

پژوهشی بر انگاره داوری تجاری قانون نمونه آنسیترال

رقیه شاهرخ فر

دانشجوی کارشناسی موسسه آموزش عالی زند شیراز

چکیده

اصل آزادی در قراردادهای که با عنوان اصل آزادی قراردادی نامیده و شناخته می شود به داوری بین المللی متکی و وابسته است و در حل و فصل مناقشات و اختلافات خصوصی افراد مورد توجه و استفاده قرار می گیرد. برای داوری در این اختلافات محدودیت هایی وجود دارد و داوران نمی توانند از این محدودیت ها عدول نمایند. طبیعی است که عدول از این محدودیت ها باعث بطلان آراء صادر شده می شود و این خود موجب دردسرهایی در این زمینه ها می شود. یکی از این موارد که در داوری بین المللی دارای اهمیت است تابعیت داور است. البته در در بند یک ماده یازده قانون نمونه آنسیترال صراحتاً قید شده است که هیچ شخصی به دلیل تابعیت خود از تصدی به عنوان داور محروم نخواهد شد، مگر طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند. اما در قانون داوری تجاری بین الملل ایران که الگوبرداری روشن و مصرحی از قانون نمونه آنسیترال انجام داده است این مهم لحاظ نشده و تابعیت افراد مورد ایراد واقع شده است بنابراین رجوع به قانون داوری تجاری بین المللی ایران نیز از اهمیت والایی در این مذاقه علمی برخوردار است. این پژوهش توصیفی تحلیلی بوده و بر مبنای کتابخانه ای استوار است.

واژه های کلیدی: داوری تجاری، قانون نمونه آنسیترال، داور، تابعیت

مقدمه

حل و فصل اختلافات در حیطة تجارت بین الملل، از طریق داوری با توجه به توسعه تجارت جهانی شدن اقتصاد نقطه عطفی برای پیشبرد حل مشکلات در زمینه های قراردادهای معاملات تجاری به حساب می آید. مزیت های داوری نسبت به رسیدگی های قضایی سبب شده است که رغبت و تمایل، نسبت به ارجاع اختلاف به داوری، بیشتر مورد توجه قرار گیرد. در ایران نیز علاوه بر قانون داوری داخلی که در قانون آیین دادرسی مدنی، پیش بینی شده است، قانون داوری تجاری بین المللی نیز در سال ۱۳۷۶ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که این قانون، هر چند بر گرفته از قانون نمونه آنسیترال می باشد اما در همه موارد نمی توان شباهت تام بین این دو قانون را ملاحظه کرد. یکی از این موارد، محدودیتی است برای طرفین، در زمینه انتخاب داور که در قانون داوری تجاری بین المللی ایران، بر خلاف قانون آنسیترال پیش بینی شده است. قانون داوری تجاری بین المللی در راستای نظر قانون آیین دادرسی مدنی، اظهار می دارد که طرف ایرانی نمی تواند مادامی که اختلافی ایجاد نشده است، به نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف، حل آن را به داوری یک یا چند نفر مرجوع کند که آن شخص یا اشخاص، دارای همان تابعیتی باشند که طرف یا اطراف وی دارند. (بند ۱ ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین المللی). قانون آنسیترال در ماده ۱۱ در راستای تعیین داور اذعان می دارد که هیچ کس را نمی توان به علت ملیتش از داور شدن ممنوع کرد مگر اینکه طرفین به گونه دیگری توافق کنند. بنابراین قانون آنسیترال، استقلال و آزادی اراده طرفین قراردادهای را در این زمینه بطور کامل پذیرفته است. اما در قانون ایران، این استقلال را فقط برای طرفین قرارداد که خارجی باشند، به رسمیت شناخت است.

با توجه به اینکه قانون داوری تجاری بین المللی ایران، اقتباس شده از قانون نمونه آنسیترال می باشد، تغییر شکل ماده از متون مشابه خارجی آن، حکایت از آن دارد که قانونگذار قصد محدود کردن هموطن خودش را در تعیین داور خارجی داشته است به همین دلیل اکثر حقوقدانان، محدودیت ماده ۱۱ را، یک محدودیت راجع به نظم عمومی و غیر قابل تخطی می دانند. هر چند ماده ۱۱ محدودیتی را برای طرف ایرانی ایجاد نموده است، اما به نظر می رسد قانونگذار در مواد بعدی، از نظر خود عدول کرده است. زیرا در زمینه تعیین قانون حاکم بر داوری، بطور کامل آزادی طرفین را پذیرفته است. حال اگر طرفین قانونی را انتخاب کنند که محدودیت قانون ایران را نداشته باشد، این به معنای فرار طرف قرارداد از ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین المللی می باشد. با توسعه تجارت بین الملل و جهانی شدن اقتصاد، داوری به عنوان روشی برای حل و فصل اختلافات در امور تجاری به کار گرفته می شود. علت تمایل افراد در روی آوردن به داوری را می توان در مزیت هایی که این شیوه دادرسی دارد، دانست. که مهمترین این مزیتها آزادی است که طرفین در خصوص فرد یا افرادی که برای رسیدگی به اختلاف آنها انتخاب می کنند، دارند. این آزادی بطور مطلق در نظر گرفته نشده است و در نظامهای گوناگون، محدودیتهای متفاوتی را برای تعیین داور توسط طرفین در نظر گرفته اند. در این پژوهش در واقع به دنبال بررسی تعیین داور توسط طرفین در دو قانون نمونه آنسیترال و قانون داوری تجاری بین المللی ایران می باشیم.

فصل اول: شیوه تعیین داور در قانون نمونه آنسیترال

سازش نیز، به مانند داوری، از مزیت هایی برخوردار می باشد اما در سازش، همانگونه که در مقررات مختلف بین المللی موجود از جمله قواعد و مقررات ۱۹۷۵ سازش و داوری بین المللی پاریس و اصلاحی ۱۹۸۸ آمده است، طرفین دعوا یک یا چند میانجی را جهت ارایه راه حل برای پایان بخشیدن به اختلافات خود معرفی و انتخاب می نمایند لکن هیچ راه حلی، لازم الاجرا

نخواهد بود مگر اینکه مورد توافق طرفین اختلاف واقع شود. در صورتی که راه حل ارایه شده توسط آنان مورد قبول طرفین دعوا قرار نگیرد، آنان موظف به راه حلی دیگر بوده تا زمانی که راه حلی ارایه گردد که مورد قبول هر دو طرف دعوا قرار گیرد. پس می توان گفت که یکی از وجوهای متمایز شدن داوری از سازش، ضمانت اجرایی احکام صادره می باشد که این مزیت سبب روی آوردن افراد به سمت داوری، مخصوصا در حوزه بین المللی گردیده است که در جایگاه خود در خصوص اجرای آرای داوری صحبت خواهیم کرد.

داوری حل و فصل اختلاف توسط شخص یا اشخاص ثالثی است که صلاحیت خود را برای رسیدگی از قرارداد خصوصی طرفین کسب می کنند. این شخص یا اشخاص ثالث، داور یا داوران نامیده می شوند داوری، بدون داوران که به اختلاف رسیدگی کنند، بی معنا خواهد بود. در دادرسی قضات، از طریق مقامات قوه قضاییه تعیین می شوند و نیازی نیست که طرفین اختلاف، قاضی را معین کنند. ولی در داوری، داوران باید انتخاب شوند و بدون آنها امکان تشکیل دیوان داوری برای رسیدگی وجود نخواهد داشت. دعاوی بین المللی عموماً از سه طریق رسیدگی و حل و فصل می شوند.

اول : سازش

دوم : داوری

سوم : مراجع قضایی.

هر یک از آنان دارای قواعد و مقررات خاص خود در حوزه بین المللی بوده و این قواعد و مقررات در دهه های اخیر، از شکل عرفی خود بصورت مدون و قراردادی در آمده است. در داوریهای بین المللی که امروزه بیش از نود درصد دعاوی تجاری بین المللی از آن طریق حل و فصل می گردد. طرفین دعوا با توافق و اختیار خود کلیه ارکان آن را تشکیل می دهند. تعیین داور یا داوران، مقررات ماهوی، شکلی اولیه و ادله اثبات دعوا، مقر داوری، زبان داوری، نحوه رسیدگی، نحوه صدور لازم الاجرا شدن حکم، ضمانت اجرای حکم و... تماماً با توافق طرفین دعوا میباید اما پس از صدور حکم، طرفین ملزم به رعایت و اجرای حکم صادره از طرف داور یا داورها می باشند. امروزه داوریهای بین المللی دارای قواعد و مقررات مدون ملی و در بعضی از موارد مصوبه، ماهوی و شکلی در حقوق بین الملل می باشند. یکی از موارد بسیار مهمی که باید در توافقنامه داوری قید گردد، روش تعیین و نصب داوران است. برای انتخاب و نصب داور، روشهای متفاوتی وجود دارد. از جمله انتخاب داور با توافق طرفین توسط مؤسسه ای تجاری یا غیر تجاری، توسط مؤسسه ای حرفه ای از طریق یک مؤسسه داوری یا توسط یک دادگاه صالح ملی. بنابراین با توجه به اینکه طرفین، چه روشی را انتخاب نموده باشند، تعیین داور، متفاوت خواهد بود. در این رابطه اولین مسأله ای که بایستی حل شود، و از اهمیت فوق العاده ای نیز برخوردار است، تعداد داوران است. این موضوع به شدت بر توافق طرفین و اهمیت موضوع مورد اختلاف بستگی دارد به عبارت دیگر هر چقدر که موضوع از پیچیدگی بیشتری برخوردار باشد، بایستی تعداد داوران را چندین نفر در نظر گرفت، که در صورت عدم توافق ممکن است مداخله دادگاه را در روند داوری اجتناب

۱۴۱ . شیروی، عبدالحسین، ۱۳۹۳، داوری تجاری بین المللی، انتشارات سمت، ص ۱۴۱

ناپذیر سازد. از دیدگاه نحوه تعیین و نصب داوران نیز می توان بین موردی که قرار است از طریق داوری سازمانی به موضوع رسیدگی شود و فرضی که داوری به صورت موردی انجام می شود، تفاوت قایل شد.^۳

فصل دوم: مشخص نمودن داور توسط طرفین دارای اختلاف

در این مبحث تعیین داور توسط طرفین را به عنوان یکی از روشهای تعیین داوری توضیح می دهیم به طور کل موضوعات قابل طرح در این مبحث به شرح ذیل می باشد :

-تعیین داور منفرد یا هیأت داوری توسط طرفین

-انتخاب داور قبل از بروز اختلاف یا پس از ایجاد آن توسط طرفین

توافق واراده طرفین مهمترین منبع حقوق داوری بین المللی است. (Rubino-sammartano. Mauro. 2001. P 56) در واقع این روش را می توان از مهمترین روشهای تعیین داوری دانست که با فلسفه داوری نیز هماهنگی دارد. انتخاب داور توسط طرفین چنانچه در ادامه توضیح خواهیم داد، اولین روش انتخاب داور می باشد و اگر طرفین در این زمینه توافقی نداشته باشند، سپس نوبت به انتخاب داور از طریق روش های دیگر می رسد. روش هایی مانند تعیین روش انتخاب داور و یا روش تعیین داور از طریق مقام ناصب.

مطالعه اسناد بین المللی داوری و نیز قوانین داخلی کشورها نشان می دهد که در تعیین داوران، اراده و آزادی طرفین حرف اول را می زند. از جمله آنها می توان به کنوانسیون ژنو ۱۹۲۳ و ۱۹۲۶ و قانون نمونه آنسیترا ل اشاره نمود. حتی داوری تجاری بین المللی نیز در فضای مجازی، امکان انتخاب داور توسط طرفین را فراهم کرده است و از جمله فواید داوری در این حوزه، امکان انتخاب وسیع و سریع داوران دارای تخصص و تجربه های مقتضی است. در نتیجه میتوان گفت که از شناسه های داوری و از شاخصه های داوری که آنرا متمایز از سایر روشهای حل اختلاف می سازد همین آزادی است که طرفین در تعیین داور دارند و حتی در فضای مجازی نیز، امکاناتی فراهم گردیده است که باز نیز در این راستا طرفین دچار محدودیت نگردند. بطور کلی بین شیوه انتخاب داور، از نوع مجازی و داوری سنتی، تفاوت عمده ای وجود ندارد به جز اینکه در داوری مجازی، اطلاعات دقیق تر و کامل تری از داوران از طریق وب سایت در اختیار طرفین قرار می گیرد. به عنوان نمونه وب سایت (کلیک ستل) لیست ۱۵۰۰ داور را از طریق اینترنت در اختیار طرفین قرار می دهد.^۴ پس در انتخاب داور، اولویت با طرفین می باشد. حتی همانطور که قبلا نیز بازگو نمودیم، در بسیاری از موارد در خصوص دیگر مباحث داوری نیز، اولویت ابتدا با طرفین است مانند انتخاب قانون حاکم و انتخاب زبان داوری و محل داوری و... که این موضوعات مربوط به مبحث ما نمی باشند و فقط از این جهت بازگو نمودیم که در کل در خصوص داوری، ارجحیت با طرفین می باشد و این تنها مختص به مقوله تعیین داوری نیست. اما با توجه به اهمیت شخص داور در داوری، بایستی برای آزادی طرفین در این خصوص نقشی پر رنگ تر را در نظر گرفت. در پرتو

M.auro Rubino sammartion Internatinal Arbitration. published By Adity Books private limited. 2. برگرفته

شده از سایت مرکز مطالعات حقوقی و داوری سماواتی پور (آخرین بازدید: ۹۶/۳) 1990 New Dehli. P.230.

^۴. توسلی نایینی، منوچهر و بدری زاده، سیما، داوری تجاری بین المللی در فضای مجازی، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ششم، شماره اول،

این آزادی است که طرفین میتوانند انتخاب کنند چه کسی به موضوع اختلافشان رسیدگی نماید و در واقع این خصیصه است که طرفین را متمایل می‌سازد که اختلافات را از طریق داوری حل و فصل نمایند بنابراین دیدگاه معقول این است که طرفین در این راستا از بند محدودیت‌ها رها باشند. افراد داور را بر اساس موضوع اختلافشان و بر اساس سازو کارهایی که در جریان معاملات تجاری بدست می‌آورند انتخاب می‌کنند و از این جهت افراد با اعتماد بیشتری تایل به سمت ایجاد تجارت بایکدیگر دارند هرچند این موضوع در حوزه بین‌المللی بیشتر نمایان می‌کند. اینکه انتخاب داور را قبل از ایجاد اختلاف انجام دهند و یا بعد از بروز آن و یا اینکه یک داور منفرد را انتخاب کنند و یا چند نفر را به صورت هیأت داوری تعیین کنند، در ورای این آزادی است که برای طرفین به رسمیت شناخته شده است که همگی این مباحث را در ادامه توضیح خواهیم داد. در نتیجه می‌توان گفت که، بطور کلی روش تعیین داور یاداوران و چگونگی تشکیل دادگاه داوری، به اراده طرفین واگذار شده است. امر پذیرفته شده در خصوص تعیین داوری این است که، داور یاداوران را، طرفین انتخاب کنند این امر با مقوله‌ی داوری که در آن آزادی طرفین مورد احترام قرار گرفته است، نیز همخوانی دارد. زیرا که وجه تمایز داوری از دستگاه قضایی در همین آزادی است که طرفین در داوری دارند و از آنجاییکه داور در داوری نقش مهمی را ایفا می‌کند، مسأله تعیین داور از موارد مهم داوری می‌باشد.

از طرفی دیگر بایستی گفت که، از جمله مزیت‌های داوری این است که، طرفین در انتخاب داور، آزاد هستند. از این مزیت، نتایج مهمی به دست می‌آید و از آن جمله، عدالت و کارایی بهتر در رسیدگی به موضوع است. زیرا که هر اختلافی، در یک حوزه و محثی رخ می‌دهد و پیچیدگی‌های خاص خود را دارد. از این رو افراد با تعیین داور، در واقع کار را به کاردان می‌سپارند. یعنی با انتخاب فردی که در این زمینه، خبره و اهل فن می‌باشد راحت‌تر به تصمیم داور، راضی می‌شوند. زیرا آن را به واقعیات امر و عدالت، نزدیک‌تر می‌بینند و این مهمترین امتیاز داوری در مقایسه با رسیدگی از طریق دادگاه می‌باشد.^۵

در گذشته نیز افراد، فردی را که به آن اطمینان داشته‌اند به عنوان داور انتخاب می‌کردند پس قدمت داوری، به سابقه‌ای بس طولانی باز می‌گردد. هر چند که داوری در آن زمان قابل قیاس با زمان حاضر نمی‌باشد. این در حالی بود که داوری در حوزه داخلی رواج داشت و به شکل امروزی نبود. اما تنها خصیصه‌ای که از آن زمان تا کنون باقی مانده است، همین انتخاب داور توسط طرفین می‌باشد. اما در حوزه بین‌المللی، داور، علاوه بر شرایطی که سبب جلب اعتماد طرفین می‌گردد، بایستی شروط دیگری از جمله داشتن تخصص در موضوع مربوطه را نیز دارا باشد. انتخاب داور توسط طرفین، می‌تواند بصورت انتخاب داور منفرد باشد و یا به صورت هیأت داوری انجام گیرد. که هر یک از این موارد طرفداران و منتقدان خاص خود را دارند. انتخاب اینکه داور به صورت واحد باشد یا هیأت داوری، بیشتر بستگی به موضوع ارجاع دهنده به داوری می‌باشد بدین معنا که اگر موضوع از مواردی باشد که پیچیدگی‌هایی خاصی در آن مطرح نباشد، داور واحد، مناسب به نظر رسد اما اگر موضوع، دارای پیچیدگی‌هایی باشد که تبادل نظر افراد بیشتری را طلب کند در این موارد بهتر است که داوری به صورت هیأتی انجام گیرد که البته در حوزه بین‌المللی تمایل افراد بیشتر به این سمت سوق پیدا می‌کند که داور را به صورت هیأت داوری انتخاب نمایند.

۵. شیروی، عبدالحسین، پیشین، ص ۱۴۹-۹۵۲

فصل سوم: مذاقه ای در دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده آمریکا

دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده آمریکا، را می توان نام برد که داوری بصورت هیأت داوری را انتخاب نموده بودند. به این صورت که، ترکیب دیوان را، بند (۱) ماده ۳ بیانیه حل و فصل اختلافات، از نه عضو، متشکل دانسته است و یا هر تعداد دیگری با مضربی از عدد سه، که دو کشور ایران و آمریکا توافق کنند را، پذیرفته است. سه عضو را طرف ایرانی انتخاب می کند و سه عضو دیگر را طرف آمریکایی انتخاب و در نهایت این شش داور با توافق هم، سه داور با تابعیت ثالث، انتخاب می کنند.^۶ انتخاب داور مفرد مزایایی دارد. طرفداران داوران منفرد برای انتخاب این نوع داوری، مزایایی را بر می شمارند و استدلال هایی را ارائه می دهند که در ذیل به آنها اشاره می کنیم مانند این مورد که:

- دادگستری دولتی مجانی است و طرفین به قاضی وجهی را پرداخت نمی کنند اما در داوری طرفین باید حق الرأی داور را بپردازند بنابراین، داوری با داوری منفرد، از نظر اقتصادی با صرفه تر از داوری هیأتی است.

- دلیل دیگر مدافعان داوری منفرد، سرعت عمل می باشد. زیرا معمولاً داوران فعالیت اصلی دیگری دارند و داوری نسبت به شغل اصلی آنها حالت ثانوی دارد و به این لحاظ گرد آمدن داوران مشکل و موجب اطاله رسیدگی است. مخصوصاً در داوری تجاری بین المللی، که گرد آوری آنها مشکل است زیرا هر کدام از آنها ممکن است در کشوری زندگی کنند.

- دلیل دیگر طرفداران داوری منفرد این است که، اگر در دادگستری به هیأت قضات توجه بیشتری می شود، به این دلیل است که قضات جواتر در کنار قضات با تجربه آموزش لازم را فرا گیرند و در اوایل شغل قضاوت مسؤلیت سنگینی را احساس نکنند. در داوری به این نوع آموزش توجه ندارند و داور منفرد واجد شرایط و کاردان را به هیأت داوران ترجیح می دهند. لهر چند که نمی توان مزایای داوری مفرد را نادیده گرفت و باید اذعان داشت که از جهاتی داوری، منفرد معقول تر به نظر می رسد اما این موضوع را همانگونه که بازگو نمودیم باید مدنظر گرفت که در داوریهای پیچیده آن هم در سطح بین المللی با انتخاب داور مفرد شاید نتایج مورد نظر را نتوانیم به دست آوریم. بنابراین تمایل بیشتر به این سمت است که داور را به صورت هیأت داوری مشخص کنیم. و اغلب هیأت داوری به صورت سه نفره است. هرچند که در راستای انتخاب داور به صورت چند نفره نیز محدودیت هایی در نظر گرفته شده است، از جمله در تعیین سر داور، یعنی محدودیتهایی که در خصوص تعیین داور منفرد وجود دارد در خصوص سر داوری نیز سرایت پیدا کرده است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت. تا به اینجا با مواردی که عنوان شد می توان گفت که نقش اراده طرفین در تعیین داوری به عنوان اصلی پایه است که این اصل چه در خصوص داوری منفرد و چه در خصوص هیأت داوری برای طرفین در نظر گرفته شده است و به همین جهت است که در اکثر قوانین در مقوله ی تعیین داور، اراده ی طرفین را صالح دانسته اند. بنابراین بسته به انتخاب طرفین، داور ممکن است به صورت واحد انتخاب گردد یا به صورت هیأت داوری یا قبل از بروز اختلاف باشد و یا بعد از بروز اختلاف باشد.

طرفین می توانند قبل از بروز اختلاف، در مورد تعیین داور توافق نمایند و یا پس از بروز اختلاف، در مورد تعیین داور توافق نمایند یعنی طرفین می توانند در ضمن قراردادشان یا به طور مستقل، قبل از بروز اختلاف، داور مورد نظرشان را انتخاب نمایند و یا اینکه در ضمن قراردادشان این نکته را مقرر نمایند که در صورت بروز اختلاف، موضوع را به داوری ارجاع دهند اما داور را

^۶. حسینی ساطعی، حسین، ۱۳۹۰، جزوه درسی داوری بین المللی، دانشگاه آزاد اسلامی مرکز آموزشهای بین امللی خلیج فارس، ص ۹

^۷. خزاعی، حسین، ۱۳۹۱، داوری در حقوق داخلی و تجاری بین المللی، مجله کانون وکلای دادگستری خراسان

در آن لحظه تعیین نمی کنند و آن را به مرحله بعد از بروز اختلاف واگذار نمایند که هر یک از این موارد را توضیح خواهیم داد.

توافق طرفین اختلاف پس از وقوع اختلاف و محدود به همان مورد اختلاف، که به آن داوری اختیاری گویند. توافق قبل از اختلاف، که آنرا داوری اجباری می گویند.^۸ طرفهای قرارداد، ضمن آن و بعنوان شرط داوری، توافق میکنند که اختلافات احتمالی را نزد مرجع داوری معینی اقامه کنند. تقسیم دیگر، تقسیم داوری به داوری سازمان یافته و داوری خاص، ویژه یا موردی است. دیوان دعوای ایران و آمریکا، جزء داوریهای اختیاری و همچنین داوریهای خاص، ویژه و یا موردی است که پس از وقوع اختلاف بین دو دولت ایران و ایالات متحده، با رضایت طرفین تشکیل شد.

فصل چهارم: نقش و آزادی طرفین در تعیین داور در قانون نمونه آنسیترال

هر چند که نباید نقش طرفین را در خصوص تعیین داور، نادیده گرفت اما برخی از کشورها در این خصوص، دچار افراط گردیده، و تعیین داوری را تنها در صلاحیت طرفین می دانند به گونه ای که در قوانین برخی از کشورها دیده می شود، که داوران ضرورتاً با توافق طرفین تعیین می شوند. در این موارد، حداقلی که باید مدنظر قرار گیرد، این است که اگر طرفین داور را انتخاب نکرده باشند، روش تعیین داور را با توافق یکدیگر تعیین کنند. در غیر این صورت، قرارداد داوری اثر حقوقی ندارد. در نتیجه می توان گفت که نقش طرفین در خصوص تعیین داور نقشی پررنگ است به گونه ای که ضمانت اجرای آن را، اینگونه قلمداد نموده است که این چنین قرارداد داوری را، دارای اثر حقوقی نمی دانند. در اینگونه قوانین، انتخاب داور را به طور منحصر در اختیار طرفین قرار داده است به این صورت که یا طرفین داور را انتخاب کند و یا روش تعیین داور را مشخص کنند و دیگر سخنی از مقام ناصب و یا راه حلهای تعیین داوری به میان نیامده است. هرچند که نمی توان آزادی طرفین را در تعیین داوری نادیده گرفت، اما نایستی فراموش کرد که تمایل افراد در مراجعه به داوری، روز به روز، رو به فزونی می باشد. در نتیجه بایستی راهکاری وجود داشته باشد تا نتوان به راحتی عنوان کرد که اگر طرفین، داور را تعیین نکنند و یا روش تعیین آن را مشخص نکرده باشند، قرار داد داوری اثر حقوقی ندارد. به جهت جلوگیری از غیر مؤثر واقع شدن قرارداد داوری از نظر حقوقی، یکسری مقررات تکمیلی و جانشین وجود دارد. که اگر طرفین در مورد تعیین داور یا روش تعیین داور، اهمال و یا سکوت کرده باشند، به اجرا گذاشته می شود. مانند انتخاب از طریق مقام ناصب که مورد توافق طرفین باشد و یا دادگاهی که صالح به انتخاب داوری می باشد. تا به اینجا در خصوص تعیین داور توسط طرفین صحبت کردیم و تعیین داور واحد و یا تعیین هیأت داوری را توضیح دادیم اما انتخاب داور توسط طرفین گاهی به این صورت است که روش تعیین داور را با توافق یکدیگر انتخاب می کنند. پس همانگونه که در موارد قبلی توضیح دادیم یکی از روش های تعیین داور این است که طرفین با توافق یکدیگر داور مورد نظرشان را تعیین می کنند و اگر به هر دلیلی موفق به انجام این کار نشوند در این صورت باید روشی وجود داشته باشد که مطابق با آن داوران انتخاب شوند و فرآیند داوری ادامه یابد. در واقع این مرحله انتخاب داور بعد از بروز اختلاف و عدم توافق طرفین می باشد.

^۸ ضیایی بیگدلی، محمد رضا، ۱۳۷۴، حقوق بین المللی عمومی، انتشارات گنج دانش، ص ۴۵۱

^۹ مدنی، جلال‌الدین، ۱۳۷۷، حقوق بین الملل عمومی اصول روابط بین الملل، انتشارات پایدار، ص ۴۱۵-۴۱۴

طرفین این آزادی را دارند که نسبت به تعیین روش مورد نظر خود توافق کنند که این آزادی در نظام های حقوقی متفاوت به طرفین داده شده است. در واقع این آزادی به طرفین این فرصت را می دهد که بتوانند از یکی از روش های مذکور در مقررات داوری سازمانی استفاده کنند و یا از روشی که در مقررات داوری که به آن ارجاع شده است استفاده کنند. مثلا طرفین میتوانند انتخاب داور را ارجاع دهند به مقررات داوری آنسیترال که در اینصورت داور طرفین، مطابق مقررات داوری آنسیترال، انتخاب خواهد شد. قواعد آنسیترال به طور گسترده ای توسط بسیاری از دیوان های داوری بین المللی همچون دیوان دعاوی ایران_ آمریکا مورد پذیرش قرار گرفته است^{۱۰} و همچنین در بسیاری از قوانین داوری ملی نیز وارد گردیده است. حتی این امکان برای طرفین نیز در نظر گرفته شده است که قوانین سازمانی که بعنوان مقررات حاکم بر داوی تعیین می کنند را با مواردیکه لازم میدانند تغییر دهند و یا با قرارداد خویش تطبیق دهند همانطور که گفته شد مثلا در ماده ۳ بیانیه حل و فصل دعاوی ایران و ایالات متحده مقرر شده است که مقررات رسیدگی و آیین دادرسی در دیوان داوری، قواعد داوری آنسیترال ۱۹۷۶ خواهد بود با این حال در همانجا اجازه داده شده است که، قواعد داوری آنسیترال، متناسب با ضرورتها و نیازهای بیانیه ها تطبیق و اصلاح گردد.

چنانچه توضیح داده شد اگر طرفین داوری خود را به سازمانی ارجاع داده باشند و خود داور را انتخاب نکرده باشند، فرآیند داوری توسط سازمان مزبور انجام می گیرد. در خصوص تعیین داور، سازمان مزبور مطابق با مقررات خود داور مزبور را انتخاب خواهد کرد که البته قوانین در این حوزه در سازمان های مختلف داوری یکسان نمی باشد. مثلا مطابق مقررات مرکز داوری منطقه ای تهران هر زمان که یکی از طرفین از انتخاب داور اختصاصی داور واحد یا داور مشترک خودداری کند سازمان رأسا نسبت به تعیین داور اقدام خواهد کرد.

در مقررات داوری اتاق بازرگانی بین المللی خود سازمان رأسا نسبت به تعیین داور در صورت خودداری طرفین اقدام نمی کند بلکه سازمان مذکور از کمیته ملی کشور متبوع آن طرف تقاضا می کند که فردی را به عنوان داور معرفی نماید. در صورتی که کمیته ملی از معرفی فردی در مدت مقرر خودداری کند، سازمان می تواند خود رأسا فردی را به عنوان داور اختصاصی طرف ممتنع انتخاب کند. ^{۱۱} در واقع در اینجا نیز ابتدا اولویت با داوری است که تابعیت طرف ممتنع را دارد و در صورت خودداری کمیته، سپس نوبت به انتخاب داور توسط سازمان مذکور می رسد که البته بعید به نظر می رسد که در اینجا سامان مزبور، داوری را انتخاب نماید که تابعیت طرف مقابل را داشته باشد. بنابراین بسته به انتخاب طرفین که چه سازمانی را برای تعیین داور انتخاب نموده باشند، روش انتخاب داور متفاوت می باشد. حال پرسش این است که اگر طرفین روش تعیین داور را نیز مشخص نکرده باشند، تکلیف چیست؟ اگر طرفین قبل از بروز اختلاف داورشان را تعیین نکرده باشند و بعد از بروز اختلاف نیز در زمینه تعیین داور به توافق نرسند و اگر این داوری، داوری موردی باشد، موضوع کمی مشکل می شود.

^{۱۰}. شیروی، عبدالحسین، پیشین، ص ۱۵۳

^{۱۱} برای دیدن متن موافقتنامه داوری ایران و آمریکا که بر پایه مقررات داوری آنسیترال تنظیم شده است مراجعه شود به: مجله حقوقی، دفتر خدمات

حقوقی بین المللی، پاییز ۱۳۶۴، شماره ۳، ص ۲۵۴-۲۰۳

^{۱۲}. شیروی، عبدالحسین، پیشین، ص ۱۵۴

چنانچه قبلاً توضیح دادیم اگر داوری سازمانی باشد، داوری تحت نظارت و هدایت سازمان خاصی اداره می‌شود اما داوری موردی از این مزیت برخوردار نمی‌باشد. در این صورت ابتدا باید دید که آیا طرفین از مقررات خاصی پیروی می‌کنند یا خیر و اگر اینچنین نیست آیا در مورد مقام ناصب توافقی کرده‌اند یا خیر.

اگر طرفین نسبت به مقررات خاصی توافق کرده باشند در این صورت فرآیند انتخاب داوران در مقررات مربوطه مشخص و مطابق آن اعمال می‌گردد. مثل اینکه طرفین داور را مشخص نکرده‌اند و حتی روشی هم برای تعیین داور در نظر نگرفته‌اند اما در قرارداد داوری خود ذکر کرده‌اند که قراردادشان تابع مقررات داوری آنسیترال باشد، در این صورت تعیین داوری مطابق مقررات مزبور صورت خواهد گرفت. قرارداد تشویق سرمایه‌گذاری بین ایران و آلمان ۱۳۴۶ که پروتکل دوم آن حاوی مقرراتی راجع به داوری است و مهمترین آنها، معاهدات معروف به بیانیه‌های الجزایر، بویژه بیانیه حل و فصل دعوی ۱۳۵۹، می‌باشد که مطابق آن، ایران و آمریکا توافق نمودند که ادعاها و اختلافات خود را بر اساس داوری حل و فصل نمایند. طبق بند ۲ ماده ۳ بیانیه فوق‌الذکر، مقررات داوری آنسیترال مورخ ۱۹۷۶ با تغییرات و اصلاحاتی مورد استفاده در داوری قرار گرفت. اذرنهایت، موضوعی که در این مبحث باید بازگو شود این است که، مطابق مطالب قبل گفته شد که طرفین هم در انتخاب داور منفرد آزاد هستند و هم در خصوص هیأت داوری، این آزادی برای طرفین هم در مرحله قبل از بروز اختلاف و هم در مرحله بعد از بروز آن در نظر گرفته شده است. اما این آزادی، مطلق نیست و در برخی از نظام‌های حقوقی، با محدودیت‌هایی روبه‌رو می‌باشد.

به عنوان مثال: در حقوق کامن‌لا و ایالات متحده آمریکا داوری یک‌جانبه مورد پذیرش قرار گرفته است به این صورت که هرگاه یکی از طرفین از تعیین داور خود امتناع کند، فقط داور تعیین شده توسط یکی از طرفین به صورت داور منفرد، اقدام به صدور رأی می‌نماید. در نظام حقوقی ایران نیز در خصوص تعیین داور توسط طرفین، محدودیتی وجود دارد که در جایگاه خود به آن خواهیم پرداخت. موضوعی که در مقوله تعیین داور توسط طرفین بایستی در نظر داشت، این است که آزادی طرفین باید به صورت برابر مد نظر قرار گیرد و برابری طرفین باید لحاظ گردد. در بسیاری از کشورها در مردود بودن داوری که به نحوی برابری طرفین را نقض کرده باشد تردیدی نیست نمونه صریح آن اعلام بطلان این نوع داوری، در بند (۱) ماده ۱۹ کنوردای سویس دیده می‌شود. که مقرر داشته است، هرگاه یکی از طرفین، در تشکیل داوری، نفوذ مؤثر داشته باشد، داوری محکوم به بطلان است.^{۱۳} واقع این خصیصه نیز به بی‌طرفی داور باز می‌گردد بعبارت دیگر چه بسا ممکن است که فردی که در تشکیل داوری، نفوذ مؤثر داشته است، داوری را انتخاب نماید که به نحوی سبب جانبداری از آن گردد بنابراین چنین داوری را باطل می‌داند. مورد دیگری که برابری طرفین نقض می‌شود، موردی است که حل اختلاف بین صنف و یکی از اعضاء یا اختلاف بین عضو صنف و غیر عضو را به داوری صنف ارجاع می‌دهند. در این صورت نیز برابری طرفین در ترکیب داوری رعایت نمی‌شود. اگر طرفین در داوری موردی در خصوص تعیین داور به توافق نرسند و یا اینکه مقررات خاصی مورد توافق طرفین قرار نگرفته باشد، اما مقام ناصب انتخاب شده باشد در این صورت مقام ناصب نسبت به تعیین داور اختصاصی یا مشترک طرف ممتنع مبادرت خواهد کرد. با توجه به مطالبی که تا به اینجا در خصوص تعیین داور توسط طرفین بازگو شد می‌توان گفت که

^{۱۳} همان، ص ۱۵۴-۱۵۱

^{۱۴} فقیهی، شهروز، ۱۳۷۷، تحلیل و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، دانشگاه شیراز

^{۱۵} خزاعی، حسین، ۱۳۹۱، داور در حقوق داخلی و تجارت بین‌المللی، برگرفته از سایت مجلات تخصصی noormags

آزادی طرفین در تعیین داوری امری پذیرفته شده است که این آزادی در خصوص تعیین داور هم در مرحله قبل از بروز اختلاف می باشد و هم در مرحله بعد از بروز اختلاف. هر چند نظام حقوقی ایران در حوزه انتخاب داور توسط طرفین در مرحله ی قبل از بروز اختلاف محدودیت هایی را برای طرف ایرانی در نظر گرفته است.

نتیجه گیری

داوری به جهت مزایایی که دارد مورد استقبال زیادی قرار گرفته است علی الخصوص در سطح بین المللی که قراردادها پیچیدگی های خاص خود را دارد داوری می تواند به عنوان بهترین دادرسی قرار گیرد و به تبع آن آزادی در تعیین داور توسط طرفین نیز یکی از مهمترین مزایای می باشد که می توان برای مقوله داوری در نظر گرفت. نتایج به دست آمده از این پژوهشها می توان در موارد زیر خلاصه نمود:

۱- قانونگذار ایرانی، در ماده (۱۱) در خصوص تعیین داور، از الگوی خویش، عدول نموده است، دلیلی جز حمایت از هم تابعیت خودش نمی تواند داشته باشد که البته این حمایت نیز به علت منافع بنیادین کشور مربوط می گردد که قانونگذار نخواسته است که فردی دارای تابعیت یکسان با طرف مقابل، بر طرف ایرانی مستولی گردد و از آنجاییکه بعد از بروز اختلاف معمولاً افراد با دید بیشتری نسبت به تعیین داور اقدام می کنند، به همین دلیل، این محدودیت را تنها به مرحله قبل از بروز اختلاف تسری داده است و به همین دلیل آن را از اصول وقواعد، آمره می داند که نمی شود خلاف آن عمل نمود اما در نظر گرفتن مسأله تابعیت به نتایجی نمی تواند کمک ساز باشد زیرا قانونگذار اقامتگاه طرفین را نادیده گرفته است در حالیکه این خصیصه نیز می تواند به مانند تابعیت، از اهمیت برخوردار باشد.

۲- هر چند در قانون داوری تجاری بین المللی راهکاری به عنوان جرح پیش بینی شده است اما جرح نیز، حصیصه های خود را دارد که به راحتی نمی توانن کسی را مورد جرح قرار داد و بایستی طرفی که خواستار جرح می باشد زمانی را اختصاص به انجام این کار دهد و در واقع قانونگذار با محدودیت طرف ایرانی در ماده مذکور بصورت مجزا خواسته است اهمیت این موضوع را به هموطن خودش عنوان کند به همین جهت ضمانت اجرای آن را بطلان چنین رأیی قرار داده است که در نتیجه قابل شناسایی و اجرا نمی باشد.

۳- امروزه رویکرد قانونگذار ایران در عرصه تجارت بین الملل، حتی اگر بر ملاحظات واقعی مبتنی باشد، در مرادوات بین المللی، می تواند اثری منفی داشته باشد. در واقع بهترین شکل حمایت از اتباع کشور در عرصه تجارت بین المللی، تمهید محیط حقوقی مناسب مبتنی بر آزادی و انتخاب و اعمال حمایت ها از طریق ساز و کارهای مناسب اقتصادی و سیاسی است و نه وضع محدودیت های قانونی.

منابع

کتاب :

- ۱- اشمیتوف، کلايو، ۱۳۷۸، حقوق تجارت بين الملل، ترجمه بهروز اخلاقی و همکاران، تهران : انتشارات سمت، جلد دوم
- ۲- انصاری، پرویز، ۱۳۸۷، حقوق تجارت بين الملل، تهران : نشر میزان، چاپ اول
- ۳- جعفری لنگرودی، محمد، ۱۳۸۸، ترمینولوژی حقوق، تهران : نشر گنج دانش
- ۴- خزاعی، حسین، ۱۳۸۶، حقوق تجارت بين الملل، تهران : نشر قانون، جلد هفتم
- ۵- شیروی، عبدالحسین، ۱۳۹۲، حقوق تجارت بين الملل، انتشارات سمت، چاپ ششم
- ۶- شیروی، عبدالحسین، ۱۳۹۳، داوری تجاری بين المللی، انتشارات سمت، چاپ سوم
- ۷- سلجوقی، محمود، ۱۳۷۷، حقوق بين الملل خصوصیتعارض قوانین، جلد دوم، تهران: انتشارات دادگستر
- ۸- ضیایی بیگدلی، محمد رضا، ۱۳۷۴، حقوق بين الملل عمومی، تهران: انتشارات گنج دانش
- ۹- کنگاور، حسین علی، ۱۳۸۹، تجارت جهانی و الحاق ایرا، تهران: نشر قومس، چاپ اول
- ۱۰- محبی، محسن و حسین کاویار، ۱۳۹۵، مجموعه مقررات جدید آنسیترال درباره داوی بين المللی، تهران : نشر خرسندی،

چاپ اول

- ۱۱- محبی، محسن، ۱۳۷۸، بیانیه های الجزایر و دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده، تهران: خط سوم
- ۱۲- مدنی، سید جلال، ۱۳۷۷، حقوق بين الملل عمومی اصول روابط بين الملل، تهران: انتشارات پایدار
- ۱۳- میرزایی، علی، ۱۳۸۸، قواعد داوری از منظر حقوق تطبیقی، تهران : نشر جنگل
- ۱۴- نصیری، مرتضی، ۱۳۸۳، حقوق تجارت بين الملل در نظام حقوقی ایران، تهران: انتشارات امیرکبیر

مقالات:

- ۱۵- اسناد بیانیه الجزایر، پاییز ۱۳۶۴، مجله حقوقی دفتر خدمات، شماره ۳
- ۱۶- احمدی و استانی، عبدالغنی، ۱۳۶۱، شرح مختصر بیانیه های الجزایر، مجله حقوقی، شماره یک
- ۱۷- افتخار جهرمی، گودرز، پاییز- زمستان ۱۳۷۸، تحولات داوری در قوانین موضوع ایران : دستاورد آن در حوزه داوری بين المللی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۷-۲۸
- ۱۸- ایرانشاهی، علیرضا، ۱۳۸۹، تابعیت رأی داور، مجله حقوقی بين المللی، شماره ۴۳
- ۱۹- باقری، محمود، ۱۳۸۶، حدود آزادی طرفین دعوا در تعیین صلاحیت قضایی بين المللی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۷
- ۲۰- پور نوری، محمد، ۱۳۸۲، حمایت قضایی از آراء داوری ایران
- ۲۱- پروین، فرهاد، عظیم اکبری، ۱۳۹۲، رویکرد تطبیقی در حقوق حاکم بر قراردادها، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۲
- ۲۲- تاپ من، مایکل، ۱۳۶۹، جرح و سلب صلاحیت از داوران در داوری تجاری بين المللی، برگردان : محمد جواد میر فخرایی، دختر خدمات حقوقی بين المللی، شماره ۱۲

- ۲۳- توسلی نایینی، منوچهر و بدری زاده، سیما، بهار ۱۳۹۳، داوری تجاری بین المللی در فضای مجازی، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ششم، شماره اول
- ۲۴- جنیدی، لعیا، ۱۳۷۸، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین المللی، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
- ۲۵- جنیدی، لعیا، ۱۳۸۸، دادگاه صلاحیتدار جهت ابطال رأی داور در داوریهای بین المللی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۲
- ۲۶- حسنی ساطحی، حسین، ۱۳۹۰، جزوه درسی داوری بین المللی، مرکز آموزشهای بین المللی خلیج فارس
- ۲۷- خمایی زاده، فرهاد، پاییز- زمستان ۱۳۸۴، احاله واصل آزادی اراده در قراردادهای اندیشه های حقوقی، سال سوم، شماره نهم
- ۲۸- خزاعی، حسین، ۱۳۹۱، داوری در حوزه داخلی و تجارت بین المللی، مجله کانون وکلای دادگستری خراسان
- ۲۹- جعفریان، منصور، ۱۳۷۳، تأملاتی بر لایحه داوری تجاری بین المللی، مجله مجلس و پژوهش، شماره ۱۴
- ۳۰- جنیدی، لعیا، ۱۳۸۷، مسأله اجرای آرای داوری ابطال شده، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴
- ۳۱- دریایی بغدادآبادی، سعید و مجید دهقلن چناری، ۱۳۹۴، قواعد داوری آنسیترال، نخستین کنگره بین المللی حقوق ایران، تهران، مرکز همایشهای توسعه ایران
- ۳۲- دو ورزی، هنری، ۱۳۷۶، داوری تجاری بین المللی، مجله دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۱
- ۳۳- رحمانی منشادی، مهدی، ۱۳۹۵، داوری تجاری بین المللی، انتشارات حق گستر
- ۳۴- سیفی، جمال، قانون داوری تجاری بین المللی ایران همسو با قانون نمونه آنسیترال، دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۲۳
- ۳۵- شریعت باقری، محمد جواد، پاییز ۱۳۸۰، آثار الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون نیویورک ۱۹۸۵ در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۶
- ۳۶- شکیبا گهر، مرتضی، ۱۳۹۰، بررسی مقررات داوری در حقوق ایران، پایگاه نشر مقالات حق گستر
- ۳۷- شیروی، عبدالحسین، ۱۳۸۹، نقش آنسیترال در توسعه حقوق تجارت بین المللی، انتشارات حق گستر
- ۳۸- شیروی، عبدالحسین، ۱۳۸۷، تنظیم قرارداد داوری با توجه به قانون داوری تجاری بین المللی ایران، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۳