

**Journal Iranian Political Sociology**

**Vol. 5, No. 7, Mehr 2022**

<https://dx.doi.org/10.30510/psi.2022.301401.2193>

**Sociological implications of the arbitral tribunal with emphasis on the arbitrator's competence in reviewing the dissolution of the contract**

### **Abstract**

The basis of arbitration is the agreement of the parties on the formation of a private court and the procedure, and the existence of a dispute in any legal relationship, including the main contract and the arbitration agreement, is obvious. Referral of the dispute to arbitration is in principle voluntary and based on the consent of the parties, and it is certain that the dispute should be brought before a competent authority. On the other hand, the arbitration institution has a significant role in resolving disputes and improving legal and contractual relations in society. This study examines the sociological implications of the arbitral tribunal by emphasizing the arbitrator's competence in reviewing the dissolution of the contract. The research method in this research is descriptive-analytical. The results of the research show that although there are different approaches in Iranian law to the jurisdiction of the arbitrator and the court in dealing with this dispute in both domestic and international areas, but in English law, the legislator emphasizes the jurisdiction of the arbitrator. It seems that considering the positive effects and benefits of the arbitration body in handling disputes such as survival and improving the legal and commercial relations of individuals, reducing costs, preventing the loss of material and human resources for the government and society, the level of acceptance and acceptance The arbitrator's decision has a more reasonable basis than the courts, which considers the jurisdiction of the arbitral tribunal to have a more reasonable basis.

**Keywords:** Arbitrator Competence, Arbitration Contract, Arbitrator, Sociological Effects of Arbitration Institution.

سید علی حسینی<sup>۱</sup>عبدالله بهمن پوری (نویسنده مسئول)<sup>۲</sup>داریوش بابائی<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۰

## چکیده

مبنای داوری، توافق طرفین بر تشکیل یک دادگاه خصوصی و شیوه رسیدگی است و وجود اختلاف در هر رابطه حقوقی از جمله قرارداد اصلی و توافقنامه داوری، بدیهی است. طرح اختلاف نزد داور، معمولاً مبتنی بر تراضی طرفین است و مسلم است که دعوا باید در مرجعی که شایستگی رسیدگی به آن را دارد، مطرح شود. از طرفی نهاد داوری نقش پررنگی در حل و فصل اختلافات و بهبود روابط حقوقی و قراردادی در جامعه دارد. این تحقیق، آثار جامعه شناختی نهاد داوری با تأکید بر صلاحیت داور در رسیدگی به انحلال قرارداد را بررسی می کند. روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی-تحلیلی می باشد. نتایج تحقیق نشان می دهد که در نظام حقوقی ایران نسبت به صلاحیت داور و دادگاه در این خصوص در دو حوزه بین المللی و داخلی اختلاف نظر وجود دارد، ولی در حقوق و رویه قضایی انگلیس، بر صلاحیت داور تأکید می شود. به نظر می رسد با توجه به آثار مثبت و مزایا و فواید نهاد داوری در رسیدگی به اختلافات از قبیل بقا و بهبود روابط حقوقی و تجاری اشخاص، کاهش هزینه ها، جلوگیری از اتلاف منابع مادی و انسانی برای دولت و جامعه، میزان پذیرش و تمکین به رأی داور در مقایسه با محاکم، قائل شدن به صلاحیت نهاد داوری مبنای معقول و منطقی تر داشته باشد.

واژگان کلیدی: صلاحیت داوری، داور، قرارداد داوری، آثار جامعه شناختی داوری.

<sup>۱</sup>دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران.

Sahmehr@yahoo.com

<sup>۲</sup>استادیار گروه حقوق خصوصی، هیئت علمی واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران.

bahmanpouri10@yu.ac.ir

<sup>۳</sup>استادیار گروه حقوق خصوصی، هیئت علمی واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران.

dr.babaei56@yahoo.com

داوری به عنوان سیستم دادرسی جایگزین دادگاه های دولتی، با سابقه دیرین درصدد بازکردن جایگاه ویژه و مخصوص به خود در مقررات و آیین نامه های رسیدگی داخلی و بین المللی است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۲۸۳). یکی از نویسندگان محترم داورى را رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی تعریف کرده است. (مافی، ۱۳۹۲، ۱۸۷).

هر چند طرح دعاوی و رفع اختلاف بین طرفین آن به طور معمول نزد محاکم دولتی و به شیوه رسمی انجام میشود، اما از دیرباز، قانونگذار در بسیاری از دعاوی، این امکان را به متداعیین داده است که نسبت رسیدگی و اتخاذ تصمیم به اشخاص مورد قبول خود مراجعه و اشخاص مورد نظر خود که بر آنها تراضی کرده اند، رسیدگی و اتخاذ تصمیم نمایند. بنابراین در کنار رسیدگی رسمی به دعاوی، یک نوع آیین خصوصی دادرسی نیز وجود دارد. داورى در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ایران تعریف نشده و صرفاً توافق بر داورى و احکام و جنبه های بی اعتباری آن توسط قانون گذار بیان شده است. از مسائل مهم در رسیدگی محاکم و داور این است که در فرض وجود توافقنامه داورى در موضوع مورد اختلاف و به ویژه زمانی که اعتبار قرارداد محل اختلاف باشد آیا داور و یا دادگاه کدام یک صلاحیت رسیدگی به موضوع مورد دعوا را دارد و آیا این دو نهاد در طول هم قرار دارند و یا به عنوان مراجع هم عرض می توانند مورد مراجعه باشند. داورى، ضمن آنکه قانونا دارای تمامی آثار الزام آور رسیدگی های قضایی دولتی است، دارای مزایای فراوانی نسبت به آنهاست که باعث شده است این نهاد مترقی، در میان کسانی که از اطلاعات لازم در مورد آن برخوردارند، به ویژه تجار و صنعتگران و ارائه کنندگان خدمات، از استقبال فراوان برخوردار شود به گونه ای که کمتر فعال اقتصادی می توان یافت که با وجود آگاهی نسبت به نهاد داورى و مزایای آن و شناخت داوران شایسته از جهت علمی و اخلاقی، رغبتی به مراجعه به مراجع قضایی داشته باشد. و به طور قطع چنانچه اختلاف طرفین از جانب شخص یا نهادی که خود به تراضی آن به عنوان مرجع رسیدگی انتخاب کرده اند حل و فصل شود، میزان پذیرش و تمایل به اجرای آن بیشتر بوده و مزایای جامعه شناختی از قبیل حفظ روابط حقوقی و معاملاتی سابق و بهبود معاملات را در پی خواهد داشت. توافق بر حل اختلاف از طریق داورى برای حاکمیت و جامعه نیز دارای مزایای فراوانی خواهد بود زیرا با خروج بخش عظیمی از پرونده ها از محاکم، علاوه بر کاهش حجم پرونده ها، در وقت و منابع مادی و انسانی صرفه جویی شده و به تبع آن این منابع در بخش های مهمتر از جمله آموزش و توسعه و بهبود قوانین و ساختارها بکار خواهد رفت. آنچه مسلم است دعوا باید در مرجعی که شایستگی رسیدگی به آن را دارد مطرح شود و در گام نخست باید مرجع قضاوتی که ذاتا صالح است مشخص شود و در گام دوم علی الاصول باید بین مراجعی که از نظر ذاتی صالح اند، مرجعی که صلاحیت نسبی در رسیدگی به اختلاف یا امر مورد نظر دارد، تعیین شود. هر چند همان گونه که بیان شد در بعضی موارد و موضوعات ارجاع اختلاف و رسیدگی به امر الزاما به داورى ارجاع می شود و به لحاظ ویژگی نظام مندی حاکم بر آیین دادرسی مدنی، محاکم نمی توانند در اختلاف هایی که توافق نامه داورى وجود دارد، در ابتدا رسیدگی نمایند، لیکن در برخی موارد که طرفین با اختیار به رسیدگی داور در اختلاف ناشی از قرارداد توافق کرده اند، ممکن است در اصل قرارداد و شرط یا توافق داورى اختلاف حاصل شود، اگر به تعبیر برخی حقوقدانان، توافق بر داورى را که در بندی از قرارداد مبنا آمده است، شرطی ضمن عقد بدانیم، در صورت بطلان عقد با توجه اینکه شرط در بقا و انحلال اصولا تبعیت از عقد می

نماید، شرط ضمن آن نیز فاقد اثر است و تفاوتی ندارد که این شرط داوری ضمن قرارداد باشد یا به موجب توافق جداگانه و این سوال پیش می آید که آیا با وجود توافق به حل تمام اختلاف ها به داور در این قراردادها باز هم طرفین باید مطابق قواعد راجع به داوری به داور جهت رسیدگی رجوع شوند و توافق بر داوری دربرگیرنده صلاحیت داور در اظهارنظر راجع به صحت یا بطلان اصل قرارداد و شرط یا توافق داوری و به تبع آن ورود به ماهیت می باشد یا باید دادگاه نسبت به صحت یا بطلان اظهارنظر نماید. با توجه به اهمیت موضوع و سکوت قانون در این خصوص و عدم پاسخ واحد به این سوال و اختلاف نظر در رویه قضایی، منظور از این تحقیق بررسی و یافتن جواب های مناسب در بررسی این ابهام موجود می باشد. سوال های تحقیق عبارتند از: ۱- تأثیر اختلاف در انحلال موافقت نامه داوری که به صورت یکی از بندهای قرارداد مبنا بیان شده بر صلاحیت چگونه است؟ ۲- تأثیر اختلاف در انحلال موافقت نامه داوری که به شیوه موافقت نامه ای مجزا تنظیم شده بر صلاحیت چگونه است؟ روش انجام تحقیق روش توصیفی- تحلیلی است و روش جمع آوری اطلاعات، کتابخانه ای و اسنادی است.

## ۲- مبانی نظری

نهاد داوری هرچند مبتنی بر تراضی طرفین در انتخاب شخص یا اشخاصی در رسیدگی به اختلاف بر مبنای یک توافق می باشد، محتمل است که طرفین در همین تراضی و توافق نیز دچار اختلاف شوند و موضوع های مهمی مانند صلاحیت داور یا دادگاه مطرح شود. و در اینجا است که از یک طرف باید به جهت مزایای داوری تمایل بیشتری به صلاحیت داور داشت تا به عنوان دادرسی نوین نقش خود را بیابد و در طرف مقابل تراضی و حاکمیت طرفین و البته قوانین و عرف را لحاظ نمود. بدیهی است که تصمیم گیری و صدور رأی در یک دعوا، توسط داوری که فاقد صلاحیت قانونی در رسیدگی و یا صدور رأی باشد، به تصریح ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی است و همچنین اگر دعوا در دادگاه فاقد صلاحیت رسیدگی و منتهی به صدور رأی شود، در نهایت با اعتراض هر یک از طرفین، در مرجع عالی نقض شده و این امر موجب اتلاف منابع و تحمیل هزینه برای متداعیین و صرف بیهوده وقت مرجع رسیدگی و طرفین خواهد شد. ممکن است در اصل قرارداد و شرط یا توافق داوری اختلاف حاصل شود، در صورت بطلان عقد با توجه به تبعیت شرط از عقد، شرط ضمن آن نیز فاقد اثر است و تفاوتی ندارد که این توافق داوری در ضمن یک قرارداد مبنا باشد یا به موجب توافقی مجزا و این سوال پیش می آید که آیا با وجود توافق به ارجاع تمام اختلاف های محتمل به داوری در چنین قراردادی، باز هم طرفین باید مطابق قواعد راجع به داوری به داور مراجعه نمایند و توافق بر داوری شامل صلاحیت داور در اظهارنظر راجع به صحت یا بطلان اصل قرارداد و شرط یا توافق داوری و به تبع آن ورود به ماهیت می باشد یا باید دادگاه نسبت به صحت یا بطلان اظهارنظر نماید. سؤال اصلی این است که اگر طرفین بر رسیدگی توسط داور در اختلاف راجع به انحلال موافقتنامه داوری توافق کنند آیا با توجه به اینکه داور صلاحیت و مشروعیت وی در رسیدگی مبتنی بر موافقت نامه ای است که صحیح و باقی باشد، آیا در صورت بطلان توافق، داوری موجودیت دارد و یا داور می تواند رأی به انحلال قراردادی که مبنای صلاحیت او است صادر کند؟ اگرچه در بسیاری از کشورها مانند حقوق انگلیس و نیز در گستره داوری تجاری بین المللی حقوق ایران پاسخ به این سؤال مثبت است ولی در حقوق داخلی رویه ای متفاوت اتخاذ می شود، در اینجا باید قائل به تفکیک باشیم و

انحلال موافقت نامه داوری را در فرض های متفاوت و با در نظر گرفتن جمیع جهات بررسی نماییم. یکی این که اگر توافق داوری ضمن قرارداد اصلی باشد می تواند صرفا در موارد بطلان به جهت عوامل مربوط به قصد و اراده به جهت هم زمانی در یک قرارداد از قرارداد اصلی تبعیت نماید و در موارد دیگر انحلال از قبیل فسخ و انفساخ که متعاقب قرارداد صحیح حاصل می شود، در بقا و انحلال تابع عقد اصلی نیست و اگر به شکل قرارداد داوری جداگانه از قرارداد اصلی منعقد شود باید دارای شرایط عمومی و اختصاصی آن باشد تا موافقت نامه داوری صحیح و موثر باشد و در این فرض الزاما تابع بطلان و انحلال عقد نیست، ولیکن در این تحقیق، بررسی توافق طرفین بر صلاحیت داور راجع به انحلال موافقت نامه داوری در صورت عدم اختلاف راجع به قرارداد اصلی و صرفا راجع به انحلال موافقت نامه داوری مدنظر می باشد که در تحقیق های انجام شده کمتر به آن توجه شده است. توجه به اهمیت موضوع و سکوت قانون در این خصوص و عدم پاسخ واحد به این سوال و اختلاف نظر در رویه قضایی، منظور از این تحقیق بررسی ابهام موجود می باشد.

### ۳- آثار و فواید جامعه شناختی نهاد داوری

داوری، ضمن آنکه قانونا دارای تمامی آثار الزام آور رسیدگی های قضایی دولتی است، دارای مزایای فراوانی نسبت به آنهاست که باعث شده است این نهاد، در میان کسانی که از اطلاعات لازم در مورد آن برخوردارند، به ویژه تجار از استقبال فراوان برخوردار شود به گونه ای که اشخاص با وجود آگاهی نسبت به نهاد داوری و مزایای آن و شناخت و انتخاب داوران شایسته از جهت علمی و اخلاقی، رغبتی به آمد و رفت به مراجع رسمی ندارند. به طور کلی انتخاب داور مبتنی بر تمایل طرفین است که با تراضی شخص یا اشخاصی را جهت رسیدگی به اختلاف تعیین می نمایند تا با اجتناب از پرداخت هزینه و صرف وقت در محاکم که علاوه بر پرداخت هزینه الزام به پذیرش رسمیت و تشریفات محاکم هر گونه اختیار در مدیریت و جریان دعوا را از طرفین سلب می نماید، با آرامش و اطمینان خاطر و به دور از استرس در زمانی دلخواه اختلاف خود را برای داور بیان و آرامش و امنیت روانی خویش را نیز حفظ نمایند. علاوه بر اینکه اصل حاکمیت اراده مستلزم آن است که در صورت وجود هر نوع اختلاف، داور را صالح به رسیدگی بدانیم، از طرف دیگر بروز هر اختلاف بین اشخاص موجب تحمیل هزینه و صرف وقت و اتلاف منابع ملی نیز خواهد شد لذا ارجاع پرونده و اختلاف به داور موجب منفعت همگانی شده و چه بسا بسیاری از اختلاف ها در داوری به سازش منتهی شده که آثار بهتری نسبت به رسیدگی قضایی و صدور رأی ماهوی دارد.

برخی از مزایای مهم داوری از دیدگاه جامعه شناختی عبارت است از:

۱. بقا و بهبود روابط حقوقی و قراردادی اشخاص به جهت رضایت و تراضی در نحوه رسیدگی و انتخاب داور
۲. اجتناب از اتلاف منابع مادی و انسانی جامعه و پرهیز از صرف وقت محاکم و قضات در رسیدگی به پرونده های دارای توافق نامه داوری و به تبع آن صرف وقت و هزینه در راستای بهبود قوانین موجود و تدوین قوانین مورد نیاز، آموزش و فرهنگ سازی برای احترام و اجرای قوانین
۳. ایجاد آرامش و بهبود فضای معاملاتی و روابط اقتصادی به دلیل تراضی
۴. ایجاد آرامش و بهبود امنیت روانی در سایه اعتماد به نهاد داوری به عنوان یک دادگاه خصوصی و مورد تراضی طرفین

۵. امکان انتخاب قاضی رسیدگی کننده به اختلاف حاصله و تعداد قضات رسیدگی کننده: در رسیدگی های دادگستری، افراد نمی توانند قاضی پرونده خود را انتخاب نمایند. بلکه دخالت افراد در ارجاع پرونده شان به شعب و قضات مورد علاقه، تخلف نیز محسوب می شود. درحالیکه در داوری، نه تنها این امر با مشکلی مواجه نیست، بلکه از مهمترین خصایص داوری، انتخاب داور یا داوران بر اساس خواست طرفین دعواست.

۶. امکان انتخاب قاضی با سابقه تر، با تحصیلات بالاتر، مطمئن تر و متخصص تر نسبت به موضوع دعوا: در داوری، طرفین دعوا می توانند از میان افراد مختلفی که حقوقدان بوده و حاضر به داوری هستند، داورانی انتخاب نمایند که تجربه عملی، تحصیلات و تخصصشان در خصوص اختلاف حاصله به مراتب قضات دادگستری باشد. همچنین طرفین اختلاف می توانند، علاوه بر ملاحظه سابقه و تحصیلات و تخصص داور، وضعیت اخلاقی و اجتماعی، امانتداری و پاکدستی داور را بررسی کرده، در صورتی، رفع اختلاف خود را به ایشان بسپارند که از جهات اخلاقی نیز به آنان اعتماد داشته باشند.

۷. ارزان تر بودن رسیدگی از طریق داوری: رسیدگی از طریق داوری، در مقایسه با رسیدگی های قضایی، از جهت اقتصادی، بسیار مقرون به صرفه تر است؛ در حالیکه در وضعیت فعلی، رسیدگی در مرحله اولیه دادگاهها، نیازمند پرداخت مبلغی معادل ۳/۵ درصد خواسته موضوع اختلاف است و در صورت تجدید نظر و فرجام خواهی، مجدداً مبلغی نزدیک به همین درصد باید پرداخت شود، بر اساس ضوابط قانونی حاکم بر داوری، حق الزحمه داوری، معادل ۲ درصد خواسته موضوع اختلاف است (جز در موارد خاص و خواسته های جزئی که اندکی بیش از این درصد است). همچنانکه پیشتر ذکر شد، این نکته در حالی است که تخصص و تجربه و تحصیلات داوران، می تواند به مراتب بیشتر از قضات و دادرسان رسیدگی کننده به اختلاف در دادگاهها باشد.

۸. سرعت در رسیدگی و صدور حکم: حجم بسیار زیاد پرونده های دادگستری و همچنین ضرورت رعایت تشریفات فراوان قانونی در رسیدگی های دادگستری، باعث طولانی شدن زمان رسیدگی های قضایی دولتی است. این امر باعث شده است که رسیدگی به بسیاری از پرونده ها، عملاً به بیش از یک سال و گاه چندین سال بیانجامد. به درازا کشیده شدن دادرسی، گاه به حدی است که شخصی که به دادگاه مراجعه کرده، حتی در فرض موفقیت، حق خود را زمانی وصول می کند که دیگر ارزش چندانی برای او ندارد و عملاً عدالت کارایی خود را از دست داده است. این در حالی است که رسیدگی های داوری در زمانی بسیار کوتاهتر به نتیجه می رسند و به ندرت تمام، در صورت همکاری طرفین دعوا، از حدود یکی دو ماه تجاوز می کنند. تجربه عملی حکایت از آن دارد که خسارت ناشی از تاخیر در تعیین تکلیف اختلافات فعالان اقتصادی، نه تنها از هزینه های دادرسی کمتر نیست، بلکه در بسیاری مواقع، نتایج زیانبار آن، بیشتر است.

۹. حفظ کرامت طرفین دعوا: داور، در زمانی که هر دو طرف راضی و راحتند و در محیطی آرام و بدون اطلاع و ملاحظه اغیار، در جوی مسالمت آمیز و دوستانه، به استماع اظهارات طرفین و رسیدگی به موضوع می پردازد. در داوری، تشریفات دادرسی وجود ندارد و داور، برخلاف دادگاه، محدودیتی در تعیین وقت دادرسی، تشریفات ابلاغ، محل برگزاری جلسات، نحوه و زمان ارجاع موضوع به کارشناس و... ندارد و با رعایت کامل کرامت طرفین دعوا به انجام می رسد.

۱۰. محرمانه بودن: رسیدگی های رسمی دادگستری به گونه ای است که طبعاً طیف گسترده ای از اشخاص، از اختلاف های طرفین دعوا ممکن است اطلاع یابند؛ و جلسات محاکم جز در مواردی خاص می شود که علنی

باشد و این در حالی است که در داوری، اصولاً جز شخص داور یا داوران، شخص دیگری به اختلاف طرفین و نتیجتاً به اسرار شخصی و تجاری ایشان پی نمی‌برد و داور رسیدگی کننده به پرونده نیز مورد اعتماد و وثوق طرفین دعواست،

۱۱. پذیرش رای داوری برای طرفین: ضریب اعتراض شخص محکوم به رای داوری بسیار کمتر از آراء دادگاه‌ها و بالعکس، میزان تبعیت از رای داوری، به جهت تراضی و اعتماد به داور از آراء دادگاه‌ها بیشتر است. بعلاوه، مقبولیت رای داوری برای شخص محکوم، در اکثر موارد، منتهی به اجرای اختیاری مفاد رای می‌شود که علاوه بر جلوگیری از صرف وقت مجدد برای اجرای اجباری رای، باعث صرفه جویی فراوان در وقت و انرژی و سرمایه محکوم له است.

#### ۴-صلاحیت داور و دادگاه در رسیدگی به اختلاف در قرارداد و توافق نامه مبنای داوری

##### ۴-۱-صلاحیت داور و دادگاه در رسیدگی به اختلاف در نظام حقوق دادرسی ایران

در خیلی از کشورها شرط یا قرارداد داوری را دارای استقلال از قرارداد مبنا می‌دانند یعنی داور بدون توجه ابتدایی به صحت یا بطلان قرارداد اصلی و به صرف احراز صحت شرط یا قرارداد داوری، پس از اعلام صلاحیت خود به قرارداد اصلی داوری کرده و اظهار نظر می‌نماید. اما در حقوق و رویه دادرسی ایران با توجه به رویکرد مختلف قانون‌گذار در حقوق داخلی و سطح بین‌المللی به جهت اینکه بر داوری داخلی و بین‌المللی در این خصوص قوانین متفاوتی حاکم است، نیازمند بررسی جداگانه موضوع در این دو حوزه است که در ادامه بیان می‌گردد.

##### ۴-۲- صلاحیت داور و دادگاه در رسیدگی به اختلاف در حوزه حقوق داخلی ایران

برای بررسی قوانین مرتبط با موضوع رابطه شرط و قرارداد راجع به موافقت نامه داوری در حقوق و نظام دادرسی ایران باید به این نکته توجه شود که با عنایت به قانون داوری تجاری بین‌المللی که در سال ۱۳۷۶ تصویب و همچنین بر اساس ماده واحده ای تحت عنوان قانون الحاق ایران به کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ که راجع به شناسایی و اجرای آرای صادره داوری خارجی مصوب ۱۳۸۰ است، در دعاوی تجاری بین‌المللی ایران با توجه به مستقل پنداشتن توافق بر داوری، قانونگذار قدم مهمی در بهبود هماهنگی و سازگاری با قوانین موجود بین‌المللی و رفع ابهام در بحث صلاحیت برداشته است. ولی ابهام در صلاحیت که منشأ آن به رابطه عقد و شرط در اختلاف‌های داخلی دارای شرط داوری هم‌چنان باقی و مبهم است. در حقوق داخلی و رویه دادرسی ایران هرچند قوانین و آیین نامه‌های خاصی همچون قانون داوری اتاق ایران و یا مصوبه فعلی راجع به مرکز داوری اتاق تعاون، قانون بورس و اوراق بهادار و سایر داوری‌های برخی سازمان‌ها در موارد خاص صلاحیت آن‌ها تصویب شده است، ولی به طور کلی در خصوص رابطه عقد مبنا و عقد تبعی و یا توافق نامه‌های داوری و عقد مبنا در حقوق ایران دو قانون عام یکی قانون مدنی و دوم آیین دادرسی مدنی در مورد رابطه این توافق نامه‌های مستقل و عقد و تبعیت توافقی که ضمن بندی از عقد آمده و عقد بررسی می‌شود.

##### ۴-۳- صلاحیت داور و دادگاه در رسیدگی به اختلاف در قانون مدنی

به تعبیر برخی حقوقدانان، شرط در حقوق مدنی ایران، در سایه قرارداد به زندگی خویش ادامه داده و همچون سیاره‌ای است که از خورشید پیروی می‌کند و در شمار توابع آن است و با سایر سیاره‌ها و خورشید همگام می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۲۰)

با اینکه قواعد مربوط به شرط ضمن عقد در مواد ۲۳۳ تا ۲۴۶ قانون مدنی ایران آمده است، اما با ملاحظه این مواد معلوم می‌شود که شرط داوری نمی‌تواند از نوع شرط ضمن عقد باشد؛ چرا که توافق بر داوری تابع قواعد خاص می‌باشد که در آیین دادرسی مدنی نیز آمده است، و منظور از شرط ضمن عقد، معمولاً شرط‌های مندرج در معامله است که مربوط به خود معامله است و یکی از ارکان اصلی و یا توافق‌های معامله را تشکیل می‌دهد، مانند وصف مورد قرارداد، نحوه و زمان و مکان و شیوه تسلیم یا اوصاف کالا یا روش و اسناد پرداخت که نسبت به مبانی اصلی قرارداد جنبه رفع ابهام داشته و اجرای قرارداد و آثار آن را راحت‌تر می‌کند.

گرچه ممکن است توافق بر داوری به عنوان شرط فعل یا نتیجه نیز در نظر برخی از اساتید محترم تلقی شده باشد و برخی بر این باور باشند که شرط داوری به شرط فعل شبیه است؛ زیرا در شرط فعل منع یا اقدام به عملی بر هر یک از متعاملین شرط می‌شود. به نظر استاد مرحوم امامی، در صورتی که بین متعاملین راجع به حدود و مفاد و تعهد در سند اختلافی روی دهد، و ذینفع به دادگاه مراجعه نماید، دادرسی مستفاد از ماده ۲۲۴ قانون مدنی الفاظ را بر معانی عرفیه حمل خواهد نمود (امامی، ۱۳۹۱، ۲۸۲). اما آنچه بدیهی و مسلم است آن است که، اگر اختلافی بین متعاملین حادث نشود، شرط داوری فعلیت پیدا نمی‌کند و شاید اصلاً به داوری مراجعه نشود. ارجاع امر به داوری به صورت یکی از بندهای معامله، موضوعاً جدا از معامله و تابع قصد انشای جداگانه است.

حتی می‌توان پذیرفت چنانچه در قرارداد مبنا تعهد خاصی جزء شرط ضمن عقد درج نشود (البته تشخیص تعهد اصلی قرارداد و شروط ضمن آن، حسب مورد فرق می‌کند) و متعاملین، قرارداد خود را به صراحت یا ضمناً تحت شمول ماده ۱۰ قانون مدنی بدانند، داوری به عنوان مجموعه‌ای که تمامی اجزای آن تعهدآور است، محسوب شده و نمی‌توان شرط مربوط به حل اختلاف توسط داور را به عنوان شرط ضمن عقد به حساب آورد و این مورد نیز همچون سایر موارد قرارداد، جزء مواد اصلی عقد به حساب خواهد آمد، لیکن در صورتی که طرفین، روش حل اختلاف را در یکی از بندهای عقود معین درج نمایند یا به صراحت آن را به عنوان بندی ضمن عقد قید کنند، این توافق خود به تنهایی عقد محسوب خواهد شد، هر چند در رویه عملی بیان نمی‌شود که موضوعی جزء شرط ضمن عقد است و یا اینکه جزو خود قرارداد است لذا تفکیک و تمییز این دو در تعبیر این اصل بسیار کارآمدتر خواهد بود.

ماده دیگری که در این زمینه می‌توان بدان اشاره داشت، ماده ۷۳۳ قانون مزبور در خصوص انحلال بیع با منشأ دین حواله است. از تمام این مواد می‌توان به اصل و مبنا موضوع بحث پی برد و اصولی همچون اصل استقلال توافق داوری از قرارداد مبنا را در قوانین با بررسی مواد مربوط، توجیه و تفسیر نمود.

#### ۴-۴- صلاحیت داور و دادگاه در رسیدگی به اختلاف‌ها در قانون آیین دادرسی مدنی

در حقوق ایران در خصوص داوری که از حوزه قانون داوری تجاری بین‌المللی خارج باشد، قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به عنوان قانون حاکم بر دادرسی تحت عنوان عام، حاکمیت دارد. باب هفتم قانون مرقوم از مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ آن به داوری پرداخته است و در این قانون، ماده ۴۵۴ به صراحت با پذیرش داوری به عنوان یک نهاد خصوصی صالح به رسیدگی بیان داشته ((کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه‌ها مطرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند)).



برخی بر این اعتقادند که اصل استقلال شرط داوری در حقوق ایران مورد شناسایی قرار نگرفته (سیفی، ۱۳۷۷، ۳۸) و استناد خویش را ماده ۴۶۱ از قانون آیین دادرسی مدنی بیان می‌کنند که مقرر می‌دارد: «هر گاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه ابتدائاً به آن رسیدگی و اظهار نظر می‌کند.»

در مواردی که دادگاه نسبت به اعتبار یا بی اعتباری اصل معامله ای که در آن شرط داوری شده، در اجرای ماده ۴۶۱ اظهار نظر می‌کند، نمی‌توان به استناد آن ایراد امر قضاوت شده نمود. بنابراین در صورت اظهار نظر به اصل معامله، دعوای بی اعتباری آن نمی‌تواند با قرار رد دعوا به سبب امر قضاوت شده روبرو شود، چرا که در این مورد دادگاه نظر خود را به صورت اظهار نظر بیان کرده لذا اظهار نظر دادگاه اثر امر مختومه ندارد و علت آن این است که نظر دادگاه رأی نیست. (محمدی خورشیدی، ۱۳۹۰، ۱۰۶)

این در حالی است که سیاق عبارات مندرج در ماد ۴۵۹ و ۴۶۰ از قانون آیین دادرسی مدنی نشان گر آن است که در قانون گذار در مقام بیان بوده و این حکم و تعیین تکلیف راجع مواردی است که طرفین از معرفی داور بر اساس توافق قبلی خودداری نموده یا هم عقیده در انتخاب داور یا داورها نیستند. سپس در ماده ۴۶۱ بیان کرده است که اگر در این چنین مواردی، اختلاف در اصل معامله یا قرارداد مبنا بین طرفین ایجاد شده باشد، دیگر داوری و رسیدگی داور به این جهت موضوعیت پیدا نمی‌نماید و لذا درز ابتدا باید دادگاه تکلیف قرارداد مبنا یا معامله اصلی را معلوم کند و سپس به موضوع داوری ورود نماید.

البته حکم ماده ۴۶۱ این قانون یک حکم کلی نیست؛ بلکه باید در کنار دو ماده قبلی، بررسی و تبیین شود. زیرا در صورتی که متعاملین، داور خود را قبلاً معرفی کرده نموده و یا اگر داور به طریق دیگری مثلاً با دادن اختیار به دادگاهی و یا شخص ثالثی انتخاب شده باشد، مرجع داوری به وجود آمده است و لازم نیست که دادگاه بخواهد به داوری بپردازد و اینجا موضوع حل اختلاف راجع به اصل معامله و قرارداد نیست. یک استدلال دیگر هم آن است که ماده ۴۶۱ از قانون آیین دادرسی مدنی ارتباطی به استقلال ندارد و بحث صلاحیت در صلاحیت را مطرح می‌کند و صرفاً ناظر بر این است که هر گاه به صلاحیت داور ایراد شد، داور نتواند یا صالح نباشد که به صلاحیت خود رسیدگی کند و در نتیجه باید بین استقلال و صلاحیت در صلاحیت، با وجود ارتباط بین آن‌ها تفاوت قایل شد.

در نظر دیگر آمده که باید پذیرفت که اقامه دعوا یا حتی مراجعه مستقل به دادگاه برای اظهار نظر نسبت به موافقتنامه داوری مورد پیدا نمی‌کند. این معنا مخصوصاً با توجه به واژه (ابتدائاً) در متن ماده ۴۶۱ از آیین دادرسی مدنی به روشنی برداشت می‌شود. بدیهی است دادگاه در صورتی صلاحیت رسیدگی دارد که در رسیدگی به اصل اختلاف و موضوع قرارداد مبنا صالح باشد. در مواردی که دادگاه نسبت به اعتبار یا بی اعتباری اصل معامله ای که در آن شرط داوری شده، در اجرای ماده ۴۶۱ اظهار نظر می‌کند، نمی‌توان به استناد آن ایراد امر قضاوت شده نمود. بنابراین در صورت اظهار نظر به اصل معامله، دعوای بی اعتباری آن نمی‌تواند با قرار رد دعوا به سبب امر قضاوت شده روبرو شود. (محمدی خورشیدی، ۱۳۹۰، ۱۰۶)

ظاهراً اگر در ضمن داوری، ادعای بی اعتباری و یا حتی انحلال بعدی قرارداد بیان شود، چون شرط داوری وجودی مستقل ندارد، قهراً داور نخواهد توانست در خصوص اختلاف اظهار نظر کند و چاره ای جز مراجعه به دادگاه وجود ندارد. چنین به نظر می‌رسد که بر اساس ماده ۴۵۴ از آیین دادرسی مدنی وقتی یک دعوایی مبنی بر بطلان معامله در دادگاه مطرح باشد، این دعوا در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، می‌شود که در صورت عدم مانع

قانونی به ارجاع به داوری گردد، در حالی که بموجب ماده ۴۶۱ از همان قانون اختلاف در اصل معامله را هم در صلاحیت دادگاه دانسته است. این دو حکم متناقض را در صورتی می توان جمع بست که بگوییم اگر اختلاف در اصل معامله در دادگاه مطرح باشد، طرفین می توانند که رسیدگی را به داوری ارجاع کنند، ولی اگر اختلاف در دادگاه نباشد و به داوری کشانده شود و یا این اختلاف در جریان دادرسی پیش آید، لازم است دادگاه نخست این اختلاف را حل کند که این چیزی جز مسامحه قانون گذار نیست.

در بررسی مفاد قانون آیین دادرسی مدنی نوین و قدیم، قانون گذار در قانون سابق حکم ماده ۶۳۶ را بی هدف و بدون توجه به تبعات آن آورده؛ زیرا ماده ۶۳۶ سابق، حکم را مختص ماده ۶۳۵ دانسته و ماده ۶۳۵ نیز اختصاص به شرط داوری داشت و در واقع ماده ۶۳۶ از آیین دادرسی مدنی قدیم فقط در مورد شرط داوری بوده است.

البته مفاد ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق، صرفاً ناظر بر این است که هر گاه به صلاحیت داور اعتراض شود، آن داور نمی تواند به صلاحیت خود رسیدگی کند و به هیچ وجه ناظر بر استقلال توافقنامه داوری از قرارداد اصلی نیست. (جعفریان، ۱۳۷۳، ۱۳۳). در حالی که در اصلاحات اخیر و قانون جدید، قید قبلی حذف و به صورت حکم کلی آورده شده، به نظر می رسد با توجه به اینکه رسیدگی به اختلافات طرفین در مورد صحت یک قرارداد، علی القاعده قابل ارجاع به داوری است، و می توان گفت که الزام به امری دانستن حکم ماده ۴۶۱ هم نیست.

#### ۵-۴- صلاحیت داور و دادگاه در رسیدگی به اختلاف ها در حقوق بین المللی ایران

علیرغم وجود دیدگاه های متفاوت راجع به رابطه شرط و عقد در مباحث داوری در حقوق ایران از منظر قوانین موضوعه و حاکم و هم در رویه قضایی دادگاه ها و مراجع رسمی و محاکم و دکترین حقوقی، در حقوق بین المللی ایران مستفاد از قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ که از قانون نمونه داوری آنسیترال برگرفته شده و به تصویب رسیده است، در خصوص شرط داوری، قانون گذار با قبول اصل استقلال شرط داوری، صریحاً آن را پذیرفته و وارد قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶ نموده است.

ماده ۸ از قانون داوری تجاری بین المللی که ناظر به اعتبار و لازم الاجراء بودن موافقتنامه داوری است لکن تنها از باب مفهوم مخالف با اصل استقلال شرط داوری مرتبط است و مقرر می دارد: «دادگاهی که دعوی موضوع موافقتنامه داوری نزد آن اقامه شده است، باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه، دعوی طرفین را به داوری احاله نماید...» در ادامه شرط استقلال موافقتنامه داوری از قرارداد اصلی را تأیید می کند و بیان می دارد: «... مگر اینکه دادگاه احراز کند موافقتنامه داوری باطل و ملغی الاثر یا غیرقابل اجرا می باشد...» و به طور ضمنی پذیرفته است که اگر دادگاه بطلان موافقتنامه را احراز کند، باید موضوع را رسیدگی و حکم مربوطه را صادر نماید.

در ماده ۱۶ قانون یاد شده که مستقیماً ناظر بر اصل استقلال شرط داوری است، بیان می دارد: «داور می تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و اعتبار موافقتنامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد است، از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقتنامه ای مستقل تلقی می شود و

تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی الاثر بودن قرارداد، فی نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود.»

#### ۶-۴- صلاحیت داور و دادگاه در رسیدگی به اختلاف‌ها در رویه و حقوق انگلیس

در اغلب کشورهای کامن‌لا، مانند انگلستان قانون‌گذار جهت توسعه داوری در انطباق با قانون، در کنار نهاد داوری به طوری که توسط کامن‌لو تنظیم شده بود، مداخله کرده است. چون در این کشورها چیزی جز داوری قانونی وجود ندارد. این نوع داوری به سبک عمومی تحت تأثیر قانون انگلستان قرار گرفته، مع الوصف تفاوت‌هایی هم بین آن‌ها وجود دارد. (تدینی، ۱۳۸۹، ۲۱۳)

بند سوم از بخش اول قانون داوری ۱۹۹۶ در محدود نمودن شرایطی که دادگاه می‌تواند در امر داوری مداخله نماید، از قانون نمونه تبعیت نموده است. این مداخلات عمدتاً محدود به مواردی است که اختیارات دادگاه در حمایت از جریان داوری عمل می‌نماید؛ مانند آنچه در بخش ۴۴ این قانون به عنوان اختیارات قابل اعمال دادگاه در تأمین مراحل داوری یا در موارد بی‌عدالتی آشکار دیده می‌شود.

گرچه قانون ۱۹۹۶ داوری انگلیس حداقل میزان دخالت دادگاه را در نظر گرفته و حتی در بخش C ماده ۱ عنوان کرده که: «بر اساس قواعد بخش حاضر دادگاه تنها طبق مقررات این بخش در خصوص مفادی که بخش حاضر حاکم بر آن است، می‌تواند دخالت کند» و در رأیی نیز اشاره شده که موارد مداخله بسیار نادر است، اما با دقت در آن موارد می‌توان پی برد که زمینه‌های دخالت دادگاه در این قانون بیشتر از حد نصاب است.

در آراییی نیز به این مطلب که می‌توان با درج در موافقتنامه داوری، صلاحیت دادگاه را درباره اظهارنظر در مورد صلاحیت داور نپذیرفت، مورد قبول واقع شده است.

یکی از مسایل مهم در تحول قانون داوری انگلیس، روند بین محاکم و داوری است. در گذشته محاکم نقشی حمایتی و نظارتی داشته‌اند و هنوز نیز چنین است که اختیارات حمایتی به شکل جامعی در قانون ۱۹۹۶ تنظیم گردیده است. (اصغریان، ۱۳۸۸، ۲۵۹)

البته محدودیت دخالت دادگاه در بخش‌های ۳۲ و ۷۳ همین قانون مورد اشاره قرار گرفته و شامل دو مورد است در خصوص اعتراض به رأی داور گفته شده که اگر یکی از طرفین به صلاحیت داور اعتراض دارد و اعتراضش را در مدت مشخص در محکمه مطرح نکند، حق اعتراض خود را از دست می‌دهد و اگر یکی از طرفین بتواند ثابت کند که نمی‌دانسته یا منطقاً اطلاعی از موارد قابلیت طرح اعتراض نداشته، ممکن است به وی امکان اعتراض داده شود در غیر این صورت دادگاه به موضوع رسیدگی نخواهد کرد، دوم اینکه طرفین کتباً به رسیدگی دادگاه توافق کرده باشند و موارد صدور رأی (محدودیت‌های قانونی دادگاه) نیز مشخص شده است. این موارد شامل صرفه‌جویی در هزینه‌ها، درخواست بدون تأخیر و یا وجود دلایل معقول برای رسیدگی و صدور رأی است که محدود بودن این موارد، دلیل دیگری بر حداقلی بودن دخالت دادگاه است. (اصغریان، ۱۳۸۸، ۲۵۶)

در صورت اعتراض به رأی بر اساس فقدان صلاحیت ماهوی دیوان داوری، دادگاه ممکن است طی دستوری رأی داوری را تأیید کند یا تغییر دهد و یا کلاً یا جزئاً ابطال کند که در بند ۳ بخش ۶۷ قانون ۱۹۹۶ آمده که برای تجدیدنظر خواهی از این تصمیم دادگاه، طبق بند ۴ بخش ۶۷ کسب اجازه قبلی لازم است.

در بند ۳ بخش ۶۸ آمده است که: «در صورتی که ثابت شود که بی قاعدگی اساسی بر دیوان، جریان داوری یا رأی تأثیر گذاشته است؛ دادگاه می تواند: الف) کل یا بخشی از رأی را برای بررسی مجدد به دیوان بازگرداند...» منظور از بی نظمی جدی، تخلف و بی نظمی ای است که منجر به بی عدالتی اساسی شده یا بشود و مطابق بند ۲ بخش ۶۸ در یکی از اشکال عدم رعایت وظایف عمومی دیوان، تجاوز دیوان از حوزه اختیارات خود، عدم رعایت مراحل طبق آیین مورد توافق، عدم بررسی کلیه موارد مربوط توسط دیوان، تجاوز از حدود اختیارات و ... وجود داشته باشد.

دخالت دادگاه در مرحله اجرا در حقوق انگلیس مشهود است؛ چرا که در انگلستان، یک رأی انگلیسی به دو طریق می تواند اجرا شود، یکی از طرفین ساده کسب اجازه دادگاه و دیگری از طریق دعوی به هدف تحصیل حکمی از دادگاه بر مبنای رأی داوری. در شیوه اول رأی به طور معمول همانند یک حکم دادگاه اجرا می گردد؛ با این تفاوت که برای اجرای رأی ابتدا باید اجازه دادگاه عالی اخذ شود، ولی در شیوه دوم اجرای رأی در قالب یک دعوای معمولی بر اساس حقوق عرفی تحقق می یابد. مطابق این دعوی که به عنوان دعوی بر اساس رأی شناخته شده، از دادگاه درخواست می شود که از طریق صدور حکمی تعهد ناشی از رأی را که به عنوان تعهد ضمنی مندرج در قرارداد داوری تفسیر می گردد، به مورد اجرا بگذارد. این شیوه، به ویژه در فرضی که ارجاع به داوری شفاهی است، مرسوم است (اصغریان، ۱۳۸۸، ۱۰۶).

#### ۵- مستقل بودن موافقت نامه داوری در تشکیل، استمرار و بقا

با توجه به اهمیت و نتایج مفید مستقل تلقی نمودن توافق داوری در سطح قوانین ملی و بین المللی در موضوع داوری تجاری، قانون گذار ایران ناگزیر گردیده که در مسأله داوری بین المللی با گرایش های غالب و فراگیر هماهنگ شده و این قاعده را عیناً از قانون نمونه داوری وارد قوانین داوری تجاری بین المللی ایران نماید. این در حالی است که برخی از حقوقدانان مصرانه همان سابقه ذهنی شرط در حقوق مدنی را ملاک قرار داده و معتقدند که در داوری نیز شرط داوری، به عنوان شرط تبعی و ضمنی پذیرفته شده و در توجیه ماده ۱۶ قانون داوری تجاری به عنوان روشی خطرناک در قانون گذاری ایران، عنوان کرده اند آنچه منظور قانون گذار بوده موافقتنامه داوری است و منظور، شرط داوری به معنای اصطلاحی کلمه نیست؛ حتی اگر به صورت شرط تنظیم شود. (اسکینی، ۱۳۸۳، ۲۲-۲۵)

از آن جایی که کارکرد و هدف از توافقنامه داوری در قراردادها، حل اختلافات احتمالی آینده است، مستقل دانستن آن از قرارداد اصلی امری عاقلانه می باشد. چرا که، سایر شروط قرارداد مربوط به تحقق بهتر مفاد قرارداد و عینیت بخشیدن به مقصود قراردادی طرفین است و اگر قرارداد اصلی به دلایلی ادامه نیابد حیات آن ها نیز خاتمه می یابد. (ریسی و ساعدی، ۱۳۹۲، ۸). در وضعی که، توافق داوری مربوط به حل اختلافی است که، در اثر رابطه قراردادی به وجود آمده و ماهیت متفاوت و جدا از سایر شرط های قراردادی دارد. توافق داوری برای حل و فصل اختلافات مربوط به رابطه ای حقوقی و یا قراردادی معین، منعقد می شود و فقط با اجرایی شدن در این موارد می باشد که کاملاً به منظور خود میرسد. استقلال شرط داوری موضوع توافقنامه داوری را کامل می کند و حل و فصل اختلاف ها بین طرفین. این موضوع متفاوت و مستقل از رابطه اصلی مندرج در قرارداد میان طرفین است. در واقع، اگر اثر توافق داوری به تاثیر عهدی که موضوع آن را تشکیل داده، وابسته باشد، توافقی بی بهره و بدون اثر واقعی و لازم خواهد بود. (Ancel, ۱۹۹۹, ۳۶۰)

در حقیقت مستقل بودن توافق داوری یک قاعده ی مهم و اساسی در داوری است که فایده مندی نهاد داوری را تضمین می نماید. در غیر این صورت، این توافق، به هدف اصلی خود که همانا، حل و فصل اختلافات به وجود آمده از بطن قرارداد است نخواهد رسید. (Besson, ۲۰۰۲، ۱۳) این قاعده، به دلیل اهمیت و فواید مهم آن در روابط حقوقی و تاثیر مثبتی که روابط اشخاص در جامعه دارد وضع شده است و به درستی بر مبنای معقول پایه گذاری شده تا به فواید اجتماعی مهمی دست یابد، زیرا مهم ترین کارکرد علم حقوق و تدوین قوانین، نظم بخشی به جامعه است تا در راستای این نظم و تدبیر، انسان ها وقت و هزینه و منابع خود را بیهوده با صرف زمان طولانی در مراجع رسمی و محاکم از دست ندهند و از طرفی این نحو رسیدگی و اتخاذ تصمیم علاوه بر پذیرش اجتماعی و مزایای فراوان دیگر آن، حتی اگر به صلح و سازش ختم نشود باز هم آرامش بیشتری به متداعیین بخشیده و از سوی دیگر به دولت و محاکم در پرداختن به آموزش و تدوین قوانین مورد نیاز و همچنین رسیدگی به موارد مهم تر فراغ بیشتری داده و بنابراین با جامعه و روابط اجتماعی و اقتصادی هماهنگ تر بوده و به افزایش اثربخشی کمک خواهد کرد.

## ۶- جمع بندی و نتیجه گیری

از دیدگاه جامعه شناختی، داوری، ضمن آنکه قانونا دارای تمامی آثار الزام آور رسیدگی های قضایی دولتی است، دارای مزایای فراوانی نسبت به آنهاست که باعث شده است این نهاد مترقی، در میان جوامع از استقبال فراوان برخوردار شود به گونه ای که با تربیت و آموزش داوران و وجود نهاد داوری مورد اعتماد از جهت علمی و اخلاقی، و آگاهی از مزایای داوری به طور قطع، اشخاص مراجعه به داوری را بر مراجعه به محاکم و مواجهه با ساختار خشک و رسمی و غیر قابل انعطاف آن ترجیح خواهند داد. و به همین جهت امروزه نهاد داوری و اولویت دادن به داوری در حل اختلافات در جوامع پیشرو به عنوان شیوه ای مناسب و جایگزین، جایگاه ویژه یافته و تا حد امکان بر صلاحیت نهاد داوری تأکید می شود، حتی اگر اختلاف در قرارداد مبنای داوری باشد. نظام دادرسی ایران، در سطح داوری های داخلی و مقررات داوری، قانون آئین دادرسی مدنی شرایط داوران و ابطال و رسیدگی را تا حدودی معین کرده و حوزه داوری بین المللی از قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶ تبعیت می نمایند. در حقوق داخلی ایران، مطابق قوانین موضوعه و رویکرد سنتی در رابطه عقد تبعی با مبنا و همچنین با تلقی نمودن توافق نامه داوری ضمن عقد، تحت عنوان شرط ضمن عقد و مستفاد از ماده ۴۶۱ از یک سو نظریه مستقل دانستن شرط داوری را تأیید نمی نماید و در صورت طرح دعوا از ابتدا نزد محاکم، با تشخیص صلاحیت خود نسبت به بقا یا انحلال توافق نامه داوری اتخاذ تصمیم نموده و تنها در صورت حکم به بقای توافق داوری، داور می تواند راجع به اختلاف موضوع داوری اتخاذ تصمیم نماید و چنانچه دعوا از ابتدا نزد داور مطرح شده باشد و رأی داور با اعتراض هر یک از طرفین به دادگاه ارجاع شود، در این فرض نیز، دادگاه ابتدائاً به اختلاف راجع به اصل قرارداد رسیدگی و در صورت تشخیص انحلال و یا بطلان قرارداد داوری، داور را فاقد صلاحیت تشخیص و رأی داور را به این جهت باطل اعلام و در صورتی که اعتقاد به بقای قرارداد داوری داشته باشد، به بررسی صحت یا بطلان رأی داور از جهات دیگر می پردازد. ولی در ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی با الهام از قانون نمونه آنسیترال، قاعده «صلاحیت بر صلاحیت» را به رسمیت شناخته شده است. بنابراین چنانچه موضوع اختلاف دارای رکن بین المللی باشد، توافق داوری یا قرارداد داوری مستقل از قرارداد مبنا بوده و

داور اختیار حاصل می کند که رأساً در خصوص صلاحیت خود و اعتبار عقد اصلی و همچنین موافقت نامه داوری اظهار نظر نماید.

در حقوق انگلیس، با در نظر گرفتن نتایج مثبت و مزایای فراوانی که حل و فصل اختلاف از طریق داوری، در بقا و بهبود روابط حقوقی، قراردادی و اجتماعی اشخاص و جامعه دارد، بر صلاحیت داور به عنوان یک روش مناسب و جایگزین محاکم تأکید می شود و داوری های داخلی و خارجی هر دو از یک نظام واحد حقوقی تبعیت می نمایند، و تحت شمول قانون داوری ۱۹۹۶ می باشند. قوانین و رویه داوری بین المللی، موافقت نامه داوری اعم از اینکه به شکل قرارداد جداگانه باشد و یا به شکل توافق ضمن عقد اصلی و مبنا درج شود، مستقل فرض شده و با احترام به مستقل بودن این توافق و قاعده ((صلاحیت نسبت به صلاحیت))، حتی در صورتی که اختلاف راجع به انحلال یا اعتبار قرارداد اصلی یا توافق نامه داوری باشد، داور صلاحیت آن دارد که شایستگی خودش را نیز بررسی و رسیدگی و تصمیم مقتضی در این خصوص نیز اتخاذ کند که این رویکرد قانونگذار نقش مهمی در توسعه فرهنگ مراجعه به داور و توسعه داوری و بهبود روابط در جامعه خواهد شد.

همچنین یافته های دیگر تحقیق نشان می دهد: با توجه به فواید جامعه شناختی و تأثیر مثبت و مزایای داوری و آثاری که در بهبود روابط اجتماعی و حقوقی دارد، رویکرد جهانی تمایل به تأکید بر صلاحیت نهاد داوری و داور در رسیدگی به اختلاف ها است. در حقوق داوری ایران در حوزه داخلی و خارجی از یک سیستم پیروی نشده است. در حوزه داوری خارجی ایران؛ مطابق قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶ و بند ۱ ماده ۱۶ آن، دیوان داوری می تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین وجود یا اعتبار موافقتنامه داوری اتخاذ تصمیم نماید ولی در حوزه داخلی به دلیل عدم تصریح قانونی و ابهام، دو دیدگاه متفاوت در پاسخ به سوال وجود دارد. اختلاف دیدگاه ها در نظام حقوقی ایران همچنان باقی و به تبع آن صدور آراء متفاوت را موجب شده است.

در نظام حقوقی انگلیس داوری هم در حوزه داخلی و هم خارجی تحت شمول قانون داوری ۱۹۹۶ در حال حاضر رویکرد واحدی را داشته که به موجب ماده ۳۰ آن جز در مواردی که طرفین به طریق دیگری توافق کرده باشند نهاد داوری می تواند در تشخیص صلاحیت خود در خصوص اعتبار قرارداد داوری موجود، تشکیل هیئت داوری به نحوه صحیح و قانونی و موضوع های قابل رسیدگی بر قرارداد داوری تصمیم گیری نماید.

در پاسخ به سؤال دوم، نتایج تحقیق نشان می دهد که در حقوق داخلی ایران در رویه قضایی و آراء صادره از محاکم، در صورت ابطال، فسخ، اقاله و انقضاء مدت قرارداد اصلی، موافقتنامه داوری نیز بی اعتبار بوده و نهاد داوری زایل و داور صلاحیت خود را از دست می دهد مگر اینکه متداعیین به به نحو دیگری توافق کنند. در گستره حقوق خارجی ایران، در صورت بطلان انحلال یا بی اعتباری قرارداد اصلی، موافقتنامه داوری باقی بوده و داور صلاحیت رسیدگی به اختلاف های ناشی از آن را دارد. و اما در حقوق انگلیس با رویکردی واحد در هر دو عرصه داخلی و خارجی حتی در صورت بطلان و بی اعتباری قرارداد مبنا و یا انقضاء آن، موافقتنامه داوری مستقل از قرارداد اصلی تلقی شده و تا زمانی که به تنهایی اعتبار آن باقی باشد معتبر بوده و داور صالح به رسیدگی است.

## منابع و مأخذ

الف: منابع فارسی

۱. کتابها

اسدی نژاد، سیدمحمد، ۱۳۷۸، داوری تجاری بین المللی ایران و آنسیترال، انتشارات دانشگاه گیلان، چاپ اول.

اشمیتوف، کلاویو ام، ۱۳۷۸، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه بهروز اخلاقی، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت.

امامی، سید حسن، ۱۳۶۳، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ سی و دوم، تهران، انتشارات اسلامیه.

انصاری، پرویز، ۱۳۸۷، حقوق تجارت بین الملل، انتشارات میزان.

ایوبی، فاطمه، ۱۳۸۴، چگونه با داوری اختلافات حقوقی خود را در مسالمت‌آمیز حل کنیم، انتشارات سخن گستر.

تدینی، عباس، ۱۳۸۹، حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین المللی و بین الدولی، چاپ اول، تهران، نشر میزان.

توسلی نائینی، منوچهر، سیر تحول و نقد مقررات موضوعه نهاد داوری در حقوق ایران، به نقل از محمد، کاکاوند،

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۶۳، دایره المعارف علوم اسلامی، قضایی، تهران، گنج دانش، جلد ۱.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۶، ترمینولوژی حقوق، انتشارات کتابخانه گنج دانش.

حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، سال ۱۳۵۳، انتشارات امیر کبیر.

خزاعی، حسین، ۱۳۹۲، حقوق تجارت بین الملل، انتشارات جنگل.

صدرزاده افشار، سید محسن، سال ۱۳۷۳، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد سوم، انتشارات جهاد دانشگاه.

فاطمی شریعت پناهی، کاظم سال ۱۳۵۶. آیین داوری مدنی، جلد اول، انتشارات مهر، قم.

کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶، دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس‌هایی از عقود معین، تهران، انتشارات گنج دانش

کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۱، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.

مافی، همایون، ۱۳۹۲، حقوق بین الملل خصوصی و داوری، انتشارات مجد.

محمدی خورشیدی، محمد، ۱۳۹۰، داوری در حقوق ایران، چاپ اول، انتشارات بهنامی، تهران.

محمد زاده اصل، حیدر، سال ۱۳۷۳، داوری در حقوق ایران، به نقل از محمد جواد، صفار، شخصیت

حقوقی، تهران، انتشارات دانا.

#### ۴. مقالات

اسکینی، ربیعا، ۱۳۸۳، مبانی نظری اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، قم، مجله نامه مفید، شماره ۴۳،

اصغریان، مجتبی، ۱۳۸۸، داوری تجاری در نظام حقوقی انگلیس: تأملی بر قانون داوری ۱۹۹۶، مجله حقوقی داور، شماره ۲، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.

باتمانی، یعقوب، ۱۳۹۵، استقلال شرط داوری در قراردادهای بین المللی با مطالعه تطبیقی در حقوق بین المللی و حقوق ایران، فصلنامه حقوق ملل، تهران، شماره پیاپی ۲۲.

توسلی نائینی، منوچهر، ۱۳۹۱، سیر تحول و نقد مقررات موضوعه نهاد داوری در حقوق ایران، به نقل از محمد، کاکاوند، مجموعه مقالات صدمین سال نهاد داوری در حقوق ایران، شهر دانش، چاپ سوم.

- جعفریان، منصور، ۱۳۷۴، تأملاتی بر لایحه داوری تجاری بین المللی: شناسایی و اجرای آرای داوری، مجله مجلس و راهبرد، شماره ۱۷.
- خمامی زاده، فرهاد، ۱۳۸۵، هماهنگی یا عدم هماهنگی قانون نمونه آنسیترال با قانون داوری انگلیس، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۱۹.
- صادقی، محسن، ۱۳۸۲، مداخله دادگاهها در داوری تجاری بین المللی، تهران، دانش پژوهان، بهار و تابستان، شماره ۳.
- معیری، علی، ۱۳۸۳، ماهیت حقوقی شرط داوری در ضمن قراردادها، مجله مطالعات حقوق بین الملل، شماره ۲۱.

### ب. منابع انگلیسی

- Andrews, Neil (۲۰۱۶), Arbitration and Contract Law, Common Law perspective, Switzerland, Springer.
- Barger, Klaus Peter (۱۹۹۳), International Economic Arbitration, Boston, Kluwer.
- Roger Qc, Andrew and Launders, Rachel (۱۹۹۴), Separability-the Indestructible Arbitration Clause, Arbitration International, Vol. ۱۰, No.۱