

قرارداد با داور

(مقاله علمی - پژوهشی)

محسن سلیمی*

بهنام انصافی آذر**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۲۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۲/۱۴

چکیده

اگر چه داوری یک شیوه قراردادی حل اختلاف است، کارکردی قضایی دارد. این کارکرد قضایی از طریق تحمیل «رأی» داور به عنوان قاضی خصوصی، به طرفین اختلاف جلوه‌گر می‌شود. ورود داور به فرایند داوری مستلزم ایجاد یک رابطه قراردادی میان او و طرفین اختلاف است. پیمانی را که داور و متنازعیین برای قرار دادن تعهد به حل اختلاف بر عهده او منعقد می‌نمایند، «قرارداد با داور» می‌نامیم. این قرارداد که حداقل در حقوق ایران چه از حیث تقنینی و چه از حیث دکترین حقوقی کمتر مورد توجه قرار گرفته، مبدأ عزیمت داور به فرایند داوری و مداخله او در فصل خصومت بوده و برای داور از یک سو و طرفین اختلاف از سوی دیگر، حقوق و تعهداتی را به همراه خواهد داشت. به موجب این رابطه قراردادی، داور در برابر طرفین اختلاف متعهد به ختم نزاع و فصل خصومت میان آنها می‌شود. اصحاب داوری نیز در برابر این عمل، به او حق الزحمه می‌پردازند. مسئله اصلی این پژوهش، تحلیل این رابطه حقوقی ناشناخته از نگاه حقوق قراردادهای و تعهدات است. در این مسیر باید دید طرفین این رابطه چه کسانی هستند و آیا موضوع و ماهیت آن بر قالب‌های از پیش تعیین شده قانون مدنی قابل انطباق است یا آنکه خود حاوی طرحی نو و مجزاست. با تحلیل رابطه حقوقی میان داور و طرفین اختلاف می‌توان بر این باور بود که این رابطه قراردادی از تلاقی اراده حداقل سه شخص تشکیل گردیده، موضوع آن التزام به حل اختلاف در برابر حق الزحمه معین بوده و نهایتاً آنکه این قرارداد واجد ماهیتی ویژه با اوصاف مخصوص به خود است.

کلید واژگان:

قرارداد داوری، تعهد داور، حل و فصل اختلاف، قرارداد با داور.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد شیراز

mohsenalimi68@gmail.com

** استادیار، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد شیراز (نویسنده مسئول)

ensafy@gmail.com

مقدمه

داوری یک شیوه حل اختلاف توافقی مبتنی بر اراده و وجه تمایز آن با رسیدگی دادگاهها آن است که در داوری، طرفین اختلاف، داور را خود با اراده و اختیار برمی‌گزینند. توافقی بودن داوری مقتضی آن است که انجام داوری و حل اختلاف توسط داور نیز به خواست و اراده او باشد. پس داور نیز باید با میل و رضایت، انتصاب خویش را پذیرفته، مبادرت به حل اختلاف نماید. انتصاب داور از سوی طرفین اختلاف و پذیرش داوری از جانب او، موجب شکل‌گیری یک رابطه قراردادی است که با عنوان «قرارداد با داور»^۱ شناخته می‌شود. این رابط حقوقی و قراردادی که گهگاه از آن با عنوان «قرارداد داوری»^۲ یاد می‌شود،^۳ منشأ ورود داور به فرایند داوری و ایجاد حقوق و تکالیفی برای او در راستای رسیدگی و حل و فصل یک اختلاف معین است. در واقع این قرارداد تنظیم‌کننده روابط حقوقی میان طرفین اختلاف از یک سو و داور از سوی دیگر است. قلمرو موضوعی این مقاله نیز محدود به همین رابطه حقوقی است و تحلیل رابطه قراردادی میان طرفین اختلاف در دامنه موضوعی این پژوهش جایگاهی ندارد. در حقوق ایران اخیراً برخی نویسندگان مبنای قرارداد داور، انواع آن و نهایتاً تفاوت پیمان مذکور با موافقت‌نامه داوری را مورد مذاقه قرار داده‌اند،^۴ متنها اهمیت و نوآوری پژوهش حاضر نسبت به تحقیقات پیشین از آن نظر است که در این مقاله ساختمان فنی رابطه قراردادی میان داور و طرفین اختلاف و همچنین ماهیت حقوقی آن با نگاه انطباق یا عدم انطباق این جوانب حقوقی با قواعد راجع به عقود معین و

۱. بدین جهت اصطلاح «قرارداد با داور» در برابر عبارت «Arbitrator's Contract» قرار گرفته است که مفهوم آن را بیش از اصطلاح «قرارداد داور» نمایان می‌کند. والا قرارداد موضوع بحث این مقاله همان رابطه قراردادی است که برخی از محققین حقوق ایران از آن با عنوان «قرارداد داور» یاد نموده‌اند. رک: کاکاوند، محمد، *مقدمه‌ای بر حقوق و رویه داوری*، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۴، ص ۳۸۰.

2. Arbitration Contract

۳. صرف‌نظر از اینکه توافق ارجاع اختلاف به داوری به صورت شرط ضمن عقد باشد یا یک قرارداد مستقل، شاید بتوان گفت یکی از علل مشهور شدن قرارداد ارجاع اختلاف به داوری با عنوان «موافقت‌نامه داوری» (Arbitration Agreement) آن است که در حقوق برخی از کشورها از جمله انگلستان گاهاً توافق میان داور و طرفین اختلاف را «قرارداد داوری» می‌نامند و به دلیل متمایز نمودن رابطه قراردادی میان طرفین اختلاف یا یکدیگر و رابطه حقوقی بین داور و طرفین اختلاف قرارداد ارجاع به داوری با عنوان «موافقت‌نامه داوری» مشهور شده است.

4. Born, Gary B, *International Arbitration: Law and Practice*, 2nd edition, Wolters Kluwer, 2015: p 99.

۵. خاکپور، احد، ربیعا اسکینی و محمدعلی بهمنی، *قرارداد داور*، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۸، شماره ۱۰۷.

قواعد عمومی قراردادها بسط و توسعه یافته است؛ این امر تا آنجا که نگارندگان اطلاع دارند، تاکنون در حقوق ایران بدان پرداخته نشده است. در این راستا آنچه مبهم می‌نماید، آن است که آیا این قرارداد حلقه ارتباط داور با قرارداد ارجاع اختلاف به داوری است و با انعقاد آن داور به موافقت‌نامه منعقد شده میان متنازعی ملحق می‌شود یا آنکه توافقی است مجزا و دارای حیاتی مستقل؟ موضوع این رابطه قراردادی چیست؟ از حیث ماهیت، آیا این قرارداد می‌تواند منطبق بر یکی از قالب‌های پیش‌ساخته قراردادی باشد یا آنکه خود دارای قالب و ماهیتی مستقل است؟ پرداختن به این مسائل در رابطه قراردادی میان داور و طرفین اختلاف از این حیث واجد اهمیت است که عدم تنظیم صحیح این رابطه حقوقی ممکن است منجر به ابطال رأی داور شود. افزون بر این، در نوشته‌های حقوقی حوزه حقوق داوری و به‌طور خاص در کشور ما، اغلب رابطه قراردادی میان طرفین اختلاف مورد مذاقه قرار گرفته و بررسی توافق میان طرفین اختلاف با داور با بی‌اعتنایی مواجه شده است. بر این اساس، در این پژوهش ابتدا طرفین قرارداد(بند نخست) را مورد مذاقه قرار داده و پس از آن به موضوع این رابطه قراردادی(بند دوم) خواهیم پرداخت و نهایتاً ماهیت حقوقی (بند سوم) این پیمان را مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

۱. طرفین قرارداد

قرارداد با داور میان طرفین اختلاف از یک سو و داور از سوی دیگر منعقد گردیده و التزام داور به حل و فصل اختلاف از جمله آثار اصلی آن است. در واقع طرفین موافقت‌نامه داوری^۱، خود، یکی از طرفین قرارداد با داور خواهند بود که تلاقی اراده آنان و داور، قرارداد با داور را می‌سازد. اگر چه این عقیده وجود دارد که با انعقاد این قرارداد، داور طرف موافقت‌نامه داوری می‌شود^۲ و این قرارداد دوجانبه^۳ به یک قرارداد سه‌جانبه^۴ تبدیل می‌گردد،^۵ ولی پذیرش این دیدگاه به نظر دشوار می‌نماید؛ چرا که اساساً موضوع این دو قرارداد مجزا از یکدیگر است. در

۱. موافقت‌نامه یا قرارداد داوری توافقی است میان طرفین اختلاف که به موجب آن طرفین متعهد می‌شوند اختلاف خویش را به جای دادگاه نزد داور برند. در حالت عادی داور نسبت به این قرارداد ثالث تلقی می‌شود.

۲. لیو، جولیان دی ام، میستلیس، لوکاس ای و کرول، استفان ام، *داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی*، ترجمه محمد حبیبی مجنده، تهران: انتشارات دانشگاه مفید، ۱۳۹۱، ص ۳۹۲.

3. Bilateral

4. Trilateral

5. Onyema, Emilia, *International Commercial Arbitration and Arbitrator's Contract*, London: Routledge, 2010:p 63.

موافقت‌نامه داوری، طرفین متقابلاً در برابر یکدیگر متعهد به ارجاع اختلاف به داوری می‌شوند، حال آنکه موضوع قرارداد با داور نه ارجاع اختلاف به داوری که انجام داوری در برابر حق الزحمه معین تحت شرایط مقرر نظیر مهلت توافق شده است. هدف از انعقاد قرارداد اخیر در واقع صدور رأی داوری است که واجد اعتبار امر مختوم^۱ بوده و حقوق ماهوی طرفین اختلاف را تأیید نموده یا بر آنها اثر می‌گذارد.^۲ حتی در فرضی که موافقت‌نامه داوری از نوع مقید باشد، نیز قبول داور، او را طرف موافقت‌نامه داوری قرار نمی‌دهد؛ زیرا اگر ماهیت چنین عمل حقوقی‌ای را تعهد به فعل ثالث بدانیم،^۳ باز هم پذیرش این تعهد توسط داور موجب انعقاد قرارداد جدیدی (قرارداد با داور) می‌شود که متمایز از موافقت‌نامه داوری است.^۴ بنابراین حتی اگر در موافقت‌نامه داوری داور هم معین شده باشد، باز هم داور طرف چنین قراردادی نیست و در این فرض دو توافق‌نامه مجزا ضمن یک سند تنظیم شده است.^۵ جدایی این دو قرارداد تا بدانجاست که حتی برخی در فرضی که موافقت‌نامه داوری حاوی شرط تعیین داور و قلمرو اختیار اوست، قاعده استقلال شرط داوری را برای جدایی این شرط از موافقت‌نامه داوری قابل اعمال می‌دانند.^۶ به هر ترتیب، قرارداد با داور به تبع موافقت‌نامه داوری منعقد می‌شود^۷ و حتی پاره‌ای از نویسندگان انعقاد قرارداد با داور را تعهد اصلی طرفین در موافقت‌نامه داوری قلمداد نموده و سایر تعهدات را فرع بر آن دانسته‌اند.^{۸، ۹}

1. Res Judicata

2. Delvolve, Jean-Louis, Pointon, Gerald H. and Rouch, Jean, *French Arbitration Law and Practice, A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2009:p 58.

۳. به نظر می‌رسد چنانچه در قرارداد داوری، داور نیز تعیین شده باشد، این امر به منزله آن است که طرفین قرارداد اقدام به امری را بر عهده ثالثی نهاده‌اند که در قرارداد نقشی نداشته است. در حقوق ما از این رابطه حقوقی تحت عنوان «تعهد به فعل ثالث» یاد می‌شود و مستند آن تعریف شرط فعل مقرر در ماده ۲۳۴ قانون مدنی است.

۴. در تعهد به فعل ثالث قبول ثالث موجب انعقاد عقد جدیدی است که طرفین آن عبارت‌اند از: طرفین قرارداد اصلی و ثالث (السنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدني الجديد*، ترجمه محمد حسین دانش کیا و سید مهدی دادمزی، قم: انتشارات دانشگاه قم، ۱۳۸۲، ص ۴۰۳). برخی اساتید نامور حقوق ما نیز رابطه حقوقی ناشی از تعهد به فعل ثالث را یک معامله فضولی دانسته‌اند که با تنفیذ ثالث به عقدی معتبر تبدیل می‌شود (کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، ص ۱۵۸). در هر صورت شکی نیست که قبول ثالث موجب تشکیل قرارداد جدیدی است که در حقوق داوری از آن با عنوان «قرارداد داور» یاد می‌شود.

5. Onyema, Opcite:p 61.

6. Ibid.

۷. در فرضی که طرفین بدون توافق کتبی مستقیماً با داور مبادرت به انعقاد قرارداد داور می‌نمایند، این امر به طور ضمنی می‌تواند به منزله پذیرش ارجاع اختلاف به داوری توسط طرفین اختلاف تلقی شود.

۸. در تأیید این دیدگاه برخی ابراز داشته‌اند که قرارداد داور در راستای تعهد طرفین که از موافقت‌نامه داوری ناشی می‌شود، منعقد می‌گردد. Lionnet, Ibid: p 164.

۹. یوسف‌زاده، مرتضی، *آیین داوری*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۷۴.

۲. موضوع قرارداد

قرارداد با داور غالباً یک قرارداد دو تعهدی است که موضوع آن حل اختلافات ناشی از یک رابطه حقوقی است. به موجب این قرارداد، تعهد داور به «حل و فصل اختلاف»^۱ در برابر تعهد طرفین اختلاف به پرداخت حق الزحمه^۲ یا حق الحکمی^۳ قرار می‌گیرد. پرسشی که در این میان مطرح می‌شود، آن است که مفهوم حل اختلاف به عنوان موضوع قرارداد با داور چیست؟ و چه زمانی می‌توان گفت موضوع این قرارداد انجام شده و یا به تعبیر بهتر، اختلاف حل شده است. از یک سو داوری یک شیوه توافقی حل اختلاف است و در شیوه‌های توافقی شخص سوم بی‌طرف از قدرت تصمیم‌گیری راجع به اختلاف برخوردار است. به دیگر سخن در این شیوه‌ها، حل اختلاف به یک شیوه قضایی صورت می‌گیرد و حتی می‌توان گفت مهم‌ترین خصیصه شیوه‌های توافقی از جمله دادرسی و داوری آن است که در آنها دادرسی و داور این قدرت و اختیار را داراست که نظر خویش را تحت عنوان «رأی» بر متنازعين تحمیل نماید. در داوری این قدرت را طرفین اختلاف از طریق انعقاد موافقت‌نامه داوری به داور اعطا می‌نمایند.^۳ از سوی دیگر، وفای به عهد از جانب داور علی‌القاعده در ختم فرایند داوری تبلور می‌یابد. اغلب قوانین داوری کشورهای مختلف جهان و همچنین قواعد داوری سازمان‌های داوری شیوه معمول خاتمه داوری را صدور «رأی نهایی»^۴ توسط داور دانسته‌اند.^۵ در رسیدگی دادگاه‌ها نیز به دلیل توافقی بودن آن، با صدور رأی توسط دادرسی علی‌القاعده التزام او به رسیدگی خاتمه یافته و حتی به موجب قاعده

1. Dispute Settlement

2. Remuneration

۳. دلیل این مدعا از یک نتیجه ساده حاصل می‌شود: اگر موافقت‌نامه داوری نامعتبر باشد، مانع صلاحیت دادگاه ملی از بین رفته و خواهان می‌تواند نزد دادگاه ملی اقامه دعوا نماید.

4. Ibid.

5. Final Award

۶. علت تأکید بر نهایی بودن رأی آن است که در اغلب فرایندهای داوری تجاری و سرمایه‌گذاری بین‌المللی یک «رأی مقدماتی» (Preliminary) که عموماً راجع به صلاحیت (Award on Jurisdiction) است، صادر می‌شود.

۷. به عنوان نمونه ن. ک: ماده ۴۸ قواعد و آیین داوری مرکز داوری اتاق ایران، ماده ۳۰ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی اصلاحی ۲۰۱۲، ماده R-۴۵ قواعد داوری انجمن داوری آمریکا اصلاحی ۲۰۱۳، ماده ۲۶ قواعد داوری دادگاه داوری بین‌المللی لندن، ماده ۳۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ و ماده ۴۶ قانون داوری انگلستان مصوب ۱۹۹۶.

«فراغ دادرس»^۱ دیگر صلاحیت و اختیاری برای دخالت در دعوا و رأی صادره ندارد. نتیجه آنکه، در داوری مفهوم «حل اختلاف» با «صدور رأی» گره خورده است و می‌توان مدعی شد، آنچه را که داور در داوری به عهده می‌گیرد و موضوع قرارداد با داور واقع می‌شود، همان صدور رأی نهایی است. منتها صدور رأی به تنهایی مقصود طرفین از مراجعه به داور را برآورده نمی‌کند. در واقع صرف صدور بدون آنکه این تصمیم نهایی به طرفین ابلاغ یا تسلیم شود، عملاً داوری را بیهوده جلوه‌گر می‌نمایاند. به‌علاوه آزادی اراده طرفین اختلاف در داوری اهمیت این موضوع را دو چندان می‌نماید. به همین خاطر ماده ۴۸۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «چنانچه طرفین در قرارداد داوری طریق خاصی برای ابلاغ رأی داوری پیش‌بینی نکرده باشند، داور مکلف است رأی خود را به دفتر دادگاه ارجاع‌کننده دعوا به داوری یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد، تسلیم نماید. دفتر دادگاه اصل رأی را بایگانی نموده و رونوشت گواهی‌شده آن را به دستور دادگاه برای اصحاب دعوا ارسال می‌دارد». افزون بر این بند ۴ ماده ۴۸۹ همان قانون صدور و تسلیم رأی پس از مدت داوری را یکی از موجبات بطلان رأی داوری قلمداد نموده است. در واقع اگر داور یا داوران قواعد ابلاغ رأی را حتی در مورد صحیح‌ترین رأی نیز رعایت ننمایند، متهم به نقض قرارداد خواهند شد.^۲ باری، باید بر آن بود که صدور و تسلیم رأی،^۳ هر دو از تعهدات داور است و تا زمانی که جز اخیر به درستی انجام نشده است، داور به عهد خویش وفا نکرده و مسئول است.^۴

۱. بر مبنای این قاعده، قاضی پس از صدور حکم دیگر حق تغییر آن را ندارد، حتی اگر تغییر آن مقرون به رضایت طرفین دعوا باشد (شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲، دوره پیشرفته، تهران: دراک، ۱۳۸۷، ص ۲۱۴).

۲. خدابخشی، عبدالله، *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ص ۴۳۱.

۳. تسلیم را نباید با ابلاغ رأی یکسان دانست. ابلاغ آگاه نمودن مخاطب از مفاد برگ قضایی طبق تشریفات قانونی است (شمس، پیشین، ص ۷۸). حال آنکه تسلیم ناظر به تحویل فیزیکی رأی است. ابلاغ از طریق مأمور ابلاغ یا سیستم رایانه‌ای با تشریفات ویژه‌ای انجام می‌شود، اما تسلیم یک امر فیزیکی و بدون تشریفات است. رابطه منطقی تسلیم و ابلاغ عموم و خصوص مطلق بوده و تسلیم اعم از ابلاغ است.

۴. ابلاغ یا تسلیم رأی غالباً در داوری‌های موردی ایجاد اشکال می‌کند. والا در داوری‌های سازمانی به‌طور معمول ابلاغ رأی به عهده سازمان داوری (و نه داور) است و این امر به دلیل وجود قواعد از پیش تعیین شده در این خصوص، به سهولت انجام می‌شود.

۵. آنچه در خصوص موضوع تعهد داور بیان شد، ناظر به تعهد قراردادی او و در موارد غالب است. در مواردی که در رأی داور سهو قلم رخ دهد، به حکم ماده ۴۸۷ قانون آیین دادرسی مدنی که ناظر به ماده ۳۰۹ همان قانون می‌باشد، حتی پس از اتمام مدت داوری نیز داور یا داوران ملتزم به تصحیح رأی می‌باشند.

منتها، قانون و گاه اراده طرفین چگونگی دست یازیدن به موضوع قرارداد یا اجرای تعهد داور را مشخص نموده و می نمایند. داور مکلف است بی طرفانه و با استقلال کامل و همچنین با رعایت اصل تناظر^۱ و احترام به الزامات شکلی و ماهوی قانون حاکم بر داوری تعهد خویش را ایفا نموده، مبادرت به صدور رأی نماید. باری، موضوع قرارداد با داور حل و فصل اختلاف است که با صدور رأی توسط او، موضوع نامبرده انجام شده تلقی خواهد شد.^۲ هم راستا با قواعد عمومی قراردادها این موضوع باید در قرارداد با داور معین شده (بند سوم ماده ۱۹۰ قانون مدنی) و برخلاف قواعد عمومی، داور شخصاً باید توان انجام آن را داشته باشد.^۳ تعیین موضوع اختلاف در موافقت نامه داوری اغلب با تعیین رابطه حقوقی منشأ اختلاف صورت می گیرد. در قرارداد با داور نیز مشخص نمودن رابطه حقوقی منشأ اختلاف برای صحت آن کافی است، به ویژه آنکه در مواردی که موضوع تعهد انجام کار مشخصی است، علم اجمالی بدان کفایت می کند.^۴

۳. ماهیت قرارداد

قرارداد با داور موجب ایجاد یک رابطه قراردادی میان داور و طرفین اختلاف است و منشأ حقوق و تکالیفی برای آنهاست. بسته به ماهیت این قرارداد می توان چهار چوب حقوقی تعهدات و حقوق ناشی از آن را تعیین نمود. پس باید دید ماهیت حقوقی این رابطه قراردادی چیست و

۱. اصل توافقی بودن که برخی آن را اصل تقابل یا تقابلی بودن نام نهاده اند، بدین مفهوم است که طرفین دادرسی می بایست از وجود ادعاها و دفاعیات و ادله مبنا و مستند آنها آگاهی یافته و درباره آن مجادله و گفتگو نمایند (محسنی، حسن، *اداره جریان دادرسی مدنی، بر پایه ی همکاری و در چارچوب اصول دادرسی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹، ص ۲۴۴).

۲. باید دانست که چنانچه در رأی داور سهو قلم رخ داده باشد و یا به علتی دیگر رأی نیازمند تصحیح باشد، مستنداً به ماده ۴۸۷ قانون آیین دادرسی مدنی که ناظر به ماده ۳۰۹ همان قانون می باشد، داور مکلف به تصحیح آن است. بنابراین می توان گفت تحت شرایط مواد یاد شده، پس از صدور رأی، به نوعی تعهد به تصحیح رأی بر عهده داور باقی می ماند.

۳. موضوع تعهد داور ماهیتاً انجام یک فعل معین است. مطابق قواعد عمومی کار موضوع تعهد باید قابلیت انجام داشته باشد و انجام کار نامقدور نمی تواند موضوع التزام واقع شود. معیار تشخیص مقدور بودن کار موضوع تعهد عرف و امکان انجام آن به وسیله دیگران است (کاتوزیان، پیشین، ص ۲۱۰). علاوه بر این قاعده کلی آن است که نامقدور بودن کار مورد تعهد باید ناشی از طبیعت آن کار باشد نه وضع ویژه متعهد (همان، ص ۲۱۱). منتها تعهد داور در این میان وضعی ویژه دارد و به جهت قایم به شخص بودن آن توان انجام در شخص داور شرط صحت آن است.

۴. همان، ص ۲۰۹.

این قرارداد داخل در کدام یک از روابط توافقی پیش ساخته حقوقی قرار می‌گیرد. نویسندگان حقوقی و رویه قضایی برخی کشورها به طور کلی سه دیدگاه را در این خصوص مطرح نموده‌اند:

۳.۱. قرارداد نمایندگی^۱

بر مبنای این نظر، داور نایب طرفین اختلاف بوده و به نمایندگی از آنان راجع به اختلاف اتخاذ تصمیم می‌کند.^۲ این دیدگاه که سابقاً مورد حمایت نویسندگان حقوق سوئیس بوده و در مقابل دادگاه‌های فرانسه از پذیرش آن امتناع نموده‌اند،^۳ بر این مبنا استوار است که قرارداد داور یک قرارداد وکالت و اعطای نمایندگی است و به موجب آن داور به عنوان وکیل متنازعیین اختلاف میان آنان را حل می‌نماید. عقد وکالت عبارت است از آنکه یک شخص (موکل) به دیگری (وکیل) اختیار می‌دهد تا یک یا چند عمل حقوقی را به نام و حساب اختیاردهنده انجام دهد.^۴ وکالت ممکن است رایگان بوده یا آنکه موکل متعهد به پرداخت دستمزد وکیل گردد.^۵ در قرارداد با داور نیز طرفین اختلاف به داور اختیار انجام عمل حقوقی یعنی حل و فصل اختلاف را می‌سپارند. بی‌گمان داور نیز می‌تواند به رایگان فصل خصومت نموده یا آنکه از متنازعیین تقاضای دستمزد نماید. از این رو نه در عقد وکالت و نه در قرارداد با داور تعیین حق الزحمه شرط صحت این دو قرارداد نبوده و برخلاف عقود معوض می‌توان یکی از دو مورد این عقود را مبهم گذارد. به رغم این شباهت‌ها در ساختمان فنی این عقود، حقیقتاً نمی‌توان ماهیت این دو رابطه قراردادی را یکسان پنداشت. چراکه وکالت باید در اموری داده شود که خود موکل توان انجام آن را داشته باشد (ماده ۶۶۲ ق.م). حال آنکه اگر طرفین خود توان حل اختلاف خویش را داشتند، هیچگاه عنان اختلاف را به ثالث نمی‌سپردند.^۶ افزون بر این، وکیل در انجام مورد وکالت باید

1. Agency Contract

2. Onyema, Ibid: p 104.

3. Gaillard and Savage, Ibid: p 605.

۴. کاشانی، سید محمود، *قراردادهای ویژه*، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۴، ص ۱۸۴.

۵. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۹۲، ص ۱۷۳.

۶. از نقطه نظر داور، از آنجایی که یکی از اوصاف داور «ثالث» بودن اوست، اساساً طرفین منازعه خود نمی‌توانند به عنوان داور ادعای خویش را مورد رسیدگی قرارداد داده و حل اختلاف نمایند. از آثار این وصف آن است که حتی نمی‌توان تعیین داور را به یکی از طرفین قرارداد محول نمود و چنین توافقی باطل است (خدابخشی، پیشین، ص ۲۳۳). رویه قضایی نیز این امر را تایید نموده است. به عنوان نمونه در دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۵۱۱۳۰۰۹۷۴ به تاریخ ۸۹/۸/۱۱ صادره از شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد در این خصوص آمده است: «... نظر به اینکه ←

مصلحت موکل را رعایت نماید (ماده ۶۶۷ ق.م)؛ درحالی که داور در مقام ختم نزاع باید به ندای عدالت گوش فرا دهد، حتی اگر برخلاف مصلحت یکی از طرفین باشد. به علاوه وکیل دانستن داور در تضاد با اصول مهم استقلال و بی طرفی او در داوری است. از سوی دیگر، اگر چه داوری یک رابطه قراردادی است، هدف آن قضایی می باشد. حال آنکه موضوع اصلی قرارداد نمایندگی اعطای قدرت و اختیار نمایندگی و جانشینی است.^۱ باری، داور قاضی طرفین است و قرارداد با داور به او قدرت تصمیم گیری قضایی راجع به اختلاف اعطا می نماید. پس وظیفه او قضاوت و داوری است نه اعمال نیابت و جانشینی.

۳.۲. قرارداد ارائه خدمت^۲

برخی قرارداد با داور را نوعی از قراردادهای خدماتی دانسته، معتقدند داور منفعت ناشی از دانش و تجربه خویش و خدماتی همانند تحقیق راجع به پرونده، برگزاری جلسات استماع و حصول یک نتیجه معین را به طرفین ارائه می دهد.^۳ خدمات داور در این خصوص نوعی خدمات ذهنی است که بر مبنای قرارداد خدماتی داور در برابر حق الزحمه معین به طرفین ارائه می شود.^۴ اینان معتقدند بدین دلیل که هدف قرارداد با داور گسترده تر از اعطای نمایندگی است، وظایف داور را باید به عنوان یک مجموعه خدمات تلقی نمود و قرارداد با داور را نیز باید در زمره قراردادهای خدماتی دانست.^۵ از منظر حقوق ایران در میان عقود معین مصرح در قانون مدنی این دیدگاه از حیث ماهیت با عقد اجاره اشخاص سازگار است.^۶ اجاره اشخاص یک عقد معوض است که به موجب آن شخصی در برابر اجرت معین ملتزم می شود کاری را انجام دهد.^۷ به حکم مواد

→ داوری به عنوان نهادی برای حل و فصل اختلاف، در حالتی تصور می شود و تحقق می یابد که شخص ثالث غیر از طرفین اختلاف بین آنها داوری و حکمیت نماید و این امر به وضوح از مواد مربوط به داوری در قوانین موضوعه مستفاد می گردد...» (همان، ص ۲۳۴). در حقیقت این یک قاعده جهان شمول است که هیچ کس نمی تواند قاضی اعمال خویش باشد.

1. Frank, Ibid: p 6.
2. Contract for Provision of Service
3. Gaillard and Savage, Ibid.
4. Ibid.
5. Onyema, Ibid: p 163.

۶. خورسندیان، محمدعلی و میلاد امیری، **مطالعه تطبیقی تعهدات طرفین قراردادهای خدمات در حقوق ایران و اروپا**، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، ۱۳۹۷، شماره ۱، ص ۱۷۳.

۷. کاتوزیان، پیشین، ۱۳۸۴، ص ۶۶۷.

۴۶۶ و ۴۶۷ قانون مدنی با انعقاد قرارداد اجاره اشخاص مستأجر مالک منافع اجیر می‌شود. در این قرارداد هدف طرفین مبادله دو تعهد است؛ به نحوی که میان آنها رابطه‌ای همانند رابطه بیع و ثمن ایجاد گردد.^۱ التزام داور به حل و فصل اختلاف از حیث ماهیت نوعی تعهد به انجام فعل است.^۲ از این رو در قرارداد با داور نیز همانند اجاره اشخاص، داور در برابر حق الزحمه ملتزم به انجام کاری می‌شود. با وجود این، پیمان میان داور و طرفین اختلاف را نمی‌توان اجاره اشخاص دانست و داور را اجیر و متنازعین را مستأجر قلمداد نمود. علت آن است که این دو قرارداد از حیث فنی با یکدیگر مطابقت ندارد و همان‌گونه که خواهیم دید، برخلاف قرارداد اجاره اشخاص، میان عمل داور و حق الزحمه او رابطه معاوضی و تقابلی وجود ندارد و داور می‌تواند به رایگان فصل خصومت نماید. حال آنکه در اجاره اشخاص عدم توافق بر اجرت اجیر یا ترازی بر رایگان بودن عمل او ماهیت پیمان را دگرگون ساخته، گاه موجب بطلان عقد است.^۳ در نتیجه نه قرارداد با داور را می‌توان قرارداد خدماتی دانست و نه داور را خادم، مستخدم یا اجیر طرفین اختلاف قلمداد نمود. فی‌الواقع داور با حل اختلاف، در حقوق آنان دخالت نموده، با صدور رأی الزام‌آور آنان را ملزم به احترام و رعایت نظر خود می‌کند نه آنکه خدمت مورد خواست و تمایل طرفین را ارائه دهد. رأی داور نتیجه یک قضاوت است که به وسیله یک دیوان خصوصی انجام شده و حقوق و تعهدات طرفین یا یکی از آنها را تأیید کرده، تغییر می‌دهد یا به طریق دیگری این حقوق و تکالیف را تحت تأثیر قرار می‌دهد.^۴

۳.۳. قرارداد ویژه^۵

عدم تطابق قرارداد با داور با قراردادهای نمایندگی و خدماتی این اندیشه را شکل داده است که قرارداد نامبرده یک قرارداد ویژه با اوصاف و شرایط مخصوص به خود بوده و دارای ماهیتی مستقل است. این دیدگاه که ظاهراً مورد استقبال بیشتری قرار گرفته است، بر این مبناست که قدرت تصمیم‌گیری داور راجع به اختلاف به‌طور اساسی قرارداد با داور را از قراردادهای خدماتی و

۱. همان، ص ۵۷۱.

۲. میرشکاری، عباس و محسن سلیمی، **موضوع و ماهیت تعهد داور**، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۸، ۱۳۹۷، شماره ۴، ص ۷۴۴.

۳. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۹۰، ص ۱۱۷.

۴. Frank, Ibid.

۵. Sui generis Contract

نمایندگی متمایز نموده، این قرارداد بر اجرای یک وظیفه قضایی تکیه دارد.^۱ دقت در متون قانونی به ویژه مقررات داورى قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داورى تجارى بین‌المللی بیانگر آن است که رابطه قراردادی میان داور و طرفین اختلاف از جانب مقنن با بی‌اعتنایی مواجه شده است. هرچند این موضوع تشخیص ماهیت حقوقی این قرارداد در نظام حقوقی ایران را با دشواری همراه می‌سازد، اعمال بخشی از قواعد عام قراردادها در این پیمان، مسیر شناخت ماهیت این عقد را هموار خواهد ساخت. از این رو در ادامه دو وصف مهم از اوصاف این قرارداد را تحلیل کرده، در نهایت به ماهیت این پیمان در حقوق ایران خواهیم پرداخت.

۳.۳.۱. معوض یا غیر معوض بودن

عقد در صورتی معوض است که در آن مبادله دو مورد معامله موضوع قصد انشا و نتیجه مستقیم توافق دو طرف باشد.^۲ علاوه بر تقابل عوضین در عقود معوض میزان و اوصاف التزام هر یک از طرفین باید معین باشد و نمی‌توان آن را مجهول و مبهم گذارد.^۳ در عقد معوض توافق طرفین بر رایگان بودن تملیک یا تعهد ماهیت قرارداد را دگرگون ساخته، گاه موجب بطلان عقد است.^۴ هر چند در قرارداد با داور، التزام به حل اختلاف در برابر حق الزحمه قرار می‌گیرد، به نظر نمی‌رسد این مبادله موضوع قصد انشا و نتیجه مستقیم تراضی طرفین باشد. در حقیقت پیش از آنکه مبادله و تقابل تعهد به فصل خصومت با حق الزحمه موضوع توافق طرفین باشد، مشارکت داور ثالث در ختم نزاع و حصول رأی نهایی مدنظر طرفین این پیمان است. شاهد این مدعا آن است که در این قرارداد تعیین حق الزحمه داور شرط صحت عقد نیست. به واقع قطع نظر از امکان رایگان بودن حل اختلاف و صرف نظر کردن داور از حق الزحمه خویش، مواد ۴۹۸ و ۵۰۰ قانون آیین دادرسی مدنی به گونه‌ای نگارش یافته‌اند که امکان عدم تعیین حق الزحمه داورى به هنگام قبول داورى توسط داور، از آنها قابل استنباط است. از این منظر، قرارداد با داور با عقد وکالت در حقوق ما قابل مقایسه می‌باشد. وکالت ممکن است رایگان یا در برابر اجرت باشد.^۵

1. Born, 2014: p 1382.

۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، ص ۱۱۵.

۳. همان، ص ۱۲۵.

۴. همان، ص ۱۱۷.

۵. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۹۲، ص ۱۷۳.

این عقد در صورت عدم تعیین حق الوکاله در قرارداد، حق الوکاله بر طبق عرف و عادت، اجرت‌المثل عمل و یا آیین‌نامه حق الوکاله (در مورد وکالت در دعاوی) تعیین خواهد شد.^۱ در داوری نیز در صورت عدم توافق و عدم قصد تبرع داور، حق الزحمه او بر طبق عرف و عادت یا آیین‌نامه حق الزحمه داوری موضوع ماده ۴۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی قابل تعیین است. در نتیجه بر خلاف عقود معوض، تعیین حق الزحمه داوری شرط صحت قرارداد با داور نبوده، نمی‌توان این پیمان را یک قرارداد معوض دانست.

۳.۳.۲. لازم یا جایز بودن

از حیث لزوم و جواز قرارداد با داور، برخی ابراز داشته‌اند که ماهیت قراردادی رابطه داور و طرفین اختلاف اقتضا دارد که داور نتواند بدون عذر موجه استعفا دهد.^۲ این گفته بیانگر آن است که قرارداد با داور را باید هم‌راستا با اصل لزوم بدانیم؛ چرا که علی‌القاعده در قرارداد جایز هر یک از طرفین هر وقت بخواهد و بدون نیاز به عذر می‌تواند بیکره قرارداد را درهم شکند. پاره‌ای دیگر از محققین با استناد به مواد ۴۷۲ و ۴۷۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ و همچنین ماده ۱۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ به صراحت قرارداد با داور را یک قرارداد جایز قلمداد نموده‌اند.^۳ برخی دیگر نیز راه‌حلی میانه را برگزیده، معتقدند این قرارداد از سوی طرفین اختلاف جایز و از جانب داور لازم است.^۴ چون در معاملات اصل بر لزوم است و جواز محتاج دلیل و اثبات، در نتیجه باید دید آیا قرارداد موضوع بحث ما واجد دلیل و مبانی جواز است یا آنکه در مسیر جریان اصل کلی قرار دارد. مبناي جواز در قراردادها را دو امر دانسته‌اند؛ نخست اذنی بودن و دوم نظم عمومی.^۵ مواردی که نظم عمومی مبناي جواز عقد قرار می‌گیرد، بسیار نادر و شامل عقود نامزدی و وصیت^۶ و به اعتقاد برخی عقد هبه می‌شود.^۷ ضمن اینکه در خصوص

۱. کاشانی، پیشین، ص ۱۸۶.

۲. لیو و دیگران، پیشین، ص ۲۹۶.

۳. یوسف زاده، مرتضی، *آیین داوری*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۷۴.

۴. کاکاوند، پیشین، ص ۳۸۱.

۵. شهبازی، محمدحسین، *مبانی بزوم و جواز در قراردادها*، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۶۱.

۶. همان: ۱۱۹.

۷. عمید، موسی، *هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران*، به کوشش و تصحیح عباس فرید، تهران: چاپخانه

علمی، ۱۳۴۲، ص ۱۱۳.

قرارداد با داور چنین اقتضایی وجود ندارد که مصالح اجتماعی و نظم جامعه مقتضی جواز آن باشد، بلکه همان‌گونه که خواهیم دید مصالح عملی اقتضای عدم امکان فسخ آن را دارد. اما آنچه محل مناقشه و بحث است، اذنی بودن قرارداد با داور می‌باشد. در واقع باید دید آیا طرفین اختلاف در یک رابطه قراردادی با داور به او اذن در حل اختلاف می‌دهند یا آنکه اذنی بودن نمی‌تواند منطبق بر خواست اطراف این قرارداد باشد. اذن را ازاله منع قانونی به سود یک یا چند شخص معین دانسته‌اند.^۱ اثر مستقیم و بی‌واسطه عقد اذنی ایجاد اذن است نه تعهد، و التزام در نتیجه اجرای اذن به وجود می‌آید.^۲ در فقه نیز اصطلاح عقد اذنی در برابر عقد عهدی به کار می‌رود. قراردادی که داور با طرفین اختلاف منعقد می‌نماید، برای تعیین قلمرو اختیار داور و چگونگی اعمال و استفاده از سمت داوری است و هدف از آن ایجاد تعهد و التزام است نه اذن و اباحه. در واقع اثر مستقیم این پیمان ایجاد تعهد برای اطراف آن است. نتیجه آنکه این رابطه قراردادی در دایره عقود عهدی قرار می‌گیرد. از حیث هدف انعقاد نیز عقود اذنی یا برای ایجاد وصف امانت و نیابت (همانند ودیعه و وکالت) واقع می‌شوند یا آنکه انگیزه انعقاد آنها تحقق وصف شرکت و اتحاد است.^۳ حال آنکه داور نه وکیل طرفین است و نه شریک آنان و همچنین هدف از قرارداد با او ایجاد وصف امانت نیست. داور قدرت قضاوت و اتخاذ تصمیم قطعی راجع به اختلاف را یافته، در برابر متنازعين متعهد می‌شود تا منازعه آنان را خاتمه بخشد. در نتیجه برخلاف عقود اذنی به صرف فوت یا حجر طرفین اختلاف، قرارداد با داور منحل نخواهد شد. بر این مبنا ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی که مقرر می‌دارد: «در موارد زیر داوری از بین می‌رود: ۱. با تراضی کتبی طرفین دعوا. ۲. با فوت یا حجر یکی از طرفین دعوا» را نباید ناظر به قرارداد با داور دانست. همان‌گونه که از متن این ماده هویداست، این مقررره ناظر به داوری و به‌طور خاص قرارداد داوری است.^۴ قرارداد داوری چه از نظر موضوع و طرفین آن و چه از نظر اثر حقوقی، پیمانی مستقل از قرارداد با داور است. از مواد مختلف قانون آیین دادرسی

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمیم‌پولوزی حقوق*، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۱۰۶.

۲. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، جلد چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۹۲، ص ۹.

۳. همان، ص ۱۰.

۴. حتی این ماده در خصوص جواز قرارداد داوری نیز قابل استفاده نبوده و علت انحلال قرارداد داوری به فوت یکی از طرفین را در قائل به شخص بودن آن جستجو نمود. همانند عقد نکاح که اگرچه عقدی لازم است، اما به موت احدی از طرفین منحل می‌گردد.

مدنی از جمله مواد ۴۶۰ و ۴۷۴ قانون آیین دادرسی مدنی که سخن از استعفای داور به میان آورده‌اند، نیز نباید استنباط نمود که امکان استعفای اختیاری برای داور وجود دارد. در ماده ۴۶۰ قانون مذکور استعفا و فوت با یک حکم روبرو شده‌اند. این ماده علاوه بر فوت که امری قهری است، شامل موانع دیگری همانند بیماری و محرومیت داور از حقوق اجتماعی نیز می‌شود.^۱ در نتیجه استعفای مندرج در این ماده را نباید حمل بر امکان استعفای اختیاری نمود، بلکه باید آن را ناظر به مواردی از قبیل درج حق استعفا (خیار فسخ) برای داور از جانب طرفین در قرارداد با او یا ناظر به تحقق یک مانع قانونی برای داور شدن یا داوری کردن او دانست. به عنوان نمونه چنانچه داور پس از قبول داوری به استخدام قوه قضاییه درآمده و متصدی منصب قضا شود، این موارد موانع قانونی برای انتصاب داور می‌باشند (ماده ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی) که تصدی منصب داوری برای شخص را ممنوع می‌نمایند. افزون بر این، ماده ۴۷۲ قانون مزبور که امکان عزل داور را مقرر داشته، ناظر به رابطه میان طرفین موافقت‌نامه یا قرارداد داوری است. این ماده از واژگان «تعیین داور یا داوران» استفاده نموده است. نگاهی به سایر مواد قانون آیین دادرسی مدنی مؤید این امر است که مقنن در تمام مواردی که اصطلاح «تعیین داور» را به کار برده، به مرحله پیش از قبول داوری توسط داور نظر داشته است. به واقع تعیین داور در رابطه میان طرفین موافقت‌نامه داوری صورت می‌گیرد که این توافق نیز قراردادی لازم و جز با تراضی طرفین قابل انحلال نیست. از این رو قانونگذار به درستی مرحله «تعیین داور» را که یک رابطه حقوقی میان طرفین موافقت‌نامه داوری و میرا از دخالت داور است، با مرحله «پس از قبولی داور» (مانند ماده ۴۷۳) را که ناظر به تشکیل قرارداد با داور و ورود او به جریان حل اختلاف است، تفکیک نموده و حکم هر یک را روشن ساخته است. دلیل دیگر بر عدم امکان استعفای داور که با قاطعیت بیشتری جواز قرارداد با داور را نفی می‌کند، ماده ۴۷۳ همان قانون است. در این ماده برای استعفای بدون عذر موجه داور ضمانت اجرا و محرومیت از حق اجتماعی داور شدن به مدت پنج سال مقرر شده است. این در حالی است که در عقود جایز صرف استعفا یا فسخ عقد حتی اگر بدون عذر موجه باشد، مسئولیتی برای شخص به همراه نخواهد داشت.^۲ نهایتاً ماده ۴۷۴ قانون

۱. زراعت، عباس، *قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۸۶، ص ۹۳۳.

۲. تشخیص مصادیق عذر موجه با دادگاه است. مواردی از قبیل تحقق آنچه در مواد ۴۶۹ و ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است، بعد از قبول داوری و همچنین بیماری داور می‌تواند از مصادیق عذر باشد. اینکه داور ←

آیین دادرسی مدنی که از استعفای داور سخن به میان آورده است، نیز دلیل دیگری بر لزوم قرارداد با داور است. بدین نحو که در ماده مذکور استعفا هم‌تراز امتناع از دادن رأی و عدم حضور در جلسه داوری برای دو بار متوالی قرار گرفته و هر سه با یک حکم واحد روبرو شده‌اند. در واقع در این ماده مقنن مصادیق نقض عهد داور را بر شمرده و آنها را تعیین تکلیف نموده است. اگر قائل به امکان استعفای بدون عذر موجه برای داور و جواز قرارداد با او باشیم، این امر ملازمه با آن دارد که داور حق امتناع از صدور رأی را داشته باشد که این موضوع تالی فاسدی است که باید از آن پرهیز شود. افزون بر این، در یک نگاه پیامدگرایانه نمی‌توان از آثار سوء جواز قرارداد با داور و قائل شدن حق استعفای بدون عذر موجه برای او به آسانی چشم پوشید. آیا عادلانه است داوری که قبول سمت نموده و طرفین به امید فصل خصومت از جانب او منازعه خویش را نزد او برده‌اند، به میل خود و حتی پس از آغاز جریان داوری و صرف وقت و هزینه بتواند بی‌هیچ محدودیتی بار مسئولیت را وا نهد و طرفین اختلاف را حیران و سرگردان رها نماید؟ قطع نظر از این موارد، جواز قرارداد با داور، استقلال او در داوری را نیز تهدید خواهد نمود. در حقیقت چنانچه قائل به امکان عزل بی‌قید و شرط داور از فرایند داوری باشیم؛ هر یک از طرفین فرایند داوری که خود را در معرض محکومیت بیند مبادرت به فسخ قرارداد و عزل داور می‌نماید؛ امری که در تضاد با استقلال و اقتدار داور است. بر این بنیان، علاوه بر دلایل ذکر شده، به دلیل عدم تصریح مقنن به لازم یا جایز بودن قرارداد با داور، این رابطه حقوقی را باید در پناه اصل لزوم قرار داد و حکم بر عدم قابلیت فسخ آن داد.

در حقوق ایران آنچه مسلم است آنکه مقنن نه در مبحث داوری قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و نه در قانون داوری تجاری بین‌المللی نامی از قرارداد

→ بتواند در برخی موارد با تحقق عذر موجه از داوری استعفا دهد، امری منطقی و قابل پذیرش بوده و نمی‌تواند لزوم قرارداد با داور را نفی کند. بدین جهت که تصدی منصب قضاوت خصوصی امری مباشرتی و قائم به شخص است، طبیعی است که اگر داور ناتوان از انجام داوری باشد و یا آنکه مانع قانونی بر سر داوری او ایجاد شود، اصل تعهد او زایل خواهد شد. جایی که رابطه یک داور با سایر داوران دچار مشکل یا غیر حرفه‌ای شده و یا سرداور هیئت داوری نتواند یک داور را کنترل یا با او همکاری نماید، استعفای داور توجیه‌پذیر تلقی شده است.

Greenberg, Simon, Kee, Christopher and Weeramantry, J. Romesh, *International Commercial Arbitration, An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011: p 301.

فی الواقع «داور شرط اساسی جریان داوری است. این جریان نمی‌تواند بالاتر از ظرفیت داور باشد».

Mehren, Von, Concluding Remarks, in ICC (ed.), *The Status of Arbitrator*, 1995: p 129.

با داور نبرده و تمایلی به تعریف و بیان شرایط و اوصاف آن نشان نداده است. افزون بر این، همان‌گونه که گذشت، این قرارداد ماهیتی غیرمعمول و لازم دارد. از میان عقود معین مصرح در قانون مدنی این رابطه قراردادی از حیث ساختمان حقوقی قرابتی با هیچ یک از آنها و حتا عقود همانند وکالت و اجاره اشخاص نیز ندارد. از این رو به نظر می‌رسد در حقوق کشور ما نیز بتوان قرارداد با داور را یک قرارداد ویژه و با اوصاف مخصوص به خود دانست. در واقع آنچه وجه تمایز قرارداد با داور از سایر قراردادهاست، این است که در آن، داور به عنوان متعهد، اجرا یک وظیفه قضایی را به عهده می‌گیرد. او در مسیر اجرای این تعهد از قدرتی برتر از طرفین اختلاف برخوردار بوده، نظر خویش را با اتکا به قانون به نحوی الزام‌آور بر آنها تحمیل خواهد نمود. این امر خود ناشی از ماهیت خاص داور است که دارای منبعی قراردادی ولی هدفی قضایی است.^۱ از این رو، قرارداد با داور را باید یک قرارداد نامعین و تحت سیطره ماده ۱۰ قانون مدنی قلمداد نمود.

1. Gaillard and Savage, Ibid: p 607.

نتیجه‌گیری

۱. صلاحیت داور برای اتخاذ تصمیم راجع به اختلاف سر چشمه در یک رابطه قراردادی دارد که میان طرفین اختلاف از یک سو و داور از سوی دیگر منعقد می‌شود. این توافق که از آن با عنوان «قرارداد با داور» یاد شده، پیمانی مجزا و مستقل از قرارداد ارجاع اختلاف به داوری است و انعقاد آن داور را به موافقت‌نامه داوری ملحق نمی‌کند. این دو قرارداد هر چند از یکدیگر مستقل بوده، منتها در راستای یکدیگر قرار دارند. در حقیقت شرط اصلی اجرای موافقت‌نامه داوری را باید انعقاد پیمان با داور دانست. به رغم جدایی این دو رابطه قراردادی، زوال موافقت‌نامه داوری مؤثر بر قرارداد با داور بوده، موجب بی‌اثر شدن آن می‌گردد.
۲. در نگاه نخست موضوع قرارداد با داور حل و فصل اختلاف در برابر حق الزحمه معین است. از این حیث که داوری یک شیوه قضایی و ترافیعی ولی با پایه‌ای قراردادی است و در آن داور بی‌طرف از اقتدار تحمیل نظر خویش بر متداعیین برخوردار است، باید پذیرفت که مقصود از حل اختلاف اجرای فرایندی است که منجر به صدور رأی داوری گردد. ضرورت آگاهی محکوم‌له و محکوم‌علیه و همچنین آثار حقوقی اطلاع ایشان از رأی صادره موجب می‌شود که التزام به تسلیم رأی را نیز داخل در تعهد داور بدانیم. بر این اساس تا زمانی که داور رأی صادره را به طرفین تسلیم ننموده است، نمی‌توان تعهد او را ایفا شده دانست.
۳. التزام به فصل خصومت و تعهد به پرداخت حق الزحمه در قالب دو تعهد مجزا از پیمان با داور ناشی می‌شوند. این دو در جریان انعقاد قرارداد با داور وزنی همسان نداشته و آنچه هدف غایی طرفین این قرارداد است، فصل خصومت می‌باشد. از رو در این قرارداد تعهد داور به ختم نزاع بیش از التزام طرفین به پرداخت حق الزحمه رخ‌نمایی می‌کند. در حقیقت این قرارداد به مشارکت و اتحاد در فصل خصومت می‌ماند تا یک قرارداد معوض و مغابنی. اعطای اختیار فصل خصومت و التزام طرفین اختلاف به رأی داور، به او قدرت دخالت در حقوق و تکالیف طرفین اختلاف در یک موضوع معین می‌دهد. از این رو، نوعی رابطه تبعیتی در مسیر اجرای این قرارداد قابل مشاهده است که به موجب آن طرفین اختلاف خود را متعهد به احترام و التزام به نظر داور می‌دانند. به همین خاطر رابطه قراردادی داور و طرفین اختلاف در قالب عقد نمایندگی و یا قرارداد خدماتی به نحوی که داور وکیل و یا مستخدم طرفین باشد، قابلیت تحلیل ندارد.

۴. اعمال قواعد عمومی قراردادها در این پیمان ما را به سمت غیرمعوذ و لازم بودن قرارداد با داور رهنمون می‌سازد. این موضوع جریان خیار غبن و حق حبس در این قرارداد را منتفی می‌سازد. به‌علاوه به نظر نمی‌رسد به جز خیاری که مبنای آن تراضی طرفین است، خیار دیگری در این پیمان قابلیت اعمال داشته باشد. جمع این خصائص و کارکرد قضایی این پیمان، آن را از قالب‌های پیش‌ساخته قراردادی در حقوق موضوعه کشورمان به طور کامل مجزا نموده و آن را یک قرارداد ویژه و با اوصاف مخصوص به خود جلوه گر می‌نمایاند که منشأ اعتبار آن را در ماده ۱۰ قانون مدنی باید جستجو نمود.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. امیری قایم مقامی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، جلد دوم، تهران: میزان، ۱۳۷۸.
۲. انصاری، شیخ مرتضی، *مکاسب*، قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۷۴.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۵.
۴. _____، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸.
۵. خدابخشی، عبدالله، *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
۶. زراعت، عباس، *قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۸۶.
۷. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲، دوره پیشرفته، تهران: دراک، ۱۳۸۷.
۸. _____، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۳، دوره پیشرفته، تهران: دراک، ۱۳۹۴.
۹. شهبازی، محمدحسین، *مبانی لزوم و جواز در قراردادها*، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۱۰. عمید، موسی، *هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران*، به کوشش و تصحیح عباس فرید، تهران: چاپخانه علمی، ۱۳۴۲.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
۱۲. _____، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۳، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
۱۳. _____، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
۱۴. _____، *حقوق مدنی، دوره عقود معین (۱)*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۸۴.
۱۵. _____، *عقود معین*، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.

۱۶. کاشانی، سید محمود، **قراردادهای ویژه**، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۴.
۱۷. کاکاوند، محمد، **مقدمه ای بر حقوق و رویه داور**، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۴.
۱۸. لیو، جولیان دی ام، میستلیس، لوکاس ای و کرول، استفان ام، **داوری تجاری بین المللی تطبیقی**، مترجم: محمد حبیبی مجنده، تهران: انتشارات دانشگاه مفید، ۱۳۹۱.
۱۹. محسنی، حسن، **اداره جریان دادرسی مدنی، بر پایه ی همکاری و در چارچوب اصول دادرسی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
۲۰. یوسفزاده، مرتضی، **آیین داور**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.

مقاله

۲۱. باقری، احمد و طباطبایی، سید محمد صادق، **حق حبس**، مطالعات اسلامی، ۱۳۹۱، شماره ۶۷.
۲۲. خاکپور، احد، اسکینی، ربیعا و بهمنی، محمدعلی، **قرارداد داور**، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۸ شماره ۱۰۷.
۲۳. خورسندیان، محمدعلی و میلاد امیری، **مطالعه تطبیقی تعهدات طرفین قراردادهای خدمات در حقوق ایران و اروپا**، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۷، دوره ۹، شماره ۱.
۲۴. میرشکاری، عباس و سلیمی، محسن، **موضوع و ماهیت تعهد داور**، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۸، ۱۳۹۷، شماره ۴.
۲۵. نصیری، مرتضی، تفرشی، محمد عیسی و رستمی چلکاسری، عباداله، **مطالعه تطبیقی حق تعلیق و حق حبس در حقوق داخلی و قرارداد نمونه فیدیک**، مدرس علوم انسانی، ۱۳۸۴، شماره ۴۱.

ب) منابع عربی

۲۶. السنهوری، عبدالرزاق احمد، **الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید**، ترجمه محمد حسین دانش کیا و سید مهدی دادمزنی، قم: انتشارات دانشگاه قم، ۱۳۸۲.

ج) منابع انگلیسی

Books

27. Born, Gary B, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, Chapter 13, Kluwer Law International, 2014.
28. _____, *International Arbitration: Law and Practice*, 2nd edition, Wolters Kluwer, 2015.
29. Delvolve, Jean-Louis, Pointon, Gerald H. and Rouch, Jean, *French Arbitration Law and Practice, A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015.
30. Frank, Susan. D, *The Liability of International Arbitrators: Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity*, New York Journal of International and Comparative Law, Vol. 20, No. 1, 2000.
31. Gaillard, Emmanuel and Savage, John (edited), *Fochard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
32. Greenberg, Simon, Kee, Christopher and Weeramantry, J. Romesh, *International Commercial Arbitration, An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
33. Lionnet, Klaus, *The Arbitrator's Contract, Arbitration International*, Vol. 15, No. 2, 1999.
34. Mehren, Von, *Concluding Remarks*, in ICC (ed.), *The Status of Arbitrator*, 1995.
35. Mustill, Lord and Boyd Qc, Stewart C, *Commercial Arbitration*, LexisNexis, 2001.
36. Onyema, Emilia, *International Commercial Arbitration and Arbitrator's Contract*, London, Routledge, 2010.
37. Sutton, David St. John, Gill, Judith and Gearing, Matthew, *Russell on Arbitration*, London: Sweet & Maxwell, 2017.

