

لزوم کتبی بودن قرارداد داوری در عهدنامه‌ی شناسایی

و اجرای آرای داوری خارجی ۱۹۵۸

حمیدرضا نیکبخت*

فرهاد پیری**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۵/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۳/۱۱

چکیده

عهدنامه‌ی شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی ۱۹۵۸ (معروف به عهدنامه‌ی نیویورک) به شناسایی قرارداد داوری و شناسایی و اجرای آرای داوری پرداخته است. شناسایی قرارداد داوری و شناسایی و اجرای رأی داوری توسط دادگاه، منوط به وجود یک قرارداد داوری است که دارای شروط شکلی مقرر در عهدنامه باشد. شروط شکلی قرارداد داوری در ماده (۲) عهدنامه ذکر گردیده است، با وجود این، کشورهای عضو عهدنامه این ماده را به نحو یکسانی تفسیر ننموده‌اند. امروزه رویکردهای خاصی در تفسیر این ماده در حال شکل‌گیری است که اعمال عهدنامه را هماهنگ با رویه‌ی تجاری فعلی می‌نماید.

کلید واژگان: کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸، لزوم کتبی بودن، امضاء، مبادله، آنسیترال.

مقدمه

داوری یکی از موفق‌ترین روش‌های حل و فصل اختلاف، به ویژه در روابط تجاری بین‌المللی است. این روش غالباً بر مبنای توافقی است که از طریق آن، طرفین داوری را به عنوان روش

* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول).

hr.nikbakht@sbu.ac.ir

** مشاور حقوقی سازمان بورس و اوراق بهادار.

f.piri@mail.sbu.ac.ir

حل و فصل اختلاف خود برمی‌گزینند. چنین توافقی به صورت درج شرط داوری در قرارداد و یا انعقاد یک موافقت‌نامه‌ی داوری صورت می‌گیرد که هر دو نوع، «قرارداد داوری» نامیده می‌شود. سه موضوع اصلی در حقوق داوری وجود دارد که به ترتیب عبارتند از قرارداد داوری، رسیدگی داوری (دادرسی) و اجرای رأی داوری. قرارداد داوری سنگ بنای این روش حل و فصل اختلاف می‌باشد و داوری اصولاً بر مبنای آن آغاز شده و پس از رسیدگی دیوان داوری به موضوع اختلاف، در نهایت با صدور رأی و اجرای آن، روند داوری به پایان می‌رسد. از سه موضوع فوق، در این نوشتار به موضوع قرارداد داوری و آن هم شکل کتبی بودن آن به گونه‌ای که در عهدنامه‌ی شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی ۱۹۵۸ (معروف به عهدنامه‌ی نیویورک) بیان گردیده، پرداخته خواهد شد.

این عهدنامه به عنوان موفق‌ترین سند بین‌المللی در حقوق داوری^۱، شناسایی و اجرای رأی داوری (ماده ۱(۱) عهدنامه) و همچنین شناسایی قرارداد داوری (ماده ۲(۱) عهدنامه) را تحت پوشش قرار داده است. دادگاه رسیدگی‌کننده به درخواست شناسایی قرارداد داوری یا شناسایی و اجرای رأی داوری، اعتبار «ماهوی» و شرایط «شکلی» قرارداد داوری را مورد بررسی قرار خواهد داد. اعتبار ماهوی قرارداد داوری ناظر به ایجاد (تشکیل) قرارداد یعنی وجود یا اعتبار ایجاب و قبول، وجود یا فقدان رضایت طرفین در انعقاد چنین قراردادی (مانند وجود اکراه یا اشتباه) و موانع اعتبار رضایت طرفین (مانند فقدان اهلیت یا فقدان قابلیت ارجاع موضوع اختلاف به داوری)

^۱ این عهدنامه بر اساس آمار ارائه شده توسط آنسیترال، در تاریخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۰ دارای ۱۵۳ عضو (از جمله ایران) می‌باشد: <<http://www.uncitral.org>>. برای مطالعه‌ی تفصیلی این عهدنامه، ببینید:

Van den Berg, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards A Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation, 1981; Gaillard, Emmanuel & Others (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Cameron May, 2008; Kronke, Herbert & Others (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010; Wolf, Reinmar (ed.), *New York Convention, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958: Commentary*, C.H. Beck & Hurt Publishing, 2012.

همچنین برای دیدن تحلیل لزوم کتبی بودن قرارداد داوری بر پایه‌ی رویه‌ی قضایی کشورهای عضو عهدنامه، ببینید:

UNCITRAL Secretariat Note, UNCITRAL document A/CN.9/WG.II/WP.139, reproduced in the UNCITRAL Yearbook XXXVII (2006), part Two, II, F; UNCITRAL Secretariat Note, UNCITRAL document A/CN.9/814/Add.1, Forty-seventh session, New York, 7-25 July 2014.

است. اعتبار ماهوی قرارداد داورى همواره باید بر طبق قانونی که دادگاه رسیدگی کننده به درخواست شناسایی قرارداد یا شناسایی و اجرای رأی، نسبت به چنین قراردادی قابل اعمال تشخیص می‌دهد، مورد بررسی قرار گیرد.^۱ شرایط شکلی قرارداد داورى در ماده (۲) عهدنامه‌ی نیویورک بیان شده است. این ماده مقرر نموده است: «عبارت "توافق کتبی" شامل شرط داورى در قرارداد یا موافقت‌نامه‌ی داورى است، که به امضای طرفین رسیده یا در تبادل‌نامه‌ها یا تلگرام‌ها موجود است».^۲ وجود شرایط شکلی قرارداد داورى ملازمه‌ای با اعتبار ماهوی قرارداد مزبور نخواهد داشت، برای مثال در صورت وجود سندی که حاوی بند داورى بوده و به امضای طرفین رسیده است، شخص امضاکننده می‌تواند با استناد به قانون حاکم بر قرارداد داورى، مدعی فقدان اعتبار ماهوی قرارداد مزبور گردد، در حالی که قرارداد داورى دارای شرایط شکلی کاملی است. مهم‌ترین دلیلی که برای لزوم کتبی بودن قرارداد داورى مطرح گردیده است، احراز مستقیم و بدون واسطه‌ی مستند «رضایت» طرفین در انعقاد چنین قراردادی می‌باشد زیرا با پذیرش داورى به عنوان روش حل و فصل اختلاف، طرفین از حق مراجعه به دادگاه (به عنوان یکی از حقوق اساسی) محروم می‌گردند و کتبی بودن قرارداد داورى دلیلی بر اسقاط آگاهانه‌ی حق مراجعه به دادگاه توسط طرفین خواهد بود.^۳ با وجود این، امروزه تنها دلیلی که به عنوان لزوم کتبی بودن قرارداد داورى مطرح می‌شود، ثبت «محتوای» قرارداد داورى است و نه «رضایت» طرفین آن.^۱

^۱ برای مثال ماده (الف)(۱) ۵ عهدنامه‌ی نیویورک سنجش اعتبار ماهوی قرارداد داورى (در مرحله‌ی شناسایی و اجرای رأی داورى) توسط دادگاه را بر مبنای قانونی که طرفین حاکم بر قرارداد داورى نموده‌اند و در صورت فقدان چنین انتخابی، بر مبنای قانون کشوری که رأی در آن‌جا صادر گردیده، مقرر داشته است.

^۲ Article II(2): 'The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams'.

قراردادهای داورى فاقد شرط شکلی مقرر در عهدنامه، «باطل» نمی‌باشند بلکه لزوم کتبی بودن، شرط «اعمال» عهدنامه می‌باشد. به بیان دیگر ضمانت اجرای لزوم کتبی بودن قرارداد داورى، تنها عدم اعمال عهدنامه می‌باشد و نه اعلام بطلان قرارداد مزبور. در چنین صورتی ممکن است قرارداد داورى تحت قانون قابل اعمال بر آن هم‌چنان معتبر باشد. ببینید:

Van den Berg, op. cit. (no. 1 above), pp. 179-80; Born, Gary, International Commercial Arbitration, Vol. I, 1st edn., Kluwer Law International, 2009, p. 581.

^۳ Federal Tribunal, 7 Feb. 1984, 11 YBCA (1986) 532-5 (Switzerland No 8); Landau, Toby, "The Requirement of a Written Form for An Arbitration Agreement: When Written Means Oral", in Van den Berg, Albert Jan (ed.), International Commercial Arbitration: Important

گفته شده است ماده (۲) عهدنامه بیان‌کننده حداکثر شروط شکلی قرارداد داوری بوده و جانشین مقررات سخت‌گیرانه‌تر قوانین ملی اعضای عهدنامه در رابطه با قراردادهای داوری مشمول عهدنامه می‌گردد.^۲ اگرچه امروزه قوانین ملی غالب کشورها، حاوی مقررات سهل‌گیرانه‌تری در رابطه با لزوم کتبی بودن قرارداد داوری در مقایسه با عهدنامه‌ی نیویورک می‌باشند؛ این کشورها را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود: دسته نخست کشورهایی که ضمن پذیرش لزوم کتبی بودن قرارداد داوری، مفهوم گسترده‌ای از «کتبی» بودن را در قوانین ملی خود لحاظ نموده‌اند تا شمار گسترده‌تری از قراردادها دربرگرفته شود^۳ و دسته دوم کشورهایی که هیچ‌گونه شرط شکلی را مقرر ننموده‌اند.^۴ با وجود این، ماده (۲) عهدنامه‌ی نیویورک باید به هنگام سنجش اعتبار شکلی

Contemporary Question (ICCA Congress Series No 16), Kluwer Law International, 2003, pp. 21-2; Wolf, op. cit. (no. 1 above), pp. 116-8.

¹. UNCITRAL Report on the Work of Its Thirty-Ninth Session, UNCITRAL document A/61/17, reproduce in UNCITRAL Yearbook XXXVII (2006) Part One, A, para. 153; Landau, Toby & Moollan, Salim, "Article II and Requirement of Form", in Gaillard, Emmanuel & Others (eds.), op. cit. (no. 1 above), pp. 219ff.

². Supreme Court, 22 May 1995, 5601, 21 YBCA (1996) 610-1 (**Italy No 141**); Court of Appeal, Casablanca, 21 June 1983, 21 YBCA (1996) 627-9 (**Morocco No 1**); Supreme Court, 21 Mar. 1995, 22 YBCA (1997) 800-6 (**Switzerland No 29**); Court of Appeal, Hamm, 15 Nov. 1994, 22 YBCA (1997) 707-9 (**Germany No 47**); Di Pietro, Domenico & Platte, Martin, Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958, Cameron May, 2001, p. 81, no 37; Lew, Julian & Others, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, para. 6-39.

^۳. کشورهایی که از قانون داوری نمونه‌ی آنسیترال (۱۹۸۵) (و یا حق انتخاب اول ارائه شده در ماده ۷ نسخه اصلاح شده ۲۰۰۶ آن) به عنوان راهنمای قانون‌گذاری استفاده نموده‌اند، از این جمله‌اند. همچنین ببینید ماده (۱) ۱۷۸ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس (۱۹۸۷)، ماده ۵ قانون داوری انگلستان (۱۹۹۶)، ماده ۱۶۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی بلژیک (۱۹۹۸) و ماده ۱۰۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی هلند (۲۰۱۴).

^۴. مانند دو کشور فرانسه (در داوری‌های تجاری بین‌المللی) و سوئد، ببینید:

Delvolvé, Jean-Louis & Others, French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration, 2nd edn., Kluwer Law International, 2009, pp. 58-9; Heuma, Laers, Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure, Juris Publishing, 2003, p. 31.

ماده (۱) ۷ از بخش اول قانون داوری نیوزلند (۱۹۹۶ با اصلاحات ۲۰۰۷) نیز امکان انعقاد قرارداد داوری به صورت کتبی یا شفاهی را مقرر نموده است. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (۱۳۷۹) نیز در ماده ۴۵۵ بیان داشته است: «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»، که «معامله» و «قرارداد» در این ماده اعم از قرارداد کتبی، شفاهی یا ضمنی است.

قرارداد داوری در مواردی که شناسایی قرارداد یا شناسایی و اجرای رأی بر اساس این عهدنامه به عمل آمده است، اعمال گردد.

قسمت اول: اقسام قرارداد داوری کتبی در ماده ۲(۲) عهدنامه‌ی نیویورک

همان‌طور که ذکر گردید، ماده ۲(۲) عهدنامه‌ی نیویورک در مقام بیان شروط شکلی قرارداد داوری مقرر نموده است: «عبارت "توافق کتبی" شامل شرط داوری در قرارداد یا موافقت‌نامه‌ی داوری است، که به امضای طرفین رسیده یا در تبادل نامه‌ها یا تلگرام‌ها موجود است». از متن مذاکرات تنظیم عهدنامه مشخص می‌گردد که ماده ۲(۲) عهدنامه‌ی نیویورک در لحظات پایانی مذاکرات، به این سند اضافه شده است و به همین دلیل دقت کافی در تنظیم آن و همچنین مذاکرات مفصلی از سوی نمایندگان کشورها در رابطه با آن صورت نگرفته است.^۱

ماده ۲(۲) عهدنامه به عنوان قانونی خاص^۲، همواره بر شرط شکلی قرارداد داوری اعمال می‌گردد، بدین معنا که طرفین قرارداد داوری نمی‌توانند قانون دیگری را به عنوان قانون حاکم بر شکل قرارداد داوری انتخاب نمایند؛ دادگاه نیز نمی‌تواند از قانون دیگری به عنوان قانون حاکم بر شکل قرارداد داوری، استفاده نماید.^۳

ماده فوق، شرایط شکلی قرارداد داوری را تنها شامل دو دسته دانسته است: امضای قرارداد داوری توسط طرفین و همچنین وجود قرارداد داوری در اسناد مبادله شده. چگونگی ذکر داوری در سند امضا شده یا مبادله شده نیز منجر به پیدایش مباحث مرتبط با درج بند داوری از طریق «ارجاع» گردیده و شایسته است موضع عهدنامه‌ی نیویورک نسبت به این نوع قرارداد نیز بررسی گردد.

^۱. Sanders, Peter, "The History of the New York Convention", in Van den Berg, Albert Jan (ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention (ICCA Congress Series No 9)*, Kluwer Law International, 1999, p. 42.

^۲. Lex Specialis.

^۳. Federal Tribunal, 7 Feb. 1984, 11 YBCA (1986) 532-5 (**Switzerland No 8**); Supreme Court, Plenum, 20 Mar. 1997, 23 YBCA (1998) 654-9 (**Greece No 13**); Born, op. cit. (no. 3 above), p. 538.

با وجود این، در صورتی که شخص متقاضی، خواهان اعمال قانون ملی مطلوب‌تر کشور محل تقاضا بر اساس ماده ۷(۱) عهدنامه‌ی نیویورک باشد، دادگاه (در صورتی که ماده ۷(۱) را نسبت به قرارداد داوری نیز تسری دهد) می‌تواند قواعد حل تعارض خود را به منظور یافتن قانون قابل اعمال بر شکل قرارداد داوری، به کار گیرد. ببینید: Supreme Court, 21 Sep. 2005, 31 YBCA (2006) 679-84 (**Germany No 89**).

باید توجه داشت شرایط شکلی مذکور در ماده (۲) عهدنامه، ناظر به طرفین اولیه‌ی قرارداد داوری است و در صورتی که اشخاص دیگری بر طبق قواعد عمومی قراردادها (مانند انتقال قرارداد داوری) متعهد به قرارداد داوری گردند، لزومی به وجود امضای چنین اشخاصی در قرارداد داوری و یا مبادله اسناد حاوی داوری توسط آنان نخواهد بود. بدین معنا که لزوم وجود امضا و تبادل اسناد تنها در رابطه با طرفین اولیه‌ی قرارداد داوری لازم می‌باشد و در صورت اثبات این‌که قرارداد داوری دارای شروط شکلی در رابطه با طرفین اولیه آن بوده است، قرارداد داوری در رابطه با شخص دیگری که متعهد به چنین قراردادی می‌گردد، در قلمرو ماده (۲) عهدنامه قرار خواهد گرفت.^۱

۱- قرارداد داوری امضا شده

طرفین گاهی شخصاً اقدام به انعقاد قرارداد داوری می‌نمایند و یا این‌که چنین عملی را از طریق نمایندگان خود انجام می‌دهند. امضای قرارداد داوری توسط نماینده، بحث لزوم کتبی بودن اختیار داده شده به نماینده توسط اصیل را مطرح می‌نماید. بنابر این لازم است میان دو وضعیت «امضای قرارداد داوری توسط طرفین» و «امضای قرارداد داوری توسط نماینده» قائل به تفکیک شد.

۱-۱- امضای قرارداد داوری توسط طرفین

بر طبق ماده (۲) عهدنامه، با امضای قرارداد داوری توسط طرفین، شرط کتبی بودن قرارداد داوری محقق خواهد شد. در صورتی‌که داوری به صورت شرط در قرارداد پایه گنجانده شده باشد،

^۱. United States District Court, Eastern District of New York, 8 Feb. 2006, 31 YBCA (2006) 1422-8 (US No 571); Landau, op. cit. (no. 4 above), pp. 33-4; Mistelis, Loukas & Lew, Julian (eds.), *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, p. 295.

برخی از نویسندگان نیز معتقدند متعهد شدن شخص ثالث به قرارداد داوری، باید مبتنی بر شروط شکلی مقرر شده (مانند ماده (۲) عهدنامه) باشد، ببینید:

Poudret, Jean-Francois & Besson, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, Berti, Stephen & Ponti, Annette (trs.), 2nd edn., Sweet & Maxwell, 2007, pp. 220ff; Brekoulakis, Stavros, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 2010, para. 6-64.

امضای خود قرارداد کافی خواهد بود و نیازی به امضای جداگانه شرط داورى نمی‌باشد.^۱ بنابراین حتی در صورتی که شرط داورى ضمیمه سندی باشد که به امضای طرفین رسیده است (مانند موردی که شرط داورى در صفحه‌ی پشت سند امضا شده به چاپ رسیده باشد)، لزومی به امضای جداگانه سند ضمیمه نخواهد بود.^۲

همچنین لزومی به امضای سند «واحد» توسط طرفین نمی‌باشد بلکه امضای دو سند حاوی بند داورى توسط هر یک از طرفین (در صورت یکسان بودن متن اسناد مزبور) کافی خواهد بود. در صورتی که سند حاوی بند داورى به امضای طرفین نرسیده باشد اما امضای طرف (یا طرفین) در اسناد بعدی، تأییدکننده‌ی سند حاوی بند داورى باشد، در این صورت نیز شرط شکلی مقرر در عهدنامه رعایت شده است.^۳

در پاره‌ای از سازمان‌های داورى، سندی تحت عنوان «داورى‌نامه» در مراحل اولیه‌ی داورى تنظیم می‌شود که وقایع، ادعاها و دفاعیات مقدماتی طرفین را خلاصه و اموری را که در روند داورى باید تصمیم‌گیری شوند، تبیین می‌نماید.^۴ چنین سندی باید به امضای طرفین برسد و در صورت عدم امضای آن توسط یکی از طرفین، خود سازمان داورى آن را تصویب می‌نماید.^۵ گفته شده است در صورت امضای سند مزبور توسط طرفین (و عدم بیان ایراد امضاکننده به صلاحیت دیوان داورى) می‌توان آن را به جای قرارداد داورى ناقص، در زمان درخواست شناسایی و اجرای رأی داورى، به عنوان یک قرارداد داورى معتبر به دادگاه ارائه نمود.^۶

¹. Court of Appeal, Basel-Land, 5 July 1994, 21 YBCA (1996) 685-9 (**Switzerland No 26**); Supreme Court, Sezioni Unite, 10 Mar. 2000, 58/SU, 26 YBCA (2001) 816-22 (**Italy No 157**); Van den Berg, op. cit. (no. 1 above), pp. 192-3.

². Court of Appeal, Schleswig, 30 Mar. 2000, 31 YBCA (2006) 652-62 (**Germany No 85**).

³. Supreme Court, 12 Jan. 1989, 15 YBCA (1990) 509-14 (**Switzerland No 18**).

^۴. (Terms of Reference) برای مثال ماده ۲۳(۱) قواعد داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی (۲۰۱۲). در رابطه با کارکرد و ماهیت داورى‌نامه (به طور کلی) ببینید: نیکبخت، حمیدرضا، داورى تجاری بین‌المللی: آیین داورى، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۸۸، ص ۱۷۳ به بعد.

^۵. برای مثال ماده ۲۳(۲) و ۲۳(۳) قواعد داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی (۲۰۱۲).

⁶. Supreme Court of Queensland, Court of Appeal Division, 27 June 2000, Appeal 8159 of 1999, DC 29 of 1999, 26 YBCA (2001) 744-9 (**Australia No 190**); Superior Court of Justice, 3 Oct. 2007, 33 YBCA (2008) 397-403 (**Brazil No 8**); Lew, op. cit. (no. 6 above), para. 21-24.

۲-۱- امضای قرارداد داوری توسط نماینده

انعقاد قرارداد از طریق نماینده، در پاره‌ای از فعالیت‌های تجاری امری رایج می‌باشد. در واقع به‌کارگیری نماینده یکی از رایج‌ترین روش‌های گسترش قلمرو فعالیت تجاری است. فارغ از کشورهایی که در قوانین ملی خود امکان انعقاد قرارداد داوری توسط نماینده را محدود نموده‌اند،^۱ در عهدنامه‌ی نیویورک مسأله لزوم یا فقدان اراده‌ی سند کتبی نمایندگی مسکوت مانده است. رویه‌ی قضایی دولت‌های عضو عهدنامه در این رابطه متفاوت بوده است. برخی، آرای قضایی ماده (۲) را تنها در رابطه با خود قرارداد داوری لازم‌الاجرا می‌دانند و نه اختیار نماینده در انعقاد چنین قراردادی؛ در این صورت لزوم کتبی بودن اختیار انعقاد قرارداد داوری توسط نماینده باید بر طبق قانونی مشخص گردد که قواعد حل تعارض قانون مقر دادگاه قابل اعمال می‌داند.^۲ معدودی از آرای قضایی نیز بیان نموده‌اند؛ به طور ضمنی در عهدنامه این امر مورد پذیرش قرار گرفته است که هیچ شرط شکلی در رابطه با لزوم کتبی بودن اختیار انعقاد قرارداد داوری توسط نماینده، لازم نمی‌باشد.^۳

در حقوق ایران ماده (۵) ۳۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (۱۳۷۹)، وکالت در ارجاع دعوا به داوری و تعیین داور را منوط به تصریح آن در «وکالت‌نامه» دانسته است. با وجود این، به نظر می‌رسد چنین محدودیتی تنها ناظر به «قرارداد وکالت» می‌باشد و شامل سایر نمایندگان نیست، زیرا در مواد ۶۶۴ و ۶۶۵ قانون مدنی محدودیت‌های نمایندگی به طور حصری مشخص گردیده و انعقاد قرارداد داوری توسط نماینده صریحاً منع

^۱ چنین محدودیتی از دو جهت وجود دارد: لزوم تصریح اصیل مبنی بر امکان انعقاد قرارداد داوری توسط نماینده و لزوم کتبی بودن اعطای اختیار مزبور. برای مثال ببینید: ماده ۱۹۸۹ قانون مدنی فرانسه، ماده (۲) ۲۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی یونان، ماده ۱۰۰۸ قانون مدنی اتریش، ماده (۳) ۳۹۶ قانون تعهدات سوئیس، و ماده (۵) ۳۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ایران (۱۳۷۹). در برخی دیگر از کشورها لزومی به کتبی بودن اختیار نماینده نمی‌باشد، مانند کشورهای ایتالیا، فرانسه و آلمان. ببینید:

Redfern, Hunter & Others (eds.), *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th edn., Oxford University Press, 2009, para. 2-50.

^۲ Supreme Court, Plenary Session, 1 Mar. 2002, 3029, 30 YBCA (2005) 599-604 (**Italy No 166**); Supreme Court, Plenary Session, 19 May 2009, No 11529, 34 YBCA (2009) 649-52 (**Italy No 179**); Poudret & Besson, *op. cit.* (no. 12 above), pp. 236ff.

^۳ Supreme Court, 24 Aug. 2005, 32 YBCA (2007) 254-8 (**Austria No 15**); Reiner, Andreas, "The Form of Agent's Power to Sign an Arbitration Agreement and Article II(2) of the New York Convention", in Van den Berg, *op. cit.* (no. 9 above), pp. 88-9.

نشده است. با این حال لازم است به اوضاع و احوال هر مورد و به ویژه بررسی عرف تجاری طرفین در رایج بودن انعقاد قرارداد داوری توسط نماینده توجه شود.

۲- قرارداد داوری موجود در اسناد مبادله شده

همان‌طور که بیان گردید ماده (۲) عهدنامه تصریح دارد بر این که «توافق کتبی» ممکن است در تبادل نامه‌ها یا تلگرام‌ها وجود داشته باشد. بنابر این وجود شرط داوری در قرارداد یا موافقت‌نامه‌ی داوری که در تبادل نامه‌ها و تلگرام‌ها موجود است، دومین موردی است که لزوم کتبی بودن قرارداد داوری را محقق می‌نماید.

آن‌چه از ماده فوق استنباط می‌گردد عدم لزوم امضای اسناد مبادله شده توسط طرفین است، زیرا عهدنامه به طور مشخص میان دو وضعیت توافق کتبی «امضا شده توسط طرفین» و توافق کتبی «موجود در تبادل نامه‌ها و تلگرام‌ها» تفاوت گذارده است^۱؛ با وجود این، باید انتساب سند مبادله شده به شخص مبادله‌کننده احراز گردد^۲. در رابطه با مبادله‌ی اسناد، سه موضوع باید مورد بررسی قرار گیرد: «لزوم مبادله»، «وسیله مبادله» و در نهایت، «شخص مبادله‌کننده».

۱-۲- لزوم مبادله

لزوم مبادله اسناد، مشخصاً منجر به خروج قراردادهای داوری منعقد به صورت شفاهی از قلمرو عهدنامه می‌گردد. در مبادله‌ی اسناد نیازی به مبادله‌ی دو سند نیست، در صورتی که سندی توسط یکی از طرفین برای دیگری ارسال گردد و او نیز همان سند را (به نشانه‌ی پذیرش آن) مجدداً برای فرستنده ارسال کند مبادله محقق خواهد شد، مانند موردی که یکی از طرفین سند امضا نشده‌ای را برای دیگری ارسال می‌دارد و طرف مقابل نیز ضمن امضای آن، مجدداً سند فوق را برای فرستنده ارسال می‌کند^۳.

¹. Supreme Court, 16 Jan. 1995, 21 YBCA (1996) 690-8 (Switzerland No 27); United States Court of Appeals, Third Circuit, 20 June 2003, 29 YBCA (2004) 978-89 (US No 457).

². Van den Berg, op. cit. (no. 1 above), p. 194.

³. Supreme Court, 3 Apr. 1989, 1585, 16 YBCA (1991) 588-90 (Italy No 106); Kronke, op. cit. (no. 1 above), p. 81.

در صورتى که دو سند میان طرفین مبادله گردد، لزومی به ذکر حل و فصل اختلاف از طریق داورى در هر دو سند نیست، تنها در صورتى که سند اول حاوی چنین مقرره‌ای باشد و سند دوم حاوی قبول محتوای سند اول یا ارجاع به آن (بدون ذکر صریح پذیرش داورى موجود در سند اول) باشد، کافی خواهد بود.^۱ همچنین در صورتى که سند دوم ضمن پذیرش محتوای سند ارسال شده، حاوی حق شرطهایی (مخالفت‌های) کلی با محتوای آن سند باشد بدون آن که صریحاً بند داورى موجود در سند اول را رد نماید، در این صورت ممکن است قرارداد داورى میان طرفین لازم‌الاجرا گردد.^۲ با وجود این، اگر بند داورى تنها در سند دوم وجود داشته باشد، چنین سندی ایجاب متقابل تلقی خواهد شد، زیرا ذکر داورى در سند دوم، ایجاب را به طور اساسی تغییر می‌دهد و لذا قرارداد داورى وجود نخواهد داشت (تشکیل نشده است).^۳

امروزه در روابط قراردادی موارد شایعی مشاهده می‌شود که تنها رضایت یکی از طرفین به قرارداد داورى در قالب سند کتبی وجود دارد، مانند سفارش خرید^۴ و سیاهه‌ی تجاری^۵. در این موارد که داورى در سند ارسال شده وجود دارد، طرف مقابل بدون آن که پاسخی به چنین سندی دهد، در مقام اجرای مفاد قرارداد پایه (اصلی) برمی‌آید. در چنین مواردی اگرچه ممکن است

اگرچه با امضای سند ارسال شده توسط گیرنده، وی ملزم به داورى خواهد شد بدون آن که لزومی به ارسال مجدد سند برای فرستنده باشد، ببینید:

Supreme Court, 16 Jan. 1995, 21 YBCA (1996) 690-8 (**Switzerland No 27**). Cf. Supreme Court, 3 Apr. 1989, 1585, 16 YBCA (1991) 588-90 (**Italy No 106**).

^۱. Court of Appeal, Basel-Land, 5 July 1994, 21 YBCA (1996) 685-9 (**Switzerland No 26**);

Supreme Court, 11 July 1992, 8469, 22 YBCA (1997) 715-24 (**Italy No 142**).

^۲ - United States Court of Appeals, Second Circuit, 15 Feb. 2001, 26 YBCA (2001) 1052-65 (**US No 354**); International Council for Commercial Arbitration (ICCA), ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges, 2011, p. 48.

^۳. ببینید: ماده (۱۹۳) عهدنامه‌ی سازمان ملل متحد در مورد بیع بین‌المللی کالا (عهدنامه‌ی وین) (۱۹۸۰): «شروط اضافی یا متفاوت مربوط به ثمن، تأدیه، کمیت و کیفیت کالا، مکان و زمان تحویل کالا، افزایش حدود مسئولیت یک طرف در برابر طرف دیگر یا حل اختلافات از جمله شروطی محسوب می‌شوند که شرایط ایجاب را به طور اساسی تغییر می‌دهند».

^۴. Purchase Order

^۵. Invoice

قرارداد پایه بر مبنای قبول ضمنی طرف مقابل منعقد گردد^۱، اما وجود یک سند ارسال شده، فاقد شروط مقرر در ماده ۲(۲) عهدنامه یعنی «امضای طرفین» یا «مبادله اسناد» است. در این صورت سند مزبور را نمی‌توان یک توافق کتبی در معنای عهدنامه تلقی نمود^۲. به طریق اولی در صورتی که سند حاوی داوری، مورد قبول شفاهی طرف مقابل قرار گیرد و یا این که یک ایجاب شفاهی مورد قبول کتبی طرف مقابل قرار گیرد، نیز توافق داخل در چارچوب ماده ۲(۲) عهدنامه نخواهد بود^۳.

یکی دیگر از موارد بسیار شایع در رویه‌ی تجاری بین‌المللی، ارسال سند تأییدیه تجاری^۴ است. از این سند به منظور تأیید توافقی‌های صورت گرفته در سابق (به ویژه در مواردی که این توافقی‌ها به صورت نهایی درنیامده است) و یا به منظور تعدیل توافقی‌های سابق استفاده می‌شود^۵. در صورت وجود بند داوری در سند تأییدیه تجاری و سکوت طرف مقابل و یا حتی قبول ضمنی آن، نمی‌توان آن را در چارچوب ماده ۲(۲) عهدنامه‌ی نیویورک مورد پذیرش قرار داد زیرا عنصر «مبادله» در چنین مواردی وجود ندارد^۶.

^۱. ببینید: ماده ۱-۶-۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی (۲۰۱۰): «اظهار یا فعلی دیگر از سوی گیرنده‌ی ایجاب که دلالت بر رضایت به یک ایجاب داشته باشد، قبول محسوب می‌شود».

^۲. Supreme Court, 5 Nov. 1985, 12 YBCA (1987) 511-4 (**Switzerland No 14**); Supreme Court, 28 Oct. 1993, 10704, 20 YBCA (1995) 739-41 (**Italy No 131**); Supreme Court, 21 Sept. 2005, 31 YBCA (2006) 679-84 (**Germany No 89**).

^۳. Supreme Court, 15 July 1987, Rev. Arb. (1990) 627; Supreme Court, 25 Jan. 1991, 749, 17 YBCA (1992) 554-8 (**Italy No 116**).

^۴. Commercial Letter of Confirmation

^۵. ببینید: ماده ۱۲-۱-۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی (۲۰۱۰): «اگر نوشته‌ای که در ظرف زمانی متعارف پس از انعقاد قرارداد فرستاده شود و منظور از آن تأیید قرارداد بوده حاوی شروط اضافه یا متفاوت باشد، آن شروط بخشی از قرارداد می‌گردند، مگر آن که قرارداد را به طور اساسی تغییر دهند یا دریافت‌کننده، بدون تأخیر غیرموجه، به [وجود] اختلاف اعتراض نماید».

^۶. Supreme Court, 16 Apr. 1996, 27 YBCA (2002) 528-32 (**Spain No 33**); Court of Appeal, Frankfurt am Main, 26 June 2006, 32 YBCA (2007) 351-7 (**Germany No 103**); Court of First Instance, Leeuwarden, 3 Sept. 2008, 33 YBCA (2008) 613-5 (**Netherlands No 30**); United States District Court, District of New Jersey, 29 June 2010, 35 YBCA (2010) 558-9 (**US No 708**).

۲-۲- وسیله‌ی مبادله

عهدنامه‌ی نیویورک تنها از مبادله «نامه» و «تلگرام» نام برده است زیرا در زمان تنظیم عهدنامه، تنها چنین وسایلی ارتباطی وجود داشت. به همین دلیل در بستر زمان و پس از ایجاد وسایلی ارتباطی جدیدتر، دادگاه‌ها نیز مبادله‌ی اسناد از طریق سایر وسایلی ارتباطی همچون دورنگار (تلکس)^۱ و نمابر (فکس)^۲ را نیز مورد پذیرش قرار داده‌اند.

امروزه با ایجاد وسایلی نوین ارتباطی الکترونیکی، باید مبادله از طریق چنین وسایلی نیز (همچون استفاده از رایانامه^۳) در چارچوب ماده (۲) عهدنامه مورد پذیرش قرار گیرد^۴. هر چند تنها اشکال پیش رو در چنین مواردی، لزوم «ارائه‌ی اصل توافق مورد اشاره در ماده ۲ عهدنامه یا یک نسخه‌ی رسماً گواهی شده آن» (موضوع ماده (۱) عهدنامه^۵) خواهد بود^۶. با وجود این، غلبه بر چنین مانعی با دشواری چندانی روبه‌رو نیست، زیرا در راستای اجرای ماده ۴ عهدنامه، ارائه‌ی قراردادی که علی‌الظاهر^۷ دارای شروط مقرر در ماده (۲) باشد، کافی خواهد بود. در این مرحله دادگاه نیازی به سنجش کتبی بودن قرارداد داوری در چارچوب ماده ۲ عهدنامه نخواهد داشت

¹. Telex; Supreme Court, 2 May 1972, 10 YBCA (1985) 417-8 (**Austria No 5**); Court, Savona, 26 Mar. 1981, 10 YBCA (1985) 455-8 (**Italy No 68**); Supreme Court, 12 Jan. 1989, 15 YBCA (1990) 509-14 (**Switzerland No 18**); Court of Appeal, Piraeus, decision 475 of 2005 and Supreme Court, decision 1932 of 2006, 33 YBCA (2008) 555-9 (**Greece No 15**).

². Telefax; Court of Appeal, Basel-Land, 5 July 1994, 21 YBCA (1996) 685-9 (**Switzerland No 26**); Court of Appeal of Manitoba, 11 Dec. 2002, 28 YBCA (2003) 745-51 (**Canada No 9**); Supreme Court of New York, Appellate Division, First Department, 25 Apr. 2006, 31 YBCA (2006) 1482-5 (**US No 577**); Supreme Court, First Civil Chamber, 14 June 2007, no 13916, 34 YBCA (2009) 639-43 (**Italy No 177**); Court of Appeal, Munich, 17 December 2008, 35 YBCA (2010) 359-61 (**Germany No 125**); Court of Appeal (Civil Division), 10 Feb. 2010, 35 YBCA (2010) 468-71 (**UK No 90**).

³. E-mail

⁴. High Court, Karachi, 7 Mar. 2006, 32 YBCA (2007) 449-55 (**Pakistan No 2**); United States District Court, Southern District of New York, 31 Jan. 2007, 32 YBCA (2007) 991-4 (**US No 611**); Hill, Richard, "On-Line Arbitration: Issue and Solutions", 15 International Arbitration, 1999, p. 199.

⁵. Article IV(1): "To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of application, supply: [...] (b) The original agreement referred to in article II or a duly certified copy thereof".

⁶. Hålogaland Court of Appeal, 16 Aug. 1999, 27 YBCA (2002) 519-23 (**Norway No 1**).

⁷. Prima Facie

بلکه سنجش آن در مرحله تشکیل جلسه دادرسی رسیدگی به درخواست شناسایی و اجرای رأی و بیان ایراد خوانده به فقدان شرایط شکلی قرارداد داوری صورت خواهد گرفت.^۱ برخلاف استفاده از رایانامه که طرفین اقدام به «تبادل» اطلاعات می‌نمایند، پذیرش قراردادهای داوری منعقد به صورت برخط در فضای سایبر که قرارداد با انتخاب گزینه‌ی «قبول دارم» منعقد می‌گردد در چارچوب عهدنامه‌ی نیویورک مشکل می‌باشد.^۲

۳-۲- شخص مبادله‌کننده

در غالب موارد، مبادله‌ی اسناد میان طرفین و توسط خود آنان صورت می‌پذیرد؛ و در مواردی نیز ممکن است نماینده‌ی یکی از طرفین سندی را برای طرف مقابل ارسال نماید و یا این که شخص ثالثی سندی را برای طرف دیگر (یا طرفین) ارسال دارد.^۳ ارسال سند توسط شخص ثالث در پاره‌ای از فعالیت‌های تجاری رایج می‌باشد، از جمله فعالیت کارگزاران.^۴ کارگزاران در پاره‌ای از موارد تنها واسطه‌ای میان خریدار و فروشنده می‌باشند بدون آن که خود اقدام به انعقاد قرارداد نمایند، مانند کارگزاران بیمه و در مواردی نیز قراردادی را به نمایندگی اصیل خود منعقد می‌نمایند، مانند کارگزاران بورس. در مواردی که کارگزار تنها به عنوان واسطه اقدام می‌نماید و سندی را برای یکی از طرفین یا هر دوی آنان ارسال می‌دارد، در چنین مواردی تا زمانی که یک تعهد حقوقی میان طرفین بر اساس اسناد مزبور شکل نگرفته باشد، نمی‌توان مبادله‌ی اسناد را به عنوان قرارداد داوری کتبی مورد

^۱. ICCA, op. cit. (no. 26 above), p. 75.

^۲. Solovay, Norman & Reed, Cynthia, "The Internet and Dispute Resolution: Untangling the Web", Law Journal Press, 2003, para. 2-38.

در صورتی که کشوری عضو عهدنامه‌ی سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی (۲۰۰۵) گردد، موظف است قراردادهای داوری منعقد از طریق ارتباطات الکترونیکی را در چارچوب عهدنامه‌ی نیویورک به استناد ماده (۱) ۲۰ این عهدنامه‌ی مورد شناسایی قرار دهد. (بینیند: ماده (۱) ۲۰ این عهدنامه):

Boss, Amelia & Kilian, Wolfgang, The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An In-Depth Guide and Sourcebook, Kluwer Law International, 2008, pp. 241-5.

^۳ - برای مثال بینیند: ماده (۲) ۱۰۳۱ قانون داوری آلمان (۱۹۹۸).

^۴. Brokers

پذیرش قرار داد. برای مثال در صورتی که کارگزار بیمه، سند حاوی تقاضای بیمه و شرایط آن از جمله بند داوری را از سوی بیمه‌گذار برای بیمه‌گر ارسال دارد و بیمه‌گر نیز بیمه را بر اساس شروط مندرج در سند مزبور صادر کند، شرط شکلی کتبی بودن قرارداد داوری محقق گردیده است.^۱ در واقع، گیرنده سند ارسال شده از سوی کارگزار، باید آن را امضا نماید و یا این که یک سند حاوی تأیید اطلاعات مندرج در سند ارسال شده توسط کارگزار را برای شخص دیگر و یا خود کارگزار ارسال نماید.^۲ در سایر مواردی که کارگزار سند حاوی توافقات طرفین را (که حاوی بند داوری است) صادر می‌نماید بدون آن که مکاتبه‌ای میان طرفین صورت گرفته باشد، اعمال ماده ۲(۲) عهدنامه مشکل می‌باشد.

۳- قرارداد داوری از طریق ارجاع

قرارداد داوری از طریق ارجاع^۳، به این معنی است که بند داوری در یک سند کتبی جداگانه و از پیش موجود (مانند شروط کلی تجاری، فرم استاندارد، شرایط فروش عرضه‌کننده) وجود دارد و قرارداد پایه (که آن هم به صورت کتبی می‌باشد)^۴ به آن سند ارجاع می‌دهد.^۵ این ارجاع صرفاً

^۱. United States District Court, Southern District of California, 26 Apr. 2000, 26 YBCA (2001) 910-38 (US no 341).

^۲. Supreme Court, 6 Oct. 1998, 26 YBCA (2001) 854-57 (Spain No 31); Supreme Court, 7 July 1998, 27 YBCA (2002) 546-50 (Spain No 37).

^۳. Arbitration Agreement by Reference

^۴. لزوم کتبی بودن قرارداد پایه، منجر به خروج قرارداد بسیار رایج «نجات دریایی» (قراردادی که میان شناور تحت خطر و شناور کمک‌رسان در راستای انجام «عملیات نجات» (بینید ماده ۱(الف) عهدنامه‌ی سازمان بین‌المللی دریانوردی در مورد نجات دریایی ۱۹۸۹) منعقد می‌گردد) از قلمرو عهدنامه خواهد شد. این قرارداد معمولاً به صورت شفاهی منعقد می‌گردد و غالباً در آن به قراردادهای نمونه‌ی مؤسسه لویڈز لندن همچون «شروط استاندارد نجات و داوری لویڈز» (LLOYD'S Standard Salvage and Arbitration Clauses) (۲۰۱۱) ارجاع داده می‌شود؛ ماده ۵(۳) قانون داوری انگلستان (۱۹۹۶)، ارجاع در قرارداد شفاهی به یک سند کتبی را به رسمیت شناخته است:

Hariss, Bruce & Ithers, The Arbitration Act: A Commentary, 4th edn., Blackwell Pub., 2007, pp. 47-8.

^۵. Poudret & Besson, op. cit. (no. 12 above), p. 170.

برای بیان مرتبط بودن قرارداد حاضر با سند مورد ارجاع نمی‌باشد، بلکه منظور ارجاعی است که هدف از آن تبعیت قرارداد از تعهدات موجود در سند ارجاع شده می‌باشد.^۱ علاوه بر ارجاع در قرارداد پایه به شروط استاندارد از پیش تنظیم شده^۲، قرارداد داوری از طریق ارجاع بیشترین انعکاس را در رابطه با مجموعه قراردادهایی که دارای بیش از دو طرف است، دارا می‌باشد. در این رابطه می‌توان به ارجاع به قرارداد پیمانکاری اصلی در قرارداد پیمانکاری فرعی، ارجاع به قرارداد بیمه در قرارداد بیمه اتکایی، ارجاع به قرارداد اجاره‌کشی در سند بارنامه‌ی دریایی و ارجاع به قرارداد پایه در قرارداد ضمانت اشاره نمود.^۳ بسیاری از قوانین ملی، قرارداد داوری از طریق ارجاع را پذیرفته‌اند.^۴ با این وجود عهدنامه در رابطه با درج داوری از طریق ارجاع ساکت می‌باشد. قرارداد داوری از طریق ارجاع مسأله‌ای مرتبط با شکل قرارداد داوری می‌باشد و نه اعتبار ماهوی آن؛ با وجود این، در موارد معدودی، دادگاه‌ها قرارداد داوری از طریق ارجاع را موضوعی مرتبط با اعتبار ماهوی آن قرارداد دانسته‌اند و در نتیجه اعتبار آن را بر مبنای قانون حاکم بر قرارداد داوری

در تشکیل قرارداد در فضای سایبر مقررات متفاوتی در رابطه با قرارداد داوری از طریق ارجاع وجود دارد. در این موارد شخص باید عملاً به متنی که به آن ارجاع داده شده است، دسترسی داشته باشد. ببینید ماده (۳) ۱۰ دستورالعمل تجارت الکترونیک اتحادیه اروپا (2000/3/EC) و ماده ۱۷ قانون تجارت الکترونیکی ایران (۱۳۸۲).^۱ برای مثال در قرارداد ضمانت همواره ارجاع به قرارداد پایه وجود دارد تا مشخص گردد ضمانت صورت گرفته از چه قراردادی می‌باشد، با وجود این، چنین ارجاعی به معنای مشروط نمودن قرارداد ضمانت به تعهدات مندرج در قرارداد پایه نمی‌باشد.

^۲ ماده (۲) ۱۹-۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه‌ی بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی (۲۰۱۰) در تعریف شروط استاندارد بیان داشته است: «شروط استاندارد مقرراتی هستند که پیشاپیش برای استفاده عمومی و مکرر از سوی یک طرف آماده شده‌اند و در عمل بدون مذاکره با طرف دیگر از آن‌ها استفاده می‌شوند».
^۳ Brekoulakis, op. cit. (no. 12 above), para. 2-181.

^۴ مانند کشورهایی که از قانون داوری نمونه‌ی آنسیترال (۱۹۸۵) به عنوان راهنمای قانون‌گذاری استفاده نموده‌اند. قسمت پایانی ماده (۲) ۷ این قانون نمونه بیان می‌دارد: «ارجاع در قرارداد به سندی که متضمن شرط داوری است موافقت‌نامه‌ی داوری را تشکیل می‌دهد مشروط بر این که قرارداد مزبور کتبی بوده و ارجاع نیز به نحوی باشد که آن شرط را جزئی از قرارداد بنماید». این ماده هم‌چنان به عنوان یکی از اختیارات قانون‌گذاری، در ماده (۶) ۷ نسخه‌ی اصلاح شده‌ی قانون نمونه در سال ۲۰۰۶ باقی مانده است. ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز (با اعمال تغییرات سنجیده‌ای نسبت به قانون نمونه‌ی آنسیترال) مقرر داشته است: «ارجاع به سندی در قرارداد کتبی که متضمن شرط داوری باشد نیز به منزله‌ی موافقت‌نامه‌ی مستقل داوری خواهد بود». هم‌چنین ببینید: ماده (۲) ۳ قانون داوری فنلاند (۱۹۹۲) با اصلاحات (۱۹۹۹)، ماده (۲) ۶ قانون داوری انگلستان (۱۹۹۶) و ماده ۱۰۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی هلند (۲۰۱۴).

مورد بررسی قرار داده‌اند.^۱ قرارداد داوری از طریق ارجاع به دو شکل «ارجاع صریح» و «ارجاع کلی» صورت می‌پذیرد.

۱-۳- ارجاع صریح

منظور از ارجاع صریح^۲، ارجاعی است که طرفین صریحاً از کلمه‌ی داوری استفاده نموده و برای مثال در قرارداد پایه مقرر می‌دارند «این قرارداد مشمول شروط و تعهدات مندرج در شروط استاندارد فروشنده، از جمله شرط داوری مذکور در آن نیز، خواهد بود» و یا این‌که «بارنامه مشمول تعهدات مندرج در قرارداد اجاره کشتی، از جمله شرط داوری آن خواهد بود». ارجاع صریح کاملاً منعکس‌کننده‌ی قصد و اراده‌ی طرفین در تبعیت از پذیرش حل و فصل اختلاف از طریق داوری است و به همین دلیل پذیرش ارجاع صریح در راستای اعمال عهدنامه‌ی نیویورک در مواردی که چنین ارجاعی در قرارداد داوری امضا شده توسط طرفین و یا اسناد مبادله شده وجود دارد، بدیهی بوده و مورد پذیرش قرار گرفته است.^۳

۲-۳- ارجاع کلی

منظور از ارجاع کلی^۴، ارجاعی است که طرفین از کلمه‌ی داوری استفاده نمی‌نمایند و برای مثال در قرارداد پایه مقرر می‌دارند «این قرارداد مشمول شروط و تعهدات مندرج در شروط استاندارد فروشنده نیز خواهد بود» و یا این‌که «بارنامه مشمول شروط و تعهدات مندرج در قرارداد اجاره‌ی کشتی نیز خواهد بود». ارجاع نیز باید به گونه‌ای باشد تا بتواند بند داوری موجود در سند مورد ارجاع

^۱. United States Court of Appeals, Third Circuit, 15 Oct. 2009, 35 YBCA (2010) 485-9 (US No 683).

^۲. Specific reference (relatio perfecta)

^۳. Court of First Instance, Strasbourg, 9 Oct. 1970, 2 YBCA (1977) 244 (France No 2); Court of First Instance, Zweibrücken, 11 Jan. 1978, 4 YBCA (1979) 262-4 (Germany No 16); Court of Appeal, Milan, 3 May 1977, 4 YBCA (1979) 284-6 (Italy No 27); Supreme Court, 8 Apr. 2008, 34 YBCA (2009) 653-65 (Jordan No 2); High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), 1 Apr. 2009, 34 YBCA (2009) 830-61 (UK No 84).

^۴. General/Generic reference (relatio imperfecta)

را دربرگیرد؛ بنابر این در صورتی که ارجاع به صورت «بارگیری کالا مطابق با شروط مندرج در شروط استاندارد فروشنده خواهد بود»، نمی‌تواند شامل بند داوری موجود در شروط استاندارد گردد.^۱ برخلاف رویه‌ی معدودی از کشورها که ارجاع کلی را مطلقاً مورد پذیرش قرار نمی‌دهند^۲، در بیشتر کشورها چنین گفته شده است که در رابطه با ارجاع کلی، می‌توان معیار «اطلاع» طرفین از وجود بند داوری در سند مورد ارجاع را اعمال نمود.^۳ در صورتی که سند مورد ارجاع، به نحوی به سند امضا شده یا مبادله شده توسط طرفین پیوست شده باشد (مانند موردی که سند مورد ارجاع در پشت صفحه‌ای که به امضای طرفین رسیده است، وجود داشته باشد)، در چنین صورتی ارجاع کلی باید در چارچوب اجرایی عهدنامه مورد پذیرش قرار گیرد زیرا فرض بر این است که طرفین اسناد پیوست را نیز مطالعه می‌نمایند.^۴ در سایر مواردی که سند مورد ارجاع پیوست نشده است اما به هر دلیلی هم‌چون ارسال قبلی سند حاوی بند داوری برای طرف دیگر^۵، دخالت سابق طرفین در تنظیم سند حاوی بند داوری^۶، رایج بودن وجود بند داوری در سند استاندارد مورد ارجاع در رشته فعالیت طرفین (مانند رایج بودن وجود بند داوری در اسناد استاندارد دریایی و

^۱. United States District Court, Southern District of New York, 15 Apr. 2005 and 20 May 2005, 31 YBCA (2006) 1090-5 (US No 537).

^۲. Supreme Court, Plenary Session, 19 May 2009, No 11529, 34 YBCA (2009) 649-52 (Italy No 179).

^۳. Supreme Court, 7 Feb. 1984, 11 YBCA (1986) 532-5 (Switzerland No 8); Supreme Court, 9 Nov. 1993, 20 YBCA (1995) 660-2 (France No 22); Court of Appeal, Athens, decision 7195 of 2007, 34 YBCA (2009) 545-7 (Greece No 20); Poudret & Besson, *op. cit.* (no. 12 above), pp. 173-4; Kronke, *op. cit.* (no. 1 above), p. 89.

^۴. Court of Appeal, Milan, 4 Oct. 1991, 18 YBCA (1993) 415-8 (Italy No 119); Higher Court of Appeal of Bavaria, 17 Sept. 1998, 24 YBCA (1999) 645-7 (Germany No 48); Court of Appeal, Basel-Land, 5 July 1994, 21 YBCA (1996) 685-9 (Switzerland No 26).

^۵. Supreme Court, 11 Oct. 1989, 15 YBCA (1990) 447-9 (France No 14); Court of Appeal, Basel-Land, 5 July 1994, 21 YBCA (1996) 685-9 (Switzerland No 26); Court of Appeal, Geneva, 11 Dec. 1997, 23 YBCA (1998) 764-9 (Switzerland No 31); United States District Court, Western District of Pennsylvania, 10 Oct. 2006, 32 YBCA (2007) 890-7 (US No 602); United States District Court, Southern District of Florida, 1 Feb. 2008, 33 YBCA (2008) 1108-16 (US No 635).

^۶. مانند موردی که طرفین قرارداد اولیه‌ی منعقد شده میان خود را اصلاح نموده و در قرارداد دوم به قرارداد اصلاح شده ارجاع می‌دهند:

Supreme Court, 12 Jan. 1989, 15 YBCA (1990) 509-14 (Switzerland No 18).

وجود اطلاع طرفین فعال در شاخه حمل و نقل از مفاد آن^۱، اطلاع طرفین از وجود بند داوری در سند مورد ارجاع اثبات گردد، شرط شکلی مقرر در ماده ۲(۲) عهدنامه رعایت شده است. با وجود این، به نظر می‌رسد با امضای سند حاوی ارجاع کلی و یا مبادله‌ی اسناد حاوی ارجاع کلی، «فرض» بر این خواهد بود که طرفین از مفاد سند مورد ارجاع اطلاع داشته‌اند و نیازی به «اثبات» وجود اطلاع مخاطب از مفاد سند مورد ارجاع نباشد.^۲

در کلیه‌ی مواردی که دادگاه محل تقاضا، ارجاع کلی را در چارچوب ماده ۲(۲) عهدنامه نمی‌پذیرد، شخص متقاضی می‌تواند درخواست خود مبنی بر شناسایی قرارداد داوری یا شناسایی و اجرای رأی داوری را با توسل به ماده ۷(۱) عهدنامه و بر مبنای قانون مطلوب‌تر مقرر دادگاه (در صورت وجود چنین قوانینی) مطرح نماید، در این صورت ممکن است دادگاه ماده ۷(۱) عهدنامه را به قرارداد داوری نیز تسری دهد.^۳

¹. Supreme Court, 7 Feb. 1984, 11 YBCA (1986) 532-5 (**Switzerland No 8**); United States Court of Appeals, Third Circuit, 20 June 2003, 29 YBCA (2004) 978-89 (**US No 457**).

امروزه «ارجاع کلی» در بارنامه‌های دریایی چندان مرسوم نیست، زیرا در بارنامه‌های استاندارد ارائه شده توسط نهادهای فعال در این زمینه، به داوری موجود در قرارداد اجاره کشتی «ارجاع صریح» داده می‌شود. برای مثال ببینید: ماده ۱ بارنامه موسوم به CONGENBILL 2007 (که دارای بیشترین کاربرد در حمل و نقل دریایی از طریق اجاره کشتی است) که مرتبط با قرارداد اجاره کشتی سفری موسوم به GENCON 94 است:

<<https://www.bimco.org>>.

². United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, 18 January 2005, 30 YBCA (2005) 1070-85 (**US No 513**): '[T]o require an evidentiary showing in every case would be to make an unfounded inference from the terms of the convention'; Queen's Bench Division (Commercial Court), 7 Mar. 1997, 23 YBCA (1998) 789-94 (**UK No 48**); Supreme Court, Civil Chamber, 28 Mar. 2000, 32 YBCA (2007) 518-24 (**Spain No 49**); Court of Appeal, Piraeus, decision 475 of 2005 and Areios Pagos [Supreme Court], decision 1932 of 2006, 33 YBCA (2008) 555-9 (**Greece No 15**); Commercial court of first instance, Izmir, 19 Nov. 2004 and Yargitay, 11th Civil Chamber, 19 January 2006, 34 YBCA (2009) 822-6 (**Turkey No 3**); High Court of Ireland, 13 Nov. 2009, 35 YBCA (2010) 404-6 (**Ireland No 3**).

³. در رابطه با وجود قوانین ملی مطلوب‌تر در برخی از کشورها، در مقایسه با ماده ۲(۲) عهدنامه نسبت به پذیرش ارجاع کلی، ببینید:

Di Pietro, Domenico, "Validity of Arbitration Clauses Incorporated by Reference", in Gaillard, op. cit. (no. 1 above), pp. 373ff.

قسمت دوم: رویکردهای خاص ملی و بین‌المللی در تفسیر ماده ۲(۲) عهدنامه‌ی

نیویورک

منطوق ماده ۲(۲) عهدنامه که بیان می‌دارد «عبارت "توافق کتبی" شامل شرط دآوری در قرارداد یا موافقت‌نامه‌ی دآوری است که به امضای طرفین رسیده، یا در تبادل نامه‌ها یا تلگرام‌ها موجود است» منجر به خروج بسیاری از قراردادهای دآوری رایج در رویه‌ی تجاری بین‌المللی می‌گردد، زیرا ماده فوق توافق دوجانبه‌ی طرفین نسبت به دآوری را تنها از طریق امضا یا مبادله‌ی اسناد لازم دانسته است. لذا برای مثال قراردادهای دآوری منعقد به صورت ضمنی^۱ از قلمرو عهدنامه خارج می‌گردد.^۲ به همین دلیل لزوم کتبی بودن قرارداد دآوری به تعبیر به کار رفته در عهدنامه مورد انتقاد نویسندگان حقوقی قرار گرفته^۳ و باعث ایجاد رویکردهای خاصی نسبت به آن شده است.

۱- رویکردهای خاص ملی در تفسیر ماده ۲(۲)

دادگاه‌های برخی کشورهای عضو عهدنامه، تفسیرهای خاص و منحصر به فردی را در مورد «توافق کتبی» اعمال نموده‌اند؛ در حالی که سایر کشورهای عضو از چنین تفسیرهایی استقبال نکرده‌اند. این‌گونه تفسیرهای خاص، «وحدت اجرای عهدنامه» را مختل نموده و منجر به فقدان

^۱ قرارداد منعقد به صورت ضمنی، قراردادی است که اعلام رضایت یک و یا هر دوی طرفین آن، از اعمال و رفتار آنان استنباط می‌گردد بدون آن که آنان اراده خود را به طور صریح اعلام نمایند. قرارداد دآوری ضمنی می‌تواند از طرق گوناگونی از جمله قبول ضمنی، اجرای قرارداد اصلی، رویه تجاری سابق طرفین (بر مبنای توافق ضمنی دو طرف) و یا از طریق شرکت در رسیدگی دآوری بدون وجود یک قرارداد دآوری معتبر و بدون اعلام اعتراض به صلاحیت دیوان دآوری منعقد گردد:

Supreme Court, 25 Jan. 1991, 749, 17 YBCA (1992) 554-8 (**Italy No 116**); Federal Supreme Court, 31 May 2002, 28 YBCA (2003) 835-41 (**Switzerland No 34**); Court of Appeal, Düsseldorf, 8 Nov. 1971, 2 YBCA (1977) 237-8 (**Germany No 8**); Court of Appeal, The Hague, 17 Feb. 1984, 10 YBCA (1985) 485-6 (**Netherlands No 9**).

^۲ برای مشاهده فهرستی از قراردادهای دآوری خارج از قلمرو عهدنامه، ببینید:

UNCITRAL Secretariat Note, UNCITRAL document A/CN.9/ WG.II/ WP.108/ Add.1, reproduced in UNCITRAL Yearbook XXXI (2000), Part Two, IV, B, para. 12.

^۳ Kaplan, Neil, "Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?", 5(1) Asia Pacific Law Review, 1996-7, pp. 27-45.

قابلیت پیش‌بینی نتیجه‌ی رسیدگی قضایی در رابطه با شناسایی قرارداد داوری یا شناسایی و اجرای رأی در رابطه با عهدنامه می‌گردد.^۱

۱-۱- تفسیر عهدنامه‌ی نیویورک در پرتو قانون داوری نمونه آنسیترال

آنسیترال در سال ۱۹۸۵ قانون نمونه داوری را ارائه کرد و در ادامه در سال ۲۰۰۶ این سند را مورد اصلاح قرار داد؛ کشورهای بسیاری از این سند به عنوان راهنمای قانون‌گذاری استفاده نموده‌اند.^۲ در رویه‌ی قضایی معدودی از کشورها چنین بیان شده است که ماده ۲(۲) عهدنامه باید در پرتو ماده ۷(۲) قانون داوری نمونه آنسیترال (۱۹۸۵)^۳ تفسیر گردد تا قلمرو قراردادهای داوری کتبی مشمول عهدنامه گسترش یابد و بعضی از نویسندگان نیز از چنین تفسیری حمایت نموده‌اند.^۴

آنسیترال قوانین نمونه‌ی دیگری نیز از جمله قانون نمونه آنسیترال در مورد تجارت الکترونیک (۱۹۹۶) و قانون نمونه‌ی آنسیترال در مورد امضای الکترونیکی (۲۰۰۱) ارائه نموده و تفسیر

^۱. Van den Berg, op. cit. (no. 1 above), p. 1: 'The significance of the New York convention for international commercial arbitration makes it even more important that the convention is interpreted uniformly by the courts'.

^۲. مجموعاً ۹۷ قانون تا ابتدای سال ۲۰۱۵، از این سند به عنوان راهنمای قانون‌گذاری استفاده کرده‌اند که از این میان ۲۲ قانون بر مبنای نسخه‌ی اصلاح شده ۲۰۰۶ قانون داوری نمونه‌ی آنسیترال بوده است. ببینید: < <http://www.uncitral.org> >.

ایران نیز در سال ۱۳۷۶ و بر مبنای قانون داوری نمونه‌ی آنسیترال (۱۹۸۵) اقدام به تصویب «قانون داوری تجاری بین‌المللی» نمود که در بسیاری از موارد (از جمله مباحث مرتبط با لزوم کتبی بودن قرارداد داوری) حاوی مقررات پیشرفته‌تری نسبت به قانون داوری نمونه آنسیترال می‌باشد.

^۳. Article 7(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 the another. The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract'.

^۴. Supreme Court, 5 Nov. 1985, 12 YBCA (1987) 511-4 (**Switzerland No 14**); Supreme Court, 16 Jan. 1995, 21 YBCA (1996) 690-8 (**Switzerland No 27**); Gaillard, Emmanuel & Savage, John (eds.), Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, para. 618; Lew, op. cit. (no. 6 above), para. 7-27.

عهدنامه را بر پایه‌ی چنین قوانینی تشویق کرده است.^۱ با وجود این، عهدنامه‌ها همواره باید بر طبق اصول کلی که خود مبتنی بر آن هستند و به طور مستقل از قوانین ملی، تفسیر شوند.^۲ از طرفی بسیاری از اعضای عهدنامه‌ی نیویورک از قوانین نمونه‌ی آنسیترال به عنوان راهنمای قانون‌گذاری استفاده نموده‌اند. به هر صورت و با توجه به این که عهدنامه، اصطلاحات «کتبی» و «امضا» را نیز تعریف نموده است، دادگاه رسیدگی‌کننده به اعتبار شکلی قرارداد دآوری، باید این دو اصطلاح را مطابق با پیشرفت‌های صورت گرفته در صنعت ارتباطات در نظر بگیرد. بنابراین این پذیرش وسایل نوین ارتباطی در چارچوب «اصول کلی حاکم بر عهدنامه» مانند تسهیل روند دآوری، قابل پذیرش می‌باشد و نیازی به تفسیر این عهدنامه بر پایه‌ی قوانین نمونه (که حتی بعد از تصویب عهدنامه‌ی نیویورک نیز تنظیم شده‌اند) نمی‌باشد.

۲-۱- عدم لزوم وجود امضا یا مبادله اسناد در شرط دآوری

برخی دادگاه‌ها در تفسیر ماده ۲(۲) عهدنامه اعلام نموده‌اند وجود امضا تنها در صورتی لازم است که قرارداد دآوری به صورت «موافقت‌نامه دآوری» باشد و نه «شرط دآوری». بنابراین، تفسیر این ماده چنین خواهد شد که عبارت «توافق کتبی» شامل: (۱) شرط دآوری در قرارداد و یا (۲) موافقت‌نامه‌ی دآوری است که به امضای طرفین رسیده یا در تبادل نامه‌ها یا تلگرام‌ها موجود است. در واقع عبارت نهایی ماده ۲(۲) مبنی بر لزوم امضای طرفین یا تبادل نامه‌ها یا تلگرام‌ها تنها به موافقت‌نامه‌ی دآوری بازمی‌گردد و نه شرط دآوری در قرارداد.^۳ ترجمه ارائه شده توسط مجلس شورای اسلامی ایران از ماده ۲(۲) عهدنامه (خواسته یا ناخواسته) به این تفسیر نزدیک است، این ترجمه چنین است: «اصطلاح "موافقت‌نامه‌ی کتبی" شامل شرط دآوری در قرارداد یا

^۱ Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures, 2001, para. 11: '[T]he Model Law may be useful in certain cases as a tool for interpreting existing international conventions and other international instruments that create legal obstacles to the use of electronic commerce [...]'.
^۲ Supreme Court, 21 Mar. 1995, 22 YBCA (1997) 800-6 (Switzerland No 29).

^۳ چنین تفسیری در آرای دادگاه‌های حوزه قضایی پنجم آمریکا اعمال شده است، ببینید: United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 23 Mar. 1994, 20 YBCA (1995) 937-42 (US No 181); United States District Court, Eastern District of Louisiana, 5 Apr. 2006, YBCA 31 (2006) 1474-81 (US No 576). Cf. United States Court of Appeals, Second Circuit, 29 July 1999, 24 YBCA (1999) 900-8 (US No 287); United States Court of Appeals, Third Circuit, 20 June 2003, 29 YBCA (2004) 978-89 (US No 457).

موافقت‌نامه داوری امضا شده توسط طرف‌ها یا گنجانده شده در نامه‌های مبادله شده یا تلگراف‌های مخابره شده خواهد بود».

چنین تفسیری هرچند منجر به کارآمدی بیشتر عهدنامه می‌گردد اما مورد انتقاد قرار گرفته و ممکن است در کشورهای دیگر عضو عهدنامه مورد پذیرش قرار نگیرد^۱؛ زیرا منطوق ماده (۲) از دو قسمت تشکیل شده است که قسمت اول «عبارت "توافق کتبی" شامل شرط داوری در قرارداد یا موافقت‌نامه داوری است» و عبارت دوم «به امضای طرفین رسیده یا در تبادل‌نامه‌ها یا تلگرام‌ها موجود است» می‌باشد؛ بنابر این عبارت دوم ناظر به مجموعه عبارت اول است و نه تنها قسمتی از آن. همچنین توجه به متن عهدنامه به زبان فرانسه نشان می‌دهد که در آن با به‌کارگیری کلمه‌ی جمع (signés) لزوم وجود امضا را هم در شرط داوری و هم در موافقت‌نامه‌ی داوری لازم دانسته است.^۲

۳-۱- عدم اعمال ماده (۲) عهدنامه در مرحله‌ی شناسایی یا اجرای رأی داوری

ماده (۱) عهدنامه‌ی نیویورک در رابطه با بیان موانع شناسایی و اجرای آرای داوری بیان داشته است: «شناسایی و اجرای رأی ممکن است به تقاضای طرفی که علیه او به رأی استناد شده، تنها در صورتی امتناع شود که آن طرف نزد مرجع صالحی که در آن‌جا تقاضای شناسایی و اجرای رأی شده است، مدرک مثبت‌ای ارائه نماید که: (الف) طرفین توافق [داوری] مورد اشاره در ماده ۲، طبق قانون قابل اعمال بر ایشان به جهتی فاقد اهلیت بوده، یا این که موافقت‌نامه مذکور حسب قانونی که طرفین حاکم بر آن قرار داده‌اند، یا در فقدان هرگونه نشانه‌ای بر چنین قانونی، حسب قانون کشوری که رأی در آن‌جا صادر گردیده فاقد اعتبار است [...]».^۳

¹. High Court, Queen's Bench Division, Commercial Court, 28 July 1999, 26 YBCA (2001) 869-85 (UK No 57).

². Alvarez, Aguilar, "Article II(2) of the New York Convention and the Courts", in Van den Berg (ed), op. cit. (no. 9 above), p. 72; Landau & Moollan, op. cit. (no. 5 above), pp. 247-50.

برخی نویسندگان نیز از رد یا تأیید تفسیر خاص صورت گرفته در حوزه قضایی پنجم آمریکا، اجتناب نموده‌اند: Brunet, Edward & Others, Arbitration Law in America: A Critical Assessment, Cambridge University Press 2006, p. 234; Moses, Margaret, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 2nd edn., Cambridge University Press, 2012, p. 22.

³. Article V(1): 'Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority

در رویه‌ی قضایی برخی از کشورها در تفسیر این ماده چنین بیان شده است که عبارت «طرفین توافق [داوری] مورد اشاره در ماده ۲» به معنای اعمال ماده مزبور در مرحله‌ی شناسایی و اجرای رأی داوری نمی‌باشد، بلکه ماده ۲ عهدنامه تنها در رابطه با شناسایی قرارداد داوری در زمانی که یکی از طرفین قرارداد مزبور بدون توجه به وجود یک قرارداد داوری، دعوای خود را در دادگاه مطرح کرده است و خوانده نیز از دادگاه تقاضای ارجاع طرفین به داوری را به دلیل وجود یک قرارداد داوری مطرح نموده است، اعمال خواهد شد.^۱ برخی نویسندگان نیز چنین بیان نموده‌اند که اعمال ماده ۲(۲) عهدنامه در مرحله شناسایی و اجرای رأی داوری، محل تردید است.^۲

اگرچه چنین تفسیری از ماده ۵ عهدنامه مبنی بر عدم اعمال ماده ۲ در زمان شناسایی و اجرای رأی داوری به نظر منطقی می‌رسد اما مورد انتقاد برخی از مفسران عهدنامه‌ی نیویورک قرار گرفته و گفته شده که ممکن است منجر به شناسایی قراردادهای داوری ضمنی یا شفاهی گردد؛ همچنین ماده (الف)(۱) ۵ عهدنامه صریحاً با بیان «توافق مورد اشاره در ماده ۲»، به طور ضمنی اعلام نموده است که قرارداد داوری باید شرایط مقرر در ماده ۲ را نیز دارا باشد.^۳

where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made[...].^۱

^۱ چنین تفسیری برای اولین بار در آرای دیوان عالی کشور ایتالیا انجام شد. آرای دیوان عالی ایتالیا را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود، در پاره‌ای از آرا اعتبار شکلی قرارداد داوری در مرحله‌ی شناسایی و اجرای رأی، بر پایه‌ی قاعده‌ی حل تعارض مقرر در ماده (الف)(۱) ۵ عهدنامه (یعنی بر پایه‌ی قانون منتخب طرفین و در صورت فقدان انتخاب بر طبق قانون مقر داوری) مورد ارزیابی قرار گرفته است:

Supreme Court, 15 Apr. 1980, 2448, YBCA VI (1981) 233-6 (**Italy No 40**); Supreme Court, 28 Mar. 1991, 3362, 17 YBCA (1992) 562-3 (**Italy No 118**); Supreme Court, 20 Jan. 1995, 637, YBCA XXI (1996) 602-6 (**Italy No 139**)

در پاره‌ای از آرای دیگر بیان گردیده است اعتبار شکلی قرارداد داوری به هیچ عنوان در مرحله شناسایی و اجرای رأی داوری مورد ارزیابی قرار نخواهد گرفت زیرا سنجش چنین اعتباری در مرحله طرح دعوای موضوع قرارداد داوری در دادگاه و یا توسط دیوان داوری مورد ارزیابی قرار گرفته است، در این حالت تصمیم دادگاه و دیوان داوری دارای اعتبار مختوم (Res Judicata) است:

Supreme Court, 3 July 1988, 4592, 15 YBCA (1990) 493-5 (**Italy No 102**); Supreme Court, 8 Aug. 1990, 7995, 17 YBCA (1992) 545-50 (**Italy No 114**); Supreme Court, 21 Jan. 2000, 671, 27 YBCA (2002) 492-9 (**Italy No 158**).

^۲ Di Pietro & Platte, op. cit. (no. 6 above), § 2.1.2.3; Lew, op. cit. (no. 6 above), para. 6-52.

^۳ Graffi, Leonardo, "Formal Invalidity of Arbitration Agreements at the Stage of Enforcement of the Arbitral Award Under the New York Convention: The Italian Judicial

۴-۱- اعمال قاعده‌ی حسن نیت

اصولاً طرفین فعال در یک رابطه‌ی حقوقی، باید با حسن نیت عمل نمایند.^۱ در همین رابطه اگر یکی از طرفین قرارداد داوری اقدام به اجرای تعهدات ناشی از چنین قراردادی نماید، نمی‌تواند سپس اعتبار قرارداد مزبور را مورد تردید قرار دهد. برای مثال در صورتی که خواننده‌ی داوری، در جلسات رسیدگی داوری شرکت نماید و ادعای فقدان اعتبار قرارداد داوری را مطرح نماید، طرح چنین ادعایی پس از صدور رأی داوری و در مرحله‌ی شناسایی و اجرای رأی داوری، اقدامی با حسن نیت محسوب نخواهد شد.^۲

از میان تفسیرهای خاص صورت گرفته توسط دادگاه‌های ملی، اعمال قاعده‌ی حسن نیت از مبانی قوی‌تری برخوردار بوده و به همین دلیل مورد پذیرش بسیاری از دادگاه‌ها قرار گرفته است؛ هرچند در حقوق برخی از کشورها به قواعد حقوقی دیگری همچون استاپل^۳ یا اسقاط ضمنی حق^۴ به منظور عدم امکان طرح ایراد فقدان اعتبار شکلی قرارداد داوری، استناد شده است.^۵

Approach”, 1 The European Legal Forum, 2002, p. 50; Van den Berg, op. cit. (no. 1 above), p. 285; Born, Gary, op. cit. (no. 3 above), pp. 545-6; Wolf, op. cit. (no. 1 above), p. 120.

^۱ ببینید: ماده (۱) ۷-۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی (۲۰۱۰): «در تجارت بین‌الملل، هر طرف باید مطابق با حسن نیت و معامله منصفانه اقدام نماید».

^۲ در ماده (۲) ۷ قانون داوری نمونه آنسیترال (۱۹۸۵) صریحاً به این مورد اشاره شده است: «توافق داوری باید به صورت کتبی باشد. توافق در صورتی کتبی است که [...] در مبادله دادخواست و لایحه دفاع که در آن‌ها وجود توافق توسط یک طرف ادعا شده و توسط طرف دیگر انکار نشده، باشد». قوانین سایر کشورهایی که از این سند به عنوان راهنمای قانون‌گذاری استفاده نموده‌اند نیز حاوی مقرره‌ی مشابهی است، برای مثال ببینید: ماده (۵) ۵ قانون داوری انگلستان (۱۹۹۶).

^۳ Estoppel

^۴ (Waiver): در قانون داوری نمونه آنسیترال و بسیاری از قوانین ملی و قواعد داوری سازمان‌های داوری چنین بیان گردیده است که پس از اطلاع یکی از طرفین از عدم رعایت مقررات تکمیلی قانون ملی و یا قواعد داوری سازمان داوری و عدم اعتراض فوری از سوی چنین شخصی، فرض بر این خواهد بود که طرفین حق اعتراض خود را به طور ضمنی اسقاط نموده‌اند. برای مثال ببینید: ماده ۴ قانون داوری نمونه آنسیترال (۱۹۸۵) و ماده ۵ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران. همچنین ببینید: ماده ۳۹ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (۲۰۱۲) که بیان‌کننده‌ی قاعده «اسقاط حق» به طور ضمنی می‌باشد.

^۵ Commercial Court, Zurich, 14 Dec. 1989, 18 YBCA (1993) 442-5 (Switzerland No 22); Supreme Court of Justice, 18 May 2005, 30 YBCA (2005) 437-9 (Brazil No 1); Bavarian Supreme Court, 23 Sept. 2004, 30 YBCA (2005) 568-73 (Germany No 82); Supreme Court, Civil Chamber, 28 Mar. 2000, 32 YBCA (2007) 518-24 (Spain No 49).

با وجود این، چگونگی استناد دادگاه‌ها به چنین قواعد حقوقی متفاوت بوده است، برای مثال برخی دادگاه‌ها تصمیم خود را بر پایه‌ی اصول قراردادها در حقوق داخلی اتخاذ نموده‌اند^۱ و برخی بر پایه‌ی اصول حاکم بر آیین رسیدگی داوری در حقوق داخلی خود^۲. بعضی از دادگاه‌ها نیز به درستی اعلام نموده‌اند قاعده‌ی حسن نیت (یا استاپل یا اسقاط ضمنی حق) جزو اصول کلی و ذاتی عهدنامه‌ی نیویورک بوده و به همین دلیل دادگاه مکلف به اعمال آن می‌باشد^۳، و برعکس معدودی از آرای قضایی نیز معتقدند چنین قواعدی نمی‌تواند دلیلی برای کنار گذاشتن لزوم کتبی بودن قرارداد داوری در عهدنامه‌ی نیویورک باشد، حتی اگر استناد به فقدان شرط شکلی قرارداد داوری، نقض اصل حسن نیت باشد^۴.

۲- رویکردهای خاص بین‌المللی در تفسیر ماده (۲)

رویکردهای خاص بین‌المللی ناظر به تفسیرهای صورت گرفته از سوی نهاد آنسیترال و همچنین تفسیرهایی است که دولت‌ها (در مقام عضو یک معاهده بین‌المللی) از عهدنامه‌ی نیویورک به عمل آورده‌اند.

۲-۱- صدور توصیه‌نامه توسط آنسیترال

آنسیترال در سال ۲۰۰۶ اقدام به ارائه‌ی یک توصیه‌نامه در رابطه با نحوه‌ی تفسیر لزوم کتبی بودن قرارداد داوری در عهدنامه‌ی نیویورک، نمود^۵. آنسیترال جلسات بسیاری را به منظور ارائه‌ی

¹. United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 27 Mar. 2001, 26 YBCA (2001) 1091-102 (US No 359).

². Court of Appeal, Athens, Decision 4458 of 1984, 14 YBCA (1989) 638-40 (Greece No 10).

³. Supreme Court of Hong Kong, 13 July 1994, 20 YBCA (1995) 671-80 (Hong Kong No 8); High Court of Appeal of Bavaria, 23 Sept. 2004, 30 YBCA (2005) 568-573 (Germany No 82).

⁴. Supreme Court, 28 Oct. 1993, 10704, 20 YBCA (1995) 739-41 (Italy No 131); Court of Appeal, Frankfurt am Main, 26 June 2006, 32 YBCA (2007) 351-7 (Germany No 103).

⁵. 'Recommendation Regarding the Interpretation of Article II, Paragraph 2, and Article VII, Paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Done in New York, 10 June 1958', adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006 at its Thirty-Ninth Session, reproduced in the UNCITRAL Yearbook XXXVII (2006) part three, II.

چنین توصیه‌نامه‌ای برگزار کرد و مباحث گوناگونی از وجود اختیار آنسیترال به منظور انتشار یک توصیه‌نامه تا قدرت الزام‌آوری چنین توصیه‌نامه‌ای مورد بررسی قرار گرفت.^۱ نهایتاً این نهاد با انتشار این سند، دو توصیه را به کشورهای عضو عهدنامه‌ی نیویورک ارائه نمود: (یک) شرایط ذکر شده برای توافق کتبی مذکور در ماده ۲(۲) عهدنامه، حصری نمی‌باشد و (دو) ماده ۷(۱) عهدنامه، شامل اعمال قوانین مطلوب‌تر نسبت به قرارداد داوری نیز می‌گردد.^۲

توصیه‌ی اول ناظر به دو برداشت متضاد از نسخه‌های پنج‌گانه‌ی عهدنامه به دلیل اختلاف واژگان به کار رفته در آنان بوده است.^۳ در نسخه‌ی فرانسوی عهدنامه چنین بیان شده است: «عبارت "توافق کتبی" به معنای شرط داوری در قرارداد یا موافقت‌نامه‌ی داوری است که به امضای طرفین رسیده، یا در تبادل‌نامه‌ها یا تلگرام‌ها موجود است» (تأکید اضافه شده)^۴؛ در حالی که در نسخه‌های انگلیسی عهدنامه چنین بیان شده است: «عبارت "توافق کتبی" شامل شرط داوری در قرارداد یا موافقت‌نامه‌ی داوری است که به امضای طرفین رسیده، یا در تبادل‌نامه‌ها یا تلگرام‌ها موجود است» (تأکید اضافه شده)^۵. دو واژه‌ی «به معنای» و «شامل»، بار

^۱. Working Group Report, UNCITRAL document A/CN.9/485, reproduced in the UNCITRAL Yearbook XXXI (2001) part two, III, A.

مستند آنسیترال به منظور انتشار چنین توصیه‌نامه‌ای، پاراگراف هشت از بخش دوم قطع‌نامه‌ی شماره ۲۲۰۵ (XXI) سازمان ملل متحد که سند تأسیس آنسیترال می‌باشد، بوده است. این بند مقرر داشته است:

‘The Commission shall further the progressive harmonization and unification of the law of international trade by: [...] (d) Promoting ways and means of ensuring a uniform interpretation and application of international conventions and uniform laws in the field of the law of international trade’.

^۲. [UNCITRAL] ‘(1) *Recommends* that article II, paragraph 2, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, be applied recognizing that the circumstances described therein are not exhaustive; (2) *Recommends also* that article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, should be applied to allow any interested party to avail itself of rights it may have, under the law or treaties of the country where an arbitration agreement is sought to be relied upon, to seek recognition of the validity of such an arbitration agreement’.

^۳. United States District Court, Southern District of California, 26 Apr. 2000, 26 YBCA (2001) 910-38 (**US No 341**); Cf. Court of Appeal, Cologne, 16 Dec. 1992, 21 YBCA (1996) 535-41 (**Germany No 44**).

^۴. French text: ‘On entend par "convention écrite" [...]’.

^۵. English text: ‘The term "agreement in writing" shall include [...]’.

معنایی مختلفی داشته، به نحوی که اولی مفهومی حصری و دومی مفهومی غیرحصری دارد.^۱ چنین اختلافی منجر به گرایش پاره‌ای از دادگاه‌ها به پذیرش «حصری» بودن ماده (۲) عهدنامه^۲ و گرایش پاره‌ای دیگر به پذیرش «غیرحصری» بودن آن گردیده است.^۳

آنسیترال در توصیه‌نامه‌ی خود جانب نسخه‌های انگلیسی و روسی عهدنامه را گرفته است و بیان داشته موارد ذکر شده در ماده فوق، حصری نبوده و از باب تمثیل می‌باشد. بنابر این سایر قراردادهای داوری تا جایی که به صورت «توافق کتبی» باشند در چارچوب ماده (۲) قرار خواهند گرفت و لذا دادگاه رسیدگی کننده به اعتبار شکلی قرارداد داوری می‌تواند «کتبی» بودن قرارداد داوری را مورد ارزیابی قرار دهد بدون آن که چنین ارزیابی لزوماً بر مبنای وجود امضای طرفین یا مبادله‌ی اسناد حاوی بند داوری باشد.^۴ به علاوه، توافق داوری منعقد از طریق ارتباطات الکترونیکی در صورتی که اطلاعات مندرج در آن‌ها برای مراجعات بعدی قابل دسترس باشند، نیز قابل پذیرش خواهند بود.

^۱ چنین اختلافی در سایر نسخه‌های عهدنامه نیز وجود دارد، به نحوی که نسخه‌های اسپانیایی و چینی عهدنامه حاوی عباراتی نزدیک به نسخه فرانسوی بوده و نسخه روسی عهدنامه نیز، نزدیک به متن انگلیسی می‌باشد:

UK Departmental Advisory Committee on Arbitration Law (DAC) Report on Arbitration Bill (February 1996), para. 34; Landau, op. cit. (no. 4 above), pp. 68-70; Born, op. cit. (no. 3 above), p. 540.

^۲ United States District Court, Southern District of California, 26 Apr. 2000, 26 YBCA (2001) 910-38 (US No 341); Supreme Court of New South Wales, Australia, [2006] 68 NSWLR 603.

^۳ Supreme Court of Hong Kong, High Court, 6 Apr. 1995, 21 YBCA (1996) 546-51 (Hong Kong No 10); Court of Appeal of Manitoba, 11 Dec. 2002, 28 YBCA (2003) 745-51 (Canada No 9); Supreme Court of Singapore, High Court, 10 May 2006, 32 YBCA (2007) 489-506 (Singapore No 5).

^۴ برای مثال دادگاه می‌تواند بند داوری موجود در اساسنامه‌ی شرکت‌ها و معاهدات دو یا چندجانبه‌ی سرمایه‌گذاری را در چارچوب ماده (۲) عهدنامه مورد پذیرش قرار دهد (با وجود این، قراردادهای داوری منعقد که تنها رضایت یکی از طرفین آن به صورت کتبی می‌باشد و رضایت طرف دیگر به صورت شفاهی یا ضمنی اعلام گردیده است، هم‌چنان خارج از قلمرو عهدنامه خواهد بود). همچنین در رابطه با شمول عهدنامه‌ی نیویورک نسبت به آرای داوری صادره از دیوان داوری ایران- ایالات متحده، ببینید:

United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 23 Oct. 1989, 15 YBCA (1990) 605-11 (US No 100); United States District Court, District of Columbia, 10 Dec. 1999, 25 YBCA (2000) 1102-4 (US No 331). Cf. High Court of Justice, 26 July 1985, 11 YBCA (1986) 547-54 (UK No 20); Court of Appeal, Paris, 28 June 2001, 27 YBCA (2002) 439-44 (France No 33).

توصیه‌ی دوم آنسیترال ناظر به ماده (۱) عهدنامه‌ی نیویورک می‌باشد که به نظر می‌رسد این ماده تنها امکان بهره‌مند شدن از قوانین مطلوب‌تر در رابطه با «رأی دآوری» را ذکر نموده است و نه «قرارداد دآوری» را. همان‌طور که قبلاً بیان گردید، گفته شده است مقررات ناظر به شناسایی قرارداد دآوری در لحظات آخر مذاکرات مربوط به تنظیم عهدنامه در آن گنجانده شد و به همین دلیل در ماده (۱) ذکر از «قرارداد دآوری» به عمل نیامده است.^۱ دیدگاه بیشتر مفسرین عهدنامه و رویه‌ی قضایی غالب اعضای آن، همواره مبنی بر امکان استفاده از مقررات مطلوب‌تر قانون مقر دادگاه در رابطه با «لزوم کتبی بودن قرارداد دآوری» و همچنین «لزوم ارائه‌ی اصل قرارداد دآوری یا یک نسخه رسماً گواهی شده آن»، بوده است بدون آن که منطوق ماده (۱) عهدنامه مانعی بر سر راه چنین تفسیری باشد.^۲ در چنین مواردی اعمال قوانین ملی مطلوب‌تر ممکن است تنها به درخواست شخص متقاضی امکان‌پذیر باشد^۳ و یا این که دادگاه به صلاح دید خود، قوانین مطلوب‌تر را اعمال نماید بدون آن که نیازی به درخواست شخص متقاضی باشد.^۴ توصیه‌نامه‌ی آنسیترال قدرت الزام‌آوری نداشته و همان‌طور که از نام آن مشخص است صرفاً یک توصیه‌نامه می‌باشد. آنسیترال «مخاطب» این توصیه‌نامه را نیز مشخص ننموده است، با

¹ Sanders, op. cit. (no. 9 above), p. 42.

² Supreme Court, 25 May 1970, 2 YBCA (1977) 237 (**Germany No 7**); Court of Appeal, The Hague, 4 Aug. 1993, 19 YBCA (1994) 703-7 (**Netherlands No 15**); High Court, Queen's Bench Division, Commercial Court, 28 July 1999, 26 YBCA (2001) 869-5 (**UK No 57**); Supreme Court, First Civil Chamber, 21 Nov. 2006, 23 YBCA (2007) 294-6 (**France No 40**); Court of Appeal, Celle, 14 Dec. 2006, 32 YBCA (2007) 372-82 (**Germany No 106**); Supreme Court, 3 Sept. 2008, 34 YBCA (2009) 409-17 (**Austria No 20**); Court of First Instance, Rotterdam, 29 July 2009, 34 YBCA (2009) 722-32 (**Netherlands No 33**); Gaillard & Savage, op. cit. (no. 75 above), para. 614; ICCA, op. cit. (no. 26 above), pp. 26-7.

برخی از نویسندگان اعمال ماده (۱) عهدنامه در رابطه با قرارداد دآوری را مورد انتقاد قرار داده‌اند. آنان معتقدند در صورتی که دادگاه با اعمال قوانین ملی مطلوب‌تر از رسیدگی به ماهیت دعوا خودداری نموده و طرفین را به دآوری ارجاع نماید، در حالی که قانون ملی کشور مقر دآوری (که دیوان دآوری موظف به تبعیت از آن است) سخت‌گیرانه‌تر باشد، نتیجتاً دیوان دآوری رأی به عدم صلاحیت خود خواهد داد. در این صورت تعارض منفی ایجاد شده و امکان طرح دعوا در دادگاه و دیوان دآوری ممکن نخواهد بود، ببینید:

Poudret & Besson, op. cit. (no. 12 above), pp. 54 & 151-2.

³ Federal Supreme Court, 5 Nov. 1985, 12 YBCA (1987) 511-4 (**Switzerland No 14**).

⁴ Court of Appeal, Paris, 24 Feb. 1994, 22 YBCA (1997) 682-90 (**France No 25**); Court of Appeal, Düsseldorf, 15 Dec. 2009, 35 YBCA (2010) 386-8 (**Germany No 135**).

وجود این مخاطب چنین سندی را ظاهراً باید کشورهای عضو عهدنامه (به عنوان عضو یک عهدنامه‌ی چندجانبه) دانست و نه دادگاه‌های ملی.^۱

۲-۲- پاسخ اعضای عهدنامه‌ی نیویورک به توصیه‌نامه‌ی آنسیترال

پاسخ کشورها (به عنوان عضو عهدنامه) به توصیه‌نامه‌ی آنسیترال از دو جهت اهمیت دارد: ماده ۳۱ عهدنامه حقوق معاهدات (۱۹۶۹) در مقام بیان قاعده کلی تفسیر عهدنامه و پس از بیان لزوم تفسیر معاهدات مطابق با حسن نیت و منطبق با معنای معمولی که باید به اصطلاحات آن در سیاق عبارت و در پرتو موضوع و هدف معاهده داده شود، در بند سوم بیان داشته است: «همراه با سیاق عبارت، این موارد نیز به حساب خواهند آمد: (الف) هرگونه توافق بعدی بین طرف‌های معاهده در خصوص تفسیر معاهده یا اعمال مقررات آن؛ (ب) هر رویه‌ی بعدی در اعمال معاهده که توافق طرف‌های معاهده در خصوص تفسیر آن را تثبیت نماید».^۲ بنابر این در صورتی که اعضای عهدنامه‌ی نیویورک رویه‌ی خاصی را در رابطه با تفسیر عهدنامه‌ی نیویورک بر مبنای توصیه‌نامه‌ی آنسیترال اتخاذ نمایند، چنین رویه‌ای الزام‌آور تلقی خواهد شد.

پس از تصویب توصیه‌نامه‌ی آنسیترال کشورهای گوناگونی به امکان توجه به این سند در راستای تفسیر عهدنامه‌ی نیویورک پاسخ دادند. کشورهای استرالیا، جمهوری چک، آلمان، ایران، مالزی، جمهوری کره، صربستان، آرژانتین، بحرین، السالوادور، لتونی، هلند، پاراگوئه، اسپانیا، ترکیه، الجزایر و گواتمالا، رویکرد مثبت خود را در این رابطه بیان نموده‌اند.^۳

^۱ در رابطه با مذاکرات صورت گرفته نسبت به انتخاب عنوان این سند مبنی بر به‌کارگیری اصطلاح اعلامیه (Declaration) یا توصیه‌نامه (Recommendation) و همچنین مخاطب چنین سندی، ببینید:

Working Group Report, UNCITRAL document A/CN.9/485, reproduced in The UNCITRAL Yearbook XXXI (2001) Part Two, III, A, para. 66.

^۲ Article 31 (3): 'There shall be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation'; Landau, op. cit. (no. 4 above), pp. 239ff.

^۳ برای مطالعه‌ی متن کامل پاسخ کشورهای فوق، مراجعه کنید:

UNCITRAL Secretariat Note, UNCITRAL documents A/CN.9/661 and add. 1-3.

در بند سوم از پاسخ چهاربندی ایران (که در اولین سند فوق آمده)، چنین بیان گردیده است:

نتیجه‌گیری

عهدنامه‌ی نیویورک دامنه‌ی شمول خود را تنها شامل قراردادهایی دانسته که دارای شرایط (اعتبار) ماهوی بر طبق قانون حاکم بر قرارداد داوری و دارای شرایط شکلی بر طبق خود عهدنامه باشند که عبارت از این است که قرارداد داوری باید به صورت «توافق کتبی» باشد که به امضای طرفین رسیده یا در تبادل نامه‌ها یا تلگرام‌ها موجود باشد. رویه‌ی کشورهای عضو عهدنامه، در طول گذشت بیش از پنجاه سال از حیات عهدنامه، به خوبی اختلاف در تفسیر این شرایط شکلی را نشان می‌دهد.

عهدنامه، قراردادهای منعقد به صورت شفاهی یا ضمنی را دربر نمی‌گیرد و در رابطه با شمول آن بر سایر قراردادهای داوری مانند قرارداد داوری از طریق ارجاع کلی و یا استفاده از وسایل نوین ارتباطی، محل تردید وجود دارد و دو دیدگاه مختلف میان اعضای عهدنامه شکل گرفته است: یک دسته کشورهای هستند که ماده ۲(۲) عهدنامه را به نحو منعطف و مطابق با نیازهای عرف تجاری تفسیر می‌کنند و در مقابل کشورهای که تفسیر بسیار مضیق و محدودی را از ماده فوق به عمل آورده‌اند. هرچند که ممکن است تفسیر منعطف عهدنامه بر پایه‌ی اصول کلی عهدنامه یعنی تسهیل شناسایی قرارداد داوری و تسهیل شناسایی و اجرای رأی داوری توجیه‌پذیر باشد.

بر پایه‌ی تفسیر منعطف عهدنامه، وسایل ارتباطی «نامه» و «تلگرام» در ماده ۲(۲) را می‌توان از باب تمثیل محسوب نمود و بر اساس آن قراردادهای داوری که از طریق سایر وسایل ارتباطی تشکیل شده‌اند را تا جایی که یک «توافق کتبی» بر آن‌ها اطلاق شود، مورد پذیرش قرار داد. همچنین باید در نظر داشت که رویه‌ها و نظریاتی در حال شکل‌گیری است که مبین آن است که ماده ۲(۲) عهدنامه‌ی نیویورک بیان‌کننده‌ی حداکثر شروط شکلی قرارداد داوری بوده و کشورهای عضو عهدنامه می‌توانند در قوانین خود شروط شکلی قرارداد داوری را کم‌تر و یا به

‘The Islamic Republic of Iran is accordingly of the view that although the Iranian law recognizes that the arbitration agreement may be concluded in different manners and forms, it needs to be proved by sufficient and clear evidence that a valid and binding agreement is in fact concluded between the parties to refer to arbitration. This being said, we believe that the sweeping language of the proposed article II, paragraph 2 of the New York Convention needs to be qualified to indicate that the arbitration agreement must be proved to have been properly concluded. To this end, it should be reaffirmed that the circumstances described in article II, paragraph 2, of the Convention are not exhaustive, “to the extent that they are supported by convincing evidences, indicating the existence of such agreement” This is based on the notion that there must be sufficient proof of the parties’ mutual agreement to arbitrate’.

طور کلی حذف نمایندد و لذا در این صورت امکان شناسایی قرارداد داوری فاقد شروط شکلی مقرر در ماده ۲(۲) عهدنامه می‌تواند بر پایه حقوق داخلی کشورها و با استناد به ماده ۷(۱) عهدنامه صورت پذیرد.

منابع

1. Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, 1st edn., Kluwer Law International, 2009.
2. Di Pietro, Domenico & Martin Platte, *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Arbitration Convention of 1958*, Cameron May, 2001.
3. Gaillard, Emmanuel, Domenico Di Pietro, & Nanou Leleu-Knobil (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Cameron May, 2008.
4. Kronke, Herbert & Others (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010.
5. Lew, Julian, Loukas Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
6. Poudret, Jean-Francois & Sebastian Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Stefan Berti & Annette Ponti (trs.), 2nd edn., Sweet & Maxwell, 2007.
7. Van Den Berg, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation 1981.
8. Wolf, Reinmar (ed.), *New York Convention, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958: Commentary*, C.H. Beck & Hurt Publishing, 2012.