

## تفسیر شرط داوری اجباری

عیسی امینی<sup>۱</sup> - ربیعا اسکینی<sup>۲</sup> - امید رشیدی<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۱۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۲۸

### چکیده

شرط داوری دارای ماهیتی قراردادی و تابع اصل حاکمیت اراده است. در زمان بروز اختلاف و لزوم حل و فصل آن از طریق اجرای شرط داوری، اگر مفاد این شرط به دلیل ابهام یا سکوت، مستلزم تفسیر باشد و داور قبل از رسیدگی ماهوی ناگزیر به تفسیر مفاد شرط داوری و درصدد کشف قصد مشترک طرفین برآید، باید طبق اصول و قواعد تفسیر قراردادها، اقدام به «تفسیر مفاد شرط داوری» نماید؛ اما قانون‌گذار در برخی موارد، ارجاع دعای به مرجع داوری را بر اراده طرفین قرارداد تحمیل نموده و ماهیت قراردادی شرط داوری، زایل یا محدود شده و یا اساساً داوری خارج از قلمرو اراده طرفین است. در این موارد اگر شیوه اجرای داوری با ابهام مواجه شده و مستلزم تفسیر باشد، داور باید طبق «اصول و قواعد تفسیر قوانین»، درصدد کشف اراده مقنن برآید و بحث از کشف اراده و قصد مشترک طرفین، منتفی است. در این مقاله، ضمن تبیین ماهیت و معیار تشخیص شرط داوری اجباری و نقش اراده طرفین در تکوین آن، کارکرد تفسیر شرط داوری مورد بررسی قرار گرفته و شیوه تفسیر متناسب با ماهیت شرط داوری اجباری، با ذکر مصادیقی در حقوق ایران، ارائه شده است.

**واژگان کلیدی:** داوری، شرط داوری، داوری اختیاری، داوری اجباری، تفسیر قرارداد.

۱. استاد یار حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی (نویسنده مسئول) eisa.amini@yahoo.com

2. استاد حقوق خصوصی دانشگاه مفید قم eskini@mofidu.ac.ir

3. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی omid.rashidi2@gmail.com

## مقدمه

یکی از مباحث مهم در زمان اجرای قراردادها، وجود ابهام، سکوت و یا تعارض در مفاد قرارداد است که موجب بروز اختلاف نظر بین متعاقدین و بالتبع لزوم تفسیر قرارداد می‌گردد. قرارداد داوری نیز که تحت عنوان «موافقت نامه داوری» (Arbitration Agreement) از آن نام برده می‌شود، اعم از اینکه به صورت «قرارداد جداگانه داوری» منعقد شود و یا اینکه به صورت شرط ضمن عقد و تحت عنوان «شرط داوری» (Arbitration Clause) در متن قرارداد درج گردد، ممکن است مستلزم تفسیر بوده و مرجع رسیدگی کننده ناگزیر از «تفسیر مفاد شرط داوری» باشد.

شرط داوری معمولاً با عباراتی مختصر و کلی به نگارش درمی‌آید، بنابراین در زمان اجرای این شرط، به دلیل سکوت در بیان جزئیات و یا برداشتها و استنباطهای مغایری که طرفین از واژه‌ها دارند، ممکن است ابهامات و اختلاف نظری بین متعاملین ایجاد گردد. اگر داور در راستای اجرای شرط داوری، با موارد ضرورت تفسیر این شرط مواجه شود، بدو ناگزیر از «تفسیر شرط داوری» (Clause Interpretation of Arbitration) است. تشخیص شیوه تفسیر شرط داوری و انتخاب ابزار تفسیر، مستلزم تحلیل ماهیت و نوع داوری و میزان نقش و تأثیر اراده طرفین در تشکیل و تکوین آن است.

داوری در یک تقسیم‌بندی کلی، به داوری اختیاری (Arbitration Voluntary) و داوری اجباری (Compulsory Arbitration) تقسیم شده است. یکی از نتایج مهم این تقسیم‌بندی، تأثیر و نقش اراده و قصد مشترک متعاقدین در پذیرش یا تعیین مفاد شرط داوری و بالتبع تأثیر آن در تعیین قواعد و شیوه تفسیر شرط داوری است. شرط داوری، علی القاعده دارای ماهیتی قراردادی است و اصل بر آن است که متعاقدین با تراضی و بر مبنای موافقت نامه داوری، اقدام به انتخاب «نهاد داوری» به عنوان مرجع رسیدگی به اختلافات نموده‌اند؛ اما داوری بعضاً ممکن است به صورت اختیاری و بر مبنای تراضی و آزادی کامل اراده نباشد، بلکه به صورت اجباری و بر اساس نظر مقنن، بر اراده طرفین تحمیل شود و طرفین قرارداد به ارجاع اختلاف به مرجع داوری یا پذیرش شرط داوری، ملزم گردند. قانون‌گذار ایران طی سه دهه اخیر، قوانین متعددی را به تصویب رسانده که پذیرش شرط داوری یا ارجاع دعوا به داوری را الزامی نموده و میزان نقش یا تأثیر اراده در پذیرش شرط داوری با موانع و محدودیت‌هایی مواجه شده است. حتی در برخی موارد، اراده متعاملین نقشی در پذیرش و



ارجاع دعوا به نهاد داوری ندارد و ماهیت قراردادی و ارادی داوری، زایل شده است. در چنین مواردی، داوری و لزوم مراجعه به مرجع داوری، فاقد وصف و ماهیت قراردادی است و بالتبع شیوه تفسیر آن نیز متفاوت خواهد بود و داور نمی‌تواند از شیوه و ابزار تفسیر قراردادها، استفاده نماید. اگر داور در تحلیل و تشخیص میزان نقش و تأثیر اراده طرفین در مرحله ارجاع دعوا به داوری یا تکوین شرط داوری و تشخیص شیوه و ابزار تفسیر متناسب و مقتضی، دچار اشتباه گردد، هدف و غایت نهایی از تفسیر محقق نخواهد شد.

پس از طرح مسئله و بیان اهمیت موضوع، سؤالاتی که این مقاله در صدد تبیین و پاسخ به آنها است عبارتند از؛ آیا «تفسیر مفاد و محتوای شرط داوری» در تمام موارد و مصادیق، از شیوه و ابزار تفسیر قراردادها تبعیت می‌نماید یا با توجه به نوع و ماهیت شرط داوری، باید قائل به تفکیک شد؟ آیا در صورت وجود ابهام یا سکوت در شرط داوری قراردادهایی مانند قرارداد پیش فروش ساختمان، قرارداد واگذاری سهام، قرارداد بیمه، معاملات بورس، قرارداد تابع شرایط عمومی پیمان؛ داور باید به صورت مطلق از شیوه و ابزار تفسیر قراردادها استفاده نماید یا شیوه و ابزار تفسیر قوانین؟ و همچنین باید به این پرسش پاسخ داده شود که در داوری‌های اجباری، داور باید منحصرأ در صدد «کشف اراده و نظر مقنن» برآید یا در صدد «کشف اراده و قصد مشترک طرفین» باشد؟

به‌عنوان مثال؛ یکی از نوآوری‌های قانون پیش فروش ساختمان (مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۲) در بند ۱۰ ماده ۲ و همچنین در ماده ۲۰، الزام طرفین به حل و فصل اختلافات و دعاوی از طریق نهاد داوری و همچنین الزام آنها به تعیین هیأت داوران در زمان انعقاد قرارداد است. تلقی این نوع داوری به داوری اجباری یا اختیاری، اقتضا دارد تا میزان نقش و تأثیر اراده در مرحله تکوین و امکان پذیرش یا عدم پذیرش ارجاع اختلافات به نهاد داوری، مورد تحلیل و مطالعه قرار گیرد. اگر شرط داوری را اجباری تلقی کنیم، مرجع داوری در مقام تفسیر شرط داوری، باید در صدد کشف و احراز اراده و هدف قانون‌گذار برآید و از شیوه «تفسیر قوانین» (Interpretation of laws) تبعیت نماید و اگر شرط داوری، اختیاری تلقی گردد، داور باید در صدد کشف و احراز قصد مشترک متعاملین برآمده و بالتبع از شیوه و ابزار «تفسیر قراردادها» (Interpretation of Contracts) استفاده نماید.



در این مقاله سعی بر آن است تا ضمن تحلیل ماهیت شرط داوری اجباری، ضابطه و معیار تشخیص و تمییز داوری اختیاری از داوری اجباری با ذکر مصادیقی در حقوق موضوعه ایران، بررسی شود و سپس شیوه تفسیر متناسب با نوع و ماهیت داوری، مشخص گردد.

## ۱- ماهیت شرط داوری اجباری

### ۱-۱- جایگاه اراده طرفین در تکوین شرط داوری

داوری به عنوان یکی از شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات (ADR)<sup>۱</sup>، علی القاعده دارای منشأ قراردادی است و با اراده انشایی طرفین و بر اساس تراضی، محقق می‌گردد.<sup>۲</sup> تراضی به داوری یا همان «موافقت‌نامه داوری»<sup>۳</sup>، اعم از اینکه به صورت «موافقت‌نامه جداگانه»<sup>۴</sup> منعقد شود و یا به صورت «شرط داوری»<sup>۵</sup>، در هر دو صورت تابع «اصل حاکمیت اراده»<sup>۶</sup> بوده و دارای ماهیتی قراردادی است و از اراده و قصد مشترک طرفین نشأت می‌گیرد و مستلزم رعایت قواعد عام مربوط به تشکیل و انعقاد قراردادها است. ماهیت قراردادی یا غیر قراردادی داوری از نظر میزان نقش اراده طرفین در تکوین و انعقاد قرارداد داوری که اصل «استقلال شرط داوری»<sup>۷</sup> نیز بر این مبنا استوار است، رابطه مستقیمی با شیوه تفسیر آن دارد.<sup>۸</sup> در آثار حقوقی، داوری در یک تقسیم‌بندی کلی و بر مبنای تأثیر اراده طرفین در پذیرش داوری و ارجاع ارادی حل و فصل اختلافات به مرجع داوری، به «داوری اختیاری» و «داوری اجباری»

1. Alternative Dispute Resolution. Various methods of resolving civil disputes otherwise than through the normal trial process. Martin, Elizabeth A, *Oxford Dictionary Law*, (Seventh Edition, Oxford University Press, New York, 2012), p 30.

2. Moses, Margaret L, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, (New York, Cambridge, University Press, 2014), p14.

3. Arbitration Agreement. Agreement by two parties to submit a dispute to arbitration. Collin P.H, *Law Dictionary*, (Second Edition, India, Universal Book Stall, 2010), P4.

4. Submission Agreement.

5. Arbitration Clause: An Express term of a contract in writing (Usually Of A Commercial Nature). Constituting An Agreement To Refer Disputes Arising Out Of The Contract To arbitration. Martin Elizabeth A; *Ibid*, p40.

6. Principle of Voluntarism.

7. Separability of the Arbitration Clause.

8. Kurkela, Matti S, *Due Process International Commercial Arbitration* (Oxford University Press, 2018), p52.



تقسیم شده است.<sup>۱</sup> تحلیل اراده و نقش و تأثیر آن در «مرحله ایجاد و تکوین داوری» و یا «مرحله تراضی بر مفاد شرط داوری»، رابطه لازم و ملزومی با تعیین شیوه تفسیر آن خواهد داشت. در حقوق ایران، مفاد و محتوای شرط داوری، فاقد کیفیتی تعریف شده و مصوب است و تابع تراضی و عرف معاملاتی طرفین می باشد و معمولاً از عباراتی مختصر و کلی استفاده می شود مانند:

– تمامی اختلافات و دعاوی ناشی از این قرارداد از طریق داوری حل و فصل خواهد شد. این عبارت کلی یا امثال آن، شرط داوری نامیده می شود و در متن قراردادها به عنوان شیوه حل و فصل اختلافات مورد توافق قرار می گیرد. البته ممکن است محتوای شرط داوری به تفصیل مورد مذاکره قرار گیرد و تمامی فرایند رسیدگی و حدود اختیارات و صلاحیت داوران و کیفیت استماع ادله، مورد توافق و تصریح واقع شود. در راستای یکنواخت سازی، ساماندهی و رفع ابهام از شرط های داوری درج شده در قراردادهای تجاری بین المللی، برخی نهادها و مؤسسات بین المللی، متنی را به عنوان شرط داوری، پیشنهاد داده اند. در پیوست قواعد داوری آنسیترال (UNCITRAL - ۲۰۱۰) نمونه شرط داوری برای قراردادهای ( Model arbitration clause for contracts) به این شکل پیشنهاد شده است: «تمامی دعاوی، اختلافات یا ادعای ناشی از این قرارداد و یا در ارتباط با آن یا راجع به نقص، فسخ یا بطلان قرارداد، از طریق داوری مطابق با قواعد داوری آنسیترال حل و فصل خواهد شد». اتاق بازرگانی بین المللی (ICC)<sup>۲</sup> نیز در مقدمه قواعد داوری اتاق، متن پیشنهادی شرط داوری را ارائه داده است.<sup>۳</sup>

شرط داوری، حاکی از توافق و تراضی طرفین برای حل و فصل اختلافات از طریق نهاد داوری است؛ بنابراین با توجه به ماهیت و آثار موافقت نامه داوری، می توان شرط داوری را این چنین تعریف نمود: «شرط داوری عبارت است از توافق طرفین یک قرارداد به صورت شرط ضمن عقد مبنی بر پذیرش صلاحیت نهاد داوری و لزوم ارجاع حل و فصل اختلافات قرارداد منعقد به مرجع داوری». این شرط اگر ناشی از آزادی اراده و تراضی طرفین باشد و هیچ گونه

1. Zekos Georgios I, *International Commercial And Marine Arbitration*, ( New York, USA, Routledge - Cavendish, 2008), P301.

۲. International Chamber of Commerce (ICC).

۳. all dispute arising out of in connection with the present contract shall be finally settled under the rules of arbitration of the international chamber of commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said rules. kurkela, Matti S, Ibid, p402.

اجبار و الزامی از سوی قانون گذار بر طرفین تحمیل نشود، در این صورت، «شرط داوری اختیاری»<sup>۱</sup> نامید خواهد شد. شرط داوری اختیاری از نظر ایجاد و بقاء، تابع اراده و تراضی طرفین است. طرفین قرارداد با تراضی، اختیار اقاله و عدول از شرط داوری اختیاری را دارا می‌باشند و هر زمان که بخواهند می‌توانند از ارجاع دعوا به داوری خودداری نموده و دعوا را در مرجع قضایی اقامه نمایند. شرط داوری، در قراردادهای داخلی و قراردادهای تجاری بین‌المللی، بر اساس اصل حاکمیت اراده و به‌عنوان «یک سیستم قضاوت خصوصی»<sup>۲</sup>، مورد توافق قرار می‌گیرد و اصل بر ارادی و اختیاری بودن شرط داوری و انجام آن توسط شخص حقیقی است.<sup>۳</sup> در تمام مواردی که به نحوی از انحاء، اراده طرفین در پذیرش شرط داوری، تعیین هیأت داوران و تعیین حدود اختیارات آن‌ها مؤثر است، باید قائل به ارادی و اختیاری بودن داوری باشیم و بالتبع تفسیر مفاد این شرط نیز از شیوه و ابزار تفسیر قراردادهای تبعیت می‌نماید.

در مواردی مانند قرارداد های الحاقی (Adhesion Contracts)، قرارداد های جمعی (Collective contracts)، قراردادهای ارفاقی (Composition contracts) و یا قراردادهای موضوع واگذاری سهام (ماده ۲۱ قانون برنامه سوم توسعه) که پذیرش شرط داوری و درج آن در متن قرارداد اصلی بر اراده طرفین یا یکی از آن‌ها تحمیل شده، این سوال قابل طرح است؛ آیا شرط داوری موصوف، دارای ماهیتی قراردادی است یا اینکه خارج از قلمرو اراده است؟ زمانی که بحث از شرط داوری و تراضی طرفین به میان می‌آید، علی‌القاعده، باید تکوین و انعقاد شرط داوری به‌عنوان یک عمل حقوقی ارادی، در افق ذهن متعاملین شکل گیرد و ارجاع دعوی به داوری، بر اساس تراضی و توافق طرفین بوده و داوری در تمام مصادیق، جنبه ارادی و اختیاری داشته باشد؛ اما در مواردی که ارجاع حل و فصل اختلافات به مرجع داوری، خارج از قلمرو اراده و اختیار طرفین است و قانون گذار رأساً داوری را بر اراده طرفین تحمیل نموده و با تعریف و تأسیس یک مرجع رسیدگی، با عنوان «داوری»، آن را صالح به رسیدگی تلقی نماید، در این صورت، داوری حالت اجباری و غیرارادی و خلاف قاعده به خود می‌گیرد و باید به‌عنوان یک «مرجع رسیدگی قانونی» برای

۱. Voluntary Arbitration Clause.

۲. Arbitration is a private system of adjudication.

۳. Moses, Margaret L, Ibid,p1,18\_& Singh, Avtar, *Law of Arbitration and Conciliation*, (New Delhi, Eastern Book Company,2017), p35.

آن قائل به صلاحیتی باشیم که خارج از قلمرو اراده است. داوری غیرارادی و اجباری، جنبه استثنایی دارد و اصل بر ارادی و اختیاری بودن داوری است. چنانچه داوری، ناشی از آزادی اراده و تراضی طرفین در ارجاع موضوع به داوری نباشد و مراجعه به داوری یا تعیین داوران و کیفیت رسیدگی، به حکم قانون صورت گیرد، این نوع داوری در معنای اعم و در یک تقسیم بندی کلی، «داوری اجباری» (Compulsory Arbitration) نامیده شده است.<sup>۱</sup> از نظر نقش و جایگاه اراده متعاملین در داوری های اجباری، باید قائل به تفکیک شد. داوری اجباری، در معنای اعم، به دو نوع تقسیم می شود و دارای دو قلمرو است:

الف- داوری اجباری قراردادی یا همان شرط داوری اجباری

ب- داوری اجباری غیر قراردادی

لازم است این دو حوزه و قلمرو، از نظر میزان نقش و تأثیر اراده قانون گذار یا متعاملین، به تفکیک مورد بررسی قرار گیرند.

## ۲-۱- داوری اجباری قراردادی

قانون گذار ایران در برخی موارد و با وضع قوانین خاص، پذیرش شرط داوری یا الحاق به یک قرارداد حاوی شرط داوری را بر متعاملین اجبار نموده و از این دیدگاه، این نوع شرط داوری، به عنوان «شرط داوری اجباری» یا «داوری اجباری قراردادی» شناخته می شود. در این موارد رابطه حقوقی مبنایی به صورت ارادی و بر مبنای تراضی استوار است و امکان دارد عدم پذیرش شرط داوری، صرفاً به انصراف از تشکیل و انعقاد قرارداد اصلی منتهی گردد. از مصادیق این نوع داوری، می توان به شرط داوری موضوع ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان اشاره کرد. در این نوع قراردادها، نمی توان ماهیتی واحد و یا تحلیلی یکنواخت از تمامی مراحل تکوین و تعیین مفاد شرط داوری ارائه داد. چه بسا در یک قرارداد مانند قراردادهای پیش فروش ساختمان، اساساً اراده طرفین در مرحله تکوین و لزوم ارجاع اختلاف به مرجع داوری نقشی نداشته باشد، اما در تعیین هیأت داوران و تعیین مفاد شرط داوری و کیفیت نگارش آن، مؤثر باشد؛ بنابراین؛ بررسی و تحلیل نقش و تأثیر اراده و جایگاه آن- در کل مراحل داوری، اعم از

1. Sammaratano, Rubino Mauro, *International Arbitration Law*, (New Delhi, Aditya Books Private Limited, 2001), p12.

ارجاع اختلاف به مرجع داوری، تحقق و پذیرش شرط داوری، تعیین داوران و تعیین مفاد شرط داوری - رابطه مستقیمی با تعیین شیوه تفسیر شرط داوری در هریک از این مراحل دارد و لازم است بر حسب مورد و محل اختلاف، میزان تأثیر و نقش اراده طرفین، با ذکر مصادیق مورد مطالعه قرار گرفته و شیوه تفسیر آن نیز تعیین گردد.

اگر در مواردی، قائل به عدم حکومت اصل حاکمیت اراده در «مرحله تکوین» یا «مرحله تعیین مفاد شرط داوری» باشیم، به کار بردن عبارت «شرط داوری» نیز به عبارت اولی دارای اشکال و ایراد است؛ اما در مواردی که پذیرش و درج شرط داوری در قراردادها به موجب الزام قانونی است و عدم درج آن صرفاً موجب عدم تشکیل ارادی قرارداد و یا مسئولیت کیفری می‌گردد، می‌توان با اغماض، این نوع شرط را، «شرط داوری اجباری»<sup>۱</sup> یا «داوری اجباری قراردادی» نامید. وصف اجباری داشتن این نوع شرط، حاکی از معنای سلب اختیار مطلق و عدم حکومت اراده طرفین نیست؛ زیرا اگر متعاملین در پذیرش یا عدم پذیرش شرط داوری و یا تعیین مفاد شرط داوری و تعیین هیأت داوران دارای اختیار باشند، در این وضعیت، داور در مقام تفسیر شرط داوری باید در صدد کشف اراده و قصد طرفین قرارداد باشد و بالتبع باید از شیوه تفسیر قراردادها استفاده نماید. در این موارد؛ عدم پذیرش نظر قانون‌گذار به معنی عدم رعایت یک قاعده آمره است و بر حسب مورد ممکن است موجب عدم انعقاد قرارداد یا مسئولیت کیفری شود، اما در هر حال وصف ارادی شرط داوری سلب نشده است و با توجه به حکومت اراده و دارا بودن ماهیت قراردادی، تقسیم نمودن شرط داوری به «شرط داوری اختیاری» (Voluntary Arbitration Clause) و «شرط داوری اجباری» (Compulsory Arbitration Clause)، خللی در ماهیت واحد آن ایجاد نخواهد کرد و باید از داوری‌هایی که اراده طرفین در ارجاع اختلاف به مرجع داوری، مطلقاً اثری ندارد، تفکیک شوند.

بنابراین؛ «اجباری» تلقی کردن داوری، بدین معنی نیست که در تمام مصادیق آن، اراده به طور مطلق فاقد اثر باشد، لذا باید به تفصیل و تفکیک قائل شویم. ممکن است پذیرش شرط داوری و درج آن در قرارداد اصلی بر طرفین الزام‌گردد و عدم پذیرش آن منتج به عدم انعقاد قرارداد اصلی شود، در این مورد، آزادی اراده کماکان باقی است، آن چنانکه در «عقود الحاقی» مصداق دارد.<sup>۲</sup> در تفسیر شرط داوری مندرج در قراردادهای الحاقی باید بر اساس

#### 1. Compulsory Arbitration Clause.

۲. صاحبی، مهدی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، (تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶)، ص ۴۳.



قواعد و شیوه تفسیر قراردادها اقدام نمود، البته در زمان تفسیر با توجه به اینکه محتوا و مفاد قرارداد صرفاً به اراده یک طرف وابسته است، باید مصالح و منافع اجتماعی و عرف و انصاف و حسن نیت نیز مورد توجه قرار گیرد.<sup>۱</sup> قانون مدنی ایران در این رابطه ساکت است اما در ماده ۱۵۱ قانون مدنی مصرر و ماده ۱۶۷ قانون مدنی عراق،<sup>۲</sup> عبارات مبهم در قراردادهای الحاقی، نباید به زیان طرف الحاق شونده تفسیر شود.<sup>۳</sup>

در فرض دیگر، طرفین در پذیرش یا عدم پذیرش داوری هیچ اختیاری ندارند و در هر حال باید اختلاف به مرجع داوری ارجاع گردد و جزء لاینفک قانونی قرارداد به شمار می آید یا اینکه قانون گذار رأساً «مرجع داوری» را برای حل و فصل اختلاف پیش‌بینی کرده است، اما طرفین در انتخاب هیأت داوران و تعیین مفاد و کیفیت نگارش شرط داوری، دارای اختیار هستند. با این تو صیف، تعیین مفاد و شرایط و مندرجات شرط داوری دارای ماهیتی ارادی و اختیاری است، اما اصل تحقق و پذیرش داوری، فاقد جنبه اختیاری بوده و ایجاد و بقای آن تابع تراضی نیست. از این دیدگاه، این نوع شرط داوری را با اغماض، می توان شرط داوری اجباری قراردادی نامید. در فرض اخیر، مانند قراردادهای پیش فروش ساختمان، اساس ارجاع اختلاف به مرجع داوری، اجباری بوده و دارای ماهیتی غیرارادی است، اما «تعیین مفاد شرط داوری و تعیین داوران و حدود اختیارات آنها» دارای ماهیتی قراردادی است؛ یعنی باید قائل به دو مرحله باشیم؛ مرحله ارجاع غیرارادی اختلاف به داوری و سپس مرحله تعیین ارادی هیأت داوران و کیفیت ارادی شیوه انجام داوری. داور در این وضعیت و در مقام تفسیر، ضمن تحلیل اراده، اگر اختلافی در خصوص اساس ارجاع اختلاف به نهاد داوری و صلاحیت آن ایجاد گردد باید در صدد کشف اراده مقنن برآمده و از شیوه تفسیر قوانین استفاده نماید؛ اما اگر اختلافی در مورد داوران و حدود اختیارات و کیفیت رسیدگی ایجاد گردد، داور باید در صدد کشف قصد مشترک طرفین برآمده و تابع شیوه تفسیر قراردادها است، یعنی اگر داور ناگزیر به «تفسیر محتوای شرط داوری» باشد، به دلیل اینکه متعاملین در انتخاب داوران و تعیین مفاد و کیفیت شرط داوری، دارای اختیار بوده اند

۱. حبیبی، محمود، تفسیر قراردادهای تجاری بین‌المللی، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۲)، ص ۶۷.

۲. ماده ۱۶۷ القانون المدنی العراقی: «ولا یجوز ان یکون تفسیر العبارات الغامضه فی عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن»

۳. فرج الصده، عبدالمنعم، نظریة العقد فی البلاد العربیه، (بیروت، دارالنهضة العربیه، ۲۰۰۷)، ص ۴۵۲ و ۴۵۵.

در نتیجه باید از « شیوه تفسیر قراردادها» برای تفسیر شرط داوری، استفاده نماید و هدف از تفسیر، کشف و احراز قصد مشترک طرفین است.

### ۳-۱- داوری اجباری غیر قراردادی

ارجاع اختلاف به مرجع داوری، ممکن است به طور مطلق، خارج از قلمرو اراده و تراضی طرفین باشد. مقصود از این شیوهی ارجاع حل و فصل دعاوی به مرجع داوری، مواردی است که بدون اینکه قرارداد مستقل داوری یا شرط داوری وجود داشته باشد و یا الزامی به پذیرش شرط داوری بر طرفین تحمیل گردد، حل و فصل اختلاف به داوری ارجاع شود و این ارجاع به صورت یک قاعده آمره توسط قانون گذار وضع و به طرفین اجبار و الزام گردد، به نحوی که خارج از حدود تراضی بوده و به ناچار، ملزم به مراجعه به مرجع داوری و اقامه دعوا در آن مرجع باشند و حتی تراضی مغایر آن نیز امکان پذیر نباشد. در این فرض، مرجع داوری به تجویز قانون گذار، دارای یک نوع صلاحیت ذاتی برای رسیدگی است و علی القاعده مراجع عام قضایی، در آن موضوع فاقد صلاحیت رسیدگی می باشند. این نوع از شیوه حل و فصل اختلافات، «داوری اجباری غیر قراردادی» یا «داوری قانونی» (Statutory Arbitration) نامیده شده است و باید از «شرط داوری اجباری» یا همان الزام به پذیرش شرط داوری، متمایز گردد.<sup>۱</sup> در این نوع داوری، اراده و تراضی طرفین علاوه بر مرحله تکوین، در مرحله تراضی بر مفاد و شرایط و آثار قرارداد داوری نیز مؤثر نیست و این نوع مراجع رسیدگی دارای مقررات و آیین رسیدگی خاص بوده یا صرفاً تابع تشریفات شکلی و قواعد رسیدگی داوری هستند و صرفاً عنوان داوری برای آنها علی الظاهر، استعمال شده است، در صورتی که اساساً فاقد اوصاف و ویژگی های نهاد داوری می باشند.

صلاحیت رسیدگی مرجع داوری، خارج از قلمرو تراضی طرفین، سابقاً در مواد ۶۷۶ و ۶۷۷ ق. آ. د. م مصوب ۱۳۱۸ پیش بینی شده بوده و در صورت درخواست یکی از طرفین دعوی تخلیه، دعوا قابلیت ارجاع به داوری را پیدا می کرد و عدم پذیرش طرف مقابل، تأثیری نداشت. این داوری از مصادیق داوری اجباری بود. قانون گذار در ماده ۱۰ قانون اصلاح پاره ای از مقررات دادگستری مصوب ۱۳۵۶/۳/۲۵ نیز داوری اجباری را پیش بینی کرده بود. البته برخی از حقوقدانان این نوع داوری خارج از توافق طرفین را که صرفاً ناشی از رضایت یکی

۱. کریمی، عباس، حقوق داوری داخلی، (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۲)، ص ۵۹.

از اصحاب دعوی بوده، داوری نیمه اجباری تلقی کرده‌اند.<sup>۱</sup> در برخی کشورها مانند یونان، پیش‌بینی داوری اجباری، برخلاف قانون اساسی تلقی شده است زیرا موجب عدم حق دسترسی مردم به سیستم قضایی می‌گردد.<sup>۲</sup> در کشور عراق (مواد ۲۵۱ و ۲۵۳ قانون المرافعات المدنی) نیز، داوری از مصادیق عقود رضایی است و ارجاع اختلاف به داوری صرفاً با تراضی طرفین امکان‌پذیر است.<sup>۳</sup> اما در برخی کشورهای دیگر مانند ایالات متحده، داوری اجباری پذیرفته شده است. در آمریکا نوعی از داوری اجباری پیش‌بینی شده که به موجب آن طرفین در انتخاب مرجع داوری به‌عنوان روش حل و فصل اختلاف، دارای اختیار هستند اما در انتخاب هیأت داوران، فاقد اختیار می‌باشند.<sup>۴</sup>

از مصادیق داوری غیرارادی (اجباری)، می‌توان به مواد ۲۷ و ۲۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ در خصوص داوری طلاق و مواد ۳۶ و ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴/۹/۱ اشاره کرد. البته داوری مورد اشاره در قوانین مذکور، نمی‌تواند واجد اوصاف و ماهیت نهاد داوری باشد و تلقی آن به داوری مصطلح، صحیح به نظر نمی‌رسد. قانون‌گذار در ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده، از واژه «داوری» استفاده کرده است، در صورتی که داوری موصوف فاقد اختیارات قانون آیین دادرسی مدنی در رسیدگی و صدور رأی لازم‌الاجرا است و بهتر آن بود که از واژه «میانجی‌گری» استفاده می‌شد. در ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار نیز مقرر گردیده: «اختلاف بین کارگزاران، بازارگردانان، کارگزار معامله‌گران، مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر اشخاص ذی‌ربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آن‌ها در صورت عدم سازش در کانون‌ها، توسط هیأت داوری رسیدگی می‌شود». این شیوه حل و فصل اختلاف، داوری اجباری غیر قراردادی به شمار می‌آید و در تفسیر آن، باید این ماهیت مورد توجه قرار گیرد و اگر مستلزم تفسیر باشد و اختلافی در خصوص قلمرو صلاحیت یا حدود اختیارات مرجع داوری حادث گردد، باید از شیوه و ابزار تفسیر قوانین (Interpretation Of Laws) استفاده شود و هدف از تفسیر، احراز اراده و نظر قانون‌گذار است.

۱. یوسف زاده، مرتضی، *آیین داوری*، (تهران: شرکت انتشار، ۱۳۹۲)، ص ۱۰۱.

2. Zekos, geogios, Ibid, p301.

۳. ستار رشید، آراس، *قانون المرافعات المدنیه*، (عراق، سلیمانیه، مکتبه یادگار، ۲۰۱۸)، ص ۳۰۱ و ۳۰۳. جافر، جاسم، الجامع لقضاء محکمه تمیز العراق (عراق، مکتبه یادگار، ۲۰۱۸)، ص ۵۶۱.

4. Singh, Avtar, Ibid, p48.

## ۲- هدف و کارکرد تفسیر شرط داوری

### ۲-۱- تفسیر اختلافات راجع به محتوا و شیوه اجرای شرط داوری

در زمان اجرای شرط داوری، مسائل و ابهامات زیادی در خصوص شیوه اجرای این شرط، مطرح می‌گردد که در قلمرو آیین اجرا و تفسیر شرط داوری قرار دارند. زمانی که اختلافات مربوط به قرارداد اصلی باید از طریق اجرای شرط داوری، حل و فصل شوند، ممکن است طرف مقابل (خواننده دعوای داوری) با ادعای «وجود ابهام در مفاد و شیوه اجرای شرط داوری»، دستاویز و مستمسکی برای اخلاف در اجرای شرط داوری ایجاد کند و آن را مانعی در مسیر رسیدگی به اختلافات قرارداد اصلی قرار دهد، در این وضعیت، اهمیت و کارکرد تفسیر شرط داوری نمود پیدا می‌کند. با توجه به اینکه قرارداد داوری را باید یک قرارداد فرعی و تبعی تلقی کنیم که همواره به مناسبت یک قرارداد اصلی (بیع، حمل و نقل کالا و غیره) منعقد می‌شود،<sup>۱</sup> یکی از نتایج این تفکیک و جدایی‌پذیری شرط داوری از قرارداد اصلی و اصل استقلال شرط داوری، این است که، تفسیر اختلافات مربوط به مفاد آن‌ها نیز باید تفکیک گردد.<sup>۲</sup>

وجود ضرورت‌های تفسیر شرط داوری، داور را در وضعیتی قرار می‌دهد که ناگزیر از تفسیر شرط داوری و کشف و ارزیابی قصد طرفین به صورت موجه و مستدل است. تکلیف داور طبق ماده ۴۸۲ ق.آ.د.م در صدور رأی موجه و مدلل، یک قاعده موجد حق تلقی می‌گردد و بر اساس اصل «توجیه رأی»، مفهومی اعم از موجه و مدلل بودن تفسیر شرط داوری دارد. لذا تفسیر غیر مدلل و غیر موجه شرط داوری، که منتج به صدور رأی غیر موجه و غیر مدلل گردد، از موجبات ابطال رأی خواهد بود.<sup>۳</sup>

در قراردادهای تجاری بین‌المللی، شرط داوری تابع قانونی متفاوت از قانون ماهوی حاکم بر قرارداد اصلی خواهد بود. تفکیک و تمییز «قانون ماهوی حاکم بر قرارداد اصلی» از «قانون

۱. اسکینی، ربیعا، «مبانی نظری استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی»، دو فصلنامه حقوق تطبیقی دانشگاه مفید، قم، شماره ۴۳ (۱۳۸۳) ص ۵.

۲. برای مطالعه بیشتر در مورد مبانی، مفهوم و جایگاه اصل استقلال شرط داوری در حقوق ایران، مراجعه شود به: نیک‌بخت، حمیدرضا، «استقلال شرط داوری»، مجله تحقیقات حقوقی شهید بهشتی، شماره ۱۹ (پاییز ۱۳۷۶) ص ۲۶۰.

۳. امینی، عیسی و منصور، عباس، «موجه و مدلل بودن رأی داوری»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، شماره ۲۲ (۱۳۹۷) ص ۲۵.

ماهوی حاکم بر شرط داوری» در هنگام بروز اختلاف در مفاد هر یک از این قراردادها و ضرورت تفسیر مستقل آن‌ها، نمایان می‌گردد. قانون ماهوی حاکم بر موافقت‌نامه داوری می‌تواند از جهت تشخیص قابلیت ارجاع موضوع به داوری یا اعتبار موافقت‌نامه داوری حائز اهمیت باشد. داور باید در زمان تفسیر محتوای قرارداد اصلی یا تفسیر محتوای شرط داوری، این دو قانون و دو قلمرو را تشخیص و تفکیک نماید.<sup>۱</sup>

## ۲-۲- کشف هدف و قصد واقعی از تراضی بر شرط داوری

مدار اصلی تفسیر قرارداد، قصد مشترک طرف‌های آن است و هدف تفسیر نیز، کشف خصوصیات قرارداد مطابق اراده انشاء کنندگان آن است. تفسیر باید بر مبنای قصد واقعی طرف‌های قرارداد انجام شود و موضوع تفسیر قرارداد و آنچه از تفسیر قرارداد به دست می‌آید، ماهیت و خصوصیات قرارداد است.<sup>۲</sup> هرگاه شرط داوری نیز دارای ابهام باشد، تفسیر آن ضرورت پیدا می‌کند. شرط داوری همیشه دارای وضوح و تفصیل نیست و در بیشتر موارد، شرط داوری با عبارات بسیار کلی انشاء می‌گردد. کارکرد تفسیر شرط داوری یا به عبارت دیگر وظیفه و هدف تفسیر شرط داوری، رفع همان نیاز به تفسیر شرط داوری و ابهام‌زدایی و امکان و تسهیل اجرای شرط داوری است، به نحوی که داور بتواند بر مبنای اصل استقلال شرط داوری، روش تفسیری مناسب و مستقل را اتخاذ و به اقتضای مورد، نسبت به رفع ابهام و کشف قصد واقعی طرفین و هدف آن‌ها از تراضی بر شرط داوری اقدام نماید. به عنوان مثال، در موردی که شرط داوری به این صورت تنظیم گردیده؛ «طرفین باید اختلافات را بدون مراجعه به محاکم قضایی حل و فصل نمایند»، در این فرض، آیا با عدم ذکر کلمه «داوری»، قصد و هدف طرفین بر حل و فصل اختلاف از طریق داوری مستقر بوده یا از طریق سایر روش‌های حل و فصل دعاوی، مانند «مصالحه و سازش» و یا «کدخدا منشی»<sup>۳</sup> برای پاسخ به این ابهامات است که ضرورت تفسیر شرط داوری و کارکرد آن در جهت اجرای شرط داوری، نمود و اهمیت بیشتری می‌یابد. در این راستا، یکی دیگر از کارکردهای مهم تفسیر

1. Born, Gary, "The law Governing International Arbitration Agreements", An International Perspective, 26 Singapore academy of Law Journal, (2014), p820. &-Moses, Margaret L, Ibid, p7

۲. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، (تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۹)، ص ۲۹۵ و ۲۹۷.

3. Conciliation and Amibal Omposition.

شرط داوری که داور را در اجرای شرط داوری رهنمون است، کشف «شرط ضمنی و بنایی مربوط به شرط داوری» است. شرط ضمنی و بنایی نیز می‌تواند نقش مهمی را در اجرای شرط داوری و رفع ابهام یا سکوت متعاملین ایفاء نماید.

در حوزه قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) به موضوع تفسیر قرارداد تصریح شده است. مطابق ماده ۸ این کنوانسیون، گفتار و کردار هر طرف قرارداد باید بر محور قصد او تفسیر شود و اراده به عنوان اصل و مدار تفسیر قرارداد در این کنوانسیون شناخته شده است. طبق ماده ۴-۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (۲۰۰۴)، قرارداد باید مطابق قصد مشترک طرفین تفسیر شود و اگر نتوان چنین قصدی را احراز کرد، قرارداد باید بر طبق معنایی تفسیر شود که شخصی متعارف از همان نوع طرفین، در او ضاع و احوالی مشابه، آن معنا را برای قرارداد در نظر می‌گرفت.<sup>۱</sup> در قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز بحث از کشف شروط ضمنی، نخستین بار توجه تدوین‌کنندگان اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (۱۹۹۴ و اصلاحی ۲۰۰۴) را به خود جلب و معطوف نمود تا اینکه در نهایت بخش مستقلی تحت عنوان مفاد یا محتوای قرارداد، در این سند بین‌المللی تنظیم شد که در آن ضمن تقسیم تعهدات به صریح و ضمنی، ابزارهای کشف و احراز شروط و تعهدات ضمنی نیز بیان گردید (ماده ۱-۵ و ۲-۵).<sup>۲</sup> نویسندگان اصول اروپایی نیز با الهام از مقررات اصول مؤسسه، به کشف شروط ضمنی به عنوان کارکرد مهم تفسیر قرارداد توجه و عنایت خاص مبذول نمودند همچنان که در بخش ششم این سند اروپایی با عنوان مفاد و آثار عقد، شیوه‌های کشف شروط ضمنی تبیین گردید است. این قواعد کلی در مورد تفسیر شرط داوری قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز اعمال می‌گردد.

### ۲-۳- تعیین صلاحیت مرجع داوری

هرگاه بحث از استقلال شرط داوری یا وابستگی آن به عقد اصلی به میان می‌آید، باید موضوع «استقلال در اعلام صلاحیت داور»<sup>۳</sup> نیز مورد توجه قرار گیرد. مفهوم اصل استقلال

۱. اخلاقی، بهروز، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، (تهران: انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۵)، ص ۱۴۷.

2. chapter 5-section 1:Content, (Express and implied obligation).

3. Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction.



شرط داوری را باید از مفهوم استقلال داور در اعلام صلاحیت، متمایز نمود. هر چند که یکی از نتایج اصل استقلال شرط داوری این است که داورها می‌بایستی نسبت به صلاحیت خود رأساً تصمیم بگیرند و قبول «قاعده خود صلاحیتی»<sup>۱</sup>، به معنی قبول اصل استقلال شرط داوری نیز می‌باشد. یکی از کارکردها دیگر تفسیر شرط داوری، بحث تعیین حدود و قلمرو صلاحیت مرجع داوری و تشخیص مرجع صالح برای تعیین صلاحیت است. تعیین حدود «صلاحیت داور»، از طریق تفسیر صحیح شرط داوری امکان‌پذیر است. منظور از استقلال داوری، مصون ماندن شرط داوری از تبعات قرارداد اصلی است تا اسباب انحلال در آن اثر نداشته باشد.<sup>۲</sup> مضافاً برای اینکه داور بتواند نسبت به صلاحیت خود نظر دهد، باید قاعده‌ای از او حمایت کند و مبنایی برای تصمیم داشته باشد و این مبنا همان قاعده صلاحیت در صلاحیت یا قاعده استقلال در اعلام صلاحیت می‌باشد.<sup>۳</sup> ممکن است داور در خصوص صلاحیت یا عدم صلاحیت خودش با شک و ابهام و یا سکوت در مفاد شرط داوری مواجه شود، در این وضعیت، تعیین صلاحیت مرجع داوری از طریق تفسیر شرط داوری امکان‌پذیر است.

در ماده ۱۶ قانون نمونه داوری آنسیترال ۲۰۰۶ مقرر گردیده که مرجع داوری می‌تواند در مورد صلاحیت خود و از جمله درباره ایراد نسبت به وجود یا اعتبار موافقت‌نامه داوری اتخاذ تصمیم نماید. در ماده ۲۳ قواعد داوری اصلاحی ۲۰۱۰ آنسیترال نیز، مقرر گردیده که مرجع داوری می‌تواند نسبت به صلاحیت خود رسیدگی و تصمیم‌گیری نماید؛ بنابراین داور در صورت ابهام در شرط داوری و ابهام در صلاحیت مرجع داوری، می‌تواند اقدام به تفسیر شرط داوری و احراز قصد مشترک طرفین قرارداد نماید. رویه بین‌المللی تثبیت شده در سطح داوری‌های بین‌المللی نیز مؤید پذیرش صلاحیت داوران در تفسیر شرط داوری و رسیدگی به صلاحیت خود است.<sup>۴</sup>

1. Self-Jurisdiction.

2. David, Rene, *Arbitration in international Trade*, (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985), p285.

۳. خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری، (تهران: انتشارات شرکت سهامی، ۱۳۹۳). ص ۲۹۹.

4 Skenyle, Aiste, *International Arbitration: The Doctrine of Separability and Competence*, (New York, The Arhuse School of Business, 2003), p44.

### ۳- تعیین شیوه تفسیر شرط داوری اجباری بر اساس نقش اراده طرفین

زمانی که بحث از ارجاع اجباری دعاوی به مرجع داوری و یا پذیرش اجباری شرط داوری به میان می‌آید، در صورت وجود موارد ضرورت تفسیر شرط داوری، باید نقش و میزان تأثیر اراده طرفین و موضع آن در قراردادهای مختلف، بررسی شود و شیوه تفسیر قراردادها از شیوه تفسیر قوانین نیز تفکیک گردد.

#### ۳-۱- تمییز شیوه تفسیر قراردادها از شیوه تفسیر قوانین

واژه تفسیر در یک تعریف کلی عبارت است از؛ «هنر یا فرایند کشف و تشخیص معنی یک قانون، و صیت‌نامه، قرارداد یا هر مدرک کتبی دیگری و به عبارت دیگر کشف و نمایش معنی صحیح هر نکته و هر علامتی که حاصل مضامین و ایده‌هایی باشد».<sup>۱</sup> در ادبیات حقوقی؛ تفسیر قرارداد<sup>۲</sup> به معنی تعیین و تشخیص مفاد قرارداد در مواردی که به دلیل ابهام یا سکوت و یا تناقض، معنی و مفهوم متن قرارداد روشن نیست و قاضی یا داور می‌بایست اراده و قصد واقعی طرفین را احراز نماید؛ اما تفسیر قانون، برای روشن شدن مدلول و مفهوم حقیقی متن قانون است در جائیکه مفهوم آن روشن نیست و یا اینکه روشن است اما در مدلول و انطباق آن با موضوع خاص و معین شک حاصل گردد؛ بنابراین با در نظر گرفتن هدف و غایت نهایی از تفسیر قرارداد یا قانون: «تفسیر قرارداد» عبارت است از تشخیص ماهیت و مفاد و طرف‌های قرارداد بر اساس اراده مشترک انشاء کنندگان آن و مقررات قانونی و هدف اساسی آن، روشن ساختن گوشه‌های تاریک و مبهم قرارداد از حیث ارتباط با اراده مشترک طرف‌های آن است. همچنان که «تفسیر قانون» عبارت است از استنباط اراده قانون‌گذار از عبارات مقرر قانونی.<sup>۳</sup> تفسیر قرارداد ممکن است در جهت تشخیص محتوای شرط مندرج در قرارداد باشد. مرجع داوری در صورت ضرورت تفسیر شرط داوری، ابتدا باید مفهوم و هدف «تفسیر قرارداد» را از مفهوم و هدف «تفسیر قوانین» تفکیک نماید. هر چند که در هر دو نوع تفسیر به دنبال قصد متعاملین یا اراده قانون‌گذار هستیم، لکن درجه تأثیر مصالح اجتماعی و عدالت در تفسیر قرارداد به مراتب کم‌تر از تفسیر قانون است. همچنین در تفسیر قراردادها به مراتب بیش

1. Henry, Gabriel, *Contracts for the Sale of Goods*, (New York, Oceana Publications, 2004), p420.

2. Interpretation of Contract.

۳. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۲۹۴.



از تفسیر قانون از اوضاع و احوال و قرائن کمک گرفته می‌شود.<sup>۱</sup> علاوه بر این، ابزار تفسیر قراردادها با ابزار تفسیر قوانین، در برخی موارد متفاوت است که باید مورد توجه مرجع داوری قرار گیرد.<sup>۲</sup>

در بحث از تدوین قواعد تفسیر، قانون مدنی برخی کشورها مانند مصر و عراق<sup>۳</sup>، قواعد خاصی را در باب تفسیر قراردادها وضع کرده‌اند.<sup>۴</sup> اما قانون مدنی ایران در خصوص شیوه تفسیر قراردادها، فاقد قواعدی صریح و منسجم است. مرجع رسیدگی باید روش تفسیر را از قوانین و اصول کلی حقوقی استنباط نماید که در مباحث مربوط به تفسیر قراردادها به تفصیل مورد بررسی قرار گرفته است.<sup>۵</sup>

### ۲-۳- هیأت داوری قراردادهای واگذاری سهام

به موجب ماده ۲۱ قانون برنامه سوم توسعه مصوب (۱۳۷۹/۱/۱۷) قانون گذار اقدام به تأسیس و ایجاد یک مرجع رسیدگی، تحت عنوان «هیأت داوری» نمود تا دعاوی مربوط به واگذاری سهام را مورد رسیدگی قرار دهد. در ماده ۲۲ این قانون، قانون گذار ترکیب اعضای این هیأت را نیز رأساً تعیین نموده و آیین رسیدگی را تابع مقرراتی خاص قرار داده است. این شیوه رسیدگی، در قالب «شرط داوری» و در زمان تنظیم و انعقاد قراردادهای واگذاری سهام باید رعایت گردد. این قرارداد دارای ماهیتی قراردادی و مصداق قراردادهای الحاقی است و نپذیرفتن شرط داوری منتج به عدم انعقاد قرارداد منجر خواهد شد. هرچند که شرط داوری مذکور دارای ماهیتی قراردادی است و واگذار شونده در زمان انعقاد قرارداد، ناچار به پذیرش شرط داوری است اما هم‌زمان، تعیین مفاد شرط داوری خارج از اراده او است و قبلاً طی مواد ۲۲، ۲۳ و ۲۴ قانون برنامه سوم توسعه و آیین‌نامه موضوع ماده ۲۲ تعیین تکلیف شده

۱. لوی برول، هانری، جامعه‌شناسی حقوق، ترجمه ابوالفضل قاضی، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰)، ص ۷۵.

۲. برای مطالعه بیشتر در مورد ابزار تفسیر قوانین مراجعه شود به: امیدی، جلیل، تفسیر قانون در حقوق جزا، (تهران: نشر مخاطب، ۱۳۹۴)، ص ۱۷۳.

۳. مواد ۱۵۵ تا ۱۶۷ قانون مدنی عراق و مواد ۱۵۰ تا ۱۵۲ قانون مدنی مصر.

۴. فرج الصده، عبدالمنعم، پیشین، ص ۴۵۶.

۵. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، (تهران: انتشارات شرکت انتشار، ۱۳۷۶)، ص ۷ تا ۴۶.

است. این مرجع رسیدگی، «داوری اجباری قراردادی» نامیده شده و مراجعه به داور را عملاً اجباری تلقی کرده و آن را مصداق «نهاد داور» دانسته‌اند.<sup>۱</sup> با تحلیل جایگاه و نقش اراده متعاملین در تعیین مفاد شرط داور، هرچند که در عنوان استفاده شده برای این مرجع رسیدگی، اصطلاح «داوری» به کار رفته، اما فاقد شرایط و ویژگی‌های نهاد داور است؛ بنابراین در زمان تفسیر شرط داور موصوف، باید از شیوه و ابزار تفسیر قوانین استفاده نمود. عنوان داور و شرط داور مذکور و این شیوه رسیدگی، نمی‌تواند شرط داور مصطلح تلقی گردد و این مرجع رسیدگی نیز، مصداق نهاد داور به شمار نمی‌آید. داور اجباری را باید در مواردی مصداق «داوری قراردادی» و تابع مقررات و قواعد داور و شیوه تفسیر قراردادها دانست که هرچند اصل ارجاع اختلاف به مرجع داور یا اصل پذیرش شرط داور، اجباری است، اما تعیین مفاد و آثار شرط داور در قلمرو حکومت اراده و تراضی طرفین قرار گیرد، زیرا تفسیر قرارداد در معنای اخص و حقیقی، مربوط به مرحله بعد از تکوین و انعقاد قرارداد، یعنی مرحله اجرای مفاد و محتوا و آثار شرط داور است. زمانی که اساساً تعیین داوران و حدود اختیارات آن‌ها و آیین رسیدگی، تابع نظر متعاملین نباشد، بحث از تفسیر مفاد و آثار شرط داور و کشف قصد مشترک طرفین نیز سالبه به انتفاء موضوع است.

### ۳-۳- هیأت داور بازار اوراق بهادار

قانون گذار طی مواد ۳۶، ۳۷ و ۴۳ قانون بازار اوراق بهادار (مصوب ۱۳۸۴/۹/۱) اقدام به ایجاد و تأسیس مرجع اختصاصی رسیدگی به اختلافات حوزه بازار بورس، تحت عنوان «هیأت داور» نمود است. طی ماده ۳۶ صلاحیتی را برای این مرجع تعریف و مقرر نموده: «اختلافات بین کارگزاران، بازارگردانان، کارگزار/معامله‌گران، مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر اشخاص ذی‌ربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آن‌ها، در صورت عدم سازش در کانون‌ها، توسط هیأت داور رسیدگی می‌شود». همچنین در مواد ۵ و ۱۵ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی (مصوب ۱۳۸۸) نیز هرگونه اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری در صندوق‌های موضوع ماده ۲ آن قانون و فعالیت آن‌ها و نیز اختلاف بین ارکان صندوق، در هیأت داور موضوع قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران رسیدگی می‌شود.

۱. کریمی، عباس، پیشین، ص ۵۷.

اتخاذ عنوان «هیأت داوری» از سوی مقنن موجب ابهام در شناخت دقیق ضوابط حقوقی حاکم بر این مرجع و رابطه و نسبت آن با قواعد داوری شده است. این مرجع رسیدگی، اساساً داوری محسوب نمی‌گردد، زیرا داوری، ماهیتی قراردادی دارد و تأسیس و استعمال هیأت داوری یا داوری اجباری تحت لوای نهاد داوری، تصنعی است و بر این اساس، مرجع حل و فصل اختلافات در بورس را باید «هیأت رسیدگی به اختلافات» تلقی نمود.<sup>۱</sup> این مرجع رسیدگی، به صورت شرط داوری ضمن عقد و یا به صورت قراردادی مستقل در قلمرو اراده صریح یا حتی ضمنی طرفین قرار نمی‌گیرد و پذیرش یا عدم پذیرش شرط داوری منتفی است. قانون‌گذار مستقلاً اقدام به ایجاد این مرجع رسیدگی اختصاصی نموده و عنوان «هیأت داوری» به کاررفته، دارای ایراد بوده و به صرف به کار بردن این عنوان، نمی‌توان یک مرجع رسیدگی را مصداق و منطبق با نهاد داوری تلقی نمود؛ بنابراین، حتی اگر این مرجع رسیدگی به عنوان «داوری اجباری غیر قراردادی» در نظر گرفته شود، در صورت وجود موارد ضرورت تفسیر، مرجع رسیدگی باید از «شیوه و ابزار تفسیر قوانین» استفاده نماید تا اراده و نظر و هدف قانون‌گذار را احراز نماید.

#### ۴-۳- شرط داوری قراردادهای پیش‌فروش ساختمان

یکی از نوآوری‌های قانون پیش‌فروش ساختمان (مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۲)، الزام طرفین قرارداد به «تعیین هیأت داوران» در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان است. قانون‌گذار در ماده ۲ و ۳، طرفین قرارداد را صرفاً ملزم به «تعیین هیأت داوران» در متن قراردادهای تنظیمی نموده و همچنین در ماده ۲۰ رأساً اقدام به تعیین شیوه حل و فصل اختلافات مربوط قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، کرده است؛ بنابراین قانون‌گذار با آوردن قید «باید» طرفین را ملزم به ارجاع اختلافات به مرجع داوری نموده و علاوه بر آوردن قید «باید» در مواد ۲ و ۳ این قانون، در ماده ۲۳ اقدام به جرم‌انگاری تخلف از اجرای این قانون نموده است. هرچند که ضمانت اجرای کیفری مذکور متوجه فعل «عدم تنظیم سند رسمی» است و به‌طور عام، عدم رعایت تمام موارد و شرایط قانون پیش‌فروش را مشمول وصف و ضمانت اجرای کیفری تلقی نکرده است، اما در ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی قانون موصوف آمده است: «قرارداد پیش‌فروش و واگذاری حقوق و تعهدات طرفین (پیش‌خریدار و پیش‌فروشنده) باید به‌صورت رسمی از

۱. جمالی، جعفر، رویه هیأت داوری بورس و اوراق بهادار، (تهران: انتشارات بورس، ۱۳۹۶)، ص ۹.

طریق دفتر اسناد رسمی با رعایت تمام قیود و شرایط مقرر در مواد (۲) و (۳) قانون تنظیم و منعقد شود؛ بنابراین، رعایت تشریفات و شرایط شکلی تنظیم این نوع قرارداد و خصوصاً تعیین داوران، الزامی است.

با توجه به اینکه تنظیم سند رسمی، طبق نمونه و با رعایت مواد ۲ و ۳ قانون پیش فروش صورت می گیرد و عملاً بحث از عدم درج شرط داوری در قرارداد و سند رسمی تنظیم شده منتفی به نظر می رسد، اما برفرض عدم حصول تراضی و عدم پذیرش و درج شرط داوری در قرارداد پیش فروش، نمی توان ضمانت اجرای قراردادی اعم از بطلان را برای آن متصور شد، زیرا قانون گذار عدم رعایت موارد پیش بینی شده در قانون و عدم درج شرط داوری را موجب بطلان قرارداد پیش فروش، تلقی نکرده است؛ بنابراین تعیین ضمانت اجرای کیفی، دال بر بطلان بیع نیست؛ اما با عنایت به آمره بودن قانون، هر یک از طرفین می تواند اجرای قانون و الزام به تعیین داوران را از دادگاه درخواست نماید و در نهایت اختلافات قراردادی باید از طریق داوری حل و فصل گردد و پذیرش یا عدم پذیرش شرط داوری توسط طرفین قرارداد، مؤثر در مقام نیست و در هر حال، باید اختلافات قراردادهای پیش فروش از طریق مرجع داوری مقرر در ماده ۲۰ حل و فصل شوند. با این تحلیل، داوری در قراردادهای پیش فروش، می تواند یک نوع داوری اجباری تلقی گردد و خارج از حدود تراضی طرفین است و علیرغم اینکه صدر و ذیل این ماده دارای ایراد نگارشی و نوعی تعارض است، از لحن آمرانه این قانون چنین استنباط می شود که این نوع داوری، از مصادیق داوری اجباری و تابع قواعد داوری آیین دادرسی مدنی است.

اما در بحث از تفسیر مفاد شرط داوری اجباری مندرج در قراردادهای پیش فروش، در صورتی که تفسیر مفاد شرط داوری ضرورت داشته باشد، باید تصریح نمود هر چند که اساساً تراضی طرفین در ارجاع دعاوی به این مرجع، خارج از حدود اراده است، اما «تعیین داوران و مفاد شرط داوری» مذکور دارای وصف و ماهیت قراردادی است و قانون گذار تعیین داوران را در مرحله اول تابع اراده و تراضی دانسته و بالتبع تعیین مفاد و شرایط مندرج در شرط داوری نیز تابع تراضی طرفین است و قابلیت مذاکره و تراضی وجود دارد؛ بنابراین با توجه به اینکه تفسیر شرط داوری اساساً متوجه مفاد و آثار توافقنامه داوری و نه تشکیل و تحقق آن است، بدین ترتیب تفسیر شرط داوری، باید تابع شیوه تفسیر قراردادها باشد و داور در مقام تفسیر شرط داوری باید از «شیوه و قواعد تفسیر قراردادها» تبعیت نماید.



باملاحظه منطوق قانون پیش فروش ساختمان و آیین نامه اجرایی آن، اساساً ارجاع دعاوی و اختلافات مربوط به قراردادهای پیش فروش ساختمان به مرجع داوری، خارج از حدود اراده و تراضی متعاقبین است و دارای وصف آمریت می باشد. قانون گذار با تعیین مرجع داوری در این قانون، صلاحیت رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای پیش فروش ساختمان را به هیأت داوران ارجاع داده و صرفاً طرفین را ملزم به تعیین داوران نموده است. با این تحلیل، در یک فرض، قانون گذار در این قانون اقدام به وضع قاعده مبنی بر الزام طرفین به «پذیرش و درج شرط داوری» در قرارداد نموده و این قاعده آمره بوده و ضمانت اجرای عدم رعایت آن طی مواد ۲۳ و ۲۴ صرفاً وصف کیفری داشتن و اعمال مجازات است. لذا عدم درج شرط داوری و عدم تعیین هیأت داوران را موجب بطلان قرارداد تلقی نکرده است. با این استنباط، طرفین قراردادهای پیش فروش ساختمان می توانند در صورت درج شرط داوری و تعیین هیأت داوران در قرارداد پیش فروش، با تراضی متعاقب از داوری عدول نمایند و به مراجع قضایی مراجعه کنند؛ و یا در صورت عدم رعایت مقررات قانون پیش فروش ساختمان و عدم تعیین هیأت داوران، تکلیفی در ارجاع دعاوی به مرجع داوری ندارند و دعاوی آنها باید در مراجع قضایی طرح و استماع گردد، یعنی، امکان عدول از داوری وجود دارد.<sup>۱</sup> فرض دیگر اینکه قانون گذار در قانون پیش فروش ساختمان، قاعده ای آمره را وضع نموده و درج شرط داوری و تعیین داوران، از مقررات شکلی و شرایط صحت به شمار آمده و ضمانت اجرای عدم رعایت آن، موجب بطلان قرارداد پیش فروش ساختمان خواهد شد و متن ماده ۳ این قانون نشانگر این مطلب است که قانون گذار به منظور حفظ حقوق طرفین قرارداد پیش فروش، آن را در زمره عقود تشریفاتی قرار داده و تنظیم سند رسمی را شرط صحت این قرارداد دانسته است.<sup>۲</sup> نتیجه این استنباط با توجه به ظاهر عبارات و منطوق قانون این است که هدف قانون گذار از وضع این قاعده و اجبار طرفین به درج شرط داوری و تعیین هیأت داوران، تشریفاتی تلقی کردن عقد و لزوم رعایت مقررات مربوط به شکل قرارداد بوده و آن را از ارکان و شرایط صحت عقد دانسته است؛ اما به نظر می رسد، قانون گذار در مقام تعیین و تعریف ضمانت اجرای صحت و

۱. پژوهشگاه قوه قضائیه، تحلیل و آسیب شناسی قانون پیش فروش ساختمان، (تهران: انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۶)، ص ۱۵۵؛ سروی، محمدباقر، «بررسی جایگاه داوری در قانون پیش فروش ساختمان»، مجله قضاوت، ش ۷۰ (۱۳۹۰)، ص ۴۲.  
 ۲. کهنی خشکیجاری، محمود، «تشکیل قرارداد پیش فروش ساختمان»، فصلنامه حقوقی راه و کالت کانون گیلان، ش ۵-۶، (۱۳۹۰)، ص ۱۲۴.

بطلان قرارداد نبوده و چنین ضمانت اجرایی را علیرغم اینکه در مقام بیان بوده، مورد تصریح قرار نداده است؛ بنابراین اصل بر صحت قراردادهای پیش فروش ساختمان است که طبق مقررات قانون پیش فروش ساختمان مصوب سال ۱۳۸۹ تنظیم نشده‌اند و این قراردادها تابع قواعد عام قانون مدنی بوده و صرفاً ضمانت اجرای کیفی را می‌توان اعمال نمود.

در فرضی که طرفین قرارداد پیش فروش، از تعیین هیأت داوران امتناع نمایند و در مراجع قضایی اقدام به اقامه دعوا نمایند، گفته شده که دادگاه باید رأیاً نسبت به تعیین داور و ارجاع امر به داوری اقدام کند.<sup>۱</sup> اما در این فرض، با تلقی اینکه داوری موصوف در قانون پیش فروش، حاکی از الزام طرفین به اقامه دعوا در مرجع داوری است و قابلیت عدول و تراضی مغایر آن وجود ندارد و مصداق داوری اجباری است، در هر حال باید دعوی مربوطه در مرجع داوری مورد رسیدگی قرار گیرند و با توجه به اینکه طرفین در تعیین داوران و مفاد شرط داوری دارای آزادی اراده هستند، بنابراین دادگاه باید اقدام به صدور قرار عدم استماع نموده و بالتبع خواهان باید وفق قواعد داوری مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی اقدام نماید و دادگاه به دلیل فقدان مجوز قانونی، نمی‌تواند رأیاً و مستقلاً نسبت به تعیین داور تصمیمی اتخاذ نماید.

### ۳-۵- تفسیر شرط داوری در شرایط عمومی پیمان

یکی از قراردادهای پیمانکاری دولتی که به‌طور کلاسیک مورد استفاده قرار می‌گیرد، نشریه شماره ۱۱۴۳ سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشوری است که به «شرایط عمومی پیمان» مشهور است.<sup>۲</sup> مبنای قانونی شرایط عمومی پیمان در نظام حقوقی ایران، ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱ می‌باشد. دفترچه شرایط عمومی پیمان مصوب ۱۳۵۳/۳/۴ سازمان برنامه و بودجه پس از بازنگری در تاریخ ۱۳۷۸/۳/۳ با عنوان موافقت‌نامه و شرایط عمومی پیمان لازم‌الاجرا گردیده و طبق بخش‌نامه شماره ۵۴/۸۴۲-۱۰۲/۱۰۸۸ مورخ ۷۸/۳/۳ به کلیه دستگاه‌های اجرایی از سوی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور ابلاغ گردید. رعایت شرایط عمومی پیمان طبق ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه سال ۵۳، در کلیه قراردادهای پیمانکاری لازم

۱. سکوتی، نیما و حسین زاده، جواد، «ماهیت، ویژگی‌های و صلاحیت داوری در قانون پیش فروش ساختمان»، مجله حقوق خصوصی دانشگاه علم و فرهنگ تهران، ش ۲، (۱۳۹۶)، ص ۲۹۱.

۲. مجدّد، ابوالفضل، آیین داوری در نظم حقوقی کنونی، (قم: انتشارات ابتکار دانش، ۱۳۹۳)، ص ۱۷۴.

الرعایه می‌باشد. در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان سه روش برای حل و فصل اختلافات ناشی از پیمان پیش‌بینی شده است:

الف- اولین روش برای حل اختلاف، استعلام نظر سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی درباره برداشت متفاوت دو طرف از متون بخشنامه‌هاست.

ب- دومین روش، اعلام نظر کارشناسی درباره موضوع مورد اختلاف توسط کارشناس یا هیأت کارشناسان سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی است. در این روش عمدتاً افراد متخصص و فنی اظهار نظر می‌نمایند. ذینفع می‌تواند در صورت عدم تمکین طرف متقابل به تصمیم کارشناس یا هیأت کارشناسان، الزام ممتنع را از مرجع قضایی درخواست کند.

ج- سومین روش، توسل به داوری و حل و فصل اختلاف از طریق داوری شورای عالی فنی است.

شیوه نگارش ماده ۵۳، اقتباسی ناقص از روش حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری و پروژه‌های ساخت و ساز است که توسط فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور فیدیک (FIDIC)<sup>۱</sup> تنظیم و تدوین شده است. در روش‌های پیشنهادی فیدیک مراحل اعم از شبه داوری (راه حل موقت الزام آور، کمیته حل اختلاف) و داوری را پیش‌بینی کرده است که در ایران مورد ترجمه و اقتباس قرار گرفته است. این فدراسیون در سال ۱۹۱۳ با تلاش کشورهای فرانسه، بلژیک و سوئیس در ژنو تشکیل گردید. در نمونه قراردادهای فیدیک (کتاب‌های قرمز، زرد، نارنجی، نقره‌ای معروف به رنگین کمان فیدیک) که کاربردی بین‌المللی و داخلی نیز دارند، مکانیزم و روش خاصی را برای حل و فصل اختلافات توسط مهندسان مشاور فراهم آورده است.<sup>۲</sup> در این قراردادها، داوری به‌عنوان آخرین راه حل در نظر گرفته شده و یک نوع مکانیزم چندمرحله‌ای برای حل و فصل اختلاف پیش‌بینی شده است. در ماده ۶۷ نمونه قرارداد عملیات مهندسی شهری فیدیک، ویرایش سوم (۱۹۷۷) هرگونه اختلاف میان کارفرما و پیمانکار باید ابتدا به منظور تصمیم‌گیری به مهندسی مشاور ارجاع شود.<sup>۳</sup> در ویرایش چهارم نمونه قراردادهای فیدیک، حل اختلاف ابتدا به مهندس مشاور ارجاع می‌گردد و سپس طرفین متعهد خواهند شد قبل از ارجاع به داوری، موضوع را به صورت مسالمت‌آمیز

1. Federation International Des Ingenieurs Concils (FIDIC).

2. Wade, Christopher, *The Fidic Contract Forms And The New Mdb Contract*, (Law Review, 2005), p12, 15.

3. Seppala, Christopher. R " *Enforcement by an arbitral award of a binding under the FIDIC*" *Intrrnational Construction Law Review*, (January -2009), p414.

حل و فصل کنند و در صورت عدم موفقیت در حل و فصل اختلاف، از طریق مراجعه به دیوان داوری، به تصمیم مهندس مشاور اعتراض کنند.<sup>۱</sup>

موارد ذکر شده در ماده ۵۳ به معنی واقعی کلمه، منطبق با مفهوم اصطلاحی نهاد داوری نیست. بلکه معنایی عرفی و خاص است که با دربرداشتن شرایط و ضوابط خاص از جمله مشروط نمودن انجام داوری به موافقت رئیس سازمان برنامه و بودجه در تبصره یک ماده مذکور است که صرفاً در مورد اخیر می توان با مسامحه، این شرط را «داوری» تلقی نمود.<sup>۲</sup> در صورتی که قائل به این باشیم که عبارت مذکور حاکی از شرط داوری و تابع اصول و قواعد عام نهاد داوری و آیین دادرسی مدنی است، بحث از ماهیت شرط داوری مذکور و اختیاری یا اجباری بودن آن، محل اختلاف نظر است. با از پیش تعیین شدن رئیس سازمان برنامه و بودجه به عنوان داور تمام پیمانها، تحقق تراضی برای تعیین داور و واگذاری حق انتخاب داور یا داوران به شخص ثالث یا دادگاه در هاله‌ای از ابهام قرار دارد. وانگهی، ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان با آوردن افعال و واژه های «می تواند» و «می توانند» به صراحت بر اختیاری بودن مراجعه به مرجع داوری و حل و فصل اختلاف از طریق نهاد داوری دلالت دارند. همچنین در تبصره یک ماده ۵۳ آمده است که قبول داوری در شورای عالی فنی منوط به موافقت رئیس سازمان برنامه و بودجه است که مؤید اختیاری بودن شرط داوری است؛ بنابراین آوردن واژه «می توانند» بیانگر «تخیر» است و مفید معنای الزام طرفین به اجرای داوری و اجباری بودن آن نیست. همچنین طبق ماده ۲ تصویب نامه هیأت وزیران مورخ ۸۲/۳/۱۲، هر یک از طرف های پیمان می توانند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به شورای عالی فنی سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور ارائه نمایند. در این راستا، سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور به موجب نامه مورخ ۸۲/۸/۱۷ به صراحت اعلام کرده که مراجعه به شورای عالی فنی برای حل اختلاف اجباری نیست. اداره حقوقی قوه قضاییه طی نظریه مشورتی شماره ۷/۹۳/۵۶ مورخ ۹۳/۲/۳۰ معتقد بوده که چنانچه طرفین در قرارداد منعقد

1. Bow cock, john, *FIDIC, Contracts and Arbitration*, (New York, Law Review, 1997), p10,15.

۲. یاقوتی، رحیم، «اختیاری یا اجباری بودن داوری در شرایط عمومی پیمان»، دو فصلنامه حقوقی و کالت کانون کرمان، ش ۱، (۱۳۹۶)، ص ۹۴ و ۱۰۰.



توافق کرده باشند که بر اساس شرایط عمومی پیمان عمل کنند، طبق بند (ج) ماده ۵۳ شرایط عمومی مذکور به حل اختلاف ملزم هستند و دادگاه باید قرار عدم استماع صادر نماید. اگر نظریه مذکور حاکی از توافق بر تراضی و پذیرش شرایط عمومی پیمان باشد، متن ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان دلالت بر الزام ندارد و چنین قیدی در این ماده درج نشده، به نظر می‌رسد نظریه اداره حقوقی بدون توجه به متن ماده مذکور اعلام شده است و الزامی از مفاد ماده ۵۳ استنباط نمی‌شود. رویه قضایی در این خصوص دارای تشتت و اختلاف نظر است و برخی از محاکم قضایی، شرط داوری مصرح در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان را اجباری تلقی می‌کنند. بنا بر تحلیل و استدلال فوق‌الذکر، شرط داوری در شرایط عمومی پیمان نه تنها از مصادیق شرط داوری اختیاری بوده بلکه مراجعه به مرجع داوری، دارای وصف اختیاری است و ماهیت این شرط حاکی از جواز و اختیار در رجوع به مرجع داوری یا مرجع قضایی است و در صورتی که تفسیر این شرط ضرورت داشته باشد، داور باید از «قواعد و شیوه تفسیر قراردادها» تبعیت و استفاده نماید.

### نتیجه‌گیری

داوری در یک تقسیم‌بندی کلی و بر اساس نقش و تأثیر اراده در انعقاد قرارداد داوری و ارجاع دعاوی به نهاد داوری، به داوری اختیاری و داوری اجباری تقسیم شده است. شرط داوری اگر به صورت اختیاری و ناشی از تراضی و آزادی اراده منعقد گردد، دارای ماهیتی قراردادی است و در صورتی که مفاد این شرط مستلزم تفسیر باشد، داور باید از طریق شیوه تفسیر قراردادها، در صدد کشف قصد مشترک طرفین و رفع ابهام برآید؛ اما اگر در مواردی قائل به غیرارادی و اجباری بودن داوری باشیم، داور باید در صدد کشف و احراز اراده قانون‌گذار برآید و بحث از کشف قصد مشترک طرفین منتفی است و باید شیوه تفسیر قوانین مورد استفاده قرار گیرد.

داوری اجباری، از نظر نقش و میزان تأثیر اراده، به «داوری اجباری قراردادی یا شرط داوری اجباری» و «داوری اجباری غیر قراردادی» قابل تقسیم است. برای تشخیص شیوه تفسیر، اگر اراده متعاملین در پذیرش و انعقاد شرط داوری یا در تعیین داوران و مفاد شرط داوری، آزاد و مؤثر بوده است، در نتیجه داور باید در موارد ضرورت تفسیر، طبق شیوه و قواعد تفسیر قراردادها اقدام به تفسیر شرط داوری نماید؛ اما اگر اراده طرفین قرارداد در

تعیین مفاد شرط داوری مؤثر نبوده و پذیرش شرط داوری و ارجاع دعوا به مرجع داوری و همچنین تعیین صلاحیت، شیوه و آیین رسیدگی نیز تابع اراده قانون گذار بوده است، در این وضعیت داور باید از شیوه تفسیر قوانین استفاده نماید. زمانی می توان داوری را مصداق «شرط داوری اجباری» تلقی کرد که علیرغم الزام قانونی، طرفین قرارداد در «مرحله تکوین و پذیرش شرط داوری»، یا در «مرحله تعیین مفاد شرط داوری» قادر به مذاکره و تراضی بوده باشند و یکی از این دو مرحله در قلمرو اراده و تراضی واقع شده باشد، در این وضعیت تفسیر شرط داوری تابع شیوه تفسیر قراردادها خواهد بود؛ اما اگر اراده طرفین در ارجاع اختلاف به داوری و یا تعیین مفاد شرط داوری، فاقد اثر باشد، برحسب مورد و موضع، از شیوه تفسیر قوانین استفاده خواهد شد.





## منابع

### فارسی و عربی

- اخلاقی، بهروز، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، (تهران: انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۵).
- امید، جلیل، تفسیر قانون در حقوق جزا، (تهران: نشر مخاطب، ۱۳۹۴).
- اسکینی، ربیعا، «مبانی نظری استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی»، دو فصلنامه علمی حقوق تطبیقی دانشگاه مفید، قم، شماره ۴۳، (۱۳۸۳).
- امینی، عیسی و منصور، عباس، «موجه و مدلل بودن رأی داوری»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، شماره ۲۲، (۱۳۹۷).
- پژوهشگاه قوه قضائیه، تحلیل و آسیب‌شناسی قانون پیش‌فروش ساختمان، (تهران: انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۶).
- جمالی، جعفر، رویه هیأت داوری بورس و اوراق بهادار، (تهران: انتشارات بورس، ۱۳۹۶).
- جعفر، جاسم، الجامع لقضاء محکمه تمیز العراق، (عراق: مکتبه یادگار، ۲۰۱۸).
- حبیبی، محمود، تفسیر قرارداد های تجاری بین‌المللی، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۲).
- خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری، (تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳).
- سروی، محمدباقر، «بررسی جایگاه داوری در قانون پیش‌فروش ساختمان»، فصلنامه علمی قضاوت دادگستری کل استان تهران، ش ۷۰، (۱۳۹۰).
- سکوتی، نیما و حسین زاده، جواد، «ماهیت، ویژگی‌های و صلاحیت داوری در قانون پیش‌فروش ساختمان»، مجله حقوق خصوصی دانشگاه علم و فرهنگ، دوره ۱۴، شماره ۲، (۱۳۹۶). ستار رشید، آراس، قانون المرافعات المدنیه، (عراق: سلیمانیه، مکتبه یادگار، ۲۰۱۸).
- شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، ج دوم، (تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۹).
- صاحبی، مهدی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، (تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۷۹).
- فرج الصده، عبدالمنعم، نظریه العقد فی البلاد العربیه، (بیروت: دارالنهضة العربیه، ۲۰۰۷).

- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، (تهران: انتشارات شرکت انتشار، ۱۳۷۶).
- کریمی، عباس، حقوق داوری داخلی، (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۲).
- کهنی خشکیجاری، محمود، «تشکیل قرارداد پیش فروش ساختمان»، فصلنامه حقوقی راه وکالت کانون وکلای گیلان، ش ۵-۶، (۱۳۹۰).
- لوی برون، هانری، جامعه‌شناسی حقوق، ترجمه ابوالفضل قاضی، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران: ۱۳۷۰).
- مجدد، ابوالفضل، آیین داوری در نظم حقوقی کنونی، (قم: انتشارات ابتکار دانش، ۱۳۹۳).
- نیک‌بخت، حمیدرضا، «استقلال شرط داوری»، مجله تحقیقات حقوقی شهید بهشتی، شماره ۱۹، (پاییز ۱۳۷۶).
- یوسف زاده، مرتضی، آیین داوری، (تهران: شرکت انتشار، ۱۳۹۲).
- یاقوتی، رحیم، «اختیاری یا اجباری بودن داوری در شرایط عمومی پیمان»، دو فصلنامه حقوقی کانون وکلای کرمان، شماره ۱، (۱۳۹۶).

#### English sources

- Born, Gary. «The Law Governing International Arbitration Agreements», An International Perspective, 26 Singapore Academy Of Law Journal, (2014), p820.
- Bow cock, john «FIDIC, Contracts and Arbitration», (New York, Law Review, 1997), p10,15.
- Collin, P.H, Law Dictionary, (New Delhi, Second Edition, Universal Book Stall, ۲۰۱۰), p4.
- David, Rene, Arbitration in international Trade, (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985), p285.
- Henry, Gabriel, Contracts for the Sale of Goods, (New york, Oceana Publications, 2004), p420.
- Kurkela, Matti S, Due Process International Commercial Arbitration (Oxford University Press, 2018), p52,53.
- Martin, Elizabeth A, Oxford Dictionary Law, (New York, Oxford University Press, 2012), p30,40.
- Moses, Margaret L, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, (New York, Cambridge, University Press, 2014), p14.
- Sammaratano, Rubino Mauro, International Arbitration Law, (New Delhi, Aditya Books Private Limited, 2001), p12.

- Seppala, Christopher.R «*Enforcement by an arbitral award of a binding under the FIDIC*» *Intrrnational Construction Law Review*, (January -2009), p414.
- Singh, Avtar, *Law of Arbitration and Concilation*, (New Delhi, Eastern Book Company,2017), p48.
- Skenyle, Aiste, *International Arbitration: The Doctrine Of Separability And Competence*, (New York,The Arhuse School Of Business, 2003), p44.
- Wade, Christopher, *The FIDIC Contract Forms And The New MDB Contract*, (New York, Law Review,2005), p12,15.
- Zekos,Georgios I, *International Commercial And Marine Arbitration*, (New York,USA, Routledge-Cavendish,2008), p301.

