

## شرایط صحت نامه داوری تجاری بین الملل خصوصی

بابک محسنی

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

نام نویسنده مسئول:

بابک محسنی

### چکیده

از آنجا که مقررات قانون آیین دادرسی مدنی ایران، درباره داوری، قدیمی و ناقص بود، و خصوصاً برای حل اختلافات بازرگانی بین المللی کافی نمی نمود، در ۲۶ شهریور ماه ۱۳۷۶ «قانون داوری تجاری بین المللی» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که در ۹ مهرماه همان سال مورد تأیید شورای نگهبان واقع شد. این قانون از قانون نمونه آنسیترال (کمیسسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجاری بین المللی) مورخ ۱۹۸۵ اقتباس شده و از این رو از پشتوانه نیرومند علمی و کارشناسی برخوردار است. قانون داوری تجاری بین المللی مشتمل بر ۳۶ ماده و نه فصل با عناوین زیر است: مقررات عمومی - موافقت نامه داوری - ترکیب هیأت داوری - صلاحیت داور - نحوه رسیدگی داوری - ختم رسیدگی و صدور رأی - اعتراض به رأی - اجرای رأی و سایر مقررات. در این قانون قواعد مهمی آمده که هماهنگ با گرایشهای نوین داوری بازرگانی بین المللی است و در حقوق ایران سابقه نداشته است. در این تحقیق جایگاه شرط داوری در قراردادهای تجاری بین المللی و همچنین مفهوم شرط داوری، مفهوم قراردادهای تجاری بین المللی، مفهوم اسقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین المللی و سپس دیدگاه بین الملل راجع به استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین المللی مورد بررسی قرار گرفته است.

**کلمات کلیدی:** داوری، شرط داوری، قراردادهای تجاری بین المللی، استقلال شرط داوری.

## مقدمه

تاریخ تجارت بین‌المللی با تجارت دریایی و حمل و نقل دریایی آغاز گردیده است، از قدیم‌الایام تجار کالاهای خود را از طریق دریا و با کشتی حمل می‌نموده‌اند، در ابتدا تبادل ها و همچنین اجاره کشتی ها بر اساس توافقات شفاهی بین تجار صورت می‌گرفت ولی با حوادث مختلفی که از لحظه بارگیری تا تحویل ایجاد گردید کم کم مسائل مختلفی از جمله بیمه و طلب خسارت از مسئول حمل و نقل و همچنین مطالبه خسارت خریدار از فروشنده به وجود آمد که لزوم وجود قرارداد را مشخص می‌نمود (محبی، ۱۳۸۴). بدین سان اولین قراردادهای حوزه حمل و نقل دریایی و بین متصدیان حمل و نقل و صاحبان کالاها ایجاد گردید، در ادامه و با گسترش حجم مبادلات بین تجار کشورهای مختلف قراردادهای بین‌المللی پایه ریزی گردید و در طی قرن‌ها به شکل امروزی و مدرن تغییر یافت (جنیدی، ۱۳۸۱). در ابتدا بازرگانان در هر اختلافی با مذاکره و تفاهم مشکلات قراردادی خود را حل و فصل می‌نمودند ولی با توجه به ملیت‌های مختلف بازرگانان و منافع و سیاست‌های گوناگون کشورها و عدم تفاهم در همه زمینه‌های اختلافی و عدم کارایی شیوه‌های سنتی حل و فصل اختلافات از جمله صلح و سازش یا میانجی‌گری به فکر ایجاد شیوه داورى افتادند تا مسائل قراردادی خود را از طریق تعیین داور و داورى فیصله دهند بنابراین پس از وقوع هر نوع اختلافی طرفین با تعیین داور خود و شرایط داورى از جمله زبان داورى، قانون حاکم و محل داورى به حل و فصل اختلافات خود می‌پرداختند (سیفی، ۱۳۷۷). امروزه دیگر نوشتن شرایط داورى در هر قرارداد شیوه‌ای منسوخ است زیرا با تکامل داورى‌های موردی مراجع تخصصی داورى به وجود آمده‌اند که بر اساس قوانین مشخص و شروط داورى استاندارد به موارد اختلافی رسیدگی می‌نمایند. شروط داورى یا در متن قرارداد به صورت شرط مستقل ذکر می‌گردد یا به صورت توافقنامه جداگانه نوشته می‌شود یا در قرارداد به مرجع داورى خاصی ارجاع می‌گردد.

نکته‌ای که باید در نظر داشت این است که حق شرط با حق شرط داورى در صحنه روابط بین‌الملل و در تجارت بین‌الملل دارای معنایی متفاوت می‌باشد و نباید این دو اصطلاح را با یکدیگر اشتباه گرفت. در روابط بین‌الملل ممکن است در زمان امضاء یا پس از انعقاد یک موافقتنامه بین‌المللی، کشوری بخواهد با قبول آن موافقتنامه در مجموع عضویت آن را بپذیرد؛ ولی چون بعضی از اصول موافقتنامه را با منافع یا عادات و رسوم خود مغایر می‌بیند حاضر به قبول تمامی آن اصول نمی‌شود، لذا برای جلوگیری از برهم خوردن شکل ظاهری موافقتنامه و بهره‌مندی کشور مزبور از بعضی مزایای آن، عملکرد دیپلماتیک راه حل ساده و راحتی را در نظر گرفته است که استفاده از «قاعده حق شرط» یا حق رزرو نامیده می‌شود (محبی، ۱۳۸۴).

## ۱- تعاریف

### ۱-۱- مفهوم داورى

داورى در اصطلاح، (عبارت است از ارجاع اختلاف به شخص ثالث برگزیده طرفین جهت رسیدگی). به موجب ماده الف قانون داورى تجاری بین‌المللی ایران: داورى عبارت است از: رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی داورى‌ها به اعتبار اراده طرفین، عناصر و مرجع رسیدگی کننده قابل تقسیم هستند. به اعتبار اراده طرفین داورى به دو نوع اختیاری و اجباری قابل تقسیم است. اساساً اصل در داورى بر اختیاری بودن آن است و داورى اجباری حالت استثنایی می‌باشد. مداخله دادگاه در داورى اجباری، سالبه به انتفاء موضوع است و تنها در داورى اختیاری مداخله دادگاه مطرح است. داورى به اعتبار عناصر به دو نوع داورى داخلی و بین‌المللی قابل تقسیم است. داورى وقتی جنبه بین‌المللی پیدا می‌کند که واجد یک عنصر خارجی باشد. این عنصر ممکن است تابعیت طرفین یا داوران، اقامتگاه آنها و یا محل داورى ... باشد (سیفی، ۱۳۷۷). تفکیک میان داورى داخلی و بین‌المللی از این جهت حائز اهمیت است که در برخی کشورها نظارت دادگاه‌ها بر داورى داخلی از داورى بین‌المللی شدیدتر است.

داورى‌های بین‌المللی نیز به دو نوع داورى بین‌المللی عمومی، و تجاری بین‌المللی تقسیم می‌گردد. میان این دو نوع داورى از حیث مداخله دادگاه‌ها تفاوت وجود دارد (جنیدی، ۱۳۸۱).

بدین نحو که دادگاه‌ها می‌توانند داورى تجاری بین‌المللی را بی اعتبار نمایند، ولی نمی‌تواند بر داورى بین‌المللی عمومی تأثیر بگذارند؛ زیرا داورى تجاری بین‌المللی تحت حکومت قواعد حل تعارض قرار دارد. بالاخره این که داورى به اعتبار مرجع رسیدگی کننده به دو نوع داورى‌های موقت و سازمانی تقسیم می‌شود. به موجب ماده ۱۴۹۲ قانون آئین دادرسی مدنی جدید فرانسه داورى وقتی بین‌المللی است که شامل منابع تجاری بین‌المللی باشد.

همچنین بر طبق ماده ۱، بند ب قانونداری تجاری بین‌المللی ایران داور بین‌المللی عبارت است از: این که یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه داور به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد، بنابراین قانون داور تجاری بین‌المللی ایران، ملاک تابعیتی را پذیرفته که امروزه در سطح کشورها ملاک قابل قبولی نیست و تمام دعاوی را تحت پوشش قرار نمی‌دهد (جنیدی، ۱۳۸۱).

## ۱-۲- نهادهای داور

با توسعه روزافزون روابط تجاری بین‌المللی، هر روز صدها و هزاران قرارداد در زمینه‌های مختلف تجاری از قبیل خرید، فروش، حمل و نقل، همکاری، پیمانکاری، حق‌العمل کاری، ترخیص، صادرات و ... فی مابین‌عاملان تجارت منعقد میگردد، قراردادهایی که هر کدام از آنها تحت رژیم حقوقی خاص و در شرایط فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و بازرگانی منحصر به فردی منعقد و اجرا می‌شوند. در همه این احوال احتمال وقوع اختلاف فی ما بین طرفین قرارداد از تفسیر مفاد کم اهمیت و جزئی گرفته تا توافقات عمده و مهم آن و اجرای نهایی منتفی نیست (جنیدی، ۱۳۸۱).

در صورت بروز اختلاف می‌توان به دادگاه رجوع کرد و یا می‌توان رفع اختلافات را به داور یا داوران ارجاع نمود و همین‌طور می‌توان از ابتدای مذاکرات تجاری به فکر احتمال بروز اختلافات بوده و طریقه رفع آن را پیش‌بینی کرد و نیز می‌توان در این خصوص سکوت اختیار کرد و تصمیم در مورد نحوه حل اختلاف را به بعد واگذار نمود (سیفی، ۱۳۷۷).

به جز بیان صریح قانونگذار در آیین حل اختلافات از طریق داور یا داوران که با استثنائاتی می‌تواند شامل اشخاص حقیقی و یا حقوقی شود، یکی از مراکز رسمی و قانونی داور، مرکز داور اتاق ایران می‌باشد که اساسنامه آن در تاریخ ۱۳۸۰/۱۱/۱۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی و در تاریخ ۱۳۸۴/۱۱/۸۱ به تایید شورای نگهبان رسیده است.

یکی از وظایف اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران به شرح مذکور در بند (ج) ماده (۵) قانون اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران، عبارتست از:

تلاش در جهت بررسی و حکمیت در مورد مسائل بازرگانی داخلی و خارجی اعضا و سایر متقاضیان از طریق تشکیل مرکز داور اتاق ایران طبق اساسنامه‌ای که به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید.

نکته قابل توجه در خصوص آیین دادرسی در مرکز داور اتاق ایران است که خود مرکز داور اتاق ایران به موجب ماده ۱۰ اساسنامه مزبور مقید شده است تا در اختلافات تجاری بین‌المللی وفق قانون داور تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶/۰۶/۲۶ و در اختلافات تجاری داخلی برابر قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۱/۱۰/۲۱ عمل نماید.

ماده دو اساسنامه مرکز داور اتاق نیز موضوع فعالیت مرکز داور را حل و فصل اختلافات بازرگانی اعم از داخلی و خارجی از طریق داور قید نموده است.

در بخش نهادهای اجتماعی و انجمن‌های موجود انجمن شرکت‌های حمل و نقل بین‌المللی ایران، پیش‌کسوت تاسیس نهاد داور بوده و تاکنون توانسته است آرای بسیار زیادی به عنوان داور فی ما بین متصدیان حمل و نقل و شرکت‌ها و اشخاص شاغل به تجارت، صادر و به کرسی بنشانند (سیفی، ۱۳۷۷).

در عرصه داور بین‌المللی، نظر به این که قوانین ملی راجع به داور از جنبه‌های مختلفی با هم متفاوتند، تلاش‌های بسیار زیادی انجام شده است تا بتوان یک روش کلی در خصوص داور بین‌المللی حاکم بر مناسبات تجاری بین‌المللی تهیه شود و این کار نیز تا حدودی قرین توفیق بوده است، اما در عین حال باید توجه داشت همواره با گسترش تجارت بین‌المللی، اصول و قواعد کلی داور بین‌المللی نیز دستخوش تغییر و اصلاحات می‌گردد به طوری که با پیشرفت در تجارت، داور بین‌المللی نیز به سوی تکامل حرکت می‌کند.

## الف - صلاحیت مساعدتی

دادگاه‌ها با شرع داور جهت مساعدت و کمک بدان، کمک‌ها و مساعدت‌های لازم را مبذول می‌دارند. در این جاست که موضوعات شناسایی قرارداد داور و صدور قرار موقت پیش از تشکیل هیأت داور مطرح می‌گردد. همان‌طور که بیان شد در مورد شناسایی قرار داور مهمترین اثر قرارداد داور، استثناء نمودن صلاحیت عام دادگاه هاست؛ لذا اگر یک طرف قرارداد داور یا شرط داور، دعوای موضوع آن را نزد دادگاه مطرح نماید، این امر به آیین دادرسی‌های گوناگون می‌انجامد که مطابق آن در عین صلاحیت هیأت داور، دادگاه نیز به دعوا رسیدگی می‌نماید. در این حالت دادگاه صالح که دعوا نزد آن مطرح گردیده باید ضمن صدور حکم (و یا قرار)، طرفین را از ادامه دادرسی منع نماید و آنها را به داور ارجاع نماید. این شیوه تحولی به نفع داور است (اعتمادی، ۱۳۸۴).

موضوع شناسایی قرارداد داور در اسناد بین‌المللی و قوانین ملی داور نیز پذیرفته شده است؛ از ماده ۲ (۳) کنوانسیون نیویورک و ماده ۸ (۱) قانون نمونه داور، عناصر مشترکی برای شناسایی قرارداد داور برداشت می‌گردد: نخست آن که باید قرارداد داور در خصوص

اختلاف میان طرفین باید وجود داشته باشد، دوم آن که طرف خواننده در دعوا خواستار ارجاع موضوع به داوری باشد و در صورت عدم درخواست، دادگاه فرض می کند که وی به صلاحیت دادگاه رضایت داده است و سوم آن که قرارداد داوری باید صحیح و بدون عیب منعقد شده باشد. قانون داوری تجاری بین المللی ایران نیز مقررات مشابهی دارد.

بایسته است که بدین نکته اشاره شود که رد شناسایی قرارداد داوری، میان داوری داخلی و داوری بین المللی باید تفکیک قائل شد، بدین گونه که در داوری داخلی صدور قرار توقف رسیدگی اختیاری است، لکن دادگاه ها در برخورد با یک قرارداد داوری بین المللی موظف و مکلف به ارجاع طرفین به داوری و صدور قرار توقف هستند.

اگر چه غالب قرارها در طول جریان داوری صادر می شوند، لکن نیاز به این قرارها ممکن است پیش از شروع جریان داوری احساس شود که ممکن است برای حفظ اموال فاسد شدنی و... انجام شود. صدور قرار موقت پیش از تشکیل هیأت داوری مبتنی بر نظریه دادگاه مکمل است که در کشورهایی؛ نظیر: بلژیک، هلند و انگلستان پذیرفته شده است و بر اساس آن اگر صدور قرار موقت از نوع اضطراری باشد و هیأت داوری هنوز تشکیل نگردیده باشد، دادگاه می تواند قرار صادر نماید (اعتمادی، ۱۳۸۴).

### ب - صلاحیت مداخله ای

مداخله دادگاه در طول جریان داوری برای مؤثر انجام شدن داوری است که شامل نصب و جرح داوران، صدور قرار موقت در طول جریان داوری، احراز خاتمه اختیارات داوران، تجدیدنظر از تصمیم داور در صلاحیت خود و مساعدت دادگاه در کسب دلیل می شود.

۱- نصب داوران: اگر طرفین در خصوص نصب داوران توافق ننموده باشند و یا آنکه علی رغم توافق، یکی از طرفین از نصب داور خود کوتاهی کند، طرف مقابل می تواند از دادگاه صالح درخواست مداخله و نصب داور طرف ممتنع را بنماید.

مداخله دادگاه ها در نصب داوران در داوری موقت مطرح است و نه در داوری سازمانی؛ زیرا در داوری سازمانی داور طرف ممتنع توسط سازمان داوری نصب

در ایران، قانون آیین دادرسی مدنی هیچ گونه مقرراتی در خصوص عدم مداخله دادگاه ها در جریان داوری ندارد و قلمرو مداخله دادگاه ها در داوری وسیع است

عده ای عقیده دارند که غالباً تأثیر دادگاه ها در مرحله اجرای آرای داوری است. آشکار است که این نظر نمی تواند صحیح باشد و محدود نمودن مداخله دادگاه ها به اجرای آراء داوری پاسخگوی نیازهای داوری نخواهد بود؛

دادگاه ها با شروع داوری جهت مساعدت و کمک بدان، کمک ها و مساعدت های لازم را مبذول می دارند در این جاست که موضوعات شناسایی قرارداد داوری و صدور قرار موقت پیش از تشکیل هیأت داوری مطرح می گردد.

مداخله دادگاه در طول جریان داوری برای مؤثر انجام شدن داوری است که شامل نصب و جرح داوران، صدور قرار موقت در طول جریان داوری، احراز خاتمه اختیارات داوران، تجدیدنظر از تصمیم داور در صلاحیت خود و مساعدت دادگاه در کسب دلیل می شود.

دلایل جرح داوران شامل، عدم بی طرفی و عدم استقلال می گردد؛ عدم استقلال یک مفهوم عینی است که به کلیه روابط مادی، رسمی و شخصی داور با طرف یا نماینده وی اطلاق می گردد. فقدان بی طرفی نیز یک مفهوم ذهنی و درونی است که بیانگر تعصب داور نسبت به یک طرف است و از شرایط پیرامون فعالیت داور قابل استنباط است.

از جمله موارد دیگر صلاحیت مساعدتی دادگاه ها، مساعدت دادگاه ها در کسب دلیل می باشد که به مؤثر بودن جریان داوری می انجامد. موضوع مساعدت دادگاه ها در کسب دلیل، بیشتر در کشورهایی مطرح می شود که داوران، صلاحیت اداره مراسم سوگند خوردن را نداشته، احضار شهود و کسب دلیل در صلاحیت انحصاری دادگاه ها باشد،

موضوع نظارت دادگاه ها پس از صدور رأی مطرح می شود که به موجب آن اگر رأی داوری مخالف نظم عمومی باشد یا اساساً اختلاف قابل ارجاع به طوری نباشد، مرجع قضائی با دخالت خود رأی را باطل می نماید.

در پاسخ بر این پرسش که کدام دادگاه صلاحیت مداخله در داوری را دارد می بایست گفت: اساساً داوری تحت کنترل دادگاهی است که بتواند مشکلات موجود در جریان داوری را حل نموده، رأی صحیح را اجرا و از اجرای رأی ناصحیح خودداری و آن را لغو نماید.

آئین رسیدگی داوری تابع قانون کشور مقرر داوری است و برای رعایت اصل مداخله محدود دادگاه ها اساساً می بایست تنها یک دادگاه داوری تجاری بین المللی را کنترل نماید؛ زیرا مداخله چند دادگاه، تهدیدی علیه داوری تلقی می گردد.

می گردد. قانون نمونه داوری و ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین المللی ایران مقررات تقریباً متحد الشکلی در خصوص نصب و روش نصب داوران بیان داشته اند.

۲- جرح داوران: اساساً مداخله دادگاه ها برای تصمیم گیری در جرح داوران، ضامن صحت جریان داوری می باشد و مسائل مربوط به جرح داوران؛ اعم از دلایل و روشن ها، جزء قواعد آمده به شمار می آید و تابع اراده طرفین نیستند.

دلایل جرح داوران شامل، عدم بی طرفی و عدم استقلال می گردد؛ عدم استقلال یک مفهوم عینی است که به کلیه روابط مادی، رسمی و شخصی داور با طرف یا نماینده وی اطلاق می گردد. فقدان بی طرفی نیز یک مفهوم ذهنی و درونی است که بیانگر تعصب داور نسبت به یک طرف است و از شرایط پیرامون فعالیت داور قابل استنباط است. البته، فقدان شرایط مورد توافق طرفین نیز از جمله دلایل جرح داوران دانسته شده است. داور مکلف است کلیه شرایطی که منجر به شک معقول در بی طرفی و استقلال وی می گردد را به طرف نصب کننده وی اعلام نماید. این موضوع به افشاء معروف است.

روش جرح داوران به توافق طرفین بستگی دارد که می بایست به صورت صریح صورت گیرد و در صورت عدم توافق باید به قواعد و مقررات داوری رجوع شود.

تصمیم گیری در مورد جرح داور در وهله نخست به هیأت داوری به همراه داور مجروح واگذار گردیده است، اگر طرف حرج کننده با تصمیم هیأت داوری موافق نباشد یا داور مجروح کناره گیری شاید، طرف حرج کننده می تواند با رجوع به دادگاه، از آن درخواست رسیدگی نماید. ماده ۱۳ قانون نمونه داوری شرایط جرح داور را بیان داشته که مورد اقتباس قانون داوری تجاری بین المللی ایران است. البته، جرح داوران در داوری موقت امکان پذیر است و در داوری سازمانی جرح داوران توسط مرجع داوری صورت می گیرد.

۳- احراز خاتمه اختیارات داوران: همان طور که می دانیم، اگر داور خود را صالح بداند مکلف به رسیدگی و صدر رأی است، لکن در برخی مواقع در جریان داوری موانعی بوجود می آید که از ادامه رسیدگی داور جلوگیری می نمایند. به علاوه در طول جریان داوری، مداخله دادگاه ها برای صدور قرار موقت ضرورت می یابد.

البته، دیدگاهی افراطی وجود دارد که صدور قرار موقت را تنها در صلاحیت داوران می داند، ولی امروزه، این دیدگاه جایگاهی ندارد. برای صدور قرار موقت توسط دادگاه ها در طول جریان داوری، نظریه مدل انتخاب آزاد طرح گردیده که به موجب آن طرفین داوری در درخواست صدور قرار از دادگاه و داوری، آزاد هستند و این دو قرار از نظر آثار برابر و یکسان است؛ این نظر در آلمان و فرانسه پذیرفته شده است.

در ادامه باید بیان داشت که اختیار داوران از اراده طرفین اختلاف ناشی می شود و عدم توافق با عدم صلاحیت مساوی و برابر است. در بسیاری از موارد ممکن است نسبت به صلاحیت داوران به دلیل شک معقول در صلاحیت آنان، ایراد وارد شود. امروزه، صلاحیت هیأت داوری در تعیین صلاحیت خود به عنوان اصل «صلاحیت در تعیین صلاحیت» توسط قوانین ملی و بین المللی داوری شناخته شده است. به موجب این اصل، خود داوران صالح ترین و شایسته ترین مقام در تعیین صلاحیت خود هستند. اساساً زمان طرح ایراد عدم صلاحیت داور حداکثر تا زمان وصول دفاع ماهوی است. هیأت داوری، صلاحیت تعیین اعتبار قرارداد داوری را نیز دارد، ولی می تواند به ایرادات وارد شده به اعتبار قرارداد داوری رسیدگی نماید. ماده ۱۶ قانون نمونه داوری و قانون داوری تجاری بین المللی ایران به این امر تصریح نموده اند.

از جمله موارد دیگر صلاحیت مساعدتی دادگاه ها، مساعدت دادگاه ها در کسب دلیل می باشد که به مؤثر بودن جریان داوری می انجامد. موضوع مساعدت دادگاه ها در کسب دلیل، بیشتر در کشورهایی مطرح می شود که داوران، صلاحیت اداره مراسم سوگند خوردن را نداشته، احضار شهود و کسب دلیل در صلاحیت انحصاری دادگاه ها باشد، البته، قضات باید توجه داشته باشند که درخواست مساعدت به قصد اطاله دادرسی صورت نگرفته باشد. ماده ۲۷ قانون نمونه آنیسترال و ماده ۱۷۸۲ قانون داوری آمریکا و موارد ۴۴ و ۴۳ قانون ۱۹۹۶ انگلستان به این موضوع اشاره دارند، لکن در قانون داوری تجاری بین المللی ایران، موضوع مسکوت مانده است، که شاید علت این امر اجتناب از تأخیر در جریان داوری و نیز حفظ جنبه محرمانه بودن داوری باشد.

### ج - صلاحیت کنترلی یا نظارتی

اساساً موضوع و مکانیسم کنترل می بایست از مراحل مربوط به شناسایی و اجراء آراء مجزا فرض گردد. موضوع نظارت دادگاه ها پس از صدور رأی مطرح می شود که به موجب آن اگر رأی داوری مخالف نظم عمومی باشد یا اساساً اختلاف قابل ارجاع به طوری نباشد، مرجع قضایی با دخالت خود رأی را باطل می نماید. نظارت بر آراء داوری بر عهده دادگاه های مقرر داوری می باشد؛ لذا آنها قادر نیستند بر آراء صادره در خارج نظارت نمایند، مگر آن که اجرای آراء از آنها درخواست شود (اعتمادی، ۱۳۸۴).

### د - صلاحیت شناسایی و اجرای رأی

این صلاحیت که جنبه آمرانه دارد، توسط دادگاه ها پس از صدور رأی داوری و در هنگام درخواست اجرای ایین رسیدگی داوری تابع قانون کشور مقرر داوری است و برای رعایت اصل مداخله محدود دادگاه ها اساساً می بایست تنها یک دادگاه داوری تجاری بین المللی را کنترل نماید؛ زیرا مداخله چند دادگاه، تهدیدی علیه داوری تلقی می گردد

آن اعمال می گردد. موضوع شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی در کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک بیان گردیده است که خود مجال مناسبی را می طلبد.

محدودیت مداخله دادگاه ها از نظر دادگاه صالح: برای آن که داوری بتواند به طور مؤثر و کارآمد صورت پذیرد، مداخله دادگاه ها باید محدود باشد. در پاسخ بر این پرسش که کدام دادگاه صلاحیت مداخله در داوری را دارد می بایست گفت: اساساً داوری تحت کنترل دادگاهی است که بتواند مشکلات موجود در جریان داوری را حل نموده، رأی صحیح را اجرا و از اجرای رأی ناصحیح خودداری و آن را لغو نماید(اعتمادی، ۱۳۸۴).

## ۲- مقررات عمومی قانون داوری

در این گفتار به دو مبحث می پردازیم یکی بررسی تعاریفی که در قانون داوری تجاری بین المللی ایران آمده است و دیگری قلمرو اجرای این قانون، که قانونی خاص می باشد و لذا در موارد محدودی باید اعمال شود.

### ۲-۱- تعاریف و تفاسیر

طبق ماده یک قانون داوری تجاری ایران؛

الف. داوری عبارت است از رفع اختلافات بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی .

ب. داوری بین المللی عبارت است از این که یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت نامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد .

ج. «موافقت نامه داوری» توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیر قراردادی به وجود آمده یا ممکن است پیش آید به داوری ارجاع می شود. موافقت نامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در قرارداد یا به صورت قرارداد جداگانه باشد .

د. داور اعم از داور واحد یا هیات داوران است.

ه. منظور از دادگاه در این قانون یکی از دادگاه های تشکیلات قضایی جمهوری اسلامی ایران است.

و. در هر مواردی که در این قانون به توافق موجود بین طرفین یا توافقی که بعد حاصل شود اشاره شده باشد، مراتب مشمول مقررات داوری مصرحه در آن قانون نیز خواهد بود.

بند «الف» از ماده یک به تعریف داوری پرداخته است و در آن به فرا قضایی بودن داوری اشاره نموده است، در حالی که قانون نمونه، در تعریف داوری تنها به ذکر این نکته اکتفا نموده است که داوری اعم از نهادی یا غیر آن می باشد. به نظر می رسد که قانون داوری ایران به جای پرداختن به مفهوم داوری تنها انواع داور را در این ماده مشخص می کند، زیرا بیان می دارد که داوری توسط شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی انجام می شود. البته بند (۲) ماده (۶) قانون داوری تجاری ایران نشان می دهد که انواع داوری ها مشمول این قانون خواهد شد.

در مفهوم داوری اختلاف نظرهای فراوانی وجود دارد که در ذیل نمونه هایی از این تعاریف آورده شده است. داوری عبارت است از حل و فصل اختلافات از طریق توافق به قبول و تبعیت از تصمیم شخص ثالثی که مورد اعتماد اصحاب دعوی باشد(محبی، ۱۳۸۴).

هم چنین در تعریف دیگری آمده است که « داوری عبارتست از ارجاع اختلاف به شخص ثالث منتخب طرفین که از طریق صدور حکم داوری، پس از استماع دعوی که طرفین مطرح کرده اند حل و فصل گردد .

در هر صورت به نظر می رسد که قانون نمونه با توجه به تعاریف گوناگون داوری از تعریف آن خودداری کرده و از روش حذفی یعنی عدم ارائه تعریف پیروی نموده است(جنیدی، ۱۳۸۱).

بند «ج» از ماده (۱) قانون ایران به تعریف موافقت نامه می پردازد. جالب است که این همان تعریفی است که در قانون نمونه آمده است، اما مشخص نیست که به چه دلیل قانونگذار تعریف موافقت نامه را در فصل موافقت نامه نیاورده است تا تمام مقررات مربوط به موافقت نامه در همان فصل جمع شود و مراجعه کننده دچار سردرگمی نشود .

مقررات داوری عموماً بر لزوم وجود موافقت نامه داوری جهت رجوع به داوری تاکید دارد. بند(۳) ماده (۴) قواعد داوری اتاق بازرگانی ۱۹۹۸، بند(۱) ماده (۱) قواعد داوری آنسیترال ۱۹۷۶ و هم چنین بند (ب) ماده (۴) قانون داوری ایران نیز موافقت نامه داوری را برای شروع

جریان داوری ضروری می دانند. ولی به هر حال قواعد داوری اتاق بازرگانی و قواعد داوری آنسیترال (۱۹۷۶) تعریفی از قرارداد داوری ارائه نمی دهند.

به موجب بند (ج) ماده (۱) قانون ایران و بند (۱) ماده (۷) قانون نمونه اختلاف باید راجع به رابطه حقوقی معین باشد و نمی تواند مردد بین دو چند رابطه حقوقی باشد و رابطه حقوقی معینی که اختلاف موضوع قرارداد داوری از آن ناشی شده است، می تواند قراردادی یا غیر قراردادی باشد. این برخلاف بند (۱) ماده (۱) قواعد داوری آنسیترال (۱۹۷۶) می باشد که اختلافات ناشی از قرارداد را موضوع قرارداد کتبی طرفین در خصوص ارجاع امر به داوری می داند. در گزارش تفسیری طرح قانون نمونه از سوی دبیرکل سازمان ملل به نشست هجدهم آنسیترال تاکید گردیده است که از اصطلاح «رابطه حقوقی معین» بایستی تفسیر موسع صورت گیرد، به نحوی که همه موارد تجاری غیر قراردادی را که در عمل اتفاق می افتد، مانند مداخله شخص ثالث در روابط قراردادی، نقض و تجاوز به علامت تجاری و یا سایر رقابت های غیر عادلانه، در برگیرد.

طبق قانون ایران موافقت نامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در قرارداد و یا به صورت قرارداد جداگانه باشد. در حالی که در حقوق برخی کشورها برای قرارداد داوری و شرط ارجاع به داوری جایگاه متمایزی در نظر گرفته اند. به عنوان نمونه در حقوق فرانسه تعریف قرارداد داوری اختصاص به اختلاف موجود و مفهوم شرط ارجاع به داوری اختصاص به اختلافات احتمالی دارد. نکته مهم دیگری که در تعریف موافقت نامه اشاره شده است بحث امکان ارجاع اختلافات آتی به داوری می باشد، اگر چه این امکان در قانون آیین دادرسی مدنی نیز وجود داشت، اما با توجه به این که در حقوق ایران، موضوع قرارداد باید معلوم و معین باشد، تصریح قانون جدید به امکان ارجاع اختلافات آتی به داوری، برای تاکید در خصوص این موضوع و رفع هر گونه تردید، اهمیت اساسی دارد. اصولاً موافقت نامه داوری، تعهد الزام آور طرفین برای ارجاع اختلافات خود به داوری می باشد که صلاحیت دادگاههای دولتی را مستثنی می کند. این اثر موافقت نامه داوری در بند (۱) ماده (۸) قانون نمونه آنسیترال آمده است (جنیدی، ۱۳۸۱).

### ۳- قلمرو سرزمینی

قانون داوری تجاری بین المللی ایران ماده ای را به محدوده قلمرو جغرافیایی خود اختصاص نداده است؛ بدین معنا که معین نمی کند این قانون نسبت به داوریهای واقع در ایران قابل اعمال خواهد بود. لیکن قانون نمونه در بند (۲) ماده (۱) خویش مقرر می دارد که «مقررات این قانون به استثنای مواد: ۳۵ و ۳۶، در صورتی قابل اجراء است که محل داوری در قلمرو این کشور باشد». البته در پیش نویس قانون نمونه که توسط گروه کاری به جلسه هجدهم کمیسیون آنسیترال ارائه شد بند (۲) ماده (۱) وجود نداشت ولی نشست هجدهم کمیسیون آنسیترال، بند (۲) ماده (۱) را در متن قانون نمونه جای داد. هر چند که نظر اکثریت در گروه کاری قانون نمونه، معیار سرزمینی اعمال قانون نمونه بود، اما در پیش نویس قانون نمونه این موضوع تصریح نشده بود.

### ۳-۱- قلمرو ماهوی اعمال

ماده (۲) قانون داوری تجاری بین المللی ایران مقرر می دارد: (۱) - داوری اختلافات در روابط تجاری بین المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره ای، سرمایه گذاری، همکاریهای فنی، نمایندگی، حق العمل کاری، پیمانکاری و فعالیت های مشابه، مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت. کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می توانند داوری اختلافات تجاری بین المللی خود را اعم از این که در مراجع قضایی طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح، در هر مرحله که باشد، با تراضی طبق مقررات این قانون، به داوری ارجاع کنند (موحد، ۱۳۷۴).

### ۴- جریان داوری

#### ۴-۱- تعداد داوران و تعیین آنها

ماده (۱۰) قانون داوری ایران تعیین تعداد داوران را برعهده طرفین نهاده است. اما در صورتی که طرفین تعداد داوران را مشخص نکرده باشند، هیات داوری مرکب از سه عضو را پیش بینی نموده است. این روش در ماده (۴۶۴) قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز پیش بینی شده است. ماده (۴۶۴) مقرر می دارد: «در صورتی که در قرارداد داوری، تعداد داوران معین نشده باشد و طرفین نتوانند در تعیین داور یا داوران توافق کنند، هر یک از طرفین باید یک نفر داور اختصاصی معرفی و یک نفر به عنوان داور سوم به اتفاق تعیین کنند. در دعوی مهم، رویه متداول این است که دیوان داوری از سه داور تشکیل می شود. بدین نحو که هر کدام از طرفین یک داور را نصب و معرفی می کند و سپس خود طرفین یا دو داور منتخب ایشان، داور سومی انتخاب می نمایند و گاه مرجع یا شخصی را به نام «مقام منصوب کننده» در نظر می گیرند که در صورت لزوم عضو غایب از هیات داوری را تعیین و منصوب کند. در زمینه تعداد داوران مقررات مختلفی

وجود دارد که مهم ترین آنها در ذیل آورده می شود. قانون نمونه آنستیرال در ماده (۱۰) اصل را بر آزادی طرفین در تعیین تعداد داوران گذاشته است (سیفی، ۱۳۷۷).

#### ۴-۲- صلاحیت داور

بند (۱) ماده (۱۶) قانون داوری تجاری ایران به دو موضوع مهم در خصوص صلاحیت دیوان می پردازد. این بند به دو قاعده ای اشاره می کند که به قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت و قاعده استقلال شرط داوری معروفند . بر اساس بند (۱) ماده (۱۶) قانون داوری تجاری ایران، داور می تواند در مورد صلاحیت خود و هم چنین درباره وجود و یا اعتبار موافقت نامه داوری اتخاذ تصمیم نماید. شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد، از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت نامه مستقل تلقی می شود. تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی الاثر بودن قرارداد فی نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نمی باشد. این بند از قانون ایران مشابه و برگرفته از بند (۱) ماده (۱۶) قانون نمونه می باشد. البته بند (۱) ماده (۲۱) قواعد داوری آنستیرال نیز این قاعده را صریحا مورد شناسایی قرارداد داده است (موحد، ۱۳۷۴).

#### مهم ترین روش های بین المللی داوری تجاری عبارتند از:

##### آنستیرال (UNCITRAL)

کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل متحد (آنستیرال) قواعد داوری را در سال ۱۹۷۶ و سپس ۱۹۸۵ مورد تصویب قرار داده است. این مقررات استفاده جهانی دارد. برخلاف قواعد داوری سازمان های بین المللی دیگر، قواعد آنستیرال اداره جریان داوری را پیش بینی نمی کند بلکه به موجب این قواعد، هیئت داوری می تواند روال داوری را به گونه ای که تشخیص می دهد، اداره کند. مشروط بر این که با طرفین اختلاف به طور یکسان برخورد شده و فرصت کافی و کامل برای طرح مسائل و مشکلاتشان و دفاع موثر آنان داده شود .

##### دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی (ICC)

مهم ترین و موفق ترین سیستم داوری بین المللی در میان کلیه سیستم های موجود، دیوان داوری بین المللی است. این دیوان توسط اتاق بازرگانی بین المللی ایجاد شده و مقر آن در مرکز اصلی اتاق بازرگانی بین المللی در پاریس قرار دارد. در قواعد آن که از سال ۱۹۷۵ به اجرا گذاشته می شود، در سال ۱۹۹۸ اصلاحاتی به وجود آمده است. به موجب قواعد دیوان داوری، طرفین در بسیاری از اعمال خود از جمله انتخاب داوران، قانون حاکم و قابل اجرا و محل داوری، آزادی تصمیم گیری دارند. نهادهای بین المللی دیگری نیز جهت داوری تجاری وجود دارند که قواعد داوری خاص خود دارند. در این جا به جهت لزوم اختصار فقط به ذکر نام بعضی از آنها اکتفا می شود:

الف- قواعد داوری کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا مورخ ۱۹۶۶

ب- قواعد داوری بازرگانی بین المللی کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای آسیا و خاور دور

ج- قواعد انجمن داوری آمریکا

د- قواعد داوری بین کشورهای آمریکایی

ه- قواعد کمیسیون داوری تجارت خارجی در اتاق بازرگانی روسیه

و- دیوان داوری بین المللی لندن

ز- مرکز بین المللی برای حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری

سازمان تجارت جهانی (WTO) نیز برای خود مرجعی برای حل و فصل اختلافات به صورت داوری پیش بینی نموده است. در غالب کنوانسیون های بین المللی علی الخصوص در زمینه حمل و نقل، به طرفین قرارداد، اجازه وارد نمودن شرط داوری داده شده، مشروط به این که داور یا داوران در قضاوت خود از مقررات کنوانسیون مربوطه تبعیت نمایند:

##### الف) کنوانسیون هامبورگ

ماده ۲۲ متن کنوانسیون هامبورگ در خصوص داوری است. براساس این ماده طرفین می توانند با انعقاد یک موافقت نامه کتبی شرط کنند که هرگونه اختلاف ناشی از عملیات حمل را که تحت این کنوانسیون انجام می شود به داوری ارجاع دهند. در این صورت داور یا هیئت داوری باید در رسیدگی خود مقررات این کنوانسیون را به کار ببرند.

##### ب) قانون کنوانسیون (CMR)



این کنوانسیون که دولت ج. ا. ا. به موجب مصوبه مورخ ۱۳۷۶/۰۴/۲۹ مجلس شورای اسلامی به آن ملحق شده است طی ماده ۳۳ خود اشاره‌ای دارد به این که می توان اختلافات ناشی از قرارداد حمل را در صلاحیت دیوان داوری قرار داد، مشروط به این که اعمال مقررات کنوانسیون از طرف داوران در شرط مزبور پیش‌بینی شده باشد.

در بیان اهمیت ارجاع اختلافات به داوری در میان شرکای شرکت‌ها نیز باید متذکر شد که غالب موسسات و شرکت‌های با مسئولیت محدود، شرط داوری را به هنگام تاسیس شرکت طی ماده‌ای در اساسنامه خود گنجانیده‌اند (محبی، ۱۳۸۴).

## ۵- اعتبار شرط داوری در قراردادهای تجاری از دیدگاه حقوق بین الملل

### ۵-۱- اعتبار شرط داوری

می دانیم که در حقوق بین الملل برخلاف حقوق داخلی که قاضی صلاحیت خود را از قانون می گیرد، صلاحیت داوری منبث از توافق طرفین دعوی است. بنابراین پیش از شروع هر داوری مسائل زیر مطرح می گردد:

آیا اصولاً توافقی برای رجوع به داوری در میان طرفین وجود دارد؟

آیا توافق مذکور به نحو صحیح انعقاد یافته است؟

آیا توافق فوق، به فرض اینکه صحیحاً انعقاد یافته باشد، هنوز به قوت و اعتبار خود باقی است؟ (موحد، ۱۳۷۴).

درباره سؤال اول باید گفت که مدعی وجود توافق باید آن را به اثبات برساند و اثبات آن نیازمند ابراز سندی است که حاکی از وقوع توافق شرط داوری باشد.

راجع به سؤال دوم اصل صحت جاری است؛ یعنی اینکه توافق مربوط به داوری مثل هر قرارداد دیگری محمول بر صحت است و کسی که مدعی خلاف باشد، باید ادعای خود را ثابت نماید. بنابراین ادعای بطلان توافق محتاج اقامه دلیل خواهد بود.

ادعای بطلان ممکن است به استناد مخالفت با قواعد آمره قانون باشد و نیز ممکن است اهلیت شخص یا سازمانی که شرط داوری را پذیرفته است مورد ایراد قرار گیرد و یا این ایراد وارد شود که قبول کننده شرط از حدود اختیارات خود تجاوز کرده است.

در مورد سؤال سوم اصل استصحاب جاری است؛ یعنی شرط داوری که صحیحاً منعقد شده باشد، به قوت و اعتبار خود باقی می ماند و اثبات خلاف آن بر عهده مدعی است. ادعای اینکه شرط داوری قوت و اعتبار خود را از دست داده است یا مبنایقراردادیمی تواند داشته باشد یا مبنایقانونی.

در صورت اول توافق مربوط به داوری از طریق تفاسخ، به تراضی طرفین، باطل می گردد و در صورت دوم توافق مزبور به حکم قانون ملغی و کان لم یکن می شود.

در بیشتر موارد، توافق داوری به صورت شرطی در ضمن قرارداد اصلی درج می شود. یعنی یک یا چند ماده از قرارداد را به این موضوع تخصیص می دهند و نیازی به تنظیم سند مستقل و مجزایبایقینمی ماند. در نظر اول این طور می نماید که در این صورت بحث از قانون حاکم بر توافق داوریموردی نداشته باشد، زیرا ظاهر امر این است که در اینجا قرارداد جداگانه ای در میان نیست تا راجع به قانون خاص آن بحث شود. به عبارت دیگر قانون حاکم بر توافق داوری که در سند مستقلی مندرج نباشد قاعداً همان قانونی خواهد بود که بر مجموع قرارداد حکومت دارد (موحد، ۱۳۷۴).

اما مساله به این سادگی که در ظاهر به نظر می رسد تمام نمی شود. مثلاً ماده ۲۱ قواعد آنسیترال مصوب ۱۹۷۶ سازمان ملل متحد تصریح می کند که داور می تواند در صورتی که وجود یا اعتبار اصل قرارداد مورد اختلاف باشد، ماده داوری را از مواد دیگر جدا کند، و آن را به عنوان قراردادی مستقل و معتبر ملاک عمل قرار دهد. حتی در صورتی که عدم اعتبار اصل قرارداد در داوری به اثبات رسد، و خود داور هم رای به آن بدهد، رای مزبور اعتبار ماده داوری را مخدوش نخواهد ساخت.

متن قاعده مذکور در بند ۲ ماده ۲۱ قواعد داوری آنسیترال چنین است:

دیوان داوری اختیار خواهد داشت نسبت به وجود یا اعتبار قراردادی که شرط داوری بخشی از آن را تشکیل می دهد، تصمیم بگیرد. از لحاظ ماده ۲۱، شرط داوری که بخشی از قرارداد را تشکیل می دهد و متضمن داوری براساس این قواعد (آنسیترال) است، به عنوان یک توافق مستقل از سایر شرایط قرارداد محسوب خواهد شد. تصمیم دیوان داوری مبنی بر اینکه قرارداد باطل و بی اثر است، بی اعتباری شرط داوری را در پی نخواهد داشت (محبی، ۱۳۸۴).

### ۵-۲- برخی اسناد بین المللی

اصل استقلال شرط داوری و صلاحیت مرجع داوری برای تصمیم گیری درباره صلاحیت خود حتی در صورت بطلان قرارداد اصلی، در بند ۴ ماده ۶ قواعد داوری آی. سی. سی پذیرفته شده است. به موجب این ماده:

جز در مواردی که طرفین به گونه ای دیگر توافق کرده باشند، صرف این ادعا که قرارداد اصلی باطل یا بی اعتبار بوده، یا اساساً وجود ندارد، باعث توقف صلاحیت مرجع داوری نمی شود، مشروط به اینکه مرجع داوری اعتبار موافقتنامه داوری را احراز نماید (موحد، ۱۳۷۴). صلاحیت مرجع داوری برای تصمیم گیری درباره حقوق طرفین و نیز رسیدگی به ادعاها و ایرادات آنها، حتی در صورتیکه قرارداد اصلی احیاناً وجود نداشته یا باطل بوده باشد، معتبر و مستقر خواهد بود.

### ۵-۳- قواعد داوری آنسیترال

بند ۲ ماده ۲۱ قواعد داوری آنسیترال استقلال شرط داوری را پیش بینی کرده، مقرر می دارد: دیوان داوری اختیار خواهد داشت نسبت به وجود یا اعتبار قراردادی که شرط داوری بخشی از آن را تشکیل می دهد، تصمیم بگیرد. از لحاظ ماده ۲۱، شرط داوری که بخشی از قرارداد را تشکیل می دهد و متضمن داوری براساس این قواعد (آنسیترال) است، به عنوان یک توافق مستقل از سایر شرایط قرارداد محسوب خواهد شد. تصمیم دیوان داوری مبنی بر اینکه قرارداد باطل و بی اثر است، بی اعتباری شرط داوری را در پی نخواهد داشت. علاوه بر قواعد داوری فوق، ماده ۷ عهدنامه ۱۹۶۱ ژنو، ماده ۴۱ عهدنامه ۱۹۶۵ واشنگتن (ایکسید) و ماده ۱۶ قانون نمونه داوری آنسیترال (۱۹۸۵) نیز به وضوح استقلال شرط داوری را پیش بینی نموده است.

### ۵-۴- رویه داوری بین المللی

حقوق و رویه داوری بین المللی، استقلال شرط داوری را پذیرفته است و در کتابهای مربوط به داوری بین المللی که درباره داوری اتاق بازرگانی بین المللی (ICC) نوشته اند، به تفصیل در این زمینه بحث شده است. مساله استقلال و تجزیه پذیری شرط داوری از سایر مواد قرارداد در دکتترین و داوری های بین المللی سابقه طولانی دارد. آرای داوری بین المللی فراوانی وجود دارد که استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین المللی را پذیرفته است. در ادامه این تحقیق به چند رای از آرا مذکور در قراردادهای تجاری بین المللی اشاره می شود (جنیدی، ۱۳۸۱). چنانچه قبلاً نیز گفته شد، در نظر اول این که یک پاره از قرارداد را از پیکر آن جدا سازند و به رغم بطلان و عدم اعتبار خود قرارداد، آن ماده بخصوص را معتبر و نافذ تلقی کنند، عجیب می نماید. مشکلی که چنین بحثی را پیش آورده است در وهله اول مربوط به قراردادهایی است که یک طرف آن دولت باشد، زیرا دولت به آسانی می تواند قانون خود را تغییر دهد و راه احقاق حقی را که در قرارداد پیش بینی شده است مسدود نماید. چنین اختلافی در دعوی مربوط به شرکت سویسی لوزینجر و دولت یوگسلاوی پیش آمد، و اگرچه طرفین پیش از صدور رای نهایی مصالحه نمودند، لیکن رای مقدماتی در مساله مورد نظر پیش از مصالحه صادر شده بود (جنیدی، ۱۳۸۱). مساله از این قرار بود که در این دعوی طرف یوگسلاوی به صلاحیت داور اعتراض داشت و مدعی بود که اولاً شرط داوری که جزیی از قرارداد به شمار می آمد، به علت ابطال قرارداد کان لم یکن تلقی می شود و ثانیاً قانون آن کشور در تاریخ ۱۹ اکتبر ۱۹۳۴ مقرر داشته بود که دعاوی که یک طرف آن دولت است، حتماً باید در دادگاه یوگسلاوی اقامه گردد و لذا یوگسلاوی مدعی بود که دعوی قابل ارجاع به داوری نیست.

رئیس دادگاه فدرال سویسی که سمت سرداور را داشت در برابر اعتراض دوم، اتخاذ تصمیم را به دیوان بین المللی دایمی دادگستری محول نمود. اما در رای مقدماتی اکتبر ۱۹۳۵ راجع به ادعای کان لم یکن شدن شرط داوری به علت ابطال قرارداد چنین اظهار نظر نمود: قرارداد ملغی شده و الغای قرارداد متضمن الغای شرط داوری مندرج در قرارداد می باشد و لذا طرح دعوی در داوری امکان پذیر نیست. اما این استدلال صحیح به نظر نمی رسد زیرا که اگر چنین باشد، هر قراردادی را می توان لغو کرد و با تصویب مقررات یکجانبه از ارجاع دعوی به داوری ممانعت به عمل آورد. این مساله که آیا لغو قرارداد درست بوده است و یوگسلاوی می تواند از اجرای آن سر باز زند یا خیر، خود موضوع اختلاف است و با تفسیر قرارداد ارتباط دارد.

مبنای لغو قرارداد هر چه باشد، نظر اولیه طرفین چنین بوده است که اختلافات راجع به این گونه مسائل، یعنی موجه بودن یا غیرموجه بودن الغای قرارداد، از طریق مراجعه به داوری فیصله یابد.

هم چنین در یک دعوی دیگر بین دولت هند و پاکستان که به دیوان بین المللی دادگستری مراجعه شده بود، دولت هندوستان استدلال می کرد که قرارداد فی مابین که متضمن شرط داوری بوده است ملغی گردیده است و بنابراین شرط مزبور نیز فاقد اعتبار است. دیوان این استدلال را نپذیرفت زیرا به گفته دیوان:

قبول چنین استدلالی می تواند عملاً ارزش هرگونه شرط راجع به صلاحیت رسیدگی را که در قراردادها ملحوظ می شود، منتفی سازد و به یک طرف اجازه دهد که نخست قرارداد را ملغی یا موقوف الاجرا سازد تا از استناد به آن جلوگیری نماید. این نتیجه که راه را برای رسیدگی می بندد، غیر قابل قبول است.

در قضیه ای دیگر که به عنوان دعوی لناگلدفیلدز شناخته می شود، دولت شوروی سابق به این استناد که کمپانی طرف قرارداد به تعهدات سرمایه گذاری خود عمل ننموده است، قرارداد را ملغی ساخته بود و چون طرف دیگر بر وفق مقررات قرارداد به داورى مراجعه نمود، دولت شوروی از شرکت در داورى و حضور در جلسات استماع دعوی خودداری نمود. اما مرجع رسیدگی کننده الغای قرارداد را موثر تلقی ننمود و چنین نظر داد که دولت شوروی همچنان به مقررات و تعهدات مندرج در قرارداد و به ویژه شرط داورى مندرج در آن ماخوذ می باشد.

#### ۵-۵- حقوق ایران

در حقوق ایران توافق به داورى اعم از اینکه به صورت شرط ضمن معامله اصلی باشد یا موافقتنامه جداگانه، قرارداد محسوب می شود و تابع شرایط عمومی قراردادها مندرج در ماده ۱۹۰ و نیز مواد ۲۱۹ به بعد قانون مدنی است. ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی نیز مقرر می دارد که طرفین می توانند منازعه یا اختلاف خود را «به تراضی» به داورى ارجاع نمایند.

به تجویز ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی این تراضی می تواند ضمن معامله اصلی باشد و یا بصورت قرارداد جداگانه ای تنظیم گردد و طرفین به موجب آن ملتزم شوند که در صورت بروز اختلاف بین آنها، رفع آن از طریق داورى به عمل آید.

در مورد داورى تجاری بین المللی هم حکم مشابهی در ماده ۱ (ج) قانون داورى تجاری بین المللی ۱۳۷۶، آمده است و به موجب آن مقرر شده که موافقتنامه داورى ممکن است به صورت شرط داورى در قرارداد و یا به صورت قرارداد جداگانه باشد .

تا قبل از تصویب قانون داورى تجاری بین المللی در ایران، داورى بین المللی در حقوق ایران مشمول مقررات قانون آیین دادرسی بود ولی با تصویب قانون مذکور که با اقتباس از قانون نمونه داورى آنسیترال (۱۹۸۵) تهیه و تصویب شده، احکام آن دو از یکدیگر جدا شده است. بنابراین برای پاسخ به سؤال مورد بحث، که آیا شرط داورى مستقل از قرارداد اصلی است یا نه، باید بین داورى داخلی و داورى بین المللی تفکیک قائل شویم .

#### ۵-۶- داورى داخلی

مقررات مربوط به داورى داخلی در باب هفتم از قانون آیین دادرسی مدنی ایران (۱۳۷۹)، طی مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ آمده است اما مسأله صلاحیت مرجع داورى در رسیدگی به صلاحیت خود و مسأله استقلال شرط داورى صریحاً در این مواد ذکر نشده است و چنانچه خواهیم گفت عدهای از حقوقدانان با اشاره به ماده ۴۶۱ قانون مذکور سعی کرده اند حکم کلی استخراج نمایند و شرط داورى را مستقل نمی دانند. بنابراین برای بررسی و پاسخ به این سؤال که آیا در حقوق ایران شرط داورى مستقل از قرارداد اصلی است یا شرط ضمن عقد محسوب می شود، باید به قواعد مربوط به تعهدات و شروط ضمن عقد در قانون مدنی مراجعه کنیم .

قواعد مربوط به شرط ضمن عقد در مواد ۲۳۳ تا ۲۴۶ قانون مدنی بیان گردیده است. با دقت در این مواد از قانون مدنی معلوم می شود که شرط داورى از نوع شرط ضمن عقد نیست زیرا:

اولاً، شرط داورى تابع قواعد خاص خود (مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ قانون آ.د.م.) می باشد ،

ثانیاً، منظور از شرط ضمن عقد معمولاً شروطی است که ناظر به خود معامله است و یکی از ارکان موضوع معامله را تشکیل می دهد، مانند شرایط مربوط به تسلیم یا اوصاف کالا یا پرداخت که نسبت به موضوع اصلی قرارداد جنبه تکمیل کننده یا توضیح دهنده دارند.

در قانون مدنی شرط ضمن عقد به تبعیت از فقه امامیه، به صورت شرط صفت، فعل یا نتیجه مورد بحث قرار گرفته است و موضوع و مجرای هر سه، همانا موضوع قرارداد و معامله است ، گرچه ممکن است شرط داورى به عنوان شرط فعل یا نتیجه تلقی شود، اما واقع مطلب این است که مادام که اختلافی بین طرفین ایجاد نشود، شرط داورى موضوعیت پیدا نمی کند و چه بسا هیچگاه به داورى مراجعه نشود.

این، برخلاف قطعیت شرط در معامله و برخلاف مقتضای عرفی و عقلی از اشتراط شرط (فعل یا نتیجه) در قرارداد است.

ثالثاً، ارجاع امر به داورى بصورت شرط ضمن معامله که در ماده ۴۵۵ قانون آ.د.م. تجویز گردیده، از نوع "شرط معاملاتی" نیست، بلکه موضوعاً جدا است و تابع قصد انشای جداگانه است.

در واقع شرط داورى مانند موافقت نامه داورى، یک قرارداد مستقل است و دارای موضوع مستقل و نیز قصد و رضای مخصوص به خود می باشد که به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر و به موجب ماده ۲۱۹ قانون مدنی لازم الاتباع است .

حتی در صورتیکه گفته شود شرط داورى در حکم شرط ضمن عقد است، باز هم به معنای تبعیت کامل آن از سرنوشت قرارداد اصلی نیست زیرا در خصوص شرایط ضمن عقد در حقوق مدنی، مواردی را می توان یافت که انحلال عقد اصلی لزوماً انحلال شرط را در پی ندارد.

به عنوان نمونه می توان به ماده ۷۳۳ قانونی مدنی در خصوص عقد حواله اشاره کرد که به موجب آن اگر حواله به صورت شرط ضمن بیع انجام شده باشد، در صورت فسخ یا اقاله بیع، حواله باطل و بلا اثر نمی شود. این قاعده، در سایر تعهدات نیز جاری است. ملاک اصلی در این ماده، به نظر ما، تجزیه پذیری شرط از قرارداد اصلی است. حواله و بیع دو معامله جدا است که ممکن است حواله بمنظور پرداخت ثمن در بیع، مورد استفاده قرار گیرد، اما چون قابل تفکیک است، قانونگذار سرنوشت آن دو را از هم جدا کرده است. همین استدلال در مورد تجزیه شرط داوری از قرارداد اصلی صادق است.

با فرض استقلال شرط داوری در سیستم حقوقی ایران، شک نیست که در صورت ادعای عدم تشکیل یا بی اعتباری قرارداد اصلی، داور یا داوران اختیار تصمیم گیری در خصوص چنین ادعایی را دارند و نیازی به مراجعه به دادگاه نیست.

این نظر با قصد و نیت واقعی طرفین مبنی بر مراجعه به داوری نزدیک تر است. بنابراین صرف ادعای بی اعتباری قرارداد اصلی یا بطلان آن، به شرط داوری تسری نمی یابد.

هر تفسیر دیگری راه را بر طرف پیمان شکن که در داوری خوانده دعوی قرار گرفته، هموار می کند که با طرح ادعای بی اعتباری یا بطلان قرارداد اصلی، از داوری بگریزد.

به علاوه، هدف از ارجاع به داوری حل و فصل کلیه اختلافات از جمله اختلاف طرفین درباره بی اعتباری یا عدم نفوذ یا بطلان قرارداد اصلی است و دلیلی وجود ندارد که این موضوع از حوزه شرط داوری خارج گردد.

عده ای با اشاره به ماده ۴۶۱ قانون آئین دادرسی مدنی گفته اند در داوریهایی داخلی، در صورت ادعای بی اعتباری معامله اصلی، موضوع از حوزه داوری خارج میشود زیرا دادگاه باید به اختلاف طرفین در خصوص اصل معامله رسیدگی کرده و تحقق معامله را احراز نماید و پس از احراز صحت و اعتبار معامله، مرجع داوری تشکیل می شود و بنابراین شرط داوری مستقل از قرارداد نیست.

ماده ۴۶۱ آ.د.م. می گوید "هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می نماید.

"به نظر ما این ماده در واقع معطوف به دو ماده قبلی درباره نحوه انتخاب داور است که اینک در قانون آئین دادرسی مدنی سابق (۱۳۲۸) همین ماده تحت شماره ۶۳۶ وجود داشت و با این عبارت شروع می شد «در مورد ماده قبل هرگاه...» و تردیدی باقی نمی گذاشت که حکم ماده ۶۳۶ ناظر به ماده ۶۳۵ بود.

اما طرفداران عدم استقلال شرط داوری آن را بعنوان یک ماده مستقل که حکم مستقلی را بیان میکند، دانسته اند. به عقیده ما، سیاق بیان در مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ بخوبی نشان می دهد که در این دو ماده قانونگذار در مقام بیان حکم و تعیین تکلیف در مواردی است که طرفین از معرفی داور امتناع می ورزند یا نمی توانند در انتخاب داور به توافق برسند.

سپس در ماده ۴۶۱ حکم یک موضوع فرعی را نیز بیان کرده، می گوید اگر در این قبیل موارد، در اساس معامله یا قرارداد بین طرفین اختلاف باشد، اساساً نوبت به تعیین داور و تشکیل مرجع داوری نمی رسد و لذا ابتدا باید دادگاه تکلیف قرارداد یا معامله اصلی را معلوم کند و سپس به تعیین داور بپردازد. حکم ماده ۴۶۱ یک حکم کلی نیست بلکه باید در پرتو دو ماده قبلی، تفسیر شود.

زیرا در صورتیکه طرفین داور خود را قبلاً معرفی کرده یا داور به طریق دیگری انتخاب شده باشد (مثلاً توسط مقام ناصب)، مرجع داوری بدرستی تشکیل شده و آماده کار شده است و دیگر نیازی به مداخله دادگاه برای حل اختلاف راجع به اصل معامله نیست.

بنابراین حکم مذکور در ماده ۴۶۱ ناظر به مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ بوده تنها در موارد مذکور در این دو ماده است که دادگاه و نه مرجع داوری، به اختلاف طرفین نسبت به اصل معامله یا قرارداد رسیدگی خواهد نمود. سابقه قانون گذاری در مواد ۶۳۵ و ۶۳۶ قانون آ.د.م. سابق نیز مؤید همین استنباط است.

#### ۵-۷- داوری بین المللی

و اما در داوریهایی تجاری بین المللی مسأله استقلال شرط داوری به صراحت پذیرفته شده و باب بحث و تردید بسته است. ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی ایران مقرر نموده: (داور میتواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود یا اعتبار موافقتنامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که بصورت جزئی از یک قرارداد باشد، از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقتنامه ای مستقل تلقی می شود. پذیرفتن استقلال شرط داوری ضمن قرارداد در داوریهایی بین المللی، راه این نظر که در داوریهایی داخلی هم میتوان از استقلال شرط داوری دفاع کرد، هموار کرده است (موحد، ۱۳۷۴).

#### نتیجه گیری

امروزه در تمام قراردادهای تجاری مهم به خصوص در قراردادهای تجاری بین المللی برای حل و فصل اختلافات آتی در ضمن قرارداد یا به صورت جداگانه شرط داوری لحاظ می گردد. روند اصلی در قوانین داوری اکثر کشورها و همچنین در مقررات و قواعد داوری سازمانهای

داوری بین المللی، آن است که شرط داوری را مستقل از قرارداد اصلی، در نظر بگیرند. بعضی از کشورها مقررات صریحی در خصوص استقلال شرط داوری وضع نموده اند و بعضی با تفسیر عبارات شرط داوری، قصد و نیت طرفین را در آنها جستجو می کنند و شرایط و اوضاع و احوال انعقاد قرارداد، و روابط تجاری قبلی طرفین و یا عرف ذیربط را برای تفسیر قرارداد و دلالت بر قصد طرفین به جدا نمودن شرط داوری از قرارداد اصلی، ملاک می دانند. مؤسسات و سازمانهای داوری بین المللی نیز اصل استقلال شرط داوری را در قواعد داوری خود پذیرفته اند، به گونه ای که اختلاف در خصوص وجود یا نفوذ یا اعتبار قرارداد اصلی تأثیری بر اعتبار شرط داوری نخواهد داشت و مرجع داوری تشکیل و به اختلاف طرفین نسبت به اصل قرارداد نیز رسیدگی خواهد نمود. این همان قاعده ای است که از آن به عنوان «صلاحیت به صلاحیت» یا «صلاحیت در احراز صلاحیت» یاد می شود. ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ این قاعده را صریحاً پذیرفته و وارد نظام حقوق ایران کرده است. گرچه قانون مذکور ناظر بر داوریهایی بین المللی است اما نشان دهنده نیت قانونگذار است و با الغاء خصوصیت از حکم مقرر در ماده مذکور میتوان و باید از آن برای تفسیر و توسعه حقوق داوری ایران استفاده کرد.



#### منابع و مراجع

- [۱] جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲.
- [۲] مدنی، سیدجلال الدین، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۰.

- [۳] کلایوم، اشمیتوف، ترجمه، اخلاقی، دکتر بهروز و دیگران، حقوق تجارت بین الملل، جلد اول، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- [۴] محبی، محسن، نظام داوری اتاق بازرگانی بین المللی، انتشارات کمیته ایرانی داوری بین المللی، ۱۳۸۴.
- [۵] جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول.
- [۶] موحد، دکتر محمد علی، درس هایی از داوری های نفتی، تهران، انتشارات دفتر خدمات حقوقی و بین المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۴، جلد اول.
- [۷] ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین الملل عمومی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
- [۸] محبی، محسن؛ بیانیه های الجزایر، تهران، نشر خط سوم، ۱۳۷۸، چاپ اول.
- [۹] اعتمادی، فرهاد: دادگاه داوری دعاوی ایران و امریکا، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴، چاپ اول.
- [۱۰] بردبار، محسن، صلاحیت در دیوان های داوری بین المللی، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۸۴، چاپ اول.
- [۱۱] سیفی، سید جمال، قانون داوری تجاری بین المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال، مجله حقوقی، سال ۷۷، شماره ۲۳.
- [۱۲] جنیدی، دکتر لعیا، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، موسسه مطالعات و پژوهش های حقوق تهران، ۱۳۸۱، شماره ۲۱۷.

