

تعارض قوانین داوری در صدور رای داوری داخلی و بین المللی با تاکید بر داوری ناشی از توافق بین طرفین

فهمیه زرافشان

دانشجوی دکتری حقوق، گرایش خصوصی، دانشگاه پیام نور بین الملل

چکیده

امروزه برای حل اختلافات ساده و پیچیده از راه های سهل تری استفاده می گردد. یکی از این راه کارها که امکان سهل تری را برای حل اختلافات ایجاد می کند داوری است. امر داوری به دلیل سهل بودن طریقه ی آن و تخصصی بودن بسیار مورد توجه قرار گرفته است. با این حال مسئله ای که داوری را با چالش روبه رو می سازد، تعارض قوانین در جریان داوری و آرای صادره داوری خارجی و داخلی است. درچنین حالتی تصمیم گیری هایی که در باب قانون حاکم گرفته می شود با سوالاتی روبه روست که ما قصد داشته ایم در این پژوهش در راستای پاسخ به آن کشیده و ابعاد مسئله را تحلیل نماییم. روش تحقیق نیز مبتنی بر شیوه ی مطالعه ی کتابخانه ای بوده به صورت توصیفی - تحلیلی انجام شده است.

واژه های کلیدی: داوری، تعارض قوانین، توافق طرفین

مقدمه

همچنان که یکی از موضوعات مهم حقوق بین الملل خصوصی قانون حاکم است، قانون حاکم بر داوری نیز از مباحث اصلی در داوری بین المللی است، که به بحث درباره قانون حاکم بر مسائل ماهوی داوری و یا قانون حاکم بر رویه های داوری می پردازد. در هر دو صورت، قانون حاکم بر داوری می تواند همان قانون حاکم بر قرارداد اصلی باشد که بین طرفین در یک رابطه حقوقی منعقد شده است. از طرفی هم ممکن است نه تنها قانون حاکم بر مسائل ماهوی داوری متفاوت از قانون حاکم بر قرارداد اصلی باشد، بلکه قانون حاکم بر آیین داوری و مسائل شکلی آن هم قانونی علی حده باشد. در هر حال، تعیین قانون حاکم بر قرارداد داوری بسیار مهم بوده، نقش تعیین کننده ای در تصمیمات داوری خواهد داشت. در موارد زیر نقش و اهمیت تعیین قانون حاکم مشخص و آشکار است:

- هرگاه در صلاحیت داوری نسبت به حق تصمیم گیری در یک موضوع خاصی تردید شود. اگر یک طرف اختلاف جهت استنکاف از رجوع به داوری مدعی منتفی شدن با بطلان قرارداد داوری شود و یا در ادامه داوری مدعی فسخ چنین قراردادی باشد.

چنانچه شخص محکوم علیه برای مخالفت با رأی صادره، مدعی بی اعتباری قرارداد داوری باشد، قانون حاکم بر قرارداد داوری قادر خواهد بود که به حل و فصل موضوع پرداخته و حکم لازم را صادر کند. هرگاه تردید شود که آیا شرط داوری مندرج در یک قرارداد بیع بین المللی کالا در مورد دعاوی ناظر به براتهای صادره از چنین بیعی اعمال می شود یا خیر، یا آنکه آیا چنین شرطی تنها مسئولیتهای قراردادی را تحت پوشش قرار می دمد باشد شامل مسئولیتهای مدنی ناشی از شبهه جرم یا خلاف نیز خواهد شد؟

آیا اطراف قرارداد لاحق می توانند به شرط داوری مندرج در قرارداد سابق استناد کنند و در نتیجه بر آن اساس چنین شرطی را به صورت تلویحی یا ضمنی مندرج در قرارداد لاحق نیز بدانند؟
آیا شرایط و مقررات موجود در موافقتنامه داوری برخلاف نظم عمومی با اخلاق حسنه بوده، یا موجب نقض یکی از قواعد آمره و الزام آور خواهد بود؟

۱-۱- مفهوم و ماهیت داوری

داوری در لغت به معنی دادگری: صاحب داد و دادوری است که به واسطه کثرت استعمال و تسهیل در تلفظ و تخفیف در نگارش به مرور دال حذف و تبدیل به داور شده است. و اصطلاحاً داوری روشی دوستانه و غیررسمی برای حل اختلافات و دعاوی است یا داوری عبارت است از حل و فصل اختلاف و دعاوی بین اشخاص توسط فرد یا افراد مورد اعتماد که منتخب طرفین دعوا می باشد. به عبارت دیگر داوری، قضاوتی قراردادی است که بر اساس اصول حقوقی و قوانین موجد حق و تکلیف، با تراضی طرفین به جای دادگاه به شخص یا اشخاص مورد قبول خود مراجعه و رأی و نظر ایشان را پذیرا و قاطع دعوا محسوب می کنند. در لغت نامه دهخدا، در مورد «داور» چنین گفته شده که این واژه، به معنی «دادور» و بر وزن دادگر، نامور، هنرور و سخنور به معنی صاحب داد، قاضی، عادل و حاکم است، که در طول زمان، به جهت کثرت استعمال و تسهیل در تلفظ و تخفیف در نگارش، به مرور، دال ثانی حذف شده و تبدیل به «داور» شده است.^۱

^۱ دهخدا، ۱۳۷۳

درفقه اسلامی هم نهاد داوری شناخته شده است. اگر چه در فقه شیعی عهده دار اصلی قضاوت، رسول اسلام صلی الله علیه و آله است «... و این مهم، از ناحیه آن جناب به ائمه معصومین علیه السلام و از ناحیه آن حضرات به فقیه جامع الشرائط واگذار شده...»^۲ ولی بنا به بعضی فتاوی، اصحاب دعوا می توانند اختلافات فیما بین را به تراضی، نزد هر کسی که ممکن است عهده دار منصب قضا هم نباشد، مطرح کنند و خود را به حکمیت او که در منابع فقهی به عنوان «قاضی تحکیم» و در اصطلاح حقوق دانان به عنوان «داور» شناخته می شود،^۳ تسلیم کنند و رواج داوری در جوامع اسلامی به اندازه ای است که حتی برخی از حقوق دانان، اعتبار فقهی نهاد داوری را امری مسلم می دانند و معتقدند: «قدر مسلم در فقه شیعی آن است که جز در امور جزایی و حداقل در دعاوی و اختلافات مالی، مراجعه به داور (قاضی تحکیم) جایز و حکم او برای طرفین لازم الاجراء است»^۴ البته این در حالی است که برخی فقها، وجود قاضی تحکیم را در عصر غیبت جایز نمی دانند؛ زیرا معتقدند در این دوران، همه فقها برای قضاوت منصوبند و لذا قاضی واجد شرایط غیر منصوب وجود ندارد تا به عنوان قاضی تحکیم برگزیده شود.^۵

در جلد اول از کتاب «فقه القضاء»، قاضی تحکیم چنین معرفی شده است: «قاضی تحکیم کسی است که طرفین دعوا وی را به داوری انتخاب می کنند و رأی و نظر او را درباره موضوع اختلاف می پذیرند. انتخاب و تعیین قاضی تحکیم، با طرفین و در اختیار آنهاست و نیاز بدان نیست که از طرف یک مقام دیگر نیز اذن و اجازه و ابلاغ داشته باشد».^۶ با این تعریف می توان گفت که اراده متداعیین در توافق بر داوری، شرط اساسی اعتبار رأی قاضی تحکیم است، هر چند نویسنده کتاب مذکور نیز چون برخی دیگر از فقها معتقد است که به جز شرط اذن از جانب امام (ع)، همه شرایطی که در قاضی شرع معتبر می باشد، برای «قاضی تحکیم» نیز شرط است. داوری از نظر ماهیت، روشی دوستانه و غیر رسمی برای حل اختلافات است و به این سبب، آن را سیستم خصوصی قضاوت و احقاق حق هم گفته اند.^۷ هر چند در نظام های حقوقی مختلف، این روش نیز همانند رسیدگی های قضائی، روشی الزام آور و به عبارت دیگر، دارای عنصر تعهد آور حقوقی به شمار می رود.^۸ گویا با توجه به همین خصوصیات است که سازمان جهانی مالکیت معنوی داوری را چنین تعریف کرده است: «داوری عبارت است از روشی که در آن، یک اختلاف با توافق طرفین، به یک یا چند داور که در خصوص موضوع اختلاف تصمیم الزام آور اتخاذ می کنند، ارجاع می شود».^۹

^۲ موسوی همدانی، بی تا، ج ۴: ۲۰۱

^۳ موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، (۱۴۲۳ ق)، فقه القضاء، جلد ۱، قم: دانشگاه مفید، ص ۱۰۹

^۴ افتخار جهرمی، گودرز، (۱۳۸۳)، مزایای داوری بعنوان جایگزین رجوع به دادگاه ها (متن سخنرانی در سمینار داوری تجاری در حیطه ملی و بین المللی - ۱۳۸۲/۸/۱)، داوری نامه، شماره اول، انتشارات مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۵ - ۱۶

^۵ نجفی، زین العابدین، (۱۳۸۴)، سیستم قضایی خصوصی به روش قاضی تحکیم از منظر فقه شیعه، مقالات و بررسیها (دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران)، ص ۱۲۱

^۶ موسوی اردبیلی، منبع پیشین، ص ۱۰۹

^۷ جوانمردی، ناهید، (۱۳۸۲-۱۳۸۳)، جزوه درس حقوق تجارت بین الملل، (کارشناسی ارشد)، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز

^۸ ۵-بلدسو بوسچک، رابرت، (۱۳۸۱)، فرهنگ حقوق بین الملل، ترجمه دکتر بهمن آقایی، تهران: گنج دانش، ۴۱۱

^۹ Arbitration is a procedure in which a dispute is submitted, by agreement of the parties, to one or more arbitrators who make a binding decision on the dispute. " See more: <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/what-is-arb.html>

در بیانی دیگر می توان گفت داور و داوری از ریشه داد می باشد. داد به معنی قانون بوده و نیز به برخی نوشته های دینی اطلاق می گردد. داور در واقع همان داور بوده است یعنی کسی که اهل داد است. به داوری، دادیه^{۱۱} نیز گویند

داوری در لغت به معنای شکایت پیش قاضی بردن، تظلم، یکسو کردن مرافعه حکومت میان مردم، قضاوت و... می باشد.^{۱۲} در لغت نامه دهخدا نیز ذیل این واژه چنین آمده است: «عمل داور، قضا، حکومت، حکمیت، حکم میان دو خصم و...»^{۱۳} معنای عرفی داوری با معنای لغوی آن نزدیکی دارد. در عرف نیز به شخص قضاوت کننده با رأی خویش اختلافی را پایان می بخشد، داور گویند.

در زبان عربی، حکم و محکم به تشدید و کسر کاف). به معنی داور و حکومت. حکومت در معنای داوری آمده است. داوری به معنی قضاوت کردن و رای دادن نیز آمده است. برای نمونه در عبارت «ان الله قد حکم بین العباد» مقصود از حکم، همان داوری و رای دادن است (سیاح، ۱۳۸۰، ج ۱: ۳۹۰). داوری واژه های فارسی است و طبیعتاً در متون فقهی از این کلمه استفاده نشده است؛ ولی حکمیت و قاضی تحکیم واژگانی اند که در بسیاری کتب فقهی به خصوص در باب نکاح، قضا و... استعمال شده است (عاملی، ۱۴۱۵ق، ج ۱: ۱۱). تحکیم به معنی داوری و عقد التحکیم به مفهوم موافقت نامه داوری است. به همین ترتیب آثار عقد التحکیم به معنی آثار موافقت نامه داوری می باشد.^{۱۴}

در زبان انگلیسی واژه های Arbitration و Arbitrator در مواردی به کار می رود که طرفین جهت حل مشکل خود به راه حلی خصوصی رضایت می دهند و داور نیز کسی است که در این راه به آنها کمک می کند.^{۱۵} در این معنا، تکیه اصلی بر توافق طرفین است نه نهاد داوری و وظایف او. در زبان فرانسه (Arbitrage)، اعطای صلاحیت قضاوت به شخصی است که به او داور (Arbitre). گویند. همچنین دادخواهی نزد داور به معنای داوری آمده است. داور نیز کسی است که از سوی طرفین اختلاف جهت حل منازعه برگزیده می شود.

۱-۲- تعریف اصطلاحی داوری

داوری در اصطلاح نصایی به فعل داور گویند در فقه آن را تحکیم یا حکومت گویند. آنکه ارجاع به داوری می کند او را محکم گفته و به خود داور نیز قاضی تحکیم گویند.^{۱۶} همچنین داور به کسی گویند که طرفین منازعه، اختلاف خود را به تراضی نزد وی مطرح کرده و تعهد به پذیرش و اجرای نظر وی می کنند. با انتخاب و تراضی طرفین، نصب داور کامل است. مهمترین ویژگی ای که در تعریف داوری مبنا قرار می گیرد قضاوت خصوصی است.

می توان داوری را بدین شرح تعریف کرد: «داوری روش حل و فصل خصوصی اختلافات است». به این تعریف انتقاد وارد است. زیرا در عمل بسیار اتفاق می افتد که قضاوت به جای طرفین دعوا، داور تعیین می کنند و در برخی موارد هم با داوری اجباری مواجه می شویم. بدین معنا که قانونگذار افراد را مکلف به مراجعه به داوری می کند. داوری اجباری به آن نوع دادرسی گفته

¹⁰ Dadih

¹¹ نیل مکنزی، دیوید. (۱۳۷۹)، فرهنگ کوچک زبان پهلوی، ترجمه مهشید میرفرخایی، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ص ۶۰

¹² معین، محمد (۱۳۸۹)، فرهنگ فارسی، جلد ۲، تهران: انتشارات امیر کبیر، ۱۴۹۳

¹³ دهخدا، ۱۳۹۱، ص ۲۲۷

¹⁴ موسوی اردبیلی، منبع پیشین، ص ۱۳۰

¹⁵ Oxford advanced learner dictionary, ۲۰۰۵: ۴۵

¹⁶ ساکت، محمدحسین. (۱۳۸۲)، دادرسی در اسلام، تهران: نشر میزان. صص ۱۸ - ۸۹

می شود که قانون الزاماً طرفین را به داوری ارجاع میدهد و رسیدگی را به شخص دیگری که آن را داور می نامند، واگذار می کند.

در واقع، داوری عبارت است از رفع اختلاف از طریق رسیدگی و صدور حکم از سوی شخص یا اشخاصی (ثالث). که طرفین دعوا معمولاً آنها را به تراضی انتخاب می کنند با مراجع قضایی به نمایندگی از سوی طرفین دعوا ایشان را بر می گزینند. خصوصیت و قید آخر این تعریف بیانگر آن است که قدرت داور، برخلاف قاضی، ناشی از قوای عمومی دستگاه قضایی (که برای رسیدگی به دعاوی صلاحیت عام دارد) نیست؛ بلکه نشأت گرفته از قرارداد خصوصی و توافق طرفین می باشد. به نظر، مناسب ترین تعریفی که می توان ارائه داد عبارتست از: «حل و فصل خصوصی اختلافات به وسیله قضاوت انتخاب شده بر مبنای اراده طرفین»؛ یعنی مبنای داوری، به هر حال، اراده طرفین است؛ هر چند به دلایلی داور را خود فرد انتخاب نکند.

در آغاز قانون نویسی ایران به جای کلمه داوری از واژه حکمیت استفاده می شده است. تا اینکه در سال ۱۳۱۷ برای اولین بار در بند ۵ ماده ۴ قانون اصلاح قانون مالیات بر درآمد از کلمه داوری استفاده شد. در قوانین کنونی نیز واژه داوری رایج تر است. برای نمونه می توان به قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹، قانون داوری تجاری بین المللی و... اشاره کرد.

نهاد داوری در حقوق اسلام تحت عنوان «قاضی تحکیم» مورد بحث قرار می گیرد. این نهاد تا قبل از ظهور اسلام گسترده ترین و پذیرفته ترین شیوه دادرسی در میان عرب جاهلی بوده است. در این مفهوم، داوری در همه موضوعات و حتی در امور کیفری نیز به کار می رفت و اهمیت آن بیش از امروز بود.^{۱۷}

در خصوص مبنای داوری باید گفت مبنا در معانی متعددی استفاده می گردد. واژه مبنا به معنای بنیان، اساس، ابتدا، پایه و... به کار می رود. در زبان انگلیسی گاهی واژه *base* و *foundation* معادل مبنا قرار می گیرد. این واژه هنگامی که درباره قاعده حقوقی یا نظام حقوقی معین به کار می رود، درصدد پاسخ به چرایی اعتبار و مشروعیت قاعده و نظام حقوقی است؛ همچنین مقصود از مبنای، علت وضع قواعد و سنجش سود و زیان اجتماعی آن و پیدا کردن طرح بهتری که بتواند منافع اجتماعی افراد را تامین کند می باشد.^{۱۸}

گفته شده که مبنای داوری در فقه، آیه ۳۵ سوره نسا است که می فرماید: «و آن خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکما من اهله و حکما من اهلها آن یزیدا اصلاحا... / اگر از آن بیم داشتید که در میان آنان جدایی افتد حکمی از خانواده شوهر و حکمی از خانواده زن برگزینید که اگر خواهان آشتی باشند خداوند میان آنان سازگاری برقرار می کند».^{۱۹} شیخ طوسی نیز این آیه را از مبنای مشروعیت حکمیت می داند. از نظر وی این آیه در مقام بیان حکمیت است و گرنه به انتخاب وکیل (در حل و فصل اختلاف) اشاره می کرد. بدین معنا که انتخاب حکمین بر سبیل تحکیم است نه توکیل.^{۲۰} به نظر می رسد استناد به این آیه به عنوان مبنای حکمیت در فقه کامل نباشد؛ زیرا صرف نظر از موضوع آن که رفع اختلاف و نه صدور حکم در روابط زناشویی است، نظر به خاص بودن موضوع آیه نمی تواند در همه موارد و مراحل داوری قابل استناد باشد. آنچه از این آیه بر می آید به میانجی گری و تلاش جهت صلح و سازش نزدیک تر است تا به داوری و صدور حکم. باری، چنانچه نظر حکم (داور). موضوع این آیه، بر جدایی و عدم امکان مصالحه باشد نظر وی به خودی خود نفوذی ندارد و تکلیف ادامه زندگی زوجین به دست زوج

^{۱۷} ساکت، منبع پیشین، ص ۶۹

^{۱۸} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۳۹

^{۱۹} انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی. (۱۳۸۶)، جلد ۱، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۹

^{۲۰} شیخ طوسی، (۱۴۱۷ق)، الخلاف، جلد ۴، نشر اسلامی، ص ۴۱۷

خواهد بود^{۲۱}؛ در واقع مقدمه ای است برای صدور حکم عدم امکان سازش به وسیله دادگاه. بدین معنا که این شوهر است که در نهایت می تواند موافق نظر داور عمل نموده و همسر خویش را طلاق دهد یا آنکه به رغم نظر داور به ادامه زندگی مشترک بیاید؛ در حالی که در داوری، نظر داور قاطع است و یکی از طرفین نمی تواند اراده خود را به تنهایی بر نظر داور غالب گرداند.

همچنین آیه کریمه «اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل، و یا آیه شریفه «من لم یحکم بما أنزل الله فأولنک هم الکافرون» نیز در این زمینه قابل استناد است. در واقع عموم احکام تکلیفی هر دو آیه هم قضات منصوب را شامل می گردد و هم قضات تحکیم که بوسیله خود اصحاب دعوا انتخاب می گردند. با وجود این، اصل مشروعیت قضاوت از طریق قاضی تحکیم (داور) از این آیات استفاده نمی گردد و شاید به همین دلیل است که باید ترفی طرفین را مبنای پذیرش داوری در اسلام قلمداد نمود.

محقق حلی در شرایع الاسلام در خصوص قاضی تحکیم چنین می گوید: «و لو استقضی أهل البلد قاضیا، لم تثبت ولایتہ. نعم لو تراضی خصمان بواحد من الرعیه و ترافعا الیه فحکم بینهما الزمها الحکم ولا یشرط رضاهما بعد الحکم». ^{۲۲} باری، فقهیهای زیادی بر مشروعیت و مبنای حکمیت قلم فرسایی کرده اند.

رویه قضایی ماده ۱۰ قانون مدنی و حاکمیت اراده را مبنای داوری می داند. آرای متعددی وجود دارد که صراحتاً مبنای داوری را به این ماده بر می گرداند که در جای خود مورد اشاره قرار می گیرد.

در حقوق فرانسه ماده ۱۱۳۶ قانون مدنی را مبنای داوری می دانند. براساس این ماده قرارداد، نسبت به کسانی که آن را منعقد ساخته اند قانون محسوب شده و لازم الاتباع است. بر همین اساس طرفین قرارداد داوری مکلفند تا مانند هر قرارداد دیگری به تعهدات ناشی از آن پایبند باشند.

درواقع داوری یک قرارداد ساده است که آثار آن فقط به طرفین قرارداد با اختلاف بر می گردد. توافقی است برای نادیده گرفتن صلاحیت دولت در حل و فصل اختلاف این توافق، تأثیر مستقیم در سیاست قضایی دولت دارد؛ از همین رو به نظر نمی رسد استناد به حاکمیت اراده، به تنهایی مبنای حکمیت برای اعتبار و نفوذ داوری باشد.

به نظر ما مبنای داوری به اراده قانونگذار بر می گردد. قانون است که داوری را بخشی از نظام قضایی کشور می داند و برخی دعاوی را داوری پذیر و برخی را فاقد چنین قابلیت اعلام می کند. به همین ترتیب، فلسفه پیش بینی داوری های اجباری را باید در اراده قانونگذار جستجو کرد. اگر مبنای داوری، توافق طرفین باشد. آنگاه توجیه داوری های اجباری دشوار می گردد، ولی اگر اراده قانونگذار را مبنا قرار دهیم آنگاه توجیه داوری های اجباری و نیز داوری ناپذیر بودن برخی دعاوی میسر خواهد بود.

تعریف داوری از همان ابتدای دوره قانونگذاری نوین مورد توجه جدی قانونگذار نبوده است. برای نمونه در مجموعه قوانین موقتی اصول محاکمات حقوقی و نیز در قانون حکمیت، تعریفی از داوری مشاهده نمی شود. در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ نیز، داوری، تعریف نشده و صرفاً آثار و احکام آن مورد توجه قانونگذار بوده است. در ماده ۴۵۴ این قانون صرفاً به نقش تراضی در داوری اشاره شده و گو اینکه داوری اجباری مغفول مانده است. با این وجود بند الف ماده ۱ قانون داوری تجاری بین المللی ۱۳۷۹ به تعریف داوری می پردازد. براساس این بند: «داوری» عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از

^{۲۱} ۸-علامه حلی، (بی تا)، تحریر الاحکام، جلد ۲، مشهد: آل بیت، ص ۲

^{۲۲} موسوی اردبیلی، منبع پیشین، ج ۱، ص ۱۱۰

دادگاه بوسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی..... به نظر ما این تعریف کامل نیست. زیرا، داوری در وهله اول صدور حکم جهت حل و فصل منازعه است نه تلاشی جهت رفع اختلاف. مگر آنکه عبارت رفع اختلاف را در معنای عام به کار گرفته و صدور حکم را داخل در معنا بدانیم.^{۲۳}

در حقوق فرانسه، کتاب چهارم قانون آیین دادرسی مدنی به داوری اختصاص یافته است. در واقع مواد ۱۶۲ الی ۱۹۹۱ به داوری داخلی و مواد ۱۶۹۱ الی ۱۵۰۷ به داوری بین المللی و برخی موضوعات مربوط به اجرای آرای صادره در مراجع داوری خارجی پرداخته است. در این مواد بیشتر به احکام، آثار و تشکیل داوری پرداخته شده است و تعریفی از داوری ارائه نشده است. ولی در فرهنگ‌های فرانسوی تعاریفی چند ارائه شده است. از جمله اینکه. داوری، روشی غیر دولتی جهت حل و فصل منازعه است.^{۲۴} در فرهنگ بلاک نیز ذیل واژه Arbitration چنین آمده است: «داوری ارجاء اختلاف به یک شخص بی طرف (ثالث). منتخب طرفین اختلاف است که از قبل با اجرای رأی که داور پس از دادن فرصت دفاع به طرفین صادر می نماید. توافق می شود هم چنین «توافقی است جهت اخذ و پذیرش رأی اشخاص منتخبی که در خصوص برخی از مسائل مورد اختلاف اظهار نظر می کنند. طرفین جهت اجتناب از تشریفات دادرسی، طولانی بودن زمان دادرسی، هزینه ها و... دادرسی عادی است که به داوری روی می آورند.^{۲۴} همچنین می توان داوری را روشی جایگزین جهت حل و فصل منازعه دانست. بدین ترتیب که حل و فصل اختلاف با رضایت طرفین به شخص یا اشخاصی سپرده می شود که معمولاً با طی مراحل از جمله استماع ادعاها، دخالت وکلای طرفین و... منجر به صدور رأی می گردد. به طور طبیعی داوری تنها روش حل و فصل منازعه است که در قرارداد طرفین پیش بینی می گردد^{۲۵}

در ماده ۱ قانون داوری انگلستان مصوب ۱۹۹۹ هدف از داوری، حل و فصل منازعه از طریق ارجاع اختلاف به یک شخص بی طرف بدون صرف وقت و هزینه غیر ضروری اعلام شده است. در این قانون نیز تعریفی از داوری به چشم نمی خورد. این قانون بین موردی که محل داوری در قلمرو انگلستان است با غیر آن، تفاوت قائل شده است. براساس ماده ۲ قانون مزبور، قلمرو این قانون اصولاً مربوط به داوری هایی است که محل آن در انگلستان باشد.

در ماده ۱ قانون متحدالشکل داوری ایالات متحده، داور و موسسه داوری تعریف شده است. بر این اساس، داور شخصی است که جهت حل یک اختلاف منصوب می گردد و مقید به موافقت نامه داوری می باشد. موسسه داوری نیز یک سندیکا، نمایندگی یا هیأت بوده که آیین داوری، طرز اداره و پشتیبانی از روند داوری را در عین بی طرفی انجام داده یا اینکه مامور به نصب داور می شود.

در آثار حقوقی این کشور ویژگی های داوری به قرار ذیل آمده است: ۱- در داوری، طرفین تصمیم می گیرند تا اختلاف یا اختلافاتشان توسط شخص ثالثی حل و فصل گردد. ۲- طرفین داور را انتخاب می نمایند یا اینکه تمهیداتی را جهت انتخاب داور پیش بینی می نمایند. ۳- داور، اختلاف را استماع می نماید. ۴- رأی داور جز در موارد استثنایی، نهایی بوده و دارای قدرت اجرایی است.

البته ممکن است شیوه ای که از طریق آن اختلافی حل و فصل می گردد فاقد یک یا چند مورد از موارد مذکور باشد و با این وجود داوری خوانده شود. برای نمونه مواردی وجود دارد که طرفین به داوری نظر نداشته اند ولی داوری به آنها تحمیل می

^{۲۳} کریمی، عباس؛ پرتو، حمیدرضا. (۱۳۹۷)؛ حقوق داوری داخلی، تهران: نشر دادگستر، ص ۳۵

^{۲۴} Henry Campbell Black, 1984, p 55

^{۲۵} Susan Ellis Wild. (2002) , Law Dictionary, USA: Websters New Word, p 29

شود. به این قبیل داوری ها، داوری اجباری گفته می شود که در روابط کارگری و کارفرمایی، اختلافات بین سازمان های عمومی و کارگران آن و... مشاهده می گردد.^{۲۶}

۱-۳- داوری داخلی و بین المللی (خارجی)

منظور از داوری داخلی آن است که موضوع مورد اختلاف در محدوده ی حاکمیت سرزمین یک کشور و بر اساس قوانین جاری آن حل و فصل شود. و داوری خارجی در مقابل با داوری داخلی و ملاک آن فراتر از قلمرو یک کشور داشته باشد. داوری خارجی ممکن است بین دو یا چند دولت و یا سازمان بین المللی و یا بین دو یا چند شخص حقیقی یا حقوقی اعم از حقوق عمومی یا حقوق خصوصی باشد.

بند ت ماده ۱ آئین نامه نحوه ی ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران در مقام بیان تعریف داوری داخلی مقرر می دارد: «... داوری تجاری داخلی عبارت است از: حل اختلاف و دعوا راجع به روابط و معاملات تجاری بین اشخاص حقوقی یا حقیقی که در زمان انعقاد موافقت نامه داوری به موجب قوانین، تبعه ایران باشند.

به استناد ماده ۱ قانون ثبت شرکت ها: «هر شرکتی که در ایران تشکیل و مرکز اصلی آن در ایران باشد شرکت ایرانی محسوب است» و به استناد ماده ۵۹۱ ق. ت. «اشخاص حقوقی تابعیت مملکتی را دارند که اقامتگاه آنها در آن مملکت است»^{۲۷} بنابراین مرکز اصلی شرکت در هنگام انعقاد توافق نامه داوری یا در زمان ارجاع به داوری خارج از کشور باشد داوری از نوع بین المللی (خارجی) محسوب می گردد. در نتیجه ملاک تشخیص داوری داخلی یا خارجی یکی از موارد زیر است: الف) تابعیت ب) موضوع اختلاف ج) میزان منفعت داخلی با خارجی در ماده ۱۶۹۲ ق. آ. د. م. فرانسه معیار و ملاک داوری بین المللی منفعت مورد دعواست. به عبارت دیگر داوری داخلی فقط حاوی یک نفع داخلی است. ولی در داوری خارجی (بین المللی نفع و مصلحت بین المللی در میان است. معیار و ملاک روشنی برای تشخیص منفعت وجود ندارد. به بیان دیگر هیچ موضوعی نمی توان یافت که فقط به یک سوی متمایل باشد و فقط منافع داخلی یا خارجی بتوان برای آن تعریف و تعیین گردد. گاه ممکن است به نسبتی متغیر مصالح داخلی و بین المللی را در برگیرد. در ماده ۴ قانون داوری ۱۹۹۹ انگلستان ملاک داخلی یا خارجی بودن داوری را محل داوری دانسته است. به استناد مواد ۸۵ و ۸۷ قانونی داوری انگلستان تابعیت انگلستان، محل سکونت، مرکز اصلی شرکت و محل داوری در این کشور به عنوان معیار و ملاک داوری داخلی ذکر شده است. و در حقوق ایران به استناد بند ت ماده آئین نامه نحوه ی ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران ملاک تابعیت ایرانی یکی از طرفین است.

۱-۴- مفهوم موافقت نامه داوری

در مقام تفکیک بین شرط و قرارداد داوری، چنانچه توافق طرفین برای ارجاع اختلاف احتمالی به داوری در ضمن قرارداد دیگر درج گردد، آن را «شرط داوری» می نامند. شرط داوری غالباً در زمانی استفاده می شود که هنوز اختلاف بروز نکرده و حتی ممکن است هیچ گاه اختلافی رخ ندهد. ماده ۱۴۴۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه شرط داوری را توافقی میدانند که بر اساس آن طرفین متعهد میشوند تا اختلافات ناشی از آن قرارداد از طریق داوری حل و فصل گردد. هر گاه پس از بروز اختلاف طرفین توافق مستقلی مبنی بر حل و فصل اختلاف نزد داور نمایند؛ توافق را قرارداد داوری می نامند در حقوق، فرانسه این

²⁶ Ian R. Macneil. (1992) , American arbitration law, Oxford University Press, p 7

^{۲۷} کریمی، عباس، حقوق داوری داخلی ص ۵۳ و حدیدی، لعیا قانون حاکم در داوری های تجاری بین المللی

قراردادی است که بعد از وقوع اختلاف منعقد گردیده و موضوع اختلاف در آن مشخص است. البته به نظر میرسد این نوع تفکیک بین شرط و قرارداد داوری، چندان مورد توجه قانون گذار نبوده است؛ زیرا طرفین می توانند با انعقاد قرارداد جداگانه قبل از بروز اختلاف نیز بر داوری تراضی نمایند؛ همچنان که این امر از ظاهر بند «ج» ماده یک قانون داوری تجاری بین المللی و بند «خ» ماده یک آیین نامه شیوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران استنباط میگردد قرارداد داوری اعم از شرط یا قرارداد، عقدی است که مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد گردیده و مانند هر قرارداد دیگر بین طرفین لازم الوقا می باشد.^{۲۸}

۲- تعارض در داوری بین المللی و ارتباط آن با حقوق داخلی

ارتباط این دو رشته در برخی از موضوعات مشترک همچنین شناسایی و اجرای احکام قضایی خارجی و شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی بسیار واضح است.

حقوق داوری بین المللی ممکن است به تعارض قوانین منجر شود؛ برای مثال در داوری تجاری بین المللی، در فرضی که طرفین قرارداد در کشورهای متعدد به تجارت بپردازند، مسئله این است که چه قانونی بر موافقتنامه داوری حاکم است؟ چه قانونی بر رویه های داوری حاکم است؟ اختلافات بایستی به وسیله داوران بر اساس چه قانونی حل و فصل شود؟ در چه شرایطی یک رأی داوری خارجی شناسایی و با اجرامی شود؟

همچون حقوق بین الملل خصوصی، داوری بین المللی زمانی متصف به وصف تجاری بین المللی می شود که موضوع آن حل و فصل اختلافات ناشی از یک قرارداد تجاری بین المللی و یا مربوط به آن باشد و دست کم واجد یک عنصر خارجی نیز باشد.^{۲۹} اگرچه برای یافتن قوانین و مقررات اصولا باید به قانون اساسی، قوانین عادی، رویه های قضایی، آراء اندیشمندان و دکترین حقوقی، و آنگاه به عهدنامه ها، مقاله نامه ها و پروتکل های دو یا چند جانبه هر کشوری مراجعه کرد و قوانین و مقررات حاکم بر داوری نیز از این مقوله مستثنی نیستند، نظر به اینکه داوری در حقوق ایران به خصوص در بخش بازرگانی بین المللی بسیار نوظهور بوده و رشد کافی نکرده است، بافتن موارد مذکور آسان به نظر نمی رسد. دلیل این امر آن است که تعداد کنوانسیونها و مقالات بین المللی که دولت ایران امضا کرده و قوه مقننه آن را به تصویب رسانده، تا اندازه های محدود و اندک است. از طرفی هم قوانین و مقررات لازم نیز براساس نیازهای موجود روز، و مقتضیات پیشرفته و تحولات چشمگیر و پیچیده موجود در روابط حقوقی بین المللی از رشد و پیشرفت متناسبی برخوردار نبوده است. همچنین رویه های قضایی، و یا دکترینهای حقوقی در این زمینه به حدی پیشرفت نکرده است که بتوان برای رفع معضلات حقوق داوری و حل و فصل اختلافات به خصوص اختلافات ناشی از روابط تجاری بین المللی بدانها استناد کرد. البته باید اذعان کرد که در سالهای اخیر با تصویب قانون داوری تجاری بین المللی و الحاق به کنوانسیون راجع به شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی معروف به کنوانسیون نیویورک گامهای بسیار ارزشمندی در راه رشد و توسعه داوری تجاری بین المللی ایران برداشته شده است.

اهمیت تعیین قانون حاکم بر داوری و نیاز به آن ممکن است در مرحله انعقاد قرارداد داوری، در مرحله حل و فصل ماهیت اختلاف، در جهت تعیین قانون حاکم بر آیین داوری، در مرحله رسیدگی، و در مرحله شناسایی و اجرای رأی داوری وجود داشته باشد. البته نظر به اینکه مسئله شناسایی و اجراء در اختیار دادگاههای دولتی است، تعیین قانون حاکم در این مرحله به

^{۲۸} زرافشان، فهیمه (۱۴۰۱) بررسی نوآوری های داوری در دعاوی تجاری با تاکید بر مقر داوری و داوری آنلاین، دومین کنفرانس ملی فقه و فرهنگ

حقوق دانشگاه پیام نور شیراز، ص ۴

^{۲۹} ابراهیمی، نصرالله، حقوق بین الملل خصوصی، انتشارات سمت، ۱۳۹۵، ص ۵۴

نظامهای حقوقی داخلی وابسته است که مقررات حاکم بر آن نیز از سرزمینی به سرزمین دیگر متفاوت است. تنها کنوانسیونهای بین‌المللی موجود در این زمینه به خصوص کنوانسیون راجع به شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی توانسته است قانون حاکم بر شناسایی و اجرای آراء داوری را در کشورهایی که به این کنوانسیونها ملحق شده اند، تاحدی هماهنگ کند. قواعد حل تعارض نظام حقوقی محل داوری با توجه به عناصر ارتباطی خارجی از قبیل احوال شخصیه، تابعیت، اقامتگاه، محل انعقاد قرارداد، محل اجرای قرار داد، و محل تنظیم سند قرارداد، قانون حاکم را تعیین می‌کند. برخی معتقدند که اصولاً قانون حاکم با رجوع به محل انعقاد قرارداد با محل اجرای قرارداد تعیین می‌شود، نه بر اساس آن قانونی که طرفین در زمان انعقاد با اجرای قرارداد انتخاب کرده اند، زیرا اعتبار و مشروعیت یک قرارداد و شرایط موجود در آن نمی‌تواند وابسته به اراده خصوصی اطراف قرارداد باشد، بلکه چنین اعتبار و مشروعیتی از قانون حاکم در سرزمین محل انعقاد قرارداد یا محل اجرای قرارداد ناشی می‌شود.^{۳۰}

۳- قانون حاکم بر آیین داوری

بر خلاف رسیدگی‌های قضائی در دادگاهها که قانون حاکم بر «آیین» رسیدگی به لحاظ ارتباط موضوع اعمال صلاحیت قضائی با حاکمیت و عدم ضرورت چشم پوشی از آن همیشه مبتنی بر قانون مقرر است، اما قانون حاکم بر آیین رسیدگی داوری ممکن است قانون دیگری غیر از قانون مقرر باشد. داور اساساً فاقد «محل دادرسی» به معنی حقوقی است و مکانی که در آن به اختلاف مطروحه رسیدگی می‌کند، صرفاً از لحاظ جغرافیائی قابل توجه می‌باشد؛ لذا «قانون محل دادرسی» نیز ندارد. بر این مبنا، داور بر خلاف قاضی در تعیین قانون حاکم بر تشریفات داوری الزاماً به قانون محل داوری رجوع نمی‌کند.^{۳۱} با این وصف این سؤال مطرح است که آیا طرفین حق دارند که به حاکمیت آیین داوری دیگری جز آیین داوری کشور مقربا حتی آیین رسیدگی ویژه ای که خود آن را انتخاب کرده اند توافق نمایند؟

۴- نظریات حقوقی آیین داوری

۴-۱ نظریه حکومت قانون مقرر در داوری

دیدگاه سنتی این است که ماهیت الزام آور یک رای، ضرورتاً باید از نظامی حقوقی نشأت گیرد که هم دارای صلاحیت انحصاری و هم صلاحیت ملی است و نظام حقوقی محل داوری هم باید چنین باشد.^{۳۲} همین طور در مواردی که طرفین اراده شان را چه بطور آشکار و چه بطور ضمنی بر تعیین قانون حاکم بر تشریفات داوری اعلام نکرده باشند، نظر اکثر مؤلفین این است که در چنین مواردی قانون محل داوری حاکم خواهد بود.

^{۳۰} ابراهیمی، منبع پیشین، ص ۵۶

^{۳۱} اسکینی، دکتر ربیعا، «تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی»، پیشین، ص ۱۶۵.

^{۳۲} جنیدی، دکتر لعیا، «قانون حاکم در داوری های تجاری بین‌المللی»، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶، صص ۱۰۵ و ۱۰۶- به نقل از:

Faulsson, " Arbitration Unbound: Award Detached From the Law of Its Country of Origin", ۳۰ International and Comparative Law Quarterly (hereinafter ICLQ) , ۱۹۸۱ p. ۳۶۰.

علاوه بر رعایت اصل حاکمیت سرزمینی، اعمال قانون مقرر در آیین رسیدگی داور می تواند این مزیت را در بر داشته باشد که قانون حاکم بر آیین داور با انتظارات معمول طرفین در انتخاب محل داور مطابقت دارد، ضمن این که شناسایی و اجرای آن دسته از آراء داور که طبق قانون مقرر صادر شده است، در همان کشور آسان تر خواهد بود.^{۳۳} در عین حال، این نظریه با انتقاداتی از جمله موارد ذیل هم مواجه است:

اولا- لازمه رشد معاملات تجاری، اطمینان طرفین به بی طرفی مرجع رسیدگی کننده به دعوی است و مقید بودن به تمام مقررات آیین رسیدگی محل داور، از اعتماد طرفین قرارداد تجاری می کاهد.

ثانیا - بر خلاف قاضی که صلاحیت و اختیارات وی عموماً مبتنی بر قانون مقرر است، اختیارات داور ناشی از توافق طرفین و مبتنی بر قرارداد میان آنها است.

۴-۲- نظریه اجرای قواعد حقوق بین الملل

عده ای از علمای حقوق معتقدند که داور تجاری بین المللی را می توان از حاکمیت قوانین داخلی کشورها خارج نمود و آن را مستقیماً تحت لوای حقوق بین الملل عمومی قرار داد.^{۳۴} و البته این نظریه مختص داور تجاری بین المللی نیست و در حقوق بین الملل خصوصی نیز در مورد قراردادها مطرح است.

به نظر پیروان این نظریه، در داور تجاری بین المللی به خصوص اگر یک طرف - یا هر دو طرف آن - دولت باشد، امر داور نمی تواند تحت حاکمیت یک قانون ملی قرار گیرد؛ چون بر خلاف اصل اساسی برابری دولت ها است.^{۳۵}

همچنین برابر «اصل مصونیت قضایی دولت»، یک دولت را نمی توان تحت حکومت قانون ملی دولت دیگر قرار داد، حتی اگر این قانون ملی، قانون کشور ثالث، مثلاً قانون کشور محل داور باشد.

در رای صادره در پرونده «تکزاکو»، داور رسیدگی کننده چنین استدلال می کند که وقتی یکی از طرفین داور یک دولت دارای استقلال و حاکمیت است، اصل مصونیت قضایی مانع از آن خواهد شد که مقامات قضایی محل داور بتوانند در آیین داور دخالت کرده، به ویژه این نکته را کنترل کنند که آیا داور، قانون حاکم بر داور را اجراء نموده است یا خیر؟^{۳۶}

اما ایرادات وارد بر نظریه فوق، عمدتاً این است که:

اولا - مقررات حقوق بین الملل عمومی که حسب نظریات کلاسیک عمدتاً مختص دولت ها است، قابل اعمال بر اشخاص خصوصی به نظر نمی رسد.^{۳۷}

ثانی - در فرض که بتوان حکومت مقررات حقوق بین الملل عمومی بر اشخاص خصوصی را پذیرفت، حقوق بین الملل عمومی لا اقل در شرایط فعلی تهی از قواعد شکلی لازم در مورد آیین داور تجاری بین المللی است.

ضمن این که می توان گفت پذیرش ارجاع امر به داور از سوی دولت، قرینهای کافی بر اعراض دولت از مصونیت قضایی به نظر می رسد.

^{۳۳} اسکینی، دکتر ربیعا، «تعارض قوانین در داور تجاری بین المللی»، پیشین، ص ۱۷۷

^{۳۴} اسکینی، دکتر ربیعا، «تعارض قوانین در داور تجاری بین المللی»، پیشین، ص ۱۶۷

^{۳۵} جوانمرادی، دکتر ناهید، حقوق تجارت بین الملل، پیشین.

^{۳۶} اسکینی، دکتر ربیعا، «تعارض قوانین در داور تجاری بین المللی»، پیشین، ص ۱۶۷

^{۳۷} Lalive: " un arbitrage petrolier enter un Gouvernement et deux socie'te's prive'es e'trangeres ", Gluent ۱۹۷۷, ۳۲۴.

۳-۴- نظریه حاکمیت اراده در داوری

به موجب این نظریه، اولاً طرفین حق دارند به میل خود، قانون حاکم بر آئین داوری را تعیین نمایند قانونی که می تواند غیر از قانون محل داوری باشد. ثانیاً داوران نمی توانند قانونی جز قانون منتخب طرفین را بر داوری اعمال نمایند؛ در غیر این صورت بر خلاف اراده صریح آنها گام برداشته و از حدود اختیار اعطاء شده به آنان خارج شده اند. این نظریه مورد تأیید کنوانسیون های بین المللی و مورد توجه خاص داوران است، تا آنجا که می توان تأیید کرد که در حال حاضر، «در مورد آئین و قواعد شکلی داوری، جنبش نیرومندی در جهت غیر محلی کردن مقررات حاکم بر داوری ابراز وجود می کند، تا قواعد مزبور را از حیطة اقتدار نظام های حقوق داخلی برهاند».^{۳۸}

۴-۴- نظریه آزادی داور در داوری

نظریه دیگری که مقبولیت نسبی در بین حقوقدانان یافته، بر این مبنا است که در داوری های بین المللی، قانون داوری باید همان قانونی باشد که طرفین انتخاب کرده اند؛ اما در صورت عدم صراحت قرارداد، داور می تواند قانونی را انتخاب کند که جهت حل مشکل، به نظر او عادلانه و مناسب است. منظور از قانون مناسب قانونی است که مخالف نظم عمومی کشور محل داوری و به ویژه نظم عمومی کشوری که رأی در آن جا اجراء خواهد شد، نباشد.

۵- رویه بین المللی در حل تعارض در صدور رای داوری داخلی و بین المللی

رویه سنتی دولت ها در مورد قانون حاکم بر آیین داوری، مبتنی بر تبعیت از قانون ملی است. تحت تأثیر چنین رویکردی، قطعنامه موسسه حقوق بین الملل نیز که در سال ۱۹۵۷ در آمستردام صادر شده است، «قانون محل داوری» را حاکم بر آیین داوری شناخته است. دردعوی «سافیر» بر علیه شرکت ملی نفت ایران^{۳۹} در سال ۱۹۶۳ نیز، قاضی کاوین رأی به اجرای قانون مقرر داده است. وی معتقد بود که یک قانون آئین دادرسی ملی باید نسبت به رسیدگی ها اعمال شود.^{۴۰} با این دیدگاه، به خصوص در دعاوی که یک یا هر دو طرف آن دولت است، مانع مهم بر سر راه اعمال قانون مقرر، همان «اصل مصونیت قضایی دولت ها» است که در مباحث قبلی به شرح آن پرداخته ایم. البته در این مورد هم همانطور که قبلاً گفته شد، رویه کشورها حکایت از این دارد که دولت ها با پذیرش داوری، به طور ضمنی از استفاده از این اصل صرفنظر می نمایند. اما در دوران معاصر می توان گفت رویه داوران بین المللی گرایش به اعمال قانون منتخب طرفین در آیین رسیدگی داوری دارد، هر چند هنوز هم تحت تأثیر نظریه سنتی، حقوق داخلی برخی کشورها حاکی از حاکمیت قانون مقرر داوری است.

^{۳۸} اسکینی، دکتر ربیعا، پیشین، ص ۱۷۶، به نقل از:

Eisemann: " La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre Etates ou entite's e'tatiques et personnes physiques ou morales e'trangeres de droit prive' ", Rev. arb. ۱۹۷۵, ۲۸۹-۲۸۸.

^{۳۹} Sapphir international Petroleum Ltd. V. The national Iranian Oil Co. , ۳۵International legal Reports (hereinafter ILR) , ۱۹۶۷, p. ۱۶۴et seq.

^{۴۰} جنیدی، دکتر لعیا، «قانون حاکم در داوری های تجاری بین المللی»، پیشین، ص ۱۰۸.

« قوانین ملی غالب کشورها و نیز اسناد بین المللی ابطال رأی داوری صادره در یک کشور را به عنوان مبنایی معتبر برای رد درخواست شناسایی و اجرای آن در دیگر کشورها قلمداد می کنند. رویه قضایی در این کشورها از این اصل پذیرفته شده در قوانین سرپیچی نکرده اند ولی رویه قضایی در برخی کشورها متمایل به این شده که ابطال رأی در کشور محل صدور دارای اثر فراسرزمینی نبوده و میتوان حکم به اجرای چنین رأیی داد به هر حال از آن جا که آراء داوری را باید دادگستری به مرحله اجرا در آورد و دادگستری هم نباید مجری آراء خلاف قانون باشد و بلکه نمیتواند آراء غیر قابل اجراء را نیز به مرحله اجراء در آورد، پس باید میان آن دسته از آراء داوری که غیر قابل اجراء یا محکوم بطلان هستند از یک سو و آرای که ذاتا باطل نیستند و بلکه به خاطر رعایت حقی که مربوط به اصحاب دعوی است و قابل ابطال اند از سوی دیگر قائل به تفکیک شد باید بین موارد بطلان ذاتی یا مطلق و موارد بطلان نسبی فرق گذاشت. »^{۴۱} در معاهده بانک بین المللی ترمیم و توسعه معاهده واشنگتن (۱۹۶۵) که به معاهده حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری بین دولت ها و اتباع سایر دولتها معروف است، مقرر شده است که قانون حاکم بر آئین داوری یا سازش، در درجه اول توسط خود طرفین انتخاب شود و فقط در صورت عدم توافق قبلی طرفین بر انتخاب قانون حاکم، آئین دادرسی و یا سازش مصوب شورای اداری متشکل از نمایندگان دولتهای عضو اعمال گردد.

۴۲

همچنین، به موجب بند ۱ از قسمت اول ماده ۵ کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی (۱۹۵۸ نیویورک)، منطبق نبودن تشریفات داوری با اراده طرفین، از موجبات امتناع از پذیرش درخواست شناسایی و اجرای حکم داوری شناخته شده است. ۲ البته این اعتقاد نیز وجود دارد که نه فقط طرفین، که داوران نیز باید در انتخاب قانون حاکم بر تشریفات داوری آزاد باشند؛ قاضی «کارین» در پرونده شرکت کانادایی سافیر» علیه شرکت ملی نفت ایران، در این باره چنین ابراز عقیده کرده است:

با توجه به اینکه قرارداد داوری فاقد هر گونه قیدی در خصوص قانون حاکم بر تشریفات داوری است، این خود داور است که باید در مورد قانون حاکم بر داوری اظهار نظر کند و الزاما مکلف به رعایت قانون آئین داوری محل داوری نیست.^{۴۳} بنا بر این مستنبط از رویکردهای مختلف بین المللی، در غیاب قانون منتخب طرفین باید بین رویه ها در مورد تعیین قانون حاکم بر آئین داوری قائل به تفکیک بود؛ رویه مایل به حکومت مطلق مقر داوری و رویه مبتنی بر آزادی داوران، از طریق «غیر محلی کردن داوری».

اما این اختیار برای داور به معنی آزادی مطلق داور در انتخاب قانون حاکم نیست، بلکه لازم است داور در انتخاب قانون حاکم، علاوه بر رعایت قواعد آمره و نظم عمومی، نیت احتمالی طرفین را نیز در نظر دارد؛ چه اینکه حتی انتخاب محل داوری توسط طرفین نیز می تواند آمارهای بر قصد طرفین به حاکمیت قانون آن کشور باشد. گفتار سوم: حقوق ایران داوری در نظام قانون گذاری ایران دارای سابقه ای طولانی است. در ماده هشتم قانون حکمیت سال ۱۳۰۶، مقنن حکمها (داوران را در رسیدگی و حکم تابع قانون اصول محاکمات حقوقی ندانسته است.

^{۴۱} زرافشان، فهیمه (۱۴۰۱) اعتراض به رای و درخواست ابطال در داوریهای بازرگانی بین المللی، دومین کنفرانس ملی فقه و فرهنگ حقوق دانشگاه پیام

نور شیراز، ص ۱۶

^{۴۲} خزاعی، دکتر حسین، «شناسایی و اجرای احکام داور بین المللی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، بهار ۱۳۷۷، شماره ۳۹، ص ۵۵

^{۴۳} Ltd. V. The national Iranian Oil Co. , ۲ ۳۵- Sapphir international Petroleum International legal Reports (hereinafter ILR) , ۱۹۶۷, p. ۱۶۴et seq.

این مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ نیز به موجب ماده ۶۵۷ آن تکرار شده بود: «داورها در رسیدگی و رأی تابع اصول محاکمه نیستند، ولی باید شرایط قرارداد داوری را رعایت کنند».

از مجموع این دو قانون چنین استنباط می شود که قانون گذار به داور اختیار داده که در حدود اختیارات ابلاغ شده از سوی طرفین، آیین داوری را حتی مطابق با آنچه خود در نظر دارد و به مصلحت می داند انتخاب کند.

همچنین، ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۳، داوران را در رسیدگی و رأی تابع مقررات قانون آیین دادرسی ندانسته است؛ ولی در عین حال مقرر داشته که داوران باید مقررات مربوط به داوری را رعایت کنند.

همچنان که ملاحظه می شود، اگر چه از ماده ۶۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق آنجا که اشعار میداشت: «... ولی باید شرایط قرارداد داوری را رعایت کنند» حاکمیت اراده طرفین به وضوح مستفاد می گردید، ولی در ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی جدید، تصریح به لزوم رعایت شرایط قرارداد داوری نشده و به جای آن، «رعایت مقررات مربوط به داوری» مورد تأکید قرار گرفته است. با این حال، از این ماده نمی توان زوال حاکمیت اراده طرفین را استنباط کرد؛ گرچه با عنایت به تصریح قانون گذار به لزوم رعایت مقررات مربوط به داوری، می توان قائل به این بود که بر حاکمیت اراده | طرفین، محدودیت هایی وارد گردیده است. از طرفی، قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶ نیز که البته در مورد داوری هایی است که در زمان انعقاد موافقت نامه داوری، یکی از طرفین تبعه ایران نباشد - ۲ در بند ۱ ماده ۱۹ به طرفین اختیار داده است که به شرط رعایت مقررات آمره این قانون، در مورد آیین رسیدگی داوری توافق نمایند.

بند ۲ از همین ماده مقرر می دارد:

در صورت نبودن چنین توافقی، داور با رعایت مقررات این قانون، داوری را به نحو مقتضی اداره و تصدی مینماید. تشخیص ارتباط، موضوعیت و ارزش هرگونه دلیل بر عهده داور است».

خلاصه این که قانون گذار ایران، هم در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی و هم در قانون داوری تجاری بین المللی و پیش از آن نیز در قانون حاکمیت ۱۳۰۸ و قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸، حاکمیت اراده طرفین را در مورد آیین داوری، البته به شرط رعایت مقرراتی که خود به موجب قانون لازم الاجراء دانسته است، به رسمیت شناخته و به داوران نیز حق داده است که در صورت عدم توافق طرفین، آیین داوری را خود انتخاب نمایند؛ هر چند داوران را هم فارغ از رعایت مقررات آمره قانون در مورد آیین داوری نمی داند.

-نتیجه گیری

در صورت سکوت طرفین در مورد تعیین قانون حاکم بر قرارداد و داوری، داور موظف است با استفاده از ظواهر امر و شرایط و زمان انعقاد قرارداد ابتدائاً اراده ضمنی طرفین را در این مورد جستجو نماید و چنانچه در این امر توفیقی نیافت در صورتی که با توجه به یکسان نبودن روش های تعیین قانون حاکم در نظام های حقوقی گوناگون تعارض به وجود آمد، ناگزیر به رفع این مشکل است و باید قاعده مناسب حل تعارض را بیابد. این قاعده یا می تواند؛ (۱) اعمال سیستم حل تعارض محل داوری باشد و یا (۲) تعیین قانون حاکم به روش تجمیع. بدین صورت که دیدگاه های مختلف اعم از ذهنی و عینی و هم چنین راه کارهای متفاوت قوانین دولت های متبوع طرفین و یا قانون محل انعقاد عقد و یا اجرای آن را پیشنهاد داده و به صورت آزمایشی به کار می بندد و از میان آن ها راهکار مناسب حل تعارض را انتخاب می نماید. غالباً عرف ها و رویه های تجاری هستند که در صحنه

بین المللی تعیین کننده سرنوشت یک قرارداد می باشند و علت این امر هم چیزی نیست جز گوناگونی و تنوع قوانین کشورها که اعمال هر یک و آزمودن آن ها در یک قرارداد داوری تجاری بین المللی علاوه بر هدر رفتن زمان، موجب بی عدالتی در حل و فصل دعاوی تجاری بین المللی و عدم رعایت بی طرفی داور خواهد شد. بنابراین استفاده از یک عرف واحد (که می تواند همان حاکم نمودن مقررات کنوانسیون های است که به منظور یکسان نمودن قواعد بین المللی در این باب تصویب شده اند، باشد) در این موارد علاوه بر این که از بسیاری از مشکلات جلوگیری می کند، موجب اتحاد و یک نواختی قراردادهای تجاری بین المللی و توابع آن ها از جمله داوری نیز خواهد شد.

منابع و مأخذ

۱. ابراهیمی، نصرالله، (۱۳۹۵)، حقوق بین الملل خصوصی، انتشارات سمت
۲. اسکینی، دکتر ربیعا، (۱۳۷۸)، «تعارض قوانین در داوری تجاری بین المللی»، شماره ۱۱
۳. افتخار جهرمی، گودرز، (۱۳۸۳)، مزایای داوری بعنوان جایگزین رجوع به دادگاه ها (متن سخنرانی در سمینار داوری تجاری در حیطه ملی و بین المللی - ۱۳۸۲/۸/۱)، داوری نامه، شماره اول، انتشارات مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن جمهوری اسلامی ایران
۴. جوانمرادی، ناهید، (۱۳۸۳-۱۳۸۲)، جزوه درس حقوق تجارت بین الملل، (کارشناسی ارشد)، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز
۵. جنیدی، لعیا، (۱۳۷۶)، «قانون حاکم در داوری های تجاری بین المللی»، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول،
۶. خزاعی، حسین، (۱۳۷۷)، «شناسایی و اجرای احکام داور بین المللی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، بهار، شماره ۳۹
۷. زرافشان، فهیمه، (۱۴۰۱)، بررسی نوآوری های داوری در دعاوی تجاری با تاکید بر مقرر داوری و داوری آنلاین، دومین کنفرانس ملی فقه و فرهنگ حقوق دانشگاه پیام نور شیراز
۸. زرافشان، فهیمه، (۱۴۰۱)، اعتراض به رای و درخواست ابطال در داوریهای بازرگانی بین المللی، دومین کنفرانس ملی فقه و فرهنگ حقوق دانشگاه پیام نور شیراز
۹. ساکت، محمدحسین، (۱۳۸۲)، دادرسی در اسلام، تهران: نشر میزان.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار
۱۱. انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی، (۱۳۸۶)، جلد ۱، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران: انتشارات محراب فکر،
۱۲. شیخ طوسی، (۱۴۱۷ق.)، الخلاف، جلد ۴، نشر اسلامی.
۱۳. علامه حلی، (بی تا)، تحریر الاحکام، جلد ۲، مشهد: آل بیت
۱۴. کریمی، عباس؛ پرتو، حمیدرضا، (۱۳۹۷)، حقوق داوری داخلی، تهران: نشر دادگستر

۱۵. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، (۱۴۲۳ ق.)، فقه القضاء، جلد ۱، قم: دانشگاه مفید
۱۶. معین، محمد، (۱۳۸۹)، فرهنگ فارسی، جلد ۲، تهران: انتشارات امیر کبیر
۱۷. نجفی، زین العابدین، (۱۳۸۴)، سیستم قضایی خصوصی به روش قاضی تحکیم از منظر فقه شیعه، مقالات و بررسیها (دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران)
۱۸. نیل مکنزی، دیوید، (۱۳۷۹)، فرهنگ کوچک زبان پهلوی، ترجمه مهشید میرفخرایی، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
۱۹. بلدسو بوسچک، رابرت، (۱۳۸۱)، فرهنگ حقوق بین الملل، ترجمه دکتر بهمن آقایی، تهران: گنج دانش
20. Lalive: (1997) " un arbitrage petrolier enter un Gouvernement et deux socie'te's prive'es e'trangeres ", Gluent
21. Faulsson, (1981) " Arbitration Unbound: Award Detached From the Law of Its Country of Origin", 30 International and Comparative Law Quarterly (hereinafter ICLQ) , , p. 360.
22. Eisemann: (1975) " La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre Etates ou entite's e'tatiques et personnes physiques ou morales e'trangeres de droit prive' ", Rev. arb. , 288-289.
23. Sapphir international Petroleum Ltd. (1967) V. The national Iranian Oil Co. , 35International legal Reports (hereinafter ILR) , p. 164 et seq.
24. Ltd. V. (1967) The national Iranian Oil Co. , 35-2 Sapphir international Petroleum International legal Reports (hereinafter ILR) , p. 164 et seq.
25. Susan Ellis Wild. (2002) , Law Dictionary, USA: Websters New Word, p 29
26. Ian R. Macneil. (1992) , American arbitration law, Oxford University Press, p 7