

قانون قابل اعمال بر اعتبار شکلی قرارداد دآوری

پرویز دهقانی^۱

چکیده

اعتبار شکلی موافقنامه دآوری اغلب به طور مستقیم در اکثر کنوانسیون‌ها و قوانین ملی با یک قاعده ماهوی حقوق بین‌الملل خصوصی تنظیم می‌شود. این قاعده ماهوی، تعیین قانون حاکم بر اعتبار شکلی را آسان می‌نماید ولی به هیچ وجه تمام مشکلات را مرتفع نمی‌نماید. به لحاظ تفاوت قواعد ماهوی تعارض قوانین باید مشخص شود کدام قاعده قابل اعمال است. شرایط شکلی دآوری در پی اطمینان از آن است که طرفین واقعاً در مورد دآوری توافق کرده‌اند. بنابراین مسائل مربوط به تحقق شرایط شکلی و رضایت ضروری به دآوری اغلب در هم تنیده‌اند و با هم بررسی می‌شوند. در این مقاله درصدد آن هستیم که ضمن تبیین موضوع در حقوق موضوعه ایران، رویکرد مراجع دآوری موردی و نهادی در این خصوص تبیین و روشن گردد.

واژگان کلیدی: اعتبار شکلی، قرارداد دآوری، قانون حاکم، مرجع دآوری.

• تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۲/۱۶ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۶/۱۲/۲۰

۱ - عضو هیأت علمی دانشگاه دولتی مراغه p.dehghani1351@gmail.com

۱- مقدمه

قرارداد داوری قراردادی است که به موجب آن دو یا چند شخص توافق می‌کنند که اختلافات مربوط به روابط خود را برای رسیدگی و حل و فصل به یک یا چند شخص ارجاع دهند. بنابراین مهم‌ترین اثر قرارداد داوری نفی صلاحیت از دادگاه ملی و ایجاد صلاحیت استثنائی برای اشخاص خصوصی جهت حل و فصل اختلافات و دعاوی و تخصیص به قاعده صلاحیت عام دادگاه‌های دولتی است.

در قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ ه.ش تعریفی از داوری و قرارداد داوری از سوی مقنن مصرح نشده است و به موجب مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ همان قانون پیش‌بینی شده است که تمامی اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با توافق هم اختلاف خود را به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند و این توافق یا به موجب قرارداد جداگانه یا ضمن معامله قابل انجام است. (مجموعه آئین دادرسی مدنی، ۱۳۸۴، صص ۳۲۰-۳۱۹)

در بند ج از ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۷۶/۶/۲۶ موافقت‌نامه داوری تعریف شده و اشعار داشته: توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی از 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 می‌شود. در ادامه همین بند اشاره شده است که موافقت‌نامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری ضمن قرارداد اصلی^۱ و یا به صورت قرارداد جداگانه^۲ باشد. (ضمیمه روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۶)

قراردادهای داوری با عنایت به اینکه بطور نوعی مکتوب می‌باشند و بسیاری از کنوانسیون‌های بین‌المللی و سیستم‌های حقوق ملی مکتوب بودن را به عنوان یک شرط شکلی و تشریفاتی می‌دانند این قرارداد به موافقت‌نامه داوری معروف شده است. در اکثر آثار و نوشته‌های حقوق داوری ایران برای شناسایی اعتبار شکلی قرارداد داوری با توسل به حکم ماده ۹۶۹ قانون مدنی ایران^۳ طرز تنظیم سند (قرارداد کتبی داوری) را تبیین می‌کنند و برای تأیید این سخن به اسناد بین‌المللی از جمله بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک و قطعنامه آمستردام مؤسسه حقوق بین‌الملل استناد می‌شود. (جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۳۵)

فارغ از اینکه اعمال ماده ۹۶۹ قانون مدنی ایران اگر چه برای دادگاه‌های دولتی لازم‌الاتباع است، ولی لزوماً برای مراجع داوری از چنین ویژگی برخوردار نیست و تمییز حکومت ماده ۹۶۹ از یک طرف و ماده

۱. - Clause compromissoire / arbitration clause.

۲. - compromise / arbitration agreement.

۳. ماده ۹۶۹ قانون مدنی ایران: «اسناد از حیث طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم خود می‌باشند.»

۲ کنوانسیون نیویورک و همچنین ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران از طرف دیگر، برای شناخت مقررات حاکم بر اعتبار شکلی قرارداد داوری امری قابل بحث و بررسی می‌نماید.

۲- ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران و رویکرد اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی

بی‌تردید رسیدگی به اختلافات نزد داور یا نهاد داوری مستلزم آن است که قرارداد داوری معتبر و صحیح بوده باشد. اگر یکی از طرفین نسبت به وجود و اعتبار شرط داوری ایراد کند، اعتراض مذکور اساسی و مهم است. در صورت وارد بودن ایراد، کار هیأت داوری خاتمه می‌یابد و در صورتیکه ایراد وارد نباشد، با صدور قرار صلاحیت^۱ به دادرسی ادامه می‌دهد. برای کارآمد و مؤثر بودن قرارداد داوری بین‌المللی هم ضروری‌ترین عامل صحت و اعتبار آن است. اعتبار قرارداد داوری را بایستی براساس قانون حاکم احراز کرد.

اگر قرارداد داوری باطل شده باشد، می‌توان از شناسایی و اجرای رای داوری امتناع نمود. (لیو، میستلیس، کرول، ۱۳۹۱، ص ۷۰۶)

اعتبار قرارداد داوری از جهات ماهوی و شکلی قابل بررسی و امعان نظر است. به همان اندازه که شرایط ماهوی قرارداد داوری جهت صحت و اعتبار آن از اهمیت برخوردار است؛ شرایط شکلی قرارداد داوری نیز واجد اهمیت است.

در قانون آئین دادرسی در امور مدنی (۱۳۷۹) شرایط شکلی خاصی برای قرارداد پیش‌بینی نشده است. اما در ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی به شکل توافق‌نامه داوری پرداخته شده و اشعار می‌دارد: «موافقت‌نامه داوری باید طی سندی به امضاء طرفین رسیده باشد، یا مبادله نامه، تلکس، تلگرام، یا نظایر آنها بر وجود توافق‌نامه مزبور دلالت نماید. یا یکی از طرفین طی مبادله درخواست یا دفاعیه، وجود آن را ادعا کند و طرف دیگر عملاً آنرا قبول نماید. ارجاع به سندی در قرارداد کتبی که مقتضی شرط داوری باشد نیز به منزله موافقت‌نامه مستقل داوری خواهد بود.» (ضمیمه روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۶، ص ۵۹۵)

همان‌طور که ملاحظه می‌شود در این باره به رغم این‌که به لزوم وجود امضای طرفین طی سندی تصریح شده است. در ادامه قبول عملی ادعای وجود توافق داوری مورد پذیرش قرار گرفته است. غرض از شرط کتابت این است که اطمینان حاصل شود طرف‌ها واقعاً به داوری توافق کرده‌اند و هدف از شکل مکتوب جلوگیری از بی‌توجهی به توافق است. همچنین کتبی بودن قرارداد داوری ثبت و ضبط توافق را فراهم نموده و وجود و محتوای داوری را در رسیدگی‌های بعدی اثبات می‌کند. در کنوانسیون‌های

بین‌المللی نیز بر کتبی بودن قرارداد داوری تأکید شده است. مطابق کنوانسیون نیویورک^۱ اجرای موافقت‌نامه داوری و هر حکم داوری نیازمند توافق مکتوب داوری است. (لیو، میستلیس، کرول، ۱۳۹۱، ص ۱۵۲) تدوین‌کنندگان قانون نمونه آنسیترال^۲ نیز همپای کنوانسیون نیویورک با این روند حرکت کرده‌اند. (جنیدی، ۱۳۷۸، ص ۱۸۴)

۲-۱- شرط کتبی بودن در اعتبار شکلی قرارداد داوری:

باید توجه داشت که اکثر کنوانسیون‌های بین‌المللی و قوانین ملی داوری حاوی مقررات ماهوی تعارض قوانین در زمینه شرایط مربوط به شکل است. معدود قوانین ملی مثل قانون فرانسه در خصوص داوری بین‌المللی امکان توافق شفاهی بر داوری را می‌دهند. (لیو، میستلیس، کرول، ۱۳۹۱، ص ۱۳۷)

اما اکثر قوانین داوری، از جمله قانون نمونه آنسیترال، همسو با کنوانسیون‌های بین‌المللی، لازم می‌دارند توافق در مورد داوری به شکل مکتوب باشد یا دست کم دلیلی کتبی بر آن وجود داشته باشد.

علت و منطوق شرط کتابت دو وجه دارد: اول، با عنایت به آثار و پیامدهای حقوقی مرتبط با انعقاد موافقت‌نامه داوری، غرض از شرط کتابت این است که اطمینان حاصل شود طرف‌ها واقعا به داوری توافق کرده‌اند. از آنجا که توافق بر داوری ممکن است به اعراض طرف‌ها از حق اساسی خود نسبت به فیصله اختلاف خویش در دادگاه منتهی شود، هدف از فرم و شکل مکتوب جلوگیری از بی‌توجهی به توافق است. دوم، کتابت ثبت و ضبط توافق را فراهم می‌آورد و وجود و محتوای توافق داوری را در رسیدگی‌های بعدی اثبات می‌کند. در حقیقت، مطابق کنوانسیون نیویورک، اجرای موافقت‌نامه داوری و هر حکم داوری نیازمند توافق مکتوب داوری است. تدوین‌کنندگان قانون نمونه نمی‌خواستند شرایط شکلی مغایر با کنوانسیون نیویورک وضع کنند. (Herrmann, 1988, no 9,82,85 et seq)

شرایط شکلی همواره منعکس‌کننده رویه تجاری نیست. در حالی که در برخی حوزه‌های تجاری طرف‌ها اغلب به توافق‌های شفاهی اتکا می‌کنند، شرایط خشک شکلی ممکن است توافق به داوری را که وجود آن مسلم و تردیدناپذیر است از میان ببرد. این انتقاد به درستی وارد شده است که طرف‌ها می‌توانند به طور شفاهی درباره قرار داد چند میلیون دلاری توافق کنند و این توافق جز در مورد شرط داوری معتبر قلمداد خواهد شد. در چنین فرضی، موافقت‌نامه داوری صرف نظر از آن که بتوان اثبات کرد طرف‌ها

۱ - دولت جمهوری اسلامی ایران در ۱۳۸۰/۱/۲۱ طی قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی تنظیم شده در نیویورک به تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ میلادی برابر با ۱۳۳۷/۴/۳۰ هجری شمسی به کنوانسیون مزبور ملحق شده است.

۲ - قانون نمونه آنسیترال (۱۹۸۵) که مأخذ مقنن ایرانی در تدوین قانون داوری تجاری بین‌الملل است، یکی از اسناد معتبر بین‌المللی در زمینه داوری است.

واقعاً به داوری توافق کرده اند یا خیر معتبر خواهد بود. هر یک از طرف ها می تواند مقررات ماهوی قرار داد را به اجرا نهد و در عین حال از توافق به داوری که در همان زمان منعقد شده طفره رود.

توجیهی وجود ندارد که موافقت نامه های داوری تابع شرایط شکلی سخت تری در مقایسه با سایر مقررات قراردادی شود. امروزه دیگر داوری را اسقاط خطرناک حقوق ماهوی نمی دانند. در واقع انتخاب اسلوب داوری نفی و طرد دادگاه ملی نیست بلکه مرجعی طبیعی برای اختلافات بین المللی است. شرایط شکلی لزوماً قطعیت و اعتبار حقوقی را افزایش نمی دهد؛ این شرایط اغلب منشأ اختلافات دیگر است. به این دلایل، شرط کتابت در اکثر قوانین ملی و نیز کنوانسیون نیویورک به صورت سهل گیرانه تفسیر شده است. (لیو، میستلیس، کرول، ۱۳۹۱، ص ۱۵۲)

مطالب فوق، موید لغو کامل شرط "مکتوب بودن" یا حداقل ارجاع موضوع اعتبار شکلی به قاعده ماهوی داوری بین المللی است. در هر حال، شرط کتابت باید به صورت پویا و در پرتو ابزارهای جدید ارتباطی تفسیر شود. شروط داوری مندرج در قرار دادهایی که با ایمیل مذاکره و منعقد می شوند باید تأمین کننده شرط کتابت دانسته شوند، چراکه این امر همسویی با این تحول عمومی است که قرار دادهایی که نیازمند شکل مکتوب هستند ولی با رایانامه (ایمیل) منعقد می شوند معتبرند.

به رغم هماهنگ سازی قابل توجه، قوانین ملی در مورد آنچه شرط توافق مکتوب را تأمین می کند اختلاف زیادی دارند. این امر تا حدی به دلیل زمان های مختلف تدوین قواعد گوناگون است. مثلاً کنوانسیون نیویورک مصوب ۱۹۵۸ حاوی تعریفی بسیار مضیق از "کتابت" است. بند ۲ ماده ۲ مقرر می دارد:

اصطلاح "توافق کتبی" شامل شرط داوری در یک قرارداد یا موافقت نامه داوری، امضا شده توسط طرفین یا مندرج در مبادله نامه ها یا تلگرام ها می شود.

تدوین کنندگان کنوانسیون، انقلاب در فناوری ارتباطات را پیش بینی نمی کردند. در سال ۱۹۵۸ کسی به تلفاکس یا ایمیل نمی اندیشید. از این گذشته شرط "مبادله" موجب بروزابهامات و دیدگاه های مختلف شده است. (لیو، میستلیس، کرول، ۱۳۹۱، ص ۱۵۳)

قانون نمونه آنسیترال حاوی تعریف کارکردی موسعی از "توافق کتبی" در ماده ۷ (۲) است:

موافقت نامه داوری بایستی به صورت کتبی باشد. موافقت نامه در صورتی کتبی است که طی سندی (نوشته ای) به امضای طرفین رسیده باشد، یا طی مبادله نامه ها، تلکس، تلگرام یا سایر وسایل مخابراتی که وجود موافقت نامه را اثبات نماید، آمده باشد، یا یکی از طرفین مبادله دادخواست یا دفاعیه، وجود آن را ادعا کند و طرف دیگر آن را تکذیب ننماید. تصریح در قرارداد به سندی (خارج از قرارداد) که متضمن

شرط داوری است به منزله موافقت نامه داوری خواهد بود، مشروط بر اینکه قرارداد مذکور به صورت کتبی بوده و تصریح نیز به نحوی باشد که شرط (داوری) را جزئی از قرار داد بنماید. (جنیدی، ۱۳۷۸، ص ۱۷۲)

این بند در حقیقت ابزارهای جدید ارتباطات را به رسمیت می‌شناسد و می‌تواند تحولات آتی را همراهی کند. شرط کتابت در صورتی تأمین می‌شود که ابزار ارتباطی توافق را ثبت و ضبط کند. همین رویکرد در ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران کاملاً به تبعیت از قانون نمونه آنسیترال مشهود است.^۱

مع الوصف، قانون نمونه هنوز مبادله اسناد را کم و بیش به عنوان دلیل رضایت لازم می‌دارد. جای تردید دارد که آیا پذیرش ضمنی یا شفاهی سفارش کتبی خرید یا نامه تأیید معتبر خواهد بود یا خیر. همین مطلب در مورد قراردادهایی که به طور شفاهی منعقد می‌شوند و به شرایط عمومی مکتوب اشاره دارند، برخی قول نامه‌ها، بارنامه‌ها یا سایر اسنادی که حق‌هایی به طرف‌های ثالث غیر امضاکننده اعطا می‌کنند صدق می‌نماید. منظور جمله آخر بند ۲ ماده ۷ این است که شرط کتبی بودن در مواردی هم محقق می‌شود که در قراردادی کتبی به یک توافق کتبی داوری مجزا، اشاره و تصریح شده باشد نظیر قیود و شروط عمومی که در مراسلات قبلی یا احتمالاً بعدی فرستاده شده است. (لیو، میستلیس، کرول، ۱۳۹۱، ص ۱۵۳)

۲-۲- تفسیر شرط کتبی بودن در دادگاه‌ها و مراجع داوری؛

این که چه اصلاح و تعدیل‌هایی باید بر شرط رضایت مکتوب همه طرف‌ها به عمل آید از کشوری به کشور دیگر تفاوت می‌کند. رویکرد دادگاه‌های ملی به بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک اغلب بازتاب نگرش کلی دادگاه‌ها به داوری است. این مشکل عمومی و منافع متعارض دخیل در آن توسط دیوان فدرال سوئیس در پرونده تراداکس اکسپورت علیه شرکت نفت ایرانی آموکو تشریح شده است. آنچه دیوان بدان پرداخت این بود که آیا اشاره کلی در ارتباطات مکتوب به شرایط عمومی کفایت می‌کند یا این که اشاره و ارجاع باید مشخصاً شرط داوری را ذکر کند. دیوان نظر داد که بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک:

... باید مطابق هدف آن و با وجود به منافی که به وضوح برای حمایت از آنها طراحی شده تفسیر شود. هدف کنوانسیون عبارت است از: تسهیل حل اختلاف از طریق داوری، با عنایت خاص به نیازهای تجارت بین‌المللی؛ با این حال، شرط کتابت مقرر در ماده ۲ کنوانسیون این اثر را دارد که از طرف‌های ذی ربط در برابر وارد شدن در تعهدات نسنجیده مربوط به اعراض از حق دسترسی به دادگاه‌ها و قضاوت عادی و متعارف حمایت کند. از نظر منافع مورد نظر، اعتبار شرط داوری را باید در پرتو اوضاع و احوال هر پرونده خاص ارزیابی کرد. با وجود این، باید به این قبیل ملاحظات توجه کرد که آیا شرط داوری توسط تجار با

۱. در ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، از عبارت «... یا نظایر آنها بر وجود موافقتنامه مزبور دلالت نمایند...» استفاده شده است.

تجربه منعقد شده یا افرادی که تجربه چندانی ندارند؛ همین طور، امضا کنندگان لازم است میزان متفاوتی از آگاهی و توجه و خرج دهند حسب این که قرارداد به مندرجات قرار دادی دیگر که بر آنان شناخته است یا به شرایط کلی که ممکن است بر آنان شناخته و معلوم باشد یا نباشد ارجاع دهد. (لیو، میستلیس، کرول، ۱۳۹۱، ص ۱۵۶)

همان طور که ملاحظه شد پرونده مذکور به بارنامه امضا شده توسط هر دو طرف مربوط می شد. دیوان فدرال سوئیس نظر داد که ارجاع و اشاره کلی و اجنالی به سند مجزای حاوی شرط داوری کافی است تا متضمن "شرط داوری در قرار داد امضا شده توسط هر دو طرف" به معنا بند ۲ ماده ۲ باشد. دادگاه ها در کشورهای دیگر به همین نتیجه رسیده اند که هیچ اشاره و ارجاع خاص به شرط داوری لازم نیست. تفاوت های اصلی به تفسیر شرط شکلی دوم یعنی مبادله اسناد بر می گردد. در جایی که فقط یک طرف به وضوح و به طور کتبی به داوری رضایت داده مشکلاتی بروز می کند. نمونه های رایج عبارتند از: سفارش خرید یا نامه های تأیید دارای شرط داوری که طرف دیگر بدون فرستادن جوابیه کتبی بر اساس آن ها عمل کند. کنوانسیون نیویورک امضا یا مبادله اسناد را برای موافقت نامه ها و شروط داوری لازم می دارد. این دیدگاه برداشت غالب در اکثر کشورها نیز هست. (لیو، میستلیس، کرول، ۱۳۹۱، ص ۱۵۷)

با توسعه وسایل نوین ارتباطی، اسناد مکتوب امضا نشده اهمیت و رواج فزاینده ای دارد، نیاز به امضا لاجرم کاهش می یابد، به ویژه در تجارت بین الملل، و رفتار متفاوت با اسناد امضا شده و امضا نشده محل بحث و تردید است و حذف عبارتهای صریح بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک موضوعی مربوط به عمل تقنینی آتی است. با این حال عموماً پذیرفته شده است که کنوانسیون نیویورک می تواند در پرتو مقررات گسترده تر قوانین ملی تفسیر شود. البته این امر در تمام مواردی که قوانین ملی حاوی شرط "مبادله" مراسلات مکتوب هستند - و اصل مسئله در همین جاست - کارساز و مفید نخواهد بود. محدودیت بند ۲ ماده ۲ فقط در صورتی قابل بر طرف شدن است که به صورتی پویا و مطابق با قوانینی تفسیر شود که شرط رضایت کتبی هر دو طرف را ملغی ساخته اند.

در صورتی که قرار داد حاوی شرط داوری فقط به وسیله یک طرف امضا شده باشد، سوال این است که آیا لازم و ضروری است که سند دیگری بیابیم که حاوی رضایت کتبی طرف دیگر است یا خیر؟ عموماً پذیرفته شده است که این سند دوم لازم نیست امضا شده باشد. شرط امضا فقط در مورد شق اول بند ۲ ماده ۲ و نه در خصوص شق دوم که مبادله اسناد است اعمال می شود.

در بارنامه ها و سایر وضعیت های سه طرفه چه بسا اتفاق می افتد که طرف ثالث سندی را امضا می کند یا مراسلاتی مکتوب انجام می دهد. در این موارد امکان دارد که این مراسلات مکتوب به طرفی نسبت داده

شود که صراحتاً به صورت کتبی به داوری رضایت نداده است. می توان چنین پنداشت که طرف ثالث هنگام دادن رضایت کتبی به عنوان نماینده یا واسطه و دلال عمل کرده است.

در مواردی که رضایت هر دو طرف به شرط داوری روشن و آشکار باشد، دادگاه‌ها به رغم عدم تأمین شرایط شکلی، به اصول و ملاحظات حسن نیت و استاپیل متوسل شده اند تا موافقت نامه داوری را تایید کنند. (lew, Mistelis, kroll, 2003, P. 753)

۳- رابطه اصل استقلال قرارداد داوری و قانون حاکم بر آن؛

یکی از اصول پذیرفته شده در حقوق داوری داخلی و بین‌المللی اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی است. این موضوع در توافقی‌های داوری که بصورت شرط ضمنی آورده می‌شود از اهمیت زیادی برخوردار است. به موجب نظریه‌ای که به نظریه جدائی پذیری موافقت‌نامه داوری معروف است، شرط داوری در قرارداد اصلی به منزله قراردادی مجزا بوده که از قرارداد اصلی مستقل و متمایز است. اساس و جوهر این نظریه این است که اعتبار شرط داوری به قرارداد اصلی و بالعکس گره نخورده است. اصل استقلال موافقت‌نامه داوری به صراحت در بند ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ذکر شده است.^۱

استقلال موافقت‌نامه داوری بر این مسأله هم اثر می‌گذارد که آیا قانون حاکم بر قرارداد به موافقت‌نامه داوری هم تسری می‌یابد یا خیر. اثر استقلال موافقت‌نامه داوری، برحکومت قانون مستقل بر آن غیر قابل اجتناب است. دلایلی که بر توجیه نظریه جدایی‌پذیری موافقت‌نامه داوری ذکر شده است برای توجیه استقلال قانون حاکم بر آن کافی است. اقتضای فلسفه وجودی شرط داوری دلیل مبنایی نظریه جدایی‌پذیری شرط داوری از قرارداد مشروط اصلی است. (جنیدی، ۱۳۷۸، صص ۷۱-۷۰)

به موجب این نظریه، تصمیم‌گیری داوری تضمین می‌شود و اعتبار شرط داوری به اعتبار قرارداد اصلی غیر وابسته شده و در صورت زوال قرارداد اصلی شاهد بقای تعهدات ناشی از شرط داوری خواهیم بود.

با پذیرش اثر استقلال موافقت‌نامه داوری، شرط داوری ممکن است تابع قانون متفاوت از قانون حاکم بر قرارداد اصلی باشد. ملاحظات دخیل در تشخیص و احراز قانون حاکم بر قرارداد اصلی از ملاحظات مربوط به انتخاب قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری متفاوت است. این سخن به ویژه در نقش محل داوری به عنوان عامل ارتباط در مواردی که طرف‌ها قانونی انتخاب نکرده‌اند، آشکار است. این عامل ارتباط هرچند تأثیر چندانی بر قانون حاکم بر قرارداد اصلی ندارد، ولی آثار مهمی بر موافقت‌نامه داوری برجای می‌گذارد.

۴- مراحل بررسی اعتبار شکلی قرارداد داوری در دعاوی؛

۱- بند ۱ ماده ۱۶: «... شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود...»

وجود و اعتبار موافقت‌نامه داوری، از جمله قانون حاکم بر این مسائل، ممکن است در مراحل مختلف رسیدگی حسب مورد در دادگاه‌های دولتی و مرجع داوری قابل طرح باشد. زمان و مکان بروز این مسائل ممکن است بر تشخیص قانون حاکم بر آنها تأثیر بگذارد.

الف - خواننده با وصول درخواست انجام داوری توسط خواهان، ایراد بطلان قرارداد داوری به جهت عدم اعتبار شکلی قرارداد داوری را مطرح می‌کند. در چنین حالتی مرجع داوری مطابق دکترین صلاحیت بر صلاحیت^۱، مرجع صالح برای رسیدگی به وجود و اعتبار (ماهوی و شکلی) قرارداد داوری است. اما سوال این است که مرجع داوری بر اساس کدام قانون شرایط شکلی قرارداد داوری را احراز خواهد کرد (امیر معزی، ۱۳۸۸، صص ۲۷۱-۲۷۰) و این در حالی است که داور برخلاف دادگاه ملی قاعده حل تعارض مقرر داوری ندارد.

ب - پس از طرح دعوی خواهان نزد دادگاه ملی، طرف دیگر بر اساس شرط معتبر داوری خواهان ارجاع امر به داوری باشد. بررسی و احراز اعتبار شکلی شرط داوری توسط دادگاه ملی در چنین حالتی بر اساس کدام قانون باید انجام شود؟

ج - زمانی که اقدامات موقت تأمینی برای پشتیبانی از جریان داوری حسب مورد از مرجع داوری یا دادگاه ملی درخواست می‌شود؛

د- یک طرف برای تعیین داور به دادگاه متوسل می‌شود، چون طرف دیگر در تشکیل مرجع داوری مشارکت نکرده یا از مشارکت استنکاف ورزیده است. در چنین حالتی ممکن است از دادگاه ملی درخواست شود اعتبار (ماهوی و شکلی) موافقت‌نامه داوری را در صورت ایراد، توسط خواننده مشخص نماید. البته اغلب محاکم در این مرحله، به حکم اصل صحت به عنوان قاعده عمومی و جهان‌شمول به احراز ابتدائی و علی الظاهر موافقت‌نامه داوری اکتفاء می‌کنند بدون آن که وارد رسیدگی ماهوی و کامل شوند.

ه - مرحله بعدی که در مقایسه با مراحل قبل در یک فاز جداگانه قابل طرح است، مرحله شناسایی و اجرای حکم داوری است. معمولاً محکوم علیه رای داوری، در برابر شناسائی و اجرای آن مقاومت کرده و سعی در کنار نهادن، ابطال یا عدم اجرای حکم داور می‌نماید. در واقع تلاش محکوم علیه برای انکار صحت قرارداد داوری است.

۱. اینکه داور بایستی نسبت به صلاحیت خود رأساً تصمیم بگیرد، اصل صلاحیت بر صلاحیت (Competence de la competence) گفته می‌شود که از آثار تئوری جدایی و استقلال قرارداد داوری از قرارداد اصلی می‌باشد. این اصل در بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران به صراحت و به تبعیت از قانون نمونه آنسیترال پذیرفته شده است.

در همه مراحل پیش‌گفته، ممکن است ملاحظات مختلفی درباره تعیین قانون حاکم مطرح باشد و به اعمال قواعد متفاوت حل تعارض منجر شود.

علی‌الاصول ناسازگاری‌هایی که ممکن است از اعمال قواعد متفاوت در مراحل گوناگون ناشی شود قاعده واحدی را برای همه مراحل توجیه می‌کند. اجرای ملاک‌های متفاوت در مراحل قبل و بعد از صدور حکم داور این خطر را به دنبال دارد که اعتبار موافقت‌نامه داور می‌تواند به صورتی متفاوت در محاکم یک کشور و بر حسب مرحله‌ای که مسأله در آن رخ داده برخورد شود. به عنوان مثال دادگاه ممکن است مکلف باشد طرف‌ها را به داور ارجاع دهد ولی با این حال به خاطر فقدان موافقت‌نامه داور حکم را لغو نموده یا از اجرای آن امتناع نماید.

در مواردی که مسأله قانون حاکم بر موافقت‌نامه داور در مرجع داور مطرح می‌شود موضوع دیگری هم ممکن است مطرح شود. محاکم دولتی معمولاً به قواعد حل تعارض قوانین مندرج در قانون مقرر خود استناد می‌کنند. اما مرجع داور فاقد قانون مقرر است که قواعد لازم تعارض قوانین را مقرر دارد. مرجع داور جزئی از نظام قضائی محل داور نیست و حافظ خط مشی عمومی دولتی هم نمی‌باشد. در نتیجه رویکردهای مختلفی توسط داوران برای انتخاب و اجرای قواعد مربوط به تعارض قوانین استفاده می‌شود.

همان‌طور که گفته شد، در صورتی که ایراد بطلان یا عدم اعتبار (ماهوی یا شکلی) قرارداد داور نزد مرجع داور مطرح شود، طبق بند ۳ ماده ۱۶ قانون داور تجاری بین‌المللی، داور به عنوان یک امر مقدماتی، قبل از ورود به ماهیت دعوا نسبت به آن اتخاذ تصمیم می‌نماید. تصمیم مرجع داور در خصوص اعتبار یا عدم اعتبار موافقت‌نامه داور ظرف ۳۰ روز پس از وصول ابلاغیه آن از دادگاه موضوع ماده ۶ همان قانون به عنوان مرجع نظارتی قابل رسیدگی مجدد و اتخاذ تصمیم است. بدیهی است طبق همین بند از قانون داور تجاری بین‌الملل، مادام که درخواست مزبور در دادگاه تحت رسیدگی است، مرجع داور می‌تواند به رسیدگی خود ادامه دهد و رأی نیز صادر کند. مرجع نظارتی مذکور در ماده ۶ همین قانون دادگاه عمومی مرکز استانی است که مقرر داور در آن قرار دارد و تا زمانی که مقرر داور مشخص نشده، بر عهده دادگاه عمومی تهران است.

۵- قانون حاکم بر اعتبار شکلی قرارداد داور و شرایط متفاوت شکلی در قوانین ملی

اعتبار شکلی موافقت‌نامه داور معمولاً به طور مستقیم در اکثر کنوانسیون‌ها و قوانین ملی با یک قاعده ماهوی حقوق بین‌الملل خصوصی تنظیم می‌شود. این قاعده ماهوی، تعیین قانون حاکم بر اعتبار شکلی را تسهیل می‌کند ولی به هیچ‌رو همه مشکلات را حل نمی‌نماید. چون قواعد گوناگون ماهوی

تعارض قوانین در خصوص شکل لازم برای موافقت نامه داوری با هم تفاوت دارند، باید مشخص شود کدام قاعده در واقع قابل اعمال است. این فرایند مسائلی در خصوص موارد ذیل مطرح می کند:

- رابطه میان شرایط و الزامات شکلی مندرج در کنوانسیون های بین المللی و مقررات مندرج در قوانین ملی داوری؛

- قلمرو اجرای قواعد ماهوی مندرج در قوانین ملی داوری، به ویژه در قانون نمونه آنستیرال؛ و

- قواعد ذی ربط برای دیوان داوری در تشخیص اعتبار شکلی موافقت نامه داوری.

با عنایت به الحاق ایران به کنوانسیون نیویورک و از آنجا که کنوانسیون نیویورک حاوی قاعده ماهوی واحدی در زمینه شکل موافقت نامه های داوری است، بند ۱ ماده ۲ لازم می دارد موافقت نامه های داوری به شکل مکتوب باشد. مطابق تعریف بند ۲ ماده ۲، این قاعده موافقت نامه هایی را شامل می شود که "به وسیله طرفین امضا شده یا در تبادل نامه ها یا تلگرام ها گنجانده شده باشد".

امروزه عموماً پذیرفته شده است که کنوانسیون نیویورک معیار و ضابطه ای حداکثری وضع می کند: شروط داوری را نمی توان تابع شرایط سخت تر به موجب قانون ملی ساخت. بنابراین، هر موافقت نامه داوری که حایز شرط شکلی بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک باشد باید در محاکم دولت متعاقد به اجرا در آید، قطع نظر از شرایط سخت تر شکلی قانون ملی داوری نظیر آنچه مثلاً مدت ها در قانون ایتالیا وجود داشت. (لیو، میستلیس، کرول، ۱۳۹۱، ص ۱۳۴)

مسئله جالب این است که آیا نکته فوق شامل شرایط شکلی خاص هم می شود که در تعدادی از کشورها در مورد موافقت نامه های داوری در قراردادهای مصرف کننده وجود دارد یا خیر؟

جز در صورتی که دولت متعاقد به هنگام امضای کنوانسیون نیویورک اعلام کرده باشد که کنوانسیون را فقط در مورد معاملات تجاری اعمال خواهد کرد، به طور کلی باید ضابطه کنوانسیون بر موافقت نامه های داوری در قراردادهای مصرف کننده نیز اعمال شود. در نتیجه، ماده ۲ استناد به شرایط شکلی سخت تر برای این قبیل موافقت نامه های داوری را نفی می کند، البته به شرطی که موضوع قابل ارجاع به داوری بوده باشد.

قوانین ملی داوری اغلب تعریفی موسع تر از شرط "مکتوب بودن" در مقایسه با کنوانسیون نیویورک اتخاذ می کنند. از این رو، موافقت نامه داوری که شرط کلی ماده ۲ را ندارد ممکن است شرایط شکلی سهل تر قانون ملی حاکم را داشته باشد. در چنین حالتی، مسئله رابطه میان شرایط شکلی متفاوت بروز می کند.

روشن نیست که آیا بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک را باید معیاری دانست که بر اجرای احکام داوری هم اعمال می شود یا نه؟

برای دست یابی به هدف مورد نظر در خصوص هماهنگ سازی اجرای موافقت نامه داوری بر اساس کنوانسیون نیویورک، تصدیق چنین ضابطه حداقلی ضروری خواهد بود. در نتیجه، طرف های موافقت نامه داوری که حایز شرایط سهل تر شکلی قانون ملی است قادر نخواهند بود برای اجرای موافقت نامه داوری یا حکم مبتنی بر آن به مقررات کنوانسیون نیویورک استناد نمایند.

طرف ها فقط می توانند موافقت نامه را مطابق مقررات داخلی در موارد مقتضی به اجرا بگذارند. شرط مساعدترین رفتار در ماده ۷ کنوانسیون نیویورک به طرف ها اجازه می دهد به مقرر مساعد تر قوانین داخلی و معاهدات استناد کنند. البته در این موارد، اجرای موافقت نامه مبتنی بر کنوانسیون نیویورک نیست بلکه مبتنی بر قانون داخلی است که در عمل ممکن است تفاوت قابل توجهی پدید آورد. مثلاً، طرف های موافقت نامه شفاهی که به سند حاوی شرط داوری ارجاع می دهد قادر خواهند بود در برابر طرح دعوا در دادگاه های انگلیس مقاومت ورزند؛ دادگاه انگلیسی نمی تواند با استناد به عدم تأمین شرایط شکلی صلاحیت خود را اعمال کند. چون این توافق شرایط شکلی بخش ۵ (۳) قانون ۱۹۹۶ داوری را تأمین می کند، دادگاه ها طرف ها را به داوری ارجاع خواهند داد. در مقابل، برای دادگاه های ایتالیا چنین تعهدی وجود ندارد. چون توافق شفاهی شرط شکلی بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک و نیز قانون داوری ایتالیا را فاقد است، دادگاه می تواند صلاحیت خود را بپذیرد.

مسائل مربوط به قانون حاکم بر اعتبار شکلی ممکن است بر اساس قانون نمونه آنسیترال هم بروز کند. مطابق منطوق بند ۲ ماده ۱، اکثر مقررات قانون نمونه از جمله بند ۲ ماده ۷^۱ ناظر بر شرط شکلی فقط در صورتی قابل اجراست که محل داوری در قلمرو کشور باشد. (جنیدی، ۱۳۷۸، ص ۱۶۹) چنانچه موافقت نامه داوری انجام داوری در خارج از کشور را مقرر دارد، دادگاه ها در کشورهایی که قانون نمونه آنسیترال را اجرا می کنند با این سوال دشوار روبه رو می شوند که کدام قانون بر اعتبار شکلی موافقت نامه داوری حاکم است. آیا قانون حاکم قانون محل داوری است؟ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک است؟ یا آن که ماده ۷، به رغم عبارت روشن بند ۲ ماده ۱، قاعده ذی ربط است؟

مثلاً دادگاه آلمانی زمانی که در خواست می شود اعتبار شکلی موافقت نامه داوری را که داوری در فرانسه را پیش بینی می کند مشخص نماید ممکن است با این مسئله رو به رو شود. مطابق منطوق بخش ۱۰۲۵ قانون داوری آلمان، قواعد تنظیم کننده شکل موافقت نامه های داوری قابل اعمال نخواهد بود، زیرا محل داوری در آلمان قرار ندارد. البته این قانون در این زمینه ساکت است که برای تشخیص این که موضوعی باید به داوری ارجاع شود یا خیر چه ضابطه و ملاکی باید به کار بسته شود. ارجاع یک موضوع

۱. طبق بند ۲ ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال: «...موافقتنامه داوری بایستی به صورت کتبی باشد. موافقت نامه در صورتی کتبی است که طی سندی (نوشته ای) به امضای طرفین رسیده باشد ... یا یکی از طرفین طی مبادله دادخواست یا دفاعیه، وجود آن را ادعا کند و طرف دیگر آن را تکذیب ننماید...»

به داوری فقط زمانی که موافقت نامه داوری حایز شرایط شکلی بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک باشد به این نتیجه می انجامد که موافقت نامه های داوری که داوری در خارج از کشور را مقرر می دارند تابع شرایط شکلی سخت تری در مقایسه با موافقت نامه هایی باشد که داوری در آلمان را پیش بینی می کنند. این مسئله در جایی که آلمان حداقل نفع را در قضیه دارد مناسب نخواهد بود. (لیو، میستلیس، کرول، ۱۳۹۱، صص ۱۳۶-۱۳۷)

گزینه دیگر این است که اعتبار شکلی موافقت نامه با ملاک قرار دادن قانون محل داوری، که در مثال بالا قانون فرانسه است، تعیین شود که اجازه توافق نامه های شفاهی برای داوری های بین المللی را می دهد. (Boisséon P. 477) البته این گزینه دور زدن شرط مکتوب بودن به موجب قانون آلمان را برای یک طرف آسان می سازد. اصل سرزمینی بودن که در قانون نمونه درج شده دلیلی به نفع استناد به قانون محل داوری است با وجود این، گرایش غالب در رویه دولت ها این است که هر دولت می خواهد شرایط و اوضاع و احوال کنار نهادن و خروج از صلاحیت دادگاه های خود را خودش تعیین کند، یعنی مشخص کند که آیا برای کنار نهادن این صلاحیت، توافق کتبی لازم است یا خیر.

– قوانین ماهیتی قابل اعمال توسط نهاد داوری

هنگامی که موضوع اعتبار شکلی در دعاوی نزد مرجع داوری مطرح می شود، پرسش این است که کدام یک از قواعد ماهوی مختلف باید توسط داوران اعمال شود؟ اغلب فرض بر این است که داور باید اعتبار شکلی موافقت نامه داوری را با ضابطه مندرج در ماده ۲ کنوانسیون نیویورک بسنجد. البته مقررات کنوانسیون نیویورک به طور مستقیم بر دادگاه های کشورهای عضو (از جمله ایران که به آن ملحق شده است) و نه بر مرجع داوری الزامی است. با این حال، دلایل موجهی وجود دارد که مرجع داوری باید تصمیم خود را بر کنوانسیون نیویورک مبتنی سازد. قابلیت اجرای گسترده کنوانسیون و این که اجرای موافقت نامه بر اساس کنوانسیون فقط در صورتی ممکن است که شرط شکلی محقق باشد دلایلی قوی به سود اجرای ماده ۲ هستند. از این رو، داور با در نظر داشتن این امر باید حکمی قابل اجرا صادر کند اما در صورتی که موافقت نامه داوری شرایط شکلی ماده ۲ را نداشته باشد ولی شرایط سهل تر قانون مقرر داوری را تأمین کند، مرجع داوری باید در جهت تنفیذ توافق طرف ها، صلاحیت خود را اعمال نماید. در چنین مرحله ای نمی توان به قطع نظر داد که اصولاً و در چه مواردی اجرا ضرورت خواهد داشت. اجرا ممکن است یا در کشور محل صدور حکم یا در کشوری که این شکل از موافقت نامه داوری را شناسایی می کند، صورت پذیرد.

نتیجه گیری:

با التفات به الحاق ایران به کنوانسیون نیویورک در سال ۱۳۸۰ و تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی در تاریخ ۱۳۷۶ و اینکه شرط کتابت در هر دو مقرر قانونی (بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک و ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی) به عنوان شرط شکلی اعتبار قرارداد بین‌المللی پیش‌بینی شده است و با لحاظ تفاسیر مختلفی که از این شرط شده و می‌شود، و رویکرد سیستم‌های قضایی کشورهای مختلف و دیوان‌های داوری در عرصه داخلی و بین‌المللی، به سمت تفسیر موسع از شرط کتابت با لحاظ فناوری‌های نوین در عرصه مبادلات و ارتباطات نوین می‌باشد و تقدم اعمال شرایط سهل‌تر و نرمش در تفسیر شرایط شکلی امری مبرهن می‌نماید که البته به دنبال تعیین قانون حاکم بر اعتبار شکلی قرارداد داوری بر اساس ضوابطی که حسب مورد برای محاکم قضایی دولتی و مراجع داوری بیان شد، قابل طرح است.

فهرست منابع و مراجع

- ۱- امیر معزی، احمد، ۱۳۸۸، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، تهران، نشر دادگستر.
- ۲- جنیدی، لعیا، ۱۳۷۸، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- ۳- جنیدی، لعیا، ۱۳۷۶، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، تهران، نشر دادگستر.
- ۴- ضمیمه روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۶، شماره مسلسل ۶۵۵، سال سی‌ام، انتشارات روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران.
- ۵- لیو، جولیان دی ام؛ میستلیس، لوکاس ای؛ کرول، استفان ام؛ ترجمه حبیبی مجنده، محمد؛ ۱۳۹۱، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، قم، انتشارات دانشگاه مفید.
- ۶- مجموعه آئین دادرسی مدنی، ۱۳۸۴، جلد ۱، چاپ هفتم، تهران، انتشارات معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری.

7- De Boisséon, 1990, Le droit fran Çais de l'arbitrage.

8- Herrmann, 1988, The Arbitration Agreement as the foundation of Arbitration and its Recognition by the courts, ICCA Congress series no 9,82,85 et seq

9- Julian D. M. lew, loukas A. Mistelis. Stefan M. kroll, 2003, Comparative international commercial Arbitration, London university pub.

10- lew, Mistelis , kroll, 2003