

مجله مطالعات حقوق تطبیقی،

دوره ۴، شماره ۱،

بهار و تابستان ۱۳۹۲،

صفحات ۹۹ تا ۱۱۵

مطالعه تطبیقی قرارداد داور؛ رضایی یا تشریفاتی

۱. محمدرضا دشتی *

دانشجو کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی تهران

۲. عباس کریمی

استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۱۲/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۰۴/۲۴

چکیده

در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ شمسی که ارجاع امر به داوری از طریق شرط ضمن عقد و قرارداد مستقل داوری پیش بینی شده است، حکم صریحی در مورد نوع قرارداد داوری وجود ندارد؛ این در حالی است که قانون مدنی اصل را بر رضایی بودن عقود قرار داده است. در مقابل قانون داوری تجاری بین‌المللی به لزوم کتبی بودن قرارداد داوری اشاره دارد. بر اساس قانون داوری تجاری بین‌المللی، قراردادهای داوری که تحت حکومت این قانون قرار می‌گیرند، باید به صورت کتبی تنظیم گردند. در وضعیت فعلی حقوق ایران، می‌توان قرارداد داوری داخلی را از جمله عقود رضایی دانست، اما با توجه به مزیت شکل‌گرایی در حفظ و قوام قراردادهای داوری، به نظر می‌رسد که حکم قانون داوری تجاری بین‌المللی با اهداف داوری سازگارتر است و اصلاح قانون آیین دادرسی مدنی در این زمینه ضروری می‌نماید، زیرا چنانچه لازم باشد دستگاه قضایی وقت خود را به بررسی وجود یا عدم وجود قرارداد شفاهی داوری اختصاص دهد، به نفع طرفین دعوا و نیز نظام قضایی است که از ابتدا قرارداد داوری نادیده گرفته شده و دعوای اصلی در مراجع قضایی مورد رسیدگی قرار گیرد. آموزه‌های حقوق تطبیقی نیز بر پذیرش چنین راه حلی تأکید دارند.

کلیدواژگان:

داوری، قانون داوری تجاری بین‌المللی، قرارداد داوری، قرارداد رضایی، قرارداد تشریفاتی، موافقت‌نامه داوری،

مقدمه

هر چند رسیدگی به دعاوی و رفع اختلاف بین طرفین آن به طور معمول به وسیله قضات حکومتی و به صورت رسمی انجام می‌شود، اما گاه این موضوع می‌تواند از سوی اشخاصی که طرفین نسبت به انتخاب و رأی آن‌ها تراضی کرده‌اند، به عمل آید.^۱ بنابراین در کنار رسیدگی قضایی به دعاوی، یک نوع دادرسی خصوصی نیز وجود دارد که آن را «داوری» می‌نامند.^۲

۱. در حقوق فرانسه، داور کسی است که از سوی طرفین اختلاف جهت حل منازعه برگزیده می‌شود. (Larousse, 2005, p. 45)

۲. داوری در حقوق اسلام نیز معمول بوده و در فقه آن را تحکیم یا حکومت می‌نامند. (ساکت، ۱۳۸۲، صص ۶۸ و ۸۹). مشروعیت قاضی تحکیم عموماً مورد تأیید فقهای بزرگ اسلام قرار گرفته و دلیل عمده آنان آیه چهل و چهار سوره مائده و روایتی است که از حضرت رسول اکرم چنین نقل شده است: «آن کس که بین دو نفری که او را برگزیده‌اند، بدون رعایت عدالت حکم کند، لعنت خدا بر او باد» (به نقل از: صدرزاده افشار، ۱۳۸۵، ص ۳۹۸).

mr.dashti1367@yahoo.com

* نویسنده مسئول تلفن تماس: ۰۲۱-۲۲۷۶۱۶۴۰

هرچند داوری از جمله نهادهای ریشه‌دار در جامعه ایران است، اما در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ تعریف نشده و صرفاً شرایط انجام، احکام و جنبه‌های بی‌اعتباری آن مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. در مقابل، ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶، داوری را چنین تعریف کرده است: «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی‌الطرفین و یا انتصابی».

در عمل در کنار داوری قراردادی یا خصوصی، مراجع دیگری نیز تحت عناوینی چون «هیئت داوری» به فعالیت می‌پردازند. این نوع داوری را به دلیل فقدان ویژگی‌های اساسی داوری از قبیل اختیاری بودن ارجاع امر به داوری و حق انتخاب داور مرضی‌الطرفین، داوری قانونی (statutory arbitration) یا اجباری (mandatory arbitration) می‌نامند.^۳ این مراجع صلاحیت عام دادگاه‌های عمومی را تخصیص زده و رسیدگی به دعاوی مرتبط با حوزه فعالیت خود را از صلاحیت دادگاه‌های عمومی خارج می‌سازند. قبل از پیروزی انقلاب اسلامی قانون تشکیل شورای داوری مصوب ۱۳۴۵ با اصلاحات بعدی، نمونه بارزی از داوری دولتی برای رسیدگی به امور حقوقی و کیفری محسوب می‌شد. امروزه نیز ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ چنین نهادی را پیش‌بینی می‌نماید.^۴ باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی که به داوری قراردادی اختصاص یافته است، تراضی طرفین برای ارجاع دعوا به داوری را پیش‌بینی نموده است. این تراضی در قرارداد داوری بروز می‌نماید. قرارداد داوری منشأ داوری محسوب شده که به صورت شرط و قرارداد مستقل داوری منعقد می‌گردد و داوری اعتبار خود را از آن به‌دست می‌آورد. در نتیجه داور صلاحیت رسیدگی می‌یابد و دادگاه صلاحیت رسیدگی به اختلاف موضوع قرارداد را از دست می‌دهد. نوع قرارداد داوری به خصوص در مواردی که بین طرفین در مورد اصل توافق بر داوری اختلاف وجود دارد، نقش تعیین‌کننده دارد و می‌تواند در میزان دخالت دادگاه‌ها در امر داوری مؤثر باشد و در شرایطی دخالت دادگاه‌ها را به حداقل برساند. این موضوع با اهدافی که طرفین در ارجاع امر به داوری در نظر داشته‌اند، سازگارتر بوده، سبب گرایش بیشتر به داوری می‌شود. بنابراین مطالعه تشریفات قرارداد داوری از اهمیت بسزایی برخوردار است.

مبحث اول: نوع قرارداد داوری؛ وضعیت موجود

برای تبیین وضعیت قرارداد داوری از نظر شرایط اعتبار توافق طرفین در نظام حقوقی

۳. البته در حقوق فرانسه داوری اجباری با توجه به مبنای آن تقسیم شده است. چنانچه ارجاع امر به داوری به حکم قانون اجباری تلقی گردد، (compulsory arbitration) نامیده می‌شود. ولی اگر مبنای آن توافق طرفین باشد، (binding arbitration) گفته می‌شود (wild, 2006, p. 29).

۴. در ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار پیش‌بینی شده است: «اختلافات بین کارگزاران، بازارگردانان، کارگزار/ معامله‌گران، مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر اشخاص ذیربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آن‌ها، در صورت عدم سازش در کانون‌ها توسط هیئت داوری رسیدگی می‌شود.»

کنونی، نخست به بررسی قرارداد داوری (گفتار نخست) و سپس به مطالعه رضایی یا تشریفاتی بودن آن (گفتار دوم) پرداخته می‌شود.

گفتار اول: قرارداد داوری

داوری آیینی است مبتنی بر تراضی طرفین اختلاف که این رضایت در قرارداد داوری ابراز می‌گردد. مقصود از قرارداد داوری اعم از قرارداد یا شرط داوری است، چراکه شرط نیز نوعی قرارداد محسوب می‌شود که مبتنی بر توافق اراده طرفین است و تنها به قدرت اراده طرفین ضمن عقد دیگر درج شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۶۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۲۶۸). در مقام تفکیک بین شرط و قرارداد داوری، چنانچه توافق طرفین برای ارجاع اختلاف احتمالی به داوری در ضمن قرارداد دیگر درج گردد، آن را «شرط داوری» می‌نامند. شرط داوری غالباً در زمانی استفاده می‌شود که هنوز اختلاف بروز نکرده و حتی ممکن است هیچ‌گاه اختلافی رخ ندهد. ماده ۱۴۴۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه^۵ شرط داوری را توافقی می‌داند که بر اساس آن طرفین متعهد می‌شوند تا اختلافات ناشی از آن قرارداد از طریق داوری حل و فصل گردد. هرگاه پس از بروز اختلاف، طرفین توافق مستقلی مبنی بر حل و فصل اختلاف نزد داور نمایند، توافق را «قرارداد داوری» می‌نامند. در حقوق فرانسه، این قراردادی است که بعد از وقوع اختلاف منعقد گردیده و موضوع اختلاف در آن مشخص است (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱، ص ۱۰۵).^۶ البته به نظر می‌رسد این نوع تفکیک بین شرط و قرارداد داوری، چندان مورد توجه قانون‌گذار نبوده است، زیرا طرفین می‌توانند با انعقاد قرارداد جداگانه قبل از بروز اختلاف نیز بر داوری تراضی نمایند؛ همچنان که این امر از ظاهر بند «ج» ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی^۷ و بند «خ» ماده یک آیین‌نامه شیوه‌ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران^۸ استنباط می‌گردد.

5. Article 1442: «An arbitration clause is an agreement by which parties to a contract undertake to submit to arbitration any disputes that may arise in relation thereto.»

6. Article 1447: «By a submission agreement the parties submit an existing dispute to the arbitration of one or more persons.»

۷. بند «ج» ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی در توصیف موافقت‌نامه داوری بیان داشته است: «توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیرقراردادی به وجود آمده یا ممکن است پیش آید به داوری ارجاع می‌شود. موافقت‌نامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در قرارداد و یا به صورت قرارداد جداگانه باشد.»

۸. بند «خ» ماده یک این آیین‌نامه در مقام تعریف موافقت‌نامه داوری بیان می‌دارد: «موافقت‌نامه داوری توافقی است بین طرفین که به موجب آن حل و فصل تمام یا بعضی از اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیرقراردادی به وجود آمده یا ممکن است در آینده پیش آید، به داوری مرکز داوری ارجاع شود. موافقت‌نامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در ضمن قرارداد یا به صورت قرارداد جداگانه باشد.»

قرارداد داوری اعم از شرط یا قرارداد، عقدی است که مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد گردیده و مانند هر قرارداد دیگر بین طرفین لازم‌الوفا می‌باشد. با ملاحظه ماده ۴۷۲ قانون آیین دادرسی مدنی،^۹ اصل لزوم قراردادها و همچنین هدف از ارجاع امر به داوری، ضرورت لزوم قرارداد داوری قابل توجیه است (امامی، ۱۳۸۷، ص ۱۷۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۲۵۳؛ شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۲۷۹). هر چند قانون‌گذار در بند ۲ ماده ۴۸۱ در حکمی قابل انتقاد، حجر یا فوت هر یک از طرفین را موجب زوال داوری می‌داند، اما این امر با ماهیت عقود لازم در تعارض نیست؛ چراکه معیار اصلی در تمایز عقود لازم از جایز، استحقاق هر طرف بر فسخ عقد است و انحلال عقد به فوت و جنون و حتی در مواردی سفته از ویژگی‌های غالب عقود جایز است، زیرا حتی در برخی از عقود جایز مانند هبه نیز فوت و حجر هر یک از طرفین نمی‌تواند سبب انفساخ عقد شود. بنابراین برخلاف ظاهر ماده ۹۵۴ قانون مدنی، حکم ماده عام نیست و تمام عقود جایز را در بر نمی‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵ (الف)، ص ۴۶). در نتیجه نمی‌توان از حکم ماده مزبور معیاری جهت تمییز عقود لازم از جایز استنباط نمود و ملاک تشخیص عقد لازم از جایز همان است که در مواد ۱۸۴ و ۱۸۵ قانون مدنی به صراحت بیان شده است.^{۱۰}

گفتار دوم: قرارداد داوری؛ تشریفات یا رضایی

حقوق‌دانان در پذیرش اصل حاکمیت اراده و رضایی بودن اعمال حقوقی به عنوان یکی از نتایج این اصل اتفاق نظر دارند (شایگان، ۱۳۷۵، ص ۸۵؛ عدل، ۱۳۷۸، ص ۹۶؛ امیری قائم مقام، ۱۳۷۸، صص ۸۹ و ۱۸۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵ (الف)، ص ۸۸؛ شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۸۴؛ صفایی، ۱۳۸۲، صص ۴۲ و ۴۸). مطابق ماده ۱۹۱ قانون مدنی، اصولاً عقد با تراضی واقع می‌شود و نیاز به تشریفات خاص ندارد.^{۱۱} این گروه از قراردادها را به اعتبار کافی بودن رضای دو طرف در وقوع آن‌ها، «عقود رضایی» می‌نامند. گاه نیز توافق دو اراده در صورتی معتبر است که به شکل خاص و با تشریفات معین همراه شود، چنین عقود «تشریفات» نامیده می‌شوند.

قانون‌گذار ایران در انعقاد و اعتبار برخی قراردادها، به لحاظ اهمیت و آثاری که از آن‌ها ناشی می‌شود، وقوع قرارداد را موقوف به تنظیم سند رسمی نموده است. تنظیم سند رسمی در این قراردادها الزامی، و قرارداد عادی فاقد اعتبار است.^{۱۲} در مواردی نیز اگرچه

۹. ماده ۴۷۲ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «بعد از تعیین داور یا داوران، طرفین حق عزل آنان را ندارند؛ مگر با تراضی».

۱۰. ماده ۱۸۵ قانون مدنی در تعریف عقد لازم بیان می‌دارد: «عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد؛ مگر در موارد معین». همچنین ماده ۱۸۶ این قانون عقد جایز را عقدی می‌داند که هر یک از طرفین بتواند هر زمانی که بخواهد عقد را فسخ نماید.

۱۱. در ماده ۱۹۱ قانون مدنی چنین پیش‌بینی شده است: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند».

۱۲. ماده ۱۰۳ قانون تجارت در انتقال سهم‌الشرکه در شرکت با مسئولیت محدود مقرر می‌دارد: «انتقال سهم‌الشرکه به عمل نخواهد آمد؛ مگر به موجب سند رسمی». تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ در مورد انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت بیان می‌دارد: «حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد و انتقال آن به مستأجر فقط با تنظیم سند رسمی معتبر خواهد بود».

قانون‌گذار قصد و رضای طرفین را در انعقاد قرارداد داوری کافی دانسته است، اما اثبات آن را تنها از طریق سند رسمی و ارائه آن میسر می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۸۵ (ب)، ص ۳۵۲). برای نمونه صلح‌نامه و هبه‌نامه باید به شکل سند رسمی باشد تا بتواند وقوع صلح و هبه را اثبات نماید.^{۱۳}

قانون‌گذار که در ادوار گذشته تقنینی اهتمام ویژه‌ای نسبت به قانونمند کردن داوری داشته است، در سال‌های ۱۳۷۶ و ۱۳۷۹ با تفکیک بین داوری داخلی و بین‌المللی، اقدام به تدوین و تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی و آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نمود.^{۱۴} اصولاً داوری داخلی مشمول قانون آیین دادرسی مدنی و داوری بین‌المللی تابع قانون داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد. با بررسی قانون داوری تجاری بین‌المللی و قانون آیین دادرسی مدنی و نیز استمداد از آرای دکتترین در خصوص شکل قرارداد داوری، سعی در کشف اراده قانون‌گذار در مورد رضایی یا تشریفاتی بودن قرارداد داوری می‌شود.

بند اول: قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹

باب هفتم از قانون آیین دادرسی مدنی به مبحث داوری اختصاص یافته است. در ابتدای این باب به مقررات مربوط به توافق بر داوری پرداخته شده است.

ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند، می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را، خواه در دادگاه‌ها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند».

به موجب ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی، «متعاملین می‌توانند ضمن معامله ملزم شوند و یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داوری مراجعه کنند و نیز می‌توانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف تعیین نمایند»^{۱۵}.

عدم صراحت دو ماده یاد شده در مورد چگونگی انعقاد قرارداد داوری، موجب تفسیرهای متفاوتی از سوی حقوق‌دانان گردیده است.^{۱۶} در نتیجه عده‌ای با توجه به مواد

۱۳. ماده ۴۶ قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ مقرر می‌دارد: «ثبت اسناد اجباری است؛ مگر در موارد زیر: کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد. کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است.» ماده ۴۷ این قانون بیان می‌دارد: «در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است: کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیرمنقول که در دفتر املاک ثبت نشده، صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه.»

۱۴. در این نوشتار از این قانون، با عنوان قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ نام برده شده است.

۱۵. با توجه به اینکه الزام ناشی از نیروی خارجی و التزام از اراده شخص ناشی می‌شود، به نظر می‌رسد واژه «ملتزم» صحیح باشد.

۱۶. آیین‌نامه شیوه‌ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران در مورد حل و فصل اختلافات تجاری داخلی و بین‌المللی مصوب ۱۳۸۶ نیز در مورد شکل قرارداد داوری ساکت است.

مذکور و سایر مواد مرتبط در این زمینه، تنظیم سند برای انعقاد قرارداد داوری را ضروری پنداشته‌اند. در مقابل قرارداد رضایی داوری نیز طرف‌دارانی را به خود اختصاص داده است.

الف) دلایل موافقان لزوم تشریفاتی بودن قرارداد داوری

برخی اساتید حقوق کتبی بودن قرارداد داوری را ضروری دانسته‌اند. این سند اعم از عادی یا رسمی، می‌تواند بر قراردادی مستقل یا شرطی در ضمن یک قرارداد دلالت نماید (واحدی، ۱۳۷۹، ص ۳۵۶).

ممکن است از ظاهر برخی از مواد قانون آیین دادرسی مدنی به خصوص مواد ۴۵۸ و ۴۸۱ و نیز با مد نظر قرار دادن اهداف داوری چنین برداشت شود که قانون‌گذار کتبی بودن قرارداد داوری را لازم دانسته است. با این توضیح که ماده ۴۸۱ همان قانون در مقام احصای موارد زوال داوری، تراضی کتبی طرفین دعوا را یکی از موارد زوال داوری برشمرده است ۱۷ و با توجه به اینکه انعقاد عقد به مراتب از درجه اهمیت بالاتری نسبت به انحلال آن برخوردار است، می‌توان حکم ماده ۴۸۱ در خصوص لزوم کتبی بودن را به انعقاد این قرارداد نیز تسری داد. بنابراین با توجه به لزوم تراضی کتبی جهت زوال داوری و نیز با در نظر گرفتن تصریح قانون داوری تجاری بین‌المللی بر لزوم کتبی بودن قرارداد داوری به عنوان اراده مفروض قانون‌گذار، می‌توان چنین نتیجه گرفت که قانون‌گذار برای انعقاد قرارداد داوری، کتبی بودن را هم ضروری دانسته است.^{۱۸}

افزون بر این، از ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی که به ذکر موارد لازم در قرارداد داوری از قبیل تعیین موضوع، مدت داوری و مشخصات طرفین و داور یا داوران اشاره دارد نیز می‌توان نتیجه گرفت که درج این موارد باید طی موافقت‌نامه‌ای کتبی به عمل آید.^{۱۹} همچنین توجه به این نکته که قرارداد داوری در حکم قانون داوری محسوب می‌شود، لزوم کتبی بودن این قرارداد را توجیه می‌نماید؛ چراکه از ویژگی‌های بارز قوانین، کتبی بودن و مستند بودن آن است.

یکی از حقوق‌دانان در شرح قانون آیین دادرسی مدنی و با توجه به دشواری اثبات توافق شفاهی بر داوری، تمایل به پذیرش لزوم کتبی بودن قرارداد داوری داشته و چنین اظهار نظر نموده است: «البته ماده ۴۵۵ به کتبی بودن معامله و یا قرارداد داوری تصریح

۱۷. ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «در موارد زیر داوری از بین می‌رود:

۱- با تراضی کتبی طرفین دعوا.

۲- با فوت یا حجر یکی از طرفین دعوا».

۱۸. رویه عملی در حالتی که پس از بروز اختلاف، طرفین در ارجاع امر به داوری تراضی نمایند، چنین است که طرفین در دادگاه حاضر شده و توافق خود را به دادگاه اعلام می‌نمایند یا آنکه در دفترخانه اسناد رسمی حضور یافته و چنین توافقی به عمل می‌آورند (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱، ص ۱۰۴).

۱۹. در ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی چنین پیش‌بینی شده است: «در هر مورد که داور تعیین می‌شود باید موضوع و مدت داوری و نیز مشخصات طرفین و داور یا داوران به‌طوری که رافع اشتباه باشد تعیین گردد. در صورتی که تعیین داور بعد از بروز اختلاف باشد، موضوع اختلاف که به‌داوری ارجاع شده باید به‌طور روشن مشخص و مراتب به داوران ابلاغ شود».

نکرده است و به نظر می‌رسد ضرورتی ندارد تراضی بر داوری به صورت کتبی باشد. هرچند با توجه به اینکه قدرت داوران ناشی از اختیاری است که طرفین به آن‌ها می‌دهند، در صورت عدم وجود قرارداد کتبی داوری، به لحاظ صعوبت اثبات اصل قرارداد، انجام امر داوری چه بسا ممتنع گردد» (مهاجری، ۱۳۸۷، ص ۱۸۵). همچنین به منظور ضرورت کاهش مراجعه به محاکم و پیشگیری از ایجاد دعاوی جدید و پرهیز از طولانی شدن دادرسی و تسریع در رسیدگی که همانا از اهداف و مزایای ارجاع امر به داوری است، می‌توان به ظاهر بند یک ماده ۴۸۱ عمل کرد (واحدی، ۱۳۷۹، ص ۲۸۱)، زیرا اصحاب دعاو غالباً برای تسریع در حل و فصل اختلاف و کاهش هزینه‌ها به داوری تن می‌دهند.

ب) دلایل مخالفان لزوم کتبی بودن قرارداد داوری

در مقابل، گروهی شکل خاصی را در انعقاد قرارداد داوری شرط ندانسته و معتقدند که توافق داوری می‌تواند به شکل سند رسمی یا عادی تنظیم گردد و حتی توافق شفاهی را در این زمینه کافی می‌دانند. مطابق این دیدگاه تفاوتی ندارد که این توافق، ضمن صورت‌جلسه دادگاه یا خارج از دادگاه و در ضمن معامله‌ای که انجام گرفته است، تحقق یابد (صدرزاده افشار، ۱۳۸۵، ص ۳۹۷؛ مدنی، ۱۳۸۲، ص ۳۴۵).

آن‌ها در جهت اثبات ادعای خود به معارضة با دلایل موافقان لزوم کتبی بودن قرارداد داوری برخاسته‌اند. از این دیدگاه لزوم کتبی بودن فسخ قرارداد داوری به هیچ‌وجه ملازمه با لزوم کتبی بودن قرارداد داوری ندارد. چه ایرادی دارد که انعقاد عقد، رضایی باشد، اما فسخ آن نیازمند تشریفات خاص باشد؟

حتی برخی به داشتن تراضی کتبی موضوع ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی معتقد بوده و برای این توافق کتبی، تنها از جنبه اثباتی ارزش قائل هستند (شمس، ۱۳۸۲، ص ۲۰) و هر طریق دیگری را که کاشف از توافق طرفین در انصراف از داوری و مراجعه به دادگاه دولتی باشد معتبر شمرده‌اند^{۲۰}؛ چراکه اقاله قرارداد یک عمل حقوقی است که با اراده طرفین محقق می‌شود و وسیله ابراز اراده نقشی در تکوین آن ندارد (زراعت، ۱۳۸۳، ص ۱۳۱۰).

از طرفی مصلحت اجتماعی و دشواری اثبات، دلیل بر تشریفاتی شدن عقود نمی‌باشد و برای تشریفاتی دانستن یک عقد، برخلاف اصل رضایی بودن عقود، تصریح قانون‌گذار لازم و ضروری است.

انصاف در مقام داوری بین دلایل موافقان و مخالفان اقتضا دارد که با توجه به نصوص قانونی و اصل رضایی بودن عقود، نتوان لزوم تشریفاتی بودن قرارداد داوری را از قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ استخراج و استنباط نمود؛ هرچند در عمل، تحقق داوری منوط به کتبی بودن توافق داوری است (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱، ص ۱۰۵).

۲۰. رأی شعبه اول دیوان عالی کشور در سال ۱۳۲۱، رجوع از داوری به دلالت التزام و قرائن را نیز به عنوان یکی از موارد تراضی کتبی پذیرفته بود (به نقل از عابدی، ۱۳۸۵، ص ۹۷).

بند دوم: قانون داوری تجاری بین‌المللی

قانون داوری تجاری بین‌المللی که به شدت متأثر از قانون داوری نمونه ۱۹۸۵ است^{۲۱}، در سال ۱۳۷۶ با هدف جذب بیشتر سرمایه‌گذاری خارجی، به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید.^{۲۲} به این ترتیب قانون‌گذار برای نخستین بار رژیم حقوقی حاکم بر داوری بین‌المللی در ایران را هدفمند نمود. قبل از تصویب این قانون، قراردادهای داوری تجاری بین‌المللی تابع مقررات عام داوری منعکس در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ بود.

موضوع داوری تجاری، رسیدگی به اختلافات اشخاص در موضوعات تجاری است. ارجاع امر به داوری و نیز رسیدگی داوران نسبت به اختلافات مرتبط با روابط تجاری بین‌المللی طرفین، اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل و غیره، مطابق مقررات این قانون صورت می‌پذیرد. بند ب ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی در صورتی داوری را بین‌المللی می‌داند که به موجب قوانین ایران یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری تبعه ایران نباشد. در حقوق فرانسه معیاری متفاوت جهت تمییز داوری داخلی از داوری بین‌المللی اتخاذ شده است. ماده ۱۴۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه در صورتی داوری را بین‌المللی می‌داند^{۲۳} که موضوع آن مربوط به یک نفع تجاری بین‌المللی باشد^{۲۴}.

فصل دوم این قانون که به موافقت‌نامه داوری اختصاص یافته، به بررسی شکل و آثار آن می‌پردازد. ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی در مقام بیان شرایط اعتبار قرارداد داوری مقرر می‌دارد: «موافقت‌نامه داوری باید طی سندی به امضای طرفین رسیده باشد یا مبادله‌نامه، تلگرام یا نظایر آن‌ها بر وجود موافقت‌نامه مزبور دلالت نماید یا یکی از طرفین طی مبادله درخواست یا دفاعیه، وجود آن را ادعا کند و طرف دیگر عملاً آن را قبول نماید. ارجاع به سندی در قرارداد کتبی که متضمن شرط داوری باشد نیز به منزله موافقت‌نامه مستقل داوری خواهد بود».

از این ماده تشریحاتی بودن قرارداد داوری استنباط می‌شود (جنیدی، ۱۳۷۸، ص ۴۷). تمام مصادیقی که در این ماده ذکر شده، حکایت از لزوم کتبی بودن قرارداد داوری دارد. البته در مواردی ممکن است موافقت‌نامه داوری طی یک سند یا بیشتر باشد. گاه موافقت‌نامه داوری سندی است که هر دو طرف آن را امضا کرده‌اند و مفاد آن را پذیرفته‌اند.

۲۱. قانون نمونه در سال ۱۹۸۵ م مورد تصویب کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌المللی (UNCITRAL) واقع شد. قانون نمونه، یک قانون لازم‌الاجرا محسوب نمی‌شود، بلکه سندی است که بر اساس علم و تجربه و مطالعات کارشناسانه عمیق فراهم آمده، الگویی مناسب برای سایر کشورها در جهت نوسازی و هماهنگی مقررات داوری تجاری بین‌المللی به شمار می‌آید (صفایی، ۱۳۷۷، ص ۷).

۲۲. مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶، صفحه ۵۹۳ الی ۶۰۵

23. «Article 1492 France - Code of Civil Procedure: Arbitration is international if it implicates international commercial interests.»

۲۴. مطابق ماده ۲ قانون داوری انگلستان مصوب ۱۹۶۶ م، در صورتی که محل داوری در انگلستان باشد، داوری داخلی تلقی می‌شود (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱، ص ۵۰).

همچنین ممکن است در یک سند، یکی از طرفین به طرف دیگر به صورت کتبی پیشنهاد دهد که اختلاف را از طریق داوری حل کنند و طرف دیگر نیز به طور کتبی آن پیشنهاد را بپذیرد. بنابراین قرارداد داوری ممکن است طی دو سند منعقد شود. همچنین لزوم کتبی بودن قرارداد داوری را از عبارت «طی سندی به امضای طرفین رسیده باشد» نیز می‌توان استنباط نمود؛ چراکه ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی سند را چنین تعریف کرده است: «سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوا یا دفاع قابل استناد باشد».

قرینه دیگر مبنی بر لزوم کتبی بودن قرارداد داوری، عبارات پایانی ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد که به «ارجاع به سندی در قرارداد کتبی، که متضمن شرط داوری باشد» اشاره دارد و آن را به منزله موافقت‌نامه مستقل داوری تلقی نموده است. همچنین عنوان موافقت‌نامه داوری که در قانون داوری تجاری بین‌المللی بیان گردیده، دلالت بر لزوم کتبی بودن قرارداد داوری و در نهایت تشریفاتی بودن این قرارداد دارد (شمس، ۱۳۸۷، ص ۵۰۶).

اگرچه در مقابل ممکن است استدلال شود که استفاده از عبارت «درخواست» به جای «دادخواست» در این ماده می‌تواند این شائبه را در ذهن ایجاد نماید که چون درخواست می‌تواند شفاهی باشد، انعقاد موافقت‌نامه داوری به صورت شفاهی نیز معتبر است، اما با توجه به عبارت «مبادله درخواست» که نوعاً انصراف به موارد مکتوب دارد^{۲۵}، این مورد را باید از مواردی دانست که درخواست باید لزوماً کتبی باشد و حتی برخی بر این عقیده‌اند که ذکر عبارت «درخواست» به جای «دادخواست»، احتمالاً یک اشتباه تایپی است (شیروی، ۱۳۷۸، ص ۸۲). ماده ۷ قانون داوری نمونه ۱۹۸۵ م، که قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران متأثر از آن است، نظر اخیر را تقویت می‌کند؛ چراکه در این ماده از عنوان «دادخواست» استفاده شده است^{۲۶}.

در نهایت با توجه به آنچه در خصوص وضعیت قرارداد داوری در دو دوره اخیر تقنینی بیان گردید، به نظر می‌رسد باید شرایط انعقاد قرارداد داوری را در دعاوی تجاری بین‌المللی و دعاوی داخلی تفکیک کرد. با توجه به صراحت قانون داوری تجاری بین‌المللی، تشریفاتی دانستن قرارداد داوری در دعاوی تجاری بین‌المللی امری مسلم است. در مقابل در داوری داخلی به دلیل اصل رضایی بودن عقود و عدم تصریح قانون‌گذار، رضایی دانستن این قرارداد به نظر ارجح می‌رسد.

۲۵. اطلاق المطلق ینصرف بفرد الشایع (الغالب).

26. «Article 7: Definition and form of arbitration agreement

(1) ...

(2) The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defense in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.»

مبحث دوم: قرارداد داوری؛ وضعیت مطلوب

الزام اصحاب دعوا به تنظیم کتبی قرارداد داوری به هنگام تراضی و توافق موجب فراهم شدن یک دلیل پیش ساخته می‌شود که افزون بر تسهیل اثبات قرارداد داوری، دو کارکرد دیگر نیز دارد؛ نخست، می‌تواند از بروز اختلاف و اقامه دعوا در مورد اعتبار موافقت‌نامه داوری جلوگیری نماید. این اثر پیشگیرانه به مراتب از اثر اثباتی آن که درمانگر محسوب می‌شود، از اهمیت بیشتری برخوردار است و می‌تواند زمینه‌ساز تسریع رسیدگی از طریق داوری و در نهایت افزایش گرایش به داوری گردد. ثانیاً رعایت تشریفات و تبیین شکل و قالبی خاص در قرارداد داوری، سبب حمایت بیشتر از طرفین عقد می‌شود؛ به این طریق که با کند ساختن فرآیند انعقاد قرارداد داوری و سوق دادن عملی طرفین به مشاوره با متخصصان، در نهایت موجب جلب توجه طرفین به اهمیت و پیامدهای این توافق گردیده و از شتاب‌زدگی در تصمیم‌گیری ممانعت می‌نماید.

شکل‌گرایی به ویژه در قراردادهای می‌تواند به عنوان یکی از ابزارهای مهم و مؤثر حقوقی در راستای حمایت و ارشاد متداعیین نقش بسزایی داشته باشد؛ از این رو توجه بیشتر قانون‌گذار و جامعه حقوقی را طلب می‌کند.^{۲۷} ایرینگ در توصیف مزایای شکل و شکل‌گرایی در حقوق و به طور کلی برتری شکل‌های نوشتاری بیان می‌دارد: «شکل دشمن قسم خورده استبداد و خودسری، و خواهر دو قلوبی شفیق و همراه آزادی است» (به نقل از قاسمی، ۱۳۸۵، ص ۴۰۵).^{۲۸} مطالعه تطبیقی در قوانین سایر کشورها، لزوم تشریفات بودن قرارداد داوری را نشان می‌دهد و مثبت آن است که این شیوه از پشتوانه محکم‌تری برخوردار است. افزون بر این توجه به سیر تاریخی قانون‌گذاری در باب تشریفات قرارداد داوری نشان می‌دهد که قانون‌نویسان در دوره‌های پیشین با هوشیاری تمام به این موضوع نظر داشته‌اند.

گفتار اول: سیر تاریخی قرارداد داوری

در دوره‌های مختلفی که قوانین مربوط به داوری وضع گردیده، قانون‌گذار گاه به صراحت و در مواردی به طور ضمنی به شکل قرارداد داوری اشاره کرده است. برای مطالعه سیر تاریخی این مسئله در نظام حقوقی ایران، باید دوره‌های مختلف قانون‌گذاری را مد نظر قرارداد.

بند اول: قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۲۹ هجری قمری

قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی که نخستین قانون آیین دادرسی مدنی ایران محسوب می‌شود، در مواد ۷۵۷ تا ۷۷۹ به طور جامع و کامل به مباحث داوری پرداخته بود.

۲۷. برای مطالعه بیشتر در مورد مزایای شکل‌گرایی، ر.ک. قاسمی، محسن، شکل‌گرایی در حقوق مدنی، پایان نامه دکتري حقوق خصوصی به راهنمایی دکتر صفایی و مشاوره دکتر کریمی و دکتر جعفری تبار، دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.

28. V.Ihering, *l'esprit du droit romain*, Traduit par o. de meulenaere, T. 3. 1887. P. 164 cite par Ph.Malauvie, L.Aynes, Ph. Stoffel- Munk op.cit., n0 536:

در ماده ۷۵۷ این قانون مقرر شده بود: «کلیه اشخاصی که صلاحیت دعوا را دارند، می‌توانند منازعه خود را به حکمیت یک یا چند نفر که به عده طاق به تراضی انتخاب کرده‌اند واگذار نمایند». همچنین ماده ۷۵۸ بیان می‌داشت که تراضی طرفین باید در قراردادنامه مخصوصی تصریح شود و به امضای طرفین برسد.

ماده ۷۵۹ نیز پیش‌بینی می‌نمود که در قراردادنامه باید مواردی از قبیل اسم، اسم پدر، شغل طرفین و حکم و نیز موضوع منازعه که باید به حکمیت قطع شود، مورد تصریح قرار گیرد.

از مجموع مواد، به ویژه ماده ۷۵۸ که به صراحت امضای قراردادنامه را ضروری دانسته بود، مستفاد می‌گردد که تراضی و توافق کتبی طرفین جهت ارجاع اختلاف به داوری مد نظر قانون‌گذار بوده است.

مبحث داوری این قانون به موجب ماده شانزدهم قانون حکمیت مصوب ۱۳۰۶ شمسی نسخ گردید.^{۲۹}

بند دوم: قانون حکمیت مصوب ۱۳۰۶ شمسی و قانون اصلاح حکمیت ۱۳۰۸

در این مقطع زمانی، قانون‌گذار برای جلوگیری از تراکم کار در دادگاه‌ها، تسریع در رسیدگی و نیز بررسی تخصصی‌تر، برای نخستین بار داوری اجباری را پیش‌بینی کرد (عبده، ۱۳۱۸ (ب)، ص ۱۰۵۸). از این رو به درخواست هر یک از اصحاب دعوا، موضوع اختلاف به داوری ارجاع می‌شد. ماده اول این قانون مقرر می‌داشت:

«هرگاه در دعاوی حقوقی یکی از متداعیین محکمه صلح - بدایت و تجارت از محکمه تقاضا کند قطع دعوی به طریق حکمیت انجام گیرد، محکمه طرف دیگر دعوی را به موافقت با این تقاضا تکلیف و مطابق مواد ذیل رفتار خواهد کرد؛ مشروط بر این که تقاضای حکمیت تا آخر جلسه اول محاکمه به عمل آمده و دعوی در آن محکمه بدایتاً طرح شده باشد».

در زمان حکومت این قانون و با توجه به نص صریح آن، وجود موافقت‌نامه داوری برای ارجاع اختلاف به داوری ضرورت نداشت، زیرا به صرف درخواست یکی از اصحاب دعوا تا پایان جلسه اول دادرسی، دعوا و منازعه به داوری ارجاع می‌گردید.

سوءاستفاده از امکان ارجاع به داوری اجباری که منجر به طولانی شدن مدت دادرسی نیز می‌شد، سبب گردید تا قانون‌گذار با تصویب قانون حکمیت مصوب ۱۳۰۸ به اصلاح قانون حکمیت ۱۳۰۶ بپردازد. از این رو قانون حکمیت ۱۳۰۶ که مقاصد ناشی از داوری الزامی را تأمین نکرد، در مواردی که مخالف قانون جدید بود نسخ گردید.^{۳۰} مهم‌ترین تغییری که در فروردین ماه ۱۳۰۸ و با تصویب قانون اصلاح حکمیت حاصل شد، بازگرداندن داوری به شیوه مقرر در قانون اصول محاکمات حقوقی بود

۲۹. ماده شانزدهم قانون حکمیت ۱۳۰۶، چنین مقرر می‌داشت: «مواد ۷۵۷ تا ۷۷۹ اصول محاکمات حقوقی ملغی است».

۳۰. در ماده ۸ قانون اصلاح قانون حکمیت پیش‌بینی شده بود: «کلیه مقررات قانون مصوب ۲۹ اسفند ۱۳۰۶ راجع به حکمیت که مخالف این قانون باشد نسخ می‌گردد».

(افتخار جهرمی، ۱۳۷۸، ص ۲۰). از این رو لزوم کتبی بودن قرارداد داوری که در قانون اصول محاکمات تصریح شده بود، در زمان حاکمیت این قانون نیز اجباری بود.

بند سوم: قانون حکمیت مصوب ۱۳۱۳ و قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸
پس از اصلاح قانون حکمیت در سال ۱۳۰۸ شمسی، با توجه به اینکه قانون پیشین هنوز از درجه اعتبار ساقط نشده بود، سبب ایجاد مشکلاتی از قبیل پراکندگی احکام و در مواردی ناهماهنگی آنها شد. در نهایت این وضعیت نامساعد زمینه‌ساز تصویب قانون حکمیت در سال ۱۳۱۳ گردید. این قانون، اساس و بنیان باب هشتم از قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ را که به داوری اختصاص داشت تشکیل می‌داد. به همین دلیل این دو مقرر در ذیل یک بخش مورد بررسی قرار می‌گیرد.

دو قانون مذکور بدون آن که صراحتاً رعایت تشریفات خاصی از قبیل کتبی بودن را برای انعقاد قرارداد داوری لازم بدانند، به تصویب رسید. در ماده ۳ قانون حکمیت ۱۳۱۳ که در ماده ۶۳۴ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ نیز تکرار شده است، مقرر می‌داشت: «در قرارداد داوری (حکمیت) باید نکات زیر ذکر شود:

مشخصات طرفین و داورها از نام و نام خانوادگی و غیره به طوری که رافع اشتباه باشد. موضوع اختلاف که باید به طریق داوری (حکمیت) قطع شود» از عنوان قرارداد ضرورتی بر مکتوب بودن توافق بر داوری استنباط نمی‌شود، زیرا قرارداد اعم از کتبی یا شفاهی است. اما با توجه به عبارت «ذکر شود» در صدر ماده ممکن است چنین استنباط شود که شکل قرارداد باید به صورت کتبی باشد^{۳۱}؛ چراکه فارسی‌زبانان با خواندن این ماده استنباطی جز این ندارند که سندی کتبی باید مبین وجود قرارداد داوری باشد (فخاری، ۱۳۸۷، ص ۱۸۸). در زمان حکومت قانون حکمیت اخیرالتصویب و تا قبل از تصویب کتاب دوم از جلد سوم قانون مدنی در ۱۳۱۴ شمسی در مورد لزوم کتبی بودن قرارداد داوری با شک و تردید نگریسته می‌شد، اما پس از آن، ضرورت مکتوب بودن قرارداد داوری بیش از پیش احساس شد. در قانون مدنی مقرر شده بود^{۳۲} که جز در مواردی که قانون استثنا کرده است، هیچ یک از عقود و تعهداتی را که موضوع آن عیناً یا منفعتاً بیش از ۵۰۰ ریال باشد نمی‌توان به وسیله گواهی، اعم از زبانی یا کتبی، اثبات کرد.^{۳۳} بنابراین با توجه به ماهیت خاص قرارداد داوری که اعطای اختیار به ثالث برای حل و فصل اختلاف است، از آنجا که در صورت حدوث اختلاف، داور ممکن است خواهان داوری را کلاً یا بعضاً غیر

۳۱. «اگر کسی از عبارت «باید ذکر شود» مندرج در ماده ۶۳ لزوم کتبی بودن امور فوق را به عنوان حداقلی از شرایط شکلی استنباط کند، این استنباط خصوصاً با توجه به مصالح عملی غیر موجه نیست». (جنیدی، ۱۳۷۸، ص ۴۷)

۳۲. مواد ۱۳۰۶ به بعد قانون مدنی کتاب دوم جلد سوم مصوب ۱۳۱۴

۳۳. ماده ۱۳۰۶ قبل از نسخ بیان می‌داشت: «جز در مواردی که قانون استثنا کرده است هیچ یک از عقود و ایقاعات و تعهدات را که موضوع آن عیناً یا قیمتاً بیش از پانصد ریال باشد، نمی‌توان فقط به وسیله شهادت شفاهی یا کتبی اثبات کرد، ولی این حکم مانع از این نیست که محاکم برای مزید اطلاع و کشف حقیقت به اظهارات شهود رسیدگی کنند».

محقق پشناسد، پس انعقاد چنین عقدی در حکم قراردادی است که موضوع آن عیناً یا منفعتاً بیش از پانصد ریال است. در نتیجه برای اثبات آن دلیل کتبی ضروری بود (عبده، ۱۳۱۸ الف)، ص ۱۱۲۳). به موجب اصلاحاتی که در سال ۱۳۶۱ در قانون مدنی صورت گرفت، هر چند محدودیت توان اثباتی گواهی برداشته شد، ولی سند جایگاه مستحکم سابق را همچنان حفظ کرد (شمس، ۱۳۸۷، ص ۱۳۵).

رویه قضایی نیز به پیروی از قانون گذار به موضوع شکل توافق بر داوری پرداخته بود و لزوم کتبی بودن قرارداد داوری را تأیید می نمود. شعبه ششم دیوان عالی کشور در رأی شماره ۶۵۶ مورخ ۱۳۲۵/۴/۱۶ چنین حکم کرده بود:

«همچنان که انعقاد قرارداد داوری و رسمیت آن احتیاج به تنظیم داوری نامه و امضای طرفین و قبولی داوران دارد، تمدید مدت داوری هم اصولاً باید به امضای طرفین یا وکلای مجاز آن ها برسد و مجرد توافق دو نفر از داوران یا عدم تعرض طرف در دادخواست بعدی و امثال آن، با آنکه در مقام اثبات عدم تمدید بود، قانوناً کافی نیست» (حیاتی، ۱۳۸۴، ص ۶۳۷). همچنین حکم شماره ۱۷۰۷ مورخ ۱۳۲۷/۱۰/۲۸ شعبه سوم دیوان عالی کشور نیز اجمالاً عنوان می نمود که برای انعقاد قرارداد داوری، سند کتبی یا به تعبیر به کار رفته در رأی، «قرارداد داوری» لازم است (فخاری، ۱۳۸۷، ص ۱۸۸).

گفتار دوم: قوانین سایر کشورها

با بررسی حقوق کشورهای که در داوری از شهرت نسبی برخوردارند، ملاحظه می گردد که مکتوب بودن قرارداد داوری از جمله شرایط شکلی توافق بر داوری در این کشورها محسوب می شود.

در حقوق فرانسه، کتاب چهارم قانون آیین دادرسی مدنی به داوری اختصاص یافته است. در مواد ۱۴۴۲ الی ۱۴۹۱ به داوری داخلی پرداخته شده که ماده ۱۴۴۳ این قانون، توافق نامه کتبی را از شرایط صحت قرارداد داوری دانسته است.^{۳۴}

قانون بلژیک نیز تنظیم توافق نامه داوری به صورت سند کتبی که به امضای طرفین رسیده باشد یا هر گونه مدرک لازم الرعایه که تمایل طرفین را برای ارجاع به داوری نشان دهد، الزامی می داند.^{۳۵}

توافق نامه داوری مطابق کتاب دهم قانون آیین دادرسی مدنی آلمان نیز باید به شکل مدرک امضا شده ای از سوی طرفین تنظیم گردد یا محتوای توافق آنان در قالب نامه ها، فکس ها، تلگرام ها یا شیوه های دیگر مرادده های الکترونیکی که ثبت توافق نامه را امکان پذیر کند، رد و بدل شود (میرزایی، ۱۳۸۸، ص ۶۹۳).

لزوم کتبی بودن قرارداد داوری از قسمت پنجم مصوبه داوری ۱۹۹۶ انگلستان نیز

34. Article 1443 of France - Code of Civil Procedure: «To be valid, an arbitration clause shall be in writing ...»

35. Article 1677 of Belgium - Code Judiciaires: «An arbitration agreement shall be constituted by an instrument in writing signed by the parties or by other documents binding on the parties and showing their intention to have recourse to arbitration.»

قابل استنباط است. بر اساس این مصوبه، توافق نامه‌ای منظور می‌گردد که:

الف) به صورت کتبی تنظیم شده باشد.

ب) در خلال تبادلات، کتباً درج شده باشد.

پ) در صورت گواهی، کتباً درج شده باشد.^{۳۶}

قانون آیین دادرسی مدنی هلند نیز شرط اثبات قرارداد داوری را وجود یک سند کتبی میان طرفین می‌داند^{۳۷} (کلانتریان، ۱۳۷۴، ص ۲).

همچنین در فصل دوم و در تبصره ۱ ماده ۴ قانون داوری برزیل چنین آمده است: «شرط داوری باید به صورت کتبی بوده و در قرارداد گنجانده شود یا به صورت مدرک جداگانه‌ای که بدان عطف می‌کند تنظیم گردد».^{۳۸}

قانون داوری چین مصوب ۱۹۹۴ میلادی نیز در بخش سوم و در ماده ۱۶ چنین مقرر می‌دارد: «توافق نامه داوری شامل شروط جاری تصریح شده در قرارداد و توافق نامه‌های ارائه شده به داوری می‌باشد که کتباً در فرم‌های جداگانه‌ای قبل یا بعد از ایجاد اختلاف منعقد می‌شوند».^{۳۹}

نتیجه

سیر تاریخی شکل توافق بر داوری نشان می‌دهد قانون‌گذار در ادوار مختلف قانون‌گذاری، تا پیش از تصویب قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ شمسی، به کتبی بودن قرارداد داوری اشاره داشته است، اما با وضع قانون جدید و سکوت این قانون، برخی با توجه به ملاحظات اجتماعی و با استناد به ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی و همچنین فلسفه ارجاع امر به داوری، که از یک سو سبب صرفه‌جویی در وقت و هزینه‌هاست و از سوی دیگر حفظ

36. Section 5: Agreements to be in writing.

1) The provisions of this Part apply only where the arbitration agreement is in writing, and any other agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this Part only if in writing. The expressions «agreement», «agree» and «agreed» shall be construed accordingly.

(2) There is an agreement in writing -

«There is an agreement in writing:

(a) If the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties),

(b) If the agreement is made by exchange of communications in writing, or

(c) If the agreement is evidenced in writing.»

37. Netherlands - Arbitration Act * 1 December 1986 Code of Civil Procedure, Book Four: Arbitration

38. Article 4: ... First Paragraph: «The arbitration clause shall be in writing contained in the contract itself or in a separate document referring thereto.»

39. Article 16 of Arbitration Law of the People's Republic of China: «An arbitration agreement shall include arbitration clauses stipulated in the contract and agreements of submission to arbitration that are concluded in other written forms before or after disputes arise.»

اسرار شخصی و تجاری و نیز انتخاب داور مورداستناد طرفین را به دنبال دارد، کتبی بودن قرارداد داوری را لازم می‌دانند. در مقابل، برخی با توجه به اصل رضایی بودن عقود و عدم تصریح قانون آیین دادرسی مدنی، توافق کتبی را جهت تحقق توافق داوری لازم نمی‌دانند. از این دیدگاه مصالح اجتماعی برای تشریفاتی دانستن عقد کافی نیست و برای تشریفاتی بودن عقد، تصریح قانون لازم است نه مصلحت اجتماعی، که به نظر می‌رسد صرف نظر از توالی فاسد مترتب بر آن، نظریه اخیر با اصول حاکم بر نظام حقوقی ایران سازگار باشد.

قانون داوری تجاری بین‌المللی که در سال ۱۳۷۶ شمسی به تصویب رسید، نسبت به شکل قرارداد داوری از صراحت بیشتری برخوردار است و در ماده ۷ کتبی بودن قرارداد داوری را ضروری می‌داند. با توجه به اینکه قوانین اغلب کشورهای مشهور در زمینه داوری نیز به کتبی بودن قرارداد داوری اشاره دارد، به نظر می‌رسد قوانین سایر کشورها تأثیر ویژه‌ای بر قانون ایران گذاشته باشد که از آن جمله مکتوب بودن قرارداد داوری است.

با وجود اینکه قانون داوری تجاری بین‌المللی سال ۱۳۷۶ به لزوم کتبی بودن قرارداد داوری اشاره دارد، اما از دیدگاه قانون آیین دادرسی مدنی چنین الزام صریحی ملاحظه نمی‌شود. در مقام جمع بین مواد قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین‌المللی می‌توان چنین تفسیر نمود که قانون آیین دادرسی مدنی، قانون عام و قانون داوری تجاری بین‌المللی، قانون خاص محسوب می‌شوند و همان‌گونه که مشهور اصولین عقیده دارند، خاص مقدم، عام مؤخر را تخصیص می‌زند (مظفر، ۱۳۸۶، ص ۲۲۰)؛ در نتیجه توافق‌های داوری که تحت حکومت قانون داوری تجاری بین‌المللی قرار می‌گیرند، باید به صورت کتبی تنظیم شوند.

هرچند به نظر می‌رسد که فلسفه رجوع به داوری، کتبی بودن قرارداد داوری را اقتضا دارد و می‌تواند از بروز مشکلات زیادی از جمله، اختلاف در اصل وجود قرارداد داوری و شرایط و حدود آن، جلوگیری نماید؛ با وجود این تا زمانی که این تشریفات مورد تصریح قانون‌گذار قرار نگیرد، نمی‌توان به طور حتم توافق رجوع به داوری را قراردادی تشریفاتی دانست، از این رو، اصلاح قانون آیین دادرسی مدنی برای تشریفاتی قلمداد نمودن قرارداد داوری ضروری می‌نماید و می‌تواند گام مؤثری در تحقق اهداف داوری بردارد.

منابع

۱. افتخار جهرمی، گودرز، (۱۳۷۸)، «تحولات نهاد داوری در قوانین موضوعه ایران: دستاورد آن در حوزه داوری بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۷ و ۲۸، ص ۴۴-۱۳.
۲. امامی، سیدحسین، (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ بیست و هشتم، تهران، انتشارات اسلامیه.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
۴. جنیدی، لعیا، (۱۳۷۸)، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۵. حیاتی، علی عباس، (۱۳۸۴)، شرح قانون آیین دادرسی مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات سلسبیل.

۶. زراعت، عباس، (۱۳۸۳)، **قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی ایران**، چاپ اول، تهران، انتشارات خط سوم.
۷. ساکت، محمدحسین، (۱۳۸۲)، **دادرسی در اسلام**، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۸. شایگان، علی، (۱۳۷۵)، **حقوق مدنی**، چاپ اول، قزوین، انتشارات طه.
۹. شمس، عبدالله، (۱۳۸۷)، **آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته**، جلد سوم، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات دراک.
۱۰. شمس، عبدالله، (۱۳۸۲)، **«موافقتنامه داوری و صلاحیت دادگاه»**، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷، ص ۴۳-۱۱.
۱۱. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۸)، **اصول قراردادهای و تعهدات**، چاپ پنجم، تهران، انتشارات مجد.
۱۲. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۵)، **تشکیل قراردادهای و تعهدات**، چاپ پنجم، تهران، انتشارات مجد.
۱۳. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۷۸)، **«تنظیم قرارداد داوری با توجه به قانون داوری تجاری بین المللی ایران»**، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۳، ص ۸۳-۶۵.
۱۴. صدرزاده افشار، (۱۳۸۵)، **سیدمحسن، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، سه جلد در یک مجلد، چاپ نهم، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی واحد علامه.
۱۵. صفایی، سیدحسین، (۱۳۸۲)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۱۶. صفایی، سیدحسین، (۱۳۷۷)، **«سخنی چند در باره ی نوآوریها و نارسایی های قانون داوری تجاری بین المللی»**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۰، ص ۴۰-۳.
۱۷. عابدی، محمدتقی، (۱۳۸۵)، **«صلاحیت قضایی و صلاحیت داوری»**، مجله حقوقی (نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، شماره ۳۵، ص ۱۴۶-۸۹.
۱۸. عبده، جلال، (۱۳۱۸ الف)، **«شرایط قرارداد داوری»**، مجله مجموعه حقوقی، شماره ۱۲۸، ص ۱۱۲۴-۱۱۲۱.
۱۹. عبده، جلال، (۱۳۱۸ ب)، **«داوری الزامی و اختیاری»**، مجله مجموعه حقوقی، شماره ۱۲۶، ص ۱۰۶۰-۱۰۵۷.
۲۰. عدل، مصطفی، (۱۳۷۸)، **حقوق مدنی**، چاپ اول، قزوین، انتشارات طه.
۲۱. فخاری، امیرحسین، (۱۳۸۷)، **حقوق تجارت**، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
۲۲. قاسمی، محسن، (۱۳۸۵)، **«شکل گرایی در حقوق مدنی»**، پایاننامه دکتری حقوق خصوصی، راهنما دکتر صفایی؛ مشاور دکتر کریمی و دکتر جعفری تبار، دانشگاه تهران.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵ ب)، **مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران**، چاپ چهل و نهم، تهران، انتشارات سهامی انتشار.
۲۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵ الف)، **حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای؛ مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد**، جلد یک، چاپ هفتم، تهران، انتشارات سهامی انتشار.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، **حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای؛ آثار قرارداد**، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران، انتشارات سهامی انتشار.
۲۶. کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا، (۱۳۹۱)، **حقوق داوری داخلی**، چاپ اول، تهران، انتشارات دادگستر.
۲۷. کلانتریان، مرتضی، (۱۳۷۴)، **داوری (بررسی مهمترین نظامهای حقوقی جهان)**، چاپ اول، تهران، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران.
۲۸. مدنی، سیدجلال الدین، (۱۳۸۲)، **آیین دادرسی مدنی (دادگاههای عمومی و انقلاب)**، چاپ اول، تهران، انتشارات پایدار.
۲۹. مظفر، محمدرضا، (۱۳۸۶)، **اصول الفقه**، چاپ دوم، قم، انتشارات موسسه اسماعیلیان.
۳۰. مهاجری، علی، (۱۳۸۷)، **مبسوط در آیین دادرسی مدنی**، جلد چهارم، چاپ اول، تهران، انتشارات فکرسازان.
۳۱. میرزایی، علیرضا، (۱۳۸۸)، **قواعد داوری از منظر حقوق تطبیقی**، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل.

۳۲. واحدی، قدرت الله، (۱۳۷۹)، *بایسته های آیین دادرسی مدنی*، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان،

33. **Arbitration Act 1996 (of England)**, 1996 CHAPTER 23 [17th June 1996], available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>
34. **Arbitration Law of the People's Republic of China** http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=182634
35. **Belgium - Code Judiciaire 19 May 1998**, available at:
36. <http://www.jus.uio.no/lm/belgium.code.judicature.1998/toc.html>
37. **Brazilian arbitration act**, available at: www.unb.br/fd/gt/conteudo/Lei_9307_ing.doc
38. **France - Code of Civil Procedure - Book IV - Arbitration** In force 14 May 1981, available at: http://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_ARBITRATION.pdf
39. Larousse, de Poche, (2005), **Larousse**, Paris,
40. **Netherlands - Arbitration Act 1 December 1986 Code of Civil Procedure - Book Four: Arbitration**, available at: <http://www.jus.uio.no/lm/netherlands.arbitration.act.1986/>
41. **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985)**, available at: www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook
42. Wild, Susan Ellis, (2006), **Law dictionary**, (USA: WEBSTERS NEW WORLD)