

## داوری تخییری: مطالعه تطبیقی در نظام‌های حقوقی ملی

(مقاله علمی-پژوهشی)

ابراهیم شعاریان ستاری\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۳۰

### چکیده

داوری، به‌ویژه در حوزه تجارت بین‌الملل، مرسوم‌ترین و کارآمدترین شیوه حل و فصل اختلافات تلقی می‌شود. گسترش داوری به‌طور کلی و نقش کلیدی اصل حاکمیت اراده در فرایند داوری سبب شده است تا ابعاد مختلفی از این شیوه حل اختلاف ابداع شود و انواع مختلف آن، با توجه به نیازهای حوزه‌های مختلف تجارت یا در پرتو میزان نفوذ و قدرت چانه‌زنی هر یک از طرفین، ظهور یابد. یکی از مهم‌ترین انواع داوری که همواره نیز محل مناقشه بوده و موافقان و مخالفان خود را دارد، «داوری تخییری» است. موافقت‌نامه‌های داوری تخییری متضمن حق انتخاب میان داوری و دادرسی برای هر دو طرف یا تنها یکی از آنان است. ماهیت، اعتبار و نفوذ چنین موافقت‌نامه‌هایی و نیز ابعاد مختلف این نوع داوری در هیچ‌یک از منابع اصلی به تفصیل و به شکل جامع بررسی نشده است. در ادبیات حقوقی ایران نیز این نوع داوری چندان به بحث گذاشته نشده و تمایز آن از سایر انواع داوری، به‌ویژه داوری اختیاری، به‌دقت تحلیل نشده است. از همین رو، در این مقاله تلاش شده است تا با بررسی ماهیت، اعتبار و انواع مختلف داوری تخییری، ابعاد ناشناخته آن تحلیل و به پرسش‌های بی‌پاسخ این نوع داوری پاسخ داده شود.

### کلید واژگان

داوری تخییری متوازن، داوری تخییری نامتوازن، اعتبار، تجزیه دعوی، تغییر مرجع رسیدگی.

---

\* استاد دانشکده حقوق دانشگاه تبریز

## مقدمه

داوری به‌مثابه یکی از شیوه‌های مرسوم و پرتعداد حل‌وفصل اختلافات تجاری، اقسام متعددی دارد که برخی از تقسیم‌بندی‌های آن متداول و سنتی است، اما برخی دیگر را می‌توان انواع خاص داوری نامید که برای تأمین هدف خاصی ظهور یافته‌اند. یکی از تقسیم‌بندی‌های معمول داوری تقسیم‌بندی به داوری اختیاری<sup>۱</sup> و اجباری<sup>۲</sup> است. این تقسیم‌بندی مبتنی بر ارزیابی میزان تأثیر حاکمیت اراده بر انتخاب داوری به‌منزله شیوه حل‌وفصل اختلاف و تعیین عناصر ساختاری و اجرایی فرایند داوری است. داوری اختیاری در مقام یک اصل به معنای انتخاب ارادی داوری، شیوه حل‌وفصل اختلاف یا اختلافات ناشی از یک یا چند رابطه حقوقی معین است که طرفین با انعقاد موافقت‌نامه داوری به شکل شرط داوری یا موافقت‌نامه مستقل به آن موجودیت و اعتبار می‌بخشند. در حقیقت، اگر طرفین با طیب خاطر و آزادی کامل اراده بر داوری توافق کنند، داوری اختیاری به معنای واقعی کلمه محقق می‌شود. در مقابل، داوری اجباری استثنا بر اصل اختیاری بودن داوری و مراد از آن الزام قانونی بر ارجاع اختلافات مربوط به یک یا چند رابطه حقوقی خاص به داوری است. داوری اجباری ناظر به وضعیتی است که قانون‌گذار رسیدگی به برخی از دعاوی را بدون نیاز به جلب رضایت طرفین در صلاحیت مرجع داوری قرار داده است. داوری موضوع ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان (۱۳۸۹) و داوری اطاق تعاون مقرر در قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران (۱۳۷۰) از مصادیق داوری اجباری در نظام حقوقی ایران است.

در کنار داوری اختیاری و اجباری، نوع دیگری از داوری با عنوان «داوری تخییری»<sup>۳</sup> وجود دارد و البته محتمل است برخی بدون در نظر گرفتن تمایز میان داوری اختیاری و تخییری، آن دو را یکسان تلقی کنند. شناخت ماهیت واقعی داوری مورد نظر طرفین مهم است، زیرا هر یک از داوری اختیاری و اجباری از یک‌سو و داوری تخییری از سوی دیگر، دارای قواعد مختص خود هستند، از احکام متفاوتی تبعیت می‌کنند و آثار متفاوتی دارند.

1. Voluntary Arbitration or Non-Mandatory Arbitration  
2. Mandatory or Compulsory Arbitration  
3. Optional Arbitration or Split Clauses

هدف از پژوهش حاضر، تبیین ماهیت، انواع و ویژگی‌های داوری تخییری و تمیز آن از داوری اختیاری است. اگرچه داوری تخییری در نظام حقوقی ایران چندان توسعه نیافته است، در پاره‌ای از نظام‌های حقوقی نه تنها اعتبار شروط داوری تخییری محرز است، بلکه این نوع داوری خود انواع و اقسام گوناگونی نیز دارد. این تحقیق می‌کوشد تا ضمن بیان اقسام مختلف داوری تخییری، زوایای مختلف آن را نیز به تصویر بکشد.

### ۱. مفهوم داوری تخییری و تمیز آن از داوری اختیاری

داوری تخییری نوعی از داوری است که به موازات تعیین شیوه اصلی حل اختلاف از میان داوری و دادرسی، برای طرفین یا یکی از آن‌ها حق اقامه دعوا در مرجع دیگر را نیز به رسمیت می‌شناسد. به دیگر سخن، ذی‌نفع شرط داوری تخییری می‌تواند در زمان حدوث اختلاف، یکی از مراجع داوری یا دادگاه را برای اقامه دعوی برگزیند. در متون حقوقی فارسی داوری تخییری با داوری اختیاری<sup>۱</sup> خلط شده و برای آن عبارات «شرط داوری اختیاری»<sup>۲</sup> به کار رفته است. استعمال واژه «اختیاری» نه تنها با ماهیت داوری تخییری و اعطای اختیار گزینش مرجع رسیدگی مغایرت دارد، بلکه با داوری اختیاری به معنای مصطلح کلمه نیز متعارض است. شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در مواجهه با چنین توافقی نیز از اصطلاح «تخییر» استفاده کرده است.<sup>۳</sup>

### ۲. انواع داوری تخییری

داوری تخییری ممکن است مبتنی بر آزادی انتخاب مرجع رسیدگی برای هر دو طرف یا تخییر دوجانبه<sup>۴</sup> و متوازن برقرار شود<sup>۵</sup> یا فقط برای یکی از طرفین به‌طور یک‌جانبه پیش‌بینی

۱. سربازیان، مجید، سروش رستمزاد اصلی، اعتبار شروط یک‌طرفه تعیین صلاحیت داوری در داوری

تجاری بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۰، بهار - تابستان ۱۳۹۸، ص ۳۵۹.

۲. خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی: بایسته‌های حقوق داوری تطبیقی، جلد ششم، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷، ص ۱۸.

۳. این رأی در بخش بعدی مقاله و در بررسی موضع حقوق ایران ارزیابی شده است.

4. Bilateral or Symmetric (Optional) Arbitration Clause

5. Westfäl-Larsen & Co A/S v. Ikerigi Compania Naviera SA (The Messiniaki Bergen) [1983] 1 All ER 382; See also Thermodyn v. M-Real Alizay, French Supreme Court, Cass Civ. 1ère, 12 June 2013, in: Willems, J. Y. *The Arbitrator's Jurisdiction at Risk: The Case of Hybrid and Asymmetrical Arbitration Agreements*, 1 May 2019, pp. 8-9, available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3362746](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3362746); June 5, 2022

شده باشد که از آن تحت عنوان شرط داوری تخییری یک‌جانبه<sup>۱</sup> یا نامتوازن<sup>۲</sup> یاد می‌شود.<sup>۳</sup>

### ۲.۱. داوری تخییری متوازن و اثر آن بر صلاحیت مرجع رسیدگی

در موافقت‌نامه‌های داوری تخییری متوازن یا دوجانبه برای هر دو طرف حق انتخاب میان داوری و دادگاه پیش‌بینی شده است.<sup>۴</sup> اگر تخییر به هر دو طرف یا همه طرفین<sup>۵</sup> منتسب باشد، تساوی سلاح‌ها و اختیارات میان طرفین برقرار است و اعتبار چنین موافقت‌نامه‌هایی در هیچ‌یک از نظام‌های حقوقی، مورد مناقشه نیست<sup>۶</sup>، زیرا در این وضعیت چالش ناعادلانه بودن قابل طرح نیست و تناظر و تقابل تعهدات نیز نفی نمی‌شود.

سؤال این است که اگر حق تخییر به هر دو طرف اعطا شده باشد و یکی از طرفین به داوری و دیگری به دادرسی رجوع کند، تکلیف طرفین و مراجع رسیدگی چیست؟ به‌ویژه آنکه در این فرض امکان تشتت آرا و لازم‌الاجرا بودن هر دو رأی به دلیل اعمال اختیار قانونی و قراردادی هر یک از طرفین وجود دارد. بر اساس اینکه تراضی بر داوری در اصل مستلزم الزام‌آور بودن ارجاع اختلافات مشمول به داوری است و داوری تخییری یکی از استثنای این اصل است، یکی از نویسندگان<sup>۷</sup> اشاره می‌کند که بیشتر دادگاه‌ها و دیوان‌های داوری حتی با شروط داوری و مقررات مربوط بر اساس همان اصل، قضاوت و تصمیم‌گیری می‌کنند. به اعتقاد ایشان، در چنین مواردی یا باید طرفین به هنگام بروز اختلاف به داوری رجوع کنند و از اقامه دعوا در دادگاه اجتناب ورزند، یا اینکه باید به هر یک از طرفین حق انتخاب برای اقامه دعوا در داوری یا دادگاه قائل شد؛ به‌گونه‌ای که اگر یکی از طرفین به داوری رجوع کند، طرف مقابل باید تابع تصمیم وی

1. One-Sided or One-Way or Nonmutual or Unilateral Optional Arbitration Clause

2. Asymmetric (Optional) Arbitration Clause

۳. برخی در طرح موضوع از عنوان «شرط حل اختلاف یک‌جانبه» یا «شروط یک‌طرفه تعیین صلاحیت داوری» به‌جای عنوان دقیق «شرط داوری تخییری یک‌جانبه» استفاده کرده‌اند. کاربرد «شرط حل اختلاف یا تعیین صلاحیت یک‌جانبه» این معنا را به ذهن متبادر می‌کند که این شرط تنها برای یکی از طرفین تعریف در نظر گرفته شده است و معنای تخییر از آن استنباط نمی‌شود تا بدین ترتیب از سایر انواع داوری‌ها تمیز شود. رک: سربازیان، مجید، سروش رستمزاد اصلی، پیشین، ص ۳۵۹؛ جعفری ندوشن، شهاب، لادن زرین، **بررسی تطبیقی اعتبار شروط حل اختلاف یک‌جانبه**، دوفصلنامه حقوق قراردادهای و فناوری‌های نوین، دوره اول، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۹، ص ۲۵۷.

4. Willems, J. Y. *op. cit.*, p. 9.

5. Bilateral Optional Arbitration Clause or Multi-Lateral Option Clauses

6. See e.g., Cass Civ 1, June 12 2013, [2013] I Bull Civ, 121.

7. Born, G. B. *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 789.

باشد. مبنای چنین استنتاجی آن است که توافق بر داوری تخییری در بستری کاملاً غیر الزام‌آور توجیه تجاری برای طرفین ندارد و نمی‌توان پذیرفت که انتخاب شیوه حل اختلاف از میان داوری و دادرسی به هنگام بروز اختلاف انجام گیرد. مطابق این رویکرد، مقررۀ غیر الزام‌آوری که در قالب داوری تخییری هیچ التزامی برای رجوع به داوری برای طرفین در پی ندارد، عبث است و مزیتی برای طرفین ندارد؛ مگر اینکه عبارات کاملاً صریحی خلاف این امر وجود داشته باشد. در بیشتر موافقت‌نامه‌های داوری تخییری با استعمال عباراتی نظیر «طرفین می‌توانند اختلافات خود را به داوری ارجاع کنند»، بر تخییر در انتخاب داوری یا دادرسی اشاره می‌شود؛ ضمن اینکه در تدوین شروط داوری تخییری نباید از واژگانی با بار معنایی احتمالی<sup>۱</sup> استفاده کرد. وانگهی، برای تقلیل موارد تفسیر باید مفاد مربوط از صراحت و قطعیت کافی برخوردار باشند. ترجمان ابهام‌ها در موارد عدم احراز حق تخییر مستلزم تفسیر ارادۀ طرفین است که در صورت تردید، باید به قواعد تفسیر موافقت‌نامه داوری مراجعه کرد.<sup>۲</sup> مطابق رویکرد له داوری، هر اختلافی راجع به قلمرو موافقت‌نامه داوری باید به نفع داوری تفسیر شود. بنابراین، به‌طور کلی، در داوری تخییری متوازن، مبنا داوری است و تفاوتی ندارد که یکی از طرفین پیش یا پس از اقدام طرف دیگر برای اقامۀ دعوا در دادگاه، به داوری متوسل شود. به عبارت دیگر، با وجود شرط داوری تخییری متوازن طرفین هیچ تعهدی برای رجوع به داوری ندارند، اما به محض انتخاب داوری از جانب یکی از طرفین، تعهد به داوری لازم‌الاتباع خواهد بود؛ حتی اگر طرف دیگر پیش‌تر اقدام به اقامۀ دعوا در دادگاه کرده باشد.<sup>۳</sup> پذیرش این رویکرد نه‌تنها با نگرش له داوری هم‌سو است، از آن جهت نیز ثمربخش است که مانع از طرح دعاوی موازی یا مرتبط در مراجع مختلف می‌شود. مبرهن است که اگر یکی از طرفین پیش از آنکه طرف مقابل به داوری رجوع کند، در دادگاه اقامۀ دعوا کند، مرتکب نقض شرط داوری نشده است. این رویکرد در یکی

۱. مانند واژه May.

۲. شعاریان، ابراهیم، ساناز نیک‌زمان اصل، رویکردها و ضوابط حاکم بر تفسیر موافقت‌نامه داوری

داخلی و بین‌المللی، مطالعات حقوقی معاصر، دوره ۱۱، شماره ۲۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۹، صص ۸۸-۱۵۱.

3. Patil, S. "Unilateral Option Clauses: The Way Forward", *Christ University Law Journal*, Vol. 7, No. 2, 2018, p. 46.

از پرونده‌های سال ۲۰۱۶<sup>۱</sup> اتخاذ شد که در آن مطابق شرط داوری مقرر در قرارداد، هر یک از طرفین می‌توانست اختلاف حادث را به داوری ارجاع کند. در این پرونده بر اساس ماده (۲) ۶ آیین داوری جزایر ویرجین انگلیس (BVI)<sup>۲</sup> اعلام شد که هرچند خواهان با اقامه دعوا در دادگاه مرتکب نقض موافقت‌نامه داوری تخییری نشده است، طرف مقابل می‌تواند با مطالبه توقف جریان دادرسی، اختلاف را به داوری ارجاع کند.

پیش‌تر نیز در پرونده دیگری در سال ۲۰۰۷<sup>۳</sup> دادگاه منطقه‌ای فلوریدا اظهار داشت که علی‌رغم استدلال خواهان مبنی بر تخییری بودن داوری با استناد به عبارت «می‌توانند»، استعمال این عبارت به طرفین حق اجتناب از داوری را اعطا نمی‌کند. در این پرونده، دادگاه به پرونده دیگری در سال ۱۹۸۲<sup>۴</sup> استناد می‌کند که مطابق استدلال مقرر در آن، واژه «May» در شرط داوری با عبارات الزام‌آور برای رجوع به داوری تفاوتی ندارد و همان بار معنایی لازم‌الاتباعی را در پی دارد که واژه «Shall» واجد آن است. در نتیجه، هر یک از طرفین که به داوری رجوع کند، می‌تواند بر حل‌وفصل اختلاف از طریق داوری اصرار ورزد. به همین ترتیب، در پرونده دیگری<sup>۵</sup> اعلام شده است که استفاده از واژه «می‌توانند» برای کنار نهادن فرضی که طرفین آزادانه می‌توانند آیین‌های داوری مقرر در قرارداد را کنار بگذارند، کافی نیست. در پرونده‌های دیگری نیز استدلال شده است که باید واژه «May» و توانستن را به بایستن «Must, Shall» و «...» تعبیر کرد.<sup>۶</sup>

## ۲.۲. داوری تخییری نامتوازن و اثر آن بر صلاحیت مرجع رسیدگی

مبرهن است که داوری تخییری، اعم از متوازن و نامتوازن، به جهت اعطای حق انتخاب آزادانه میان داوری و دادرسی از انعطاف‌پذیری بیشتری برخوردار است، زیرا ذی‌حق تخییر

1. Judgment of Anzen Limited and others (Appellants) v. Hermes One Limited (Respondent) (British Virgin Islands), From the Court of Appeal of the Eastern Caribbean Supreme Court (British Virgin Islands), 18 January 2016.

2. British Virgin Islands Arbitration Ordinance 1976 (Cap 6) (BVI Act)

3. Conax Florida Corp v. Astrium Ltd 499 F Supp 2d 1287 (2007).

4. Ziegler v. Knuck, 419 So 2d 818, 819 (Fla App 1982).

5. Allis-Chalmers Corp v. Lueck, 471 US 202, 204 n 1, 1985.

6. Deaton Truck Line, Inc. v. Local Union 612, 314 F 2d 418, 422 (5th Cir 1962).

در این پرونده مقرر شده است که واژه «May» باید به نحوی تفسیر شود که به هر یک از طرفین متضرر اختیار الزام به داوری را اعطا کند.

می‌تواند با سنجیدن اوضاع و احوال حاکم بر روابط قراردادی خود، نوع اختلاف و حتی شدت و ضعف آن، شیوه مناسب حل اختلاف را برگزیند. اگر ذی‌نفع به دنبال شیوه حل اختلاف سریع و غیررسمی باشد، داوری شیوه مناسبی است. در مقابل، دادرسی در دادگاه به جهت امکان دسترسی به سازوکارهای شکلی، نظیر درخواست‌های مقدماتی، تأمین دلیل گسترده و تجدیدنظرخواهی، می‌تواند شیوه مرجح برای حل برخی دیگر از اختلافات باشد؛ چراکه اغلب این سازوکارها همواره در داوری قابل اعمال نیستند.<sup>۱</sup> بر همین اساس، امروزه داوری تخییری، به‌ویژه داوری تخییری یک‌جانبه، در حوزه ساخت‌وساز و معاملات بانکی و مالی کاربرد بیشتری دارد تا ارائه‌کنندگان تسهیلات و خدمات بتوانند با سنجش اوضاع و احوال حاکم و با حصول اطمینان از استرداد منابع مالی خود، حسب مورد، به داوری یا دادرسی تمسک جویند. درج شروط داوری تخییری نامتوازن در قراردادهای اجاره، قراردادهای کار و قراردادهای اجاره کشتی نیز در حال گسترش است.<sup>۲</sup>

آغاز جریان دادرسی از سوی غیرذی‌نفع شرط داوری تخییری یک‌جانبه مانع از استناد ذی‌نفع به حق خود برای رجوع به داوری نخواهد بود. در نتیجه، دادگاه باید صلاحیت خود را برای رسیدگی به دعوای اقامه‌شده به نفع جریان داوری رد کند. اما اگر ذی‌نفع شرط داوری تخییری یک‌جانبه، در مقام خواهان اقدام کند، می‌تواند بنا به صلاحدید خود در دادگاه یا داوری اقامه دعوا کند. در هر صورت، طرف مقابل به انتخاب وی ملتزم خواهد بود.<sup>۳</sup> در داوری تخییری یک‌جانبه، ذی‌نفع شرط داوری ضمن اینکه از حق انتخاب بین دو مرجع رسیدگی (داوری و دادرسی) برخوردار است، شاید واجد این حق نیز باشد که اگر دادرسی را انتخاب کند، حق انتخاب بین دادگاه‌های ملی مختلف را داشته باشد.<sup>۴</sup> شایان ذکر است که تخییر در انتخاب داوری یا دادرسی ممکن است در خصوص برخی اختلافات خاص برای ذی‌نفع تخییر پیش‌بینی شود و نه تمام اختلافات ناشی از رابطه حقوقی پایه.<sup>۵</sup>

1. Van Zelst, B. "Unilateral Option Arbitration Clauses: An Unequivocal Choice for Arbitration under the ECHR?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, Vol. 25(1), p. 79.

2. Draguiev, D. "Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability", *Journal of International Arbitration*, Vol. 31, No. 1, 2014, p. 21.

3. Van Zelst, B. *op. cit.*, p. 78.

4. Girsberger, D. & Nathalie Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, 3rd ed., Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2016, p. 70.

5. *Ibid.*

۲.۲.۱. انواع شرط داوری تخییری نامتوازن: شرط داوری یک‌جانبه و شرط دادرسی یک‌جانبه  
بر سر شرط داوری تخییری نامتوازن از حیث اولویت و شیوه اصلی حل و فصل اختلاف ممکن  
است به دو شکل توافق حاصل شود: شرط داوری یک‌جانبه و شرط دادرسی یک‌جانبه.  
شرط داوری تخییری نامتوازن به شکل شرط داوری یک‌جانبه<sup>۱</sup> به وضعیتی اطلاق می‌شود  
که دادرسی شیوه پیش‌فرض حل و فصل اختلاف تعیین می‌شود، اما به یکی از طرفین حق تخییر  
در انتخاب داوری به‌مثابه سازوکار استثنائی حل اختلاف اعطا می‌شود.<sup>۲</sup> در این فرض، برای یکی  
از طرفین تنها امکان طرح دعوا در دادگاه وجود دارد، اما طرف مقابل می‌تواند به داوری یا دادگاه  
رجوع کند.

در مقابل، شروط دادرسی یک‌جانبه<sup>۳</sup> اولاً و بالذات متضمن حل و فصل اختلاف از طریق  
داوری هستند، اما یکی از طرفین می‌تواند دعوی خود را در دادگاه اقامه کند.<sup>۴</sup> به بیان دیگر، در  
این فرض ذی‌نفع می‌تواند حل و فصل اختلاف را از طریق داوری یا دادرسی دنبال کند، اما برای  
طرف مقابل تنها حل اختلاف از طریق داوری میسر است. در اغلب شروط داوری نامتوازن،  
داوری به‌منزله شیوه اصلی حل اختلاف تعیین می‌شود و برای یکی از طرفین حق رجوع به  
دادرسی محفوظ می‌ماند.<sup>۵</sup>

#### ۲.۲.۲. اثر اعمال حق تخییر ذی‌نفع شرط داوری تخییری نامتوازن

ذی‌نفع شرط داوری تخییری نامتوازن می‌تواند حق انتخاب خود را هنگام اقامه دعوا و در  
مقام خواهان یا پس از آغاز جریان رسیدگی از جانب طرف مقابل و در مقام خوانده اعمال کند. در  
فرض اخیر، فرایند رسیدگی آغاز شده به دست غیر ذی‌نفع، با اعمال حق تخییر ذی‌نفع باید  
متوقف شود، منوط بر اینکه ذی‌نفع تخییر به‌موقع اقدام لازم را به عمل آورد.<sup>۶</sup>  
بنابراین، اگر غیر ذی‌نفع یک موافقت‌نامه داوری نامتوازن جریان دادرسی را آغاز کند،  
ذی‌نفع می‌تواند با استناد به داوری از دادگاه بخواهد که اختلاف را به داوری ارجاع کند. همچنین،

1. Unilateral Arbitration Agreements

2. Malyuta, P. "Compatibility of Unilateral Option Clause with the European Convention on Human Rights", *University College London Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 8, Issue 1, 2019, pp. 1 & 3.

3. Unilateral Litigation Agreements

4. *Ibid.*

5. Friedland, P. D. *Arbitration Clauses for International Contracts*, 2nd ed., New York: JurisNet, LLC, 2007, p. 115.

6. *Ibid.*



اگر غیر ذی‌نفع یک شرط دادرسی یک‌جانبه جریان داوری را آغاز کند، ذی‌نفع می‌تواند با استناد به حق تخییر خود دادرسی را انتخاب کند و از دیوان داوری بخواهد که با رد صلاحیت از خود، جریان داوری را متوقف سازد.<sup>۱</sup> در عمل، تفاوت معناداری میان شرط داوری یک‌جانبه و شرط دادرسی یک‌جانبه برای غیر ذی‌نفع وجود ندارد؛ سرانجام انتخاب نهایی مرجع رسیدگی با ذی‌نفع است.<sup>۲</sup>

نظر به اینکه داوری تخییری هنوز به بلوغ کامل نرسیده و زوایای گوناگون آن تحلیل نشده است، چگونگی اعمال حق تخییر و اثر آن ابهام دارد. در یکی از پرونده‌های راهبردی در نظام حقوقی انگلیس<sup>۳</sup> با اعمال حق تخییر بعد از اقامه دعوا از سوی غیر ذی‌نفع در دادگاه، وی استدلال کرد که ذی‌نفع شرط داوری تخییری تعهد به حضور در دادگاه و دفاع دارد و ذی‌نفع تنها در مقام خواهان می‌تواند حق تخییر خود را به‌طور مستقیم اعمال کند. این استدلال بر استعمال واژه «Bringing» به جای واژه «Referring» بنا شده است. دادگاه انگلیس در رد این استدلال، نخست اعلام می‌کند که استناد به تفاوت معنایی واژگان مذکور، نوعی بازی با کلمات است. دوم آنکه، شرط داوری تخییری نامتوازن یک شرط نامحدود و دائمی نیست و اگر غیر ذی‌نفع که تنها می‌تواند در دادگاه اقامه دعوا کند، جریان دادرسی را آغاز کند و ذی‌نفع در این جریان دادرسی گامی بردارد و اقدام به دفاع ماهوی کند، مبین تسلیم در برابر صلاحیت دادگاه و اسقاط حق تخییر است. مضاف بر این، اگر ذی‌نفع به نحو دیگری با ادله معقول این باور را در غیر ذی‌نفع ایجاد کند که از حق تخییر خود چشم‌پوشی کرده است، امکان اعمال حق تخییر منتفی خواهد شد. به عبارت دیگر، اگر قرائن و اماراتی در بحث‌های پیش از جریان رسیدگی مبنی بر اسقاط حق تخییر وجود داشته باشد، باید به آن توجه کرد و حکم به اسقاط حق تخییر داد. بدین ترتیب، اگر ذی‌نفع به دنبال ابقای حق تخییر خود باشد، باید به محض آغاز جریان دادرسی، تقاضای رد صلاحیت از دادگاه، توقف جریان رسیدگی و ارجاع دعوا به داوری را مطرح کند و دادگاه مکلف به توقف رسیدگی و رد صلاحیت از خود است.

1. *Debenture Trust Corp plc v. Elektrim Finance BV and others* [2005] 1 All ER (Comm) 476 [493]; *Malyuta, P. op. cit.*, p. 4; *Van Zelst, B. op. cit.*, pp. 78-80.

2. *Malyuta, P. op. cit.*, p. 22.

3. *NB Three Shipping Ltd v. Harebell Shipping Ltd* [2004] EWHC (Comm.) (English High Ct.).

در پرونده مذکور، قاضی اعلام می‌کند که برای جلوگیری از تضرر غیر ذی‌نفع و نیز حذف هرگونه عنصر غافلگیرکننده علیه ذی‌نفع، غیر ذی‌نفع باید پیش از اقامه دعوا در دادگاه، با ذی‌نفع در خصوص مرجع رسیدگی رایزنی و شور کند.<sup>۱</sup> در این فرض، مشکلی که شاید گریبان‌گیر طرف غیر ذی‌نفع باشد، پاسخ‌گو نبودن ذی‌نفع است.

### ۳. چالش‌های داوری تخییری نامتوازن

پذیرش داوری تخییری به‌منزله یکی از انواع داوری‌های خاص و نو در میان صاحب‌نظران و نظام‌های حقوقی با چالش‌هایی مواجه است که گاه مبنای نفی اعتبار آن‌ها واقع می‌شوند. این چالش‌ها تنها ناظر بر اعتبار موافقت‌نامه‌های داوری تخییری نامتوازن است، زیرا ادعا می‌شود که در این شیوه، توازن قراردادی به هم می‌خورد و اصل برابری طرفین مخدوش می‌شود.

#### ۳.۱. ناعادلانه بودن

ناعادلانه<sup>۲</sup> بودن موافقت‌نامه داوری تخییری یک‌جانبه یکی از ادله مخالفان اعتبار آن است. این استدلال بر توجه نکردن به اصل حاکمیت اراده در طراحی توافق بر داوری و نوع آن بنا شده است. شرط داوری تخییری یک‌جانبه<sup>۳</sup> بخشی از معامله طرفین و انعکاسی از قدرت چانه‌زنی خاص ایشان است؛ به‌ویژه اینکه در خصوص طرفین ماهر در انعقاد قرارداد، رابطه تجاری شکل‌گرفته حاکی از آن است که طرفین چنین شیوه‌ای را که نماد بارز اعمال اصل حاکمیت اراده در تعیین سازوکار حل‌وفصل اختلافات است،<sup>۴</sup> برگزیده‌اند؛ مگر در مواردی که پیش‌بینی چنین شرطی بر اساس قانون حاکم ناعادلانه باشد.<sup>۵</sup> همچنین، اگرچه شرط داوری تخییری یک‌جانبه ذاتاً نامتعادل است، در قراردادهای تجاری همواره شروط نامتعادل و نامتوازی وجود دارد. به نظر می‌رسد موافقت‌نامه داوری نامتوازن به‌اندازه شروط نامتوازن ناظر بر تعهدات قرارداد پایه اهمیت ندارد، زیرا شرط داوری فقط راجع به مرجع حل اختلاف است و ارتباطی به تعهدات متقابل قراردادی پایه ندارد تا ناعادلانه بودن آن اهمیت زیادی داشته باشد. با این حال، نظم عمومی یا

1. Nesbitt, S. & Henry Quinlan, "The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses", *Arbitration International*, Vol. 22, Issue 1, 2006, p. 148.

2. Unconscionability

3. Unilateral Option Clause

4. *Ibid.*, p. 148.

5. Born, G. B. *op. cit.*, p. 867.

ملاحظات دیگر در برخی حوزه‌های قضایی ممکن است مستلزم آن باشد که انواع خاصی از مقرره‌های یک‌جانبه راجع به دسترسی به آیین‌های حل و فصل اختلاف، ناعادلانه تلقی شوند.<sup>۱</sup> به‌طور کلی، مبانی چندانی وجود ندارد که مثبت ناعادلانه بودن موافقت‌نامه‌های داوری نامتوازن باشد. حق یکی از طرفین برای انتخاب یک‌جانبه از میان دو مرجع خنثی (داوری یا یک دادگاه ملی) برای اقامه دعوا، مزیت شکلی مهمی است و اعطای چنین مزیتی به یکی از طرفین منجر به مضرات ناعادلانه برای طرف مقابل نمی‌شود.<sup>۲</sup>

### ۳.۲. رعایت نکردن اصل تقابل

دومین استدلال در نقد داوری تخییری نامتوازن رعایت نکردن اصل تقابل<sup>۳</sup> یا معوض بودن است. مطابق دکترین تعهد متقابل یا باید هر دو طرف ملتزم به امری شوند یا اینکه بر هیچ‌یک الزامی بار نشود.<sup>۴</sup> برخی از محاکم ایالات متحده با استناد به این دکترین از اجرای شرط داوری تخییری یک‌جانبه اجتناب کرده‌اند. حوزه چهارم دادگاه تجدیدنظر ایالات متحده اعلام کرد قرارداد ساخت‌وسازی که متضمن شرط داوری تخییری یک‌جانبه است، قابل اجرا نیست، زیرا در چنین موافقت‌نامه‌هایی تقابل و برابری عوضین محقق نمی‌شود.<sup>۵</sup> بر اساس تصمیم اتخاذی دادگاه عالی کالیفرنیا،<sup>۶</sup> آن قبیل از شروط داوری که حداقل میزان تعهد متقابل در آن‌ها رعایت نشده باشد، ناعادلانه هستند؛ مگر آنکه تجارت موجود بتواند این فقدان تقابل را توجیه کند. به نظر دادگاه بدون وجود توجیه معقول برای فقدان تقابل، داوری بیش از آنکه یک مرجع خنثی برای حل اختلاف باشد، ابزاری برای افزایش مزایای ذی‌نفع شرط داوری تخییری نامتوازن خواهد بود.<sup>۷</sup>

1. Cheung, Kevin, **Unilateral Option Clauses to Arbitration: The Debate Continues**, February 25, 2020, available at:

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/02/25/unilateral-option-clauses-to-arbitration-the-debate-continues/>: June 5, 2022

2. Born, G. B. *op. cit.*, p. 867, Endnote No. 1269.

3. The Principle of Mutuality

4. Nassar, Yassar, **Are Unilateral Option Clauses Valid?**, October 13, 2018, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/13/are-unilateral-option-clauses-valid/>: June 5, 2022

5. *Noohi v. Toll Bros. Inc.*, 708 F.3d 599 (4th Cir. 2013). See also *United States ex rel. Birkhead Elec., Inc. v. James W. Ancel, Inc.*, WDQ-13-2498 (D. Md. Jun. 5, 2014).

6. *Armendariz v. Found. Health Psychcare Servs., Inc.*, 6 P.3d 669, 692 (Cal. 2000).

7. Drahozal, C. R. "Nonmutual Agreements to Arbitrate", *the Journal of Corporation Law*, Vol. 27, 2002, p. 552.

در پرونده دیگری<sup>۱</sup> دادگاه عالی مریلند اظهار داشت که شرط داوری تخییری نامتوازن در یک قرارداد فرعی ساخت‌وساز اجرائشده نیست، زیرا فاقد عوض متقابل است و در مقابل تعهد پیمانکار فرعی، تعهدی برای پیمانکار اصلی ایجاد نمی‌کند. همین رویکرد در نظام حقوقی هند از سوی دادگاه عالی دهلی اتخاذ شده است.<sup>۲</sup>

#### ۴. موضع نظام‌های حقوقی ملی

امروزه اغلب نظام‌های حقوقی با سعه صدر انواع خاص داوری، از جمله داوری تخییری را به رسمیت می‌شناسند، اما برخلاف موافقت‌نامه‌های داوری تخییری متوازن، هنوز هم اعتبار توافق بر داوری تخییری نامتوازن در برخی نظام‌های حقوقی به رسمیت شناخته نمی‌شود. در مقابل، برخی دیگر از نظام‌های حقوقی با اتخاذ رویکرد حمایتی از داوری و پاسخ مستدل و منفی به چالش‌های مطروح، اعتبار موافقت‌نامه‌های داوری تخییری را تصدیق کرده‌اند.

##### ۴.۱. نظام‌های حقوقی مخالف اعتبار موافقت‌نامه‌های داوری تخییری نامتوازن

برخی نظام‌های حقوقی، اعتبار توافقی‌های داوری تخییری نامتوازن را نفی می‌کنند. علت عمده مخالفت، ناعادلانه بودن یا نقض برابری طرفین در چنین موافقت‌نامه‌هایی است.

##### ۴.۱.۱. نظام حقوقی فرانسه

یکی از آرای صادره از دیوان عالی فرانسه، این قبیل شروط را به دلیل اینکه به اندازه کافی دقیق و پیش‌بینی‌شده نیستند، فاقد اعتبار دانسته است.<sup>۳</sup> همچنین، دیوان عالی فرانسه در پرونده‌ای دیگر<sup>۴</sup> مقرر داشته که شرط تخییری یک‌جانبه شرط ارادی<sup>۵</sup> است و اجرای قرارداد را منوط به اعمال اراده یکی از طرفین کرده و از همین رو فاقد اعتبار است.<sup>۶</sup> استدلال اصلی دیوان

1. United States ex rel. Birckhead Elec., Inc. v. James W. Ancel, Inc., (2014) WL 2574529 (D. Md. June 5, 2014).

2. Union of India v. Bharat Engineering Corporation ILR 1977 Delhi 57.

3. Cour de cassation, 25 March 2015, Decision No. 415 (13-27. 264).

4. *Mme X v. Banque Privée Edmond de Rothschild Europe (Societe)* [2013] I.L.Pr. 12 (26 September 2012).

5. Potestative Condition

6. Scherer, Maxi & Sophia Lange, *The French Rothschild Case: A Threat for Unilateral Dispute Resolution Clauses?*, July 18, 2013, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/07/18/the-french-rothschild-case-a-threat-for-unilateral-dispute-resolution-clauses/>; June 5, 2022

عالی فرانسه در اعلام اعتبار نداشتن یک شرط تعیین صلاحیت<sup>۱</sup> یک‌جانبه، استناد به ماده ۲۳ مقررۀ شماره ۴۴/۲۰۰۱ شورای اتحادیه اروپا به تاریخ ۲۲ دسامبر ۲۰۰۰ راجع به صلاحیت، به رسمیت شناختن و اجرای احکام در امور مدنی و تجاری (مقررۀ بروکسل)<sup>۲</sup> بوده است. نقدی که بر رویکرد اتخاذی در پروندۀ «روتچیلد» وارد شده است اینکه دیوان عالی فرانسه دقت کافی به قسمت اخیر ماده ۲۳ مقررۀ بروکسل نداشته که مطابق آن تعیین صلاحیت انحصاری است؛ «مگر اینکه طرفین به نحو دیگری تراضی کرده باشند.» از همین رو، ماده ۲۳ مقررۀ بروکسل حق طرفین را برای تصریح به انتخاب غیرانحصاری در موافقت‌نامه‌های تعیین صلاحیت به رسمیت می‌شناسد.<sup>۳</sup> پروندۀ روتچیلد منجر به اصلاح مقررۀ بروکسل شد<sup>۴</sup> که مقررۀ اصلاحی از ۱۰ ژانویه ۲۰۱۵ اجرایی شده است. این مقررۀ برخلاف سلف خود (مقررۀ بروکسل ۲۰۰۱) که موضوع اعتبار شروط تعیین صلاحیت را مطرح نمی‌کرد، در ماده ۲۵ اصلاحی مقرر می‌دارد که موضوع اعتبار شروط مورد بحث باید بر اساس قوانین دولت‌های عضو که دادگاه‌های آن‌ها بر اساس شرط یک‌جانبه صالح شناخته شده‌اند، ملاحظه شود.

البته رویکرد نظام حقوقی فرانسه در خصوص اعتبار موافقت‌نامه‌های داوری تخییری چندان روشن نیست. پیش از رأی صادره در پروندۀ روتچیلد، دیوان عالی در پرونده‌های دیگر<sup>۵</sup> رویکرد متناقضی اتخاذ کرده بود. در این پرونده‌ها دیوان عالی فرانسه اعلام کرده بود که با دلالت قصد مشترک طرفین بر اعطای حق تخییر تنها به یکی از طرفین، چنین شرطی (شرط داوری تخییری یک‌جانبه) را نمی‌توان سزاوار ایراد و اعتراض دانست.

پس از پروندۀ روتچیلد نیز دیوان عالی فرانسه در پروندۀ دیگری<sup>۶</sup> به اعتبار شروط تعیین صلاحیت یک‌طرفه<sup>۷</sup> رأی داد؛ منوط بر آنکه پیش از آغاز جریان رسیدگی هر یک از طرفین بتواند حوزه قضایی خاصی را که ممکن است برای رسیدگی به اختلافات بالقوه صلاحیت داشته باشد،

1. Jurisdictional Clause

2. Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22nd December, 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Brussels Regulation)

3. Scherer, Maxi & Sophia Lange, *op. cit.*

4. Regulation No. 1215/2012 (Recast Brussels Regulation)

5. Societe Sicaly v. Societe Grasso Stacon NV, 1974 I No. 143 p. 122 Cass. Civ. See also Societe Coignet v. COMIT, Bull. 1990 I No. 273, p. 193, Cass. Div.

6. Apple Sales International v. eBizcuss, Cass. 1ere Civ., 7 October 2015, 14-16.898.

7. Asymmetrical Jurisdiction Clauses

تعیین کند. در این پرونده، دیوان عالی اعلام کرد که شرط صلاحیت یک‌جانبه، الزام به قابلیت پیش‌بینی مقرر در ماده ۲۵ نسخه اصلاحی مقرر بروکسل را تأمین می‌کند و اگر شروط تعیین صلاحیت یک‌طرفه با این معیار مطابقت داشته باشند، اجراشدنی خواهند بود. اگرچه رأی اخیر اختصاص به شروط داوری تخییری یک‌جانبه ندارد، می‌توان در تحلیل رویکرد دادگاه‌های فرانسه درباره موضوع مشابه در داوری نیز به آن استناد کرد. برخی نویسندگان<sup>۱</sup> معتقدند که رأی اخیر در راستای روشن‌گری راجع به تصمیم اتخاذی در پرونده روتچیلد صادر شده است؛ به این معنا که انتخاب دادگاه صالح به صلاحدید ذی‌نفع شرط یک‌جانبه منوط نشده، بلکه پیش‌تر تعیین می‌شود که کدام دادگاه صالح به رسیدگی به اختلافات احتمالی است. به عبارت دیگر، دیوان عالی فرانسه در تصمیم اتخاذی خود در سال ۲۰۱۵ از دکترین اعمال تخییر یک‌جانبه به دکترین «قابلیت پیش‌بینی»<sup>۲</sup> عزیمت کرده است که سبب می‌شود انتخاب مرجع صالح در کنترل انحصاری ذی‌نفع شرط تخییری نباشد. بدین ترتیب، برخی نویسندگان<sup>۳</sup> در پرتو تصمیم اتخاذی اخیر دیوان عالی فرانسه معتقدند که موافقت‌نامه‌های داوری تخییری یک‌جانبه را باید در این کشور معتبر دانست؛ مشروط بر اینکه حق انتخاب اعطاشده به ذی‌نفع به شکل عینی محدود و پیش‌بینی‌شدنی باشد.

#### ۴.۱.۲. نظام حقوقی لهستان

موضع نظام حقوقی لهستان در خصوص اعتبار شروط داوری تخییری نامتوازن با استناد به نقض اصل برابری طرفین منفی است. در سال ۲۰۰۵ مقررات داوری این کشور که در بخش پنجم قانون آیین دادرسی مدنی لهستان گنجانده شده است،<sup>۴</sup> بازنگری شد. مقررات بخش داوری عیناً از قانون نمونه «آنسیترال» اقتباس شده، اما یک استثنا دارد؛ به تصریح بند ۲ ماده ۱۱۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی لهستان<sup>۵</sup> اگر مفاد موافقت‌نامه داوری ناقض اصل برابری طرفین<sup>۶</sup> باشد،

1. Tarh-Akong Eyongnd, D. "Enforcement of Asymmetrical Arbitration Clauses in Nigeria: A Peep into Other Jurisdictions", *BiLD Law Journal*, Vol. 5, No. 2, 2020, p. 47.

2. Predictability

3. Ashford Fciarb, P. "Is an Asymmetric Disputes Clause Valid and Enforceable?", *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 86, Issue 3, 2020, p. 361.

4. The Fifth Part of the Polish Code of Civil Procedure (CCP), Arts. 1154-1217.

5. The Procedural Civil Code of the Republic of Poland

6. The Principle of Equality of the Parties

فاقد اعتبار است؛ به‌ویژه اگر تنها برای یکی از طرفین حق انتخاب مرجع داوری یا دادرسی اعطا شده باشد. این مقرر یک مانع قانونی مستقیم در برابر شروط داوری یک‌جانبه در لهستان است.

#### ۴.۱.۳. نظام حقوقی روسیه

روسیه با استناد به ناعادلانه بودن شروط داوری تخییری نامتوازن، در قبال اعتبار این شروط رویکردی منفی اتخاذ کرده است. در این کشور شروط مذکور تنها در صورتی واجد اعتبار هستند که حق تخییر به خواهان اعطا شده باشد؛ فارغ از اینکه خواهان کدام یک از طرفین باشد. در ۲۶ دسامبر ۲۰۱۸ هیئت‌رئیسۀ دادگاه عالی روسیه با انتشار «خلاصه مجموعه رویۀ قضایی راجع به مساعدت قضایی و کنترل بر داوری داخلی و بین‌المللی»<sup>۱</sup> اعلام کرد که شرط تخییری یک‌جانبه، اصول رقابت‌پذیری و برابری حقوق طرفین را نقض می‌کند و نامعتبر است. بنابراین، طرفین در انتخاب مرجع مورد تراضی در شرط حل اختلاف تخییری دارای حقوق برابر هستند.<sup>۲</sup> همین رویکرد در دادگاه عالی داوری تجاری فدراسیون روسیه<sup>۳</sup> نیز اتخاذ شده است.<sup>۴</sup> با این حال، رویۀ قضایی اخیر در روسیه حاکی از آن است که دادگاه‌های این کشور به‌جای سلب اعتبار از تمام موافقت‌نامه داوری تنها بخش نامتوازن موافقت‌نامه داوری را ابطال می‌کنند.<sup>۵</sup>

#### ۴.۲. نظام‌های حقوقی موافق اعتبار موافقت‌نامه‌های داوری تخییری نامتوازن

موافقان داوری تخییری نامتوازن هیچ‌یک از ادله مخالفان را در توجیه عدم اعتبار این شروط نمی‌پذیرند. رواج شروط یک‌جانبه در بازارهای مالی و تضمین امکان اجرایی بودن تعهدات مدیون در سایر کشورها از رهگذر این شروط، مؤید اعتبار آن‌ها است. همچنین احتمال دارد که امتیاز

1. A Digest of Court Practice Relating to Judicial Assistance and Control over Domestic and International Arbitration

2. Gridasov, Alexander & Maria Dolotova, **Unilateral Option Clauses: Russian Supreme Court Puts an End to the Long-Lasting Discussion**, Herbert Smith Freehills LLP, May 7, 2019, available at:

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/07/unilateral-option-clauses-russian-supreme-court-puts-an-end-to-the-long-lasting-discussion/>; June 5, 2022

3. Supreme Arbitrazh (Commercial) Court of the Russian Federation

4. Decision of Presidium of Supreme Arbitrazh Court in: CJSC Russian Telephone Co. v. Sony Ericsson Mobile Telecommunications Russia LLC., case No. 1831/12, A40-49223/11-112-401, June 19, 2012.

5. Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 46-KG16-29, Nov. 29, 2016; Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 310- EC14-5919, Case No. A62-1635/2014, May 27, 2015.

شرط داوری یک‌جانبه، طی مذاکرات پیش‌قراردادی، در مقابل امتیاز اعطایی به طرف دیگر در قرارداد پایه پیش‌بینی شده باشد. بنابراین، در تبیین اصل تقابل اکتفا به ظاهر شرط نامتوازن بدون توجه به قرارداد پایه کافی نخواهد بود.

بدین ترتیب، اغلب حوزه‌های قضایی با وضع مقررات داوری و تغییر رویکردهای حاکم به این شروط اعتبار می‌بخشند. نمونه بارز آن، ماده (۶) ۱۴ مقررات داوری بازار جهانی ابوظبی (۲۰۱۵)<sup>۱</sup> است که به اعتبار شروط داوری تخییری نامتوازن تصریح دارد.

#### ۴.۲.۱. نظام حقوقی انگلیس

نمود بارز تأیید اعتبار موافقت‌نامه‌های داوری تخییری نامتوازن، رویه قضایی انگلیس است. از سال ۱۹۸۶ و متعاقب رسیدگی به پرونده «پیتالیس»<sup>۲</sup> اصل تقابل کنار گذاشته شد و لازم نیست طرفین بر اساس یک شرط حل اختلاف از حقوق برابر برخوردار باشند. بنابراین، موافقت‌نامه‌های داوری تخییری یک‌جانبه معتبر شناخته می‌شوند و اعطای حق انتخاب مرجع رسیدگی به یکی از طرفین مشکلی ایجاد نمی‌کند.<sup>۳</sup> مطابق تصمیمات اتخاذی اخیر در انگلیس احترام به اصل حاکمیت اراده در کیفیت حل‌وفصل اختلافات اولویت دارد و شرط داوری تخییری به‌اندازه‌ای ناعادلانه تلقی نمی‌شود که با آن مقابله شود.<sup>۴</sup> برای نمونه، در یکی از پرونده‌ها، دادگاه عالی انگلیس در حمایت از شرط داوری تخییری نامتوازن، حکم به توقف جریان دادرسی در دادگاه انگلیسی داد و استدلال کرد که ذی‌نفع مختار به انتخاب داوری نیست و حتی اگر طرف مقابل پیش‌تر اقدام به اقامه دعوا در دادگاه کرده باشد، انتخاب ذی‌نفع برای رجوع به داوری مقدم خواهد بود.<sup>۵</sup>

#### ۴.۲.۲. نظام حقوقی سنگاپور

در نظام حقوقی سنگاپور برای نخستین بار دادگاه تجدیدنظر این کشور در دعوایی اقدام به تأیید اعتبار یک شرط داوری تخییری کرد. این دادگاه اعلام کرد که در تعیین و اثبات اعتبار

1. The Abu Dhabi Global Market (ADGM) Arbitration Regulations 2015, Amendment No. 1 2020  
 2. *Pittalis v. Sherefettin* [1986] 1 QB 868 [Hereinafter *Pittalis*].  
 3. Bevan, Alex, **Optional Arbitration Agreements: The English Position**, Published at 30/11/2011, available at: <https://www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/optional-arbitration-agreements-the-english-position>: June 5, 2022  
 4. Girsberger, D. & Nathalie Voser, *op. cit.*, p. 70.  
 5. *NB Three Shipping Ltd v. Harebell Shipping Ltd* [2004] EWHC (Comm.) (English High Ct.).  
 6. *Dyna-Jet Pte Ltd v. Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd* [2017] SGCA 32.



موافقت‌نامه داوری، نامتوازن بودن شرط داوری و تخییری بودن کامل داوری بدون اینکه تعهدی فوری برای رجوع به داوری به طرفین تحمیل کند، فاقد اهمیت است.

#### ۴.۲.۳. نظام حقوقی استرالیا

در نظام حقوقی استرالیا مقرر شده که عبارات «موافقت‌نامه ارجاع اختلافات موجود یا آتی به داوری» در ماده ۴ قانون داوری تجاری ۱۹۸۵<sup>۱</sup> در معنای طبیعی و متداول خود به اندازه کافی موسع است تا موافقت‌نامه‌هایی را نیز در برگیرد که مطابق آن‌ها اگر داوری به‌منزله شیوه حل اختلاف انتخاب شود یا برخی وقایع به وقوع بپیوندند یا برخی شرایط محقق شوند، طرفین ملزم به رجوع اختلافات خود به داوری هستند؛ حتی اگر تنها یکی از طرفین حق انتخاب داشته باشد یا تنها یکی از طرفین در موقعیتی قرار گرفته باشد که واقعه موردنظر تحت کنترل او باشد یا اینکه شرط مورد نظر را بتواند محقق کند.<sup>۲</sup>

#### ۴.۲.۴. نظام حقوقی ایتالیا

در نظام حقوقی ایتالیا اگرچه پرونده‌های متعددی، همانند پرونده روتچیلد در فرانسه، به مقررۀ بروکسل استناد کرده‌اند، استنتاج‌های دادگاه‌های ایتالیا کاملاً مغایر با رویکرد دادگاه‌های فرانسه است. به اعتقاد دادگاه‌های ایتالیا مقررۀ بروکسل حاوی نکته‌ای نیست که بتواند اعتبار و اثربخشی شروط نامتوازن را تحت‌الشعاع قرار دهد.<sup>۳</sup> از همین رو، با استناد به ماده ۱۳۳۱ قانون مدنی ایتالیا به شروط داوری تخییری یک‌جانبه در این کشور ترتیب اثر داده می‌شود.

#### ۴.۲.۵. نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا

شمار آرای صادره در مخالفت با اعتبار شروط تخییری نامتوازن در نظام حقوقی ایالات متحده چشمگیر است، اما رویکرد غالب، تأیید اعتبار این شروط است. به‌طور کلی، رویکرد ایالات متحده در قبال این موضوع، متقارن و هماهنگ است. اغلب ایالت‌ها در برخی قراردادهای خاص، نظیر قراردادهای کار، حقوق مصرف‌کننده و استخدام، از اجرای شروط داوری تخییری یک‌جانبه اجتناب می‌کنند، اما در حوزه معاملات تجاری اعتبار این شروط را به رسمیت می‌شناسند و آن‌ها

1. Commercial Arbitration Act 1985

2. PMT Partners Pty Ltd v. Australian Nat'l Parks & Wildlife Serv., [1995] 184 CLR 302, ¶18 (Australian High Ct.).

3. Corte di Cassazione judgement No. 2906, October 22, 1970. See also Grinka in liquidazione v. Intesa San Paolo, Corte di Cassazione judgement in case No. 5705, April 11, 2012.

را به همان ترتیبی که پیش‌بینی شده‌اند، اجرا می‌کنند.<sup>۱</sup> با این حال، در یکی از پرونده‌ها دادگاه عالی مونتانا<sup>۲</sup> اعلام کرد که موافقت‌نامه‌های داوری نامتوازن با هدف قانون داوری فدرال<sup>۳</sup> مطابقت ندارد و چنین شروطی به دلیل ناعادلانه و غیرمنطقی بودن، اجرائدنی نیستند. این ناعادلانه بودن از ماهیت نامتوازن داوری و تمایل طبیعی به رعایت برابری و منع رفتار نابرابر با طرفین ناشی می‌شود. بنابراین، اگر در اوضاع و احوال یکسان یکی از طرفین در جایگاه بهتری قرار می‌گیرد، ناعادلانه تلقی می‌شود.<sup>۴</sup>

### ۴.۳. اعتبار شروط داوری تخییری در نظام حقوقی ایران

در قوانین موضوعه و رویه قضایی ایران تصریحی به این نوع از داوری یا مفاهیم مشابه به شکل بارز دیده نمی‌شود. از همین رو، ممکن است در اعتبار این شروط در نظام حقوقی ایران رویکردهای متفاوت اتخاذ شود. برخی نویسندگان<sup>۵</sup> ضمن توجه به این نوع داوری، ولو با عنوان نادقیق داوری اختیاری، آن را در نظام حقوقی ایران قابل دفاع می‌دانند و برخی دیگر<sup>۶</sup> با طرح ایرادات بالقوه،<sup>۷</sup> احتمال تشست آن را پیش‌بینی کرده‌اند.

نخستین مانع بالقوه در برابر اعتبار موافقت‌نامه‌های داوری تخییری نامتوازن در نظام حقوقی ایران مردد بودن عنوان شده است. گفته می‌شود که یکی از شرایط اساسی اعتبار موافقت‌نامه داوری به‌مثابه یک قرارداد، معین بودن موضوع معامله (بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی) است، در

1. Tarh-Akong Eyongnd, D. *op. cit.*, p. 48.

2. Global Client Solutions, LLC v. Ossello, 382 Mont. 345, 367 P.3d 361, 2016 MT 50 (Mont. 2016).

3. Federal Arbitration Act (FAA)

4. See also Bragg v. Linden Research, Inc., 487 F. Supp. 2d 593, 605-11 (E.D. Pa. 2007) (California law); Ticknor v. Choice Hotels International Inc., 265 F.3d 931, 939-40 (9th Cir. 2001) (Montana law).

۵. خدابخشی، عبدالله، پیشین، صص ۹-۱۸؛ جعفری ندوشن، شهاب، لادن زرین، پیشین، صص ۶۶-۲۶۵.

۶. سربازیان، مجید، سروش رستمزاد اصلی، پیشین، صص ۷۷-۳۷۵.

۷. ایراد معلق بودن شرط یک‌طرفه تعیین صلاحیت داوری و اختیاری شدن اجرای قرارداد که از سوی برخی (همان، ص ۳۷۶) مطرح شده است، موجه به نظر نمی‌رسد؛ چراکه در یک عقد معلق تحقق اثر عقد باید ناظر به وقوع یک واقعه خارج از کنترل طرف عقد باشد. در حالی که امکان تعیین صلاحیت از سوی طرف عقد اولاً، تعلیق در اثر عقد نیست، ثانیاً، انتخاب با اراده طرف عقد انجام می‌گیرد و ربطی به حادثه خارج از کنترل ندارد. ایراد اختیاری شدن اجرای تعهد نیز از اساس منتفی است، زیرا شرط داوری از هر نوعی که باشد، برای طرف قرارداد این اختیار را اعطا می‌کند که از ارجاع اختلاف خویش به مرجع تعیین شده خودداری کند؛ چرا که اصولاً اشخاص الزامی برای استیفای حقوق خود از طریق رجوع به مرجع صالح ندارند.

حالی که در موافقت‌نامه داوری تخییری نامتوازن تا زمانی که ذی‌نفع اقدام به انتخاب مرجع صالح نکرده، موضوع موافقت‌نامه داوری تخییری مردد است.<sup>۱</sup> در پاسخ به این اشکال، به علم اجمالی در داوری تخییری یک‌جانبه استناد شده است که رفع غرر کرده و اعتبار این نوع موافقت‌نامه‌های داوری را توجیه می‌کند.<sup>۲</sup>

رد ایراد مذکور به‌نحوی که بیان شد میسر نمی‌شود، بلکه معین بودن موضوع معامله، در معنای مردد بودن، به‌منزله یکی از شروط اساسی اعتبار قرارداد در نظام حقوقی ایران رد می‌شود، زیرا مذاقه در بند ۳ ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴، در جایگاه قانون مادر، نشان می‌دهد که شرط اعتبار عقد «وجود موضوع» برای عقد است و بنا به ادله متعدد قانون‌گذار مدنی ایران در مقام بیان شرایط مورد معامله و لزوم معین بودن موضوع نبوده است.<sup>۳</sup>

دوم، داوری تخییری با تعهد تخییری<sup>۴</sup> شباهت دارد. تعهد تخییری آن است که متعهد یا متعهدله در انتخاب و اجرای یکی از دو موضوع تعهد مختار است؛ به‌نحوی که با اجرای هر یک از آن‌ها، به‌طور کامل بری می‌شود. اگرچه قانون مدنی ما حکمی در باب تعهدات تخییری ندارد، برخی نویسندگان<sup>۵</sup> در تأیید اعتبار این نوع تعهدات معتقدند آنچه به نفوذ تعهد صدمه می‌زند، غرر ناشی از معاوضه است نه تعیین فرد موضوع تعهد و اگر موضوع عقد قابل تعیین باشد، برای اجرای آن کافی است. علاوه بر این، اصل تسهیل در روابط معاملاتی و ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی اقتضا می‌کند تعهدات تخییری منشأ اثر و اعتبار باشند؛ به‌ویژه در عقود عهدی که مسئله تملیک هم‌زمان با انعقاد عقد موضوعیت نمی‌یابد.<sup>۶</sup> شایان توجه است که تعهد تخییری و مردد بودن نهادهایی متمایز و مجزا هستند.

۱. سربازیان، مجید، سروش رستمزاد اصلی، پیشین، ص ۳۷۵.

۲. همان، ص ۳۷۶.

۳. برای ملاحظه سایر ادله در این راستا رک: شعاریان، ابراهیم، ابراهیم ترابی، *حقوق تعهدات: مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی*، چاپ دوم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۵، صص ۴۰-۲۳۰.

4. Alternative Obligation or Alternative Reference

۵. کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان ۱۳۸۹.

۶. شعاریان، ابراهیم، ابراهیم ترابی، پیشین، ص ۴۸۱.

موافقت‌نامه‌های داوری تخییری نامتوازن به صور مختلف در نظام حقوقی ایران معتبر تلقی شده‌اند. برخی<sup>۱</sup> با استناد به ضرورت‌های زندگی اجتماعی و به دنبال آن اعتبار معاملات اضطراری، صرف نبود تعادل وضعیت قراردادی طرفین در مذاکرات را نافی اعتبار توافقی‌های انجام‌گرفته نمی‌دانند. به‌علاوه، موافقت‌نامه‌های داوری تخییری یک‌جانبه مستوجب سلب حق دادخواهی و دسترسی به عدالت طرف ضعیف‌تر نیستند، بلکه متضمن حق انتخاب‌های بیشتر برای ذی‌نفع هستند. برخی دیگر<sup>۲</sup> با عنایت به پذیرش حاکمیت اراده طرفین در انتخاب داوری و نفی ایرادات بالقوه در خصوص داوری تخییری یک‌جانبه، حکم به اعتبار چنین موافقت‌نامه‌هایی داده‌اند. محاکم نیز به‌صورت غیرمستقیم به چنین موافقت‌نامه‌هایی ترتیب اثر داده‌اند که نمونه بارز آن رویکرد شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۸۰۵ به تاریخ ۱۳۹۳/۶/۲۵ است. مطابق این رویکرد، چنانچه خواهان حق تخییر در انتخاب دادرسی یا داوری داشته باشد، پس از مراجعه به دادگاه، دیگر حق مراجعه به داوری را ندارد و در صورت صدور رأی از سوی داور، این رأی فاقد اعتبار است.<sup>۳</sup>

با عنایت به اصل حاکمیت اراده که طرفین می‌توانند هر نوع توافقی را که مغایر با قانون و نظم عمومی نباشد، میان خود مقرر کنند، می‌توان تراضی بر داوری تخییری را تجویز کرد. در مقررات مربوط به داوری در قوانین آیین دادرسی مدنی سابق و کنونی و نیز قانون داوری تجاری بین‌المللی، نه‌تنها دلیلی بر سلب حق چنین توافقی وجود ندارد، بر آزادی اراده طرفین در انتخاب داوری نیز تأکید شده است و مشروط کردن انتخاب مرجع صالح به اعمال اراده یکی از طرفین، خود جلوه‌ای از اعمال اراده و آزادی قراردادی است.

##### ۵. امکان تغییر موضع پس از اعمال حق تخییر

با تأیید اعتبار موافقت‌نامه داوری تخییری حق انتخاب از میان داوری و دادرسی وجود دارد، اما پرسش آن است که بعد از انتخاب، آیا امکان تغییر موضع وجود دارد یا خیر؟ به نظر می‌رسد ذی‌نفع اصولاً نمی‌تواند تغییر موضع دهد؛ مگر آنکه تغییر موضع موجه باشد، مانند آنکه داوری

۱. جعفری ندوشن، شهاب، لادن زرین، پیشین، ص ۲۶۵.

۲. سربازیان، مجید، سروش رستمزاد اصلی، پیشین، ص ۳۷۷.

3. Available at: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/7881>

ICC مورد تراضی قرار گرفته باشد، اما به دلیل وجود تحریم‌ها سازمان از ارائه خدمات داوری امتناع کند و امکان پرداخت هزینه‌های داوری وجود نداشته باشد. در چنین فرضی، ذی‌نفع می‌تواند بعد از اخطار داوری و اعلام ادله و توجیهات، موضع خود را تغییر دهد. سلب امکان تغییر موضع بدون توجیه معقول بدان سبب است که اعطای اختیار گزینش مرجع رسیدگی متضمن فرصتی است که ذی‌حق با ارزیابی نوع اختلاف، مزایا و معایب هر دو شیوه حل اختلاف، دست به انتخاب زند. اعطای چنین فرصتی به ذی‌حق سبب می‌شود تا خواهان دعوی بتواند با نقض اصول بنیادین دادرسی و با گمانه‌زنی مجدد در خصوص وضعیت دو شیوه حل اختلاف، طرف مقابل را بازیچه منافع و تصمیم‌های آنی خود سازد و موقعیت وی را بیش از پیش تضعیف کند. افزون بر این، تجویز تغییر شیوه حل اختلاف از دادرسی به داوری یا برعکس با اصل حسن نیت، اصل سرعت، مقرون‌به‌صرفه بودن و عادلانه بودن حل اختلاف تناقض آشکار دارد. مطابق رأی صادره از شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره دادنامه ۰۸۰۵/۲۲۱۸۰۲۲۱۸۰۹۹۷۰۹۳۰ به تاریخ ۱۳۹۳/۶/۲۵، چنانچه خواهان حق تخییری داشته باشد، پس از مراجعه به دادگاه، دیگر حق مراجعه به داوری را ندارد و در صورت صدور رأی از سوی داور، این رأی فاقد اعتبار است.<sup>۱</sup> به استدلال دادگاه، با وجود شرط داوری تخییری و مراجعه ابتدایی به دادگاه موجبی برای مراجعه مجدد به داوری وجود ندارد. چنانچه ذی‌حق قصد رجوع به داوری داشت، باید مراتب را به دادگاه رسیدگی‌کننده اعلام می‌کرد که چنین اقدامی صورت نگرفته و دادگاه پس از رسیدگی مبادرت به انشای رأی کرده است. بنابراین، رسیدگی هم‌زمان دو مرجع به موضوع واحد فاقد وجاهت قانونی است و نظریه ابرازی داوران به لحاظ اظهارنظر دادگاه قابل اعتنا نخواهد بود. در همین راستا، برخی نویسندگان<sup>۲</sup> با تأکید بر نبود امکان عدول ذی‌نفع از داوری و مراجعه متعاقب به دادگاه، اشاره می‌کنند که در نظام حقوقی ایران نباید وضعیت مذکور در داوری تخییری را با انتخاب ذی‌نفع از میان اداره ثبت یا دادگاه در مورد اسناد لازم‌الاجرا قیاس کرد و بر آن بود که شخص ذی‌نفع می‌تواند بعد از انتخاب داوری از آن سرباز زند و به دادگاه مراجعه کند.

1. Available at: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/7881>

۲. خدابخشی، عبدالله، پیشین، صص ۱۹-۲۰.

## ۶. امکان تجزیه دعوی

حق انتخاب از میان دو مرجع رسیدگی، این سؤال را در پی دارد که آیا بر اساس موافقت‌نامه داوری تخییری ذی‌نفع می‌تواند ادعاهای خود را تفکیک کند و بخشی از آن‌ها را به داوری و بخشی دیگر را به دادگاه ارجاع دهد؟ اگر طرفین به صراحت حدود اعمال حق تخییر را تعیین کرده باشند، به آن ترتیب اثر داده می‌شود. ممکن است رضا بر امکان تجزیه دعوی به واسطه تفسیر قرائن و امارات موجود در موافقت‌نامه داوری استنباط شود. اما اگر تعیین تکلیف صریح یا ضمنی در موافقت‌نامه داوری وجود نداشته باشد، به نظر می‌رسد که باید میان دو فرض، قائل به تفکیک شد: تجزیه دعوی واحد و اقامه دعوی متفاوت و متعدد.

در فرضی که دعوی واحد قابل تجزیه باشد، به نظر نمی‌توان تجزیه دعوا را تجویز کرد؛ زیرا طرح هر یک از اجزا در دو مرجع حل‌وفصل اختلاف که از اصول و قواعد متفاوتی پیروی می‌کنند، می‌تواند به صدور آرای متعارض منجر شود. به علاوه، طرف مقابل نیز در مقام دفاع دچار سردرگمی خواهد شد؛ زیرا باید از مقررات متفاوت ادله اثبات دعوا در دو مرجع دیگرگون تبعیت کند و بنا به الزامات مجزا، ضرر مضاعف برای صرف زمان و هزینه‌های نامتعارف، از جمله داشتن وکیل، متحمل شود.

در فرض طرح دعوی متعدد، دو حالت متصور است: اقامه هم‌زمان دعوی متعدد و عدم تقارن زمانی اقامه دعوی متعدد. در وضعیت اخیر، اقدام مطابق اراده طرفین برای اعطای تخییر به ذی‌نفع و تجویز تجزیه دعوی با مشکلی مواجه نیست و ذی‌نفع می‌تواند بعد از اقامه یکی از دعاوی در دادگاه، دعوایی را که با فاصله زمانی، مثلاً چند سال بعد، رخ می‌دهد، به داوری ارجاع کند. در مقابل، فرض طرح هم‌زمان دعوی متعدد با چالش‌های متعددی نظیر تحمیل هزینه‌های مضاعف و پیچیدگی‌های ناشی از هم‌زمانی جریان داوری و دادرسی و صدور آرای متناقض مواجه است. همین مبانی موجب پیدایش وحدت رسیدگی‌ها (دادرسی توأمان) در رسیدگی‌های قضایی و نهاد ادغام در داوری‌ها شده است. تکوین نهادهای وحدت رسیدگی و ادغام با نظم عمومی، نظم دادرسی و احقاق حق مرتبط است<sup>۱</sup> و همین امر در کنار ضرورت تفسیر مضیق قلمرو تخییر

۱. هرمزی، خیرالله، جمع و تفکیک بین دعاوی و مقایسه آن با تجزیه یک دعوی به چند دعوی در حقوق ایران و فرانسه، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره بیست‌وسوم، ۱۳۹۷، ص ۱۹۲.

به واسطه وضعیت استثنائی داوری تخییری می‌تواند مانع از اعمال اختیار تام طرفین برای ترسیم شیوه‌ای کاملاً اختصاصی در موافقت‌نامه‌های داوری باشد؛ به‌ویژه که رسیدگی توأمان اصولاً در قوانین آیین دادرسی مدنی جنبه الزام‌آور دارد و نمونه بارز آن ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی ایران است. بنابراین، با توجه به ضرورت رسیدگی واحد، اعم از رسیدگی واحد قضایی و ادغام، تجزیه دعوی در فرض مذکور با مصالح عمومی، حقوقی و مبانی احقاق حق منافات دارد. به قیاس اولویت، اگر دو مرجع همسان، مثل دو دادگاه یا دو داوری، وحدت رسیدگی قضایی یا ادغام داوری‌های مرتبط را بنا به ضرورتی منطقی تلقی می‌کنند، در رسیدگی دو مرجع ناهمسان این امر اولویت دارد. مضاف بر اینکه به نظر نمی‌رسد مراد طرفین از انتخاب داوری تخییری اعطای حق انتخاب موسع باشد. پذیرش تخییر موسع و امکان تجزیه دعوی از سوی ذی‌حق، منجر به تقویت هرچه بیشتر موضع وی و تضعیف بیشتر موقعیت طرف مقابل می‌شود. بر همین اساس، ظاهراً حق تخییر به‌منزله انتخاب یک مرجع برای همه دعوی است. برخی نویسندگان ایرانی<sup>۱</sup> نیز با این رویکرد هم‌آواز هستند که پس از انتخاب ذی‌نفع، هر دو طرف بر شیوه انتخابی مکلفاند و تمام اختلافات باید در آن مرجع مطرح شود و ذی‌نفع نمی‌تواند هم‌زمان یکی از دعاوی را در دادگاه و دیگری را در داوری طرح کند.

با وجود این، وحدت رسیدگی و ادغام منوط به حصول شرایط ویژه‌ای از جمله ارتباط (کامل) میان دعاوی متعدد و وجود اشتراکات موضوعی و حکمی است. بنابراین، تحدیدات رسیدگی‌های توأمان و ادغام باید در نفی امکان تجزیه دعوی متعدد هم‌زمان نیز اعمال شود. از همین رو، تجویز انتخاب میان داوری و دادرسی تنها در دعاوی هم‌زمان نامرتب و دعاوی غیر هم‌زمان ممکن است. در دعاوی هم‌زمان مرتبط ذی‌نفع می‌تواند فقط در یکی از مراجع تمام دعاوی را طرح کند؛ در غیر این صورت، به دلیل وجود ارتباط میان دعاوی، رأی صادره مقدم در یکی از مراجع بر رأی صادره مؤخر از مرجع دیگر تأثیر خواهد داشت و عملاً احقاق حق با مشکل مواجه خواهد شد.

۱. خدابخشی، عبدالله، پیشین، ص ۱۹.

## ۷. محدودیت‌های استفاده از شرط داوری تخییری

ماهیت استثنائی، نبود توازن و ابهامات اجرایی شروط داوری تخییری نامتوازن، اعمال تخییر را با تحدیداتی مواجه کرده است. نظر به مبانی قانونی منع اضرار به غیر و احقاق حقوق قانونی همراه با سوءنیت و سوءاستفاده، اعطای حق تخییر همواره باید در چارچوب اصل کلی منع سوءاستفاده از حق و رعایت حسن نیت قرار گیرد. در حقوق انگلیس<sup>۱</sup> تصریح شده که ذی‌نفع تخییر، واجد حق نامحدود و دائمی نیست و اعمال تخییر نباید منجر به سوءاستفاده شدید شود. تغییر مرجع رسیدگی بعد از اعمال حق تخییر نیز بنا به دو نظریه «اتکا»<sup>۲</sup> و «استاپل»<sup>۳</sup> نیز منع می‌شود. مطابق نظریه اتکا، اگر ذی‌نفع با اعمال حق تخییر به داوری رجوع کرده باشد و طرف مقابل با اتکا به انتخاب وی، در راستای پیشبرد فرایند داوری اقدام کند، طرف مقابل می‌تواند با استناد به اتکای خود به انتخاب اولیه ذی‌نفع، مانع از تغییر مرجع رسیدگی و سوءاستفاده از حق تخییر شود.

مطابق نظریه استاپل، غیر ذی‌نفع می‌تواند با استناد به رفتارهای پیشین ذی‌نفع، مانع از اعمال حق تخییر او شود. برای مثال، اگر ذی‌نفع داوری را برگزیند و به نحوی از انحا خود را پایبند به داوری نشان دهد، تغییر موضع از داوری به دادگاه به‌واسطه رفتار پیشین وی با مانع مواجه خواهد شد؛ حتی اگر طرف مقابل به آن اتکا نکرده باشد.

1. NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd., [2005] 1 Lloyds Rep. 509.

2. Reliance Theory

See the definition in: Chen-Wishart, M. *Contract Law*, 4th ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 19. Smits, J. M. *Contract Law: A Comparative Introduction*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 69.

3. Estoppel Theory

See the definition in: Fauvarque-Cosson, B. & Denis Mazeaud (eds), *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich: Sellier European Law Publishers, 2008, p. 556.



### نتیجه‌گیری

یکی از مهم‌ترین آثار رشد فزاینده شیوه‌های فرادادرسی حل اختلاف، به‌ویژه داوری، گسترش قلمرو حاکمیت اراده است که به تبع آن، کاربران داوری به موازات تقسیم‌بندی‌های سنتی از این شیوه حل اختلاف، هم‌سو با اقتضاها و بایستگی‌های تجارت‌ها و سرمایه‌گذاری‌های مدرن و مترقی، نگرانه‌های نوین از انواع داوری ترسیم می‌کنند. استقرار و تثبیت اقسام جدید داوری، تبیین و تشریح مفاهیم و احکام اختصاصی مربوط، امکان و میزان تسری هر یک از احکام عام و کلی داوری بر آن‌ها، از جمله مسائلی هستند که نیازمند تعمق و مذاقه در بستر نظر و عمل است که تحقق این مهم مستلزم طرح نظریه‌های مختلف با چشم‌اندازهای متفاوت در گذر زمان است.

داوری تخییری به‌مثابه یکی از اقسام نوپا و نوپیدای داوری، علی‌رغم طرح در موارد محدود در رویه‌های قضایی و داوری و اندک آثار پژوهشی، زوایای مبهم و ابعاد مجهولی دارد که تاکنون به آن پرداخته نشده است. از همین رو، در این نوشتار موضوعات و ابعاد ناگفته داوری تخییری تحلیل شده و به رشته تحریر درآمده است. مهم‌ترین این موضوعات عبارت‌اند از: امکان تغییر موضع ذی‌نفع پس از اعمال حق تخییر، امکان تجزیه دعوی واحد و دعاوی مختلف و طرح هر بخش از دعوا یا هر یک از دعاوی در مرجع رسیدگی متفاوت، کیفیت تفسیر اراده طرفین در موارد ابهام و محدودیت‌های استفاده از شرط داوری تخییری (اعم از محدودیت‌های قبل از انتخاب مرجع رسیدگی و پس از انتخاب مرجع) بر اساس نظریه‌های مختلف. در خلال مطالعه این موضوعات، نباید از پیچیدگی مضاعف ناشی از انواع داوری‌های تخییری غافل شد، زیرا تعیین معیار برای تشخیص حق تقدم ذی‌نفع یا ذی‌نفع‌ها در انتخاب شیوه حل‌وفصل اختلافات در کنار تفسیر مناسب ادبیات موافقت‌نامه‌های داوری تخییری، توجه به نگرش له داوری، ضرورت ممانعت از طرح دعاوی موازی یا مرتبط و پیش‌فرض بودن داوری یا دادرسی به‌منزله شیوه حل اختلاف، حسب مورد در انواع داوری‌های تخییری متوازن و نامتوازن یکی از موضوعات شایان توجه است. از سوی دیگر، موافقت‌نامه‌های داوری تخییری نامتوازن به دلیل اعطای قدرت انتخاب یک‌جانبه به یکی از طرفین، با استدلال‌هایی چون مخدوش بودن توازن قراردادی و اصل برابری طرفین، ناعادلانه بودن و رعایت نکردن اصل تقابل، همواره محل انتقاد گروهی از صاحب‌نظران بوده است. برخی از نظام‌های حقوقی ملی نیز بر همین اساس اعتبار چنین موافقت‌نامه‌هایی را به رسمیت نمی‌شناسند. در مقابل، برخی دیگر از نظام‌های حقوقی ملی، نظیر

انگلیس و سنگاپور، ضمن رد مستدل دلایل مخالفان، حکم به اعتبار چنین موافقت‌نامه‌هایی داده‌اند. در این میان، در نظام حقوقی ایران، اگرچه داوری تخییری نهاد شناخته‌شده‌ای نیست، برخی از اندک نویسندگانی که این نوع داوری را مطالعه کرده‌اند، با طرح ایرادات بالقوه این نوع داوری، از جمله مردد بودن موضوع و معلق بودن شرط، در اعتبار این موافقت‌نامه‌ها در حقوق ایران مردد هستند. حال آنکه این پژوهش ضمن رد ایرادات بالقوه مطروح، با تکیه بر اصل حاکمیت اراده و فقدان مقررات قانونی در ممنوعیت چنین توافق‌هایی، اعتبار این نوع موافقت‌نامه‌های داوری را در نظام حقوقی ایران تصدیق می‌کند.

در نهایت، به نظر می‌رسد که برای تثبیت و استقرار داوری تخییری، تنویر ابعاد و احکام موضوع و تقویت رویکرد پذیرش اعتبار موافقت‌نامه‌های راجع به این نوع داوری، نظام‌های حقوقی ملی باید به تدوین و وضع مبانی قانونی صریح مبادرت کنند و سازمان‌های داوری نیز در بازنگری‌های پیش‌رو در قواعد داوری خود، مقرراتی را راجع به داوری تخییری و نحوه مدیریت فرایندهای داوری مربوط پیش‌بینی کنند.

## فهرست منابع

## الف) منابع فارسی

## کتاب‌ها:

۱. خدابخشی، عبدالله، **حقوق دعاوی: بایسته‌های حقوق داوری تطبیقی**، جلد ششم، چاپ اول، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۹۷.
۲. شعاریان، ابراهیم، ابراهیم ترابی، **حقوق تعهدات: مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی**، چاپ دوم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۵.
۳. کاتوزیان، ناصر، **نظریه عمومی تعهدات**، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.

## مقاله‌ها:

۱. جعفری ندوشن، شهاب، لادن زرین، **بررسی تطبیقی اعتبار شروط حل اختلاف یک‌جانبه**، دوفصلنامه حقوق قراردادها و فناوری‌های نوین، دوره اول، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۹، صص ۲۷۵-۲۵۷.
۲. سربازیان، مجید، سروش رستمزاد اصلی، **اعتبار شروط یک‌طرفه تعیین صلاحیت داوری در داوری تجاری بین‌المللی**، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۰، بهار - تابستان ۱۳۹۸، صص ۳۸۰-۳۵۷.
۳. شعاریان، ابراهیم، ساناز نیک‌زمان اصل، **رویکردها و ضوابط حاکم بر تفسیر موافقت‌نامه داوری داخلی و بین‌المللی**، مطالعات حقوقی معاصر، دوره ۱۱، شماره ۲۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۹، صص ۱۸۸-۱۵۱.
۴. هرمزی، خیرالله، **جمع و تفکیک بین دعاوی و مقایسه آن با تجزیه یک دعوی به چند دعوی در حقوق ایران و فرانسه**، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره بیست‌وسوم، ۱۳۹۷، صص ۲۱۶-۱۹۱.

## ب) منابع انگلیسی:

**Books**

1. Born, G. B. *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.
2. Chen-Wishart, M. *Contract Law*, 4th ed., Oxford: Oxford University Press, 2012.
3. Fauvarque-Cosson, B. & Denis Mazeaud (eds), *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich: Sellier European Law Publishers, 2008.
4. Friedland, P. D. *Arbitration Clauses for International Contracts*, 2nd ed., New York: JurisNet, LLC, 2007.
5. Girsberger, D. & Nathalie Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, 3rd ed., Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
6. Katouzian, N. *General Theory of Obligations*, 5th ed., Tehran: Mizan, 2010.
7. Khodabakhshi, A. *Litigation Law: Requirements of Comparative Arbitration Law*, Vol. 6, 1st ed., Tehran: Entesharco, 2018.
8. Shoarian E. & Ebrahim Torabi, *the Law of Obligations: A Comparative Study of Catala Poject (Reforming the French Law of Obligations) with Irainian Law and International Instruments*, Tehran: the SD Institute of Law Research and Study, 2016.
9. Smits, J. M. *Contract Law: A Comparativr Introduction*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

**Articles**

1. Ashford Fciarb, P. "Is an Asymmetric Disputes Clause Valid and Enforceable?", *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 86, Issue 3, 2020.
2. Draguiev, D. "Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability", *Journal of International Arbitration*, Vol. 31, No. 1, 2014.
3. Drahozal, C. R. "Nonmutual Agreements to Arbitrate", *the Journal of Corporation Law*, Vol. 27, 2002.

4. Hormozi, Kh. "The Aggregation and Separation of Claims and Comparing with Disjoining an Action in Iranian and French Law", *Journal of Private Law*, Vol. 6, Issue 23, 2018, pp. 191-216. (in Persian)
5. Jafari Nodoushan, Sh. & Laleh Zarrin, "Comparative Study on the Validity of Unilateral Dispute Settlement Clauses", *Journal of Modern Technologies Law*, Vol. 1, Issue 1, 2020, pp. 257-275. (in Persian)
6. Malyuta, P. "Compatibility of Unilateral Option Clause with the European Convention on Human Rights", *University College London Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 8, Issue 1, 2019.
7. Nesbitt, S. & Henry Quinlan, "The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses", *Arbitration International*, Vol. 22, Issue 1, 2006.
8. Patil, S. "Unilateral Option Clauses: The Way Forward", *Christ University Law Journal*, Vol. 7, No. 2, 2018.
9. Sarbazian, M. & Soroush Rostamzad Asli, "Validity of Unilateral Jurisdiction Clauses in the International Commercial Arbitration", *International Law Review*, Vol. 36, Issue 60, 2019, pp. 357-380. (in Persian)
10. Shoarian, E. & Sanaz Nikzaman Asl, "Approaches and Criteria Governing the Interpretation of Arbitration Agreement: A Comparative Study in Domestic and International Arbitration", *Journal of Contemporary Legal Studies*, Vol. 11, Issue 21, 2020, pp. 155-188. (in Persian)
11. Tarh-Akong Eyongnd, D. "Enforcement of Asymmetrical Arbitration Clauses in Nigeria: A Peep into Other Jurisdictions", *BiLD Law Journal*, Vol. 5, No. 2, 2020.
12. Van Zelst, B. "Unilateral Option Arbitration Clauses: An Unequivocal Choice for Arbitration under the ECHR?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, Vol. 25(1).

#### Electronic Resources

1. Bevan, Alex, **Optional Arbitration Agreements: The English Position**, Published at 30/11/2011, available at: <https://www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/optional-arbitration-agreements-the-english-position>: June 5, 2022
2. Cheung, Kevin, **Unilateral Option Clauses to Arbitration: The Debate Continues**, February 25, 2020, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/02/25/unilateral-option-clauses-to-arbitration-the-debate-continues/>: June 5, 2022

3. Gridasov, Alexander & Maria Dolotova, **Unilateral Option Clauses: Russian Supreme Court Puts an End to the Long-Lasting Discussion**, Herbert Smith Freehills LLP, May 7, 2019, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/07/unilateral-option-clauses-russian-supreme-court-puts-an-end-to-the-long-lasting-discussion/> : June 5, 2022
4. Nassar, Youssef, **Are Unilateral Option Clauses Valid?**, October 13, 2018, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/13/are-unilateral-option-clauses-valid/>: June 5, 2022
5. Scherer, Maxi & Sophia Lange, **The French Rothschild Case: A Threat for Unilateral Dispute Resolution Clauses?**, July 18, 2013, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/07/18/the-french-rothschild-case-a-threat-for-unilateral-dispute-resolution-clauses/>: June 5, 2022
6. Willems, Jane Y. **The Arbitrator's Jurisdiction at Risk: The Case of Hybrid and Asymmetrical Arbitration Agreements**, 1 May 2019, available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3362746](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3362746): June 5, 2022

### Cases

1. Apple Sales International v. eBizcuss, Cass. 1ere Civ., 7 October 2015, 14-16.898.
2. Allis-Chalmers Corp v. Lueck, 471 US 202, 204 n 1, 1985.
3. Armendariz v. Found. Health Psychcare Servs., Inc., 6 P.3d 669, 692 (Cal. 2000).
4. Bragg v. Linden Research, Inc., 487 F. Supp. 2d 593, 605-11 (E.D. Pa. 2007) (California law).
5. Cass Civ 1, June 12 2013, [2013] I Bull Civ, 121.
6. Conax Florida Corp v. Astrium Ltd 499 F Supp 2d 1287 (2007).
7. Corte di Cassazione judgement No. 2906, October 22, 1970.
8. Cour de cassation, 25 March 2015, Decision No. 415 (13-27. 264).
9. Deaton Truck Line, Inc. v. Local Union 612, 314 F 2d 418, 422 (5th Cir 1962).
10. Decision of Presidium of Supreme Arbitrazh Court in: CJSC Russian Telephone Co. v. Sony Ericsson Mobile Telecommunications Russia LLC., case No. 1831/12, A40- 49223/11-112-401, June 19, 2012.
11. Debenture Trust Corp plc v. Elektrim Finance BV and others [2005] 1 All ER (Comm) 476 [493].

12. Dyna-Jet Pte Ltd v. Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd [2017] SGCA 32.
13. Global Client Solutions, LLC v. Ossello, 382 Mont. 345, 367 P.3d 361, 2016 MT 50 (Mont. 2016).
14. Grinka in liquidazione v. Intesa San Paolo, Corte di Cassazione judgement in case No. 5705, April 11, 2012.
15. Judgment of Anzen Limited and others (Appellants) v. Hermes One Limited (Respondent) (British Virgin Islands), From the Court of Appeal of the Eastern Caribbean Supreme Court (British Virgin Islands), 18 January 2016.
16. *Mme X v. Banque Privée Edmond de Rothschild Europe (Societe)* [2013] I.L.Pr. 12 (26 September 2012).
17. NB Three Shipping Ltd v. Harebell Shipping Ltd [2004] EWHC (Comm.) (English High Ct.).
18. NB Three Shipping Ltd v. Harebell Shipping Ltd., [2005] 1 Lloyds Rep. 509.
19. Noohi v. Toll Bros. Inc., 708 F.3d 599 (4th Cir. 2013).
20. *Pittalis v. Sherefettin* [1986] 1 QB 868 [Hereinafter *Pittalis*].
21. PMT Partners Pty Ltd v. Australian Nat'l Parks & Wildlife Serv., [1995] 184 CLR 302, ¶18 (Australian High Ct.).
22. Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 46-KG16-29, Nov. 29, 2016.
23. Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 310- EC14-5919, Case No. A62-1635/2014, May 27, 2015.
24. *Societe Coignet v. COMIT*, Bull. 1990 I No. 273, p. 193, Cass. Div.
25. *Societe Sicaly v. Societe Grasso Stacon NV*, 1974 I No. 143 p. 122 Cass. Civ.
26. *Thermodyn v. M-Real Alizay*, French Supreme Court, Cass Civ. 1ère, 12 June 2013.
27. *Ticknor v. Choice Hotels International Inc.*, 265 F.3d 931, 939-40 (9th Cir. 2001) (Montana law).
28. *Union of India v. Bharat Engineering Corporation* ILR 1977 Delhi 57.
29. *United States ex rel. Birkhead Elec., Inc. v. James W. Ancel, Inc.*, WDQ-13-2498 (D. Md. Jun. 5, 2014).
30. *United States ex rel. Birkhead Elec., Inc. v. James W. Ancel, Inc.*, (2014) WL 2574529 (D. Md. June 5, 2014).
31. *Westfal-Larsen & Co A/S v. Ikerigi Compania Naviers SA (The Messiniaki Bergen)* [1983] 1 All ER 382.
32. *Ziegler v. Knuck*, 419 So 2d 818, 819 (Fla App 1982).

