



University of Tehran Press

## Private Law

Online ISSN: 2423-6209

Home Page: <https://jolt.ut.ac.ir>

# An Analysis of the Validity of Asymmetrical Arbitration Clauses Under Iranian Law

Mohamad Sardoeinasab<sup>1</sup> | Behnam Molavi<sup>2\*</sup>

1. Professor of law, Department of Oil and Gas Law, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. E-mail: [sardoeinasab@ut.ac.ir](mailto:sardoeinasab@ut.ac.ir)

2. Corresponding Author, Department of International Trade Law, Faculty of Law, University of Tehran, Tehran, Iran. E-mail: [b.molavi76@yahoo.com](mailto:b.molavi76@yahoo.com)

### ARTICLE INFO

**Article type:**  
Research Article

**Article History:**

Received January 11, 2024

Revised July 27, 2024

Accepted July 30, 2024

Published online 09 September 2024

**Keywords:**

*Asymmetrical arbitration agreements,*

*Equal treatment,*

*International commercial arbitration,*

*Party autonomy,*

*Standard clauses.*

### ABSTRACT

Even though asymmetric arbitration clauses seem to be used frequently in dispute resolution clauses for various industries especially, finance industry, there is no statutory guidance with regard to the validity of such clauses. Ultimately, the validity and use of asymmetric arbitration clauses depend on the circumstances in a specific jurisdiction. On the one hand, recognition of the parties' autonomy in the incorporation of the agreed terms, and on the other hand, the injustice caused by misusing these clauses and inequality of the parties are among issues examined in this article. Under the arbitration section of Iran's civil procedure law, arbitration is considered an exceptional dispute resolution mechanism, and it recognizes arbitration when the parties have agreed to refer their disputes to arbitration. This arbitration section has no specific regulation when only one of the parties has the right to refer the dispute to arbitration. This article studies the validity of asymmetric arbitration clauses under the laws of the Islamic Republic of Iran. Also, this paper by way of comparative analysis, seeks to explore the background of one of the imperative principles, i.e., equal treatment. This article finds that unless in exceptional circumstances, there is no obstacle to recognition of the validity of asymmetric arbitration clauses under Iran's law. But, the validity of these clauses faces with serious challenges when there is a significant difference between the parties bargaining power in disputes involving consumer rights.

**Cite this article:** Sardoeinasab, M. & Molavi, B. (2024). An Analysis of the Validity of Asymmetrical Arbitration Clauses Under Iran's Law. *Private Law*.21 (1), 29-41. DOI: <http://doi.org/10.22059/JOLT.2024.370697.1007265>



© Mohamad Sardoeinasab, Behnam Molavi

**Publisher:** University of Tehran Press.

DOI: <http://doi.org/10.22059/JOLT.2024.370697.1007265>



## تحلیل اعتبار شروط داوری نامتقارن در نظام حقوقی ایران

محمد ساردوئی نسب<sup>۱</sup> | بهنام مولوی<sup>۲\*</sup>۱. استاد، گروه حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: [sardoeinasab@ut.ac.ir](mailto:sardoeinasab@ut.ac.ir)۲. نویسنده مسئول، گروه حقوق تجارت بین‌الملل، دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: [b.molavi76@yahoo.com](mailto:b.molavi76@yahoo.com)

## چکیده

## اطلاعات مقاله

اگرچه شروط داوری نامتقارن در بخش‌های مختلف به‌ویژه مؤسسات پولی به طور مکرر استفاده می‌شوند، حکم قانونی روشنی در رابطه با اعتبار آن نمی‌توان یافت. در نهایت، اعتبار و الزام‌آوری شروط داوری نامتقارن بسته به اوضاع و احوال خاص هر قلمرو قضایی است. معتبر شناختن اراده طرفین در درج شروط مورد توافق از یک سو و بی‌عدالتی حاصله از سوءاستفاده از این شروط و نابرابری طرفین جهاتی هستند که در این تحقیق مورد بررسی قرار گرفته‌اند. قانونگذار ما در باب داوری در قانون آیین دادرسی مدنی داوری را امری استثنائی تلقی کرده و صرفاً به موردی که طرفین اختلاف اختلافات را به داوری ارجاع کرده‌اند بسنده کرده و موردی را که یکی از طرفین این اختیار را دارد و دیگری از آن محروم است را مورد حکم قرار نداده است. این پژوهش ضمن تحقیق در ریشه اصل رفتار مساوی مندرج در ماده ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی، اعتبار شروط داوری نامتقارن را در حقوق ایران مورد بررسی قرار داده و به این نتیجه رسیده که جز در موارد خاص و محدود مانعی برای اعتبار این شروط در حقوق ایران وجود ندارد. اما در مواردی که این شروط به طور تحمیلی و در رابطه بین عرضه‌کننده و مصرف‌کننده تحمیل می‌شود اعتبار آن با چالش جدی مواجه است.

## نوع مقاله:

پژوهشی

## تاریخ‌های مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۲۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۵/۰۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۱۴

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۶/۱۹

## کلیدواژه:

حاکمیت اراده،

داوری تجاری بین‌المللی،

رفتار مساوی با طرفین،

شروط استاندارد،

شروط داوری نامتقارن.

استناد: ساردوئی نسب، محمد و مولوی، بهنام (۱۴۰۳). تحلیل اعتبار شروط داوری نامتقارن در نظام حقوقی ایران. حقوق خصوصی، ۲۱ (۱) ۲۹-۴۱.

DOI: <http://doi.org/10.22059/JOLT.2024.370697.1007265>

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

© محمد ساردوئی نسب، بهنام مولوی

DOI: <http://doi.org/10.22059/JOLT.2024.370697.1007265>

## مقدمه

شروط داوری نامتقارن یکی از شروط نمونه حقوقی است که در آن اختیار ارجاع اختلاف به داوری به یکی از طرفین توافق اعطا می‌شود؛ طوری که این طرف می‌تواند طرف دیگر را ملزم به شرکت در فرایند داوری کند. این شروط در انواع قراردادهای و توافقات بین‌المللی، از جمله در قراردادهای اجاره کشتی یا چارتر پارتی، تأمین مالی بین‌المللی، و معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به طور متداول دیده می‌شود (Nesbitt & Quinlan, 2006: 134; Smit, 2009: 392).

قانونگذار ایران داوری را امری استثنائی در نظام قضایی تلقی می‌کند و تنها مواردی را مورد حکم قرار می‌دهد که طرفین به داوری ارجاع داده‌اند، بدون آنکه موردی را که یکی از طرفین این اختیار را دارد و دیگری محروم است مورد توجه قرار دهد. پرسش اصلی که این نوشتار به دنبال پاسخ آن است قابلیت اجرای این شروط تحت حاکمیت قانون ایران است. مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن‌ها را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». همچنین مطابق ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که معایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست». بنابراین حاکمیت اراده در قانون ایران تا جایی که مخالف قانون آمره و نظم عمومی و فقه اسلامی نباشد از حمایت قانونی برخوردار است.

سابقاً، مقالاتی با موضوع مرتبط با عنوان‌های «اعتبار شروط یک‌طرفه تعیین صلاحیت داوری در داوری تجاری بین‌المللی» (سربازیان و رستم‌زاده اصلی) و همچنین «بررسی تطبیقی اعتبار شروط حل اختلاف یک‌جانبه» (جعفری‌ندوشن و زرین) نوشته شده‌اند. آنچه این نوشتار را از تحقیقات پیشین متمایز می‌سازد ارائه تحلیلی جامع از تقابل اصل رفتار مساوی، به عنوان اصل آمره مندرج در ماده ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی، و اصل حاکمیت اراده است. این نوشتار با تأکید بر چالش‌هایی که اصل رفتار مساوی برای اعتبار توافقات داوری نامتقارن می‌تواند ایجاد کند به بحث درباره شرایط خاص و استثنایی، مانند در معرض خطر بودن حقوق مصرف‌کننده، که تحت شرایطی باعث سلب اعتبار از این توافقات داوری می‌شود، می‌پردازد. در ادامه، در کنار بحث درباره قوانین آمره‌ای که ممکن است در مورد شرایط داوری نامتقارن نقض شوند قصد داریم به بررسی تعادل قراردادی در فقه اسلامی نیز بپردازیم.

## ۱. توافقات داوری نامتقارن و احتمال نقض قوانین امری

ضروری است که یک توافق داوری معتبر برای تعیین صلاحیت دیوان داوری وجود داشته باشد. این توافق نباید با نظم عمومی در تضاد باشد. مفهوم نظم عمومی شامل قوانین و ترتیباتی است که منافع عمومی را حفظ می‌کنند، جریان کارهای دولتی را بهبود می‌بخشند، و از لحاظ اخلاقی و امنیتی اطمینان فراهم می‌کنند. در واقع، این نظم باید، بدون توجه به نظرات فردی، منافع کلی جامعه را تأمین کند و نتواند توسط فرد یا افرادی تغییر یابد یا نقض شود (الماسی، ۱۳۹۱: ۱۲۹).

نظم عمومی شامل مجموعه‌ای از قوانین است که به عنوان «قوانین آمره» شناخته می‌شوند، بدون توجه به اینکه آن قوانین به حقوق خصوصی یا عمومی مربوط باشند. در حقوق ایران، شرط داوری نامتقارن در صورتی که مغایرتی با نظم عمومی و عدالت معاوضی نداشته باشد صحیح است (سربازیان و رستم‌زاده اصلی، ۱۳۹۶: ۳۷۸). در ادامه، به منظور بحث درباره قوانین آمره‌ای که ممکن است در مورد شروط داوری نامتقارن نقض شوند قصد داریم به بررسی غیرمنصفانه بودن شروط داوری نامتقارن در قالب شروط تحمیلی و الحاقی، حقوق مصرف‌کننده، اصل رفتار مساوی در داوری تجاری، و اختیاری شدن اجرای قرارداد بپردازیم.

### ۱.۱. غیرمنصفانه بودن شروط داوری نامتقارن در قالب شروط تحمیلی و الحاقی

هر حقی، هرچند برای صاحبانش امتیازی محسوب می‌شود، ممکن است در بعضی موارد با آسیب‌رسانی به دیگران همراه باشد. صاحبان حق می‌توانند به طور ناخواسته یا با سوءاستفاده از این امتیازات برای دیگران زحمت‌آفرین باشند. هدف از تضمین حقوق افراد برقراری عدالت در جامعه است. بنابراین، قانونگذار همیشه باید توجه داشته باشد که برخوردهای حاکمیتی به نحوی باشد که به کسی زیان نرساند و عدالت را به خطر نیندازد (بهرامی احمدی، ۱۳۷۷: ۲۰). زیاده‌خواهی در اجرای حق نه تنها از نظر اخلاق

بلکه از نظر حقوق نیز نکوهیده است (کاتوزیان، ۱۳۵۸: ۱۰۵). در حقوق اسلامی ممنوعیت سوءاستفاده از حق را می‌توان بر مبنای قاعده لاضرر توجیه کرد (قنواتی و جعفری هرندی، ۱۳۹۸: ۳۶۱).

در ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی آمده است: «اعمال ذیل که منجر به اختلال در رقابت می‌شود ممنوع است: ... ط) سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط به یکی از روش‌های زیر: ... ۲. تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه.» گفته شده منظور از شروط تحمیلی شروطی هستند که یکی از دو طرف با سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی و اجتماعی یا تخصص خویش به طرف دیگر تحمیل می‌کند (کریمی، ۱۳۶۲: ۷۰).

در نظام حقوقی ایران ابهامات بسیاری در خصوص اعمال نظریه غیرمنصفانه بودن قرارداد و آثار آن وجود دارد. از طرفی پذیرش این نظریه به شکلی که در حقوق امریکا مطرح است به دلیل اعطای اختیار گسترده به محاکم قابل قبول نیست و از طرف دیگر مانند حقوق کشورهای اروپایی نظام جامعی وجود ندارد (ساردوئی‌نسب و کاظم‌پور، ۱۳۹۰: ۷۰). آنچه در قوانین مختلف و پراکنده آمده است یا همانند خیار غبن آن قدر ناکافی و غیرشامل است که غالب موارد قراردادهای غیرمنصفانه را پوشش نمی‌دهد یا همانند قانون دریایی ایران به حدی جزئی و ناظر بر موارد خاص است که نمی‌توان از آن قاعده‌ای کلی را استخراج کرد (ساردوئی‌نسب و کاظم‌پور، ۱۳۹۰: ۷۰).

می‌توان گفت غیرمنصفانه بودن قرارداد یا شرط حالتی از قرارداد یا شرط است که بر اساس برداشت قضایی دادرس موجب سوءاستفاده طرف دارای موقعیت برتر از طرف ضعیف‌تر قرارداد می‌شود. این حالت می‌تواند ناشی از نابرابری طرفین در قدرت معاملی یا توان چانه‌زنی افراد باشد، به صورتی که غیرمنصفانه جلوه کند (ساردوئی‌نسب و کاظم‌پور، ۱۳۹۰: ۴۴).

غیرمنصفانه بودن به دو قسم شکلی و ماهوی تقسیم می‌شود. غیرمنصفانه بودن شکلی به شرایطی گفته می‌شود که در مرحله انعقاد و در فرایند تشکیل قرارداد نوعی نابرابری در وضعیت طرفین وجود دارد که به ظالمانه شدن قرارداد یا بخشی از آن به زیان یک طرف منجر می‌شود. مؤلفه‌هایی در رابطه با غیرمنصفانه بودن شکلی وجود دارند که عموماً موجب کاهش قدرت چانه‌زنی در فرایند انعقاد قرارداد می‌شوند، گرچه تأثیر آن‌ها در قدرت چانه‌زنی قطعی نیست. از این مؤلفه‌ها می‌توان به حجم تشکیلات یک طرف در مقابل طرف دیگر، اضطراب و ضرورت، در اختیار داشتن منابع بیشتر، الحاقی بودن شروط، اعمال نفوذ ناروا، فقدان حق انتخاب اشاره کرد.

شروط الحاقی از مؤلفه‌هایی‌اند که با غیرمنصفانه بودن شکلی در ارتباط‌اند. در شرط الحاقی، طرفین بعد از انعقاد قرارداد توافق می‌کنند که در قراردادی که منعقد کرده‌اند، یعنی با همان اراده‌ای که قرارداد اصلی را به وجود آورده‌اند، قرارداد را تکمیل کنند. بنابراین طرفین قرارداد درباره چگونگی اجرای تعهدهای ناشی از قرارداد توافق جدیدی می‌کنند و بنابراین این اراده معطوف به اراده قبلی است. در واقع، قرارداد تبعی جدید راجع به قرارداد قبلی و بر آن تأثیرگذار است (محقق‌داماد، ۱۳۸۸: ۵۲۰ - ۵۲۱). شروط الحاقی قطعاً لازم‌الوفاء هستند و نباید در لزوم آن‌ها تردید کرد (علوی قزوینی و رضانی، ۱۳۹۹: ۱۰۱۵).

غیرمنصفانه بودن ماهوی ناظر بر نتایج حاصل از قرارداد برای طرفین است و برای تشخیص آن قرارداد از نظر محتوا بررسی می‌شود. به طور قطع یکی از معیارهای غیرمنصفانه بودن ماهوی عدم تعادل بین حقوق و تعهدات طرفین است (ساردوئی‌نسب و کاظم‌پور، ۱۳۹۰: ۵۲). غیرمنصفانه بودن ماهوی نیز مؤلفه‌هایی دارد که عبارت‌اند از: تعادل دو عوض و حدود تعادل آن، میزان سودمندی قرارداد، دشواری اجرای شروط قراردادی.

برخی بر این نظرند که عدم تعادل موجود در شروط داوری نامتقارن در نحوه نگارش و ظاهر این شروط است. زیرا از ظاهر این شروط استنباط می‌شود که برای حفظ حقوق و منفعت یک طرف قرارداد (عموماً طرف قوی‌تر) تنظیم شده‌اند و چنین ظاهری نمی‌تواند حتی در قراردادهای الحاقی یا مصرف‌کننده یا در جایی که ذی‌نفع شرط موقعیتی انحصاری دارد توجیه محکمی برای رد اعتبار شروط داوری نامتقارن باشد (جعفری‌ندوشن و زرین، ۱۳۹۹: ۲۶۷). اما به نظر نویسنده نمی‌توان ادعا کرد ماهیت شروط داوری نامتقارن به شروط غیرمنصفانه نزدیک نیست. زیرا عدم تعادل موجود در شروط داوری نامتقارن صرفاً ظاهری نیست. یک شرط داوری نامتقارن در عمل ممکن است پیامدهایی داشته باشد که برای طرف ضعیف‌تر غیرمنصفانه محسوب می‌شود. در این خصوص می‌توان به حکم یک دادگاه آلمانی درباره غیرمنصفانه بودن یک شرط داوری نامتقارن که در قرارداد الحاقی آمده بود

اشاره کرد. مطابق شرط حل اختلاف مندرج در قرارداد، دادرسی به عنوان روش پیش فرض حل اختلاف مقرر شده بود. اما در عین حال به یکی از طرفین اجازه ارجاع اختلاف به داوری داده شده بود. دادگاه، ضمن حکم بر ناعادلانه بودن شرط داوری نامتقارن، شرط را باطل اعلام کرد. زیرا «طرفی که ذی نفع شرط نبود چاره‌ای جز ارجاع دعوی‌اش به دادگاه نداشت. درحالی که طرف دیگر می‌توانست دادرسی را با انتخاب داوری متوقف کند و خواهان با طرح دعوی هزینه‌های ناخواسته متحمل می‌شد.»<sup>۱</sup> بنابراین، به نظر می‌رسد بتوان یک شرط داوری نامتقارن را یک شرط نامنصفانه محسوب کرد.

اگر دادگاه در بررسی شرایط قرارداد متوجه شود طرفی که حق یک‌جانبه برای طرح دعوی در مراجع داوری دارد هنگام معامله دارای موقعیت معامله‌گری انحصاری بوده یا قدرت معامله‌گری‌اش به میزانی زیاد بوده که طرف معامله چاره‌ای جز تن دادن به چنین معامله‌ای نداشته و بدین وسیله شروط غیرمنصفانه‌ای همچون شرط داوری نامتقارن تحمیل شده است، می‌تواند نظر به بطلان این شروط در این شرایط خاص بدهد. از آنجا که شروط داوری نامتقارن بیشتر در قراردادهای تأمین مالی بین بانک و اشخاص حقیقی یا حقوقی مختلف درج می‌شوند، ماهیت این شروط به شروط غیرمنصفانه و تحمیلی نزدیک می‌شود. چون، در این قراردادها، بانک قدرت چانه‌زنی به مراتب بالاتری دارد. بنابراین، غیرمنصفانه بودن این شروط در مباحث حقوق رقابت و حقوق مصرف‌کننده می‌تواند مانعی بر سر اعتبار این شروط تلقی شود.

### ۲.۱. حقوق مصرف‌کننده

در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، مصرف‌کننده به هر شخص حقیقی یا حقوقی که کالا یا خدمتی خریداری کند اطلاق می‌شود. در این قانون عرضه‌کنندگان خدمات کلیه تولیدکنندگان، واردکنندگان، توزیع‌کنندگان، فروشندگان کالا، و ارائه‌کنندگان خدمات اعم از فنی و حرفه‌ای و همچنین کلیه دستگاه‌ها، مؤسسات، و شرکت‌هایی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر یا تصریح نام است و به طور مستقیم یا غیرمستقیم و به صورت کلی یا جزئی کالا یا خدمت به مصرف‌کننده ارائه می‌کنند را در بر می‌گیرد. در ماده ۸ این قانون آمده است: «هر گونه تبانی و تحمیل شرایط از سوی عرضه‌کنندگان کالا و خدمات، که موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت یا افزایش قیمت شود، جرم محسوب می‌شود». همچنین در بند ۵ ماده ۱ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان «تحمیل شرایط غیرعادلانه بر اساس عرف در معاملات» از جمله مصادیق تبانی عنوان شده است. در قسمت قبل، به این موضوع پرداخته شد که شروط داوری نامتقارن را می‌توان جزء شروط غیرمنصفانه یا ناعادلانه محسوب کرد و به همین سبب است که در اغلب دولت‌های عضو اتحادیه اروپا نیز شرطی که مصرف‌کننده را ملزم به ارجاع اختلاف به داوری کند الزام‌آور نیست (سربازیان و رستم‌زاده اصلی، ۱۳۹۶: ۳۶۶).

گفتنی است، چون در تجارت بین‌الملل به ندرت پای مصرف‌کننده عادی به میان می‌آید، قوانین و مقرراتی که در حقوق بعضی از کشورها وجود دارد و به دادگاه اجازه می‌دهد در حمایت از مصرف‌کننده دخالت و شرایط قراردادی را تعدیل کند در مورد قراردادهای استانداردی که در تجارت بین‌الملل مورد استفاده قرار می‌گیرند مجری نخواهد بود (شیروی، ۱۳۹۸: ۱۶۴). بنابراین در مورد حقوق مصرف‌کننده باید بین قرارداد تجاری بین‌المللی و دیگر قراردادهای عادی تفکیک قائل شد و در صورتی که یک طرف قراردادی که فاقد وصف بین‌المللی است عرضه‌کنندگان نام‌برده در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و طرف دیگر مصرف‌کننده باشند و در چنین قراردادی شرط داوری نامتقارن درج شده باشد، بی‌گمان باید رأی به بطلان چنین شرطی داد. چون بدین وسیله از حقوق مصرف‌کننده حمایت لازم به عمل می‌آید.

برای توضیح، می‌توان به حکم صادره از دادگاه تجدیدنظر ترکیه در سال ۲۰۱۱ توجه کرد. در این پرونده خواهان مالک یک کشتی بود که قرارداد خدمات نجات با خواننده، یک ایالت خودمختار، منعقد کرده بود.<sup>۲</sup> قرارداد دربردارنده یک شرط داوری نامتقارن بود که اختیار ارجاع اختلاف به داوری را تنها به ایالت خودمختار می‌داد. در طول مأموریت نجات، دپارتمان پلیس ساحلی ایالت خودمختار باعث ورود خسارت به کشتی شد. مالک کشتی اقدام به اقامه دعوی خسارت و استرداد اجرت پرداخت‌شده خدمات نجات علیه ایالت خودمختار در دادگاه ترکیه کرد و خواننده با اقامه ایراد صلاحیت خواستار داوری مطابق با شرط داوری

1. BGH (Federal Court of Justice) judgement, September 24, 1998, III ZR 133-97.

2. Court of Cassation, 11th Civil Law Division, Feb, 15, 2011, Decision no. 2011/1675.

شد. دادگاه بدوی با خواننده موافقت کرد و حکم داد اختلاف باید به داوری ارجاع شود. دادگاه تجدیدنظر رأی بدوی را نقض کرد و حکم داد که شرط داوری به خاطر نامتقارن بودن باطل است. دادگاه تجدیدنظر چنین یافت که طرف ذی‌نفع می‌تواند مانع رسیدگی دادگاه به وسیله شرط داوری بشود؛ درحالی‌که طرف دیگر اختیار توسل به داوری را ندارد. بنابراین، دادگاه‌ها در مواردی که حقوق مصرف‌کننده در معرض تضییع باشد شروط داوری نامتقارن را باطل اعلام کرده‌اند.

### ۱.۳. اصل رفتار مساوی در داوری تجاری

یکی از مقررات آمره که طرفین نمی‌توانند خلاف آن توافق کنند رفتار مساوی با طرفین است که در ماده ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر شده است (شیروی، ۱۳۹۶: ۱۹۳). علاوه بر آن، این اصل در ماده ۱۸ قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی آنسیترال درج شده و نویسندگان متعددی آمره بودن این اصل را قبول دارند (Born, 2014: 1567; Jenkins, 2013: 159; Scherer et al., 2018: 5). مطابق ماده ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی «رفتار با طرفین باید به نحوه مساوی باشد و به هر کدام از آنان فرصت کافی برای طرح ادعا یا دفاع و ارائه دلایل داده شود». بررسی‌های صورت‌گرفته در این مقاله نشان می‌دهد اصل رفتار مساوی، علاوه بر مرحله رسیدگی به دعوا، در مرحله پیش از آغاز فرایند داوری، یعنی در تشکیل توافق داوری، نیز اعمال می‌شود. این موضوع باعث شده در زمینه دکتین حقوقی، زمانی که از اعتبار شروط نامتقارن داوری سخن می‌رود، یکی از محورهای مورد بحث اصل رفتار مساوی باشد که در ماده ۱۸ قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی آنسیترال آمده است.

تنها اصلی که در داوری تجاری بین‌المللی در رابطه با شروط داوری نامتقارن می‌تواند محدودیت جدی برای حاکمیت اراده ایجاد کند اصل رفتار مساوی است. در سال ۱۹۹۲، در پرونده داتکو<sup>۱</sup>، دادگاه فرانسه به اهمیت رسیدگی منصفانه پرداخت. در این پرونده، که به خواسته نقض رأی داوری اقامه شده بود، دادگاه یک رأی راه، که در یک فرایند داوری با حضور سه نفر صادر شده بود، نقض کرد. در فرایند داوری، خوانندگان مدعی بودند که به جای تعیین یک داور مشترک هر یک از آن‌ها داور خود را انتخاب کند. طبق توافق داوری، هیئت داوری باید از سه نفر تشکیل می‌شد و هر طرف حق انتخاب یک داور را داشت و سومین داور توسط دو داور انتخابی تعیین می‌شد. خوانندگان ضمن اعتراض به این روند ناچار به انتخاب یک داور مشترک شدند. دادگاه این رأی را به دلیل نقض حقوق خوانندگان در تعیین داور و نقض اصل رفتار مساوی باطل کرد. زیرا این روند قدرت و نفوذ بیشتری را به یکی از طرفین نسبت به دیگری در تشکیل هیئت داوری می‌داد. دادگاه تأکید کرد که «اصل تساوی طرفین در تعیین داوران با نظم عمومی در ارتباط است».

پرونده داتکو پیامدهای قابل توجهی داشت؛ طوری که موجب شد بلافاصله بعد از صدور حکم این پرونده تعدادی از مؤسسات برجسته داوری از جمله اتاق بازرگانی بین‌المللی و دیوان داوری بین‌المللی لندن قواعد خود را اصلاح کنند (Scherer et al., 2018: 8). در حال حاضر این قواعد به این شکل هستند که در داوری‌های متشکل از بیش از دو شخص خواهان و خواننده باید مشترکاً داور خودشان را انتخاب کنند که در صورت بروز ایراد به وسیله هر یک از طرفین مؤسسه داوری همه داوران هیئت را تعیین می‌کند (Scherer et al., 2018: 8).<sup>۲</sup> پرونده داتکو باعث شد این سؤال به وجود آید که از چه زمانی اصل رفتار مساوی به روابط بین طرفین توافق داوری اعمال می‌شود؛ از زمان تشکیل توافق یا از زمان شروع رسیدگی.

اصل رفتار منصفانه همواره مهم‌ترین ایراد سلب اعتبار از توافقات داوری نامتقارن در قانون نمونه آنسیترال بوده است. چون این اصل ریشه در داوری تجاری بین‌المللی دارد، باید احکام مربوط به آن را نیز از طریق دکتین و سوابق قضایی جست‌وجو کرد. موضوع پرونده داتکو در پرونده سانتاندر برزیل علیه پاراناپانما<sup>۳</sup> صادره از دیوان عالی عدالت برزیل نیز مطرح شد. خواهان در سال ۲۰۱۰ اقدام به طرح دعوی علیه خوانندگان، که دو شخص بودند، کرده بود. قواعد داوری سازمانی در آن زمان واجد تبصره خاصی در رابطه با اختلافاتی که بیش از دو شخص طرفین آن‌ها باشند نبود و وقتی خوانندگان از انتخاب داور مشترک ناکام ماندند رئیس مؤسسه داوری به نیابت از آن‌ها داورشان را انتخاب کرد. بعد از صدور رأی، یکی از خوانندگان با این توجیه که رویه اتخاذشده توسط

1. Sociétés BKMI et Siemens v. Société Dutco.

2. 2017 ICC Rules, Arts. 12(6), (8); 2014 LCIA Rules, Art. 8.1.

3. Santander Brasil v. Parapanema.

رئیس مؤسسه جهت تعیین اعضای هیئت داوری خلاف قاعده و ناعادلانه بوده است، دعوی نقض رأی داوری را اقامه کرد. دیوان عالی این ایراد را پذیرفت و به علت نقض اصل رفتار مساوی در فرایند تشکیل هیئت داوری رأی داوری را باطل اعلام کرد. چنان که از پیش‌نویس‌های قانون نمونه آنسیترال پیداست، قصد بر این بوده که اصل رفتار مساوی درج شده در ماده ۱۸، علاوه بر اقدامات انجام شده به وسیله دیوان داوری، بر توافقات مربوط به رسیدگی انجام شده بین طرفین نیز اعمال شود (Holtzmann & Neuhaus, 1984: 550). در نخستین نسخه‌های پیش‌نویس ماده ۱۸ قانون نمونه آنسیترال، ظاهراً نظر بر این بوده که اصل رفتار مساوی فقط به وسیله دیوان داوری در فرایند رسیدگی رعایت شود. اما در پنجمین و آخرین جلسه پیش‌نویسی قانون نمونه کارگروه نتیجه گرفت که متن به نحوی اصلاح شود که اصل رفتار مساوی و حق مطرح کردن دفاعیات به گونه‌ای مورد تأکید قرار گیرد که نه تنها به وسیله دیوان داوری، بلکه به وسیله طرفین در زمان تعیین آیین رسیدگی رعایت شود (Holtzmann & Neuhaus, 1984: 551). به علاوه، برخی از دکتربین بر این نظرند که حتی در طول مذاکره و مرحله انعقاد قرارداد اصل رفتار مساوی محدودکننده اصل حاکمیت اراده است. چون نه تنها بر حکم دیوان داوری در موارد شکلی و ماهوی اثر می‌گذارد، بلکه بر قابلیت اجرای رأی صادره نیز اثرگذار است (Born, 2014: 991; Fouchard et al., 1999: 684; Draguiev, 2014: 32).

در نتیجه، همان‌طور که از نظر دکتربین و آرای قضایی مطرح در این بخش پیداست، به‌رغم اعمال اصل برابری در مرحله تشکیل توافق داوری، این اصل در جاهایی اعمال می‌شود و به تقابل با اصل حاکمیت اراده می‌پردازد که در رسیدگی داوری مؤثر است و از یک رسیدگی نامنصفانه جلوگیری می‌کند.

### ۱.۳.۱. تقابل اصل رفتار مساوی و اصل حاکمیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی

در ادامه، به‌اختصار به جایگاه اصل حاکمیت اراده در داوری بین‌المللی پرداخته می‌شود. سپس برای اینکه معلوم شود حد و مرز اصل حاکمیت اراده در رابطه با اصل رفتار مساوی به چه صورتی است دو منبع دکتربین و رویه قضایی در این موضوع مورد بررسی قرار می‌گیرند.

#### ۱.۳.۱.۱. اصل حاکمیت اراده به عنوان سنگ‌بنای داوری تجاری بین‌المللی

ذات داوری بر پایه توافق میان طرفین نهاده شده است و همین باعث شده تا از اصل حاکمیت اراده به عنوان سنگ‌بنای داوری تجاری بین‌المللی یاد شود. اصل حاکمیت اراده به طور جهانی به عنوان پایه و اساس داوری پذیرفته شده است (Redfern & Hunter, 2004: 315). همچنین برخی بر این نظرند که هنگام دستیابی به یک توافق داوری اصل حاکمیت اراده از اهمیتی سرنوشت‌ساز برخوردار است (Ahmed, 1999: 515; Moses, 2008: 1). برای همین بعضی می‌گویند طرفین باید به طور کامل در فرایند تصمیم‌گیری و انعقاد یک توافق دوجانبه آزاد باشند (Caelevaris, 2016: 2; Rosenfeld, 2006: 419). حتی یکی از دکتربین آن‌قدر به برابری طرفین اهمیت داده که در خطر افتادن برابری را به رضای طرفین توافق داوری گره زده و بر این نظر است که عدم رفتار برابر با طرفین باعث می‌شود تمایلشان برای رضایت به داوری به خطر بیفتد (Wolff, 2019: 429).

بند ۱ ماده ۱۹ قانون نمونه آنسیترال در رابطه با داوری تجاری بین‌المللی بیان می‌دارد طرفین در تعیین رویه‌ای که توسط هیئت داوری برای رسیدگی باید اتخاذ شود آزادند. چنین حاکمیت اراده‌ای باعث شده طرفین این امکان را داشته باشند تا توافق داوری‌ای تنظیم کنند که به بهترین شکل پاسخگوی نیازها و اوضاع و احوال رابطه قراردادی‌شان است (Mulcahy, 2004: 176). همین ویژگی باعث شده مطابق بند ۱ از ماده ۱۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران طرفین بتوانند به شرط رعایت مقررات امره این قانون در مورد آیین رسیدگی داوری توافق کنند. چنین اصلی در همه قوانین مربوط به داوری در قلمروهای مختلف قضایی درج شده است (Born, 2014: 2130). به خاطر این اصل، در ماده ۲ کنوانسیون نیویورک از کشورهای متعهد خواسته شده به توافقات مربوط به فرایند داوری ترتیب اثر دهند. همچنین، مطابق بند ۴ بخش ۱ از ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، در صورتی که تشکیل فرایند یا صلاحیت داوری منطبق بر توافق طرفین نباشد یا در صورت فقدان چنین توافقی منطبق بر قانون کشور مقرر داوری نباشد، رأی صادره قابل ابطال خواهد بود.

توافقی بودن شروط داوری نامتقارن یکی از اصلی‌ترین استدلال‌های موافقان پذیرش این شروط است (سربازیان و رستم‌زاده اصلی، ۱۳۹۶: ۳۷۲). دادگاه‌های انگلیس به طور پیوسته با هدف حمایت از حاکمیت اراده شروط داوری نامتقارن را لازم‌الاجرا می‌دانند (Nesbitt & Quinlan, 2006: 134). از زمانی که شروط داوری یک‌جانبه در پرونده وولف به طرفیت شرکت خدماتی کالیز<sup>۱</sup> در سال ۱۹۴۷ مورد قبول واقع شد، تمایل به تأیید شروط داوری نامتقارن در انگلیس افزایش پیدا کرد. در این پرونده، شرط داوری درج‌شده در قرارداد تنها به مشتری حق ارجاع اختلاف به داوری را می‌داد. دادگاه این‌گونه اعلام داشت: «به نظر من، نابرابری موجود در این نوع از شروط داوری ماهیت آن را از ماهیت ذاتی دیگر شروط داوری جدا نمی‌کند».

در سال ۱۹۸۶، در پرونده پیتالیس، قاضی دادگاه انگلیس، در تأیید شرط داوری نامتقارن، اظهار داشت: «من هیچ دلیلی نمی‌بینم که اگر بین دو نفر توافق شده که یکی به‌تنهایی حق ارجاع موضوع به داوری را داشته باشد بر مبنای چنین ارجاعی مرجع داوری نباید تشکیل شود. یک توافق کاملاً دوجانبه وجود دارد که قرارداد را برای ارجاع یک‌جانبه به داوری تشکیل داده است. این قضیه که فقط یکی از طرفین اختیار اجرای شرط داوری را دارد به نظر من نامربوط است ... من فکر می‌کنم این عبارت که شرط باید حق مراجعه دوجانبه به داوری اعطا کند صحیح نیست. آنچه لازم است وجود قراردادی است که حق مراجعه به داوری را اعطا کند».

در نتیجه، اصل حاکمیت اراده، که از آن به عنوان سنگ‌بنای داوری تجاری یاد می‌شود، از چنان جایگاهی برخوردار است که به‌سادگی نمی‌توان برای آن محدودیت قائل شد.

### ۱.۳.۱. تحلیل تقابل اصل رفتار مساوی و اصل حاکمیت اراده

می‌دانیم که دایره شمول اصل رفتار مساوی توافق داوری منعقدشده بین طرفین را در بر می‌گیرد. از طرف دیگر، در ماده ۱۸ قانون نمونه آنسیترال، برخورد مساوی با طرفین از الزامات رسیدگی داوری عنوان شده است. بی‌شک، دلیلی که باعث می‌شود شاهد سوابق قضایی گسترده و عوامل تعیین‌کننده مختلف در قبول یا رد اعتبار توافقات داوری نامتقارن باشیم این است که قانون این اختیار را به داور یا قاضی رسیدگی‌کننده می‌دهد که جهت اعمال اصل رفتار مساوی از توافق داوری نامتقارن سلب اعتبار کند و در این مورد داور یا قاضی رسیدگی‌کننده دارای اختیار قانونی است.

دیدگاه منطبق با عدالت در رابطه با اصل رفتار مساوی این است که ماده ۱۸ قانون نمونه آنسیترال در رابطه با اصل رفتار مساوی رفتار منصفانه (و نه رفتار برابر) را الزام می‌کند (Born, 2014: 2174). زیرا، اعمال سخت‌گیرانه ماده ۱۸ قانون نمونه آنسیترال، ضمن جلوگیری از حاکمیت اراده طرفین، منتهی به فاصله‌گیری از انصاف می‌شود. در سال ۲۰۱۸ در پرونده شرکت انرژی جدید ماشین چین<sup>۲</sup> دادگاه نظر پروفیسور گری بورن را تأیید کرد: «رفتار مساوی به معنای رفتار مشابه با طرفین نیست و ممکن است اوضاع و احوالی پیش بیاید که رفتار مشابه با طرفین هم نامنصفانه هم نابرابر شمرده شود ... اینکه با طرفین رفتار مشابه صورت نگرفته لزوماً به این معنی نیست که محکمه رفتار مساوی را رعایت نکرده است.» (Born, 2014: 2174).

پیش‌تر، به این موضوع اشاره کردیم که سوابق پیش‌نویسی ماده ۱۸ این‌گونه نشان می‌دهد که اصل رفتار مساوی به مرحله انعقاد توافق داوری نیز اعمال می‌شود و در این مورد مناقشه‌ای نیست. اکنون می‌گوییم سوابق پیش‌نویسی ماده ۱۸ قواعد داوری آنسیترال دیدگاه پروفیسور بورن را تأیید می‌کند. پیش‌نویس ابتدایی نسخه ۱۹۷۶ قواعد آنسیترال چنین الزام می‌کرد که با طرفین باید رفتار «مطلقاً مساوی» صورت گیرد (UNCITRAL Report of the Secretary General, 1975: 172-173). در پیش‌نویس نهایی، ارجاع به رفتار «مطلقاً مساوی حذف شد. چون چنین چیزی منجر به اعمال استانداردهای ماشینی و بدون لحاظ شرایط طرفین می‌شد (Born, 2014: 2171). حذف عبارت «مطلقاً مساوی» نشان‌دهنده این است که این ماده به دنبال ضمانت برابری بسیار نیست، بلکه هدفش برابری در سایه عدالت و انصاف است (Caron & Caplan, 2013: 28).

به‌علاوه، قواعد داوری مراجع سازمانی شناخته‌شده نیز این دیدگاه را تأیید می‌کند. مثلاً، در مواد ۱۴،۴ و ۲۵،۲ قواعد داوری دیوان داوری بین‌المللی لندن، به جای استفاده از عبارت «رفتار مساوی» از عبارات «منصفانه و بی‌طرف» و «فرصتی متعارف

1. Woolf v. Collis Removal Service.

2. China Machine New Energy Corporation v. Jaguar Energy Guatemala LLC and another [2018].



برای اقامه دلایل طرفین دعوا» استفاده شده است. زیرا، رفتار دقیقاً مشابه با هر یک از طرفین ممکن است منجر به نتایج نامنصفانه شود و این دور از عدالت است که یک داور اصل رفتار مساوی را به شکل سخت‌گیرانه‌ای اعمال کند (Greenberg et al., 2011: 315). پروفیسور بورن نیز در این رابطه به مثال اختصاص زمان مساوی به هر یک از طرفین برای طرح دعوا (مثلاً به هر یک از طرفین اجازه داده شود در طول دو و نیم ساعت دفاعیات خویش را مطرح کنند) و دلایل خویش اشاره می‌کند و می‌گوید که در بعضی از شرایط چنین چیزی ممکن است منجر به رفتار نابرابر و نامنصفانه شود. چون ممکن است دعوی یکی از طرفین برای مطرح شدن به زمان بیشتری احتیاج داشته باشد (Born, 2014: 2174).

قبلاً اشاره شد که به‌رغم اعمال اصل برابری در مرحله تشکیل توافق داوری، این اصل در جاهایی اعمال می‌شود و به تقابل با اصل حاکمیت اراده می‌پردازد که در رسیدگی داوری مؤثر باشد و از یک رسیدگی نامنصفانه جلوگیری کند. مثلاً در پرونده داتکو گفتیم که اعمال اصل رفتار مساوی در مرحله توافق ایجاب می‌کند هر یک از طرف‌های شرکت‌کننده در داوری بتوانند داور خود را انتخاب کند تا از اعمال نفوذ نابرابر در هنگام رسیدگی جلوگیری شود. بنا بر این قاعده کلی چنین به نظر می‌رسد که اگر عملی که منطبق با حاکمیت اراده طرفین است موجب به خطر افتادن برابری در طی رسیدگی بین طرفین نشود باید مجاز شناخته شود.

به خطر افتادن تساوی طرفین در طول رسیدگی در پرونده ایونا علیه استاروستا، صادره از دادگاه تجدیدنظر لهستان، منجر به بطلان توافق داوری نامتقارن شد. توافق داوری نامتقارن در یک شرکت‌نامه درج شده بود و مطابق آن داورانی که توسط هر یک از سهام‌داران شرکت تعیین شده بودند یک سرداور را انتخاب می‌کردند. در دادگاه بخش، خواننده ایراد عدم صلاحیت دادگاه را به دلیل وجود توافق داوری اقامه کرد و ادعای بطلان توافق داوری توسط خواهان به دلیل نقض اصل رفتار مساوی صورت گرفت. دادگاه بخش به این نتیجه رسید که این شرط مخالف با اصل رفتار مساوی است. زیرا، بین هفت داور موضوع شرط داوری فقط یک داور به وسیله خواهان قابل تعیین بود که مشخصاً منافعش به طور مساوی در این شرط حمایت نشده بود. خواننده سپس از این حکم تجدیدنظرخواهی کرد و دادگاه تجدیدنظر نیز رأی دادگاه بخش را تأیید کرد.

بنا بر اصل حاکمیت اراده، کسانی که مجاز به انعقاد یک توافق داوری هستند تدبیر تجاری کافی را برای درک فواید و مضرات انعقاد چنین توافقی دارند. در نتیجه، به منظور رعایت مصلحت عدالت تجاری بهتر است مواردی را که به طور ناچیز رابطه قراردادی طرفین را نامتوازن می‌کند، تا جایی که باعث عدم برابری (در رسیدگی) نشود، مجاز بدانیم. البته این موضوع با استثنائاتی همراه است که از آن‌ها می‌توان به عدم رعایت عدالت قراردادی و منع به وسیله نظم عمومی و وجود انحصار و منع حقوق رقابت اشاره کرد. در این رابطه، پروفیسور گری بورن چنین بیان کرده است: «یک شرط داوری نامتقارن مظهر مناسبی از حاکمیت اراده طرفین در رابطه با شیوه حل اختلاف است که به طور کامل مجاز و ذی‌اثر است، مگر در موارد نامعقولی تحت قانون قابل اعمال.» (Born, 2014: 734). شکی نیست که استثنای ذکرشده در این عبارت حصری نیست و منظور پروفیسور گری بورن مواردی است که شرط داوری نامتقارن ممکن است با قوانین آمره یا نظم عمومی کشوری خاص تعارض پیدا کند.

احترام به حاکمیت اراده طرفین به منظور رعایت مصلحت عدالت تجاری باعث شد در پرونده پیتالیس دادگاه ضمن تأیید اعتبار شرط داوری نامتقارن چنین حکم دهد که شرط داوری به خواهان «حقوق بهتری» می‌دهد و این ناشی از اصلی کلی است که طرفین آزادی و حاکمیت اراده دارند تا به نحوی که مصلحت می‌دانند اختلافاتشان حل‌وفصل شود و در این مورد حتماً لازم ندیده‌اند که توافق داوری دوجانبه باشد (Nesbitt & Quinlan, 2006: 140).

گفتنی است اصل صحت نیز در کنار اصل حاکمیت اراده، اما با تأثیری کم‌رنگ‌تر، به اعتبار شروط داوری نامتقارن کمک می‌کند. هم ماده ۸ قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی آنسیترال هم ماده ۲ کنوانسیون نیویورک قاعده‌ای کلی در بر دارند مبنی بر اینکه در توافقات داوری بین‌المللی اصل بر صحت و اعتبار است (Born, 2014: 375). پس تا زمانی که خلاف آن اثبات نشده یا اعتبار شرط داوری در حاله‌ای از ابهام قرار داشته باشد می‌توانیم اصل صحت را جاری کنیم.

جاری ساختن اماره صحت توافق داوری باعث شد دادگاه عالی استرالیا در پرونده شرکت پی.ام.تی. علیه سازمان پارک ملی

استرالیا و خدمات حیات وحش<sup>۱</sup> در رأی، ضمن شفاف‌سازی تعریف موافقت‌نامه داوری، اعتبار شروط داوری نامتقارن را تأیید کند. یکی از مسائل موجود در این پرونده امکان در نظر گرفتن شرط داوری نامتقارن به عنوان یک توافق داوری بود. مطابق ماده ۴ مصوبه داوری تجاری ۱۹۸۵ استرالیا، «موافقت‌نامه داوری یک موافقت‌نامه کتبی است که اختلاف موجود یا آینده را به داوری ارجاع دهد». در رأی دادگاه عالی، تفسیر دادگاه تجدیدنظر مبنی بر اینکه برای تشکیل یک توافق داوری لازم است طرفین معامله هر دو ملزم به ارجاع اختلافاتشان به داوری شوند رد شده است. بنابراین، دادگاه با اعمال اصل صحت به طور ضمنی تفسیری از نص قانون را برگزید که منجر به اعتبار توافق داوری نامتقارن شود. در نتیجه، اگر عملی که منطبق با حاکمیت اراده طرفین است موجب به خطر افتادن برابری در طی رسیدگی بین طرفین نشود، باید مجاز شناخته شود و این روش بر اساس اصل صحت و اصل حاکمیت اراده و مصلحت عدالت تجاری است.

#### ۴.۱. اختیاری شدن اجرای قرارداد

اختیاری شدن قرارداد از جمله قواعد آمره‌ای است که در حقوق ایران چالشی جدی برای شروط ارادی ایجاد می‌کند (سربازیان و رستم‌زاده اصلی، ۱۳۹۶: ۳۷۷). برخی از بحث «شروط ارادی» به عنوان تنها مورد مهمی که ممکن است اعتبار شروط داوری نامتقارن را به چالش بکشد یاد کرده‌اند (جعفری‌ندوشن و زرین، ۱۳۹۹: ۲۶۶). اگرچه، شروط داوری نامتقارن از جمله شروط ارادی محسوب می‌شوند، اعتبار شروط ارادی زمانی با مشکل جدی روبه‌رو است که در مورد امور ماهوی (همانند شرط خیار دائمی برای یک طرف) باشد و ارتباطی با بحث حاضر پیدا نمی‌کند (جعفری‌ندوشن، ۱۳۹۷: ۸۰). آنچه باعث ارادی یا اختیاری بودن تعهد می‌شود دائمی بودن این اختیار است و این در حالی است که در فرض شروط داوری نامتقارن طرف ذی‌نفع در نهایت موظف به اعمال نظر و انتخاب نهایی مرجع حل اختلاف خواهد بود (سربازیان و رستم‌زاده اصلی، ۱۳۹۸: ۳۷۷). بنابراین، ارادی بودن شروط داوری نامتقارن نمی‌تواند هیچ خللی به اعتبار این شروط وارد کند.

#### ۲. تعادل قراردادی در فقه اسلامی

در فقه اسلامی، فقیهان دست کم در برخی از استنباطات خود اصل عدالت را به عنوان یکی از اصول مبنایی استنباط احکام در نظر داشته‌اند. با وجود این، از موازین و مبانی فقهی به‌روشنی نمی‌توان استنباط کرد که اصل عدالت به عنوان یک اصل کلی حاکم بر همه احکام و قواعد حقوقی از جمله حقوق قراردادهای مورد توجه بوده است (قنوتی، ۱۳۸۹: ۱۳۵). شروطی که به طور طبیعی معوض هستند، یعنی در آن‌ها تعهد یکی از طرفین در مقابل تعهد طرف دیگر قرار می‌گیرد، نه تنها ناشی از حاکمیت اراده طرفین هستند، بلکه عادلانه نیز هستند. اما مشکل تعادل قراردادی در حقوق اسلام زمانی به وجود می‌آید که قرارداد مجانی باشد؛ به عبارتی قصد طرفین این باشد که یکی از طرفین بدون عوض نفعی ببرد.

قرآن کریم اصل عدالت را از اهداف اصلی تشریح دین اسلام معرفی کرده و به طور مکرر از برپا داشتن قسط و عدالت میان مردم سخن گفته است. این اصل در فقه اسلامی به‌ویژه فقه امامیه از جمله اصول محوری و نقش‌آفرین است و به اعتقاد برخی عالمان اسلامی معیار و میزانی برای فقاقت و استنباط‌های فقهی است (قنوتی، ۱۳۸۹: ۱۵۰). تأثیر این اصل را در قلمرو حقوق قراردادهای نیز می‌توان مشاهده کرد و از جمله این تأثیرات می‌توان از منع ربا و غرر نام برد. اگرچه لزوم رعایت عدالت معاوضی به طور صریح در قوانین بیان نشده، از کلیت قوانین قابل استنباط و مورد اتفاق حقوقدانان است و تنها موردی است که تحت شرایطی می‌تواند مانع اعمال شروط داوری نامتقارن باشد (سربازیان و رستم‌زاده اصلی، ۱۳۹۸: ۳۷۷).

از مواردی که در فقه اسلامی در رابطه با عدالت قراردادی ممکن است به اعتبار شروط داوری نامتقارن خلل وارد کند منع استغلال و غبن است. در صورتی که در قراردادی غبن وجود داشته باشد، استغلال محقق می‌شود. اکثر فقیهان معتقدند منع استغلال ناشی از قاعده لاضرر است (قنوتی، ۱۳۸۹: ۱۵۱). بر اساس قاعده لاضرر لازم است بین حقوق طرفین تعادل وجود داشته باشد و به دنبال انعقاد قرارداد و به خاطر عدم تعادل طرفین ذیل آن قرارداد ضرری نصیب هیچ‌یک از طرفین نشود. اکثر

1. PMT Partners Pty Ltd v. Australian National Parks & Wildlife Service.

فقیهان اسلامی برای تحقق غبن از طرفی تقلب و فریب را لازم نمی‌دانند اما غیرمنتظره بودن نتیجه را شرط لازم تلقی می‌کنند و از طرف دیگر غبن را در استغلال لازم می‌دانند و معتقدند عدم تعادل باید فاحش باشد (قنواتی، ۱۳۸۹: ۱۵۱).

در زمینه شروط داوری نامتقارن باید توجه داشت که اگرچه تنها یکی از طرفین در صورت تمایل طرف دیگر به داوری ملزم به داوری اختلاف می‌شود، این مورد فقط در رابطه با حق اقامه دعوا در داوری است و نمی‌توان گفت با انعقاد چنین شرطی حقوق یکی از طرفین نسبت به طرف دیگر به طور فاحش نابرابر است. به علاوه، در رابطه با شروط داوری نامتقارن عنصر غیرمنتظره بودن نیز وجود ندارد. زیرا، حقوق و تعهدات طرفین کاملاً واضح و مشخص است. البته برخی بر این نظرند که عدم تعادل فاحش به این منزله است که چنانچه شخص طرف قرارداد بدون هر گونه فشاری و در شرایط برابر معامله می‌کرد به آن وضعیت قراردادی، خواه در نوع عقد خواه در مفاد عقد خواه در انحلال عقد، رضایت نمی‌داد و قرارداد را منعقد نمی‌کرد (صحرايي موانه، ۱۳۹۷: ۲۸۰). باید توجه داشت که اعمال و اجرای شروط یک‌جانبه به معنای سلب حق دادخواهی برای طرف ضعیف‌تر نیست، بلکه صرفاً برای طرفی که دارای موقعیت بهتر یا قدرت چانه‌زنی بیشتر است حق انتخاب‌های بیشتری برای دادخواهی ایجاد می‌کند (جعفری‌ندوشن و زرین، ۱۳۹۹: ۲۶۵). پس به نظر نمی‌رسد اینکه صرفاً یکی از طرفین حق اقامه دعوا در داوری‌ای را داشته باشد، در شرایطی که طرفین هر دو از مزایای آن برخوردار می‌شوند، از جمله عواملی باشد که منجر به عدم انعقاد قرارداد در شرایط برابر شود. پس به سختی می‌توان گفت عدم تعادل موجود در شروط داوری نامتقارن فاحش است.

در نتیجه، اینکه شروط داوری نامتقارن در تعارض با عدالت قراردادی در فقه اسلامی است قابل توجیه نیست. به هر حال عدالت معاوضی، همان‌طور که مورد بحث واقع شد، عدالت ناشی از معامله آزاد بین دو طرف، که مبتنی بر حاکمیت اراده آن‌ها باشد، است. بنابراین، در فرضی که دو طرف بدون قصد سوءاستفاده و با موقعیت برابر معامله کنند و هر یک به مطلوب خود بر اساس قرارداد منعقدہ برسند عدالت معاوضی نیز حاصل شده است. در شروط داوری نامتقارن نیز شرایط به گونه‌ای است که عدالت تجاری رعایت می‌شود و معمولاً طرف ضعیف‌تر به خاطر نفعی که در معامله به طور کلی نصیبش می‌شود حاضر است تا چنین امتیازی را به طرف مقابل واگذار کند.

## نتیجه

شروط استاندارد زیادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی یا داخلی درج می‌شوند. اگرچه چنین چیزی موجب انعقاد روابط قراردادی مطابق با خواست و اراده طرفین می‌شود، مسئله‌ای که از اهمیت برخوردار است قابلیت اجرای چنین شروطی از نظر قانون حاکم است. یکی از این شروط استاندارد شرط داوری نامتقارن است که به دلایلی که عمدتاً مربوط به حقوق داخلی کشورها است اعتبار آن در کشورهای مختلف در دهه اخیر مورد توجه قرار گرفته است. می‌توان گفت در حقوق ایران، در کنار حقوق رقابت و حقوق مصرف‌کننده، اصل رفتار مساوی در ماده ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی تنها مانع بر سر اعتبار توافقات داوری نامتقارن محسوب می‌شود. بررسی‌های صورت‌گرفته در این نگارش نشان می‌دهد به‌رغم اعمال اصل برابری در مرحله تشکیل توافق داوری این اصل در جایی اعمال می‌شود و به تقابل با اصل حاکمیت اراده می‌پردازد که در رسیدگی داوری مؤثر باشد و از یک رسیدگی غیرمنصفانه جلوگیری کند؛ مانند آنچه در پرونده داتکو مورد بررسی قرار گرفت. بنابراین در ایران نیز اصل رفتار مساوی را در همه فروض نمی‌توان مانعی برای اعتبار توافقات داوری نامتقارن محسوب کرد. زیرا، در این توافقات نفس رسیدگی دچار نابرابری نمی‌شود. چون، طرفین از رسیدگی منصفانه برخوردارند.

از آنجا که این شروط بیشتر در قراردادهای تأمین مالی بین بانک و اشخاص حقیقی یا حقوقی مختلف درج می‌شوند، ماهیت این شروط را به شروط غیرمنصفانه و تحمیلی نزدیک می‌کند. زیرا، در این قراردادها بانک قدرت چانه‌زنی به مراتب بالاتری دارد. بنابراین در حقوق ایران بهتر است دادگاه زمانی که با چنین شروطی در قراردادهای تأمین مالی مواجه می‌شود صرفاً در صورت فقدان انحصار یا در خطر نبودن حقوق مصرف‌کننده اعتبار این شروط را تأیید کند. زیرا، در سایر موارد اختلاف قابل توجهی در قدرت چانه‌زنی طرفین نمی‌توان یافت و عدالت تجاری ایجاب می‌کند در یک جامعه تجاری آزاد و فارغ از انحصار طرفین از حاکمیت اراده کافی برای تعیین حقوق و تکالیف یک‌دیگر برخوردار باشند.

## منابع

## کتاب‌ها

- الماسی، نجادعلی (۱۳۹۱). *تعارض قوانین*، چاپ بیست و دوم، تهران، انتشارات مرکز نشر دانشگاهی.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۷۷). *سوء استفاده از حق، مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی*، چاپ سوم، تهران، اطلاعات.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۸). *حقوق تجارت بین‌الملل*، چاپ یازدهم، تهران، سمت.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۶). *داوری تجاری بین‌المللی*، چاپ هفتم، تهران، سمت.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.

## مقالات

- جعفری ندوشن، شهاب، و زرین، لادن (۱۳۹۹). بررسی تطبیقی اعتبار شروط حل اختلاف یک‌جانبه، فصلنامه حقوق قراردادها و فناوری‌های نوین، ش. ۱، ۲۵۷-۲۷۵.
- ساردوئی نسب، محمد، و کاظم‌پور، جعفر (۱۳۹۰). مولفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد، *مجله حقوقی دادگستری*، ش. ۷۵، ۳۷-۷۳.
- سربازیان، مجید، و رستم زاده اصلی، سروش (۱۳۹۶). اعتبار شروط یک‌طرفه تعیین صلاحیت داوری در داوری تجاری بین‌المللی، *مجله حقوق بین‌المللی*، ۳۶ (۶۰).
- علوی قزوینی، سید علی، و رضائی، جعفر (۱۳۹۹). ماهیت و آثار شروط الحاقی، پژوهش‌های فقهی، ش. ۳، ۹۹۷-۱۰۲۴.
- قنواتی، جلیل (۱۳۸۹). اصل آزادی قراردادی: قراردادها و شروط غیرعادلانه، *فقه و اصول (مطالعات اسلامی)*، ش. ۸۵.
- قنواتی، جلیل، و جعفری هرنیدی، مهشید (۱۳۹۸). مبانی ممنوعیت‌ها در حقوق رقابت (قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ قانون اساسی)، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۱۲ (۲۲).
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۵۸). سوء استفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)*، ش. ۲۱، ۱۱۵-۱۰۳.
- کریمی، عباس (۱۳۶۲). شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها، *مجله‌ی پژوهش‌های حقوقی*، ش. ۱.

## پایان‌نامه

- صحرائی موانه، نادر (۱۳۹۷). *ساماندهی نظریه عدالت قراردادی با تأکید بر حقوق ایران*، پایان‌نامه دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری قوه قضاییه.

## Books

- Almasi, N. A. (2012), *Conflict of Laws*, 22<sup>nd</sup> edition, Tehran, University Center Publishing. (in Persian)
- Bahrami Ahmadi, H. (1998), *Misusing of Right*, Third edition, Tehran, Information. (in Persian)
- Born, Gary (2014). *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Kluwer Arbitration Online.
- Caron, D., & Caplan, L. (2013). *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, second edition, Oxford University Press.
- Fouchard, ph., Gaillard, E., & Savage, J. (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International.
- Greenberg, S., Kee, Ch., & Weeramantry, J.R.. (2011). *International Commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge University Press, 2011
- Hobér, Kaj (2011). *International Commercial Arbitration in Sweden*, Oxford University Press.
- Holtzmann, H., Neuhaus, J. (1984). *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International.
- Jenkins, Jane (2013). *International Construction Arbitration Law*, second edition, Kluwer Law International.
- Margaret L., Moses (2008). *The Principle and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press.
- Mohaghegh Damad, M. (2009), *General Theory of Conditions and Obligations Under Islamic Law*, Tehran, Center of Publishing Islamic Sciences. (in Persian)
- Redfern, A., & Hunter, M. (2004). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth edition, London: Sweet and Maxwell.
- Shiravi, A. (2017), *International Commercial Arbitration*, 7<sup>th</sup> edition, Samt. (in Persian)
- Shiravi, A. (2019), *International Trade Law*, Third edition, Samt. (in Persian)
- Wolff, Reinmar (2019). *New York Convention, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958, Article-by Article Commentary*, Second edition, Bloomsbury Publishing.

### Articles

- Ahmed, Masood (1999) (Loosening the Grip of the Contracts (Right of Third Parties) Act 1999 on Arbitration Agreements), *Journal of International Arbitration*, 31(5).
- Alavi Ghazvini, A., Ramazani, J. (2011), Substance and Effects of Joining Terms, *Jurisprudence Researches*, n.3, 997-1024. (in Persian)
- Ashford FCI Arb, Peter (2020), (Is an Asymmetric Disputes Clause Valid and Enforceable?), *Journal of International Arbitration*, Med. & Dispute Mgmt 86, no. 3: 347-364.
- Carlevaris, Andrea (2016), (Limits to Party Autonomy and Institutional Rules), *Juris publishing*.
- Draguiev, Deyan (2014), (Unilateral Jurisdiction Clause: The Case of Invalidity, Severability or Enforceability), *International Arbitration*.
- Ghanavati, J. (2009), Freedom of Contract Principle; Contracts and Unfair Terms, *Jurisprudence and Principles*, n. 85. (in Persian)
- Ghanavati, J., Jafari Harandi, M. (2019), Foundations of Prohibitions under Anti-trust Law, *Jurisprudence and Islamic Law Studies*, 12(22). (in Persian)
- Karimi, A. (1983), Forced Conditions from Perspective of General Principles of Contract Law, n.1. (in Persian)
- Katouzian, N. (1979), Misusing of Right or fault in enforcing the right, *Law and Political Sciences Journal*, n.21, 103-115. (in Persian)
- Mulcahy, Carol (2004). (Unilateral Arbitration Agreements: A Contradiction in Terms?), *Kluwer Law International*, 70(3).
- Nesbitt, S., & Quinlan, H. (2006). (The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses), *International Arbitration*, 22(1).
- Rosenfeld, Friedrich (2006). (Limits to Party Autonomy to Protect Weaker Parties in International Arbitration), *Juris Publishing*.
- Sardoeinasab, M., Kazempour, J. (2011), Features of Unfair Contracts, *Legal Journal of Court*, n.75, 37-73. (in Persian)
- Scherer, M., Prasad, D., & Prokic, C. (2018). (The Principle of Equal Treatment in International Arbitration), *Social Science Research Network*.
- Smit, Han (2009). (Unilateral Arbitration Clause: A Comparative Analysis), *International Arbitration*.

### Thesis

- Sahraei Mavaneh, N. (2017), *rr aaaaaaan ff tttt t tttttt t yyyyy yth mnssss ss nn I''' s Lww*, Doctoral thesis, Private law, University of Judicial Sciences and Administrative Services (in Persian)

### Cases

- Sociétés BKMI et Siemens v. Société Dutco
- Santander Brasil v. Paranapanema
- Iwona G. v. A. Starosta i Wspólnicy spółka jawna w B.
- China Machine New Energy Corporation v. Jaguar Energy Guatemala LLC and another
- Woolf v. Collis Removal Service
- Xilam Animation v. Lnk Videos