظم عمومی متفاوت هر نظام حقوقی جستجو کرد. یعنی هر نظام حقوقی با توجه به دغدغه‌هایش در جهت تثبیت و برقراری نظم در جامعه خود، رویکردی را اتخاذ می‌کند.

سؤال اساسی آن است که آیا طرفین باید به موجب قوانین متبوع خویش، مجاز به تعدیل نظارت قضایی بر آرای داوری باشند یا برعکس، ملاحظاتی وجود دارد که مانع از آن می‌شود تا سیاست‌گذاران تقنینی برای طرفین، چنین اختیاری را به رسمیت بشناسند. البته این سؤال با این

50. *Ewan Robert Carr and Brookside Farm Trust Ltd v. Gallaway Cook Allan* [2014] NZSC 75 (Supreme Court of New Zealand, 20 June, 2014) [62].

۵۱. صفایی، سیدحسین؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، قواعد عمومی قراردادها، چاپ بیست‌ودوم، میزان، ۱۳۹۴، ص ۲۰۶.

۵۲. بر اساس دو قاعده فقهی «الشروط لا یوزع علیها الثمن» و «للشروط قسط من الثمن» نیز می‌توان این نتیجه را تحصیل کرد. یعنی اگر شرط گسترش نظارت قضایی جنبه رغبت‌افزایی داشته باشد، بخشی از عوض معامله در مقابل آن قرار می‌گیرد و در صورت عدم تحقق شرط، حق رد آن بخش از ثمن را برای خودش محفوظ می‌دارد و با این کار، بقیه معامله را امضا می‌نماید و به مفاد قاعده للشروط قسط من الثمن عمل می‌کند. اما در مواردی که شرط مهم بوده و اصل معامله برای تحقق آن شرط بوده است و شرط جنبه رغبت‌افزایی ندارد، یا اصل معامله را باطل می‌کند یا کل معامله را می‌پذیرد. ن.ک: سید مهدی نریمانی، زمان‌آبادی و محمدتقی فخلعی، «بررسی تناقض‌نمایی قاعده الشروط لا یوزع علیها الثمن با قاعده للشروط قسط من الثمن»، *آموزه‌های فقه مدنی*، شماره ۱۱، ۱۳۹۴، ص ۴۵.

موضوع که طرفین با فرض داشتن اختیار در تعدیل قلمرو نظارت قضایی باید در جهت تحدید یا گسترش نظارت قضایی برآیند متفاوت است. این پژوهش به دنبال بررسی تفصیلی این موضوع نبوده، چرا که این امر به اوضاع و احوال خاص اختلاف و نیازهای خاص طرفین بستگی دارد. مهم‌ترین دلیلی که در جهت تقویت اصل اعطای اختیار به طرفین در جهت تحدید یا گسترش قلمرو نظارت قضایی مطرح می‌شود، ماهیت قراردادی داوری است. چون داوری مخلوق توافق طرفین است، آن‌ها باید مجاز به تعیین حدود نظارت قضایی نیز باشند. این استدلال هرچند در بادی امر، جذاب به نظر می‌رسد، به نظر مستلزم دور است زیرا آزادی اراده طرفین صرفاً نمی‌تواند با قراردادی بودن ماهیت داوری توجیه شود. واقعیت آن است که در این استدلال از یک مسئله اساسی چشم‌پوشی شده است و آن اینکه منبع آزادی اراده چیست؟ به تعبیر دیگر، آزادی اراده طرفین از کجا سرچشمه می‌گیرد؟ چه چیزی طرفین را قادر می‌سازد تا نظام حقوقی حاکم بر حل و فصل اختلاف را انتخاب کنند؟ برخی معتقدند این آزادی از خود قانون سرچشمه می‌گیرد.^{۵۳} آزادی اراده ناشی از ویژگی ذاتی قانون است و هرگونه محدودیت بر این اصل باید صریحاً به موجب قانون مشخص شود. این نظر به تحقیقات روسو در خصوص قرارداد اجتماعی و نظریه آزادی اراده او منتسب است. گروه دیگر بر این معتقدند که آزادی اراده، تنها زمانی مجاز است که قانون آن را مشخص کرده باشد. یعنی اصل بر فقدان آزادی اراده است مگر آنکه قانون صریحاً مقرر کرده باشد. این نظریه به کلسن منتسب است.^{۵۴}

در نظام حقوقی ایران نیز می‌توان به ماده ۱۰ قانون مدنی به عنوان مبنای آزادی اراده طرفین از جمله در خصوص تغییر قلمرو نظارت قضایی استناد کرد. البته این آزادی اراده، مطلق و بدون قید نبوده، بلکه در خود این ماده، توافق اشخاص در صورتی معتبر شمرده می‌شود که مخالف قانون نباشد. در قانون خاص حاکم بر داوری تجاری، یعنی قانون داوری تجاری بین‌المللی، مصوب ۱۳۷۶ نیز اصل آزادی اراده طرفین پذیرفته شده است. ماده ۲۷ این قانون مقرر می‌دارد: «داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد».

صرف‌نظر از اینکه کدام دو رویکرد فوق موجه است می‌توان قائل بر این نظر بود که صرف ارجاع به ماهیت قراردادی داوری، جهت توجیه آزادی اراده طرفین در مرحله پس از صدور رأی کفایت نمی‌کند. لذا اصل آزادی اراده طرفین باید با توجه به دیگر ملاحظات که در صدد تحدید این اصل است بررسی شود. بسته به اینکه آزادی اراده در جهت تحدید یا گسترش نظارت قضایی باشد، این ملاحظات و مبانی متفاوت است. در زیر، هریک از این دو حالت بررسی می‌شود.

53. Marshall's dissenting opinion in *Ogden v. Saunders*, 12 Wheat 213 (US Supreme Court, 1827) 345.

54. Scherer, *op.cit.*, p. 448.

۲-۱. استدلال موافق و مخالف تحدید نظارت قضایی

دلایل مختلفی در خصوص ضرورت یا عدم ضرورت ممنوع کردن آزادی اراده طرفین در نظارت قضایی توسط قوانین ملی مطرح شده است. این دلایل به دو دسته کلی قابل تقسیم است. نخست، دلایلی که راجع به حمایت از منافع طرفین اختلاف است و دوم، آن‌ها که به حمایت از اشخاص ثالث یا منافع عمومی ارتباط دارد.

الف. حمایت از منافع طرفین

چنانچه طرفین مجاز باشند تا محدوده نظارت قضایی بر آرای داوری را محدود کنند، ضرورت دارد تا از منافع اساسی ایشان حمایت شود. برخی با این استدلال که حذف نظارت قضایی در تقابل با حمایت از منافع طرفین در قبال بی‌عدالتی‌های شکلی و ماهوی یا تصمیماتی است که مرجع داوری فراتر از حدود اختیار خویش و موافقت‌نامه داوری اتخاذ می‌کند، آزادی اراده طرفین را نپذیرفته‌اند. به تعبیر تنقیح سوم انستیتو حقوق آمریکا در خصوص داوری تجاری بین‌المللی، «مبانی اعطا یا حذف جبران خسارت پس از صدور رأی داوری اساساً تضمین انطباق آرا با حداقل معیارهای رسیدگی منصفانه و صدور رأی توسط مرجع ذاتاً صالح است».^{۵۵} طبق این دیدگاه، حمایت ضروری از منافع طرفین، در تقابل با نظریه مجاز دانستن ایشان به تحدید نظارت قضایی قرار می‌گیرد.

اشکال وارد بر این نظریه این است که چگونه طرفین باید مجاز باشند تا به‌طور ضمنی یا به نحو یک‌جانبه از برخی مبانی ابطال رأی صرف‌نظر کنند اما قادر نباشند از طریق توافق مشترک با یکدیگر، چنین اقدامی را انجام دهند؟ برای مثال، اگر یکی از طرفین با علم به آنکه اختلاف حادث شده، خارج از صلاحیت مرجع داوری است، به صلاحیت آن مرجع اعتراض نکند، چنین فرض می‌شود که وی از این مسئله اعراض کرده است.

یکی از پاسخ‌ها به پرسش فوق این است که باید بین وضعیتی که طرفین توافق می‌کنند تا از برخی مبانی ابطال رأی صرف‌نظر کنند، با حالتی که از اقدام طرفین چنین برداشت می‌شود که تمایلی به اعتراض به رأی ندارند، تفاوت قائل شد. در حالت اخیر، شخص تنها پس از صدور رأی می‌تواند از اعتراض بدان صرف‌نظر کند ولی در حالت نخست، این توجیه وجود ندارد و عموماً توافق طرفین، ناظر به مرحله قبل از صدور رأی است.

دومین استدلال آن است که اختیار طرفین به اعراض از دلایلی که هرچند در جهت حمایت از منافع ایشان است باید مشروط بر آن باشد که از حدود اعراض خویش آگاه باشند. یعنی در نقطه مقابل، آن‌ها نباید قادر به استثنای نظارت قضایی پیش از آگاهی از نتایج چنین اعراضی باشند. بر

55. ALI, Restatement of the Law (Third), The US Law of International Commercial Arbitration (n 33) s 4-24, Comment A.

اساس همین دلیل است که در نظام حقوقی آلمان، طرفین تنها در صورتی می‌توانند از مبانی اعتراض به رأی صرف‌نظر کنند که در زمان اعراض، بدان علم و آگاهی داشته باشند. در حقوق ایران نیز به تبعیت از فقه، می‌توان بر این عقیده بود که اسقاط حق اعتراض به رأی، قبل از آگاهی از منشأ و دلیل اعتراض از مصادیق «اسقاط مالیم یجب» است که اثری بر آن مترتب نیست. اما اگر اسقاط حق محتمل، به غرر و جهل منتهی نشود می‌توان با پیش‌بینی و ذکر دقیق مختصات و مشخصات آنچه اسقاط می‌شود، فرض جهل منتهی به غرر را نیز منتفی کرد. لذا شرط صحت اسقاط، معین‌بودن حق موضوع اسقاط است. ابراء پزشک قبل از عمل، امکان درج شرط عدم مسئولیت، اسقاط حق شفعه قبل از بیع، اسقاط اختیارات قبل از بیع و امکان تنفیذ وصیت مازاد بر یک‌سوم، همگی مبین امکان اسقاط حق قبل از پیدایش آن است.

از دیگر استدلال‌های مطرح در این خصوص، تضمین دادرسی منصفانه است. رسیدگی منصفانه اقتضای آن را دارد که چنانچه حقوق یکی از طرفین در فرایند دادرسی نقض شود، باید در جهت احقاقی این حقوق گام برداشت و نمی‌توان به توافق طرفین در اعراض از این حق، استناد جست. دیوان عالی فدرال سوئیس در یکی از آرا با استناد به ماده (۱) ۶ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق انسانی و آزادی‌های اساسی بیان داشته است: اعراض از مبانی ابطال رأی، قبل از صدور آن و پیش از آگاهی از علتی که بر اساس آن می‌توان به رأی اعتراض کرد، در تقابل با حق دادرسی منصفانه است که به موجب ماده فوق‌الذکر مقرر شده است.^{۵۶}

همچنین به‌صرف استناد به ماهیت قراردادی داوری نمی‌توان آزادی مطلق طرفین در تحدید نظارت قضایی را توجیه کرد زیرا منصفانه‌بودن فرایند رسیدگی به اختلاف طرفین، حق ایشان است که با توافق قابل عدول نیست. بر اساس همین استدلال است که ممکن است پاره‌ای از دادگاه‌ها در مرحله پس از صدور رأی به توافق طرفین احترام گذارند، اما در مرحله شناسایی و اجرا بدان توجه نکرده و رأی را بازبینی می‌کنند.

ب. حمایت از منافع اشخاص ثالث و عموم مردم

در مبحث سابق، مسئله حمایت از منافع طرفین بررسی و این نتیجه حاصل شد که این موضوع نمی‌تواند دلیل مجازندانستن ایشان از تحدید نظارت قضایی باشد. در این مبحث، مسئله حمایت از اشخاص ثالث و جامعه بررسی می‌شود تا مشخص شود آیا حفاظت از منافع ایشان می‌تواند موجب حصول نتیجه دیگری شود؟

حمایت از منافع اشخاص ثالث و جامعه، دغدغه مهم دیگری در مرحله پس از صدور رأی است. ممکن است این استدلال مطرح شود که طرفین از آن جهت قادر به حل اختلاف از طریق داوری

56. Swiss Federal Tribunal Case No. 4A_238/2011 (n. 19) [3].

هستند که دادگاه‌های ملی بر فرایند رسیدگی و همچنین صدور رأی نظارت دارند. به موجب این دیدگاه، مبانی نظارت قضایی باید به عنوان حداقل در نظر گرفته شوند و هرگونه تلاش، خواه توسط طرفین یا دیگران به منظور تحدید قلمرو نظارت نباید مجاز دانسته شود زیرا این امر، نظارت دادگاه و حمایت ضروری از منافع جامعه را تضعیف می‌کند.^{۵۷}

شاید به دلیل همین ضرورت است که در برخی حوزه‌های قضایی، اعراض یا انصراف از حق اعتراض به رأی، تنها برای طرفین غیرمحملی مجاز دانسته شده است. چنانچه طرفین با مقر داوری به گونه‌ای مرتبط باشد (خواه به دلیل داشتن اقامتگاه یا محل تجارت و ...) دادگاه نباید از تعهد خویش مبنی بر حمایت از منافع مردم و ثالث صرف نظر کند.

ایراد وارد بر این نظریه آن است که تمامی مبانی و دلایلی که بر اساس آن‌ها می‌توان به رأی اعتراض کرد، به منافع جامعه و اشخاص ثالث مربوط نیستند، بلکه برخی از این دلایل، تنها به منافع طرفین ارتباط می‌یابد. برای مثال، مبانی موجود در ماده (۲) ۳۴ الف) قانون نمونه آنسیترال و ماده (۱) ۵ کنوانسیون نیویورک، تنها به منافع طرفین ارتباط دارد و مبانی موجود در ماده (۲) ۳۴ ب) قانون نمونه آنسیترال و ماده (۲) ۵ کنوانسیون نیویورک، ناظر به منافع عموم است. به طور کلی دلایل مربوط به داوری پذیر بودن اختلاف و نظم عمومی، در صدد حمایت از منافع جامعه و اشخاص ثالث است. در آلمان، تمایز بین این دو دسته از مبانی کاملاً رعایت شده است. دلایل دسته نخست، قابل اعراض است ولی دلایل دسته دوم، قابل اعراض نیست.^{۵۸} در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز همین وضعیت قابل مشاهده است. موارد نقض رأی داوری را می‌توان به دو گروه کلی تقسیم کرد. گروه اول مواردی است که رأی قابل ابطال بوده اما ابطال آن مستلزم تقاضای ذی‌نفع در مهلت مقرر است (ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی). دوم مواردی است که رأی باطل بوده و دادگاه رأساً یا متعاقب تقاضای ذی‌نفع، بطلان رأی را اعلام می‌کند و این اعلام بطلان، محدود به مهلت معینی نیست (ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی). ممکن است تفکیک فوق این شائبه را ایجاد کند که ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی، تکمیلی و اختیاری و ماده ۳۴ آن امری است. اما نگاهی به موارد مندرج در ماده ۳۳ نشان می‌دهد که نمی‌توان تمامی مصادیق را اختیاری و تکمیلی دانست. عدم اهلیت یکی از طرفین، مستند بودن رأی داوری به سند جعلی، ابتدائی رأی داوری بر نظر داوری که مورد جرح قرار گرفته و دادگاه نیز او را فاقد شرایط داوری اعلام کرده، از جمله مواردی است که نمی‌توان قائل به اختیاری بودن آن‌ها شد. البته پاره‌ای از موارد از جمله عدم رعایت تشریفات ابلاغ یا موارد مربوط به ترکیب هیئت داوری را می‌توان قاعده‌ای تکمیلی در نظر گرفت.

57. *Hoef v. MVL Group Inc.*, 343 F 3d 57 (US Court of Appeals Second Circuit, 3 September, 2003), pp. 63-64.

58. Scherer, *op.cit.*, p. 452.

ماده ۳۵ قانون داوری تجاری بین‌المللی استدلال فوق را تقویت می‌نماید. این ماده که ناظر به شناسایی و اجرای رأی داوری است در بند ۱ مقرر می‌دارد: «به‌استثنای موارد مندرج در مواد ۳۳ و ۳۴ آرای داوری که مطابق مقررات این قانون صادر شود قطعی و پس از ابلاغ لازم‌الاجراست و در صورت درخواست کتبی از دادگاه، موضوع ماده ۶ ترتیبات اجرای احکام دادگاه‌ها به مورد اجرا گذاشته می‌شوند». اشکالی که در این ماده وجود دارد آنکه مواد ۳۳ و ۳۴ ناظر به نقض آرای داوری است و نه شناسایی و اجرای آن. حال این سؤال مطرح می‌شود که اگر در مهلت مقرر در بند ۳ ماده ۳۳ (سه ماه از زمان صدور رأی یا هرگونه تصحیح، تکمیل یا تفسیر آن)، اعتراضی صورت نگرفته باشد، آیا در مرحله شناسایی می‌توان مجدداً به آن استناد کرد؟

«طبیعتاً به ماده ۳۴ می‌تواند استناد کند چون موارد مذکور در ماده ۳۴ مقید به مهلت معینی نیست. اما در خصوص موارد ماده ۳۳، متقاضی شناسایی ممکن است استدلال کند که مهلت مقرر در بند ۳ ماده ۳۳ منقضی شده و بنابراین دیگر امکان تمسک به آن وجود نخواهد داشت. این نکته‌ای است که در قانون داوری تجاری بین‌المللی اجمال دارد. با وجود این، باید این نظر را تقویت کرد که اشاره بند ۱ ماده ۳۵ به ماده ۳۳ صرفاً به موارد مذکور در این ماده است که باعث خواهد شد که دادگاه از شناسایی و اجرای رأی خودداری کند. منظور از ارجاع این نیست که هرگاه در مهلت مقرر در بند ۳ ماده ۳۳ رأی ابطال نشود، رأی الزاماً باید شناسایی و اجرا شود».^{۵۹}

در ضمن، ملاحظاتی که در جهت حمایت از منافع ثالث و جامعه مطرح می‌شود و اثر توافق طرفین در تحدید نظارت قضایی را نمی‌پذیرد، توضیح نمی‌دهد چرا طرفین حداقل نمی‌توانند از دلایلی که صرفاً در حمایت از منافع آنهاست، عدول کنند.

در پاسخ به استدلال مخالفان تحدید، این دلیل نیز قابل طرح است که اثر توافق طرفین در محدود کردن نظارت قضایی تنها در مرحله اعتراض به رأی مؤثر است. لذا در مرحله شناسایی و اجرا، دادگاه‌ها باید تنها آرای را به موقع اجرا گذارند که از هر جهت ایرادی در آنها وجود نداشته باشد. در نتیجه، همواره منافع اشخاص ثالث و عموم جامعه حمایت می‌شود و توافق طرفین در حذف نظارت قضایی، خدشه‌ای بر این حمایت وارد نمی‌کند زیرا دادگاه‌های ملی در مرحله اجرا، ناگزیر از بررسی و احراز صحت فرایند داوری و صدور رأی هستند. مطابق بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، مغایرت مفاد رأی با نظم عمومی کشور محل اجرا به‌عنوان یکی از موانع اجرای آرای داوری احصا شده است.

شاید به همین دلیل است که برخی حقوق‌دانان ایرانی معتقدند اگر در بازه زمانی بیست روزه‌ای که قانون آیین دادرسی مدنی برای اعتراض به رأی داوری در نظر گرفته است، به رأی اعتراض

نشود، دادگاه باید رأساً از اجرای رأی خودداری کند.^{۶۰} یا به موجب بند ۳ ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی، مهلت اعتراض و تقاضای ابطال رأی داوری تجاری بین‌المللی فقط در خصوص موجبات مندرج در بند ۱ ماده ۳۳ در نظر گرفته شده که آن هم سه ماه است. قانون مذکور برای اعتراض به رأی داوری تجاری بین‌المللی بر مبنای موجبات مندرج در ماده ۳۴ آن قانون مهلتی در نظر نگرفته است و امکان طرح آن در هر زمان وجود دارد.^{۶۱}

حال ممکن است این سؤال مطرح شود که اگر نظارت دادگاه در مرحله شناسایی و اجرا صورت می‌گیرد، پس چه ضرورتی دارد تا نظارتی اضافی در مرحله پس از صدور رأی و اعتراض پیش‌بینی شود؟

پاسخ به این سؤال به تفاوت اساسی میان مرحله اعتراض به رأی و مرحله شناسایی و اجرای آن و به تعبیر دقیق‌تر به تفاوت آثار تصمیم متعاقب هریک از این مراحل مربوط می‌شود. تصمیمی که به دنبال اعتراض به رأی اتخاذ می‌شود می‌تواند در خارج از کشوری که رأی در آنجا صادر شده نیز دارای اثر باشد. این آرا می‌توانند از شناسایی و اجرای رأی در خارج از مقر داوری و در هر جا که امکان اجرای رأی وجود دارد جلوگیری کنند. اما رأیی که در حین شناسایی و اجرا صادر می‌شود واجد چنین اثری نیست.^{۶۲}

۲-۲. استدلال موافقین و مخالفین گسترش نظارت قضایی

در مورد حمایت از منافع طرفین و اشخاص ثالث و عموم مردم در مواردی که طرفین بر گسترش نظارت قضایی توافق کرده‌اند، نگرانی کمتری وجود دارد زیرا قاعده‌تاً دامنه این حمایت‌ها بیشتر شده و نه کمتر. با وجود این، ملاحظات دیگری این شائبه را تقویت می‌کند که آیا طرفین باید مجاز به توافق بر گسترش قلمرو نظارت قضایی باشند یا خیر؟

نخست گفته می‌شود که گسترش قلمرو نظارت قضایی، اختیار اساسی تصمیم‌گیری را از مرجع داوری به دادگاه احاله می‌دهد و در نتیجه، تعادل ساختاری میان این دو مرجع را به‌ویژه در مورد ضمانت اجراهای پس از صدور رأی تضعیف می‌کند.^{۶۳} این توافق موجب می‌شود تا اختیار نظارتی بیشتری برای دادگاه‌ها در مقایسه با مرجع داوری پیش‌بینی شود و این باعث به‌هم‌خوردن تعادل

۶۰. شمس؛ آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، جلد سوم، همان، ص ۵۵۹.

۶۱. ایرانشاهی؛ همان، ص ۷۹.

62. Scherer, Maxi, "Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: Is the 'Judgment Route' the Wrong Road?" *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, no. 3, 2013, p. 617.

63. ALI, Restatement of the Law (Third), The US Law of International Commercial Arbitration (n 33) s 4-23, Comment A.

میان این دو مرجع قضاوتی می‌شود.

ایراد این استدلال آن است که معلوم نیست چرا طرفین با توافق نمی‌توانند محدوده نظارت قضایی دادگاه‌های ملی را گسترش دهند. در شرایط عادی و بدون وجود توافق بر داوری، دادگاه‌ها مرجع عمومی تظلمات و دادخواهی افراد هستند؛ لذا در فرضی هم که طرفین خواسته‌اند اختلاف خویش را به داوری ارجاع دهند، چون اصل بر صلاحیت دادگاه ملی است و رجوع به داوری استثناست، افزایش نظارت قضایی همسو با اصل بوده و با آن منافاتی ندارد. پس آن گونه که استدلال شده، بین دادگاه و مرجع داوری تعادل ساختاری دقیقی وجود ندارد تا با گسترش محدوده نظارت، بر هم خورد.^{۶۴}

دوم، چنانچه قرار باشد طرفین با توافق بتوانند معیارهای نظارت قضایی را گسترش دهند این امر در تقابل با هدف یکنواخت‌سازی معیارهای اعطا یا عدم اعطای ضمانت اجرای پس از صدور رأی و همچنین در تضاد با تلاش در جهت افزایش قطعیت و پیش‌بینی‌پذیری اقدامات پس از صدور رأی است.^{۶۵} همانندسازی معیارهای بین‌المللی از آن جهت ضروری است که هم طرفین و هم مرجع داوری به راحتی می‌توانند معیارها را شناسایی و همسو با آن رفتار کنند. پس نتیجه نظارت دادگاه‌ها، هم قابل پیش‌بینی بوده و هم در راستای انتظارات اصحاب دعواست. در پاسخ به این استدلال باید گفت در مواردی که طرفین توافق می‌کنند تا محدوده نظارت قضایی را گسترش دهند، بدان معنا نیست که آن‌ها خواسته‌اند قطعیت و پیش‌بینی‌پذیری نتیجه داوری را کنار گذارند. بلکه در عوض، طرفین انتظار دارند تا به توافق ایشان احترام گذارده شده و نادیده‌گرفتن این توافق در تقابل با انتظارات مشروع آن‌ها بوده و برعکس، عدم قطعیت را به همراه خواهد داشت.

سومین دلیل مخالفین این است که گسترش نظارت قضایی می‌تواند با تعریف داوری سازگار نباشد. داوری به فرایندی تعریف می‌شود که طرفین با توافق، اختلاف خود را به تصمیم‌گیرنده غیردولتی ارجاع می‌دهند تا رأی قاطع و الزام‌آور صادر کند. این خصیصه در حقوق رم نیز وجود داشت.^{۶۶} لذا ماهیت نهایی و الزام‌آور رأی داوری از ویژگی‌های اساسی و ذاتی داوری است. بر همین اساس، چنانچه طرفین تلاش کنند تا این خصیصه ذاتی را با توافق بر گسترش نظارت قضایی از رأی بگیرند، گویی آن‌ها به داوری توافق نکرده‌اند. در سال ۲۰۰۵، دادگاه تجدیدنظر فرانکفورت آلمان به همین استدلال در رأی خویش اشاره کرد. به تعبیر این دادگاه، «در این اختلاف، نظارت دادگاه به رأی داوری، محدود به مبانی و دلایل مقرر در قانون آلمان نشده و گویی

64. German Supreme Court decision, dated 1 March, 2007, [2007] ASA Bulletin 810, 814.

65. ALI, Restatement of the Law (Third), The US Law of International Commercial Arbitration (n 33) s4-23, Comment A.

66. Milotic, Ivan, "Exclusion of Appeals in Roman Arbitration", *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 20, 2013, p. 242.

امور حکمی و موضوعی اختلاف باید دوباره در دادگاه رسیدگی شود ... این موضوع در تقابل با تعریف داوری مطابق با قانون آیین دادرسی مدنی آلمان است».^{۶۷}

این استدلال مبتنی بر فهم خشک و غیرقابل انعطاف از مفهوم داوری است زیرا نتیجه داوری صدور رأی نهایی و الزام‌آور است؛ اما این بدان معنا نیست که طرفین نمی‌توانند از این قاعده پیش‌فرض (تکمیلی) عدول کنند. در واقع آزادی اراده طرفین در داوری به کامل‌ترین شکل پذیرفته شده است.^{۶۸} طرفین می‌توانند ارجاع اختلاف به داوری را منوط به وجود شرایطی کنند. یکی از این شرایط نیز می‌تواند گسترش معیارهای نظارت قضایی باشد. در واقع، دیوان عالی آلمان با همین استدلال، رأی دادگاه تجدیدنظر فرانکفورت را نقض کرد.^{۶۹} بنابراین، بی‌توجهی به این شرط می‌تواند انتظارات طرفین را نادیده گرفته و موجب تضعیف توافق ایشان به داوری شود. در هر حال باید توجه داشت در نظام‌های داوری به‌طور معمول، شرایط و زمینه‌های اعتراض به رأی در دادگاه تفسیر مضیق می‌شود.^{۷۰}

چهارم، توافق طرفین مبنی بر افزایش میزان نظارت دادگاه‌ها نسبت به آرای داوری، نوعی مداخله در اموری است که از حیطة وظایف و اختیارات اشخاص خصوصی خارج است. سازمان و تشکیلات دادگاه‌ها و حدود وظایف و اختیارات آن‌ها نباید در کنترل اشخاص قرار گیرد. به نظر می‌رسد این استدلال در نظام حقوقی ایران در مقایسه با استدلال‌های پیش‌گفته، محکم‌تر است و عدول از آن به‌راحتی میسر نیست.^{۷۱}

استدلال فوق نیز تا حدودی قابل خدشه است؛ به این نحو که اگر طرفین در صدد برآمده باشند تا مبنا یا دلیلی جدید غیر از آن دلایلی که به‌موجب قانون ملی می‌توان با استناد بدان درخواست ابطال رأی کرد، برای دادگاه شناسایی و وی را ملزم به نظارت بر اساس آن کنند، به نظر می‌رسد چون اعمال این معیارها برای دادگاه‌ها به‌راحتی میسر نیست، می‌توان استدلال مخالف را پذیرفت. اما اگر طرفین معیارهای موجود را که بر اساس آن‌ها می‌توان آرای داخلی محاکم را مورد بازبینی قرار داد، انتخاب کرده باشند، چون این مبانی و دلایل برای دادگاه شناخته شده است، اولویت‌دادن به توافق طرفین بر کنارگذاشتن آن برتری دارد. مثلاً ممکن است طرفین با توافق، علاوه بر جهات مقرر در ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی ایران، جهات مندرج در ماده ۴۲۶ همان قانون را که ناظر بر اعاده دادرسی است بر معیارهای نظارت دادگاه‌ها نسبت به آرای داوری اضافه کرده باشند.

67. Case No. 26 Sch 29/05, Baur 2006, 738 (Frankfurt Court of Appeal, 20 December, 2005) [14].

68. Hulea, Dan C., "Contracting to Expand the Scope of Review of Foreign Arbitral Awards: An American Perspective", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 29, 2003, p. 334.

69. ASA Bulletin 810 (German Supreme Court, 1 March, 2007), 814.

۷۰. نیکبخت، حمیدرضا؛ داوری تجاری بین‌المللی «آیین داوری»، چاپ دوم، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۰، ص ۲۴۳.

۷۱. ن.ک: عبدالله شمس؛ آیین دادرسی مدنی، جلد اول، میزان، ۱۳۸۰، ص ۴۰۶.

آخرین دلیل مخالفان گسترش نظارت قضایی آن است که این توافق با استفاده مؤثر و مفید از خدمات دستگاه قضایی هماهنگ نیست. اگر طرفین مجاز باشند تا محدوده نظارت قضایی دادگاهها را افزایش دهند، این امر به معنای مضاعف کردن کار تشکیلات قضایی است. بدیهی است در کشورهایی چون ایران که تراکم پروندهها بسیار بالاست و متناسب با آن، قاضی وجود ندارد، این امر باعث اطاله بیشتر دادرسی می‌شود. در مقابل می‌توان چنین پاسخ داد در تمامی موارد، نیازی به اعمال نظارت توسط دادگاه وجود نداشته باشد. اگر این امکان برای طرفین فراهم نشود، چه بسا طرفین دیگر داوری را برای حل اختلاف انتخاب نکنند و مجبور باشند به دادگاه‌های ملی برای حل و فصل اختلاف مراجعه کنند. طبیعی است این امر منجر به افزایش کار دادگاهها خواهد شد، حال آنکه با مجاز دانستن توافق طرفین این امکان وجود خواهد داشت تا حداقل تعدادی از اختلافات از طریق داوری حل و فصل شده و دیگر نوبت به مراجعه به دادگاه یا اعمال نظارت از سوی این مرجع نرسد.^{۷۲}

۳. پذیرش آزادی اراده در تغییر قلمرو نظارت قضایی مبتنی بر ادله ناظر بر حقوق

دادرسی

در مباحث پیشین، ادله پذیرش اصل آزادی اراده در حقوق داوری از نظر گذشت. در این قسمت ادله پذیرش این اصل در دادرسی ارائه می‌شود، چه رسد در داوری که به طریق اولی آزادی عمل طرفین بسیار بیشتر و چشمگیرتر از دادرسی قضایی است. همچنین چون موضوع پژوهش، فرایند نظارت قضایی بر آرای داوری است باید مسئله از منظر حقوق دادرسی نیز تجزیه و تحلیل شود. این ادله در چهار موضوع حاکمیت اصحاب دعوی مدنی و ابتکار ایشان در اداره دادرسی، قراردادی کردن دادگستری، تکمیلی بودن قواعد آیین دادرسی مدنی و توافق طرفین بر انتخاب دادگاه صالح و حدود صلاحیت آن می‌گنجد.

یکی از این اصول، اصل حاکمیت اراده و ابتکار عمل اصحاب دعوا در دادرسی مدنی است. واقعیت آن است که برخلاف سایر زمینه‌های حقوق خصوصی از تأثیر آزادی اراده در حقوق دادرسی مدنی کمتر سخن به میان آمده است. گویی وابستگی این زمینه در پاره‌ای موارد به پشتیبانی دولت، نقش اراده اصحاب دعوا را کمرنگ‌تر نشان داده است. اما نهاد دادرسی مدنی دارای دو رکن اساسی است: یکی اصحاب دعوا و دیگری دادگاه. طرفین به‌عنوان صاحبان دعوا مانند هر مالک دیگری می‌توانند هرگونه دخل و تصرفی را در مایملک خود به عمل آورند و دعوی مدنی به منزله شیء آن‌هاست؛ در حالی که دادرسی به منزله مدیر فنی در دادرسی مدنی ایفای نقش می‌کند. وجود

عبارات کهن حقوقی نظیر «هیچ دادرسی رأساً اقامه دعوا نمی‌کند»^{۷۳} «هیچ حکمی فراتر از خواسته اصحاب دعوا نیست»^{۷۴} و «دادرس باید مطابق دلایل اصحاب دعوا تصمیم بگیرد»^{۷۵} جملگی از لزوم احترام به حاکمیت اراده اصحاب دعوا از ناحیه دادرسان به‌عنوان نماینده حکومت حکایت داشت.^{۷۶} علاوه بر آن در سراسر دادرسی مدنی از ابتدا تا انتها این اصل قابل مشاهده است. به عبارت دقیق‌تر، اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی در رگ‌های پیکره حقوق دادرسی مدنی در گردش است: لزوم درخواست رسیدگی به دعوا برابر قانون (ماده ۲ ق.آ.د.م)، حق منحصر اصحاب دعوا در شکایت از آرا (ماده ۳۳۵ ق.آ.د.م)، حق استرداد دادخواست و دعوا (ماده ۱۰۷ ق.آ.د.م)^{۷۷} و مهم‌تر از همه، برخلاف امور کیفری که اجرای حکم لزوماً مستلزم درخواست شاکی نیست، «اجرای احکام مدنی وقتی به موقع اجرا گذارده می‌شوند که محکوم‌له کتباً تقاضا کرده باشد» (ماده ۲ قانون اجرای احکام مدنی).

دلیل دیگر، استناد به رویکرد نوینی است که از آن به «قراردادی کردن دادگستری»^{۷۸} یاد می‌شود. این رویکرد که بر نفوذ قرارداد و توافق طرفین در دادرسی حکایت دارد، امکان شخصی کردن دادگستری و در نتیجه، انسانی کردن آن را فراهم‌تر می‌کند. مقبولیت این شیوه موجب راهیابی آن به اسناد ارشادی بین‌المللی همچون «اصول آیین دادرسی مدنی فراملی»^{۷۹} شده است.^{۸۰} رویکرد «قراردادی کردن دادگستری» با مخیرانه تفسیر نمودن مقررات قانون آیین دادرسی مدنی، قائل به افزایش ابتکار عمل اصحاب دعوا در این شعبه است. به‌طور کلی، تجلی اراده طرفین دعوا در جریان دادرسی به دو شیوه متصور است: الف) اراده یک‌جانبه اصحاب دعوا؛^{۸۱} ب) اراده مشترک اصحاب دعوا.^{۸۲}

بر اساس رویکرد فوق که امروزه در بسیاری از نظام‌های حقوقی دادرسی مدنی پیشرفته جهان پذیرفته شده است، توافق اصحاب دعوا در تمامی جریان دادرسی از جمله در مرحله نظارت قضایی،

73. *Ne procedat iudex ex officio*

74. *Ne eat iudex ultra petita partium*

75. *Judex judicare debet secundum probate partium*

۷۶. پورااستاد، مجید؛ اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷، ص ۱۰۳.

۷۷. پیشین، ص ۱۰۷.

78. *Contractualisation de la justice*

۷۹. بند ۲ ماده ۱۴ این اصول مقرر می‌دارد: «تا آنجا که معقول و متعارف است دادگاه رسیدگی را با همکاری طرفین اداره می‌کند».

۸۰. غمامی، مجید و حسن محسنی؛ «اصل ابتکار عمل خصوصی عمل اصحاب دعوا در دادرسی مدنی و استثنایها و قیدهای آن»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۲، شماره ۱، ۱۳۹۱، ص ۲۰۹.

81. Unilateral will of the parties litigants

82. Common will of the parties litigants

همانند دیگر حوزه‌های حقوق خصوصی باید مورد احترام قرار گیرد.^{۸۳} تکمیلی بودن قواعد آیین دادرسی مدنی از جمله نظارت قضایی بر فرایند داوری استدلال دیگری است که پذیرش اصل آزادی اراده را با سهولت بیشتری همراه می‌نماید. هرچند از دیرباز راجع به امری بودن یا تکمیلی بودن قواعد آیین دادرسی مدنی اختلاف نظر وجود داشته است به نظر می‌رسد مورد دعوای مدنی همانند شیء قابل انتقال به دیگران است، قابل سازش است و تمام اعمال دادرسی اصولاً منوط به درخواست و اراده اصحاب دعوای مدنی است، مانند درخواست تأمین خواسته، جلب اشخاص ثالث و .. جملگی دلالت بر این دارد که این رشته جزء حقوق خصوصی بوده و در نتیجه اصل بر این است که قواعد آن جنبه تکمیلی دارند. بنابراین وجود پاره‌ای زمینه‌های محدود در آیین دادرسی مدنی مانند سازمان قضاوتی و صلاحیت دادگاه‌ها مانع از آن نیست که آیین دادرسی مدنی در زمره حقوق خصوصی باشد زیرا حتی در این زمینه محدود، اراده اصحاب دعوای مدنی از چنان نفوذ و تأثیری برخوردار است که می‌تواند از صلاحیت محلی عدول کند و در صلاحیت ذاتی اگرچه تابع تشکیلات و اقتدار دولت هستند در آنجا نیز با تراضی به داوری می‌توانند تشکیلات و صلاحیت دادگاه‌ها را نیز نادیده بگیرند.^{۸۴}

در حقیقت، حقوق دادرسی مدنی با به‌تن کردن جامه اصل آزادی اراده در شکل حاکمیت اصحاب دعوای مدنی ظهور یافته است. بر این اساس در موارد شک و تردید قانونگذار، مقتضای این اصل آن است که قواعد آیین دادرسی مدنی و ادله اثبات، تکمیلی تلقی می‌شود مگر مواردی که مربوط به حاکمیت ملی و نظم عمومی هر دولت است.^{۸۵} به تعبیر دیگر، «نوع عالی از تجلی اراده مشترک اصحاب دعوا در دادرسی مدنی مقوله داوری است، به گونه‌ای که در تفسیر مقررات مربوط به داوری می‌بایست اصل بر تخییری بودن قواعد گذاشته شود».^{۸۶}

امکان توافق طرفین بر انتخاب دادگاه صالح و تغییر حدود صلاحیت آن نیز نقشی مهم در پذیرش آزادی اراده طرفین در داوری دارد. در نگاه سنتی، طرفین نمی‌توانستند در صلاحیت دادگاه‌های دولتی تغییری ایجاد و آن را اضافه یا کم کنند. اما طبق نگاه جدید، توافق طرفین بر انتخاب دادگاه صالح و تغییر قواعد صلاحیتی آن البته طبق ضوابط و به نحو بسیار محدود، هم در اسناد بین‌المللی و هم در قوانین داخلی پذیرفته شده است. مهم‌ترین سند بین‌المللی که در این خصوص وجود دارد، کنوانسیون لاهه، مصوب ۲۰۰۵ در خصوص انتخاب دادگاه صالح با توافق

۸۳. اکبری دهنو، میثم و مرتضی شهبازی‌نیا؛ «تراضی اصحاب دعوا در پایان دادن به دادرسی مدنی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره ۷، ۱۳۹۳، ص ۱۱.

۸۴. پورااستاد؛ همان، ص ۱۲۰.

۸۵. پیشین، ص ۹۷.

۸۶. اکبری دهنو و شهبازی‌نیا؛ همان، ص ۱۶.

طرفین^{۸۷} است. این کنوانسیون هرچند به دلیل آنکه هنوز تصویب‌کنندگان آن بیش از سه عضو (اتحادیه اروپا، مکزیک و امریکا) نیستند لازم‌الاجرا نیست اما در سطح بین‌المللی تلاشی است که در جهت پذیرش آزادی اراده طرفین در خصوص صلاحیت دادگاه‌ها دارد. بدیهی است همان‌گونه که طرفین با توافق می‌توانند برای دادگاه‌ها ایجاد صلاحیت کنند، تردیدی نیست که قادر به تغییر قلمرو نظارت قضایی بر آرای داوری نیز هستند.

شایان ذکر است در قوانین داخلی نیز به موجب ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۹۲، چنانچه اختلاف بین زن و شوهری باشد که در ایران سکونت ندارند می‌توانند با توافق، دادگاه صالح برای اقامه دعوا را انتخاب کنند.

در رویه قضایی نیز به‌ویژه در پرونده‌های واجد عنصر بین‌المللی، تمایل به پذیرش توافق طرفین بر انتخاب دادگاه صالح و عدول از قواعد صلاحیت داخلی نیز دیده می‌شود. سال ۱۳۹۲ رأی جالبی در همین موضوع در شعبه ۲۷ دادگاه عمومی تهران صادر و در شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر تأیید شد. در این رأی آمده است: «در خصوص دعوی شرکت الف.الف.ف (سهامی خاص) به طرفیت خوانده N.G با وکالت آقای الف.ش و خانم ش.م به خواسته اعلام بطلان قرارداد مورخ ۲۰۰۵/۳/۲۴ به دلیل مخالفت با قوانین آمره را اقامه نمودند. دادگاه بدون ورود در ماهیت دعوا به این استدلال که ماده ۹۶۸ از قانون مدنی در باب تعهدات حاصل از عقود است و ارتباطی با توافق طرفین در مورد مراجعه به حل اختلاف ندارد و تمسک به قوانین ملی نباید مخالف با نظم نوین بین‌المللی باشد و قرارداد فوق‌الذکر با تبعه آلمانی منعقد شده است و با وجود عنصر خارجی، دعوا بین‌المللی محسوب می‌شود و در ماده ۱۱ قرارداد فوق‌الذکر طرفین به صراحت توافق نموده‌اند که هرگونه اختلاف ناشی از قرارداد در دادگاه واجد شرایط برلین مورد رسیدگی قرار گیرد و اینکه اساساً این قرارداد نیز صحیح یا باطل است در صلاحیت دادگاه اخیرالذکر است. در نتیجه، دادگاه با استناد به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۰ قانون مدنی، دعوی خواهان را در دادگاه ایرانی قابل استماع نمی‌داند و قرار رد آن را صادر و اعلام می‌دارد. قرار صادره ظرف مدت بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر تهران است»^{۸۸}.

البته باید توجه داشت پذیرش اصل آزادی اراده طرفین دلالت بر پذیرش مطلق این اصل ندارد. وجود مزایا و منافع در توسل به داوری باعث نمی‌شود دولت‌ها از اعمال نظارت قضایی بر آرای داوری در جهت صیانت اساسی جامعه چشم‌پوشی کنند. مهم‌ترین عاملی که رسالت اصلی آن حمایت و حراست از اصول و موازین اساسی حقوق عمومی و ارزش‌های هر کشور است، نظم

87. Hague Convention on Choice of Court Agreements (2005).

88. مقصودی، رضا؛ «توافق بر دادگاه صالح در قراردادهای بین‌المللی: توجیه و نقد رویه قضایی»، فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۹۴، ص ۶۱.

عمومی است که از آن به‌عنوان مهم‌ترین معیار نظارت قضایی بر آرای داوری یاد می‌شود. شاید بتوان این‌گونه گفت که نهاد داوری واجد هر دو اثر قراردادی و قضایی است و این امر به نوبه خود، انعکاسی از توافق طرفین و حاکمیت قانون محل برگزاری داوری است.^{۸۹} البته غالب دادگاه‌ها این را پذیرفته‌اند که در موارد تردید، صلاحیت خود را به نفع داوری اعمال کنند و از نظم عمومی تفسیری مضیق ارائه کنند.^{۹۰} کما اینکه تمامی ملاحظات نظم عمومی کشورها البته در داوری‌های تجاری بین‌المللی قابل اعمال نیست و صرفاً نظم عمومی بین‌المللی کشور مربوط، ترجیحاً با تفسیری مضیق اعمال می‌شود. آنچه اعمال تفسیر مضیق نظم عمومی به‌عنوان مهم‌ترین معیار نظارت قضایی را توجیه می‌کند، چالشی است که برخی به‌ویژه مدافعان دکترین داوری غیرمحلی و در رأس آن‌ها پالسون نسبت به معیار نظم عمومی مطرح کرده‌اند. پالسون ضمن تأیید ابطال آرای داوری بین‌المللی بر اساس معیارهای موسوم به معیارهای بین‌المللی، ابطال آن‌ها را صرفاً بر مبنای معیارهای محلی از جمله نظم عمومی به کلی نادرست و بی‌اعتبار دانسته، فاقد اثر بین‌المللی اعلام کرده و بر صحت اجرای آرای داوری تجاری بین‌المللی که بر اساس این معیار ابطال شده‌اند، تأکید کرده‌اند. معیارهای مورد نظر ایشان همان معیارهای مندرج در شق (الف) تا (د) بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک است که برای امتناع از شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی وضع شده و در کنوانسیون ۱۹۶۱ اروپایی ژنو نیز به‌عنوان مبانی ابطال رأی داوری برشمرده شده‌اند.^{۹۱}

نتیجه

طرفین مختارند تا با توافق با یکدیگر، حل و فصل اختلاف خویش را به داور مرضی‌الطرفین ارجاع دهند. داوری که همانند دادرسی، روش حقوقی و قضایی حل و فصل اختلاف است با رأی قطعی و لازم‌الاجرا به اختلاف خاتمه می‌دهد. گاهی طرفین به رأی داوری اعتراض دارند. اعتراض به رأی داوری معمولاً نزد دادگاه‌های ملی مطرح می‌شود. به فرایند نظارت دادگاه‌ها بر آرای داوری نظارت قضایی اطلاق می‌شود. راهکار نظارت قضایی تابع تشریفات خاصی است و طرفین باید با استناد به مبانی و دلایلی مشخص، در صدد اعتراض به رأی برآمده و خواستار ابطال آن شوند. اما این امکان همواره وجود دارد که طرفین با توافق، محدوده نظارت قضایی دادگاه‌های ملی نسبت به آرای داوری را تغییر دهند. تغییر این قلمرو در سه قالب حذف، تحدید یا گسترش نظارت قضایی قابل تصور است. در مرحله پس از صدور رأی، حدود آزادی اراده طرفین، از آن انعطافی که در سایر

۸۹. مافی، همایون و محمدحسین تقی‌پور؛ ماهیت حقوقی نهاد داوری، فصلنامه پژوهش حقوقی خصوصی، سال ششم، شماره

۲۱، زمستان ۱۳۹۶، ص ۱۷۷.

۹۰. ایرانشاهی؛ همان، ص ۱۰۲.

۹۱. پیشین، صص ۷۴-۷۳.

مراحل داوری وجود دارد برخوردار نیست. برخی حوزه نظارت قضایی را با اراده طرفین قابل تغییر نمی‌دانند. این عده صلاحیت دادگاه‌ها را مصون از هرگونه تغییر به واسطه توافق دانسته و معتقدند که آزادی اراده طرفین، نهایت تا صدور رأی کاربرد دارد و در مرحله نظارت قضایی، قواعد دادرسی دادگاه‌ها اعمال می‌شود. در مقابل، برخی دیگر به توافق طرفین در این مرحله همانند دیگر مراحل احترام می‌گذارند. واقعیت آن است جز در مواردی که صراحتاً در قوانین و مقررات مرتبط، رویکرد نظام‌های حقوقی با این موضوع مشخص شده است در سایر موارد، توجه به آزادی اراده طرفین به تفسیری که از قوانین توسط مقام صالح صورت می‌گیرد بستگی دارد. قدر متیقن آنکه نظم عمومی و اخلاق حسنه، بارزترین شاخصی است که مانع اعتبار توافق طرفین در تغییر قلمرو نظارت قضایی می‌شود. به هر حال این معیار باید به نحو بسیار مضیق تفسیر و بر دامنه آزادی اراده طرفین افزوده شود.



منابع:

الف. فارسی

_ کتاب

- امیرمعزی، احمد؛ *داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی*، چاپ سوم، دادگستر، ۱۳۹۰.
- جنیدی، لعیا؛ *اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی*، شهر دانش، ۱۳۸۷.
- شمس، عبدالله؛ *آیین دادرسی مدنی*، جلد اول، میزان، ۱۳۸۰.
- _____؛ *آیین دادرسی مدنی*، دوره پیشرفته، جلد سوم، چاپ یازدهم، دراک، ۱۳۸۷.
- شیروی، عبدالحسین؛ *داوری تجاری بین‌المللی*، سمت، ۱۳۹۱.
- صفایی، سیدحسین؛ *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، جلد دوم، قواعد عمومی قراردادها، چاپ بیست‌ودوم، میزان، ۱۳۹۴.
- متین، احمد؛ *مجموعه رویه قضایی*، قسمت حقوقی، شامل آرای شعب و هیئت‌های عمومی و آرای کیفری شعب دیوان عالی کشور، چاپخانه هاشمی، بی‌تا.
- نیکبخت، حمیدرضا؛ *داوری تجاری بین‌المللی «آیین داوری»*، چاپ دوم، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۰.

_ مقاله

- اکبری دهنو، میثم و مرتضی شهبازی‌نیا؛ «ترازی اصحاب دعوا در پایان دادن به دادرسی مدنی»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، سال دوم، شماره ۷، ۱۳۹۳.
- ایرانشاهی، علیرضا؛ «بررسی معیار «نظم عمومی» در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال بیست‌وهشتم، شماره ۴۴، بهار و تابستان ۱۳۹۰.
- پوراستاد، مجید؛ «اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷.
- شهبازی‌نیا، مرتضی، محمد عیسایی تفرشی و حسین علمی؛ «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۴۳، شماره ۱، ۱۳۹۲.
- غمامی، مجید و حسن محسنی؛ «اصل ابتکار عمل خصوصی عمل اصحاب دعوا در دادرسی مدنی و استثنایها و قیدهای آن»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۴۲، شماره ۱، ۱۳۹۱.
- مافی، همایون و محمدحسین تقی‌پور؛ «ماهیت حقوقی نهاد داوری»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، سال ششم، شماره ۲۱، زمستان ۱۳۹۶.

- مقصودی، رضا؛ «توافق بر دادگاه صالح در قراردادهای بین‌المللی: توجیه و نقد رویه قضایی»، فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۹۴.
- نریمانی زمان‌آبادی، سیدمهدی و محمدتقی فخلعی؛ «بررسی تناقض‌نمایی قاعده شروط لا یوزع علیها الثمن با قاعده للشروط قسط من الثمن»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۱، ۱۳۹۴.

ب. انگلیسی

- Theses

- Mickus, Pranas Mykolas, "Possibility of Expanding Judicial Review Mechanism in Arbitration by Party Agreement", LL.M. Short Thesis, Central European University, 2014.
- Onyeisi, Levi, "Party Autonomy and Enforceability of Arbitration Agreements and Awards as the Basis of Arbitration", Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester, 2014.

- Articles

- Ahdab, AH El, "The Draft Arbitration Law of the United Arab Emirates", *International, Journal of Arab Arbitration*, vol. 2(1), 2010.
- Baizeau, D., "Commentary on Chapter 12 PILA, Art. 192, Section X Waiver of Annulment", in M. Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland*, Wolters Kluwer, 2013.
- Castro, Claudio de, 'Panama', in *The Arbitration Review of the Americas, Global Arbitration Review*, 2015.
- Hulea, Dan C., "Contracting to Expand the Scope of Review of Foreign Arbitral Awards: An American Perspective", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 29, 2003.
- Milotic, Ivan, "Exclusion of Appeals in Roman Arbitration", *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 20, 2013.
- Scherer, Maxi, "Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: Is the 'Judgment Route' the Wrong Road?", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, no. 3, 2013.
- Maxi Scherer, "The Fate of Parties' Agreements on Judicial Review of Awards: A Comparative and Normative Analysis of Party-Autonomy at the Post-Award Stage", *Arbitration International*, vol. 32, issue 3, September 2016.
- Wolff, R., "Party Autonomy to Agree on a Non-Final Arbitration", *ASA Bulletin*, 2008.