

انتقال موافقتنامه داوری

علی رضایی* میلاد امیری**

چکیده

یکی از مسائل حل نشده در حوزه حقوق داوری آن است که با انتقال عقد اصلی، شرط داوری ضمن آن یا قرارداد داوری مرتبط با آن نیز منتقل می‌گردد یا خیر؟ از آنجا که داوری وجود خود را از توافق طرفین به عاریه می‌گیرد، انتقال گیرنده صرفاً در صورت رضایت به پذیرش داوری، پایبند به آن است. ماهیت ویژه داوری سبب شده تا قانون‌گذار در ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی به موجب حکمی استثنایی، داوری را در صورت فوت یا حجر یکی از طرفین، زائل و غیرقابل انتقال بدانند. در این پژوهش، پس از بررسی موضوع با شیوه تحلیلی، این نتیجه به دست آمده است که موافقتنامه داوری، علی‌رغم حکم ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی، در صورتی که از جمله قراردادهای شخصی نباشد، با احراز رضایت طرف دیگر عقد اصلی به انتقال قرارداد و رضایت انتقال گیرنده به داوری، قابل انتقال به شیوه قهری، تبعی و ارادی است.

* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز (نویسنده مسئول)

ali62rezaee@gmail.com

milad.amiri72@gmail.com

** دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شیراز

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۳/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۰۴

واژه‌های کلیدی: موافقتنامه داوری، انتقال قرارداد، انتقال قهری، انتقال تبعی، انتقال ارادی.

۱. مقدمه

یکی از موضوعات جدید در حوزه حقوق داوری، انتقال (Assignment or Transfer) شرط یا قرارداد داوری است. در حقیقت آنچه مورد سؤال است، قابلیت انتقال (Assignability) موافقتنامه داوری است. داوری متکی به توافق طرفین است و رضایت آن‌ها در پذیرش این شیوه حل و فصل اختلاف دارای اهمیت بسزایی است؛ بنابراین اگر داوری به تبع انتقال قرارداد اصلی به منتقل‌الیه سرایت داده شود، عملاً رضایت و توافق وی نادیده گرفته می‌شود.

در حقوق داخلی، نویسندگان حقوقی^۱ ضمن بحث در خصوص ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی به این موضوع اشاره‌ای کوتاه نموده‌اند. در حقوق کشورهای خارجی قوانین و مقررات، دادگاه‌ها و رهنامه حقوقی به این موضوع توجه داشته و در کنار بحث از توسعه و تعمیم قلمرو داوری به شخص ثالث، به موضوع انتقال داوری نیز پرداخته‌اند. لازم به ذکر است نظام حقوقی و رویه قضایی در کشورهای مختلف، در برخورد با این موضوع، مواضع گوناگونی اتخاذ کرده و در این مورد بین کشورهای مختلف، قواعد و مقررات یکسانی وجود ندارد.

این پژوهش درصدد است با بررسی نظرات مختلف، موضوع انتقال‌پذیری داوری را با شیوه‌ای تحلیلی، تبیین نماید. در این راستا، در ابتدا مفاهیم کاربردی تعریف شده و سپس انتقال قرارداد و موانع انتقال‌پذیری اجمالاً مورد بررسی قرار می‌گیرد. در بخش‌های بعدی نظرات متفاوتی که در خصوص موضوع انتقال موافقتنامه داوری ابراز شده است، مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته و در نهایت نظریه منتخب در این خصوص ارائه می‌گردد.

۲. تبیین مفاهیم (بازشناسی مفهوم انتقال داوری از مفهوم تعمیم قلمرو داوری)

انتقال قرارداد به معنای انتقال موقعیت قراردادی است. طرف قرارداد می‌تواند

شخص دیگری را قائم مقام خود سازد و وضع حقوقی خود، اعم از حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد را به او انتقال دهد. در نتیجه، انتقال گیرنده جانشین طرف قرارداد شده و از تمام ویژگی‌های موقعیت قراردادی بهره‌مند می‌گردد. این تعریف ناظر بر انتقال ارادی قرارداد است؛ اما در خصوص انتقال حقوق و تعهدات قراردادی به وراث طرف قرارداد (انتقال قهری) از مفهوم قائم مقام عام استفاده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۵۷). نوع دیگری از انتقال قرارداد، انتقال تبعی است. در مواردی انتقال قرارداد در اثر انعقاد عقدی است که موضوع آن انتقال مال است؛ به این صورت که هدف مستقیم طرفین انتقال مال است، اما به دلیل پیوستگی و ارتباطی که قرارداد با مال موضوع مبادله دارد، به تبع مال، قراردادهای سابق بر مبادله مذکور نیز به انتقال گیرنده منتقل می‌شوند؛ مانند موردی که مالک پس از اجاره دادن ملک خود و قبل از اتمام مدت اجاره، عین مستأجره را به وسیله عقد بیع به دیگری منتقل می‌کند که در این صورت انتقال گیرنده قائم مقام خاص موجر در عقد اجاره گردیده و حقوق و تعهدات ناشی از اجاره به او منتقل می‌شود (شعاریان، ۱۳۸۸: ۶۱).

داوری یکی از شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف است و داور کسی است که درباره موضوعی که به او ارجاع شده، قضاوت می‌کند و در مورد اینکه حق با چه کسی است، اظهار نظر می‌نماید. در ترمینولوژی حقوق، داوری این‌گونه تعریف شده است: «داوری روشی است که با استفاده از آن دو یا چند شخص ذینفع حل و فصل مسئله‌ای را به یک یا چند شخص دیگر - داور یا داوران - محول می‌کنند که اختیاراتشان را از قرارداد خصوصی و نه مقامات یک دولت اخذ کرده‌اند و بر اساس این قرارداد باید مسئله مزبور را پیگیری نمایند و نسبت به آن تصمیم بگیرند.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۶۸۹۷). در یک تعریف جامع، داوری فرایندی است که به موجب آن اختلاف طرفین در مورد حقوق و تکالیفشان از طریق قضاوت یک یا چند نفر داور، به جای دادگاه حل و فصل می‌گردد و تصمیم مزبور لازم‌الاجرا است (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۰). آنچه در این بخش اهمیت بیشتری دارد، بازشناسی مفهوم انتقال موافقتنامه داوری از مفهوم تعمیم موافقتنامه داوری^۲ است. در بحث تعمیم قلمرو داوری - بعد از شناسایی مفهوم شخص ثالث که در قرارداد داوری مفهومی متفاوت از سایر قراردادها

دارد- تمام مواردی که شخص ثالث، خواسته یا ناخواسته، «طرف داوری» می‌گردد، شناسایی شده و به داوری فراخوانده می‌شود؛ به عبارت دیگر، در بحث تعمیم قلمرو داوری پرسش آن است که آیا آن دسته از اشخاص که قرارداد داوری را امضا نکرده اما در مراحل مختلف رابطه قراردادی نقش داشته‌اند، طرف واقعی اما پنهان قرارداد داوری به شمار می‌آیند و آثار شرط داوری به آن‌ها گسترش می‌یابد؟ لیکن، تعمیم قلمرو داوری، شامل موردی که شخص ثالث، «جایگزین» یکی از طرفین اصلی داوری می‌گردد، نمی‌شود (مانند زمانی که قرارداد مشتمل بر داوری، به دلیل واگذاری شرکت‌ها و یا در نتیجه اجرای قوانین ارث، به شخص ثالث منتقل می‌گردد). (Stucki & Wittmer, 2006:2). مورد اخیر همان بحث انتقال موافقتنامه داوری است که ضمن آن بایستی مشخص گردد که آیا موافقتنامه داوری موجود بین طرفین اصلی (اولیه)، در حق طرف جایگزین شده نیز قابلیت اعمال دارد یا خیر؟ لازم به ذکر است که آنچه در بحث توسعه و تعمیم قلمرو داوری روی می‌دهد، «تفسیر» قرارداد و تبیین اراده مشترک طرفین است. با این توضیح که با اعمال نظریات موجود در بحث توسعه و تعمیم این امر مشخص می‌گردد که واقعاً موضوعات یا طرف‌های حقیقی موافقتنامه داوری چه موضوعات یا اشخاصی هستند (ایران‌شاهی، ۱۳۹۲: ۱۲۵). اما در بحث انتقال موافقتنامه داوری، شخص انتقال‌گیرنده جزو طرف‌های حقیقی (اولیه) موافقتنامه داوری نبوده -هر چند پنهان- و به موجب یکی از انواع انتقال قرارداد (قهری، ارادی و تبعی) جایگزین طرف اصلی گردیده است و بایستی انتقال‌پذیری موافقتنامه داوری به این شخص جایگزین بررسی گردد.

۳. انتقال قهری

یکی از انواع انتقال قرارداد، انتقال قهری است. در انتقال قهری، موقعیت قراردادی به صورت خودکار و خودبه‌خود منتقل می‌گردد؛ بدون آنکه طرفین قرارداد در این زمینه توافقی نموده باشند. بارزترین مصداق این نوع از انتقال هنگامی رخ می‌دهد که طرفین عقد یا یکی از آن‌ها فوت نموده و بدین ترتیب وراثت، جانشین آن‌ها شوند. البته این نوع از انتقال فقط در عقود لازم رخ می‌دهد؛ زیرا که در حقوق ایران به حکم ماده ۹۵۴

قانون مدنی، کلیه عقود جایز با موت هر یک از طرفین منحل می‌شود. بدین ترتیب، فوت طرف قرارداد در عقود لازم باعث زوال و خاتمه عقد نمی‌گردد؛ بلکه حقوق و تعهدات قراردادی به وراثت آنان انتقال می‌یابد. آنچه به موضوع بحث حاضر مربوط است انتقال شرط یا قرارداد داوری به دلیل فوت طرفین قرارداد است. در این خصوص ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ مقرر می‌دارد: «در موارد زیر داوری از بین می‌رود: ۱- با تراضی کتبی طرفین دعوا ۲- با فوت و حجر یکی از طرفین دعوا». همان‌گونه که ملاحظه می‌شود قانون‌گذار علاوه بر فوت، حجر یکی از طرفین را نیز از اسباب زوال داوری قرار داده است. در ادامه، این ماده تجزیه و تحلیل گردیده و همچنین به دلیل ارتباط ادغام شرکت‌های تجاری به بحث حاضر، مورد مذکور نیز در این قسمت بررسی می‌شود.

در خصوص زوال داوری به موجب مرگ و حجر طرفین نظرات مختلفی ارائه شده است. عده‌ای بر آن عقیده‌اند که با فوت یا حجر طرفین موجبی برای بقا قرارداد باقی نمی‌ماند؛ چون مورد از مواردی که تعهدات مالی بین طرفین قرارداد مقرر می‌شود و طبق ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر است، نیست تا طبق ماده ۲۱۹ قانون مذکور بین متعاملین و قائم مقام قانونی آن‌ها لازم‌الاتباع باشد و در نتیجه به ورثه منتقل گردد. بلکه در قرارداد داوری طرفین نحوه حل اختلاف خود را به طریقه داوری پذیرفته و داور یا داوران خاصی را هم انتخاب کرده‌اند که این مسائل کاملاً قائم به شخص و فقط به خود طرفین مربوط است؛ فلذا قرارداد مذکور با مرگ یا حجر آنان قابلیت اعمال و اجرای خود را از دست می‌دهد (واحدی، ۱۳۸۳: ۲۱۷). توجیه دیگری نیز در این خصوص ذکر شده است. طبق این نظر، ماهیت توافق راجع به داوری مبتنی بر نوعی اذن است که تا زمان حیات و یا تا زمانی که اهلیت طرفین باقی است، معتبر و البته غیرقابل برگشت تلقی می‌شود. محتوای قصد اصحاب دعوا در خصوص ارجاع اختلاف به داوری، نه ایجاد وضعیت حقوقی جدید در رابطه با موضوع دعوا و نه اخبار به حقی است، بلکه اذنی است که طرفین به داور در راستای رسیدگی به اختلاف اعطا می‌نمایند. در نتیجه به مانند سایر عقود اذنی، این اختیار داور با فوت یا حجر اذن دهنده زایل می‌شود. بر طبق این نظر، آثار توافق راجع به داوری به دلیل استثنایی بودن داوری، محدود و

محصور به کسانی است که آن را اراده کرده‌اند. در توضیح این مطلب می‌توان گفت: احقاق حق از طریق دادگستری و مراجع قضایی یک حق اساسی است و حل و فصل اختلافات خارج از این سیستم، خلاف حق مراجعه و تظلم خواهی است و جنبه استثنایی دارد؛ بنابراین، شروط و قراردادهای داوری بایستی به صورت مضیق تفسیر گردیده و از تسری آنان به اشخاص دیگری غیر از طرفین دعوا خودداری نمود (زرکلام، ۱۳۹۳: ۴۳).

در مقابل رویکرد فوق‌الذکر، نظر دیگری ابراز شده است که حکم ماده ۴۸۱ را استثنایی می‌داند. بر اساس این نظر، موافقتنامه داوری علی‌رغم اینکه قراردادی لازم محسوب می‌شود اما به حکم ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی، به مانند عقود جایز به موت و حجر یکی از طرفین منفسخ می‌شود (حیاتی، ۱۳۹۰: ۲۳۱).

در خصوص استدلال گروه نخست بایستی گفت شخصی بودن قرارداد داوری به نحو قاطع قابل پذیرش نیست؛ زیرا که گاهی طرفین شخص داور را انتخاب نمی‌کنند، بلکه به دلیل سهولت رسیدگی و استفاده از مزایای داوری، صرفاً توافق می‌نمایند که اختلاف از طریق داوری حل و فصل گردد. در این صورت نمی‌توان گفت چنین توافقی قائم به شخص است؛ زیرا هنوز شخص داور انتخاب نشده است تا شخصیت او مدنظر طرفین قرار گیرد و شخصیت خود متعاملین نیز، به طور معمول، در این مورد تأثیری ندارد (توضیحات تکمیلی در بخش‌های آتی ذکر می‌گردد). علاوه بر این، توافق طرفین در ارجاع امر به داوری قراردادی است که بین طرفین منعقد گردیده و تحلیل این توافق به اذن و اعطای اختیار موجه به نظر نمی‌رسد؛ به عبارت دیگر، هر چند اثر توافق طرفین اعطای اختیار و اذن به داور جهت رسیدگی به اختلاف است؛ اما ماهیت این توافق، عقد است نه صرفاً اذن که با فوت یا حجر طرفین منبع اذن از بین رفته و داوری مبتنی بر آن زوال یابد. در همین راستا نویسندگان حقوقی، داوری اعم از شرط یا قرارداد داوری را عقدی می‌دانند که مانند سایر قراردادها لازم‌الوفاء است. ضرورت لزوم این قرارداد با ملاحظه ماده ۴۷۲ قانون آیین دادرسی مدنی^۳، اصل لزوم قراردادها و همچنین هدف از ارجاع اختلاف به داوری قابل توجیه است. در خصوص تعارض لزوم این قرارداد با حکم بند دوم ماده ۴۸۱ می‌توان گفت: هر چند به موجب این ماده فوت و

حجر هر کدام از طرفین موجب زوال داوری است اما این امر با ماهیت عقود لازم در تعارض نیست؛ چرا که معیار اصلی در تمایز عقود لازم از جایز، استحقاق هر کدام از طرفین بر فسخ عقد است^۴ و انحلال عقد به فوت و حجر، صرفاً از ویژگی‌های غالب عقود جایز است (برای مثال عقد هبه هرچند که از عقود جایز است اما فاقد این ویژگی بوده و به فوت و حجر طرفین منحل نمی‌گردد)، (دستی و کریمی، ۱۳۹۲: ۱۰۲). به طور کلی ماده ۴۸۱ قابل انتقاد است. قانون‌گذار در این ماده دو رویکرد متفاوت را نسبت به توافق داوری اتخاذ نموده است. در بند اول توافق داوری را در صورت تراضی کتبی طرفین (اقاله) منحل می‌داند و این امر نشان‌دهنده آن است که توافق داوری عقدی لازم تلقی گردیده است. زیرا که به موجب مواد ۱۸۶، ۱۸۵ و ۲۱۹ قانون مدنی، عقود جایز با اراده یکی از طرفین نیز منحل می‌گردد و نیازی به تراضی طرفین نیست و صرفاً انحلال عقود لازم به توافق و تراضی طرفین نیاز دارد؛ اما قانون‌گذار در بند دوم این ماده در رویکردی متفاوت، یکی از ویژگی‌های غالب عقود جایز را در خصوص توافق داوری مورد حکم قرار داده است. در خصوص تعارض این دو بند می‌توان قائل بر آن شد که قانون‌گذار، علی‌رغم آنکه توافق داوری را عقدی لازم می‌داند اما بنا به ماهیت ویژه داوری، استثنائاً آن را در فرض فوت و حجر طرفین منحل قلمداد نموده است.

انتقاد دیگری که به بند دوم ماده ۴۸۱ وارد است، اطلاق عبارات این بند است. در این بند، قانون‌گذار به طور مطلق داوری را در فرض فوت یا حجر یک از طرفین زایل دانسته است. در حالی که به نظر می‌رسد بتوان بین موردی که فوت و حجر یکی از طرفین قبل از ختم رسیدگی داوری اتفاق افتاده و فرضی که موارد مذکور بعد از ختم رسیدگی و قبل از صدور رأی واقع شده باشد، قائل به تفکیک شد. هنگامی که داوری شروع گردیده اما قبل از ختم رسیدگی داور، یکی از طرفین فوت نموده یا محجور شود، داوری بدون تردید زوال می‌یابد؛ زیرا که در این فرض ظاهراً داوری پس از فوت اصحاب دعوا و توسط وراثت یا نماینده محجور، سازمان داده شده و به نتیجه رسیده است؛ اما در صورتی که فوت یا حجر یکی از طرفین بعد از ختم رسیدگی داوری واقع شده باشد، داوری را باید معتبر دانست و رأی داور را هرچند بعد از فوت یا حجر یکی

از طرفین صادر شده، معتبر تلقی نمود. این امر بدان دلیل است که وقتی داوران مطابق قوانین و مقررات و یا توافق طرفین، انتخاب گردیده و با تشکیل جلسات داوری و استماع نظرات و دفاعیات طرفین اقدام به صدور رأی نمایند، داوری را باید با پایان موضوع آن، خاتمه یافته تلقی نمود. در چنین حالتی، بند دوم ماده ۴۸۱ فرصت اعمال پیدا نخواهد کرد (زرکلام، ۱۳۹۳: ۴۶-۴۷).

یکی از دلایل و توجیحات زوال داوری در صورت فوت و حجر طرفین، استثنایی بودن ارجاع اختلاف به داوری است. این توجیه در بادی امر دلیلی قوی به نظر می‌رسد؛ اما این استدلال بدون در نظر گرفتن واقعیات و مقتضیات اقتصادی است. یکی از مقتضیات اقتصادی در جوامع در حال توسعه عدم وجود منابع مالی کافی و نیاز به جذب سرمایه‌های خارجی است. سرمایه‌گذاران خارجی به طور معمول خود را پایبند اصول و قواعد حاکم بر دادرسی در کشور پذیرنده سرمایه نمی‌کنند و در خصوص حل و فصل اختلافات شیوه داوری را انتخاب می‌نمایند. حال اگر سرمایه‌گذار خارجی بداند که در فرض فوت طرف قرارداد، داوری پیش‌بینی شده در آن زایل می‌گردد، قطعاً ریسک پذیرش قواعد حاکم بر دادرسی را نمی‌پذیرد و از سرمایه‌گذاری خودداری می‌کند. این مورد یکی از موارد توجیحات اقتصادی پذیرش انتقال موافقتنامه داوری در فرض فوت و حجر طرفین است؛ بنابراین هرچند داوری استثنایی بر حق دادخواهی از مراجع قضایی است؛ اما استثنایی است که در دنیای تجارت و بین فعالان تجاری رونق یافته و به شیوه اصلی و اولیه حل و فصل اختلافات تبدیل گردیده است. بدین ترتیب لازم است قانون‌گذار به این واقعیات اقتصادی توجه داشته و احکامی متناسب با آن‌ها وضع نماید. البته قانون‌گذار در قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶، زوال داوری در فرض فوت و حجر طرفین را پیش‌بینی ننموده است و بر اساس توضیحات فوق و با توجه به استثنایی بودن حکم بند دوم ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی، می‌توان گفت زوال داوری در فرض فوت و حجر یکی از طرفین صرفاً در خصوص داوری‌های داخلی مطرح است و داوری‌های تجاری بین‌المللی مشمول حکم بند دوم ماده مذکور نخواهند بود.

شناخت رویکرد دیگر نظام‌های حقوقی در خصوص موضوع خالی از لطف نیست

و این شناخت به ویژه در داوری‌های بین‌المللی لازم است. در حقوق کشورهای خارجی انتقال خودبه‌خود و قهری موافقتنامه داوری علی‌رغم ماهیت ویژه آن پذیرفته شده است. در حقوق انگلیس به موجب قانون قرارداد ۱۹۹۹^۵، انتقال شرط داوری به ورثه مورد تأیید قرار گرفته و عنوان شده است که موافقتنامه داوری در پی فوت یکی از طرفین منحل نخواهد شد. هدف از وضع این مقررہ آن است که وراثت بتوانند به شرط داوری مندرج در قرارداد استناد نموده و از آن بهره‌مند گردند (Ambrose, 2001:424). این امر در قانون داوری^۶ انگلستان مصوب ۱۹۹۶ نیز مقرر گردیده است؛ ماده ۸ این قانون چنین مقرر می‌دارد: «جز در موردی که طرفین به نحو دیگری توافق نموده باشند، موافقتنامه داوری به فوت یکی از طرفین منحل نمی‌گردد و داوری به وسیله یا به طرفیت جانشین شخص متوفی می‌تواند به اجرا گذاشته شود» (میرزایی، ۱۳۸۸: ۶۴۴). به موجب قانون مدنی سوئیس، وارثان آن‌گونه از روابط حقوقی را که وابسته به شخصیت متوفی نباشد به صورت کلی به ارث می‌برند؛ بنابراین داوری به عنوان یک حق تبعی و فرعی، در نظام حقوقی این کشور علی‌القاعده به ورثه انتقال می‌یابد؛ مگر آنکه قرارداد متضمن داوری واجد خصوصیت شخصی بوده یا به موجب شرط ضمن عقد انتقال موافقتنامه داوری ممنوع گردیده باشد. همچنین به موجب قواعد داوری در کشور هلند، چنانچه طرفین به نحو دیگری توافق نکرده باشند، فوت یک طرف به قرارداد داوری پایان نمی‌دهد (کلاتریان، ۱۳۷۴: ۱۱).

در ابتدای این بخش بیان شد که ادغام شرکت‌ها به بحث حاضر ارتباط دارد. شخصیت‌های حقوقی نیز به مانند شخصیت‌های حقیقی، روزی پایان می‌یابند. انحلال و از بین رفتن شخصیت‌های حقوقی مانند شرکت‌ها اسباب گوناگونی دارد. از جمله این اسباب ادغام شرکت‌ها است. ادغام، قراردادی است بین دو یا چند شرکت تجاری که به موجب آن شخصیت حقوقی شرکت‌های طرف قرارداد محو و منحل می‌گردد و کلیه حقوق و تعهدات، دارایی، دیون و مطالبات آن‌ها به شرکت پذیرنده ادغام یا شرکت جدید منتقل می‌شود (عیسائی تفرشی، ۱۳۹۱: ۱۳۳). آنچه ادغام را به بحث حاضر مرتبط می‌سازد، انحلال شخصیت حقوقی شرکت‌های ادغام شونده و قائم‌مقامی شرکت پذیرنده ادغام است. لازم به ذکر است که در خصوص نوع انتقال حقوق و تعهدات -

ارادی یا قهری - دو نظر وجود دارد. نظر اول ادغام را نوعی بیع تلقی می‌کند که در آن شرکت‌های ادغام شونده دارایی خود را به شرکت پذیرنده می‌فروشد و در نتیجه انتقال را ارادی می‌داند. به موجب نظری دیگر، انتقال دارایی، حقوق و تعهدات بدون اراده طرفین و به حکم قانون صورت می‌پذیرد. در حقوق ایران هرچند در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ و لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، ماده‌ای در این خصوص وجود ندارد؛ اما با توجه به مقررات ادغام شرکت‌ها در قوانین خاص مانند قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۰ (فصل نهم) و لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها مصوب ۱۳۵۸ (ماده ۲۰)، می‌توان گفت انتقال حقوق و تعهدات به حکم قانون (خود به خود و بدون اراده طرفین) صورت می‌گیرد. ما نیز به همین دلیل موضوع ادغام شرکت‌ها را در مبحث انتقال قهری مطرح نمودیم.

از آنجایی که در ادغام شرکت‌ها شخصیت حقوقی آن‌ها از بین می‌رود می‌توان با قیاس موضوع به فوت اشخاص حقیقی و با توجه به ماده ۴۸۱ قانون تجارت، موافقت‌نامه‌های داوری شرکت‌های منحل شده را زایل دانست؛ اما به نظر ما بند دوم ماده ۴۸۱ خلاف قواعد و اصول حقوقی و بدون در نظر گرفتن مقتضیات اقتصادی روز، مقرر گردیده و جنبه استثنایی دارد؛ بنابراین بایستی از توسعه دامنه شمول آن خودداری نموده و حکم ماده مذکور را در صرفاً در موضع نص اعمال نماییم. علاوه بر این، توجیحات اقتصادی مبنی بر انتقال‌پذیری موافقت‌نامه داوری که شرح آن گذشت، در خصوص شرکت‌های تجاری جدی‌تر و پررنگ‌ترند؛ زیرا که گردانندگان اصلی تجارت در دنیای اقتصاد خصوصی و حتی اقتصاد دولتی شرکت‌های تجاری هستند و قانون‌گذار بایستی با توجه به این نکته تا حد امکان مقررات دست و پاگیری مانند بند دوم ماده ۴۸۱ را حذف نماید و در جهت تسهیل فعالیت این‌گونه شرکت‌ها قدم بردارد. در حقوق کشورهای خارجی مانند سوئیس نیز در فرض ادغام شرکت‌ها، موافقت‌نامه‌های داوری مرتبط منتقل می‌گردد. البته انتقال حقوق و تعهدات در فرض ادغام (به طور کلی در فرض بازسازی شرکت که اعم از ادغام است)، تابع قانون حاکم بر ادغام است؛ با این وجود اگر قانون حاکم، قانون کشور سوئیس باشد، به موجب قانون فدرال راجع به ادغام، تجزیه، انتقال و انتقال اموال و تعهدات شرکت‌ها مصوب

۲۰۰۳، موافقتنامه‌های داوری شرکت‌های منحل شده به شرکت پذیرنده ادغام منتقل می‌گردد، مگر آنکه جنبه خصوصی داشته باشند. (Kaufmann-Kohler & Rigozzi, 2013: 139).

۴. انتقال تبعی و ارادی

در این بخش، انتقال تبعی و ارادی شرط و یا قرارداد داوری مورد بررسی قرار می‌گیرد. این موضوع از مسائل حل نشده در حقوق داوری است؛ قوانین مربوط به داوری حکم خاصی در این رابطه ندارند و دکترین حقوقی نیز دچار تشتت آراست. در انتقال تبعی، هدف مستقیم طرفین انتقال مال است اما به دلیل پیوستگی و ارتباطی که قرارداد با مال موضوع مبادله دارد، به تبع مال، قراردادهای سابق بر مبادله مذکور نیز، به انتقال‌گیرنده منتقل می‌شوند. این نوع انتقال مصادیق گوناگونی دارد که یکی از این مصادیق انتقال قرارداد بیمه در پی انتقال مال بیمه شده است. حال اگر بیمه‌گذار اولیه با بیمه‌گر در خصوص تعیین میزان خسارت در قرارداد بیمه شرط داوری پیش‌بینی کرده باشند، آیا انتقال‌گیرنده نیز به این شرط داوری پایبند است؟ توضیح آنکه در برخی موارد از جمله ایراد خسارت عمدی، بیمه‌گر می‌تواند جهت استرداد آنچه به زیان‌دیده پرداخت کرده است، به بیمه‌گذار (عامل زیان) رجوع نماید. حال اگر اختلاف احتمالی ناشی از این امر به داوری محول شده باشد، آیا انتقال‌گیرنده نیز پایبند به آن است؟ در انتقال ارادی، طرف قرارداد شخص دیگری را قائم مقام خود می‌سازد و وضع حقوقی خود، اعم از حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد را به او انتقال می‌دهد. سؤال آن است که آیا انتقال ارادی موقعیت قراردادی، موجب انتقال شرط یا قرارداد داوری نیز می‌گردد؟

حق اقامه دعوا مانند توابع مورد معامله به انتقال‌گیرنده منتقل می‌شود؛ اما انتقال‌پذیری داوری به رغم آنکه مانند حق طرح دعوا نوعی حق است، مورد مناقشه است. سنگ بنای داوری، توافق طرفین است و انتقال‌گیرنده نیز صراحتاً رضایت خود به این امر را اعلام ننموده است. به همین دلیل نمی‌توان به راحتی در خصوص انتقال موافقتنامه داوری اظهار نظر نمود. علاوه بر این، رضایت طرف دیگر عقد اصلی نیز در

خصوص انتقال قرارداد لازم و ضروری است. در این راستا می‌توان این سؤال را نیز مطرح نمود که آیا طرف دیگر عقد اصلی با توجه به شخصیت طرف مقابل خود تن به داوری داده است؟ اگر پاسخ این سؤال مثبت بوده و قرارداد داوری از نوع قراردادهای شخصی باشد انتقال آن ممنوع است. در این صورت انتقال در فرضی امکان پذیر است که طرف دیگر عقد اصلی از اوصاف شخصیت طرف معامله چشم پوشی کند و به انتقال قرارداد رضایت دهد.

داوری یا به صورت شرط ضمن عقد پیش‌بینی می‌شود یا به صورت قراردادی علی‌حده و مستقل از قرارداد اصلی. در صورت اول داوری یکی از شروط ضمن عقد است. شرط در اصطلاح حقوقی دارای دو مفهوم است: یکی امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی به آن بستگی دارد مانند موارد مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی که با عنوان شرایط اساسی صحت معامله شناخته شده‌اند. دیگری توافقی است که بر حسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری درآمده است. منظور از شرط ضمن عقد مفهوم اخیر شرط است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۱۳). سؤالی که مطرح می‌شود آن است که آیا شروط ضمن عقد نیز در اثر انتقال قرارداد منتقل می‌گردند یا خیر؟ در قوانین ما حکم صریحی در این خصوص وجود ندارد و ماده ۲۳۱ قانون مدنی نیز در مقام بیان تسری آثار عقد به قائم‌مقام، اشاره‌ای به انتقال شروط ضمن عقد نکرده است. در این رابطه می‌توان گفت، با توجه به اینکه بقای شرط تابع عقد است، لذا در همه اقسام انتقال قرارداد، تسری شرط به قائم‌مقام امری مسلم است. دلیل این امر آن است که در انتقال قرارداد رابطه سابق باقی است و فقط طرف قرارداد جای خود را به قائم‌مقام داده است و با فرض بقای عقد، نتیجه‌ای جز بقای شرط و انتقال آن به قائم‌مقام نمی‌تواند موجه باشد (شعاریان، ۱۳۸۸: ۳۰۸). در خصوص قرارداد داوری مستقل نیز می‌توان گفت این قرارداد نیز از توابع قرارداد اصلی است و با انتقال موقعیت قراردادی این قرارداد نیز علی‌القاعده بایستی منتقل گردد. با توجه به مطالب فوق‌الذکر، در این بخش سؤال اصلی که بایستی پاسخ داده شود این است که در صورت انتقال قرارداد اصلی، آیا شرط داوری مندرج در آن یا قرارداد داوری مرتبط با آن نیز منتقل می‌گردد یا خیر؟ شاید در بادی امر پاسخ به این پرسش ساده به نظر رسد؛ اما لازم به

توضیح است که شرط داوری اگرچه یک شرط ضمن عقد است اما خصوصیتی دارد که سایر شروط ضمن عقد فاقد آن هستند و به همین دلیل ضروری است انتقال شرط داوری به صورت جداگانه مورد بررسی قرار گیرد. همین موضوع در خصوص قرارداد داوری مستقل نیز مطرح است. در این بخش ابتدا دلایل مخالفان انتقال موافقتنامه داوری ذکر می‌گردد. سپس این دلایل مورد بررسی و نقد قرار گرفته و دلایل موافقان این انتقال بیان می‌شود و در نهایت نظریه منتخب در این خصوص تبیین می‌گردد.

۴.۱. مخالفان انتقال موافقتنامه داوری

این گروه به دلیل خصوصیات ویژه داوری، آن را قابل انتقال نمی‌دانند و دلایلی را بر این نظر خود اقامه می‌کنند.

اولین دلیل مخالفان، استقلال داوری از قرارداد اصلی (رهنامه استقلال) است. یکی از ویژگی‌های داوری، تبعی و فرعی بودن آن است. توضیح اینکه داوری یا به صورت شرط ضمن عقد پیش‌بینی می‌گردد که تبعیت آن از عقد اصلی مسلم است و یا به صورت قرارداد مستقل که در این صورت نیز باید قرارداد داوری را از قراردادهای فرعی و تبعی تلقی کنیم که همواره به مناسبت یک قرارداد اصلی مانند بیع منعقد می‌شود (اسکینی، ۱۳۸۳: ۵). بر اساس قاعده پیروی شرط از عقد، مشروعیت شرط داوری ناشی از قرارداد اصلی است و چنانچه قرارداد اصلی به دلیلی باطل باشد، تمام اجزا آن و از جمله شرط داوری نیز باطل خواهد بود؛ اما در مقابل نظر دیگری ابراز شده است که بیشتر به مسائل عملی و قصد طرفین توجه دارد. به موجب این نظریه، توافق بر داوری مستقل از قرارداد اصلی تلقی می‌شود حتی اگر به صورت شرط ضمن عقد پیش‌بینی شده باشد. استدلالی که در توجیه این نظریه عنوان می‌گردد آن است که طرفین با درج شرط داوری ضمن عقد، قصد دارند که داوران مزبور بتوانند حتی نسبت به بطلان یا فسخ قرارداد اصلی نیز اظهار نظر کنند و این نشان از آن دارد که طرفین قصد دارند به داوری استقلال بخشند (Marcus, 1994: 626). در حقوق ایران نیز، در بند یک ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی، استقلال داوری از قرارداد اصلی

پذیرفته شده و شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد را موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی نموده است. در همین راستا بنا بر نظر یکی از اساتید حقوق داوری، شرط داوری از شروطی نیست که تعهدی تبعی باشد، بلکه شرط داوری در واقع مانند قرارداد داوری علی‌حده، یک عقد مستقل بوده که به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر و بین طرفین به موجب ماده ۲۱۹ قانون مذکور، لازم‌الاتباع است. (نیکبخت، ۱۳۷۶: ۲۷۲)

انتقال قرارداد همان‌گونه که ذکر شد به معنای انتقال موقعیت قراردادی است. از این رو، تمام قرارداد به صورت کلی به منتقل‌الیه، واگذار می‌گردد. منظور از این تمامیت آن است که حقوق و تعهدات قراردادی، تماماً انتقال می‌یابد. داوری نیز یکی از این حقوق و تعهدات است - حق با این اعتبار که هر کدام از طرفین موافقتنامه داوری این حق را دارد که اختلافات برآمده از قرارداد اصلی را به داوری ارجاع دهد و تعهد به این اعتبار که طرفین متعهدند ارجاع تمام اختلافات به داوری را قبول نمایند- و منطقی است که این شرط نیز منتقل گردد؛ اما نظریه استقلال داوری مانع از آن می‌شود که بر اساس منطبق ساده فوق، داوری را قابل انتقال بدانیم؛ زیرا داوری چه به صورت شرط ضمن عقد و چه به صورت قراردادی جداگانه، از قرارداد اصلی مستقل بوده و با انتقال قرارداد اصلی، داوری ضمن آن منتقل نمی‌گردد (Karapanco, 2015: 6). از سویی دیگر، با توجه به پذیرش نظریه استقلال داوری در حقوق ایران، نمی‌توان شرط داوری را از شروط ضمن عقد مذکور در قانون مدنی دانست و برای تسری آن به انتقال‌گیرنده، به قاعده تبعیت شرط از عقد استناد نمود.

دومین دلیل مخالفان انتقال موافقت‌نامه داوری، عدم وجود توافق بر داوری یا به عبارت دیگر عدم رضایت شخص منتقل‌الیه به ارجاع امر به داوری است. آنچه باعث التزام طرفین به پذیرش داوری می‌گردد موافقت آن‌ها با داوری است. می‌توان گفت قصد و رضایت طرفین اساس وجود و اعتبار موافقتنامه داوری است (Tolhurst, 2006: 44). ویژگی اساسی داوری اختیاری بودن آن است؛ به عبارت دیگر، داوری یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی است. افراد علاوه بر آنکه می‌توانند انواع قرارداد را به استناد اصل آزادی قراردادی منعقد نمایند، می‌توانند شیوه حل و فصل اختلافات ناشی از این قراردادها را نیز تعیین نمایند. به همین دلیل موافقتنامه داوری

ماهیتاً یک نوع قرارداد است که بایستی شرایط اساسی صحت معاملات در مورد آن رعایت شود. یکی از این شرایط نیز قصد و رضا است. البته به دلیل ماهیت خاص داوری، وجود توافق و رضایت طرفین مبنی بر ارجاع امر به داوری، اهمیت خاصی در بین سایر شرایط صحت قرارداد دارد. این امر بدان دلیل است که با پیش‌بینی داوری و الزام‌آور بودن این توافق، طرفین به نوعی از حق خود بر دادرسی (Access to Justice) که از حقوقی بنیادین و اساسی افراد است، محروم می‌گردند. این امر استثنایی بودن داوری را نشان می‌دهد؛ به عبارت دیگر اصل بر صلاحیت محاکم است، ولی طرفین می‌توانند با توافق حل و فصل اختلافات خود را به داوری ارجاع دهند؛ بنابراین لازم است به دقت رضایت طرفین احراز گردد. با توجه به مطالب فوق، در صورت انتقال قرارداد اصلی اگر موافقتنامه داوری نیز منتقل گردد، رضایت شخص منتقل‌الیه به ارجاع امر به داوری نادیده گرفته می‌شود که این امر با آنچه در خصوص لزوم توافق طرفین به داوری ذکر شد، در تعارض است. در این خصوص می‌توان به رأی شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۸ اشاره نمود که شرط داوری موجود در قرارداد را به دارنده چک تسری نداده است. در این پرونده، طرفین در قرارداد واگذاری سهام برای حل و فصل اختلافات خود بر داوری توافق می‌نمایند و در متن چک نیز به قرارداد مذکور اشاره می‌گردد. دادگاه بدوی حکم به ابطال اجرائیه صادر می‌نماید به این استدلال که: «طرفین توافق نموده‌اند کلیه اختلافات خود را از طریق داوری حل نمایند، بنابراین اقدام خواننده مبنی بر تقاضای صدور اجرائیه برخلاف مدلول قرارداد بوده و لزوماً بایستی اختلافات خود را از طریق داوری حل و فصل نمایند.» اما دادگاه تجدیدنظر این رأی را نقض و چنین اعلام نموده است که: «با توجه به اینکه شرکت تجدیدنظرخواه جزو طرفین قرارداد مذکور نبوده؛ لذا شرط داوری مندرج در ماده ۸ قرارداد نسبت به وی مؤثر نبوده و تنها در مورد طرفین قرارداد حاکم است.» (مجموعه آرای قضائی دادگاه‌های تجدیدنظر (حقوقی)، ۱۳۹۱: ۵۸-۵۹) البته با مطالعه جزئیات مشخص می‌گردد که در این پرونده موضوع انتقال قرارداد مطرح نیست؛ بلکه دارنده چک (شرکت ب) صرفاً ضامن خریداران در پرداخت دیون ایشان بوده و چک موضوع اجرا نیز در وجه این شرکت صادر گردیده تا بعد از پرداخت دیون خریداران، حقوق

خود را از محل چک مزبور استیفا نماید. بر این اساس عدم تسری داوری به دارنده چک موجه است؛ زیرا که دارنده چک نه جزو طرفین قرارداد اصلی بوده و نه جانشین ایشان است. ولی ملاحظه می‌شود که دادگاه تجدیدنظر، عدم وجود دارنده چک در قرارداد اصلی و در نتیجه عدم توافق (رضایت) وی در خصوص داوری - مهم‌ترین دلیل مخالفان انتقال موافقتنامه داوری - را دلیل تسری نیافتن شرط داوری به وی دانسته است.

سومین دلیل، محرمانه بودن داوری است. از آنجایی که داوری یک رسیدگی خصوصی است، جلسات رسیدگی به صورت غیرعلنی برگزار می‌گردد و داورها نیز از افشای موارد اختلاف و مفاد قرارداد منع می‌شوند. از این رو، افراد و مخصوصاً بازرگانان داوری را به دلیل محرمانه بودن، برای حفظ اعتبار خود نزد عموم و مشتریان مناسب می‌دانند و تمایل بیشتری به آن دارند (شیروی، ۱۳۹۳: ۵۲). اما انتقال موافقتنامه داوری منافی این محرمانه بودن است؛ زیرا که در این صورت منتقل‌الیه از اختلافات انتقال‌دهنده با طرف دیگر قرارداد مطلع می‌گردد. این امر دلیلی است که مخالفان با استناد به آن، قائل به غیرقابل انتقال بودن موافقتنامه داوری هستند (Karapanco, 2015: 8).

چهارمین دلیل اهمیت شخصیت طرفین و داور در ارجاع اختلاف به داوری است. طرفین قرارداد در پیش‌بینی شرط داوری یا انعقاد قرارداد داوری علی‌حده، علاوه بر آنکه به اعتبار شخص مقابل توجه می‌کنند، در انتخاب داور نیز توجه ویژه داشته و شخصیت او را مدنظر قرار می‌دهند. همان‌گونه که در بخش انتقال قهری ذکر شد، بعضی بر این عقیده‌اند که در موافقتنامه داوری طرفین نحوه حل اختلاف خود را به طریقه داوری پذیرفته و داور یا داوران خاصی را هم انتخاب کرده‌اند که این مسائل کاملاً قائم به شخص بوده و فقط به خود طرفین مربوط است؛ بنابراین از آنجایی که قراردادهای شخصی قابل انتقال به قائم‌مقام طرفین عقد نیستند؛ انتقال‌گیرنده‌ای که در انتخاب شخص داور دخالت نداشته است، علی‌القاعده ملزم به رعایت مفاد موافقتنامه داوری نیست.

۴.۲. نقد و بررسی دلایل مخالفان

یکی از دلایل مخالفان انتقال موافقتنامه داوری، استقلال شرط داوری است که در خصوص آن می‌توان گفت: اولاً این نظر تنها نظر موجود در این زمینه نیست و نظریه مخالفی نیز وجود دارد که شرط داوری را مستقل از قرارداد اصلی نمی‌داند. مطابق این نظریه، شرط داوری هم مانند سایر شروط ضمن عقد، تابع قرارداد اصلی است و به صورت مستقل وجود ندارد. مدافعان این نظریه به این قاعده استناد می‌کنند که «فرع از اصل خود پیروی می‌کند» و به همین دلیل بطلان و یا فسخ قرارداد اصلی را در مورد شرط داوری نیز مؤثر می‌دانند. ثانیاً، حتی با وجود پذیرش استقلال شرط داوری نیز می‌توان قائل به قابل انتقال بودن موافقتنامه داوری بود. اجمالاً آنکه، از یک سو مفهوم استقلال شرط داوری و هدف از آن، حفظ اعتبار شرط داوری حتی در صورت بطلان قرارداد اصلی است نه غیرقابل انتقال بودن آن. از سوی دیگر، استقلال شرط داوری، اصلی کامل نیست و دارای محدودیت و استثنائاتی است. این استثنائات در بحث توسعه و تعمیم موافقتنامه داوری به شخص ثالث (غیر امضاکننده) مطرح است. یکی دیگر از این استثنائات، انتقال موافقتنامه داوری است. بر طبق یک نظریه، استقلال شرط داوری صرفاً یک فرض حقوقی و قانونی است که در مواقع لزوم در داوری مورد استفاده قرار می‌گیرد. به همین دلیل نظریه استقلال شرط داوری نمی‌تواند مانع از انتقال موافقتنامه داوری باشد و طرفین برای جلوگیری از این انتقال بایستی عدم انتقال را صراحتاً پیش‌بینی نمایند (Karapanco, 2015: 46).

عدم رضایت و موافقت منتقل‌الیه به داوری نیز یکی از دلایل مخالفان بود که در حقیقت مهم‌ترین دلیل بر غیرقابل انتقال بودن موافقتنامه داوری نیز همین دلیل است. دلیل لزوم وجود رضایت انتقال‌گیرنده آن است که وی جزو طرفین اولیه قرارداد نبوده و به این دلیل قصد و رضایت خود مبنی بر پذیرش داوری را ابراز ننموده است و هیچ‌کس بدون وجود رضایت و توافق قبلی، مکلف به قبول داوری نخواهد بود. در این خصوص می‌توان گفت رضایت منتقل‌الیه به شخصیت طرف قرارداد بستگی دارد؛ به این نحو که اگر شخصیت طرف قرارداد در ورود به داوری مهم نباشد، رضایت شخص

منتقل‌الیه به طور ضمنی برداشت می‌گردد؛ به عبارت دیگر، در صورتی که شخصیت طرف قرارداد مؤثر در تصمیم‌گیری راجع به پذیرش داورى نباشد، می‌توان پذیرش انتقال قرارداد توسط انتقال‌گیرنده را نوعی رضایت ضمنی به داورى نیز تلقی نمود. با توجه به مزایای داورى که موجب گردیده در روابط حقوقی تجاری این شیوه از حل و فصل اختلافات جایگزین شیوه دادرسی گردد، می‌توان گفت تجار و شرکت‌های تجاری در پذیرش داورى به شخصیت طرف مقابل خود توجه نداشته و جهت استفاده از مزایای نهاد داورى تن به پذیرش داورى می‌دهند. فلذا، در روابط تجاری به دلیل مدنظر نبودن شخصیت طرف قرارداد، پذیرش انتقال قرارداد توسط انتقال‌گیرنده، نوعی رضایت ضمنی به داورى محسوب می‌گردد. در مقابل، احراز رضایت ضمنی انتقال‌گیرنده به داورى در روابط حقوقی ساده (غیرتجاری)، به دلیل توجه به شخصیت طرف مقابل، اندکی دشوار است.

در این رابطه، همچنین می‌توان به بحث تعمیم موافقتنامه داورى به شخص ثالث نیز اشاره کرد. تعمیم داورى به شخص ثالث، ناظر به موردی است که شخص ثالث جزو امضاکنندگان اولیه قرارداد (و داورى ضمن آن) نبوده اما بنا به دلایلی به داورى فراخوانده می‌شود. آنچه موجب ارتباط تعمیم داورى به موضوع بحث حاضر می‌گردد آن است که مطابق نظریات مطرح در زمینه تعمیم داورى، رضایت شخص ثالث به ارجاع اختلاف به داورى به طور ضمنی از رفتار او برداشت می‌شود و به این ترتیب مشکل عدم وجود رضایت شخص ثالث مرتفع می‌گردد (Tang, 2009: 23 & Stucki & Wittmer, 2006: 5). نتیجه آنکه هرگاه به نحوی از انحاء قانونی قصد و رضای طرفین، به ویژه غیر امضاکننده، به داورى احراز گردد، علی‌القاعده امکان استناد آن‌ها به فقدان موافقتنامه داورى منتفی خواهد بود. در این خصوص تفاوتی بین تعمیم قلمرو داورى و انتقال موافقتنامه داورى وجود ندارد. البته لازم به توضیح است که تعمیم داورى به شخص ثالث با اصل نسبی بودن آثار قراردادها تعارض دارد؛ اما بنا به توجهات اقتصادی تعمیم داورى مورد پذیرش قرار گرفته است. در مقابل، در بحث انتقال موافقتنامه داورى، انتقال‌گیرنده شخص ثالث محسوب نمی‌گردد و انتقال حقوق و تعهدات قراردادی به وی مطابق با قاعده است؛ بنابراین اگر تعمیم داورى به شخص

ثالث با وجود تعارض با اصل نسبی بودن، مورد پذیرش قرار گرفته است، انتقال موافقتنامه داوری را نیز می‌توان پذیرفت. علاوه بر آنکه همان توجیحات اقتصادی که موجب پذیرش تعمیم قلمرو داوری به شخص ثالث می‌گردد، در فرض انتقال قرارداد نیز وجود دارند.

علاوه بر آنچه گفته شد مطابق یک نظر، داوری در ردیف تضمینات قرارداد است. از این رو موافقتنامه داوری، وسیله و ضمانت اجرای ایفا تعهد محسوب می‌گردد و بدون نیاز به رضایت منتقل‌الیه، انتقال می‌یابد. به این ترتیب، احراز رضایت انتقال‌گیرنده نیز جهت فراخواندن وی به داوری لازم نیست (Vincze, 2003: 3). در اینجا ذکر این نکته خالی از فایده نیست که عده‌ای در توجیه انتقال قرارداد به نهادهایی همچون «تبدیل تعهد» و «انتقال دین و طلب» متوسل می‌شوند. در تبدیل تعهد، تعهدات قبلی ساقط و تعهد جدید جایگزین آن می‌شود. به دلیل سقوط تعهد سابق، تضمینات این تعهد به تعهد جدید تعلق نمی‌گیرد و این تضمینات نیز از بین می‌روند؛ اما در انتقال دین و طلب، تعهدات و حقوق ساقط نمی‌گردند بلکه با تمام ویژگی‌ها و تضمینات خود به شخص جدید منتقل می‌شوند؛ بنابراین اگر انتقال قرارداد به وسیله نهاد تبدیل تعهد توجیه گردد، داوری مرتبط با قرارداد، به دلیل سقوط تعهد سابق، ساقط گردیده و شخص انتقال‌گیرنده پایبند به آن نیست. در حالی که اگر انتقال قرارداد با توجه به نهاد انتقال دین و طلب توجیه شود، داوری پیش‌بینی شده در قرارداد به عنوان یکی از تضمینات قرارداد به منتقل‌الیه انتقال می‌یابد. با این وجود بایستی متذکر شد که نیاز جامعه صنعتی و لزوم تسهیل و سرعت بخشیدن به معاملات تجاری ایجاب می‌کند که انتقال قرارداد، به عنوان نهادی اصیل شناسایی گردیده و تابع تبدیل تعهد و انتقال دین و طلب نباشد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۶۵). بنابراین، از آنجا که انتقال قرارداد به معنای انتقال موقعیت قراردادی است و موقعیت قراردادی نیز شامل کلیه حقوق و تعهدات، تضمینات، توابع و ملحقات قرارداد است، پس داوری مرتبط با قرارداد نیز به عنوان یکی از تضمینات قراردادی انتقال می‌یابد.

محرمانه بودن داوری و اهمیت شخصیت طرفین و داور نیز از جمله دلایل مخالفان انتقال است. در خصوص محرمانه بودن بایستی گفت دلیلی قانع‌کننده بر منع

انتقال نیست. اولاً، انتقال موافقتنامه داوری مخالف و مغایر با اصول پذیرفته شده حقوقی نیست تا آن را کنار بگذاریم. ثانیاً، مصلحتی که در محرمانه بودن داوری است تاب مقاومت در برابر مصلحت موجود در انتقال قرارداد به طور کلی و انتقال موافقتنامه داوری به طور خاص، ندارد.

در رابطه با اهمیت شخصیت طرفین و داوران، بایستی این نکته مشخص گردد که آیا داوری در زمره قراردادهای شخصی است یا خیر. یکی از موانع انتقال قرارداد شخصی بودن قرارداد است؛ به عبارت دیگر، شرط لازم برای انتقال هر قراردادی، غیرشخصی بودن تعهدات ناشی از آن است. عقد غیرشخصی عقدی است که در آن شخصیت، مهارت و اعتبار طرف معامله، مدنظر قرار نگرفته است. در مقابل عقد شخصی عقدی است که تعهد ناشی از آن قائم به شخص است و طرفین با ملاحظه شخصیت طرف مقابل قرارداد را منعقد نموده‌اند. در حالت اخیر، اجرای عقد توسط شخصی غیر از طرف معامله، ممکن و مقبول طرف دیگر عقد نبوده و انتقال قرارداد نیز منتفی است (شعاریان، ۱۳۸۸: ۱۳۶).

سوالی که مطرح می‌گردد آن است که آیا طرفین قرارداد در پیش‌بینی داوری شخصیت طرف مقابل خود را مدنظر قرار می‌دهند یا خیر؟ اگر پاسخ به این سؤال مثبت باشد، داوری غیرقابل انتقال خواهد بود. چنانکه در بحث انتقال قهری بیان گردید، عده‌ای از نویسندگان حقوقی، قرارداد داوری را قراردادی شخصی می‌دانند؛ زیرا که در این قرارداد طرفین نحوه حل و فصل اختلاف خود را به طریقه داوری پذیرفته و داور یا داوران خاصی را هم انتخاب کرده‌اند که این مسائل کاملاً قائم به شخص است؛ اما شخصی بودن قرارداد داوری به نحو قاطع قابل پذیرش نیست. در تشخیص و تعیین شخصی بودن قرارداد داوری بایستی بین فروض مختلف قائل به تفکیک شد. گاهی طرفین در یک رابطه حقوقی ساده (که وصف تجاری را نمی‌توان بر آن نهاد) شرط داوری پیش‌بینی می‌کنند. در این‌گونه موارد، به طور معمول، شخصیت و اعتبار طرف مقابل در خصوص پذیرش داوری ملاک عمل قرار می‌گیرد. فلذا داوری شخصی قلمداد گردیده و غیرقابل انتقال است؛ اما در روابط تجاری پیچیده با حجم مبادلات اقتصادی بالا، شخصیت خود متعاملین در پذیرش داوری، تأثیری ندارد و طرفین به جهت

سرعت در رسیدگی و استفاده از مزایای نهاد داوری، چنینی امری را در قرارداد خود پیش‌بینی می‌نمایند. بدیهی است در این حالت، انتقال‌گیرنده - در فرض احراز رضایت وی - مأخوذ به داوری بوده و طرف دیگر عقد اصلی نمی‌تواند به بهانه شخصی بودن داوری از پذیرش داوری در رابطه خود با انتقال‌گیرنده، خودداری نماید.

در این خصوص همچنین بایستی میان موردی که شخص داور توسط طرفین تعیین می‌گردد و موردی که داوران مشخص نمی‌شوند و صرفاً داوری پیش‌بینی می‌شود، تفاوت نهاد. در موردی که طرفین صرفاً توافق می‌نمایند که اختلافات از طریق داوری حل و فصل گردد، داوران مشخص نشده‌اند تا شخصیت آنان مدنظر قرار گیرد. حتی در فرض تعیین داوران نیز، با استناد به مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی، می‌توان قائل به آن شد که شخصیت داوران از چنان اهمیتی برخوردار نیست که به موجب آن داوری را شخصی قلمداد نمود. به طور کلی مواد مذکور ناظر به فرضی هستند که طرفین داور خود را انتخاب نکرده یا داوران انتخاب شده فوت نموده یا استعفا داده باشند. بخش اخیر ماده ۴۵۹ چنین مقرر می‌دارد که: «هرگاه تا انقضای مدت یاد شده اقدام نشود، ذی‌نفع می‌تواند حسب مورد برای تعیین داور به دادگاه مراجعه کند.» تعیین داور توسط دادگاه بر این اساس قابل توجیه است که شخصیت داوران چندان اهمیتی ندارد؛ زیرا اگر غیر از این بود، قانون‌گذار نباید تعیین داور توسط دادگاه را تجویز می‌نمود. با توجه به مطالب فوق این نتیجه به دست می‌آید که اولاً شخصیت خود طرفین، در داوری‌های تجاری که تعداد قابل توجهی از داوری‌ها را تشکیل می‌دهند، مدنظر قرار نمی‌گیرد که به دلیل آن طرف دیگر قرارداد اصلی خود را پایبند به داوری در رابطه با انتقال‌گیرنده نداند. ثانیاً شخصیت داور از چنان درجه‌ای از اهمیت برخوردار نیست که به موجب آن انتقال‌گیرنده را به دلیل عدم دخالت در تعیین داور، پایبند به داوری ندانست.

۴.۳. تبیین نظریه منتخب

در این قسمت با توجه به مطالب فوق، نظریه منتخب در مورد انتقال موافقتنامه داوری تبیین می‌گردد. رضایت دو شخص در انتقال موافقتنامه داوری لازم و ضروری

است. یکی رضایت طرف دیگر قرارداد اصلی به انتقال قرارداد و دیگری رضایت انتقال‌گیرنده به پذیرش داوری به عنوان شیوه حل و فصل اختلافات. لزوم رضایت طرف دیگر قرارداد اصلی به دلیل تعارض انتقال قرارداد با دو اصل «آزادی در گزینش طرف قرارداد» و «نسبی بودن اثر عقد» است. البته از آنجا که در انتقال قهری و تبعی، به حکم قانون انتقال‌گیرنده به عنوان قائم‌مقام طرف قرارداد، جانشین وی می‌گردد، کسب رضایت طرف دیگر عقد اصلی لازم نیست. علاوه بر این، در انتقال قهری طرفین حین عقد اجمالاً می‌دانند که در صورت فوت هر یک از طرفین، عقد به وراثت آن‌ها می‌رسد، در نتیجه اگر شرط مباشرت نشود، رضایت ضمنی آن‌ها به انتقال عقد محرز است. در انتقال تبعی نیز برای تأثیر این انتقال نیازی به رضایت طرف دیگر عقد نیست و این امر به آن دلیل است که انتقال‌دهنده به عنوان مالک، حق هرگونه تصرف (انتقال مال به دیگری) در ملک خود را دارد و در این راه نیازمند کسب رضایت طرف دیگر عقد نیست؛ اما در انتقال ارادی انتقال‌دهنده با اراده خود دست به انتقال قرارداد زده و قانون در این زمینه حکمی ندارد که بتوان گفت انتقال به موجب آن حکم انجام گرفته و رضایت طرف دیگر عقد لازم نیست. فلذا جهت رفع تعارض این نوع انتقال با دو اصل فوق‌الذکر، کسب رضایت طرف دیگر عقد اصلی لازم و این رضایت شرط تحقق انتقال است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۶۵، ایزانلو و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۴، شعاریان، ۱۳۸۸: ۱۹۱). اما در احراز رضایت طرف قرارداد به این انتقال، نباید سخت‌گیرانه عمل نمود. برای مثال ممکن است طرفین در قرارداد به موجب شروط ضمن عقد امکان انتقال را پیش‌بینی کرده باشند یا آنکه امکان انتقال قرارداد به صورت ضمنی برداشت شود. همچنین از اوضاع و احوالی که قرارداد در آن منعقد شده و یا با توجه به نوع و ماهیت قرارداد نیز می‌توان امکان انتقال قرارداد را برداشت نمود (محمدی، ۱۳۸۶: ۱۳۷).

نکته‌ای که در رابطه با رضایت طرف دیگر عقد اصلی بایستی مورد توجه قرار گیرد، آن است که آیا این رضایت شامل انتقال موافقتنامه داوری به انتقال‌گیرنده نیز است یا خیر؟ رضایت طرف دیگر عقد اصلی به انتقال قرارداد موجب می‌گردد قرارداد به طور کلی (تمامیت قرارداد) به انتقال‌گیرنده واگذار گردد. داوری نیز بخشی از قرارداد و یکی از تضمینات و توابع قرارداد است که علی‌القاعده بعد از رضایت طرف دیگر به

کلیت انتقال، به شخص منتقل‌الیه تسری می‌یابد؛ به عبارت دیگر، از آنجا که طرف دیگر قرارداد از وجود شرط یا قرارداد داوری آگاه است و انتقال قرارداد نیز به معنای انتقال کلیت قرارداد است، رضایت وی به انتقال قرارداد نوعی اماره مبنی بر رضایت به انتقال موافقتنامه داوری است. البته این اماره در فرضی است که موافقتنامه داوری قرارداد شخصی نباشد؛ زیرا اگر طرف دیگر عقد اصلی، با در نظر گرفتن شخصیت طرف مقابل خود (انتقال‌دهنده) داوری را پذیرفته باشد، داوری با وجود رضایت طرف دیگر عقد اصلی به انتقال قرارداد، به عنوان بخشی از قرارداد منتقل نمی‌گردد؛ مگر آنکه وی، با چشم‌پوشی از اوصاف خاص شخصیت انتقال‌دهنده، صراحتاً انتقال آن را اجازه دهد.

دو عاملی که مانع انتقال‌پذیری عقود می‌گردند، توافق طرفین و شخصی بودن قرارداد است. اراده‌ای که توان ایجاد قرارداد را دارد، توان ممنوع نمودن انتقال آن را نیز دارد و در این راستا تفاوتی میان قرارداد داوری و سایر قراردادها نیست؛ بنابراین طرفین با پیش‌بینی شرط مباشرت یا شرط منع انتقال می‌توانند از انتقال قرارداد جلوگیری نمایند. ذات و ماهیت امر مورد انتقال نیز می‌تواند مانعی بر سر راه انتقال قرارداد باشد. در برخی قراردادها شخصیت طرفین مورد نظر طرف مقابل قرار می‌گیرد. موافقتنامه داوری از جمله قراردادهایی است که طرفین با در نظر گرفتن شخصیت یکدیگر پای در مسیر انعقاد آن می‌گذارند. توضیح آنکه، داوری به عنوان شیوه جایگزین حل و فصل اختلافات دارای معایبی است. یکی از این معایب تکیه داوری به سیستم قضایی است؛ برای مثال اگر داوران مبادرت به صدور «دستور موقت» نمایند و یکی از طرفین به اختیار خود آن را اجرا ننماید، طرف دیگر تنها از طریق تمسک به سیستم قضایی می‌تواند دستور مزبور را اجرا نماید (شیروی، ۱۳۹۳: ۵۵). این امر که هزینه‌های مضاعف را در پی دارد، موجب می‌گردد که طرفین صرفاً در صورت اعتماد به شخصیت طرف مقابل به داوری تن دهند. البته این موضوع تا حدودی در روابط حقوقی غیرتجاری صادق است، اما در روابط حقوقی تجاری، طرفین در پیش‌بینی داوری به شخصیت طرف مقابل خود توجه چندانی ندارند؛ بلکه به دلیل مزایای داوری این شیوه از حل و فصل اختلافات را در روابط خود پیش‌بینی می‌نمایند. فلذا شخصی بودن قرارداد داوری امری موضوعی است که بایستی در هر مورد، داور یا هیئت داوری آن را بررسی نموده

و به این سؤال پاسخ دهد که آیا طرفین در پیش‌بینی داوری به شخصیت و اعتبار طرف مقابل خود توجه داشته‌اند یا خیر؟

رضایت انتقال‌گیرنده به انتقال موافقتنامه داوری نیز حائز اهمیت است. سنگ بنای داوری توافق طرفین است و انتقال‌گیرنده نیز صراحتاً رضایت خود به این امر را اعلام نموده است. با این وجود، اگر در بحث تعمیم داوری به شخص ثالث بنا بر توجیحات و مصالح اقتصادی، رضایت ضمنی شخص ثالث به داوری نیز کفایت می‌کند، در بحث انتقال قرارداد نیز همان توجیحات اقتصادی وجود دارد. منظور از توجیحات اقتصادی همان مزایای استفاده از داوری در مقابل دادرسی است. به عنوان نمونه می‌توان به سرعت در رسیدگی اشاره نمود که با توجه به اهمیت بالای سرعت در امور تجاری دارای توجیه اقتصادی است. به این ترتیب، با قیاس انتقال موافقتنامه داوری به تعمیم قلمرو داوری، می‌توان پذیرفت در انتقال قرارداد نیز رضایت ضمنی انتقال‌گیرنده به داوری کافی بوده و انتقال‌گیرنده متعهد به پذیرش داوری است.

احراز رضایت ضمنی انتقال‌گیرنده به داوری از طرق مختلفی ممکن است. در این خصوص می‌توان گفت، انتقال‌گیرنده با انتقال قرارداد پذیرفته است که جانشین طرف قرارداد شده و به این ترتیب تمامیت قرارداد به وی واگذار گردد؛ بنابراین انتقال‌گیرنده رضایت خود به داوری که جزئی از قرارداد است را اعلام نموده است و در صورتی که مایل به پذیرش داوری به عنوان شیوه حل و فصل اختلافات نباشد بایستی عدم پذیرش شرط داوری یا قرارداد داوری مستقل را اعلام نماید؛ به عبارت دیگر، اگر انتقال‌گیرنده در هنگام انتقال قرارداد از وجود موافقتنامه داوری آگاه بوده و با این وجود در خصوص عدم انتقال آن اظهارنظری نکند، اماره بر آن است که داوری را نیز مورد پذیرش قرار داده است. البته در این رابطه باید دید آیا شخصیت طرف دیگر عقد در پذیرش داوری مؤثر است یا خیر. به طور معمول در داوری‌های تجاری شخصیت طرف مقابل در پذیرش داوری تأثیر نداشته و طرفین جهت استفاده از مزایای داوری به این شیوه متوسل می‌شوند. فلذا احراز رضایت ضمنی انتقال‌گیرنده در داوری‌های تجاری با مشکل خاصی مواجه نمی‌شود. ولی در روابط حقوقی غیرتجاری، به دلیل اهمیت شخصیت طرفین در پذیرش داوری، صرف پذیرش انتقال به معنای پذیرش

داوری نیست و رضایت به داوری بایستی صراحتاً اعلام گردد یا از طریق دیگری احراز شود. در خصوص قرارداد داوری مستقل ممکن است ایراد شود که این قرارداد جزئی از قرارداد اصلی نبوده و منتقل نمی‌گردد؛ اما در جواب به این ایراد می‌توان گفت با تفسیر اراده مشترک طرفین به این نتیجه می‌رسیم که قرارداد داوری هرچند به ظاهر مستقل از قرارداد اصلی است اما در واقع وابسته به آن است و می‌توان قائل به آن بود که این قرارداد نیز به تبعیت از قرارداد اصلی به انتقال گیرنده منتقل می‌شود.

با توجه به مطالب فوق به طور خلاصه می‌توان گفت: ۱- انتقال تبعی موافقتنامه داوری، ممکن است؛ به این ترتیب که چنانچه پس از انعقاد قراردادی که متضمن شرط داوری است، موضوع قرارداد اصلی به شخص دیگری واگذار گردد، شخص منتقل‌الیه چون ثالث شمرده نمی‌شود، مأخوذ به موافقتنامه داوری است. این نظر توسط صاحب‌نظران حقوق داخلی نیز مورد تأیید قرار گرفته است (شمس، ۱۳۸۷: ۵۱۴). در انتقال تبعی به دلیل اینکه مالک مطابق قانون در مال خود تصرف نموده و انتقال قراردادهای مرتبط با مال به منتقل‌الیه بنا به حکم قانون است، رضایت طرف دیگر قرارداد اصلی لازم نیست. در نتیجه، انتقال تبعی موافقتنامه داوری، مشروط به سه شرط است. اولاً رضایت انتقال‌گیرنده -هرچند به صورت ضمنی- به پذیرش داوری احراز گردد. ثانیاً طرفین قرارداد اصلی، منع انتقال موافقتنامه داوری را پیش‌بینی نکرده باشند. ثالثاً موافقتنامه داوری از جمله قراردادهای شخصی نباشد. ۲- در مورد انتقال ارادی نیز همین سه شرط در انتقال موافقتنامه داوری مطرح می‌گردد. علاوه بر آن، شرط چهارمی نیز در انتقال ارادی موافقتنامه داوری وجود دارد و آن هم رضایت طرف دیگر قرارداد اصلی به انتقال قرارداد است.

۵. آثار انتقال موافقتنامه داوری

بعد از تحقق شرایط انتقال موافقتنامه داوری، این موافقتنامه همان آثار و نتایجی که هر موافقتنامه داوری در بر دارد را در رابطه میان طرف دیگر عقد اصلی و انتقال‌گیرنده نیز در بر خواهد داشت. در این قسمت آثار موافقتنامه داوری در روابط میان

انتقال گیرنده و طرف دیگر عقد اصلی بررسی می‌گردد.

اولین اثر مربوط به سلب صلاحیت دادگاه (سیستم قضایی) است. وجود موافقتنامه داوری معتبر، هرگاه حتی یکی از طرفین به آن پایبند بماند، موجب می‌گردد حل و فصل اختلافات موضوع موافقتنامه در صلاحیت داور قرار گرفته و دادگاه از رسیدگی به آن ممنوع گردد؛ بنابراین طرفین موافقتنامه داوری موظفند تا اختلاف خود را به داوری ارجاع دهند و در صورت طرح دعوا در دادگاه، این مرجع بایستی قرار عدم صلاحیت صادر کند (شمس، ۱۳۸۲: ۴۲). به همین ترتیب، با انتقال موافقتنامه داوری نیز هم انتقال گیرنده و هم طرف دیگر عقد اصلی، ملزم به ارجاع اختلاف به داوری هستند و نمی‌توانند به دادگاه رجوع نمایند. از این رو، در داوری‌های بین‌المللی هیچ‌کدام از طرفین رابطه جدید نمی‌توانند به مزایای قضایی که ممکن است قوانین ملی برای ایشان در نظر گرفته باشند، استناد کنند. در همین راستا دادگاه عالی فرانسه در سال ۱۹۵۰ بیان داشت موافقتنامه داوری که بین دو شرکت غیرفرانسوی (خارجی) منعقد گردیده، در مورد شرکت فرانسوی که قرارداد واجد داوری به وی منتقل شده است، قابل اجرا است و این شرکت نمی‌تواند به ماده ۱۴ قانون مدنی فرانسه علیه شرکت طرف قرارداد انتقال دهنده که غیرفرانسوی است استناد کند و قائل به صلاحیت دادگاه شود. استدلال دادگاه مزبور بر این اساس بوده که طرف فرانسوی با پذیرش انتقال -و بالطبع پذیرش داوری- از این امتیاز صرف نظر کرده و این اعراض کاملاً صحیح و معتبر است.

اثر دوم انتقال موافقتنامه داوری، تأثیر بر ترکیب هیئت داوری است. پرسش اصلی آن است که آیا در مواردی که انتقال موافقتنامه بعد از تشکیل هیئت داوری است، منتقل‌الیه می‌تواند به این دلیل که در انتخاب داوران نقشی نداشته متقاضی تعیین داوران جدید گردد؟ در داوری، روابط هر کدام از طرفین با داور یا داوران بایستی مبتنی بر اعتماد باشد. در نتیجه، هرگاه یکی از طرفین (انتقال گیرنده) در فرایند انتخاب داوران دخالت نداشته، بایستی به وی این اختیار داده شود که بدون مخدوش نمودن اصل ارجاع اختلاف به داوری، از پذیرش داوران انتخاب شده امتناع نماید؛ بنابراین انتقال گیرنده می‌تواند با توافق طرف دیگر عقد اصلی و یا بر اساس راهکار پیش‌بینی شده در موافقتنامه داوری، ترکیب هیئت داوری را تغییر داده و داوران مورد نظر خود را

وارد این هیأت نماید. این رویکرد در رأی اتاق بازرگانی بین‌المللی به شماره ۲۶۲۶ مورخ ۱۹۷۷ مورد پذیرش قرار گرفته است. آنچه در رأی مذکور مورد تأکید اتاق بازرگانی بین‌المللی قرار گرفته، آن است که هر یک از طرفین حق مشارکت در تشکیل هیأت داوری را دارد یا حق دارد داور خویش را خود انتخاب نماید؛ اما واقعیت آن است که انتقال موافقتنامه داوری، چه ارادی باشد و چه به حکم قانون، موجب ایجاد موافقتنامه جدید نمی‌گردد. بر اثر انتقال، موافقتنامه‌ای که سابقاً وجود داشته به انتقال‌گیرنده منتقل شده و همان‌گونه که سابقاً اجرا می‌گردیده، بعد از انتقال نیز همان‌گونه اجرا می‌شود. علاوه بر این، تعیین ترکیب جدید هیأت داوری موجب به تأخیر افتادن روند اجرایی موافقتنامه داوری می‌گردد، در حالی که انتقال موافقتنامه داوری نباید موجب چنین اثری گردد. فلذا به نظر می‌رسد، همان‌گونه که طرف دیگر قرارداد اصلی بعد از انتقال حق تعیین داور جدید ندارد، انتقال‌گیرنده نیز این حق را نداشته و بایستی پایبند به ترکیب هیأت داوری تشکیل شده، باشد. (Fouchard & Others, 1999: 434-436)

با این وجود هرگاه انتقال موافقتنامه داوری قبل از تشکیل هیأت داوری (به طور کلی قبل از بروز اختلاف) باشد، می‌توان قائل به آن شد که انتقال‌گیرنده حق انتخاب داور و تغییر در ترکیب هیأت داوری را دارد. زیرا که هنوز هیأت داوری تشکیل نگردیده و روند اجرایی داوری شروع نشده است که تغییر داوران تأخیری در این روند ایجاد نماید. این نظر متناسب با رویکرد نظام حقوقی ایران در خصوص انتخاب داوران است. در نظام حقوقی ایران انتخاب داوران قبل از بروز اختلاف، با محدودیت‌هایی روبه‌رو است. به موجب مواد ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی و بند ۱ ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی، اتباع ایران (طرف ایرانی) قبل از بروز اختلاف نمی‌توانند به داوری افرادی ملتزم گردند که با طرف مقابل خارجی تابعیت یکسان دارند. این مقرر به خاطر حفظ مصالح اتباع ایران وضع گردیده و جزء مقررات امری است. حال اگر انتقال‌دهنده داورانی را انتخاب نموده باشد که دارای تابعیت یکسان با طرف مقابل باشند و سپس قرارداد و موافقتنامه داوری ضمن آن به یک تبعه ایران (یک شرکت ایرانی) منتقل گردد، به دلیل تعارض این موضوع با حکم امری مواد مذکور بایستی قائل

به بطلان انتقال موافقتنامه داوری باشیم؛ اما همان‌گونه که ذکر شد اگر انتقال موافقتنامه قبل از تشکیل هیأت داوری یا به طور کلی قبل از بروز اختلاف باشد، انتقال‌گیرنده حق دارد داور خود را انتخاب نماید یا ترکیب هیأت داوری را تغییر دهد؛ بنابراین در این فرض، انتقال‌گیرنده ایرانی می‌تواند ترکیب هیأت داوری را تغییر داده و داورانی را انتخاب نماید که دارای تابعیت یکسان با طرف مقابل نباشند. با اعمال این رویکرد، مصلحت موجود در پذیرش انتقال موافقتنامه داوری و مصلحت موجود در مواد مذکور، با یکدیگر جمع گردیده و هر دو مورد لحاظ می‌شوند.

۶. نتیجه

یکی از مسائل مطرح در حقوق داوری، انتقال‌پذیری موافقتنامه داوری است. آنچه باعث تمایز انتقال موافقتنامه داوری از انتقال سایر قراردادها می‌گردد، خصوصیات ویژه موافقتنامه داوری است. بر این اساس، در انتقال موافقتنامه داوری علاوه بر لزوم احراز رضایت طرف دیگر عقد اصلی به انتقال قرارداد، به دلیل آنکه داوری وجود خود را از توافق طرفین به عاریه می‌گیرد، رضایت انتقال‌گیرنده به داوری نیز لازم و ضروری است.

پس از بررسی نظام حقوقی ایران در خصوص انتقال موافقتنامه داوری می‌توان گفت: در انتقال قهری و تبعی، از آنجا که انتقال به حکم قانون است، رضایت طرف دیگر عقد اصلی لازم نیست؛ اما در انتقال ارادی رضایت طرف دیگر عقد اصلی ضروری است. این رضایت نبایستی لزوماً صریح باشد بلکه رضایت ضمنی یا رضایت برگرفته از اوضاع و احوال نیز وافی به مقصود است. پس از احراز رضایت طرف دیگر عقد اصلی به انتقال قرارداد، رضایت وی به انتقال داوری مندرج در قرارداد مفروض تلقی می‌شود؛ زیرا که داوری بخشی از قرارداد و یکی از تضمینات و توابع قرارداد است و همراه با آن منتقل می‌گردد. رضایت انتقال‌گیرنده به داوری نیز به صورت ضمنی از رفتار وی در پذیرش انتقال قرارداد برداشت می‌شود، مگر آنکه داوری از قراردادهای شخصی باشد و رضایت به انتقال قرارداد شامل رضایت به انتقال داوری

ضمن آن نگردد. در تشخیص شخصی بودن قرارداد داوری به عنوان یک امر موضوعی می‌توان داوری در روابط تجاری را از داوری در روابط غیرتجاری تفکیک نمود؛ چراکه در روابط تجاری برخلاف روابط غیرتجاری شخصیت طرفین در پذیرش داوری چندان مورد توجه نیست. به هر حال پس از احراز رضایت طرف دیگر قرارداد اصلی و رضایت انتقال‌گیرنده، موافقتنامه داوری به مانند سایر قراردادها انتقال می‌یابد؛ مگر آنکه طرفین این انتقال را با توافق خود ممنوع نموده باشند یا موافقتنامه داوری از جمله قراردادهای شخصی باشد. با وجود این در نظام حقوقی مذکور، انتقال قهری موافقتنامه داوری بنا به حکم استثنایی ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی منتفی است؛ البته این حکم استثنایی صرفاً در موضع نص و در مورد فوت و حجر یکی از طرفین قابلیت اعمال دارد و در مواردی مانند ادغام شرکت‌ها، این حکم اعمال نمی‌گردد و موافقتنامه داوری با تحقق شرایط به شرکت جدید منتقل می‌شود.

پی‌نوشت‌ها

۱. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی (جلد ۳)، ص ۵۱۴. سید جلال‌الدین مدنی، آیین دادرسی مدنی (جلد ۲)، ص ۶۷۸. قدرت اله واحدی، آیین دادرسی مدنی (کتاب سوم) ص ۲۱۷.

۲. Extension of Arbitration Agreement

3. ماده ۴۷۲ قانون آیین دادرسی مدنی: «بعد از تعیین داور یا داوران، طرفین حق عزل آنان را ندارند؛ مگر با تراضی.»

4. به موجب ماده ۱۸۶ قانون مدنی: «عقد جایز آن است که هر کدام از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ کند.»

۵. Contract Act 1999

۶. Arbitration Act 1996

منابع

الف. فارسی

اسکینی، ربیعا (۱۳۸۳). «مبانی نظری اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی»، نامه مفید، شماره ۴۳، مرداد و شهریور ۸۳، ۵-۳۰.

ایران‌شاهی، علیرضا (۱۳۹۲). «نقض و توسعه قلمرو قرارداد داوری»، مجله حقوقی

- بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوق بین‌المللی ریاست جمهوری، سال بیست و نهم، شماره ۴۷، ۱۱۶-۱۳۸.
- ایزانلو، محسن، عباسی حصوری، مهدی، شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۱). «انتقال قراردادی عقد در فقه امامیه»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۱، ۱-۲۴.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
- حیاتی، علی‌عباس (۱۳۹۰). *آیین دادرسی مدنی (۳)*، تهران: نشر میزان.
- دشتی، محمدرضا، کریمی، عباس (۱۳۹۲). «مطالعه تطبیقی قرارداد داوری، رضایی یا تشریفاتی»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۴، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۲، ۹۹-۱۱۵.
- زرکلام، ستار (۱۳۹۳). «نقد و بررسی زوال داوری به دلیل فوت یکی از طرفین دعوا»، *فصلنامه رأی*، دوره ۳، بهار ۱۳۹۳، ۴۱-۴۸.
- شعاریان، ابراهیم (۱۳۸۸). *انتقال قرارداد*، تبریز: انتشارات فروزش.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۲). «موافقتنامه داوری و صلاحیت دادگاه»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۳۷، پاییز ۱۳۸۲، ۹-۴۴.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۷). *آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته*، جلد ۳، تهران: انتشارات دراک.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳). *داوری تجاری بین‌المللی*، تهران: انتشارات سمت.
- عیسائی تفرشی، محمد (۱۳۹۱). «تعریف ادغام قانونی (واقعی) شرکت‌های سهامی و انواع آن از لحاظ حقوقی (مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و ایران)» *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۱۶، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۱، ۱۲۳-۱۴۵.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). *قواعد عمومی قراردادها*. جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کلاتریان، مرتضی (۱۳۷۴). *داوری*. تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران.

مجموعه آرای قضائی دادگاه‌های تجدیدنظر (حقوقی) (۱۳۹۱)، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه، اداره انتشار رویه قضایی کشور.

محمدی، عبدالعلی (۱۳۸۶). «اصل آزادی انتقال قرارداد». *تحقیقات حقوقی آزاد*، شماره ۲، زمستان ۱۳۸۶، ۱۲۹-۱۴۴.

میرزایی، علیرضا (۱۳۸۸). *قواعد داوری از منظر حقوق تطبیقی*، تهران: انتشارات جنگل.

نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۷۶). «استقلال شرط داوری». *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۲۰ و ۱۹، ۱۳۷۶، ۲۵۹-۲۷۵.

واحدی، قدرت‌الله (۱۳۸۳). *آیین دادرسی مدنی (کتاب سوم)*، تهران: نشر میزان.

ب: انگلیسی

Ambrose, Clare (2001). "When Can a Third Party Enforce an Arbitration Clause", *The Journal of Business Law*, Sweet & Maxwell, 415-431.

Fouchard, Philippe, Gaillard, Emmanuel, Goldman, Berthold, Savage, John (1999). *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. Kluwer law international.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle & and Antonio Rigozzi (2013). *International arbitration: law and practice in Switzerland*. Oxford University Press.

Karapanco, Alabana (2015). "Assignment of arbitration agreement: perspectives of leading jurisdictions", *Central European University*, 1-52.

Marcus S. Jacobs (1994). "The Separability of the Arbitration Clause", *The Australian Law Journal*, No. 68, 620-642.

Stucki, B. and Wittmer, S. (2006). "Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories", *ASA Bulletin*, Conference of September 29, 1-9.

Tang, Edvard Ho Ming (2009) "Methods to extend the scope of an arbitration agreement to third party non-signatories", *LW4635 research paper*, 1-35.

Tolhurst, gerg (2006). "The Assignment of Contractual Rights", *Hart Publishing*.

Vincze, Andrea (2003). "Arbitration clause - Is it transferred to the assignee?" *Nordic Journal of Commercial Law*, 1-13.