

فصلنامه «پژوهش‌نامه اندیشه‌های حقوقی»  
دوره جدید، شماره (۱)، پیاپی ۴، زمستان ۱۳۹۳، صص ۷۳-۵۵

## ایرادات با اثر مانع دائمی در داوری تجاری بین‌المللی

علی انصاری\*

دانشیار گروه حقوق، دانشگاه خوارزمی

جواد عسکری دهنوی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی

### چکیده

اختلافات تجاری در عرصه بین‌الملل اصولاً از طریق مکانیسم داوری حل و فصل می‌گردد. در نهاد داوری به‌عنوان مرجعی مناسب و قابل اعتماد برای حل و فصل اختلافات تجاری، موضوع ایرادات به‌عنوان شکلی از دفاع طرفین مطرح می‌شود. ایرادات با توجه به آثاری که ممکن است بر جریان داوری داشته باشند دو گونه‌اند: ایرادات با اثر مانع موقتی و ایرادات با اثر مانع دائمی. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران با این که در نوبه خود تحولی ستودنی در عرصه تجارت بین‌الملل به حساب می‌آید، از این حیث که بحث ایرادات را تبیین ننموده و صرفاً کلیتی از آن را مطرح کرده است با خلاء اساسی مواجه است. پژوهش حاضر با مد نظر قراردادن این-که طرفین دعوی در داوری تجاری بین‌المللی چه ایراداتی می‌توانند مطرح نموده و اثر آن چه خواهد بود؛ به بررسی ایرادات با اثر مانع دائمی و تصمیم اتخاذی داوران خواهد پرداخت.

**واژگان کلیدی:** داوری تجاری بین‌المللی، ایرادات، اثر دائمی، انصراف.

---

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۳/۸/۱۰ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۳/۱۱/۱۲

نویسنده عهده‌دار مکاتبات: [ali.ansari1975@yahoo.fr](mailto:ali.ansari1975@yahoo.fr)

## ۱- مقدمه

ایرادات به‌عنوان دفاع شکلی، نقش مؤثر و کارآمدی در جریان داوری ایفا می‌کند و می‌تواند سرنوشت دعوا را عوض نماید. باید دانست که ایرادات صرفاً همان‌هایی نیستند که در قانون آیین دادرسی مدنی احصاء شده است، بلکه به تبع قرارداد تجاری بین‌المللی، ایرادات دیگری نیز وجود دارد که ذی‌نفع می‌تواند به آن استناد کند.

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران علی‌رغم حسن‌هایی که دارد در بحث از ایرادات دارای خلاء اساسی است که علت این امر را می‌توان در ذکر این نکته دانست که قانون ایران، با تغییراتی از قانون نمونه آنسیترال اقتباس شده است. قانون اخیرالذکر، اجمالاً به بحث ایراد پرداخته به گونه‌ای که اثر ایراد و یا مواردی از آن را مورد عنایت قرار نداده است. بدین ترتیب، ضروری است که مقنن ایران با امعان نظر قوانین کشورهای پیشرفته و رویه داوری، نواقص قانون داوری تجاری بین‌المللی را مرتفع و آن را تکمیل نماید.

طرح ایرادات اصولاً از جمله حقوق طرفین بوده و آنها در طرح یا عدم طرح آن مانند هر حق دیگری مختار می‌باشند. با این همه، بعضی از ایرادات جزو قواعد آمره و یا مربوط به نظم عمومی است. در این فرض حتی اگر ایراد مورد استناد قرار نگرفته باشد، دادگاه به‌عنوان مرجعی نظارتی راساً رأی داوری را که بدون توجه به ایراد صادر شده است باطل اعلام می‌کند.

ایرادات را با توجه به اثری که ممکن است بر جریان داوری داشته باشد می‌توان به دو دسته کلی تقسیم کرد: ایراداتی که پذیرش آن، مانع موقتی بر جریان داوری ایجاد می‌کند و ایراداتی که پذیرش آن، مانع دائمی بر جریان داوری به وجود می‌آورد. از آنجایی که ایرادات با اثر مانع موقتی قبلاً مورد بررسی قرار گرفته است، (انصاری و عسکری دهنوی، ۱۳۹۱: ص ۱۷۹ به بعد) در این پژوهش ایراداتی که جریان داوری را با مانع دائمی روبرو می‌نماید، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

این مقاله به سه بخش تقسیم می‌گردد: در بخش اول مفهوم ایراد و شرایط انصراف از آن مورد بررسی قرار می‌گیرد؛

بخش دوم به اهم ایراداتی که اثر آن مانع دائمی بر جریان داوری ایجاد می‌نماید، اختصاص می‌یابد و در بخش سوم آثار و مهلت طرح آن مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

## ۲- مفهوم ایراد و اقسام آن

ایراد در لغت به معنای خرده گرفتن، بهانه گرفتن و اعتراض کردن آمده است (معین، ۳۶۰، ج ۱: ۴۱۴) در قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹ تعریف ایراد مورد توجه قرار نگرفته است. برخی از نویسندگان در مقام تعریف ایراد، آن را اشکالی دانسته‌اند که یکی از متداعیین می‌تواند بر دعوا یا قاضی یا طرف دیگر یا بر دادگاه یا نماینده

احد از متداعیین بگیرد (لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۷۵۸؛ مهاجری، ۱۳۸۷، ج ۱: ۳۵۰) بعضی دیگر از صاحب نظران ایراد را وسیله‌ای قلمداد کرده‌اند که خواننده معمولاً در جهت ایجاد مانع موقتی یا دائمی بر جریان رسیدگی به دعوی مطروحه به منظور بازداشتن موقت یا دائم خواهان از پیروزی به کار می‌گیرد (شمس، ۱۳۸۷، ج ۱: ۴۲۰) و در نهایت عده‌ای دیگر گفته‌اند ایراد عبارت است از طرح اعتراض به خود و نفس دعوا صرف‌نظر از ماهیت حق مورد ادعا. (کریمی، ۱۳۸۶: ۲۰۲).

ماده ۷۳ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه ایراد را این‌گونه تعریف می‌کند: «هر وسیله‌ای که موجب شود دادرسی غیر قانونی یا زوال یافته اعلام شود یا جریان دادرسی معلق گردد، ایراد دادرسی محسوب می‌شود». به نظر می‌رسد وجه مشترک تمام تعاریف فوق این است که ایراد ناظر به فقد شرایط شکلی دعوی است که بنا به مورد می‌تواند ناظر به اصحاب دعوا یا نماینده آنها، داور یا دادرسی یا خود دادگاه باشد که نه تنها خواننده، بلکه خواهان دعوا نیز می‌تواند از آن استفاده کند.

اصولاً طرح ایراد از جمله حقوق متداعیین می‌باشد و به همین علت خواننده یا خواهان داور می‌تواند از طرح آن صرف‌نظر نماید تا جریان داور به روال عادی خود ادامه داده و هدف نهایی حل و فصل اختلاف فیما بین حاصل گردد. انصراف از طرح ایراد یک عمل حقوقی یک‌طرفه یعنی ایقاع می‌باشد که به اراده یک طرف تحقق می‌یابد و اثر حقوقی آن علیه خود شخص فاعل بار می‌شود (Willaim, 2004: 23). انصراف را می‌توان به انصراف صریح و ضمنی تقسیم نمود: در قسم نخست، طرفی که حق به نفع اوست صراحتاً از حق طرح ایراد صرف‌نظر می‌کند ولی در انصراف ضمنی یک سلسله افعال از شخص رخ می‌دهد که دلالت بر رها کردن آن حق می‌باشد. بدین ترتیب، برای تحقق انصراف ضمنی لازم است فعلی روشن و بدون ابهام از طرف سر بزند. مضمون ماده ۵ قانون داور تجاری بین‌المللی ایران (از این پس ق.د.ت.ب) با تعریف انصراف ضمنی انطباق دارد؛ زیرا ادامه داور را با علم به ایراد غیر آمره از موارد سقوط حق ایراد تلقی کرده است؛ ماده مزبور اشعار می‌دارد: «در صورتی که هریک از طرفین با علم به عدم رعایت مقررات غیر آمره این قانون و یا شرایط قابل عدول موافقت‌نامه داور، داور را ادامه دهد و ایراد خود را فوراً و یا در مهلتی که به این منظور تعیین شده است اقامه نکند چنین تلقی خواهد شد که از حق ایراد صرف‌نظر نموده است». این ماده ملهم از ماده ۴ قانون نمونه داور آنتیترال است. (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) with amendments as adopted in 2006. ماده مزبور مقرر می‌دارد «چنانچه هریک از طرفین به‌رغم علم به عدم رعایت بعضی مقررات این قانون یا الزامات ناشی از داور که طرفین می‌توانند از آن عدول کنند، داور را ادامه دهد و ایراد خود را به این امر بدون تأخیر موجه عنوان نکند یا اگر مهلتی تعیین شده باشد در مهلت مزبور ایراد

خود را مطرح نکند، چنین تلقی خواهد شد که از حق ایراد خود صرف‌نظر نموده است». تنها تفاوتی که بین این دو ماده وجود دارد این است که قانون نمونه آنسیترال عذر موجه را عاملی برای تأخیر در طرح ایراد بیان نموده است که طبق قواعد عمومی در حقوق ایران هم عذر موجه می‌تواند عاملی برای پذیرش تأخیر در طرح ایراد باشد.

ایرادات از جهات مختلفی قابل تقسیم هستند؛ از جمله: از حیث زمان طرح ایراد که پیش از دفاع ماهوی و یا در طی فرآیند رسیدگی طرح می‌شود؛ و نیز از حیث موضوع و طرفین قرارداد داوری، مانند ایراد وارد بر داور اعم از ایراد به صلاحیت شخصی یا موضوعی داور و ایراد مربوط به دعوا مانند ایراد اعتبار امر مختومه؛ و یا از حیث آمره یا غیر آمره بودن ایراد.

به نظر می‌رسد تقسیم‌بندی مناسبی که می‌توان از ایرادات در داوری تجاری بین‌المللی ارائه داد، تقسیم‌بندی از حیث آثار ایراد می‌باشد. طبق این تقسیم‌بندی که مورد تبعیت بعض قوانین مدرن جهان مثل قانون آیین دادرسی مدنی جدید فرانسه (ماده ۷۳) قرار گرفته است، ایرادات تقسیم می‌شوند به ایراداتی که اثر پذیرش آن مانع موقتی بر جریان داوری است و با رفع آن چنانچه مانعی دیگر نباشد، جریان داوری به حالت عادی خود باز می‌گردد و ایراداتی که اثر پذیرش آن مانع دائمی بر جریان داوری به وجود می‌آورد.

با توجه به آنچه گفته شد می‌توان ایراد را با توجه به اثری که در فرآیند رسیدگی دارد این-گونه تعریف نمود: وسیله‌ای است که هریک از طرفین در جهت ایجاد مانع موقتی یا دائمی بر جریان رسیدگی داوری به کار می‌گیرد.

### ۳- ایرادات با اثر دائمی بر جریان داوری

ایرادات با اثر مانع دائمی چنانچه از سوی مرجع داوری مورد پذیرش واقع شوند، موجب می‌شود که دیگر داور نتواند به اختلاف فی‌مابین اصحاب دعوا رسیدگی کند. این دسته از ایرادات دارای دو جنبه است؛ بعضی از آنها موجب می‌شود که نه تنها داور، بلکه مرجع دیگری مثل دادگاه هم حق و تکلیف رسیدگی نداشته باشد و بعضی دیگر باعث می‌شود که صرفاً مرجع داوری حق رسیدگی نداشته باشد و دادگاه به‌عنوان مرجع عام رسیدگی به تظلمات بتواند به درخواست خواهان به اختلاف رسیدگی کند. ایراد انصراف از داوری، ایراد مصونیت قضایی دولت و ایراد اعتبار امر مختوم از جمله این ایرادات هستند که ذیلاً مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

#### ۳-۱- ایراد انصراف از داوری

ممکن است یکی از طرفین قرارداد داوری با نادیده گرفتن شرط رجوع اختلاف به داور، دعوای حاصله از قرارداد را نزد دادگاه اقامه نماید و بعد از مدتی همین دعوا را در مرجع داوری نیز طرح کند. حال سؤال این است که آیا طرف مقابل می‌تواند نزد مرجع داوری ایراد

نماید که این اقدام طرف او به منزله انصراف از قرارداد داورى بوده و مرجع داورى حق رسيدگى در موضوع مطروحه را ندارد؟ اين وضع معمولاً در صورتى اتفاق مى‌افتد که خواهان با پيش‌بيني حکم دادگاه آن را به ضرر خود مى‌بيند و صلاح مى‌داند که به داور مرضى‌الطرفين رجوع نمايد. البته اين فرض ناظر به حالتى است که حکم دادگاه به مرحله قطعيت نرسيده باشد والا، خوانده در فرض صدور رأى دادگاه و قطعيت آن مى‌تواند ايراد اعتبار امر مختوم را نزد داور مطرح نمايد.

در داورى داخلى که بين دو شخص تبعه ايران صورت مى‌گيرد، رويه واحدى وجود ندارد: در برخى از آراء رسيدگى دادگاه به دعوا در صورت وجود موافقت نامه داورى، حتى بدون اين که خوانده ايراد نموده باشد، ممنوع شناخته شده و قرار عدم صلاحيت دادگاه صادر شده است؛ در مقابل، بعضى ديگر از دادگاه‌ها بدون ايراد خوانده خود را صالح به رسيدگى قلمداد نموده‌اند و در استدلال بيان داشته‌اند عدم ايراد خوانده به صلاحيت دادگاه، به منزله انصراف ضمنى از ارجاع اختلاف به داورى وفق قرارداد مى‌باشد (شمس، ۱۳۸۶، ج ۳: ۱۴۲؛ بازگير، ۱۳۸۶: ۱۴۲). در حقوق فرانسه بر اساس ماده ۱۴۵۸ قانون آيين دادرسى مدنى، صدور قرار عدم صلاحيت دادگاه، منوط به ايراد خوانده است.

ولى در داورى تجارى بين‌المللى براى يافتن پاسخ مناسب در حقوق ايران به نظر مى‌رسد بايستى بين دو نوع طرح دعواى تأمينى و طرح دعواى ماهوى تفكيك قائل نمود: در واقع، چنانچه خواسته خواهان از دادگاه صدور قرار تأمين مثل دستور موقت يا تأمين خواسته باشد، اين مورد به منزله انصراف از شرط ارجاع اختلاف به داورى نبوده و طرح چنين ايرادى مسموع نيست. ماده ۹ قانون نمونه آنسيترال و همسو با آن ماده ۹ ق.د.ت.ب. ايران تجويز اين اقدام را از موارد انصراف از قرارداد داورى تلقى ننموده است. ماده مزبور اشعار مى‌دارد: «هر يک از طرفين قبل يا حين رسيدگى داورى مى‌تواند از رئيس دادگاه موضوع ماده ۶ صدور قرار تأمين و يا دستور موقت را درخواست نمايد» و قانون نمونه آنسيترال نيز مقرر مى‌دارد: «تقاضاى يکى از طرفين قبل يا حين دادرسى داورى از دادگاه مبنى بر صدور دستور موقت، هم‌چنين صدور چنين دستورى از جانب دادگاه معارض موافقت نامه داورى نخواهد بود»؛ اما اگر خواهان با وجود موافقت‌نامه داورى و در فرض بروز اختلاف، دعواى ماهوى را نزد دادگاه اقامه نمايد، مى‌توان اين اقدام را انصراف از داورى دانست. در چنين حالتى اگر طرف مقابل در دادگاه براى دفاع حاضر شود و ايرادى به صلاحيت دادگاه ننمايد، در صورتى که قرينه مخالفى وجود نداشته باشد، مى‌توان اين گونه نتيجه گرفت که به صلاحيت دادگاه رضايت داده و وى نيز به صورت ضمنى از ارجاع اختلاف به داورى منصرف شده است (R. Caivano, 2005: 30). بند ۲ ماده ۱۱ قانون داورى اسپانيا نيز در اين فرض مقرر مى‌دارد: «چنان‌که يک طرف قرارداد

بدون توجه به شرط داوری، در دادگاه اقامه دعوا نماید و طرف مقابل به صلاحیت دادگاه ایراد ننماید باید قرارداد داوری را پایان یافته تلقی نمود».

کمی دقت در ماده ۸ ق.د.ت.ب. ایران نیز نشان‌دهنده پیروی قانون‌گذار از نظریه فوق می‌باشد. ماده مزبور بیان می‌دارد: «دادگاهی که دعوی موضوع موافقت‌نامه داوری نزد آن اقامه شده باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه، دعوی طرفین را به داوری احاله نماید...». در واقع قانون‌گذار با قید عبارت «درخواست یکی از طرفین»، فرض نموده که عدم درخواست، رضایت ضمنی مبنی بر انصراف از داوری است.<sup>۱</sup> همچنین بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک که ایران در ۲۱ فروردین ۱۳۸۰ به آن ملحق شده است، امکان انصراف از موافقت‌نامه داوری را پیش‌بینی نموده است. این بند بیان می‌دارد: «...دادگاه یک دولت متعاقد در هنگام رسیدگی به دعوی دربارۀ موضوعی که طرف‌ها در مورد آن موافقت‌نامه‌ای را در مفهوم این ماده منعقد کرده باشند، بنا به تقاضای یکی از طرف‌ها، آنها را به داوری ارجاع خواهد داد...»؛ که این خود نیز نشانه دیگری است که حقوق ایران امکان انصراف ضمنی از قرارداد داوری را پذیرفته است.

قسمت‌نهایی ماده ۸ ق.د.ت.ب. ایران که بیان داشته است: «...طرح دعوا در دادگاه مانع شروع و یا ادامه جریان رسیدگی داوری و صدور رأی داوری نخواهد بود»، در مقام بیان این نکته است که اگر یک طرف قرارداد داوری بدون توجه به قرارداد مزبور به دادگاه مراجعه نماید، طرف دیگر مأخوذ به تصمیم وی نبوده و می‌تواند در داوری طرح دعوا نماید. به عبارتی این قسمت از ماده تا زمانی جریان دارد که انصراف صریح یا ضمنی طرف مقابل از موافقت‌نامه داوری احراز نشود.

قانون داوری هلند ( Netherlands- Arbitration Act, 1 December 1986 Code of Civil Procedure) نیز در ماده ۱۰۲۲ تفکیک مزبور را پذیرفته است؛ ماده یاد شده مقرر می‌دارد: «۱- اگر یکی از طرفین در برابر دادگاه عادی مأمور رسیدگی به اختلافی که برای آن قرارداد داوری منعقد شده، قبل از هر دفاع به وجود قرارداد داوری استناد نماید، دادگاه باید قرار عدم صلاحیت خود را صادر نماید، مگر این‌که قرارداد داوری معتبر نباشد. ۲- قرارداد داوری مانع یکی از طرفین نمی‌شود که از دادگاه تقاضای اقدامات تأمینی را بنماید...».

### ۳-۲- ایراد مصونیت قضایی دولت

سؤال مطرح این است که آیا دولت یا سازمان‌های دولتی می‌توانند علی‌رغم وجود موافقت‌نامه داوری از مصونیت تعقیب قضایی استفاده نموده و در داوری حاضر نشوند؟ در قرن نوزدهم به علت محدود بودن فعالیت‌های بازرگانی دولت و با تکیه بر این‌که دولت‌ها در برابر یکدیگر مستقل و برابرند، این نظر پذیرفته شده بود که دادگاه‌ها و داوری نمی‌توانند

صلاحیت خود را بر دولت دیگر اعمال نمایند (مقتدر، ۱۳۸۵: ۹۳). ولی در زمان حاضر به علت فعالیت‌های روز افزون دولت در امور اقتصادی، نظریه مصونیت مشروط (Qualified Immunity) در مقابل مصونیت مطلق (Absolute Immunity) پایه‌ریزی شده است؛ که مطابق آن اعمال دولت به دو گروه عمده تقسیم می‌شود: چنانچه دولت در مقام اعمال حاکمیت باشد در این حالت از مصونیت قضایی برخوردار می‌شود؛ اما اگر دولت در مقام اعمال تصدی باشد چون مثل یک بازرگان قرارداد منعقد نموده و طرف قرارداد با شخص خصوصی می‌شود، نمی‌تواند به ایراد مصونیت قضایی استناد نموده و از حضور در دیوان داوری امتناع نماید. برای مثال، انگلستان طبق قانون مصونیت دولت‌ها مصوب ۱۹۷۸ مصونیت در مورد معاملات تجاری دولت‌ها را نمی‌پذیرد (مقتدر، ۱۳۸۵: ۹۴).

گرایش بین‌المللی هم به سمت محدود کردن مواردی است که طبق آن دولت می‌تواند از مصونیت قضایی استفاده نماید؛ زیرا حمایت از طرف مقابل قرارداد (به ویژه اگر طرف معامله با دولت یا سازمان‌های دولتی، اشخاص حقوق خصوصی باشند) ایجاب می‌کند که ایراد مصونیت قضایی دولت مسموع نباشد. علاوه بر این، انعقاد قرارداد داوری به منزله انصراف دولت از مصونیت قضایی است و ایراد مصونیت بعد از انعقاد قرارداد داوری مسموع نخواهد بود. در استدلالی مشابه، برخی از دادگاه‌های آمریکا چنین حکم داده‌اند که دولت‌ها با پیوستن به کنوانسیون‌های مربوط به داوری از حق مصونیت خود به طور ضمنی عدول کرده‌اند و تنها زمانی می‌توانند به این مصونیت استناد کنند که طبق کنوانسیون این حق به آنها اعطا شده باشد (Kronke, 2010: 437). وانگهی، اگر چه در برابری و استقلال دولت‌ها در برابر یکدیگر در نظام بین‌الملل تردیدی وجود ندارد و هیچ دولتی نمی‌تواند بر دولت دیگر بدون رضایت او اعمال حاکمیت کند، اما حقیقت این است که داور بر خلاف قاضی به نام هیچ دولتی رأی صادر نمی‌کند تا مسأله اعمال حاکمیت پیش آید؛ ولی اگر دولت در مقام اعمال حاکمیت باشد ایراد مصونیت قضایی مسموع است؛ چنان‌که دادگاه دفاع مصونیت قضایی را که از سوی دولت لیبی در قرارداد امتیاز نفت منعقد با شرکت‌های آمریکایی در سوییس صادر شده بود پذیرفت و اقدام لیبی در ملی کردن نفت را در زمره اعمال حاکمیت شناخت و به استناد مصونیت قضایی دولت آن را غیر قابل داوری خواند<sup>۲</sup> (امیر معزی، ۱۳۸۸: ۹۳).

با وجود این رویه قضایی در این مورد متفاوت می‌باشد. برای مثال در دعوی B.V. Bureau v. United States of America, 1976 A.M.C. 2514، موضوع از این قرار بود که یک ناو جنگی آمریکا در سواحل هلند در خطر به گل نشستن قرار گرفت. در این راستا یک شرکت نجات کشتی (Salvage Company) هلندی ضمن انعقاد قرارداد حاوی شرط داوری، کشتی را از معرض غرق شدن نجات داد. بعد از آن‌که بین شرکت مزبور و فرمانده کشتی اختلاف به وجود آمد، طبق شرط مضبوط در قرارداد طرفین به داوری مراجعه نمودند.

هیأت داوری بعد از استماع اظهارات و دفاعیات طرفین، حکم به نفع شرکت هلندی داد؛ اما زمانی که شرکت مزبور برای شناسایی و اجرای رأی داوری به دادگاه نیویورک مراجعه نمود، دادگاه مزبور اختلاف فوق را یک امر حاکمیتی شناخت و به استناد مصونیت قضایی دولت آمریکا، قرارداد حاوی شرط داوری را باطل اعلام نمود (B. born, 2011: 409). برخی نویسندگان این حکم دادگاه را نمونه بارز اجرای تبعیض‌آمیز قانون معرفی نموده و معتقدند که نجات کشتی اصلاً یک امر حاکمیتی نیست، بلکه یک حرفه تجاری بوده و کاپیتان کشتی به-عنوان نماینده دولت، متعهد به ارجاع اختلاف به داوری شده و برای ابطال این تعهد نمی‌توان به قانون ملی استناد نمود (B. born, 2011: 411).

### ۳-۳- ایراد اعتبار امر مختوم (Res Judicata)

سؤال این است که آیا رأی داور پس از صدور و قطعی شدن آن، دارای اعتبار امر مختوم می‌باشد یا طرفی که رأی علیه او صادر شده است می‌تواند مجدداً در مرجع داوری یا دادگاه صالح طرح دعوا نماید به امید این‌که این بار حکم به نفع وی صادر شود؟ در کنوانسیون ایکسید مطابق ماده ۵۳<sup>۳</sup> طرف ناراضی از نتیجه داوری نمی‌تواند به محکمه دیگر رجوع نموده تا حکم همان دعوا را برای بار دیگر تحصیل نماید؛ لذا مکلف به اجرای حکم داوری اول خواهد بود. بدین ترتیب، یکی از ویژگی‌های رأی دیوان، واجد اعتبار امر مختومه بودن آن است (مهرابی، ۱۳۸۳: ۸۸). هم‌چنین ماده ۱۰۵۹ قانون داوری هلند رأی داور را دارای اعتبار امر مختوم تلقی نموده است.

در حقوق ایران اگرچه نه در قانون آیین دادرسی مدنی و نه در قانون داوری تجاری بین‌المللی حکم صریحی در این باره پیش‌بینی نشده است، ولی اعتبار امر مختوم در داوری را باید پذیرفت و از ارکان مربوط به نظم عمومی تلقی کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۳۱؛ محمدزاده، ۱۳۸۱: ۷۳؛ حسینی، ۱۳۸۳: ۴۴؛ خزاعی، ۱۳۸۶: ۱۱۹؛ جنیدی، ۱۳۸۷: ۱۵۶؛ Shell, 641, Wong, 2005: 61)؛ زیرا اولاً، هدف اعتبار امر مختوم به‌طور کلی جلوگیری از تجدید دعاوی و صدور احکام متعارض می‌باشد که این خصیصه عقلانی و منطقی در داوری نیز وجود دارد؛ اگر یک طرف داوری بتواند پس از صدور رأی داور مجدداً در دادگاه طرح دعوا نماید، این امر موجب اطاله دادرسی و موجب تضییع حقوق دیگران می‌باشد؛ ضمن این‌که احتمال تعارض آراء نیز وجود دارد. بنابراین ضرورت حفظ نظم اجتماعی ایجاب می‌کند که دعوی دوم مسموع نباشد؛ ثانیاً، یکی از اهداف مهم تأسیس نهاد داوری، اصل سرعت در رسیدگی است؛ طرفین به این دلیل مرجع داوری را برای رسیدگی به اختلافات خود انتخاب نموده‌اند که تابع تشریفات ملال‌آور دادگستری نباشند. حال اگر ایراد اعتبار امر مختوم در محاکم پذیرفته شود، اتکاء به آن



در نظام داورى بر مبنای قیاس اولویت باید مورد اعتنا قرار بگیرد؛ ثالثاً، عدم پذیرش این ایراد باعث می‌شود که بی‌اعتمادی به داورى رنگ ببازد و آینده داورى را با چالش روبرو کند؛ رابعاً، در داورى‌های بین‌المللی، به دلیل این‌که طرفین به دادگاه‌های داخلی یکدیگر اعتماد ندارند، اختلافات خود را به داورى ارجاع می‌دهند؛ فلذا پذیرش اعتبار امر مختوم جلوه‌ای از اعتماد سازی به نظام داورى و جلب اعتماد طرفین می‌باشد. مضافاً این‌که اعتبار امر مختوم امری خلاف قاعده نیست تا درصدد تفسیر مضیق آن برآییم، بلکه برعکس، یک مقررۀ موافق قاعده و جهت حفظ نظم اجتماعى است که با برداشت موسع در داورى نیز لازم‌الرعايه خواهد بود.

بند یک ماده ۳۵ ق.د.ت.ب ایران بیان می‌دارد: «...آرای داورى که مطابق مقررات این قانون صادر شود قطعی و پس از ابلاغ لازم‌الاجراست...» و معنای قطعی بودن و لازم‌الاجرا بودن جز این نیست که محکوم‌علیه به هیچ روشی نمی‌تواند دعوای داورى را از سر گیرد.

ممکن است ایراد شود که چون داور مانند قاضی سمت عمومی ندارد سخن گفتن از اعتبار رأی او بیهوده است؛ زیرا این دستور دادگاه و نظر قاضی عمومی است که رأی را از اعتبار امر مختوم بهره‌مند می‌سازد. در رد این ایراد باید توجه داشت که داور کسی است که قانون به طور موقت و در مورد خاص، وظیفه دادرسی را بنا به مصالحی به او می‌سپرد و هنگام اجرای وظایف خویش یک مأمور عمومی است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۳۱).

برای این‌که ایراد اعتبار امر مختوم مؤثر باشد باید طبق قواعد عمومی، هر سه شرط وحدت موضوع، وحدت سبب و وحدت اطراف دعوی جمع باشند. برای مثال، در ایراد جمهوری قرقیزستان مبنی بر این‌که دعوای وی قبلاً در داورى آنسیترال رسیدگی شده بود و بنابراین دیوان داورى مکلف است از رسیدگی مجدد به استناد اعتبار امر مختوم امتناع کند، دیوان داورى دفاع مزبور را رد کرد و چنین حکم داد که این دو داورى بر مبنای دو شرط داورى متفاوت قرار دارند: شرط اول در قانون سرمایه‌گذاری خارجی و دیگری در معاهده منشور انرژی (Kaj, 2010:25).

سؤال دیگر این‌که آیا ایراد اعتبار امر مختوم از مقررات آمره بوده و مرجع رسیدگی‌کننده باید حتی بدون ایراد طرف آن را مدنظر قرار دهد یا این‌که مستلزم ایراد ذی‌نفع می‌باشد؟ به نظر می‌رسد در این فرض باید بین دو مورد تفکیک قائل شد: چنانچه قبلاً رأی توسط داور صادر شده باشد و مجدداً در دادگاه همان دعوا بین همان اصحاب با سبب واحد اقامه شود بر خلاف قواعد عمومی، در داورى برای این‌که دادگاه از رسیدگی ممنوع شود، محکوم‌له رأی داورى ملزم است ایراد اعتبار امر مختوم مطرح کند؛ زیرا طرح دعوای موضوع داورى توسط محکوم‌علیه رأی داورى، نزد دادگاه یا مرجع دیگر و عدم ایراد ذی‌نفع را می‌توان انصراف ضمنی طرفین از رأی داورى تلقی نمود. به همین جهت هم ق.آ.د.م به طرفین اختیار داده تا رأی داور را رد نمایند. ماده ۴۸۶ قانون مزبور می‌دارد: «هرگاه طرفین رأی داور را به اتفاق به‌طور کلی و یا قسمتی از

آن را رد کنند، آن رأی در قسمت مردود بلاثر خواهد بود». رد رأی داور چه به صورت صریح و چه به صورت ضمنی، موجب صدور حق و تکلیف برای مرجع رسیدگی به دعوای موضوع داوری می‌شود؛ اما اگر دعوای موضوع داوری قبلاً در دادگاه طرح گردیده و منجر به صدور حکم شده است و مجدداً نزد داور اقامه شود، این مورد از قواعد آمره به شمار می‌رود و داور در صورت اطلاع نباید به آن رسیدگی نماید؛ زیرا حکم دادگاه برای طرفین الزام‌آور است و حتی با تراضی نمی‌توانند از آن عدول کنند.

### ۳-۴- ایراد صلاحیت موضوعی داور

صلاحیت عبارت است از اختیاری که به دادگاه یا مرجع حل اختلاف (در اینجا داور) داده می‌شود تا به دعوایی که نزد وی مطرح شده است، رسیدگی نموده و حکم مقتضی صادر نماید. در مورد مبنای صلاحیت داور تا کنون دو نظریه متفاوت ارائه شده است: نظریه قضایی (قانونی) بودن داوری (Status theory) و نظریه قراردادی بودن داوری (Contract theory).

طبق نظریه قانونی بودن داوری، که ریشه آن به کامن‌لا بر می‌گردد (Onyema, 2010: 45)، تراضی اشخاص در ایجاد داوری نقشی ندارد، بلکه این دولت است که به علت اقتدار و حاکمیت خود داوری‌هایی را که در قلمرو حکومتی او اتفاق می‌افتد به نظم کشیده و بر آن نظارت می‌نماید. در این تحلیل، صلاحیت و اختیار داوران از قانون نشأت می‌گیرد و اگر قانون داوری را اعتبار نبخشیده باشد، توافق طرفین به خودی خود دارای اثر نمی‌باشد. طبق نظریه مزبور داور جانشین قاضی بوده و اختیار و الزام‌آور بودن رأی وی از قانون نشأت می‌گیرد (Mustill, 2001: 219). ولی براساس نظریه قراردادی بودن داوری، مبنای صلاحیت داور تراضی اشخاص است. به عبارتی، مبنای صلاحیت همان شرط رجوع اختلاف به داوری یا موافقت‌نامه داوری است و داور در صورت بروز اختلاف بین متداعیین زمانی می‌تواند به دعوای آنها رسیدگی نماید که طرفین آن را در حیطه صلاحیت داور قرار داده باشند؛ بنابراین در این تحلیل، اراده طرفین قرارداد است که موجب صدور اختیار برای داور یا داوران می‌شود؛ زیرا داور نماینده منصوب طرفین برای حل اختلافات به‌وجود آمده است و این بدیهی است که اختیار او باید محدود به تراضی آنها باشد (Lionnet, 1999: 165).

مبنای داوری در قوانین کشورها را غالباً قراردادی بودن داوری تشکیل می‌دهد (Onyema, 2010: 48-49) و بر همین اساس چارچوب صلاحیت داور برای رسیدگی به اختلاف را قرارداد طرفین تعیین می‌کند؛ لذا داور باید صرفاً در رابطه با موضوعاتی وارد رسیدگی شود که طرفین قرارداد آن را در صلاحیت داور قرار داده باشند.

در صورتی که داور در رابطه با موضوعاتی وارد رسیدگی شود که طرفین قرارداد آن را در حیطه صلاحیت او قرار نداده‌اند، هریک از آنها می‌تواند به صلاحیت داور ایراد نماید که در این

صورت این خود داور است که باید قبل از وارد شدن در ماهیت دعوا نسبت به صلاحیت یا عدم صلاحیت خود تصمیم‌گیری نماید. این اختیار که به صلاحیت بر صلاحیت (Competence to Competence) معروف است، در سوابق داوری به خوبی شناخته شده است<sup>۴</sup> و معمولاً در عمل قوانین داوری بین‌المللی آن را پذیرفته‌اند. بند ۱ ماده ۱۶ ق.د.ت.ب. ایران نیز در پیش‌بینی این قاعده بیان می‌دارد: «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود تصمیم بگیرد...». با وجود این، در داوری‌هایی که تابع قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ هستند داور نمی‌تواند رسیدگی به ایراد عدم صلاحیت را با بررسی ماهیت دعوا توأم کند؛ زیرا قانون فوق داور را ملزم نموده که با ایراد خوانده به صلاحیت به‌عنوان یک امر مقدماتی راجع به صلاحیت تصمیم‌گیری نماید (بند ۳ ماده ۱۶).

در صورتی که ایراد عدم صلاحیت با ایرادات دیگر توأم شود، با صریح نبودن شرط داوری، امکان بررسی توأمان ایراد عدم صلاحیت و ایرادات دیگر نمی‌باشد؛ چون اگر داور صلاحیت رسیدگی به موضوع را داشته باشد می‌تواند به ایراد دوم رسیدگی نماید و اگر عدم صلاحیت وی محرز شد، دیگر حق رسیدگی به ایرادات بعدی را ندارد.

اختیار داور برای رسیدگی به ایراد صلاحیت خود، نمایان‌گر کاهش دخالت قضایی است (خمامی‌زاده، ۱۳۸۵: ۲۰۳). با این حال باید توجه داشت که اختیار داور برای تصمیم‌گیری نسبت به صلاحیت خود، حسب شق (ه) بند ۱ ماده ۳۳ ق.د.ت.ب. ایران تحت کنترل قضایی قرار دارد. این محدودیت وارده بر اختیارات داوری منعکس‌کننده اکراه نظام حقوقی ایران برای قبول عدم صلاحیت مطلق دادگاه است. اما سؤال این است که آیا طرفین می‌توانند با تنظیم یک موافقت‌نامه صحیح، اتخاذ تصمیم داور را در مورد صلاحیت خود قطعی اعلام کنند؟ در حقوق انگلستان در دعوی «LG Caltex Gas Co. v. China National Petroleum Corp, 2001, EWCA Civ.788» به این سؤال پاسخ مثبت داده شده است. در حقوق ایران با استناد به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی و با عنایت به این‌که درخواست ابطال از سوی یکی از طرفین، حق و نه تکلیف، شناخته شده است (ماده ۳۳ ق.د.ت.ب.). طرفین می‌توانند تراضی نمایند که تصمیم داور در مورد صلاحیت خود قطعی بوده و بعداً دادگاه در صورت درخواست یکی از آنها، مجاز به تصمیم‌گیری در این مورد نباشد.

علاوه بر رعایت محدودیت‌های قراردادی، داور مکلف است محدودیت‌های قانونی را نیز مورد توجه قرارداده و به موضوعاتی رسیدگی نکند که مقررات امری آن را از حیطه صلاحیت وی خارج نموده است؛ برای مثال، در قانون آیین دادرسی مدنی ایران برخی دعاوی مثل دعاوی راجع به ورشکستگی، اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب قابل ارجاع به داوری نمی‌باشد (ماده ۴۹۶ ق.آ.د.م)؛ در قانون داوری فلسطین امور مربوط به نظم عمومی و دعاوی احوال شخصیه قابلیت ارجاع به داوری را ندارند (وحید الخراز، ۲۰۰۹: ۱۴)؛ در این موارد داور حتی

با تراضی طرفین نمی‌تواند به این دعاوی رسیدگی نماید. در مورد موضوعاتی که قابل ارجاع به داوری نیست با توجه به بند ۲ ماده ۳۶ ق.د.ت.ب باید به ق.آ.د.م و سایر مقررات در این زمینه رجوع نمود. همچنین به موجب بند ۱ ماده ۲ ق.د.ت.ب، صرفاً اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی قابل ارجاع به داوری است. با استفاده از کلمه «در» به نظر می‌رسد که این قانون همه اختلافات ناشی از روابط تجاری را در بر می‌گیرد (سیفی، ۱۳۷۷: ۵۴). برای تشخیص اعمال تجاری باید به مواد ۲ و ۳ قانون تجارت مراجعه نمود.

سؤالی که طرح آن مفید به نظر می‌رسد این است که آیا شرط داوری مندرج در قرارداد فیما بین، به قائم مقام طرف قرارداد منتقل می‌شود؟ به عبارت دیگر، در صورتی که قرارداد حاوی شرط داوری انتقال یافت، داوری نیز به تبع آن منتقل می‌شود یا طرف مقابل می‌تواند به ایراد عدم وجود داوری بین خود و قائم مقام طرف قرارداد توسل جست و از زیر بار داوری شانه خالی کند؟ ممکن است در جواب منفی به این سؤال استدلال شود که شرط داوری بین دو طرف قرارداد بوده و قائم مقام یکی از آنها آن را امضاء ننموده است تا شرط داوری به وی منتقل شود؛ علاوه بر این، حکم ماده ۴۸۱ ق.آ.د.م مبنی بر این که داوری با فوت یا حجر یکی از طرفین از بین می‌رود قرینه‌ای است که داوری به قائم مقام ناقل قرارداد منتقل نمی‌شود. ولی در رد استدلال مزبور باید توجه نمود اولاً، ماده ۲۱۹ قانون مدنی نه تنها متعاملین را، بلکه قائم مقام آنان را نیز ملزم به تعهدات مندرج در عقود می‌داند و تردیدی نیست که شرط داوری در واقع تعهد طرفین به ارجاع اختلاف به داوری و عدم مراجعه به دادگستری در اختلاف موضوع داوری است و از این جهت، علی‌القاعده این تعهد به جانشین قرارداد منتقل می‌شود؛ زیرا جانشینی شامل کلیه حقوق، تعهدات، ادعاها، امتیازات، وثائق و دفاعیات می‌شود؛ ثانیاً حکم مذکور در ماده ۴۸۱ ق.آ.د.م به طور حصری فقط مربوط به فوت و حجر طرف قرارداد داوری است و تسری آن به سایر موارد محتاج دلیل خاص است. ممکن است ایراد شود چون شرط داوری مندرج در قرارداد، موافقت نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود بنابراین به قائم مقام یکی از طرفین منتقل نمی‌شود. در جواب این ایراد باید خاطر نشان ساخت که استقلال شرط داوری با هدف خاص؛ یعنی احترام به خواست طرفین در عدم مراجعه به دادگستری و ایجاد صلاحیت برای داور تمهید شده است و نباید این‌گونه تفسیر شود که به طور مطلق ماهیتی جدا از قرارداد دارد؛ وانگهی، چون قانون‌گذار در بند ۱ ماده ۱۶ ق.د.ت.ب، شرط داوری را صرفاً از نظر اجرای قانون مذکور مستقل از قرارداد اصلی تلقی نموده است و چون موضوع انتقال شرط داوری به قائم مقام یکی از طرفین از اموری نیست که مستقیماً مربوط به اجرای قانون داوری تجاری باشد، بلکه تابع احکام عام قراردادهاست، از منظر قواعد عام قراردادها، شرط داوری مندرج در قرارداد به عنوان بخشی از قرارداد تلقی شده و به تبع انتقال آن، به قائم مقام یکی از طرفین انتقال می‌یابد.

در رأی شماره ۳۶/د/۲۳۰/۱۵/۸۸ اتاق بازرگانی ایران، داور پرونده در موضوعی مشابه نیز شرط انتقال داوری از بیمه‌گذار به بیمه‌گر را به دلیل اصل جانشینی در قراردادهای بیمه پذیرفته و ایراد خواننده را محکوم به رد نموده است (شهبازی نیا، ۱۳۸۹: ۹).

## ۴- آثار و مهلت طرح ایراد

آثار هریک از ایراداتی که در این بخش بررسی شد متفاوت است: برخی از این ایرادات در صورت پذیرش، جریان داوری را خاتمه داده، اما حق دادخواهی در محاکم را ساقط نمی‌کند؛ در مقابل برخی دیگر موجب اسقاط حق دادخواهی در محاکم می‌شود که به‌گونه مجزا در بحث آتی مورد تحلیل قرار خواهد گرفت.

### ۴-۱- آثار ایراد

#### ۴-۱-۱- انصراف از داوری

چنان‌که مرجع داوری رسیدگی‌کننده به اختلاف، با ایراد یکی از اصحاب دعوا انصراف از قرارداد داوری را احراز نماید، ملزم به صدور قرار عدم استماع دعوا می‌باشد؛ زیرا چنانچه مبنای اعطای صلاحیت به داور، به نحو صریح یا ضمنی منتفی شود موجب برای رسیدگی وجود نخواهد داشت و طرفین صرفاً با توافق جدید می‌توانند اختلاف مزبور را مجدداً به داوری ارجاع نمایند.

باید دانست که در این نوع از ایراد، اگرچه دیوان داوری از رسیدگی ممنوع می‌شود؛ اما اگر اختلاف فی‌مابین قرارداد تجاری در مرجعی حل و فصل نشده باشد، دادگاه به‌عنوان مرجع عام رسیدگی به تظلمات در صورت درخواست خواهان، حق و تکلیف رسیدگی به این دعوا را پیدا می‌کند. ماده ۸ ق.د.ت.ب ایران در فرض مزبور بیان می‌دارد: «دادگاهی که دعوای موضوع موافقت‌نامه داوری نزد آن اقامه شده است باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه، دعوای طرفین را به داوری احاله نماید...» و در صورت عدم درخواست یکی از طرفین (عدم ایراد) مفروض است که طرف به صورت ضمنی از داوری انصراف داده و به صلاحیت دادگاه رضایت داده است.

#### ۴-۱-۲- مصونیت قضایی دولت

ایراد مصونیت قضایی دولت در صورت پذیرش، مانع دائمی بر جریان رسیدگی ایجاد می‌کند که حتی دادگاه نیز حق و تکلیف رسیدگی به دعوای مزبور را پیدا نمی‌کند؛ زیرا با توجه به استقلال و برابری دولت‌ها در برابر یکدیگر، ایراد مصونیت قضایی دولت عام می‌باشد و دادگاه‌های یک کشور نمی‌توانند صلاحیت خود را بر دولت دیگر اعمال کنند.

**۴-۱-۳- اعتبار امر مختوم**

دعوایی که قبلاً در مرجع صالح رسیدگی گردیده و منجر به صدور حکم قطعی شده است، دیگر موجبی برای رسیدگی مجدد آن نخواهد بود؛ بنابراین، چنان‌که موضوع اختلاف در داوری صالح رسیدگی شده باشد، محکوم‌علیه نمی‌تواند مجدداً همان دعوا را در مرجعی دیگر اقامه کند؛ زیرا این عمل به منزله نادیده گرفتن حکم داوری و باطل شناختن آن است که هیچ دلیلی دیده نمی‌شود که حکم صادره را در این فرض نادیده و باطل انگاشت.

**۴-۱-۴- صلاحیت موضوعی داور**

اگر داور به موضوعاتی رسیدگی کند که به موجب موافقت‌نامه داوری یا قانون، صلاحیت رسیدگی به آن را نداشته است، ممکن است با ایراد عدم صلاحیت موضوعی روبرو شود. این ایراد در صورت پذیرش، مانع دائمی بر جریان داوری به وجود می‌آورد؛ زیرا داور مجاز به رسیدگی به این موضوعات نبوده است و پذیرش ایراد مشخص می‌سازد که آن موضوع، چه از طریق قرارداد چه از طریق قانون، امری قابل حل و فصل توسط داور نبوده است. احتمال دارد علی‌رغم طرح ایراد، داور به صلاحیت خود نظر داده و خود را صالح به رسیدگی بداند. در این صورت، هریک از طرفین می‌تواند ظرف سی روز پس از وصول تصمیم داور، از دادگاه صالح درخواست کند که نسبت به موضوع رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید. تصمیم دادگاه در این مورد قطعی است (بند ۳ ماده ۱۳ و بند ۱ ماده ۶ ق.د.ت.ب). اگر این ایراد توسط محکمه پذیرفته شد و در این حین داور مبادرت به صدور رأی نمود، محکوم‌علیه می‌تواند ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ رأی داوری، از دادگاه صالح درخواست ابطال رأی را نماید (بند ۳ ماده ۳۳ ق.د.ت.ب).

**۴-۲- مهلت طرح ایراد**

در مهلت طرح ایراد بایستی بین دو فرض قائل به تفکیک شد:

۱- اگر ایراد از جمله قواعد امری یا مربوط به نظم عمومی باشد و داور بدون توجه به آن رأی صادر نماید، مطابق ماده ۳۴ ق.د.ت.ب و بند دوم آن، رأی داوری حتی اگر ذی‌نفع به ایراد استناد ننموده باشد، اساساً باطل و غیرقابل اجراست (انصاری و عسکری دهنوی، ۱۳۹۱: ۲۰۳)؛

۲- در سایر موارد، ایراد برای این‌که مسموع بوده و ضمانت اجرای لازم بر آن بار شود، باید در مهلت لازمه طرح شود؛ در غیر این صورت داور به آن ترتیب اثر نداده و رسیدگی به دعوا را ادامه می‌دهد. مهلت طرح ایراد به دو صورت قراردادی و قانونی می‌باشد؛ بدین ترتیب که یا طرفین در مورد آن صراحتاً توافق نموده و یا این‌که قانون به نحو مضبوطی آن را تعیین می‌نماید. قانون‌گذار در مورد ایراد صلاحیت موضوعی داور، مهلت طرح آن را صراحتاً مشخص نموده است؛ اما در سایر ایرادات مهلت آن را اجمالاً بیان داشته است. شق دوم ماده ۱۶

ق.د.ت.ب در این فرض بیان می‌دارد: «ایراد به صلاحیت داور نباید مؤخر از تسلیم لایحه دفاعیه باشد... ایراد به خروج داور از حدود صلاحیت در جریان رسیدگی داور، باید به محض بروز آن عنوان شود...». با عنایت به ماده مرقوم، ایراد صلاحیت موضوعی داور در صورتی مثمر ثمر خواهد بود که «مؤخر از تسلیم لایحه دفاعیه نباشد». از آنجا که ممکن است داور صرفاً از مجرای تبادل لوایح نباشد بهتر آن بود که این فرض در قانون پیش‌بینی می‌شد و در این صورت به طرف دعوی مهلت داده می‌شد که تا اولین جلسه رسیدگی، ایراد عدم صلاحیت را مطرح کند (صفایی، ۱۳۷۷: ۱۹).

اما اگر طرفین با وجود سکوت قانون‌گذار، نسبت به مهلت طرح ایراد، تراضی ننموده باشند، ذی‌نفع باید ایراد خود را «فوراً» طرح نماید وگرنه ایراد او مسموع نخواهد بود (ماده ۵ ق.د.ت.ب). سؤال این است که منظور از واژه «فوراً» چیست؟ آیا باید ایراد «تا پایان اولین جلسه رسیدگی داور» ابراز شود یا «تا اولین جلسه رسیدگی»؟ قانون داور تجاری بین‌المللی در این مورد پاسخ صریح و روشنی نداده است؛ از این رو برای پاسخ به این پرسش می‌توان دو نظر ارائه داد: اول این‌که با وحدت ملاک از قانون آیین دادرسی مدنی این مهلت را ناظر به «تا پایان اولین جلسه رسیدگی داور» تلقی نمود. ماده ۸۷ ق.آ.د.م در این مورد اشعار می‌دارد: «ایرادات و اعتراضات باید تا پایان اولین جلسه دادرسی به عمل آید...». این نظر قابل انتقاد است؛ چرا که مطابق آن، ذی‌نفع می‌تواند به جای این‌که ایراد خود را به‌عنوان نخستین دفاع مطرح نماید، آن را در پایان جلسه اول و پس از سایر دفاعیات مطرح کند و در این صورت اگر ایراد مورد قبول قرار گیرد، موجب تضییع وقت نهاد داور و اطاله دادرسی می‌شود. لذا شایسته است مهلت «تا پایان اولین جلسه رسیدگی» صرفاً ناظر به ایرادات در جریان رسیدگی دادگاه باشد و آن را به نهاد داور تسری ندهیم. دومین نظر که صائب است این‌که ذی‌نفع طرح ایراد، باید ایراد خود را «تا اولین جلسه رسیدگی داور» مطرح نماید؛ در غیر این صورت ایراد وی پذیرفته نخواهد شد. به نظر می‌رسد قانون‌گذار متمایل به این نظر باشد؛ زیرا در یک فرض، در مورد ایراد به صلاحیت موضوعی، این مورد را پذیرفته و اعلام داشته است: «ایراد به صلاحیت داور نباید مؤخر از تسلیم لایحه دفاعیه باشد» (بند ۲ ماده ۱۶) و این بدان معناست که شخص نمی‌تواند پس از بیان دفاعیات، ایراد خود را مطرح نماید.

## ۵- نتیجه‌گیری

از آنچه در این مقاله گفته شد نتایج زیر به دست می‌آید:

۱- قانون داور تجاری بین‌المللی ایران، بدون این‌که اصول ایرادات را بیان نماید، صرفاً حاوی یک ماده کلی می‌باشد (ماده ۵) که آن هم به خود ایراد و اثر آن نپرداخته است، بلکه تنها از اصل قابل عدول بودن ایراد سخن گفته است. از این رو، نیاز مبرم به اصلاح و بازنگری

دارد و در این راستا می‌تواند از قانون کشورهای جهان که در زمینه داوری دارای تجربه هستند؛ مثل انگلستان و فرانسه الهام بگیرد.

۲- ایراداتی که طرفین می‌توانند در جریان رسیدگی داوری تجاری بین‌المللی مطرح نمایند را می‌توان به ایراداتی که اثر پذیرش آن مانع دائمی بر جریان داوری بوده و ایراداتی که اثر پذیرش آن مانع موقتی بر جریان داوری است تقسیم نمود. در ایرادات با اثر مانع دائمی، طرح ایراد از سوی ذی‌نفع و پذیرش آن از سوی داور یا هیأت داوری، موجب می‌شود که دیگر داور نتواند به اختلاف فی‌مابین اصحاب دعوا رسیدگی کند. این دسته از ایرادات دارای دو جنبه است: بعضی از آنها موجب می‌شود که نه تنها داور، بلکه مرجع دیگری مثل دادگاه هم، حق و تکلیف رسیدگی نداشته باشد و بعضی دیگر باعث می‌شود که صرفاً مرجع داوری حق رسیدگی نداشته باشد و دادگاه به‌عنوان مرجع عام رسیدگی به تظلمات بتواند به درخواست خواهان به اختلاف رسیدگی کند.

۳- ایرادات از جمله حقوق متداعیین می‌باشد که می‌توانند صریحاً یا ضمناً از طرح آن نزد مرجع داوری انصراف دهند تا داوری به روال عادی خود ادامه دهد و منتج به صدور رأی گردد. با وجود این، گاه قانون‌گذار دسته‌ای از ایرادات را از جمله قواعد آمره یا مربوط به نظم عمومی دانسته است که حتی بدون اعتراض محکوم‌علیه، رای داوری که بدون توجه به این قبیل ایرادات صادر شده است توسط دادگاه باطل خواهد شد. در مورد قوانین آمره بحث چندانی مطرح نیست. در واقع، چنانچه قانون‌گذار پاره‌ای از ایرادات را امری تلقی نموده باشد فقط بایستی در همان محدوده عمل نمود و در صورت سکوت قانون بایستی به اصل امری نبودن ایرادات مراجعه نمود؛ اما مشکل اصلی در مورد نظم عمومی پدیدار می‌شود؛ زیرا قانون‌گذار صرفاً بیان داشته چنانچه داور بدون توجه به ایراداتی که مربوط به نظم عمومی است رأی صادر نموده باشد، این رأی راساً توسط دادگاه صالح باطل اعلام می‌شود، بدون این‌که قلمرو نظم عمومی را مشخص سازد. به نظر می‌رسد تا حد امکان بایستی از قلمرو نظم عمومی کاست و آن را محدود به نظم عمومی بین‌المللی نمود که فقط شامل قواعدی است که با اصول اساسی کشور ارتباط دارد. این نظر با توجه به مناسبت حکم و موضوع قابل تقویت است؛ زیرا در غیر این صورت، کاملاً نقض غرض می‌شود و امنیت حقوقی و انجام و اجرای داوری به سهولت ممکن نمی‌شود.

## یادداشت‌ها

۱. به سخن دیگر، این مورد را می‌توان اقاله ضمنی قرارداد داوری دانست؛ زیرا اقاله می‌تواند به وسیله لفظ یا عمل واقع شود و شیوه بیان مقصود می‌تواند صریح باشد یا ضمنی. ماده ۲۸۴



قانون مدنی در این باره اعلام می‌دارد: «اقله به هر لفظ یا فعلی واقع می‌شود که دلالت به برهم زدن معامله کند». کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۳۵.

۲. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود این ایراد دولت لیبی از سوی مرجع داوری مورد پذیرش قرار نگرفته است و این حکم دادگاه بود که آن را غیر قابل ارجاع به داوری شناخت. به نظر می‌رسد روند تحول مسموع نبودن ایراد تا آنجایی دارد پیش می‌رود که مراجع داوری حتی در اعمال حاکمیتی دولت‌ها ایراد مصونیت قضایی را نمی‌پذیرند.

۳- این ماده بیان می‌دارد: «حکم صادره برای طرفین الزام‌آور بوده و قابل رسیدگی پژوهشی یا انواع دیگر رسیدگی؛ جز به صورتی که در این کنوانسیون پیش بینی شده؛ نیست. هریک از طرفین می‌بایست شرایط مقرر در حکم را بپذیرد و آن را اجرا کند...».

۴- این اصل هرچند اکنون بدیهی به نظر می‌آید؛ ولی با توجه به ماهیت عمدتاً قراردادی بودن داوری، زمانی محل اختلاف بود. در سال ۱۹۹۵ در پی بروز اختلاف در یک داوری در آلمان، دیوان عالی جمهوری فدرال آلمان بر این اصل صحه گذاشت. به همین علت در نوشته‌های حقوقی بین‌المللی معمولاً در اشاره به این اصل، عبارت آلمانی (Kompetenz- Kompetenz) به کار می‌رود. پیران، ۱۳۹۰: پاورقی ص ۲۵۱.

### کتابنامه

انصاری، علی؛ جواد عسکری دهنوی، (۱۳۹۱)، «ایرادات با اثر مانع موقتی در داوری تجاری بین المللی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۹.

امیر معزی، احمد، (۱۳۸۸)، داوری بین المللی در دعاوی بازرگانی، تهران، انتشارات دادگستر، چاپ دوم.

بازگیر، یدالله، (۱۳۸۶)، تشریفات دادرسی مدنی در آئنه آراء دیوانعالی کشور؛ داوری و احکام راجع به آن، تهران، انتشارات فردوسی، چاپ دوم.

پیران، حسین، (۱۳۹۰)، «دستور موقت در داوری بین المللی»، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تاسیس نهاد داوری در حقوق ایران، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول.

جنیدی، لعیا، (۱۳۸۷)، «مسئله اجرای آرای داوری ابطال شده»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴.

حسینی، سید محمد رضا، (۱۳۸۳)، «اعتبار امر مختوم در امور مدنی»، مجله قضاوت، شماره ۲۶.

- خمامی زاده، فرهاد، (۱۳۸۵)، «هماهنگی یا عدم هماهنگی قانون نمونه آنسیترال با قانون داوری انگلیس»، مجله تخصصی هیات و حقوق، شماره ۱۹.
- خزاعی، حسین، (۱۳۸۶)، «رای داور در حقوق داخلی و تجارت بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳.
- سیفی، سید جمال، (۱۳۷۷)، «قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۳.
- شمس، عبدالله، (۱۳۸۷)، آئین دادرسی مدنی، جلد اول دوره پیشرفته، تهران، انتشارات دراک، چاپ هفدهم.
- شمس، عبدالله، (۱۳۸۶)، آئین دادرسی مدنی، جلد سوم دوره پیشرفته، تهران، انتشارات دراک، چاپ دهم.
- شهبازی نیا، مرتضی، (۱۳۸۹)، رأی شماره ۳۶/د/۲۳۰/۱۵/۸۸، «فصلنامه مرکز داوری اتاق ایران»، دوره جدید، شماره ۲.
- صفایی، سیدحسین، (۱۳۷۷)، «سخنی چند درباره نوآوریها و نارساییهای قانون داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۰.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۶)، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، تهران، انتشارات میزان، چاپ هفتم.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، دوره مقدماتی حقوق مدنی - اعمال حقوقی، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ یازدهم.
- کریمی، عباس، (۱۳۸۶)، آئین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول.
- مهاجری، علی، (۱۳۸۷)، مبسوط در آئین دادرسی مدنی، جلد اول، تهران، انتشارات فکر سازان، چاپ اول.
- معین، محمد، (۱۳۶۰)، فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ چهارم.
- مهرابی، مهرناز، (۱۳۸۳)، «شناسایی و اجرای احکام داوری در کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن»، ماهنامه ندای صادق، شماره ۳۴.
- محمد زاده، محمود، (۱۳۸۱)، «اجرای احکام داوری تجاری بین‌المللی»، مجله کانون، دوره جدید شماره ۳۲.
- مقتدر، هوشنگ، (۱۳۸۵)، حقوق بین‌الملل عمومی، تهران، انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ دوازدهم.
- الهام عزام وحید الخراز، (۲۰۰۹)، التحکیم التجاري الدولي فی اطر منهج التنازع دراسة مقارنة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.

Emilia Onyema ,(2010), **International Commercial Arbitration and the Arbitrator's contract** ,London and New York : Routledge .

G. Richard Shell, “Res Judicata and Collateral Estoppel Effects of Commercial Arbitration”, 35 UCLA L .

Gary B. Born ,(2011), **International Arbitration** , Wolters Kluwer , Netherlands.

Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto , Nicola Christine Port ,(2010), **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards : A Global Commentary on the New York Convention** , Wolters Kluwer.

Hober , kaj , (2010), « Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty» , Journal of international Dispute Settlement , Vol. 1 , no. 1.

Jarrold Wong ,(2005), «Court or Arbitrator – who decides whether res judicata bars subsequent arbitration under the federal arbitration act ?» , Santa clara Law review , vol 46 .

Klaus Lionnet , (1999), **The Arbitrator's contract** , Arbitration International , Vol 15 (2).

Michael Mustill . Stewart Boyd , (2001), **The Law and Practice of Commercial Arbitration in England** , 2<sup>nd</sup> ed , London : Butterworths Companion .

R. Caivano , (2005), **international commercial arbitration** , 5.2 The Arbitration Agreement , New York and Geneva .

Willaim Tetley ,«(2004), Good faith in contract particularly in the contracts of Arbitration and chartering», Mc Gill university .

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) With amendments as adopted in 2006.

B.V. Bureau Wijsmuller v. United States of America , 1976 , A.M.C. 2514 .

LG Caltex Gas Co. v. China National Petroleum Corp, 2001 , EWCA Civ.788.  
Netherlands- Arbitration Act, 1 December 1986 Code of Civil Procedure.