

## موضوع و ماهیت تعهد داور

عباس میرشکاری\*

استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

محسن سلیمی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۲/۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۴/۲۵)

### چکیده

داوری، یک شیوه جایگزین است که در آن داور بی طرف و منتخب طرفین در خارج از دادگاه در پی حل اختلاف است. در جریان داوری، داور بازیگر اصلی است و اوست که نهایتاً در خصوص اختلاف اتخاذ تصمیم می کند. مهم ترین تعهد داور در این کارزار التزام به حل واقعی اختلاف و احقاق عادلانه حق است و سایر تعهدات او فرع بر این تعهد اصلی است. ایجاد این تعهد مستلزم پذیرش داور است و با تحقق اختلاف و درخواست رسیدگی از جانب یکی از طرفین، داور مکلف به اجرای تعهدی است که با اراده خویش پذیرفته است. نوشتار حاضر با طرح این سؤال که موضوع و ماهیت التزام داور به حل و فصل اختلاف چیست، با استفاده از روش کتابخانه‌ای و مراجعه به منابع داخلی و خارجی در پی تبیین برخی جوانب این تعهد از نظر حقوق تعهدات است. در این زمینه می توان گفت که تعهد داور به حل اختلاف در واقع التزام به صدور رأی است، این تعهد همانند سایر التزامات قراردادی باید معین و مقدور باشد و در مسیر اجرای آن داور همانند دادرس باید در پی کشف حقیقت باشد.

### واژگان کلیدی

تعهد، حل اختلاف، داور، قرارداد.

## ۱. مقدمه

حلول فصل اختلافات از دغدغه‌های همیشگی طرفین روابط حقوقی و به‌ویژه روابط بازرگانی است. اهمیت این امر تا به حدی است که در یک رابطه بازرگانی اغلب، طرفین پیش از وقوع اختلاف در خصوص چگونگی حل آن تصمیم‌گیری می‌کنند. حل و فصل اختلاف از طریق داوری از راهکارهایی است که اشخاص در روابط حقوقی خود با یکدیگر می‌توانند برای ختم نزاع به‌وجود آمده یا احتمالی خویش برگزینند. در این شیوه داور به‌عنوان ثالث میان طرفین به قضاوت می‌پردازد و در پی حل اختلاف خواهد بود. در جریان داوری، داور نقشی اساسی دارد و اوست که باید اختلاف را حل کند. در واقع، حل و فصل اختلاف التزامی است که داور بر عهده گیرد و باید آن را به انجام رساند. این تعهد که ناشی از رابطه قراردادی میان داور و طرفین اختلاف است، در حقیقت در راستای التزامی است که طرفین به موجب موافقت‌نامه داوری پذیرفته‌اند (Onyema, 2010: 30). اهمیت موضوع مورد بحث از این جهت است که در داوری اصلی‌ترین و شاید تنهاترین تعهدی که داور در برابر طرفین اختلاف می‌پذیرد، همان تعهد به حل اختلاف است و سایر التزاماتی که بر عهده او قرار می‌گیرند، در واقع در پرتو این تعهد است. به‌علاوه پذیرش این تعهد توسط داور شرط تحمیل تکالیفی است که قانون بر عهده او می‌نهد. منتها تکالیف قانونی‌ای که داور موظف به اجرای آنهاست، از قلمرو موضوعی این نوشتار خارج است و در این مقاله مقصود ما از تعهد داور، التزامات نشأت‌گرفته از روابط قراردادی متنازعین و داور است. در پژوهش پیش رو برآنیم تا با پاسخگویی به این پرسش که، موضوع و ماهیت تعهد داور به حل و فصل اختلاف چیست، از نگاه حقوق تعهدات این التزام داور را واکاوی کنیم. از این رو با تفکیک عنوان به دو بخش، نخست موضوع تعهد داور تبیین شده و در ادامه ماهیت تعهد داور تحلیل و بررسی می‌شود.

## ۲. موضوع تعهد داور

با پذیرش تعهد به وسیله داور، یک رابطه دینی میان او و متنازعین ایجاد می‌شود که ارکان آن عبارت‌اند از: طرفین اختلاف به‌عنوان صاحبان حق یا طلبکار، داور به‌عنوان بدهکار یا متعهد و «حل اختلاف» به‌عنوان موضوع تعهد یا دین. به موجب این رابطه یا حق دینی داور در برابر متنازعین ملتزم می‌شود که اختلاف میان آنان را حل کند. این تعهد از حیث فنی مصداق تعهد به انجام کار، و زاده تراضی داور و طرفین اختلاف است. در واقع به موجب این تعهد داور ملتزم می‌شود سلسله اقداماتی<sup>۱</sup> را به انجام رساند تا نهایتاً اختلاف به‌وجود آمده حل شود. در

۱. از جمله این اقدامات عبارت‌اند از مطالعه دادخواست و به‌طور کلی اسناد و دلایل پرونده، عنداللزوم برگزاری جلسه استماع (hearing)، اعطای فرصت دفاع و ارائه ادله به هر یک از طرفین و در نهایت صدور رأی و تسلیم آن به متنازعین.

نتیجه به‌طور کلی تعهد او عبارت است از قضاوت و داوری یا به تعبیر دقیق‌تر حل اختلاف. پس در گام نخست باید دید اساساً از حیث موضوعی داور چه چیزی را به‌عهده می‌گیرد، مفهوم حل اختلاف چیست و چه زمانی می‌توان گفت داور به عهد خویش وفا کرده است. از یک سو، اختلاف در صورتی به شکل واقعی حل خواهد شد که حق به‌حقدار برسد و عدالت برپا شود. از سوی دیگر، داوری شیوه‌ای توافقی<sup>۱</sup> است<sup>۲</sup> و برخلاف شیوه‌های توافقی<sup>۳</sup>، علی‌الاصول داور جهت حل اختلاف در پی دست‌یازیدن به توافق میان طرفین نیست<sup>۴</sup>. علاوه‌بر این جریان داوری با حل اختلاف به هدف اصلی خود می‌رسد و پایان می‌پذیرد. بنابراین شیوه معمول خاتمه داوری را باید حل اختلاف دانست. اغلب قواعد داوری در سطح جهان و قوانین داوری کشورهای مختلف شیوه عادی ختم رسیدگی داور را صدور «رأی نهایی»<sup>۵</sup> توسط او دانسته‌اند.<sup>۶</sup> نویسندگان حقوقی نیز صدور رأی را هدف نهایی داوری تلقی کرده‌اند (یوسف‌زاده، ۱۳۹۳: ۲۱۷). صدور رأی از خصایص بارز دادرسی قضایی است. به همین سبب برخی محققان تعهد داور را علاوه‌بر رابطه قراردادی او با طرفین اختلاف، ناشی از نقش قضایی او نیز دانسته و ابراز داشته‌اند که وظیفه اصلی داور حل اختلاف به شیوه قضایی<sup>۸</sup> است (Born, 2014: 9). دیوان عالی فدرال آلمان<sup>۹</sup> در یک رأی این تعهد داور را این‌گونه توصیف کرده است: «داور انتخاب می‌شود تا در مورد یک اختلاف حقوقی تصمیم‌گیری کند به همان شیوه‌ای که یک قاضی اقدام می‌کند ... از این حیث دیوان داوری همان جایگاه دادگاه را دارد» (Born, 2014: 10). در نتیجه می‌توان مدعی شد که صدور رأی نهایی توسط داور دقیقاً به مفهوم حل

### 1. Adversarial

۲. به‌طور کلی توافقی بودن از اصول بنیادین حاکم بر داوری است و مقصود از آن این است که هر یک از طرفین اختلاف بتواند ادعاها و ادله خویش را اعلام کرده و امکان اطلاع از ادعاها و ادله رقیب را نیز داشته باشد و در صورت لزوم فرصت به چالش کشیدن آنها را نیز داشته باشد (خدری، ۱۳۹۳: ۵۳۸).

### 3. Consensual

۴. شایان ذکر است که مفهوم توافقی یا توافقی بودن در تفکیک روش‌های حل اختلاف بیشتر ناظر به شیوه رسیدگی و نتیجه حاصل از آن است، والا در داوری نیز همانند میانجی‌گری اراده طرفین نقشی بی‌بدیل دارد. منتها داوری از این جهت شیوه‌ای توافقی است که طرفین در آن هیچ سيطره‌ای بر رأی نداشته و داور نیز مکلف به رعایت اصول مهمی از جمله اصل تناظر و اصل استقلال و بی‌طرفی در رسیدگی است که بی‌اعتنایی بدانها موجب سلب اعتبار از رسیدگی داور است.

### 5. Final Award

۶. برای نمونه ن.ک: ماده ۴۸ قواعد و آیین داوری مرکز داوری اتاق ایران، ماده ۳۰ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی اصلاحی ۲۰۱۲، ماده ۴۵-R 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.

۷. ذکر این نکته ضروری است که ختم رسیدگی داور ممکن است نتیجه حوادث دیگری مانند استرداد درخواست یا توافق طرفین اختلاف نیز باشد. منتها این موارد به‌منزله حل اختلاف بدان مفهوم که در داوری مدنظر است، نمی‌باشد.

### 8. An Adjudicatory Manner

### 9. German Bundesgerichtshof

اختلاف است و چنین شیوه حل اختلافی را باید یک شیوه قضایی یا حداقل ترافیکی دانست. بنابراین آنچه را که داور در داوری به عهده می‌گیرد، به‌طور خاص تعهد به «صدور رأی» است. در رویه قضایی نیز آرای قابل مشاهده است که صدور رأی توسط داور را موجب خاتمه داوری و سمت داور دانسته‌اند. برای نمونه شعبه ۱۷ دادگاه حقوقی یک تهران در پرونده شماره ۱۳۱/۶۸ ابراز داشت: «... آقای... به‌عنوان حکم مرضی‌الطرفین انتخاب گردیده... نامبرده... از بروز اختلاف بین طرفین آگاهی یافته و رأی خود را در تاریخ ۶۴/۶/۴ صادر و قضیه خاتمه یافته است... نظر به اینکه به اعتقاد دادگاه با صدور حکم [داور] مورخ ۶۴/۶/۴ دیگر باب داوری مسدود شده است و سمت داور زایل شده و نامبرده اختیاری نداشته که مجدداً اظهارنظر نماید...». این رأی در شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور به موجب دادنامه شماره ۲۳/۴۸۸ به تاریخ ۱۳۶۸/۸/۲۸ تأیید شد (بازگیر، ۱۳۸۹: ۱۳۵). داور در اجرای این تعهد آزاد نیست و صدور رأی یک عمل حقوقی و محتاج قصد انشاست<sup>۱</sup>، رأی او باید موجه و مدلل بوده<sup>۲</sup> و بر مبنای اصول و مبانی حقوقی باشد.<sup>۳</sup> علاوه بر این داور مکلف به رعایت الزامات شکلی‌ای است که قرارداد داوری یا قانون حاکم بر او تحمیل می‌کند. علاوه بر اینها تعهد داور همانند هر تعهد دیگری باید حاوی دو شرط اساسی باشد: نخست آنکه تعهد داور باید معلوم یا قابل تعیین باشد و دوم آنکه تعهد داور باید مقدور باشد. در دو بند بعدی به این دو شرط پرداخته می‌شود.

## ۲. ۱. معلوم یا قابل تعیین بودن تعهد داور

متعهد باید بداند چه تعهدی را می‌پذیرد. متنها در مواردی که موضوع تعهد کار مشخصی است، اغلب، علم اجمالی به موضوع کفایت می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۰۹). در داوری علاوه بر اینکه اصل تعهد به حل و فصل اختلاف باید برای داور معلوم باشد، اختلافی که داور می‌بایست آن را حل کند نیز باید معلوم و یا قابل تعیین باشد. ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب

۱. در پرونده‌ای قاضی رأی را که توسط یکی از طرفین اختلاف تنظیم شده بود و داور آن را امضا کرده بود باطل اعلام کرد، چراکه نشان می‌داد داور فاقد قصد انشا بوده است. ر.ک: خدابخشی، ۱۳۹۵: ۳۷۶.  
 ۲. تمامی آنچه در ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در رأی دادگاه باید رعایت شود، برای رأی داوری نیز ضروری است، به‌جز استناد به مواد قانونی و اصول حقوقی که عدم ذکر آنها خدشه‌ای به اساس رأی وارد نخواهد کرد (امینی و منصور، ۱۳۹۷: ۱۳).

۳. ماده ۴۸۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ در این خصوص مقرر می‌دارد: «رأی داور باید موجه و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجد حق نباشد». همچنین بند ۲ ماده ۳۰ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ داور را مکلف نموده است که کلیه دلایلی را که رأی بر مبنای آن صادر شده است، در متن رأی بیاورد.

۴. ن.ک: کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۶۹ به بعد.

۱۳۷۹ در این خصوص مقرر می‌دارد: «در هر مورد که داور تعیین می‌شود باید موضوع و مدت داوری و نیز مشخصات طرفین و داور یا داوران به‌طوری‌که رافع اشتباه باشد، تعیین شود. در صورتی‌که تعیین داور بعد از بروز اختلاف باشد، موضوع اختلاف که به داوری ارجاع شده باید به‌طور روشن مشخص و مراتب به داوران ابلاغ شود». در این ماده مقنن میان موردی که اختلاف هنوز ایجاد نشده و موردی که داور پس از بروز اختلاف تعیین می‌شود، قائل به تمایز شده است. بدین‌نحو که اگر تعیین داور قبل از وقوع اختلاف و برای تنازع احتمالی آینده باشد، «باید موضوع داوری ... تعیین گردد»، درحالی‌که اگر «تعیین داور بعد از بروز اختلاف باشد، موضوع اختلاف که به داوری ارجاع شده باید به‌طور روشن مشخص و مراتب به داوران ابلاغ شود». در واقع قانونگذار موضوع داوری و موضوع اختلاف را از یکدیگر تفکیک کرده است. از آنجا توافق به داوری اعم از آنکه به‌صورت شرط یا قرارداد مستقل باشد، خود یک توافق فرعی است و باید مسبوق به وجود یک رابطه حقوقی اولیه باشد (یوسف‌زاده، ۱۳۹۳: ۵۴). به‌نظر می‌رسد در موردی که هنوز اختلافی پدید نیامده، مقصود از تعیین موضوع داوری در حقیقت تعیین رابطه حقوقی مبنای اختلاف است. در نتیجه برای مثال موضوع تعهد داور در این فرض عبارت است از حل اختلافات در خصوص یک قرارداد خاص با موضوع و طرفین معین. اما اگر داور پس از بروز اختلاف تعیین شود، برای تعیین مورد تعهد او، باید موضوع اختلافی که به داوری ارجاع شده است، معلوم و معین شود. در واقع در این فرض، ظاهراً مقنن علم اجمالی به مورد تعهد را کافی ندانسته و با الزام طرفین به تعیین موضوع اختلاف در حقیقت نظر بر آن داشته که موضوع تعهد داور به‌صورت جزئی‌تر و با تفصیل بیشتری بیان شود. برای مثال در این فرض موضوع تعهد داور عبارت است از حل اختلاف به‌وجودآمده در زمینه ثمن قابل پرداخت در یک قرارداد خاص با موضوع و طرفین معین. این در حالی است که در قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ چنین تفکیکی به چشم نمی‌خورد و بند «ج» ماده ۱ قانون یادشده در این خصوص مقرر می‌دارد: «موافقت‌نامه داوری توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی از اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیر قراردادی به‌وجود آمده یا ممکن است پیش آید، به داوری ارجاع می‌شود...». در این ماده صرف تعیین رابطه حقوقی مبنای اختلاف (چه قبل و چه بعد از بروز اختلاف) را کافی دانسته و در واقع قانونگذار بیشتر نظر به تعیین موضوع داوری دارد تا تعیین موضوع اختلاف. بنابراین در دعاوی موضوع قانون داوری تجاری بین‌المللی به‌جای تعیین اختلافات،

۱. «اگر دو طرف مانند دو شرکت یا دو دوست یا دو همکار یا دو همسایه که علائق یا منافع مشابه دارند، بدون اینکه رابطه حقوقی مشخصی داشته باشند، با یکدیگر تراضی کنند هر اختلافی را که در آینده پیدا کردند، با داوری فیصله دهند، این تراضی فاقد موضوع است و اعتبار ندارد» (یوسف‌زاده، ۱۳۹۳: ۵۴).

طرفین می‌توانند رابطه حقوقی را که به اختلاف منجر شده یا خواهد شد، تعیین کنند (شیری، ۱۳۹۳: ۹۱). تعیین موضوع تعهد داور در واقع تعیین مرز صلاحیت اوست. به دیگر سخن موضوع التزام داور معین می‌شود تا آنچه در صلاحیت او قرار دارد و آنچه خارج از حیطه اقتدار اوست، معلوم شود. رویه قضایی نیز در ضرورت تعیین موضوع تعهد داور و قرارداد داوری قاطع است. در پرونده‌ای طرفین قرارداد بدون تعیین موضوع داوری، در یک بند قرارداد صرفاً داور را مشخص کرده بودند. پس از بروز اختلاف و رسیدگی و صدور رأی توسط داور، محکوم‌علیه به خواسته ابطال رأی داور به جهت معلوم و معین نبودن موضوع داوری نزد دادگاه اقامه دعوا کرد. پس از صدور رأی دادگاه نخستین و اعتراض به رأی، شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۲۳۸ به تاریخ ۹۱/۱۰/۳ در مورد این پرونده این‌گونه نظر داد: «... نظر به اینکه به شرح تبصره سه ماده دو قرارداد شرط داوری مورخ ۹۰/۹/۱۲ داور تعیین شده لیکن موضوع داوری مشخص نگردیده از آنجا که موضوع داوری از ارکان داوری بوده و با مشخص شدن آن حدود صلاحیت داور برای اظهارنظر معین می‌گردد و بدون تعیین آن حدودی برای صلاحیت داور تعریف نشده که داور براساس آن حق اظهارنظر داشته باشد و اعتبار داور بر اساس موضوع داوری قابلیت تعریف را دارد بنابراین دادگاه شرط داوری سابق‌الذکر را به لحاظ عدم تعیین موضوع داوری که از ارکان و اساس داوری بوده مستند به مواد ۴۵۸ و بند هفت ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی واجد اعتبار تشخیص نداده ... حکم بر ابطال رأی داور صادر و اعلام می‌نماید»<sup>۱</sup>. شایان ذکر است که برای مشخص شدن تعهد داور صرف تعیین اختلاف و موارد ارجاع شده به داوری کافی است و نیازی نیست مجموعه مقومات فرایند داوری به تفصیل بیان شود. برای مثال نیازی نیست در قرارداد با داور ذکر شود که او مکلف به برگزاری جلسات استماع یا صدور رأی است، زیرا چنین مواردی داخل در فرایند عرفی و قانونی داوری است و ذکر آنها تأکیدی بیش نیست. علاوه بر این پذیرش داوری توسط داور شرط استقرار تکالیفی است که قانون بر عهده او

۱. این رأی در آن بخش که بر معلوم و معین بودن موضوع تعهد و صلاحیت داور تأکید دارد، قابل دفاع است. منتها از این جهت که صرف وجود شرط داوری (حتی اگر صرفاً به شکل تعیین داور باشد) در یک قرارداد مشخص و معین را برای ارجاع اختلافات ناشی از آن قرارداد به داوری کافی ندانسته قابل تأمل به نظر می‌رسد. در واقع همان‌گونه که ابراز شد، برای تعیین موضوع تعهد داور علم اجمالی کافی است. به همین سبب می‌توان پذیرفت که تعیین داور برای یک قرارداد دلالت اجمالی بر قصد طرفین برای حل اختلافات ناشی از آن از طریق داوری خواهد داشت. در عمل نیز شرط داوری اغلب بدون تعیین یک اختلافات احتمالی در قرارداد درج می‌شود.

می‌نهد. این قبیل تکالیف را قانون بر هر شخصی که بر مسند قضاوت خصوصی نشیند بار خواهد کرد.<sup>۱</sup> در نتیجه ضرورتی به تعیین این‌گونه تکالیف در قرارداد داور وجود ندارد.

## ۲.۲. مقدور بودن تعهد داور

کار موضوع تعهد باید قابلیت انجام داشته باشد و انجام کار نامقدور نمی‌تواند موضوع التزام واقع شود.<sup>۲</sup> معیار تشخیص مقدور بودن کار موضوع تعهد عرف و امکان انجام آن به وسیله دیگران است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: 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<sup>۳</sup> (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۱۱). منتها تعهد داور در این میان وضعی ویژه دارد و ظاهراً به‌طور کامل از قواعد عمومی تعهدات تبعیت نمی‌کند. علت آن را هم باید در شخصی یا قائم به شخص بودن تعهد داور جست‌وجو کرد. در واقع طرفین اختلاف با ملاحظه شخصیت و اعتباری که برای داور قائل‌اند عنان حل اختلاف را بدو می‌سپارند. پس مباشرت داور در حل اختلاف قید تعهد اوست و در مواردی که اجرای تعهد وابسته به شخصیت متعهد است، توان انجام تعهد در شخص او معتبر است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۱۰). در نتیجه برخلاف قواعد عمومی تعهدات که نامقدور بودن در آنها صرفاً باید ناشی از طبیعت کار مورد تعهد باشد، عدم امکان اجرای تعهد داور را از دو جهت قابل بررسی است:

### ۲.۲.۱. نامقدور بودن موضوعی (داوری ناپذیری موضوعی)

گاه طبیعت موضوع مورد اختلاف قابلیت ارجاع به داوری ندارد. در هر نظام حقوق ملی قانونگذار حل و فصل اختلافات خاصی را در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های دولتی یا مراجع خاصی قرار می‌دهد. این‌گونه اختلافات که پیوندی ناگسستنی با نظم عمومی و منافع حیاتی یک کشور دارند نمی‌توانند موضوع تعهد داور به حل و فصل اختلاف قرار گیرند. در نتیجه قابل داوری بودن اختلاف پیش‌شرط لازم برای داوری است (Berger, 2004: 757). در واقع عدم قابلیت داوری اختلاف اساس صلاحیت داور را متزلزل می‌کند (ایرانشاهی، ۱۳۹۱: ۳۶۰). در حقوق

۱. از جمله این تکالیف عبارت‌اند از: رفتار مساوی با طرفین (ماده ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی)، استقلال و بی‌طرفی، توجیه و تعلیل رأی (ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی مدنی) و ...

۲. برخی از نامقدور بودن با عنوان محال بودن مورد تعهد یاد کرده‌اند و آن را به محال بودن مطلق یعنی ناشی از وضع ذاتی موضوع تعهد و محال بودن نسبی یعنی عدم امکان انجام تعهد به وسیله شخص متعهد، تقسیم کرده‌اند (السنهوری، ۱۳۸۲: ۲۵۱).

۳. پس اگر انجام امری از توان فنی و مالی متعهد خارج باشد ولی انجام همان کار عرفاً به وسیله دیگران ممکن باشد، تعهد را نباید نامقدور پنداشت. چنانکه اگر معسری متعهد به پرداخت مبلغی سنگین شود، در نفوذ این قرارداد تردید روا نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۱۱).

ایران قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در ماده ۴۹۶ دعوی ورشکستگی و دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب را قابل ارجاع به داوری نمی‌داند.<sup>۱</sup> در فرانسه هر گونه اختلافی که حاوی منافع عمومی است، غیرقابل ارجاع به داوری است (Redfern & Hunter, 2004: 138). از حیث ضمانت اجرا نیز، موافقت‌نامه‌ای که اختلاف غیرقابل ارجاع به داوری را به داوری ارجاع داده است، به سبب عدم رعایت قانون امری محکوم به بطلان است (مافی، ۱۳۹۵: ۷۲). می‌توان مدعی شد داوری‌ناپذیری اختلاف به منزله نامقدور بودن تعهد داور است و از این جهت همراستا با قواعد عام تعهدات، التزام داور اعتباری نخواهد داشت.

### ۲.۲.۲. نامقدور بودن شخصی (داوری‌ناپذیری شخصی)

به سبب وابستگی تعهد داور به شخصیت و توانایی درونی او، گاه نامقدور بودن تعهد داور معلول ناتوانی شخصی اوست. برخی استادان عدم قدرت شخص متعهد در این فرض را نامقدور بودن نسبی نامیده و ابراز داشته‌اند که: «در این موارد هرچند عدم قدرت مربوط به شخص متعهد است، لیکن چون ایفا تعهد به وسیله شخص دیگر ممکن نیست، می‌توان عدم قدرت را مطلق و موجب بطلان تلقی کرد» (صفایی، ۱۳۹۳: ۱۳۷). اگرچه اغلب نویسندگان حوزه حقوق داوری اصطلاح «داوری‌پذیری شخصی»<sup>۲</sup> را برای توضیح اهلیت و اختیار طرفین دعوا جهت مراجعه به داوری مورد توجه قرار می‌دهند<sup>۳</sup>، ولی به نظر می‌رسد این اصطلاح در خصوص صلاحیت شخصی داور برای پذیرش تعهد به حل و فصل اختلاف نیز قابل طرح باشد. منتها دامنه شمول آن در خصوص داور محدود به عدم اهلیت او نیست و مقصود از داوری‌پذیری شخص داور در واقع توانایی عملی یا قانونی شخص برای داور شدن است. برای نمونه اشخاصی که به موجب حکم قطعی دادگاه یا در اثر آن از انتخاب به عنوان داور محروم شده‌اند و همچنین قضات و کارمندان اداری شاغل در محاکم قضایی اساساً نمی‌توانند به عنوان

۱. البته موارد داوری‌ناپذیری موضوعی محدود به ماده یادشده نیست. دعوی کیفری (ماده ۴۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی)، اختلافات مالیاتی (ماده ۲۲۴ قانون مالیات‌های مستقیم)، اختلافات فردی میان کارگر و کارفرما (ماده ۱۵۷ قانون کار) و دعاوی راجع به مالکیت معنوی از جمله دیگر مواردی هستند که قابل ارجاع به داوری نمی‌باشند. برای مشاهده موارد دیگر رک: یوسف‌زاده، ۱۳۹۳: ۵۵.

۲. چنانچه با وجود داوری‌ناپذیری اختلاف، داور بدان رسیدگی نموده و رای صادر نماید در دعاوی تجاری بین‌المللی به موجب بند ۱ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی این امر از موجبات بطلان رأی داور است. در داوری‌های داخلی اگرچه در قانون آیین دادرسی مدنی به صراحت این امر از موارد بطلان رأی داور تلقی نشده، ولی از آنجایی که بند ۷ ماده ۴۸۹ همان قانون بی‌اعتباری قرارداد داوری را از موجبات بطلان رأی داور دانسته است، می‌توان پذیرفت نامقدور بودن موضوعی تعهد داور موجب بطلان رأی اوست.

### 3. Subjective Arbitrability

۴. رک: مافی، ۱۳۹۵: ۷۴ به بعد.



داور انتخاب شوند (مواد ۴۶۶ و ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی). در نتیجه اجرای تعهد به داوری به حکم قانون برای اینان نامقدور و غیرممکن است. از حیث ضمانت اجرا نیز رأیی که توسط داوری صادر شده که مجاز به صدور رأی نبوده است، قابل ابطال است (بند ۶ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی). چنانچه داور توانایی قانونی برای حل اختلاف را نداشته باشد، تعهد او نامقدور و بی اعتبار است. شایان ذکر است که نامقدور یا محال بودن مورد تعهد می تواند طبیعی باشد یا ناشی از حکم قانون. در هر دو صورت عدم امکان اجرای مورد تعهد در صحت اصل تعهد ایجاد اختلال خواهد کرد (السنهوری، ۱۳۸۲: ۲۵۲). عمده موارد نامقدور بودن در داوری ناشی از حکم قانون است، چراکه از حیث موضوعی در امور مدنی و تجاری اصل بر قابل داوری بودن همه اختلافات و دعاوی است<sup>۱</sup> (امیر معزی، ۱۳۸۷: ۶۵) و نمی توان عدم قابلیت داوری برخی از اختلافات را ناشی از طبیعت و ذات آنها دانست. از نظر شخصی نیز اگر انتخاب شدن به عنوان داور را حق مدنی بدانیم، باید گفت هر انسان متمتع از حقوق مدنی است و علی الاصول امکان انتخاب شدن به عنوان داور برای همه وجود دارد، مگر در مواردی که قانون منع کرده است. از حیث نامقدور بودن شخصی یکی از نمونه هایی که عملاً در نظام حقوقی ایران وجود دارد، آن است که در بسیاری از قراردادهای نمونه چاپی که توسط اتحادیه صنف مشاوران املاک تهیه و در اختیار مشاوران املاک قرار می گیرد، شرط داوری درج شده است که به موجب آن متصدی بنگاه معاملات املاک که اغلب فاقد اطلاعات حقوقی و توان قانونی لازم برای داوری است، به عنوان داور قلمداد شده و عملاً راه مراجعه افراد به دادگاه مسدود می شود. ناتوانی شخص مشاور املاک برای داوری زمانی بیشتر رخ نمایی می کند که خود او یکی از طرفین قرارداد باشد. در یک پرونده با موضوع فروش آپارتمان که در آن مشاور املاک خود به عنوان فروشنده یکی از طرفین قرارداد بود، به سبب عدم انجام تعهد، خریدار علیه او در شورای حل اختلاف اقامه دعوا نموده و رأی محکومیت خواننده را تحصیل کرد. شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد در مقام تجدیدنظر نسبت به رأی شورای حل اختلاف در دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۵۱۱۳۰۰۹۷۴ به تاریخ ۸۹/۸/۱۱ ایراد مشاور املاک مبنی بر وجود شرط داوری در قرارداد را این گونه رد کرد: «... نظر به اینکه داوری ... در حالتی تصور می شود و تحقق می یابد که شخص ثالث غیر از طرفین اختلاف، بین آنها داوری و حکمیت نماید ... آقای علی ... به عنوان مشاور املاک که خود طرف قرارداد و در حال حاضر

۱. رویه قضایی نیز این عقیده را پذیرفته است. شعبه پنجم دیوان عالی کشور در حکم شماره ۹۷۱ به تاریخ ۳۴/۵/۹ در این خصوص مقرر کرده است: «جز ورشکستگی و دعاوی مربوط به اصل نکاح و طلاق و فسخ نکاح و دعاوی نسب که ارجاع آنها به داوری طبق ماده ۶۷۵ قانون [سابق و ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹] منع قانونی دارد ارجاع دعاوی دیگر به داوری مانعی ندارد بنابراین ارجاع دعاوی ابطال سند رسمی به داوری بی اشکال خواهد بود» (خدابخشی، ۱۳۹۵: ۷۳).

مدعی و ذی‌نفع مستقیم و تجدیدنظرخواه پرونده است برای داوری انتخاب شده است که به معنی حاکمیت نظر یکی از طرفین قرارداد بر دیگری و در حالت اختلاف می‌باشد و بدیهی است که این شرط خلاف مقررات موضوعه است و از سوی دادگاه قابل پذیرش نمی‌باشد...» (خدابخشی، ۱۳۹۵: ۲۳۴).

### ۳. ماهیت تعهد داور

همان‌گونه‌که ابراز شد تعهد داور به حل اختلاف متکی بر قراردادی است که با داور منعقد می‌شود، بر این مبنا بی‌شک تعهد داور یک تعهد قراردادی و زاده توافق اراده داور و طرفین اختلاف است. حال باید دید تعهدی که داور به اختیار خویش می‌پذیرد، تعهد به انجام تلاش و کوشش در جهت حل اختلاف است یا آنکه او قاطعانه تعهد می‌کند که اختلاف را حل کند. به دیگر سخن، آیا تعهد داور یک تعهد به وسیله است یا تعهد به نتیجه. علاوه بر این آیا داور باید شخصاً این تعهد را انجام دهد یا آنکه چنین تعهدی هیچ بستگی‌ای به شخصیت او ندارد و به نیابت نیز قابل اجراست. در بندهای پیش رو به این دو پرسش پاسخ خواهیم گفت.

#### ۳.۱. به نتیجه یا به وسیله بودن تعهد داور

در تعهد به وسیله متعهد ملتزم می‌شود که همهٔ جهد و کوشش خویش را به کار گیرد تا نتیجه مطلوب متعهدله حاصل شود، حال آنکه در تعهد به نتیجه متعهد کسب نتیجهٔ معهود را تضمین می‌کند، به نحوی که اگر نتیجهٔ مورد تعهد حاصل نشد، او در برابر متعهدله ضامن جبران خسارت خواهد بود. معیار تمیز این دو نوع تعهد را برخی استادان درجهٔ امکان دستیابی به نتیجهٔ مطلوب دانسته‌اند. بدین نحو که اگر احتمال دستیابی به نتیجه فراوان باشد، چنین التزامی یک تعهد به نتیجه است و اگر دست یازیدن به نتیجه، احتمالی و خارج از اختیار متعهد باشد، صرف انجام تلاش و کوشش متعارف متعهد را بری می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۵۲). برخی دیگر ضمن اشاره به قصد مشترک طرفین در تمیز تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله ابراز داشته‌اند که غالب تعهدات قراردادی تعهد به نتیجه هستند و از حیث موضوع نیز تعهد به انجام کار معین یک تعهد به نتیجه و تعهد به ترک فعل یک تعهد به وسیله است (تفرشی و مرتضوی، ۱۳۸۸: ۲۰). گفته شد تعهد داور به حل اختلاف در واقع تعهد به صدور رأی نهایی است. این تعهد داخل در حیطهٔ اختیار متعهد است و احتمال دست یافتن بدان نیز فراوان است. علاوه بر این از جهت موضوعی نیز تعهد داور یک تعهد به انجام کار است. بنابراین باید پذیرفت آنچه از روابط قراردادی میان داور و طرفین قابل استنباط است، آن است که داور متعهد به صدور رأی یعنی

کسب یک نتیجه معین می‌شود.<sup>۱</sup> پرسشی که در این میان به ذهن می‌رسد آن است که این نتیجه معین که داور متعهد می‌شود، در قالب شکلی صدور رأی نهایی آن را تحصیل کند چیست، آیا داور در راستای حل اختلاف ملتزم می‌شود حقیقت را کشف کند و اختلاف را واقعاً حل کند یا آنکه صرف فصل خصومت او را بری خواهد کرد. بی‌تردید نیل به عدالت یعنی همان کشف حقیقت هدف والای حقوق و قواعد حقوقی است. نظام دادرسی و حل و فصل اختلافات نیز در این مسیر جریان دارد. قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در ماده ۱۹۹ به صراحت این هدف را بیان کرده است: «در کلیه امور حقوقی دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا، هر گونه تحقیق یا اقداماتی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد». بر مبنای این ماده، هدف دادرسی در درجه نخست کشف حقیقت است (محسنی، ۱۳۸۷: ۲۹۹). منتها نباید پنداشت که فصل خصومت به کلی با دادرسی بیگانه است. در واقع در دادرسی قضایی فصل خصومت پس از کشف حقیقت در درجه دوم اهمیت قرار دارد. مفهوم فصل خصومت در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مورد اشاره قرار گرفته که دربرگیرنده مواردی است که دعوا به صلح و سازش خاتمه می‌یابد (نهرینی، ۱۳۹۳: ۵۱). ماده یادشده مقرر می‌دارد: «قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر، و یا فصل خصومت نمایند...»<sup>۲</sup>. در این ماده قانونگذار «صدور حکم مقتضی» را مفهومی جدا از «فصل خصومت» پنداشته است و همان‌گونه که برخی محققان ابراز داشته‌اند، صدور حکم مقتضی پس از رسیدگی موافق قوانین به دعوی، همان دادرسی عادلانه و کشف حقیقت است<sup>۳</sup>

۱. علاوه بر این قرارداد داور که منشأ اصلی تعهد او به حل اختلاف است، زمانی کاملاً اجرا شده (Full Performance) تلقی می‌شود که داور رأی نهایی را تسلیم نموده و طرفین نیز دستمزد وی را به‌طور کامل پرداخت نموده باشند ( Onyema, 2010: 174). این امر که رایج‌ترین شیوه خاتمه قرارداد داور می‌باشد بیانگر آن است که علاوه بر اینکه تعهد داور یک تعهد به نتیجه است، تعهد طرفین به پرداخت مزد نیز ناظر به حصول این نتیجه خاص است.

۲. اگرچه در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی میان دو عبارت «حکم مقتضی صادر» و «فصل خصومت» حرف «یا» قرار گرفته است و این‌گونه القا می‌شود که این دو در عرض هم قرار دارند، منتها به دلایلی چند می‌توان این شبهه را از ذهن زدود: نخست ماده ۱۹۹ قانون یادشده که قاضی را مکلف نموده هر گونه تحقیق یا اقدام لازم را برای کشف حقیقت انجام دهد. دوم اصل ۱۶۷ قانون اساسی که قاضی را مکلف به صدور حکم کرده است و همان‌گونه که ابراز شد صدور حکم در واقع به معنی کشف حقیقت است. سوم آنکه صدور حکم مقتضی (کشف حقیقت) ملازمه با فصل خصومت نیز دارد، حال آنکه عکس این قضیه لزوماً صحیح نیست و فصل خصومت همیشه با کشف حقیقت همراه نخواهد بود. در فقه، قضاوت اسلامی تا آنجا که امکان دارد بر مبنای احقاق حق (کشف حقیقت) است و حکم قاضی راه رسیدن بدان می‌باشد. در واقع در قضاوت اسلامی فصل خصومت از طریق احقاق حق صورت می‌گیرد (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۱۳۸). علاوه بر این ظاهر ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی بیانگر آن است که فصل خصومت نتیجه احقاق حق است نه آنکه در عرض آن باشد (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۱۳۹).

۳. در تأیید این دیدگاه که، از نظر مقنن صدور حکم مقتضی همان کشف حقیقت است و فصل خصومت قطع نزاع به صلح و سازش است، می‌توان به ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز استناد جست که در آن پس از حصول سازش، دادگاه از صدور رأی منع شده و مکلف به صدور «گزارش اصلاحی» شده است.

(نهرینی، ۱۳۹۳: ۵۱). در داوری نیز به دلیل وجود مبانی مشترک میان آن و دادرسی قضایی به نظر می‌رسد داور باید در گام نخست در پی کشف حقیقت باشد.<sup>۱</sup> راست است که به حکم ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی داور تابع تشریفات دادرسی مدنی نیست ولی برخلاف آنچه برخی پنداشته‌اند (یوسف‌زاده، ۱۳۸۴: ۵۳) این امر را نباید دلیلی بر آن دانست که جوهر داوری فصل خصومت است نه کشف حقیقت. حذف تشریفات دادرسی در داوری در حقیقت به جهت احترام به اراده متنازعین است و هدف نهایی از آن، برقراری مزیت ویژه برای داوری در راستای افزایش سرعت در رسیدگی است، نه آنکه دلیلی بر تغییر ماهیت تعهد داور و تبدیل آن به دستگاه صدور رأی و ختم نزاع به هر قیمتی باشد. به علاوه درست است که داور تابع تشریفات آیین دادرسی نیست، بی‌تردید او مکلف به احترام و رعایت اصول دادرسی در رسیدگی خویش است، چراکه داوری نیز یک دادرسی قلمداد می‌شود. فلسفه اصلی پیدایش اصول دادرسی نیز نشانه رفتن کشف حقیقت است نه صرف قلع ماده نزاع. بیهوده نیست که اگر داور بخواهد به جای کشف حقیقت، صرفاً فصل خصومت نماید به حکم قانون (ماده ۴۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی) طرفین باید چنین اختیاری به او داده باشند و چنانچه دعوای داوری به صلح و سازش خاتمه یابد به جای صدور رأی، باید صلح‌نامه را امضا کند (ماده ۴۸۳ همان قانون).<sup>۲</sup> علاوه بر این مراجعه طرفین به داور و سپردن عنان حل اختلاف بدو نشان از این است که طرفین به دنبال چیزی بیش از فصل خصومت می‌باشند والا اگر فصل خصومت به هر دلیلی مدنظر بود، آنان می‌توانستند اختلاف را با پرتاب سکه‌ای پایان بخشند (محسنی، ۱۳۸۷: ۲۹۳). باید بر آن بود که هم‌راستا با رسیدگی دادگاه‌ها، در داوری نیز هدف نخست کشف حقیقت است و فصل خصومت تابعی از آن است.<sup>۳</sup> بنابراین با این پیش‌فرض که عدالت مفهومی شخصی و

۱. در حقیقت همان‌گونه که از تعاریف پاره‌ای اساتید از «دادرسی» بر می‌آید (شمس، ۱۳۸۷: ۱۱۲؛ محسنی، ۱۳۸۹: ۵۲) اگر رکن اساسی هر دادرسی را قضاوت و صدور رأی بدانیم، این رکن در داوری نیز وجود دارد و باید بر آن بود که داوری نیز همانند رسیدگی دادگاه‌ها یک دادرسی تلقی می‌شود. راست است که دادرسی مأمور انجام خدمت عمومی است (محسنی، ۱۳۸۷: ۲۹۹) و تعهد او در برابر دولت است (لیو و دیگران، ۱۳۹۱: ۲۹۴)، ولی داور یک خدمت خصوصی ارائه می‌دهد و در برابر طرفین اختلاف متعهد می‌شود. منتها این امر ماهیت رسیدگی آن دو را دگرگون نمی‌سازد و اصول حاکم بر رسیدگی داور همان اصول بنیادین دادرسی است. بنابراین داوری و رسیدگی قضایی به عنوان شیوه‌های توافقی حل اختلاف در یک دسته قرار گرفته و در برابر شیوه‌های توافقی همانند میانجی‌گری قرار می‌گیرند (Rajah, 2106: 2). وجه تمایز این دو دسته از روش‌های حل اختلاف در قدرت تصمیم‌گیری شخص ثالث بی‌طرف و تکلیف او به صدور رأی الزام‌آور نهفته است (Blackaby & all, 2015: 17).

۲. در قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ به موجب ماده ۲۸ چنانچه دعوا به سازش خاتمه یابد، داور مکلف به صدور قرار سقوط دعوای داوری شده است.

۳. این امر داوری را از سایر روش‌های جایگزین حل اختلاف نظیر میانجی‌گری مجزا می‌نماید. در میانجی‌گری چون میانجی برخلاف داور از قدرت و اختیار فروتری برخوردار است و نمی‌تواند نظر خود را تحت عنوان رأی به طرفین تحمیل کند، هدف اصلی فصل خصومت است و به تعبیر بهتر میانجی در پی از بین بردن اختلاف است نه آنکه به دنبال حل عادلانه آن

ذهنی است، همین که داور با رسیدگی صحیح آنچه را بر مبنای دلایل و قراین ارائه شده توسط طرفین و با مراجعه به درون خویش عادلانه می‌پندارد در قالب رأی اعلام کند،<sup>۱</sup> کشف حقیقت کرده و نتیجه‌ای را که بدان متعهد بوده تحصیل کرده است.<sup>۲</sup> با دست یازیدن به این نتیجه معین، داور از قید تعهد رهایی یافته و می‌توان گفت به عهد خویش وفا کرده است. کوتاه آنکه، تعهد او از نوع تعهد به نتیجه است و صرف تلاش و کوشش در جهت حل اختلاف موجب برائت او نخواهد شد.

### ۲.۳. شخصی یا غیرشخصی بودن تعهد داور

پرسش نهایی که در خصوص ماهیت تعهد داور باید بدان پاسخ گفت، آن است که آیا تعهد داور قائم به شخص اوست یا آنکه شخصیت داور موضوعیت ندارد و صرف انجام داوری مطلوب طرفین اختلاف است. در حقوق ایران گاهی از وصف قائم به شخص بودن برای قرارداد استفاده می‌شود یا به تعبیر قانونگذار در برخی قراردادها شخصیت طرف علت عمده عقد است (ماده ۲۰۱ قانون مدنی) و گاهی برخی اندیشمندان شخصی بودن را از اوصاف تعهدات دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۷۹). به سبب تمایز مفهوم قرارداد و تعهد<sup>۳</sup> باید قائم به شخص بودن را در خصوص هر کدام جداگانه بررسی کرد. برخی از استادان قرارداد شخصی را قراردادی می‌دانند که تعهد ناشی از آن قائم به شخص باشد مانند عقد نکاح (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۵۸۱). علاوه بر این قراردادی که در آن شرط مباشرت درج شده نیز قرارداد قائم به شخص تلقی شده است (شعاریان، ۱۳۸۸: ۲۰۶). مطابق تعریف ایشان، قراردادی شخصی است که حاوی تعهد شخصی باشد. بنابراین، در واقع شخصی بودن از تعهد به قرارداد سرایت می‌کند. ابهامی که در این خصوص وجود دارد آن است که برخی قراردادها فاقد هر گونه تعهدی برای

باشد (Cobb & Rifkin, 1991: 39). به نظر می‌رسد در روش‌های حل اختلاف هر قدر از میزان نقش و دخالت شخص ثالث کاسته شود، آن روش بیشتر به سوی فصل خصومت به پیش می‌رود تا کشف حقیقت.

۱. در واقع تصمیم نهایی داور یک تصمیم شخصی و مبتنی بر پندار درونی اوست (Onyema, 2010: 116). این رأی نهایی باید همه امور موضوعی و حکمی اختلاف را حل و فصل نماید (Carter, 1997: 63).

۲. در خصوص روش‌های حل اختلاف این مهم است که تفاوت قائل شویم میان منافع [و مصالح] (interests) و حقوق [قانونی] (rights). منافع از طریق یک طرف در یک کنش متقابل (interaction) با طرف دیگر تعریف می‌شود و دربرگیرنده همه چیزهایی است که او بدانها علاقه‌مند است. از جمله پول، شهرت، کالاهای فیزیکی و ... در مقابل حقوق [قانونی] توسط یک منبع خارجی همانند قانون ملی و یا قرارداد به وجود می‌آیند. در رسیدگی قضایی دعاوی با ارجاع به حقوق و توانایی‌های قانونی طرفین حل و فصل می‌شوند (Hill, 1998: 174). از آنجا که رأی داور باید مستند به اصول و مبانی حقوقی باشد (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۱) به نظر می‌رسد در داوری نیز علی‌القاعده باید نقش حقوق و توانایی‌های قانونی طرفین نسبت به مصالح و منافع عملی آنها پررنگ‌تر باشد، که این امر، خود دلیل دیگری است بر اینکه داور همانند دادرسی باید در وهله نخست به دنبال کشف حقیقت باشد.

۳. در واقع، تعهد اثر عقد است.

یکی از طرفین هستند، ولی همان قراردادها قائم به شخص طرف معامله تلقی می‌شوند، مانند عقد هبه که در آن متهد تعهدی ندارد، ولی همان‌گونه که برخی حقوقدانان ابراز داشته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۴۵۱). در هبه همانند سایر عقود رایگان شخصیت متهد علت عمده عقد است. از سوی دیگر، تعهد شخصی تعهدی است که قائم به شخص متعهد باشد و اجرای آن در صورتی مطلوب طلبکار است که به وسیله متعهد، شخصاً صورت پذیرد. بنابراین اجرای تعهد شخصی به نیابت هم امکان‌پذیر نیست، در حالی که عقود شخصی را می‌توان به نیابت منعقد کرد، مانند نکاح که در آن شخصی بودن تعهدات در اوج خویش است، ولی همین قرارداد شخصی را به وکالت می‌توان منعقد کرد. واقعیت این است که گاهی اصل یک قرارداد می‌تواند شخصی باشد، ولی تعهد ناشی از آن ممکن است شخصی نباشد، مانند عقد قرض که عقد شخصی است (شعاریان، ۱۳۸۸: ۱۳۸)، ولی اجرای تعهد ناشی از آن وابستگی‌ای به شخصیت مقترض نداشته، و ایفای دین ناشی از عقد قرض از جانب غیر مدیون هم جایز است (ماده ۲۶۷ قانون مدنی). در مقابل گاهی عقد بدین دلیل شخصی است که اجرای تعهد ناشی از آن قائم به شخص متعهد است، مانند قراردادی که با نقاشی چیره‌دست جهت ترسیم تابلویی نفیس منعقد می‌شود که اجرای تعهد نقاشی فقط به وسیله همان نقاش معین ممکن است. در داورى نیز طرفین اختلاف با ملاحظه شخصیت داور و توانمندی او عنان اختلاف را بدو می‌سپارند و مطلوب آنان این است که همو اختلاف را حل کند. پس داور باید خود، شخصاً رأی صادر کرده و حل اختلاف کند (Sutton et al., 2017: 259). نقض این تعهد و سپردن آن به دیگری به عزل داور یا بازپرداخت دستمزد به طرفین منجر می‌شود (Sutton et al., 2017: 284). علاوه بر این اظهار نظر قضایی نیز امری غیرقابل نیابت بوده و نمی‌تواند به دیگری محول شود (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱: ۱۶۶). بر این مبنا می‌توان گفت تعهد داور به حل اختلاف یک تعهد قائم به شخص اوست و شخصی بودن این تعهد، قرارداد داور را نیز قائم به شخص او می‌نماید. منتها اگرچه اصل تعهد داور به حل اختلاف غیرقابل نیابت است، ولی منبع این تعهد، یعنی همان قرارداد با داور، به وکالت قابل انعقاد خواهد بود. در حقوق انگلستان یک اصل کلی وجود دارد که به موجب آن «اموری که جهت حل و فصل به داور واگذار می‌شود، فقط باید به وسیله او مختومه گردد» (Turner, 2005: 13). علاوه بر این بند ۱ ماده ۲۶ قانون داورى این کشور صلاحیت داور را یک صلاحیت شخصی تلقی کرده و مرگ او را موجب خاتمه این صلاحیت دانسته است.<sup>۱</sup>

1. Article 26(1): "The authority of an arbitrator is personal and ceases on his death".

در حقوق ایران مبنای حکم بند ۵ ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی<sup>۱</sup> شخصی بودن تعهد داور دانسته شده است (جنیدی، ۱۳۷۸: ۵۳). به نظر می‌رسد مبنای ماده ۴۷۳ قانون آیین دادرسی مدنی نیز قائم به شخص بودن تعهد داور باشد، چراکه در حالت عادی عدم اجرای تعهد توسط یکی از طرفین قرارداد موجب امکان الزام او به اجرای تعهد خواهد شد، حال آنکه در این ماده مستقیماً حکم به جبران خسارت از سوی داور شده است. علت این امر را باید در شخصی بودن تعهد داور و عدم امکان الزام او و همچنین عدم امکان واگذاری اجرای این تعهد به غیر جست‌وجو کرد. نکته آخر اینکه شخصی بودن تعهد داور انتقال آن را نیز ناممکن می‌کند. در نتیجه تعهدی را که داور می‌پذیرد، علاوه بر اینکه از طریق قرارداد قابل انتقال به غیر نیست، با فوت یا حجر او نیز خاتمه می‌یابد.

#### ۴. نتیجه

داور با پذیرش انجام داوری در برابر طرفین ملتزم می‌شود اختلاف آنان را حل کند. این تعهد نوعی التزام به انجام کار مثبت است و مقصود از آن در داوری به جهت ترافیعی بودن این شیوه در واقع صدور رأی شخصی براساس مبانی حقوقی است. التزامی که داور به اراده خویش می‌پذیرد، همسو با قواعد عام تعهدات باید معین و مقدور باشد. منتها از آنجا که این تعهد قائم به شخص داور است، در تبیین شرط مقدور بودن آن باید پذیرفت که علاوه بر اینکه موضوع اختلاف باید قابلیت داوری داشته باشد، داور هم شخصاً باید توانایی قانونی برای اجرا این تعهد را دارا باشد. داور با پذیرش داوری در واقع حصول نتیجه معین یعنی همان حل اختلاف از طریق صدور رأی را به عهده می‌گیرد و در نهایت اینکه ویژگی ترافیعی بودن داوری اقتضا دارد که داور در مقام اجرای تعهد به حل اختلاف به دنبال حل واقعی آن و در واقع در پی کشف حقیقت باشد نه صرف فصل خصومت. تعهد داور با ملاحظه شخصیت او ایجاد می‌شود و داور معین شخصاً باید این تعهد را به انجام رساند و نمی‌تواند بدون رضایت طرفین اختلاف اجرای این التزام را به دیگری سپارد.

۱. «هر گاه در موافقت‌نامه داوری طرفین ملتزم شده باشند که در صورت بروز اختلاف شخص یا اشخاص معینی داوری نمایند و آن شخص یا اشخاص نخواهند یا نتوانند به‌عنوان داور رسیدگی کنند، موافقت‌نامه داوری ملغی‌الآثر خواهد بود مگر آنکه طرفین به داوری شخص یا اشخاص دیگری تراضی کنند یا به‌نحو دیگری توافق کرده باشند».

## منابع

## الف) فارسی

۱. السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۸۲). *الوسیط فی شرح القانون المادنی الجدید*، ترجمه محمدحسین دانش کیا و سید مهدی دادمزنی، قم: انتشارات دانشگاه قم.
۲. امیرمعزی، احمد (۱۳۸۸). *داوری بین المللی در دعاوی بازرگانی*، تهران: دادگستر.
۳. امینی، عیسی؛ منصور، عباس (۱۳۹۷). «موجه و مدلل بودن رای داوری داخلی با نگاهی بر رویه قضایی»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۲۲.
۴. ایرانشاهی، علیرضا (۱۳۹۱). «معیار قابلیت داوری در اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین المللی»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۵۸.
۵. بازرگ، یدالله (۱۳۸۹). *آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی-۱*، تهران: جاودانه.
۶. تفرشی، محمدعیسی؛ مرتضوی، عبدالحمید (۱۳۸۸). «مطالعه تطبیقی تعهد به وسیله و به نتیجه در فقه، حقوق فرانسه و ایران»، *پژوهش های فقه و حقوق اسلامی*، سال پنجم، ش ۲.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹). *حقوق تعهدات*، تهران: گنج دانش.
۸. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۸). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج ۴، تهران: گنج دانش.
۹. جنیدی، لعیا (۱۳۷۶). *نقد و بررسی قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۰. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۵). *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۱. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۳). *مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تاثیر آن در رویه قضایی*، ج سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۲. خدری، صالح (۱۳۹۳). «اصول دادرسی در داوری تجاری بین المللی»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۴، ش ۴.
۱۳. شعاریان، ابراهیم (۱۳۸۸). *انتقال قرارداد*، تبریز: فروزش.
۱۴. شمس، عبدالله (۱۳۸۷). *آیین دادرسی مدنی*، دوره پیشرفته، ج ۱، تهران: دراک.
۱۵. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳). *داوری تجاری بین المللی*، تهران: سمت.
۱۶. صفایی، سید حسین (۱۳۹۳). *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، تهران: میزان.
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). *حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات*، تهران: میزان.
۱۸. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۱). *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۰). *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۰. کریمی، عباس؛ پرتو، حمید رضا (۱۳۹۱). *حقوق داوری داخلی*، تهران: دادگستر.
۲۱. لیو، جولیان دی ام؛ میستلیس، لوکاس ای؛ کرول، استفان ام (۱۳۹۱). *داوری تجاری بین المللی تطبیقی*، ترجمه محمد حبیبی مجنده، تهران: دانشگاه مفید.
۲۲. مافی، همایون (۱۳۹۵). *شریحی بر قانون داوری تجاری بین المللی*، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
۲۳. محسنی، حسن (۱۳۸۹). *اداره جریان دادرسی مدنی*، بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷). «عدالت آیینی: پژوهشی پیرامون نظریه های دادرسی عادلانه مدنی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۳۸، ش ۱.
۲۵. یوسفزاده، مرتضی (۱۳۹۳). *آیین داوری*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۶. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۴). «کشف حقیقت یا فصل خصومت (آیین داوری، روش های حل و فصل اختلاف، سابقه تاریخی و علل رجوع به داوری)»، *قضاوت*، ش ۳۵.



۲۷. نهرینی، فریدون (۱۳۹۳). آیین دادرسی ملنی، مراجع قضایی و غیر قضایی و حدود صلاحیت آنها، ج ۱، تهران: گنج دانش.

### ب) خارجی

28. Berger, Mark, (2004). "Arbitration and Arbitrability: Toward an Expectation Model", *Baylor Law Review*, Vol. 56.
29. Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine and Redfern, Alan, (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6<sup>th</sup> edition, Oxford: Oxford University Press.
30. Born, Gary B, (2014). *International Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup> edition, Chapter 13, Kluwer Law International.
31. Carter, James H, (1997). "Rights & Obligations of The Arbitrator", *Dispute Resolution Journal*, Vol. 52, No. 1.
32. Cobb S, and Rifikin J, (1991). "Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation:", *Law and Social Inquiry*. No. 16.
33. Hill, Richard, (1998). "The Theoretical Basis of Mediation and Forms of ADR: Why They Work", *Arbitration International*, Vol. 14, No. 2.
34. Onyema, Emilia, (2010). *International Commercial Arbitration and Arbitrator's Contract*, London: Routledge.
35. Rajah, V. K, (2016). *W(h)ither Adversarial Commercial Dispute Resolution?*, *Arbitration International*, No. 0.
36. Redfern, Alan and M. Hunter, (2004). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell.
37. Sutton, David St. John, Gill, Judith and Gearing, Matthew, (2017). *Russell on Arbitration*, London: Sweet & Maxwell.
38. Turner, Ray, (2005). *Arbitration Awards: A Practical Approach*, Wiley-Blackwell.